

# 龍谷法學

第58巻 第2号

論 説	英国におけるコモンズ・ガバナンスの回復に向けた取り組み 鈴木 龍也
	生命権と安楽死・尊厳死をめぐる問題 山内 敏弘
	川島武宜・入会権論の意義と射程に関する覚書 —入会ガバナンスの再構築と入会権論の課題— 吉岡 祥充
	韓半島植民地支配の不法性（その5） —強制労働条約による鉱山地下強制労働禁止と長生炭鉱問題をめぐって— 戸塚 悦朗
研究ノート	ダイシーの法の支配と立憲主義：歴史的観点からの考察（2） 石井 幸三
	大学をめぐる経営の現状とその将来展望（2・完） ～私立大学を中心として～ 神吉 正三
判例研究	大学非常勤講師の「委嘱契約」の意義 —阪大非常勤講師事件・大阪地判令7.1.30について— 萬井 隆令
	第1審判決について、被告人の犯人性を認定した点に事実誤認はないと判断した上で、量刑不当を理由としてこれを破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した控訴審判決の拘束力を有する判断の範囲 [最決令5・10・11刑集77巻7号379頁] 藤本 航平
書 評	「理想的な社会保障」の探求 —山下慎一「社会保障のどこが問題か— 「勤労の義務」という呪縛」（ちくま新書、2024年）の検討— 妹尾 知則

## 目 次

### 論 説

- 英国におけるコモンズ・ガバナンスの回復に向けた取組み  
.....鈴木 龍也..... 1 (397)
- 生命権と安楽死・尊厳死をめぐる問題  
.....山内 敏弘..... 25 (421)
- 川島武宜・入会権論の意義と射程に関する覚書  
—入会ガバナンスの再構築と入会権論の課題— .....吉岡 祥充..... 75 (471)
- 韓半島植民地支配の不法性 (その5)  
—強制労働条約による鉱山地下強制労働禁止と長生炭鉱問題をめぐって  
.....戸塚 悦朗.....113 (509)

### 研究ノート

- ダイシーの法の支配と立憲主義：歴史的観点からの考察 (2)  
.....石井 幸三.....165 (561)
- 大学をめぐる経営の現状とその将来展望 (2・完)  
～私立大学を中心として～ .....神吉 正三.....195 (591)

### 判例研究

- 大学非常勤講師の「委嘱契約」の意義  
—阪大非常勤講師事件・大阪地判令7.1.30について—  
.....萬井 隆令.....237 (633)
- 第1審判決について、被告人の犯人性を認定した点に事実誤認はないと判断した上で、  
量刑不当を理由としてこれを破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した控訴審判決の  
拘束力を有する判断の範囲 [最決令5・10・11刑集77巻7号379頁]  
.....藤本 航平.....269 (665)

### 書 評

- 「理想的な社会保障」の探求  
—山下慎一『社会保障のどこが問題か—  
「勤労の義務」という呪縛』(ちくま新書、2024年)の検討—  
.....妹尾 知則.....295 (691)

## 英国におけるコモンズ・ガバナンスの 回復に向けた取組み

鈴木 龍也\*

### [目次]

はじめに

1. 英国のコモンの権利
  2. コモンズ・ガバナンス回復の取組み
  3. 農業環境スキームとコモンズ・ガバナンス確保の取組み
  4. 入会の再構築のために求められること
- 結びにかえて

### はじめに

日本の入会権や英国<sup>1</sup>のコモンの権利 (rights of common) は見方によっては近代以前の社会関係の残滓であり、今日的な社会において継続の基礎を失い漸次的な消滅過程にあるとされる。もっとも逆に、今日的な社会関係や法的関係を批判的に見る立場のなかには、コモンズ的な関係をその現代社会批判や現代法批判の実在的な核、あるいは将来に向けた展開の

---

\* すずきたつや 龍谷大学客員教授

1 本稿ではイングランドとウェールズのみをさして「英国」という語を用いる。例えばスコットランドにおいてはコモンズはないと言われるように、UKのこれ以外の地域においては基礎となるコモンズに関する実質的な関係の在り方自体が異なるし、本稿でしばしば取り上げることになる2006年コモンズ法も基本的にはイングランドとウェールズのみを対象とする法であるなど、適用される立法という点においてもUK全体を一体的なものとして論じることができない。

可能性の種子とでもいうべきある種特別な位置に置くものもある。さらに言うなら、オストロム (E. Ostrom) 的な近年のコモンズ論はコモンズ的な関係にこのどちらでもない安住の地、すなわち今日的な社会構成の原理に基づいた安定的な位置づけを与えたかにも見えるが、それはコモンズをいわば資源の単なる共同所有関係という、包括的ではあるが平板なものとして措定することによってはじめて可能になったと言えなくもない。

英国や日本の法はいわゆるコモンズ的な関係や入会的な関係をその私法の判例法体系、実定法体系という近代法的な枠組みの中に取り込むという共通する特徴を有している。しかしそうするにあたっては、ともにそれらのコモンズとしての本質、入会としての本質を換骨奪胎して平板化することを余儀なくされている。そしてその後の歴史の進行過程においては、いわゆる旧来からのコモンズ的な関係の実質を残す「慣行」と、平板化されて措定された法関係とのズレに伴う興味深い法・社会現象を多く生じさせ、いわば法社会学的知見の主要な発生基盤の一つともなってきた。

コモンズ的な関係、入会的な関係が消滅過程にあるかどうかは別にして、少なくとも今日においては、そのいずれにおいてもそれぞれの構成原理の中核をなすはずの集団のガバナンスの不全、不在が問題となり、その再建、再構築が課題となっている。

日本においては、総務省 (旧自治省) を中心として、入会地を公有地や財産区有地等として公の領域に取り込まんとする政策が主要な入会権理論や判例理論をも実質的に無視する形で進められてきた。今日においては行政府においても確かに入会地公有地化政策へのパッションはそのものとしては消失していると見るべきであろうが、そのようななかでもある種の惰性としてこの政策は継続し、入会権者の入会的関係への思い入れの希薄化が進むなかでかえって財産区有地化の実質的な進行がみられるとさえ言うことができる状況になっている。

日本の入会地の多くにおいて第2次世界大戦後には木材不足のなかで植  
(龍法 '25) 58-2, 2 (398)

林が行われたが、その後の林業不振のなかで植林された入会地のかなりの部分が実質的に放置されることとなり、入会地の管理放棄という事態が進んでいる。それに加えて、入会集団が存在する地域社会の崩壊が進むなどして、入会的な社会関係自体の衰退、消滅が進んできている。

日本と同様にコモンズ的關係を法の中に取り込んできた英国における状況はいかなるものであろうか。英国では囲い込みという徹底的な土地所有の近代化過程を経験しながらも、コモンズ的な關係を実態として長く保持し続けている。また、英国法においても、コモンズの権利という、コモンズ關係に対応する法關係が存続し続けている。しかし、その法的な構成としてはコモンズ關係の基礎となるべきコモナー(commoner)の共同的な契機を徹底的に排除するなど、日本以上に近代法的純化が進んでいると言うことができるように思われる。もっとも、関係当事者間においては、さらには社会的な了解としても、近代的な役権の關係に純化し得ないコモンズとしてのある種特別な關係性、あるいはそのような關係性残存への期待とでもいうべきものを残しているように、少なくとも筆者の目からは、見える。だからこそ英国のコモンズは「コモンズ」なのである。

このような歴史過程の反映として、英国のコモンズはコモンズ・ガバナンスの喪失を必然的に抱えざるを得なかった。特にその法的形態を素直にみるなら、そう解さざるを得ないものとなっている。そうすると、近年の日本における実態としての入会的關係の変質や消滅と英国のコモンズ・ガバナンスの不全は、根本においては同じ法・社会現象の2つのバージョンと言うことが出来るのではないだろうか。

加えて、今日の現実的な社会状況のなかである種必然的なものとして浮かび上がってくる、地域社会を主体とする地域自然資源の自律的なガバナンスの回復という課題への対応という観点から見ると、実は両者は将来に向けた共通の可能性を持ち、その実現のための共通の課題を有しているとも言う。自然資源の地域主体のガバナンス回復のための当面の政策

的取組みについて相互に参考にすべき点が多いのも事実である。

さらに近年の農林業政策との関係から付言するなら、筆者は、環境保全的な農林業の振興や自然資源管理のための公費による支援制度の拡充へ向けた政策の展開という課題は、現代国家、現代社会においてはある種普遍的な政策課題であり、世界的にも今後長期にわたって取り組まれていくべきもの、取り組まざるを得ないものであると考えているが、コモンズ・ガバナンスの再構築、あるいは日本的な脈絡の中で言う入会管理の再建という課題は少なくとも当分の間はそのような政策と組み合わせられることによってはじめて現実的な実現可能性を獲得することができるものである。

英国はこのような形での、すなわち環境保全的な農業支援の重要な一環をなすものとしてのコモンズへの支援、そしてその実現のための不可欠な契機としてのコモンズ・ガバナンスの再建という課題に早くから取り組んできている。本稿では、英国において取り組まれてきた環境保全的な農業の支援のための政策がどのような脈絡のなかで必須のものとしてコモンズ・ガバナンスを必要とし、どのような政策展開のなかで実際にそれを実現してきているのか、あるいはどのような点がその実現の障害となっているのかなどについて検討する。この検討により、日本における入会的関係の展開の可能性につながる何らかの示唆をえたい。

以下、まず英国のコモンの権利について簡単に特徴を述べ、第2次世界大戦後のコモンズ・ガバナンス回復の取組み、特に2006年コモンズ法にいたる流れについて概括的な説明を行う。その上で、20世紀末から本格的に取り組まれることになった農業環境政策とコモンズ・ガバナンスがどのような形でリンクし、その結果近年の現実のコモンズ・ガバナンスはどのような状況になっているのかを検討する。そして最後に、以上の英国におけるコモンズ・ガバナンス回復の取組みが日本の入会的な地域資源管理制度再建のために示唆するものがあるとしたらどのようなことか、考えてみることにする。

## 1. 英国のコモンの権利

### (1) コモンの権利概説

英国におけるコモンの権利は基本的には日本の入会権にあたるものといえることができるが、無視し得ない違いもある。英国におけるコモンズ・ガバナンス回復への取組みについて検討する前に、英国のコモンズおよびコモンの権利がどのようなものか、日本の入会権と比較しながら見てみることにする<sup>2</sup>。

コモンの権利は英法上は一般に「他人の土地の自然産出物の一部を採取する権利」と言われ、採取権 (*profit à prendre*) の一種とされている<sup>3</sup>。そして採取対象物の違いから、放牧コモン権 (*common of pasture*)、土壌採取コモン権 (*common in the soil or common of digging*)、漁撈コモン権 (*common of piscary*) などに分けられる。このうち本稿が主に対象とするのは放牧コモン権ということになる。放牧コモン権はこの権利が存在する土地、すなわちコモン・ランド (*common land*) にこの権利を有する者、すなわちコモナー (*commoner*) が牛や羊などを放牧し、それらの口によって草などを採取する権利とされている。

コモンの権利は「他人の土地から」対象物を採取する権利であるので、コモナーが自分の土地についてこの権利を持つことはない。そのような場合についてはコモンの権利がそこで行使されているとはみなされない。したがって、日本の共有の性質を有する入会権にあたるものはコモンの権利

---

2 コモンの権利については主に、望月礼次郎 (1963) 「イギリス法における入会権」(内田力蔵編『市民社会と私法』東京大学出版会、所収)、戒能通厚 (1979) 「現代イギリス土地法の一側面——入会地とオープン・スペースを中心に——」(下山瑛二・堀部政男編『現代イギリス法』成文堂、所収)、Cousins, E. F. & Honey, R. (2020) "Godsden & Cousins on Commons and Greens (3d ed.)," Sweet & Maxwell による。

3 Cousins & Honey *supra* note 2, pp.41-42.

としては存在しないということになる。

また、コモンの権利は対象となるコモン・ランドの一定産出物の「一部を」採取する権利である。コモナーだけでなく当該土地の所有者も対象物を採取する権利を有するとされている。また、採取権者がその土地の当該産出物のすべてを取得する権利を有する場合もあるが、その場合についてはコモンの権利とは別の権利とされる。コモンの権利は日本における共有の性質を有しない入会権と似た権利であるが、この点ではそれとも異なるということになる。

コモンの権利はそれが付属する土地の権利との関係などからは、自由保有権付属コモン権 (common appendant)、保有権付属特別設定コモン権 (common appurtenant)、純粹設定コモン権 (common in gross)、隣接地コモン権 (common because of vicinage) の4種に分けられる。詳細の説明は省略するが、本稿で特に問題となる放牧コモン権について言えば、自由保有権付属コモン権は自由保有権に付属し、一定種類の家畜をそのコモナーが「耕地の経営——耕耘・施肥——のために必要とする数または彼が自己の保有地の収穫によって一冬の間飼養しうるだけの数」<sup>4</sup>の範囲で放牧することができるのにたいし、保有権付属特別設定コモン権は自由保有権だけでなく膳本保有権に付随するものもあり、放牧できる頭数はコモナーの「保有地が冬の間飼養しうる数によって決められる場合 (起臥の原則、rule of levant and couchant) と、一定数に固定される場合」<sup>5</sup>があるとされている。もっとも保有権制度は歴史的に大きく変化しており、たとえば膳本保有権は現在はそのままの形では存在していない。

起臥の原則は、英国コモンズが本来有していた共同性を体現するものである。また、いずれのコモン権もそれが付属する土地の権利の移動に付随してのみ移動することが可能な権利であるのに対し、純粹設定コモン権は

---

4 望月前掲註2、130頁。

5 同上、131頁。

コモナーが有する土地の権利などとの関係が切断されているだけでなく、権利内容としての放牧可能頭数がはじめから数として決まっている。したがって例えばあるコモン・ランドに羊100頭を放牧することができる権利として独立して譲渡されうるということになる。今日においては純粋設定コモン権を有するコモナーの中には遠隔地から放牧地まで羊などをトラックで運んできて放牧するというようなことを行う者もいるとのことであり、コモンズを地元住民による土地利用コントロールの仕組みとしての側面を重視して理解する立場からは、その実質的な動揺・崩壊の局面を象徴するものとなっているようにも見える。

本稿で問題となる放牧コモン権はいわゆる荒蕪地（waste）にあることが多いが、そこについてはもともと領主の支配もそれほど確固としたものではなく、歴史の経緯の中で基本的には領主の土地とされていくことになったが、現在において地主がいない、あるいは地主が誰かが不明ということも珍しくないようである。そのようなコモン・ランドについてのカントリーサイド・スチュワードシップ申請などにおいては地元の自治体が代替的な役割を果たすことができる旨の対応が既になされている。

## （2）コモナー集団の共同性

コモンズ・ガバナンスの観点からコモンの権利をみるなら、なんといっても特徴的なのはその個別性である。コモンの権利はコモナー集団が持つ権利、あるいはコモナー集団の強いコントロールを受ける権利と構成されるのではなく、各個人がそれぞれに持つ権利とされている。個人的な権利として行使されるだけでなく、個人的な権利として譲渡され、相続される。また、権利者相互の平等性や公平性等を担保する法理もない。法的次元ではコモナー達の個別的権利が一定の土地、すなわちコモン・ランドに集合的に存在しているにすぎない。

すでに述べたように、コモンの権利の中には一定の土地の権利に付随し、

その土地の権利に随伴する形でしか譲渡できないものもある。しかしコモナー集団に所属することによって権利者となったり、集団から離れることによって権利を失ったりすることはない。現実的には莊園裁判所などを中心とするコモنزの共同体的規制が消滅していった後にも何らかの形でコモナー集団の共同性を支える組織が継続してきている場合も多く見られるが、コモンの権利に関する法理の中には基本的には共同体による統制や管理などを可能とするものはない。

先ほど触れた起臥の原則について言うなら、このような原則の存在はコモナー間の共同性が実態としては存在することを前提としてはじめて理解できるものであろうが、法理の上ではあくまでもそれぞれのコモナーについての個別的な制限でしかない。さらにいえば、今日においては実態においてもその原則の存在自体が危ういものとなってきている。

日本法との比較という観点からは、英国のコモンの権利は権利内容が一定の具体的な利用に限られる権利とされている点も重要な違いである。日本の入会権の中心をなす共有の性質を有する入会権は基本的には所有権的な権利と構成され、伝統的な入会稼ぎだけではなく、植林等による団体の直轄的な利用なども含めた様々な利用への転換を認められ得る、ある種観念的な土地支配権の一種と構成されるに至ったのに対して、英国のコモンの権利は、たとえばあるコモン・ランドにおける羊20頭の放牧の権利というように、かなり具体化された一定内容の利用（資源採取）の権利と構成されている。これを変更しうる共同体的な管理や規制の法理は基本的には存在しない<sup>6</sup>ので、それぞれのコモンの権利の利用を制限するにはそれぞれのコモナーの同意が何らかの拘束力ある形で示される必要がある。

---

6 囲い込みはこれを行うものであったわけであり、特に第2次囲い込みは多くのコモン・ランドを対象とするものであったといわれている。第2次囲い込みの後半期においては囲い込み手続き等について定める一般法が制定されており、それはコモン・ランド消滅に関する制定法による規範形成でもあったということになる。

コモンの権利は、その譲渡への制限が基本的にないため、地域住民が主体となって地域資源の管理をするということを保障する原理はコモナーなどが団体を形成して合意を形成していく以外には存在しないということになる。またその合意の強制力も実質的にかなり制限されたものにしかならない。この点もコモンズ的な権利としては問題である。ただし、これはコモンの権利の内容が現実的な採取に限られており、離れたところからの権利行使が難しいこと、および近隣の土地の権利に付随するとされる種類のものについては、その土地の権利の移動に付随する形でしか移動しないことによって緩和されている。

以上のように、コモンの権利はコモンズを支えるものとして見た場合大きな弱点を有しているように思われる。

## 2. コモンズ・ガバナンス回復の取組み

### (1) コモンズ法制の近代化とコモンズ・ガバナンスの喪失

上に見たように、コモンの権利には基本的には2次的自然資源・地域資源に対する地域住民の共同的な利用・管理の実現に向けて機能する法理がない。歴史的にみれば中世においては入会地の利用・管理に関して荘園裁判所や村集会が集団的規制の場として機能していたが、そのような形でのコモンズのガバナンスが封建制の弛緩とともに失われ、多くのコモンズで有効な管理が行われなくなっていったと言われている<sup>7</sup>。

英法の近代化の流れとの関係で言うなら、封建時代にはコモンズの関係は領主の権威のもと、コモナーの共同性を体現する慣習的な諸規則の下に

---

7 封建制が崩壊した後も、コモンズの共同的管理が、法的原理としてはともかく、実質的には継続してきたとの見方もある。たとえばA. Winchesterらによる近年の研究 (Rodgers, C. P., Straughton, E. A., Winchester, A. J. L & Pieraccini, M. eds.(2011)“Contested Common Land: Environmental Governance Past and Present,” Routledge, pp.38-42、など) 参照。

置かれていたが、コモンズの関係が近代法に取り込まれる際に共同性を示す原理を法的には失い、コモンの権利は個別的な権利として構成されるようになってきた。そのようなものとして構成されることによってはじめてコモンの権利は英法の近代化の中に存在の場を得たわけである。しかしそれにより、あるいはそれと符号を合わせ、コモンズにおけるガバナンスの不全、共同性の喪失が現実化したということになる。

## (2) 第2次世界大戦後の取組み

コモンズ・ガバナンスの再生にむけた取組みの歴史は長いが、ここでは第2次世界大戦終結以降の流れを概観する。

第2次世界大戦終了後には軍の演習地として接収したコモン・ランドの返還が現実的な課題となり、さらにはコモン・ランドでの演習により農地開発の適地がまだそこに残されていることが明らかになるなどして、コモンズ・ガバナンスの構築が大きな政治課題として取り組まれることになった。1955年にコモン・ランドに関する王立委員会 (Royal Commission on Common Land) が設置され、1958年には王立委員会報告 (Report of Royal Commission on Common Land 1955-1958, Cmnd.462) が出される。そしてそれを受けて、まずは登記制度の導入が必要であるとして1965年コモンズ登記法 (Commons Registration Act 1965) を制定する。さらにそこで残されたコモンズ・ガバナンスの改革という課題に応えようとする2006年コモンズ法 (Commons Act 2006) の制定へと進んでいくことになる。

なお、コモンズへのパブリック・アクセスもこのような検討の一つの焦点であったが、これについてはコモンズだけでなくより一般的な形、すなわち登記されたコモン・ランドをも含む「アクセス・ランド (access land)」へのパブリック・アクセスの拡大という形で、2006年コモンズ法より一歩先に2000年カントリーサイドと歩く権利法 (Countryside and (龍法 '25) 58-2, 10 (406)

Rights of Way Act 2000) により実現される<sup>8</sup>。

英国はコモン・ロー国であり、制定法により一挙に近代法的な所有法の体系を導入したわけではない。1925年財産権法 (Law of Property Act 1925) など確かに画期となる立法的な対応がなされてきてはいるが、基本的には判例法の漸次的な展開により法が形成・変化してきた。判例法はあくまでも個別事案に対する判決を基礎とするものであるため、多様に展開するコモンズに関する法原則という面においては曖昧さや複雑さをなかなか清算できないままに来ていた。

1958年の王立委員会報告は、コモンズの実態を学問的に把握するという意味でも、さらにはある種公的な形で把握するという意味でも、コモンズの内容把握において重要な意味を持つものであった。加えて、この報告はコモンズがどのようなものとして存在するべきかという点に関する議論も行っている。すなわち、一方ではコモンズへのパブリック・アクセスの重要性を認めつつ、それだけではなく集約的な耕作、林地としての改良、集水、軍事演習のための利用等の意義についても検討している<sup>9</sup>。

### (3) 1965年コモンズ登記法

王立委員会の報告を受け、コモンズの実質的な改革をするためにもまずは登記制度の確立が必要であるとして、1965年コモンズ登記法が制定される。

---

8 コモンズを含めたカントリーサイドへのパブリック・アクセスの拡大過程については鈴木龍也 (2024) 「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」(前川啓治編集『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、所収) 参照。

9 Royal Commission, Report of Royal Commission on Common Land 1955-1958, Cmnd 462, pp74~86. また鈴木龍也 (2020) 「今後の入会林野管理に求められること——近年の紛争例、英国の立法を参考に」入会林野研究40号 (中日本入会林野研究会) 29-30頁、参照。

もっとも、この法律は必ずしも登記のプロセスについて規定するだけではない。登記すべき権利についての規定などもあり、そこでは英法において一般的にはコモンの権利とはされない権利、たとえば数制限放牧権 (cattlegates) や単独放牧権 (sole or several pasture) をもコモンの権利として登記すべきものとしている。英法的に純粋にコモンの権利にあたると思われるものだけに登記の対象を限定しない方がよいとの判断に基づくものと思われるが、混乱を招く要素の一つとなっていることは間違いない。

また、この法には、登記の際にはコモナー等の相互的な監視の目などにより申請のチェックが行われることを期待する仕組みが組み込まれていたのであるが、これは現実的には有効に機能せず、放牧コモン権については実際に過剰な頭数のコモンの権利の登記がなされるという問題を生じさせた。過大な放牧頭数の登記を許してしまったというのはこの後長く英国のコモンズ問題に悪影響を与えている。

この法では放牧コモン権について純粋設定コモン権だけでなく自由保有権付属コモン権や保有権付属特別設定コモン権についてもみな放牧可能頭数を登記することとされている。

放牧コモン権の多くを占める保有権付属特別設定コモン権においては、放牧可能頭数については通常は起臥の原則が適用されていたが、放牧可能頭数を定まった数として制限している場合もあった。そして放牧可能頭数を数として定めている保有権付属特別設定コモン権については、そのコモン権とそれが付属している土地の権利を切り離すことが可能であるというコモン・ローのルールが存在している。

そのため、1965年法にしたがって保有権付属特別設定コモン権の放牧可能頭数を数として登記している場合にはそのコモン権と付属する土地の権利との切り離しが可能になるのかという形で、頭数の制限を数として登記に記載することの意味が訴訟で争われ、そのような場合には両者を切り離

したうえで譲渡等が可能であるという判決が下された<sup>10</sup>。

なお、2006年コモンズ法では、放牧コモン権についての付属土地との切り離しは一定の例外的な場合を除いては認められないものとされた。

#### (4) 2006年コモンズ法

1965年コモンズ登記法は、過剰なコモンの権利の登記がなされるなどの問題を生じさせた。そのため、数の是正、そしてそれに加えて、同法制定の際にすでに予定されていたコモンズのあるべき管理制度の導入を目指し、2006年コモンズ法が制定された。

同法の制定に向けて様々な形での検討が行われているが、そこではコモン・ランドが有する価値の見方にかなり大きな変化があった。コモン・ランドの有する多面的価値とでもいべきものの位置づけがあがったこと、そしてその内容について今日につながるような議論が行われていることが注目される<sup>11</sup>。

同法の柱の一つはコモンズ・ガバナンスの整備をすすめることであり、そのために同法はコモンズ評議会制度に関する規定を置いている。これについては次章で検討する。

### 3. 農業環境スキームとコモンズ・ガバナンス確保の取組み

#### (1) 農業環境スキームとコモンズ・ガバナンス

英国で農民が一定の環境保全的なプログラムに従った農業を行い、それに対して国がその不利益の補償としての意味合いをもつ給付を約束する合意を結ぶという農業環境スキーム (agri-environment schemes) が行われ

---

10 *Bettison v Langton* [2002] 1A.C.27. 同判決の意味についてはCousins & Honey *supra* note 2, pp.48-49 参照。

11 鈴木前掲註9、30-31頁参照。

るようになるのは1987年からとされている。当初は農業予算に占めるその比率は低かったが、次第に環境保全や農村景観の保全など、新しい農業政策の中核を担うものとしての位置づけを得ていくこととなった。特に英国がブレクシットによりEUの共通農業政策（CAP）から離れることになってからは、農地面積に応じた直接支払を廃止に向けて削減し、環境保全的な意味合いの強いこちらの支援の方に予算を移してきている。このような農業環境政策は今日では2020年農業法（Agriculture Act 2020）のもと、環境土地管理政策（Environmental Land Management）として再編されてきており、この先の展開についてはまだ推移を見守る必要があるが、少なくともコモン・ランドへの事業については実質的に引き継がれてきている<sup>12</sup>。

カントリーサイド・スチュワードシップなど農業環境スキームは、農民などが一定の環境保全的なプログラムに従った農業を行い、それに対して国が一定額の支払いをすることに合意するという形で行われてきた。コモン・ランドにおける牛・馬・羊などの放牧頭数の制限が主要な内容の例だが、例えば放牧があまり行われていない低地コモンズでは一定の放牧を実施するということが合意の内容となりうる。そして、このような政府との合意をするには、当該コモン・ランドで影響を受けるコモナー、地主、および狩猟や魚を釣る権利を持つ者など関係権利者全員の合意が必要とされる。

では、コモンズについてこのような合意をする場合、誰がどのような形でそのような合意をすることができるのであろうか。また合意への違反があった場合の扱いはどうなるのであろうか。このような合意の形成が必須のものということになると、コモン・ランドの物理的な利用の管理とは少し異なる形でのコモンズのガバナンスが必要になる。このようなガバナン

---

12 英国の新たなELMの内容については和泉真理（2019）『ブレクジットと英国農政——農業の多面的機能への支援』（筑波書房）参照。

スが重要な意味を持つというのが、今日求められているコモンズ・ガバナンスの特徴である。

以下、コモンズ・ガバナンスのこのような面に着目して、制度的にその担い手になることが期待されているコモンズ評議会とコモンズ協議会について検討する。

なおここで、コモンズに関する農業補助の受領は必ずしも常にこのようなコモンズの共同的な管理とでもいうべきものを要請することになるわけではないということを確認しておきたい。そのいい例が共通農業政策（CAP）における基礎支払い（Basic Payment Scheme）である。これについては各コモナーがそれぞれに自分の利用の比率などを基準に計算される補助金を請求できるとされている。全体での利用のあり方等に関する合意が必要とされないからである。補助金請求の形はその補助金の趣旨によって変わるということであり、農業環境スキームに基づくコモンズの権利者への支払いは、そのもととなる取組みが権利者全員の合意無しには意味がないものとなるため、権利者全員での合意、もしくは全員の合意と同様の効果を持つ形での団体としての合意が求められるということになるわけである。

## （2）コモンズ評議会（commons council）<sup>13</sup>

2006年コモンズ法が制定される段階ではすでに農業環境スキームのもとでコモンズについても環境保全等を目的とする活動への補助金支払いの枠組みが整えられてきていた。コモナー達がこれらの政策に沿った取組みをして国からの支払いを受けるためには、上に述べたように当該コモン・ランドに関係する権利を持つもの全員の合意が必要となる。ところが、2006

---

13 以下のコモンズ評議会についての説明は、2006年コモンズ法の規定およびDe-fra & Natural England “Guidance: Set up a commons council” (<https://www.gov.uk/guidance/set-up-a-commons-council>, 2025年6月30日最終確認) による。

年コモンズ法が規定するコモンズ評議会を設立すれば、農業環境スキームへの参加の申請をする際に必ずしも関係権利者全員の同意を得る必要がなくなるなど、コモンズの管理は格段にやりやすくなる。コモンズ評議会は必ずしも農業環境スキームへの申請のためだけのものではないが、現実的にコモン・ランドの農業環境スキームへの申請の困難が軽減されるのであれば、申請のためのコモンズ評議会の設置が進み、それによってコモンズ・ガバナンスの適正化も進めることが出来るのではないか。そのような期待もあって2006年コモンズ法ではコモンズ評議会制度が導入された。しかし、コモンズ評議会を設立するためには当該コモンズの関係権利者の大方の合意を得なければならず、それがコモンズ評議会設立の大きな障害となった。

コモンズ評議会でなんといっても特徴的なのは、そこにおける決定の拘束力の強さである。コモナーや地主を拘束する規則を制定できる。違反に対しては裁判で争うことができるのはもちろん、違反に対して刑事罰を与え得るルールを設けることができる（ただし、そのような規則を制定するためには国務長官が規則を承認する必要がある）。また、コモンの権利の行使やコモン・ランド所有者の権利行使を制限する規則を制定することもできる。カントリーサイド・スチュワードシップへの参加も全員一致でなくとも決めることができる。

コモンズ評議会の設立は関係者の合意ではなく、国務長官の命令によるとされている。通常は申請を受けた後に国務長官が命令の草案を発表し、それへの意見表明を受けた上で、利害関係者の大多数の支持を確認できる場合に設立命令を発することができる」とされている。

このようにコモンズのガバナンスに対して驚くべき転換をもたらさうるコモンズ評議会であるが、設立は進んでいない。ダートムアなど南西部のコモンズで2つのコモンズ評議会を、カンブリアでは幾つかのコモンズを対象とするアンブレラ型のコモンズ評議会1つを作るパイロット事業が進

められたが、カンブリア地方では少数の地主の反対により評議会を設立できていない。また、これ以外のところでもコモンズ評議会の設立は進んでいない。コモンズ評議会は権限が強いだけに、現時点では地主層の反対などにより設立自体が進まないということである。

### (3) コモンズ協議会 (commons association)<sup>14</sup>

申請マニュアル等を見ると、実質的には申請のために関係権利者でアソシエーションを作ることが必要とされている（関係者がごく少数の場合は別）。

カントリーサイド・ステewardシップ申請のプロセスは、第一段階としての申請と、その後のナチュラル・イングランドを介した調整を経ての最終申請、そして最終的に政府との合意によりこのプログラムへの参加が決定するという流れである。特徴的なのはコモンズ協議会での内部的な合意の形成が非常に重要視されていることである。協議会は土地の管理に関する権利を有する全ての人を実質的に代表するものでなければならないとされており、そこで形成される内部的な合意には参加者の責任や受け取る報酬（の決め方）なども含まれる。

協議会はいわゆる任意団体で、もちろん参加を強制できるものではない。加えて、決定事項の強制力も弱い（例えば違反者に刑事罰などを与えるような決定をする権限はない）。コモンズ側と政府との合意の履行を確実なものにするためにはコモンズ側の内部的な合意を確保しておくというのが重要な意味を持つというのは理解できる。しかしコモン・ランドの地主は

---

14 コモンズ協議会については、Rural Payments Agency “Countryside Stewardship: Higher Tier manual for agreements starting on 1 January 2023,” Anex 6 Common land and shared grazing: additional requirements (<https://www.gov.uk/government/publications/countryside-stewardship-higher-tier-manual-for-agreements-starting-on-1-january-2023/annex-6-common-land-and-shared-grazing-additional-requirements>、2025年6月30日最終確認) 参照。

もちろん、実際には放牧をしていないコモナーなどをも含めた関係権利者全員の合意によりこの事業への参加を決めるというのは、確かに関係権利者の権利内容からすれば当然ではあるものの、コモンズでの放牧を実際に行い、補助金申請を進めたいと考えているコモナーの負担をかなり重いものに行っているのは確かである。

2025年からブレクシット後の「農業環境政策」が本格的に動き出そうとしているのであるが、そこでのカントリーサイド・ステュワードシップにおけるこの事業についての説明<sup>15</sup>を見ると、コモン・ランドについてカントリーサイド・ステュワードシップに申請する場合には申請者グループは単一企業体（single entity）として申請すること、法的に執行可能な内部的な合意を形成するなど構成員の責任を明確にすること、そして政府との合意を実現していけるだけの管理統制能力を持つことなどが求められている。最も驚かされるのは、必ずしも申請者グループへの関係権利者全員の参加が求められてはいないということである。一部の権利者グループによる申請を前提とする説明がされている。この点、今後の実際の事業展開がどのようになるのか、気になるところである。

#### （４）コモン・ランドにおける農業環境スキーム参加への合意形成の問題点

##### い）アクティブではないコモナーなどへの補助金支払いの問題

実態の問題であるとともに権利の問題でもあり、最も難しいと感じたのは、元々実際には放牧していなかったコモナー（権利者ではある）や地主が結構な比率の補助の支払いを受けることになっている場合が多いということである。補助金の受領額（比率）を決めるのは関係当事者であり、申

---

15 “Guidance: Countryside Stewardship Terms and Conditions (draft)” (<https://www.gov.uk/government/publications/countryside-stewardship-higher-tier-get-ready-to-apply/countryside-stewardship-terms-and-conditions-draft>, 2025年6月30日最終確認)

請には関係権利者全員の合意が必要であるという仕組みとするのは法的な観点からすれば当然のことではあるが、そのような枠組みの中ではアクティブではないコモナーの方が強い権利主張をしやすくなるというのは、このような制度の当然の結果であろう。

2025年のカントリーサイド・スチュワードシップから、必ずしもアクティブでないコモナーが参加しなくとも申請していけるように制度改正が進められているのも、上記のような状況を反映してのものかもしれない。ただ、その場合にもアクティブでないコモナーなどの意向がそれなりに反映されるようにはされており、アクティブでないコモナーを補助金受領者からはずすような流れが形成されていくのかどうか、今後の動きを見るしかないように思われる。アクティブではないコモナーを補助金の受領対象からはずすには、コモンズに対する補助金支払いの論理自体の見直しを含む改革が必要なのではないだろうか。申請自体を関係権利者全員でなくともいいとしていくのは、このような点についての見直しの作業が行われた結果かもしれないが、十分な説明がなされていない。

## ii) コモンズの内部的な合意形成の実態

カンブリア地方ではFoundation For Common Landのボランティアが合意形成の補助をしており、合意形成のためのかなり有効な支援になっている。ただ、関係者が集まってこの問題について議論をするというのではなく、放牧頭数の削減等についてボランティアがコモナーと個別に話すというのを積み重ねて合意形成を行うということである。「合意形成のためには、個別的に、隔離された状態で説得した方がいい」というのが実情のことである。

## iii) まとめ

当初は、環境に配慮した農業への補助（環境的取り組みのための負担へ

の補償と言うこともできる)への申請にはコモナーや地主などのコモنزに関係する権利者全員の合意が必要とされることから、全員で構成する団体としてのコモنز協議会内での実質的なガバナンス機能の強化が図られるのではないかと想像していたが、今のところ必ずしもそうならないようである。また、コモنز評議会は権限が強いだけに、特に地主層の反対などにより設立自体が進んでいない。合意内容を見ると、もともと放牧していないコモナーにもそれなりの支払いをする合意がなされているようで、アクティブではないコモナーも含め権利者全員の合意を求めることの難しさが表面化している。現状をまとめるとこのようなことになろうか。

とはいえ、環境・食糧・農村地域省(Defra)など政策を進める側がコモنز関係者の内部的同意の形成を大変重視し、申請の手続きとしてその形成を確認できるような仕組みにしていきたいと考えてきたということは、この間の申請マニュアル等の記載などからもよくわかる。現場の声を重ね合わせてみるなら、現実には十分な合意形成、そしてまたそれを生み出すだけのコモنز・ガバナンスの形成にはまだ至っていない状況にあるが、その形成に向けた大変重要な取組みを続けてきていることは確認できる。

#### 4. 入会の再構築のために求められること

最後に英国での政策展開が日本の入会政策にどのような示唆を与えてくれるか考えてみたい。

まず検討の前提として、日本の入会においては入会地の利用そのもの、そして入会の主体となるべき地域集団そのものの衰退が全体としてかなり危機的な状況にまで進行してきているのに対して、英国でも確かに同様の状況は見られるものの、カントリーサイドの景観等への確固とした国民的な支持を背景に、どちらかといえばコモنزの関係権利者によるコモنز・ガバナンスの確立、適正化の方が中心的な問題になっているというこ

とを確認しておきたい。言い換えるなら、日本ではおそらく中山間地や山間地では地域社会自体の再建という、より大きな問題を抜きにして入会的関係の再建を展望することは無意味な状況になってしまっているのに対して、英国のコモンズにおいては、コモンズ・ガバナンスの再構築という課題の建て方がそのものとしてまだ現実的な意味を持ちうる状況にある。まずこの点を確認しておく必要がある。

日英の入会、コモンズにおける土地自体の性格の違い、その利用の仕方の違いにも注意する必要がある。日本では今日では入会地のかなりの部分は林地となっており、英国でのコモンズの利用の中心が放牧などによる利用、すなわち農業的な利用であるのとは大きく異なる。

以上のような点を考慮にいれたうえで日本での入会ガバナンスの再建、入会的関係性の再興のためにとるべき政策的対応について考えてみる。

英国ではかなり古い時代からコモンズ・ガバナンスの再建が課題となっているが、20世紀末からは農業分野において農業環境スキームが展開し、その中にコモンズでの放牧を含めることにより、農業環境スキームへの申請等を梃子としてコモンズ・ガバナンス再興をも促すという政策手法がとられる展開となっている。

これに対して日本では入会地のかなりの部分は植林されているため、まずは森林の利用・管理への補助とリンクさせた入会ガバナンスの強化策の可能性等について検討する必要がある。日本では現状の森林整備補助の枠組みは基本的には施業の補助を中心とするものになっていて、森林の多面的機能を発揮させるための取組みも進められて来てはいるが、いまだ十分なものとはなっていない。森林の多面的機能に着目した政策への転換をもっと大胆に進める必要がある。この点は入会的関係再構築を目指す政策展開の前提条件とさえ言うことができる。そして森林の多面的機能の保全・増進のための施策の中心は日本では防災にならざるを得ない。日本の森林の防災機能は基本的には保安林制度が担うこととされているが、それ

と森林の多面的機能発揮のための政策展開との棲み分け、複合化等についてまずは再検討する必要がある。また防災に限らず、森林政策全般において施業補助から多面的機能発揮のための補助への転換が必要であり、そのためには新たな補助の順位づけの枠組みの構築などが最初の課題となる。

英国ではコモンズ支援政策が目的とすべき価値の位置づけについてずっと議論されてきている。日本でも森林法の改正時や林業基本計画の改定時にはそのような議論がなされているが、政府レベルでの議論に加えて、地域レベルでの、具体的な対象地を目の前にした議論が望まれる。

そして、上記のような森林政策に埋め込まれた、あるいはそれとうまく組み合わせられた入会地政策が必要になる。ここでその内容を展開する用意はないが、方向性を述べるなら、地域の林地や農地の多面的機能の発揮につながる形での入会地の利用について、地域レベルで検討するところからは始める必要がある。そして今日的な状況のなかでは中山間地や山間地の地域社会自体の存続のための施策と結びついた形で入会的関係再建のための施策を入れていくしかない。

### 結びにかえて

最後に、本稿の具体的な検討対象から少し外れることになるが、このような問題を考える際の基礎となる入会権概念の転換の必要性について述べておきたい。

第2次世界大戦後の入会権理論の中核を担ったのは川島武宜の入会権論である。この川島入会権論においては、入会権が私的な権利であり、公的なものではありえないことが強調されている。これは入会地を公的なものとして国や地方公共団体の財産の中に取り込もうとする政策に対抗し、入会地を地域住民の手にとどめるためには必要であり、かつ効果的な理論であった。確かに、今日においてもそのような入会権の私権性やそこにおけ

る入会権者間の共同性を重視すること、すなわち入会地がある種私的な共有地の一種たる性格を持つことは基本的に尊重されるべき入会地の重要な性格である。

しかしながら今日においては、入会地が共同性に加えて一般の私有財産とはレベルを異にする公共性、すなわち入会地が入会権者だけでなくそれが存する地域の人々みな資源としての性格たる公共性を有すること、さらにはより大きな意味での、すなわち社会一般の利益につながるという意味での公共性をも有することを認めたくえて入会権論を再構築する必要がある。それによつてはじめて入会地が負うべき特別の負担やそこへの特別の支援を正当に位置づけることが可能となる。今日、川島をはじめとする日本の戦後の入会権論をその歴史的な文脈の中で、また、今日の現実の社会の状況や入会の状況をリアルに踏まえて再検討していくことが、入会的関係の再建のために必要とされているのである。

もっとも、これも日本独自の課題というわけではない。本稿では前半で今日の英国におけるコモンの権利について概説したが、実は川島の入会権論はそれとかなり近い理論構成になっている。川島入会権論は入会地処分などには入会権者全員の同意が必要であるという全員一致の原則を掲げていることがよく取り上げられる。そしてこれは入会集団の強い共同性を示す場面として受け取られることが多い。しかし実は、川島理論においては入会権の強い個別性が認められている。だからこそ共有における共有持分権者と同じように各入会権者の個別の判断が尊重され、入会地の処分においては多数決等で反対者の入会権を失わせることはできないとされるのである。川島入会権論も英国のコモンの権利の今日的な理解と同様に、入会的関係を強い個別性を有するものと措定することによつてはじめて近代所有権法体系の中にうまく埋め込むことに成功したのである。

ただ、それが現実の入会的な関係の状況と符合するものであったかについては、今日的な問題状況を背景にしてみると疑問がわくところでも

ある。本稿との関連で言うなら、少なくとも日本の入会はいわゆる公共性につながる性格を現実には強く帯びているということは出来るのではないだろうか。またそのような性格は将来に引き継がれるべき入会的関係の一面を示すものと評価されるべきなのではないだろうか。

日本の入会や入会権についてこのような疑問を抱かせてくれるのも英国のコモンの権利の法的性格とその社会的な位置付け等について検討することの意義の一つである。残された問題は多いが、ここで筆を置くことにしたい。

\* 本研究はJSPS科研費 JP19K12452の助成を受けたものである。

## 生命権と安楽死・尊厳死をめぐる問題

山内 敏 弘\*

### はじめに

日本国憲法は13条において生命権を保障しているが、生命権の内容の一つとして生命の保持存続についての自己決定権をあげることができる。そして、この点に関して重要な論点として挙げられるのが、いわゆる安楽死・尊厳死の問題である。

この問題は、かつては主として刑事法や生命倫理の問題として議論されてきて<sup>(1)</sup>、憲法学においては、あまり真正面からは議論されてこなかったようにみえるが、今日では、憲法学においても、憲法13条の生命権あるいは自己決定権との関連でかなり議論されるようになってきていると言ってよい。しかも、この問題に関しては、憲法学においても、必ずしも一致した見解がみられてはいないのが現状である。そこで、本稿においては、生命権を重視する筆者の観点からこの問題について若干の検討を行うことにしたい。

---

\*やまうち としひろ 元龍谷大学教授、一橋大学名誉教授

## 一 安楽死・尊厳死の意味と分類

日本では、安楽死や尊厳死についてさまざまな議論がなされているが、そもそもこれらの言葉の意味内容について必ずしも一致した理解がなされているわけではないのである。例えば、『新法律学辞典（第3版）』（有斐閣、1989年）では、安楽死については、「ひん死の状態にある者の苦痛を除くためにその死期を早める措置」をいうとされ、他方で尊厳死とは「いわゆる植物状態の患者に対し生命維持治療を中止することにより品位ある死を迎えさせることをいう」と定義されていて、「安楽死が耐え難い苦痛に苦しむ末期患者を対象とするのに対し、尊厳死は意識のない状態の末期患者を対象とする点で異なる」とされている。これに対して『広辞苑（第6版）』（岩波書店、2008年）では、安楽死とは「助かる見込みのない病人を、本人の希望に従って苦痛の少ない方法で人為的に死なせることをいう」と定義されており、他方で、尊厳死については、「一個の人格としての尊厳を保って死を迎える、あるいは迎えさせること」と定義されている。さらに、松井茂記は、『尊厳死および安楽死を求める権利』（日本評論社、2021年）において、安楽死を「医師に依頼して薬物などを直接投与してもらい、死なせてもらう行為」と言い、尊厳死については「医師に依頼して薬物を処方してもらって薬局で交付を受けるか、医師から直接交付を受け、それを自ら服用して死ぬこと」（20頁）と定義している。

このように、安楽死と尊厳死の意味内容については、必ずしも一致した理解があるわけではなく、論者によって異なった理解の下で議論がなされているが、そのことの理由の一つは、日本では、これらを定義づける法律が存在していないことにあるが、他方では、これらの言葉が多かれ少なかれ価値判断を伴うものであって、論者によってそれぞれの価値判断に基づいて用いられていることにも起因していると思われる。

ちなみに、安楽死という言葉は、西欧諸国でも日本でも古くから使われ  
(龍法 '25) 58-2, 26 (422)

てきた言葉であるが、それに対して尊厳死という言葉が比較的広く用いられるようになってきたのは、アメリカで起きた有名なカレン裁判（1975-76年）を契機としてである。この裁判は、広く知られているように、いわゆる植物状態になっているカレンの人工呼吸器の取り外しを父親が求めたのに対して、それを拒否した病院側を相手取って父親が提訴した事件であるが、この裁判でニュージャージー州の最高裁は、原告の訴えを認める判決を言い渡した。そして米国では、この裁判などを契機として尊厳死（death with dignity）という言葉が、多く用いられるようになったとされている。その理由として挙げられるのは、一つには、カレンのように植物状態になった場合には、従来安楽死の前提とされてきた「耐えがたい苦痛」の存在がはっきりしないこと、それに加えてこの事件を契機として本人の自己決定権として「死ぬ権利」を求める動きが広がり、それを正当化する意味合いを込めて、「尊厳死」という言葉が広く用いられるようになってきたことなどがあげられている<sup>(2)</sup>。そして、このようなアメリカの動向の影響を受けて、日本でも安楽死と異なるものとして「尊厳死」という言葉が1980年代以降用いられるようになってきたとあってよい。

例えば、従来から存在していた「日本安楽死協会」（1976年設立）は1983年には会の名称を「日本尊厳死協会」に変更して、「尊厳死」（本人の意思により延命治療を拒否することで死を迎えること）の法制化に運動の力点を変更した。また、1994年に日本学術会議の「死と医療特別委員会」は「尊厳死について」の報告を公表し、「尊厳死」を「延命治療の中止」と捉えて<sup>(3)</sup>、その是非の検討を行なったことで、「尊厳死」という言葉の日本における普及に少なからざる影響を及ぼしたとあってよい。

ただ、それにしても、「延命医療の中止」を何故に「尊厳死」という言葉で呼ぶのかについては、上記の日本学術会議の報告書でも必ずしも明確には説明されていない。「尊厳死」という言葉は、文字通り「尊厳のある死」または「尊厳を伴う死」という肯定的あるいは積極的な評価ができ

る死というニュアンスを伴っていると思われるが、延命治療の中止が何故にそのような評価を受けるかについては、必ずしも明確にはされていないのである。苦しみながら、あがきもがきながら最後まで生きようとしつつも、ついに命果てるといった死に方も、ある意味では、人間らしい尊厳ある死とも思われるが、なぜそのように評価できないのか、私には疑問が残るのである。

安楽死という言葉も、尊厳死という言葉と似たような価値判断を伴っているように見える。安楽死 (euthanasia) の語源は、古代ギリシャ語の *eu* (good) *thanatos* (良き死) にあるといわれているが、日本語の安楽死という言葉も、安らかに良き死という響きが込められているように見える。そして、そのような安楽死の肯定的な意味合いを利用して多数の障害者などを殺害したのが、ドイツ・ナチスの歴史であった。第2次大戦後のドイツでは、このような体験に対する反省を踏まえて、安楽死という言葉は用いないで、「臨死介助」(Sterbehilfe) といった言葉が一般的に用いられてきたが、そのことには、それなりの理由があったように思われる。日本でも、生命倫理学者のなかには、安楽死や尊厳死という言葉は否定的意味合い、またはあいまいな表現なので、できるだけ避けて、その代わりに生命維持医療の差し控え、生命維持医療の中止、致死薬の処方、致死薬の投与、持続的で深い鎮静など、ふるまいの実態をそのまま記述するタイプの表現を選んだ方がよいという見解<sup>(4)</sup>も、出されてきている。たしかに、このような見解は、それなりに理解できるように私には思われる。ただ、日本では、「臨死介助」という言葉は一般にはあまりなじみがないのに対して、安楽死という言葉が古くから用いられてきたし、憲法学においても、一般的に用いられてきたとあってよい。そこで、本稿でも安楽死という言葉のもとで論じられてきた問題について私なりの観点から検討を加えることにする。

もっとも、安楽死という言葉を用いても、その中にはいくつかの内容の死に方あるいは医療の関わり方があるので、それらは、区別して議論する

ことが必要となってくる。この点、一方では、①消極的安楽死（尊厳死）、②間接的安楽死、③積極的安楽死の三つの類型に分けて論じる見解がある<sup>(5)</sup>。ここにおいて、消極的安楽死とは、患者が医療行為を拒否したり、医師が患者の要請に従って医療行為を中断したりすることで患者が死に至る場合をいい、間接的安楽死とは、直接的には患者の死を意図するものではないが、患者の苦痛を除去・緩和する医療行為が結果的には、患者の死をもたらす場合をいい、積極的安楽死とは、患者を苦痛から解放するために直接的に死をもたらす措置を医師が行ったり、医師が致死量の薬などを患者に投与して患者を死に至らしめる場合のことをいうとされる。他方で、間接的安楽死という分類はしないで、①安楽死（積極的安楽死）と②尊厳死（消極的安楽死・治療中止）の二つに区別する見解もある<sup>(6)</sup>。

さらに、生命倫理学では、①積極的安楽死、②医師幫助自殺、③延命治療の手控えと中止の3つに分けて考えるのが一般的であるとされる<sup>(7)</sup>。ここにおいて、①積極的安楽死とは、医師が致死薬を患者に注射して死なせることを言い、②医師幫助自殺とは、通常、医師が患者に致死薬を処方して、患者は、それを好きなときに飲んで自殺することをいい、③延命治療の手控えと中止は、生命を維持するための治療的介入を行わないこと、あるいはすでに行っているそうした介入を中止することによって患者を死なせることを言うと言われる。

このように安楽死という言葉を用いても、さまざまな分類がなされているが、私自身は、間接的安楽死の多くは消極的安楽死の中に含めることができると思われるし、また、医師幫助自殺は積極的安楽死の中に含めることができると思われるので、問題を簡単にするために、消極的安楽死と積極的安楽死の二つに分けて論じていくことにしたい<sup>(8)</sup>。

本稿では、これらの安楽死の是非を憲法学の視点から検討することにするが、そのためにも、まず前提問題として検討しておくべきは、そもそも国民には「死ぬ権利」が憲法上認められるかどうかという問題である。

従って、以下にはまずこの問題の検討から始めることにする。

## 二 「死ぬ権利」の存否

### 1 学説の概要

日本国憲法は「死ぬ権利」を国民に保障しているか否かについて、学説は、否定説と肯定説とに分かれている。この問題については、あまり多くの議論がなされているわけではないが、論者の中では、否定説が有力だと言っよと思われろ。

#### ①否定説

まず、この立場に立つと思われろのは、小林直樹である。小林は、「自殺（自害・自死）には、原則的に反対である」として、その理由を次のように述べる。「人間の生命が尊貴な意味を持ち、宇宙の中でも『特権的』位置を与えられた稀有の存在であるゆえに、人間はその生命を可能な限り充足させるべき独自の根源的“義務”を負っている、と考えるからである。この生存意義を忘失し、授かった身体＝生命は、『自己所有』のものという理由で、自らを害し・殺すことは、道徳的にも法的にも権利としては認められないうであろう。これは昔アリストテレスらがいったような『社会に対する不正』ではなく、人間の生存に含まれる内的価値の放棄、あるいはそれへの加害とみられるべき行為だからである」<sup>(9)</sup>。

また、憲法13条について「人格的利益説」の提唱者ともいえる佐藤幸治もこの立場をとっている。佐藤は、憲法13条が保障する幸福追求権の中には最狭義の人格的自律権、すなわち自己決定権が含まれるとし、そのなかには自己の生命、身体の処分にかかわる事項が含まれているとする。そして、このような自己決定権の中に「死ぬ権利」が含まれているか否かについて、佐藤は、次のように言う。「この点に関し、まず明確にしておきたいのは、『基本的人権』ないし『人格的自律権』の大前提には、『生きるこ

とは尊いことである』という考え方があるということである。尊厳死さらには安楽死については、一定の厳しい要件の下に『人格的自律権』（自己決定権）の行使として容認できる余地もないではないが、それに関連して（あるいはその延長線上において）『死ぬ権利』とか『自殺する権利』とかを安易に語るべきではない<sup>(10)</sup>。

また、同様に「人格的利益説」に立つ土井真一は、憲法13条が自己決定権を保障していることを認めつつも、同条が生命に対する権利を独自の人権として保障していることを踏まえて、「死ぬ権利」を認めることに対して、つぎのように批判する。「一人ひとりの人間を人格として承認すべきであるとする人格的自律権論は、共同体の構成員が相互にその存在意義を承認し、自律的存在として『共に生きていく』ことを求めるものと理解することができる。……我々が自らの命を絶とうとする者に対して、あなたは生きるに値するというを、あるいはあなたと共に生きたいという意思を法を通じて維持するか否かという点を問題にすることが許されるのではないだろうか。いかなる人生が幸福な人生かを問うていてのではない。問われているのは、人生はそもそも生きるに値するかということである。このように考えるとき、自殺を憲法上の権利として承認することは、適切ではない」<sup>(11)</sup>。

さらに、憲法13条については「一般的自由説」の立場に立つ戸波江二も、「生命に関する自己決定は、人間の生にとって最も根源的なものである。人間は生きるべきものとして誕生している以上、自殺の権利まで認めることはできず、したがって、自殺幫助が犯罪とされていることは正当である」<sup>(12)</sup> という。少なくともこの点に関しては、「人格的利益説」と「一般的自由説」との違いはないのである<sup>(13)</sup>。

## ②肯定説

この説を真正面から説いているのは、松井茂記である。松井は前掲書などにおいて、その根拠として①生命権、②自己決定権、そして③国籍離脱

権の三点をあげて、つぎのように述べる。

まず、①生命権との関係については、次のように言う。「憲法第13条の生命の権利は、その裏側として究極的な選択としての死を選ぶ権利ないし死ぬ権利を保障しているとも考えられる。生命が個人の権利であるなら、個人にはいつどのようにしてそれを放棄するのかの決定も自由に許されるべきであろう。これに対し、生命は人間の尊厳の究極の根幹であり、その放棄を基本的人権として認めるわけにはいかないという声もある。……生きることは、憲法の保障する権利であって、義務ではないはずである。とすれば、やはり個人にはいつどのように死ぬのかを選択する自由が認められるべきであろう」<sup>(14)</sup>。

次に②自己決定権との関係では、松井はつぎのようにいう。憲法13条が幸福追求権の一種として認めている自己決定権の中には「生命および身体の処分の自己決定権が含まれている。それによれば、病気や怪我を負ったときに、治療を受けるのかどうか、どのような治療を受けるのかは患者が自分で決定することができるべきであり、これにはたとえば輸血拒否権や治療拒否権も含まれる。もしこのような権利が自己決定権として認められるなら、死を選択する自由も、治療に関する自己決定権に含まれると言えるかもしれない」<sup>(15)</sup>。

さらに、松井は、憲法22条2項が保障する国籍離脱の権利からも、死ぬ権利が根拠づけられるとする。松井によれば、「個人には、どの政治共同体で生活し、どの政治共同体の政治プロセスに参加するのかの選択権が認められなければならない。だからこそ、国民には、どの政治共同体で生きるのかを選ぶ権利、つまり国籍離脱の権利と外国移住の権利が保障されなければならない」。「そして、その帰結として、個人には、自らの意思によってどの政治共同体にも属さないことを選択すること、つまり死を選ぶことが憲法上の権利として認められなければならない。政治共同体の一人は、いつ、どのようにして死ぬのかの選択をする権利がある。それは、ま

さに人間社会からの『離脱』の権利なのである」<sup>(16)</sup>。

### ③私見

以上のような二つの見解の中で、私は否定説の立場が基本的に妥当なものであると考えている。その理由は以下のようなものである。

まず第1に、憲法13条は「生命に対する権利」を保障しているのであって、「死ぬ権利」を保障しているわけではない。生命権と死ぬ権利とは決して同じものではなく、ある意味では、相対立するものである。松井は、生命権の「裏側」として死ぬ権利が保障されているとするが、その表現は決して適切なものではない。むしろ、「生きることは尊いことだ」という考え方が生命権の基礎にあると捉えれば、そのような生命権から死ぬ権利を導き出すことはできないというべきであろう。松井は、死ぬ権利を認めないと、生きることは権利ではなく、義務となるというが、しかし、必ずしもそのように言うことはできないであろう。権利がないということは必ずしも義務があるということには直結しないからである。

もし死ぬ権利が憲法上認められるとすれば、例えば、川に飛び込んで自殺をしようとする者を警察官が阻止したとすれば、それは違法な権利侵害の行為となって、国家賠償法などで訴えられることにもなりかねないであろう。しかし、そのような警察官の行為は、むしろ、警察法2条が「個人の生命の保護」に任ずることを警察官の責務としていることから、適法な行為であって、違法な行為ということではできないであろう。この点は、松井自身も認めているように見えるのは、以下のような松井の記述からも明らかであろう。「もし死ぬのが本当に自由なら、死ぬことを政府が口出しすることはできないはずである。そうしてみると、死ぬことはまったくの自由であって、政府にはそれに口出しする権利はないと考えるにはかなり難しいものがある」<sup>(17)</sup>。また、もし「死ぬ権利」が憲法で保障された権利であるとすれば、「自殺対策を総合的に推進し、自殺の防止を図り、……もって国民が健康で生きがいを持って暮らすことのできる社会の実現に寄

与することを目的とする」(1条)として制定された「自殺対策基本法」(2006年、法律第85号)は、違憲のそしりを免れないであろう。しかし、私は、寡聞にして、そのような違憲論を聞いたことがないのである。

さらに、死ぬ権利が憲法上保障されているとすれば、自殺幫助罪などを規定した刑法202条は、全面的に違憲ということになるはずである。ところが、松井は、全面違憲の立場は取らずにつきのように、部分(一部)違憲の立場を取っているのである。「もし憲法がどのような場合であれ死に対する補助をそれ自体自由として認めているとすれば、おそらく自殺幫助および囑託殺人・同意殺人の禁止規定は全面的に違憲といわざるを得まい。しかし、もしそれが、深刻で回復不可能な病気、疾病や傷害のゆえに、永続的で、著しく耐えられない苦痛にさいなまれている患者が死ぬことに対して医師が補助することを禁止する限りで、正当化されないとすると、刑法の規定は一部違憲だということになる」<sup>(18)</sup>。この点でも、死ぬ権利を認める根拠は論理矛盾を犯していると言ってよいと思われる。

第2に、憲法13条が保障する自己決定権から「死ぬ権利」を導き出す点についても、少なからず疑問があるようにおもわれる。たしかに、憲法が保障する自己決定権には、自己の身体についての自己決定権も含まれており、輸血拒否や治療拒否もその中に含まれているとすることには一理があると思われる。エホバの証人輸血拒否事件で、最高裁(2000年2月29日民集54巻2号582頁)も、「患者が輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有する場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」と判示している。ただ、このように自己決定権(または人格権)の中に輸血拒否などの治療拒否権が含まれているとしても、そのことからただちに「死ぬ権利」を認めるということにはならないと思われる。竹中勲は、自己決定権の意義を重視しつつも、日本国憲法にいう基本的人権は、「人が人間として存在し生きていく上において重要な権利」で(龍法'25) 58-2, 34 (430)

あると捉えて、「自殺の自由」それ自体を基本的人権と捉えるべきではないと解する立場に立っている<sup>(19)</sup>のは、理解できる見解のように思われる。あるいは、言い換えれば、自己決定権とは、「個人の尊重」を前提として認められる権利であり、自己決定権によって個人の存在を抹殺することは、それ自体、「個人の尊重」に背理するものとも言えよう。そういう意味で自己決定権から「死ぬ権利」を導き出すことはやはりできないと思われる。

松井の議論の第3の点についていえば、憲法はたしかに国籍離脱の権利を国民に保障しているが、それは必ずしもどの国家にも属さない無国籍の自由を保障しているわけではない。もちろん、現実には日本にも無国籍者は存在しているが、これら無国籍者のほとんどは自ら選んで無国籍者になったわけではなく、法の不備などによってやむを得ずに無国籍者になっているのである。そして、これらの無国籍者はもちろん死を選択しなければならぬというわけではないし、また死を選択したいというものでもない。無国籍者になるかどうかという問題と「死ぬ権利」があるかどうかという問題は、まったく別次元の問題であって、国籍離脱の権利から「死ぬ権利」を導く出すことは論理的にも飛躍したものであり、支持することはできないというべきであろう<sup>(20)</sup>。

## 2 生命の尊厳

たしかに、この問題は、樋口陽一が指摘しているところの、「形式としての自己決定」と「内容としての個人の尊厳」の緊張関係<sup>(21)</sup>の一種、というよりはむしろ、その最たるものといってよいのかもしれない。ただ、この緊張関係は、安楽死を論じる場合には、個人の尊厳の中核にある生命の権利を優越させて理解すべきだと思われる。なぜならば、安楽死が問題となるような事例においては、個人の尊厳がもっとも傷つきやすいし、またしばしば自己決定そのものが本当に熟慮の上で冷静かつ理性的な形でなされたかどうか疑わしい場合が少なくないと思われるからである<sup>(22)</sup>。

従って、安楽死の問題に関しては、後述するように、消極的安楽死は認めても、積極的安楽死は認めないという形で両者の緊張関係を解決するのが妥当と思われる。

もっとも、「死ぬ権利」を否認するためには、より積極的に生命の尊厳を根拠づける理由が必要であることも確かであろう。この点に関して小林直樹は、おおよそつぎのように述べている<sup>(23)</sup>。生命の尊貴性の理由と根拠に関して、「私は、その根本の第一理由として、人間の生命は宇宙の開闢以来、無数の偶然と因果によって作られた奇蹟的存在だという点を挙げてきた」。そして、そのような奇蹟的な現象としてつぎのような点を挙げてきている。①われわれは、銀河系と呼ばれる大星団の一角に生まれてきたこと、②地球も、一つの奇蹟的な星であるということ、③そこに生命が誕生したこと、④その生命が進化を遂げてきたこと、⑤私たち一人ひとりの生誕も奇蹟といわなければならない、⑥もう一つ奇蹟と呼んでよい人間への贈り物として、高度の意識があるということ。

ただ、これらの奇蹟は、「殆どそのまま全生物に当てはまるものであって、あらゆる生きものは同じ理由で人間と同じく“生きる権利”を持つというべきではないか」。結局のところ、「他の動物との間の境界線を画する理由は、恐らく人間の高次の意識または精神能力——ひいてはそこから生ずるノブレス・オブリージュの高い課題（世界認識＝真、道徳的向上＝善、芸文上の創造作業＝美など）の達成義務——以外にはないであろう」。

また、生命倫理学者の有馬斉<sup>(24)</sup>は、生命の神聖さを認める見解は、その根拠として、主として①バイタリズム（動物や植物を含めてすべての生命は常に破壊してはならない）、②完全平和主義（すべての人間の生命は常に例外なく破壊してはならない）、③キリスト教倫理の原則（罪のない人間を意図的に殺すことは常に不正である）、④種差別（人間の生命には、ただ、それが人間の生命であるというだけの理由で、他の動物や植物の生命より大きな価値がある）、⑤QOL評価を利用することの否定（個人の生

（龍法 '25）58-2, 36（432）

活の質（quality of life、生命の質）が高いか低いかによって、その個人を生かすべきかどうかの判断を変えてはならない）の5つがあげられるが、いずれもその根拠は説得的なものではないとする。

まず、①バイタリズムは、人は、何らかに形で動物や植物を食べて生活しているので、この考え方を支持することはできないし、また完全平和主義は正当防衛や緊急避難の場合にも加害者を殺すことはできないということになるので、これも受け入れられないとされる。さらに、キリスト教倫理の原則は相手に罪がある場合、相手の死を意図していない場合、相手の死につながる行為が不作為に該当する場合には、生命の破壊も許されるとする点などで問題があるとされる。また、種差別は、その考え方の構造が、人種差別とまったく同じである点で支持しがたいとされる。最後に、QOL評価を利用することの否定については、実際に臨床では、常に患者のQOLが考慮されており、これを考慮しないで、治療上の決定ができることは事実としてないし、また倫理的にも適正でもないとされる。

このように「生命の神聖さ」を認めることの根拠にはいずれも問題があるとすると、「生命の神聖さ」の議論ではなく、むしろ「人間の尊厳」の尊重を主張することの方が重要であると、有馬はいう。ここにおいて、「人間の尊厳」とは、カントにならって、「理性的存在としての人格に内在する価値」のことをいうとされる。そして、このような考え方が種差別と区別できるのは、カント主義では、「人格が合理的本性を備えた理性的存在であるという点を重視している。別言すれば、カント主義が人格を他の動物とちがうしかたで扱うことには、理由がある」（488頁）とする。

このような見解について、私は、まず、生命の神聖さを認める見解の中では、④種差別の立場を基本的には支持したい（もっとも、「差別」という言葉は適切ではないので、「種区別」と言い換えた上で）。その理由は、バイタリズムが取りえないことはもちろんとして、有馬の言うところの「完全平和主義」も個人の正当防衛や緊急避難の際の殺害をも否定する点

で支持できないし、また、キリスト教倫理の原則も、死刑を認める結果になるので認めることはできないと思われる。他方で、そのように④の立場をとった場合、それは、「人間の尊厳」の尊重とあえて区別する理由は見当たらないと思われるのである。有馬は、「人間の尊厳」という場合の「尊厳」を「理性的存在としての人格に内在する価値」のことをいうとするカントの用法に従うとしているが、そうとすれば、有馬自身が認めているように「この尊厳は……生命の神聖さ（SOL）の概念と比べて意味の差があまりない」（462頁）ことになると思われる。

小林の上記の見解も、表現の仕方こそ若干異なるとはいえ、その趣旨は、有馬の立場とあまり異ならないことになるように思われる。しかし、果たして、「理性的存在としての人格」や「高次の意識または精神能力」をすべての人がもっているといえるのだろうか。高齢者で不治の認知症にかかっている人にこのような「理性的存在としての人格」や「高次の精神能力」を認めることができるのであろうか<sup>(25)</sup>。もし、それができないとすれば、私は、生命の尊厳の根拠を上記の④の「種差別」（「差別」という言葉は不適切なので、「種区別」と言い換えて）に求めることにしたい。つまり、人間が人間であるということ生きること尊厳が見出されるということである。そのことの奇蹟的意味を小林のように言うこともできるし、また、人間はいずれは死に至る存在で、その生は一回性のものであるし、しかも代替不可能な、かけがえのないものであるという点も付け加えることができるであろう。生命の尊厳は、人間の尊厳のバイタルな基礎であるということもできるであろう。以上のことを基本的な前提とした上で、つぎには安楽死の是非などについて検討してみることにする。

### 三 安楽死の是非について

#### 1 学説の状況

一口に安楽死といっても、それには大きく分けて ①消極的安楽死と②積極的安楽死の二種類があることは前述した通りであるが、これらの安楽死をめぐる学説は大きく分けて三つに分類することが可能と思われる。すなわち、①積極的安楽死を含めてすべての安楽死を認める見解、②消極的安楽死は認めるが、積極的安楽死は認めない見解、そして③すべての安楽死を全面的に否認する見解である。ただ、憲法学説上は、③の立場を明確にとる見解は寡聞にして見当たらないように思われるし<sup>(26)</sup>、学説の多数は、②の見解を採っているように見える。以下には、①と②の見解を中心として検討することにするが、結論を先取りして言えば、私も②の見解を基本的に支持しているので、その観点から若干の検討をすることにしたい。

まず、②の立場をとると思われる佐藤幸治は、前に一部引用したように以下のようにいう。「尊厳死さらには安楽死については、一定の厳しい要件の下に『人格的自律権』（自己決定権）の行使として容認できる余地もないではないが、それに関連して（あるいはその延長線上において）『死ぬ権利』とか『自殺する権利』とかを安易に語るべきではない……。『人格的自律権』（自己決定権）の行使といっても、そのときそのときの自律権の行使と、人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自律権の行使とに大別でき、後者の観点から前者が抑止されることがありうるということである。基本的な考え方として、回復が不可能で苦痛をとまなうような場合、本人の明確な意思をもとに、『延命治療拒否』（『品位ある死』を選び取ることを認めうるのは、人の人生設計全般にわたる自律を問題とすべき余地がもはや存在しないからである）」<sup>(27)</sup>。

また、土井は、消極的安楽死や間接的安楽死を認める理由をつぎのように説明する。「消極的および間接的安楽死の問題を、心身に対して過度に負担となる治療を拒否し、できる限り身体を安静な状態で維持する措置を選択する自由として理解することで、死それ自体を直接目的とする行為で

はなく、死に直面した患者の最後の『生き方』の選択として捉えようとするのである」。他方で、積極的安楽死を否認する理由については、土井は、つぎのように述べる。「積極的安楽死は、死それ自体を直接目的とするものであり、死に対する権利を承認しない立場からは、これを憲法上の権利として位置付けることは困難である。」「積極的安楽死については、特に、本人に対して周囲から死を選ぼうよう圧力がかかる危険や、死を直接目的とする行為を医師が行うことにより、ヒポクラテスの誓いに象徴される医師の職業的倫理に混乱をもたらす危険などがあり、これを認める際には、十分な制度・環境整備を行う必要がある。それゆえ、積極的安楽死を基本的人権とりわけ具体的権利として認めることには躊躇を覚えざるを得ない」<sup>(28)</sup>。

私も、基本的には、この②の立場を採りたいと考えている。もっとも、消極的安楽死の中には、本人が最初から治療を拒否する場合と治療を受けている過程で本人の要請に基づいて治療を中止することで結果的には死に至る場合とがある。前者の場合はもちろんであるが、後者の場合には、患者本人の要請・同意が必要なことが重要であろう。いわゆるインフォームド・コンセントである。芦部信喜も、「意思決定能力のある者で、現在のあらゆる医療技術を用いても治癒の見込みがない患者（いわゆる末期患者）については、インフォームド・コンセントを条件に、治療拒否権を認めることは許されると解すべきであろう」<sup>(29)</sup>と述べているのも、基本的にこの立場を支持するものと思われる。

このような見解にたいしては、①の立場からは、消極的安楽死や間接的安楽死を認めて積極的安楽死を認めないのは、筋が通らないといった批判がなされている。例えば、松井は、つぎのように指摘する。「もし生命維持装置の取り外しまでもが、生命という究極的価値に対して正当化されるのであれば、医師の補助に基づく死も、生き方の選択の問題と見ることもできるのではなかろうか。たしかに、それは死を求める権利である。その

意味では、それは生命の否定である。しかし、これもまた生き方の選択とも言えるはずである<sup>(30)</sup>。また、長谷部恭男は、消極的安楽死と積極的安楽死の区別をすることなく、つぎのように指摘して、安楽死を認めていると思われる。「耐えがたい苦痛に襲われた回復の見込みのない末期患者に、特定の世界観を強制することなく、なお、『共に生きる』ことを要求できるとは考えにくい。むしろ、自律的人格からなる共同体の一員は、そうした状況にある人を含めて、自己の生の意義にかかわる重大な決断を自律的に行いうる環境を整える義務を相互に負うと考えるべきであろう<sup>(31)</sup>」。

たしかに、長谷部の指摘は、消極的安楽死に関しては妥当するといえよう。みずからの人生観や世界観に基づいて医療を拒否する自由は、憲法13条で保障されているということが出来るからである。しかし、その論理は、積極的安楽死には妥当しないというべきであろう。なぜならば、医師には、患者を最後まで死なせないように努力して治療する義務があり、医師の世界観に基づいて患者を死なせる権利はないからである。現に、医療法1条の2第1項は、つぎのように規定している。「医療は、生命の尊重と個人の尊厳の保持を旨とし、……その内容は、単に治療のみならず、疾病の予防のための措置及びリハビリテーションを含む良質かつ適切なものでなければならない」（傍点は、引用者）<sup>(32)</sup>。このようにみれば、積極的安楽死と消極的安楽死との間には大きな違いがあるのであって、患者が生命維持装置の取り外しを求めることと、医師が積極的に患者に薬物などを用いて死なせることを同日に論じることはできないのである。

## 2 立法化の問題

先に引用したように、土井は、基本的には、消極的安楽死・間接的安楽死と積極的安楽死を区別し、消極的安楽死と間接的安楽死は認めながら、積極的安楽死は認めない立場を採用しているが、他方で「人間として耐え難い激痛その他の症状が現実により得ることに鑑みれば、『個人の尊重』

原理に十分に配慮した上で、積極的安楽死について立法措置を講じることが検討されるべきであろう」<sup>(33)</sup>と述べている。

また、松井は、いずれの安楽死や尊厳死をも認める立場から、これらについての立法措置の必要性をつぎのようにいう。「裁判所としては、カナダ最高裁判所がしたように、憲法第13条のもとで刑法の自殺幫助罪および同意殺人罪の規定が憲法違反とされる場合を明示して、そのような事例にまで適用されうる限りで双方を違憲とし、国会に例えば1年以内にこれらを憲法に適合するように改正しなければ、双方とも無効とすると判断し、最終的判断を国会に委ねるべきであろう。……そして国会は、早期に終末期医療に関する法律を制定し、患者の死を選択する権利を確保しつつ、死に関与する医師の行為が適正に確保されるような手続を樹立すべきであろう」<sup>(34)</sup>。

しかし、このような立法化の提唱は、いずれも支持することはできないと思われる。土井の指摘は、自ら主張している消極的安楽死・間接的安楽死と積極的安楽死との区別を相対化するものであり、かつ両者の区別の根拠そのものを自ら否定することになりかねないからである。立法措置を講じたからと言って、積極的安楽死を認めれば、ヒポクラテスの誓いは形骸化されることになるし、本人に対して周囲（家族を含めて）から死を選択するように直接間接の圧力がかかる危険性は一層強まると思われるのである。また、松井の立法化の提案も、そのような立法は「すべり坂」となって安楽死をより容易にすることは安楽死をみとめている諸外国の事例が示しているとおりだからである。

ちなみに、この点について具体的に検証した児玉真美『安楽死が合法の国で起こっていること』（ちくま新書、2023年）によれば、つぎのような「すべり坂」の現象が見られるという。まず、アメリカにおいては、「合法化した各州が取りまとめる年次報告のデータから、致死薬を要請する人たちが医師幫助自殺を望む主たる理由が実は耐え難い苦痛ではないことが確

認されている。」「気になるのは、安楽死の対象者が終末期の人から障害のある人へと拡大していくにつれ、安楽死が容認されるための指標が『救命できるかどうか』から『QOLの低さ』へと変質していると思えることだ』(65頁)。また、オランダやベルギーの事例をみると、「安楽死を合法化する際の論拠は『意思決定能力』がある人による『自己決定』が原則だったはずだが、もともと意思決定弱者を守るためにセーフガードとしてもうけられた要件がなし崩し的に緩和されていく一方で、このように本人の意思の確認や意思決定能力のアセスメントがおろそかにされていく実態を見ると、その論拠はすでに崩れているのではないだろうか」(81頁)。さらに、児玉が指摘するのは、安楽死の対象者が子どもなどへの拡大の傾向である。児玉によれば、「ベルギーが2014年にこどもの安楽死を認め(ただしこどもの場合は終末期に限定)、オランダも追随することを決めた」という(81頁)。「認知症の人、精神／発達／知的障害のある人、子どもは、『本人の自己決定』が困難でありがちで、教唆や誘導の影響を受けやすいうえに、もともと周囲とのコミュニケーションに齟齬が生じやすい人たちでもある。……彼らはなし崩し的に『護るべき対象』から『死なせてあげべき対象』へと変わっていく」(83頁)。

このように、安楽死が合法化された国々の中には、終末期の人のみならず、知的障害者や精神的苦痛のみを理由とした安楽死も認められたり、未成年者についても認められる事例もあるとされるのである。現に、積極的安楽死を含めて安楽死・尊厳死の立法化を主張する松井は、「深刻で、回復不可能な病気、疾病や障害で、永続的に、著しく耐えられない苦痛にさいなまされている患者には、苦痛を免れるための選択として、どのように生きるのかの選択の1つとして苦痛のない人生を選ぶ権利、つまり苦痛を終わらせる権利としての死ぬことの権利も認められる可能性がある。」<sup>(35)</sup>(傍点・引用者)と述べているのである。ここにおいて、「障害」をもつ者、つまり「障害者」とは、『広辞苑』によれば、「身体障害・知的

障害・精神障害があるため、日常生活・社会生活に継続的に相当な制限を受ける者」をいうとされているし、また、現に障害者基本法2条でも、「障害者」の定義を「身体障害、知的障害、精神障害その他の心身の機能の障害がある者であって、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう」とされている。松井の記述の中にもすでに「すべり坂」の一端が示されていると言ってもよいのである<sup>(36)</sup>。

ちなみに、安楽死の法制化の動きは一時期に存在し、2012年には、超党派の国会議員連盟によって「終末期の医療における患者の意思の尊重に関する法律案」が公表されたことがあるが<sup>(37)</sup>、現時点では、政府も国会も安楽死に関する法律を制定する動きはそれほど顕著には見せていない<sup>(38)</sup>。その代わりに、政府はガイドライン方式を採用して、厚生省は、2018年には、「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」<sup>(39)</sup>を出して、一定の手続的な指針を示すことにした。

もちろん、このようなガイドラインの方式に関しては、賛否両論がある。例えば、松井は、現在のガイドラインは、以下の点で賛成しがたいとする。「生命維持装置の装着拒否や取り外しを求めることを患者自身の権利として認めてはしない」こと、そして「一定の条件の下で認められているのは生命維持装置の不装置・取り外しだけであり、それを超えた医師に死ぬための薬物を処方してもらったり、交付してもらって、自らそれを服用して死ぬ権利、……さらに、死ぬために医師に薬物を投与してもらって死ぬ権利……も、ともにまったく問題外として、検討されてもいないことである」<sup>(40)</sup>。たしかに、このガイドラインには「生命を短縮させる意図をもつ積極的安楽死は、本ガイドラインでは対象としない」と明記しているのである<sup>(41)</sup>。積極的安楽死に関する問題性を政府も認識しているからであって、むしろ、ガイドラインとしては、適切な対応というべきであろう。ガイドラインでそのような積極的安楽死を明記することは、ガイドラインの

(龍法 '25) 58-2, 44 (440)

限界を超えともいえるからである。

### 3 消極的安楽死の条件

消極的安楽死には、最初から治療を拒否する場合と最初は治療を受けていたが、途中で医師の治療を拒否して治療の中止をする場合の2つが大きく分けてある。前者の場合は、前に引用した輸血拒否事件における最高裁判決の論旨が基本的にあてはまり、特に問題はないといえるが、後者の場合には、検討すべきいくつかの問題が生じてくる。

この治療中止に関して、前に引用した日本学術会議の「死と医療特別委員会報告」は、つぎの3つの要件を指摘している（171頁）。第1は、医学的に見て、患者が回復不能の状態（助かる見込みがない状態）に陥っていることを要する。単に植物状態にあることだけでは足りないとして解すべきである。第2に、意思能力を有している状態において患者が尊厳死を希望する旨の意思を表明していることが必要である。ただし、患者はいつでもその意思を撤回することができるものとすべきである。第3に、延命医療の中止は、医学的判断に基づく措置として担当医がこれを行うべきであって、近親者等がこれを行うことを認めるべきではない。しかし、末期医療は近親者を抜きにしては成り立ち得ないのであるから、医師と近親者との間で十分な話し合いが行われ、近親者が納得したうえで延命医療を中止することが望ましい。これに対して、後述する「東海大学安楽死事件」で、横浜地裁（1995年3月28日判時1530号28頁）では、「治療中止」は、①患者が治療不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態であること、②治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それは治療行為の中止を行う時点で存在することが必要である、そして、③治療行為の中止の対象となる措置は、薬物投与、化学療法、人工透析、人工呼吸器、輸血、栄養・水分補給など、疾病を治療するための治療措置及び対症療法である治療措置、さらには生命維持のための治療措置など、すべ

てが対象となる。

両者を比較した場合に、学会会議が指摘した第3の要件が横浜地裁判決では明記されていないが、横浜地裁判決の場合も、③の要件で、それを前提としているといつてよいと思われるので、私としては、これらの見解に基本的に賛同したいと思う。ただし、あえて補足すれば、第4の条件として、担当医の判断は担当医一人で行うべきではなく、複数の医師の判断で行ってより客観性を持たせることが必要であるという点も挙げておきたい。

そして、このような治療の中止に関わつて問題となつたのが、射水市民病院事件と公立福生病院事件であつた。まず、富山県の射水市民病院事件に関していえば、これは、2006年3月に明らかになつたもので、射水市民病院の医師が、患者の承諾を得ることなく、また同僚の医師達にきちんと相談することもなく、患者に付けていた呼吸器を外して死に至らしめたという事件である。調査によれば、この医師によつて少なくとも6名の患者が呼吸器の取り外しによつて、命を失つたとのことである。医師の行為のポイントは、胃がんや誤嚥性肺炎などで入院治療を受けた患者達が病状が悪化したために呼吸器を装着していたが、その後患者の容体が悪化したために、医師は「脳死状態」と判断して、家族の同意を取り付けて呼吸器を取り外して死に至らしめたというものである<sup>(42)</sup>。医師はこれは「尊厳死」だと主張したが、院長が事件を警察に届けて、警察は富山地検に他の一件と共に送検したが、遺族の処罰感情が薄いことなどもあつて、結局、不起訴処分が確定したというものである<sup>(43)</sup>。この事件においては、患者の意思表示が明示されていない点で、また、患者が「脳死状態」にあるかどうかの判断と呼吸器の取り外しの判断を問題の医師が独断で行つた点で、上記の治療中止の条件を満たしたものとはいえず、問題があつたものといえよう。

また、患者の意思の確認に関して問題となつたのが、2018年に起きた公立福生病院事件である。この事件は、患者が近くの診療所で腕の分路から

透析を数年間受けていたが、その後、公立福生病院に行って医師に相談したところ、医師から、①首にカテーテルを入れて、透析治療を続けるか、②透析治療を中止するかを選択肢を示され、その際、後者の選択肢を選んだ場合には、死に直結することも説明を受けた。長年の透析治療に疲れた患者は、治療中止を決意し、意思確認書にも署名した。その後、体調が悪化したために患者は同病院に入院したが、患者の苦痛がさらに増したので、患者は、配偶者と医師に対して「(透析中止を)撤回できるならしたい」と複数回にわたって発言したという。その後医師は、透析を再開することではなく、苦痛を緩和する治療を行ったが、患者は、翌日に死亡したというものである<sup>(44)</sup>。その後、遺族は、病院を相手取って慰謝料の請求を東京地裁に起こしたが、2021年10月に和解が成立したという。

この事件では、患者は「意思確認書」にも署名して、透析の中止を一旦は了承したが、しかし、その後、苦痛が激しくなってきた段階で、配偶者と医師に対して透析を再開して欲しい旨の希望を出していたという。医師はその患者の希望を無視して、透析の再開を拒否したのである。患者の気持ちは、このような病状の場合には、揺れ動きがあるのは当然で、最終段階で透析を希望した場合には、たとえそれが時期を失したものであったとしても、その患者の最終的な意思に従って透析を再開すべきであったと思われる。日本透析医学会が2020年に新たなガイドライン「透析の開始と継続に関する意思決定プロセスについての提言」<sup>(45)</sup>を発表し、そこで、「見合わせた透析の開始または継続を希望すれば、実施すること」(203頁)と述べたことは、適切であったといえよう。この点は、上述した日本学術会議の「死と医療特別委員会報告」や「東海大学安楽死事件」の横浜地裁判決に照らしても、医師は、患者の最新の意思に従って透析を再開すべきであったと思われる。少なくとも、患者の自己決定権を尊重する限りでは、そうすべきであったと思われる。

## 四 主要な判例とコメント

### 1 主要な判例

安楽死に関しては、これまでいくつかの判決が出されてきた。そこで、以下にはこれらの判決についてごく簡単に概観することにする<sup>(46)</sup>。

#### (1) 名古屋高裁判決

これは、脳溢血を患った父親がその後様態の悪化と共に激痛を訴えて「早く死にたい」「殺してくれ」などと口走るのを聞いた長男の被告人が有機リン系殺虫剤を混ぜた牛乳を父親に飲ませて殺害した事件である。一審の名古屋地裁一宮支部は、尊属殺人で有罪の判決を言い渡したが、被告人側の控訴に基づいて事件を審理した名古屋高裁（1962年12月22日、高刑集15巻9号674頁）は嘱託殺人罪の刑を言い渡した。そして、その理由として、次のように述べた。「所論のように行為の違法性を阻却すべき場合の一として、いわゆる安楽死を認めるべきか否かについては、論議の存するところであるが、それはなんといっても、人為的に至尊なるべき人命を断つのであるから、つぎのような厳しい要件のもとにのみ、これを是認しうるにとどまるであろう」。

そして、安楽死が認められる要件として、以下の6つの要件を指摘した。①病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、②病者の苦痛が著しく何人も真にこれを見るに忍びない程度のものであること、③もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、④病者の意識がなお明瞭であって意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託又は承認のあること、⑤医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師によりえない首肯するに足る特別な事情があること、⑥その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうるものであること。

判決は、このような基準を立てて、本件の場合には、⑤と⑥の要件が満  
(龍法 '25) 58-2, 48 (444)

たされていないので、安楽死には該当せず、嘱託殺人罪に該当という判断を示した（確定）。積極的安楽死に関連する事件であったが、それが認められる要件を具体的に提示した点で、注目を浴びた。ただ、この要件の中に、病者本人の同意がない場合にも安楽死を認めうる場合があるとした点などで批判を受けるものとなった<sup>(47)</sup>。

## （2）東海大安楽死事件

これは、東海大学付属病院の医師が多発性骨髄腫の終末期にある患者に対して家族の要望を踏まえて点滴などの治療行為を中止したが、その後も苦しそうな状態にある患者に対して塩化カリウム製剤などを投与して患者を死亡させたことで殺人罪で起訴された事件である。この事件を審理した横浜地裁（1995年3月28日判時1530号28頁）は、まず「治療行為の中止」については、それが「患者の自己決定権に由来するとはいえ、その権利は、死そのものを選ぶ権利、死ぬ権利を認めたものではなく、死の迎え方、ないし死に至る過程についての選択権を認めたにすぎない」として、以下の三点の要件を示した。①患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態にあること。②治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それは治療行為の中止を行う時点で存在することが必要である、ただ、中止を検討する段階で患者の明確な意思表示が存在しないときには、患者の推定的意思によることを是認してよい。③治療行為の対象となる措置は、薬物投与、化学療法、人工透析、人工呼吸器、輸血、栄養・水分補給など、疾病を治療するための治療措置や生命維持のための治療措置等、すべてが対象となる。

そして、「安楽死の方法」としては、①苦しみを長引かせないため、延命治療を中止して死期を早める不作為型の消極的安楽死、②苦痛を除去・緩和するための措置を取るが、それが同時に死を早める可能性がある治療型の間接的安楽死、③苦痛から免れさせるため意図的積極的に死を招く措置をとる積極的安楽死があるが、このうち、消極的安楽死は、前記治療行

為の中止の範疇に入る行為であるとした。

そして、本件で問題となっている積極的安楽死が認められるための要件としては、次の4つが必要であるとした。①患者が耐えがたい肉体的苦痛に苦しんでいること、②患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、③患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、④生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があること。その上で、本件では、①の肉体的苦痛も、④の患者の明示の意思表示も欠けているので、積極的安楽死として許容されるものではないとして、懲役2年（執行猶予2年）の判決を言い渡した（確定）。上記の名古屋高裁判決と比較すると、④の「生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示」が明記された点が異なっているといえよう<sup>(48)</sup>。

### （3）川崎協同病院事件

これは、気管支喘息の重積発作で川崎協同病院に入院した患者が、気管挿管によって人工呼吸をしていたが、その後、家族の要望によって主治医の被告人が気管内チューブを抜き取り、さらに鎮静剤と筋弛緩剤を投与して死に至らしめたことで、殺人罪で起訴された事件である、

この事件において、横浜地裁（2005年3月25日判時1909号130頁）は、被告人が気管内チューブを抜き取った時点ではいまだ死期は差し迫っていなかったこと、患者が治療中止の意思を明示しなかったこと、そして、本件の直接の死因はミオブロックの投与による呼吸筋弛緩・窒息と認定することができて、殺人罪に当たるとして有罪判決を言い渡した。また、横浜地裁は、被告人側に答える形で「末期医療における治療中止」について以下のように述べた。「このような治療中止は、患者の自己決定の尊重と医学的判断に基づく治療義務の限界を根拠として認められるものと考えられる。」「末期、とりわけその終末期における患者の自己決定権の尊重は、自殺や死ぬ権利を認めるというものではなく、あくまでも人間の尊厳、幸福追求権の発露として、各人が人間存在としての自己の生き方、生き様を（龍法 '25）58-2、50（446）

自分で決め、それを実行していくことを貫徹し、全うする結果、最後の生き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なものとして位置付けられるべきである。そうすると、その自己決定には、回復の見込みがなく死が目前に迫っていること、それを患者が正確に理解し判断能力を保持しているということが、その不可欠の前提となるというべきである」。しかし、「患者本人に治療中止の意思があったことを窺わせるような事情はなく、前記要件をみたしていないことは明らかである」。また、「治療義務の限界」については、「医師が可能な限りの適切な治療を尽くし医学的に有効な治療が限界に達している状況に至れば、患者が望んでいる場合であっても、それが医学的にみて有害あるいは意味がないと判断される場合については、医師においてその治療を続ける義務、あるいは、それを行う義務は法的にはないというべきであり、この場合にもその限度での治療の中止が許容されることになる」。しかし、「被告人の本件抜管行為は、治療義務の限界を論じるほど治療を尽くしていない時点でなされたもので、早すぎる治療中止として非難を免れないというべきである。本件においては、この観点から治療中止も許容されないことは明らかである」<sup>(49)</sup>。

第二審の東京高裁（2007年2月28日判タ1237号153頁）は、いわゆる尊厳死について、終末期の患者の生命を短縮させる治療中止行為がいかなる要件の下で適法となるかについては、「患者の自己決定権からのアプローチ」と「医師の治療義務の限界からのアプローチ」が考えられるとして、以下のように述べた。まず、「自己決定権からのアプローチ」については、「本件患者のように急に意識を失った者については、元々自己決定ができないことになるから、家族による自己決定の代行か家族の意見等による患者の意思推定かのいずれかによることになる。前者については、代行は認められないと解するのが普通であるし、代行ではなく、代諾にすぎないといっても、その実体にそう違いがあるとも思われない」。また、「後者につ

いては、現実的な意思（現在の推定的意思）の確認といってもフィクションにならざるを得ない面がある」。「本件のように被告人である医師が患者の長い期間にわたる主治医であるような場合ですら、急に訪れた終末期状態において、果たして患者が本当に死を望んでいたかは不明というのが正直なところであろう。このように、自己決定権による解釈だけで、治療中止を適法とすることには限界があるというべきである」。他方で、「治療義務の限界からのアプローチ」は、「医師には無意味な治療や無価値な治療を行うべき義務がないというものであって、それなりに分かりやすい論理である。しかし、それが適用されるのは、かなり終末期の状態であり、医療の意味がないような限定的な場合であって、これを広く適用することには解釈上無理がある」。

こうしてみると、「いずれのアプローチにも解釈上の限界があり、尊厳死の問題を抜本的に解決するには、尊属死法の制定ないしこれに代わり得るガイドラインの制定が必要であろう。すなわち、尊厳死の問題は、より広い視野の下で、国民的な合意の形成を図るべき事柄であり、その成果を法律ないしこれに代わり得るガイドラインに結実させるべきなのである」。その上で、本件の場合は、「いずれのアプローチからしても、本件医療中止行為は法的には許容されないものであって、殺人罪の成立が認められるといわざるを得ない」として、被告人に懲役1年6月（執行猶予3年）の刑に処した<sup>(50)</sup>。

被告人の上告に基づいて、最高裁（2009年12月7日刑集63巻11号1899頁）は、上告を棄却する以下のような決定を言い渡した。「被害者が気管支ぜん息の重積発作を起こして入院した後、本件抜管時までに、同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実施されておらず、発症からいまだ2週間の時点でもあり、その回復可能性や余命についての確かな判断を下せる状況にはなかったものと認められる。そして、被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜  
(龍法 '25) 58-2, 52 (448)

管は、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、その要請は……被害者の病状等について適切な情報が伝えられた上でされたものではなく、上記抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない。以上によれば、上記抜管行為は、法律上許される治療中止には当たらないというべきである」。

本件において、最高裁は、治療の中止に関してはじめての司法判断を行ったとされるが、ただ、治療の中止を正当化する場合についての一般的な要件を立てることはしなかった。もっとも、論旨の中では、治療の中止を正当化するためには、少なくとも患者の意思（または推定的意思）が必要であることや患者が本当に終末期の状態にあるか否かについては慎重な検査が必要であるといった認識を示したものと見えなくもないと思われる<sup>(51)</sup>。

#### (4) ALS囑託殺人事件

本件は、医師である被告人が、①別件の殺人罪、②有印公文書偽造罪、③ALS患者に対する囑託殺人罪で起訴されたのに対して、被告人が、①については殺人はしていないと無罪を主張し、②については違法収集証拠であって証拠能力はないと主張し、③については、患者の要望に従って安楽死をさせたものであって無罪であると主張したものである。

ここでは、③の起訴事実についてのみ簡単に紹介すれば、被告人は、ALS（筋萎縮性側索硬化症）の診断を受けた女性とSNSを通じて知り合い、その女性からSNSで殺害の囑託を受けたので、女性の家に赴き、女性の胃ろうから胃内にペントバルビタール相当量を注入して、女性を死に至らしめた。この点について、被告人側は、女性が自らの意思で死を選択したことについて、医師として苦痛のない形で実現したのであって、その行為について囑託殺人罪で処罰することは、女性に対して恐怖に耐える生・苦痛に耐える死を強要することを意味し、個人の尊厳と自己決定の最大の尊重を規定した憲法13条に違反して認められないと主張した。このような主張

に対して、京都地裁（LLI/DB判例秘書登載 判例番号L07950031）は、2024年3月5日に以下のように判示した。

「生命の高貴さに加え、自己決定権・幸福追求権・個人の尊厳はいずれも個人が生存していることが前提であると解されることなどからすれば、たとえ恐怖や苦痛に直面している状況であったとしても、憲法13条から直ちに、『自らの命を絶つために他者の援助を求める権利』や『自らの死を援助してくれる医療従事者がいる場合に、その医療従事者が刑事罰から免れるように求める権利』などが導き出されるものではない。したがって、憲法13条違反を直接的な理由・根拠として本件に嘱託殺人罪を適用しないとの結論を採用することはできない」。

もっとも、判決は、以下のような条件がある場合には、社会的相当性が認められて可罰的違法性がないとして嘱託殺人罪を問うことが相当ではないと評価される場合がありうとした。①その病状による苦痛等の除去・緩和のために他に取るべき手段がなく、かつ患者が自らの置かれた状況を正しく認識した上で、自らの命を絶つことを真摯に希望するような場合に、②医療従事者が、医学的に行うべき治療や検査等を尽くし、他の医師等の意見等も徴して、患者の症状をそれまでの経過等も踏まえて診察し、死期が迫るなど現在の医学では改善不可能な症状があること、それによる苦痛等の除去・緩和のために他に取るべき手段がないことを慎重に判断し、その診察・判断を基に、患者に対して患者の現在の症状や予後を含めた今後の見込み、取り得る選択肢の有無等について可能な限り説明を尽くし、それらについての正しい認識に基づいた患者の意思を確認するほか、患者の意思をよく知る近親者や関係者等の意見も参考に、患者の意思の真摯性及びその変更の可能性の有無を慎重に見極めた上で、患者自身の依頼を受けて、苦痛の少ない医学的に相当な方法を用い、事後検証可能なように、それら一連の過程を記録化することなどが最低限必要であるというべきである。

そして、裁判所は、本件では、被告人は主治医でもなく、ALSの専門家でもなく被害者とは単にSNS上でのやりとりでしかなく、診察はもとより面会すらしたことなく、主治医や近親者にも知らせることなく、秘密裏にその日にあったばかりの被害者を殺害したものであって、上記の条件を満たすとは到底言えず、嘱託殺人に該当すると判示した。

被告人の控訴に基づいて、大阪高裁（LLI/DB判例秘書登載、L07920405）は、2024年11月25日に控訴を棄却する判決を言い渡した。大阪高裁は、判決の中でつぎのようなことを述べた。「憲法13条の趣旨に照らせば、個人が尊厳ある人生の終わりを迎えるため、その終わりの在り方を主体的に決定する権利は尊重されるべきものであるが、そうであるからといって、直ちに、自らの命を絶つために他者の援助を求める権利が認められるわけではないし、自らの命を絶つことを決意した人物の嘱託を受けて他人を殺害することが許されるものでもない。もっとも、上記自己決定権に鑑みれば、死期が迫り、耐え難い痛みに苦しみ、これを除去・緩和する手段のない患者や、本件の被害者のように、筋萎縮性側索硬化症（ALS）に罹患し、病状の進行を止める方法がなく、次第に自立的な意思伝達手段が失われいくことが確実で、これに対する恐れに直面している患者等からの嘱託を受けて、医師がその患者の命を絶った場合には、社会的相当性が認められ、嘱託殺人罪が成立しないと評価すべきときもあると解される」。

「しかし、人の命は、いったん失われてしまえば取り返しがつかないものであり、それ故に、自らの命を絶つことをいったんは決意しても、時間の経過や近親者の意向等に伴ってその決意が揺らいだり、翻意するに至ったりすることは十分あり得るものである。したがって、上記のような場合に医師の行為に社会的相当性を認めるには、医師が患者の病状等を十分に把握した上、患者に対し、そのような患者の状況について十分な説明をして正確な情報を与え、その上で、自らの命を絶つという患者の意思が正確

な情報に基づき熟慮した結果であることを確認するするほか、患者の意思をよく知る近親者や関係者の意見も参考に、患者の意思の真摯性やその変更の可能性を慎重に見極めることが最低限必要であるというべきである」。

それにもかかわらず、「被告人は、医師ではあるものの被害者の治療に当たったことはなく、そのカルテ等により被害者の病状等を把握していたということもない。被告人から被害者に対して上記のような説明は行われておらず、被害者の意思の真摯性等を見極めるための作業も行われていない。そうすると、嘱託を受けて被害者を殺害した被告人の行為に社会的正当性を認める余地はない」。

この判決に対して被告人は上告したが、最高裁は、2025年6月10日付けで、憲法違反などの上告理由がないとして、上告を棄却した（この点については、朝日新聞Webサイト 2025年6月12日 <https://www.asahi.com/articles/AST6D2SJ1T6DUTIL01RM.html> 参照：2025年7月15日）。

この事件の被告人の行為は、かりに積極的安楽死を認める立場に立ったとしても、到底容認できるものではないと思われる。被告人の行為とその主張は、積極的安楽死の容認が「すべり坂」となる危険性をもつことを示す一徴候といってもよいと思われる<sup>(52)</sup>。

## 2 判例についてのコメント

以上のような判例については、以下のような点が指摘できると思われる。

①いずれの判決においても、具体的な事案に関して安楽死を認めることはなかった。これまで、最高裁決定を含めて、日本では、具体的な事案で安楽死を肯定した判例は存在していないということである。

②上記の下級審判決では、多かれ少なかれ、一般論として安楽死が認められる条件を書いている点が注目される。それらの中で、当初は、名古屋高裁判決のように、患者本人の意思を確認できない場合にも安楽死が認められるような判決もあったが、その後の下級審判決では概ね患者本人の意

思（推定的意思も含めて）が必要条件の一つとされるようになってきていることは、当然のこととはいえ注目されよう。また、「治療の中止」についての基準が示されたことも注目されよう。

③最高裁は、これまでのところ安楽死が認められる条件については明示的には言及しておらず、また、安楽死が認められるためには立法上の措置が必要であるとか、立法上の措置があれば、積極的安楽死も認められるといった言及も明示的にはしていない。最高裁は、国内外の世論の動向（学説や立法・実務動向も含めて）を見ているのかもしれないが、最高裁が判断を迫られるような事案が、最高裁にはまだ上告されていないということもあるのかもしれない。その意味では、今後、最高裁が安楽死の問題について判断を迫られるような事案が出てきた場合に、最高裁がどのような判断を示すのかが注目されよう。

## 五 ドイツにおける判例とその問題点

### 1 連邦憲法裁判所判決の背景

ドイツでは、安楽死について苦い歴史的体験がある。ナチス時代に障害者など何十万人もの人達が安楽死の名の下に殺戮されたのである。このような体験を踏まえて、戦後ドイツでは、安楽死という言葉はいわばタブーとして用いられず、それに変わって「臨死介助（Sterbehilfe）」という言葉が多く用いられて、その是非が議論されてきた。特に2000年代以降は、オランダやベルギーで安楽死が合法化され、スイスでも医師による幫助自殺は認められるようになった（松田純『安楽死・尊厳死の現在』（中公新書、2018年）13頁以下参照）。このように、欧州で安楽死を認める動きが広がる中で、ドイツでも安楽死を合法化すべきであるとする動きが強まってきた。そして、ドイツ国内では安楽死ができないのであれば、それを認めるスイスなどに行って安楽死をしたいとする人たちが出てきて、そのよ

うな安楽死希望者を斡旋する事業者が生まれてきた。そのような動きに対抗するために2015年に刑法217条に設けられたのが、以下のような条文であった。

「①他者の自殺を援助する目的で、その者に自殺に関する機会を業として提供し、手配し、または仲介した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

②自ら業として行わず、かつ第1項に定める他者と親族である者または密接な関係にある者は、共犯として罰しない」。

このような刑法規定に対して自殺斡旋業者や業者の斡旋で自殺を希望する人達などがその違憲性の確認を求めて連邦憲法裁判所に憲法異議を提訴したところ、連邦憲法裁判所は、2020年2月26日に要旨以下のような理由で自殺の権利を容認し、刑法の上記規定を違憲とする判決（BVerfGE153,182）を言い渡した<sup>(53)</sup>。

## 2 判決要旨

「基本法1条1項と結びついた2条1項は、自らの手で意識的かつ意図的に自己の生命を絶つ権利および自殺の実行にあたり第三者の援助を求める権利を保障している。刑法217条は、これらの権利を侵害している。この基本権への介入は正当化され得ない。自殺を求める権利を認めること、そしてその権利制限に限界を設けることは欧州人権条約とも合致している」(Rn.203)。

「自由に自己決定をすることができ、自ら責任を負うことができる人がもつ自殺をする権利は、一般的人格権（基本法1条1項と結びついた2条1項）の保障内容に含まれる」(Rn.204)。「人間の尊厳の保障には、とりわけ人間の個性、アイデンティティおよび統合性の保持が含まれる。これは、人間を国家的な行為の『単なる客体』とすることを禁止し、あるいは人間の主体性をその根本から疑わしめるような取り扱いを禁止するところ（龍法 '25）58-2, 58（454）」

の社会的な価値要求や尊重要求と結びついている」(Rn.206)。「人間の尊厳に根ざした、この自律的自己決定という思想は、一般的人格権の保障内容において、より詳細に具体化されている」(Rn.207)。「一般的人格権には、人格的な自律性の表出として自己決定に基づき死を望む権利も含まれ、この中には自殺する権利も存在する。基本権保護は、自己決定に基づいて死ぬために第三者の援助を探し求め、それが提供された場合には、その援助を求める自由にも及ぶ」(Rn.208)。

「自らの生命を終わらせるという決断は人間の人格にとって本質的な意味をもつ。この決断は、自身の自己理解の現われであり、かつ自己決定と自己答責の能力をもつ人間の本質的な表現なのである」(Rn.209)。「この権利は、重篤で不治の病状あるいは特定の生命段階や病状段階に限定されない。……自己決定により死を求める権利が基本法1条1項の人間の尊厳の保障に根拠づけられるということは、自らの生命の終焉に関する自己責任による決定については、さらなる根拠づけも正当化も不要であることを意味している」(Rn.210)。

「確かに、生命は、人間の尊厳のバイタルな基礎である (BVerfGE39,1;88,203;115,118参照)。ただ、そのことから自由意思に基づく自殺が基本法1条1項で保障されている人間の尊厳に矛盾するという結論を導き出すことはできない。……むしろ、自らの生についての自己決定による処分は、自律的な人格の発展という人間の尊厳に内在する理念の直接的な表現なのである。その処分は、たとえ最後の表明であっても、尊厳の表明なのである。……人間の尊厳は、人の自己決定の制約ではなく、むしろその根拠なのである」(Rn.211)。さらに、「基本法1条1項と結びついた2条1項によって保護された自殺をする権利は、その援助を第三者に求める自由、そしてその援助が提供される限りでその援助を要求する自由をも含む」(Rn.212)。

「業としての自殺援助の禁止は厳格な比例性の基準によって審査されな

なければならない。基本権を制約する法律がこの原則を満たすのは、当該法律がそれによって追求される正当な目的を達成するのに適合しており、かつ必要であり、しかも、基本権の各自由領域を制限することがこの目的に対して適切な比例性を有しているときだけである。」「自らの責任において自身の生命そのものを絶つ決断を行い、このために支援を求める者には自らの生命の終え方をも含む根本的な自己決定権が認められるが、この自己決定権を尊重するということは、自殺希望者の自律性と、それに加えて、生命という高い法益を保護するという国家の義務と衝突することになる (Rn.223)。そして、「こうした緊張関係を解消することは、基本的には立法者の任務である」 (Rn.224)。

たしかに、刑法217条が業として行う自殺促進を禁止していることは、「正当な公共の福祉という目的を追求し、この目的を達成することにも適合している。しかし、当該禁止の必要性については確定的な判断を下すことはできないことからすれば、いずれにしても、相当性がない」 (Rn.226)。

まず、「立法者は業として行う自殺促進の禁止によって正当な目的を追求している。この規制は、自身の生命に関する個人の自己決定を保護するとともに、その保護によって生命それ自体を保護することに資する。この規制目的は憲法上問題がない」 (Rn.227)。「基本法2条2項1文と結びついた基本法1条1項2文は、自己の生命の終え方に関する決定に際して個々人の自律性を保護すること、及びそれによって生命それ自体を保護することを国家に義務付けている。……自殺の決定の実現は不可逆であることに鑑みれば、基本法秩序の中で生命がもっとも高い価値を有することの意義は、自由な自己決定や自己答責に基づかない自殺を防止することを命じている。……したがって、立法者が、自己の生命に関する自律的な自己決定の前提をなす自由な意思形成や意思の自由に対する危険に対処しようとすることは、正当な目的を追求していることになる」 (Rn.232)。「業として行う自殺介助の提供が、自己の生命の終え方を決める際の自己決定に (龍法 '25) 58-2, 60 (456)

対する危険を含んでおり、国家の保護義務を履行するためにこの危険を阻止することが肝要であるという立法者の想定は、憲法を理由に反論できない根拠に基づいている」(Rn.236)。「以上のことを背景とすれば、業として行う自殺介助が法律上制限されなければ自律性が危殆化され、したがって、生命が危殆化されるという立法者の想定は、十分に根拠のある基盤に基づいている。業として行う自殺介助が、特に高齢の疾病者にとって生命の終え方の通常形態として定着し、自律性を危殆化する社会的圧迫を助長する可能性があるという評価も、同様に十分な根拠のある基盤に基づいている」(Rn.248)。

しかし、「いずれにしても、一般的人格権から導かれる、自己決定に基づいた死を求める権利を本規定によって制限することは相当ではない。個人の自由の制限は、個人の不利益の程度と公共によって生じる利益がまだ合理的な均衡を保っている場合にのみ相当であるという。刑法217条によって自殺希望者に生じる不利益は、この程度を超えている。自殺を求める権利は自己決定に基づいた死を求める権利を具体化するものであって、業として行う自殺促進を処罰することで、この権利が一定の状況下においては事実上広範に無に帰してしまうという結果を生じる。これによって、生命の終末期における自己決定は、その本質部分において効果を失ってしまい、これは、当該基本権に認められている重大な意義とも合致しないことになる」(Rn.264)。

「以上の評価は、基本権の内容及び射程の確定のための解釈補助として参照される欧州人権条約及び欧州人権裁判所によって定式化された条約法の評価とも整合している」(Rn.302)。「欧州人権裁判所は、個々人がどのような場合に、どのようにして自らの命を絶ちたいかを決定する個人の権利を、欧州人権条約8条1項にいう私生活の尊重を求める権利の現われとして認めており、さらに、このような権利は、たしかに第三者の生命保護とその自律性を根拠にして制約されるが、しかし、完全に無効とされては

ならないことが認められている」(Rn.303)。

「刑法217条は、以上に確認した憲法違反によって無効を宣言されなければならない」(Rn.337)。ただ、「刑法217条が違憲であるとしても、このことから、立法者が自殺介助の規制を完全に断念しなければならないという帰結が導かれるものではない」(Rn.338)。「自らの生命に関する自己決定を保護するために、立法者には組織的な自殺介助という現象に関して、広く多様な手段が開かれている。これらの手段には、例えば、説明義務及び待機義務を法律に規定するなど、手続的な保護の仕組みを実定法に規定するといった方法や、信頼に足る自殺介助の提供を保障するために認可制を設けるといった方法、さらには刑法217条の趣旨に沿う形で特に危険な自殺介助の現象形態を禁止するといった方法もありうる」(Rn.339)。しかし、「例えば、不治の病や致死的に進行する病の存在を要求するといったような、自殺介助の許容性に実質的な基準を設定することは禁止される」(Rn.340)。

### 3 判決の問題点

連邦憲法裁判所のこのような判決は、自殺の権利を自己決定と自己答責の能力がある人間の自由意思に基づく限りでは、年齢にも病状にも関係なく容認するものであって、日本などで安楽死に関して下級審判例などが指摘している厳しい条件をも不要としている点でも、見過すことができない判決といえることができる。このような判決に関しては、「ドイツ刑法学は結論を支持する方向で概ね一致している」<sup>(54)</sup>とされるが、ドイツの世論では相反する態度表明がなされ、「特に、(生命)倫理学および緩和医療学の領域からは批判的見解が公表されている」という<sup>(55)</sup>。この問題に関して、ドイツの憲法学説は、当初は自殺の権利を否認する見解<sup>(56)</sup>が有力であったが、近年では他の欧米諸国の影響もあってか、自殺の権利や安楽死を肯定する見解が有力になってきているようにみえる。

ただ、安楽死や自殺の権利を認める場合にも、その憲法上の根拠をどこに求めるかについては、学説は大きく①基本法の1条1項の「人間の尊厳」に求める見解<sup>(57)</sup>、②「人間の尊厳」と結びついた形での一般的人格権(2条1項)に求める見解<sup>(58)</sup>、③2条2項の「生命権」に求める見解<sup>(59)</sup>などがあるように見受けられるが、連邦憲法裁判所の上記判決は、これらの見解の中で②の見解を採用したものであるということができよう。ちなみに、これは、判決自身が引用している(Rn.302以下)ことにも示されるように、欧州人権裁判所が、欧州人権規約8条1項が認めている私生活の尊重を求める権利を根拠にして一定の条件の下に自殺の権利を容認したことにも多分に影響を受けたものといつてよいと思われる<sup>(60)</sup>。

しかし、このような連邦憲法裁判所の判決については、憲法上いくつかの問題点が指摘されうると思われる。まず第一に、連邦憲法裁判所は、自殺の権利を基本法1条1項と結びついた基本法2条1項の一般的人格権を根拠として認めているが、その論理は、日本で憲法13条が保障する人格権の一種としての自己決定権によって死ぬ権利を認める議論と基本的には同じ論理に基づいているといつてよいと思われる。したがって、日本で死ぬ権利の容認論に対して行った批判は基本的にはそのままドイツの連邦憲法裁判所の自殺容認論にも当てはまるといつてよいと思われる。しかも、このような自殺容認論に対しては、ドイツにおいてもつとに反対の見解が出されていたことは留意されてよいであろう。例えば、ドイツにおける代表的な憲法学者の一人であるStarckは、つぎのように述べている。「生命の権利は、自殺の権利を含むものではなく、自殺の権利は2条1項から導き出すこともできないのであり、したがって、国家は、基本権を制限することなしに、自殺の企てを適切な手段で阻止することができる」<sup>(61)</sup>。また、Lorenzもつぎのように述べている。「自己の生命に対する権利(基本法2条2項1文)は、これを終わらせる権能、つまりは自殺(自害、自死)の権能を根拠づけるものではない。なぜならば、この基本権は、生命に関す

る個々の発展の自由を保障するものではなく、これを法益としてその現存在において保護するものだからである。この存在と同時にその否認を保障することはできないのである」<sup>(62)</sup>。

さらに、Di Fabioも、要旨つぎのように述べている<sup>(63)</sup>。生命は、単に一身専属的な法益として保護されるのみならず、そこには客観的原則としての生命の肯定も含まれている。人間の尊厳が基本権の個々の担い手の措置にのみ委ねられるものではないと同様に、自殺企図の場合においても、生命の権利について無制限に自由に処分ができるものではない。いずれにしても、自殺の権利は、基本法2条2項1文に含まれているとすることはできないのであり、公権力は、自殺をしようとする者を阻止することができるのである。生命についての基本権は、生命のための価値決定、生命肯定の社会のための価値決定でもある。

第二に、このような連邦憲法裁判所の判決は、かつて連邦憲法裁判所が妊娠中絶判決（BVerfGE 39.1:88,203）などで生命権の保護義務を重視したということとどのように整合するのという疑問である。なるほど、この点について判決は、つぎのように述べている。「たしかに、生命は人間の尊厳にとってバイタルな基礎である。しかし、このことから、自由意思に基づく自殺が基本法1条1項で保障されている人間の尊厳と矛盾するという結論を導き出すことはできない。人間の尊厳は個人の自律のうちに生きることを保障するものであって、自由な自己決定と自己答責が可能な人間が自殺するという決断を妨げるものではない。むしろ、自己決定に基づく自己の生命の処分は、自律的な人格の発展という人間の尊厳に内在する理念の直接的な現われである」。しかし、このような根拠付けをもってしても、一方では、胎児の生命権を母親の自己決定権よりも手厚く保護しながら、他方で、生命権というバイタルな人権が自殺する自己決定によって制限されてよいという矛盾についての納得のいく説明がなされているとはいえないように思われる。

第三に、このこととも関連して指摘されうるのは、連邦憲法裁判所がしばしば採用してきた、そして本判決でも採用しているカントのいわゆる「客体定式」との整合性である。ちなみに、カントは、『人倫の形而上学』のなかで「自己殺害について」という項を設けて、つぎのように述べて自殺を否認しているのである。「自己自身の人格における人倫性の主体を減すことは、人倫性そのものをその現実存在からして、その主体におけるかぎり、世界から根絶することとまさにひとしい。とはいえ人倫性は目的自体そのものなのだ。それゆえ自分にとって任意の目的のための単なる手段として自分を処理することは、自分の人格における人間性（homo noumenon）〈ヌーメノン（本体）的人間〉を貶めることである」。<sup>(64)</sup>このように、カントにあっては、自殺が認められないことは、かれの「客体定式」と不可分に結びついているのである。連邦憲法裁判所のこの判決は、カントの「客体定式」から大きくそれたものとなっていることは否定しがたいと思われる。その矛盾について連邦憲法裁判所は十分に解消する説明を行っているようには思われぬのである。

第四に、かりに基本法2条1項の一般的人格権を人間の尊厳と結びつけた場合に自殺の権利が認められうるとしても、それは、安楽死の場合だけであって、自殺の権利一般が病状や年齢の如何を問わずに認められるということにはならないのではないかという疑問も生じうる。連邦憲法裁判所自身、本判決において、国には「自殺希望者の自律性、ひいては生命という高い法益を保障する義務」があるということを認めている。そして、このような義務と自己答責的に自身の生命を絶つという自己決定権とは衝突し、緊張関係にあることを認め、こうした緊張関係を解消することは立法者の課題であるとしている。

連邦憲法裁判所はこのように述べて上で、刑法217条の規定は「厳格な比例性の原則に照らして審査されなければならない」として「基本権を制限する法律はそれが追求する正当な目的達成するために必要かつ相当であり、

かつ基本法上の個々の自由の領域の制限と比例している場合に限り、この原則を満たす」として、具体的に刑法217条をこの基準に照らして審査する。そして、連邦憲法裁判所は、刑法217条の規制目的は個人の自律保護および生命保護の観点からは正当なものであるとして、また、その手段も追求された法益を促進しうるので、適切な手段と云うが、しかし、この規定によって生じる自殺の権利の制限には相当性がないとする。その理由はこの規定が自殺の権利をほとんど事実上無効化することで、憲法上保障されるべき自律的自己決定を否定しているからとするのである。しかし、このように刑法の当該規定には、「相当性がない」とする議論は、必ずしも説得力をもつものとはいえないように思われる。この規定が自殺の権利をほとんど事実上無効化するということは必ずしも言えず、自殺斡旋業者の活動を規制したからといって、自殺の権利を行使する手段は他にもありうるからである<sup>(65)</sup>。

この点にも関連して、判決は、ドイツの多数の医師（会）は自殺援助をすることに消極的であり、したがってこのように業として自殺援助をする者がいないと自殺希望者は実質的に自らの生命を終わらせることができないので、この点からも刑法の当該規定は容認できないとする（Rn.285以下）。しかし、医師（会）の多くが自殺援助に消極的なことをこそ、連邦憲法裁判所は尊重すべきであって、業としての自殺援助を認めることは逆に積極的に自殺を推奨する役割を果たしかねないことに留意すべきだと思われる。多くの生命倫理学者や医療従事者などから反対の声が上げられていると言われていることも、私には理解できると思われる。判決の再考が求められていると思われる。

## 六 小結

本稿の趣旨を要約すれば、次のようになる。まず、第1に、憲法13条は、  
(龍法 '25) 58-2, 66 (462)

「生命権」を保障しているのであって、「死ぬ権利」を保障しているのではない。ドイツの判例では、「人間の尊厳」と結びついた一般的人格権から「自殺の権利」が導き出されるとしているが、しかし、このような議論は、日本では支持することはできないと思われる。

第2に、安楽死には積極的安楽死と消極的安楽死があるが、消極的安楽死を「尊厳死」という言葉で言い表すことは適切ではない。「尊厳死」という言葉には、死を美化する意味合いが含まれていると思われるからである。

第3に、本稿で紹介した日本の判例では、具体的な事案で安楽死を認めたものは存在していない。下級審の判例で一般論としては、積極的安楽死を認めて、そのための要件を列挙しているものもあるが、ただ、その要件を具体的な事案に適用した場合には、いずれも、その要件には該当せず、有罪としているのは注目されよう。最高裁は、安楽死が認められる要件を一般論としても提示していない点も、注目されよう。

第4に、私見では、消極的安楽死は、憲法上厳しい条件の下で容認しうるが、積極的安楽死は認めることができないと思われる。その理由は、憲法13条が保障している生命権は、人間の尊厳にとってバイタルな基礎であって、自己決定権に優先して配慮されなければならないからである。また、消極的安楽死を認めるには、以下の条件が必要と思われる。①医学的にみて、患者が回復不可能な状態に陥っていること、②患者が、治療の中止を求めていること、但し、患者はその意思をいつでも撤回できること（患者の意思が不明な場合には、推定的意思による）。③治療の中止は担当医が近親者との話し合いの下で行うこと、④医師の判断は、担当医を含めて複数の医師の判断によることを要すること。

第5に、最後に付け加えれば、安楽死を立法化して合法化することには、私としては賛成することはできない。安楽死の立法化は、安楽死に歯止めをかけるというよりは、むしろ「すべり坂」となって安楽死をより容易に

することは諸外国の事例が示しているからである。安楽死の問題を考える場合には、あくまでも生命権の尊重を重視して対応することが肝要と思われる。

- (1) 刑事法の領域での文献としては、さしあたり、大谷實『新しいのちの法律学』（悠々社、2011年）122頁以下、上田健二『生命の刑法学』（ミネルヴァ書房、2002年）153頁以下、甲斐克則『尊厳死と刑法』（成文堂、2004年）など参照。
- (2) 安藤泰至『安楽死・尊厳死を語る前に知っておきたいこと』（岩波ブックレット、2019年）26頁。他方で、中島みち『「尊厳死」に尊厳はあるか』（岩波新書、2007年）178頁以下は、アメリカでは、日本と比較にならないほどの医療費の高さにもかかわらず、国民の六人に一人は全くの無保険者という状況などの中で、『「いのちの灯が消えていくのを静かに見守る」などということが出来ましようか。私は、こうしたアメリカの状況こそが、『どっちみち死ぬ者はさっさと片付けてもらう』という本音を美しく覆う『尊厳死』という言葉で、爆発的に広げ、根付かせた』と述べている。一理ある見方と思われる。
- (3) 日本学術会議『死と医療特別委員会報告——尊厳死について——』（1994年）168頁。
- (4) 有馬斉『死ぬ権利はあるか』（春風社、2019年）47頁。
- (5) 土井真一「第13条」長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017年）109頁。なお、この分類は、後述の東海大学安楽死事件で横浜地裁が採用した分類でもある。
- (6) 米村滋人『医事法講義（第2版）』（日本評論社、2023年）186頁以下。
- (7) 安藤・前掲注（2）16頁。
- (8) 拙稿「基本的人権としての生命権の再定位」龍谷法学53巻2号（2020年）21頁以下では、安楽死を区別したりすることをせず、また、尊厳死という言葉を用いることに対して批判的な記述をしないまま用いたが、この点を本稿のように修正する。
- (9) 小林直樹『法の人間学的考察』（岩波書店、2003年）300頁。但し、小林は、「この原則にも格別の例外はある。ごく稀ながら、自死以外に自己固有の存在意義を確証できない、已むをえざる終局的選択というものもありうるであろう」としている（同頁）。
- (10) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）189頁。
- (11) 土井真一『「生命に対する権利」と『自己決定』の観念』公法研究58号（1996年）97頁以下。なお、土井・前掲注（5）107頁以下も参照。中山茂樹「生命、自由及び幸福追求に対する権利に関する一考察」同志社法学72巻4号（2020年）694頁も、「死ぬことそれ自体を取り出して憲法上の個別的権利類型として認めることは、現実的には個人の自律性の確保につながらず、か

- えって個人の生命をおびやかすことになる。死ぬ権利や自殺の自由といった権利類型は適切でな(い)」と述べている。
- (12) 戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい、1998年)186頁。但し、戸波も、「それらには例外を認める余地がある。末期医療の段階での延命拒否がその例であ(る)」としている。
- (13) 渡辺康行「包括的基本権論」高橋和之・長谷部恭男編『芦部憲法学』(有斐閣、2024年)166頁が、「人格的利益説と一般的自由説の接近」を言う所以の1つであると思われる。私自身は、どちらかといえば、「人格的利益説」には批判的であるが、「死ぬ権利」を否認する点では、佐藤や土井の見解を支持する立場をとる。
- (14) 松井茂記「やすらかに死なせて欲しい」松井編『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』(有斐閣、2016年)10頁。
- (15) 松井・前掲注(14)10頁以下。なお、刑事法学の福田雅章『日本の社会文化構造と人権』(明石書店、2002年)352頁は、つとに、つぎのように述べている。「自己決定権の法的根拠をどのように基礎づけるかについては争いがあるろうが、憲法の例示する諸自由の上位概念として位置づけることができる。生命に関する自己決定権、すなわち生きるか死ぬか、どのように生きるか、あるいはどのように死ぬかの権利も、生命権または右の上位概念から導かれる」。
- (16) 松井『尊厳死および安楽死を求める権利』(日本評論社、2021年)179頁。
- (17) 松井・前掲(注16)174頁。
- (18) 松井・前掲(注16)192頁。
- (19) 竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010年)141頁。なお、刑事法研究者の平川宗信『刑法各論』(有斐閣、1995年)48頁も、以下のように言う。「自己決定権が認められるのは、それなしには個人の尊厳がありえないからである。しかるに、生命放棄の自己決定は、人間存在の基盤をみずから破壊し、人間の尊厳をみずから否定するものであり、自己決定権尊重の趣旨と矛盾する。また、『生命の処分権』『死ぬ権利』を認めるならば、『死なせてやる義務』も認めざるをえないが、自殺者の救助を違法とするのは疑問である。自己決定権は意識の次元に属するが、生命は意識を超える存在である。『生命の処分権』『死ぬ権利』を認めるのは、困難である」。
- (20) なお、渋谷秀樹『憲法(第3版)』(有斐閣、2017年)186頁以下は、「自殺は最高の責任のとり方とする日本の武家文化、すなわち自死の美学は、仏教的死生観(輪廻転生・万物流転の思想)を前提としている。日本国憲法の人権の根拠論として、自然権思想をとれば、キリスト教的死生観から免れることは難しい。これに対して、経験主義・歴史主義をとれば、生死に関する問題も、日本の伝統文化を背景として検討すべきことになり、『死ぬ権利』も肯定できるかもしれない」という。しかし、今日では、キリスト教国でも「死ぬ権利」を認める人々が少なくないし、他方で、日本の仏教的伝統文化が

「死ぬ権利」を認めてきたということも一概には言えないと思われる。例えば、鍋島直樹『親鸞の生命観』（法蔵館、2007年）84頁以下によれば、縁起思想に基づく仏教の生命観では、「あらゆるいのちへの非暴力の姿勢」や「唯一無二の存在として生命を尊重する」という考え方があるとされる。問題はあくまでも、「個人の尊重」と「生命権」を保障した日本国憲法の解釈論として論じるべきだと思われる。

- (21) 樋口陽一『国法学 人権原論（補訂）』（有斐閣、2007年）61頁、同「人権主体としての個人」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）25頁参照。
- (22) 安楽死が問題となる「終末期」には、米村・前掲（注6）192頁が指摘するように、「重症のクモ膜下出血や急性心筋梗塞など、ある日突如として発症し直ちに終末期になる場合も存在する。この場合は、本人の事前の意思表示はなく家族も冷静な判断が難しい場合が多いため、患者の意思の判定に困難を来たしうる」。また、生命倫理学者の小松美彦『自己決定権』という冒（増補決定版）』（現代書館、2020年）43頁では、つぎのように指摘されている。「まるで死が個人の所有物であるかのように捉え、無理に個人の枠の中に閉じ込めようとするのが、死の自己決定権という考え方だといってよいと思います。所有物ではないものに個人が決定を下すことなど土台無理な話です。ましてやそこに権利概念をあてがうのは、私には死の意味を根本的に見誤っているとしか思えません」。私は、自己決定権という観念そのものは容認する立場であるが、小松が言うように、「死の自己決定権」を強調することには問題があることは確かであろう。とりわけ日本では、みずからの死についての自己決定はしばしば周囲（家族を含めて）の人たちに迷惑をかけてはならないという思惑または配慮から（本心ではなお生きたいと思っけても）なされることがあるように見えることも否定できないからである。
- (23) 小林・前掲注（9）45頁以下。
- (24) 有馬・前掲注（4）424頁以下。
- (25) なお、小林・前掲注（9）51頁は、このように、「能力欠損を己むなく負わされた人々」にも人間としての特別の生命権を認める理由をこれらの人たちを「差別的に扱ふことは人間的に不当である」からとし、さらに補足すれば、「人間はそのような差別をするに“忍びざる心”をもつ存在だ」からとしている。しかし、このような説明はあまり説得的とはいえないと思われる。むしろ、「能力欠損を己むなく負わされた人々」も、人間であるということ自体を理由として人間としての特別の生命権を認めた方がすっきりとするように私には思われる。
- (26) 「死ぬ権利」を原則的に否認する小林も、安楽死については、「厳格な条件の下で」肯定する立場を採っている（小林・前掲注（9）299頁）。なお、有馬・前掲注（4）505頁は、原則的な立場としては③の立場をとっているようにみえるが、以下のような場合には例外も認めているので、完全に③の立

場を貫いているわけではないようである。「他面、人が自分の存在の内側に宿る価値を守るために耐えなければならない苦痛には、限度がある。……具体的には、本人にとって苦痛が唯一の注意の対象であるほど大きく、合理的に思考することを不可能にする場合である。そこで、今述べた一般的な考え方の例外として、限度を超えた苦痛がある場合にかぎり、人の生命を短縮することが正当化できる」。

- (27) 佐藤・前掲注(10) 189頁。
- (28) 土井・前掲注(5) 109頁以下。
- (29) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣、1994年) 400頁。
- (30) 松井・前掲注(16) 168頁。
- (31) 長谷部恭男『憲法の理性(増補新装版)』(東京大学出版会、2016年) 153頁。  
 なお、長谷部は、関連して、「個人としての自律性の備わった生には価値があるが、そうでない生そのものには価値があるとは考えない。生に価値があるか否かは、そこで経験される感覚、思考、行動など、その内容に依存する問題であり、内容を離れて生そのものに固有の価値があるとはいいたくない」(153頁)と述べている。しかし、このような考えは、憲法13条が「すべて国民は、個人として尊重される」として「生命の権利」をすべての国民に(したがって、自律的判断ができない国民に対しても)保障した趣旨と合致しないものであって、支持することはできないと思われる。
- (32) 松井は、この点に関して、「従来は命を救うことが最も大切な医師の使命だと考えられてきたものだと思うが、今後は患者の希望に応じて患者を死なせてあげることも医師の重要な使命である」(前掲注(16)) 237頁と述べる。そして、同・前掲注(14) 29頁では、医療法1条の4第1項が、医療の担い手は「医療を受ける者に対し、良質かつ適切な医療を行うよう務めなければならない」と規定し、また医師法19条1項が「診察に従事する医師は、診察治療の求があった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」と規定している条文を根拠として、「患者の求めに応じて患者の自殺を幫助することおよび患者を死なせてあげることは医療の一種とみるべきである」とも述べている。しかし、患者を死なせてあげることを「医療の一種」と捉えることは、医療法1条の2第1項が「医療は、生命の尊重と個人の尊厳の保持を旨とし」と規定している趣旨に明らかに反するものと思われる。
- (33) 土井・前掲注(5) 110頁。
- (34) 松井・前掲注(16) 250頁。
- (35) 松井・前掲注(16) 175頁。
- (36) 久保田祐介「安楽死・尊厳死／治療中止への憲法的視座」専修法学論集146号(2022年) 74頁でも、「松井の記述において病気・疾病と『障害』が並記されている事実に対しては、『いつか来た道』の気配が漂うことを指摘せざるをえないであろう」という批判をしている。けだし、的確な批判といって

よいと思われる。

- (37) この法案は、立岩真也・有馬斉編『生死の語り行い（1）』（生活書院、2012年）45頁以下に掲載されている。同書には、この法案に対する日弁連の反対声明なども掲載されている。
- (38) 但し、国民民主党は、2024年の衆議院選挙に際しての「政策パンフレット」の中で、「尊厳死の法制化によって終末期医療のあり方を見直し、本人や家族が望まない医療を抑制します」と書いている。2024年10月12日に開催された党首討論会で、玉木代表は、「社会保障の保険料を下げるために、われわれは高齢者医療、特に終末期医療の見直しにも踏み込みました。尊厳死の法制化も含めて。」と発言して、その日のうちに、「尊厳死の法制化は医療費削減のためにやるのではない」と弁明したが、批判は止まらなかったという（東京新聞2025年3月2日）。また、2025年の参議院議員選挙の公約で、参政党は、「本人の意思を尊重し、医師の法的リスクを回避するための尊厳死法制を整備」を明記するとともに、「終末期の延命措置医療費の全額自己負担化」を掲げた。この点について、朝日新聞2025年7月15日は、「命の尊厳を脅かしかねない」とする専門家の批判を掲載している。けだし、適切な批判と思われる。
- (39) この「ガイドライン」については、<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000197722.pdf>。また、米村・前掲注（6）196頁以下も参照。また、ガイドラインの方式を政府が採用していることの論点については、久保田祐介・前掲（36）34頁以下及び樋口範雄『続・医療と法を考える』（有斐閣、2008年）79頁参照。
- (40) 松井・前掲注（16）42頁以下。
- (41) この点について、ガイドラインの「解説編」では、つぎのように説明している。「疾患に伴う耐え難い苦痛は緩和ケアによって解決すべき課題です。積極的安楽死は判例その他で、きわめて限られた条件下で認めうる場合があるとされています。しかし、その前提には耐え難い肉体的苦痛が要件とされており、本ガイドラインでは、肉体的苦痛を緩和するケアの重要性を強調し、医療的な見地からは緩和ケアをいっそう充実させることが何よりも必要であるという立場をとっています。そのため、積極的安楽死とは何か、それが適法となる要件は何かという問題を、このガイドラインで明確にすることを目的としていません」（4頁）。
- (42) その詳細は、中島みち『「尊厳死」に尊厳はあるか』（岩波新書、2007年）5頁以下で詳細に紹介している。
- (43) 香川知晶『命は誰のものか（増補改訂版）』（デイスカヴァー携書、2021年）224頁。
- (44) この事件のあらまは、久保田祐介「安楽死・尊厳死／治療中止の憲法的基盤」専修大学法学研究所紀要46号（2021年）4頁以下による。
- (45) 『透析会誌』53巻4号（2020年）173頁。

- (46) 安楽死に関する主要な判例の概説としては、町野朔ほか編著『安楽死・尊厳死・末期医療』（信山社、1997年）2頁以下および米村・前掲注（6）186頁以下参照。
- (47) この事件については、米村・前掲注（6）186頁および大谷・前掲注（1）130頁参照。
- (48) この事件については、福田・前掲注（15）378頁、辰井聡子「安楽死」『刑法判例百選①（第7版）』（有斐閣、2014年）42頁および福山好典「安楽死の適法要件」『医事法判例百選（第3版）』（有斐閣、2022年）192頁参照。
- (49) 川崎協同病院事件の横浜地裁判決については、『治療義務の限界』は、患者の自己決定の如何にかかわらず治療の中止が認められる、絶対的な法的義務の限界ととらえられている」（辰井聡子「重篤な患者への治療の中止」『平成17年度重要判例解説』（有斐閣、2006年）166頁）とする捉え方がある。たしかに、判決の趣旨に照らせば、そのような捉え方は可能と思われるが、このような「治療義務の限界」については、慎重な検討が必要と思われる。米村・前掲注（6）191頁が指摘するように『治療義務』がいかなる場合になぜ解除されるかが明確ではないからである。
- (50) 同事件の東京高裁判決については、橋爪隆「治療中止と殺人罪の成否」『平成19年度重要判例解説』（有斐閣、2008年）169頁。
- (51) 同事件の最高裁決定については、新谷一朗「治療行為の中止」前掲注（48）『医事法判例百選（第3版）』194頁および神馬幸一「治療行為の中止」前掲注（48）『刑法判例百選①（第7版）』44頁参照。
- (52) この事件の内容に関しては、緒方あゆみ「生を全うする権利と終わらせる権利」中京ロイヤール40号（2024年）25頁以下参照。また、只木誠「医師による薬物投与事件をめぐる」法律時報2020年11月号1頁および神馬幸一「ALS患者の嘱託を受けて同患者を殺害した嘱託殺人の成否」刑事法ジャーナル81号（2024年）133頁など参照。
- (53) この判決については、神馬幸一「ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2020年2月26日判決：ドイツ刑法第217条の違憲性（1）～（3）」獨協法学112号（2020年）471頁、同113号（2020年）423頁、同114号（2021年）345頁に全訳が、そして、九州大学ドイツ刑法判例研究会（訳）「ドイツ刑法判例研究：ドイツ刑法典第217条の合憲性について」法政研究87巻4号（2021年）170頁に判決理由の翻訳が掲載されている。本稿は、これらの翻訳を参考にさせて頂いたが、適宜に拙訳した箇所もある。なお、判決文の紹介中にRnとあるのは、判決文の欄外番号を示している。
- (54) 秋山紘範「業としての自殺援助禁止の違憲性」比較法雑誌54巻4号（2021年）275頁。
- (55) 神馬幸一「『業としての自殺援助罪（ドイツ刑法第217条）』の違憲性」判時2456号（2020年）143頁。
- (56) G. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz

- Kommentar (1981) Bd.1, Art. 2 Abs. 2, Rn. 12.
- (57) H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar (3. Aufl. 2013) Bd.1, Art. 1, I, Rn. 154.
- (58) F. Hufen, Staatsrecht II Grundrechte (8. Aufl. 2020), S. 166f.
- (59) ボード・ピエロートほか (永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権 (第2版)』(法律文化社、2019年) 138頁。
- (60) 欧州人権裁判所の判決については、小林真紀「ヨーロッパ人権条約における『私生活』の尊重と死をめぐる決定」愛知大学法経論集217号(2018年) 1頁以下参照。なお、小林真紀『『生命に対する権利』と安楽死法』人権判例報9号(2024年) 97頁以下では、2022年の欧州人権裁判所判決が、欧州人権規約2条の「生命に対する権利」から「死ぬ権利」を導く出すことはできないとしても、同条が「条件付きの安楽死の非犯罪化を禁じているとは解釈すべきではない」と判示したことを紹介している。
- (61) C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd.1 (7. Aufl. 2018) Art. 2, Abs. 2, Rn. 192.
- (62) D. Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (2012) Art.2 Abs.2 Satz1 Rn. 420.
- (63) U. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar (2004), Bd. 1, Art.2, Abs. 2 Rn. 47.
- (64) カント (宮村悠介訳)『人倫の形而上学 (第2部 徳論の形而上学的原理)』(岩波文庫、2024年) 111頁。
- (65) 連邦憲法裁判所判決のこのような比例原則の厳しい適用の問題点については、vgl., L. Hartmann, Anmerkung, JZ, 2020, S.642. なお、玉蟲由樹「業務上の自殺援助の禁止と自己決定にもとづく死の権利——自殺ほう助判決」自治研究97巻7号(2021年) 153頁も参照。

## 川島武宜・入会権論の意義と射程に関する覚書

—入会ガバナンスの再構築と入会権論の課題—

吉 岡 祥 充\*

はじめに—入会ガバナンスと入会権論

第1章 新しい入会権論形成の試みについて

第1節 入会本質論としての入会権論

第2節 入会慣習の変化と入会問題の類型

第3節 多数共有型アンチ・コモンズ問題とそれへの対応

第4節 なぜ入会権論か

第2章 川島『所有権法の理論』における総有論

第1節 入会権論の源流—中田薫の総有論

第2節 『所有権法の理論』における総有論

第3章 戦後における川島・入会権論の形成

第1節 利用形態の多様化と入会権の管理権化—入会権の動態的把握

第2節 法源としての「慣習」の意味

第3節 ゲルマン的共同体論と総有論の転換

第4節 「共同体規制」と離村失権の原則

むすびに代えて—川島・入会権論の意義と射程

### はじめに—入会ガバナンスと入会権論

1) 我々の共同研究<sup>1</sup>では、地域や世界において環境問題として象徴的に現れている現代社会における自然と人間との関係の危機的状況を踏まえて、<地域資源の持続的利用と保全に向けた自治的管理をどう創出するか>という観点から、我が国における入会とイギリスにおけるコモンズのガバ

\* よしおかよしみつ 龍谷大学名誉教授

ナンスについて比較研究を行ってきた。本稿は、その共同研究の一環として日本における戦後の法学的入会権論を主導してきた川島武宣の理論について、その歴史的意義と射程を検討し、その作業を通して入会権論の現代的課題を考察するものである。ただ、川島の入会権論については、理論的にはその基礎となっている大塚久雄のゲルマン的共同体論との関係また実践的には戦後改革や戦後日本社会への展望などとの関係も含めて検討すべき点が多い。現時点では、これらの検討がなお十分でないことから、本稿は今後の本格的検討に向けた覚書にとどまっていることをお許し願いたい。そこで、最初に、いま改めて「入会権論」を検討する意味について考えておきたい。

2) 入会とは、村落共同体（あるいはそれに準じる地域共同体）が一定の土地（多くの場合は山林原野）や水面（湖沼など）を共同で所有しあるいは利用管理している地域的社會関係をいう。それはわが国における地域の自然資源に関する自治的管理の伝統的な在り方であり、このような地域共同体による共同地の自治的管理を本稿では入会ガバナンスと表記しておきたい<sup>2</sup>。入会は、近世以来継続してきた制度であり、「封建遺制の一つ」<sup>3</sup>とも言われているが、明治維新における国家社会制度の変革、とりわけ地租改正に伴う土地官民有区分によって国土のすべてに近代的所有権に基づく新しい土地法制度が導入され、さらに明治29年にそれを前提として民法典に「入会権」に関する規定が設定されたことは、入会の問題を考える際に、入会の実態を踏まえつつも、それを法的な問題として把握することが必要となったことを意味している。

改めて言うまでもなく、民法の入会権に関する規定は、共有の性質を有する入会権に関する民法第263条と共有の性質を有しない入会権に関する民法第294条である。両条文とも、入会権の内容については「各地方の慣習に従う」と規定し、慣習を第一法源としつつ、前者については共有の規定を適用し、後者については地役権の規定を準用すると規定している。こ

のような两条文はいわゆる「包括的な白地規定」と言われているが<sup>4</sup>、この規定の意味するところは以下の二点である。まず (a) 入会権は近代的所有権を基礎とする国家法たる民法に位置づけられ、したがって、それは所有権と用益権との区別を前提とした広義の共有の一形態（物権）として把握されているということである。これは近代的国家法である民法が土地について近代的所有権が成立していることを前提としていることから、入会権についても近代的権利として最低限の形式的整合性を確保することが必要であったことを意味している。そして (b) 入会権の権利内容は地域的慣習法（民法制定時においては近世から引き継がれた入会地利用秩序）によるということである。つまり、それは、入会による管理が行われている地域の慣習が基本的に国家法上の裁判規範として承認されるということの意味している。上に見たように、民法は二次的法源として共有および地役権の規定を適用ないし準用すると規定しており、当時の学者もそのように考えていたのであるが、現在は、入会権の法的性質が共有や地役権とは異なるものであることからこれを否定する見解が一般的である<sup>5</sup>。したがって、入会権の権利内容についてはもっぱら「慣習」の把握が重要な問題となる。

3) 以上のような条文の規範構造を前提にして、法学的に入会権を構成するとすれば、以下のような点が課題として考えられる。

まず、①条文にある「慣習」とは何か、またそれをどう把握するかが問題となる。この「慣習」は地域社会における行為規範を裁判規範に接続する概念であるが、その基礎は事実認識の問題であるから、第一義的には法社会学的認識に関する課題であるといえる。これは、入会権の権利内容に関わることはもちろん、後述するように、入会権論の射程範囲にもかかわる重要な課題である。また②上記 (a) で指摘したように、入会権に関する民法の条文構成において、近代的権利としての最低限の形式的整合性が与えられているのであるが、さらに入会権の法的性質や権利内容のレベル

でも、慣習から認定される近世的入会地利用秩序と近代的所有権法秩序との整合性をどのように確保するかということが重要な課題とならざるを得ない。入会権論の中核的概念構成である「総有論」が以上の①②に深く関連していることは以下の行論でも確認する。さらに③入会権論にとっては「入会権の法的処理」に対応するという実践的課題が存在する。明治期以降、入会地の公有化政策により農民の入会地利用が不安定化され、場合によっては収奪されてきたことに対して多くの裁判闘争が行われてきた。したがってそこでも法律論が重要な役割をもっていたことは言うまでもないが、法制度的には敗戦後の新憲法によって政治権力の在り方が改革され「法の支配」の原則（すなわち行政権の優位から司法権の優位への変化）が確立されたことによって、「入会権の法的処理」がより重要な課題となったのである<sup>6</sup>。

そして、ここでとくに留意すべきことは、上記①②③の課題が密接に関連していることである。つまり①慣習の法社会的認識や②総有論の構成という問題は客観的な歴史実態把握の問題にとどまらず、③入会権の法的処理という実践的問題とも不可分であり、さらに言えば、④各時代の日本社会の在り方に対する批判や戦後社会への展望をどう考えるかという社会改革の問題がその背景に存在していたといえる。現在までの多くの入会権論は、④の問題を踏まえながら、①②③という法学的課題に取り組んできたといえよう。

4) 本稿で分析対象とする川島武宣の入会権論は、明治期以降の我が国における資本制経済の進展などの経済的要因や入会林野政策等の土地政策的要因あるいは村落・地域の変化などの社会的要因に影響される慣習の実態、戦前の日本社会に対する批判さらに戦後日本社会の進むべき方向を想定しつつ上記の諸課題を体系的・理論的に構成したものであり、その意味で戦後の入会権論を代表するものであるといえる。しかし、その後、農業における機械化の進展や化学肥料の普及などの農業技術の変化、エネルギー

ギー革命による化石燃料の普及などによって入会林野の農業利用や生活利用の必要性は低下し、入会林野の林業用地への転用が進められたがその林業自体も輸入材との競合による不振を続け、また都市拡大やリゾート開発によって都市的土地利用へと転用されながら、さらに高度経済成長による労働力の都市への集中が農山村からの生産人口流出や高齢化の進行によって限界集落化や集落の自然消滅が進んでいった。このような社会の変化の中で、従来の入会権論が重視してきた公権力に対して農民の入会権を防衛するといういわば対外的問題よりも、入会やその基礎にある村落の衰退問題といういわば対内的問題が重要になってきた。入会林野の利用が減少しただけではなく、その維持管理自体が放棄され、それによって地域環境の重要な構成要素でもある森林の健全性が失われつつあり、さらに近年では私権化しかつ細分化された入会権が新たな入会地利用やその再編の障害となる法的問題まで提起されているのである。要するに、入会権論の背景にある社会の変化が新たなかつ深刻な課題を提起している状況にあるといえる。

以下の行論では、このような入会をめぐる現代的状況とそこから生じる課題を踏まえて、入会権論の再編を見据えた最近の研究による問題提起との関係で改めて入会権論を検討する意味を確認し、さらに川島武宜の入会権論の歴史的意義と現代的射程を検討することを通して、今後に向けた入会権論の可能性と課題を考えてみたい。

## 第1章 新しい入会権論形成の試みについて

以上のような問題関心から見たとき、近年、重要な先行研究が公刊された。それは、高村・古積・山下編『入会林野と所有者不明土地問題』（2023年）である。この本は、社会問題として議論されてきた所有者不明土地問題への法的対応にそれとは性質が異なる入会林野の問題が埋没してしまうことを危惧し、入会林野管理の現代的状況とそれへの法制度的対応

を検討し入会問題の独自性を明確することによって、両者を峻別することを目的としている<sup>7</sup>。以下の節で紹介するように、本書は、①入会林野の現代的状況を包括的に分析しつつ新たな理論形成を目指しているという点でも、また②そこに戦後の入会権論への批判が含まれているという点でも、重要な問題を提起している。本書では、現代の入会問題に関連する多くの重要な論点が議論されているが、それらを総括する理論的フレームは高村学人氏によるものであると考えられるので、以下では、それを抽出して検討することにした。

### 第1節 入会本質論としての入会権論

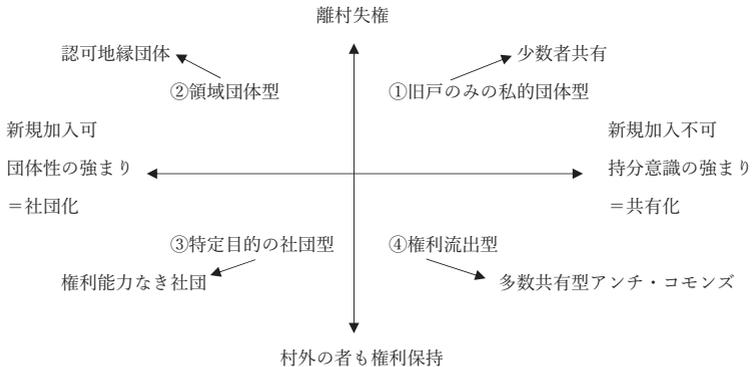
まず高村氏は、川島を代表とする戦後の入会権論は「入会本質論」であるという。それは「総有こそが入会の本質であるとし、この概念から導かれる法的ルールをあらゆる入会集団に適用させる法学説」<sup>8</sup>であり、「入会権や総有の本質は何か、を論じることを通じて入会集団に一般的に適用される原則を導く立場」<sup>9</sup>をいう。この総有から導かれる原則とは、①意思決定における全員一致制、②離村失権の原則である。したがって、入会本質論では、これらの原則がすべての入会集団に適用される結果、全員一致制と異なる慣習や規約は認められず、また入会集団の構成員は離村によって入会権を失うことになるとする<sup>10</sup>。しかし、高村氏によれば、このような①②の原則は、入会集団において確認できる慣習としては著しく変化しており、このような総有論によっては慣習の新しい変化を踏まえた対応が困難となっていることを指摘する。ではその慣習の変化とはどのようなものか、この点を次節で整理する。

ただ、本稿が分析の対象としている川島の入会権論についていうならば、前注10にやや詳述したように、離村失権については慣習の変化自体は承認しており、問題はそのような慣習の変化をどのような意味を持つものとして評価するかという点にある。この点については、後（第3章第4節）に

述べる。

## 第2節 入会慣習の変化と入会問題の類型

高村氏によれば、世界農林業センサスやフィールド調査のデータを分析した結果、総有を本質として構成される入会権論が想定しなかった特徴を持つ入会集団が、今日、多くなっている<sup>11</sup>。そして、離村失権の原則の状況すなわちその原則が維持されているかどうか、および新規加入の可否すなわち新住民が新たに権利者となれるかどうか、という二つの観点から慣習の現状を整理し、「現代の入会集団の団体法的特徴を把握したり、そこに適用される法的ルールを導いたりするための基本類型」<sup>12</sup>として四つの類型を提示している。以下にその図を引用する（高村・古積・山下編前掲書97頁）。



高村氏は、以上のような類型ごとに解決すべき課題を整理し法的な解決を模索する必要があるとし、その意味で、従来の入会権本質論から入会類型論への転換を主張する。

類型①は、伝統的な入会集団であり、離村失権の原則が維持されているため権利流出の問題は生じないが、「入会集団を構成する世帯数の減少が続き、権利への集团的統制という入会慣習も消滅していくと、入会財産は、

少数者による通常の共有と変わらぬものへと変化していく」、いわゆる入会権の解体・消滅の問題が争点となるとする<sup>13</sup>。

類型②の領域団体型は、離村失権の原則は維持されているが、「区域内の住民であれば権利者となれる団体」を意味する。制度的には、認可地縁団体に移行する場合であり、この場合には入会林野は新住民を含めた地域全体の領域財産として管理運営することが建前となる。このような「領域財産化」が進行する場合には、一方では、新住民の参加による共有林管理の持続性の向上を図りうる可能性があるが、他方では、認可地縁団体や財産区の場合を含めて、行政解釈の影響力の強まりや新住民の参加に伴う諸問題を検討する必要がある<sup>14</sup>。筆者として付言すれば、これは、従来から、法制度と実態との二重性として議論されてきた問題でもある<sup>15</sup>。

類型③の特定目的の社団型は、入会集団が、たとえば「山林管理のみを目的とする団体へと機能分化していき」「規約を備えて近代的な社団として組織運営されている団体」をいう<sup>16</sup>。この類型では、その団体において、(i) 団体としての組織をそなえ、(ii) 多数決の原則により団体の意思決定が行われ、(iii) 構成員の加入や脱退など変動にかかわらず団体自体が存続する、(iv) 代表の方法・総会の運営・財産の管理などの手続が確定しているなど、構成員から独立し近代的な社団としての要件を備えているかどうかが重要となる<sup>17</sup>。ただ、筆者としては、入会集団がいつどのような要件を備えることによって権利能力亡き社団に移行したかが問題であり、この点については、それを厳格に解釈するかどうか見解の分かれる問題であることを付言しておきたい<sup>18</sup>。

以上類型①②③は、基本的に入会集団による共同体的規制や入会集団そのものの弱体化さらには解体によって引き起こされた問題であることを確認しておく必要がある。ただ、類型④については、①②③とは異なる要素も関係しており、それが戦後の入会権論との関係でも重要であることから、項を改めて検討する。

### 第3節 多数共有型アンチ・commons問題とそれへの対応

類型④の権利流出型であるが、高村氏によれば、これは「入会権に持分的な観念が生じ、離村者もその権利を保持しつづけるため、強い権利が村外へ流出しつつある入会集団」であり、これは「従来の入会権論では想定されていなかった」類型である<sup>19</sup>。この類型は、とくに共有登記がなされている場合に多く見られる<sup>20</sup>。すなわち、入会林野の過少利用問題は、農山村におけるエネルギー革命、人口減少、木材価格の低迷などの要因が指摘されているが、それだけではなく、本来は登記できない（あるいは登記する必要のない）入会権が記名共有として変則的な形態で登記されていることが大きな影響を与えている。現代社会ではコミュニティの社会規範より国家法システムへの依存度が高まっていくが、入会権者においても「入会慣習より国家法システムである登記をより重視する傾向が強まると、登記に離村者の名義が残っている場合、離村者も権利を保持していると観念する傾向が強まる」<sup>21</sup>。この持分権が入会権ではなく共有の持分と観念されると、それが相続されさらに細分化されていく。そうして入会林野に離村者を含めた多数者の権利者がかかわることになり、それによって権利者の所在不明や連絡困難という状況が生じ入会林野の利用管理に必要な合意形成が事実上困難となり、その結果、入会林野の再利用や場合によっては災害復興にも支障が生じる事態となる。これを「多数当事者型アンチ・commons問題」という。ここでは、「離村者の相続人が極小さな持分しか有しない共同所有権しか持たないにもかかわらず、そのような権利者が膨大な人数になっていることが事実上、望ましい利用のための合意形成を断念させてしまっている構図」（「逆さまにもつれた権利の束」）が生じている<sup>22</sup>。

この多数当事者型アンチ・commons問題に対して、高村氏は、「権利の束論」に依拠し、離村者が入会権を有するか否かを論じるのではなく離村者が保持する権利の中身は具体的に何かを明らかにすることが重要であるとして、次のような解決策を提案する<sup>23</sup>。

- (a) 離村者が管理活動に関与し、登記名義を維持し、収益の分配を受ける慣行がある場合、それは、登記に表象される共同所有権ではなく、このような条件下で離村者に配分された権利となる。
- (b) 離村者の管理活動への関与が消滅し、音信不通となる場合や代替わりが生じて入会権の承継の承認を入会集団に求め得てこなかった場合、離村者の権利は消滅し、登記上の共有持分も放棄するという黙示の意思表示がなされたとみなす。

#### 第4節 なぜ入会権論か

1) さて、以上のような高村氏の問題提起を踏まえると、入会をめぐる現代的状況と入会権論の批判的分析の必要性は次のように整理できるとされる。

① 戦後の入会権論は公権力による入会権公有化政策に対して農民の入会利用を保障することや資本による入会地取引について生じる集団規制違反などの問題が実践的課題として、次章で検討する川島を典型として入会権私権論を展開してきた<sup>24</sup>。しかし、現代においては、多くの入会地においてその必要性和実体的利用が衰退したことによって、入会権の形骸化（収益利用の実態はないが権利は残っている状態）や入会の解体・分解が生じており、それにとまなう法律問題への対応が課題となっている。これは、現代において、川島の入会権論が前提としていた入会集団そのものの衰退と集団規制の弱体化が想定以上に進行していることを示している。

② ①の状況と裏腹に、従来は、入会権において入会地の使用収益や支配という実態が重要であり、それは登記なくして第三者にも対抗できるとされてきたが、入会の実態が衰退している状況では、入会実態を正確に反映してはいない変則的な登記である共有登記名義が構成員の意識に影響を及ぼすことによって持分権意識が強化され、そのような持分権が相続されることによりさらに権利の細分化が生じている。すなわち「多数共有型ア

ンチ・コモンズ問題」という状況への対応が課題となっている。これは、入会林野の利用価値や経済的価値が低下したことが問題の背景にあり、それ自体は法理論以前の問題であるともいえるが、法的レベルでは戦後の入会権論が進めた入会権の私権としての確立という方向では対応できない問題が発生しているということを示している。

2) 以上のような問題状況①②を共有した上で、いま入会ガバナンスの再構築を展望しようとする場合、我々は、何をどのように検討していくべきなのか。高村氏は、上記のような類型的把握によって整理される個々の問題に応じて適切な解決を取り組むという方向で検討されその成果が本書に現されているのであるが、筆者としては、その成果を高く評価しつつも、やや異なる観点から検討を進めたいと考える。

というのも、高村氏が提示しておられる多数共有型アンチ・コモンズ問題への対応は、離村者の権利を在村構成員の権利よりも弱い内容とする点、持分権の相続を認めない点、あるいは離村者が管理活動に参加せず権利も行使しない状態が継続した場合にその権利が消滅するという点など、総括的にいえば、<私権としての性格を強めた入会権をどのようにコントロールするか、またそのための法的根拠をどう考えるか>という問題であるといえよう。そうであるとすれば、この問題は、入会集団による統制が弱体化しつつもお入会権が解体・消滅していない段階においては、法解釈論的には入会集団の「慣習」に含まれている「共同体規制の内容」にその解決と根拠を求めざるを得ないのではないと思われる。高島氏が入会本質論とされる入会権論がこの問題に対応できないとすれば、それはなぜか、どこにその原因があるのか、さらにその対応を可能とするための理論的課題は何かを明らかにすることが必要ではないかと思われる。そのような問題関心から、本稿では、入会権論における<私権化の論理構造と共同体規制の性格>という視角から、戦後、私権としての入会権の確立に向けてその理論化を進めた川島武宜の入会権論を検討することとしたい。

なお、川島による独自の入会権論は戦後に形成されていくが、次章では、その特徴を明らかにするために、まず、我が国の入会権論の源流といえる中田薫の総有論と川島の総有論との関係を見ておくことにしたい。

## 第2章 『所有権法の理論』における総有論

### 第1節 入会権論の源流—中田薫の総有論

中田薫は、主に明治30年代から戦前にかけて活躍した日本法制史学者であり、我が国における近代的法制史学を確立した研究者として評価されている<sup>25</sup>。中田の研究領域は、歴史的には古代から近代に渡り、その対象も日本だけではなく、中国や西欧をも含む広範なものであるが、その中で、本稿が対象としている入会権については、主に近世の村における入会の法的把握について研究史上重要な問題提起を行っている<sup>26</sup>。

中田は、明治後期に、「村役人なる者が、村を代表して村方入会地を他へ質入する権原を有つて居たか如何」という入会訴訟に関する問題について裁判所から鑑定依頼を受けたことを契機に、このような「実際問題」を念頭に置きつつ、Otto von Gierkeの理論に依拠して入会＝総有論を構成した<sup>27</sup>。ここで留意すべき点は、中田による近世の入会に関する研究が、近代における法的問題すなわち近代的所有権に基づく土地制度を前提に村の入会地は誰の所有であるかという実践的問題への解答を我が国固有の歴史に求めるものであったということである。それゆえに、中田は、この問題を考える際に非常に困難な「前提問題」があるとした<sup>28</sup>。それは、徳川時代の村が土地所有権の主体としての法人格性を有するか否か、言い換えれば、そもそも近代的な法人格性を有しない徳川時代の村が入会権の主体たりうるかという問題であり、それへの解答として中田は総有論を展開したのである<sup>29</sup>。それは次のような内容である。

中田によれば、「徳川時代の村は一つの独立した人格者である。」しかし、  
(龍法 '25) 58-2, 86 (482)

この人格はローマ法的な擬制人ではなくゲルマン法的「実在的総合人」である。この実在的総合人が土地所有権の主体である場合を「総有」という共同所有の一形態として把握する。したがって、村持林野のような入会地を総有する主体は村であり、その構成員である村民（主に高持百姓）は「支分権」を有する<sup>30</sup>。ではその「実在的総合人」としての村とはどのようなものか。

中田によれば、徳川時代の村は擬制的なものではなく「実在」である。それは、「各村民に対して或る程度の独立性を有する単一体」であるが、「各村民の人格と全然分離独立した抽象的人格ではなく、各人格によって組成された「総合人」であり、そこでは団体の単一性と構成員の複多性は統一されている（未分化である）。したがって、徳川時代の村は近代的な意味での法人格性を有するわけではないが、徳川時代の村は取引など様々の場面で権利の主体として承認されており、実在的総合人として権利主体性を有していたといえる。このような実在的総合人としての村が村持林野を所有しその構成員たる村民がその林野を使用収益していたのであり、中田は、このような土地所有関係を総有と構成したのである<sup>31</sup>。すなわち、中田においては、実在的総合人が主体となっている土地所有が総有なのである。

以上のような中田の実在的総合人という概念は、上に述べた中田の問題設定の性格を反映しており、徳川時代の村の歴史的事態を把握する概念というだけではなく、近代的法人格を有しない近世の村の権利主体性とそれを前提とする村の土地私有権を論証するための法概念という性格を有するものであった。また、中田が、実在的総合人という構成を利用して近世の村による土地私有権を論証しようとした背景には、明治後期、欧米列強による帝国主義的な世界覇権が進行する状況において、アジアの後進資本主義国の一つであった日本にとって「富国強兵」とくに「国民経済の発展」こそが重要であり、そのためにはその経済的近代化の制度的基礎として土

地私有権の確立が喫緊の課題であるという中田の問題意識があったのである<sup>32</sup>。周知のように、中田は、最終的には明治22年の町村制によって村持林野が公有化されたことを認めており<sup>33</sup>、これが土地私有権の確立という中田の基本的方向性からみて疑問のある点となるが、この問題は中田の自治団体論や方法論とも関係することから改めて論じることにし、とりあえず、ここでは、中田が、「実在的総合人」による「総有」という構成によって、近世の入会を近代的所有権に基づく土地制度の土俵に組み込もうとしたことを確認し、これが川島にどう引き継がれさらに再編されていったかを検討する。

## 第2節 『所有権法の理論』における総有論

川島武宜の入会権論は主に戦後に形成されるが<sup>34</sup>、それ以前はどう考えていたのか。川島は、その主著の一つである『所有権法の理論』の第4章において「共同所有形態」の一つとして「総有」について記述している。この著作は戦後1949年に出版されているが、執筆されたのは戦時中である。そこでの総有概念は、上記の中田の研究を引用しつつも、中田以上に団体の独自性に比重を置いている。

すなわち、「総有とは、ゲノッセンシャフト的団体の内部法秩序により、団体とその構成員とに共同に属するところの団体の法的所有である。総有においては、団体員（たとえば部落民）が団体員としての地位に基づいてみずから物的支配（利用）をなし得るとともに、同時にそれは、またその団体が団体としての物的支配をなし得ることの反射なのである。」<sup>35</sup>として、川島は、構成員の土地利用は団体による土地支配の反射にすぎないと理解している。より具体的に言えば、「そこでは団体はそれ自体としての独立的存在であり、一人一人の団体員の交替にもかかわらず団体そのものは同一性を保持しており、団体員の物的支配は、団体員としての彼の団体の法的地位に基づいて、この独自の存在者たる団体の支配への参与である。した

がって、団体員は「持分」を有しない。」(傍点原文。なお、以下の引用文における傍点も、すべて川島自身によるものである)<sup>36</sup>。

このような総有の説明において、川島も中田の実在的総合人における団体の単一性と構成員の複多性との統合(未分化)という捉え方を引き継いでいるのであるが、中田よりも団体の独立性が強調されており、より社団に近いものとして理解されていると思われる。そして、団体と構成員との関係においては、総有の権利主体はあくまで団体自体であって、構成員は「持分」を有しないと構成されているのである。それ故、構成員の土地利用は団体を主体とする土地支配の「反射」なのである。

### 第3章 戦後における川島・入会権論の形成

本章では、戦後における川島の入会権論の形成を、入会権の法的構成の前提となっている村落共同体論すなわちゲルマン的共同体論に遡って検討する。

#### 第1節 利用形態の多様化と入会権論の管理権化

1) 川島は、戦時中に疎開先での生活において現地の入会慣習や村の共同体的関係に出会ったことがあり、これが後の入会権論の形成において実際の経験として繋がっていったと述べているが<sup>37</sup>、具体的な理論形成が行われたのは、1950年代に行われた入会にかかわるいくつかの調査研究であった。とくに1954年からはじまった農林省による「草地資源調査会」に参加し、その中で「入会慣行等草地利用の実態を究明する」ことを目的に「牧野の社会経済学研究」という名称の、農政学・農業史・法社会学の共同研究プロジェクトに法社会学部門の主任としてかかわったことが、川島が独自の入会権論を考える契機となった<sup>38</sup>。この「法社会学班の仕事は、1945-55年に行われた長野県北山村の牧野入会の研究からはじまった。こ

の研究は、入会に関するわれわれの最初のものであったにもかかわらず、予想外の成果をおさめ、その後のわれわれの入会研究の基礎となった」<sup>39</sup>と川島は述べ、さらに「特に現地調査の最終日には、従来の民法教科書等には全く書かれたことのない諸種の利用形態やその変化などについて議論を交わしているうちに、「それらの利用形態の出現ないし存在は入会権の不<sup>レ</sup>存在ないし消滅を意味するのではなく、むしろ入会権の現象形態として動的に把握すべきもの」という試論を提示し、その後検討すべき最大の宿題としたことは、私の入会研究の過程での最も印象的なできごととして、永く私の記憶にのこることになった。」<sup>40</sup>と記している。

この法社会学的調査研究の成果は、「入会慣習法の実態」（近藤・古島・川島『牧野の社会経済学的研究』農政研究資料・牧野総合第3号〔1958年〕）として公刊された<sup>41</sup>。そこでは入会慣習の実態が多面的に分析されているが、ここでは川島による入会利用形態の多様化を踏まえた入会権の動態的把握について検討する。

この利用形態の多様化とは、言うまでもなく、いわゆる入会稼＝古典的共同利用という総手的利用形態のほかに、「より個人主義的な利用の形態」が展開されていることをいう<sup>42</sup>。具体的には、①「客体たる土地・水面を分割し各区画ごとに権利主体たる部落構成員の個別的利用を許すもの」を分割利用、②「客体の利用は入会主体たる個々の構成員の手から奪われ（留山）、もっぱら入会集団の統一的な経営に専属する」ものを直轄利用、③「入会集団は入会地の現実の利用行為に直接に関与することはなく、契約によって利用権を獲得した者に客体の利用を与える形態」を契約利用と類型化したうえで、①分割利用においては、利用客体が個別に分割されることに対応して、「利用内容も原則的には個別利用者の決定にゆだねられており、入会集団の規制は割替とか権利の期間等その他の随伴的条件に限定」され、集団規制は次第に無力化していく。②直轄利用においては、利用主体・利用客体・利用内容とも入会集団それ自体であり、構成員（龍法 '25）58-2, 90（486）

に対する賦役労働の徴発など、集団の規制力は強力であるが、そのことは逆に、構成員の権利内容を「貨幣形態もしくは貨幣をとおして得られる他の利益（学校や消防等の共同施設）への参加、集団に対する貨幣的負担（税金等）の軽減、に転化」させることになる。さらに③契約利用においては、利用主体は「近代法上の契約関係の当事者」であり、利用客体も利用内容も契約関係によって規定され、この「契約内容への集団規制は一般に軽微である。」このように、伝統的な「入会稼を主とした入会集団の総有権は、現実には広汎に解体しており、そのもっとも極端な形態においては単なる地代の分配関係に到達しているのである。」と川島は総括している<sup>43</sup>。

2) 以上のような入会慣習の実態に関する認識から、川島は、直轄利用・分割利用・契約利用という「これらの形態は古典的な入会権が個人主義的な権利へと解体する過程における現象形態として理解する」<sup>44</sup> という観点から、新たな入会権論を展開していく。

川島は、実態としての利用形態の個別化を踏まえて、入会権の内容は「動的に把握」される必要があるという立場から、入会権の内容を入会稼に限定し、このような収益行為がなされなくなった場合に入会権は消滅するという解釈は「重大な誤解」であるという。すなわち、入会稼が重要な収益行為であることは事実であるが、すでに徳川時代から直轄利用による造林や分割利用が行われてきたことは、「それらの行為によって入会権は消滅したのではなくて、入会権者は自らの決定で一つの利用形態から他の利用形態に変化させることによってまさに入会権を行使してきたのである。そのような慣習は、明治以後の経済的社会的変化の中で徐々に内容を変化させ、またそれらの諸形態の重要性をも変化させながら、基本的には存続してきて、今日に至っているのであって、この点を無視して、入会稼が消滅したからとて軽率に入会権の消滅を認定するがごときは、入会権については「各地方ノ慣習ニ従フ」という民法の規定に反し、また私有財産

の保障を規定する憲法の規定（第29条）にも違反するのである。』<sup>45</sup>と指摘し、さらに川島は、入会利用の形態が多様化している現実を踏まえて、そのような入会権が私権としての法的保障の対象となるという立場から、次のような理論化を行う。

曰く、「入会権が、その収益形態を変化させつつ、しかも同一性を保ちつつ存続するということは、入会権の利用権能が固定したものでなくて、入会権にはその利用権能を停止したり変化したりする権能すなわち管理権能が存在する、ということにはかならない。』<sup>46</sup>すなわち、川島は、入会権による利用形態が多様であり、法的にはこれが承認される必要があることから、入会権の内容には、従来のような収益権能だけではなく管理権能が含まれているというのである。これは、入会権による土地利用の形態が変化可能であり、かつその多様な形態を入会権の行使として捉えるのであるから、それを可能とする「管理権能」こそが入会権の本体であることを意味している。川島において、入会権は土地の単なる利用権ではなく管理権なのであり、この管理権に基づいて多様な利用形態が生じると理解されているのである。

## 第2節 法源としての「慣習」の意味

以上のような入会権における管理権能を本体として利用形態の多様化が生じているという法社会学的認識に立って、川島は、法解釈論としても、民法264条と民法294条における「慣習」について、次のような見解を提示する。

川島は、「民法の規定は、特定の地盤に対する入会権についての慣習が存在することが、入会権の前提条件となることを定めている」という見解に対して、そのような見解によれば、村落共同体が契約によって土地を購入して共同で利用（入会稼や造林など）する場合に、入会権の成立を否定することになってしまうと批判する。このような場合、「その実質的な内

容は、その主体の総手的性格の一側面にほかならないのであるから一種の入会的利用であると言うべきである。このような現象が生ずるのは、その主体たる村落共同体が慣行上仲間的共同体たる性格・構造を持ってきたという事実にもとづいているのである。それゆえ、民法が入会権の法源として承認しているところの「慣習」は、特定の土地についての入会の慣行の存在を内容とするものであることを要せず、入会主体—すなわち総有的法律関係の主体—としての適格を有する総手的地域共同体の存在を内容とするものであれば足る<sup>47</sup>。すなわち、川島は、民法にいう「慣習」とは、具体的な土地に関する現実的な収益行為の存在を意味するものではなく、入会主体たる「総手的地域共同体の存在」、より正確に言えば、総手的地域共同体による入会地の管理が存在していることを意味するというのである。このように、川島は、入会権は客体に対する管理権能を有するものという観点から、法解釈論としても民法における「慣習」＝＜管理主体としての総手的地域共同体の存在＞とすることによって、直轄利用・分割利用・契約利用という多様な利用形態を入会権の射程に組み込んでいるのである。

しかし、さらに重要なことは、川島が「総有的法律関係の主体」＝「総手的地域共同体」としていることの意味である。川島は、この総手的地域共同体という表現をしばしば用いており、これは入会集団を意味しているのであるが、これをとくに「総手的」(gesamthand)としているのはなぜか。これは土地の共同所有の一形態である「総有」の理解にかかわる問題であり、次にこの点を検討する。

### 第3節 ゲルマン的共同体論と総有論の転換

1) 前章でも分析したように、『所有権法の理論』において、川島は、団体の単一性と構成員の複多性の統一(未分化)という構造を有する「実在的総合人」が主体となる土地の共同所有を「総有」と規定し、総有の主

体を実在的総合人たる団体であると理解している点では中田と共通していたが、中田以上に構成員に対する団体の独自性を重視していた。しかし、戦後の川島は、このような総有の理解を大きく転換させている。その学問的背景には、戦時中の疎開先で大塚久雄や飯塚浩二らとの学問的交流が日常的に行われていたことがあり、川島自身、非常に大きな学問的影響を受けたと述べている<sup>48</sup>。そして、戦後、川島が、大塚の『共同体の基礎理論』で展開された「ゲルマ的共同体論」を日本の入会を理解するための手がかりを与えるものとして、その共同体の土地占取における団体と構成員との関係を法社会学的観点から分析した研究が、大塚久雄の還暦記念論集（1968年）に掲載された「[ゲルマン的共同体]における「形式的平等性」の原理について—特にわが国の入会権との関連に焦点を置いて—」である。

2) この論文において、川島は、大塚のゲルマン的共同体論次のように評価している。

すなわち、大塚は、「資本制経済の発生と発展の歴史にとって一つのキイ・ポイントとなるものとして「共同体」*Gemeinde*の問題をとりあげ、とりわけ西ヨーロッパの封建制したがって資本制経済の成立にとって決定的な意味をもつものとしての「ゲルマン的共同体」について」理論的研究を提示した<sup>49</sup>。このように、川島は、大塚の共同体論において、ゲルマン的共同体自体は封建的共同体であるが、それは西ヨーロッパにおける封建制から資本制経済への移行において「決定的な意味」を持つものとして位置づけられていることを指摘する。すなわち、この共同体論における大塚の「理論の力点の一つ」は、「[ゲルマン的共同体]における「形式的平等性」の原理の存在」であり、これはヴェーバーの理論に依拠するものであるが、「この理論に、ゲルマン的共同体についての本質的な重要性を認め且つそこから出発して、資本制経済の成立の歴史的前提条件としての意義を認めた」のは大塚の創見であった<sup>50</sup>。

大塚は、封建的共同体（ゲルマン的共同体）における農民の私的経営の  
(龍法 '25) 58-2, 94 (490)

成長による生産力の増大が共同体を内部から解体し資本制経済が成立するという歴史展開を構想し、その共同体論に基づいて日本社会の近代化・民主化を展望していたが、以上の引用に見られるように、川島は、このような大塚共同体論の基本的枠組を高く評価し共有していたと思われる<sup>51</sup>。したがって、彼にとっても、ゲルマン的共同体における形式的平等性は、封建的共同体をその内部から解体させ資本制経済を成立させる動因である農業生産力の展開とそれによる日本社会の近代化および民主化にかかわる問題であった。その上で、川島は、このゲルマン的共同体論を日本の入会権の理解に接続する。すなわち「村落共同体の形式的平等性は…(中略)…入会権の法律問題を理解する上で、適切な鍵を提供している。」<sup>52</sup>として、この形式的平等性として現れる社会関係を法社会学的観点からその形態的側面を分析し総有の理解を転換させるのである。

3) まず川島は、大塚が依拠するマックス・ウェーバーのAppropriationの概念について、それは「財産的支配を及ぼす」という意味であり、大塚はこれを「占取」と訳している。しかし、ウェーバーの概念は「単に事実上の支配」という意味だけではなく、「[「規範関係」と呼ばれる一定の社会的行為] (たとえば権利とは一定の利益の独占が正当なものとして承認される社会関係を反映する概念である)をも意味するものであることからAppropriationをそのまま使用することを確認する<sup>53</sup>。その上で、ゲルマン的共同体における「[「権利」の現実的な社会関係の構造—すなわち、ゲルマン的共同体における・形式的に平等な権利における共同体と構成員との関係]」<sup>54</sup>について次のように説明する。

すなわち、ゲルマン人は、集团的に土地をappropriirenした。「しかし、「ゲルマン的」共同体においては、その構成員は、いわゆるGenosse (仲間)として、相互に独立した私的経営の主体であった。このことにもとづいて—或いは、対応して—、土地に対する彼らのAppropriationは、彼らによる私的—すなわち、個別的な—ものであった。このことが最も明瞭

にあらわれるのは、農耕地たるGewanneにおける彼らの配分地についてであった。それは、明確に個別的な—共同体構成員たる各家族集団の代表者に焦点をおくなら、「個人的」ということばを使ってもよいであろう—権利であった。<sup>55</sup>つまり、農耕における最も重要な生産手段である農耕地については、共同体構成員が相互に独立した私的経営体であることに対応して、配分地に対する私的かつ個別的な権利を有していた。

4) 問題は、共同地Allmendeに対する権利である。Allmendeは経済的機能からみれば、「狩猟地・草地・伐採用地等としての特定の用途において生産手段たるためには、分割されてはならない土地であった。それゆえ、それらの土地は共同体の共同の—分割されない—土地であったのであるが、それにもかかわらず、それらの土地に対する共同体構成員の権利は、私的ないし個別的な「持分」であった。<sup>56</sup>すなわち、川島によれば、共同地は生産手段として機能的には分割できない土地であるが、それにもかかわらず、その土地に対する権利は構成員の個別的持分権であったという。その意味は、こうである。少し長いが引用する。

「共同地に対する構成員の権利は、構成員全員を通ずる—「共同体規制」—に服するとはいえ、各構成員の個別的生産労働による生産物の個別的取得を保障するものであった。このようなAppropriationの形態が「私有財産」・私的権利と呼ばれるのである。このことは、共同体構成員家族集団の農耕における「私的な」—すなわち、個別的且つ独立の—経営、したがってその権利的表現形態としての生産手段の私有（特に耕地に対する私的所有）を前提し、それに立脚するものであった。その意味で、Appropriationは経済的また社会的には耕地に対する私的権利に従属し、また法—「権利秩序」という意味での—的には、私的な権利であった。そうして、共同体がappropriierenする土地=生産手段は、これらの形態において、のこるくまなく「私有」されていた、とすることができる。」<sup>57</sup>

つまり、川島によれば、共同地に関する各構成員の権利は、共同体内に

おける独立した私的経営の成長によって、本体的生産手段である農耕地が分割され配分地として個別的権利の対象となり、それに従属した補完的生産手段である共同地についても、分割されず共同体規制に服しながらも、構成員の権利は個別的持分として承認されていたというのである。

5) では一方で、「共同体の権利」つまり共同地に対する共同体のAppropriationはどのように捉えられるのか。この点について、川島は、マルクスを引用して次のようにのべている。すなわち「〔ゲルマン的〕共同体が現実的存在となるためには、自由な土地所有者は集會をもたねばならない。…〔彼らにあっては〕個々人の所有が共同体によって媒介されて現れるのではなくて、共同体の存在および共同体の所有の存在が〔個々人によって〕媒介されたものとして—すなわち、独立の諸主体間の関係として—一現れるのである。」「だから、少なくとも共同体の内部に関するかぎり、個々の構成員の私的権利ないしその集會のほか、に、「独立のものとしての共同体」の権利を観念する余地も必要もない。ただ、それらの構成員は、共同体構成員であるがゆえに相互に拘束されており、その相互拘束が、ドイツの法学者のいわゆる“gesamthand”の関係である。したがって、このように解するかぎり、共同地に対する権利関係においては、ギールケのいわゆるVielheit（多数構成員の権利）は存在するが、それとは別のものとしてのEinheit（共同体そのものの権利）は存在しない、と言うべきことになる。」<sup>58</sup>。ただ、共同体の外部に対する関係において、共同地が「敵対的な種族に対向して擁護される場合には、単にそのかぎりでのみ、〔共同体〕の財産として観念されたにすぎない。」<sup>59</sup>のである。

こうしてみると、戦後における川島の「実在的総合人」したがって「総有」に関する理解は、先に見た『所有権法の理論』におけるものとは大きく転換されていることが分かる。すなわち『所有権法の理論』においては、実在的総合人という団体は構成員に対する独立性を有するものとされ、その単一性（Einheit）に注目して団体自体が総有の主体として把握される

反面、構成員は「持分」を有しないとされていた。しかし、戦後の川島は、逆に、実在的総合人の多数性（Vielheit）の面を重視して、共同地も構成員の「持分」のかたちで残るくまなく私有されていたと構成している。この意味で、川島の総有論は、実在的総合人が土地所有の主体であるという点では一貫しつつも、その実在的総合人の内容は団体の単一性を重視する構成から構成員の多数性を重視する構成＝＜多数構成員の権利の集合＞へと180度転換しているのである。その結果、入会権は村落共同体（入会集団）構成員の私的個別的権利として、きわめて個人主義的な構成を与えられたのである<sup>60</sup>。川島が、しばしば「総手的共同体」としているのは、このようなく共同体規制によって統合される個別的持分の集合＞という共同体の構造を意味しているのであり、それ故、そのような構造を有するゲルマン的共同体においては、共同地に対する個別化された私的持分権が「個別的生産労働による生産物の個別的取得」（「私有財産」）を保障しかつ実現していたのである。

6) 川島においては、このような総有の構成を採用する以上、村落共同体構成員の入会権やその権利内容に変更が及ぶ場合は当然に権利者の同意が必要となる。これには、入会地の処分はもとより利用方法の変更や管理方法の変更も含まれることになり、広汎な事項について全員一致が必要となる。川島は、これを「徳川時代以来の慣習である」<sup>61</sup>とも述べているが、この意思決定における全員一致制は、それが近世以来の慣習であるというだけではなく、「入会集団の構造的特質の一つのあらわれ」<sup>62</sup>すなわち総有の個人主義的把握から当然のこととして理論的に導かれるものといえる。そして、戦後の新憲法においては、行政庁に対する司法権の優位が確立され、私有財産権の保障が明確化されたことにより、構成員各自の私的財産権の性格を有する入会権は憲法的保障の対象となるとされるのである<sup>63</sup>。

このように、戦後の川島においては、大塚のゲルマン的共同体論に依拠し総有論の転換を図ることによって入会権を構成員の私的財産権とする構

成が確立されていくのであるが、その川島においても、このような「共同体に対する構成員の権利は、構成員全員を通ずる―「共同体規制」―に服する」<sup>64</sup>ことは当然のことであり、入会地の利用や管理の方法また入会集団構成員としての資格の取得や喪失も含めて基本的には構成員の総寄合によって決められていたはずである。そこで次に、川島が、この「共同体規制」をどのように捉えていたのかという点を、とくに構成員資格の得喪に関わる「離村失権」の問題について確認にしておこう。

#### 第4節 「共同体規制」と離村失権の原則

1) 川島は、「共同体規制」について直接詳細に論じていないが、入会の管理機関を論じる前提として「入会山の管理」について次のように述べている<sup>65</sup>。

すなわち、村落構成員が入会林野を継続的に利用して行くには様々の「管理事務」が必要であるとして、以下のような事項をあげている。

- ① 利用の仕方に関するもの：入会稼の始期・終期の定め、分割利用の時期・手段・区域等の定め、入会山維持のための構成員の労働義務等。
- ② 利用の客体に関するもの：入会山の権利確保措置（登記など）、入会山の賃貸や地代取、入会山の取得・処分・改良・妨害排除
- ③ 利用の主体に関するもの：管理機関の運営・記録・会計、対外的交渉、構成員資格の得喪・移転の決定・承認
- ④ 構成員権利者の義務違反や外部者の侵入への対応

川島は、「これらの管理行為を行う権限は、総有団体としての入会集団に属するものとされ、したがって、基本的には一本来は一個々の構成員権利者はすべて平等の資格を以てこれらの管理行為を共同して行う権利および義務を保有するものとされ、手続上は、これらの行為を全構成員の総寄合における討議と評決をとおして行うのが、本来の原則である」<sup>66</sup>という。

すなわち、上に見た共同体規制の内容となっている管理行為とその実施は、つまるところ入会集団である村落共同体における合意形成とそれに基づく統制力に依存しているということである。したがって、入会集団の組織統制力が弱体化すれば、当然、そこにおける共同体規制の在り方も変化することになろう。

2) この点を、一例として、共同体規制の内容として重要な構成員資格の得喪にかかわる離村失権の原則について確認してみよう。

川島によれば、構成員権利者の入会山に対する権利は、「入会山の所有主体（総有的所有の主体）たる団体—入会団体、通常はいわゆる「部落」—の構成員たることに基づいて発生する。そうして、その構成員資格は、その団体の所在地域に居住し、その団体によって定められた一定義務を忠実に遂行することにより、獲得され、且つそのことにより維持される。」<sup>67</sup>この資格要件は、入会の様々の利用形態でも共通に貫徹している。このように、「構成員権利者の資格は、当該地域共同体の地区における居住を最重要な要件とするのであるから、構成員がその入会集団の地域の外に転出したときは構成員資格を喪失し、従って入会山に対する権利は当然に消滅する（すなわち、転出者は、無償で権利を放棄する結果になる）、とされるのが一般的原則である」<sup>68</sup>。

これが、離村失権の原則と言われるものであるが、川島は、この慣習が変化しつつあることも認めている。いわく、この原則は、古典的共同利用形態にとっては合理的であるが、団体直轄利用や個人分割利用では異なる。たとえば、「無償労働の提供により造成された直轄林に対する構成員権利者の個人的権利の意識が発生し、また、個人分割利用における利用権の個人的性質が強化されるにしたがい、右の一般原則が動揺する傾向が見られる。そのような事情の下では、転出者の権利の当然消滅は変容され、転出者にも若干の代金配分請求権を認めたり、また他の権利者（或いは非権利者）への権利者資格の有償譲渡という現象を惹起したりしている。」<sup>69</sup>、ま  
(龍法 '25) 58-2, 100 (496)

た「入会権者が他に転出した場合における入会権につき何らかの補償を受ける権利があるとする慣習は少なくなく、また入会地もしくは入会地の産物等を販売した場合にその代金を分配することを承認する入会集団ははなはだ多い」<sup>70</sup>と指摘しているように、入会地の利用形態が変化することによって、離村失権の原則は慣習としても変化しつつあるというのである。ただ、ここで留意する必要があるのは、そのような慣習の変化から見ても「入会権者の有する権利を「持分」として概念構成しないことが不当であることは、明らかである。」<sup>71</sup>と述べているように、川島が、離村失権の弛緩を入会集団構成員の持分権化を示す必然的な現象として理解している点である。つまり、川島は、離村失権に象徴される「共同体規制」が弛緩していく現状を、共同体構成員の＜入会権の私的財産権化＞が近世から封建遺制として引き継がれてきた共同体規制を解体させる現象として、すなわち、離村失権の弛緩を否定的な現象としてではなく、むしろ歴史的に必然の現象として捉えているのである<sup>72</sup>。言い換えれば、川島において、「共同体規制」やその基礎にある村落共同体の機能は、歴史的に解体消滅されるものとして消極的に把握されているのであり、その機能を積極的に評価するという観点は希薄なのである。

## むすびに代えて—川島・入会権論の意義と射程

1) 以上、川島・入会権論の構造についてみてきたが、最後に、川島・入会権論の意義と射程について若干の検討をしておきたい。

まず川島・入会権論の歴史的な意義をどう評価するかという点については、なお詳しい検討を要するが、現時点では次のように考える。すなわち、川島は、戦後日本社会の復興と民主化を展望しつつ、農地改革によって農業の重要な生産手段である農地がその生産を担う農民の所有となったことを受けて、その農地を補完する生産手段である入会地に関する農民の利用を

保障するべく、大塚久雄のゲルマン的共同体論をベースに実在的総合人による「総有」の概念を個人主義的な構成に転換させることによって入会権を農民の私的権利として確立しようとした。このような入会権と農地所有権の保障を条件として、農民による農業生産力の展開が村落における封建的＝経済外的強制としての共同体規制をその内部から解体していくのであり、そこに日本社会の近代化と民主化の可能性を見ていたと思われる。このような展望に立って、農業を担う農民の入会地利用を確保し、その生産と生活を保障しようとした点で、川島・入会権論は大きな歴史意義を有したと考える。

次に、現代における入会ガバナンスの再構築という課題を念頭に置いて見た場合、構成員の私的財産権として入会権を把握する川島の理論は、見方によっては、第1章で見たアンチ・コモンズ問題を促進した要因の一つであるともいえるが、筆者としては、現代においても基本的には妥当性を有すると考える。その理由は、一つには、歴史的に見れば、入会地の利用は構成員による入会地の維持管理労働によって維持され継続されてきたものであり、とくに造林などによる分割利用の場合には各構成員に割り当てられた土地に対して個別に労働力が投下されていることから、そのような労働によって形成された価値を権利として保障することは財産法の原則として承認されるべきだということである。また農山村においては、現在もまた今後においても、入会地や農地は（その再編も含めて）林業や農業という基盤産業の生産手段であり続けると想定されることから、その生産手段としての土地利用を生産の担い手の私的権利として保障することも必要であると考えられる。さらに入会地の利用を新たに見直しあるいは再編しようとする際にも、入会権が解体の先に消滅した場合は近代的私権として、そうでない段階においても、その権利を尊重し保障することを前提としなければ新たな合意を形成することがむずかしいのではないかということもその理由である。

2) しかしながら、私権としての入会権の前提であり、それらをコントロールする「共同体規制」やその基礎にある村落共同体に関する川島の理解については、検討を要する課題がある。川島は、大塚共同体論に依拠しつつ、村落共同体をその生産基盤である土地のAppropriationの観点から〈生産のための共同体〉として把握し、「共同体規制」は「封建遺制」として、私的経営の展開によって解体されるものとして理解していたが、このような川島の理解には二つの問題があると思われる。一つは、入会団体による「共同体規制」を「封建遺制」として、歴史的には解体されていくものとして把握するという捉え方の問題であり、もう一つは、村落共同体を農業の生産手段である土地のAppropriationの観点から〈生産共同体〉として把握するという問題である。

まず、「共同体規制」の理解についていえば、本論で見たように、川島も、村落構成員が継続的に入会地を利用していくために必要な管理行為として土地防衛機能、水利施設など共同利用施設の維持機能、あるいは構成員の利用ルール違反行為の取り締まりなどをあげ、この管理行為を行う権限が入会団体にあり、それは構成員の総寄合（全員一致制）に基づくものとしているが、問題は、そのような入会団体による管理行為、言い換えれば、村落共同体による共同労働の意味をどう見るかという点にある。川島は、離村失権の弛緩という現象に私的経営の成長による構成員の持分権化を見ていたように、歴史的には封建遺制として解体されていくものを見ていたが、村落共同体の共同労働は私的経営や私的持分権を実現するための前提条件でもあったのであり、そうであるからこそ共同体は構成員の私的持分権に対して規制力を及ぼすことができたのではないだろうか。川島は、私的経営の展開を重視する反面、このような私的持分権に対する共同体規制（そこにおける共同労働）のもつ前提性と農業生産における積極の意味を適切に位置づけることができなかつたのではないかと考える。

またわが国の近世村落における共同体規制は、入会地の持続的利用を可

能とするため、利用期間や利用方法に関する規制あるいは入会地の整備・管理義務などを定め、かつ構成員の義務違反を抑制することによって地域資源を維持管理していた。このような共同体の地域資源保全機能は、川島の「共同体規制」には入会地の「管理事務」として例示されるにとどまり、共同体の積極的機能としては把握されていない。さらに近世の村落共同体は、村落全体の農業生産力を維持保全するために入会地のみならず村内の土地について村外への流出を抑止する機能を有していたことも同様である<sup>73</sup>。「共同体規制」という川島の用語にすでに解体されるべきものというニュアンスが含まれているようにも感じられるが、農業生産における村落共同体の積極的な機能を改めて評価することは、歴史認識の問題としてだけでなく、新たな入会権論の構想するためにも重要ではないかと思われる。

次に、村落共同体の捉え方の問題である。川島は、大塚共同体論に依拠し、生産力の展開を重視する視点から村落共同体を農業生産共同体として把握していた。たしかに村落共同体において農業生産はその基盤をなすものでありその重要性は言うまでもないが、村落共同体は、農業生産共同体という側面だけでなく、地域における生活共同体として多様な機能を有していた。たとえば、近世の村落共同体は、教育・医療・文化さらに社会的弱者保護など多様な機能を有しており、また近代以降このような村落共同体は生産共同体から地域生活共同体としての機能に比重が移行してきたことが指摘されている<sup>74</sup>。改めてこのような地域生活共同体という面から見れば、耕地や入会地を含めて村内の土地は、農業生産手段という面だけではなく生活上の安全性の確保や地域環境の構成要素としての側面も持っており、村落共同体がそれらをトータルで管理する機能を有していたことも、現代的視点から評価する必要があると考える。

3) 以上のように、村落共同体は、共同労働によって生産基盤を形成する機能や地域資源の保全管理機能、さらには地域における生活共同体とし

ての機能などの多様な機能を有していたが、川島・入会権論の基礎にある村落共同体把握は生産手段としての土地を基盤とする生産共同体的関係に限定されている。しかし、現代において、農林業の不振や人口流出と高齢化による集落の限界化や消滅が進みそれが地域資源管理の問題を深刻化させる一方で、若者の農山村への移住や住民と自治体による様々な地域作りに向けた取り組みも行われている。このような状況を念頭に置いて、我々が、地域資源に関する自治的管理制度として入会ガバナンスの再構築を展望し、その課題に対応できる入会権論を構想しようとするのであれば、その基礎に置くべき地域共同体把握の射程を生産共同体としての側面に限定するのではなく、それを含めた生活共同体としての側面にまで広げる必要があるのではないと思われる。もちろん、近世やそれを引き継いだ近代の村落共同体に関する議論が現代の問題解決に直ちに繋がるものではない。そのためには、近世の村落共同体が有した生産と生活にかかわる多様な機能と、それが歴史的展開のなかで変化しつつも維持・形成されてきた地域的共同性の実態を明らかにする必要があるが、そのような分析を経て明らかにされる現代における地域的共同性の内実とさらにその限界を越える社会的公共性を踏まえて、川島が提示した私権としての入会権さらには土地所有権そのものを新しい地域的共同性と社会的公共性のなかに埋め込む方向で法理論を構想する必要があるといえよう。筆者としては、この現代における地域的共同性と公共性の中に入会ガバナンス再構築とそれに対応する法理論の可能性を探りたいと考える。これを今後の課題として、ひとまず本稿を閉じることにしたい。

---

1 本研究はJSPS科研費 JP19K12452による共同研究である。

2 入会という概念がすでに一定の社会関係を含んでいることからすれば、入会ガバナンスとは重複した表現ともいえる。正確には、「入会によるガバナンス」あるいは入会地とされてきた林野等に関する自治的管理制度とでも表記すべきであるが、ここではそのような意味で便宜的に「入会ガバナンス」と表記している。

- 3 川島武宣「最近における入会紛争の特質」〔1972年〕（『川島武宣著作集第8巻』）212頁。なお、以下でも、川島の著作について、著作集に掲載されているものはそのページ数で引用する。
- 4 川島武宣「入会権の基礎理論」〔1968年〕（前掲書）64頁。
- 5 この点については、川島「入会権の基礎理論」（前掲書）87頁を参照。
- 6 川島「入会権の基礎理論」（前掲書）65～66頁。
- 7 高村・古積・山下編『入会林野と所有者不明土地問題』（2023年）17頁。以下では、高村他・前掲書として引用する。
- 8 高村他・前掲書17頁。
- 9 高村他・前掲書91頁。
- 10 高村他・前掲書17頁。ここで高村氏が入会権本質論として引用している川島武宣と中尾英俊についてそれぞれの見解を確認しておきたい。

まず、意思決定における全員一致制について、川島は、実在的総合人である入会集団は多数構成員の集合それ自体にはかならないという理解に立って、入会集団の内部関係について、次のように述べている。「団体としての入会集団は多数者構成員の相互関係にはかならず、その相互関係は彼らの集会（多くの土地で「よりあい」と呼ばれる）において一つの現実的外形をとるのであり、そうしてその集会は、独立・平等な仲間的構成員全員の一致によって決定を行うのを原則とする。」、もちろん入会財産の管理については、入会集団の構成員から管理者に委託される場合がある（川島「入会権の基礎理論」71頁）が、入会地の「管理および処分—特に、処分のみならず、入会権者の利用権能に変更を及ぼすような管理については、入会権者の総員の同意を要する、というのが徳川時代以来の慣習である」（同72頁）と述べている。また中尾も、「入会地を第三者に売却する場合（これを入会地の処分という）、あるいは土地所有者の要求に応じて入会権を放棄する場合には、入会権者（入会集団構成員）全員の同意が必要です。」（中尾英俊『入会林野の法律問題[新装版]』（1993年）324頁）と述べており、両者ともに入会地の売却や入会権放棄さらに重要な管理行為については、言い換えれば、構成員の権利や権利内容に変更をもたらすような場合の意思決定は構成員の全員一致を要するとしているのである。

しかし、離村失権については、両者ともかなりニュアンスが異なっている。川島は、「構成員権利者たる資格は当該地域共同体の地区における居住を最重要な要件とするのであるから、構成員がその入会集団の地域の外に転出したときは構成員資格を喪失し、従って入会山に対する権利は当然に消滅する（すなわち、転出者は、無償で権利を放棄する結果になる）、とされるのが一般的原則である。」としつつも、「この原則は古典的共同利用形態の下では合理的なものと理解されるが、団体直轄利用や個人分割利用の下では事情が異なってくる。すなわち無償労働の提供により造成された直轄林に対する構成員権利者の個人的権利の意識が発生し、また、個人分割利用における利用権の個人的性質が強化

されるにしたがい、右の一般原則が動揺する傾向が見られる。そのような事情の下では、転出者の権利の当然消滅の原則は変容され、転出者にも若干の代金配分請求権を認めたり、また他の権利者（或いは非権利者）への権利者資格の有償譲渡という現象を惹起したりしている。」（川島「入会慣習法の実態」〔初出1958年〕（『川島武宜著作集第8巻』1983年）18～19頁）と述べているように、離村失権を原則としつつも、それと異なる慣習の展開が見られることを指摘している。

中尾も同様に、「部落から転出すれば入会権（持分権）がなくなる、という原則は、おそらく全国どこの部落＝入会集団でも慣習として維持されてきました。ところが長い間には経済の発展に伴って入会林野の利用方法や利用形態もかわり、それにつれて慣習も次第に変わってきます。入会権者の範囲や、部落から転出すれば入会権を失なう、という慣習がはっきりしなくなった場合も稀ではありません。部落から転出しても入会権があるという意見の出てくるのがそのあらわれです。」と述べたうえで、その具体例として、川島と同様に、個人分割利用地に個人で植林した入会権者や部落の共同造林に持分を有する入会権者が転出した場合を挙げただけでなく、さらに「入会権者の共同名義で登記されている入会林野の共同名義人の一人である入会権者が転出した場合」を挙げて詳細な検討を加えていることに留意する必要がある（中尾・前掲書134～136頁）。

すなわち、意思決定における全員一致制とはことなり、離村失権の原則については、川島・中尾ともに、その原則が弛緩あるいは解体する局面を視野に入れて検討しているのであり、その原則を形式的に貫徹させているわけではないことに注意する必要がある。

なお、以上のような全員一致制と離村失権に関する慣習の変化を踏まえて、その今日的意義をどのように評価するかという点については、鈴木龍也「入会の環境保全機能に関する一考察」（牛尾他編『琵琶湖水域圏の可能性—里山学からの展望—』2018年）248頁以下、および西脇秀一郎「入会権の得喪と「各地方の慣習」としての離村失権の原則性」（牛尾洋也編『土地空間の近代法的把握』2025年）128頁以下を参照。

11 高村他・前掲書93頁。

12 高村他・前掲書96頁。

13 高村他・前掲書97頁。

14 高村他・前掲書98頁。

15 たとえば、渡辺洋三『入会と財産区』（1974年）を参照。

16 高村他・前掲書98～99頁。

17 高村他・前掲書99頁

18 たとえば、川島は、入会地の処分における全員一致原則との関係で、「〔伝統的な入会集団—入会権者の総体とは別の独立の統一体たる集団として存在するものと認めることのできないような・入会権者の集団（すなわち、いわゆる「実

在的総合人)一が変質して、多数決という近代的原則によって団体意思が決定され団体が構成員とは別個独立の自己固有の権利関係をもつような集団に転化している」という事実(「[当該] 地方ノ慣習」)の立証がない以上、全員一致の決定を欠く入会権ないし入会地の処分は法律上無効という覓出る。」と述べている(川島「最近における入会紛争の特質」[1972年](『川島武宣著作集第8巻』228頁)。

- 19 高村他・前掲書99頁。
- 20 高村他・前掲書99頁。
- 21 高村他・前掲書296～297頁。
- 22 高村他・前掲書317～318頁。
- 23 高村他・前掲書318～319頁。
- 24 川島「最近における入会紛争の特質」(前掲書) 213頁以下を参照。
- 25 井ヶ田良治「中田薫」(潮見・利谷編『日本の法学者』1975年) 219頁。
- 26 中田薫「徳川時代に於ける村の人格」[1920年](『法制史論集第二巻』) 963頁以下。
- 27 中田薫「明治初年の入会権」[1928年](『法制史論集第二巻』) 668頁。なお、「実際問題」という表現は、中田薫「徳川時代に於ける寺社境内の私法的性質」[1916年](前掲書) 446頁によるが、その背景には、当時、入会地と同様に寺社境内も国有森林原野下戻法に基づく裁判において境内が寺社の所有に属するか否かが問題となっていたことがあった。
- 28 中田「明治初年の入会権」(前掲書) 670頁。
- 29 中田「徳川時代に於ける村の人格」(前掲書) 963頁。なお、中田の総有論やその前提にある近世土地所有権論については、拙稿「法学的入会権論の「源流」—中田総有論ノート」(鈴木龍也・富野暉一郎編『コモンズ論再考』2006年)、拙稿「明治期における社寺境内下戻問題と境内私有説の論理—中田薫・土地私所有権史論への序論的考察」(鈴木龍也編『宗教法と民事法の交錯』2008年)、拙稿「中田薫・近世土地所有権論の論理と意味—近代土地法の形成と境内山林下戻問題」(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』2025年)を参照。本文の記述は以上の研究に基づくものである。
- 30 各村民の「支分権」の内容についての詳しい説明は見当たらないが、中田が「村の持地は各村民の共同利用地である」としていることから、実在的総合人としての村が所有する土地に対する使用収益権を意味するものと思われる(中田「徳川時代に於ける村の人格」(前掲書) 985頁)。
- 31 中田「徳川時代に於ける村の人格」(前掲書) 984～985頁。
- 32 中田「日本荘園の系統」(前掲書) 21頁、42頁、46頁の記述を参照。
- 33 中田「明治初年の入会権」(前掲書) 788頁。
- 34 川島が、戦時中の疎開生活や調査において実際に経験した村落における生活関係や入会権との出会いました戦後における入会権との再度の関わりなどについて

- ては、著作集第8巻「解題」311～320頁を参照。
- 35 川島『所有権法の理論』202頁。
- 36 川島『所有権法の理論』202～203頁。
- 37 川島武宜著作集第8巻「解題」313～315頁。
- 38 川島・前掲「解題」311～317頁。
- 39 川島・前掲「解題」318頁。
- 40 川島・前掲「解題」318～319頁。
- 41 同論文は著作集第8巻に所収されている。以下の引用は著作集による。
- 42 「入会慣習法の実態」では分割利用と直轄利用が類型としてあげられているが、後の「入会権の解体」「入会権の基礎理論」では契約利用の類型が追加されている。本文では後者も含めて論述する。
- 43 川島「入会権の解体」（前掲書）34～36頁。
- 44 川島『ある法学者の軌跡』（1978年）252頁。
- 45 川島「入会権の基礎理論」（前掲書）79頁。
- 46 川島「入会権の基礎理論」（前掲書）79～80頁。
- 47 川島「入会権の基礎理論」（前掲書）84～85頁。
- 48 川島は、与瀬での大塚との交流について次のように述べている。「話題は自然に、日本の村落文化、伝統文化とか、他民族—ときに西洋とか、中国とか—の文化との比較になるのです。大体、私が、日本の農村漁村の風俗習慣を語る、大塚さんが、それに対して主としてマックス・ウェーバーを引用しつつ比較的分析をされる。飯塚さんは、主としてフランス・中国・蒙古との比較論を展開される。というふう自然に役割が決まっていきました。マックス・ウェーバーやマルクスの著作についての大塚さんの周到克明な且つ「読みの深い」理解に、私は圧倒され、数限り無い教えを受けました。静かな山村で、その時ばかりは戦争を忘れて—などと当時言ったら、私はすぐに逮捕されたでしょうが一、心おきなく質問して、至れり尽くせりの個人教授を受けた幸福は、終生忘れることができません。」（川島『ある法学者の奇跡』187～188頁）。また住谷一彦も大塚史学に関する記述の中で、与瀬における大塚と川島の学問的交流について同様のエピソードをとりあげている。（住谷・和田編『歴史への視線—大塚史学とその時代』1998年）6～7頁。
- 49 川島武宜「ゲルマン的共同体における「形式的平等性」の原理について—特にわが国の入会権との関連に焦点をおいて—」〔1968年〕（著作集第8巻）39頁。以下では、川島「ゲルマン的共同体」として引用する。
- 50 川島「ゲルマン的共同体」（前掲書）39～40頁。
- 51 大塚久雄の共同体論については、大塚「共同体の基礎理論」〔1955年〕（『大塚久雄著作集第7巻』）所収）3頁以下。なお大塚共同体論に関する研究は多数あるが、本稿が主要に参照したのは、小野塚知二・沼尻晃伸『大塚久雄「共同体の基礎理論」を読み直す』（2007年）、および梅津順一・小野塚知二『大塚久雄

- から資本主義と共同体を考える』(2018年)である。
- 52 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 41頁。
- 53 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 43および51頁。Appropriationに関する説明は、規範的要素を含む社会的行為が法社会学的分析の対象となり得ることの説明でもある。この点については、川島武宣「共同体分析のための若干の問題提起—Max Weberの“Appropriation”の概念を中心として—」(川島・住谷編『共同体の比較史的研究』アジア経済研究所、1975年) 1頁以下を参照。
- 54 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 51頁。
- 55 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 52頁。
- 56 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 52頁。
- 57 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 53頁。
- 58 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 59~60頁。
- 59 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 60頁。
- 60 なお誤解のないように補足しておけば、本文でも引用したように、川島は、ゲルマン共同体における農耕地に対する構成員のAppropriationについて、それは、「私的な—すなわち、個別的な—もの」であったとし、さらに「それは明確に個別的な—共同体構成員たる各家族集団の代表者に焦点をおくなら、「個人的」ということばを使ってもよいであろう—権利であった。」と述べている(川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 52頁)。
- 61 川島「入会権の基礎理論」(前掲書) 101頁。
- 62 川島「最近における入会紛争の特質」(前掲書) 218頁。
- 63 川島「入会権の基礎理論」(前掲書) 96頁。
- 64 川島「ゲルマン的共同体」(前掲書) 53頁。
- 65 川島「入会権の基礎理論」(前掲書) 22~24頁。
- 66 川島「入会慣習法の実態」(前掲書) 23頁。本文で川島が「評決」というのは「全員一致」を形式的に確認することを意味し、実体的には、組のような下部組織や個人ごとの調整によって「実質的に全員の同意を得るのが通例である」と述べている。
- 67 川島「入会慣習法の実態」(前掲書) 17頁。
- 68 川島「入会慣習法の実態」(前掲書) 18頁。
- 69 川島「入会慣習法の実態」(前掲書) 18~19頁。
- 70 川島「入会権の基礎理論」(前掲書) 74頁。
- 71 川島「入会権の基礎理論」(前掲書) 74頁。
- 72 このような立場から、川島は、法解釈論レベルにおいても、構成員の持分の保障を強く主張し、持分を認めない学説や公権論を強く批判している。すなわち、公権論者や行政庁、軽々に入会権の解体消滅を認定する判決の背後には、「入会権は一般の財産権と異なり、地域住民がそこに居住することの単なる反射として事実上均霑するところの・共同の利益にすぎず、あたかも一定の土地に

居住するとそこに存在する道路を利用しうのと同様だ」という考えがあるのではないか、そうであるとすれば、「これは重大な誤りである。」なぜなら、明治初期の土地官民有区分による官没を免れ、あるいは官没後に民有として払い下げられた経緯からも、入会権の私有財産的性格は明らかであるから、「これに対して入会権者が個別的な権利としての持分を有すると解すべきは当然であり、これを否定することは、入会権の私有財産的性格をあいまいにする結果となるのである。」(川島「入会権の基礎理論」(前掲書)74～75頁)。

- 73 江藤彰彦「農民的土地所有と村」(岡・山崎・丹羽編『日本経済史—近世から近代へ—』1991年)22頁以下、渡辺尚志『百姓たちの江戸時代』(2009年)96～112頁を参照。
- 74 川島においても、村落共同体あるいは地域共同体と区別して「入会集団」という用語を使用しているように、入会団体と村落共同体は区別されている。しかし、これは村落内の総ての農民ではなく、農地を所持し年貢を負担していた村役人と本百姓が「一人前の構成員」として入会団体を構成していたことを踏まえて、その生産共同体としての側面を明確にしようとするものであり、村落共同体の生産共同体として以外の機能を共同体論に組み込もうとするものではない。

\*本研究はJSPS科研費 JP19K12452の助成を受けたものです。



## 韓半島植民地支配の不法性（その5）

——強制労働条約による鉱山地下強制労働禁止と長生炭鉱問題をめぐって

戸塚悦朗\*

### （56-1 目次）

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

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

1. 2018年10月韓国大法院判決は日韓和解の好機だった
2. 2023年3月16日韓首脳は、何を合意したのか
3. 2023年3月16日の日韓首脳会談をどう評価するか

第2. 植民地支配の歴史的事実に光をあてる方法はあるか？

### （56-2 目次）

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

第3. 安重植はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討

1. 事件に至る庶史的背景
2. 伊藤博文公爵は1905年11月17日に大韓帝国に対して何をしたのか？

### （56-3 目次）

韓半島植民地支配の不法性（その3）——日韓旧条約の国際法上の効力と安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討

第4. 安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討

1. 安重根義軍参謀中将がハルビンで伊藤博文公爵を射殺
2. 安重根義軍参謀中将が伊藤博文公爵を撃った動機
3. 倉知鉄吉政務局長の旅順での活動

---

\* とつかえつろう 元本学法科大学院教授

4. 安重根義軍参謀中将裁判の不法性
- 第5. 日韓旧条約の国際法上の効力の検討
  1. 1905年11月17日付日韓協約の不法性
  2. 1963年国連ILC総会宛て報告書
  3. 「1905年11月17日付日韓協約は不存在」という発見
  4. 1905年11月17日付「日韓協約」は条約として不成立
- 第6. 結論
  1. 安重根義軍参謀中将裁判の不法性についての結論
  2. 韓半島植民地支配の不法性についての結論

(56-4 目次)

- 韓半島植民地支配の不法性（その4）——1904年1月21日大韓帝国中立宣言と「不法強占」
- 第7. 歴史と法
  - 第8. 1904年1月21日大韓帝国局外中立宣言と戦時国際法
  - 第9. 朝鮮及び大韓帝国の局外中立は合理的な政策だった
  - 第10. 大韓帝国の1904年1月21日局外中立宣言と「不法強占」

## 第11 日本政府には長生炭鉱の遺骨搜索・返還義務がないのか？<sup>1</sup>

### 1. 鉱山地下強制労働禁止条項

ILO29号強制労働条約【資料2】<sup>2</sup>には以下のような重要な条文があるが、十分な研究がなされてこなかった。

#### 第二十一条

強制労働ハ鉱山ニ於ケル地下労働ノ為使用セラルルコトヲ得ズ

---

1 戸塚悦朗「強制労働条約による鉱山地下労働の禁止と長生炭鉱水非常事件をめぐって——日本政府には遺骨搜索・返還義務がないのか？——」日韓弁護士会意見交換（Zoom会議、2025年5月2日）。

2 強制労働条約（ILO29号条約）

<http://hrlibrary.umn.edu/japanese/Jilo29.html> 2025年4月11日閲覧。

鉱山での地下労働のために強制労働をさせることは、戦前から国際条約によって禁止されていた。しかし、このことは案外知られていなかった。

ところで、大日本帝国は、国際連盟の常任理事国として批准を約束していたのに、奴隷条約（1926年）を批准しなかった。しかし、1930年にILO（国際労働機関）によって採択された強制労働条約（ILO29号条約）を早くも1932年に批准していた。戦時中もこの条約を廃棄しなかった<sup>3</sup>ので、日本は、批准以降今日までこの条約に法的に拘束され続けてきたのである。

奴隷と共に国際犯罪とされた強制労働は、刑事罰を加えるなどして、廃止されなければならなかった。特に、鉱山の地下労働に強制労働を使うことは禁止されていたのである。ところが、これらの定めを大日本帝国は全く無視した。

そのため、大日本帝国による植民地支配「不法強占」下の韓半島から膨大な人々が日本内地に強制連行され、鉱山における地下労働に動員され、強制労働条約（ILO29号条約）違反の犯罪被害者とされたのである。

鉱山の地下労働のために強制労働を使用することには前記した禁止規定（21条）があり、長生炭鉱水非常事件は、この禁止違反の犯罪の典型例と言える。

それにもかかわらず、これまで十分な法的研究もなされず、長い間公的な真相究明もなされてこなかった。実に嘆かわしいことであるが、本論文執筆時である2025年の今も、日本政府はその責任を認めていず、犯罪捜査

---

3 この条約の廃棄については、以下の定めがある。

第三十条

1 本条約ヲ批准シタル締盟国ハ本条約ノ最初ノ効力発生ノ日ヨリ十年ノ期間満了後ニ於テ国際労働事務局長宛登録ノ為ニスル通告ニ依リ之ヲ廃棄スルコトヲ得右ノ廃棄ハ該事務局ニ登録アリタル日ノ後一年間ハ其ノ効力ヲ生ゼズ

2 本条約ヲ批准シタル各締盟国ニシテ前項ニ掲グル十年ノ期間満了後一年以内ニ本条ニ定ムル廃棄ノ権利ヲ行使セザルモノハ更ニ五年間拘束ヲ受クベク又爾後各五年ノ期間満了毎ニ本条ニ定ムル条件ニ依リ本条約ヲ廃棄スルコトヲ得

もしていない。

それどころか、驚くべきことに、国による被害者の遺骨搜索の努力さえ全くされてこなかった。長い間市民団体がこの事件を歴史に刻もうと努力してきたのに、筆者はこの事件について法的研究をすることがなかったことを反省している。

筆者は、1992年以来日本による強制労働条約違反の諸問題について研究を重ねてきた<sup>4</sup>。その成果を長生炭鉱水非常事件の真相究明と遺骨の搜索のために役立てることができないだろうか？この事件に国際法の視点から光をあてることで何ができるだろうか。そのことによって、この事件の遺骨収集・真相究明の推進を後押しするだけでなく、日本の植民地支配の法的責任の一端を浮き彫りにすることができるのではないだろうか。

## 2. 長生炭鉱の水非常事件

この「長生炭鉱の水非常事件」は、日本のメディアによって最近大きく注目されるようになった<sup>5</sup>。その一例を紹介してみよう。

---

4 戸塚悦朗『ILOとジェンダー』日本評論社2006年は、著者の博士論文（立命館大学、国際関係論）であるが、韓国語版はない。

5 ①2025年2月1日朝日新聞（朝刊35面）は、「遺骨を求め 海中調査再開 戦時中に朝鮮出身者ら犠牲 山口の炭鉱」と詳しく報道している。②NHK山口 NEWSWEB「長生炭鉱水没事故83年で追悼式 遺骨探す潜水調査も 宇部」2025年2月1日18時09分。③山口朝日放送「宇部市の長生炭鉱で遺骨収集へ 3日間の潜水調査始まる」2025年1月31日。④毎日新聞「山口・長生炭鉱で2回目の潜水遺骨調査 戦時中の事故で183人犠牲」2025年1月31日。④中国新聞「長生炭鉱 潜水調査始まる 宇部 坑口からは2回目 遺骨の回収目指す」2025年2月1日。⑤読売オンライン「海の下に掘り進めた長生炭鉱、水没事故の犠牲者183人は今も取り残されたまま」2025年2月2日14:00。⑥赤旗電子版「遺骨収容 国の責任で 長生炭鉱事故追悼 小池書記局長ら参加」2025年2月2日。⑦時事通信 社会部JIJI.com「戦後80年、183人眠る水没炭鉱 遺骨収集へ、31日再調査—— 7割超が朝鮮半島出身・山口」2025年1月27日07時02分。⑧TBS NEWS DIG「2日目も遺骨は発見されず 海底炭鉱の水没事故の犠牲者悼む83年目の追悼式 坑道内の潜水調査 山口県宇部市」2025年2月1日17:〃

2025年2月1日朝日新聞（青瀬健、高絢実、北野隆一）は、「遺骨を求め 海中調査再開 戦時中に朝鮮出身者ら犠牲 山口の炭鉱」と以下のよう  
に報道している。事件は、83年前の1942年2月3日に起きた。宇部の海  
底炭鉱の坑内の天井が崩れ、海水が流入し、多数の朝鮮出身者らを含め  
183名が犠牲になった。

坑口を見つけ、潜水調査に取り組んでいるのは、「長生炭鉱の水非常を  
歴史に刻む会」（刻む会）という市民団体である。1月31日に市民有志の  
水中探検家の伊佐佳佳孝氏が坑口から海中に潜って調査したが、遺骨を発  
見するには至らなかった。

問題は、日本政府が遺骨の搜索収集のための努力を全くしてこなかった  
ことだ。

このような国の姿勢には法的問題がないのだろうか？これが本論文の主  
題である。

### 3. 日本政府の不作为には問題がないのか？

前記朝日新聞の記事は、「国は慎重姿勢 制度の壁も」と以下のように  
述べている。

調査には制度の「壁」も立ちちはだかる。2016年に成立した戦没  
者遺骨収集推進法では遺骨収集の対象は「大戦によって死亡した我  
が国の戦没者」だ。…福岡厚労相は「(戦没者に) 長生炭鉱の労働者  
は該当しない」と答え、同法の遺骨収集の対象にならないとした。  
一方、国は戦中・戦後に日本で亡くなった朝鮮人労働者の遺骨につ

---

ㄨ 23。⑨東京新聞「「父がずっと冷たい水の中に…」183人の遺骨が眠る海底炭鉱  
日韓遺族の願いを背に、再びダイバーは潜った」2025年2月4日06時00分。⑩  
長崎新聞「海底炭鉱事故で遺族追悼、山口 式典後に潜水調査」2025年2月1  
日 [18:28] など多数。

いて、厚労省職業安定局に「人道調査室」を設け、調査。16年11月までに計237回の実地調査をし、遺骨1018柱を確認した。毎年度の予算は、1千万～1400万円だが、23年度に実際に使われた額は約1万8千円。国は予算について「返還できるようになった際の一時保管費や交通費などの諸経費」と説明する。市民団体側は予算を長生炭鉱の調査に使うように求めている。

つまり、日本政府は、国には遺骨収集責任について法的な根拠がない、だから何もしないということなのだろうか？日本法の不備が国の不作為の根拠として乱用されているように見える。

問題の焦点には、被害者の遺骨の搜索・収集にも、事件の真相究明にも、日本政府が全く何の努力もしてこなかったことにある。そんなに無責任な姿勢を取り続けていてよいのだろうか？

問題は、この事件が強制労働条約違反であることを指摘する研究も報道もないことではないのだろうか？

もし仮に、長生炭鉱水非常事件に関連して強制労働条約違反があったとすれば、このような政府の不作為の姿勢は維持できるだろうか？政府は、強制労働をさせたのは民間の炭鉱であって、大日本帝国政府が強制労働をさせたわけではないから責任はないと考えているのだろうか？

#### ① 強制労働だったのだろうか？

前記第二十一条の違反があったのかどうかを検討するために、論理的に検討を進めて行きたい。

事件が起きたのは、1942年だったから、日本が強制労働条約を批准した1932年よりも後のことだった。奴隷の禁止については、日本は奴隷条約を  
(龍法 '25) 58-2, 118 (514)

批准していないが、強制労働条約については「批准していない」というような言い訳は通用しない。当然この長生炭鉱水非常事件には、同条約の適用がある。1932年以来、強制労働条約は、日本をずっと法的に拘束し続け、今日に至っている。

長生炭鉱では、被害者たちが鉱山で地下労働をさせられていた。そのことは、日本政府も争わないだろう。

それでは、長生炭鉱の労働者は、強制労働をさせられていたのだろうか？<sup>6</sup>

まず、はじめに、強制労働とはなにか？が法的な問題となる。その定義について、強制労働条約は、次のように定めている。

## 第二条

1 本条約ニ於テ「強制労働」ト称スルハ或者ガ処罰ノ脅威ノ下ニ強要セラレ且右ノ者が自ら任意ニ申出デタルニ非ザル一切ノ労務ヲ謂フ

長生炭鉱は、炭鉱という鉱山で地下労働を強制したのではないか？

さて、1942年と言うから、この事件は今から83年も前に起きた。だから、労働者の処遇などについて事実関係を調査するのは容易ではない。

これまで、この事件については、市民団体である「長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会」（刻む会）<sup>7</sup>が長年地道な調査を継続してきた。強制労働に関する貴重な調査結果は、刻む会の会報<sup>8</sup>に報告されている。その「刻む

---

6 朴慶殖『朝鮮人強制連行の記録』未来社1965年（214-215頁）は、宇部炭鉱を取り上げているが、朴氏の調査の最後にあたり、まだ十分な研究が進んでいなかった。

7 長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会—— chouseitankouページ！ <https://www.chouseitankou.com/> 2025年2月24日閲覧。

8 刻む会たより—— chouseitankouページ！

会」会報を涉猟するうちに、決定的な強制労働の証拠<sup>9</sup>が掲載されていることがわかった。事件直前に犠牲者のひとりである金元達さんが家に送った手紙を遺族が保存していたのだ。奇跡的に生き残ったこの手紙から、真相究明が可能になったのである。

水非常で死亡した犠牲者が、拘禁されていて、逃げるができなかったこと、もし逃げようとするれば暴力を受ける状態だったことが赤裸々に述べられていた。この犠牲者からの手紙を【資料1】<sup>10</sup>として引用させていただいた。「刻む会」のHPによると、金元達さんは、犠牲となった136名の朝鮮人労働者の一人だったという。

この手紙からわかることは、被害者たちは、長生炭鉱で宿舎に拘禁されていて、警備も厳しくて逃げるができない状態で、意に反して長生炭鉱で地下労働をさせられていたことである。

実は、ILOによれば、強制労働の強制的要件としては、このような典型的なまでの強度の強制を証明する必要はない。前掲拙著『ILOとジェンダー』に書いたように、非任意の労働かどうかが重要なのである。強要の程度・種類も多様であって、奴隷狩りのような典型的な強制ではない場合にも違反となる。たとえば、前借その他の債務のために仕事を辞めることができない場合、利益のはく奪による場合などであっても強制労働に該当

---

9 <https://www.chouseitankou.com/%E3%83%9B%E3%83%BC%E3%83%A0-home/%E5%88%BB%E3%82%80%E4%BC%9A%E3%81%9F%E3%82%88%E3%82%8A/> 2025年2月24日閲覧。

9 犠牲者金元達さんからのご家族への手紙が「長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会」共同代表 井上洋子・佐々木明美『刻む会たより』No.91、2024年1月4日発行、4頁「遺族の発言」に掲載されている。この手紙を資料として本論文に転載することについてのお断りをご快諾いただきました。「刻む会」に感謝申し上げます。

file:///C:/Users/etsur/Downloads/%E5%88%BB%E3%82%80%E4%BC%9A%E3%81%9F%E3%82%88%E3%82%8A20240104%E3%80%80No.91.pdf 2025年2月15日閲覧。

10 前注参照。

する。このことは、国連のグローバルコンパクトによって強制労働を禁止されている企業活動にも反映されている<sup>11</sup>。

さらに前掲の朝日新聞記事は、外村大教授（東京大学・日本近現代史）の以下のような談話を掲載している。

戦前から戦中にかけて、総力戦のため労働力の充足が朝鮮でも進められた。募集や官斡旋（あっせん）などの方法も実態は行政の強制を伴い、動員されたうち6割以上が炭鉱だった

もし、そうであるなら、徴用ばかりか、募集、官斡旋で労働させられた韓半島出身者も強制労働の被害者だったことになる。このことは、外村教授著の『朝鮮人強制連行』に詳しく書かれている<sup>12</sup>。そして、そのうち6割以上が炭鉱で働かされたというのだから、鉱山の地下労働について強制労働の使用を禁止したILO29号条約（第21条）違反の全被害者数は、膨大な数に上ることになる。

にもかかわらず、強制労働条約違反の中でも特に悪質な第21条違反の問題は、これまで見過ごされてきた。法律家は、歴史と法が交錯するこの分野の研究の必要性を再認識すべきである。

---

11 Principle 4 | UN Global Compact: Labourは、国連グローバルコンパクトが掲げる10原則をあげ、その第4として企業が直面する強制労働の事例を実務的な視点から列挙する。

<https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-4> 2025年4月2日閲覧。

12 外村大『朝鮮人強制連行』岩波書店、2012年。外村教授の同書によれば、組織的な朝鮮からの労働者動員の政策は、1934年10月「朝鮮人移住対策の件」を閣議決定したことに始まり（同書31頁）、1939年からは年度ごとに企画院が中心となった国家総動員の計画の策定がなされるようになり、労働力については、「労務動員実施計画」のための閣議決定が1939年7月4日（同書42頁）になされた。1942年2月13日閣議決定「朝鮮人労働者活用に関する方策」で、より強化された（同書105頁）。

② 強制労働条約上の政府の義務はどのようなものか？

日本政府には、遺体や遺骨の捜索、返還の法的責務はないのだろうか？  
国内法のみならず、国際法も視野に入れて検討する必要がある。

ここで、強制労働条約がどのような条約なのか、その概要を見てみよう<sup>13</sup>。

この条約の締約国が負う基本的な責務は、第1条の以下の定めで規定されている。

第一条

1 本条約ヲ批准スル国際労働機関ノ各締盟国ハ能フ限り最短キ期間内ニ一切ノ形式ニ於ケル強制労働ノ使用ヲ廃止スルコトヲ約ス

2 右完全ナル廃止ノ目的ヲ以テ強制労働ハ経過期間中公ノ目的ノ為ニノミ且例外ノ措置トシテ使用セラルコトヲ得尤モ以下ニ定メラルル条件及保障ニ従フモノトス

締約国は、一切の強制労働をできる限り最短期間内に廃止する義務を負っている（第1条第1項）。完全な廃止までの過渡的期間中には、例外的に厳しい条件を遵守する義務（第1条第2項）を負っている。締約国は、そのほかにも後掲するように強制労働の不法な強要を刑事犯罪として処罰する義務、そのための立法義務、厳格な処罰実施義務（第25条）を負っている。

例外的に公の目的のためにのみ許される強制労働の厳格な条件としては、第一に、女性の強制労働を一切禁止している（第11条）。第二に、強制労働は、「強壯なる成年男子」（18歳以上45歳以下）に限ること（第11条）、年間80日以内に限定されること（第12条）、賃金を正当に支払うこと（第

---

13 前掲『ILOトジェンダー』137頁に強制労働条約の概要を報告した。

14条)、鉱山の地下労働に強制労働を使うことは禁止すること（第21条）、企業など私人に強制労働を許すことはできないこと（第4条）などがある。

#### 4. ILO専門家委員会による条約違反認定

ILO専門家委員会が、すでに大日本帝国による強制労働条約違反を認定していることを想起する必要がある。詳細は、前掲『ILOとジェンダー』<sup>14</sup>を参照されたい。

1992年以来違反を認定されている「戦時慰安婦」問題については、よく知られているであろう。しかし、そのほかにも「戦時産業強制労働」についてのILO専門家委員会による認定があることを忘れてはならない<sup>15</sup>。1998年以来継続的に報告されている中国人強制労働被害者及び韓国人強制労働被害者について、「委員会は、かかる悲惨な条件下における、日本の私的産業労働への労働者の大量強制連行は、【強制労働】条約に違反すると判断する」と認定されている。

長生炭鉱水非常事件の韓半島から強占連行された被害者についても、上記の「戦時産業強制労働」の被害者に含まれていると考えることもできるかもしれない。

しかし、具体的な被害として特定されることが望ましい。ことに長生炭鉱水非常事件は、産業労働の禁止のみならず、鉱山の地下労働への強制労働使用禁止（第21条）の違反の問題である。さらに、被害者の遺体・遺骨の捜索及び帰還義務違反の事例として具体的に認定されることが望ましい。

そのためには、ILO専門家委員会に対して、労働組合がこの事例を報告することを要請したい。

---

14 前掲『ILOとジェンダー』、121-207頁。

15 ILO条約及び勧告の適用に関する専門家委員会報告書（1999年度総会）1998年委員会審議に基づく意見。前掲『ILOとジェンダー』202-207頁。

## 5. 処罰義務

### 第二十五条

強制労働ノ不法ナル強要ハ刑事犯罪トシテ処罰セラルベク又法令ニ依リ科セラルル刑罰ガ真ニ適当ニシテ且厳格ニ実施セラルルコトヲ確保スルコトハ本条約ヲ批准スル締盟国ノ義務タルベシ

条約を遵守して、鉱山の地下労働などの強制労働を廃止すること（第1条）はもとより、その方法として、一般的には、強制労働の不法な強要を刑事罰によって禁止するための立法義務があること、個別事例については、刑罰が真に適当であって厳格に刑罰が加えられるべき義務があることが定められている<sup>16</sup>。

現行刑法223条（強要罪）の公訴時効は3年である。日本政府は、公訴時効が成立していると不処罰の事態について弁解するかもしれない。しかし、上記強制労働条約第二十五条の処罰義務は、国際法上の義務だから時効によって消滅しない。現行の強要罪だけでは、「刑事犯罪トシテ処罰セラルベク又法令ニ依リ科セラルル刑罰ガ真ニ適当ニシテ且厳格ニ実施セラルルコトヲ確保スルコトハ本条約ヲ批准スル締盟国ノ義務タルベシ」という条約の定めにも適合した立法とは言えない。これだけ危険な現場を放置して、多数の労働者を死亡させた事件である。未必の故意（事故による死亡

---

16 現行刑法には、強要罪（刑法223条）があるがこれだけで十分だろうか。

刑法第223条

生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、又は暴行を用いて、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した者は、3年以下の拘禁刑に処する。

親族の生命、身体、自由、名誉又は財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した者も、前項と同様とする。

前二項の罪の未遂は、罰する。

の結果が発生する可能性を認識しながらも、その結果を認容している場合）を考慮に入れるなら、殺人罪（刑法199条）の適用も可能ではないだろうか。

長生炭鉱水非常事件を防止するためにも、この事件の事後処理としても、日本政府が処罰義務を果たしたという証拠はない。

当然のことだが、犯罪の処罰の為には、その前提として、強制労働についての真相究明の義務があることは言うまでもない。真相を究明すれば、違法な強制労働を被害者に加えた加害者を特定することもできるし、実際に処罰することも可能になる。少なくとも、そのような義務を日本政府が負っていることは明らかである。それにもかかわらず、日本政府は、犯罪の最も重要な証拠である遺体、遺骨の収集さえ行おうとしてこなかったのである。

なお、強制労働条約の禁止規定に違反した場合の処罰義務の明文規定は条約に定められているが、賠償規定は条約上の定めが見当たらない。これをどのように考えるかの問題がある。ここでは詳細を述べることはしないが、以下二つの視点について研究する必要がある。

第一に、例外的に許される合法的な強制労働についての規定は明文で規定されている。そこで、合法的な強制労働のための明文規定をもとに、「ましてや違法な強制労働の場合には当然保障される」という解釈をILO 専門家が採用していることに留意する必要がある。

第二に、強制労働条約上処罰義務を負う政府が処罰義務に違反した場合には、不処罰賠償の義務があることに注意しなければならない。この問題については、すでに研究を公表したので、それを参照されたい。のちの条約によって、被害者への賠償義務が放棄された場合であっても、処罰義務が解除されていないと考えられる場合には、不処罰賠償（国際法上の処罰義務を怠ったことから生じる賠償）義務が残っていることに注意しなければならない<sup>17</sup>。

## 6. 労働者の帰還を保証する義務

仮に、例外的に強制労働を使用することが許される場合であって、労働者が病気や災害のため労働不能になった場合は、第十七条（４）が定めるように行政庁の費用によって労働者の送還を保障しなければならなかった。

### 第十七条

……

（４）一定期間ノ労働不能ヲ生ゼシムル疾病又ハ災害ノ場合ニ於テハ労働者ガ行政庁ノ費用ヲ以テ送還セラルルコト

合法的に強制労働を強いられた者が、「一定期間ノ労働不能ヲ生ゼシムル疾病又ハ災害ノ場合ニ於テハ」、第十七条（４）には、労働者は行政庁の費用で送還されるとの定めがある。そうであるからには、病気或いは災害のために労働者が死亡して、労働不能になった場合にも、同条項を類推適用することによって、その遺体は行政庁の費用で送還されなければならないことは当然である。

合法的な場合にも送還義務があったのだから、論理的に言えば、ましてや違法な強制労働の被害者となって、病気や災害の結果死亡して労働不能になった場合には、当然犠牲者の遺体は、行政庁の費用によって送還されなければならないはずである。遺体が事故のために地下に埋もれてしまった場合には、送還のためにまず遺体を捜索する必要がある。そのうえで帰還を保障する必要があると言うべきである。違法な強制労働がなされた長生炭鉱の水非常事件の場合にも、当然行政庁の費用によって遺体の捜索がされ、その送還がなされる必要があるはずである。行政庁とは日

---

17 戸塚悦朗「日本が知らない戦争責任—2—「不処罪」を原因とする賠償・補償義務——ファン・ボーベン最終報告書法学セミナー」『法学セミナー』（470）、1994年（2月号）、38-41頁。

本政府と読み替えてよいだろう。

だから、日本政府には、長生炭鉱水非常事件被害者の遺骨の搜索、回収、送還の義務があると言える。国際法上の義務には時効がないから、今でも日本政府の遺骨の搜索、回収、送還の義務は継続している。

ところが、長生炭鉱水非常事件の場合には、行政庁（日本政府）による遺骨の搜索、回収、送還ための努力は全くなされていず、83年後の今日に至るまで海底地下の水中に放置されてきたのである。

## 7. 重大な国際法違反の被害者のための国連原則<sup>18</sup>

18 国際人権法の重大な違反および国際人道法の深刻な違反の被害者に対する救済および賠償の権利に関する基本原則とガイドライン Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law

22. 満足は、該当する場合、以下のいずれかまたはすべてが含まれねばならない。

- (a) 継続的な違反の停止を目的とした実効的な措置。
- (b) 事実の検証および真実の完全かつ公の開示。但し、そのような開示により被害者、被害者の親族、証人、または被害者の支援や更なる違反の発生防止のために介入した者を更に傷つけ、またはその安全と利益を脅かしてはならない。
- (c) 失踪者の行方の搜索、誘拐された子どもの身元特定、殺害された者の遺体の搜索、および被害者が表明した意思、推測される被害者の意思、又は家族やコミュニティの文化的習慣に従った遺体の回収、身元特定、改葬。
- (d) 被害者および被害者と密接に関係する者の尊厳、名誉および権利を回復する公式の宣言または司法判決。
- (e) 事実の認定と責任の承認を含む公的な謝罪。
- (f) 違反の責任者に対する司法上および行政上の制裁。
- (g) 被害者への記念と追悼。
- (h) 国際人権法および国際人道法の法教育およびすべてのレベルの教材に、発生した違反の正確な説明を含める。

2005年12月16日に国連総会で採択された総会決議60/147は、国連宣言として重大な国際法違反の被害者の権利についてのガイドライン（国際人権法の重大な違反および国際人道法の深刻な違反の被害者に対する救済および賠償の権利に関する基本原則とガイドラインBasic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law）を定めた。その中に以下のような規定がある。

18. 国内法および国際法に従い、個々の事情を考慮して、国際人権法の重大な違反および国際人道法の深刻な違反の被害者は、必要に応じ、また違反の重大性および個々のケースの事情に比例して、原則19から23に規定されているように、完全で実効的な賠償が提供される。賠償には、原状回復、補償、リハビリテーション、満足および再発防止の保障が含まれる。

……

22 (c) 失踪者の行方の搜索、誘拐された子どもの身元特定、殺害された者の遺体の搜索、および被害者が表明した意思、推測される被害者の意思、又は家族やコミュニティの文化的習慣に従った遺体の回収、身元特定、改葬。

日本には、強制労働条約上、長生炭鉱水非常事件について、今からでも真相究明を行い、犯罪の具体的詳細について調査し、処罰義務を実施する国際法上の義務がある。このような重大な国際法上の犯罪の被害者の遺体・遺骨の回収を民間任せにしてよいはずはない。

---

ㄨ 2005年12月16日の総会決議60/147として採択された国連宣言  
<https://justice.skr.jp/documents/BasicPrinciples.html> 2025年2月20日閲覧。

## 8. 日本政府による関与と強制労働条約違反

大日本帝国政府が一連の強制労働に直接的又は間接的に関与していた場合は、自らが処罰されるべき行為を行っていたことになる。

第一に、「不法強占」下の韓半島からの労働動員だったことをどう評価するかの問題がある。筆者は、『韓半島植民地支配の不法性』（アジェンダ・プロジェクト、2024年）を出版したが、1904年2月から1945年8月までの間の大日本帝国による韓半島の軍事占領は、国際法上も「不法強占」であったこと、つまりその間の植民地支配は不法であったことを論じている<sup>19</sup>。

この状態は、米華英の三大国首脳が1943年11月27日発した「カイロ宣言」【資料3】によって、朝鮮の人民は、「奴隷状態」に置かれていたと認識していたことを宣言したことによく合致する。

韓半島に暮らしていた人々は、全般的な状況として、上記のような状態（「不法強占」下の「奴隷状態」）に置かれていたのであって、大日本帝国によって武力による制圧下におかれ、自由を奪われていたのである。そのような支配構造の下で大日本帝国政府による組織的な労働動員がなされたのであるから、労働者は、原則として自らの意思による労働契約を日本企業との間で任意に締結できる対等な関係にはなかったと推定できる。したがって、日本政府による強制動員の被害者については、自由意思による労働契約によって任意に労働に従事したとは言えない。

第二に、「強制連行」の一環であったかどうかが問題となる。

前掲外村大『朝鮮人強制連行』によれば、組織的な朝鮮からの労働者動員の政策は、1934年10月「朝鮮人移住対策の件」を閣議決定したことに始まる。1942年に発生した長生炭鉱水非常事件の被害者も、国家によるこの

---

19 2010年8月10日の菅直人首相談話は、韓国の人々が大日本帝国による軍事的支配によって国と文化を奪われたとして謝罪していることも想起すべきであろう。

ような労働者動員政策の一環として強制労働を強いられていたと考えられる。

第三に、これまでのILO専門家委員会による強制労働条約違反にはどのような認定事例があるかを検討する必要がある。

前掲拙著『ILOとジェンダー』で報告したように、女性の強制労働の禁止違反、戦時産業強制労働の禁止違反については、すでにILO専門家委員会によって日本による強制労働条約違反があったことが認定されていることは前記したとおりである。

第四に、このような三重の構造的な強制の下で、強制労働条約違反を考察する必要があるところ、長生炭鉱水非常事件については、それらに加えて鉱山における地下労働への強制労働使用禁止（第二十一条）違反の問題が存在することに注目しなくてはならない。

したがって、鉱山における地下労働への強制労働の使用という犯罪（少なくとも強要罪に該当する。筆者は、殺人罪の未必の故意を検討する必要があると考える）を直接おかした者である長生炭鉱の経営者等が責任者と評価されるであろう。しかし、問題はそこにとどまらない。

そのみならず、このような国際法上禁止された強制労働を組織的・計画的・全国的に実施した日本政府（とその責任者）も、国際法上の犯罪の責任者と評価されると考えられる。このように二重の責任構造があることに注意しなくてはならない。

## 9. 日弁連など国連NGOでも、ILOには通報できないこと。

筆者は、1992年5月国連現代奴隷制部会において、「慰安婦」問題等が奴隷制禁止（国際慣習法）違反のみならず、ILO強制労働条約違反に当たることを訴えた。だが、そのときの発言資格は、国連NGO（IED）であった。この部会で、ILO代表は、強制労働条約違反についてはILOに提起してほしいと発言した。そこで、筆者は、国連NGOとしてILOに継続的（龍法 '25）58-2, 130（526）

に情報提供をするようになった。

その過程で、筆者は、ILO担当官から、国連NGOはILOに対して公式の通報ができないこと、ILOは政労使の三者構成になっているので、労働組合を通じて通報すべきであることを教示された。後のことだが、労働組合であれば、どのように小規模の団体でもよいことを知って驚いたことがある。

長生炭鉱水非常事件についても、労働組合であれば、ILO専門家委員会に通報する資格を持っていることを想起してほしい。

## 10. 予想される日本政府からの反論

国連ヒューマンライツ小委員会（差別防止少数者保護小委員会）での筆者による軍「慰安婦」問題についての強制労働条約違反に関する問題提起に対して、日本出身の委員から、戦時の場合は強制労働条約の適用は除外されるという発言がなされ、筆者が反論したことがあった<sup>20</sup>。長生炭鉱水非常事件は、米英に対する宣戦布告（1941年12月8日）後に起きているので、日本政府が同様の反論をする可能性もある。ここでそのような反論は、すでにILO専門家委員会によって否定されていることに触れておきたい。

前述したとおり、強制労働の定義は、第二条1項に「本条約ニ於テ「強制労働」ト称スルハ或者ガ処罰ノ脅威ノ下ニ強要セラレ且右ノ者ガ自ラ任意ニ申出デタルニ非ザル一切ノ労務ヲ謂フ」とされている。それに続く第二条第2項に、以下の通り強制労働に含まれない場合（適用除外規定）が列挙されていることから、検討しておく必要が出てくるのである。

### 第二条

……

---

20 前掲『ILOとジェンダー』146-149頁。

- 2 尤モ本条約ニ於テ「強制労働」ト称スルハ左記ヲ包含セザルベシ
- (a) 純然タル軍事的の性質ノ作業ニ対シ強制兵役法ニ依リ強要セラルル勞務
  - (b) 完全ナル自治国ノ国民ノ通常ノ公民義務ヲ構成スル勞務
  - (c) 裁判所ニ於ケル判決ノ結果トシテ或者ガ強要セラルル勞務尤モ右勞務ハ公ノ機関ノ監督及管理ノ下ニ行ハルベク且右ノ者ハ私ノ個人、会社若ハ団体ニ雇ハレ又ハ其ノ指揮ニ服セザル者タルベシ
  - (d) 緊急ノ場合即チ戦争ノ場合又ハ火災、洪水、飢饉、地震、猛烈ナル流行病若ハ家畜流行病、獸類、虫類若ハ植物ノ害物ノ侵入ノ如キ災厄ノ若ハ其ノ虞アル場合及一般ニ住民ノ全部又ハ一部ノ生存又ハ幸福ヲ危殆ナラシムル一切ノ事情ニ於テ強要セラルル勞務
  - (e) 輕易ナル部落ノ勞務ニシテ該部落ノ直接ノ利益ノ為部落民ニ依リ遂行セラレ従テ該部落民ノ負フベキ通常ノ公民義務ト認メラレ得ルモノ尤モ部落民又ハ其ノ直接ノ代表者ハ右勞務ノ必要ニ付意見ヲ求メララルルノ權利ヲ有スルモノトス

一見、適用除外規定の例外がたくさんあるように見えるが、そのほとんどは常識的に見ても例外であることが明らかな場合ばかりである。例えば、兵役への徴兵、刑事判決に基づく懲役刑、地域社会への輕易な義務などである。

検討を要する重要な場合としては、第二条第1項(d)が挙げる「緊急の場合」がある。

実際、日本の国会審議(1994年6月22日・参議院外務委員会)に際し、清水澄子参議院議員の質問に対して、政府は、戦時であるから強制労働条約の適用がないと答弁したことがある。

これについて質問を受けた、来日したILO専門家委員会の委員（当時）であるバグワティ判事は、「慰安婦」の場合、「この条文を使って適用除外を受けることはできない」と断言した。その法的根拠として同判事があげたのは、「比例の原則」であった。戦争の場合であっても、強制された労働とこれを必要とする事情＝戦争との間に合理的な関係がなければならぬと指摘した<sup>21</sup>。

国連審議の中でも、この条文の解釈が論議されたことがあった。そのため、ILO国際労働会議（1997年第84会期）に対するILO専門家委員会の特定国に対する一般的報告及び意見の中で、日本政府に対して次のような判断が示されることになった<sup>22</sup>。

条約違反の存否に関わる問題に関しては、委員会はまた、1996年8月の第48会期国連差別防止少数者保護小委員会で、戦時の組織的強姦、性的奴隷制、及び奴隷様慣行に関してなされた議論に留意する。その論議に際して、〔強制労働〕条約第2条中の適用除外規定との関連で、戦時「慰安婦」問題に関して条約適用があるか否かに関し、疑問が提起された。

これに関して、委員会は、1979年に委員会が強制労働の廃止のための一般的調査（General Survey of 1979 on abolition of forced labour）のパラグラフ36に記載した、条約第2条（2）（d）により条約の適用が除外される「緊急ノ場合即チ戦争ノ場合、又ハ火災、洪水、飢饉、地震、猛烈ナル流行病若ハ家畜ノ流行病、獣類、虫類若ハ植物ノ害物ノ侵入ノ如キ災厄ノ若ハソノ虞アル場合及ビー一般ノ住民ノ全体又ハ一部ノ生存又ハ幸福ヲ危殆ナラシムル一切ノ事情ニオイテ強要セラルル労務」に関する説明を引用する。委員会は、緊

21 前掲拙著『ILOとジェンダー』144-150頁に詳細な説明があるので参照されたい。

22 前掲拙著『ILOとジェンダー』174-177頁。

急概念は、条約が例示的に列挙するように、突然の、予見しがたい偶発的事件であって、即自的な対応措置を必要とするものに関わると指摘してきた。条約に規定された例外の限界に関わるので、労働を強要できる権限は、真に緊急な場合に限られねばならない。さらに、強制されるサービスの内容・程度も、それが用いられる目的と共に、その状況により厳密に必要とされる範囲内に制限されねばならない。条約第2条(2)(a)により条約の適用が除外される「強制兵役法ニ依リ強要セラルル労務」の範囲を「純然タル軍事的性質ノ作業ニ対シテ」のみに限定しているのと同様であるが、緊急に関する第2条(2)(d)は、——戦争、火災または地震の場合でありさえすれば——いかなる強制的サービスをも課することができるという白紙許可ではないのであって、同条項は、住民に対する切迫した危険に対処するためにどうしても必要なサービスについてしか適用できないのである。

委員会は、本件は、条約の第2条(2)(d)及び第2条(2)(a)により認められた適用除外事由に該当しないのであり、したがって、日本による〔強制労働〕条約違反が存在したものと結論する。

したがって、長生炭鉱水非常事件が戦時に起きたことをもって、日本政府は、「緊急ノ場合」を理由とする適用除外事由があるとの主張をすることはできない。

## 第12 戦後80年・日韓基本条約締結から60年を迎えて

### 1. 何が2025年の課題なのか？

長生炭鉱水非常事件に関する市民運動の目下の焦点は、遺骨の搜索と返還の問題である。現地では何度かの潜水による遺骨搜索が続けられている

が、困難を極めている。一方、現地を視察した国会議員の関心も高まって来ており、市民団体と日本政府との交渉（2025年4月22日）も衆議院第1議員会館で開催される<sup>23</sup>。

他方、強制労働被害者を支援する特筆すべき民間運動としては、有志によって2025年3月13日に発表された「**声明 戦争と植民地支配で傷つけられた人間の尊厳の回復を求めて～戦後80年・日韓基本条約締結から60年を迎えて～**」【資料4】<sup>24</sup>がある。

この問題は、日本の加害企業の韓国人被害者に対する賠償責任をみとめた2018年10月30日の韓国大法院判決によって、法的には最終決着している。残る問題は、加害企業が確定判決に従って賠償の支払いをすること、被害者に対して真の謝罪をすることである。

しかし、日本政府（安倍政権）の圧力に屈した尹錫悦大統領の対日政策は、韓国企業が出捐する財団が被害者に対して代位弁済を行うというもので、韓国の司法判断は無力化されてしまった。

ところが、法的には大きな問題があった尹大統領によるこの政治解決は、見直しを迫られる可能性が出てきた。尹大統領による非常戒厳令（2024年12月3日）を違憲・違法とする国会による弾劾訴追を受け、韓国憲法裁判所（8名の裁判官全員一致）は、尹前大統領の罷免を決定（2025年4月4日午前11時22分）した。その結果、大統領選挙は、6月3日に実施される

---

23 長生炭鉱の「水非常」を歴史に刻む会主催政府交渉：4月22日（火）政府交渉を行います！～長生炭鉱遺骨収容、政府との意見交換会～衆議院第1議員会館 国際会議室 午後1時開場（入館証配布12：50）、1時30分から開始。

<https://www.chouseitankou.com/#:~:text=1942%E5%B9%B42%E6%9C%883,%E3%81%AB%E7%9C%A0%E3%81%A3%E3%81%9F%E3%81%BE%E3%81%BE%E3%81%A7%E3%81%99%E3%80%82> 2025年4月10日閲覧。

24 声明 戦争と植民地支配で傷つけられた人間の尊厳の回復を求めて～戦後80年・日韓基本条約締結から60年を迎えて～

レイバーネット

<http://www.labornetjp.org/news/2025/0326seimei> 2025年4月6日閲覧

こととなった<sup>25</sup>。新大統領次第では、韓国政府の政策が変化する可能性がある。日本政府・企業は今度こそ、司法による判断を尊重して、真の解決に踏み出してほしい。

前記声明が「戦争と植民地支配で傷つけられた人間の尊厳の回復を求め」ている問題は、実は、前記した通りすでにILO専門家委員会によって強制労働条約違反（産業強制労働）とされた問題である。これに対して、長生炭鉱水非常事件遺骨返還問題（鉱山地下強制労働）は、未だILO専門家委員会に通報されていない。しかし、これら二つの問題は、強制労働条約（ILO29号条約）違反の点でつながっていることに留意すべきである。結局は、重大な国際法（ILO29号条約）違反の犯罪の被害者に関わるという点では、同じ問題なのである。

他方、米国のトランプ大統領が米国第一主義政策を掲げて、関税障壁を乱用しつつ世界の経済秩序を改変しようとしているのは公知の事実である。これは人類社会に、新しい「保護主義」による強い衝撃を与えつつある。

しかし、長年かけて人類が築き上げてきた国際法秩序が一気に消え去ることはない。この衝撃を経て、今後国際法秩序がどのように変遷して行くかに注意深く注目する必要がある。しかし、それは、これまでの国際法秩序の上に築かれるのである。そのことは、これまでの歴史を注意深く研究すれば、容易に理解できるだろう。

## 2. 「法の支配」を実現するために何ができるか？

最近の講演の際に、「国際法の遵守を実現するためにはどうしたらよい

---

25 NHKは、2025年4月4日19時47分「韓国のユン・ソンニョル（尹錫悦）大統領が罷免されたことを受け、60日以内に大統領選挙が行われることになりました。韓国メディアは、6月3日の投票が有力だと伝えていて、与野党による支持拡大に向けた動きが活発化する見通しです。」と報道した。

<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20250404/k10014769411000.html> 2025年4月10日閲覧。

のか？」という質問を、受けた。もっともむづかしい問題と感じ、それ以来ずっと考え続けてきた。

2025年は、このような困難な問題に取り組み始める好機なのかもしれないと思う。

最近の世界情勢を見るにつけ、国際法への失望が広がっているのではないかと感じる。「国連決議など紙切れに過ぎないではないか？」と言う質問を受けて、困惑したこともある。安保理事会は、ロシア、米国など超大国の拒否権の乱用によって期待された機能を果たしていないのは事実である。大国が国際法違反をおかしても、対応できないことを指摘する向きもある。

しかし、問題の立て方が逆なのではないか？

そのようなときだからこそ、国際法を投げ捨ててしまうのではなく、逆にその遵守について深く考察することがこれまで以上に必要なのである。このような時だからこそ、なお、国際法は重要性を増しつつあると考えるべきなのではないか？

逆転の発想から道が開けることがあるのではないか？そうして、法の支配（Rule of Law）<sup>26</sup>の時代を築くことこそ、平和な世界で生きるための基礎を固めることになるのではないか。

### ★ 国家中心主義の時代を振り返る。

国際法は、国家間の法である。

だから、国際法は国家中心主義の流れの中で築かれてきた。その知識も

---

26 朝日新聞がトランプ大統領の政策にどう対応すべきかについて同様の見解を報道していることを知り、同感している。2025年4月10日5時00分朝日新聞連載座標軸記事論説主幹・佐藤武嗣「(座標軸) 秩序破壊「法の支配」説く時」  
<https://www.asahi.com/articles/DA3S16190913.html> 2025年4月10日閲覧。

運用も、国王とその閣僚たちのような国家権力を握る少数の指導者と外交官と国家の為に働く少数の国際法学者が占有する独占物だった。大多数の一般の市民は、知識も情報も持たないままに、ただ国家が犯す重大な国際法違反の被害者であり続けてきた。帝国主義諸国による植民地支配は、古典的な国際法によって創られたともいえる。

**★被害者中心主義の国際法への転換を確実にすることは可能か？**

これまでの流れを逆転することから始めて、国家機関に国際法を遵守させることができないものであろうか？今こそ被害者中心主義の国際法の時代を築く必要がある。

そのためにはどうすべきか？筆者の夢を紹介したい。

- 国際法を知ることから始める。それも市民が知る。
- 国際法違反の歴史を学ぶ。被害者の視点で国際法とその重大違反の事例を研究する。
- 国際機関を強化する。
- ネガティブ・ケーパビリティ——を身に着け、国際法の重大違反が頻発する状況を直視し、それに耐えつつ、研究する。
- そして、何より大事なものは、その成果を私たちの未来である子どもたちへの教育に役立てることである。

**★なぜ筆者は、そのような夢を見るようになったのか？そのプロセスを振り返って見たい。**

筆者は、安重根義軍参謀中将裁判についての研究から国際法と歴史が交錯する分野の研究を深め、国際法について多くを学ぶことができた。学生・生徒も教員も市民も同じような体験をすることができるのではないだろうか？

安重根義軍参謀中将は、大日本帝国による重大な国際法違反による侵略

の被害者の一人だった。このような時代に対抗しようと、彼は、当初教育に着目して学校を設立した。そのことは正しかった。だが、時代の激流は、教育によって国を強化し、民族の独立を維持するという長期的な対策を押し流してしまった。そのため、義兵闘争による独立運動に転換せざるを得なかった安重根義軍参謀中将は、義軍運動に際して国際法を学び実践した。裁判闘争でも、国際法の適用を求めて力説した。

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

この安重根義軍参謀中将の最終弁論を想起したい。

大日本帝国の裁判所は、この訴えを完全に無視し、日本国内法を適用した。国際法は破られたのである。しかし、この安重根義軍参謀中将の訴えをあらためて想起し、私たちがこの訴えを引き継ぐことはできないだろうか？

今こそ、国際法の遵守の重要性についての研究と教育が重要である<sup>27</sup>。

そのような被害者中心主義の国際法を学ぶためには、実は、国際法がどのように破られるかについての事例研究と教育が極めて重要だったのである。筆者はそのことを安重根義軍参謀中将裁判の不法性の研究から学んだ。

---

27 ヒューマンライツの普遍的宣言（UDHR、一般には世界人権宣言と言われている）第26条第2項は、「教育は、人格の完全な発展並びにヒューマンライツ及び基本的自由の尊重の強化を目的としなければならない。教育は、すべての国又は人種若しくは宗教的集団の相互間の理解、寛容及び友好関係を増進し、かつ、平和の維持のため、国際連合の活動を促進するものでなければならない。」（筆者は、憲法上の人権と区別するため、国際法上のhuman rightsを「ヒューマンライツ」と翻訳した。一般には「人権」と翻訳されている）と定めている。

誰にでもわかることだが、国際連合の活動は、国際法を抜きに教育することはできないから、国際法の研究と教育こそがすべての教育の根幹にあることを強調したい。

★それでは、具体的にはどのような研究と教育を構想することができるだろうか？

安重根義軍参謀中將が伊藤博文を撃ったという歴史的な事実を研究し、教えるだけでは足りない。「なぜ」、安重根義軍参謀中將は伊藤を撃ったのか？を研究し、教育することが決定的に重要なのである。

筆者の提案だが、安重根義軍参謀中將があげた「伊藤博文罪悪十五個条」の一つ一つを研究し、教育することは素晴らしい実践になるだろう。それらは、国際法違反の事例研究の宝庫だからである。その成果を未来の世代にひき継ぐことから始めてはどうだろうか。

その時代の国際法がどのようなもので、それがどのように破られたのか？どのようにこの国際法違反の歴史が隠されてきたのか？国家の指導者は、国際法の存在を知りながら、どのように国際法を破ったのか。それを知られないように、100年もの間、国際法違反をどのように隠し続けることができたのか。国家指導者は、今でもその違法性を否定し続けている。それはなぜなのか？国家の指導者には、国際法を遵守して平和な世界をつくり、被害者を救済するためには、どのような選択肢があったのだろうか？そのことも研究し、教えることが可能である。

歴史と国際法が交錯するこの分野の事例研究と教育がきわめて重要である。そのような具体的な実践活動を抜きに、ただ国際法と歴史の知識を研究・教育しようとしても、空疎で無意味な情報の羅列に終わってしまうだろう。それでは、国際法遵守の重要性と国際法違反の無い「法の支配」する世界を構想することはできないのではないだろうか？

私たち韓国と日本の市民そして研究者と教育者は、このような事例研究と教育を地道に続けることによって、未来を担う両国の若者たちが国際法を遵守し、人類を救う世界を創って行けるように手助けすることができないだろうか？

### 【資料1】

長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会 共同代表 井上洋子・佐々木明美『刻む会たより』No.91、2024年1月4日発行、4頁「遺族の発言」から。

file:///C:/Users/etsur/Downloads/%E5%88%BB%E3%82%80%E4%BC%9A%E3%81%9F%E3%82%88%E3%82%8A20240104%E3%80%80No.91.pdf  
2025年2月15日閲覧。

○犠牲者からの最後の手紙

犠牲者金元達キムウォンダル

最後に犠牲者金元達（キムウォンダル）さん本人が1941年秋に強制動員され長生炭鉱で働きながら1942年2月3日水没事故発生の数日前に母親宛に最後に送った唯一の証拠資料でもある手紙を紹介したいと思います。

お母さん、私は今日本の山口県という所で炭鉱の仕事をしています。海の下に坑口トンネルが通っていて、海の上を通りすぎる船のトントンという音も聞こえて来る程のとても危険な場所です。どんな手段を使ってでも必ず脱出するつもりです。心配しないで下さい。脱出するにもとても難しいです。垣根は3m程の厚い松の板で囲ってあり、その外側をぎっしりと鉄条網が張り巡らされています。その囲いの中にある宿舎は、まるで軍人捕虜収容所のような所です。警備も厳しく、一切の自由も無く外出も出来ない拘束の中で生活しています。出入り口の門には、武装した警備員達が厳めしく見張っています。体の具合が悪いからと言って、その日の仕事を拒否でもすると、動物以下の扱いを受け暴力を振るわれ食事もろくに貰えず空腹で過ごす日々が多くあります…。この手紙はここで家族と共に暮している韓国人労働者にコッソリと頼んだのです。この人は家族と

論 説

一緒に住んでいるので、ある程度自由に外の入りが出来るのです。  
いずれにしろ、必ず脱出して必ずお母さんの所に帰ってきます。

## 【資料2】

### 強制労働ニ関スル条約（第29号）

（日本は1932年11月21日批准）

国際労働機関ノ総会ハ国際労働事務局ノ理事会ニ依リジュネーブニ招集セラレ千九百三十年六月十日ヲ以テ其ノ第十四回会議ヲ開催シ右会議ノ會議事項ノ第一項目ノ一部タル強制労働ニ関スル提案ノ採択ヲ決議シ且該提案ハ国際条約ノ形式ニ依ルベキモノナルコトヲ決定シ 国際労働機関ノ締盟国ニ依リ批准セラルルガ為国際労働機関憲章ノ規定ニ従ヒ千九百三十年六月二十八日千九百三十年ノ強制労働条約ト称セラルベキ左ノ条約ヲ採択ス

#### 第一条

1 本条約ヲ批准スル国際労働機関ノ各締盟国ハ能フ限り最短キ期間内ニ一切ノ形式ニ於ケル強制労働ノ使用ヲ廃止スルコトヲ約ス

2 右完全ナル廃止ノ目的ヲ以テ強制労働ハ経過期間中公ノ目的ノ為ニノミ且例外ノ措置トシテ使用セラルコトヲ得尤モ以下ニ定メラルル条件及保障ニ従フモノトス

3 本条約ノ効力ノ発生ヨリ五年ノ期間満了シ且国際労働事務局ノ理事会ガ後ニ掲ゲラルル第三十一条ニ定メラルル報告ヲ作成スルニ当リ右理事会ハ更ニ経過期間ヲ設クルコトナクシテ一切ノ形式ニ於ケル強制労働ヲ廃止スルコトヲ得ルヤ否ヤ及本問題ヲ総会ノ會議事項ニ掲グルコトノ望マシキヤ否ヤヲ審議スベシ

#### 第二条

## 論 説

1 本条約ニ於テ「強制労働」ト称スルハ或者ガ処罰ノ脅威ノ下ニ強要セラレ且右ノ者ガ自ラ任意ニ申出デタルニ非ザル一切ノ労務ヲ謂フ

2 尤モ本条約ニ於テ「強制労働」ト称スルハ左記ヲ包含セザルベシ

(a) 純然タル軍事の性質ノ作業ニ対シ強制兵役法ニ依リ強要セラルル労務

(b) 完全ナル自治国ノ国民ノ通常ノ公民義務ヲ構成スル労務

(c) 裁判所ニ於ケル判決ノ結果トシテ或者ガ強要セラルル労務尤モ右労務ハ公ノ機関ノ監督及管理ノ下ニ行ハルベク且右ノ者ハ私ノ個人、会社若ハ団体ニ雇ハレ又ハ

其ノ指揮ニ服セザル者タルベシ

(d) 緊急ノ場合即チ戦争ノ場合又ハ火災、洪水、飢饉、地震、猛烈ナル流行病若ハ家畜流行病、獸類、虫類若ハ植物ノ害物ノ侵入ノ如キ災厄ノ若ハ其ノ虞アル場合及一般ニ住民ノ全部又ハ一部ノ生存又ハ幸福ヲ危殆ナラシムル一切ノ事情ニ於テ強要セラルル労務

(e) 輕易ナル部落ノ労務ニシテ該部落ノ直接ノ利益ノ為部落民ニ依リ遂行セラレ従テ該部落民ノ負フベキ通常ノ公民義務ト認メラレ得ルモノ尤モ部落民又ハ其ノ直接ノ代表者ハ右労務ノ必要ニ付意見ヲ求メラルルノ権利ヲ有スルモノトス

## 第三条

本条約ニ於テ「権限アル機関」ト称スルハ本国ノ機関又ハ関係地域ニ於  
(龍法 '25) 58-2, 144 (540)

ケル最高中央機関ヲ謂フ

#### 第四条

1 権限アル機関ハ私ノ個人、会社又ハ団体ノ利益ノ為強制労働ヲ課シ又ハ課スルコトヲ許可スルコトヲ得ズ

2 一ノ締盟国ニ依ル本条約ノ批准ガ国際労働事務局長ニ依リ登録セラルル日ニ於テ私ノ個人、会社又ハ団体ノ利益ノ為ノ右強制労働ガ存在スル場合ニハ当該締盟国ハ本条約ガ右締盟国ニ対シ効力ヲ発生スル日ヨリ右強制労働ヲ完全ニ廃止スベシ

#### 第五条

1 私ノ個人、会社又ハ団体ニ与ヘラルル免許ハ右私ノ個人、会社又ハ団体が利用シ又ハ取引スル生産物ノ生産又ハ蒐集ノ為ノ如何ナル形式ノ強制労働ヲモ生ゼシムルコトヲ得ズ

2 右強制労働ヲ生ゼシムル規定ヲ包含スル免許ガ存在スル場合ニハ本条約第一条ニ適合スル為右規定ハ能フ限り速ニ廃止セラルベシ

#### 第六条

行政庁ノ職員ハ其ノ責任ノ下ニ在ル住民ニ何等カノ形式ノ労働ニ従事スルコトヲ奨励スルノ職務ヲ有スル場合ニモ該住民ノ全部又ハ其ノ中ノ何人カニ対シ私ノ個人、会社又ハ団体ノ為ニ労働セシムル為強制ヲ加フルコトヲ得ズ

#### 第七条

1 行政上ノ職務ヲ行ハザル首長ハ強制労働ヲ使用スルコトヲ得ズ

## 論 説

2 行政上ノ職務ヲ行フ首長ハ権限アル機関ノ明示ノ許可ヲ得テ強制労働ヲ使用スルコトヲ得尤モ本条約第十条ノ規定ニ従フモノトス

3 適法ニ認メラレタル首長ニシテ他ノ形式ニ於テ適當ノ報酬ヲ受ケザルモノハ個人ノ勞務ヲ使用スルコトヲ得尤モ適當ノ規則ニ従フベク且濫用ヲ防止スル為一切ノ必要ナル措置ガ執ラルベキモノトス

## 第八条

1 強制労働ヲ使用スルノ一切ノ決定ニ付テノ責任ハ關係地域ニ於ケル最高民政機関ニ存スベシ

2 尤モ右機関ハ労働者ノ其ノ平常ノ居所ヨリノ移転ヲ伴ハザル強制労働ヲ強要スルノ権限ヲ最高地方機関ニ委任スルコトヲ得右機関ハ職務執行中ノ行政庁ノ職員ノ移動ヲ容易ナラシムル為及政府貯藏品ノ運送ノ為労働者ノ其ノ平常ノ居所ヨリノ移転ヲ伴フ強制労働ヲ強要スルノ権限ヲモ本条約第二十三条ニ定メラルル規則ニ規定セラルルコトアルベキ期間ニ付及条件ニ従ヒ最高地方機関ニ委任スルコトヲ得

## 第九条

本条約第十条ニ別ニ定メラルル場合ノ外強制労働ヲ強要スルノ権限アル機関ハ右労働ノ使用ヲ決定スルニ先チ左記ヲ確ムベシ

(a) 為サルベキ勞務ガ之ヲ為スコトヲ要求セラルル部落ニ対シ重要ナル直接ノ利益ヲ有スルモノナルコト

(b) 右勞務ガ現ニ又ハ急迫ニ必要ナルモノナルコト

（c）右労務ヲ遂行スル為、類似ノ労務ニ付関係地区ニ於テ通常行ハルルモノヨリ不利ナラザル賃金率及労働条件ノ提供ニ依ル任意労働ヲ得ルコト不可能ナリシコト並ニ

（d）利用シ得ベキ労力及現在ノ住民ノ右労務ヲ行フ能力ヲ考慮シ右労務ガ過重ノ負担ヲ右住民ニ対シ課セザルコト

## 第十条

1 租税トシテ強要セラルル強制労働及行政上ノ職務ヲ行フ首長ニ依リ公共事業ノ遂行ノ為使用セラルル強制労働ハ漸次廃止セラルベシ

2 右廃止ニ至ル迄、強制労働ガ租税トシテ強要セラルル場合及強制労働ガ行政上ノ職務ヲ行フ首長ニ依リ公共事業ノ遂行ノ為使用セラルル場合ニ於テハ関係機関ハ先ズ左記ヲ確ムベシ

（a）為サルベキ労務ガ之ヲ為スコトヲ要求セラルル部落ニ対シ重要ナル直接ノ利益ヲ有スルモノナルコト

（b）右労務ガ現ニ又ハ急迫ニ必要ナルモノナルコト

（c）利用シ得ベキ労力及現在ノ住民ノ右労務ヲ行フ能力ヲ考慮シ右労務ガ過重ノ負担ヲ右住民ニ対シ課セザルコト

（d）右労務ガ労働者ノ其ノ平常ノ居所ヨリノ移転ヲ伴ハザルコト

（e）右労務ノ遂行ガ宗教、社会生活及農業ノ要求ニ従ヒ指導セラルベキコト

## 第十一条

1 推定年齢十八歳以上四十五歳以下ノ強壯ナル成年男子ノミ強制労働ニ徴集セラルルコトヲ得本条約第十条ニ定メラルル種類ノ労働ニ付テノ外左ノ制限及条件ニ従フベシ

(a) 関係者ガ伝染病ニ罹リ居ラザルコト並ニ右ノ者ガ所要労務ニ及其ノ遂行条件ニ身体上適スルコトヲ行政庁ニ依リ任命セラルル医師ガ可能ナル一切ノ場合ニ予メ決定スルコト

(b) 学校ノ教師及生徒並ニ一般行政庁ノ職員ヲ除外スルコト

(c) 各部落ニ於テ家族生活及社会生活ニ欠クベカラザル強壯ナル成年男子ノ数ヲ維持スルコト

(d) 夫婦及家族ノ関係ヲ尊重スルコト

2 前項(c)ノ適用ニ付テハ本条約第二十三条ニ定メラルル規則ハ一時ニ強制労働ニ徴集セラレ得ベキ常住ノ強壯ナル成年男子ノ割合ヲ定ムベシ尤モ常ニ右割合ハ如何ナル場合ニ於テモ二十五「パーセント」ヲ超ユルコトヲ得ズ右割合ヲ定ムルニ当リ権限アル機関ハ人口ノ密度、住民ノ社会上及身体上ノ発達、季節並ニ関係者ガ其ノ地方ニ於テ自己ノ為遂行スルコトヲ要スル作業ヲ斟酌スベク且一般ニ関係部落ノ日常生活ノ経済上及社会上ノ必要ヲ考慮スベシ

## 第十二条

1 或者ガ十二月ノ一期間ニ於テ一切ノ種類ノ強制労働ニ徴集セラレ得ベキ最長期間ハ労働場所ニ往復スルニ要スル期間ヲ含ミ60日ヲ超ユルコトヲ

得ズ

2 強制労働が強要セラルル各労働者ハ其ノ完了シタル右労働ノ期間ヲ示セル証明書ヲ交付セラルベシ

### 第十三条

1 強制労働が強要セラルル者ノ平常ノ労働時間ハ任意労働ニ付通常行ハルルモノト同一タルベク且平常ノ労働時間ヲ超ユル労働時間ハ任意労働ニ付スル超過時間ニ付通常行ハルル率ニ於テ報酬ヲ与ヘラルベシ

2 一週一日ノ休日ハ何レカノ種類ノ強制労働が強要セラルル一切ノ者ニ付シ与ヘラルベク且右ノ日ハ関係地域又ハ関係地方ニ於ケル伝統又ハ慣習ニ依リ定メラルル日ト能フ限り合致スベシ

### 第十四条

1 本条約第十条ニ定メラルル強制労働ヲ除キ一切ノ種類ノ強制労働ハ労力ガ使用セラルル地方又ハ労力ガ徴集セラルル地方ノ何レカニ於テ類似ノ労務ニ付通常行ハルル率（其ノ何レガ高キヲ問ハズ）ヨリ低カラザル率ニ於テ現金ヲ以テ報酬ヲ与ヘラルベシ

2 首長ニ依リ其ノ行政上ノ職務ノ執行上使用セラルル労力ニ付テハ前項ノ規定ニ依リ賃銀ノ支払ハ能フ限り速ニ採用セラルベシ

3 賃銀ハ各労働者ニ各別ニ支払ハルベク且其ノ部落ノ首長又ハ他ノ権力者ニ支払ハルベカラズ

4 賃銀支払ニ付テハ労務場所ヘノ旅行ノ往復ニ要スル日数ハ労務日数ト

シテ計算セラルベシ

5 本条ハ日常ノ糧食ガ賃銀ノ一部トシテ与ヘラルルコトヲ妨ゲザルベク右糧食ハ其ノ相当スト認メラルル金額ト少クトモ同価値タルベシ尤モ賃銀ヨリノ控除ハ租税ノ支払ノ為ニモ、作業ノ特殊ナル状態ノ下ニ労働者ヲ其ノ勞務ヲ行フニ適スル状態ニ於テ維持スル為労働者ニ供給セラルル特殊ノ食物、被服若ハ宿泊ノ為ニモ又ハ工具類ノ供給ノ為ニモ為サルルコトヲ得ズ

第十五条

1 労働者ノ労働ニ基因スル災害又ハ疾病ニ対スル労働者補償ニ関スル法令又ハ規則及死亡シ又ハ無能力ト為リタル労働者ノ被扶養者ノ為ノ補償ヲ規定スル法令又ハ規則ニシテ関係地域ニ於テ実施セラレ又ハ実施セラルベキモノハ強制労働ガ強要セラルル者及任意労働者ニ均シク適用セラルベシ

2 労働者ニシテ其ノ労働ニ基因スル災害又ハ疾病ニ依リ自己ヲ養フコトガ全部又ハ一部不能ト為レル者ノ生計ヲ確保シ及其ノ労働ニ基因スル無能力又ハ死亡ノ場合ニ於テ右労働者ガ實際ニ扶養スル者ノ生活ヲ確保スル措置ヲ執ルハ何レノ場合ニ於テモ労働者ヲ強制労働ニ使用スル機関ノ義務タルベシ

第十六条

1 特殊ノ必要ノ場合ノ外強制労働ガ強要セラルル者ハ食物及氣候ガ其ノ慣レタルモノト著シク異ルガ為其ノ健康ヲ害スルガ如キ地方ニ移送セラレザルベシ

2 如何ナル場合ニ於テモ右労働者ノ移送ハ右労働者ヲ其ノ状態ニ適合セ

シメ且其ノ健康ヲ保障スル為必要ナル衛生及宿泊ニ関スル一切ノ措置ガ嚴格ニ施サレ得ルニ非ザレバ許可セラルルコトヲ得ズ

3 右移送ガ避け得ラレザル場合ニハ権限アル医師ノ勧告ニ基キ食物及気候ノ新シキ状態ニ漸次慣レシムル措置ヲ執ルベシ

4 右労働者ガ其ノ慣レザル規則正シキ労働ヲ為スコトヲ要求セラルル場合ニ於テハ其ノ規則正シキ労働ニ慣ルルコトヲ確保スル為特ニ漸進的訓練、労働時間、休憩時間ノ設定及必要ナルコトアルベキ食物ノ増加又ハ改善ニ関シ措置ヲ執ルベシ

#### 第十七条

労働者ガ労務場所ニ長期間留ルコトヲ必要ナラシムル建設又ハ保存ノ事業ノ為強制労働ヲ使用スルコトヲ許可スルニ先チ権限アル機関ハ左記ヲ確ムベシ

(1) 労働者ノ健康ヲ保障シ且必要ナル医療ヲ確保スル為一切ノ必要ナル措置ガ執ラルルコト就中

(a) 労働者ガ労務開始ニ先チ及労務期間中一定ノ期間毎ニ医学的検査ヲ受クルコト

(b) 一切ノ要求ニ応ズル為必要ナル薬局、病舎、病院及設備ト共ニ充分ナル医員ガ存在スルコト及

(c) 労務場所ノ衛生状態並ニ飲料水、食糧、燃料、炊事道具及必要アル場合ノ住居及被服ノ供給ガ満足ナルコト

(2) 労働者ノ生計ヲ確保スル為特ニ、労働者ノ要求ニ基キ又ハ其ノ同意ヲ得テ安全ナル方法ヲ以テ賃銀ノ一部ヲ家族ニ送付スルコトヲ容易ナラシ

ムコトニ依リ右生計ヲ確保スル為一定ノ措置ヲ執ルコト

(3) 労働者が労働場所ニ往復スル旅行ハ行政庁ノ費用ヲ以テ且其ノ責任ノ下ニ為サルベク右行政庁ハ利用シ得ベキ一切ノ運送方法ヲ最完全ニ使用スルコトニ依リ右旅行ヲ容易ナラシムベキコト

(4) 一定期間ノ労働不能ヲ生ゼシムル疾病又ハ災害ノ場合ニ於テハ労働者が行政庁ノ費用ヲ以テ送還セラルルコト

(5) 労働者ニシテ其ノ強制労働ノ期間満了ノ際任意労働者トシテ留ルコトヲ欲スルコトアルベキモノガ其ノ無料ニテ送還セラルルノ権利ヲ2年間喪失スルコトナクシテ之ヲ許可セラルルコト

## 第十八条

1 人又ハ貨物ノ運送ノ為ノ強制労働例ヘバ運搬夫又ハ船頭ノ労働ハ能フ限り最短キ期間内ニ廃止セラルベシ右廃止ニ至ル迄ハ権限アル機関ハ就中左記ヲ定ムル規則ヲ公布スベシ

(a) 右労働ガ職務執行中ノ行政庁ノ職員ノ移動ヲ容易ナラシムル為若ハ政府貯蔵品ノ運送ノ為又ハ極メテ緊急ナル必要ノ場合ニ於テ職員以外ノ者ノ運送ノ為ノミニ使用セラルベキコト

(b) 右ニ使用セラルル労働者が医学的検査ノ可能ナル場合ニハ身体上適スト医学上証明セラルベキコト及右医学的検査ノ実行シ難キ場合ニハ右労働者ヲ使用スル者ガ労働者ガ身体上適スル者ニシテ且伝染病ニ罹リ居ラザルコトヲ確保スルノ責任ヲ負フベキコト

(c) 右労働者ガ運搬スルコトヲ得ベキ最大荷重

(d) 右労働者ガ其ノ家庭ヨリノ徴集セラルルコトアルベキ最大距離

(e) 労働者ガ其ノ家庭ニ帰還スルニ要スル日数ヲ含ミ一月又ハ他ノ期間

ニ付其ノ徴集セラルルコトアルベキ最大日数並ニ

（f）此ノ種ノ強制労働ヲ要求シ得ル者及右ノ者ガ之ヲ要求シ得ル限度

2 前項（c）、（d）及（e）ニ掲ゲラルル最大限度ヲ定ムルニ当リ権限アル機関ハ当該労働者ガ徴集セラルル住民ノ身体上ノ発達、労働者ガ旅行スルコトヲ要スル地方ノ性質及氣候状態ヲ含ム一切ノ関係要素ヲ考慮スベシ

3 権限アル機関ハ運搬セラルベキ重量及通行セラルベキ距離ノミナラズ道路ノ性質、季節及他ノ一切ノ関係要素ヲモ考慮スベキモノト解シ右労働者ノ通常ノ日程ガ平均一日八時間労働ニ相当スル距離ヲ超エザルベキコト並ニ通常ノ日程ヲ超ユル行程時間ガ課セラルル場合ニハ右労働者ハ普通率ヨリモ一層高キ率ニ於テ報酬ヲ与ヘラルベキコトヲ尚規定スベシ

#### 第十九条

1 権限アル機関ハ飢饉又ハ食糧品ノ欠乏ニ対スル用意ノ手段トシテノミ且常ニ食糧又ハ生産物ガ之ヲ生産スル個人又ハ部落ノ所有ニ帰スベキコトノ条件ノ下ニノミ強制耕作ヲ使用スルコトヲ許可スベシ

2 本条ハ生産ガ法令又ハ慣習ニ基キ部落ヲ基本トシテ組織セラレ且生産物又ハ其ノ販売ヨリ生ズル利益ガ該部落ノ所有ニ帰スル場合ニハ法令又ハ慣習ニ基キ該部落ニ依リ要求セラルル労務ヲ遂行スルノ該部落民ノ義務ヲ解除スルモノト解セラルルコトヲ得ズ

#### 第二十条

部落ガ其ノ部落民ノ或者ニ依リ犯サルル犯罪ニ対シ罰セラルルコトアルベキ団体処罰法令ハ処罰手段ノ一トシテノ部落ニ依リ強制労働ニ関スル規定ヲ包含スルコトヲ得ズ

## 論 説

### 第二十一条

強制労働ハ鉱山ニ於ケル地下労働ノ為使用セラルルコトヲ得ズ

### 第二十二条

本条約ヲ批准スル締盟国ガ其ノ本条約ノ規定ノ実施ノ為執リタル措置ニ関シ国際労働機関憲章第二十二条ノ規定ニ従ヒ国際労働事務局ニ提出スルコトヲ約スル年報ハ各関係地域ニ付強制労働ガ該地域ニ於テ使用セラレタル程度、之ガ使用セラレタル目的、疾病及死亡ノ率、労働時間、賃銀支払方法及賃銀率ニ関スル能フ限り完全ナル情報並ニ他ノ一切ノ関係情報ヲ包含スベシ

### 第二十三条

- 1 本条約ノ規定ノ実施ノ為権限アル機関ハ強制労働ノ使用ヲ規律スル完全且精細ナル規則ヲ公布スベシ
- 2 右規則ハ就中強制労働ガ強要セラルル者ヲシテ労働条件ニ関スル一切ノ異議ヲ当該機関ニ申立ツルコトヲ得シメ及右異議ガ審査セラレ且考慮セラルルコトヲ確保スル規定ヲ包含スベシ

### 第二十四条

任意労働ノ監督ノ為設ケラレタル現在ノ労働監督機関ノ権限ヲ強制労働ノ監督ニ及ブ様拡張スルコトニ依リ又ハ他ノ何等カノ適當ナル方法ニ依リ強制労働ノ使用ヲ規律スル規則ガ嚴格ニ実施セラルルコトヲ確保スル為一切ノ場合ニ於テ適當ナル措置ヲ執ルベシ右労働ガ強要セラルル者ニ右規則ヲ知悉セシムルコトヲ確保スル為ノ措置ヲモ亦執ルベシ

### 第二十五条

(龍法 '25) 58-2, 154 (550)

強制労働ノ不法ナル強要ハ刑事犯罪トシテ処罰セラルベク又法令ニ依リ科セラルル刑罰ガ真ニ適当ニシテ且厳格ニ実施セラルルコトヲ確保スルコトハ本条約ヲ批准スル締盟国ノ義務タルベシ

## 第二十六条

1 本条約ヲ批准スル国際労働機関ノ各締盟国ハ右締盟国ガ対内的管轄事項ニ関スル義務ヲ受諾スルノ権利ヲ有スル限り其ノ主権、管轄、保護、宗主権、後見又ハ権力ノ下ニ置カルル地域ニ対シ之ヲ適用スルコトヲ約ス尤モ右締盟国ハ国際労働機関憲章第35条ノ規定ヲ援用センコトヲ欲スルトキハ左記ヲ示ス宣言ヲ該国ノ批准ニ附加スベシ

(1) 右締盟国ガ変更ヲ加ヘズシテ本条約ノ規定ヲ適用セントスル地域

(2) 右締盟国ガ変更ヲ加ヘテ本条約ノ規定ヲ適用セントスル地域及右変更ノ細目

(3) 右締盟国ガ其ノ決定ヲ留保スル地域

2 前記宣言ハ批准ノ一部ト看做サルベク且批准ノ効力ヲ有スベシ何レノ締盟国モ原宣言ニ於テ本条(2)及(3)ノ規定ニ従ヒ為サレタル留保ノ全部又ハ一部ヲ爾後ノ宣言ニ依リ取消スコトヲ得

## 第二十七条

国際労働機関憲章ニ定ムル条件ニ依ル本条約ノ正式批准ハ登録ノ為国際労働事務局長ニ之ヲ通告スベシ

## 第二十八条

## 論 説

- 1 本条約ハ国際労働事務局ニ其ノ批准ヲ登録シタル締盟国ノミヲ拘束スベシ
- 2 本条約ハ事務局長ガ国際労働機関ノ締盟國中ノ二国ノ批准ヲ登録シタル日ヨリ十二月後ニ於テ効力ヲ発生スベシ
- 3 爾後本条約ハ他ノ何レノ締盟国ニ付テモ其ノ批准ヲ登録シタル日ヨリ十二月後ニ於テ効力ヲ発生スベシ

### 第二十九条

国際労働機関ノ締盟國中ノ二国ガ国際労働事務局ニ本条約ノ批准ノ登録ヲ為シタルトキハ事務局長ハ国際労働機関ノ一切ノ締盟国ニ右ノ旨ヲ通告スベシ事務局長ハ爾後該機関ノ他ノ締盟国ノ通告シタル批准ノ登録ヲ一切ノ締盟国ニ同様ニ通告スベシ

### 第三十条

- 1 本条約ヲ批准シタル締盟国ハ本条約ノ最初ノ効力発生ノ日ヨリ十年ノ期間滿了後ニ於テ国際労働事務局宛登録ノ為ニスル通告ニ依リ之ヲ廃棄スルコトヲ得右ノ廃棄ハ該事務局ニ登録アリタル日ノ後一年間ハ其ノ効力ヲ生ゼズ
- 2 本条約ヲ批准シタル各締盟国ニシテ前項ニ掲グル十年ノ期間滿了後一年以内ニ本条ニ定ムル廃棄ノ権利ヲ行使セザルモノハ更ニ五年間拘束ヲ受クベク又爾後各五年ノ期間滿了毎ニ本条ニ定ムル条件ニ依リ本条約ヲ廃棄スルコトヲ得

### 第三十一条

(龍法 '25) 58-2, 156 (552)

国際労働事務局ノ理事会ハ本条約ノ効力発生ヨリ各五年ノ期間満了毎ニ本条約ノ施行ニ関スル報告ヲ總會ニ提出スベク且其ノ全部又ハ一部ノ改正ニ関スル問題ヲ總會ノ會議事項ニ掲ゲベキヤ否ヤヲ審議スベシ

### 第三十二条

1 總會ガ本条約ノ全部又ハ一部ヲ改正スル新条約ヲ採択スル場合ニハ締盟国ニ依リ新改正条約ノ批准ハ新改正条約ガ効力ヲ発生シタルトキ前記第三十条ノ規定ニ拘ラズ猶予ノ要件ヲ要セズシテ当然ニ本条約ノ廃棄ヲ生ゼシムベシ

2 新改正条約ノ効力発生ノ日ヨリ本条約ハ締盟国ニ依リ批准セラレ得ザルニ至ルベシ

3 尤モ本条約ハ之ヲ批准シタルモ改正条約ヲ批准セザル締盟国ニ対シテハ其ノ現在ノ形式及内容ニ於テ引続キ効力ヲ有スベシ

### 第三十三条

本条約ハ仏蘭西語及英吉利語ノ本文ヲ以テ共ニ正文トス

出典 <http://www.ilo.org/public/japanese/region/asro/tokyo/about/ilo.htm#ils>から抜粋・編集

【資料3】

カイロ宣言（1943年11月27日カイロにおいて署名）

「ローズヴェルト」大統領、蒋介石大元帥及「チャーチル」総理大臣は各自の軍事顧問及外交顧問と共に北「アフリカ」に於て会議を終了し左の一般的声明を發せられたり

各軍事使節は日本国に対する将来の軍事行動を協定せり

三大同盟国は、海路、陸路及空路に依り其の野蛮なる敵国に対し仮借なき弾圧を加ふるの決意を表明せり 右弾圧は既に増大しつつあり

三大同盟国は日本国の侵略を制止し且之を罰する為今次の戦争を為しつつあるものなり 右同盟国は自国の為に何等の利得をも欲求するものに非ず

又領土拡張の何等の念をも有するものに非ず

右同盟国の目的は日本国より1914年の第一次世界戦争の開始以後に於て日本国が奪取し又は占領したる太平洋に於ける一切の島嶼を剥奪すること並に満洲、台湾及澎湖島の如き日本国が清国人より盜取したる一切の地域を中華民國に返還することに在り日本国は又暴力及貪欲に依り日本国の略取したる他の一切の地域より駆逐せらるべし

前記三大国は朝鮮の人民の奴隸状態に留意し臆て朝鮮を自由且独立のものたらしむるの決意を有す

右の目的を以て右三同盟国は同盟諸国中日本国と交戦中なる諸国と協調し日本国の無条件降伏を齎すに必要な重大且長期の行動を続行すべし

<https://www8.cao.go.jp/hoppo/shiryuu/pdf/gaikou06.pdf>

2025年3月30日閲覧。

#### 【資料4】

声明 戦争と植民地支配で傷つけられた人間の尊厳の回復を求めて～戦後80年・日韓基本条約締結から60年を迎えて～

アジア・太平洋戦争が終わり今年で80年を迎えます。

日本は柳条湖事件（1931年）以降、中国侵略からアジア・太平洋地域へと戦争を拡大し、その結果、中国で1000万人以上、インドネシア、ベトナム、インド、フィリピン、朝鮮等アジア・太平洋諸国では併せて約900万人以上といわれるほど多くの人々を犠牲にしました。他方、大規模空襲、沖縄戦、広島・長崎の原爆投下を受け、国内外で日本人も310万人（軍人・軍属230万人、民間人80万人）が亡くなりました。「帝国国防方針」で「国家戦略」を「満州、大韓帝国に扶植した利権と東南アジア・中国に拡張しつつある民力の発展の擁護・拡張」と定め、日清・日露戦争からアジア・太平洋戦争へと戦争を重ねてきたことが、このような惨禍を招きました。このことは、「日本を守る」と言いつつ軍備を増強し軍需産業を進展させることが、悲惨な結果を生むことを私たちに示しているのではないのでしょうか。

今年の日韓基本条約締結（1965年）から60年を迎えます。

日本は、1910年韓国併合条約により朝鮮を植民地とし、日本の統治下に置きました。そこでは、行政・立法などを分離せず、朝鮮総督府が軍隊や警察を使って統治するという専制政治を行いました。その下で、土地や米などの生産物を奪い、朝鮮人が自決権に基づき独立を求めることを抑圧し、日本への同化を強制しつつ、参政権をはじめとする政治的な権利を十分に与えないなどあらゆる分野で朝鮮人を差別しました。戦時中には、「総力

戦」遂行のため、「帝国臣民」として戦争に動員しました。日本の朝鮮に対する植民地支配は、朝鮮の人々の尊厳を傷つけたのです。

植民地支配を受けた朝鮮の人々の尊厳が傷つけられたことは、重大な人権侵害です。本来、日本は終戦後に朝鮮の人々の尊厳を回復すべきでした。ところが、1965年の日韓基本条約は、韓国併合条約がもはや無効である」と確認したにとどまりました。日本は植民地支配の不法を認めず、反省、謝罪も表明しませんでした。また、同条約では、韓国政府を朝鮮半島の「唯一の合法政府」と規定し南北分断に加担することになりました。その後も、朝鮮の人々の尊厳の回復や差別意識の払拭が十分にされずにその影響が今日にまで及び、新たな差別が生じています。また、日本はいまだに朝鮮民主主義人民共和国とは国交を結んでいません。これらの事実は、日本が朝鮮植民地支配の過去に向き合わず、それを克服しきれていないことを示しているのではないのでしょうか。

戦争及び植民地支配で生じた人権問題の象徴のひとつが朝鮮人の強制連行・強制労働です。

日本の植民地支配の下、朝鮮の人々は、甘言で釣られたり騙されたりして、自分の意に反して日本企業へ連行され（強制連行）、厳しい監視の下、長時間働かされ（強制労働）、命を失う者もいました。朝鮮の人々は、奴隷のように扱われ、生命、自由及び幸福追求や、民族としての権利が侵され、人間の尊厳が奪われるという重大な人権侵害を受けました。それに対して日本企業は人権を回復すべき責任を負います。

また、強制連行・強制労働は、戦争による軍需産業での人手不足を補うために日本政府が立てた労務動員計画及び国家総動員法・国民徴用令など

に抛り行われたのですから、当然日本政府に責任があります。人権を尊重し擁護すべき責任を負う日本政府は、自ら人権を回復するとともに、日本企業に対して、人権回復を働きかけるべきです。

日本政府や日本企業は人権回復のため何をすべきでしょうか。

日本政府及び日本企業が責任を果たすためには、被害者の要求に誠実に向き合うことが大切です。

被害者らは、人権侵害の事実と責任を認め、謝罪し、謝罪の証として賠償し、再発防止のため必要な措置を求めています。それを実現するために、日韓両国の裁判所に対し、日本企業を被告として、不法行為に基づく損害賠償の訴えを提訴した被害者もいました。裁判は今も続き、たたかいは親から子へと引き継がれています。

この訴えに対し、韓国の裁判所は、強制連行・強制労働の事実を認めて違法と判断し、日本企業に対して賠償金の支払いを命じました。ところが、日本企業は賠償金の支払いを拒否しています。このような対応は、法の支配の理念や、企業は人権尊重を確保すべきであるという国連の「ビジネスと人権の指導原則」に反しているのではないのでしょうか。

他方、日本の裁判所は、日韓請求権協定により、「裁判上訴求する権能」（裁判所に訴えを求める権能）を失うと判断し、被害者の請求を棄却しました。しかしここで注目すべきは、日本の裁判所も、日本企業の人権侵害行為といえる事実と責任の発生を認めたことです。人権尊重を確保すべき責任を負う日本企業は、日韓両国の裁判所がともに認めた人権侵害行為の事実と責任を自ら認めて、自発的にその責任を果たすことが求められてい

ます。

この点、中国人の強制連行・強制労働事件について、日本の最高裁判所は、裁判上請求できないが請求権は消滅していないとし、自主的に企業が問題を解決するよう附言しました。日本企業はこれを受けて、被害者との和解に基づき加害事実を認め、謝罪し、謝罪の証として償い金を支払い、記憶継承に必要な措置を行い、侵害された被害者の人権回復を図りました。これは一つの解決方法として参考になるのではないのでしょうか。

なお、韓国国内では、強制連行・強制労働の被害者らに対して財団から金員が支払われていますが、それが支払いを拒絶している日本企業の賠償金支払債務への充当といえるのか疑問です。

平和を守り人権が尊重される社会を築くために今何が求められているのでしょうか

今日、朝鮮人の強制連行・強制労働（徴用工）問題は、日韓の国家間の問題とされています。しかし、この問題の本質は、一人ひとりの人間（個人）の尊厳を回復するという人権問題であり、戦争準備・遂行の過程で生じた平和に関わる問題でもあります。この平和と人権に関わる強制連行・強制労働問題に対して、80年以上の長きにわたり、日本政府や日本企業が、被害者に対して人権侵害の事実と責任を認めておらず、謝罪や賠償をしていないことは極めて深刻です。

「台湾有事」「北朝鮮脅威」などが煽られて軍備が増強され、今も朝鮮人などへの差別的言動、ヘイトスピーチがあとを絶ちません。ふたたび過ちを繰り返さないためにも、先の戦争及び植民地支配下での人権侵害、とり

わけ強制連行・強制労働問題に誠実に向き合い、傷つけられた人間の尊厳などの回復を通して国境を越えて市民間の信頼関係を構築することが求められているのではないのでしょうか。

私たちは、平和が守られ、人間の尊厳や人権が尊重される社会を築くために、戦後80年以上もの長きにわたり問われ続けている朝鮮人の強制連行・強制労働問題の解決をめざします。

2025年3月13日

〈声明呼びかけ人〉

青波 杏（小説家）、足立修一（弁護士）、阿部浩己（明治学院大学教授）、  
殷 勇基（弁護士）、鶴飼 哲（一橋大学名誉教授）、内田雅敏（弁護士）、  
太田 修（同志社大学教授）、大森典子（弁護士）、岡 真理（京都大学名誉教授）、勝村 誠（ウトロ平和祈念館館長）、加藤直樹（ノンフィクション作家）、川上詩朗（弁護士）、在間秀和（弁護士）、申 恵丰（青学学院大学教授）、高橋哲哉（東京大学誉教教授）、高村 薫（小説家）、張 界満（弁護士）、崔 善愛（ピアニスト・『週刊金曜日』編集委員）、外村 大（東京大学教授）、中沢けい（小説家・法政大学教授）、中村一成（ジャーナリスト）、平岡 敬（元広島市長）、吉澤文寿（新潟国際情報大学教授）

レイバーネット

<http://www.labornetjp.org/news/2025/0326seimei>

2025年4月6日閲覧。



## ダイシーの法の支配と立憲主義： 歴史的観点からの考察（2）

石井 幸三\*

- I 本稿の目的
- II 用語 (以上58巻1号)
- III 近代イギリスの法の支配とダイシー
  - III-1 理論の前提としての裁判所整備
  - III-2 ダイシーの法の支配とその一般化
  - III-3 法の支配と法令審査制（違憲立法審査制）
  - III-4 議会主権と法の支配の対立
  - III-5 補と小括

### III 近代イギリスの法の支配とダイシー

#### III-1 理論の前提としての裁判所整備

サルトリ（Sartori）のように立憲主義を、人々の自由権を保障するために国家権力を制限する法制度として理解すれば、マーシャル（Marshall）の言うように立憲主義と法の支配は一致するかもしれない。佐藤幸治のように法の支配を現代立憲主義の一段階前として理解しようとする立場がある。私は、彼らの見解を参考にはするが、本稿で論評しない。ここでの私の課題は、法の支配に関するダイシーの説明と違憲審査制との関連を考えるだけである。私は、立憲主義に法令審査（違憲立法審査）制が

\* いしいこうぞう 元本学法学部 教授

不可欠であるとする説に対してまだ立場を保留しているが、日本では多数の研究者が両者の関係の強さを主張しており、ダイシーの説明する法の支配と法令審査制の関連の有無の考察は、立憲主義を考える際に何等かの示唆を与えると考える。<sup>(1)</sup>

法と宗教の分離を果たしたヨーロッパの近代社会では、世俗社会の支配の正統化は非宗教的色彩を帯びた法になった。そうした社会では、自然権を具体化した国家法を制定し、それを確実に実行できる国家機構の設立が必要とされた。そして、国家機構と社会を規律する法に関しては、近代社会の特質である全般的な商品生産と交換の社会で生活する人々が、身体的に精神的にも自由な形で、自己の行動を自律的にしていくことが保障されるように、法の整備は法の確実性と予測可能性を高める方向でなされる。近代社会に適合した法律の制定は必要であるが、裁判所は、訴訟を通じて成文の法の文言を確定したり、不文の法なら当該分野での慣習や慣行、さらには道徳を考慮したりして、法を確定する。裁判所の法の確定は、成文の法律よりもより具体的で個別化されているので、法に関する人々の予測可能性を高める。その場合、旧体制と異なった形での、裁判所の管轄権や序列が明確にされなければ、法を利用したり従ったりする人は、裁判所への信頼性をもつことができない。

イングランドでは、憲法典の制定がなされなかったにもかかわらず、この裁判所等の整理が1688年の名誉革命後緩慢であるがなされていった。裁判官の身分保障は1701年に確立された (Sta.12 & 13 Will. III, c.2. いわゆる王位継承法 Act of Settlement 1701)。近代的社会を法の面から支えるには、裁判官の身分保障だけでは十分でない。裁判制度やそれにまつわる実務慣行も変更される必要があった。その作り変えは、1850年代から始まる。<sup>(2)</sup> その中でも重要なのは、従来の諸裁判所の整理と統合をなした1873年と1875年の裁判所構成法 (Judicature Act 1873 & 1875) である。それによって、諸裁判所が整理され、諸裁判所の優劣順位が確定される。<sup>(3)</sup> 裁

判所の改編に加え、判例法主義のイングランドでは、重要な判決に関しては、保証契約限度内有限責任会社（company limited by guarantee）の形式を採用した会社から1865年より刊行された『判決報告集（The Law Reports）』によって重要な判決の刊行がなされ、それが法専門家の判決に関する知識の共通基盤の形成に寄与する。判例法主義の国（地域）では、裁判所の整理と（準）公的な判決の報告集の刊行によって、判決の権威（の優劣）が絶対ではないにしろ明確化される。<sup>(4)</sup>

ダイシーが説明する法の支配の確立にも、裁判所をめぐる環境整備が必要だった。この意味で、法の支配（そして立憲主義）は、近代以降に成立した国家の運営方式の様々と関連しているのである。<sup>(5)</sup> もし立憲主義や法の支配の時期を近代以前に探ろうとすれば、その成立の条件と環境も考慮にいれて考察しなければならない。この考察は、私の能力を超えるので、私は時期を限定したのであり、本稿（1）193ページで高橋和之の指摘に注目したのである。近代立憲主義や近代的な法の支配は、様々な思想（近代自然法思想、制限政府論、均衡政府論、三権分立思想、消極的国家観、商品生産交換制度を円滑にする法の一般性や予測可能性といったブルジョワ的思想、更には人々や諸階層の法観）と様々な制度（権力分立、民主主権の受託者としての国家機構の担い手、裁判所の整備）との複合的条件の結果として成立している。このことを指摘しておいて、ダイシーの法の支配とアメリカ合州国の法令審査制の関係を検討する。

### III-2 ダイシーの法の支配とその一般化

佐藤幸治『立憲主義について』（2015年）の私の読み方では、現代立憲主義が法の支配の完成形のような文がある。「立憲主義は決して一朝一夕で成ったわけではない。……ピューリタン革命に象徴される激動・苦闘の17世紀を経て、法の支配と議会主義が結合した近代立憲主義がイギリスで誕生した。〔原文改行〕この近代立憲主義の基盤を受け継ぎつつ、それに

革新的な工夫を加え、現代の憲法、現代立憲主義の原型を作ったのが、アメリカ独立革命とその所産である合衆国憲法であった。」(5-6 ページ)<sup>(6)</sup>

佐藤の示唆は今しばらく横において、私は、本ノート(1)の冒頭で記したように、ダイシー(Albert V.Dicey,1835-1922)が、彼の著作 *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*<sup>(7)</sup>(本稿では『憲法序説』と日本語では記す)の中で、法の支配という言葉に与えた説明を考察の基礎にする。<sup>(8)</sup> ダイシーは、法が支配の正統化原理となり法が効率的に運用されるようになったイギリスの法環境の中で、公法の原理として法の支配の意味を比較的明瞭に説明した。それゆえ、ダイシーが説明を与えた法の支配の意味は多くの論者によって説明されているが、本稿を書くにあたって参照した諸文献において、法の支配でダイシーの説明をそのまま適応しているのか、それとも彼の説を中心にしながらも変更を加えた上で「法の支配」という言葉を使っているかどうか不明確な場合がある。本稿は、屋上屋を重ねて、ダイシーの法の支配の説明を示す。ダイシーの説明とそれ以外の説明の区別を明確にしておくことは、ダイシーの説明が正しいと主張するのではなく、それを参照基準にすることによって議論に必要な用語の意味の混乱を避けるためである。

ダイシーの法の支配の説明を明示した後で、本稿は、ダイシーの(説明した)意味からどこを切り、どこを足すかという考えを入れながら、より一般化された法の支配の意味を探ることにする。ここで私がより一般化された意味での法の支配と言う場合、イギリスと異なって、近代的な意味での成文憲法がある国での法の支配を意味することになる。

先ず、支配を、力の支配、呪術の支配、人の支配、法の支配というように支配の手段や様式に注目した意味で使われている場合の「法の支配」は、本稿では考慮外に置かれる。この意味での法の支配は、法の内容や立法形式や適用方法を問題にしていない。この意味での法の支配は、法という形式的要件を満たせば、人々の権利や自由を剥奪したり抑圧したりしても、

法の支配という言葉は使用されうるし、現にしばしば使用する政治家もいる。私は、これを、広義の「法の支配」と呼んでおく。この意味での法の支配を、憲法のある国に適用すれば、形式的意味の憲法を定めている国全てに該当するようになる。そこでは、人権を無視した大統領令や国家首席の命令が出されても、それらは定義上法の一種なので、当該国は法による支配がなされていると言うことが可能になる。これは、外見的または表面的立憲主義とも言える。（本稿（1）193ページ参照。）

ダイシーは、法の支配をこう説明する。「我々が、法の優位ないし法の支配がイギリス憲法の特徴であるという時、この表現に、一般に、少なくとも3つの似てはいるが異なる考え方を含めている。〔原文改行〕我々が意味するのは、第1に、国の通常裁判所の前での通常の法的なやり方で確認された明瞭な、法の違反の場合を除いて、何人も処罰を与えられたり身体や財物に害をうけたりすることはありえないことである。この意味で、法の支配は、広範な、恣意的な、ないしは裁量的な強制的諸権力（powers of constraint）の権限者による行使を基礎とするあらゆる統治体制と対照をなすものである。」（Wade edition, p.188、伊藤・田島訳『憲法序説』、179ページ。以下、W.188/訳179として記す。）「第2に、我々が『法の支配』を我が国の特徴であると言う場合、我々が意味することは、我々に関して何人も法の上にはないというだけでなく、（違ったことではあるが）我が国では、全ての人が、その階層や身分に関わりなく、国土の通常法に服従し、通常裁判所の裁判権に服するということも意味している。」（W.193/訳183-84）「なお、第3の違った意味が残っている。この意味での『法の支配』ないし法の精神の優越は、イギリスの制度に特有の（special）属性として叙述されるだろう。我々が憲法が法の支配で充たされていると言ってもよいのは、憲法の一般諸原則（たとえば、人身の自由の権利や公の集会の権利）が、我々に関して、裁判所に提起された特定の事件で私人（private persons）の諸権利を決定する司法的判決の結果であるというこ

とを根拠にしている。これに対して、多くの外国憲法の下では、個人々人 (individuals) の諸権利に与えられる保障 (保障と言えても) は、憲法の一般原則に由来する、あるいは由来するように見える。」(W.195-6/訳185)<sup>(9)</sup>

ダイシーは、行間ではイギリス不文憲法が人々の権利や自由を護る点で他の国の成文憲法より優秀であることを示唆しているが、彼自身は、「法の支配はこういう条件 (意味) を満たさねばならない」と主張しているのではない。彼の主張する法の支配は、人々の権利と自由を護る点で重要であり、それは、彼の主張を超えてより一般化されて当為命題として考えるための示唆を与えている。

第1の意味について。この説明は、史料ではマグナ・カルタ (ラニミード憲章) (Magna Carta 1215, chp. 39. なお、法的効力のある1225年のマグナ・カルタでは29条に書かれている。) まで遡ることができるものを反映している。<sup>(10)</sup> 文の後半は、下山によって「第一は、(ア) 正規の法の優越を意味し、(イ) 政府の側の恣意的な権限の行使がないということ。」「(ア) (イ) は石井の付加」と説明されている。<sup>(11)</sup> これは二つのことを意味する。正規の法とは、議会 (国会) 主権つまり「議会における国王」によって制定された法を意味し、ダイシーは、(ア) を媒介することで『憲法序説』第一部の議会 (国会) 主権と関係させている。(イ) の部分については、過去になされていた国王の勅令や布告の法的資格が排除される。<sup>(12)</sup> ダイシーにとって、(イ) の部分は、将来的には、政府、行政機関の委任立法と関わる問題にもなる。<sup>(13)</sup> 行政機関への委任立法は積極的国家観を前提に打ち出されるので、それは彼の自由主義的国家観と相いれない。

第2の意味について。ダイシーはこう言い換えている。「法的平等の観念、言い換えれば通常裁判所によって執り行われる (administered) 一つの法に全ての階層の人々が普遍的に従うという観念」(W.193/訳184) である。具体的には、こう説明されている。「軍人やイギリス国教会聖職者は、他 (龍法 '25) 58-2, 170 (566)

の普通の人たちが免れている法的責任をその役職上引き受けるけれども、その人は、（一般的に言えば）それによって普通市民の諸義務から外されない。」（W.194/訳184）この第2の意味は、ダイシー自身が、フランスの行政法と行政裁判所の歴史的推移をみて、自らの考えを『憲法序説』で補筆する大きな動機の一つとなったものである。途中経過を飛ばして述べると、1915年の「イギリスにおける行政法の発展」で、彼は、行政機関に準司法権を与えることを認めた上で、こう書いている。「……しかしながら、通常裁判所が、国王の従僕によるいかなる現実的、かつ立証可能な法の侵害を扱うことができるということは、真のドロワ・アドミニストラティブ〔droit administratif〕の存在に致命的な、あの法の支配を未だ維持しているということなのである。」<sup>(14)</sup>

第3の意味の法の支配は、憲法典という成文憲法を有している国では無視されるかもしれない。ダイシーも「特有の」という言葉を使っている。しかし、ダイシーがこれを記した意図がイギリス法の優秀性を誇るものであっても、彼の次の文は銘記されるべきである。「しかし、どのような歴史的知識さえも次のことを十分示している。他国の憲法学者達は、権利を定義することに没頭される一方、他方、彼らの言うところの権利を強制するだろう適切な〔権利侵害への〕救済の規定（備え）が絶対必要にもかかわらず、彼らはそれに十分な注意を与えてきていない。」（W.198/訳188）ダイシーは、憲法典を制定してもそれを実効あるものにする法的仕組みがなければ、憲法典は画餅になる、と考える。

以上が、ダイシーが与えた法の支配の説明である。ここから、ダイシーの説明を基にしつつもそれから意識的に離れて、より一般化された法の支配の意味を探る。第1の意味に関して、一般化ために残されるべきは、人々の権利や自由に関与する法、あるいは国の在り方を決める法は、権限ある者の恣意的行使によって決められるのではなく、人々を代表する立法機関によって正式な手続きで制定された法が必要という趣旨である。ダイ

シーに依拠しながら辻清明はこう書いている。「……英米法でいうところの「適法手続」は、単に訴訟における形式的な法規上の手続を充足させるという意味を有しているだけではなく、むしろそこでいう法が権力客体としての市民の正当な理性を満足させる（reasonable）だけの内容を含んでいることの承認でもあるからである。」<sup>(15)</sup> 同様に、伊藤正己は、こう書いている。「法の支配」を、このように理解するときには、立法作用に関して二つの面から、それが関係をもってくると考えられる。第一に、立法の内容から、専断性、恣意性を排除するということであり、第二に、立法の過程において、理に反する力の支配の加えられるのを否定するという事である。この二つの点が実現されたとき、その国の立法作用は、「法の支配」の原理に適合して行われているものといえよう。」「法の支配」が、立法過程における正当性の実現を求め、とくに、民主政治の準則の遵守を要求するものである以上、立法が、世論にもとづいて立案され、世論に即して審議されることが、第一の要請となるであろう。」<sup>(16)</sup> 両氏の論文は、国家主権回復後の日本政府が、占領下になされていた主に共産主義活動を取り締まる政策を引継ぎ「団体の解散・活動制限或いは言論統制、公安調査官の思想調査など、違憲問題が生じる」破壊活動防止法（案）を提出したのを機に『思想』の同じ号に寄稿されたものである。<sup>(17)</sup> 第2次世界大戦後日本で、法の支配に関するダイシーの説明が研究者の間で既に批判されていたにもかかわらず、両氏は、ダイシーのこの第1の意味での法の支配から、日本国憲法を無視した内閣の政令による決定や国民の意思を軽視した対米追従型の政治運営を批判した。

第2の意味での法の支配の概念の一般化に際しては、私はダイシーの積極的国家観に否定的な態度を採用しないが、<sup>(18)</sup> 私は、人々の自由と権利に関する法的争いは、中間過程に専門の知識を有した準司法的国家機関が介入することが人々の多くに納得できる理由で示されることを条件に設置され、終局的判断は通常裁判所に委ねるというダイシーの主張は維持され

ると考える。<sup>(19)</sup> 通常裁判所が最善という訳ではないが、それと特別裁判所とを比較すれば、歴史的にみれば、前者の方が人々の権利や自由を護る可能性が高い。日本で、第2次世界大戦後、ダイシーの法の支配の第2の意味が強調されたのは、彼の国家観と日本憲法上の国家観が異なるにもかかわらず、大日本帝国憲法が規定した司法の在り方（第57条、天皇の名による裁判権、第69条、法律による特別裁判所の設置、第70条、法律による行政裁判所の設置）が日本国憲法の司法の在り方と正反対の様相を示していたからであろう。<sup>(20)</sup>

第3の意味での法の支配を一般化するならば、それは、法の支配の目的を実効あるものにするには、すなわち人々の権利と自由の法的宣言だけでなく、それらが享受者が十分享受できるように、できるだけ配慮し、享受が侵害された時の救済処置を講じる責務を国家に課しているといえよう。

以上、ダイシーの法の支配の3つの意味を検討し、それを再構成して一般化した法の支配にする際の私の重要点を述べてきた。再度、私が取捨選択したものを記す。法の支配の主要目的は、人々の権利と自由の保護である。人々の権利と自由は、ダイシーは自由権を意味しているが、私はその後の権利運動の中で承認されてきている社会権等を加える。ダイシーの法の支配の主要目的には自由主義社会の維持という前提があるが、その前提は今日では維持されない。ダイシーの第1の意味では、人々の権利や自由、国の制度の基本枠組みに関する法は、正規の法、議会制定法によらなければならない。ここで、人々と書いたのは、人権の普遍性を考慮すれば、自国民だけでなく、できるだけ他国籍（無国籍）の人を含ませる必要がある。正規の法と書いたが、無限定な委任立法を排除するだけでなく、法の制定過程では民主主義的政治体制を採用しているならば、民主主義的手続きを踏まなければならないことを意味する。（伊藤の提言は興味深いだが、どこまで法的制御として機能させることができるのかという課題がある。）ダイシーの第2の意味では、人々の自由や権利に関する法的争いは、最終的

には、通常裁判所による判断による。彼の第3の意味は、成文憲法を採用するので採用されえないが、その真意は、法の支配の目的が侵害された場合の速やかな具体的救済の制度化の要請である。そのような救済制度がなければ、憲法上によって権利が規定されていても、実質保護されないのと同然になる可能性が高い。

ダイシーの説明する法の支配それ自体ではなく、彼の説明から幾分か離れて一般化される法の支配と立憲主義とを比べるならば、それらは同一であるという見解も出される可能性はある。マーシャルは、こう書いている。「もし我々が視界を広げるならば、我々は、法の支配が、市民の諸権利の憲法上の保護の項目の下で慣例上公布されている制限政府に対する全ての手段を表わす簡略語となっていることを知りうる。イギリス連合王国以外では通常そうになっているようにそれらが憲法的文書で法典化されている所では、「憲法上の諸権利」や「立憲主義」という用語は、多かれ少なかれダイシーの「法の支配」の拡張解釈と同一範囲内にあるように思える。」<sup>(21)</sup> ダイシーの「法の支配」の拡張解釈（本稿では、一般化される法の支配ないし一般化された法の支配と記している）と立憲主義が同義であるとするマーシャルは、イギリスの学者である。上述のサルトリは、立憲主義の一つとして法の支配を考えるだろう。同一視は、両者とも人々の権利や自由が護られる制度であるという点では一致する。違いは、複数の研究者が立憲主義の重要な構成要素として法令審査制度（違憲審査制度）を挙げていることである。

### Ⅲ-3 法の支配と法令審査制（違憲立法審査制）

私は、ダイシーの法の支配と法令審査制度との関係を見る。確かに、ダイシーの『憲法序説』第2部「法の支配」を見る限り、法令審査制への言及はない。『憲法序説』が「イギリスの今日の憲法（the modern constitution of England）に浸透している二、三の指導原理を扱う」<sup>(22)</sup> ことを目（龍法 '25）58-2, 174（570）

的としている限り、両者の関係は、彼にとって取り組む必要のない問題でもある。また、『憲法序説』は、イギリス議会の主権の特徴として、「議会の法を無効にする、言い換えれば、その法を無効や違憲として扱う権利を持った司法機関（authority）や他の機関が存在しない事」（W.91/訳90）という言葉がある。これをイギリス議会に限定された叙述と理解しても、彼の主権論は、「要するに、『制限された主権』は、すべての他の主権者についてそうであるように国会の場合でも、名辞の矛盾である。」（W.68n/訳64（\*））」というものである。これらを勘案すると、「ダイシーの法の支配は、法令審査制に言及していない」と言い切るのが無難である。

ダイシーの『憲法序説』は、アメリカ合州国の法令審査制確立の重要な契機になったマーベリ対マディソン事件（Marbury v. Madison（1803））の連邦最高裁判決<sup>(23)</sup> やそれに類する判決に言及しており（W.165/訳156）、それだけでなくアメリカ合州国の司法について紙面を割いている（W.150-165/訳150-156）。注意すべきは、彼が、これらの判決と法令審査制を、第2部「法の支配」ではなく、第1部「国会主権（議会主権）」の中の第3章「国会主権と連邦制」で論じていることである。彼は、主権論との関係で連邦制に、そしてアメリカ合州国で生じた法令審査制に関心を寄せていた。私は、「無難」な道から逸れて、この第3章に踏み込んでみる。

第3章の中に、「諸権力の分割は統治制度における連邦制を単一制から区分する」（W.155/訳149）という欄外見出しのある文章はこう書いている。イギリスについて。「確かに、我々は、イギリスの国制（constitution）が諸権力の均衡の上に基づいており、行政、立法、司法の機関の間の区分を維持していると語る。……イギリス国家のすべての権力は、帝国議会に集中されている。……しかし、司法部は、議会と同じ地位に立っているとは言い張らない。」（W.156/訳149）アメリカ合州国について。「連邦司法部は、大統領および連邦議会と対等であり、革命することなしには大統領および連邦議会もその司法部の一つの権利さえも奪うことはできない。」（W.156/

訳149)「連邦制の下では……憲法の法的最高性は国家の存立にとって必須である。合州国の創設者たちの栄光は名称だけでなく現実においても憲法がその国の最高の法となるような装置を作り出したり採用したりしたことであった。」(W.158/訳150)「連邦主義の本質的諸特徴は、——憲法の優位——権力の配分——司法部の権威——が、疑いもなく修正を受けながら、全ての個々の連邦国家で現れている。」(W.165/訳156)ダイシーにとって、アメリカ合州国の法令審査制はアメリカ合州国の連邦制に独特な制度であり、<sup>(24)</sup> 単一制国家の国会主権(議会主権)の下では法令審査制は考えられないのである。

ダイシーの考えるように、法令審査制を近代的連邦主義(W.165/訳156)に特有なものと解せば、立法機関を主権の保持機関とする単一制国家においては、たとえダイシーの説明する法の支配が存在しても、法令審査制は存在しにくい。しかし、彼がアメリカ合州国について語る文章の周辺を見ると、彼自身は意図していない別の事柄が、彼の文から導かれる余地がある。私は、「連邦制の下では……憲法の法的最高性は国家の存立にとって必須である」に注目する。この言葉が、近代憲法典が当該国の国民の基本的人権の保障とそのため国家機構のあり方を規定することであることを示しているならば、その言葉は、「連邦制」を外せば、近代の単一制国家の憲法典にも当てはまることを示唆している。(言うまでもないが、憲法典を仮定することは、ダイシーの法の支配の第3の意味から離れる。)近代憲法の存立目的は、ダイシーの『憲法序説』でも共有されている。上述の文の重要部分「憲法の優位、権力の配分、司法部の権威」は、イギリスが不文憲法であるにもかかわらず、『憲法序説』の根幹をなしている。彼が近代国家に共有されている実質的意味の憲法を理解しているが故に、私は、彼の説明する法の支配と法令審査制の関連を、強引と言われるかもしれないが、考察したいのである。

私は、次の仮定を置く。単一制国家で憲法典があり、その憲法典によっ

て「議会（国会）の権力に制限が置かれた」（W.157/訳150）という仮定である。この仮定の設置は、ダイシーの以下の文章に基づいており、強引と言え決して架空のものではない。この仮定は、ダイシーに対して二つの問いに直面させるだろう。①その憲法下で、議会（国会）主権が主張されるのか。更に、場合によっては、②法令審査制は存在しうるのか。①の問題。ダイシーは、議会（国会）主権は無制限としている。しかし、憲法があると仮定すると、憲法制定者ないし憲法制定団体とそれが創設した議会との関係が問題になる。憲法制定機関と議会（国会）のどちらが主権を保持しているのかという問題が生じる。ダイシーがイギリスの議会（国会）主権に言及している限り、憲法制定権力には触れない。注目に値するのは、彼がアメリカ合州国憲法との比較のためフランス〔第三共和国〕憲法とベルギー憲法を例に出し主権について少し触れている文である。「要するに、フランスとベルギーは、単一制度憲法（unitarian constitutions）の下で統治されているので、立法機関の非・主権的な（non-sovereign）性格は、各の場合、それらの政体の偶然的特質（an accident）であって、本質的特質ではない。」（W.157-158/訳150）。私は、結論部分のみ引用したが、ダイシーのこの表現は、本稿では追究しない彼の主権論と関係している。彼はある国が立法権を制限するような憲法典を持つことがありうることを、「政体の偶然的特質」という名目で消極的に認めている。「消極的」と私が表現するのは、その承認は、彼の主権無制限論と整合しないことをダイシーが暗に認めていると私は考えるからである。<sup>(25)</sup> その上、法令審査制が導入されたら（問題②）、裁判所により法律が違憲とされることになり、議会（国会）主権を掘り崩すことになるかもしれない。彼は、アメリカ合州国の連邦最高裁判所についてこう書いている。「それは、事実、憲法最終的解釈者であり、したがって、連邦議会であれ、あるいは州、例えばニューヨーク州の立法議会であれ、そこによって可決された法律が憲法に合致するか否かを、上訴裁判所として最終的に宣告する権威を持つ

ている。」(W.160/訳152) 裁判所の公的法解釈機関としての権威は憲法典によって与えられる(本稿注(37)参照)。国家機関の権威または権力が憲法によって与えられることは、フランスやベルギーのように憲法典によって立法機関が非・主権的でない場合にも当てはまるだろう。それは、ダイシーの議会(国会)主権論とは相容れない。彼の「政体の偶然的特質」という表現は、彼の理論と現実の狭間との妥協である。妥協と考えるかどうかは脇においても、この仮定から、ダイシーの法の支配の第3の意味の説明と議会(国会)主権論を犠牲にすれば、ダイシーの法の支配説明の第1と第2の意味から法令審査制を引き出すことが可能なことを示している。そして、彼の言う議会(国会)主権論は、フランスやベルギーの例を考えれば、絶対的な命題と言えるものではない。

### Ⅲ-4 議会主権と法の支配の対立

ダイシーが法令審査制を認めなかったとしても、彼の憲法理論にある主導原理、議会主権と法の支配は、相対立するかもしれない。彼は、『憲法序説』第2部「法の支配」の最後に「法の支配と議会主権の関連」という第13章を設け、両者の対立について論じている。この検討を行なうことは、彼の法の支配論がどこまで一般化しうるかという問題にとって重要であるだけでなく、本稿の主題と深く関わっている。

検討の前に、ダイシーの生存中(1835-1922年)前後のイギリス政治の重要事項の幾つかを示しておく。1800年、グレート・ブリテン王国(Kingdom of Great Britain)とアイルランドと国家合同。国名、グレート・ブリテンおよびアイルランド連合王国(United Kingdom of Great Britain and Ireland)に改称。1832年、第一次選挙法改正。33年、英国領西インド諸島の奴隷制廃止。36年、南オーストラリアを植民地として獲得。38～46年、穀物法廃止運動。1838～50年頃、チャーチスト運動。39～42年、アヘン戦争、英の勝利後、香港獲得。41年、植民地カナダに自治政府導入、(龍法 '25) 58-2, 178 (574)

カナダ憲法成立。48年、アイルランド反乱。50年、植民地オーストラリアに自治政府導入。オーストラリア憲法成立。52年、植民地ニュージーランドに自治政府導入、ニュージーランド憲法成立。53～56年、クリミア戦争。57～58年、インド・セポイの反乱。72年、アフリカのケープ植民地に自治政府導入。77年、1月1日、ヴィクトリア女王が皇帝になるインド帝国成立。アフリカのトランスヴァールが英国領になる。80～81年、トランスヴァールが独立を宣言、第一次ボーア戦争、イギリスはトランスヴァールの独立を認めるも宗主権（suzerainty）を確保。82年、エジプトを英国の保護領（protectorate）にする。84～85年、アフリカ分割に関する列国会議。86年、1月1日、ビルマをインド帝国に併合。4月、第三次グラッドストーン内閣による第一次アイルランド自治（Home Rule）法案提出（→同年6月廃案）。1899～1902年、ボーア戦争。1893年、第四次グラッドストーン内閣による第二次アイルランド自治（Home Rule）法案提出（→同年廃案）。カナダ連邦（1867年）、オーストラリア連邦（1901年）、ニュージーランド（1907年）、南アフリカ連邦（1910年）などを自治領（ドミニオン）として承認。1902年、日英同盟締結（イギリス外交の孤立政策の転換）。1904年、英仏協商締結。1914～18年、第1次世界大戦。<sup>(26)</sup>

1885年にダイシーが『憲法序説』初版（題名が少し異なる）を出版した頃のイギリスの政治は、アイルランド問題を含め、植民地の獲得政策の遂行と同時に既に獲得した植民地を安定的に支配する政策へ移行し始めている。これらの政策は、強力な国家主権を象徴するものである。それらは、この頃のヨーロッパの自由主義国家の実態を知る糸口でもある。

ダイシーの議会（国会）主権論は、イギリスの政治状況を反映した主権論である。主権の権限の一つである和戦を含む外交に関する権限を例にとり、その権限が憲法でどう扱われているかを取り上げてみよう。日本国憲法では、第73条2、3で外交の事項は内閣の事務とされている（第9条により戦争に関する権限はない）。イギリスでは、外交は、歴史的には国王

の大権事項とされていた。18世紀中頃のイングランドの諸法を近代的体系で記述したブラックストンの著作*Commentaries on the Laws of England*, 4 vols (1765-69) 以前の彼の著作でイングランドの諸法の骨格を提示した*An Analysis of Laws of England*, pp.16-18は、「国王大権」(prerogative. ブラックストンは議会の同意が必要と書いている。)の項目で、以下のような事項を挙げている。外交では、大使の外交官の派遣と他国の大使の受け入れ、条約の締結、戦争あるいは和平の宣言、敵国商船拿捕免許状の発行、特定地区安全通行の許可。他の大権として、国内では、議会とともに立法部を構成すること、軍の大將、司法の源、榮譽・官位・特権の源。国内産業の最高権威者として、公的市場の設立、度量衡制定、貨幣発行、の権利を持つ。そして、イングランド国教会の長である。<sup>(27)</sup>

ダイシーは、ブラックストンの記述をこう評する。ブラックストンの国王の大権の説明は「真実と真逆である。イギリスの執行府は、事実、内閣と呼ばれている委員会の手に置かれている。……ブラックストンの国王の権限の叙述は彼がそれを書いた時の主権者の権力の真の説明であると主張しえない。」(W.8-9/訳9) ダイシーによれば、国王自身の権力を論じる時代ではなくなっているのである。<sup>(28)</sup> 主権に関して、ダイシーは、『憲法序説』で議会(国会)主権を論じても、どのような事項が主権の対象になるのかは書かない。ダイシーは、主権の性質に関して、「異様な表現(grotesque expression)」と評しながらド・ロルム<sup>(29)</sup>の文を引用している。「議会は女を男とし、男を女とする以外には何でもなすことができる。」(W.43/訳42) ブラックストンが大権で書いた事項は、ダイシーでは議会主権に回収される。彼にとって議会主権は無制限である。<sup>(30)</sup>

ダイシーが生きていた時代のイギリス政府の政策を鑑みれば、ダイシーが国家の意思決定機関である議会(国会)に主権という属性を与えることはそれなりの理由をもつ。それでも、彼は、それとイギリスの政治に流れる法の優位との関係を気にかけて、「議会主権と法の支配の関係」という(第(龍法 '25) 58-2, 180 (576)

13) 章を設定した。しかし、彼は、その章の初めの段落で、「[イギリスの国制に浸透している法の至高性と議会主権の対立という] 外観は妄想 (delusive) である。議会主権は、……法の至高性を好む。その一方、我々の法制度を貫いている厳格な合法性の卓越は、議会主権の行使を喚起し、そうして議会主権の権威を高める。」(W.406/訳388) と書いている。「イギリスにおいて発展したような議会の主権は、法の至高性を支持する。しかし、これは代表制政府や議会制政府 (representative or Parliamentary government) を享受している全ての国々において確かに当てはまるわけではない。」(W.411/訳391)

ダイシーのここでの主張内容を知るためには、長くはなるが、直前に引用した文の続きの引用が必要である。それは、抽象的な表現に、彼の具体的な説明を与えている。「法の至高性は議会主権の行使を必要とする。[原文改行] 法の厳格性は、絶えず執行府 (the executive) の行動を邪魔する (そして、その厳格性は、時々、一般社会 (the public) に多大なる害をもたらす)。政府が、裁判官によって解釈されているような厳格なことで動かない法の諸規則から逃れることができるのは、国土の法によって国王 [the Crown : 執行府] に否定されている裁量権限 (discretionary authority) を議会から得ることによってのみである。我々は、裁量権力 (discretionary powers) の必要性が、例外立法への依頼を生じさせる方法について十分注意しよう。近代的生活の複雑な条件の下では、いかなる政府も、無秩序な時期あるいは戦争の時期に、恣意的な権限を時折使用することなくしては、国内秩序の維持や外国の勢力に対して政府の義務を果たすことができない。例えば、社会的混乱の時期において、あなたは、共謀者を処罰するだけでなく合理的に共謀者として推定される人を逮捕する必要があるとしよう。外国の革命家達は、イギリス国内に煽動を広めようとしていると知られている。執行府が外国人を追放できないなら、秩序がほとんど維持されないかもしれない。二つの外国が戦争をしている時、あ

るいは市民の争いが友好国を二つの敵対的陣営に分けている時、もし国王〔執行府〕がイギリス人同調者による交戦側の一方を助ける試みを〔正規の手続きを経ず〕即決抑止する法的権限を持っていなければ、イギリスは、中立者として政府の諸義務を果たすことは不可能かもしれない。また、もし他国が窃盗そして殺人を処罰するのを妨げられるならば、——要するに、全てのならず者 (scoundrel) がイギリスへの逃亡でその犯罪に対して確実に処罰されないようにできるので、その他国の全ての刑法が弱体化するならば——その他国は傷つけられたと感じる。イギリスの執行府がフランスやドイツの犯罪者をフランスやドイツの政府に渡す権限がないとしたならば、この結果は必然的に生じるに違いない。それゆえ、イギリスの執行府は諸裁量権力を行使する権利を必要とする。しかし、裁判所は、いやしくも個人の自由が関わっているところでは、政府によるどのような種類の裁量権力の行使も防止せねばならないし、防止するだろう。国王〔執行府〕は、制定法を除いては、イギリスからいかなる外国人といえどもたとえ彼らが殺人者……であって追いつくことはできない。それゆえ、執行府はそして絶えず議会の援助を求めなければならないし、常にその助けを獲得している。外国人法〔Aliens Act 1848〕は、大臣が外国人を国外に追放できるようにした。〔その他、Foreign Enlistment Act (イギリス国籍を持つ者の外国入隊等禁止法、1870年)、Extradition Acts (犯罪者引き渡し法、この名の法律は1843年に制定された後、度々作り変えられている。)が挙げられている。]……我々は、法の厳格性が議会の介入を必要とする例を汲みつくしていない。合法性 (legality) 自体のために法の諸規則が破られなければならない騒乱や〔他からの〕侵攻の時がある。その時、政府がとらなければならない方針は明確である。大臣が法を破らなければならない、そして〔自らの〕保護のために免責法〔Indemnity Act〕を当てにしなければならない。〔免責法という〕この種の制定法は……最後のそして最高の議会主権の行使である。それは非合法性を合法化する。それ

(龍法 '25) 58-2, 182 (578)

は問題の実務的解決を与える……。〔問題とは、〕法の維持そして議会の權威の両者が、全ての文明（市民）化された国の執行政府が危機的事態で、いかなる形であれ行使しなければならぬある種の裁量権力すなわち大権とどのように結合させられるかである。〔原文改行〕この解決は、幾人かの批判者によって単なる形式的な解決であり、すなわち、せいぜい議会の専制を国王の大権として代えるものであると考えられるかもしれない。しかしこの〔批判の〕考えは誤っている。イギリス執行府の最も恣意的な諸権力は、常に、議会の法の下で行使されねばならないという事実、政府に最も広範な権限が付与された時でさえ、政府をいわば裁判所の監視下に置くのである。制定法によって付与されていたり裁可されている諸権力は、たとえ特別なものであっても、決して現実には無制限ではない。なぜならば、それらの権力は、制定法の文言によって、そして、それ以上に、裁判官によってその制定法になされた解釈によって制限されているからである。〕（W.411-413/訳391-393）

この長い文を読むと、「議会主権と法の支配の関係」で書かれたのは、主権を保持して立法をなす議会と法の支配の監督機関である司法との起こりうる対立関係、具体的に書けば、人々の自由や権利を侵害する法律を議会が制定し、ある人がその法律違反によって裁判所にかけられた時、裁判所はその制定法の扱い次第で生じうる、両者の対立関係ではない。ダイシーが問題にしているのは、19世紀後半頃より権力と機能を増大化してきた政府（行政機関）＝内閣の行動に、議会と司法がどのように対処しているかである。戦争や混乱に巻き込まれて社会の安定が損なわれる時、国家机关の中で、いち早く率先して事態に対処できるのは、行政機関＝政府であり、その場合、政府は、法律に違反してでも対処しようとする可能性がある。<sup>(31)</sup> 政府の法律違反によって権利や自由権を侵害された個人から裁判所（司法）へ訴えが出された場合、裁判所は、法の厳格な執行の観点から、政府の行動を違法と判断する。ダイシーは、そのことで裁判所を批判

するのではない。彼は、いわば、裁判所の行為を当然のことと書いている。現行法を無視しても自己に課せられた義務から行動しなければならないと考える政府の採用する手段は二つである。一つは、事前に、自己に裁量権限を付与してくれるように議会に頼む。もう一つは、当該大臣は現行法を犯して行動し、事後に議会による免責法に頼るのである。もちろん、免責法によって、その非合法の行為が合法化されるまでは、非合法行為は裁判所の訴訟対象下にある。

この章で論じられているのは、行政機関が、法律で制御する立法機関と法の支配を最終的に司る裁判所との両者によって、監視と制御されているということを通じて、「[イギリスの国制に浸透している法の至高性と議会主権の対立という] 外観は妄想 (delusive) である」の主張である。議会が非合法的な政府の行為を議会法によって合法化する限り、議会主権の優位があるが、その他の場合、法の支配が貫徹し、法の支配を実効的にする司法機関によって、法違反を犯した政府の担当者は通常法の裁きを受ける可能性にさらされる。

ダイシーの叙述では、法の支配と議会主権の対立は、矛盾のないものと説明されている。私が期待していた法令審査制で見られる立法機関と司法機関との対立という論点は、彼の記述にはなかった。彼は、行政立法をまだ問題にしていないので、それと法令審査制（違憲立法審査制）の問題も論じられていない。ただ長く引用した関係上、上記の文に対して私見を述べるならば、議院内閣制の下では政府の非合法行為も、議会で合法化される可能性が比較的高いので、議会（国会）による免責法も通過しやすいであろう。ウィキペディア（英語版）で、「免責法」([https://en.wikipedia.org/wiki/Act\\_of\\_Indemnity](https://en.wikipedia.org/wiki/Act_of_Indemnity)) を調べると、イギリスの政治にとって重要な出来事に対して特定の免責が、その都度、議会で制定されている。

### Ⅲ－5 補と小括

マクワイル（McIlwain）そして佐藤の立憲主義、とりわけ司法の法令審査権の歴史的叙述には、彼らの説を支える重要な要素がある。それは、イギリス革命前のCoke（Edward Coke, 1552-1632. Coke は、日本語ではコウク、コーク、クックと表記されている）のボナム（医師）事件判決（Bonham's Case（1610））である。<sup>(32)</sup> このボナム事件判決の場合、立法の判断基準になる法的に優位な法は、古来の法からなる根本法であるとされている。<sup>(33)</sup> このボナム事件の判決の評価については、佐藤も指摘しているように法令審査制に繋がらないという反対説もある。<sup>(34)</sup>

ダイシーは、「議会主権に対する申し立てられている法的制限」という項目の注でボナム事件判決に言及している。「別の制限が、コウクのような裁判官（ボナム事件、布告事件）……によって多少とも明確に示唆されてきている。……議会の法律は、コモン・ローの原則を覆すことはできない（とほのめかされてきている）。この説は、かつては現実的な意味をもっていた（see Maine, *Early History of Institutions* (7th ed., 1905), pp.381,382)。しかし、それは決して体系的な司法的裁可（judicial sanction）を決して受けていなかったし、今や廃れている。」（W.61.n.2./訳58（\*））<sup>(35)</sup> ダイシーは、彼あるいは彼の同時代（更にはそれ以前の）の法律家は、ボナム事件等の判例を法的に重要なものと考えなかった。彼以前の法律家でこの事件の判決に触れた者としてブラックストーンがいる。彼は、ボナム事件に関わる議会制定法をその上位の法による妥当関係での無効と理解しないで、法格言に基づいた実行不可能なゆえに無効とされたと考えている。<sup>(36)</sup> ブラックストーン、ダイシーの線で考えるとコウク（クック）の法令審査制起源説は、イギリスでは影響を及ぼしていない。

私は、立憲主義と法の支配との関係を念頭に置きながら、ダイシーの法の支配論をやや詳しく検討してきた。これから、ダイシーの法の支配を基

礎にしたまとめを行なう。

1. ダイシーがイギリスの憲法を議会主権と法の支配の二原理から説明している限り、それらから具体的法令審査制を引き出すことはできない。

2. それにもかかわらず、ダイシーは『憲法序説』でアメリカ合州国の具体的法令審査制に言及している。その成立根拠は、彼によれば、連邦制での憲法の最高性である。彼には、連邦制は異形の国家であっても、この形での、つまりアメリカ型法令審査制を含んだ、法の支配は、ダイシーの元の意味を離れて一般化できる。ダイシー自身は、この一般化は彼の考える国会（議会）主権の問題に関わる理由があるので、否定的である。アメリカ合州国の場合、「〔適用を排除された連邦〕法は、〔連邦〕議会の憲法上の諸権力を超えている（beyond the constitutional powers of Congress.）」（W.163-4/訳154）と表現され、制限主権がここでは語られている。<sup>(37)</sup> また、彼は、フランスやベルギーのように憲法典によって立法機関が非・主権的でない事例も、政体の偶然的特質と言いながらも認めている。アメリカ合州国憲法、フランス憲法、ベルギー憲法への言及は、彼の意図とは別にしても、国家権力の抑制の観点から注目されてよい。

本稿（2）は、ダイシーの法の支配の説明を基礎にして、それと法令審査制のあり方を考えたものであり、多くの人には結果が既に分かっていることを縷々書いたにすぎないかもしれない。しかし、「法の支配」という言葉で混乱が生じるならば、そこを明確にすることにも学問の役目である。それだけではなく、ダイシーの法の支配の説明がそれ自体では法令審査制と相容れないのは、主権概念が深く関わっているのが明瞭になった。本稿は、ダイシーの意味での法の支配とそれを一般化した法の支配と区別して用いたが、その両者の間に「主権」の態様が異なっている。すなわち、ダイシーは、無限定の議会（国会）主権を語っているに対して、一般化した法の支配はおおむね国民主権を想定している。

私は、続稿で現代立憲主義を考える場合、ダイシー自身が説明する法の  
（龍法 '25）58-2, 186（582）

支配を採用せず、ダイシーが本来説明していた法の支配と異なるがダイシーの考えを一般化された法の支配を念頭において議論を進める。

（未完）

※本稿は、引用の際に縦書きの書物で使われる漢数字は、洋数字に改めた。

また、旧漢字を適宜、新漢字に改めた。

※縦書きで強調される傍点は、横書きのため丸点に代えた。イタリックスは、斜字体で記している。

※本稿で使われる亀甲括弧〔 〕は、石井が引用の際の説明や省略を表すため使用されている。

※アメリカ合衆国については、引用を除いて、アメリカ合州国と表記する。

※Englandについては、私は、場合に応じてイングランドかイギリスと訳したりしている。イングランドは、イングランドとウェールズを含んだ意味で使われる。そして、イギリスは、1707年にスコットランドと国家合同をなし、グレート・ブリテン王国（Kingdom of Great Britain）になり、その王国は1800年にアイルランドと国家合同をなし、グレート・ブリテンおよびアイルランド連合王国（United Kingdom of Great Britain and Ireland）となった後に、用いられる。但し、スコットランドやアイルランドとイングランドの国家合同後も、法体系が統一されていない分野があるので、イングランドと記す場合がある。ダイシーの*An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*は、両合同法以後に書かれているので、ダイシーの場合のEnglandはイギリスと訳しておく。Dicey, *op. cit.*, (Wade ed.) pp.65-66（伊藤正己・田島裕共訳『憲法序説』（1983年）、61-62ページ）は、スコットランド合同法とアイルランド合同法に言及している。参考、勝田俊輔「イギリス史」・アイルランド史・「三国史」、『文化交流研究：東京大学文学部次世代人文学

開発センター研究紀要』26（2013年）（PDF版）、45ページ。ウェールズについては、バイカー著、深尾裕造訳『イギリス法史入門（第5版）』（第I部）（原著2019年、訳書2023年）、52-55ページ。

※年号は、基本的に西暦が使われるが、引用上元号記載がなされている場合は、その都度、昭和をS、平成をH、令和をRと略記して示される。

- (1) 私は本稿を書く前に再度、Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution* (Wade ed.) の本文部分に眼を通した。すると、1st edition (初版、1885年) の前文 (preface) でEnglish Constitutionalism, the constitutionalism on one hand of the United Statesという言葉に遭遇した。そこで、私は、ダイシーの当該著書第3版をデジタル化し公開しているhathitrust.org/Record/007647212から本文をダウンロードして、constitutionalismという言葉を検索してみた。その検索結果を本稿で利用しているWade版と照合した結果、私の検索した範囲では第3版で使われた言葉は、Wade版でもあることが分かった。constitutionalismという言葉が使用されている箇所が、以下で、本稿の引用箇所提示方法に従い、示される。第3版を利用したのはデジタル判で利用できるダイシーの当該所の中で比較的古いという理由だけである。Wade版に近い第8版（1915年）のPDF版 (<https://oll.libertyfund.org/titles/michener-introduction-to-the-study-of-the-law-of-the-constitution-lf-ed>) で本文を再確認したところ、3版以後から追加されたconstitutionalismを含む句は、本文に限れない。

W.12/訳12	historical constitutionalism
W.70note/訳66〔注部分〕	the constitutionalism of the United States
W.124/訳118	French constitutionalism
W.133/訳126	These traits of French constitutionalism
W.205/訳192	the leading maxims of English constitutionalism
W.438/訳412	the constitutionalism of America;the constitutionalism of England
W.453/訳426	the fundamental dogma of modern constitutionalism
W.454-5/訳427	the underlying principles of all modern constitutionalism
W.462/訳433	the mystery and formalism of English constitutionalism

伊藤・田島の日本語訳は、(W.12/訳12)の「歴史的憲法研究」を除き、全て「立憲主義」を宛てている。ダイシーのこの本を日本語で読む場合、constitutionalismを立憲主義と訳するのは無難であろう。しかし、ダイシーは、比較的当世的な（本稿（1）、184-185ページ）constitutionalismという語にどういった意味をもたせて使ったのかが、本書で定義や説明がなされていないので不明である。私は、残念ながら、今日のような、漠然ではあるが一定の

方向性をもつ意味を読み取れなかった。constitutionalismという語が入っている文を、Constitution（「憲法」）と読み換えても意味は変わらないようにみえる。英和辞書では、-ismは、こう書かれている。『現代英和辞典』（岩崎民平監修）「[行動・状態・作用][体系・主義・信仰][特性・特徴][病的状態を]を表す名詞を作る」。『新グローバル英和辞典』（木原研三監修）は、『現代英和辞典』の「名詞を作る」に代えて「意味の抽象名詞を作る」と書いている。ダイシーは初版で「本書が、イギリスの今日の憲法（the modern constitution of England）に浸透している二、三の指導原理を扱うのみである」と書いている。三つの指導原理とは、第1に「議会の立法的主権」、第2に「憲法を通じての通常法の普遍的な支配ないし優越」、第3に「憲法という法への習律（conventions）の最終的依存」である（W.35/訳29）。

もしconstitutionalismがこの初版で明確にした三つの原理を含んだものを指すと仮定しても、上述の引用箇所でフランスやアメリカの constitutionalism が使われていることから、この仮定は成立しにくい。また辞書のように、constitutionalism は個々の具体的憲法を包括する上位概念としての「憲法」であると仮定しても、そのように理解した方がよいとする文脈が少ないようにみえる。

私の結論。ダイシーは『憲法序説』で constitutionalism という語を使用しているが、その意味は不明であり、そして今日使われている constitutionalism の意味とは異なる可能性がある。

- (2) 田中和夫『英米法概説』（1971年）、268-274ページ、ベイカー著、深尾裕造訳『イギリス法史入門 第I部』（第5版、2023年）、274-5ページ参照。
- (3) 田中、前掲書、127-139ページ、及びベイカー、前掲書、第1部第3章裁判所の統合と廃止参照。https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicatureacts/ は、「そのような改革の要求は、ブリテン島の指導的な産業の、商業の、金融業の利害関係人からきている。彼らは、複雑な取引上の事件では、しばしば、様々な異なる裁判所の様々な異なる法領域への注意が要求されるのを知っていた。」と記している。
- (4) ベイカー、上掲書、300-301ページ参照。また、https://www.iclr.co.uk/history/ 参照。
- (5) 伊藤正己は、名誉革命（光栄革命）後の裁判所の改革を近代の法の支配の出発点とする。伊藤正己「英米法における「法の支配」」『法律學体系 法學理論編 44』（1950年）35-36、40-41ページ。この論文は伊藤『法の支配』（1954年）に収録されている。『法の支配』、29-30、34ページ。
- (6) 佐藤、同書、86ページでも「「憲法」（「立憲主義」）へのアメリカの寄与——現代の「憲法」（「立憲主義」）の原型の確立」という語がある。ここで言及されている「法の支配」に関して、著者の説明はこうである。「これらの諸改革はいずれももとより憲法（立憲主義）と深いかわりをもつものであるが、

政治に対する法的統制、「法の支配」の充実（「憲法の優位」の確保）の課題を主題とする本書……」（230ページ）。

- (7) 日本語訳は、伊藤正己・田島裕共訳『憲法序説』（1983年）がある。この訳書は、Wade版の本文を訳しており紙面下にWade版のページ数を示している外、詳細な訳者注を付けている。本稿でWade版と記しているのは、ダイシーの英語版『憲法序説』第10版（この版はダイシー自身の手になる1908年の『憲法序説』第7版と内容同じの第8版（1915年）に基づいている）にWadeの前書き（Introduction）が付いた『憲法序説』のことを指している。本稿での『憲法序説』の訳は、必ずしも伊藤・田島訳に従っているわけではない。
- (8) Wade (ed), *op. cit.*, Intro., p. xcivii. 「誰もダイシーが法の支配という言葉を発明したと思わないようにしましょう。彼が実際したことは、法の支配という意味に関して彼自身の解釈を与えたことである。」
- (9) ダイシーは、『憲法序説』の第2編第5、6、7章で、「人身の自由の権利」「議論の自由の権利」「公の集会の権利」を取り扱っている。
- (10) ダイシーの文の「国の通常裁判所の前での通常の法的なやり方で確証された明瞭な、法の違反の場合を除いて（except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land.）」（W.188/訳179）にある‘breach of law established’のestablishedがかかるのはbreachかlawかによって大きく裁判所の役割が変わることを指摘しているのが、杉村敏正『法の支配』『法律論叢』60巻5号（1954年）、23ページ注②である。本論文は、国名表記、漢字、注番号が改められた上で、杉村敏正『法の支配と行政法』（1970年）に、所収されている。当該書では、6-7ページ。杉村によれば、ダイシーは「行政部に法違反の確定を行わせるべきでない」と考えていたので、この文の（法）違反（breach）は裁判所と関わる。それに対して、伊藤正己「英米法における「法の支配」」『法理學体系法學理論編 44』（1950年）9ページ（『法の支配』、5ページ）は、「通常の法的方式をもつて確定せられた法」と訳しているのでlawに掛けていることになる。
- (11) 下山瑛二「ダイシー」伊藤正己編『法学者 人と作品』（1985年）、177ページ。
- (12) W.193 note 1/訳183（\*）「この意味の法の支配は、国王かその従者の側には〔法や処置を〕排除する権力が存在しないこと（the absence of any dispensing power）を暗に意味しているか、或いはその不在と少なくとも密接に結び付けられている。」
- (13) Wade, Introduction, pp. cxiii-cxvii. 参照。日本語文献としては、杉村、前掲論文、35-38、41ページ（杉村、前掲書、17-20、22ページ）。末川博編『新訂法学辞典』（1956年）の「法の支配」の項目参照。なお、日本語文献としては、「ダイシーの行政法関係の論稿をほぼ網羅し、しかも年代順に並べ」（訳者はしがき）訳出し、解説した本である、A.V.ダイシー著、猪股弘貴訳『ダイシーと行政法』（1992年）を参照。

- (14) ダイシー著、猪股訳『ダイシーと行政法』所収、159-160ページ。ダイシーによるイギリスの行政法の理解については、猪股訳、同書、訳者解説、198-202ページ参照。またこのダイシーの第2の意味については、杉村、前掲論文、25-37ページ（杉村、前掲書、8-37ページ）参照。
- (15) 辻清明「法治行政と法の支配」『思想』337号（1952年7月号）、11ページ。辻と辻がこの論文で言及した柳瀬良幹との相違から起こりうる論争に関して、愛敬浩二「法の支配」再考『社会科学研究』56巻5-6号（2005年）、9～10ページ参照。
- (16) 伊藤正己「立法過程における法の支配」『思想』337号（1952年7月号）、18、23ページ。
- (17) この文の引用は、前掲、末川博編『新訂法学辞典』の「破壊活動防止法」の項より。なお、当時の日本の政治状況はこのようである。敗戦国日本は、1951年9月8日にサンフランシスコ講和条約によって翌年1952年4月28日に占領状態から国家主権を回復する。しかし、講和条約は、前年の1950年6月25日に勃発した朝鮮戦争の影響を受けたものであり、講和条約と同時に締結された日米安全保障条約（1952年4月28日発効）によって、日本はアメリカ合州国の対ソヴィエト社会主義共和国同盟・中華人民共和国との対立構造に組み込まれた。占領連合軍最高司令官マックアーサー（MacArthur）が警察予備隊創設等を指令し（1950年7月8日）、それを合法化するために警察予備隊令を政令での決定（同年8月10日）、国家主権回復後、政府による、警察予備隊を保安隊に改組する保安庁法（1952年7月31日成立、1952年8月1日施行）、防衛二法（防衛庁設置法・自衛隊法）の成立（1954年7月1日施行）といった日本国憲法の根幹を揺るがす事態が進行する。
- (18) Ivor Jennings, In Praise of Dicey, *13 Public Administration* (1935), p.132. 「憲法は、彼〔ダイシー〕にとって、市民の基本的諸権利を護るための基本的道具であって、社会が市民の利益（benefit）のために奉仕を供与することを可能にする道具ではなかった。」
- (19) 但し、抽象的憲法判断を行なう憲法裁判所を特別裁判所と考えれば、特別裁判所の問題は複雑になるので、この考察を私は行なっていない。ダイシーの頃、憲法裁判所はどの国にも設置されていなかった。
- (20) 私は、「民主主義科学者協会法律部会会報」第207号（2025年6月10日）、「徳田靖之弁護士、内田博文名誉教授の報告要旨」で、戦後ハンセン病患者の刑事被告人を対象とした特別法廷が設置され、殺人事件の無実を訴えた被告人に弁護士がつけられず、かつ傍聴が事実上不可能な法廷における裁判で死刑判決が下され死刑が執行された事件（菊池事件）が存在していたのを知った。熊本県が出している菊池事件の概要（<https://www.pref.kumamoto.jp/uploaded/attachment/49316.pdf>）によると、「死刑にまで至ったF氏〔被告〕の裁判において、F氏は一度も裁判所に出頭したことがなかったということである。最高裁判所は、裁判所法第69条2項に基づいて、第1回公判期日に先

立つ1952(昭和27)年10月9日、「熊本地方裁判所は、被告人Fに対する単純逃走被告事件について、熊本県菊池郡西合志村国立療養所菊池恵楓園において法廷を開くことができる」(PDF.8ページ)と決定した。最高裁判所は、上告審裁判所も隣接地にある菊池医療刑務所支所に特別法廷を認めた。この事件は、現在も、再審請求がなされている。この事件は、2013(H.25)年に被告支援団体より最高裁判所に対して「特別法廷」の検証を求められ、2016(H.28)年に最高裁判所事務総局が「ハンセン病を理由とする開廷場所指定に関する調査報告書」を出すまで、らい予防法は1996(H.8)年4月1日に廃止されているにもかかわらず、最高裁判所自らはこの問題を放置していた。この事件は、日本の司法がどこまで人々の人権を重視しているのかを考える場合の大きな資料を提供している。

- (21) Geoffrey Marshall, rule of law, in *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* (1987) 同じ著者は、「立憲主義」の項目の書き出しで「法の支配、それは立憲主義と同義であるのを論証できるのだが……」と書いている。(本稿(1)195-196ページ)
- (22) Dicey, preface to the First edition of *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 伊藤、田島訳『憲法序説』、初版への序文、iページ。但し、初版の書名は3版以後と少し異なる。
- (23) 田中和夫『英米法概説』(1971年)、103-112ページ、藤倉、木下、高橋、樋口編『英米判例百選 第3版』(別冊ジュリストNo.139)(1996年)4-5ページ(畑博行執筆)、佐藤、前掲書、79-86ページが要領よく教えてくれる。
- (24) 田中、前掲書、112ページはこの点を指摘している。なお、(W.165/訳156)の文は、「全ての個々の連邦国家」と書かれていることに注意。
- (25) ダイシーは、主権を法的主権と政治的主権に分け、法的主権の性質は、本文で述べたように、単一性国家の場合それは無制限であると考えている。石井、「ダイシーの法思想(一)」『龍谷法学』38巻3号(2005年)、85-94ページ参照。同、94ページは、ダイシーが法の概念に関して、余り厳格な態度を有していなかったとしている。
- (26) 石井、前掲論文、「ダイシーの法思想(一)」75ページ注(7)、ダイシー著、伊藤、田島訳、前掲書、関連年表、参照。なお、ダイシーは、アイルランド自治法案に強く反対し、それに関する著作も多く出している。
- (27) Blackstone, *An Analysis of Laws of England* (7th ed.1771), pp.16-18.この著書が、*Commentaries on the Laws of England*よりの以前であると書くのは、*An Analysis of Laws of England*の前文の日付が「1753年11月6日」となっているからである。
- (28) Trowbridge Ford, *Albert Venn Dicey* (1985), p.140によれば、ダイシーの国王の権力に対する軽視は意図的である。『憲法序説』の(W.53-54 & n.3/訳51とそこの注)がその例として挙げられている。
- (29) Jean-Louis de Lolme or Delolme. 1740-1806。スイスのジュネーヴで生まれ

る。1770年代数年間イギリスに亡命。その間、イギリスの憲法に関する彼の著作が、1771年フランス語で出版され、その後それに加筆して英語版が1775年出される。参照、<https://oll.libertyfund.org/pages/de-lolme-and-the-english-constitution>

- (30) そうであっても、1800年代のイギリスの対外政治を考慮すると、私は、『憲法序説』で戦争や平和、外交という事項が事例として触れられていても（例（W.321/訳310））一般論として触れられていないことに対して不思議に思う。彼は、その領域を政治の領域とみなしていたかもしれない。
- (31) 私は、この部分のダイシーの表現に違和感を覚える。何故ならば、彼は、ブラックストンの国王大権の取り扱いに関して現実に見合っていないと書きながら、引用した文では、法律用語であるにしても、国王（the Crown）という用語が使われ、内閣という実態が隠されているからである。ダイシーはアイルランド問題に関わり、執行府の実態、議院内閣制を周知しているはずである。
- (32) マクワルワイン、森岡敬一郎訳『立憲主義 その成立過程』、236-237、18ページ。佐藤、前掲書、52-54ページ。
- (33) 私は「優位な法」と書いたが、「優位」＝「上位」と考えていない。法の上位・下位の評価基準は、法制定者（機関）の権力ないし権威の上下関係に基づく。それに対して、優位の法で「古来の法」を評価基準にする場合は、法の古さという時間的尺度が入る。両者は、法の思考において、時期（中世／近代）を画する程の異なりを持つ。
- (34) 佐藤、前掲書、54ページ。反対説としては、石井幸三、「コウクの法思想」『阪大法学』、92号（1974年）、39-58ページ。ただし、石井論文後も、コンピュータでDr. Bonham Caseという語で検索すると、CokeやDr. Bonham Caseに関して多くの論文が書かれているので、石井論文も見直される必要がある。ペイカー著、深尾裕造訳『イギリス法史入門（第5版）』（第I部）（原著2019年、訳書2023年）、344-345ページ参照。
- (35) ダイシーの文章で引用されているメインの著作は正式には、(*Lectures On The Early History Of Institutions* , (1st. ed., 1875) であり、書籍名は、先頭に (*Lectures On*) がついている場合がある。私は、ダイシーが利用したその著書第7版の当該箇所を<https://archive.org/details/maine-early-history-of-institutions-7th-ed-1914/page/871/mode/2up>で見た。メインは、当該箇所、オースティン（Austin. 1790-1859）の主権論を批判する形で、インドの地域の例を挙げ主権者に該当するインドの首長は慣習法を尊重して自ら立法しないと、書いている。そこでは、メインは、ボナム事件やコウク（クック）に言及していない。
- (36) 佐藤、前掲書、53ページで、高柳賢三『司法の優位〔増補版〕』を介して紹介されているボナム事件判決に関する別の読み、法格言「何人も自己の事件について裁判官となりえない」を基にした読解は、ブラックストンの読みで

ある。Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol.1 (1765.Reprint of 1st ed.),p.91.に書かれている、8 Rep.118が、*Coke Report*であることを示している。前注のベイカーは、これを自然的正義 (natural justice) の原則と書いている。A *Dictionary of Law* (3rd. ed., Oxford U.P. 1994) は、natural justiceを法学用語として記載している。それによれば、それは、フェア・プレイの規則 (公平なやり取りの規則・rule of fair play) であり、そこには二つの主要規則がある。一つは、偏向禁止の規則であり、もう一つは「他方も聞けという規則」である。「何人も自己の事件について裁判官となりえない」は、前者の主要規則に該当する。

- (37) ここで「〔適用を排除された連邦〕法」と訳したのは、ダイシーの先行文でこのような説明があるからである。「連邦最高裁判所は、連邦議会の諸法律を無効と宣言すると言うことが自然かもしれない。しかし、実際は、このことはそうではない。その裁判所は、決して直接に連邦議会の法律に関していかなる意見も発言することはしない。その裁判所が実際やることは、与えられた事件で、AはXに対して勝訴の判決を得ることができるかどうかを単純に決定するだけである。しかも、その事件を決定するにおいて、連邦裁判所は、当該連邦法は連邦議会の憲法的諸権力を超えているので、その法律は考慮に入れられないと決定できるかもしれない。」(W.163-4/訳154) ダイシーは、違憲判断の効力を当該事件に限っている。

#### 本稿 (1) の訂正

本稿(1)で、佐藤幸治『立憲主義について』の引用で以下の転記の誤りがあった。矢印の前が、前稿での誤記部分であり、その後が正文である。

本稿 (1) 185ページ、佐藤著、15-16ページの文。

「憲法」(立憲主義) → 「憲法」(「立憲主義」)

優越し (憲法の優位) → 優位し (憲法の優位)

本稿 (1) 186ページ、佐藤著、21ページからの文。

古代ギリシャまで→古代ギリシャにまで

権力のあり方が成立→権力のあり方が整理

本稿 (1) 186ページ、佐藤著、6ページからの文。

「受け継ぎつつ」「作ったのが」→両者の後に読点をつける。

本稿 (1) 199ページ注 (3)、佐藤著、185ページからの文。

詳しく言えば→具体的にいえば

仕組み・根拠→仕組み・根拠

## 大学をめぐる経営の現状とその将来展望（2・完）

～私立大学を中心として～

神 吉 正 三\*

〈目次〉

はじめに

第1章 大学を取り巻く外部環境と大学の対応

第1節 大学数の状況とその推移、学生数の状況

第2節 18歳人口の推移

第3節 入学定員数の状況とその推移

第4節 大学進学率の動向

第5節 入学定員充足率の状況

第6節 入学定員管理の厳格化

第7節 入学目的の変化

第8節 大学全入時代の到来

第9節 エリート養成機関から大衆教育機関へ

第2章 大学が目指すべき方向

第1節 大学淘汰の時代の本格的到来

第2節 大学の経営破綻を回避することと破綻処理法制の必要性

(以上、龍谷法学58巻1号)

第3節 各大学の特色・独自性の明確化

第4節 教育内容の改善・改革

第5節 大学の生き残り策

第6節 閉校の選択－学生募集の停止

第3章 大学と大学生の将来展望

第1節 大学に入学する目的と大学生であることの目的の明確化

第2節 成績評価のあり方

第3節 拡大志向からの脱却

第4節 高等教育の修学支援制度をめぐる問題

---

\* かんきしょうぞう 龍谷大学名誉教授

## 第2章 大学が目指すべき方向（承前）

### 第3節 各大学の特色・独自性の明確化

#### 1. 法科大学院制度の経緯にみる各大学の現状認識の必要性

私立大学には、大学ごとに建学の理念・精神がある。国公立大学は国や地方自治体の政策に基づいて大学が設立されるのに対して、私立大学の場合は、国公立大学が担うことのできない社会的な役割を果たすことや、特定の人材育成に向けた理念に基づいて大学が設立されている。

そして、その建学の理念・精神を実現できるよう、各学部で教育の理念・目的を定めている。私立大学は、営利を目的として創設されることはないから、この建学の理念・精神と、それを受けて定められた教育の理念・目的は、決して精神論やお題目ではない。

ただし、大学創設からの時間の経過に伴って、定員増による規模の拡大や、時代のニーズに対応するとの名目の下での学部の新設といった積極策を重ねた結果、建学の理念・精神、教育の理念・目的がすっかり忘れ去られるという事態に陥ることがある。

この具体例として、最近では、法科大学院の創設をめぐる問題があるので、これを説明する。

法科大学院は、平成14（2002）年3月に閣議決定された司法制度改革推進計画に基づいて平成16（2004）年に創設された。法科大学院の数はピーク時の平成17（2005）年～22（2010）年には74校を数えたものの、司法試験合格者数の低迷と受験者数の減少、法科大学院の入学者の減少といった要因によって、学生募集の停止・廃校が相次ぎ、令和6（2024）年4月1

日の時点では34校（令和6年度に入試選抜を実施しない廃校前の1校が他に存在する）と、ピーク時からほぼ半減するという、目を覆うばかりの状況に至っている（以上、文部科学省「法科大学院制度の変遷」<sup>(16)</sup>・「法科大学院一覧」<sup>(17)</sup>による）。

法科大学院の数がピーク時に74校に達したのは、法学部を擁する大学では、法学部がある以上、法科大学院を創設しなければならないという考えが至上命題とされたことに最大の要因がある。法科大学院制度創設前の各大学の法学部では、司法試験合格者を輩出し、それをどこまで増やせるかということが、法学部としての社会的なステータスを決定する重要な要素の一つであった。国家公務員上級職試験の合格者数も同様である。

法学部を擁する大学では、目の前にいる学生の現状や、これまでの司法試験の合格実績を横に置いて、いわば社会的な「面子」「対面」のために、法科大学院の創設に雪崩を打って突き進んだ。法科大学院がないと、法学部への入学者が減少するのではないかという危機感と強迫観念がさらにこれに追い打ちをかけた。

結局、残った法科大学院のほとんどは、旧司法試験の時代から一定数以上の合格者を輩出してきた高偏差値大学の法科大学院が主である<sup>(18)</sup>。

法曹を目指す頭脳明晰で優秀な高校生は、高偏差値大学の法学部に進学し、同じ大学の法科大学院か、司法試験の合格実績がさらに高い別の法科大学院に進学し、合格に至るという分かりやすい図式である。優秀な学生が集まれば、自ずと司法試験の合格率は高くなる。

さらに、法務省のホームページ（「令和6年司法試験の結果について」<sup>(19)</sup>）から、令和6（2024）年の司法試験の合格率（受験者数に占める最終合格者

(16) [https://www.mext.go.jp/content/20241106-mxt\\_senmon02-100001054\\_9.pdf](https://www.mext.go.jp/content/20241106-mxt_senmon02-100001054_9.pdf)

(17) [https://www.mext.go.jp/a\\_menu/koutou/houka/1422481\\_00008.htm](https://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/houka/1422481_00008.htm)

(18) 法科大学院34校の内訳は、国立15校、公立2校、私立17校で、入学定員は2,197人である。

(19) [https://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08\\_00236.html](https://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08_00236.html)

の割合)を確認すると、予備試験(法科大学院を修了しないで司法試験の受験資格を得るための試験)合格者の合格率が92.84%(予備試験合格の受験者475人に対して合格者441人)と、司法試験全体の合格率42.13%(受験者3,779人に対して合格者1,592人)の倍以上の状況にある。法科大学院の存在意義自体が根底から問われる事態になっている。

私立大学の建学の理念・精神や学部創設の経緯との関係を司法試験と関連付けてみておく。

そもそも、法曹養成を目的として創設された大学もあれば、別の理念・目的を掲げて大学や法学部の創設に至った場合もある。難関の司法試験合格を目指して法学部に入学する学生は、わが国全体として見ればごくわずかである。旧司法試験の時代には、合格率は2～3%程度であったから<sup>(20)</sup>、司法試験に合格することがいかに困難であるかは容易に想像がつく。すべての法学部で司法試験の受験を念頭に置いた教育を一律に実施するのは非現実的であって、同時に、目の前にいる大半の学生の現状を無視することでもある。

法科大学院制度の創設から現在までの状況を振り返ったとき、それぞれの大学の建学の理念・精神と、教育理念・目的について再考する必要性が高くなっていると考えられる。法学部の場合、目の前にいる学生の現状と現実を直視し、法曹養成に拘る必要がどの程度あるのかを考えることが必要である。

法学部は司法試験や国家公務員総合職試験を意識した教育を一律に行うべきであるといった既成概念や横並び意識にとらわれることなく、今一度、各大学の特色や独自性を明確にし、それを教職員で共有するとともに、社会に対して発信すべきである。そのためにも、各大学・学部の特徴、強み

---

(20) 法務省「司法試験第二次試験出願者数・合格者数等の推移」(平成17年11月9日)

[https://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/press\\_051109-1\\_17-4syutu.html](https://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/press_051109-1_17-4syutu.html)

と弱みを明確にする必要がある。

## 2. 「法曹コース」にみる法学部教育の独自性の明確化

法科大学院制度に関連して、令和2（2020）年4月から「法曹コース」制度がスタートした。「法曹コース」の状況についても確認しておく。

文部科学省の資料によれば、法曹コースとは、「法学部等を設置する大学が、法科大学院と連携して法科大学院の既修者コースの教育課程と一貫的に接続する体系的な教育課程を編成し、法曹志望者や法律の学修に関心を有する学生に対して、学部段階からより効果的な教育を行うものです。」と説明されている（文部科学省「法曹コースについて」<sup>(21)</sup>）。法曹コースは、授与する学位が付記する分野が法学に関するものである学部において開設が可能であるとも説明されている。法学部を3年で早期卒業し、自大学の法科大学院か、自大学法学部と連携関係にある他大学の法科大学院に既修者扱い（2年で修了）で入学することにより、計5年の在学期間で司法試験の受験資格が得られる制度である。

このように、法曹コースは、このコースに所属する学生に対する教育目的を法曹養成に置き、法科大学院へと学生を送り出すための制度である。文部科学省の上記資料で法曹コースの開設状況を確認すると、さすがに法科大学院の創設で多くの法学部が失敗を経験していることもあってか、自大学に法科大学院を置いていない法学部で法曹コースを開設している法学部はごく一部にとどまる。法曹コースを置いているのは、そのほとんどが、法科大学院を併設する大学の法学部である。

目の前の学生の大半が、およそ法曹を目指すことがない状況であるなら、法学部の学生の全員を対象として司法試験を意識した教育を実施するのは、全くナンセンスである。無理にこのような教育を実施するなら、法曹を目

---

(21) [https://www.mext.go.jp/a\\_menu/koutou/houka/mext\\_00949.html](https://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/houka/mext_00949.html)

指さない学生にとっては、むしろ迷惑な話である。ようやく横並び意識を脱して、多くの法学部が法曹コースを開設しなかったのは、妥当な判断である。

まずは、入学してくる学生の現状、現実を正面から見据え、学生の卒業後の人生が豊かなものとなるような教育を実施できるよう、教育理念・目的を定めることが必要である。そもそも大学における教育は、学生のために行っているのであって、教員の満足のために行っているのではないことも認識すべきである。

ただし、どのような法学部であっても、法曹を志望する学生が必ず一定数在籍する。そのような学生のニーズにどのように応えるのが問題になる。全面的に自助努力や学外の予備校の利用に委ねるのか、学部内で法曹や国家公務員総合職を典型とする難関の公務員試験を目指す者を対象として、特別のクラスやコースを編成することが考えられる。目的意識が明確な学生とそうではない学生が混在した状態では、効果的な教育を実施することは難しいから、このような方策を実施することも必要になる。ただし、法曹を志望する場合、毎年、わずか1,500人ほどしか最終合格に至らない超難関といえる国家試験を目指すことに向けた十分な決意と覚悟を何らかの形で問うとともに、成績基準を設けるなどの条件を設定すべきである。合格に向けた道は、決して生やさしいものではない。

なお、同じ授業料で一部の学生を対象として特別な教育を実施することに対して批判があるかもしれない。これに対しては、そのような特別な教育を受けたければ、それを希望すればよいのであって、それぞれの学生の希望に沿うような教育を実施していれば、そのような批判はあたらないと考える。

### 3. 教育と研究のバランス

大学の特色と独自性を明確にする上で、教育と研究のバランスをどのよ

うに考えるかも重要である。

大学は、教育機関であるとともに、研究機関でもある。学生の立場からすれば、より濃密に教育を受けることが可能であることを期待して、大学が教育機関であることに徹することを希望するだろう。大学が研究機関であることを求められるのは、文化・芸術・科学の発展に寄与するという社会的な要請に基づくと考えられる。

学生の立場を重視すれば、教育機関であることに徹するという方向になるものの、研究機関であることを放棄して大学と言えるのかという問題がある。また、教育機関であるためには、研究活動を推進し、その成果を教育に反映させることも必要になる。

次節で、各大学でポジショニングを行うべきことを説明している。各大学がエリート養成のための教育機関か、大衆教育のための機関かを明確にすることがポイントである。教育と研究のバランスをどのようにとるべきかは、難問である。

エリート養成教育機関とポジショニングが行われれば、研究面でも、各大学で特定の領域や特色ある研究テーマを打ち出すことによって、他大学との差別化が可能になる。なお、少なくとも、大衆教育のための機関であるとポジショニングが行われた大学では、教育に重点を置いた活動を展開すべきである。

#### 第4節 教育内容の改善・改革

##### 1. エリート養成の教育機関と大衆教育機関の切り分け

大学進学率の高まりを背景として、わが国の大学全体として見るならば、もはや大学がエリート養成のための教育機関ではなく、大衆教育のための機関になったことは第1章で説明した。これを踏まえれば、各私立大学では、自大学のポジショニングを行うことが必要である。これは、自大学がエリート養成のための教育機関なのか、大衆教育の機関なのかを明確にす

ることである。

その前提として、学生の学力レベルを統一かつ客観的に把握する必要がある。その方法として、入学後に、何らかの試験を実施することが考えられる。第1章第8節で説明したように、現在の私立大学では、募集定員の4割から6割を一般入試以外の入試によって受け入れているため、入学後の学生の学力レベルには、大きな開きがあると考えられる。入学の時点で、学生の学力レベルを統一的に把握することの必要性は高い。英語のクラス分けのための試験が実施されているなら、その結果を利用することも可能である。同じ問題で毎年試験を実施し、経年変化と最高点、最低点の乖離を確認していけば、学生の学力レベルを各学部で統一的に把握することができる。

また、このポジショニングの作業には、当然ながら、偏差値と入試の際の競争倍率、卒業後の学生の進路等を参考にすべきである。そして、このポジショニングの結果を踏まえて、教育内容の改善・改革を進める。エリート養成教育機関とのポジショニングが行われれば、大学全体として、高度な専門教育を実施するという方向になる。大衆教育機関とポジショニングが行われれば、極力平易でわかりやすい教育に徹するという方向になる。

各学部における教育を各教員の自由な裁量に全面的に委ねることなく、高度な専門教育を実施するのか、極力分かりやすい内容に徹するのかといった方向性について学部全体で認識を共有することが重要である。

ただし、このポジショニングの作業は、各大学・学部内で強い軋轢と摩擦が生じると予想される。大学教員は、個人事業主の集合体のようなもので、かつ各教員のプライドが極めて高い。自分が所属する大学・学部がエリート養成の教育機関ではないとされた場合、一部の教員は、プライドを傷付けられたと受け止める可能性がある。大学教員は、とくに能力が高いと評価されている者ほど、容易に上位校に異動できるから、なおさら厄介

である。なお、大学教員の能力とは、そのほとんどが研究能力に関する学界内における評価を意味しており、教育能力を意味しないのが一般的である。

ポジショニングの作業には、上述のように、各大学の厳しい現実を直視することが必要になる。

なお、このポジショニングの作業を明確に行わなければ、結果的に学生の現状にそぐわない教育を実施することとなって、学生の満足度を低くすることにつながる。大衆教育機関とポジショニングして極力わかりやすい教育や、卒業後の進路を意識した教育を実施することに徹すれば、そのような教育内容を特徴として、学生の満足度を高めて入学者を増やすことができるかもしれない。

## 2. 教育カリキュラムの編成方針

エリート養成のための教育機関であるとのポジショニングが行われれば、高度な専門教育を実施する。

この場合、法学部であれば、東大法学部で行われてきた伝統的な法学部の教育モデルを範とした教育を実施することのほか、これをベースとして、発展的かつ先端的な科目を配置することによる特徴のある教育、実務面を重視した教育、各教員の研究成果を還元するような発展的な科目を開設することによる教員の個性を重視した教育、といった重点強化策を併用することもできる。各教員は、各自が行っている高度な研究の成果を学生に還元するという態度で授業を展開しても、問題がないかもしれない。このような特徴のある教育により、他大学との「差別化」も可能になる。

問題は、大衆教育のための機関であるとのポジショニングを行った場合の教育内容の改善・改革をどのように進めるかである。学生の現状、卒業後の主な進路の分析結果を踏まえるとともに、他大学との「差別化」を図ることが必要である。

私が考える方向性としては、まず、開講科目の徹底したスリム化を図ることによって、在学中に学ぶべきことを明確化・単純化することがスタートである。学部内に多数の学科があれば、学科を整理・統合すべきである。その上で、①補習教育の必要性とその扱い、②「職業教育」の取扱い、③法学部の場合、とくに実定法科目における伝統的な法解釈学を中心とする教育からの脱却を検討する必要があると考える。

補習教育の扱いから簡潔に説明する。大衆教育機関では、大学生として必要な基礎学力に不安を抱える学生を必然的に受け入れることになる。そこで、各学部で行われる専門教育をスムーズに受けられることを目的として、日本語の読み書きに関する授業、経済学部の場合は基礎的な数学に関する科目を開設することが考えられる。また、無目的で入学する学生も存在するから、大学生活をスタートする時点で、大学で学ぶことの意義を明確にすることを目的として、大学で学ぶ意義、4年間の学生生活の過ごし方、卒業後の進路といった点を考える科目を補習教育の一つとして位置付けることもできよう。このような科目を開設すれば、学生の退学を予防することもできる。

次は、職業教育の扱いである。さまざまな職業について理解を深めることを目的とする科目、大学と協定を締結した企業・団体が主催するインターンシップを経験する科目、卒業生の進路実績を踏まえて、多くを占める進路があればその進路を実現するのに役立つ科目（特定の公務員試験をはじめとする各種の試験に対応するための科目など）を編成することが考えられる。ただし、このような職業教育を目的とする科目については、科目数が増加しないように注意するとともに、卒業要件単位に参入できる単位数に一定の上限を設けることも必要になる。

なお、このような職業教育を実施し、それを単位化することには、学部内でも強硬な反対のあることが予想される。エリート養成教育機関では、このような科目を開設することは、考えられないからである。前述のポジ

ジョニングを行い、それを学内に周知・徹底し、それに従ったカリキュラム改革を行うことを明確にすれば、実現可能であろう。医師の養成を目的とする医学部や、法曹養成を目的とする法科大学院は、徹底して職業教育を実施していると考えられることもできる。目の前の学生の現状と学力レベルを直視することが重要である。

このような科目を開設すると、実学重視という特徴や特定の進路を実現するのに役立つ学部であるという特徴も備わるため、社会に対するアピールポイントともなりうる。また、他大学との「差別化」も同時に可能になる。ほかに、徹底した少人数教育を実施することも、大学としての魅力を高める方法の一つとなる。

三つ目は、法学部の実定法科目における法解釈学を中心とした授業内容の扱いである。実定法科目は、伝統的に法解釈学を中心に授業が進められてきた。特定の条文に関する判例・学説を題材として、条文の解釈を展開する授業である。a説、b説、c説というように、各見解の紹介とその根拠などを説明する。そして、最高裁判例（これがない場合は高裁・地裁レベルの判例）の立場と、主たる学説（通説）の立場を説明することも併せて行う。司法試験の受験を意識すれば、判例・学説を踏まえつつ自説を明確にする必要があるため、このような授業の進め方が必要になる。授業を担当する教員も、このような教育を受けてきている。また、教員は、このような法解釈学に興味・関心があるからこそ、法学の研究者になっているともいえる。

ただし、大衆教育機関であるとジョニングを行えば、司法試験を意識したこのような授業は、学生にとって退屈極まりないものとなる。むしろ、制度趣旨や当該条文が実社会でどのような機能を果たしているのか、当該条文をめぐるどのような紛争が起こって、どのような形で訴訟が提起され、判例はどのような立場に立つのか、といった事柄を中心に授業を進めることが考えられる。

実定法科目の授業内容については、卒業生が日本国民としてスムーズかつ円満に社会生活を送るために、どのような知識が必要かという観点に立った積極的な開発作業が必要である。振り込め詐欺や投資詐欺、各種の消費者トラブルが頻繁に見られる不穏な時代に、平穩に社会生活を送る上で、身に付けておくべき法律に関する知識とは何なのか、という観点に立つ必要がある。

## 第5節 大学の生き残り策

### 1. 経営統合

ここからは、大学の生き残り策について検討を進めていく。

教育内容の改革・改善を進めたり、学部の統廃合を行ってもなお入学定員未充足の状態が継続すると、次第に大学の財務基盤が脆弱になってくる。大学の経営は、学生からの納付金に多くを依存していることと、収容定員に合わせて教職員と諸設備を擁しているため、入学定員未充足の状態は、赤字経営に直結する。また、文部科学省が定める大学の設置基準<sup>(22)</sup>との関係で、たとえば教員全員を低コストの非常勤教員に置き換えたり、営利事業に乗り出して経営の多角化を進めて収入の増加を図るといった方法をとることはできない。

このように、入学定員未充足の状態が継続すると、大学としてとることのできる経営改善に向けた選択肢は限られるとともに、単独での生き残りは難しくなる。そこで、かつての銀行業界で、経営不振に陥った銀行を上位行が救済合併したように、近隣の大学に経営統合を働きかけるという方法が考えられる。

前記の文部科学省中央教育審議会「我が国の「知の総和」向上の未来像

---

(22) 大学は、学校教育法（昭和22年法律第26号）3条の規定に基づき、大学設置基準（昭和31年10月22日文部省令第28号）が定める詳細な基準に基づいて設置されている。

～高等教育システムの再構築～（答申）（中教審第255号）」（以下、「中央教育審議会答申」として引用）・関係資料集（4）<sup>(23)</sup>64頁によれば、平成20（2008）年度から令和5（2023）年度までの15年の間に24の私立大学が統合を行い、11校になっている。統合後の11校を見ると、比較的都市部に立地する大学が多い。国立大学では、平成14（2002）年度から令和6（2024）年度に31校が統合を行い、15校になっている。国立大学は入学定員を充足しているから、決して経営不振に陥っているわけではないが、統合した大学の数では、国立大学が私立大学を上回っている。

【図表10】

### 大学の統合について

- 国立大学は平成14～令和6年度にかけて15組が統合し、私立大学は平成20～令和5年度にかけて11組が統合した。

#### 国立大学の統合

31校 → 15校

統合年度	統合後	統合した大学
H14	山梨大学	山梨大学、山梨医科大学
"	筑波大学	筑波大学、図書館情報大学
H15	東京海洋大学	東京商船大学、東京水産大学
"	福井大学	福井大学、福井医科大学
"	神戸大学	神戸大学、神戸商船大学
"	島根大学	島根大学、島根医科大学
"	香川大学	香川大学、香川医科大学
"	高知大学	高知大学、高知医科大学
"	九州大学	九州大学、九州芸術工科大学
"	佐賀大学	佐賀大学、佐賀医科大学
"	大分大学	大分大学、大分医科大学
"	宮崎大学	宮崎大学、宮崎医科大学

#### <国立大学法人化後>

統合年度	統合後	統合した大学
H17	富山大学	富山大学、富山医科大学、高岡短期大学
H19	大阪大学	大阪大学、大阪外国語大学
R6	東京科学大学	東京工業大学、東京医科歯科大学

#### 私立大学の統合

24校 → 11校

統合年度	統合後	統合した大学
H20	慶応義塾大学	慶応義塾大学、共立薬科大学
"	東海大学	東海大学、九州東海大学、北海道東海大学
H21	関西学院大学	関西学院大学、聖和大学
H23	上智大学	上智大学、聖母大学
H25	常葉大学	常葉大学園大学、富士常葉大学、浜松大学
H29	星槎大学	星槎大学、日本教育大学院大学
H30	北海道科学大学	北海道科学大学、北海道薬科大学
R2	関西国際大学	関西国際大学、神戸山手大学
R3	大阪医科薬科大学	大阪医科大学、大阪薬科大学
R4	兵庫医科大学	兵庫医科大学、兵庫医療大学
R5	天理大学	天理大学、天理医療大学

（資料）文部科学省中央教育審議会「我が国の「知の総和」向上の未来像～高等教育システムの再構築～（答申）」関係資料集（4）・64頁

(23) [https://www.mext.go.jp/content/20250530-mxt\\_kouhou01-000040400\\_4.pdf](https://www.mext.go.jp/content/20250530-mxt_kouhou01-000040400_4.pdf)

私立大学が経営統合に消極的であるとは思えない。主に定員未充足の大学が地方に多いこと、地方では統合を働きかける相手校の選定に困難を伴うこと、仮に相手校が存在するとしても、相手校は統合によって何らかの具体的なメリットがなければ統合には踏み切らないこと、といった点が私立大学の統合が少ない要因ではないかと推測される。

なお、国立大学の統合が活発に行われる背景については、本稿が私立大学とそこに在籍する大学生を主な検討の対象としているため、検討を割愛する。

大学が統合を企図したとしても、それに相応しい相手校を見つけることができなければ、統合を実現することはできない。そうなれば、限られた時間の中で取り得る選択肢は、次節で説明する学生募集の停止ということになる。

## 2. 女子大の共学化

わが国の女子大は、高等教育が主に男性を対象として行われてきた歴史の中であって、女性に高等教育を実施するという高邁な理念の下、入学者を女性に限定して高等教育を実施してきた。

ただし、現代では、男女共学の大学は女性に広く門戸を開放しているのが通常である。なお、東京医科大学の2013年度から2018年度の入試で、男性受験生だけに加点する方法で女性受験生に不利益な取扱いが行われていたことが発覚したり、東京大学の学部学生（外国人留学生・研究生・聴講生を除く）に女性学生が占める比率が、2024年5月の時点で21.34%と極端に低いといった事実（東京大学『東京大学の概要』資料編2024<sup>(24)</sup>の3頁に基づいて筆者が算出）がある。

また、男女共同参画型社会の実現を標榜する現代のわが国において、従

---

(24) <https://www.u-tokyo.ac.jp/content/400247351.pdf>

来、女子大が得意としてきた良妻賢母養成型の教育は、時代にそぐわなくなっている。多くの女子大では、当然ながら、共学の大学と同様、法学部、経済学部、経営学部といった実学重視の学部や学科を創設するに至っている。

女性の大学進学率が男性を下回ることは、第1章第4節で説明した。18歳人口の大幅な減少が続くなかで大学として存続するためには、「女子大」というブランドを捨て、男女共学化を図ることによって入学者を確保し、生き残りを図ることが視野に入ってくる。これを民間企業の経営戦略に置き換えるならば、海外進出を典型とする新市場への進出ということになる。

女子大の共学化の事例は、以前から存在する。新聞報道から最近の事例を紹介すると、園田学園女子大学が大学の名称を「園田学園大学」に改称した上で、2025年4月から順次、共学化すると公表している（以下を含めて、新聞報道に基づいて、各大学のホームページで確認）。

他に、桜花学園大学は2024年度から共学化を実施済みで、2025年度から共学化するのは、清泉女学院大学（「清泉大学」に校名変更の予定）、名古屋女子大学（「名古屋葵大学」に校名変更の予定）、神戸松蔭女子学院大学（「神戸松蔭大学」に校名変更の予定）がある。2025年度から一部の共学化を実施するのは、上記の園田学園女子大学の他に東京家政学院大学がある。

また、共学化ではないものの、学習院女子大学が2026年度から学習院大学と統合するというケースもある。これは、会社であれば、関係の深い会社との吸収合併に該当する方策であろう。

なお、2024年4月には北海道武蔵女子大学が開設されている。これは、1967年開学の北海道武蔵女子短期大学を四年制大学に改編するのではなく、四年制の女子大を新たに開学するというものである。18歳人口の大幅減少が続くなかでの大学、それも女子大の新設ということ自体、驚くほかない。

ただし、女子大の共学化については、生き残りのためのやむを得ない方

策であるとしても、掲げている建学の理念・精神との関係が問題となる。女性を対象として高等教育を実施するという点は、たとえそれが個別の女子大の建学の理念・精神に明確に謳われていなくても自明であるから、それを捨てて共学化を図ることは、理念自体を自ら放棄する行為であると評価することもできよう。

また、卒業生に対して、どのように説明を実施し、理解を得るのかにも問題があろう。卒業生からのさまざまな支援なくして、大学経営は成り立たないとも考えられるからである。共学化によって生き残りが図れたとしても、多くの卒業生の離反、母校愛の喪失といった事態を招く可能性もある。

### 3. 短期大学の四年制大学化

短期大学の特徴として、女子大ではないものの、①主に女子の受け皿校である点、②地域との結びつきが強い点、③修学年限が2年と短い点、④高等教育機関である点の4点が指摘されている（清水一彦「短期大学の現状と将来—21世紀の新たな戦略について」高等教育研究（筑波大学）6集（2003年）72頁～74頁）。在学期間が2年と短いところから、四年制大学と比較すると学費の総額を低く抑えられることと、卒業生は高等教育機関を卒業したという誇りをもってその後の人生を歩むことができることが評価されてきたものと思われる。

ただし、女性が短大を卒業し、企業に就職した後、結婚退職するという人生モデルは、すでに過去のものである。四年制大学で見られる最近の学生の就職活動を見ると、3年生の4月から実質的に就職活動が始まるというのが実状である。これをそのまま短大に当てはめれば、入学と同時に就職活動の準備を始める必要が生じて、勉強どころではないということにもなる。短期大学の存立基盤自体が、社会情勢の変化によって揺らいでいると言える。

私立の短期大学は、平成9（1997）年の504校をピークとしてその後、減少に転じ、令和6（2024）年には282校と、ピーク時の56.0%の水準にまで減少している。なお、文部科学省中央教育審議会大学分科会・高等教育の在り方に関する特別部会（第15回〔2025年1月28日開催〕）【参考資料1】関係データ集<sup>(25)</sup>（令和7年1月28日版）（2）-2-4頁によれば、国立の短期大学は平成22（2010）年にはゼロになり、公立の短期大学も、令和6（2024）年にはわずかに15校が存在するに過ぎない。

次の第6節で説明するように、2024（令和6）年4月以降の学生募集の停止を公表した大学の中には、短期大学が複数含まれている。学生募集の停止に至る前の段階では、四年制大学への移行が活発に行われた。

四年制大学に移行した私立短期大学がどの程度存在するのか、正確に示すことができないが、「1990年代以降今日まで105の私立短期大学が四年制の私立大学へと改組されることとなった。これによって、短期大学は現状維持派と4大化改革派とに分かれることになった。」（前掲・清水一彦・71頁）との指摘がある。

短期大学の四年制大学への移行は、時代の流れである。

ただし、上記の中央教育審議会大学分科会「高等教育の在り方に関する特別部会」関係データ集（2）-3-3頁で、大学進学時の都道府県別の流入・流出者数を見ると、流入超過は、東京都、京都府、大阪府、愛知県、福岡県、神奈川県、宮城県、石川県、滋賀県の9都府県（おおむね多い順に記載）に限られ、他の38道県は流出超過である。しかも、流入超過のうち東京都が78.4千人と突出して多く、続く京都府は19千人、滋賀県は0.6千人とかなり流入超過の状態である。なお、京都府については、大学が多く所在する京都市への府内北部からの流入も多いのではないかと推測される。市町村レベルで見れば、さらに問題は複雑になってくる。流入超過の

---

(25) [https://www.mext.go.jp/content/20250128-mxt\\_koutou02-000039884\\_14.pdf](https://www.mext.go.jp/content/20250128-mxt_koutou02-000039884_14.pdf)

府県に限られる背景・要因には、地元の大学に入学しても、卒業後に就労の機会が十分に得られるかという懸念があるからではないかとも考えられる。東京一極集中というわが国社会が抱える構造的な問題がある。

流入超過の府県に限られていることから言えることは、これら9都府県以外の道県に所在する短期大学が四年制大学に移行したとしても、他県から学生を誘致することには、相当の困難を伴うということである。四年制大学に移行したとしても、大学が所在する同じ道県内から、十分に学生を集めることができるのが、移行の成否の分かれ目となる。

#### 4. 私立大学の公立大学化

上記9都府県以外の道県では、大学進学に際して、若者が他の都府県に流出している。9都府県以外の道県に立地する私立大学の経営は、流出する若者の数に応じて厳しくなる。

中央教育審議会答申・関係資料集(5)<sup>(26)</sup>・83頁によれば、平成21(2009)年度から令和6(2024)年度の間、公立大学は77校から101校に増加し、うち12校が私立大学の公立大学化によるものであると説明している。ここから分かることは、私立大学の公立化が私立大学の生き残り策の一つとなっていることである。

##### 【私立大学の公立大学化の実績】

平成21(2009)年 高知工科大学(高知県)

平成22(2010)年 静岡文化芸術大学(静岡県)、名桜大学(沖縄：北部広域市町村圏組合)

平成24(2012)年 公立鳥取環境大学(鳥取県、鳥取市)※旧鳥取環境大学

---

(26) [https://www.mext.go.jp/content/20250530-mxt\\_kouhou01-000040400\\_5.pdf](https://www.mext.go.jp/content/20250530-mxt_kouhou01-000040400_5.pdf)

- 平成26（2014）年 長岡造形大学（長岡市）
- 平成28（2016）年 山陽小野田市立山口東京理科大学（山陽小野田市）  
※旧山口東京理科大学  
福知山公立大学（福知山市）※旧成美大学
- 平成29（2017）年 長野大学（上田市）
- 平成30（2018）年 公立諏訪東京理科大学（諏訪広域公立大学事務組合）  
※旧諏訪東京理科大学
- 平成31（2019）年 公立千歳科学技術大学（千歳市）  
※旧千歳科学技術大学
- 令和4（2022）年 周南公立大学（周南市）※旧徳山大学
- 令和5（2023）年 旭川市立大学（旭川市）※旧旭川大学

（資料）文部科学省中央教育審議会「我が国の「知の総和」向上の未来像～高等教育システムの再構築～（答申）」関係資料集（5）・83頁

自ら大学を設立していない地方自治体（地方公共団体を含む）が、わざわざ地元の私立大学に公立化を働きかけるといことは考えにくい。多くの地方都市は人口減少という問題を共通して抱えているから、減少する税収の中で、地元住民と議会の理解を得て大学経営に乗り出すという決断は、限られた税収の用途を考える上でも極めて重要な問題である。また、公立化によって大学経営が確実に軌道に乗るという保証は全くない。

公立化の対象となる私立大学が閉校に至ると、18歳の若者の地元からのさらなる流出が加速するとともに、地元で高等教育を受ける機会の減少が生じるところから、このような点が、当該私立大学側からの地方自治体に対する公立化に向けた説得材料になると考えられる。公立化によって学生の学費負担が軽減されれば、地元に残る決断をする高校生が増えるという効果も期待できよう。

ただし、私立大学の公立化によって18歳の若者を地元につなぎとめることができたとしても、大学卒業後に、地元就職先が十分になければ、や

はり若者は地元を離れていこう。さらに女性は、就職先の問題に加えて、地方に今も根深く残る性別役割分業意識や「家」制度を嫌って、都会を目指すそうである。結局、東京一極集中というわが国社会が構造的に抱える社会問題を根本的に解決しない限り、若者の都会志向を変えることはできないと考えられる。

私立大学の公立化には、地方自治体が私立大学からの働きかけに応じることが不可欠である。地方自治体が大学を誘致して開校に至ったケースでは、私立大学から地方自治体に公立化を働きかけることは、必然的な流れであるともいえる。

ただし、私立大学の公立化という経営主体の変更によって、18歳人口の大幅減少と大学の数の過剰という大学経営を取り巻く根本的な問題が解消するわけではない。入学者をどのように確保するのが最大の課題である。また、地方自治体が民間の不採算事業を継承し、当該地方自治体等の財政が悪化するという事態は、避ける必要がある。

政府も私立大学の公立化に伴う問題を認識している。

上記中央教育審議会答申の関係資料集(5)・84頁によれば、経済財政諮問会議「経済・財政計画改革工程表」(平成29年12月20日)における見込まれる経営見通しや設立団体の財政負担の見える化の指摘、骨太の方針(平成30年6月15日閣議決定)における私立大学の公立化が真に地域に貢献する大学改革に資するよう財政支援等の徹底した見える化等の強化の指摘について、それぞれ当事者に注意を促している。

これを受けて、平成31(2019)年1月以降、私立大学の公立化に際しての影響分析、および公立化効果に関するデータを文部科学省・総務省と各大学、自治体のホームページに公表することとなった。公表する指標は、①公立化効果に関する指標(入学志願倍率、地域内入学者率、就職等)、②経営見通し(収益性)に関する指標(自己収入率(自己収入/収入)、設立団体の地域住民一人当たりの負担額等)である。

地方自治体も、私立大学の公立化が、大学自体の生き残りのための根本的な問題解決にはなり得ないことを認識すべきである。

視点を変えて、経営危機に瀕した企業を例にとると、バブル経済崩壊後に、メインバンクが救済融資によってメインバンク先企業の延命を図ったものの、結局、被救済企業の債務を徒に増加させ、傷を大きくしただけであったというのが、現在では、異論のない見方である。極力早期に、抜本的な問題解決を図るべきであるというのが、現在の経営危機企業に対する対応の原則である。このことは、大学も全く同じである、というのが筆者の考えである。

抜本的な経営改善を図るとともに、教育内容の革新を実行して、大学本来の魅力を高めなければ、入学者を増やすことはできない。経営主体を変更することによって、これが実行できるのかが問われる。

## 第6節 閉校の選択—学生募集の停止

入学定員の未充足状態が継続するとともに、18歳人口の大幅減少と私立大学の数が過剰であることを大学当局が認識すれば、さすがに大学も対応を進める。

最も徹底した方法は、閉校の決断と、それに向けた学生募集の停止である。2023（令和5）年には、恵泉女学園大学と神戸海星女子学院大学が学生募集の停止を公表している。破綻に至る前の経営体力に余力がある時期に決断し、学生募集の停止と在学生の卒業をもって閉校に至るため、最も穏当な撤退・退出方法である。社会に与える影響は、一部の高校生の志望校変更にとどまるから、比較的小さい。

神戸海星女子学院大学のホームページの「お知らせ」<sup>(27)</sup>によると、閉校の理由について、「18歳人口の減少、特に近年の女子の実学志向、共学志

---

(27) <https://www.kaisei.ac.jp/college/news/2023/04/17/article156223>

向や大規模校志向など社会情勢の大きな変化の中で、入学定員確保に苦慮してまいりましたが、今後、継続した定員充足は極めて困難であると判断し、このたび閉学を前提とした募集停止という苦渋の決断に至りました。」と説明している。そして、卒業生に向けては、「卒業生の皆様に対しましても、必要書類等の発行につきましては、閉学後は学校法人において適切に対応してまいります。」と説明している。

閉校の理由は、大学をめぐる経営環境の厳しさと、そこからの脱却が困難なことである。この学校法人は、幼稚園、小学校、中学校・高等学校、さらに大学までを擁する総合的な学校法人であり、大学閉校後も卒業生の学籍情報の管理は、引き続き同じ学校法人で行うとしているので、閉校に伴う影響は軽微である。

さらに、2024（令和6）年4月になると、2025（令和7）年度以降の学生募集の停止を発表する大学（特定の学部の場合を含む）・短期大学が相次いでいる。

2024（令和6）年5月の時点で報道資料から把握できた大学名を大学から先に示す。

高岡法科大学、ルーテル学院大学・同大学院、川村学園女子大学（教育学部・大学院教育学専攻）、姫路獨協大学（薬学部医療薬学科）、日本大学短期大学部（食物栄養学科・専攻科食物栄養専攻（2027年度以降））、純真短期大学、西南女学院大学短期大学部、創価女子短期大学（2026年度以降）、南九州大学短期大学部（2026年度以降）

※各大学、各大学短期大学部のホームページにて確認済。

なお、前記中央教育審議会答申・関係資料集(4)64頁には、平成15（2003）年度から令和6（2024）年度までの廃止大学18校と、令和6（2024）年度・同7（2025）年度に募集停止をする大学5校が示されている。さらに、（龍法 '25）58-2, 216（612）

同資料集65頁には、令和元（2019）年度から令和6（2024）年度までの廃止短期大学20校と、令和5（2023）年度から令和7（2025）年度に募集停止をする短期大学24校が示されている。とくに、令和7（2025）年度から募集停止をする短期大学は20校にも達している。

また、2025年4月3日付け朝日新聞朝刊1面には、日本私立短期大学協会の集計として、令和7（2025）年度から23校、令和8（2026）年度から21校、令和9（2027）年度から1校の計45校の短大が学生募集を停止すると報じている<sup>(28)</sup>。このように、令和7年度から募集停止を行う短期大学が急増している。

学生募集を停止する大学が増えている要因として、文部科学省が2024（令和6）年度から、学生募集を停止しても財政的な支援を継続する新たな支援事業を始めたことが挙げられる。

文部科学省高等教育局私学部の令和5年8月「令和6年度概算要求 私学助成関係の説明」<sup>(29)</sup>によれば、私立大学等の転換支援パッケージの一つとして、「定員規模適正化に係る経営判断を支えるため、経営改善計画に位置付けた上で、運営面・教育面において一定の要件を満たす場合に限り、学生募集の停止を行った学部等の継続的な教育研究活動を支援する。」（3頁）としている。

問題は、大学のみを運営する学校法人が閉校する場合である。学校法人自体も解散せざるを得ないと考えられるところから、卒業生の学籍情報の管理がどうなるのが問題となる。私立学校法（昭和24年法律第270号）

---

(28) この報道（同3面）によれば、短大の学生募集の停止が急増している要因として、3年連続で学生数が収容定員の8割未満になると、第3章第4節で説明する修学支援制度の対象外とする制度を文部科学省が2024年度から導入したことにより、支援制度の対象外となった短大で、学生の進学が避けられるため、定員割れが悪化する悪循環に陥ることであると説明されている。

(29) [https://www.mext.go.jp/content/20230828-mxt\\_kouhou02-000031628\\_8.pdf](https://www.mext.go.jp/content/20230828-mxt_kouhou02-000031628_8.pdf)

50条以下の「第4節 解散」を見ても、これに関する規定は存在しない。なお、解散事由を規定した同法50条1項3号は、「目的たる事業の成功の不能」を学校法人の解散事由としている。学生募集の停止とそれに伴う閉校が、この解散事由に該当することは間違いない。

令和7（2025）年度以降の学生募集の停止を2024年4月15日に公表した高岡法科大学のホームページ<sup>(30)</sup>では、「卒業後の証明書発行等の手続きにつきましても、支障が生じないように、適切に措置を講じてまいります。」としか示しておらず、具体的な対応方法は明らかではない<sup>(31)</sup>。

このように、閉校による影響が卒業生に及ぶことのない対応が求められる<sup>(32)</sup>。

### 第3章 大学と大学生の将来展望

進学率が高くなると、わが国の大学全体として見るなら、大学で学ぶことの目的意識や向学心が乏しい学生が増えてくることが避けられない。とくに中下位校にランクされる私立大学では、このような学生の学生全体に占める割合が高くなると、学部全体、さらには大学全体の雰囲気にも大きな影響が生じてくる。そこで、本章では、中下位校にランクされる私立大学に入学する学生を想定して、大学と学生の将来について、私の考えを述べる。

---

(30) <https://www.takaoka.ac.jp/14561>

(31) 同大学の学生募集の停止をめぐって、2025年3月30日付け日本経済新聞社会面は、若者の都会への流出など、地域に及ぶ影響について報じている。

(32) なお、本文に記述していないが、新聞報道によれば、2025（令和7）年2月に名古屋柳城女子大学が、4月には京都ノートルダム女子大学が、それぞれ2026年度以降の学生募集の停止を公表している。名古屋柳城女子大学は、2020年に設置されたばかりの大学である。

## 第1節 大学に入学する目的と大学生であることの目的の明確化

1. 大学を卒業すること自体によって特定の資格・技能は身に付かない  
本節では、文系学部を想定して、大学生の将来展望について考える。

まず、大学の文系学部を卒業すること自体によって、特定の資格を取得することはできない、ということを強調しておく。「手に職を付ける」という言い方がある。文系学部を卒業すること自体によって手に職は付かない。大学に進学する高校生本人と保護者の方は、この点をしっかり認識しておく必要がある。身に付けることができる可能性があるのは、専門的な学問上の知識である。

また、文系学部を卒業した場合、卒業後に従事する最大の職種は、販売・営業職である<sup>(33)</sup>。多くの場合、既存の取引先を訪問したり、新しい顧客開拓を行なって、自社の製・商品やサービスを販売する仕事である。販売額に関するノルマが毎月設定されるのが通常で、ノルマの未達が続くと、精神的に追い込まれることにもなる。また、建築現場を典型とする現業部門以外では、さまざまな職種のデスクワークがある。デスクワークの例としては、さまざまな書類の作成やデータの整理、電話での顧客対応といった仕事である。このような仕事にしっかり取り組めるのか、文系学部への入学に際して、考えておく必要がある。

もちろん、大学を卒業すれば、「学士（〇〇）」という資格を取得できる。しかし、これを活かしてすぐに起業して会社経営に当たれるわけでも、高卒者よりも有利に社会人としての生活がスタートできる保障もない。初任給は、高卒、大卒、大学院卒とで異なるのが通常で、大卒の初任給は高卒よりも高額に設定されている。しかし、高卒者が高校卒業後4年間、しっ

---

(33) 厚生労働省『平成23年版労働経済の分析』140頁～141頁は、「大卒文系は販売や営業のようなホワイトカラー職種を、大卒理系は研究者や技術者を確保するために採用するのが一般的な企業の行動であり、大卒人材としての需要も大きい。」と指摘している。

かりと仕事に従事していれば、昇進・昇格によって大卒者の初任給を上回る給与を取得できているかもしれない。

むしろ、漫然と文系学部を卒業して社会に出るより、各自の具体的な興味・関心に基づいて、専門学校に進学して特定の技能を獲得したり、資格を取得した方が、充実した人生が送れるかもしれない（調理師学校を舞台に繰り広げられる若者の奮闘の日々を描いた土田康彦『辻調鮎科』（祥伝社、2021年）が興味深い）。少なくとも、目的意識が明確でなく、また学修意欲もない状態で大学に進学・通学するより、専門学校に進学する方がはるかに充実した時間を過ごせる。

なお、調理師や理美容師、自動車整備士といった特定の仕事に従事するために必要になる資格を取得すると、専門学校卒業後、確実に仕事に従事できる可能性が高いと考えられる。また、会社の本支店所在地に生活圏が限定されるサラリーマンと違って、全国どこに住んでも、資格を生かして収入を得られる。サラリーマンの場合、近年では勤務地域を限定できる地域限定職のある会社があるものの、勤務先にそれがなければ、勤務地は会社の意向に従うしかない。これに対して、資格を活かして独立開業すれば、居住地は自分で自由に選択できるうえ、一国一城の主として、充実した人生を送れるかもしれない。また、資格試験に合格する必要があるとはいえ、これらの資格試験については、受験回数に制限がなかった旧司法試験の時代の司法試験浪人と違って、何度受験しても不合格が続いて一生を棒に振ったということは、聞いたことがない。

また、大学の文系学部を卒業するよりも、このような資格を獲得して仕事に従事する方が、従事している仕事を通して、社会に直接役立つことを実感できるかもしれない。これに限らず、音響や映像、情報系、看護・介護など、各種の技術系の職種についても同様である。サラリーマンの場合、あくまでも会社を通じて間接的にしか社会に貢献することはできない。

学校に通学することのコスパとタイパを追求すれば、各自の将来展望に

よっては、専門学校への進学も視野に入れて慎重に考えるべきである。

では、大学、とくに文系学部を卒業する場合はどうか。

語学に関して、「英検〇級」「TOEIC〇〇点」といった社会で評価される一定水準の資格を得るには、それに向けたしっかりとした学修と努力が求められる。法学部の学生であれば「ビジネス実務法務検定〇級」といった資格も同様である。ただし、このような資格については、資格を取得していることが確実に就職に結びつくという保障はない。

経営学部・商学部の学生であれば、取り組みやすい資格として「簿記検定試験」がある。大学を卒業して財務や経理部門への配属を希望するなら、簿記に関する知識や資格は必要不可欠である。さらに公認会計士、税理士、中小企業診断士といった専門的な資格試験があるものの、そのような難関の試験に合格するためには、相当の学習とそれに向けたかなりの努力が必要である。司法試験と同様、生半可な覚悟で取り組むことはできない。

大学を卒業して社会に出る場合、専門学校を卒業して特定の資格を取得して社会に出る場合と比較すると、学費は高額になり、卒業までに時間もかかる。また、社会で即効性のある知識を修得できるわけでもない。専門学校に進学する場合、職種の違いはあるものの、人手不足の時代背景の下、資格を活かして全国どこでも職が得やすく、転職も容易であろう。

このような点をしっかりと踏まえた上で、大学、とくに文系学部に進学するのかどうか、文系学部での学修に真剣に取り組む覚悟があるのか否かを慎重に判断すべきである。

## 2. 大学生であることの意味は何か？

周囲の多くの者が大学に進学するからといった動機で、それも文系学部で行われている教育内容にほとんど興味・関心がない状態で大学に入学し、入学後も大学での学修内容に興味・関心が持てない状態が継続するなら、それは時間と費用の無駄である。入学の時点では「とりあえず」入学する

ということであっても、退学しないで大学生を続けるなら、大学で学ぶことの目的をはっきりさせ、それに向けた学修にしっかり取り組むべきである。

成年である大学生がフルタイムで働かないでいられるのは、「勉強」することを本業とする大学生だからである。そもそも、勉学に取り組むつもりがないか、あるいはほとんどないなら、大学生でいるべきではない。他の進路を考えるべきである。あまりにも当然のことだが、あらためてこの点を確認しておく必要があると、筆者は長年痛感している。

わが国では、大学を卒業するまでは経済的に支援するという前提で、大学に進学する成年に達した子息に対して経済的な支援（学費と生活費の負担による支援）を行なう親が大半だと思う。高額な学費を払って大学に通学しているからには、コストに見合うリターンを獲得しようと努めるのは、いわば当然のことである。リカレント教育を実施する社会人向けの大学院では、自ら学費を負担していることに加えて、目的意識も明確であるから、真剣に学修に取り組まない大学院生は存在しないと思う。在学中にあまり、あるいはほとんど学修に取り組もうとしない大学生が存在するのは、学生本人がコストを負担していないことに大きな原因があるように思う。

また、新入生の中には、不本意入学の学生が必ず存在する。本命の大学に合格できず、不本意ながら入学してくる学生である。家庭の諸事情で浪人できないため、このような事態になる場合もある。あるいは、浪人することなく大学に一応入学し、大学生という社会的な居場所を確保した状態で、大学の授業にはほとんど出席しないで、受験勉強を1年間継続するという学生も存在する。

問題は、不本意入学したものの、向学心も向上心もないまま、無目的に学生生活を継続する学生が存在することである。退学もせず、そのような状態で4年間の学生生活を送ることは、時間と学費の無駄以外の何物でもない。当該の大学に居場所を定めた以上、その場で、最善を尽くすべきで

ある。不本意入学であっても、入学後に努力を重ねて卒業式で総代に選ばれたり、後輩学生の範となるような活動を残す学生生活を送ったなら、卒業後の人生も前向きなものとなろう。負け犬根性を持ったまま学生生活を送ることから得られるものは何もない。

なお、大学は、学生が自主的かつ主体的に学修に取り組むこと、取り組めることを前提として、そのための材料やきっかけを提供する場である。大学は、各学部で行なわれている教育内容に興味・関心を持つことができない学生に対して、興味・関心を持たせること自体を目的として教育を実施しているわけではない。大学で専門知識を修得したいという目的意識を各学生が持つことが、大学生が大学生であること的前提である。大学が義務教育のための教育機関ではないところからも、このように言える。また、大学教育の基本である「単位制」の趣旨から判断しても、このように言える。大学の授業で何を学ぶのか、何を発見するのかは、個々の学生による主体的な取組みの結果に他ならない。

各学部で行われている教育内容に興味・関心が持てないまま、各学部で求められる最低限の知識さえ欠くような状態で運よく大学を卒業できたとしても、企業・団体で仕事を遂行していくことにも早晚、支障が生じるだろう。大学で行われている教育内容に全く興味・関心が持てなかったのだから、そのような状態では、企業・団体の業務内容に興味・関心を持って真剣に業務に取り組むこともできないのではないかと考えられるからである。

そのような学生ではないことを確認する意味もあって、就職活動では、企業・団体がいわゆる「ガクチカ」（学生時代に力を注いだこと）は何かを問うのだと思う。大学での学修という大学生が本来取り組むべきことにも興味・関心が持てないような状態では、スムーズに就労することもできない可能性が生じる。

なお、わが国で長年続いてきた新卒一括採用という企業が大半者を採用

する際の慣行は急速に変化し、中途採用を含めて、特定の技能に着目した  
通年採用が広がってきている。漫然と大学を卒業しただけでは、就職する  
ことができない時代がすぐそこに迫っている。大学を卒業したからには、  
大学でどのような知識を修得し、どのような技能を身に付けているのかが  
厳しく問われる時代の到来は近い。

このように、大学生であることの意味をしっかりと考え、大学で学ぶべ  
きことを意識して4年間しっかりと学修に取り組まなければ、大学の卒業  
証書が卒業後の人生で卒業証書としての意味を持つことはない。自分の人  
生に大学の卒業証書が必要なのか、なぜ必要なのかを考えておく必要があ  
る。

以上のことは、社会人を例に説明すると分かりやすい。サラリーマンが  
嫌々仕事に取り組んで、実りある業務実績を生むことはできない。サラ  
リーマンは登校拒否ならぬ、入社拒否はできない。仕事に取り組む意欲が  
わかず、仕事が嫌で仕方がないなら、退職するしかない。退職しない、退  
職できないなら、給料を得ている以上、真剣に仕事に取り組む必要がある。  
従事している仕事に何らかの意義を積極的に見いだすように発想を転換す  
れば、前向きに仕事に取り組むことができるかもしれない。

また、社会のリーダーとして活躍するような人生を展望するのか、常に  
誰かからの指示を待つような人生を展望するのかによっても、大学生とし  
ての時間の過ごし方は違ってくる。卒業後、どのような人生を展望するの  
かを在学中に考え、そのための準備を在学中にしっかりと進めておく必要が  
ある。

## 第2節 成績評価のあり方

大学における成績評価のあり方については、次の2つの方向が考えられ  
る。

現代の大学に求められているのは、「単位の実質化」である。単位の実  
(龍法 '25) 58-2, 224 (620)

質化を突き詰めていけば、各科目で掲げた到達目標を達成したかどうかを厳格に判定することに向けた成績評価が指向される。

ただし、法学部の授業科目で、日本語の条文が読めて、その意味内容をわかりやすく説明できることという到達目標を立てたとしても、受講生全員がその目標を確実に達成することは容易ではない<sup>(34)</sup>。

授業内容に興味・関心の持てない受講者を含む状態で授業を実施すると、教師がいくらわかりやすい説明に務めたとしても、その説明は、「暖簾に腕押し」、「糠に釘」の状態に陥る可能性がある。高年次の法学部生であっても、条→項→号という条の構造を理解できていない学生が存在する。60点以上の評価にならない学生が多くなれば、たとえ日本語の条文が読めることという、これ以上低い到達目標を立てることができないような場合であっても、担当教員の教え方が悪いということになる可能性もある。

そうすると、成績評価において別の方向性が浮上する。相対評価を実施することが、その具体例である。

たとえ全体の成績が低い場合であっても、全体の中から順に、一定の区分に応じて、「S」・「A」・「B」・「C」・「D」（不合格）に成績を割り付ければ、成績評価に極めて厳格な考え方をとる教員と、そうでない教員との間で生じる成績評価のアンバランスを是正することもできる。とくに、「D」評価の割合について学部内で統一を図れば、厳格な成績評価を実施

---

(34) 条文の意味内容を説明できるかということと、それが難しいことに関するわかりやすい例として、「善意の第三者に対抗することができない。」（民法94条2項、会社法11条3項など多数）という条文上の表現がある。それぞれの条文における「善意」の具体的な意味（何を知らないのか）、対抗するとはどういうことか（「対抗」の一般的な意味は、相手とせりあうこと、互いに競争することだが、法律用語の「対抗」にはこのような意味はない）、対抗できない結果どうなるのかについて理解できないと、対象条文の意味を正しく理解できない。

法律の条文は間違いなく日本語で書かれているものの、通常の日本語とは大きく異なる。

する教員が多く存在しても、留年者が続出するという事態を避けることができる。

また、成績評価において相対評価の方法を採用すれば、学内で成績評価が甘いと噂される教員が担当する科目に、受講者が殺到するという事態を避けることも可能になる。

### 第3節 拡大志向からの脱却

第1章で説明したように、18歳人口の減少により、わが国の大学をめぐる市場規模は、全体として見るならば今後とも確実に、そして急速に縮小する状況にある。これを踏まえれば、今後、大学を新設することは、他大と徹底した差別化を行うといったように、よほど斬新な教育内容を持つ緻密な経営計画に基づかない限り、無謀な行為であると言える。

第2章第5節3. で述べたように、大学進学時の都道府県別の流入・流出者数については、流入超過となるのは9都府県にとどまる。そして、大都市圏で大学の数が不足する状況にないことも明らかである。とくに大都市圏では、地価の高騰によって、大学を設置するための用地を取得することにも困難を伴い、多くの予算を必要とする。これら9都府県以外の道県で大学を新設し、学生を集めることは、かなり困難である。他大学への進学を考えている高校生を対象として、果たして一体どの程度の数の学生を獲得できるかという、極めて厳しい競争を展開することになる。

既存の大学、とくに大規模私立大学は、入学定員の増加を伴う学部の新設を典型とする拡大路線から脱却する必要がある。市場の縮小は明らかであるから、自校だけは特別であるという思考からも脱却しなければならない。

なお、大学・学部の経営に関して、経営コンサルタント会社からの助言や指導を受け、それに従って大学経営に新規参入したり、拡大路線を継続するといったことには、厳重な注意を要する。大学内部や関係者で内発的

に議論を進めることは「是」とするものの、経営コンサルタント等の外部の意見を無批判に受け入れてそれを実行に移すことには、極めて慎重であるべきである。

上位校の場合はどうか。

上位校の場合、入学定員を十分に充足していて、定員割れを起こす可能性は今後ともないと判断できるであろう。日本社会は、全体としてみれば、教育内容の独自性よりも大学の偏差値ランクに基づいて高校生が進学先を選ぶ傾向が強いため、拡大路線を継続しても定員割れが起こる可能性は少ないかもしれない。

ところが、学部・学科の新設による拡大路線を継続し、大学全体としての収容定員を増やしていくと、市場全体が縮小しているから、入学してくる学生の学力低下は避けられない。定員の増加分は、自校より下位校と位置づけられる大学に入学するはずだった高校生を受け入れることになるからである。

学修意欲を欠く無目的で、かつ本来の自校の学生と比較すると低学力の学生が増えてくれば、学生全体に与える影響はいずれ無視できなくなる。真剣に学修に取り組みたいと考える好奇心と向上心にあふれた者も、周囲の雰囲気流されるかもしれない。気が付けば、大衆教育機関としてのポジショニングを行わざるを得ない状況に陥る可能性もある。

昭和末期やバブル経済の時期にとった拡大路線の結果、各学部の定員を増加させているなら、18歳人口の将来展望を踏まえて入学定員の削減を進め、大学が有するブランド価値の維持・向上を図るといった差別化戦略をとることも考えられる。大学全入時代には、むしろ「難関大学」としてのブランドを維持・強化する戦略を採用した方が、大学としてのブランド価値は向上すると考えられる。

大規模大学の場合、規模の縮小を図りつつ少人数教育を強化することで、独自色を強化するという戦略をとることも考えられる。市場は確実に縮小

するから、現在の規模を維持すれば、大学全入時代到来の影響、つまりは学生の学力低下の進行の影響を受けることが避けられない。18歳人口と大学進学率を踏まえた適正規模へと移行すれば、結果的に自校の難易度を維持することによって、ブランド価値の維持・向上を図ることができる。

#### 第4節 高等教育の修学支援制度をめぐる問題

##### 1. 修学支援制度の概要

本節では、「高等教育の修学支援制度」について考える。税金を原資として修学支援を行なうからには、支援の対象者は、向学心があって、高等教育機関での学修に真剣に取り組むことができる者である必要がある。進学動機もあいまいで、向学心も十分でない状態で、制度があるからとりあえず進学を選択するといった者が支援制度の対象とされることのないような制度設計が望まれる。このような点を踏まえて、まず、制度の概要を紹介する。

2020（令和2）年4月から、新しい高等教育の修学支援制度が始まっている（文部科学省「2020年4月から新しい給付奨学金・授業料等減免制度がスタート！」<sup>(35)</sup>）。以下、この文部科学省の資料に基づいて説明する。

支援の対象となる学校は、一定の要件を満たすことを国が認定した大学、短期大学、高等専門学校（4年・5年）、専門学校である。支援の対象となるのは、「住民税非課税世帯及びそれに準ずる世帯」（世帯年収380万円を上限に3区分で構成）の学生で、かつ「進学先で学ぶ意欲がある」学生であることの2つの要件が設けられている。経済的な困難を抱えるとともに、学びたいという意欲のある学生を対象としている。

2つ目の要件については、成績だけで判断することなく、レポートなどで学ぶ意欲を判断するとされている点が重要である。成績という形式的要

---

(35) [https://www.mext.go.jp/content/20240404-mxt\\_gakushi\\_100001062\\_1.pdf](https://www.mext.go.jp/content/20240404-mxt_gakushi_100001062_1.pdf)

件だけによることなく、高等教育機関における学修に向けた意欲を問う仕組みがとられている。支援の額は、世帯の収入によって3段階に分かれ、住民税非課税世帯に属する学生（第Ⅰ区分）に対して、最も手厚い支援が行われる。

第Ⅰ区分の支援額を示すと、私立の大学、短期大学、専門学校に自宅外から通学する場合、給付型奨学金の支給額が年額約91万円である。そして、給付型奨学金の対象者は、授業料と入学金の減免を受けることができる。減免の上限額は、私立大学の場合、入学金が約26万円、授業料が約70万円である。

このように、高等教育の修学支援制度は、世帯の年収に応じて充実した手厚いものになっている。修学の意思があるにもかかわらず、経済的な理由で高等教育を受けることができなくなるのは、人材育成に関する国家的損失である。ただし、修学支援制度のさらなる充実を求めて、対象世帯の拡充を求める声が存在するであろうことが考えられる。

なお、令和7（2025）年度から、子供3人以上の世帯の学生（入学生および在學生）を対象として、世帯の所得制限なく、高等教育の修学支援制度が拡充されている。ここでは、指摘するにとどめる<sup>(36)</sup>。

## 2. 制度の実効性向上のための方策

高等教育の修学支援制度は、公費を投じて行われるため、実効性を高めるための方策が講じられている。

文部科学省の資料「大学等への修学支援の措置に係る学修意欲等の確認の手引き（大学等向け）」<sup>(37)</sup>によれば、「大学等への進学（注記省略）の後は、しっかりと学んでいただく観点から、修得単位数や学業成績に一定の要件

---

(36) 詳細は、[https://www.mext.go.jp/content/20240426-mxt\\_gakushi\\_100001505\\_2.pdf](https://www.mext.go.jp/content/20240426-mxt_gakushi_100001505_2.pdf)参照。

(37) [https://www.mext.go.jp/content/1422373\\_01\\_2.pdf](https://www.mext.go.jp/content/1422373_01_2.pdf)

が設定され、それらの要件を満たさない場合には支援が打ち切りになります。また、状況次第では支援した経費を返還（授業料等減免にあっては授業料等を納付）していただく措置も講じることとしています。」と説明している。

そこで、大学入学後の客観的な成績によって申請のための基準が定まる「入学2年目以降の者の基準」を見ると、次のとおりである。

**【入学2年目以降の者の基準】**

次のア又はイのいずれかに該当すること。

ア 在学する大学等における学業成績について、G P A（平均成績）等が上位2分の1以上であること

イ 次の（A）及び（B）のいずれにも該当すること

（A）修得単位数が標準単位数※以上であること

※ 標準単位数 = 卒業必要単位数 ÷ 修業年限 × 在学年数

（B）学修計画書の提出を求め、学修の意欲や目的、将来の人生設計等が確認できること

ただし、上記ア又はイに該当する場合であっても、在学中の学業成績等が修学支援制度を受けるための適格認定の基準における「廃止」の区分に該当する場合には、支援の対象とならない。

成績の基準は、当該大学で平均以上のG P Aであれば基準を満たすところから見て、比較的緩やかであると判断できる。修得単位数の基準も、1セメスター当たりの修得単位数の目標を18単位以上と考える筆者からすれば、緩やかである。なお、修学支援制度の運用においては、成績基準のみに基づいて判断することなく、本人の学修意欲を尊重し、「学修計画書により、明確な進路意識と強い学びの意欲を確認することにより行う。」ことを強調している。

修学支援を受けられないこととなる「廃止」の区分は、大学等における  
(龍法 '25) 58-2, 230 (626)

修学の支援に関する法律施行規則の別表二「適格認定における学業成績の基準」によれば、次のとおりである。

- 一 修業年限で卒業又は修了できないことが確定したこと。
- 二 修得した単位数（単位制によらない専門学校にあっては、履修科目の単位時間数。…）の合計数が標準単位数の六割以下であること。
- 三 履修科目への授業への出席率が六割以下であることその他の学業意欲が著しく低い状況にあると認められること。
- 四 警告の区分に該当する学業成績に連続して該当すること（…）。

4号に定める「警告」の区分の要点を示すと、①修得した単位数が標準単位数の7割以下、②G P Aが学部の下位4分の1の範囲に属すること、③履修科目の授業への出席率が8割以下の3つである。このように、「警告」の基準は「廃止」の基準よりもさらに緩やかで、②に見られるとおり、これに該当する場合は、ほとんど成績不振者に該当する状態であると判断できる。限られた財源の下で、このような緩やかな基準で制度を運用することの是非が問題となるかもしれない。

「廃止」の区分についても、1号の留年の確定、2号の修得単位数を含めて、成績の量的側面が重視されていると言える。これは、家庭の経済状態が厳しい学生は、アルバイトに従事せざるを得ないと考えられるところから、修学支援制度を活用したとしても、成績の質的側面を重視した基準を定立することは、学生に対して厳しいハードルになる可能性があると判断された結果かもしれない。

また、入試における競争倍率が低い状態の大学では、学生の向学心・向上心も総じて低くなると考えられるから、そのような大学で平均的な単位数を修得することには、あまり意味がないと判断することもできよう。

制度の実効性と有効性を向上させるためには、制度利用者の実績を検証することが不可欠である。とくに、「廃止」の区分に該当することによって修学支援が受けられないこととなった学生が、どの程度存在するのかを明らかにする必要がある。さらには、廃止の区分に該当するに至った理由を把握する必要もある。

人間は弱い存在である。家庭の厳しい経済環境を踏まえ、高い志をもって大学に入学したものの、周囲の学生の雰囲気の影響されて成績が低迷する場合もあろう。この場合は、支援が打ち切られてもやむを得ない。あるいは、学業とアルバイトとの両立に困難を来したことが原因である場合もあろう。この原因による修学支援の打ち切りが多いのであれば、支援金の増額を検討することも必要になる。

修学支援制度の有効性を高めて税金を有効に活用するためには、「警告」と「廃止」の基準が妥当といえるのか、検証を続ける必要があると考える。

公的資金を使って運営される高等教育の修学支援制度が、人生の夢と希望を実現するため、真に向学心と学修意欲にあふれた者に対して十分な支援が行われる制度となることを願うばかりである。

## 第5節 大学卒業資格統一試験の創設

現在のわが国では、それぞれの大学・学部が定めた卒業要件を満たせば、卒業が認められ、学士の資格が授与される。

ただ、学修意欲も十分になく、かつ学修にも十分に取組まない状態で卒業要件を満たして大学を卒業したとしても、その卒業証書には実質的に「大卒」の意味はない。

現代の日本社会では、このような大学をめぐる状況を分かっているからこそ、大卒であっても、どの大学を卒業したのかが問われることになるのだと思う。偏差値で輪切りにされて存在する多くの大学の中でも、高偏差値大学の卒業証書にしか、社会が求める大卒としての意義が実質的に認め

られない可能性が生じてくる。これが、現代のわが国で、どの大学を卒業したかによって社会に出た後も昇進昇格に差がついたり、補助的な仕事しか任されないという学歴差別を生む原因になっているように思う。

ただし、中下位校とされる大学であっても、真剣に勉学に取り組んで卒業した学生から見た場合、上記のような評価がなされることは、耐えがたい事態であると言える。

たとえ東大・京大に代表される一流とされる大学でなくても、すべての大学において、上位層の学生は、大学での学修や大学での諸活動に日々真剣に取り組んでいる。そのような学生が、学歴差別の結果、不利益を受けるのは国家的損失であると見ることもできる。

現代の国家公務員総合職で、学歴差別があるのかないのか私には分からない。ただし、昭和の時代には、大蔵省に上級職で採用された場合、二十歳代で地方の税務署長に就任するのが一般的な人事コースとされていたことは、よく知られている。中級職では、一生かかってようやく到達できる地位に、大学卒業後、わずか数年で就任できるということである。ただし、一流とされる大学を卒業した者には、確かに、極めて有能で優秀な者が多く存在することも事実である。高偏差値大学には、社会をリードするに足る有能な学生が集まるという分かりやすい図式である。

以上を踏まえて、中下位校を卒業したものの、学修意欲にあふれ、真剣に大学生生活を過ごした学生の大卒としての客観的な能力を問う資格試験があってもよいのではないかと考える。卒業した大学の如何にかかわらず、各自の大卒としての能力を客観的に証明するための資格試験である。筆者の主張と文脈が異なるものの、このような資格試験の合格率を公表することによって各大学が積極的に社会的な評価を得ることと、この合格率に基づいて大学に対する補助金の支給率を決定する材料とすることを提唱する意見がある（昭和女子大学総長 坂東真理子氏「授業料と大学の未来－情報公開で社会の評価を」日本経済新聞2024年7月8日付け朝刊7面）。

ただし、どのような試験を実施するのか、実施できるのかは極めて難問である。学部の特徴を踏まえる必要があるから、どれだけの受験生が期待できるのかも分からない状態で、多くの学部に対応する試験を準備する必要があるからである。

また、意欲を持って学生生活を過ごした学生は、既存の特定の資格試験に合格することによって、自らの実力を証明することができるとも言えるので、このような資格試験の必要性自体に疑問があろう。私は、学修意欲にあふれる中下位校を卒業した者が、正当に評価されることを願うとともに、目的意識と学修意欲のない状態で大学に入学した者であっても、大学に入学したからには、目的意識をもって学修に取り組んでほしいと願っている。

## おわりに

わが国私立大学の6割もの大学が、入学定員未充足の厳しい状況にある。わが国18歳人口は今後とも減少が続くから、私立大学の数は明らかに過剰であり、このままの状態では、ごく近い将来、私立大学の大幅な整理淘汰が避けられない。大学関係者は、この厳然たる事実を直視する必要がある。

この深刻な事態は、たとえ高偏差値で難関校とされる大学であっても、決して他人事、対岸の火事ではすまされない。わが国の大学全体の問題である。早晚、わが国では大学全入時代に突入するから、定員を充足している高偏差値大学であっても、規模の縮小を図らない限り、学生の学力低下の波がヒタヒタと迫ってくるのが避けられなくなる。

学生の学力低下が進むと、教員が教育に振り向ける必要のある時間は確実に増加する。学生の授業内容に関する理解を醸成するのに、さらに時間と労力を要するようになるからである。このままの状態では、大学教員の研究にあてることのできる時間は、わが国全体としてみるならば少なくな

る。従って、大学全体としての研究能力のさらなる低下も懸念される。

学生の側でも、大学で学ぶことの意義を自分なりにはっきりさせる必要がある。決して安いといえない授業料を支払って、一体何を身に付けたいと思うのか、大学の卒業証書を各自の人生にとってどのような意味を持つものと位置づけるのかを考えることが大切である。

本稿を通じて筆者が抱く最大の疑問は、わが国18歳人口が1992（平成4）年の205万人をピークとして大きく減少に転じているにもかかわらず、短大を含む大学の数が2002・2003（平成14・15）年まで増加を続けていることである。さらに、短大を除く大学だけをみれば、その後も微増を続けている。1992（平成4）年以降、大学を新設した関係者は、どのような動機や考えに基づいて、大学の設立に至ったのだろうか。大学進学率は、どこまでも上昇を続けるという極めて楽観的な見通しに基づくものだったのだろうか。地方に大学を創設すれば、若者が大学進学とともに都会に流出するのを防げると考えた結果なのだろうか。大学経営は収益を目的として行うことはできないから、なおさら疑問が湧く。18歳人口の動向を踏まえれば、現在のわが国の大学をめぐる極めて厳しい状況は、容易に予想できたはずである。

このような大学をめぐる極めて厳しい状況の下、オンラインでの授業を基本とする私立ZEN大学が2025（令和7）年4月に開設された<sup>(38)</sup>。入学定員3,500人の大規模大学が新たに開設されることの影響は、中・小規模大学の経営に与える影響の点で、極めて大きいと予想できる。オンライン授業を基本とするから、地域性はそもそも存在せず、全国から学生を集めることが可能である。授業料も、私立大学の半額以下かつ国立大学よりもさらに低い金額に設定されている<sup>(39)</sup>。筆者の経験では、とくに近年、対

---

(38) 文部科学省の資料によれば、2025（令和7）年度に開設されるのは、同校だけである。[https://www.mext.go.jp/content/20241029-mxt\\_daigakuc03-000038608\\_001.pdf](https://www.mext.go.jp/content/20241029-mxt_daigakuc03-000038608_001.pdf)

面での授業を基本とする大学においても、教室で授業を受講することが困難であるとの申し出を行う学生がみられるようになった。すでに放送大学が長い歴史を有し、オンライン授業の配信も行われているものの<sup>(40)</sup>、新しい大学によるオンライン授業に魅力を感じる高校生は多いかもしれない。開設後の同校の動向を注視したい。

大学の数が明らかに過剰ななか、大規模私立大学の新設による大学間競争は、ますます激しくなる。市場からの撤退・退出を個々の大学経営者の判断に全面的に委ねておいてよいのかが問われる。大学の破綻が突然起こると、銀行の「取付け」と同様、在籍学生の中途退学が相次いだり、入学者のさらなる大幅な減少が発生し、その結果、破綻の連鎖が発生する可能性もある。早期に大学版の破綻処理法制の整備、さらにはその前段階として、退出を促すための制度の整備が求められる。

令和7（2025）年2月21日に行われた文部科学省中央教育審議会の答申の後、大学をめぐる報道に接する機会が増えた。大学の突然の経営破綻が実際に起こらないことを願うとともに、10年後、20年後のわが国大学の状況を注視していきたい。

（完）

---

(39) ZEN大学のホームページ (<https://zen.ac.jp/>) 参照。

(40) 放送大学は昭和58(1983)年4月に放送大学学園によって設置され、昭和60(1985)年に放送による授業を開始し、平成27(2015)年にはオンライン授業の配信が開始されている。以上、放送大学のホームページ「沿革」(<https://www.ouj.ac.jp/about/ouj/history/>) 参照。

## 大学非常勤講師の「委嘱契約」の意義 —阪大非常勤講師事件・大阪地判令7.1.30について—

萬井隆令\*

大学の教員には、大別して、期間の定めのない労働契約を結んでいる専任教員と有期契約を結んでいる非常勤講師がある。雇用形態が異なるのだが、実際に入学する学生数は年度により異なるから、語学のように、少人数教育が必要な科目についてはクラス数もそれに応じ調整する必要があり、したがって年度ごとに必要な教員の数も変化するため、大学は1年有期の労働契約により採用する非常勤講師で対応することが多い。だが、実際には、すべてがそのような合理的な説明が妥当する状況ではない。

本稿で取り上げる大阪大学外国語学部についてみると、教授44人、准教授31人のほか講師、助教が20人で計95人に対し、非常勤講師が250人程度いる（2024年5月現在）。その構成の在り方は学生数の変動への対応では説明が付かない。一般の企業でも正社員と有期契約社員、パート、アルバイトなどの非正規職員が存在するが、労務政策上、基本給をはじめ労働条件に大幅な格差がある。大学でも同様で、教職員組合の有無や大学の姿勢などによって状況は異なるが、基本的には、低額な時間給であるとか研究室等を保障しないで済むこと等が非常勤講師が数多く雇用されている理由であろう。

---

\* よろいたかよし 龍谷大学名誉教授

ところで阪大では、労働契約ではなく、準委任契約（委嘱契約）によって非常勤講師を確保してきた。一定の事務処理業務を行うことを約する準委任契約は民事上の契約とされる（民法643条、656条）。阪大は（労働法が適用されない）準委任契約とすることによって、契約解除に合理的理由を求められない、安全配慮義務を負わないから健康診断をする必要もない等とし、労働者としての諸権利を保障してこなかった。

大学の講義の一コマは当該大学・学部の教育理念に基づき編成されるカリキュラムの一部である。したがって、担当者には特定の科目についてテキストや講義の内容・進め方等について「教授の自由」はあるが、カリキュラムの一環である以上、上記教育理念を尊重すべきであるし、講義をする教室、時限は指定され、成績評価についても試験の日程や評価の期限は指定される。契約形式・名称は準委任であっても、実態として、「使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払う」合意は「労働契約」、当該就業者は「労働者」であり、当該就業関係に対しては労働契約法、労働基準法等が適用される。実態を重視する労働法として当然のことである。阪大はその当然の理を無視した。

労働法の基礎的理解に欠けるのは阪大に限らない。委嘱契約の形式により講義を行ってきた非常勤講師が1年の有期労働契約に移行した後、期間満了に際し雇止めされたことに対し、委嘱契約当時の非常勤講師を「労働者」とは認めず、労働法上の解雇法理を理解することなく契約解除を有効と判断した大阪地裁もそうである<sup>(1)</sup>。ただ、それらはアルゴリズムとかデロゲーションといった耳慣れない言葉を持ち出しながら、厚労省が主導する近年の労働立法の動向と軌を一にする部分もあり、それに対する警告の意味も含めて、厳密な判例評釈が求められる（未払賃金の問題は省略する）。

## 【認定事実】

大阪大学は2007年10月に大阪外国語大学を統合して外国語学部とし、その際、外語大で就労していた原告S、I、Kを引き継ぎ、原告Uは謝金講師を経て、結局、全員と委嘱契約を結んで非常勤講師とし、Sは学部の英語、Iはモンゴル遊牧民地域講義、K、Uは国際教育交流センター(CIEE)で(留学生対象の)日本語等の授業を担当させていた。

授業開始に至る手続きとしては、カリキュラムの策定等は教務委員会の審議を経て教授会で決定され、開講科目、当該授業の骨子を策定した後、「外部(非常勤講師)に委嘱する授業を選別の上、委嘱先候補者に打診し、内諾を得られた者」にシラバスの作成を依頼し、提出されたシラバスが適切であれば授業担当を委嘱する。

Sらは授業を行なう教室や時限を指定され、出講時には出勤簿に押印し(後にMifareカード使用)たが、「シラバスに記載されていない業務の依頼や指示がなされることはなかった」し、委嘱されたこと以外の業務を指示されることはなかった。なお、それと対比するため、専任教員や非常勤特任講師に関して、採用手続、業務内容、労働条件、就業規則に基づく処分等を確認している(労働法律旬報2077号78～83頁—以下、頁数のみ示す)。

Sは、就労実態に照らし委嘱契約は実質的には労働契約であり、それに基づく就労が通算5年を超えているとして、2021年3月、Iらはやや遅れて、労働契約法18条に基づき無期労働契約への転換を申請した。ところが、その問題に決着は付けられないまま、Sらは2022年4月1日から従来と同じ科目を担当する有期労働契約を結び、阪大は翌年3月末、契約更新をせず雇止めとした。原告らは、本件雇止めは無期労働契約の一方的解除(解雇)であり、客観的に合理的な理由は存在せず、解雇は無効であると主張し、労働契約上の地位確認等を請求した。

## 【判決要旨】

### 1. 「労働者」性の判断手法について

原告らが労働契約法にいう「労働者」に当たるか否かは、労務提供の実態等に照らし、①指揮監督下において労務を提供したか（業務従事の指示等に対する諾否の自由、勤務場所・時間に関する拘束性、労務提供の代替性等）、②報酬の労務対償性、③「事業者性の有無や専属性の程度等」を総合的に考慮して判断する。

### 2. 指揮監督下において労務を提供したか

#### (1) 具体的な業務指示等に対する諾否の自由の有無

「授業時間外の学生からの質問対応や各種研修の受講」は義務付けられず、シラバスの内容を「変更されることはなかった」等、「契約において合意した内容以外に具体的な仕事の依頼や業務従事の指示を受け」ることはなく、「業務従事の指示等について諾否の自由がある」。それは「指揮監督関係の存在を否定する方向に働く」。

#### (2) 業務遂行上の指揮監督の有無

「業務の性質上、授業の内容、遂行方法について…具体的な指示を受けることにはなじまない」が、一般的な指揮監督は「契約において定めることが困難なものが含まれ、具体的場面において被告の指揮監督を想定する必要があるかという点も考慮すべきである」。「シラバスの内容や授業計画の検討、コアカリキュラムの策定等への関与をしない…成績評価の最終決定者でなかったこと等の事情」から「具体的な指揮監督を受けることが想定されていない…原告らの業務は…契約の内容に従って行われているにすぎない」から労働者性があるとはいえない。

CIEEでは専任教員がシラバスを作成する。その修正をUらに依頼するのは「委嘱契約の締結に先立ち…授業内容の提案を委嘱候補者から受ける趣旨」である。

「成績評価の方法等の指定は…一定の水準を満たす授業内容を提供する…業務の性質上不可欠」であり、Sが年間200頁のリーディングアサインメントの提出やA4の英文のアサインメントの実施を求められ、シラバス修正の指示を受けたこと等は「委嘱契約の性質上、不可欠な指示」にとどまり、指揮監督を「基礎付ける事情」にはあたらない。

Uらが「授業内容や遂行方法」につき専任教員から具体的な指示を受けたことは、CIEEの「チームティーチング方式で日本語プログラムを提供する…授業の特殊性に由来する」。「命令や依頼によって」行なった、Sの「授業前後の学生の対応、テストやレポートの採点やコメント付け、学期末の試験・レポートの実施、成績報告」、Iの「教職課程の再認定のための資料等の提出等」は「委嘱契約の履行」であり、「授業の特殊性による」から「指揮監督」とは評価されない。

#### (3) 勤務場所及び勤務時間に関する拘束性の有無および程度

授業について「必然的に…場所及び時間の指定」はされたが、「強い時間的かつ場所的拘束」とはいえない。「出勤簿への押印や、定期的にまとめて授業実施の報告」がなされたが、「出退勤時刻や講義の実施時間についての報告」はなかったから「厳密な勤務時間管理を受けておらず、時間的な拘束性が弱かった」。

#### (4) 労務提供の代替性

「第三者に授業を代替させる」ことが認められていないことは「直ちに指揮監督関係の存在を基礎付け」はしない。

### 3. 報酬は労務対償性があったか

報酬は「授業1回につき…事前準備等を考慮し…授業時間に30分を加えた時間を算定の基礎」として「定額」で算定されている。「授業の実施は出来高等の成果によって報酬を決定することが性質上困難であることも踏まえると、単位時間当たりの金額を基礎として、報酬を決めざるを得ない

側面も否定できない」から、「直ちに労務対償性があると評価することはできない」。

#### 4. その他

##### (1) 事業者性の有無

時間給が特任講師のほぼ倍額である事情は「事業者性を基礎付け」る。授業で阪大の機器等を使うことは労働者性を補強はしない。

##### (2) 専属性の程度

年収は40万円から200万円程度で、専属性が高く経済的に従属していたとはいえない。

##### (3) 採用・委託等の選考過程、給与所得の源泉徴収など

給与から源泉徴収されていることは労働者性を補強するが、契約締結手続きは無期雇用の教職員とは異なり、労働者性否定の方向に働く。

##### (4) 規程上の問題

規程上、職務専念義務、信用失墜行為の禁止、セクハラ防止義務があるが、それらは「雇用契約に特有」なことではないし、懲戒処分に関する定めはない。

規程により契約期間を通算して5年を超えることができないことは労働者性を補強するが、「契約期間の上限を定めて統一的な運用を図ることは許されないわけではない」。

#### 5. 総合評価および小括

原告らは「委嘱に係る授業以外の業務を義務として命じられることはなく…業務遂行に当たり厳密な時間管理を受けて」いない、「時間的拘束が弱く、場所的拘束を受けること及び業務に代替性がないことは、業務の性質によるもの」で、指揮監督関係の存在を基礎付けるものではない。「業務の性質上、単位時間当たりの金額を基礎として報酬を定めざるをえない

側面」もあり、労務対償性があるとは評価できず、報酬額は「相当高く、専属性の程度は高くない」から、「労働者であったと認めることはできない。

原告らは2022年4月から有期労働契約による非常勤講師となり、勤怠管理の義務付け、成績管理責任者になる可能性等が生じたが、委嘱契約が継続し無期雇用契約へ転換されたものとは認められず、本件雇止めを解雇ということとはできない（83～88頁）。

### 【研究】

評釈に入る以前の問題として、異例ではあるが、本判決には素直に読み進むことを妨げる箇所が随所にあることを指摘せざるを得ない。

例えば、①「授業時間外の学生からの質問対応」は義務付けられていないと述べながら（79頁、84頁）、Sは「命令や依頼によって…授業前後の学生の対応」等を「委嘱契約の履行」として行なったと認定する（85頁）。二つの認定は明らかに矛盾する。また、②Sは2021年度には「授業ごとにMifareカードをカードリーダーにかざしていた」が、そうすれば「勤務報告、講義室機材の起動及びコピー機の利用ができ（る）…等が説明されているだけで…これをすべきとの指示がされているわけではない」と述べる（83頁）。しかし、カードをかざさないと「講義室機材の起動」ができなければ、指示の有無にかかわらず教員はカードをかざす。それをわざわざ「指示」ではないと判示する根拠が理解できない。さらに、③出来高払いのような決定方法もあるとはいえ、本件は単純な時間給であるから、「単位時間当たりの金額を基礎」として報酬を決めることは（86頁）、「報酬の決定方法」であると同時に労務提供の「対償」であることは紛れようもない<sup>(2)</sup>。この判示もまた、趣旨を理解し難い。そのため全体として読み進み辛いが、その意味で珍しい判決である。

また、労働者性否定あるいは肯定の「方向に働く」という類の表現が多

いが、その総合的評価は示されないから、判決の結論との関係は不明である。理由不備と言わざるを得ない。

## 1. 事実認定および「労働者」性の判断に関して

認定された事実に歴然とした矛盾や事実誤認と見られる点が随所にあり、事実認定がそのまま判示を導き得るものとなっていない。

### (1) 委嘱、シラバス作成等

#### (ア) 非常勤講師委嘱の手順について

(a) 阪大は、委嘱の手続きとして、①開講科目、授業の骨子を策定した後、②非常勤講師に委嘱する授業を決め、③委嘱先候補者に打診し、④内諾を得られた者にシラバスを作成するよう依頼し、⑤当該シラバスの内容に基づいた授業を実施する前提で、委嘱に関する契約書を作成する、「レジュメ・資料の作成・シラバスの内容に基づいた授業の実施…等も委嘱先候補者の判断・裁量で定められる」と説明している（第7準備書面9頁、11頁、33頁）。

ところが大阪地裁は、カリキュラムを決定し、「外部に委嘱する授業を選別」の上、委嘱先候補として「打診し、内諾を得られた者」に対しシラバスの作成を依頼し、提出されたシラバスが適切であれば、そこで授業担当が委嘱される、と説明する（78～79頁）。地裁によれば、シラバス作成一点検が採用試験の機能を果たすことになるが、それは上記の被告の主張にも反するし、一般の採用内定に関わる学説判例に照らしても、委嘱先として「打診」し「内諾」を得た時点で契約は成立していると解されるから<sup>(3)</sup>、地裁の判示は疑問である。

私の40年余の、2つの大学での専任教員および7つの大学で非常勤講師を務めた経験に照らしても、通常、翌年度の開講科目等を決めた後、専任（龍法 '25）58-2, 244（640）

教員にはノルマとして担当コマ数が決められているから、まず、その範囲内で専任教員の担当科目を決定し、専任だけでは対応し得ない科目について非常勤講師を外部に求める。阪大の主張は、②の前に、まず、専任教員の担当を決定する手順があることが欠落している点を除けば、概ね妥当である。

専任教員は、多くの場合、公募し、応募者の厳密な業績審査を行ない、候補者を絞ったうえで面接試験を行ない、採用を決定する。だが、非常勤講師の場合にはそのような手順は踏まない。どの研究分野でも、日頃から大学の枠にとらわれない自発的な専門毎の研究会が存在するし、学会や専門誌もあるから、学部長、教務委員長らから依頼を受けた際、専任教員は日頃蓄積している情報を基礎に適任と思われる人物を推薦する。盗作を疑われて調査中であるとかセクハラを繰り返す人だという情報があるといった特異な事情がない限り、当該科目についての専門家である専任教員を信頼する上で進められ、推薦された人物にそのまま委嘱する。推薦された人物にシラバスの作成を求め、提出されたシラバスを審査することは専門を異にする教員には無理であり、したがって、改めてシラバスを審査した上で非常勤講師としての業務の依頼を決するようなことはしない。

地裁は、まず専任がシラバス案を作成し、修正すべき点について非常勤講師に確認を求めると認定している（78～79頁、84頁）。それは、通常の非常勤講師についての手順に反するが、何よりも、阪大の主張に反する、根拠不明の虚構である。

(b) 専任教員が作成したシラバスの修正を依頼するのは、「授業内容の提案を委嘱候補者から受ける趣旨」だとすれば、当該修正作業は非常勤講師を委嘱することの適否の判断材料となるわけであるから、「契約の締結に先立ち…」というように、その時点ではまだ非常勤講師の委嘱は確定的なものではないことになる。しかし、かなりの数にのぼる非常勤講師一人一人について、阪大は提出されたシラバスを審理する体制を現実に備えて

いて審理することが可能なのか、実際に審査しているのか。非常勤講師はそれぞれの科目を担当するに相応しい専門家であろうが、当該科目に関わるシラバスの適否を審査する有能な適格者を学内に擁しているのか。仮に提出された修正案が不適切であった場合、それから改めて同様の手続きを踏んで他に非常勤講師を探す時間的余裕はあるのか。

そもそも、被告阪大はそのようなことを主張しているわけではなく、委嘱を内諾した人へシラバスについて修正意見を求めると主張している。地裁は、その主張さえ無視して、自ら選択した結論に整合するように事実を枉げて「認定」しているとの誹りを免れない。

(c) 大阪地裁は非常勤講師となる人を具体的に念頭に置いた事実認定をしてはいない。現にある大学の専任教員である者と「専業非常勤講師」と称される、本業や本務校がなく、非常勤講師としての収入だけで生計を営んでいる者では、状況は全く異なる。

前者は、本務校で行なっている講義を繰り返せば済むから、打診されて検討するのは、本務校における仕事への支障や出校日の都合、他校に向く時間等の問題である。仕事の調整を要することもあり、打診に即答はできず、数日後に回答することになる。それに対し、後者は端的に言えば、生計のため非常勤の打診を待っている状況にある。私は学部長の職責上、面識のない方に電話で打診した際、まず「有難うございます」と返事されて驚いたことがある。

企業間でも、業務請負の注文主と請負業者の間では、注文を受ければ業者は「有難うございます」というであろうが、他の条件（工場や機器などの生産設備を備えているといった）を考慮して、対等者間の契約と判断される。

だが、非常勤講師は大学との関係において、自由で対等平等に契約が結ばれることを前提とする市民法に属する準委任契約（委嘱契約）を結ぶことが可能な状況ではない。専任教員でさえ労働者と捉えられ、労働契約を

結んでいるにもかかわらず、専任より弱い立場にあり、大学との関係では経済的従属状態にあることを否定し得ない非常勤講師を労働者とみなさないというのは背理である。

#### (イ) 授業のあり方(契約に従った業務遂行)と「労働者」性

判示によれば、非常勤講師は「シラバスの内容や授業計画の検討」には関与せず、教務委員会などが決めたシラバスや授業計画に従って授業を進めねばならない。「具体的場面において使用者による指揮監督」を受けず「契約に従って行われているにすぎない」「授業マシーン」のような働き方を想定されている。そのような状況であるにもかかわらず、従属性は否定されている。準委任(委嘱)という契約の形式では到底、説明が付かない。

契約に従って業務を遂行することは、どのような契約でも当然であって、それが労働者性を否定する根拠になるわけがない。一般の労働者も通常は、出勤すれば直ちに「契約に従って」自ら担当する業務の遂行に取り掛かる。特に使用者から具体的な業務上の指示を受けるのは作業の節目等の場合に限られる。裁判官は、「労働者」とは、使用者が現場で業務遂行を細々と指示し、それに従って就業する者を想定しているが、現実離れも甚だしい。

授業は多数の教室を使い、週に20程の時限を割り振って行なわれるから、教室も時限も指定される。専任であれ非常勤であれ、教員が講義の時間帯や教室を自由に選べるわけではない。地裁は「強い時間的かつ場所的な拘束」に当たらないというが、実態に反するし、一般の大学教職員の感覚と著しく乖離する。また、「出勤簿への押印や、定期的にまとめて授業実施の報告」を求められるのであれば、それだけで「厳密な勤務時間管理…時間的な拘束性」は十分に認定される。それに加えて「出退勤時刻や講義の実施時間についての報告」が必要とされる理由は何か、推測が及ばない。

#### (ウ) 学生の質問への対応について

判決は、「授業時間外の学生からの質問対応を義務付けられて」いないと注記するが(79頁)、講義を担当する以上、質問への対応は当然、それ

に付随する義務と解されるし、自ら行なった講義について学生から質問があれば、担当者は必ず対応するに違いない。事情・都合もあるから、その場で直ちに応じられるか否かはともかく、専任であれ非常勤であれ、「授業時間外」だからといって質問に対応しない教員がいるとは考え難い。

一般に、当然のことは改めて規則等に定めない。阪大も、わざわざ、専任教員には講義時間外でも質問に対応するよう義務付ける規定を設けているわけではあるまい。大阪地裁のように、非常勤講師についてだけ質問対応に関する義務付け規定の有無を詮索するのは「為にする議論」でしかない。

## (2) 所定外の業務指示

### (ア) シラバスに記載のない業務について

判決は、非常勤講師に対しては「シラバスに記載されていない業務の依頼や指示がなされることはなかった」と指摘する(81頁)。

シラバスは授業の目的・到達目標や授業内容・方法、成績評価の基準等を示すものであって、当該科目の担当教員が責任をもって作成するものであるし、具体的にどのように運用するかは、各教員の裁量に委ねられる。シラバスの性格上、授業に関わること以外は記載しないから、授業に関係ない業務を「指示」する状況は想定し難い。それだけに、何を示唆する意図で敢えて「シラバスに記載されていない業務」について「指示」がなかったことをことさら指摘するのか、不可解である。

いずれにせよ、合意していないことを「指示」するのは契約違反であって、大学には「指示」の権限もなく、指示されないのは当然である。

なお、契約外のことは「指示」し得ないが、新たに「依頼」することは諾否の自由が保障されている限り、禁止されることではない。法的意義の異なる「指示」と「依頼」を併列して論じることは両者の相違を認識していないことを意味し、地裁の見識が疑われる。

### (イ) 契約していない業務について

上記(ア)に加え、「委嘱契約において合意した内容以外に具体的な仕事の依頼や業務従事の指示を受けることがなく…依頼がなされたとしてもこれに応じる義務がない」と、「委嘱に係る授業以外の業務遂行」は想定されていないことを強調する(84頁)。

慥かに、専任教員と非常勤講師とでは業務の幅に大きな差がある。大学教員には研究、教育(講義)、大学の管理運営、社会貢献という4つの責務があると一般にいわれる。研究および社会貢献は各教員の自覚や判断に委ねられるから別として、非常勤講師は講義だけすればよいが、専任教員は、大学自治の観点から、管理運営に参加する責任があり、それに当たる業務を遂行すべき義務がある。役職に就いている間だけのこととはいえ、質・量ともに講義とは比較にならない程の負担となる場合がある。学部長や大学全体の教学部長、学生部長等となった場合、担当コマ数減を配慮はされるが、それでも当該役職を全うすることで精一杯で、研究に割く時間は皆無になることも珍しくはない。私の経験でいえば、学部長等を務めた時は忙しかったが、大学のハラスメント問題委員会の責任者を務めた時は、全く異質であった。事柄の性質上、被害と救済の申立てがあれば対処は迅速でなければならないから、2週間程度はその解決にむけて、極力、被害の申告者が周辺の人に知られないように配慮しながら関係情報の収集と分析に没頭しなければならない。問題がいつ発生するか判らず、常に備えていなければならないから、講義ノートやレジュメの作成は3、4週先の分まで常に準備しておく必要もあった。しかも、厳密な守秘義務があるから、他の教職員に相談することはできない。大学の自治といった観点からは避け難いことで、誰かが行わねばならない。そのような役職に就くか否かは本人の判断(合意)によるが、現実には求められて就任を断ることは難しい。その種の業務は基本的には回り持ちであるが、適否の差があるから、均一的に誰もが部長職等に就くとは限らないため、一見、専任教員は契約

以外の業務を行っていると映る可能性があるが、管理運営業務の遂行は専任教員としての契約の範囲内の義務である。

それと異なり、非常勤講師は業務を担当した科目の講義などに限定され、契約によって合意した講義以外に大学運営への参加は求められていない。

### (3) まとめ

一般論として、人は自ら合意したこと以外について他から指示を受けることはない。大阪地裁は、専任教員と非常勤講師の区別を印象付けたかったのかもしれないが、いたずらに非常勤講師は契約で合意した業務のみ担当するという側面を強調することに偏っている。法律判断以前に、「初めに結論ありき」なのか、本件では不適切な事実認定が多く、判決全体の基盤の欠如、脆さを示唆している。

## 2. 法的判断に関して

### (1) 非常勤講師の委嘱までの手続きと契約成立

判決は、翌年度の非常勤講師として講義担当を依頼し契約を結ぶ手続きを順を追って記述しているが、手続きとして合理的なものが問われる。

#### (ア) 契約成立の指標について

通常は、非常勤講師の人選および依頼については専門分野の専任教員の判断を信頼し、一任するが、上記認定事実によれば、阪大は依頼に応じて提出されたシラバスを適切と判断すれば、そこで非常勤講師を委嘱する、換言すれば、シラバス作成依頼の時点では契約は締結されていない。

それは、システムは適切な委嘱先候補者を推薦する見識について専任教員に対して一抹の不安を持っていることを意味する。そのようなことで滞りなく大学の教育が進められているのか、そのような手続きを執れば不可欠である、シラバスの内容の適否を判断する体制を整えているのか等、疑

問は多いが、それは内部問題であるから阪大に委ねるとしても、大阪地裁としては、いつ、何を指標として契約が成立したと判断したのかは明確でなければならない。しかし、契約成立までの阪大側の手順を確認するだけで、非常勤講師の意思の確認の指標は明確にはされないまま、漠然と「委嘱に係る契約書を作成する」と判示される（78～79頁）。

ところで、その「契約書」なるものは、科目、業務時間などを記しているが、当事者は「大阪大学 総長 ○○」だけで、他方当事者の非常勤講師が記名・捺印する仕様にはなっていない（甲A3の1号証）。それは労働条件を一方的に通知するだけのもので、「契約書」とはいえまい。阪大の「契約書」は異様であるが、それを疑問視もしない判決は妥当とは言い難い。

#### （イ）労働契約への切り替えについて

国会において阪大の非常勤講師の処遇が法律違反ではないかと追及され、文科省が「不適切な事案が判明した場合は必要な指導・助言をする」と答弁したことを契機に、阪大は「実態把握を行いつつ、準委任契約を…個別の実態に応じて労働契約に切り替え…」、2022年4月、原告らと有期労働契約を締結したと判示した（82頁）。

膨大な作業であったと推測されるが、とにかく、阪大自体が過去の非常勤講師の勤務の「実態」を掘り起こして検討した結果、従来、長年にわたる委嘱契約は実質的には労働契約で、それが更新され続けてきたと判断し、地裁は当該作業の結果を認定したわけである。

だが地裁はそれを忘れたのか、1985年12月の労働基準法研究会労働契約関係部会（萩澤清彦座長）の『労働基準法の「労働者」の判断基準について』と題した『報告』に依拠し、当時の委嘱契約は労働契約ではなかったと判示した（83～88頁）。上記労基研『報告』は無条件で依拠することに問題がないわけではないが<sup>(4)</sup>、それはさておくとして、判示には重大な問題がある。判示によれば、「委嘱契約」と呼ばれていたものは実態調査

によって有期労働契約であったと阪大自身が認め、その点では、当事者双方の認識は一致したわけで、阪大は、無期契約への転換通知を受けた時点で期間の定めのない労働契約が成立したことを否認し得ない。したがって、本件雇止めは無期労働契約の解除（解雇）であるから「客観的に合理的な理由」があるのかが厳しく問われねばならないが（労働契約法16条）、地裁は、阪大の認識さえ無視した上、その視点を完全に欠落させている。

## （2）「委嘱契約」の「実態」とその法的意義

判決は労基研『報告』が挙げる指標に沿って順次、検討する。

### （ア）指揮監督下に労務を提供したか

判決は、非常勤講師は授業時間外には「質問対応や各種研修」は義務付けられず、授業以外の業務遂行は求められず、シラバスに定めた試験等は変更を命じられなかったこと等を「業務従事の指示等について諾否の自由があること」をうかがわせ、それは「指揮監督関係の存在を否定する方向に働く」という（83頁）。

しかし、契約で合意していないことについての指示や命令は、法的には新たな契約の申込みで「諾否の自由がある」から、元来、それが指揮監督関係の有無の判断に関係することはない。裁判所としてあるまじきことだが、大阪地裁は契約の有無の問題と契約履行の際の指揮監督関係の存否の問題を別のことと認識できないで、混同している<sup>(5)</sup>。

### （イ）業務遂行上の指揮監督の有無について

（a）判決は、大学における授業という業務は、性質上、「内容、遂行方法について、基本的に大学側から具体的な指示を受けることにはなじまない」と判示する。とすれば、それから先に、「一般的な指揮監督」の存否や当否を判断する必要はない筈である。

にもかかわらず、何のために、何を対象としているのか、趣旨は理解し難いが、その「指揮命令になじまない業務」について判断に取り掛かり、

大学の「一般的な指揮監督」の存否を判断をするにあたっては、「委嘱契約の内容に従って」いるにすぎないか、「契約において定めることが困難なものが含まれ、具体的な場面において」指揮監督を想定する必要があるかを考慮すべきであるとし、シラバスやカリキュラムの策定等には関与せず、成績評価の最終決定者ではないことを指摘して、それは「指揮監督関係の存在を否定する方向に働く」と結論付ける（84頁）。

徒に言葉尻を捉えるわけではないが、「…指揮監督を受けることが想定されていない」とすれば、「否定する方向に働く」のではなく、「指揮監督」関係は存在しないというべきではないか。他方、「シラバスの策定には関与せず」といいながら、「授業の骨子に沿ってシラバスの作成を依頼する」と認定しているが、前後矛盾しているし、後者が、踏み込んだ作業の依頼であるとするれば、「指揮監督…否定」とは正反対である<sup>(6)</sup>。この、甚だしい矛盾を孕んだ判示はどうして生まれたのか。推測を逞しくすれば、事実認定の部分と判示部分を複数の裁判官が分担して執筆し、それを綴り合わせたか、誰も判決文全体を読んではいない、いわゆる集団無責任体制の産物ではあるまいか。いずれにせよ、内部矛盾のため、判決の体をなしていない。

また、「担当した科目につき…成績を評価し、KOANを利用して…『確定』をクリックして成績登録を確定させていた」と認定しながら、「成績評価の最終決定」を行っていないと指摘する（80頁）。それが進級とか卒業の判定を指すのであれば、それは教授会が行なうべき性格のことであり、専任教員も最終決定者ではない。判決は肝腎な「成績評価の最終決定」の意味を明確にしていなかったため、一体、何を指摘しているのか判明せず、「判決」の名に値しない代物になっている。

Sは2017年3月、A4の英文アサインメントの実施等を求められ、2019年のシラバス作成に当たっては修正を指示されたが、それらは「一定の水準を満たす授業内容…要請される業務の性質上不可欠な指示」で、「授業

の実施に関連する…委嘱契約の性質上、不可欠な指示」ととどまる、という(85頁)。「不可欠」だからといって「指揮監督」には当たらないことにはなるまい。もはや言葉を弄ぶレベルの恣意的な判断という他ない。

なお、国際教育交流センター(CIEE)で専任教員がシラバスを作成し、非常勤講師には「内容の修正」を依頼するのは「授業内容の提案を非常勤講師候補者から受ける趣旨」であるという(84頁)。(講師と決定する以前の)講師候補者に「授業内容の提案」を依頼していることになるが、大学はそのような見識のない所行を行っていると主張するのか。当該主張の妥当性に疑問を持たざるを得ない。

また、「授業内容や遂行方法に専任教員から具体的指示」がなされるのはチームティーチング方式で留学生に日本語を教える「授業の特殊性に由来する」もので「指揮監督…と評価するには足りない」ともいうが(85頁)、「授業の特殊性に由来」したからといって、授業の「遂行方法」まで指示すれば、誰しも、それは「指揮監督」と評価するに違いない。

多くのことに言及し、指揮監督下に労務を提供しなかったと結論付けるが、結局、事実認定も法的判断も適切ではなかったと評価せざるを得ない。

(b) 阪大総務部：中谷伸二氏の証言によれば、改革後、「大学が主体性と責任を持って」講義を進めるために、専任教員を「授業担当教員」、非常勤講師を「授業担当者」として科目ごとに併記した。専任が当該授業の責任者であり、実際の授業は非常勤講師が行なう、教室で専任教員が非常勤講師の授業を見守り、後で必要なアドバイスを行ない、専任が非常勤の講義を指導する体制をとったことを示す趣旨であろうが、そのようなことが現実に可能であろうか。外国語の授業は、専門科目の配置時限と重複させないよう、一定の曜日・時限に行なわれ、当該時限には専任も講義を行なうが、専任だけでは対応できないために非常勤講師を依頼している事情があり、したがって、専任が非常勤の講義を見守る余裕はないのではあるまいか。

非常勤講師が採点をして「成績をまず入力して最終的に専任教員である授業担当者が確定させる」とも証言するが、問題を作成し試験を行ない採点するのは非常勤講師であって、専任が成績を「確定」させるというのは、具体的にどのようなことを指すのか、想像し難い。仮に、余裕があって専任が授業を「指導」し、試験問題作成から採点まで確認していくのであれば、それは「指揮命令」と評価され、準委任（委嘱）は偽装請負と認定されるという別の問題を生ずる。

中谷氏は大学統合の事務を担当されたが、教員の働き方の実情を把握されてはおられないようで、「証言」ではあるが（2024年6月27日証言調書6～7頁、18～19頁）、不合理であり措信し難い。

#### （ウ）勤務時間の拘束性

「出勤簿への押印や、定期的にとまとめて授業実施の報告」はしたが「出勤時刻や講義の実施時間」は報告しておらず、「時間的な拘束性が弱かった」と判示する（85頁）。

教員は充実した内容で所定の講義を行なうことが肝要である。大学としては、なにごとについても特別な状況がない限り「指揮監督」することには慎重であるべきで、出勤簿への押印等で講義実施さえ確認することができれば、「出勤時刻」や「講義の実施時間」まで確認する必要はない。早く出勤して講師控室で当日の講義ノートを読み直すか、講義の進行状況によって講義時間を5分残して講義を終えるかといったことは本人に委ねられる問題である。一体、出勤時刻等の確認がどのような法的意味を持つというのか。その「確認」がないことが何故、「拘束性が弱かった」ことになるのか<sup>(7)</sup>。論証は皆無で、結論だけ述べた粗雑な判示である。

#### （エ）勤務の代替性

講義を第三者に代替させることが認められていなかったことは指揮監督関係の存在を基礎付けるものではないという（85～86頁）。しかし、代替性がないことは基本的に当該就労者の労働者性を基礎付ける<sup>(8)</sup>。漠然と

「大学の授業という業務の性質上…」と指摘するだけでは論証とはいえず、説得性が全く存在しない。

### (3) 報酬は労務対償性があるか

報酬は時間給で、準備の時間を考慮した上で「単位時間当たりの金額を基礎として、報酬額を決め」ている。その算定方法をもって「直ちに労務対償性があると評価することはできない」という（86頁）。

実情として、講義歴30年のベテランであれば準備はほぼ不要、教員に成りたての者であれば相当の準備時間を要するが、その差は無視される。準備にかかる時間をどう考慮するにせよ、講義の単位時間当たりで報酬を決定していれば、講義という「労務」についての「対償」と理解する以外の「評価」になる可能性があるとは考えられない。何故、反対の結論になるのか。本判決中、最も理解し難い判示の一つで、判旨不明という以外にない。

### (4) その他の事情

#### (ア) 事業者性について

原告らの報酬は講義1コマ当たり単価は、阪大で類似の業務に従事する特任講師の約2倍であり、それは「事業者性を基礎付け…る方向に働く」という（86頁）。

「事業者」性の判断は一般社会における認識（社会通念）が基準となる。特任講師の時給の適切性がまず問われるが、それがどうであれ、阪大の内部事情に過ぎない特任講師との比較は無意味である。1コマ担当で年収16万円余、10コマとすれば、週に5日の午後を全て講義し続けることになるが、それで年収160万円では、社会通念上、「事業者」とはみなされまい。

#### (イ) 専属性について

地裁は、10コマ担当しても阪大からの報酬は「生計を維持しうる程度」

ではないから、「専属性が高く経済的に被告に従属しているとはいえない」とする（86頁）。

阪大からの賃金だけでは生活できないため、他大学でも働き、得た賃金のすべて合わせて生計の資としているという状況は、阪大に対する従属性を否定するものではない。阪大の教育機構に組み込まれ、その一員として講義を行なっている限りにおいて阪大に「従属」している。一つの大学だけに「専属」していなければ労働者ではないという論理はない。他大学でも非常勤講師として勤務していることが阪大との関係における労働者性の判断を左右するわけがない。

一つの勤務先からの賃金で足りなければ、別の企業でも働いて必要なだけの収入を確保しなければならない。労働者の副業は労基法上も想定されており（38条1項）、現実にも複数の企業で就労する労働者もいる。大阪地裁はその法規定および社会の実情を認識していないため、判断は妥当性に欠ける。

#### （ウ）社会保険、懲戒処分等について

非常勤講師は社会保険の対象とされおらず、懲戒処分の対象とされなかったこと等は労働者性を否定する方向に働くと判示する（86頁）。

社会保険には一定の時間以上の就労を適用対象とする等の加入要件が存在する。それは制度運用の合理性の判断に基づくもので、労働者性の判断を直接、左右するものではない。

懲戒処分は、規律違反に対し、当該違反行為を戒めるとともに、将来、繰り返さないように反省を求める効用を有する。行為者が短期雇用の場合、後者の効用は期待できないため、次期採用をしないこと（雇止め）で応じられることもある。懲戒処分の対象とされていないことと労働者性とは直接結びつくものではない。

年次有給休暇に相当する休暇が付与されるが、当該休暇を取った場合、年間の授業回数は講義をせねばならないから、それは労働者性を補強はし

ない、という（86頁）。年休の存在が特に労働者性を補強するとは言えまいが、補講をして年間の授業回数を完遂することを義務付けられていることはむしろ労働者性を強く裏付けるのではあるまいか。

#### （エ）職務専念義務等について

職務専念、信用失墜行為等の禁止等が義務付けられることは「雇用契約に特有のものではなく…労働者性を補強する」ものではない、という（86頁）。

契約は自由であるから、職務専念等を義務付けたからといって直ちに当該契約が労働契約であるとはいえない。しかし、通常、互いに独立した人格の間で、一方が他方に職務専念とか信用失墜行為の禁止等を義務付けることはない。意に沿わない行為が相手方であれば契約を解除し、（生じていれば）損害賠償を請求すれば済むことで、条項の実益がないからである。一定期間、契約関係が継続することが想定され、その間の秩序維持を図るためにそのような義務付けが行なわれる。したがって、そのような義務付け規定の存在は労働契約関係であるとの理解を促す。それに反する地裁の判断の根拠は不明である。

#### （5）まとめ

##### （ア）判示に欠けるもの

大阪地裁は「総合評価」として、認定事実と判示を要約し、委嘱契約は労働契約ではなく、無期の労働契約に転換したとはいえないと述べた後、原告SおよびIは外語大と有期雇用契約を結んでいたが、大学統合は「旧外大の権利義務を包括的に承継するものではなく…専攻語教育に必要な非常勤講師の確保は努力義務とされた上…統合後の人事制度は、原則として被告の人事制度に合わせることを基本理念」としていた、2022年4月、本件有期契約の締結後は原告らも大学運営へ参加するようになったが、それは以前の委嘱契約とは有意な差があり、同契約締結の前後で原告らの就労

実態に変更はないということではできない、契約の期間は満了し、契約更新拒否（雇止め）は違法ではないと判示した（87頁）。

しかし、阪大と外語大の統合は2007年10月のことである。本件の審理に当たっては、その後の事案の推移を時系列を追って確認するとともに、委嘱契約の運用実態を法的に把握することが肝要である。また、有期の労働契約締結後の就労実態が以前の委嘱契約当時と異なり、契約において想定する労働の幅が僅かばかり広がったからといって、法的性格の問題として、準委任契約が労働契約ではなかったことになるわけのものではない。大阪地裁は請求棄却の結論に結びつくことだけを恣意的に選択している感を免れない。

#### （イ）事案の推移から推測される「真相」

（a） 関西圏大学非常勤講師組合は委嘱契約は実態に照らせば労働契約であることの確認を、統合当初から団体交渉において繰り返し阪大に求めていた。同組合の委員長であるSが2021年3月12日頃、委嘱契約が通算5年を超えているとして期間の定めのない労働契約への転換を申し込んだ（75頁）。阪大には法学部もあり、法律論の研究者も在籍し、人事労務担当理事（副学長）：水島郁子氏は労働法研究者であるから、Sらの主張の要点は理解し、適切に対応しない限り、早晚、無期労働契約の存在確認の訴訟が提起されることを予見し得た筈である。だが、阪大は無為に過ごした。反応したのが、所轄官庁としての責任が有る文科省である。

（b） 文科省高等教育局大学振興課は2021年4月8日、「事務連絡」を发出した。大阪地裁は、「事務連絡」は大学が「請負契約や準委任契約等を締結した者を活用して授業を実施する場合の留意点を周知した」と述べるが（81頁）、それは、同「事務連絡」を読んだのかを疑うほど、読解力の欠如を示す。最近、文書読解力について不審を抱かせる、この種の、あるいはこれに類する判決が散見されるが、憂慮すべき事態である<sup>(9)</sup>。

同「事務連絡」は、大学は「自ら必要な教員組織…を備え、当該大学の

指導計画の下で」教育を行なうことを基本としつつ、「英語の授業全体を専任教員が進行しつつ、コミュニケーション部分を外部講師に担当させる」例のように、「教育内容の豊富化等の観点から…当該大学以外の教育施設等の被雇用者を活用」することは認められるという。講義の一部をそれに相応しい外部の人に委ねることを念頭においており、委嘱契約によって講義の全体を外部的化することを想定してもいないし、許容してもいない。請負契約等を利用する場合は「労働関係法令の違反がない」ことを留意すべきだと警告し、請負契約等によるものは「学長の指揮命令権の下で当該校務に従事する者ではないため、職員には当たらず、したがって…講師（非常勤を含む）として発令することはできない」と明記している。要するに、専任教員が責任を持って講義する中で、特殊な性格を有する授業の一部を委ねることは別として、請負契約等の利用は偽装請負とならないように留意することが不可欠だと指摘し、講義の全体を委ねる「講師」としての「発令」を禁止している。

準委任契約（委嘱契約）の形式を利用できない以上、阪大のなし得ることとは労働契約の形式に変更することであった。

(c) 同年6月4日、衆議院厚生労働委員会で議員が、「事務連絡」を示しながら、文科省は阪大に対し適切な指導をしていないとして追及した。文科省は、「不適切な事案が判明すれば、必要な指導・助言」をすると答弁している。

既に文科省から請負契約等による講師の発令はできないとの「事務連絡」を受けていることに加え、国会での追及を知ったからには、阪大もさすがに無視し得ない。非常勤講師に対しアンケート調査を実施し、その結果を「準委任契約者が担当する授業の実施状況」（甲全40号証）として文科省に報告した（81頁）。しかし、それは本務校あり・なしについてアンケートを集約しただけのもので、「事務連絡」に照応したものではなかった。阪大自身も、上記「報告」では文科省から適切な対応とは理解されな  
(龍法 '25) 58-2, 260 (656)

いし、何よりも、事態の鎮静化は図れないと予見したに違いない。別途、「準委任契約を…個別の実態に応じて労働契約に切り替えることを視野に入れた制度設計」に取り組み、2022年4月、非常勤講師と有期労働契約を締結した（81～82頁）。

判決は、阪大は「教育の質保証等の観点から…主体性と責任を持って実施する体制を整備」した、「委嘱契約を労働契約に切り替える方針」は「委嘱契約が有期雇用であることを前提にされたものではない」と述べる（88頁）。しかし、阪大が、「準委任契約の…個別の実態」どのように把握したのか明らかではないが、有期労働契約に「切り替え」たことからみると、少なくとも、実態としては労働契約であったことを理解した上での対応であったに違いない。阪大の有期労働契約への「切り替え」は「体制…整備」の一つの筈だが、大阪地裁がそうは認識しない理由は不明である。

地裁は「体制…整備」の例として、「『授業担当者名』に専任教員名を併記するなど、専任教員が非常勤講師の担当する授業に関与する方針」をとったと指摘するが（82頁）、それで教育に「主体性と責任」をもつことになるのか、疑問である。専任の「名を併記」したからといって、具体的に何がかわるのか。まさか、専任教員が教室に出向き、学生と一緒に非常勤講師の授業を聴き、後で助言して改善を促すわけではあるまい。繰り返すが、専任教員だけでは対応できないために外部に非常勤講師を依頼する状況の中で、そのようなことが現実には可能とは考え難い。また別の角度から、そのような措置を執ることは、地裁が言及する「教授の自由」の侵害にはならないのか。

要するに、事実認定と判示に整合性がない。地裁は何を根拠に、被告自身の認識に反する判断をするのか、不可解という他はない。

(d) 「実態に応じて労働契約に切り替え」たとすれば、阪大は2007年以来的実態は法的には労働契約であったと認めたことになる。そうであれば、従来の取扱いを反省して契約形式を改めたように観られる。

しかし、真相はそうではなかった。阪大は当該「事務連絡」の趣旨に添った措置を執っていない。「労働契約に切り替え」たのは、文科省の正式な指導を避けたい思惑から体裁を整えただけのことで、実は文科省をも欺く措置である。

真実、委嘱契約の「実態」は法的には労働契約であったと認識したのであれば、委嘱契約と呼んでいた当時の実質的な有期労働契約について無期契約への転換申込みを受けたからには、それに適合する措置を執らなければならないし、執った筈である。だが、現実にはそうではなく、新たに1年有期契約を結び、期間満了を理由に雇止めを行なった。有期契約を更新し続けると通算により次々要件を充たし、原告ら以外の非常勤講師も無期契約への転換を通告することになると予測し、そういう事態を避けるため、雇止めの先例を作りたかったものと推測されるが、法の適用を免れようとする脱法的所業である。

有期労働契約を結び期間満了の際に不更新とするのは、民間のブラック企業が執ると同様の手口である。大学の管理運営に当たる理事会を構成する人達は、ブラック企業と同様な手口をとることに忸怩たる想いを持たれないのであろうか。

(e) 雇止め（契約の不更新）は、当然の権利を主張する原告らを嫌悪し、大学の外に排除しようとする報復的仕打ちと観られる。その当否を争点とする訴訟になるや、阪大は15年も前の大学統合時の承継問題まで持ち出して、包括承継ではなかった等と主張した。地裁が当該主張を容れて、2022年4月以降の契約やその運用についてだけ法的判断を行なうことは、事件の経緯を無視するもので、阪大の不公正な措置を司法機関が容認することになり、許されることではない。

### 3. 結語

(1) 「委嘱契約の実態は労働契約であった」ことは被告も認めていた。「準委任契約を…個別の実態に応じて労働契約に切り替え」たという以上、その時点では、阪大も長年にわたる委嘱契約は実態は労働契約であったことを認めたことを意味する。その事実は本件訴訟にとって不都合だからといって、今さら取消することはできない。したがって、原告の無期労働契約への転換の通知を受諾する義務がある。にもかかわらず、阪大は1年の有期労働契約を結び、長く委嘱契約によってきた非常勤講師は年度末に更新を拒否して大学から排除した。本判決がそれを追認することは不当である。

#### (2) 有期契約の受入れは真意に反し無効

一つ疑問なのは、原告らは実態に照らせば労働契約であると確信し、無期への転換の通告までしながら、何故、2022年4月に1年の有期雇用契約を結ぶことに同意したのか、である。

推測であるが、次年度の直前になって有期契約への合意を迫られ、それに同意しなければ非常勤講師としての仕事と生計の資である収入が失われることへの不安・恐怖が、同意を余儀なくさせたに違いない。その推測が的を射ているであろうことは、有期契約で働く一般の労働者が、翌年は更新はしないと付記された契約書を提示された際に、その趣旨、つまり年度末には雇止めが必至であることを知りながら、やむなく同意して署名する例が多いことが示している。当該署名は本人の真意に反し、相手方がそれを知っていた場合は、無効である。

本件も同様である。原告らは既に無期の労働契約に転換しているし、23年3月の雇止めには理由は示されず、合理的理由は存在しないから同通知は無効で、原告らの請求は認容されるべきである。

### (3) 歪んだ労働契約観

本件の大阪地裁の裁判官の労働契約観は歪んでいる。

阪大に雇用されている特任講師は学生の研究指導や海外の大学との共同研究プロジェクトに参加し、「所定労働日以外の曜日における就労や所定労働時間外を命じられることがある」といったことや労働条件を紹介し、それ対比する形で、委嘱契約においては合意した範囲内のことをやれば済み、それ以外のことを命じられても従う必要のないことを指揮命令関係を否定する要素と解し、かつての委嘱契約を労働契約と解さないことの根拠とする（81頁、84頁等）。

だが、それは、労働契約を結んだ労働者は、使用者から合意していないことを指示された場合もそれに従う義務を負っている、という、労働契約についての誤った理解の反面である。慥かに、今なお、一般の企業でもサービス残業が残っており、接待ゴルフを指示されれば断ることができない等という現実が一部にある。本件の裁判官がそれらの悪しき労働慣行を労働契約の適法な運用と捉えているとすれば、論外である。

非常勤講師と異なり、専任教員は大学の管理運営という範囲の不明確な仕事に従事せざるを得ないことがあるが、それは大学自治の観点からは誰かが対応せざるを得ない、専任の本務である。セクハラへの対応業務のように、時代の推移とともに法律改正もあり、当該本務の範囲も変化するが、大学に採用された当時には予測されていなかった業務であれば、本人の同意を得て遂行することになり、労働契約の範囲が拡張されていったものと解される。現在では、セクハラ、パワハラ等について対処する委員会の業務は大学教員の業務の一部となっていることを認識していない人は存在しないであろう。

判決は、有期の労働契約への変更後は非常勤講師も情報セキュリティやハラスメント等に係る研修を義務付けられたことを指摘するが、それは大学教員として遵守すべき規範が適用される対象に加えた側面しか見ず、

非常勤講師にそれらに関わる業務の担当を提案することは想定してはいないであろう。しかし、非常勤講師にその種の委員の担当を打診する大学があってもおかしくはない（専任と同様、諾否の自由はあるが）。大阪地裁は、今なお非常勤講師と専任を機械的に対置させて捉えていて、大学に不可欠な管理運営業務とか時代の推移といった要素を適切に理解していると解し難い。当事者双方とも主張・立証を尽くしていない可能性があるが、本件については、一般企業とは異質な運営がなされる大学という事業体の特殊性を考慮し審理することが求められる。

#### (4) むすび

本判決には杜撰な事実認定が多すぎる。中には、非常勤講師は「成績登録の確定」を行なったことを認定しながら、それは成績評価の「最終決定」ではないという。阪大では一体、学生の成績の「確定」と「決定」は同じことなのか、異なるとすればどこがどのように異なるのか判らない判示まであり、杜撰というより、むしろ事実認定が宙に浮いてる観がある。そのため、法解釈論の検討をすることが無益ではないかとさえ感じるほどの状況にある。

準委任（委嘱）契約は実は労働契約であったという判断は、契約の運用実態に変化がなかった以上、その契約が始まった時まで遡って及ぶ筈であるが、判決では2022年4月に始まった有期労働契約についてだけ判断が示されており、法解釈も乱暴極まりない。

事実認定にも法解釈にも不審がある本判決は、上級審における全面的な是正が期待される。

#### 【付言】

労働基準関係法制研究会は2025年1月8日、『報告書』を公表した。労基法制研は、「労働基準関係法制…に関する法律群」に関わり、監督機関

による監督・指導、法政策まで視野に収めて、その「実効性のある規制の充実に加えて、様々な手法も考慮しながら」多面的に検討をするため、厚労省が有識者と認めた研究者に委嘱した研究会である。

労基法制研は、「本来『労働者』として雇用すべき者を請負事業者として扱うといった、法を潜脱しようとする事業も生じている」と指摘し、「客観的に『労働者』である者を契約上『労働者』ではない取扱いとする、いわゆる『誤分類』は強行的に是正されるべき」だという基本姿勢をもって「労働者」性を論じている。

だが、阪大はまさにその「誤分類」を強行し、責任を追及されている。

水島郁子氏は本件の進行当時から阪大の人事労務担当理事を務めている。私も龍谷大学在籍当時、副学長、ハラスメント問題委員会委員長、さらに退職後も法務アドバイザーを務め、それ以外にも懲戒問題や大学が関わる訴訟に関して意見を求められた。その際、必要な場合、その都度、弁護士とも意見交換した。大学の管理運営や人事、カリキュラム編成等には一般企業と異なる特殊性があり、学長、副学長らも任期が終われば元の一般教員に戻るといったことは理解され難く、弁護士は必ずしもその特殊性に通じてはいない。そのような事情もあり、水島氏は本件について阪大の理論的対応に実質的に責任を負うべき立場にある。

ところで、労基法制研の参集者の肩書は〇〇大学教授などとされているが、水島氏だけは「大阪大学理事・副学長」とされている。厚労省および労基法制研がその肩書を記すことは、研究会の検討対象と時期ともに重なるだけに、阪大の、非常勤講師に委嘱契約を用い（その間、労働者性を認めなかった）、無期の労働契約への転換の通知を無視して1年有期契約で雇用し、期間満了により雇止めとした一連の措置のすべてに関わり、同措置を誘導したと推認される水島氏の見解を肯定していると解されかねない。「労働者」性についての認識と研究会の在り方に関わるから、厚労省はたかが「肩書」と軽視すべきではない。水島氏の特例扱いにつき、説明を求

められよう。

- 
- (1) 大阪大学非常勤講師事件・大阪地裁第5民事部（横田昌紀裁判長、蒲田祐一、山中洋美裁判官）判令7.1.30労働法律旬報2077号72頁。
  - (2) 同旨、本久洋一「国立大学非常勤講師の労契法上の労働者性が否定された例」労働法律旬報2077号40頁。
  - (3) 萬井隆令『労働契約締結の法理』（有斐閣、1997年）154頁以下。
  - (4) 萬井隆令「業務請負契約による就業と『労働者』—労基研『報告』、判例および判例評釈の検討」龍谷法学51巻1号（2013年）127～132頁。なお、日本労働法学会第141回大会（2024年10月）は、「労働者性の再検討」をテーマとし、労基研報告についても論じられている、学会誌労働法138号40～120頁。
  - (5) 同旨、本久・前掲注（2）労働法律旬報2077号40頁。
  - (6) 本久氏は、この判示は「学説判例に照らしてまったく新奇なもの…意味不明である」とされる、前掲注（2）本久・労働法律旬報2077号40頁。
  - (7) 本久氏は、判示のこの部分は「理解不能」「理解の埒外」と評される、前掲注（3）労働法律旬報2077号40頁。
  - (8) 通説である。萬井隆令「労働者性の指標：労務の代替性について・試論」西谷敏先生古希記念論文集『労働法と現代法の理論』（日本評論社、2013年）277頁。
  - (9) 大阪医療刑務所事件において、大阪地裁は法律の条文を正確に理解できない（同事件・大阪地判令4.6.30労働法律旬報2017号51頁—萬井隆令「判例研究：派遣法40条の7と『採用その他の適切な措置』の意義」労働法律旬報2017号22頁）、太陽液送事件において大阪地裁堺支部は業務請負契約書の規定の趣旨を正確に理解できない（同事件・大阪地堺支判令4.7.12労働法律旬報2026号60頁—萬井隆令「判例研究：派遣法40条の6と偽装請負認定のあり方の問題点」労働法律旬報2026号36頁）など。



判例研究

第1審判決について、被告人の犯人性を認定した点に  
事実誤認はないと判断した上で、量刑不当を理由とし  
てこれを破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した控  
訴審判決の拘束力を有する判断の範囲  
[最決令5・10・11刑集77巻7号379頁]

藤本航平\*

最高裁判所第一小法廷決定

令和5年10月11日

令和4年（あ）第655号：住居侵入、殺人、死体遺棄被告事件

刑集77巻7号379頁、判タ1519号188頁、判時2598号203頁

## I. 事案の概要

本件は、「被告人が、A及びBを殺害する目的で両名方に侵入し、同所において、A及びBをいずれも頸部圧迫による窒息により死亡させて殺害した上、両名の死体を遺棄した」という事件である。なお、第2次第1審において、AB方への侵入目的が「Aを殺害する目的で」へと訴因変更された。

---

\* ふじもとこうへい 龍谷大学大学院法学研究科 博士後期課程

## Ⅱ．審理経過

### 1．第1次第1審判決（横浜地判平30・7・20刑集77巻7号402頁）

第1次第1審では、被告人のA B宅への入室の目的（AとBの殺害目的であったのか）、AとBの殺人及び死体遺棄の犯人性が争点とされた。第1次第1審判決は、被告人が殺人及び死体遺棄の犯人であると認定した。他方で、A B宅への入室の目的については、Aの殺害目的を認定したが、Bの殺害目的は認めなかった。また、量刑においては、凶器を用いた場合と比較した際の頸部圧迫という犯行態様の危険性の質的な違いや犯行計画の杜撰さに鑑み、過去の裁判員裁判の量刑傾向を踏まえた結果、懲役23年に処すとした。

### 2．第1次控訴審判決（東京高判平31・4・19刑集77巻7号）

第1次第1審判決に対しては、検察官及び被告人の双方から控訴がなされた。検察官は、①Bの殺害及びA Bの死体遺棄の計画性を認めなかったことについての事実誤認、②量刑不当（犯情の評価の誤り、量刑調査の手法の不当、それゆえ「軽きに失する」）を主張した。被告人は、③訴訟手続の法令違反（公判前整理手続きの争点整理の無視と不意打ち的な認定、被告人側への挙証責任の転換）、④殺人及び死体遺棄の犯人性についての事実誤認を主張した。

第1次控訴審判決は、①③④を排斥したが、②については理由があるとした。すなわち、「原判決は、不適切な量刑資料を用いたために、量刑傾向の把握を誤り、また、そのような量刑傾向を前提としたため、量刑事情の認定・評価が甚だ不十分、不相当なものになったと考えられるなど、量刑判断の過程に大きな問題があり、その結果、不合理な量刑判断をしたといわざるを得ない」として、原判決を破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した。

また、第1次控訴審判決は、②量刑不当の判断をする前に、④犯人性についての事実誤認についても判断をしており、原判決の判断は、「主要な説示において、論理則、経験則等に照らして不合理なところはなく、原審記録を検討しても、原判決に事実誤認はない」とした上で、その以下で控訴趣意における所論を踏まえながら詳細な検討を加えた。

### 3. 第1次上告審決定（最決令和2・1・29刑集77巻7号444頁）

第1次控訴審判決に対して、被告人は上告し、事実誤認等を主張した。しかし、第1次上告審決定は、上告趣意は刑訴法405条の上告理由に当たらないとして上告を棄却した。

### 4. 第2次第1審判決（横浜地判令3・9・3刑集77巻7号445頁）

第2次第1審では、第1次控訴審判決の拘束力がどこまで及ぶかが問題となった。すなわち、破棄の直接の理由となった第1次第1審判決の量刑判断に対する消極的否定的判断については拘束力が生じることは明らかであるが、被告人の殺人及び死体遺棄の犯人性に関する判断については拘束力が生じるのか—被告人は犯人性を争うことができるのか—が問題となったのである。

第2次第1審判決は、以下の理由で犯人性についても拘束力が及ぶとした。

「上級審と下級審の判断の不一致を放置することによって限りなく事件がその間を上下することを防ぐという破棄判決の拘束力の趣旨、殺人及び死体遺棄の犯人性について当事者の攻防が尽くされた上で、殺人及び死体遺棄の犯人性を認めた前一審の判断に不合理な点はないとの判断を示し、量刑について更なる審理を求めて差し戻しをしたという控訴審における当事者の主張とその判断内容等に照らすと、本件では、

上記消極的、否定的判断部分に加えて、量刑判断の論理的前提となっている殺人及び死体遺棄の犯人性についても、破棄判決の拘束力が及んでいると解される。」

したがって、争点は量刑のみであるとされ、被告人には無期懲役が宣告された。

#### 5. 第2次控訴審判決（東京高判令4・4・19刑集77巻7号454頁）

第2次第1審に対して、被告人は控訴し、法令適用の誤り、訴訟手続の法令違反、量刑不当を主張した。とりわけ、訴訟手続の法令違反の控訴趣意において、最判昭43・10・25刑集22巻11号961頁（以下、「八海事件判決」とする。詳細は後述）に反するとの主張がなされた。すなわち、八海事件判決では、「破棄判決の拘束力は、破棄の直接の理由、すなわち原判決に対する消極的否定的判断についてのみ生ずるものであり、その消極的否定的判断を裏付ける積極的肯定的事由についての判断は、破棄の理由に対しては縁由的な関係に立つにとどまりなんら拘束力を生ずるものではない」とされたが、それを本件に当てはめると、第1次控訴審判決の消極的否定的判断である量刑の点のみに破棄判決の拘束力が生じるといえ、積極的肯定的判断である被告人の犯人性の判断には拘束力は生じない、との主張である。

それに対して、第2次控訴審判決は、以下の理由をもって破棄判決の拘束力に関する控訴趣意を退けた。

「差戻前第1審判決に対する控訴審判決は、差戻前第1審判決の量刑判断が不合理であるとしてこれを破棄しているところ、本件における被告人が犯人であることを含めた差戻前第1審判決の事実認定に誤認がないという判断部分についても、上記破棄の判断の論理的な前提と

なっている以上、当然に拘束力を有するものと解され、原判決の判断に不相当なところはない。」

結果として、第2次第1審の判断を支持し、控訴を棄却した。それに対して、被告人は上告した。

### Ⅲ. 決定要旨

最高裁は、「上告趣意のうち、判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、刑法405条の上告理由に当たらない」としたうえで、本件における破棄判決の拘束力の範囲について、職権で以下のように判断した。

「裁判所法4条は、『上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する。』と規定しているところ、同条の趣旨は、審級制度の存在を前提に、事実が上級審の裁判所と下級審の裁判所とをいたずらに往復することを防止しようとするものであると解される。そして、前記のとおり、第1次第1審判決は、被告人が各殺人及び死体遺棄の犯人であると認定し、第1次控訴審判決は、この第1次第1審判決の認定に事実誤認はないと判断した上で、その刑の量定が不当であるとしてこれを破棄したものであるところ、刑の量定は、犯人性の認定を当然の前提とするものである。

以上のような裁判所法4条の趣旨及び第1次控訴審判決の判断内容等を踏まえると、本件のように、第1審判決について、被告人の犯人性を認定した点に事実誤認はないと判断した上で、量刑不当を理由としてこれを破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した控訴審判決は、

第1審判決を破棄すべき理由となった量刑不当の点のみならず、刑の量定の前提として被告人の犯人性を認定した同判決に事実誤認はないとした点においても、その事件について下級審の裁判所を拘束するというべきである。以上と同旨の原判断は正当である。」

#### IV. 評釈

##### 1. 問題の所在—破棄判決の拘束力の及ぶ範囲についての解釈

###### (1) 裁判所法4条の趣旨

裁判所法4条（上級審の裁判の拘束力）は、「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」とする。

まず、本決定は裁判所法4条の趣旨を「審級制度の存在を前提に、事件が上級審の裁判所と下級審の裁判所とをいたずらに往復することを防止しようとするものであると解される」と理解する。このような裁判所法4条の趣旨の理解については、実務・学説ともに異論がないように思われる<sup>1</sup>。そして、この拘束力は、法律上の判断だけでなく、事実上の判断に対しても及ぶとされる<sup>2</sup>。

確かに、憲法76条3項には、「全ての裁判官は、……この憲法及び法律にのみ拘束される」とある。しかし、それでは、「上訴⇔差戻」の無意味な

---

1 兼子一「上級審の裁判の拘束力」『民事法研究 第2巻』（酒井書店、第15版、1977年）87頁が、破棄判決の拘束力に関する民刑共通の基本文献であるとされる。他にも、中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第9巻』（青林書院、第3版、2023年）466頁〔原田國男〕、熊代雅音「判解」ジュリ1596号（2024年）115頁、川出敏裕「判批」令和5年度重判解（2024年）159頁、辻本典央「判批」速判解35号（2024年）184頁、岩下雅充「判批」法教521号（2024年）126頁、青柳勤「判批」刑ジャ81号（2024年）144頁、廣瀬裕亮「判批」ジュリ1603号（2024年）165頁、加藤克佳「判批」専修ロージャーナル20号（2024年）142頁。

2 最判昭43・10・25刑集22巻11号961頁。

循環が生じるおそれがある。そして、このような循環が審級制度を設けた趣旨に反することは明らかである。それゆえ、民刑共通のルールとして裁判所法4条は定められたと考えられている<sup>3</sup>。

民事訴訟法が325条3項後段<sup>4</sup>において破棄判決の拘束力の規定を有するのに対して、刑事訴訟法はそのような規定を持たない。したがって、刑事訴訟法における破棄判決の拘束力の及ぶ範囲についての議論は、もっぱら裁判所法4条の解釈に委ねられているのである。

## （2）本決定の問題の所在

本件では、裁判所法4条に基づく破棄判決の拘束力の及ぶ範囲が問題となっている。本決定は、①裁判所法4条の趣旨を述べた上で、②第1次控訴審判決の判断構造（犯人性についての事実誤認がないことを確認した上で量刑不当の判断を行った）を指摘し、③「刑の量定は、犯人性の認定を当然の前提とするものである」とする。そして、上記を踏まえて、第1次第1審判決を破棄すべき理由となった量刑不当の点だけでなく、その前提として判断された犯人性について事実誤認がないとした点についても拘束力が及ぶとした。しかしながら、上記①の裁判所法4条の趣旨と、上記②③の指摘が破棄判決の拘束力の及ぶ範囲の判断においてどのような関係にあるのかは、一見して明らかではない。

それゆえ、本評釈では、まず本決定の内在的論理を明らかにするために、破棄判決の拘束力に関するリーディングケースとされてきた八海事件判決との比較を主に行う。そして、学説における議論を参照しながら、本決定も踏まえた判例法理の射程について検討したい。

3 熊代・前掲注1）115頁、辻本・前掲注1）184頁、加藤・前掲注1）142頁。

4 「この場合において、上告裁判所が破棄理由とした事実上及び法律上の判断は、差戻し又は移送を受けた裁判所を拘束する。」と規定する。

## 2. 本決定の論理—リーディングケースとの関係から

(1) 八海事件判決(最判昭43・10・25刑集22巻11号961頁)について先に述べたように、破棄判決の拘束力についてのリーディングケースとされてきたのが、八海事件(第3次上告審)判決<sup>5</sup>である。八海事件は、被告人ら4名が強盗殺人の共同実行者であるかが争われ、その結論において有罪と無罪を行き来し、2度の控訴審への差戻と3度の上告がなされるなどして、最終的に全員が無罪とされた事件である。第2次控訴審判決<sup>6</sup>が共犯者の供述及び被告人らの自白の信用性を否定して無罪を判決したが、第2次上告審判決<sup>7</sup>はその判断を否定した上で、上記供述及び自白の信用性を積極的に肯定すべき事由を挙げて破棄差戻した。第2次上告審判決を受けて、第3次控訴審判決<sup>8</sup>は被告人らを有罪としたが、それに対して八海事件判決は、上記供述と自白の信用性を否定した上で破棄自判により無罪判決をした。その際、第2次上告審判決の上記供述と自白に対する判断の拘束力—すなわち、八海事件判決の上記供述と自白の信用性の判断は、第2次上告審の判断の拘束力に反しないか—が問題となったのである。

八海事件判決は、破棄判決の拘束力の範囲について次のように説示した。すなわち、「破棄判決の拘束力は、破棄の直接の理由、すなわち原判決に対する消極的否定的判断についてのみ生ずるものであり、その消極的否定的判断を裏付ける積極的事由についての判断は、破棄の理由に対しては縁由的な関係に立つにとどまりなんらの拘束力を生ずるものではない」<sup>9</sup>。

---

5 以下、単に「八海事件判決」とするときは、この第3次上告審判決を指す。

6 広島高判昭34・9・23刑集16巻6号1038頁。

7 最判昭37・5・19刑集16巻6号609頁。

8 広島高判昭40・8・30刑集22巻11号985頁。

9 なお、この後の説示において、「三次控訴審は、差戻後あらたに……各証人をみずから尋問し、あるいは検証を行う等、殆んどあらゆる証拠調をやり直していることが記録上明らかであるから、これらの証拠調の結果を基礎とするならば、あたらしく事実認定をする裁量権を広範囲に有していたものである。従っ

## (2) 宮本身分帳閲覧事件決定（最決昭62・12・21集刑247号1357頁）について

その後、破棄判決の拘束力の議論をさらに一步進めたのが、宮本身分帳閲覧事件（第2次上告審）決定<sup>10</sup>であるとされる<sup>11</sup>。宮本身分帳閲覧事件は、名古屋地裁判事補であった被告人が公務員職権濫用罪で起訴された事案である。第2次第1審判決が第1次上告審決定の積極的判示をそのまま引用したことから、改めて上級審の判断の拘束力の及ぶ範囲が問題となった。第2次控訴審判決<sup>12</sup>は、裁判所法4条の趣旨を「同一事件を審判する各審級の判断が一致せずに事件が完結しないことを防ぐため、上級審の判断した事項は既決のものとし、以後これを覆し得ないこととして事件の完結を促進する趣旨」としたうえで、「この趣旨に徴すると、上訴審が法令上付与された権能を行使して事件の争点を解決するため示した裁判中の判断は、各争点に対する結論的判断を導く過程で縁由ないしは説明として付したにとどまるものや直接主義の見地からみて事実面の判断に確定的な効力を認めがたい場合など判断の性質上拘束力を排除すべき特別の理由のあるものを除き、原則としてすべて下級審を拘束する効力を有する」と判示した。

これを受けた宮本身分帳閲覧事件決定も、「所論引用の判例（八海事件判決—引用者注）は、いわゆる破棄判決の拘束力は破棄の直接の理由となる原判断の誤りをいう点についてのみ生ずる趣旨を判示したものであって、

---

よ、もはや当審においては、二次上告審判決の事実判断の拘束力を考慮する必要はないものと解するのである」としている点には留意が必要であるように思われる〔熊代・前掲注1）115頁〕。この点で、この説示自体傍論であり、そもそも判例としてどのように位置づけられるのかそのものを検討すべきであるように思われるが、ここでは本評釈の趣旨や紙幅の都合で論じることはできない。

10 以下、単に「宮本身分帳閲覧事件決定」とするときは、この第2次上告審を指す。

11 辻本・前掲注1）185頁、加藤・前掲注1）144頁以下。

12 東京高判昭58・12・15判時1100号41頁。

所論のいうように原判断の誤りをいう破棄判決の判断が消極、否定の形式をとっている場合に限られるという趣旨を判示したのではない」と判示した。

### (3) リーディングケースに対する理解の整理

八海事件判決は、破棄判決の拘束力は、破棄の直接の理由、つまり消極的否定的判断についてのみ生じるとした。そして、消極的否定的判断を裏付ける積極的肯定的事由についての判断は、破棄の理由との関係では縁由的に過ぎず、拘束力を生じるものではないとした。上記のような説示から読み取れるとおり、八海事件判決が「積極的肯定的事由についての判断」に拘束力が生じないとしたのは、それが原判決を破棄する結論を直接導く「消極的否定的判断」を補足するにすぎず、「破棄の直接の理由」とは言えない場合であったからと解される<sup>13</sup>。

他方で、八海事件判決の調査官解説では、「ここにいう『肯定的』とは原判決に対する肯定を意味するのではなく、積極的と同義である（傍点ママ）」と指摘されている<sup>14</sup>。したがって、八海事件判決は、一般論として、判断の形式が肯定的であるか否定的であるかを基準として一律に拘束力を否定したものではないと理解され得る<sup>15</sup>。まさに宮本自身帳閲覧事件決定は、破棄判決の拘束力の発生が積極的肯定的か消極的否定的かといった判断の形式に左右されるのではなく、破棄の直接の理由についての判断か否かによるものであると示しており、上記の八海事件判決の理解を裏付けている<sup>16</sup>。

---

13 熊代・前掲注1) 117頁、加藤・前掲注1) 144頁。

14 木梨節夫=船田三雄「判解」最判解刑事篇昭和43年度(1969年)325頁以下。

15 熊代・前掲注1) 117頁、加藤・前掲注1) 144頁。

16 熊代・前掲注1) 117頁。

#### （4）本決定の理解

##### A. 本決定と八海事件判決は「事案を異にする」のか

それでは本決定は、リーディングケースである八海事件判決との関係ではどのように位置づけられるのか。本決定は、八海事件判決違反を主張する上告趣意に対して、「事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でな」とした。

「事案を異にする」とした点について見ると、本件で問題となったのは、「直接の破棄理由である量刑不当とは全く別個の事由である、原判決の事実認定に係る控訴審の判断について拘束力が生じるかどうか」ということである。これに対して、八海事件判決において問題となったのは、「直接の破棄理由だけでなく、その根拠となる事実についての判断にも拘束力が生じるのか」ということであった<sup>17</sup>。以上に鑑みれば、両者が「事案を異にする」ということは明らかである。

##### B. 本決定と八海事件判決の趣旨との整合性

もっとも、本決定が八海事件判決の趣旨と整合しているかどうかについては別途検討が必要であるとされる<sup>18</sup>。そこで以下では、本決定と八海事件判決の趣旨との整合性について見ていきたい。

上記「（3）リーディングケースについての理解の整理」のとおり、八海事件判決は、破棄の直接の理由についての判断にのみ拘束力が生じるとし、その判断の理由付けの部分には拘束力は生じないとした。また、その

---

17 川出・前掲注1）159頁。また、廣瀬・前掲注1）163頁は、両者の論点の違いを次のように整理している。すなわち、八海事件判決は、「1つの控訴理由に対する判断の中で、どの部分が拘束力を有するのか、という問題」を扱ったものであり、本決定は、「複数の控訴理由に対する判断がある場合に、破棄の理由となった控訴理由のみならず、これよりも先順位に位置する控訴理由に対する判断についても拘束力を生ずるか、という問題」を扱ったものであると整理する。

18 川出・前掲注1）159頁、加藤・前掲注1）147頁。

後の宮本自身帳閲覧事件決定も踏まえると、最高裁は、消極的否定的か積極的肯定的かといった判断の形式によって拘束力の有無を判断しているわけではないということも明らかとなった。

では、八海事件判決は、なぜ上記のような理解を示したのであろうか。八海事件判決に影響を与えたとされる論者の見解においては次のような記述が見られる。すなわち、裁判所法4条による拘束力の目的を「同一事件を審判する各審級の裁判所の判断が一致しないために、事件の完結が延引することを防ぐ必要から認められるもので、事件に対する裁判権行使を統一するためのものである」とした上で、「裁判所間の審級関係は、行政官廳の上下の階級とは異なって、一般的積極的な指導監督関係ではない。上級審は訴訟当事者の不服申立てに基いて、下級審の裁判の當否を審査することができるだけで、その権限は受動的であり、又下級審の裁判を是正するという消極的なものにすぎない。したがって、上級審の裁判の下級審裁判所に對する拘束力も、下級裁判所に對し新たな指示を與えて、これを指導するにあるとみることは行き過ぎである。ただ具體的事件の裁判について、上級審が指摘した同一の過誤をくり返させないための阻止的な機能をもつものに過ぎない」と<sup>19</sup>。そして、八海事件判決の調査官解説においても同様の記述がみられる<sup>20</sup>。

以上を踏まえれば、八海事件判決は、上級審と下級審の不毛な往復を防止しつつ、下級審の裁判官の職権の独立を確保するなどの観点から、拘束力の範囲を最小限にとどめようとしたのだと解することができる。それゆえ、拘束力は、破棄の直接の理由の判断のみに限定され、その判断を補足する理由付けに当たる部分については、生じないとしたのであろう。すなわち、破棄の直接の理由の判断にさえ拘束力が生じるとすれば、裁判所法

---

19 兼子・前掲注1) 89頁。

20 木梨=船田・前掲注14) 326頁。

4条の趣旨は十分に達成されるのであり、その判断の補足的な理由付けの部分についてまで拘束力を生じるとする必要はない、ということである<sup>21</sup>。

それでは、このような八海事件判決の趣旨と本決定は整合するのか。本決定においては、犯人性の認定が刑の量定の当然の前提となっているとされる。すなわち、「犯人性の認定について事実誤認がないとする判断」にまで拘束力が及ばなければ、「当然の前提」が覆される可能性があるということになり、結果として破棄事由についての判断（及びそこに生じた拘束力）が無に帰しかねない<sup>22</sup>。その意味で、「破棄の直接の理由」の「当然の前提」とされる事項への判断は、「破棄の直接の理由」の一部であるといえよう<sup>23</sup>。それゆえ、上記のような前提事項に対しても拘束力を認めるべきであり、それによって裁判所法4条の趣旨は達せられるのである。したがって、本決定は、八海事件判決の趣旨に反さない、整合的なものであるといえよう<sup>24</sup>。

---

21 廣瀬・前掲注1）164頁。

22 熊代・前掲注1）は、「このような場合、前提としての判断事項は単なる傍論ではなく、主論の一部であるということもできよう」とする。

23 熊代・前掲注1）117頁。

24 廣瀬・前掲注1）164頁以下。また、川出・前掲注1）159頁は、異なる視点から本件と八海事件判決の趣旨の関係を検討していると思われる。すなわち、八海事件判決によれば、破棄の直接の理由にのみ拘束力が生じ、その理由付けの部分には拘束力が生じないため、「差戻審は、同一の証拠状態の下で、別の理由づけをとることもできることとなる」とし、このような見解の実質的根拠としては、「事実認定が本質的に蓋然性に基づく総合判断であり、多様性・複雑性を有することから、理由にある程度幅をもたせることも必要であること、破棄差戻判決では、差戻のため疑問を呈するかたちで理由を述べるにとどめ、必ずしも断定的に理由を確定して判示しないことがあるという点が指摘されている」としたうえで、このような根拠は、破棄理由と別個の控訴理由との関係が問題となっている本件には妥当しないと、それゆえに、本件については八海事件判決の趣旨は及ばないから、「端的に、裁判所法4条の趣旨に照らして拘束力が生じるか否かを考えるべきことになろう」とする。

### C. 小括

本決定の理解についてまとめたい。

本決定は、裁判所法4条の趣旨を、事件が上級審と下級審とをいたずらに往復することを防止しようとするものとする。この裁判所法4条の趣旨の理解は八海事件判決——厳密には八海事件判決に影響を与えたとされる学説の趣旨理解——を踏襲するものである。他方で、八海事件判決自体の趣旨は、裁判官の独立を確保するなどの観点から、上記裁判所法4条の趣旨を踏まえつつ、その拘束力の及ぶ範囲を必要最低限に抑えるべきだとする点にある。それゆえ、八海事件判決においては、拘束力は「破棄の直接の理由」にのみ生じるとされてきたのである。換言すれば、「破棄の直接の理由」についてのみ拘束すれば、裁判所法4条の趣旨は十分達せられるということである。

本件においては犯人性の認定と刑の量定との関係が問題となっているが、判断の性質上、後者は前者を当然の前提とする。そして、第1次第一審判決の量刑の不当への指摘の前に示された「犯人性の認定に事実誤認はない」とする破棄判決の判断は、「量刑不当による破棄」へ至る必然的前提であり、「破棄の直接の理由の一部を構成しているといえよう」<sup>25</sup>。また、本決定が「第1次控訴審判決の判断内容等」と言及したのは、上記の犯人性の認定と刑の量定との関係等の判断が明示的になされたことを指摘する意図があったとされている<sup>26</sup>。

以上のような理解によって、本決定は前記決定要旨のとおり破棄判決の拘束力の及ぶ範囲について判断をしたのだと思われる。

なお、事実認定に関する拘束力はそれまでに取り調べられた証拠を前提とするものであるため、差戻審が新たな証拠調べをした際には、当該裁判

---

25 熊代・前掲注1) 117頁。

26 熊代・前掲注1) 117頁。

所は拘束力から解放される<sup>27</sup>。

### 3. 本決定も踏まえた判例法理の射程——学説の議論も踏まえた検討

#### (1) 本決定も踏まえた判例法理の射程を論じるにあたっての前提

本決定は、いわゆる「場合判例」と解されるため、その射程は非常に限定的なものであるとされる。すなわち、本決定の直接の射程は、「上訴審が、原判決について被告人の犯人性を認定した点に事実誤認はないとした上で量刑不当を理由に破棄して差し戻した場合」にとどまるとされる。それゆえ、他の場合において破棄判決の拘束力がどの範囲まで及ぶのかは、基本的には今後の議論に委ねられているとされる<sup>28</sup>。

他方で、学説においては、破棄判決の拘束力の及ぶ範囲についての議論の蓄積がある。そこで、以下では、本決定も踏まえた判例法理の射程に関連する議論として、どのような場合が想定されるのか、その場合に対してどのように対応することが考えられるのか、学説の議論も参照しつつ検討したい。

#### (2) 破棄判決の拘束力の及ぶ範囲についての学説

##### A. 破棄の直接の理由とされた原判決に対する消極的否定的判断にのみ拘束力が及ぶとする説（A説）

破棄判決の拘束力が及ぶ範囲について、破棄の直接の理由とされた原判決に対する消極的否定的判断に限定されるとする説は、従前の調査官解説

27 最判昭26・11・15刑集5巻12号2376頁、最判昭30・12・16刑集9巻14号2797頁など。熊代・前掲注1）117頁以下は、「したがって、拘束力を認めることにより差戻審において不合理な事実認定を強いられるような事態が生ずることは考え難いであろう」とする。

28 廣瀬・前掲注1）165頁。また、熊代・前掲注1）118頁も、本決定の射程について、「本件のように、明示された複数の判断に明らかな先後関係が認められる場合のほか、いかなる判断に拘束力が認められ、あるいは認められないかについては、本決定が直接触れるところではなく、今後の検討課題である」とする。

などで見られる見解である<sup>29</sup>。この説は、最大判昭25・10・25刑集4巻10号2134頁の「上級審において下級審判決が破棄され、事件の差戻があった場合には、下級審はその事件を処理するに当り、判決破棄の理由となった上級審の事実上及び法律上の意見に拘束され、必ずその意見に従いこれに基づいて事件をしなければならない」という判示を反対解釈することにより、主張を根拠づける。すなわち、上記判示は、「判決破棄の理由となった」上級審の意見が拘束力を持つということの意味しており、その反対解釈によれば、「判決破棄の理由となった」意見以外の部分については拘束力が生じないということになる、と主張するのである<sup>30</sup>。

その理由は、「破棄判決の拘束力は、事件が限りなく上級審下級審を上下することによる遅延を遮断するために認められるものにすぎず、上級審に対し、下級審の裁判所の指導にあたらしめるために認められたものではないからである」とされる<sup>31</sup>。

## B. 破棄の直接の理由以外にも拘束力が及びうとする説（B説）

これに対して、破棄の直接の理由以外にも拘束力が及ぶ場合があるとする説がいくつかある。その際、破棄判決の拘束力の及ぶ範囲を決定する基準について、以下の2つの考え方に大別することができるように思われる。

### a. 上級審で審判の対象となり判断がなされていることに着目する見解（a説）

平野龍一は、破棄判決の拘束力について、「破棄理由となった点だけではなく、控訴審で審判の対象となり判断がなされた点全体に及ぶである

---

29 高田義文「判解」最判解刑事事篇昭和32年度（1958年）657頁。木梨=船田・前掲注14）325頁以下も同旨と解される。

30 高田・前掲注29）657頁。

31 木梨=船田・前掲注14）326頁。

う」とする。さらに、「そうだとすると、事実の誤認と刑の量定不当を申し立てたとき、刑の量定で破棄すれば、事実の誤認はないと判断されたことになり、（控訴審の判断の順序には論理的な関係があり、事実誤認は刑の量定の前に判断されなければならない）、その判断は下級審を拘束すると解される」とする。そして最後には、「その限度では反覆の余地がなくなるわけである」とする<sup>32</sup>。

原田國男は、平野の見解を基礎として見解を述べているように思われる。平野の見解を引用しつつ、「（控訴審の審判の対象について控訴理由対象説から一引用者注）破棄理由となっていない控訴理由に対する判断にも拘束力を認めるのが、自然であること、裁判所法4条自体、……何ら、破棄理由に限るといった限定を加えていないこと、事件が限りなく上級審と下級審を上下するのを防ぐという同条の趣旨からすれば、応々理由がないという判断の方が破棄理由よりも重要性を持つ場合があるからこれに拘束力を認める実益が大きいこと（下線部引用者）」などから、破棄の直接の理由以外にも拘束力が及ぶことを肯定する<sup>33</sup>。

中谷雄二郎も、原田と同様に、平野の見解を基礎としていると思われ、「破棄判決が控訴理由について明示的に示した判断には拘束力を認めるべきである（下線部引用者）」とする。その例として、「主位的控訴理由は認められず備位的控訴理由は認められるとして破棄した場合は、主位的控訴理由は認められないとする判断も」、また「並立的な控訴理由の一部を認めて破棄する場合、破棄理由以外の控訴理由は認められないとする判断も、それが明示されている限り、差戻審にその点に関する検討を求めていることが明らかであるから」、拘束力を有するとされる<sup>34</sup>。

32 平野龍一「裁判の構造」同『裁判と上訴』（有斐閣、1982年）165頁。

33 中山・前掲注1）472頁〔原田〕

34 井上正仁 監修『裁判例コンメンタール刑事訴訟法 第4巻』（立花書房、2018年）253頁以下〔中谷雄二郎〕。河上和雄『注釈 刑事訴訟法 第7巻』（立花書房、第3版、2012年）402頁〔香城敏磨＝永井敏雄〕も同旨と思われる。

## b. 破棄の直接の理由との関係性に着目する見解（b説）

田宮裕は、破棄理由と不可分の関係にある判断にまで拘束力が及ぶと理解する。田宮は、裁判所法4条が破棄判決の拘束力の規定する趣旨を「事件が上級審と下級審の間を往復して、終止するところを知らない恐れがあるから<sup>35)</sup>」と理解する。その上で、「(八海事件判決は一引用者注) 例えば、原判決を事実誤認で破棄し、自白の信用性が乏しいとかアリバイがある等の理由をのべている場合、拘束力があるのは『原判決の事実認定は誤りだ』という判断だけで、『自白の信用性が乏しい』とか『アリバイがある』などの根拠には拘束力がないというわけである。しかし、後者も破棄理由と不可分の前提であるから拘束力を認めなければ意味がないというべきであろう」とする<sup>36)</sup>。

高田卓爾は、「直接的な破棄理由と一体不可分、または必然的な論理的な前提となっている判断か否か」が重要であるとする<sup>37)</sup>。その理由としては、破棄判決の拘束力の趣旨ないし目的—「上訴⇔差戻」が繰り返されることにより、事件がいつまでたっても最終的な解決に到達できないという不都合を解消するため<sup>38)</sup>—に鑑みれば、破棄の直接の理由（否定的判断）のみに限定すべきという結論は論理必然のものではないからとする<sup>39)</sup>。むしろ、破棄判決の拘束力の趣旨の全うのために、「直接の破棄理由と不可分的な関係ないし必然的な論理的な前提のある事項についての判断は、たとえそれが肯定的・積極的な形のものであっても、拘束力をもつと解するの

35 田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、1996年）470頁。

36 田宮・前掲注35) 471頁。庭山英雄＝森井暉『法学基本講座 刑事訴訟法100講』（学陽書房、1986年）228頁以下〔後藤昭〕も同旨と思われ、「事実認定は、提出された証拠から訴因が認定できるか否かという二者択一の問題なのであり、積極的な判断も拘束力を持つと考えるべきである」とする。

37 井戸田侃 編「判例演習講座 刑事訴訟法」（世界思想社、1972年）331頁〔高田卓爾〕。

38 井戸田・前掲注37) 324頁〔高田〕。

39 井戸田・前掲注37) 330頁〔高田〕。

が妥当である」と解する。他方で、このような理解の注意点として、「『必然的な論理的前提の関係』とは、抽象的な論理的前提ではなく、具体的、実際的なものでなければならぬ、ということである。例えば、事実認定、法令の適用、刑の量定の関係は抽象的な形式的論理からいえば、右の順序どおりに互いに前提の関係にあるといえるかが、必ずしも具体的・実際的な論理的前提の関係があるわけではない。従って、例えば、法令適用の誤りを理由として破棄判決がなされても、その故を以て当然に原判決における事実認定が完全に是認されて下級審に対して拘束力をもつとすることはできない」と補足する<sup>40</sup>。

平場安治は、破棄判決の拘束力が及ぶのは「破棄の理由となった判断に限られる」としたうえで、「さらに、論理的前提をなす判断、たとえば、実体問題につき破棄した場合に論理的には訴訟条件の存在を肯定したことになるが、その点についても拘束力を持つのか」について、「それが判決において明示されているかぎりにおいてのみ拘束力を持つものと解すべきであろう」とする。そして、「これに対し、それが明示されていない場合にも実体問題で破棄する限りは、訴訟条件の肯定は論理上当然前提をなしているとして拘束力を認めるのは正しくない。けだし、上訴審は、要するに、申し立てられた控訴理由、上告理由の判断を義務づけられているだけであって、その一切の角度からの原審判決の検討を義務づけられているわけではないからである」とも指摘する<sup>41</sup>。また、「数個の破棄理由によって破棄した場合には、それぞれの破棄理由が拘束力を持つ」とし、他方で、一部の控訴理由のみを認め、他を棄却した場合、「控訴棄却の部分の判断は、破棄に導く論理的過程ではないから、いわゆる傍論obitor dictumで

40 井戸田・前掲注37) 331頁 [高田]。

41 平場安治「破棄判決の拘束力」佐伯千仞『生きている刑事訴訟法』（日本評論社、1965年）300頁以下。

あって、拘束力は認められない」とする<sup>42</sup>。

### C. 学説の整理

以上を踏まえて学説の整理に入る。

まず、そもそもA説とB説の分類については、単なるレトリックであるといえるかもしれない。すなわち、A説は八海事件判決の調査官解説で示されていることや、それに加えて、前記「2. 本決定の論理」で確認したとおり、事案を異にするとしても本決定と八海事件判決の趣旨は整合的に理解可能であること、さらに、先に見たように本決定の論理について、「第1次第1審の量刑不当への指摘の前に示された『犯人性の認定に事実誤認はない』とする破棄判決の判断は、『量刑不当による破棄』へ至る必然的前提であり、『破棄の直接の理由の一部を構成しているといえよう』」との指摘もあることも踏まえれば、「破棄の直接の理由」の理解の仕方によってはA説とB説の区別は無くなるからである。そうするとむしろ、ここでは、A説の理解を先に進め、より深く裁判所法4条の趣旨の議論を行っているものとして、B説は位置づけられよう。したがって、以下ではa説とb説の關係に着目したい。

確かに、それぞれの見解の表現のみに着目すれば、a説は「審判の対象となり判断がなされていること」を、b説は「破棄理由との（論理的前提や一体不可分のような）關係性」を重視しているように読める。それゆえ、上記のように両者を分類した。しかし、前者も破棄判決において判断がなされた全てに拘束力が及ぶという趣旨ではなく、破棄の直接の理由との關係性を全く考慮していないとは思われない。平野の見解や中谷の見解で挙げられている例がその証左である。同様に後者も、破棄の直接の理由との關係性だけではなく、「破棄判決において判断がなされていること」を考

---

42 平場・前掲注41) 301頁。

慮している。田宮の見解が判断されていることを前提としているように思われることや、高田の見解が「具体的、実際の論理的な前提」を必要とすることからも読み取ることができる。

a説とb説の結論が上記のように明確な違いがなく現れている原因を考えると、両者とも裁判所法4条の趣旨を「『上訴⇔差戻』の不毛な循環を回避するため」と理解していることにその根本があるのだと思われる。すなわち、上記裁判所法4条の趣旨を有する破棄判決の拘束力の意味を「既に判断済みのものを不当に掘り返させないもの」と理解するのであればa説によった見解となり、破棄判決の拘束力を裁判所法4条の趣旨を実現する道具としてより機能的に捉える—すなわち、上級審による破棄の直接の理由についての判断を無為にしまわないかどうかを問題とする—のであれば、b説によった見解となるというように整理できるのかもしれない<sup>43</sup>。

しかしながら、本決定の論理との関係では、a説とb説の両者の違いを論じるよりも、むしろ両者の最大公約数を見出す方が重要であるように思われる。なぜならば、後で見るように本決定の判示からは、両者のどちらによった論理を採っているのか判断できないからである。そして、以上の整理を踏まえれば、その最大公約数として、①「上訴⇔差戻」の不毛な循環の回避という裁判所法4条の趣旨理解、②上級審で判断がなされたことへの考慮、③破棄の直接の理由との関係性への考慮が見いだされよう。

### （3）学説の議論からみる本決定の考察

本決定は、裁判所法4条の趣旨を「審級制度の存在を前提に、事件が上級審の裁判所と下級審の裁判所とをいたずらに往復することを防止しよう

43 この両者の違いは突き詰めると破棄判決の拘束力の法的性質の議論に行き着くように思われるが、判例評釈の趣旨から離れることや紙幅の都合上、これ以上は論じない。

とするもの」としており、その上で、第1次控訴審が第1次第1審判決の認定に事実誤認はないと判断した上で量刑不当を理由にこれを破棄したとする。そして「刑の量定は、犯人性の認定を当然の前提とするものである」と指摘している。一見すると、犯人性の事実認定と刑の量定の関係について「当然の前提」と述べている点で、b説の、とりわけ高田の見解と親和性があるように思われる。他方で、第1次控訴審判決が「事実誤認はないと判断した」点を重視しているようにも思われ、その点に着目すれば、a説の平野の見解に親和的であるようにも読める。

このように考えれば、やはり本決定の判示からは、両者のどちらの考えに近いのかは判断することができない。しかしながら、上記の検討からいえるのは、先に見た両学説の最大公約数①②③は、本決定を加えてもなお、変化しないということである（当てはめると、①上級審と下級審のいたずらな往復の防止という裁判所法4条の趣旨の理解、②第1次控訴審において犯人性についての事実誤認がないと判断がなされていることへの考慮、③「当然の前提」という破棄の直接の理由との関係性の考慮、となる）。このことが意味しているのは、最高裁も学説の理論的基盤を共有しているため、両学説において破棄判決の拘束力が及ぶとされる場合について最高裁も同様の結論を採る可能性があるということである。したがって、今後の判例の展開を検討するにあたっては、学説の動向にも注目する意義が十分に認められるだろう。

#### （4）本決定を踏まえた判例法理の射程について

##### A. 本決定の射程が及ぶ可能性のある想定事例

繰り返しになるが、本決定は、審理の対象となり、破棄の直接の理由の当然の前提となっている犯人性の認定に事実誤認がないという判断にも、破棄判決の拘束力が及ぶとした。

したがって、たとえば訴訟手続の法令違反や法令適用の誤りと事実誤認

のような一方が他方に対する論理的前提となっているような場合においては、破棄の理由となった一方の判断だけでなく、論理的前提となっている他方の判断にも拘束力が及ぶというのが、「一貫した処理になるはずである」とされている<sup>44</sup>。

## B. 将来的に問題となりうる状況について

前述のとおり本決定と学説（特にa説とb説）は、共通の理論的基礎を有していることは確認できたが、学説に関しては、事案次第で異なる結論に至る可能性がある。では、その場合、学説と共通の理論的基礎を有する最高裁がどのような判断を示すことになるかは、予測できない。以下では、今後判例において問題となりうる状況を指摘しておきたい。

第1に、本件とは異なり、量刑不当のみが控訴理由とされ、控訴審判決においても事実誤認に言及することなく量刑不当のみが認められて破棄差戻となった場合に、量刑不当の論理的前提である第1審の事実認定にも拘束力は生じるのか。この問題については、裁判所法4条の趣旨に照らして「破棄理由の判断の論理的前提となっている事柄については、上訴審裁判所による黙示の判断があったとみるのがむしろ自然であ」として、拘束力を肯定する見解が有力に主張されている<sup>45</sup>。また、破棄判決の拘束力の法的性質について既判力説（既決説）<sup>46</sup>を採る立場の論者からは、この場合について、「第1審判決に対して双方が量刑不当のみ控訴趣意として主張したということは、第1審の事実認定については上訴がなされなかった

44 岩下・前掲注1）126頁。さらに、「ただし、ここにいる論理的前提の関係は、判断の順序だけから抽象的に形成されるものではなくて、具体的現実的に肯定されなければならないだろう」とする。

45 川出・前掲注1）159頁。

46 辻本・前掲注1）184頁によれば、既判力説は、「控訴審が法律点又は事実点について判断を示し、これが原審に差し戻された時点で、その判断が確定する」と理解する。

のであり、その判断部分についてはすでに確定されたものとして、差戻し後の審理において拘束力が生じるのは当然だということになる」として見解が示されている<sup>47</sup>。他方で、控訴審が明示的に判断しなかった部分については拘束力を否定する見解も主張されている<sup>48</sup>。さらに、このような場合において差戻審で事実誤認について争うことは上訴理由の後出しであり、これに対する制限の必要には、「破棄判決の拘束力ではなく、権利濫用論で対処すべき」として、拘束力の拡張を否定する見解もある<sup>49</sup>。検討課題として残されている。

第2に、破棄の直接の理由と「当然の前提」の関係にない判断に拘束力が生じるのかという問題である。例えば、a説の中谷の見解で例示されているような「並立的な控訴理由の一部を認めて破棄する場合<sup>50</sup>」には、破棄理由となった一部の控訴理由と認められなかった並立的な控訴理由の両者は、「当然の前提」の関係にない。a説によれば、「それ（破棄理由以外の控訴理由は認められないとする判断—引用者注）が明示されている限り、差戻審にその点に関する検討を求めていることが明らかであるから」、拘束力が生じるとされる。b説の考え方では、必ずしも統一的な結論が導き出されるわけではないだろう。また、併合罪のうち、x訴因が有罪、y訴因が無罪と判決され、検察側と被告人側の双方が上訴して検察官の控訴趣意のみ認められて差し戻されたような場合にはどのように考えるべきか。これらも検討課題として残されている。

#### 4. 本決定の意義

本決定は、破棄の直接の理由とは別個の事由についての上級審の判断に

---

47 辻本・前掲注1) 186頁、加藤・前掲注1) 149頁。

48 平場・前掲注41) 301頁、松尾浩也 監修『条解 刑事訴訟法』（弘文堂、第5版、2022年）1171頁。

49 後藤昭「破棄判決の拘束力」刑弁120号（2024年）46頁。

50 井上・前掲注34) 254頁 [中谷]。

についても、下級審が拘束される場合があるということを最高裁として初めて認めたものである。この点で、いわゆる破棄判決の拘束力の及ぶ範囲について、新たな判断を示したものである。それゆえ、本決定は破棄差戻後の審理の指針となるものであって、実務においてはもちろん、理論的にも、重要な意義を有すると考えられる。

#### 本決定に関する評釈等

岩下雅充「判批」法教521号（2024年）126頁。熊代雅音「判解」ジュリ1596号（2024年）114頁、川出敏裕「判批」令和5年度重判解（2024年）158頁、辻本典央「判批」速判解35号（2024年）183頁、青柳勤「判批」刑ジャ81号（2024年）141頁、廣瀬裕亮「判批」ジュリ（2024年）162頁、加藤克佳「判批」専修ロージャーナル20号（2024年）139頁。



## 「理想的な社会保障」の探求

—山下慎一『社会保障のどこが問題か—

「勤労の義務」という呪縛』（ちくま新書、2024年）の検討—

妹 尾 知 則\*

### はじめに

すべての人々に「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するために必要不可欠な社会保障制度だが、現実には、十分に機能しているとはいえない。そのような現実を克服するために、現行の社会保障制度の問題点を明らかにし、改革の方向を検討することは喫緊の課題であり、そのためにも、活発な議論が求められる。

本書は、「労働と社会保障を切り離す」という大胆な問題提起によって、この課題を解決するための議論に一石を投じている。評者が参加する研究会では、従来から労働と社会保障との結びつきを重視しながら、すべての人にディーセントな労働と生活を保障するために、日本の社会法をめぐる課題を提起してきた<sup>1</sup>。本書は、「すべての人の生存権保障」という点では、

\* せのおともり 龍谷大学法学部 非常勤講師

1 その研究成果として、脇田滋・井上英夫・木下秀雄編『若者の雇用・社会保障—主体形成と制度・政策の課題』（日本評論社、2008年）、脇田滋・矢野昌浩・木下秀雄編『常態化する失業と労働・社会保障—危機下における法規制の課題』（日本評論社、2014年）、矢野昌浩・脇田滋・木下秀雄編『雇用社会の危機と労働・社会保障の展望』（日本評論社、2017年）、木下秀雄・武井寛編『雇用・生活の劣化と労働・社会保障法—コロナ禍を生き方・働き方の転機に』（日本評論社、2021年）、武井寛・嶋田佳広編『ケアの地平—介護と社会保障法・労働法』（日本評論社、2024年）がある。

評者や評者の参加する研究会の問題意識と共通する側面を有していると思うが、その実現のためのアプローチには大きな違いがある。そこで、労働と社会保障との結びつきを重視する立場から、本書の提起を検討することが必要だと考え、取り上げることにした。

また、筆者は、議論を重視している。すなわち、「理想的な社会保障の姿」についての合意形成には困難があることを前提に、「最終的な結論ではなく議論の過程において、多くの人々が共有可能な点を細かに探っていく作業が非常に重要である。その作業を経ることで、本書の示す議論よりもいっそう『良い』ものが必ず得られる」(24頁)とする。そして、本書の終章末尾にはQRコードが掲載されており、読者からの意見や感想、批判の投稿を期待している。その点で、非常に開かれた書といえる。そのような筆者の提起に応えるべく、本稿では、本書の意義とともに、今後深めるべき論点をあげることで、この議論に参加したい。

## 1. 本書の概要

本書は、次のような章立てとなっている。

はじめに

第一章 なぜ働き方によって社会保障が違うのか—労働者と自営業者

第二章 なぜ働き方で分立しているのか—四つの社会保険

第三章 なぜ使いにくいのか—社会保障と情報提供義務

第四章 生活保護のうしろめたさ—社会保障と「勤労の義務」

中間のまとめ 「勤労の義務」という呪縛

第五章 「勤労の義務」の意味—日本国憲法制定時の議論を読む

第六章 働くことと社会保障を切り離す

終章 新しい社会保障のために

「はじめに」では、介護保険利用における利用費減額をめぐる筆者の体

験を踏まえて、①制度が非常に複雑であること、②利用者に心理的抵抗感があること、③働き方によって適用関係が異なることが指摘される。そして、情報技術の発展や社会の変容、それに伴う価値観の変容によって、働き方・生き方の多様化した時代に適合する社会保障を考えるべきであるとする。そして、その改革にかかわって、日本国憲法の「勤労の義務」に関する理解、人々の法意識にも着目するとし、各章で、具体的な展開をおこなっている。

第一章では、現行の社会保障制度が働き方によって適用に違いがあること、すなわち、介護保険を除く社会保険の適用関係が、労働者か自営業者かによって違うことを確認している。とりわけ、自営業者の給付水準が労働者のそれよりも劣ったものとなっていることを指摘する。

なお、本書では、社会保険の適用の違いに着目するために、「自営業者」という場合に、一定の非正規労働者・零細企業労働者など、労働者向け社会保険に加入できない労働者も念頭に置いている。

そして、第二章では、現行制度のような違いが生まれた理由を探るべく、制度設計時点での制度分立の理由、その後の制度改革において、その分立が維持された理由を、法案審議を中心に検討している。とくに制度形成時の議論が丁寧に整理されており、たとえば、公的年金では、自営業者とは家族経営的農林業であること、自営業者の所得の把握が困難であることなどが主な理由であったことがわかる。また、労働保険については、生産手段を所有しており、事業の継続・廃業の判断を自ら行える自営業者との相性の悪さが原因であることを指摘している。そして、日本の社会保障は、労働者を中心的な保護対象として形成・確立してきたため、自営業者への保護は相対的に手薄な状態だったが、家族経営的農林業が中心であった当時の自営業者の実態からすると必然性をもってたと結論づける。

第三章では、日本の社会保障の使いにくさとかかわって情報提供義務をめぐる裁判事例を整理している。すなわち、永井訴訟高裁判決<sup>2</sup>では、法

律上の明文規定がないために、法的救済が困難とされたものの、その後の裁判例では、①社会保障は複雑で理解困難、②一般市民は行政の説明を頼りにするほかない、③社会的な正義の観念・物事の道理、という点から行政の情報提供義務を認めるものが現れていることを指摘する<sup>3</sup>。また、行政以外の情報提供義務として、介護保険における負担限度額認定を説明しなかった老健施設の法的責任が認められたことも紹介する。企業年金をめぐる事例との比較も踏まえつつ、社会保障を法的な条件に当てはまるすべての人が利用可能となるための情報提供義務の意義を明らかにする。その一方で、情報提供義務の限界として、①裁判を通じた事後的救済であること、②場合によっては、行政側に大きな負担が生じること、③民間主体が行政の「肩代わり」をさせられる危険性、を指摘する。

第四章では、生活保護におけるうしろめたさを「労働の義務」との関係で分析する。一つが、友禅の仕事のために自動車を保有していた生活保護受給者に対する指導・指示をめぐる事例である。この事件では、友禅の仕事の収入が減ったために、「生活保護を受け続けるために、自動車を処分して他の仕事を見つけた方がよい」との考えをもとに行政が、自動車の処分を求め続けた。筆者は、この行政の考えは職業選択の自由に違反するおそれさえあると指摘している。しかし、この事件について、①高裁の判決では、転職を勧めることと職業選択の自由とが対立するという問題意識が感じられないこと<sup>4</sup>、②筆者がいくつかの研究会でこの判決を紹介し、

---

2 1993(平成5)年10月5日(判自第124号50頁)。

3 ただし、争点になったのが一般的な周知広報か個別具体的な説明かの違いがある。

4 なお、この事件では、福祉事務所長が生活保護法第27条1項に基づく指示を行った際、書面には、「友禅の仕事の収入を月額11万円(必要経費を除く)まで増収してください」としており、自動車処分を直接の指示として記載していなかった。そのため、最高裁2014(平成26)年10月23日第一小法廷判決(判時2245号10頁)では、指示内容に自動車処分は含まれていないと判断しており、自動車処分をして転職することを指示することが適切かどうかは直接判断しなかった。

職業選択の自由との関連を提起したところ、「生活保護受給者との関係では、職業選択の自由は考えなくてよいのではないか」との反論を受けたこと、を紹介する。そして、なぜ裁判所も研究者も、そのように考えるのかという理由について、筆者は「勤労の義務」が生存権の法的前提であるという構図があるのではないかと指摘する。もう一つは、不正受給に対する人々の厳しい評価である。筆者は、この厳しい評価には、「働くこと（働かない／働けない場合にはその代わりとなる労苦を果たすこと）」に対する強い規範意識があるのではないかと分析する。

以上から中間のまとめとして、社会保障の問題点の根底にあるものと解決すべき三つの課題を提示する。すなわち、憲法上の「勤労の義務」が、働き方・生き方の激変のなかで社会保障制度の構想の「外枠」を規定してしまう可能性があることから、勤労の義務の法的意味を検討する必要性が指摘される（第一の課題）。労働者を中心として社会保障が形成された経緯から、新しい社会保障のあり方を構想する前提としての社会保障形成期以降の働き方に関する社会情勢の変化、社会保障をめぐる議論の変容を明らかにすること（第二の課題）。「働かざる者食うべからず」の倫理観が権利行使を阻害している現状から、そのような倫理観が存在していてもなお、適切に作動する社会保障を築くために、本人による申請をベースとした社会保障に代わる制度設計の構想（第三の課題）である。

第五章では、第一の課題である「勤労の義務」の意味を検討している。すなわち、憲法制定時の帝国議会における小委員会での議論を丁寧に整理することで、①「労働」か「勤労」かについて、肉体労働より広い意味を含める「勤労」を選んだこと、②勤労は雇用関係を中心にして考えられていること、③勤労の義務は、道徳的義務と考える点で一致していることを明らかにする。そして「勤労の義務」に法的効力をみとめる通説的見解と歴史的経緯とは一致せず、「働くこと」を社会保障受給のための法的な前提条件と考える必要はないと指摘する。

第六章は、第二の課題に対応している。まず、働き方の変化として、国民健康保険加入者の中心が、かつての農林水産業から、無職者と被用者へと変化しており、国民年金も非正規労働者が4割近いこと、自営業者も中心がフリーランスであることを確認している。また、労働者の働き方が大きな変革に直面しているとして、①情報技術の発展、とりわけAIの活用によって、仕事が情報に奪われる可能性、自営業者と労働者どで仕事の奪い合いが起きる可能性、②労働者の働き方の仕組みそのものの変革の可能性、具体的には、労働者の働き方における「職務給」の導入によって、職務やプロジェクトの間みみの労働が増えるため、非正規労働者又は自営業者がさらに増大していく可能性、を指摘する。

また、社会保障をめぐる論争史から、労働者を中心として社会保障を議論する問題点をあげる。つまり、①働き方の順位付け・階層化を生じさせること、②労働者と自営業者という働き方の差異に適切に対応した運用は、労働者性の判断によるため不可能に近いこと、である。そして、社会保障と「働くこと」の切り離しを構想する。ただし、その際、技術的な問題として、①所得把握における公平性、②保険料徴収における事業主負担の有無、③働いている状態と休業状態との判別の困難性があることは意識しており、それを解決することも筆者の終章での課題となっている。

終章では、現行制度をベースとした構想と、まったく新しい社会保障の2通りの改革案を提起している。

現行制度をベースとした構想として、①年金は、所得に比例する単一かつ一層型の公的年金制度（上乘せ部分としての任意加入の年金制度）、②医療保険は、国民健康保険での傷病手当金・出産手当金の恒久化・義務化、③雇用保険は、「失業」概念を「廃業」を含むものに再構成し、自己都合退職における給付制限という「制裁」をなくす、④労災保険は、企業の営利性を抽象的にとらえることで、自営業者をも含める、を提起する。なお、技術的な問題については、所得の捕捉や休業の有無はマイナンバーの活用、

必要経費についてはマイナンバーの活用とともに、所得情報と社会保障給付の連動による必要経費の過剰な計上を避ける誘因づくりで解決する方向を示す。拠出については、ドイツの芸術家に関する社会保険制度を参考事例として挙げつつ、働く人・企業・国家の三者拠出としている。さらに、マイナンバーによって利用可能な社会保障給付をプッシュ的に通知する、あるいは、自動的に給付することで複雑な制度のもとでも利用しやすさを確保する。生活保護では、稼働能力活用要件の削除も可能としつつ、「働かざる者食うべからず」の倫理観が存在してももれなく給付が実現できるとしている。

「まったく新しい社会保障」については、「働くことと社会保障」「働き方と社会保障」の切り離しを徹底する観点で構想している。社会保険の所得保障の仕組みのうち、終身給付を前提とする公的年金の各種年金と労災保険の各種補償年金は、単一の年金制度にし、障害・遺族という事情が生じた原因が仕事に関するか否かも問わないものとし、給付は従前所得に比例させるといふ。一方、社会保険の短期的な所得保障（傷病手当金、出産手当金、雇用保険の失業時の各種給付、育児休業給付金・介護休業給付金、労災保険の休業補償給付）は、短期的所得保険としてまとめ、所得が急変した事情を問わず、過去数カ月の平均所得の3分の2の額を給付することが構想されている。社会保険において残ったサービス給付については、労災保険の療養補償給付は医療保険と統合し、社会福祉分野の障がいのある人に対する医療保障である自立支援医療なども医療保険に統合し、障害のある60歳未満の人に対する介護保障の仕組みも介護保険に統合する、とされる。このように社会保険制度を再編したうえで、保険料は所得比例で徴収し、個人・法人が負担するとともに、国庫負担も投入することとされている。最低生活保障については一律水準の給付を想定し、ベーシック・インカム（以下、BI）、あるいは負の所得税・給付付き税額控除などが提案されている。

最後に、このような「働くこと」と社会保障を切り離す提案への反論として、財源論、人々の怠惰化を想定しつつ、それへの反論を試みている。前者については、本当に必要な制度であれば、財源はどのような手段によってでも確保しなければならないことを主張するとともに、制度の複雑さのなかで増税などの負担面のみにフォーカスが当たる現状のもとで社会保障の抱える問題点の見通しを良くすることが本書の意図であると述べている。後者について、その可能性は認めつつ、社会保険・最低生活保障が確保されることでこそ創造的かつ挑戦的な仕事をする人が増える可能性があること、ボランティアや家族によるケア労働のような直接の経済的利益に換算されてこなかった行為の価値の見直しもあり得ること、日本の現状からして、怠惰化というのは、そもそも杞憂となる可能性を主張している。

## 2. 本書の意義

以上のように、本書は、立法過程における議論を踏まえつつ、すべての人の生存権を保障するために大胆な改革案を提起している。そのような本書には、評者のくみ取れる範囲でも少なくとも、以下のような意義があるだろう。

第一に、働き方による社会保障の格差に対する問題提起である。労働保険や被用者保険によってカバーされる労働者とそうではない働き方をする者との間に社会保障において格差が生じていることは、厳然たる事実である。その問題に向き合い、解決策を模索することの必要性を、本書は鮮明にしている。本書では、この点について、「働くこと」と社会保障とを切り離し、どのような働き方・生き方をしても、同じ保障にすることを大胆に提起する。評者は、この解決策に、必ずしも賛同しないし、「働くこと」と社会保障を結びつけることは、重要であると考えている。しかし、このような問題提起は、評者のような立場の者にも、この問題をどのよう

に解決するのかを鋭く問うものとなっている。

第二に、日本国憲法における「勤労の義務」の法的性格を制定過程から丁寧に検討している。憲法学における有力説では、「勤労の義務」から生活保護法第4条の稼働能力活用要件、雇用保険法における給付制限を正当化してきた。これに対する批判的検討は、少数ながら行われてきた<sup>5</sup>。本書は、「勤労の義務」に関する憲法制定時の議論、とくに小委員会での議論を丁寧に検討したうえで、通説的見解が歴史的経緯と一致しないことを明らかにしている。この点は、筆者の社会保障改革の前提として重要な意義をもっているだけでなく、とりわけ、生活保護法第4条の稼働能力活用要件をめぐる立法論との関係でも重要である。立法論として、これまでも稼働能力活用要件の緩和・撤廃が提起されてきた<sup>6</sup>。しかし、「勤労の義務」に抽象的にでも法的意味を認めるならば、このような法改正は違憲の評価を受けることになり得る<sup>7</sup>。本書が、憲法制定時の議論では、「勤労の義務」が道徳的規定とされていたことを明らかにしたことは、上記のような立法論を主張する際に重要な根拠を与えるものだといえる。

第三に、社会保険の二元化について、戦後の制度形成期を中心とした政

---

5 笹沼弘志『臨床憲法学』（日本評論社、2014年、139-141頁）、辻健太「生存権と勤労の義務をめぐって」尾形健編『福祉権保障の現代的展開—生存権論のフロンティアへ』（日本評論社、2018年、43-46頁）参照。

6 布川日佐史『生活保護の論点—最低基準・稼働能力・自立支援プログラム』（山吹書店、2009年）111頁、阿部和光『生活保護の法的課題』（成文堂、2012年）221頁、木下秀雄「井上社会保障法論について—生存権議論との関連」矢鳥里絵・田中明彦・石田道彦・高田清恵・鈴木静編『人権としての社会保障—人間の尊厳と住み続ける権利』（法律文化社、2013年）10頁、田中明彦「構造的失業と生活保護」脇田滋ほか編『常態化する失業と労働・社会保障』・前掲（注1）142-143頁、吉永純『生活保護「改革」と生存権の保障—基準引下げ、法改正、生活困窮者自立支援法』（明石書店、2015年）177頁、拙稿「『人間の尊厳』と社会保障」唯物論と現代第61号（2019年）67頁。

7 辻・前掲（注5）45頁。山下慎一「日本国憲法における『勤労の義務』の法的意義」福岡大学法学論叢第65巻3号（2020年）38-40頁も参照。

府の見解の整理である。社会保険制度の改革を考える場合、現行制度がどのような根拠にもとづいて形成されたのかを踏まえることは、必須といえる。その点で、制度形成期における政府の見解を議事録から丁寧に整理している本書は、社会保障改革を展望するうえで重要な役割を果たすのではないだろうか。

第四に、裁判事例を踏まえた社会保障制度の問題点の指摘である。たとえば、情報提供義務をめぐる事例の分析によって、社会保障制度の複雑さが鮮明になっている。また、自動車を処分して転職を求める行政の考えが、「職業選択の自由」と対立するのではないかというのは重要な論点であろう。後者については、薬事法違憲判決<sup>8</sup>において、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである」と論じていることとの関係で、生活保護受給者が当然に制限されてよいかどうかを検討する必要性を感じさせる。

### 3. 検討すべき論点

上述のように、本書は、社会保障制度改革を展望する際、重要な示唆を与えてくれるものである。そのうえで、今後、深めるべき論点も浮かぶ。以下では、評者の考え得る範囲で、今後深めるべき論点をあげてみたい。

#### (1) 社会保障のどこが問題か

第一に、社会保障のどこに問題を見出すかである。本書では、①制度の

---

8 最高裁1975(昭和50)年4月30日大法廷判決(民集29巻4号572頁)。

複雑さ、②利用者の心理的抵抗感、③働き方による適用関係の違いを指摘し、その原因を、「働くこと」「勤労の義務」と「社会保障」が結びついていることに見いだしている。また、制度の複雑さとの関係では、情報提供義務の限界も指摘される。確かに、日本の社会保障をめぐる重要な問題である。

しかし、評者が気になるのは、社会保障の問題を論じているにもかかわらず、社会保障の給付水準への言及がないことである。給付水準自体は、問題がないという認識であろうか。そうであれば、評者としては以下の理由から疑問である。

一つは、制度の複雑さが、給付水準に由来していることを見逃してしまう。たとえば、筆者の経験から、介護保険の利用費減額のための諸制度がわかりにくいことが指摘されているが、これは給付水準の低さゆえのものではないだろうか。すなわち、保険給付の段階において、「自己負担」を求めるために、その負担が過重になりすぎないように、減額制度が設けられたことによる複雑さである。となれば、給付水準を引き上げ、減額制度を設けなくとも、法定の条件を満たしたすべての人に給付を行うことができれば、制度はわかりやすいものになるのではないか<sup>9</sup>。

二つに、利用者の心理的抵抗感にも、給付水準がかかわっているだろう。すなわち、給付を抑制するために「選別主義」的な社会保障制度となっていることで、スティグマを生み出しているのではないか。たとえば、スウェーデンでは、「困っている誰か」だけでなく、「自分たち」も、社会保障制度によって「助けてもらえる」対象になっているとの自覚が根付いており、そこには、「ニーズがあれば、社会保障給付を所得による制限なし

---

9 高額療養費制度なども同様のことがいえるであろう。この制度を利用できなかったために貧困に陥った事例もある（藤田孝典『下流老人——億総老後崩壊の衝撃』朝日新書、2015年、60-63頁参照）が、これは、そもそも一部負担金が過度な負担となるような低い給付水準に本来的な原因があるだろう。

で全ての市民を対象に行う」という「普遍主義」が存在するという指摘がある<sup>10</sup>。給付水準を向上させることで普遍主義的な社会保障制度を実現することは、心理的抵抗感をなくすためにも重要な課題だと考える。

三つに、すべての人に生存権を保障するという問題意識とかかわる。筆者は、働き方による適用関係の違いを問題にし、働くことと社会保障を切り離すことで、すべての国民に生存権を等しく保障する議論の前提が整うという(222頁)。しかし、切り離したとしても、基礎年金の給付額のように低い給付水準であったり、生活保護水準が切り下げられたり<sup>11</sup>すれば、ナショナル・ミニマムの保障は実現できなくなる。生存権保障は給付水準抜きに語れないだろう。

さらにいえば、すべての国民にナショナル・ミニマムを保障することと労働者であることによる保障とは矛盾するのだろうか。ナショナル・ミニマムとして社会保障をすべての人に保障したうえで、所得比例による保障などを行うことはあり得るであろう。すべての人の生存権を保障することとの関係では、むしろ、社会保険の給付水準がナショナル・ミニマムを保障できていないことを問題にすべきであろう。生活保護についても、稼働能力活用要件の撤廃は、「働くこと」と切り離すことを主張していなくても、提起している論者がいる。それは、最後のセーフティ・ネットといわれる生活保護で、稼働能力活用要件を理由に救済がおこなわれなければ、ナショナル・ミニマムをすべての人に保障できないからであろう<sup>12</sup>。

四つに、社会福祉などにおける供給体制の問題はほとんど言及されていないが、問題ではないのだろうか。たとえば、介護報酬の低さから訪問介

---

10 西山貞義「ドイツ・スウェーデン調査報告 世界の流れに逆行し後退する日本の生存権保障」賃金と社会保障第1873号(2025年)25-27頁参照。

11 2013年から3年間かけて生活扶助基準を引き下げ、それが違法とされた(最高裁2025年6月27日第三小法廷判決)ことは、その典型だろう。

12 なお、本書では、構想の中で、稼働能力活用要件の削除を「可能」だとしているが、筆者が削除すべきだと考えているかは明瞭ではない。

護事業者の倒産・廃業が相次ぎ、地域の事業者が0になった町村が2024年度で109にのぼっている。また、低賃金による担い手不足が社会福祉分野では深刻である<sup>13</sup>。こういった現実、まさに「問題」だろう。そして、それもまた、給付水準の低さが重大な影響を及ぼしている。

以上から、社会保障制度のどこが問題かを問うならば、評者は、第一に給付水準の問題を指摘すべきであったと考える。もちろん、これには、財源をどうするかという問題が伴う<sup>14</sup>が、筆者もいうように、「本当に必要な制度であれば、財源はどのような手段によってでも確保しなければならない」(246頁)のであり、社会保障が抱える問題点を明らかにするためには、給付水準の問題も避けては通れないだろう<sup>15</sup>。本書の意図からすれば、こういった議論こそ積極的に行う必要があったのではないだろうか。

## (2) 国際的な動向

第二に、国際的な動向からの検討の必要性である。制度改革にむけて、ドイツ等を紹介されているのは興味深いものの、労働・社会保障をめぐる国際的な動向への言及が見当たらない。

しかし、国際的には、情報技術の発展による働き方の変化への対応が強

---

13 日下部雅喜「高齢者ケアの『財源』問題—介護保障と介護保険財源を中心に」武井ほか『ケアの地平』・前掲(注1)243-288頁参照。

14 財源を考える場合には、「誰」から「どのように」徴収するのかについても、検討する必要がある。この点で、日本では社会保険における被保険者本人の保険料負担の割合が大きく、事業主負担割合は国際的にみて少ないことが指摘されている(北明美「子育て支援策の歪曲とそのゆくえ」女性労働研究第68号(2024年)91頁)。また、フランスやアメリカの税制度を踏まえて、社会保障の費用負担をより応能的に行う方向に変革する方策を提起する、諸富徹『税と社会保障—少子化対策の財源はどうあるべきか』(平凡社新書、2024年)は示唆に富む。

15 高額療養費制度における上限見直しをめぐって、がん患者など多くの当事者から抗議の声があがったことは、「自己負担」自体が社会保障制度の利用にとって大きな負の影響を与えていることを示している。この点からも、給付水準をめぐる議論は避けては通れないであろう。

められている。たとえば、近年の働き方の変化のなかで、プラットフォーム労働者の保護を強める動きがILOでは活発になっている。2025年、26年総会で「プラットフォーム経済におけるディーセント・ワークに関する新しい国際労働基準」の討議を決めているのは、その典型だろう。後述の働き方の変化への評価との関係で、この動向を無視してはならないだろう。

また、新自由主義による弊害の克服も重要な課題となっている。この点で、新自由主義の「旗振り役」であったOECDが、2015年ごろから格差・貧困の弊害克服という課題を重視するようになってきたことも注目される<sup>16</sup>。新自由主義のなかで、労働・社会保障のあり方が大きく変容してきた一方で、それを克服する動きが世界的に強まっていることは、社会保障改革を展望するうえでも、重要な視点だろう。日本社会でも新自由主義の影響は重大であり、本書でも、そのような視点から、現行制度の課題を明らかにしていくべきだったのではないだろうか。

### (3) 働き方の変化に関する認識・評価

第三に、働き方をめぐる現状の認識とその評価である。本書では、情報技術の発展や社会変容、それに伴う価値観の変容、AIの活用による雇用の減少も含む働き方の変容のなかで、これまでの「ノーマル」な働き方が変わっていくという認識に立っている。そして、第六章で働き方の変化にかかわって、フリーランスの増加、労働者の働き方の情報技術による変容などを指摘している。しかし、ここには、いくつかの疑問が浮かぶ。

一つは、AIによる雇用の減少ということは、自明のことであろうか。たとえば、AIを訓練するための「マイクロタスク」を人間が非対面型のオンライン・プラットフォーム労働（ゴースト・ワーク）として行ってい

---

16 脇田滋「国際的動向から問われる日本の労働基準—労働基準関係法制研究会『報告書』批判」経済第355号（2025年）92頁、同「高齢者ケア労働者の権利保障をめぐる課題」武井ほか『ケアという地平』・前掲（注1）132-137頁も参照。

る事実があり、人間の労働を取り除くために、人間が行なう新しい仕事が生み出されていることが指摘されている<sup>17</sup>。情報技術の革新が人間の雇用を奪うという議論は、常に存在するが、一方で、引き続き人間の労働を必要としている現実をもとらえておくことが必要であろう。むしろ、その新たに生み出された労働が人間らしい働き方・暮らし方を実現できるのか、実現できないならば、何が原因であり、どう改善するかを検討しなければならない。

今の点と関わるが、二つは、情報技術の発展が、当然に「ノーマル」な働き方が変わることにつながるのであろうか。たとえば、情報技術の発展とかかわって、プラットフォーム労働を含むフリーランスについて、これまでとは違う「自由な働き方」を可能にしており、働き手も望んでいるものとして評価されることがある。

しかし、2020年7月に閣議決定された「成長戦略実行計画」では、「多様な働き方の拡大、ギグエコノミーの拡大による高齢者雇用の拡大、健康寿命の延伸、社会保障の支え手・働き手の増加などの観点からも、個人がフリーランスを選択できる環境を整える必要がある」としている。政府は、フリーランスの推進を労働力の確保、社会保障削減を目的とした高齢者の労働力化といった目的のために進めている<sup>18</sup>。つまり、情報技術の発展のもとで、労働者が自ら望んでこれまでのような「ノーマル」な働き方以外を選択しているのではなく、企業が情報技術の発展を利用しつつ、労働力確保のために労働者としての保護のないフリーランスという形式で人々を働かせ、それを政府が支援しているという側面を見落としてはならないだ

---

17 内田聖子『デジタル・デモクラシー—ビッグ・テックを包囲するグローバル市民社会』（地平社、2024年）136-139頁参照。

18 伍賀一道『雇用と働き方から見た現代貧困論』（学習の友社、2025年）では、2016年以降の政府内での「雇用によらない働き方」を推進する動きを指摘（137頁）したうえで、プラットフォーム企業による個人事業主化について詳細に検討している（158-192頁）。

ろう。そうであれば、そもそも、フリーランスのような働き方が増えてきていることを当然のこととしてとらえる妥当性が問われる。本書では、「生産手段をもたない自営業者が増大するかもしれない」（206頁）という指摘をしているが、それは生産手段をもたないゆえに経済的に従属する労働者そのものではないのか。むしろ、そのような経済的に従属する働き手を「自営業者」として扱い、労働者の権利を保障しない状況を改善することこそ求められよう<sup>19</sup>。

三つに、労働者の価値観の変容によって、従来の「ノーマル」な働き方以外を選択するといった場合、その価値観とは何かが重要である。たとえば、働く側が「労働者であること」を希望しないのは、①1985年の「労働基準法研究会報告」によって、労基法上の労働者性について「企業への拘束性の強い働き方」を想定してしまっていること、②精神疾患を生み出すような職場環境の悪化による忌避意識があること、が指摘されている<sup>20</sup>。

それとかかわって、企業での経済活動だけではなく、家族のケアやボランティア、地域活動などを重視したいという働く者の価値観の変容もあろう。そのようなケアやボランティア等を担うことができないような働き方を忌避するということはあり得るだろう。しかし、重要なのは、そのような価値観に基づく生き方を、なぜ日本の正社員といわれる働き方では実現できないか、である。それを等閑視して、正社員という「ノーマル」な働き方以外を価値観の変容のもとで選んでいるというのは、世界的課題となっているディーセント・ワークの実現という点からも、問題である<sup>21</sup>。

---

19 実際に、国際的には、そのような方向で政策が進められているといえる（脇田滋『「雇用類似の働き方」に対する各国の裁判・法規制と日本への示唆』労働総研クォーターリー126号（2023年）60-73頁）。

20 伍賀・前掲（注18）186-189頁。

21 ディーセント・ワークの実現は、日本政府も賛成したSDGsでも位置付けられている。そして、日本国憲法の人権条項を踏まえれば、人権としてディーセント・ワークを実現する必要があるという指摘もある（西谷敏『人権としてのディーセント・ワーク—働きがいのある人間らしい仕事』（旬報社、2011年））

こういう問題点を見ずに、社会保障を変えればよいということになれば、日本における過酷な労働実態の克服という重要な課題が曖昧にされてしまうだろう<sup>22</sup>。

(4) 非正規労働者・零細企業労働者を「自営業」に分類することの妥当性

第四に、分類の妥当性がある。本書では、社会保険の適用の違いに着目するために、「自営業者」のなかに、一定の非正規労働者などの労働者向け社会保険に加入できない労働者をも含めている。確かに、一定の非正規労働者や零細企業労働者が労働者向けの社会保険に加入できず、不安定な雇用であるうえに生活保障においても劣位に置かれてしまうという問題がある。

しかし、それをもって自営業者と同じように扱うことは妥当であろうか。むしろ、低所得・不安定になりやすい労働者が、労働者として社会保険に加入できないことの妥当性自体を問う必要がある。たとえば、非正規労働者であれば、正規雇用の場合に企業が負担する社会保険料を負担しなくてよいという理解と実務が存在している状況の問題性を明らかにするためにも、非正規労働者の生活保障システムとしての被用者保険・労働保険の意義を確認することが必要であるという指摘がある<sup>23</sup>。このような視点に

---

↘参照)。

22 なお、ケアなどの活動を重視する立場から生活時間に着目し、労働時間短縮を求める主張は以前から存在する(浅倉むつ子「なんのための労働時間短縮なのか」世界2017年11月号118-125頁参照)。また、勤務地変更を伴う配転の問題も、ここでは重要な論点となる。この問題に関して、緒方桂子「転勤命令を受けた夫とその妻のこ—ジェンダー平等と日本型福祉社会を問い直す」國武英生・沼田雅之・山川和義・山下昇編『日本的雇用を問い直す—これからの労働法をどう考えるか』(日本評論社、2024年)131-143頁、和田肇『労働政策立法学の構想』(旬報社、2024年)275-303頁参照。

23 木下秀雄「おわりにかえて」脇田滋ほか『常態化する失業と労働・社会保障』・前掲(注1)327-332頁。なお、ここでは、被用者保険と労働保険をあわせて「労働者保険」としている。

立てば、1980年の「内翰」のように、非正規労働者の被用者保険適用を、安易に制限し、それを「家計補助的労働」論などで正当化してきた社会保障行政のあり方、それを前提にしたうえで、非正規労働者の限定的な「適用拡大」をおこなった法改正について、批判的に検討する必要性が明らかになろう<sup>24</sup>。また、働き方が多様化してきたというが、非正規労働者を被用者保険から適用除外した結果、使用者が保険料負担を回避するために非正規労働者を増加させてきたという評価も可能であろう。本書のような分類では、こういった視点が弱くなってしまっているのではないのか。

#### (5) 制度分立と男性稼ぎ主モデル

第四の論点と関わって、第五に、本書では、公的年金における基礎年金制度への転換に関する議論がない。しかし、この改革は、夫が家計収入の主たる稼ぎ手であり、妻が家事や育児・介護をおもに担うことを想定していた男性稼ぎ主モデル<sup>25</sup>のもとで、「扶養」の範囲内で女性がパート労働を行うことを想定した制度設計となっている。それは、一方で、無権利な労働者を生み出し、他方で、「特定の家族像」（特定の生き方）を奨励する制度設計となっているといえよう。このような制度改革がおこなわれたことを踏まえて、1985年を「貧困元年」とする評価もある<sup>26</sup>。筆者が、すべ

24 1980年の「内翰」をめぐる問題を指摘するものとして、川崎航史郎「パートタイマーに対する被用者保険適用基準の差別的構造—1980年内翰の形成過程を通じた批判的検討—」龍谷法学第44巻2号（2011年）67-117頁。

25 大沢真理編『証人と包摂へ—ジェンダー社会科学の可能性第2巻』（岩波書店、2011年）217頁〔大沢真理執筆〕では、「男性稼ぎ主」型を福祉国家／レジームないし生活保障システムの型の1つとして、本文のような定義をおこなっている。

26 藤原千沙「貧困元年としての1985年」女たちの21世紀第57号（2009年）19-21頁。また、大沢真理『生活保障のガバナンス—ジェンダーとお金の流れで読み解く』（有斐閣、2013年）では、「日本型福祉社会」のスローガンのもと、「男性稼ぎ主」型が強化されたとし、ジェンダー視点から国民年金の第3号被保険者制度の創設、遺族年金制度の50年代以来の変遷の到達点ともいえる状態に至ったことが重

ての人が不安なく生活できる社会保障を目指していることからすれば、このような「特定の家族像」かどうかで保障のあり方が変わるような社会保障制度の改革は、批判的に検討されるべきだったのではないだろうか。これは、ジェンダー平等を求める国際動向からしても、必要な視点だといえる。

また、日本の社会保障の形成・確立が労働者を中心にしてきたというが、社会政策の歴史からすると各国共通の側面があるのではないか。問題は、なぜ日本では、制度が分立しているのかだろう。つまり、日本の社会保険の歴史でいうと、低賃金労働者を被用者保険から排除して形成され、それを不問にしながら低水準の国保・国年による「皆保険」「皆年金」となった点に着目することが必要だったのではないだろうか。

#### (6) 情報提供義務と公務員の専門性

第六に、情報提供義務の限界が語られている。それ自体は重要な指摘であるが、情報提供義務が場合によって行政に大きな負担が生じるという評価については、公務員の専門性について留意が必要であろう。社会保障行政のとりわけ市民と接する公務員の専門性を軽視している日本の社会保障行政のなかで、行政に大きな負担が生じるということだけを強調することは、結果として、現状肯定となりかねない。本人の状況と意向を踏まえつつ、制度につなげる専門職の役割<sup>27</sup>と、それが十分に機能していない日本の現状への批判的検討がまずは必要ではないか。著者の構想では、マイナ

---

ㄨ 要であると指摘している (134-162頁参照)。

27 専門職の重要性を、フランスの事例から明らかにするものとして、安發明子『一人ひとりに届ける福祉が支える フランスの子どもの育ちと家族』（かもがわ出版、2023年）参照。また、韓国調査をもとに、日本でも公的扶助のケースワーカーに専門的知識と技術を求めるものとして、柘植直哉「韓国の国民基礎生活保障制度 韓国調査から見た日本の生存権保障の後進性」賃金と社会保障第1873号（2025年）4-15頁。

ンバー制度による状況把握・自動給付で問題がなくなるという見通しだろうが、この点については、後述する。

### (7) 不正受給と国民の意識

第七に、「勤労の義務」による社会保障への影響をめぐっても、深めるべき点がある。第4章で触れられた不正受給への厳しい評価である。本書では、勤労規範を、その主な理由として見ているように思われる。しかし、それは正確であろうか。もっとさまざまな要因を分析する必要がある。

たとえば、国民の多くは、「不正受給」の実態を知らされていない。このことが、「不正受給」への厳しい評価につながっているといえよう。不正受給が生活保護給付全体に占める割合が極めて低い（件数ベースで2%、金額ベースで0.4%程度）ことは知らされず、法的な「不正受給」の意味と一般的なイメージとの齟齬があるにもかかわらず、メディアを通して、その齟齬が拡大再生産されている。また、「不正受給」ではない事案を、「不正受給」のように扱う政治家の言動や報道も存在する<sup>28</sup>。不正受給への厳しい評価の克服には、このような状況への手立てこそ必要ではないか<sup>29</sup>。人間の意識は、規範意識も含めて勝手には生まれない。現実社会の

---

28 2012年、お笑い芸人の母親が生活保護を受給しているという週刊誌報道をきっかけとした「生活保護バッシング」は、その典型といえよう（藤田和恵『不寛容の時代 ボクらは『貧困共生社会』を生きている』（くんぶる、2021年）155-157頁参照）。

29 なお、本書132頁では、「不正受給は増えているのか」という小見出しにもかかわらず、その推移については図表で示しているのみで本文での言及は、令和2年度の不正受給件数と合計金額だけとなり、件数、金額ともに見過ごすことのできない規模であることだけが指摘されている。図表で見れば、「不正受給」は減っており、厚労省も、社会保障審議会生活困窮者自立支援及び生活保護部会の資料「生活保護制度の現状について」（令和4年6月3日）において、「不正受給件数及び金額は、ここ数年は減少傾向にある」としている。小見出しからすると、この点は指摘しておくべきだっただろう。また、不正受給の「量」を問題とするならば、本文でも述べた保護費全体に占める「不正受給」の割

反映である。とすれば、このような社会・政治状況などを含めた検討が必要であろう<sup>30</sup>。

#### (8) 筆者の構想への疑問

第八に、筆者の構想についても、疑問がある。

まず、現行制度をベースにした構想については、①所得比例・単一の年金制度となったとき、無収入である場合はどうなるのか、②医療保険で給付を統一しても、低所得層を企業の負担がない国民健康保険のままにするのか、その場合、保険料負担の格差はどうするのか、といった疑問が浮かぶ。構想自体が、大まかな全体像を示しているのであって、細かいところは割愛している可能性はあるが、これまで見てきた論点ともかかわって、これらの問題をどう解決するのかを明らかにすることは、重要であると考ええる。

次に、「まったく新しい社会保障」の構想については、①保険事故が生じた原因を問わないことで労災保険もほかの社会保険と統合されるため、保険料抛出における企業の責任があいまいになるのではないか、②最低生活保障では、BIによる一律給付だけが言及され、これだけで生活保護に代替できるかのような記述に見えるがそれが可能かどうか、といった疑問が浮かぶ。労災保険の医療給付を他の制度と統合してしまうとなれば、戦

---

ㄨ 合についても指摘しておくべきだっただろう。メディアなどでは、生活保護にかかわる報道において、「不正受給」に焦点が当たりやすい一方、生活保護の捕捉率の低さ（2～3割）への言及は少ない。こういった状況も人々の生活保護、とりわけ「不正受給」への厳しい意識に影響していると思われる。本書が、読者の意識を問う形をとっているのならば、なおさら、「不正受給」をめぐることは、以上の点について知らせることが必要だったのではないだろうか。

30 なお、最近の一部政党による排外主義をあおることで支持を得ようとする主張も、この点とかわかっており、重大な問題を有していると評者は考える。この点、朝日新聞2025年7月9日「排外主義に『反対』声明 外国人敵視を懸念 NGOなど274団体」を参照。

前の日本における健康保険のようになり、企業の責任が労働者・国民に転嫁されかねないと評者は危惧する。また、最低生活保障でいえば、現行の生活保護法は、基準の決定に際して世帯構成や年齢等を考慮することが定められ（第8条）、保護の種類、程度および方法を要保護者やその世帯の実際の需要に応じて有効かつ適切に定めなければならない（必要即応の原則、第9条）。一律の現金給付で代替するということになれば、このような最低生活保障が、不可能になるのではないかと危惧する。

また、筆者は、将来構想において、マイナンバー制度に対して大きな期待をかけているように思われる。しかし、マイナンバー制度自体、その危険性や憲法との関係は、深めるべき論点となろう。すなわち、①あらゆる情報が行政で統合され「プロファイリング」されることで、日本国憲法の個人の尊重原理に反する可能性<sup>31</sup>、②マイナンバー制度が「健康管理」という自助を評価して医療の自己負担を変動させる提言ともかかわっていることを考えると、マイナンバーによって政府から「給付に値するかどうか」を判別される危険性<sup>32</sup>、③納税についても、ビッグデータとAIをもとに「必要経費」などが判断される場合、「なぜこれが必要経費と認められ

---

31 山本龍彦『おそろしいビッグデータ超類型化AI社会のリスク』（朝日新書、2017年）では、マイナポータルを例に、プロファイリングされることで、個人の意思決定が、政府の政策に誘導される可能性を指摘し、政府が「医療費の抑制に強いインセンティブをもつから、医療や健康に関する個人の決定をかかす方向へと誘導すべく、政府が積極的に選択環境を『調律』することがありうる」として、個人の尊重原理との矛盾を指摘する（126-127頁）。また、同『<超個人主義>の逆説—AI社会への憲法的警句』（弘文堂、2023年）39-41頁も参照。

32 たとえば、自民党の2020年以降の経済財政構想小委員会（小泉進次郎小委員長代理、村井英樹事務局長）の提言「人生100年時代の社会保障へ（メッセージ）」では、現行制度が、「健康管理をしっかりとやってきた方も、そうではなく生活習慣病になってしまった方も、同じ自己負担で治療が受けられる」ことを問題視し、医療・介護で、IT技術を活用し、「個人ごとに検診履歴等を把握し、健康管理にしっかりと取り組んできた方を『ゴールド区分』に出来る。いわば医療介護版の『ゴールド免許』を作り、自己負担を低く設定することで、自助を支援すべきだ」としている。

ないのか」の説明は不可能となる<sup>33</sup>、といったことがすぐに思い浮かぶ。本書では、「勤労の義務」を道徳的規定とすることで、新しい社会保障を構想しているが、その構想実現のために必要だとされるマイナンバー制度が、むしろ、あらたな憲法問題を引き起こしたり、筆者の意図に反して、社会保障の給付削減や選別に使われたりする危険性があることは指摘しておかなければならない。

さらに、労働者か自営業者かという「働き方」の区別をなくすとしているが、構想のとおりにするならば、無償のケア労働は、どのように位置付けられるのだろうか。最低生活保障において言及はあるが、逆にいえば、社会保険において無償のケア労働は評価されないということになるのだろうか。どのような「働き方」でも区別しないとしながらも、いわゆる有償労働と無償労働との区別をどうするかが不鮮明である。評者は、無償のケア労働を適切に評価していない現行の社会保険の改革が必要だと考えている<sup>34</sup>。たとえば、家族等による介護に対する現金給付<sup>35</sup>、無償のケア労働を行う短時間労働者の年金額の租税による引上げ<sup>36</sup>、などが考えられる。

33 山本『おそろしいビッグデータ』・前掲(注31) 75頁以下では、人事採用、融資、保険、教育などの人生の重要な場面で、AIがビッグデータによるプロファイリングで、個人を確率的に評価した場合に、反論することが困難であることを、①コンピューターによる自動化された判断を過信しすぎてしまう傾向を人間は持ってしまう(「自動化バイアス」)こと、②反論の機会が与えられても、そのAIの評価・判断の何が間違っているのかをAIを使う側さえ具体的に説明することができないこと、などから指摘している。納税においても、同じような危険性があるのではないか。

34 ケア労働をめぐる社会保障法・労働法の課題を論じたものとして、武井ほか『ケアという地平』・前掲(注1)参照。

35 ドイツの介護手当(家族などの近隣者による介護に対する現金給付)に関して、木下秀雄『「ケアの視点」からみた介護保障・介護保険』武井ほか『ケアの地平』・前掲(注1) 165-199頁参照。なお、同論文では、子どもを看護養育している場合に介護保険料が減額される仕組みも紹介されており、無償のケア労働との関係からも興味深い。

36 上田真理「第6章 ケアを保障する国家へ」(森ます美・本田一成・緒方桂子・ノ

以上、いくつかの深めるべき点を列挙してみたが、本書の大胆な提起があればこそ、日本の社会保障を改革するにあたって、深めるべき論点があることが鮮明になったといえる。すべての人に生存権を保障する社会保障の実現を目指す点で、評者は筆者と志を同じくしていると思うし、多くの研究者・実務家、この問題に関心のある人々に共通していると思う。だからこそ、議論を重視する本書の立場は、重要であるし、評者も、それに参加しようと思った次第である。今後、さまざまな立場から、この問題について議論が深められることを期待する。

---

↘ 上田真理・連合総研編『非正規という働き方と暮らしの実像—ジェンダー・法制・労働組合を問い直す』旬報社、2024年）112頁参照。評者は、国民年金における第3号被保険者のように特定の家族像における被扶養者に対する制度では、ひとり親世帯などのケア労働を適切に評価できない点で問題と考える。最低保障年金を導入したうえで、本文のような改革が必要ではないだろうか。

## 執筆 者 紹 介 (掲載順)

鈴木 龍也	本学 客員教授
山内 敏弘	元本学 教授、一橋大学名誉教授
吉岡 祥充	本学 名誉教授
戸塚 悦朗	元本学法科大学院 教授
石井 幸三	元本学法学部 教授
神吉 正三	本学 名誉教授
萬井 隆令	本学 名誉教授
藤本 航平	本学大学院法学研究科 博士後期課程
妹尾 知則	本学法学部 非常勤講師



2025年度 龍谷大学法学会役員および評議員

会長	河村尚志	濱中新吾	庶務委員
越山和広	金尚均	玄守道	畠山亮
副会長	木村幹雄	堀清史	永岩慧子
武井寛	古川原明子	本多滝夫	会計委員
評議員	後藤彰子	山田卓平	カライスコアントニオス
相澤育郎	嶋田佳広	吉内佑実	会計監査委員
石埼学	瀬畑源	渡辺博明	中田邦博
石塚武志	丹羽徹	編集委員	
今川嘉文	橋口豊	寺川史朗	
牛尾洋也	橋本祐子	斎藤司	
大森健	浜井浩一	松尾秀哉	
落合雄彦	濱口晶子	若林三奈	

龍谷法学 第58巻 第2号

2025年9月19日 印刷

2025年9月26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. 58, No. 2

September 2025

---

### *Articles*

- A Study of Efforts to Restore Commons Governance in England  
..... Tatsuya SUZUKI ( 1 )
- Concerning the right to life, euthanasia and death with dignity  
..... Toshihiro YAMAUCHI ( 25 )
- A memorandum on the significance and range of Kawashima's theory of common rights  
Reconstructing governance of common lands and the issues of common rights theory  
..... Yoshimitsu YOSHIOKA ( 75 )
- Unlawfulness of Colonization of Korean Peninsula (Part 5)  
Prohibition of underground forced labour and the Chosei Coal Mine incident  
..... Etsuro TOTSUKA (113)

### *Notes*

- On Dician Rule of Law and Constitutionalism (2)  
..... Kozo ISHII (165)
- The Current Situation of Japanese University and the Future Prospects (2)  
..... Shozo KANKI (195)

### *Case law studys*

- part-time, lecturer and entrust contract  
..... Takayoshi YOROI (237)
- The scope of the binding determinations in an appellate judgment  
which, with respect to the first-instance judgment, holds that there was  
no factual error in the finding that the defendant was the perpetrator,  
yet sets that judgment aside on the ground of an inappropriate  
sentence and remands the case to the court of first instance.  
-The Supreme Court Decision of 11 October 2023, Keishu 77/7/379  
..... Kohei FUJIMOTO (269)

### *Book Review*

- Shinichi YAMASHITA "What is wrong with Social Security?:  
The Curse of Duty to Work"  
..... Tomonori SENOO (295)

---

*Published by*

**The Association of Law and Politics  
Ryukoku University  
Kyoto, Japan**