

ISSN 0286-4258

2025年3月7日 印刷

2025年3月14日 発行

龍谷法學

第 57 卷 第 4 号

鈴木龍也教授 退職記念論集

龍谷大学法学会

鈴木龍也教授 退職記念論集



鈴木龍也教授

目 次

巻頭言	越山 和広	1 (647)
鈴木龍也先生献辞	牛尾 洋也	3 (649)

最 終 講 義

コモンズと入会	鈴木 龍也	7 (653)

論 説

EUにおける製造物責任指令の改正	カライスコス アントニオス	25 (671)
近代的土地所有権の形成過程に関する一つの覚書 ——戒能通孝の見解を中心に——	川角 由和	59 (705)
損害賠償の明示的一部請求に対する弁済の抗弁.....	越山 和広	87 (733)
イタリアのユーゴスラヴィア占領 ——幻想の「ムッソリーニの帝国」(1).....	高橋 進	103 (749)
DOES FREEZING ASSETS OF FOREIGN CENTRAL BANKS CONTRAVENE STATE IMMUNITY?: A SURVEY OF RECENT STATE PRACTICE	YAMADA Takuhei	137 (783)
社会保険者が代位取得する不法行為債権の遅延損害金 ——最判令和元年9月6日民集73巻4号419頁の批判的考察	若林 三奈	163 (809)
AVOIDING LITIGATION IN THE U.S.: THE LAW OF PERSONAL JURISDICTION	Andrew M. Pardieck	187 (833)
共有物の管理と「協議」	西脇秀一郎	227 (873)

内縁関係と遺族年金に関する一考察（３・完）

～近時の裁判例を中心として～ ……岡本 詔治……297（943）

「即日告知・即日執行」訴訟の意義

—死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件（３・完）
……………古川原明子……313（959）

埋もれたヒューマンライツ（その３）

——国内ヒューマンライツ機関はなぜできないのか？
……………戸塚 悦朗……337（983）

研究ノート

日本の死刑に関する国連人権理事会2024年9月22日通報通告について

～ポスト袴田再審無罪の時代における死刑のゆくえ～
……………石塚 伸一……395（1041）

判例研究

第三者供賄罪と詐欺罪に問われた事案

……………金 尚均……439（1085）

取引的不法行為における「被害者側の過失」の一考察

——特に判断能力が不十分な被害者の場合——
……………吉村 顕真……469（1115）

翻訳

法益論から自由の形態へ

刑法上の基本カテゴリーの存在論的深層構造について

……………Michael Pawlik（著）／玄 守道（翻訳）……491（1137）

資料

茨川村境界確定万代記録

……………牛尾 洋也……511（1157）

Z世代のための漱石「ことはじめ」（中の二）

——「木庭先生の庭」散策・番外篇備——……………児玉 寛……541（1187）

鈴木龍也 教授 略歴および業績一覧	587 (1233)

法学会記事

第57巻総目次

『龍谷法学』第57巻第4号の刊行に寄せて

『龍谷法学』第57巻第4号は、2025年3月にご定年を迎えられる鈴木龍也先生の退職記念論集として刊行いたします。

鈴木先生には1996年に法学部へご着任いただきました。先生の法学部および大学に対する現在までのご貢献とご功績の詳しい紹介は、ゆかりのある法学会会員による献辞に譲りますが、先生の法学教育への熱意と民法学の研究における真摯な姿が私たちの範となるものであったことは、ここで強調しておかなければなりません。

このたび、先生が無事定年を迎えられることを大いにお慶び申し上げますとともに、4月からは先生の温顔をキャンパスにおいて拝することができないことに寂しさを感じていることも告白せざるを得ません。

鈴木先生の法学会に対するこれまでのご尽力とご貢献に対して心より感謝の意を申し上げますとともに、今後のご健勝とご活躍を祈念して、この退職記念論集を献呈いたします。

2025年2月14日

法学会会長 越山和広

献 辞

鈴木龍也教授は2025年3月をもって龍谷大学を定年退職されます。

先生は1979年に早稲田大学法学部を卒業され、その後早稲田大学大学院法学研究科修士課程に進学し1983年に同課程を修了の後、1984年に大阪市立大学大学院法学研究科博士後期課程に進学され、1987年に同博士後期課程を単位取得退学して、愛媛大学法文学部助手に就職されました。翌1988年に同大学同学部の専任講師、1991年に同助教授に昇任され、1996年に龍谷大学法学部助教授に着任され、2001年に同教授に昇任されました。

先生は、民法学のみならず法社会学がご専門であり、川島武宜、戒能通孝、渡辺洋三、畑譲、甲斐道太郎と続く古き善き日本の法社会学的民法学の伝統を引き継ぎ、社会に根付いた民法の研究を自覚的にされてこられました。

先生は、民法学の分野では、アメリカ契約法、続いてイギリス契約法の研究に取り組みられました。とくに、19世紀末からアメリカで活躍したO.W.ホームズ（Oliver Wendell Holmes, Jr）やイギリスのポロック（Frederick Pollock）、アンソン（William Anson）などの法思想、法理論を分析し、「古典的」契約法理論が基礎としている意思理論などの基本的な法原理、あるいは方法論を含めた広義の法律観からの性格付け、さらにその歴史的社会的意味を明らかにするため、英米法における契約論および錯誤論を検討されました。

英米の契約理論は、従来、表示主義的な理論の観点から評価されてきたところ、先生は、大陸法の意思主義的な契約理論との共通性を意識し、近代的な取引社会においていかに「古典的」な意思主義的契約論ないしは錯誤論が表示主義的理論と整合性をもって展開したのかを

研究し、約因論などの古い契約論から錯誤論に展開しつつも、イギリス法では「買主をして警戒せしめよ」などの法原則が強く働くことにより、錯誤成立の余地を厳しく制限することで成り立ってきたという理論状況を明らかにされました。

このように、歴史的社会的意味を考えつつ冷静かつバランスの取れた理論研究がその特徴といえます。

他方、法社会学的研究としては、一連のコモンズ研究が挙げられます。

その代表的なご研究に則してみるならば（鈴木龍也「コモンズとしての入会」鈴木龍也・富野暉一郎編『コモンズ論再考』（晃洋書房、2006年）221-252頁）、先生は、前近代的土地所有制度の遺制としての「入会」が、コモンズ的自然資源管理制度の日本の実在的形態として注目されつつも、休眠または崩壊状態にある現状に鑑みて、果たしてコモンズとしての入会の可能性や取り組みの必要性があるかどうか検討しました。それは、広く環境社会学や経済学の研究、コモンズ論の実質的意義を探り、そこに公共的な土地利用秩序の一環として、地域共同体自らが地域資源の管理主体となり利用がなされる共同性が強力に発現する一つの形態を見出しました。具体的には、現行法制度を前提に法学者川島の入会権論を検討し、入会の現代的变化のなかで純粹の私的財産化には至らない川島理論の意義を掘り上げ、私的絶対的な近代的所有権のグロテスクさに対するカウンターとして広義のコモンズ論を位置付けました。

同書は、環境社会学者や環境経済学者など法学以外の多くの研究者の手引きとなり、法律学と他の諸科学とを架橋する役割を担っています。その点で、先生のご研究は、広く社会科学一般の共有財産であるといえます。

私も、先生とともに日本の各地の農村やイギリスに何度も実態調査

やヒアリングに出かけただけでなく、実際のコモンズやフットパスを歩き地域の食を楽しみつつ、大いに議論をし学んできました。

ところで、先生は2010年から2011年まで龍谷大学法学部長を務められました。

私的なお話して恐縮ですが、私が1984年4月に大阪市立大学法学部前期博士課程に進学した際に、博士課程の先輩として先生が在籍されており、それ以来約40年のお付き合いとなります。早稲田大学時代はテニス部でコーチもされるなどスマートかつ洒脱で、いつも優しく穏やかに後輩や学生に接する人柄が窺われましたが、こと理論の核心問題や社会の不正義に対しては、決しておれず厳しく受け止め、しかしながら他者に向かうことなく自身に厳しさが向けられるというストイックな姿勢を貫いてこられました。

この大学人としての一貫した姿勢は、先生のご研究のなかにも見いだされるように思います。

先生曰く、広義のコモンズの理論的な可能性の中心は、「あらゆる物についてそれを所有する者と所有しない者に区別し、所有する者に対してその物についての絶対的な権限を与える私的所有権の論理（グロテスクさー引用者）に抵抗し、近代的な私的所有権の論理が支配する世界においてもそれとは異質な原理を取り入れていこうとする主張」であり、そこにコモンズという異質な論理を対置し、私的所有の論理の正当性を揺るがすことである。「このような広義のコモンズ的な土地に対する公共的枠づけは、私的所有の論理を比較的純粋に取り込んでいる日本の実定法的な所有秩序とは激しく衝突するから」、「公共性を体现するローカルな秩序を社会的な実態として作り出しつつ、法的な承認を求めていくというような戦略が必要になるであろう。」（前掲書247-248頁）と。

通説的見解に安閑と従う姿勢に対する理論的かつ実践的な批判的精

神の現れであり、深くかみしめたいと思います。

先生がご退職されるにあたり、先生が長年、龍谷大学において果たしてこられた教育や研究、行政的な貢献に心から感謝申し上げるとともに、今後とも私たちをご指導いただくことに重ねて、一層お元気でご活躍されることを祈念し、献呈の辞とさせていただきます。

法学会会員 牛尾 洋也

最終講義

コモンズと入会

鈴木 龍也

今年の3月をもちまして定年退職します。諸般の事情から最終講義は行わないことにしましたが、何か代わりのものをということで、この原稿を書くことになりました。最終講義で学生の皆さんに向けて話すつもりで書くことにします。私と同じような関心を持つ若い人にとって参考になるようなことがあれば大変嬉しいことですし、まあ、気楽に読んでいただければと思います。

私が龍谷大学に赴任したのは1996年です。1995年に阪神淡路大震災があり、その翌年に龍谷大学に勤めることになりました。赴任当時には大学というか、大学の教職員や学生の生活には阪神淡路大震災の影響が色濃く残っていました。その後2001年から02年にかけてUCバークレーに留学している間には同時多発テロ、2011年には東日本大震災、そして2020年からのコロナ禍と、いろいろなことが起こりました。

赴任当初は入会やコモンズの問題に取り組むというような明確な意思はなかったのですが、赴任以前からの研究の継続と、赴任後に新たに出会った方々との新たな共同研究の展開の中で、このような研究に取り組むことになりました。

龍谷大学でのコモンズと入会の研究

私は龍谷大学に赴任する前から龍谷大学との関わりをもっていました。

1985年に関西在住の法学者、経済学者、農業問題研究者などで「西日本土地問題研究会」という研究グループを立ち上げていたのですが、龍谷大学の社会科学研究所で募集していた共同研究としてこれを行うことができるようになり、土地問題の中でもどちらかというと農地の問題を中心に研究を行いました。そして龍谷大学の助成をえて、1993年には『都市拡大と土地問題』（甲斐道太郎編、日本評論社）、2000年には『新農基法と21世紀の農地・農村』（甲斐道太郎・見上崇洋編、法律文化社）、そして2006年には『コモンズ論再考』（鈴木龍也・富野暉一郎編著、晃洋書房）という書籍を出版しました。『都市拡大と土地問題』を出す際にはすでに私は龍谷大学に勤めていましたし、『コモンズ論再考』のもととなる研究プロジェクトではとりまとめ役を担うことになりました。

はじめの2つの書籍は農業問題や農地制度を主たる対象とするものだったのですが、3番目の書籍は、研究会に都市問題の研究者や政治学者などが加わったこともあり、広い意味での土地問題全般を対象として、地域住民が主体となって土地の利用や管理にどのように関わっていくべきかということについて検討しようということになり、当時住民主体の土地利用計画作成などについて関心を持つ人たちの注目を集めていた「コモンズ」という視点から土地問題を考えるという方向での研究会の開催、そして書籍の刊行をめざすということになりました。書名も『コモンズ論再考』です。当時は、特に日本においては法学政治学の観点からコモンズについて扱う文献が少なかったものですから、この研究会で取り組んできた土地法制の研究とコモンズ研究がうまく重なるのかどうか、重ねたときに相互にどのような展開がみられることになるのか、とにかくやってみよう、というようなことだったと思います。

コモンズと＜公・共・私＞

『コモンズ論再考』のなかで、私はコモンズと入会の関係について考え

てみるという課題に取り組みました。2004年にはすでに三俣学さんと室田武先生の共著で『入会林野とコモンズ』（日本評論社、2006年）という本が出ていましたし、それより早く、M. マッキーンさんは1980年代から日本の入会の調査を行い、そこでの研究はノーベル経済学賞を受賞したE. オストロムさんのコモンズ研究にも大きな影響を与えていました。しかし、私の関心はもっと初歩的なところ、コモンズとはどのようなもので、入会のはたしてコモンズといえるのか、というようなところにありました。

今日では「自然資源の共同管理組織、もしくはそのような共同管理の対象たる自然資源」というようなコモンズの定義が一般的といえるかもしれませんが、私はこのような、いわばアメリカ流のコモンズの定義、さらにはその基礎をなすアメリカ流のコモンズの見方よりは日本の論者のコモンズ論の方に興味がありました。それは日本社会の分析の中にコモンズという視点を生かそうとするもので、これまでの日本における社会科学的な研究を前提としたうえで、コモンズという視点をを用いて社会を分析し、進むべき方向性を見出していこうとするものです。そのなかでも強い影響力を持ち、また私が最も関心をもったのが、社会の在り方を＜公・私＞の二分法ではなく、＜共＞という領域の存在、そしてその重要性を認める＜公・共・私＞という三分法によってきりわけ、という考え方です。ここでの＜共＞こそがコモンズの領域ということになります。

この当時は日本においてコモンズ論に立つ人々は、現実の日本における＜公＞の在り方への強い否定的な評価を共有していたために、本来＜公＞が備えるべき公共性について検討して、あるべき＜公＞の実現を目指すというような方向ではなく、＜公＞をほぼ全面的に否定するかのような議論も少なくないという状況でした。もっともその後の議論の中ではこの問題は克服されてきているように思います。このへんについては法学的な考え方の提示が有効に機能したのではないかと考えています。

しかしながら、法学的世界観ではあくまでも社会関係を＜公・私＞の二

分法によって分けしめてみることになっています。そしてそうだとすると、そのような法学的世界観と＜公・共・私＞論をどのように結びつけるかというのは大変難しい問題となります。これについて『コモンズ論再考』の段階では、私は以下のように書いています。

「私的に所有される土地についても、様々なレベルでの公共性、あるいはそれを体現する公共的な秩序による重層的、段階的な制約に服さざるを得ない。農村の農地が実質的には共同体的な規制の下にあることはすでに広く知られているが、都市においても日照や安全等のための行政的規制はもちろん、そのような法的規制に取り込まれていない自生的な地域的秩序も含め、良好な生活環境維持等のための公共的秩序が形成されている。そのような公共的な土地利用秩序の一環として、そしてその中でも、地域共同体自らが地域資源の管理主体となりその利用がなされるという形で共同性が非常に強力に発現する1つの形態として入会的な土地利用があるというように考えられるべきであろう。先に本章では地域共同体自らが地域資源の管理主体となる入会的土地利用をコモンズと定義したが、広い意味での地域における公共的な土地利用秩序全体を象徴的な意味でコモンズと呼ぶことも可能である。」（『コモンズ論再考』234～235頁）

上の文章だけからでは少しわかりにくいのですが、このような考え方を基礎に、＜共＞というものを、入会のように地域集団自体による土地の所有や利用が地域構成員の下に権利化されている場合と、一般的な私人の土地所有を前提にしてそれを制限するという形で集団的な土地利用規制が行われる場合とに分け、いずれの場合もコモンズ的なものとして評価し、それぞれの共同的なかわりの強度の差の存在を意識して、前者を狭義コモンズ、後者を広義コモンズとよぶことを提唱しています。

もっとも、上の説明では共同性と公共性の違いというような、その後私がかかわることになった視点はまだ明確にはなっていませんし、法学的な意味での公共性とコモンズ論的な＜公・共・私＞についての十分な関連付けもできていません。

＜共＞

＜共＞をどのようなものと考え、それが担う共同性と＜公＞が担う公共性との関係をどのように理解すべきかという問題は『コモンズ論再考』以降もずっと気になってきました。今日でも確定的な答えを出せずにいますが、2013年に間宮陽介先生と廣川祐司さんの編著『コモンズと公共空間』に書いた「里山をめぐる『公共性』の交錯」では公共性と共同性の違いと関係という問題を意識して、一応次のように書いています。

「土地は一方では私的に所有されるものではあるが、上のような意味で他の土地と連携するものとして、社会の共同性に支えられるべきものであり、本来的に社会共通の利益、すなわち共益を担うものとして存在している。しかしながら、共益は即公益というわけではない。基本的には、公益となるためには共通の利益であるという実質的な面と、そのようなものであるとして社会的に認知（裁可）され、レジティマシーを獲得するという面の二つの要件を充たす必要がある。一応、前者が事実の問題であるのに対して、後者はイデオロギー的な問題だということも可能であり、共益性が捏造されて公益を僭称することが行われている場合には、事実問題としてそれが本当は共通の利益ではないことを明らかにすることにより公益性の資格を剥奪することが可能であるという。しかし、より立ち入って考えてみると、ことはそう単純でない。共通の利益であるかどうかは事実問題としては決まらず、構成員の何らかの決定や共有されている価値観などに依存してし

か決められないということが往々にしてありうるからである。なにが利益かということ自体が価値に関わる前提問題を抜きにしては決められないのである。したがって、なにが共通の利益かということも含め、相争う諸「公益」のなかからなんらかの社会的な認知を得るという形で、時代時代の「公益」が形成され、また変化していくというように考えるべきものであるように思われる。社会的認知の形はさまざまにありうるし、諸「公益」はさまざまなレベルで重層的に成立しうるものである。そしてまた場合によっては相互に矛盾するというようなこともあるということになろう。」(『コモンズと公共空間』41～42頁)

続けて次のようにも述べています。

「身近な環境の保全の重要性が意識され、場合によっては地域における環境保全のための紛争が生じるような事態の進行のなかで、公共性の姿は以前とは大きく異なるものとして考えられるようになった。すなわち、公共性は、地域の土地利用などのあり方を嚮導すべく、まずは地域的な共通利益を基盤として地域住民の協働のなかで形成されていくべきものであるとともに、重層的に成立するものとされる。もちろんさまざまなレベルでの調整が必要になるのはいうまでもないが、国家的公共性が地域的公共性に絶対的に優越する地位を与えられるというものではない。さらにいうなら、公共性を成立させるひとつの柱は民主主義的な手続であるが、実質的な民主主義が成立しうる集団の規模はそれほど大きくなく、公共性を小さな共同性を基礎に重層的に積み上げることはそのような面からも要請されているということができる。コモンズ論による＜公・共・私＞の三分法の提唱は、＜公・共・私＞の三分法それ自体が曖昧で、問題がないとはいえないとしても、日本における＜公＞のあり方への批判と新しい＜公＞のあり方を模索する先駆的な試みとして評価すべきものであろう。」(『コモンズと公共空間』42～43頁)

これで確定的な答えが出せたと考えているわけではありませんが、これがこの時点におけるこの問題についての私なりの暫定的な回答で、一応は〈公・共・私〉論についての評価との接合も意識したつもりです。

一方では〈共〉を〈小さな公〉と位置付ける考え方も有力で、その立場に立てば、それぞれの共同体にはそれぞれのスケールの〈公〉的關係性が存在するということになります。私はそうではなく、実質的な共同の利益である〈共〉と、そのような共同の利益であることを基礎としつつも、その社会に応じた共同の利益としての承認の手続きを経た〈公〉とを一応切り分けて考えるという立場に立つことを表明したわけです。しかし、小さな共同体は小さな共同体としての承認の手続きをもつということも可能ですから、このようなく〈共〉と〈公〉の区分けが本当に成り立つかどうかについては、またいろいろと考える必要があると考えています。ただ、少なくとも〈共〉＝〈小さな公〉というだけで済む問題ではないということは確かなのではないのでしょうか。

先にも述べましたように、〈公・共・私〉のかかわりについて、コモンズ論の中でも単純なく〈公〉と〈私〉の否定論に立つ人はいないといってもいい状況になってきていると思うのですが、加えて今日においては、〈公・共・私〉の重層的なかかわりあいの中で単純に〈私〉や〈公〉よりも共的価値が優先する、したがってまた常に共的ルールが優先して適用されるべきだとする立場に立つこともできないということを確認しておくことは重要だと思います。このことは原田純孝先生らの都市法に関する研究における人権の位置付けなどから学びました。

さて、コモンズを上記のようなものだと考えるとすると、そのコアの部分を入会や財産区が占めることは当然として、その他多くの社会関係、およびそれが管理し利用する対象物をコモンズとして評価できるということになります。さきほど土地利用に関連して、狭義コモンズとして入会、広義コモンズとして土地利用規制を挙げたのは、そのような趣旨を土地利用

の場面に適用したものです。こう考えると、私の言葉でいう広義コモンズをどのようなものとして定義し理論化するかという点の方にそれぞれのコモンズ論の特徴が出るということができると考えています。

コモンズとしての入会

このように見たときに、現実存在する日本の入会は狭義コモンズの中核を占めるものとしてコモンズとしての確固たる位置をしめるものということができるかと言えば、そうではないのではないのでしょうか。すなわち、実は今日における日本の多くの入会はコモンズと評価できるようなものではなくなっているのではないか、という疑問を抱いていたというのが、私がコモンズと入会という問題に取り組むことになった出発点です。

私は畑穰先生や黒木三郎先生など入会について研究されてきた先生方にお世話になる中で研究者を目指すようになったのですが、はじめは土地問題や土地の利用規制の問題には興味があったのですが、特に入会を研究対象にしようとは考えていませんでした。入会の問題に取り組むようになったのは、関西土地問題研究会がコモンズというテーマを掲げるようになったことと、もう一つは三瓶山における入会調査に参加していろいろなことを考えさせられたのがきっかけです。

三瓶山の上には入会地があり、牧草地として利用されているのですが、当時実際に利用している入会権者は一人だけで、入会の運営は地元の三瓶市の職員の方が市の業務として行っていました。入会に関係する地域出身の市町村職員の方が市町村の業務として入会の管理業務を行うというのはよくあることなのですが、三瓶ではそのことも影響してか入会の自律的管理が行われなくなり、この入会地のより積極的な利用の展開を阻んでいるように見えました。

また、入会の構成員をどのように決めるかということに関して次のような問題を感じていました。私は龍谷大学に勤めるようになってからは大津

市の湖南アルプスのふもとに住んでいるのですが、そこは古くからある農村集落の中に高度経済成長期以降に新たに大きな住宅団地が作られたところです。古くからそこに住んでいる人の家はそこの入会の構成員なのですが、人口として多数を占めることになった新規居住者の家はその入会団体の構成員とはされていません。入会地の利用や管理には過去からの活動の蓄積があるのが普通で、その意味では新規参入者が簡単に入会構成員とされないということにはそれなりの合理性がある場合も多いのですが、地域住民が主体となって地域資源の管理・利用を行うというコモンズ的な観点からは問題があると感じていました。古い農村社会の中に、あるいは農村社会の隣で住宅開発が行われたというようなところでは、入会の構成員についてこのような扱いになっているところが多いのではないのでしょうか。

入会地の利用の形態、さらには入会団体の形態が歴史とともに変化する中で、現在の入会にはたしてコモンズたる実質を備えているということができるのでしょうか。コモンズと入会という問題について考えたときにまず考えたのはこのようなことでした。

入会と財産区

『コモンズ論再考』を出版したのが契機となり、コモンズを主な研究対象とする研究プロジェクトに加わることになりました。このプロジェクトは同志社大学の室田武先生が主宰しておられ、様々な分野の研究者が参加していました。この研究会の活動は私がコモンズについての理解を深めるうえで大変有益でした。また、私の方としては入会などについての法学的議論の枠組み、法学的議論の成果を法学分野以外のコモンズ研究者の方に伝え、実際にそれがうまくできていたかどうかはともかく、法学とそれ以外の分野とのコモンズや入会に関する議論における通訳のような役割を担うことになりました。

入会と財産区との関係や歴史についての理解は法学者にとっても難しい

ものですが、法学分野以外の研究者の多くは、たとえば財産区について、法学的な入会研究者のなかでは主流となり、基本的には裁判所によっても採用されている川島武宜さんや渡辺洋三さんの入会理論、財産区理論ではなく、いわゆる自治省（その後総務省）の行政解釈の方に依拠した理解をしているのが普通です。

地方行政の担当者は、形式的に自治省側の解釈に従いつつも実質的には入会として扱うという場合と、形式だけでなく実質においても自治省解釈に従う場合の2通りに分かれるのですが、どうも近年においては自治省・総務省解釈が入会・財産区構成員の間でさえ普及してきているような気がします。通常のコモンズ研究者はどうしても自治省流の財産区解釈に引張られることになるのだと思います。最近では、法学者内部で入会や財産区についての理論的な議論をするだけでは現実のこのような動きをとめることはできない状況になっているのではないかという気がしています。

入会権とは

さて、ここまでは入会や入会権についての説明を全くせずに話を進めてきました。入会は今の学生の皆さんの実際の生活からは大分遠いものになっていると思いますし、入会権については民法典の物権のところ条文が置かれているのですが、この問題に関心を人一倍持っている私が物権法の授業を担当していたときでさえ、1回の授業時間全てをこれにあてて詳細な説明をするというようなことはありませんでしたから、学生の皆さんにとってはここまでの説明も随分とわかりにくかったと思います。日本の入会権規定の世界的な入会関連法の中での特徴というような議論をする前に、ここでもまずは日本の入会権および入会権論について簡単に確認しておくことにします。

入会は長い歴史を有しており、遅くとも江戸時代ごろには、各農家はそれぞれが支配する農地において農耕を行うものの、山林や草地などからな

る入会地において、農家の連合体である村の規制の下に、柴や下草、枯葉や枯れ枝、果実や山菜などの肥料や燃料、食料などを採集し、その採集物を自己の農地や生活のために利用するというような形で、入会は農業や生活のなかに組み込まれて存在していました。このような入会の利用形態は入会の古典的利用形態とよばれるようになったものです。入会的な資源利用の形が早い時期から多様であったということを忘れてはならないのですが、少なくとも第二次世界大戦後に入会地において植林が広く行われるようになるまではこのような入会稼ぎと呼ばれる入会の利用の形が入会利用の主要な形態であったというのもまた確かです。このような利用形態が時代とともに変化し、江戸末期頃から巨視的にみれば入会的利用形態の解体過程が進行してきたということができませんが、その後も少なくとも多くの入会が存続し、第2次世界大戦以前においては、入会地の産物が農耕を支える重要な役割を担ってきました。

第2次世界大戦後には、木材不足の中で入会地への植林が進められることとなります。そしてそれを一つの契機として、さらには化学肥料の導入などによって、入会地の産物の農業的な利用が大きく減退しました。またその後木材輸入が本格化することによって、一般的に言えば入会地の利用自体が大きく減退して今日に至っています。

第二次世界大戦後には入会利用の形は大きく変化しましたので、それ以前の入会理論に基づいて入会権の消滅、解体としてそれを理論化していくという可能性もあったと思うのですが、いわゆる入会稼ぎとは別の形での入会地の利用を入会的利用形態の多様化として理論化して、第二次世界大戦後の入会の存続に大きな力を与えたのが、川島武宜さんの入会権論です。

川島さんは入会稼ぎという利用形態の存否によって入会権の存否を判断するそれまでの入会権論を大きく転換し、入会集団、および入会集団と入会権の対象たる入会地との結合関係に着目して、入会について大変幅広い定義を与えることにより、少なくとも結果的には、入会稼ぎが衰退した入

会地における入会の存続を大きく擁護する議論を展開しました。そしてその理論は戦後における主流の入会権論となります。

川島さんは、入会権の本質を入会稼ぎというような入会の利用形態にみるのではなく、入会集団の性格とそのような集団による入会地把握の特殊性の中にみる入会理論を構築しました。すなわち川島さんは、入会権の主体たる村落共同体は相互に平等な構成員からなる仲間の村落共同体であり、この共同体の特徴は入会集団自体が法人のようにその構成員から独立した別の権利主体とはならず、多数構成員の集合にすぎないことにありました。ここから全員一致の原則など入会に特徴的な諸慣行を、単なる事実上の慣行としてではなく、このような団体に必然的な慣行として説明しています。

また、入会の核心を入会集団のこのような性格に見るという立場をとることにより、入会の多様な利用形態を認めることが容易になりました。彼は、入会の利用形態の中には、入会稼ぎのような古典的利用形態に加えて、入会集団が団体として直轄事業を行い、その産物を自ら取得する直轄利用形態、入会地を分割して個々の入会権者に割り当ててそれぞれに個別的利用をする（ただし、何らかの形で団体全体の規制に従う）分割利用形態、そして入会集団が個々の入会権者や入会権者以外の者と契約を結んでそれらの者に入会地を利用させる契約利用形態などがあるとしています。

このような立場に立つと、戦後一般化する入会地の植林による利用は当然のこととして入会の利用形態の中に含まれることになります。そしてそれだけでなく、入会集団により利用管理されている土地以外の様々な財産についても、それが入会的利用の対象とされているとみるのが極めて容易になります。彼の理論により入会概念が大きく拡大したことになります。

また、彼はおそらく、近代社会において入会的な関係は漸次的な消滅過程にあると考えていたと思いますが、安易にその消滅を認めることには異を唱えていました。加えて、彼は入会権が私権として憲法上保護されるこ

とを強調することにより、いわゆる入会私権論を強力に擁護しました。

日本の入会権法の特質

室田先生の研究プロジェクトに参加する中で、私の関心は入会というコモンズが近代法にどのような形で取り込まれてきたのか、さらには入会に関する裁判所や研究者の理論はどのように形成されていき、コモンズの法的構成という観点からみた日本法の特質はどのようなところにあるのかという点に移っていきました。入会に関する法を世界的な文脈の中で考えるというのは大変面白い、意義深い問題だと考えるようになりました。

日本の民法典は、共有の性質を有する入会権については263条で、共有の性質を有しない入会権については294条でそれぞれ以下のように定めています。

民法263条「共有の性質を有する入会権については、各地方の慣習に従うほか、この節の規定を適用する。」

民法294条「共有の性質を有しない入会権については、各地方の慣習に従うほか、この章の規定を準用する。」

これらはいずれの規定も2006年に施行された民法口語化のための規定改正により現代語化のための文言の変更を経たものですが、1898年に施行された規定から内容的な変更はありません。

これらのいう共有の性質を有する入会権とは入会権者達が地盤所有権を共有する場合のこと、共有の性質を有せざる入会権とは他の者が所有する土地において入会集団が利用権的な（地役権ということになると思われます）形で権利を行使する場合のことを指すものと理解されています。

詳細な説明は省略しますが、民法典の中に入会権についての実定的な規定が置かれていること、そしていずれの入会権もまずは各地方の慣習に従

うとされていることが、コモンズについての実定的な規定の仕方として日本民法が有する大きな特徴です。また、権利内容等についての詳細な説明がなされないということ自体は入会権に限らない民法典の規定一般の特徴ということができますが、入会権について慣習を一次的な法源として指定するというのは日本民法の規定のなかでも極めて異例なものということができるでしょう。

近代法体制が成立するなかでそのような形で入会権についての実定法的な規定が置かれたことの意味については、基本的には他の国々におけるコモンズ的な関係についての法的扱いとそれが現実のコモンズ的な社会関係に与えた影響についての検討を何歩か進めた上で考えないといけないと思います。しかし、あくまでも表面的なレベルでの理解にとどまりますが、このような日本における入会権の扱いは、一方では川島入会権論のような時代に即した柔軟な入会権論の構築を可能にしたという側面と、他方では多くの入会を財産区と理解するような行政解釈の横行を阻止できないというマイナス面の両面の効果をもたらしてきたということはいえるように思います。

もう一点付け加えるなら、日本の明治以降の入会権論は、単純に前近代的な入会の在り方をそのまま法制化したり、そのような方向での解釈論の確立を目指すものではなく、近代法的な所有権制度に馴染みにくいコモンズ的な特徴を残しつつも、全体としてはそれを近代的な所有権制度に接合させようとする理論的な取り組みの産物として理解すべきものだと思います。

イギリスのコモンズ

近代的民法秩序の中に取り込まれた日本の入会関係規定のコモンズ法としての特徴を探るという上記の研究の必然的な流れとして、私はイギリスのコモンズおよびコモンズ法の研究へと進むことになりました。これはま

さに現在進行形で、調査の成果に基づいた議論を展開するというようなことができる段階には達していませんが、コモンズ法としての日本の入会法を相対化して理解してもらうために、ここでイギリスの入会について若干の説明をしたいと思います。

実はコモンズというのは元々はイギリスの入会的な土地利用の仕組み、およびそのような利用の対象地のことを指して用いる言葉です。これが後になって、一般的な用語として自然資源などを共同で利用管理する仕組みやそのような利用管理の対象たる資源を指す言葉としても使われるようになりました。

イギリスの実定的な制度としてのコモンズとはどのようなものか、日本の入会と対比させながら見てみましょう。

イギリスでは日本の入会権に近い権利として、他人の土地から特定の自然資源を採取する権利があり、コモンの権利とよばれています。これは採取できる対象に応じて放牧入会権、採木入会権、泥炭採取入会権などに分けられます。たとえば放牧入会権というのは主要なコモンの権利の一つですが、放牧入会権の権利者たるコモナーは牛や羊の口を通して草を採取する権利を有するとされています。

この権利は他人の土地における一定の自然産出物をその土地の所有者とともに採取する権利であり、コモンの権利のコモンはみんなのものというような意味ではなく、土地所有者と「ともに」採取できるということからきていると説明されています。日本における共有の性質を有する入会権のような権利も例外的には存在するのですが、それはコモンの権利から概念的に外されています。また、コモンの権利はそれぞれの権利の行使として採取できる対象に応じて存在するものとされているというのも、日本の入会権とは異なります。

このコモンの権利は個別性を特徴とすると言われています。要するに各コモナーそれぞれの権利であり、コモナー集団の規制が働くということを

予定していません。もっとも、封建時代には莊園裁判所などを通して過剰利用を防ぐための利用の調整などが行われており、それが放牧できる牛や羊の数的制限などとして権利内容にも反映されていたのですが、共同性を示す要素はコモンズ法の近代化の中でそぎ落とされていったものと思われます。もっともこの点については、私はまだ実証的な研究により確証を得るには至っていません。

コモンの権利はコモナーがコモンズ内外の土地に対して有する権利と関連付けられていて、一定の土地の自由保有権や贍本保有権に付随するとされるのが一般的です。コモンの権利が莊園法的な淵源を有することからするとこれも当然の原則のように思われますが、特定の土地の権利と関係を持たないものもあり、そうするとそのコモンの権利については実質的に地域的な制約も外れることになりますので、遠隔地から羊などをコモンズまでトラックで運んで放牧するというようなことも実際に行われており、コモンズの地域的な管理という点から問題となっています。

本当に簡単な説明しかできませんが、こう見てくると同じように＜共＞を担う制度でありながら、イギリスのコモンズに関する法理と日本の入会権とは大きな違いがあります。日本の入会権が第一次的には慣習を法源とすることにより、共同性を法的なレベルにおいては放逐していったイギリスのコモンズよりも対象地の共同的な管理の維持に貢献したことは間違いないと思います。

イギリスではコモンの権利が個別的な権利とされていきましたので、コモンズの管理をどのようにしていくかということは古くから問題とされてきました。20世紀の半ばからは政府においても立法的対応のための検討がされるようになりました。そして1955年に設置されたコモンランドに関する王立委員会での検討を経て、1965に主に入会地の登記を可能とする1965年コモンズ登記法が制定されます。そしてその後の紆余曲折の過程を経て、なんと2006年になってようやく、コモンズの管理問題などの改善を目指す

2006年コモンズ法が成立します。

この法律は1965年コモンズ登記法がコモンズの過大な登記をもたらしただという問題点に対処するとともに、各コモンズの管理機構としてのコモンズ評議会の設置を可能としました。

コモンズ評議會はコモンズにおける農業活動の管理、植物の管理、コモンズの権利の行使についての管理を行うものとされています。コモンズ評議會はあくまでも当事者のイニシアティブのもとに設置されるもので、設置が強制されるものではありませんが、現実的には、コモンズ評議會は環境に優しい農業の実施を約束することと引き換えに補助金を得るという農業環境スキーム等に合意する権限を有しており、評議會の設置により合意の形成が容易になりますので、そのことを通じて逆に評議會の設置が促進される仕組みになっています。

コモンズ評議會の設置を目指す立法や、農業環境スキームによる環境に優しい農業を目指した補助金政策の効果についてはまだ十分な検討ができていませんが、性急な成果を求めるのではなく、権利保障に配慮しながら時間をかけてコモンズの問題に取り組み続ける姿勢には正直驚かされます。

コモンズとしての入会権の課題

近年、高村学人さんなどにより、所有者不明土地問題に対処するための諸立法が実施される中で、本来的に登記が認められていない入会権が一般の相続未登記の土地所有権等と区別されずに扱われることにより、入会地が通常の共有地等の中に紛れ込むなどして入会地たる扱いを受けなくなってしまうおそれが高まっているとの重要な指摘がなされています。

そのような問題が生じるにあたっては、入会権の登記や代替的な公的登録の制度を構築してこなかったことが影響していることは間違いないのですが、このような問題が現実が生じるに至ったのは、入会権が実質的には行使されず、当該入会の入会権者のなかでさえ入会権の存在や入会地の場

所が曖昧化するという状況が広がってきているという実態があるということとをしっかりと押さえておく必要があります。

私は＜共＞を担うコモンズの原理は基本的にもっと拡大していったと考えています。入会的な土地利用・管理の対象となっている土地は、入会地利用の来歴からして、身近な二次的自然として、一般的な用材生産の場などとしての価値に加えて、環境、防災、景観など、社会全体にとっての重要な価値にかかわる場であることが多いということが出来ます。純粋な自由経済のもとではそれにふさわしい利用や管理が行われるという保証はありません。その時々状況に応じて、入会地に対する、一定の利用の方向付けと関連づけた支援の制度化が適切に行われる必要があることを強調したいと思います。

もちろん、ここでも共的原理を強調すればすむという問題でないことは確かです。＜共＞の暴走を止める人権などの原理が必要に応じて機能することが重要であるということもまた最後に繰り返して、最終講義を終わることにします。

EUにおける製造物責任指令の改正

カライスコス アントニオス

I はじめに

近年、欧州連合（EU）では、EUレベルでの消費者法の展開がすさまじい勢いで進められている¹。そして、中でも特に目立つのが、社会のデジタル化やオンライン化への対応である²。このような対応は、消費者法の領域において、様々な角度から実現されている。そして、そのような角度の1つとして、製造物責任が挙げられる。すなわち、製造物責任法における「製造物」にソフトウェアが含まれるのか、製造物に組み込まれ、あるいは製造物と相互接続されている人工知能（AI）に欠陥があった場合の責任をどのように考えるのか、製造物のソフトウェアのアップデートやアップグレードが継続的にされ、それがなければ製造物が正常に機能しないような場合においても、製造物の欠陥の有無を製造物が製造業者によって引き渡された時点という1つの時点だけを基準として評価することによ

1 EU消費者法における展開の分析として、中田邦博＝カライスコス アントニオス「EU消費者法の現代化——消費者の権利の実効性確保に向けて——」中田邦博＝鹿野菜穂子編『デジタル時代における消費者法の現代化』（日本評論社、2024年）168頁以下を参照。

2 EUにおけるデジタル化への法対応については、たとえば、クリスチャン・トゥイグ＝フレスナー（カライスコス アントニオス訳）「デジタル化と法——EUにおける最新の動向」中田邦博＝鹿野菜穂子編『デジタル時代における消費者法の現代化』（日本評論社、2024年）217頁以下を参照。

いのかなどといった課題について、日本でもこれまで製造物責任法の領域において議論がされ、検討が加えられてきたところであるが³、EUでは、このような問題を正面から捉えて規律するべく、新たな製造物責任指令が2024年10月に採択されたのである（詳細については、後述する）。

新指令は、EUレベルでの法であり、EU加盟国を対象としてこれを国内法化する義務、すなわち、その内容に沿った形で国内法を整備する義務を課すものである。したがって、日本国内における製造物責任の在り方に直ちに直接影響を与えるものではない。他方で、EUに向けて日本から輸出される製造物については当然ながら新指令が適用される。また、これまでのEU法で度々そうであってきたように、ここでも、EU法のいわゆる「ブリュッセル効果」が生じ、その影響が世界的に波及することが予想される⁴。そのような影響力と、改正の内容が前記のように日本でも議論されてきた課題と一致するところが大きいこともあり、新指令に関連する展開は、日本でも注目を集めている⁵。そこで、本稿では、日本に向けた製造

3 これらの点について考察する論文として、伊藤崇「製品安全に関する法律の整理と課題」国民生活研究63巻2号（2023年）17頁以下、平野普「AIネットワークと製造物責任——設計上の欠陥を中心に」情報通信政策研究2巻1号（2018）45頁以下、岩崎優貴「自動運転と製造物責任法」国民生活研究64巻1号（2024年）59頁以下などがある。

4 この視点からの新指令の分析として、Gerhard Wagner, *Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect*, Forschungsinstitut für Recht und digitale Transformation, Working Paper Series(2023)、およびPhilipp Hacker, *The European AI liability directives – Critique of a half-hearted approach and lessons for the future*, Computer Law & Security Review, vol. 51 (2023) を参照。

5 関連する文献として、たとえば、若林三奈「EU製造物（欠陥製品）責任指令提案の現在——2024最終文書の概要——」龍谷法学57巻2号（2024年）87頁以下、小塚莊一郎「AI製品に対応したEUの製造物責任ディレクティブ改正」情報法制研究15号（2024年）37頁以下、前田太郎「EUにおける製造物責任指令改正案のドイツ法を踏まえた概観——日用品に搭載されたAIシステムによる人身侵害事例を例にして」国民生活研究64巻1号（2024年）22頁以下、大塚直＝石巻実穂「欠陥製品に対する責任に関する欧州議会及び閣僚理事会指令案」環境法ノ

物責任の将来的なあり方を考察するための基礎材料として、EUにおける改正の経緯や内容を取り上げて解説することとする⁶。

II 1985年のEU製造物責任指令について

1 序

EUにおける製造物責任をEUレベルで初めて規律したのが、1985年に採択されたEU製造物責任指令85/374/EECである（以下、「旧製造物責任指令」という）⁷。旧製造物責任指令は、日本の1994年の製造物責任法の制定の際にモデルとして用いられており⁸、両法の規定を比較すると、重要な違いがありつつも、基本的な部分においてかなり類似していることが分かる。旧製造物責任指令は、その採択後、本稿で取り扱う近時の大改正の他には、1999年に指令1999/34/EC⁹によって改正されている。この改正によ

ㄨ 研究17号（2023年）205頁以下、柴田龍「AIによる権利侵害と民事責任」新美育文ほか編『不法行為法研究④』（成文堂、2023年）93頁以下、福岡真之介「AI民事責任・製造物責任——EUのAI責任指令案・製造物責任指令改正案を踏まえて」NBL1237号（2023年）28頁、フォルカー・ミヒヤエル・イエーニツヒ氏講演録（メンクハウス・ハインリッヒ監訳）「ドイツ法における自動運転の賠償責任」法論96巻4＝5号（2024年）115頁以下などがある。

6 なお、旧製造物責任指令の改正に向けた経緯も含めて、日本の製造物責任法との比較法的な分析および考察を行う文献として、米田俊樹ほか「製品事故救済に係る民事法制に関する国際研究」（プログレッシブ・レポート、2023年）を参照。また、日本の製造物責任法の分析として、さしあたり、宮下修一ほか『消費者法』（第2版、有斐閣、2024年）281頁以下〔カライスコス〕、中田邦博＝鹿野菜穂子編『基本講義消費者法』（第5版、日本評論社、2022年）372頁以下〔永下〕を参照。

7 Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

8 大村敦志『消費者法』（第4版、有斐閣、2011年）106頁などを参照。

9 Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States

り、旧製造物責任指令における「製造物」の範囲が、農畜水産物にも拡大された。すなわち、1999年に改正される前の旧製造物指令では、「製造物」の概念から、農畜水産物の原材料および狩猟鳥獣が除かれていたところ（旧製造物責任指令2条）、1999年の改正後は、この除外が削除されている。この改正のきっかけとなったのは、イギリスをはじめとするヨーロッパ諸国での牛海綿状脳症（BSE）の影響だった¹⁰。BSEの広まりによって失われつつあった、イギリス産の牛肉を初めとするヨーロッパ産の自然産物への信頼を取り戻すために、政策的に行われた規制強化として位置づけられる。

2 いくつかの基本項目

以下では、新製造物責任指令における規制内容をよりの確に把握するための前提として、旧製造物責任指令におけるいくつかの基本項目について、その内容を確認していきたい¹¹。

（1）「製造物」の概念

旧製造物責任指令では、「製造物」の概念は、他の動産や不動産に組み込まれているものも含め、すべての動産をいうものとして定められている。また、「製造物」には電気も含まれる旨が明記されている（旧製造物責任

↘ concerning liability for defective products.

10 たとえば、朝見行弘「製造物と部品・原材料」ウェブ版国民生活116号（2022年）35頁。

11 旧製造物責任指令の内容に関する分析としては、さしあたり、Piotr Machnikowski, *European Product Liability*, Intersentia, 2016; Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner and Thomas Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2019, pp. 258 ff.; Stephen Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Second edition, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 172 ff.; Norbert Reich and others, *European Consumer Law*, Second edition, Intersentia, 2014, pp. 239 ff.を参照。

指令2条)。

(2) 製造物責任を負う主体

旧製造物責任指令では、製造物責任を負う主体については、次のように定められている(3条)。

まず、「製造者」とは、完成品の製造者、原材料の製造者、部品の製造者、および製造物に名前、商標、その他の識別記号を付けることにより、自らをその製造者と称する者をいう(旧製造物責任指令3条(1))。さらに、製造者の責任を損なうことなく、事業の過程で販売、賃貸、リース、またはあらゆる形態の流通を目的としてEUに製造物を輸入する者は、旧製造物責任指令の意味における製造者とみなされ、製造者として責任を負うこととされていた(旧製造物責任指令3条(2))。加えて、製造物の製造者が特定できない場合、製造物の各供給者は、合理的な期間内に製造者または製造物を供給した者の身元を被害者に通知しない限り、その製造物の製造者として扱われる。EU域内に向けて輸入された製造物の場合において、その製造物が前掲3条(2)に規定されている輸入者の身元を表示していないときは、たとえ製造者の名前が表示されているとしても、同様とされる(旧製造物責任指令3条(3))。

(3) 立証責任

旧製造物責任指令では、損害、欠陥、および欠陥と損害の因果関係の立証責任は、被害者が負うこととされている(4条)¹²。

12 旧製造物責任指令における立証責任が被害者救済の障壁となってきたことについては、過去から指摘がされてきている。詳細についてはMartin Ueffing, *Directive 85/374 – European Victory or a Defective Product Itself?*, in: *Europeanisation of Private Law*, Marble Research Papers, vol. IV (2013), pp. 373 ff.; Christopher J. S. Hodges, *Product Liability in Europe: Politics, Reform and Reality*, William Mitchell Law Review, vol. 27, issue 1 (2000), pp. 121 ff.; Sa-ノ

(4) 期間制限

旧製造物責任指令では、損害賠償の責任期間は3年と定められている。この期間は、原告が損害、欠陥、および製造者の身元について知った日、または合理的に知るべきであった日から起算される（旧製造物責任指令10条（1））。さらに、製造者が損害を引き起こした製造物を流通させた日から10年を経過した時も、被害者の権利は原則として消滅する（旧製造物責任指令10条（2））。

(5) 製造者の責任の制限

旧製造物責任指令によると、契約条項をもって、被害者との関係において製造者の責任を制限または除外することはできない（旧製造物責任指令12条）。

3 適用対象

旧製造物責任指令は、欧州経済領域（EEA）¹³で販売されるすべての製造物に適用される。ただし、財産的損害（欠陥のある製造物そのものを除く）に対する補償は、最低500ユーロのしきい値で、個人使用または消費用の製造物に限定される（旧製造物責任指令9条（b））。

4 製造者の免責

旧製造物責任指令では、製造者は、特定の条件の下で責任を免れる旨が定められている。たとえば、次の事項のいずれかを証明した場合である。まず、自ら製造物を流通させたわけではないこと（旧製造物責任指令7条

↘ die Whittam, *Mind the compensation gap: towards a new European regime addressing civil liability in the age of AI*, International Journal of Law and Information Technology, vol. 30, issue 2(2022), pp. 249 ff.などを参照。

13 1994年に発足した、EU加盟国と、欧州自由貿易連合（EFTA）加盟国であるノルウェー、アイスランドとリヒテンシュタインによって構成される共同市場。

(a))である。次に、欠陥が、公的機関による強制的な規制への製造物の準拠によるものだということ（旧製造物責任指令7条（d））である。さらに、製造物が流通した時点での科学的または技術的知識の水準では、欠陥を発見できなかったこと（旧製造物責任指令7条（e））である。

Ⅲ 改正に向けた経緯

1 5年ごとの報告書

欧州委員会は、旧製造物責任指令の適用について、EU司法裁判所の判例の動向を追跡し、得られた情報や苦情を分析し、5年ごとに欧州連合理事会と欧州議会に報告している（旧製造物責任指令21条に基づく報告である）。改正までの間に、これに従い5つの報告書が提出されている。すなわち、第1報告書は1995年に¹⁴、第2報告書は2001年に¹⁵、第3報告書は2006年に¹⁶、第4報告書は2011年に¹⁷、そして、第5報告書は2018年に¹⁸

14 First report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products - COM(95) 617 final.

15 Report from the Commission on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products - COM(2000) 893 final.

16 Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Third Report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products(85/374/EEC of 25 July 1985, amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999)- COM(2006) 496 final.

17 REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE Fourth report on the application of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament

それぞれ公表されたのである。第5報告書は、2011年から2015年までの期間を対象とするもので、その結論部分では、「第四次産業革命——責任に対する実践的なアプローチ」として、それに沿った改正の必要性に言及されている¹⁹。

2 外部調査を含む公式の評価

(1) 公式評価

2018年に、旧製造物責任指令の評価に関する公式の文書が欧州委員会によって公表された²⁰。この公式評価は、モノのインターネット（IoT）や

↘ and of the Council of 10 May 1999 - COM(2011) 547 final.

18 REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products(85/374/EEC)- COM(2018) 246 final. 第5報告書の和訳として、夏井高人「製造物責任指令報告書COM(2018) 246 final[参考訳]」法と情報雑誌3巻9号（2018年）269頁以下がある。第5報告書に関連する評価プロセスが開始された際に、EUにおける第2層の消費者団体（加盟各国における代表的な第1層の消費者団体を構成員とするもの）である欧州消費者機構（BEUC）は、「REVIEW OF PRODUCT LIABILITY RULES: BEUC Position Paper」と題する意見書（ポジション・ペーパー）を公表している。その内容は、同機構のウェブサイトhttps://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2017-039_csc_review_of_product_liability_rules.pdfで閲覧できる。本稿で引用するウェブサイトは、いずれも2025年1月15日に最終アクセスしたものである。

19 第5報告書8頁以下。

20 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products(85/374/EEC)- SWD↗

自律システムなどの技術進歩を考慮に入れながら、旧製造物責任指令の有効性、効率性、一貫性、関連性、そしてEUにもたらす付加価値を評価することを目的としていた。公式評価では、「有効性——製造物責任指令がどの程度その目的を達成したかを評価する」という大きな枠組み（公式評価の項目「5.1.」）の中で、次の事項について検討されている。すなわち、厳格責任準則の調和と効果的に機能する国内市場に対する有効性（項目「5.1.1.」）、消費者の損害賠償請求権と消費者保護に対する有効性（項目「5.1.2.」）、および、新しい技術開発に対する有効性（項目「5.1.3.」）である²¹。その際、コストと利益についても詳細な分析が行われている。

（2）外部調査

2018年に公表された外部調査の報告書²²は、前記の公式評価をサポートするために委託された外部調査に基づくものであり、2000年から2016年の期間における28の加盟国全体での旧製造物責任指令の機能と実績を検討するものである。外部調査は、旧製造物責任指令の潜在的な欠点を特定し、新たな技術開発へのその適用可能性を評価することに焦点を当てている。以下では、外部調査の内容のうち、本稿との関係で特に注目に値すると思われるいくつかの項目に焦点を当てていく。

まず、「裁判所に持ち込まれた訴訟と勝訴率」という項目（項目「4.6.」）がある²³。これによると、2000年から2016年までに、EUでは、旧製造物責任指令の規定に基づく訴訟が少なくとも798件提起されている。訴訟の対象となっている製造物は通常、訴訟が提起された加盟国で製造され

↘ (2018) 157 final.

21 公式評価21頁以下。

22 Evaluation of Council Directive 85/374/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products – Final Report.

23 外部調査報告書21頁以下。

ており、被告はほとんどの場合、完成品の製造者である。原告が、旧製造物責任指令を該当する加盟国において実施する国内法を援用する場合もあるが、裁判所は、このように旧製造物責任指令が援用された訴訟の20%において、同指令以外の法的根拠に基づいて損害賠償を認めている。原告が損害賠償を得ることに成功した裁判件数については、2000年から2016年にかけて、欠陥のある製造物に関する訴訟の約60% (798件中476件) で請求が認容されたと記されている。

次に、「消費者が損害賠償を求める際に直面する困難」という項目（項目「4.7.」）がある²⁴。これによると、欠陥のある製造物に対する請求が棄却される最も一般的な理由は、立証責任、具体的には欠陥の立証と欠陥と損害の因果関係の立証の困難性である。この2つの立証のいずれかに失敗した件数を合計すると、棄却された件数の53%を占めるといふ。また、立証は、特に医療および製薬の分野において困難であるとの記述がある²⁵。

加えて、「新しい技術開発に関連して国内裁判所に提起された訴訟」という項目（項目「4.8.」）がある²⁶。そこでは、加盟国レベルにおける机上調査により、ブルガリアにおいて、新たな技術開発に具体的に関連する請求（製造物責任に関するもの）が行われた事例が1件だけ特定されたと説明されている。この訴訟は、購入後に様々なソースからのソフトウェアやアプリケーションをインストールできる製品であるストレージ・ユニットに関するものであった。そこでの争点は、ストレージ・ユニットに欠陥があり、誤動作していたため、コンピューターがそれを認識できなかったことに関するものであった。その結果として生じた損害は、外付けハー

24 外部調査報告書23頁以下。

25 なお、日本における製薬の分野と製造物責任について分析する論文として、Fumihito Nagano and Antonios Karaikos, *Pharmaceuticals products liability in Japan*, *Pharmaceuticals Policy and Law*, vol. 20, no. 1-4 (2018), pp. 59 以下がある。

26 外部調査報告書24頁以下。

ド・ディスクの欠陥によって保存された情報が失われたことであった。原告は、約800ユーロ（1600ブルガリア・レフ）の損害賠償を求めたが、結局、欠陥が発生する前に情報が外付けディスクに保存されていたことも、情報の損失によって被った損害も証明することができなかったという。

3 パプコメ

旧製造物責任指令の改正に向けて、前記の公式評価の一環として、欧州委員会は、旧製造物責任指令の評価に関するパプコメ手続を行った²⁷。このパプコメの目的は、旧製造物責任指令の適用とパフォーマンス、特に新しい技術開発によって生じる課題との関連性について、利害関係者のフィードバックを収集することにあった。パプコメの結果の概要（以下、「パプコメ結果概要」という）は、2017年5月に公表されている²⁸。以下では、いくつか本稿と特に関連性のある項目について、結果の内容をより詳細に見ていく。

(1) 旧製造物責任指令の適用に関する認識と実務経験²⁹

この項目については、回答者の大多数（74.6%）は、旧製造物責任指令に定められた準則を認識していると回答した。製造者と消費者の約4分の1、およびその他の回答者（公的機関と市民社会）の半数以上が、旧製造物責任指令の実務経験があると述べている。最も頻繁に発生した事案は、電気機器、機械、自動車、ソフトウェアと通信、医療機器、医薬品、化粧品に関するものであった。また、損害賠償が認められた事案では、訴訟を通じてではなく、裁判外で取り決めることが多いようである。

27 その詳細については、欧州委員会のウェブサイト<https://ec.europa.eu/newsroom/growth/items/453590/en>を参照。

28 結果の概要は、欧州委員会のウェブサイト<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/23471>からダウンロード可能である。

29 パプコメ結果概要2頁以下。

(2) 革新的な技術開発を含む指令のパフォーマンス³⁰

この項目については、回答者の85%以上が、旧製造物責任指令は消費者と製造者のいずれにとっても有利であると考えている。なぜなら、消費者がEUのどこにいても同じ権利を享受でき、旧製造物責任指令で規定されている製造物責任準則がすべての加盟国で同じとなっているからである。また、回答者の68%は、旧製造物責任指令は製造者の利益と消費者の利益の公平なバランスを保っていると考えている。製造者の利益と消費者の利益の公平なバランスに関するこの見解は、パプコメに寄せられたほとんどの意見表明書（ポジション・ペーパー）にも明示的に記載されている。

製造者と消費者の半数強（52%）は、旧製造物責任指令は革新的な技術開発に対処する際に自らのニーズを満たすのに十分であると述べている。その他の回答者（公的機関および市民社会を含む）の48%は、旧製造物責任指令は革新的な製造物を扱う製造者のニーズを満たしていると考えており、消費者のニーズを満たしていると考えているのはわずか32%であった。

製造者の45%、消費者の58%、その他の回答者（公的機関や市民社会を含む）の44%は、一部の製造物（購入後に様々なソースからのソフトウェアやアプリケーションをインストールできる製造物、アルゴリズム、データ分析、自己学習アルゴリズムに基づいて自動タスクを実行する製造物、または関連サービスとバンドルして購入される製造物など）については、旧製造物責任指令の適用に問題があるか、あるいはその適用が不確実である可能性があると考えている

(3) 旧製造物責任指令の準則は将来に耐えうるものなのか³¹

この項目については、製造者の4分の1、消費者の54%、その他の回答者（公的機関や市民社会を含む）の40%が、旧製造物責任指令は上記の革

30 パプコメ結果概要3頁。

31 パプコメ結果概要3頁。

新的な製造物に合わせて調整する必要があると考えている。また、製造者の40%、消費者の12.5%、その他の回答者（公的機関や市民社会など）の28%は、旧製造物責任指令の準則を明確にするガイドラインに賛成している。さらに、製造者の27.5%、消費者の43.7%、その他の回答者（公的機関や市民社会など）の32%は、指令の改正に賛成している。加えて、製造者の12.5%、消費者の22.92%、その他の回答者（公的機関や市民社会など）の12%は、そのような製造物に特化した新しい法令に賛成している。これらのことから、パブコメ結果概要では、大まかに言えば、寄せられた意見書の意見の半数は、現在の規制枠組みは新しい技術開発に関連する責任問題に対処するのに十分であると考えているが、残りの半数は指令の改正を歓迎するだろうと結論付けられている。

4 専門家グループの設置

旧製造物責任指令の改正に向けて、欧州委員会は、責任と新技術に関する専門家グループ³²を設置した。この専門家グループは、2018年3月にEU専門家グループのレジスタに登録された。このグループの目的は、旧製造物責任指令の従来の製造物への適用、および、新技術や新たな社会的課題への適用可能性に関する専門知識を欧州委員会に提供し（製造物責任指令の形成）、新技術についてEUレベルおよび加盟国レベルで適用される法の可能な適応のガイドラインとして役立つ原則の策定において委員会を支援する（新技術の形成）ことにあった。このような2つの目的に照らして、専門家グループには、次の2つの構成があった。すなわち、「製造物責任構成」は、旧製造物責任指令に関するガイドラインの作成において欧州委員会を支援し、「新技術構成」は、EUおよび加盟国レベルでのより広

32 その内容、会議録や構成員等の詳細は、欧州委員会のウェブサイト<https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&do=groupDetail.groupDetail&groupID=3592>で閲覧できる。

範な責任枠組みに対する新興デジタル技術の影響を評価したのである。

5 報告書

欧州委員会は、2020年に、人工知能（AI）、モノのインターネット（IoT）、ロボット工学に関する責任と安全の枠組みのより広範な影響、潜在的な空白、および方向性に関する報告書を発表した³³。その結論の概要は、次の通りとなっている³⁴。

第1に、AI、IoT、ロボット工学などの新しいデジタル技術の出現により、接続性、自律性、データ依存性、不透明性、製品とシステムの複雑さ、ソフトウェアのアップデート、より複雑な安全管理とバリューチェーンなど、製造物の安全性と責任に関する新たな課題が生じているとされている。

第2に、報告書当時の製品安全法には、特に一般製品安全指令2001/95/EC³⁵、機械指令2006/42/EC³⁶、無線機器指令2014/53/EU³⁷、製品の安全

33 REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics - COM(2020) 64 final.

34 報告書16頁以下。

35 Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety(現在は、廃止済み)。規則 (EU) 2023/988(Regulation(EU) 2023/988 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 on general product safety, amending Regulation(EU) No 1025/2012 of the European Parliament and of the Council and Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and the Council, and repealing Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council and Council Directive 87/357/EEC) によって置き換えられた。

36 Directive 2006/42/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on machinery, and amending Directive 95/16/EC(recast)。

37 Directive 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to the making available on the market of radio equipment and repealing Directive 1999/5/EC.

性と市場監視に関する規則（EC）No 765/2008³⁸ および製品の流通の共通枠組に関する決定（EC）No 768/2008/EC³⁹ において、対処が必要な空白が数多くあると指摘されている。このような枠組みにおける様々な法令の適応に関する将来的な作業は、一貫性と調和のとれた方法で行われることになるかとされている。

第3に、安全性に関する新しい課題は、責任に関する新しい課題も生み出すと記されている。これらの責任関連の課題は、技術革新のニーズとのバランスを保ちながら、従来の技術の被害者と比較して同レベルの保護を確保するために対処する必要があるという。これにより、そのような新しいデジタル技術への信頼と、投資の安定性が生まれるとされている。

第4に、原則として、既存のEUおよび加盟各国の損害賠償法は新興技術に対処できるが、AIの課題の大きさと複合的な影響により、損害賠償が正当化されるすべてのケースで被害者に損害賠償を提供することがより困難になる可能性があると指摘されている。したがって、損害が発生した場合の費用の配分は、現在のルールでは不公平または非効率となる可能性があるという。これを修正し、既存の枠組みの潜在的な不確実性に対処するために、EUによる適切なイニシアチブを通じて旧製造物責任指令と加盟各国の損害賠償制度に一定の調整を加えることを、対象を絞ったりリスクベースのアプローチ、つまり異なるAIアプリケーションが異なるリスクをもたらすことを考慮に入れて検討できる可能性があるかとされている。

38 Regulation (EC) No 765/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 setting out the requirements for accreditation and market surveillance relating to the marketing of products and repealing Regulation (EEC) No 339/93.

39 Decision No 768/2008/EC of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 on a common framework for the marketing of products, and repealing Council Decision 93/465/EEC.

6 製造物責任改正指令提案に向けた最終的なプロセス

上記のような一連の流れを受けて、製造物責任改正指令提案に向けた最終的なプロセスがより具体的に進められた。すなわち、フィードバック期間（2021年6月30日から2021年7月28日まで）が設けられ⁴⁰、その後、パブコメが行われ（2021年10月18日から2022年1月10日まで）⁴¹、2022年9月28日に製造物責任改正指令提案が公表されたのである⁴²。製造物責任改正指令提案の公表後、フィードバック期間（2022年10月3日から2022年12月11日まで）が設けられた⁴³。

また、製造物責任改正指定提案を支える重要な文書として、次の2つがある。

第1は、2022年9月28日に公表された、旧製造物責任指令の改正の影響評価報告書である⁴⁴。影響評価報告書では、旧製造物責任指令に関して2つの問題が特定されている⁴⁵。1つ目の問題は、デジタル経済と循環型経済における一定の製造物、経済主体、および損害が、無過失責任を免れて

40 フィードバックの内容は、欧州委員会のウェブサイトhttps://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Product-Liability-Directive-Adapting-liability-rules-to-the-digital-age-circular-economy-and-global-value-chains/feedback_en?p_id=25978118で閲覧可能である。

41 パブコメの内容は、欧州委員会のウェブサイトhttps://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Product-Liability-Directive-Adapting-liability-rules-to-the-digital-age-circular-economy-and-global-value-chains/public-consultation_enで閲覧可能である。

42 Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for defective products - COM(2022) 495 final.

43 フィードバックの内容は、欧州委員会のウェブサイトhttps://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Product-Liability-Directive-Adapting-liability-rules-to-the-digital-age-circular-economy-and-global-value-chains/feedback_en?p_id=31528257で閲覧可能である。

44 Commission Staff Working Document: Impact Assessment Report, Accompanying the document: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products - SWD(2022) 316 final.

45 影響評価報告書10頁以下。

いることである。そして、2つ目の問題は、消費者が補償を受けるのに障壁に直面しているということである。これらの問題に対する政策オプションとして、影響評価報告書では次のものが示されている⁴⁶。すなわち、政策オプション1a-デジタル要素を備えた製造物および循環型経済への適応、政策オプション1b-安全関連ソフトウェア自体の組み込みと循環型経済への適応、政策オプション1c-ソフトウェア自体および新しいタイプの損害の組み込み、循環型経済への適応、政策オプション2. a-立証責任の軽減、請求に対する不均衡な制限の削減、同時に公正な利益の均衡を確保すること、政策オプション2b-立証責任の転換、である。

第2は、2022年6月に公表された、前記の影響評価を裏付ける影響評価調査である⁴⁷。そこでは、第1の目的（製造物責任指令をデジタル時代と循環型経済に適応させる）を達成するには、政策オプション1bが優先政策オプションとして特定された。また、第2の目的（請求と損害賠償の障壁を軽減する）を達成するには、関連するトレードオフを考慮すると、許容できる費用対効果比で目的を達成できる政策オプション2aが優先政策オプションとして特定された。なお、影響評価調査では、改正後の製造物責任指令の実施に関連して製造者には追加コストが発生するが、これは利益の増加によって大部分が相殺されると指摘されている。たとえば、製造物責任保険のコストがわずかに増加する可能性があるが、支払われる損害賠償額は保険でカバーされるという。そして、製造者は、消費者保護の強化と並行して、より大きな法的確実性の恩恵を受けることになることとされている⁴⁸。

46 影響評価報告書29頁以下。

47 Impact assessment study on the possible revision of the Product Liability Directive - No. 887/PP/GRO/IMA/20/1133/11700.

48 影響評価報告書のエグゼクティブサマリー10頁。同エグゼクティブサマリーは、欧州連合出版局のウェブサイト<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ba5708d0-3ed7-11ed-92ed-01aa75ed71a1/language-en>からダウンロード

7 学術的な取組み

本稿では詳細に取り扱わないが、旧製造物責任指令の改正に向けた重要な学術的な取組として、ヨーロッパ法協会（ELI）⁴⁹によって、デジタル時代に向けた旧製造物責任指令改正のための基本方針（2021年）⁵⁰と、ELI製造物責任改正指令提案（2022年）⁵¹がそれぞれ公表されている。

IV 新製造物責任指令の主な内容

本稿でこれまで紹介した一連のプロセスを経て、新製造物責任指令について、欧州議会による決定（第1読会）が2024年3月12日に行われ⁵²、EU理事会による、欧州議会決定（第1読会）の承認が2024年10月10日に行われた。そして、2024年10月23日に、指令（EU）2024/2853⁵³として採択され、同年11月18日にはEU官報に掲載され、掲載の時から20日後に発効した。加盟国は、2026年12月9日までにその内容を国内法化する義務を負う（新製造物責任指令22条（1））。以下では、新製造物責任指令における主な変更点について概観する。

↘ ロード可能である。

49 <https://www.europeanlawinstitute.eu/>

50 Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age. その概説および和訳として、中田邦博（監修／監訳）永下泰之（紹介／訳）カライスコス アントニオス＝川村尚子（訳）「ELIの製造物責任法提案の紹介と翻訳」中田邦博＝鹿野菜穂子編『デジタル時代における消費者法の現代化』（日本評論社、2024年）380頁以下を参照。

51 ELI Draft of a Revised Product Liability Directive.

52 第1読会において採択された製造物責任改正指令提案の内容は、欧州議会のウェブサイトhttps://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.htmlで閲覧可能である。

53 Directive (EU) 2024/2853 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on liability for defective products and repealing Council Directive 85/374/EEC.

1 デジタル製品への適用

新製造物責任指令では、「製造物」とは、他の動産または不動産と統合または相互接続されている場合を含む、すべての動産を意味するとされている。これには、電気、デジタル製造ファイル、原材料、ソフトウェアが含まれる（新製造物責任指令4条（1））。このように、「製造物」の概念に「ソフトウェア」が含まれることになったが、その定義規定は、特に置かれていない。これは、ソフトウェア概念が日々進化し変化する中で、定義規定が陳腐化することを避けるためである⁵⁴。他方で、その内容に関連する記述として、新製造物責任指令前文（13）では、デジタル時代の製造物は、有形または無形であり、オペレーティング・システム、ファームウェア、コンピュータ・プログラム、アプリケーション、AIシステムなどのソフトウェアは、市場でますます一般的になり、製造物の安全性において一層重要な役割を果たしていることに言及されている。また、新製造物責任指令は、商業活動の外で開発または提供されるフリーかつオープンソースのソフトウェアには適用されない旨が定められている（新製造物責任指令2条（2））⁵⁵。

さらに、新製造物責任指令では、人工知能も、重要な位置づけを付与さ

54 関連する議論については、たとえば、Shu Li and Béatrice Schütte, *The proposal for a revised Product Liability Directive: The emperor's new clothes?*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 30, no. 5 (2023), p. 577 以下を参照。

55 このように、「製造物」の概念に「ソフトウェア」が含まれたことについて、前掲の欧州消費者機構は、肯定的な意見を表明している。他方で、「ソフトウェア」の定義規定が置かれていないことについては、前記で紹介した新製造物責任指令前文（13）の内容を、規定内容として取り込むべきだとしている。詳細については、同機構による意見書「REVISION OF THE PRODUCT LIABILITY DIRECTIVE: Time to ensure effective and comprehensive protection for consumers damaged by defective products」（同機構のウェブサイトhttps://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2023-023_Revision_of_the_product_liability_directive.pdfで閲覧可能）を参照。

れている。そして、その前文において、旧製造物責任指令は効果的かつ重要な手段ではあるが、AI、新しい循環型経済ビジネス・モデル、新しいグローバル・サプライ・チェーンなどの新技術に関連した開発に照らして、特に「製造物」という概念の意味に関して矛盾や法的不確実性が生じており、改正する必要があることに言及されている（新製造物責任指令前文（3））。

2 新技術への対応

（1）サイバー脆弱性

新製造物責任指令では、「欠陥」の概念が、次の通り改められている（7条）。すなわち、製造物が、人が期待する権利を有する安全性、またはEU法もしくは国内法で要求される安全性を提供しない場合⁵⁶、その製造物は欠陥があるとみなされる（新製造物責任指令7条（1））。製造物の欠陥を評価する際には、次の状況を含め、すべての状況を考慮しなければならない（新製造物責任指令7条（2））。(a) 製造物の外観および特性（ラベル、デザイン、技術的特徴、構成、パッケージ、および組み立て、設置、使用、メンテナンスの手順を含む）、(b) 製造物の合理的に予測可能な使用、(c) 製造物が市場に投入または使用開始された後に、製造物が引き続き新しい機能を学習または獲得する能力が製造物に与える影響⁵⁷、(d) 相互接続によるものも含め、製造物と一緒に使用されること

56 新製造物責任指令では、このように、ここで取り扱っている製造物の欠陥判断の基準のほか、本稿で取り上げている欠陥の推定、実質的な変更の判断等、様々な側面において、製造物責任の体系と製品の安全性に関するEU法の体系との間での連携が実施された。内容の詳細については、たとえば、Li and Schütte (op. cit. at note 54), p. 585 ㊦、若林・前掲注（5）93頁を参照。

57 このような学習機能に関する言及は、特に人工知能を意識してこれに対応するものである。新製造物責任指令における人工知能への対応の詳細については、Teresa Rodríguez de las Heras Balell, *The revision of the product liability directive: a key piece in the artificial intelligence liability puzzle*, ERA Forum, ➤

が予想される他の製造物が、その製造物に与える合理的に予測可能な影響、(e) 製造物が市場に投入または使用開始された時点、または製造者がその時点以降も製造物の管理権を保持している場合は、製造物が製造者の管理権を離れた時点、(f) 安全に関連するサイバーセキュリティ要件を含む、関連する製品安全要件、(g) 製造物のリコール、または製品安全に関する管轄当局または経済事業者⁵⁸によるその他の関連する介入、(h) 製造物の使用が想定されているユーザー・グループの特定のニーズ、(i) 損害防止を目的とした製造物の場合、製造物がその目的を果たせなかったこと、である。

このように、新製造物責任指令では、「欠陥」の概念に「アップデート」や「アップグレード」が含まれることを明確に規定しているわけではない。しかし、特にアップデートやアップグレードを可能にするデジタル技術を通じて、製造者が、市場に出荷された後も製造物を管理する権限（後掲の（3）を参照）を保持している場合があることを定めている。このような継続的な管理は、アップデートやアップグレードによって欠陥が生じないようにし、製造物とそのライフサイクルを通じて安全であることを確保する責任を意味する。したがって、アップデートやアップグレードが製造物の安全性に悪影響を及ぼした場合、その製造物は新製造物責任指令に基づいて欠陥のある製造物に該当する可能性がある。

（2）統合または相互接続されたデジタル・サービス

新製造物責任指令の前文によると、デジタル・サービスが製造物に統合または相互接続され、サービスがないと製造物が機能の1つを実行できなくなることがますます一般的になっている。新製造物責任指令はサービス

↘ vol. 24(2023), pp. 247 ff., および小塚・前掲注（5）を参照。

58 経済事業者の概念については後掲の4条（15）、その責任の詳細については、後掲の8条を参照。

自体には適用されないが、統合または相互接続されたデジタル・サービス（「関連サービス」）は物理的なまたはデジタルのコンポーネントと同様に製造物の安全性を決定するため、無過失責任をこれらのサービスにも適用する必要があるという。これらの関連サービスは、製造物の製造元の管理下にある場合、統合または相互接続されている製造物のコンポーネントとみなす必要があるとされている（新製造物責任指令前文（17））。

前文の説明によれば、関連サービスの例としては、ナビゲーション・システムへの交通データの継続的な供給、物理製品のセンサーを使用してユーザーの身体活動または健康指標を追跡する健康モニタリング・サービス、スマート冷蔵庫の温度を監視および調整する温度制御サービス、音声コマンドを使用して1つ以上の製品を制御できる音声アシスタント・サービスなどがある。インターネット・アクセス・サービスは、製造者の管理下にある製造物の一部とはみなされず、インターネット・アクセス・サービスの欠陥によって生じた損害について製造者に責任を負わせることは不合理であるため、関連サービスとして扱うべきではないとされている。ただし、インターネット・アクセス・サービスに依存し、接続が失われた場合に安全性を維持できない製品は、新製造物責任指令の下では欠陥があると判断される可能性がある（新製造物責任指令前文（17））。

前記に出てきた概念のうち、「関連サービス」とは、製造物に統合されているか、または製造物と相互接続されており、そのサービスが存在しないと製造物が1つ以上の機能を実行できなくなるデジタル・サービスを意味する（新製造物責任指令4条（3））。さらに、「コンポーネント」とは、製造物に組み込まれている、または製造物と相互に接続されている、有形または無形のアイテム、原材料、または関連サービスを意味する（新製造物責任指令4条（4））。加えて、「経済事業者」とは、製造物またはその部品の製造者、関連サービスの提供者、権限ある代理人⁵⁹、輸入業者、フ

59 ここでの「権限ある代理人」とは、製造者から特定の業務に関して製造

ルフィルメント・サービス提供者⁶⁰、または販売者を意味する（新製造物責任指令4条（15））。

（3）アップデートおよびアップグレード

新技術への対応の一環として新たに規定されるに至ったアップデートおよびアップグレードとの関係で重要となるのが、「製造者の管理」という概念である。この概念は、次のことを意味する（新製造物責任指令4条（5））。(a) 製造物の製造者が、次の行為を実行するか、または第三者の行為に関して、次の行為を許可し、またはこれに同意すること。(i) コンポーネントの統合、相互接続もしくは供給（ソフトウェアのアップデートまたはアップグレードを含む）、または(ii) 製造物の変更（実質的な変更を含む）⁶¹。(b) 製造物の製造者が、ソフトウェアのアップデートまたはアップグレードを自らまたは第三者を通じて供給する能力を有すること。

なお、製造物のアップデートやアップグレードを含む、より優れた製造

者を代理して行為するための書面による委任を受けた、EU域内に拠点を置く自然人または法人をいう（新製造物責任指令4条（11））。日本でも、消費生活用製品安全法等の一部を改正する法律（令和6年法律第67号）によって、製品安全4法上、海外事業者を規制対象化し、国内管理人の選任を義務付けるようになった。この法律の制定に向けた準備段階としての、経済産業省「消費生活用製品の安全確保に向けた検討会」における議論状況については、経済産業省のウェブサイトhttps://www.meti.go.jp/shingikai/safety_security/consumer_products/index.htmlを参照。筆者も、同検討会の委員を務めた。

60 ここでいう「フルフィルメント・サービス提供者」とは、商業活動の一環として、次のサービスのうち2つ以上を提供する自然人または法人をいう（新製造物責任指令4条（13））。すなわち、自己の所有権に帰属しない製造物について行う倉庫保管、梱包、宛名付け、および発送、である。ただし、指令97/67/ECの2条1号に定義される郵便サービス、規則（EU）2018/644の2条2号に定義される小包配送サービス、その他の郵便サービスまたは貨物輸送サービスは、含まれない。

61 「実質的な変更」については、後掲「3 循環型経済における製造物への対応」を参照。

物がすでに市場に投入されている、またはその後に販売されているという理由のみをもって、製造物に欠陥があるとみなされることはない（新製造物責任指令7条（3））。

3 循環型経済における製造物への対応

近年、EUでは、消費者法の領域の中でも、循環型経済をはじめとする持続可能性の促進のための具体的な法的措置が採られてきている⁶²。新製造物責任指令もその一環を担っており、除斥期間（新製造物責任指令17条）が重要な役割を果たしている。以下、時効期間と併せて紹介する。

（1）時効期間

加盟国は、新製造物責任指令の適用範囲に含まれる損害に対する賠償請求手続の開始について、3年の時効期間が適用されることを確保しなければならない。時効期間は、被害者が次の事項のすべてを認識し、または合理的に認識するべきであった日から開始する（新製造物責任指令16条）。

（a）損害、（b）欠陥、（c）新製造物責任指令8条（後掲）に基づき損害の責任を負う可能性のある関連経済事業者の身元。

（2）除斥期間

加盟国は、10年の期間の満了後、新製造物責任指令に基づいて損害賠償を受ける権利が消滅することを確保しなければならない。ただし、その間に、被害者が8条（後掲）に従って責任を問われる可能性のある事業者に対して訴えを提起した場合を除く。その期間は、次の日から始まるものと

62 詳細については、谷本圭子「消費者法と持続可能性原則——「欧州グリーン・ディール」からの示唆——」立命409号（2023年）411頁以下、カライスコスアントニオス「持続可能性と消費者法」法の支配214号（2024年）73頁以下を参照。

されている（新製造物責任指令17条）。(a) 損害を生じさせた欠陥のある製造物が市場に投入された日、または使用開始された日、(b) 実質的に変更された製造物の場合、その製造物が実質的な変更後に市場に投入された日、または使用開始された日、である⁶³。

ここでいう「実質的な変更」とは、再製造、改修、修理等のことである（新製造物責任指令前文（39））。より具体的には、「実質的な変更」とは、製造物が市場に投入または使用開始された後に行われる変更であって、次のいずれかに該当するものを意味する（新製造物責任指令4条（18））。

(a) 関連するEUまたは加盟国内の製品安全に関する準則において実質的なものとみなされる変更、(b) 関連するEUまたは加盟国内の製品安全に関する準則で重要な変更とみなされる基準が定められていない場合には、次の条件を満たす変更。(i) 製造物の元の性能、目的、または種類を変更し、その変更が製造者の初期リスク評価で予見されていなかったこと。(ii) 危険の性質を変更し、新たな危険を生じさせる、またはリスクレベルを増加させること、である。

製造者の管理外で製造物を実質的に変更し、その後それを市場に提供し、または使用に供する自然人または法人は、その製造物の製造者とみなされる（新製造物責任指令8条（2））。さらに、新製造物責任指令8条（2）に規定する製造物を変更する者は、損害の原因となった欠陥が変更の影響を受けない製造物の部分に関係していることを証明すれば、責任を免れる（新製造物責任指令11条（1）（g））。

このように、新製造物責任指令は、修理の推進を明示的に義務付けているわけではないものの、大幅な変更後において新製造物責任指令の除斥期限をリセットする規定を通じて、消費者の信頼を強化し、かつ、責任ある安全な修理を促進する枠組みを構築しているのである。

63 この規定により、修理を含む「実質的な変更」への信頼を高め、これらを促進している。

4 EU域外で製造された製造物に対する責任

日本におけるのと同様に、EUでも、EU域外で製造された製造物の欠陥によって損害が生じた場合に、それについて責任を負う主体をどのように取り扱うのが問題となった⁶⁴。そこで、新製造物責任指令では、責任主体としての経済事業者（新製造物責任指令8条）の概念を通じてこのことへの対応がされている。この規定によると、欠陥のある製造物について責任を負う「経済事業者」は、次の通りである（新製造物責任指令8条（1））。(a) 欠陥のある製造物の製造者、(b) 欠陥のある部品の製造者、(c) 製造物または部品の製造者がEU域外に設立されている場合には、次の者（ただし、その製造物の製造者の責任が損なわれるわけではない）。(i) 欠陥のある製造物または部品の輸入者、(ii) 製造者の権限ある代理人（前掲注（59））、(iii) EU域内に設立された輸入者または権限ある代理人がない場合は、フルフィルメント・サービス提供者。前記（1）(a)の製造者の責任は、欠陥のある部品が製造者の管理下にある製造物に組み込まれていたり、相互接続されていたりした場合には、その欠陥のある部品によって生じた損害も対象とする。さらに、製造者の管理外で⁶⁵ 製造物に実質的な変更を加え、その後、製造物を市場に投入したり、使用を開始したりする自然人または法人は、前記（1）の目的上、その製造物の製造者とみなされる（新製造物責任指令8条（2））。

加盟国は、前記（1）で言及され、EU域内に設立されたものである事業者のうちの1人が特定できない場合、欠陥のある製造物の各販売者が、次の場合に責任を負うことを確保しなければならない（新製造物責任法8条（3））。すなわち、(a) 被害者が販売者に対し、前記（1）で言及され、EU域内に設立された経済事業者のうちの1人が特定されるか、また

64 日本での議論状況については、たとえば、前掲注（59）の検討会における資料等を参照。

65 「製造者の管理」については、前掲「2（3）」を参照。

はその製造物を供給した販売者自身に対する販売者を特定するよう要求した場合であって、(b) その販売者が、前記 (a) に規定する要請を受けてから1か月以内に、前記 (a) に規定される経済事業者または自己に対する販売者を特定しなかったとき、である。前記8条(3)の規定は、消費者が事業者と通信取引契約を締結できるようにするオンライン・プラットフォームの提供者であって、経済事業者ではない者にも準用される(新製造物責任指令8条(4))。

前記のような「特定」を求める規定との関係では、デジタル・サービス規則(EU) 2022/2065⁶⁶(デジタル・サービス法、DSA)の30条において、いわゆる「ビジネス顧客確認義務」が定められていることの意義は大きい。すなわち、この規定は、EUの消費者に製品やサービスを提供する事業者を受け入れるオンライン・プラットフォームに対し、事業者(出店者)がサービスを利用する前に、事業者に関する特定の情報を収集し確認することを義務付けているのであり、このことによって、前記のような「特定」が促されることになる⁶⁷。

66 Regulation(EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC(Digital Services Act). 提案段階の同規則の和訳として、川村尚子訳「EUデジタルサービス法(規則)提案」消研10号(2021年)339頁以下がある。また、提案段階の同規則に関する分析として、カライスコス アン トニオス「デジタル・サービス法パッケージの概要」消研10号(2021年)109頁以下、川村尚子「デジタルサービス法(DSA)規則提案にみるデジタルプラットフォーム規制」消研14号(2023年)77頁以下、張睿映「EUにおけるプラットフォーム規制と『デジタルサービス法』規則案の意義」独協115号(2021年)211頁以下を参照。

67 この仕組みによる事業者(出店者)のトレーサビリティの可能性については、たとえば、Caroline Cauffman and Catalina Goanta, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, European Journal of Risk Regulation, no. 12(2021), p. 761などを参照。

5 情報へのアクセス

新製造物責任指令では、被害者による権利行使をより容易にするために、被害者に対する証拠の開示に関する規定が設けられている（新製造物責任指令9条）。これによると、欠陥のある製造物によって生じた損害について国内裁判所における訴訟で損害賠償を請求している被害者（「請求者」）の要請があった場合において、請求者が賠償請求の妥当性を裏付けるのに十分な事実と証拠を提示したときは、被告は、被告の所持する関連証拠を開示するよう求められる（新製造物責任指令9条（1））。他方で、被告による、請求者に対する情報開示請求も可能となっている（新製造物責任指令9条（2））。証拠の開示は、国内法に従い、必要かつ相応な範囲に限定される（新製造物責任指令9条（3））。また、特に機密情報および企業秘密の保護に関して、第三者を含むすべての関係者の正当な利益が考慮される仕組みとなっている（新製造物責任指令9条（4））。

6 立証責任

新製造物責任指令では、前記の情報開示請求に加えて、被害者による権利行使を支援するために、立証責任との関係でも工夫がされている（新製造物責任指令10条）。まず、旧製造物責任指令におけるのと同様に、原告である被害者は、製造物の欠陥、被った損害、およびその欠陥と損害との因果関係を立証しなければならない（新製造物責任指令10条（1））。しかし、その立証責任の負担を軽減するために、製造物の欠陥は、次のいずれかの条件が満たされる場合には推定されることとされている（新製造物責任指令10条（2））。(a) 被告が、前掲の9条（1）に従って関連する証拠を開示しなかった場合、(b) 原告が、製造物が、被害者が被った損害のリスクから保護することを意図したEU法または国内法に規定された強制的な製品安全要件に準拠していないことを証明した場合、(c) 原告が、損害が合理的に予見可能な使用中または通常の状況下での製造物の明らか（龍法 '25）57-4, 52（698）

な不具合によって引き起こされたことを証明した場合、である。

製造物に欠陥があり、生じた損害が欠陥と典型的に一致する種類のものであることが立証された場合、製造物の欠陥と損害との因果関係が推定される（新製造物責任指令10条（3））。また、裁判所は、前掲の9条に従って証拠が開示され、事件の関連するすべての状況を考慮したにもかかわらず、次の事項に該当する場合には、製造物の欠陥またはその欠陥と損害との因果関係、あるいはその双方を推定する（新製造物責任指令10条（4））。(a) 原告が、特に技術的または科学的な複雑さのために、製造物の欠陥またはその欠陥と損害との因果関係、あるいはその双方を証明するのに過度の困難に直面している場合、(b) 原告が、製造物に欠陥がある可能性が高いこと、欠陥と損害との因果関係、またはその双方を実証している場合、である。被告は、前記の10条（2）、（3）および（4）の規程で定められている推定に対して反証する権利を有する（新製造物責任指令10条（5））。

7 対象となる損害

新製造物責任指令では、損害賠償請求権の対象となる損害については、次の種類の損害のみである旨が定められている（新製造物責任指令6条（1））。(a) 死亡または人身傷害（医学的に認知された精神的健康への損害を含む）。(b) 財産の損害または破壊。ただし、次の損害を除く。（i）欠陥のある製造物自体、（ii）その製造物の製造者によってまたはその製造者の管理下において、製造物に統合または相互接続された欠陥ある部品によって損害の生じた製造物、（iii）専ら職業上の目的で使用される財産。(c) 職業上の目的に使用されていないデータの破壊または破損。損害賠償請求権は、前掲6条（1）に規定されている損害から生じるすべての物質的損失を対象とする。損害賠償請求権は、国内法に基づいて賠償できる範囲で、前掲6条（1）に規定されている損害から生じる非物質的

損失も対象とする（新製造物責任指令6条（2））。

8 完全平準化

EU加盟国は、新製造物責任指令を国内法化する義務を負うところ、消費者その他の自然人の保護レベルを異なるものにするために、より厳格または緩やかな規定を含む、指令で定められた規定と異なる国内法上の規定を維持または導入してはならないこととされている（新製造物責任指令3条）。ただし、新製造物責任指令に別段の定めがある場合は除かれる。このことから明かなように、新製造物責任指令は最大限平準化指令（完全平準化指令）であり、製造物責任の領域における高度の平準化を達成するものとなる⁶⁸。なお、旧製造物責任指令には、完全平準化指令である旨の規定は置かれていなかったが、一般的に最大限平準化指令として理解され、実際に、EU司法裁判所の2002年の判決C-52/00において⁶⁹、最大限平準化指令である旨が明確にされた。

IV 日本法への主な示唆

最後に、簡単にはあるが、さしあたり、本稿における検討から日本法

68 下限平準化指令や最大限平準化指令の仕組みなどについては、たとえば、谷本圭子＝坂東俊矢＝カライスコス アントニオス『これからの消費者法——社会と未来をつなぐ消費者教育』（第2版、法律文化社、2024年）195頁以下〔カライスコス〕、カライスコス アントニオス『不公正な取引方法と私法理論——EU法との比較法的考察』（法律文化社、2020）14頁以下などを参照。

69 *Commission of the European Communities v French Republic* (Case C-52/00). 他方で、一部の学説では、旧製造物責任指令に曖昧さや加盟国の裁量に任されている部分があるため、最大限平準化を達成できていないと主張されている。詳細については、Fidelda White, *Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products: in the name of harmonisation, the internal market and consumer protection*, in: Paula Giliker (ed), *Research Handbook on EU Tort Law*, Edward Elgar Publishing, pp. 128 ff.を参照。

に対して得られる示唆のうち、最も重要であると思われるいくつかの項目についてまとめることで、本稿を閉じることとしたい。

第1は、ソフトウェアが、製造物の概念に明示的に含まれたことである。日本の製造物責任法では、ソフトウェアは、それ単体では「製造物」とならないが、製造物（パソコン機器など）にインストールされて販売されたような場合には、その機器と一体として「製造物」になり、製造物責任を問うことができるとされている。そして、何をもって「一体」とすることができるのかは明確ではなく、このことが争点となった裁判例もない⁷⁰。これに対し、新製造物責任指令におけるソフトウェアの位置づけは、製造物のデジタル化を正面から捉えるものであり、消費者保護に寄与するとともに、製造者の責任を明確化するものとして、評価できよう。

第2は、アップデートやアップグレードについて、正面から対応がされていることである。本稿で見たように、新製造物責任指令では、アップデートやアップグレードが欠如している場合、不完全である場合、または不十分である場合に、製造物が欠陥のあるものに該当する可能性があることが定められている。そして、製造物の安全性や機能を維持するためにアップデートやアップグレードが必要な場合、これが行われないことは、製造物を欠陥のあるものとして取り扱う理由となり得る。特に重要なのが、このような新たな規定により、製造物の「欠陥」の有無が評価される基準点が、従来のように1つの固定された時点、すなわち製造物が市場に投入された時点でなく、その後のアップデートやアップグレードの有無や内容を踏まえて継続的に行われることが可能とされている点であろう。

第3は、新製造物責任指令では、オンライン・プラットフォームの製造

70 米村滯人教授が、2024年8月19日に消費者庁から受けたヒアリング「製造物責任に関する近年の裁判実務の動向」の概要を参照。同ヒアリングの概要は、消費者庁のウェブサイト「我が国と海外の製造物責任を巡る有識者・実務家ヒアリング」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_safety/other/product_liability_act_reference/hearing)で閲覧できる。

物責任について規定されていることである。新製造物責任指令は、オンライン・プラットフォームに対して、販売者（出店者）の身元を確認しない場合（新製造物責任指令11条、12条、14条）や、欠陥のある製造物の販売にそのプロモーションなどを通じて積極的に関与した場合（13条）について責任を負わせている。このように、オンライン・プラットフォームが製造物責任を負う場合があることが定められていることの意義は大きい⁷¹。

なお、他にも、新製造物責任指令による、製造物の修理の強化を通じた持続可能性の促進等、示唆に富む項目は多数存在する。

他方で、製造者の観点から見ると、新製造物責任指令における各種変更は、製造者の責任リスクの増加につながり、それがさらに製造者の責任保険料の上昇を引き起こす可能性がある旨が指摘されている⁷²。この見解によれば、増加した責任リスクのコストを製造者が消費者に転嫁することが合理的に予想されるという。このようなことから明らかなように、日本における製造物責任の将来的なあり方については、複合的な視点からの考察が欠かせないが、より詳細には、別の機会に検討することとしたい。

〔注記〕本稿は、筆者が、2024年7月23日に消費者庁から受けたヒアリング「新PL指令の概要」の基となった原稿に、加筆修正やアップデートな

71 なお、オンライン・プラットフォームの製造物責任指令について、日本を含む国際的な展開を参照しつつ分析を行う論文として、Duncan Fairgrieve and others, *Product Liability and Online Marketplaces: Comparison and Reform*, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 73, issue 2(2024), pp. 477 以下を参照。

72 新製造物責任指令提案の段階における指摘ではあるが、採択された新製造物責任指令の最終版にも該当するものとして、Marija Karanikić Mirić, *Product liability reform in the EU*, in: Dunja Duić and Tunjica Petrašević (eds.), *Digitalization and Green Transformation of the EU*, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, vol. 7, Osijek, 2023, p. 402を参照。

どを行い、脚注を追加等して掲載するものである。ヒアリングの概要は、消費者庁のウェブサイト「我が国と海外の製造物責任を巡る有識者・実務家ヒアリング」(https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_safety/other/product_liability_act_reference/hearing)で閲覧できる。本研究については、JSPS科研費24K04678の助成を受けた。

近代的土地所有権の形成過程に関する一つの覚書

——戒能通孝の见解を中心に——

川 角 由 和

〈目 次〉

1. はじめに
2. 所持と所有
3. 近代的所有権の特質
4. 近代的土地所有権の形成過程
5. 〔補論〕「個人権としての私所有権」について
6. 結語

1. はじめに

戒能通孝（1908-1975年）の著作集¹をみると、その第四巻に『所有権』に関するものが収められている²。戒能は優れた民法学者であり、かつまた優れた法社会学者であったから、所有権に関する考察も、きわめて具体的に、土地所有権を中心に、しかもわが国徳川期や戦前の中国（「支那」）

1 全8巻。第一巻・戒能通孝著作集Ⅰ『天皇制・ファシズム』、第二巻・著作集Ⅱ『人権』、第三巻・著作集Ⅲ『裁判』（第四巻については注2を参照）。第五巻・著作集Ⅴ『入会』、第六巻・著作集Ⅵ『家族』、第七巻・著作集Ⅶ『法社会学』、第八巻・著作集Ⅷ『公害』。いずれの刊行年も1977年である。

2 戒能・戒能通孝著作集Ⅳ『所有権』（日本評論社、1977年）。戒能が所有権を語る場合、法律論を別として、さらに自由、国民、国家、個人、市民、人民などの諸概念が広く問題とされるため、編者がその編集に苦労したとされる。利谷信義「解説」戒能前掲書315頁。

の土地所有権に焦点をあてつつ、幅広い観点から考察している。その際に、ドイツやフランス、さらにロシアなど西欧・東欧の土地所有権論と対比することを忘れない。また、ローマ法やゲルマン法などの法史学的問題領域との比較も行き届いている。要するに、土地所有権という民法上の基本的カテゴリーが、民法にとどまることなく、法社会学的・法史学的・比較法学的に考察されている。その視点の多様さと博学さ、考察の奥行きของ深さは定評のあるところである。

本稿は、近代的土地所有権の形成過程を切り口にして、戒能通孝の見解とその評価に考察の焦点を定める。同時にこれは、物権法及び法社会学に造詣の深い鈴木龍也教授の退職を記念するために捧げる、ほんのささやかな覚書に過ぎない。

2. 所持と所有

ここでは、まず1940年に公表された「所持と所有」を取り上げる。最初に「所持」について論じておく。戒能は徳川期の史料に現れた農地＝田畑の「所持」観念に注目する³。したがって、現行法上、占有の客観的要件として講学的に語られる「所持」⁴とはその趣旨を異にする。むしろ戒能は、山林入会に隣接した問題として「所持」を捉える。よって、戒能にとって「所持」とは「より包括的な遥かに弾力性を伴った概念である」⁵。

3 戒能は「不動産」に考察の重点を置くと言っている。しかも徳川法上の「不動産」であるから、主に農地・田畑のことである。戒能「所持と所有」(1940年)同・著作集Ⅳ『所有権』(1977年)43頁以下、特に69頁。

4 現行法上、一般に、所持とは占有の客観的な構成要件たる物の事実的支配のことである。我妻栄(有泉亨・補訂)『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、1983年)465頁以下、舟橋諄一『物権法』(有斐閣、1960年)278頁以下。戒能の場合、すぐあとで指摘するように、所持は所有を含む弾力性ある幅広い概念であり、社会的占有とでも言い換えることができるものとして把握されている。

5 戒能「所持と所有」(前注3)44頁。

もとより、農地＝田畑と山林入会とは異なる側面をもつ。なかでも徳川法上の「所持」は農民の「土地所有意識」と重なり合う可能性を有していた。それゆえ戒能はいう。——「徳川法上の農民が独立の人格を持って居るものとせられる限り、其の（仮令制限の意味に於てではあるとするも）独立的な農民が、小農的集約農耕に基づいて培われる土地所有意識を具体的に保持して居たと言う事実をも包含するものであるに外ならない。換言すれば此等が、私の前記論文⁶に於ける出発点であり、私は却ってこのことに、田畑所持の性質と、入会に対する収益関係の特質の対比を企図して居たのである。」⁷。それにもかかわらず、やはり、徳川法上の「所持」権の実態をみれば、それは、「近代的所有権」はもちろん、「所有一般」に共通する側面を有するという主張を全面的に肯定せしめるものではありえなかった。むしろ、両者の断絶の側面の方が顕著であった。とりわけ封建法のもとでは、国家法の背後に、その国家的な目的の範囲外において「相当広汎なる人民の自律的秩序を存立せしめ」、よって「謂わば旧慣乃至道義の語によって表現せられる所の、社会的内部秩序の存在を許して居るのである。」⁸。それゆえわれわれは、「所持」についても、「旧時代（徳川期——引用者）の土地慣行」に属するものとして、「社会的内部秩序」の存在ヴァ

6 戒能「入会権と其の性格」（1938年）民商法雑誌・昭和13年10月乃至12月号。
なお、戒能の「所持と所有」という論文は、彼の上記入会論文に対する批判が中田薫から出されたため（中田「徳川時代の所持及び寺領に就て」〔1939年〕法律時報11巻1号11頁）、自説を補足・訂正するために書かれた。戒能「所持と所有」（前注3）43頁以下、特に44頁注1。とはいえ、中田説に対する批判も記されている。戒能・前掲論文50頁以下、54頁以下、89頁以下、特に92頁以下。

7 戒能「所持と所有」（前注3）48頁（括弧内・原著）。その意味において、徳川法上の「所持」は「所有」と重なり合う。戒能「日本における政治過程と所有権——所有権の構造に反映した生産者群と寄生者群」（1963年）同著作集Ⅳ（前注3）276頁上段。

8 戒能「所持と所有」（前注3）49頁。もっとも戒能は、所持概念について、そのような社会的内部秩序を視野に入れるべきことを主張しながら、その社会的内部秩序の広漠さから、その定義づけは困難であると指摘している。戒能・前掲論文同頁。

リエーションの多様性に応じ、「常にその極端から他の極端の間を浮動して居たであろうと的事实」に注目すべきことになる⁹。そうすると徳川法上、農民の「所持」は、内容的にその濃淡の幅がかなり広がったことになろう。すなわち、純然たる小作農民の場合には、その「所持」は田畑の耕作労務という形での、使用収益の事実そのものに尽きたであろうが、農民がいわゆる独立的自営農（いわゆる高持本百姓）に接近すればするほど、その「所持」には「所有意識」が伴い、やがて「所有」そのものが成立しえたであろう¹⁰。

そうすると、両者の中間に位置する永小作人の場合はどうか。戒能は、永小作人が「土地権」者と呼びうるほどの権利者たりえたかを問題にして、それにノーの答えを出し¹¹、また開発新田永小作人が「土地権」者と称しうるような権利者たりえたかを問題にして、それにもノーの答えを出す¹²。さらに分附永小作人¹³をとりわけ「名子」（家抱、門屋、被官、譜代、下人、株下作等）」として理解する場合には、「特殊小作関係」ないし「百姓の譜代の下人」という関係が存続しており、「地主は彼等の恩人であると共に、彼等に対する独裁権者である。」、とされる¹⁴。そのように「名子小作の本

9 戒能「所持と所有」（前注3）49頁注2。ただし戒能は、その注で「型としての考察」を排斥するものではない、と断っている。社会的に「浮動する」事実注目しつつ、法的な「型」にも留意するという趣旨であろう。

10 検地帳に記された田畑名義人に至れば、その所有者として一種の公示力が付与されたであろう。

11 戒能「所持と所有」（前注3）50頁以下。「土地権」と「所持権」との関係は微妙である。「土地権」は、いわゆる分割的土地所有権としての「上土権」を指す。ともあれ「土地権」は、権利としての確定性がより高度であるのに対し、「所持権」はその濃淡の差が大きく、その権利への移行形態に幅が存する点に違いがあると言えよう。なお、後注16も参照されたい。

12 戒能「所持と所有」（前注3）54頁以下。

13 分附永小作人とは、永小作人の「二男・三男・孫等」に永小作権を譲り渡すことで生じるものである。戒能「所持と所有」（前注3）59頁。

14 戒能「所持と所有」（前注3）60頁。なお、この引用文は小野武夫「陸中東辺に於ける豊間根郷土」（『日本兵農史論』〔有斐閣、1938年〕341頁）を戒能が

体的関係」を「[百姓の譜代の下人]たることから発生する徭役労働の関係」とみる限り、永小作関係の場合も「通常の地主対小作の関係以上の密接な身分的従属関係を前提とすること」は言うまでもないのであるから、決して「土地権」の承認には至りえない¹⁵。仮に「土地権」¹⁶が承認されれば、永小作人に、使用収益権の第三者への譲渡や借受金のための質物担保の設定権が認められえたであろうが、その手前で、地主に対する過酷な身分的従属関係によって、それは阻まれざるをえなかった。それでは、永小作人に「土地権」は付与されないとして、そこにおいて農地・田畑の「所持」権を肯定することができるか。

結論としていえば、永小作人について、「身分的従属関係」を伴う「所持」権は肯定されうる¹⁷。この場合に「所謂「所持」権は、確かに（少くとも現行法上の）「所有」権そのものとは異った他種の概念であり、又此事を承認するに非ざれば、あたかも単に長年月継続すると言うだけの理由で、ローマ法上の或種のコローヌ若しくは封建法上の（荘園）農民の土地用益権を以て永借権若しくは現代的所有権と同視するの誤謬を犯すことになるのではなかろうか。」¹⁸。

↘ 引用している文章である。

15 戒能「所持と所有」（前注3）62頁。旅行、出稼、婚姻等にも地主の許可なし同意を要した。戒能・前掲論文同頁。

16 なお「土地権」が、いわゆる分割所有権関係を表象するものか問題となりうる。戒能は次のように述べて否定的に解している。——「私は更に我固有法に帰っても、「土地」・「底地」の関係を分割所有権関係となす意見には、その根本に於て固有法上の所有権をローマ法的所有権であることの証明が不可欠であり、又之なしには要するに言葉の濫用になるものと信じて居る。」。戒能「所持と所有」（前注3）70頁（注1の末尾）。

17 戒能「所持と所有」（前注3）68頁。しかしながら、あとで示すように、戒能は例外的に、「永代的所持」の事案を肯定し、身分的従属関係とは一応切り離された「所持」の可能性を考慮している。

18 戒能「所持と所有」（前注3）69頁。括弧内は原著。ちなみにローマ帝国西部では「大規模な永借人の土地収益賃貸借は、ある物権へと発展し、これは、この時代の拡大された所有権概念へと解消する。」とされる。マックス・カーザー

ところで、徳川法上の土地所有権についていえば、当時の「庶民階級」（町民、百姓）が「近代的市民」としての「政治的並びに経済的地位」を与えられなかったという歴史的事実に着目しておかなければならない。それゆえにこそ、「一面に於て土地に対する私的所有を純粹化せしめ得なかったとともに、他面また土地所有権の抽象化及び絶対化をも完成せず、言わば土地所有権そのものを公法的負担の伴った一種の社会的占有として之を實現せざるを得ぬ」という特殊な事態を招来したのであった¹⁹。このように徳川期においては、近代的土地所有権そのものの未成熟が顕著であった²⁰。言い換えれば、「所有」の内容が希薄化されることによって、それは「所有」そのものを「所持」に接近させてしまった。もとより当時、「社会的占有」という側面において「所有」も「所持」も一定の共通性をもった。にもかかわらず、「所有」²¹は法形式上、身分的従属関係ないし人的拘束関係とは無関係であるのに対し²²、「所持」は基本的に身分的従属

ㄨ（柴田光蔵・訳）『ローマ私法概説』（創文社、1979年）351頁。

19 戒能「所持と所有」（前注3）84頁。なお、戒能によれば、ほんらい「所有」は「国家的制度」であり、それにかかる争いは裁判で決着をみるべきものと解すべきである。しかるに、徳川法上、「所有」に関する裁判が行われたとしても、せいぜい「和解」で決着することがほとんどであった。戒能・前掲論文88頁注5。これは、わが国徳川法上の「法」が、いかに「高度の法形成力」に欠けていたかを物語るものにほかならない。なお、「高度の法形成力」という評価観点につき、戒能・前掲論文72頁。

20 いわゆる「明治維新」が「政治的並びに経済的」に独立した市民を生成せしめるに足る改革を成し遂げたか否かは、別論を要する。ここでは戦前の寄生地主制の広範な存在だけを指摘しておく。

21 戒能は「所有」という法制度を「国家的制度」と規定し、訴訟による反復性を俟つことなしに抽象的な「所有権」観念を語りえないとする。戒能「所持と所有」88頁。とりわけ、徳川法上の裁判制度の未熟性は、当時の「高度の法形成力」の顕著な欠如を意味したであろう。

22 戒能は、幕末期において、流質などの形式を介して「土地取引」が「激増」してきたと述べる。戒能「所持と所有」（前注3）84頁。これは土地所有権に関する法意識を高める方向で作用したに違いない。もとより、高利貸し資本などによる「所有権」化の負の作用にも留意しておくべきであろう。

関係ないし人的拘束関係を伴うという差はやはり歴然としてあったのである²³。例外的に、検地帳に田畑名義人が記帳された場合、あるいは土地「所持」権者が地主となる場合（百姓地主、町人地主）には、その者らが反射的及び結果的に「土地所有権者」となることがあるというに過ぎない²⁴。

ともあれ、「所持」は「社会学的意味の占有」ないし「社会的占有」を意味した²⁵。それでは、「所持者と使用者とが分れた場合」には、いずれに所持権が付与されるか²⁶。これにつき戒能は、類型的ないし一律に決定されうるものではなく、「目的物に対する其者の具体的把握力の強弱によって定まる」とする²⁷。こうして、「所持」は、その現実的支配関係の強弱によって単なる「使用」と区別された。また「所持」は、身分的従属関係を伴うのであり、この点でそれを欠く「所有」²⁸と区別された。これは、農地・田畑について、使用→所持の順に現実的な支配関係の強さが序列化されていたことを意味する。しかるに、その現実的な支配関係そのものが大きな流動性をもち、一定範囲で質的に変化・推移する場合に所持が所有に転化することがあった。たとえば「流質」等の形式のもとに、「幕末期にいたればいたるほど土地取引は激増を来してくるのである。」²⁹。し

23 中田薫は、入会に関する「村持」という用語を「所持」と同一視した上で、「所有」とも同一視する。対するに戒能は、ここでも「所持」と「所有」を概念上厳格に区別する。戒能「所持と所有」（前注3）89頁以下、特に93頁以下、97頁。

24 戒能「所持と所有」（前注3）70頁以下。特に71頁注2。その際、戒能はヨーロッパ法上の土地所有または小作関係と徳川法上の土地所有もしくは小作関係とを同一平面上で比較することに警告を発している。

25 戒能「所持と所有」（前注3）72頁、79頁。

26 戒能「所持と所有」（前注3）79頁。

27 戒能「所持と所有」（前注3）79-80頁。その際、戒能は、所持権の土台たる「社会的占有状態の質的推移」の可能性ないし「所持権の質的流動性」に着目している。戒能・前掲論文80頁。

28 ひとくちに「所有」といっても、田畑の場合には「田畑永代売買禁止令」（寛永二十年未年三月附田畑永代売御仕置）による処分権の重大な制約があった。戒能「所持と所有」（前注3）83頁。

29 戒能「所持と所有」（前注3）84頁。このような「流質」形式による田畑所ノ

かるに、その変化の質を決定した因子はやはり「社会的占有」であったから、土地所有の社会的ファクターの内容が問われる。さらに土地所有権の「公共性」にかかる問題も生じてくるであろう。それらのことを含め、戒能がそもそも「近代的所有権」をどのように理解しようとしていたであろうか。次にそのことを確認しておく。

3. 近代的所有権の特質

一般に、近代的所有権の指標としては、それが私的所有権ないし個人的所有権であること³⁰、目的物への全面的で排他的な支配権であること³¹、その支配権が観念的であること³²、などが挙げられる³³。戒能は、そのような一般的説明を踏まえつつ、「純論理的な構造」において近代的所有権を考察しようとする³⁴。

ゝ有権の実質的な移転は、徳川期におけるいわゆる田畑永代売買禁止令の無力化を促進せしめたであろう。

30 川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1949年）23頁以下。広中俊雄『物権法〔第二版増補〕』369頁以下。

31 我妻・前掲書（前注4）257頁以下、舟橋・前掲書（前注4）339頁以下。この「支配権」は川島説の「観念的所有権」と緊密に結合して、「抽象的支配権」となる。なお、わが国所有権論の今日的到達点を示すものとして、吉田克己『物権法Ⅰ』（信山社、2023年）129頁以下を参照。

32 舟橋・前掲書（前注4）339頁、川島・前掲書（前注30）102頁以下。広中・前掲書（前注30）370頁。なお、近代的所有権の「観念性」は、一般に中世ゲルマン法のゲヴェーレ（Gewere）と対比される。言い換えれば、ゲヴェーレが「権利の衣」として現象化すること、すなわち「衣」とは物の現実的支配のことであり、その「衣」に権利＝所有権が包括されている状態を指すことと対比される。すなわち、物への現実的支配がなくとも近代的所有権は抽象的・観念的に存立しうるのであり、それはまた近代法的な個人的法意識の反映にほかならなかった。

33 その他、所有権が消滅時効にかからないこと、地上権や永小作権などの成立によって所有権は制限を受けるが、その地上権や永小作権などが消滅することによって円満な状態への復帰がもたらされること（所有権の弾力性）などが、指摘される。我妻・前掲書、舟橋・前掲書を参照。

34 戒能「土地法研究への覚書」（1941年）・戒能前掲著作集Ⅳ（前注3）112-113頁。

まず第一に、「近代的所有権は国家法上の制度たることを前提としなければならぬ」³⁵。これは、戒能にとって「純論理」的な帰結である。すなわち、事実的には「近代的所有権」に先行して形成された慣習法上の個人的所有権は、そのものとして国家法上の制度として吸収され³⁶、いわば国家公認的な所有権となり、もって裁判上の保護が付与されるようになる³⁷。

第二に、そのような法制度上の頂点に位置する「国家」それ自体、「自然的存在」としてではなく、あくまで「社会的存在」として歴史的に理解される必要がある³⁸。なぜなら、各国の歴史をみれば、近代化のうちに「国民若くは人民」の「社会的生活様式」の変化が期待されるのであり、そのような社会生活関係的な変化への期待のうちに、近代的所有権が、却ってその存在を理由あらしめるに適合的な近代的国家を「創造乃至保障」するという相互依存関係が存在するからである³⁹。

第三に、「近代的所有権制度」は、「近代的国家」及び「近代的国民」を必要とするとともに、同時に「近代的個人」をも必要とする⁴⁰。ここで戒

35 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 113頁上段。戒能は、近代的所有権を理由あらしめる国家的法規の中に、「英法流の判例法」を含める。戒能・前掲論文114頁上段。

36 近代的所有権が成立するはるか以前のローマ時代には、強大な国家権力も慣習法の直接的な支援を要したのであり、「国家権力のみによる所有権の保障制」は脆弱であった、とされる。戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 118頁下段。

37 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 113頁上段。いわゆる自力救済の禁止も慣習法の国家法への吸い上げに一つの根拠がある、という。戒能・前掲論文同頁。ちなみに、近代的所有権が国家的救済(物権的請求権)を予定したものである点につき、甲斐道太郎「所有権と所有」同『土地所有権の近代化』(有斐閣、1967年) 3頁以下、特に27頁。

38 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 113頁上段。国家が自然的存在であるとされる場合、それは神話によって根拠づけられたり、暴力的権力機構の实在によって根拠づけられたりする。そして、そこには「社会契約説」が介在する余地がない。

39 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 113頁下段。

40 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 113頁下段。「近代的個人」、「近代的国民」、「近代的国家」そして「近代的所有権」は、理念型的には同時に成り立

能は、いわば三次元的な思考の往復運動をしている。すなわち、社会的存在としての「近代的国家」と、社会的存在としての「近代的国民」と、社会的存在としての「近代的個人」との間の所有権の往復運動である。その往復運動の成果として「近代的所有権」が生み出される。

なかでも「近代的個人」は、「近代的所有権の主体」であって、「近代的教育によって訓練された理性を持ち、理性（良心）の命令の下に所有権の行使を為すことを条件づけられて居る」ところの者である⁴¹。そのような「近代的個人」の所有権は、「迷信・家族・村落・領主等の伝統的制約」を伴わない純然たる「個人権」であって、そのような個人としての所有権者の主体的努力如何によって「所有権の近代化」の成否が左右される⁴²。このような社会的存在としての「個人的所有権」が近代の理性主体＝「近代的個人」によって担われるとき、そのときに初めて所有権は、「原始的自由主義」⁴³のくびきを断ち切り、市民社会的な「公共性」をそのうちに包括した「近代の自由主義」に基づく所有権へと自己を高めるのである。しかしながら、そのような意味での「近代的所有権」が成立したところの、その歴史のプロセスとはどのようなものであったか。次にそれを論じる戒能の思考の跡を辿ってみよう。

ㄴ ちうるものであるが、ここでは前三者が後者（「近代的所有権」）の前提をなすものとして論じている。むろん、その逆も成り立ちうるし、その先後関係については複雑なパターンが成立しうる。

41 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）113頁下段（括弧内・原著）。

42 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）113頁下段。

43 ちなみに戒能は、ゲルマン族に特有なものとして「原始的自由主義」を取り上げ、それを「小領主の間に於ける非拘束の状態、換言すれば酒を呑み喧嘩をし怠けるための自由主義」と規定している。戒能「土地法研究への覚書」（前注34）124頁上段注5。このような「原始的自由主義」との対比において、「近代の自由主義」が戒能の所有権論に刻印されていることは後で確認するであろう。

4. 近代土地所有権の形成過程

(1) 序——「近代的所有権」の歩みは「近代土地所有権」の歩みによって大きく規定される。なぜなら、まずなにより、土地が「農地」（食糧確保のための基地）であることによって初めて我々の生存が保障されるからである。さらに、我々にとって、家族生活を可能とする「住居」も土地を離れては存立しえない。自然的環境形成にかかる問題も土地そのもののあり方と切り離して語ることはできないであろう。ところで、もっとも古くには原始共産制的な土地の共同的利用関係が存在したであろうが、その後奴隷制、封建制への移行に伴っていかなる変化が生じたか。

(2) 「氏族説と総有説」——戒能は、まず「氏族説と総有説」をそれぞれ批判的に考察する。戒能はモムゼンやギールケらの文献を取り上げ、モムゼンというところの「氏族聯合國家としてのローマなるものは」、「実際に証明せられた事実ではなく、却って一種の理論的仮説であると言ってよい。」と批判する⁴⁴。また「ギールケの引用するサリカ法其他の文献は、氏族と言うよりも親族関係の私法的及び訴訟法的効果を定めて居るだけに止る結果、之を以て氏族制度の残存物とみる考えは、甚だしく空想的であると言う外にはないのである。」⁴⁵とその舌鋒は鋭い。他方、村落総有説(Markgenossenschafttheorie)、すなわちマルク団体説⁴⁶ = 土地総有権説

44 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 115頁下段。なお、筆者には正確な文献クリティークをする余裕と能力がないので、以下の記述は戒能の所説の紹介にとどまることを付記しておく。

45 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 116頁下段。なお戒能によれば、「氏族は最古の組合体(協同体)である」と言いうる、とされる。戒能「物権法と人権法——その一、財産所有権に関する家族的諸拘束」同著作集Ⅳ(前注3) 203頁以下、特に224頁上段。

46 マルク団体説は、土地の村落的総有説のことであるが、マルク共産体説、マルク協同体説とも記されている、戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 116頁下段注1、117頁下段、119頁下段。

が「持って居る内在的な弱点は、史料が恐ろしく貧弱であるということである。」⁴⁷と批判される。むしろ戒能は、ドプシュの「土地私有説」を支持する⁴⁸。すなわち「ドプシュによれば、タキツスの此の箇所⁴⁹は、土地総有説の一資料たる代りに、土地私有説の有力な資料に転化せられて居るのであり、而も殊に「身分に応じて」なる文言は、当時既に領主的土地所有者の存在を暗示するものとして、重要な意義を持つことになって居る」⁵⁰。このような起源をもつ「領主的土地所有権」は、ローマ奴隷制国家で顕著な成立と展開をみたまのである（いわゆるラティフンディウム）⁵¹。これは法形式の上では近代法的所有権と同じであったが、実質上「所有権制度の一般的保障ではなく、所有者の極めて一部に与えられた特殊的確保に外ならない」がゆえに、これは「国家自体が大土地所有者の政治的取引所」と化すことを促進せしめた⁵²。ここでは、大土地所有権の「私」の性格が、特殊歴史的に、奴隷制から封建制に至る時期の土地所有権の特徴を刻印していることだけ指摘しておくにとどめよう。

47 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）120頁上段。

48 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）125頁下段にも、「土地私有説の方が合理的根拠を多分に持って居る」と記されている。

49 「タキツスの此の箇所」とは、端的に „in vices occupare“を指す。ドプシュの理解によれば、in vicesとは「相互に」となり、occupareは「耕地及び宅地の先占等法律上或物の先占を意味して居る。」。これを戒能は、土地の私的所有者が相互に先占し合っている法的状態と解するのである。この「タキツス」の原文理解については、戒能は栗生武夫『法律史の諸問題』（岩波書店、1940年）159頁以下の「農民の発生」（特に162頁）を取り上げ、問題を提起している。戒能「土地法研究への覚書」（前注34）121頁下段。

50 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）121頁下段。

51 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）118頁。

52 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）118頁。そのような意味において戒能は、エールリッヒが「抽象的絶対的権利としての所有権」の「成立」を「大土地所有者の出現」と関連づけていることを「極めて妥当な見解」と評価している。戒能・前掲論文同頁下段。なお、Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 309.

(3)「村の形成とその効果」——次に戒能は「村の形成とその効果」に焦点を定めて論じる⁵³。戒能によれば、中世ドイツにおける村の形成は、「自由民の没落現象」と「奴隷・農奴等の上進的傾向」を背景に展開した⁵⁴。その際、奴隷・農奴等が土地所有者たる領主の庇護のもとで、領主の支配権内で労働・生存しマルク団体的性格を形成するようになった⁵⁵。同時に、領主側が農民を土地に引き留める要求をもつのに比例して、農民は荘園制の内部で一定の自益権的主張をなしうようになった。たとえば「Erbzins⁵⁶の形態による荘園土地貸借関係の如きものに関しては、十二世紀以降略々所有権に類似する効果が与えられつつあったのであって、領主の同意を必要としないとの原則が形成せられて居る」⁵⁷。しかしながら、このような現象は生産性の高い一部の荘園農民の場合に限定されており、むしろ封建領主は、常に自己経営（自作）による小作に出すかを天秤にかけることができ、その結果として、なお農民追放など農民にとって過酷な現象も存在したのである⁵⁸。そしてこの場合、領主の自作とは、領主の支配権に直属する隷民（familia）による耕作を含むものと考えることができる。そのような隷民（familia）の耕作にながしかの対価が支払われて

53 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）125頁以下。村の形成についても、戒能はドプシュの見解に依拠する。戒能・前掲論文126頁上段。

54 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）127頁上段。戒能によれば、「独逸社会史に現れる村の形成は、血族の結合によるのでもなく、また土地の総有によるのでもない。それは、村民の共通の利害を中心とする団体であって、恐らく西洋史上最初に現れた人民による組織であろう。」とされる。戒能・前掲論文135頁上段。

55 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）129頁上段。その場合に、奴隷や農奴は領主の支配権内に存する「ファミリア」（familia）に所属した。したがって、ファミリアの「起源」もまた領主的である。戒能・前掲論文128頁上段。

56 Erbzinsとは、小作農民が一定期間耕作に従事し、地代を納めれば、当該農民が死亡したときにその子への無償相続を認める制度である。その子は、以後、地代納付義務を免れ、単独所有者となる。

57 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）130頁上段。

58 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）130頁下段。

いたとすれば、その内容如何では、かれらは実質上小作農民と同じ地位、場合によってはそれ以上の地位に立ちえたといえよう。こうして、戒能によれば「領地の売買・贈与・交換等、領主自体の所有地の処分までファミリアの同意を表した証拠あり、奴隷の処分に当たってもファミリアが同意を与えて居る」とされる⁵⁹。そうすると、一般の小作農民（村民）と並んで隸民（familia）も、単に「領主支配に盲従する隷属的農民の団体」ではなく、「漸次領主に対抗する独立的組織に向って前進しつつあった」ものと理解することが可能となる⁶⁰。

（４）アルメンデにおける共同収益、村落共同体への隸民（familia）の包摂——特に騎士的領主のもとで、新規に、森林若しくは牧草地、すなわち「アルメンデ」における収益行為が行われた。そしてその場合、しばしば近隣村民と領主の隸民（familia）との間で共同作業が行われた⁶¹。教会ないし僧院が領主として登場する場合にも同様の事態が生じた。それゆえ、たとえば「入会地収益許可状に領主の「恩恵」による旨が記載されてある場合でも、純粹に恩恵に由来するよりも、隸民の反抗に基づいて、領主が譲歩したのである」、と解される場合がある⁶²。そして、このような「隸民の反抗」は「隸民の自覚意識」を高め、「一村又は数村聯合することに

59 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）131頁上段。

60 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）131頁上段から下段。

61 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）131頁下段。アルメンデから直接利益を得るのは領主側であるが、それによって近隣の村民は不利益を受ける（通行税及び収益税的なものまで徴収される）。他方、アルメンデにおいて労務に従事させられる隸民（familia）も遠方地まで出向いて労務させられるわけであるから、それだけ過重な労働に直面する。そこで村民と隸民との間に共感が広がり「共同」の作業が構築される（アルメンデの開放要求を含む）。

62 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）132頁上段。このような入会地のある部分は「自由マルク」として存続した。戒能・前掲論文132頁下段。「自由マルク」では入会地の収益を無償で行うことができ、領主の入会地使用条件の変更は不可とされた。これを諸領主のGewaltで農民から奪い取ろうとしたことがきっかけで起こったのが、1525年の「ドイツ農民戦争」であり、戒能もそのことに触れている。戒能・前掲論文133-134頁。

より、領主に対抗し得るまでになった」のであり、このことによって「真正の意味に於て之がfamiliaをDorfgemeindeにまで高めていく」ための「主要なる要因」となったのである⁶³。こうして、「第十六世紀以降の村落は、既に謂わば高持本百姓たるBauerの村となり」⁶⁴、しかも「村民の結合」こそは固有に「村民の地位を守って居た」のである⁶⁵。そしてかかる「村落の形成は、人民をして私益と公益の一致を意識的に了解せしめることにより、村落に一種の自然的な権威を認めしめたのであった。」⁶⁶。こうして「村」は、いわば「村民の良心の客観化」であり、村と村民の「慣習法の基礎」であった⁶⁷。ここに、土地の所有関係について独自の「公共性」が成り立つ地盤が形成された。

(5) 村落の形成と「私益・公益の一致点」——このように戒能が、村落構成員をいわば「市民」と同様に捉え、村落の形成を「私益と公益の一致点」において結晶化せしめ、もって「村」という存在を「村民の良心」の「客観化」であり「慣習法の基礎」であると規定したことは、理論上、彼の土地所有権論に大きな影響を行使したと言わなければならない。それは、領主の私的土地所有権との対比でいえば、村落構成員における「個人的土地所有権」形成の萌芽形態の発現であった⁶⁸。そしてその「個人的土

63 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 132頁下段から133頁上段。

64 「高持本百姓」は言うまでもなく日本的な表現である。なお、ここでのBauerは、イギリスの独立自営農民(ヨーマン)に近いと言ってよいだろう。

65 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 134頁下段。

66 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 134頁下段。

67 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 134頁下段。

68 戒能は村民の内面的自己規律を包含する「村法」が「村内所有権の自然法的保障を与える」ものと規定する。それとの関連で、戒能は、「権力」の根拠を「物理的強力」ではなく「人民の自発的強力をその内心の判断から期待し得る所に本体がある」ものと規定する。戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 136頁上段。それゆえ、そのような国民の内発的自覚とそれに基づく自発的協力なしに近代国家は存立しえず、かかる意味での近代国家が成立しないところに「近代的所有権」も成立しない。すなわち、戒能にとって、所有権はあくまで国ノ

地所有権」は、たとえばアルメンデにおける共同収益事業（入会）の存在と両立し、もって「私益と公益との一致点」をさらに高く押し上げる起動因というべきものになったであろう⁶⁹。そのような意味での、「理論的定型」としての「近代法」⁷⁰の観点から「近代土地法」のあり方が模索される場合には、「村落形成」を「近代国家の前提」⁷¹として把握し、そこにおける「個人的土地所有権」と「共同的土地所有権」との二つのファクターの協働関係の芽を同時に拾い上げる必要がある。このような協働関係の芽をはぐくむためには、「或程度の平等意識を前提として、其此に本質的な意味に於ける自由の理念が形成されていく」ことが必要である⁷²。戒能は、その例証的作業として、ヨーロッパから目を転じて「支那土地法研究」を試みている。ここでは、その輪郭のみ描いておくにとどめる。

（6）均分的相続と「自由な所有権」・「国家論」——戒能にとって、当時、「支那」の相続関係は「均分制」が一般的であり、長子単独相続性はむしろ例外であった⁷³。すると、その「均分制」によってもたらされる相

ゝ家的に確保されている必要があるのであって、「単に自由なる所有権を意味するのではない」（傍点は原著）。戒能・前掲論文136頁下段。

69 戒能は、「精神的意味に於ける村落結合の発達は、同時に村法によって保障せられる所有権の観念を生み、国家法によって保障する近代所有権の準備作用を為すものと思う。」と記す。戒能「土地法研究への覚書」（前注34）136頁上段。

70 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）148頁上段。戒能はみずからの研究スタイルを、「理論的定型」としての「近代法」からのアプローチと規定し、「歴史的具体的事実としての近代諸国家所有権法」の研究と区別している。戦後、数多くの比較法的な土地所有権論が出たこと、周知のことであるが、本稿では割愛せざるをえない。また、いわゆる「物権化論」も割愛せざるをえない。これらについては、さしあたり、池田恒男「戦後近代的土地所有権論の到達点と問題点（一）（二）」大阪市立大学法学雑誌35巻3・4号1頁以下、36巻2号1頁以下（いずれも1989年）を参照。

71 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）135頁上段。

72 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）135頁下段。なお「本質的な意味に於ける自由の理念」については、後述のところを参照。

73 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）140頁上段。

続の「自由」は、土地所有権の自由を意味したであろうか。言い換えれば、近代的所有権の主体が近代的自由を身に着けていたか、それとも家族・村落・領主・国家等からの重大な制約を受けていたか、が問われる⁷⁴。そしてさらに、「自由」についても、「其の所謂「自由」とは組織の中に自ら参加することにより、組織の与える道徳的責務によって義務づけられた、近代市民若くは国民の徳性」を問題にする立場に立つのか、それとも「寧ろ鳥の如く自由なる消極的自由」を問題にする立場に立てば足りなのか⁷⁵。もとより戒能は、前者の立場から近代的自由を語り、そのような観点から「自由な所有権」(freies Eigentum)を構想するのである⁷⁶。しかも戒能にとって、近代的所有権は、近代化された個人と近代化された国家の存在を要求すること、すでにみた通りである。このうち近代化された国家とは、個人を国民としてその徳性を高め、同時に国家自身その法及び法律にみずから誠実な存在であって、国家としての自覚的な自己努力を要するのであり、その意味で国家はなんら単に自然的な存在ではない。むしろ近代的国家は、個人を前提とし、それを包括したところの社会的な存在である。しかしながら戒能は、「支那知識人の意識の中にあつてすら、国家さえ一種の自然現象と考えられて居たのではないか」という疑問を提示する⁷⁷。戒能によれば、このような自然的国家は、近代的な国家とは相反する存在である。そのような、戒能いうところの自然的国家⁷⁸のもとにあって近代的

74 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 137頁下段。

75 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 137頁下段から138頁上段。

76 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 137頁下段から138頁上段。

77 戒能「土地法研究への覚書」(前注34) 141頁上段。この場合、戒能に天皇制国家としての日本が思い浮かべられていたであろうことは想像に難くない。当時の思想統制、言論統制を考慮して、戒能はそのことに関する言及を避けている。私見によれば、日本や「支那」における「自然的国家」は、「アジア的生産様式」の問題と無関係ではない。なお、戒能は「社会生活と家族法——家族の制度と奴隷の制度」(1949年)・同著作集Ⅶ『家族』(1977年) 3頁以下、特に37頁以下で詳しく「アジア的生産様式」の問題を論じている。

78 権力の担い手が直接封建君主ないし封建領主に帰属していて国民による媒

所有権（近代的土地所有権）は成立しない。こうして「支那農村土地所有権の本体」は、「言うまでもなく、近代的土地所有権自体でなく又近代的土地所有権成立の準備期に於ける村落的保障を伴った土地所有権でもない」⁷⁹。したがって、「支那」の均分相続も、自由一般と直結するものではなく、「支那」的国家と偏頗的な村落慣行によって支配された、限定的自由しか生み出さなかったというべきことになる⁸⁰。

（７）「支那農村土地」の研究——ところで、「支那農村土地」を基軸とした慣習法的な法社会学的研究⁸¹は、戒能の続編⁸²で集中的に展開されている。本稿では、それに十分立ち入る余裕をもたないが、わずかに必要と思われる点のみ摘記しておくことにする。まず戒能は、次のように言う。すなわち、「近代的所有権制度の最も理想的な摩擦なき状態」は、「裁判所の判決の存否に拘らず」、「自由な所有権関係」が「一の自然律として存在

ゝ介がなく、しかもそれが世襲化される場合に、戒能のいう自然的国家が出来上がるのであろう。戒能が当時の「万世一系」的日本国家にいかなる思いを抱いていたかも、ある程度推測できるところである。

79 戒能「土地法研究への覚書」（前注34）145頁上段。なお、戒能は国家法的に裁可され、かつ国家法的に保護されたものを近代的土地所有権と呼ぶことから、それと区別する意味で支那農村土地所有権を「社会法的土地所有権」であるものと規定する。そのような「社会法的土地所有権」においては、人の物に対するザッハリッヒな関係というより、家族関係、地主・小作関係などの社会的な事実的諸関係が含まれている。戒能・前掲論文145頁上段から下段。

80 もとより、長男子単独相続制という家族制度的な相続制度に縛られていた日本と比べて、「支那」の状況が果たしてどうであったかは、別論を要しよう。

81 戒能は「支那には幾つかの古きものと、支那的に再編成せられたる新しきものとが、互に「不連続線的渦流」を為して交錯する。」と述べている（戒能「土地法研究への覚書」（前注34）147頁下段）。このことから、戒能が末弘厳太郎（1888-1951年）をリーダーとする華北農村慣行調査団の一員として本論文を書いたことが分かる。なお「不連続線的渦流」というタームについては、末弘「法律と慣習」（1943年）末弘著作集Ⅱ『民法雑記帳（上）・第2版』（日本評論社、1980年）292頁以下、特に294頁。

82 戒能「支那土地法慣行序説——北支農村に於ける土地所有権と其の具体的性格」（1942年）戒能著作集Ⅳ（前注3）149頁以下。

し、もって「全ての人の精神の中にまで之が浸透することによって、所有権保護機能が確立する」状態であるとし、このような「理想的なる状態」は「市民社会の完成によってのみ到達し得られる」、と規定する⁸³。他方、戒能は、「支那農村慣行上の土地所有権」を「抽象的権利であり、私権であり、個人権であるばかりでなく、人法的支配関係を伴わざる純粋な財産権」であるものとする⁸⁴。その分、「支那」における農民の土地所有権への憧憬、およびそれに対する執着は強かった。戒能は次のように述べる。すなわち、「支那」では国家的な「所有権の保障機構が、制度たるの状態に於て欠如する」がゆえに、「農民は所有権を喪うことにより乞食となる以外に途がなく」、それゆえ「土地に対する執着は、個人的には最も熱烈なものが見出され」、もって「土地所有権は、個人的感情から言えば日本に於けるよりも、もっと強烈であるに相違ない」⁸⁵。それゆえ、「支那」の「農村慣行」上の「土地所有権」は「抽象的権利であり、私権であり、個人権である」ばかりでなく「純粋な財産権」でもあるところ、しかしながら国家的保護＝裁判上の保護を欠落せしめていたから、一種の弱肉強食的な事態を招来せしめたのである。この点は、「高度の法形成力」を欠落させていたわが国徳川期の法状態とほぼ同様であったと言いうるであろう。また、いわゆる明治維新・地租改正後の小作・地主関係を中心にした法状態も基本的には同じであったと言ってよいであろう⁸⁶。

83 戒能「支那土地法慣行序説」（前注82）153頁下段。

84 戒能「支那土地法慣行序説」（前注82）170頁下段。

85 戒能「支那土地法慣行序説」（前注82）201頁下段。戒能は「支那」における方が、土地所有権を喪失することによる「餓死」の危険が切迫していたという。戒能・前掲論文同頁下段。その意味で、「支那」では、人間が土地を支配するのではなく、土地が人間を支配している。よって「物権的観念」が「人権的観念」に先行している、とする。戒能・前掲論文202頁上段。

86 福島正夫「地租改正と土地所有権——地租改正諸方案をめぐる」（1954年）同著作集第三卷『土地制度』（1993年）3頁以下、特に12頁。福島によれば、こうである。——「地租改正により農民に与えられた所有権は、決して農民の土地要求に答えたものでなく、所有の美名は要するに負担の地域的な凸凹を平準メ

5. 〔補論〕「個人権としての私所有権」について

（１）序——戒能は、「個人権としての私所有権」というタイトルの論文⁸⁷を残している。これを筆者は、本稿を効果的に補うという目的の範囲で論ずることにする。

（２）近代的個人の出現と近代的所有権の成立——戒能は、中世において「古い主従や共同体の關係に埋没」する人々が大半であったにもかかわらず、そのような状態の中から「個人」が形成されたのはなにゆえかを問題とする⁸⁸。戒能によれば、いわゆる近代的「個人」の形成のためには、「個人的生産」の要素が必須の条件となる。すなわち、「古い共同体的な生産方式に抗して、自己自身の生産手段を持ち、その生産手段によって生産した財貨を、「これはわが物だ」と宣告する人がなかったら、どうしても個人権としての所有権觀念は發育の余地はなかったのである。」⁸⁹。そして戒能は、そのような生産的個人を生み出したのがギルド的都市ではなく、むしろ「封建關係も共同体の壓力も強力な農村だったとみるほかない」と規定する⁹⁰。そのような生産的個人の登場は、とりわけイギリスの農村に「階級分化」をもたらした⁹¹。戒能は、すでに13世紀末葉に「富農と貧農の分裂」が起こり、それが徐々に「囲い込み」(enclosure)を誘発した、とする⁹²。そこにおいて「緩慢ではあるが永続的」な「個人と村共同体と

ゝ化しただけの、内容はきわめて制限されたものに止まり、なお大きな部分が国家の手に留保されたとすべきであろう。苛烈な地租改正勞費の負担、村民共有地の収奪というその後の過程も、これを裏づける。」。

87 戒能「個人権としての私所有権」(1961年)同著作集Ⅳ(前注3)250頁以下。

88 戒能「個人権としての私所有権」(前注87)255頁上段。

89 戒能「個人権としての私所有権」(前注87)255頁上段から下段。

90 戒能「個人権としての私所有権」(前注87)256頁上段。

91 戒能「個人権としての私所有権」(前注87)258頁上段。戒能は、イギリスの実例がドイツないしフランスにも類推することができる、と述べている。戒能・前掲論文同頁上段。

92 戒能「個人権としての私所有権」(前注87)260頁下段。富農は貧農らとの「村ノ

の闘争」が引き起こされた⁹³。これは、いわば「共同体農業から個人農業へ」という問題」として把握することができる⁹⁴。この「問題」は、たとえば有能な貧農がより賃金の高い都市や他の村に移住することを法で禁ずることを伴ったので⁹⁵、この時期の所有権は形式上「個人的所有権」ないし「個人的土地所有権」ではあったが、それは「生産手段にくっつけられた労働力の支配」を内容とするものにほかならなかった⁹⁶。すなわち、誠実で自律的な自己労働に基づく所有ではなかったのである。こうして、いわゆる「エンクロージャー」は、「個人所有権独立のための闘い」であるとともに、他面において「『貧困の聖化』への挑戦だった。」⁹⁷。

(3)「宗教改革」との関係——ところで、その者の精神の内懷(うちぶ)ところから「個人所有権独立」の主体となった人々が登場しえたのはなにゆえか。戒能によれば、それはかの「宗教改革」が存在したからであった⁹⁸。すなわち「宗教改革」によって、「個人として共同体に反逆し、自己の私産を支配するにいたった人々が、生産手段の支配を通して個人的人間存在の妥当根拠」、つまりは「個人の独立的存在」を主張することをえ

ゝの共同耕作」からも脱退した。戒能・前掲論文同頁下段。

93 戒能「個人権としての私所有権」(前注87) 260頁下段。

94 戒能「個人権としての私所有権」(前注87) 261頁上段。このような共同体農業の破壊と個人農業の勃興は、法的にはトレスパス(trespass)訴訟の増大という問題を伴った。戒能・前掲論文260頁下段から261頁上段。

95 このこととの関連で、都市ギルドと対立した「農村の織元」という存在が指摘される。戒能「個人権としての私所有権」(前注87) 262頁上段から下段。

96 戒能「個人権としての私所有権」(前注87) 261頁下段。ちなみに、「生産手段にくっつけられた労働力の支配」は、当時のイギリスでの特殊事例ではなく、今日全世界的な「グローバル資本主義」の普遍的特性であり続けている。

97 戒能「個人権としての私所有権」(前注87) 261頁下段。なお、「『貧困の聖化』への挑戦」とは「浮浪者・乞食」を一掃して、彼等に職を与える事業の試みを指す。戒能はそのことを前向きに評価している。戒能・前掲論文262頁注3。

98 戒能によれば、「宗教改革」とは「宗教の改革」ではなく、むしろ「信仰の世俗化と普及」ないし「新らしいキリスト教の始まり」を意味するものであった。戒能「個人権としての私所有権」(前注87) 267頁下段。

たからである⁹⁹。そこにおいては「資本主義の精神」が妥当すべきであるところ、それは商業資本的な「利潤追求」の精神ではなく、ましてや「高利貸し」の精神ではなく、むしろ「資本家」が起業家として独立する精神のことであり、また資本家みずから「勤労者」として労働に従事することを厭わない精神のことである¹⁰⁰。

近代的所有権が、ローマ法的な装飾のもとで „jus utendi et abutendi“ という形で「使用ないし消費の権利」とされる場合、それは個人的浪費や奢侈を推奨するものと誤解されがちである¹⁰¹。しかしながら、むしろその権利を行使する主体の側に自己の生産手段を根拠にして、浪費目的ではなく、自律的・計画的に生産活動をする者が歴史上存在したし、今後もそれは存続するであろう¹⁰²。戒能によれば、そのことをより確実なものにするためには、市民革命を担うにたる「ブルジョア」の「独裁」¹⁰³が必要

99 戒能「個人権としての私所有権」（前注87）263頁上段。ちなみにルター（1483-1546）は、「精神の独立」を唱えたが「教会権力」からの独立は否定した。また「領主支配」をはじめ現状肯定論者であった。そのことは彼の「ドイツ農民戦争」（1525年）に対する姿勢に如実に表現されている。戒能・前掲論文268頁以下、特に270頁注1も参照。

100 戒能「個人権としての私所有権」（前注87）264頁上段。いわゆる零細企業の経営者が、労働者とともに額に汗して事業に従事する姿を想起すべきであろう。なお、「職業」(Beruf)の観念をルターのうちに再発見したのは、マックス・ウェーバー(1864-1920)の卓見であった。この点、戒能・前掲論文269頁上段。なお、「市民的自由主義」が「労働」を「尊重」するものであったという点につき、戒能「財産法研究に於ける二三の問題」（1942年）同著作集Ⅳ（前注3）14-15頁。

101 戒能「個人権としての私所有権」（前注87）250頁上段、273頁下段。なお戒能はユス・アブテンディ(jus abutendi)を「消費する権利」と訳しているが、これに対して平野義太郎（1897-1980年）は（私有財産の）「濫用の権利」と訳している。平野義太郎『マルクス・エンゲルスにおける史的唯物論と法律（再版）』（晓明社、1951年）25頁。翻訳という仕事と階級的なスタンスとの関係について考えさせられる問題である。ちなみに、マルクス＝エンゲルス全集（大月書店）第1巻（「ヘーゲル国法論批判」）352頁の訳語は「消費の権利」となっている。

102 戒能はカルヴィニストやピューリタンにその原型を求めている。戒能「個人権としての私所有権」（前注87）272頁以下。

103 戒能「個人権としての私所有権」（前注87）274頁上段。その場合、戒能が「プ

である。そのような意味での近代的国家が「所有権」として裁可したものが、いわゆる「近代的所有権」であり、それは自己に誠実で自律的な市民たる近代的個人＝「国民」によって行使されるものである。要するに「ブルジョア」とは「市民」のことであり、自己の職業に誇りと責任をもつ人々のことである¹⁰⁴。そのような「ブルジョア」ないし「ブルジョアジー」の存在は、かつての土地私有制のもとでの「私有」の、権威的で利己的な狭い枠組みを克服して、より高い次元で個人的所有権を承認し、それを公共的に行使する法状態の作出（市民法のないし市民社会適合の公共性の実現）を基礎づけるであろう。これは、「生産」の要素を取り込んだところの、質の異なった新たな次元における個人的所有＝「私有」である¹⁰⁵。ここに、戒能が「個人権としての私所有権」を論じた意義がある。おそらく戒能は、資本主義的生産様式の下での剰余価値の「搾取」からもたらされた所有権をカッコ付きの「近代的所有権」（「似非近代的所有権」）と呼ぶのではないだろうか。言うまでもなく、それ（「似非近代的所有権」）は、自己労働を基礎とし、しかも他者に対して誠実で寛容な所有権、すなわち「個人権としての私所有権」ではない。「個人権としての私所有権」が実現するためには、「ブルジョアジー」が真の「市民」となり、かつまた同時

「ブルジョア」による「独裁」を主張する趣旨は、市民的権力による日本国憲法の徹底遵守と言い換えて間違いなかろう。すなわち「ブルジョア」はその責任において、先頭に立って日本国憲法を守るべき存在である。しかしながら、市民革命の主体に属する「ブルジョア」ないし「ブルジョアジー」は、「独裁」の意味を取り違え、権力と財力にしがみつきの、市民革命の足を引っ張ることをすら平気で行う。それゆえ、「市民革命の永久化」が要請されるべきことになる。この点、利谷信義「解説」戒能著作集Ⅳ（1977年）324頁。

104 「かつてのブルジョア民主主義運動は、寄生所有者の運動ではなく、生産的労働者たる所有者の運動だった」。その意味で、「ブルジョア」という言葉を「内容もみずに嫌悪するのは愚かしい。」。戒能「日本における政治過程と所有権」（前注7）299頁下段。この場合の「ブルジョア」とは、基本的に欧米におけるそれを指すものといえることができる。

105 戒能「個人権としての私所有権」（前注87）274頁上段。

に「プロレタリアート」も「市民」となるといふ社会的状態の自覚的な創出が要求される¹⁰⁶。そこに真の「市民革命」の可能性が切り拓かれる。それを推進する法的な起動力たるべきもの、それが「個人権としての私所有権」であると言ってもよからう。

6. 結語

ここでは、以上で確認しえたことの要点を記しておく。その際、若干の補充を行うことがある。

- ① わが国徳川法上の「所持」は、その主体が独立した精神の持ち主である場合には「所有」に転化しえたが、そうでない限り「所持」は、身分的従属関係を伴うところの、田畑の「使用収益」関係の事後的表現に過ぎなかった。しかるにその場合の占有は、あくまで「社会的占有」であり、翻ってそれは身分的従属関係のあり方そのものに明瞭に投映した（むしろそれが身分社会特有の現象として土地占有の諸関係のあり方に跳ね返った。）。また、永小作権の場合も身分的従属関係は存続したのであり、永小作権の存在をもって「土地権」と規定すべきではない。
- ② その場合の「社会的占有」は、徳川期の小作農民の使用収益においてみられるように、「生産」的要素と密接な関係があ

106 ところが、わが国の場合、「近代労働者の先駆者」たるべき「ブルジョアジー」がそもそも市民として育たず、「プロレタリアート」は「ブルジョアジー」の遺産なしに、「すべてを自分の手で作りださねばならない」という特殊な限界性があった。戒能「市民法意識と日本の地盤」（1962年）同著作集Ⅶ『法社会学』（1977年）154頁以下、特に162頁。ちなみにわが国に特有の「寄生的所有権」の主体となったのは、日本的な「ブルジョアジー」であって、それは当時の天皇制権力の庇護のもとで自由と民権の声を暴力で押しつぶしたのである。戒能「日本における政治過程と所有権」（前注7）289頁以下。

り、むしろ当時の「社会的占有」それ自体が「生産」的諸関係の複合体であった。ちなみに、農民による共同体的農業の意識が支配的な山林入会では、当該共同収益事業において「社会的占有」が原則無条件に承認されるべきであって、そのような農民の共同収益事業はそのものとして直接的に保護の対象とされるべきである。

- ③ 徳川法上の「所持」とゲヴェーレ (Gewere) との関係は微妙である。ともに社会の内部秩序にその存在根拠を有し、その占有はいずれも社会的占有であった。ところがゲヴェーレは、社会的占有であるとともに法的占有でもありえたから、占有訴訟による法的保護が付与された¹⁰⁷。これに対し、わが国徳川法上の「所持」は、まれに事実上占有訴訟的な保護を与えられることがあったとしても、それが法的保護手段としての占有訴訟にまで一般化したとは言い難い¹⁰⁸。
- ④ 他方、近代土地所有権の成立過程について、戒能は、「村の形成とその効果」に着目する。一定の集落において農業を営む村民が放牧や草木採取のため遠方のアルメンデで共同収益に携わる場合、領主の隷民 (familia) とも協働することがあった。それは、形式上領主の支配に属するアルメンデの共同の「開放要求」へと展開した。そして、ついには村民及び

107 戒能「所持と所有」(前注3) 74頁以下注3を参照。この場合の「占有訴訟」は、ゲルマン法的な色彩を帯びた「法的防御権」であり、かつ「自力救済」の余地を認めうるものであった。この点、村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』(東京大学出版会、1980年) 109頁以下。

108 「所持」侵害への救済を求める要求が「農民一揆」にまで高まった事例が多いのも、わが国徳川法上の特徴の一つであろう。明治維新・地租改正後の農民一揆もその延長線上で捉えることができよう。要するに、「明治政府」は「徳川幕府の相続人」にほかならなかったからである。戒能「日本における政治過程と所有権」(前注7) 279頁上段。

隷民の自覚意識はさらに向上し、領主との対抗関係が深まった¹⁰⁹。こうして16世紀以降、ドイツの村落では、いわば「高持本百姓」ともいうべきBauerが存在するに至った¹¹⁰。このことを、より一般的な考察観点から言い換えれば、「絶対王権の強化と共に、領主・農奴間の力関係が変化して来ると、農奴の保有は次第に所有として属性を強めてゆき、農民的土地所有が成立する。」ということができよう¹¹¹。

- ⑤ そしてそこには、かの「宗教改革」の影響があった。ルターの限界を乗り越えようと格闘したカルヴィニストやピューリタンの思想は、「生産」する個人の近代化、つまりは近代的個人の成立を推し進めた。その場合、高利貸的ないし商業資本的な「資本主義の精神」は排斥された。あくまでも、自己の才覚と努力で生産手段を確保し、そこから適正な利益をえて、それを社会公共のために投資することを厭わない者こそ「資本主義の精神」の体现者であった。同時に、そのような近代的個人は、みずからの精神のうちに、厳格な教育環境のもとで培われた自己の理性（良心）に従い、誠実に自己の所有権を行使する義務を負うのである¹¹²。
- ⑥ こうして近代的個人が成立することにより、近代的国家の基礎が固められ、同時に近代的国民が出来上がる。それによっ

109 それを暴力で抑えつけたのが、1525年のドイツ農民戦争における領主側の態度であった。この点、戒能「土地法研究への覚書」（前注33）133頁以下も参照。

110 このことは「隷民」（familia）が、領主のための存在から村のための（Dorfgemeinde）存在へとその存在性格に大きな変化をきたしたことと呼応しているように思われる。戒能「土地法研究への覚書」（前注34）134頁下段を参照。

111 甲斐「所有権と所有」（前注37）14頁。

112 この義務は、いわば純然たる市民法的な義務であり、たとえばゲルマン法的に特殊化された倫理に基づく義務ではない。この点、村上『ゲルマン法史における自由と誠実』（前注107）175頁。

て生み出されるものこそ「近代的所有権」であり、あるいは「近代的土地所有権」である。近代的個人・近代的国家・近代的国民のトリアーデが、いわば「下部構造」を構築し、それを土台にして「上部構造」として存立するものが「近代的所有権」・「近代的土地所有権」である、と言えよう。これは、視点を入れ替えて、「下部構造」と「上部構造」を交替せしめることによっても通用することである。すなわち、「近代的所有権」及び「近代的土地所有権」が「下部構造」として根づき、しっかり支えるところにおいて初めて、「上部構造」たる「近代的個人」・「近代的国家」・「近代的国民」のトリアーデが成り立つ¹¹³。

- ⑦ そのようなトリアーデのもと、「近代的国家」は「近代的所有権」・「近代的土地所有権」をその侵害から守り保護する義務を負う。かかる保護請求権は自然権的請求権であり、自然法的な根拠をもつ¹¹⁴。そしてそのような関係のもとでのみ、「近代的個人」は国家を信頼し、国家を支援することができる。そうでない限り、「近代的個人」は国家を信頼したり、支援することはできないであろう¹¹⁵。その場合、「近代的個

113 土地を生産手段として生産関係に組み入れる立場からは、「近代的土地所有権」を「下部構造」とするシェーマにより適合的な理解が得られるであろう。ともあれここで「下部構造」とか「上部構造」という用語を使うのは、厳密な学問的検討を経たものではなく、単なる便宜上のものに過ぎない。

114 戒能「日本における政治過程と所有権」（前注7）275頁上段。

115 たとえば、他人の所有地に水力発電会社が無断でトンネルを掘ったり、あるいは他人の所有地に鉄道会社が無断で線路を敷設したという事案がある（前者・大判昭和11年7月17日民集15巻1481頁、後者・大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁）。いずれも原告・土地所有者の訴えが、「社会通念上不能ニ属ス」という理由で斥けられた。これらは本来、原告の妨害排除請求が認められるべき事案であったにもかかわらず、裁判所が「社会的不能論」＝「既成事実擁護論」＝「裸の利益衡量論」を持ち出し、被告（電力会社や鉄道会社）を保護したケー

人」は国家を相手取って訴えることも躊躇すべきではない¹¹⁶。また、裁判外的な市民的共同形態のもとでの抵抗活動も有効に活用すべきであろう¹¹⁷。

- ⑧ このような関係を実体化・現実化するためには、「ブルジョアジー」が「市民法」の担い手として根本的に鍛え上げられることが必要であるとともに、「プロレタリアート」はそれを監視しつつ、同時にみずから「市民法」の担い手として模範を示す努力を継続する必要がある。その意味で、「近代的所有権」ないし「近代的土地所有権」は「市民革命」を遂行していくための「媒介概念」であり、「闘争概念」である。戒能通孝の近代的所有権論及び近代的土地所有権論は、読み手をそのような見地にまで高める力を持っている¹¹⁸。

以上

ゝスである。なお、上記二つの判決、及びそれと共通する戦後の判決（最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁「板付空港事件」）を「所有権の階層化」という観点から批判的に考察する、原島重義「民法における「公共の福祉」概念」（1968年）同『市民法の理論』（創文社、2011年）233頁以下、特に257頁以下。なお、同旨として、吉田克己『現代土地所有権論——所有者不明土地と人口減少社会をめぐる法的諸問題』（信山社、2019年）225頁。

116 戦後は、日本国憲法17条と、それに基づく国家賠償法が存在する。もとより、それらがどのように実効性を保持しているかについては別論を要する。

117 これは、周知のジョン・ロックのもとでの「抵抗権」・「革命権」の現代版とすべきものである。

118 この戒能の基本的な視点は、現代においても「市民にとっての土地問題への対処という観点から土地所有権論を構成するという観点」が、あまりにも希薄なのである」という認識に立ちつつ、「生活世界の基盤としての土地所有権」および「生活空間の公共的制御と土地所有権」という観点から新たな土地所有権概念の形成を展望する、吉田（克）『現代土地所有権論』（前注115末尾）223頁以下と関連をもつであろう。

損害賠償の明示的一部請求に対する弁済の抗弁

越 山 和 広

(目次)

- I 本稿の問題意識
- II 損害賠償請求訴訟の訴訟物
- III 明示的一部請求に関する判例
- IV 一部請求に対する弁済の抗弁と外側説

I 本稿の問題意識

1 明示の一部請求に対する債務消滅の抗弁

明示の一部請求額に対して、それを上回る額の反対債権による相殺の抗弁や過失相殺の抗弁が対抗された場合について、後述する判例（Ⅲ参照）は、いわゆる外側説を採用している。外側説は、最終的に請求できる金額の全額を確定したうえで、そこから対抗された額を控除するべきであるという見解であり、控除後の残額が一部請求額を下回るならば、その限度で請求は一部認容となる。このように一部請求の外側から対抗額を控除する形になるため、この見解は外側説と呼ばれている。

では、弁済の抗弁が一部請求に対抗された場合は、どうなるのだろうか。この問題はほとんど論じられたことがないが、民法上、弁済は相殺と同じく債務消滅原因であるから（民473条）、この判例法理が同じように適用されるはずである。抽象論としては、さしあたりこのように考えることが許されるであろう。では、この問題をより具体的に検討するとどうなるだろ

うか。これが本稿の課題である。

2 損害賠償請求の例

明示の一部請求が比較的問題となりやすい人身損害賠償請求権では、性質が異なる複数の損害費目が積み上げられて1個の請求権を構成する形となる（後述Ⅱの昭和48年最高裁判決を参照）。そして、この場合の一部請求としては、①数量的な明示の一部請求と、②特定的一部請求としての費目限定型の明示の一部請求の2つのタイプが想定できる。そこで、この2つの区別に従ったうえで、弁済の抗弁がそれぞれのタイプにおいてどのように扱われるのかをまずは概略的に考えてみることにする。

（例1）人身傷害をもたらす不法行為によって生じた損害全額の60%を請求したのに対して、被告は、損害全額のうち50%は賠償済みであると反論した。裁判所は被告の主張を認めた。

この数量的な一部請求の例で外側説を適用すると、原告の請求を一部認容（10%棄却）することになる。この例のように、損害額全体のうちの一部を数量的に請求する場合、債務消滅の抗弁の処理方法として外側説を適用することに対する違和感はほとんど認められないであろう。では、これに対して、費目限定型の明示の一部請求の場合はどうか。

（例2）人身傷害をもたらす不法行為によって生じた損害のうち、慰謝料に限定した一部請求が提起されたのに対して¹、すでに多額の財産的損害

1 本文の事例はいわゆる特定の一部請求であるが、このような訴えは適法といえるのだろうか。ここで適法・不適法という場合、2つの問題を区別しなければならない。まず、明示的な一部請求の訴え自体を、後述の兼子説であっても不適法とはしていない。中野貞一郎「一部請求論について」『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、1989）89頁以下参照。本文の事例では、慰謝料というメ

に対する賠償金を支払っているという弁済の抗弁が主張された。例えば、財産的損害の額に争いがある事案であったために、原告は、慰謝料300万に明示的に限定して、損害賠償請求の訴えを提起した。被告は、財産的損害は総額100万であるが、すでに250万を支払っていたと主張して、この過払い分150万円を慰謝料300万の請求に充当できると反論した。

この例でも、損害額全体を計算して、既払い分を控除するという外側説に基づいた処理をすることができるだろうか。思うに、費目限定型の一部請求において、ある損害費目に相当する既払いの金額が、別の・性質が異なる（一部請求がされている）損害費目に対して当然に充当されると簡単に言い切っているのかどうかは、相当に問題がある。すなわち、外側説を適用するには、損害額全体の確定を必要とする。そうすると、損害全体の把握が難しい場合であるがゆえに、費目限定型の一部請求が選択された場合であっても、被告が別な特定の損害費目の支払いを主張すれば、損害全額に係る審理を要することになる。これを正面から容認すると、例えば治

ㄨ 損害費目はそれ以外の費目から切り離して算定することができる性質のため、請求自体が特定していることには疑いがなく、訴えが不適法になることはない。他方で、特定の一部請求認容後の残額請求の許容性も問題となる。これに関しては、残額請求否定説の先駆的見解である兼子一「確定判決後の残額請求」『民事法研究第1巻』（酒井書店、1925再版）408頁が、債権の一部について法律上の特定標識があるときは残額請求を例外的に許容する見解を示していることはよく知られている。しかし、その後の残額請求否定説はこのような例外を認めない。例えば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法上（第2版補訂版）』（有斐閣、2013）107頁、新堂幸司『新民事訴訟法（第6版）』（弘文堂、2019）338頁、伊藤眞『民事訴訟法（第8版）』（有斐閣、2023）239頁以下など。なお、これらの見解とは別に上記兼子説を否定する見解として、松本博之「一部請求訴訟後の残額請求訴訟と既判力・信義則」『既判力理論の再検討』（信山社、2006）203頁があるが、松本説は残額請求を一律に否定する立場ではないから、上述の新堂説などと同列に扱うべきではない。また、損害費目によって分割請求するという原告の意思に制限を加える考え方もありうるが（後掲注（9）参照）、筆者は、そのような原告の意思は尊重されるべきであると考えている。

療費の過払いがあったとの（場合によっては）根拠が乏しい主張が、審理引き延ばし策として悪用されることになるのではないかと、さらには、費目限定型の一部請求を適法とした趣旨、すなわち迅速に一定の賠償金を得たいという原告の意図に反するのではないかなどの疑問が生じる²。

3 本稿の目的

本稿は、明示的一部請求に対する弁済の抗弁という問題について、民事訴訟法の理論は、一般論としてどのように考えてきたのか、また、どのように考えるべきなのかという基本的な枠組みを検討するものである³。

II 訴訟物の個数について

1 人身損害賠償請求訴訟の訴訟物

はじめに、旧訴訟物理論（実体法基準説）を前提としつつ、1人の加害者による1個の不法行為で1人の被害者が損害を負った場合の損害賠償請求訴訟の訴訟物について検討する。この問題について、かつては訴訟物複数説が有力であったといわれていた。この説によれば、物損は対象物の数だけ訴訟物が発生し、人身傷害の場合も財産損害と精神上的損害は別の訴訟物になるなどのように、損害費目ごとに細かく個別化する立場がとられ

2 三木浩一「一部請求論の展開」『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣、2013）132頁以下は、このタイプにつき外側説の適用を否定する先駆的な研究である。

3 本稿は、2024年6月1日に筆者が日本民事訴訟法学会関西支部研究会で行った報告を再構成したものである。なお、当該報告をするに至った動機は、東日本大震災に起因する福島第1原発事故に係るいわゆる避難者訴訟で、被告である東京電力の訴訟代理人が弁済の抗弁という争い方を試みたことに疑問を抱いたことにある。避難者訴訟の問題については、近日中に別稿で検討の成果を発表する予定であり、本稿は、そのための予備的な考察としての意味も含むことをご了解いただければ幸いである。

ていたとされる⁴。しかし、このような状況を一変させたのが、次に検討する昭和48年の最高裁判決である。

2 最判昭和48・4・5民集27巻3号419頁

【事案（少し変更した）】

Xは、自己の運転する自働車とA運転の自動車との衝突により右上腕切断等の傷害を受けたとして、Aの車の所有者かつAの使用人であるBの親会社にあたるYの責任を主張して損害賠償請求の訴えを提起した。Xは、第一審において、療養費29万6266円、逸失利益1128万3651円、慰養料200万円の各損害の発生を主張し、療養費、慰養料の各全額と逸失利益の内金150万円との支払を求めるものであるとして、合計379万6266円の支払を請求した。つまり、逸失利益が全額請求でないという意味で一部請求がされている。

第一審判決は、療養費、慰養料についてはX主張の全額、逸失利益については916万0614円の各損害の発生を認定し、合計1145万6880円につき過失相殺により3割を減じ、さらに支払済みの保険金10万円を差し引いて、Yの支払うべき債務総額を791万9816円と認め、その金額の範囲内であるXの請求の全額を認定した。そこで、Yが控訴した。

控訴審判決は、療養費および逸失利益の損害額を1審通り認定したうえ、その合計945万6880円から過失相殺により7割を減じた283万7064円について賠償義務があるとし、また、慰養料の額はXの過失をも斟酌したうえ70万円を相当とするとし、支払済みの保険金10万円を控除して、結局Yの支払うべき債務総額を343万7064円と認め、第一審判決を変更して、右金額

4 議論状況については、岩松三郎・兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第2巻』（有斐閣、1958）108頁、我妻学「損害賠償請求（交通事故）訴訟の訴訟物」高田裕成ほか編『民事訴訟法判例百選（第6版）』（有斐閣、2023）146頁などを参照。また、宇都宮遼平『訴訟物と損害賠償請求訴訟』（成文堂、2023）329頁以下も参照。

の支払を命じた。そこで、Yが上告した。上告理由は、Yが命じられた支払総額はXの請求の範囲内であるが、療養費と逸失利益の総額はXの主張を逸脱しているので、民事訴訟法186条（現行法246条）に違反するというものである。

【判決】 上告棄却

「本件のような同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上的損害とは、原因事実および被侵害利益を共通にするものであるから、その賠償の請求権は一個であり、その両者の賠償を訴訟上あわせて請求する場合にも、訴訟物は一個であると解すべきである。したがって、第一審判決は、Xの一個の請求のうちでその求める全額を認容したものであって、Xの申し立てない事項について判決をしたものではなく、また、原判決も、右請求のうち、第一審判決の審判およびYの控訴の対象となった範囲内において、その一部を認容したものというべきである。そして、原審における請求拡張部分に対して主張された消滅時効の抗弁については、判断を要しなかったことも、明らかである。」

3 昭和48年判決をどのように理解すべきか

（1）人身損害賠償請求訴訟の訴訟物は1個であるという本判決によれば、Xの請求は損害額全体から見て数量的な一部請求となる。またここでは引用していないが、本判決は、一部請求訴訟で過失相殺が主張される場合については損害全額から控除するという第一審および第二審の処理を是認している⁵。したがって、一部請求に対する過失相殺について外側説を採用した先例としての意味も認められる。

5 弁護士費用相当額は過失相殺後の損害額を基準として決定されるため、過失相殺の対象にはならないと解されている。最判昭和49・4・5交通民集7巻2号263頁参照。

(2) 人身損害賠償請求では、財産的損害と精神的損害に分けたうえで損害費目をさらに細分化して算定し、それを合算したものを請求する。このように、損害費目ごとの算定が必須であることに注目すれば、損害費目に応じて訴訟物を個別化することは不自然ではないともいえる。しかし、損害費目は便宜上の算定根拠にすぎず、合算した額に重要な意味があると考えれば、損害費目に応じた訴訟物の個別化は不自然といえることができる。本判決は、損害費目による訴訟物の個別化を否定するので、後者の理解に立っていると解される。

(3) 昭和48年判決は、訴訟物1個と解することで、損害額の費目間での流用(融通)を可能とし、被害者が少しでも多く逸失利益を得られるようにする点にそのねらいがあった⁶。これは、事案からみてそのように解される。そして、本判決は、本件事案とは異なる場合、つまり慰謝料を少しでも多めに認定する方向にも寄与している⁷。ということは、本判決が採用した訴訟物1個説は、加害者側が何度も訴えられることを避けたいという趣旨を必ずしも含意しているわけではないと思われる。また、その関連で言えば、訴訟物1個説を採用すると、その一部を数量的に限定して請求する訴訟は、数量的な一部請求となる。したがって、数量的一部請求を許容する限り、訴訟物1個説のメリットは減殺される⁸。また、費目限定型の特定的一部請求を容認するならば、結果的に訴訟物複数説を採用したのと同じことになる⁹。このように、訴訟物1個説は實際上例外なく適用さ

6 野田宏・最判解民事篇昭和48年度(法曹会、1977)459頁参照。

7 前掲注(4)法律実務講座108-109頁参照。

8 ただし、残額請求を全部否定する説を採用する、あるいは、既払い額の控除につき外側説が採用するならば、それによって1回の解決を図ることができる。

9 宇都宮・前掲注(4)364頁以下は、特定費目に限定した特定の一部請求が損害費目の相互流用を認めることと両立できないという興味深い議論を展開する。これは、損害費目ごとに訴訟物を個別化しないという解釈を採用したこと、原告の意思によってあたかも費目別の訴訟を可能にすることとの間の不整合を説くものと解される。もっとも、この見解が例えば慰謝料に限定した特定のメ

れているわけではないことに注意が必要であることを本稿では強調しておきたい。

Ⅲ 明示の一部請求に関する判例

次に、明示の一部請求に関する判例理論を再確認する。

1 訴訟物と判決効に関する2つの判例

最判昭和38・8・10（民集16巻8号1720頁）は明示の一部請求認容の事例であり¹⁰、明示の一部請求について、一部請求部分と残額請求とでは訴訟物が異なるゆえに、一部請求に対する確定判決の既判力は残額請求には及ばないとしている。他方で、最判平成10・6・12（民集52巻4号1147頁）は、明示の一部請求棄却の事例について、明示の一部請求を全部または一部棄却する確定判決後の残額請求は信義則に反するという新たな理論を提示した。なお、以下では、それぞれの判決を「昭和38年判決」、「平成10年判決」とする。

では、この2つの判例について、それぞれどのように理解するべきだろ

ㄨ 一部請求が許されないと論ずることの法的帰結（可能性として、訴訟物不特定として却下される、却下はされないが確定後の別費目の残額請求は禁止される、直ちに却下はしないが請求を拡張しなければ最終的に却下するという3つが考えられる）は明らかではない。私見は、原告の意思によって訴訟物を特定費目に限定することそれ自体を禁止する理由はないと考えている。すなわち、訴訟物をどのように構成するかという問題は原告の合理的意思解釈の問題なのであり、既判力の範囲のように当事者の意思が介在する余地のない局面を別にすれば、原告が判例の採用する訴訟物1個説から表面上離反する行動をとったとしても、それが相手方や裁判所の利益を害することがない限りにおいて、それを禁止することはできないのではなかろうか。

10 この事件では、前訴である一部請求を内側説によって過失相殺した結果として一部認容しているが、これは実質としては全部認容したのと同じである。山下郁夫・最判解民事篇平成10年度下（法曹会、2001）610頁参照。

うか。

昭和38年判決は、明示の一部請求によって訴訟物が個別化する（一部額と残額とで別な訴訟物になる）ことを認めるものだと理解されてきたと思われる。もっとも、訴訟物が個別化するというものの具体的な意味は明確ではない。すなわち、訴訟物が個別化ということは、1個の金銭債権であっても、一部請求があったことであたかも2つの債権へと分割されるかのごとくに扱うのだということができそうである。しかし、金銭債権はその金額によって特定された1個の債権であって、一部に限定した請求によって、2つの債権へと分割されることはあり得ないということもできる。判例がどちらの理解に立っているのかは明確ではないが、判例は、徹底した残額請求否定説（いわゆる一部請求否定説）を採用していないから、前者の理解に立つと見るのが、従来からの暗黙の了解であったと思われる。しかし、いわゆる要件事実論では、金銭債権を訴訟物とする場合に、金額による訴訟物の特定を（おそらく意識的に）避けていることからすると、実務は後者の理解に立っているとみる余地があるのかもしれない。もっとも、後者の考え方に依拠したとしても、判決の対象すなわち既判力の対象（民訴114条1項）は一部請求部分に限られる。つまり、主文において残部を認容または棄却する判決がされていないのに、既判力はすべてに及ぶということとはできない¹¹。そうだとすれば、昭和38年判決を一部請求の訴訟物についての判例として理解するのではなく、既判力の対象およびその効力が一部請求部分に限定されることを明らかにしたものとして理解しておくのが穏当ではないかと思われる。

次に、平成10年判決は、残額請求否定説への接近という新たな方向性を示したものとして注目を集めてきた。この判決の基本的なロジックは、債権全体を審理判断して、一部請求額すら存在しない、または一部額のうち

11 伊藤・前掲書注(1)240頁注111は、明示行為の中に債権全体の確認申立てが含まれるとするが、これは擬制的にすぎる。

の一部分しか認められないと判断された場合、被告は、それ以上原告から請求されることはないを期待することができ、この期待は信義則によって保護されるべき合理的な期待であるというものである。この判例は、一部請求に対する債務消滅の抗弁に関する議論の出発点となるので、項目を改めて次で詳論する。

2 平成10年判決の理論構成

平成10年判決は、一部請求棄却後の残部請求が同じ紛争の蒸し返しとして信義則に反すると解する。このような結論に至るためには、前訴と後訴の審理および判決の対象が同じであることを要する。しかし、金銭債権の数量的一部請求の場合、審理および判決の対象という意味での訴訟物は一部請求額に限定されるというのが判例の基本的な前提であるから（昭和38年判決参照）、審判対象が同じだとするための、新しくかつ別なロジックが必要となった。そこで、平成10年判決は、1個の金銭債権の数量的一部請求訴訟では、既判力の対象と審理の対象とを分離して考えることができ、審理の対象は債権全体に及ぶから、前訴と後訴の審理（および判決）の対象は結局同じであるという新たな発想を展開した。すなわち、平成10年判決は、「一個の金銭債権の数量的一部請求は、当該債権が存在しその額は一定額を下回らないことを主張して右額の限度でこれを請求するものであり、債権の特定の一部を請求するものではないから、このような請求の当否を判断するためには、おのずから債権の全部について審理判断することが必要になる」と論じるのである。

さらに、このように考えることができることの例証として、平成10年判決は、一部請求訴訟で被告が反対債権による相殺の抗弁を提出した場合の審理方法に関する判例（最判平成6・11・22民集48巻7号1355頁、以下「平成6年判決」という）を引用する。すなわち、相殺の抗弁が提出された場合、「裁判所は、当該債権の全部について当事者の主張する発生、消（龍法 '25）57-4, 96（742）

滅の原因事実の存否を判断し、債権の一部の消滅が認められるときは債権の総額からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定」とするといういわゆる外側説による処理が行われるから、債権総額をまず確定した上で、その全体額から自働債権の金額を控除することになる。

このような外側説による処理の結果、「現存額が一部請求の額以上であるときは右請求を認容し、現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容し、債権が全く現存しないときは右請求を棄却する」ことになるから、「当事者双方の主張立証の範囲、程度も、通常は債権の全部が請求されている場合と変わるところはない」¹²とされ、数量的一部請求であっても、最終的な請求可能額を審理、判断することができ、その場合には、審理の対象と判決の対象は一致しないことが正面から認められた。

3 特定の一部分請求の問題

特定の一部分請求に関する判例の考え方は明確ではない。不法行為に基づく損害賠償請求訴訟で特定の費目のみを請求している場合、他の損害費目の不存在を主張するなどの特段の事情がないかぎり、当該費目に限定した明示の一部請求と解するという基準に立つ裁判例がある。ただし、このような裁判例はすべて平成29年改正前民法における消滅時効の中断に関するものであり¹³、明示の一部請求がなかった残部についても裁判上の催告に

12 平成10年判決の事案は、請求原因自体が成り立たないという場合で、債務消滅原因事実の主張が成功して一部請求が棄却された事案ではなかった。筆者は、このような事案を解決するために、最高裁が一部請求における債務消滅の抗弁の審理方式に係る平成6年判決に依拠したのは論理的に見て適切ではなかったと考えている。拙稿「一部請求後の残額請求と既判力・信義則」『伊東乾教授喜寿記念論文集 現時法学の理論と実践』（慶應義塾大学出版会、2000）314頁参照。上野泰男「明示の一部請求訴訟棄却判決の既判力」法学雑誌55巻3・4号（2009）698頁から699頁も同趣旨。

13 例えば、東京高判昭和57・6・29判タ477号104四頁、金沢地判昭和51・7・16判時1746号90頁など。

よる時効の暫定的な中断効が認められるとしたその後の新判例を考慮するならば（最判平成25・6・6民集67巻5号1208頁）、これらの裁判例の意義については再検討が必要であろう¹⁴。ともあれ、実務上は、損害賠償請求について費目限定型の特定一部請求それ自体が容認されていること、つまり数量的一部請求でなくとも、訴えとしての特定性は認められていることを確認しておけばよいのではなかろうか。

残部請求の可否であるが、最判平成20・7・10（判時2020号71頁）は、損害費目を特定した請求であったこと、それ以外の損害の発生を主張していたといえること、その他の事情を総合考慮して、「この訴えは一部請求である」という記載がなくても、一部請求の明示があったと事後的に評価した。この判例は事例判断にとどまると解されるが、原則論として特定一部請求における残額請求を容認しない趣旨を含むとまでは言えないように思われる。

IV 一部請求に対する弁済の抗弁と外側説

1 弁済の抗弁

（1）考え方

弁済の抗弁が対抗された場合については、論理的に3つの考え方がある。ひとつは外側説であり、債権の請求可能な総額から弁済額を控除するものである。これに対するのが内側説であって、一部請求額から弁済額を控除すると解する。両者の中間にあるのが按分（案分）説であり、一部請求額と残部請求額からそれぞれの比率に応じて弁済額を控除するという。平成

14 前注記載の金沢地裁判決の控訴審である名古屋高金沢支判昭和56・1・28判時1003号104頁は原判決とは逆に全部請求と解するが、これはそのように解することで、債権全体に対して時効中断の効果が及んでいると考えたからであると思われる。しかし、本文記載の平成25年判決以降は、そのように無理して考えなくてもよいことになる。

6年判決は相殺の抗弁、昭和48年判決は過失相殺について、いずれも外側説を採用するが、弁済の抗弁に関する明確な先例はまだ存在しない¹⁵。

(2) 外側説

相殺の抗弁に関する判例の趣旨に依拠する限りにおいては、被告が弁済の抗弁を提出した場合、相殺と弁済とで性質上異なる考え方を採用する理由はないので、外側説によって処理される。その結果、弁済額が一部請求額にまで食い込んで、原告が請求する一部額が1円も認められないか、一部請求額の一部しか認められないことになれば、全部または一部棄却となる。反対に、債権総額に比して弁済額がわずかであるために、弁済の抗弁が一部請求額に食い込めないならば、弁済の抗弁は主張自体失当となる。

(3) 弁済金控除の方法

外側説による場合、弁済金はどのように控除されるか。1個の売買代金債権や貸金債権が訴訟物である場合と複数の損害費目を積み上げた総体が1個の請求権そして訴訟物になる場合とで区別する。

まず前者の場合であるが、このときは債権の総額から弁済額を控除することになる。例えば、貸金元本5000万円のうち3000万円の一部請求で2500万の弁済の抗弁が成立すれば、5000マイナス2500イコール2500（一部請求に500万食い込む）となり、一部請求は2500万の一部認容となる。

次に費目積み上げ型の損害賠償請求権の場合はどうか。平成6年判決の事案は次のようなものであった。建築請負契約で未完成の建物に瑕疵があるとして債務不履行解除がされた。原告は損害として、解体費用・完成し

15 すでに弁済があればそれを控除して請求を立てるのが通常であろうから、一部請求に対して弁済の抗弁が対抗される場合は少なく、先例も見当たらないのだろうと推測できる。逆に言えば、一部請求訴訟で弁済の抗弁が出てくるときには、既払い額の事前の控除を拒むような特殊な事情が含まれているのではないと思われる。

ていれば得られたはずの賃料・既払代金の合計957万余のうち367万余を請求し、被告は施工部分の代金194万円余による相殺を主張した。第一審は損害額の合計を401万円余、自働債権額は96万円余と認定し、約304万円の限度で認容している。平成6年判決は同様に、損害総額から相殺の対当額を単純に控除している。換言すれば、損害費目を選択してそれに自働債権の対当額を充当するようなことはしていない。

このように、外側説は、数量的一部請求において損害額の総体から控除する考え方である。昭和48年判決でも、既払いの保険金は損害全額（過失相殺後のもの）から控除されており、特定の費目から控除されていない¹⁶。

以上のような検討によれば、数量的一部請求に外側説を適用したことによる弁済充当は、個別の損害費目を合算した総額から単純に控除するものであることがわかった。これに対して、内側説は被告による弁済充当の指定を認めるものとも評価できる。そうであれば、外側説の下では、弁済者たる被告が特定の損害費目を指定して弁済充当を主張することはできない¹⁷。よって、外側説は、その限りににおいて弁済者（被告）の意思を考慮

16 最判平成10・9・10判時1654号49頁は、交通事故の事案で、国民健康保険の被保険者が、療養の給付を受けるのに先立って、自賠責保険の保険会社から慰謝料等の名目で損害賠償額の支払を受けた場合について、「右損害賠償額の支払は、右事故による身体傷害から生じた損害賠償請求権全体を対象としており、療養に関する損害をも包含するものであって、保険会社が損害賠償額の支払に当たって算定した損害の内訳は支払額を算出するために示した便宜上の計算根拠にすぎないから、右被保険者の第三者に対する損害賠償請求権は、その内訳のいかんにかかわらず、支払に応じて消滅」と論じている。これに対して、労働者災害補償保険法による労災給付と民法上の損害賠償との関係については、いわゆる費目拘束のルールがあり、同一性を欠く（労基84条2項、労災12条の4第2項・64条など参照）別の費目に充当することはできないとされている。後掲注（20）を参照。

17 この場面が1個の債務の弁済として数個の給付をすべき場合だと解すれば、民法491条・488条により弁済者による指定充当が可能とも思われる（この規定は、例えば賃料債務数か月分や割賦払の債務を想定している）。しかし、この理解は外側説の趣旨に反する。

しない考え方であるといえることができる。

2 外側説の根拠

外側説の根拠としては、2点が論じられている¹⁸。第1に、1回の訴訟で損害賠償請求を終わらせることに対する裁判所と当事者の利益に対する配慮である。すなわち、内側説や按分説は、損害額全額を回収するには残額請求が必須となることを前提とする点で問題がある。第2に、1個の債権の数量的な一部請求では、原告は弁論終結時に存在するか、少なくともその額が認容されると期待して請求をしているのだから、外側説によらなければそのような原告の意思に沿うことにはならないといわれている。別な言い方をすれば、原告が、既払い分があることを自ら認めた上でそれを控除して一部請求をしている場合、外側説は、そのような請求をした当事者の意思と整合的である。そうだとすると、既払い分を考慮せずに数量的な一部請求を立てた場合、外側説を適用して既払い金を損害全額から控除して一部請求を一部認容するという処理は、そのような例が実際にありうるかどうかはともかくとして、合理的だといえることができる。しかし逆に、原告が、一部の損害費目に限定して請求を立てている場合には、外側説との整合性には問題が生じるということができそうである。

なお、これは私見であるが、平成10年判決がそうであるように、債務消滅原因とその金額を真剣に争った結果として、一部請求が全部または一部棄却されたときに、それでもなお残額があるという原告の主張を信義則に反するとして斥けるための布石となる点で、外側説には意味があるということもできる。

3 外側説の問題点

他方で、外側説の問題点としては、1回の訴訟での解決を目指す代償と

18 以下は、水上敏・平成6年度最判解民事篇（法曹会、1997）579頁を参照した。

して、迅速な解決を妨げることが重要である¹⁹。なぜならば、当事者は、結果的にいわゆる一部請求否定説を採用したのと変わらない主張立証の負担を負うことになるからである。また1ですでに述べたように、費目限定型一部請求との不整合も問題となる。このことをより具体的にいえば、例えば、さしあたり一定の損害費目だけの賠償を迅速に得たいとして一部請求をしたときに、高額な弁済や過払い（＝損害総額を超えた支払い）があったとする、ときには根拠がない主張を誘発して訴訟の遅延を招く危険がある。また、原告は主張立証が難しい費目を除外して、一部の費目に限定した提訴を選択した可能性があり、そのような場合であっても外側説を適用することは、原告の意思に反するといわざるを得ない。

以上から、例えば慰謝料に限定した特定的一部請求に対して財産的損害の過払い金があるとして提出された弁済の抗弁は、その一部請求訴訟においては審理の対象とならないという意味で認めるべきではないと考える。すなわち、財産的損害に対する賠償の二重給付を避ける措置をとる必要があることは確かである。しかしながら、そのような措置は、財産的損害の請求があったときにとるべきであり、財産的損害の賠償請求がないときに、あらかじめその二重給付を避ける措置をとらなければならない理由は見出したい²⁰。本稿は、以上のような考え方を主張するものである。

19 松本博之『訴訟における相殺』（商事法務、2008）32頁参照。

20 昭和48年判決が採用する訴訟物1個説を前提としつつも、労働者災害補償保険法による労災給付と民法上の損害賠償との関係について、最判昭和62・7・10民集41巻5号1202頁は、性質上の同一性を欠く別の費目に充当することはできないとしている。遺族年金について最判平成11・10・22民集53巻7号1211頁も同趣旨。自賠償保険と労災給付との間で解釈の相違が生じる理由は、制度の趣旨や目的の違いによると解されるが、昭和48年判決が採用した人身損害賠償訴訟の訴訟物1個説が必ずしも貫徹されていない局面があることに注意が必要である。また、このような判例があることから、訴訟物1個説においても同一費目の二重給付を別訴で調整することが不可能ではなく、訴訟物1個説と費目を限定した特定的一部請求とは（前掲注（9）の宇都宮説の理解とは異なり）整合する可能性があることが示唆されているということもできそうである。

イタリアのユーゴスラヴィア占領 ——幻想の「ムッソリーニの帝国」(1)

高 橋 進

はじめに

1941年4月6日、ナチス・ドイツは枢軸のイタリア、ハンガリー、ブルガリアを誘い、突如、ユーゴスラヴィア（以下、ユーゴと略記）に侵攻した。ベオグラードへの空爆を開始すると同時に、ドイツ機甲化部隊がユーゴの北部国境とブルガリアから侵入した。イタリア軍、ハンガリー軍、ブルガリア軍も少し遅れてそれぞれの国境地帯から侵攻した。ユーゴ軍は11日後の4月17日に降伏し、ユーゴは解体され、侵攻した枢軸4ヶ国で分割・占領・併合され、クロアチア独立国が樹立された。イタリアは、スロヴェニアの南部、ダルマチア地方を併合し、クロアチアの約3分の1の南東部を勢力圏とし、モンテネグロを統治することになった。スロヴェニアの北部とセルビアの大部分はドイツの占領下に、ハンガリーとブルガリアはそれぞれの民族が住むと称する地域を併合した。イタリアの支配下にあるアルバニアはコソボやマケドニア西部など各所を併合して、「大アルバニア」を形成した。

ムッソリーニにとってユーゴ占領は、ドイツに従属する形での軍事行動・占領であったとしても、長年の夢であったバルカン半島支配と「帝国」建設への大きな歩みであるとともに、参戦後初めての本格的なヨーロッパにおける占領・併合・統治であった。41年4月から43年9月まで29ヶ月間、60万人の兵を駐留させて行われたイタリアによるバルカン（ア

ルバニア、ユーゴ、ギリシャ）占領は、自前の力による勝利の獲得物でなかったがゆえに、イタリア・ファシズム研究においてこれまで過小評価されてきた。しかし、それは参戦の唯一の具体的な「成果」であった。その意味でファシストの戦争において本質的な意味をもっており、ユーゴ占領と統治、対パルチザン戦争の分析は、「ファシズムの帝国」「ムッソリーニの帝国」「ファシズムの戦争」の実像を明らかにし、その「ファシズム性」の抽出を可能にする⁽¹⁾。そして、それをイタリアによるリビアやエチオピア支配およびナチスの支配と比較することにより、イタリア・ファシズムの特徴を明らかにすることに寄与するであろう。

本稿は、イタリアの対ユーゴ政策を整理するとともに、イタリアのスロヴェニアとダルマチア占領、対パルチザン戦争を検討することにより、この課題に取り組む。

さらに、ユーゴ占領研究についての別の重要な問題も付け加えておく必要がある。イタリア近現代史研究ではユーゴ侵攻の日である1941年4月6日は、1990年代後半まで無視されてきた日付であった。その第一の理由は、イタリア人の中に隣国への侵略、占領、追放、抑圧、強制収容所、戦争犯罪の歴史に触れたくないという意識が強く存在し、それがユーゴ侵略の歴史の無視と記憶の忘却を推し進めてきたからである⁽²⁾。左派系の研究者においても「反ファシズム・反ナチスのレジスタンスによって自ら解放して創った民主共和国」という戦後イタリアの公式のアイデンティティと衝突しかねないがゆえに、積極的に研究に取り組まれてこなかった。また、ユーゴ占領は、「善良なイタリア人」と「邪悪なドイツ人」という対比によるイタリアの戦争犯罪の忘却と相対化による自己免罪、大戦末期のユーゴ・パルチザンによるイタリア人虐殺と追放の「記憶」の喚起による「被害者意識ナショナリズム」の正当化の要因になっている。しかし、両義的だが2004年の「追憶の日」(il Giorno del ricordo)の制定を機にナショナリズムの政治宣伝だけでなく、活発な学問的な研究と議論が行われるよう

になった⁽³⁾。

第二の理由は、戦後冷戦の影響とユーゴの戦中・戦後の複雑な歴史の影響である。冷戦時代にはユーゴの第一次資料が公開されておらず、実証的な研究ができなかった。ユーゴにおける研究では、1990年代前半の「第二のユーゴ」（ユーゴスラヴィア人民共和国）の崩壊までは、国家の公式の反ファシズム・レジスタンス解釈（共産党が指導し、ユーゴ諸民族が団結して闘ったパルチザン戦争による解放と革命）と異なる自由な研究ができなかった。1960～70年代には、ベオグラード、ブダペスト、ソフィアで第二次大戦中のバルカン、ユーゴに対するドイツやイタリアの政策に関する国際研究会議が開かれたが、その後途絶えた⁽⁴⁾。

このような研究状況と意識状況を大きく変えたのは、1990年代のユーゴ内戦、「民族浄化」とユーゴ崩壊である。それは、1940年代の枢軸による侵攻と占領、分割による「第一のユーゴ」の崩壊とその後のレジスタンス、内戦、民族浄化の記憶を蘇らせ、実証的なユーゴ占領研究の必要性を広く認識させた。2000年代以後には旧ユーゴ各国において自由な研究が進展した。その中では、チェトニクや「セルビア救国政府」、ウスタシャや「クロアチア独立国」、スロヴェニアの「郷土防衛隊」などをナショナリズムと愛国主義の活動として再評価し、共産党のパルチザンを否定する議論も展開され、各民族のナショナリズムを再評価する傾向が強いと言われている。

本稿では、これらの研究を踏まえて、1940年代の枢軸による占領と分割、宗教的・民族的対立を利用した分断支配と内戦との関係、忘却と被害者意識ナショナリズムにも最後に触れたい。

1 イタリアの対バルカン・ユーゴ政策

(1) 第一次大戦への参戦と膨張願望の3要素

アドリア海およびその沿岸部とバルカン半島へのイタリアの膨張の野心は、ファシズム時代に始まったのではなく、イタリア統一以来存在し、古代ローマやヴェネツィア共和国の歴史の呪縛によると言われている⁽⁵⁾。この地域への領土要求・膨張願望には、いくつかの要素が複雑に絡まり変化してきた。

第一の要素は「領土回復主義」(irredentismo)の運動である。19世紀後半にイタリア人の統一国家であるイタリア王国が成立したが、イタリア人が居住する地域がオーストリア領に残っていた。ナショナリストたちがこれらの地域を本来イタリア領であるべき「未回収のイタリア」(Italia irredenta)と名づけ、その獲得運動を展開してきた。それらの地域が、南チロル、トレンティーノ、ヴェネツィア・ジュリア、北部ダルマチアの沿岸部と諸島、フィウメである。これらの地域の多くは、1915年4月に英仏露と締結したロンドン秘密条約で協商国側でのイタリアの参戦の交換条件として、勝利後にオーストリアからイタリアに譲渡されることが約束された。こうして、1915年5月にイタリアはドイツ・オーストリアとの三国同盟を離脱し、協商国側で参戦した。

ロンドン秘密条約には、第二の要素である帝国主義的な膨張、「アドリア海をイタリアの湖」にするというアドリア海でのヘゲモニーの獲得の野心とアジア・アフリカでの植民地の獲得要求も盛り込まれていた。それは、アルバニアのヴローラ湾とサセス島の主権の獲得、アルバニアの保護国化、列強によるトルコ分割実施の場合の小アジアの一部地域の獲得、ドデカネス諸島のイタリアへの帰属の承認(1912年のイタリア＝トルコ戦争以来、占領)、アジアとアフリカのドイツの植民地のイタリアへの分割などである。

オーストリア帝国の継承国家のオーストリア共和国と連合国との講和条約であるサンジェルマン条約で、南チロル、トレンティーノ、トリエステやイストリア半島を含むヴェネツィア・ジュリアなど「未回収のイタリア」の大部分のイタリアへの併合が認められた。しかし、イタリア人住民の少ないフィウメ（フィウメ領有はロンドン条約に記されていない）やダルマチアの大部分は、米国のウイルソン大統領の「十四ヵ条」の原則（民族自決）の主張によってイタリアへの併合が認められず、1918年12月に成立したセルビア人・クロアチア人・スロヴェニア人王国（1929年にユーゴスラヴィア王国と改称、本稿ではユーゴと略記）に帰属することとなった。その結果、イタリア人の間にロンドン条約の約束不履行への不満、ヴェルサイユ条約体制の修正、「損なわれた勝利」の意識を高め、19年9月にナショナリストの国民的詩人ダヌンツィオが元突撃隊員などの民兵を率いてフィウメを占領するにいたる。

その後、ジョリッティ政府が軍を派遣してフィウメ占領を解除し、ユーゴとの外交交渉を可能にした。1920年11月にユーゴとラバッコ条約を調印し、ザーラ（ザダル）周辺の北部ダルマチアの一部とケルソ島（ツレス島）他の近隣諸島を領有するなどダルマチアへの進出を強化するとともに、フィウメを自由市とした。さらに、ムッソリーニ政権成立後の1924年1月のローマ条約によってフィウメの分割が合意され、西部はイタリア領、東部のスザクはユーゴ領となった。1925年7月には、イタリア人がユーゴのダルマチア沿岸地域に自由に移住できることを認めたネットゥーノ条約が結ばれたが、クロアチア農民党がこの条約を「ムッソリーニによる植民地化」と反対したために、1928年8月までユーゴの国会で批准されなかった。

この時期のイタリアの対バルカン・ユーゴ政策の基本的目標は、第一次大戦の戦勝の戦利品として、ロンドン条約の約束の完全な実現とアドリア海でのヘゲモニーの獲得であり、それを妨げるヴェルサイユ条約の実際的な修正であった。そのために、ユーゴに政治的・軍事的な圧力をかけ、個

別交渉によって、サンジェルマン条約で実現できなかったロンドン条約の条項にあった北部ダルマチア地域の併合を実現した。この外交交渉による領土獲得政策はファシズム政権特有とは言えない。しかし、1923年7月のローザンヌ条約と同年8月のテルリーニ將軍殺害事件をきっかけとするギリシアのコルフ島への軍艦派遣と占領は、アドリア海の覇権のためには単独での軍事行動も辞さないファシズムの対外政策の表れであり⁽⁶⁾、ユーゴへの間接的な圧力にもなった。ここに、対バルカン・ユーゴ膨張政策の第三の要素であるファシズム帝国主義を確認することができる。ムッソリーニは後に「ユーゴは正真正銘ヴェルサイユの創造物であり、その運命に値する」(1941年4月6日のムッソリーニからヒトラーへの手紙)⁽⁷⁾とし、ユーゴがヴェルサイユ条約のシンボルであり、人為的な国家であり、イタリアの膨張を妨げるために作られたと見なし、その破壊をめざしてきたと述べている⁽⁸⁾。

(2) ムッソリーニ政権の対ユーゴ政策—内部からの崩壊工作と包囲網の両面政策

「ヨーロッパの火薬庫」と言われ、第一次大戦の引き金となったバルカン半島は、オーストリア・ハンガリー二重帝国とオスマン帝国の崩壊後に多くの国が独立し、国境線が新たに引かれ、引き直された。ユーゴやギリシャ、ルーマニアはそれぞれの内部に少数の他民族を包含し、ハンガリーやブルガリアの領土回復要求を恐れながら、同時に近隣の国への膨張を目論むという不安定な内政と緊張する相互不信の国際関係の中にあった。このような状況の中でチェコスロバキアのベネシュ大統領の提案で1921年にチェコ、ユーゴとルーマニアの「小協商」が結成され、フランスがその保護者となった。

これに対して、イタリアは友好条約を1926年9月にルーマニアと、1928年9月にギリシャと締結し、ユーゴの孤立化と包囲網形成を図った。それ

はまた、貿易等を通じてバルカン諸国への経済的な関係強化と影響力の拡大をめざすものでもあった。さらに、第一次大戦前からイタリアやフランスを含め近隣諸国の侵攻と占領によって不安定化していたアルバニアに浸透し、イタリア資本による国立銀行の設立や「アルバニア経済開発協会」を通じてアルバニア経済に大きな影響力を得た。これをてこに、1926年11月ティラナ第一条約（友好・安全保障条約）を、27年11月にティラナ第二条約を締結した。同国の軍事的安全保障はイタリアに全面的に依存することとなり、事実上、イタリアの保護国となった。こうして、イタリアはアドリア海の東岸、バルカン半島に拠点を獲得した⁽⁹⁾。これはユーゴが勢力拡大を狙っていた地域のイタリアによる支配、ユーゴの南の包囲網を意味するものであり、イタリア＝ユーゴ関係の悪化をもたらした。

このような外交と経済を通じての影響力の拡大を図ると同時に、イタリア・ファシスト政権はユーゴの不安定化による内部からの崩壊を企図して、ユーゴ国内の分離主義運動やテロリストの支援を強化した。クロアチアの分離主義者でテロリストのウスタシャ、コソボのアルバニアへの統合運動、マケドニアのブルガリア統合運動（マケドニア国内革命組織）などがそれである⁽¹⁰⁾。マケドニア国内革命組織の密使のトマレフスキが1928年にローマを訪れ、ムッソリーニの政治的支持と経済的支援を得ることに成功した。ユーゴ国内で反政府テロ活動をしていたウスタシャの指導者アンテ・パヴェリッチは1929年にイタリアに亡命し、イタリア政府は両組織に資金、武器と訓練施設を提供した。グランディ外相は1929年11月5日の閣議への報告の中で次のように述べている。「アドリア海とイリリアの山を越えて我々の影響力を植え付ける必要がある」「アドリア海は、スラヴ民族から地中海民族である我々の独立を守るためには十分ではない。アドリア海とその沿岸部を越える必要がある」「我々はアルバニアを作った。我々はクロアチアを作らなければならない」。このような考えの下、グランディ外相時代以後に反セルビアのナショナリストの運動、特にクロアチ

アの分離主義運動への支援が著しく増大した⁽¹¹⁾。

ウスタシャとマケドニア国内革命組織の両組織が提携して、1934年10月に訪仏中のアレクサンダル国王とフランス外相バルトゥーをマルセイユで暗殺した。イタリア軍諜報部のこの事件への関与が疑われ、イタリアへの国際的な非難が高まった。その結果、イタリア政府はパヴェリッチと彼の片腕のクヴァテルニクを逮捕し（すぐに事実上、釈放）、両組織の訓練施設を閉鎖し、資金援助を停止した（すぐに再開された）⁽¹²⁾。

（3）1930年代後半のユーゴ危機とドイツとの競合・対抗

1930年代の世界恐慌によって各国ともに大きな打撃を受けたがゆえに、バルカン諸国の間では相互協力の動きが現れ、1934年2月にギリシャの提唱で、バルカン連邦を展望し相互の国境保障と相互協力を約したギリシャ、ユーゴ、ルーマニア、トルコの4ヶ国条約がアテネで調印された⁽¹³⁾。しかし、このようなバルカン諸国の相互協力と自立性の確保の努力への打撃が次々と発生した。最初の打撃は、上述の34年のアレクサンダル国王とフランス外相の暗殺とそれへのフランスの甘い対応であった。第二の打撃はエチオピア戦争と国際連盟の対イタリア経済制裁の失敗であり、小国が自国の安全のために国際連盟を当てにできないことを如実に示した。第三の打撃は、1936年3月のドイツ軍のラインラント進駐であり、フランスの軍事的な弱さとバルカン諸国の安全を保障する能力の欠如を明らかにした。そして、ミュンヘン協定によるズデーテン地方のドイツへの割譲は、バルカン諸国の相互協力と自立性確保の努力に終止符を打つ最後の一撃となった⁽¹⁴⁾。その結果、表2に示されたようなドイツへの経済的な依存だけでなく、各国の政治体制の権威主義体制化や独裁化とあいまって、それぞれの国が安全保障に関しても英仏頼りから離れ、イタリアやドイツと政治的な緊密化を進めることになった。

イタリアは30年代後半にはエチオピア侵略に対する国際連盟の経済制裁
(龍法 '25) 57-4, 110 (756)

によってドイツへの経済的な依存を強めた。1935年と1938年を比較すると、イタリアのドイツからの輸入額は1.75倍に、輸出額は2.1倍に急増した。1938年と39年は35年とほぼ同じ額に戻っている⁽¹⁵⁾。

35年3月のドイツの再軍備宣言とストレーザ戦線の崩壊後の1936年初め頃には、ムッソリーニはもはやドイツの軍事的な圧力に抵抗することができず、ドイツによるオーストリア併合を受け入れざるをえないと考え始めた。そして逆に、エチオピア侵略による国際的な孤立からの脱却及び英仏への対抗のため、ドイツへの接近による「ドイツ・カード」の利用を試み始めた。他方で、ドイツの南東ヨーロッパへの経済的・政治的圧力と浸透に対抗するために、ユーゴとの関係改善にも取り組んだ⁽¹⁶⁾。

ユーゴのセルビア人指導者たちも、フランスの支援と政治的・軍事的力の不確実性ゆえに、英仏との協力関係を維持しつつ、ドイツとのバランスをとるためにも、イタリアとの関係改善が国内・国際関係の安定の確保のために必要と考え始めた。こうして、1937年3月にチアーノ外相とストヤディノヴィッチ首相が不可侵条約に調印した。条約では、イタリアがユーゴの領土の一体性を尊重することや国内政治への相互の不介入が確認された。付属の秘密協定では、イタリア国内のウスタシャの解散とパヴェリッチらの拘留、クロアチアの分離主義者への援助の停止、アルバニアにおけるイタリアの優越の承認、イタリア系の共同体への差別の廃止などが規定されたが、ほとんど実行されなかった⁽¹⁷⁾。

ユーゴ政府は39年8月にクロアチア農民党のマチェクとスボラズム（協定）を結んだ。これはクロアチアに大幅な自治権を付与することでクロアチアの分離主義運動を押さえ込み、国内の政治的安定化を図るものであった。これによって、少なくともセルビア人とクロアチア人が民主的な形で共存する統治とユーゴの統一の維持が実現するかに思われた⁽¹⁸⁾。しかし、事態は思わぬ展開をした。

(4) イタリアとドイツのユーゴの位置づけの違い

①ドイツの対ユーゴ政策

ドイツはユーゴを含むバルカン諸国をドイツ帝国とそのヨーロッパ征服戦争のための食料と原材料の供給基地として位置づけ、この地域の経済的支配と政治的・軍事的な従属化を企図し、着実にこれを実現していた（表2参照）。オーストリア併合とチェコスロヴァキア解体の結果、オーストリアやチェコ資本のユーゴ企業の経営権はドイツの手に落ち、その経済的支配力は圧倒的となった。

第二次大戦開始後は、ドイツにとってバルカン諸国の食料・原材料供給基地および対ソ戦時の南の側面としての重要性は一層高まった。40年9月に日独伊三国同盟が締結されると、ドイツはヨーロッパでの軍事同盟網の完成を急いだ。40年11月にはルーマニアとハンガリー、スロヴァキアを三国同盟に加盟させ、翌41年3月1日にブルガリアを加盟させて、バルカンにおける政治的・軍事的な支配を固めた。こうして、ついに41年3月25日にユーゴもウィーンで三国同盟の加盟に調印した。ドイツは対ソ戦のためにはバルカンの安定的な支配があれば十分であり、ムッソリーニが狙う軍事的侵攻・解体・分割は考えていなかった⁽¹⁹⁾。

しかし、ユーゴでは加盟調印の知らせが伝わると、ベオグラードやリュブリャナなど各地で三国同盟加入反対のデモが繰り広げられ、騒擾状態が生まれた。3月27日にシモヴィチ将軍を中心とする親西欧派将校団のクーデタが起き、シモヴィチを首相とする新政府が形成された。新政府は三国同盟を正式には破棄しなかったが、4月5日にはスラヴ民族の連帯を掲げてソ連と友好不可侵条約を結び、英仏に再接近するなど均衡を図り、中立の維持をめざした。ヒトラーはこれらの行動を三国同盟からの離脱、ドイツへの裏切り、英国とソ連への接近と見なし、ドイツ支配の安定性を脅かすものと捉えた。こうして、ドイツは4月6日にユーゴに武力侵攻を行ったのである。

②イタリアの対ユーゴ政策

歴史的・伝統的にバルカン半島をイタリアの勢力圏と考え浸透を図ってきたイタリアは、ナチス・ドイツとの提携を進めつつも、バルカン諸国、特にユーゴに対するドイツの経済的・政治的・軍事的行動に神経をとがらせ、警戒心を強めていた。表1、2が示すように、イタリアは経済力の弱さゆえに経済的な浸透と結合はドイツに比して圧倒的に小さく、英仏より少し高い程度にとどまり、政治的な影響力も小さかった。ドイツによるチェコスロヴァキア解体直後には、同様の行動をドイツがユーゴで行うことを心配した。39年3月17日にチアーノ外相はイタリア駐在ドイツ大使のマッケンセンと会談し、イタリアのクロアチアでの優越性をドイツが承認することを要求した。そこでは、「[クロアチア農民党代表] マチェックがクロアチアの自治と独立という彼の計画を実現するために、ドイツの支援を受けようとベルリンで活動している噂がある」「枢軸両国の忠誠心により、イタリアはチェコで起こっていることに関心がないこと、まったく同じ態度をクロアチアについてドイツが取れないはずがないことを伝える必要があると考えている。我々は——ドイツと完全に一致しているが——ベオグラードとの緊密で親密な協力政策を進めており、ユーゴの現状維持が中部ヨーロッパの均衡の基本的要素と考えている。他方、フューラーは常に地中海一般、特にアドリア海——我々がイタリアの海と考え、将来もそうしたいと考えている——へのドイツの無関心を表明してきた」と述べ、そのことをヒトラーに伝えることを求めた⁽²⁰⁾。

これに対して、マッケンセンは3月20日のチアーノとの会談で次のようなヒトラーの回答を伝えた。すなわち、「1. ドイツは地中海のいかなる地域に対しても野心を持っていない。地中海をイタリアの海とフューラーは考えている。2. ドイツがクロアチアの事柄に関心を持っているといういかなる噂も否定する。その問題はドイツ政府やドイツ民族とは関係がない。3. クロアチアの現状の変更に関心がないというイタリアの表明を注

視している。チェコスロヴァキア問題でイタリアが無関心であったのと同様に、クロアチア問題でドイツの番になった時には解決をイタリアに委ねる」というものであった⁽²¹⁾。また同日にリッベントロップから「ヒトラーは、地中海のすべての問題に関して枢軸の政策はローマによって決められなければならないと決定している」との個人的書簡が直接チアーノに届いた⁽²²⁾。チアーノとムッソリーニは疑心暗鬼ながらも、一応の安心を得た。しかし、ムッソリーニはドイツのバルカン半島への進出に対抗するため、イタリア独自の軍事・政治拠点の確保を目的に、39年4月にアルバニアに軍を派遣し、併合した⁽²³⁾。

表1 南東欧諸国の貿易に占めるイタリアの割合(%) (各国統計による)

輸 入	1929	1937	1938	1939
ハンガリー	4.4	7	6.3	7.1
ユーゴスラヴィア	10.8	8.2	8.9	11.7
ルーマニア	6.9	4.3	5	8.8
ブルガリア	10.7	5	7.5	6.9
ギリシャ	5.7	2.9	3.4	5.3
輸 出				
ハンガリー	6.9	12.3	8.5	15.5
ユーゴスラヴィア	24.9	9.4	6.4	10.6
ルーマニア	7.7	6.5	6.2	12.1
ブルガリア	10.5	4.2	7.6	6.1
ギリシャ	18.3	6.3	5.2	6.3

E.Collotti / T. Sala (1974), p.121, T.1

表2 南東欧諸国の貿易における主要国の占める割合(%) 1938.8-39.1、39-40年

	1938-39	1939-40	1938-39	1939-40	1938-39	1939-40	1938-39	1939-40	1938-39	1939-40	1938-39	1939-40
輸 入	ハンガリー	ユーゴスラヴィア	ルーマニア	ブルガリア	ギリシア	トルコ						
ドイツ	39.1	54.3	39	53	40.3	*44.5	55	70.2	51	42.7	32.6	25.8
イギリス	6.8	2.6	7.1	3.7	7.2	5.5	6.5	2	10.6	8.3	13	13.9
フランス	1.9	0.5	3.1	0.9	6.6	10.6	3.2	0.9	1.5	1.8	1.7	1.1
米国	6.8	5.8	7.1	4.7	5.3	*2.3	2.2	1.3	5.8	13.3	3.7	6
イタリア	6.3	9.1	10.9	11.6	6.1	9.7	7.5	6.3	6	10.9	3.7	6
輸 出												
ドイツ	50.9	50.2	48.4	37	28.5	33.8	72.7	73.1	50.1	20.3	42.6	21
イギリス	7.5	4.5	5.8	5.5	17.7	15.6	2.1	2.5	2.7	10.3	10.9	18
フランス	1.9	0.8	1.5	2.2	3.9	3.4	1	0.7	2.5	6.2	3.5	1.8
米国	2.2	2.2	5	5.4	1.1	*0.7	5.1	4.8	16.7	22.9	18.8	27.7
イタリア	11	16.2	5.5	11.1	5.6	11	3.8	6.6	4.7	10.2	3.2	3.4

*8月～12月 Collotti/Sala (1974), p.122, T.3

このような野望の競争と相互不信の下で、39年5月、イタリアとドイツは、どちらか一方の国が第三国と戦争した場合の参戦義務が明記された軍事同盟である鋼鉄条約を締結した。ムッソリーニはドイツのポーランド侵攻計画を知らされた8月には、侵攻によるヨーロッパの混乱に乗じてユーゴとギリシャを攻撃することを考え、バドリオ参謀総長に検討を命じた。しかし、武器や装備の重大な不足、師団編成変更の混乱が報告され、攻撃は断念された⁽²⁴⁾。イタリアが非交戦宣言中の40年1月23日、チアーノ外相がウスタシャのパヴェリッチと会談し、ユーゴ解体の計画を話し合った。それは、ウスタシャが反乱を起こし、それをきっかけにイタリアが軍を派遣してクーデタ計画を成功させ、その後、スロヴェニアやクロアチアの一部をイタリアに割譲する。サヴォイア家の親族がクロアチア国王になり、イタリアと結合し、イタリアがヘゲモニーを掌握する。イタリアとの通貨関税同盟を締結する。ドイツにはスロヴェニア北部のマリボルを渡すだけという内容であった。ただ、イタリアがどれくらいダルマチアの海岸線を取るのか、どの程度クロアチア国家を統制するのかについては触れられなかった。しかし、この時もイタリアの軍事力不足のために、チアーノはパヴェリッチに対して「行動を急がないよう」忠告した⁽²⁵⁾。

同年3月31日のムッソリーニによるイタリアの参戦の目的と計画についての国王への覚書の中では、ドイツと関係なくイタリア単独での膨張目的のための「並行戦争」を計画していたが、対ユーゴでは「東方、ユーゴ方面は当初は慎重に観察。クロアチアの分離主義運動によってユーゴ国家が内部崩壊する場合に攻撃」としていた⁽²⁶⁾。しかし、ドイツの南東欧への浸透が進むと、ムッソリーニとチアーノは焦り始めた。4月9日のチアーノの日記には「ムッソリーニは行動したくてむずむずしている」と記されている。5月10日にチアーノはパヴェリッチとの会談で、「クロアチアの情勢は熟している。もし我々が遅れを取ると、多くの支持がドイツへ向かうであろう」と煽られた。その後、チアーノがムッソリーニにパヴェリッチと

の話の内容を伝え、ムッソリーニは行動を「急ぐ必要がある」と判断した⁽²⁷⁾。

③参戦後のイタリアの対ユーゴ政策

40年夏にムッソリーニは参謀本部にユーゴへの軍事侵攻計画の作成を命令した⁽²⁸⁾。7月初旬に参謀本部から提出された計画では、一部の兵員はジュリア・アルプスを越えて直接ユーゴに侵攻するが、大部分の兵員（8～10個師団）はドイツ軍のトラックでオーストリア経由で送るというものであった。しかし、ドイツ軍はこのようなドイツ依存のばかげた計画を一笑に付し、協力を拒否した。ヒトラーはバルカンの政治的・軍事的な安定確保を優先し軍事行動をしない考えであったので、この計画に断固反対した。その結果、この計画は頓挫し、9月末にムッソリーニは作戦中止を決定した⁽²⁹⁾。

その代わり、ムッソリーニはヒトラーの了解を得て「並行戦争」の一環として、9月にリビアからエジプトに侵攻した。ヒトラーは地中海にイギリスの海軍力を割かせたうえに、スエズ運河とジブラルタル海峡の航行に支障をもたせれば、イギリス海峡でのイギリスとの戦いを有利にし、イギリス上陸作戦の一助になると判断したのである。

この間にバルカン半島では新たな事態が展開していた。40年6月にロシアがルーマニア北東部を占領し、ドイツは石油輸入のほとんどを占めるルーマニアの油田地帯が危険と判断した。その安全確保のために、ドイツはイタリアに事前通告することなく、1940年10月12日にルーマニアに進撃・占領した。ムッソリーニはこれを、ヒトラーが「バルカンをイタリアの勢力圏として認める」約束を破り、ドイツの勢力圏にするつもりであると考え、憤慨した。ムッソリーニはその仕返しとして突如ギリシャ侵攻を決定し、「ヒトラーはいつも私に既成事実を突きつける。今度は私が彼を同じ目に合わせてやる。私がギリシャを征服したことを彼は新聞紙上で知

（龍法 '25）57-4, 116（762）

ることになるであろう。これで釣り合いが取れるというものだ』とチアーノに語った⁽³⁰⁾。その3日後の10月15日にムッソリーニは將軍たちを集めて、ギリシャ侵攻と10月26日の開始を命じた（実際には、その3日後の10月29日侵攻）。

イタリアのギリシャ侵攻は事前の準備も作戦もなく、貧弱な装備のままに、ヒトラーの行動に対する怒りとバルカンでの対抗のために突然実施された。ギリシャ軍の志気と準備を軽視した侵攻はギリシャ軍民の激しい抵抗に遭い、アルバニア兵を含めたイタリア軍は撤退を余儀なくされただけでなく、逆にアルバニア領内にまで攻め込まれるという惨憺たる結果となった。枢軸連合によるユーゴ侵攻は、このようなイタリアの並行戦争の行き詰まり、イタリアとドイツの対抗と競争の状況の中で行われ、分割と占領が決められたのであった。

2、イタリアの軍備状況と参戦

(1) イタリアの軍備状況と工業

戦争突入時のイタリア軍の軍備状況を簡単に整理しておこう。イタリアは1935-36年のエチオピア戦争とスペイン内戦でのフランコ軍への航空機や武器の提供、資金援助と兵の派遣で膨大な金を使った。二つの戦争に費やした金額は約600億リラで、35年までの年間の国家予算200~280億の2~3倍という途方もないものであり、ハイパーインフレがイタリア経済を襲った。それゆえ、ムッソリーニにとってはファシズム体制への国民の合意の維持のために、国内経済の再建と雇用が優先事項とされた。38年には国家予算全体を縮減し、軍事予算は36年の約65%に削減し、ファシズムの威信と国民の余暇充実のための道路や余暇・公共施設、モニュメントなどの公共事業に力を入れた⁽³¹⁾。

この結果、二つの戦争で消費した軍備の補充や更新ができず、39年の大

戦勃発時及び40年の参戦時には、様々な軍備や武器・弾薬が平時に備えるべき水準よりも大幅に低いレベルしか保有せず、しかも旧型兵器が大半であった。最高司令部が39年9月時点で作成した「イタリア軍の状況」という記録では軍の状況を以下のように書いている⁽³²⁾。

●陸軍：94個師団の編成目標のうち、装備等の編成完了は10個師団のみ、29個師団は少し不足、33個師団は不完全、22個師団は構成中。[筆者註：常備軍は10個師団の約20万人であり、一応使えるのは39個師団のみ。しかも、師団数を増やすために、1個師団編成を以前の3歩兵連隊・4砲兵部隊編成から2歩兵連隊・3砲兵部隊編成に水増]。砲兵隊の大砲はすべて第一次大戦時のもの（75口径と100口径、近代化された他国の軍は105口径と150口径）、40年5月に新装備を配備予定。幹部、軍用品、弾薬、戦車（主力は豆戦車・軽戦車）、装甲車、自動車、トラック、高射砲、軍服等すべて不足。部隊の機械化・自動車化の遅れは著しい。燃料の備蓄は4.5ヶ月分だけ。

●海軍：戦艦2隻、巡洋艦22、駆逐艦61、水雷艇71、可潜艇107 [筆者註：小型が中心]、駆潜艇71、空母0、40年に戦艦の4隻増は不可能。ナフサが不足だが、供給の困難ゆえに、備蓄施設の建設によっても備蓄能力の増加は難しい。重要な陸軍と海軍施設の対空防衛力の強化が必要。[筆者註：戦艦2隻は改装と新建造中で、参戦時には計4隻]。

●空軍：軍用機1,769機 [筆者註：実際に使用可能は約900機]。燃料と潤滑油が不足、10月15日までの2ヶ月間なら十分だが、2ヶ月以上～40年5月1日までの場合は不足。空軍用の自動車や燃料用ドラム缶が不足。対空防衛がほとんどゼロ。

●3軍共通：爆薬が不足。原料が入手できなければ、必要量の発射用は7分の1、爆発用は半分以下しか供給できない。

1939年9月時点ではこのような悲惨な戦争準備状況であり、軍幹部がこ
(龍法 '25) 57-4, 118 (764)

ぞって参戦に反対したので、さすがのムッソリーニも9月には参戦しなかった。しかし、翌40年6月に参戦したときも、基本的な状況はほとんど変わっていなかったにもかかわらず、彼の誇大宣伝とホラ吹きはあいかわらずであった。参戦直前の40年5月のヒトラー宛の書簡では「われわれは現在有効な戦闘能力を備えた70個師団を有しており、…海軍と空軍は完全に臨戦態勢を整えています」「条件が整えば、さらに70個師団を編成することが可能でしょう」と書いていた⁽³³⁾。

表3 イタリアの工業原料輸入率（1938）

石炭	88.9
コークス	11.1
石油	91
鉄	36
銅	99
鉛	19
亜鉛	4
アルミニウム	0
マグネシウム	—
潤滑油	93
ゴム	100

Collotti/Sala (1974), p.134

軍備不足の原因は工業及び軍事生産に不可欠な原材料不足と工業力の弱さであった。表3が示すように、石炭、石油、銅などはほとんどが外国からの輸入に依存し、イタリア工業は資源加工で成り立っていた⁽³⁴⁾。また、イタリア工業の中心は繊維工業であり、金属機械工業は発展してきたとはいえ、英米独仏はもとより、チェコにも及ばなかった。40年におけるイタリアの石炭産出量は440万トン、鉄鉱石120万トン、石油1万トンで、年間の鉄鋼生産は200万トンにすぎなかった。対して、イギリスは石炭2億2,400万トン、鉄鉱石1,700万トン、石油1,100万トンで、年間の鉄鋼生産は1,300万トンであり、桁違いの規模であった。輸送力増強と軍の自動車化・機械化に不可欠な自動車の生産量は、参戦時にイタリアは約37万台で、イギリスは約250万台であった。ドイツは石炭3億6,400万トン、鉄鉱石2,900

万トン、石油800万トン、年間の鉄鋼生産は2,100万トンであり、イギリスを上回る分野もあった⁽³⁵⁾。

イタリアの石油の輸入先は一部はルーマニアであったが、英米がほとんどであり、大戦の勃発と参戦によって英米からの輸入は停止された。大戦勃発後にスエズ運河とジブラルタル海峡はイギリスによって伊独に対しては封鎖された。イギリスは空母を有するアレクサンドリアの地中海艦隊とジブラルタルのH部隊に加えて、マルタ島に海軍基地を持ち、イタリアの艦隊や輸送船の行動を監視し、自由な行動を阻止していた。1938年のデータでは、イタリアの輸入物資は5分の4がジブラルタル海峡を通り、5%がスエズ運河とダーダネルス海峡を通って運ばれてきていた（石油はスエズ運河が8%、黒海が14%、残り78%がジブラルタル経由）⁽³⁶⁾。その結果、イタリアは参戦後には文字通り「地中海の牢獄」の囚人となった（「地中海の牢獄」という言葉は、39年2月24日の大評議会でのムッソリーニの発言）⁽³⁷⁾。イタリアは参戦前からイギリスによってドイツからの石炭輸入などが妨害され、海上輸送を鉄道輸送に変えなければならなかった⁽³⁸⁾。

このような工業生産力の弱さと原材料不足は参戦後はいっそう深刻化し、生産力の差が広がった。40-43年の航空機生産はイタリアが10,545機であるのに対して、ドイツ25,000機、イギリス26,000機、アメリカ86,000機であった。戦車や装甲車なども、イタリアが3,700台、ドイツ2万台、ソ連24,000台、米29,000台であり、桁違いの差であった⁽³⁹⁾。

（2）イタリアの参戦理由

ムッソリーニはこのような工業生産力の差、軍備状況と貿易関係、地中海の地理的制約を認識していたにもかかわらず、なぜフランスの降伏直前の40年6月に英仏に宣戦したのであろうか（スペインのフランコは独伊の執拗な圧力にもかかわらず、参戦しなかった）。その理由は次のように考えられる。すなわち、ナチス・ドイツがベネルクス3国と北欧を撃破し、

対仏戦争での勝利が目前に迫っていたがゆえに、参戦によって戦利品の分配に参加する、すなわちアフリカのフランス植民地を獲得したかったからである。また、フランスが降伏すれば、ヨーロッパ大陸に同盟国がいなくなったイギリスは、名目上「和平」という形を取れるならば、独伊に有利な条件で和平（降伏）するであろうと期待をした。それはヒトラーの期待でもあった。それゆえ、ムッソリーニはドイツの上陸作戦の成功によるイギリスの降伏を当て込み、勝利の際の地中海の「わが海」化とアフリカ・中東のイギリス植民地の分割を期待して、40年9月にイタリア単独でのエジプト侵攻という「並行戦争」を開始したのである。彼は参戦と並行戦争によって、イタリアを「世界強国」にすることを夢見たのである。

しかし、「並行戦争」には独自の作戦を行うための綿密な計画と準備、人材・資材・強力な軍備が必要であったが、イタリアにはそのどれもが不足していた。その結果、北アフリカ戦線でもギリシャ侵攻（40年10月）でも「並行戦争」は失敗し、イタリア軍は後退を強いられ、「並行戦争」が非現実的な野心であることが明らかとなった⁽⁴⁰⁾。そのうえ、40年11月11-12日にはイタリア海軍の主力艦が停泊していたイタリア南部のタラント海軍基地をイギリス軍が空襲し、戦艦3隻が大きな打撃を受けた（うち1隻は終戦まで修理が完了せず、戦後、解体処分された）。その後、主要海軍基地をより安全ではあるが行動が不自由なナポリ港に移動させた。ナポリ港は、艦艇が作戦行動時にはメッシーナ海峡を通るために、マルタ島を基地とするイギリス軍航空機に監視されやすい欠点を持っていた。イタリア海軍は参戦当初から燃料不足とイギリスに対する戦力の劣位を自覚していたので、戦力温存のためにイギリス海軍との交戦をできるだけ避け、北アフリカへの兵員と物資輸送に活動を限定していた。そのうえ、基地の移動によって海軍の作戦行動は一層縮小され、イギリスの反撃に対応できず、北アフリカ戦線でのさらなる後退を余儀なくされたのである⁽⁴¹⁾。

このような状況ゆえに、ムッソリーニはその傲慢さを捨て屈辱に耐えつ

つ、41年1月19日にベルヒテスガーデンのヒトラーの山荘を訪れ、ギリシャと北アフリカ戦線への支援を要請せざるをえなくなったのである。以後、イタリアの戦争はドイツの作戦命令に従って戦う「従属戦争」の性格を基本的に帯びることとなった⁽⁴²⁾。

3、ヴェネツィア・ジュリアの「イタリア化」政策

41年のユーゴ侵攻でイタリアに併合された地域では、ファシスト政府によって「イタリア化」「ファシズム化」が進められたが、その先例は第一次大戦後の諸条約でイタリアに併合された地域での政策にあった。イタリア政府は北東部のトリエステとイストリア半島部、ダルマチア地方をヴェネツィア・ジュリア (V.G) と命名したが、包含された地域は多民族居住地域であり、1910年の国勢調査によれば、イタリア語話者約36万人 (40%)、約6~7.5万人のフリウリ語話者も含む)、スロヴェニア語話者約27万人 (31%)、クロアチア語話者約17万人 (19%)、ドイツ語話者約3万人 (3%) であった。イタリア人の多くは都市部・沿岸部に住み、スロヴェニア人とクロアチア人は多くが内陸部に住んでいた。併合後、ゴリツィア、トリエステ、ポーラの3つの県を設置し、1924年にはフィウメを併合してフィウメ県を設置した。

ファシスト政権はこの地域の「スラヴ問題」の解決策としてのスラヴ人の「ナショナル性の剥奪」(snazionalizzazione) 政策を強行し、強制的な「イタリア化」=同質化を進めた。それは、日常生活と教育の場から独自の言語を奪い、歴史・記憶を喪失させ、各民族独自の社会・文化・経済活動を禁止することを通じて行われた。1922年に裁判所でのスロヴェニア語の使用禁止、1923年に地名のイタリア語化、役所でのスロヴェニア語の使用禁止、1925-27年には、個人の姓のイタリア語化、500校のスロヴェニア語とクロアチア語の学校をイタリア語で授業する学校に変え、イタリア国 (龍法 '25) 57-4, 122 (768)

家に属さないすべての学校を閉鎖した。約千人のスラヴ人の教員がイタリアの他の地域に移された。約500のスロヴェニア人の政治的・文化的・社会的組織やほぼ同数の図書館の解散、イタリア人経営以外の出版機関の閉鎖、スラヴ人の銀行・商業活動・会合場所の閉鎖が行われた。あらゆる「非イタリア的」な名前は、古い墓石さえも削り取られた⁽⁴³⁾。

イタリア人入植者のためにスラヴ人の追放を強行した。1931年設立のイタリアの農業公団を通じて「エスニック干拓」(bonifica etnica)と呼ばれるスラヴ人農民の追放を行い、彼らの土地、住居、家畜、農業用家屋を差押え、没収した。住民は移転させられ、あるいは移送された。1919-39年に約10万人のスロヴェニア人やクロアチア人が移住を強いられ、旧ユーゴの他地域に約7万人、ラテンアメリカに3万人、フランスとベルギーに約5千人が移った⁽⁴⁴⁾。

ファシスト政権は略奪や抑圧と同時に、「異民族」を「善良なイタリア人」に変えるために、彼らをファシスト組織に加入させた。特に女性と子どもをターゲットにし、ファシスト青年団体や女性団体に組織した。その根底には、スラヴ人は文明的に遅れた民族であるが、この地域はもともとイタリア文明の地域であり、優れたイタリア文明の力によってスラヴ人を同化、融和、文明化、支配できるとの考えがあった。同化と文明化が可能と考える点では、リビアやエチオピア等のアフリカで実施したアパルトヘイト、人種隔離政策とは異なっている。アフリカでの政策の思想を「生物学的人種主義」というなら、V・Gでの政策の思想は「文化的人種主義」と言えるであろう⁽⁴⁵⁾。

このような略奪、追放、民族性の剥奪と「ファシズム化」と「イタリア化」の強行は、リュブリャナやザグレブのスロヴェニア人とクロアチア人の反イタリア意識を増大させた。さらに、反ユダヤ主義の人種法の制定と参戦は統治政策における反スラヴ主義と人種主義を強め、ナチス的な迫害と強制収容所送りが広がった。

4、ユーゴ侵攻、解体、分割、併合、占領

ムッソリーニのファシスト政権にとっては、ユーゴ侵攻と占領は20年間追求してきた「帝国の野望」を実現するチャンスの到来を意味した⁽⁴⁶⁾。ムッソリーニやファシスト幹部が形成してきた「帝国の思想」では30年代に入ってからバルカン地域に決定的な役割を与えるようになっており、「クロアチアをイタリアの満州国」にする願望が強まっていた⁽⁴⁷⁾。

イタリア軍は3つの戦線からユーゴに侵攻した。一つはギリシャと戦っていたアルバニアの戦線である。ドイツ軍によってユーゴ侵攻と同時にギリシャ侵攻が行われたことにより、ギリシャ軍の前線が崩壊し、イタリア軍はユーゴへの攻撃に転じることができた。4月11日にはブルガリアから侵入してきたドイツ自動車部隊とオルクリド湖畔で合流した。第二の戦線はダルマチアであり、ヴェネツィア・ジュリアから侵入して、ザラ（ザダル）やクニンなどの主要都市を占領した。第三の戦線は北部のスロヴェニアである。イタリア軍は抵抗に遭うことなく進軍し、2つのバイク分遣隊がドイツを出し抜いてリュブリャナに先着し、街を支配した。ハンガリーとブルガリアは少しだけ戦い、戦利品の略奪に参加した。ドイツ軍は対ソ戦準備のために主力部隊をすぐに撤退させ、ドクロ部隊が占領のために駐屯した。ユーゴ軍の残存勢力の一掃は他の枢軸国に任せた⁽⁴⁸⁾。

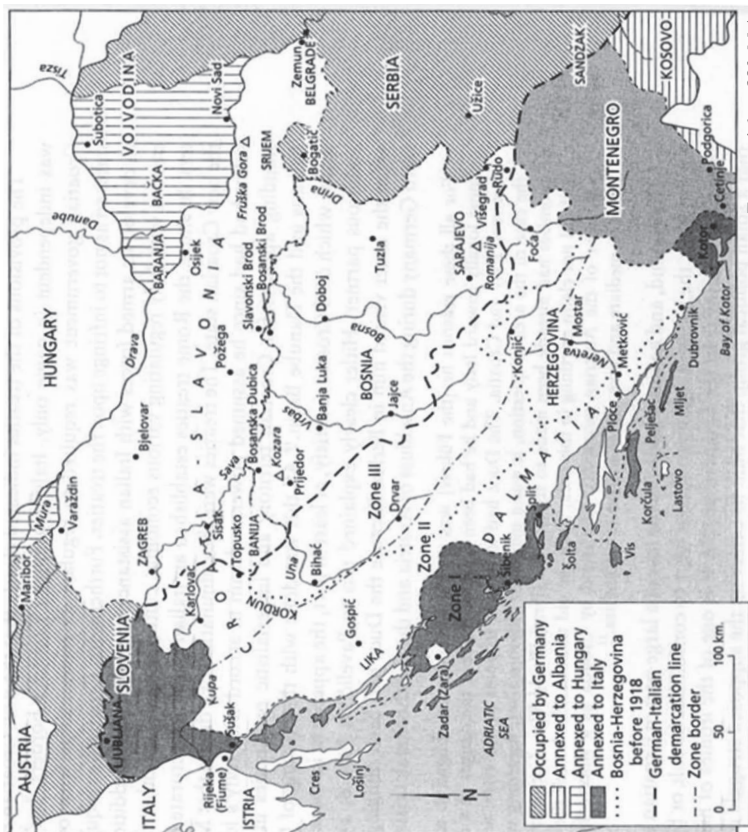
イタリアは例によって何年間ものユーゴ攻撃についてのおしゃべりにもかかわらず、電撃戦のためのイタリア軍の組織を整備してこなかった。好戦的なポーズは準備の欠如を隠すためであった。ユーゴ領土の最終的な処理の計画も新しいクロアチアの体制の樹立のプランもイタリアにはなかった。誰がザグレブでイタリアの操り人形として使えるのかも未確定であった。3月27日にヒトラーがユーゴ攻撃の意思をムッソリーニに伝えたとき、ヒトラーはパヴェリッチやウスタシャについて何も言わなかった。ヒトラーはクロアチア人に人気のある農民党のマチュクをトップに据える考え（龍法 '25）57-4, 124（770）

であったが、マチュクが断った⁽⁴⁹⁾。

ムッソリーニは急いでヒトラーにパヴェリッチを提案し、この空白を埋めようとした。3月29日にムッソリーニはローマの私邸で秘かにパヴェリッチと、彼が12年前にイタリアに来て以来初めて会った。ムッソリーニはダルマチア沿岸部のイタリアへの併合と交換に、彼をクロアチアの主人にすることを約束し、パヴェリッチもそれに同意した。ムッソリーニは国内に抑留していたウスタシャを解放し、装備とイタリア軍の制服を提供し、クロアチアに向けて放送するためのラジオ局を与えた。ドイツがマチュクに替えてクヴァテルニクを据えようとしていることをムッソリーニは知り、あわてて4月11日に再びパヴェリッチと会談し、3月29日の約束の再確認後、彼にポグラヴニク（ドゥーチェ）の称号を与え、数百人のウスタシャとともにザグレブに急いで送り出した。4月13日の深夜、歓迎する民衆が誰もいない中を彼はザグレブに入った。ヒトラーはパヴェリッチを受け入れ、ムッソリーニに形の上で栄誉を与えたが、実質的な支配を掌握していた。ヒトラーはイタリアにクロアチアを与えるつもりはなかった⁽⁵⁰⁾。ユーゴの分割・占領の基本的な内容は、1941年4月21日～22日のウィーンでのチアーノとリッベントロップとの会談で確定した。チアーノはリッベントロップが提示した案を「ヒトラーによって変更できないものとして決定された」と言われて、受け入れるしかなかった。ムッソリーニは後に「ドイツは紙の上でわれわれの権利を承認しただけだ。実際には彼らはすべてを取り、われわれには骨ガラが残されているだけだ」と嘆いた⁽⁵¹⁾。

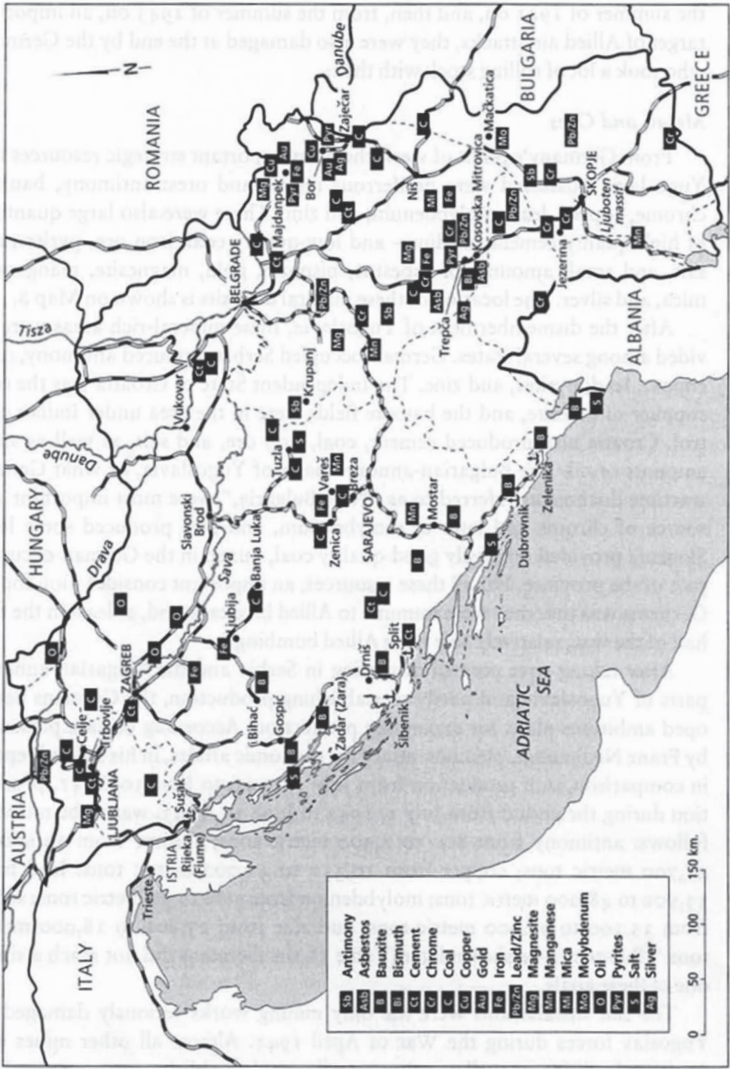
分割と占領の主役は地図①が示すようにドイツとイタリアであったが、地図②から分かるように、重要な資源がある地域はドイツの占領地域に入っていた。また、イタリア占領地域に入っている場合も、重要鉱山の採掘権と管理権はドイツが確保した⁽⁵²⁾。以下で分割の概要を整理しておこう。

図1 ユーゴ分割地図



Tomasevich, p236, M.4.

図 2 戦争中のユーゴの資源地図



Tomasevich, p.634, M.8

(1) スロヴェニア

・イタリアがリュブリャナ市と南部地域を併合し、リュブリャナ県を設置。南部は貧困で不毛な地域。リュブリャナ市は人口過剰。北部の農業地帯の食糧供給から切断され、慢性的な食糧不足状態に陥った⁽⁵³⁾。・ドイツが北部を併合：豊かな鉱物・石炭・銅、森林、電力源、生産力ある工業と農業地域。スロヴェニア人の逃亡・追放後にオーストリア人を移住させ、厳しい抑圧とドイツ化政策を推進。リュブリャナ―ザグレブ間の鉄道を独が掌握⁽⁵⁴⁾。

・ハンガリーが北東部のメジュムーリエとプレコムーリエを併合。ハンガリー化政策推進

(2) クロアチア独立国家

：スラヴォニアとボスニア・ヘルツェゴヴィナで構成。パヴェリッチが「ポグラヴニク」に就任。名目上はサヴォイア王家の親族のスポレート公アイモーネがトミスラヴ2世として国王に即位したが、一度もクロアチアに来なかった。ドイツが国の天然資源の支配権を獲得し、主要な鉄道・幹線道路網を管理。全域が独伊の分割・軍事占領下に置かれていたが、実体的にはドイツの圧倒的な支配⁽⁵⁵⁾。イタリアは「クロアチアをイタリアの満州国」にするはずの関税同盟締結を、パヴェリッチの反対で断念した。

図①の占領区分を少し説明しておこう。

：ゾーン1＝イタリアに併合。ゾーン2：イタリアとクロアチアの境界地域で、ダルマチアの安全を名目にクロアチアが軍を配備できない非武装地域だが、イタリア軍は駐留。ゾーン3＝非武装地帯とドイツ管理地域との間、クロアチアは軍の配置と作戦が可能。その北部はドイツの管理下。

(3) ダルマチア

：海岸部、多くの島々、スパラート市やコトル市、その近辺地域をイタリアに併合。総督府を設置、初代総督は古参ファシストのバステリアニーニ。軍はスペルスローダ（Spersloda）に第2軍司令部設置、司令官は、1941

年はアンブロジーオ將軍、1942年はロアッタ將軍。

(4) セルビア：大部分はドイツの軍事占領だが、1941年8月にネディッチの傀儡政権「セルビア救国政府」を設置。コソボの一部を地域のエスニック・ドイツ人グループが統治。コソボの大部分はアルバニアに併合。コソボのごく一部と東中部の一部分はブルガリアに併合。ヴォイヴォディナ等はハンガリーが併合。

(4) モンテネグロ：イタリア統治。総督府を設置。総督には41年夏の蜂起以後は第9軍のピローリ將軍が就任。独立国化の計画があったが、実行せず。南西部の細長い地域はアルバニアに併合。

(5) マケドニア：大部分はブルガリアに併合。西部はアルバニアに併合。

(6) アルバニア：ユーゴの各地を併合して、「大アルバニア」を形成

5、イタリアに併合されたスロヴェニア＝リュブリャナ県

スロヴェニアはイタリアとドイツで南北に分割されたが、ドイツにとってスロヴェニアはクロアチアと異なり、資源も少なく、それ自身の戦略的価値はなかった。クロアチアとセルビアからの資源の輸送路としての価値だけであった。リュブリャナを含む水道、鉄道網、電力はドイツが管理し、イタリアはそれらを有料で購入した⁽⁵⁶⁾。ユーゴに駐留していたイタリア軍参謀総長ロアッタ將軍は「イタリアは必要なものを奪われた」と憤った⁽⁵⁷⁾。

スロヴェニア南部を併合したイタリアは、1941年5月3日、ここをルビアーナ（イタリア語）県とした（以下では、現在の日本語表記の「リュブリャナ」と記す）。特別行政地域として通常の知事よりも大きな権限を有する高等弁務官（Alt Commissario）を設置した。人口は約33.6万人だが、イタリア人居住者はわずかに数百人であり、イタリアの併合を支援するようなイタリア人共同体やイタリア人組織は存在しなかった。古代ローマ時

代や近世のヴェネツィア共和国の支配の歴史が語られたが、実際には貿易上の繋がりであり、文化的な影響は弱かった。近代以後はオーストリア・ハンガリーの支配下であり、イタリアとの関係はほとんどなかった。それゆえ、スロヴェニア人にとってはイタリアの占領は外国支配であり、占領統治は最初から敵意に囲まれていた⁽⁵⁸⁾。

初代の高等弁務官には1921年からのファシスト党员である古参のファシストで、1939年からトリエステのファシスト党県書記であったエミリオ・グラツィオーリが任命され、ヴェネツィア・ジュリア（以下、V・Gと略記）のファシスト党メンバーとともに赴任した。

グラツィオーリは、V・Gでのイタリア化・ファシズム化政策の強行で失敗し、反イタリア感情を高めたことから学び、当初はスロヴェニア人の政治的・行政的・文化的な自治を一定程度認め、強制的な「イタリア化」政策をとらなかった。裁判官と地方公務員はその職の継続が認められた。イタリア語とスロヴェニア語の両方に公式の行政言語の地位を付与した。新聞・文化活動でのスロヴェニア語も承認された。スロヴェニア人の文化・教育機関（リュブリャナ大学や科学・芸術アカデミーなど）の存続も認められた。学校教育にはイタリア語が義務的な第二言語として導入されたが、スロヴェニア語での教育は維持された。スロヴェニア人には兵役が免除された。経済・政治・文化の専門家からなる諮問会議を設置し、占領統治への協力を得ようとした。反共産主義のスロヴェニア人民党はこうしたイタリア占領当局に積極的に協力した⁽⁵⁹⁾。

このような穏健な政策と同時に、グラツィオーリはファシズム化・イタリア化の促進のために、スロヴェニア人をファシスト大衆組織に精力的に加入させた。ファシスト党、女性ファッシ、福祉団体、リットリオ・イタリア青年団、農村主婦団、ドポラヴォーロ事業団、工業・家内女性労働者協会、バリッラ、労働者クラブなど、それぞれ数千人の加入者を得、これらの組織は占領への協力者のリクルートの母体となった⁽⁶⁰⁾。

グラツィオーリはこのような「イタリア化」と穏健的政策の両政策によって、スロヴェニア人の「イタリア化・ファシズム化」をめざした。また、ドイツ占領地と比べてまだましという意識をスロヴェニア人に持たせることにより、統治を容易にする狙いもあった。実際、占領当初は北部スロヴェニアのドイツ占領地での土地の取り上げ、追放、迫害から逃れて、南部のイタリア併合地域に数万人のスロヴェニア人が流入した⁽⁶¹⁾。

このような緩やかな形での「ファシズム化・イタリア化」政策が占領開始から約3ヶ月は続いた。しかし、リュブリャナはイタリア軍の占領地であり、北はサヴァ川から南はモンテネグロを管轄地域とする第2軍が駐留していた。軍司令官とグラツィオーリの間では、当初から治安維持が優先かイタリア化が優先かをめぐって、そして、通常の警察力で鎮圧できないときの行動において、どちらが優越権を持つのかをめぐって対立があった。それはパルチザン活動が活発化すると、妥協できないレベルに至った。

41年春に結成されたスロヴェニアのパルチザン組織の占領軍への抵抗運動・ゲリラ攻撃が、独ソ戦開始後の1941年夏以降から活発化した。鉄道や通信施設の破壊、イタリア占領に協力するスロヴェニア人（コラボ）への襲撃・殺害、反イタリア宣伝、反イタリア・デモ等が展開され、治安が悪化した。その結果、穏健な政策は破棄され、強権的抑圧と血なまぐさい弾圧が始まった。リュブリャナを管轄する第11軍団司令官ロボッティ将軍はグラツィオーリと治安や掃討作戦に関する権限や方策をめぐって対立しつつ、パルチザンの徹底的な弾圧、対ゲリラ戦争を遂行した。42年2月、パルチザンのリュブリャナ市内への侵入と市民との連携を阻止するために、リュブリャナ市を有刺鉄線で包囲し、検問所を設置した（検問所は12月に撤去）。一斉捜索を行い、学生たちをはじめ約900人を逮捕した。

しかし、パルチザンの勢力は増大し、破壊・妨害活動はいつそう活発化し、山間部のイタリア軍駐屯地への襲撃も行われ、イタリア軍の損害が増加した。これに対して、イタリア軍はさらに苛烈な弾圧政策を取った。人

質の銃殺、パルチザン協力者と目された人々の逮捕・拘留、強制収容などを強行した。このような中で、42年3月1日、第2軍司令官のロアツタ將軍が対パルチザン戦争に関する基本原則を示した通知第3号を発した。ここでは「基本的な概念」として、「軍はゲリラ戦を戦っている」「闘争精神」「人の好いイタリア人 (bono italiano) という言葉に要約される否定的な資質の放棄」「勇猛果敢な態度」が重要であり、「反乱者への対応は『歯には歯を』ではなく、『歯には命を』でなければならない」としていた。そして、ユーゴでの対パルチザン戦争を「植民地戦争に匹敵する戦いであり」「我々の情け容赦のなさを明白かつ直接的に敵に感じさせることが適切である」とし、「明確で正当な理由なく16才から60才までの健康な男性がいない家族の収容」「民衆の中の怪しい者の中から拘留しておき、人質とする。これらの者は当該地域で兵士が攻撃され、48時間以内に攻撃者が特定できない場合には、その命で償わせる」と明記していた⁽⁶²⁾。第11軍団司令官ロボッティ將軍は「人の良いイタリア軍人を脱却しなければならない」「我々の敵はリュブリャのインテリだ」「諸君は殺すのが少なすぎる」(42年8月)と部下たちを叱咤した⁽⁶³⁾。ドイツ軍に残酷さで負けるなと言っているのである。

ムッソリーニはこの残虐な対パルチザン戦争の方針を全面的に承認した。1942年7月の軍司令官たちとの会合で、「当初…この地域の人々はイタリアの国旗の下で生活することを『より小さな悪』と考えていた。[ドイツがソ連に侵攻した] 6月21日以後…あらゆる楽観的な希望は消え去った」「私は穏健な政策から力の政策への移行が適切と考えている」「パルチザンの『テロ』に対しては死で報復しなければならない」と指示した。こうして、イタリア軍はナチスと変わらない残虐な戦争と弾圧を遂行していったのである⁽⁶⁴⁾。

次号でダルマチアにおける支配、スロヴェニアとクロアチアにおけるイタリアの対パルチザン戦争を検討する。そして、ユーゴ占領・統治から生

(龍法 '25) 57-4, 132 (778)

まれた「生存圏」の構想・内容を分析し、「帝国」との関係、その夢想的性を明らかにする。

(次号に続く)

- (1) G. Rochat, *Le guerre italiane 1935-1943*, Einaudi, Torino, 2005, p.362.
- (2) Stefano Bianchini/Francesco Privitera, *6 Aprile 1941. L'attacco italiano alla Jugoslavia*, Marzorati, Settino Milanese, 1993, p.9; Rocha, p.360.
- (3) 秦泉寺友紀「レジスタンスから生まれた共和国一反ファシズムと戦後イタリアのナショナル・アイデンティティ」佐藤成基編著『ナショナリズムとトランスナショナリズム—変容する公共圏』法政大学出版会、2009年。
- (4) Enzo Collotti/Teodoro Sala/ Girgio Vaccarino (1967), *L'Italia nell'Europa danubiana durante la seconda guerra mondiale*, Quaderni del <<il movimento di liberazione in Italia>>, La, Tipografia Monzese, Monza.; E. Collotti/T. Sala, *Le potenze dell'Asse e la Jugoslavia. Saggi e documenti 1941/1943*, Feltrinelli, Milano, 1974.
- (5) Mauro Pellegrini, *La questione Adriatica 1866-1975. Il fallimento della politica di potenza italiana*, Massetti Rodella, Brescia, 2008.
- (6) テルリーニ事件とは、アルバニア、ギリシャ、ユーゴ国境画定のために連合国大使会議によって派遣された委員会メンバーが、調査活動中に国境付近のギリシャ領内で殺害された事件。岡俊孝「1923年・コルフ島の占領決定とムッソリーニ」『法と政治』（関西学院大学）19巻2号、1968年6月。255-292頁。
- (7) *Documenti Diplomatici Italiani* (以下、DDIと略記), s. 9, v.6, p.818.
- (8) Collotti, Penetrazione economica e disgregazione statale: premessa e conseguenze della aggressione nazista alla Jugoslavia, in Collotti/Sala (1974), p.11; H.James Burgwyn, *Empire on the Adriatic. Mussolini's Conquest of Yugoslavia 1941-1943*, Enigma Books, New York, 2005 p.15
- (9) ジョルジュ・カステラン（山口俊章訳）『バルカン 歴史と現在』サイマル出版会、1994年、344-345頁。月村太郎『バルカンの政治』東京大学出版会、1923年、73-74頁。
- (10) Burgwyn, pp.7-9.
- (11) R. De Felice, *Mussolini il duce, 1929-36*, Einaudi, Torino, 1974, p.381, n.1; Raul Pupo, Le annessioni italiani in Slovenia e Dalmazia 1941-1943, Questioni interpretative e problemi di ricerca, *Italia contemporanea*, giugno 2006, n.243, p.184.
- (12) Davide Conti, *L'occupazione italiana dei balcani. Crimi di guerra e mito della brava gente (1940-1943)*, Ordadek, Roma, 2008, pp.6-8; Pasquale Iuso, *Il fascismo e gli ustasci 1929-1941. Il separatismo croato in Italia*, Gangemi,

- Roma, 1998.
- (13) カステラン、349-351頁。
- (14) カステラン、351-352頁。
- (15) Paul Schmidt (a cura di) (1942), *Rivoluzione nel Mediterraneo. La lotta per lo spazio vitale dell'Italia*, 1942, Milano, Istituto per gli studi di politica internazionale, p.121, T. 1. Traduzione di Laura Doria, Titolo originale: *Revolution in Mittelmerr. Der Kampf um den Italianischen Lebensraum*, Volk and Reich Verlag, Berlin, 1940.
- (16) 石田憲『地中海新ローマ帝国への道—ファシスト・イタリアの対外政策 1935-39』東京大学出版会、1994年、199-200頁。
- (17) Eric Gobetti, *L'occupazione allegra. Gli italiani in Yugoslavia (1941-1943)*, Carocci, 2007, p.30; M. Bucarelli, Disgregazione Iugoslavia e questione serba nella politica italiana, in F. Caccamo e L. Monzali (a cura di) *L'occupazione italiana della Iugoslavia (1941-43)*, Le Lettere, Firenze, 2008, pp.15-17; Burgwyn, p.14.
- (18) 柴宜弘『ユーゴスラヴィア現代史 新版』岩波新書、2021年、78-79頁。
- (19) Jozo Tomasevich, *War and Revolution in Yugoslavia, 1941-1945: Occupation and Collaboration*, Stanford University Press, 2001, p.47.
- (20) G. Ciano, *Diario 1937・1943*, (a cura di R.De Felice), Rizzoli, 1980, p.267; DDI, s. 8, v.11, pp.391-392.
- (21) Ciano, *Diario*, p.269; DDI, s.8, v.11, pp.420-421.
- (22) Ciano, *Diario*, p.270; DDI, s.8, v.11, p.424.
- (23) ニコラス・ファレル (柴野均訳)『ムッソリーニ 下』白水社、2011年、118-119頁。
- (24) Salvatore Loi, *Le operazioni delle unità italiane in Yugoslavia 1941-1943*, Stato Maggiore dell'Esercito, Ufficio Storico, Roma, 1978, pp.32-38.
- (25) Ciano, *Diario*, p.390; Pupo, p.187; DDI, s.9, v.3, pp.162-166
- (26) 高橋進「それでもムッソリーニは参戦を選んだ」『日伊文化研究』61号、2023年3月、23頁。*Opera Omnia di Benito Mussolini*, (cur) Edoardo e Duilio Susmel, La Felice, Firenze, 1951～(以下OOと略記), vol.29, p.366.
- (27) Ciano, *Diario*, pp.417, 428.
- (28) M. Roatta, *Otto milioni di baionette. L'esercito italiano in guerra dal 1940 al 1944*, Mondadori, 1946, p.117; Bucarelli, p.18; Alfredo Breccia, *Jugoslavia, 1939-1941*, Giuffrè, Milano, 1978, pp.43, 306-307; Loi, pp. 32-36.
- (29) Burgwyn, p.18; Roatta, pp.117-118.
- (30) Ciano, *Diario*, (1940.10.12), p.470.
- (31) 高橋進「それでもムッソリーニは参戦を選んだ」21-22頁。
- (32) Mario Montanari, *L'esercito italiano alla vigilia della 2a guerra mondiale*, Ufficio Storico, Stato Maggiore dell'Esercito, Roma, 1982, pp.371-373.

- (33) アンドレ・フランソワ＝ボンセ編『ヒトラー＝ムッソリーニ 秘密往復書簡』、大久保昭雄訳、草思社、1996年、62-63頁。DDI, s. 9, v.4, p.500.
- (34) Collotti/Sala, p.134.
- (35) Walker, 2003, p.12.
- (36) Schmidt, p.120.
- (37) 高橋進「それでもムッソリーニは参戦を選んだ」20頁。
- (38) DDI, s.9, v.3, d.275 (1940.2.8)
- (39) Rochat, p.306.
- (40) E. Collotti, *L'Europa nazista. Il progetto di un nuovo ordine europeo (1939-1945)*, Giunti, Firenze, 2002, p.214.
- (41) アンソニー・ビーヴァー『第二次世界大戦 1939-45上』、平賀秀明訳、白水社、2015年、299-305頁。
- (42) Rochat, pp.335-399.
- (43) G. Sluga, Italian National Identity and Fascism: aliens, allogenes and assimilation on Italy's north-eastern border, in *The Politics of Italian National Identity*, ed. by Gino Bedani and Bruce Haddock, University of Wales Press, Cardiff, 2000, pp.163-180; Conti, p.3.
- (44) Conti, p.9.
- (45) トリエステでのイタリア化政策については、濱口忠大「イタリア併合、ファシズムの台頭とトリエステ」『日伊文化研究』61号、2023年、29-41頁。ドデカネス諸島での支配については、石田憲「ファシストの帝国－ヨーロッパ内植民地としてのドデカネス」『岩波講座 世界歴史 20巻 二つの世界大戦と帝国主義 I 20世紀前半』岩波書店、2022年、249-266頁。南チロル（アルト・アディジェ）のイタリア化・ファシズム化については、Andrea Di Michele, *L'italianizzazione imperpetta. L'amministrazione pubblica dell'Alto Adige tra Italia liberale e fascismo*, Orso, Alessandria, 2003; Sluga, pp.171-177.
- (46) Bianchini/Privitera, p.10.
- (47) Burgwyn, p.15.
- (48) Burgwyn, pp.27-28; Loi, pp.60, 133-138.
- (49) Burgwyn, pp.28-29; Tomasevich, p.50; DDI, s.9, v.6, d.792.
- (50) Burgwyn, pp.28-36; Tomasevich, pp.60-63; Filippo Anfosso, *Da Palazzo Venezia al Lago Garda (1936-1945)*, Settimo Sigillo, Roma, 1996, pp.157-164, prima ed. Cappelli, Bologna, 1957.
- (51) Ciano, *Diario*, p.523, (1941.6.10); DDI, s.9, v.6, d.956.
- (52) Tomasevich, pp.617-635.
- (53) Collotti, *L'Europa nazista*, p.218; Marco Cuzzi, *L'occupazione italiana della Slovenia (1941-1943)*, Stato Maggiore dell'Esercito, Ufficio Storico, Roma, 1998, pp.30-32.

- (54) Burgwyn, pp.43-46.
- (55) Burgwyn, p.40; Gobetti, p.46.
- (56) Cuzzi, p.30; Pupo, p.187.
- (57) Roatta, p.165.
- (58) A. O. Guerrazzi, *L'Esercito italiano in Slovenia 1941-1943. Strategie di repressione antipartigiana*, Viella, Roma, 2011, p.13.
- (59) Marina Cattaruzza, *Italy and Its Eastern Border, 1866-2006* (Translated by Daniela Gobetti), Routledge, New York and London, 2017, pp.161-162.
- (60) Cattaruzza, p.162.
- (61) Pupo, p.198; Guerrazzi, p.13; Ciano, pp.504, 506.
- (62) Massimo Legnani (a cura di), Il “ginger” del generale Roatta. Le direttive della 2a armata sulla repressione antipartigiana in Slovenia e Croazia, *Italia contemporanea*, n.209-210, dicembre 1997- marzo 1998, pp.155-174.
- (63) Burgwyn, pp.104-114.
- (64) Burgwyn, p.112; Ugo Cavellero, *Diario 1940-1943* (a cura di G.Bucciantè), Ciarappico, Roma, 1984, p.443.

* 本稿は2024年10月5日に名古屋大学で開催された日本政治学会のB5「ヨーロッパ政治史研究の諸相」において報告した内容を加筆・修正したものである。討論者およびその後ご意見をいただいた方々に感謝したい。

* 本研究は、日本学術振興会基盤研究C、課題番号21K01312「記憶、歴史認識と政治—イタリア植民地主義、バルカン占領、レジスタンスとサロ共和国」の研究成果の一部である。

DOES FREEZING ASSETS OF FOREIGN CENTRAL BANKS CONTRAVENE STATE IMMUNITY?: A SURVEY OF RECENT STATE PRACTICE

YAMADA Takuhei

I. INTRODUCTION

II. CONFLICTING VIEWS

A. Violation of the Rules of State Immunity

B. Non-Violation of the Rules of State Immunity

III. RECENT STATE PRACTICES

A. Iran

B. Venezuela

C. Syria

D. Russia

E. China

IV. CONCLUSION

Abstract

Is the freezing of foreign central banks' assets legal under international law? A specific issue concerns whether freezing violates the rules of State immunity under general international law. This survey of recent State practice indicates that countries whose central banks' assets were frozen have not alleged violations of the State immunity rules. Rather, they tend to criticize freezing on the grounds of its negative impact on human rights. Recent State practice is, therefore, more compatible with the view that freezing the assets of foreign central banks does not violate the State immunity rules.

I. INTRODUCTION

Following Russia's full-scale invasion of Ukraine in February 2022, sanctions against Russia were tightened, including the freezing of assets of the Central Bank of the Russian Federation. On 28 February 2022 the Office of Foreign Assets Control (OFAC) of the United States (U.S.) Department of the Treasury issued Directive 4 under Executive Order 14024, according to which any transaction by a U.S. person involving the Central Bank of Russia, the National Wealth Fund, or the Russian Ministry of Finance was prohibited.¹

This action effectively immobilized any assets of the Central Bank held in the U.S. or by U.S. persons regardless of their location.² The Central Bank's assets were also effectively frozen by other countries, such as the European Union (EU) Member States,³ the United Kingdom (UK)⁴ and Japan.⁵ These measures were expected to be particu-

1 U.S. Dep't Treasury, Office of Foreign Assets Control, *Directive 4 Under Executive Order 14024* (Feb. 28, 2022).

2 U.S. Dep't State Treasury, *Treasury Prohibits Transactions with Central Bank of Russia and Imposes Sanctions on Key Sources of Russia's Wealth* (Feb. 28, 2022), <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0612>.

3 Council Decision (CFSP) 2022/395 of March 9, 2022 amending Decision 2014/512/CFSP concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine, 2022 O.J. (L 81) 8.

4 The Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019, Section 18A (inserted on March 1, 2022 by the Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No. 5) Regulations 2022).

5 Japanese Ministry of Foreign Affairs, *Measures in response to the situations in Ukraine based on the Foreign Exchange and Foreign Trade Act* (March 1, 2022), https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/press4_009282.html (in Japanese). See also Prime Minister's Office of Japan, *Press Conference by the*

larly effective in hindering Russia's invasion, as they would limit the Central Bank's ability to access its reserves, thus destabilizing the Russian ruble.⁶

Russia is not the only country whose central bank's assets have been frozen; countries (or regions) whose central banks are currently subject to asset freezing by the U.S. are Iran, Syria, North Korea, Venezuela and the Donetsk People's Republic. Moreover, the Taliban, which returned to power in Afghanistan in August 2021, has not been allowed access to the assets of the Afghan Central Bank (Da Afghanistan Bank) held in the U.S., meaning that these assets have effectively been frozen.⁷

Is such a central bank freeze legal under international law? A specific issue concerns whether freezing violates the rules of State immunity under general international law. This paper considers this question at length.

II. CONFLICTING VIEWS

International lawyers hold conflicting views regarding the legality of freezing the assets of central banks under State immunity law.

↘ *Prime Minister regarding His Telephone Talk with President Zelensky of Ukraine* (Feb. 28, 2022), https://japan.kantei.go.jp/101_kishida/state-ment/202202/_00016.html.

6 Alan Rappeport, *U.S. escalates sanctions with a freeze on Russian central bank assets*, N.Y. TIMES, Feb. 28, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/02/28/us/politics/us-sanctions-russia-central-bank.html>.

7 Jeff Stein, *Biden administration freezes billions of dollars in Afghan reserves, depriving Taliban of cash*, THE WASHINGTON POST, Aug. 17, 2021, <https://www.washingtonpost.com/us-policy/2021/08/17/treasury-taliban-money-afghanistan/>.

A. Violation of the Rules of State Immunity

The United Nations (UN) Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property (UNCSI),⁸ which has not yet entered into force, sets forth the rules of State immunity from measures of constraint, particularly in Articles 18, 19 and 21.⁹ In its

8 'United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property' UNGA Res 59/38 (2 December 2004) UN Doc A/RES/59/38.

9 Art 18 (State immunity from pre-judgment measures of constraint)

No pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) by international agreement;

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or

(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding.

Art 19 (State immunity from post-judgment measures of constraint)

No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

(a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:

(i) by international agreement;

(ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or

(iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or

(b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or

(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connec-↗

commentary, the UN International Law Commission (ILC) indicates that the ‘measures of constraint’, which are chosen as a generic term, include an asset freeze.¹⁰ Furthermore, the assets of a central bank may be considered ‘property of a State’ under the Convention for two reasons. First, this is indicated in Article 21(1), which states that ‘[t]he following categories, in particular, of property of a State’ include ‘property of the central bank or other monetary authority of the State’. Second, a central bank that plays an important role in the

tion with the entity against which the proceeding was directed.

Art 21 (Specific categories of property)

1. The following categories, in particular, of property of a State shall not be considered as property specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes under article 19, subparagraph (c):

(a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences;

(b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions;

(c) property of the central bank or other monetary authority of the State;

(d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;

(e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.

2. Paragraph 1 is without prejudice to article 18 and article 19, subparagraphs (a) and (b).

¹⁰ *Commentary on Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, [1991] 2(2) Y.B. Int'l L. Comm'n 55–56, U.N. Doc. A/CN.4/SER. A/1991/Add.1 (Part 2). See Chester Brown and Roger O'Keefe, *Article 18*, in *THE UNITED NATIONS CONVENTION ON JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF STATES AND THEIR PROPERTY: A COMMENTARY* 300 (Roger O'Keefe et al. eds, 2013).

exercise of monetary sovereignty naturally amounts to one of the ‘agencies or instrumentalities of the State or other entities to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State’ as enshrined in Article 2(1)(b) which defines a ‘State’.

Of course, these articles concern measures of constraint ‘taken in connection with a proceeding before a court of another State’, which appears to indicate that the articles may not be applied to the freezing of a central bank’s assets ordered by executive organs as financial sanctions. However, it should be noted that before proceeding to the discussion on whether it may be justified as a countermeasure, a number of scholars admit that freezing foreign central banks’ assets not connected with any court proceeding may also violate the rules of State immunity.

Thouvenin addresses whether immunity from execution may apply to measures of constraint, including asset freezes that are not linked to court proceedings, stating the following:

There is little doubt that the best established international law prohibits a State from coercing another State by seizing its property within its territory. It is indisputable, in fact, that immunity “derives from the principle of the sovereign equality of States...” This statement clearly suggests that immunities cannot be considered as playing only in relation to the judiciary: since it is the principle of sovereign equality that prohibits one State from exercising jurisdiction over another, this prohibition must apply not only against the State that makes itself

the judge, but also against the legislating State and the executive State. In other words, what applies to the judiciary must necessarily also apply to the legislator and the administration.¹¹

Here, confirming the principle of sovereign equality as the *raison d'être* of State immunity, he acknowledges that the State immunity rules may be applied to measures of not only judicial organs but also legislative or executive organs, after which he continues:

The measures of freezing funds of central banks are indeed acts of authority designed to obstruct, and which effectively obstruct, the exercise of sovereignty by target states. This is all the more evident with regard to the measures to freeze central bank funds currently in force, as their express purpose is to deprive the target States of the financial means to implement some of the public policies ... that they decide. It can therefore be concluded that the freezing of central bank funds by a State is a violation of international law of immunity from execution.¹²

Based on this view, he specifically states that the EU's freezing of Syrian and Iranian central bank assets is inconsistent with the international rules of immunity.¹³

11 Jean-Marc Thouvenin, *Gel des fonds des banques centrales et immunité d'exécution*, in IMMUNITIES IN THE AGE OF GLOBAL CONSTITUTIONALISM 209, 213 (Anne Peters et al. eds., 2014).

12 *Id.* at 215.

13 *Id.* at 215–19.

Referring to Article 21(1)(c) of the UNCSI, Asada also posits that the EU's freezing of the Iranian Central Bank's assets is in breach of the State immunity rules:

It is true that the UNCSI applies to the immunity from the jurisdiction of the courts of another State, but freezing assets of a central bank imposed without a court proceeding should be even more unacceptable given that it may not be subject to measures of constraint taken to execute a court judgment under the UNCSI.¹⁴

In its 2014 resolution, the Asian-African Legal Consultative Organization also condemned 'the adoption of restrictive measures against States, especially in cases where the functional organs of a sovereign State, like central banks, are subjected to sanctions which violate the immunity of State and its properties'.¹⁵

Moreover, Castellarin states that, although freezing the assets of a central bank may be lawful insofar as the assets are affected to an activity *jure gestionis*, the actual practice of freezing is generally considered illegal as governments tend to target all assets, including those affected to activities *jure imperii*.¹⁶

14 Masahiko Asada[浅田正彦], *The EU's Autonomous Sanctions on Iran and The UN Security Council's Resolutions*[EUの対イラン独自制裁と安保理決議], 44(5) *INTERNATIONAL BUSINESS LAW AND PRACTICE* [国際商事法務] 751, 752 (2016).

15 Asian-African Legal Consultative Organization, *Extraterritorial Application of National Legislation: Sanctions Imposed Against Third Parties*, Sep. 18, 2014, AALCO/RES/53/S 6, <https://www.aalco.int/Resolution%20adopted%20at%2053rd%20Annual%20Session%202014.pdf>.

16 Emanuel Castellarin, *Le gel des avoirs d'une banque centrale étrangère* ↗

Furthermore, Dupont argues that the freezing of the Iranian Central Bank's assets may conflict with the rules of immunity.

[A]s regards the measures taken against the Iranian Central Bank, they might be deemed to conflict with the rules governing immunities and privileges of foreign States under international law, and in particular of the 2004 UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, which is widely considered as reflecting customary international law, and which provides for the immunity of the property of a central bank or other monetary authority from execution.¹⁷

Although not explicitly referring to central banks, Alland¹⁸ and Burdeau¹⁹ state that freezing State properties, which likely include central banks' assets, may violate the rules of immunity from execution.

B. Non-Violation of the Rules of State Immunity

In contrast, Ruys disapproves of this view, insisting that asset freezes lacking any link to court proceedings do not violate immunity

↘ *comme réaction décentralisée à un fait internationalement illicite: rétorsion ou contre-mesure?* , 25 HAGUE YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 173, 184–187 (2013).

17 Pierre-Emmanuel Dupont, *Unilateral European Sanctions as Countermeasures: The Case of the EU Measures Against Iran*, in ECONOMIC SANCTIONS AND INTERNATIONAL LAW 37, 44 (Matthew Happold and Paul Eden, eds., 2016).

18 Denis Alland, JUSTICE PRIVEE ET ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL: ETUDE THEORIQUE DES CONTRE-MESURES EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 166–170 (1994).

19 Geneviève Burdeau, *Le gel d'avoirs étrangers*, 124(1) JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 5, 39 (1997).

rules because they do not trigger the application of rules in the first place.²⁰ The reasons for the inapplicability are as follows: the EU and the U.S. appear to see no problems in the imposition of targeted sanctions against Syria's central bank; in spite of abundant case laws generated by the EU Courts pertaining to EU sanctions, immunity issues have apparently never been raised; while numerous (non-Western) countries have repeatedly expressed apprehension about unilateral coercive measures, such concerns have ostensibly never been framed by reference to relevant immunity rules²¹; the UNCSI conceives immunity from execution in terms of measures 'in connection with proceedings before a court' as the title of Part IV indicates; the nexus with a national court proceeding is also a common feature of national immunity legislation and scholarly works on State immunity.²² In addition, criticizing Thouvenin's view, Ruys asserts:

[T]he rules on State immunity are not inspired exclusively by the principle of sovereign equality, but tend to strike a balance between this principle, on the one hand, and the idea that States enjoy full and exclusive territorial jurisdiction, on the other hand. It follows that one cannot establish the scope of customary immunity rules by relying on one of the two competing principles alone.²³

20 Tom Ruys, *Immunity, inviolability and countermeasures—a closer look at non-UN targeted sanctions*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF IMMUNITIES AND INTERNATIONAL LAW 670, 675–688 (Tom Ruys et al., eds., 2019).

21 *Id.* at 674–75.

22 *Id.* at 677–78.

23 *Id.* at 685–86.

Having denied the violation of the rules of immunity, Ruys examines whether freezing foreign central banks' assets contravenes the obligations of inviolability.²⁴ He denies the general inviolability of State properties for two reasons. First, it is hard to understand why States would go to such lengths to provide specific inviolability regimes protecting diplomatic property or the property of special missions as set forth in the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and the 1969 Convention on Special Missions, if there would be a general inviolability of State property abroad under customary international law. Second, there is a growing body of practice whereby States impose asset freezes on third States without the targeted or other States expressly contesting the legality of such a practice by referring to considerations of immunity/inviolability under customary international law.²⁵ Based on these reasons, he concludes that freezing a foreign State's properties, such as the property of its central bank, does not contravene inviolability, as there is no general inviolability attached to State property abroad.

Wuerth agrees with Ruys' view that the rules of State immunity do not apply to the freezing of foreign central banks' assets not linked to a court proceeding.²⁶

Now, we need to consider which view is correct. To answer this question, I will examine recent State practices.²⁷ Do countries whose

24 *Id.* at 688–701.

25 *Id.* at 700–01.

26 Ingrid (Wuerth) Brunk, *Does Foreign Sovereign Immunity Apply to Sanctions on Central Banks?*, LAWFARE, March 7, 2022, <https://www.lawfareblog.com/does-foreign-sovereign-immunity-apply-sanctions-central-banks>.

27 Dopagne and Theeuwes, while saying that “[t]he very ratio of the immuni- ↗

central banks' assets have been frozen rely on the rules of State immunity under general international law when they contend that freezing is illegal?

III. RECENT STATE PRACTICES

A. *Iran*

In the *Certain Iranian Assets* case at the International Court of Justice (ICJ), Iran claimed that the U.S. violated its various obligations, one of which was to accord immunities to Iranian State-owned companies, including the Central Bank of Iran. However, the conduct in question is that the U.S. made the assets of Iran and its Central Bank subject to enforcement proceedings to satisfy compensatory damage judgments regarding Iran's alleged involvement in various terrorist acts.²⁸ This measure falls outside the scope of this paper, as it is linked to court proceedings.²⁹

What has the Iranian government recently argued about freezing the Iranian Central Bank's assets as OFAC administrative measures

ty — namely safeguarding the sovereignty of the State by protecting its property against measures of constraint taken by other States — seems to support the view that any measure limiting the availability of the property for the State does entail the applicability of the immunity, irrespective of whether the measure is related to a court proceeding or is imposed by the government as a sanction,' continue that '[h]owever, relevant State practice should still develop in order to confirm it.' Frédéric Dopagne and Bert Theeuwes, *Freezing Assets Of Foreign Central Banks In International Law: Again In The Spotlight*, March 10, 2022, <https://monardlaw.be/en/stories/freezing-assets-of-foreign-central-banks-in-international-law-again-in-the-spotlight/>.

28 See *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v United States of America)* (Preliminary Objections), 2019 ICJ. 7, 20-21 (¶¶ 20-27) (Feb. 13).

29 See Ruys, *supra* note 20, at 674-75 (footnote 30).

unrelated to court proceedings? When OFAC designated the Central Bank of Iran as a Specially Designated National (SDN) for supporting terrorism on 20 September 2019, the Iranian Ministry of Foreign Affairs, despite criticizing the designation, did not refer to the immunity rules at a press conference on the following day.³⁰ Iran expressed the reason for criticizing the designation in its opinion on the UN General Assembly's biennial resolution regarding 'unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries' submitted to the UN Secretary-General as follows:³¹

On 20 September 2019, the Office of Foreign Assets Control designated the Central Bank of Iran as a so-called terrorist supporter to isolate Iran from the global financial system. According to the Office's regulations, 'certain exemptions available under the International Emergency Economic Powers Act (IEEPA) relating to personal communications, humanitarian donations, information or informational materials, and travel do not apply to transactions with persons designated under E.O. 13224 or otherwise blocked pursuant to the GTSR'. Therefore, *the Central Bank of Iran could not facilitate transactions related to humanitarian trade, let alone other types of foreign*

30 Iranian Ministry of Foreign Affairs, *Spokesman's Reaction to New US Sanctions on Central Bank* (September 21, 2019), <https://en.mfa.gov.ir/portal/News-View/539974>.

31 The Secretary-General, *Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/76/310, at 8–9 (Aug. 30, 2021).

trade. To compensate for this defect, the Office issued General License 8, entitled ‘Authorising certain humanitarian trade transactions involving the Central Bank of Iran’, on 27 February 2020. However, it was so limited that it could not end the uncertainty surrounding the use of the Central Bank and other banks in humanitarian trade. [italics added]

Here, Iran criticizes OFAC’s designation of the Central Bank of Iran as an SDN on the grounds that it hinders humanitarian trade, *not* because it violates the immunity rules. Iran does not mention the immunity rules in its other opinions submitted to the UN Secretary-General.³²

However, the Iranian Ministry of Foreign Affairs criticized the SDN designation of the governor and one of the directors of the Central Bank in May 2018 when it stated the following.³³

The last week move by U.S. Department of the Treasury to include the name of the governor of the Central Bank of Iran

32 See The Secretary-General, *Economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/52/459, at 5–6 (Oct. 14, 1997); The Secretary-General, *Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/58/301, at 6–8 (Sep. 11, 2003); The Secretary-General, *Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against development countries: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/64/179, at 5–6 (July 27, 2009); The Secretary-General, *Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries: Report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/68/218, at 8–9 (July 29, 2013).

33 Iranian Ministry of Foreign Affairs, *Statement on Imposition of Sanctions on Governor of Iran’s Central Bank* (May 23, 2018), <https://en.mfa.gov.ir/portal/newsview/36158>.

and one of its directors on the sanctions list is a sign of the U.S.'s blatant defiance of *well-established international norms and rules including immunity of governments and central banks*. [italics added]

Here, in criticizing the SDN designation of the governor and director, Iran indicates that the Central Bank itself enjoys immunity. Nevertheless, in the same statement, the Ministry continued:

Central banks play a role in shaping and implementing monetary policies and bringing monetary stability inside the countries and in the international system, so imposing sanctions on central bank officials is *against customary and treaty obligations of governments to maintain international monetary policy*. The U.S. move, which indicates this government gives no weight to its international obligations, has prompted international observers to see the U.S. government as an oath-breaker who pays no respect to international obligations. [italics added]

The Ministry also mentioned the U.S.'s violation of its obligations to maintain monetary policy to ensure monetary stability.

Therefore, the Iranian government does not actively advocate that the freezing of central bank assets as a measure not linked to a court proceeding may violate the rules of State immunity. Rather, it refers to the impediment of humanitarian trade or the violation of the obligation to maintain international monetary policy.

B. Venezuela

Regarding the freezing of assets of entities including the Central Bank of Venezuela (CBV), a Venezuelan ambassador at the Permanent Council of the Organization of American States (OAS) in February 2019 stated:

The biggest robbery in Venezuelan history occurred last week. Mr. Trump's government *robbed* the Venezuelan people of at least thirty billion dollars in oil refineries, in bank accounts of the Central Bank of Venezuela and PDVSA [=Petróleos de Venezuela, S.A.], in debt bond transactions and I say no more for reasons of time.³⁴ [*italics added*]

Notably, here the ambassador only accuses the U.S. of having 'robbed' the Venezuelan people of assets, without stating the basis for the illegality under international law.

Almost two months later the Ministry of Foreign Affairs declared:

The Bolivarian Republic of Venezuela denounces to the international community another aggression against the Venezuelan people by Donald Trumps' government, *through the arbitrary, illegal, unilateral, and coercive measures applied against the Central Bank of Venezuela (CBV), which affect Venezuelans' security and well-being*. The CBV, as other national central banks in the world, has the task of providing with the main financial services of the Republic, centralizing and man-

34 Venezuelan Ministry of Foreign Affairs, *Speech by Ambassador Samuel Moncada at the Permanent Council of the OAS* (Feb. 18, 2019), <https://mppre.gob.ve/discurso/speech-ambassador-samuel-moncada-permanent-council-oas/>.

aging the international monetary reserves, formulating and implementing the country's monetary policy; therefore, *it plays a fundamental role for the purchase of medicines, food and other essential goods intended for the Venezuelan people's consumption*, without exception. In recent months, the CBV has been playing a major role for the economy stabilization in the face of the constant siege by the U.S. government. The intention is clear: to [remove] this tool of the Venezuelan people out, by impeding operations and relation with U.S. and global financial service providers. *Such new inhuman attack is directly aimed at the whole Venezuelan people*, by infringing upon its peace and stability.³⁵ [italics added]

Here, the Ministry appears to base the illegality of freezing the central bank's assets on the violation of the well-being of the Venezuelan people by obstructing the purchase of essential goods, such as medicines and food. Notably, it does not mention immunity rules.

Unlike the U.S., neither the EU nor the UK has formally frozen the assets of the CBV. However, while Nicolás Maduro claimed to have won the 2018 presidential election and swore himself in for a second term as President on 10 January 2019, the President of the National Assembly, Juan Guaidó, announced on 23 January 2019 that he was the Interim President on the grounds that the election was

35 Venezuelan Ministry of Foreign Affairs, *Venezuela denounces illegal unilateral coercive measures against the Central Bank of Venezuela by the government of Donald Trump* (April 17, 2019), <https://mppre.gob.ve/comunicado/venezuela-denounces-illegal-unilateral-coercive-measures-against-the-central-bank-of-venezuela-by-the-government-of-donald-trump/>.

flawed. On 4 February 2019 the UK government stated that it recognized Guaidó as the Interim President until credible elections could be held. Since Guaidó appointed an *ad hoc* board of the CBV on 18 July 2019, two boards — the ‘Maduro Board’ and ‘Guaidó Board’ — have been in operation. The question of which board is entitled to give instructions in relation to gold reserves held by the Bank of England on behalf of the CBV is pending in English courts.³⁶ From Maduro’s perspective, the CBV’s assets are effectively frozen, as the ‘Maduro Board’ cannot dispose of the gold reserves pending the final decision.

Regarding the de facto freezing, the Venezuelan ambassador declared the following at the Permanent Council of the OAS:

The Bank of England stole from the Venezuelan people more than 1.2 billion dollars in gold, simply because they can do it. No explanation needed. With the return of the pillage and plunder of colonialism, confidence in bank deposits of all countries in the world in American and British banks is destroyed. The United States and the United Kingdom would steal the savings of the people if they would have the opportunity. It is

36 *Deutsche Bank AG London Branch v. Receivers Appointed by the Court & Ors*, [2020] EWHC 1721 (Comm) (July 2, 2020); *‘Maduro Board’ of the Central Bank of Venezuela v. ‘Guaidó Board’ of the Central Bank of Venezuela*, [2020] EWCA (Civ) 1249 (Oct. 5, 2020); *‘Maduro Board’ of the Central Bank of Venezuela v. ‘Guaidó Board’ of the Central Bank of Venezuela*, [2021] UKSC 57 (Dec. 20, 2021). See also Letter from UK Ambassador and Permanent Representative at Geneva to the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (Mar. 7, 2022), <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36839>.

the business of plundering and assaulting those who believe in their promises of neutrality and impartiality. International law and all contracts lose meaning when trap and greed is the moral basis of empires.³⁷

At the Security Council, Venezuela's ambassador to the UN stated the following:

We cannot forget that the Bank of England, which stole \$1.2 billion in [g]old from our people using the excuses that they do not recognize President Nicolás Maduro and that they are complying with the Trump sanctions.³⁸

What specific grounds does the Venezuelan government rely on to criticize the UK's de facto freezing of the CBV's assets? On 2 July 2020, when the UK High Court ruled in favor of Guaidó, the Venezuelan Ministry of Foreign Affairs issued the following statement:

The Bolivarian Republic of Venezuela firmly *rejects the unusual and absurd decision of an English Court of First Instance that seeks to strip Venezuela from its gold and violates its right to use it, unequivocal property of the Venezuelan people*. This decision is supported by the mind-boggling self-proclamation

37 Venezuelan Ministry of Foreign Affairs, *Speech by Ambassador Samuel Moncada at the Permanent Council of the OAS* (Feb. 18, 2019), <https://mppre.gob.ve/discurso/speech-ambassador-samuel-moncada-permanent-council-oas/>.

38 Venezuelan Ministry of Foreign Affairs, *Intervention of Ambassador Samuel Moncada before the Security Council of the United Nations* (April 10, 2019), <https://mppre.gob.ve/discurso/intervention-ambassador-samuel-moncada-before-security-council-united-nations-washington/>.

of a Venezuela's National Assembly representative as the alleged interim President of Venezuela, leader of an international criminal organization to illegally seize the resources of the Bolivarian Republic of Venezuela, whose strategy is, among other things, to rob the Gold from Venezuela's international reserves at the Bank of England, in complicity with the United States government. President Nicolas Maduro, in full exercise of his powers as Head of State and Government, has requested that the Venezuelan justice institutions initiate the procedures that may be in place to punish those who participate in the theft of Venezuelan gold and that justice be served. The Central Bank of Venezuela will immediately appeal this absurd and erroneous decision, which constitutes *an act of piracy that violates the right to health and life of the Venezuelan people, by stripping them from the gold necessary to combat one of the worst pandemics that has hit humanity, thus prompting the extermination against the Venezuelan population*. The Bolivarian Republic of Venezuela will denounce before all the international bodies *this blatant violation against the integrity of the Venezuelan people and against the legitimate resources of Venezuela*, whose unequivocal owner is its people. Venezuela will continue to wage the appropriate judicial battle and expects equity and justice, based on a solid and deep analysis of international, Venezuelan and English laws, instead of accepting the use of trickster arguments without any basis on reality.³⁹ [italics add-

39 Venezuelan Ministry of Foreign Affairs, *Venezuela rejects the decision of the British court of first instance to strip it of its international gold reserves* (July 7

ed]

Here, the Ministry refers to the violation of Venezuela's right to dispose of its national property and its people's right to health and life.

The impact on the health and lives of the Venezuelan people has also been mentioned on other occasions. President Maduro stated that 'he estimates negotiations for the release of \$300 million, held by the Bank of England, reach a favorable conclusion to speed up the acquisition of new vaccines for the population'.⁴⁰ Executive Vice-president Delcy Rodríguez Gómez also pointed out that 'the Government of the United Kingdom, present in this Council, has adopted the illegitimate decision to seize the gold of the Venezuelan people, which has been denied even to attend [to] the humanitarian situation generated by the COVID-19 pandemic'.⁴¹

Therefore, when the Venezuelan government criticizes the freezing of the CBV's assets, it does not rely on immunity rules. Rather, it makes a strong case that the purchase of essential goods, such as medicines (more recently, vaccines) and food for its people, is being inhibited, which violates the people's right to health and life.

↘ 2, 2020), <https://mppre.gob.ve/comunicado/venezuela-rejects-decision-british-court-first-instance-strip-international-gold-reserves/>.

40 Venezuelan Ministry of Foreign Affairs, *Venezuela allocates \$200 million for Sputnik-V vaccine* (Feb. 17, 2021), <https://mppre.gob.ve/en/2021/02/17/venezuela-allocates-200-million-for-sputnik-v-vaccine/>.

41 Venezuelan Ministry of Foreign Affairs, *Venezuela denounces the impact of illegal imperialist sanctions in the UN Universal Periodic Review of Human Rights* (Jan. 25, 2022), <https://mppre.gob.ve/en/2022/01/25/venezuela-impact-illegal-imperialist-sanctions-un-universal-periodic-review-human-rights/>.

C. Syria

The Syrian ambassador to the UN reportedly addressed the freezing of the Syrian Central Bank's assets at the General Assembly:

Al-Jaafari emphasized that the Syrian Central Bank had not been able to take advantage of frozen Syrian funds abroad for years with the aim of financing *the import of materials related to the basic needs of the Syrian people*, since international and foreign banks do not respond to the [p]ayment orders issued by the bank, and the Syrian government received no response to contacts with those banks, either through the bank correspondence system or through diplomatic channels.⁴² [italics added]

Here, the ambassador stresses that the freezing of the Central Bank's assets prevents it from paying for imports of essential materials for the Syrian people.

In its opinion to the UN Secretary-General dated 13 July 2021, Syria claimed:

[T]argeting the banking sector, particularly the Central Bank of Syria and the Syrian Commercial Bank, and freezing financial and banking assets abroad *have undermined the ability of the Syrian Arab Republic to finance the purchase of basic and*

42 Permanent Mission of the Syrian Arab Republic to the United Nations, *Al-Jaafari: Unilateral coercive economic measures hamper Syria's response to Covid-19* (May 9, 2020), https://www.un.int/syria/statements_speeches/al-jaafari-unilateral-coercive-economic-measures-hamper-syria%E2%80%99s-response-covid.

vital needs by creating additional difficulties for the ability of countries to supply basic commodities and to increase their prices and transportation costs ...⁴³ [italics added]

Therefore, the Syrian government criticizes freezing for hindering the purchase of essential goods for the Syrian people. However, nowhere are immunity rules mentioned.

D. Russia

In response to Russia's full-scale invasion of Ukraine on 24 February 2022, Western countries have tightened sanctions against the nation, one of which is the freezing of all assets of the Central Bank of Russia.

Russian Foreign Minister Lavrov objected to this action:

[Western countries] began to freeze the assets of the Central Bank and private businesses. This is robbery, they abandoned all the rules that they had been implementing in international life in the last 70 years. And now they just crossed out these rules and went back to the Gold Rush era of gangster capitalism.⁴⁴

None of our analysts ever imagined that the West would impose sanctions on [the Central Bank's reserves]. This is theft.⁴⁵

43 The Secretary-General, *Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries: report of the Secretary-General*, U.N. Doc. A/76/310, at 15 (Aug. 30, 2021).

44 Russian Ministry of Foreign Affairs, *Foreign Minister Sergey Lavrov's interview with Al-Jazeera TV channel* (March 2, 2022), https://mid.ru/en/foreign_policy/news/1802485/.

45 Russian Ministry of Foreign Affairs, *Foreign Minister Sergey Lavrov's re-*

A Foreign Ministry spokesperson also stated:

The Americans probably thought and hoped that their unprecedented sanctions from hell (I can't even describe them as expropriation, which involves a legal reason) would force us to back off. They have stolen our assets, seized those foreign currency reserves that were held at Western banks, blocked our accounts, and threatened to confiscate our property.⁴⁶

In these statements, while the Russian government did not necessarily intend to express legal grounds for the freezing being unlawful, it should be noted that they did not refer to the immunity rules when criticising it.

E. China

The Central Bank of the People's Republic of China (the People's Bank of China) has not been subject to sanctions. China's Ministry of Foreign Affairs, however, criticized the de facto freezing of the Afghan Central Bank due to the Taliban's reinstatement in August 2021:

The U.S. government froze seven billion U.S. dollars assets of the Afghan [C]entral [B]ank on the grounds of punishing the Afghan Taliban and even claimed the "life-saving money" of

↘ *marks and answers to questions at a meeting with students and faculty of the MGIMO University* (March 23, 2022), https://mid.ru/en/foreign_policy/news/1805995/.

46 Russian Ministry of Foreign Affairs, *Briefing by Foreign Ministry Spokeswoman Maria Zakharova* (March 24, 2022), https://mid.ru/en/foreign_policy/news/1806275/.

the Afghan people as its own, which resulted in *the deterioration of the humanitarian situation in Afghanistan*.⁴⁷ [italics added]

When the U.S. withdrew from Afghanistan, it immediately froze billions of dollars in foreign exchange reserves at the Afghan [C]entral [B]ank, pushing the Afghan economy to the brink of collapse and *making things worse for the Afghan people*.⁴⁸ [italics added]

Thus, the Ministry criticized the freezing for worsening the humanitarian situation of the Afghan people.

IV. CONCLUSION

Among the five countries examined, Iran ratified the UNCSI, and China and Russia were signatories to it. If those countries believe that freezing central bank assets not in connection with a court proceeding also violates the rules of State immunity, it would not be surprising for them to mention the UNCSI despite the fact that it is not yet in force.

However, overall, they have not alleged violations of the State immunity rules in criticizing the freezing of central banks' assets. Rather, they alleged that freezing impedes humanitarian trade or violates the obligation to maintain international monetary policy (Iran),

⁴⁷ Ministry of Foreign Affairs, the People's Republic of China, *Reality Check: Falsehoods in US Perceptions of China* (June 19, 2022), https://www.fmprc.gov.cn/eng/zy/gb/202405/t20240531_11367461.html.

⁴⁸ *Id.*

violates the right to health and life (Venezuela), hinders the purchase of essential goods for its own people (Syria), or worsens the humanitarian situation of the target country's people (China). In other words, they tend to criticize freezing not on the grounds of immunity rules but rather on its negative impact on human rights. Recent State practices are therefore more compatible with Ruys' view that freezing the assets of foreign central banks does not violate the State immunity rules under general international law.

社会保険者が代位取得する不法行為債権の遅延損害金

—最判令和元年9月6日民集73巻4号419頁の批判的考察

若 林 三 奈*

もくじ

- I. 問題の所在
- II. 損害賠償請求権における社会保険給付の控除事由にかかる判例の展開
- III. 社会保険者の代位取得の対象と令和元年判決において看過された問題
- IV. 保険者が代位取得した不法行為に基づく損害賠償請求権に係る債務の遅延損害金の起算日
- V. まとめにかえて

I. 問題の所在

1. 不法行為に基づく損害賠償債務の遅延損害金（判例の展開）

判例によれば、不法行為に基づく損害賠償債務は、損害の発生と同時に、何らの催告を要することなく、遅滞に陥る（最判昭和37・9・4民集16巻9号1834頁。以下、昭和37年判決という。以下の判例も後出の際は、適宜、同様に略記する。）。また同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする損害賠償債務は、原因事実と被侵害利益を共通とするから賠償請求権は一個であって（最判昭和48・4・5民集27巻3号419頁）、一体として損害発生時に遅滞に陥るもので、個々の損害費目ごとに遅滞の時期は異ならない（最判昭和58・9・6民集37巻7号901頁〔弁護士費用〕）。それゆえ、個々の遅延損害金の起算日の特定を問題にする余地はない（最判平成7・

* わかばやし みな 龍谷大学法学部教授

7・14交民集28巻4号963頁)。

もっとも、実際には、不法行為の被害者の損害は、治療費や得べかりし収入、弁護士費用等、事故後の様々な時点で現実化するものである。これらに対する賠償債務を、不法行為時（傷害や死亡という抽象的な損害事実の発生時）に一体として発生するとみて、またそれと同時に遅滞に陥るとする判例法理は、逸失利益の算定と同様、一つのフィクションである。実務上、公平の観点（被害者の保護）や損害賠償算定を過度に複雑化させない（計算の簡略化）ため定着しているにすぎない。

その上で、加害者による損害賠償債務の弁済が全額に満たない場合には、特段の合意がないかぎり、賠償金は遅延損害金から充当される（民法489条1項）。判例は、被害者請求による自賠責保険金についても、弁済に準じて¹、まず遅延損害金からこれを充当する（最判平成16・12・20集民215号987頁）。なお、被害者は自賠責保険金相当額を元本から控除しつつ、事故時からその支払日までの確定遅延損害金を請求することも認められている（最判平成11・10・26交民集32巻5号1331頁）。

他方、被害者が受給した社会保険給付（療養費、年金給付等）については、上記平成16年判決が、「自賠責保険金等」に関する判断として、遺族年金給付についても、特段の理由なく自賠責保険金と同様の取扱いを示したところ、批判が噴出した²。社会保険給付は弁済に当たらず、被害者の

1 とりわけ被害者請求の場合に議論があるところ、弁済に準じた処理をするにあたって、自賠責保険金は、加害者による損害賠償の肩代わりという性質を有すること、実務上、自賠責保険金は、事故後一定期間経過後に一括して支払われるのが通例であり、充当を行うことが著しく煩雑であるとも言えないことが指摘されている（綿引万里子＝岡田伸太「判解」最判解民平成22年度（下）581頁）。なお、対人賠償保険金の支払いについては、垣内恵子「弁済充当」藤村和夫他編『実務交通事故訴訟大系3』（ぎょうせい、2017年）764頁以下を参照されたい。

2 詳細は、大島眞一「交通損害賠償訴訟における虚構性と緻密性」判タ1197号（2006年）27頁、高野真人「社会保険給付と損益相殺・代位の問題点」日弁連交通事故相談センター『交通賠償論の新次元』（判例タイムズ社、2007年）206頁、

損害において社会保険給付と損益相殺的な調整の対象となるのは、同性質を有する（対応する）損害費目の元本に限定されるうえ、社会保険給付は被害者の損害が現実化する都度支払がなされることから、給付毎に弁済充当を行うことは——自賠責保険金や対人保険金の給付や過失相殺との関係まで考慮すると——過度に複雑な計算を強いられること等が、その主な理由である。そのため、その後の判例は、社会保険給付については、「それぞれの制度の趣旨目的に従い、特定の損害について必要額をてん補するために支給されるものであるから…てん補の対象となる特定の損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する損害の元本との間で、損益相殺的な調整を行うべき」ことを明らかにした上で、併せて、公的な「各種保険給付や…各種年金給付は…その支給が著しく遅延するなどの特段の事情がない限り、…そのてん補の対象となる損害は不法行為の時にてん補されたものと法的に評価」すべきこと（最判平成22・9・13民集64巻6号1626頁〔療養給付・休業給付、障害年金等〕、最判平成22・10・15集民235号65頁〔休業給付等〕）、あるいは「制度の趣旨に沿った支給がされる限り、その支給分については当該遺族に被扶養利益の喪失が生じなかったとみるものが相当である」（最大判平成27・3・4民集69巻2号178頁〔遺族補償年金〕）とした。すなわち、社会保険給付によりてん補される損害費目については、そもそも損害が現実化していないとみて、これら損益相殺的調整が行われた損害部分について遅延損害金の発生を否定している³。以上の判例変更は、理論的にも実務的にも肯定的に受け止められている。

ㄨ 以下の他、前田陽一「判批」平成22年度重判解110頁以下が掲げる文献等。

3 平成27年の大法廷判決により、自賠責保険と遺族補償年金・遺族厚生年金をあわせて損害の遅延損害金から充当し、結果的に遺族年金給付時までの遅延損害金を請求しうることを認めた平成16年判決は、その限りで判例変更された。

2. 令和元年判決の意義と法理

(1) 本判決の意義

このようななか、最判令和元年9月6日民集73巻4号419頁は、高齢者医療確保法による後期高齢者医療給付により保険者（後期高齢者医療広域連合）が代位取得した不法行為に基づく損害賠償請求権に係る債務の遅延損害金の起算日について、訴状送達日の翌日（民法412条3項）とした原審を破棄して、保険者は、「その給付事由が第三者の不法行為によって生じた場合、当該第三者に対し、当該…給付により代位取得した当該不法行為に基づく損害賠償請求権に係る債務について、当該…給付が行われた日の翌日からの遅延損害金の支払を求めることができる」との判断を示した。

(2) 本判決の法理

本判決は、上記の結論を、①不法行為に基づく損害賠償請求権債務が、損害の発生と同時に何らの催告を要することなく遅滞に陥ると解されること（昭和37年判決）、②高齢者医療確保法58条1項の効果としての損害賠償請求権の移転が当該後期高齢者医療給付を行った都度行われること（最判平成10・9・10民集189号819頁）、③移転する損害賠償請求権の範囲が損害金元本の支払請求権のみであって遅延損害金の支払請求権はこれに含まれないこと（最判平成24・2・20民集66巻2号742頁）、以上の3つの最高裁判決から（「そうすると」と接続し）導き出している。

調査官解説によれば、「保険者である後期高齢者医療広域連合は、当該後期高齢者医療給付を行った都度、被害者の加害者に対する損害賠償請求権の元本を代位取得し」（平成10年判決）、「その後に当該損害賠償請求権から当然に発生する遅延損害金の支払請求権を取得するが」（昭和37年判決）、「他方で、代位取得以前に発生した遅延損害金の支払請求権を（代位）取得するものではないと判断したもの」（平成24年判決）と説明される⁴。

本件評釈においても、以上の判例法理は——判決文では参照されていないが前掲平成27年判決も踏まえて考えると——「填補対象になった損害が後の給付により不法行為時に法的に填補されたものと評価されるとすれば、被害者との関係ではこの損害につき不法行為日から支給日までの間の遅延損害金が発生することはない」が、これを「同広域連合との関係でみると、同給付が行われた後も代位取得した支払請求権が実現されるまでの間は、同広域連合が不法行為時に発生し〔遅滞に陥っている〕同給付による填補の対象となった損害を負担し続けることになる」との見方は、昭和37年判決等の従来の判例理論と整合的であるとされる⁵。したがって、「本判決は、明示していないが、代位する請求権は、『何らの催告を要することなく、遅滞に陥る』という（判例理論で確立された）不法行為請求権の性質を引き継ぐことを示したと理解しうる」のであって、さらに平成24年判決が人身傷害保険金に関するものであることから、この理は、私保険の場合にも妥当することが指摘されている⁶。

4 光岡弘志「判解」最判解民平31＝令元249頁。

5 白石友行「判批」判評742号（2021年）141頁。滝沢孝臣「判批」金判1590号（2020年）27頁は、本判決が、原審と異なり、平成24年判決を参照することから、給付日の翌日からの遅延損害金が元本の代位取得に伴い、代位者に移転していると判断しているのではないかとする。しかし、平成24年判決は、被害者に給付後の残債権〔原債権〕に対する遅延損害金の請求を認めたものであって、保険者の代位債権に遅延損害金を認めたものではない。他方、本評釈が、本来、「代位取得の前後で、原債権の性質・内容に変動を生ずるものではないと解される以上、原債権が元本だけで、遅延損害金を生ずるものではなかったとすると、代位取得後の原債権も遅延損害金を生ずるものではないはずである」こと、本判決では「X〔保険者〕の本件医療給付がその元本のみを補填するものであったとすれば、同給付が行われた日までに発生している遅延損害金はその填補の対象外としてZ〔被害者〕に帰属したまま、Xに移転しないという結果になると解され得る」との指摘は重要である。

6 山口斉昭「判批」重判令和元年度75頁。

3. 令和元年判決をめぐる学説の議論状況

令和元年判決は、被害者が加害者に対して損害賠償請求権を行使する局面で、被害者の賠償額を算定するものではない。これを代位取得した保険者が加害者に対して求償権として損害賠償請求権を行使する場面である。判例は、私保険給付の場合には、いずれも請求権代位で説明するところ、社会保険給付との関係では（代位処理しないこともあるため）、前者の局面では、損益相殺的な調整によって、後者では（代位規定があるかぎり）で代位で処理している。

本判決が、社会保険者の代位取得の対象は、私保険の場合と同様、対応する損害項目の元本に限定されるとした点に異論は見られない。また社会保険者が代位取得した不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金の起算日を給付日とする、との結論についても、その理由付けをめぐる議論はみられるものの、特段の異論はみられない。例えば、不法行為に基づく損害賠償請求権は不法行為時より遅滞に陥るとの判例を前提とすれば、代位により、当該請求権の権利者が被害者から社会保険者に給付時を境に交代することから⁷、あるいは「被保険者の権利が同一性を維持したまま給付者へと移転するという代位構造」から⁸、支持されている⁹。

7 青野博之「判批」リマークス62号（2021年）28頁。

8 白石・前掲〔注5〕141頁。

9 これに対して、濱口弘太郎「判批」名経法学44号（2020年）95頁は、社会保険者の求償権は請求権代位の問題とは異なる、との立場から、社会保障主体に給付以後の遅延損害金を肯定するとの本判決の結論は、本件代位債権を、「社会保障給付によって社会保障主体に新しく発生した権利」と理解することによってこそ導かれるとする（同112頁）。この批評に対しては、「代位者の原債権に係る債務者に対する求償権」が必要であること等が、適切に指摘されている（青野・前掲〔注7〕29頁、白石・前掲〔注5〕141頁以下）。なお、濱口の理解の前提には、社会保障主体の金銭の支出をもって損害と理解する発想がある（それゆえ「新しく発生した権利」は、民法412条3項の適用から外されるようである）。また、高橋眞「判批」Watch 26号（2020年）74頁は、昭和37年判決がいう付遅滞時の損害の発生とは、医療給付によって填補される損害に対応する請

しかしながら、①の昭和37年判決を所与の前提としたとしても、本判決の結論は、判例や本判決の各批評が示すほどに、判示された一連の判決から論理必然的に導かれるものと言えるのか、また実務的にも耐えられる結論となっているのか、疑問がある。そこで、以下、まずは、被害者の損害賠償請求額を確定する上での社会保険給付の控除事由にかかる判例の展開を整理し（Ⅱ）、社会保険者の代位取得の対象と令和元年判決において看過された問題を確認したうえで（Ⅲ）、保険者が代位取得した不法行為債務の遅延損害金の起算日について検討を行う（Ⅳ）。結論的には、令和元年判決については、平成16年判決における社会保険給付にかかる判断と同様、今後、変更されるべきことを述べる¹⁰。

Ⅱ．損害賠償請求権における社会保険給付の控除事由にかかる判例の展開

保険事故が生じた場合、保険者は、各種の社会保険法あるいは私保険契約に基づいて、給付を行う。保険事故が第三者の不法行為を契機とし、被害者（受給権者・被保険者）の対第三者損害賠償請求権が存続している（消滅していない）場合には、保険者は被害者の損害に対応する保険給付について、これを行うことにより、法律や約款上の規定に基づき、被害者（受給権者・被保険者）が加害者に対して有する損害賠償債権を代位取得し、求償する権利を得る。

ㄨ 求権については、それが現実化した時点をいうとして、ここでは「一個の損害賠償債務」（冒頭の昭和48年および58年判決）を観念する必要はなく、医療給付ごとに保険者の損害が現実化したとみれば足りるとして、本判決を理解する。ここでも、保険給付の出捐を（不法行為法上の）「損害の発生」と同視する。しかし、社会保険者の出捐は、不法行為による損害と同視できるものではない（後述）。

10 その意味で、本稿は、①の昭和37年判決の是非を問うものではない。この点については、高橋〔注9〕、栗田昌裕「判批」法教475号（2020年）129頁等を参照されたい。

私保険（損害保険）については、この代位取得は保険法25条に規定され（請求権代位）、保険者の代位は、損害賠償の減額事由の一つとして説明される¹¹。社会保険給付についても、同様の規定が各種の社会保険法に規定されている。被害者側（受給権者）が加害者から損害賠償を受けるに先立って、保険給付がなされた場合、保険者はその給付の価額の限度で、被害者側（受給権者）が第三者に対して有する損害賠償請求権を取得する¹²。判例によれば、この損害賠償請求権は、保険者が保険給付を行う都度、その給付の価額の限度において、法律上当然に保険者に移転する（最判昭和42・10・31集民88号869号〔国民健康保険〕）¹³。その際、被害者は、第三者（加害者）との関係において、「右保険給付と同一の事由については損害の填補がなされたものとして」、その分だけ損害賠償請求権を失うこととなる（請求権の移転）。このことから、保険給付を受ける前に被害者が第三者から損害賠償を受けた場合、損害賠償請求権は消滅し、代位の余地はなくなるので、求償の対象とならない（令和元年判決判示の平成10年判

11 最判昭和50・1・31民集29巻1号68頁によれば、保険者は、「支払った保険金の限度において被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権を取得する」のであって、その結果、被害者（被保険者）は「保険者から支払を受けた保険金の限度で第三者に対する損害賠償請求権を失い、その第三者に対して請求することのできる賠償額が支払われた保険金の額だけ減少すること」になる〔火災保険金における損益相殺の否定〕。

12 菊池馨実『社会保険法〔第3版〕』（有斐閣、2022年）94頁以下等を参照。令和元年判決で問題となった医療給付は、高齢者医療確保法58条1項（本条は、改正前の老人保健法41条1項に相当する）において、第三者の不法行為等によって給付事由が発生した場合、保険者（後期高齢者医療広域連合）は、被害者が第三者に対してもつ損害賠償請求権を代位取得する旨を定めている（いわゆる第三者行為求償）。同様の規定は、他の公的医療保険や労災保険等の社会保険給付にも見られる（健康保険法57条1項、国民健康保険法64条1項、介護保険法21条、労災保険法12条の4第1項、〔0〕国民年金法22条1項、厚生年金法40条1項等）。

13 健康保険の場合、当該給付が療養の給付であるときは、当該療養の給付に要する額から被保険者の負担すべき一部負担金に相当する額を控除した額であって、過失相殺の処理がある場合には、このうち加害者の過失相当分となる。

決〔国民健康保険〕)。

判例によれば、「保険給付と損害賠償が『同一の事由』の関係にあるとは、保険給付の趣旨目的と民事上の損害賠償のそれとが一致すること、すなわち、保険給付の対象となる損害と民事上の損害賠償の対象となる損害とが同性質であり、保険給付と損害賠償とが相互補完性を有する関係にある場合…であって、単に同一の事故から生じた損害であることをいうものではない」(最判昭和62・7・10民集41巻5号1202頁〔青木鉛鉄事件〕)。

以上のように、判例は、早くから社会保険の給付によって被害者の損害賠償額が縮減される法的根拠を代位によって説明してきた。他方で、判例は、代位が生じない場合にあって、具体的には死亡被害者の得べかりし年金を逸失利益として請求する一方、相続人が遺族年金を受給する場合には、これを重複填補とみて控除してきた(最判昭和41・4・7民集20巻4号499頁〔普通恩給〕、最判昭和50・10・24民集29巻9号1379頁〔国家公務員共済〕)。そのようななか、最大判平成5・3・24民集47巻4号3039頁が、「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除する」とし、社会保険給付〔退職年金〕についても損害賠償給付と「同質性」があり、(既給付分に加えて)支給を受けることが確定した範囲で¹⁴、「損益相殺的な調整」により控除の対象となることを明らかにした。損益相殺的な調整とは、その後、「不法行為と同一の原因により被害者に生じた『利益』の控除を担当するのが『損益相殺』であるとすれば、不法

14 正確には「当該債権が現実に履行された場合又はこれと同視し得る程度にその存続及び履行が確実である」利益をいい、これにより、代位取得の帰結としていわゆる将来分の非控除説を採用した判例(最判昭和52・5・27民集31巻3号427頁)確定分についてはなお控除の対象となりうるという限りで若干の修正を行なった。詳細は、若林三奈「損益相殺—損益相殺的な調整の意義と課題」藤村和夫他編『実務交通事故訴訟大系3』(ぎょうせい、2017年)731頁以下。

行為とは別途の原因により生じた『利益』の控除や、不法行為と同一の原因により被害者以外の者に生じた『利益』の控除を担当する——その意味では本来の意味での損益相殺の法理が拡張されたうえで妥当する」法理として理解されている¹⁵。

その後、最高裁は、平成22年の両判決において、社会保険給付について代位が生じる場面においても、「てん補の対象となる特定の損害と同性質であり、かつ、相互補完性を有する損害の元本との間で、損益相殺的な調整」となると判示し、この規範は平成27年判決でも用いられた。

重要なのは、ここにおいて、①損益相殺的な調整によって控除される利益（社会保険給付）は、「同性質であり、かつ、相互補完性」を有する損害の元本に限定されること、②社会保険給付のてん補対象となる特定の損害（項目）は、特段の事情のないかぎり、社会保険給付が確定した範囲で、不法行為時にてん補されたものとみなしうること、③社会保険給付については、代位が生じる場合にあっては（＝代位の有無によらず）、被害者の損害賠償請求権の算定にあたっては、損益相殺的な調整によって減額調整を行うこと、したがって、④損益相殺的な調整による控除対象は社会保険者の代位・求償範囲と一致すること、といった判例法理の確立をみることができる点である。このような見方からは、社会保険給付の支給による損害賠償請求権の減額調整にあたっては、損益相殺的な調整にかかる範囲と代位・求償の範囲とは、表裏の関係にある（そのような規範的評価を受ける）ことになろう¹⁶。

15 潮見佳男「差額説と損益相殺」論叢164巻1＝6号（2009年）132頁。平成5年判決の定義は、不法行為（得べかりし退職年金）と社会保険給付（遺族年金）との発生原因を「同一の原因」であるかのように定義する等、その定義にやや粗雑さがあったことは否めない。

16 なお、判例は、保険者が代位取得した損害賠償請求権の算定場面の他、自賠責保険に対して、被害者と社会保険者との請求権行使が競合する場面においても、代位法理による判断を重ねている（最判平成20・2・19民集62巻2号534頁〔旧老人保健法〕、最判平成30・9・27民集72巻4号432頁〔労災保険法〕）。

Ⅲ. 社会保険者の代位取得の対象と令和元年判決において看過された問題

1. 原審破棄の理由—損益相殺的な調整の場面ではないこと

原審（仙台高判平成30・8・3）は、本件医療給付の支払により、治療費等の費用の元本が填補されたとして、（被害者に）遅滞による損害は実質的には生じておらず、「本件医療給付は、てん補の対象となる損害が現実化する都度支払がなされたものということができるから、そのてん補の対象となる損害は本件事故の日にてん補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をするのが相当」として、「元本についてのみ代位取得が成立」したとして、当該債務の付遅滞時を請求時（訴状送達の日翌日）とした。

すでに述べたように、これは判例が、被害者が不法行為により治療費等の損害を被ったとしても、それを契機に、対応する（同質の）社会保険給付等が遅滞なく行われる場合には、当該損害項目については、不法行為時に填補されたと法的に評価する、つまり、当該損害は生じなかったとみることによる¹⁷。

しかし、令和元年判決で問題となったのは、社会保険者の加害者に対する代位債権（求償権）行使の局面であって、被害者の損害賠償請求権を算定する局面ではない。社会保険者の代位を問題とする以上、その前提として、被害者の加害者に対する損害賠償請求権の存在を肯定せざるを得ない（平成10年判決）。そのため、ここでは損益相殺的な調整によって（代位対象となる）被害者の損害賠償請求権を縮減させることはできなかったものと言える。

17 本件は年金ではなく、医療給付が問題となっているが、損害が現実化する都度支払うという給付の性格は共通のものであるから、平成27年判決と同様に考え得るからである（同旨、山口・前掲〔注6〕75頁）。

2. 社会保険給付による代位と対応原則

本判決が引用した平成24年判決は、自動車保険契約の人身傷害条項に基づいて保険金を支払った保険会社による損害賠償請求権の代位取得の範囲等が争われた事案である¹⁸。当該保険給付が何を填補するものであるかを明らかにした上で、填補された項目に係る権利が代位取得の対象となる旨判示したものであって、いわゆる対応原則を示したものと理解されている。すなわち、社会保険給付による代位等による調整もまた、問題となる社会保険給付に対応する（＝同性質かつ相互補完性ある）損害項目に限られる。「このような考え方によれば、後期高齢者医療給付がなされたことによって移転する権利の範囲も、被害者の加害者に対する（当該医療給付に対応する）損害金元本の支払請求権のみであって、その遅延損害金の支払請求権までを代位取得するものではないと解すべきこととなる」¹⁹。

社会保険者の代位取得の対象が損害金の元本のみとなることは、その後の平成27年判決における損益相殺的な調整の範囲と一致するところであって、とくに異論も見られない。

3. 草野意見の意義—平成24年判決（私保険）との相違

もっとも、以上のような代位法理による場合——これが損益相殺的な調整とは異なる装置であることから——、当該損害項目（治療費等）についても、これが不法行為と相当因果関係に立つ以上、不法行為時に発生したものと擬制されることになる。他方で、（損害賠償請求権の）権利移転の時期は、保険給付時となることから、被害者には（保険者が代位しうる）

18 平成24年では、自動車事故によって被保険者が死傷した場合に、被保険者の過失割合を考慮することなく約款所定の基準により算定された損害額を基準にして保険金を支払う傷害保険（人身傷害保険）が問題となった。

19 光岡・前掲〔注4〕248頁。平成24年判決の宮川補足意見は、人身傷害条項のもとでは、「被保険者は迅速な損害填補を受けることができる」ため、「判決による遅延損害金をも填補している賠償責任条項とは異なる」点を指摘している。

保険金支払時までの遅延損害金の支払請求権が発生することになる。実際、私保険（人身傷害保険金）に関する平成24年判決は、①損害金元本に対する事故日から保険支払日までの間の遅延損害金及び②残損害金元本に対する保険金支払日の翌日から支払済みまでの間の遅延損害金が、「被害者（相続人ら）」に帰属することを前提とした損害計算を行っている。

この点について、「人身傷害保険では、制度の趣旨や目的に従い填補の対象になる損害が現実化する都度ないし現実化するのに対応して支給されることが制度上予定されているわけではないため、平成24年判決が前提とした遅延損害金の算定方法は、平成27年判決等と抵触しない」との指摘もある²⁰。しかし、ここでの問題は、むしろ平成27年判決は損益相殺的な調整の問題であるから、本件のように保険代位で処理される場合には（それが平成24年判決の対象となった私保険であろうが、令和元年判決の対象とする社会保険であろうが）、そもそも平成27年判決の判例法理の射程外となることにある。

以上の点を懸念するのが草野意見であろう。本意見によれば、本件の損害は「被害者が本件事故によって被った損害一般ではなく、被害者が特定の医療機関から特定の時期に医療役務を受けたことによって発生した金銭債務」であって、この金銭債務は、「損害が現実化する都度…医療給付が行われてきた」ことから、「遅延損害金が生じる余地はない」とされる。

すなわち、草野意見は、代位による場合にあっては、少なくとも、不法行為後、順次、現実化すると同時に、社会保険給付によって、その都度、填補される——本件治療費をはじめ、従来の損益相殺的な調整法理のなかで扱われてきた逸失利益等の——損害項目については（代位が生じた範囲で）、そもそも昭和58年判決の法理（一個の損害賠償債務論）は及ばず、「医療給付を行った日以前の期間に遅延損害金は発生しない」ものと考え

20 白石・前掲【注5】140頁。

るべきことを指摘するものと理解しうる。

この点、草野意見と昭和58年判決との整合性を問題視する向きもあるが²¹、損害が現実化する都度社会保険給付によって填補される損害費目については、すでに平成27年判決が、遅延損害金算定における一個の損害賠償債務論にかかるフィクション性に修正を加えていること（＝一体として遅滞に陥るが、当該費目についてのみ不法行為時に填補されたものとみなすことで、遅滞していないものとする）に鑑みれば、代位の場面においても、これに同等の修正を加えること（＝当該費目についてのみ適時の代位により遅滞していないものとみなすこと）は、むしろ社会保険給付にかかる損益相殺的な調整と代位との規範統合という観点からも正当性があるのではなかろうか。

したがって、草野意見は、被害者の損害賠償請求権の算定局面での社会保険給付の損益相殺的な調整（平成27年判決）による損害評価と平仄をとる一方、平成24年判決における私保険（人傷保険）では顕在化しなかった問題の克服を目指した点で重要であるとともに、その理由付けは、法廷意見と択一的な関係にあるものではなく、むしろ表裏一体のものとして理解されるべきものであろう²²。実際、平成24年判決は、給付の性質上、代位の範囲を元本に限定した結果、上記の①と②の遅延損害金を〔対加害者との関係において〕被害者（相続人ら）が取得している。むろん、社会保険給付の場合、被害者は対加害者との関係では損益相殺的な調整を受けるため、遅延損害金の発生は否定されることから、結論において、被害者の賠償請求権の内容に影響を及ぼすことにはならないが、法廷意見のみによれば、どこにも帰属しない遅延損害金が観念される。

21 白石・前掲〔注5〕142頁。

22 したがって、草野意見は、「不法行為時から相当期間が経過した後に発生した金銭債務」一般（たとえば弁護士費用）について、不法行為時を付遅滞時と法的に評価することに異論を唱えるものと理解すべきではなかろう（これとは異なる見方として、白石・前掲〔注5〕142頁）。

したがって、これまでの判例の展開に鑑みるならば、本判決においても、社会保険給付については、平成27年判決と同様に、①代位の範囲論（同性質・相互補完性による元本のみ代位）と②損害のてん補時期の両面から（＝法廷意見と草野意見の双方の理由づけから）、保険者の代位範囲（元本）を明らかにすると共に、当該損害の遅延損害金の発生を否定されるべきであったことを指摘しておきたい。

Ⅳ．保険者が代位取得した不法行為に基づく損害賠償請求権に係る債務の遅延損害金の起算日

1．判例法理の前提

すでに見てきたように、本判決の法理の前提には、「①被害者と加害者との間では、損益相殺的な調整により、当該医療給付の対象となる損害が原則として不法行為の時に填補されたものと法的に評価される結果、被害者の下では不法行為時から当該医療給付がされた時までの遅延損害金は生じないものとされるが、他方で、②保険者と加害者との間では、保険者は、当該医療給付時に被害者の加害者に対する損害賠償請求権を代位取得し、同損害賠償請求権が不法行為に基づくものである以上、当該医療給付時からの遅延損害金を請求し得ると解して差し支えないと考えられる」こと²³、また、代位する請求権は、「何らの催告を要することなく、遅滞に陥る」という不法行為請求権の性質を引き継ぐことが指摘されている。

2．従来の議論と裁判例

調査官解説によれば、令和元年判決に至るまで、社会保険給付に係る代位規定について、代位債権に係る債務の遅延損害金の起算日について、具

23 光岡・前掲〔注4〕250頁。同様のことは、本件各評釈も指摘するところである。

体的な議論はないとされる²⁴。

私保険にかかる保険代位についても格別の議論はないものの、従前の下級審裁判例では、保険金支払日の翌日とするものが多数であるとされる。しかし、そこで参照される近時の裁判例では、そもそもこれが争点になっていない点に注意を要する²⁵。加えて、この点が争点となった希少な裁判例は、保険者が事故発生時からの遅延損害金を求めたのに対し、裁判所が、保険者の請求は、保険代位による求償金請求であって不法行為に基づく損害賠償請求ではないことを理由として、事故日から遅延損害金を請求することはできず、保険者への求償債務の履行期は保険金を支払った日であると理解し、その翌日から遅延損害金が発生するとしたものである²⁶。この点を慎重に見れば、従来、裁判例、学説ともに、保険代位による求償債権の履行期について（それが社会保険であれ、私保険であれ）必ずしも議論を尽くしてきたものとは言い難いのではなかろうか。

3. 代位求償の範囲と代位債権の効力

（1）出発点

それでは、保険者等が給付を行ったことにより代位が生じた場合、代位

24 調査官解説では、下級審においては、遺族補償給付日の翌日を起算日とする遅延損害金の請求をそのまま認容したものがみられる程度であるとして、仙台高判昭和47・3・14交民集8巻5号1277頁〔最判昭和50・10・24民集29巻9号1379頁の原審〕のみ挙げられている（光岡・前掲〔注4〕249頁）。

25 東京高判平成30・11・7金融商事1558号28頁、東京高判平成30・4・25判時2416号34頁、仙台高判平成29・11・24自保ジャ2022号1頁、名古屋高判平成29・10・13判時2381号87頁。

26 神戸地判平成10・5・21交民集31巻3号709頁〔自動車共済保険〕、岡山地判平成12・6・27交民集33巻3号1065頁。なお、福岡地判平成19・3・2交民集40巻2号359頁は、保険会社が取得した共同不法行為者（不真正連帯債務者）間における求償債務は期限の定めのない債務であるとし、請求時から遅滞を認める。この論点を取り上げるものとして、山下友信＝永沢徹編著『保険法1〔第2版〕』285頁以下〔土岐孝宏〕も参照のこと。

によって移転する債権（不法行為に基づく損害賠償請求権）の遅延損害金はいつ発生するのだろうか。代位の根拠となる法令や約款における規定も、代位者が支払った金額の限度で代位することを定めるのみであり、判例も、社会保険給付については、同性質・相互補完性がある範囲で（昭和62年判決）、損害賠償請求権が存在する限度で、給付の都度、代位が生じること（平成10年判決）を示すにとどまる。それゆえ、遅延損害の範囲や起算点については、給付の性質や代位制度の趣旨等を踏まえた解釈によらざるをえない²⁷、とも指摘されている。

（2）代位の意義

社会保険給付の代位の趣旨は、一般に、被害者の二重利得や加害者の免責による不当利得の防止から説明される²⁸。もっとも、判例上、社会保険給付による損害のてん補が、加害者に対する被害者の損害賠償額算定において減額する事由は、損益相殺的な調整に求められている。それゆえ、ここでは、求償による加害者の不当な免責防止という機能により着目してみたい。果たして、不法行為による損害賠償責任を負った加害者は、対保険者との関係においても、事故時に遅滞に陥るという債務を負担し続けなければ公平性を欠く（不当な免責にあたる）と言えるのであろうか。

このような社会保険給付は、加害者からの弁済と同視することはできないものの²⁹、給付と被害者の損害との間に「同性質・相互補完性」がある「元本」に限っては、代位ないしは損益相殺的な調整により、被害者・加害者間において、弁済類似の効果を発生させることから、ここでは民法上

27 この点を指摘するものとして、山口・前掲〔注6〕75頁。

28 たとえば吉原健二『老人保健法の解説』（中央法規出版、1983年）475頁以下等。
なお、私保険（請求権代位）における近時の議論については、山下＝永沢編・前掲〔注26〕〔土岐〕261頁以下。

29 この点については、たとえば垣内恵子「弁済充当」藤村和夫他編『実務交通事故訴訟大系3』（ぎょうせい、2017年）752頁等。

の弁済による代位（民499）の議論に立ち返って、代位求償において確保されるべき原債権の効力にかかる議論についても参照することとしたい。

代位弁済により原債権は、（債務者・債権者間で）相対的に消滅する。しかし、弁済による代位により、客観的にはその存在を失ったはずの債権（原債権）を特別に存続させ、代位弁済者（求償権者）がこの原債権を債務者に対する求償権の範囲内で行使することができるようにしている。ここでもまた、不法行為の加害者が、社会保険者の支出（損失）のもとに、自己の損害賠償債務の一部（自己の一般財産からの支出）を免れる利益を得る一方、最終的に加害者である債務者の一般財産に帰属するはずの負担（損失）が、社会保険者の支出（給付）により、社会保険者に割り当てられていることから、代位を通じて、債務者と給付者との間で、利益・損失の帰属割当ての調整を図る必要が生じている。そのための手段が求償権であって、各種の社会保険法の代位規定は、まさに、この求償権を確保するためにある。

弁済代位における原債権等と求償権との関係は、①原債権と求償権が別異の債権であるという面（別債権性）と、②原債権等は求償権を確保することを目的として存在するという面（求償権確保目的性）から説明される³⁰。このことは、判例では、①「原債権と求償権とは、元本額、弁済期、利息・遅延損害金の有無・割合が異なるので、総債権額が別々に変動する」こと（最判昭和61・2・20民集40巻1号43頁）³¹、また②「弁済による代位の制度は、代位弁済者が債務者に対して取得する求償権を確保するために、法の規定により弁済によって消滅すべきはずの債権者の債務者に対する債権（以下「原債権という。）及びその担保権を代位弁済者に移転

30 中田裕康『債権総論〔第4版〕』（岩波書店、2020年）418頁、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017年）104頁以下等。

31 両者は債権としての性質には差異があることから、同判決によれば、両者は別個に消滅時効にかかる。

させ、代位弁済者がその求償権の範囲内で原債権及びその担保権を行使することを認める制度」との説示にみられる（最判昭和59・5・29民集38巻7号885頁）。このような代位の「求償権の効力の確保という制度趣旨」に照らすならば³²、求償確保という目的を超えて、代位債権者（保険者）に必要な以上の利益を与えないという視点も無視できない³³。

4. 検討——令和元・9・6判決が変更されるべき理由

（1）議論の整理

社会保険給付は、不法行為を契機とするものではあるが、その発生原因は、各種社会保険法の規律にあり、被保険者の保険加入と保険料の支払にある。したがって保険者の出捐（保険給付）は不法行為による損害とは言えない。社会保険者は、給付により、各種の法規定によって求償債権を得る（保険給付の出捐による法律上の求償権）のであって、これにより保険者は「被害者の加害者に対する損害賠償請求権」を取得する（代位債権たる求償権の発生）。社会保険支給によって直ちに代位が生じることから（判例）、当該債権の発生時は支給時となる。これにより、債務者はいつでも履行可能となる。

問題は、この支給時に発生した求償債権に対応する加害者の求償債務が、いつ遅滞に陥いるかである。この求償債務には期限の定めがないものの、不法行為に基づき発生した損害賠償債務であることから問題となる³⁴。

（2）代位債権・求償権の範囲

（ア）令和元年判決は、「不法行為に基づく損害賠償請求権」である以上、

32 中田・前掲〔注30〕417頁。

33 松岡久和「弁済による代位」『民法の争点』（有斐閣、2007年）184頁。

34 履行期の定めのない債務は、発生と同時に履行期にあるものと理解するのが伝統的な判例・通説である。

この債権は、確定判例（昭和37年判決）にしたがって不法行為時に遅滞に陥っている債権であるとする。他方で、本件社会保険者の代位・求償範囲は、対応する損害項目の元本のみと理解する。そうすると、ここで社会保険者が代位するのは、「制度の趣旨に沿った支給がされる限り、不法行為時にてん補されたと法的に評価しうる損害」だけであり、「被害者においては遅延損害金を観念しえない損害」についての賠償請求権である（対応原則）。このことは、社会保険者に移転した債権は、このような遅延損害金を観念しえない損害項目にかかる被害者（受給権者）の損害賠償請求権のみであることを意味する。それにもかかわらず、以上の加害者が負う損害賠償債務の内容を、社会保険者（対広域連合）との関係においては「（不法行為に基づく損害賠償債務であるからといって）遅延損害金が生じる債務」へと変質させることは、かえって「受給権者・被保険者の権利（損害賠償請求権）の同一性」を維持したまま給付者に移転するという代位の構造に適合しない、と言えるのではなかろうか。

（イ）もっとも代位の場面にあつては（損益相殺的な調整とは異なり）、なお遅延損害金が発生する債権である以上（単に保険者が代位できないにすぎないだけであり、本判決ではその発生が判文上、否定されていないことから）、以上の論理は成り立たないとも言える。しかし、この場合であっても、「求償権の範囲」外の遅延損害金を代位取得以後であれば、保険者が取得できるのはなぜか。

たしかに、代位の趣旨は加害者の不当な免責の防止にある、という観点から、加害者はいったん不法行為時から遅延損害金を伴う債務を負担した以上、債権者が保険者に交代した場合であっても、それを負担すべきである、との考え方が成立しうるとの見方もあるかもしれない。しかし、この場合であっても、まず社会保険の場合には、対被害者との関係においては、遅延損害金の発生する余地のない損害賠償債務を、社会保険者が取得することによって、遅延損害金を発生させることになることについては説明が

つかないのではなからうか。加えて、保険者が給付した後は、「(保険者が) 遅延損害金を取得できる」ことになるのは、むしろ加害者(側)の負担のもとに、代位債権者に過度の利益を与えることにもなるのではないかと、この疑問も生じる³⁵。

(ウ) さらに、実務上、加害者(側)は、社会保険者からの請求がない以上、支払の相手方や履行期も不明ではないのかが危惧される。とくに医療保険給付のように、都度発生する損害に対応する社会保険給付については、給付毎(1ヶ月毎)に債権の発生と同時に遅滞に陥るとなれば、保険者の給付毎に遅延損害金が計算されることになり、現実これが請求される場合には、その計算は、実務的にも煩雑となろう(むろん、実務上、債権者が遅延損害金を放棄する、あるいは請求時の翌日からの遅延損害金を求めることは妨げられない)。しかも公的医療給付の代位求償の範囲は、給付のうち被害者の過失割合分を減じた範囲となり、これを加害者(側)に請求することとなる。過失割合が定まらない間は、現実には請求も支払も困難になるのではなからうか。その結果、保険者の請求が遅れることとなれば、加害者(側)は常に遅滞を強いられることにもなる。

(エ) たしかに保険者には保険給付の時点で代位・求償債権が発生する。しかし、このことは、この時点をもって債務者(加害者や自賠責保険・自動車保険の保険者等)は、いつでも社会保険者に弁済が可能となるにすぎない。この代位・求償債権そのものは、期限の定めがない債務である以上(別債権性)、これが遅滞に陥るのは、特段の規定がないかぎり、民法412条3項の請求時のようにも思われる。むろん、法廷意見(およびこれを支持する立場)は、移転した債権が不法行為に起因することから、その債権の効力として履行期および遅滞時も一体として移転するとの論理であろう。しかし、本来、期限の定めのない不法行為に基づく損害賠償債務が、催告

35 この点について、保険財政の確保等の観点をもってしても正当化は困難なように思われる。

なく不法行為時に遅滞に陥るとの判例の立場は、公平性（被害者の保護）や計算の簡便性といった観点から、対被害者との関係においてフィクションとして（法政策的な判断として）支持されるに過ぎない。これを被害者ではない保険者との関係においても肯定する必要はないのではなかろうか。利息は求償範囲に含まれないうえ、求償権の範囲でこれを確保するために、代位者に原債権の移転を認めれば足りるからである。

（オ）加えて、求償債権が（例外的ではあろうが）不法行為債権でない場合には、付遅滞要件として請求が必要となることを考えても、アンバランスであろう。このように見ると、保険者の代位債権を被害者に対する不法行為に基づく損害賠償請求権と同列に扱うことは、保険者には棚ぼた的な利益を与えるようにも思われ、代位債権の取得と同時に遅延損害金を認めることは、保険者の「求償権を確保する」という代位の制度趣旨を超えているように思われる。

（カ）なお、学説においては、保険者の出捐をもって、「保険者における損害の発生」とみるものもあるが、すでに述べたように、保険者の社会保険給付は、不法行為を契機とするが、直接の給付原因は、保険事故の発生（各種の社会保険法に基づく保険加入や保険料支払）にあることから、これを「不法行為」と同視することはできない。このような見方によっても本判決の論理を正当化することは困難である。

V. まとめにかえて

以上の検討から、令和元年判決において社会保険者が代位取得した不法行為に基づく損害賠償債権に係る債務の遅延損害金の起算日については、理論的にも実務的にも正当化しがたく、今後、適切に見直されるべきと考える。また、以上の検討の一部は、私保険の保険者が求償債権を行使する場面にも妥当しうるものではある。

実際、とりわけ交通事故訴訟の求償は、保険者も加害者側も事業者であることが大半であるところ、請求に応じて適切に元本の支払がなされればよく、遅延損害金制度の本来の趣旨に照らせば、支払を著しく遅延する悪質な場合にこそ、適切に遅延損害金を課していくことが重要である。訴訟化するのは悪質な場合であるとして、その場合に、保険者に不法行為時からの遅延損害金を「制裁的に」認めることに何がしかの合理性があるとしても、請求に応じて迅速な支払に応じている加害者等も、常に遅延損害金の発生に法的な裏付けを与えることは、代位債権者の過剰な優遇という印象を拭えない。この点、解釈論の範疇を超えるが、遅延損害金にかかるルールも、取引市場において透明化・国際標準化する、との視点も今後は重要となるのではないか³⁶。少なくとも、保険者から代位求償される場面において常に「催告なく直ちに遅滞に陥る」との法理は経済的合理性を欠くのではなからうか。

〔付記〕

本判決は、結論において、「上告人Xの損害賠償請求のうち弁護士費用相当額に係る部分は失当であるから、これに対する平成30年1月26日〔訴状送達日〕までの遅延損害金の支払請求を棄却した原審の判断は結論において是認することができ、論旨のうち当該請求に関する部分は採用することができない」とした。原審は弁護士費用相当額についても一部認容すべきとしていたが、上告審では、弁護士費用相当額の損害賠償請求権は代位

36 なお、2023年9月、欧州委員会は、中小企業支援の一環として、支払遅滞指令（EC指令2000/35/ec）を規則へと改正する提案を発表している。当該指令では、支払モラルの改善を目的として、送り状またはこれに相当する請求書を債務者が受領して30日後に自動的に遅滞に陥るとの制度が採用されている。この指令に対応する形で、ドイツでは民法286条3項に同様の規定が置かれている（ただし、消費者に対してはその旨を請求書等で明示する必要がある）。詳細については、奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅰ』412条Ⅲ459頁以下〔奥田昌道・潮見佳男〕を参照されたい。

によって移転する権利の範囲に含まれないことから、Xの請求のうち弁護士費用相当額に係る部分は失当であると判断し、論旨の一部を排斥する形で言及したものとされる（光岡・前掲〔注4〕250頁）。

しかしながら、本判決の差戻審（仙台高判令和2・1・15）では、上告審で確定した社会保険給付287万円余をについて、「本件医療給付が行われた日の翌日から遅延損害金の支払を求めることができることになる」ことから、「別表の『過失割合減額後』欄に各記載の金員について、それぞれの別表の『国保連を通して医療機関に支払った日』欄に各記載の日」の翌日からと変更する一方、上告審判決により、差戻し前控訴審が認めた317万円余及びこれに対する訴状送達日の翌日から支払済までの年5分の遅延損害金は確定したと理解し、結果、上告審が失当とした弁護士費用30万円について、本件事故と相当因果関係があるとした差戻前控訴審の判断を維持した上、これにつき請求時からの遅延損害金も認容している。

AVOIDING LITIGATION IN THE U.S.: THE LAW OF PERSONAL JURISDICTION

Andrew M. Pardieck

- I. Introduction
- II. The Law of Personal Jurisdiction
 - A. Consent to Jurisdiction of the Forum State
 - 1. Express Consent
 - 2. Implied Consent (Waiver)
 - B. Physical Presence in the Forum State
 - C. Minimum Contacts with the Forum State
 - 1. General or “All-Purpose” Jurisdiction
 - 2. Specific or “Case-Linked” Jurisdiction
 - D. Other Grounds to Dismiss
- III. Conclusion

I. Introduction

On June 17, 2017, the *ACX Crystal*, a container ship chartered by Nippon Yusen Kabushiki Kaisha, collided with the *USS Fitzgerald*, a U.S. Navy destroyer, near the Izu Peninsula. The *Fitzgerald* weighed 9,000 tons. The *ACX Crystal* weighed 29,000 tons. The collision tore a hole in the hull of the *Fitzgerald* flooding several compartments, killing seven American sailors, and injuring dozens of others.¹

1 See, e.g., *Douglass et al. v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 46 F.4th 226 (5th ↗

On November 18, 2019, representatives of the estates of the seven sailors who died in the accident filed suit in a federal district court in the state of Louisiana against Nippon Yusen Kabushiki Kaisha. They asserted wrongful death and survival claims based on a U.S. federal law, the Death on the High Seas Act. The injured sailors and their families sued as well, claiming negligence and loss of consortium.²

On August 16, 2022, a U.S. federal court of appeals dismissed all claims against Nippon Yusen finding the court could not exercise personal jurisdiction over Nippon Yusen.³ Plaintiffs would recover nothing, at least in the U.S.

After a brief career with the New York Mets, Zach Lutz started playing baseball for the Rakuten Golden Eagles. Midway through the 2014 season, he fractured his thumb and returned to his home in Pennsylvania to undergo surgery and rehabilitation. After being cleared to play again, Lutz and Rakuten negotiated a contract for the 2015 season: a guaranteed base salary of \$700,000 with incentive bonuses totaling \$900,000 and other benefits.⁴ The Rakuten Eagles sent him a copy of the finalized contract on December 6, 2014

↘ Cir. 2022); Dept. of Navy, *Report on the Collision between USS Fitzgerald (DDG62) and Motor Vessel ACX Crystal* (Oct. 23, 2017), available at <https://www.govinfo.gov/app/details/GOVPUB-D201-PURL-gpo86262>.

2 Douglass, 46 F.4th at 231; Douglass et al. v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha, Complaint, Cause No. 2:19-cv-13688-LMA-DMD (Nov. 18, 2019).

3 Douglass, 46 F.4th at 229.

4 Lutz v. Rakuten, Inc. et al., 376 F.Supp.3d 455 (Apr. 22, 2019); Lutz v. Rakuten, Inc., Rakuten Baseball, Inc. and Hiroshi Mikitani, Complaint, Cause No. 5:17-cv-03895-JLS (Aug. 30, 2017).

to sign. Lutz signed it and returned it the same day.⁵

On December 16, 2014, Rakuten informed Lutz that they would not sign the contract they had sent, but, instead, intended to renegotiate it. A few days later, Rakuten informed Lutz that they had decided to terminate negotiations, and, on January 5, 2015, they released him from their Reserve List. Given the timing, Lutz was unable to pursue earlier offers from other teams; he ended up signing with the Doosan Bears of the Korean Baseball Organization, for substantially less.⁶

On August 30, 2017, Lutz sued Rakuten, Inc., Rakuten Baseball, Inc. and Rakuten, Inc. CEO Hiroshi Mikitani in federal district court in the state of Pennsylvania for fraud, negligent misrepresentation, and promissory estoppel.⁷ The Rakuten defendants responded by filing a motion to dismiss for, *inter alia*, lack of personal jurisdiction. The federal district court in Pennsylvania held that it could exercise personal jurisdiction over the Rakuten Baseball, Inc. but not Rakuten, Inc. Plaintiff voluntarily dismissed Mikitani as a defendant and spent the next two years litigating his claim against Rakuten Baseball, Inc. in Pennsylvania. Plaintiff ultimately settled with Rakuten for an undisclosed amount.⁸

On November 11, 2017, Francis Amagasu was driving a Mitsubishi 3000 GT when he lost control of the vehicle, it left the road and rolled over. While it was rolling over, Mr. Amagasu's seatbelt

5 Lutz, 376 F.Supp.3d at 455; Lutz Complaint, *supra* note 4.

6 See Lutz Complaint, *supra* note 4.

7 *Id.*

8 See Lutz Docket, 5:17-CV-03895, Docket Entry Nos. 63-66.

failed causing injuries to his spine and neck that left him a quadriplegic with a severe traumatic brain injury. On June 5, 2019, his spouse sued, both individually and on his behalf, Mitsubishi Motors Corporation and Mitsubishi Motors North America, Inc., as well as the car dealerships that serviced the car.⁹

On October 16, 2019, the Mitsubishi defendants sought to remove the case from state court to federal court and then have the case dismissed for lack of personal jurisdiction. The federal district court remanded the case back to state court and denied the motions to dismiss without prejudice.¹⁰ Back in state court, the Mitsubishi defendants renewed their motions to dismiss for lack of personal jurisdiction. The state court granted Mitsubishi Motor Corporation's motion to dismiss; it denied Mitsubishi Motors North America's motion, and the case preceded. On October 30, 2023, a Philadelphia jury awarded Mr. Amagasu \$176 million in compensatory damages and \$800 million in punitive damages. With the assessment of pre-judgment interest, the damages totaled \$1.01 billion.¹¹

Why was Mitsubishi Motor, which manufactured the vehicle in Nagoya Japan, dismissed with no assessment of liability, while Mitsubishi North America held liable for over \$1 billion in damages?

9 See *Soomi Amagasu v. Fred Beans Family of Dealerships et al.*, Fourth Amended Complaint No. 02406, Court of Common Pleas of Philadelphia County (June 5, 2019).

10 *Amagasu v. Fred Beans Fam. of Dealerships*, 2020 WL 1069747, at *1 (E.D. Pa. Feb. 21, 2020).

11 See, e.g., *Phila. Judge Rejects Challenge to \$977 Defective Seatbelt Verdict*, THE LEGAL INTELLIGENCER (Apr. 30, 2024), available at <https://www.law.com/thelegalintelligencer/2024/04/30/phila-judge-rejects-challenge-to-977m-defective-seatbelt-verdict-adds-33-4m-in-delay-damages/?slreturn=20241216151113>.

Why was Nippon Yusen able to avoid litigating in the U.S. liability for seven deaths and dozens of severe injuries off the coast of Japan, while Rakuten Baseball was forced to litigate in the U.S. a contract to play baseball in Japan? The short answer is: the law of personal jurisdiction.

II. The Law of Personal Jurisdiction

Personal jurisdiction, the ability of a U.S. court to exercise authority over a defendant and require that defendant appear before it has its foundation in the due process clauses in the 5th and 14th Amendments to the U.S. Constitution. For over 150 years, the U.S. Supreme Court has recognized that a court's ability to exercise authority over a defendant is a constitutional matter.¹² A constitutional exercise of authority over the defendant depends on that defendant receiving "notice reasonably calculated, under all the circumstances, to apprise interested parties of the pendency of the action and afford them an opportunity to present their objections."¹³

It also depends on the defendant's contacts with the forum. The types of contact with the forum required for a U.S. court to exercise jurisdiction over a defendant have evolved over time. As a general rule, they now include:

- A. consent to jurisdiction or waiver of an objection to the same;
- B. service of a summons and complaint on an individual defendant physically present in the state where the court is located;

¹² See *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877).

¹³ *Mullane v. Cent. Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314 (1950).

C. minimum contacts with the forum state,

1. sufficient for a court to exercise general, or “all purpose,” jurisdiction over the defendant; or
2. sufficient for a court to exercise specific, or “case-linked,” jurisdiction over the defendant.

This article addresses each of the legal bases permitting a court to exercise authority over a defendant. It concludes with a discussion of how individuals and businesses might structure their actions to avoid the personal jurisdiction of a U.S. court.

A. Consent to Jurisdiction of the Forum State

U.S. courts will exercise personal jurisdiction over a defendant if the defendant has consented to its jurisdiction. That consent may be express or implied.

I. Express Consent

i. Contracts

Most contracts in the U.S. now include a forum selection clause: For example, “it is agreed that ... all disputes...arising under...this Contract shall be litigated, if at all, in and before a Court located in the State of Florida....”¹⁴ The courts routinely enforce

14 *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991)(enforcing consent clause in consumer contract). *Burger King Corp. v. Rudzewics*, 417 U.S. 462, 472 n. 14 (1985) (“We have noted that, because the personal jurisdiction requirement is a waivable right, there are a variety of legal arrangements by which a litigant may give express or implied consent to the personal jurisdiction of the court. For example, particularly in the commercial context, parties frequently stipulate in advance to submit their controversies for resolution within a particular jurisdiction.”).

these clauses, even in contracts of adhesion. While they are subject to “judicial scrutiny for fundamental fairness,” courts enforce them unless the contractual forum “will be so gravely difficult and inconvenient that he will for all practical purposes be deprived of his day in court.”¹⁵ It is a difficult standard to meet. For all practical purposes, the forum selection clause controls-if the contract governs the conduct at issue.¹⁶

In 2005, Asahi Shuzo, maker of Dassai sake, allegedly entered into an oral contract providing exclusive distribution rights to a U.S. distributor of Japanese food and liquor. In 2018, it informed the distributor that it was suspending the exclusive distribution agreement. The distributor sued alleging, *inter alia*, breach of the distribution agreement and breach of a separate written non-disclosure agreement that incorporated by reference the distribution agreement. The non-disclosure agreement contained a forum selection clause requiring disputes to be litigated in a California court.

In reviewing Asahi Shuzo's motion to dismiss for lack of personal jurisdiction, the court applied California contract law: “The

15 *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 18 (1972)(enforcing consent clause in commercial contract).

16 *See, e.g.*, *Fuld v. Palestine Liberation Org.*, 82 F.4th 74, 88–89 (2d Cir. 2023) (“It is well-established that a defendant may expressly consent to personal jurisdiction in a particular court by contract, usually through an agreed-upon forum-selection clause... So long as such “forum-selection provisions have been obtained through ‘freely negotiated’ agreements and are not ‘unreasonable and unjust,’ their enforcement [against a defendant] does not offend due process.”); *WRIGHT & MILLER*, 14D FED. PRAC. & PROC. JURIS. § 3803.1 (4th ed.)(“Today, in the wake of *M/S Bremen*, the common understanding is that these provisions are *prima facie* valid and should be enforced unless unreasonable under the circumstances.”).

contract need not recite that it ‘incorporates’ another document,’ but ‘[f]or the terms of another document to be incorporated into the document executed by the parties the reference must be clear and unequivocal.” The court found the reference to the oral contract entered into by the parties eleven years earlier far from clear and unequivocal and declined to apply the nondisclosure agreement’s forum selection clause to the dispute over the distribution agreement. Finding Asahi Shuzo’s other contacts insufficient for the court to exercise personal jurisdiction over it, the court dismissed plaintiff’s claims.¹⁷

If the contract had clearly referred to and identified the contract containing the forum selection clause, the result would have been different. The point here is that procedural rules in the U.S. are often default rules, rules that the parties can modify. Where parties consent to apply the law of a forum or to litigate disputes in a particular forum, U.S. courts rarely overturn those choices.¹⁸

ii. Corporate Registration Statutes

In 2023, the U.S. Supreme Court confirmed the validity of another type of consent: consent by registration. In order for a corporation to do business in a state other than its state of incorporation, it must register to do business in that state. A few states have adopted corporate registration statutes that expressly state that by

17 Mut. Trading Co. v. Asahi Shuzo Kabushiki Kaisha, 2021 WL 515399, at *3 (C.D. Cal. Feb. 3, 2021).

18 The parties may consent in advance or by stipulation after a dispute has arisen. See, e.g., Ins. Corp. of Ireland v. Compagnie des Bauxites de Guinee, 456 U.S. 694, 703–04 (1982).

registering to do business in the state, the corporation consents to the courts of that state exercising general jurisdiction over the corporation. A few courts have interpreted their state statutes to so hold. This means that a corporation registering to do business in those states has consented to the personal jurisdiction of their courts regardless of the subject matter of the dispute or where the events giving rise to it occurred.

In 2021, Georgia's Supreme Court held that its case law is clear that a corporation consents to the general jurisdiction of Georgia's courts by registering to do business in the state, and this case law did not violate federal due process protections.¹⁹ The same year, the Pennsylvania Supreme Court held that a Pennsylvania statute expressly requiring consent to general jurisdiction was unconstitutional. The U.S. Supreme Court granted *certiorari* to resolve the issue and found Pennsylvania's corporate registration statute constitutional. It held: "express or implied consent' can continue to ground personal jurisdiction—and consent may be manifested in various ways by word or deed."²⁰ In short, if a corporation registers to do business in Georgia or Pennsylvania, by virtue of the language of their corporate registration statutes, those businesses are consenting to the personal jurisdiction of their courts.

At the same time, corporate registration statutes for most states do not include this consent to jurisdiction language, and most courts have rejected attempts to imply such terms. Most notably,

19 *Cooper Tire & Rubber Co. v. McCall*, 312 Ga. 422, 434, 863 S.E.2d 81, 90 (2021).

20 *Mallory v. Norfolk S. Ry. Co.*, 600 U.S. 122, 138 (2023).

in 2021, the New York Court of Appeals rejected the consent by registration theory in applying the New York Business Corporation Law.²¹

The result is that, in a small minority of U.S. jurisdictions, registering to do business in that state amounts to consent to the personal jurisdiction of the courts in that state over actions and events inside or outside of the state. In most states, however, registering to do business there does not write such a blank check.

2. Implied Consent (Waiver)

More common, is implied consent—a possibility in all U.S. jurisdictions. U.S. courts will exercise personal jurisdiction based on implied consent where a defendant fails to timely object to the court's exercise of authority over the defendant or the defendant engages in litigation-related conduct that impliedly manifests consent.²²

Once sued, defendants in U.S. courts have three options: do nothing and suffer a default judgment; file a pre-answer motion seeking to dismiss the complaint; or file an answer to the complaint. For the latter two options, the Federal Rules of Civil Procedure and

21 *Aybar v. Aybar*, 37 N.Y.3d 274, 283, 177 N.E.3d 1257, 1260 (2021).

22 A defendant may impliedly consent to personal jurisdiction through litigation-related conduct. *Ins. Corp. of Ireland*, 456 U.S. at 703–05 (“Such conduct includes a defendant's voluntary in-court appearance...unless the defendant has appeared for the limited purpose of contesting personal jurisdiction... the failure to enter a timely objection to personal jurisdiction constitutes, under Rule 12(h)(1), a waiver of the objection... Similarly, a defendant's failure to comply with certain pretrial orders concerning jurisdictional discovery may justify a “sanction under Rule 37(b)(2)(A) consisting of a finding of personal jurisdiction.”).

many state rules, make clear that if the defendant responds, either by filing a pre-answer motion or an answer it must include certain defenses in that first response filed with the court or they are waived. Those defenses include objections that the court lacks personal jurisdiction; improper venue; insufficient process (defects in the summons or complaint); and insufficient service of process (defects in the delivery).²³ If defendant files a motion to dismiss on other grounds and fails to object to the court's exercise of personal jurisdiction, defendant waives that objection.

A 2019 class action provides an example of this. Thousands of plaintiffs alleged defective control units caused airbags to fail to deploy in vehicles manufactured by various automobile manufacturers. Plaintiffs named, *inter alia*, Toyota Motor Company (TMC), Toyota Motor North America, Inc. (TMNA), and Toyota Motor Sales, U.S.A. (TMS) as defendants. In ruling on the Toyota Defendants' motions to dismiss, the court made clear:

a party that fails to raise in a Rule 12 motion a defense listed in Rule 12(b)(2-5) waives that defense. One such defense is "lack of personal jurisdiction." Fed. R. Civ. P. 12(b)(2). The Toyota Defendants raise this defense only as to TMC... Because they do not raise it as to TMNA or TMS, they have waived their defense.²⁴

²³ Fed. R. Civ. P. 12(b)(2-5), 12(g), and 12(h).

²⁴ *In re ZF-TRW Airbag Control Units Prods. Liab. Litig.*, 601 F. Supp. 3d 625, 710 (C.D. Cal. 2022).

In other words, by failing to timely object to personal jurisdiction in their first filing after receipt of the complaint, either in a pre-answer motion to dismiss or answer, Toyota North America and Toyota Sales waived any objection to the court exercising personal jurisdiction over them.

The law is equally clear that if defendant files an answer and objects to personal jurisdiction in the answer, it must subsequently seek dismissal of the case in a timely manner. In 2013, Derek Schall was injured in an accident riding a Suzuki motorcycle. He sued Suzuki Motor Corp., Suzuki Motor of America, and the importer Nissin Kogyo Co., Ltd. Nissin filed a motion to dismiss for lack of personal jurisdiction almost two and ½ years after answering the complaint. Plaintiff argued Nissin waived the defense by failing to timely move for dismissal. The court agreed: Nissan had forfeited this defense.

The legal standard the court applied asked whether defendant's actions after filing its answer gave plaintiffs "a reasonable expectation that Defendant will defend the suit on the merits," or the defendant caused the court to expend "efforts that would be wasted" if personal jurisdiction is later found lacking. The court looked to the defendant's participation in the case; the length of time that had passed since its inception; and any express indication that it would defend on the merits. In the case of Nissin Kogyo, it timely asserted an affirmative defense based on lack of personal jurisdiction in its answer. It also filed and then withdrew a motion to dismiss. Then it actively engaged in discovery, including litigating contested discovery for over two years. The court found it reasonable to expect the

case would proceed to the merits and denied Nissin Kogyo's motion to dismiss.²⁵

In short, defendants consent to the personal jurisdiction of a court by:

- executing a valid contract that contains a forum selection clause or by entering into a contract that clearly incorporates by reference a forum selection clause;
- registering to do business in a state with a business registration statute that conditions registration on consent to the jurisdiction of the state's courts;
- failing to timely raise their objection to personal jurisdiction in responding to the complaint; or
- raising the objection in their answer and then forfeiting the objection through subsequent litigation-related conduct.

That said, defendant can do everything right procedurally, they can avoid consent, express or implied, and still be subject to the jurisdiction of the court—if there are other bases for the court to exercise authority over the defendant. One such basis is service of the summons and complaint on the defendant while he or she is physically present in the jurisdiction. This is often called “tag jurisdiction” and will be discussed next.

25 Schall v. Suzuki Motor of Am., Inc., 2017 WL 2059662, at *4 (W.D. Ky. May 12, 2017).

B. Physical Presence in the Forum State

In Japan, children play “onigokko.” In the U.S., it is called “tag”. The concept is the same. The goal is to find and physically touch or “tag” the person to make them “it”. The concept is the same for personal jurisdiction, but for very different reasons.

Historically, a court’s exercise of personal jurisdiction over a defendant depended on its ability to exercise physical control over the defendant. At the common law, *capias ad respondendum* was a type of legal writ that enabled a law enforcement officer to take a defendant into custody to ensure their appearance in court. Legal officers would literally “seize the defendant to answer.” Over time, that seizure became symbolic, with a process server physically providing a copy of the summons and complaint to the defendant. But, whether literal or symbolic, a court could only seize or serve a defendant found within the territorial confines of its jurisdiction. It had no authority to reach outside of the jurisdiction.²⁶

That traditional basis for the court to exercise personal jurisdiction over a defendant remains. If a defendant is served with a copy of the summons and complaint while physically present within the state in which the court is located, no matter how brief that physical presence in the jurisdiction is, that court can constitutionally exercise authority over the defendant.²⁷

26 See, e.g., *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 721–23 (1877), *overruled by* *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 97 S. Ct. 2569, 53 L. Ed. 2d 683 (1977).

27 *Burnham v. Superior Ct. of California, Cnty. of Marin*, 495 U.S. 604 (1990). An extreme example can be found in *Grace v. MacArthur*, 170 F. Supp. 442 (E.D. Ark. 1959)(upholding exercise of jurisdiction based on service of process aboard an airplane while flying within a state’s airspace.).

In 2002, several Japanese insurance companies, including Nissan Fire & Marine, Taisei Fire & Marine, and Aioi Insurance sued a U.S.-based reinsurance company in a North Carolina court. In August of 2002, Aioi's general manager of reinsurance traveled from Japan to New York for a meeting to discuss the dispute and was "ambushed" with service of process of a subpoena requiring him to appear for a deposition in New York.

A New York court ultimately quashed the subpoena, but it stated clearly that it had personal jurisdiction over the manager regardless of the transient nature of the trip to New York.²⁸ Citing earlier case law upholding the exercise of personal jurisdiction over a citizen of a foreign country visiting New York for the purpose of addressing the United Nations and served with process then, the court held that the Japanese defendants "fully knew, or should have known that by attending the meeting in New York, they were also risking exposure to personal jurisdiction in New York."²⁹

In 2023, the U.S. Supreme Court confirmed that tag jurisdiction is still a valid means by which a court may exercise personal jurisdiction over a natural person. "This rule governing transitory actions still applies to natural persons today."³⁰ Note the emphasis on serving a "natural person." The courts routinely hold that at-

28 In re Application for Ord. Quashing Deposition Subpoenas, dated July 16, 2002, 2002 WL 1870084, at *2 (S.D.N.Y. Aug. 14, 2002).

29 *Id.* at *3.

30 *Mallory v. Norfolk S. Ry. Co.*, 600 U.S. at 129. In some jurisdictions, the fiduciary shield doctrine may protect individuals served within the jurisdiction where the individuals "presence and activity in the state in which the suit is brought were solely on behalf of his employer or other principal." *Greene v. Karpeles*, No. 14 C 1437, 2019 WL 1125796, at *10 (N.D. Ill. Mar. 12, 2019).

tempting to serve a corporation, association or other entity by virtue of personal service of an officer or director found physically present in the forum will not suffice.³¹

C. Minimum Contacts with the Forum State

The U.S. Supreme Court's 2023 decision also affirmed the paths to personal jurisdiction over a defendant who has not consented to the court's jurisdiction and who cannot be served within the territorial confines of the forum state. It cites the court's seminal decision in *International Shoe v. Washington*, which held:

Historically the jurisdiction of courts to render judgment in personam is grounded on their *de facto* power over the defendant's person. Hence his presence within the territorial jurisdiction of court was prerequisite to its rendition of a judgment personally binding him.... But now that the *capias ad respondendum* has given way to personal service of summons or other form of notice, due process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend 'traditional notions of fair play and substantial justice.'³²

31 See, e.g., *Martinez v. Aero Caribbean*, 764 F.3d 1062, 1064 (9th Cir. 2014); *Est. of Ungar v. Palestinian Auth.*, 400 F. Supp. 2d 541, 553 (S.D.N.Y. 2005).

32 *Int'l Shoe Co. v. State of Wash., Off. of Unemployment Comp. & Placement*, ↗

With U.S. Supreme Court recognition that a court may exercise personal jurisdiction over an absent defendant—a defendant who has not consented to and who cannot be served within the jurisdiction of the courts—both state and federal legislatures adopted jurisdictional statutes, often called “long arm statutes,” authorizing their courts to exercise personal jurisdiction over defendants found outside of the territorial confines of the state.

State long-arm statutes can be roughly divided into two categories: Some states have adopted a statute that authorizes the exercise of personal jurisdiction based on a legal standard distinct from the federal due process requirements. Florida, for example, does not extend its jurisdictional reach to the full extent permitted by the U.S. Constitution, but instead identifies distinct standards for different types of actions.³³ With this type of long-arm statute, the courts engage in a two-part analysis: first, examining whether personal jurisdiction is authorized by the statute; and, if it is, then whether the exercise of such personal jurisdiction violates the due process protections in the U.S. Constitution.

Other states incorporate, either by statute or case law, the U.S. constitutional standard, such that the courts simply examine whether the exercise of personal jurisdiction over a defendant comports with the U.S. Constitution’s due process requirements. California provides one example. Its jurisdictional statute states: “A court of this state may exercise jurisdiction on any basis not inconsistent

↘ 326 U.S. 310, 316 (1945).

33 See Fla. Stat. Ann. § 48.193 (2024); *Gibbons v. Brown*, 716 So. 2d 868 (Fla. Dist. Ct. App. 1998).

with the Constitution of this state or of the United States.”³⁴ In ruling on a motion to dismiss for lack of personal jurisdiction based on a long-arm statute such as this, the courts focus on whether the exercise of personal jurisdiction violates the defendant’s federal due process rights.

As a general rule, this analysis applies uniformly to both state courts and federal courts located within a particular state. In other words, the federal courts exercise personal jurisdiction over a defendant to the same extent a state court in that state can,³⁵ with some exceptions where a federal statute provides a broader grant of jurisdiction.³⁶

Whether in federal or state court, there are two sections of the U.S. Constitution that establish due process protections for defendants in civil litigation and limit application of these long-arm statutes: the 5th and 14th amendment. Both protect persons from deprivations of “life, liberty, or property, without due process of law.” The 5th amendment limits actions taken by the federal government, including federal courts. The 14th amendment limits actions taken by state government, including state courts. While the U.S. Supreme Court has not yet ruled on the issue, most lower courts agree that the due process tests for the exercise of personal

34 Cal. Code Civ. Proc. § 410.10. For a detailed discussion of long-arm statutes *see* CASAD, RICHMAN & COX, 1 JURISDICTION IN CIVIL ACTIONS § 4.02.

35 Fed. R. Civ. P. 4(k)(1)(A).

36 *Id.* 4(k)(2)(allowing aggregation of U.S. contacts for claims arising under federal law where a defendant is not subject to any individual state court’s jurisdiction and “exercising jurisdiction is consistent with the United States Constitution and laws”). *See also* 28 U.S.C. Sec. 2361 (Federal Interpleader Act); 15 U.S.C. § 77v(a), 78aa (the Securities and Exchange Acts).

jurisdiction are the same, whether based on the 14th or 5th amendment: as set out in *International Shoe*, the defendant must have “minimum contacts” with the forum such that the exercise of jurisdiction does not violate basic notions of “fair play and substantial justice.”³⁷

Over the years, the *International Shoe* “minimum contacts” framework has evolved to create two distinct bases for a court to exercise personal jurisdiction over an absent defendant: (1) general or “all purpose” jurisdiction; and (2) specific, or “case-linked” jurisdiction.³⁸ It is this framework that explains why Nippon Yusen Kaisha was not subject to the personal jurisdiction of a U.S. court, but Rakuten Baseball, Inc. was. It explains why Mitsubishi Motor Corp. was not subject to the personal jurisdiction of a U.S. court, but Mitsubishi North America was.

1. General or “All-Purpose” Jurisdiction

General or “all purpose” jurisdiction allows a court to exercise personal jurisdiction over a defendant to determine liability for actions that occurred in or outside of the forum. “Where there is general jurisdiction, a party may ‘be haled into court in the forum state to answer for any of its activities anywhere in the world.’”³⁹

37 Douglass, 46 F.4th at 236. The U.S. Supreme Court recently accepted an appeal addressing whether the 14th and 5th Amendment’s due process tests are the same. *Fuld v. PLO*, 2024 WL 4997857 (U.S. Dec. 6, 2024).

38 *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Ct. of California, San Francisco Cnty.*, 582 U.S. 255, 262 (2017).

39 *In re ZF-TRW Airbag Control Units Prods. Liab. Litig.*, 601 F. Supp. 3d 625, 691 (C.D. Cal. 2022).

In the past decades, however, the U.S. Supreme Court has imposed increasingly rigid requirements for a court's exercise of general jurisdiction.

While *International Shoe* speaks of “continuous and systematic” contacts with the forum state, for the exercise of general jurisdiction, more recent U.S. Supreme Court decisions require contacts so substantial that a defendant is essentially “at home” in the forum state.⁴⁰ A natural person will be “at home” in a state in which they are domiciled, i.e. a place where they have established a physical presence and intend to remain.⁴¹ A corporation is “at home” in its (1) place of incorporation, and (2) principal place of business.”⁴² The courts also recognize a third “exceptional case” where a foreign corporation’s operations are so substantial and of such a nature as to render the corporation essentially at home in the U.S., despite being incorporated and headquartered elsewhere. Those cases are rare. The paradigmatic example is a Filipino corporation that ceased all operations in the Philippines and relocated to the state of Ohio during World War II making Ohio its “principal, if temporary, place of business.”⁴³

For the court in the *Nippon Yusen* case, defendant being incorporated and headquartered in Japan made things clear. Exercising general jurisdiction in a federal court in the U.S. for claims relat-

40 Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown, 564 U.S. 915, 919 (2011).

41 Miss. Band of Choctaw Indians v. Holyfield, 490 U.S. 30, 48 (1989).

42 Daimler AG v. Bauman, 571 U.S. 117, 137, 134 S. Ct. 746, 760, 187 L. Ed. 2d 624 (2014).

43 Keeton v. Hustler Mag., Inc., 465 U.S. 770, 780 (1984), summarizing Perkins v. Benguet Mining Co., 342 U.S. 437 (1952).

ing to an accident that occurred in Japan would require contacts with the U.S. “so substantial and of such a nature to render it at home in the United States.”⁴⁴ And that simply was not the case. While Nippon Yusen ships call on U.S. ports over fifty (50) times year, it operates over thirty (30) shipping and air cargo terminals the U.S., and its U.S. entities generate over \$1.47 billion in revenue every year—in other words it has “systematic and continuous contacts” with the U.S.—that is not enough. There was nothing in the record to suggest that the U.S. was “the center of [Nippon Yusen’s] activities” or a “surrogate for its place of incorporation or head office.”⁴⁵ As a result, the court dismissed plaintiffs’ claims against Nippon Yusen arising from the collision of the *ACX Crystal* and the *USS Fitzgerald*.

2. Specific or “Case-Linked” Jurisdiction

The specific or “case-linked” jurisdiction analysis is different. With specific jurisdiction, a court will exercise personal jurisdiction over a defendant but only with regard to a specific case. Most courts apply a three-part test to determine whether specific jurisdiction exists.⁴⁶

First, the defendant must have “purposefully directed its activities” into the forum state. They must have “purposefully availed themselves of the privilege of conducting activities within the forum statute” such that they should foresee being subject to the jurisdic-

44 Douglass, 46 F.4th at 242.

45 *Id.* at 243.

46 Lutz, 376 F.Supp.3d at 463-4.

tion of a court there.⁴⁷ “Evidence of availment is typically action taking place in the forum that invokes the benefits and protections of the laws in the forum. Evidence of direction generally consists of action taking place outside the forum that is directed at the forum.”⁴⁸

Second, the litigation must “arise out of or relate to” at least some of the activities directed at or taking place within the forum statute.⁴⁹ The first part of the test, the “arising out of” condition, contemplates a causal relationship, that defendant’s activities in the forum state gave rise to the litigation. According to a 2021 U.S. Supreme Court decision the alternative contemplates a looser set of affiliations, that the actions in the forum relate in a meaningful way to the litigation.⁵⁰

Finally, if the first two requirements are met, the courts also consider whether the exercise of jurisdiction is reasonable, whether it “comports with fair play and substantial justice.” The U.S. Supreme Court defined those reasonableness factors in its seminal

47 *Id.* at 463-4; *Burger King v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 472 (1985).

48 *In re ZF-TRW Airbag Control Units Prods. Liab. Litig.*, 601 F. Supp. 3d at 692.

49 *Id.* at 464. “In other words, there must be ‘an affiliation between the forum and the underlying controversy, principally, [an] activity or an occurrence that takes place in the forum State and is therefore subject to the State’s regulation.’” *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Ct. of California, San Francisco Cnty.*, 582 U.S. 255, 262 (2017).

50 “The second half of that formulation, following the word “or,” extends beyond causality. So the inquiry is not over if a causal test would put jurisdiction elsewhere. Another State’s courts may yet have jurisdiction, because of a non-causal “affiliation between the forum and the underlying controversy, principally, [an] activity or an occurrence involving the defendant that takes place within the State’s borders.” *Ford Motor Co. v. Mont. Eighth Jud. Dist. Ct.*, 141 S. Ct. 1017, 1026 (2021).

opinion in *Asahi Metal Industry Co., Ltd.*⁵¹

Asahi Metal sold tire valve assemblies to a tire manufacturer in Taiwan, which sold its finished tires in the U.S. After one such tire exploded, killing one and severely injuring another, plaintiffs sued the Taiwanese tire manufacturer. The Taiwanese manufacturer then filed a cross-complaint against Asahi Metal seeking indemnification. In declining to exercise personal jurisdiction over Asahi Metal, the court considered the following factors:

the burden on the defendant, the interests of the forum State, and the plaintiff's interest in obtaining relief...the interstate judicial system's interest in obtaining the most efficient resolution of controversies; and the shared interest of the several States in furthering fundamental substantive social policies.⁵²

The court found the exercise of personal jurisdiction over Asahi unreasonable given the burden of defending in a foreign jurisdiction; plaintiffs and the State of California's limited interest in the indemnification action; and the procedural and substantive policies of other nations affected by the jurisdiction of the court.⁵³ In other words,

51 *Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Ct. of California, Solano Cnty.*, 480 U.S. 102, 113 (1987).

52 *Id.* at 113.

53 *Id.*; see also *In re ZF-TRW Airbag Control Units Prods. Liab. Litig.*, 601 F. Supp. 3d at 691 (C.D. Cal. 2022)(examining: (1) the extent of the defendant's purposeful interjection into the forum state's affairs; (2) the burden on the defendant of defending in the forum; (3) the extent of conflict with the sovereignty of the defendant's state; (4) the forum state's interest in adjudicating the

even if a defendant has directed activities into the forum state, directly or indirectly, and those actions relate to the subject matter of the litigation, a court may find the exercise of personal jurisdiction over a defendant unreasonable and dismiss the case.

In applying the three-factor test to the *Nippon Yusen* case, *Nippon Yusen* had numerous contacts with the U.S., it does almost \$1.5bn in business a year in the U.S., but the litigation did not arise out of or relate to that business, so the second element for specific jurisdiction was missing. Without general or specific jurisdiction, the court dismissed the case.⁵⁴ In the Rakuten Baseball case, while Rakuten, Inc. conducts business activities in the state of Pennsylvania, there was no evidence that any such activities related to the contract with Mr. Lutz, so the court could not exercise specific jurisdiction over Rakuten, Inc. And, because Rakuten Inc. is incorporated and headquartered in Japan, the court could not exercise general jurisdiction over it. As a result, the court dismissed Rakuten Inc. from the case.

The result was different for Rakuten Baseball, Inc. During the contract negotiations, representatives of Rakuten Baseball, Inc. directed communications into the state of Pennsylvania by sending email and text messages to Lutz, while he was there. Rakuten Baseball representatives directed telephone calls to Lutz regarding the contract, while Lutz was in Pennsylvania. The court noted that Ra-

↘ dispute; (5) the most efficient judicial resolution of the controversy; (6) the importance of the forum to the plaintiff's interest in convenient and effective relief; and (7) the existence of an alternative forum.).

⁵⁴ Douglass, 46 F.4th at 243.

kuten Baseball, Inc. knew Lutz was in Pennsylvania during the negotiations. It noted that Rakuten Baseball has previously wired Lutz's salary to a bank in Pennsylvania and paid for Lutz's medical insurance there. The court found Rakuten Baseball had knowingly reached into the state to recruit an employee, a Pennsylvanian resident, and these contacts either gave rise or related to the dispute before the court. Finally, the court held that consideration of the "fair play and substantial justice" factors supported the exercise of personal jurisdiction: importantly for the court, the relative burden on the defendant to litigate in Pennsylvania was far less than the burden on plaintiff to litigate in Japan.⁵⁵ The court, as a result, denied Rakuten Baseball's motion to dismiss plaintiff's complaint, and, as noted previously, Rakuten Baseball settled the case.

The Mitsubishi Motor Corp. case discussed earlier can also be explained using these legal standards. There are no accompanying decisions explaining the state court orders, but applying the U.S. Supreme Court's general jurisdiction jurisprudence, the court could easily have concluded that because Mitsubishi Motor Corp. is incorporated and headquartered in Japan it is not subject to the general jurisdiction of the court. And because they are not registered to do business in the State of Pennsylvania, they have not consented to the general jurisdiction a Pennsylvania court. As plaintiffs' brief does not point to any specific action taken by Mitsubishi Motor Corp. in the state related to the dispute, the court could have readily concluded it was not subject to specific jurisdiction either.

⁵⁵ Lutz, 376 F.Supp.3d at 464-465.

At the same time, Mitsubishi Motors North America is incorporated and has its principal place of business in California, so they are not subject to general personal jurisdiction. However, as plaintiffs argued in their briefs, Mitsubishi Motors North America is registered to do business in Pennsylvania, and Pennsylvania's corporate registration statute provides that such registration acts as a consent to the general jurisdiction of the courts. Plaintiffs also argued that Mitsubishi's North American subsidiary has shipped thousands of cars into the forum state, had notice that the vehicle in question was being used in the forum state, and failed to transmit a recall notice to plaintiff residing in the forum state.

In other words, Plaintiff argued that Mitsubishi North American not only placed the vehicle in question into the stream of commerce, but it also directly targeted the forum state through its sales and service activities there. Plaintiff argued the Mitsubishi subsidiary had assumed a duty to act in the state to ensure the safety of its vehicles operating there, including Mr. Amagasu's vehicle, such that the litigation arose from and related to the corporation's conduct in the state. And they argued the fair play and substantial justice factors favored litigating liability for injuries arising from an accident occurring in Pennsylvania involving a resident of Pennsylvania with a defendant doing business there. The court denied Mitsubishi North American's motion to dismiss for lack of personal jurisdiction. As discussed above, Mitsubishi North America went on to lose at trial.

i. Imputing the Conduct of a Subsidiary to a Parent

If specific jurisdiction is based on defendant's contacts directed into the forum state, the courts must address whether another party's actions in that forum may be imputed to the defendant for the purposes of determining whether the court may exercise personal jurisdiction. Plaintiffs commonly argue that courts should pierce the corporate veil between a foreign parent company and a U.S. subsidiary for the purpose of establishing personal jurisdiction over the parent. They do so by arguing that either the subsidiary is acting as (a) the parent's agent or (b) it is acting as the parent's alter-ego.⁵⁶

The legal standards for both vary by jurisdiction but are based on evidence of control: With (a) courts commonly examine whether the parent intended for the subsidiary to act for the parent; the subsidiary agreed; and the parent exercised total or substantial control over the subsidiary.⁵⁷ With (b) the presumption that a parent and its subsidiary are separate corporations may be overcome by evidence that the former controls the latter, examining factors including stock ownership and capitalization; whether the corporate formalities are observed; whether the finances and business operations are distinct; and whether there are overlapping corporate officers and directors.⁵⁸

In the California airbag litigation discussed above, the Califor-

⁵⁶ See, e.g., *Protecting Foreign Parent Corporations from Personal Jurisdiction in the US*, PRACTICAL LAW 5-502-8077.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

nia court examined whether the Japanese parent company exercised “substantial control” over its U.S. subsidiaries. Plaintiffs argued that the conduct of Toyota’s subsidiaries should be imputed under an agency theory to Toyota Motor Corporation, permitting the court to exercise personal jurisdiction over Toyota Motor Corporation, even if the parent company did not have minimum contacts with the forum itself.⁵⁹ Plaintiffs pointed to Toyota’s yearly inspections of its US subsidiaries, its enforcement of a common Code of Conduct, the direct reporting of its business unit and regional heads to the Japanese headquarters, and its power to appoint its subsidiaries’ board members as evidence that Toyota exercised “substantial control” over its subsidiaries.⁶⁰ The court held this insufficient, and it granted Toyota Motor Corp.’s motion to dismiss for lack of personal jurisdiction. The court did the same for Honda Motor Co. and Mitsubishi Motor Corp. granting their respective motions to dismiss after declining to find that either had exercised “substantial control” over their U.S. subsidiaries.⁶¹

In contrast, a New York court exercised personal jurisdiction over a Korean parent company on the basis of its U.S. subsidiary’s contacts with the state after finding the subsidiary wholly owned by the parent, financially dependent on the parent, and functionally a “mere department” of the parent, with authorization and approval by the parent of the transactions in dispute.⁶² New York courts will

59 In re ZF-TRW Airbag Control Units Prod. Liability Litig., 601 F.Supp. at 711.

60 *Id.* at 711-12.

61 *Id.* at 715-6

62 Daewoo Intern. (America) Corp. Creditor Trust v. SSTS America Corp., 2004 WL 830079 (S.D.N.Y. 2004).

impute the actions of a subsidiary to the parent for the purpose of exercising personal jurisdiction over the parent, if the facts suggest a subsidiary is:

merely an agent through which the parent company conducts business in a particular jurisdiction or its separate corporate status is formal only and without any semblance of individual identity, then the subsidiary's business will be viewed as that of the parent and the latter will be said to be doing business in the jurisdiction through the subsidiary for purposes of asserting personal jurisdiction.⁶³

Other New York courts have stated the standard in more detail. For a court to acquire personal jurisdiction over the parent based on a subsidiary's presence:

“the parent’s ‘control over the subsidiary’s activities... must be so complete that the subsidiary is, in fact, merely a department of the parent.’ This determination requires a fact-specific inquiry into the relationship between the parent and subsidiary, taking into consideration (1) common ownership between the parent and subsidiary; (2) the financial dependency of the subsidiary on the parent corporation; (3) the degree to

63 § 1069.4 *Application of Modern Jurisdictional Principles—Contacts by Related Entities*, 4A Fed. Prac. & Proc. Civ. § 1069.4 (4th ed.).

which the parent corporation interferes in the selection and assignment of the subsidiary's executive personnel and fails to observe corporate formalities; and (4) the degree of control over the marketing and operational policies of the subsidiary exercised by the parent.”⁶⁴

Regardless of the formulation, the test for imputing a U.S. subsidiary's actions to the parent depends on indicia of control. Are there facts in the record that the subsidiary is not functioning as an independent business?

In summary, the courts will exercise personal jurisdiction over an absent defendant who does not consent and has not waived its objections to the court's jurisdiction where the defendant is:

- (1) essentially “at home” in the jurisdiction either as indicated by domicile, place of incorporation, or principal place of business. In this case, the defendant's contacts with the forum are so great as to justify a court's exercise of general, or all-purpose, jurisdiction giving it authority to resolve disputes arising outside of the forum. Or,
- (2) directing actions into the forum state such that it has purposefully availed itself of the rights and privileges of doing business or engaging in other activities in

64 *Linde v. Arab Bank, PLC*, 262 F.R.D. 136, 143 (E.D.N.Y. 2009). *See also* § 1069.4 *Application of Modern Jurisdictional Principles—Contacts by Related Entities*, 4A FED. PRAC. & PROC. CIV. § 1069.4 (4th ed.).

the state; those actions gave rise or relate to the subject matter of the litigation; and considerations of fair play and substantial justice favor the court hearing the case. In this case, the defendant's contacts with the state, even if limited, may give rise to specific, or case-linked, jurisdiction enabling a court to exercise jurisdiction over a defendant with regard to a specific case or controversy.

Both standards suggest that Japanese individuals or businesses should direct actions into a U.S. forum only after a cost-benefit analysis that considers the possibility of a U.S. court in that forum exercising personal jurisdiction over them.

D. Other Grounds to Dismiss

There are other legal doctrines that enable a Japanese business that has been sued in a U.S. court to seek to dismiss the lawsuit at the pleading stage. Setting aside procedural errors that a defendant might object to, foreign defendants commonly seek dismissal based on the doctrines of *forum non conveniens* and international comity.

While plaintiff's choice of forum when filing the complaint is entitled to deference, where an alternative forum exists and trial in plaintiff's chosen forum "imposes a heavy burden on the defendant or the court, and where the plaintiff is unable to offer any specific reasons of convenience supporting his choice," a trial court may dis-

miss a case that it has authority to hear based on the doctrine of *forum non conveniens*.⁶⁵ The U.S. Supreme Court has articulated a series of public and private factors that are commonly considered in determining whether to dismiss the case. Factors pertaining to the private interests of the litigants include:

the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action; and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive...

The Supreme Court has expressly stated that, so long as a remedy is available, unfavorable law in the alternative forum is not a factor.⁶⁶

The public interest factors include:

the administrative difficulties flowing from court congestion; the “local interest in having localized controversies decided at home”; the interest in having the trial of a diversity case in a forum that is at home with the law that must govern the action; the avoidance of unnecessary

65 *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 255-7 (1981) (“unfavorable law is not enough; it is only if the remedy provided by the forum “is so clearly inadequate or unsatisfactory, that it is no remedy at all.”)

66 *Id.* at 241.

problems in conflict of laws, or in the application of foreign law; and the unfairness of burdening citizens in an unrelated forum with jury duty.

The weighing of these public and private interest factors “is committed to the sound discretion of the trial court” and may be reversed only for “a clear abuse of discretion.”⁶⁷

The doctrine of international comity is similarly a discretionary doctrine that allows a court to dismiss a case that it otherwise has jurisdiction to hear. Comity is “a rule of ‘practice, convenience, and expediency’ rather than of law.”⁶⁸ Adjudicatory comity is “a discretionary act of deference by a national court to decline to exercise jurisdiction in a case properly adjudicated in a foreign state.”⁶⁹

The standard for the exercise of this discretion varies among the different state and federal jurisdictions, with the courts analyzing factors including the connection between the activity and persons responsible for the activity and the regulating state and the importance of the regulation to the regulating state.⁷⁰

67 *Id.* at 257.

68 *Next Invs., LLC v. Bank of China*, 12 F.4th 119, 131 (2d Cir. 2021); *Mujica v. AirScan, Inc.*, 771 F.3d 580, 598 (9th Cir. 2014).

69 *Mujica*, 771 F.3d at 599.

70 The Restatement lists a number of considerations for determining whether the exercise of jurisdiction is “unreasonable,” including: (a) the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory; (b) the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect; (c) the character of the activity ✓

While the U.S. Supreme Court has construed doctrines of abstention such as this, as “an extraordinary and narrow exception” to the duty of court to adjudicate a controversy properly before it,⁷¹ lower courts have stated that “deference to the foreign court is appropriate so long as the foreign proceedings are procedurally fair and...do not contravene the laws or public policy of the United States.”⁷² The courts are varied in their application of the doctrine.

The point here is that both doctrines allow a trial court to exercise its discretion to decline to hear a case because it is better heard elsewhere. *Forum non conveniens* is “committed to the sound discretion of the trial court,” and comity is a “rule of practice” – “a discretionary act of deference.” In contrast, personal jurisdiction is a constitutional issue, a rule of law not practice. It involves the due process rights of the defendant. It has, as a result, proven a more powerful doctrine that allows businesses to structure their activities to avoid litigation in a U.S. court.

The law relating to personal jurisdiction allowed Nippon Yusen to have the cases against it dismissed. It allowed Mitsubishi

↘ to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted[;] (d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation; (e) the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system; (f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system; (g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity; and (h) the likelihood of conflict with regulation by another state. RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW § 403(2) (1987).

71 Colo. River Water Conservation Dist. v. U.S., 424 U.S. 800, 813 (1976).

72 Mujica, 771 F.3d at 599.

Motor Corporation to have the case against it dismissed. It required Rakuten Baseball, Inc. to defend itself in a U.S. court. It required Mitsubishi North America to defend itself in a U.S. court. The law of personal jurisdiction can determine whether a foreign business entity owes a U.S. plaintiff a billion dollars or nothing.

III. Conclusion

A court's exercise of jurisdiction over a defendant looks very different in Japan. Article 3-2 et seq. of Japan's Code of Civil Procedure provides an enumerated list of circumstances in which a Japanese court may exercise jurisdiction over a defendant. Some of these bases are conceptually similar to the standards discussed above. For example, Japanese courts may exercise jurisdiction based on domicile: for a natural person in an action *in personam* if that person is domiciled in Japan, or in some instances has a residence there.⁷³ Japanese courts may exercise jurisdiction over a corporation or other legal entity, if that corporation has its principal office or a business office there, or is incorporated in Japan.⁷⁴ Similarly, Japanese courts may exercise jurisdiction over a defendant pursuant to a contract which designates Japan as the place for performance and tortious acts occurring in Japan.⁷⁵

In contrast, the enumerated lists found in state and federal jurisdictional statutes, the U.S. "long-arm statutes," are merely the

⁷³ Minji Soshou Hou [Minsohou], Law No. 109 of 1996, art. 3-2(1).

⁷⁴ *Id.* at art. 3-2(3)& art. 3-3(7).

⁷⁵ *Id.* at art. 3-3.

starting point for the analysis. U.S. jurisdictional statutes vary across the states and federal jurisdictions, but they are all limited by the U.S. Constitution. The due process clauses found in the 5th and 14th Amendments to the U.S. Constitution, as interpreted by an ever-shifting landscape of U.S. Supreme Court decisions, renders the law of personal jurisdiction in the U.S. complex and sometimes contradictory.

At the same time, it is possible to summarize the law in a manner that allows Japanese individuals and businesses operating in the U.S. to plan accordingly:

- **Express Consent.** Most contracts drafted by legal professionals in the U.S. contain choice of laws and forum selection clauses. Read carefully. If you do not want to litigate a dispute relating to the contract in a U.S. court, don't consent to doing so. Negotiate a different forum. U.S. courts recognize and enforce most pre-dispute choice of forum clauses, even if they are set out in a separate document and incorporated by reference.
- **Implied Consent.** The rules of civil procedure, for the various states as well as the federal courts, allow a defendant who has been served with a summons and complaint to object to the court's exercise of jurisdiction over the defendant. But the defendant may only do so at the start of the case. In the federal

courts, and most state courts, an objection to the court's exercise of personal jurisdiction must be stated in the first pre-answer motion to dismiss or if no pre-answer motion to dismiss is filed then in defendant's answer to the complaint. Failure to do so waives the objection. If the objection is stated in a defendant's Answer, defendant must follow with a timely motion seeking dismissal. Subsequent litigation-related conduct will waive the objection.

- **Consent by registration.** A few states, including Georgia and Pennsylvania, imply consent to the jurisdiction of its courts. They do so where a corporation has registered to do business in the state and the state's business registration statute is interpreted as conditioning registration on consent to personal jurisdiction. If you or a subsidiary register to do business in those states, you have consented to the jurisdiction of the courts of those states—for actions arising in that state, another, or in Japan.
- **Physical Presence.** Most jurisdictions in the U.S. recognize "tag jurisdiction." For individuals traveling to the U.S. if a process server serves you with a copy of the summons and complaint while you are physically present within the geographical confines of the forum state, the courts of that state may exercise personal jurisdiction over you. Your presence can be fleeting.

If you are transiting through O'Hare International Airport in Chicago, IL and you are served with a complaint and summons while there, an Illinois state court or a federal court located in the state of Illinois may exercise personal jurisdiction over you even if the matter is unrelated to your visit. At the same time, most courts will not assert jurisdiction over a corporation or other legal entity based on service of process on an officer, director, or agent personally served while present in the jurisdiction.

- **General Jurisdiction.** The U.S. Supreme Court has defined in increasingly narrow terms “general” or “all-purpose” jurisdiction, the ability of a court to exercise authority over a defendant with regard to actions taken inside or outside of the forum state. At this point, a U.S. court may exercise general jurisdiction over a defendant only if the defendant has such extensive ties with the forum state that it is essentially “at home” in the state. For a Japanese company incorporated and headquartered in Japan, it will generally not be subject to the jurisdiction of a U.S. court for actions in Japan. At the same time, a subsidiary incorporated or with its principal place of business in a forum state may be subject to the jurisdiction of the court for its actions in Japan.

- **Specific Jurisdiction.** There is a three-part test for

when a U.S. court can exercise specific or case-linked jurisdiction over a defendant. Exercise of personal jurisdiction over a defendant comports with the due process protections of the U.S. constitution if a defendant (1) directs activity into the forum state; (2) the dispute being litigated arises out of or is related to those contacts with the forum state; (3) and the exercise of jurisdiction will not offend basic notions of fair play and substantial justice. If Japanese employees travel to the forum state, direct email or other correspondence into the forum state, direct advertisements or sales into the forum state, these contacts may establish the “minimum contacts” necessary for a U.S. court to exercise personal jurisdiction over a Japanese corporation for disputes related to those contacts. Furthermore, if the corporate lines between the parent and U.S. subsidiary are not clearly drawn, the actions of a subsidiary in the state may be imputed to the parent company. Simply put, are you directing contacts into the forum state? If so, you may be subject to the personal jurisdiction of a court in that state.

Avoiding the pitfalls of litigating in U.S. courts requires first examining whether one can avoid litigating in U.S. courts altogether. The answer is yes, but doing so requires deliberately structuring con-

tacts with the U.S. It requires intentionally choosing what activities to direct into what forum state and by what party. In English, there is a well-known expression, “an ounce of prevention, is worth a pound of cure.” The same applies here, an ounce of planning can save many pounds of cure.

共有物の管理と「協議」

西 脇 秀一郎

目次

第1. 共有物の管理における「協議」への目配り

1. 共有物の管理と意思決定方法に関する法の定め
2. 「協議」への目配り
3. 手続のあり方

第2. 2021年改正民法と共有者間の意思決定手続

1. 意思決定の「協議」の要否と「コミュニケーション」
 - (1) 「協議」の要否と「コミュニケーション」への着目
 - (2) 中間試案の方向性
2. 意思表示の機会保障としての「通知」の意義と規律の創設の見送り
 - (1) 規律の創設の見送り
 - (2) 多数持分共有者の権利との調整と要件・効果のあり方
3. 解釈に委ねられた「手続」の明確化

第3. 協議必要説と協議不要説

1. 協議必要説と協議不要説の対立？
 - (1) 起草時の議論と理解
 - (2) 持分過半数決の「手続」への関心
 - (3) 星野英一による視点設定
 - (4) 協議必要説と協議不要説
2. 2021年改正民法以後の理論状況 —— 協議必要説の台頭？
 - (1) 「団体法的規律」との比較の視点
 - (2) 共有物の使用方法の決定・変更の問題から考える視点
 - (3) 解釈論と実務に委ねられた「手続」の明確化

第4. 共有物の管理と意思決定のための「手続」の規整のあり方

1. 「協議」（または意見表明・情報提供の機会保障）の具体的内容
2. 正当化理由（正当化根拠）
 - (1) 理由を基礎づける要因・要素
 - (2) 民法第253条と新設された諸規定

3. 持分過半数決の効力と「手続」
 - (1) 効果のあり方
 - (2) 解釈の方向性
4. 「共有観」と団体性、権能と権限
5. 多数決と「協議」

第1. 共有物の管理における「協議」への目配り

1. 共有物の管理と意思決定方法に関する法の定め

民法が、第249条以下に規定する、いわゆる通常の共有（狭義の共有）関係は、さまざまな発生原因によって生じる。

想起が容易な共同購入（共同出資）¹や共有の合意²の場面に加え、共同相続にもとづく遺産共有においても通常の共有の規定がかかわり（民法第898条第1項）³、判決例に顕れるものをみれば、周知のように、民法第249条以下の解釈論が遺産共有にも跨がる紛争事例において展開されている場

1 複数人で共同の出資により物を取得した場合には、反証のない限り、出資をした者の「共有ニ屬スルモノト推定」される。大判大正6年4月18日民録23輯799頁。

2 黙示の合意でもよい。川井健「前注（§ § 249-264）」川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、2007年）433頁。共同の目的や共同事業性を伴うかで組合契約との区別が問題となるが、「土地を網干場等に使用するために共同で貰い受けた」だけにとどまる場合などでは、通常の共有と解される。最一小判昭和26年4月19日民集5巻5号256頁。

3 分割方法（民法第906条以下）や持分（同法第898条第2項、第900条から第902条など）にかかわる規律の例外はあるものの、同法第898条第1項にいう「共有」は「民法249条以下に規定する「共有」とその性質を異にするものではないと解すべき」ことにつき、最三小判昭和30年5月31日民集9巻6号793頁、最三小判平成6年3月8日民集48巻3号835頁。もっとも、新たな民法第904条の3の規律を踏まえて、遺産共有を「財産の集合体」の共有状態とみる見方から「共有状態の財産」の集合体とみる見方に変わりうる兆しにつき、山野目章夫＝井上稔＝大谷太＝西希代子＝野澤千絵「（特集）所有者不明土地法制の現状と課題」ジュリスト1606号（2025年）21頁〔西希代子発言部分〕。

合も多い⁴。もちろん、それら以外にも、組合契約⁵（民法第678条）、夫婦財産契約（同法第755条〔当事者の契約内容次第で共有を形成する〕）、遺贈（同法第990条・第898条第1項）、共有物から生じた果実（同法第89条第1項）、境界線上の工作物（同法第229条）、共同の時効取得や無主物の帰属（同法第162条・第192条・第239条第1項）、埋蔵物や付合・混和（同法第241条ただし書・第244条・第245条）、夫婦間の帰属不明財産（同法第762条第2項）などの原因⁶により、当事者の意思（法律行為）、あるいは偶然の事情と法の定めにもとづき⁷、過渡的または継続的な共有関係が成立する。

いずれにせよ、共有は、何らかの客体（共有物）を複数の主体（共有者）が共同で所有する関係を意味するのであるから、その関係が上述の発生原因により生じたのちには、共有者間（あるいはその一部）で共有物を管理する契機が生じる。

民法学において、管理または管理行為の概念がきわめて多義的であることから、その内容の理解に議論⁸はあるものの、民法は、第252条第1項で、

- 4 共同相続に由来する共有（遺産共有）事例が多いことを含めて、発生原因への留意の重要性が強調されるべきことにつき、小粥太郎「前注（§ § 249-264）」同編『新注釈民法（5）物権（2）』（有斐閣、2020年）559頁などを参照。
- 5 当然ながら、そこでの「共有」関係では、組合契約に関する特則があればそれが優先される。最三小判昭和33年7月22日民集12巻12号1805頁。
- 6 以上のほか、民法上の「共有」の用語法と発生原因のレパートリーについては、七戸克彦『基本講義 物権法Ⅰ』（新世社、2013年）200-202頁、小粥・前掲注（4）542、559頁などを参照。また、特別法上で共有関係を発生させる国家作用について、仲野武志『国家作用の本質と体系Ⅰ』（有斐閣、2014年）280-288頁。
- 7 分類の視角のひとつとして、たとえば、岡本詔治『イタリア物権法』（信山社、2004年）200頁を参考とすれば、当事者の自由な意思により形成される共有関係としての「任意の共有」、当事者の意思とは無関係に、相続のような偶然の事情にもとづき共同所有者となる場合の「偶然の共有」、さらに、法律によって直接に共有関係が形成され、境界線付近の障壁など、偶然の共有とは異なって当事者の意思により共有関係を解消できないような「法定（強制）共有」のように、通常の共有にもさまざまな理念上のヴァリエーションをみてとることができる。
- 8 小粥太郎「§ 252」同編『新注釈民法（5）物権（2）』（有斐閣、2020年）ㄡ

共有物の管理に関する事項の意思決定方法を整え、当該事項と解しうる事柄については各共有者の持分価格に従った過半数で決すること（以下、本稿ではこれを便宜のために持分過半数決⁹と呼称する）ができるとする。そして、同条第2項および第3項が規定する特定の場面を除けば、民法は、そのほかに、持分過半数決の具体的な意思決定の方法や手続について一般的な規整を法定していないようにみえる。

そうすると、共有者間の取り決めや特別の適用法規がない場合（共有についての民法の諸規定がそのまま適用される場合）¹⁰には、少なくとも法文上、民法は、少数持分権者の意向を踏まえることなく、持分過半数を有する共有者間の合意のみ¹¹によって、管理事項を決することを許している、とも解釈することができる。それどころか、このことを突き詰めれば、議決要件が頭数¹²ではなく持分価格による過半数であるために、極端には、

ゝ 572-574頁、川井健「§ 252」川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、2007年）455-457頁などを参照。

9 「過半数決」の用語法につき、最二小判昭和29年3月12日民集8巻3号696頁。

10 富井政章『民法原論 第2巻（物権）上（訂3版）』（有斐閣、1910年）160頁、梅謙次郎『民法要義 巻之第2 物権編（訂正増補）』（法政大学・有斐閣、1909年）191頁などを参照。

ただし、取り決めや特別の適用法規が存在せず共有についての民法の諸規定がそのまま適用されるのは、「現実的にはほとんど生じえない」（明示または黙示の取り決めがあるのが通常であり、共有者間の関係は結局は契約によって決まる）と指摘されてきたには留意を要する。鈴木祿弥『物権法講義〔5訂版〕』（創文社、2007年）73頁。共有者間の契約内容や特別の定めの有無に留意して慎重に判断することが必要であることについては、小粥・前掲注（4）559頁も参照。

11 登記上の共有者の合意で足りるとの解釈もありうる。大判大正5年12月27日民録22輯2524頁、最二小判昭和46年6月18日民集25巻4号550頁を参照。なお、不動産の持分は登記事項である（不動産登記法第59条第4号）。

12 これに対して、民法第667条以下の特則の定めがない範囲で、物権法上の共有の規定が適用されうる民法上の組合（組合契約）では、業務の決定および執行の方法の議決要件は、原則として組合員の頭数多数決による（同法第670条第1項）。なお、組合存立事項については全員の一致を要することにつき、西脇秀一郎「民法672条2項における業務執行組合員の解任—組合契約（民法上の組

共有者の一人が持分過半数を有していれば、ほかに共有者がどれだけいようと、その者が単独で管理事項を決することができる、といえそうである¹³。

2. 「協議」への目配り

しかしながら、「法文にはいくつかの可能な意味が含まれており」、「解釈はそのうちの1つを選択し確定することである」¹⁴との解釈方法の視点に倣うならば、法的判断における「形式的な安易さ」¹⁵に陥ることのないように注意しつつ、体系性や法的論理構成の正当性（正統性）、適切妥当な解決を導く視点、そして、適切な価値判断などを踏まえた解釈¹⁶が求め

ゝ合)の本質とのかかわりを踏まえて」政策創造研究17号(2023年)47、68、77頁など。

13 民法第252条の2の共有物の管理者の選解任や、管理を第三者に委ねること、同法第252条第4項の契約の締結も、持分過半数を有する共有者のみで行いうる。他方で、各共有者は、その持分に応じ、管理の費用を支払い、そのほか共有物に関する負担を負い、当該義務の不履行があれば持分を失いうる(同法第253条)。なお、不動産の共有持分の譲受人については、登記をしなければ持分の譲受けを他の共有者に主張することができない旨を示す前注(11)の判決例を参考とすれば、登記上の共有者での持分割合が問題となるように思われる。

14 南野森「「憲法」の概念—それを考えることの意味」長谷部恭男編『岩波講座 憲法6 憲法と時間』(岩波書店、2007年)37頁。

15 来栖三郎「法の解釈と法律家」同『来栖三郎著作集I 法律家・法の解釈・財産法 財産法判例評釈(1)〔総則・物権〕』(信山社、2004年〔初出は1954年〕)79-81頁。

16 「法律解釈には、その性質上、価値判断が必然的に入らざるを得ない」ことを前提に「客観性のある価値判断」が必要であることについては、伊藤滋夫「基礎法学への期待—民事法研究者の立場から—」同編『法曹養成実務入門講座 別巻 基礎法学と実定法学の協働』(信山社、2005年)101、108頁。価値判断による正当化については、山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」同=中川文久編『法解釈の方法論—その諸相と展望』(有斐閣、2021年)58頁以下が示す留意点も参照。また、「法文の意味を大枠として確定し事件の処理方向を定める作業に関わり、その際に参考にするものの一覧」として、文理、体系、立法者意思、歴史、「法律意思」の観点が重要となることにつき、笹倉秀夫『法解釈講義』(東京大学出版会、2009年)5頁。これらの従前の議論を踏ま

られる。

民法は、共有者の各自が所有権の性質をもつ共有持分権にもとづき共有物全部に対する（持分に応じた）使用収益権を有することを認めており（民法第249条第1項）¹⁷、とくに当事者の意思（法律行為）によって意図して共有関係を形成する場面では、共有関係の形成はその時点での当事者間の協議と合意に基づくことが前提になっているとみることもでき、そうすると、その後の共有関係の具体の決定や変更の局面においても、協議の契機を見出すことが志向されているようにも思われる¹⁸。また、上述のように共有の発生原因は一様ではなく、局面ごとに考慮すべき利益や利害関係は変わりうる。一時的・過渡的・暫定的な共有関係だけでなく、ある程度の継続性が見込まれる共有関係も存在し、共有関係からの離脱の難易の汲み取りや継続が志向される関係の維持への考慮も必要となろう¹⁹。

ゝまえて、解釈方法の重要な視点を示すものとして、山下慎一「法解釈における立法者意思の位置づけ—裁判所と学説の協働に向けた基盤整備の試み—」福岡大学法学論叢66巻3号（2021年）963頁以下も参照。

17 「持分権」と「持分」の用語法につき、小粥・前掲注（4）547頁、同「§249」同編『新注釈民法（5）物権（2）』（有斐閣、2020年）561頁参照。なお、共有の法的性質につき、単一（分量）説および複数（独立所有権）説のいずれの立場であっても、共有（持分権）も所有権の性質を有すると解する点は共通している（大判大正8年11月3日民録25輯1944頁および前者の小粥547頁参照）。

18 使用収益に関連して、石田穰『民法体系（2）物権法』（信山社、2008年）381頁は、使用方法や収益分配の方法の決定は、使用収益の態様を決定するもので、使用収益それ自体を否定することはできないのが管理に関する決定だとする。ただし、実際に使用はできなくとも収益を得る方途が残されていればよい点に注意が必要である（381頁）。

「各共有者の持分に応じた受益（具体的な使用収益の方法は別としてそのような使用収益を通じて何らかの利益の享受）は本人の同意なく奪われてはならないものとして保障されるべき」（甲斐道太郎ほか編『物権法』（青林書院、1993年）95頁〔鈴木龍也担当部分〕）であることからすれば、その保障さえあれば、管理事項が持分過半数決を有する者の決定のみで定まるとの解釈も直ちには否定できない。

19 たとえば、近年、共有私道をめぐる課題も、継続的な共有関係の問題のひとつとして注目を集めている。共有私道の保存・管理等に関する事例研究会『複ノ

これらを踏まえると、少なくとも理念的には、持分過半数権者のみによる（単独での）決定よりも、各共有者間での一定の協議や意見表明・情報提供の機会が確保された上での決定が望ましい。

もちろん、望ましいからといって、法的にもそれらの機会の確保を民法第252条第1項前段の持分過半数決の要件とみなすべきことが直ちに導かれるわけではない。そのような解釈を選択する理由づけが必要となり、また、法（法律）が定める「要件」を考察する際には、それが充足された場合に、どのような「効果」が生じるか（いかなる効果を付与すべきか）にも注意を向ける必要がある²⁰。

3. 手続のあり方

それでは結局、共有物の管理事項の決定に際して、協議を行う契機や意見表明・情報提供の機会の提供（聴聞、議決事項の事前の通知、決定内容の事後の通知など）の確保を顧慮すべきか。共有者全員に法的な拘束力を生じうる共有物の管理の決定（持分過半数決）において、決定に至るまでのプロセスあるいは手続はどのようにあるべきかが問題となる。

ところで、実はそもそも、共有者間の協議に関する問題は商法学（会社法学）において先んじて論じられていた。もっともそれは、あくまで会社法第106条本文の解釈問題として、株式の準共有者が権利行使者をどのような要件のもとで指定することができるかにつき、準共有者の持分の価格の過半数によってその指定ができるとする見解を採った場合に、その指定

ㄨ 数の者が所有する私道の工事において必要な所有者の同意に関する研究報告書～所有者不明私道への対応ガイドライン～（第2版）』（2022年6月）[<https://www.moj.go.jp/content/001374239.pdf>] 16頁以下などを参照（持分過半数決ができるとしても「少数者との協議の機会を設けることが望ましい」ことが指摘されている〔18頁〕）。同ガイドラインについては、大谷太ほか「所有者不明私道への対応ガイドライン（第2版）について（上）（下）」法律のひろば75巻10号（2022年）49-54頁（とくに51-52頁）、同巻11号（2022年）45-49頁参照。

20 山下・前掲注（16）8頁も参照。

をする際に準共有者間での協議を要するか否かについての議論である²¹。

このような権利行使者の指定の議論は、直接に民法第252条の解釈論を考察するものではない。しかしながら、準共有に属する株式の権利の行使方法と適用法条が問題となった最一小判平成27年2月19日民集69巻1号25頁²²に対する批評では、「民法の共有のルールにおいては管理行為を行う上で協議等は必要とされていない」とみる指摘²³もみられ、これに対して民法学の側から、「民法上、その点は必ずしも明確ではないといわざるを得ない」²⁴とする応答もなされるなど、民法第252条第1項前段の解釈論として、協議の要否が解釈上明らかではないことが少なからず意識され、民法学上での議論の蓄積と深化が要請されていた²⁵。

以上のような意識のもとに置かれていた当該論点については、本稿で検討するように、2021年の民法改正の審議の過程で第252条に関する検討事項のひとつとして取り上げられ、共有物の管理に関する意思決定の手続面に光が当てられたものの、最終的に結論は出されず明文化は見送られている。

本稿は、このように解釈問題として（未解明なまま）残されてきた、共有物の管理に関する意思決定の方法・手続の問題、あるいは、共有者間の「協議」をめぐる問題を取り扱う。その問題に対し、本稿では、つぎの順

21 株式の準共有の場合の権利行使者の指定に限定された議論ではあるものの、従前より、民法学に比して活発な議論がある。詳細は、仲卓真『準共有株式についての権利の行使に関する規律 一事業承継の場面を中心に』（商事法務、2019年）33-35、270-277、402頁を参照。

22 当該判決をめぐる議論や、会社法第106条と民法の共有規定との関係の捉え方については、仲・前掲注（21）55-58、221-227、389-395、398頁以下も参照。

23 岩渕重広「判批」同志社法学67巻7号（2016年）116頁。

24 金子敬明「判批」千葉大学法学論集30巻4号（2016年）6頁。

25 仲卓真「令和三年民法改正が株式の準共有に与える影響〔上〕」商事法務2306号（2022年）8頁、仲・前掲注（21）274頁注（204）、松中学「株式の準共有と権利の行使者の指定・通知」飯田秀総＝白井正和＝松中学『会社法判例の読み方』（有斐閣、2017年）29-37頁なども参照。

序で検討を行い、問題を考察する際に欠かせない視点を探りたい。

まず、以下の第2において、2021年の民法改正の審議の内容を整理・分析し、そこでの議論の本筋を見定める。つづく第3では、そもそも従前の学説がどのようにこの問題を扱っていたのかに立ち返り、それを踏まえて2021年改正後の議論状況の展開を追う。その上で、2021年改正後も解釈問題として残された当該問題は、解釈論だけでなく、実務上においても課題を残していることにも触れて、第4にて、共有物の管理に関する「協議」の問題を考察するために重要となりうる視角を提示したい。

なお、共有物の管理に関する事項を決する際の手続の明確化の問題は、民法第251条の全員の同意を要する場面でも（同意に伴い協議の機会などを実際に要するかどうかという意味で）問題になりうるが、本稿ではひとまず、民法第252条第1項前段の持分過半数決の手続上の協議の局面を対象に、検討対象を限定して考察を行う²⁶。

第2. 2021年改正民法と共有者間の意思決定手続

1. 意思決定の「協議」の要否と「コミュニケーション」

いわゆる「所有者不明土地問題」²⁷への対処という政策的な観点をも大いに含ませて改正が企図された民事基本法制の見直しのうち、とくに2021

26 民法第251条の場面も対象に含まれることについては、法制審議会民法・不動産登記法部会第2回会議議事録（2019年4月23日）42頁〔<https://www.moj.go.jp/content/001318251.pdf>〕〔山野目章夫発言部分〕も参照。検討対象の限定という点で、本稿では、会社法第106条本文をめぐる議論の展開についても直接には取り扱わず、また、（会社法第106条本文の論点にかかわる事例および民法上の共有者間の協議の問題にかかわりうる事例に関する）判決例も詳細には取り扱わないこととする。これらの検討は他日を期したい。

27 この問題把握の仕方の意義と課題については、高村学人＝古積健三郎＝山下詠子編『入会林野と所有者不明土地問題―両者の峻別と現代の入会権論』（岩波書店、2023年）11-14頁なども参照。

年（令和3年）4月28日に公布された「民法等の一部を改正する法律」（令和3年法律第24号。以下、本稿では2021年改正民法という）²⁸では、共有制度についても規律の明確化や変更が行われた²⁹。

その際、改正審議の過程では、共有持分の価格の過半数で決しうる事項（管理行為）の範囲をめぐる議論に伴うかたちで、共有物の管理に関する事項を決する際の「手続」の側面を明確にすることは是非にも目が向けられた³⁰。

28 2021年改正民法の立案・審議の経緯と全般的な内容については、立案担当解説である村松秀樹＝大谷太編著『Q & A 令和3年改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法』（きんざい、2022年）のほか、吉田克己『現代土地所有権論—所有者不明土地と人口減少社会をめぐる法的諸問題—』（信山社、2019年）とくに3-142頁、荒井達也『Q & A 令和3年民法・不動産登記法改正の要点と実務への影響』（日本加除出版、2021年）、七戸克彦『新旧対照解説 改正民法・不動産登記法』（ぎょうせい、2021年）、生熊長幸『令和3年改正民法 解説＋全条文』（三省堂、2021年）、松尾弘『物権法改正を読む—令和3年民法・不動産登記法改正等のポイント』（慶應義塾出版会、2021年）、同『所有者不明地の発生予防・利用管理・解消促進からみる改正民法・不動産登記法』（ぎょうせい、2021年）、日本弁護士連合会所有者不明土地問題等に関するワーキンググループ編『新しい土地所有法制の解説—所有者不明土地関係の民法等改正と実務対応』（有斐閣、2021年）、山野目章夫『土地法制の改革—土地の利用・管理・放棄』（有斐閣、2022年）、山野目章夫＝佐久間毅編著『解説 民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）改正のポイント』（有斐閣、2023年）などを参照。

また、2019年10月5日の日本私法学会第83回大会における「不動産所有権の今日的課題」とするシンポジウム内容を収めた私法82号（2020年）3-53頁、法律のひろば74巻10号（2021年）4-54頁・74巻11号（2021年）4-55頁に収録の「特集：所有者不明土地の解消に向けた民事基本法制の見直し〈上〉〈下〉」（とくに佐久間毅「所有者不明土地の解消に向けた民事基本法制の見直し—民法改正関係を中心に」19-22頁）、ジュリスト1562号（2021年）13-55頁に収録の「特集 所有者不明土地と民法・不動産登記法改正」、法律時報92巻5号（2020年）71-94頁の「小特集 民法改正と不動産登記 日本登記法学会第4回研究大会」、土地総合研究25巻2号（2017年）3-145頁の「特集 所有者不明地等の課題と対応」に収められた各論稿なども参照。

29 さしあたって、山野目＝佐久間・前掲注（28）118-166頁〔藤巻梓担当部分〕参照。

30 2021年改正民法の審議過程における協議の可否をめぐる議論については、

(1) 「協議」の要否と「コミュニケーション」への着目

そのような論点に対する法制審議会での議論のきっかけは、共有制度の見直しを議論する際の当初の検討事項として、部会資料に「共有物の利用方法の定めの手続」が挙げられたことによる³¹。

そこでは、持分過半数決の意味について、学説の中には、「共有者全員での協議（話し合い）を経ることを要するとする意見がある」ものの、他方で、それに従えば、「過半数を有する共有者らの意思が合致していても、他の共有者の中に所在等が不明である者がいれば、結局、共有物の利用方法を定めることなどができなくなり、妥当ではないと思われる」ため、「共有物を円滑に利用することができるようにする観点から、このこと³²を条文等で明確にすることが考えられる」³³、といった考え方が示されている。

このように、当初は、円滑な利用を促す観点から、持分の価格の過半数を有する者の意思に合致していれば足り、共有者全員での協議（話し合い）を経ることまでを要しない立場を明確にする方向性³⁴が示され、その是非

↘ 本文で後述する改正法の解説・論評を行う先行研究に加えて、商法学（会社法学）の問題関心にもとづく仲・前掲注（25）7-8頁および同「令和三年民法改正が株式の準共有に与える影響〔下〕」商事法務2307号（2022年）80-81頁や、山田泰弘「株式の準共有—共有法制の改正を受けて—」立命館法学405・406号（2022年）761頁などがすでに明晰な整理を行っている。本稿ではこれらに多くを拠りながら、改めて議論の内実を整理する。

31 法制審議会民法・不動産登記法部会第2回会議（2019年4月23日）配布部会資料3「共有制度の見直し（1）」8頁 [https://www.moj.go.jp/content/001293295.pdf]。

32 共有者全員での協議（話し合い）を経ることを要しないことを指しているようにも思われる。

33 部会資料3・前掲注（31）8頁。どのような学説を想定しているかは明らかではないが、たとえば、後注（93）のように、部会長を務める山野目は、民法第251条と第252条とは共有者が互いに意見を表明しあう契機が論理上前提とされており、少数持分共有者の意見を聴いた上で管理方法の決定を行うことを要するとの立場を以前より示していた。

34 部会資料3・前掲注（31）8頁。

が検討事項とされたようである。

部会での委員による審議をみると、このような（「集会とか会議とかいうようなものを契機として用意するのか、そういうものを要求しなくてよいのかということについて、必ずしも明確でないという現状理解を踏まえ」³⁵）問題提起に対して、いくつか異なる角度から意見が出され、議論が重ねられている。

（a）意思決定および意思表示の要件としての整理

ひとつは、協議を要しないとする提案の趣旨が、持分過半数の共有者の意思の合致（意思表示）それ自体があればよいのか、それとも、意思の合致が表されていることを要求しているのかが提案内容からはわからず、仮に協議を不要としても、持分過半数の共有者間の意思を結合させる何らかの容態または法律要件の存在を要求するかどうかという問題があるとの指摘である³⁶。事務局担当者（脇村真治関係官）からは、あくまでイメージとしては「過半数の人で集まって話をして書類を作るとか、何かの表示行為をイメージはして」いたとの応答³⁷がなされている。

（b）意見表明の機会または情報提供を受ける機会の保障

つぎに、部会審議では、協議あるいは話し合いを経ることを求めるだけの利益ないしは権利はないとしたとしても、どのような決定がされるのか、あるいはされたのかでもいいから、少なくともそのことを知る利益ないしは地位は保障すべきなのではないか、として、持分過半数で決めたことを共有者全体に情報として行き渡らせる必要があるか否かという観点からも、

35 第2回会議議事録・前掲注（26）42頁〔山野目章夫発言部分〕。

36 第2回会議議事録・前掲注（26）42-43頁〔佐久間毅発言部分およびそれを受けての山野目章夫発言部分〕。佐久間は、協議を経ることを要しない点には賛成だが、意思の合致は何らかの形で表されていないといけないとする。

37 第2回会議議事録・前掲注（26）42-43頁〔脇村真治発言部分〕。

問題提起がなされた³⁸。

協議の要否とは別に問題とすることができるこの点については、他の委員からも、意思表示や情報提供の機会への顧慮をうかがわせる意見が出されている。

たとえば、（事務局が意識する）所在不明の場合に同意（の取得に伴う協議の機会）は取れないではないかという問題に対しては、所在不明の場合の特則を考えればよいとも思われるために、「協議や話し合いというのは、同意を取ることであれば要らないけれども、意見表明をする機会であるとか、情報提供を受ける機会だとか、そういう意義があるわけで、そういうものが全くなって決めるということでもいいのか」との意見が挙がり、仮に過半数さえ握れば、もうその者だけで全てを決めていけるという方向で規律を明確化すべきだとすると、他の共有者は分割請求により解消を行うのが望ましいことになろうかと思われるが、「共有の一般の規律として、それでいいのか」と考えると「やはりためらわれる」との指摘³⁹もみられる。結局、この点については引き続き慎重な検討を要する事項としてとどめ置かれることとなった。

（c）頭数多数決と持分価格多数決の異同への留意

また、持分過半数決における協議の問題は、議決要件の規整のあり方の問題にもかかわり、その点への留意が必要であるとの視角も呈示されている。

38 第2回会議議事録・前掲注（26）43頁〔佐久間毅発言部分およびそれを受けての山野目章夫発言部分〕。事務局担当者からは、「ここで書きたかったのは、まず、必ず協議が要るということまで言ってしまうと、正に、本当に動かなくなてきますので、そこは外した上で、なお、知る機会をどうするのかについては、効力とは直接関係ない方向で手当てするということも一つある」と応答されている（同頁〔脇村真治発言部分〕）。

39 第2回会議議事録・前掲注（26）43-44頁〔沖野眞已発言部分〕。

すなわち、組合契約における業務執行の過半数決定や組合代理の過半数同意（民法第670条、第670条の2）とは、頭数の過半数であり、通常の共有の過半数とはその点でずれがあるところ、問題は、その「共有について、頭数ということではなくて、価格の過半数ということで、決定ではなくて同意でいい、協議なしでいいかどうか」というところにあり、上述の議論は、「頭数ではなくて価格の過半数という点にも、検討すべき点があるのではないか」⁴⁰ という問題に連なりうる。この点を踏まえてどのような規律を整序すべきかが問題になる⁴¹。

（d）「コミュニケーション」と「手続保障」の意義

加えて、これらの議論を契機に、多数決の場面における（事前または事後、あるいは、事前かつ事後の）手続保障、さらには「コミュニケーション」の意義という観点をどのように考えるか、その点を軽々しく扱ってよいかどうかには慎重さが求められるとの注目すべき視角も示されている。

一般的に、集団的に利益が帰属する、あるいは法的な効果や負担も帰属するという場合に、「少数の反対者が意に沿わない結果になってしまうということは仕方がないとして、多数決でやってよいというルールが各所にある」ものの、「最近そういう議論をするときには、やはり少数の反対者に対しては、ちょっといい言葉があるかどうか分かりませんが、コミュニケーションを取りましょうということが話題」になるように思われ、事前・

40 第2回会議議事録・前掲注（26）44頁〔中田裕康発言部分〕。

41 中田の指摘を受けて、意見を取りまとめる山野目は、「組合の規律と共有の規律は、頭数でいくか、割合的な一種の投票を考えるかという差異があつて、そのことに留意する必要があるけれども、人々が討議し合うという契機、議事が行われるという契機も、それとして重要であるというふうと考えて、共有者間で議事と議決が行われるべきだという発想でいくか、持分の大きさによっては議事は要らなくて、議決が行われればそれで足りると考えるかという問題が、なるほど難しい問題」であると整理する。第2回会議議事録・前掲注（26）44頁〔山野目章夫発言部分〕。

事後の双方あるいは一方において求められるこのコミュニケーションについては、「それが別の文脈で語られると、手続保障という話になる」。このことに留意をすれば、検討事項として提案されている内容であると、協議の必要性について「何か二者択一を迫られているような感じがする」が、必ずしも「イエス・オア・ノーでは答えられないのではない」か、工夫が必要ではないかということになる⁴²。

これらの指摘を受けて、部会では、所有者不明土地問題との関係における政策的な課題の克服は別に規律を設けることでも対応が可能であることを踏まえ、「手続保障〔という文言―引用者〕は、ちょっと堅い」ことからまさに「コミュニケーションという言葉が良い言葉であろう」とされた、この「軽々しく扱うという感覚で議論をすることはできないという観点」への目配りは、引き続き重く考えていくべき検討事項であるとの認識⁴³が示されていた。

(e) 共有物の管理に関する行為についての同意取得の方法と「通知」

ところで、共有物の管理に関する事項を決する際の「手続」の明確化の問題は、(現在の民法第252条第2項第2号の内容となる)所在等不明共有者、あるいは意思決定しない(賛否を明らかとしない)共有者の同意取得の方法の問題にも関連する。

部会審議でも、その同意取得の方法のあり方を考える際に、上記(b)の点にかかわる、持分過半数決に参加していない共有者にとって「自分の

42 第2回会議議事録・前掲注(26)44-45頁〔山田誠一発言部分〕。山田は、共有者の中に所在等が不明である者がいれば決めることができないという問題への隘路は、乗り越えるべき検討事項ではあるものの、(沖野真巳委員が指摘したように特別に規律を設けることでも対処が可能なのもあってか)それを「乗り越える方策として、協議、話し合いを経ることを要しないと、それを明確にするというのではないんだろうな」という。

43 第2回会議議事録・前掲注(26)45頁〔山野目章夫発言部分〕。

権利が知らないうちに動いてしまっているということはいいいんだろうか」という問題について、賛否不明者などに用いる催告制度の活用・連関可能性があることが示された⁴⁴。このことは、持分過半数決がどの時点で効力を有するかという問題にもかかわる。

すなわち、相当な期間を定めて、管理に関する行為について承諾するかどうかを確答すべき旨の催告をすることを必要とするのであれば、返事があれば、あるいは返事がなくとも相当の期間が経過すれば、法的に効力を生ずる決定となるという「使い方」ができるのではないか、との提案である⁴⁵。

この提案に対しては、意見表明の機会保障や「通知」の問題を解決するための「ヒント」になりうる発想である、との評価が部会長（山野目章夫部会長）から出されている。具体には、コミュニケーションを不要とすることへの懸念という「理論的にこう考えられるという側面」と、実務なり事業の現場で「コミュニケーションは必ず要る、なおかつ、そのコミュニケーションは必ず重いものであるというふうにされた」のでは重くなりすぎて話が進まないという「政策的な実効性の確保という面」との両方をにらみ、隘路を打開していく際の「ありうるアイデア」あるいは「コミュニケーションを確保するための様々な工夫」のひとつであろうとの評価⁴⁶がなされ、この時点では、それぞれの制度を相互に組み込んでいく可能性が示されていた。

（２）中間試案の方向性

これらの指摘を受けて、その後の中間試案では、「共有物の管理に関する手続」と検討事項の文言が改められ、「共有物の管理に関する事項の定

44 第2回会議議事録・前掲注（26）50頁〔佐久間毅発言部分〕。

45 第2回会議議事録・前掲注（26）50頁〔佐久間毅発言部分〕。

46 第2回会議議事録・前掲注（26）50-51頁〔山野目章夫発言部分〕。

め等につき各共有持分の過半数で決する際の手続を明確にすることについて、共有者に対する意思表示の機会の保障や共有者の負担等を踏まえ、引き続き検討する。」⁴⁷と明記された。

その補足説明は、共有者全員での協議（話し合い）を経ることを要する考え方は、所在等不明共有者がいる場合などに備えて妥当ではない旨を示した上で、部会にて「共有者に対する意思表示の機会を保障することにも配慮すべきであるとの意見」があり、「確かに、共有者の意思表示の機会を保障することは望ましく、例えば、共有者の持分の価格の過半数を有する者の間で共有物の利用方法の定めを決定する際には、他の共有者に対してそのことを知らせるべく通知等をすべきとも思われる」との方向性を示す⁴⁸。

他方で、所在等不明共有者がいる場合には、通知等をするために探索等を要するなど、決して小さくない負担が生じ、「通知等を事前にすることを共有物の管理に関する事項等を定めるための要件とすると、その負担は極めて大きくなる」。通知をするとしても対象を絞ることや、通知等のルールを訓示的なものとする（要件化しない）などが考えられるが、そもそも、意思表示の機会を保障しつつ、その負担を軽減する規定を適切に置くことは難しく、また、合意に参加していない共有者の利益は、一度決した定めを変更するルールを合理化することによっても対応可能である⁴⁹、ともいう。

このように、中間試案では、意見表明の機会の保障に関連して「通知」

47 法務省民事局参事官室・民事第二課「民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）等の改正に関する中間試案」（2020年1月）2頁 [https://www.moj.go.jp/content/001312343.pdf]。

48 法務省民事局参事官室・民事第二課「民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）等の改正に関する中間試案の補足説明」（2020年1月）10頁 [https://www.moj.go.jp/content/001312344.pdf]。

49 補足説明・前掲注（48）10頁。

の意義や要件化が取り上げられることとなった。

ところで、この点については、中間試案のたたき台⁵⁰が検討された部会第9回会議でも、所在等や賛否不明の共有者の同意取得の方法の議論の際に、委員（中村晶子委員）から、「催告ないしは公告を受けて確答しなかった者、又は確答したけれども、少数者になってしまったために、反対なのに進んでしまった者」に対して、結果を知らせる通知が（当初の案では）設けられていないが、部会第2回会議で「このような場面でのコミュニケーションということ」が取り上げられていたことから、「知らないうちに進んでいるということがないように、結果の通知なども入れ込んでいただく方がよろしいのではないか」との認識が改めて示されており⁵¹、法務省民事局の幹事（大谷太幹事）からも、「コミュニケーションというものをきちんとすべきではないかという」意見と負担面との「両方の観点を踏まえて、引き続き検討」し、パブリック・コメントで意見を集めたい⁵²との方向性が示されていた。

もっとも、結局、その負担面を考慮して、共有物の管理に関する事項を決める際の手続を明確にすることについては、意思表示の機会の保障と共有者の負担等の双方を考慮に入れて、引き続き検討する方向性が示される⁵³にとどまった。

なお、手続の明確化は、「共有物の管理に関する行為についての同意取得の方法」（現在の民法第252条第2項第2号）の規律づけにも関連すると

50 法制審議会民法・不動産登記法部会第9回会議（2019年10月29日）配布部会資料17「中間試案のたたき台（共有制度の見直し（1）」）5頁 [https://www.moj.go.jp/content/001308565.pdf]。

51 法制審議会民法・不動産登記法部会第9回会議議事録（2019年10月29日）9-10頁 [https://www.moj.go.jp/content/001318251.pdf] [中村晶子発言部分]。

52 第9回会議議事録・前掲注（51）10頁 [大谷太発言部分]。

53 月刊登記情報編集室編『民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）等の改正に関する中間試案』の解説』（きんざい、2020年）2頁も参照。

ころ、中間試案では意見を述べる機会の保障という視点をも加味⁵⁴して、「共有者は、他の共有者に対し、相当の期間を定めて、その期間内に共有物の管理に関する行為について同意するかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。」とする規律を置くことが提案されていた⁵⁵。

この段階では、管理に関する行為等について同意するかどうかを確答すべき旨の催告をするプロセスを整えることにより、「協議」の必要とはまた違ったかたちで、少なくとも（事前の）「通知」に関わりうる規律の設計への顧慮がみられる。

2. 意思表示の機会保障としての「通知」の意義と規律の創設の見送り

以上にみたとおり、共有物の管理に関する事項を決する際の「手続」の明確化の問題は、「協議」の要否（およびそれが意味する内容の是非）の問題から、意思表示・情報提供の機会保障の問題（表現を変えれば「持分の価格に従って過半数で決する際の共有者相互のコミュニケーションのあり方」⁵⁶あるいは「手続保障」の問題）として、とくには「通知」の要否の問題として捉え直されることとなった。

（1）規律の創設の見送り

しかし、その後、持分過半数決の手続面に関する規律の創設は見送られる。

中間試案に対するパブリック・コメントに寄せられた意見では、このような手続の規律を設けることに慎重な意見が多かったこと、そして、他の共有者の意思表示の機会を保障しつつ、共有者の所在等を探索する負担を

54 補足説明・前掲注（48）12頁。なお、部会資料3・前掲注（31）9頁の段階では、「共有者の手続保障を図りながら」という表現が用いられていた。

55 補足説明・前掲注（48）11-14頁。

56 法制審議会民法・不動産登記法部会第17回会議議事録（2020年8月25日）26頁 [https://www.moj.go.jp/content/001330785.pdf] [山野目章夫発言部分]。

軽減する規定を適切に置くことは難しいことが見送りの理由である⁵⁷。

もっとも、部会審議では、規律創設の見送りの提案に対して、規律を設けず手続要件がない状態となることに懸念を示し、引き続き検討を求める意見もあった⁵⁸。しかし、こうした懸念に対して、事務当局を担う幹事からは、議論の出発点では協議を要しないことを明確化してはどうかと提案していたところからかわって、「コミュニケーションが必要なはずだ」ということで現行法と同じく過半数で決することだけを規律として置くことにしたとの応答があり、また、わざと排除されて権利行使の機会を奪われたような共有者がいたときには（現行法と同様に）権利濫用等によって保護が図られることから、現行法と同様の「解釈に委ねるということを考えて提案」をしたものの説明がなされている⁵⁹。

57 法制審議会民法・不動産登記法部会第13回会議（2020年6月2日）配布部会資料27「共有制度の見直し（通常の共有における共有物の管理）」11-12頁 [https://www.moj.go.jp/content/001321604.pdf]。第17回会議議事録・前掲注（56）26頁および法制審議会民法・不動産登記法部会第21回会議（2020年11月10日）配布部会資料51「民法・不動産登記法（所有者不明土地関係）等の改正に関する要綱案のたたき台（1）」8頁 [https://www.moj.go.jp/content/001332765.pdf] も参照。中間試案後の審議の整理については、仲・前掲注（25）7-8頁、山田・前掲注（30）761-762頁も参照。

58 法制審議会民法・不動産登記法部会第13回会議議事録（2020年6月2日）14頁 [https://www.moj.go.jp/content/001324562.pdf] [中村晶子発言部分]。

中村は、日本弁護士連合会が何らかの手続保障を設けるのであればということで賛成意見を示しており、そこでは「少数持分権者の権利をある意味、侵害する事態になることは間違いがないので、全くその手続保障を設けないということはいかがなものか」との意見もあったこと、また、所有者不明土地問題などのケースに限れば確かに過度な手続保障を求めると負担が大きいかもしいないが、「通常の場合を規定しておいて、必要のある場面はその手続をしなくてもいいという例外的な扱いにするというのが筋ではないか」という点、さらに、手続要件が不明であると、第三者からしても管理者を自称するものに対し、有効な協議があったかもわからず取引等に慎重にならざるを得ず、かえって利用の障害になりはしないかという点から、規律を設けないことに懸念を示す。

59 第13回会議議事録・前掲注（58）15頁 [大谷太発言部分]。「何か改めて、特別に重たいものを載せるわけでもなく、特別に軽くするわけでもない、今とノ

(2) 多数持分共有者の権利との調整と要件・効果のあり方

ただし、上記の懸念を踏まえてか、改めて（事務局内で）規律の要否について検討が行われたようである。

しかしながら、結局、少数持分を有する共有者の意思表示の機会を保障しつつ、多数持分を有する共有者の権利との調整を図る規律を適切に置くことは難しいことが加味されて、規律を設けないとする提案は維持された⁶⁰。

その際には、共有者間での「協議」または他の共有者への「通知」を義務づける規律を設けた場合の義務違反の効果の問題も理由のひとつに挙げられている。

つまり、それらを共有物の管理に関する事項の定め等を決するための手続要件とした場合に、仮に当該要件を満たさず決定が無効になれば、多数の共有持分を有する共有者の権利を過度に制約することになることから妥当ではなく、反面、それらの規律を訓示的なものとして要件化しないのであれば、結局、共有者による「協議」または「通知」を強制することができないことになるため、規律を設ける意義は乏しいもの⁶¹とみられた。

ただし、実務上、紛争予防の観点から、管理に関する事項を決する際には、当事者間において協議を行うことが望ましいことから、当事者によるそのような工夫は否定されていない⁶²。

3. 解釈に委ねられた「手続」の明確化

このように、「手続」の明確化は、意思表示の機会保障（「持分の価格に

↘ 同様の解釈に委ねるということを考えて提案」をしたという。

60 法制審議会民法・不動産登記法部会第17回会議（2020年8月25日）配布部会資料40「共有制度の見直し（通常の共有における共有物の管理）」6頁 [https://www.moj.go.jp/content/001327455.pdf]。

61 部会資料40・前掲注（60）6頁。

62 部会資料40・前掲注（60）6頁。

従って過半数で決する際の共有者相互のコミュニケーションのあり方」または「手続保障」の問題として重要な検討対象であるとの認識が共有されたものの、結果として（2021年改正前民法と同様に規律を設けず）解釈に委ねられることとなった。

では、この点について、そもそもこれまでにどのような解釈論の蓄積・展開があったかといえ、どうやら「未解明のまま」⁶³の問題であったようである。

すなわち、後述するように、少なくとも2021年改正民法の改正審議以前には、共有物の管理に関する事項を共有持分の過半数で決定するための手続について、共有者全員で実際に協議を要するか、そこまで要求しなくとも、意思表示の機会を与えるべきであるか、さらに、共有者の所在がわからない場合も含めてどのように考えるべきか、などの多くの問題が未解明のままであった⁶⁴。むしろ、2021年改正民法の審議を契機に議論が深まることとなったことから、そのような手続面の規整のあり方に関する検討に対しては、中間試案が出された段階ですでに、「適切な視点の設定」であるとの評価がなされ、「一定の提案がなされること」が「期待」⁶⁵されていた。

しかしながら、先にみたとおり、結果として2021年改正民法では、協議の可否や意思表示・情報提供の機会の保障について規定は置かれず、それらの手続のあり方は解釈問題として残された。ただし、規律化は見送られたものの、奇しくも上記のような期待に応じるかたちで、改正後には意思決定手続の機制的あり方について一定の学説の展開がみられる。

以下では節を分け、従前の学説状況がどのようなものであったかを概観

63 吉田克己「第249条～第255条（共有の内部関係）」同編著『物権法の現代的課題と改正提案』（成文堂、2021年）608頁。

64 吉田・前掲注（63）608頁を参照。

65 吉田・前掲注（63）608頁。

した上で、2021年改正民法（の審議）を経て、現在に至るまでの議論状況の展開について検討を行う。

第3．協議必要説と協議不要説

1．協議必要説と協議不要説の対立？

2021年改正民法の審議を契機に関心が注がれた共有物の管理に関する事項についての持分過半数決の「手続」の規整のあり方について、学説上ではこれまでどのようなかたちで取り上げられ、関心が払われてきたか。未解明なまま⁶⁶ 取り残されていたとされるこの問題について、適切な解釈論を思案するためにも、現在までにいかなる議論が重ねられてきたのかを見定める必要があろう。

（1）起草時の議論と理解

民法起草時の共通理解はどうであったかという点にまで遡れば、民法起草時の法典調査会では、民法第252条の規律内容に関する議論⁶⁷ の際に、

66 ただし、本文前述のように、株式の準共有の問題に対して、商法学（会社法学）上では先行して協議の要否をめぐる解釈論が培われてきたことには留意を要する。前注（21）も参照。

67 『法典調査会民法議事速記録』（日本学術振興会）第拾卷17丁裏-19丁裏（国立国会図書館デジタルコレクション<https://dl.ndl.go.jp/pid/1367537>〔参照2024-12-13〕）（以下、こちらを速記録として引用する）。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2 法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会、1984年）では77-78頁。規定の起草・編纂の経緯および史料に関しては、名古屋大学大学院法学研究科・佐野智也の運営による「法律情報基盤」HP（<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/>）上の史料集データベースも参照。本稿におけるURLの最終確認日はすべて2024年12月13日である。

なお、民法第252条の法典調査会提出時の条文番号は原案第251条（甲13）であり、1895年の整理案の段階で第252条として整えられた。また、同条の起草時に参照条文として挙げられている旧民法第37条第4項は、共有物の管理に関しては、「各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為スコトヲ得」とノ

共有者間の意思決定の手續や協議の要否にかかわる「持分ノ価格ニ從ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス」の具体的内容について、取り立てて言及するような議論はみられない⁶⁸。

ただし、富井政章が同条の規律を置く際に明示して「例ニ依」った⁶⁹ という（参照条文⁷⁰ として挙げられている1865年民法典としての）イタリア

ゝ定めるのみであった。

68 法典調査会で起草理由を説明する富井政章によれば、原案第251条（甲13）は、共有物の管理に関連して「各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為スコトヲ得」と定める旧民法第37条第4項の内容を実質的に変更するものであり、旧民法は（明確には書いていないものの）共有物の管理は共同（全員一致）で行わなければならないという主義を採用していたようであるところ、それでは「甚ダ不便デアラウ」し、多くの場合に管理が妨げられ、共有者一同の不利になるために、「價格ニ從ヒ過半数ノ意見ヲ以テ決ストスレバ夫レデ十分デアラウト考へ」たという（なお、その際、管理行為を軽微なものと重大なものに分けて規律することも検討したものの「煩ハシイコトデアル」としてそのような区別を採用しなかったという点は、今日において改めて興味深い）。それ以上に持分過半数決の具体的方法についての言及はない。速記録・前掲注（67）17丁裏-18丁表（商事法務研究会版では77頁）を参照。

なお、持分過半数決による意思決定方法については、中村元嘉から、共有山や入会山では「根元」が管理するという慣習があり、必ずしも持分に依らない決定方法がありうるということが指摘されているが、富井はそのような慣習は初めて聞いたとした上で、入会については各地の慣習調査の資料を踏まえて、民法第263条により各地の慣習に委ねると応答していた（速記録18丁裏-19丁表〔商事法務研究会版では77-78頁〕）。

69 富井は、第252条の起草の際に依拠した法典として、明示的にはイタリア民法とスペイン民法を挙げている。速記録・前掲注（67）18丁表（商事法務研究会版では77頁）。具体的に規律のどの部分を取り上げて参考としたかは富井の発言からは明らかではないものの、持分過半数決の規律が参照の対象とされたとの評価につき、大島俊之「民法249条～253条の沿革—イタリア法を継受したわが民法規定—」大阪府立大学経済研究35巻4号（1990年）29-33頁、同「イタリア旧民法の規定を継受したわが物権法規定」神戸学院法学24巻3・4号（1994年）196-198頁。

70 列挙されている参照条文は、旧民法財産編第37条第4項、（当時の）オーストリア民法第833条から第838条、イタリア民法第678条、スイス（グラウビュンデン）民法第211条、スイス（チューリヒ）民法第112条、モンテネグロ財産法第104条、第105条、スペイン民法第395条、第398条、ベルギー民法草案第939条、ノ

旧民法第678条第1項では、「共有物件ノ管理及ヒ良好ナル使用ニ関シテ共有主ノ過半数ヲ以テセル議決ハ反対意見者ト雖モ必ス之ニ協同セサル可ラス」とされ、また、同条第2項では「過半数ヲ以テセル議決トハ其議場ニ於テ共有物件ニ関スル利益ノ部分ノ過半ナル部分ヲ以テ之ヲ決定スル者ヲ謂フ」というように⁷¹、共有者間の「議決」とは「其議場」における持分過半数による決定であることが示唆されている⁷²。

これに関連して、そのほかにも相応の注意を向けておくべきは、参照条文として列挙のある当時の諸外国の法典には、決定に際して協議のプロセ

ㄨ ドイツ（帝国法）民法第1草案第765条第1項、同条第3項、第766条、ドイツ（帝国法）民法第2草案第680条、第681条、ドイツ（プロイセン王国）一般ラント法第1部第17章第12条、第19条、第20条（掲載順）となる。

71 条文訳については、デョゼフ・ラルシュ（光妙寺三郎訳）『伊太利王国民法』（司法省、1882年）（国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/792178>〔参照 2024-12-13〕）592-593頁を参照。また、李穀多＝石田剛＝山田憲一＝金敏圭「＜史料＞共有法（二）」民商法雑誌105巻2号（1991年）255頁〔石田剛担当部分〕も参照。

72 ナポレオン民法典の生き写しとも評される1865年制定の旧民法典後には、ドイツ法の影響を受けたとされる現在の民法典が1942年に施行されている。岡本・前掲注（7）3頁以下（共有物の管理につき202頁）、同『イタリア不動産法の研究』（晃洋書房、2006年）25-30頁、大島俊之「イタリア民法典成立史の素描」大阪府立大学経済研究26巻3・4号（1981年）143頁以下など参照。

共有物の管理に関する現在の規定では、「議場」といった表現が採られていないものの（イタリア民法第1105条第2項）、持分過半数決の有効性については全ての共有者があらかじめ決議の目的を知らされていることが要求されるとの事前通知に関する規律（同条第3項）が加えられている。条文訳として、風間鶴寿＝石田喜久夫「イタリア民法典 第三編（7）」大阪府立大学経済研究26号（1963年）80頁、風間鶴寿『全訳 イタリア民法典—民法・商法・労働法—〔追補版〕』（法律文化社、1977年）178頁を参照。

個人と国家との間に集団秩序をおいている（岡本（不動産法）・はしがき i）、とも評されるイタリア法（私法）において、物権法上の共有においても、団体的な手続的正統性を確保する議決事項の事前通知の規律が整えられていることは興味深いものの、ここでは、物権法上の共有における持分過半数決の手続面の規律にヴァリエーションがありうることを指摘するにとどめておく。

スを要しうることを示唆する規律⁷³を用意するものがあったことであろう。しかしながら、意思決定の手のあり方に対し、各国の法典が意味する内容を含めて起草時の論者がどのように考えていたかについては、いずれにしても法典調査会の議論（および民法修正案理由書⁷⁴）からは明らかではない。

（2）持分過半数決の「手続」への関心

以上のように、「管理に関する事項」を共有者間で意思決定するための手のあり方は、当初から民法施行後の解釈に委ねられていた⁷⁵。

それでは、その後の学説上において、どのような議論が展開されているかといえは、民法第252条をめぐる重要な論点⁷⁶の影に隠れてしまってい

73 第252条起草の参照条文に挙げられているスイス（グラウビュンデン）民法第211条とモンテネグロ財産法第104条とが、決定に際して協議のプロセスを要しうることを示唆する規律を置いていた。

すなわち、前者は「物の通常の管理及び使用に関して共有者間にいかなる特別の了解もないときは、このことの相談のために全共有者が招集されなければならない、それに関する有効な決議のためには、持分の多数を代表する一人又は複数の共有者の同意が必要である。」と規定し、後者は「共有物の通常の管理及び使用に関しては、各共有者はそれぞれが自らの希望と見解を表明した後に行う、多数の決定に拘束される。多数は頭数ではなく、持分によって計算される。但し、別のことが明示的に定められている場合はこの限りではない。」と規定していた（傍点は引用者による）。条文訳は石田・前掲注（71）255-256頁に拠った。原文は前注（67）の「法律情報基盤」HPの民法第252条部分（https://law-platform.jp/hist/129089d/129089_131009/AQD8AQEB#rev-5af95ea7ea0bef26fd8cb48e）を参照。

74 『未定稿本／民法修正案理由書』212-213頁（参照は廣中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987年）272-273頁による。管理行為と処分行為の区別に関連する議論については同730頁も参照）。

75 たとえば、梅・前掲注（10）195-196頁、同『民法 第二編 物権 全』（国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/pid/2937479>〔参照 2024-12-14〕）60、62頁、富井・前掲注（10）168-170頁（頭数ではなく過半数持分権利者の「意見ニ従フヘキモノト」したという）も具体的な持分過半数決の方法や協議の要否には何も触れない。

76 多くの概説書・体系書などで、共有者間の内部（対内的）関係・利用関係ノ

たからか、持分過半数決の具体のあり方や決定に至るまでの手続・協議の要否について、(少なくとも民法学においては) これまでは十分には関心が払われてこなかった⁷⁷、と評しうるように思われる⁷⁸。

ㄨに触れられる際には、(狭義の) 管理行為(管理に関する事項)とは何か、保存行為および変更行為または処分行為との区別をどのように整序すべきかをめぐる論点への言及が論述の中心を占める。

77 たとえば、我妻栄(有泉亨補訂)『新訂 物権法(民法講義Ⅱ)』(岩波書店、1983年)314頁以下では、(物権法上の) 共有について24頁にわたって詳述されているものの、共有物の管理を決する際の協議の要否や手続の具体的内容に関する叙述はない(とくに322頁。「使用方法・収益分配の方法などについて」の「協議」または「取り決め」は「共有物の管理にあたる」から民法第252条本文に従ってなすべきと述べるにとどまる)。

そのほか、代表的なものを挙げれば、つぎの概説書・体系書類などでも、持分過半数決の手続のあり方や協議の要否についてはとくに言及がない。

川名兼四郎『物権法要論』(金刺芳流堂、1915年)120-122頁(例示されている持分過半数決の例は協議を前提とした例)、三瀧信三『物権法提要 第一冊〔第7版〕』(有斐閣、1920年)137-139頁、末弘厳太郎『物権法 上巻』(有斐閣書房、1921年)422-426頁(「共有者は相互間の特約を以て具體的の使用収益方法を協定するのが通例であ」りそれが調わなければ分割するほか救済の方法はないという)、鳩山秀夫講述『物権法』(国文社、1928年)176頁、葉師寺志光講述『物権法 第1分冊』(広文社、1933年)83-84頁(昭和7年度法政大学講義案)、田島順『物権法』(弘文堂書房、1935年)189頁、勝本正見『物権法概説 上巻〔訂5版〕』(巖松堂書店、1949年)179-180頁、末川博『物権法』(日本評論社、1956年)312-313頁、柚木馨『物権法』(青林書院、1959年)179頁、舟橋諄一『物権法(法律学全集18)』(有斐閣、1960年)383-384頁、石田喜久夫『物権法』(日本評論社、1977年)79頁、広中俊雄『物権法〔第2版〕』(現代法律学全集6)『(青林書院、1982年)426-428頁(より一般的に「使用の順序その他具体的な使用方法については協議が必要になる」という。また、「過半数」を制した共有者がその実行について管理権を取得するものと解することが妥当」として「意思決定の問題」と「決定の実行の問題」とを区別する視点が有用となりうることを示す)、林良平『物権法』(青林書院、1986年)119頁、半田正夫『物権法』(有斐閣、1986年)109頁、甲斐道太郎ほか編『物権法』(青林書院、1993年)94-95頁〔鈴木龍也担当部分〕、川井健『民法概論2(物権)〔第2版〕』(有斐閣、2005年)181-182頁、田井義信ほか『新 物権・担保物権法〔第2版〕』(法律文化社、2005年)145頁〔岡本詔治担当部分〕(共有物の維持管理や利用は「団体的な規制に服することもある」とする)、鈴木・前掲注(10)39-40頁(ただし正当な理由にもとづかない持分過半数決の合意は場合により「権利濫用とシメ

なぜこれほどまでに意思決定の手續面に関心が払われてこなかったか、については、(通常の)共有がいわゆる権利者間の団体性(団体的結合)

ゝて無効」となりうる余地を指摘する)、松尾弘＝古積健三郎『物権・担保物権法〔第2版〕』(弘文堂、2008年)199頁〔松尾弘担当部分〕(民法第252条は「共有物の管理方法に関する意思決定権限の問題」となることを示す)、石田・前掲注(18)381-382頁、内田貴『民法I第4版』(東京大学出版会、2008年)397-398頁、石崎泰雄＝渡部達徳編『新民法講義2 物権・担保物権』(成文堂、2010年)67、70-72頁〔水津太郎担当部分〕(共有物の管理権が個人に帰属する共同所有類型を「共有」とした上で「決定には過半数の同意を要する」と表現する)、田山輝明『物権法』(成文堂、2012年)210-211頁、七戸・前掲注(6)206-208頁、石口修『民法概論2 物権法』(信山社、2015年)538-539頁、近江幸治『民法講義II 物権法〔第4版〕』(成文堂、2020年)245-246頁、松井宏興『物権法〔第2版〕』(成文堂、2020年)198-199頁など。

また、2021年改正民法の内容を踏まえたものでは、生熊長幸『物権法〔第2版〕』(三省堂、2021年)86-88頁、安永正昭『講義 物権・担保物権法〔第4版〕』(有斐閣、2021年)189-198頁、中舎寛樹『物権法』(日本評論社、2022年)182-184頁、大村敦志『新基本民法2 物権編〔第3版〕』(有斐閣、2022年)126-135頁、藤原正則『物権法〈物権・担保物権〉』(新世社、2022年)52-53頁、千葉恵美子＝藤原正則＝七戸克彦『有斐閣アルマ 民法2 物権〔第4版〕』(有斐閣、2022年)101-104頁〔七戸克彦担当部分〕、大場浩之『物権法』(成文堂、2023年)52-53頁なども同様。

これに対して、近時の物権法に関する概説書・体系書類のなかには、2021年改正民法より以前のものを含めて、(従前に比して)持分過半数決のあり方や協議の要否に触れるものがいくらか見受けられる。協議の要否の問題を論じる本文後述の見解を参照。なお、協議の要否を直接論じるものではないが、加藤正信『新民法体系II 物権法〔第2版〕』(有斐閣、2005年)286頁(288頁も参照)は、共有物全体の管理は「共有者全員の協力が必要となり、共同管理となる側面もあり」、共有物をいかに使用するかなど、「共同管理として、共有者全員がかかわらざるをえない問題である」ことを示す(「持分価格を基準とした過半数によって決定される協議が成立した場合には、それに従って共有物を使用・収益しなければならない」という理解には、全共有者間での協議の存在が前提視されているようにも思われる)。

78 もっとも、本文後述のように、2021年改正民法の改正審議以前にも協議の要否について一定の評価を示す見解は存在する。ただし、なぜ協議を必要(不要)とすべきかという根拠についても論者ごとに問題把握の視点が異なり、(少なくとも2021年改正民法以前には)一定の共通理解の形成や論争的な討議が行われている状況にはなかったように思われる。

が「極めて微弱」⁷⁹な共同所有形態であると理解されてきたことと無縁ではないようにも思えるものの、はっきりとした理由はわからない⁸⁰。いずれにせよ、通常の共有であっても、単独所有とは異なり、所有者が複数存在することから、共有物の利用などについて、共有者相互間でどのように意思決定をして、その内容をいかに実現（実行）するかという、権利者の「意思決定とその実現」⁸¹としての共有物の管理が問題となるはずであるが、それへの関心が従前には十分に払われていない。

（３）星野英一による視点設定

もっとも、議論が乏しい学説状況であったにもかかわらず、かねてより、星野英一は、共有物の利用関係（使用方法）における「多数決」と「協議の要否」⁸²の問題に少なからず意識を向けていた。

（a）近時の注釈書から

この点に関連して、2021年改正民法の審議において取り沙汰されたことを契機に、共有者相互間の意思決定の手続のあり方（「コミュニケーションのあり方」）への目配りがより一層求められることとなったところ、近時の注釈書では、民法第252条第1項前段（2021年改正前民法第252条本文）にいう「決する」につき、多数持分権者といえども協議を経てから結論を

79 我妻・前掲注（77）317頁などを参照。

80 上河内千香子「ドイツ法における共有物の管理に関する理論形成—裁判例及び学説の検討を中心に—」琉大法学66号（2001年）120頁は、日本では、多数決による管理の際における少数者保護の視点に関して、区分所有建物における多数決を対象とした検討の試みは以前よりあるものの、「区分所有建物以外の共有物については、このような多数決による管理と少数者保護の問題は、特段意識されていないようである」とみる。

81 共有物の管理を「意思決定とその実現」の問題と捉えて論じる視点を示すものとして、野村豊弘『民法Ⅱ 物権〔第2版〕』（有斐閣、2009年）112-113頁。

82 星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会、1973年）134、136頁。

出すべきなのか、協議を経るまでもなく結論を出してよいのかが問題となりうるとの問題意識が提示されている^{83,84}。そこにおいても、かねてより星野英一が、持分過半数決における協議の要否の問題を論じていたことが触れられている。

(b) 共有物の使用方法と協議

それでは、協議の要否への関心が乏しかった当時において、そもそも、星野はいかなる問題意識のもとで共有者の意思決定の手続の問題を捉えていたか。

星野は、2分の1の持分しか有しない共有者が単独で賃貸借契約を解除することができるかなどが（適用法条を含めて）争われた最三小判昭和39年2月25日民集18巻2号329頁に対する判例批評において、「協議」が要請されうる問題を取り上げる。

星野によれば、どの程度の多数が必要かの問題とは別に、共有者の意思決定のために全員の協議の機会をもつ必要があるか否か（「全員の協議を

83 小粥・前掲注（8）574-575頁。小粥は、多数持分権者の意向が決まっている場合に改めて協議せよというのは「無益の要求」ともいえるため、協議を必要とする解釈を採用することが難しいように思われるとの立場を示しつつ、他方で、協議を経ずに他の共有者に無断で共有物の占有が始められた場合には、協議もせずに利用を始めたことを理由として共有物の使用の停止や原状回復請求が認められるべきように思え、そうだとすれば協議は必要だと解すべきことになるとの逡巡をみせる。また、民法第249条に関する小粥・前掲注（17）564頁は、共有者の一部が協議を経ずに無断で占有を開始したことそれ自体が最一小判昭和41年5月19日民集20巻5号947頁のいう（他の〔持分過半数を有する〕共有者が）「明渡を求める理由」になりうる余地に触れる。

84 川井・前掲注（8）455-457頁（川島武宜編『注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、1968年）324-326頁〔川井健担当部分〕も同様）では、（2021年改正前）民法第252条本文の「決する」の文言の意味や持分過半数決の手続の点にはとくに言及はされていない。ほかに、遠藤浩＝鎌田薫編『基本法コンメンタール物権〔第5版新条文対照補訂版〕（別冊法学セミナー188号）』（日本評論社、2005年）121頁〔中尾英俊〔鎌野邦樹補訂〕担当部分〕なども同様。

経ること（招集や決議（持ちまわりでも）などの手続をすること）を要するか、多数を占める者の意思が確認できればよいか）の問題がある⁸⁵。その上で、星野自身は、共有物の使用方法に関する協議がない事案では、無断で使用収益または現実の占有を行う共有者に対し、他の共有者は使用方法の協議をする（協議に応ずる）旨の請求を行うことができるとし、「使用方法の協議がないのに使用する者は、ある意味で合意（つまりその協議によって定まった方法によって使用するという意味での）の違反⁸⁶があるともいえる」として、とにかく協議を通して結果を実現すればよいことを志向する（ただし、実質的考慮のもと協議なしに目的物を使用している共有者に対して使用の停止と原状回復までは請求できないとする）⁸⁷。

（c） 星野英一の視点設定 一民法第249条とのかかわり

このような考え方は、共有物の利用関係につき、協議を経た共有者相互の意思決定により、具体的な使用方法を取り決め、それにより法律関係が定まることを重視する立場にもみえる。

もっとも、その帰結は、星野の民法第249条（と第251条および第252条

85 星野英一「判批」同『民事判例研究 第3巻 1 総則・物権』（有斐閣、1990年〔初出は1967年〕）213、218頁。なお、（2021年民法改正前の）民法第252条本文は、意思決定についての規定であり、行為の方式についての規定ではないとして、意思決定の問題と意思表示および方法の問題とを区別する必要を説く（214頁）。また、最小判昭和41年5月19日民集20巻5号947頁についての同「判批」同書（同じく初出は1967年）208-209頁も参照。

もっとも、星野・前掲注（82）136頁では、「持分の過半数を占める者だけで決めることができるのか、いちおうは会合をもたなければいけない（欠席者はしかたない）のかは、明らかでない」といい、自身の立場を明らかとはしていない。

86 ただし、組合や村落共同体においては協議違反者に対する団体的制裁（除名など）がありうるが、「普通の共有」においては、結局分割請求しか手段がないと説く。星野・前掲注（85）220頁。

87 星野・前掲注（85）218-219頁。小粥・前掲注（8）575頁の整理も参照。

との関係)の理解に拠っているように思われる。

すなわち、星野は、「民法249条に、各共有者は持分に応じた使用収益ができる」とあるところから、現実にも使用収益権があると考えられているようだが、厳密にいうと、同条は、共有者の現実の使用収益権の基礎および割合を定めた抽象的な規定であって、現実の使用収益権は協議によって発生するものと解すべきではないか⁸⁸(傍点は原文ママ)との解釈の工夫を示しており、共有物の利用または使用収益の場면을主に捉えて、各共有者の権利(とくに〔現実の〕使用収益権)と「協議」との関係に眼を向ける必要を説いていたからである。

このような見方を突き詰めれば、(共有物の購入など)各共有者が意図して共有関係を形成した場合には、基本的に、共有関係を形成した時点での協議によってその本質的な事項については決定されているはずであり、むしろ協議が先であってこれに基づいて共有関係が形成されているとみることもでき、このことは民法第249条が各共有者に共有物全部の使用収益権を認めていることとも符合する、といった発想⁸⁹にも連なるように思われる。

このような発想とは異なる立場⁹⁰もありえようが、このような発想に立

88 星野・前掲注(85)220頁。同趣旨の理解のもと、使用収益の「具体化」は「共有者全員の協議の上」で持分過半数決によりそれを定めることを要するとする判決例として、東京地判昭和35年10月18日判タ115号65頁がある。当該判決の理解は前注(85)の昭和41年最判の考え方にも近いと指摘するものとして、奈良次郎「判批」法曹会編『最高裁判所判例解説 民事編 昭和41年度』(法曹会、1970年)253頁注(4)。

89 このことを志向するものとして、鎌野邦樹=田邊誠=森宏司「共有」鎌田薫(ほか編著『民事法I〔第2版〕—総則・物権』(日本評論社、2010年)338頁〔鎌野邦樹担当部分〕。ただし、当初の協議を前提とした共有関係が継続している場合の共有物の通常の管理については、各共有者の持分の価格の過半数で決するというが、その際の協議の要否には触れられていない。また、この当初の協議が崩れると現実には分割請求を招来するという。

90 最一小判昭和57年6月17日判時1054号85頁に関する石田喜久夫「判批」判

てば、だからこそ「協議」は必要⁹¹となる、とひとまずは導かれうる。

（４）協議必要説と協議不要説⁹²

（a）協議必要説（2021年改正民法以前）

星野の問題提起に連なるものかとは定かではないものの、2021年改正民法の審議以前にも、比較的近時の学説のなかには、共有者の内部関係における共有物の具体的な使用方法を決する際の「協議」に一定の意義を見出そうとする立場がある。これらの論者は、少数持分権者（各共有者）の利益の保護や、意見表明の契機・機会そのものを重視して、その意義を導く。

たとえば、山野目章夫は、民法第251条と第252条には、「共有者が互いに意見を表明しあう契機が論理上前提」とされることを顧慮して法文解釈を行う⁹³。

ㄨ 例タイムズ505号（1983年）39頁は、共有者相互間において共有物の具体的使用が問題となるときは、民法第252条本文（現在の同条第1項）のみが働き、第249条は後景に退くとみるのが現実的であり、明渡請求の場面に対象に、管理方法を改めて協議せよなどというのは「屋上に屋を架すに似た「無益の要求」といふべき」であるという。

91 相続などにより共有関係が意図せずに生じた場合にはどう考えるべきかについて、鎌野・前掲注（89）338頁は、意図せずに共有関係が生じた場合には、その時点で始めて共有物を共有者間で現実にとどのような形で使用するかを協議しなければならないという。（相続を原因とする共有者間の）協議不調の場合は、遺産分割手続の方に移行するというが、現実には、協議がなされる場合のそれは遺産分割の協議であることが多く、それと切り離されたかたちの協議がなされることは稀であろうとみる。なお、ここでいう協議には黙示の協議を含むようである（339頁）。

92 株式の準共有の問題に引き付けて、民法学における従前の学説を明快に整理するものとして、すでに仲・前掲注（25）7-8頁がある。実務的な観点をも織り込んだ学説整理としては、後注（130）なども参照。

93 山野目章夫『物権法〔第5版〕』（日本評論社、2012年）169頁。ただし、同『民法概論2 物権法』（有斐閣、2022年）221-227頁では、協議の要否に言及はない。清水元＝山野目章夫＝良永和隆『新・民法学2 物権法〔第4版〕』（成文堂、2011年）120頁〔山野目章夫担当部分〕も参照。

すなわち、「そのような契機そのもの、またはそれを介して成立する合意」が「共有者の協議」⁹⁴であり、第252条の「決する」とは、「表決を行うことを意味するから、過半数の持分を有する者が、少数持分共有者に無断で管理方法の決定をすることはできない」⁹⁵。もっとも、少数持分共有者の意見の聴聞の機会の確保が求められればよく⁹⁶、なぜならば、それさえあれば、その意見に反する決定および執行があっても、その者の利益を不当に損なうものとはいえないからである。

また、松岡久和は、「多数決による使用方法の決定」における「一種の手続的保障」⁹⁷の観点から、協議手続への参加と持分過半数決の拘束力とを結びつける。

具体には、共有物の具体的な使用の割当ては、共有物の管理に関する事項であるために「多数決による使用方法の決定」によってなされるが、ここでの「多数決は全員の協議を経ることが前提」であり、「全員で協議する手続を経ずに持分割合の多数者で決めても、協議に参加していない少数持分権者は決議に拘束されない」⁹⁸と説く。

94 この「協議」は、民法第251条と第252条が明示に用いる概念ではないが、「258条1項の用語法などを参考として、ともに共有者の協議とよばれる」という。山野目・前掲注(93)169頁。なお、管理行為は「協議により持分の過半数で決定すべきものとされている」との表現を採るものとしては、河上正二『物権法講義』(日本評論社、2012年)302、304頁も参照。

95 山野目・前掲注(93)171頁。このような視点については、本田純一＝湯川益英＝原田剛＝橋本恭宏『ハイブリッド民法2 物権・担保物権法』(法律文化社、2007年)146-147頁〔本田純一担当部分〕も同旨。

96 聴聞の機会があれば、その意見に反する決定および執行があっても、その者の利益を不当に損なうものとはいえないとする。山野目・前掲注(93)171頁。

97 松岡久和『物権法』(成文堂、2017年)47頁。また、「多数決の限界」として、持分割合と著しく異なった少ない使用割当てを押し付けるなどの一部の共有者に不合理で不均衡な不利益を与える多数決は、持分権の侵害となり、不利益を受ける共有者の同意がない限りは無効であると説く。共有物の変更とみなすということか、あるいは、2021年改正民法後の「特別の影響」(第252条第3項)による承諾取得の枠組みに似た視点が提示されているように思われる。

98 松岡・前掲注(97)47頁。使用方法の決定以外の共有物の管理に関する事

(b) 協議不要説（2021年改正民法以前）

これとは反対に、共有物の管理における「協議」を必須のものとはみなない立場も示されていた。論者により、協議（および通知）は要請されないとする論拠は異なる。

実質的考慮を踏まえてその帰結を導く論者として、佐久間毅は、協議を要するとした場合における実質的な難点を含む5点の理由を挙げて、「共有者全員で協議をする必要はない」と解する⁹⁹。

その理由として佐久間は、①文言上（民法第258条第1項と異なり）民法252条第1項については協議が予定されていないこと、②（日常的な管理にも）協議を要すると所在不明者や意思能力を欠く共有者がいた場合には困難が伴い（2021年改正後の同条第2項の裁判を経る必要があり）過剰な制約となること（決定の容易化を図る同条第1項の趣旨にも反すると解する）、③例外的に協議が不可能・困難な場合には協議を不要とする規整では、不可能・困難の判断は容易でなく、事後に争いが生じうると共有物の管理を妨げ、法律関係の安定性に支障が生じること、④協議を必要とすることが少数持分権者の意思または利益の尊重にどの程度つながるかが不確かであること、⑤不満のある共有者は持分権の譲渡または分割請求などにより共有関係からの離脱あるいは共有関係の解消を図ればよいこと、といった細かな顧慮を踏まえた理由を挙げる。

これらの理由のもと、佐久間は、本来、法律関係の安定のためには、共有者全員で協議することや、仮に一部だけで過半数決定をした場合にはその決定を他の共有者に通知することが望ましいとは述べつつも、通知につ

ㄨ 項についても協議を要するかと考えるかまでは明らかではない。

99 本文以下の理由を含め、佐久間毅『民法の基礎2 物権〔第3版〕』（有斐閣、2023年）213-214頁。2021年民法改正前の第2版（2019年）でも同様の記述がある（第2版・199頁）。ただし、第2版では本文中に記載のあった持分過半数決の方法・手続の記述は、第3版では補論となっている。

いても不要とする¹⁰⁰。

平野裕之も、管理に関する事項につき、全員で協議した上で決定することまでは必要ではなく、過半数の持分割合を有する者だけで決定することですら足りる（共有者全員が自己の意思を表明し協議に参加する機会を与えられていなくてもよい）とする¹⁰¹。その理由は、「団体を構成しているわけではないので、団体としての意思決定のプロセスを確保する必要はなく」¹⁰²、また、「不満のある共有者には分割請求権が保障されている」¹⁰³からである。

ただし、通知についても不要と解する佐久間とは異なり、平野は、「共有者は共有物の管理に利害関係を有しているため」に、他の共有者への「決定内容の通知」は必要との立場をとる¹⁰⁴。

(c) 視点

これまでの議論をみるかぎり、民法第252条1項前段の法文解釈として、そこでの決定に、共有者が（一定のプロセスを経て）意思を表明・聴聞す

100 佐久間・前掲注（99）214頁。少数持分権者はそのままでは決定を覆すことができないのであるから、協議または通知がされなければ決定の効力が認められないとすることは、共有物の適法な管理を「益なく難しくすることにしかならない」とみる。もっとも、共有物の使用方法については、持分過半数決は「共有者の権利の行使の一つであるから」、多数持分権者が共有物の現占有共有者を害するためにした場合など、決定が権利の濫用にあたるときは、その決定に効力は認められないと説く（224頁）。なお、第2版（2019年）では、上記と同様の帰結を導くにあたって、（2021年改正前の）「252条本文は、共有者の持分権を侵害することとなる決定を許容するものではない」という（第2版・209頁）。

101 能見善久＝加藤新太郎編『論点体系 判例民法2 物権〔第3版〕』（第一法規、2019年）350頁〔平野裕之の担当部分〕。ただし、解釈上明確ではないため「疑問は残る」との留保を付する。

102 平野・前掲注（101）350頁。

103 平野裕之『物権法〔第2版〕』（日本評論社、2022年）362頁。

104 平野裕之『コア・テキスト民法Ⅱ 物権法〔第2版〕』（サイエンス社、2018年）212頁。

る契機までを見出すか否かを問う際に、論者によって従来の通常の共有の制度趣旨や「共有観」¹⁰⁵の理解に隔たりがあるように思われる。団体性の強弱（団体的結合と個人主義的色彩との相互関係）あるいは多数決原理の捉え方¹⁰⁶にも関わるように思われるが、その理解に応じて、多数決の場面における「一種の手続的保障」の観点への比重の置き方にも違いが生じている。

協議の内容についても、実質的な議論の場が用意されるべきか、事前の聴聞（意見表明）の（個別の）機会の確保でよいか、論者によって想定する内実が異なるように思われる。いずれにしても、実質的な議論の場を形成する協議を要するかと別には、（議決事項の事前のまたは決定内容の事後の）通知の要否（情報提供の機会の確保など）が問題になると捉えられているようであり、また、協議（および通知）を不要とする立場においても、規定の文言だけに拘泥せず、第252条第1項前段の規定の趣旨（決定の容易化を図るものとの視点）を読み解いたり、単なる共有と団体の意思決定プロセスとの違いなどが強調されているように思われる。

加えて、通常の共有では、持分権の譲渡や共有物分割請求権による共有関係からの離脱またはその解消が強く保護されていることも、「協議」または「通知」を必要とせずに多数決で管理事項を決定できることの正当化根拠になりうる、との視点もみてとることができる¹⁰⁷。

これらの議論からは、協議（または通知）の要否を検討するに際しては、協議や通知の確保が各共有者（とくに少数持分権者）の意思や利益の尊重

105 この用語法については、第17回会議議事録・前掲注（56）38頁〔山野目章夫発言部分〕を参照。

106 ただし、多数決による法的拘束力を導く際には、団体（法）の存在を前提とされることが多いものの、必ずしも団体（法）の存在のみがその正当化根拠となるわけでもないことには留意を要する。

107 ただし、本文で後述するように、共有物分割請求権の存在をこの問題においてどのように考慮に入れるかは別に問題となる。

にいかなるかたちでつながるかという価値判断が問われることに加え、多数者（過半数持分権者）と少数者（少数持分権者）の双方の利害関係をいかに考慮するかという実利的な視点も重要となり、同時に、共有物の管理の実効性・機能性への顧慮と、協議（または通知）を要件とした場合の（義務不履行の際の）効果面を踏まえた法律関係の安定性への目配りも欠かせないことがわかる。

2. 2021年改正民法以後の理論状況 ―協議必要説の台頭？

それでは、結果として解釈問題として残されたものの、法制審議会での検討の契機を経て、2021年改正後には手続面につきどのような議論が展開されているか。管見の限り、その後も、（明文化の見送りが影響してか）表立った議論は展開されていないものの、限られた論者から重要な視点が呈示されている。

（1）「団体法的規律」との比較の視点

たとえば、伊藤栄寿は、民法第252条（第1項）の法文解釈¹⁰⁸と、多数決においては少数者に手続参加権が認められるべきことは当然であるとの理由から、多数持分権者が少数持分権者の意見を無視して、一方的に管理事項を決めることは許されず、少数者にも「意見形成の場に参加し意見を述べる権利が与えられる」¹⁰⁹との立場を示す。

より具体には、私的自治の原則のもとでは本人は原則として自己の同意なく権利を制限されたり義務を負うことはなく、共有関係でも本来は全員合意が原則であるべきところ、「共有者全員の不利益になるから」という

108 改正審議中の論稿ではあるが、民法は、「過半数で決する」と規定しており、決して「過半数の持分価値を有する者が決定権を有する」としているわけではないという。伊藤栄寿「共有法改正の根拠と限界（上）―憲法上の財産権保障の観点から」法律時報92巻4号（2020年）92頁。

109 伊藤・前掲注（108）92頁。

理由で「例外ルール」としての多数決が採られているとの理解を示し、少数者への権利保障（手続保障）を必須とみる¹¹⁰。

もっとも、伊藤は、「多数決で決定を行う場を用意すること、つまり、全員で協議をして決定することが必要である」¹¹¹ という一方で、他方では、過半数持分権者間で合意が可能だとしても「他の共有者に対して意見表明、情報提供の機会を与えるために通知等をすべきである」¹¹² と述べており、必須とする手続の具体的内容については含みがある¹¹³。情報提供を受ける機会だけでなく、意見表明の機会を求める¹¹⁴ ことからすると、事後の通知にとどまらず、事前の通知または聴聞（の場の用意）をも要すると解しているようにも思われる¹¹⁵。

さらに、伊藤は、2021年改正民法の審議の際に、通知を義務づける規律を設けて手続的規定に違反した場合に過半数決定を無効とすれば、多数持分権者の権利を過度に制約すると指摘されていた点について、義務違反の効果との関係で、「団体の法的規律との比較が十分に行われていない」点が課題であるとの視点を提供する¹¹⁶。また、「共有にどのようなイメージを

110 伊藤・前掲注（108）92頁。この理解に関連して、同『所有法と団体法の交錯』（成文堂、2011年）136-137頁。

111 秋山靖浩＝伊藤栄寿＝大場浩之＝水津太郎『物権法〔第3版〕』（日本評論社、2022年）164頁〔伊藤栄寿担当部分〕。

112 伊藤栄寿「改正共有法の意義と課題」上智法學論集65巻3号（2022年）105頁。

113 伊藤栄寿「管理の意義」潮見佳男ほか編著『Before/After 民法・不動産登記法改正』（弘文堂、2023年）33頁では、原則として共有者全員の協議を経る必要があるという。その際、伊藤は民法第252条第1項前段の決定を（多数持分権者のみによる決定ではなく）「全員による過半数決定」と読み込む。

114 伊藤・前掲注（112）105-106頁。

115 ただし、伊藤・前掲注（112）106頁では、「多数持分権者が少数持分権者に意見表明」をする機会の保障が謳われており、そうすると、少数持分権者側の意見表明（聴聞）の機会保障までは要しないと解しているようにも思われる。

116 伊藤・前掲注（112）105頁。団体法において、手続的規定の違反が常に無効原因とされているわけではないとし、手続の瑕疵が重大である場合に限って無効となるとすれば、規定を置く意味は存在するという。ほかに、所在等不明ノ

持つか」によって、手続規定の必要性についての結論が変わりうることに
も触れる¹¹⁷。

(2) 共有物の使用方法の決定・変更の問題から考える視点

(a) 「多数決」とは何か」という解釈問題

さらに、前述のように、2021年改正前にすでに協議の必要を説いていた
松岡久和も、共有者間での使用方法の決定および決定の変更の問題に引き
付けて、改めてこれまでの学説上の議論を整理し、協議の必要を論じる¹¹⁸。

松岡は、「多数決」とは何かという解釈問題として、この問題を取り上げ、
協議不要説を唱える佐久間の論拠に対応するかたちで、5点に分けて協議
が必要であることを説く。

①(裁判所の判断より前に当事者間での話し合いによる自治的解決を優先
する) 共有物分割の規律とは異なり、管理に関する多数決決定の場合には
管理そのものを裁判所に委ねる仕組みは採られておらず、協議についての
明示の定めはないものの、自治的解決の志向は民法全体を通じてみてとる
ことができ、また、多数決による決定は共有者それぞれの事情や利害関係
の変化を踏まえたものであるところ、共有者個々の事情を情報交換により

ㄨ 共有者がいる場合には、通知を免除すれば、多数持分権者にとっての負担にも
ならないことを指摘する。

117 団体的処理が必要となりうる多数の共有者がいる場合に比して、乏しい数の
共有者間で手続の遵守を求める実質的必要性は低い点にも目を向けた上で、多
数持分権者が少数持分権者に意見表明をし、情報提供を受ける機会を与えなく
てよいことを正当化することはできない、と解する。その上で、多数持分権者
の負担や過大な制約を懸念する立案担当者がどのような「共有」像を想定して
いるかが不明であるという。伊藤・前掲注(112) 106頁。

なお、伊藤栄寿「新しい共有法」ジュリスト1562号(2021年) 42-48頁では、
明文文化が見送られたからか、持分過半数決の方法の論点には触れられていない。

118 松岡久和「共有物を使用する共有者その他の共有者との関係」潮見佳男＝千葉
恵美子＝松尾弘＝山野目章夫編著『詳解 改正民法・改正不登法・相続土地国庫
帰属法』(商事法務、2023年) 47-71頁、とくに65-66、68-70頁。

了解し合うことが必要であり、協議はそのための手続保障であることに加え、多数持分権者のみで行った第三者との契約が契約に参与していない共有者を拘束しないこととの均衡を図る必要があること、②中間試案前後の議論内容や民法第252条第2項第2号の規律の理解（当事者である共有者がまず他の共有者に意見を尋ねた上で利用すべきという想定）から、意見表明の機会を保障する協議が必要であるとするのが2021年改正民法の趣旨であること、③協議が不可能または困難な場合の判断は民法第252条第2項がすでに想定していること、④協議を経ても結論は変わらないかもしれないが、その可能性を否定しないことも協議の要請の基礎にあり、各共有者には、自己の利害関係とその他の事情の変化¹¹⁹を他の共有者に理解してもらい、意見交換の上で納得して新たな決定を行う機会が保障されなければならない、意見を述べる機会が無駄だというのは多数者の独断専行を容認することになりかねないこと、そして、⑤持分権の譲渡や共有物分割請求は「最後の手段」であり、そこに至る前に話し合う機会を確保すべき¹²⁰であること、を理由とする¹²¹。

松岡によれば、そこでの協議とは、多数決の前提となる「情報交換・意見交流などの機会を保障する協議」であり（ただしその方式としては決議案の書面回覧や電話・メール・メッセージアプリのやりとりなどによる稟議であってもよいという）、それを要件とした場合の効果として、その保

119 松岡が挙げるこのような要素の考慮は、まさに共有の法律関係に対して、これまで裁判所が各共有者の個別の事情や利害関係をもとに総合的な判断を行ってきた紛争処理のあり方と重なるように映る。法が当事者間に委ねた共有物の管理をめぐる自治的解決においても、手続の側面から、それらの要素が加味されうように手筈を整えることには一定の意義が認められよう。

120 多様な共有のかたちがあり、必ずしも単独所有に至るまでの過渡的なかたちに限られないことが改めて着目されている現在の学説状況を踏まえると、この点には、まさに論者によって「共有観」のヴァリエーションがありうることをみてとることができる。

121 松岡・前掲注（118）68-70頁。

障を欠いた決定は、第252条第1項前段にいう持分過半数決には当たらず、（一部の者が結んだ契約と同様に）関与していない共有者を拘束しないとの帰結が導かれる¹²²。

(b) 共有物の使用方法に関する共有者の合意という視角

共有物の使用方法に関しては、そのほかの論者からも、まずは共有者間の協議によってそれが決められるべきであり、協議もせずに単独で共有物の占有を開始した共有者がいる場合には、そのこと自体が他の共有者にとっては「明渡しを求める理由」¹²³になるとする解釈も提示されている¹²⁴。

そうすると、これらの考え方からは、共有物の管理事項のうち、少なくとも共有物の使用方法を決する場面では、（全員による）協議がより強く要請され、協議（共有者の関与¹²⁵）の有無が共有物の使用に関する合意¹²⁶

122 松岡・前掲注（118）69、70頁。あらためて全員で協議を行った上で決定する必要があるとする。

123 前注（85）に挙げた昭和41年最判が示した、（共有者間の合意なく）共有物を使用している少数持分権者に対して多数持分権者が共有物の「明渡しを求める理由」をさす。

124 松尾弘「共有物の使用・管理・変更・分割をめぐる共有者の権利—共有関係を織りなす合意の糸」澤野順彦編『不動産法論点体系』（民事法研究会、2018年）212-215頁（206-207、232-234頁の視点も参照）。

125 この点については、小粥・前掲注（17）564-565頁の整理も参照。ただし、小粥は、共有物を第三者に譲渡したり、地上権のような強い権利を設定したりなど、共有者間の合意が処分行為に当たるなら、共有者の一部が反対した合意またはその関与なしに行われた合意の効力は認められまい、と解するにとどまる。また、より一般に、共有物の管理における協議の要否の問題に対しては小粥の立場は示されていない（小粥・前掲注（8）574-575頁）。

126 ただし、「合意」という場合に、多数持分権者により足りるものか、全員によるべきものかは問題となる。

民法第249条の条解として、川井健「§249」川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、2007年）448-449頁は、共有物の使用方法には共有者間の合意を要し、協議が成立しない場合には共有物の使用は事実上の関係で処理せざるを得なく、不満のある共有者は妨害排除、あるいは不当利得の返還や損害賠償、（裁判所による使用方法を決定するための手続が整えられて

の成立や効力の問題に影響を与えると解釈する余地が示唆されている。

なぜその場面において協議が強く要請されるべきか、は別に問題となりうるが、前述の星野がかつて示していたように、共有者は民法第249条にもとづき、個別に共有物の全体について（各自の持分割合に応じて）使用収益する権限を有していることが、その要請が働く理由のひとつとして考えられる。

（3）解釈論と実務に委ねられた「手続」の明確化

以上のほか、2021年改正後において、法文の文言や団体的結合関係の有無を理由¹²⁷として、または、法的安定性を害することを理由¹²⁸として、協議不要の立場を顕す見解もみられる一方で、他方では、通知を欠くことが不法行為責任に結びつく可能性を示す指摘などもあるものの、明文化が見送られた影響もあってか、全般的には、管理事項の決定手続について詳しく論じるものは乏しい¹²⁹。

ゝいない当時においては）最終的には共有物分割をするほかないとしていた。

127 千葉恵美子「共有不動産の管理・処分に学ぶ（発展編）—遺産共有されている不動産をめぐる紛争を素材に」法学セミナー818号（2023年）93頁は、共有物の使用方法の決定につき、民法はいわゆる狭義の共有については、変更行為・管理行為の決定に際して手続要件を定めておらず、これは、共有者間に団体的結合関係がないと考えられる場合にも、民法第249条以下の規定が適用されるからであり、共有者全員の協議によらずに持分過半数決で使用方法を決定しても、「それ自体に違法性があるというわけではないことになる」とみる。

128 藤巻・前掲注（29）132頁。とくに第三者のために短期の使用権を設定する場合に、協議の機会が付与されていなかったことを理由に事後に当該決定の効力が否定できるとすれば、法的安定性を害するおそれがあるとする。

129 七戸克彦『論点解説 改正民法・不動産登記法—法・政令・規則の考え方と対応』（ぎょうせい、2024年）117-118頁は、「通知」は決定の効力発生要件ではないが、それがなされずに少数持分権者が不測の損害を被った場合には、不法行為責任が問題となる可能性があるとの重要な視点を示す。

松尾弘『物権法改正を読む—令和3年民法・不動産登記法改正等のポイント』（慶應義塾大学出版会、2021年）35頁注（42）は、共有物の管理に関して、共有ルールに従った共有者間の決定ないしは合意を重視する方向性を示す。

(a) 実務上の工夫① 一協議の機会確保と紛争リスクの軽減

もっとも、法律実務家からは、解釈論に委ねられたこの問題に対し、共有者間で実際に意思決定を行う際の実務上の場面では、なるべく手続面への配慮が図られるべきだとする見解が示されている。

それによれば、協議を必要とする学説があり、また、改正審議においても、協議を経ること自体は望ましいとされ、意図的に意思決定から排除されたり、権利行使の機会を奪われたような共有者がいた場合には、権利濫用となりうる余地が示されていたことから、実務上の対応として、まずは協議を行う方向を模索することが望ましい¹³⁰とされる。さらに、意思無

ゝ2021年改正民法のもとでも、なお管理事項の決定の際に協議を要するかは見解が分かれることを指摘する。他方、同「共有物の管理に関する民法改正の意義と特色」RETIO123号（2021年）23頁、同「令和3年民法・不動産登記法改正等の概要とその意義について」用地ジャーナル2022年4月号（2022年）40頁注（1）は改正審議の内容に触れるのみで、同『所有者不明土地の発生予防・利用管理・解消促進からみる改正民法・不動産登記法』（ぎょうせい、2021年）71-74頁や同『土地所有を考える—所有者不明土地立法の理解を深めるために』（日本評論社、2023年）194-196頁では当該論点への言及はない。新たな第252条の規律を解説する七戸・前掲注（28）44-49頁や山野目・前掲注（28）221-232頁でも具体的な言及はない。齋藤哲郎「令和3年民法改正の概要、論点と不動産実務への影響」土地総合研究30巻1号（2022年）77頁も参照。

他方、秋山靖浩「共有物の変更・管理」潮見佳男＝千葉恵美子＝松尾弘＝山野目章夫編著『詳解 改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法』（商事法務、2023年）83-84頁は、改正審議や学説の対立の存在に触れて、手続の問題について「引き続き、議論を続けていくべきだろう」という。そのほか、吉田克己『物権法Ⅰ』（信山社、2023年）441頁は改正審議の際に議論になったことに触れる。中間試案公表段階のものであるが、藤巻梓「共有制度の見直し」ジュリスト1543号（2020年）29頁は、協議や話し合いの契機を設ける要否が検討事項となっていたことに触れる。

130 荒井達也『Q & A 令和3年民法・不動産登記法改正の要点と実務への影響』（日本加除出版、2021年）82頁。荒井は、日弁連の所有者不明土地問題等に関するWG幹事を務め、当該問題に関する実務上の課題などについて、数多くの場で情報を発信している。ほかに、松嶋隆弘編著『民法・不動産登記法改正で変わる相続実務』（ぎょうせい、2021年）37頁〔林康弘担当部分〕は、判例の展開を協議を要する方向で捉える。

能力、所在等不明、協議拒絶の意思を示す共有者がいる場合など、協議が現実的に難しい事案でも、できるだけ協議に参加する機会を与えつつ、また、持分過半数決の内容をあらかじめ通知しておくなどして、他の共有者が不測の損害を被ることがないように配慮していくことが望ましく、そのような手当てを講ずることによって、将来の紛争リスクが軽減される、との工夫が示されている¹³¹。

(b) 実務上の工夫② 一協議・通知の方式と記録化のあり方

さらに、(決定が無効となりうる) 紛争リスクの回避のために、共有物の使用方法についての意思決定をするにあたっては、少なくとも書面決議を行い、共有者全員による協議をすることが望ましいとする観点から、実務書では、より具体的に、通知と協議の実際の方式や工夫を示すものもある¹³²。

それによれば、共有者が検討・考慮する機会を確保するという一般的な合意形成の常識的手法として、議決事項や意向を質問・聴取する内容を(事前に)通知した上で(オンラインでの実施を含む)協議を行う際には、通知書の記載事項にも留意が必要となることに注意しつつ、仮に、少数持分権者の事実上の妨害が予想され円滑な協議の実施や合意形成が難しい場合には、書面による意見聴取(聴聞)の方法で足りる、とされる¹³³。紛争発

131 荒井・前掲注(130) 79-82頁は、2021年改正民法の審議と従前の学説を詳細に検討した上で、このような実務上の対応の工夫を推奨する。

132 三平聡史『共有不動産の紛争解決の実務―使用方法・共有物分割の協議・訴訟から登記・税務まで〔第2版〕』(民事法研究会、2021年) 51頁以下。なお、三平は、協議・通知の当事者は登記上の共有者だけで足りるとの解釈を示す(51、66頁)。

133 三平・前掲注(132) 53-58頁。協議の実施が難しい場合に決定結果の通知のみを知らせる工夫も紹介されているが、その方法だと決定が無効になるリスクがあるとされている(57頁)。なお、協議までは不要とする見解としては、本文で検討した平野の見解が参照されている(52頁)。この点については、松岡・前掲注(118) 66頁の整理も参照。

生の抑制を図る観点から、合意内容を合意書として記録（証拠）化し、通知の際には内容証明郵便を用いることなどの工夫まで示されている¹³⁴。

明文化を見送れば実務において対応に苦慮する場合が生じうる、との懸念が2021年改正民法の審議において示されていたように¹³⁵、「手続」の明確化の問題は、学理上の解釈問題にとどまらず、共有者間で実際に管理を行う際の対応においても実務上の難題として残されたことになる。

第4．共有物の管理と意思決定のための「手続」の規整のあり方

以上までの検討から、共有者全員に法的な拘束力を生じさせる共有物の管理事項の決定（持分過半数決）について、決定に至るまでのプロセスあるいは手続はどのようにあるべきか。協議の実施や意見表明・情報提供の機会（聴聞、議決事項の事前の通知、決定内容の事後の通知など）の保障の是非を考える上で、どのような視点をもつべきであろうか。

1．「協議」（または意見表明・情報提供の機会保障）の具体的内容

前提問題として、以上までの検討によれば、持分過半数決の方法・手続の問題に対して、論者により想定している「協議」の内容や共有者の関与（参加）のあり方の理解に違いがあることがわかる。まずはそれらを整理することが必要となろう。

第一に、「協議」の具体的あり方については、共有者全員での協議（話

134 三平・前掲注（132）58頁。

135 前注（58）のように、この問題は2021年改正民法の審議において法律実務家（弁護士）の委員（中村晶子委員）から提起されていた。佐久間毅＝今川嘉典＝大谷太＝中村晶子＝松尾弘＝村松秀樹「（座談会）改正の意義と今後の展望」ジュリスト1562号（2021年）20頁〔中村晶子発言部分〕は、公平な意思決定の実際上の難しさにも触れる。

合い)を経ること、がまずは想定される(2021年改正民法の審議の出発点はこの意味での協議を不要とする明文化の是非であった)。もっとも、手続面を重視する立場においても、実際に相見する会議(集会)を開き、全員で協議をして決定する場を用意すること(第2.1(1)、第3.2(1))のみが常に要請されているわけではなく、通知書の記載事項や合意書の記録化にも工夫を凝らしつつ(事前の議決事項の通知や意見聴取を行った上での)書面決議やオンラインの手段による「協議」を想定するものもあり(第3.2(3)(a)・(b))、また、「情報交換・意見交流などの機会を保障する協議」もその内容となり得、その具体の方式については、決議案の書面回覧や電話・メール・メッセージアプリの手段によるものも「協議」の具体のあり方に含まれうることが示されていた(第3.2(2))。

第二に、そうすると、決定のために全員で審議をする契機が用意されず、単に意見の表明や聴聞・聴取の機会を(個別に)用意するような共有者の関与(参加)のあり方は、上記でいう「協議」といえるかが問題となる。改正審議では、人々が討議し合うという契機、議事が行われるという契機自体を、共有者の関与(参加)のあり方にとって重要とみるか否かも問題になるとの視点¹³⁶も示され、同様の視角は「協議」の必要を導く従前の学説にもみられた。その意味では、「協議」必要説と括られる見解のなかにも、実質的な「協議」(話し合い)を重視する立場もあれば、より一般的に何らかのかたちで共有者の関与(参加)の契機があればよいとみる立場もあったように、本質的には(各権利者の関与を伴う)「手続」の要否・内容が問題となっており、共有物の管理に対する(適法で)有効な意思決定のあり方が問われているといえる。

第三に、以上のとおり、手続の手立てのあり方は実質的な「協議」だけには限られず、共有者の関与(参加)があることが重要であるとの視点も、

136 前注(41)に挙げた改正審議における山野目章夫の発言などを参照。

従前の学説および改正審議において示されていた。それが、改正審議でも取り上げられた「意見表明の機会」または「情報提供の機会」の確保（知る利益ないしは地位の保障）の問題であり、協議や話し合いの要請も実際にはそれらの機会（知る機会¹³⁷ など）の保障を図ることに意義を見出すことができるとも指摘され（第2.1（1）(b)）、原則として協議を要するとしつつ円滑な協議や合意形成が難しい事情が存する場合には例外的に書面による聴聞の方法で足りるとする解釈なども示されていた（第3.2（3）(b)）。学説の議論も踏まえると、その具体のあり方にもヴァリエーションがありうることがわかる。意見表明の内容としては、議決事項の事前の通知および意向・意見を質問・聴取する事前の通知や聴聞の機会の用意を想定することができ、情報提供の内容としては、（事前の聴聞や議決事項の通知に加え）決定内容・結果の事後の通知を想定することができる。改正審議で論じられた「通知」の有無の問題は、中間試案の段階では前者に重きが置かれているようにも思われるが、これら双方にかかわる。

第四に、一部の学説や改正審議では、以上にいう「協議」から「通知」までに連なる共有者の関与（参加）のあり方が、（事前または事後、あるいは、事前かつ事後の）「コミュニケーション」または「手続保障」として、それ自体が意義をもちうることも捉えられていた（第2.1（1）(d)、第3.1（4）(a)、第3.2（1））。このようにみると、同じ「協議」（または「手続」）という文言で語られていても、（共有者全員での）実質的な「協議」（話し合い）の機会保障の是非、（共有者各自の）聴聞や意見表明の機会保障の是非、情報提供という意味での知る機会の確保の是非、あるいは、それらを包摂した何らかの関与（参加）の機会保障（コミュニケーションまた

137 改正審議の初期段階において円滑な利用を促す観点から共有者全員での協議を不要とする提案を示していた事務局担当官も、持分過半数決の効力の問題とは別に、知る機会の保障の手立てが問題となる旨の認識を示していた。前注(38)を参照。

は手続の保障) 自体を共有の法律関係においても重視するか否かなど、論者により、問題把握の観点自体にもグラデーションがあることに注意すべきことがわかる。どの観点で問題を捉えるかによって、共有の一般の規律のあり方としていかなる規整が適当かを判断する際に、考慮すべきとする権利利益や利害関係、論拠や理由づけにもいくらか違いが生じるように思われる。

第五に、「協議」の可否とは別に、持分過半数決がどの時点で効力を有するかという問題も、手続に関連する問題として意識されていた。これまでの議論を参考にすれば、「協議」および「通知」を不要と考える場合でも、持分過半数の共有者間の意思を結合させる容態や要件の検討は別に問題となる余地があり(第2.1(1)(a))、これに対して、少なくとも「通知」は必要であると考えられる場合には、共有者全員に対する(賛否不明者などに用いる催告制度などの活用も含めた)「通知」によってはじめて持分過半数決の効力が生じるとする解釈の工夫(第2.1(1)(e))や、催告によって意見表明を確答する機会を確保する(その上で結果の「通知」を行う)工夫(第2.1(2))などが考えられ、それぞれ、決定の効力がどのように生じるかという問題にかかわる。

なお、改正審議の過程では、「協議」または「通知」などの手続の義務違反の効果内容の問題は、主に効力発生要件としての手続要件の問題として捉えられていたものの、その後の学説での議論を参考とすれば(とくに第3.2(3))、意思決定から排除されるなど、共有者(少数持分権者)の権利行使の機会が奪われたことへの対処は、効力の問題とは切り離して違法性を帯びた行為に対する損害賠償責任(不法行為責任)の問題としても取り上げることができる¹³⁸。さらに、仮に効力発生要件として捉える場

138 千葉・前掲注(127) 93頁は違法性を原則として否定するが、七戸・前掲注(129) 118頁は「通知」の欠如が不法行為責任を生じさせる可能性を指摘する。

ただし、より突き詰めれば、損害の見積もりや損害発生との間の因果関係のメ

合でも、手続の瑕疵の重大性や事情に応じて決議の取消しや無効を判断する枠組みを用意する法人法制などの団体法上の規整を参考とすれば、複眼的に効力（および義務違反）の問題を論じることもでき（第3.2（1））、これらの視点は民法第252条第1項前段の解釈にとっても見逃せない留意点である。

従前はこのような具体的内容の整理が十分になされずに、「協議」の要否の対立として各見解が捉えられてきたように思われる。これらの点についてある程度の整理を可能にする議論が示されていたという点でも、改正審議において「手続」の明確化の論点が検討されたことは重要な意義を有する。

改正審議の前後の学説の展開をみると、どの程度の関与（参加）のあり方を求めるべきか（求めないか）、に応じてグラデーションがあることをみてとることができ、各論者が論拠とする理由が、その（量的あるいは質的な）差に影響を与えているように思われる。

2. 正当化理由（正当化根拠）

以上によれば、上記の「協議」から「通知」までのいずれかを必須のものとする見解は、持分過半数決において共有者全員の関与（参加）の契機を必要とみる立場といえ、そのいずれも不要と解する見解は、その関与（参加）の機会を不要とみる立場といえるが、その中間には段階的な立場がありうることがわかる¹³⁹。いずれにしても、共有者の関与（参加）の要否や程度の判断においては、その根拠となる理由づけが重要となる。

ゝ証明が難しい場合も多いと思われる。

139 第2.1（1）(d)で検討した改正審議の際の「イエス・オア・ノーでは答えられないのではない」という問題把握の視点は（手続の瑕疵が決定の効力にいかんにか作用するかという難題を含めて）正鵠を射るものといえる。

（１）理由を基礎づける要因・要素

論者ごとに問題把握の視点や重視する要素が異なることはすでに検討したとおりであるが、「協議」（または共有者全員の関与〔参加〕）の要否を分ける際に考慮される要因・要素については、つぎのように整理できよう。

第一に、民法第252条第1項前段（および共有に関するそのほかの規定）の内容とその趣旨の法文解釈である。同規定は一部の共有者に無断で管理事項を決することを許容しておらず、「共有者が互いに意見を表明しあう契機」や「それを介して成立する合意」が「論理上前提」とされていると読み解くか、あるいは、民法258条第1項の文言と比べてそこまでの意味を読み解くべきではないと考えるか、解釈が分かれる。また、関与（参加）を不要とみる立場では、より踏み込んで（円滑な共有物の利活用の促進等のために）決定の容易化を図ることが同規定の趣旨であるとみるものもあり、規律の趣旨の理解にも左右される。

第二に、手続保障それ自体、あるいは、人々が討議し合うという契機や議事が行われるという契機そのものを重視するかどうかである。それらをどの程度重視するかについては、共有者間の団体的結合関係（の有無）に対する評価¹⁴⁰や、多数決原理¹⁴¹への理解の相違によって、判断が分かれる。もっとも、後述のように、「協議」や関与（参加）の要請は、共有者の権利利益の保障の観点からも導きうることから、共有者が団体を構成しているか（団体〔法〕的結合関係を見出すことができるか）否かという基準から直ちに「協議」の要否を導くことは妥当ではないだろう。

140 本文でみたとおり、論者によって、共有における団体的結合関係の強弱の見方が異なり、それに応じて、団体的な規律は共有には馴染まないと考えるか、共有においても多数決の点から団体的な規律が要請されると考えるか、見方が分かれていた。

141 多数決原理（Majoritätsprinzip）が含意する内容への留意点につき、西脇秀一郎「共同所有論の再検討—入会権理論史とオットー・フォン・ギールケ（Otto von Gierke）のGesamteigentum（総有）概念を手がかりとして—」龍谷大学大学院法学研究15号（2013年）59-63頁。

なお、手続保障や議事進行の契機自体に価値を見出す姿勢は、すでに商法学（会社法学）において、理念的な意味だけでなく、実利的にも意義をもちうることに指摘されている。すなわち、多数決を認めつつ手続面に配慮することで、共有物の管理についてデッドロックとなることを避けつつ多数者の専横による弊害に対応することができ、共有者間で納得感を醸成したり、議事を経ることで情報の共有・集約がなされて交渉や妥協の余地が生まれ、（相続争いなどで多数派と少数派が固定されている場合であっても）「協議」等を経ない場合と比べて異なる結果がもたらされる可能性も十分に考えられることなど、むしろ効率的な意思決定ができる可能性が高まりうる可能性がある¹⁴²。ただし、多数持分権者にとってどの程度の参加の機会または「協議」を保障することが要求されているのかが不明確である場合には、それらの保障は行為規範として機能せず、意思決定費用を増大させることなどから、その意義に懐疑的な見方もある¹⁴³。

第三に、多数持分権者の権利利益の保護（および制約・負担の大きさへの考慮）と少数持分権者の権利利益の保護への目配りや、それらの利害関係の調整、そして、より客観的な意味での共有者全員にとっての利益や財の効用の観点（共有物の円滑な利活用の促進等）を、それぞれどの程度（正当化根拠として）加味するか、という点にも注意が必要である。これまでの議論をみるかぎり、「協議」（「通知」）の要否を検討するに際しては、それらの機会の保障が各共有者（とくに少数持分権者）の意思や利益の尊重にいかなるかたちでつながるかという価値判断が問われており、それに加

142 松中・前掲注(25) 35頁。本文(第3.2(2))でみた松岡の見解はこの視点に共通するものがある。ほかに、仲・前掲注(21) 274頁の整理も参照。ただし、仲自身は、具体的な事案で要求される参加の機会または協議の保障の程度が不明確であることからそれらの保障は行為規範としては十分に機能せず、意思決定費用を増加させ、また、共有者間の争いが感情的な場合には合理的な交渉は期待できず、必ずしも少数者の利益を保護する手段として機能しないとの弊害を指摘して、協議不要説を採る。

143 仲・前掲注(21) 271-277頁、仲・前掲注(25) 8-9頁。

え、多数者（多数持分権者）と少数者（少数持分権者）の双方の利害関係をいかに考慮するか¹⁴⁴ という実利的な視点も重要となり、同時に、共有物の管理の実効性・機能性への顧慮と、それらを要件とした場合の（義務不履行の際の）効果面を踏まえた法律関係の安定性への目配りも欠かせないことがわかる。

第四に、共有関係からの離脱とその解消、すなわち、持分処分・譲渡の自由と共有物分割請求権の存在をどのように汲み取るかという問題も、共有者間の関与（参加）の機会保障を重視するか否かの評価にかかわる。これらの存在は、決定に不満のある共有者はこれらの権利を行使して離脱・解消をすればよいとして、「協議」または共有者全員の関与（参加）の必要性を否定する要因のひとつとしても考慮されていたように思われる。

しかしながら、この点については、（分割請求が封じられて自己の意思に基づかない規律に拘束され、持分処分・譲渡の自由のみが残された共有関係の場合とは異なり）そもそも共有物分割請求が認められるような共有関係では、共有者間の紛争は最終的には当該分割請求により解消されることから、共有者間の多数決によって共有者（および持分承継人）を拘束する必要は小さく、民法第252条第1項前段の制限的な解釈が志向される、と解されてきた¹⁴⁵ ことに改めて注意を向ける必要がある。共有物分割請求権の存在は、むしろ、持分過半数決が機能しない場合に、共有関係を解消するために作用すると考えられていたことからすれば、「協議」または関与（参加）の機会を欠く多数決（による法的拘束力）の妥当性を導く理由としてその存在を挙げることは背理であるようにも思われる¹⁴⁶。

144 管理行為について持分過半数決を認める規定を起草した当時から、（共有物の管理がなされなくなる事態を避けることと）決定に賛成する多数者の利益が重視されていたことを指摘するものとして、伊藤・前掲注（110）137頁。

145 小粥・前掲注（4）545-546頁。

146 2021年改正民法で全面的価格賠償が明文化された（民法第258条第2項第2号・同第4項）こともあわせて考えると、むしろ、分割請求権の存在は、意ノ

第五に、この点は各論者においても意識的な整理がなされていないように思われるが、管理行為には、共有物のあるべき使用収益に適した状態に維持し、改良を中心とする軽微変更を行うことだけでなく、管理者の選任・解任もそれに含まれ（民法第252条の2）、さらには、共有物の使用収益（利用）の態様を決定することもそれに含まれる¹⁴⁷。従前の議論をみるかぎり、「協議」（ないしは関与〔参加〕）の必要性を説いていた論者は、上記のうち、とくに使用収益（利用）の態様を決定する場面での管理事項の決定方法・手続を問題視していたように思われる。管理事項には事実行為もあれば、法律行為もあり、問題となる管理行為（議決事項となる管理事項）の内容に応じて、考慮すべき要素や利益または利害の調整の仕方にも違いが生じうることに留意を要する¹⁴⁸。

（2）民法第253条と新設された諸規定

従来の議論をみるかぎりでは、「協議」または関与（参加）の要否の判断するための理由を基礎づける考慮要素・要因は、ひとまず上記のように整理することができよう。もっとも、従前の議論には言及がみられないものの、この問題を考える上で欠かせないと思われる考慮すべき点がほかにもある。

それは、民法第253条の存在である。同条第1項により共有者は持分に

-
- ㄨ 思決定の手続の負担が過大な制約であると感じる多数持分権者は分割請求権を行使して共有関係の解消できるだけでなく、その集約を図ることもできるのだからという点で、手続要件を課すための正当化理由にも傾きうる。なお、分割が不能・困難な共有の中には、共有私道など、持分の処分・譲渡も實際上困難である共有関係もあることを踏まえると、離脱・解消が難しい場面においても、関与（参加）の機会を保障する枠組みが要請されるように思われる。

147 管理行為（管理事項）の整理の仕方につき、吉田・前掲注（129）433、439-440頁。

148 管理行為の内容だけでなく、共有の問題場面や共同関係の規模、目的物である共有物の種類・性質などの想定が論者によって異なる場合には、それらの要素をどこまで汲み取るべきかも問題となる。

応じて共有物の管理の費用を支払い、負担を負うことになるが、管理に関する事項の決定はこの費用や負担（共有者全員の義務の負担の程度）にも影響を及ぼす。当該費用または負担の義務を履行しない共有者は、他の共有者による「一種の買取請求権」あるいは「特殊な権利」¹⁴⁹の行使（同条第2項）により、（所有権の性質を有する）共有持分を失う場合もある。そうすると、共有者はこの意味でも共有物の管理に利害関係を有している¹⁵⁰ことから、管理に関する事項を決する際、持分過半数を有する共有者以外の共有者に一切関与（参加）の契機（および情報提供の機会）を保障しないでよいかについては、民法第253条の存在をも踏まえて、その適否を問う必要があろう。

より視野を広げれば、2021年改正民法によって新たに整えられた共有に関する諸規定を相互に考慮した検討も求められる。たとえば、改正後の民法では、共有物に変更を加える行為であっても、その形状または効用の著しい変更を伴わない軽微変更については管理行為として持分過半数決によること（民法第251条第1項）、共有物を使用（利用）する（現占有）共有者がいる場合でも持分過半数決により共有物を使用（利用）する者を変更することができること（同法第252条第1項）など、管理行為の明確化・

149 前者の表現につき川井健「§253」川島武宣＝川井健編『新版 注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、2007年）439頁、後者につき小粥太郎「§253」同編『新注釈民法（5）物権（2）』（有斐閣、2020年）577頁を参照。なお、第253条第1項の「管理の費用」は必要費・有益費を、「負担」は租税等を意味する（小粥576頁）。

150 自らが望まない管理措置にもとづき、決定に賛成しない共有者までもがその費用・義務を負担させられること（それが権利侵害としての側面をもつこと）に対する懸念のもとで、ボアソナードおよび旧民法は管理行為を全員一致によるべきものとしていたと評するものとして、伊藤・前掲注（110）136-138頁。伊藤は、共有物の管理につき、現行民法典はボアソナードの懸念した問題（決定に反対する少数者の権利への顧慮の問題）を抱えたままであるという（138頁）。山田誠一「共有者間の法律関係—共有法再構成の試み（2）—」法学協会雑誌102巻1号（1985年）120頁以下も参照。

充実化が図られている¹⁵¹。「特別の影響」の判断枠組みにもとづく個別の「承諾」を要件化（民法第252条第3項）することで、決定により不利益を受ける共有者の保護も図られてはいるが、持分過半数決の手續面でも各共有者の権利利益への目配りが以前にも増して要請されているともいえる。また、共有物の管理・変更に関する非訟手續が創設され、裁判所の関与のもと、所在等不明共有者または賛否不明者がいる場合の意思決定の困難を緩和する方策が整えられている（同条第251条第2項、第252条第2項第1号・第2号）。これらは改正審議の場面でも持分過半数決の手續の問題とも絡めた視点が提示されていたものであるが、賛否を明らかにすべき旨の事前の催告の要請は、管理事項への関与（参加）の契機を示唆するものでもある¹⁵²。さらに、新設された共有物の管理者（民法第252条の2）の選任・解任も、（持分過半数決で定まる）共有物の管理に関する事項とされたことから、管理権限を（一部の共有者または第三者〔自然人か法人かは問われない〕に）集約することを決する場面でも手續上で共有者全員の関与（参加）を不要と解してよいか、（他の共同所有関係との異同¹⁵³にも注意して）

151 規定内容については、村松＝大谷・前掲注（28）59-66頁、藤巻・前掲注（29）114頁以下など参照。

152 規定内容につき、村松＝大谷・前掲注（28）67-95頁。賛否不明者がいる場合の手續は慎重であるべきことを理由に裁判所の関与を要するものとされ、改正審議の過程では、多数決の正当性を疑わせることがないように、最低限の同意（上限）要件を設けることも検討されていたことにつき、藤巻・前掲注（29）144-145頁の整理を参照。なお、裁判所を介した意思決定方法が整えられていなかった改正前の法状況（川井健「§249」川島武宜＝川井健編『新版注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、2007年）449頁）と比べると、2021年改正民法はより多数持分権者の利益に配慮した規整を整えているともいえ、それとの均衡を図るという意味では、決定の手續面で少数持分権者への配慮が要請されてもよいように思われる。

153 たとえば、民法上の組合では、（本来は各自に帰属する業務執行権限の集約を意味する）業務執行者の選任と解任は、組合契約の変更に關する事柄（組合自体の存立に關する事項）であるために、そもそも全員一致が要請されていること（民法第670条第2項および第672条第1項・第2項）などにも注意を向け

その是非も問題となり、このことは管理者の権限や管理者と共有者との間の法律関係をどのように考えるべきかという問題¹⁵⁴にも関連しうる。このように、意思決定の方法・手続の問題に対しては、個々の規律¹⁵⁵の相互の関係にも注意を向ける必要がある。

3. 持分過半数決の効力と「手続」

もっとも、仮に「協議」（または「通知」を含めた共有者全員の関与〔参加〕の機会確保）を要すると解した場合でも、持分過半数決の効力との関係が問題となり、その問題への対処が難しいことが明文化が見送られた理由のひとつでもあった。これは冒頭で示したように、「要件」の設定にかかわる「効果」の付与の問題であり、「協議」または何らかの関与を要すると考える場合でも、効果との関係で妥当な解釈を備える必要がある。

（1）効果のあり方

上記1で整理した点を考慮に入れると、意思決定の手続に関する要件と効果については、①「協議」または「通知」等の有無を意思決定の成立・効力発生要件と捉え、それらを欠く決定の効力が（原則的または例外的に）否定されうる（ただし手続の瑕疵の軽重等に応じた柔軟な判断がありうる）、② 効力発生要件とは切り離して、正当な理由なく「協議」または

↘つつ、通常の共有における規範の妥当性を検証する必要がある。業務執行者の（選）解任の規律の意義については、西脇・前掲注（12）77頁以下。

154 藤巻・前掲注（29）144-150頁など参照。

155 本文で後述するように、新設された善管注意義務の規定（民法第249条第3項）の意義にも注意を要する。ほかに、そもそも民法第252条は強行法規であるか、共有物の管理に関して民法と異なる内容の合意が可能か否か（末弘・前掲注（77）426頁は民法第252条は強行法規ではないと説いていた）、また、持分過半数決に賛成しなかった共有者への（第三者との契約の効力などの）効果の帰属をどう考えるべきかなどの問題にも、意思決定の手続の問題を考える際には留意を要する。改正審議の整理につき、藤巻・前掲注（29）129-130頁。

「通知」等を欠いたことで、権利行使の機会が奪われた共所有者（少数持分権者）が不測の損害を被るような意思決定については、それが違法性を帯び得、（多数持分権者の）損害賠償責任が問題となりうる¹⁵⁶、③「協議」または「通知」等の有無は、（改正審議の際に立案担当者から示されていたように）権利濫用の枠組みのもとで持分過半数権者の（共有持分権あるいは管理権限の）権利行使の効果を画するための一要素として考慮される、などの構成が考えられる。

また、前述した決定の効力発生の時期との関係では、④ 持分過半数決により民法第252条第1項前段の決定は成立するものの、（決定に関与していない他の共所有者との関係では）「通知」（催告）をすることによって（確定的に）効力を有する（あるいは対抗できる）¹⁵⁷、といった理解も一応は想定しうる。

以上のうち、「協議」および「通知」を不要とみる立場においても、少なくとも上記③の権利濫用が問題となると解されており、明文化が見送られた際にも少数持分権者の保護は権利濫用によっても図られうることが示されていた。共有関係の種々の紛争において、裁判所はこれまでも共有者間の個別の事情や利害関係をもとに総合的に判断を行う紛争処理を志向

156 「協議」または「通知」を欠いた持分過半数決において損害賠償責任が生じることについては、前注（138）を参照。

157 このような理解にどのような意味があるかが問われるように思うが、前注（85）に挙げた昭和41年最判に対する谷田貝三郎「判批」民商法雑誌56巻1号（1967年）112頁では、持分価格の過半数を有する共有者が規定に従い自らが占有使用するなどの共有物の使用方法につき持分過半数決を行い、その旨を現占有共有者に「通告」したことによって、全面的に占有使用する権利を有するに至ったことに、判例がいう「明渡を求める理由」を見出すことができるとの解釈が示されており、局面に応じた理論的根拠を提供しうる。使用方法の決定を訴状送達の方法で現占有共有者に通知した事案のもとで同旨の理解に立つ裁判例として、神戸地判昭和37年7月25日下民13巻7号1563頁（民法第249条と第252条の関係について本文でみた星野の見解と相似した理解を示す）、その上告審である大阪高判昭和38年2月1日下民14巻2号153頁も参照。

しており¹⁵⁸、これと足並みをそろえるように、法が当事者間に委ねた共有物の管理をめぐる自治的解決においても、権利濫用（民法第1条第3項）の枠組みを用いれば、たしかに、共有者の利害関係を調整し、柔軟な解決を導くことに資するようには思われる¹⁵⁹。

しかしながら、本稿で検討したとおり、議決対象となる管理事項（管理行為）の内容に応じて考慮すべき要素も異なり、いかなる考慮要素のもとで誰のどのような権利行使が権利濫用となるかの判断は容易ではない¹⁶⁰。多数持分権者の権利行使を画する規範の検討は、共有持分権（とくに使用収益権能）と管理権限とをめぐる民法第249条（と第252条との関係）の解釈論にも左右され、また、権利の濫用のような抽象的な規定の処理に委ねると、「ともするとその場その場の近視眼的な判断によって恣意的に解釈され、私権の存立を脅かし、ひいては私法秩序をみだすおそれ」¹⁶¹も生じうることから、将来の紛争リスクの予防のために結局は客観的な判断基準の確立が求められる。そもそも、権利濫用の枠組みでは、原則として意見

158 明渡請求の場面のほか、共有物分割の場面でも裁判所はさまざまな考慮要素を汲み取る工夫をみせていたことについて、吉田・前掲注（129）475-486、535-540頁。

159 権利濫用の効果として、他人の形式的な侵害行為を排斥する力がない（請求ができない）ことを導く以外にも、不法行為として損害賠償責任を生じさせる、あるいは、権利の行使として新たな法律関係を発生させるものである場合にはその法律関係が発生しないことを導くこともあると指摘されてきたことを踏まえると（我妻栄『新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）35-36頁）、たしかに、持分過半数決の問題場面に適合的な処理が期待できる。

160 前注（100）のように、協議・通知を不要とする立場をとる佐久間でも、第2版では他の共有者の持分権の侵害することとなる決定（使用だけでなく収益までも排するような決定）が権利濫用になりうるとされていたものが、第3版では他の（現占有）共有者を害する目的でした決定が権利濫用になりうると改訂されている。そうすると、使用収益権能まで否定するような権利行使、害意のある権利行使、あるいは共有者の一部に権利行使の機会が確保されていなかったことでその者が不測の損害を被るような権利行使などが権利濫用と評価されるが、その判断基準自体にも整理を要する。

161 我妻・前掲注（159）40頁。

表明や情報提供の機会の保障は不要であり、例外的にそれらの機会の確保が図られることにも注意を要する。

(2) 解釈の方向性

そうすると、これまで検討してきた考慮要素・要因を踏まえると、やはり原則的に、少なくとも対象となる管理事項が共有物の使用（収益）方法にかかわりのあるものである場合には、各共有者には意見表明の機会の保障が図られるべきである。これには情報提供の機会の保障が含意され、実質的な「協議」がなされた場合には、それが意見表明（および情報提供）の機会の確保に当たる。「協議」が難しい特段の事情がある場合には、（民法第252条第2項第2号が想定する催告を参考に）少数持分権者を含めた審議・議決事項の通知と意向の聴聞・聴聞の機会の確保が要請される（その方式については簡便な方法によるものなど多様な方式が肯定されうる）。ただし、機会を設けたにもかかわらず、少数持分権者側の事情により（「協議」を含む）意見表明の機会の確保が困難となった場合などは、例外としてそれらは不要となるとの手立てがありうる¹⁶²。

このように解した場合の効果面については、意見表明の機会が確保されなかった場合、持分過半数決は原則として効力を有しないと解した上で、硬直的な法解釈との非難を免れるために、決定の手續から排除された共有者が仮に意向を示していたとしても決定の結果に影響を及ぼさないと認めるべき事情があれば、手續の瑕疵は効力には影響がないものとして取り扱う（決定は有効になる）といった解釈の工夫が考えられる¹⁶³。ただし、効力に影響がなくとも、上記の瑕疵は、関与（参加）の機会が確保されなかった共有者との関係では違法性を帯びる場合があり、（瑕疵を作出した多数

162 松中・前掲注（25）35頁によれば、会社法第106条本文をめぐる裁判例の傾向に同旨の視点がみられる。

163 このような判断枠組みについては、後注（178）も参照。

持分権者の) 損害賠償責任が問題となる¹⁶⁴。いずれにせよ、決定に関与(参加)できなかった共有者に対しては、(民法第253条第1項の義務をも生じさせる)その決定の効力は(事後の)「通知」(情報提供の機会の保障)をもって及ぶものと解してもよいように思われる¹⁶⁵。

ただし、以上のように解すると、持分過半数権者(多数者)に少なからず負担と制約を課し、共同関係の規模が大きな場面や、所有者等不明の不動産をめぐる場면을想定すると、意思決定費用¹⁶⁶が増大することで、適切な共有物の管理(円滑な利用等)が滞ることにもつながりかねない。

これらを考慮に入れると上述した解釈の方向性に躊躇を覚えるものの、少数持分権者には拒否権や異議権が与えられるわけではなく、あくまで同じ共有者として(管理権限の行使の態様について)意見表明の機会が確保されることを求めるものであるから、所在等不明・賛否不明共有者への規律も整えられた以上、多数持分権者にとっての負担は一定程度緩和されている(その反面、共有物の円滑な利活用や多数者の利益に対する配慮によって管理行為で行うことができる事項が明確化または充実化されている)。また、分割が許される共有では、(価格賠償を含めた)共有物分割による対処の途も残されている。加えて、新たに整えられた民法第249条第3項の善管注意義務との関係も今後議論を要するように思われる。共有物を使用する共有者は、他の共有者の持分(権)との関係では他人の物を管理していると考えることができることから、当該義務が導かれると解されてお

164 意見表明の機会が保障されなかったことによって何らかの不測の損害が生じた場合に不法行為責任が生じうると解した場合でも、前述したように、損害の見積もりや因果関係の立証は難しく、実際には害意のある場合や意図的な排除が問題となることから、殊更に多数持分権者に過度な負担やリスクを負わせるものとまではいえないように思われる。

165 もっとも、このような解釈の妥当性はなお検討を要するようには思われる。現占有共有者に対する持分過半数決の内容の通知が「明渡を求める理由」に当たりうることを示す前注(157)の視点も参照。

166 前注(143)の仲による「協議」を要するとした場合の問題点の指摘を参照。

り¹⁶⁷、他の共有者の持分（権）の侵害にならないかたちで各自の権利を行使する（使用方法等の管理事項について決定し執行する）ことも善管注意義務の内容として捉えることができるかが問題となろう（情報提供の機会保障は民法第645条の報告義務との関係も問題となりうる）¹⁶⁸。

もっとも、以上の理解は、主に共有物の使用方法の場面を念頭においたものであり、共有物の管理といってもさまざまな事項がそれに含まれうることから、その内容に応じて異なる考慮が必要になることも少なくないように思われる。

4. 「共有観」と団体性、権限と権能

結局は、論者によって「共有観」¹⁶⁹の理解に隔たりがあることが、「手続」をめぐる議論をより複雑にしている。分割が事実上難しい共有私道のような場合を念頭に置くか、所有者不明土地のような円滑な管理が望ましい共有地を念頭に置くか、あるいは相続に起因する共有関係を想定するかなど、共有の具体的な実態の理解にも隔たりがあるとともに、理念的にも、通常の共有における団体性の強弱（団体的結合関係と個人主義的色彩との相互関係）の理解などにも左右されるように思われる¹⁷⁰。その理解に応じて、

167 村松＝大谷・前掲注（28）57頁。

168 本文でみた星野のように、現実の使用の割当ては管理事項の決定により具体化されると解する場合には、民法第252条第1項前段の意思決定の態様も、（他人の物の）使用収益態様の取り決めに関する善管注意義務の議論の俎上で捉えることができないかが問題となる。決議に向けた事前の招集通知の欠如が善管注意義務との関係で問題となりうる視点については、後注（178）も参照。ただし、民法第249条第3項にいう保存・使用に対する善管注意義務がどのような場合に適用されるものであるかは「よく分からない」との指摘もある。七戸・前掲注（129）111-112頁。大阪弁護士協同組合編『Q & A所有者不明土地関連法』（ぎょうせい2022年）35頁〔余田博史担当部分〕も参照。

169 前注（105）を参照。また、本文（第3.2（1））で示した伊藤による指摘も参照。

170 たとえば、鎌田薫「共同所有—共有物の利用関係を中心に」法学教室171号ノ（龍法 '25）57-4, 288（934）

多数決の場面における「一種の手続的保障」の観点への比重の置き方にも違いが生じうる¹⁷¹。

「共有観」との関係では、より一般的に、「共有関係において各共有者が共有物の使用または管理についてどのような権利または権限を有しているのか」¹⁷²という根本的な理解が改めて問題となることにはとくに注意を向けるべきであろう¹⁷³。この点について、近時、共有（共同所有）に関する

ㄨ (1994年) 79頁のように、共有者集団をこえた団体を観念し、多数決によって団体意思の決定があるような理解がはたして可能であるのかといった批判が古くから立言されていた。花本広志「財産隔離論」北居功ほか『コンピネーションで考える民法』（商事法務、2008年）277頁なども参照。その一方で、吉田・前掲注（129）427頁は、共有を「分割を前提として過渡的・一時的な存在として捉える場合には、共有物の管理に関心が注がれることはない」ものの、「日本民法は、この領域における規律をある程度備えているという点で、共有の共同性・団体性にある程度配慮した立法」となっており、「日本民法のこの性格は、2021年民法（物権法）改正によって強化された」とみる。その理由は「この改正によって、管理に関する規定の詳細化・充実化が図られたからである」。「その内容は、共有状態の長期化を事実として認め、その合理化を図るために管理制度を充実するところにある」との見方を示す。この点については、山田誠一「共有者間の法律関係―共有法再構成の試み（4）―」法学協会雑誌102巻7号（1985年）1353頁以下が指摘する日本民法の共有規定の二層構造（個人主義的な第一層と団体主義的な第二層）にも留意を要する。小粥・前掲注（4）545頁、同・前掲注（149）578頁も参照。

171 共有の一般的な規律をどのように捉えるかについては本文第2.1（1）(b)を参照。共有法理・団体法理・契約法理の相互の関係性も問題となる。この点につき、松本恒雄「団体法理・共有法理・契約法理」池田真朗＝吉村良一＝松本恒雄＝高橋眞『マルチラテラル民法』（有斐閣、2002年）56-77頁なども参照。

172 仲・前掲注（21）409頁は、会社法第106条本文の解釈論にも、民法の共有物の管理一般に通ずるこの視点が重要であることを示す。

173 この点について、佐藤康紀「『共有』物の使用及び管理に関する規律とその多元性―フランス法の展開を素材として（5・完）」法学協会雑誌138巻9号（2021年）1771～1775頁以下は、重要な視点を提供する。すなわち、日本民法では、使用収益方法についての協議が、管理の一種とされて、共有物の管理の問題に先送りされる「飛躍する」ことの問題点を示し、「使用」の問題と「管理」の問題を連続的に捉える日本民法の規律をフランス法の文脈から相対化して捉え直そうとする。この視角を踏まえれば、意思決定方法や手続の問題は、共有の法的性質や共同所有の類型論における共有の切り分け方の問題にも接合しうる。

基本問題として、「使用収益権能」と「管理権限」とを区別して共同所有における権利の帰属と行使の関係を捉えるという示唆的な視点が示されている。

すなわち、吉田克己は、管理概念を「使用・収益・処分（利用）の前提となる財産に関する事務処理であって、利用それ自体とは区別」し、「使用・収益・処分（利用）」は、財産の諸効用の全部または一部の帰属に基づいて認められる。これに対して、管理は、帰属に基づく支配権能行使の前提条件を整えるためのものであって、帰属に直接に関係する観念ではない」として、両者を「異なる次元に属する観念と捉え」る¹⁷⁴。この視点に倣えば、意思決定方法や手続の問題も、共有者各自に帰属する支配権能行使の前提条件を整えるための管理権限行使のあり方としてみたときにどのようなあり方が妥当であるか¹⁷⁵、という問題（民法第249条と第252条の相互関係をいかに構成するかという問題¹⁷⁶）として置き換えることができる¹⁷⁷。

174 吉田・前掲注（129）143、403-404頁。ただし、この理解は、吉田が同書で提唱する所有権を帰属関係と支配の両面で捉える「《帰属＝支配》説」の構想のもとであることに注意を要する（135、422頁）。この視点がもつ意味については、吉田克己「リプライ」法律時報97巻1号（2025年）79-80頁、同「§1」山野目章夫編『新注釈民法（1）総則（1）』（有斐閣、2018年）114-115頁も参照。

175 ただし、このように捉えたとしても、管理権限は、誰のいかなる利益に結びつき、何を根拠に生じ（発生原因は何か）、誰にどのようなかたちで属すると解すべきか、その機制のあり方について精査が必要となる。西脇秀一郎「共同所有の「階層的法構造」と権限および権能」法律時報97巻1号（2025年）67-68頁。

176 なお、協議（通知）不要説の立場をとる佐久間も、民法第252条（第1項前段）は「共有者の持分権を侵害することとなる決定を許容するものではない」としており、民法第249条との関係を意識した視点をみてとることができる。前注（100）を参照。「使用」と「管理」をめぐる問題に対しては、松尾・前掲注（124）209頁以下、佐藤・前掲注（173）1771-1775頁なども参照。

177 そもそも、広中俊雄『新版民法綱要 第1巻』（創文社、2006年）131-134頁は、権利の種別を説示する部分において、「管理権能」の項目を設けて、財産管理権を含む管理権能という上位概念を構成する意義を説いていた。広中によれば、「人は自己の権利を行使する権能ないし一般に自己の事務を処理する権能」を有し、これが「自主管理権能」であるところ、共有物の管理の問題でも、その基礎

敷衍すれば、この見方を参考に、《具体的問題状況において、（持分過半数権者以外の）共有者の関与を否定する（または情報提供の機会を欠く）管理権限の行使の（各々の場面での具体的）態様が、支配権能の前提条件を整えるものとして許されるか否か》が、民法第252条第1項前段の持分過半数決の適否において問題とされるべきである、として問題を捉えることができるとすれば、意見表明の機会の保障は、結局、各共有者に帰属する使用収益権能をもとに使用・収益を現実割り当てるために（管理権限に基づく決定によって使用収益権能の内容を形成するために）、各共有者が管理権限を行使する機会を保障することと読み替えることもできる。

共有物の使用¹⁷⁸方法の「協議」に対して星野にもみられた発想にも、これと相似する視角を見出すことができ、このような視点は、共有物の管

にあるのは「全体として共働的な自主管理権能」であり、「自主管理権能の一つの変形としての共有者の共働的管理権能」の帰属と行使が問題となる。なお、広中はここでの管理権能をいわゆる共益権とは別のものとみる。共益権はあくまで、共働的自主管理権能ないしはその基盤をなす共同所有に対する侵害または侵害の危険に対処するための手段としての「道具的権利」であるとし、管理機能をより本質的なものとみる（133頁注（4））。

178 なお、共有物の「使用」の用語法については、「各共有者の個人的需要のみを目的とする」ものを「使用行為」とし、これに対して、「共有物を全体として如何に利用すべきかの問題に関する」ものは「利用行為」である（「他人に賃貸すべきや又共有者自ら之に居住すること、すべきや等の利用問題を決するのは利用行為である」）とする見解もあるが（末弘・前掲注（77）425頁〔この理解に依拠する七戸・前掲注（129）108頁も参照〕）、所有権の客体である物の諸効用を引き出すことを「利用」と捉えて、当該効用の帰属にかかわる使用・収益（事実的收益および法律收益）・処分は「利用」に括ことができ、それを帰属にもとづく支配権能行使の前提条件を整える（帰属と直接に関係する観念ではない）「管理」（管理権限）と区別する見解もある（吉田・前掲注（129）140-144、403-404頁）。後者の考え方は、使用（利用）の現実の割当てを整えるものとして管理権限を捉えるという意味で、本文でみた星野の民法第249条第1項を「使用収益権の基礎および割合を定めた抽象的な規定」とみて、民法第252条第1項前段の協議・決定を介して「現実の使用収益権」が生じるとみる見方にも通底するように思われる。本稿では、管理権限の行使を介して現実の使用（・収益）の割当てをするという意味で、共有物の「使用方法」の語を用いている。

理をめぐる意思決定の方法・手続において、「協議」や意見表明または情報提供の機会の保障の可否を考える際にも、管理権限の行使の保障を図るという視角を提供し、看過してはならない問題把握の視点であろう。

5. 多数決と「協議」

「協議」（または「通知」などの「関与」）の可否の問題は、意思決定方法として、多数決が認められることに対する少数者（権利者）の権利利益の保護をめぐる問題としても意識されることがある¹⁷⁹。その際、共同所有者間の意思決定の局面において「コミュニケーション」という観点がどのような意義をもつと考えるべきかはなお検討を要する問題である。その機制的仕方や整序のあり方を考える際に、一見、非合理にみえるものであっても、改めて合理的なルールとして機能する可能性を示唆する視点として、共同所有一般をめぐる従来の議論では、とくに資源の共同の管理の場面等について、意思決定過程における「熟議」（による「合議」）¹⁸⁰の意義が指

179 会社法第106条本文をめぐる議論は主にこの視点のもとで論争が展開されている。ただし、関与（参加）の機会保障の意義は、少数者の権利の保護だけに限られない。多数者の利益、共同関係全体（総権利者）の利益、客体（財）の効用的価値の増大、公共（公益）性の観点などを踏まえて、組織体としてのあるべき機制上あるいは他者との間で要請される義務（善管注意義務等）から導かれるものとして、手続保障の積極的意義を語ることも可能ではある。

180 「熟議」（「合議」）という用語は民法学上の解釈論においては馴染みが薄いようにも思われるが、（比較対象としての妥当性には留意を要するものの）「熟慮合議」による決定プロセスの確保それ自体の法的意義を捉える東京高判平成30年10月17日金商1557号42頁は、株式会社（取締役会設置会社）の取締役が会社および総株主に対して「善管注意義務を負うべき地位」にあることを理由に、「複数の取締役の熟慮合議により経営上の重要事項を決定していくというプロセスを経ること」も善管注意義務の内容となり、「取締役の一部の者に対する取締役会の招集通知を欠くこと」が「複数の取締役による熟慮合議というプロセスを怠るという意味」において「善管注意義務のうちの基本的な義務の違反を構成する」と説く。当該判決は、上記の違反は原則として決議の無効を導くものの、通知を欠く取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき「特段の事情」があるときには、通知の欠如という瑕疵は決議の効力に影響

摘されてきた¹⁸¹。共有の多様性を考慮に入れると、共有の一般的規律がどうあるべきか¹⁸²は、翻って結局、（共有関係をめぐる争訟の実態にも注意しつつ）「共有観」をどのように見定めるべきかという問題に回帰しうるように思われる。

ところで、比較法的にみても、持分過半数決の際に意見表明の機会を要すると解することは特異なものとははいえない¹⁸³。たとえばドイツ法では、多数決における共有者の権利の保護のために、各共有者には議決権とは別に「聴聞を受ける権利」（“rechtliches Gehör”）があると解されている。

ㄨ 響がない（決議は有効になる）との判例（最二小判昭和39年8月28日民集18巻7号1366頁〔中小企業等協同組合〕、最三小判昭和44年12月2日民集23巻12号2396頁〔株式会社〕）の枠組みに則った上で、取締役の過半数による賛成があったものの一人株主の配偶者である支配株主取締役への通知を欠いた決議を無効としている。小菅成一「判批」嘉悦大学研究論集62巻2号（2020年）77頁注（14）なども参照。

181 棚澤能生＝名和田是彦「地域中間集団の法社会学—都市と農村における住民集団の公共的社会形成とその制度的基盤」利谷信義＝吉井蒼生夫＝水林彪編『法における近代と現代』（日本評論社、1993年）442頁は「多数決という意思決定プロセスは現実には一体いかなる現象として確認されうるのか」という問いに対し、「さまざまな説得活動をつうじて「合意」を得ていくプロセスは、一種の多数決ではないか」ともいう。名和田是彦『コミュニティの法理論』（創文社、1998年）126-130頁も参照。岡田康夫「入会権の現代的活用」浦川道太郎先生＝内田勝一先生＝鎌田薫先生古稀記念論文集『早稲田民法学の現在』（成文堂、2017年）158頁も「少数者の意見を織り込みながら全体の利益を推進するアイディア」として「熟議」の意義に触れる。また、鈴木龍也「環境保全と入会訴訟—山口県上関町原発推進建設予定地入会訴訟を素材として」丸山徳次＝宮浦富保編『里山学のまなざし—森のある大学から>』（昭和堂、2009年）172-173頁、同「入会の環境保全機能に関する一考察」牛尾洋也ほか編『琵琶湖水域圏の可能性』（晃洋書房、2018年）257-258頁、同「コモンズとしての入会」同ほか編著『コモンズ論再考』（晃洋書房、2006年）252頁注（17）なども参照。

182 改正審議の場における沖野眞巳委員による問題提起が改めて重要となる。前注（39）参照。

183 民法起草時にも手続要件を定める諸外国の立法がみられたことについては、本文の第3.1（1）を参照。

る¹⁸⁴。そのもとで保障される公正かつ客観的な聴聞の機会の確保は、適切な情報を得る機会の確保をも含意する一方で、単なる事後的な情報提供だけではその権利保障として十分ではないとも解されている¹⁸⁵。ただし、それが確保されなかったとしても、常に決定の無効が導かれるわけではなく、通常は損害賠償請求の対象になるとされる¹⁸⁶。

このように、日本民法第252条第1項前段の解釈論は、決定に反対した（あるいは関与していない）者にも法的拘束力を導く多数決の前提条件となる適切な「手続」とは何かを問うものとして、共有（持分権）の法的性質に関する総論的な問題にかかわるだけでなく、共同所有や団体・法人の多数決における（少数者の）権利保障の問題とも接合する広い射程をもつものとして、引き続き議論を続けていくべき¹⁸⁷ものである。

なお、本稿ではくわしく検討できなかったが、（民法上の組合のような）頭数ではなく、持分価格に応じた議決要件が、手続の機制的あり方を考える際にどのような影響を有しうるか¹⁸⁸にも留意を要する。また、共有物

184 Karsten Schmidt, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2024., § 744, 745 Rn. 19, Rn. 33., Markus Gehrlein, in: BeckOK BGB, Wolfgang Hau/Roman Poseck, 71. Ed., 2024., § 745 Rn. 5., Ingo Saenger, in: HK-BGB, Reiner Schulze, 12. Aufl., 2024., § 745 Rn. 2. 聴聞を受ける権利に言及する先行研究として、上河内・前掲注（80）102-103、119頁、同「改正共有法の検討—持分を超えた共有物の使用を中心に」鳥谷部茂先生＝伊藤浩先生古稀記念『民事法改革の現代的課題』（信山社、2023年）46-47頁、伊藤・前掲注（110）131、135頁。

185 K. Schmidt, a. a. O. (N.184) § 744, 745 Rn. 19, Rn. 33.

186 Gehrlein, a. a. O. (N.184) § 745 Rn. 5., Saenger, a. a. O. (N.184) § 745 Rn. 2. 第三者の保護のため、聴聞を受ける権利の侵害が直ちに決定の瑕疵をもたらすものではないと解されているようであるが、K. Schmidt, a. a. O. (N.184) § 744, 745 Rn. 19, Rn. 33. は決議の無効を導く解釈を志向する。上河内・前掲注（80）102頁によれば、分割請求権が排除されている場合に少数者に分割請求権を付与する処理も認められている。上河内・前掲注（184）47頁も参照。

187 2021年改正民法の第252条第1項前段のもとでも、協議の要否をめぐる解釈論については、引き続き議論を続けていくべきことを指摘するものとして、秋山・前掲注（129）84頁も参照。

188 2021年改正民法の審議におけるその点の指摘につき、本文の第2.1（1）（c）。

の管理の規律は、準共有にも準用される（民法第264条）。冒頭で示した株式の準共有に加え¹⁸⁹、債権、信託受益権、担保物権などの財産権の準共有も実際上は珍しくないことからすれば¹⁹⁰、この問題の考察は、より一層広い射程をもったものとなることを付記しておきたい。

【付記】

本稿はJSPS科研費（JP21K13214〔若手研究〕）、龍谷大学社会科学研究所共同研究プロジェクト（2021年度-2023年度「地域特性に基づく地域・森林資源管理の法理論研究」〔研究代表者：牛尾洋也〕）、龍谷大学社会科学研究所共同研究プロジェクト（2024年度-2026年度「生物多様性保全の実効性を高めるための新たな学術的アプローチに関する研究」〔研究代表者：谷垣岳人〕）の助成を受けた研究成果にもとづく。

189 前注（26）で示したとおり、本稿では検討対象を限定したが、より多角的な視点から考察するためには、商法学（会社法学）上の株式の準共有の場面での「協議」をめぐる議論を踏まえた検討も必要となる。また、共有（準共有）における意思決定の問題に関連する裁判例についても詳細な検討はできておらず、これらについては他日を期したい。

190 第一東京弁護士会家事法制委員会・司法制度調査委員会編『Q & A・事例解説 令和5年4月施行対応 民法等改正の実務ポイント』（新日本法規、2022年）33頁。

内縁関係と遺族年金に関する一考察（3・完）

～近時の裁判例を中心として～

岡 本 詔 治

一 問題の所在と課題の限定

二 通常内縁の裁判例

1 弔慰金受給資格等

2 恩給扶助料の受給資格

三 重婚の内縁の裁判例

序論

一 最高裁の立場

二 下級審裁判例の状況

1 法律婚が形骸化していたケース

（以上、本誌56巻4号）

2 法律婚が形骸化していないケース

（1）法律婚の相手方が行方不明である場合

（2）別居生活が長期間にわたるものの離婚合意がない場合

（以上、本誌57巻1号）

四 まとめに代えて

（以上、本号）

四 まとめに代えて

遺族年金の受給資格の是非は、これまでの裁判例の実情・傾向から判断すれば、民法上の保護要件とは、直接関係することはないことが明確となったが、それにもかかわらず、とくに高度の公益性観点から無効とされているような場合には、法秩序全体の観点から、その遺族年金の受給資格については、そうした内縁関係の当事者にまで認めることは、困難であろう。たとえば、後妻と亡父の子との内縁関係（〔3〕最判昭和60・2・14）や叔父と姪との内縁関係（〔4〕最判平成19・3・8）については、それぞれ

れ受給資格は否定されている。

以下では、すでに引用した裁判例のほか、新たな事例も取り上げながら、あらためて本問題に関する裁判例の現状を整理したうえで、今後の課題と展望を析出してみよう。

一 通常内縁の場合

1 内縁肯定例

(ア) 別居中の夫婦 通常内縁については、それが内縁の要件を充足している限りは、被保険契約者である亡夫の遺族年金の受給資格が特に問題となることはない。現実には扶養されている限りは、「生計維持要件」が充たされているからである。ただし、長期間にわたって夫婦が別居している場合は、種々の事情が考慮されざるを得ない。たとえば、[30]東京地判平成27・5・12平成26年（行ウ）77号遺族厚生年金不支給処分取消等請求事件D1-Law.comは、別居期間は20年間と相当長期に及んでいるが、婚姻後、同居していた期間が約34年間あること、別居後も相当額の経済的支援をうけているほか、亡夫所有のマンションに無償で居住し続けており、その管理費、修繕積立金、駐車場使用料、水道光熱費等についても、その全額を負担していたことなどから、婚姻関係を維持ないし修復するために一定の努力をしているものと評価できるとして、事実上離婚関係と同様の事情にあるとはいえない、と判示している。

(イ) 婚姻障碍と内縁関係 婚姻障碍にある当事者間の内縁関係については、やや慎重に分析する必要があるだろう。

後妻と亡父の子との内縁関係については、[3]最判昭和60・2・14は、（1審・東京地判昭和59・1・30、原審・東京高判昭和59・7・19も）反倫理性を強調する（消極）。

しかしながら、叔父・姪間の内縁関係については、反倫理性がそれほど強くはなく、当該地域では希なことではなく、長期間にわたって継続して

いることなどの事情も考慮されて、有効と判断され、亡父の遺族年金の受給資格が認められている（〔4〕最判平成19・3・8）。一般的には、養親子間での婚姻関係は、極めて反倫理性が強いので（民734条）、内縁関係も無効と解するしかない（〔7〕東京地判平成26・11・14）。ところが、事情によれば、許容されることもありうる。〔5〕大阪地判平成2・3・5では、養子縁組をする以前から夫婦としての共同生活の実体を有するとともに、夫死亡までの約11年間にわたって夫婦としての共同生活を継続していたことなどから、遺族の生活の安定と福祉を目的とする厚生年金法の目的を優先させて、妻の受給資格を肯定している、

最近の東京地判令和3・7・28も、当事者間の内縁関係は、その開始当初において何らの反倫理性、反公益性は認められず、そうした内縁関係が約9年間続いた後に本件養子縁組が多分に便宜的な理由からされたからといって、両名間の実体的な関係には何らの変化も生じたわけでもなく、両名の近しい親族からもそのように認識されていたことなどから、妻の受給資格を肯定している。

2 内縁否定例

遺族年金に関する事例で、内縁の成否について興味深いものがあるので、紹介しておこう。

（a）下記の〔31〕では、下記の妻が夫の債権者からの追及を回避するため離婚したが、離婚後も元夫の世話をしてきたものの、事実上の婚姻の要件を満たさないとされている。形式論が目立つ判決である。

〔31〕東京地判平成28・12・21平成27年（行ウ）第689号遺族年金不支給決定処分取消請求事件 TKC

（b）〔32〕東京地判令和3・3・9令和1年（行ウ）479号遺族厚生年金及び遺族共済年金（経過的職域加算額）並びに支払未済給付不支給決定取消請求事件でも、内縁性が否定されている。住所地も別であり、同居事実も

なかったので、内縁であるとすれば、そうしたことの合理的根拠が必要となるところ、その根拠を説明できなかったという事案であるが、両者の関係については、女性が男性からの借入金債務を完済していないことの代償として男性の死亡まで約7年間にわたって男性の介護等に従事していたという事情があるらしいが、そのことから。直ちに、両者の関係が、内縁関係であったとは認め難い、とされている。

二 重婚的内縁の場合

この種のケースでは、遺族年金の受給資格者は、あくまでも法律上の妻であり婚姻関係が事実上離婚状態にある場合にのみ内縁配偶者に認められる。例外的に内縁が保護に値する関係として認められるためには、最高裁判決が指摘するように、ある者と法律上の婚姻関係にある被保険者等が、重ねて他の者と事実上婚姻関係と同様の事情にある場合、すなわち、いわゆる重婚的内縁関係にある場合には、我が国においては、法律婚主義がとられていることに鑑み、原則として、法律上の婚姻関係にある者が遺族厚生年金の支給を受ける「配偶者」に該当するというべきであり、例外として、法律上の婚姻関係が実体を失って形骸化し、かつ、その状態が固定化して近い将来解消される見込みのない場合、すなわち事実上の離婚状態にある場合に限り、事実上婚姻関係と同様の事情にある者が遺族厚生年金の支給を受ける「配偶者」に該当すると解すべきである（最高裁昭和58年判決及び最高裁平成17年判決参照）。

そこで、下級審の裁判例では、「婚姻が形骸化している状態」とは何かが論点となっており、その具体的な判断指標を明らかにすることが、今日での喫緊の課題である。最近でも、一例であるが、[32]東京地判平成26・3・13平成24年（行ウ）第511号遺族共済年金支給取消決定取消請求事件TKCは、同趣旨を繰り返して説示している。本稿は、そうした具体例をいくつかを検討しただけであるが、その考慮事情がほぼ明らかになったよ

うに思われるので、ここで、あらためて、下記のように、いくつかの類型応じて、そこでの判断指標を析出しておこう。

1 婚姻関係が形骸化していた事例

- (1) 別居期間が相当長期に及び、その間、婚姻関係を修復する意思がなかったケース

[33] 東京地判平成10・5・27労働判例739号65頁（遺族補償給付不支給処分取消請求事件）

【事実・判旨】死亡時までの約16年間、別居状態にあり、別居後は夫が死亡するまでの間、いずれからも別居状態を解消し、婚姻関係を修復するための積極的かつ具体的な働きかけがなされた形跡がうかがえない。加えて、婚姻妻は夫から生活費等の仕送りを受けたことはなくして、自活の道を歩んでおり、夫婦としての日常的な交流があったとも認め難いことなどの事情から、婚姻関係が形骸化していた、とされた。

[34] 東京地判平成26・3・13平成24年（行ウ）第511号遺族共済年金支給取消決定取消請求事件 TKC

【事実・判旨】婚姻夫婦の別居期間は、約21年間の長期に及び、夫は別居後も自宅に戻ってはいるが、父親として子らと接するために自宅に戻っていたにすぎず、妻との婚姻関係を維持ないし修復する意思はなかったものと認められる

[35] 東京地判平成26・7・25平成25年（行ウ）第537号遺族厚生年金不支給処分取消請求事件 TKC

【事実・判旨】婚姻関係は、夫婦の別居のはるか以前から、円満とはいえない状況にあったところ、両者の別居期間は約14年という長期に及んでおり、別居後においては、両者とも婚姻関係を維持ないし修復するため積極的な努力をした形跡は何らうかがわれず、妻の夫に対する経済的依存は甚だ乏しく、音信や訪問も皆無に近いといわざるを得ない。他方、夫と他女の重婚的内縁関係は、同居期間が8年半余りに及び、夫婦としての実体を有していたことは否定し難い。

ところで、[35]東京地判平成26・7・25の原告妻は、法律上の婚姻関係にある者と重婚的内縁関係にある者が競合する場合、生計維持要件を緩和して適用すべき旨を主張した。その理由として、法律婚を重視すべきこと、

厚年法が離婚の場合に年金分割の制度を認めており、原告が離婚に踏み切っていれば認められた権利があるのに、遺族厚生年金の受給権を否定することは、原告の期待権ないし既得権たる財産権を不当に奪うことになる」と反論した。一つの問題となし得る視点であるが、判旨は、つぎのように説示している。法は、配偶者の認定基準である「生計維持要件」とは、死亡の当時において被保険者等の収入によって生計を維持していた遺族たる「配偶者」の生活を保障するという遺族給付の目的を踏まえたものであり、このような制度目的からみる限り、重婚的内縁関係の場合に、法律上の婚姻関係にある者についてのみ生計維持要件を緩和すべき理由は見出し難いといわざるを得ない、と。

(2) 別居後は婚姻関係を修復するための努力を行っていなかった場合

この種の事情も、婚姻の形骸化の判断に際して、重要な考慮事情となっている。以下のような事例が参考となる。

[36]大阪高判平成26・11・27 平成26年（行コ）第23号平成23年（行ウ）第185号遺族厚生年金不支給取消裁決取消請求事件（甲事件）／遺族厚生年金支給決定取消処分取消請求事件（乙事件）裁判所ウェブサイト

本件では、家庭内別居を開始し、平成8年3月18日頃には、原告妻が子らを連れて香芝市の自宅を去り、その後亡夫Aが亡くなる平成20年9月7日までの約12年6か月の間、別居生活は一度も解消されることがなかった。亡Aが参加人との同居を開始した平成12年頃以降については、亡Aが原告との婚姻関係を維持ないし修復するための努力を行った様子は認められない、とされている。

[37]東京高判平成26・3・13平成25年（行コ）第357号遺族厚生年金不支給処分取消請求事件 TKC

本件では、夫婦は別居後、住民票上の住所も異にしていることからすれば、生計維持関係認定基準のいずれにも当たらない、とされた。さらに、別居の原因は、両者の性格の不一致に加え、夫の不貞行為にあり、夫が自（龍法 '25）57-4, 302（948）

宅を出て他女と同居して生活していたことから、生計維持関係認定基準にいう「止むを得ない事情」があるということはできない。また、別居中の経済的な援助についてみると、一定の時期までは、一定額の振込送金をしていたが、やがて振込送金がされなくなったことのほか、妻は仕事の収入や実母の援助などにより生活していた。

２ 婚姻の形骸化が否定された事例

１ 離婚合意がなされていない場合

この種のケースでは、別居期間の長短も軽視し得ない事情とはならないわけではないものの、いかに長期間にわたって別居生活を継続していても、なお形骸化が否定された事例が少なくない。[19]東京地判平成１・９・26は、法律婚夫婦は28年間も別居していたが、夫が経済的支援などの交流を継続したことなどの事情から、形骸化を否定している。[20]東京地判平成２・11・20でも、30年間ほどの別居が継続していたが、夫が月１回程度は帰宅していたことなどから、形骸化が否定されている。[21]岡山地判平成３・10・29は、24年間ほどの別居生活をしていたが、内縁関係の方は婚姻意思が曖昧で経済的支援を基因として始まったことなどから、おなじく形骸化が否定されている。また、婚姻夫婦は約30年間の別居生活を継続していた一方で、内縁夫婦は婚姻を前提として同居したうえで、披露宴も行っていたので、婚姻夫婦は疎遠になっていたにもかかわらず、離婚合意がなく、その間も夫が婚姻家族に経済的支援をしてきたことなどから、形骸化は認められなかった。

２ 法律婚の妻が婚姻関係の維持ないし回復を求めている場合

この種のケースでは、単に離婚合意がなされていないというだけではなく、婚姻配偶者が積極的に婚姻関係の維持・回復を求めている（つまり離婚を拒否している）ことから、容易には婚姻関係の形骸化は認められていない。[23]浦和地判平成６・９・６は、夫は内縁の妻と親密な関係を維持し

て、別居生活が約27年間に及んでいたが、妻が離婚の申し出を拒んでいたという事案で、判旨は、法律婚夫婦が婚姻関係の解消を積極的に合意して事実上の離婚状態を作り上げていたような場合に限るとしている。本判決は、従来の裁判例の流れから外れており、その認定につき、相当程度厳格な立場を明確にしている。

[24]東京地判平成2・11・20も、婚姻夫婦は約30年間別居生活を継続していたが、夫婦が別居を始めたのは、夫の勤務の都合に基づくものであって、夫が他女と同居を始めたとかといった事情によるものではないし、夫は、正妻と別居するようになってからも、離婚手続きをとろうとはせず、退職するまでは、他女との同居前もそれ以後も、毎月1回程度帰宅するとともに正妻に毎月一定の金員を渡していたことなどの事情が重視されている。[25]東京地判平成11・8・26でも、法律婚夫婦は、夫の死亡時まで10年余りにわたる別居生活が続いていたが、夫は、別居後も、離婚手続きをとることはなく、かえって妻子の経済的支援を継続したり、毎月のように妻子方を訪れたりしていたことなどの事情が重視されている。

3 離婚給付がなされていないことが重視された事例

下記の一連の判決例では、法律婚の妻に対し離婚給付がなされていないので、婚姻が解消していないこととなり、そのことによって、結局のところ、婚姻の形骸化を否定するという結論になっている。事実としては、この種の夫婦関係が完全に破綻していても、社会保障給付との関連では、内縁の妻よりも法律婚の妻を優先させざるを得ないと考えられた結果であろう。

[26]広島高判平成12・2・16では、某会社の代表取締役の死亡退職慰労金の受給資格が問題となったが、判旨は、離婚給付がなされておらず、調停も不調となっているので、妻が離婚を容認していたとは認め難いことから、法律婚の形骸化を否定している。本判決は、下級審裁判例のなかでも、

かなり厳格な立場にあるといえよう。

[27]東京高判平成19・7・11は、一審判決が婚姻関係が形骸化して事実上離婚状態にあるとしたが、離婚給付がなく、別居期間が同居期間（４年と６年５ヶ月）と比べてほとんど径庭がないことや、別居中も夫が経済的支援を継続し、有責配偶者として離婚請求の可能性もないことなども考慮して、これを取り消している。

[28]福岡地判平成20・8・26も、婚姻生活の期間（約22年）と別居期間（約7年）との比較や内縁関係が５年程度にすぎず、夫が離婚給付をしていないことに加えて、妻が婚姻の継続を希求していることなどから、婚姻は形骸化していない、とした。

[29]名古屋地判平成18・11・16は、夫が離婚と生活の保障を約束したことから女性が内縁関係を結び、36年間も内縁関係を継続し、その間も法律婚の妻に離婚手続を積極的に働きかけているが、もともと夫には離婚意思がなく、妻に生活費を送金していたことかなどから、婚姻の形骸化は認められなかった。不分明な婚姻夫婦の関係であり、本判決の事実認定の手法も含めて、なんとも後味の悪い結論である。

[38]東京地判平成25・3・19平成23年（行ウ）第690号裁決取消請求事件TKCでは、内縁の夫は、内妻と同居を開始する際に、内妻の両親に対し、戸籍上の妻とは離婚し、内妻と婚姻する予定であるなどと挨拶をしたうえで、内縁子（認知済み）の出産後は、これらと同居する一方で、離婚とその際の条件や生活費等につき戸籍上の妻に提案したが、妻は離婚には応じられないなどと回答した。

[39]東京地判平成25・1・22平成23年（行ウ）第642号遺族年金不支給決定処分取消請求事件TKCでは、別居は、亡夫の不倫関係に起因するもので婚姻妻には落ち度はなく、別居期間は結果として20年という長期に及んでいるものの、その間、夫は、緑内障等を患っているため就労することが困難である妻に対し、死亡する直前まで、定期的に相当額の婚姻費用を

送金し続けて家族の生活を支えていた。加えて、別居中も、婚姻妻との交流があるほか、妻を本件建物に居住させるとともに、その補修代金を支払って補修を行い、さらに、遺言によって本件建物及びその敷地を妻に相続させることを企図するなど、婚姻妻が生活していくことができるように十分な配慮をしていた。判旨は、これらの事実により、婚姻生活が、夫の死亡時まで、その実体を失って形骸化し、その状態が固定化して近い将来解消される見込みがない状態に至っていたとは到底認められず、事実上の離婚状態にあったということとはできない、とした。

[40]広島高判平成12・2・16判タ1087号239頁死亡退職金請求等事件も、長期間の別居により夫婦の実体がないことのほか、その回復意思もなかったが、離婚給付の協議が不調となっているので、妻が離婚を容認していたとは認められない、としている。

[41]東京高判平成19・7・11平成19年（行コ）第16号TKCも、つぎのように説示している。事実上の離婚状態にあるというためには、被保険者等と法律上の配偶者との間で離婚は合意されているとか、届出だけがされないまま長期間にわたり別居状態が継続しているとか、そうでなくとも、婚姻関係を解消するに相応する財産的な給付が行われた上で、長期間にわたる別居状態が継続しているなどの事実があることを要し、重婚の内縁関係にある者との関係が密接であるために、法律上の配偶者との関係が疎遠になっている期間が続いているというだけでは、事実上の離婚状態にあると評価するには足りないものというべきである。女性は、発病後の男性を深い愛情を込めて親身に看護しており、両者が固い絆で結ばれていたことがうかがえるが、これらの事情も上記判断を左右するものとはいえない、と。

二 学説の状況

ここで重婚の内縁との関連で、法律婚の妻ないし内縁の妻のいずれに遺族年金の受給資格を認めるべきかについて、注目すべき学説に限定して、

簡単に整理しておこう。

法律婚の妻との明確な合意が要件とする学説もなくはないが、「右近健男」は⁽¹⁷⁾、そうした合意は婚姻関係の形骸化・固定化を認定するための一事情にすぎないとしている。この説の方が、裁判例の実情に調和的であろう。法律上の妻には年金しかない場合には、たしかに簡単に排除してよいかは一考に値する問題であろう⁽¹⁸⁾。

「二宮周平」は、持論の要保護性の論理を前提とした上で、法律婚も保護されるべき場合には、双方に年金を配分すべき必要があることから、年金の分割を提唱している。たしかに、そうしたケースも裁判例のなかには認められなくもないので、傾聴に値するとしても、法制度的根拠はないのみならず、具体的な識別基準も明確ではないので、行政当局のみならず、裁判所も含めて、年金の実務的処理の場では、混乱を招く結果になるのではなかろうか。一部の具体例の立場を強調するあまり、全体の調和的解決を犠牲することであってはならないであろう。

三 まとめと課題

1 まとめ

遺族年金の受給資格について、法制的には、つぎのように規定されている。まず、被保険者（ここでは亡夫）によって生計を維持していたこと（生計維持要件）、および、一定額を超えない所得に制限されていること（収入要件）であるが、特に問題となるのは、生計維持要件であり、その判断については、必要な事項は政令で定められているので（厚生59条4項）、裁判所も、これを軽視できないが、それに羈束されることなく、当該要件の内容を合理的に解釈して、被保険者からの援助がなければ、その生計の維持に支障をきたしていたであろうという関係があれば足り、必ずしも同居・同棲や世帯の同一を必要とするものでないとする裁判例（[22]東京地判平成5・1・20、同10・3・25、および福岡地判平成20・

8・26判タ1291号82頁)などがあり、ほぼ方向性が固まったといえよう。

現在までの裁判実務では、通常内縁の場合には、年金受給資格の可否の判断において、格別の問題はないように思われる([1]東京地判平成11・8・26、[2]最判平成7・3・24、[3]最判60・2・1、[4]最判平成19・3・8)。「内縁性」の判断においても、穏当な結論を導いている([5]大阪地判平2・3・5、[6]東京地判令和3・7・28)。²⁸⁾[7]東京地判平成26・11・14は直系血族間における夫婦関係の内縁性を否定しているが、公序に反する関係であり、当然の帰結であって、適切な判断であろう。

問題は、重婚的内縁ケースの場合であり、本稿は、このケースを特に重点的に検討・分析してきた。抽象的な規準としては、最高裁の立場は固まっており([8]最判昭和58・4・14、[9]同平成17・4・21)、法律婚の形骸化ないし事実上の離婚状態にあることが必須の条件となっているが、本稿は、具体例を分析した結果、いくつかの類型化することが可能である旨を論証しようとした。

ことに法律婚夫婦間の離婚合意の有無が問題とされた時期もあるが、最高裁も下級審も、この種の合意があれば格別、そうした合意の有無は問題視されなくなっている。²⁹⁾[9]最判平成17・4・21では、合意のないことが論点となり、少数意見はその必要性を説いていたが、多数意見はこれを排斥した。

いまひとつ問題となるのは、別居中の夫から法律婚の妻へ経済的支援がなされていた場合である。こうした事実が認められると法律婚の形骸化の判断において消極的な事情となる傾向が見られるからであり、その際に、婚姻費用分担との関連・区別が議論されている。つまり、そうした金員が継続的に給付されていた事例では、婚費分担義務としての金員の交付と解されて、婚姻関係を精算する趣旨の離婚給付とは趣旨が異なるとした事例([28]福岡地判平成20・8・26)がある一方で、事実上の離婚給付と認められると、形骸化の積極的要素と解される可能性も残されるからである

（[16]名古屋高判平成29・11・2）。

他方で、「別居期間」も一定の考慮事情となりうるが、決め手になるものではない。長期間の別居期間があっても、亡夫が金銭的給付や定期的に帰宅するなどして一定の関係を継続していれば、形骸化していないとした事例もある。たとえば、別居期間につき、約36年間の例（[29]名古屋地判平成18・11・16）、30年の例（[24]東京地判平成2・11・20）、28年の例（[19]東京地判平成元・9・26）などが指摘できよう。この種の事例では、別居期間の長期性は決めてにはならないわけである。

本稿は、裁判実務の実情のみを検討・分析してきたが、ことに重婚的内縁関係における内縁の妻と法律婚の妻との保護の優劣については、いずれを優先させるべきかという難題に直面するケースもあった。いずれをも保護したいところであるが、現行の婚姻秩序（一夫一婦制）のもとでは、二重の結婚関係を認めるような結果は許容できないところであり、二者択一的な解決しか予定されていない。そうした法律婚制度のもとでは、いわば当然の帰結であり、この制度を大前提として、夫婦生活なるものを営むしかない。大人としての責任の取り方を今更強調するまでもなからう。それゆえ、内縁の妻が亡夫やその家族の生活の面倒（看病も含む）を看てきたとしても、法律婚を優先させるしかない。法律婚の形骸化という判断指標は、内縁関係の保護を観念するためのいわば最後の手段である。

学説のなかには、そうしたケースでは、遺族補償給付を双方に割合的に配分すべきであるという見解（配分的正義）もなくはない⁽¹⁹⁾。一考に値しなくはないが、事実と規範との識別が不十分な見解であろう。自らが主張するその法的論拠の欠如もさることながら、百歩ゆずるとしても、その具体的な判断基準を示さないまま、そうした主張をするのは、いかなるものであろうか。

そのほかに、学説が指摘する規準としては、同居期間、扶養親族としての届出期間をベースとして、給付機関にとっての明確性を確保するという

手法のほか、扶養にかかる実態をベースとして、裁判所や社会保障審査会の介入を通して運用の適正化を実現していくというような手法などが提案されているが⁽²⁰⁾、いずれにしても、もともとの判断基準が曖昧であるならば、はたして公平を期することが可能か、なお検討の課題が残される。

2 将来の課題

ことに重婚の内縁関係の場合には、最高裁判決の指摘した「法律婚の形骸化」を前提とするとしても、その形骸化の判断指標が必ずしも明確ではない。現行法令のもとでは、先述したように、おおむね10年とされているが、その間に法律婚当事者双方がなんらかのかたちで、交流ないし接触していたとすれば、形骸化が否定される傾向がある。離婚合意ないしそれに準ずるような関係が認められるならば格別、たとえば、夫婦間の子供との交流の結果、その成長等に関して夫婦それぞれの立場で、いわば協調するような関係ないし結果となっているような場合には、判断が微妙・困難となろう。親子の問題と夫婦関係とは区別すべきであるとの見解もあるが、双方を区別できないのが、家族問題であり、立法をもって一義的に裁断することが、かえって公平に反することにもなりかねない。

当面は、裁決ないし裁判例の蓄積をまって、具体的な判断基準を決めるしかないと思われるが、そのさい個別の判断要素を析出しながら、あるべき方向性を模索することとなろう。決して、結論を急いではない難題といえるのではなかろうか。

(17) 右近健男「判批」民商90巻1号（1984年）89頁。

(18) 大坪・前掲注『家族法』281頁。

(19) 二宮周平「事実婚の現代的課題」(日本評論社、1990年) 186～199頁、同「家族法（第5版）」(新世社、2022年・5冊) 153頁。

(20) 右近・前掲論文92頁。ほかに柴田洋二郎「重婚の内縁関係と遺族年金の請求権（最一小判昭和58・4・14）」社会保障判例百選（5版・2016年）74頁も、そうした方向性に好意的評価をしているが、その具体的規準の明確化の

必要性を指摘する。

訂正

前稿「内縁関係と遺族年金に関する一考察（２）」本誌57巻1号94頁
注記1行目「（１）」誤→「（17）」正、同3行目「従来のの」（誤）→
「従来の」（正）

追記（鈴木龍也先生との『思い出』草）

本号は鈴木先生の退職記念号ということですので、先生との思い出話を
書き記すことをお許しください。

鈴木先生とのお付き合いは、具体的には甲斐道太郎先生主導の「関西借
地借家法研究会」（於龍谷大学）の参加に始まります。当時、私は島根大
学在職中で松江市に居を構えていましたので、例会への出席は思うように
はいきませんでした。とにかく鈴木先生の一見して誠実・実直な立ち振
る舞いには、惹かれるものがありました。

鈴木先生は法社会学の研究に軸足を置かれていましたので、甲斐先生の
真の意味でのお弟子さんでしたが、私は解釈論一本でしたので、兄弟弟子
というほどの関係ではありませんでしたが、同例会の終了後に龍大へのお
誘いをうけました。

本学に赴任後は、とにかく不慣れなことも重なって、さまざまなミスを
おかしましたが、鈴木先生には、陰に陽に支えていただきました。また、
おそらく種々のご迷惑をおかけしていたことは間違いなく、そのことを実
感しながらの毎日でした。

前任校の島根大学では、私は、僭越ながら、いわゆる「名物教授」とも
称されていたので、本学の校務でも随分と期待されていたことは明白
でしたが、島大当時は、やや強引に事に当たっていましたので、随分と人

を傷つけていたことでしょう。そのことも重なって、本学では、極力、発言などを差し控えるようになっていましたので、結局のところ、何のお役にもたてませんでした。

ともあれ、私学である本学の慣例等を熟知するまでに長期間の経験が必要でしたので、ようやくわかりかけてきた時期になって、退職を迎えましたことから、この方面で適切な意見を述べる機会がありませんでした。まことに忸怩たる思いでいっぱいでした。重ねてお詫び申し上げます。

「即日告知・即日執行」訴訟の意義

—死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件(3・完)

古川 原 明 子

- 1、はじめに
- 2、「即日告知・即日執行」訴訟の概要
 - (1) 訴状の構成
 - (2) 小括 (以上、56巻3号)
- 3、「即日告知・即日執行」訴訟の経緯
 - (1) 訴訟の争点
 - ア、本案前の争点
 - イ、本案の争点
 - (ア) 直前告知の行政運用
 - (イ) 憲法31条
 - (ウ) 自由権規約
 - (エ) 人間の尊厳
 - ウ、小括
 - (2) 大阪地裁令和6年4月15日判決
 - ア、判決要旨
 - イ、若干の整理 (以上、57巻1号)
- 4、検討
 - (1) 執行までの拘置：死刑確定者の無力化と主体性の剥奪
 - (2) 直前告知がなにをもたらすか
 - (3) 事前告知による主体性の回復
 - ア、事前告知の意義
 - イ、事前告知の限界
 - ウ、死刑確定者の家族の権利
- 5、おわりに

4、検討

「即日告知・即日執行」訴訟は控訴審に移り、2024年11月20日に大阪高等裁判所で第一回口頭弁論の期日があった¹。原告側は、トリニダード・トバコ共和国での執行17時間前の告知についてのイギリス枢密院の判断にかかる調査報告書を、新たに証拠として提出した。この判断は、執行日時 of 適切な告知は、死刑確定者が身辺整理や親しい者との面会を行い、精神的助言を受けたりするために必要であると指摘し、適正手続の要請は判決後に及ぶと述べた上で、適切な時期に告知をせずに執行することを憲法違反としたというものであった²。

以下では、まず死刑確定者が執行までに陥る精神状態を踏まえた上で、執行日時を当日より前に死刑確定者に告知することの意義を検討し、告知がなぜ憲法13条の個人の尊重に関わるのかを論じることを試みる。

(1) 執行までの拘置：死刑確定者の無力化と主体性の剥奪

死刑は、死刑確定者の生命と人格を根底から奪う。さらに執行までの期間にも、死刑確定者は様々な利益を奪われる。執行までの期間と執行に至る一連の過程において、死刑確定者は閉鎖的空間で過ごし、外部から遮断された環境で、生活の全てを管理されるためである。厳しい規律による各種自由の制限のもとに長期間閉じ込めることが精神的拷問であり、死刑確定者に有害な影響をもたらすことは、死刑囚現象 (death row phenomenon)

1 朝日新聞2024年11月21日「死刑当日告知『違う次元の恐怖』控訴審で訴え 袴田さんの手紙も紹介」

2 死刑判決を受けたのち、執行が5年遅れたことが残虐かつ異常な刑罰にあたるとして、死刑を終身刑に減軽した点で注目されたケース。執行の告知については、少なくとも4日前に行うことが必要であるとした。家族との面会のために、その4日間には週末を含まねばならないとしている。Lincoln Anthony Guerra v. Ciprani Baptiste and Others (Trinidad and Tobago) [1996] UKPC 3 (Appeal No. 11 of 1995).

non) として批判されてきた³。その契機は、欧州人権裁判所による1989年の判断であった。イギリスで拘束された被疑者のアメリカへの引き渡しの可否が問題となったところ、執行まで長期間に渡って死刑確定者が「死の影が常時迫る中で苦悩と高まる緊張を抱えて」過ごすことが深刻な人権侵害にあたるとの見解のもと、引き渡しは欧州人権条約3条に違反すると述べたものである⁴。そして1993年に国連の自由権規約委員会がアメリカへの強制送還に関するケースで死刑囚現象に言及して以降⁵、これが法的概念として発展してきた⁶。

この現象、すなわち死刑制度による人間性の剥奪過程を明らかにしてきたロバート・ジョンソンは⁷、アメリカの死刑確定者の精神状態に影響を

3 Richard B. Lillich. (1996). Harmonizing Human Rights Law Nationally and Internationally: The Death Row Phenomenon as a Case Study. *St. Louis L. J.*, 40, 699-713, at 699. また、「世界で最も知られた死刑囚」と呼ばれた政治活動家のムミア・アブ＝ジャマール氏（現在は、終身刑受刑者）が1995年に刊行した“Live from Death Row”の中で、人間性を蝕むことを目的としたアメリカの刑務所における非人間的な処遇の数々を描写しており、これがdeath row phenomenonの実態を明らかにするものとして注目された。1995年当時、政権や連邦最高裁がこの問題にどのような態度をとっていたかについては、Daniel P. Blank. (1996). Review; Mumia Abu-Jamal and the “Death Row Phenomenon”. *Stanford L. Rev.*, 48 (6), 1625-1659, at 1626参照。なお、death row phenomenonの結果として死刑確定者に生じる症状はdeath row syndromeとして区別される。Harrison & Tamony. (2010). DEATH ROW PHENOMENON, DEATH ROW SYNDROME AND THEIR AFFECT ON CAPITAL CASES IN THE US, *Internet J. Crim.* 2010, 1-16.

4 アメリカに引き渡されたならば管轄となるバージニア州で死刑判決が言い渡される見込みが高かったというケース。委員会はバージニア州の死刑について法制度と行刑実務を検討した上で決定を下した。CASE OF SOERING v. THE UNITED KINGDOM [1989] (Application no. 14038/88).

5 Kindler v. Canada, CCPR/C/48/D/470/1991 [1993] .

6 Blank, *supra* note 4, pp. 1633-1635; World Psychiatric Association. (2023). POSITION STATEMENT MENTAL HEALTH AND THE DEATH PENALTY.

7 Robert Johnson. (2005). *DEATH WORK: A Study of the Modern Execution Process [2nd Ed]* . USA: Cengage Learning.

及ぼす因子を、社会から隔離された長期拘禁、徹底的な管理体制、保安優先の執行手続の観点から分析し、死刑確定者の無力感との関係を示している⁸。同国の死刑確定者は長期に渡って拘置されており、独特の抑圧的環境に置かれた上で、面会や通信をはじめとした生活のあらゆる面で制限を受ける。その結果、死刑確定者は、「自己の行動によって、個人的にも社会的にも何も生み出すことができないという認識」からくる無力感に苛まれる。換言すれば、自律性の剥奪がもたらす無力感が、死刑確定者の生活を支配することになり、多くの死刑確定者がこれに起因する精神衛生上の困難を抱えているという⁹。この状況は生命を奪う以上の刑罰の付加であり、それによって死刑確定者は執行前にすでに殺されているという者さえいる¹⁰。

死刑確定者の主体性は、執行が近づくとさらに奪われることとなる。アメリカでは、執行前に死刑確定者をそれまでの死刑監房から特定の独房 (death house, death cell) に移すのが一般的である。24時間体制の監視下におかれ、その一挙手一投足が注視されることで (death watch)、死刑確定者のプライバシーは剥奪される。また、この独房への移動によって、それまでの生活からの変更を余儀なくされた死刑確定者は、長期間の拘禁で枯渇しつつあった自律性やアイデンティティの残存を完全に失うに至るのである。

8 Johnson & Lantsman. (2001). Death Row Narratives: A Qualitative Analysis of Mental Health Issues Found In Death Row Inmate Blog Entries. *The Prison Journal* 2001, Vol.101 (2). pp.147-165. 死刑確定者のブログ記事から、無作為に抽出されたテキサス州、カリフォルニア州、フロリダ州の死刑確定者の投稿を対象に分析した。この3州はアメリカで死刑確定者の多い上位3州にあたる。

9 Johnson (2005), *supra* note 7, at 70.

10 Wilkerson & Robertson. (2022). *BONE ORCHARD: REFLECTIONS ON LIFE UNDER SENTENCE OF DEATH*, Washington, D.C.: BleakHouse Publishing, at 44; Robert Johnson. (2014). Reflections on the Death Penalty: Human Rights, Human Dignity, and Dehumanization in the Death House. *Seat-↗*

日本の死刑確定者もまた、同様の状況にあるといえる。佐藤舞はこの点について、死刑確定者にアンケートを行い、その結果をグレシャム・サイクスの「拘禁の苦痛」に関する枠組みを用いて分析した¹¹。そこでは、長期間にわたり単独室で収容される中で、自由・繋がり・モノとサービス・自主性・安全性の喪失を日々繰り返し経験しながら執行を待つという、いわば受動的に生かされている死刑確定者の状況が明らかにされている。自主性の喪失が、刑事施設側の「説明の差し控え」や情報の断片性により増幅するとの指摘も重要である¹²。国側は、「即日告知・即日執行」訴訟で、告知をしないことの理由として死刑確定者の心情の安定、そして施設の規律及び秩序維持を挙げた。しかし、こうして見ると、施設の規律や秩序は心情の安定を理由とした種々の制約を通じた死刑確定者の無力化によって保たれているように思われる。

なお行刑運用は、死刑確定者のみならず、執行に関わる刑務官の心理にも影響を及ぼす。たとえばアメリカでは、執行に至る手続が詳細に定められ、その内容を一般人が確認できる州も多い¹³。その手続が現場の裁量を認めない詳細で形式的なものであればあるほど、そして細分化された手順に関わる者が増えるほどに死刑執行は官僚化し、無機質なものとなる。これによって、執行に関わる個々人の人間的反応と、そこからくる精神的苦痛は抑制されうる。特に、アメリカのような致死薬注射の手続のもとでは、

↘ *the J. Soc. Just.* 13 (2). 583-598, at 591.

11 佐藤舞「孤立の中で死を待つ人々：死刑確定者へのアンケートから見てく
る日本の死刑制度」CrimeInfo論文&エッセイ集13 (2022) <https://www.criminfo.jp/wp-content/uploads/2022/12/13.pdf> (最終閲覧2024年12月20日)。

12 同上、23頁。

13 古川原明子「死刑制度をめぐる試論：死に向かう者の尊厳は保障されているか」龍谷法学55巻1号 (2022) 33頁以下、同「死刑と直前告知」赤池・石塚・斎藤・武内編『刑事司法と社会的援助の交錯 土井政和先生・福島至先生古稀祝賀論文集』(現代人文社、2022) 571頁以下。

執行は臨床的で統制されたイベントに近づいていく。その結果、死刑確定者もまた私たちと同じく苦痛と恐怖を感じる生身の人間であるという感覚を鈍化させる効果がもたらされるだろう¹⁴。日本の執行手続は公開されていないものの、法務省および検察庁の管轄のもと、同様に詳細な定めがあるものと推察される¹⁵。執行手順の円滑さは執行に関わる刑務官の苦悩をいくぶんか和らげる効果がありうるが、これは同時に、執行される者を刑罰の客体に貶めることを意味する¹⁶。

では、このような執行までの死刑確定者の無力化に対して、告知の有無やタイミングはどのような影響を有するだろうか。

(2) 直前告知がなにをもたらすか

「即日告知・即日執行」訴訟において原告らは、現行の告知運用の不当性について、日本国憲法と国際人権規約を根拠として、①適正手続に違反すること、②人間の尊厳の侵害があることを主張した。その上で、現行の

14 Earl F. Martin. (2002). MASKING THE EVIL OF CAPITAL PUNISHMENT. *Va. J. Soc. Pol'y & L.* 10, 179-230, at 199. 執行に携わる者は、「自分は自分の仕事をしているだけだ。死刑確定者を殺しているわけではない」と感じるとも指摘する。

15 弁護士およびジャーナリストが、法務省および3つの矯正管区に対し、開示請求した6名の死刑執行にかかる文書につき不開示とされた文書について開示を求め2024年1月23日に大阪地方裁判所に訴訟を提起した。訴状は、CrimeInfoのサイトで公開されている。<https://www.crimeinfo.jp/data/osaka/>（最終閲覧2024年12月20日）なお、2024年5月には、裁判員裁判経験者22名が、死刑について十分な情報公開がないまま、裁判員裁判で死刑判決に国民が関わっていると指摘して、刑の執行を停止した上で情報公開を進め、国民的議論を喚起することを求める要望書を法務省に提出した。朝日新聞2024年5月20日。

16 千葉景子元法務大臣は執行に立ち会った経験について、「流れるように手続きが進み、執行されました。死刑囚にも刑務官にも、考える時間を与えないようにしているのではと思いました」と述べ、人間の感情や人としての営みを徹底的に排除し、整然と人間を死に追いやる無機質さに違和感を抱いたと答えている。2024年9月24日共同通信、2024年3月19日朝日新聞「『死刑の実態、情報提供が必要』絞首刑違憲訴訟で千葉元法相が意見」。

直前告知のもとでの執行を受忍する義務がないことの確認に加えて、精神的苦痛に対する慰謝料も求めていた。ただしここで主張される精神的苦痛とは、執行等への異議申立権の侵害や、死と向き合う機会の剥奪に対するものではない。これらが奪われるのは実際に告知があった後のことであり、いまだ執行の告知を受けていない原告らには該当しないためである。したがって、「即日告知・即日執行」訴訟で原告らが求めた慰謝料とは、死刑判決が確定してから訴訟提起に至るまでの期間に、死刑確定者らが日々感じてきた苦痛を対象としている。国はこれに対して、死刑判決が確定した以上、死刑確定者は自らの死を受容することが可能であるから、そのためにあえて具体的な日時を知る必要はなく、直前告知によって生じる苦痛に根拠はないと反論した¹⁷。これは、「事前に執行期日が告げられないことによる恐怖」や「執行期日が事前に知らされないため、地獄の日々をおくっている」¹⁸者がいるとしても、それは告知時期によって左右されることではないという趣旨であろう。

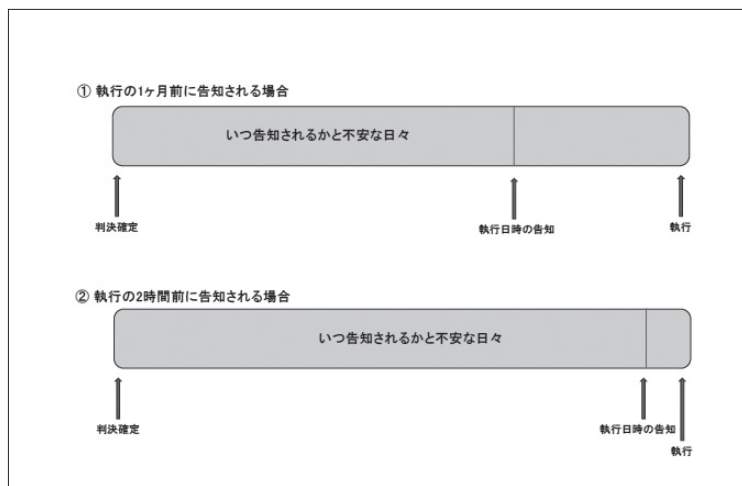
そこで、原告らの主張の合理性は、執行直前の告知に特有の精神的苦痛があるのか否かによると考えられる。たとえば、①執行の1ヶ月前に告知される場合（事前告知）と、②執行の2時間前に告知される場合（直前告知）を比較してみよう。どちらの場合であっても、「いつ告知されるか」が分からないことに変わりはない。死刑判決が言い渡された後、執行がどのような順番でなされるかは不明だからである。さらに日本では、判決確定から6ヶ月以内に刑を執行すべきと刑事訴訟法475条2項が定めるものの、実際には判決確定から執行まで平均8年弱かかっている¹⁹。すると①と②の違いは、告知から執行までの期間の長短ということになるだろう

17 被告「被告第2準備書面」10-24頁。

18 「訴状」76頁。

19 2022年7月26日法務大臣臨時記者会見で古川禎久法務大臣（当時）は、「平成24年から令和3年までの10年間に於いて、死刑を執行された者について、確定から死刑が執行されるまでの平均期間は、約7年9か月」と答弁した。

(下図参照)。



これを踏まえて告知までの期間における心理を比較すると、いつ告知（執行）されるか分からないまま数年を過ごすという不安や恐怖は両者に共通している。判決確定から執行日時告知（または執行）までの期間に死刑確定者が精神的な苦しみを味わうことはすでに述べたとおりであり、その期間が長期に及べばそれだけ苦痛は大きくなる²⁰。この苦痛に加えて、

20 In re Medley, 134 U.S. 160 (1890)における、「死刑執行がいつなのか正確にはわからないまま過ごすことは、執行を待つ期間に感じる最も恐ろしいことの1つ」というMiller判事の意見参照。この判決は告知の意義を述べてもおり、「即日告知・即日執行」訴訟の証拠として提出されている。その他、Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)（ブレナン判事「死刑が執行されるまでの長い待ち時間の間、死刑が執行されるという予感、恐ろしい犠牲を強いる」）、District Attorney for Suffolk Dist. v. Watson, 411 N.E.2d 1274 (1980)（ヘネシー判事「死刑は、苦痛を与えるというその独特で固有の能力において、現代の良識の基準では容認できない。精神的苦痛は、単純に、そして疑問の余地なく、恐怖である」）など参照。国連の人権委員会も取り上げたジンバブエ共和国のケースでは、Gubbay最高裁判事が、死刑執行までの期間が長引くことは、執行が長引くことと同じであると指摘した。Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe v. Attorney General of Zimbabwe and Others, Zimbabwe: Supreme Court, 24 June 1993.

②の場合には、告知されてから執行まで時間がないことに対する精神的苦痛が生じるものと思われる。これを直前告知に特有の不利益として捉えることができるのではないか。

では、告知されたら自分はすぐに執行されるのだという認識は、人間の心理にいかなる影響を及ぼすだろうか。この点に関する研究は管見の限り見当たらない。余命告知の有無について人を対象とした実験は倫理的に許されないであろうから、これは当然ともいえる。また、「次に発作が起きれば助からない」と診断を受けながら毎日を送る心臓病の患者の苦痛を数値化し、「次に癌が見つかったら、余命は3ヶ月程度」との診断を受けた患者のそれと比較することも困難であろう。ただし、死刑確定者のメンタルヘルスに関する研究および、コントロール感覚が失われると無力感が高まるという心理学的研究²¹から、一定の示唆を得ることができるように思われる。

ここでもまた、前述したジョンソンらの研究が参考になる。死刑執行の停止（stay of execution）によって、死刑確定者の無力感が高まるというものである。執行停止は執行の直前になる場合もあり、最近ではテキサス州のロバート・ロバーソン氏が死刑執行の約90分前に停止を受けたことが大きな注目を集めた²²。停止により死刑の執行からは免れうることから、

21 Martin E.P. Seligman. (1972). LEARNED HELPLESSNESS. *Annual Review of Medicine*, 23 (1), pp. 407-412. 苦痛体験をコントロールできないことで無力感が引き起こされること（学習性無力感）を犬や猫の実験を通じて示し、人間にもあてはまるとしたもの。

22 揺さぶられっこ症候群（SBS）仮説に基づき死刑判決を受けたロバーソン氏は、恩赦が退けられたことから執行間近であったが、ジャンクサイエンス法の修正の可否を検討する下院への召喚を理由に一時的な執行停止を受けた。停止は執行のおよそ90分前であったという。Elizabeth Wolfe, Ashley Killough, Ed Lavandera and Dakin And one (2024, October 18), How a stunning 11th-hour race to save a Texas death row inmate from execution in 'shaken baby' case unfolded. CNN. <https://edition.cnn.com/2024/10/18/us/robert-roberston-texas-execution-stay-friday/index.html> (visited 2024, December 20).

一般に執行停止は歓迎されるものの、土壇場で停止を受けた死刑確定者は一種のトラウマを体験する。ほぼ完全に自己の死を受け入れた後に、宙ぶらりんの状態に突然置かれることが原因である。さらに、執行停止は永続的なものではないため、これが解除されるのが数時間後なのか、あるいは新たな執行日が数ヶ月後に設定されるのかが分からないことで死刑確定者は動揺し、この状況は拷問のようだという²³。

ジョンソンらは、こうした執行停止におかれた死刑確定者の心境を分析するにあたって、癌患者のメンタルヘルスとの比較を試みてもいる。病気を抱えた患者が外の世界へのコントロールを失った場合、それに伴って外部への関心が薄れ、闘病意欲を失いやすい。したがって、自己のコントロールの及ばないような治療のスケジュールや内容の変更があると、患者の健康を悪化させることが多いという。ジョンソンらはこうした、いわばコントロール感覚の喪失がもたらす抑鬱が、執行停止を受ける死刑確定者にもあてはまると指摘する。また、執行停止は政治的動向の影響を受けることがあり、法的な根拠に基づいた予測可能性が低いため、プロセスの恣意性が死刑確定者の無力感を一層かきたてることになる。執行停止後に独房で宙ぶらりんの苦悩を永遠に味わうよりは執行を望むという者がいるのは、このためだという。また、執行停止を受けた場合には、24時間監視の特別房からそれ以前の死刑監房へと戻されることもあり、一度受容した自己の死を否定し、また改めて死の受容に取り掛かることとなる²⁴。もう自分は死ぬのだと覚悟を決めた後に、一時的に希望を抱き、しかしまたその希望を捨てるということの反復は、その周期が短いほど大きな精神的ダメージの原因となりうる。ここに、日本の現行の告知運用の問題があると

23 Johnson & Lantsman, *supra* note 8, at 150.

24 Terry A. Kupers. (2018). Waiting Alone to Die, In Toch et. al (Eds), *LIVING ON DEATH ROW: The Psychology of Waiting to Die*, Washington DC: American Psychological Association, at 1270.

いえるだろう。直前告知により死刑確定者は「今日が最後の1日かもしれない」と考えて過ごすことを強えられる。すると、死の受容がほぼ毎日リセットされる²⁵。死刑確定者は常に不意打ち処罰に備えて過ごすことになり、コントロール感覚を持ちようもない。これが直前告知により上乘せられる苦痛である。

(3) 事前告知による主体性の回復

ア、事前告知の意義

国は、心情の安定を理由に死刑確定者を外界から切り離して孤立させ、情報を遮断してきた。しかし、このような処遇は主体性と自律性を根底から奪うことで死刑確定者に無力感を与え、心情を安定させるのではなく、むしろ死刑確定者の精神状態を悪化させていると評価しうる。

こうした抑圧の中で蝕まれた主体性を回復し、無力感を克服しようとする死刑確定者もなかには存在する。たとえば、拘置中に小説を執筆したり絵を描いたり、あるいは文通によって社会とのつながりを保つ者がいる。こうした営みを制限すること、たとえば外部交通権や表現の自由の制約の正当性は、主体性の回復という観点からも検証されねばなるまい²⁶。さら

25 加賀乙彦はこの点について、「彼らの生は、毎日、二四時間（週日の場合）から四八時間（日曜・祭日の前日の場合）に限定されてしまう」と述べる。加賀乙彦『死刑囚の有限と無期囚の無限 精神科医・作家の死刑廃止論』（コールサック社、2019）、74-74頁。

26 東京地判令和5年5月25日LEX/DB25595974（訓令取消請求事件）参照。ここで挙げた行為は、一般に価値が認められやすいものであるが、死刑確定者の主体性回復の手段はそれに限られない。いわゆる芸術活動の動機が贖罪や自己表現である必要はなく、売名や助命のためであっても変わりはない。人々が私的領域を支配していると感じられる様々な行為が含まれる。掃除や料理に限らず、部屋を散らかすことがそれにあたる者もいるだろうし、不法な行為によって主体性を回復しようとする者もいるだろう。佐藤も、サイクスが分析において、自己を失わずに力強く生活している受刑者のありようを同時に示していると説く。佐藤・前掲注11、23頁参照。

にジョンソンらは、死刑確定者が独房で暴れたり、自傷行為にふけったりすることも、彼らが主体性を取り戻そうとする苦痛に満ちた試みであると述べる²⁷。ただし、死刑確定者同士が隔離されている場合、苦悩する他の死刑確定者を慰めることは禁止されている。塙の外的一般社会では称賛される共感や利他主義がこのように懲罰の対象となる刑事施設のシステムもまた、死刑確定者を社会から孤立させ、存在しない人間 (non-person) として位置付けることにつながるだろう²⁸。

執行日時の告知は、このような状況下にある死刑確定者が主体性を回復する最後の契機となりうる。「即日告知・即日執行」訴訟で原告らは、事前告知が死刑確定者にもたらす「ささやかな癒し²⁹」を求めた。また、この点について別稿では、末期患者が余命告知を受ける利益と対比させながら、「自己の死期を告げられた上で、それに向き合いながら執行までの時間を過ごす機会」が死刑確定者に与えられるべきであると述べた³⁰。その実質は、いずれも主体性の回復にある。一般に患者は死期に近づくにつれて、それまでの人格を形成していた自己決定や他者との交流の機会、そして安全性の確信を失う傾向があり、この点で死刑確定者と共通する要素がある。大きな違いは、個人の生命を強制的に奪う国家が、その主体性をそれまで奪ってきた存在でもあるという点である。国は、ある個人が自律的主体として罪を犯したことを理由として生命を剥奪する刑を言い渡し、執行する。その国こそが、死刑確定者が拘置期間に奪われた自律性を回復する機会を与えなければならない。したがって、執行日時の告知は恩恵ではない。猶予をもって執行日時を死刑確定者に告知することは国の義務であり、死刑確定者には執行日時を告知される権利がある。「即日告知・即日

27 Johnson & Lantsman, *supra* note 8, at 155.

28 *Ibid.*, at 156.

29 「訴状」90頁。

30 古川原、前掲・注13。

執行」訴訟において国側は、「死刑執行の告知は、法律の規定に基づくものではないから、仮に、執行実施機関（刑事施設の長）が、被執行者（死刑確定者）に対し、死刑を執行する旨の告知を行わなかったとしても、何ら違法のそしりを受けるものではない」と主張したが³¹、これは上記の点から不当である。仮に、円滑な刑の執行や、刑事施設の規律及び秩序の維持といった対立する利益が存在するのであれば、執行日時の告知によって保護される利益との衡量が検討されねばなるまい。

また、国連自由権規約委員会は日本の第6回政府報告に対する総括所見では、告知について「死刑確定者及びその家族に対し、予定されている執行日時に関する妥当な事前通知を与えること」との勧告をしていた³²。これが第7回政府報告に対する総括所見においては、「死刑執行に備える機会がないことによる精神的苦痛を軽減する観点から、死刑確定者及びその家族に対し、予定されている執行日時に関する妥当な事前の通知を与えること」（傍点筆者）と表現を変えているが、告知の意義をよく捉えた内容になったといえよう³³。

さらに、国連以外の地域人権委員会もまた、執行日時の告知の意義を認めてきた。たとえば、監獄法（Prison Act）が執行の遅くとも24時間前の告知を定めているボツワナ共和国において、この規定を軽視した当局が執行前に死刑確定者と家族との面会を認めなかったこと等に対して、アフリカ憲章第56条が認める個人通報制度をもとに国際人権団体等が訴えを起こしたケースがある。委員会は、この死刑執行が憲章違反であるとの決定を

31 被告「被告第2準備書面」18頁。

32 CCPR/C/JPN/CO/6（2014）。訳は外務省仮訳を参考にした。

33 “Ensure that the death row regime does not amount to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment by giving reasonable advance notice of the scheduled date and time of execution to death row inmates and their families with a view to reducing the psychological suffering caused by the lack of opportunity to prepare themselves for this event…”, CCPR/C/JPN/CO/7（2022）。

下した。ここで申立ての対象となった男性は、その死刑判決に対する全ての救済措置が尽くされた翌日に執行されたため、死刑確定者として過ごした期間はほぼ1日程度に過ぎない。したがって、執行に怯えながら長期間過ごしたことなく、執行が間近に迫っていることを死刑確定者に知らせなかったことが直接に問題となったのである。この事実に対してアフリカ人権委員会は、当局が死刑確定者の家族と弁護士に執行日時、場所、埋葬場所を知らせなかったことは憲章違反であり、この違反によって家族と死刑確定者の人間としての尊厳を尊重しなかったことは、重ねて憲章違反にあたると決定した³⁴。

他方で「即日告知・即日執行」訴訟において大阪地裁令和6年判決は、原告らの請求を棄却するにあたって、死刑確定者は「死刑に処する旨の確定した刑事判決を受け、本件運用を含めた現在行われている死刑執行方法による死刑執行を甘受すべき義務を負う立場にあるものであって、現行の死刑制度上、現実には死刑執行を受ける時期について自ら決定することはできないというべきである。そうすると、原告らについて、現行の死刑制度上、死刑執行を受ける時期についての自己決定権が認められない以上、その執行時期を事前に知り、その間自分がどのように生きるかを決めるという自己決定権（人格権）が権利ないし法的利益として保障されているということもできない」（傍点筆者）と述べる。しかし、原告らは執行日時を決める権利を主張したのではない。また、自己の死期を決めることができないからといって、死までのあり方を選択する利益がなくなるわけではな

34 Communication 319/06 - Interights & Ditshwanelo v. The Republic of Botswana (2015). 申立人はボツワナ共和国政府に被害者（死刑確定者）の執行を暫定的に差止めるよう求めていたが、同年執行がなされたという。なお、同国の執行方法は絞首であり、申立人はそれが残虐で非人道的な刑罰にあたるとも主張した。これに対して委員会は、絞首刑は残虐で非人道的な刑罰を禁止するアフリカ人権憲章第5条に違反するとの決定を示した。その他、アフリカ人権憲章と告知については、Communication 240/01 Interights et al. (on behalf of Bosch) v. Botswanaも参照。

い。判決の述べる事が認められるのであれば、およそ自殺以外の場面で
は余命を享受する利益が否定されることになりかねない。

では、こうした主体性の中核となる自律性、換言すれば自己の価値観に
従って考えて選択をなす自己決定を、権利として認める法的根拠はどこに
あるか。日本国憲法には自己決定権を明文で保障する規定はないが、思
想・良心の自由（19条）、信教の自由（20条）、集会・結社・表現の自由
（21条）、居住・移転・職業選択の自由（22条）等がいずれも自己決定の結
果であると考えれば、自己決定権はこれらの諸自由の前提ないし上位概念
と捉えられる³⁵。個人の自己決定権尊重の要請は、その者に独立性を認め、
人生をコントロールするハンドルがその手に握られていることの保障でも
あり、憲法13条の定める個人の尊重に重なる。そして、人間を他者や制度
の客体として扱うことを禁じ、その主体性を尊重することは、人間の尊厳
保障の要請でもある³⁶。

イ、事前告知の限界

執行日時が執行の数日前に伝えられた場合、その時間をいかに過ごすか
は、それぞれの死刑確定者に委ねられる。たとえばアメリカでは、執行の
およそ1ヶ月前に執行日時を伝えることによって、死刑確定者は執行への
異議申立にとどまらず、親しい者との最後の面会や最後の食事のリクエス
ト、身の回りの物の処分といったことが可能となっている。そこで、死刑
確定者の主体性との関係を踏まえて、「最後の食事」を中心に告知の意義
と限界を確認する。

多くの死刑存置州では、執行前に「最後の食事」(last meals。以下、
「LM」という。)が提供される³⁷。LMの由来は、古代ギリシャ時代に三途

35 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、1987）、343頁。

36 個人の尊重と人間の尊厳の関係については玉蟲由樹「憲法学における尊厳論
の行方」法セミ748（2017）12頁以下参照。

37 2014年時点では、当時死刑制度を有し、かつ執行停止（事実上のものも含め

の川を超えて冥界に達するために与えられた食事や³⁸、ローマで剣闘士が闘技前夜にとった食事など諸説あるが、「赦し」や「受容」の概念との結びつきが意識されてきた。アメリカでは19世紀から20世紀に始まったといわれているものの、定着の過程は明確ではない³⁹。現在はアメリカでLMに際してアルコール摂取を認める州はないものの、禁酒法の時代にはこれを許す州もあったし（ただし現在とは意味合いが異なる）、他の死刑確定者や刑務官と食事を共にすることを認めていた刑務所もあったという⁴⁰。死に行く者への温情に加えて、死刑確定者の敵対的感情を和らげる、執行から気をそらせる⁴¹、あるいは執行する側の罪悪感を減じる効果も論じら

ゝむ）に至っていなかった33州の全てでLMが規定されていた。メニューの制限の有無（たとえばデラウェア州では、死刑確定者の要望を叶えるために「最大限の努力」をすることが求められる）、施設外からの提供の可否（たとえばミズーリ州では外部のレストランからの提供が許される）、金額の上限など、州によって制度は異なる。Sarah Gerwig-Moore. (2014). Cold Comfort Food: A Systematic Examination of the Rituals and Rights of the Last Meal. *Br. J. Am. Leg. Studies* 3, 409-439, pp. 423-425.

38 *Ibid.*, at 436.

39 Paige Lynne. (2022). The Story of the Last Meal. *Okla. City U. L. Rev.* 47, 183-213, pp. 186-190. 執行された者の霊が処刑人に取り憑くことを防ぐことを目的とした中世の例のほか、古代エジプトの例なども挙げる。

40 1930年代のインディアナ州やミシガン州など。また、ニューヨーク州にあるシンシン刑務所では煙草も許されていた。Robert Walsh. (May 24, 2014). The History of the Last Meal - A Final Compassionate Act or an Undeserved Reward?, *HIST. IS NOW MAG.* <http://www.historyisnowmagazine.com/blog/2014/5/24/the-history-of-the-last-meal-a-final-compassionate-act-or-an-undeserved-reward#.YeGTO9HMI2w>. (visited 2024, December 20). 刑務官の同席については、Gerwig-Moore、前掲・注37、注5参照。また、中世のニュルンベルクでは、裕福な死刑確定者らがパーティーを開き、酒を酌み交わしていたという。Johnson (2005), *supra* note 7, at 65.

41 「最後の食事は奇妙で陰湿な事柄だ。最後の食事がたとえ見かけ上は人道的であっても、そして死刑確定者にさまざまな食べ物の中から選択する機会を与え、その結果、少しばかりの自律性を行使させるものであったとしても、それは最後の食事の目的ではない。最後の食事は、つながりを築く手段として提供される食べ物ではなく、気遣いをかきたて、おそらくは死刑確定者を武装解除さ

れている⁴²。

LMが修正8条の問題として争われたケースはないことから、執行前に最後の食事を選びリクエストすることは、一般に憲法上の権利と認められてはいない⁴³。また、連邦や州間にわたる統一の行政方針も存在しない⁴⁴。しかし食事とは、ただ与えられれば十分というものではない。食物と食事は人間社会において宗教的、政治的、経済的な役割を果たしており、食事を通じて人間は自己意識と身体感覚を得ながらアイデンティティを形成する⁴⁵。だからこそ、食事を他者に完全にコントロールされることは、自己の身体やプライバシー、食習慣についての自律性の喪失となり、無力感をもたらすことになる。一般に受刑者は、食材や味付けの選択をはじめとして、食事のタイミング、食事にかかる時間についての自由を大きく制限されており、これが人間性の剥奪につながりうると指摘されている⁴⁶。死刑確定者も同様である。何を食べるのか、いつ食べるのか、誰と食べるのかについて、死刑確定者には選択の自由がない。LMには、そうした死刑確定者が人生の終わりに自己の選択を他者に伝えて履行を求めるという意味があり、死刑確定者にとって自律性を発揮し、人間らしくあるための「最後の試み」となりうるのである⁴⁷。なお、LMにおいては、幸せだった頃

ゝせる手段として提供される食べ物であり、事実上、来るべき殺人から目をそらす役割を果たす。殺人者は被害者に食事を与えない。死刑執行は冷酷な殺人ではない、と私たちは言う。」Johnson (2014), *supra* note 10, at 592.

42 Gerwig-Moore, *supra* note 37, at 434.

43 Linda Ross Meyer. (2011). The Meaning of Death: Last Words. In Sarah & Shoemaker. *Who Deserves to Die?: Constructing the Executable Subject*. Massachusetts: University of Massachusetts Press (Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1480686>). pp. 176-206, note 20.

44 Gerwig-Moore, *supra* note 37, at 438.

45 Avi Brisman. (2013). Fair Fare?: Food as Contested Terrain in U.S. Prisons and Jails, *Southern Anthropological Society Proceedings* 15 (1), 49-93, at 52.

46 IMPACET JUSTICE. (2020). *EATING BEHIND BARS: Ending the Hidden Punishment of Food in Prison*.

47 Lynne, *supra* note 39, at 185; Meyer, *supra* note 43, pp. 62-63; Brian D.ノ

の食卓を想起させるものを選ぶ者ばかりではない。LMは、死刑確定者がその宗教的あるいは政治的メッセージを施設からの制約なく伝える機会ともなっている⁴⁸。

日本の死刑確定者も、告知後に軽食をとる機会があるという反論がありうるだろう。しかし、選択に基づいた要請の可否という点、また選択にかける時間の長短という点⁴⁹で、アメリカのLMとは質的な違いがある。ここでは、主体性の回復は全くのぞめない。

確かに、アメリカの告知制度、とりわけLMには限界もある。たとえば、LMにかかる経費や、申請をしながらも食べない者がいることについての批判がある⁵⁰。しかし、自己の余命を知って何をするかを決めるのは、死刑確定者本人である。自己の死と向き合って、それを受容し、死に備えるだけの時間的猶予を与えられた上で何もしないということも、当然に尊重

↘ Price. (2013). *MEALS TO DIE FOR: By the Death Row Chef*, TEXAS: Fine Wine Records.

48 政治的、宗教的信条を伝える手段として食事の要求をする者、最後の食事がプレスリリースや報道で常に言及されることを意識してか、最後の食事を拒否し、その拒否を通じて死刑制度や現代の公共問題に注意を喚起する者もいる。

Daniel LaChance. (2007). Last Words, Last Meals, and Last Stands: Agency and Individuality in the Modern Execution Process, *Law & Soc. Inquiry* 32, 701-724, pp.714-716.

49 起床直後に執行の告知があり、おそらく朝食を摂らずに執行されたと思われるケースについて、河村啓三『生きる 大阪拘置所・死刑囚房』（インパクト出版会、2008）、14頁参照。

50 たとえばテキサス州の死刑確定者であったLawrence Brewerは、大量の食事を求めたものの、これに口をつけなかった。また、オクラホマ州の死刑確定者であったJohn Marion GrantのLMは嘔吐を引き起こし、執行時間の変更が必要となった。テキサス州では議員がLM廃止を強く訴えており、被害者遺族や市民からの苦情も多いため、矯正局はそれまで公開していたLMの情報を非公開に切り替えたという。Lynn, *supra* note 39, at note 52. しかし、頼んだ食事を食べないことは執行に直面する者の心理に鑑みれば自然であり、それを予定したLM制度が必要である。*Ibid.*, at 208. また、LMが和解の意味を有すると捉えた上で、無実を訴える死刑確定者は、LMの拒否によって和解を拒否をする場合がある。Meyer, *supra* note 43, at 51.

される。自己決定の機会を与えることが重要なのである。

他方、LMにおいては国家が死刑確定者に奉仕する構図となることから、この役割の逆転が死刑確定者への反感を煽り、それによって執行の妥当性への確信を高めるという一連の流れが儀式的意味を有するとの指摘がある⁵¹。また、LMに対する反発は、贅沢で安楽な死を与えられる死刑確定者と、不快極まりなく残酷な死を与えられた被害者を対比させることによって高まる。最後の食事をする機会がなかった多くの被害者との間に耐え難い不均衡があるという批判が典型的であろう。連邦最高裁がテキサス州の死刑確定者による人身保護請求の棄却を支持したケースにおいて、法廷意見に同意したスカリア判事が、突然に殺された被害者や強姦の末に殺された被害者の例を挙げた上で、「それに比べて、致死薬注射による静かな死のなんと羨ましいことか！」⁵²と述べたことは、その一例であり、日本でも同様の主張は珍しいものではない。しかし、これらの批判は、執行までの間に死刑確定者から自律性を発露する機会を奪い去り、彼らを無力感に満ちた存在に貶めたことを考慮していない。批判されるべきは、LMやLWの機会を与えることにより、死刑制度の問題を覆い隠そうとすることである⁵³。

なお、アメリカでは、多くの州が執行直前に「最後の言葉」(last words。以下、「LW」という。)を述べることを死刑確定者に認めており、執行後にこれが公表される⁵⁴。LWをめぐるのは憲法上の問題、具体的に

51 LaChance, *supra* note 48, at 717.

52 Callins v. Collins, 510 U.S. 1141 [1994], Justice Scalia (concurring).

53 LaChanceはこの点について、LMやLWのような安全なジェスチャーを通じて報復がパッケージ化されることで効率的で統制された死刑の維持が可能になると指摘する。LaChance, *supra* note 48, at 721.

54 マイクロフォンを通じて執行室から立会入室に音声流す州、書面でのみ伝えることを認める州、録音をする州など、方法は様々である。Meyer, *supra* note 43, n. 130. テキサス州の過去のLWの中では、神への信仰を述べるものが最も多く、次に罪を犯したことへの謝罪が続く。*Ibid.*, at 32.

はその制限が憲法違反になりうるかが問われたケースも存在する⁵⁵。国家が執行直前に死刑確定者に発言の機会を与えることで適正手続を保障していることを示し、国家による合法的な殺人と、国家が処罰する不法な殺人の区別を再確認させようとする仕組みは、LMと共通するだろう⁵⁶。

ウ、死刑確定者の家族の権利

死刑確定者に執行日時を告知しない場合、一般にその家族や弁護士にも告知はなされないことから、直前告知では家族の権利が問題ともなる。執行前の面会の可否のみならず、死刑確定者が執行前に家族などと面会する際に、身体接触を認めるべきか否かについての議論が参考になろう。たとえば、身体接触を伴う面会（contact visit）に保安上の理由をもとに厳しい規律を設けるテキサス州の運用は、死刑確定者だけでなく、罪を犯していない家族をも処罰するものとして批判を受けている⁵⁷。なお、テキサス州以外に、ニューヨーク州、モンタナ州、カンザス州でも面会における制限は厳しいものの、現在はこれらの州に死刑確定者はほばいない。他方、死刑制度を維持しているものの執行を停止しているカリフォルニア州では、死刑確定者の面会において身体接触を認める運用をとっている。コミュニケーションにおいて身体接触が用いられる頻度は社会や文化によって異なるが、死刑確定者の家族の権利を考える際には重要である。ことに死刑確定者もしくはその家族が少年である場合は、親との人間関係や接触を維持する権利が不当に制限されることのないように、告知と面会のあり方を定

55 LWを書面のみに限定して口頭での伝達を認めないことの可否が争われたオハイオ州のケースがある。Meyer, *supra* note 43, n. 20.

56 LaChance, *supra* note 48, at 717. LMやLWへの反応によって死刑確定者の責任能力を確認することの問題については、Meyer、前掲・注43、8-9頁参照。

57 Ryan Byrd. (2000). A “LAST HUG” BEFORE EXECUTION TEXAS, *The Scholar: St. Mary's Law Review on Race and Social Justice*, Vol.2, No.2, Art.17, 249-288, at 287; Penal Reform International. (2015). *Strengthening death penalty standards*. London: Penal Reform International, pp. 37-38.

める必要があろう⁵⁸。

5、おわりに

2024年は、死刑制度をめぐる議論が活発であった。2月には、日本の死刑制度のあるべき方向性について提言するため、「日本の死刑制度について考える懇話会」（以下、「懇話会」という。）が設立された。戦後の死刑冤罪としては5件目となる袴田巖氏の再審無罪判決が確定した後の11月に、懇話会は現行の死刑制度を見直すべきとの報告書を公表した⁵⁹。また、国連人権理事会に任命された特別報告者が日本政府に対し、日本の死刑執行の停止（モラトリアム）を求める通告を共同で行った。この通告は、絞首という執行方法に加えて、執行が当日朝まで死刑確定者に告知されないことが非人道的であり、市民的及び政治的権利に関する国際規約における6条（生命に対する権利）、7条（拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない権利）などに違反すると指摘する。かねてより国連の人権委員会は、日本の即日告知・即日執行の運用により、執行への心の準備をする機会を欠く死刑確定者とその家族が心理的苦痛を味わうことを指摘し、合理的なタイミングで事前に告知をするよう日本政府に再三求めていた⁶⁰。ところが、懇話会の提言に対しても、国連の特別報告者らの共同通告に対しても、日本政府は死刑の停止はもとより見直しも不要であるとの態度を示した⁶¹。告知については、「死刑執行

58 児童の権利に関する条約9条1項、3項参照。

59 「『日本の死刑制度について考える懇話会』報告書—提言と検討結果の概要—」（2024）<https://www.shikeikonwakai.net/報告書/>（最終閲覧2024年12月20日）。

60 CPR/C/JPN/CO/7、パラグラフ21b。前掲・注33も参照。

61 懇話会に対しては、朝日新聞2024年11月14日「林官房長官、死刑廃止『適当でない』有識者懇話会の報告書に」参照。国連に対しては、「特別手続による共同通告に対する日本政府の回答」（<https://spcommreports.ohchr.org/TMRe->

日前に被収容者に通知した場合、被収容者の心の平穏に悪影響を及ぼすおそれがあること、過度の苦痛を与えるおそれがあること」から、現在の告知時期が正当であると主張する。また、「家族等の関係者に死刑の執行を事前に通知した場合には、関係者に無用な精神的苦痛を与えるおそれがある」こと、「通知を受けた家族が被収容者と面会し、被収容者が死刑執行の予定を知った場合にも、同様の弊害が生じるおそれがある」ことを挙げて、死刑確定者の家族等には執行後速やかに知らせることで足りるという。しかし、死刑確定者の心情の安定を損ねることが多様なリスクをもたらすとして、執行日時を直前まで伝えない現在の運用は、死刑確定者を孤立と喪失のなかにおくことで無力化することをもって心情の安定と称しているにすぎない⁶²。

執行日時をある程度の猶予をもって伝えることは、自律性を発揮し主体性を回復する機会を死刑確定者に与えることとなり、処遇の非人道性をわずかながら弱めることにはなるだろう。しかし、人間性を奪い尽くした後にはわずかな発露の機会を与えるという構造に根本的な矛盾があることは否定しがたい。行刑における社会復帰理念の強調は、受刑者の主体性と自律性を保障することの反映であり、拘禁刑の導入をもって刑罰制度における死刑の異質性はさらに際立ったものとなった⁶³。執行日時の告知という課題は、死刑確定者の処遇と執行における人間性の剥奪を覆い隠すためではなく、人間性を根底から否定する死刑に、刑罰としての正当性があるかを検証するためにこそ論じられねばならない⁶⁴。

↘ sultsBase/DownloadFile?gId=38779) 参照。

62 佐藤・前掲注11、24頁。永田憲史は「自由刑の純化論」を死刑にも導入し、命を奪う以外の恐怖や苦痛を避けるべきであると主張する。朝日新聞2021年12月25日「(耕論) 死刑 その現実」参照。

63 京都新聞2024年4月9日「究極の刑罰 死刑の裏側」(櫻井悟史コメント) 参照。

64 冤罪防止のための手続の充実化と、死刑確定者の拘置期間の長期化(及びそこにかかるコスト増大)の間の矛盾を解消できなかったことがアメリカのい

↘ くつかの州での死刑廃止や執行停止に繋がったことを想起せよ。Blank, *supra* note 3, at 32.

*心理学的知見については早稲田大学人間科学学術院・福島由衣助教、個人通報事例については定岡由紀子弁護士（大阪弁護士会）に貴重な示唆をいただいた。記して、感謝申し上げます。

埋もれたヒューマンライツ（その3） ——国内ヒューマンライツ機関はなぜできないのか？

戸 塚 悦 朗

55巻3号 目次

埋もれたヒューマンライツ（その1）——human rightsの誕生物語

（はじめに）

第1. 「ヒューマンライツ」と翻訳するメリットはなにか？

第2. ヒューマンライツに関する三つの視点

（1）歴史的視点

57巻1号目次

埋もれたヒューマンライツ（その2）——ヒューマンライツ実現への道を可視化する試み

（2）権利の内容の視点

（3）権利を実現するための手続きの視点

まとめ

エピローグ

第3. 憲法上の人権と国際法上のヒューマンライツは違う権利

憲法上の人権と国際法上のヒューマンライツは違う権利である。

その違いをはっきり認識することが重要である。それなのに、人権とヒューマンライツが混同され続け、とても切実な問題を起こしている。そのことを理解して欲しいと考えて、マスメディアに「ヒューマンライツ」という言葉を使ったエッセイを投稿した。幸い朝日新聞の「私の視点」欄¹に掲載されたので、以下で紹介したい。

1 戸塚悦朗「私の視点：外国人の権利侵害なくすため——ヒューマンライツ」

クルド人など外国人へのヘイトスピーチが横行している。今年、外国人の永住権を剥奪できる入管難民法「改悪」法案が国会を通過した。今や、司法が外国人の権利を擁護し、国民と外国人が共生できる日本を作ることが求められている。

問題は、最高裁のマクリーン判決（1978年）にある。日本の芸術を学ぼうと在留資格延長を求めた米国人英語教師マクリーン氏の要請を入管が拒否した。ベトナム反戦運動に参加した政治活動の故だった。その判断の取り消しを求めた裁判の一審では、彼が勝訴したが、控訴審で逆転。舞台は、最高裁に移った。

彼は、日本人だったら保障されたはずの表現の自由を行使したに過ぎなかったのだ。表現の自由など「国民」の権利を保障する憲法上の規定は、外国人の権利を明文で保障していない。最高裁は、国民への権利保障は外国人にも及ぶとの原則を認めたのに、結論は逆で、政治活動を理由に彼の夢を拒否したのだ。そのため、「(外国人は) 煮て食おうと焼いて食おうと自由」(60年代の法務省入国管理局参事官の言葉) という古い考え方は変わらなかった。外国人差別は、今も続く。

79年に自由権と社会権の国際規約という条約を日本が批准し、状況が一変した。憲法（国内法）で保障される人権のほかに、国際法によって保障される「human rights」を日本が受け入れ、二重の権利保障体制ができたのだ。新しい権利なので、ヒューマンライツとあえてカタカナ表記する。ヒューマンライツは、人類の権利だから、国民だけではなく外国人の権利も明文で保障する。それ以後次々とヒューマンライツを保障する他の条約が批准されてきた。

憲法98条2項は、条約の順守を義務付けている。最高裁は、マク

ㄴ 実現を」2024年10月9日朝日新聞朝刊（13面）。

リーン判決から脱却し、憲法上の権利だけでなく、条約によるヒューマンライツの保障を確立すべきだ。

また、泉徳治弁護士（元最高裁判事）は条約違反も上告理由とする民事訴訟法の改正が必要だと力説する。上告理由に条約違反が入れば当然、最高裁が条約違反の主張に真剣に向き合う必要が出てくるからだ。すべての条約違反を上告理由とすると最高裁が忙しくなりすぎるなら、ヒューマンライツ条約の違反に絞ってもよい。

そのうえで、権利を侵害された個人が条約機関に直接訴えることのできる個人通報権を認め、ヒューマンライツ実現のための国内機関を設置する。そうすれば、外国人の権利侵害は劇的に減ることが期待できる。

（1）何が問題なのか？

上記「私の視点」の主張の最重要ポイントは、憲法による権利の定め方と、国際法による権利の定め方に違いがあることにある。規定が違うのだ。

日本国憲法は、基本的人権を保障した。しかし、その規定ぶりを見てみると、「国民の権利及び義務」を定める第3章のなかで、国民の権利を保障している。そして、憲法11条は、「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる。」と定めている。憲法上の権利の主体は、国民とされている。憲法21条1項が、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。」と定めているのも、国民に対する保障と考えるのが自然だ。

そう考えると、外国人の権利の保障が憲法の明文規定から抜け落ちてしまっていることが分かる。外国人が多数暮らすようになった最近の日本では、この欠落から様々な問題が起きる。そのような不都合にどう対応するのか？という課題に取り組む必要があるのだ。もちろん、国民に対する権

利の保障は、原則として外国人にも及ぶとするマクリーン判決の判断も重要だ。しかし、マクリーン判決では、最高裁は、その趣旨を徹底しなかった。そのことを、上記「私の視点」で述べたのである。

（２）二重の権利保障体制の時代

「私の視点」が「表現の自由など「国民」の権利を保障する憲法上の規定は、外国人の権利を明文で保障していない。」というのは、このような事情を説明したものである。それに対して、79年を境にして、外国人の権利保障に画期的な変化があったことを、筆者は以下のように述べたのである。

79年に自由権と社会権の国際規約という条約を日本が批准し、状況が一変した。憲法（国内法）で保障される人権のほかに、国際法によって保障される「human rights」を日本が受け入れ、二重の権利保障体制ができたのだ。新しい権利なので、ヒューマンライツとあえてカタカナ表記する。ヒューマンライツは、人類の権利だから、国民だけではなく外国人の権利も明文で保障する。

79年に国際規約という条約を日本が批准したことで、「状況が一変した」のだ。この段階で、二重の権利保障体制ができたことを、はっきりと認識できるかどうかが分かれ目になる。だから、筆者は、国際法によって保障される権利を定めた「human rights」規約の翻訳をヒューマンライツ規約とカタカナ表記することで、憲法上の人権とは違う権利であることを示し、二つの権利を明確に区別しようとしたのである。そのヒューマンライツを保障する自由権規約18条²は、国民も外国人も含む「すべての

2 自由権規約第十八条

者」に対して表現の自由（信念を表明する自由）を保障している。そこに憲法21条の人権の保障と国際法が保障するヒューマンライツの規定の仕方に違いがある。

（3）日本における法認識

憲法と国際法による二重の権利保障体制ができたことの画期性を明確に認識して欲しい。それができないと、ヒューマンライツ規約の批准の意義は、見えなくなってしまう。その違いを認識するためには、国際法上の「human rights」を憲法上の人権とは違う新しい日本語で表現することが必要である。そう考えて、筆者は、それをヒューマンライツという新しいカタカナ日本語によって表現しようとしている。

どうしたらこの状況の変化を目に見えるようにできるだろうか？このことを明確に認識できるようにするために、図を活用してみたい。

まず、79年以前の状況を以下の【図1】によってイメージしてみよう。

-
- 1 すべての者は、思想、良心及び宗教の自由についての権利を有する。この権利には、自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由並びに、単独で又は他の者と共同して及び公に又は私的に、礼拝、儀式、行事及び教導によってその宗教又は信念を表明する自由を含む。
 - 2 何人も、自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由を侵害するおそれのある強制を受けない。
 - 3 宗教又は信念を表明する自由については、法律で定める制限であって公共の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の基本的な権利及び自由を保護するために必要なもののみを課することができる。
 - 4 この規約の締約国は父母及び場合により法定保護者が、自己の信念に従って児童の宗教的及び道徳的教育を確保する自由を有することを尊重することを約束する。

●79年以前の状況【図1】

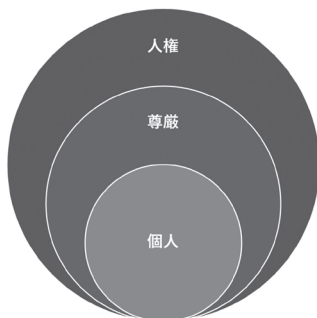
個人の尊厳を実現するために「人権」が必要というイメージ

★憲法が保障する権利⇒人権

★国際法が保障する権利⇒未批准のため、右図には含まれない。

Human rights

は日本にはまだない!!



79年に批准された国際規約が保障する新しい権利である「human rights」が日本で法的効力をもつようになった。ところが、この権利は、日本政府によって、人権という戦前から日本で使われていた日本語に翻訳されてしまった。そうすると、どうなるだろうか？そのイメージを図で示してみよう。

●79年以後の状況【図2】

個人の尊厳を実現するために「人権」が必要というイメージ

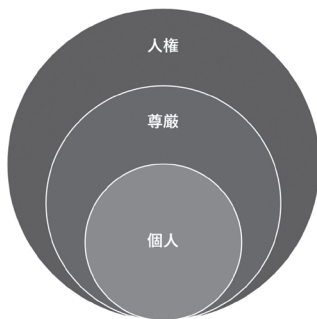
★憲法が保障する権利⇒人権

★国際法が保障する権利⇒人権

共に同じ「人権」と表記する場合のイメージ図は右の図のように見える

Human rights

は、不可視化される!!



79年以前の【図1】と79年以後の【図2】に現れている二つの状況には、イメージとしては、変化が全く見えない。残念ながら、今の日本の人々の認識はこのようなものとなっているのである。

新たに日本で法的効力をもつようになった国際法上の「human rights」に、憲法上の人権と同じ言葉をあてて人権と翻訳してしまった。そのために、せっかくの新しい権利であるヒューマンライツは、不可視化されてしまったのである。

これでは、79年以後の状況が国際規約の批准という画期的な事件によって一変したことの意味を認識することは困難になっている。

それではどうしたらよいのだろうか？

79年の国際規約批准以後の状況を、国内法上と国際法上の異なる権利による二重の保障が実現した新たな状況として表現するにはどうしたらよいだろうか？ 筆者は、【図3】のような認識の仕方が必要だと思う。これを見るなら、状況が一変したことを明確に認識できるだろう。

●ヒューマンライツという翻訳語を使った79年以後の状況【図3】

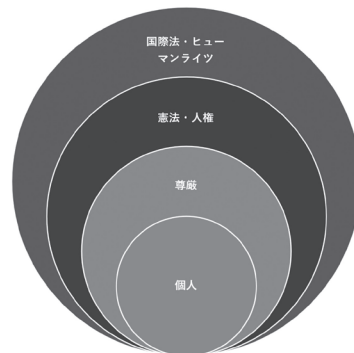
個人の尊厳を実現するには何が必要か？

今日の講演のイメージは？

★憲法上の権利＝人権
と

★国際法上の権利＝human
rights＝ヒューマンライツ
は違う

二つの異なる権利を、明確に区
別して認識することから始める
必要！



(4) 米国における法認識

「human rights」(ヒューマンライツ)は、1942年1月1日に米国で生まれた新しい法律用語である³。1942年以前の米国にも世界にも、この言葉は、法律用語としては存在しなかった。それは、米国で広く使われている法学辞典の第3版(1933年出版)を参照すると確認できる【図4】。

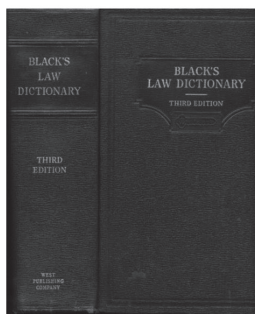
●1933年の米国法学辞典【図4】

Human rights とは？

Black's Law Dictionary
/ by Henry Campbell
Black, 3rd ed. / by the
publisher's editorial
staff, St. Paul : West
Publishing, 1933

東京大学総合図書館保存
書庫(末延文庫)

掲載がない！



[Black's Law Dictionary Third Edition: Black, Henry Campbell: Amazon.com: Books](https://www.amazon.com/Black-Henry-Campbell/dp/0314158646)

「human rights」は、1942年1月1日FDルーズベルトが米語で起草した連合国共同宣言によってはじめて国際的な法的文書として世界に登場したことは、すでに述べた⁴。

それ以前も以後も、米国憲法など国内法は個人の権利を保障していた。ところが、それは、米語では、「human rights」ではなく、「civil rights」と表現されていた【図5】。

3 戸塚悦朗「埋もれたヒューマンライツ(その1)——human rightsの誕生物語」龍谷法学55巻3号(2022年)、105-144頁。

4 前掲「埋もれたヒューマンライツ(その1)」。

rights」に古い（1942年以前に日本で使われていた）言葉である人権（米国での「civil rights」）をあてて翻訳するのは適切ではない。日本の外務省が、1942年当時連合国共同宣言の「human rights」を「人類ノ権利」と翻訳したのは適切だった⁶【図7】。

●1942年聯合國共同宣言【図7】

外務省は1942年「人類の権利」と翻訳

「聯合國共同宣言」（1942年1月1日）について、日本政府（外務省）は、米国以外の在外公館を経由してその英文を入手し、翻訳し、1942年1月12日に條約集として編纂していた。

その中で、外務省は、human rightsを「人類ノ権利」と翻訳し、「人権」とは訳していなかった。

外務省條約局條約集第20輯第1巻 590「聯合國共同宣言」（1942年）。

<https://www.iacar.archives.go.jp/ai/metadata/histPhoto?LANG=default&BID=F2019011817370817588&ID=M2019011817370917592&REFCODE=B19010292000>

2022年12月30日閲覧。



今でも米国では、国内法（at home）上の権利は「civil rights」（つまり「人権」）と表記されているし、国際法（internationally）上の権利は、人権ではなく、「human rights」（ヒューマンライツ）と明確に区別して表記されている。つまり、米国の人々は、【図3】と同じような法認識を持っているのである。

【図8】は、現在のFDルーズベルト図書館のHPからの情報だが、その区別が明確に示されている⁷。米語で「human rights」と表記する場合は、

6 戸塚悦朗「埋もれたヒューマンライツ（その2）——ヒューマンライツ実現への道を可視化する試み」龍谷法学57巻1号（2024年）、127-173頁。

7 【図8】には、FDRライブラリーによって、“…that profoundly impacted civil rights at home and human rights internationally. …” という文章が記載されている。

この権利は国内法上の概念ではなく、国際法上の法的概念であることを押さえておかねばならない。

●FDルーズベルト図書館から【図8】

FDRライブラリー からの情報

FDR Presidential Library
<fdrlibrary.eneews@nara.gov>
To: etsuro@jcom.zaq.ne.jp;
2024/03/22 03:32

Civil rights at home

Human rights
internationally

Seeds Of Change: Eleanor Roosevelt and the Movement

Wednesday, March 27
2pm ET

YouTube
Facebook

By engaging with the African American community in a way the President would not, Eleanor Roosevelt helped bring Black voices into the White House and the Administration is wary that profoundly impacted civil rights at home and human rights internationally. This segment of the FDR Library's *Seeds of Change* series introduces Mrs. Roosevelt's role in the movement.



（5）ヒューマンライツを実現する道

ヒューマンライツを実現するためには、どうすべきなのか？その道について、「私の視点」で筆者は次のような提案をした。

憲法98条2項は、条約の順守を義務付けている。最高裁は、マクリーン判決から脱却し、憲法上の権利だけでなく、条約によるヒューマンライツの保障を確立すべきだ。

また、泉徳治弁護士（元最高裁判事）は条約違反も上告理由とする民事訴訟法の改正が必要だと力説する。上告理由に条約違反が入れば当然、最高裁が条約違反の主張に真剣に向き合う必要が出てくるからだ。すべての条約違反を上告理由とすると最高裁が忙しくなりすぎるなら、ヒューマンライツ条約の違反に絞ってもよい。

そのうえで、権利を侵害された個人が条約機関に直接訴えることのできる個人通報権を認め、ヒューマンライツ実現のための国内機関を設置する。そうすれば、外国人の権利侵害は劇的に減ることが期待できる。

最後に、「ヒューマンライツ実現のための国内機関」を設置する提案をした。

だが、実際にはこれがなかなか実現しないのである。それは、なぜなのであろうか？原因がわからないと、対策を立てることができない。筆者は、その原因は、「human rights」を「人権」と翻訳してしまったために、日本の私たちの思考が混乱してしまったからではないかと思うにいった⁸。この翻訳のために、「ヒューマンライツ」が埋もれてしまったのだ。新しい国際法上の権利である「human rights」を、戦前から使われていた憲法など国内法の権利を表す「人権」という言葉に翻訳してしまった。そのために、折角の新しい「ヒューマンライツ」が、古い「人権」という言葉に埋没してしまったのだ。そのために、私たち日本の法律家の思考も議論も錯綜してしまったのである。

上にあげた【図1】、【図2】、【図3】を比較し、じっくり考えて頂ければ、問題の所在があきらかになるだろう。

原因がわかったら、そこから論議を立て直す必要がある。

第4. ヒューマンライツを実現する国内機関が実現しない理由

後述するが、国内機関を設立する立法の試みは三度あった⁹。しかし、二つの政府法案と一つの議員立法の提案は、国際的な基準を満たさなかつ

8 戸塚悦朗『外国人のヒューマンライツ』日本評論社（2023年）、1-184頁。

9 後述の国会図書館調査室小笠原美喜氏による短報参照。

たり、政権交代があったりしたこともあって、立法されなかった。ところが、これらの立法の提案の過程では、最大の問題点であるはずのヒューマンライツの不可視化は検討されてこなかった。

ヒューマンライツの不可視化は、何をもたらしただろうか？

国内機関に何が求められているのか？という最も重要な視点がよく見えないままに立法の提案がなされるという事態を招いたのである。ここにこそ、国内機関が実現しない根本原因があると思われる。

（1）国内機関には何が求められているのか？

まずは国内機関とは何かを知るために、その発展の歴史を知ることから始め、次に国内機関に国連総会が何を求めているかに関するパリ原則を検討してみたい。

繰り返すが、日本では一般的に、「human rights」が「人権」と翻訳されている。しかし、筆者は、上記した通り、これを「ヒューマンライツ」と翻訳することを推奨している。そのことによって、異なる権利である憲法上の権利（人権）と国際法上の権利（ヒューマンライツ）を明確に区別して認識することができるからである。本論文では、「human rights」を「ヒューマンライツ」とカタカナの日本語に翻訳していることをお断りしておく。

★国内機関の発展小史

●概要

諸国の国内機関が参加して設立された国際機構としては、GANHRI（国内ヒューマンライツ機関のグローバル・アライアンス）がある。そのウェブサイトから、国内機関が発展してきた簡略な歴史¹⁰を見てみたい。

10 NHRIs <https://ganhri.org/history-of-ganhri-and-nhris/> 2024年11月11日閲覧

国内ヒューマンライツ機関（NHRIs）は、1946年以来、ヒューマンライツの促進と保護の担い手として国際レベルで認められてきた。その後の30年間を通じて、国連とその関連組織の一部は、ヒューマンライツの促進と保護のための手段としての国内機関の実現可能性に関する一連の報告書を作成した。これらの報告書は、1991年にパリで開催された「ヒューマンライツの促進と保護のための国内機関に関する国連国際ワークショップ」で最高潮に達した。このワークショップは、1993年に国連総会で採択された「パリ原則」として知られる指導原則の起草につながった。

NHRIsは、以前はヒューマンライツの促進と保護のための機関の国際調整委員会（ICC）として知られていた。チュニスで第2回国際ワークショップを開催したとき、NHHRsは、国内ヒューマンライツ機関のグローバル・アライアンス（GANHRI）を設立することを決定した。それ以来、国連総会はNHRIsの強化を求める多数の決議を採択してきた。

●GANHRIの歴史

NHRIsは、1993年12月13日にチュニジアのチュニスで開催された国際ワークショップで、今日では国内ヒューマンライツ機関のグローバル・アライアンスとして知られる国内ヒューマンライツ機関のグローバル・ネットワークの基礎を築いた。

その発展の経過は、おおよそ以下のとおりである。

1946年、国連経済社会理事会は、ヒューマンライツの普遍的宣言（UDHR）が「すべての人々とすべての国のための共通の達成基準」となる2年前に、国内機関の問題を検討した。加盟国は、情報グループまたは国内のヒューマンライツ委員会の設立を検討するよう求められた。

1978年、ヒューマンライツ委員会はセミナーを開催し、その結果、機関の構造と機能に関するガイドラインの草案が作成された。その後、ヒューマンライツ委員会と国連総会はガイドラインを承認した。総会は、これら（龍法 '25）57-4, 350（1996）

の機関がまだ存在していない場合には、これらの機関を設立するための適切な措置を講じるよう各国に要請し、事務総長に対し、NHRIsに関する詳細な報告書を提出するよう要請した。

1991年、ヒューマンライツの促進と保護のための国内機関に関する最初の国際ワークショップがパリで開催された。主要な成果は、国内機関の地位に関するパリ原則であった。

1993年のウィーン国連世界ヒューマンライツ会議以来、パリ原則は、機関の正当性と信頼性のテストとして広く受け入れられている。パリ原則に合致する独立した多元的なNHRIsを設立し、強化することの重要性は、その後、国連総会とヒューマンライツ理事会のさまざまな決議で再確認されている。

その後、ヒューマンライツの促進と保護のための国内機関の国際調整委員会（ICC）が設立された。

●組織名の変更

2016年3月、ICC総会は、組織の名称を「ヒューマンライツの促進と保護のための国内機関の国際調整委員会」から「国内ヒューマンライツ機関のグローバル・アライアンス（GANHRI）」に変更することを承認した。

2022年以降今日（2023年当時）、GANHRI（国内ヒューマンライツ機関のグローバル・アライアンス）は、世界中のすべての地域から115を超えるNHRIsを結集し、ヒューマンライツの促進と保護においてリーダーシップと支援を提供している。

●メンバー紹介¹¹

2024年9月現在、GANHRIは118のメンバーで構成されており、90の

11 GANHRI membership <https://ganhri.org/membership/> 2024年11月11日
閲覧

「A」ステータスNHRIと28の「B」ステータスNHRIがある。

国連パリ原則およびGANHRI規程に従い、GANHRIは以下の認定分類を使用している。

- A. パリ原則に完全に準拠していること。
- B. パリ原則に部分的に準拠していること。

●アジア太平洋のメンバー

アフガニスタン（2022年7月停止）、オーストラリア、バーレーン、バングラデシュ、フィジー、インド、インドネシア、イラク、ヨルダン、カザフスタン、キルギスタン、マレーシア、モルディブ、モンゴル、ミャンマー（2023年10月－認定資格の解除勧告）、ネパール、ニュージーランド、オマーン、パキスタン、パレスチナ、フィリピン、カタール、韓国、サモア、スリランカ、タジキスタン、タイ、東ティモール、ウズベキスタン。

●歴史研究から明らかになったことは何か？

ここまで、GANHRIのウェブサイト（英語）から国内機関の発展小史を見てきた。その中で明確になったことがある。国内機関は、最初から今日まで「ヒューマンライツの促進と保護の担い手」として国連によって育成され、発展してきたことである。

念のためくりかえすが、ここで、ヒューマンライツは、各国の憲法など国内法によって保障されている人権という権利のことではなく、国連憲章以下の国際法によって保障されている「human rights」という権利の翻訳語として筆者が使っているカタカナ日本語の用語である。

以上の検討から明らかなことは、国内機関は、国際法上の「ヒューマンライツ」実現に特化された機関であって、国内法上の「人権」機関とは異なる機関であることだ。上記【図3】の認識を前提にしているのである。この点をしっかりと確認する必要がある。

日本政府・法務省は、法律学者も日弁連を含む日本のNGOも巻き込んで、日本における法認識を混乱させてきた。日本の一般的な法認識の仕方は、上記【図2】のような認識にこり固まってしまった。

そのため、日本では、国内機関は、憲法上の権利（人権）も国際法上の権利（実は「ヒューマンライツ」なのだが、これも「人権」と翻訳されているので前者と区別がつかない）も含めて、ともにあわせて（一緒くたにして）実現する機関が国内機関だと認識されているのではないか？この点に認識の混乱があるにもかかわらず、これまでのところきちんと整理されていない。

そのために、日本政府は、国内機関をパリ原則（以下で検討する）に合致した国際法上の権利であるヒューマンライツを実現する使命を帯びた制度、すなわち国際法の国内実施に特化した国内機関を考案し、設計することができなかったのである。

以上のGANHRIの発展の経過は、経済社会理事会の初期の活動から始まっている。パリ原則は、国連憲章上の手続のなかで発展し、1993年12月20日日本政府を含めた全国連加盟国に対してその実現を求める総会決議（48/134）として採択された。その法的な根拠は、国際法上の大きな枠組みで考えると、国連憲章にもとづく手続に属する。

日本が1979年に批准した社会権と自由権に関する二つの国際規約などヒューマンライツ条約機関は、条約上の手続機構に属する。国内機関は、国連憲章上の手続を根拠として発展してきた。だが、ヒューマンライツ条約機関も、国内機関の設置を諸国に勧告してきた。日本に対しても、ヒューマンライツを実現するための国内機関の設置については、国連憲章上の手続でも、ヒューマンライツ条約機関の手続でも、数限りないほど多くの設置勧告が積み重ねられてきていることを忘れてはならない。ところが、日本では、これらの国連勧告の翻訳でも、「human rights」が「人権」と翻訳されているので、日本の人々にはそれらの勧告の真意が全く理

解されていない。

★パリ原則をどのように理解すべきか？

今日では、国内機関を創設するための基本原則は、パリ原則によるべきことは、上記の歴史の検討から明らかである。

それでは、パリ原則とは具体的にはどのようなものなのであろうか？

国連ヒューマンライツ高等弁務官のウェブサイトから調べてみた結果（英文）を【資料1】として末尾に添付した。

●Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles) ADOPTED 20 December 1993 BY General Assembly resolution 48/134.

がそれである。1993年12月20日の国連総会決議（48/134）国内機関の地位に関する原則（パリ原則）と翻訳できる。その内容だが、冒頭の部分がすべてを語っているように思う。

Competence and responsibilities

1. A national institution shall be vested with competence to promote and protect human rights.

「権限及び責務」に関するこの部分をどう翻訳するかが運命の分かれ道になる。筆者は以下のように翻訳した。

「権限及び責務」

1. 国内機関は、ヒューマンライツを促進し保護する権限を与えられねばならない。

この定めは、国内機関が何のための機関かを端的に定めている。国内機関は、「civil rights」（人権）を実現するための機関ではなく¹²、「human rights」（新しい用語であって、国際法によって保障される個人の権利（人類の権利）であって、筆者は「ヒューマンライツ」と翻訳することを推奨している）を促進し保護する権限を与えられねばならないのである。

ここでは、①「human rights」をなんと翻訳するか？が決定的に重要である。②この権利、すなわち、「ヒューマンライツ」は、憲法など国内法によって保障される「人権」とは本質的に異なり、国連憲章以下の国際法によって保障される新しい権利である。「ヒューマンライツ」の実現の制度は、（国内法によって設置されている）憲法上の「人権」を実現する制度とは異なる。

パリ原則による国内機関は、その基本的な制度だが、国内でヒューマンライツを実現するために特化した機関である。なお、もう一つの重要な「ヒューマンライツ」実現の制度としては、個人通報権の保障（条約機関に対する被害者個人による通報のための国際手続）があるが、後者については、ここでは詳述しない。

（2）日本における国内機関立案の迷走

日本において国内機関立案が迷走してきた。その原因は、敗戦直後に始まっている。その端緒は、敗戦直後に日本と連合国占領軍との関係で生じた「human rights」問題から始まっている。

★人権とヒューマンライツをめぐる戦後の状況

ポツダム宣言第十項にあった「human rights」の翻訳の問題について

12 日本では、一般に「human rights」を人権と翻訳するので、憲法上の「人権」と区別がつかず、混然一体とした理解がされる。上記【図2】を参照されたい。

は、すでに述べた¹³。外務省は、「human rights」を1942年1月1日連合国共同宣言については「人類ノ権利」と翻訳していたのに、ポツダム宣言を翻訳した1945年7月には、これを「人權」と翻訳してしまった。

●占領下の日本とhuman rights

日本政府の憲法改正草案（松本案）は、占領軍の連合国軍最高司令官総司令部（GHQ）によって拒否され、GHQ草案が1946年2月13日に日本政府に提示された¹⁴。

憲法改正のためのGHQ草案¹⁵は、以下のように書いていた。

CHAPTER III Rights and Duties of the People

Article IX The people of Japan are entitled to the enjoyment without interference of all fundamental human rights.

13 ポツダム宣言の翻訳については、前掲「埋もれたヒューマンライツ（その1）」参照。

14 国立国会図書館「日本国憲法の誕生 資料と解説 3-15 GHQ草案1946年2月13日」

<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076shoshi.html> 2024年12月16日閲覧。

15 GHQ民政局内で書き上げられた憲法草案は、2月10日夜、マッカーサーのもとに提出された。マッカーサーは、局内で対立のあった、基本的人権を制限又は廃棄する憲法改正を禁止する規定の削除を指示した上で、この草案を基本的に了承した。その後、最終的な調整作業を経て、GHQ草案は12日に完成し、マッカーサーの承認を経て、翌13日、日本政府に提示されることになった。日本政府は、22日の閣議においてGHQ草案の事実上の受け入れを決定し、26日の閣議においてGHQ草案に沿った新しい憲法草案を起草することを決定した。なお、GHQ草案全文の仮訳が閣僚に配布されたのは、25日の臨時閣議の席であった。

前注の続き https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076a_e/076a_e008l.html 2024年12月16日閲覧。

GHQの憲法草案は、「civil rights」（戦前の法学辞典では人権に相当する米語）と書いていなかったことに留意すべきである。

「human rights」は、1942年1月1日連合国共同宣言に起源を持ち、国連憲章（1945年6月26日採択）によって国際条約（国際法）に取り入れられることになった。この人類の権利である「human rights」を連合国軍最高司令官が占領下の日本に実施しようとしたものと解釈できる。国際法の国内実施の事例の一つと考えられる。

GHQによって提示された憲法草案の日本語訳¹⁶は、以下の通りだった。

第三章 人民ノ権利及義務

第九条 日本國ノ人民ハ何等ノ干渉ヲ受クルコト無ク一切ノ基本的人權を享有スル權利ヲ有ス

ここでは、日本政府は、これを「人権」と翻訳したのである。

これが、閣議決定、国会審議を経て、天皇によって公布され、日本国憲法の第三章「国民の権利義務」に定められた人権の起源になった。

●宮沢学説の影響

神権天皇制を原理とした明治憲法から国民主権へ「国体」の変更を行う憲法改正は不可能という説に対して、この間の経過を「革命」によって説明したのは、戦後憲法学の第一人者であった宮沢俊義東京大学教授だった。その宮沢俊義教授は、『人権宣言集』¹⁷の中で、次のように述べている。

16 国立国会図書館資料「日本國憲法」より法制局長官による翻訳
https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076/076_005r.html 2026年12月16日閲覧。

17 宮沢俊義「人権宣言概説」高木・末延・宮沢編『人権宣言集』岩波書店（岩波文庫）（1957年）、17-31頁。

現在世界の諸国のほとんどすべては、成文憲法を持っており、ふつうに憲法というときは、成文憲法を意味することが多いが、その成文憲法には、権利宣言（又は、人権宣言）と呼ぶことのできる部分があり、たいいてい含まれている。ここでいう権利宣言（Declaration of Rights）は、あるいは、権利章典（Bill of Rights）ともよばれる。それは、人間又は国民の各種の自由または権利を宣言し、憲法はそれらを特に尊重し、それらを保障する旨を定める諸規定の一群である。

……

この本では、人権宣言という呼び名が、世間で一般に親しまれている事情にかんがみ、権利宣言または権利章典をひろく人権宣言と呼んでいる。

宮沢教授の「人権宣言」についてのこのような見方は、戦後形成されたものではない。宮沢教授は、戦前・戦中に出版された著作を通じて、このような「人権」あるいは「人権宣言」に関する学説を公表していたのであって、一貫した見方である。たとえば、【図6】で紹介した1937年の岩波法律学小辞典の「人権」の説明は、宮沢教授らによって書かれたものであるが、その趣旨は、戦後の宮沢教授による上記「人権」の説明と同旨である。また、前掲『人権宣言集』に収載されている多数の「人権宣言」を、その目次を一覧して注意深く見てみると、ほとんどすべてが諸国の憲法の「人権宣言」であることが分かる。

ただ一つの例外で、異質な文書は、国際法文書である Universal Declaration of Human Rights (UDHR) である（同書目次44）。これについては、高野雄一教授（国際法専攻）が「世界人権宣言」として解説¹⁸を

18 高野雄一「世界人権宣言」高木・末延・宮沢編『人権宣言集』岩波書店（岩波文庫）（1957年）、398-408頁。

執筆している。

ところで、宮沢教授（憲法学専攻）も、国連憲章上の「human rights」も、UDHRの「human rights」もすべてを「人権」と翻訳し、UDHRを「世界人権宣言」と翻訳してしまった¹⁹。このように、日本の国際法学者も、憲法学者も、憲法上の権利である「人権」と区別することなく、国際法上の権利である「human rights」を前者と同じ日本語である「人権」と翻訳してしまったところに問題があった。憲法上の権利と国際法上の権利は、異なる権利であるにも関わらず、結局同じ「人権」と表記され、そのため一般におなじ権利と受け止められてしまう土壌が日本において作りあげられてしまったのである。

これが、日本における「human rights」理解の混乱を招いた原点だったのかもしれない。

宮沢教授から直接教えた多くの憲法学者も法学生（筆者もその一人として同書を副読本として同教授から憲法学を学んだ）も、【図2】のような混乱した法認識を持つようになったのは、無理もなかったと思う。

そうして、日本の法学者も法学生も、【図3】のように、国際法上の「human rights」（ヒューマンライツ）を憲法上の「人権」とは違う権利として区別し、正確に認識することができなくなったのである。

●1979年以後の日本の状況

事態がより一層深刻になったのは、日本が1979年に自由権と社会権の二つの国際ヒューマンライツ規約を批准してから以後であった。1948年のUDHRは、国連総会決議による宣言であって法的拘束力をもたなかったが、批准により両国際規約は日本を国際法上法的に拘束するようになったので

19 前掲宮沢「人権宣言概説」、26-28頁。宮沢教授から憲法学を学んだ筆者も、UDHRを「世界人権宣言」と訳してきた。しかし、今では、「ヒューマンライツの普遍的宣言」と翻訳すべきだと考えている。

ある。日本国は、批准済み国際条約として国際法上拘束されるだけでなく、憲法98条2項によって国内法上も国際法の順守義務を負うことになった。法的義務を果たさなければならないという点で、対応を迫られることになったのである。事態は、「待ったなし」の状況にまで日本を追い詰めるようになった。

第一に、当時の日本の社会状況だが、部落民差別問題など国内法上憲法が保障する権利を侵害する構造的な問題が大きな社会問題として認識されるようになっており、立法措置が必要となっていた²⁰。この問題は、戦前の日本社会から継続する極めて深刻な問題であった。

第二に、他方、前述したように1979年の国際ヒューマンライツ規約批准以来の新たな状況が到来したばかりか、国連総会からも、ヒューマンライツ条約機関からも国内機関を設置すべきとする国際的な勧告が日本政府に対して繰り返し出されるようになってきた²¹。すでに、日本が国連加盟を許されるより以前から、諸国は国連憲章上の手続のなかで継続的に国内機関の設置を勧告されていたことは上記した。パリ原則はそのうち最も重要な勧告（1993年国連総会決議）であった。これは、国際法（国連憲章上の手続）を通じて、日本を含む諸国に対して、ヒューマンライツと言う国際法上の権利を国内実施し、保障することを求めた国際勧告だった。

これら内外の状況を見るだけでも、戦後、憲法上の人権を保障しようとして設置された既存の法務省人権擁護機関²²だけではこれらの問題に実効的に対応できなくなっていたことはよくわかるであろう。

これら二つの問題は、尊厳を持つ個人の権利をどのように実現するかという課題についての、国内法と国際法の二重の保障制度の問題にかかわる。

20 部落民差別問題については、部落解放・人権研究所による紀要『部落解放研究』、月刊『ヒューマンライツ』など多数の文献がある。

21 後述の国会図書館調査室小笠原美喜氏による短報参照。

22 法務省の人権擁護機関

<https://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken120.html> 2024年11月8日閲覧

その関係は、歴史的に変化してきているのだが、前掲【図1】、【図2】、【図3】が示す3つのイメージの比較から理解できるであろう。

ところが、日本政府・法務省には、この二重の権利保障のイメージ【図3】のような認識が全く理解できなかった。そのことから、混乱が起きたのだと思われる。この混乱が何を起こしたか、その現れ方を探求する必要がある。

●人権擁護施策推進法（1996年）の混乱

それは、人権擁護施策推進法（1996年）²³にも表れていた。同法によって設置された人権擁護推進審議会の審議経過からもその混乱を見て取ることができる。

問題を3点あげておきたい。

第1の問題は、上記国内問題（部落民差別問題等の諸問題）は古くからある日本の国内的課題だった。もう一つは、それとは性質が全く異なる戦後の国際法上の権利であるヒューマンライツを国内的に実施しなければならないという課題だった。後者は、国際法の国内実施の問題、すなわちグローバルな国際法上の課題（パリ原則及び条約機関からの勧告）だった。日本政府・法務省は、これらの二つ課題を同時に一つの法律によって解決しようとした。そこに根本的な誤りがあった。

第2の問題は、日本政府は、この異なる二つの問題に対応するに際して、問題を「人権」という一つの言葉によってくくって表記し、その認識のもとに問題を解決しようとしてきた。それは、人権擁護施策推進法という法律のタイトルからも理解できるであろう。そのために、これら次元の異なる二つの問題を、あたかも一つの同じ問題であるかのように見誤ってし

23 人権擁護施策推進法（平成8年法律第120号）（失効：平成14年3月25日）
https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/shotou/024/report/attach/1370548.htm 2024年11月19日閲覧。

まったのである。不適当な翻訳の故に、日本政府の政策立案過程に大混乱が生じたと思われる。しかし、未だにその点の反省がなされていないところに悲劇がある。

第3の問題は、この混乱（1996年）から始まり、今（2024年）になっても、未だに日本は国内機関を創設できていないことに注目すべきである。その原因を究明する必要がある。筆者から見ると、法認識の混乱故に、日本は未だに国内機関を創設できないと思われるのである。

それにもかかわらず、その原因が日本では全く検討されてこなかった。

●人権擁護施策推進法（1996年）による課題設定の誤り

同法第1条（目的）は、以下のように課題を定めた。

この法律は、人権の尊重の緊要性に関する認識の高まり、社会的身分、門地、人種、信条又は性別による不当な差別の発生等の人権侵害の現状その他人権の擁護に関する内外の情勢にかんがみ、人権の擁護に関する施策の推進について、国の責務を明らかにするとともに、必要な体制を整備し、もって人権の擁護に資することを目的とする。

この第1条をどう読み解くかが、重要である。

まず、「この法律は、人権の尊重の緊要性に関する認識の高まり、社会的身分、門地、人種、信条又は性別による不当な差別の発生等の人権侵害の現状」という課題の認識に注目して見よう。抽象的な表現だが、この部分が上記した部落民差別問題等についての問題提起であることは、日本社会の市民運動の当時の状況を知る人たちには容易に理解できるであろう。日本国内で最大の市民・社会運動が求める要求に応えようとしてなされた立法であることが読み取れる。

それに続く「その他人権の擁護に関する内外の情勢にかんがみ」という部分を、付けたりのように読む人もあるかも知れない。実際、「その他」以下の条文の文言上は、この法律の主要課題ではなく、重要ではあるが参考にするべき間接的な事情とも読める。しかし、筆者らのように、長年国際法による権利保障制度の実現をとなえてきた国連NGO関係者が読めば、上記したように国連機関が国内機関の創設を勧告してきた経過を「内外の情勢」という表現から推測することができる。

つまり、同法の第1条は、課題設定として、部落民差別等の国内問題を主要な課題とし、他方国連勧告などの問題をもその解決のための重要な参考事情として取り上げるという二重の課題設定をしていると読めるのである。もし、第1条の主課題の一つとして国連勧告への対応を検討すべきとされているとするなら、それは、憲法98条2項の国際法遵守義務を念頭に置いていることになる。これは同法第2条と統一的に読む必要があるが、上記のように「内外の情勢」を書き込んだことにより、課題が錯綜し、混乱が起きたのだと思われる。

それでは、何をするのか？という課題については、第1条の後半は、「人権の擁護に関する施策の推進について、国の責務を明らかにするとともに、必要な体制を整備し、もって人権の擁護に資することを目的とする。」と言っている。つまり、「人権の擁護に関する施策の推進について、国の責務を明らかにする」ことから始める。そのうえで、その責務に基づいて、「必要な体制を整備」すると言う。つまり、国の機関として新しい制度を設計することが課題になる。この段階では、具体的な制度の形は明らかではない。

しかし、審議会答申後の立法の骨子を念頭に置いて書かれていると思われる。法務省は、少なくとも、国際的に承認されるような国内機関の設立をゴールとして考えていたのではないだろうか？だからこそ、「内外の情勢」を検討するとしたのであろう。

そして、最終的には、「もって人権の擁護に資することを目的とする。」という目的を掲げている。

問題は、「人権」という用語が、5か所出てくることである。

しかし、この5つの「人権」という用語が、国内法である憲法上の「人権」を言うのか？それとも国際法上の「ヒューマンライツ」を言うのか？が明らかでない。同法の立法作業を担当した法務省の担当官も、立法をした国会議員も、この区別を意識的にはしてはいなかったであろう。おそらくは、【図2】に現れているように、国内法も国際法も混然一体とした認識にもとづいて書かれたものと推測できる。

直接的には、「内外の情勢」を書き込んだことにより、パリ原則等の国際法上のヒューマンライツ実現の課題までも検討せざるを得なくなって、混乱が起き、それが最後まで尾を引いたのではないだろうか。

だからこそ、同法は、部落民差別等の問題への解決を目的とする課題（国内法上の差別問題に対応できる立法を求める「人権」問題）と、あわせてパリ原則等国連からの勧告（国際法上の「ヒューマンライツ」実現の問題）にも対応するという全く性質が異なる課題を同じ法律によって一挙に解決しようとする誤りをおかしたのである。結局、最終的な立法に失敗し、二つの課題のいずれにも対応できなかった。

同法第2条（国の責務）は、以下のように定めていた。

国は、すべての国民に基本的人権の享有を保障する日本国憲法の理念にのっとり、人権尊重の理念に関する国民相互の理解を深めるための教育及び啓発に関する施策並びに人権が侵害された場合における被害者の救済に関する施策を推進する責務を有する。

第2条の前半では、「国は、すべての国民に基本的人権の享有を保障す

る日本国憲法の理念にのっとり」とされていて、この部分の「人権」は、憲法上の「人権」を指すことは間違いない。したがって、これに続く、「人権尊重の理念に関する国民相互の理解を深めるための教育及び啓発に関する施策」と「並びに人権が侵害された場合における被害者の救済に関する施策」との二つの施策に関して、使われている二つの「人権」という言葉も、それぞれ憲法上の「人権」だと考えられる。国は、これら二つの施策を「推進する責務を有する」というのは、国内法である憲法上の人権（憲法第3章国民の権利及び義務）を実現する責務を言うのと解釈できる。第2条と第1条を統一的に読むと、上記した第1条の「内外の事情」（国際法上の権利及び義務に関わる）への対応を組み込むことは場違いであって、むしろ一切課題としない方が混乱を避けることができ、より適切であったのかも知れなかった。

同法第3条（人権擁護推進審議会の設置）²⁴と第4条（人権擁護推進審議会の組織等）²⁵により、人権擁護推進審議会が設置された。

24 同法第3条（人権擁護推進審議会の設置）は、以下のように定めた。

法務省に、人権擁護推進審議会（以下「審議会」という。）を置く。

審議会は、法務大臣、文部大臣、総務庁長官又は関係各大臣の諮問に応じ、人権尊重の理念に関する国民相互の理解を深めるための教育及び啓発に関する施策の総合的な推進に関する基本的事項を、法務大臣の諮問に応じ、人権が侵害された場合における被害者の救済に関する施策の充実に関する基本的事項を調査審議する。

審議会は、前項に規定する事項に関し、内閣総理大臣、法務大臣、文部大臣、総務庁長官又は関係各大臣に意見を述べることができる。

25 同法第4条（人権擁護推進審議会の組織等）は、以下のように定めた。

審議会は、委員20人以内で組織する。

委員は、学識経験のある者のうちから、法務大臣が任命する。

委員は、非常勤とする。

審議会に、会長を置き、委員の互選によりこれを定める。

会長は、会務を総理し、審議会を代表する。

会長に事故があるときは、あらかじめその指名する委員が、その職務を代

問題点は、主務官庁が法務省だったことである。だから、審議会委員20名も法務大臣によって任命された。取り組むべき課題が、部落民差別問題等国内法である憲法上の人権（憲法第3章）問題だけであれば、法務省が担当官庁であっても問題はなかったであろう。

しかし、上記のように、国連総会が決議で採択したパリ原則の実施など「内外の事情」の検討をも課題に含むとされていたのであるから、主務官庁を法務省としたことには問題があった。後者は、国際法の国内実施の問題であって、憲法第98条第2項（国際法の遵守）が規律するのである、そうであれば、外務省も関与する必要があったはずである。しかし、同法の条文上は、外務大臣が関与する余地はなかった。そのような事情を考慮すれば、主務官庁を内閣府とすることもあり得たであろう。

何よりも、前記したように、部落民差別問題等の憲法上の人権問題と国際法によって保障されるヒューマンライツの国内実施の問題とは次元が異なる。だから、本来であれば、二つの別の法律の立法によって、二つの審議会を設置する必要があったのではないだろうか。

★法務省人権擁護推進審議会²⁶の混乱

●人権擁護推進室の最終答申に見る混乱

審議の前提となる事項、すなわち、法務省人権擁護局の活動に関する問題とパリ原則に見る国連の要求に関する問題が全く異なることを理解できないままに、審議会は、混乱した審議に基いて、最終答申を出してしまっ

ゝ理する。

審議会は、その所掌事務を遂行するため必要があると認めるときは、関係行政機関の長に対し、資料の提出、意見の開陳、説明その他必要な協力を求めることができる。

前各項に定めるもののほか、審議会に関し必要な事項は、政令で定める。

26 法務省人権擁護推進審議会https://xn--11moj-j2lj.go.jp/shingil/shingikai_jinken.html 2024年11月8日閲覧

た。筆者は、そのような混乱が起きた原因は、翻訳の問題にあったと考える。

●最終答申の混乱²⁷

最終答申は、冒頭の第1で、以下のように述べている。

第1 調査審議の対象とその経過

〈1〉 人権擁護推進審議会（以下「本審議会」という。）は、平成11年7月に、人権教育・啓発の在り方に関する諮問第1号について答申した後、同年9月以降、諮問第2号である「人権が侵害された場合における被害者の救済に関する施策の充実に関する基本的事項」について、本格的な調査審議を行ってきた。

諮問第2号の下での本審議会の任務は、人権侵害の被害者の救済のために法務省の人権擁護機関がこれまで行ってきた取組を踏まえ、被害者救済に関する施策をより充実させるという観点から、行政機関による人権救済のための基本的な仕組み、すなわち人権救済制度の在り方について提言することである。特に、各国の取組等国際的な潮流も視野に入れつつ、我が国における人権侵害の現状と救済の実情を踏まえて、新たな人権救済制度の在り方を示すことが求められている。

ここで読者に注意していただきたいのは、答申が「諮問第2号の下での本審議会の任務は、人権侵害の被害者の救済のために法務省の人権擁護機関がこれまで行ってきた取組を踏まえ、被害者救済に関する施策をより充

27 人権救済制度の在り方について（答申）

https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_010525_010525.html 2024年11月8日
閲覧

実させるという観点から、行政機関による人権救済のための基本的な仕組み、すなわち人権救済制度の在り方について提言することである。」と言っている点である。

この答申の骨子は、①「人権侵害の被害者の救済のために法務省の人権擁護機関がこれまで行ってきた取組を踏まえ、」②「行政機関による人権救済のための基本的な仕組み、すなわち人権救済制度の在り方について提言すること」と言う。

この答申は、法務省の人権擁護機関は、憲法上の人権（米語では、「civil rights」の実現を任務としていること）を前提として、行政機関による憲法上の人権救済制度の在り方を提言しようとしていることを確認しておきたい。

そのうえで最終答申は、審議会がどのような調査をしたのかについて、以下のように述べている。

〈2〉 本審議会では、これに応えるため、平成10年3月に人権救済制度検討準備委員会を設置して、各国の人権救済に関する取組や我が国の裁判外紛争処理制度（ADR）等についての基礎的な調査を開始した。諮問第2号に関する本格的な調査審議を開始した平成11年9月からは、改めて各種人権課題に関する関係団体からのヒアリングを実施するとともに、救済にかかわる各種制度等に関して関係行政機関から説明を聴取するなどして、国内における人権侵害の現状と救済の実情の把握に努め、これらに対する理解を深めた。さらに、北米、欧州4か国にわたる海外調査の実施等により、広く諸外国の人権救済に関する取組についても認識を深めてきた。

昨年4月からは、これらの基礎的調査の成果を参照しつつ、救済の理念と対象、救済の措置、調査手続・権限、救済機関の組織体制の4つの柱を中心に、論点の整理を行った上、これを基に9月以降

議論を進め、11月に中間取りまとめを公表して、広く一般の方々の意見を求めた。本年2月からは、各方面から寄せられた様々な意見を踏まえつつ、慎重な調査審議を重ね、この答申に至ったものである。

これを見ると、審議会は、諸外国の国内法を調査したことを報告している。つまり、各国の憲法以下の法令との比較法的な調査をしたのである。これは有意義なことと思われるが、厳密に言えば、各国の国内法、たとえば、米国法の場合であれば、国内の人権「civil rights」の実現のための法制度を研究したことになる。ここには、国際法の調査は含まれない。

そのうえで、審議会は、国際法についても調査を行った。それについては、以下のように述べている。

〈4〉 人権救済にかかわる世界の潮流に目を向けると、人権諸条約に基づく各種委員会の活動や、欧州等における地域的な人権保障の枠組みに基づく取組等に加え、近時、人権救済をその重要な任務の一つとする国内人権機構（注2）の整備の動きが活発化しつつある。国際連合（以下「国連」という。）総会で採択された「国内機構の地位に関する原則」（いわゆるバリ原則）（注3）や国連人権センター作成の「国内人権機構：人権の促進と擁護のための国内機構の設立と強化に関するハンドブック」（注4）は、国内人権機構の整備に指針やモデルを提供するものであり、各国における実際の取組（別添参考資料7参照）と並んで、我が国における人権救済制度の在り方を考える上でも貴重な資料である。本審議会も、これらの国際的潮流を十分視野に置いて審議を行ってきたものである。

（注2）国内人権機構

“national human rights institution”の訳語（国内人権機関と訳されることもある。）。明確な定義はないが、人権擁護に係る一定の活動を行っている特別の政府機関等を指している例が多い。「国内人権機構：人権の促進と擁護のための国内機構の設立と強化に関するハンドブック」（注4参照）においては、「憲法又は法令に基づき、政府によって設立された機関で、人権の促進と擁護に関し、その機能が明確に定められているもの」と定義されている。

（注3）「国内機構の地位に関する原則」（いわゆるパリ原則）

1991年（平成3年）、国連人権委員会の決議に基づいてパリで開かれた第1回国内機構ワークショップ（我が国も参加）において採択され、1993年（平成5年）、国連総会でも附属文書として採択された原則で、国内人権機構の権限・責務、構成等についての指針を提供している（詳細については、別添参考資料5参照）。

（注4）「国内人権機構：人権の促進と擁護のための国内機構の設立と強化に関するハンドブック」

1995年（平成7年）、国連人権センター（現国連人権高等弁務官事務所）が、国内人権機構の設置や強化を考えている諸国のためのガイドラインとして発行したもので、国内人権機構が実効的に機能するための要素等を示している（その要点については、別添参考資料6参照）。

最終答申は、「人権救済にかかわる世界の潮流に目を向けると、人権諸条約に基づく各種委員会の活動や、欧州等における地域的な人権保障の枠組みに基づく取組等に加え、近時、人権救済をその重要な任務の一つとする国内人権機構（注2）の整備の動きが活発化しつつある。国際連合（以下「国連」という。）総会で採択された「国内機構の地位に関する原則」（いわゆるパリ原則）（注3）」にも、「世界の潮流」として目を向けている。

この点は、当然のことなのだが、国内機関についてもパリ原則についても、「人権救済に関わる」として憲法上の権利と同じ「人権」と言う翻訳語を用いたことに混乱の原因があった。

★審議会の混乱の原因

ここに審議会の混乱の原因を見出すことができる。実は、ここで、「人権」と翻訳されている言葉の英文原文は、「human rights」であって、「civil rights」とは違う権利なのである。

パリ原則の英文原文【資料1】をみる限りでは、誤解は起きない。権利については、すべてが「human rights」と書かれているからである。

ところが、審議会に配布された法務省によるパリ原則の翻訳【資料2】（上記の最終答申の注2）をみると、この日本語版パリ原則（法務省訳）では、英文の「human rights」（国際法によって保障されている権利）はすべて「人権」と翻訳されている。

法務省翻訳【資料2】から見ると、パリ原則の冒頭部分は、下記のとおりである。すなわち、

権限及び責務

- 1 国内機構には、人権を促進し、擁護する権限が付与されるものとする。

そのため、憲法によって保障されている国内法上の権利である「人権」と国際法によって保障されている「human rights」の区別がつかなくなってしまった。ヒューマンライツは不可視化されて、埋もれてしまったのである。

そのためにパリ原則が求めているものがなにかについて誤解が起き、審

議は混乱してしまった。ここに根本的な誤りの原因があった。

法務省人権擁護局は、日本国内法上、「人権を促進し保護する権限を付与され」ている。この場合、「人権」は国内法である憲法（第3章）上の権利である。これでは、この法務省訳の日本語【資料2】（「human rights」を人権と翻訳している）から見る限りは、法務省人権擁護局制度がパリ原則に合格した国内機関のように読めてしまうのである。

●はたしてそれでよいのだろうか？

まず、法務省翻訳のパリ原則【資料2】は、国連総会決議（英文）【資料1】の「human rights」をすべて「人権」と翻訳してしまっていることを確認しておきたい。筆者は、法務省が翻訳したこのパリ原則【資料2】は、パリ原則が求める真の要求を正確に伝える日本語になっていないと考える。

このような誤解にもとづく翻訳を配布されたのでは、審議会の議論が混乱してしまったのは無理がなかったのではないだろうか。

●なぜだろうか？

正確に検討してほしいのだが、法務省人権擁護局が付与されている権限は、国内法である憲法第3章にいう「国民の権利」を基準とすることである。憲法上の「人権」を実現するための権限しか付与されていない。

この制度自体は国内法上重要ではあるが、実は、パリ原則には適合しないのである。

つまり、このように設計された機関は、国際法上の「human rights」を実現するための機関ではありえないのである。扱う権利に関する権限も、職務上の責務も全く違うからである。

さらに、英文のパリ原則【資料1】には、「civil rights」という言葉は一切書かれていない。戦前の宮沢教授たちの岩波書店による法律用語辞典（龍法 '25）57-4, 372（1018）

【図6】の「人権」は上記したとおり、英語では「civil rights」を意味する概念だった【図5】。だから、日本語の「人権」と翻訳すべき部分はパリ原則には存在しないはずなのである。

筆者は、国連総会決議（英文）【資料1】の「human rights」をすべてカタカナ日本語である「ヒューマンライツ」と翻訳すべきだと考えている。そのような考え方に基づいて、法務省訳のパリ原則【資料2】の「人権」をすべて「ヒューマンライツ」と置き換えて、筆者訳のパリ原則【資料3】を作ってみた。

そうすると、パリ原則の冒頭部分は、前記したように、以下のようになって、独自の権利として可視化される。

再度くりかえすが、英文は、

Competence and responsibilities

1. A national institution shall be vested with competence to promote and protect human rights.

となっている。

「権限及び責務」に関するこの部分をどう翻訳するかが運命の分かれ道になる。筆者は以下のように翻訳すべきだと考える。

「権限及び責務」

1. 国内機関は、ヒューマンライツを促進し保護する権限を与えられねばならない。

ここでいう「ヒューマンライツ」は、国際法によって保障されている権利であって、国内法である憲法によって保障されている「人権」とは全く

違う権利なのである。

繰り返すが、「ヒューマンライツ」は、憲法など国内法によって保障される「人権」とは本質的に異なり、国連憲章以下の国際法によって保障される新しい権利である。「ヒューマンライツ」の規定も実現の方法（手続）も、憲法上の「人権」の規定と実現の手続きとは異なる。だから、パリ原則による国内機関は、国際法上の「ヒューマンライツ」を国内で実施・実現するための機関でなくてはならないのである。

そうすると、法務省人権擁護局の活動（憲法第三章の権利を実現すること）では、パリ原則の要求（ヒューマンライツを実施・実現すること）を全く満たしていないことが理解できるであろう。結局、法務省の人権擁護局を法務省の外局に組織替えするというような小手先の制度改編ではパリ原則の求めに対応できないことがわかるだろう。

ところが、この国連決議の求めを理解することができないようになったのは、法務省によって誤って翻訳されたパリ原則の翻訳【資料2】が審議会に配布されてしまったことから起きた。その結果、審議会の審議は、大混乱してしまったのである。

そのような大混乱した審議のうえで出された答申もまた混乱したものとなるしかなかったのである。

★国会に提出された法案

下記の通り、三つの法案が国会に提案されたが、すべて廃案になった。その経過の詳細については、国立国会図書館・調査及び立法考査局行政法務課・小笠原美喜氏による「短報・新たな人権救済機関の設置をめぐる動向」²⁸が詳しく報告している。

28 国立国会図書館・調査及び立法考査局行政法務課・小笠原美喜「短報 新たな人権救済機関の設置をめぐる動向」国立国会図書館調査及び立法考査局レファレンス（2013年11月）、123-134頁。この小笠原氏「短報」の（表2）は、

①2002年「人権擁護法案」（閣法）

当初の法務省案²⁹は、上記審議会の答申に従って法務省により立案されたので、当然ながらヒューマンライツを実現するための国内機関とみなすことはできないものだった。この法案が立法されなかったことは幸いだった。「人権擁護法案」（平成14（2002）年3月、参議院に政府提出）は、平成15（2003）年10月の衆議院解散に伴い廃案となった。

②野党時代の民主党による議員立法の提案

「人権侵害による被害の救済及び予防等に関する法律案」³⁰（平成17（2005）年8月、民主党提出）は、同月の衆議院解散に伴い、廃案になった。

③民主党政権提案の「人権委員会設置法案」（閣法）

2009年9月政権交代が起き、民主党中心の政府が樹立された。民主党中心政権は、3年間しか政権を維持できなかったが、その間「人権委員会設置法案」³¹を立案し、国会に提出した。この法案も、2012年11月衆議院解散により廃案になった。

これら三つの法案をどのように評価すべきだろうか？

これらの法案は、いずれも仮に立法されていれば、憲法上の人権を実現

ㄨ 国連及び条約機関から日本政府に対する国内機関設置の勧告を報告している。

https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8358454_po_075407.pdf?contentNo=1 2024年12月16日閲覧。

29 人権擁護法案

<https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/157/meisai/ml15703154056.htm> 2024年12月15日閲覧。

30 人権侵害による被害の救済及び予防等に関する法律案

https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g16201033.htm 2024年12月15日閲覧。

31 人権委員会設置法案

https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g18109007.htm 2024年12月15日閲覧。

するための機関としては、一歩前進と評価されたかもしれない。しかし、筆者が注目しているのは、その権限がヒューマンライツの実現を含んでいなかった点である。

各法案を見てみよう。

①では、機関の責務及び権限の法的根拠は、

（国の責務）

第四条 国は、基本的人権の享有と法の下での平等を保障する日本国憲法の理念にのっとり、人権の擁護に関する施策を総合的に推進する責務を有する

②では、機関の責務及び権限の法的根拠は、

（国の責務）

第四条 国は、基本的人権の享有と法の下での平等を保障する日本国憲法の理念にのっとり、人権の擁護に関する施策を総合的に推進する責務を有する。

③では、機関の責務及び権限の法的根拠は、

（国の責務）

第三条 国は、基本的人権の享有と法の下での平等を保障する日本国憲法の理念にのっとり、人権の擁護に関する施策を総合的に推進する責務を有する。

とそれぞれ提案されていた。三つの法案が定めていた国内機関の法的責務（国の責務）は、全く同文であり、憲法上の「人権」を実現することに限

定されていたのである。民主党が関わった②③の法案でも、当初の審議会における大混乱は、全く解消していなかった。

そうであるから、これら三つの法案は、「ヒューマンライツ」を実現する責務及び権限を求めるパリ原則に沿ったものではなかったことは明らかである。これは致命的な限界というべきである。

念のために、三度目の確認だが、パリ原則（筆者翻訳の【資料3】）は、

「権限及び責務」

1. 国内機関は、ヒューマンライツを促進し保護する権限を与えられねばならない。

と定めている。

上記三つの立法の提案は、国内法である憲法上の人権の実現のための機関を創設する提案に過ぎず、パリ原則の「権限及び責務」1. が求めるような国際法上のヒューマンライツの国内実施・実現のための機関創設の提案とはなっていない。これでは、パリ原則に沿っている法案と評価することはできない。

ところが、これら三つの法案に対しては、「政府からの独立」というパリ原則の一部にもとづく批判はなされたことはあっても、ヒューマンライツを国内実施・実現するための権限も視点も欠けていた点についての批判はこれまで見当たらなかった。

具体的に言えば、第一に、憲法98条2項（国際法の遵守）にかかわる権限及び責務の定めがない。第二に、国連憲章をはじめ、批准済みのヒューマンライツ条約（国際法上法的に日本国を拘束している）を実現する権限及び責務についての定めもない。第三に、批准済みのヒューマンライツ条約機関の勧告（報告制度上の勧告及び個人通報権に関する決定）を国内実

施・実現するための権限及び責務についても全く何の規定もおかれていない。

念のために、【資料3】のパリ原則（筆者訳）の国内機関の権限及び責務に関する1、2、3を一読していただきたい。上記した国際法上のヒューマンライツ（憲法上の人権ではない）の国内実施のために、国内機関が付与されることを期待される具体的な職務権限が詳細に列挙されている

これまでに国会に提案された三つの法案は、このような権限及び責務を全く含んでいない。これでは、「国内機関は、ヒューマンライツを促進し保護する権限を与えられねばならない。」というパリ原則が求める「権限及び責務」に沿った法案とはなっていないと言わざるを得ない。致命的な欠陥法案と言わざるを得ない。

★日弁連の取り組みについて：検討課題

国内機関についての日弁連の提言を知るには、日弁連のホームページ掲載の「政府から独立した人権機関の設立に向けた取組（政府から独立した人権機関実現委員会）」³²を見ることが適当であろう。

これを見ても、政府からの独立性に関してパリ原則に言及しているだけで、国内機関の「権限及び責務」の上記パリ原則の要求については、全く言及がない。

残念ながら、日弁連も国際法上の「human rights」（ヒューマンライツ）を「人権」と翻訳してしまった日本政府の誤った認識に巻き込まれてしまったのではないだろうか。そのために、「ヒューマンライツ」は不可

32 https://www.nichibenren.or.jp/activity/human/human_rights_organization.html

政府から独立した人権機関の設立に向けた取組（政府から独立した人権機関実現委員会）

2024年12月13日閲覧。

視化され、埋もれてしまった。残念ながら、日弁連関係者も、国内法上の人権が国際法上の「ヒューマンライツ」と異なることを認識することが困難になり、法認識の混乱から脱することができていないのだと思われる。

★まとめ

国内機関（NHRIs）の名称の検討は、重要である。そのことに、日弁連が最近注目しはじめたことは幸いである。今のところは、「政府から独立した人権機関」という翻訳を採用しようとしているように見える。しかし、「human rights」を「人権」と翻訳しているために、この名称では、国内機関の性格を正確に表現したことにはならない。この際、もう一步考察を進めて、N H R I sの翻訳を、「ヒューマンライツを実現する国内機関」あるいは、「国内ヒューマンライツ機関」とすることを検討してはどうだろうか。パリ原則の要求を明確に認識することができるようになるはずである。

日本の法律家がこの問題を検討するためには、ある程度の時間を要すると思う。しかし、これこそがヒューマンライツの実現のために必ず克服しなければならない関門なのである。

【資料 1】

Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)

ADOPTED 20 December 1993 BY General Assembly resolution 48/134

Table of Contents

Competence and responsibilities

Composition and guarantees of independence and pluralism

Methods of operation

Additional principles concerning the status of commissions with quasi-judicial competence

Competence and responsibilities

1. A national institution shall be vested with competence to promote and protect human rights.

2. A national institution shall be given as broad a mandate as possible, which shall be clearly set forth in a constitutional or legislative text, specifying its composition and its sphere of competence.

3. A national institution shall, inter alia, have the following responsibilities:

(a) To submit to the Government, Parliament and any other competent body, on an advisory basis either at the request of the authorities concerned or through the exercise of its power to hear a matter without higher referral, opinions, recommendations, proposals and reports on any matters concerning the promotion and protection of human rights; the national institution may decide to publicize them;

these opinions, recommendations, proposals and reports, as well as any prerogative of the national institution, shall relate to the following areas:

(b) To promote and ensure the harmonization of national legislation, regulations and practices with the international human rights instruments to which the State is a party, and their effective implementation;

(c) To encourage ratification of the above-mentioned instruments or accession to those instruments, and to ensure their implementation;

(d) To contribute to the reports which States are required to submit to United Nations bodies and committees, and to regional institutions, pursuant to their treaty obligations and, where necessary, to express an opinion on the subject, with due respect for their independence;

(e) To cooperate with the United Nations and any other organization in the United Nations system, the regional institutions and the national institutions of other countries that are competent in the areas of the protection and promotion of human rights;

(f) To assist in the formulation of programmes for the teaching of, and research into, human rights and to take part in their execution in schools, universities and professional circles;

(g) To publicize human rights and efforts to combat all forms of discrimination, in particular racial discrimination, by increasing public awareness, especially through information and education and by making use of all press organs.

Composition and guarantees of independence and pluralism

1. The composition of the national institution and the appointment of its members, whether by means of an election or otherwise, shall be established in accordance with a procedure which affords all necessary

guarantees to ensure the pluralist representation of the social forces (of civilian society) involved in the protection and promotion of human rights, particularly by powers which will enable effective cooperation to be established with, or through the presence of, representatives of:

(a) Non-governmental organizations responsible for human rights and efforts to combat racial discrimination, trade unions, concerned social and professional organizations, for example, associations of lawyers, doctors, journalists and eminent scientists;

(b) Trends in philosophical or religious thought;

(c) Universities and qualified experts;

(d) Parliament;

(e) Government departments (if these are included, their representatives should participate in the deliberations only in an advisory capacity) .

2. The national institution shall have an infrastructure which is suited to the smooth conduct of its activities, in particular adequate funding. The purpose of this funding should be to enable it to have its own staff and premises, in order to be independent of the Government and not be subject to financial control which might affect its independence.

3. In order to ensure a stable mandate for the members of the national institution, without which there can be no real independence, their appointment shall be effected by an official act which shall establish the specific duration of the mandate. This mandate may be renewable, provided that the pluralism of the institution's membership is ensured.

Methods of operation

Within the framework of its operation, the national institution shall:

(a) Freely consider any questions falling within its competence,

whether they are submitted by the Government or taken up by it without referral to a higher authority, on the proposal of its members or of any petitioner,

(b) Hear any person and obtain any information and any documents necessary for assessing situations falling within its competence;

(c) Address public opinion directly or through any press organ, particularly in order to publicize its opinions and recommendations;

(d) Meet on a regular basis and whenever necessary in the presence of all its members after they have been duly concerned;

(e) Establish working groups from among its members as necessary, and set up local or regional sections to assist it in discharging its functions;

(f) Maintain consultation with the other bodies, whether jurisdictional or otherwise, responsible for the promotion and protection of human rights (in particular, ombudsmen, mediators and similar institutions) ;

(g) In view of the fundamental role played by the non-governmental organizations in expanding the work of the national institutions, develop relations with the non-governmental organizations devoted to promoting and protecting human rights, to economic and social development, to combating racism, to protecting particularly vulnerable groups (especially children, migrant workers, refugees, physically and mentally disabled persons) or to specialized areas.

Additional principles concerning the status of commissions with quasi-jurisdictional competence

A national institution may be authorized to hear and consider complaints and petitions concerning individual situations. Cases may be brought before it by individuals, their representatives, third parties, non-

governmental organizations, associations of trade unions or any other representative organizations. In such circumstances, and without prejudice to the principles stated above concerning the other powers of the commissions, the functions entrusted to them may be based on the following principles:

(a) Seeking an amicable settlement through conciliation or, within the limits prescribed by the law, through binding decisions or, where necessary, on the basis of confidentiality;

(b) Informing the party who filed the petition of his rights, in particular the remedies available to him, and promoting his access to them;

(c) Hearing any complaints or petitions or transmitting them to any other competent authority within the limits prescribed by the law;

(d) Making recommendations to the competent authorities, especially by proposing amendments or reforms of the laws, regulations and administrative practices, especially if they have created the difficulties encountered by the persons filing the petitions in order to assert their rights.

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris>

2024年11月11日閲覧

【資料2】

国内機構の地位に関する原則（パリ原則）

権 限 及 び 責 務

1 国内機構には、人権を促進し、擁護する権限が付与されるものとする。

2 国内機構には、できるだけ広範な任務が与えられるものとし、その任務は、機構の構成及び権限の範囲を定める憲法又は法律に明確に規定されるものとする。

3 国内機構は、特に、次の責務を有するものとする。

(a) 政府、議会及び権限を有する他のすべての機関に対し、人権の促進及び擁護に関するすべての事項について、関係当局の要請に応じ、又は、上位機関に照会せずに問題を審理する権限の行使を通じて、助言を与えるという立場から、意見、勧告、提案及び報告を提出すること。国内機構は、これらの公表を決定することができる。これらの意見、勧告、提案及び報告は、国内機構のあらゆる特権と同様に、以下の分野に関連するものとする。

(i) 人権擁護の維持及び拡張を目的とするすべての法規定又は行政規定並びに司法機関に関する規定。この関係で、国内機構は、法案や提案と同様に、現行の法律や行政規定を審査し、これらの規定を人権の基本原則に確実に適合させるために適当と考える勧告を行うものとする。必要な場合には、国内機構は、新しい法律の採択、現行の法律の改正及び行政施策の採用又は修正を勧告するものとする。

(ii) 自ら取り上げることを決めたあらゆる人権侵害の状況。

(iii) 人権一般に係る国内の状況及びより具体的な問題に関する報告書の作成。

(iv) 国内で人権が侵害されている地域の状況について政府の注意を促し、そのような状況を終結させるためにイニシアティブをとるよう要請し、必要な場合には政府の立場や対応について意見を表明すること。

(b) 当該国家が締約国となっている国際人権条約と国内の法律、規則及び実務との調和並びに条約の効果的な実施を促進し確保すること。

(c) 上述の条約の批准又は承認を促し、その実施を確保すること。

(d) 国が条約上の義務に従って、国連の機関や委員会、又は地域機構に提出を求められている報告書に貢献すること。必要な場合には、機構の独立性にしかるべき注意を払いながらもその問題について意見を表明すること。

(e) 国連及び他の国連機構の組織並びに人権の促進及び擁護の分野において権限を有する地域機構及び他国の国内機構と協力すること。

(f) 人権の教育や研究のためのプログラムの策定を援助し、学校、大学及び職業集団におけるそれらの実施に参加すること。

(g) 特に情報提供と教育を通じ、そしてすべての報道機関を活用することによって、国民の認識を高め、人権とあらゆる形態の差別、特に人種差別と闘う努力とを宣伝すること。

構成並びに独立性及び多様性の保障

1 国内機構の構成とそのメンバーの任命は、選挙によると否とにかかわらず、人権の促進及び擁護にかかわる（市民社会の）社会的諸勢力からの多元的な代表を確保するために必要な担保をすべて備えた手続に従った方法でなされなければならない。特に、それは、次に掲げるものの代表者との間に効果的な協力関係を築くことを可能にする社会的勢力によって、又は次に掲げるものの代表者を参加させて、行われなければならない。

(a) 人権と人種差別と闘う努力とを責務とするNGO、労働組合、例え

ば弁護士会、医師会、ジャーナリスト協会、学術会議のような関係社会組織や専門家組織

- (b) 哲学又は宗教思想の潮流
- (c) 大学及び資格を有する専門家
- (d) 議会
- (e) 政府の省庁（これが含まれる場合、その代表は助言者の資格においてのみ審議に参加すべきである。）

2 国内機構は、活動の円滑な運営にふさわしい基盤、特に十分な財政的基盤を持つものとする。この財政基盤の目的は、国内機構が政府から独立し、その独立に影響を及ぼすような財政的コントロールに服することのないように、国内機構が独自の職員と事務所を持つことを可能にすることである。

3 機構のメンバーに対して実際の独立性に不可欠な安定した権限を保障するため、メンバーの任命は、一定の任期を定めた公的行為によりなされるものとする。機構のメンバーの多様性が確保されているならば、任期は更新することができる。

活 動 の 方 法

国内機構は、その活動の枠組みの中で、

(a) 政府からの付託か、上位機関に対する照会なしに自ら取り上げたかにかかわらず、構成メンバー又は申立人の申出により、その権限内の問題を自由に検討する。

(b) 権限の範囲内の状況を評価するのに必要であれば、いかなる者からも聴取し、いかなる情報や文書をも入手する。

(c) 特に、機構の意見及び勧告を公表するため、直接又は報道機関を通じて、世論に働きかける。

(d) 定期的に、また必要な場合はいつでも、正式な招集手続を経た上、すべてのメンバーの出席の下に会合を開く。

(e) 必要に応じてメンバーによるワーキンググループを設置し、機構の機能の履行を補助するために、地方又は地域事務所を設ける。

(f) 管轄を有するか否かにかかわらず、人権の促進及び擁護の責務を有する組織（特にオンブズマン、調停人及び同種の機構）との協議を継続する。

(g) 国内機構の活動の拡充において非政府組織が果たす基本的な役割を考慮して、人権の促進及び擁護、経済的、社会的な発展、人種差別主義との闘い、被害を受けやすい集団（特に子ども、移住労働者、難民、身体的・精神的障害者）の擁護並びに専門分野に取り組んでいるNGOとの関係を発展させる。

準司法的権限を有する委員会の地位に関する補充的な原則

国内機構に対しては、個別の状況に関する申立てないし申請を審理し、検討する権限を与えることができる。国内機構の扱う事件は、個人、個人の代理人、第三者、NGO、労働組合の連合会及びその他の代表制組織が持ち込むことができる。この場合、機構に委ねられた機能は、委員会の他の権限に関する上記の原則を変更することなく、以下の原則に基づくことができる。

(a) 調停により、又は法に規定された制約の範囲内で、拘束力のある決定によって、また必要な場合には非公開で、友好的な解決を追求すること。

(b) 申請を行った当事者に対し、その者の権利、特に利用可能な救済を教示し、その利用を促進すること。

(c) 法に規程された制約の範囲内で、申立てないし申請を審理し、又
(龍法 '25) 57-4, 388 (1034)

はそれらを他の権限ある機関に付託すること。

（d）特に、法律、規則、行政実務が、権利を主張するために申請を提出する人々が直面する困難を生じさせてきた場合には、特にそれらの修正や全面改正を提案することによって、権限ある機関に勧告を行うこと。

（注）国連人権委員会決議1992年3月3日1992/54附属文書（経済社会理事会公式記録1992年補足No.2（E/1992/22）第Ⅱ部第A節）、総会決議1993年12月20日48/134附属文書

法務省作成参考資料5

https://www.moj.go.jp/shingil/shingi_010525_refer05.html

2024年11月12日閲覧

【資料3】

国内機構の地位に関する原則（パリ原則）【但し、筆者が法務省資料の「人権」を「ヒューマンライツ」に変換したもの】

権 限 及 び 責 務

1 国内機構には、ヒューマンライツを促進し、擁護する権限が付与されるものとする。

2 国内機構には、できるだけ広範な任務が与えられるものとし、その任務は、機構の構成及び権限の範囲を定める憲法又は法律に明確に規定されるものとする。

3 国内機構は、特に、次の責務を有するものとする。

(a) 政府、議会及び権限を有する他のすべての機関に対し、ヒューマンライツの促進及び擁護に関するすべての事項について、関係当局の要請に応じ、又は、上位機関に照会せずに問題を審理する権限の行使を通じて、助言を与えるという立場から、意見、勧告、提案及び報告を提出すること。国内機構は、これらの公表を決定することができる。これらの意見、勧告、提案及び報告は、国内機構のあらゆる特権と同様に、以下の分野に関連するものとする。

(i) ヒューマンライツ擁護の維持及び拡張を目的とするすべての法規定又は行政規定並びに司法機関に関する規定。この関係で、国内機構は、法案や提案と同様に、現行の法律や行政規定を審査し、これらの規定をヒューマンライツの基本原則に確実に適合させるために適当と考える勧告を行うものとする。必要な場合には、国内機構は、新しい法律の採択、現行の法律の改正及び行政施策の採用又は修正を勧告するものとする。

(ii) 自ら取り上げることを決めたあらゆるヒューマンライツ侵害の情況。

(iii) ヒューマンライツ一般に係る国内の情况及びより具体的な問題に関する報告書の作成。

(iv) 国内でヒューマンライツが侵害されている地域の状況について政府の注意を促し、そのような状況を終結させるためにイニシアティヴをとるよう要請し、必要な場合には政府の立場や対応について意見を表明すること。

(b) 当該国家が締約国となっている国際ヒューマンライツ条約と国内の法律、規則及び実務との調和並びに条約の効果的な実施を促進し確保すること。

(c) 上述の条約の批准又は承認を促し、その実施を確保すること。

(d) 国が条約上の義務に従って、国連の機関や委員会、又は地域機構に提出を求められている報告書に貢献すること。必要な場合には、機構の独立性にしかるべき注意を払いながらもその問題について意見を表明すること。

(e) 国連及び他の国連機構の組織並びにヒューマンライツの促進及び擁護の分野において権限を有する地域機構及び他国の国内機構と協力すること。

(f) ヒューマンライツの教育や研究のためのプログラムの策定を援助し、学校、大学及び職業集団におけるそれらの実施に参加すること。

(g) 特に情報提供と教育を通じ、そしてすべての報道機関を活用することによって、国民の認識を高め、ヒューマンライツとあらゆる形態の差別、特に人種差別と闘う努力とを宣伝すること。

構成並びに独立性及び多様性の保障

1 国内機構の構成とそのメンバーの任命は、選挙によると否とにかかわらず、ヒューマンライツの促進及び擁護にかかわる（市民社会の）社会

的諸勢力からの多元的な代表を確保するために必要な担保をすべて備えた手続に従った方法でなされなければならない。特に、それは、次に掲げるものの代表者との間に効果的な協力関係を築くことを可能にする社会的勢力によって、又は次に掲げるものの代表者を参加させて、行われなければならない。

(a) ヒューマンライツと人種差別と闘う努力とを責務とするNGO、労働組合、例えば弁護士会、医師会、ジャーナリスト協会、学術会議のような関係社会組織や専門家組織

(b) 哲学又は宗教思想の潮流

(c) 大学及び資格を有する専門家

(d) 議会

(e) 政府の省庁（これが含まれる場合、その代表は助言者の資格においてのみ審議に参加すべきである。）

2 国内機構は、活動の円滑な運営にふさわしい基盤、特に十分な財政的基盤を持つものとする。この財政基盤の目的は、国内機構が政府から独立し、その独立に影響を及ぼすような財政的コントロールに服することのないように、国内機構が独自の職員と事務所を持つことを可能にすることである。

3 機構のメンバーに対して実際の独立性に不可欠な安定した権限を保障するため、メンバーの任命は、一定の任期を定めた公的行為によりなされるものとする。機構のメンバーの多様性が確保されているならば、任期は更新することができる。

活 動 の 方 法

国内機構は、その活動の枠組みの中で、

(a) 政府からの付託か、上位機関に対する照会なしに自ら取り上げた

かにかかわらず、構成メンバー又は申立人の申出により、その権限内の問題を自由に検討する。

(b) 権限の範囲内の状況を評価するのに必要であれば、いかなる者からも聴取し、いかなる情報や文書をも入手する。

(c) 特に、機構の意見及び勧告を公表するため、直接又は報道機関を通じて、世論に働きかける。

(d) 定期的に、また必要な場合はいつでも、正式な招集手続を経た上、すべてのメンバーの出席の下に会合を開く。

(e) 必要に応じてメンバーによるワーキンググループを設置し、機構の機能の履行を補助するために、地方又は地域事務所を設ける。

(f) 管轄を有するか否かにかかわらず、ヒューマンライツの促進及び擁護の責務を有する組織（特にオンブズマン、調停人及び同種の機構）との協議を継続する。

(g) 国内機構の活動の拡充において非政府組織が果たす基本的な役割を考慮して、ヒューマンライツの促進及び擁護、経済的、社会的な発展、人種差別主義との闘い、被害を受けやすい集団（特に子ども、移住労働者、難民、身体的・精神的障害者）の擁護並びに専門分野に取り組んでいるNGOとの関係を発展させる。

準司法的権限を有する委員会の地位に関する補充的な原則

国内機構に対しては、個別の状況に関する申立てないし申請を審理し、検討する権限を与えることができる。国内機構の扱う事件は、個人、個人の代理人、第三者、NGO、労働組合の連合会及びその他の代表制組織が持ち込むことができる。この場合、機構に委ねられた機能は、委員会の他の権限に関する上記の原則を変更することなく、以下の原則に基づくことができる。

(a) 調停により、又は法に規定された制約の範囲内で、拘束力のある決定によって、また必要な場合には非公開で、友好的な解決を追求すること。

(b) 申請を行った当事者に対し、その者の権利、特に利用可能な救済を教示し、その利用を促進すること。

(c) 法に規程された制約の範囲内で、申立てないし申請を審理し、又はそれらを他の権限ある機関に付託すること。

(d) 特に、法律、規則、行政実務が、権利を主張するために申請を提出する人々が直面する困難を生じさせてきた場合には、特にそれらの修正や全面改正を提案することによって、権限ある機関に勧告を行うこと。

(注) 国連ヒューマンライツ委員会決議1992年3月3日1992/54附属文書
(経済社会理事会公式記録1992年補足No.2 (E/1992/22) 第Ⅱ部第A節)、
総会決議1993年12月20日48/134附属文書

法務省作成参考資料5 (下記URL) から筆者が作成

https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_010525_refer05.html

2024年11月12日閲覧

日本の死刑に関する国連人権理事会
2024年9月22日通報通告について
～ポスト袴田再審無罪の時代における死刑のゆくえ～

石 塚 伸 一

= 目 次 =

はじめに

1 特別手続の概要と通報の経緯

2 死刑制度に対する国民の支持

～日本国民の80パーセントは死刑存置に賛成なのか？～

3 国連人権理事会「通報通告」（2024年9月22日付け）

4 日本政府「回答」（2024年11月22日付け）

5 帰路に立つ日本の死刑

～ポスト袴田判決の時代の死刑廃止運動～

むすびに代えて

はじめに

2024年12月7日朝日新聞に「国連の特別報告者の通報」の記事が掲載された¹。法務大臣は、同月10日の記者会見で、①国連人権理事会の特別報告者が、本年9月死刑制度に関する書簡が到達し、日本の死刑に懸念が示され、執行停止の検討を求められたこと、②政府は、11月22日、代表部を通じて関連情報を提供し、政府見解を伝えたこと、③絞首刑については最高裁判決判例²が「他の方法に比して特に人道上残酷であるとする理由は認められない」と判示しており、法務省も同意見であること、④執行の一時的停止については、「国民世論の多数が極めて悪質、凶悪な犯罪については死刑もやむを得ない」と考えており、執行停止後に再開された場合、死刑確定者の期待を裏切ることになり、「かえって非人道的な結果」になりかねないことなどを発表した。

本稿では、まず、今回の国連人権理事会への通報の経緯および「特別手続 (special procedure)」について概説する。つぎに、「任務保持者 (mandate holder)」による通告およびこれに対する日本政府の回答の概要を紹介し、最後に、今後の展開と日本の死刑廃止運動の進むべき方向を検討する。

1 特別手続の概要と通報の経緯

(1) 特別手続 (special procedures) の概要³

制度の目的は「人権擁護の最前線に立ち、人権侵害を調査し、個々のケースや緊急事態に介入すること」である。組織は独立した人権の専門家で構成され、テーマ⁴ および国⁵ ごとに報告書を作成し、当事国に助言を行う。任務保持者は人権理事会が任命し、それぞれが個人の資格で任務を果たす。公正を期すため独立した地位が保証され、在職期間は最高6年で

ある。任務保持者には個人（特別報告者および独立した専門家）と部会メンバーから成る作業部会（アフリカ、アジア、ラテンアメリカ・カリブ海域、東欧、西欧の各地域からの代表5名）とがある。

特別手続のプロセスは、第1ステージは通報の受理から始まる。第2ステージは対象国に人権侵害の可能性のある個別事案、懸念事項、質問事項を通告する。対象国には60日以内に回答することが求められる。ステージ3では記者会見を開催し、情報に基づいて所見が発表される。ステージ4は本格的調査であり、必要があれば訪問調査が実施され、専門家による協議会が開催される。最終ステージでは①調査結果の公表、②対象国の国民意識の啓発、③改善のための技術協力や助言が行われる。⁶

日本との関係では、従軍慰安婦問題の解決に寄与した「クマラスワミ報告書（女性に対する暴力とその原因及び結果に関する報告書）」（1996年）は特別手続による調査の結果、全体会議の決議にまで至った。また、直近では「企業と人権」作業部会の来日調査によって、いわゆる「ジャニーズ問題」が世界的に注目を集め、会社解散にまで至ったことは記憶に新しい。

（2）通報の経緯

現在、大阪の裁判所には死刑に関する4つの裁判が継続している。これと関連して、日本の死刑確定者処遇の窮状をアピールする必要があると考えた弁護士⁷が国連人権理事会への通報の検討を始めた。当事者（匿名）からの委任を受け、2024年1月30日、人権理事会に通報した。同年9月24日、担当者から連絡で特別任務者が日本政府対して通報通告と質問を送付し60日以内に回答を求めたこと、同年11月23日には通告書と回答をホームページにアップすることなどの連絡があり、日本時間の同月24日、特別報告者6名による通報通告と回答が公表された。⁸

発表によって、通報は大阪チームからだけではないことが明らかになった。監獄人権センター事務局長の大野鉄平弁護士（愛知県弁護士会）が⁷

名の死刑確定者に対する24時間監視のプライバシー侵害、女性への無配慮な処置などについて同じ手続で通報していた。

(3) 通報通告に関する法務大臣コメント

2024年12月10日、閣議の後の記者会において「日本の死刑制度が国際法に違反する疑いがあるとして、国連の人権理事会に任命された特別報告者が政府に対して、執行方法の見直し、それから執行停止の検討を求める通報を行いました。改めて制度に対する政府の立場を伺います。」との記者の質問に対し鈴木馨祐法務大臣は次のように答えた。⁹

御指摘の、国連人権理事会から任命された特別報告者が、本年9月、日本政府に送付した死刑制度に係る共同書簡において、我が国の死刑の執行方法に懸念を示し、死刑の執行停止の検討を求めたということを承知しています。ただ、この特別報告者については、個人の資格で人権状況の調査・報告を行う独立した立場ということで、その見解は、国連や、あるいはその機関である人権理事会としてのものではないということです。また、我が国に対しての法的拘束力を有するものではありません。

その上で、我が国としては、本年11月、ジュネーブ国際機関日本政府代表部を通じて、特別報告者に対し、我が国の死刑制度に関する追加情報を提供するとともに、我が国の見解を伝えたところです。

その上で、執行方法について申し上げますと、刑法において、「絞首して執行する」と定められています。最高裁判決では、「現在わが国の採用している絞首方法が他の方法に比して特に人道上残酷であるとする理由は認められない。」と判示しているところであり、法務省としても同様に考えています。

また、死刑の執行を一時的に停止するという点については、国民世論の多数が極めて悪質、凶悪な犯罪については死刑もやむを得ないと考えているということ、そして死刑の執行が停止された後にこれが再開された場合、死

刑確定者に死刑が執行されないという期待をいったん持たせながらこれを覆すことになり、かえって非人道的な結果にもなりかねないということから、
当方としても妥当ではないと考えています。

2 死刑制度に対する国民の支持

～日本国民の80パーセントは死刑存置に賛成なのか？～

日本政府は、これまで死刑存置の理由として「国民の大多数が死刑存置を支持していること」を掲げてきた。支持の根拠は、5年ごとに内閣府が実施する「基本的法制度に関する世論調査」である。

直近の2019年11月7日から17日に実施された調査によれば、国民はつぎのように答えている。¹⁰

(1) 死刑制度に対する意識

「死刑は廃止すべきである」、「死刑もやむを得ない」という意見があるが、どちらの意見に賛成か聞いた。その結果、「廃止すべきである」と答えた人の割合が9.0%、「死刑もやむを得ない」と答えた人が80.8%、「わからない・一概に言えない」と答えた人が10.2%となった。

8割以上が死刑を支持しているというのである。

ア 死刑制度を廃止する理由

「死刑は廃止すべきである」と答えた人（142人）に、その理由を聞いたところ（複数回答）、「裁判に誤りがあったとき、死刑にしてしまうと取り返しがつかない」（回復不能）を挙げた人が50.7%、「生かしておいて罪の償いをさせた方がよい」（生きて贖罪）が42.3%、「死刑を廃止しても、そのために凶悪な犯罪が増加するとは思わない」（抑止力の否定）が32.4%、「人を殺すことは刑罰であっても人道に反し、野蛮であ

る」(刑罰の人道性)が31.7%、「国家であっても人を殺すことは許されない」(殺人禁止)が31.0%、「凶悪な犯罪を犯した者でも、更生の可能性はある」(更生可能)が28.2%の順であった。

イ 即時死刑廃止か、いずれ死刑廃止か

「死刑は廃止すべきである」と答えた人に死刑を廃止する場合には、「すぐに全面的に廃止するのがよい」(即時全面廃止)が36.6%、「だんだんに死刑を減らしていつ、いずれ全面的に廃止する方がよい」(漸次廃止)が57.0%であった。

廃止するとしても段階を踏むことを支持する人が半数以上いる。

ウ 死刑制度を存置する理由

「死刑もやむを得ない」と答えた人(1,270人)に理由を聞いたところ(複数回答)、「死刑を廃止すれば、被害を受けた人やその家族の気持ちがおさまらない」(被害者感情)が56.6%、「凶悪な犯罪は命をもって償うべきだ」が53.6%の順であった。

エ 将来も死刑存置か

「死刑もやむを得ない」と答えた人に、将来も死刑を廃止しない方がよいと思うか、それとも、状況が変われば、将来的には、死刑を廃止してもよいと思うか聞いたところ、「将来も死刑を廃止しない」(永久存置)が54.4%、「状況が変われば、将来的には、死刑を廃止してもよい」(状況次第)が39.9%となった。

未来永劫死刑廃止という人が過半数であったが、状況次第で廃止もあり得るという人が4割いた。

(2) 死刑の犯罪抑止力

死刑がなくなった場合、凶悪な犯罪が増えるという意見と増えないという意見があるが、どのように考えるか聞いたところ、「増える」（抑止力肯定）が58.3%、「増えない」（抑止力否定）が13.7%となり、「わからない・一概には言えない」が27.9%であった。

死刑に凶悪犯罪への抑止力を感じている人が6割はいる。

(3) 終身刑を導入した場合の死刑制度の存廃

仮釈放のない「終身刑」が新たに導入されるならば、死刑を廃止する方がよいと思うか、それとも、終身刑が導入されても、死刑を廃止しない方がよいと思うか聞いたところ、「死刑を廃止する方がよい」（代替的終身刑）が35.1%、「死刑を廃止しない方がよい」（死刑絶対存置）が52.0%となり、「わからない・一概には言えない」が12.8%であった。

犯罪者が二度と社会に出てこれない終身刑が導入されたとして、それでも死刑を存置という人が過半数であった。しかし、それなら死刑を廃止してもよいという人が3割以上いる。

(5) 小 括

鈴木法務大臣は、世論の支持について「国民世論の多数が極めて悪質、凶悪な犯罪については死刑もやむを得ないと考えている」と述べたが、これまでのように「国民の大多数は死刑存置を支持している」との強気の発言はなかった。

通報後の2024年9月22日死刑再審無罪判決、同年10月9日無罪確定、同月23日福井の女子中学生殺人再審請求決定、そして、同月27日の衆議院総選挙において与野党逆転。

2024年の「基本的法制度に関する世論調査」は11月には行われているはずである。日本の死刑制度の帰趨を決める重要な世論調査になった。

3 国連人権理事会「通報通告」(2024年9月22日付け)の概要

国連人権理事会 (United Nations Human Rights Office of the High Commission) の「通知の報告および調査 (Communication report and research)」は、2024年9月24日に送付され、同年11月23日付けで公表された。¹¹

以下はその要約である。

(1) 基本事項

(対象国) 日本

(都市／場所) 東京拘置所、大阪拘置所

(期間／時期) 1970年から現在まで

(顕名の被害者) 7名¹²

(匿名も含む被害が懸念される死刑確定者) 106名

(2) 通報事項

通報者からは、人権理事会に対し、下記の事項について通報があった。

①死刑執行の事前通知の欠如、②再審請求中の個人の死刑執行、③女性被拘禁者に対する配慮措置の欠如、④絞首刑による執行、⑤拷問に相当しうる残虐な、非人道的あるいは品位を傷つけるような扱い（処遇）を受けうる可能性のある死刑確定者の状況、⑥死刑確定者として死刑執行を待つ被拘禁者およびその親族・恋人の精神の健康への悪影響などについて、日本政府の死刑手続に関する情報が寄せられた。

(3) 調査実施主体

①超法規的、即決的または恣意的処刑に関する特別報告者（「恣意的処刑委員 Executions」）

（龍法 '25）57-4, 402 (1048)

- ②恣意的拘禁に関する作業部会（「恣意的拘禁部会arbitrary detention」）
- ③すべての人間の到達可能水準の身体的および精神的健康の享受に対する権利に関する特別報告者（「健康委員Health」）
- ④プライバシーの権利に関する特別報告者（「プライバシー委員Privacy」）
- ⑤拷問およびその他の残虐な、非人道的なまたは品位を傷つける取扱いまたは刑罰に関する特別報告者（拷問委員Torture）
- ⑥女性と女子に対する差別に関する作業部会および女子に対する差別に関する作業部会（女性差別部会Women and Girls）

（4） 通知書面の概要

日本政府殿

2024年9月24日、我々は、①超法規的・即決的・恣意的処刑に関する特別報告者（恣意的処刑委員）、②恣意的拘禁に関する作業部会（恣意的拘禁作業部会）、③すべての人の心身の健康を享受する権利に関する特別報告者（心身の健康委員）、④プライバシーの権利に関する特別報告者（プライバシー委員）、⑤拷問およびその他の残虐な非人道的なまたは品位を傷つける取扱いまたは刑罰に関する特別報告者（拷問委員）および⑥女性と女子に対する差別に関する作業部会（女性差別部会）は、人権理事会決議53/4、51/8、51/21、55/3、52/7および50/18にしたがって、日本において行われている死刑に関する手続と方法について、我々が受け取った情報に基づき、日本政府に対し、①死刑執行の事前通告の欠如、②再審理中の死刑執行、③女性被収容者に対する性別に応じた措置の欠如、④絞首刑による死刑執行および⑤死刑囚監房の状況の5事項について注意を喚起する。

とりわけ、拷問に相当する可能性のある残虐、非人道的、品位を傷つける処遇の可能性があること、死刑囚監房で死刑執行を待っている者および

その親族・恋人の精神衛生に悪影響を及ぼすこと、日本における死刑に関する手続の実施方法などに問題がある。

ア 即日告知・即時執行

我々が入手した情報によると日本には下記の問題がある。すなわち、現在日本では、行政の慣行に従って、死刑確定者の刑の執行は、執行日の朝、執行の約2時間前に告知されている。家族、親しい友人、弁護人には事前通知がなされていない。日本政府は、死刑執行の当日に事前に死刑を告知することは、死刑確定者の精神衛生に重大な影響を与え、心情の安定を保つことが困難になるということを根拠に挙げている。しかし、日本でも1970年代以前は、死刑執行の少なくとも1日前には通告されていた。しかし、その後、法務省の運用事務手続が即時告知に変更された。この点について法令上の根拠はない。上記の運用変更は、死刑確定者が執行の告知を受けて自殺した事件がきっかけになったとされる。事前告知がないため、死刑確定者は執行前に家族と最後の面会をすることができない。ある死刑確定者は、看守の足音に怯え続け、足音が聞こえるたびに「今日が死刑執行日なのか」と恐怖に駆られたと語っている。

イ 死刑囚の処遇（24時間監視）

東京拘置所（東京都葛飾区）と大阪拘置所（大阪市都島区）は法務省が運営する刑事施設である。上記の拘置所は、死刑執行を行う全国7か所の拘置所のうちの2つであり、未決拘禁者、受刑者、死刑確定者などを収容している。2023年末現在の日本の死刑確定者は106名（男性99名、女性7名）である。死刑確定者は、すべて独居房に拘禁されている。

東京拘置所に収容されている5人の死刑確定者（報告書では顕名）は全員、収容当初から天井に設置された監視カメラ（CCTV）で24時間監視されている。全員が5.4平方メートルの独房に収容され、独居房に拘禁され

ている。Aさんは12年余、Bさんは5年余、このような独房に収容されている。CさんとDさんも、男女の刑務官が勤務する監視カメラ付きの独房に収容されている。Cさんは10年間、Dさんは23年間、独房に拘禁されている。Eさんは、2022年3月1日付の移送命令により、14年以上ぶりに監視カメラのない居室に移されたが、依然として独居拘禁である。カメラの前には遮蔽物がないため、脱衣やトイレに行く様子などもすべて録画されている。

大阪拘置所には、現在、19人の死刑囚が収容されている。そのうち13人が再審請求中である。しかし、裁判所の判断が出る前に死刑が執行される可能性がある。同拘置所に収容されている死刑確定者、FさんとGさんの2人も、5.4平方メートルの独居房で、天井に設置された24時間監視カメラによる監視の下で長期間独房に拘禁されている。Gさんは、21年以上このような環境で拘束されている。Fさんは、2024年7月26日に8年ぶりに監視カメラのない居室に移されたが、現在も独居拘禁である。女性だけでなく。男性の刑務官も女性収容者の映像を監視することができる。カメラの前に遮蔽物がないため、受刑者が服を脱いだり、トイレを使用したりする様子もすべて録画されている。ビデオ監視は、法律の規定によるものではなく、各施設の『特別の注意を要する被収容者の処遇に関する細則』に基づいている。死刑確定者と弁護士との交通が拘禁職員に監視された例もある。死刑確定者と弁護士および家族以外の者との外部交通は厳しく限定されている。

ウ 再審請求中の死刑執行

日本では法務大臣によって死刑の執行が命令される。死刑確定者が再審請求を申し立て、裁判所がまだ決定を下していない場合でも、死刑が執行されることがある。2017年以降に執行された23件の死刑判決のうち、19件は再審請求中であった。日本では、死刑確定者が再審で無罪となっ

た例が4件ある。¹³ 再審請求中の死刑確定者が死刑執行された場合、司法過誤は取り返しのつかないものとなる。

エ 死刑執行方法（絞首）

2000年以降現在までに日本政府は98人の死刑判決を執行した。執行方法は絞首である。「死刑を執行するときは、死刑囚の死亡を確認してから5分後に絞縄を解く」などの規定以外に絞首刑の執行方法に関する具体的規定はない。日本政府は、拘置所内の死刑執行の場所、死刑執行の手順、絞縄の長さその他の具体的な死刑執行方法および死刑執行に至る経緯を記載した文書を公表していない。

我々は、申立て情報の正確性を疑うものではない。しかし、①死刑執行の事前通告がないこと、②再審請求中に死刑が執行されていること、③絞首によって死刑が執行されていること、④死刑確定者の処遇に問題があること、⑤死刑執行の方法（手続）が公表されていないことなどには重大な懸念を抱いている。

(5) 国際人権準則違反

【自由権規約違反】 上記の申立てが事実であることが証明された場合、日本政府の行為は、『自由権規約（B規約）』¹⁴ 第6条「生命に対する権利」、第7条「拷問または残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を受けない権利」、第10条「自由を奪われたすべての者が人間的にかつその尊厳を尊重して取扱われる権利」および第17条「プライバシー、名誉、名声に対する恣意的または不法な干渉を受けない権利」の侵害の可能性がある。

【その他の国際準則違反】 1979年6月21日に日本が批准した『国際人権

規約（B規約）¹⁵、1999年6月29日に批准した『拷問禁止条約（CAT）』¹⁶、1999年6月29日に批准した『社会権規約（A規約）』¹⁷第12条。1979年6月21日に批准した『女性差別撤廃条約（CEDAW）』¹⁸、1985年6月25日に批准した『国連被拘禁者処遇最低基準規則（現「ネルソン・マンデラ・ルールズ」）』¹⁹、日本国『刑法』第11条および『刑事施設法』第179条、『女性受刑者の処遇および女性犯罪者の非拘禁措置に関する国連規則（バンコク・ルールズ）』²⁰ および『死刑に直面する者の権利の保護を保証する国連の保障措置』²¹などに違反している可能性がある。

【国連人権理事会の改善勧告と勧告に対する日本政府の対応】

我々は、日本政府に対し、死刑が執行される場合には「肉体的・精神的な苦痛を可能な限り最小限に抑える方法で執行されなければならない」ことを改めて通告した。

ア 自由権規約 人権理事会「一般コメント」第20パラグラフ6および経済社会理事会の「死刑に直面する者の権利の保護を確保する保障措置」の保障措置第9に反しているおそれがある。また、死刑執行の事前通知を行わないことについて人権理事会は、基本的に虐待の一形態であり、直後の死刑執行は『国際人権規約』第7条に違反すると指摘した（CCPR/C/GC/36、第40項）。

イ 人権理事会 死刑確定者およびその家族に対して、執行予定日時を事前に合理的範囲内で通知することにより、死刑確定者がこの事態に備える機会を与えられていないこと、および、心の準備をする機会を与えられないことによる心理的苦痛を軽減するため、死刑確定者およびその家族に対して執行予定日時を合理的な事前通知すること、死刑確定者に対する長時間の独房拘禁を控えること、ならびに、死刑確定者に対する24時間ビデオ監視を、特に必要な場合であり、かつ、可能な限り短期間で行うことを勧

告している（CPR/C/JPN/CO/7、パラグラフ21b）。

ウ マンデラ・ルールズ 独房監禁の使用に関しては、「ネルソン・マンデラ・ルールズ」規則第43が、いかなる状況下でも、制限や懲戒制裁が拷問やその他の残虐な、非人道的な、または品位を傷つける扱いまたは罰に相当するものであってはならないと規定しており、特に無期限の独房監禁と長期にわたる独房監禁を禁止していることを強調しておきたい。同規則第45は、独房監禁は例外的な場合のみ、最後の手段として、可能な限り短期間、独立した審査の対象として、かつ、権限のある当局の許可を得た場合にのみ使用されるべきであると規定している。

ウ バンコク・ルールズ 国連の『女性受刑者の処遇および女性犯罪者の非拘禁措置に関する規則（バンコク・ルールズ）』における性別を考慮した規定によって裏付けられたバンコク・ルールズ第22は、マンデラ・ルールズ規則第43を引用し、さらに、特定のカテゴリーの女性受刑者（妊娠中の女性および母親）は、健康状態の悪化を招く可能性を回避し、また母親から引き離すことによって刑務所内で子供に不利益が生じることを避けるため、独房監禁に置くべきではないと付け加えている。

エ 拷問禁止委員会 拷問禁止委員会は、死刑確定者に対する独房監禁を禁止すべきであると指摘していること（CAT/C/51/4、第33項）、および、被拘禁者または受刑者の長期にわたる独房監禁は、第7条で禁止されている行為に該当する可能性がある与人権委員会が指摘していること（「一般コメント」第20号：第7条、1992年、第6項）を確認しておく。

オ 人権理事会 自由の剥奪と拘禁は、身体的および精神的健康に対する権利の享受にとって有害な環境を作り出すと予想される。特に、独房監禁は精神衛生と幸福に悪影響を及ぼす。さらに、我々は「すべての人の身体的および精神的健康の享受に対する権利に関する前特別報告者の報告書」に言及しておきたい。同報告書では「拘禁および自由剥奪の状況において、健康に対する権利の侵害は健康に対する権利の侵害は、公正な裁判の保

証、恣意的な拘禁および拷問やその他の残虐な、非人道的な、屈辱的な扱いに対する禁止、生命に対する権利の享受を妨げる」という事実および「健康に対する権利の侵害は、拘禁および自由剥奪の原因および結果の両方として現れる」という事実を指摘している。再審理に関しては、「人権理事会一般意見」第36が「いかなる死刑判決も、被宣告者にすべての司法上の上訴手続きを利用する機会が提供され、当事者にすべての司法上の上訴手続きを利用する機会が与えられ、検察官または裁判所による監督審査および公式または私的な恩赦の要請の検討を含む、利用可能なすべての非司法的救済手段への申立が解決された後でなければならない」(CCPR/C/GC/36、第46項)と指摘している。

カ 人権理事会 再審請求に死刑執行停止の効力効果を認めるべきであることを繰り返し勧告している (CCPR/C/JPN/CO/5、第17項; CCPR/C/JPN/CO/6、第13項; CCPR/C/JPN/CO/7、第21(c)項)。17; CCPR/C/JPN/CO/6, para. 13; CCPR/C/JPN/CO/7, para. 21(c))。

キ 女性差別撤廃委員会 女性が権利を行使し主張することを妨げ、効果的な救済へのアクセスを妨げる「ジェンダー・ステレオタイプ」を含む根本的な社会的・文化的差別を明らかにし、差別を取り除く義務が締約国にはあることを強調していることに留意すべきである。これは、上訴を求める女性にとって特に重要である。ジェンダーの固定観念、汚名、有害な家父長的文化規範、ジェンダーに基づく女性に対する差別は、女性に特別の影響を与え、女性が男性と平等に司法にアクセスする能力に悪影響を及ぼす。女性と女子に対する差別に関する作業部会は、国家が女性の自由の剥奪と、そのすべての根本原因に対処するための措置を講じることを勧告している。このような配慮的措置には、女性を刑事司法制度から遠ざけることを主たる目的とした効果的なジェンダーに特化した介入策の利用可能性の確保、バンコク・ルールズに定められた基準の国内制度への統合、女性が刑事司法制度と接触するに至る根本要因への対処などが含まれる (A/

HRC/41/33)。

ク 人権理事会 継続的なCCTVカメラの使用に関して、自由を奪われた人びとの尊厳を尊重することは、自由な人びとに対するものと同じ条件で保証されなければならないと、人権委員会は指摘している（「一般コメント」第21号：第10条、1992年、パラグラフ3）。

ケ 人権理事会 個人のプライバシーの権利に対する干渉は、法律で想定されている場合を除いては認められないと指摘していることにも留意すべきである。これには、テクノロジーの利用を管理する特定の政策や指針を含む法的枠組みも含まれる。さらに、この文脈における干渉は、それが必要ではなく、限られた目的を達成するのに相当ではない（比例性原則に反する）場合には恣意的と看做される（一般的意見第16号：第17条、1988年；パラグラフ3-4）。テクノロジーは、その意図する目的以上に、しばしば不均衡な人権への影響を及ぼす。継続的な監視や独房監禁の使用が健康に対する権利に否定的な影響を及ぼす可能性があることに留意すべきである。この点に関して、日本政府に対し、「経済的、社会的および文化的権利委員会（CESCR）」が採択した「一般的意見」第14号への注意を喚起したい。この一般的意見は、健康に対する権利を「包括的なものであり、時宜を得た適切な医療だけでなく、健康の基礎的条件にも拡大適用されるべきである」と解釈している。健康の権利は「適切な健康保持についてだけでなく、健康の基礎的要因にも適用される」と解釈しており、国家には、受刑者や被収容者を含む全ての人の健康への権利を尊重する義務があることを強調している（経済的、社会的および文化的権利に関する規約委員会「一般コメント」第14号、パラグラフ11および34）。

男性刑務所職員による女性受刑者の監視に関しては「ネルソン・マンデラ・ルールズ」が、女性受刑者の監視と警備について、女性受刑者への対応と監督は女性スタッフのみが行うなど、特別の対応を義務付けている（規則88）。女性被収容者に対する特別な措置を講じないことは「女子差別

撤廃条約（CEDAW）」第1条に違反する可能性がある（CEDAW/C/49/D/23/2009）。同委員会は、「女性の司法へのアクセスに関する一般的勧告」第33において、各国に対し、拘禁施設を監視する仕組みを整え、女性被収容者の状況に特別の注意を払い、拘禁中の女性に対する処遇に関する国際的な指針と基準を適用するよう強く求めている。同時に、同委員会は、司法制度における固定観念や性別による偏見が、女性の完全な人権享受、すなわち、起訴前、裁判、判決、上訴、拘禁条件など、司法過程全体にわたる権利の享受に、広範囲にわたる影響を及ぼしていることを認識している。

コ 人権理事会 死刑の執行方法に関して、拷問およびその他の残虐な、非人道的なまたは品位を傷つける取扱いまたは刑罰に関する特別報告者は、ほとんどの死刑執行方法は拷問とまではいかなくとも、虐待に相当するとの見解を示していることを指摘しておく。また、死刑を適用する国家は、拷問または虐待の禁止が 厳格に遵守されとは限らないこと（A/67/279、パラグラフ75-77）、死刑そのものを拷問および虐待の禁止に対する違反であるとみなす国際的な基準が発展しつつあること（A/67/279、パラグラフ72）を指摘している。特に絞首刑の方法に関して、国連人権高等弁務官は、法律上の問題として、絞首刑は規約第7条に反すると指摘している（A/67/279、パラグラフ33）。

サ 国連人権高等弁務官事務所 我々は、2018年の国連人権高等弁務官事務所の死刑に関する報告書に関するハイレベル・パネルディスカッションにおいて、同パネルが、死刑が犯罪率を低下させる抑止効果を持つという命題を裏付ける証拠はない、と指摘していることを強調したい（A/HRC/39/19）。同様に、我々は、超法規的、略式的または恣意的な処刑に関する長年の経験および研究とエビデンスの慎重な検証に基づいて、死刑が効果的な抑止力であることが証明されたことは一度もないことを指摘する。²²

(6) 死刑執行停止要請

我々は、これらの問題の緊急性と、死刑という刑罰が不可逆的であることに鑑み、日本政府に対し、死刑の執行方法を見直し、執行方法が残酷かつ非人間的、屈辱的な扱いまたは刑罰に当たらないことが確保され、近年確立された新たな確立された国際慣習法に配慮し、死刑の執行停止を検討することを要請する。

本書面で氏名を特定した死刑確定者たちの権利を保障し、前掲の国際文書に従い、日本政府が採った諸措置について回答することを求める。

(7) 追加情報の提供と説明の要請

人権理事会から与えられた権限の下、我々の注意を喚起したすべての事例を明らかにすることが我々の責務であるため、以下の①から⑤について見解を求める。

- ①上記の申し立てについて、追加情報およびコメントがあれば示すこと
- ②国際基準に従って、死刑確定者の処遇体制が残虐な、非人道的な、または品位を傷つけるような処遇や刑罰に当たらないことを保証するために、どのような措置が想定されているのかを説明すること
- ③7人の顕名の申立人を含め、日本のすべての拘置所において、被収容者の精神的健康を含む健康、プライバシー、尊厳に対する権利が確実に守られるために、どのような措置がとられているのかを説明すること
- ④再審を待っている個人の死刑執行を防ぐために、どのような保護措置がとられているのか、あれば説明をすること。ない場合には、それが国際基準における日本の義務をどのように果たしているか説明すること
- ⑤日本政府が死刑のモラトリアム（執行停止）の実施を検討したことがあれば説明すること

回答を待つ間、我々は、申立てられた違反を阻止し、その再発を防止す

るために必要なすべての暫定的措置を講じること、また、調査が申し立てを支持または示唆する場合には、申立てられた違反の責任者の説明責任を確保することを強く求める。我々の見解では、プレスリリースの根拠となる情報は、早急に注意を払うべき問題を示すのに十分な程度の信頼性があるため、近い将来、我々の懸念を公表する可能性がある。また、我々は、上記の疑念の潜在的な影響について、より広範な人びとに注意を喚起すべきであると考えている。プレスリリースは、問題の存在を明確にするため、我々が日本政府と連絡を取っていることを示すものである。60日以内に回答を求める。上記期限経過後、本通告書と日本政府からの回答は、コミュニケーション報告用のウェブサイトを通じて公開される。

なお、これらの情報は、人権理事会に提出される通常の報告書にも記載される。本通告に含まれる情報を日本政府に送付した後、「恣意的拘禁に関する作業部会 (the Working Group on Arbitrary Detention)」が「自由の剥奪が恣意的であるか否か」について意見をまとめるため、「通常手続 (regular procedure)」を通じて本件を通報することもできることを日本政府に通知する。本通告書は、同作業部会が提示するいかなる意見をも予断させるものではない。その際には日本政府には「申立書 (allegation letter)」と「通常手続」にそれぞれ別に回答することが求められる。

(8) 文書作成者

通告通知書は、日本政府に対して敬意を払っていることを示して結ばれている。書面作成名義人は、4人の特別報告者と2つの作業部会の代表である。

モーリス・ティドボール・ビンツ (Morris Tidball-Binz)

超法規的、即決的および恣意的処刑に関する特別報告者

(Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions)

ガンナ・ユドクィウスカ (Ganna Yudkivska)

恣意的拘禁に関する作業部会副議長

(Vice-Chair of the Working Group on Arbitrary Detention)

トラレン・モフォケン (Tlaleng Mofokeng)

すべての人びとの最高水準の身体的および精神的健康の享受

に対する権利特別報告者

(Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the

highest attainable standard of physical and mental health)

アナ・ブライアン・ヌグレール (Ana Brian Nougères)

可能な水準の身体的および精神的健康を享受する権利に関する特別報告者

(Special Rapporteur on the right to privacy)

アリス・ジル・エドワーズ (Alice Jill Edwards)

拷問およびその他の残虐な、非人道的なまたは品位を傷つける

取扱いまたは刑罰に関する特別報告者

(Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading

treatment or punishment)

ラウラ・ニリンキンディ (Laura Nyirinkindi)

女性及び少女に対する差別に関する作業部会の議長兼報告者

(Chair-Rapporteur of the Working Group on discrimination

against women and girls)

日本政府は、要請に応じて回答した。

次章では、「回答」の概要を紹介する。

4 日本政府の「回答」(2024年11月22日付け)の概要²³ ～特別手続による通報通告に対する日本政府の回答～

日本政府は、2024年9月24日付の通報通告(UA JPN 2/2024)において回答が求められた質問1から5に対し下記回答する。

質問1. 下記の申立てについて、追加情報およびコメントがあれば提供してください。

【当日告知】

1. 死刑の執行は、死刑の執行日当日、直前に死刑確定者に通告される。その理由として、死刑執行数日前に被収容者に通知した場合、被収容者の心情の安定に悪影響を及ぼすおそれがあること、また、過度の苦痛を与えるおそれがあることなどが挙げられている。
2. 家族等の関係者に死刑の執行を事前に通知した場合、関係者に無用な精神的苦痛を与えるおそれがある。また、通知を受けた家族が被収容者と面会し、被収容者が死刑執行の予告を知った場合、同様の苦痛を与えるおそれがある。したがって、現在の告知の時期は正当である。
3. 死刑執行後、死刑確定者があらかじめ指定した者(家族、弁護士など)に対し、関係法令に基づき速やかに通知している。

【死刑判決を受けた被収容者の処遇】

4. 死刑確定者は、刑事施設において適正に拘置するとともに、その心情の安定を保つことができるようにする必要がある。死刑確定者については『刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律』第36条が終日単独室に収容し、原則として居室外で他の被収容者と接触させないと規定している。

5. ただし、同条3項は、死刑確定者の心情の安定を保つために有益と認められる場合には、他の死刑確定者と接触することを許すことができる旨定めている。したがって、このような処遇が人権侵害に当たるとは考えていない。

6. また、死刑確定者の状態を考慮し、必要に応じて、監視カメラを備えた部屋に収容することがあるが、このような処遇は、被収容者の人権を侵害するものとは考えていない。

【死刑が執行されなかった死刑確定者の数】

7. 2023年12月末現在、死刑が執行されていない被収容者は107人である。したがって、死刑が執行されていない死刑確定者は107人である。²⁴

【再審請求中に死刑が執行された死刑確定者の数】

8. 日本では執行に関する情報は非公開のため、開示を差し控える。なお、これは通報通告の文書に記載された数値の正確性を認める趣旨ではない。

9. 死刑確定者が再審で無罪となった事例は5件ある。

(注) 質問では4件であったが、2024年11月9日に確定した袴田巖氏の死刑再審無罪を認めた数になっている。

【死刑の執行方法】

10. 死刑は、刑法第11条第1項において「絞首して執行する」と規定している。

11. 最高裁判所は、現在日本国で採用されている絞首刑の方法が他の方法と比較して特に非人道的な残虐性を有すると解すべき理由はないと判示しており、政府も同様の見解である。²⁵

【再審請求による執行停止】

12. 刑事手続においては、すべての死刑事件について弁護人を選任しなければならず（刑事訴訟法第289条）、事実認定や死刑の決定は、厳格な証拠法則に基づく慎重な審理を経ている。また、被告人は、裁判所の判決に対して上訴する権利を有し、三審制の下、有罪の認定や刑罰の重さについては上級審による再審査が保障されている。したがって、こうした厳格かつ慎重な手続きを経て確定した死刑判決は、原則として厳格に執行されるべきであると考ええる。

13. 他方、再審請求中のすべての死刑執行が停止されるとすれば、死刑確定者が再審請求を繰り返す限り、死刑が執行することができなくなり、刑事裁判の執行による終結が不可能となる。

14. 法務大臣は、個別事件の関係記録を十分に精査し、死刑執行停止の可能性を慎重に検討し、再審事由の有無を検討した上で、死刑執行停止事由がないと認める場合に限って死刑執行を命令している。

15. したがって、再審請求がなされた場合には、必ず執行を停止するような制度を設けることは、必要でも適切でもないと考ええる。

【死刑制度の抑止効果】

16. 死刑制度の抑止効果を証明することは困難であるが、刑罰が犯罪抑止の一形態であることは一般に認識されており、死刑制度についても同様である。

17. 日本政府が実施した死刑制度に関する世論調査²⁶によれば、「死刑がなくなった場合、凶悪な犯罪が増えるという意見と増えないという意見があるが、どのように考えるか」という質問に対して「死刑制度が廃止されれば、残虐な犯罪が増加すると思う」と答えた人が過半数²⁷を占めている。このように死刑の効果を広く認めているということは、死刑には犯罪を抑止する効果があるということであろう。

18. また、死刑制度の存在が、長期的には国民の規範意識の維持に寄与していることは否定し難く、政府としても、死刑制度には一定の非道な犯罪を抑止する効果があると考えている。

質問 2. 国際基準に沿って、死刑確定者に対する処遇が残虐な、非人道的な、または品位を傷つけるような待遇や刑罰に当たらないことを保証するために、どのような措置が想定されているのかを説明してください。

19. 死刑確定者は、上記 4.のとおり、終日、単独室に収容されているが、被収容者が孤立することなく、心情の安定を保つことができるよう、刑務所の職員や任意の面会人との接触や、刑務所の教誨師によるカウンセリングを受けることが認められている。また、そのために必要と認められれば、ビデオやテレビを見る機会も与えられている。

質問 3. 日本のすべての拘置所において、被収容者の精神的健康を含む健康、プライバシーおよび尊厳に対する権利が保護されることを確保するために、どのような措置がとられているのかを説明してください。

20. 死刑確定者の状態を考慮し、必要な場合には、監視カメラを備えた部屋に収容することがある。なお、そのことが被収容者の人権を侵害するものとは考えていない。

質問 4. 再審を待っている個人の死刑執行を防ぐために、どのような保護措置がとられているのか、あれば説明してください。ない場合は、それが国際基準における日本の義務にどのように従っているかを

説明してください。

21. 死刑の執行は法務大臣が命ずると規定する刑事訴訟法第475条第1項は、検察官の指揮の下でのみ裁判の執行ができると規定する同法第472条の例外である。

22. その趣旨は、死刑は人の生命を奪う究極の刑罰であり、一旦執行されると回復し難いものであることから、死刑の執行手続は、法務の最高責任者である法務大臣が、再審、非常上告等の死刑判決に関する例外的な救済措置の事由がないかどうかを改めて慎重に検討し、特別の配慮を要することが適当であると理解しているということである。

23. 現実に法務大臣は、個々の事案の記録を十分に精査し、死刑執行停止の可能性を慎重に検討し、再審事由の有無を検討した上で、執行停止事由がないと認められた場合にのみ死刑執行命令を発している。

24. また、刑事訴訟法第475条第2項は、大臣の執行命令は、判決が確定した日から6か月以内に行うが、再審請求の申立てからその処理に要した期間は、この期間に算入しないと定めている。

質問5. 政府が死刑のモラトリアムの実施を検討しているかを説明してください。

25. 死刑制度を存置するか、廃止するかは、国際機関における議論や諸外国の動向を踏まえつつ、基本的には、各国の世論、犯罪情勢、国内の刑事司法行政などを勘案し、各国が独自に判断すべき問題である。

26. 極めて悪質かつ残虐な犯罪については死刑もやむを得ないと考える国民が多数であること²⁸などの我が国の実情に照らせば、死刑の執行を一時的に停止することは適当でないと考えられる。²⁹ また、執行停止後に執行手続が再開された場合、死刑が執行されないという希望を抱いた死刑確定

者がその希望を打ち碎かれることになり、結局、非人道的な結果となる。

27. したがって、日本政府は、死刑の執行を一時停止することは適当でないとする。

以 上

特別手続は、国連人権理事会「通報と報告」に対する日本政府「回答」まで進んだ。すべてが順調に進めば、プレスリリース（人権理事会）から拷問等委員会「通常手続」が開始され、任務保持者等の「来日調査」から、「報告書（提言と助言）」の発表に至るものと予想される。

5 岐路に立つ日本の死刑（1）

～ポスト袴田判決の時代の死刑廃止運動～

このところ死刑をめぐる動きは急である。しかし、これらはこれまで地道に重ねてきた長年の努力に支えられている。

（1）再審請求中の死刑執行

袴田巖さんの再審無罪判決は、半世紀に及ぶ司法の不正と過誤との闘いの成果である。袴田姉弟と弁護士、支援者たちが諦めていれば、再審無罪がなかっただけでなく、執行されていたかもしれない。

かつて法務大臣は、再審請求中は死刑を執行していなかった。しかし、再審請求が増えてきた1990年代末の再審請求中でも執行を始めた。最初は、執行阻止のための理由のないことが明らか場合には執行するという理屈であった。しかし、これはオウム真理教関連の死刑執行の地均（なら）しだったように思う。

(2) 死刑執行の再開と検察の死刑求刑の増加

1980年代の4人の死刑再審無罪判決後、執行は3年4か月停止されていた。ところが、1993年、元官房長官後藤田正晴を法務大臣に任命するという異例の人事によって執行を再開した。検察庁は失地回復のため検察官を鼓舞し、「勇気をもって死刑を求刑しろ」と檄を飛ばした。³⁰しかし、1990年代、死刑判決は増えなかった。ところが、1998年、いわゆる「丸特無期通達」³¹を発して、一審の検察官の死刑求刑を鼓舞し、死刑求刑無期事件について敗因を報告することを指示した。自らも死刑求刑無期事件について、1983年の永山事件以降封印されていた量刑不当を理由とする上告を1997年から1998年に続けて5件連続して上告した。

長勢甚遠（336日間に10人）、鳩山邦夫（342日間に13人）、保岡興治（54日間に3人）、森英介（358日間に9人）、2006年から2009年までの約3年間は、さながら「殺人狂時代」の様相を呈した。

(3) 裁判員裁判導入後の新たな様相

2009（平成21）年5月21日の裁判員裁判導入後、検察官の死刑求刑は減っていき、それに連れて無期刑も減っていった。ところが、オウム真理教徒の最後の共犯者の判決が確定した半年後の2018年7月6日に7人、26日6人、上川陽子法務大臣（当時）は13人を処刑した。これは、政府（行政権）の政治判断が裁判所（司法権）の司法判断に優位することを威丈高に示すものであった。司法は沈黙を守った。しかしその後、死刑の判決や執行は徐々に減っていった。

(4) 市民の死刑廃止運動

1970年に発足した「アムネスティ日本」³²の死刑廃止運動市は半世紀を超えた。1990年に立ち上げられた「死刑廃止国際条約の批准を求めるフォーラム90」³³の活動も40年目を迎える。1995年に発足した「監獄人権

センター」³⁴も死刑確定者の権利擁護活動を30年続けている。市民の視点から犯罪関連情報を提供するCrimeInfo³⁵の活動も10年になった。多くの市民が死刑という残虐な刑罰と対峙し、茫漠として、掴みどころのない、巨大な怪物と闘っている。

(5) 弁護士会の動き

日本弁護士連合会（日弁連）は、2011年10月には福井において、2020年までの死刑制度廃止を目標とする宣言（福井宣言）を採択した。2016年10月には高松において「罪を犯した人の社会復帰のための施策の確立を求め、死刑制度についての全社会的議論を呼びかける宣言」（高松宣言）を決議した。

日弁連の取り組みは、今年、新たなステージを迎えた³⁶。各界の有識者を集めて発足した「死刑制度について考える懇話会」（座長 井田良。以下「懇話会」という。）³⁷は2024年11月13日、12回の議論の成果を取りまとめた報告書を公表した。

報告書は、「早急に国会および内閣の下に死刑制度に関する根本的な検討を任務とする公的な会議体を設置する」、そして「死刑の執行に至る手続および執行方法について、具体的な結論を出すまでの間、死刑執行を停止する」ことを提言している。

懇話会は、現行の死刑制度には①死刑廃止が国際的潮流であり、国連加盟国の7割が、法律上または事実上、死刑を廃止している現状に鑑みると、死刑の存続が日本の国益を損ねている疑いがあること、②死刑の選択が問題となる重大事件において被告人に有利な事情が十分検討されていないため、死刑と無期刑との分水嶺が曖昧であること、③死刑の存廃を議論する際には被害者遺族の想いに寄り添い遺族等への支援の充実・強化を進めるべきこと、④組織的凶悪犯罪やテロ犯罪に対し死刑以外の方法で対応できるのかどうか、また、死刑に代替する刑罰で十分に対応できるのかを検討す

べきこと、⑥死刑確定者の処遇、執行順序、執行方法（絞首刑）、執行に当たる職員の心理的負担はいかばかりのものを慮り、執行を待つ死刑確定者の苦悩を緩和・解消することを検討すべきこと、⑦死刑制度の運用や執行の実態についての情報開示、死刑に関する世論調査の方法などについての十分な情報を提供した上で議論すべきことなどを指摘している。

存置論対廃止論を中空の議論にしてしまい人びとが論争の前で立ちすくみ、「為す術もなく事態をただそのままに放置する」という現状に甘んずることなく、「一歩でも先に歩を進めること」の必要性を確認して提言を結んでいる。

6 岐路に立つ日本の死刑（2）

～ポスト袴田判決の時代の死刑裁判～

（1）死刑確定者をめぐる裁判

2024年10月25日、東京地方裁判所は、死刑確定者に対し、一審死刑判決後のほぼ15年間、監視カメラ付きの部屋に収容された事実を認定し、死刑確定者の精神はときに不安定になるとしても、カメラでの監視は無制限に認められるものではないとし、死刑確定から5年後にはカメラ監視の必要性がなくなっていたとして「監視カメラ付きの部屋に収容し続けたのはプライバシー侵害」に対する損害賠償を認めた。

大阪の弁護士グループは、2021年から2024年までに4つの死刑確定者の人権擁護のための公益的訴訟活動を展開している。³⁸

第1号「再審請求中の死刑執行国家賠償請求事件」は、再審請求中に執行された死刑確定者の再審請求弁護人らが、弁護権侵害を理由に①裁判を受ける権利の侵害（憲法第32条違反）、国際人権準則違反（自由権規約第6条違反）、③適正手続の違反（憲法第31条違反）を根拠に「再審請求中の死刑執行は許されず、日本の死刑執行の在り方には問題がある」と

主張する裁判である（大阪地方裁判所令和2年（ワ）第12340号）。

第2号「死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認および国家賠償請求事件」は、①死刑の即日告知・即日執行は、死刑確定者の自己決定権を奪い、人間の尊厳を侵している（憲法第13条違反）。②国連自由権規約委員会は、国際人権準則違反（自由権規約第6条「生命権の保障」、第7条「残虐なまたは人間としての品位を傷つける刑罰の禁止」）を理由に改善を勧告しているが、日本政府は適切に対応していない。③死刑執行の告知について定める法律が存在しない状況は、執行の恣意性を閉めるものであり、法定手続の保障および最高裁判所判例に違反している（憲法第31条違反）。④即日告知・即時執行には法律上の根拠がなく、死刑確定者の異議申立ての機会、裁判を受ける権利を奪うものである（憲法第31条・32条違反）。事前告知なく執行当日に告知され、即時に執行される執行実務に対して、受忍義務不存在の確認と国家賠償を求めている（大阪地方裁判所令和3年（行ウ）第122号）。2024年1月15日、横田典子裁判長は請求を棄却する判決を言い渡したが、同月23日、原告側は控訴し、現在、大阪高等裁判所に継続中である。

第3号「絞首刑執行差止等請求事件」は、大阪拘置所の死刑確定者3名が、絞首刑が残虐で非人道的な刑罰を禁ずる自由権規約に違反する執行手段であることを理由に、絞首刑による執行の差止め、絞首による死刑執行の受忍義務不存在の確認、および絞首による死刑の宣告を受けたことによる精神的苦痛に対する国家賠償を求める訴訟を提起した（大阪地方裁判所令和4年（行ウ）第169号）。

第4号「死刑執行情報公開請求事件」は、弁護士およびジャーナリストが原告となり、法務省と矯正管区に対する6名の死刑執行文書の開示請求の不開示等に対する開示請求の裁判である。（大阪地方裁判所令和5年（行ウ）第8号、第14から23号2024（令和6）年1月23日）

これらの訴訟の提起が今回の国連人権理事会への通報へと繋がった。

(2) 過ちを二度と繰り返さない

1980年代から90年代初めの4件の死刑再審無罪判決、3年4か月の死刑執行停止、死刑廃止条約第2議定書の発効、欧州評議会加盟国の死刑廃止などによって、日本も死刑を廃止できるのではないかと多くの市民が期待した。

ところが。①4つの再審無罪事件は旧刑事訴訟法時代の冤罪であり、現行刑事訴訟法の下での死刑冤罪は存在しない。②自白偏重から科学捜査への転換で「精密司法」は維持できる。③日本は死刑廃止条約を署名していない。欧州の出来事は世界の一部の動きにすぎない。④死刑の存廃は内政問題である。最高裁は死刑を合憲とし、絞首刑も憲法適合的であると判示している。なによりも、⑤国民の大多数は死刑存置を支持している。検察・法務当局は、これらを根拠に死刑の生き残りを謀った。

果たして日本の死刑存置勢力は死刑制度を死守した。わたしたちは、今回もまた、袴田巖さんの再審無罪という千載一遇の好機を逃してしまうのであろうか。このまま刑務官に絞首をさせ続けるのであろうか。死刑廃止へと歩みを進めることができないのであろうか。

(3) 第二の関門

つぎの関門は50人を超える死刑確定者の再審請求裁判である。冤罪を訴えながら、死刑が執行されてしまった人が少なくとも二人いる。一人は「飯塚事件」³⁹の久間三千年さんであり、もう一人はいわゆる「菊池事件」の藤本松夫さんである。

久間さんについては、ご遺族が請求人となって第2次再審が福岡高裁に継続中である。藤本さんはハンセン病療養施設菊池恵風園の特別法廷において公正な察裁判を受けることなく死刑判決が言い渡され、その後、処刑された。⁴⁰ 未だ差別の残るこの国で親族が請求人となることにはさまざまな障害がある。そこで、「憲法的再審請求論」⁴¹という新たな理論を構築し

て第2次再審に挑んでいる。

和歌山カレー毒物混入事件は、凶器の亜ヒ酸と毛髪科学鑑定が虚偽であったことが明らかになった。現在、第三次再審中である。⁴²

マルヨ無線事件で強盗殺人や現住建造物等放火の罪に問われた尾田信夫さんは、死刑確定から半世紀以上「死刑囚」として獄中に在り、第七次再審請求が福岡地方裁判所で審理中である。

量刑誤判を含めて考えれば、死刑再審事件はまだまだ広がる可能性がある。

(4) 英国の死刑の停止から廃止への道

英国では、第2次世界大戦後、死刑廃止を求める声が高まり、1948年、労働党のシルバーマン議員が死刑廃止法案を上程した。1957年の法律によって、死刑は受刑者による看守の殺害や警察官殺害犯や爆弾テロなどに制限された。その後、「エヴァンス事件」⁴³や「ハンラッティ事件」など、決定的な証拠が無いまま死刑が確定し、執行後に冤罪が疑われる事件が続いた。「ベントリー事件」や「エリス事件」などの冤罪が次々と発覚した。⁴⁴ エヴァンスの執行から3年後、集合住宅の階下の住人が女性連続殺人事件の犯人であることが明らかとなった。1966年の調査により、エヴァンスの娘の殺害も同一人物の犯行であることが明らかとなり、名誉回復のための恩赦が認められた。

このような背景の下、1965年には死刑の執行を5年間停止する時限立法が議会で可決され、1969年、キャラハン内閣は死刑廃止を決定した。最後の執行は1964年のP・A・アレンとG・O・エヴァンスの同日同時刻の執行であった。

その後、1973年には北アイルランドでも死刑が廃止された。一時期、テロ対策のために死刑復活法案が提出されたことがあったが、いずれも否決されている。1998年、国家反逆罪と戦争犯罪に対する死刑が廃止され、英

国国内では全面的に死刑が廃止された。カナダ、オーストラリア、ニュージーランドなどの英連邦諸国も死刑を廃止しており、残る死刑問題は英連邦のカリブ海諸国だけである。

英国における死刑廃止への道は、ポスト袴田判決の今の日本にとって、多くの示唆を与えてくれる。

(5) 日本における再審から執行停止の可能性

日本でも死刑再審から執行停止が法案として国会に提出されたことがある。1968年4月に神近市子衆議院議員らによって提出された『死刑の確定判決を受けた者に対する再審の臨時特例に関する法律案（再審特例法案）』である。

1945年9月2日から1952年4月28日までのGHQ統治下で死刑が確定した死刑確定者に対して再審を認めようとする提案であった。①GHQ統治下の政治的影響力により、手続きの公正が保障されていない可能性がある。②旧刑事訴訟法の下で捜査当局による自白偏重の捜査が行われ権利の保障に問題があった。③物的証拠を欠く疑わしい事件があり、無実を主張する死刑確定者が複数いた。これらが提案の理由であった。

法案は廃案となったが、1969年7月8日、西郷吉之助法務大臣は衆議院法務委員会において6事件7人の死刑確定者について恩赦を検討する旨を表明した。その後3人を無期懲役に減刑した。残る1人は病死し、2人は再審で無罪となったが、1人は死刑が執行された。⁴⁵

むすびに代えて

～ポスト袴田再審無罪の時代における死刑のゆくえ～

2024年末現在、死刑確定者107名のうち再審請求をしている人が52人、恩赦申請している人が34人いる。（重複あり）自由権規約6条1項

は「何人も、恣意的にその生命を奪われない」と規定しているので、この条約を批准している日本では死刑判決の恣意性（正当で、公平か）が問われる再審の裁判を請求中の死刑確定者の死刑を執行することはできないと解すべきである。⁴⁶ たしかに、第442条は「再審の請求は、刑の執行を停止する効力を有しない」（本文）と規定しているが、「管轄裁判所に対応する検察庁の検察官は、再審の請求についての裁判があるまで刑の執行を停止することができる」（但書）としているので、公益の代表者たる検査官は条約および憲法を遵がって刑の執行を停止すべきである。

また、自由権規約同条4項は「死刑を言い渡されたいかなる者も、特赦又は減刑を求める権利を有する。死刑に対する恩赦、特赦又は減刑はすべての場合に与えることができる」と規定している。恩赦は死刑確定者の権利であるので、恩赦請求中は決定機関である中央更生保護審査会の判断が確定するまで法務大臣は死刑の執行を命ずることはできない。

死刑再審は一筋縄ではいかない。しかし、死刑廃止を目ざす運動はその芽を育てなければならない。C・ベッカリーア『犯罪と刑罰』の扉の裏には次の言葉が刻まれている。

「困難な仕事にとりかかるときには、種を撒いて、すぐに蒔り取ろうなどと期待してはいけない。ゆっくりと成長するのを待つ準備が必要である。」

フランシス・ベーコン「交渉について」

（『ベーコン随想集』岩波文庫、1983年）212頁所収。

（参照条文）

『刑法』

第11条（死刑）① 死刑は、刑事施設内において、絞首して執行する。

（龍法 '25）57-4, 428（1074）

- ② 死刑の言渡しを受けた者は、その執行に至るまで刑事施設に拘置する。

『刑事訴訟法』

第289条 ① 死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮にあたる事件を審理する場合には、弁護人がなければ開廷することはできない。

② 弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないとき若しくは在廷しなくなったとき、又は弁護人がないときは、裁判長は、職権で弁護人を付さなければならない。

③ 弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないおそれがあるときは、裁判所は、職権で弁護人を付することができる。

第475条 ① 死刑の執行は、法務大臣の命令による。

② 前項の命令は、判決確定の日から6箇月以内にこれをしなければならない。但し、上訴権回復若しくは再審の請求、非常上告又は恩赦の出願若しくは申出がされその手続が終了するまでの期間及び共同被告人であつた者に対する判決が確定するまでの期間は、これをその期間に算入しない。

第439条 1 項「再審の請求は、左の者がこれを行うことができる。

一 検察官

二 有罪の言渡しを受けた者

三 有罪の言渡しを受けた者の法定代理人及び保佐人

四 有罪の言渡しを受けた者が死亡し、又は心神喪失の状態に在る場合には、その配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹

第472条 ① 裁判の執行は、その裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する。但し、第70条第1項但書の場合、第107条第1項但書の場合その他その性質上裁判所又は裁判官が指揮すべき場合は、この限りでない。

② 上訴の裁判又は上訴の取下により下級の裁判所の裁判を執行する場合には、上訴裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する。但し、訴訟記録が

下級の裁判所又はその裁判所に対応する検察庁に在るときは、その裁判所に対応する検察庁の検察官が、これを指揮する。

『刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律』

第36条（死刑確定者の処遇の態様） ① 死刑確定者の処遇は、居室外において行うことが適当と認める場合を除き、昼夜、居室において行う。

② 死刑確定者の居室は、単独室とする。

③ 死刑確定者は、居室外においても、第32条第1項に定める処遇の原則に照らして有益と認められる場合を除き、相互に接触させてはならない。

第62条（診療等） ① 刑事施設の長は、被収容者が次の各号のいずれかに該当する場合には、速やかに、刑事施設の職員である医師等（医師又は歯科医師をいう。以下同じ。）による診療（栄養補給の処置を含む。以下同じ。）を行い、その他必要な医療上の措置を執るものとする。ただし、第一号に該当する場合において、その者の生命に危険が及び、又は他人にその疾病を感染させるおそれがないときは、その者の意思に反しない場合に限る。

一 負傷し、若しくは疾病にかかっているとき、又はこれらの疑いがあるとき。

二 飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき。

② 刑事施設の長は、前項に規定する場合において、傷病の種類又は程度等に応じ必要と認めるときは、刑事施設の職員でない医師等による診療を行うことができる。

③ 刑事施設の長は、前二項の規定により診療を行う場合において、必要に応じ被収容者を刑事施設の外の病院又は診療所に通院させ、やむを得ないときは被収容者を刑事施設の外の病院又は診療所に入院させることができる。

『死刑の廃止を目指す、市民的及び政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書〔自由権規約第二選択議定書〕（Second Optional Protocol to

the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty)』(1989年12月15日採択、1991年7月11日発効)⁴⁷

この議定書の締約国は、死刑の廃止が、人間の尊厳の向上及び人権の漸進的発達に寄与することを確認し、1948年12月10日に採択された『世界人権宣言』第3条ならびに1966年12月16日に採択された『市民的及び政治的権利に関する国際規約』第6条を想起し、同規約の第6条が、廃止が望ましいことを強く示唆する文言で、死刑の廃止に言及していることに留意し、死刑廃止のすべての措置が、生命に対する権利の享受における進歩とみなされるべきことを確認し、ここに、死刑を廃止する国際的約束を行うことを希望して、次のとおり協定した(前文)。

第1条(死刑の廃止) ①この選択議定書の締約国の管轄内にある何人も、死刑を執行されない。②各締約国は、自国の管轄内において死刑を廃止するためのすべての必要な措置をとる。

第2条(留保) ①批准又は加入のときに行われる留保で、戦時中になされる軍事的性質の非常に重大な犯罪に対する訴追に従って戦争の際に死刑を適用することを定めたものを除くほか、留保は、この議定書に対しては許されない。②そのような留保を行う締約国は、批准又は加入のときに、戦時中に適用できる国内立法の関連規定を国際連合事務総長に通報する。③そのような留保を行った締約国は、自国領域に適用できる戦争状態の開始又は終了について国際連合事務総長に通告する。

第3条(報告) この議定書の締約国は、規約の第40条に従って人権委員会へ提出する報告の中に、この議定書に効果を与えるためにとった措置に関する情報を含める。

第4条(国家からの通報) 規約の締約国で第41条に基づいて宣言を行ったものについては、他の締約国がその義務を履行していないと一締約国が主張する通報を受理しかつ検討する人権委員会の権限は、この議定書の規定

に拡張する。ただし、当該締約国が、批准又は加入の際に別段の声明を行った場合は、この限りでない。

第5条（個人からの通報） 1966年12月16日に採択された市民的及び政治的権利に関する国際規約の（第一）選択議定書の締約国については、その管轄の下にある個人からの通報を受理しかつ検討する人権委員会の権限は、この議定書の規定に拡張する。ただし、当該締約国が批准又は加入の際に別段の声明を行った場合は、この限りでない。

第6条（離脱の禁止） ①この議定書の規定は、規約に対する追加規定として適用する。②この議定書の第二条に基づく留保の可能性を害することなく、この議定書の第1条1で保障される権利は、規約の第四条に基づく離脱に服しない。

第7条（署名、批准、加入） ①この議定書は、規約に署名したすべての国による署名のために開放しておく。②この議定書は、規約を批准し又はこれに加入したすべての国により批准されなければならない。批准書は、国際連合事務総長に寄託する。③この議定書は、規約を批准し又はこれに加入したすべての国による加入のために開放しておく。④加入は、加入書を国際連合事務総長に寄託することによって行う。⑤国際連合事務総長は、この議定書に署名し又は加入したすべての国に対し、各批准書又は各加入書の寄託を通知する。

第8条（効力発生） 「①この議定書は、一〇番目の批准書又は加入書が国際連合事務総長に寄託された日の後三箇月で効力を生ずる。②この議定書は、一〇番目の批准書又は加入書が寄託された後に批准し又は加入する国については、その批准書又は加入書が寄託された日の後三箇月で効力を生ずる。

第9条（連邦国家に対する適用） この議定書の規定は、いかなる制限又は例外もなしに、連邦国家のすべての地域について適用する。

第10条（国際連合事務総長による通報） 国際連合事務総長は、規約の第

48条1に規定するすべての国に対し、次の事項を通報する。

- (a) この議定書の第2条の規定による留保、通報及び通告
- (b) 第四条又は第五条の規定に基づきなされる声明
- (c) 第七条の規定による署名、批准及び加入
- (d) 第八条の規定に基づきこの議定書が効力を生ずる日

第11条（正文） ①この議定書は、アラビア語、中国語、英語、フランス語、ロシア語及びスペイン語をひとしく正文とし、国際連合に寄託される。
②国際連合事務総長は、この議定書の認証謄本を第四八条に規定するすべての国に送付する。

*本議定書は、自由権規約の署名国に対し署名のために開放されているが、2024年8月現在、署名国は40か国、締約国は91か国である。なお、米国、日本など未署名・未締約の各国はいずれも死刑制度を存置している。

1 ヘッドラインは「袴田さんも直面、死刑は「国際法違反の疑い」国連報告者が示す根拠」（2024年12月6日16時10分 山本逸生＝大滝哲彰）、英語版は“U.N. rapporteurs call on Japan to suspend capital punishment”, THE ASAHI SHIMBUN, December 7, 2024 at 18:05 JST) だった。下記のサイトをそれぞれ参照。（日本語）https://digital.asahi.com/articles/ASSD62196SD6PTIL00WM.html?iref=comtop_BreakingNews_list（英語版）<https://www.asahi.com/ajw/articles/15541031>

2 ここで最高裁判例とは70年前の大法廷判決である。「現在各国において採用している死刑執行方法は、絞殺、斬殺、銃殺、電気殺、瓦斯殺等であるが、これらの比較考量において一長一短の批判があるけれども、現在わが国の採用している絞首方法が他の方法に比して特に人道上残酷であるとする理由は認められない。従って絞首刑は憲法36条に違反するとの論旨は理由がない」（最大判昭和30年4月6日刑集9巻4号663頁）と判示した。

3 国連人権委員会の特別手続については下記のサイトを参照。

（日本語） https://www.unic.or.jp/activities/humanrights/hr_bodies/special_procedures/

（英語） <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>

4 46のテーマは、アフリカ系市民、アルビニズム（メラニン色素欠損症）、恣意的拘禁、企業と人権、文化的権利、障害者、強制的もしくは不本意の失踪、発展の権利、教育、環境、超法規的・略式的・恣意的処刑、食糧の権利、対外

債務、平和的集会・結社の自由、意見・表現の自由、宗教・信条の自由、身体的・精神的健康、適切な住居、人権の擁護、裁判官・弁護士の独立、先住民、国内避難民、国際秩序、国際連帯、外国人傭兵、移住者、少数者問題、高齢者、貧困、プライバシー、子どもの売買、性的志向とジェンダー、奴隷制度、レイシズム・人種差別、テロ対策、拷問等禁止（非人道的処遇）、有害物質・廃棄物、人身売買、真実・正義・賠償・再発防止の促進、片面的強制、女性に対する暴力、水と衛生および女性差別である。

- 5 14の指定国は、ベラルーシ、カンボジア、中央24アフリカ共和国、コートジボアール、朝鮮民主主義人民共和国、エリトリア、ハイチ、イラン、マリ、ミャンマー、1967年以降のパレスチナの被占領地、ソマリア、スーダン、シリアである。
- 6 2024年9月、佐藤舞氏（任命時オーストラリア・モナシュ大学准教授、現在ロンドン大学パークベック校がイランの任務保持者に任命された。
- 7 チームは、2022年11月に発足し、石田真美（兵庫県弁護士会）を中心に大谷智恵（大阪弁護士会）、金子武嗣（同上）の3名の弁護士が匿名の死刑確定者の代理人として通報した。
- 8 <https://spcommreports.ohchr.org/TmSearch//Mandates?m=44>
一覧表の4 Sep 2024 Japan JUAの JPN 2/2024 をクリックすると国連からの「通報通告」、右端の22 Nov 2024 をクリックすると日本政府の「回答」の全文を参照できる
- 9 記者会見については、下記のサイトを参照。
https://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08_00567.html
- 10 2019年調査については、<https://survey.gov-online.go.jp/r01/r01-houseido/>参照
- 11 24 Sep 2024 Japan JUA JPN 2/2024(2024年11月23日付け公表)の要約については、下記の一般社団法人刑事司法未来のサイトを参照。<https://cjf.jp/archives/1754>
- 12 東京拘置所の被収容者は、風間博子（女性）、木嶋佳苗（女性）、小林正人（男性）、伊藤玲雄（男性）、川崎竜弥（男性）の5名、大阪拘置所の被収容者は林真須美（女性）、溝上浩二（男性）の2名、いずれも成人の死刑確定者である（敬称略）。代理人が本人の同意を得て顕名としたので実名を表示した。通報者に対する制裁的執行の阻止にも留意している。なお、1名の通報者については匿名とした。同様の配慮からである。
- 13 4件とは、1980年代の免田・財田川・松山・島田の4つの死刑再審無罪事件を指すものと思われる。この通告は2024年9月24日付けだったので、9月26日の袴田事件についての情報は提供されていなかった。同年11月22日付けの日本政府回答には5件と記載されている。
- 14 正式には『市民的及び政治的権利に関する国際規約（International Covenant

-
- on Civil and Political Rights: ICCPR)』。『自由権規約（B規約）』の条文については下記を参照。https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2c_001.html
- 15 『国際人権規約（International Covenants on Human Rights）』は、「A規約（社会権規約）」と「B規約（自由権規約）」によって構成される。詳しくは下記の外務省のサイトを参照。<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/index.html>
- 16 正式には『拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取り扱い又は、刑罰に関する条約（Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment）』。下記の外務省のサイトを参照。
<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/gomon/index.html>
- 17 正式には『経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約』。B規約の条文については下記のサイトを参照。https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2b_001.html
- 18 正式には『女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）』。下記の外務省のサイトを参照。<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/josi/index.html>
- 19 『被拘禁者処遇最低基準規則（Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners）』は被拘禁者処遇の最低基準を示した国際連合決議。1955年に第1回「犯罪の予防及び犯罪者の処遇に関する国際連合会議」で採択され、2015年12月17日の国際連合総会で改訂版が採択された。改訂版の通称が「ネルソン・マンデラ・ルールズ（Nelson Mandela Rules）」である。条文については、矯正協会編『矯正関係国際準則集（四訂版）』（矯正協会、2020年）および「監獄人権センター（CPR）」の下記のサイトを参照。
https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2021/09/Nelson-Mandela-Rules_Japanese_final_5.pdf
- 20 『女性受刑者の処遇および女性犯罪者の非拘禁措置に関する国連規則（United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders: the Bangkok Rules）』については下記の英語サイトを参照。
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n10/526/28/pdf/n1052628.pdf>
- 21 『死刑に直面する者の権利の保護を保証する国連の保障措置（the United Nations Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of those Facing the Death Penalty）』（25 May 1984 Economic and Social Council resolution 1984/50）については下記のサイトを参照。<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/safeguards-guaranteeing-protection-rights-those-facing-death>
- 22 人権理事会の関連する人権に関する文書および基準の全文は、下記の国連人

権理学会事務局のサイトから入手可能であるが、要望があれば、提供する準備があると述べている。www.ohchr.org

23 「通報通知」に対する日本政府の「回答」（2024年11月22日付け）の要約とコメントについては、下記のサイトを参照。<https://cjf.jp/archives/1763>

24 国連人権理事会の通告通知では106人であった。

25 最大判昭和30年4月6日刑集第9巻4号663頁参照。

26 ここで世論調査とは、2019(令和元年11月)に実施された内閣府「基本的法制度に関する世論調査」を指すと思われる。同調査は、死刑制度に関連して次のような結果を公表している。

（１）**死刑制度の存廃について** 死刑制度に関して、「死刑は廃止すべきである」、「死刑もやむを得ない」という意見があるが、どちらの意見に賛成か聞いたところ、「死刑は廃止すべきである」と答えた者の割合が9.0%、「死刑もやむを得ない」と答えた者の割合が80.8%となっている。なお、「わからない・一概に言えない」と答えた者の割合が10.2%となっている。

（２）**死刑の犯罪抑止力** 死刑がなくなった場合、凶悪な犯罪が増えるという意見と増えないという意見があるが、どのように考えるか聞いたところ、「増える」と答えた者の割合が58.3%、「増えない」と答えた者の割合が13.7%となっている。なお、「わからない・一概には言えない」と答えた者の割合が27.9%となっている。

（３）**終身刑を導入した場合の死刑制度の存廃** 仮釈放のない「終身刑」が新たに導入されるならば、死刑を廃止する方がよいと思うか、それとも、終身刑が導入されても、死刑を廃止しない方がよいと思うか聞いたところ、「死刑を廃止する方がよい」と答えた者の割合が35.1%、「死刑を廃止しない方がよい」と答えた者の割合が52.0%となっている。なお、「わからない・一概には言えない」と答えた者の割合が12.8%となっている。

27 内閣府調査では58.3%であった。

28 従来、日本政府は、世論調査が「国民の80パーセント以上が死刑を支持している」ことを死刑存置の根拠として強調してきた。ところが、回答では具体的な数字を示していない。

29 2024年は、5年ごとに実施している前記の内閣府世論調査の実施年であり、11月7から17日前後に調査が実施されていたと思われる。すでに統計の大まかな集計は完了しているはずであるが「国民の大多数」の具体的な数字が示されていない。結果の発表は、2025年1月頃であると思われる。

30 百瀬武雄「殺人及び強盗致死事件に見る量刑の変遷と地域間較差」（『法務総合研究所研究部紀要』第30号、1987年）1～23頁、百瀬武雄＝安森幹彦「量刑基準と国民意識」（同第31号、1988年）1～22頁。

31 「特に犯情悪質等の無期懲役刑確定者に対する刑の執行指揮及びそれらの者の仮出獄に対する検察官の意見をより適正にする方策について」（依命通達・最高

検検第887号)

<https://www.sangiin.go.jp/japanese/johol/kousei/syuisyo/196/syuh/sl196199.htm>

- 32 「公益社団法人 アムネスティ・インターナショナル日本」については、下記のサイトを参照。<https://www.amnesty.or.jp>
- 33 「死刑廃止国際条約の批准を求めるフォーラム90」については、下記のサイトを参照。<https://forum90.net>
- 34 「NPO法人監獄人権センター」については下記のサイトを参照。<https://prisonersrights.org>
- 35 特定非営利活動法人については、下記のサイトを参照。[CrimeInfohttps://www.crimeinfo.jp](https://www.crimeinfo.jp)
- 36 死刑廃止及び関連する刑罰制度改革実現本部の活動については、下記のサイトを参照。
<https://www.nichibenren.or.jp/activity/criminal/deathpenalty.html>
- 37 懇話会については、下記のサイトを参照。<https://www.shikeikonwakai.net>
- 38 「金子武嗣&上原邦彦・死刑確定者人権基金」の支援する訴訟については、その訴状が日本語と英訳で下記のホームページで公開されている。<https://www.crimeinfo.jp/data/osaka/>
- 39 1992年2月20日、福岡県飯塚市で小学校1年生の女兒2人が登校中に行方不明になり、翌日21日)朝倉市の八丁峠で遺体で発見された。事件から2年後の1994年久間三千年が逮捕され、一貫して無実を主張していたが、有罪とされ2006年10月8日に死刑判決が確定し、2年後の2008年10月28日に福岡拘置所で執行された。最期まで「私はやってない」と言っていたという。久間の死刑執行は、直近の死刑執行(9月11日)から47日での執行であり、1993年以降では最も間隔が短かった。死刑確定から執行までの期間2年1月も異例であった。現在、配偶者が第2次の死後再審を請求し、福岡高裁に即時抗告が係属している。詳しくは、飯塚事件弁護団『死刑執行された冤罪・飯塚事件』(現代人文社、2022年)、木寺一孝『正義の行方』(講談社、2024年)など参照。
- 40 1951年、熊本県菊池郡で発生した爆破事件および殺人事件である。被告人はハンセン病患者であったが、証拠品には複数の不正があったことが明らかになっている。裁判は最高裁判所の決定に基づき、療養所内に設置された「特設法廷」で行われた裁判官、検査官だけでなく弁護人まで白い予防服とゴム長靴を着用し、ゴム手袋をはめた手で証拠物を扱い、調書を捲るときには火箸を使っていた。被告人は、控訴・上告したが、1957年8月23日に最高裁が上告を棄却し死刑が確定した。確定後も同人は通常のハンセン病療養施設恵楓園内の菊池医療刑務支所に収容されていた。確定後、三度再審を請求したが、3度目の再審請求が棄却となった翌日、1962年9月14日午前中、福岡拘置所に移送され、同日午後1時ごろ死刑が執行された。平井佐和子「藤本事件について―「真相究明」と再審」

-
- (『九大法学』第84号、2002年) 161-235頁。https://catalog.lib.kyushu-u.ac.jp/opac_download_md/1195/fujimoto_ocr.pdf
- 41 福永俊輔「いわゆる「憲法的再審」について」(『西南学院大学法学論集』第57巻2号、2024年) 1～16頁。
- 42 河合潤『鑑定不正—カレーヒ素事件』(日本評論社、2021年) および同『和歌山カレーヒ素事件—判決に見る裁判官の不正』(現代人文社、2024年) 参照。
- 43 「エヴァンス事件」は、1949年にロンドンで発生した。英国における死刑制度廃止の発端となった。T・J・エヴァンス (Timothy John Evans) は、ロンドンの自宅で妻と幼い娘を殺害したとして起訴された。1950年1月、娘に対する謀殺罪で絞首刑の判決を言い渡され、絞首刑が執行された。エヴァンスは、階下の住人クリスティが真犯人であると訴え続けていた。
- 44 1961年ロンドン西部の幹線道路沿いで停車中の車で男女が殺害され、J・ハンラッティ (James Hanratty) が逮捕され、謀殺罪で有罪となった。彼は無実を主張したが、1962年死刑が執行された。その後も真犯人について論争が続いたが、2001年、凶器が包まれていたハンカチに付着していた体液のDNA検査によって同人が犯人であることが確認された。
- 45 1975年6月、中央更生保護審査会は、石井健治郎を無期懲役に減刑したが、主犯格の西武雄の恩赦を不適当とした。同月16日、西は福岡拘置所で死刑が執行され、翌17日石井には恩赦が伝えられ、1989年12月8日に仮釈放になった。西の辞世は「叫びたし、寒満月の割れるほど」である。
- 46 再審が開始されれば死刑は執行できない。日本国憲法第98条2項は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定め、国務大臣や裁判官その他の公務員は「この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」とされている。適正に締結・批准され、発効した自由権規約を遵守しなければならない。したがって、再審や恩赦の請求を無視して、死刑を執行することはできない。また、刑事訴訟法第448条2項は「再審開始の決定をしたときは、決定で刑の執行を停止することができる」と規定しているので開始決定があった場合は執行は停止される。
- 47 同条約の原文については、下記のサイトを参照。
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-12&chapter=4
日本語訳については、関西大学人権教育研究室 (2009年3月20日 更新) など
を参照。https://www.kwansei.ac.jp/r_human/r_human_002529.html

(2024年12月16日脱稿)

第三者供賄罪と詐欺罪に問われた事案

金 尚 均

事実の概要

1 被告人は、医師であり、教授の職にあり、教員であり、研究者でありかつ医局の長である。被告人を長とする医局では被告人の指示に従い、准教授であったS氏らがY大学病院内で稼働していた。本件に係る被告人の意図は、手術における抜管時に生じる頻脈を抑えたり、頻脈の状態を脱することを目的として薬剤Oを使用することであり、かつその使用量を増やすことであった。被告人とS氏らの間での共通の認識は、医療実践、教育そして研究の遂行であった。被告人の医師そして研究者としての職業活動は、研究－研究報告－医療実践のサイクルから成り立っている。特に大学病院における医師としての研究者の職務は、教育、研究そして医療実践の三大柱から成り立っている。これらのうちの一つの柱である研究に関して、医師でもありかつ医学研究者でもある被告人にとって、医局における研究活動と医局の長としての医局の研究体制の組織化は重要な被告人の職務と言える。近年、国立大学の行政法人化や研究費の集中という現象により、旧地方国立大学（現在は、独立行政法人）における研究費獲得は年々困難になっており、研究の継続にとって死活問題となっている。このような大学病院を取り巻く背景事情のもと、多くの大学研究者は研究活動の継続のために民間企業や助成機関との協力関係を築いている。

2 F薬品会社は、平成30年3月20日、臨床麻醉部に対する寄附としてY大学名義の口座に200万円を振込入金した。Y大学病院の手術場における薬剤Oの使用実績は、平成28年度は年間94件、平成29年度も年間103件にとどまっていた。が、上記入金以降、平成30年4月に月間の使用実績が81件に急増し、その後、同年6月には薬剤O・50mgの使用の増加が中心となって使用実績が151件にまで増加した。その後、同年8月は88件、同年9月には101件と減少したが、同年10月には薬剤O・150mgの使用が増え、使用実績が181件（うち薬剤O・150mgの使用量が28箱。なお、1箱5バイアル入り）にまで増加した。その後、使用実績は減少傾向に転じ、平成31年2月に114件まで減少したが、同年3月に176件（うち薬剤O・150mgの使用量が20箱）に、同年4月には257件（うち薬剤O・150mgの使用量が27箱）に増加し、令和元年6月には310件（うち薬剤O・150mgの使用量が29箱）、同年7月には376件（うち薬剤O・150mgの使用量が39箱）に増加した。その後も、令和2年3月まで、使用実績は概ね月250件程度（うち薬剤O・150mgの使用量が30箱前後）で推移した。なお、Y大学病院が薬剤Oの大量廃棄を把握して調査を開始した同年4月以降は使用実績が急減し、同月に54件に、同年5月には23件にまで減少した。

被告人は、平成30年3月22日、S氏及びM氏に宛てて、件名を「内緒の話」とするメールを送信した。同メールの内容には、「F薬品会社が3月に200万いれてくれることになった。」「うちは、研究でのし上がる」「文部省の研究費獲得は、困難で、労力のわりにはバントヒットみたいな額しかあたらな。厚生労働省の方もきびしくなってきた、ほとんど裏で研究班が組織されてからアプライしているできレースみたいなものばかりだ。とくに麻醉科医がアプライできる内容はなくきびしい状況がつづいている。厚生省は事務方への政治的アプローチが必要なので、国循環脈でなんとか開拓しようと試みているところだ。」「というわけで企業からの研究費は極めて貴重」「なんとか、F薬品会社にはうちの主力のひとつになってもら

「いたいで、薬剤O使用量全国トップを目指したい。」「4月からは、全身麻酔症例で、抜管時頻脈予防治療でO・50mgを基本に（使わなくても）、目立たないように、増やしていきたい。」「最終的には、上室性不整脈予防と心筋虚血予防ってことで、ICU症例でぶん回したい。」「以上は、公には話しづらいんで。とにかく研究でのし上がりたいので、背景を理解してうまくやってくれ。」などと記載されていた。

被告人は、平成30年10月3日、S氏及びM氏に対し「F薬品会社使用数やばいので持続でかいのって。10/20に東海会議あって、来年度の研究費はなしあわれるんだって。9月が1/3におちこんでるので、まきかえし必要。確実に1本きるだけでは間に合わない。」と記載したメールを送信した。これに対してS氏からは「F薬品会社、やばいですね。了解しました。頑張ります。ただ、F薬品会社もあっさり研究費切ってきますかね。向こうが切ってきたらこっちはカートからも外して全く使わなくなるだけです。向こうとしては全く使われなくなるよりか、それなりの付き合いにしてくれるような気が。」と返信されたが、被告人は、同月4日、「F薬品会社たのむな。200万はすでに基盤Cごえ、300万までいけるとおもう。全国1位を本気でめざそう。50をやめて150使用に10月だけいけなかな」と記載したメールを返信した。平成31年3月の段階で、薬剤Oに関するコスト修正の量が増加しており、その修正額も高額となっていた。これを問題と感じた薬剤部は、同月におけるY大学病院の多職種間ミーティングで、臨床麻酔部の担当者として出席していたM氏に対し、その改善を求めた。M氏は、同月15日、被告人を含む臨床麻酔部のメーリングリストに「麻酔記録の麻薬確認がされていない症例が散見されます」などと記載されたメールを送信した。

しかし、その後も手術室で薬剤Oの登録漏れの状況が改善せず、かつ、ほぼ使用していないように見えるシリンジが置かれていることがあったことから、薬剤部は、同年4月4日の多職種間ミーティングにおいて、M氏

に対し、薬剤Oについて溶解しただけで使用していないのではないかと質問するに至った。その後も、薬剤Oの登録漏れの状況は改善せず、令和元年5月9日、同年6月6日、同年7月11日での多職種間ミーティングにおいても同様の指摘が繰り返された。M氏は、同年5月15日及び同年7月17日に、本件メーリングリストに対して、薬剤Oを含む薬品の登録漏れが頻発していることを指摘するメールを送信し、被告人も同メールを開封した。

3 S氏は、令和元年7月17日付けのメールを受けて、遅くとも同年8月8日までに、自身が薬剤Oの術前溶解等を行った症例について、薬剤Oを投与した記録の有無を確認し、記録がない場合、自らが「コスト修正」を行うようになった。もっとも、S氏は、「コスト修正」を単品入力の形で行うことを負担に感じ、普段から使い慣れた麻酔記録画面を確認すれば、薬剤Oを投与した記録の有無がすぐにわかることから、同年の夏か秋頃から、使用薬剤リストや麻酔記録を改ざんすることで「コスト修正」を行うようになった。その結果、実際には投与されていない薬剤O・150mgの薬剤料を含めて診療報酬の請求がなされ、投与されなかった薬剤O・150mgの薬剤使用料（合計81万9840円）を含む金員がY大学病院に支払われた。

以上の第一審（大阪地判令5年1月19日）及び原審（大阪高判令5年10月23日）認定事実によると、被告人は、薬剤Oの使用という請託を受けて、F薬品会社にY大学病院に200万円を交付させたことで、その行為について第三者供賄罪と詐欺罪が成立するとされた。

第三者供賄罪について

1 被告人は、公務員であるものの、大学教授である。被告人の職務には、医師としての側面、医局長としての側面¹、研究者としての側面、そして

1 安達光治「県立医科大学教授兼同大学附属病院診療科部長が医局に属するメ

教員としての側面がある。医師として現場で患者の治療を行い、医局長として医局の医師や研究者に対する教育並び研究基盤を構築し、研究者として医療科学発展のために最先端の医療研究を実践し、そこから得た知見を学生や医師等に教示することで、研究成果を還元している。その職務は、単に公務員として一括りにできない。また、国立と私立の大学のいずれの研究職ポストに就くのかは偶然の要素があり、現実には空席になり、採用募集している研究ポストに研究職を目指す人々が応募する。その採否は、主として研究業績に基づく研究能力の高さと今後の研究推進の将来性を評価して、決定されるのが実際である。その意味で、通常の採用試験を受けて任用される公務員とは大きく異なる。

被告人のように、医師であり、教師であり、かつ研究者である者は、自己の知識と能力に基づいて患者に治療を施し、学生を教育するだけでなく、今までの研究で得た知見を社会に還元する一方、他方で、現在進行中の研究課題を継続し、そこから得た知見・所見と未解決の課題を明らかにすることで、新たな研究領域を開拓する。とりわけ、研究者を目指す者と既にポストを持つ研究者にとって研究を継続することができるか否かは、研究者としてのアイデンティティにかかわる死活問題である。

2 上述のように、旧地方国立大学（現在は、独立行政法人）における研究費獲得は年々困難になっている。特に、学内の資金は大変貧困である。このような大学病院を取り巻く研究事情を背景にして、研究活動の継続と活性化のために学内外の研究助成金を獲得しようと試みることは、むしろ健全であり、推奨されるべきことである。「現状において、産学連携の政策理念のもとに、技術開発・産業発展に貢献すべく、大学教授は、国公立と私立を問わず、民間企業と研究・開発をすることが多く行われていると

ㄨ 医師を他の病院へ派遣する行為と賄賂罪における職務関連性（最高裁二小法廷平成18年1月23日）」速報判例解説4号141頁。

みられる。国立大学等でも、大学教授の専門的知識を民間企業の研究開発・技術指導に振り向けることを、本務との関係で支障を生じない限り、広く容認しているといえ、このことは、大学側にとっても、民間企業の資金を大学における研究の進展と教育の充実のために積極的に活用でき有益²と理解されている。

被告人において、F薬品会社のMRであるT氏と人間関係が作り上げられていくのもまた不思議なことではない。企業側からすれば、自社の商品をなんとか売り込みたい、医療現場で使用してもらいたい、その使用量も増やしてもらいたい、そして当該商品である薬品の有効性を知り、新薬の開発につなげたい等の関心から、企業側にとって直近関係者であり、決定権限を有する研究者に接触しようとするのは当然である。医師である研究者の側も、特定の薬品の患者への投与の有効性、その効能又は医師にとっての使用の難易を検証するために特定の薬品を用いることも当然である。このように今日では、企業と大学そして企業と研究者の関係は密接であり、両者の連携の安定が科学の発展につながる。このことは、社会科学分野も然る事ながら、自然科学や医学分野においてはまさにそうと言える。

研究の開始並び継続のために莫大な研究費が必要となる。とりわけ医学分野における研究費は、社会科学分野のそれとは全く比べものにならない。同じ研究ということで、同列に問題を論じていては研究に必要な費用事情を誤解することになる。

3 本件では、F薬品会社は、平成30年3月20日、臨床麻酔部に対する寄附としてY大学名義の口座に200万円を振込入金した³。F薬品会社からの助成金の振り込みがあって以降、薬剤Oの使用量が増えたとされる。確かに外形だけを見ると、200万円の振り込み以降の薬剤Oの使用量の増大と

2 大阪高判令2年6月17日判時2559号60頁。

3 被告人がまだ准教授であった平成29年度に当たる。

いう因果関係があり、それにより対価性があるように見える⁴。しかしこの一事をもって第三者供賄罪が成立するというべきであろうか。まず、対価性とは別に、本件において不正な報酬を基礎付ける事情が存在するであろうか。つまり賄賂性を認めることができるであろうか。

第三者供賄罪は、本来、第三者を隠れ蓑にして、金員を供与させることにより、脱法的に賄賂を自己のものにする場合を処罰する犯罪類型であるが⁵、本件では、第三者とはY大学である。被告人が本件の200万円を受け取るには、大学内の手続を経なければならず、かつ会計上の処理も行われる。F薬品会社からY大学への本助成金の交付は、Y大学における研究活動の不正行為防止等に関する規程に反していない。そうすると、真に被告人が賄賂として受け取るとするならば、本件第三者は適当な人・法人とはいえない。被告人が大学会計を通じて賄賂を受け取るとは考えがたい。寄付額の10%-30%が間接経費として大学側のものとなり、残額を、支出の都度、領収書と引き換えに後払いされるシステムとなっている。手続の煩雑さから被告人らが交付を受けられない可能性もある。ましてやY大学口座に振り込まれたことは、助成金の意図と内容が研究のためであることを明らかにする事実であり、振り込みの意図を隠蔽又は曖昧にするためではない⁶。本罪の立法理由である脱法的に賄賂を受受することの抑止からすると、Y大学は適当な隠れ蓑とはいいがたい。それゆえ、本助成金は被告人の教授就任のお祝い金ではない。逆に言うと、本人ではなく、大学の口座に振り込まれた、つまり供与された場合には、本罪の成立の有無の問題になるから、当該公務員個人に供与されたのかどうかを確定しなければ

4 井上宜裕「臨床研究における研究代表者への謝礼の賄賂性（大阪地裁令和年2月22日）」速報判例解説31号207頁。

5 大塚仁他編『大コンメンタール刑法第10巻（第3版）』（青林書院、2021年）169頁。

6 最判昭29年8月20日最高裁判所裁判集刑事98号87頁。

ならない⁷

後に詳細を示すことにするが、大学に入金が行われたのは、何よりも本件200万円が研究のための助成金であったからである。本件助成金は、いずれは金員として被告人の占有に移るのではなく、被告人の医局での研究のために供されるわけである。その意味で、本件200万円のY大学口座への振り込みは賄賂とは言えない。

4 また、Y大学口座に振り込まれた金額が、賄賂罪としての処罰を要するほどに当該公務員の職務の公正さやそれに対する社会一般の信頼を損なうほど高額すぎると言えるであろうか。

先述のように被告人に直接または架空の口座などを利用して振り込まれ、個人として受け取るのであれば別であるが、Y大学の銀行口座に医学研究のための助成金として200万円は必ずしも高額とは言えない。200万円ほどの金額は、日本学術振興会科学研究費助成事業、いわゆる科研費の人文・社会科学分野における助成金と比較としても高額とは言えない。本件では、Y大学口座に振り込まれた200万円とは別に新たに助成金が振り込まれるとの約束もない。問題となっている助成金が200万円ということは、医学研究助成として高額ではない⁸。

F薬品会社とT氏としては、被告人と人的な関係を構築して、将来的に、医薬品について相談し、その際、被告人から専門的知識の提供、助言又は提言を受けることができる環境を整えたいとの思いから、助成金を振り込んだと考えられる。他方、被告人としては、新たに教授の職に就くことから、医局の研究基盤の整備が「長」として喫緊の課題であったことは言うまでもない。大阪地判令4年2月22日判決によれば、「公務は原則として対価なしで行うことが求められるから、通常は、公務の対価として金品が

7 『裁判例コンメンタール刑法（第1巻）』（立花書房、2006年）414頁。

8 名古屋地判平11年3月31日判時1676号155頁。

交付された場合には、そのこと自体から不法な趣旨・目的が推定されるといい得る。しかし、Lや研究所のような事業者が、Aのような、研究を職務のひとつとする公務員に対し、当該公務員の公務としての研究と関係を有する指導や助言等をしてくれたことに対して金品を交付する場合には、事業者側は、研究者個人としての知識、経験、能力、資質、名声、権威等といった個人的属性に対する敬意・評価としての謝礼の趣旨を含めて交付をするのが一般的といえる。それゆえ、事業者の側から公務員に対して当該公務員の公務としての研究と関係を有する指導や助言等に対して金品の交付がされたとしても、交付がされたこと自体から直ちに不法な趣旨・目的が推定されることにはならず、このような場合に、当該金品が賄賂に当たるかどうかは、指導・助言等の内容や、金品が交付された経過、交付額などに照らし、当該金品の交付が賄賂罪としての処罰を要するほどに当該公務員の職務の公正さやそれに対する社会一般の信頼を損なうかどうかという観点から判断すべきであって、指導・助言等自体に不正な点がなく、それに対する金品の交付も当該公務員の個人的属性に対する敬意・評価としての謝礼として社会通念上許容し得る範囲にとどまるなど、理由のある趣旨・目的に基づいて交付されたとみることができ、当該公務員の職務の公正さ等を損なうとはいえないときは、賄賂に当たらないというべき⁹⁾と判示するが、同じことが本件に当てはまる。その際、「当該公務員の地位、職務の内容、専門性の有無、程度、研究活動の内容、方法、職務との関連性の程度、提供された専門知識の内容、その提供の目的及び方法、相手方の地位、対価としての報酬の額、時期及び供与の方法等諸般の事情を総合考慮して、研究活動あるいは提供された専門知識に対する報酬として社会通念に照らして合理性、相当性を有しているか否かによって判断すべ

9 大阪地判令4年2月22日LEX/DB【文献番号】25572073。十河太郎「贈収賄罪の成立が否定された事例」法学教室504号123頁。

き¹⁰」である。

また、大阪高判令2年6月17日によれば、「そのような大学教授の民間企業に対する助言・指導の内容が、教授の本来的な研究テーマの一部をなして、大学における研究の一環として行われるなど、何らかの形で職務との対価性を否定できないと考えられる場合であっても、そのことから直ちに賄賂性を認めるのは問題であろう。」と判示するが、本件では、医師でありかつ大学教授である被告人の研究者としての社会的役割から民間企業からの照会に対して対応し、研究協力することは奨励すべきことである。他方で企業側としては、節度を保ちつつも、能力があり、将来性がある専門家に常日頃から相談を持ちかけることができるのは、経営、商品販売また新薬開発にとって重要である。

本件金員は、研究目的のための研究費としての性格をもつことはあきらかである。本件被告人がごく私的に私腹を肥やすために自由に使ったわけではない。その意味で、本件研究費としての200万円と薬剤Oの使用量の増大とは、一方で、研究継続とその環境の充実目的、他方で、その実践としての患者の治療目的という2つの目的として区分することができるが、これらは、患者の治療と健康増進という一つの目的に収斂するのであり、これは、すこぶる公益性を有する。そのため、密かに本件被告人が私的利益を得るためにF薬品会社から供与されたというには疑いが残る。東京高裁昭41年7月15日判決は¹¹、第三者供賄罪の成否を判断するために、次の基準をあげた。①被告人個人が金員の供与を受けたものか、②正規の予算では不足し或は賄い得ない支出にあてためその費用を調達しようとしたものか、被告人の個人的立場における支出があったのか、③本件事実の金員はY大学の正規の会計に計上されたものか、④本件金員の受益者は誰なのか。⑤本件被告人が請諾を受けたのか。

10 前掲注(8)155頁。

11 東京高判昭41年7月15日高検裁判速報1499号11頁。

東京高裁昭41年7月15日判決の基準に則して検討すると、①について、本件被告人個人が金員を受け取った事実はない。あくまで研究助成金であり、Y大学口座に振り込まれ、同大学の管理課にあった。大学からの研究費だけでは、到底、研究を継続することは困難であり、研究助成金を獲得することが必要なのは、公知の事実である。②について、上記で縷々説明したように、被告人の目的は、ひとえに研究継続とその環境充実のための研究費獲得の目的である。③について、本件金員はY大学の正規の会計に計上されている。④本件金員の受益者はY大学であり、被告人個人ではない。⑤被告人の方針に基づく薬剤Oの使用の増減の過程で、薬剤Oの使用状況について被告人とM氏が相談することは当然であり、被告人は、少ない助成金の中、薬剤Oの使用を継続したことは、むしろ、対価性とも関係なく、薬剤Oの薬品としての有効性を認めているからこそ使用し続けたと言える¹²。それゆえ本件200万円の助成金がなければ薬剤Oが使用されなかったというわけではない¹³。それゆえ請諾があったとは言えない。研究助成金の獲得と薬剤Oの使用量の増大はあくまで公益目的で貫かれている。また、被告人と医薬品の情報を提供する営業職・MRであるT氏とのやりとりは、薬剤Oに関する処方方針の確認及びその帰結（結果）の詳細な確認であるというのが自然である。

詐欺の故意について

1 令和元年9月9日頃から令和2年3月9日頃までの間、14回にわたり、情を知らない同病院職員をして、社会保険診療報酬支払基金Y支部、社会保険診療報酬支払基金本部及びY県国民健康保険団体連合会に対し、62名

12 参照、西田典之・橋爪隆（補訂）『刑法各論（第7版）』（弘文堂、2018年）517頁。

13 大阪高判令5年3月9日刊行物未登載。

に対して薬剤O・150mgを投与した旨の内容虚偽の診療報酬明細書を電気通信回線に接続した電子計算機を使用して提出させて診療報酬の支払を請求させ、令和元年9月25日頃から令和2年3月25日頃までの間、同支払基金Y支部、支払基金本部及び健康保険団体連合会において、前記支払基金Y支部、前記支払基金本部又は前記連合会の職員らをして、前記診療報酬明細書記載のとおり薬剤O・150mgが投与されたものと誤信させ、よって、令和元年10月21日頃から令和2年4月21日頃までの間、前記支払基金本部及び前記連合会から、投与していない前記薬剤O・150mgの薬材料分合計81万9840円を含む合計8539万1158円をH銀行V支店に開設されたY大病院名義の普通預金口座に振込入金させ、もって人を欺いて財物を交付させたことが客観的詐欺構成要件該当行為である。

これに対して、犯罪の故意とは、個々の刑罰規定が定める客観的な犯罪構成要件該当事実に関する認識、認容である。被告人は、薬剤Oの使用頻度及び使用量を増やすようにS氏などに指示を出していた。被告人による指示に基づいて、薬剤Oの使用量の増大とその普及がS氏らによって行われていた中、被告人は、薬剤部からの改善指示（薬剤Oに関するコスト修正の量が増加しており、その修正額も高額となっていたこと、そして薬剤Oを含む薬品の登録漏れが頻発していること）に関するM氏から臨床麻酔部のメーリングリストに送られたメールを閲覧したわけであるが、この事実をもって、被告人に詐欺の故意があると認定できるであろうか。

2 M氏は、令和元年5月15日及び同年7月17日に、臨床麻酔部メーリングリストに対して、薬剤Oを含む薬品の登録漏れが頻発していることを指摘するメールを送信し、被告人も同メールを開封した7月17日のメールの後、S氏は、遅くとも同年8月8日までに、薬剤Oの術前溶解等を行った症例について、薬剤Oを投与した記録の有無を確認し、記録がない場合、自らが「コスト修正」を行うようになった。S氏による「コスト修正」作

業により、令和元年9月までに、薬剤部において薬剤Oについてのコスト修正を行うことはなくなり、同月5日の多職種間ミーティングでは、S氏が対応していることが確認され、コスト漏れの問題は解決したと整理されたのである。

その後もS氏が術前溶解し、配布したものの使用されなかった薬剤Oが薬剤トレイに戻され、全部残した状態で薬剤部に返却されるという問題は残されていたとされるが、薬剤部は、令和元年9月の多職種間ミーティングで、溶解した薬剤Oについては、廃棄してほしい旨をM氏に伝え、M氏は、同月10日、臨床麻酔部メーリングリストに対して、「薬剤Oを準備して使用しなかった際、薬剤トレイに戻してくれている先生方がおられるようですが、廃棄していただいて構いません」などと記載したメールを送信し、被告人もそのメールを開封した。しかし、その後も使用されなかった薬剤Oが薬剤トレイに戻されることが続き、薬剤部から、同様の指摘が繰り返された。M氏は、同年10月及び同年11月に、本件メーリングリストに対して、「薬剤Oのシリンジは使用しなかった場合も捨ててもらって構いません。トレイに戻す必要はありません」「薬剤Oを使用しなかった場合、トレイに戻さず、破棄してもらって構いません」などと注意喚起するメールを送信している。これらのメールも被告人は開封しているわけであるが、これらの事実をもって被告人が詐欺の規範に直面する事実認識があったと言えるだろうか。

薬剤部からのクレーム後も被告人からS氏らに指示を出していないことからすると、被告人において、薬剤Oを含む薬品の登録漏れが、本件で認定された意図的な薬剤O・150mgの不使用とその大量廃棄に起因するものであることを認識させたと言えるであろうか。

犯罪の故意とは、個々の刑罰規定の構成要件が規定する事実の認識、認容であるとする、構成要件該当事実を認識したとき、通常、犯罪をしてはいけないとの反対動機が生じ、特定の犯罪行為をすることを差し控える

ことができたにもかかわらず、敢えて、当該行為をした場合に故意が認められる。本件では、薬剤Oの大量廃棄の事実から被告人が「他人を騙して、他人の財物を取ってはならない」との詐欺の規範に直面したと言えるであろうか。もっと言うと、会計システムに関する認識を前提にして、薬剤Oの大量破棄とS氏からのコスト修正の報告の事実から詐欺の規範に直面したと言えるであろうか。なお、その際、薬剤Oの大量廃棄の事実、麻酔記録改ざんの事実そして電子会計システムに関する認識を一連の事実として一括りにして故意を理解することは妥当であろうか。

確かに、薬剤部は、平成31年4月4日の多職種間ミーティングにおいて、M氏に対し、薬剤Oについて溶解しただけで使用していないのではないかと質問するに至ったが、S氏が、令和元年7月17日付けのメールを受けて、同年8月8日までに、自分で薬剤Oの術前溶解等を行った症例について、薬剤Oを投与した記録の有無を確認し、記録がない場合、自らが「コスト修正」を行うようになり、コスト漏れの問題は解決したとされている。そうすると被告人からすれば、S氏が違法な手段を用いて、薬剤Oの使用量を増やしているとはおおよそ考えにくい。

3 薬剤Oが使用されていないことの認識を持ち出して、また被告人の計画からいわゆる「歪み」を生み出しかねない危険をはらんでいたことを根拠に、薬剤Oの使用量増大の指示から、S氏が迅速に詐欺行為に及ぶとの認識・認容があったと言うことはできない。被告人とS氏らは教授と准教授という上下関係にあるものの、暴力団における絶対的な上意下達の関係にはない。子分が、黙示の連絡により親分の一挙手一投足を観察して忖度又は配慮し、親分のために時と場合によっては犯罪行為も辞さないと決意を持って常日頃から行動し、これに対して親分は、子分との黙示の連絡により、確実に子分が自分を守り、いざとなれば犯罪にも及ぶことを確実に又は強く認識できるような関係ではない。現に、臨床麻酔部のメーリング

リストで、被告人に対して、S氏は「F薬品会社、やばいですね。了解しました。頑張ります。ただ、F薬品会社もあっさり研究費切ってきますかね。向こうが切ってきたらこっちはカートからも外して全く使わなくなるだけです。向こうとしては全く使われなくなるよりか、それなりの付き合いにしてくれるような気が。」などと、自己の考えと推測を述べることができる関係であった。被告人とS氏らとの間には、確かに職務上の上下関係はあるものの、部下であるS氏らは、上司である被告人の指示を受けて如何なることにとも従わなければならない掟などはない。それゆえ、上司は、部下の行動を概括的であるが確定的に認識でき、かつ認容できる関係にはなかった。例えば、①被告人が詐欺の故意をもつに至るためには、薬剤Oの使用量を増やすことを至上命令として客観的な目標値を定め、達成しなければペナルティも定める、②被告人の助成金獲得の手法として、かつてから違法な手段を用いることもやむなしとの態度などがあった、③被告人がS氏をパワハラで追い詰めるようなことをしていた、等の事情がある場合は、詐欺の未必の故意の認定に影響を及ぼすと言える。しかし、このような被告人とS氏の関係からすると、S氏が被告人の意図を勝手に憶測することはできても、被告人がS氏を絶対的に統率する関係にない以上、S氏の麻酔記録の改ざんによるコスト修正、つまり詐欺の実行を確定的に認識していたわけではなく（その意味で、未必的）、それゆえS氏の行動を確実に又は強く認識できるような関係にはない。

薬剤部からの麻酔記録の登録漏れのクレーム、S氏によるコスト修正そして令和元年11月の臨床麻酔部メーリングリストに対して、「薬剤Oのシリンジは使用しなかった場合も捨ててもらって構いません。トレイに戻す必要はありません」「薬剤Oを使用しなかった場合、トレイに戻さず、破棄してもらって構いません」などと注意喚起するメールのM氏による送信等から、S氏やM氏の努力により他の医師に対して繰り返し連絡や注意喚起するなど、苦心しながらも上司と部下が協力して、現場の医師を教

育・指導しながら薬剤Oの使用に関する理解を浸透させて、その使用量の増加が行われていると認識することは自然であったとしても¹⁴、未使用薬剤Oの廃棄の増加を認識していたとは考えられない。その上、被告人がこの期間中に知った情報からは、S氏による詐欺など何らかの違法な行為が行われていると認識してはいない。

被告人がS氏に対し、事前に架空の名目での薬剤Oの使用をすすんで指示したことはない。逆に、S氏は、麻酔記録改ざんの事実を被告人に伝えたことはない。そのため、被告人との間に少なくとも明示の共謀が存していたとはいえない。この点で、その構成員全員がその違法性を十分認識しながら詐欺をするという典型的な組織ぐるみの詐欺事件と本件では、その様相を異にしている¹⁵。本件における医局の構成員並び手術関係者は組織的な詐欺集団ではない。親分と子分が、黙示の連絡により、確実に子分が自分（＝親分）を守っていることを認識するような関係ではない。

4 最決平19年11月14日は「Bにおいて、被告会社が上記ドラム缶の処理に苦慮していることを聞知し、その処理を請け負った上、仲介料を取って他の業者に丸投げすることにより利益を得ようと考え、その処理を請け負う旨被告会社に対し執ように申入れたところ、被告人5名は、Bや実際に処理に当たる者らが、同ドラム缶を不法投棄することを確定的に認識していたわけではないものの、不法投棄に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと考えてBに処理を委託したというのである。そうすると、被告人5名は、その後Bを介して共犯者により行われた同ドラム缶

14 被告人が薬剤Oの使用量の増大の方針をメールで示したことは、本件大学病院における手術事情をからすると、現状の打開策・改善策として関係者の理解を得ながら普及させることは当然であって、しかし詐欺行為をする者がいても構わないという意味を推認させるものではない。参考、札幌地判令5年4月21日裁判所ウェブサイト。

15 大阪地判平15年10月29日判タ1146号302頁。

の不法投棄について、未必の故意による共謀共同正犯の責任を負うというべきである¹⁶。」と判示するが、本決定の論理にしたがって、本件で被告人に未必の故意があったと言うためには、被告人が、S氏によって麻醉記録の改ざんによるコスト修正、つまり詐欺の実行を確定的に認識していたわけではないものの、麻醉記録改ざんによるコスト修正に及ぶ可能性を強く認識しながら、それでも薬剤O・150mgの使用を継続するためにやむを得ないと考えていなければならない。そして被告人とS氏との間で、黙示的であれ、意思の連絡、つまり詐欺の共同遂行の合意が共謀共同正犯を基礎づける。

原判決は、「境との間で、術前溶解して使用されなかった薬剤O・150mgについて、境がコスト修正を行うことにより使用された旨の虚偽情報を記録して診察報酬請求する可能性について認識し」と判示しているが、最決平19年11月14日が判示する「Bの申入れを受け入れてJ運輸に処理を任せた場合には不法投棄されるおそれがあるとして本件までその申入れを受け入れなかった経緯」という共犯者とのやりとりなど共犯者に対する前提知識があった上で、共犯者が行為に及ぶ可能性を強く認識することが求められるのであり、単なる可能性では足りないというべきである。これに対して、被告人とS氏は、犯罪をすることも厭わない絶対的上下関係ではなく、被告人の指示からS氏が積極的に詐欺行為にまで及ぶことが優に想定できる支配関係もない。被告人が、薬剤Oの取り扱いをS氏に委ねるといつか犯罪を引き起こすとは考えていない。両者は目的のためには手段を選ばない等、犯罪行為に親近性のある関係でもない。つまり、被告人は、S氏との間では、薬剤Oの使用とその増大について相談が繰り返されたのであり、メールの記述からは誤解を招く表現が散見されることは確かである。しかし、被告人の指示は、あくまで薬剤Oの使用促進の方針であった。

16 最決平19年11月14日刑集61巻8号757頁。

これを受けて、S氏がこの指示を誤って理解して、薬剤Oを積極的に使用することの意味の中に、薬剤Oを無駄にしてもかまわないということも含意していると考えていたことは、メールの表現内容から被告人は認識可能であったかもしれない。しかし、このことから本件で問擬されている詐欺の故意があるというためには、S氏による麻酔記録改ざんの提案や被告人からの改ざんの指示など、詐欺についての踏み込んだ事実がなければ、到底認めることはできない。例えば、S氏の以前の言動又は行動から、——他の医師に薬剤Oの使用方法などについて教授するのによらず——麻酔記録の改ざんによるコスト修正をしてまでも薬剤Oを使用する可能性を強く認識しながら、それでもやむを得ないと認容していなければならない。しかし、原審認定事実によれば、「令和元年8月8日までには、境がコスト修正を担当することになり、その旨被告人に報告したこと、境は、実際には使用していない薬剤Oを使用したと麻酔記録を改ざんしてコスト修正をするようになったことが認められる。被告人は、境から上記改ざんの事実こそ告げられていないものの」と判示しており、原審は、ここでコスト修正の事実と、麻酔記録改ざんの事実を別々の事実として理解していることがわかる。S氏から麻酔記録の改ざんによるコスト修正について知られていないことから、被告人には麻酔記録の改ざんによるコスト修正の事実、つまり詐欺の規範に直面すると言えるような事実を提供されていない。その後、M氏から、使用しなかった薬剤Oの廃棄のお願いのメールがメールリングリストに流れた。これら被告人が認識した諸事実からすると、被告人は薬剤Oの使用増大の方針を出したが、S氏による詐欺の実行について認識、認容していなかった点で、詐欺についての故意がない。

5 あらためて、原判決の「境との間で、術前溶解して使用されなかった薬剤O・150mgについて、境がコスト修正を行うことにより使用された旨の虚偽情報を記録して診察報酬請求する可能性について認識」との判示部

分について言及すると、単なる可能性を認識しただけでは、被告人に故意があったとは認められない。最決平15年5月1日は「組長を警護するために、けん銃等を所持するという犯罪行為を共同して実行する意思は、組織の中で徐々に醸成され、本件犯行当時は、被告人も警護の対象者として、実行行為者が被告人警護のために、けん銃等を携行していることを概括的にではあるが確定的に認識」と判示し、概括的にではあるが「確定的に」認識しているよることを故意の成立の要件とし¹⁷、最決平17年11月29日は「被告人は、本件当時、配下の組員らが被告人に同行するに当たり、そのうち一部の者が被告人を警護するためけん銃等を携帯所持していることを、概括的とはいえ確定的に認識し認容していた¹⁸」と判示して、「確定的」に認識していることを要件としている。最判平21年10月19日は「Kがけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受入れて認容していたものと推認するのが相当¹⁹」したとして、「当然のこと」ことを認容要件としたのであるが、本判例では、確定的な認識があったとの判示はないものの、「当然のこと」と認容していることから、暴力団における親分と子分の強力な上下関係から形成されている共犯者の関係から見て、拳銃所持の認識は単なる可能性の認識ではなく、確定的なものであることを推定することができる。そうでなければ、本判例における「当然のこと」は、現実には当然ではなく、単なる空想にすぎない。事物の当然性は、対象となる事実の确实性を前提する。

いずれの判例も、共犯者が実行行為をすることの単なる可能性では足りず、これを超えた認識、認容を要件としている。最決平19年11月14日は、暴力団関係事案とは一線を画しつつも、未必の共謀があったとする根拠として、単なる可能性の認識だけでは未だ犯罪の規範に直面するには至らな

17 最決平15年5月1日判時1832号174頁。

18 最決平17年11月29日最高裁判所裁判集刑事288号543頁。

19 最判平21年10月19日判時2063号155頁。

いと解し、それゆえ、強い認識があったことを理由にして未必の故意を認めたと言える。

6 しかし、原審及び原原審も、被告人が、薬剤O・150mgの術前溶解が行われて現実に投与されないままに終わった症例が存在していると認識していたこと、そうした症例の中に、そもそも投与を予定することなく術前溶解が行われたものが含まれていると認識していたこと、そして大学病院の部長という職にあった被告人が、術前溶解した薬剤O・150mgが健康保険に診療報酬請求されることを認識していなかったとは考えられないとして、詐欺の故意を認めている。

薬剤部からのクレームがあったことは確かであるから、S氏が本来の用法に従って薬剤Oを使用せず、最終的に廃棄していることを認識し得たとするならば、被告人が認識し得たのは、薬剤Oの取り扱いに関する事実であり、ここでは大量廃棄の事実である。薬剤Oの使用の増大の方針を出したのは被告人であることからすると、薬剤Oの取り扱いに関する被告人の監督不行き届きが問題となる可能性がある。

あえて言うならば、重大な過失による器物損壊があったということができるとどまる。

詐欺の共謀について

1 共謀とは、犯罪の共同遂行の合意である²⁰。これを前提とする共謀共同正犯論とは、客観的な実行行為は分担しないが、共謀に加わった者を共同正犯とする理論である。判例は、日本の伝統的な共犯・正犯概念を土台

20 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009年）56頁。裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案（第4訂版）』（司法協会、2016年）352頁以下。

に²¹、犯罪を計画したり謀議に参加するなどして犯罪遂行の重要な役割を果たしたが、実行行為を分担しなかった者を、形式的に教唆犯とするのではなく、黒幕として規範的に評価して共同正犯に包摂した。その場合にも、共謀共同正犯が成立するためには、あくまでも、「実行した」と同視するだけの共謀「関係」が認定されなければならない。ここにおいて「共同実行性」が認められるだけの重要な役割を果たしたことが重要となる。重要な役割とは、謀議の際の発言内容、その後の行為などを総合して判断される。全く実行を分担しない以上、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りず、共同して犯罪を行う意思を形成するだけの共謀が主観面および客観面の両面において認定されなければならない。ここでは、実行行為に加担しなくても、一緒に犯罪を行うことを相談しただけの者、つまり、自己の犯罪として謀議に参加した者も刑法第60条という共同正犯と解釈することが可能なか否かが問われる。具体的には、共同の謀議の内容と、他の共犯者の中での自分の地位や役割が決定的に問題となる。とりわけ本件では、薬剤Oの使用量の増大の明示的指示の中に詐欺の指示をも含み、これを本件共謀とするという意味で、包括的共謀があったとされているわけである。包括的共謀とは、一般には、関与者間で犯行内容が具体的に特定されず、包括的な合意が形成される形でなされる共謀のことをいう²²。一般に「共謀」と「それに基づく実行」が必要であると解されているところ、実務上は、「共謀」と不可分一体の要件として、単なる意思の連絡に加えて、自己の犯罪を行う意思（正犯意思）を要すると考えられている²³。包括的共謀について当てはめると、行為の本質的部分について

21 前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東大出版会、2019年）325頁参照。

22 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）135頁以下参照。

23 裁判例の主流は、主観説の立場から、自己の犯罪を行う意思か他人の犯罪に加功する意思かによって共同正犯と狭義の共犯とを区別する。小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報51巻8号14頁、松本時夫「共謀共同正犯と」

意思の連絡があること、かつ、個々の犯行に関する謀議がなくても、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を反復して遂行しようという共同実行の意識（＝正犯意思）が認められることが、包括的共謀を認めるためには必要であると解される²⁴。

共謀共同正犯は、共謀者中のある者が共同目的実現のために犯罪の実行に出た場合、相談・打ち合わせである共謀に参加した全員が共同正犯としての責任を負うことをいう。練馬事件判決では、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」とされ、そこでの「『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし「『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない²⁵。」と判示した。

2 確かに、被告人とS氏の関係からして、被告人の薬剤Oの使用量増大の方針とS氏の行動との間に客観的な条件関係を認めることができる。被告人の方針がなければS氏の行動もなかったという条件関係だけで見れば、両者の行為は密接な連関を有している。しかし、客観的な条件関係だけで

ㄨ 判例・実務」刑法雑誌31巻3号44頁。

24 十河太郎「包括的共謀の意義と包括的共謀の射程」同志社法学72巻7号384頁以下。

25 最判昭33年5月28日判時150号6頁。

詐欺の共謀があるとまで言えるであろうか。つまり、客観的な条件関係を有するとの理由だけで、被告人が、S氏と共謀して、自己の犯罪として包括的に詐欺について被告人の正犯性を肯定することが出来るのであろうか。

共同正犯の成立要件については様々な見解が主張されているが、①共謀が存在すること、②共謀に基づいて共謀者の全部または一部が実行行為を行うことを共同正犯の成立要件の中核とするのが伝統的な理解といえる²⁶。因果性を軸に共同正犯の成立要件を構成する見解が有力である²⁷。共同正犯において、関与者が、別の関与者の惹起した結果について責任を負う根拠は、別の関与者を介した間接的因果性、つまり心理的因果性に求められる²⁸。判例は片面的共同正犯を認めていないことからして、関与者間の共謀の存在を共同正犯の成立要件としている。黙示的であれ、共謀により、関与者間の心理的な繋がりができる²⁹。この繋がりは、客観的共働のための主観的前提としての心理的因果連関である³⁰。

因果的連関があったというためには、共犯者相互に物理的・心理的影響を互いに強く与え合いながら彼らの行動が一体であったことが証明されなければならない。客観的な条件関係だけを理由に共同正犯を規範的に基礎づけることはできない。なぜなら、客観的な条件関係の存在と共謀の存在とは別問題だからである。「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意

26 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第5巻（第3版）』（青林書院、2019年）143頁以下〔村上光瑠〕参照。

27 島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』（成文堂、2010年）51頁以下、橋爪隆『刑法の悩みどころ』（有斐閣、2020年）311頁。杉田宗久ほか「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件（上）」判タ1355号75頁以下、同ほか「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件（下）」判タ1356号50頁以下参照。

28 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）381頁。

29 これを主観的謀議説と呼ぶ。上野智「共謀の認定」判例タイムズ254号15頁、小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（判例タイムズ社、1992年）〔石井一正＝片岡博〕343頁等。

30 西田典之・橋爪隆補訂『刑法総論（第3版）』（弘文堂、2019年）371頁以下。

思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」との上記練馬事件判決判示部分は、単なる意思連絡又は共同犯行の認識といわれるものとは異にする。謀議又は通謀が共同正犯者相互間に成立したことを要する³¹。たとえ、これらがなかったとしても、各関与者の意思が合致していれば足り、それ以上の何も要求されないと考えるべきではなく、連絡の形式は問わないし、また暗黙のもので足りるが、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものでない外部的な意思の連絡がなければ、共同正犯における心理的因果性は生じない³²。単なる片面的ないし偶然の意思の合致ではない。いわゆる共謀共同正犯の要件である共謀が成立したといい得るためには、単に他人が犯罪を行うことを認識していたというだけでは足りず、二人以上の者の間において、互いに他の行為を利用して各自の犯意を実行しようとする共同意思が存在していなければならない³³。被告人は、S氏から詐欺に関する事実については何も聞かされず、薬剤Oの使用増大のほかは事後報告もうけていない³⁴。

3 共謀共同正犯において、実行者以外の背後者などが共同正犯として処罰されるには、構成要件該当結果実現の意思が強固であること、すなわち、心理的因果性が強力であることに求められる。心理的因果性がどれほど強力に及んでいるか、例えば、合意が形成されていたのかが重要となる³⁵。

被告人は、医局長として、薬剤Oの使用に関する指示を出すことで、S

31 亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学31号167頁。

32 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法學研究：法律・政治・社会84巻9号115頁以下。

33 最判昭33年5月28日刑集12巻8号1718頁、最判43年3月21日刑集22巻3号95頁。

34 東京高判昭57年12月21日判時1085号150頁。

35 松澤伸「裁判官の思考と共犯理論」（2014年）9頁。（<https://www.waseda.jp/prj-genkeiken/pdf/vol.1/matsuzawa1-1.pdf>）。

氏らと共に稼働していたわけで、S氏は指示に従って行動していたと言える。しかし、詐欺の「本質的部分」である欺罔行為について、被告人が許容するようなことはなかった。詐欺罪の成否を問擬する以上、欺罔行為の具体的内容全てを知る必要はなくても、少なくとも詐欺の本質的部分についての認識が必要である。麻酔記録の改ざんや保険請求という欺罔行為の本質部分についての認識が必要である。これがなければ、被告人はS氏の行動の内容を概括的であれ認識することはできない。S氏の行動の内容の認識、認容は、詐欺の故意を意味する。本件では、この詐欺についての故意がなければ、いわゆる詐欺に該当する麻酔記録改ざん行為部分について被告人との関係では心理的な因果連関があるとは言えない。

そもそも被告人においてS氏と詐欺を共同して行うとの認識はあったのであろうか。その上、単にコスト修正についての意思の連絡ではなく、本件詐欺の実行行為である使用薬剤リストや麻酔記録の「改ざんによるコスト修正」をするための意思の連絡はあったのであろうか。

共同正犯が成立するためには、関与者間における意思連絡又は合意が必要とされる³⁶。共同正犯において各関与者の寄与が犯罪結果の発生へ向けて実効性を有するのは、各関与者が、意思連絡を通して、それぞれの役割を果たし、その目的へ向けて各自が行為を遂行するからにほかならない³⁷。実行行為が共謀に基づいて行われる必要があるところ、その内容は、共謀としての意思の連絡が実行行為に対して心理的な因果性を有していること、および、共謀によって形成された相互利用補充関係ないし共同性が保たれた状態で実行行為が行われることにある。相互利用補充関係ないし共同性

36 大判大11年2月25日刑集1巻79頁。内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣、1973年）8頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）283頁以下、団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990年）391頁、大塚仁『刑法概説（総論）（第4版）』（有斐閣、2008年）292頁以下、福田平『全訂刑法総論（第5版）』（有斐閣、2011年）270頁。

37 阿部力也「黙示の意思連絡について」法論70巻2・3号119頁。

は、物理的にも心理的にも各人が協力し合って構成要件を実現することを内容とするから、共謀の射程が実行行為に及んでいるかどうか、客観的な事情および主観的な事情の両面から判断されることになる³⁸。

4 本件は共謀共同正犯の成立を問擬しており、麻酔記録改ざんにおけるコスト修正が、共謀に基づいているのか否かが重要となる。共謀は、一部実行全部責任を基礎づける実体であるから、抽象的なものであってはならず、具体的な内容を有するものでなければならない³⁹。

被告人は、薬剤Oの普及と使用増大についてS氏らに相談し、指示したことから、麻酔記録の改ざんによるコスト修正が行われたと結果的に言えるかもしれないが、しかし、詐欺の実行行為に該当する改ざんについては、薬剤Oの使用とその増大に関して被告人が持っていた認識の射程に含まれていない。つまり、S氏の行動による麻酔記録の改ざんによるコスト修正は、被告人の認識の及ぶところではなかった。被告人の目的とその認識は、手術における抜管時に生じる頻脈を抑え、頻脈の状態を脱することを目的として薬剤Oを使用することであり、かつこれを普及させることであった。これにより、手術において患者に痛みを感じさせずかつその容体を安定させるためであった。S氏の行動が被告人の方針に基づいて行われたことから、確かに前者と後者との間には条件関係があるといえるが、被告人のS氏との共同作業による薬剤O使用に関する認識の射程はあくまで手術において患者に痛みを感じさせずかつその容体を安定させることに尽きるのであり、そのための薬剤Oの使用とその増大であった。このことから想定される事実は、薬剤Oの大量廃棄の可能性であったとしても、詐欺に該当する「使用薬剤リストや麻酔記録の改ざんによるコスト修正」は想定範囲外であることから、S氏によって行われていた詐欺について被告人の認識

38 十河太郎「共謀の射程の意義」同志社法学72巻4号865頁。

39 高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂、2022年）489頁。

は及んでいない。ここで詐欺についても「想定範囲内」と言うためには、コスト修正が、麻酔記録改ざんによるコスト修正のことであるとの意思の連絡があったことで詐欺の共謀があったと言える⁴⁰。たとえ詐欺行為が行われていることの未必的な認識があったとしても、それだけでは、被告人が詐欺に関わったと言えるだけの共謀があったとは認められない⁴¹。なぜなら、共謀共同正犯における共謀は、契約に類似する義務、すなわち拘束力を伴うものであって、共謀共同正犯が相互に負う義務の内容とは、共犯者のうちのいずれかが一定の無価値な結果の実現を志向する直接行為の遂行であり、共謀であれ、合意の場合であれ、「一定の時点における具体的状況の下で遂行された行為から生じるであろう具体的結果」という程度にまで、特定構成要件結果が具体化されている必要があるからである⁴²。それゆえ、共謀の射程内か外かは、一部実行全部責任を前提にした共謀共同正犯における共犯者の処罰範囲を画する。

被告人がS氏に対し、事前に架空の名目での薬剤Oの使用をすすんで指示したことはない。逆に、S氏は、麻酔記録改ざんの事実を被告人に伝えたことはない。そのため、被告人との間に少なくとも明示の共謀が存していたとはいえない。この点で、その構成員全員がその違法性を十分認識しながら詐欺をするという典型的な組織ぐるみの詐欺事件と本件では、その様相を異にしている⁴³。本件における医局の構成員並び手術関係者は組織的な詐欺集団ではない。いわゆる共謀共同正犯の要件である共謀が成立したといえるためには、単に他人が犯罪を行うことを認識していたというだけでは足りず、二人以上の者の間において、互いに他の行為を利用して各自の犯意を実行しようとする共同意思が存在していなければならないと

40 共謀の前後又は同時に、詐欺に関する事実を認識、認容したことが必要である。

41 東京地判令3年12月7日判時2542号88頁。

42 小島秀夫「共謀概念の比較法的考察」明治学院法学研究114号48頁。

43 大阪地判平15年10月29日判タ1146号302頁。

解される⁴⁴。

薬剤Oが術前溶解されていたことで、薬剤Oの積極的利用という被告人の方針を他の医師らが推知することができたとしても、同時に他の医師らが薬剤Oを使用するものと被告人が認識できたとしても、そのことから通常、他の構成員が詐欺行為の実行に及ぶことはおよそあり得ない。そもそも被告人とS氏との関係は、暴力団のような絶対的な関係ではなく、また組織的な詐欺集団のような関係でもないので、特定の犯罪の実行に関する具体的内容の決定を各実行者の便宜に委ねただけで、犯罪の共謀が成立するとは考えられない⁴⁵。そうだとすると、共謀が成立するためには、明示的に麻醉記録の改ざんによるコスト修正の謀議があった場合、又は黙示的であれ、合意が認められる場合でなければ、本件において共謀共同正犯が成立するとは言えない。原審認定事実によれば、令和元年8月8日までには、境がコスト修正することを被告人に報告したとされる。その際、コスト修正の報告をしたが、麻醉記録改ざんの事実は告げられていない。その後、M氏から、使用しなかった薬剤Oの廃棄のお願いのメールがメーリングリストに流れた。これら被告人が認識した諸事実からすると、S氏との間に詐欺に関する共謀があったとは言えない。

5 薬剤Oの大量廃棄の事実と麻醉記録改ざんの事実は、一連の事実ではない。後者は、前者の処理のためにとられた対応であるが、コスト修正と麻醉記録の改ざんが別々の事柄であることからすると、麻醉記録の改ざんの認識、認容に基づき、被告人とS氏との間で麻醉記録の改ざんによるコスト修正の謀議又は合意が必要である。S氏から麻醉記録の改ざんについ

44 最判昭33年5月28日刑集12巻8号1718頁、最判43年3月21刑集22巻3号95頁。

45 品田智史「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法律時報92巻12号23頁。樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定」法律時報91巻11号61頁以下。

て伝えられていたとすれば、その段階ではじめて被告人は薬剤Oの処理の問題に直面し、麻酔記録の改ざんによるコスト修正の可否や手段の合理性など含めて詐欺に関する謀議が行われ、詐欺に関する共謀が成立することになるものの、S氏から被告人に改ざんの報告がない以上、被告人が麻酔記録改ざんを認識していたことを証明する事実はなく、詐欺の共謀は成立し得ない。

整理すると、本件詐欺罪の成立との関連で、共謀とは、詐欺の共同遂行の合意である。詐欺の故意は、他人の財物を詐取することの認識、認容である。そして詐欺の共同正犯における故意とは、詐欺の共謀により、共犯者の全部又は一部が詐欺の実行行為を行うことの認識、認容である。例えば、被告人がS氏から麻酔記録改ざんの事実を告げられ、被告人が、S氏の過去の行動から見て、S氏に薬剤Oの取り扱いを任せ続ければ、実際にするかどうかわからないけども、詐欺行為に及ぶことを強く認識していたと言える場合に、詐欺に関する故意があったと言える。そして、故意の発生と同時に又は事後に、麻酔記録改ざんの事実を告げられた被告人が「あなたにまかせるよ」「うまくやってくれ」「なんとかしてくれ」などとS氏に申し向けて、明示的に共謀するか、または支配関係の中で両者において黙示的な共謀があった場合に、共謀が成立したと言える。

本件では、S氏は、被告人に対して、コスト修正の報告をしたが、麻酔記録改ざんの事実とは告げられていないわけであるから、被告人は詐欺に関する事実と直面しておらず、被告人とS氏との間に、詐欺に関して共同遂行の合意はない。

本件被告人とS氏との間には上記のような共謀はなかった。被告人が直面する可能性があった事実は、薬剤Oの使用量の増大の指示に関連する薬剤Oの廃棄の問題である。

以上、未必的であれ、詐欺の故意が生じたとは言いがたく、かつ詐欺の共謀もない。

6 被告人は、S氏との間で、暴力団の親分子分のような強固結びつきをもった上下関係の中でS氏の行動を、概括的であれ、確定的に認識できる関係にあったわけではない。また、共犯者間での包括的共謀が認められるためには、行為の手段や方法、被害者などを特定しないものの、当初より犯行の内容について包括的な合意が形成され、これに基づき、結果を発生させる直接行為が行われたと言えなければならない。しかし、本件ではどうか。本件被告人は、手術中の患者の容体の安定のため薬剤Oの使用が有効と考え、その利用促進の方針を医局長として出して、これをS氏らに伝えた。医療的見地からの有効性に照らした薬剤Oの使用促進という意味の限りで包括的な取り決めをしていたにすぎない。被告人とS氏との間での取り決めの範囲とは、医療的見地からの有効性に照らした薬剤Oの使用促進の限りである。S氏が改ざんをしていたことについて、薬剤O使用促進の方針を出したとと麻酔記録の改ざんの事実の外形的な一連性だけを理由に被告人に対して正犯としての帰責の根拠として位置づけてしまうと、詐欺に関して、被告人個人の果たした役割とその影響の度合い、つまり寄与度を明確にしたうえで犯罪成否の判断及び量刑判断の基礎にするという共犯論の任務を最初から放棄し、連座・縁座と変わらない思考法に墮するおそれがある。

原審及び原原審は、被告人とS氏の行動に関する共謀関係の認定が困難であることから、S氏による改ざん行為と条件関係のある「端緒」と目される被告人の薬剤Oの使用増大方針の発出と被告人の医局長としての地位を理由に、S氏による詐欺の実行の可能性だけで故意を認定し、かつ、違法な事実を告げられていない状況で詐欺の規範に直面する事実を認識できていなかったにもかかわらず、共謀関係を認めるという、共謀の射程を不当に拡張した無理な解釈をしてしまった。

取引的不法行為における「被害者側の過失」の一考察 ——特に判断能力が不十分な被害者の場合——

吉 村 顕 真

- I. はじめに
- II. 東京地判令和2年1月29日判時2503号33頁
- III. 下級審裁判例の考察
 - 1. 大阪高判平成25年2月22日判時2197号29頁（金融商品取引）
 - 2. 東京高判令和3年10月27日判時2516号51頁（介護保険契約）
 - 3. 裁判例の考察
- IV. 本判決の検討
 - 1. 「被害者側」の判断
 - 2. 被害者側の「過失」の判断
- V. むすびにかえて

I. はじめに：問題の所在と課題の設定

1. 問題の所在

民法722条2項の過失相殺の適用を巡っては人身損害などの様々な不法行為事件において問題となっている¹。こうした問題は金融商品取引等の

1 これまで「被害者側の過失」を巡る理論は特に交通事故による人身損害賠償訴訟を中心にして展開してきた。この点に関して、畑郁夫「判批」民商75巻3号（1976年）148頁以下、松原孝明「過失相殺における『被害者側の過失』概念に対する疑問：『被害者側の過失』概念の生成過程の検証から」大東法学19巻2号（2010年）55頁以下、桒見由美子「過失相殺における『被害者側』理論 再考」森島昭夫ほか編『変動する日本社会と法：加藤一郎先生追悼論文集』（有メ

取引的不法行為においても同様に見られるが、それに関する比較的最近の下級審裁判例の過失相殺の問題状況を見ると、被害者の過失のみならず、「被害者側の過失」の成否までが争点となっているケースも見られる²。そしてそうした事件における被害者側の過失に関する裁判所の判断を俯瞰すると、昭和42年の最高裁判決で示された「被害者と身分上ないし生活関係上一体をなすとみられるような関係にある者の過失」という定式のもと³、十分な説明がないまま、被害者側の過失を認めているケースがしばしば見られる⁴。

裁判所が被害者側の過失について緩やかな判断をするに至った端緒は、裁判実務が昭和42年判決で示された「身分上生活関係上の一体関係にある者」を判断する際の前提にある①被害者本人が幼児であり、②被害者本人

ㄨ 斐閣、2011年）465頁以下、前田陽一「過失相殺における『被害者側の過失』論の再検討」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代：星野英一先生追悼』（有斐閣、2015年）759頁以下等を参照。なお、アメリカでは、圧倒的大多数の判例が「被害者側の過失」理論を否定しているようである（樋口範雄『親子と法』（弘文堂、1988年）31頁以下、同『アメリカ不法行為法』（弘文堂、第2版、2014年）225頁。PROSSER & KEETON ON THE LAW OF TORTS §74, at 531 (5th ed. 1984)；例えば、自動車による衝突事故で死亡した子の母親の寄与過失が問題となったSheley v. Guy, 29 Ill. App.3d 361 (Ill. 1975)において、裁判所は母親の過失を否定している（*Id.* at 365-66.）。

2 取引的不法行為の意義や種類に関して、窪田充見編集〔後藤巻則〕『新注釈民法・第15巻 債権（8）697条～711条』（有斐閣、第2版、2024年）838頁を参照。

3 最判昭和42年6月27日民集21巻6号1507頁。

4 取引的不法行為訴訟において「被害者側の過失」を夫婦の場合に認めたケースとして、東京地判平成5年8月31日判時1499号86頁、名古屋地判平成20年3月26日証券取引被害判例セレクト31巻32頁、さいたま地判平成26年1月30日証券取引被害判例セレクト47巻1頁がある。その一方、夫婦間での「被害者側の過失」を否定したケースとして、東京地判平成19年7月23日先物取引裁判例集49号234頁がある。その他、専門家の過失を「被害者側の過失」として斟酌することを認めたケースとして、大阪地判平成20年5月20日判タ1291号279頁がある。ラズベリー輸入におけるラズベリー加工業者の過失を「被害者側の過失」として斟酌することを否定したケースとして、東京地判平成24年3月21日判タ1405号320頁がある。

の過失を斟酌できないという前提条件を棚上げにしていたことにある⁵。そしてこうした動きの中で、下級審裁判例は取引的不法行為のケースにおいても「被害者側の過失」について十分な検討をすることなく、緩やかに被害者側の過失を判断してきた⁶。また下級審裁判例の中で議論が展開しなかったこともあってか、学説においても議論につながらなかったように思える⁷。いずれにしても、取引的不法行為の場合において「損害の公平な分担」という理念のもと、被害者の過失はもとより、さらに「被害者側の過失」まで安易に認めるならば、特に判断能力が不十分である故に保護

5 大塚直編集〔樫見由美子〕『新注釈民法・第16巻 債権（9）712条～724条の2』（有斐閣、2022年）486-489頁。藤岡教授も、「身分上・生活関係上の一体的関係」という判例準則が昭和42年判決の意図を超えて一般化されることのおそれを指摘している（藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』（信山社、2013年）460頁）。

6 なお、日本不法行為法リステイトメントの722条の2第2項には「被害者と生計を一にする者の過失が被害者の損害の発生または被害の拡大に寄与したものと認められるときは、前項の規定を準用する」として、裁判所が損害賠償額算定に当たってそれを斟酌できることを明記しており（森島昭夫「過失相殺」ジュリ904号（1988年）104頁）、ここからも被害者側の過失の一般法理化が確認できる。

7 取引的不法行為における過失相殺の適用賛否を巡る学説は、特に詐欺や不当勧誘等を念頭において、2つの見解が主張されてきた。1つは、投資への不当勧誘事例における説明義務違反の実質が詐欺取消しの拡張であることを鑑みて、他の制度との整合性から過失相殺の適用を肯定する見解である（橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」ジュリ1094号（1996年）153頁）。もう1つは、特に詐欺などの取引的不法行為において過失相殺の抗弁を認めることは却って加害者に利益保持を認めることになるとの問題意識から、それを適用することに対して消極的な見解である（窪田充見『過失相殺の法理』（1994年、有斐閣）260頁）。この点に関する学説をまとめたものとして、窪田編集〔後藤〕・前掲注（2）885-886頁、窪田充見ほか編〔若林三奈〕『事件類型別不法行為法』（弘文堂、2021年）243頁、内橋一郎ほか〔大植伸〕『先物取引被害と過失相殺：過失相殺の抑制に向けた理論と実務』（民事法研究会、2006年）214頁以下、今川嘉文『投資取引訴訟の理論と実務』（中央経済社、第2版、2014年）372-374頁を参照。取引的不法行為における過失相殺に関する近時の研究として、小笠原奈葉「金融取引被害における過失相殺の制限」山形大学法政論叢76=77号（2023年）31-51頁。

を必要とする者（例えば高齢者）が被害者であった場合に、その被害者に不利益・不公平を多かれ少なかれ押し付けることになるだろう。また場合によっては、加害者に不法行為による利得保持を許すことになるだろう。

（２）課題の設定

そこで、取引的不法行為における「被害者側の過失」の在り方を検討していくための基礎的考察として、まずは東京地判令和２年１月29日判時2503号33頁を検討していくことにする⁸。本判決は、取引的不法行為において、判断能力が低下した高齢被害者の子（成人）の過失を被害者側の過失として認めたものであるが、裁判所がその判断をするにあたって5つの具体的事情を示したという点だけでなく、加害者側の強い違法性を認めたという点でも重要な要素を含んでいる。これらの点からすると、本判決は取引的不法行為における被害者側の過失の在り方を検討していくための素材として有意義なものと言えるだろう。

以下、まず「Ⅱ」では、東京地判令和２年１月29日判時2503号33頁を概観する。次に「Ⅲ」では、取引的不法行為のケースにおいて、特に判断能力が低下した高齢被害者とその子（実親子・養親子）との間に身分上生活上の一体的関係があるとして「被害者側の過失」を認めた裁判例２件を採り上げて、裁判所が「被害者側」及びその「過失」がどのように判断しているのかということを考察する。「Ⅳ」では、Ⅲでの考察をもとにしつつ、東京地判令和２年１月29日判時2503号33頁における「被害者側」及びその「過失」の判断内容を検討していく。最後に「Ⅴ」では、取引的不法行為における過失相殺の在り方に関して述べることにする。

8 本判決の評釈として、宮下修一「判批」リマークス66号（2023年上）26頁を参照。

Ⅱ．東京地判令和2年1月29日判時2503号33頁

《事実》

X（昭和7年生まれの男性）は、平成14年7月27日から平成28年3月25日までの間、Y社のB店（Xの販売担当者C）において宝飾品や衣類等を継続的に購入していた。その取引は合計221回にわたり、その合計支払額は6473万2882円であった。このうち、本件取引（平成21年2月から平成28年3月まで）の販売合計額は5594万9490円で、Xが支払った代金は5492万9490円であった⁹。

Xは平成28年12月24日にアルツハイマー型認知症及び脳血管障害との診断を受けたため、平成29年2月22日、Xの長男Aの申立てにより、Xは、家庭裁判所から後見を開始し、AをXの成年後見人として選任する旨の審判を受け、同審判が確定した。なお、Aは、Xの妻Bが平成20年9月12日に要介護3の認定を受け、介護老人保健施設に入所したため、平成21年12月頃にX及びBの面倒を見るために、XBが住む母屋と同じ敷地内にある離れに引越しをして、そこで生活をしていた。

X（法定代理人成年後見人A）は、④上記診断の際の検査結果やアルツハイマー型認知症発症後の経過等に照らすと、Xは平成25年には認知症に罹患していた可能性が高いこと、平成21年からYからの購入額が急増していること、AがXの居住地に住所を移したことに照らすと、平成21年以降、Xは軽度の認知症に罹患していたこと、また⑤本件取引によりXに販売した商品の分量はいずれも通常の分量を著しく超えていること等を主張した。こうした点から、Xは、本件取引期間である平成21年2月から平成28年3月までの間にかけて、Yは判断能力が低下したXに過量かつ不必要な宝飾品・衣類等を繰り返し販売し、その代金（合計5492万9490円）を受

9 Xは本件取引開始時〔平成21年2月〕76歳、終了時〔平成28年3月〕83歳。

領していたことは不法行為を構成すると主張して、Yに対して不法行為に基づく損害賠償を求めた¹⁰。

《判旨》

(1) Yの不法行為責任の成否について

本判決は、①「Cは、本件取引が、Xにとって、その生活に通常必要とされる分量を著しく超えた過大な取引であることを認識していたものと優に推認することができる」こと¹¹、②「B店の店長Dは、本件取引が、高齢の男性であるXにとって、その生活に通常必要とされる分量を著しく超えた過大な取引であることを認識していたものと優に推認することができる」こと、③「Xの判断能力は、平成25年12月時点では、高額な取引をするに必要な能力という観点からは、既に相当程度低下していたものと認めるのが相当である」こと、④「CとDは、遅くとも同月〔平成25年12月〕までには、Xの判断能力が相当程度低下している事実を認識し、又は容易に認識し得たものと認めるのが相当である」ことを認めた。その上で「遅くとも、Xの判断能力が相当程度低下している事実を認識し、又は容易に認識し得たものと認められる平成25年12月時点では、事業者であるYは、社会通念に照らし、信義則上、Xとの本件取引を一旦中断すべき注意義務を負っていたものというべきである」とし、「Yの不法行為を構成する平成25年12月以降も、YがXとの取引を中断せず、本件取引を継続したことは、社会通念上許容されない態様で買主であるXの利益を侵害したものと、不法行為法上違法と評価されるべき」とした。

10 本件では過失相殺以外にも争点があるが、本稿では分析の対象外とする。なお、現在、過量取引に対しては消費者契約法4条4項の取消権が認められている。

11 Y社B店の販売担当者Cは、Aと約40年来の知人であり、Aとの取引やAの生活状況等を認識していた。

(2) 過失相殺の成否について

まず、Xの過失につき、「Xは、平成21年から長らく本件取引を継続して行ってきたものであり、平成25年12月以降、高額な取引をするのに必要な能力という観点からは、その判断能力が相当程度低下していたとはいえ、Aら親族に相談するなどして自ら本件取引を中止する余地もあったことは否定できないから、その損害の拡大につき、一定の帰責性を有するというべきである」と判断した。

次に、Aの過失につき、「①Aは、Xの子であり、平成21年12月頃、Xとその妻の面倒をみるため、Xとその妻が住む母屋と同じ敷地内にある離れに引っ越して生活していたこと（…）、②Aは、平成23年頃からは、Xの不動産賃貸に係る事業に専従し、Xの収入から給与の支給を受けて自らの生計を立てていたこと、③Xは、平成24年から平成27年まで毎年不動産を売却しているところ、その売買の際に、Aは、不動産業者から、X一人だと契約の不安があるとして契約締結への立会いを求められ、いずれの契約にも立ち会っていたこと、④Aは、Xが住む母屋と同じ敷地内の離れに住み始めた後、Xが毎日のように朝から夜まで外出していることを認識していたこと、⑤Xは、本件取引が始まる前から、持病の関係で病院に通院していたことが認められる。そうすると、Aは、原告と身分上も生活関係上も一体をなすとみられるような関係にある者ということができ、かつ、Xが判断能力の相当程度低下した状態で多額かつ大量の商品を購入していることを容易に認識し、認知症等に関する診察を受けるためにXを病院に連れて行くなどして、平成25年12月以降の本件取引の継続による損害の拡大を阻止することができる立場にあったということができる。

それにもかかわらず、Aは、平成28年3月に至るまで、Xが本件取引を行っていることを認識せず、これを中断させるなどの介入をしなかったというのであるから、Aには、Xの損害が拡大したことにつき一定の落ち度があったものというべきである」と判断した。

その上で「X及びAの上記の落ち度は、過失相殺における被害者側の過失として考慮すべきものであり、その過失割合は、3割と認めるのが相当である。」とした。

Ⅲ. 下級審裁判例の考察

以下では、取引的不法行為において特に判断能力が不十分な者が被害者となり、被害者側の過失が問題となった下級審裁判例を通じて、裁判所が被害者と一定関係にある近親者をどのように「被害者側」と判断しているのか、またその「過失」をどのように認めているのかという点に着目して分析していく。

1. 大阪高判平成25年2月22日判時2197号29頁（金融商品取引）

《事実》

X（本件取引開始当時76歳で一人暮らしの女性）は、平成17年3月に成年後見開始の審判（成年後見人はXの従兄弟D）を受けたが、平成19年11月に同取消審判が確定した。平成20年1月に、Xは、証券会社Yの従業員Aの勧めにより、相続で取得した株式を売却し、平成20年1月から平成21年4月までの間、その株式売却代金を原資として投資信託を中心とするE B債等の金融商品を購入し、売却した（以下、本件取引）。

平成20年秋頃、XはF（Dの孫、年齢は不明）と養子縁組をし、それ以降、FはXがかつて後見開始されたことを知っていたため、定期的にX宅を訪問するようになった。平成21年春頃、FはX宅を訪問した際、不審な郵便物が多数届いていることに気づき、調査したところ、Xが複数の詐欺的投資被害や訪問販売被害に遭っていることが判明し、また本件取引にも気づいたため、Yに対して全ての取引の終了を要請し、本件取引が終了した。

平成22年3月に、Xは、Aによる本件投資信託などの勧誘行為が、④適合性原則に違反すること、⑤説明義務・助言義務に違反すること、⑥無意味な反復売買・乗換売買であることから本件取引全体が違法であるとした上で、Aは本件取引につき不法行為責任を負い、またその使用者であるYは使用者責任を負うと主張して損害賠償を請求した¹²。

《判旨》

(1) 不法行為の成否について

本判決はXの請求④⑤⑥を認め、Aの本件取引における勧誘行為は本件取引全体として民法709条の不法行為に該当すると判断し、その上でAはYの従業員であり、Aの不法行為がYの事業の執行につきされたものであるから、YはXに対して民法715条に基づく損害賠償義務を負っていると判断した。

④適合性原則違反について

本判決は、「Aは、本件取引開始時点で、Xが成年後見取消審判から2か月も経過していないことを知りながら、Xに本件取引を勧誘しているのであるが、そもそも、後見開始が取り消されたからといって、投資についての判断能力を有することまで保障されたわけではないことは自明のことであり、Xが当時、満76歳であったことからするとなおさらである」とした。そして「後見開始審判自体が全く誤っていたということが明らかでもない限り、通常人であれば、後見開始が取り消された直後は、通常より判断能力が劣っているのではないかという疑念をもって然るべきであるのに、

12 本判決の評釈として、熊谷士郎「判批」現消26号（2015年）100頁、執行秀幸「判批」リマークス51号（2015年下）42頁、山下純司「判批」金法2025号（2015年）71頁、カライスコス・アントニオス「判批」金判1511号（2017年）76頁、倉重八千代「判批」明治学院大学法学研究99号（2015年）137頁、大原「判批」金判1486号（2016年）20頁がある。

Aは、Xとの受け答え等だけから（…）、Xに投資に関する判断能力があると判断したというのであるから、Xに対する本件取引勧誘の責任がYにあるのは明らかであるといわなければならない。」とした。その上で、「Aは、…Xに対し、相当のリスクがあり、理解が困難な投資信託やEB債の購入を勧誘し、投資させたものであり、Xの意向と実情に反し、過大な危険を伴う本件取引を勧誘したものであるといえるから、Aの勧誘は、適合性の原則から著しく逸脱した投資信託等の勧誘である」とし、Aの本件勧誘行為は「Xに対する適合性原則違反の不法行為を構成する」と判断して、Xの請求を認めた。

⑥説明義務違反・助言義務違反について

本判決は、「Xは、満76歳と高齢で、疾病の影響もあって、理解力や判断力に欠けるところがあった上、取引の対象とした投資信託やEB債は複雑なものが多かったのであるから、Xとしては、当該商品の特質やリスク、投資判断の材料、乗換えの意味、損益状況等について十分理解することができないまま、Aから勧められるままに本件取引を継続したものであるべきであり、Aの上記の程度の説明では、上記の事情の説明を十分尽くしたものと認め難い。」とした。そして「AがXに対して行った上記説明では、Xの属性等に照らすと、Xに対し、本件商品の内容、仕組み、リスクの質と程度、乗換売買を行う理由、メリット・デメリット等につき十分説明したものと到底いえないから、Aの勧誘行為は、上記説示した説明義務に違反し、その違反の程度も社会的相当性に欠けるものといえ、不法行為を構成するというべきである。」と判断し、Xの請求を認めた。

⑦無意味な反復売買・乗換売買について

本判決は、「Aは、……比較的短期間の保有日数で、Xの知識・経験、投資目的、資金の量に照らして適合的といえず、また合理性のない、投資信

託等の反復売買、乗換売買を繰り返し、その結果、……、1度を除き、全てXが損失を被っている上、手数料率が比較的高率であることを考え併せると、Aは、Xの利益を犠牲にして、自己の業績を上げ、あるいはYの利益を図ったものと推認するのが相当である。」とし、「Aの行為は、上記Aの義務〔金融商品取引法36条の誠実・公正義務〕に違反するものであり、無意味な反復売買・乗換売買であって、不法行為を構成するものというべきである」と判断した。

（2）過失相殺の成否について

次に、Xの過失に関して、「本件取引の際に、投資信託やEB債の販売用資料に基づいて一応の説明はしたこと（…）、Xの当時の判断能力は不十分なものであったが、知能指数や長谷川式簡易スケールの数値などほぼ回復していた（…）ことからすると、Xとしては、本件取引に際し、投資信託等の購入を拒否し、親族に相談することが全く不可能であったとまではいえず、安易に本件取引に及んだことについては、Xにも一定の落ち度が存在すると認められる」と判断した。

またCの過失に関して、「そもそも、本件取引は、成年後見人でありXの従兄弟であったBがAに対し、株券の存在を直接Xに確認するよう依頼したことをきっかけとしており（…）、Xの養子であるCも、平成20年秋ころにXと養子縁組をし、Xにつきかつて後見が開始されていたこと及びXが一人暮らしをしていることを知っていたにもかかわらず、平成21年春ころまで本件取引に気付かなかった（…）というのであり、これらの点は被害者側の過失ともいえる」として、2割の過失相殺を認めた。

2. 東京高判令和3年10月27日判時2516号51頁（介護保険契約）

《事案》

X（当時96歳）は、長女C（年齢は不明）を代理人として、Yの運営す

る介護老人保健施設との間で重要事項説明書記載の説明を受けて利用契約を締結し、そして本件施設に入所・利用していたが、その過程でY及びY所属の介護支援専門員B等が介護保険負担限度額制度について十分に説明しなかったため、損害（本件制度を利用していれば軽減されていたはずの施設利用料金相当額等）を被った主張として、Yに対して不法行為（使用者責任）等に基づく損害賠償を請求した事案である。原審は、Yらにその説明義務がないとしてXの請求を棄却した。これに対してXが控訴した¹³。

《判旨》

（１）不法行為の成否について

東京高裁は「Yが運営する本件施設の介護支援専門員等であるB及びDは、重要事項説明書に本件制度に関する記載をしていたものの、その記載の体裁は、……、これを読む者が容易に視認し、理解し得るものであったとは必ずしもいい難く、現に重要事項説明書に基づく説明を受けたCは、その後もBやDに対して、費用負担の軽減の方策の有無について相談していたというのであるから、同人らは、重要事項説明書の記載やそれに基づく説明にも関わらず、Cが本件制度の存在を認識しておらず、そのようなCに対して本件制度を説明すれば本件制度を利用する蓋然性が高いことを認識したものと考えられる。」とした。その上で「BやDは、それ以上にCに対して本件制度の存在や内容を説明せずに、Xの本件制度を利用する機会を喪失させ、その結果、Xが本件制度を利用した場合に得るべき財産的利益を喪失させたものといえることができる。」とした。

そして「本件施設の職員である本件介護支援専門員等は、X又はCに対して本件制度の説明をする義務を怠ったと認められるのであって、このことは、被保険者と介護保険施設利用契約を締結する介護保険施設としての

13 本判決の評釈として、川久保寛「判批」北大法学論集74巻2号（2023年）370頁を参照。

契約当事者に要求される信義則上の付随義務としての説明義務に違反したものであるべきであり、……本件介護支援専門員等に少なくとも過失があることは明らかであるというべきである。」として、「本件介護支援専門員等は、少なくとも過失により、上記の注意義務に違反してX又はCに対する本件制度の説明を怠ったことによって、Xの財産的利益（財産権）を違法に侵害したと認められるから、本件施設を運営するYは、それによってXに生じた損害について、不法行為（使用者責任）に基づく損害賠償責任を負うと認めるのが相当である」と判断した。

（2）過失相殺の成否について

次にX側の過失に関して次のように判断した。「Cが本件施設から受領した（…）重要事項説明書には、…通常人が見る場合には気付きにくい記載ではあるものの、本件制度に関する記載があり、当初から利用料金の自己負担額の軽減について関心の高かったといえるCにも、これを見過ごしたことに落ち度があったことは否定できないこと、Cが本件介護支援専門員等を信頼して同人らに対して利用料金の軽減の方法に関して相談したことには無理からぬ面があるとしても、Cには、他の方法として、介護保険給付を実施する主体である港区の介護保健課に相談し、あるいは同課から本件制度について説明した介護保険のパンフレット（…）を入手するなどして、本件制度を知ることができたと認められることからすれば、これらの事情をX側の過失としてしん酌し、3割の限度で過失相殺をするのが相当である。」

3. 裁判例の考察

（1）「被害者側」の判断

以上、現時点で取引的不法行為のケースで判断能力が低下した老親とその子との身分上生活関係上の一体的関係が問題となった類型に関するケー

スが少ないため¹⁴、2件の裁判例を分析対象として採り上げたに過ぎないが¹⁵、その範囲内で言うと、裁判所は老親とその子の関係を十分に検討することなく、親子という身分形式から子を「被害者本人と身分上、生活関係上、一体をなすとみられるような関係にある者」と認めて、子が「被害者側」に該当するものと判断している¹⁶。

まず裁判例1を見ると、CがXと養子縁組をしてXの養子になったとしてCを「被害者側」と評価しているが、CはXとの養子縁組後に一人暮らしをしているX宅を定期的に訪問していたに過ぎないことからすると、X・C間に経済的一体性があるわけでもなく、また填補清算の同一性もない。さらにXがDFを支配・コントロールできたわけでもないことからすると、X・C間に身分上・生活関係上一体を成す関係があったと評価し得るだけの十分な関係があったとは言えないだろう¹⁷。

14 なお、未成年後見人の「被害者側の過失」が問題となったケースとして東京高判平成28年11月30日消費者法ニュース 111号295頁がある。これは、X（平成元年生まれ）の未成年後見人であったBがY社の従業員Aから出資の勧誘を受けて不動産投資ファンドへの出資し、結果的にXが取引損害を被ったという事案であるが、東京地裁は、未成年後見人が未成年被後見人を代理して投機性が高い取引を行うことがおよそ許されず、Bが本件取引を行ったことは非難されなければならないが、「未成年後見人の落ち度を原因として、未成年被後見人に不利益が転嫁されるいわれはないから、過失相殺を行うことはしない」として被害者側の過失を否定している。また東京高裁も「本件取引の勧誘自体が許されない本件においては、未成年者であったXの財産保護が図られるべきであって、被害者側の過失相殺を理由に損害の一部をXに負担させることは、かえって公平の理念に反する」として被害者側の過失を否定している。

15 なお、金融商品取引事例で被害者側の過失を斟酌したものとして東京地判平成18年4月27日先物取引裁判例集44号75頁、大阪地判平成25年2月15日証券取引被害判例セレクト 44巻244頁があるが、そこでも「被害者側」の判断について十分に説明されていない。

16 被害者側の過失が正当化される場合に関して、潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999年）317-318頁を参照。

17 Cを「被害者側」と認めたことに対する批判として、熊谷・前掲注（12）109頁、執行・前掲注（12）45頁、カライスコス・前掲注（12）79頁、倉重・前掲注（12）165頁、大原・前掲注（12）23頁、大原寛史「投資取引・高齢者取引」

次に裁判例2を見ると、老親Xの娘Cを被害者側に該当するものと判断している。ここではその該当性を積極的に正当化する根拠、すなわち、X C間に夫婦の場合と同様の経済的一体性や、填補清算の同一性を認め得るだけの事情があったかどうかは本件事実の中で明らかにされていないが、裁判所はX Cが親子関係にあることから被害者側の該当性を認めたように思える¹⁸。

このように、両裁判所は親子関係という点から被害者側の過失を認めているように思えるが、こうした類型における親子関係は、幼児とその監督義務者というような従来の典型的パターンと同一線上に位置付けられるものではない。上記裁判例1及び2との比較からすると、「被害者側」の過失を認めるとしても、両者間において身分上・生活関係上の一体的関係を認めるに至った諸事情を示す必要があったように思える。

（2）被害者側の「過失」の判断

裁判例1では、Cの過失を認めるにあたって、CがXにつきかつて後見が開始されていたこと及びXが一人暮らしをしていることを知っていたにもかかわらず、平成21年春頃まで本件取引に気付かなかったということを斟酌している。しかしながら、本件取引は成年後見人でありXの従兄弟であったBがAに対し、株券の存在を直接Xに確認するよう依頼したことをきっかけとしたものであり、本件取引に最初からCが直接関わっていたわけではなく、またXから本件取引に関する相談を受けていたわけでもない。さらにCは成年後見人ではなく、養子に過ぎないため、Xの財産管理に限界があったことも踏まえると、本件取引に気づかなかったという単純な不

ㄨと家族の関与—『被害者側の過失』としての考慮をめぐる近時の裁判例に焦点を当てて」南山法学47巻3＝4号（2024年）322-323頁がある。

18 なお、X Cが同居していたかどうかについて明確に記されていない。

注意を過失として認めるべきではなかった¹⁹。他方、Y側を見ると、Aの勧誘が適合性の原則から著しく逸脱したものであったこと、Aの説明義務違反の程度も社会的相当性に欠けるものであること、さらにAの行為がXの利益を犠牲にしてYの利益を図ったものであることが認められている。本判決は2割の過失相殺を認めているが、YAの事情（金融商品取引であること、違法性の強さ、利得性）も踏まえると、被害者側の過失を認めるべきではなかった²⁰。

これに対して、裁判例2では、老親Xの娘Cの過失を認めるにあたって、
①Cが重要事項説明書にある本件制度に関する記載を見過ごしていたこと、
②Cが区の介護保険課に相談する等の方法により本件制度を知ることができたことを挙げている。裁判例2は介護サービスに関する法制度の説明である点で、裁判例1のような金融商品のような複雑な説明の場合とは事情が異なっていること、またCは最初から代理人として本件契約に直接関与していることからすると、Cの落ち度を認めたことはやむを得ないのかもしれない²¹。他方、Y側を見ると、このケースでは、裁判例1で見たような強い違法性がYにあったわけではなく、またYの利得の保持も特に問題となっていない。このことも踏まえると、X側の過失を認めたことは妥当であろう。

このように、被害者側の「過失」を判断する場合、被害者側に該当する

19 倉重・前掲注(12) 165頁。

20 本件において被害者側の「過失」を認めたことを批判する見解として、執行・前掲注(12)。なお、本判決は「Xとしては、本件取引に際し、投資信託等の購入を拒否し、親族に相談することが全く不可能であったとまではいえず、安易に本件取引に及んだことについては、Xにも一定の落ち度が存在すると認められる」として被害者の過失を認めている。しかし、その一方で、本件取引開始当時、Xは「年齢相応に判断能力が低下していたことが容易に推認できるし、投資に関し、適切な助言ができる者が側にいたわけでもない」と述べていることからすると、Xの落ち度を認めるべきではなかった。この点に関する指摘として倉重・前掲注(12) 160頁。

21 川久保・前掲注(13) 370頁も本件での過失相殺を妥当なものと評価している。

者の落ち度が小さいもの（単純な不注意）であっても、過失相殺の斟酌対象としており、そこでは加害者側の行為態様や利得性といった事情が踏まえられているわけではない。とりわけ裁判例1のように加害者側の行為態様や取引内容の特性が問題となるような場合には、それとの比較から被害者側の「過失」の認定をより慎重に判断すべきであったように思える。

IV. 本判決の検討

1. 「被害者側」の判断

以上の下級審裁判例の考察をもとにして、まず本判決の「被害者側」の判断について検討していく。本件は、被害者と被害者側にある者が判断能力の低下した老親とその成年の子という関係にあるケースであるが、本判決は、その成年の子Aが「被害者側」に該当するかどうかを判断するにあたって、下級審裁判例1及び2のような親子という身分形式からその該当性を判断しているわけではなく、Xとその妻Bの住む母屋と同じ敷地内にある離れにAが引っ越して生活していたこと等の5つの具体的事情を示した上で、実質的にAがXの損害拡大を抑制することができる立場にあったのかという点からXA間に「身分上生活関係上も一体をなす関係」があったことを認めている。本判決がXAの関係に着目して具体的な判断をした点で重要な意義があったと言える²²。

しかし、その一方で、5つの具体的事情による判断には次のような問題を孕んでいる。第1に、裁判所が具体的事情のもと一定の者が「被害者側」に該当すると判断した場合、昭和42年判決との整合性が改めて問われ

22 本判決で示された5つの事情は最判平成28年3月1日民集70巻3号681頁の準監督義務者該当性基準（民法714条類推適用）を意識したものではないかとの見解につき、宮下・前掲注（8）29頁を参照。また大塚編集〔慥見〕・前掲注（5）488-489頁も参照。

ることになる。すなわち、昭和42年判決で「両親より幼児の監護を委託された者の被用者のような被害者と一体をなすとみられない者の過失はこれに含まれないものと解すべき」とし、身分上生活上一体的関係にない保母は「被害者側」に含まれないとした。しかし、本判決で示された具体的事情のもとでその一体的関係を判断していくならば、場合によっては、被害者を収容している施設の担当監護者・管理者のような、家族以外で密接な関係をもつ者が「被害者側」に該当する可能性もあるのかもしれない²³。そしてもしそうであるとするならば、具体的事情による判断は被害者側の該当性判断を不明確にする側面があるだろう。

第2に、本判決で示された具体的事情のもとで「身分上生活関係上も一体をなす関係」の有無を判断していくならば、被害者と一定の関係にある者が介護等の事情から被害者との生活上の関与を強めれば強めるほど「被害者側」に該当する可能性が高くなるため、結果的に被害者の損害賠償額が減額されることにつながり得る。またこうした形での減額の結果、賠償額が減額されないようにするには老親の世話などにおいて積極的関与をすることをできる限り控えた方が良いとの考えにつながりかねない。

このように具体的事情による被害者側の判断には意義と問題点があるが、そうした判断による問題を回避するためには、次に見る「過失」をより慎重に判断をしていく必要があるだろう。

2. 被害者側の「過失」の判断

本判決は、Aは、④Xが判断能力の相当程度低下した状態で多額かつ大量の商品を購入していることを容易に認識し、⑤認知症等に関する診察を受けるためにXを病院に連れて行くなどして、平成25年12月以降の本件取引の継続による損害の拡大を阻止することができる立場にあったにもかか

23 大塚編集〔樫見〕・前掲注（5）488-489頁。

わらず、Aは、平成28年3月に至るまで、Xが本件取引を行っていることを認識せず、これを中断させるなどの介入をしなかったとしてAの「過失」を認めている。しかしながら、本件では、Xが成年後見人の審判を受けた平成29年2月22日前のX A間には親子関係があるだけであり、AがXの財産管理につき代理権を有していなかったことを踏まえると、Xの損害拡大につきAに落ち度があったと安易に評価するべきではなかったように思える。

他方、本判決は、Yの違法性が強いものと評価している。すなわち、本判決では①C及びDがXにとって本件取引が過量取引であること（不必要な取引）を認識していたこと、また②C DはXの判断能力が相当程度低下していたことを認識していたことから、「社会通念上許されない態様で買主であるXの利益を侵害したものと不法行為法上違法と評価されるべき」としている。また過失相殺を認めたことで損害賠償金が減額（3割で約500万円）されたことで、結果的にYに違法行為による一定の利益保持を許している。本判決は、Aが平成25年12月以降に本件取引継続による損害拡大を阻止できる立場にあったと判断しているが、他方でYが平成25年12月以降に信義則上の取引一旦中止の注意義務を負っていたにもかかわらず、取引を中断することなく、継続していたとして、Yに強い違法性があったことを認めている。このような事情も踏まえると、本件においてAの過失を被害者側の過失として斟酌するほどのものであったのかは疑問であり、本件では被害者側の過失を認めるべきではなかったように思える。

V. むすびにかえて

本稿では、東京地判令和2年1月29日判時2503号33頁を素材として、取引的不法行為のケースで被害者が判断能力の低下した者であった場合における「被害者側の過失」の在り方について分析してきた。本判決のように、

被害者と被害者側の関係性が多様化し、形式的な判断が直ちにできないパターンもあるため、場合によっては「被害者側」について具体的事情に照らした判断をしていくことが必要なかもしれない。その一方、「被害者側」を具体的事情に照らして判断していくと、その範囲が不透明になることは否めない。また「被害者側」の該当性が広がることで、被害者側の過失が認められる幅も広がるため、特に加害者の違法性が強く、利得性もある取引的不法行為の場合に、被害者の損害賠償額の減額につながるという問題も生じ得る。こうした問題も踏まえると、「過失」の判断において過失相殺をするほどの過失が被害者側にあったのかどうかということをより慎重に判断していくことが求められるだろう²⁴。

最後に、取引的不法行為における過失相殺の在り方について述べることにする。取引的不法行為の場合、①加害者が取引交渉過程で被害者の属性等の情報を知り得る立場にあるため被害者の弱みに付け込みやいという特徴（当事者間の対等性や立場の互換性の欠如）があることに加えて、②この場合に過失相殺を認めるならば、加害者に加害行為によって得た一定の利益を保持させることにもなる（利得性）という特徴がある²⁵。そしてこうした特徴によって被害者に生じる不利益は、例えば高齢者など、被害者が特に判断能力が不十分である故に保護を必要とする者である場合に、より顕著に表れるだろう。したがって、この種の事件において上記①②の特徴を踏まえることなく、形式的な損害公平分担の観点から過失相殺を安易

24 過失相殺は、被害者に単に不注意があったかどうかのみを問題とするのではなく、加害者が自らの損害賠償額・責任を軽減するために被害者の不注意を主張することが妥当なのかという観点から判断すべきとの見解につき、窪田充見『不法行為法』（有斐閣、第2版、2018年）430頁を参照。

25 事実的不法行為と詐欺的不法行為における過失相殺の構造的な違いに関して、窪田・前掲注（7）260頁、内橋ほか〔平田元秀〕・前掲注（7）65頁以下、今川・前掲注（7）374-375頁以下を参照。故意による取引的不法行為の場合に、利得保持を否定するために、過失相殺を否定したケースとして、例えば大阪高判平成18年9月15日先物取引裁判例集45号60頁がある。

に認めるならば、被害者に損害の不公平な分担を多かれ少なかれ押し付ける一方で、加害者に一定の利得保持を認めることにもなるため、取引の仕組みや加害者の行為態様に照らして、過失相殺を認めるのかどうかを慎重に判断していくべきであろう²⁶。

26 内橋ほか〔平田〕・前掲注（7）63-70頁、窪田ほか編〔若林〕・前掲注（7）243-244頁。

法益論から自由の形態へ。 刑法上の基本カテゴリーの存在論的深層構造について

Michael Pawlik (著)

玄 守道 (翻訳)

◆訳者はしがき

本稿は、フライブルグ大学教授Michael Pawlik氏によるVom Rechtsgut zur Freiheitsgestalt. Zur ontologischen Tiefenstruktur strafrechtlicher Grundkategorien, in: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 351-364.の翻訳である。

近時、法益論に対して、その立法限定ないし批判機能につき多くの批判がなされ、もはやそのような機能は法益論に認められないとの理解が日本でもかなり有力となっている。もっとも、では、法益論に代わる立法限定ないし批判機能を有する刑法上の原理・原則は何か、何が法益論に代わって立法に際しての指針となるのかについて代案はほとんど示されていない(近時、法益論に代わる構想として刑事立法学が主張され始めてはいるが)。他方で、法益論は立法限定ないし批判機能とともに解釈の指針としての機能も認められてきた。この点については、立法限定ないし批判機能とは異なり、その機能を認めることについて広く意見の一致があり、法益論の解釈の指針としての機能についてはほとんど疑問視されてこなかった。

ドイツにおいても類似の議論状況にある中で、本稿の著者は、法益の立法限定ないし批判機能のみならず、解釈論上の指針としての機能について

も疑問を提示し、法益論に代わるものとして、自由の定在形態の体系 (ein System der Daseinsgestalten von Freiheit) を提案する。この構想の詳細については本文を参照していただきたいのだが、この構想は著者によってすでに解釈論において展開されているものであり (例えば、正当防衛や緊急避難など)、これを一つの体系として展開するもので非常に興味深く、今後、法益論に代わるものとして検討に値する内容を有するものと思われる。本稿を翻訳し、紹介する所以である。

とりわけ、法益論の検討に際して存在論に基づく批判的検討という斬新な方法論を用いて、法益論の問題点、すなわち担い手と法益との分離、そしてそのことによって法益論が反リベラルな内容に親和的であること、つまり官僚主義的・集団主義的傾向を有するものとする批判は非常に鋭いものがあり、学ぶところが多い。

もっとも、その独自の方法論ゆえに、著者が言うところの「ただの解釈論者」にとってその批判的検討のハードルは高く、それがどの程度、受け入れられるのかは不透明である。このことは、ヘーゲル哲学に依拠する自由の定在形態論についても妥当する。それゆえ、著者が最後に主張するように、刑法学とその他の学問分野との関係 (ここでは哲学) を検討する必要がある。加えて、自由の定在形態論が立法限定ないし批判機能を有するのかどうか、どれほど有するのかどうかは今後の検討課題として残されている。

本稿の訳出に当たっては、立命館大学で (原則として) 毎月開催されている刑法読書会において、訳文の検討をしていただく機会を得た。その際、明治大学の川口浩一先生、立命館大学名誉教授の生田勝義先生から大変有益なアドバイスをいただいた。また、当日の研究会参加の皆さんからも大変貴重な批判・アドバイスをいただいた。記して感謝申し上げたい。

最後に、本稿の翻訳を快諾いただいた Michael Pawlik 先生に深く感謝を申し上げたい。

◆本文

I

法益思想を啓蒙の最も成熟した果実として言祝ぎ¹、法益保護を、法的に拘束力のある刑事立法を限界づけるものと称する声は、ますます小さくなっている²。最も明確なのは、観念史上（ideengeschichtlich）の知見である³。その考案者であるBirnbaumは法益概念をフォイエルバッハの権利侵害論に対して純粋な刑事不法の領域を拡大するのに役立てた。法益概念の再発見者であるBindingは、明示的に法益にいかなる法政策上の重要性をも否認していた。すなわち、立法者がいかなる事実を法益へと高め、刑法上の保護のもとに置こうとするのかについて、立法者は自由であるとしたのである。v. Lisztは確かに法益が人間の存在（Dasein）に根づくものであることを強調した。もっとも、彼はこの基準を結論において非常に広く捉え、その結果、Bindingの実証主義と同様にそれは刑事立法者をほとんど拘束するものではなかった。この時点までいかなる者も法益概念と啓蒙が相互に結びつくものという考えに至っていなかった。このことは、法益思想を明確に失墜させることを目指したキール学派の代表的存在である

1 So *Schünemann*, in: Puzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier/(Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2008, S. 47.

2 さしあたり、*Engländer*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht, ZStW 127 (2015), 616 ff.; *Jakobs*, Rechtsgüterschutz?, Paderborn, 2012, S. 13 ff.; *Kubiciel*, in: Duve/Ruppert(Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, Berlin, 2018, S. 374 ff.; *Stuckenberg*, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 129 (2017), 349 ff. を参照。

3 以下について詳細は、*Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a. M., 1972 (“Rechtsgüterschutz”), S. 38 ff., 52 ff., 216 ff.; *Löffler*, Rechtsgut als Verfassungsbegriff, Berlin, 2017, S. 37 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, Tübingen, 2012 (Unrechtとして引用する); S. 127 ff.

SchaffsteinとDahmによって初めて行われたのである。彼らのこのような結びつけがいかに誤っているのかは、とりわけ、この思想の主張者らがその理論を1933年以後の政治的諸関係に適合させることを意識していたその融通性で示されている。要するに、啓蒙的でリベラルな法益概念神話がただ符号をまったく逆にして、刑法上の解釈論史の極端にイデオロギー化された見方を継続させている。これとの別れはそれゆえ遅きに失している。

一度たりとも法益概念に規範的中立性が証明されたことはなかった。それは単に次のような概念上の枠組み、すなわち、リベラルな内容を優先するものではないにしても、リベラルな内容と同時に反リベラルな内容をも常に等しく受け入れる用意のあるところの概念上の枠組みを示すものではない。むしろ、法益概念に刻まれた存在上の事前拘束性（Vorfestlegungen）が後者のタイプの基礎付けを優遇するものであることを喚起する（Ⅱ）。法益という形象の利用が、問題を孕むいかなる規範的帰結へと至りうるのかを、同意、正当防衛、正当化緊急避難の例で示そう（Ⅲ）。最後に、私見によれば優れていると思われる代案に言及しよう。それは法益概念を自由の定在形態の体系（ein System der Daseinsgestalten von Freiheit）によって置き換えるものである（Ⅳ）。

このことは、相当数の頑迷な解釈論者なら密教的だと思えるような通常ではないやり方である。もっとも、以下の考察を心からの感謝を込めて捧げるUrs Kindhäuserは「ただの解釈論者」をはるかに超えている。真の学問上の刑法解釈学は、一方で分析された情報に基づいた法理論の一概念を明晰化する一側面と、他方で、政治哲学の一正当化理論上の一側面を必要とするという確信によって、彼の著作は特徴づけられる。私は、以下の考察が彼の関心を引くであろうことを願っている。

II

他の刑法上の基本概念と同様に、「財」概念もまた、刑法上は「法益」へと特殊化されるのだが、哲学的な起源を有する。これは目的論の徳倫理に由来するもので、その古典的な形式は古代ギリシャ、ローマに遡る。これによれば、財とは、人間が善き (gut)、すなわち首尾よき生を追求する状態である⁴。健康は財であるという言明が意味するのは、この考えによれば、健康であることは善いことである、したがって、健康の状態は病気の状態よりも好ましいという価値判断と異ならないということである⁵。これとは異なる「財」という文言の使用が、「法益保護」並びに「法益侵害」という言葉 (Rede) の基礎にある。「財」は、そこでは特殊な態様における性質を有する対象を示す⁶。これは、現実の所与性 (eine reale Gegebenheit)⁷、すなわち侵害の危険にさらされ⁸、かつその危険から生じる被害から可能な限り免れている状態でなければならないために、特別の保護を必要とするところの現実の所与性である⁹。法益と法益客体の区別に関するあらゆる努力にもかかわらず、刑法の意味における法益は、以上によれば、客体的性格 (eine objekthafte Charakter)、存在上の基体 (ein seinhaftes Substrat) を有する。法益は、主体を除く外界世界の現実存

4 古典的なのは、*Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1094a.

5 詳細は、*Ricken*, *Allgemeine Ethik*, 4. Aufl., Stuttgart, 2003, Rn. 92 ff.

6 *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, S. 155; *Fiolka*, *Das Rechtsgut*, Basel, 2006, S. 164.

7 *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl., München, 2006, § 3 Rn. 66; *Hohmann*, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt a. M., 1991, S. 114; *Stenberg-Lieben*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.) *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, S. 67.

8 *Hefendel*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002, S. 28; *Hohmann*, S. 115.

9 基礎的なのは、*Biding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 4. Aufl., Leipzig, 1922, S. 355.

在している¹⁰。

そのような実在の要請で、刑法学は存在上の言明と関わるのである。そのような言明の分析と評価は、刑法上の本来の事柄ではない。むしろこのことに関して管轄を有するのは存在論である。存在論は、「存在 (Sein) の意義 (Sinn)、すなわち (実際の) 現存 (Existenz) という言葉の意味 (Bedeutung) に関して」問うものである¹¹。その主たる課題に属するのは、それゆえ、人間の生のあらゆる領域において、あらゆる個々の学問においても持続的に関わるものであるが、しかしほとんど詳細に反省が試みられていない存在言明を批判的検討に服せしめることである¹²。したがって存在論は「メタ理論的な試み、すなわち我々の、現実的なもののテーマ化のテーマ化、つまり理性の自己テーマ化」であり¹³、そしてそれ自体、いくらかの永遠論者 (Ewig-Gestriger) の突拍子もない思いつきではなく、反省の試みられた学問にとって放棄できないものである。

どのようにしてその検討は試みられるべきか。それは、まず初めに、当該存在言明がその基礎に置く、原理的な差異 (Leitdifferenz)—Hegel の用語では、「具体的否定」—を突きとめることである¹⁴。この回答は、一見して驚くべきものかもしれない。しかしながら、詳細に考慮すれば、それはほとんど自明の事柄にすぎない。対象に関する言明をうまく捕らえるためには、対象が特定されていなければならない。特定されたものであること

10 M.Marx, Zur Definition des Begriffs, „Rechtsgut“, Köln, 1972, S. 9; (批判的ニュアンスを含みつつ) 同様のものとしてKoriath, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 1999, 565.

11 Stekeler-Weithofer, in: Erhard/Meißner/Noller (Hrsg.), Wozu Metaphysik?, Freiburg, 2017, S. 42.

12 Meincke, in: Erhard/Meißner/Noller (Hrsg.), Wozu Metaphysik?, Freiburg, 2017, S. 96; Meixner, Einführung in die Ontologie, Darmstadt, 2004, S. 16; Rapp, Metaphysik, München, 2016, S. 22.

13 Meincke, in: Erhard u. a. (Hrsg.), S. 105.

14 Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, Baden-Baden, 2017, S. 13 f.

は、しかし、他の同様に特定されたものと区別されることを示唆する。いかなる対象も—この言葉の広い意味において理解される—対象であるところのそれ自体から取り出されるのではない。特定性（Bestimmtheit）は、むしろ、この具体的な対象と他の対象との関係に関わる合理的な概念である。それゆえ、その試みにおいてすでに、法益の議論をただ一つの正しい概念定義に関する探究として優先的に行うことは誤っている。何が「本当のところ」法益なのかと問う代わりに、出発点となる問いは次のようなものでなければならぬ。すなわち、法益概念にその特殊な輪郭を付与する根本的な区別（Unterscheidung）はどこにあるのか？言い換えると、何が法益概念によって除外されるのか？

伝統的な刑法学の回答は、次の通りである。すなわち、法益概念を用いて、正当にも、刑罰に裏打ちされた態度規範の保護客体として考慮に値するところの対象と、このことが当てはまらない対象との間が区別されるべきとするものである¹⁵。この区別問題は、しかしながら、アプローチがあまりにも遅い。すなわち、この問題は、法益と非法益が「対象」としてのその性質において一致していることをあっさりと前提としている。しかし、このことを承認することで刑法学は、大抵は何の釈明もすることなく、より大きな射程の存在上の方向転換を行っている。このことは、財が「対象」として認められる場合に、これがそれ自体、何と区別されるのかという問いが投げかけられれば、直ちに明らかになる。回答は、一見して平凡なように思われる。財はそれによってその所有者、あるいはなおより素っ気なく定式化すれば、その担い手¹⁶と区別される¹⁷。担い手は、彼が担う

15 典型的なのは、*Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. § § 13 ff. Rn. 10; *Roxin*, § 2 Rn. 1 ff.

16 最近の文献において、この用語を用いているのは、例えば、*Heinrich*, in: ders./Jäger/Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. 1, Berlin, 2011, S. 149 ff.

17 *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, Berlin, 1992, S. 83 f.

財と同じではない。むしろ、担い手と財は自立した、相互に独立の存在である。

このイメージはその皮相的な存在論上の説得性を、Kantが「外部的自己」と称する¹⁸ ところの領域に基づく法益、すなわち特に所有物と財産に負っている。この領域を離れば、法益概念の説得力は急速に失われる。健康、身体の不可侵性あるいは生命を、人格が「所持する」とされる、あるいはその担い手にとって財であるとされるところの「財」として認定することが、存在論上適切であるのか？機能する身体を、人間の存在（*Das-ein*）を形成しうるために¹⁹ 人間が必要とする物（*Ding*）に組み入れる場合、あるいはその存在を、「精神的自己」が生命を通じて運ぶ「移動手段」として特徴づける場合、このことは人間の身体の役割に相応しいのか²⁰？人間の身体に「宿りかつ身体を支配する」²¹ 精神というメタファーは、刑法上の保護客体のパラフレーズにつき、現代の精神の哲学を前にしてなお許されるのか？そのような定式化は、思惟する実体（*res cogitans*）と延長をもつ実体（*res extensa*）²² との厳密な区別及びあらゆる法益を所有物の基準に応じて構成する有産市民的（*besitzbürgerlich*）な思考を有するデカルト哲学的な形而上学（*cartesische Metaphysik*）に基づくほとんど説得力のない混合物からもたらされる²³。実際に、人格が肉体

18 Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *ders.*, *Werke in zehn Bänden*, hrsg. von Weischedel, Bd. 7, Darmstadt, 1983, S. 353 ff.

19 この語法は、*Ingelfinger*, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Köln, 2004, S. 38.に由来する - 非常に類似するのは、*M. Marx*, S. 68: 主体は、「身体と生命（ひいては自分自身）について決定することができるために、自由に使えるそれらを持たなければならない。」

20 このパラフレーズを選択するのは、*Wortmann*, *Inhalt und Bedeutung der „Umzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ im Strafrecht*, Baden-Baden, 2002, S. 91.

21 So *Roxin*, § 13 Rn. 14.

22 *Koriath*, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, S. 365.

23 後者を警告するものとしてまた *Amelung*, *Rechtsgüterschutz* S. 71; *ders.*, in: ↗

を有するのではない。—人格は、この肉体を衣服のように所持しうるような、そして、これを「コートのようにある日、脱ぎ捨てることができる」²⁴ 精神的な何かではなく—、人格とはこの肉体である²⁵。

多くの刑法解釈論者にとって法益という用語は、上記の例証された歪みが彼らにとってもはや奇異に感じないほどに自明である—Wittgensteinによって診断された、「我々の言語という手段を通じて我々の理解に魔法をかけること」²⁶ についてのひとつの印象的な例である。よりによって学問が概念を有することを最も必要とするところで、—その根本的、理論的な方向転換のレベルで—法益概念は刑法解釈学にそれゆえただ言葉 (Worte) を与えるにすぎない。

III

上記の異議に対しては、これは個別の定式化の瑕疵の点に尽きており、しかも一方で刑法上の法益思想の歴史において提示された解釈の様々なバリエーションを把握し尽くしておらず、他方で法益概念の解釈論上の重要性にとってはいずれにせよ無意味であると反論されるのかもしれない。しかしながら事態はそれほど単純ではない。

第一に、法益と担い手の分離において、決して言葉使い (façon de parler) だけが問題でない。上述のように、この分離はむしろ財の意味論の存在上の基盤に書き込まれている。確かに「法益」という用語をこの基

↘ Hefendehl u. a. (Hrsg.), S. 164; ders, in: Arnold/Brukhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München, 2005, S. 3; Fiolka, S. 39.

24 Plessner, in: ders., Gesammelte Schriften, hrsg. von Dux, Bd. 5, Frankfurt a. M., 1981, S. 226.

25 印象的なのは、Plessner, S. 226.

26 Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, hrsg. von Schulte, Frankfurt a. M., 2003, S. 81.

本構造が消え失せてしまうよう再定義する（脱物質化する）ことはできる。これに該当する一連の提案はHonigおよびGrünhutによる、ある規範の法益をその保護目的と同置する試み²⁷から、法益概念を、そのなかで犯罪規範の正当性に関して議論することができるとされる理由の空間（space of reason）と解するKudlichの解釈²⁸にまで達する。しかしながらこの再解釈の弱点は、例えて言えば、それは子供を風呂の水と一緒に流すという点にある。すなわち法益がこの文言へ依拠することがなくても同じく十分に営まれ（記述され）うる活動の表示に関する単なる相関詞にすぎないとすれば、Schaffsteinがすでに1937年に述べていたように、独自の犯罪理論上のカテゴリーとしては過剰である²⁹。加えて、法益侵害あるいは法益保護のような概念はあらゆる意味を失う。というのも、立法上の目的あるいは法政策上の考慮はそれ自体として侵害されないし、これらは特別な保護を必要とするものでもないからである³⁰。

第二に、法益と担い手の間の区別は、法益の側面に一義的に焦点を当てることと結び付けられることで、まったくもって重大な解釈論上の帰結をもたらす。短く定式化すれば、それは法益の担い手として現れるに過ぎない個々の法的人格を存在的にだけでなく、規範的にも二番手の地位へと押しやることへと至る³¹。このことからの帰結は広範であると同時に疑問で

27 Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Mannheim, 1919, S. 94; Grünhut, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 1 Tübingen, 1930, S. 8.

28 Kudlich, Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, ZStW 127 (2015), 651.

29 Schaffstein, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStR 4 (1937), 346 f.

30 この問題をRoxinとともに二つの相対立する法益理解を単に並列する（それに応じて事実性あるいは目的設定として定義する [Roxin, § 2 Rn. 7]）ことによって取り除こうとすることは、任意のもの（Beliebiges）、すなわち、よく見れば、そもそものいかなるものも導出しえない反概念（Unbegriff）の創出に至る。

31 同旨、Stuckenberg, ZStW 129 (2017), 359 f.

ある。

このことはまず同意の例で示される。法益の、その担い手からの独立は、彼の意思なくあるいは意思に反して法益を保護することを可能ならしめる。Neumannはその限りで全く適切にも「その所有者に対する法益の専制」と言う³²。このことはとりわけ「生命」と「身体は無傷さ」において実際に重要である。担い手からの独立のオプションが、様々にラディカルなやり方で行われうる。最も広範に行われているのは、法益の担い手の意思を、まさしく彼がただ担い手にすぎないために、第三者の（見かけ上の）関心に従属させ、したがって当事者に課せられた財の負担（Güterlast）を、彼がそれを望むと望まざるとにかかわらず、引き続き担うよう求めることである。この基礎づけ構造は、いわゆるタブーの保護による論拠をその基礎としており、それは刑法典第216条において依然として重要な役割を果たしている³³。それほど広範囲ではないが、しかし自由の観点の下で、問題を孕まざるを得ないのが、パターナリスティックなバリエーションである。法益の担い手—常に成人の、取引能力があり、かつ責任能力のある人間—は、以上によれば、自己の無分別さ（Unverstand）の結果に対して保護されるとされるのである。この考慮を、刑法典第228条に関する最近の判例も裏打ちしており³⁴、しかもこの考慮は刑法典第216条によって周知のものとなっている³⁵。確かに、自ら自身に対するタブーの保護および人間の保護の狙いは、法益概念とは無関係に定式化されうる。法益におけるこの考えは、しかしながらこの見解の主張者らに基礎付け作業を容易にする。というのも、法益は彼らに、彼らの考察がスムーズかつ目立たずに

32 Neumann, in: ders./Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, Frankfurt a. M., 2007, S. 93.

33 この点に関して、Pawlik, in: Becker/Roch (Hrsg.), Recht der Älteren, Berlin, 2013, S. 150 ff.

34 基礎的なのは、BGHSt 49, 34 und 166.

35 詳細は、Pawlik, in: Becker/Roch (Hrsg.), S. 154 ff.

適合する概念上の枠組みを自由に用いさせるからである。それによって、解釈論上の通常性（Norimartät）の外観が作り出されるが、それは上記の立場の自由理論上の要求内容（Zumutungsgehalt）を覆い隠す恐れがある。

法益概念の無反省な使用の帰結は、正当防衛権においても示される、しかも、正当防衛が独自の厳格さを「個人主義的に」十分に説明しえないということを承認する形で、である³⁶。この承認は、法的に保護された防衛者の行為自由に代えて、まずもって攻撃によって危殆化された法益と関連付けられるということに依拠している。例えば、防衛者が退避を義務付けられないという事情は、法益関連的な考察方法に基づけば、説得的に説明しえない。法益保護は、常にリスクと結びつく防衛よりも退避によって効率的に行われうるのがしばしばである。すなわち、防衛は、そのような場合に、財保護の観点の下で機能しないものと思われるし、それは「目的が達成できなくても（zwecklos）法益を害するであろう」ために、むしろ「有害なもの」と思われる³⁷。法益保護思想を背景にしたとき、正当防衛者が自己の財を擁護するために、均衡を超えてより大きな程度の他人の財を否認してよいということは当惑の感を与える。というのも、防衛者の、法益への脅威に対する防衛という利益は、それ自体としては、正当防衛においてその他の防衛的な危険防除の場合におけるよりも大きくないからである。

この基礎づけの瑕疵を埋めるために—Bernerの引用句³⁸の濫用的な再

36 以下に関して、Pawlik, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 (2002), 262 f.

37 Roxin, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), 77.

38 この点につき、Kindhäuser, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin, 2013, S. 499 f.; Pawlik, ZStW 114 (2002), 292 f.

解釈の下で—「超個人的な」正当防衛の支柱が加えられる。この構成は、防衛者がその自由を、彼が同時に「法秩序の擁護者」として振舞うためにのみ、効率的に防衛してよいという結果に至る³⁹。ここで改めて示されているのは、法益概念は規範的に決して中立ではなく、その存在上の構造物ゆえに官僚国家的（*obrigkeitsstaatlich*）—集団主義的な論証モデルを優遇する傾向にあるということである。法益概念は、この論証モデルを採用者を、リベラルな立場よりも性急に、すなわちより乏しい基礎づけでもって（mit geringerem Begründungsaufwand）、そのような見解へと導く基礎づけの道筋（Begründungspfad）を示している。

正当化緊急避難の伝統的な理解は、この知見を証明する。すでに正当防衛の制限の検討において際立たせたように、法益思想にとって特徴的な人格に対する財の優位は必然的にコンフリクト状況において自由のコンフリクトではなく、財のコンフリクトが問題であり、それゆえ、財の衡量でもって解消されるべきであると説明する。財の衡量は、衝突する財が同じ所有者に帰せられる限り、規範的に問題を孕むものではない。この所有者はその場合、理性的な形でより価値の高い財を維持するよう決定するだろう。もっとも緊急避難事例においては、危機にある財と、その救助のため犠牲を強いられる財が、異なる所有者に割り当てられることによって特徴づけられる。19世紀後半から20世紀前半の刑法解釈学は財衡量モデルを緊急避難にも及ぼすことによって、正当化理論上容易ならぬ、集団主義的、より正確には社会功利主義的な基礎づけ類型への道を歩んだ。それは言葉通りに受け取れば、個々の人格を社会全体（*gesamtgesellschaftlich*）の財の最適化への関心の下に置くものである⁴⁰。確かに、財の衡量から、介入の名宛人の「自律性の利益」に重要な位置づけが与えられる利益衡量へ

39 例えば、*Roxin*, § 15 Rn.2.

40 詳細は、*Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002, S. 34 ff.

のさらなる展開は⁴¹、上記の試みに多くの実践的な困難を取り除いた。しかしながらこの集団主義的な基本的な方向付けは利益衡量モデルにおいても生きながらえている。犠牲義務者の自由がその他と並ぶ一つの利益へと切り詰められることによって、その社会的な拘束が、方法論上および価値論上、自己決定権に対して優位するものとして取り扱われるのである⁴²。改めて、法益パラダイムは、その所有者に対する財の独立で、この序列の自由理論上の居心地の悪さ（Anstößigkeit）を覆い隠すことへと寄与する。

IV

上述のように、法益概念は、官僚国家主義的で集団主義的な論証モデルの潜在的な持続的帰結を優遇するもので、それが発生し貫徹していた時代では、確かに広範な同意があったと考えてよいが、しかし今日の法意識からはかけ離れている。この知見は、刑法学にとって無関心であることはできない。刑法学の課題は、Kindhäuserとともに言えば、「ある特定の時代の規範的な自己イメージを分析し、刑法規範の指導的原理と帰責のルールをその正当化の基礎から導くこと」に見出される⁴³。このように理解された刑法学は、その時代の規範的自己理解を可能な限り最善の態様において考慮に入れる一般的犯罪論の型（Zuschnitt）を得るよう努力しなければならない。この目的のため、刑法学は既存の解釈論上のストックを、まず、その中に古い時代階層あるいは意識階層の沈殿が維持されているのかどう

41 Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 34 Rn. 38; Roxin, § 16 Rn. 46 ff.

42 Greco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, 237; Pawlik, Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie, JRE 22 (2014), 144 ff.

43 Kindhäuser, Criminal Law Science (Strafrechtswissenschaft). Revista portuguesa de Ciencia criminal 26 (2016), 6.

かという形で検討しなければならず、次いで、現代の規範的自己理解にもはや対応しない残滓を一貫して捨て去らなければならない。この残滓に属するのが法益概念である。

しかし、如何なる、その他の存在論上説得的な基本カテゴリーに取って代えられるべきなのか？存在論上一次いで規範的にも一法益というカテゴリーの欠点はその担い手である人格からの分離に基づくものであるという事情に直面して、容易に思い浮かぶのは、この「存在論上の疎外化」⁴⁴の克服を目的とする構想の出現に目配りすることである。歴史上もっとも有力なこの種の理論は、Hegelの具現化の存在論（*Ontologie der Verkörperung*）である⁴⁵。その中心を形成するのは観念論である。今日の通常の言語使用に反して、観念とはHegelにとって「空虚な表象ではなく」⁴⁶、「彼岸にあるものでもなく」⁴⁷、概念を通じた一定の存在領域の完全な相互浸透状態である⁴⁸。法の観念は、以上によれば、その実現における法の概念（*Begriff des Rechts in seiner Verwirklichung*）である⁴⁹。前者は、自由な意志に定在を与える点にその本質があるために⁵⁰、Hegelは、法を「実現された自由の帝国」として特徴づけることができる⁵¹。Hegelがその『綱要』の中で展開する制度は一人格から国家まで一したがって自由の定在形

44 Chitty, in: Jaeggi/Loick (Hrsg.), *Nach Marx*, 3 Aufl., Berlin, 2017, S. 56.

45 基礎的なのは、Taylor, Hegel, 1. Aufl., Frankfurt a. M., 1983, S. 121 ff., 127 ff., 477 ff.

46 Hegel, *Philosophie des Rechts*, hrsg. von Henrich, Frankfurt a. M., 1983, S. 47.

47 Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, hrsg. von Iltting, Bd. 3, Stuttgart, 1974 (Vorlesungenとして引用する), S. 104.

48 Hegel, *Vorlesungen*, S. 104. – 詳細は、Taylor, S. 428 ff.

49 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in: *ders.*, *Werke*, hrsg. von Moldenhausner/Michel, Bd. 7, Frankfurt a. M., 1986 (Grundlinienとして引用する), § 1 (S. 29).

50 Hegel, *Grundlinien*, § 29 (S. 80).

51 Hegel, *Grundlinien*, § 4 (S. 46).

態を表現するものである⁵²。

一見して、法益論を自由の定在形態の理論に代えるという提案は⁵³、確かに慣習の力を得る法益論よりもかなり前提の多い—より形而上学的な—ものと思われる。しかしながら、一方で法益論との取り組みが示すのは、最も啓蒙された学問でさえ形而上学的な—より正確には存在論的な—基本的な想定なくして履行することはできないということである。他方で、Robert Brandom, John McDowell, Robert Pippin, Terry Pinkardのような哲学者らが、Hegelの論理的な基礎づけの芸当を以下のことを通じて脱神話化することが可能であることを示した。すなわち、Hegelの客観的精神論を社会的な実践方法の分析 (Eine Analyse sozialer Praktiken) として再構成することを通じて、である⁵⁴。

例えば、自由の定在形態の根本に対応するのが人格であるとされる。「人格は」、Hegelが綱領に則してそう定義するように、「観念であるべきである」⁵⁵。観念の現象形式として、人格は自らにその自由の外部的領域を与えなければならない⁵⁶。人格を抽象的一般的なものとして把握し、それに対して法益を存在的に独立した実在として対置する法益論とは異なり、Hegelは人格をそれゆえ、先の外部的領域を観念化し、それによってジン

52 この点につき詳細は、*Hoffmann*, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Wiesbaden, 2004, S. 413 ff.; *Vieweg*, Das Denken der Freiheit, München, 2012, passim.

53 結論においてこの提案に近いのは、*Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, 2009, § 1 Rn. 2; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl., München, 2013, § 8; *Kahlo*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2010, S. 409 ff.; *Zaczek*, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin, 1989, S. 165.

54 詳細は、*Pawlik*, in: Kubiciel/Pawlik/Seelmann (Hrsg.), Hegels Erben?, Tübingen, 2017, S. 268 ff.

55 *Hegel*, Philosophie des Rechts, hrsg. von Hoppe, Frankfurt a. M., 2005, S. 60.

56 *Hegel*, Grundlinien, § 41 (S. 105).

テーゼ化する「特殊な普遍性」、すなわち個性として⁵⁷ 記述する⁵⁸。この反二元主義的な人格概念に基づいて、Hegelはまず身体の役割を、法益論よりはるかに説得的な形式において考慮に入れることができる。Hegelが説明するように、私は私の身体において自由なものとして生きている⁵⁹。このことが意味するのは、一方で、私の身体になされた暴力は直接に私になされた暴力であるということである⁶⁰。他方で、それは、私が「この五体を、生命を、ただ私が意志する限りにおいてのみ、[有している]」ことをいうものである⁶¹。それゆえ、除外されるのは、私の身体を刑法上、私に反して決定することである。したがって、私が自由答責的に私の身体を用いている限り、自発的であれ、他者の介入によってであれ（刑法典216条の状況）、刑法上重要な不可侵性の侵害ということはできない。

人格の外部的領域に属するのは、しかしその身体だけでなく、等しくその所有物も、である。それゆえ、これもまたHegelは人格の放散（Emanation）として把握する⁶²。「所有が真であること（Das Wahrhafte des Eigentums）」⁶³は、以下の点にその本質があるとされる。すなわち、私が自由な意志としての私にとってその所有物において「対象的であり、このことによってまた初めて現実的な意志」であるとされる点に、である⁶⁴。所有物と財産は人格が法的な生活において現れる形態とともに構成するために、所有犯罪および財産犯罪は、身体の不可侵性あるいは移動の自由に対

57 *Hegel, Wissenschaft der Logik II*, in: *ders.*, Werke, hrsg. von Moldenhausner/Michel, Bd. 6, Frankfurt a. M., 1986, S. 296.

58 *Müller, Wille und Gegenstand*, Berlin, 2006, S. 84, 242.

59 *Hegel, Grundlinien*, § 48 A (S. 112).

60 *Hegel, Grundlinien*, § 48 A (S. 112).

61 *Hegel, Grundlinien*, § 47 A (S. 111).

62 *Müller*, S. 5, 83.

63 *Hegel, Grundlinien*, § 45 (S. 107).

64 *Hegel, Grundlinien*, § 45 (S. 107).

する犯罪に劣ることのない人格に対する犯罪行為である⁶⁵。私の意思決定を蔑ろにすることで私の所有物あるいは財産に介入する者は、以上によれば、人格としての私を侵害している。

もっとも、人格は自由の第一の、最も抽象的な定在形態である。あらゆる人格は、その言語と振る舞いで活動する、しかもその思考、感情、認知で文化的にすでに様々な態様においてあらかじめ形成された世界において活動するのである⁶⁶。「人格として社会的に条件づけられている、権利を尊重しなければならない、そして権利を有するという洞察」⁶⁷を、個人は、制度化された承認の実践方法の枠組みにおいてのみ作り上げることができる。権利と義務を有するということが意味するものは、理論的に説明されるのではない。すなわち、権利と義務を有することは、次のような相応しい集団的な実践方法の中で経験されなければならないのである⁶⁸、すなわち次代を担う社会の成員に、相応しい自己理解とそれと並行する行為権限の獲得を可能ならしめ、信頼とそれとともに行為の現実性を広範に匿名化された社会関係において可能ならしめる社会的基盤を維持するところの集団的な実践方法の中で、である。この実践方法の全体性で初めて—これに対するHegelの命名でいえば、「客観的精神」⁶⁹—個々の人格に現実の自

65 Jakobs, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, Köln, 2003, S. 63 ff. – *Kindhäuser* は、すなわち、このアプローチの帰結を詐欺構成要件について包括的に展開した（基礎的なのは、in: *Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug*, ZStW 103 1991, 398 ff.）。

66 印象的なのは、Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I*, in: ders., *Werke*, hrsg. von Moldenhauer/Michel, Bd. 18, Frankfurt a. M., 1986, S. 21.

67 Jakobs, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, S. 796.

68 Dreyfus/Taylor, *Die Wiedergewinnung des Realismus*, Berlin, 2016, S. 228 ff.

69 Brandom, in: Khurana/Menke (Hrsg.), *Paradoxien der Autonomie*, Berlin, 2012, S. 61 ff.; Pinkard, in: Halbig/Quante/Siep (Hrsg.), *Hegels Erbe*, Frankfurt a. M., 2004, S. 276 ff.; Pipin, *Die Aktualität des Deutschen Idealismus*, Berlin, 2016, S. 49 f., 103, 147 ff., 273 f.; Stekeler-Weithofer, *Philosophie des Selbstbe-*

由の生活形式が可能となる。多くの社会契約論の抽象的な個人主義が容易に思い起こすのとは異なり、市民の自由の当該実践方法はそれゆえ外部的、潜在的に敵対的な諸力として相対するのではなく、「自由をその最も具体的な形成（Gestaltung）において」体现するのである⁷⁰。刑事立法者は、民主主義的な熟慮手続きおよび決定手続きに基づき、逸脱する世界構想に対してその不可侵性を擁護する場合、当該犯罪構成要件は自由論上、人格への攻撃に対する処罰と同様に十分に正当化される。

V

法益論との取り組みにおいて示されたのは、存在論上の基本モデルは規範的に中立ではないということである。このことは具現化の存在論およびそれから生じる自由の定形形態理論にも妥当する。すべての刑法上重要な帰属形象はこの見解によれば最終的に自由の観念の意味論から導出されなければならない⁷¹ — 刑法学者がその固有の分野の伝統と並んで市民の自由、義務、そして責任（Verantwortung）に関する哲学的議論をも考慮する場合のみ、適切に克服することができる課題である。しかし、この方法で達成されうる言説上の透明性について付加的に得られるものは、余分な労力をかけるに値する。決着をつけるべき自由理論上の問題を独自の財の意味論の基礎づけ論理へと翻訳しなければならない代わりに、それは一上述の通り一初めから当該問題の歪曲された認知へと至るのだが、個々の議論参加者はそれを直接にそれ自体として視野に入れ、専門分野の議論にさらすことができる⁷²。

↘ wußtseins, Frankfurt a. M., 2005, S. 28 f., 62 f.

70 *Hegel*, Grundlinien, § 33 Z(S. 91). – 詳細は、*Pawlik*, in: Kubicieł u. a. (Hrsg.), S. 256 ff.

71 *Pawlik*, Unrecht, S. 158 ff.において、私は同様の試みを行っている。

72 結論において本稿と同旨なものとして、*Fiolka*, S. 509; *Hörnle*, Grob an-ノ

もっとも、以上でスケッチされた法益パラダイムに対する代案はその個々の言明に対しても、その一般的な方向付けに対してだけでも最高の知恵（Weisheit letzter Schluss）であることを求めるものではない。本稿の主たる狙いは、別のものであった。私にとって重要なのは、刑法学者は、その独自の基本概念の適切な理解を得るために、どれほどの哲学的な深さ（あるいは浅さ）に立ち入らなければならないのかということを例証的に際立たせることである。このことは、まぎれもないボン学派の結論である。Urs Kindhäuserはこのことに同意するだろう！

↘ stößiges Verhalten, Frankfurt a. M., 2005, S: 19; *Löffler*, S: 87; *Stuckenberg*, in: Diskussionsbeiträge der 36. Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer 2015 in Augsburg, ZStW 127 (2015), 711 f.; *ders.*, ZStW 129 (2017), 360.

茨川村境界確定万代記録

牛 尾 洋 也

○ 解説

本文書は、滋賀県東近江市茨川に存在した旧永源寺町茨川村（1965（昭和40年）には実質的に廃村となる）において、1874（明治7）年5月27日に分村・改称して茨川村となった経緯に関する村の古文書¹の翻刻を行ったものである。

本文書は、1872（明治5）年2月24日に明治政府が発出した郡村地券に関する「地券渡方規則」、及び同年8月に滋賀県の「地券取調方取扱心得方凡例書」が示され、それを受けて、当時、愛知郡第一区の六か村（畑）の枝郷として位置づけられていた「茨川茶屋（村）」の人々がその内容に驚き、村としての領域（テリトリー）の確認を求め県庁（当初は犬上県庁、後に滋賀県庁）に出した明治5年の「願書」を中心として、県庁とのやり取り及び郷中六か村との交渉をまとめ、最終的には村名の改称（分村）に至った「茨川村」の分村設立の経緯を村の「万代記録」として残すべく綴った袋綴じの冊子本（見開き1頁として36頁からなる）である（明治24年2月上旬の日付がある。前年の1890（明治23）年5月には、府県制・郡制が制定されており、本文書がまとめられた動機については、改めて検討

1 茨川村出身の筒井正氏（名古屋商科大学・非常勤講師）のご依頼で、茨川村の絵図をデジタル化し原寸大を和紙印刷した際に、筒井氏から託されたものであり、茨川を含む東近江市永源寺地区の地券取調総絵図や地籍図等の発掘に伴い翻刻を行ったものである。

したい。)

それは、以下の10件の内容から成る。

- ①表紙：「明治六年癸酉第一月吉日 当村内地境界相定ニ付万代記録」。
- ②見開き：「諸願成就村中繁栄之基礎与一汙謹で奉賀」と書かれた明治6年1月1日付の見出し（2頁）。
- ③「愛知郡第一区茨川茶屋村」の戸長、副戸長、惣代をはじめ村民14名の署名による県庁への「願面」の「差出経緯の概要」（3頁1行目～5頁4行目）。
- ④地券取調において「字八田茨川内山内の流水三里、横幅二十町」につき、茨川茶屋（村）の領内と定めていただくよう理由を添えた犬上県庁への「願面」（明治5年8月20日付）（5頁5行目～8頁末）。
- ⑤犬上県庁の「願面預り置き」処遇を受け郷中六か村との話し合いを経た「再願面提出のための下書き」（9頁1行目～12頁12行目）。
- ⑥犬上県庁への「再願面の清書」（明治5年9月28日付）（12頁13行目～15頁11行目）。
- ⑦願面の趣旨に関する犬上県庁と茨川村との「問答」並びに郷中村々との「交渉経緯」（15頁12行目～28頁17行目）。
- ⑧茨川茶屋村と郷中六ヶ村との立会山の「境界取替一札之件」（明治5年11月29日付）（28頁18行目～30頁19行目）。
- ⑨「茨川茶屋の分村願書」並びに茨川村の周囲の境界を確定した内容を記す「境界約定取替一札事」（明治6年1月4日付）（30頁20行目～34頁末）。
- ⑩滋賀県令松田道之への「分村願」並びに同県令より「茨川村」への改称（分村）の許可書（明治7年5月27日付）。

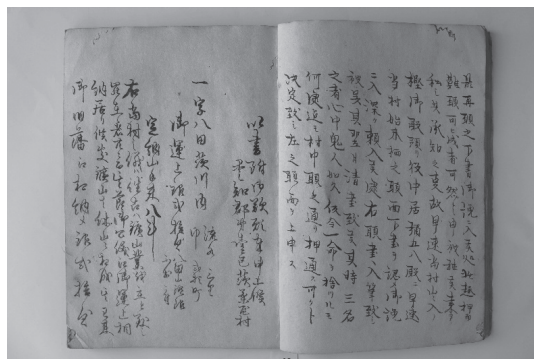
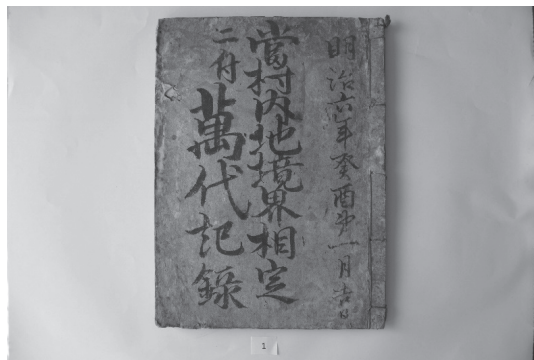
本文書は、枝村と位置付けられていた村が地券交付・地租改正にあたり分村独立した輝かしい経緯を生き生きと物語るだけでなく、今日、限界集

落化が進む日本の中山間地域の土地所有権並びに境界の持つ意味を考える上で貴重な史料であると考ええる。

本文書については不明の箇所もあり、他の関連文書との突合せなどにより内容の一層の解明が必要となるが、一旦ここに翻刻を公表し、諸賢からのご意見をお聞きする次第である。

なお、本資料の具体的な内容検討およびその位置づけについては、牛尾洋也編『土地空間の近代法的把握—地域資源管理をめぐって—』（日本評論社、2025年）第11章「明治初期の分村の経緯と村の領域確定」を併せて参照いただきたい。

（下記、原本の一部）



資 料

(翻刻)²

「明治六年癸酉（みずのととり）第一月吉日 ①

当村内地境界相定ニ付万代記録」

諸願成就村中 ②

繁栄之基礎

与一汙謹で

奉賀

愛知郡第一区茨川茶屋村 ③

戸長 石井 勝太郎

副戸長 小椋 儀平

惣代 筒井 龍蔵

筒井 利平

筒井利三郎

小椋 重信

石井清五郎

八木 源蔵

小椋 久蔵

茲出 寿治

小椋 など

筒井 小平

筒井 庄蔵

阿部 忠蔵

2 数字でページ数を示す。

王政御一新以来明治六癸酉年地券発行
 ニ付国内町村地方詳細取調可差出之旨
 被仰渡ニ付同年八月区長被召出犬上県
 ニ於テ権令神山郡廉殿ヨリ被仰出候御
 趣意其区村々地方取調田畑山林屋敷野藪
 式入会地弁別致し村々持之場所取調画図
 面ニ委敷認メ可差出旨被仰渡ニ付両区長婦村
 之上区内エ被致通達右ニ付当村之儀従前立
 会山ト有之場所相持（居リ候ニ付郷内八月十八日
 箕川村ニ而集会之上評定被致最モ麦野之
 河内之儀者郷中六ヶ村ヨリ年々四拾壹石三斗
 御小物成地ニ罷有候處尚又茨茶屋儀
 元禄年中ヨリ定納八斗ニ而田畠開発致
 罷有候場所ニ有之今般王政御規則ニハ
 立会場所者夫々村毎ニ割付致シ村毎之
 画図面ニ組込可差出規則ニ候間不残
 立会山割附可致ト相談相究メ当村
 戸長ヲ呼寄右ノ趣申被渡候ニ付当村
 戸長茂当惑致シ其儘婦村仕村中
 一戸右ノ趣申渡シ候処一戸之者甚ダ
 心配仕取々ニ申立候得共天朝一般ノ御
 規則ト有之候ニ付無捩仕合ニ存候左候ヘ共
 往古ヨリ御運上御年貢上納仕是迄右
 之場所手広く相稼来リ右ニ而村中相統
 罷在候地所ニ而外ニ山内同様之取計
 ニ而ハ承服難成与ぞんじ夫ヨリ村中評
 議之上利平利三郎龍藏右三人之者ヲ

④

相頼ミ候ニ付無拋三人之者引受候上当
村始末柄委敷願面ニ認メ戸長代筒井利平
副戸長代筒井利三郎惣代筒井龍藏ハ
八月十六日彦根表エ罷出中組岡田彌
吉方へ願面相見セ清書仕同廿日願面
県庁へ差出申候願面ニ 印ス

⑤

以書付ヲ御嘆願奉申上候

愛知郡第一区茨茶屋村

君ヶ畑村箕川村蛭谷村 立会

政所村黄和田村九居瀬村

一 字八田茨川内山内 流水三里

横幅二十町

此山手銀貳拾匁宛古来ヨリ上納仕来り候

元禄七戌年六ヶ畑立会場所開キ正米八斗上納仕来り候

右当村之儀ハ山中極難村ニ付重々山稼炭焼並ニ
中古石灰炭等相揃へ右ニテ露命細々ニ茂取続
仕来リ罷在シ處先年旧藩御支配中ニ於テ
村方難渋未レ始御憐察被成下格別之思召ヲ
以テ新田開発御赦免被成下右ニ付而ハ多分御
拝借御蔭ヲ以テ成就仕村中一汙難有奉存候
去ナガラ元来冷氣之場所殊ニ新田之儀ニ付
当時ニ而ハ思話敷取上米モ出来無之ニ付立会

⑦

自儘相持候而茂前引ニ相成リ甚タ難渋難
 堪仕合ニ御座候然ル処今般地券御調へ
 並真結リ書可奉差上旨被御渡ニ付六ヶ畑
 立会等御座候ニ付戸副長之者ヨリ被仰
 渡之御趣意区内通達之上則チ六カ村
 立会山之儀割付可致由被申聞左候得バ
 当村之儀ハ従前立会山而已相持来リシ
 處前件山内村毎ニ割附被相成候而ハ
 如何程之拌場茂無之候ニ付忽至難
 渋ニ相成リ尚亦其上当時仕入場所即立
 ニ相成候而ハ即今小前之者共糾命仕ベ
 候之儀者眼前ニ罷有候間役人之者真ニ以テ
 心痛仕候而茂是迄同様儀ニ付如何可
 致ト愚考迺茂無之嘆ケカハ敷仕合ニ奉存候
 且ハ右山内ノ義当村居住致シ罷在候地面ニ
 有シ処尚亦前件ノ通り山ニ御運上開キ地ニ
 御年貢討論ヨリ直ニ御上納仕旧藩御
 支配中ニ一村ニ取立らしい置則御下ケ書
 等茂頂戴仕罷者候最モ前件立会ノ
 村方ヨリ御年貢御運上上納致罷在シ村方
 茂無之ニ候得バ外ニ山内同様共相難心得
 然ル處先達而村中往々相続為方筋等
 有之候得バ何成共植付可致様被御渡ニ付
 村中相談之上第一杉檜桑等植付並ニ
 油実だま³ 柏辺ベ白木雜木等茂茺立

⑧

3 油実：菜種油など、卯木うつぎ

右ニ而村中往々法方相付候哉ト相心得
候処前書申上奉り候通り当時ニ而者
見込通り可致地面見立申ニ付深く心痛
仕誠ニ御維新已来御改正被仰出候
御儀ニも御座候間前件山之内ニ而当村ヲ
始メ奥江式拾町下モエ式拾町ガ間イ右丁数
御憐愍ヲ以テ当村領内ト相定メ被下置候
得者納々ニ茂相続可相成何分立会山戸
副長ヨリ被仰渡之割付ニ而ハ村中喰続方
難相成ニ付只管右願之通り御聴届ケ
被成下置候得ハ村中一戸難有仕合ニ奉存候此段
以書付ヲ御難願奉申上候以上

明治五年壬申八月廿日

右村九番屋敷農

犬上県御庁

戸長 石井勝太郎

式番屋敷農

副戸長 小椋儀平

拾番屋敷農

総代 筒井龍蔵

県庁ニ於テ右願書被見之上被仰仕候儀ハ全ク
可様之場所ヲ割付ヲ致シ当壺村迷惑ニ相成
候様之儀者達シ不申候与被仰付尚俣
此度其村方ヨリ差出シ候願面地所取
極メニ預リ度次第最モ事に候得共当時地
券取調ニ付混雜致シ居り候間此儀ハ追而

⑨

願出べく様申渡則此願面区長方々下
 渡ス様申され候ニ付乍恐申上候此度私共
 願之通り御聞済ニ相成候得バ何れエ願書
 御下ケニ相成候共不苦候得左茂無之而ハ
 区長ト者乍申此度ニハ相手方同心之者ニ候
 間願面此度御聞入難相成候得ハ私シ
 共エ御下ケ可被降ト申上候処県庁ヨリ被
 仰聴候者此願面之趣ヲ以テ区長之者へ
 申付方有之候間先当県預リ置候由被申
 渡候ニ付其俣同廿六日ニ帰村仕候処郷
 中之者当村嘆願仕候ハ不案内ニ付亦候
 君ヶ畑村へ集会ヲ致シ候上郷中役人共口ヲ揃
 此度集会致シ候儀ハ余之儀ニあらざる早
 速入会山割付不致而ハ難相成ニ付集会致シ
 候間乍併ら右之山内茨茶屋儀ハ夫々田畑開
 発之地所茂有之ニ付六ツ割ニ可致ト相談
 相極リ候得共左候得ハ其村方茂難決ト
 相心得候間七ヶ村割ニ致すべく候間
 是迄下郷小物成四拾壺石三斗上納ノ
 分七ヶ村割付ニ而上納可致旨申渡シ候間
 当村戸長申聴候ニハ私シ村方儀ハ往古々
 御年貢御運上々納仕奉リ右ニ而彼山内
 相稼居リ候得共夫迄茂難決難凌仕合
 ニ候間此度右山内村毎ニ割付ニ相成
 候而者辻茂一村難立行亡消可仕儀者眼
 前ニ御座候間右之趣預テ御難願申置
 候間此度集会御評定ニ而被仰聴候儀

⑩

一切承知得不仕候間左様思召可被下候
与申合候処郷中役人案外之儀当惑赤
面与相見エ夫ニ而其場退座仕其后何之
沙汰無之ニ付村中打寄彼是ト心配仕候
處此度御維新御改正之折柄ニ地所
境界相不立候而ハ是迄数百年ノ来ノ
苦心悉皆反古ト相成候儀嘆ケ敷次第ト頭
分之者深く心配仕何卒先願申上候通り
流水四拾町幅貳拾町ノ間数相改再願可仕ト
決心ヲ究メ願面認メ前頭件三名ノ者九月
廿四日出庁可仕迎郡惣代岸善平氏方迄
罷越候処折節善平殿出庁致被居留主
中ニ而舍弟源十郎殿エ委細相尋ネ候処
源十郎被申候ニハ其御村方出庁被致候
節一応対面仕種々御噺シ申度儀有之
趣申置候間其御心組ニテ出庁可被致ト
申被聞候ニ付同廿五日彦根表着廿六日
早朝上ミ町大丸屋ニ止宿岸善平殿
相尋ネニ参リ対面致シ右岸善平殿ヨリ
申上難候ニハ此度県庁ノ思召ハ双方共
成丈ケ合併為致候様之御規則ニ有之
候間其村方ハ親郷政所村ノ付属為致
地券取調べ画図面共政所村与一紙ニシテ
差可為出旨申被居候間内々通達可
申候此度一大事之場所ニ候間情々勘考
致シ難願可仕ガ可仕ト申被聴候最モ
県再願ノ下書御覧ニ入候処此趣押而

⑪

⑫

難願可被成者可然与申被聴候素ヨリ
私シ共承知之事故早速当村出入ノ
極御殿預り役中居弥五八殿エ早速
当村始末柄願面下書ヲ認メ御覧
ニ入深ク頼入候処右願書へ入筆致シ
被呉其翌日清書致候其時三名
之者心中鬼人如久仮令一命ヲ捨ツルモ
何處迄モ村中願之通り押通ス可クト
決定致シ左之願面ヲ上申ス

以書附御願奉申上候

愛知郡第壹区茨茶屋村

一 字八田茨川内 流水三里

巾 廿拾町

御運上銀貳拾匁八田鉾銀

不出ニ付

定納山手米八斗

右当村之儀ハ往古ハ鉾山業を業と致シ
罷在候者共ニ而其節御公儀江御運上相
納居り処鉾山業者休山ニ相成其已来
御旧藩江相納メ銀貳拾匁
之御運上ニ而右之地所手広く山持
罷有候へ共いつ者なく追年貧窮仕亡
消ニも可及場ニ至り所持不行届ニ相成
ニ付下郷中与り追々地内江被立込自然

⑬

ト立木無数ニ相成漸く元禄年中
ニ至り一同相励み難願仕米八斗上納
之上所々開發山稼相兼耕作茂仕
罷在候処度々火災も有之亦倍困窮
に落入其日之渡世ニ当惑仕御領主御
役場迄も罷出兼宝曆年間政所村
手次相頼ミ御年貢迄も上納仕候之儀
ニ及ヒ候へ共御領主様之御蔭ヲ以て御百姓
相続仕其後追々成立候儀ハ全く御引
立を蒙り候故之儀与難有承知仕就而ハ
大切之御年貢政所村与リ上納仕候筈
之様に相成右様他村之手次を以て
上納罷在候儀ハ御国恩ヲ忘却之基
与心付深く奉恐入付以前之通り
諸事当村御役場へ罷出御年貢も
直納仕度郷中茂申談した処尤之
儀ニ被聞請俱ニ調印致被呉候ニ付則御役
場へ御願申上候処神妙之儀ト早速御
聴届ニ相成御旧藩中壱村ニ御立置
戸籍並ニ地所画図面等も当村与リ
認メ指上候一村立ニ罷在候間今般御
一新之御時節伊勢堺辺遠之小
村ニ而御手数奉懸候儀甚タ奉恐入
候得共従前之通り御引立一村立
被成下前書御年貢も上納仕来り開發
之田畑並ニ苧畑等茂即今面々所持仕居候儀
ニ付何卒此上御県庁様之御慈悲

ヲ以テ前書之地券当村へ御下渡し
被成下候様与も御県庁様御定法通り
上納可仕候万一今般地券御下渡しニ
相洩候而者数百年奉蒙御国恩候故ト
ハ乍申極山中之困苦ヲ凌キ小村た
り共一同相励ミ互に助合候而今時迄
一村立相続仕数十代之苦心一時ニ
空敷相成候儀ハ村中者共一死にも
難替嘆ハケ敷次第与指廻シニ付此段
御嘆願奉申上候何卒数百年之苦心
今時一村之情実深く御憐察被成下
別段之御憐愍ヲ以願之通り御聞上ケ
被成下候得バ村中一汙誠ニ以難有仕合
ニ奉存候依之以書付御嘆願奉申上候已上

⑮

明治五壬申九月廿八日

右村戸長

石井勝太郎

副戸長

小椋 儀平

犬 上 県

御 庁

右之通り願面相認メ同廿八日出訴仕候
処御庁願面披見之上御尋ね可其

村方之儀ハ下六ヶ村の山番として往古
 遣し置候由申立居り候間此儀如何与
 申聞候乍恐奉申上候私シ共村方之儀ハ
 往古鉾山業ヲ致し居り其節鉾山師
 運上与して出高ニ応じ定納仕流水
 三里幅貳拾町之間御運上地与相成
 勿論其領の節ニて何村之地所と相
 相定りも無之御定納仕居り候地所与
 罷在候所私シ共村方其後追々貧窮
 仕候折柄自然ニ立入郷中之枝村ト唱候儀ハ
 全く空意に無之候尚又何ツ頃与り分出
 し候与申証拠御上程ヲ始メ郷中ニ而も
 慥成る古記書有之候へ者私シ共一応拝
 見仕度候左様之儀ハ無之筈之事ト
 存居り候与奉答候次ニ御尋ね
 左候ヘバ何之頃与り其村方初り何国
 与り来る之御尋ね有之乍恐奉申上候
 私シ共村方之儀ハ惟喬親王已前
 住居ハ何村ヨリ来ル共相知れ不申候尤
 古記事も有之候得共度々火災も有之
 消失致し候間其儀ハ耽与相分り不申
 候ト奉答候被仰渡候儀ハ尤モ願面之趣
 相分り候ニ付付属之向ハ御免ニ相成候へ共
 画図面之儀ハ郷中一汙打寄り相認メ
 其村方之境界速ニ相立指出すべき
 旨被仰渡候ニ付帰村仕甚タ心配仕居り
 候折柄犬上県御廃止ニ而滋賀県

江合併ト相成候其後地券取調ニ付管
 下一沔同十月廿五日御呼出シニ相成
 区内一沔出庁致シ大津西川江矢島屋
 市平方ニ而止宿当日県庁ニ於テ県令
 松田道之殿与リ地券渡方規則被仰
 渡承知仕候就而ハ当村ヨリ犬上県江
 御嘆願之次第滋賀県江御廻シニ相
 成尚又地券掛リ田村保満右県江付
 廻リ尤郷惣代者勿論之事当村嘆
 願之趣滋賀県令松田道之殿江一々
 詳細申上被成候ニ付区両長江被申付
 候儀ハ七ヶ村合併ニ相成候歟又ハ茨茶屋
 別村に相願候歟又別村相立候得者
 右村相続致様領地相定メ相立可申候
 尚又彼は故障申立ルニ於テ入会山
 御取上ゲ之上県庁ニ於テ之ヲ取計
 置何れ成共下付可申候否哉返答ニ
 ニ及ふへき旨申被付郷中一沔当惑仕
 彼是与相談致し被居候尚又当村をも
 可被出被仰渡之儀ハ此度境界之处者
 郷中一沔熟談之上相定メ別村願五人
 一紙連印之上画図面相添指出すべ
 き尚又此儀熟談行届不申而ハ郷中
 合併申被付候趣尤モ郷中江茂申渡置
 候ニ付区長方へ右之趣ヲ以掛合仕候处右
 区長与リ申被聞候儀右之趣私シ共江も
 御達シニ相成候間郷中役人共被申候ニハ

(17)

(18)

此度滋賀県管轄ト相成候御請ニ参リ
候儀と相心得候ニ付誠ニ案外之事程
何共勘考相付不申候間何れ量取計ニも
相成不申彼是ト評定致シ被置候得共其場ニ而
画図認メ境界相立候儀も難相成ニ付一先帰
村之上急速何角も取調べ境界相立其上御伺
可申与郷中一汙申被上候処県庁ヨリ被仰渡ニハ
婦村次第熟談致し茨川茶屋一村相続可
仕候様急度境界相建分村願共可仕様答書
可差出旨申被付御請書一紙連印ニ而奉差上置
同十月晦日婦村致し右之趣村中一汙江披露
致し候処村中一汙之者申立候ニハ先達而犬上県
廃止ニ而滋賀県へ合併ニ相成候節ハ是迄当村
願之通り如何相成候哉ト誠ニ心配仕居り候処此度首
尾之言語絶候難有之大悦至極与一汙悦入与り早速
郷中村々江相廻り急々境界分明相成様催促
に参り指扣江居り候処何之沙汰も無之ニ付十一月
十四日ニ右之由伺旁彦根表江罷出伺中之
処地券掛今奉承知候岸喜平殿与リハ十八日
迄ニ熟談仕境界相立可申段指紙相被
廻候ニ付十七日夕方当村へ罷被越人名左ニ印
九居瀬村役人小椋金三郎外壺人
黄和田村役人布施作左衛門上出喜三郎
政所村役人植田源三郎外壺人ハ河井新五郎
箕川村役人代山田喜平阿野竹松
蛭谷村役人小椋建造小椋才平
君ヶ畑村役人辻常八

計員拾四名筒井利三郎方止宿仕候
 兼而当村之儀ハ歎願通り絵図面相認メ
 流水三里幅貳拾町之間境界之心組ニ而決
 定致居リ候ニ付田地並ニ願済之地所共記載
 致し置郷中役人前へ指出シ候処莫太
 之場所故郷中之者餌れ果て該翌日郷
 中役人地所見分迎上ミ下も手分致し
 見廻りしが郷中役人申聞けら連候ニハ
 今日見分致し候場ハ広大之地所夫々上ミ
 下モ川筋段岸ニ開発致し外々迄地所
 場所有之如何当村之境界相立候哉ト
 尋問被致候ニ付当村与リ申答候儀ハ兼而
 郷中ニも御存之通り流水三里之間是迄
 手広く相稼居リ候へ共夫れニ而茂難渋
 仕居リ候訳柄ニ御座候処尚又今日御覽之
 通り上ミ下もニ開発所又ハ開き残り之
 御免地も有之候間此度御県庁様分
 被仰渡ニハ地所境界混淆不致様境
 界相立申べく様被仰渡も有之ニ付
 際限之儀ハ谷とか尾とか道川とか判然
 明瞭なる所を以テ境界相建申べく様
 被仰渡も有之ニ付郷中役人衆之御賢
 考ヲ以テ当村往々相続ニ相成候様境
 界相定メ可被下与申答候節郷中
 役人之中にて申被聞候ニハ当村ヨリ申
 被聞候儀ヲ以テ境界相立メ候へハ此立会
 山上等を引抜き上ミ下モの端ニ許リニ

②0

候間左候得バ村々々難洪者共稼ニ参リ
 候而モ格別之場所も無之誠ニ辺部之
 処而已ニテ甚ダ難洪ニ及び候忤ト申
 被聞尚又君ヶ畑村之儀ハ田畑村廻り而已
 少々宛の際限究メ度心組に候へ共其又中
 にわ右之場所を金高に積リ当村売払
 致し度者茂有之候へ共右ニ而ハ此度の御趣意
 に忤リ候ニ付其場ニ而切羽切出すものも無
 之以前之内談ニては居候内々黄和田むら
 布施作左衛門まん処むら上田源三郎右
 兩人ヨリ被申聞候二者字何と申所与リ処
 何と申何谷迄境界申儀承リ不申而ハ
 相談相對不申ニ付其儀承リ度与被申
 ニ付不取敢当村与リ申聞候にわ上ミ西の
 方ハ土倉西下も尾限り東奥表大山谷の上
 ミの尾根限り川下モ西の方ハ馬の谷下モノ尾
 限り東の方ハ太夫谷下モノ尾根限り与兼而
 絵図面を以差図致候処郷中役人
 申被聞二者成程絵図ニ而拝見致候へバ
 夫々其ヶ所ニ開地も有之候得共尤モ之事
 と存候へ共乍併夫レ丈へ之境界相立
 候へ者当村茂充分之事ト存じ候故左
 之儀者少々之出金も被致候歟被申聞
 ニ付当村与リ申聞候ニハ兼而御存しの貧村
 ニ而格別之出金も得不仕候へ共相成丈
 ケハ出金も可仕与申答候得ハ其言ニ
 まとい眼色相見へ其翌日ニ至郷中

②1

役人申けるニ伊勢谷を除き其上ミ下モ
 六丁許り川端も境界等相定メ候由被申聞
 候ニ付当村与り申答候ニハ飛々の際限ニ
 而は往々論所の基亦ハ田地畑之辺入会
 地ト致し被置候而ハ往々村中不相続等存
 候間何卒其初申立之通りニ相定メ被下度
 段申答候処良もすれば当村中江之
 通り相成哉与君ヶ畑むら役人相心得右村役
 人申被聞候ニハ此度茨茶屋村与り申被立
 候通り地所之境界相究候而ハ君ヶ畑むら
 小前之者難決即今○仕儀ニ候間一
 先君ヶ畑むら迄御引取壹席相連被下候へハ
 難決者江も得心為致申度其上相定メ
 被下候様ト退尻溝候ニ付当村与り申聞候
 候二者折格ト御苦勞ニ相成兩三日も寄席
 を相建此俣ニ而絵図面も清書不致
 歸村被成候而ハ県庁之被仰渡を悖り勿論
 滋賀県江答書被差出候儀を失ひし
 道理と相心得尚又当村迷惑ニ奉存候間
 否トも境界相定め可被下と申答候へハ是悲
 ニ君ヶ畑迄引取被下扨ト押而被歎候ニ付蛭谷
 むら健造殿与り被申候ニハ偕テ此度之儀ハ
 不承知ニ候間且又郷中村々儀君ヶ畑之申
 口ニ馴染居り候而者甚ダ難決可仕儀与相
 心得候間下モ五ヶ村者面々心組之通り
 申置歸村可致が可然与被申候ニ付其任意
 政所村上田源三郎被申聞候ニハ此度茨茶屋

②②

②③

与り申立之境界場所代金五百円ト相定メ
四百円ハ当村の境界之分と相建百円
之処当村与り出金被致候へハ下モ五ヶ村之
儀ハ当村申立之通り境界熟談調議仕
候与被申聞面々村々戸長の名前書入其俣
婦村被致候其翌日早朝与り利三郎龍藏右
兩名当村集会之趣太田市百方へ通達
致し右境界相定メ被下候ニ付当村与り百
円金急度出金可仕候間此段返答ニ及ビ
置其日婦村仕罷在処其引続き地券成
功之取調べとして今在家村岸善平殿高
野村へ出張呼出ニ相成候ニ付九居瀬村揃ひ
九居瀬村ニ而両区長之者申被聞候ニハ此度
茨茶や村境界相定メ候へハ年々郷中
小物成上納致居り候ト〇〇七ツ割ニ而
定納可致段被申聞候ニ付当村の申聞候ニハ
其儀ハ追而御県庁与り御規則之通
り税金被相定候ト相心得候間如何様共県
庁之被仰渡次第否哉申間敷候与申答
夫ヨリ高野村へ罷越候処地券成功之
日限目的相立御請書指出尚又其
節地券掛与り申被渡候儀ハ六ヶ村与
茨川茶屋之境界引分の儀迅速相
定メ可申段申被付一汙之者九居瀬村ニ而
集会仕候処君ヶ畑村与り小前之者拾四
五人も罷出毎々難渋を申立候儀者此度
茨茶屋与り境界申立之内下モ西ノ方桧

原谷上ミノ尾限り東之方ハ焼尾谷下モノ尾
 リニ境界相立不被下而ハ小前之者共難渋仕
 候抔ト歎きと頼ミ込候ヘ共郷中役人儀も
 何共返答ニ不及九居瀬村ニ而埒済され不
 申候段政所むらニ而集会仕候ニ付両長之モノ
 を君ヶ畑与リ取込ミ被置候故両長之者
 申被聴候ニハ此度其村方境界之儀広太
 之事ニ候間何卒君ヶ畑村願之通りニ而聞
 済致し可呉様君ヶ畑村同様之儀申被聞
 候ニ付当村申聞候ニハ最初下モ五ヶ村与熟
 談調議仕候与ハ多分相違ニ候間其儀ハ
 承服難相成趣申答候処両区長被申候ニ
 ハ右之通り境界を縮メ聞済ニ相成候ヘバ
 百円之内三拾円扣ヘ七拾円ニ而熟談
 済ニいたし候与被申候ニ付当村も両区長
 之顔ニ免じ然ハ鞍骨谷限り太夫谷限り
 ニ而承服可仕与申答候処何分君ヶ畑村
 太夫谷望ミ段々と当村ヲ頼ミ候得共
 養水掛リニ而大切成場所ニ候得ハ行末場
 普請等の節彼是と口論出来候も難
 計ニ付其儀者聞入不申と申答候処両長
 被申候ニハ左候ヘハ養水口与リ谷口迄其村
 方江売渡し可申与被申聞其分ニ而熟
 談済ニ致し候ニ付規定書相認七ヶ村
 連署ニ而両区長江差出し其引続郷中
 一戸境界際限分け并太夫谷湯の下も直
 段調江して罷越君ヶ畑村ニ而絵図認メ

(25)

際限相立事済可仕与下も五ヶ村ハ其心組
 ニ而君ヶ畑村江集合仕候処君ヶ畑村与リ
 被申候ニハ絵図面ヲ認メ境界分ケ可仕儀
 猶以一大事ノ事ニ候間一応見分之上絵
 図面を相認メ可申バ可然ト申被聞候ニ付
 其保当村江罷越前件約定之際限
 相改メ共申す口相立不申最も際限
 相定メ画図面認メ可申場ニ至候へ共又
 候君ヶ畑迄指扣君ヶ畑村ニ而画図
 相認メ区長江差出候処郷中与リ被聴
 申候ニハ右絵図面之通り茨茶屋村境界
 相立候上ハ其外上ミ下モハ六カ村立会ニ而
 其村者入会相成不申忤ト申被聞候ニ付
 当村与リ申立候ニハ麦野河内壺山立会
 山与有之処此度当村境界相定メ候ニ
 付而其余上ミ下モ茨茶屋村相除き
 候儀ハ如何之訳を以テ相除き候哉ト申答
 候処郷中役人被申聞候ニハ此度相認メ候画
 図面ニ上ミ下モ六ヶ村立会与御座候ニ付左候へハ
 其村方相除キ候共不苦候由申被聞候ニ付取不敢
 当村ヨリ申聞候ニハ從來右之山地ハ当村を元
 ニ致し六カ村立会与相唱へ居リ候ニ付其儀ニ頓
 着仕不申当村境界之外上ミ下モ是迄の
 通り六カ村立会与承知仕候仕与申答候処
 郷中役人心組違案外之事故君ヶ畑村
 を引取り其翌日政所村ニ而集会被致
 郷中役人申被聞候ニハ其村方境界之外

②6

②7

迄是迄通り立会杯ト申被募候へハ是迄
 之約定悉皆反古ニ致ス杯ト強情申立
 候ニ付当村与リ申聞候儀ハ当村往々
 相続難相成儀者何国迄も承知得不仕
 候間右之趣区長へ届出其上県庁へ伺
 可出旨申答候其俣急速区長へ届出候処
 両区長与リ被聞申候儀ハ是迄段々熟談
 致し是迄ニ熟議相成候儀謬か其村方境
 界之外上ミ下も是迄之通り立会杯ト被
 申候儀ハ余リ充分勝手俣事故左候得ハ
 区長迎も如何計ひ方も無之ニ付是迄
 之熟談反古ニ致し候間此儀県庁へ
 差出スヘクニ付勝手ニ可被致杯ト郷中
 同様之言語被申聞候ニ付取不敢当村
 与リ申答候儀ハ扱又是迄熟談致シ画
 図面認メ村々役人熟談之上請書迄も差
 上置候上当村境界外上ミ下モ是迄通り
 立会ト申上儀ニ而是迄之規定反古ニ相
 成候へハ如何が成共可被成候私シ共儀ハ右始末
 柄之手續ヲ以テ々々県庁へ可伺出旨申
 答候処両区長申被聞候ニハ暫時猶予
 致可呉様被申聞候ニ付郷寄宿元江差
 扣居リ候処両区長郷中役人被召寄
 右之趣申談じ之上私シ其呼寄被申聞
 候ニハ其村方境界之上ミ丈ケ七ケ畑立
 会と相定メ下モノ所ハ六カ村立会ト相定
 候様郷中江も申渡し候間右ニ而熟談

②⑧

調議可仕様申被渡候ニ付当村与リ申答
候ニハ左候ヘハ冥加金百円ニ詰ミ可差出候間
太夫谷の谷限リト相定メ夫ヨリ下モ六ケ村
立会奥ハ七ケ村立会ト相定メ可被成下旨
申答候則チ右ニ而双方熟談調議仕其
翌日取為替証文認メ取替書左ニ記す

境界取替一札之事

右者從來六ケ畑立会山之内元禄年
曆ヨリ茨茶屋之儀追々新開発被致
候ニ付而ハ右村境界無之候処今般
御県庁様ヨリ右村一村之境界
相定メ可申様被仰出承知奉畏
候此度其村方与下郷六ケ村熟談
之上右立会山之内境界者川下モ南
の方ハ太夫谷ノ谷境ヘ北ハ鞍骨之上ミノ
尾境川上之儀善右衛門谷の上ミノ尾
堺北ハ土倉下ノ尾堺ト相定メ最モ其
御村方持地与相定メ候分広太之山地ニ付
下郷ヘ百円出金申請候右境界之内
永世御支配可被成候乍併奥堺善
右衛門谷上ミ尾堺字土倉谷下ノ尾堺
奥者雨落有限リ茨茶屋与六カ
村都合七カ村の立会ト相定メ川下モ
堺南ハ字太夫谷与リ下モハ政所村山堺清
水谷下モノ尾堺迄北ハ鞍骨上ミノ尾堺

与リ下モ政所山堺鷹落下モ尾迄六
カ村立会与相定メ申候件之通り境界相
定メ申候上ハ今後決而双方其他の地へ
立入申間敷候依而之ニ一紙連署取
替一札如件

③⑩

明治五壬申十一月廿九日

愛知郡	九居瀬村	召出
	黄和田村	〃
	政所 村	〃
	箕ノ川村	〃
	蛭谷 村	〃
	君ヶ畑村	〃

同郡茨川茶屋村

正副戸長衆中

右之通り聊相違無之候以上

箕ノ川村
区長
谷田一平印
副区長
吉村友次郎印

冥加金百円之内貳拾円相渡し残金
ハ来ル一月中ニ皆金可仕与約定致し来リ
明治六酉一月一日与リ出庁可致し相定メ帰
村仕候弥々一月一日郷中打揃ヘ彦根表ヘ
罷越郷宿ニ而絵図面相認メ同三日彦

③⑪

根ヲ出立同四日滋賀県庁へ着致し

一 汙熟談済之答書并ニ分村願書

相添上申仕御聞済之上首尾

能帰村仕候

右境界ニ付対談有増之道行

記し置べきものなり

但シ境界約定書左ニ記ス

境界約定為取替一札事

一 麦野河内山境界

東ハ 伊勢国尾堺

四至 西ハ 君ヶ畑村蛭谷村箕ノ川村

立会山尾堺

北ハ 字善右衛門谷上ミノ尾界

字土倉谷下モノ尾界

川上ハ六ヶ村ト茨茶屋与

都合七ヶ村トノ立会山与

定申候

南ハ 字太夫谷境

鞍骨谷上ミノ尾堺

川下 右堺ヨリ政所村堺

清水谷下モ尾堺

鷹落尾堺迄政所

村九居瀬村黄和田村

蛭谷村君ヶ畑村右

六カ村立会山定申候

右者従来九居瀬村黄和田村政所村

箕ノ川村蛭谷村君ヶ畑村六カ村立
会山之内谷間ニ元禄年曆ヨリ茨
川茶屋追々新開発有之候ニ付
今般地券御改正ニ付御県庁
与リ右茨川茶屋与六カ村トノ境
界無之ニ付右地所境界相定メ
申談被仰渡一汙承知奉畏双方
熟談之上前件之通り境界相
定メ可申候最も茨川茶屋之儀ハ
広太之山申候ニ付為冥加金
六ヶ村江金百円出金仕候然ル上
者向後各持地之外他之山江
屹度立入申間敷候倚而一札
依而如件

③③

明治六癸酉一月四日

九居瀬村

戸長

小杉栄三郎印

副長

小杉兵五郎印

黄和田村

戸長

野神 喜平印

副長

森 友吉印

政所村

戸長

上田源三郎印

箕ノ川村

戸長

谷田 新蔵印

副長

山田 喜平印

③4

蛭谷村

戸長

小椋 健蔵印

君ヶ畑村

戸長

瀬戸 新七印

副長

小椋 文平印

茨茶屋村

戸長

石井勝太郎印

副長

小椋 儀平印

前書之通り為取替証相違無之

二付奥印致候

第壱区

総代戸長

吉田 市平印

副惣代戸長

吉村友次郎印

以書付ヲ奉御願申上候

③⑤

愛知郡第一区茨茶屋新田

右私シ共村方之儀ハ六ヶ村立会山谷間ニ元
禄年曆ヨリ開發有之境界相分リ無之
今以テ御高等も御取究無御座然ル処
今般地券御取調ニ付当村境界相建可
申旨被仰渡候就而ハ茨川茶屋儀遠隔之
地ニ御座候間向後一村立ニ相成候様奉願
上候此段以書付御願奉申上候以上

明治六年一月九日

右村

戸長

石井勝太郎

副戸長

小椋 儀平

副総戸長

吉村友次郎

総戸長

谷田 市平

滋賀県令松田道之殿

愛知郡第壹区

③⑥

茨川茶屋

其村名内務省江伺之上

自今茨川村与改称候事

資 料

明治七年五月廿七日

滋賀県令松田道之印

* 翻刻にあたり、橋本誠一氏（静岡大学名誉教授・日本法制史）にご助言を頂いた。記して感謝を申し上げたい。

Z世代のための漱石「ことはじめ」(中の二)

——「木庭先生の庭」散策・番外篇——

児 玉 寛

9) <⑥一高教授・東大講師兼任時代>。第一高等学校教授の辞令は36年4月10日、文科大学講師の辞令は4月15日⁹⁹。まず、東大での前任者小泉

99 漱石の採用は二年間の官費留学生に対する四年間の官立校での奉職義務としての試用であるため、一高も東大も「専任に任ず」ではなく「嘱託す」(『文学論』上・21では「依嘱」)。授業時間数と基本的な義務以外の拘束はなく、俸給の算定ベースは「一週当たりの授業時間(⇒後註102)」だが、年俸制で、十二等分して支給。但し、試用期間満了後の「期限付き更新」も「本官任用による終身雇用」も未決。39年7月19日付け狩野宛に曰く、「一高での本採用の可能性を探ったうえで京大招聘(後述)について態度を決めたいのだが」「〔狩野の京大転出により空席となっている一高の)校長未だ任命なき為め話をする人なき故どうしてよきか分らず、又話をした所で目下同校の財政の事情小生を本官にするの余地は無之かとも存候」(巻22-525)。大学講師についての漱石の理解は、後述の39年2月15日付けに曰く、「講師は教授会の事について何らの権利ももっておらんではないか。……講師は教授に比すればかくの如く特権が与えられておらんのであるからして、講師の方では担任以外の事を命令的に押しつけられてヘイヘイというだけの義理がないじゃないか。／僕は僕の担任する六時間の講義さえしておれば講師としての義務はそれ以外にはないものと信じている」(『書簡』153)。

なお、<漱石は小泉教授の後任>とされてきた点について。関口かをる『小泉八雲と早稲田大学』恒文社・1999・22以下は、29年9月2日の小泉への辞令は「文科大学講師嘱託」であったこと、また、一年ごとの任用更新のもと井上哲次郎学長(1856-1944。号・巽軒。ケーベル着任前の23年に日本人初の哲学科教授)が小泉に36年1月15日付けで<36年3月31日限り>という一片の解雇通知を送ったこと、後任となる漱石との面談は36年2月3日(⇒前註99)から始まったことなどを、井上の『巽軒日記』(未公表。⇒後註101)や東京大学大学史料室所蔵の公文書控えなどをもとに明らかにした。

ハ雲（Lafcadio Hearn）について。東大での採用を交渉中の29年2月14日に彼の帰化手続きが完了したため、外国人教授として採用することができなくなるも、特例として講師ながら月俸400円での採用を7月3日付けで決定〔34年4月から36年3月解雇までは月450円=年5400円。学長クラスでも年俸2400円。前註99・関口・25以下〕。小泉の後任は漱石ほか二名。うち、Arthur Lloyd（1852-M44）はイギリス人宣教師として17年に来日し慶應義塾教授などを経て26年に再来日して早大などの講師を歴任〔受講生曰く、「中学生に教えるような簡単な英文学史を、デクテーションのように一語ずつ口授して、学生に書き取らせるだけである」（前註51・森田（二）・296）〕。上田敏（M7-T5）は東大英文科で小泉の教えを受けた東京高師教授。小泉の授業時間数（週12時間）と年俸を、Lloydと漱石と上田が1対3対2（=2時間、6時間、4時間）の比率で分けたとされる（『文学論』下の解説・440）。そうだとすれば、漱石の年俸800円から逆算すると小泉の年俸は1600円のはずだが、これは前註99・関口が発掘した公文書控えと矛盾する。授業時間の比率は前述のとおりだが、給与は別建てと解するほかない。ちなみに、坪内逍遙を「週8時間・年俸2400円」という最高俸で遇していた早稲田大学が37年4月に小泉を「週6時間・年俸2000円」で迎えるも（前註99・関口・77）、当人は同年9月26日に狭心症の発作で急逝。

『文学論』の序に曰く、「帰朝するや否や余は突然講師として東京大学にて英文学を講ずべき依頼を受けたり。余は固よりかかる目的を以て洋行せるにあらず、又かかる目的を以て帰朝せるにあらず。大学にて英文学を担任教授するほどの学力あるにあらざる上、余の目的はかねての文学論を大成するにありしを以て、教授のために自己の宿志を害せらるるを好まず。依つて一応はこれを辞せんと思ひしが、留学中書信にて東京奉職の希望を洩らしたる友人（大塚保治氏）の取計にて、殆んど余の帰朝前に定まりたるが如き有様なるを以て、遂に浅学を顧みず¹⁰⁰、依託を引き受くる事とな

100 漱石は、「小泉先生は英文学の泰斗でもあり、又文豪として世界に響いたえら

れり」(『文学論』上・21)。書信とは一高校長狩野ら宛書簡(⇒中の一-631)。狩野亨吉(談)「漱石と自分」(1935。別-11—14)に曰く、「菅君や山川君が夏目を一高へ取れといふ。しかし熊本から洋行して帰つたらすぐに一高へ出ると言ふのではまづいので、大学の方で欲しいといふことも理由となつて遂に一高へ来ることにきまつた」¹⁰¹。なお、負担は一時間60分

い方であるのに、自分のやうな駆け出しの書生上りのものが、その後釜に据わったところで、到底立派な講義が出来るわけのものでもない。又学生が満足してくれる道理もない」と「甚だ不服」だったとのこと(前註22・夏目=松岡『思ひ出』・106)。29年9月就任・36年3月退職の小泉と36年4月就任の漱石との直接的な接点はない。『三四郎』三の三(43)にいう「ハ雲先生は教員控室へ這入るのが嫌で……」は、漱石の実見ではなく当時からの風説であろう。小泉の後任のうち、漱石は38年1月の『猫』で人気を博して40年に職業作家に転身。上田は38年10月の『海潮音』で一世を風靡して42年に京大に転出。しかし、上田は北村透谷や島崎藤村らが創刊し樋口一葉(M5・29。本名・奈津)の『たけくらべ』(28年)を世に送った同人誌『文学界』(M26-31)に一高在学中から参加し文壇活動では漱石に長じる。余談だが、漱石の父直克と一葉の父則義が警視庁で上司と部下の関係にあり、長男大助と一葉との結婚話があったという真偽不明の話もある(前註22・夏目=松岡『思ひ出』・44)。一説では、大助が漱石に入れ替わる。参照：関礼子「一葉と漱石」1997・『月報一次』巻②-27-10—13)。

ちなみに、38年1月1日の『猫』一の掲載後早くも20日には讀賣新聞が、「漱石と柳村」と題する四回連載の記事で「〔与謝野鉄幹主宰の〕明星の後援者に上田敏先生あり、〔高浜虚子主宰の〕ホト、ギスの客将に夏目金之助先生あり。自から相対立して、大学の講堂外に自己の面目を發揮せる」とした(巻①-617の注解)。1月23日付け皆川正禰宛に曰く、「僕の事を評するときは誰でも必ず上田君を引合に出す上田君は迷惑なるべし。あまり読売で学者の様に吹聴されると大学の講堂で講義がやりにくゝて困ります」(巻②-357)。とは言え、38年10月掲載の『猫』六(238)では象徴派の主唱者たる上田を俳味批判論者として登場させ、同七(257)では猫君曰く「俗人に靈妙な象徴詩がわからぬ如く、吾輩が彼ら〔鳥〕に向かって示す怒りの記号も何らの反応を呈出しない」。

- 101 文科大学教授大塚保治(談)「夏目君と大学」(1928。『追想』63—66)に曰く、「帝大へは當時の文科大学の学長坪井氏へ私が推薦したことなどで出ることになったのである。／夏目君たちが入るためにハーン氏をやめさせたのだと取沙汰するものもあったが、そんな事は決してなかったと信じる。ハーン氏は都合により円満に辞任したので、しばらく後任者がなく、その後任として夏目君などが入ったので、前々から夏目君などを入れる予定があったわけではな(い)」(1928。もっとも、前註99にいう1月15日と2月3日の関係は逆の解釈も許容す

制で、一高では週20時間（年俸700円）、大学では週6時間（年俸800円）¹⁰²。

るであろう）。大塚のいう「取沙汰」の一例として、後註103・皆川編『英文学形式論』の「はしがき」に曰く、「不必要な文学のみを語って語学を教へないと云ふ理由で、大学を逐はれた（少くも吾々は当時左様思ひ込んで居た）小泉八雲先生に代つて英文科の教壇に〔漱石が〕立たれた時、好感を以て迎へた学生は決して多数ではなかつた」（巻⑬-714）。また、金子健二「東京帝大一聴講生の日記」に曰く、「小泉師をすててロイド、夏目、上田の三氏を（講師として）入れし井上學長の愚や寧ろ憫察すべきなり」（公表は2002。『追想』103。M13-1962。38年東大英文科卒、各地の高校の校長を歴任。参照：『文学論』下・445以下）。なお、文科大学の歴代学長のデータ（佐藤健二＝野島（加藤）陽子編「學堂夢華：昔の文学部今の文学部」東京大学大学院人文社会系研究科文学部制作・2004）によれば、大塚のいう____部には疑問がある。小泉が退職した36年3月当時の学長は30年就任の第二代井上哲次郎。大塚のいう坪井九馬三（1859-1936。歴史学）の第三代学長就任は37年4月。漱石の採用に関わった36年2月頃の学長は井上であり、後述の36年7月2日付けにいう漱石の辞職覚悟の談判に「大氣焔」を上げた「学長」も（巻②-283は注解を施さないが）井上。他方、後述39年2月17日付けで漱石が当時の学長を「歴史の大家」と呼ぶ以上、その学長は坪井。つまり、学長と漱石とのトラブルが重なったためか、大塚は漱石採用当時の学長井上を坪井と思い違いをしたのかも知れない。

- 102 ちなみに、漱石は同僚の移籍や教え子の就職について実に筆まめに対応する。32年7月12日付けの一高校長狩野宛では、五高から一高専任教教授に移る同僚の山川の俸給につき、「年俸千円にても不都合は無之べきか。然し金銭上の事は一銭でも多き方實際便宜には違ひ無之」としたうえで、<千式百円で採用して他の一般教授の俸給もこれに合せて増俸してはどうか>と提案して曰く、「在東京教師の資格を一般に上す点に於て大いに教育上の大功を奏するなから〔ん〕……斯して私立学校かけ持杯を嚴禁せば余程の好都合と存じ候」（巻②-171。⇒前註60）。なお、前註36にいう会計年度と学年暦との齟齬により、学年暦途中での採用では年俸の設定は採用者側の残予算との見合いによる裁量であり、新年度に増俸。但し、前註99にいう漱石の雇用形態では年期開けまで増俸なし。

ついでに、『三四郎』三の四（43）にいう主人公が励んだ「一週に四十時間」の受講のこと。巻⑤-655の注解によれば、「当時の〔大学の〕講義は一時間（六十分）を基本単位とし、多くの講義は二時間続きの講義と一時間の講義とをそれぞれ週一回ずつ行うことで一週三時間という単位規定を満たした。一日に九時間受講することができたため、（土曜半日を加えて）制度上は五十時間の受講も可能であった」。当時の1講時は8時に60分講義で始まり「移動・休憩時間」なしに2講時が始まり、12時から60分の「昼休み」を挟んで13時に5講時が始まり17時開始の9講時で終る（『坊っちゃん』三（28）。なお、午後1時を午前か
ら通算して13時とするのは軍隊用語）。参照：中勘助「漱石先生と私」（1917。

在職中の36年4月(35年度第三学期)から40年3月末(39年度第二学期)まで12学期間に提供された大学の週3時間ずつの2科目は、英文科向けの「英文学概説(General Conception of English Literature)」と各科共通の「英語講読」〔前註99・関口・68によれば、漱石着任時の授業料は年35円で、英文科の学生数は1年生23名、2年生14名、3年生15名。ちなみに、2024年度の授業料標準額は年53万5800円〕。「英文学概説」は、35年度第三学期が「英文学形式論」¹⁰³、36年度第一学期から37年度第三学期が「文学(内容)

別-295—319); 大島正満「我等の夏目先生」(1932。『追想』93—102); 鶴見祐輔「一高の夏目先生」(1926。同116—125)。〔筆者: その後の制度改革は、「週一回60分講義3回分で単位認定」という明治期の先例を踏襲しながら単位数を細分化する。「週一回60分講義=1単位。週一回120分講義=2単位(1980年代までは110乃至120分講義が原則)。120分講義を週二回(240分)=4単位」。さらに近時は、授業時間の長さに受講者による75分ずつの予習・復習時間150分を織り込で「90分講義」を240分とカウントして、その15回をもって4単位とする〕。

103 36年4月から6月までの講義を「夏目漱石述、皆川正禧編『英文学形式論』(巻⑬-191—293)として漱石没後の1924年に岩波書店から出版した皆川(M10-1949)は、36年英文科卒、明治学院高等部を経て七校、水戸高校教授。皆川宛の「雉子一羽もらひ候間ひる飯をくひに御出被下度右御案内申上候」という38年1月10日付けのほか、『倫敦塔』や『猫』への皆川の好評価に興じる書簡などから漱石との親密度が窺われる(巻②-352、355、364)。参照: 田村道美「漱石と皆川正禧——The Shaving of Shagpatの翻訳出版まで——」英学史研究25(1992)1—13。

付言すれば、The Shaving of Shagpat—An Arabian Entertainment, 1856の作者はGeorge Meredith(1828-1909)。皆川訳による『シャグパットの毛剃り—アラビア風娯楽物語』は、東雅夫編『ゴシック名訳集成 暴夜(アラビア) 幻想譚』学研M文庫・2005に再録。漱石はMeredithを愛読し全12巻全集を含む17点を所蔵(漱石文庫目録、巻②-48)。談話「夏目漱石氏日」に、「メレデスの小説は、一片の文字も、書き伸ばせば、直ちに二三頁の長い文章となるものが多い、随つて至つて人には分り悪いのである」(38年11月。『新声』。巻②-148)。また、談話「予の愛読書」に曰く、「メレデスは第一、人の性格をフィロソフィカリーにアナライズすることなどは実にうまいものだ。又次には非常に詩的な所がある。スチュエーションをつらまへて巧みに描写することがある」(39年1月。『中央公論』。巻②-154)。さらに、談話「メレディスの計」(42年5月。『国民新聞』。巻②-352—357)では野上豊一郎の質問に答える形で曰く、「物を見てもたゞ見た通りに書く人では無い。或は又見た時の感じ丈けを書く人でも無い。メレ

論」(⇒前注80)、38年度第一学期から39年度第二学期が「十八世紀英文学」(42年に『文学評論』として刊行。巻15)。他方、「英語講読」の初講義(35年度第三学期)の素材は、或る男の織工が友の裏切りによる冤罪のために神にも絶望しよそ者としてラヴィロー村近郊に逃れて機織りで得た金貨だけを愛するようになったのちに人間愛に目覚めるまでを描いたGeorge Eliot(1819-80。本名: Mary Anne Evans)のSilas Marner: The Weaver of Raveloe, 1861¹⁰⁴。談話「女子と文学者」(39年。『女子時事新聞』、巻25)

ディスは物を見て物を感じて、而してそれを作家として批評的に書く人である。それもイムプリシットリーでは無く、エクスプリシットリーに、遠慮なく叙事の間に判断をしたり講釈をしたりする。其の判断なり講釈なりには、彼の人間として批評家としてのえらい所が現はれてゐる。……[だから]今日の日本の多くの小説家の遣り口を正しいものとして見ればメレディスは全く駄目である」(354以下)。また、『猫』十一(499)の迷亭君曰く、「メレジスを見給え、……読み手は極めて少ないじゃないか。すくない訳さ。あんな作品はあんな個性のある人でなければ読んで面白くないんだから仕方がない。『行人』(兄)二十では「『御前メレジスといふ人を知つてるか』と兄が聞いた」。『草枕』四(53)の英語詩の出典は“Shaving”。

ちなみに、イギリスの文芸批評誌The Athenaeum(⇒前注69。漱石文庫に1910(43年)から1916(T5年)まで所蔵(Nos.4300—4609。巻27-109))の1913(T2)年9月20日号に、40年来日してT9年まで江田島海軍兵学校で教えるWilliam Jennings Bryan(M2-1953)が“The George Meredith of Japan”と題して漱石を紹介した。T3年1月5日付け赤木桁平(M24-1949。T6年東大独法科卒。在学中から木曜会に参加。1936年衆議院議員)宛に曰く、「彼のいふ所は如何にも空虚です一冊も私の本を読んでゐずに好加減な人から好い加減な事を聞いて夫を英文にしたものですから私は……難有いとも何とも思ひません」(巻24-245以下)。漱石の作品と英文学作品との比較文学研究として、飛ヶ谷美穂子『漱石の源泉』・2002；同『漱石の書斎 外国文学へのまなざし 共鳴する孤独』2017(いずれも慶応義塾大学出版会)がある。

- 104 漱石文庫所蔵本は1904(M37)年版。邦訳『サイラス・マーナー』(土井治訳・岩波文庫・改版・1988；小尾美佐訳・光文社古典新訳文庫・2019)。ハ波則吉「漱石先生と私」(1928。『全集月報』115)によれば、漱石は五高時代にも同書をテキストにして多読主義で授業を進めたようである(参照:34年9月12日付けロンドン発寺田宛。巻22-237)。しかし東大では、「通読上アクセントを正し難句を問うに過ぎず」という授業方法の点で不評(⇒前注101・金子・103以下)。漱石は発音や字引にうるさい。たとえば、43年12月20日付け小宮宛に曰く、(visualiza-

-189)に曰く、〔彼女は〕「四十歳から学問をし始めて、初めは哲学をやって居ったがその著作は随分^{ムツ}六ヶ^{しき}数哲学的な文学が出来て、男子にも重きを置かれて愛読せられて居る」。また、前掲の『文学評論』に曰く、「文学的表現とある以上は、醜、悪、劣の評価が自然に読者の趣味に乗り移らなければならない。^{〔あたか〕}恰も外部の圧力によりて、作者の評価を^{〔や〕}已むなく聴くの状態にあつては、文学的评价の極致とは云へない。文学的评价とは、其表現によつて自づから読者の性を移し、氣を移す評価を云ふのである。外より押し付けるのでなくて、内より移らしむる手際を云ふのである。〔その手際には三通りある〕……〔第〕三は依然として悪を悪として斥け、醜を醜として嫌ふうちに、彼等に対して同情のある保護を加へる様な筆意を用ひる。あながちに弁護の労を取るには及ばない。事実の叙写のうちに、此態度が読者に受け取られ、ばい。此種の書き方のうちで尤も人の眼を惹くもの

tionの表記は)「中」ジュアライゼーションでも中」ジュアライゼーションで(も)同じ事也。ゼーの所にアクセントがあるから前のシラブルの母音は長くても短くても差支なきなり」(巻②-387)。また、37年英文科卒の教え子からの、Edgar Allan Poeの短篇中の“gone by the board”の和訳の照会への38年11月29日付けに曰く、「櫓の破れ損ずる事と前後の関係より察せらるゝが試みに(愛用の)字引を引いて見るとスタンダードでもウエブスターにも例有之。君はなぜ字引にないと云ふたのですか」(巻②-432。Funk and Wagnalls, New Standard Dictionary of the English Language, 2. vols, 1893/95を漱石が留学中の船内でも携行していたことにつき、『日記』13。但し、漱石文庫所蔵は1914年版(巻②-102)。また、『猫』五(172、191)にも登場するWebster's International Dictionary of the English Language. Revised ed., 1900(巻②-105)につき、大学時代からの友人松本文三郎「漱石の思ひ出」(1937。別-41—48)に曰く、「君は……図書館で如何なる書を読むにも必らずウエブスターの大字書を借り、曾て之を座右から離したことがなかった」(44)。談話「語学養成法」(44年。『学生』1巻1号、2号。巻②-391—400；前註52・大井田編・110—123)は、「一般に学生の語学の力が減じたと云うことは、余程久しい前から聞いて居るが、私もまた實際教えて見てそう感じた事がある」を枕に曰く、「文法を離れて訳はなく、訳を離れて文法はない……その他の科目、作文、会話、読方、皆同じ事である。有機的統一と云ふ事を考えて、互に融通の利くような親切な教え方をしなければならぬ」(111、121)。この指摘は、「英文学」以前の「英語」レベルのものであろう。参照：[中の一]-629にいう両者の対比。

は十九世紀に入つてエリオットがある。〔彼女と同時代の英文学者〕モレーがエリオットの作を評して、此作家は人間に本来の悪があると云ふ事實を否定して筆を着けると云つたのは之が為である」(巻⑮-244以下)。閑話休題、36年度第一学期からは退職まで「シェクスピア」を、Macbeth, King Lear, Hamlet, The Tempest, Othello, The Merchant of Venice, Romeo and Julietの順に取り上げて、文科大学随一の人気講師となり、一高でも早朝の課外授業でシェイクスピアを講じた(⇒前註65)¹⁰⁵。

さて、着任早々、35年度第三学期の試験の採点を終えて36年6月14日付け菅宛に曰く、「高等学校はすきだ。大学はやめるつもりだ。……僕は高等学校へ行って駄弁を弄して月給をもらっている。それでもなかなか良教師だと独りで思っている。大学の講義も大得意だが〔試験の出来映えから推測するに〕わからないそうだ。あんな講義をつづけるのは生徒に気の毒だ。といって生徒に得の行くようなことは教えるのがいやだ」(『書簡』117)。そして、異口同音の「大学を辞めたい」旨の書簡が続く。たとえば、7月2日付け菅宛に曰く、「僕大学ヲヤメル積デ(⇒前註101末尾。井上哲次郎)学長ノ所へ行ツテ一応卑見ヲ開陳シタガ学長大気焰ヲ以テ僕ヲ萎縮セシメタソコデ僕唯々諾々トシテ退クマコトニ器量ノワルイ話ヂヤナイカ」(巻②-283)。そして、「辞めてどうする」について、松山時代の俳句

105 布施知足「漱石先生の沙翁講義振り」(1916年。別-157—161)によれば、「先づ朗読、それから字句の講義、次に主要な所へ来ると、人物の解剖、事局の発展其他心得なければならぬ処々を先生独特の批評眼で縦横剖析して古今の註釈者の異説をも取捨せられる。果ては沙翁の文章の批評にも及んで、このmetaphorは巧いとか拙いとか、この書き方はいいとか悪いとか、聴いて居ると実に歯切れがよくて面白い」(158)。野上豊一郎による38年9月から翌年10月18日までの自分の聴講ノートにもとづく英和対照版の『夏目漱石先生評釈OTHELLO』を底本とする『オセロ』評釈(巻⑬-横組み1—271)がある。この評釈につき、井田好治「『漱石のオセロ』について」英学史研究7号(1974)147—161は「自己本位の立場から発する文学の『批評的鑑賞』にほかならない」(148)とする。参照：大橋洋一「漱石、シェイクスピア、英吉利文学」1996・「月報一次」巻②-23-1—4。

仲間の村上^{さいげつ}霽月宛^{38年} 5月8日付けに曰く、「小生は教師なれど教師として成功するよりはヘボ文学者として世に立つ方が性に合ふかと存候につき是からは此方面にて一奮発仕る積に候」(巻22-382)。その背景には、38年1月に一挙に発表した、『猫』、『倫敦塔』、『カーライル博物館』をめぐる好評があろう。英文科中退で漱石の後輩山県五十雄(M2-1959)宛の5月25日付けに曰く、「小生の文章を二三行でも読んでくれる人があれば難^{アリ}有^{ガタ}く思ひます。面白いと云ふ人があれば嬉しいと思ひます。敬服する杯といふ人がもしあれば非常に愉快を覚えます。この愉快は……大学者と云はれるより^{ママ}教授や博士になつたより遥かに愉快です。小生は君の手紙を得て此大愉快を得たのだから御礼は此方より申さなければならんと考えます」と高揚する〔巻22-382、385。山県は28年から大衆紙「^{よろずらうほう}万朝報」の英文欄担当記者。巻20-127)。他方、同7月15日付け^{ママ}中川宛に曰く、「大学で一人前の事をして高等学校で一人前の事をして明治大学で三分の一前の事をして(⇒^{ママ}中の一-638)文士としても一人前の事を仕様といふ図太い量見だから到底三百六十五日を一万日に御天と様に掛合つて引きのばして貰はなくちや追いつかない話しさ。^{センダツテ}先達日本新聞がきて何でも時々かけといふから。僕もつくづく考へたね。毎日一欄〔約2000字〕書いて毎日十円もくれるなら学校を辞職して新聞屋になつた方がいゝと。然し是は日本新聞で承知する訳のものでないから矢張り赤門の中で妙な事を云つて暮らす積りです」(巻22-393)¹⁰⁶。とは言え、9月5日付けに曰く、「学校が始ま

106 明治十年代頃までは読点(、)を用いずに区切りはすべて句点(。)とするのが普通(19年の遺稿『小説神髓』、『当世書生気質』。筑摩書房版『明治文学全集 16 坪内逍遙集』1969)。両者を併用するようになって以降では、「読点(、)よりももう少し時間を置きたい時に、文末でなくても(句点を)……使用するようである。言いよどんだり、興奮して言葉が出なかったりする場合に多い」、『新日本古典文学大系 明治編18坪内逍遙 二葉亭四迷集』岩波書店・2002・245注六。なお、漱石は新聞社の社員を新聞屋と呼ぶ。大学中退を決意したばかりの子規と連れだって25年7月に京都に向かった漱石は、朝日入社を決意したのちの40年3月28日から4月12日まで京都・大阪に遊び、「京に着ける夕」(⇒後註121)を朝日

るのは何よりいやだ。〔僕の〕神経は学校に適しない様に出来てゐるんだらう」（巻②-403）。9月17日付け高浜宛に曰く、「小生は生涯のうちに自分で満足の出来る作品が二三篇でも出来ればあとはどうでもよいと云ふ寡慾な男に候処。……とにかくやめたきは教師、やりたきは創作。創作さへ出来ればママ夫丈で天に対しても人に対しても義理は立つと存候。自己に対しては無論の事に候」（②-409）。10月20日付け奥太一郎宛に曰く、「小生如きはどこへ参つても教師がいやで生涯サト覚れない剛突張ごうつくばりに候。人は大学の講師をうらやましく思ひ候由、金と引きかへならいつでも譲りたくと存候。……高等学校は楽なものに候。小生は高等学校で食つて余暇に自分の好きな事を致したくと存候。〔寮生の監督をする〕舎監などは〔専任だった五高と違って囑託の一高では〕一日も無之と存候。第一高等学校は熊本より大分気楽に御座候」（巻②-417—418、『書簡』131以下）。

翌39年1月14日付け菅宛に曰く、「君に返す金は矢張り〔毎月〕十円宛にして居る今年中位で済むだらう。……僕大学をやめて江湖の処士〔民間人〕になりたい。大学は学者中の貴族だね。何だか氣に喰はん」（巻②-453）。このような心境のもと、2月に文科大学の英語学の試験委員〔出題・監督・採点の責任を負う委員。受験者は文科大学全体の登録者か？〕を委嘱された漱石は、文科大学宛に事務的な「断り状」を出したあと、2月15日付け〔①〕で文科大学教授姉崎正治（M6-1949）に理由を説明する。曰く、「辞任の理由は多忙という事に帰着する。……次に僕は講師である。講師というのはどんなものか知らないが僕はまあ御客分と認定する。大学から普通の教授以上ていちょう叮重に取扱われてもよいと考えている。大学の方ではそうは思わんかも知れんが僕の方ではそう解釈している。従って担任させ

に掲載。冒頭で曰く、「〔学生時代は〕制服（ぼたん）の釦を真鍮と知りつゝも、黄金と強ひたる時代である。真鍮は真鍮と悟つたとき、われ等は制服を捨て、赤裸の儘世の中へ飛び出した。子規は〔結核で〕血を嘔いて〔日本新聞社で〕新聞屋となる。余は尻を端折つて西国〔松山〕へ出奔する。……よもや（35年に逝った子規は）、漱石が教師をやめて新聞屋にならうとは思はなかつたらう」（巻⑫-75）。

た仕事以外にはなるべく面倒をかけぬのが礼である。その代り講師には教授などのような権力がない。自分の教える事以外の事に口は出せない。／……僕のようなものに手数(担任以外の)をかけるには金銭か、敬礼か、依頼か、何らかの報酬が必要である。それがなくて単に……囑託相成候間右申し進候也というような命令なら僕だってこの多忙の際だから御免蒙るのはあたり前である」(『書簡』152以下。⇒前註99)。しかし姉崎は辞退しないように忠告したようである。17日付け姉崎宛〔②〕に曰く、「〔坪井〕学長からもう一返何とかいつてきた時に何と挨拶するかはあらかじめ君に受合う訳に行かん。のみならず僕自身にも分らない。／……学長たるものはただ〔自分の専攻の〕歴史の大家になったって駄目だよ。少しは世の中の人間はこんな妙な奴がおって講師でもそんなに意の如くにはならないという事を承知させるがいいのだよ」(『書簡』154以下。⇒前註101)。文科大学教授会は22日に漱石を招いて意見を聴取し、辞退理由を至当としつても委嘱を撤回しない。23日付け学長宛〔③〕に曰く、「教授会では教授中に適当な人がいないとの仰せで無理にも小生をとの御命令ではありませんが〔試験のレベルとしてギボンやミルが挙げられているので〕小生を見る所では全く反対で却つて其専門の教授方が担任せらるゝ方が好成績が出るに相違ないと思ひます。……實際出ないでも済むものを無理に出して二百人の答案をしらべさせる忤は人が悪いじゃありませんか」(巻22-478)。

10) <京都帝国大学文科大学招聘問題>。官費留学期間二年組の漱石は、帰朝後の官立校での奉職義務四年間、つまり、36年4月(35年度第三学期)から40年3月末(39年度第二学期)の満期を「再任か否か」という思いで待ち受けたようである(⇒前註99)。東京朝日への「入社^しの辞」に曰く、「年^が期はあけても食へなければ、いつ迄も嚙り付き獅嚙みつき、死んでも離れない積であつた。所へ突然朝日新聞から入社せぬかと云ふ相談を受けた」(巻16-61)。その受諾による最後の方針転換に至る経緯を一瞥しておこう。

第一が、京都帝国大学(以下、京大)文科大学への招聘問題。まず、京

大の設立経緯について。第二次伊藤博文内閣（25年8月8日～29年9月18日）は、28年4月17日の下関条約によって日清戦争の賠償金として2億^{テール}両を取得し、その3%を教育基金とした〔前註59・岡『明治政治史』下・65〕によれば賠償額は当時の国家歳計の約三倍半であり、また、同88注2によれば、三国干渉を主導したロシアが同盟国フランスと共に清国に莫大な融資を行ない、賠償金は31年5月に完済された。他方、病氣辞任した井上毅文部大臣（1844-M28）の後任として27年10月3日に初入閣した公家出身で後の元老・西園寺公望（1849-1940）¹⁰⁷は、関西初の帝国大学の設置を求める地元京都の声に応えて第三高等学校を帝国大学に昇格させることを提案する（28年）。成案は、三高を移転させて跡地と建物を大学が利用するというもの。翌29年に予算措置が可決され、30年制定の京都帝国大学設置に関する勅令により同年に理工科大学が先行的に設置され、32年に法科大学と医科大学が続く。39年設置の**文科大学**への招聘を漱石に提案したのが狩野亨吉。狩野によれば、「夏目君と私が相識したのは、夏目君が〔28年に〕松山へ赴任される少し以前で、山川信次郎君を介してであった。それから、

107 元勳と元老の関係について（参照：前註59・岡『明治政治史』上・370；同『政治家』307；同『山県』117以下）。明治時代に内政・外交および皇室の重要案件について最終的な国家意思を決定する際、強い影響力を持った国家指導者たちのうち、本来は、明治初期に指導的役割を果たした大久保利通（1830-M11）、木戸孝允（1833-M10）、西郷隆盛（1828-M10）という薩長出身者と三条実美（1837-M24）、岩倉具視（1825-M16）らの公卿を「元勳」と呼ぶ。その大半が亡くなった後、首相などの要職を辞任するに際して九名が「元勳優遇の詔」によって元勳に列せられた。首相辞任組は、22年の黒田清隆（1840-M33）、24年の山県有朋（1838-T11）、31年の松方正義（1835-T13）。それ以外は、22年に枢密院議長を辞任した伊藤博文（1841-M42）、井上馨（1836-T4）、西郷従道（1843-M35）、大山巖（1842-T5）。再び首相辞任組として、大正2年に桂太郎（1848-T2）と5年に西園寺公望が加わる（黒田以下9人のうち、公家出身の西園寺以外は薩長藩閥出身者）。日清戦争の頃（M27）から法的根拠はないが「元老」と称され、内閣総辞職の際に後継の首班について天皇の諮問に答えることが最重要職務となる。参照：岩井忠熊『西園寺公望―最後の元老―』岩波新書・2003；伊藤之雄『元老―近代日本の真の指導者たち』中公新書・2016。

ずっと交際を続けて、熊本高等学校時代にも一緒になり〔漱石が29年4月に、また、狩野が31年1月に赴任〕……非常に親しくしておった¹⁰⁸。しかし、狩野は31年11月に第一高等学校長として転出し、36年4月の漱石の一高赴任の根回しをしたのち、39年7月に新設の京都帝国大学文学部の倫理学担当教授（初代学長を併任）。教官の招聘に努める（41年10月に退官。

108 狩野亨吉（談）「夏目君と私」（1928。『追想』36）。両者の交流につき、青江舜二郎『狩野亨吉の生涯』（初出・1974。中公文庫・1987）の付論「亨吉と漱石」（文庫版・721—787）を参照。前註101・狩野・14は米山を偲んで曰く、「この変り者の米山が夏目君のことを『あの男は普段黙つてゐるが、いざといふ時相談すれば必ず事を処理する力を持つてゐる』といつて感心してゐた。自分はこの米山と親しかった……米山は奇人であるが研究すべき奇人であると思つてゐる。若くて死んでしまつたので、後年友人達が話して、彼の伝記を夏目君が書き、その遺稿は自分が見ることになつてゐたが、伝記は出来ずに終り、手帳の中には世に出す程まとまつたものもなかつた」。

翻って、漱石が狩野を五高に迎えるにつき三顧の礼を尽くしたことは、狩野宛書簡（30年12月7日、22日、23日。巻22-136、141、143）に詳しい。そのうち12月7日付けでは、「遙かに先輩なる狩野氏の事なれば相応の待遇をせずばなるまじ」と「大学予科教頭の地位」を用意したとして曰く、「桜井氏は工学部主事に任ぜられ到底現今の教頭を兼任し難き事と御承知被下度候」（巻22-137）。これは、大学進学希望者のための三年制のコース（予科）の「主任」に相当する地位であり、「五高の教頭」ではない。この点について、前註65・木部・86は「〔狩野は〕熊本では教頭ではない。単に教務課長をしていられたに過ぎない……。年齢も三十三、四であります。それが地方の高等学校の一教務課長から、高等学校の中でも最右翼たる一高の校長に抜擢されたのだから、当時であっても異常の躍進ではあった」とする（前掲・青江・207によれば、狩野は前任の四高では教頭を経験していた）。32年10月12日付けで漱石は狩野に欠勤届を提出しているが、これは「狩野教務課長宛」という趣旨であろうか（巻22-154）。

ちなみに、米山を奇人と称する狩野について。前註52・原武・173によれば、「〔会計年度途中の一月着任時の狩野の〕月俸は百十五円、六月には百三十円に増額されたが、〔和漢の〕古書の収集のため、毎月赤字で夏目漱石からしばしば借金したらしい」。32年1月14日付け狩野宛返信（巻22-157）から察するに、一高転出後の狩野は漱石に月々返済していたようである。後年の45年4月2日付け内田魯庵宛に曰く、「狩野亨吉君……は尙不見の古書狂に候其狂熱あるがため今迄独身でゐられる位」（巻24-18）。本人の意志により（生前から四次に亘って）東北大学に移された「狩野文庫」は、約108000点にのぼる。参照：前掲・青江・423以下；東北大学総合知デジタルアーカイブコレクション・狩野文庫。

参照：鈴木正『[増補]狩野亨吉の思想』平凡社ライブラリー・2002)。

『京都大学文学部五十年史』(1956)によれば、「教官の選定についてもやはり次のような特色が示されている。その頃東京帝国大学においては教授の任に当るものは必ず帝国大学の卒業生であることを条件とし、かつ職歴を重視していたが、わが文科大学においてはあまりこれらの条件に拘泥しなかった。東洋史の内藤虎次郎〔湖南：1866-1934〕、国文学の幸田成行〔露伴〕は文学界から聘せられて、いわゆる「野に遺賢を求むる。ことが種々の困難を排して実行された」(引用は前註108・青江・295以下に拠る。そもそも狩野も含めて、洋行帰りでも博士でも大学教授でもなかった彼等の採用をめぐる文部省との確執につき同・323以下)。ちなみに、39年4月21日付け土井宛に曰く、「京都にては〔史学と哲学はあるが〕文学科の設備なきやにきく。従つて小生は勧誘をうけたる覚なし。……文学科を設けぬ積の由は余程以前狩野から聞きたり」(巻②-495)。しかし41年の文学科開設が決まり、狩野が人選した「遺賢〔民間に埋もれている有能な人材〕」のうち、41年に「教授待遇の講師」として着任した(漱石と同じ年の)露伴(1867-1947)は<京都は山ばかりで釣りが出来ない>などと嘯いて翌年には東京に戻る¹⁰⁹。他方、官にあって「文学界の大立者」〔⇒前注13〕と評された漱石は、京都に赴任する直前の狩野に39年7月10日付けで「京都はあまり志望仕らず他に相当の候補あらば喜んで其人に譲り度と存候……個人的理由も存し居候……東京の千駄木〔⇒中の一・638〕を去るのがいやな事に候。是は千駄木がすきだから去らぬと申す訳には無之反対に千駄木が嫌だから去らぬ事に候。此パラドックスの意味は他に対しては説明する程の価値も無之候」として辞退する(巻②-522。同-525、532、537、539。

109 塩谷賛『幸田露伴(中)』中公文庫・1977・219によれば、「〔42年の〕暑中休暇で東京に帰ったきり露伴はふたたび京都の地を踏まなかった。露伴のほうはそれで任を辞したのだが、正式に解任されたのは大正三年になってからである」。

⇒「下の一」¹¹⁰。

「千駄木が嫌だ」について言えば、38年8月4日付け野村伝四宛にいう「千駄木は不相変豚臭くて厄介だ」(巻22-397)への注解によれば、近所の「権現坂の近くに牧場(農場)があり豚が飼われていた」。また、『猫』ハ(283以下)にいう「落雲館と称する私立の中学校(22年開校の郁文館。現在の中高一貫の郁文館の前身)」の話を脱稿してすぐの38年12月31日付け鈴木宛に曰く、「裏の学校から抗議でもくれば又材料が出来て面白いと思つて居る。此学校の寄宿舎がそばにあつて其生徒が夜に入ると四隣の迷惑になる様に騒動する。今夜も盛にやつて居る。此次は是でも生捕つてやりませう。仕舞には校長が何とか云つてくればいゝと思ふ。喧嘩でもない猫の材料が払底でいかん」(巻22-441)。38年12月6日付けでは、「美しい少女の死ぬ程詩的に悲しい事はない。死んでいゝ奴は千駄木にゴロゴロして居るのに思ふ様にならん」(巻22-434)。『草枕』執筆中の39年8月6日付け森田宛に曰く、「小生千駄木にあつて文を草す。左右前後に居るもうろくども一切気に喰はず朝から晩迄喧嘩なり……喧嘩をしつゝ、勉強をしつゝ、文章を書きつゝ、もうろくどもがくたばる迄は決して千駄木をうつらずして、安々と往生仕る覚悟」(巻22-537)。また、日付不明の同じく8月とされる野村宛に曰く、「毎日眠気ざましに近所の下等野郎を罵倒してやる。是から十年もかゝるうちには彼等は少々は上品の何物たるを解する

110 しかし、その後も漱石は揺れる。39年7月17日付け小宮宛に曰く、「来月は(大学の新学期の)講義(ノート)をかゝなければならん。講義を作るのは死ぬよりいやだそれを考へると大学は辞職仕りたい」(巻22-524)。また、7月19日付け狩野宛に曰く、「今般東京大学にては一名の西洋人を雇ひ入候由なれば小生は都合によりては(併任中の東大講師を)辞任するとも差支なきに至るやも計りがたく。就ては当地高等学校を根拠地と致しこゝにて相当の待遇を得ば小生は夫にて満足なれば京都の方は他人に譲り度候。……高等学校の方もいつ迄も身分がたまたまぬ模様なれば今一応とくと熟考の上京都へ行くか行かぬかを取り極め度と存候」(巻22-525)。下線部は、囑託(⇒前註99)ゆえの再任の不透明さに対するリスク回避の姿勢を示唆する。最終的には7月30日付け狩野宛に曰く、「京都大学の件は一寸熟考致候へども一先見合せる事に可致候」(同-532)。

に至るだらう。ぼくは慈悲の為に千駄木に永住する也」(巻②-537)。

閑話休題、京大招聘の後日談。漱石の大学時代からの友人でインド哲学専攻として文科大学開設に際して教授に就任した松本文三郎(M2-1944)が、「〔開設時の文学科としては、国文学のほかに〕英文学も是非置かなければならぬと考へて居たのであるが、其〔現有の〕教官に多少手薄な所があり、此際漱石に如何なる名義にても其講義を助けて貰へば誠に大学の為め幸であると感じ」、40年12月に上京した折りに『東京朝日』社員の漱石に「随意講義」を依頼した(⇒前註104・松本・46以下)。41年1月からの『坑夫』の連載を4月に終え、6月21日に『文鳥』の連載を終えての6月22日付け松本宛に曰く、「御希望を満すを得ば小生の光荣と存居候へども何角多忙にて纏まりたる考も浮ばず……講義が出来るや否やに就ては頗る背約に終りはせぬかと心配致候。(表立ちたる講師任命杯の事は貴君も小生も新聞社も此際迷惑なるべければ先づ小生の分は臨時飛入位の御含位に留め置かれ公然時間割の発表は無論、名前も其間際迄は御出し被下間敷様願上候)」(巻③-199。前註71に通じる「リスク回避」)。さらに、9月1日から連載の『三四郎』を脱稿した翌日10月6日付けの松本宛に曰く、「到底講義をプレペ^{ママ}やアする時間杯は到底出来さうに無之……古い講義文はどうあつても御免を蒙りたく左ればとて新らしいのは今申したる次第実に汗顔の至に不堪……何時来る杯といふ事はあてにせず御出を願度候」(同-223)。^{〔たえず〕}その後の経過は不明であるが、この企画は立ち消えになったようであり、42年に上田敏が京大に移籍する(⇒前註100)。

11) <最後の方針転換>。転職願望の成就。東京朝日新聞社への入社>。京大招聘問題の頃の漱石の書簡に特徴的なのは、「喧嘩」という単語の頻出(⇒下の一)ならびに旺盛な創作意欲の増大とそれに比例する(後に『文学評論』となる)講義ノート作成の苦痛の告白。39年7月3日消印の高浜宛に曰く、「此七月には何でも四篇ばかりかく積りです」(実際は『草枕』、『二百十日』、『野分』)。また、10月20日付け皆川正禧(⇒前註103)宛に曰

く、「僕明治大学をやめやうと思ふ。……やめて新聞屋にならうか知らん国民(新聞)でも読売(新聞)¹¹¹でも依頼されてゐる。明治大学は土曜の四時間であるから、土曜を四時間つぶして何かかいてさうして夫が同じ位の収入になれば新聞の方が色々便宜がある様に思ふ。」(巻22-587。40年8月28日付け中村古峽宛てによれば実際に辞めたのは朝日入社時(巻23-116)。背景には、東京専門学校の場合と同様のリスク回避の配慮があったのか⇒中の一-615)。そして10月23日に前述の「パラドックス」を説明する狩野宛の長文の二通を認める(『書簡』172—180)。11月には、竹越を主筆に迎えた讀賣新聞が日曜日掲載の文芸時評欄の担当を打診する(参照：11月17日付け松根宛書簡、巻22-624)。(狩野宛二通を色濃く反映する)11月16日付け滝田宛書簡は、その応諾のメリットとデメリットについて委曲を尽くす(『書簡』185—188)。第一に、報酬が毎週日曜日の執筆で年720円なら、一高(年700円)と大学(年800円)のいずれかを辞める。第二に、辞めるなら「大学をやめる。／大学は別段ありがたいとも名誉とも思うておらん。……／高等学校は授業が容易で文学上の研究及び述作の余裕を作るに便だからやめぬ。くしかも、生意氣な教師や生徒¹¹²と戦わず

111 文芸の現在の諸問題や新刊などを取り上げるコーナーを「文芸欄」と総称すれば、7年創刊の讀賣新聞は34年から「月曜文壇」を設け、他方、徳富蘇峰が23年に創刊した国民新聞は41年に高浜虚子を「国民文学欄」の編者として、また、松根東洋城を「俳句欄」の選者として迎える。各社とも漱石の原稿を求めていた。書簡にいう読売新聞からの打診は、前註24にいう『文学論』の「序」の讀賣掲載の経緯と符合するのかも知れない。漱石が後発の東京朝日で42年11月25日に「文芸欄」を開設する次第については中の一を参照。

112 T2年10月5日付け和辻宛に曰く、「私が高等学校にいた時分は世間全体が癪に障ってたまりませんでした。……私は高等学校で教えている間のただの一時間も学生から敬愛を受けて然るべき教師の態度を有っていたという自覚はありませんでした。従って(あなたの自白するような殆んど異性間の恋愛に近い熱度や感じを以て自分を注意している)人が校内にしようとはどうしても思えなかったのです。けれどもあなたのいうように冷淡な人間では決してなかったのです。冷淡な人間なら、ああ癪癪は起こしません。／私は今道に入ろうと心掛けています。たとい漠然たる言葉にせよ道に入ろうと心掛けるものは冷淡ではありません

して辞めるのは>世のためになる事を自分の安きを得るために逃げたように甚だ不愉快である。だから高等学校は決してやめぬ」。第三に、大学を辞める穴埋めに讀賣が800円出すとしても、「<新聞のような>ただ一日で読み捨てるもののために時間を奪われるのは大学の授業のために時間を奪はれると大した相違はない。そこで僕は躊躇する」。第四に、<大学の地位と読売のそれについて安定性を比較した場合、大学を罷免される可能性は否定できないものの、主筆の竹越は「政客」だから読売を去る可能性がある。パトロンの竹越が去るようなことになれば>「僕は一人で立場を失うようになるかも知れぬ」。第五に、「入社するには僕の方でそれだけのモチーブがなくてはならん。『僕は教育界に立てぬ人だから。退かなければならん』とか『是非とも新聞紙で自家の説を発表して見たい』とか何かそこには未来の危険を犠牲にするだけの強烈な事情がなくてはならん。ところが今の僕にはさほどの事情がない」。しかも、「僕の待遇をよくして月給を増して……〔も〕未来の危険は依然として元の通りである」。第六に、「今度のご依頼について尤も僕の心を動かすのは僕が〔讀賣の〕文壇を担当して、僕のうちへ出入する文士の糊口に窮している人に幾分か余裕を与えてやりたいという事」だが、「以上の諸事情を勘案すれば」「それも駄目である」。

この時期の漱石の心境について前註14・小宮『芸術』115に曰く、「漱石は外への義務〔教師としての義務〕とうちへの義務〔創作を生命とする自己への義務〕と、二つの義務の間に板挟みになつて、あれかこれかの選択に苦しまなければならなかつた。丁度その隙へ打ち込んで来たのが、朝日新聞社からの招聘である」。12年に大阪で「朝日新聞」の創刊に参加した村山龍平（1850-1933）は、翌年入社した上野理一（1848-1919）と共に、14年に社の所有権を買取る（村山と上野の出資比率は2対1）。両家の当主が三代に亘って朝日の社主を務める〔戦後も日刊新聞法（1951）により新

せん。冷淡で道に入れるものはありません』（『書簡』267）。

聞社の株式は非上場。朝日では2009年に持ち株比率の変更により社主に代わって従業員持株会が筆頭株主)。東京の『めざまし新聞』(17年発刊の自由党の機関紙の後続紙)の発行人が21年に保安条例違反により東京退去処分となったのを機に、これを同年に買収して「東京朝日新聞」を発刊(漱石入社当時は二流新聞)。22年に大阪版を「大阪朝日新聞」と改称。1940年に「朝日新聞」に一元化¹¹³。

最後の方針転換^{おの}に向けての最初の布石は、大阪朝日の主筆鳥居素川。『坊っちゃん』、『二百十日』、『草枕』を収める『鶉籠』(40年1月1日発行)の序文で漱石曰く、「天下、著者にちかき或物を抱いて、之を捕へ難きに苦しむものあらん。之を捕へて明かならざるを憂ふるものあらん。之を明かにして表現の術なきに困するものあらん。もし『鶉籠』が是等の士に幾分の慰藉を与ふるを得ば著者の願は足る」(巻⑩-36)。他方、素川「漱石

113 明治十年代までの新聞は、経営規模ではなく紙面づくりに応じて、知識階級向けに政論を中心とする大新聞と庶民向けに巷の事件や演芸や「統話し」(勸善懲惡の実録もの)を扱う小新聞に区分される(参照: 亀井秀雄『明治文学史』岩波書店・2000・17、32以下。平田由美「物語の社会的空間—近代メディアと『毒婦』言説—」『文学』増刊「明治文学の雅と俗」2001・74—85)。東京を本拠とする7年創刊の讀賣新聞も12年創刊の大阪朝日も小新聞として出発したが、やがて政治・経済や論説も掲載する。讀賣は19年初春から「統話し」を新聞記者による新聞小説に切り替え、22年には東大国文科在学中の尾崎紅葉(1868-M36)を入社させその小説を連載する。他方、27年からの日清戦争の戦況についての唯一の媒体は新聞であった〔子規も日清戦争に新聞「日本」の記者として従軍⇒前註53〕。飛躍的に伸びた購読者を戦後も逃がさないために、讀賣は紅葉の『金色夜叉』(30年1月1日〜35年5月11日。著者死亡により未完)で好評を博す〔苦沙弥先生宅は讀賣新聞。『猫』十(428)〕。後発が禍して販路拡大で苦戦する東京朝日は、当代随一の人気作家漱石を破格の待遇で迎える。後述のように、発案者は大阪朝日主筆の鳥居素川、採用を主導したのが東京朝日主筆の池辺三山(⇒後註114)。なお、両社では人事交流はあるものの編集体制が異なり、必ずしも両紙併載あるいは同時掲載ではない。朝日からの引用では、特に断らないかぎり、東京朝日での掲載日に拠る。ちなみに、漱石入社の波及効果も一因なのか、40年の全新聞の発行件数は、前年までの3倍(30万)の伸びとなって230万となる(『岩波日本史辞典』1999・1769)

君を悼む」(T5年。『追想』186)によれば、小説嫌いの素川が同書の『草枕』を読んで、「ハテナ、我等の論ずる所を君は小説で書いている、偉い、唯の人物ではない。……その翌、^{ママ}忘れもせぬ我社の旧建物(⇒後註138)の中の……総務局に於て、我が読みし『鶉籠』を村山社長に見めし、一度この書の幾分を読んで戴きたいと願った。是が君の我社に入りし端緒である。／自分は社長の命に依り、東朝〔東京朝日〕の池辺^し三山君に申送った。三山君よりは^{とて}逆でも六ヶしかろうとの返事が来た。……交渉を託すると、意外にも反響がある」。実際の交渉にあたったのが、漱石の五高の教え子で40年7月の朝日入社が内定していた白仁三郎(のちの坂元雪鳥。表記は当時の白仁とする)¹¹⁴。彼は池辺の意を体して2月下旬頃に訪問の可否を漱石に照会。『文学論』の推敲に追われていた漱石は21日付け書簡で24日を指定し、この日の訪問で白仁が漱石に朝日入社を打診¹¹⁵。漱石は、讀賣を断ったものの新聞屋への転進に賭ける覚悟を固めたのか、白仁を介して交渉を重ねる。ここで漱石は持ち前の「リスク回避」の才覚を発揮する。3月4日付け白仁宛書簡で、「先日は御来駕失敬致候其節の御話しの義は篤と考へたくと存候処非常に多忙にて未だ何とも決せざるうち大学より英文学の講座担当の相談有之候^{〔これあり〕}¹¹⁶、因つて其方は朝日の方落着迄待つてもら

114 白仁を選んだのが池辺なのか、池辺の意を体した政治部長の弓削田精一〔M3-1937。号・秋江。44年10月4日付け同人宛。『書簡』246〕なのかは、不明。いずれにせよ、漱石入社は、漱石⇔白仁⇔弓削田⇔池辺の連携の産物である。なお、小宮豊隆『漱石入社前後』(1935。『全集月報』173—179)と、その事実誤認を補正する坂元雪鳥『『漱石入社前後』について』(1935。別-187—188)を参照。

115 この面談の様様についての白仁による「西片町の二文豪」(未発表)と「漱石先生を打診した日」(1937)を、前註3・江藤『漱石(第三部)』407以下が紹介する。

116 巻②-641は教授昇任人事の打診を3月5日とする。前註22・夏目=松岡『思ひ出』・164に曰く、「専任教授になると月百五十円呉れるとかいふ話でした〔講師の年俸800円から年俸1800円〕」。漱石も学生時代に師事した英文科教授Augustus Wood(1855-1912。25年から29年まで在籍)の実質的な後任は小泉であったが、前註99の事情により形式的には教授ポストは空席であり、39年9月にJohn Law-

ひ置候」と述べたうえで、報酬について「何年務めれば官吏で云ふ恩給〔文官と武官が退職または死亡した後に本人又は遺族に支給される金銭。当時の民間では現在の「年金」給付がない〕といふ様なものが出るにや、さうして其高は月給の何分の一に当るや。／小生が新聞に入れば生活が一変する訳なり。失敗するも再び教育界へもどらざる覚悟なればそれ相応なる安全なる見込なければ一寸動きがたき故下品を顧みず金の事を伺ひ候」と続ける。さらに執筆にともなう条件などを問い、「小説以外にかくべき事項は小生の随意として約どの位の量を一週何日位かくべきか。／それから学校をやめる事は勿論なれども論説とか小説とかを雑誌で依頼された時は今日の如く随意に執筆して然るべきや。／それから朝日に出た小説やら其他は書物と纏めて小生の版權にて出版する事を許さるゝや」として、執筆の自由と版權確保の保証を求める。最後に、「小生はある意味に於て大学を好まぬものに候。然しある意味にては隠居の様な教授生活を愛し候。此故に多少躊躇致候」としつつも、「大学を出て〔=辞職して〕江湖の士となるは今迄誰もやらぬ事に候夫故一寸やつて見度候。是も変人たる所以かと存候」で締める(巻23-27—29)。これを受けた白仁との面談を経て、整理した入社契約案を3月11日付け白仁宛で伝える(『書簡』191)。月給200円(主筆の三山でさえ月給170円)、恩給の代わりに一般社員にはない賞与(年800円。最終的に600円に減額)¹¹⁷、毎年長篇一編ほかの執筆、他社には殆

rence(1850-1916)が招聘される。この人事と並行して、日本人教授の採用案が浮上し漱石への打診が始ったようである。参照：『三四郎』六の三(138)の与次郎「偉大なる暗闇」が批判する西洋人の教授陣について巻⑤-427の注釈に曰く、「明治四十年現在の文科大学の教官は外国人九名、日本人二十一名であった」。

117 前註22・夏目=松岡『思ひ出』・264によれば、当時の生計費は月二百円。ちなみに、40年7月に「臨時賞与」として五十円を支払われた漱石は、7月12日付け白仁宛で、「金の多少でいやといふより池辺、弓削田両君の如き君子人が当初の条件を守られぬといふ事がいやである。……序での節両君の存意を確められたし」と抗議(巻23-78)。白仁が<入社六ヶ月内の者には賞与なしが原則だが、漱石は特例>という池辺の回答を伝えて落着(同・80)。

ど書かない、朝日への寄稿を書物に纏めて漱石の版權で出版することなど。さらに漱石は、池辺の退社後もその履行を確保するために、社主との契約も要求¹¹⁸。三週間ほどの交渉を経て、3月15日に池辺が漱石を訪れて入社が決まる。

先取りの言え、池辺は後述の漱石発案の朝日文芸欄とも絡む内紛に際して、漱石の辞職を阻むべく自ら先に辞めることで事態を収拾した。それを踏まえる前註94・「池辺君の史論」・501に曰く、「池辺君が余の事を始終念頭に置いて、余の地位のために進退を賭する覚悟でゐたといふ話はつい此間池辺君と関係の深いある人の口を通して余に伝えられたから、初対面の時彼の人格に就いて余の胸に映じた此画像は全くの幻影ではなかつたのである」。「此画像」についての些か長い引用。「余は〔西片町の借家の〕其二階に彼を案内した。^{〔もと〕}固より借家の事であるから致し方もないが、余の家は頗る蚊細く不安心に出来上つてゐた（⇒前註93）。余の如き卑力なものが畳を踏んでも、二階はずしんずしんと音がした。池辺君の名は其前から承知して知つてゐたが、顔を見るのは其時が始めてなので、^{〔ど〕}何んな風采の何んな^{〔かっこう〕}恰好の人か丸で心得なかつたが、出て面接して見ると大変に偉大な男であつた。顔も大きい、手も大きい、肩も大きい。凡て大きいづくめであつた。余は彼の体格と、彼の座つてゐる客間の^{キヤシヤ}きやしや一方の骨組とを比較して、少し誇張の嫌はあるが、大仏を待合^{マチアイ}¹¹⁹に招じたと同様に不

118 漱石は従来の年俸1860円に比して年俸3000円を確保する。前註4・山本『家計簿』48によれば、入社前の年俸に印税や原稿料を加えた年収は、38年では約2873円、39年では4394円（データによつては）4979円。これほど契約を詰めたにもかかわらず、前註22・夏目・松岡『思ひ出』165は「どちらも信じあつての紳士協定といったやうなものでございました」とする。家族と社会に対する漱石の責任感が、同じく学校を辞めて自ら窮地に陥る『野分』の白井道也先生と対照的に、リスク回避を講じさせたのか。

119 『それから』五の四（70）にいう代助の兄誠吾が出入りするのが「待合」や「料理茶屋」。その注解によれば、「おもに料理を提供する『料理茶屋』に対して、『待合』は貸席を業とする茶屋。客が芸妓を呼んで遊興したり、男女が密会したりする場所としても使われた」（305）。詳しくは、明治前半の職業各種の短評、

釣合な感を起した。先づ是からしてが少し意表であつた。夫から話をした。話をしてゐるうちに、何ういふ訳だか、余は自分の前にゐる彼と西郷隆盛(1828-M10)とを連想し始めた。さうして其連想は彼が帰つた後迄も残つてゐた。勿論西郷隆盛に就て余は何の知る所もなかつた。だから西郷から推して池辺を髣髴する訳はないので、寧ろ池^{むし}辺から推して西郷を想像したのである。西郷といふ人も大方こんな男だつたのだらうと思つたのである¹²⁰。此感じは決していたづら半分のものではなかつた。^{〔すこぶ〕}頗る真面目にさう考へたのである。其の証拠には、彼が帰つた後で、余はすぐ中間に立つ余を『朝日』へ周旋するもの(=白仁)に手紙を出した。……(その大意)是迄話が着々進行して略纏まる段になつたにはなつたが、何だか不安心な所が何処かに残つてゐた。然るに今日始めて池辺に会つたら其不安心が全

-
- ^{ツウソウ}瘦々亭骨皮道人(西森武城:1861-1913)『浮世写真 百人百色(抄)』(20年)の「第十二 貸座敷」、「第五十二 曖昧待合」、「新日本古典文学大系 明治編29 風刺文学集」岩波書店・2005・223、239を参照)。「待合」のイメージは安普請と如何わしさである。同じく十四の七(236)の代助はそこに三千代を呼び出すのを憚る。密会相手は多様である。巻②0-397の日記(45年6月29日)が書き留めたのは、ある男が「待合」で呼び出し可の素人女性の写真をみせてもらい、妻の写真を発見し女将にその女の出勤可能日を問えば自分の出張日と重なっていたという話。
- 120 西郷の幼名の一つが「吉之助」、池辺の本名は「吉太郎」。池辺の父は西南戦争(10年2月～9月)で西郷軍に加わり刑死。参照：池辺一郎(三山の長男)・富永健一『池辺三山 ジャーナリストの誕生』(初出・1989)中公文庫・1994。西郷は西南戦争で「逆賊」とされたが、「西南戦争ののちの街では西郷は天上に昇って星になったという噂も流れ、西郷星が光っているといって暗い夜空を仰ぐひとびともあった」(前註59・岡・『明治政治史』上・286)。22年の明治憲法公布により大赦。これを機に関係者が全国から寄附金を募り下賜金も加えた原資により上野公園に設置した西郷の銅像の除幕式は31年〔『猫』七(257)。制作は、西郷像は高村光雲(1852-1934)、愛犬ツンは後藤貞行(1850-M36。皇居外苑の「楠木正成像」の馬の制作者))。もっとも、戊辰戦争での朝廷方の戦没者を祀るために2年8月6日に創建された東京招魂社(12年に靖国神社と改称)に、西郷は今も合祀されていない。『猫』十(405)は、「招魂社に御嫁に行きたい」という苦沙弥先生の三人の娘(7～8歳、5歳、3歳)の異口同音の発言を挿入する。日露戦争で未婚のまま逝き招魂社に祀られた戦没者への哀悼か(⇒後述の『趣味の遺伝』)。「死んで銅像になりたがる精神」につき『坑夫』八十。

く消えた。西郷隆盛に会ったやうな心持がする。—ざつと斯んなものであった」〔白仁宛の書簡は所在不明〕。

最後の方針転換を経て、40年3月22日付け狩野宛に曰く、「今月末より来月はじめへかけて京都へ遊びに行かうと思ひ候……／小生は今度大学も高等学校もやめに致して新聞屋に相成候」(巻23-34)¹²¹。付言すれば、大塚を介して前註116にいう漱石の教授昇任人事を打診したのは、第八代東大総長(38年～T元年)であつた^{あらた}浜尾新(1849-1925。三四郎池を見下ろす高みにある巨大な銅像の人物)。その筆記「大学と漱石」によれば、「夏目の考では一旦〔囑託でなく専任として〕大学に這入つたら大学教授たる身分上から文章もかけぬ著述も出来ぬ其他役人として色々窮屈な思ひをしなければならず、あらゆる自由を束縛されるといふ事を大変顧慮したものと見え、此誤解からひどく夏目は怒つてしまひ、とうとう後に大学に対する悪口を新聞などで書くといふ事になつたのです。……夏目の遣り方や考へ様はさういふ風であつたけれどもそれが別に夏目といふ人の学問に何の変化をも起さないの、其学識とか力量とかを認めてゐた大学では、そんな行きさつの如何に拘らず其学識に対し、其後、相当の敬意を払つて氏を文学博士に推薦する事になりました。それは前に一寸本人に打合はせて置けば尚よかつたかもしれないが、前に承諾を得て置くといふ筋合のものでもない処から、文部大臣は同氏に学位を授与し、当人を呼び出したが出頭を断り受了を辞した為め単に文部省から学位記を〔自宅に〕送つたのです」〔1917年。別-150—156。博士号辞退につき⇒中(四)〕¹²²。

121 40年3月28日8時発、19時37分着で京都に下つた漱石は、下鴨神社近くの狩野の広大な官舎を主不在のまま宿にして京都に遊び大阪朝日の重鎮を訪ねた後4月11日の夜行で帰京。4月9日から三日間大阪朝日に「京に着ける夕」を連載(東京朝日には不掲載。巻12-71—77。巻19-283—299の日記)。この時の印象は、25年の子規との京都旅行(⇒前註106)と共に『虞美人草』冒頭の甲野(27歳)と宗近(28歳)の嵐山散策や保津川下りや比叡登山、『彼岸過迄』(松本の話十(312)の市蔵の手紙などに反映される。

122 後述の「入社(の)辞」において、大学への怨み辛みを〔坪井〕学長の実名まで

【順路の変更②：職業作家としての生活と作品】からの抜粋——1) <入社<の辞>。東京朝日は40年4月1日の社告欄に「近々我国民文学上の一明星が其本来の軌道を廻転し来りていよいよ本社の分野に宿り候事と相成居候、而して小説に雑著に其光を輝かす可く候、如何なる星如何なる光、試みに御猜思下さる可く候……必ず東京朝日を讀まざる可からず」という思わせぶりの広告を掲げる。そして翌日に、「実は本人目下旅行中にて未だ執筆の場合に至らず候間(⇒前註121)……強ひてお尋ねに付きては名前をも申上べく候／新入社は夏目漱石君／に候」と続ける(『全集月報』237。社告での「さふらふ」は合略文字だが「候」と転写する)。これを露払いにして入社した漱石は、ただちに<社員としての義務>を公言する¹²³。第一に、40年5月3日の「東京朝日」の「入社<の辞>」。曰く、「大学を辞して

挙げて述べたあと、「大学では講師として年俸八百円を頂戴してゐた。子供が多くて、家賃が高くて八百円では到底暮らせない。仕方がないから他に二三軒の学校を馳あるいて、漸く其日を送つて居た(⇒前註90)。いかな漱石もかう奔命(=忙しく活動すること)につかれては神経衰弱になる。其上多少の述作はやらなければならない。酔興に述作をするからだ云ふなら云はせて置くが、近來の漱石は何か書かないと生きてゐる気がしないのである。夫丈ではない。教へる為め、又は修養の為め書物も読まなければ世間へ対して面目がない。漱石は以上の事情によつて神経衰弱に陥つたのである」(巻⑩-62)。にもかかわらず、漱石を高く評価していた浜尾は漱石を諦めない。巻②⑦-650によれば、41年9月6日に「漱石を訪れた寺田寅彦は、その日の日記に『夏目先生へは浜尾総長より東大への復帰の談判ありし由』と書いた」とのこと。但し、『寺田寅彦全集』第十三巻・岩波書店・1961では同日を省略。他方、慶応義塾は文科の刷新を43年1月に決議する。初代教授の人選を委ねられた鷗外によれば、最初に就任を打診した漱石の回答に曰く、「現在位置ヲ去ル事難ク若シ去ル事ヲ得トセンモ第一京都大学第二早稲田大学ト二ツノ先口アリ」(鷗外の1月29日付け上田敏宛の就任打診書簡。漱石側の典拠は見当たらない)。参照：秋庭太郎『考証 永井荷風』(初出・1966) 岩波現代文庫・175。上田の辞退により永井荷風で落着する次第につき、永井荷風「書かでもの記」(初出・1918)、野口富士男編『荷風隨筆(下)』岩波文庫・103以下；前掲・秋庭・181以下を参照。

123 もっとも、私信では早くも3月22日に、『早稲田文学』の記者宛に曰く、「今般ある事情にて教員生活をやめ新聞に這入る事と相成候に就ては一切の文学的作物は其方へ廻さねばならぬ義務を生じ候」(巻②3-33)。

朝日新聞に這入つたら逢ふ人が皆驚いた顔をして居る。中には何故だ^{なにゆゑ}と聞くものがある。大決断だと褒めるものがある。大学をやめて新聞屋になる事が左程^{さほど}に不思議な現象とは思はなかつた。……／新聞屋が商売ならば、大学屋も商買^{マブ}である。商売でなければ、教授や博士になりたがる必要はなからう。……新聞^{げび}が下卑た商売であれば大学も下卑た商売である。只個人^{ただ}として営業してゐるのと、御上^{おかみ}で御営業になるのとの差^さだけである。……／新聞の方では社に出る必要はないと云ふ。毎日書齋で用事をすれば夫^{それ}で済むのである。……学校をやめてから、京都へ遊びに行つた。……余は心を空^{そら}にして四年来の塵^{ちり}を肺の奥から吐き出した。是も新聞屋になつた御蔭である。／人生意氣^{いぎ}に感ずとか何とか云ふ。変り物^{なん}の余を変り物^いに適する様な境遇^{いきう}に置いてくれた朝日新聞の爲^{ため}に、変り物として出来得る限りを尽すは余の嬉しき義務である」〔巻⑩-60—63。大阪版は「嬉しき義務」と題して4日と5日に分載〕。第二に、40年4月20日の東京美術学校文学会での自身初めての講演の筆記を全面的に書き改めて朝日に掲載した「**文芸の哲学的基礎**」〔40年5月4日から27回連載。巻⑩-64—137。講談社学術文庫・1978〕¹²⁴。前置きに曰く、「入社^{うれ}の辞に次いで、余の文芸に関する所信の大意を述べて、余の立脚地と抱負を明かにするは、社員たる余の天下公衆に対する義務だらうと信ずる」〔巻⑩-65。⇒下の二〕。

2) <入社後の生活>。長女筆子〔⇒前註22〕の「父 漱石」によれば、「小説を初めて書き出した頃には、随分興にのつて無理をしたものだそうですが、大病をしてから後というものは、新聞にのる小説一回分〔⇒前註11〕がその日の日課のようで、毎日午前中にきちと書き上げて居りました。

124 新聞公子「正木直彦校長時代の三一年間」『図書』901号（2024年1月号）54—59は、前註64にいう鷗外が『青年』で平田拊石の講演の素材としたのがこの講演であり、漱石は「哲学の基礎ぬきの美学はいかがなものかと鷗外の美学を皮肉った」と言う。なお、正木（1862-1940）は、漱石と大学予備門の同級（前註37・「落第」163）、25年法科大学卒。美術畑の文部官僚としての32年からのフランス留学を経て34年から美術学校長。

そしてそれを自分でポストに入れに行きました。外へ出るのはそれと中食後の短い散歩位のもので、あとは小説を書いている時でも、……大概本を読んで、あきると絵や書を書いて楽しんでた様子でございました」(1929。『追想』374—383)¹²⁵。漱石は最初の新聞小説『虞美人草』の執筆を40年6

125 20年に兄二人を相次いで肺結核で亡くした漱石が運動ないし体操を心掛けたことにつき、前註66、『思ひ出す事など』三十一を参照。39年の『猫』七(245)に曰く、「吾輩は近頃運動〔体操、散歩〕を始めた。猫のくせになんて……人間だってつい近年までは運動の何者たるかを解せずに、食って寝るのを天職のように心得ていたではないか」。39年12月25日付け松根宛書簡(巻22-650)で「散歩党」を自認する漱石の散歩好きにつき、野村伝四「散歩した事」(1937。別-175—183)を参照。

漱石の水彩画や山水画につき、滝田樗陰「夏目先生と書画(抄)」(1917。『追想』289—297)、小宮豊隆「漱石と畫」(1936。『全集月報』231—235)。書につき、44年4月9日付け佐藤豊太郎(子規に私淑した和歌山の医師。作家佐藤春夫の父)宛に曰く、「書と申すものを習ひし事なき小生に取つては甚だ困難に候へども従来色々の関係上已むなく悪筆を揮ひ候機会にも乏しからず貴所のみに対し御辞退申上の必要も無之……」(巻23-431)。他方、『硝子戸の中』十二に曰く、「自分が病気のとき、仕事の忙がしい時、又はそんな真似のしたくない時に、さういふ〔揮毫の〕注文が引き続いて起つてくると、實際弱らせられる。彼等の多くは全く私の知らない人で、さうして自分達の送つた短冊を再び送り返す此方の手数さへ、丸で眼中に置いてゐないやうに見えるのだから」。それでも漱石は書いては送る。この律儀さの集成として、『漱石書画集』岩波書店・1976のほか、書蹟篇・絵画篇・書簡篇(二巻)からなる津田青楓=夏目純一監修『夏目漱石遺墨集』求龍堂・1979がある。参照：前註45・古田・『美術世界』第十講「漱石自筆画と南画世界」199—224。

作品に草花や樹木を巧みに登場させる漱石は、出入りの植木屋から食欲に知識を吸収しており(前註97・内田・344以下)、40年5月29日付けに曰く、「只今の〔西片町の〕住居前後にいさゝかの庭園あり四時〔=四季〕の眺めと申す程の事も無之候へども時々囁目遺悶の〔=自然に眼に触れて気張らしとなる〕花樹も数種有之多少は得意に候」(巻23-55)。また、死の約半年前のT5年6月9日の日記では「小宅の庭先」と題して十四種の草花を挙げる(巻20-555)。ちなみに、ロンドンの漱石は食費を節約しながらも34年5月4日の日記に「薔薇二輪6pence百合三輪9penceヲ買フ素敵ニ高いコトナリ」(巻19-79)。43年6月9日の日記に「座敷の花活に夏菊を挿す。黄のなかに赤を帯びたる小さき花旗(はなご)がりて、ぴんと勢よく頭を並べたり。書欄〔=書棚〕の上の銅瓶には百合を活ける。色黒を帯びたる赤。菊も百合もわが心に適ふ」(巻20-142)。また、『萼路行』(後述)の女の遺言に曰く、「手も足も冷え尽したる後……黒き布しき詰めたる小舟の中

月4日から開始し、6月17日付け松根宛に曰く、「毎日虞美人草の事ばかり考へてゐる今日社から原稿をとりにくる九十七枚〔十回分〕わたした」（巻②-64。第一回掲載は23日）。しかし、43年の修善寺大患後の初の小説『彼岸過迄』では、「書き溜め」が頓挫する。第一回を45年1月2日に掲載した頃、1月28日付け鳥居宛に曰く、「病余自分の健康を気づかひわざと毎日一回分の小説外か書かざる為め其日々に追はれ落付きかね候」（巻④-6）。また、2月9日付け笹川臨風宛に曰く、「一日後れると社の方で〔連載を〕一日休まねばならぬ始末にて大弱りの処に候過日時々休んで呉れと申し叱られ候木曜の面会日（⇒前註13）などは殆んど書き損はぬ許り危うき思を屢繰り返し居候」（同-7）。前註95・長尾・269が伝える43年からT2年まで山房で下働きを勤めた女性の話によれば、「たいてい〔新聞連載の〕原稿の出来上がるのは夜十二時頃で、封筒に収められたその原稿をちょうど、門の前にあったポストに入れるのが私の役目になっていました。玄関から暗い庭を通して、淋しい門の前まで真夜中の道がこわくてならなかったことを今もありありと覚えています」¹²⁶。以下では、入社前の作品を一瞥したのち、入社後に他の作家と順繰りに年一作を目安に担当した主な連載と身辺の出来事などを時系列にそって整理しておく。

にわれを載せ給へ。山に野に白き薔薇、白き百合を採り尽して舟に投げ入れ給え」（巻②-179）。『それから』十（149）の三千代と代助の縁は百合。『行人』（塵勞）十一のお重の部屋には「薔薇の造り花」と「白い大きな百合を刺繡にした壁飾り」。

- 126 ちなみに、前註51のケーブルや池辺三山の項で記した出稿日と掲載日の近さについて。当時の新聞は原則として午前中に編集し夕方に翌日付けで印刷に入り翌朝に配達するシステム（輪転機の性能アップにつき、前註7・小森・『13歳』73を参照）。池辺が亡くなった45年は閏年なので、弔問を終えて28日深夜に帰宅した漱石は29日未明にかけて追悼文「三山居士」を執筆して投函させ、29日に東京朝日が編集して3月1日付けで掲載した。付言すれば、43年頃に池辺のもとで校正係を勤めた石川啄木（M19-45。本名・一）の平常勤務は、「午後一時半から五時半頃—第一刷の刷上がるまで」（『石川啄木集』角川書店・1969・156の頭注2。⇒前註51の池辺三山の項）。

3) <入社前(38年~40年初頭)の作品>。十二点すべてが雑誌掲載であり、実に精力的である¹²⁷。『ホトトギス』連載の①『吾輩は猫である』は、**38年**1月(執筆は前年11月末から12月初頭)、続篇・2月、三・4月、四・6月、五・7月、六・10月、七と八・**39年**1月、九・3月、十・4月、十一・8月。単行本『吾輩ハ猫デアル』は、五までの上篇(38年10月)、九までの中篇(39年11月)、十一までの下篇(40年5月)。三篇を併せた「縮刷本」は44年11月(巻①)。巻②は『猫』に続く七点を収録。②『倫敦塔』【38年1月。『帝国文学』。38年1月20日付け皆川正禧宛に曰く、「実は稿を草する折は多少逆上〔⇒**中の一**]-626にいうインスピレーション。39年7月2日付け高浜宛(『書簡』161))の気味にて自分でも面白いと思候脱稿の上通読したらいやな処が多く且今^{ヒト}いきと云ふ所で気が抜けて居る様で我ながらいやに成つて居たのです。……ダンテの句は仰せの如く故意と^{わざ}

127 掲載の経緯につき高浜虚子「平凡化された漱石」(1927。別・273—287)、各作品の内容につき前註14・小宮『芸術』19—63を参照。なお、掲載誌のうち、『**帝国文学**』は、東京帝国大学文科大学の関係者の組織「帝国文学会」の機関誌(28年1月~T9年1月)。ちなみに、『**早稲田文学**』は、坪内を中心に24年に創刊され31年10月からの休刊ののち、早大派遣の欧州留学を終えて早大教授となったばかりの島村抱月(M4-1918)を迎えて39年1月に復刊され自然主義文学運動の拠点となる。慶応の『**三田文学**』は、文学科顧問の鷗外の助言で京大の上田を顧問、永井荷風を編集主幹として43年に創刊。『学燈』⇒『**学燈**』⇒『**学燈**』⇒『**GAKUTO**』は、2年創業の外国書籍・舶来雑貨の輸入販売業者「丸屋商社」(13年から「丸善商社」)による30年3月創刊の現在も続く日本初のPR誌。34年に書籍部顧問として入社した内田魯庵(1868-1929:本名・貢)が、誌面を一新して随筆や小説も掲載する。「明治文壇を代表する批評家であり、小説も書き、外国文学の紹介者でもあった」内田につき、山口昌男・坪内祐三編『魯庵の明治』講談社文芸文庫・1997を参照。『**七人**』(37年11月~39年3月)は、巻⑩-668の注解によれば、「東京帝国大学英文科の学生であった小山内薫(M14-1928。劇作家・演出家として新劇運動を牽引。小泉八雲の留任運動(⇒前註101)の康で留年)が仲間七人……を同人として創刊した文芸雑誌」。『**中央公論**』は、西本願寺系の普通教校(⇒瀧口)の学生有志が禁酒と教徒の綱紀肅正を目的として組織した「反省会」の機関誌『反省会雑誌』(のち『反省雑誌』)を、32年に『中央公論』と改題した全国誌。編集委員の滝田が38年に文芸欄を設けて小説や評論などを掲載してから次第に宗教色を払拭し、部数を飛躍的に伸ばした。

らしく候。……何だか知つて居る事を気取つて無理に挿入した様な感じがある。少し気ざと思ふ」(巻22-355)】。③『カーライル博物館』【38年1月。『学燈』。イギリスの思想家Thomas Carlyle (1795-1881)の旧居を整備した1895年開設のCarlyle's Houseを1901(M34)年8月3日に池田菊苗と訪れた見聞にもとづく作品】。④『幻影の盾』【4月。『ホトトギス』。38年2月8日付け野間真綱宛に曰く、「今日から三日間学校をやすんだよ。別段病気でもないがまづ病気の心持で居る……まぼろしの楯といふ文章をかかうと思つて大体趣向は出来たがうまく行きさうにない。僕は贅沢であの字はいや此句はいやと思ふものだから容易に出来ん苦しい」(巻22-361)】。⑤『琴のそら音』【5月。『七人』。38年5月21日付け野村宛に曰く、「御ほめに預かつて甚だ難有い。実は昨夜読んで何だか気がぬけた様な気合であると思ひ且つ『婆さん』が不自然の様な感じがして居た所です」(巻22-384)】。⑥『一夜』【9月。『中央公論』。38年9月17日付け高浜宛に曰く、「『一夜』を」もつとわかる様にかいてはあれ文の感じは到底出ないと存候。あれは多少分らぬ処が面白い処と存候。あれを三返精読して傑作だといふてくれたものが〔英文科三年の〕中川芳太郎君であります」(巻22-410)】。⑦『薤露行』【11月。『中央公論』。題名は貴人の葬式のときに歌った挽歌を指す。ラッキョウ(或いはニラ)の葉の上の露が消えやすいのを人の命のはかなさに譬えた。38年12月3日付け高浜宛に曰く、「ある人いう、漱石は『幻影の盾』や『薤露行』になるとよほど苦心するそうだが『猫』は自由自在に出来るそう、それだから漱石は喜劇が性に合っているのだと。詩を作る方が手紙をかくより手間のかかるのは無論じゃありませんか。虚子君はそう御思いになりませんか。『薤露行』などの一頁は『猫』の五頁位と同じ労力がかかるのは当然です。適不適の論じゃない」(『書簡』138)。また、読者と覚しき人物への39年3月2日付け返信に曰く、「葎路行御愛読被下候よし感銘の至に不堪候……元来小生のかきたるあるものはよく人より難解と云はれ候自からかく折は俳句杯作る折の考にて文章をやり候此位なら

通るだらうと考へども俳句をよむ様な心得にて小説をよむ人は減多になき為め六つかしくて分らぬと思ふ人が多からんと存候。骨を折つて人にわからぬ様に致すは一方から云へば愚な事に候」(巻22-480)⇒上147】。⑧『趣味の遺伝』【39年】1月。『帝国文学』。38年12月11日付け高浜宛に曰く、〔15日の締め切りまで〕「時間がないので已を得ず今日学校をやすんで〔『趣味の遺伝』〕の方をかきあげました。……実はもつとか、んといけないが時間がないからあとを省略しました。夫で頭のかつた変物が出来ました。……〔『ホトトギス』への〕猫〔七、八〕は明日から奮発して……十七八日迄にはあげます」(巻22-435)。39年2月13日付け森田宛に曰く、「あれは頗る比例〔全体のバランス〕といふ点から云つては丸駄目の作である。趣味の遺伝といふは趣味は男女相愛するといふ趣味の意味です〔先祖が相思相愛であった男女の子孫は先祖と同様のタイプの相手を選ぶ〕」(巻22-466)】。38年12月18日付け高浜宛に曰く、「〔『猫』七の〕はじめの方のかき方が少し気取つてゐる気味がありはせんかと思ふ。夫から終末の所はもつと長く書く筈であつたがどうしても時間がないのであんな風になった……。／此二週間……ひまさへあればかきつゞけもう原稿紙を見るのもいやになりました是では小説杯で飯を食ふ事は思も寄らない」(巻22-436)。②から⑧の七点を収めるのが単行本『^{ようきよ}漾虚集』【39年5月。漱石は五高時代の29年11月15日付け子規宛で、^{ようきよへまどう}漾虚碧堂図書という蔵書印を参禅に余念のない篆刻師に刻んでもらったことを自慢する。「春光の山に満ち水に満ちて居る様子」の描写とされる禅僧の言葉から採った「漾虚碧」につき、『往復書簡』237の注を参照。39年6月7日消印の鈴木宛に曰く、「^{ツイデ}漾虚集の誤字誤植御親切に御教示を蒙り難有候。実は僕も訂正の積で一度よんで誤の多いので驚ろいた位人が見たら定めし見苦しき事なるべし御陰にて僕の見落したる分を大分直す事が出来て結構だ。どうか序にあとも教へて下さい」(巻22-512。『書簡』160では省略)】。

残る四点は、巻②所収の『坊っちゃん』〔4月。『ホトトギス』⇒前註

92) のほか、巻③所収の『草枕』【9月。『新小説』。39年8月7日付け畔柳芥舟宛に曰く、「小生が芸術観及人生観の一局部を代表したる小説あらはるべく是は是非御読みの上御批評願度候」(巻②-538。同541)。漱石は、8月の書簡で『草枕』を「天地開闢以来類のないもの」、「明治文壇の……最珍作」と呼ぶ(巻②-546。同549)。31日付け藤岡作太郎宛に曰く、「在来の小説は〔逍遙以来〕いづれも人情的な方面〔人間の情欲、煩惱〕を写すことに骨を折り純美の客観的實在を閑却する傾向ある故其反対のものをかいて見様との考より筆をとり候もの……此方面の消息を解する人ならでは殆んど小説と認めざる程の変調なものに候。……草枕はふりがなも校正も春陽堂に托したる為め所々突飛な間違有之厄介に候」(巻②-549。詳しくは森田宛の『書簡』166以下)。言文一致体のもとでのルビの機能につき、T元年9月4日付け林原耕三宛(巻②-79)；前註113・亀井・『明治文学史』・7以下)と、『二百十日』【10月。『中央公論』。39年10月3日付け大谷繞石宛に曰く、「可成骨の折れぬ様(二人の)会話に致し候あれを例の〔草枕〕の)流儀で長く書いたら依然として冗長なものになり可申か呵々(=大笑い)」(巻②-571)。同10月9日付け高浜宛に曰く、「僕思ふに圭さんは現代に必要な人間である。今の青年は皆圭さんを見習ふがよろしい。然らずんば碌さん程悟るがよろしい。今の青年はドッチでもない。カラ駄目だ。生意気な許りだ」(巻②-574)】。これら三点を収めるのが単行本『鶉籠』(40年1月)。そして、巻③所収の『野分』【^{のわき}40年1月。『ホトトギス』。39年10月16日付け高浜宛に曰く、「近々『現代の青年に告ぐ』と云ふ文章をかくか又は其主意を小説(=『野分』)にしたいと思ひます。……〔この〕文章中には大に青年を奮発させる事をかくのだから〔前便に記した〕「カラ駄目」ちやちと矛盾してしまいます」(巻②-584)】。これと朝日入社後の『坑夫』を収めるのが単行本『^{くさあわせ}草合』(41年9月)。

以上の初期作品について、前註14・小宮『芸術』63に曰く、「〔朝日入社の前年の〕明治三十九年とともに、自分の眼を、主として、社会の批評に(龍法 '25) 57-4, 572 (1218)

向け始める。勿論『猫』には、その前から漱石の社会批評が、随所に表現されてゐたのである。然し『猫』の一系列と雁行する他の一系列の作品では、漱石は主として、自分自身の感情を歌ひ上げる事に、集中して来た。『猫』とは違つた一系列の作品で、主として、社会批評が表現されてゐるのは、明治三十九年四月の『坊つちやん』をもつてその嚆矢とする。その意味で漱石の二系列の作品は、『坊つちやん』に来て、漸く一つのものにならうとする傾向を帯びるのである」。

4) <入社後の作品>。作家として入社した「新聞屋漱石」について。杉村楚人冠^{そじんかん}(M 5-1945。英吉利法律学校(現・中央大学)卒。在日アメリカ公使館の通訳を経て池辺の招きで36年に東京朝日入社。ロンドン特派員・取締役・監査役などを歴任)の(談)「『朝日』の頃」に曰く、「〔漱石は〕一週に一回、水曜日の編輯会議には必ず出て来たが、会議の席ではにこにここと笑ひながら人の言ふ事を聞いてゐるばかりで、自分はあまり何もいはなかつた。言へば必ず思ひがけぬ警句を、すまして言ふので、その度毎に皆は笑つた。だから物数はいはぬが^{ママ}。夏目君が会議に出ると、何となく賑やかになつた。会議が終つてそのまゝ、別れてしまふのは惜しいやうな気がして、私はよく交詢社の午餐に誘ひ出した。誘つたら必ず気軽に一所に来てくれた。食事中は罪もない世間話ばかりで、芸術だの政治だのいふ小むつかしい事は決して語らなかつた。……夏目君は相応人^{コウジュンシヤ}に対する是非の念^{ヒトカド}がはつきりしてゐた。一廉の人の書いたものに対しても『あれはダメだ』と無遠慮に一言の下に斥けた事例を私は二つも三つも記憶してゐる。これが誤り伝えられて非常に好悪の念の強い人のやうに解せられたのではあるまいか。ロンドンで変人扱ひされたのも、『朝日』で大威張りに威ばつて朝日社員と折合が悪かつたやうに伝えられたのも、皆かういふ辺から来たのではあるまいか」(1929。別-200—203。⇒前註48)¹²⁸。池辺の構想は、

128 43年3月11日付け野上宛に曰く、「〔君が送ってくれた雑誌『新文芸』に〕僕と楚人冠と確執しているように書いてある。……幹部会議に出るため社へ行くと

37年に記者として入社させた二葉亭四迷と漱石に順番で新聞小説を執筆させるというもの¹²⁹。四迷の『其面影』〔39年10月10日～12月31日。『浮雲』

会議の済むのが何時でも午頃になる。すると楚人冠が何時でもおい夏目君飯を食おうじゃないかと僕を誘って表へ出る。そうしてつい傍の交詢社へ行って会食する。僕は倶楽部の会員でないから費用は何時でも楚人冠の担任だ。僕は楚人冠の誘を受けるとうん御馳走し玉えといって一所に出る。これじゃあまり確執でもあるまい」〔『書簡』225。交詢社は福澤諭吉が「知識を交換し、世務を諮詢すること」を目的に13年に銀座に設けた日本初の社交倶楽部で、現在は一般社団法人）。また、山本笑月（M 6-1936：嘯月。東京朝日の文芸部長、社会部長を歴任）の（談）「朝日新聞時代」（1917。別-197—199）に曰く、「漱石さんは社員とは云つても、……減多に社に見えられなかつた。従つて編輯室に漱石さんのテーブルと云ふ定まつたものも無く、時々来られた時は、編輯長の横に掛けて居たり、重役室に居たりした。こんど（或る作家の）かう云ふ小説を連載するつもりです、筋はかうで、何回位と漱石さんに相談をかけると、他の人はよく小説を書くのに、筋をちゃんと立てゝ、何回と区切つて書くと言ふが、よくさう言うことが出来すね、と言つたことがあった」。

- 129 参照：池辺吉太郎（三山）「二葉亭主人と朝日新聞」（初出・42年）『二葉亭四迷全集』第九巻・岩波書店・1965・227—233（230）。朝日では連載小説に「予告」を付した。しかし漱石の場合は、前註128・山本にいう執筆スタイルからして実に簡潔である。巻⑩所収の「予告」として、『虞美人草』（40年5月28日。139）、『三四郎』（41年8月19日。252）、『それから』（42年6月30日。285）、『彼岸過迄に就て』（45年1月1日。487—490。文庫版7—10。後述の事情による執筆遅延の弁疏のため例外的に長文）、「行人続稿に就て」（T2年9月15日。548）、『心』（T3年4月16日。566）。

入社後第一作に向けて4月から構想を練っていた『虞美人草』の予告では、江戸時代初期に中国から伝来したとされる「ひなげし」の漢語名を表題とするについて、細い茎の先に花をつける風情の描写を枕に「艶とは云へ、一種、妖治な感じがある。余の小説が此花と同じ趣を具ふるかは、作り上げて見なければ余と雖も判じがたい」というにとどまる（139）。にもかかわらず、前述の派手な広告がらみで入社した漱石への期待ゆえか、前註14・小宮『芸術』114に曰く、「予告が出ると間もなく（一説には、連載開始から十日ほどで）三越呉服店（現・三越百貨店）では、虞美人草浴衣なるものを売り出した。そのうち（連載開始後の藤尾をイメージしたのか）池の端の玉宝堂からは、虞美人草指輪と称するものを売り出した」。背景には、虞美人草の由来とされる、武将項羽が敵の劉邦に討たれる寸前に「垓下の歌」を詠い、これに合せて舞い終えて自害した愛人「虞」の墓に咲き誇った赤い花という故事や「四面楚歌」の故事が漢文教育（『史記』）や詩吟を通して当時はまだ共有されていたこともあろうか。また、

から約20年振りの作家復帰作で、中年の大学講師の自己分裂の悲劇を描く。改版・岩波文庫・1987)、そして漱石の『虞美人草』(40年 6月23日～10月29日。巻④)、つぎに四迷の『平凡』(10月30日～12月31日。懷疑派を任じる作者の自伝的小説。他六篇と共に、岩波文庫・2005)、さらに『坑夫』(41年 1月1日～4月6日。巻⑤)と続く¹³⁰。しかし、四迷は、41年6月17日に神戸からロシアに向けて出発し帰らぬ人となる。『坑夫』の連載を終えて、『文鳥』【大阪朝日。同6月13日～6月21日。巻⑫-79—98。鈴木三重吉の勧めで飼い始めた文鳥を下女の手落ちで死なせてしまった実話】、『夢十夜』【同7月25日～8月5日。巻⑫-99—130。41年7月1日付け高浜宛に曰く、「小生夢十夜と題して(就寝中に見た)夢をいくつもかいて見様と存候。第一は今日大阪へ送り候。短きものに候」(巻⑫-201)】、『永日小品』【42年 1月1日～42年3月12日。巻⑫-131—217。表題は25篇の短篇を単行本に収録する際に「長き春の日に綴られた小品」という意味で付された総表題】を掲載。これら三篇を後述の『満韓ところどころ』と合せて収めるのが単行本『四篇』(43年5月)。そして前期三部作。第一に、『三四郎』(41年9月～12月。巻⑤)。第二に、『それから』(42年6月～10月。巻

『三四郎』の場合、41年8月と推定される渋谷玄耳宛では、「題名—『青年』『東西』『三四郎』『平々地』／右のうち御選択み被下度候。小生のはじめつけた名は三四郎に候。『三四郎』は尤も平凡にてよろしくと存候」として「予告」の文案を記す(巻⑫-211)。7月卒業9月入学を制度的背景にして、8月19日掲載の予告に曰く、「田舎の高等学校を卒業して東京の大学に這入った三四郎が新しい空気に触れる、さうして同輩だの先輩だの若い女だのに接触して色々に動いてくる、手間は此空気のうちに是等の人間を放す丈である、あとは人間が勝手に泳いで、自ら波瀾が出来るだらうと思ふ」(巻⑫-252)。

- 130 『三四郎』の岩波文庫版の解説(菅野昭正・314)に言う、「〔漱石は〕新聞小説の利点を上手に活用している……、新聞に掲載される日付と小説のなかの話の時期をほぼ重ねあわせた構成にその一端をうかがうことができる」は、他の作品にも当てはまる。例えば、40年の『虞美人草』四の三(68)は、「上野開催の東京勸業博覧会(40年3月20日～7月31日)」を登場人物が一堂に会しながらもすれ違う舞台とする。41年の『坑夫』の読者には、足尾銅山の坑夫の暴動(40年2月5日～27日)の記憶が生々しかったであろう。

⑥。起稿の5月31日から脱稿の8月14日に至る日記として巻②0-44—69；『日記』80—101）。『それから』を書き終えて、満鉄総裁中村是公の招きで9月3日に大阪から満州に発ち10月14日に下関着¹³¹。京都で遊んだのち17

131 漱石は作品に満州（中国東北部）や韓国を巧みに織り込む。37年2月10日の宣戦の詔勅に始まり38年9月4日のポーツマス条約で終結する日露戦争について、『猫』二（30）は旅順陥落で市中大騒ぎという話で以て38年1月という時代設定を示唆する（参照：前註59・岡『明治政治史』下・217。以下では岡・として引用）。ポーツマス条約に続く「戦後経営」（岡・264）では、第二次日韓協約に基づいて大韓帝国の外交権を掌握して漢城（現・ソウル特別市）に（韓国）統監府を設置。さらに、長春・旅順間の鉄道路線やその支線と資産を運用し撫順などの重要炭鉱の経営権を行使する機関として39年の勅令で南満州鉄道株式会社（満鉄）を設立し40年に営業を開始（岡・268—272）。『それから』五の二（65）では代助の友人が朝鮮の統監府にいる話。『草枕』十二（162）では那美の前夫が貧乏して日本に居られずに満州へ行く話。『門』三の二（24）では42年6月に初代統監を辞めた伊藤博文が10月26日にハルビン駅で韓国人に射殺された事件の号外の話（岡・329）。同じく十六の四（181）では「日露戦争後間もなく、主人の留めるのも聞かずに、大いに発展して見たいとかなえて遂に満州へ渡った」男の話。『彼岸過迄』一の十二（41）に曰く、「満州ことに大連は甚だ好い所です。貴方のような有為の青年が発展すべき所は当分外にないでしょう」。『行人』の「風呂の後」十二では大連（三国干渉により清国に返還されポーツマス条約まではロシアの租借地であった遼東半島の最南端の港湾都市）の森本からの書簡の話（⇒前註47末尾）。領土について言えば、我が国は、日清戦争（27年8月1日開戦）後の下関条約（28年4月17日）で台湾を取得して台湾総督府に三権を集中させる。また、ポーツマス条約により樺太の北緯五十度以南を割譲され樺太庁を置く。さらに、43年の日韓併合条約により韓国を保護国から植民地にして統監府を改組した朝鮮総督府が統治する（⇒前註32）。こうして、内地（固有の領土）・外地（三つの植民地）という言葉が定着する。『明暗』百五十二で津田が小林を弁じて妻のお延に言うには、「兎に角困つてるんだからね、内地に居たゝまれずに、朝鮮迄落ちて行かうてんだから、少しは同情して遣つても可からうぢやないか」。

「戦後経営」のもう一つの課題は、極東への進出を企てる露・米・独・仏を仮想敵国とする軍備の拡張であり、その一環が軍事的・産業的観点からする39年3月制定の鉄道国有法。『一地方の交通』を目的とする鉄道以外の鉄道は鉄道院においてすべて国有とすることと定め、既存の一七の私設鉄道を買収することとしたもので、買収は明治三十九年から同四〇年にかけて行われた」（岡・275。鉄道収入による国家財政の補填、外債募集における鉄道の担保化という狙いもある）。ちなみに、私鉄の山陽鉄道（34年に神戸・下関全通）傘下の山陽汽船が

日に帰着(巻②0-97—139、『日記』103—144)。(談)「満韓の文明」(10月18日。巻②5-368—370)に曰く、「此の度旅行して感心したのは^{ママ}。日本人は進取の氣象に富んで居て、貧乏世帯ながら分相應に何処迄も發展して行くと云ふ事実と之に伴ふ経営者の氣慨であります。……もう一つ感心したことは、彼地で経営に従事してゐるものは皆熱心に〔満鉄による〕其管理の事業に従事して、自己の挙げ得た成功に対して皆満足の態度を以て説明して呉れる事であります。……満州の経営は外部から見ると、日本の開化を一足飛びに飛び越して、直に泰西の開化を同等の程度^{ママ}のものを移植しつゝある様に見えます。……此満鉄丈は西洋と対抗し得るハイカラな真似が出来るが、其他資本金は甚だ微弱なもので到底普通の内地の中流程度にも及ばないと云ふ意味です」(これを枕とする連載が『満韓ところゞころ』(10月21日～12月30日。巻⑩-227—351)。最後に、『門』(43年)3月～6月。巻⑥)。6月初めから胃潰瘍が疑われていたところ、12日の『門』の連載終了をまって18日に長与胃腸病院に入院し7月31日に退院(巻②0-141—178)。8月6日に修善寺へ軋地療養に向かい、20日から吐血、24日の大吐血で危篤に陥るも、回復して10月11日に帰京し長与病院に直行して翌年2月25日まで入院(いわゆる修善寺大患につき⇒前註9)。早くも10月29日から「思ひ出す事など」を翌年まで32回にわたって連載【最終回は、「東京」2月20日、「大阪」3月5日。10月26日付け池辺宛に曰く、「病氣療養中執筆無用の御叱り敬承致候然し医者^{たち}の許諾を得て時々^{ママ}の寄稿は退屈凌ぎの一種平生の娛樂位の処と御認めの上御勘弁にあづかり度候」、また、11月11日付け野上宛に曰く、「病院では来客を謝絶し読書に耽り居候¹³²少々仏語

38年に下関・釜山間に就航させたのが関釜連絡船。鉄道院が39年に山陽鐵道を国有化したため、41年の『三四郎』一の一(7)では山陽線。参照：前註7・小森・『戦争の時代』；水川隆夫『夏目漱石と戦争』平凡社新書・2010。

132 「思ひ出す事など」三(11)にいう、プラグマティズムの哲学者William James(1842-1910.8.26)の話。曰く、「ジェームズ教授の計に接した……。新着の外国雑誌を手にして、五、六頁繰って行くうちに、ふと教授の名前が眼に

(⇒上-160) を勉強致居分らぬ字を仏独の字書で引き分らぬ独乙語があると又独英を引くといふやうな手間のかゝる方法を用ひ居候退院迄には双方とも物に致し度と存候」(巻23-374、378)】。44年 4月に長与病院での年越しを題材とする『病院の春』(巻12-453—456)を掲載したのち、6月17日から21日まで信濃教育会の招きに応じて夫婦で出掛け(参照:「夏目博士座談」『高田日報』44年6月20日。巻25-409。日記として巻20-320—324)、

留ったので、また新しい著書でも公けにしたのか知らんと思ひながら読んで見ると、意外にもそれが永眠の報道であった。その雑誌は九月初めのもので、項中には去る日曜日に六十九歳を以て逝かるとあるから、指を折って勘定して見ると、……余が(修善寺で)多量の血を一度に失って、死生の境に彷徨していた頃である」。漱石は読みさしのJamesの“A Pluralistic Universe”(1908. 404p. 漱石所蔵は1909年版、巻27-88)を修善寺に携行し、数日読んだのちに大量吐血。危機を脱したのち布団に入ったまま、貧血で痺れる手で本を支えながら残り約半分を三日ほどで読了。曰く、「ことに文学者たる自分の立場から見て、教授が何事によらず具体的事実を土台として、類推^{アナロジー}で哲学の領分に切り込んで行く所を面白く読み終わった。余はあながちに弁証法^{ダイアレクティク}を嫌うものではない。また妄りに理知主義を厭いもしない〔ルビは漱石。いずれもHegelを批判するJamesの用語。漱石自身の用例としては、前者につき「人ヲ取扱フアル人ノ方法」(39年の断片36。巻19-273)⇒前註51・森田(三)・17以下にいう「ものの両面を見る、したがってものの両端をたたく傾向」、後者につき『道草』六十五にいう「議論の筋道を辿ること」〕。ただ自分の平生文学上に抱いている意見と、教授の哲学について主張する所の考とが、親しい氣脉を通じて彼此相倚るような心持がしたのを愉快に思ったのである。ことに教授が仏蘭西^{フランス}の学者ベルグソン(Henri-Louis Bergson: 1859-1941)の説を紹介する辺りを、坂に車を転がすような勢いで駆け抜けたのは、まだ血液の充分に通いもせぬ余の頭にとり、どの位嬉しかったか分らない。余が教授の文章にいたく推服したのはこの時である」(12以下)。ちなみに、桑木巖賢「プラグマティズムに就いて」(39年。哲学雑誌)がJames紹介の嚆矢か。

参照: 前註59・三谷・『日本の近代とは』270以下にいう『思ひ出す事』の読書体験のほか、小倉脩三『夏目漱石—ウィリアム・ジェームズ受容の周辺』有精堂・1989; 伊藤邦武『ジェームズの多元的宇宙論』岩波書店・2009; 佐々木崇「夏目漱石とウィリアム・ジェームズ—『文芸の哲学的基礎』を中心に」京都大学哲学研究紀要13巻(2010) 16—28; 岸本智典=入江哲朗=岩下弘史=大厩諒『ウィリアム・ジェームズのこゝろ』教育評論社・2018; 岩下弘史『ふわふわする漱石 その哲学的基礎とウィリアム・ジェームズ』東京大学出版会・2021。

18日に長野市で「教育と文芸」(巻②5-32—41、『文明論集』189—202)、また、^{もりなり}森成の懇請により19日に新潟県高田市(現在の上越市の南部)で「高田氣質を脱する」(同-42—45)、さらに、飛び込みの依頼により21日に諏訪市の高島尋常高等小学校で「我輩の観た『職業』」(同-46—57)と題して講演。帰京後に七回連載の『手紙』【7月25日～31日。巻⑫-475—495。Maupassant (1850-93)の短篇『二十五日間』(1885)をヒントにした小品。或る男への玄人女性の手紙がその男の縁談にもたらす波紋の話。前註51・森田(三)・56によれば、〔漱石は〕「モーパッサンについては、その手腕と才能にはときどき感服されながらも、飽くまで人間の醜惡な本能と性情を曝け出さなければやまない、あの態度には随いていられないという】。8月11日から朝日主催の関西講演会に一人で出掛けて四回の講演(巻⑩-390—486。以下の頁の表記は前註15掲記の『文明論集』、『社会評論集』の順)。

①13日「道楽と職業」〔明石市公会堂。『社会評論集』15—45。参照：内田百閒「明石の漱石先生」(1929。『全集月報』133—136)、『彼岸過迄』「松本の話」十一(337)の市蔵の手紙〕。②15日「現代日本の開化」〔和歌山県会議事堂。7—38、55—95〕。③17日「中味と形式」〔堺市立高等女学校講堂。39—66、97—129〕。④18日「文芸と道德」〔大阪市中之島公会堂。67—95、131—167〕¹³³。大阪講演の翌日に胃病のため入院して9月14日に帰京し、

133 関西の窓口たる大阪朝日の長谷川宛の44年7月26日付けに曰く、「土地及び聴衆の種類等にて出来る丈斟酌致し度心得に候故場所及び会衆の性質など早く分れば好都合に候」(巻②3-468)。講演者は三人一組〔その一人が高原操⇒前註66〕で、毎回組み合わせが異なる。東京に戻って9月25日付け長谷川宛に曰く、「〔痔の手術の後〕漸く今日起き直りて演説の(速記録の)訂正を始めた所へ池辺三山が来てそんな余計な事はせんでもよいと云つて例の草稿原稿を奪つて持つて行つて仕舞つた。斯うなると僕もどうする事も出来ない」(巻②3-478)。講演記録は、中国地方での講演(漱石は不参加)と合わせて十二名(二十三篇)からなる『朝日講演集』(44年11月)として出版。なお、入社条件として朝日掲載の作品について自身の版權を留保していた漱石は、この四篇に「文芸の哲學的基礎」と「創作家の態度」(⇒⑩-146)を加えて単行本『社会と自分』(実業之日本社・T2)とする。その「自序」に曰く、「何れの講演も其主意を抽象

9月16日と11月20日に痔の手術¹³⁴。10月24日に「文芸欄」の廃止を決断(⇒
 中の四)。11月29日に五女の突然死(⇒前註98にいう『彼岸過迄』の「雨
 の降る日」四(180以下))。かつて漱石は、幼子を亡くしたばかりの藤岡
 作太郎への39年8月31日付けに曰く、「何とも御気の毒の至に不堪十歳以
 下の小児の病氣程心苦しきものは無之……第三女は赤痢にて今朝大学病
 院に送られ候(⇒中の一-639)。……五六年後には小供の死もうつくしく
 感ぜられて小説の材料になるやもはかりがたく候へども現に病人の児を抱
 へたる親はいかな詩人でもそんな余裕はあるまじくと存候」(巻22-550)。
 五女亡き後の12月3日の日記に曰く、「自分の胃にはひまが入った。自分
 の精神にもひまが入った様な気がする。如何となれば回復しがたき哀愁が
 思ひ出す度に起るからである。……また子供を作れば同じじやないかと云
 ふ人がある。ひな子と同じ様な子が生れても遺恨は同じ事であらう。愛は
 パーソナルなものである。……其人自身に対する愛は之よりベターなもの
 があつても移す事の出来ないものである」。また、15日には、「今日から小
 説を書かうと思つてまだ書かず。他から見れば怠けるなり。終日何もせざ
 ればなり。自分から云へば何もする事が出来ぬ位小説の趣向其他が気にな
 る也」(巻20-358、365)。

後期三部作の第一作『彼岸過迄』(45年)1月～4月。巻⑦)の連載を終

して引き括れば、要するに皆社会对自分の關係を研究したものに過ぎない」(巻
 ⑩-543)。

134 44年10月13日付け森成宛に曰く、「先達は^{センダツチ}大患一周年の日時を御忘れなくわざ
 わざ電報を賜はり候処実は御恥しいかなあの時は大坂で又々やつつて入院し
 てゐたのです。……大阪(での講演)を片付けて宿屋で寐てゐると何も食^(食)のに
 嘔吐を催ふしてとうとう胃をたゞらして夫から血が出ましたので驚いて湯川胃
 腸病院(⇒前註9)へ這入つて三週間程加療して夫から東京に帰つて又々(牛込
 町の)須賀さんにかゝりました。すると何の因果か帰京の翌日から肛門周炎と
 かいふ下卑た病氣になつてとうとう切開しました。夫が悪性なので三週間後の
 今日もまだ細い穴が塞がらない所があつて膿が出るのです……。須賀さんの御
 蔭で胃は殆んど平癒しました。其方は安心してください」(巻23-487)。参照：
 執刀医佐藤恒祐による「漱石先生と私(抄)」1940。『追想』306—316。

えた年は、「文芸欄」への執筆から解放されたこともあって、発表は数篇¹³⁵。そのうち、長塚節^{たかし}への一文について。すでに43年6月9日の文芸欄「長塚節氏の小説『土』」に曰く、「今日迄文壇に認められなかつた、若くは顧みられなかつた、新しい特殊な趣味を、ある作物のうちに発見して、それを〔本紙の連載で〕天下に紹介する方が評家にとつて痛快な場合が多い。又其特殊な趣味が容易に多数に肯^{うけが}はれない所を、決然身を挺して唱道する所が、評家会心の点らしい。文壇はこれがため、新領土を手に入れたと同じ訳になる」(巻⑩-320)。子規の弟子の長塚(M12-T4)は、病弱を

135 7月下旬から8月末まで避暑に子供を鎌倉の狭隘な貸別荘に送り、そこに子供の世話を兼ねて林原耕三(⇒前註96)を同宿させ、『彼岸過迄』の確定稿の作成を託す。漱石や妻が時々訪問。漱石による単行本化の手法は、新聞連載時の記事を毎回「切抜帖(スクラップブック)」に貼り付けて朱を入れたものを点検したうえで出版社に渡すというもの。林原による点検作業は、誤植やルビをめぐって難航した。参照：林原宛の45年7月26日付けから9月6日付けまで(巻②-54以下)。本人は8月17日から31日まで塩原温泉に旅行して中村是公と合流する。

前註94引用の「池辺君の史論に就て」(同-498—503)のほか、「丸善」発行のカタログ『万年筆の印象と図解カタログ』(45年6月)に寄せた「余と万年筆」【巻⑫-501—505。依頼主は『カーライル博物館』の産婆役の『学燈』編集長・内田魯庵(⇒前註127)。34年からの一本1厘(1銭の十分の一)の鉛筆の普及以前の筆記具は、毛筆や一本1銭の「付けペン(毛細管現象によって金属やガラスのペン先に吸い上げられたインクによる筆記具)」。一部の階層で一本10円内外の万年筆が毛筆やペンに徐々に取って代わり始める趨勢のもと、「印気の切れる度毎に墨壺(=インク瓶)のなかへ筆(=ペン先)を浸して新たに書き始める煩はしさに堪へなかつた」漱石は、朝日入社早々に万年筆派に転じたらしい。しかし、購入した万年筆と相性があわずこれを「見限つて……『彼岸過迄』の完結迄はペンで押し通す積でゐたが、其決心の底には何うしても多少の負惜しみが籠つてゐたようである」。そして、「酒吞が酒を解する如く、筆を執る人が万年筆を解しなければ済まない時期が来るのはもう遠い事ではなからふと思ふ」(505)。自筆原稿の口絵写真のうち、巻⑦の『彼岸過迄』はペン字、巻⑧の次作『行人』は万年筆。書簡は巻②口絵のBerlinの寺田宛43年3月4日(同-331)でも、巻④口絵のT3年7月13日付け志賀直哉宛(同-306)でも毛筆。ちなみに、荷風は「ペン〔や万年櫃〕は一切用いた事がない／……私は西洋に行つて居る間も、日本の筆を持って行つて、日本字は一切これで書いた〔これは生涯続く〕」、同『文士の生活』(1914)『荷風全集』第十一巻・岩波書店・1993・286。

おして一五六回の連載（43年6月13日～11月17日）を終えた後、44年夏頃に「喉頭結核」を発症し、漱石の紹介で福岡医科大学の久保猪之助博士を受診する〔45年3月17日付け。巻⑭-14。⇒中の一・619〕。この経緯を踏まえて漱石は、単行本『土』（T元年）に序文『土に就て』（巻⑯-491—497）を寄せる。曰く、「先づ何よりも先に、是は到底余に書けるものでないと思つた。次に今文壇で長塚君を除いたら誰が書けるだらうと物色して見た。すると矢張誰にも書けさうにないといふ結論に達した。……余の誰も及ばないといふのは、作物中に書いてある事件なり天然〔=自然の情景〕なりが、まだ長塚君以外の人の研究^{〔の1〕}に上つてゐないといふ意味なのである。……〔余が娘に『土』を読ませたいのは〕面白いから読めといふのではない。苦しいから読めといふのだ……。参考の為だから、世間を知る為だから、知つて己れの人格の上に暗い恐ろしい影を反射させる為だから我慢して読めと忠告したいと思つている。何も考へずに暖かく生長した若い女（男でも同じである）の起す菩提心や宗教心は、皆此暗い影から射して来るのだと余は固く信じて居る」¹³⁶。他方、7月30日の天皇崩御（1852-M45）により31日に大正に改元（⇒下の一）。蛇足ながら、在位中の天皇や生前退位の上皇の呼称には、在位中の元号を付さない。崩御したのは「明治という元号のもとでの天皇」であり、存命中の呼称は（當時は）聖上・天子など、近時は今上天皇。明治天皇は崩御後の諡号（=贈り名）。T元年12月から連載の第二作『行人』^{（こうじん）}は、胃腸病の再発と強度の神経衰弱のため第38回末尾の「お断り」（T2年4月7日。巻⑧-515）をもって中断。自宅療養後の9月18日に再開し11月15日に完結（⇒前註129）。第三作『心先生の遺書』^{（こころ）}

136 前註64・半藤・213に曰く、『土』が連載された明治四十三年は、四十年の東京株式市場の大暴落で、日露戦争の好況をあてこんだ中小の企業や銀行がづぎづぎに倒産、大資本がこれらを吸収合併し、貧富の格差の相対する二階級に社会構造ができ上がったときであった。多くの人の生活は貧しく、そこから煩悶と虚無と幻想がうまれ、いっぽう頹廃と華美と出世主義が若いものの心をとらえていた」（参照：前註1・木庭 PPW・69以下）。

(〔T 3年〕4月～8月。巻⑨。連載中の7月28日に世界大戦勃発(～7年11月11日))。〔T 4年〕は、『硝子戸の中』【1月13日～2月23日。巻⑫-517—616。硝子戸で仕切った部屋に風邪で閉じこもる漱石が、日常や過ぎし日から題材を得て「他の事」や「私の事」を随筆風に綴った作品。漱石による表題のルビは中と中の二種類】を挟んで、自伝風の『道草』(6月～9月。巻⑩)。〔T 5年〕は、『点頭録』(1月1日～21日。九回。巻⑬-627—648)に始まり¹³⁷、絶筆の『明暗』(5月～12月。巻⑪)。11月21日に第188回を社

137 T 4年1月20日の『硝子戸の中』ハの冒頭に曰く、「不愉快に充ちた人生をとぼとぼと辿りつつある私は、自分の何時か一度到着しなければならぬ死といふ境地に就いて常に考へてゐる。さうして其死といふものを生よりは楽なものだとはかり信じてゐる。ある時はそれを人間として達し得る最上至高の状態だと思ふ事もある。／「死は生よりも尊といふ」／斯ういふ言葉が近頃絶えず私の胸を往来するようになった」(巻⑫-533)。一年後の『点頭録』第一回の末尾に曰く、「寿命は自分の極めるものでないから、固より予測は出来ない。自分は多病だけれども、趙州(六十一歳で初めて道に志した唐代の禅僧(778-897))の初発心の時よりもまだ十年も若い。たとひ百二十迄生きないにしても、力の続く間、努力すればまだ少しは何か出来る様に思ふ。それで私は天寿の許す限り趙州の輩にならつて奮励する心組でゐる。古仏と云はれた人の真似も長命も、無論自分の分でないかも知れないけれども、羸弱なら羸弱なりに、現にわが眼前に開展する月日に対して、あらゆる意味に於ての感謝の意を致して、自己の天分の有り丈を尽さうと思ふのである。／自分は点頭録の最初に是丈の事を云つて置かないと気が済まなくなつた」(629)。そして、第二回で「今度の歐洲戦争」について曰く、「〔この戦争によつて〕永久に吾人一般の内面生活を変色させるやうな強い結果は何処からも生れて来ない。とすると、今度の戦争は有史以来特筆大書すべき深刻な事実であると共に、まことに根の張らない見掛倒しの空々しい事実なのである」(631)。第三回から「軍国主義」、「トライチケ」の順に論じるが、中断。T 5年2月18日付け山本笑月(⇒前註128)宛に曰く、「私はリヨマチ(實際は、糖尿病の悪化による神経障害=糖尿病性ニューロパシー)で転地を致しまして二十日ばかり留守にしました……〔点頭録〕の続稿を)どうしたものだらうかと考へています」(巻⑬-510。参照：前註22・夏目=松岡『思ひ出』・325以下)。

Heinrich Gotthard von Treitschke(1834-96)は、ベルリン大学歴史学教授。オーストリアを除外してプロイセン主導の小ドイツ主義を唱える。1871年に小ドイツ主義によるドイツ統一によりドイツ帝国の初代宰相となったビスマルク(1815-98)の帝国議会で、71年から88年まで国民自由党議員。ビスマルクはプ

に送り（掲載は東京・12月14日、大阪・26日）、翌22日に胃潰瘍が再発して12月9日に逝く。青山斎場での葬儀は12日¹³⁸。雑司ヶ谷墓地（⇒前註98）

ロテスタントを基盤とする帝国からカトリックの政治的・社会的影響力を削ぐために71年から「文化闘争」を開始し、トライチケはこれに反対するも、闘争終結の86年以降は協力者に転じて軍国主義と愛国主義と強硬外交を支持。

最終回「トライチケ（四）」で漱石曰く、「自分の癖として、又根本問題に立ち返って、質問が起したくなる。／『トライチケの鼓吹した軍国主義、国家主義は畢竟独乙統一の為ではないか。其統一は四圍の圧迫を防ぐためではないか。既に統一が成立し、帝国が成立し、侵略の虞なくして独乙が優に存在し得た晩年には撤回すべき性質のものではないか。もし永久に此主義で押し通すとならば、論理上此主義其物に価値がなくてはならない。さうして其価値によつて此主義の存在が保証されなければならない。そんな価値が果して何処から出て来るだらうか。』（646以下）。この見解につき、三谷太一郎「大学の独立と文芸の独立——『三四郎』の時代——」『漱石研究』第2号（1994）34—45は、「国家によって担われる戦時ナショナリズムに対して、個人によって担われる平時ナショナリズムを価値的に上位に置く趣旨」（42）の一環と解したうえで、「日本における自由主義のナショナリズムからの自立化のあらわれであり、大正デモクラシーが日露戦争の戦後デモクラシー（列強対抗志向）の段階から、新しい第二の段階（すなわち第一次世界大戦の戦後デモクラシー（列強協調志向）の段階）へ移行しつつあることを示していたとも見ることができる」（45）とする。なお、T4年の断片68Bに曰く、「Nietzsche considered the Prussians dangerous to culture: he said that even the presence of a German retarded his digestion; he poured scorn upon Treitschke and disliked Bismarck in his later years; and above all he despised the notion of "Deutschland über Alles" and every kind of nationalism.」巻②-488。また、断片70Cに曰く、「軍国主義ハ方便、目的ニアラズ故に時勢遅れなり」同-503。

- 138 葬儀の導師として戒名「文献院古道漱石居士」を授けたのは釈宗演。「友人総代」の狩野亨吉の弔辞につき、前註108・青江・449。臨終から（森田の発案による）デスマスクの作製と（司法解剖や行政解剖の対象ではないが鏡子夫人の申し出による）病理解剖を経て葬儀を終えるまでについては、前註22・夏目=松岡『思ひ出』・342以下；前註14・小宮・下・308以下；前註51・森田（三）・380以下などを総合的に評価する必要があるだろう。デスマスクを原型とするブロンズ製二面のうちのひとつは前註6の半藤家が所蔵。解剖後の漱石の脳は東大医学部標本室で保管。蛇足ながら、後日談。『大阪朝日』はT5年10月に本社の新社屋の完成を記念して新聞連載小説を公募する。11月25日の記事によれば、審査員は漱石、露伴、藤村。漱石の急死により、内田魯庵（⇒前註127）と交替。T6年12月22日の記事によれば、魯庵が第一位に推し二等になったのが、大逆事件（⇒後註

での納骨は28日。

【訂正】上の註1の第2段落の冒頭：PWW⇒PPW（参照：木庭 顕「歴史学者・木庭顕さん寄稿『現在日本における政治成立の条件』朝日新聞デジタル2024年11月16日」。また、近刊予定の『2022 日本の状況（仮題）』日本評論社）。註1末尾：2020⇒2024。『坊っちゃん』の漱石による表記は様々だが初出誌に統一する（上の註11、中の一の607頁8行、註54、615頁4行、註60、註62、619頁2行と6行、620頁8行、註64、622頁8行。参照：半藤一利「千駄木町の漱石先生」、同『漱石先生がやって来た』（初出・1996）ちくま文庫・2017・235以下）。註41：〔⇒後註41〕⇒削除。註51の狩野の項：翌年退職⇒41年10月退職。註51の森田の項：1～3⇒（一）～（三）。註53：DEM⇒木庭顕『デモクラシーの古典的基礎』東京大学出版会・2003。註66前段：＜日清戦争……⇒＜日清戦争……作った＞。註66末尾：後註124⇒後註125。

〔末筆ながら、退職を迎えられる鈴木龍也教授の高誼に感謝申し上げます。原稿提出：2024.12.9。初校：2025.1.5。校了：1.17〕

177) を題材にした和歌山県のプロテスタントの牧師・沖野岩三郎（9年-1956）の『宿命』。沖野は、この事件で検挙されるも嫌疑不十分で奇しくも起訴を免れた人物。『宿命』は事前検閲により大幅に書き換えてT7年9月から掲載。参照：田中伸尚『大逆事件 死と生の群像』（初出・2010）岩波現代文庫・2018・184以下。

鈴木龍也 教授 略歴および業績一覧

1956年 8 月30日 福島県生まれ

I 略 歴

1979年 早稲田大学法学部卒業

1983年 早稲田大学大学院法学研究科修士課程修了

1987年 大阪市立大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学

II 職 歴

1987年～1988年 愛媛大学法文学部助手

1988年～1991年 愛媛大学法文学部講師

1991年～1996年 愛媛大学法文学部助教授

1996年～2001年 龍谷大学法学部助教授

2001年～2025年 龍谷大学法学部教授

2001年～2002年 (米国) カリフォルニア大学バークレー校ロースクール客員研究員

2010年～2011年 龍谷大学法学部長

2016年～2017年 (英国) ランカスター大学ロースクール客員研究員

III 主な業績

1. 共著（編著）

- 鈴木・富野暉一郎共編『コモンズ論再考』晃洋書房、2006年（第9章「コモンズとしての入会」を分担執筆）
- 鈴木編『宗教法と民事法の交錯』晃洋書房、2008年（第5章「墓地利用関係の特殊性と墓地使用权」を分担執筆）
- 牛尾洋也・鈴木共編著『里山のガバナンス』晃洋書房、2012年（「里山からみた『法と共同性』の現在——コモンズ論的土地所有権論のための覚書——」を分担執筆）

2. 共著（分担執筆）

- 黒木三郎監修『世界の家族法』敬文堂、1991年（13「アメリカの家族法」を分担執筆）
- 石田喜久夫ほか編『物権法（青林法学双書）』青林書院、1993年（第2章「所

有権」を分担執筆)

- 甲斐道太郎編『都市拡大と土地問題』日本評論社、1993年(第Ⅱ部第5章「農地法制と土地所有権論の系譜」を分担執筆)
- 渡辺洋三編『法の常識(第3版)』有斐閣、1993年(4「都市問題と法」、6「農業問題と法」を甲斐道太郎と共同執筆)
- 黒木三郎ほか編『社会と法』法律文化社、1995年(第3編第1章「都市における土地の所有と利用」を分担執筆)
- 稲葉威雄ほか編『新借地借家法講座③借家編』日本評論社、1999年(3「借家関係の終了と正当事由」を松井宏興と共同執筆)
- 松井宏興・鈴木ほか3名『ブリメール民法2』法律文化社、2000年(第1章「物権の効力」、第3章「所有権」、第4章「用益物権」、第5章「占有権」を分担執筆)
- 甲斐道太郎ほか編『新農基法と21世紀の農地・農村』法律文化社、2000年(第7章「農業生産法人制度改革と『耕作者主義』」を分担執筆)
- 塩谷弘康・鈴木ほか5名『レクチャー法社会学』法律文化社、2001年(第6章「法の解釈」を分担執筆)
- 辻本勲男ほか編『知的財産契約の理論と実務』日本評論社、2007年(第1編第1章第3節「アメリカの契約法」を分担執筆)
- 丸山徳次ほか編『里山学のすすめ』昭和堂、2007年(Ⅱ[9]「里山所有の過去・現在・未来」を分担執筆)
- 北川太一編著『農業・むら・くらしの再生をめざす集落型農業法人』全国農業会議所、2008年(第IV章「法制度から見た集落型農業法人」を分担執筆)
- 丸山徳次ほか編『里山学のまなざし』昭和堂、2009年(第5章「環境保全と入会訴訟」を分担執筆)
- 室田武編著『グローバル時代のローカル・コモンズ』ミネルヴァ書房、2009年(第3章「日本の入会権の構造」を分担執筆)
- 原田純孝編著『地域農業の再生と農地制度』農文協、2011年(第6章「中山間地域における農業の危機と地域の危機——西日本の事例から」を分担執筆)
- 間宮陽介・廣川祐司編『コモンズと公共空間』昭和堂、2013年(第2章「里山をめぐる『公共性』の交錯——紛争がうつしだす地域社会と法の現在」を分担執筆)
- Takeshi Murota & Ken Takeshita eds., “Local Commons and Democratic Environmental Governance” UNU, 2013 (Suzuki wrote Chap.4 “The custom and legal theory of iriai in Japan: A history of the discourse on the position of the

rights of common in the modern legal system’)

- 三俣学編著『エコロジーとコモンズ——環境ガバナンスと地域自立の思想——』見洋書房、2014年（第10章「伝統的コモンズと法制度の構築——裁判例にみる財産区制度の可能性と限界——」を分担執筆）
- 塩谷弘康、鈴木ほか5名『共生の法社会学——フクシマ後の〈社会と法〉』法律文化社、2014年（2章「紛争と法」を分担執筆）
- 牛尾洋也ほか2名編著『琵琶湖水域圏の可能性——里山学からの展望——』見洋書房、2018年（第19章「入会の環境保全機能に関する一考察——近年の入会訴訟の検討から——」を分担執筆）
- 牛尾洋也ほか2名編『森里川湖のくらしと環境——琵琶湖水域圏から観る里山学からの展望——』見洋書房、2020年（第12章「自然鑑賞型遊歩道の管理責任に関する一考察——2つの落枝事故訴訟の検討を通して——」を分担執筆）
- Mahoro Murasawa ed., “Satoyama Studies: Socio-Ecological Considerations on Cultural Nature,” Union Press, 2020 (Suzuki wrote Chap.3 ‘Changes in satoyama issues: Focusing on iriai’)
- 前川啓治編著『フットパスでひらく観光の新たな展開——あるく、まじわる、地域を創造する』ミネルヴァ書房、2024年（第3章「フットパスとアクセス・ランド——英国におけるカントリーサイドへのパブリック・アクセス制度の展開」を分担執筆）

3. 論文

- 「O.W.ホームズ契約法理論の歴史的的位置（1）」法学雑誌（大阪市立大学法学会）33巻2号、1986年
- 「19世紀末における約因理論の構成とその特質」愛媛法学会雑誌（愛媛大学法学会）14巻3号、1987年
- 「イギリス『古典的』契約法理論における錯誤」愛媛法学会雑誌（愛媛大学法学会）17巻3号、1991年
- 「アメリカ代理法史とホームズ（1）」龍谷法学30巻4号、1998年
- 「サンフランシスコ借家法における立退請求規制」龍谷法学40巻1号、2007年
- 鈴木・松本一実（共著）「共同的・自主的漁業管理の課題と可能性」龍谷法学44巻1号、2011年
- 「今後の入会林野管理に求められるもの——近年の紛争例、英国の立法を参考に——」入会林野研究40号、2020年
- 「権利能力なき社団たる入会——総有権の確認および移転登記等を請求する訴訟をめぐる——」入会林野研究41号、2021年

- 「寺院墓地における墓地使用権の性質に関する一考察——典礼施行に関する合意・規則・慣行の解釈と拘束力——」龍谷法学56巻4号、2024年

法学会記事

2024年度 法学会研究会

日 時：2024年10月10日（火） 17：00～18：20

場 所：龍谷大学 和顔館 4階 会議室 2

講 師：林 美穂氏（経済産業省 経済産業政策局 産業人材課〈海外
企画担当〉課長補佐）

テーマ：近年の国家公務員のキャリア事情と大学への期待

日 時：2024年11月15日（金） 15：15～16：45

場 所：龍谷大学 和顔館 2階 214教室

講 師：藤田 早苗氏（エセックス大学人権センター フェロー）

テーマ：国際社会からみた日本の人権

日 時：2024年11月21日（木） 16：45～18：15

場 所：龍谷大学 22号館 305教室

講 師：ゼガービーニヒ氏（オスナブリュック大学教授）

コーディネータ：鹿野 菜穂子氏

（慶應義塾大学教授、消費者委員会委員長）

通訳者：カライスコス・アントニオス氏（本学法学部教授）

司 会：中田 邦博氏（本学法学部教授）

テーマ：建築契約における消費者保護

執 筆 者 紹 介（掲載順）

鈴 木 龍 也	本学法学部教授
カライスコス アントニオス	本学法学部教授
川 角 由 和	本学名誉教授
越 山 和 広	本学法学部教授
高 橋 進	本学名誉教授
山 田 卓 平	本学法学部教授
若 林 三 奈	本学法学部教授
Andrew M. Pardieck	南イリノイ大学ロースクール教授
西 脇 秀一郎	愛媛大学法文学部准教授、龍谷大学里山学研究 センター（社会科学研究所附属研究センター） 客員研究員
岡 本 詔 治	本学名誉教授
古川原 明 子	本学法学部教授
戸 塚 悦 朗	元本学法科大学院教授
石 塚 伸 一	本学名誉教授
金 尚 均	本学法学部教授
吉 村 顕 真	弘前大学人文社会科学部准教授
玄 守 道	本学法学部教授
牛 尾 洋 也	本学法学部教授
児 玉 寛	本学名誉教授

龍谷法学 第57巻 総目次

巻頭言	越山 和広	[4]… 647
鈴木龍也先生献辞	牛尾 洋也	[4]… 649

最終講義

[号] 通頁

コモンズと入会

.....	鈴木 龍也	[4]… 653

論 説

[号] 通頁

「税務代理」の性格と問題点

～北野弘久教授の論考を踏まえて～	浪花 健三	[1]… 1

刑事政策学における最終定理（その2・完）

～何故、近代において刑罰は、自由刑という形態をとるのか？～	石塚 伸一	[1]… 33

内縁関係と遺族年金に関する一考察（2）

～近時の裁判例を中心として～	岡本 詔治	[1]… 67

「即日告知・即日執行」訴訟の意義

—死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件（2）	古川原明子	[1]… 95

埋もれたヒューマンライツ（その2）

——ヒューマンライツ実現への道を可視化する試み	戸塚 悦朗	[1]… 127

文化財返還問題と戦時国際法

——来歴調査と学証責任の転換	戸塚 悦朗	[2]… 297

ドイツ税理士試験免除についての一考察

～Kuhls他の税理士法コメンタールを踏まえて～	浪花 健三	[2]… 337

「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	[3]… 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	[3]… 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	[3] ... 551
EUにおける製造物責任指令の改正	カライスコス アントニオス	[4] ... 671
近代的土地所有権の形成過程に関する一つの覚書 ——戒能通孝の見解を中心に——	川角 由和	[4] ... 705
損害賠償の明示的一部請求に対する弁済の抗弁	越山 和広	[4] ... 733
イタリアのユーゴスラヴィア占領 ——幻想の「ムッソリーニの帝国」(1)	高橋 進	[4] ... 749
DOES FREEZING ASSETS OF FOREIGN CENTRAL BANKS CONTRAVENTE STATE IMMUNITY?: A SURVEY OF RECENT STATE PRACTICE	YAMADA Takuhei	[4] ... 783
社会保険者が代位取得する不法行為債権の遅延損害金 ——最判令和元年9月6日民集73巻4号419頁の批判的考察	若林 三奈	[4] ... 809
AVOIDING LITIGATION IN THE U.S.: THE LAW OF PERSONAL JURISDICTION	Andrew M. Pardieck	[4] ... 833
共有物の管理と「協議」	西脇秀一郎	[4] ... 873
内縁関係と遺族年金に関する一考察（3・完） ～近時の裁判例を中心として～	岡本 詔治	[4] ... 943
「即日告知・即日執行」訴訟の意義 ——死刑の執行告知と同日の死刑執行受忍義務不存在確認及び国家賠償請求事件（3・完）	古川原明子	[4] ... 959
埋もれたヒューマンライツ（その3） ——国内ヒューマンライツ機関はなぜできないのか？	戸塚 悦朗	[4] ... 983

研究ノート

動く世界の薬物政策～タイと日本との比較研究～

2023年8月5日～8月12日 タイ渡航研究報告書

……………山口 裕貴／石塚 伸一 [1]… 175

EU製造物（欠陥製品）責任指令提案の現在

—2024最終調整文書の概要—

……………若林 三奈 [2]… 383

韓国における医療事故報告システムに関する覚書

—改正患者安全法と医療機関評価認証院—

……………李 庸吉 [2]… 419

日本の死刑に関する国連人権理事会2024年9月22日通報通告について

～ポスト袴田再審無罪の時代における死刑のゆくえ～

……………石塚 伸一 [4]…1041

判例研究

第三者供賄罪と詐欺罪に問われた事案

……………金 尚均 [4]…1085

取引的不法行為における「被害者側の過失」の一考察

——特に判断能力が不十分な被害者の場合——

……………吉村 顕真 [4]…1115

翻 訳

「エコサイド（Ecocide）のローマ規定への導入について」

……………マルクス・ヴァーグナー（講演）／根津 洸希（翻訳） [1]… 203

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 アントニオス訳） [3]… 587

法益論から自由の形態へ.

刑法上の基本カテゴリーの存在論的深層構造について

……………Michael Pawlik（著）／玄 守道（翻訳） [4]…1137

資 料

The Minute Book of the Nigerian Progress Union, 17 July 1924 - 8 June 1925

……………Takehiko Ochiai [1]… 233

Z世代のための漱石「ことはじめ」（上）

——「木庭先生の庭」散策・番外篇——

……………児玉 寛 [2]… 433

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	[3]	607
茨川村境界確定万代記録			
.....	牛尾 洋也	[4]	1157
Z世代のための漱石「ことはじめ」(中の二)			
——「木庭先生の庭」散策・番外篇——	児玉 寛	[4]	1187
鈴木龍也 教授 略歴および業績一覧			1233
法学会記事			1237
第57巻総目次			595
法学会消息			279
法学会2023年度決算報告書			286
法学会会則			292

The Commemorative Issue for the Retirement of Prof. Tatsuya SUZUKI

Foreword

..... Kazuhiro KOSHIYAMA (1)

Farewell Address to Prof. Tatsuya SUZUKI

..... Hiroya USHIO (3)

Final Lecture

Commons and *Iriai*

..... Tatsuya SUZUKI (7)

Articles

An Analysis of the Amendment to the EU Product Liability Directive

..... Antonios Karaiskos (25)

Eine Bemerkung über die Gestaltungsgeschichte des modernen Grundstückseigentums

——Ein typisches Vorbild von Michitaka Kainò

..... Yoshikazu KAWASUMI (59)

Zulässigkeit der Erfüllungseinrede gegen die offene Teilklage

..... Kazuhiro KOSHIYAMA (87)

The Italian Occupation in Yugoslavia 1941-1943

..... Susumu TAKAHASHI (103)

DOES FREEZING ASSETS OF FOREIGN CENTRAL BANKS

CONTRAENE STATE IMMUNITY?:

A SURVEY OF RECENT STATE PRACTICE

..... Takuhei YAMADA (137)

Delay Damages for Tort Claims Subrogated by Social Insurers Critical Examination of the Supreme Court Decision of 6 September 2019, Minshu 73/4/419.	Mina WAKABAYASHI (163)
AVOIDING LITIGATION IN THE U.S.: THE LAW OF PERSONAL JURISDICTION	Andrew M. Prdieck (187)
Verwaltung des Gemeinschaftsvermögens und „Beratung“	Shuichiro NISHIWAKI (227)
On the customary marriage and survivor's pension(3). Mainly recent court cases.	Shoji OKAMOTO (297)
A Lawsuit Challenging the Legality of Death Penalty Execution under the Last-Minute Notification Practice (3)	Akiko KOGAWARA (313)
Buried Human Rights (Part3) Why Japan has been failing in creating NHRI?	Etsuro TOTSUKA (337)

Note

The UN Human Rights Council's Notice on the Death Penalty in Japan The Death Penalty in the Post-Hakamata Era	Shinichi ISHIZUKA (395)

Case law studys

Precedent about Bribery and Fraud	Sangyun Kim (439)
A consideration of "negligence on the part of the aggrieved party" in transactional torts. —Especially in cases where the aggrieved party lacks the capacity to make judgments—	Kenshin YOSHIMURA (469)

Translation

Vom Rechtsgut zur Freiheitsgestalt.

Zur ontologischen Tiefenstruktur strafrechtlicher Grundkategorien

..... Sudo HYUN (491)

Material

Permanent record of Ibarakawa Village boundary determination.

..... Hiroya USHIO (511)

An invitation to Soseki Natsume for Generation Z (3)

An extra version of "Walks in the Garden of Professor Koba

..... Hiroshi KODAMA (541)

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 4 号

2025年 3 月 7 日 印刷

2025年 3 月14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. 4

March 2025

The Commemorative Issue for
the Retirement of
Prof. Tatsuya SUZUKI

Published by
The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan