

龍谷法学

第 59 卷 第 1 号

論 説 『所有権法の理論』から『科学としての法律学』へ（二）
——川島法学の展開と課題——

川角 由和

韓半島植民地支配の不法性（その7）

——2025年日韓法律家共同宣言と日韓旧条約原初的無効論

戸塚 悦朗

研究ノート パリ北部における少年保護：現場と担い手

赤池一将／大貝 葵／井上宜裕／ハラス・ドリス

アメリカ連合時代の邦憲法と立憲主義（1）

石井 幸三

翻 訳 ケーリング・オフと「お得な取引」

——通信販売契約における「グリーン・スラッジ」導入の提唱（1）

カライスコス アントニオス

資 料 結社の法人格取得権と家庭連合解散命令事件

～令和7年（ラ）第1003号 特別抗告事件についての最高裁への意見書～

石埼 学

目 次

論 説

『所有権法の理論』から『科学としての法律学』へ（二）

——川島法学の展開と課題——

..... 川角 由和…… 1（1）

韓半島植民地支配の不法性（その7）

——2025年日韓法律家共同宣言と日韓旧条約原初の無効論

..... 戸塚 悦朗…… 39（39）

研究ノート

パリ北部における少年保護：現場と担い手

..... 赤池一将／大貝 葵／井上宜裕／ハラス・ドリス…… 97（97）

アメリカ連合時代の邦憲法と立憲主義（1）

..... 石井 幸三……141（141）

翻 訳

クーリング・オフと「お得な取引」

——通信販売契約における「グリーン・スラッジ」導入の提唱（1）

..... カライスコス アントニオス……189（189）

資 料

結社の法人格取得権と家庭連合解散命令事件

～令和7年（ラ）第1003号 特別抗告事件についての最高裁への意見書～

..... 石埼 学……215（215）

法学会消息……245（245）

法学会2025年度決算報告書……246（246）

法学会会則……252（252）

『所有権法の理論』から『科学としての法律学』へ（二）

——川島法学の展開と課題——

川 角 由 和*

〈目 次〉

1. はじめに
 2. 『所有権法の理論』（1949年）の誕生
 3. 『所有権法の理論』の基本的立脚点とその問題点
 - ① 「法社会学」的なモメントとしての近代的所有権における「人と人との関係」ないし「人間と人間との関係」
 - ② 川島における「法律」の物神性
 - ③ 近代的所有権の観念性と絶対性、川島による所有権の消極的把握・物権的請求権論との関係
 - ④ 近代的所有権の経済学的考察と川島的な法社会学的市民法論の形成
 - ⑤ 近代的所有権と私法・公法の独立的形成（近代国家と市民社会との関係）
 - ⑥ 『所有権法の理論』における「法意識」論
 - ⑦ 「近代的所有権の観念性と絶対性」再論
- （以上、龍谷法学58巻4号）
- ⑧ 「商品所有権」としての近代的所有権（商品交換過程への着眼）および「貨幣所有権」の位置づけ
 - （i）序論——商品の生産過程と交換過程の相互関係（同時に両者の統一の把握の試み＝予備的考察）
 - （ii）「商品所有権」について
 - （iii）「貨幣所有権」について
 - ⑨ 「商品所有権」の補論：不動産取引と所有権移転時期
 - （i）所有権移転時期をめぐる問題・序論——「生ける物権取引法」への着眼

* かわすみよしかず 龍谷大学名誉教授

- (ii) ローマ法の立場
- (iii) ドイツ民法の立場——ローマ法からドイツ民法へ
- (iv) フランス民法の立場
- (v) わが国民法の立場
- (vi) 川島の見解——所有権移転時期に関する「有償契約」および「代金支払い」の重視（いわゆる「有償性」説）

（以上、本号）

⑩ 資本所有権の特質

- (i) 「資本としての所有権——その抽象的端初的型態」——その基礎理論的考察
- (ii) 「資本としての所有権の具体的な発展型態——その1」（「信用」によって媒介された諸型態）
- (iii) 「資本としての所有権の具体的な発展型態——その2」（「会社」によって媒介された諸型態）
- (iv) 「資本としての所有権の具体的な発展型態——その3」（「独占資本」および「金融資本」における諸型態）

- 4. 「科学としての法律学」への架橋
- 5. 「科学としての法律学」（1953年）の内容とその展開
- 6. 川島法学の総括とわが国民法学への影響
- 7. 結語

3. 『所有権法の理論』の基本的立脚点とその問題点（続き）

（i）前号における考察の重点

前号で筆者は、川島武宜の『所有権法の理論』における「観念的所有権」論および所有権の「絶対性」と「物権的請求権」との関係を中心に、一定の批判的考察を試みた¹。そしてその際、川島所有権論の基礎理論的な側面（所有権の私的性質と社会的性質との関係、および「法律」の物神性・「法意識論」などとの関係）を検討することに意を用いた。言い換えればそれは、川島の、所有権の基礎理論に関する積極的・肯定的な側面の析出と同

1 拙稿・川角「『所有権法の理論』から「科学としての法律学」へ（一）——川島法学の展開と課題」龍谷法学58巻4号（2026年）31頁以下。

時に、その消極的・否定的側面に対する批判を総合的に摘示する試みであった。

（ii）本号考察のおもな対象

本号では、『所有権法の理論』の後半部分、とりわけ「商品所有権」・「貨幣所有権」、そして「商品所有権」の補論として「不動産取引と所有権移転時期」に関する川島の見解をとりあげる（「資本所有権」については、紙幅の関係上、次号で考察する）。要するに本号では、『所有権法の理論』における法解釈学に関する幾つかの応用的な問題に目を転じ、もって川島所有権論の全体像の解明に接近したく思う。それは、おそらく川島の所有権論そのものにとどまらず、彼の市民社会論や市民法論の解析方法とその特色あるいは限界の一端をわれわれの前に呈示するものとなろう。そしてそのことは、陰に陽に、その後の川島の「科学としての法律学」が提起する理論的な諸課題（とりわけ「価値」・「価値体系」および「価値判断」の相互関係、さらにそれらと「経験科学」・「経験法学」との関係に関する基礎的な課題）の問題性を同時に写し出すであろう。

（iii）本号考察の留意点とその概要

なお、本号で筆者がとくに留意する観点は、川島の「商品所有権」論が、基本的に商品交換過程＝流通過程を主要な考察対象として組み立てられているということ、である。それは、それ自体として有益な考察態度である。とはいえそれは、同時に、商品の「交換過程」に比重をかけすぎる場合に生じうる特有な理論的問題性を併せもたざるをえない。すなわち、商品の「生産過程」と「交換過程」との連関構造、および「生産過程」と「交換過程」との統一としての「資本主義的生産の総過程」との相互関連において「所有権」およびその前提たる「市民社会」・「市民法」の原型を根底的に把握するという観点に照らし、川島の「商品交換過程」に偏移する考察

態度は理論的な弱点を生み出す要因となりえたように考える。

言い換えれば、「商品交換過程」に主要な重点を置いて検討する場合、もっぱら商品の「等価交換」という現象面にその考察の比重をかけるという傾向がもたらされる。そしてその結果として、川島法学において独特な資本主義的「市民社会」のやや一面的な肯定論、あるいは「市民社会」の成立・存続・発展のための市民による主体的な闘争（なにかんづく市民法に基づく法理論的な闘争、たとえば公害・環境問題や約款に関する問題への理論的な取り組み）のために必要な思想的契機および批判的観点を、その視野から遠ざける傾向を生み出しかねない²。

ともあれ資本主義社会において、「商品」は、労働過程を基軸とする生産過程で生み出され、そして交換過程＝流通過程において「貨幣」へと変換される。そしてその「貨幣」は、再生産の循環過程でそのたびごと「資本」へと転化し、その「資本」は再び生産過程における「価値増殖過程」（剰余価値の生産過程）を通じ、自己を拡大再生産していく。そしてその「剰余価値」は、順次「商品交換過程」において具体的な「利潤」として自己の姿を変えていく。すなわち「剰余価値」は、商品の生産過程で抽象的・潜在的な価値（不可視的な価値）として生成され、その後それは、商品の交換過程＝流通過程で商品が貨幣と交換されるという行為を媒介に、自己を「利潤」として具体化する（可視的な価値に転化する）。その意味で、

2 たとえば原島重義（1925-2013年）が、川島武宜（1909-1992年）の市民社会論に関して、ことにわが国「高度成長期」以降、それがおもに市民社会の定着と充実の側面に注目し、市民社会の原則たる市民法が崩壊するという側面（たとえば公害差止めにおける利益衡量的受忍限度論の支配や約款論における私的自治的な法的価値の空洞化）にそれほど注意を向けないと批判することも、それと関連するであろう。この点、原島『法的判断とは何か——民法の基礎理論』（創文社、2002年）106頁以下を参照。なお、公害差止めおよび約款の現代法的課題の析出について、原島「法と権利に関するひとつの試論——民法学から」（1984年）同『市民法の理論』（創文社、2011年）53頁以下、特に57頁以下、60頁以下、67頁以下が詳細である。

「交換過程」は「生産過程」における「剰余価値」の産出という資本主義の基本的システムを、その内部に取り込みつつ、資本主義的生産過程の「矛盾・対立」を「等価交換」という適法形態によって覆い隠すという側面をもつ（しかも、「剰余価値」産出の主たる源泉としての「労働力商品」も「雇用契約」という適法行為の外形をまとして資本の支配下に置かれる）³。

（iv）川島によるマルクス『資本論』理解の特殊性と「方法」としての「弁証法」（„Dialektik”）の位置づけ（素描的試論）

ところで川島は、「商品所有権」・「貨幣所有権」を法理論的に考察するにあたり、以上のような資本主義的な「価値」の基本的な運動過程とその姿態転化の側面に一応留意する。もとより、『所有権法の理論』は、法学的な作品であるから、川島はそれほど詳細に経済学的な考察を展開するわけではない。また、すでに前号で指摘したように、川島のマルクス『資本論』の方法的な理解は、いわゆる「力学の公準理論」ないし「力学におけ

3 あらかじめ考察対象の経済学的側面に関して一定の注意を促すならば、「資本」の代理人としての「資本家」は、「資本の生産過程」で「剰余価値」を形成せしめるため、「労働力」という商品を手に入れる。すなわち「資本家」は——「労働力」という商品の流過程（雇用契約・労働契約の締結過程）において——その「労働力」取得のため「貨幣資本」の一部を投入する（マルクスは、重農学派のいう „avance” を借用して「前貸し」という用語を使う）。要するに、 α を生産過程で生み出された価値の総体、 β を労賃、 γ を剰余価値とする場合、 $\alpha = \beta + \gamma$ の等式が成り立つ。そして、 β に相当する価値（労働力商品を獲得するために要する価値）は資本家によって「生産過程」に向けて、つまりは「生産過程」そのものの実体的な目的としての剰余価値産出のために「前貸し」される。そして、 β という「前貸し」部分は、労働者自身の労働力の行使によって「補填」され、それが「労働力」の対価としての「労賃」に転化する。これに対し、 γ に相当する価値は「補填」なしに、労働の搾取の帰結として資本家が独自に支配する抽象的価値としての「剰余価値」へと転化する。すなわち、当該「剰余価値」そのものは、「資本家」にとって「資本前貸し」の「補填」をする必要のない部分として対象化される。マルクス『資本論Ⅱ』（原書初出・1885年、翻訳は大月書店・1966年、マルクス＝エンゲルス全集第24巻）466頁および470頁（本稿では、単に「全集」として引用する）。

るニュートンの理論」から規定的な影響を受けていた、という理論系譜上の特殊性をもつものであった⁴。

なるほど、マルクスの『資本論』が、ヘーゲル的な「弁証法」(„Dialektik“)にのみ依拠したのではなく、むしろマルクスが、(いわゆる形式論理的な)分析と総合の方法を最大限効果的に活用したことは比較的良好に知られている⁵。それゆえ一見したところ、マルクスの方法は「ニュートン力学」の方法に近似するかのような外観を呈する。しかしながら——前注5で示したように——このような「分析と総合」の方法そのものの内部でマルクスが——ヘーゲルから批判的に学びつつ、ヘーゲルを発展的に継承するという過程を通じて——„Dialektik“の生命力を具体的に把握し、かつ最も有効な形態性をもってそれを展開せしめたという事実を無視することはできない。そしてそのようなマルクスにおいて典型的な思考方法こそ、むしろ川島の理論モデルの限界を克服し、それとは異なるアプローチを可能にする方法を示唆するように思われる⁶。そしてそれは、先ほど指摘した

4 川島武宜『ある法学者の軌跡』(有斐閣、1978年)93頁、169頁。なお、拙稿・川角(前注1)37頁注12。以下では、これを『軌跡』として引用する。なお、川島「[法]の社会学理論の基礎づけ——法的社会制御を中心として」(1972年)同『著作集第二巻・法社会学2』(岩波書店、1982年)260頁以下、特に265頁、292頁注10も参照。

5 たとえば、見田石介『著作集第4巻・資本論の方法Ⅱ』(大月書店、1977年)17頁は、マルクスが等価交換を基礎とする「価値法則」を維持貫徹しつつ、しかもその只中から「一見それを否定するかのように思われる剰余価値の事実を完全に説明している」ことを指して、「どこまでも分析、総合というこの科学の唯一の手段の基礎に立って、資本の有機的統一性とその自己運動をとらえている」と評価する。このようにマルクスは、形式論理学の「分析と総合」の形式性を維持しつつ、その内部で「分析と総合」の内容的な連関構造を„dialektisch“に把握することによって「剰余価値」の神秘性のベールをはぎとり、具体的な理論へと対象化することに成功したのである。これこそ、ヘーゲルの逆立ちを矯正せしめつつヘーゲルを活かしきったマルクスならではの„Dialektik“の成果であった。ここには「力学におけるニュートンの理論」を超えた思考の柔軟性と強靱さが示されている。

6 川島は、マルクス「資本論」が「商品」というカテゴリーから出発したこゝ

ように、「生産過程」と「交換過程＝流通過程」との＜統一＞というトータルな観点から市民社会（および市民国家）と、それ（市民社会・市民国家）に規定された市民法（その一つの主要な構成要素としての「所有権」）を再構築するための理論的な契機を提供するであろう。

そのような視座から、上記の論点をよりよく理解するため参考となりうること（ある程度経済学的な基礎的考察を含み入れたもの）を、あらかじめ予備的に記しておくことは、それほど無益なことではないと考える。よって以下では、本号考察の主題の一つをなす「商品所有権」の基本的機能を念頭に置きつつ、そのような経済学的な基礎知識の確認をとまなうところの、予備的考察から始めていくことにする。そしてそれは、おそらく、川島が深く言及することを避けたと思われる論点を補うことにも資するであろう。

以下、⑧（i）の「序論」でそれを試みる。

⑧ 「商品所有権」としての近代的所有権（商品交換過程への着眼）および「貨幣所有権」の位置づけ

（i）序論——商品の生産過程と交換過程の相互関係（同時に両者の統一的把握の試み＝予備的考察）

先ほどうしに示したように、川島にとって「近代的所有権」は、およそ「商品交換過程」に重点を置いて把握されるものであった⁷。そのような捉

↘ とを「最単純の（simplest possible という意味で）理論モデルを探りあてる手法」、つまりは「力学において構築されてきたのと同じ性格をもつ「理論」として、両者の方法（すなわちマルクスの方法とニュートン力学的方法）をいわば無媒介的に一括する。川島『著作集第七巻・所有権』（岩波書店、1981年）「解題」418頁（括弧内・原著）。それゆえ、「価値」という概念「それ自身が「一種の函数関係」であると規定されるに至る。川島『軌跡』（前注4）169頁。この川島の見解は、交換価値そのものを超えた抽象的な人間労働の価値（賃金分を超える不払労働＝剰余労働の価値を内在するもの）を前提に「剰余価値」を発見したマルクスの思考方法とは異なる形式的・機械的な側面をもつと考える。

7 川島『所有権法の理論』（1949年）・同『著作集第七巻・所有権』（前注6）25頁以下。これを、本号では『所有権法』として引用する。

え方は、それ自体として（すぐれてan sichな意味において）正当性をもつ。かつまた、それは、わが国所有権論のあり方に照らし、とりわけ終戦直後の学説状況に照らし、先駆的なものであり、かつまた画期的な意義をもつものであった。言い換えれば、川島による「商品交換の法カテゴリー」⁸論は、経済学的考察を基礎とした近代的所有権の法規範論として、戦後の法学理論の展開において一定の指導的な役割を果たしたのである。すなわち、それは「近代的所有権」論（およびその前提をなす「市民社会」論・「市民法」論）を、「資本主義的商品交換」という基本的視点から把握する上で典型的な機能を発揮し、もって学界をリードした⁹。

ところで、川島の所有権論とその論理の展開において、商品交換過程の前提的過程（とくに生産手段所有権の現実的行使の過程としての商品の生産過程）に関する考察は、彼の『所有権法の理論』第五章冒頭の「資本としての所有権——その抽象的端初的型態」の箇所やや一般論的に敷衍される¹⁰。本稿では、次号でその内容を検討するわけであるが、それはかなり圧縮された記述になっており、それゆえその内容はやや難解であり、かつまた部分的に一面的な記述にとどまり（とりわけそれは、川島の師・我妻栄の「近代法における債権の優越的地位」からの影響と無関係ではない）、さらに加えて川島自身が十分に立ち入って検討することのなかった論点も存在する。

それゆえ、本号ではまず、川島がその主要な考察対象からはずしたと思われるところの、商品の「生産過程」と「交換過程」の相互関係および両者の統一という視点につき、若干の基礎的な論点を提示しておく。

8 川島『所有権法』〔前注7〕25頁・「章」題目の表現。

9 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）118頁以下は、「川島市民社会論」を「資本主義的商品交換社会としての市民社会」論の一つの典型として把握する。なお、同「川島市民社会論を改めて学ぶ」法律時報82巻3号（2010年）67頁以下、特に70頁で、吉田（克）が、川島の「市民社会」を「市場経済社会としての市民社会」と規定する場合、それは、川島の視点をもつば「商品交換過程」に振り向けられていたことを裏書きする、といえよう。

10 川島『所有権法』（前注7）286頁以下。

この問題をできる限り分かりやすく示すため、売主（V）が単なる「貨幣所有者」から「資本」の人格的な代理人（＝「資本家」）¹¹へと転化するプロセスを簡単にみておこう。

まず、売主（V）が、甲という自己所有の商品（時価1000万円）を買主（K）に売って、代金1000万円をえたとする。これは、商品の交換過程＝流通過程における対価的な「売買契約」そのものの締結・成立・完了というごく単純なプロセスを指すものである（そして、Vが1000万円を保持するのみであれば、彼は単なる「貨幣蓄蔵家」、ないし「利殖家」であるにとどまる）。

ところで上記とは異なり、Vが、Kから支払われた代金1000万円から、600万円を「労働力」の買取りに充て、また400万円を原材料費および機械の購入に充てつつ¹²、新たな商品＝「甲a」（1500万円の「交換価値」をもつもの）を生産し、1500万円の価格でK nに売ったとする（この局面では、あくまで「等価交換」そのものが問題となっていることに留意されたい）。要するに

11 資本主義社会において、「資本」という、「価値の自己増殖の過程」を生きる存在は、それ自体が足をもつわけではないから、その「代理人」に当該「価値増殖過程」を歩んでもらわざるをえない。この「代理人」が「資本家」である。この点、マルクス『資本論 I a』（1867年）全集23巻第1分冊（大月書店、1965年）200頁は、「資本家」のことを「人格化され意志と意識とを与えられた資本」（personifiziertes mit Willen und Bewußtsein begabtes Kapital）と言い換えている。なお、以下では『資本論 I a』として引用する（『資本論』の引用につき、以下同様）。また、適宜『資本論』のドイツ語版原書を参照した。

12 このような労働力商品や原材料商品の取得は、資本家によって「交換過程＝流通過程」で行われるものである（すなわち、資本家が雇用契約を通じて労働力商品を買取り、また売買契約を通じて原材料商品を取得する。マルクスは両者を包括するものとして「費用価格」というタームを用いる）。なお、原材料商品はそれ自体として価値増殖の力をもたず、その力をもつのは唯一「人間労働」（商品としての労働力）にほかならない。要するに、「売るために商品を買うという総運動Gesambewegung」のなかに、剰余価値生産の秘密を体現する「労働力商品」の買取りが含まれているわけである。マルクスが「貨幣の資本への転化」のなかで、その最後に「労働力の売買（Kauf und Verkauf der Arbeitskraft）」の項目を置いたのは、上記の「秘密」を論理的に解き明かすためであった。マルクス『資本論 I a』（前注11）230頁。

この場合、Vは、1000万円を投入して1500万円を手にしたわけである。この新たな価値増加分500万円の源泉はどこにあるのか。すでに周知のことに属するが、マルクスによれば、その「増加分500万円」は——資本家Vの個人的な才覚や商業的努力、広告費への投資などの夾雑物をすべて取り除いて考察する場合には——生産過程において労働者固有の「労働力」から過分に流出した「剰余労働」（「労働力」の対価たる賃金分を上回る「不払労働」）によって産出された「剰余価値」（Mehrwert）が、交換過程＝流通过程において代金の一部としての「利潤」（Profit）に転化したものにはほかならない¹³。この生産過程から交換過程＝流通过程への価値の運動において、同時に「貨幣の資本への転化」が実現する¹⁴。これは、一般に循環的・回轉的・継続的な価値的運動となるのであり、かつまたそれは、価値の自己増殖を宿命づけられた「資本」の本能的な運動にほかならない¹⁵。

13 マルクス『資本論Ⅰa』（前注11）214頁以下、219頁以下。なお、「剰余価値」それ自体は「目にみえないもの」（das Unsichtbare）だが、交換過程＝流通过程で代金の一部を構成するものとして登場するところの「利潤」は、それ自体として「現象の表面に現われているもの」（sich auf der Oberfläche der Erscheinungen zeigen）であり、可視的である。マルクス『資本論Ⅲa』（1894年）全集25巻第1分冊（大月書店、1966年）53頁。すなわち、この「交換過程」において初めて、商品のもつ「矛盾」（剰余価値の現実化としての貨幣、すなわち利潤への転化を内在したもの）が具体的に出現する。見田石介『資本論の方法Ⅱ』（前注5）171頁も参照。

14 マルクス『資本論Ⅰa』（前注11）191頁では、「商品流通は資本の出発点」（Die Warenszirkulation ist der Ausgangspunkt des Kapitals）であるとされ、「この過程の最後の産物」が「貨幣」であり、かかる「貨幣」こそ「資本の最初の現象形態である」と規定されている。なお、ここにおいてVの「資本家」としての固有な意思が働くわけであるが、その「意思」が価値的な自己増殖を欲する「資本」そのものの固有でかつ自然的な「意思」を代表する側面をもつことについては、前注11を参照。ちなみに、「資本家」そのものの形成は、いわゆる資本の原始的蓄積の過程における歴史的、かつ政治経済的に必然的な産出根拠をもつこともあるし、また、その家族的形成（おもに「相続」を通じたそれ）に起因することも多いであろう。

15 この「価値増殖過程」は、それ自体として商品の生産過程に固有なものである。すなわち、「商品そのものが使用価値と価値との統一であるように、商品の生

このようにして、生産過程と交換過程＝流通過程とは、それぞれ個別に役割分担をしながら、人の「労働」およびその「果実」（＝人間労働が社会的に生み出した価値の総体）の産出という一つの太いパイプによって固く結合され、よって剰余労働（生産過程）→剰余価値（生産過程）→利潤（交換過程＝流通過程）→資本というプロセスのなかで、いわば抽象的価値（剰余価値）から具体的価値（利潤→資本）への転化をとまなうところの基本的な運動過程を歩む。そして、その諸過程は一個の統一的な資本主義的メカニズムの固有な作用として、「資本」の本来的な欲望（「価値の自己増殖」とその利潤・資本への転化）を実現するためフル回転で（しかも、なかば盲目的に）機能する¹⁶。そのような意味において、商品の生産過程と交換過程＝流通過程は相互に分かちがたく結合されている。

ちなみにマルクスは、その両者（生産過程と交換過程＝流通過程）の結合の上に「資本主義的生産の総過程」を置き、そのなかで再度「剰余価値の利潤への転化」を論じたのち、「商品資本」および「貨幣資本」・「銀行資本」などの諸形態の意義および相互的な関連性につき考察する¹⁷。それゆ

ㄨ 産過程も労働過程と価値形成過程との統一でなければならない。』。マルクス『資本論 I a』（前注11）245頁。傍点・引用者。なお、このマルクスの記述には「もっとも単純な事実からより複雑な事実へと順次に検証をすすめてゆく方法」（見田石介『著作集第3巻 資本論の方法 I』〔大月書店、1976年〕194頁）の成果が投射されている。

16 資本の集積と集中、独占資本および金融資本の形成、そこにおける「信用」および「所有権」の機能などが、「資本」の価値的自己増殖をより高度化せしめる。ちなみに、資本の本能が価値増殖過程で具体的に発揮されるところ、その本能が無計画に、つまりは盲目的に一人歩きすれば、資本の総体はいわゆる「生産恐慌」によって縮減することになる（その縮減の規模が拡大すれば資本主義社会そのものが根底から揺るがされるに至る。それゆえ、それを回避するため、現代国家では中央銀行などを通じて権力的・規制的な介入が行われる）。

17 以上のことを言い換えるなら、商品および剰余価値の生産過程を含む「資本の生産過程」がマルクス『資本論』第1部の対象であり、商品の交換過程＝流通過程（そこにおける剰余価値の利潤への転化）を含む「資本の流通過程」が同『資本論』第2部の対象であるところ、その上にさらに「資本主義的生産メ

え、資本主義的生産の総過程の内部において生産過程と交換過程＝流通過程が統一され、その所産として剰余価値から利潤への転化を商品の「等価交換」という適法形態のうちに現実化するところの（すなわち、資本主義的搾取の帰結としての剰余価値が適法性を保持しつつ利潤として具体的に実現されるところの）、歴史的に特殊な——しかしながら同時に普遍的な——社会としての「市民社会」が生み出される。その意味で、法の下での平等（＝法的に平等な存在としての「権利能力」）・私的所有権の保護の絶対性・契約自由の原則・過失責任主義などからなる「市民社会」（および「市民国家」）の法としての「市民法」は、資本主義的生産システム総体の保守的・虚偽的性格と歴史的な進歩的・批判的かつ発展的な性格とを同時に体现する¹⁸。

「総過程」が同『資本論』第3部の対象として置かれている。そしてこのような三者関係の把握の内部において、個別と特殊・分析と総合の統一的過程を歩むマルクスならではの思想＝方法が存在する。この点、見田石介『資本論の方法Ⅱ』（前注5）221頁。ところで、このような三位一体型の構想は、ヘーゲル『論理学』における「定立－反定立－総合」、またヘーゲル『法の哲学』における「家族－市民社会－国家」の構想など、ヘーゲルが好んで用いた叙述方式である。この点、澤田章『ヘーゲル』（清水書院、新装版2015年）211-212頁。なお、マルクスほど深いヘーゲル研究をした人はいないのであるが、それはおよそ「若きマルクスにおけるヘーゲル批判」という形をまとうものであった。にもかかわらず、マルクス『資本論第一部』の「第二版後記」（1873年1月24日）を読むと、晩年にさしかかったマルクスが、みずからヘーゲルの「弟子であること」を強調する印象的な文章がこのこされている。マルクス『資本論Ⅰa』（前注11）13頁以下、特に23頁。

- 18 たとえば、前号で考察した「物象化」と称される「現象」は、資本主義社会の基本的な理念としての「自由・平等」を貫くものである。言い換えれば、「自由・平等」も第一次的には仮象的な存在であり、いわゆる「物象化」現象を生み出し、市民法の虚偽的観念的性格を根拠づけるが、同時にそれ（「自由・平等」という仮象）は本質的に市民法の歴史的な進歩的・批判的性格をも体现する。この点、ヘーゲルは、「仮象は有あるいは直接態の最初の真理」であり、「かかるものとして、それは、内在的な本質の単純性へ総括されている」として、仮象そのものが第一次的に「真理」の媒体となりうることを示す。この意味で「現象」は、「現実性」（Wirklichkeit）およびその「本質」（Wesen）との関連で、「仮象」（Schein）がより高次の段階において姿態転化を遂げたもの、といえる。ヘーゲル

そして、当初は「市民革命」を主に遂行した企業家や資本家（いわゆる「ブルジョアジー」）が上記の意味での「市民法」のルールを無視し、よってまた「市民革命」の遂行という任務を放棄する場合、「ブルジョアジー」が投げ出した市民革命遂行の任務を「プロレタリアート」が代替せざるをえないという歴史的に特殊な（しかし、やはり同時に普遍的な）事態が生み出される（「プロレタリアート」は、そのような「代替」の任務とともに、自己の権利を擁護するために固有な課題〔新たな高次の社会建設の課題を含む〕を背負うのであり、いわば「二重の課題」に直面する。この点については、次号で改めて確認する）。このような資本主義的生産の総体的運動に規定された「矛盾」的側面を川島がいかに把握したか。それは本号および次号の考察でやや具体的に解明されるであろう。

とまれ、以上のことを踏まえ、次に「商品所有権」そのものにつき付言することにする。

（ii）「商品所有権」について

すでに幾度か指摘したことであるが、「商品所有権」は、川島においてもっぱら「商品交換過程」において機能する¹⁹。そして、その「商品交換過程」においては、周知のように等価交換という意思的形態（＝「合意」）を媒介にしつつ、形式的ながら「法のもとの平等」が「実現」する（ある

ㄨ ゲル（松村一人・訳）『小論理学（下）』（原書初出1817年、訳書・岩波書店1978年）56-57頁。そのような「現実性」をリアルに直視することを通じて、市民法の進歩的性格とその本質的な社会的機能を認識し、より深く把握し、さらに実践へと連結することが可能となる。

19 もとより、その「商品所有権」が「生産手段」という特殊な「商品」（工場施設・設備・機械や原材料など）の所有権、および「労働力」という「商品」の所有権を意味する場合には、それらの所有権は独自に「生産過程」で機能する。そして、もっぱら後者が「剰余価値」産出の源泉となることについては、すでに繰り返し指摘したところである。

いは現象化する)²⁰。それゆえ、一見したところそこにおいて資本による労働に対する「人的支配」を見抜くことはそれほど容易なことではない（すでに示したように生産過程において産出される剰余価値は「目に見えないもの」であった。前注13）。このように、「近代的所有権」は、商品の生産過程および交換過程＝流通過程において、生産手段という商品価値をもつ対象物の所有権（資本家の所有権）と労働力という特殊な商品の所有権（労働者の所有権・雇用契約を通じてその切り売りがされるもの）として複合的に機能する。すなわち、資本家は流通過程において貨幣を支払い手段として投下し、生産手段と労働力を手に入れる（ここで、資本家は、貨幣所有者であり、生産手段所有者であり、かつまた〔「剰余価値」の源泉たるところの〕労働力の支配者であることを通じ、資本そのものの人格的代表者としての資本所有者＝「資本家」となる）。それゆえこの場合、所有権は、その内部で、ことに商品の生産過程において「人的支配」を潜ませている特殊な所有権として機能する²¹。

20 人の「法の下での平等」（憲法14条）は、第一次的に形式面での歴史的進歩性にはないながら、第二次的に人の「個人としての尊重」（憲法13条）を通じ、内容的にさらにその進歩性を高度化する。しかし、そのためには戒厳通孝が強調するように、人が「市民」たりうるための「精神的な闘争」を必要とする（戒厳「市民法と社会法」〔1958年〕・同『著作集Ⅶ・法社会学』〔日本評論社、1977年〕138頁以下、特に141頁）。それがない限り、たとえば労働者はもっぱら受け身の存在として過酷な労働市場の現実に晒され続け、孤立化し、その労働力商品そのものの単なる切り売りへと追い込まれる。ちなみにマルクスは、剰余労働を強いられる労働現場を念頭に置きつつ、皮肉まじりに次のようにいう。すなわち、「労働力の売買が、その限界のなかで行われる流通または商品交換の部面は、じっさい、天賦の人権のほんとうの楽園だった。ここで支配しているのは、ただ、自由、平等、所有、そしてベンサムである。」。マルクス『資本論Ⅰa』（前注11）230頁。

21 川島によれば、前近代的＝封建制的な所有関係は「人間の人間に対する支配」を「現実」に日々の生活において可視化していたが、これに対し「近代的所有権においては、現実の支配と強制（経済的）とは観念的な所有権から分離され、所有権は超現実的な抽象的な存在となってしまう」とされる。川島『所有権法』（前注7）111頁。傍点および括弧内・原著。要するに、封建的支配関係＝身分関係の可視的性格に対し、資本主義社会では「資本の生産過程」における「人々

そのことを踏まえ、川島は、「近代的所有権」に内在する「矛盾」を法社会学的な考察を通じて具体的・批判的に受けとめるべきこと（すなわち、抽象的な「人と人との関係」のうちに隠された具体的な支配・被支配の関係を見て取ること）に焦点をあてる²²。そのことは、当時の理論状況に照らし、確かに大きな意義をもつものであった。しかるに同時に、川島の見解において、所有権を「人と人との関係」に還元するという方法と、いわゆる「[法律]の物神性」論とがやや直接的に結合されることを通じ、結果的に法社会学的な考察を媒介とした一種の独特な「法学的世界観」（その個別的現象形態としての川島の「科学としての法律学」や、それを「導きの星」とする利益考量論〔星野『民法論集第一巻』「はしがき」5頁）が生み出されるに至る。

ところで川島は、近代社会における「商品所有権」の「利用価値」としての側面を一応承認しながら²³、その考察の重点をほぼ全面的に「交換価値」に置く²⁴。なぜなら、彼は商品交換＝商品流通の過程そのものを資本主義経済社会の、不可欠な、しかも最も普遍的なプロセスとして把握する

＼的支配」は、第一次的に「剰余価値」の獲得を目的化しつつ、その具体化が第二次的に交換過程での適法行為＝「売買契約」という形態を通じて行われるため、目に見えない形で潜在化する。川島は、そのことを自己の観念的所有権論を通じて説明しようとするが、やや抽象的かつ一般的な「説明」にとどまっているという印象を受ける。

22 たとえば、川島『所有権法』（前注7）26頁および154頁以下。

23 周知のように、労働者は、その生産過程において抽象的な人間労働による価値（普遍的な価値＝価値実体Wertsubstanz）を産出するとともに、生産目的物（商品）の使用目的に対応した具体的な有用な価値（「使用価値」）を産出する。ちなみに、いわゆる「交換価値」は、上記人間労働の価値実体が交換過程において、その現象形態として、貨幣との一定量の交換比率をもって具体化されるもの（いわゆる「価格」）を体现する。マルクス『資本論Ia』（前注11）50頁および52頁。その意味で「交換価値」は、それ自体として、必然的に「交換手段」という独自の「使用価値」（交換価値そのものの使用価値）を具有するのであり、それはすでにアリストテレスによって洞察されていたことであった。マルクス・前掲書114-115頁。なお、以上の点につき、川島はほとんど言及しないままである。

24 川島『所有権法』（前注7）154頁。

からである。すなわち、「資本制社会の富はすべて商品として現われ、且つ資本制社会の全構造は、究極においては、商品としての富に内在する社会的諸関係を基礎・起点とする。」²⁵。それゆえ、「商品性」は「近代的所有権の普遍的属性」であって、まず所有権があり、そのあとで商品性が付加されるようなものではなく、むしろ「近代的所有権と商品性とは、互いに他を規定しつつ同時にみずからを規定しつつあるところの相互規定的・相互媒介的關係に立つ」とする²⁶。

思うに、近代および現代の資本主義社会では、所有権の客体が初めから「商品」として生産されることも多いところ、さらに主要な生産手段・かつまた生活の拠点である（本来自然的な）土地もまた「商品」に転化しているのであり、かてて加え、その他諸々の所有権客体（建物、自家用車・家具・パソコン・絵画や骨董品など）もまた、少なくとも潜在的に「商品性」を具有する。その意味で川島が指摘するように、「近代的所有権」とその「商品性」は、近代社会以降、文字通り「普遍」的存在として、相互に不可分な形で関連し、依存しあっている。すなわち、「近代経済における商品交換の普遍性」は、いわば「あらゆる物に「商品性」の刻印をつける」のである²⁷。このことに関する川島の理解は正当であり、その後、様々な形で「商品交換法」の体系が論じられる主要な契機をなしたものであると

25 川島『所有権法』（前注7）26頁。傍点・原著。この川島の指摘に関連して、参考までにマルクス『資本論』冒頭の著名な一文を次に掲げておく。——「資本主義的生産様式が支配的に行われている社会の富は、一つの「巨大な商品の集まり」„ungeheure Warensammlung”として現われ、一つ一つの商品は、その富の基本形態として現われる。それゆえ、われわれの研究は商品の分析から始まる。」。マルクス『資本論Ⅰa』（前注11）47頁。こうしてマルクスは、我々がみずから日常的に体験する「商品」の売買を通じて、資本主義的生産システムに特有な富としての「資本」の起点たる「剰余価値」産出の謎解明のための出発点を呈示する。

26 川島『所有権法』（前注7）155頁。

27 川島『所有権法』（前注7）155頁。

評することができよう²⁸。

もっとも、川島においては商品の「交換価値」への比重があまりにも決定視され、その分、「使用価値」ないし「利用価値」には「従属的意義」しか認められていない、という印象を受ける。たとえば彼は、「物が商品として流通する当面の過程においては、利用価値は一応背後に退き、もっぱら物の交換価値がその所有権の客体として前面にあらわれる」といい²⁹、あるいは「近代法は、所有権を、交換価値の独占的支配権として法の世界において「認知」せざるを得ぬのであり、このことのゆえに物の利用価値は所有権法にとって従属的意義しか認められ（ない）」³⁰とする。なるほどそれは、一応正当な理解に基づくものといえる。しかしながら、交換過程ないし流通過程において、「交換価値」を中心に抽象的に所有権を見る態度は、むしろ川島的な「観念的所有権」論の成立を促す一因となったと考ええる（なぜなら、川島においては「交換価値」それ自体が抽象化ないし記号化の対象となる側面をもつからである。この点、前号〔62頁以下〕で指摘したところを参照）。しかも川島説においては、生産された商品が、その普遍的な存在形態として、あくまで「交換価値」と「使用価値」（＝「利用価値」）の統一体であるという観点が、実質的に「分解」されていることにも注意しておく必要がある。

とまれ、「商品」は、交換過程において、その内容に規定された「使用価値」を具有して初めて、当該「使用価値」の獲得を目的とする「買主」をみつけることができるのであり³¹、よって——すでに述べたように——

28 たとえば、川村泰啓『商品交換法の体系——私的所有と契約の法的保護のメカニズム』（勁草書房、1972年）、原島重義『所有秩序と商品交換過程の法』（1967年）同『民法学における思想の問題』（創文社、2011年）30頁以下など。

29 川島『所有権法』（前注7）154頁。傍点・原著。

30 川島『所有権法』（前注7）155頁。括弧内・引用者。

31 マルクスによれば、「使用価値」は「富の素材的な内容をなしている」ものであり、それは同時に「交換価値」にとって不可欠な「素材的担い手になっている」（「使用価値」なくして商品はその商品性を喪失する）。マルクス『資本論Ⅳ

「商品」の価値はあくまで「使用価値」と「交換価値」との統一体にほかならない³²。この点にかかる川島の考察態度の一面性は、おそらく剰余価値の利潤への転化を生産過程と交換過程双方の連関構造において統一的に把握することの弱さとも関連するであろう。

ところで、川島にとって、「近代的所有権」の規範的性質は、その「観念性」によって特徴づけられるべきものであるところ、「近代的所有権」を「商品所有権」としてみる場合、民法上の物の「有体物」的性格（民法85条）や、いわゆる「一物一権主義」は、「商品所有権」の法的存在およびその客体の商品としての流通を確実なものにするために、より有益な規範的根拠を与えるものとして捉えられている³³。その限りで川島は、所有権の内容的かつ具象的な存在形態に留意するのであり、その結果彼独自の「観念的所有権」論を部分的に修正するに至る（傍点・引用者）。しかるに他方、この「観念的所有権」は、次の「貨幣所有権」において、特殊ドグマティッシュな形でさらに独特な変容（観念性そのものの究極的な徹底という方向での変容）をこうむることになる。次に、その「貨幣所有権」に目を転ずることにする。

Ⅸ Ia]（前注11）49頁。それゆえ商品交換過程においては、「商品は、自分を価値として実現しうるまえに、自分を使用価値として実証しなければならない。」。マルクス・前掲書115頁。このようなマルクスの「商品」理解は、おそらく川島の見解とは異なる側面をもつのではないかと考える。

32 このことは、川島も一応自認するところである。川島『所有権法』（前注7）156-157頁。にもかかわらず、川島にとって「近代的所有権」は、あくまで「第一次的に」「交換価値支配権」として把握されることも事実である。川島・前掲書157頁。

33 川島『所有権法』（前注7）158頁以下、161頁以下。ちなみに川島は、近代法における「一物一権主義」が、封建的な土地所有関係に固有な「上級所有権」と「下級所有権」との重疊的存在を克服した点で近代的所有権の独自性と統一性を指示するものであり、よって単なる法技術的な機能を越えたところの、歴史的に「特色的」な意義をもつとする。川島「日本人の法意識」同『著作集第四巻・法社会学4・法意識』（岩波書店、1982年）275-276頁。この点に関する川島の着眼は、きわめて優れたものというべきである。

（ii）「貨幣所有権」について

当然のことながら、「貨幣」は、資本主義社会において、商品交換のための普遍的媒介手段（一般的な「価値章標」）³⁴として重要な機能を営む。人の身体になぞらえていうなら、いわば「貨幣」は、一種の「血液」であって、それが欠乏するとき人も社会も死に至る（それゆえ、場合によっては人が「金融機関」から高利で借金したり、政府が「国債」を大量に発行したりして、「緊急輸血」を要する事態が生ずる）。

ところで、この「貨幣」について、川島は、それが「純粹の交換価値以外の何ものでもない」ことを指摘しつつ³⁵、他方で「貨幣における「支配」は近代法における物支配の一般的な歴史的型態であるところの「観念的所有権」をもってしてもなおかつ具体的現実的でありすぎるのである」とする³⁶。この文章はやや難解である。要するに、「貨幣における「支配」が、「物」＝「商品」に関する「近代的所有権」の一般的な「観念性」＝「抽象性」を越えて、さらに一層特殊に「抽象的存在」となっている、と解されるわけである。それゆえ、川島は「貨幣に対しては、近代的所有権一般の観念性でさえ現実的でありすぎることになる」と記す³⁷。この点、「貨幣」の具有する一般的な価値章標機能の普遍性（「交換手段」としての一般的・抽象的性格）を指摘すれば十分であるところ、川島説の難解さ

34 この場合、「一般的等価形態」としての「商品」たる「金」（Gold）の社会的機能が重視される。すなわち、まず「社会的慣習」に根拠をもつ「金」が交換媒体として鑄貨ないし貨幣としての役割を果たす歴史的段階が登場する。つまりそれは、「現物形態に等価形態が社会的に合生する特殊な商品種類」であるところの「金」が「貨幣商品」へと転化する時代の到来を意味した。マルクス『資本論1a』（前注11）94-95頁。しかるにその後、摩耗などのリスクをばらむ金貨幣を紙幣が代替するようになる。

35 川島『所有権法』（前注7）178頁。それゆえ、貨幣は「「物」としては全く個性を欠いている」のであり、すなわち「貨幣は有体的外観の下における全くの抽象的観念的存在である」。川島・前掲書同頁。

36 川島『所有権法』（前注7）178頁。

37 川島『所有権法』（前注7）179頁。

の根拠は、彼があくまで所有権の「観念性」にこだわることに存する、と考える。

とまれ川島は、そのような特殊に極限化された抽象的・観念的な貨幣「所有権」に基づき、貨幣を奪取された「所有権者」が当該貨幣の現在の占有者に対し、それ自体として「有体物 (res) の返還」を意味するところの「物権的返還請求権」(rei vindicatio) を行使することは、「全く不必要であり且つ不当である」とする³⁸。それゆえ、「貨幣の占有者」は、「絶対に他人から物権的請求権によってはその占有貨幣をとりあげられない」のであり、仮に債権的に「とりあげられる」場合であっても「どの貨幣で給付してもよい」のであるから、「(貨幣の) 占有は常に当然に所有であることになる」と規定する³⁹。そして、このような貨幣占有者への当該所有権の移転と、それを根拠に発動される(貨幣占有者に対する「価値」の)「引渡債権」とは、「いずれも観念的な交換価値支配権の一応の現象型態にすぎない」のであり、両者においては対立関係よりもむしろ相互依存的・相互補完的な関係が看取される、とする⁴⁰。要するに、以上の川島の見解は、「貨幣」におけるいわゆる「占有＝所有権」理論を全面的に肯定するもの

38 川島『所有権法』(前注7) 178頁。その理由として、川島は「貨幣支配権が客体の全くの抽象的な支配」であるから、「その貨幣の返還を要求する必要がない」のみならず、当該「貨幣」に対する物権的返還請求権を否定しないと、「貨幣の流通性(その唯一の利用価値)」が「はなはだ阻害されざるを得ないからである」と述べる。川島・前掲書178-179頁(傍点・原著)。とはいえ、たとえば「封筒に入ったままの貨幣」についてはその現状での物権的返還請求権を承認するものと思われる。ただ、この点につき、川島は具体的な言及をしていない。

39 川島『所有権法』(前注7) 178-179頁。傍点・原著。括弧内・引用者。それゆえ貨幣については民法192条の即時取得規定の適用もないとする。川島・前掲書179頁。この点、すでに通説・判例である。好美清光「即時取得」・川島武宜＝川井健(編)『新版注釈民法(7)・物権(2)』(有斐閣、2007年) 149頁以下。もっとも、貨幣の「泥棒」(および「泥棒」が自己の債権者に弁済すべく第三者に当該貨幣を交付し、それが第三者の手元にある場合には、その第三者)に対しては、物権的返還請求権を行使しうるとされる。好美・前掲151-152頁。

40 川島『所有権法』(前注7) 179頁。

であった。

なお、貨幣に関する「占有＝所有権」理論は、わが国ではすでに末川博（1892-1977年）によって提唱されていたところ⁴¹、川島によってさらに理論的に徹底されるに至ったという独特の系譜がある⁴²。ちなみに、判例も基本的に「占有＝所有権」理論を支持する、とされる⁴³。このような主流的な傾向に対し、末川＝川島的な「占有＝所有権」理論においては、貨幣「所有者」の保護があまりにも犠牲にされているのではないか⁴⁴、よって「価値のヴィンディカチオ」あるいは「物権的価値返還請求権」を認めるべきではないか、などという批判も提起されている⁴⁵。いずれにせよ、貨

41 末川「貨幣とその所有権」（1937年）同『物権・親族・相続』（岩波書店、1970年）263頁以下。川島も末川のこの論文を引用する。川島『所有権法』（前注7）180頁注29。なお末川説につき、能見善久「金銭の法律上の地位」星野英一（編集代表）『民法講座・別巻1』（有斐閣、1990年）101頁以下、特に110頁以下。この能見論文を、「金銭」として引用する。

42 末川説は、川島のように貨幣を「観念的価値支配権」とするのではなく、「物としての貨幣」の側面で捉えている。末川・前掲論文（前注41）264頁以下。また末川説は、「占有＝所有権」理論に関する例外として、占有補助者に横領の意思がある場合や、執行官が管理占有＝保管をする場合などを挙げる。末川269-270頁。それゆえ、能見「金銭」（前注41）113頁は、川島説の方が「末川説より一層金銭の流通性の保護の観点で徹底している」とする。

43 能見「金銭」（前注41）113-114頁。最判昭和29年11月5日刑集8巻11号1675頁、最判昭和39年1月24日判時365号26頁など（好美〔前注39〕149頁、能見・121頁注26）。

44 それゆえ、判例のなかには悪意または重過失の金銭受益者に対する不当利得返還請求権を認めるものがある。その著名な例として、最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁を参照。なお、この判例への批判として、吉田克己『物権法Ⅲ』（信山社、2023年）1710頁（客観的に認定されるべき「法律上の原因」の有無を主観的な「悪意・重過失」で置き換えたことについての批判）。

45 末川・川島の「占有＝所有権」理論に対する批判的な諸見解として、好美清光説、加藤雅信説、四宮和夫説などがある。以上につき、出典およびその他の論稿を含め、能見「金銭」（前注41）115頁以下を参照。なお最近のものとして、吉田（克）『物権法Ⅲ』（前注44）1707頁以下、藤原正則「金銭騙取の不当利得」窪田充見（編）『新注釈民法（15）債権（8）・第2版』（有斐閣、2024年）162頁以下などがある。

幣は最も抽象的な価値媒体＝一般的な「価値章標」として特殊な商品性を体現する。川島は、そのことを念頭に置いて、貨幣に関する「占有＝所有権」理論を主張したように思われる。そして筆者は、そのような川島の姿勢には基本的に積極的な要素が含まれていた、と考える（もっとも、川島のように「観念性」に固執することがなければ、よりすっきりと論旨の展開が図られたように思われるのだが）。

他方、貨幣の現在の占有者（「直接占有者」。ただし、契約関係に基づく「直接占有者」〔受寄者など〕を除く）に貨幣の所有権をも付与するという発想は、あたかも貨幣の上の「ゲヴェーレ」（「物の占有を通じた現実的・事實的支配」）⁴⁶を承認することに通じるようにも見える⁴⁷。このことを意識してか、川島は次のようにいう。すなわち、「貨幣の純粹に抽象的観念的性質のゆえに、かえって貨幣においては占有と所有とが統一され、もっとも現実的な権利関係を生ずる」としつつ、「しかもこの貨幣所有権の現実性はきわめて近代的なもの」であると、特にことわっている⁴⁸。その点を考慮する限り、川島は、近代法的な貨幣「所有権」とゲルマン法的なゲヴェーレ（物の現実的支配）との関連性を否定する立場に立つ。むしろ、貨幣の「占有」というモメントによって掌握されるところの、貨幣における「現実的所有権」の概念は、「観念的貨幣支配権の現象型態にすぎない」ものとして位置づけられる⁴⁹。

こうして川島は、いわゆる近代的な「観念的所有権」と区別し、すぐれて貨幣「所有権」の特質を踏まえたものとしての「観念的貨幣支配権」と

46 川島は、「貨幣においては無条件に「占有が権原となる」（la possession vaut titre）」と規定する。川島『所有権法』（前注7）179頁。

47 貨幣所有者における貨幣の「占有」と、それが奪われた場合の貨幣価値の「引渡債権」との二つのファクターは、「いずれも観念的な価値支配権の一応の現象型態にすぎない」とされる。川島『所有権法』（前注7）179頁。

48 川島『所有権法』（前注7）180頁。

49 川島『所有権法』（前注7）180頁。

いう特殊な把握方法を提示する⁵⁰。かくて川島は、前者（「観念的所有権」）が「物権的請求権」の先行的な存在によってその絶対的な「本質」が付与されるのに対し、むしろ後者（「観念的貨幣支配権」）は「物権的請求権」による保護を欠くところの、「引渡債権」のみ⁵¹によって保護される特殊な貨幣価値の「支配権」である、と構成する⁵²。川島は、ここでも貨幣「所有権」＝「支配権」の「観念性」を維持する。しかしながら、貨幣価値の、貨幣所有者への直接的な帰属性を認めた上で（その限りで、価値的な割当て内容をもつ点に鑑み、通常の所有権との共通性を承認しつつ⁵³）、貨幣そのものの流通上の安全保護を重視する立場から物権的返還請求権の行使を原則として認めず⁵⁴（それゆえ執行法上の「優先的効力」をも否定しつつ⁵⁵）、それに代わる不当利得法上の保護（実体法上の追及効のある、割当てられた価値の帰属保護請求権としての「侵害不当利得返還請求権」⁵⁶による保護）を、貨幣「所有者」

50 川島『所有権法』（前注7）180頁。傍点・引用者。

51 川島は、「引渡債権」のうちに、不法行為に基づく損害賠償請求権と不当利得に基づく返還請求権の両方を含めていたと思われるが、彼はそれに関する具体的な言及をしていない。

52 その結果として「貨幣は動産でありながらもはや単なる物権法的存在ではないことになる」、とする。川島『所有権法』（前注7）180頁。

53 なお、貨幣という特殊な商品は、あくまで一定の商品「価値」を極限的に、かつ抽象的に体现したものである。それは恒常的に、その一定額における「交換価値」の普遍的媒体であり、同時に当該一定額の「抽象的人間労働の価値」を実体化した存在である。マルクス『資本論Ⅰa』（前注11）52-53頁。よって貨幣「所有権」もまた価値的な「割当て内容」をもつ。

54 貨幣「所有権」につき、一般に物権的返還請求権は肯定されない。貨幣「所有権」は典型的な価値そのものの支配権に転化しているからである。この点、すでに述べたところである。

55 これに対し、「価値のヴィンディカチオ」や「物権的価値返還請求権」を肯定する見解は、いわゆる執行法上の「優先的効力」を肯定する。この点、能見「金銭」（前注41）115頁（加藤説）および同116頁以下（四宮説）を参照。なお、「媒体としての貨幣」と「実体としての財産的価値」との複眼的思考を呈示する吉田（克）『民法Ⅲ』（前注44）1713頁も同旨。

56 この場合、「侵害不当利得返還請求権」は、善意の第三者に対しても行使しうる。言い換えれば、当該第三者は、当該貨幣について即時取得（民法192条）ノ

に付与することも考慮されてよいであろう。

⑨ 「商品所有権」の補論：不動産取引と所有権移転時期

(i) 所有権移転時期をめぐる問題・序論——「生ける物権取引法」への着眼

川島は、以上の「商品所有権」論の基礎的な分析を踏まえ、次に「商品交換の過程」そのものの「法的構造の分析」へと視点を移す。そして、およそ以下のように述べる。——「商品の交換は、契約、すなわち交換しあう両当事者の平等な地位およびそのような基礎の上における両当事者の合意という法的型態においてなされる」ものであり、その契約（交換契約・贈与契約・売買契約）は、「財産的価値」ないし「所有権」の移転を「その基本的終局的な目的・内容とする。」⁵⁷。それゆえ、ここでの考察課題は、「契約を通しての所有権の移転」をめぐる問題であり、なかでも「有償契約」（売買契約）による所有権移転の時期に焦点が定められる⁵⁸。そして、そこでの「法の理想」は「取引の安全」におかれるところ、「わが民法は全体としてドイツ民法第一草案にならっている」のに対し、不動産の所有権移転時期に関する法制としては「フランス民法の立法主義にならってい

ゝをすることはない（前注39参照）。とはいえ、この「侵害不当利得返還請求権」を基礎として「債務名義」をえて、それに基づく金銭執行（債権執行・民執143条以下）がされる場合においては、あくまで「債権者平等」の法理が働く。なお、貨幣価値の「割当て内容」に基づく「侵害不当利得返還請求権」については、関連文献の出典を含め、拙稿・川角「日本不当利得法の「百年」」拙著『不当利得とはなにか』（日本評論社、2004年）405頁以下、特に498頁以下。

57 川島『所有権法』（前注7）192-193頁。

58 川島『所有権法』（前注7）193頁。傍点・原著。なお川島は、「高度の社会的分業の上に資本制経済の再生産が可能且つ必然となる」のであり、「その媒介物」として「商品交換の過程」が存在するとし、その場合の「商品交換の法的型態」として、「有償契約」こそが「資本制経済の再生産の構成体である」と指摘する。川島・前掲書同頁。

る」⁵⁹。それゆえ、仮に「取引の安全」がドイツ法的な「物権契約」の存在を前提とする「登記の公定力」に置かれるのだとすれば、わが国の「登記」はむしろ第三者に対する「対抗力」にすぎない、とも評しうる。

とまれ、このような物権変動（ことに「所有権移転の時期」）にかかる問題は、「契約法と物権法との関係をも決定する」というアポリアに連なる。それゆえ、必然的にそれは「民法中もっとも理解に困難な部分の一つ」とならざるをえない⁶⁰。そこで、川島が依拠する観点こそ、法社会学的な「物権取引の事実的過程の考察」であり、「生ける物権取引法」の探求という視点であった⁶¹。川島は、そのような法社会学的なスタンスを、歴史的および比較法的な考察と連結する。われわれも次に、その歴史的・比較法的な考察のうちに足を踏み入れよう。

（ii）ローマ法の立場

ローマ法では、所有権の移転について、贈与契約・売買契約などの所有権移転のための原因（*justa causa*）と、それとは別個の現実的な引渡し＝占有移転（*traditio*⁶²）との二つの行為が必要であった⁶³。言い換えれば、

59 川島『所有権法』（前注7）194頁。傍点・原著。

60 川島『所有権法』（前注7）194頁。とりわけ、わが民法における、いわゆる「ドイツ民法中心主義」（「わが民法全体のドイツ民法的構成」）に対する、「物権変動」論のもとでの「深刻な動揺」が指摘される。川島・前掲書同頁。

61 川島『所有権法』（前注7）194頁。傍点・原著。このような所有権移転時期ないし物権変動論における法社会学的な視座の設定は、わが国では末弘厳太郎（1888-1951年）によって切り拓かれたものである。末弘『物権法上巻・第四版』（有斐閣、1922年）63頁以下。この末弘の著作を、『物権法』として引用する。

62 なお、*traditio*（引渡し）は万民法上の制度であり目的物が非手中物である場合に用いられた。他方、目的物が手中物である場合には市民法上の*mancipatio*（握取行為）がその代替をした（その他「法廷譲与」[*in iure cessio*]も市民法上の制度として機能した）。原島重義「「無因性」概念の系譜について——「無因性」概念の研究 その一」九大法学部創立三十周年記念『法と政治の研究』（1957年）451頁以下、特に465頁。この点、川島『所有権法』（前注7）198頁注1、および原田慶吉『ローマ法・改訂版』（有斐閣、1955年）113頁以下も参照。

目的物の所有権移転は、前者の「実質的原因」たる「約束」と、「その実現たる・現実的な物支配の移転たる引渡とによって完成された。」⁶⁴。そのような「二つの行為」の統一による所有権移転の方式は、ローマ法の発展過程における成熟した段階の法的思考の反映であった。だが、同時にそれは、当事者間での取引に関する法的な「信用」が未成熟であったことのあかしでもあった⁶⁵。そこでは、「現実の引渡し」こそ最大の「信用」にはかならなかった。かくしてローマ法では、「所有権は引渡があつてはじめて移転するのであり、causaは引渡によってその効力を完成する」⁶⁶。

もっとも川島によれば、ローマ法において「所有権譲渡契約そのものとその原因たる契約との二つの行為が存在するのではなくして、この二つのものは一つの売買の部分にすぎない」とされる⁶⁷。要するに、そこに存在するのは「一つの現実売買」のみ、ということになる⁶⁸。なお、ここで川島のいう「所有権譲渡契約」とは、その後ドイツ民法に特有な「物権契約」に通じるものである⁶⁹。しかしながら、そのようなドイツ民法的な意

63 この点につき末弘『物権法』(前注61) 68頁は、「充分発達した時代のローマ法」を対象に検討を加え、目的物の所有権移転のためには、「債権を発生せしむる行為」と、それとは「全く別物」の「所有権を移転せしむる行為」(「占有の移転=引渡traditio」)を要すると記す。

64 川島『所有権法』(前注7) 195頁。傍点・原著。

65 末弘厳太郎は、このようなローマ法の仕組みについて「当事者相互間に於てすら充分な法律的効力を確保することの出来なかつた古代法の特色を表はすもの」であり、「物権取引の安全」を期すための、ローマ法に特殊な法制度であるとする。末弘『物権法』(前注61) 69頁。

66 川島『所有権法』(前注7) 195頁。

67 川島『所有権法』(前注7) 195頁。

68 川島『所有権法』(前注7) 195頁。

69 なお、causaが常にtraditioに先行する必要はないのであり、「売買」という所有権移転意思(der animus transferendi domini)を伴うところのjusta causaがtraditioと同時に、あるいはそれに遅れてなされてもよい。それゆえ、かの「所有権移転意思」は「通常Traditionに先行するObligationと結びつけて考える必要はない」のであって、それは「Traditionに固有のjusta causaに外ならない」。原島「「無因性」概念の系譜」(前注62) 466頁(傍点・原著)。

味での「所有権譲渡契約」は、それ自体としてローマ法には無縁な存在であった。なぜなら、ローマ法は所有権のみを移転する内容をもつところの、固有の「物権契約」概念を知らなかったからである（あくまで、*justa causa* と *traditio* の複合体としての一個の「現実売買」があるにすぎなかったからである）⁷⁰。

（iii）ドイツ民法の立場——ローマ法からドイツ民法へ

にもかかわらず、ローマ法は、一個の売買契約の中に *justa causa* と *traditio* という二つの行為からなる法的ファクターの組み入れを要請することにより、前者を所有権移転のための債権的原因＝「債権契約」とし、後者を特殊具体的な所有権移転そのものに関する合意＝「物権契約」⁷¹ とするところの、ドイツ法に固有で、かつ論理的な法制度を導き出すための原点を形成したこと確かである⁷²。ドイツにおいて、それが理論的かつ論理的に可能であったのは、「債権契約」と「物権契約」との上位概念として、より抽象的な「法律行為」（*Rechtsgeschäft*）という一般概念をおくところの、ドイツ民法に特殊的な法的思考形態の完成があったからである⁷³

70 川島によれば、ローマ法では、「権利を移転する」ために「現実的支配そのものを移転しなければならない」のであり、要するに「一つ」の「現実売買」の法的構成によって規定されているがゆえに、所有権移転そのものに関する物的合意としての独立した「物権契約」は存在しなかったとされる。それゆえまた、物権変動の「原因」たる契約関係としての独立した「債権契約」という概念も存在しなかった。川島『所有権法』（前注7）196頁。

71 ドイツ民法における不動産＝土地取引に関する「物権契約」は、「裁判所における一定方式の意思表示」（*Auflassung*）と「登記」（*Eintragung in das Grundbuch*）から成り立っている。川島『所有権法』（前注7）202頁、原島「無因性」確立の意義について——「無因性」概念の研究 その二」法政研究24巻1号（1957年）71頁以下、特に88頁。

72 ローマ法上の *justa causa* ならびに *traditio* 等の研究を通じ、契約の基礎理論および物権契約理論を打ち立てたドイツにおける立役者は、サヴィニーであった。そのサヴィニーの学説については、原島「無因性」概念の系譜」（前注62）462頁以下を参照。

73 原島「無因性」概念の系譜」（前注62）475頁。

(このことによって、同時に、ドイツ法に固有かつ特殊な「無因性」概念が成立した⁷⁴⁾。

このようなドイツ的な立法政策は、一方ではユンカー(土地貴族)による土地支配を内容とする半封建的絶対主義に基づくプロイセン型の保守的な政治思想の法的反映であり、経済的にはドイツ的な資本主義の金融資本優位の偏頗的発達および信用取引への強度な要求の法的反映でもあった⁷⁵⁾。他方で、ドイツでは、いわゆる「政治革命」「市民革命」が遅れたぶん、学問(特に古典的法律学)の世界で論理的かつ市民法的に考え抜いて近代法的な解決を可能にする素地が形成されたことも無視することはできない⁷⁶⁾。それは、歴史的かつ政治的に特殊ドイツ法型の市民法＝民族法が形成され

74 原島によれば、「物権契約」は「債権契約」が錯誤によって取消されても、なおそれ自体として有効であり、「債権契約」の存在・不存在とは無関係である(いわゆる「無因性」の確立)。そして、その「債権契約」の取消しは、ただ「不当利得返還訴権」(condictio)による対抗を根拠づけるのみであった、とする。原島「「無因性」概念の系譜」(前注62)466頁。この点、ことにローマ法の理解について、磯村哲「不当利得に就いての一考察」(1941年)・同『不当利得論考』(大学図書、2006年)9頁の一定の留保(justa causaの「本質」に関する学説の錯綜に基づく留保)にも注意したい。なぜなら、justa causaを独立した一個の「債務行為」とみる可能性を肯定し、かつ「有因主義構成」を採用する場合、traditioによる「所有権移転」の効果をrei vindicatioによって対抗することが可能となるからである。この点、磯村・前掲書14頁も参照。

75 ドイツにおける資本主義の発達、およびユンカー(土地貴族)への農民所有地の集中(ドイツ的な資本の原始的蓄積に関する問題)、さらに土地取引の信用確保のための対応策としての「抵当権」制度の整備につき、原島「「無因性」確立の意義」(前注71)74頁以下。

76 政治的には後進国であったドイツが、なにゆえ歴史にのこる芸術・文学・哲学をつくりあげることができたのか。なにゆえサヴィニー(1779-1861)は市民法の古典理論を生み出したのか。この問題に関連して、原島重義「なぜ、いまサヴィニーか」(1988年)同『市民法の理論』(創文社、2011年)91頁は、サヴィニーにおける「保守的な性向」と「市民法改革の構想」との統一、さらにその「古典理論」の基礎に横たわる「世界市民主義(Weltbürgertum)」的思想の形成を指摘する。

たことを意味した⁷⁷。そして、その一つの成果が、それ自体ドイツ法に固有な「物権契約」概念の創出であった。川島によれば、そのような「物権契約」の成立もまた、あくまで「観念的構成」の産物として把握される⁷⁸。しかも、川島は、このドイツ法的な「物権契約」の系譜をローマ法からの展開・発展としてではなく、「ゲルマン法の制度」ないし「ゲルマン的な物権の現実性」のうちに把握しようとする⁷⁹。そして、そのようなドイツ法に特殊な「伝統的な制度」が、ドイツに独自の資本制経済発達のもと、不動産所有権（それ自体として「観念的」で「目にみえない権利」とされるもの⁸⁰）の移転は「対第三者関係において公示されないかぎり絶対に効力を生じない」という「きわめて近代的な制度をつくりだした」とする⁸¹。

そのことを川島的に言い換えれば、ドイツ民法は土地取引に関する「物権契約」の創造によって「観念的所有権と現実的公示との統一」を実現したことになる⁸²。「現実的公示」とは端的に「登記」のことであり、その「登記」の真正さが絶対的に保障され、かつ保護されるべきことを要請した（「公信の原則」の成立）⁸³。こうして、「物権契約」の「債権契約」からの

77 ちなみに、サヴィニーにおける「民族法」（Volksrecht）は、それ自体として「市民・国民が担っている法」＝「慣習法」＝「市民法」を意味する。このことにつき、原島『法的判断とは何か』（前注2）214頁を参照。

78 川島『所有権法』（前注7）203頁。

79 川島『所有権法』（前注7）203頁。川島にとって不動産所有権の移転にかかる特殊な物権的意思表示（Auflassung）も、「単なる物権契約ではなくして、原因としての債権契約から未分化の物権取引行為そのもの」である、とされる。川島・前掲書204頁。傍点・原著。ちなみに、川島は「ゲルマン法的Auflassung」の存在についても言及する。川島・前掲書205頁。

80 川島『所有権法』（前注7）204頁。傍点・原著。

81 川島『所有権法』（前注7）204頁。要するに、「登記」がフランス法や日本法のような「對抗要件」として位置づけられるのではなく、ドイツ法ではそれが所有権移転＝物権変動そのものの効力発生要件になっていることを指している。そして川島は、そのような物権取引の近代化を「近代的信用契約」の発展と結びつけている。川島・前掲書203頁。

82 川島『所有権法』（前注7）205頁。

83 これは、「登記主義」（Eintragungssystem）のもとでの、登記官吏の「実質ノ

独立は、「物権契約」の「無因性」と「公信の原則」を帰結することを通じ、「物権行為」の「抽象性」を必然化したのである⁸⁴。

ところで、川島によれば近代法一般において「債権関係」の独立化の要請が強化されたがゆえに⁸⁵、ドイツ法においても伝統的にAuflassungに付着していたcausaが独立的存在となり、その結果、「物権行為」の「抽象性」、つまりは「Causa」からの「物権行為」の「分裂」は、「社会の法意識において矛盾として感ぜられるに至る」⁸⁶とする。——そのようなドイツにおける「社会の法意識」に関する問題は別途検証される必要があるだろうが、上記の文脈で川島が我妻栄の『近代法における債権の優越的地位』を特記していることは興味深い⁸⁷。要するに、川島は我妻のシェーマに基づき、ドイツ民法においても将来的には「債権契約」優位の立法政策が講じられるであろうと予測しているのである。しかしながら、その予測は今のところ実現したとは言い難い⁸⁸。

「形式的審査主義」から「形式的審査主義」への負担軽減を伴うものであった。川島『所有権法』（前注7）206頁。

84 川島『所有権法』（前注7）206頁。なお川島は、「物権行為」としてのAuflassungの「抽象性」の要請を、登記の形式審査主義と関連づけている。川島・前掲書同頁。

85 川島は、その立論にあたって、師・我妻栄（1897-1973年）の『近代法における債権の優越的地位』を、その本文中に特記している。川島『所有権法』（前注7）207頁。

86 川島『所有権法』（前注7）207頁。川島は、そのような「社会の法意識」における「矛盾」が「物権行為抽象性への反対」を惹起した、とする。川島・前掲書同頁。

87 川島『所有権法』（前注7）207頁。この点につき、前注85も参照。

88 ちなみに末弘敬太郎は、立法論としてであるが、次のように述べて、ドイツ法主義の利点を指摘していた。すなわち、「吾人は寧ろ独法の如く物権変動の為には特別な——公示方法と結合した——物権行為を要求することとし、以て債権関係が内外の差なく同一に決定されるやうにする主義を採用したいのである。」。末弘『物権法』（前注61）75頁。

（iv）フランス民法の立場

他方、フランス民法では近世自然法および市民革命（1789年）の影響を受け、基本的に個人意思尊重型の法システム⁸⁹が構築された（「個人主義的思想が体现された」⁹⁰）。すなわち、フランス民法は、原則として、契約（いわゆる「債権契約」）のみで不動産の所有権が移転するものとした（所有権移転に関する「意思主義」の採用）⁹¹。その「意思主義」は、いわゆる「有因主義」を決定づける主要な根拠であるといえるものだが、フランス法はそもそも「物権契約」を知らないことから「有因」と「無因」とを区別する余地も存在しない⁹²。

要するに、川島はこのようなフランス法的な所有権移転に関する「意思主義」をもって、「所有権の観念性を反映するもの」と規定する⁹³。その対極にあるのが、一種の「現実売買」によって所有権の移転が実現するというローマ法のシステム（「引渡主義」）であり、またドイツ法上の「物権

89 フランス民法（個人主義的・意思主義的民法）も、その急速な法典化（1804年の「ナポレオン民法典」）の影響のもと、特に「物権法」および「債権法」につきローマ法的な訴権法の体系を採用しており、基本的にドイツ民法的な「請求権」Anspruchの体系とは無縁であった。フランス民法・財産法における「ローマ法」の直接的な影響については、岩村等＝三成賢次＝三成美保〔共著〕『法制史入門』（ナカニシヤ出版、1996年）133頁。なお、石田喜久夫「売買と所有権移転」・『民法学の基礎的課題・中』（有斐閣、1974年）181頁以下、特に205頁は、「フランス民法典は物権と債権の区別が極めて不十分である」とし、さらにフランス民法において「物権・債権の峻別が貫徹されていないこともまた、明らかである」とする。

90 末弘『物権法』（前注61）70頁。

91 川島『所有権法』（前注7）199頁以下、末弘『物権法』（前注61）67頁以下、原島「「無因性」概念の系譜」（前注62）455頁以下。

92 川島『所有権法』（前注7）207頁。

93 川島『所有権法』（前注7）199頁。フランス民法では、このように不動産取引に関する「意思主義」の徹底によって「所有権の観念性」が裏づけられ、かつまた「引渡なる要件」が緩和されたとしても、なお「公証人の作成する取引証書中の「引渡済み」の条款の記載」が要求されていたことに留意すべきである。これは、川島も指摘するところである。川島・前掲書200頁。

契約」の独自性・独立性であった⁹⁴。

（v）わが国民法の立場

次に川島は、わが国民法の立場を明らかにする。わが民法は、176条でいわゆる「意思主義」を採用し、売買や贈与などの債権契約の成立のみによって、その所有権が相手方に移転するものとした。そして、そのような「意思主義」に、第三者対抗要件としての「登記」（177条）を結合する制度を導入した。要するに、基本的にフランス民法型の物権変動のシステムを採用したものとされる⁹⁵。この、わが国物権変動システムの歴史的な成立過程について、川島は地租改正以来の日本近代史と経済学的分析をドッキングした法社会学的な分析を施している。その内容を詳しく辿る余裕はないが、要するに明治初期の行政本位の「地券制度」から「民衆の中に生きている慣習法」⁹⁶の反映としての「公証制度」への変遷をへて、フランス民法的な旧民法＝ボアソナード民法以降、特に明治民法典で当事者の意思

94 川島『所有権法』（前注7）200頁。

95 明治民法＝現行民法は、ほぼその全体においてドイツ民法型（主にその第一草案）の構成（パンデクテン方式）を採用した。にもかかわらず、物権変動に関する諸規定においてフランス民法型を採用したのはなぜか。この点、川島はわが国における「（不動産）取引の慣行的過程の社会学的構造」に着目し、不動産の「所有権は売買契約の効力として移転する」という社会的な法意識の存在に注目している（もっとも書面の作成とか、代金支払い、および手付の存在等にも留意する）。川島『所有権法』（前注7）229頁。括弧内・引用者。これに対し、学説としては、176条をもっぱらドイツ方式によって解釈しようとするものもあった（たとえば石田文次郎『物権法論』〔有斐閣、1935年〕39頁以下、この点、川島・前掲書222頁注47）。なお、現行民法176条の理解について、上記の川島のスタンスと異なり、わが民法が176条の「意思表示」を債権的合意と物権的合意（ただしドイツ法のような「独立性」を認めない）との「二元的構成」を採用したものと解する立場（日本民法に固有な法制度とみる立場）が有力化している。その体系的な叙述として、吉田克己『物権法Ⅱ』（信山社、2023年）692頁以下を参照。そのような観点から吉田（克）説は、富井政章の見解を評価し直そうとする。

96 川島『所有権法』（前注7）210頁。

表示＝「単なる合意」による所有権移転というシステム（いわゆる物権変動の「意思主義」）が確立した、とする⁹⁷。

このような過程をへて、現行民法176条は、当事者の意思表示＝合意の成立のみによって、所有権移転＝物権変動が、その効力として生ずるものとした。すなわち、不動産が売買契約の目的物である場合には、「登記」⁹⁸が公示手段であり、いわば第三者に対する対抗要件であるにすぎない（177条）⁹⁹。ところで、川島によれば、176条の「当事者の意思表示」＝「合意」はもっぱら「債権契約」であるが、それはやや特殊な「債権契約」であって、フランス民法におけるのと同様に、わが国民法においても、この「債権契約」が「物権契約」をそのうちに含みもつところの「未分化」な契約（言い換えれば「債権契約」と「物権契約」とを「統一」した「契約」）であるという理解が示される¹⁰⁰。その理由に関して、川島は「観念的な所有権の基礎の上においては債権契約と物権契約とは本質的な差異を

97 川島は地券制度から公証制度へ、さらに登記制度への変遷の帰結として、当事者間での意思表示のみによる（登記の移転とは無関係の）不動産所有権の移転の効力を承認し、かつまた「第三者に対する関係においては登記を要する」というシステムが確立したとする。川島『所有権法』（前注7）216頁。傍点・原著。なお、清水誠「わが国における登記制度の歩み——素描と試論」日本司法書士連合会（編）『不動産登記制度の歴史と展望』（有斐閣、1986年）99頁以下も参照。

98 川島によれば、「登記」は「物権取引そのものの内在的要素ではなく、いわばそのそとのものである」、それゆえ「登記は、物権取引をなす者が前主の権利をたしかめるための研究資料である」とされる。川島『所有権法』（前注7）235頁。傍点・原著。

99 したがって、わが民法は「登記」による「取引安全という近代的理想」を「第二次的な地位」にしていることになり、その意味で川島は、わが民法の立場は「十分に近代的ではない」とする。川島『所有権法』（前注7）220頁。

100 川島『所有権法』（前注7）220頁。もっとも、「当事者の意思表示」の中に条件や期限さらには登記に関する特約を組み入れる場合には、いわば「債権契約」に「物権契約」が結合するという帰結をもたらしうるのであろう。この点、末弘『物権法』（前注61）77頁以下の、物権変動に関する特約の分析（「契約の解釈」）を含めた類型的考察が参考になる。

有しないからである」とする¹⁰¹。

(vi) 川島の見解——所有権移転時期に関する「有償契約」および「代金支払い」への着目（いわゆる「有償性」説）

さて、それでは川島自身の見解はどうであったか。彼の場合、上記の歴史的・比較法的な考察のもとで、所有権移転の時期に関する問題につき一定の修正原理が働く。そしてその際に、いわゆる「有償性の原理」が独特な機能を営む。すなわち、とりわけ「特定物所有権の移転を目的とする契約においては常に原則として、契約の成立すなわち債権の成立とともに所有権が移転すると解すべきではない。」¹⁰²。なぜなら、ことに売買契約による所有権移転を問題にすると、肝心なことは、売買契約が「有償契約」であり、かつ「双務契約」であるということによって、法的に独自に——すぐれて牽連的な対価関係の構造によって——規制されているからである。つまり、「有償契約のもっとも本質的な内容は、対価的給付の相互規定的牽連関係——「同時履行の抗弁権」（第533条）」にあるといえるのであり、「有償契約の当事者」は「相手方の給付（代金支払）が実現しないかぎりみずからもまた給付（権利移転）をしない」ということが「その本質的内容をなしている」からである、とする¹⁰³。言い換えれば、買主の代金支払いと売主の引渡し・登記移転とが「同時履行の関係」に立つ。

にもかかわらず川島は、「同時履行の原則が支配するかぎり、登記または引渡がなくても代金支払があれば売買目的物の所有権は移転するものと

101 川島『所有権法』（前注7）220頁。だから川島は、所有権移転時期に関し、「代金支払い」を重視する。この点につき、吉田（克）『物権法Ⅱ』（前注95末尾）714頁の、「川島の認識」を「当事者の意思解釈に活かしていくという方向」で受けとめ直すべきだとする指摘が参考になる。

102 川島『所有権法』（前注7）222頁。

103 川島『所有権法』（前注7）222頁。

認められねばならない」とする¹⁰⁴。その理由を川島にきけば、次の通りである。——「対価たる代金がいまだ支払われる以前においても、売買契約と同時に目的物の所有権が当然に移転するとするわが判例および多数の学説は、物権変動と債権関係を統一する民法の主義にかえて適しないものとする。のみならず、それは、わが国の生ける取引生活の現実にも適しないものとする。すでに、徳川時代以来、わが国では代金を支払えば引渡なくとも売買目的物の所有権を取得するものとして意識されてきたのであり、またしたがって当事者は代金を受けとるまでは売買目的物の所有権を移転せしめない意思をもって取引をしているはずである。」¹⁰⁵。こうして川島は、物権変動における民法上の対価的牽連関係＝「同時履行の抗弁権」を、法社会学および法史学的事実としての「代金支払い」による所有権移転論によって修正するのである。

このように川島は、一方で「有償契約」（双務契約）に基づく登記または引渡しと代金支払いとの「同時履行の関係」を強調しながら、他方で「代金支払い」さえあれば、たとえ登記また引渡しがなくとも目的物の所有権が移転するものと主張する。しかるに、前者（「同時履行の関係」）は双務契約の規範的効力にかかる問題であり、他方後者（「代金支払いによる所有権移転」）では、当事者の意思解釈ないし契約解釈が問題となっている（法社会

104 川島『所有権法』（前注7）223頁。川島の所論に先行する形で「登記・引渡し・代金支払い」（「外部的徴表」）のモメントに注目したのは末川博であった。末川『物権法』（前注102）65頁以下。とはいえ川島は、末川説を高く評価しつつも、末川の「外部的徴表」という理解を批判し、それに代えて「債権契約の有償性」に着目すべきことを指摘する。川島・前掲書227頁注51。傍点・原著。

105 川島『所有権法』（前注7）223頁。傍点・原著。この点、仮に代金未払いである場合であっても「登記・引渡し時」に不動産所有権が移転すると考えると、それは、「そもそも有償性の原理とは対立する」と批判される。この点、滝沢幸代「物権変動の時期」星野英一（編集代表）『民法講座2・物権（1）』（有斐閣、1984年）31頁以下、特に48頁、55頁。なお、川島の「有償性説」については、彼のその後の「自説補充」を含め、吉田（克）『物権法Ⅱ』（前注95末尾）713頁以下を参照。

学的に事実として認定されるところの「取引慣行」を重視するという意味での規範的契約解釈)。ここに一定の理論的な不整合をみるのは比較的容易なことであるが、そのズレを川島は「生ける取引生活」および「徳川時代以来の沿革」ないし「その沿革を支える法意識」によって埋めようとする。なるほど買主による「代金支払い」という行為は、債務の履行であるとともに買主による目的物（不動産）の物的な全面的支配の意思表示と解されうる側面をもちうる。ことに、川島は一貫して「観念的所有権」を提唱するのであるから、「代金支払い」によって「所有権」が「観念的」に移転すると構成するのは比較的容易なことであつたろう。

しかしながら、一方で彼が前提論として強調したはずの「同時履行の関係」はどうなるのであろうか。この点、川島は、あくまで「代金支払い」による所有権移転という法的効果の承認がメインであつて、売買目的物が不動産の場合の「登記」の移転（もしくは「引渡し」）は当該契約の「効力の完成」のために行われる「事実行為」にすぎないと説明する¹⁰⁶。こうして川島説においては、実質上、所有権移転時期に関する対価的牽連関係的構造は、その法的存在意義をかなりの範囲で縮小せしめられるものとなるであろう。

私見によれば、有償契約・双務契約に基づく「同時履行の関係」に法的に留意すること（「登記」の移転もしくは「引渡し」を対価的な法的行為とし¹⁰⁷、単なる「事実行為」としないこと）、さらに売主・買主間の特約を含めた「契

106 川島『所有権法』（前注7）223頁。この点、石田（喜）「売買と所有権移転」（前注89）195頁注8は、川島が本文引用のように「登記・引渡し」を単なる「事実行為」として理解する姿勢に疑問を呈している。

107 ちなみに、2017年改正後の現行民法560条は、売買契約の効力として、売主が買主に対し「登記」など「権利移転についての対抗要件」を「備えさせる義務」を負う、と規定する。これは、民法533条と555条の存在を踏まえたところの、とくに不動産買主の保護を目的としたところの、補完的な任意規定といえる。それゆえ、売買契約の当事者間で、それと異なる「特約」があれば、その「特約」が優先する。なお、この点につき民法91条も参照。

約内容」を十分に精査し、同時に取引慣行等の社会的・経済的なファクター（所有権移転に関する売買当事者間の「信用」を含めた諸ファクター）を考慮しつつ、当事者双方にとって均整のとれた「契約解釈」を施すことが要求されるのではないだろうか¹⁰⁸。要するに、「代金支払い」はその「契約解釈」のための重要な判断要素となりうるものではあるが、それをもって直ちに所有権移転時期における形式的・機械的な決定規準とすることになってはならない、と考える¹⁰⁹。

とまれ、次号では「資本所有権」に関する考察をその冒頭でおこない、さらに『所有権法の理論』から「科学としての法律学」へと至る川島の思考過程（なかでもその「動機づけ」）の解明に重点を置くことにする。

（未完）

108 この点、原島「債権契約と物権契約」『契約法大系Ⅱ——贈与・売買』（有斐閣、1962年）102頁以下、特に120頁は、「代金支払」の場合には「所有権を含めて一切の対価が買主に移転する」としつつ、「引渡」については、相手方に「完全な信用を与えた」のか、それとも「完全な信用を与えておらず、たんに利用権のみを与えたのか」など「なお検討すべき段階的区別」があると主張する（傍点・原著）。その結果、「代金支払による場合と引渡による場合とを同じく有償性の原理（同時履行の抗弁権）から説明することには承服しがたい」とする（括弧内・原著）。これは、いわゆる「信用授与形態」論からの契約解釈の一つの帰結である。なお、川島説と原島説に関する評価として、吉田（克）『物権法Ⅱ』（前注95末尾）714頁を参照。

109 たとえば、代金の金額支払いが買主による任意の「先履行」としてなされたのか、それとも売買契約の両当事者による「先履行」特約としてなされたのかによって、所有権移転時期に関する「契約解釈」の内容が異なりうるように思われる。ただし、ここでは問題の提起にとどめておく。

韓半島植民地支配の不法性（その7）

——2025年日韓法律家共同宣言と日韓旧条約原初の無効論

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」

(58-2 目次)

- 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
- 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？
 - 第12. 戦後80年・日韓基本条約締結から60年を迎えて

(58-4 目次)

- 韓半島植民地支配の不法性（その6）——国際社会における日韓基本条約認識
- 第13. 国際社会における日韓基本条約認識

第14. 2025年日韓法律家共同声明は何を明らかにしたのか

2025年12月9日の日韓法律家共同宣言【資料】¹の発表は、日韓国交正常化60年の年を締めくくるにふさわしいものだった。この年は、韓半島

1 2025年日韓法律家共同宣言【資料】参照。

<https://justice.skr.jp/documents/dichiarazione2025.pdf> 2025年12月15日閲覧。

（この宣言は、「朝鮮半島」としている）の植民地支配からの解放80年にもあたるし、条約原本が存在しない幻の旧条約である1905年11月17日付日韓協約（いわゆる「韓国保護条約」）120年にもあたる。日韓の法律家が、前世紀の帝国主義と植民地支配の歴史を深く省察し、未解決の人権侵害問題の正義ある解決を促すため、両国の間に横たわり続ける深刻な法的な葛藤を総ざらいして、未来を拓くために連帯と協力を続けていくことを誓約する画期となった。

筆者は、2025年の日韓法律家共同宣言の呼びかけ人²の一人だが、これが何を明らかにし、何を求めているのかについて、思うところを記録しておきたい。

思い返してみると、ちょうど15年前の民主党政権のとき、韓国併合100年の年だった2010年12月11日、日本弁護士連合会（宇都宮健児会長）と大韓弁護士協会（金平祐会長）は、「日本弁護士連合会と大韓弁護士協会の共同宣言」³を採択した。その後15年間の日韓の実務法律家の誠実な協力が実って、顕著な成果が生まれた。

何が実現したのだろうか？

第一に、強制動員問題では、日本の最高裁判所も2007年の判決で二国間条約では被害者個人の請求権は消滅しないと判示した⁴。だが、日本の裁判所では被害者が勝訴することはできなかった。ところが、この問題について、2012年、2018年の韓国大法院の判決によって、大きな前進があった⁵。共同宣言は以下のように述べている。

2 2025年日韓法律家共同宣言の呼びかけ人は、【資料1】末尾に記載されている。

3 「日本弁護士連合会と大韓弁護士協会の共同宣言」2010年12月11日。

<https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2010/101211.pdf> 2025年11月10日閲覧。

4 山本晴太、川上諒朗、股勇基、張界満、金昌浩、青木有加『徴用工裁判と日韓請求権協定：韓国大法院判決を読み解く』現代人文社2019年。

5 戸塚悦朗『「徴用工問題」とは何か？：韓国大法院判決が問うもの』明石書店2019年。

大韓民国の大法院は2018年、女子勤労挺身隊を含む強制動員労働者に対する日本企業の賠償責任を認めた。この判決は日本の植民地支配の不法性を明確に確認し、その過程で行なわれた強制動員と強制労働が反人道的不法行為であることを宣言した。そして被害者の賠償請求権は日韓請求権協定で消滅しなかったことも明らかにした。日本の最高裁判所も2007年の判決で二国間条約では被害者個人の請求権は消滅しないと判示しており、少なくともこの点において両国の司法判断は一致している。

第二に、振り返ってみると、日本軍「慰安婦」問題については、日本の国会の活動をはじめ、日韓そして世界の女性運動が目覚ましい取り組みを見せ、国連とILOまで関与して広範な被害者の権利擁護運動が続いてきた⁶。日弁連も立法解決を提言したし⁷、日本の地方裁判所で立法不作為を理由に被害者が勝訴した事例（控訴審で覆った）もあった⁸。日本政府が1993年8月河野内閣官房長官談話⁹を発表し、日本軍による女性被害者への加害行為の実態を認め謝罪したのは画期的だった。しかし、政権が代わると、日本政府とアジア女性基金は、立法による解決は不可能として民間基金による解決を推進した。日本の国会では、法案提出は不可能と喧伝されていたにもかかわらず、実際には被害者への謝罪を目的とした戦時性的

6 戸塚悦朗『普及版日本が知らない戦争責任日本軍「慰安婦」問題の真の解決へ向けて』現代人文社2008年。同『ILOとジェンダ：性差別のない社会へ』日本評論社2006年。

7 日本弁護士連合会「「従軍慰安婦問題」に関する提言」、同連合会編『問われる女性の人権』こうち書房1996年、97-134頁。

8 『日本戦後補償総覧』関釜裁判一審判決（山口地裁下関支部1998年4月27日）。
<https://justice.skr.jp/judgements/26-1.pdf> 2025年12月3日閲覧。

9 外務省「慰安婦関係調査結果発表に関する河野内閣官房長官談話」平成5年8月4日。

<https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/taisen/kono.html> 2025年12月4日閲覧。

強制被害者問題解決促進法案が何度も上程された¹⁰。立法解決は、憲法違反でも国際法違反でもなかったのである。ところが、保守派が政治的理由から非協力姿勢を続け、残念ながら被害者側が求めた立法解決は成立しなかった。被害者個人に対する日本国の法的責任を日本の司法手続き上明らかにすることができるかという困難な課題については、事実関係が認定されても、法的判断では被害者が敗訴した¹¹。これについて共同宣言は、次のように述べている。

また、2021年1月8日のソウル中央地方法院判決と2023年11月23日のソウル高等法院判決は、日本軍「慰安婦」被害者が被った反人道的犯罪被害について、日本国の法的責任を認めた。これらは、国際法の強行規範に違反した行為や、法廷地国内での不法行為については国家免除を認めないとするものであり、国益中心の国際法から人権中心の国際法へと発展してきた法的潮流を反映し、国際人権法原則に合致する優れた判決である。

第三に、このような顕著な前進にもかかわらず、これら二つの問題は、未だ完全に解決したとは言えない。それはなぜなのだろうか？日本政府と被告企業が韓国の司法制度を無にする姿勢を続け、裁判所が命じた賠償は履行されず、被害者側が納得できる解決を妨げている。韓国政府も現状を追認している。共同宣言は、以下のように述べている。

しかし日本政府と日本企業は判決の履行を拒否し、被害者の苦痛

10 本岡昭次『孫悟空議員奮戦記 参議院議員本岡昭次の17年』ひょうご芸術文化センター1997年。同『慰安婦]問題と私の国会審議』本岡昭次東京事務所、2002年。前掲戸塚『普及版』。

11 前掲『日本戦後補償総覧』

<https://justice.skr.jp/souran/souran-jp-web.htm> 2025年12月3日閲覧。

が依然として続いている。日本国も大韓民国も基本的人権の尊重を基本原理として司法権の独立を保障する憲法の上に成立した法治国家である。私人である被害者の人権回復のために裁判所が命じた賠償を拒否するいかなる合理的な理由もない。

日本国と日本企業は裁判所から命じられた賠償を直ちに履行すべきである。そして、日韓両国政府は不履行を懲慥するような行為を直ちに中止すべきである。

第四に、そのほかの残された問題も少なくない。共同宣言は以下のよう

に述べている。

この他にも、日韓弁護士会の共同宣言（2010年12月）が指摘したように、戦没者・戦傷者に対する援護制度及び国民年金制度の対象から在日韓国人高齢者を除外している問題や、供託金や郵便貯金の返還問題、在日韓国人の法的地位・権利、長生炭鉱を始めとする強制動員被害者や韓国人軍人軍属の遺骨の発掘・収集・返還、韓国文化財の返還等、植民地支配や強制動員に由来する問題が日韓の間に未解決のまま残存している。そして、韓国人戦没者の靖国神社合祀問題、韓国人B C級戦犯問題や、軍艦島や佐渡鉱山での強制動員問題の歴史が正しく展示・説明されていない問題も解決していない。

また、韓国併合条約締結から115年を経たにもかかわらず、日韓両国及び両国民が、韓国併合の過程や韓国併合条約の効力についての認識を共有していない。

第五に、共同宣言がこれらの残された問題は、「戦争責任、植民地（支配）責任に関わる過去の諸問題」であるとの認識を示したことに注目すべきである。それは、日本が正面から取り組むことを怠ってきた脱植民地化

の課題である。戦争責任、植民地支配責任の問題であることを明確に再認識したうえで、今後の活動を進める必要がある。それでは、未来を拓くために日韓の法律家に課せられた課題はどのようなものなのであろうか？共同宣言は、以下のように述べている。

われわれ日韓の法律家は、戦争責任、植民地（支配）責任に関わる過去の諸問題の正義ある解決が両国関係の未来志向的な発展のための必須条件であることを改めて確認し、過去の歴史的事実の認識の共有と未解決の課題の解決のために、連帯と協力を続けていくことを誓約する。

第15. 日本社会と脱植民地化の課題

この共同声明は、日韓の社会とマスメディアにどのように受け止められるだろうか。それは、今後の日韓の未来を切り拓く契機となることを期待したい¹²。

12 呼びかけ人一同からは、2025年12月12日下記のとりの記者会見報告がEメールにて送られた。

共同宣言発表のご報告

賛同人の皆様、日韓法律家共同宣言にご賛同いただき、ありがとうございます。

別紙（添付）のとおり、呼びかけ人32人（日本11人、韓国21人）、賛同人208人（日本104人、韓国104人）、合計240人の法律家の共同宣言として、12月9日午前10時から弁護士会館講堂クレオにおいて発表し、記者会見を行いました。会見では終了時間の12時まで活発な質疑応答があり、日韓のいくつかのメディアで報道されました。そのうち代表的なもののリンクを下記に掲載します。

ハンギョレ新聞日本語版

<https://japan.hani.co.kr/arti/international/54933.html>

聯合ニュース日本語版

➤

その成否を占うためには、日本社会、とりわけマスメディアが日韓関係にどのように関わってきたかを見る必要があるだろう。

①日本社会とマスメディア

最近の象徴的な韓国と日本のマスメディアの対応を見てみよう。

2024年12月3日の尹大統領による非常戒厳令発令直後のことだが、深夜にもかかわらず、韓国のテレビは、韓国国会現場の緊急非常事態を実況報道し続けた。たまたまソウルに滞在していた筆者は、軍が国会に突入しようとする現場からのテレビ中継を見て強い衝撃を受けた。韓国の人々が命がけで実現してきた民主化のプロセスがとん挫し、再び軍事独裁国家に逆戻りするのかという強い不安に襲われ、眠れぬ夜を過ごした。

ところが、日本のテレビ局は、国会現場の実況報道をしなかった。だから、日本の人々は、ソウルで何が起こったのか本当のところはよくわからなかったのである。翌朝の日本の有力紙は、こぞってこの事態を大きく報道したのは当然だった。だが、問題は其主要な関心は、「親日」派の尹大統領が内乱に失敗して失脚しそうな事態を憂慮し、「反日」政権が韓国に生まれるのではないか？という強い危惧に向けられていた。このような

ㄴ <https://topics.smt.docomo.ne.jp/article/yonhap/world/yonhap-20251209wow039>

朝日新聞デジタル（会員限定記事）

<https://digital.asahi.com/articles/ASTDB34RDTDBUTIL01DM.html>

韓国から多数の若手の弁護士が参加され、これからも日韓の法律家が戦争・植民地被害者の人権回復のために連帯・協力していくことを約束し、厳しい状況の下でも希望を抱くことのできる宣言発表となりました。

改めて、みなさまのご協力に感謝申し上げます。

呼びかけ人一同

そのほかの報道としては、神奈川新聞2025年12月11日「植民地支配責任を問う・時代の正体：強制動員、慰安婦賠償を——日韓弁護士ら共同宣言」（柏尾亜希子）がある。

報道姿勢では、韓国の大多数の人々と事実認識を共有することは困難だろう。

実は、ここにこそ問題の本質があるのではないか？

改めて思い起こせば、大日本帝国が大韓帝国の植民地支配に踏み出したときから、ずっと同じことが繰り返されていたのではないか？日本軍「慰安婦」問題が日本で社会問題となった時にも同じことが起きたのではないか？国際関係は、力と利益のみでなく、普遍的価値が支配していると見ることができる。にもかかわらず、本当に大切な現地の真相は報道されず、「反日」かどうかという片面的なレンズを通じてしか日韓関係を報道しないということが繰り返されたのではないか。

だからこそ、大日本帝国による植民地支配が不法だったことも、それに関係するすべての事実も、日本のマスメディアによってまともな調査も的確な報道もされてこなかったのではないか？結局のところ、大日本帝国政府による朝鮮・韓半島出身者に対する強制労働条約違反の実態も、大日本帝国軍による朝鮮・韓国の女性に対する加害行為の真相も、「反日」として十分報道されて来なかったのではないか。

②日本の社会とマスメディアに期待したいこと

それでは、このような傾向を改めて、日韓の植民地支配責任に日本が直面することを可能にすることができるだろうか？

そのためには、「反日」かどうかという判断基準だけでない、現地の真相の報道を目指すことが必要だろう。メディアが意識的にパラダイムシフトに努めることを期待したい。

「日本の利益なのか？」「韓国の利益なのか？」というような国益中心の基準にかたよった判断をやめることはできないだろうか。国益にとらわれていては、真相は見えなくなる。そして、分断と争いは尽きない。

真相を報道するためには、「反日」かどうか一辺倒の見方をやめて、そ

れを超えた視点、両国が共有する有効且つ普遍的な判断基準によることが必要だろう。

何を基準にすべきだろうか？

筆者の提案は、前述の共同声明に込められている基準を採用することを鍵とすることである。共同声明は次のように述べている。

国益中心の国際法から人権中心の国際法へと発展してきた法的潮流
.....

日本国も大韓民国も基本的人権の尊重を基本原理として司法権の独立を保障する憲法の上に成立した法治国家である。

共同声明が言うとおり、日本も韓国もともに自由民主主義を基調とする立憲国家である。両国とも、こうした憲法上の価値を共有する法治国家である。この事実をかみしめ、深く再認識して、両国の憲法が共通して保障する「基本的人権」を踏まえる。そのような視点からの報道に努めることはできないだろうか？

また、日韓は、ともに独立主権国家であって、その関係は国際法によって規律されている。だから、上記に加えて、両国がともに批准している国連憲章および諸ヒューマンライツ条約を含む国際法秩序の普遍的な価値を判断基準として、あわせ参照することを提案したい。

このように、崇高且つ普遍的な価値とヴィジョンを意識しつつ、ともに法治国家同士であるという高い視点から社会事象を見ることをマスメディアに期待したい。

もし国益中心主義の「反日」かどうかという片面的な視点から脱却し、より高い普遍的視点へのパラダイムシフトができればどうなるだろうか。前述の尹大統領の非常戒厳令発布事件への見方も、報道姿勢も大きな変化をする必要があることがわかる。「親日」の尹大統領の憲法秩序を破壊す

る内乱の軍事行動が失敗して「反日」政権ができるか？という視点で見るとは適切な報道ではない。

立憲主義に基づく法治国家である韓国の法の支配が破壊されてしまうのかどうか？人権とヒューマンライツが侵害されるかどうか？それこそが、日本のマスメディアの報道でも最大の関心事となったのではないだろうか？韓国のマスメディアが報道しつつあったことの真相は、日本のマスメディアが報道すべきだった真相と同じ視点に立脚するものとなったはずである。そうなれば、狭い国益にとらわれた報道から脱却できる絶好の機会となったと思われる。

韓国では後者こそが、多くの人々の最大の関心事だった。だからこそ、法の支配と立憲主義の柱である韓国の国会を破壊しつつあった尹大統領による内乱を担った軍の行動を、韓国のメディアは逐一批判的に実況報道し続けたのである。

そのような枠組みで、戦争責任の問題も、植民地支配の問題も俯瞰する視点を深めることを、両国のマスメディアにも、歴史家にも、市民にも要請したい。これらは法律問題だが、法律家だけが専売特許を持つものではない。現代社会では、これらの法秩序に基づく正義は、人間（human）であればだれもが依拠しなければならない普遍的な価値なのである。

帝国主義時代ではあったが、120年前の国際社会にも、国際法秩序は存在していた。そのような国際法秩序の視点から見て、独立主権国家だった大韓帝国に対する大日本帝国の現地における軍事行動は、正当化できるものだったのか？大日本帝国の国益と利益追求を優先すべきだったのか？法の支配の視点から見て許されるものだったのかどうか？当時も今も、そのような視点から見た報道が必要なのである。

このようなパラダイムシフトは、今後の報道のあるべき姿の基本中の基本だと思う。

ところが、実際には、「親日」「反日」の視点からの報道がなされていた

し、現在の報道もそのような視点に偏っているのではないか。そのような視点に注目し、マスメディアの報道姿勢を見直すことが望ましい。

今後もこれまでのようなマスメディアの報道が続くなら、日本の人々の国際的な事象の認識は、韓国の人びとの認識とはかけ離れてしまって、その間の溝を深めてしまうことは当然のことではないだろうか。

そのような視点から、以下にあげる共同声明の最後のまとめを読み直していただければ幸いである。

われわれ日韓の法律家は、戦争責任、植民地（支配）責任に関わる過去の諸問題の正義ある解決が両国関係の未来志向的な発展のための必須条件であることを改めて確認し、過去の歴史的事実の認識の共有と未解決の課題の解決のために、連帯と協力を続けていくことを誓約する。

このまとめは、実は、両国のマスメディアにも、歴史家にも、市民にも同じ視点を持っていただけるように期待して書かれている。少なくとも、筆者はそうに考えてこの共同声明の発起人になったのである。

③日韓の間に残る認識のずれは「永久の平行線」か？

ところが、困ったことに、日韓が直面している困難な問題がある。何が法秩序であるかの認識にずれがあるのだ。そのずれの最大のものについて、共同声明は、以下のように述べている。

また、韓国併合条約締結から115年を経たにもかかわらず、日韓両国及び両国民が、韓国併合の過程や韓国併合条約の効力についての認識を共有していない。

韓国併合の過程は歴史研究者の守備範囲だが、韓国併合条約の効力の問題は、法律問題だから、歴史研究者にだけ任せておけばよいということにはならない。それが法律問題である以上、日本のひとびと、とりわけ法律家がこのずれの問題に直面し、共通の認識を共有できるように研究を深めなければ、未来を拓くことは極めて困難であろう。

このずれを「永久の平行線」とみなして、対応をあきらめてしまう見方がある。この立場からは、この問題を対応困難と見て、当面棚上げにするという対外政策を採用することになりがちだ。日本のマスメディアの間でも、このような現実的な考え方が有力だったと思われる。

しかし、この考え方には大きな問題がある。

日本の人々が問題を棚上げにしようといくら頑張っても、韓国の人々は、決してこの問題を忘れてしまうことはない。加害者は、時間が経つことによって被害者に被害を忘れてほしいと期待するだろう。しかし、被害者にとっては、簡単に忘れさることができるほど軽い問題ではないのだ。このことは、帝国主義と植民地支配、そして脱植民地化のプロセスについての世界の歴史を振り返れば、よく理解することができる。「永久の平行線」論では、日韓の真の友好も実現できないし、地域の平和も築けず、未来を拓くことも困難になる。

より基本的には、この問題の解明は、困難であっても、決して不可能ではないことがわかってきた。

実は、「永久の平行線」ではなかったのだ。

筆者の個人的な体験から言うなら、30年間という長い間の研究が必要だったが、日本政府の主張（筆者の認識でもあった）が誤っていたことを、自らが納得するまでに明らかにすることができたのである。そのことを知っていただきたい。長い時間がかかってしまったのは、筆者の勇気の不足、怠け心、そして研究能力の不足の故であった。

もし筆者の研究体験のプロセスとその成果を参考にしていただくことが

できれば、もっとずっと短期間で多くの日本の人々（ジャーナリストであれ、法律家であれ、市民であれ）にも同様の体験をしていただくことができるだろうと考えるようになった。

そこで、筆者は、日韓基本条約の第2条が「すでに無効」とした日韓の旧条約が原初的に無効だったのか、当時は有効だったのか？という問題の解明をしようと思う。この一見して困難と思われる法的効力問題に焦点を絞って、以下（第16）で筆者の体験と研究成果を報告したい。これまでも論文¹³、著書¹⁴で報告してきたが、一つの論文のなかでこの問題をまとめて報告したことはなかった。

第16. 日韓旧条約は原初的無効という結論に至った筆者の研究プロセス

1. 1992年当時の筆者の認識とその転換のプロセス¹⁵

筆者は、日本の大学の法学部卒（1970年）で司法試験に合格し、弁護士となった。だから、日本の実務「法律家」のひとりなのである。

しかし、1992年までの筆者は、「日本は、併合条約によって韓国を合法的に植民地にした」という法的な考え方に、何の疑いも持っていなかった。

問題なのは、十分な研究もしないまま、政府やメディアが創った「常識」を信じていた法律家は、筆者ひとりではなかったことだ。ほとんどの日本の法律家が同様の「常識」を共有していただろうし、現在もその状況はそれほど変わっていないと思われる。

13 龍谷法学で筆者が公表したシリーズ論文「歴史認識と日韓の「和解」への道」参照。

14 戸塚悦朗『歴史認識と日韓「和解」への道——徴用工問題と韓国大法院判決を理解するために』日本評論社2019年、1-248頁。

15 冒頭部分は、戸塚悦朗「韓半島植民地支配の不法性（その6）——国際社会における日韓基本条約認識」龍谷法学第58巻4号2025年での報告と重複する。

筆者は、今は、深く反省している。

この「常識」的な認識は、日本政府の政策（虚偽の流布）、教育（不作為を含む）による固定観念の刷り込み、マスメディアの力量不足（国益中心主義の片面的な報道）、法律家を含む研究者の研究不足などによって創り上げられてきたものだったのである。今は、そのように考えるに至った。

歴史小説など文学作品の底流にもこのような「常識」的な歴史認識が流れてきた。だから、日本社会の隅々まで行き渡ったこのような構造的「常識」は、岩盤のように強固な（しかし、誤った）固定観念を創り上げ続けてきた。筆者の当時の認識は、このような意味での「常識」、いわば「神話」にどっぷりと染まっていたものだった。にもかかわらず、法律家であるはずの筆者は、そのことに全く無自覚だった。

その筆者の歴史認識がなぜ逆転したのだろうか？

今改めて振り返ってみると、それは一瞬に起こったものではなかった。後述する本岡昭次参議院議員による国会活動に啓発されたのが契機だった。その後、1992年2月から始めた日本軍「慰安婦」問題の国連ヒューマンライツ委員会への問題提起、日本政府との論争、そしてロンドン大学図書館での研究活動、その成果だった国連国際法委員会（ILC）の1963年総会あて報告書（1905年のいわゆる「韓国保護条約」などを例示としてあげて、国家の代表者個人の脅迫強制による条約の絶対的無効の原則を明らかにしたもの）の発見に至った。その情報の国連ヒューマンライツ委員会への文書提出とマスメディアの協力は、本岡議員の国会質問に連なった。これが宮澤喜一首相答弁（1993年3月）を引き出した。

そこに至る一連のプロセス全体が、筆者の歴史認識の転換を起こした主な原因だった。

宮澤首相答弁は、その5か月後、宮澤政権の最後の段階でとりまとめられた内閣の意思である「慰安婦関係調査結果発表に関する河野内閣官房長官談話」（1993年8月4日）を予告するものとなったのである。このよう

に、本岡質問が日本政府首脳に大きなインパクトを与え、日本軍「慰安婦」問題に関する真相究明について、画期的な成果をもたらしたのである。この一連の過程の流れの中で筆者の「常識」は、打ち破られたのだった。

この事例から学ぶことができるのは、今後も政府首脳の歴史認識の前進は、日本軍「慰安婦」問題等、困難な日韓の間の葛藤の解決への道を開くための決め手になる可能性があるし、私たち日本の市民の「常識」を破り、正当な歴史認識の形成に貢献するだろうと予測できるのである。

2. 筆者発表「日韓旧条約は原初的無効——国際法上「不法強占」か？」の要旨

以下は、2025年12月8日の筆者の発表「日韓旧条約は原初的無効——国際法上「不法強占」か？」をもとにしたものである¹⁶。

①筆者発表の焦点

筆者発表の焦点は、日本国と大韓民国との間の基本関係に関する条約第二条「千九百十年八月二十二日以前に大日本帝国と大韓帝国との間で締結されたすべての条約及び協定は、もはや無効であることが確認される」の解釈について、検討することに絞られる。

結論から述べておこう。

今では、筆者は、韓国併合条約を含め日韓旧条約原初的無効論を支持する。

この結論は、大日本帝国による韓半島植民地支配の不法性＝「不法強占」という判断に直結するか？が問題になる。この点については、さらに

16 戸塚悦朗発表「日韓旧条約は原初的無効——国際法上「不法強占」か？」日韓弁護士会戦後補償問題研究交流会2025年12月8日日弁連会館。なお、筆者は、日弁連日韓部会委員としてこの発表を行ったが、その内容は筆者個人の研究者としての研究成果である。日弁連の見解ではないことをお断りしておく。

検討する必要があるので、その理由を末尾で述べることにする。

②はじめに

筆者は、法律家になったが、もともとは、韓国併合条約は合法という「常識」＝「神話」を信じ込んでいた。

それがなぜ大転換したのか？

自分の歴史認識＝法認識がなぜ変化したのか？その経過を、以下の三段階に分けて説明したい。

基本的には、偶然のきっかけから自ら研究をはじめたのである。しかし、次々と自分の考えに対して、疑問が湧き上がってきた。講演などのたびに重要な質問が出てくる。それらに応答する必要があった。最も対応が困難だったのは、批判的なコメントをいただくことがあったことだった。筆者の考え方に対する反対の見解にも出あった。それらに一つずつ対応しているうちに、着実に研究が進んできた。時間はかかったが、次第に「神話」から自由になったのである。

今は、「神話」信者だった自分の不明を深く恥じ、反省している。法律家であるのに、研究もしないままに、何の根拠もなく、「神話」のような「常識」を信じ込んでいたからだ。併合120年の2030年までには、日本の法律家として旧条約問題について原初の無効論の宣言を実現できないだろうか？と期待している。

③日韓旧条約にかかわる歴史認識の重要性

旧条約の効力に関する国際的認識と歴史認識に関する国会審議が、日本政府を変えた例があるので報告したい。これは本岡昭次参議院議員の国会質問が宮澤喜一首相の重要な答弁を引き出した事例である¹⁷。

17 なお、この部分の報告は、本論文シリーズ「韓半島植民地支配の不法性」ノ

○日本政府と歴史認識の変遷の概略

1965年佐藤榮作首相による併合条約に関する国会答弁は、「対等の立場で、また自由意思でこの条約が締結された」というものだった¹⁸。

この立場は、大日本帝国が植民地とした韓半島では、いかなる国家による不法行為もなされたことがなかったとする日本政府の立場を表明する基礎となり続けてきたものである。それを、佐藤首相が1965年日韓基本条約を批准するための国会審議に際して改めて述べたものだった。戦後の日本政府の立場の支柱となってきたこの立場が筆者ら法律家、研究者、マスメディアを含め大多数の日本のひとびとに「常識」（実は「神話」だったのだが）として共有されたのである。

ところが、それを揺るがすほど大きな衝撃を世界に与えた1993年8月河野洋平官房長官談話が出された。これは、植民地支配下の朝鮮・韓半島から大日本帝国政府・軍により動員され「慰安婦」とされた女性被害者に関して日本政府が調査し、その結果をまとめた歴史認識を表明したものだ。宮澤喜一首相政権の「内閣の意思」¹⁹だと理解されている。注目すべき政府の歴史認識の飛躍と言えるものだった。

これまで、筆者は、河野談話に注意を奪われて、それがなぜ宮澤首相政

ゝ（その6）【龍谷法学58巻4号2026年3月】において報告した内容と重複している。本論文（その7）で旧条約問題全体を報告する必要があるためである。重複を了解されたい。

18 第50回国会衆議院日本国と大韓民国との間の条約及び協定等に関する特別委員会会議録第10号昭和40年11月5日の佐藤榮作首相答弁。

19 衆議院議員河野太郎公式サイト「いわゆる河野談話について」

<https://www.taro.org/2012/11/2012831.php> 2025年12月5日閲覧。

その後、1995年村山富市首相談話と答弁（不当合法説）、2010年菅直人首相談話、2015年安倍晋三首相談話、2018年安倍晋三首相記者会見があった。戸塚悦朗『日韓関係の危機をどう乗り越えるか』アジェンダ・プロジェクト2021年。戸塚悦朗「歴史認識と日韓の「和解」への道（その11）：「記憶・責任・未来」を掲げるドイツモデルによる解決は可能か？」龍谷法学53巻4号2021年、301-332頁。

<https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD32147731> 2025年12月5日閲覧。

権の「内閣の意思」と言われたのかの理由の検討を十分にしていなかった。筆者が見逃してきたのは、宮澤首相による歴史認識の表明が河野談話の原点になっていたことだった。宮澤首相答弁に対して十分な注目をしなかったことを反省している。

本岡昭次参議院議員による宮澤喜一首相に対する旧条約（1963年ILC総会あて報告書が言及した1905年11月17日付「日韓協約」、いわゆる「韓国保護条約」）の効力問題についての質問は、それだけが単独になされたものではなかった。その次に日本軍「慰安婦」問題に関する質問が控えていたのである。その連続した二つの質問に答えた、1993年3月23日参議院予算委員会宮澤喜一首相答弁を見てみよう。

日韓併合以来の一九六五年までの歴史あるいは敗戦までの歴史というものは決して我々にとって誇りにできるものではない。このようなことは二度と繰り返すまいというのが国民の決心であると思います。

…そういう中でこの慰安婦という問題が起こってきたわけでございますから、そういう立場から、我々として誠意を持ってこの問題についての、我々のいわば過去における過ちを陳謝する…事実関係を偽りなく究明をして明らかにするというのが、我々の過去の反省というものを現実に関係者にもわかってもらう一番大事な道であろうというふうに考えております。

この宮澤首相答弁の後半部分は、1993年8月河野官房長官談話を予告したものと考えられる。ところが、よく読むと、後半部分を導くための前提となる歴史認識が政府による真相究明・謝罪・過去の反省への論理を導く理由としてその前半部分に述べられていることが理解できるであろう。

宮澤首相は、「日韓併合以来の一九六五年までの歴史あるいは敗戦まで

の歴史というものは決して我々にとって誇りにできるものではない。このようなことは二度と繰り返すまいというのが国民の決心であると思います。」と明確に述べている。

これは、前記した1965年の佐藤首相答弁とは相いれない歴史認識である。

この宮澤首相答弁は、本岡議員が併合条約の基礎となった1905年「韓国保護条約」を国家代表個人に対する脅迫強制を理由に無効とする国際社会の認識をあげてした質問に対する政府による誠実な応答だったと考えられる。

政府答弁は、旧条約を無効と述べたわけではない。

だが、法的に無効と国際的に指摘された瑕疵がある旧条約によって植民地支配がなされた歴史について、「誇りにできるものではない」、つまり、「二度と繰り返すまいという」あやまりであったことを認めたものと評価してもよいのではないか。

宮澤首相は、条約問題などの歴史についての国際社会の認識などを含めすべてをひっくるめて、「そういう中で」として、「慰安婦」問題への対応との結びつきを説明していることに注目すべきだろう。つまり、あやまった植民地支配下で大日本帝国政府・軍がおこしたからこそ、「慰安婦」問題については、政府による徹底的な真相究明が必要だと認め、その実行を約束したのである。

これが、1993年8月6日河野洋平官房長官談話は、宮澤喜一内閣政権の「内閣の意思」だったことを示す起点、すなわち、その原点となったと考えられる。その宮澤喜一首相の「内閣の意思」を形成した答弁がここにあったと見ることができよう。

こうしてみると、1993年3月23日参議院予算委員会宮澤喜一首相答弁は、戦後の保守政治の転換点を示す極めて重要な首相答弁だったと評価できるとしてよさそうである。

それでは、この宮澤首相答弁はどのような経過で実現したのだろうか？

○本岡昭次参議院議員（社会党）の国会活動

筆者は、本岡昭次参議院議員の国会活動の重要性について報告したことがある²⁰。

本岡議員は、1990年から日本軍「慰安婦」問題、戦時「強制連行」問題で国会質問を始めている。当初本岡議員が朝鮮人強制労働問題に取り組んだのには、動機があった。そのエピソードを本岡議員本人から直接聞いたことがあった。

戦時中強制労働に動員された在日朝鮮人たちが造らされた、その鉄道のトンネルをとおって通学する朝鮮学校の子供たちが、同じトンネルを利用する日本人の子弟の通学定期券より高額のコストを課されるという不合理があった。これを解消しようとして、いわゆる「朝鮮人強制連行」についての真相究明のために国会質問を始めたと言うのである。国会質問の過程で、次々と戦時朝鮮人労働動員に関する新たな事実が明らかになった。そして、とうとう日本軍「慰安婦」の存在にまで国会論議がたどり着いたのである。

国会活動全体の詳細については、本岡議員自身がワープロ操作を習得して自筆で書いた貴重な記録が、著書三冊として出版されている²¹。

○筆者の国連活動は、本岡議員に啓発されて始めたもの

筆者は、1992年2月国連ヒューマンライツ委員会に日本軍「慰安婦」問題を「性奴隷」だったと提起した。それは、筆者が尊敬する本岡議員が1990年以降始めた「強制連行」と日本軍「慰安婦」問題に関わる国会活動

20 戸塚悦朗「歴史認識と日韓の「和解」への道（その6）：「慰安婦」問題に関する日韓外相合意から板門店南北首脳宣言まで」龍谷法学第51巻第1号、2018年、353-396頁。

<https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD32071158>

21 ①本岡昭次『孫悟空議員奮戦記——参議院議員本岡昭次の17年』ひょうご芸術文化センター、1997年。②同『慰安婦問題と私の国会審議』本岡昭次東京事務所、2002年。③同『政界再編の戦国時代を生きる——社会党から民主党へ』ひょうご芸術文化センター、2004年。

に啓発されて始めたことだった。

その結果、日本政府との厳しい法的論争（大日本帝国が国際法違反を侵したか否か）が始まった。

困り果てた筆者は、ロザリン・ヒギンス教授（Prof. Rosalyn Higgins, The London School of Economics and Political Science, LSE教授で、のちの国際司法裁判所裁判長）に日本軍「慰安婦」問題について相談した。筆者は、当時ロンドン大学（LSE）の客員研究員だったし、同大学大学院（LLMコース）時代の指導教授だったので、ヒギンス教授は親切に面会してくれた。筆者は、日本政府への具体的な反論をどうしたらよいかと相談したのだ。

ところが、いただいた助言は、「大変興味深い問題にぶつかってよかったですね。図書館に行きなさい！」というものだった。

それは、質問への直接的な答えではなかった。あとで納得したのだが、最良の助言だった。それまでは、そのような基本的な研究努力を怠っていたのである。その後は、毎日熱心にロンドン大学の図書館に通って研究に専念した。その結果、図書館の埃の匂いが大好きになったのである。

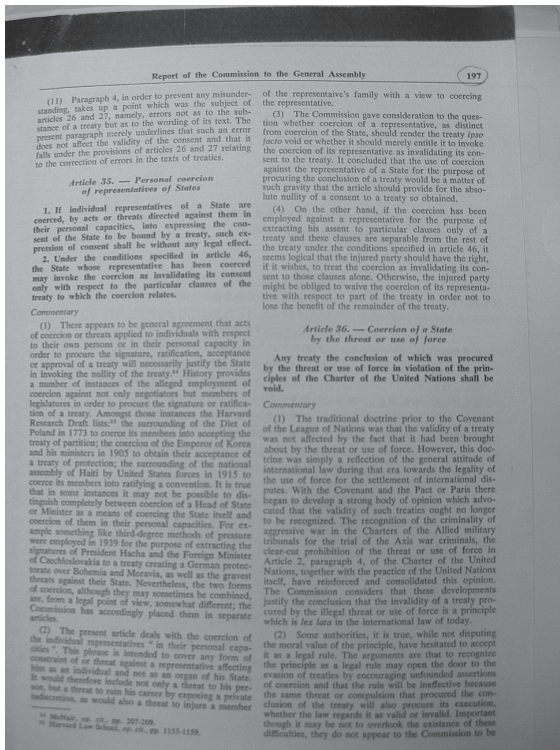
○国連国際法委員会（ILC）報告書（1963年）を発見

国連国際法委員会（International Law Commission, ILC）は、条約法条約の草案の起草を研究していたが、国際連盟当時のハーバード研究草案（1935年）を引用し、日本による1905年韓国「保護条約」強制事件を取り上げたことがわかった。

国連総会にあてた国際法委員会（ILC）による1993年報告書、YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1963 Volume II（Documents of the fifteenth session including the report of the Commission to the General Assembly, p.197）に出会ったときは、心底驚いた。

下記の【写真1】は、1992年秋に筆者がコピーした報告書の写真である。これを筆者が発見したのは、1992年秋、ロンドン大学客員研究員当時、同大学高等法学研究院（Institute of Advanced Legal Studies, IALS）の図書館でのことだった。

【写真1】1963年ILC報告書（197頁）



この発見で、併合条約は合法という「神話」を信じていた自らの誤りに気付いたのである。固定観念がガラガラと崩壊した瞬間だった。報告書を書架から取り出して立ち読みしたときのことは、今になっても忘れられない。

「一体これは何なのか?!」と、その瞬間に受けた激しい衝撃を想起している。

報告書は、1905年「韓国保護条約」を含む四つの条約を事例に挙げて、国家代表個人に対する脅迫・強制によって締結された条約は、追完も許さず、絶対的無効であるという国際慣習法上の原則をみとめていた。その根拠として、国際連盟当時の研究であるハーバード草案（1935年）を注記していた。これが国際法条約の原案として国連総会あてに提案されていたのである。

この1963年ILC報告書は、筆者が信じ込んでいた日本の「常識」の基礎を覆すものだった。だが、日本では知られていない。日本の人々に至急知らせる必要があると考え、筆者は、研究成果をまとめて、急ぎ論文原稿を執筆した。しばらくロンドン留学中だった筆者は、日本の事情に疎くなっていた。内容が衝撃的だったから、論文が日本でどのように受け止められるか判断に迷った。そこで、原稿を本岡議員事務所にロンドンからファックスで送って、意見を尋ねた。

ところが、本岡議員事務所からは、「これを実名で出版したら、殺されてしまいますよ!」と警告をうけたのだ。これにも驚いた。日韓旧条約の日本の「常識」に反する主張は、日本では非常に敏感なタブーに触れるという。現実を思い知らされた。

しかし、論文の内容をできる限り早く日本の人々に知らせることが重要であることは、明白だった。危険を避けるためには、筆者の名前を書き入れずに発信する工夫が必要だった。そこで、思いついたのは、国連NGOであるIFOR（国際友和会）ジュネーブ代表（当時）のレネ・ワドロウ氏（Mr. Rene Wadlow）に協力を要請することだった。大変ありがたいことに、同氏はこのプロジェクトに賛成し、筆者の提案を快諾してくれた。早速、日本語の論文を要約した英文を書き上げた。それを同氏の名前でIFOR・NGO文書として国連ヒューマンライツ委員会に提出してもらうこ

とができたのである。

これは、IFOR・NGO文書（UN.Doc.E/CN.4/1993/NGO/36）として印刷され、国連ヒューマンライツ委員会に公式に配布された。幸運だったのは、毎日新聞（1993年2月13日報道）とジャパン・タイムス（1993年2月16日報道）の協力が得られたことだった²²。このIFOR・NGO文書提出のニュース報道を通じて、この貴重な情報が日本の人々に知られることになった。

本岡昭次参議院議員は、このJFOR・NGO文書の内容についてソウルを訪問して裏付け調査を行い、「国会で質問する」と日本政府に通告したのである。

ところが、予想外の事態が起きた。外務省の丹波實外務省条約局長が本岡議員事務所に座り込んでしまったというのだ。丹波局長は、「この国会質問をされたら、日本がどこまで落ちてゆくかわかりません。質問をやめると約束してくれるまで、外務省に帰ることはできません」と言い張って、国会質問を阻止しようとしたのである。

この条約局長の直接行動に困惑した本岡議員からロンドンの筆者に問い合わせがきた。本岡議員は、野党第一党社会党の議員で、筋金入りのリベラル派政治家である。しかし、やはり日本人である。「底なし沼では困る。この質問をしたら、日本はどこまでおちて行くのですか？」と日本の将来を真剣に憂慮していた。

筆者は、「事実を認めて謝罪すること、慰安婦問題と強制連行問題を解決することで和解できるでしょう」と答えた。これなら、日本は、底なし沼に落ちることなく、脱植民地化のプロセスを推進する優等生になれるは

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

ずだ。

○本岡議員の国会質問（1993年3月23日参議院予算委員会）が実現

この回答で安心した本岡議員は、最終的に質問断行を決断した。実現した国会審議の詳細については、既に報告したので²³、ここでは繰り返さない。その結果、前記の宮澤首相の重要な答弁を実現することになったのである。

筆者が1905年当時の国際法、とりわけ1963年ILC報告書について龍谷法学に論文²⁴を発表したのは、2006年（統監府100年の年）だった。報告書発見から16年後のことだったから、筆者の勇気の不足がこの遅れの原因だったと反省している。しかし、別の角度から見ると、この問題が日本社会の厳しいタブーであり続けていることを、この遅れが象徴しているとも見てみることもできるだろう。

④安重根義士研究は、日韓旧条約研究にとってなぜ重要なのか？

筆者は、「歴史認識と日韓の「和解」への道（その1）：安重根東洋平和論研究は、日本を孤立から救うか？」という論文²⁵を発表したことがある。そう考えるほど、安重根義軍参謀中将の東洋平和論の持つ思想が日本にとって重要だと考えたのだ。

思想だけではない。安重根義軍参謀中将裁判の研究から大日本帝国が冒した重大な誤まりが明らかになることもわかってきた。この研究も偶然の契機から始めることになった。その経過を報告し、その重要性を考えてみ

23 戸塚悦朗「韓半島植民地支配の不法性（その6）——国際社会における日韓基本条約認識」龍谷法学第48巻4号2026年、147-199頁。

24 戸塚悦朗「統監府設置100年と乙巳保護条約の不法性：1963年国連国際法委員会報告書をめぐって」龍谷法学第39巻第1号2006年、15-42頁。

25 戸塚悦朗「歴史認識と日韓の「和解」への道（その1）：安重根東洋平和論研究は、日本を孤立から救うか？」龍谷法学第48巻第1号2015年、163-188頁。

たい。

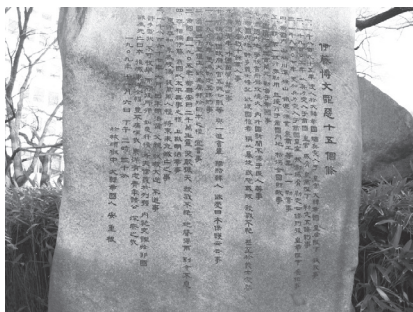
○安重根義士研究の始まり

筆者が龍谷大学法科大学院に勤務中のことだったが、龍谷大学図書館には安重根義軍参謀中将の遺墨が三点も寄託されていたことを知った。その縁で、2008年12月旧安重根義士記念館を訪問することになった。

記念館の前庭には、「伊藤博文罪惡15個条」の石碑が展示されていた。その内容を見て驚いた。漢文だが、何とか要旨は読み取れた。筆者がそれまでほとんど知らなかった大日本帝国による大韓帝国とその人々に対する重大な犯罪行為が列挙されていたのである。強い衝撃を受けて、写真を撮った。安重根義軍参謀中将が大韓帝国人安重根と署名し、検察官に対してなぜ伊藤博文公爵を撃ったのかを説明するために書いた文書（1909年11月6日）を石碑に彫ったものだった。

日韓関係の歴史に全く無知だったことを思い知らされた。安重根義軍参謀中将によるこの十五個条の告発の真相を究める必要があると痛感した。この安重根義軍参謀中将からの問いかけは、その後日韓関係の歴史研究を継続する指針となった。

【写真2】旧安重根義士記念館「伊藤博文罪惡十五個條」の石碑（2008年12月筆者撮影）



伊藤博文罪惡十五個条の二番目には、伊藤博文公爵が皇宮を軍事占領して皇帝に締結を強制した「五條約」のことが書かれていた。これは、前述した1963年ILC総会あて報告書が絶対的無効の条約の事例としてあげた1905年11月17日付の条約（実は幻の条約だった）のことだったことは、すぐわかった。だが、すでによく知っていたのはこの事件だけだった。

この時合うことができた金鎬逸（キム・ホイル）安重根義士記念館館長（韓国の中央大学名誉教授・歴史学専攻）から、龍谷大学図書館所蔵の遺墨3点をソウルに貸し出して欲しいという依頼を受けた。それは筆者の権限外のことだったので、龍谷大学学長に直接面会し、遺墨貸し出し方を正式要請するよう勧めた。日本に至急電話して、韓国併合100年市民ネットワーク（筆者は共同代表の一人）の事務局長の重本直利教授に相談し、金館長の来日が実現したら、その際同ネットワークのために安重根義軍参謀中将についての講演を要請することとした²⁶。これが2009年3月に実現した。

それが契機になって、2013年に龍谷大学社会科学研究所内に安重根東洋平和研究センターが設置された²⁷。その実現は、李洙任（リー・スーイム）経営学部教授（プロジェクト代表）及び重本直利経営学部長（事務局長）ほかの研究員の努力による。その熱意を高く評価したい。その後の発展により、龍谷大学における安重根東洋平和論などの研究と教育は両面で画期的な前進を遂げることになった。

筆者は法律家であることから、金館長から安重根義軍参謀中將裁判の不法性の研究を依頼された。それがその後の筆者の日韓旧条約研究の方向を

26 戸塚悦朗「龍谷大学における安重根東洋平和論研究の歩み：100年の眠りからさめた遺墨（上）」社会科学研究年報第44号2014年、57-66頁。

<https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD00493015> 2025年12月6日閲覧。

27 戸塚悦朗「龍谷大学における安重根東洋平和論研究の歩み：100年の眠りからさめた遺墨（下）」社会科学研究年報第44号2014年、67-78頁。

<https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD00493010> 2025年12月6日閲覧。

定めることになった。こうして、2008年12月の旧安重根義士紀念館訪問は、その後の安重根義軍参謀中将裁判とその東洋平和論に関する研究の発展の契機になったのである。

○1905年11月17日付「日韓協約」締結を否定した高宗親書

伊藤博文公爵が皇宮を軍事占領して皇帝に締結を強制した「五條約」を、安重根義軍参謀中将が伊藤博文罪惡十五個条の二番目にあげたことは前述した。これについて、大韓帝国の高宗皇帝はどのような主張をしていたのだろうか？

高宗親書を見てみたい。

2016年国際会議参加のために米国ニューヨーク所在のコロンビア大学を訪問する機会があった。その図書館が保管する貴重文書の中に高宗親書があることを知っていた²⁸。そこで、10月28日同図書館で文書を探し当て写真撮影することができたので、そのうちの1枚の【写真3】を以下で紹介したい。

高宗皇帝は、特使ハルバート（米国人）に託して、列強の元首あてにこのような親書（1906年6月22日付）を送り、高宗皇帝は、安重根義軍参謀中将が言う「五條約」を締結していないこと、つまり法的には大韓帝国は外交権を失っていないことを国際社会に訴えようとしたのである。1907年ハーグ平和会議（当初は1906年に開催される予定だった）に正式に三名の大韓帝国代表を参加させるための布石だった²⁹。だが、大日本帝国の政治力が勝っていたため、実際には受け取りを拒否されるなど公式に届けることに成功しなかった³⁰。そして、結局コロンビア大学に所蔵されることに

28 東亜日報（1993年10月24日）及び週刊法律新聞（同年11月12日）報道。

29 ハーグ密使事件を題材にした小説チョン・ミョンソプ著北村幸子訳『消えたソentakホテルの支配人』影書房（2022年）に、戸塚悦朗による解説（233＝237頁）がある。

30 ハーグで客死したイ・ジュンら大韓帝国の使節がどのような経過で第二回ノ

思われる主張は、裁判の最終弁論であると思う。その最後に、彼は以下の
ように述べている³¹。

尚ほ申上げたいのは、二人の弁護士の説に依りますと、光武三年
の清韓通商条約に依って韓国人は清国に於ける治外法権を有して居
る。又清国は韓国に於て治外法権を有して居るから、韓国人が海外
に於て罪を犯せば何等の明文がないから無罪であると云ふ説であり
ましたが、これは甚だ其当を得ない説だと思ひます。今日の人間は、
悉く法律の下に生活して居るのである。人を殺して何等の制裁が加
へられないといふ訳がない。併し私がそうすれば、私は個人的に
やったのではなく、義兵としてやったのであるから、戦争に出て捕虜
になってここに来て居るものだと信じて居りますから、私の考へで
は、私を処分するには国際公法、万国公法に依て処分せられん事を
希望致します。

これだけ読んで、すぐに理解できる読者はどれだけおられるだろうか。
筆者は、何のことかよくわからなかった。当初、金館長から問題点の説明
を受けたときにも、理解ができていなかった。

国際法と、複数の国内法が重層的に適用される事件であって、普通の刑
事裁判とは全く違う。裁判管轄権の問題と、準拠法（どの国の法を適用す
るのか）という二つの法律問題がある。だから、法的問題が錯綜して簡単
に理解することが困難である。

そのうえ、今から考えると、大日本帝国政府も、弁護人も、検察官も、

31 戸塚悦朗「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」龍谷法学第56巻第3号2023年、
135-181頁。

<https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD32220238> 2025年12月7日閲覧。

裁判官も法解約を間違っていた。だから、ますます論理が混乱して理解できなかったこともある。もっともよく事態を把握していたのは、安重根義軍参謀中将だったと思われる。だから、この被告人の最終陳述を活用して、複雑な法的問題点を解きほぐしてゆきたい。

もっとも、裁判官は、この主張を全く無視した。理解したうえで無視したのか、わかっていながら無視したのかは、わからない。だが安重根義軍参謀中将の主張については、全く応答していないのである。

まず前段の「尚ほ申上げたいのは、二人の弁護士の説に依りますと、光武三年の清韓通商条約に依って韓国人は清国に於ける治外法権を有して居る。又清国は韓国に於て治外法権を有して居るから、韓国人が海外に於て罪を犯せば何等の明文がないから無罪であると云ふ説でありましたが、これは甚だ其当を得ない説だと思ひます。」という部分を見てみよう。

弁護人は、無罪だと主張している。だが、安重根義軍参謀中将は、この弁護人の主張は間違っているというのだ。もっとも、弁護人の説は、論理的に成立しない主張ではない。第一に、犯行地は清国領であるから、原則的には清国に裁判管轄権がある。しかし、光武三年の清韓通商条約によって、韓国人については治外法権がある。だから、大韓帝国に裁判管轄権があることになる。そうすると、ハルビンの大韓帝国領事による裁判権が及ぶはずなのである。

ところが、大日本帝国政府によれば、1905年11月17日付「日韓協約」によって大韓帝国の外交権を大日本帝国の外務省が行使することになった。だから、韓国人に対する外交保護権も大韓帝国領事にかわってハルビンの大日本帝国領事が裁判権を行使することになったというのである。そうすると、この領事裁判を日本の外務大臣が旅順の関東都督府地方法院に移送したという論理になるのである。これは裁判管轄の問題に関する大日本帝国側の論理である。

問題が複雑になるのは、これだけでは、法的問題が終わらないことである
(龍法 '26) 59-1, 70 (70)

る。どこの国の刑事法を適用するのかという準拠法の問題があるからである。弁護人は、清韓通商条約の趣旨からすると、大韓帝国の刑事法を準拠法として適用すべきだと主張した。もしそうであるなら、大韓帝国の刑事法には、殺人罪の国外犯処罰規定がないというのだ。だから、論理的に判断するなら無罪という（本意ではあるが）結果になってしまうというのである。

安重根義軍参謀中将は、この論理を結果から見て不合理だと批判している。その理由は、「今日の人間は、悉く法律の下に生活して居るのである。人を殺して何等の制裁が加へられないといふ訳がない。」と言う。安重根義軍参謀中将は、処罰を免れようとしていたのではない。法律論を展開しているのである。安重根義軍参謀中将が依頼しようとした私選弁護人は法院が拒否した。裁判所が選んだ二人の日本人官撰弁護人は、安重根義軍参謀中将の主張を無視した。

安重根義軍参謀中将の次の論理は、きわめてもっともなものである。

「併し私がそうすれば、私は個人的にやったのではなく、義兵としてやったのであるから、戦争に出て捕虜になってここに来て居るものだと信じて居りますから、」と言う。

つまり、安重根義軍参謀中将は、「戦争」を戦っているというのだ。

これは、きわめて重要かつもっともな主張である。伊藤博文罪惡十五個条を読むなら、安重根義軍参謀中将は、大日本帝国による大韓帝国への侵略戦争に義軍として軍事的に対抗し、防衛戦争を戦っていたことは明白だ。当時の国際法は、正規軍ではない義軍の戦闘も認めていたし、実際に安重根義軍参謀中将が義軍として戦闘していたことも、すでに述べた³²。

戦争だからと言って、何をしても許されることにはならない。戦争の法規は、戦時国際法が規律するところであって、これに違反すれば、戦争犯

32 前注参照。

罪として処罰される。安重根義軍参謀中将は、「私の考へでは、私を処分するには国際公法、万国公法に依て処分せられん事を希望致します。」と、このことを指摘しているのである。

ところが、裁判所は、以下のように安重根義軍参謀中将の主張に全く答えていない。日本政府も、裁判所も大日本帝国が大韓帝国を侵略して戦争を仕掛け続けていた事実を認めたくなかったのではないだろうか。現在のロシアによるウクライナ侵略戦争に似ている。

○関東都督府地方法院判決：判決の法適用判断の誤り

関東都督府地方法院は、1910年2月14日、同法院の裁判管轄権を認め、大日本帝国刑法第199条殺人罪を適用し、政府要求どおり安重根義軍参謀中将に対し「極刑」死刑判決を言い渡した。この判決には、以下の二つの重大な判断の誤りがあった。

★管轄権の存否に関する判断の誤り

判決は、以下のように判示した。

右犯罪地及逮捕地を管轄するハルビン帝国領事官は…本件被告等の
犯罪を審判するの権限あるものと謂わざる可からず

……

明治三十八年十一月十七日締結せられたる日韓協約第一条によれば
日本国政府は在東京外務省に由り今後韓国の外国に対する関係及び
事務を監理指揮すべく日本国の外交代表者及び領事は外国に於ける
韓国の臣民及び利益を保護すべしとあり、又光武三年…締結せられ
たる韓清通商条約第五款には韓国は清国内に於いて治外法権を有す
ることを明記せるを以って、

★準拠法に関する判断の誤り

さらに、判決は以下のようにも判示した。

…日韓協約第一条の趣旨は日本政府が其臣民に対して有する公権作用の下に均しく韓国臣民をも保護するに在るものと解釈すべきに依り公権作用の一部に属する刑事法の適用に當り韓国臣民を以て帝国臣民と同等の地位に置き其犯罪に帝国刑法を適用処断するは最も条約の本旨に協ひたるもの

この判断がなぜ誤りだというのだろうか？

この判決が判断の根拠とした明治三十八年十一月十七日（1905年11月17日）締結せられたる「日韓協約」という条約は、以下述べる通り、実は存在しないことが明らかになった。だから、その適用により裁判管轄権を認めることは、違法なのである。準拠法を日本の刑法としたことの根拠もこの日韓協約だから同様の違法があった。

安重根義軍参謀中將裁判の研究から、この時代が実は戦争状態であって、この事件には戦時国際法が適用されるべきだったことも明らかになった。裁判研究は、1905年11月17日付日韓協約という条約は、存在しなかったという研究成果にも筆者を導いたのである。

○1905年11月17日付「日韓協約」の存在を喧伝してきた専門家

日韓併合を研究してきた研究者、例えば海野福寿教授は、1905年11月17日付「日韓協約」の存在を喧伝してきた。

【写真4】海野福寿編『日韓協約と日韓併合』明石書店（1995）187-189頁から

387 付録・関連条約 日韓協約・韓日協商條約（一九〇五年） 明治三十八年十一月十七日京城ニ於 同年月十二日簽 日本國政府及韓國政府ハ兩帝國ヲ結合ス ル利害共通ノ主義ヲ策定シテ兩國ノ利益ヲ 欲シ韓國ノ富強ヲ實ニ認ムル時ニ至ル 迄此目的ヲ以テ左ノ條款ヲ約定セリ 第一條 日本國政府ハ在東京外務省ニ由 リ今後韓國ノ外國ニ對スル關係及事務 ヲ監視指揮スヘタ日本國ノ外交代表者 及領事ハ外國ニ於ケル韓國ノ臣民及利 益ヲ保護スベシ 第二條 日本國政府ハ韓國ト他國トノ間 ニ現在スル條約ノ實行ヲ金フルノ任 ニ當リ韓國政府ハ今後日本國政府ノ仲	韓日協商條約 明治三十八年十一月十七日京城ニ於 同年月十二日簽 日本國政府及韓國政府ハ兩帝國會結合 シ利害共通ノ主義ヲ策定シテ兩國ノ利 益ヲ欲シ韓國ノ富強ヲ實ニ認ムル時ニ 至ル迄此目的ヲ以テ左ノ條款ヲ約定セ リ
第一條 日本國政府ハ在東京外務省ニ由 リ今後韓國ノ外國ニ對スル關係及事務 ヲ監視指揮スヘタ日本國ノ外交代表者 及領事ハ外國ニ於ケル韓國ノ臣民及利 益ヲ保護スベシ 第二條 日本國政府ハ韓國ト他國トノ間 ニ現在スル條約ノ實行ヲ金フルノ任 ニ當リ韓國政府ハ今後日本國政府ノ仲	CONVENTION. <i>Signed at Seoul, in Japan and Korea, Novem- ber 17, 1905. Published November 23, 1905. (Translation.)</i> The Governments of Japan and Korea, being desirous to strengthen the principles of solidarity which unite the two Empires, have with that object in view agreed upon and concluded the following stipulations to serve until the moment arrives when it is recognized that Korea has attained na- tional strength:— Article I. The Government of Japan, through the Department of Foreign Affairs at Tokyo, will hereafter have control and direction of the external relations and affairs of Korea, and the diplomatic and consular charges of the subjects and interests of Korea in foreign countries. Article II. The Government of Japan undertakes to see to the execution of the treaties actually existing between Korea and other Powers.

海野福寿編『日韓協約と日韓併合』に資料として掲載されている1905年11月17日付「日韓協約」は、外務省条約局出版『舊條約彙纂第3巻（朝鮮・琉球）』（1934）よりそのまま転載したものである³³

念のため、確認してみたが、【写真4】の記載は、外務省条約局出版の『舊條約彙纂第3巻（朝鮮・琉球）』1934年3月刊行による1905年11月17日付「日韓協約」と全く同じである³⁴。海野氏著書資料の原典は、外務省出版の旧条約集であり、日本語版、韓国語版のほかに英語版（署名がない）

33 海野福寿編『日韓協約と日韓併合』明石書店（1995）187-189頁は、外務省条約局出版『舊條約彙纂第3巻（朝鮮・琉球）』（1934）より転載とされている。

34 『舊條約彙纂第3巻（朝鮮・琉球）』外務省条約局（昭和9年）1934年3月、204頁。

がある。

海野教授は、まさか大日本帝国政府（外務省）が虚偽を流布するとは想像さえしなかったであろう。その意味では、海野教授も政府に騙された被害者と言ってもよいだろう。しかし、日本語を理解する研究者も、市民も、第一線の大学教授である研究者の研究成果の真実性を疑うことはなかったであろう。実は、同書を購入した筆者もそのままこの記載が真実だと信じこんでいたのである。筆者を含めた日本の人々の歴史認識はこのようにして創り上げられてきたことを想起する必要がある。

実は、この海野教授の著書（1995年出版）も外務省旧条約集（1934年刊行）も、安重根義軍参謀中将裁判のとき（1910年2月）には存在しなかった。

○ところで、裁判官は何を見て判決したのだろうか？

それでは、1910年2月14日安重根義軍参謀中将裁判の判決当時出版されていた条約集はあったのだろうか？裁判官は何を見て判決を言い渡したのだろうか？

裁判官は、裁判管轄権の根拠について、「明治三十八年十一月十七日締結せられたる日韓協約第一条によれば日本国政府は在東京外務省に由り今後韓国の外国に対する関係及び事務を監理指揮すべく日本国の外交代表者及び領事は外国に於ける韓国の臣民及び利益を保護すべしとあり、…」と判示している。

伊藤博文公爵が統監だった時代である明治四十一年十月に統監府編纂による『韓国條約類纂』（1908年）が出版された。その20頁に「日韓協約（明治三十八年十一月十七日調印）」という条約が存在するとして掲載されている³⁵。これは、インターネットを通じて確認できた。以下のその表紙

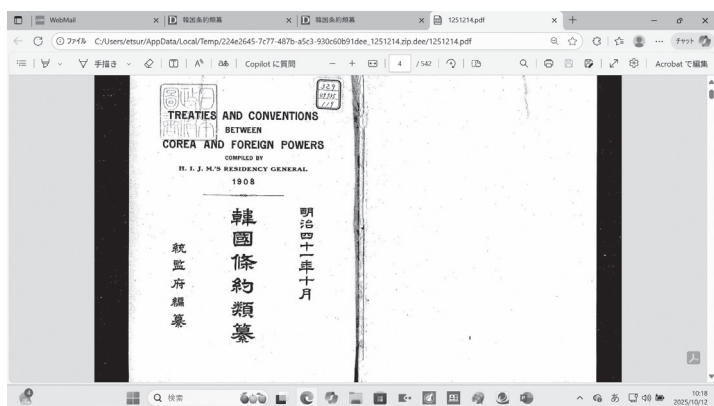
35 統監府編纂『韓国條約類纂』明治41年10月（1908年10月）、20-21頁。

<https://www.digital.archives.go.jp/file/1251214.html> 2025年10月12日閲覧。

と該当部分の写真（インターネットから）を掲載しておくので、読者にも確認していただきたい。

裁判官は、これを根拠にして、判決を言い渡したと推認できる。この条約は実際には存在したのかどうかという問題があるが、弁護人も検察官も裁判官も検討していない。

【写真5】明治四十一年十月統監府編集『韓國條約類纂』表紙



【写真6】統監府編纂『韓國條約類纂』「日韓協約（明治三十九年十一月十七日調印）」



条約の存在は、条約の原本によって証明される。だが、安重根義軍参謀中将裁判の審理に際して原本は示されなかったはずだ。条約が何を定めているかについては、裁判官は伊藤博文統監が率いる統監府の出版物であった条約集『韓國條約類纂』（1908年出版）掲載の上記【写真6】によって確かめたと推認できる。

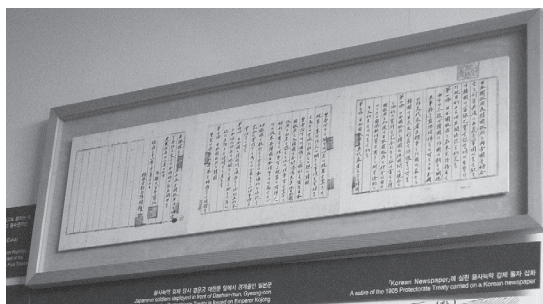
そこで問題になるのは、この条約の原本は実在するのか？という問題である。

○条約文の原本を探してみると

★1905年11月17日付「韓日協商條約」（韓国語版）の原本は存在するか？

筆者は、2008年8月17日にハーグにある李ジュン平和博物館を訪問した。その際、問題の条約（とされてきたものの韓国語版）を確認する機会があった。1905年11月17日付の条約（韓国語版）の原本レプリカが展示されていたのである。驚くべきことだったが、その条約文の一行目は空白になっていて、「韓日協商條約」という条約タイトルがなかったのである。その時撮影したので、その【写真7】を以下に掲載する。

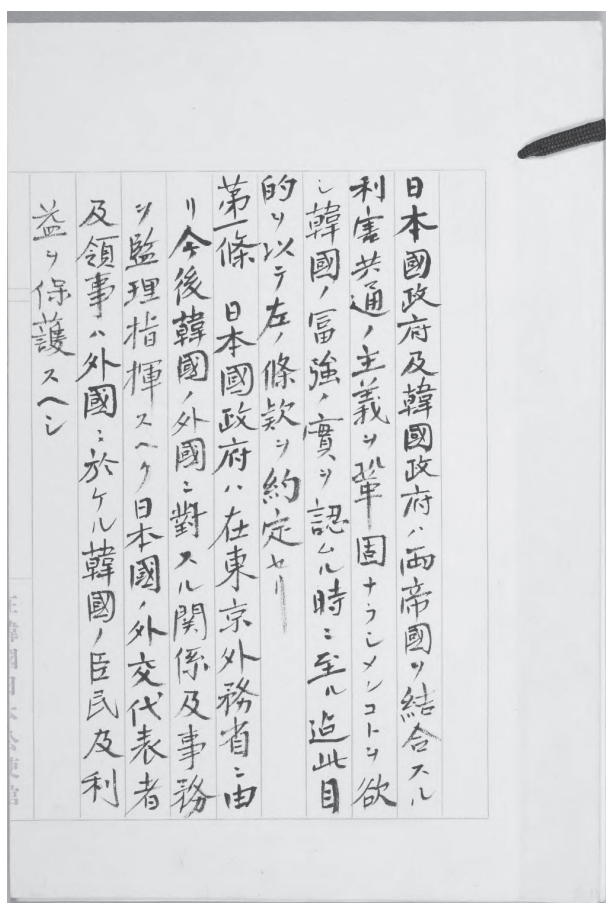
【写真7】1905年11月17日付の条約（韓国語版）原本レプリカ（2008年8月17日にハーグにある李ジュン平和博物館を訪問した際筆者が撮影）



★1905年11月17日付「日韓協約」（日本語版）の原本は存在するか？

それでは、1905年11月17日付「日韓協約」（日本語版）の原本は存在するのだろうか？2010年2月9日、筆者は、外務省外交史料館（東京）にて、日本語原本といわれる文書を視認した（目視のみ）。

【写真8】 インターネット上で公開されている1905年11月17日付条約（日本語版）の原本



しかし、原本には「日韓協約」というタイトルはおろか、何のタイトルもない。ただ五箇条の条文があるだけである。一行目は空欄だった。インターネット上で公開されている1905年11月17日付条約原本【写真8】も一行目は空白で、タイトルがないことは紙の原本と同じである³⁶。結局のところ、1905年11月17日付「日韓協約」（日本語版）の原本も存在しないことが確認された。

要するに、同日付「日韓協約」というタイトルをもつ条約も、「韓日協商條約」というタイトルをもつ条約も、原本は見つからなかったのである。

それでは、上記写真は何を意味するのであろうか？

条約案（条文）の同日付“草案”のみがある。そのように解釈することが自然であろう。この文書の存在からは、伊藤博文公爵が率いる大日本帝国軍の軍事占領下における脅迫によって、条約案（条文）の草案が作成され、大韓帝国外務大臣がそれに署名を強制されたということが明らかになったのである。

韓国語原本にも日本語原本にも、1905年11月17日付けの条約草案には、「韓日協商條約」というタイトルも、「日韓協約」というタイトルも記載されていない。未完成の文書（条約の条文の草案）が存在することだけが証明されたにすぎない。完成した「日韓協約」（「韓日協商條約」）というタイトルをもった条約が存在した証拠はないのである。

同日付の「日韓協約」という条約が存在すると信じて、統監府や大日本帝国外務省が公表した「日韓協約」が存在するものとして学術書を出版していた研究者（海野教授）は、条約原本の不存在を知ったら、どうしただろうか？

1905年11月17日に締結されたと信じられていた「日韓協約」という条約の存在を根拠として、裁判管轄権を認め、安重根義軍参謀中將に対して死

36 確認した1905年11月17日付条約原本の写真は、ウェブでも公開されている。
www.jacar.go.jp/goshomei/index.html. Visited on June 25, 2010.

刑判決を1910年2月14日に言い渡した裁判官がこれを知ったら、何と云ったであろうか？

それでは、この条約は「捏造」されたものなのであるか？

1993年前記国会質問に先立ってなされた本岡昭次参議院議員による訪韓調査（筆者も同行した）に際して、慎鏞廈教授は、「捏造」説を唱えていた。大日本帝国政府の行為の悪性を強調するためには、このような評価が出されることは自然だと思う。

しかし、筆者は、条約原本の調査から言えることは、条約原本が「**不存在**」であるという事実こそが重要だと考えている。原本が存在しない未完成の条約草案を利用して、完成した条約が存在するかのような公的刊行物が、誰のどのような行為によって作成されるに至ったのかは別途研究される必要がある。刊行は伊藤博文統監の時代だったから、統監本人が関与したであろうことが推認できる。

最低限、1905年11月17日付「日韓協約」という条約の原本が存在しないことが証明されたと理解することができる。この解釈は、この条約は「不存在」という結論を導くことになる。

検察官も、弁護士も、裁判官も条約の不存在の事実を知らなかったと推定できるが、その存在を信じたのは誤りだったのである。したがって、法的根拠がなく、裁判管轄権のない裁判所による不法な裁判によって、安重根義軍参謀中将が不法な死刑判決を受け、不法に処刑されたという結論には間違いがないと思わる。

不法な裁判で人を処刑した事実からは、「死刑を廃止すべきだ」と言えることである。

筆者の日韓旧条約研究は「**不十分**」との批判に応答してきたが³⁷、まだ

37 戸塚悦朗「歴史認識と日韓の「和解」への道（その5）：1905年「韓国保護条約（？）」の効力問題と1963年国連総会の決議をめぐって」龍谷法学49巻3号2017年、755-779頁。↗

足りないだろうか？

⑤どのような点で日韓旧条約研究がまだ「不十分」なのか？

1905年11月17日付「日韓協約」という不存在の幻の条約を含め日韓旧条約すべてについて共通して確認できることがある。条約の批准手続きがなされていないのである。これについては、日韓の研究者の間で以下の対立があった。

★【批准必要説】（韓国側）対【批准不要説】（日本側）の対立

条約署名後に批准が必要かどうかで日韓の研究者の研究成果が深まることで、共通の理解にたどり着くことに期待が寄せられた。しかし、対立は続き、結論が出ていないという問題が残った。

日韓の研究者による論争は、『世界』誌上でも交わされた。韓国側の歴史学者である李泰鎮教授（ソウル大学、韓国史）から雑誌『世界』に注記する多数の寄稿があった³⁸。それに対して日本側研究者の海野福寿教授³⁹、坂元茂樹教授⁴⁰からの反論があって、対立は平行線を描くように交わることがなかった。問題は、ディベートのような状態が続いてしまい、どこに

↘ <https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD3202771>

38 韓国側からは、以下がある。①李泰鎮「韓国併合は成立していない（上）日本の大韓帝国内権侵奪と条約強制」『世界』1998年7月、300-310頁。②同「対話韓国併合は成立していない（下）日本の大韓帝国内権侵奪を条約強制」『世界』1998年8月、185-196頁。③同「韓国侵略に関連する諸条約だけが破格であった一坂元茂樹教授（98年9月号）に答える」『世界』1999年3月、249-263頁。④同「略式条約で国権を委譲できるのか（上）海野教授の批判に答える」『世界』2000年5月、246-255頁。⑤同「略式条約で国権を委譲できるのか（下）海野教授の批判に答える」『世界』2000年6月、273-281頁。

39 海野福寿「李教授「韓国併合不成立論」を再検討する」『世界』1999年10月号、260-274頁。

40 坂元茂樹「日韓は旧条約問題の落とし穴に陥ってはならない 本誌・李泰鎮論文への一つの回答」『世界』1998年9月号、193-205頁。

対立を解く鍵があるのか？が見えなかったのである。

問題を整理してみると、日本側からの検討すべき学説には以下の二説があった。

第一には、**批准不要の「第二種条約」**があるという日本側（海野説）の主張は正しいのか？

第二に、条約文に「**批准が必要**」と書かれていない。「その場合は、批准が要らない」という日本側（坂元説）の主張は正しいのか？

○条約と批准の必要性（国内法）

1905年当時の大韓帝国では、全権代表により署名された条約は、一定の手続を経た後、皇帝が条約批准書に署名し、玉璽を押捺して承認・批准しなければ、効力を発生しないこととされていた⁴¹。ところが、1905年いわゆる「韓国保護条約」（大日本帝国政府によると1905年11月17日付「日韓協約」という条約が存在したとされていた）には高宗皇帝は最後まで署名も玉璽の押捺もしなかった⁴²。同条約に批准がなかった点では、日韓間で争いはない。

○韓国の国際法学者の学説（白忠鉉 教授）

ソウル大学の白忠鉉教授（国際法）によれば、1905年いわゆる「韓国保護条約」及び1910年「韓国併合条約」を含め、「日本が…韓国の主権を段階的に強奪した五つの条約」について、「これらすべての条約の内容は、国家の主権制限に直接関連した事案だ」とし、「**当然条約締結のための全権委任状及び批准手続のすべての要件を取り揃えるべきだった**」と主張し

41 李泰鎮「1904～1910年、韓国国権侵奪条約の手続き上の不法性」笹川紀勝・李泰鎮（共編著）『国際共同研究・韓国併合と現代——歴史と国際法からの再検討』明石書底、2008年、96-154頁。

42 前注李。

て、「批准必要説」⁴³を唱える。

○日本の学者（海野教授）は？

これに対して、「批准不要説」を代表する海野説⁴⁴は、日本の外務省の実務（外務省条約局『各国ニオケル条約及国際約束締結ノ手續ニ関スル制度』1936年、1頁）を根拠として、「批准を必要としない第二種形式の国家間協定もありうる」とし、1905「韓国保護条約」は、この場合で、高宗皇帝の批准がなくても有効に締結されたと「批准不要説」を主張していた。

○「批准条項が存在しない」から批准不要という坂元説はどこで迷路に入り込んだのか？

坂元茂樹教授は、条約法を専攻する国際法学者だが、批准不要説を提唱していた⁴⁵。同教授の論文「日韓保護条約の効力——批准問題を中心に」（前注）が「迷路」に迷い込んだ原因は何故だったのだろうか。

同論文は、「条約は、別段の明示の規定がない場合には、批准を要しないというのが一般規則だと主張する論者もある」として、論文中の注（5）でフィッツモーリスの論文（1934年）、シンクレアの論文（1984年）をあげている。ところが、坂元教授が引用している大部分の資料・論文は、1905年以降出版のものばかりであることに気づいた。

○時際法と「決定的時点（critical moment）」の検討が必要！

Critical dateはいつか？：Nov. 17, 1905

43 白忠鉉「日本の韓国併合に対する国際法的考察」前掲笹川・李『国際共同研究』、374-406頁。

44 海野福寿「I 研究の現状と問題点」、海野福寿編『日韓協約と韓国併合——朝鮮植民地支配の合法性を問う』明石書店（1995年）、17頁参照。

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

‘Inter-temporal Law’（時際法）

オッペンハイム（第9版、1996年）の『国際法』⁴⁶は、日本でも広く参照されているが、そこには、「条約は、その締結の時に実施されていた国際法の一般規則に照らして解釈されるべきである——いわゆるinter-temporal law」とある。

時際法（‘Inter-temporal Law’）

藤田久一教授（東京大学、国際法）によれば、1928年4月4日のパルマス島事件判決について以下のように述べている。

「この判決でフーバー仲裁人は、行為又は法状態の有効性はその時点で有効な法に従って判断されなければならないという時際法の関連原則について検討した。法的事実（行為）はそれに関連する紛争が発生しまたは解決される時に有効な法ではなくて、それと同じ時代の法に照らして評価されなければならない。…なお、この判決では、特定事件の事実について一定の日（時期）が「決定的」となる、所謂クリティカル・デートの用語が使われた。この事件では、…この条約の日付は「決定的時点（critical moment）」と呼ばれた。」⁴⁷

時際法（intertemporal law）の原則に照らせば、1905年11月17日付「日韓協約」という条約については、決定的時点（critical moment）は、条約締結日であるとされている1905年11月17日である。その時点の国際法に照らして、条約の法的効力に関する判断をしなければならないというこ

46 “A treaty is to be interpreted in the light of general rules of international law in force at the time of its conclusion - the so-called inter-temporal law”.

Robert Jennings and Arthur Watts, (eds.), *Oppenheim's International Law Ninth Edition Vol. 1 Peace Parts 2 to 4*, Longman, 1996, p. 1281.

戸塚悦朗後掲「歴史認識と日韓の「和解」への道（その7）」参照。

47 藤田久一『国際法講義I 国家・国際社会』東京大学出版会、1992年、214頁。1928年4月4日のパルマス島事件判決に関する注（3）。

とになる。

前記海野教授は、この決定的時点以後である1936年の行政文書に依拠して立論している点で時際法の原則に違反している。前記坂元教授も、決定的時点以後の学術論文等に依拠して立論している点で時際法の原則を逸脱している。このように決定的時点（1905年11月7日）を無視した主張によって、両学説は迷路に迷い込んでしまったのである。

要するに、1905年締結の条約の効力を検討するためには決定的時点である1905年当時の国際法を研究する必要があるのである。

○1905年当時の国際法

筆者は、以下のとおり、1905年当時の国際法を集中的に研究するよう努めてきた。

1905年当時日本で出版されていた研究書・教科書⁴⁸の研究。

1905年当時入手可能だった日本の国際法学会の学会誌⁴⁹の研究。

その結果は、その都度発表した⁵⁰が、結論を述べれば、**批准必要説**だけが見つかった。批准不要説は、みあたらなかったのである。

○典型的な研究書：ホール氏『国際公法』（1899）⁵⁰

48 戸塚悦朗「歴史認識と日韓の「和解」への道（その3）：文献研究から1905年「韓国保護条約（?）」の無効性を問う」龍谷法学第48巻第3号2016年、1165-1207頁。

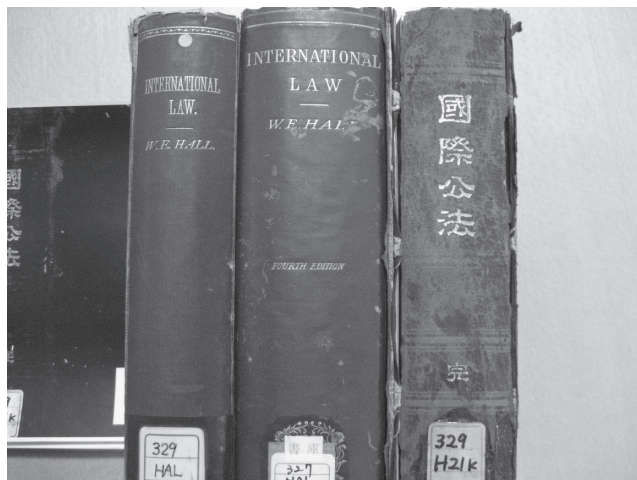
49 戸塚悦朗「歴史認識と日韓の「和解」への道（その4）：『国際法雑誌』は、1905年「韓国保護条約（?）」をどのように準備したか」龍谷法学第48巻第4号2016年、1581-1625頁。

50 ウィリアム・ホール著、立作太郎訳『ホール氏国際公法』（原書第4版の翻訳）東京法学院発行・有斐閣書房発売明治32年【1899年】7月、433頁。

★「條約ヲ有効ナラシメルタメニハ国家ノ最高ナル條約締結権限ヲ有スル機関ニヨリ・批准セラレルルコトヲ要ス」『ホール氏国際公法』（原書第4版の翻訳）433頁。

★W.E.Hall. *A Treatise on International Law Fourth Edition*. The Clarendon

【写真9】 ホール氏『国際公法』（1899年）（写真右）と英語原書（4版・1895年・写真中央）及び英書の三省堂リプリント版（1896年・写真左）（大阪大学図書館・2009年撮影）



東京帝国大学、京都帝国大学など旧帝大などの図書館には、多数の原書が複数蔵書として備えられていて、広く学生・研究者が同時並行して国際法研究に活用することができるよう配慮されていた。同書の訳者であった若手研究者立作太郎は、のちに東京帝国大学教授（国際法）に任命された。同書は、1905年当時の国際法の学説を代表していたと思われる。

↘ don Press. 1895. p. 345.

“Express ratification, in the absence of special agreement to the contrary, has become requisite by usage whenever a treaty is concluded by negotiators accredited for the purpose.”

★批准を必要とする条約とは？

1905年「韓国保護条約」の文面には批准の必要性について明示の記載がない。

ホール氏は、そのような場合について、「明示ノ批准」が必要であると明記している。

「全権代表ニ依リ締結セラレタル條約ハ反對ノ特約ナキ場合ニ於イテハ通常明示ノ批准ヲ必要トス」と述べている（前掲ホール氏、433頁）。

Hall, *A Treatise on International Law* (4th ed.), p. 345.

“Express ratification, in the absence of special agreement to the contrary, has become requisite by usage whenever a treaty is concluded by negotiators accredited for the purpose.”

批准を必要とする条約とは？

1905年「韓国保護条約」の文面には批准の必要性について明示の記載がない。

ホール氏は、そのような場合について、「明示ノ批准」が必要であると明記している。

「全権代表ニ依リ締結セラレタル條約ハ反對ノ特約ナキ場合ニ於テハ通常明示ノ批准ヲ必要トス」と述べている（前掲ホール氏、433頁）。

同書を参照するなら、1905年当時の国際法では、条約に批准条項が書かれていない場合は、明示の批准を必要としていたことがわかるであろう。

したがって、1905年11月17日付「日韓協約」とされていた幻の条約も、1910年8月22日付韓国併合条約も、締結権者による批准がなかったのであるから、法的に有効な条約として成立していなかったと判断できる。

○結論：併合条約は無効

1905年保護条約の基礎が崩れると、併合条約は、砂上の楼閣になる

さらに以下のようにも考えられる。1910年韓国併合条約に署名をした寺内統監の地位は根拠とされる1905年保護条約が不存在、無効、不成立だったのだから、不法な存在であった。さらにまた、1910年韓国併合条約は、

寺内統監による不法な双方代理による条約締結だった。条約文には大韓帝国皇帝の署名がなかったのであり、且つ大韓帝国皇帝による批准もなかったことにも注目すべきである。

○これでよいのだろうか？

筆者の見方についてのテストが必要だと考えた。Inter-temporal Lawの規則の重要性に気づいたのは、2018年夏だった。折から招待されていた武漢での国際会議の講演でこの視点を含んだ論文⁵¹を発表し、国際的な賛同が得られるかについて反応を見ることとした。参加者からは、好意的な反応が得られたことはありがたいことであった。

○研究が完成！

1992年から続いてきた1905年11月17日付「日韓協約」という幻の条約の研究が完成し、次の段階に進むことができるようになった。最新の成果を論文⁵²としてまとめて龍谷法学に投稿した。武漢会議から帰国した直後に、2018年10月30日の韓国大法院判決のニュースを知るようになった。この判決は、韓国憲法を根拠として、日本による植民支配の不法性判断（「不法強占」）を導いていた。

筆者の国際法研究からも日韓旧条約を根拠とする植民地支配の不法性判断を導くことができるかどうかは、ますます重要な日韓関係をめぐる法的な問題となってきた。

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

52 戸塚悦朗「歴史認識と日韓の「和解」への道（その7）：迷路を抜け出す鍵」龍谷法学51巻4号2019年、409-448頁。

<https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/TD32080747>

○旧条約の効力は？

1905年「韓国保護条約」及び1910年「韓国併合条約」を含め、「日本が
…韓国の主権を段階的に強奪した五つの条約」について、白忠鉉教授は、
次のように述べている⁵³。

「当然条約締結のための全権委任状及び批准手続のすべての要件を
取り揃えるべきだった」

五つの条約とは以下のとおりである。

1904年日韓議定書

1904年第一次日韓協約

1905年第二次日韓協約

1907年第三次日韓協約

1910年韓国併合条約

これらの条約の条文には、批准条項はないが、ホール氏が説くとおり、
すべて明示の批准が必要だった。右の白忠鉉説も同じ学説をとнаえている。

これらすべての条約には、条約締結権者による批准がない。

したがって、この一点だけから言っても、これら五つの旧条約は、すべ
て原初的に無効、すなわち、*Null and void ab initio*！だった。

⑥旧条約原初的無効論は、国際法上植民地支配が「不法強占」だったこと
を証明しているか？

これまで、旧条約原初的無効論は、植民地支配の不法性論の根拠として

53 白忠鉉「日本の韓国併合に対する国際法的考察」前掲笹川・李『国際共同研
究』、389頁。

必要にして十分だと考えられていた。筆者も、植民地支配の不法性を立証するためにそれ以上の研究が必要になると考えてはいなかった。要するに、旧条約原初の無効論、あるいは1910年韓国併合条約無効論と植民地支配不法論は等しいものと考えられていたのである。

ところが、そうではないらしいのである。

ここで、検討すべき論点は、二つある。

○韓国大法院判決は、植民支配の不法性を立証したのではないか？

という論点がある。

たしかに、2012年5月20日韓国大法院判決が原審に差し戻し、2018年10月30日大法院全員法廷判決で確定し、強制労働被害者が勝訴した事件の核心は、植民支配は「不法強占」とするものだった⁵⁴。

しかし、これら大法院判決が根拠としたのは憲法判断だった。つまり、韓国の国内法に依拠することによって「不法強占」と判断したのである。韓国の領域内では、この法的判断で完結している。

ところが、日本政府は、この判決を「国際法違反」と非難している。だから、この問題を日本と韓国の間の国際問題として検討する場合には、これでは十分ではない。その場合は、国家と国家の間の関係を規律する国際法上の法的論拠が必要となる。だから、筆者は国際法の視点からも「不法強占」と言えるかどうかの検討をしてきたのである⁵⁵。

54 金昌禄『韓国大法院強制動員判決、核心は「不法強占」である』参照。著者が2022年8月に韓国の知識産業社を通じて出版した『大法院の強制動員判決、核心は「不法強占」である』を日本語に翻訳し、「法律事務所の資料棚アーカイブ」に掲載したものである。

<http://justice.skr.jp/documents/nocciolo.pdf> 2023年5月14日閲覧。

55 戸塚悦朗『「徴用工問題」とは何か？——韓国大法院判決が問うもの』明石書店2019年10月、1-209頁。

○「征服論」を克服するには、まだ不十分！

例えば、和田春樹名誉教授は、1910年8月22日の韓国併合条約は茶番であって、無効な条約による併合を不法としている。しかし、その1週間後である同年8月29日の天皇の詔勅による併合の有効性を認めるという学説をとなえている⁵⁶。

これは、征服（軍事的な占領による実効支配下にある領域を自国領に編入する宣言をすることにより領土として奪取することが帝国主義時代の国際法によって認められていた）によって韓国併合がなされたという学説である。

この征服論を克服するためには、被害者側は、植民地支配が国際法上も「不法強占」であったことを証明し、2012年及び2018年の大法院判決を支持する必要があるのではないか。

そのためには、大日本帝国による大韓帝国領（韓半島）の軍事占領が国際法上不法であったことを明らかにする必要がある。筆者は、この論点について、新たな研究書『韓半島植民地支配の不法性——大韓帝国中立宣言と「不法強占」』⁵⁷を発表している。同書を参照いただければ幸いである。

56 和田春樹『韓国併合 110年後の真実：条約による併合という欺瞞』岩波書店 2019年、1-64頁。

57 戸塚悦朗『韓半島植民地支配の不法性——大韓帝国中立宣言と「不法強占」』アジェンダ・プロジェクト2024年、1-165頁。

【資料】

<https://justice.skr.jp/documents/dichiarazione2025.pdf>

2025年12月15日閲覧

日韓法律家共同宣言

日韓国交正常化60年、そして朝鮮半島の植民地支配からの解放80年を迎え、日韓両国の法律家は前世紀の帝国主義と植民地支配の歴史を深く省察し、未解決の人権侵害問題の正義ある解決を促すため、この共同宣言を発表する。

大韓民国の大法院は2018年、女子勤労挺身隊を含む強制動員労働者に対する日本企業の賠償責任を認めた。この判決は日本の植民地支配の不法性を明確に確認し、その過程で行なわれた強制動員と強制労働が反人道的不法行為であることを宣言した。そして被害者の賠償請求権は日韓請求権協定で消滅しなかったことも明らかにした。日本の最高裁判所も2007年の判決で二国間条約では被害者個人の請求権は消滅しないと判示しており、少なくともこの点において両国の司法判断は一致している。

また、2021年1月8日のソウル中央地方法院判決と2023年11月23日のソウル高等法院判決は、日本軍「慰安婦」被害者が被った反人道的犯罪被害について、日本国の法的責任を認めた。これらは、国際法の強行規範に違反した行為や、法廷地国内での不法行為については国家免除を認めないとするものであり、国益中心の国際法から人権中心の国際法へと発展してきた法的潮流を反映し、国際人権法原則に合致する優れた判決である。

しかし日本政府と日本企業は判決の履行を拒否し、被害者の苦痛が依然として続いている。日本国も大韓民国も基本的人権の尊重を基本原理とし

て司法権の独立を保障する憲法の上に成立した法治国家である。私人である被害者の人権回復のために裁判所が命じた賠償を拒否するいかなる合理的な理由もない。

日本国と日本企業は裁判所から命じられた賠償を直ちに履行すべきである。そして、日韓両国政府は不履行を懲罰するような行為を直ちに中止すべきである。

この他にも、日韓弁護士会の共同宣言（2010年12月）が指摘したように、戦没者・戦傷者に対する援護制度及び国民年金制度の対象から在日韓国人高齢者を除外している問題や、供託金や郵便貯金の返還問題、在日韓国人の法的地位・権利、長生炭鉱を始めとする強制動員被害者や韓国人軍人軍属の遺骨の発掘・収集・返還、韓国文化財の返還等、植民地支配や強制動員に由来する問題が日韓の間に未解決のまま残存している。そして、韓国人戦没者の靖国神社合祀問題、韓国人B C級戦犯問題や、軍艦島や佐渡鉱山での強制動員問題の歴史が正しく展示・説明されていない問題も解決していない。

また、韓国併合条約締結から115年を経たにもかかわらず、日韓両国及び両国民が、韓国併合の過程や韓国併合条約の効力についての認識を共有していない。

われわれ日韓の法律家は、戦争責任、植民地（支配）責任に関わる過去の諸問題の正義ある解決が両国関係の未来志向的な発展のための必須条件であることを改めて確認し、過去の歴史的事実の認識の共有と未解決の課題の解決のために、連帯と協力を続けていくことを誓約する。

2025年12月9日

呼びかけ人（計32名）

戸塚悦朗（第二東京）山本晴太（福岡県）川上詩朗（東京）大森典子（第二東京）殷勇基（東京）在間秀和（大阪）張界満（第二東京）岩月浩二（愛知県）内河恵一（愛知県）田巻紘子（愛知県）宮下萌（東京）

〈以上、日弁連会員弁護士11名〉

李相姫（イ・サンヒ）柳光玉（リュ・グァンオク）姜太陽（カン・テヤン）金佳慧（キム・カヘ）金始恩（キム・シウン）金怜瑾（キム・ヨンギ）具本錫（ク・ボンソク）權泰允（クォン・テユン）閔思元（ミン・サウォン）朴奎焄（パク・ギュフン）朴來亨（パク・レヒョン）朴乙美（パク・ウルミ）梁盛隅（ヤン・ソンウ）呉時城（オ・シソン）李鍾赫（イ・ジョンヒョク）張完翼（チャン・ワニク）田다운（チョン・ダウン）趙在敏（チョ・ジェミン）崔鳳泰（チュ・ボンテ）洪成昊（ホン・ソンホ）黃皓俊（ファン・ホジュン）

〈以上、大韓弁協会員弁護士21名〉

賛同人（計208名）

足立修一（広島）安原邦博（大阪）林範夫（大阪）竹下政行（大阪）森田太三（東京）朴将在（第一東京）後藤富和（福岡県）井下顕（福岡県）泉澤章（東京）師岡康子（東京）穂積剛（第二東京）高森裕司（愛知県）西村正治（第二東京）赤嶺朝子（沖縄）梓澤和幸（東京）山本志都（東京）古田典子（第二東京）松田幸子（宮崎県）野村修一（第二東京）本上博文（兵庫県）後藤玲子（兵庫県）山崎吉男（福岡県）林千賀子（大阪）吉川健司（福井）新垣勉（沖縄）高木吉朗（沖縄）藤田正人（東京）仲山忠克（沖縄）山田博（富山県）松崎暁史（沖縄）迫田登紀子（福岡県）眞珠浩行（東京）寛宗憲（兵庫県）南典男（第二東京）辻田航（東京）魚住昭三（長崎県）

藤田城治（第二東京）森川文人（第二東京）長谷川一裕（愛知県）儀保唯（沖縄）伊藤真（東京）松本啓太（沖縄）端野真（広島）水野幹男（愛知県）仲見生（京都）愛須勝也（大阪）内田雅敏（東京）大口昭彦（第二東京）大川忠模（第二東京）裴明玉（愛知県）李博盛（福岡県）横地明美（愛知県）清水善朗（岡山）宇部雄介（仙台）竹下政行（大阪）毛利正道（長野県）中川瑞代（第二東京）萩原繁之（静岡県）佐藤真理（奈良）梁文洙（第二東京）諸富健（京都）稲村蓉子（福岡県）松山秀樹（兵庫県）白充（沖縄）金子修（新潟県）冠木克彦（大阪）長谷川直彦（東京）平方かおる（大阪）金子美晴（東京）中田政義（京都）長野真一郎（大阪）瑞慶山茂（千葉県）坂口禎彦（東京）松岡肇（東京）韓檢治（兵庫県）滝沢香（東京）野田葉子（愛知県）池上遊（福岡県）志田なや子（神奈川県）中本源太郎（東京）藤澤抱一（東京）鈴木宏一（山口県）小笠原忠彦（岡山）大多和暁（静岡県）矢崎暁子（愛知県）村山裕（東京）岡本浩明（岐阜県）宮田睦奥男（愛知県）松本篤周（愛知県）宋惠燕（神奈川県）林真由美（岐阜県）神原元（神奈川県）永田亮（神奈川県）河西拓哉（神奈川県）安藤ヨイ子（福島県）久保井撰（福岡県）韓雅之（大阪）

〈以上、日弁連会員弁護士97名〉

清末愛砂（室蘭工業大学）稲正樹（元国際基督教大学）岡田正則（早稲田大学）奥野恒久（龍谷大学）阿部浩己（明治学院大学）前田朗（東京造形大学名誉教授）太田修（同志社大学）

〈以上、日本の研究者7名〉

곽영수, 구인호, 권신혜, 권용, 권정호, 김건희, 김도윤, 김도현, 김동엽, 김동일, 김동창, 김묘희, 김무락, 김민경, 김민재, 김수정, 김영민, 김영주, 김은진, 김주현, 김진, 김필성, 남호진, 류다솔, 류신환, 박근우, 박동민, 박성진, 박인숙, 박정민, 백수범, 부종욱, 선수지, 손재호, 손충환, 송두환, 송혜

미, 신윤경, 안혜진, 엄건용, 여연심, 오소정, 오시성, 오영중, 유정민, 윤보
름, 윤진호, 은연지, 이동민, 이동준, 이상호, 이석태, 이성원, 이승익, 이영
기, 이재구, 이형준, 인식진, 임삼섭, 임선숙, 임재성, 전범진, 정병욱, 정이
량, 정인봉, 정제형, 정현우, 조영관, 조영선, 조인영, 조정현, 천호성, 최병
모, 최성훈, 최용근, 하성협, 하영주, 한민희, 한성수, 한효린, 홍성호, 황필
규, 황희석

〈以上、大韓弁協會員弁護士83名〉

김명연 (尚志大), 김소진 (民主法研), 김영중 (民主法研), 김제완 (高
麗大), 김종서 (培材大), 김창록 (慶北大), 김학진 (民主法研), 김현정
(高麗大), 문병효 (江原大), 민윤영 (壇国大), 오동석 (亞洲大), 이경
주 (仁荷大), 이다혜 (韓東大), 이범준 (ソウル大), 이용인 (高麗大),
이재승 (建国大), 정태욱 (仁荷大), 최정학 (放送大), 최진호 (カト
リック関東大), 최한미 (民主法研), 권대우 (漢陽大)

〈以上、韓國の研究者21名〉

パリ北部における少年保護：現場と担い手

赤 池 一 将*

大 貝 葵*

井 上 宜 裕*

ハラス・ドリス*

はじめに

1. 1997年の14歳少年による衝撃的な神戸連続児童殺傷事件以降、その翌年から2000年までのわずかの期間に、栃木女性教師刺殺事件、山口母子殺害事件、豊川市主婦刺殺事件、岡山金属バット母親殺害事件、西鉄バスジャック事件と、少年によるセンセーショナルな事件が不幸にも連続した。個々の事件の異常性や残虐性をメディアが繰り返し報じるなかで、少年犯罪の増加、凶悪化、低年齢化等、多くは事実と合致しない言説が醸成され、そのなかで少年犯罪に対する司法による対応の「甘さ」が問題化された。そこでは、少年法の厳罰化と手続の刑事司法化を求める世論が形成され、2000年には、刑事責任年齢を16歳から14歳に引き下げるとともに、殺人等の重大事件を原則的に検察官送致の対象に含めるなど、少年に対する刑罰適用の可能性を拡げる少年法の「改正」がもたらされた。少年の刑事責任

* あかいけかずまさ 龍谷大学名誉教授

* おおがいのあい 神戸学院大学教授

* いのうえたかひろ 九州大学大学院教授

* はらすどりす 立命館大学講師

のあり方が問い返されることによって、戦後はじめて少年法の骨格をなす保護主義に譲歩が迫られた。

重大犯罪に対しては、少年を保護するよりも年齢に関係なく少年の責任を問う、こうした政策志向は、保護主義の観点から、少年審判を非公開とした上で被害者や遺族から審判を傍聴し、情報を取得し、意見陳述を行う機会をすべて排除してきたこれまでの少年司法のあり方に激しい批判を浴びせるものとなった。そこでは、少年事件における被害者の「権利」が強く意識され、審判の透明性やその手続の適正性に大きな疑問が向けられた。2007年と2008年の二度の「改正」を通じて、一定の重大事件において、被害者や遺族は、家裁の許可をえて審判を傍聴し（22条の4）、家裁から審判の状況を聞き（22条の6）、家裁に対して意見を陳述する（9条の2）など、審判手続の一部に当事者として参加することが可能となった。被害者の権利が意識されるにつれて、ここでも少年法の保護主義は後退を迫られたといえる。

また、民法の成人年齢が2022年に20歳から18歳への引き下げられることを念頭に、少年法の対象年齢のあり方が法制審において検討された。そこでは、これまで同様に少年法の対象である「少年」の年齢を20歳未満とすることが適当であるとの確認がなされたが（2条1項）、他方で、民法で成人として扱われる18歳および19歳の少年について、これを少年法において「特定少年」として規定し、これを「特例」（5章）対象とする「改正」が2021年に行われた。「特定少年」に対しては、例えば、検察官への原則送致の対象となる事件を拡大させ（62条）、他方で、虞犯の適用を除外し（65条1項）、保護処分決定に際しても「犯情の軽重」を考慮する（64条）とし、また、公訴提起後の実名報道を可能とするなどの対応がとられている（68条）。「特定少年」には、これまでの保護主義を制限しつつ、責任主義・刑罰主義の導入を図る意図が明白に認められる。

2. さて、フランスに目を転じるとき、この2021年という年は、奇しくも戦後フランス少年法制の土台を成してきた1945年2月2日の「少年非行に関するオルドナンス」に代わり、新たに「少年刑事司法法典」が施行された年に他ならない。周知のとおり、1945年オルドナンスは、教育的措置優先原則、専門的裁判の原則、保護的手続の原則、刑罰の例外性原則、刑罰軽減原則等、処罰から教育へという少年法制の基本的な諸原則を明確に打ち出し、戦後世界の少年法制の範として評価されてきた。それらの原則は、施設収容を回避するためのダイバーションの指向を謳う「北京ルールズ」(1985年)、少年を処罰対象としてではなく支援の対象として捉える視点を徹底させる「リヤド・ガイドライン」(1990年)、そして、子どもの最善の利益を指針の中核に位置付ける「子どもの権利条約」(1989年)等の国際準則のうちに埋め込められて引き継がれてきた。

しかし、フランスにおいても、少年法の基本原則はまったく手を加えられることなく今日に至っているわけではない。近年、少年司法を少年係裁判官とエデュカトゥール（教育師）という専門家に委ねるべき領域と捉える場面は狭まり、犯罪少年に対する手続は成人のそれに近づいてもいる。裁判所が犯罪を繰り返す少年を迅速に裁くことによって、少年に刑罰を科しえないことによる無力感を打ち消すことが求められてきた。そこでは、少年を加害者として捉えるべきか、それとも、被害者として捉えるべきかが繰り返し問い返され、ある時は少年に対する収監を回避するための方策が、また、別の時には少年非行の増加を阻止すべき方策が、それぞれ焦眉の課題だとして掲げられてきた。

ここでは、犯罪少年に対する最近の施設収容政策の変遷を例に、2021年の少年刑事司法法典が誕生する文脈を簡単に振り返っておきたい。

3. 1999年に、短期間で規律ある生活習慣を与え、1945年オルドナンスの教育主義を基礎に、外出をある程度は認めるなど寛容な対応を維持する

あくまで開放型の「強化型教育センター(CER)」が設立されている。しかし、その3年後の2002年には、9月9日の「司法のための指針および計画に関する法律」(LOPJ法)によって、再犯リスクの高い少年の矯正を念頭に、外出を厳しく制限して規則違反があれば刑事施設への収監を行う半拘禁型の「閉鎖型教育センター(CEF)」を設立し、同時に、収監される少年の増加を見込んで、それまで成人用刑事施設の少年区画で実施されてきた少年の収監を補填すべく、完全拘禁型の少年刑事施設(EPM)が新設されている。

周知のとおり、このLOPJ法をめぐっては、この法律の示す厳罰化が、少年司法の場で先の教育的措置優先原則等、1945年オールドナンスの示した諸原則に抵触しないかが問われた。憲法院は、2002年の決定において、オールドナンスを含む過去の立法の継続を重視して、未成年者に対する刑事責任の軽減、年齢や人格に応じた特別な手続、教育的措置の優先の各原則には、単なる法律以上の歴史的・法的重要性が認められるとして、これらを「共和国の法律によって承認された基本原則」すなわち、準憲法的な原則(PFRLR)として認めた¹。それゆえ、少年に刑事法を用いた対応を求める際には、これらの原則に依拠して成人と異なる対応が求められることになる。つまり、少年司法の中心は教育的措置であるものの、少年に対して刑罰を全面禁止する必要はなく、これらの原則を踏まえた対応であれば、必要に応じて制裁や拘禁を科すことも可能だと修正された。

それゆえ、厳罰主義を基礎とする拘禁指向の強いCEFやEPMも、その存在をそのまま否定されることはなかった。EPMは完全型の拘禁施設であるが、10人前後の未成年者による小規模な「生活ユニット」ごとに刑務官と教育職員を各1名配置し、家庭的環境のなかで教科教育、職業訓練、スポーツ、心理支援等による密度の高い日課を実施するために、つまり、

1 Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002.

教育主義の要請を満たすべく整備された。閉鎖型の拘禁施設である点を除けば、EPMは成人用刑事施設とは似ても似つかぬものである。

少年司法のためのPERLRとして準憲法ブロックを構成する諸原則の要請は、EPMを構想する過程で、少年司法と成人司法の間の、あるいは、教育主義と厳罰主義との間の壁を、相互に超えうるとの認識をもたらしたともいえる。そして、教育主義が取り入れられたとはいえ、EPMが観念的には厳罰主義を担う少年拘禁施設として構想された以上、CEFは、CERで展開される教育主義からEPMへの移行の、その中間点に位置づけられ、その意味を問われることになる。

当時の司法大臣の名を冠した2004年3月9日の「ペルバン第Ⅱ法」(Loi Perben II)と称される「犯罪の進化への司法の適応に関する法律」において厳罰傾向は増大され、CEFでの収容を可能とする少年事件の対象も拡大されている。そして、その実効性を担保するために、CEFで規則違反を行えば、EPMないし拘置所や刑務所といった成人用施設内少年区での収監に直結するとの修正が加えられることになる。ここでCEFは、CERと拘禁施設との中間点ではなく、むしろ拘禁施設の入口として意識されている。

他方で、その「ペルバン第Ⅱ法」は、同時に、EPMでの教育主義に配慮したエデュカトゥールの配備とのバランスをとるために、拘置所等の成人刑事施設内の少年区に司法省少年保護局(PJJ)所属のエデュカトゥールの常駐を定め、拘禁施設に一定の教育主義を導入している。この変化を裏打ちするように、2010年2月2日の「少年保護局の指針に関する通達」では、PJJの使命が犯罪少年に対する教育的支援にあることが改めて確認される。2007年3月5日の「犯罪予防法」は、PJJに地域ネットワークを組み込んだ予防的早期介入のためのリスク管理を求めたが²、3年前の方針を修正して、通達は、PJJが教育機関として裁判所と連携し、もっとも

2 Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

処遇困難な少年に教育を提供する任務に復帰することを求めた³。

4. このように少年収容施設をめぐるCERの設立以降の政策展開を追うだけでも、少年司法の改革が教育主義と厳罰主義との間を行き来する間に、具体的な個々の政策が、どちらの要請を示すものであるかが局面ごとに異なり不明瞭になっていることに気づく。厳罰化の主張によって、保護主義を体現するエデュカトゥールの増員がもたらされるメカニズムとその背景事情を知る必要がある。憲法院は、少年を成人と同じように処罰してはならないという原則を憲法レベルでの要請と位置づけたが、その諸原則に関わる教育主義と厳罰主義から提案される具体的政策は、その原則に沿って修正を繰り返すなかで当初の目的を超えた効果をもたらし、当の原則自体への理解をも次第に修正させるものになってきた。そして、その度に、1945年オルドナンスの条文にも修正が加えられてきた。第二次世界大戦終了時のオルドナンスの公布後、2021年の少年刑事司法法典の登場までの間に行われた改正数は40回に達するという。

そうした修正の結果、1945年オルドナンスは、裁判を受ける少年だけでなく、その実務に携わる法律家の目にとってさえ、判読不能で矛盾に満ちたものに映っていたといえる。手続は長期化し、裁判に要する時間は平均して18ヶ月を要し、判決で決定された措置が実際に開始されるまでも平均して20日を要していた。それゆえ、被害者に満足は与えられず、少年に司法が予定した教育的効果を期待することも難しい状況が生まれていた。

また、裁判原則との関係においても、憲法院は、2011年の憲法適合性審査決定において、少年係裁判官が教育的・保護的措置の執行を審判に続けて担当すること自体は合憲であるが、その裁判官が「有罪方向の心証形成」に深く関与した後に、刑罰を科す裁判体を主宰することは、客観的公

3 Circulaire d'orientation du 2 février 2010 relative à l'action d'éducation dans le cadre pénal.

平性を害するとの判断を示した⁴。つまり、捜査・事実調査的役割を果たし、自ら少年を裁判所に送致した裁判官が、その後、刑罰を科しうる裁判体を主宰することは憲法前文の保障する「公正な裁判所」に反するという判断である。そうであれば、少年係裁判官が専門裁判機関としての関与の有効性を保持しつつ、少年に適用可能な刑事手続にいかに関与するかが、今回の見直しにおいて検討されるべきものとなる。

少年に対する刑事司法については、刑事訴訟法典中に相当数存在する少年刑事司法特有の規定のほか、関連規則やデクレとともに独立させ、一つの少年刑事司法法典として、実用的にアクセスできる形で整理すべきことが要請されてきた。政府は、これらの事情を踏まえて、現存する法が成果を発揮し、現に機能している点は維持しつつも、少年に適用されうる刑事手続を抜本的に修正して、一つの法典に統合、整理する作業を行なった。それが、2021年9月に施行された少年刑事司法法典（CJPM）である⁵。そして、その特徴として、犯罪少年に適用される刑事手続の簡素化、少年裁判の迅速化を図るための少年係裁判官への権限付与のあり方、宣告前の適切かつ有効な観察措置の実施、そして、被害者への配慮の改善が掲げられた。

5. CJPMは、概ね1945年オルドナンスが掲げる基本原則を踏襲しているが、今回の改正において何より関心を集めたのは、上述の2011年の憲法院の裁定への対応であった。すなわち、少年審判を担当する裁判官が、同

4 Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011

5 少年刑事司法法典の日本語訳については、フランス刑事立法研究会「フランス少年刑事司法法典：2019年9月11日のオルドナンス第2019-950号（一）」法制研究86巻4号（2020年）57-75頁、「同（二）」法政研究87巻1号（2020年）37-56頁、「同（三）」法政研究87巻4号（2021年）25-44頁、「同（四）」法政研究88巻1号（2021年）13-29頁、「同（五・完）」法政研究88巻2号（2021年）113-125頁、大貝葵「（資料）フランス少年刑事司法法典」金沢法学64巻2号（2022年）299-322頁参照。

じ少年の事件で捜査・起訴段階や審判前段階の手続にも関与していた場合、その後の審理において裁判官の「独立性・公平性」が損なわれるのではないかとの疑念に対して、CJPMがどのような解決を与えたかである。言及するまでもなく、同一の少年係裁判官が、いわば予審段階から審判段階へと継続的に関与し、教育的対応を行う構成こそ、1945年オールドナンスが描いた少年司法における教育主義の要請であり、フランス少年法制の特色をなしてきたからである。

この点で、CJPMは、手続を有罪か否かの審理（有責性審理）と処分を決定する審理（制裁審理）に分け、この二つの審理の間に教育的試験観察の制度を設ける構成をとった。検察官による訴追代替措置の実施を別にすれば、まず、少年のための裁判機関に事件が送られる場合、送致決定から10日以上3ヶ月以内に有罪性審理を行うが、検察官から裁判所に事件が系属するタイミングで、裁判官は、少年の有罪・無罪を判断し、教育的試験観察、一時的な司法教育措置（施設収容、ケア、デイケアなど）、司法教育監督措置等のほか、司法監督や自宅待機等の保安措置の検討と決定を行うことができる（CJPM L.521-7からL.521-12）。

教育的試験観察は6ヶ月から9ヶ月の期間実施され、少年係裁判官は、当該観察を新たな事案に拡大させたり、措置の変更や新たな措置を命じたり、あるいは、早期に終了させることができる（CJPM L.521-13からL.521-23）。その後、有責性審理においては、審理終了までの間も、一時的教育的措置を継続することができる。したがって、事件の系属から教育的試験観察終了（制裁審理の開始）まで、切れ目なく少年に対するケアを行う精度設計が行われている。

その後の制裁審理では、少年係裁判官または少年裁判所が、有責性審理から6～9ヶ月以内に、裁判所は事案に応じて一時的教育的措置の免除、教育的成果の認定、教育措置、または、刑罰の判決を言い渡すことになるが⁶、注目すべきは、こうした制度設計はきわめて日本での試験観察制度

に類似しているという点である。

6. フランスでの時代を画する少年法改革において、この教育的試験観察の構想は、いわば改革の基軸に置かれているものと評価することができる。一方、同じく厳罰主義に対抗して構想された同じ年の日本での少年法改革をみると、周知のとおり、特定少年および17歳の少年に対する試験観察の実施は今後は行われにくくなることも想像される。その相違は、上に概観したように、法制度の組み方の違いではない。それは、むしろ、条文に表れない両国における少年保護の担い手とその活動の相違にあるように思われる。日本との比較を行うためにフランスで、厳罰主義との折り合いを探る少年保護の現場をCJPMによる変化を踏まえて調査する所以である。

以上の関心から、今回は、①司法省少年保護局パリ地方局および関連施設、②シャトー・ドー社会な処遇ユニット、③サロモン・ドゥ・カユ集団居住教育ユニット、④サヴィニー少年司法保護局複合施設、⑤地域圏社会復帰支援関連施設の調査を実施した。

(赤池一将)

① Paris地域局 (2025年8月25日)

Paris地域局で、局長のMEIGNAN氏、託置の政策を担当するRUELLAND氏およびCOUEDOR氏とともに、今回の訪問をすべてコーディネートして下さった社会内処遇担当機関 (Services territoriaux éducatifs de milieu ouvert. 以下STEMOとする) 長のPRÉVOST氏も同席の上、パリでの少年司法保護局 (Protection Judiciaire de la Jeunesse. 以下、PJJとする) の活動についてお話をうかがった。今回の訪問の目的は、社会内

6 Ministère de la justice, Guide de la justice des mineurs, 2021, p.55.

処遇と施設内処遇（拘禁を含む）との連携や接合について、PJJの取組みを参照することであった。

まず、PJJでの活動の基本は、社会内処遇であり、少年の92%が社会内処遇の対象となることが示された。PJJがかかわった少年の65%は成人後の再犯が見られないという特徴がある。さらに、PJJがかかわる少年で非行が1回きりで終了する少年は85%であるとのことであった⁷。もちろんこの中にはPlacement（託置）前後に社会内処遇を受ける少年や、社会内処遇に遵守義務が付加される少年なども含まれる。PJJでは、社会内処遇が社会復帰までの道を保証するととらえられている。

託置について

そのような理念のもとで、託置はどのように位置づけられているのか。まず、PJJでの託置を請け負う公的施設として、開放施設（Foyer）、強化型教育センター（Centre Éducatif Renforcé：以下CERとする）、および、閉鎖型教育センター（Centres Éducatifs Fermés：以下CEFとする）の3つがある。

Foyerは、伝統的な開放型の居住施設であり、少年たちは、ここから学校やアクティビティーに通ったりもする。パリでの滞在では、パリにある唯一の国立のFoyerも訪問した。詳細は井上報告にゆずる。CERは、現在の環境を変える必要のある少年が入る。施設自体は、開放型であると言えるが、枠組みのある生活を半年間送ることが想定されている。CEFは、拘禁代替施設として利用される自由の制限の伴う施設である。閉鎖型施設ではあるが、Harrass報告で後述するように、日本の少年院とはかなり印象の異なる施設である。いずれの施設も、PJJが管轄しており、教育的措

7 詳しい統計については、司法省統計11.7を参照。<https://www.justice.gouv.fr/documentation/etudes-et-statistiques/references-statistiques-justice-2025>。法定されている再犯は4.4%、犯罪を繰り返した少年は15.5%とされている。

置を実施する機関として位置付けられている。本人の同意のもと、措置の継続として18歳以上21歳未満の若年成人も利用できる。ただし、これらの若年成人に対しては、託置の使用はむづかしくなる。その理由として、第一に、託置のための施設が18歳未満の少年にむけて作られたものであるということがある。第二に、18歳以上は、親の養育義務から外れ、自律する年齢と考えられているからである。しかし、18歳で自律していくことはとてもむづかしく、例えば、家に戻せず、受入れ施設もないとなると、刑罰修正の可能性が低くなるなどの問題が生じてしまうと指摘された。

フランスでは、上記託置のための施設とは別に、拘禁刑を執行する少年のための行刑施設（Établissements pénitentiaires spécialisés pour mineurs：以下EPMする）⁸と行刑施設の中の少年特別区画（Quartier pour Mineurs：以下QMする）の2つ⁹がある。これらの施設はあくまでも刑罰執行施設である。ただし、各施設には、エデュカトゥールが配置されており、刑務官と協働でアクティビティーを実施することもある。しかし、QMについては、基本的には刑務官が管理運営の主であり、エデュカトゥールは、外部から入っているに過ぎないという立場で働いている。いずれの施設においても、行刑施設であるがゆえに、エデュカトゥールが教育効果を狙ったアクティビティーを提案しても、保安上の理由により、刑務官がそれを許可しない場合もあるなど、エデュカトゥールの意向に沿わない状況が生じていることもある。この点、PJJが管轄する託置のための施設とは性質を異にしている様子が伝えられた。

8 <https://www.justice.gouv.fr/annuaire/etablissements-services-penitentiaires-mineurs/etablissements-penitentiaires-specialises-mineurs-epm>

9 少年刑事司法法典（Code de la Justice Pénales des Mineurs：以下CJPMとする）第L.124-1条（以下では条文番号のみを表記する）では、少年の拘禁を行う施設として、行刑施設内の少年特別区画、メゾンダレの中にある少年のための特別ユニット、少年のための特別刑務所の3つが指定されている。前者2つを併せてQMとされる。

これらの施設と外部とをつなぐのがSTEMOである。STEMOは、基本的に居住地のあるSTEMOが少年を管轄する。別の地域の施設に入っている少年も、居住地のSTEMOが管轄することで、社会内処遇を貫徹することができ、家族との関係を維持することが可能となるといったメリットがあるのがその理由である。

PJJの作成する書類や記録について

また、PJJ全体やエデュカトゥールの様子についても聞くことができた。エデュカトゥールも、世代や研修、専門性に違いがあり、考え方や処遇も異なってくる。最近では、法律の分野からエデュカトゥールになる人も多く、処遇の違いが生じているとのことである。PJJの人員自体は、あまり増えていないとの話も聞くことができた。また、現在は、書類作成の業務が増えている。少年の個別書類（Document individuel de prise en charge : DIPC）は、一時的措置が審判で決定された段階で、冊子が作られ、その後、処遇が進むにつれて情報が書きこまれていく。口頭で伝えていくというよりは、書類を作ることで情報共有を図っている。この個別書類は、少年、家族、その後かわる教育施設などが閲覧できる一方で、裁判官には渡されない。他方で、少年の単一書類（Dossier Unique）は、裁判官が作成する情報媒体であり、PJJは作成には関与しない。もちろん、裁判所に設置されているPJJの機関（Services éducatifs auprès du tribunal : 以下 SEAT¹⁰ とする）が社会—教育的情報の収集書類（Recueil de Renseignements Socio-Éducatifs : RRSE）を作成する際には、裁判官から情報提供の一環として開示される場合もある。そのほか、少年の情報が

10 SEAT(第D.241-17条)とは、裁判所に常設されているPJJの機関である。裁判所が受理した少年事件について、まず、少年に関する調査とその書類の作成を行う。そのほかにも、拘禁代替のための受け入れ先を探し、処遇の提案などを裁判官に行う（第D.241-19条）。

一括管理されているPARCOURSというアプリケーションもある。PARCOURSには、情報が適宜書きこまれていき、少年の保護の履歴などを追うことができ、PJJの職員もアクセスすることができる。ただし、PARCOURSへのアクセス権限については、法令¹¹で定められた範囲と期限でのみ認められる。例えば、SEATは、RRES作成段階や少年の未決勾留を避けるための施設を探すべく、PARCOURSにアクセスできる。少年を受け入れている/受け入れたことがある施設がPARCOURSにより明らかになれば、未決勾留の代替として裁判官に提案可能となる。その後、審理開始後に裁判官により一時的措置が決定された場合には、一時的措置の実施を請け負うSTEMOにも、PARCOURSへのアクセス権限がひらかれる。PARCOURSの性質は、情報が最初から最後まで追えるところにあるとのことであった。PARCOURSの情報は21歳までで終了され、成人になった段階で成人の保護観察を担うSPIPへと情報提供が行われる場合もあるが、必要に応じて行われており、自動的に行われるわけではないとのことであった。

このような情報の収集方法を構築しつつ、社会内処遇、託置、それに続く社会内処遇という形で、大きな1つの社会内処遇として処遇が完結していくというイメージであると語られた。託置の間には、社会内処遇へ移行するための情報が収集され、家族関係が調整され、帰住先も調整される。社会内処遇の一部として、託置がとらえられているとの印象をもった。

(大貝 葵)

② Château d'Eau 社会内処遇ユニット (Unité éducative de milieu ouvert : UEMO) (8月26日)

11 Arrêté du 7 avril 2021 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « PARCOURS », JORF n° 0086 du 11 avril 2021, p.131.

2日目の午前には、Château d'Eauの社会内処遇ユニット（Unités éducatives de milieu ouvert : UEMO）を訪問した。このユニットは、今回すべての施設のアテンドをしてくださったPRÉVOST氏が長を務める、パリ北部を管轄するSTEMOを構成するユニットの一つである。STEMOはPJJの社会内処遇を担当する機関であり、訪問したUEMOはパリ地域局が管轄するSTEMOの下部組織にあたるユニットである¹²。訪問時には、PRÉVOST氏をはじめ、3名のエデュカトゥールと1名の心理士、1名の事務員、および、パリ北部STEMOのもう一つのユニットであるPorte de Lilaのユニット長も参加し、話を聞くことができた。

ここでは、託置がどのような場合に、どのような基準で利用されているのか、また、託置と社会内処遇との接続のあり方について話を聞いた。

託置の概要とUEMOの役割

まず、託置が言い渡される段階として2つある。一つ目は、検察官による召喚（Deferment）の場合である¹³。検察官が、有罪審理の開始および決定を待つ間に、少年に対する一時的教育的措置として託置を少年係判事に請求するか、又は、未決勾留を自由と拘禁判事に請求する場合には、Deferementの手続きとして、少年は検察官の面前に召喚される。この際に、SEATがPARCOURSなどを利用しながら、少年の託置場所を提案する。また、未決勾留が請求されている場合にも、代替措置としての託置の場所がSEATから提案される。少年が再非行少年でSTEMOが担当したことがある場合には、STEMOにも問い合わせがくる。

12 STEMOは2つのユニットから構成されることが、第D.241-25条により定められている。それぞれのユニットが、事務所を持っており、ユニット長や複数のエデュカトゥール、心理士、事務職員などから構成される。

13 少年事件の場合、検察官による起訴が行われたのち、Deferementを経ないで事案が裁判所に直接係属されるConvocationという手続きもある。（第L.423-6条、第L.423-7条）

二つ目は、終局的な教育的措置の段階で、託置が利用される場合である。終局的措置の段階における託置の利用も、およそ2つのやり方がある¹⁴。一つは、モジュールとして託置が決定される場合である（第L.112-14条）。判決裁判所（少年係判事または少年裁判所）が、モジュールとして託置を言い渡す場合には、その実施が義務付けられることになる。ただし、社会内処遇を中心としつつ、必要が生じた場合に、迅速に託置が実施できるよ、念のためにモジュールとしての託置が事前に言い渡されている場合もあることがUEMOで語られた。この場合には、最終的に、託置が実施されないこともあるとのことである。当然、措置が修整される結果として、後から、モジュールとして託置が裁判官により命じられる場合もある。

もう一つは、モジュールとしてではなく、託置が命じられる場合である。教育的措置として社会内処遇が実施されている中で、UEMOが託置の必要性を認めた際に、少年と託置の可能性について相談したのち、裁判官に改めて託置を命令してもらい、実施する場合がある。

加えて、少年が、刑罰として拘禁刑を言い渡された場合に、拘禁代替として託置が刑罰の修整手続きを経て実施される場合、および、刑罰執行施設から出所する際に、託置が利用される場合もある。

託置をUEMOが必要と考える場合として、家族の問題および地域からの隔離の必要性という2つが指摘された。家に帰れないなど、家族上の問題を抱えている少年がいる場合や、集団抗争のために地域から少年を隔離し、少年一人一人が自分に向き合うようになる環境を作るといったことが、託置の必要性を感じる要因であるとのことであった。

託置先としては、Foyerと呼ばれる開放型居住施設、強化型教育セン

14 例外的に、要保護児童として、緊急的に、児童福祉機関（L'Aide Sociale à L'Enfance : ASE）へ託置する場合がある。この場合には、ASEとの事前の交渉が必要になるが、困難が生じる場合も多い。また、執行猶予の賦課事項として託置が利用される場合もある。

ター(CER) および閉鎖型教育センター(CEF) という施設のほかに、親族や里親といった社会内での資源がある。託置先自体は、少年の要望や社会復帰の必要性などに照らして適宜変更されているようである。例えば、最初に親族へ託置されたが、自身の家族と離れすぎていて本人が寂しく不安定になったことを理由に、家族の近くのCERに託置先を変更した。しかし、当該少年は、CERへの変更を制裁的に受け止めてしまったので、さらに、Foyerに託置先を変更し、ようやく少年が安定したといった経験が語られた。このように、託置場所の変更が、少年からは、厳しい措置への変更として制裁的にとらえられてしまう場合もあるが、エデュカトールとしては、措置の一つの段階にしかすぎず、制裁的に変更するといった意図は持っていないとのことであった。

訪問に際して、エデュカトールの1人が担当した少年が、QMでの拘禁刑を執行されていた際の具体的な話も聞くことができた。当該少年は、家族が面会にやってこない状況にあり、UEMOの担当エデュカトールが外部との唯一のつながりとなっていた。また、刑務官とは関係が作れないがゆえに、担当エデュカトールとしか話せず、その意味でも、関係性の維持が重要となっていた。担当エデュカトールと少年は、収容に対する不安について話し合うとともに、拘禁から出た後にどうするのかについても相談し決めていく。また、不安が大きい場合には、UEMOの心理士も同行し、相談にのったとのことであった¹⁵。

託置の課題

しかし、PJJ自身、託置の課題も把握している。まず、託置により、少年が孤立や孤独感を増し、結果的に、不安定になってしまうこともある。

15 逆の場合もあるとのことである。例えば、拘禁下で、家族が面会に頻繁に来ることで、少年自身の反省が進まない場合に、少年や家族に面会するの、UEMOのエデュカトールや心理士の役目であるとのことであった。

もちろん、エデュカトゥールは託置が少年のためになるのかを考え託置を選択するが、少年の不安が勝り、マリファナの使用回数が増えてしまったなどの新たな問題が生じることもある。

次に、少年のニーズに適した託置先が空いていないという場合もある。この場合には、少年のニーズに適合しないがゆえに、処遇自体が失敗する場合もある。

最後に、裁判官が再非行防止を目的に託置命令を多く出してしまうということもある。エデュカトゥールは、託置が少年のためになるかどうかという観点から託置の是非をとらえているのに対して、裁判官は再非行の防止の観点から託置を利用しようとする点で異なる。裁判官が託置命令を多く出すことにより、託置先が確保できないという問題にもつながっているとのことであった。また、メディアなどで少年の集団抗争が取りあげられたりすると、裁判官の判断が社会内処遇から託置へと変わってしまうこともあるとのことである。また、テロ犯罪についてはFoyerでの引受けはできないため託置が提案しづらいという課題も指摘された。

刑罰修正の結果としての託置

刑罰修正の結果として、託置が決定される場合も多いとのことであった。刑罰の修正は、少年、少年の弁護士、エデュカトゥールから行われることもあり、裁判官も、刑罰の修正の提案と決定を織り込んで、拘禁刑を言い渡すこともある。刑罰の修正手続をはさむことで、UEMOによる事前の準備ができるというメリットも語られた。対して、仮に、少年が手続き中に18歳を超えてしまうと、PJJから保護観察所（Services pénitentiaires d'insertion et de probation：以下SPIPとする）に管轄が移ってしまう。そこで、あえて、刑罰の修正を断り、拘禁刑に付してもらいながら、拘禁中から21歳まで、UEMOが支援を継続するということが検討される場合もあるとのことであった。とはいえ、少年が社会内にいるからこそ、家族

について調査や関係修復が可能となるなどのメリット多く、PJJの管轄する施設での託置であれば、より関係も作りやすいうえ、交流や外出も行いやすい。反面、拘禁刑になると少年がナーバスになりUEMOの働きかけ自体がうまくいかない場合もでてくるので、なるべく、社会内での処遇に切り替えたいと考えていると語られた。この際、託置先の施設と少年との関係がうまく作れない場合には、UEMOが間に入り調整を図ることもあるとのことである。

STEMOと託置先との関係性

PJJは、少年を危険な存在とみているのではなく、再非行のリスクをとってでも、少年は支援すべき対象であると考えていると、PJJの理念が語られた。CJPM制定後も、保護優先の原則は維持されているというのが、現場での共通認識として強調された。そのうえで、STEMO（及びUEMO）では、少年との関係を作ること、他の施設との関係を作り託置を円滑に進めていくことなどを担っている。他方で、EPMやQMでは、パリとの物理的距離があり、関係が作りにくく交流しにくいとの課題も指摘された。国立少年司法保護学院（École nationale de protection judiciaire de la jeunesse : ENPJJ）の研修などを通じて交流する程度の接触しかないとのことであった。

（大貝 葵）



③ Salomon de Caus集団居住教育ユニット（Unité Educative d'Hébergement Collectif : UEHC）（8月26日）

PRÉVOST氏と共に、Salomon de Caus集団居住教育ユニットを訪問した。PJJ Paris地域局が管轄するこのユニットは、生活場所を必要とする少年を受け入れる開放施設（Foyer）である。

施設長のTAIL氏の案内により、施設内を見学し、同氏から施設の概要説明を受けた後、質疑応答を行った。概要説明に際し、司法省が入所者向けに作成したリーフレット¹⁶が配布された。

以下では、TAIL氏の情報提供により明らかになった点を示す。

16 Ministère de la justice, Livret d'accueil, UEHC Salomon de Caus. なお、本リーフレットを翻訳したものとして、フランス刑事立法研究会（訳）「Salomon de Caus集団居住教育ユニット」法政研究92巻4号（2026年）633頁以下。

人的体制

収容人数は少年12名で、これに里親6名が加わる。本施設には、エデュカトゥール15名と、管理人、調理師、心理師等6名の計21名がいる。3交代制で、エデュカトゥールが24時間、常駐している。

対象少年

全ての少年が刑事手続の決定に基づいてここに来るが、終局判断前の場合もある。本施設は、家庭には戻れない少年が生活する場所として位置づけられる。滞在期間は、6か月が一応の目安だが、21歳まで延長が可能である。

少年の生活

この施設で生活している少年には、基本的に自由の制限がない。但し、門限はあり、夜間は外出できない。もっとも、司法統制処分 (contrôle judiciaire) に付されている少年には、遵守事項がある。

外部との連携 (医療、心理、スポーツなど) が図られ、就学に関しては、Foyerから通学することが基本とされている。少年の通学していた学校が遠方にある場合、新たな通学先を準備することもある。

Foyerの目標・目的

託置される少年の犯罪傾向はそれほど進んでおらず、再犯リスクを下げ、家庭に戻ることが目標である。そのため、少年の抱えている問題 (薬物依存、家族関係、教育不足など) を発見し、それらに対処することが重要な目的となる。

CEFとの関係

CEFでうまくいった少年がFoyerへ来ることもあれば、逆に、Foyerで

うまくいかずCEFに行くこともある。もっとも、CEFに空きがなくFoyerにとどまる場合や、Foyerに空きがなくCEFで待機する場合もある。

いずれにしても、Foyerへの託置においては、教育可能性が1つのキーワードとなる。託置において、教育的限界が見えてきた場合、託置を断ることもありうる。例えば、発達遅滞、アディクション、ネグレクト、就学不十分などから、中・長期的な精神的支援が難しいと感じる少年もいれば、心理士の介入に効果が出ない少年もいる。その際には、STEMOと相談の上、少年係判事に託置命令の取消を求めることになる。

問題を抱えた少年への対応

託置された少年の多くはルールの遵守が苦手であり、例えば、門限が破られることもしばしばである。Foyerでは、まず、ルールを守るということに慣れてもらう必要がある。少年は、この施設で何が許容され、何が禁止されるのかを認識しなければならない。

(井上宜裕)

④ 少年司法の歴史と現場をつなぐ「サヴィニー青少年司法保護局複合施設」：フランス少年司法博物館・閉鎖型教育施設（8月27日）

本稿は、「青少年司法保護局」(Protection Judiciaire de la Jeunesse : 以下、PJJ)の実践および制度運用に関する調査研究の一環として実施した現地視察(2025年8月27日、Savigny-sur-OrgeのPJJ複合施設)の報告である。当日はパリ北部STEMOの長であるPRÉVOST氏に同行いただき、移動および施設案内に関する支援を受けた。

Savigny-sur-Orgeの複合施設には、三つの装置が同一敷地内に併設されている。具体的には、「フランス少年司法博物館(歴史展示館)」、「閉鎖型教育施設」であるCEF、および「日中活動ユニット」(Unité éducative

d'activités de jour（以下、UEAJ）の一環として機能する二つの教育支援機関である¹⁷。三施設は地理的に隣接し、少年の司法処遇において相補的役割を担う一方で、目的・運用・支援形態には明確な差異がある。

本稿では、当日の視察内容のうち、博物館とCEFを主たる対象とし、観察記録および簡単な分析を提示する。UEAJは当日休館で概要説明にとどまったため、本稿では細かく触れないこととする¹⁸。

最後に、本視察を踏まえ、少年の処遇過程において、様々な措置がどのように接続・連携し得るかを簡潔に検討する。今回、私たちが博物館を訪問していた際、同敷地内に併設されたCEFに入所中の少年が、社会内処遇として位置付けられる「修復モジュール」の一環として博物館見学に同席していた。これは、社会内処遇と閉鎖的介入が、措置間の移行や組合せを通じて接続され得ることを示す事例であると考ええる。結びではこの点を手がかりに、「司法上の教育的措置」¹⁹（Mesures éducatives judiciaires（以下、MEJ））のモジュール化に象徴されるように、2021年に成立した「少年刑事司法法典」（CJPM）の中心課題の一つである「措置間の接続の明確化」に触れる。

1. サヴィニー複合施設訪問の概要

Savigny-sur-Orgeに所在するPJJ複合施設は、戦後以降一貫して少年司法関連施設として利用されてきた点で、制度史上特異な位置を占める。同

17 自動車補修訓練や飲食・レストレーション関連の訓練活動などを通じて、少年の職業技能習得を目的とするUEAJの一形態である。

18 翌日（8月28日）の午前にはパリ市内のUEAJ関連機関を参観した。当該系統の機関については、本研究ノート所収の大貝報告を参照することができる。

19 CJPMは、司法上の教育措置を、制裁言渡し前の「司法上の一時的教育措置」（MEJP）と、最終的制裁としての「司法上の教育措置」（MEJ）に区分している。「二段階審理」（césure）の枠組みでは、MEJPは教育的試行期間を含む制裁判断前に用いられ得る。なお、二段階審理とモジュール化の関係は本稿の最後に簡単に述べる。

敷地はもともと、14世紀以来の大規模農業施設である「シャンパーニュ農場」(Ferme de Champagne)であったが、戦後、1945年オルドナンスに象徴される総合的改革の流れの中で国が取得し、「観護教育局」²⁰(Éducation surveillée) 所管の「閉鎖型少年観察施設」(Centre d'Observation de l'Éducation Surveillée)として転用された。同施設は、判決前に少年係裁判官が判断材料を得るための観察を主目的としていた。

1970年代以降、社会内観察の実験が進む中で、当施設は閉鎖型観察施設としての役割を終え、少年裁判所の判決に基づく継続的な教育的介入を担う施設へと再定位された。1970年代半ばには、判決後の長期的教育的処遇を担う半閉鎖的施設が運用され、1970年代後半以降、閉鎖型少年教育施設の段階的廃止と並行して、2000年代までに非閉鎖型介入を担う「教育的介入センター」(Centre d'action éducative) 中心の体制へ再編された。

しかし1990年代以降の厳罰化傾向を背景に、「司法のための指針と計画に関する2002年9月9日法律」(la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002)により、未成年者を対象とする閉鎖型の教育施設が再導入された。現在、Savigny-sur-Orgeの複合施設には、教育的介入センターの系譜に位置づけられる二つのUEAJに加え、旧観察施設の建物を活用した少年司法博物館、さらに国内56施設の一つにあたるCEFが併設されている。

2. フランス少年司法博物館に見る制度史

本視察は三段階で実施した。午前、PRÉVOST氏の説明を受けつつ敷地を概観し、続いてフランス少年司法博物館を参観した。午後、CEFを視察した。

上述した通り、本敷地は観護教育局成立直後から少年司法関連施設とし

20 なお、「Éducation surveillée」は、現在のPJJの旧称であり、1990年2月21日付デクレ(décret n° 90-166)により改称が行われた。

て用いられ、制度の近代化とともに展開してきたため、少年司法史上重要である。敷地規模も背景に、2001年、旧観察施設の建物は博物館として転用された。

博物館の運営仕組みと目的

制度的に本博物館は、PJJにより運営され、少年司法行政の内部に位置づけられている。2009年以降は、PJJの職員の養成を担うENPJJとの結びつきが強まり、PJJにおけるエデュカトールの養成・継続研修の教育資源としても活用されている。したがって本博物館は、対外的な歴史発信に加え、専門職内部の制度的自己省察の場としても機能する。

こうした制度的位置づけを踏まえ、本博物館は複数の利用形態をもつ。第一に、学校・大学や一般市民の見学を受け入れ、少年司法への社会的理解を促進する。第二に、PJJの社会内処遇の一環として実施される修復モジュールにおいて、少年が訪問する教育的プログラムとして用いられる。第三に、資料・記録の保存管理を担うアーカイブ機能を有し、研究者・実務家にとっての資料資源でもある。

「シャンパーニュ農場」資料展示、プティット・ロケット独房の再現、映像資料の上映および旧観察施設独房の再編

以下では、博物館視察の進行に沿って内容を分析的に整理する。参観は案内付きで実施され、案内はENPJJに所属するエデュカトールBRIÈRE氏が担当した。前述の通り、当日はPJJの措置の一環として来館した少年数名も参加していた。あわせて、BRIÈRE氏の問いかけ、少年の応答、同行エデュカトールの補助的介入、歴史的・制度的文脈の補足といった対話的やり取りが、各場面でどのように教育的媒介として機能していたかにも触れる。

参観はまず、現在のPJJ複合施設が立地する「シャンパーニュ農場」の

歴史に関する資料展示から始まり、写真、史料、解説パネルを通じて、同地が中世以来の農業施設であったこと、ならびに第二次世界大戦後に観護教育局の下で少年観察施設として転用された経緯が示された。このセッションでもBRIÈRE氏は、提示された史料や写真を手がかりに少年たちへ問いを投げかけ、少年たちの発言を受けて敷地利用の変遷や制度的背景を補足する形で説明を進めていた。

続いて、19世紀に設立された「パリのプティット・ロケット監獄」(Prison de la petite Roquette)に関する展示が行われた。説明は当時の独房を再現した空間の中でなされ、来館者は内部に入ること、狭さ、採光の乏しさ、閉塞性を身体的に体感できる構成であった。扉の開閉・施錠に用いられた実物の錠前も示され、金属音を含めて拘禁空間の緊張感が強調されていた。ここでもBRIÈRE氏は体験された空間を議論の起点とし、少年の受け止め方を確認しつつ、同監獄が当初は未成年者を成人刑務所から分離する改革的意図で設立された一方、運営上の困難や秩序維持への不安を背景に、厳格な規律体制へ移行したことを説明した。常時監視、沈黙の義務、交流制限、番号管理、視線を交わさない集団祈祷などが紹介される際には、少年の応答に応じて補足が加えられ、教育的理念と統制的実践の緊張関係が具体化された。少年が驚きや戸惑いを示す場面もあり、BRIÈRE氏はその反応を受けて制度的文脈を補足しながら説明を進めていた。

次に、映像資料を用いた展示により、未成年者処遇をめぐる暴力の問題が取り上げられた。映像は、少年間暴力に加え、拘禁環境や懲戒的实践に伴う制度的暴力にも焦点を当てていた。ここでは、BRIÈRE氏の問いかけ、少年の応答、同行エデュカトゥールの補足という形で対話が展開された。少年が驚きや違和感を示す場面もあり、BRIÈRE氏は制度的背景や処遇観の変遷を補いながら、現在の実践との接続を意識させる問いを重ねていた。これらの資料を手がかりに、暴力が歴史的にいかん正当化され、また問題

化されてきたのかが対話的に検討された。

視察後半では、旧観察施設の独房を再編し、テーマ別展示空間として活用する区域へ移動した。各独房には行政文書、評価資料、内部報告書、通信記録などが配置され、観察・評価・意思決定が官僚の手続きの中でどのように遂行されてきたかが具体的に示されていた。独房という空間を保持したまま史料を提示する構成は、制度史と場所性を結び付け、過去の処遇実践を身体感覚を伴って想起させる効果をもつ。参観の最後には質疑応答が行われ、少年の問いや感想を手がかりに内容が整理された。

少年を対象とした修復的働きかけとしての博物館訪問

観察者として本参観を通じて印象的であったのは、歴史的説明が単なる過去の紹介にとどまらず、少年司法がいかにして現在のように「教育」と「保護」を中心に据える制度へと到達したのかを理解させるよう構成されていた点である。とりわけ、過去の制度における暴力的・拘禁的实践に触れた際、少年たちがそれらを「うまく機能していないもの」「意味の乏しいもの」と結び付けて受け止める場面が見られた。しかし、そうした反応自体が教育的介入の糸口となり、エデュカトールは現行の実践の意義を言語化しながら、少年たちが自らの受けている措置との関係の中でその意味を捉え直すための視点を与えていたように思われる。したがって本参観は、少年に自己の行為を直接省察させるというよりも、制度の変遷を手がかりに、少年司法における「教育」「保護」および措置の趣旨を可視化し、現在の介入の意味を理解させるための装置として機能していた。

少年非行に対する介入の歴史を手がかりとして、少年が自らの非行と規範・司法的介入との関係を間接的に捉え直し、行為の意味や他者への影響について反省的に考える契機となり得る。とりわけ本参観は、修復モジュールが目的の一つとして掲げる「間接的な修復」、すなわち被害者との直接的接触を伴わずに、行為の受け止め直しや社会への再接続を促す働

きかけの一環として位置づけることができる。さらに、このような働きかけは、修復の文脈において当事者間のメディエーションへと接続し得る前提として理解できる点で、修復モジュールにおける本参観の位置づけも明確になる²¹。



3. Savigny-sur-Orge CEF視察の記録

本節では、まず視察の進行に沿って施設内の動線と空間配置を記述し、次に聴取した説明に基づき、CEFの運営や対外連携などを整理する。

3.1. 視察の流れと空間観察

Savigny-sur-Orge CEFの視察は、施設内の各空間を順に巡りながら実施された。案内は主に施設長であるGALLOIS氏が担当し、必要に応じて教育職・専門職の職員も加わり、各自の担当領域を説明した。視察時、少年の多くはエデュカトゥールに付き添われて施設外活動に出ており、施設内にはほとんどいなかった。ただし終盤に、2名が帰所する場面を確認し

21 修復における間接的働きかけの位置づけ、および当事者間メディエーションとの関係については、*Code de la justice pénale des mineurs – Annoté et commenté*(2024年版、Daloz), pp.51-52を参照。

た。

受入れおよび食堂での初期説明

本視察は、CEFの食堂での昼食から開始された。ここで施設長を中心に、施設概要の初期説明が行われた。施設長は、CEFへの送致が少年裁判所の決定に基づくこと、また他の教育措置より強い制約下で執行される収容代替措置であることを強調した。あわせて、日常運営に関与する職員体制や、PJJの他機関、特に社会内処遇部との連携についても説明があった。当日同行したPRÉVOST氏は、調査旅行における他の参観先（既訪・予定）との関係を踏まえて補足した。なお、夏季休暇期で一部職員が不在となるなど、時期が運営体制に影響する点も示された。

エデュカトゥール室と日課編成

視察は続いてエデュカトゥール室へ移り、同室はCEFの日常運営における中核的空間として位置づけられていることが示された。職員によれば、各少年の週間スケジュールは同室で作成・管理され、教育的活動、学習、スポーツ等を軸に日課が編成されている。また、施設運用上の規則として、9時から17時の間、少年たちは原則として自室に留まることができないことが確認された。活動が予定されていない時間帯には、エデュカトゥール室で時間を過ごすことが少なくないと説明があった。職員は、この運用が、1階に共用の生活空間の不在とも関係しており、実務上、エデュカトゥール室が日中の「滞留」や空白時間を受け止める機能もしていると説明をした。

管理・業務を担う非公開空間

その後、一行は少年たちが自由に立ち入ることのできない業務エリアへ移動し、そこには施設長室や中間管理職の執務室、ならびに心理士の執務（龍法 '26）59-1, 124（124）

室が含まれていた。これらの空間への立ち入りを通じて、そこで担われる調整・運営・支援の機能、ならびに職員間の役割分担について言及することができた。案内は当初施設長が行い、その後は関係職員が来訪者の質問に応じつつ、それぞれの業務内容を説明した。

少年たちの居室

視察は居室のある2階へと進み、うち一室が見学対象として提示された。説明では、当該空間が就寝・休息の場であると同時に、気持ちを落ち着けるための退避や、個別の時間を確保する場として位置づけられている点が確認された。見学した居室は比較的広い一方、設備は簡素で、空調はなく扇風機のみであったため、とりわけ夏季には生活環境として厳しさが増すことが示唆された。また、廊下や居室付近では、ライターの使用によるものとみられる焦げ跡などの損耗が一部に確認され、ときに緊張や摩擦を伴うことを想起させた。

地下階の活動空間

視察終盤は、地下階に配置された諸室の見学に充てられた。一行は、スポーツ活動、遊戯（ボードゲーム、卓球台、漫画などが置かれた部屋）、学習指導、ならびにエデュカトゥールの会議等に用いられる空間を順に確認した。スポーツ担当エデュカトゥールからは、集団・個別セッションの構成と、少年が比較的自由に運動できる機会について説明があった。あわせて、設備の利用状況は在所者の構成やグループの力学に左右され、時期によって活発さに差が出る点も示された。

また複数の職員は、当該建物が当初からCEFとして設計されたものではなく既存施設の転用である点を指摘し、その制約が空間配置や一部諸室の多目的化に表れていると述べた。施設長は、共用生活空間の整備や各室の機能再配分を含む改修計画に言及し、処遇環境の改善を図る意向を示し

た。

3.2. CEFの運営と対内・対外調整

施設内の動線に沿った見学に加え、職員との意見交換を通じて、CEFの内部運営、教育的実践の組織化、ならびにPJJの他部門、とりわけ社会内処遇部に関わる関係者との連携のあり方について、いくつかの点が明確になった。

収容定員と職員構成

視察したCEFの受入れ定員は最大12名で、対象は男子に限られている。日常運営は多職種チームによって担われ、エデュカトゥール16名のほか、施設責任者1名、教員1名、看護師1名、心理士1名、さらに調理担当2名と、建物管理・庶務を担う職員などの後方支援スタッフが配置されている。施設長はまた、夏季休暇期には一時的な欠員が生じ得るため、勤務編成に実質的な影響が及ぶ点を指摘した。

教育・スポーツ・学習活動

職員は、処遇における時間編成の重要性を強調し、少年には活動中心の週間スケジュールが付与され、それに従うことが求められると述べた。スポーツ活動はCEF運営の中でも重要な位置を占め、スポーツ担当エデュカトゥールの下で週2回、集団または個別セッションが実施され、1回あたり約3時間に及ぶ。状況に応じて補足的な個別指導が行われるほか、一定の設備を比較的自由に利用できる場合もある。なお設備利用の度合いは在所者の構成に左右され、時期により活発さに差があることが確認された。

学習面については、教員1名が配置され、少年のレベルに配慮しつつ個別対応で指導する体制がとられていると説明された。ただし視察当日は学校休暇期で当該教員は不在であり、多くの少年が学習面で大きな遅れを抱

えている点が強調された。

健康管理と心理支援

健康面では看護師が配置され、初期対応（軽微な負傷への処置、健康相談、経過確認）を担う。医療的処置が必要な場合は提携医療機関を受診し、費用は月単位で取りまとめて処理されると説明された。

心理面では心理士の関与が個別支援の中核とされ、面接は多くの場合 1 対 1 で行われる。エデュカトゥールが枠組み・規律・日課編成を主に担うのに対し、心理士の面接は別種の語りの場として位置づけられていた。相談は少年の自発的来室による場合もあれば、心理士が居室の扉をノックして声をかけるなど、外側から接点を作る場合もある。

守秘については、エデュカトゥールや司法当局と共有し得る内容は事前に本人同意を得るのが原則である一方、重要と判断される事項は裁判官に直接報告され得る旨も示された。さらに心理士は、少年の特性や関わり方についてエデュカトゥールに助言するなど、間接的支援も担っている。

内部の会議体制とケースフォロー

CEFの運営は、内部の調整・協議の時間にも支えられている。説明によれば、ケース・カンファレンスに相当する会議は週 1 回程度実施される。運営会議などはより間隔をあけて開催され、職員間の情報共有の場についても言及があったが、頻度は必ずしも一様ではないとされた。これらの会議は、裁判官等の司法当局に提出される経過報告書を含む記録・文書作成に結びつき、CEF滞在期間に限られない教育的経過の継続性を担保する役割も果たしている。

STEMOとの連携

STEMOとの連携は、処遇を支える構造的要素として位置づけられてい

る。職員によれば、STEMOの「担当エデュカトゥール」(éducateur référent)は概ね1～2か月に1回来訪するほか、電話等を通じた情報共有も継続的に行われている。さらに、少年の入所時を中心に、活動内容や教育的プロジェクトを定める協議がSTEMOと共同で実施されるという。退所が近づくと、施設外の受入れ先や支援の引継ぎ先の確保に調整の重点が移り、退所後も追跡的関与が途切れないよう継続性の確保が図られている。

むすびに代えて：諸措置の接続と相補性—收容措置と社会内処遇に位置付けられる修復モジュールの連続性を一つの例として

2021年に施行されたCJPMは、複数の改革目的のもとに制定されたが、総括すれば、散在していた規定の整理・統合による法典化と、手続と教育的介入の流れの合理化という二つの軸が交差する改革として捉えられる²²。とりわけ審理手続の「二段階化」(césure)や介入の再構造化は、制度側と少年双方にとって処遇過程の一貫性と可読性を高めるものとして構想された。

非行をした少年に対する介入の再構造化はMEJのモジュール化により象徴されていると考えられる。そのモジュール化はまず審理手続の「二段階化」との関係で理解すべきである。すなわち、手続の時間と教育的介入

22 CJPM制定に際しては、①手続の簡素化、②判断の迅速化、③制裁言渡し前段階における教育的介入の強化、④被害者の位置づけの改善が目的として明示され、あわせて分散規定の整理・体系化(法典化)も主要な狙いとされた。出典は以下を参照：

「2018年から2022年までの計画及び司法改革に関する2019年3月23日の法律」第93条(article 93 de la Loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice)：

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038262714

「2019年オルドナンスに関する共和国大統領への報告書」(Rapport au Président concernant l'Ordonnance du 11 septembre 2019)：

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039085097/>

の時間を接続しやすい形に整理し、修復、社会復帰、健康等の目的を段階的に明確化することで、少年の経過に沿った介入を組み立てやすくする発想として説明されている。ここで重要なのは、モジュール化が単なる分類には留まらず、目的を可視化しつつ介入内容を調整可能な枠組みとして示し、処遇課程に「見通し」と「意味」を与える点にある。この点は、立法過程ではすでに説明されているものである²³。

以上を踏まえると、Savigny-sur-Orgeの複合施設は、制度の「接続」を観察するうえで示唆的である。同一敷地内に、社会内処遇に位置づけられる修復モジュールの一環として活用される少年司法博物館と、比較的強い制約を伴うCEFが併存している点は、社会内処遇の働きかけと閉鎖的措置が、同一の処遇過程の中でどのように接続され得るのかを具体的に考察する手がかりとなる。実際、博物館参観の場面で、CEF入所中の少年が修復モジュールの一環として参加していたことは、その接続のあり方を示す場面であった。

現場の説明によれば、CEFでの滞在は「孤立した閉鎖」ではなく、社会内処遇との連携を貫く「フィル・ルージュ」(fil rouge)の中に位置づけられていた。PRÉVOST氏ならびにCEF職員は、STEMOとの調整・情報共有、退所準備、より制約の弱い枠組みへの引継ぎを強調し、CEFを処遇過程の連鎖の一局面として説明していた。ここには、閉鎖的措置でありながら社会内処遇を見通しとして接続し続けようとする志向が読み取れる。

今後は、CEFにとどめず、少なくとも一時的教育措置(MEJP)の枠内においては修復等の社会内処遇モジュールとの接続が理論上あり得るこ

23 当時は「モジュール」という用語自体はなお一般化していなかったが、「2019年オールドナンスに関する共和国大統領への報告書」では、二段階審理を、処遇の連続性を確保し(措置の「断片化」を避ける)、経過に応じて措置を変更・解除し得る枠組みとして説明している。

と²⁴、また少年の拘禁下においてもPJJによる連続的な教育的介入が社会内処遇との連続性の下で確保されるべきこと²⁵を踏まえ、「少年行刑施設」(EPM)や刑務所の少年区(QM)において、PJJのエデュカトールがいかに社会内処遇への連携を構想・実践しているのかを検討する価値がある。

(Harrass Driss)



24 CJPMは、制裁言渡し前の段階において、司法上の教育措置を「司法上の一時的教育措置(MEJP)」として命じ得ることを予定しており、手続のいかなる段階においても(制裁言渡し前に限り)これを命じ得る。MEJPの内容は、同法典が列挙する各モジュール(修復モジュールを含む)により構成され、当該モジュールは必要に応じて代替的または累積的に組み合わせる実施し得る枠組みが置かれている。

L.323-1条(MEJPは制裁言渡し前の全段階で可能性について)およびL.112-2条(モジュールの列挙)を参照:

L.323-1条

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000049571645/2024-05-23

L.112-2条

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000049571645/2024-05-23

⑤ 「社会復帰のための地域機関（Un Service Territorial Éducatif et d'Insertion : STEI）（8月28日）」

社会内処遇の中でも、社会復帰に関する活動を引受ける機関であるSTEI²⁶を訪問した。当日は、STEI長であるARCHICH氏をはじめ、各ユニット長および身元引受のない少年（Mineurs Non Accompagnés：以下MNAとする）専用のSTEMOの長も同席していただき、お話を伺うとともに、施設を見学させてもらった。

訪問したパリのSTEIは、Fontaine au Roi とRépubliqueという2つの日中活動ユニット（UEAJ）から構成されている。UEAJは、少年たちとともに日中に行う活動を展開し支援するユニットである。パリのUEAJは、同じ建物の中で、2つのユニットが活動を行っている²⁷。

UEAJの関与

UEAJには、Foyerで生活している少年も、在宅での処遇を受けている少年も通ってくる。UEAJに少年がやってくるルートは主に2つある。一つは、一時的教育的措置（MEJP）、終局的措置としての教育的措置（MEJ）として、STEMOからのUEAJに少年が依託されるルートである。

↘ TI000049571651/2024-05-23

25 この点は、「フランス権利擁護官」（Défenseur des droits）も、マルセイユ＝ラ・ヴァランティエヌ少年刑事施設に関する調査に基づく2025年11月14日付決定（Décision n° 2025-204）において、拘禁下の未成年者でもPJJによる継続的・個別化された教育的介入が社会内処遇の働きかけと連続して実施されるべきことを強調している（p.8）。なお同決定は、社会内処遇の担当エデュカトゥールとの面談の実施に支障が生じた旨を報告しており、拘禁下における連携確保の改善が課題であることを示している（p.23）。

https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=22977

26 D.241-10 2° cでは、STEIがPJJの公的部局の機関であることが定められている。

27 CJPMにおける日中活動の位置づけや、PJJの社会復帰支援の展開、UEAJの組織的構造などについては、大貝葵「非行のある少年のための就労支援」法学雑誌72（3・4）（2026）53-56頁を参照。

MEJPまたはMEJが裁判官により決定された場合、その実施は、STEMOに付託される。STEMOが、少年に必要な働きかけを検討し、必要に応じて、UEAJに少年を依託することになる。例えば、少年が託置になり、Foyerで生活している場合でも、Foyerから少年がUEAJに通ってくることもある。この場合もSTEMOが基本的には、少年のすべての処遇に携わっている。

もう一つは、社会復帰モジュールとしてUEAJの活動に参加することが、裁判官により命じられる場合である。モジュールとしてUEAJに通うことが決まった場合には、UEAJにおいて処遇が行われることが義務付けられる。ただし、この場合も、STEMOが、少年を担当し、STEMOとUEAJとが協力して少年の処遇を展開することに変わりはない。

UEAJに来る少年たちは、STEMOの社会内処遇の一環としての就労や社会復帰支援よりは、より集中的な支援を要する少年たちである。例えば、フランス国籍を有しているが不登校で中学校にさえ行けていなかった16歳から21歳までの少年や、16歳から18歳までのMNAが主な対象となる。

UEAJの活動

パリのUEAJでの活動目標は、リズムある生活を取り戻すこと、働くこと、訓練という3つであるとのことであった。特に、UEAJでは、職業に就かせることを直接の目的としているわけではなく、少年を一般法上の支援や職業訓練へと橋渡しをしていくための準備活動が行われている。

2つのUEAJの定員は合計で70名であり、聞き取り調査時は、Fontaine au Roiで40名強、Republicで30名弱うけ入れているとのことであった。理論上は35名ずつ受入れも可能であるが、それぞれのアクティビティーの性質などに照らして、それぞれのUEAJに定員が割り振られているようである。2つのUEAJで、年間延べ200名の少年をフォローしている。

ここでの活動に参加すると、少年隊は、16歳から18歳までは200ユーロ/

月（週30時間）、18歳から21歳までが500ユーロ/月（週30時間）の報酬を受け取ることができる。これは、労働法上の職業訓練研修生としての身分が保証されている（労働法L.6442-1）ためである。16歳までは報酬を現金で手渡しすることも可能であるが、16歳以降は、銀行への振込によらなければならないため、フランス国籍の身分が取得できなかったMNAは事実上報酬を受け取ることができないとのことである。

Fontaine au Roiのプログラム

Fontaine au Roiでは、エデュカトゥール5名、教師2名が常駐し、4つのプログラムが展開されている²⁸。料理プログラム、職業プログラム、フランス語修得プログラム、MNA専用の受入れプログラムである。

料理プログラムでは、国家資格の取得が目指されている。シェフと教育担当者とエデュカトゥールが付添う。実際に調理実習も行えるよう、ParisのUEAJには大きなキッチンもあった。国家資格取得のための試験は、Parisのユニットで受験することができる。ここでは、エデュカトゥールは、授業に立ち会いながら、少年をフォローしていく。国家資格が取れるが、その取得が最終目的ではなく、少年が自分のやりたいことを見つけていくということが重要であると考えられている。少年たちも、資格が取得できた後、すぐに働く者もいれば、さらに上の資格を目指す者もいる。ただし、MNAは、最終試験の要件となる住所がないことも多く、プログラムを受けること自体や受験自体にハードルがあることが多いとのことである。

職業プログラムでは、UEMOが担当している少年も、UEHCなどのFoyerから通ってくる少年も対象となる。住所があることがプログラム受

28 聞き取り調査時にはプログラムではなく、モジュールと呼ばれていたが、CJPM上のモジュールとは異なる意味で使用している。ここでは、CJPM上のモジュールと明確に区別するためにプログラムと表記する。

講の要件のようである。すでに何かしたいことや就きたい職業がある少年については、それを具体化していく支援がなされる。

他方で、何をしたいが決まっていない少年については、一緒にそれを探す支援が展開される。具体的には、その職業までの計画を立て、一般法上の研修があるかどうかを探す。また、履歴書や書類の書き方も教えていく。エデュカトゥールがマンツーマンで少年につき、職業説明会や外部で開催される職業訓練などにも参加していく。

また、ParisのUEAJには、美容室があり、美容師の技術も学ぶことができる。7週間の訓練を受けて、技術を取得する。終了後には美容師として必要になるキットが贈られる。少年たちは、友達の髪をカットしお小遣いを稼ぎながら生活を安定させていく道を探るとのことである。職業訓練支援を目的としたこのプログラムの目的は、社会にはいろいろな職業があることを知り、普通の社会に入ることである。

フランス語教育のプログラムでは、フランス語を母語としていないMNAはもちろんに、中学校に行けずフランス語の取得が十分でない少年などが対象となる。教師がUEAJに来て、少年個人のレベルに合わせて指導がなされる。MNAは、フランス語が取得できれば、身分証の獲得に近づく。身分証を取得し、生活ができるようになることが目指される。また、MNA以外の少年は、一般法上の教育に戻るための指導としてフランス語習得が位置付けられるほか、学位の取得も目指される。

MNA専用のプログラムは、MNAの生活支援として機能している。ホームレスの少年など社会的に極めて脆弱である少年がこのプログラムの対象となる。少年はできる限り早い段階で受け入れられ、Fontaine au Roiに設置されているシャワーや洗濯機が使用できる。また、食事支援として、レストランで利用できるチケットを1週間に2枚少年に渡すほか、UEAJの料理プログラムで作った食事なども少年に提供される。そのほか、テントや寝袋が渡されることもある。

これらの生活支援と並行してアクティビティーも行われている。音楽や文化的なものを取り入れているとのことである。このような生活支援とアクティビティーを並行して行い、文科省が提供するフランス語を母語としない少年のためのクラスにつなげていくための活動が行われていく。ただし、少年自体はかなり脆弱な社会基盤の中で生活している。そのため、健康診断や心理士による面談なども行われているとのことである。とくにMNAは、フランスに渡ってくる際に逆境体験を受けており、トラウマを抱えていたり、アディクションに陥っている少年も少なくないとのことである。このような少年たちへの支援が当該プログラムの中心となる。さらに、MNA専用のSTEMOと連携している。STEMOの方で、身分証取得のための書類をそろえるなどの支援を展開する。ただし、非行を行ったということが身分証取得にとってハードルとなっている。18歳までは、違法な滞在であっても強制退去させられることはないが、18歳以降になると、UEAJの支援が展開している最中でも、街中で取締りに発見されれば、強制退去させられてしまうこともある。他方で、UEAJやSTEMOは、少年と同じ母国をルーツとする独自のコミュニティに少年を預けていくこともある。

Républicのプログラム

Républicでは、ユニット長1名、専門の技術者4名、エデュカトゥール3名、事務員1名という体制でユニットが運営されている。ここでは、子どもたちと一緒にアクティビティーに参加するプログラム、スポーツ専門のプログラム、自転車修理のためのメカニックのプログラムの3つが展開されている。このユニットの全体の目的も、資格の取得とともに、外部につなげていくことであるとのことであった。

子どもたちと一緒にアクティビティーに参加するプログラムは、専門の技術者2名、アーティスト1名、文化的な指導を行う者1名、エデュカ

ツールによって進められている。UEAJの少年たちは、放課後や休日に児童を引受けてアクティビティーを展開する外部施設に行きアクティビティーの手伝いをする。週に2回ほどの頻度で参加するとのことである。加えて、少年は、夏休みの期間などを利用して、外部に研修を受けに行く。この研修には指導者が付添う。研修とアクティビティーの参加により、子どもたちの余暇活動を指導するためのBAFAという資格が取得可能となる。BAFAの資格は、最短で半年で取得できるが、UEAJにやってくる少年は、1年から1年半をかけて取得を目指していくとのことである。定員に空きがあれば、いつでもプログラムに参加できる仕組みとなっている。ただし、性犯罪や暴力犯罪で司法にきた少年は、このプログラムを受講することはできない。少年たちが、子どもたちと笑顔で活動している様子や、芸術活動に参加している様子の写真がUEAJ内に飾っており、印象的であった。

運動専門のプログラムは、1年間のクラスとしてスケジュールが組まれている。9月から12月までは、UEAJ内で研修を行い、2月からはじまるフランス政府の行うプログラムへとつなげていく。UEAJ内での研修では、フランス政府のプログラムについていけるよう、毎朝決まった時間にUEAJへ来て、勉強するという習慣を身に着けるための準備期間と考えられている。2月以降も、UEAJが政府のプログラムについていけない少年たちのフォローをしていく。基本的には高校卒業レベルの学力が必要になるが、UEAJに来る少年たちは、中学校卒業レベルであることも多いので、UEAJの支援が必須のようであった。

最後に自転車修理のためのメカニクのプログラムを見せていただいた。UEAJ内に修理のためのアトリエがあり、そこで、自転車修理のための技術を学び、資格を取得できるようになっている。アソシアシオンが来て、技術を教えてもらうとともに、資格取得のための審査もしてもらえる。中学校卒業レベルで資格が取得できることや、社会的に自転車修理のニーズが高まっていることから、少年が自活していくことにつながるプログラム

と期待されている。プログラム終了後には、自転車修理に必要なキットが少年に贈られるとのことであった。

その他のアクティビティ

このように、一定の期間に、まとまった研修やアクティビティに参加するプログラムに加えて、2つのUEAJでは、単発のアクティビティも展開している。例えば、集団および個別でのフランス語、数学、歴史などの学科指導、PJJが全国的に行う短期間のアクティビティ、地域や2つのユニット全体で行う自転車旅行などの単発のアクティビティがある。ParisのUEAJでは、これらのアクティビティへの参加をコーディネートする専門の指導員が常駐していた。そして、単発の活動には、UEAJの支援の対象ではない少年も参加することができる。

UEAJの課題

UEAJでは、新しい人材を採用することがむづかしい場合も多く、外部の組織やアソシアションとの連携により、足りない活動をカバーしている部分もあるとのことであった。

日本の就労支援のイメージとは異なり、はるかに多くのメニューが準備されており、相当な準備期間が用意されていることも印象的であった。また、UEAJでの活動で完結するのではなく、外部の職業訓練や一般法上の支援につなげるために、UEAJの活動がとらえられているところにも特徴を見出すことができる。フランスにおいても、自律していくことが極めて困難な少年がいること、そして、そのような少年をエデュカトゥールをはじめとしたスタッフが根気強く見守り、自律へとつなげている様子を垣間見ることができた。

(大貝 葵)



⑥ Paris地域局（8月29日）

最後に、Paris地域局に戻り、MEIGNAN氏、PRÉVOST氏、TAIL氏に質問できる時間を設けていただいた。フランスでは、社会内処遇をPJJにおける処遇のかなめとしてとらえており、そのために、STEMOが各社会内処遇を展開する機関と少年とをつないでいくコーディネーターの役割も果たしていた。フランスにおいて社会内処遇を展開するうえで、再犯のリスクは問題にならないのかについて質問をした。日本においては、社会内処遇を選択するかどうかや、少年を社会内へ移行していく際には、必ず再犯のリスクが問題となり、慎重な姿勢が生じる。対して、フランスでは、社会内処遇が幅広く展開されることについて、再犯リスクへの批判が社会（龍法 '26）59-1, 138（138）

や地域から指摘されないのか、また、再犯のリスクについて、PJJはどのようなスタンスで臨んでいるのかを質問した。

PJJは教育機関として、少年との信頼関係を構築するうえで、再犯リスクを考慮に入れながらも、そのリスクをとっていくことは当たり前であるとの答えであった。もちろん、少年自身の状況や再犯のリスクについては、専門家の中で話し合いがもたれ、チームで少年をフォローし観察していくことが重要である。そのうえで、本人のために、リスクをとっても大丈夫かを見極めていくとのことである。例えば、裁判官から、遵守事項が命じられていた場合、少年の行動を観察し、リスクをとってでも少年のためになるなら、遵守事項を外してもらるように裁判官に依頼することもある。ルールを守ることを自分のものとしていくことが重要であり、そのための教育を行っているとの認識であるとの話であった。ただし、ルールを自分のものにするための教育には時間が必要となり、司法上の時間的な制約とは矛盾、葛藤する場面もあるとのことであった。

また、少年による重大な再犯があった場合などは、外部監査があるものの、各機関やエデュカトゥール個人が責任を問われることはない。監査官がPJJの処遇や裁判官の対応について質問し確認をしていくものの、リスクをとって処遇を展開していたこと自体について責任を問われることはない。また、担当エデュカトゥールも、少年がなぜ再犯を行ったのか、事情や期間を精査し、新たな教育的措置の内容を検討する材料とする。エデュカトゥール自身、少年の再犯を織り込みながら少年に接しフォローしているとのことである。担当の少年係判事も、同じエデュカトゥールと少年のペアが来ることを理解しながら、手続を進めているとのことである。そこでは、再犯は、新しい教育的提案の材料とみなされており、再犯への責任が問われるということではないとのことであった。

再犯を織り込みながら、少年にとっての教育を追求していくことが可能な社会的、制度的基盤があること自体が、日本との大きな違いであり、再

犯をも織り込んで少年とエデュカトゥールとの関係性が構築されていることが印象的であった。このことを示す出来事にも遭遇した。Chateau d'eauのUEMOを訪問した際に、1人の少年がUEMOを訪ねてきていた。少年は、働く場所が見つからず困っているとの相談に来ていた。すでにその少年はUEMOの支援が終了した少年であり、UEMOが管轄を持つことができない少年であったため、直接的な支援をUEMOが行うことができないとのことであった。担当だったエデュカトゥールは、少年と一緒にコーヒーを飲みながら少年の話聞いてきたと、語ってくれた。困ったときに、担当エデュカトゥールを訪ねようと思うほどに、少年とエデュカトゥールとの信頼関係が結ばれていることが見て取れるエピソードであった。

5日間におよぶパリでの社会内処遇についての訪問につき、快く受け入れてくださった各施設に感謝したい。また、特に、これらの訪問をコーディネートし、すべての施設に付添ってくださったPRÉVOST氏には、心から感謝の意を表したい。

(大貝 葵)

【付記】本研究は、2025年度末延財団研究会助成およびJSPS科研費24K00205の成果の一部である

研究ノート

アメリカ連合時代の邦憲法と立憲主義（1）

石 井 幸 三*

I はじめに

I - 1 前稿の問題点

I - 2 Constitution（憲法）の意味の獲得

II 大陸会議と邦憲法

III 本稿の課題

IV 資料

IV - 1 各邦憲法の枠組みと特徴

IV - 2 資料の提示

A；権利宣言と国家組織を規定した憲法典とが分離した邦

B；権利宣言（憲法第一部）と国家組織規定（憲法第二部）とで憲法典を構成した邦

（以上本号）

C；権利宣言がまとまって書かれていない憲法典の邦

I はじめに

I - 1 前稿の問題点

私は、「ダイシーの法の支配と立憲主義」（『龍谷法学』第58巻1号、2号（2025年））という題の研究ノートで、複数の論者が立憲主義の重要な構成要素として挙げている具体的法令審査制を取り上げ、それとイギリスのダイシー（Albert V.Dicey. 1835-1922）の法の支配の説明との関係を論

* いいこうぞう 本学法学部 元教授

じた。その執筆意図はこうであった。論者の中には、法の支配から法令審査制への移行を近・現代憲法の発展と唱える論者もいるが、もしこの移行があるとしても、そう円滑になされるのではないことを示すことであった。私がダイシーを取り上げた理由は、ダイシーの法の支配が、国家機能の現代化が進むにつれ、彼自身が彼の法の支配の説明に合わない部分が出てきたことを認識していたが故に、ダイシーを起点として、現代国家での立憲主義の問題点を指摘するのに好都合であると考えたからであった。以上が、この研究ノートの初めの構想であった。執筆過程でダイシーの文章を案内役として使うことで、研究ノートを締め括ることができるという考えが上記の題を付けさせた。

研究ノートを書き進めるにつれて、この方針を変えざるを得なくなった。私は、サルトリ（Sartori）に従い、立憲主義を広く定義し、立憲主義を支える制度として具体的法令審査制だけでなく様々な制度を認める方向で、立憲主義の問題に取りかかっていたはずであった。私のサルトリの立憲主義に関する要約はこうである。立憲主義は、その目的を人々の人権と平等を護るため国家権力を抑制することに置き、その手段としての抑制の法的制度を様々にしている。その法的手段には、一定の権力の分配の技術、諸権利の章典、法の支配、法令審査（司法審査）等がある。⁽¹⁾ 立憲主義をこう理解しながらも、私の研究ノートは、立憲主義を幅広く扱うどころか、立憲主義と法令審査制との関係の重視する引力に引き込まれる結果になってしまった。

これが私の反省である。こうなった以上、近代憲法の原点に戻り、やり直す以外に採る道は、残されていないと私は考えた。手掛かりとして、私は、岩波文庫の高木八束、末延三次、宮沢俊義編『人権宣言集』（以下、『人権宣言集』（岩波文庫）と記す）を読んでみた。その中で、後述のように1789年に出されたフランス「人および市民の権利宣言」（以後「フランス人権宣言」と記す）に関してその解説と訳を担当した山本桂一の次の趣旨

の文が、私の関心を惹いた。それは、フランス人権宣言がアメリカ独立宣言前後期に出された幾つかの宣言と憲法の影響を受けていたということである。

私は、アメリカ合衆国憲法以前の諸states（日本の学会では、独立宣言以後アメリカ合衆国憲法までの state が「邦」と訳されている）の憲法とフランス革命期に出されたフランスの諸憲法（人権宣言を含む）を対比して検討することが、アメリカ合州国とフランス革命後の立憲主義に何がしかの影響を与えているのではないかと考えた（または妄想した）。私は、憲法や比較憲法を特に勉強したのではないし、フランス法史も英米法史にも疎い。私はイギリスの近代法思想史を少し勉強した位である。フランス語の勉強もしていないので、私ができるのは、ひとまず、上述の時期のアメリカの邦憲法を調べ、それらを検討することである。⁽²⁾

確認しておきたいのは、Constitutionalism（立憲主義）という言葉が *The Oxford English Dictionary*によれば、イギリスで使われるようになったのは19世紀中頃頃である⁽³⁾ ことであり、これを前提として（Constitutionalismの内容に相当するものが、以前にあったことを認めても）学問的な‘Constitutionalism’が出来上がる。アメリカの邦憲法は、時期から判断すると、立憲主義に合うように憲法を制定したのでなく、彼らが制定した憲法が後年立憲主義として評価されるものになったと言える。それゆえ、本稿での視角は、邦憲法はどのように立憲主義形成へ寄与していったかということになろう。

先行業績がどれだけ積み重ねられているのも分からないが、私が頼った先行業績に敬意を払いつつ、本稿を進める。本稿では、資料（史料；以後は資料とのみ記する）をほとんどネットのサイトから集めることができ、外国語資料は機械翻訳を利用できる場合は参照することができた。⁽⁴⁾

I - 2 Constitution (憲法) の意味の獲得

Constitutionalism (立憲主義) の言葉については、上述した。私は、Constitutionalism (立憲主義) を調べた時、うかつにもその言葉の元になっているConstitution が、日本語の「憲法」という意味を何時頃から獲得したのかについて注意を払っていなかった。

英米での‘constitution’ (憲法) の語の使用について触れておく。英語の‘constitution’が、日本語でいう「憲法」の意味を獲得する過程が18世紀頃と推測されるので、アメリカの邦憲法はその意味でも軽視されえない。イングランドでは、近代自然法理論を基礎にしてイングランドの諸法を体系的に叙述し1765年に出版されたBlackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol.1 では、‘constitution’は、このように使われている。‘They are the guardians of the English constitution.’ (彼ら〔近代的な裕福な郷紳gentlemen〕は、イギリスの国制の擁護者である。) (p.9)、‘our excellent constitution’ (我々の素晴らしい国制) (p.12)、‘the laws and constitution of their country’ (p.37) (彼らのくにの諸法と国制)、‘But the constitutional government of this island is so admirably tempered and compounded, that nothing can endanger or hurt it, but destroying the equilibrium of power between one branch of the legislature and the rest. For if ever it should happen that the independence of any one of the three should be lost, or that it should become subservient to the views of either of the other two, there would soon be an end of our constitution.’ (pp.51-2) (この島の憲政は、素晴らしく調整され混合されているので、立法機関という一部門と他の部門の間の力の均衡を破壊すること以外には、何もそれを危険に晒したり害したりできない。と言うのは、もし万が一、三機関のどれか一つの独立性が失われたなら、あるいは、それが、他の二機関のどれかの見解に従属するようになるならば、直ぐに我々の国制の終焉となるだろう。)、〔ローマ法構成の一つに〕‘The novels or new consti- (龍法 ’26) 59-1, 144 (144)

tutions'（新勅令）（p.81）がある。⁽⁵⁾

ブラックストンからの引用の語は、日本語に訳せば国制を中心にしながらも「憲法」と訳しても可能な文もある。私が少し長い訳を付けた文で「憲政」と訳した語は、「健全な政府」とも訳せるかもしれない。そうだととしても、この語を含む文が、モンテスキュー（Montesquies. 1689-1755）の権力分立を意識して書かれており（ブラックストン、彼のこの書の別箇所でもモンテスキュー『法の精神』を引用しておりその書を読んでいる）、ブラックストンが、文中に‘constitution’という用語を使用している、後述する近代的意味での憲法を殊更意識したようには思われない。何よりも、彼は、イングランド法を体系化する場合、国内法の公法の中の分類として‘constitution」「憲法（国制法）」という語を使用していなかった。

ブラックストンの本が出版されて10年も経ず、大西洋の西側での開催された「第1回大陸会議の宣言と決議（Declaration and Resolves of the First Continental Congress）」（1774年10月14日）が出された。その中で、constitution という語は、より明確化され、日本語での憲法に近づく。原文の該当部を挙げる。

前文第1段落。「反憲法（反国制または非立憲）的権力を保持した委員会」‘a board of commissioners, with unconstitutional powers’

前文第3段落。「これらの制定法はすべて、違憲（反憲法的、反国制的）のみならず、非政治的、不正で、残虐で、そして、アメリカ人の諸権利にとって最も危険で破壊的なものである。」（All which statutes are impolitic, unjust, and cruel, as well as unconstitutional, and most dangerous and destructive of American rights:）

前文第6段落。「北アメリカの英国植民地の住民は、不変の自然法、英国憲法〔国制〕の諸原則、および各種の特許状または協定により、以下の権利を有する。」（That the inhabitants of the English colonies in North-America, by the immutable laws of nature, the principles of the

English constitution, and the several charters or compacts, have the following RIGHTS:)

「決議（全員一致）第10。立法府の構成部門が互いに独立していることは、良好な政治にとって欠かすことのできない必要なものであり、イギリス国制（憲法）によって必須であるとされている。それ故に、国王によって任命された彼の気のむく間存在する参議会が複数の植民地で立法権を行使することは、アメリカの立法の自由にとって反憲法（反国制または非立憲）的であり、危険であり、破壊的である。」(Resolved, N.C.D. 10. It is indispensably necessary to good government, and rendered essential by the English constitution, that the constituent branches of the legislature be independent of each other; that, therefore, the exercise of legislative power in several colonies, by a council appointed, during pleasure, by the crown, is unconstitutional, dangerous and destructive to the freedom of American legislation.)⁽⁶⁾

〔最後の辺りにある〕決議「また、ジョージ3世治世12年法律第24号「国王陛下の造船所、弾薬庫、船舶、弾薬、および軍備品貯蔵所のより良く安全確保するための法律」は、アメリカにおける新たな犯罪を規定し、同法に規定されている罪をイングランド領域外（out of the realm）で犯したと告発された人が、イングランド領域内のどこかの州または郡で起訴され裁判を受けることを認可した。これは、アメリカ臣民から近隣人からなる陪審による憲法に従った裁判（a constitutional trial by jury of the vicinage）を剥奪するものである。」(Also 12 Geo. III. ch. 24, intituled, “An act for the better securing his majesty’s dockyards, magazines, ships, ammunition, and stores,” which declares a new offence in America, and deprives the American subject of a constitutional trial by jury of the vicinage, by authorizing the trial of any person, charged with the committing any offence described in the said act, out of the realm, to be

（龍法 ’26）59-1, 146（146）

indicted and tried for the same in any shire or county within the realm.)⁽⁷⁾

第1回大陸会議の宣言と決議における constitution, constitutinal の語の使い方を見ると、この宣言と決議は、主に植民地アメリカの人々の権利問題に焦点を当て、日本語の「国制」では分かりづらい意味合いを持ち始めている。特に、最後の注番号（7）を付した文はそうであり、a constitutional trialは、国制よりも憲法と訳する方が文意を伝えやすい。⁽⁸⁾ この宣言と決議は、constitution やconstitutionalが、日本語としては「国制」から「憲法」の意味に重点を移行させてきている。

前もって開催日が決められていた第2回大陸会議の前にボストン近郊で植民地と本国イギリスの衝突を契機に、第2回大陸会議は、各植民地に独立の準備を勧告した。勧告に応じて国の基本法を制定した植民地（邦）は、その法に constitution を用いている。たとえ、ある邦（state）では、constitution を国制の法とし、「権利宣言」を別に作成しても、それら両者を憲法として理解している。制定法の名称としての英語での‘constitution’（憲法）は、アメリカの独立戦争を機に確立したと言える。⁽⁹⁾ 1788年に成立したアメリカ合衆国憲法の起草に参加したハミルトン（Alexander Hamilton.1755?-1804）は、自己弁護の主張にも理解されるかもしれないが、「政府の機構および運営において、市民がいかなる政治的特権をもつのかを、具体的に明らかにしている」ならば「憲法それ自体が、いかなる合理的意味においても、またいかなる有用な目的のためにも、**権利の章典**にはかならないということである」と書いている。⁽¹⁰⁾ アメリカ邦の諸憲法は、権利を書き込みそれを保障する憲法（典）を他形式の法よりもより価値の高いものにするため様々な工夫を試みていくのである。⁽¹¹⁾

Ⅱ 大陸会議と邦憲法

第1回大陸会議の宣言と決議に関して先に引用した前文第6段落の前の第5段落後半部に、当会議代表者の複雑な胸の内を示す次の文章がある。「そうして、これら植民地の完全で自由な代表として、植民地から任命され集合した代表者は、上述した諸目的を達成する最良の方法を最大限考慮して、イギリス人として、彼らの祖先が同様の場合に、彼らの諸権利と諸自由を主張し擁護するために通常行ってきたように、先ずはじめに次の事項を宣言する。」⁽¹²⁾ この宣言と決議は、会議代表者の間にあるイギリス帰属派と分離独立派の両方の意見を反映しており、過去の正当化の論理である、イギリス人が獲得してきた諸権利（＝既得権）を楯に本国へ異議申し立てをなす論理と普遍的な自然権を楯にそれをなす論理との交錯がみられる。

独立戦争の端緒とされる1775年4月19日のレキシントン・コンコードの戦い以降、劣勢であった植民地側の態勢を立て直すため、事前に会議開催が決められていた第2回大陸会議（1775年5月10日～1781年3月1日）が事態打開のため乗り出した。その会議は、軍を再編するためにワシントン（Washington.1732-99）を総司令官に任命すると同時に、1776年5月10日に各植民地に各邦政府を樹立する決議を可決した。⁽¹³⁾ その後、5月15日に大陸会議は、各植民地に独立に備えて各邦の憲法制定の勧告を出す。この勧告前に、早くから各邦の憲法（典）の制定を議論していたようである。⁽¹⁴⁾ 最初の成文憲法典とされる1776年1月15日制定のニュー・ハンプシャー邦憲法と同年3月26日制定のサウス・カロライナ邦憲法は、「大陸会議の示唆に従って制定された」と書かれている。しかし、大陸会議の勧告は、私が依拠した注番号（14）のサイトの資料では、「特に彼らの選挙区民そして一般にアメリカの幸福と安全に最も良く（原文中略）資するような政府を採用すること」と書かれている。また、1776年ニュー・ハン（龍法 '26）59-1, 148（148）

プシャー邦憲法の前文や後の資料注にも、「何らかの形の政府」「政府の形式」という言葉が使われている。これらは、The Autobiography of John Adams（「ジョン・アダムス自伝」）の1776年5月10日（金曜日）の記事内容と一致する。⁽¹⁵⁾ この勧告で言われる憲法の内容は、政府の形式すなわち国家組織であったと私は考える。⁽¹⁶⁾

植民地アメリカが独立するに当たって、ヴァージニア邦憲法と権利章典が、憲法に関する観念に重要な型を提供する契機を与える。第2回大陸会議と同時期にヴァージニアで開催されていたヴァージニア代表者会議（Convention）は、1776年5月15日に第2回大陸会議に派遣したヴァージニア代表に独立宣言を出す提案を大陸会議になすよう指示すると同時に、ヴァージニア代表者会議は、自らの邦の権利宣言と政府組織の計画を準備するための委員会〔とその委員〕を任命した。後者の部分は重要であるので訳しておく。「代表者会議は、全員一致で、諸権利の宣言そして本植民地の治安と秩序を維持しそして人々に対して実質的かつ平等な自由（substantial and equal liberty）を最も保障するだろうような政府案を準備するため委員会が指名されることを決議した。」（Preamble and Resolution of the Virginia Convention, May 15, 1776）従って、ヴァージニア邦憲法と権利章典は、大陸会議の判断よりもヴァージニア植民地代表者会議自体の判断で制定されていると考えられる。⁽¹⁷⁾ ヴァージニアの権利章典と憲法に先行するニュー・ハンプシャー邦憲法とサウス・カロライナ邦憲法は、権利宣言をもたず、国家の制度を定めた憲法である。⁽¹⁸⁾ ほぼ同時に制定したヴァージニアの権利章典と憲法では、前者の中に国制の基本を述べることで、両者の相互関係を示唆しているが、その相互関係を明確に記したのがメリーランド邦の権利章典第42条と憲法第59条である。このことは、近代憲法のあり方からみると非常に重要である。この形式が、後の他邦の憲法の制定に影響を与える。

フランス人権宣言第16条の条文を近代的憲法あるいは実質的な意味での

憲法の説明と理解すれば、1776年6月12日に権利章典と同年同月29日に国家制度を定めた憲法典とを揃えたヴァージニア植民地が、近代的憲法の先駆けとなる。ヴァージニア権利章典、同年7月4日のアメリカ独立宣言は、その各々の前文で近代自然法、自然権に依拠することを明確にする。⁽¹⁹⁾

ヴァージニア権利章典は、後でも取り上げるが、ここでは、第1～5条〔ないし項目〕を訳して提出する。「第1条 すべての人 (men) は生来平等に自由で独立しており、一定の生得の権利をもっている。人々が社会状態に入る時、彼らは、これらの権利を、いかなる契約 (compact) によっても、彼らの子孫から奪うことはできない。これらの権利とは、財産の獲得と占有の手段および幸福と安全を追求し取得する手段を伴う、生命と自由を享受する権利である。」「第2条 すべての〔政治〕権力は、人民 (people) に帰属し、したがって人民に由来する。高位行政官 (magistrates) は彼らの受託者であり公僕であって、常に彼らに従わ (amenable) ねばならない。」「第3条 政府は、人民あるいは国家あるいは社会 (community) の共通の利益、保護および安全のために樹立されているし、あるいはそうされるべきである。全ての様々な政府の様式と形式の中で、最大限の幸福と安全をもたらすことができ、また失政の危険から最も効果的に守られている政府が最良である。いかなる政府もこれらの目的に不適格ないし反していると認められた場合には、社会の多数 (a majority of the community) は、公の福祉に最も資すると判断されるだろう方法で、その政府を改良したり改変したり廃止したりする、疑う余地のない不可譲で無効にできない権利を有する。」「第4条 いかなる人も、または人の集団も、公職の報酬以外に、排他的ないしは別箇の謝金 (emoluments) や特権をうける権利を社会から与えられない。公職は相続されえないので、高位行政官、立法部議員、裁判官の職は世襲的であってはならない。」「第5条 国家の立法権と行政権は、司法権から分離され区別されなければならない。立法権および行政権を与える構成員は、人々の負担を感じそしてその負担

(龍法 '26) 59-1, 150 (150)

を共にすることで圧政をなすことを抑制するために、その構成員は、〔公務終了後〕一定期間、私人の地位に戻し、彼らが元々そこから選ばれた集団に送り返さなければならない。その空席は、頻繁かつ確実に正規の選挙を行うことで補充されなければならない。この選挙において、上述の構成員の全部または一部が、再選に適格か否かは、〔後に〕法律が指示するだろう。〕⁽²⁰⁾ これらの条文は、何らかの程度で、ロック『政府二論（統治二論、市民政府論という書名訳もある）』（Locke, *Two Treatises of Government*）の影響下にあるが⁽²¹⁾、モンテスキューの権力分立理論にも影響を受けていることも事実である。

ヴァージニア権利章典は、その主張を、上述の「第１回大陸会議の宣言と決議」の全員一致の決議第２と第３で書かれていた「彼らの祖先が本国イギリスから移住の際にも与えられていた、自由で生まれつきの臣民としての全ての権利、自由、特権（entitled to all the rights, liberties, and immunities of free and natural-born subjects）を今もなお引き継いでいるという、いわゆる古来の既得権を基礎に組み立てたのではなく、その基礎を根本的に組み替えて、個人の自然権からこれらの権利や自由は発するものであるとする議論に据えた。⁽²²⁾ この基礎の組み換えによって、「第１回大陸会議の宣言と決議」で両立していた新旧の法思想を一気に近代の方へ転換させたのである。

このヴァージニアの権利章典と憲法典の制定を契機にして、そして/また、大陸会議の勧告を受けて、権利宣言を含む憲法典を制定する植民地（邦）が続く。その中には、権利宣言と同時に人々の権利や自由を保障する国家制度として権力分立を国制の基礎にしている邦（植民地）が複数ある。これらの邦憲法は、フランス人権宣言第16条の近代憲法の定義を先取りしているのである。

Ⅲ 本稿の課題

本稿は、ほぼ独立戦争の期間に各植民地（後の邦）で制定された（権利宣言を含む意味での）憲法（典）を検討対象にして、立憲主義と言われる制度の成立過程の観点から検討する。私の意図は、立憲主義をそれだけ取り出して説明すると何か周辺の事柄が抜け落ちるのではないかと思ったことから生じている。何か周辺の事柄とは、立憲主義を作り上げた動的な政治である。立憲主義が作られていく政治運動という動態への言及の希薄化は、たとえそれが解釈学とは関係ないものであっても、立憲主義の説明を国家権力抑制のための制度という静的なものにしてしまう。私が危惧するのは、とりわけ、立憲主義の重要な制度として具体的法令審査制が強調されすぎると、その強調は、憲法に関心をもち、立憲主義に関心をもつ人々の輪を狭めるのではないかということである。もちろん、本稿は歴史学でも政治史学でもない。初期アメリカ邦憲法を法典という文章化されたものを通じて研究するだけなので、限界がある。しかし、初期の邦憲法は、当該憲法が重要視した事柄を護る為に、当該憲法が規定している法的な行為（運動）を促す規定があり、そこから憲法が期待あるいは予定している運動を垣間見ることは可能であろう。

Ⅳ 資料提示

Ⅳ－１ 各邦憲法の枠組みと特徴

本稿の検討対象は、独立戦争期に制定された邦（state）の憲法である。検討目的は、個人の権利と自由を護り、民主主義的な国家をなす基礎としての憲法を制定した邦憲法は、それらの維持のためどのような保障を当該憲法に付与したかである。これは、本稿の目的である立憲主義と言われる場合の憲法に与えられる諸保障を、アメリカの邦憲法という初期の近代憲（龍法 '26）59-1, 152（152）

法から検討することである。

邦憲法を扱う前に、前置きを少し書いておく。

1) 多くの邦憲法の制定は、対イギリスとの独立戦争期（1775年4月19日のレキシントン・コンコードの戦いで始まり、実質的に1781年のヨークタウンの戦いでアメリカ側の実質的勝利、1783年のパリ条約で戦争正式終結）に制定されている。それらの憲法は、時と場合によって戦時法的色彩を帯びざるを得なかった。その色彩を帯びざるを得ないとしても、独立の目的が、人々の人権を護り、できるだけ民主主義的な方向での国づくりをするということなので、戦時体制でよく生じる人々の権利や自由を無視した制度設計はできない。植民地で民主主義的政治を行なうと言っても、どこまでそれが現実に可能かどうか問題となろう。例えば、表面積で、現在の州の幾らかを日本の県とほぼ同じのを当てはめるとこうなる。（アメリカ合州国最小州）ロード・アイランド州；滋賀県、（同最小2位）デラウェア州；栃木県、（同7位）マサチューセッツ州；兵庫県＋岡山県＋鳥取県＋広島県であり、⁽²³⁾ 今日と比べ交通や通信の手段が貧弱であるという状況が、これに加わるのである。このような状況に、戦時中という状況が負い重なるのである。これらの状況の中でも、邦憲法が示しているように、独立した邦の政治は民主主義的政治を強く指向している。それと同時に、私が利用した邦憲法の資料に誰が書いたのか定かではないが、その資料の下に必ずと言って良い程、「それは、批准のために人民に提示されていなかった。（It was not submitted to the people for ratification.）」と記されている。推測すれば、憲法という大事な法を作るときに、人々（人民）の意思を問うことが必要と考えられていても、戦時下で出来なかったと言うことを示している。本稿で挙げた資料の中で、人民ないし選挙民の承認を受けた邦憲法は、1780年制定のマサチューセッツ邦憲法と1784年制定のニュー・ハンプシャー邦憲法のみである。憲法が社会契約で成立するという建前を採る邦にとっては、人民の承認を得なかったことは、大きな

負い目として残る。これが、後述するように、憲法変更時の規定のあり方に影響したかもしれない。（本稿は、よく用いられる憲法改正や憲法修正という用語に代わりに、憲法変更という用語を用いる。）アメリカ邦憲法を今日理解し、評価する場合、これらの事情は勘案されるべきだろう。

2) 独立宣言を発した植民地（独立後は邦）は13あるが、の中で憲法（典）を制定したのは、コネチカットとロードアイランド⁽²⁴⁾を除いた11の植民地である。邦憲法には、次の形がある。①「権利章典」ないし「権利宣言」と「政府の方式ないし枠組み（PLAN OR FRAME OF GOVERNMENT）」とを切り離し、憲法典が「政府の方式ないし枠組み」のみで構成されている場合。②「権利章典」ないし「権利宣言」と「政府の方式ないし枠組み」とを一体にして憲法典が構成されている場合。③「政府の方式ないし枠組み」のみを制定している場合。

「権利章典」か「権利宣言」の正式な呼称も「政府の方式ないし枠組み」の正式な呼称も、邦によって若干違っている。本稿では、「権利章典」か「権利宣言」を、「権利宣言」と表記し、「政府の方式ないし枠組み」を「国家組織」と表記する。①②のどちらの形を採用していても、「権利宣言」と「国家組織」を備えている法は、近代的な憲法典、実質的な意味での憲法である。本稿は、「権利宣言」と「国家組織」を基礎に分類して、各邦の実質的な意味での憲法の特徴を記す。前もって、邦の憲法が何時どのような形で作られたかを表にしておく。

年／月／日	邦または州または歴史的出来事	権利宣言	国家組織	特 徴
1775/4/19	レキシントン・コンコードの戦い			
1776/1/5	ニュー・ハンプシャー憲法	無	○簡単	対英抗議の色彩。1784年全面変更
1776/3/26	サウス・カロライナ憲法	無	○	独立に備えての憲法。軟性憲法。
1776/6/12	ヴァージニア権利章典	○		
1776/6/29	ヴァージニア憲法		○	
1776/7/3	ニュー・ジャージー憲法	1789年批准	○	翌日公布。1777年9月20日、細部改正
1776/7/4	独立宣言			

1776/9/21	デラウェア憲法	同年9月11日制定	○	1792年に国家組織の部分を変更
1776/9/28	ペンシルヴァニア憲法	憲法典にあり	○	
1776/11/11	メリーランド憲法	同年8月14日制定	○	
1776/12/18	ノース・カロライナ憲法	憲法典にあり	○	
1777/2/5	ジョージア憲法	1861年制定	○	
1777/4/20	ニュー・ヨーク憲法	1787年制定	○	イギリス非難決議の色彩が濃い
1777/7/8	△ヴァーモント憲法	憲法典にあり	○	隣州との関係に母国が対応不誠実
1778/3/19	サウス・カロライナ憲法		○	発効は同年11月。軟性憲法。
1780/3/2	マサチューセッツ憲法	○	○	住民代表の投票により可決。
1784/6/2	ニュー・ハンプシャー憲法	○	○	6月2日は施行日
1786/7/4	△ヴァーモント憲法			前文のイギリスと隣接州の記述が削除
1788/6月	アメリカ合衆国憲法		○	
1791年	修正第1～10条			いわゆる「権利章典」
1792/6/12	デラウェア（州）憲法		○	

表では、12の邦憲法が掲載されている。私がデジタル資料のサイトとして主に利用しているイェール法科大学院のアヴァロン・プロジェクトのサイト (https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/statech.asp) は、独立戦争期の憲法資料としてヴァーモント邦憲法を加えており、私もそれに従った。⁽²⁵⁾ ヴァーモント地域は、アメリカ独立戦争前はニュー・ヨークの支配に属していたが独立戦争中の1777年にヴァーモント国（The Commonwealth or State of Vermont）として独立し、1777年7月8日に権利宣言を発し、1786年7月4日に憲法を改正している。第14番目の州としてアメリカ合州国への加入は、1791年になるが、独立宣言を発し憲法を制定したアメリカの邦と同じような道を歩んでいる。⁽²⁶⁾ ヴァーモント邦は、本稿では、ヴァーモント邦憲法に触れる場合は、前に△を付けて読者の注意を促すことにする。本稿の資料提示では、検討時期を1788年のアメリカ合衆国憲法制定前の邦憲法に限定するが、次の邦の憲法については、変則になる。①デラウェア邦とメリーランド邦は、国家組織を定めた憲法の制定では、前者が早い。権利宣言制定では後者が早く、デラウェアの権利宣言はメリーランドのそれを参考にしているので記述の関係上メリーランドを先に置く。②ニュー・ハンプシャー邦は、アメリカ合衆国憲法制定前に二度憲法を制

定しているので、二度登場する。

本稿で示した表よりもより詳細な邦憲法の表示は、田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』第2章第3節での表である。私の試みは、田中のこの部分を参照なしには出来なかった。私は、田中が記していない△ヴァモンテ憲法を付け足したが、田中がこれを省いた理由に異議はない。この期の憲法典も権利宣言も制定しないで旧来の法を続けて採用しているという理由から、私が表や記述の対象外にしたロード・アイランドとコネティカットを、田中は、彼の本の趣旨から言えば正当にも、加えている。本稿で、かなり省略している邦の国家制度の枠組みについては、田中の表が教えてくれる。

IV-2 資料の提示

この時期、基本的権利、自由、法的平等を保障する国家の制度すなわち本稿が立憲主義を表す制度と呼ぶ制度として何が、各邦において考えられていたのか。以下は、人権条項とそれらを保障する国家組織の条文を選び出している。選ばれた条文に関して、私は、比較的短い条文はできるだけ日本語に訳したが、紙面の関係上、類似条文が既にここで掲げられており簡略化してもよいと考える条文はそうした。但し、宗教と国家に関わる条文は、私のキリスト教学の無知と、もしこれを訳し、本稿の問題に含めるとかなり立憲主義にとっても重要だが、別の論文を書く必要があると考えたので、省略した。

①邦憲法の記載は、権利宣言と国家組織とを切り離した憲法、両者を含めた憲法、国家組織のみの憲法に大別して記している。大別内では、上述の変則を除き憲法の制定順に記述がなされる。

②条文に他の邦の条文に同じか類似したものが多数ある場合、最初に出てきた条文を訳したり要約したりした。それと同様の条文を設けた後続の邦に関しては、最初の邦の規定を参照するような形をとった。例えば、デラウェアの

権利章典で「→MD3」と書かれている場合、メリーランド邦の権利宣言の第3条を参照という意味である。この参照は見た目には煩雑であるが、条文が他の邦の条文に影響を与えている可能性を示すために記した。

③MDとは、今日のメリーランド州の略号である。他の邦もそれに従う。

④→の後に文が出てくる場合、私の注釈である。また、条文で注意すべき用語がある場合は、波線を引いておいた。更に、「⇒修正xx条」（xxは数字）という形で、アメリカ合衆国憲法修正10カ条との関係を示す場合がある。）

A；権利宣言と国家組織を規定した憲法典とが分離した邦

①ヴァージニア邦（VA）

権利宣言。権利宣言は「権利章典（Bill of Rights）」として制定（1776年6月12日）される。第1から5条は上述した。以下も訳しておく。／「第6条 議会において人民（people）の代表として奉仕すべき議員の選挙は自由でなければならない。社会に対し、恒久的な共通の利害と社会への愛着とを有することを示すのに十分な証拠をもっている全ての人（men、男性）は、選挙権を有する。全ての人、彼ら自身の同意なしに、またはそのように選ばれた彼らの代表の同意なしに、公共の用途のために課税されたりその財産を剥奪されたりすることはありえない。彼らは、同様の方法で、彼らが公共善のためと同意しない法律によって縛られるべきではない。」／「第7条 如何なる公機関（authority）による、人民の代表の同意なしに、法を停止したり強制執行したりする全ての権力は、人民の諸権利に侵害的であり、行使されるべきでない。」／「第8条 全ての死刑犯罪や刑事手続において、人（man）は、自己への告発の原因と種類を尋ねる権利、告発者と証人に対峙する権利、被告に有利な証拠を要請する権利、近隣の12人の人（men；男性）から成る公平な陪審による迅速な審理を受ける権利をもつ。しかも、人は、陪審員の全員一致でなければ有罪とされることはないし、自身に不利益な証拠を与えるように強いられることはない。

人は、邦の法か彼の同輩の審判による以外、自己の自由（liberty）を奪われることはない。」⇒修正6条。／「第9条 過度な保釈金は要求されるべきでないし、また過度な罰金が課されるべきでないし、また残虐で異常な刑罰を科されるべきでない。」（過度な保釈金、残虐で異常な刑罰の禁止）⇒修正8条。／「第10条 役人や令状送達役人が、既遂事実の証拠のない容疑場所を捜査したり、氏名特定のない人（person）や人々を把捉したりすることを命じる一般令状、あるいは犯罪が証拠によって詳細に記述されず立証されない一般的令状は、悲惨であり圧制的であり、認められるべきでない。」（一般的捜査令状の禁止）⇒修正4条。／「第11条 財産に関する争訟と人同士の訴訟において、古来の陪審による裁判が他の裁判よりも好ましく、神聖なものとして維持されるべきである。」（陪審による裁判）⇒修正7条。／「第12条 印刷出版の自由（freedom）は、自由の（liberty）の最大の防塞の一つであり、専制政府より以外決して抑制されえない。」／「第13条 武器の訓練を受けた人民の集団から成るよく統制され民兵は、自由政府の適切な、自然なかつ安全な防衛である。平和時の常備軍は、自由（liberty）にとって危険であるので避けられるべきである。いかなる場合でも、軍隊は、文民権力（civil power）に厳格に従属しその統制下になければならない」（民兵制度、常備軍の設置に関して、軍の統制）⇒修正2条。／第14条、人民の邦内に一つだけの政府形成権。／「第15条 自由な政府、すなわち自由の恵が、誰にでも維持されるのは、正義、節度、自制、質素と徳を堅守すること、そして基本的諸原則に頻繁に立ち戻ること以外にはありえない。」／第16条、神を信仰する自由。⁽²⁷⁾

憲法（1776年6月29日制定）

憲法は、その実質的部分でも権力分立を謳いながらも、立法権力が圧倒的に強い。議会（二院制）が、知事（governor）、知事に助言する参事会（A Privy Council, or Council of State）の構成員、知事は、自身が任命する治安判事を除く、主要な裁判官、法務長官（the Attorney-General）を（龍法 '26）59-1, 158（158）

選出する権限を持つ。裁判官の犯罪による、処罰と罷免は議会が行なう。⁽²⁸⁾

②メリーランド邦（MD）

権利宣言（‘A Declaration of Rights’1776年8月14日可決）

前文、本国イギリスの植民地政策批判。／「第1条 全ての正しい政府は、人民から発し、契約（compact）においてのみ基礎づけられ、全体の善ためにのみ設立される。」→VA2。但し、契約という語句が入る。／「第2条 本邦の人民は、国内の統治と治安を規制する唯一の排他的固有の権利をもつ。」（以下、治政権と略記する）／第3条、本邦の人民は、イギリスの臣民としての権利を与えられている。／「第4条 政府の立法権や執行権を与えられた全ての人は、公衆（the public）の受託者であり、そういった者として、自己の行為に申し開きの義務を負う（accountable）。したがって、政府の目的が歪められ、公衆の自由が明らかに危険にさらされ、他のあらゆる是正手段が効かない場合にはいつでも、人民（the people）は、旧政府を改革したり新たな政府を樹立したりすることができるだろうしそして当然そうすべきである。恣意的な権力と抑圧に対する無抵抗の教義は、人類の善と幸福に関して不合理で、奴隷的で破壊的である。」（以下、前半部を「立法権者と行政権者は受託者」、後半部を「政府変更権」と略記する）→VA3と変更の主体が異なる。／「第5条 人民において立法府に参加する権利は、自由（liberty）の最良の保障であり、そしてあらゆる自由な政府（all free government）の基礎である。この目的のために、選挙は自由（free）で頻繁に行なわれるべきであり、社会に財産を持ち、共通の関心を持ち、愛着を持つ全ての男性（every man）は選挙権を持つべきである。」→VA6。／第6条、権力分立。→VA5。／「第7条 法の停止や強制執行の権力は、立法府あるいはそれから派生した権力でなければ、〔停止が〕なされたり、〔強制執行が〕認められたりされるべきでない。」→VA7

に波線部分が加わる。／「第8条 立法府内での言論、討論、行為は、他の如何なる裁判所でも告発されない。」⁽²⁹⁾／第9条、立法府の場所と公文書館の便利な土地での固定。／「第10条 苦情を救済し、法律を改正、強化、維持するために、立法府は頻繁に召集されるべきである。」／「第11条 全ての人 (every man) は、苦情の救済のために、平穏で秩序ある方法で立法府に請願する権利をもつ。」(以下、「立法府への請願権」と略す。)／「第12条 援助金、負担金、税、各種手数料は、議会の同意が無ければ課されない。」(以下、「税、負担金に関して」と略す。)／第13条、税金の人頭税方式は排除すべきであり貧困者に課税すべきでない。／第14条、残虐で異常な刑を科す法律制定の禁止。→VA9。／第15条、刑法の遡及法禁止。／「第16条 反逆罪や重罪の特定の人を私権剥奪に科す法は、いかなる場合でも又は今後いかなる時にも、制定されるべきでない。」／「第17条 全ての自由人 (freeman) は、自己の身体や財産の損害に対して、邦の法の手続に従って救済を得なければならないし、邦の法に従って取り引きすることなく自由に、〔救済を〕否定されることなく完全に、遅滞なく速やかに正しい裁判を得るべきである。」(以下、「救済権」と略す。)／「第18条 事件が発生した場での諸事実の審理は、人民の生命、自由と財産 (the lives, liberties and estates) の最大の保障の一つである。」⇒修正6条／第19条 (刑事被告人の諸権利) と第20条 (法廷内での自己に不利な証拠提供の強要禁止)。→VA8に類似。／「第21条 いかなる自由人も、彼の自由保有地、諸自由や諸特権を剥奪されたり、占有剥奪されたり、身柄拘禁されたり、法外放置されたり、追放されたりされるべきでないし、あるいは、いかなる方法でも、彼の生命、自由または財産を、彼の同輩の判断が国土の法による以外、破毀されたり奪われるたりされるべきではない。」→イングランドの「権利請願 (1628年)」3条の規定に類似。／第22条、過度な保釈金、残虐または異常な刑罰の禁止。→VA9と類似。VA9の残虐で (and) 異常な刑罰が、「または (or)」に変わる。／第23条、一般的捜査令状の禁止。

→VA10の文を簡略化⇒修正4条。／「第24条 謀殺か国家反逆の犯罪に関して有罪かつ私権剥奪を受けた人（person）以外は、不動産没収はなされるべきでない。」／「第25条 よく統制された民兵は、自由な国家の適切で自然の守りである。」（民兵制度）→VA13⇒修正2。／「第26条 常備軍は自由にとって危険であるので、立法府の同意なくして、創設されたり維持されたりするべきでない。」（常備軍について）→VA13に波線部が加筆。／第27条、軍の文民統制。→VA13を3つに解体して、MD第25から27に移行。／「第28条 兵士は平時には家の所有者の同意なくその家に宿営してはならない。戦時の場合、兵士のそこへの宿営は立法による。」⇒修正3条。／第29条、現実に関務にいる民兵を含めて正規兵以外、人（person）は軍法に服さないし軍法で処罰されない。／第30条、裁判官の独立とその高潔性。裁判官の身分保障。兼職禁止。／「第31条 権力ないし信託という特徴を有する最高位行政諸部門（the first executive departments）の長期在職は、自由（liberty）にとって危険である。従って、これらの諸部門における交替制は、永続的自由（freedom）の最良の保障の一つである。」／第32条、公職の兼職禁止、信託を受けている公職者の本邦の承認のない贈り物の受領禁止。／第33条、神を礼拝する義務とキリスト宗派選択の自由。／第34条、例外を除き教会や牧師、聖職者、説教者への不動産、動産の寄付、売却、信託等の禁止。例外は、墓地のための2エーカー以下の土地である。／第35条、公職者の宣誓は、本憲法会議や立法府で指図されるだろう、本邦への支持と忠誠および職務宣誓そしてキリスト教信仰の宣言をなすことであり、それら以上の事柄が要求されるべきでない。／第36条、全ての人（person）が、前条のようなキリスト教信仰の宣言を求められる場合は、各宗派の様式に従うべきである。このような宣誓を違法（unlawful）とみなすクエーカー教徒（Quakers）、ダンカー教徒（Dunkers）、メノ派教（Menonists）には、彼らのやり方が認められるべきである。／第37条、アナポリス市（city of Annapolis；邦の首都）の権利に

ついて。／「第38条 印刷出版の自由は、侵されることなく維持されるべきである。」→VA12。／「第39条 諸独占は、自由な政府の精神と商業の諸原則に反し憎むべきであり、甘受されるべきでない。」／「第40条 貴族称号や世襲栄誉は本邦では認められるべきでない。」／「第41条 本邦のために開催された本憲法会議や他の会議がなした諸決議でなお有効に存続している決議は、本会議と本邦の立法府が変えない限り、法として効力をもつべきである。」／「第42条 この権利宣言又はこの憲法会議によって確立される政治体制又はそれらのいかなる部分も、この憲法会議が規定し指示するような方法以外では、本邦の立法機関によって変更、修正又は廃止されるべきでない。」

憲法（1776年11月11日）⁽³⁰⁾

立法府は二院制（第1条）。下院は毎年選挙（第2条）。上院議員は、5年毎に間接選挙で選ばれる（第14、15条）。知事と知事を補佐する参事会構成員（5名）は、両院によって選ばれる（第25、26条）。知事の任期は1年で最長3年で、退任後4年過ぎなければ再び知事に選ばれない（第31条）。→ヴァージニア邦憲法と同様に立法権が強い。

裁判官は、当分の間、参事会の助言と同意の下、知事が任命する（第48条）。「清廉潔白で法に関して健全な判断力をもつ人々から構成される控訴裁判所（Court of Appeals）を設置する。その判決は、一般裁判所、衡平法裁判所、海事裁判所からの上訴事件全てにおいて、最終的そして決定的なものである。〔以下略〕」（第56条）控訴裁判所の詳細は規定されていない。

「第59条 この政治形態と権利宣言ならびにそのいかなる部分も、その改変、変更、廃止をなす法案が両院を通過し、当該法案が両院の新選挙の少なくとも3ヵ月前までに公布され、その上、下院の新選挙後の最初の会期において両院によって承認されないなら、変更、改廃されることはない。ただし、特に東海岸に関するこの政治形態のいかなる部分も、その変更と確認に関して議会各院の全議員の3分の2以上の賛成がないなら、今後い

かなる時点においても変更されない。」

③デラウェア邦（DE）

権利宣言は、「権利章典」として制定（1776年9月11日）

第1条、政治権力は人民から由来する。→MD1と同文。／第2条、神を信仰する自由。／「第3条 キリスト教告白者は、宗教を口実として社会の平和や幸福や安全を乱さない限り、本邦での平等の諸権利と諸特権を永久に享受する。」／第4条、人民の治政権。→MD2と語を変えながらもほぼ同文。／第5条、「立法権者と執行権者は受託者」「政府変更権」→MD4とほぼ同趣旨。／第6条、選挙は、自由で頻繁に行なわれるべきである。→「選挙権は自由の基礎である」と冒頭に書いているが、その後の文はMD5と似るが相違もある。／「第7条 法を停止したり強制執行したりする権力は、立法府でなければ行使されるべきでない。」→文の簡素化はMD7と似るが、MD7の波線部が無いので趣旨はVA7に近い。／第8条、頻繁な立法議会の開催→MD10に一語追加。／第9条、立法府への請願権→MD11と同文。／第10条、社会の構成員は、自己の生命、自由、財産の享受に対して保護される権利をもつが、それと共に、保護の費用に対して、自己か代表者の同意の下、貢献すべきである。「如何なる場合にも武器の携帯に関して良心からとがめられる (conscientiously scrupulous) 人は、対価を払うならば、武器の携帯を正当にも強要されない。」／第11条、刑法の遡及法禁止。→MD15に類似。／第12条、救済権→MD17に類似。／「第13条 事件が生じた場所での事実に関する陪審裁判は、人民の生命、自由、財産 (estates) の最大の保障の一つである。」MD18に似るが「陪審裁判」が入る⇒修正6条／第14条、刑事被告人の諸権利→MD19に類似するが簡素化されている。／第15条、コモン・ロー法廷内での自己に不利な証拠提供の強要禁止→MD20に類似するが簡素化されている。／第16条、過度な保釈金、残虐または異常な刑罰の禁止→VA9と同文。／第17条、一般的捜査令状の

禁止→MD23。VA10の文を簡略化⇒修正4条。／第18条、民兵制度→MD25に一語追加。VA13⇒修正2条。／第19条、常備軍について。→MD26と同文。／第20条、軍の文民統制→MD27を一語句変更。VA13。／第21条、兵士の宿営について。→MD28と同文⇒修正3条。／「第22条 裁判官の独立と高潔性（uprightness）は、裁判の公正な運営に不可欠であり、人民の権利と自由に対する最大の保障である。」→MD30の冒頭部分を採用。／第23条、印刷出版の自由→MD38と同文。

憲法（1776年9月21日制定）

立法府は二院制。下院、任期1年。上院、任期3年であるが年毎に一人が入れ替わる。ヴァージニア邦憲法と同様に立法権が強い。

邦の最高行政権者は大統領（3年任期）という名称で、大統領は、両院議員の投票で下院議員から選ばれる（第7条）。大統領と議会が共同投票で最高裁判所等の主要な裁判所の裁判官を選出する（第12条）。法と衡平に関する事項についての最終審は、控訴院である（第17条）。控訴院裁判官は、当面は大統領が首席を務め、各院によって指名された各3名の者として構成される（同条）。最高裁判所は、控訴院へ上訴する権限を持つ。

〔イングランド法の継受に関して〕これまで本邦で実際に採用されてきたイングランドの法令の多くは、立法機関の将来の法律によって改正されない限り、効力を維持するものとする。ただし、この憲法に含まれる権利および特権、並びにこの〔憲法制定〕会議で合意された権利とその他の宣言に一致しないような部分のみは例外とする〔すなわちそれらの部分は効力をもたない〕（第25条）。奴隷輸入の禁止（第26条）。「第30条 本憲法会議で合意された諸権利の宣言と本邦の基本的規則のいかなる条項も、そして本憲法の第1条〔邦の名称〕、第2条〔立法議会の構成〕、（参政権に関する部分を除く）第5条、第26条〔アフリカから輸入された奴隷の保持禁止、黒人、原住民、混血奴隷の売買のための本邦への持ち込み禁止〕、および第29条〔一宗教の優遇の禁止。人が宗教の牧師活動をしている間の公（龍法 '26）59-1, 164（164）

職禁止。〕は、いかなる場合も侵されてはならない。本憲法のその他部分は、議会下院の7分の5と〔議会上院の〕立法参議会構成員〔9名〕のうち7名〔以上〕の同意なしに改めたり変えたり縮減されてはならない。」

B；権利宣言（憲法第一部）と国家組織規定（憲法第二部）とで憲法典を構成した邦

④ペンシルヴァニア邦（PA）

権利宣言の部

第1条、人は諸自然権をもつ。→VA1。／第2条、神を信仰する自由。→語調はDE2に似る。VA16。／第3条、人民の治政権。→DE4と同文。MD2。／第4条、全ての権力は人民に由来。政府構成員は、人民の受託者で使用人。→VA2、MD4、DE5。／「第5条 政府は、人民や国家や社会（community）に共通する利益、保護、安全のために設立されているし、そうされるべきである。政府は、ある一人の人、ある一家族あるいはある社会の部分にすぎない種類の人に特有の報酬や便宜のために設立されていないし、そうされるべきでない。そして、社会は、その社会が公共の福祉に最も資すると判断するような方法で政府を改革したり、改変したり、廃止したりする、疑いえない譲渡しえない無効にしえない権利をもつ。」→VA2、MD3、DE5。但し、政府変更の主体は「社会」。／「第6条 国家の立法業務と行政業務に従事する者が圧政をなすことを抑制するため、人民は、彼らが適当と考える時期に、公務員を私人としての地位に戻し、確実に正規の選挙によってその空席を補充する権利をもつ。」→VA5後半部。／第7条 選挙の自由と資格ある自由人（freemen）は、選挙権、被選挙権をもつ。→VA6の前半部に類似。／第8条、社会の構成員は、自己の生命、自由、財産の享受に対して保護される権利をもつが、それと共に、保護の費用に対して、自己か代表者の同意の下、献金すべきである。→最後辺りの一文が除かれるがDE10と同文。／第9条、刑事被告人の権利

→MD19、20に類似。／第10条、要件不備の令状捜査から自己の身体や財産を維持する権利→VA10、MD23と同趣旨。／第11条、財産に関する争訟と人間同士の訴訟は陪審裁判→VA11。／「第12条 人は、自己の感情を話し、書き、発表する権利をもつ。従って、印刷出版の自由は、抑制されるべきでない。」→VA12、MD38、DE23より明確化／「第13条 人民は、自己と国家の防衛のために武器を携帯する権利をもつ。平時の常備軍は自由にとって危険であり、維持されるべきでない。軍は民政の権力の厳格な従属と統治の下におかれるべきである。」→VA13と同じ趣旨、MD26、27、DE19、20と異なる。／「第14条 基本的諸原則に頻繁に立ち戻ること及び正義、節度、自制、勤勉、質素を堅守することは、自由の恵を維持するため、そして自由な政府にしておくために、絶対に必要である。従って、人民は、公務員と彼らの代表者の選択にはこれらの点に特に注意を払うべきであり、邦の良い統治に必要な諸法律の制定と執行において、代表者の立法府と諸行政機関から彼ら人民に対する然るべき継続的な配慮を求める権利をもつ。」→VA15。／第15条、自由な移住の権利。／「第16条 人民は、彼らの共通善のために集会し、協議し、彼らの代表者に指図し、そして、演説、請願、抗議によって立法府に苦情の救済を申請する権利をもっている。」→MD11

国家組織の部

ヴァージニア邦憲法と同様に立法権が強い。議会一院制（憲法・国家組織の部（以下略）、第2条）。毎年選挙（第9条）。議員は7年の内4年以上議員なることができない（第8条）。最高行政権は、〔邦〕大統領と参事会にある（第3条）。参事会委員は、選挙で選ばれる。大統領は、議会と参事会によって選ばれる（第19条）。裁判官は大統領が任命（第20条）。最高裁判所判事は、7年任期であるが、再任されうる（第23条）。組織規程の裁判所に関する部分に、陪審裁判（第25条→VA11）や過度な保釈金の禁止や穏当な罰金（第29→VA9）の規定等がある。⁽³¹⁾ 注目すべきことは、

第13条で議会開催の場合、国家の繁栄（welfare）が禁止を認めた以外傍聴の自由が規定されている。場所は飛んでいるが、これに関連する規定が第35条である。「35条 印刷機は、立法府または政府のあらゆる部分の過程を調査することに着手する全ての人に無料である。」

第14条は議会議事録および投票に関してこう規定している。「[第14条] ……開会中毎週、2名の議員の要求に応じて、賛否の投票を付して、投票と議事過程は印刷されねばならない。例外は、投票が無記名用紙でなされる場合である。無記名投票の場合、各議員は希望すれば議事録に自己の投票理由を記載する権利を有する。」／第15条はこう規定している。「法律は、制定前により慎重に熟慮され、性急な決定がもたらす不都合が可能な限り回避されるために、公共性を有するすべての法律案は、討論および修正のために議会で最後に読まれる前に、人民（people）の検討のために印刷されなければならない。そして、急な必要が生じた場合を除き、そのような法律案は、議会が次回開催されるまで可決されてはならない。また、公衆（the public）のより完全な納得を得るために、そのような法律を制定する理由と動機は、当該法律の前文で十分かつ明確に述べられなければならない。」

ペンシルヴァニア邦憲法は、第46条で権利宣言との関係を記した後、第47条で憲法それ自体について記す。「第46条 権利宣言は、これによって、この国家（commonwealth）の憲法の一部であることを宣言し、それはいかなる場合においても絶対に侵害されてはならない。」／「第47条 国家の自由（the freedom of the commonwealth）が侵されることなく永遠に保持されるために、1783年10月の第2火曜日およびその後は7年毎の10月第2火曜日に、各市および各郡別々に、郡の自由民による投票により、本邦の各市および各郡から2名が選出され、監察参事会（COUNCIL OF CENSORS）と呼ばれる会が構成される。監察参事会委員は、選出された翌11月の第2月曜日に会合をもつ。全ての場合、会の定足数は、選出され

た数の過半数とする。但し、憲法会議（convention）招集に関する事案の場合は、選出された全数の3分の2の同意が必要である。監察参事会の任務は、憲法があらゆる部分において侵されず保持されているかどうかを調査することであり、政府の立法部門と執行部門が人民の守護者として彼らの義務を果たしたかどうか、あるいはそれらの部門が、憲法によってその部門に与えられた権力を超えた権力や別の権力を彼ら自身のものにしたかどうか、あるいはそのような権力を行使したかどうかを、調査することである。更に、監察参事会委員は、公金がどのように処理されようとも、公けの税金が、本邦のあらゆる部分において、公正に課税され徴収されたかどうかを、そして法律が適正に執行されたかについても調査する。これらの目的のため、監察参事会は、人、書類、記録の提出を求める権力を有する。また、監察参事会は、公の譴責を可決する権限、公職者の弾劾を命じる権限、憲法の原則に反して制定されたと思われる法律の廃止を立法府に勧告する権限、を有する。監察参事会は、その権限を、選出された日から一年間のみ保持し、それ以外の期間はそれを有しない。また、監察参事会は、憲法の条項に関して、明確に表現されていないと考えられるだろう条項を説明するために、そして人民の権利と幸福の保持に必要なものを追加するために、欠陥であるだろう憲法の条項を修正することが絶対的に必要であると思われるならば、憲法会議を招集し、当該監察参事会の会議後二年以内に、憲法会議を開催する権限を有する。ただし、修正されるべき条項、提案される修正、および追加または廃止が提案される条項は、人民がその問題について〔憲法会議の〕代表者に指図する機会を与えるために、人民の事前の考慮の期間として、憲法会議選挙の指定日の少なくとも6ヵ月前に公布されなければならない。〕⁽³²⁾

⑤ノース・カロライナ邦（NC）

権利宣言の部

（龍法 '26）59-1, 168（168）

第1条、全ての政治権力は人民に由来。→VA2、MD1、DE1。／第2条 治政権→MD2と同文。／第3条、公の奉仕に対する報酬（consideration）以外、人は社会から手当（emolument）を受ける権利や特権はない。→VA4。／第4条、権力分立。→VA5、MD6。／第5条「いかなる公機関（authority）による法を停止したり強制執行したりする権力は、人民の代表者による同意が無ければ、人民の権利に有害である。」→DE7に似た文。VA7。／第6条、選挙の自由。→VA6の冒頭の文、PA7。／第7条、刑事被告人の権利。→VA8、MD19、20を簡素化。／「第8条 自由人（free-man）は、正式起訴、大陪審告発、弾劾による以外、いかなる刑事告発に答えさせられるべきでない。」／第9条、自由人の有罪判決は、陪審の全員一致による。→VA9、MD19。／第10条、過度な保釈金、異常な刑罰の禁止。→VA9、MD22⇒修正8条／第11条、一般的捜査令状禁止。→MD23、VA10、PA10⇒修正4条。／第12条、如何なる自由人（freeman）も、国の法よる以外、監禁されたり、財産を奪われたりする等を蒙ることはない。→MD21の「彼の同輩の判断か」を除いて同文。／第13条、救済権→MD17、DE12。／「第14条、財産に関する全ての法の争訟において、陪審による審理という古来の様式は、人民の諸権利の最良の保障の一つである。」→VA11に比べ財産に限定される。／第15条、印刷出版の自由→VA12、MD38、DE23、PA12。／第16条、税や負担金に関して。→MD12。／第17条、人民の武器携帯権と平時の常備軍の原則禁止、軍は民政の権力に従う。→「自己の〔防衛〕」を除いてPA13と同文。／「第18条 人民は、彼らの共同善のために集会し、協議し、彼らの代表に指図し（※）、不満の救済を立法府に依頼する権利をもつ。」→（※）の前の文はほぼPA16と同じ。／「第19条 全ての人（all men）は、自己自身の良心に従って万能の神を礼拝する自然の譲りえない権利をもつ。」→VA16、DE2、PA2に比べ文が簡素であり、掲載順位が低い。／「第20条 不満の救済と法律の修正と強化のために、選挙は頻繁に行なわれるべきである。」→MD5と10の合体型。／

「第21条 自由の恵を維持するために基本的諸原則に頻繁に立ち戻ることは、絶対に必要である。」→VA15、PA14。／「第22条 本邦では世襲される報酬、特権、栄誉は授与されるべきでない。」→VA4、MD40。／「第23条 〔財産の〕永久拘束と諸独占は、自由国家の精神に反し、認められるべきでない。」→MD39。／第24条、刑法の遡及法禁止。→MD15、DE11。／第25条、国土という財産は、人民の集合体の本質的権利であると述べた後、NCの範囲等が定められている。

国家組織の部

ヴァージニア邦憲法と同様に立法権が強い。立法府二院制（憲法、国家組織の部（以下省略）第4条）。両院とも毎年選挙（第2、3条）。裁判官や軍人、国家役人や聖職者、授与者や公金の授受者は、立法府議員になれない（第25～31条）。議員の賛否をも記した議会議事録の作成と速やかな公開（第46条）

知事は上下院合同の選挙で任命され、任期は1年であるが厳格な規定で重任が認められる（第13条）。「第23条 知事および他の官吏は、この憲法の部分に違反すること、すなわち不正行政または流職^{とくしよく}によって、国家に背いた場合、立法議会の告発、あるいは本邦の最高司法管轄権を有す裁判所の大陪審の告発に基づいて起訴される可能性がある。」

主要な裁判官は、上下院合同の選挙で任命される（第13条）。

「第44条 ここに権利宣言が本邦の憲法の一部であると宣言し、それはいかなる場でも侵害されるべきではない。」と規定する。

⑥△ヴァモント邦憲法（VT）⁽³³⁾

憲法前文は、ヴァモントの住民が植民地内で特にニュー・ハンプシャーとニュー・ヨークとの複雑な関係を有していたがゆえに、邦としての独立の決意を固めたと記述する。

権利宣言の部（第一章）

第1条、人は諸自然権をもつ。→VA1。それに加えて、法的成人の定義と男女で異なる自由な成人年齢規定がある。／「第2条 私有財産は、必要な場合公共使用に従属すべきである。ただし、特定の人の財産が公共使用のために取られる場合にはいつも、所有者は同等の額の金銭を受領すべきである。」／第3条、神を信仰する自由→DE2、PA2。／第4条、人民の治政権→MD2、DE4、PA3、NC2。／第5条、全ての権力は人民に由来。政府構成員は、人民の受託者で使用人。→PA4と同文。／第6条、政府の設立目的と「社会」の政府変更権→PA5と同文。／第7条、議員と行政者による抑圧禁止の防御方法規定→PA6と同文。参考、VA5後半部。／第8条、選挙の自由と資格ある自由人（freemen）は、選挙権、被選挙権をもつ。→PA7と同文。／第9条、社会の構成員は、自己の生命、自由、財産の享受に対して保護される権利をもつが、それと共に、保護の費用に対して、自己か代表者の同意の下、献金すべきである。→PA8と同文。DE10と類似。／第10条、刑事被告人の権利→PA9と同文。MD19、20に類似。VA8。／第11条、要件不備の令状捜査から自己の身体や財産を維持する権利。→PA10と同文。参照、VA10、MD23と趣旨は同じ。／「第12条 人や自由人の不動産を差し押さえるための令状は、当該令状を申請できるだろう人や人々が、発行を依頼された役人の前で、最初に、その人や人々が、〔場合によれば〕彼のまたは彼女のまたは彼らの債務を取りそこなう危険があるという宣誓をなすか〔宣誓に代わる〕確約をなすのでなければ、本邦では民事訴訟で発行されるべきでない。」／第13条、財産に関する争訟と人間同士の訴訟は陪審裁判。→PA11と同文。VA11。／第14条、話し、書き、発表する権利と印刷出版の自由→PA12と同文。VA12、MD38、DE23、NC15。／第15条、自己と国家の防衛のための武器携帯権と平時の常備軍原則禁止、軍は民政の権力に従う。→PA13と同文。NC17との違いに注意。／第16条、基本原則への立ち戻り。→PA14、VA15、NC21。／第17条、自由な移住の権利。→PA15と同文だが、主語が、‘all men’から‘all

people'に変化。／第18条、集会、協議、代表者に指図を与える権利。
→PA16と同文、NC18。／「第19条 いかなる人も、本邦で犯した犯罪のために、本邦外に移送されることはない。」

国家組織の部（第2章）

議会は一院制（第2条）。最高行政権は知事そして参事会（両方とも選挙民の選挙で選ばれる）に付与される（第3条）。

選挙権の資格は、宗教的色彩の薄い宣誓をした21歳、議会選挙前一年以上に邦に住んでいる男子に選挙権が付与される（第6条）。

第12条の「例外を除き人々の議会の傍聴の自由の規定」、第13条の議事録公開の規定、第14条の事前の法案検査規定は、それぞれPA邦憲法、国家組織の部、第13、14、15条に似る。第14条を訳しておく。「[第2章] 第14条 法律がより熟慮されそして性急な決定の不都合をできるだけ防ぐために、法律が制定される前に「なすべき」以下のことが定められる。全ての公的性質を帯びた法案は、先ず、精査と修正提案のために、知事と参事会に提出される。そのような法案は、人民が考慮できるように印刷される。その後、そのような法案は、討議と修正の最後の機会のために議会の読会にかけられる。例外は、知事と参事会に提出された後、（突発の必要性がある場合）法律として可決されるだろう臨時法である。臨時法以外の法案は、議会の次回会期まで可決されない。また、公衆（the public）のより完全な納得を得るために、そのような法律を制定する理由と動機は、当該法律の前文で十分かつ明確に述べられなければならない。」この規定は、同年制定されたニュー・ヨーク邦憲法第3条と比較する必要がある。

裁判の公開（第23条）が謳われている。

議会の傍聴の保障や議事録公開に対応して第2章第32条に次のような規定がある。「印刷機は、立法機関または政府のあらゆる部分の過程を調査しようと着手する全ての人に無料である。」（PA邦憲法・国家組織の部・

第15条と同文）

第2章第43条。「権利宣言は、ここに本邦憲法の一部であると宣言され、いかなる場でも決して犯されるべきではない。」（PA邦憲法・国家組織の部・第46条と類似）

第2章第44条に下記ペンシルヴァニア邦憲法・国家組織の部・第47条を踏襲して、憲法が遵守されているかどうか等を調べる監察参事会制度を規定する。

△ヴァーモント邦憲法は、総じてペンシルヴァニア邦憲法の影響を強く受けている。

⑦マサチューセッツ邦（MA）

憲法⁽³³⁾

前文、政府の目的は、個人の自然権の享受を安全に与える。人民の政府変更権。

権利宣言（第1部）

第1条、人は諸自然権をもつ。→VA1。／第2条、神を信仰する自由。→VA16、MD33／第3条、人民は、キリスト教信者として自分が信じる各宗教団体に自己の資産を寄付できるように立法府が法を制定できる権力を立法府に与える権利。但し「ある宗派や教派が他のそれに従属することは、法によって決して確立されるべきでない。」／「第4条、この国（commonwealth）の人民は、主権をもった自由で独立の邦として自らを統治する唯一の排他的権利をもつ。人民は、現在、全ての権力、管轄権、権利を行使し享受しているが、将来もそうしなければならない。全ての権力、管轄権、権利は、現在、人民によって明確にアメリカ合州国連合会議に委ねられていないが、将来も委ねられてはならない。」→前半部分は多くの邦憲法にもあるが、後半部分は邦とアメリカ合州国連合との法的関係を述べている。／第5条、全権力は人民に由来する。政府機関は人民に責任を負

う。→VA2、DE1&1、MD4、PA4、NC1、VT5。／第6条 個人や団体や法人の特権や世襲的特権はない。→VA4、MD40、NC22。／「第7条 政府が設立されるのは、人民の共通の善そして人民の保護、安全、繁栄と幸福のためであり、いかなる個人（man）、家族または階級の利益、名誉のためでもなく、あるいは個人の私的関心のためでもない。それゆえに、人民のみが、政府を設立したり、人民の保護、安全そして幸福が要求する時この政府を改革し、変更しあるいは根本的に変えたりする、疑問の余地ない譲ることのできない無効できない権利をもつ。」→VA3。／「第8条 権限を与えられ人が抑圧者となることを防止するため、人民は、彼らの政治組織〔本憲法第2部〕によって定められた様々な期間と方法に則り、彼らの公職者を私人に戻す権利と一定の正式な選挙及び任命によってその補充を行う権利をもつ。」（公職者解任権と補充権）→VA5の後半部、PA6、VT7。／第9条、選挙の自由、平等な選挙権と被選挙権。→VA6、MD5、DE6、PA7、NC6、VT8。／第10条、生命、自由、財産の享受を保護してもらう権利とその保護費用の負担の義務。私有財産が公共使用される時には、所有者の同意か人民の代表団体の同意が必要。私有財産が公共使用される人は、合理的な補償を受けるだろう。→VT2。／第11条、救済権→MD17、DE12、NC13。／第12条 如何なる被治者（subject）も、何らかの犯罪や違反に関して、犯罪や違反が十分にそして明確に実質的そして公式的という条件でその人に提示される迄、答える必要はない。そして、その人は、〔自己を〕告発したり自己に不利な証拠（evidence）を提供したりすることを強いられない。そして全ての被治者は、自己に有利かもしれない全ての立証（proofs）を提示する権利、自己に不利な証人に対峙する権利、自己または自分が選んだ弁護士がなす弁護を十分聞いてもらう権利をもつ。如何なる被治者も、同輩の判断か本邦の法によるのでなければ、逮捕されないし、拘禁されないし、財産や免除特権や特権を奪われたり（despoiled, or deprived）しないし、法の保護下から外されたり、追放さ（龍法 '26）59-1, 174（174）

れたり、生命、身体、自由や不動産を剥奪されたりすることはない。〔原文改行〕そして、立法府は、陸軍と海軍の統治のため以外、陪審による裁判なしに、人を死刑や不名誉刑に処する法律を制定すべきでない。〕→刑事被告人（被疑者を含む）の包括的な権利。→VA8、MD19⇒修正5、6条。／「第13条 刑事訴追手続では、事件が発生した近隣での諸事実の確認が、市民の生命、自由と財産の最大の保障の一つである。」→MD18と語を変えているがほぼ同じ。／第14条、全ての被治者は、不確実な令状を根拠にした、自らの身体、家屋、書類、占有物に対する捜査や押収から安全である権利をもつ。→VA10、DE17、MD23、PA10、VA10、NC11⇒修正4条。／第15条、財産に関する争訟と人同士の訴訟において、当事者は、陪審による審理の権利をもつ。→VA11、PA11、VT13。／第16条、印刷出版の自由。→VA12、MD38、DE23、PA12、NC15、VT14。／第17条、共通の防衛のための人民の武器携帯権。平時の常備軍は立法府の同意なしには維持されえない。軍は民政の権力に従う。→MD26、27、DE19、20。／「第18条 憲法の基本的諸原則に頻繁に立ち戻ること及び敬神、正義、節度、自制、勤勉、質素を堅守することは、自由の利点を保持するため、そして自由な政府を維持するためには、絶対に必要である。従って、人民は、公務員と彼らの代表者の選択にはこれらの点に特に注意を払うべきである。人民は、国（commonwealth）の良い運営に必要な諸法律の制定と執行において、代表者の立法府と諸行政機関からこれらのことに対する正確で継続的な配慮を求める権利をもつ。」→文は、PA14（VT16）を踏襲し、語句を変えている。VA15、NC21も参考。／第19条、人民が集会を行なう権利、人民の代表に指図を与える権利、議会に対し救済を要求する権利。→PA16、VT18、NC18。／「第20条 法を停止したり法の強制執行をしたりする権力は、立法府による以外、あるいは立法府が明確に与えるだろう特定の場合のみ立法府から派生した公機関による以外、行使されてはならない。」→VA7、PA6。／「第21条 立法府の各院での協議、弁論、討

議の自由は、人民の諸権利にとって非常に不可欠であるので、〔その自由はいかなる裁判所でも責任を問われない〕……。〕→斜字体の文がMD 8に加筆。／第22条、頻繁な立法議会の開催。→MD10、DE8。／第23条、補助金 (subsidy)、負担金 (charge)、税金 (tax)、輸入税 (impost)、関税 (duties) は、いかなる口実であっても、人民や人民の代表の同意なしに課されるべきでない。→MD12、NC16。／第24条、刑法の遡及法禁止。→MD15、DE11、NC24。／「第25条 如何なる被治者も、如何なる場合あるいは如何なる時も、立法府によって反逆罪または重罪で罪があると宣言されるべきではない。」→MD16／「第26条 行政官 (magistrate) や裁判所は、過大な保釈金や保証金を要求したり、過度な罰金や残虐あるいは異常な刑罰を科してはならない。」→行政官を追加。VA9、MD22、NC10⇒修正 8 条。／第27条、兵士は平時には家の所有者の同意なくその家に宿営してはならない。戦時の場合、立法府が定めた方法で文民行政官による宿営以外はなされるべきでない。」→MD28、DE21と戦時の場合が異なる。⇒修正 3 (MD28を採用)／第28条、現実に軍務についている民兵と正規兵以外、人 (person) は、立法の権威による以外、軍法に服さないし軍法で処罰されない。→MD29。／第29条、「諸法の公正な解釈と裁判の運営があることは、全ての個人の権利、身体、自由、財産と人格の保持に不可欠である。全ての人が認めるだろうような自由で、公正で、独立した裁判官によって裁判を受けることが、全ての市民の権利である。それゆえ、最高裁判所裁判官は、善良に振る舞っている限りその職を保持し、そして、定まった法によって定められた名誉ある俸給を得ることは、最善の政策であるだけでなく、人民と全ての市民の権利の保障のためである。」／第30条、権力分立。→VA5、MD6、NC4。

国家組織の部 (第 2 部)

議会 (the general court)⁽³⁴⁾ は二院制 (第 1 章第 1 節第 1 条)。両院とも毎年選挙 (第 1 章第 2 節 1 条、第 3 節 5 条)。法律は知事の承認を経て (龍法 '26) 59-1, 176 (176)

発効（第1節2条）。議会通過後の法案に対して知事は拒否権をもつ。知事が拒否権を行使した場合、議会は、各議院3分の2以上で原案を可決することができる（第1章1節2条）。

知事は、選挙資格ある住民投票により、毎年選出される（第2章第1節第2、3条）。知事に助言を与える参事会（council）がある（第2章第3節第2条）。

第2部第3章に、「司法権」が設けられているが、計5条しかなく、詳しくない。裁判官の身分保障と解任手続は第3章第1条に規定されている。注目すべき条文は、第3章第2条である。「立法府の各部門、ならびに知事および参事会は、重要な法律問題および厳粛な機会に最高裁判所所の裁判官たちの意見を求める権限をもつ」

第2部第6章第10条に「憲法改正手続」が規定されている。1795年に、議会在、憲法改正ないし修正の必要性に関する意見を収集する目的で有権者を招集できるように、地域の役職者に命令書（precept）を発する。州全体の有権者の3分の2がそのような改正または修正に賛成している場合、議会は、憲法会議開催のための代表者を選出するように各選挙区に命令書を発しななければならない、もしくは、その命令書が国務省から発せられるようにしなければならない。その代表者の割り当ては、下院選挙の割り当てと同じである。〔その後の手続規定が書かれていない。〕

⑧1784年ニュー・ハンプシャー邦（NH）

緊急的憲法の傾向の強い1776年邦憲法に取って替わる1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法は、第1部に「権利章典」、第2部を「政府の形体（The form of Government）」で構成される。1784年憲法の権利章典は、条項化されているが、第2部は条項化されていない。

「権利章典」（第1部）

「第1条 全ての人（men）は等しく自由で独立して生まれている。し

たがって、全ての政府は、当然人民に由来し、同意に基づけられ、一般の善のために設立されている。」→VA1と2の結合型。／第2条、全ての人は生命、自由、財産の自然権をもつ。→VA1、PA1、VT1、MA1。／「第3条 人々が社会状態に入るとき、他者の保護を確実にするために、その社会に彼らの自然権の幾らかを移譲する。〔他者に〕そのような同等の行為がなければ、移譲は無効である。」／「第4条 自然権の中でも、ある自然権は、その性質上、譲渡できない。なぜなら、それらの権利と同価値のものが、与えられたり受け取られたりできないからである。この種のものに良心の権利がある。」／第5条、神を信仰する移譲できない自然権。→VA16、MA2等。／第6条、福音主義に基づく道徳と敬神は、統治の最大の保障であり、また人々の心にいきわたっている。人々は、自らの費用負担で、公的な聖職者を維持する適切な規定を作るように立法府に権限を与える権利をもつ。その際、ある宗派が他の宗派に服属するような法律は制定されてはならない。→MA3。／第7条、本邦の人民は、自由で独立した主権邦として自らを統治する権利をもつ（治政権）。→MD2、DE4、PA3、NC2、VT4。／第8条、政府の役人は「人民の代人そして代理人であり、常に人民に責任を負う。」→VA2、MD4、DE1&5、PA4、NC1、VT5、MA5。／第9条、政府の職や地位は世襲でない。→VA4、MD40、NC22、MA6。／「第10条 政府は、社会全体の共通の利益、保護および安全のために設立され、一人の人間、家族、あるいは階級の私的利益や報酬のために設立されるのではない。それゆえ、政府の諸目的が歪められ、公共の自由が明らかに危険にさらされ、全ての他の救済手段が役立たない場合にはいつでも、人民は、古い政府を改革したり、新たな政府を樹立したりすることができるだろうし、権利として（of right）そうすべきである。恣意的権力と抑圧に対して不服従の理論は、ばかげており、奴隸的であり、人類の善と幸福に破壊的である。」（人民の政府変更権）⁽³⁵⁾／第11条、選挙権者の選挙の自由と平等。→VA6、MD5、DE6、PA7、NC6、VT8、

MA9。／第12条、社会によって自己の生命、自由、財産が保護される権利をもっている者は、応分の負担をする義務があるが、それは自己の同意か代表の同意が無ければならない。→VT2、MA10。／「第13条 武器の携帯の合法性に関して良心からとがめられる人は、対価を払うならば、武器の携帯を強要されない。」→波線はDE10、PA8と同じ。／第14条、法的救済権→MD17、DE12、NC13、MA11。／第15条、刑事被告人の権利。→VA8、MD18、PA9、NC7⇒修正4条。／第16条、無罪後の刑事再審の禁止。立法府は、陪審裁判を伴わないで死刑を科す裁判を行なう法を制定してはならない。→VA8、MD19、NC9、MA12⇒修正5条。／第17条、刑事裁判において、事実〔事件〕が生じた場所に近い裁判所での裁判が「市民の生命、自由、財産の保障に不可欠である。」→MD18、MA13。／第18条、「全ての刑罰は、違法行為の性質に比例すべきである。」そうしないと、「人は、犯罪の軽重を区別することが出来なくなり、ためらいもなく最も軽い犯罪をなすのと同じ気持ちで凶悪な犯罪をなすことになる。同じ理由で、多数の残忍な法は、得策ではないし不正である。全ての処罰の正しい企図は、人類の改善であり、駆除ではない。」／第19条、人は、違法な捜査令状から自己の身体、自由、財産を護る権利をもつ。→VA10、MD23、PA10、NC11⇒修正4条。／第20条、財産の関わる争訟と人同士の訴訟については、当事者は陪審裁判の権利をもつ。→VA11、PA11、VT13、MA15。／「第21条 陪審による裁判の計り知れない特権から最大限の利点を刈り取るために、適性のある人以外が務めるために指名されないように最大の注意が払われるべきであり、陪審員の移動、時間、出席といったことが、十分に保障されるべきである。」／第22条、印刷出版の自由→VA12、MD38、DE23、PA12、NC15、VT14、MA16。／第23条、民事法と刑事法における遡及法の禁止。→民事法（civil cause）を追加。／第24条、民兵制度。→文は、MD25に似る。VA16、DE25。／第25条、常備軍は、自由にとって危険であり、立法府の同意なく設置されるべきでない。→MD26、

DE19、MA17。／第26条、軍は文民権力に服さなければならない。
→VA13、MD27、DE20、PA13、NC17、VT15、MA17。／第27条、兵士は平時には家の所有者の同意なくその家に宿営してはならない。戦時の場合、私人の家への宿営は、立法で定められた方法での文民行政官による〔宿営〕以外なされるべきでない。→MA27とほぼ同文。／第28条、補助金、負担金、税、輸入税、関税について→文はMA23に似るが少し加筆あり。
MD12／第29条、法律の停止と強制執行について→文はMA20に似る。
VA7、PA6／第30条、立法府の議場での発言等は裁判所やその他の場所で責任を問われない。→文はMA21に似るが、後半部がやや異なる。MD8／第31条、立法府は頻繁に開かれなければならない。→文はMA22に似るが変更もあり。MD10、DE8。／第32条、人民は、自ら集会し、彼らの代表に指図したり、立法府に請願したりする権利をもつ。→MA19の文に似る。PA16、VT18、NC18。／第33条、行政官や裁判所による過大な保釈金、保証金、罰金、残虐な刑罰を課すことの禁止。→MA26に一語加えるのみ。⇒修正8条。／第34条、人は軍務についていない限り、軍法に服さない。→MA28とほとんど同じ。MD29／第35条、人の諸権利を護る為には、公正な、法の解釈と裁判の運営が必要である。→文はMA29に似る。／第36条、節約は全ての邦で最も本質的な徳であるので、恩給は、立法府によって慎重に与えられるべきであり、しかも一年を超えるべきでない。／第37条、権力分立→VA5、MD6、NC4、MA30／第38条、憲法の基本諸原則への立ち戻り。→MA18に似るが、語句の削除がある。VA15、PA14、NC21、VT16。

国家組織の部（第2部）

議会二院制。〔両院を合わせてマサチューセッツ邦憲法と同様に‘General Court’と呼ばれる。〕議員は毎年選挙で選ばれる。執行権は〔邦〕大統領に委ねられる。任期は1年。上院議員と大統領は、プロテスタントでなく（龍法 ’26）59-1, 180（180）

ればならない。大統領は、選挙資格をもった住民投票によって選ばれる。大統領は上院を主催し、上院議員と同じ投票権と賛否同票の際決定投票権をもつ。知事に助言を与える参事会（council；上院議員2名と下院議員3名から成る）がある。

司法権について：この憲法では、裁判所や裁判官について記載されていない。

「邦大統領と参事会だけでなく立法府の各部門も、重要な法の問題そして厳粛な行事に関して上級裁判所の裁判官達の意見を求める権限（authority）を持つだろう。」

憲法変更ついて。「経験から必要だと分かるかもしれない憲法の諸原則に関する変更のみならず、憲法の諸原則に効果的に支持し続け、諸原則違反を正すために、この憲法が効力をえる時から7年経過後、立法府は、上記の目的のための憲法会議（convention）に会合する派遣者を選ぶための諸指針を個々の町や〔新たに〕編入された場所に発するか、事務局に発するように指示する。派遣者は、立法議会の下院代表者と同じ方法で選ばれ下院代表者と比例しなければならない。但し以下の条件がある。すなわち、この憲法における変更が町と未編入の場所に提示され、しかも〔変更の〕問題に関して、出席して投票した資格ある投票者の3分の2によって承認される前には、この変更がなされていないことである。」⁽³⁶⁾

※本稿で使われる記号と表記について。

（1）斜体字は、原文イタリック体である。

（2）亀甲括弧〔 〕は石井が使用している。括弧（「」または『』）内の二文字分の……は、原文を略した場合に用いられる。また、訳文の途中で入れられている記号は、特に記載のない限り、石井の付加である。

（3）United States of Americaの日本語表記について。United States

of America は、1781年のArticles of Confederation（「連合規約」）の第1条で決められた。この日本語表記は、通常「アメリカ合衆国」であるが、『ザ・フェデラリスト』（岩波文庫版）の凡例（2）は、「憲法制定直後の状況では合州国の方が適切とも思われる」と記している。それにもかかわらず、『ザ・フェデラリスト』は慣行に従ったが、本稿は、「合州国」にした。但し、その憲法に関しては、引用等を考えて、「アメリカ合衆国憲法」とした。

- （4）本稿の訳について。本稿の主に英語から日本語への翻訳は、先人の訳を参照して私が訳した。この理由は、私の訳や日本語が正しいと決して主張する訳ではなく、文法から見てこういう訳もあるのではないかと思った場合や時代背景が違うので訳語も変えた方が良かった場合、先人の訳業に頼り切るのも無責任と考えたからである。

- （1） 石井幸三「ダイシーの法の支配と立憲主義（1）」『龍谷法学』第58巻1号（2025年）、194-195、198ページ参照。
- （2） フランス人権宣言とアメリカの諸邦の人権宣言あるいは権利章典とを対比した古典的かつ日本語で読める論文にイエリネック「人権宣言論」（初版1895年）がある。イエリネックの先見の明と1903（明治36）年に翻訳し『法学協会雑誌』で公開された美濃部達吉の慧眼には私は感服した。イエリネック「人権宣言論」に関して、私は、美濃部達吉訳『人権宣言論 外三篇』（1946年）刊行に所収された論文で読んだが、引用に際しては、初宿正典編訳『イエリネック対ブトミー 人権宣言論』（1995年）所収訳を提示する。美濃部訳については、初宿、前掲書、5ページの訳注を参考。美濃部は、当該論文の初版を訳しているが、初宿は、当該論文の新たに編集された第4版を訳しながらも、以前の版との違いが分かるようにしている。
- （3） 石井、前掲論文、184-185ページ。
- （4） 資料のデジタル化とその公開は、学問の民主化にとって非常に寄与している。恐らく私が本稿を書いている間にはまだ開発途上であるAI（Artificial Intelligence；人工知能）が普及すれば、もっと便利になるだろうし、本稿のようなものはAIが瞬時に書く時期が来るだろう。未来はさて置き、私の利用した資料には、非常に低い確率ではあるがデジタル化の際の誤りもあった。その際、同じ文献の別のデジタル資料を当たってみたが、それができない場

合があった。そして、外国語資料をコンピュータによる機械翻訳で読むことができ、その資料の概要を知るにはある程度の前提となる知識を持っていれば便利である。その翻訳は、時として私の訳より優っている。但し、‘president’のように日本語では、社長、司会者、議長、大統領等の訳がある場合、機械翻訳が文脈を考えず、不適切な言葉を選択しているという事態も体験した。

- (5) この段落に付された (p.x) (pp.x-xx) は、Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol.1, (Facsimile Edition, The University of Chicago Press) のページ数を示している。なお、検索に際しては、<https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/> を利用した。
- (6) 決議の訳は、中屋健一訳（アメリカ史学会訳編『原典 アメリカ史（第2巻）』所収）を参照した。私の参照した中屋所収の書物第11版（1976年）では、「第1回大陸会議の宣言と決議」の日付が10月17日となっているが、10月14日の間違いかと推察される。
- (7) 「第1回大陸会議の宣言と決議」のこの部分は、前注の中屋訳にはない。英文の‘out of the realm’は、決議第2で the realm of Englandがあるので、こう解して、訳した。
- (8) この宣言と決議を部分的に日本語に訳している中尾は、constitutionを憲法と訳している。
- (9) *The Oxford English Dictionary*の‘constitution’の項目は、日本語の憲法の意味での‘constitution’を、第7番目の項目で取り扱っており、そのような意味での語の使用は、「1689年〔The declaration of the Estates of the kingdom of Scotland containing the claim of right and the offer of Croune〔英語：Crown〕to the King and Queen of England：略称、The Claim of Right 1689.〕と1789年〔フランス革命勃発年〕の間に徐々に生じた」と記している。その辞書は、アメリカ合衆国憲法やフランス革命期の様々な憲法に注意を払っている。
- (10) 齊藤眞、武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』（1991年）、419ページ（「第84篇」、ゴチック体は引用文）。齊藤眞、武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』は全訳版であり、斎藤眞、中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』（岩波文庫）に掲載されていない篇は、全訳版を参照した。なお、以下では、両方の訳書に載せられている場合は、岩波文庫版のページ数を示す。
- (11) 本稿は触れないが、フランス人権宣言が、アメリカの権利章典等に影響を受けたというイエリネックの説に対して論争があったことを付記しておく。アメリカの独立期の各邦の憲法の存在と研究上の重要性をヨーロッパに知らせたのは、イエリネックの言うところでは彼自身になる。初宿、前掲書、44-45ページ、美濃部、前掲書、17-18ページ、参照。イエリネックのこの書から発達した論争を、資料を綿密に精査して論じた書物で、本稿が参考として利用したものに、種谷春洋『アメリカ人権宣言史論』（1971年）がある。

- (12) 私訳は、中尾訳、前掲書所収、120-121ページを参照した。
- (13) 参照、Wikipedia「大陸会議」。なお、サイト<https://founders.archives.gov/documents/Adams/01-03-02-0016-01161776>で公開されているThe Autobiography of John Adams (「ジョン・アダムス自伝」)の1776年5月10日(金曜日)の記事に、当日の大陸会議は以下のように決議したと書いている。「次のことが勧告される。今まで危急の事態に十分対応できる政府が設立されてこなかった連合植民地の各議会(the respective Assemblies and Conventions of the United Colonies)に対して、人々の代表者の意見において、特に彼らの選挙区民そして一般にアメリカの幸福と安全に最も良く資するような政府を採用すること。」同じ自伝の1776年5月15日(水曜日)にその勧告が決議(resolved)になる。
- (14) <https://csac.history.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/281/2025/06/Revo-St-Const-and-Dates-of-Adoption.pdf> イェリネック、初宿訳、前掲書、50ページ、美濃部訳、前掲書、20ページも、1776年5月15日と書いている。本文で述べる1776年ニュー・ハンプシャー邦憲法の注を受け入れれば、第2回大陸会議が開催された頃より、水面下で邦憲法制定の議論がなされていたということも可能だろう。
- (15) <https://founders.archives.gov/documents/Adams/01-03-02-0016-01161776>
- (16) サイトにあるJournals of the Continental Congress; Second Continental Congress: May 15, 1776 (<https://americanfounding.org/entries/second-continental-congress-may-15-1776/>)の見出しは「ジョン・アダムスは書いている。大陸会議は、三日間にわたる激しい議論の末、各植民地は邦憲法を採用するという決議の前文を採択する。その時、アダムスは「諸植民地全体が」連合(Confederation)「の政治体になることの」採用を主張した。」と書いている。しかし、本文を読むと、憲法という言葉は見つけられなかった。サイト<https://founders.archives.gov/documents/Adams/06-04-02-0079>にあるJohn Adams to James Warren, 15 May 1776 (ジョン・アダムスからジェームス・ウォーレン宛手紙、1776年5月15日)は、「大陸会議が以下を決議した。人々の幸福を推進するに必要であるような政府の形式を設立する(to institute such Forms of Government)ことを各「植民地」の会議(the several Assemblies and Conventions)に推奨する。」この'to institute such Forms of Government'は、「政府の形式を制定する」とも訳せるので、この日に憲法制定を大陸会議は勧告したとも解せる。次稿で記すニュー・ヨーク邦憲法も、その前文に(第2回)大陸会議の決議に従って憲法を制定したと記しているが、その憲法に権利宣言はない。従って、大陸会議が勧告したのは、憲法=国家組織と私は推測する。
- (17) 中屋健一、「11 ヴァージニア憲法」、前掲書所収、174ページは、ヴァージニア(邦)憲法が大陸会議の勧告に従って書かれているとしているが、形式的にはそうであっても、ヴァージニア植民地代表者会議の決議日を勘案すると、実質的

には独自の判断と私は考える。

- (18) なおニュー・ハンプシャー邦憲法は、前文で「本〔憲法〕会議は、以下の方法と形式でこの植民地のために市民政府を開始することを票決した。〔原文改行〕……我々はイギリス国制上の（constitutional）権利と特権を享受できる限り、大英国への依存を捨てようと追い求めたことは決してなく、しかも英国の保護の下で幸せを感じてきたことを宣言しながらも抗議する。……」と書き、なお本国イギリスと妥協をしようとする姿勢も見られるのが特徴である。
- (19) 斎藤眞「ヴァージニア権利章典」解説、108ページ（『人権宣言集』（岩波文庫）所収）は、ヴァージニア権利章典に関して急進派が保守派の意見を制したとする。同旨、中屋健一、「ヴァージニア憲法解説」、前掲書所収、174-175ページ。イエリネック、初宿、前掲書、119-120ページ、美濃部、前掲書、76-78ページによる宣言の解説も興味深い。アメリカ独立宣言とヴァージニア権利章典に関して、ロックの理論の影響がよく語られるが、種谷、前掲書、240-263ページ（第三章第一節第三款）が詳しく吟味している。本稿は、この問題には触れない。
- (20) 条文付けは原文ではなく、条文付けは後年の資料が付けているのに従う。訳に際しては、斎藤訳「ヴァージニアの権利章典」（前掲書所収）と中屋健一、「ヴァージニア憲法解説」（前掲書所収）を参考にした。第5条は、この宣言の英文の文法がなかなか手強いので敢えて、別の訳を提示してみた。私訳は、結果的には、田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』、90ページ注（16）の訳と文法的同じ取り扱いをしている。この5条の文法と文の趣旨は、後述のペンシルヴァニア邦憲法・権利宣言部・第6条と同じである。また、マサチューセッツ邦憲法・権利宣言の部・第8条は、同じ趣旨を違う英文で書かれていると考えられる。なお、ヴァージニア権利章典で使われている‘people’ ‘person’ (s) ‘man’ ‘men’ ‘all men’の言葉が、言い換えでないとするならば、どう意味で使い分けされているのかが私には不明であった。‘people’は、可能態を含めての邦のいわゆる「国民」に近い使われ方をしているようである。
- (21) 前注（19）で触れた種谷、前掲書参照。
- (22) イエリネック、初宿編訳、前掲書、109、111ページは、近代自然法から「個別化された権利のリスト」は、アメリカ革命〔独立戦争〕を通じて初めて出てきたとする。イエリネックのこの強調は、初版では明確にされていなかったが、2版で追加される。
- (23) <https://anastasietetris.com/america-menseki-semai-syuu>を参考にすれば、マサチューセッツ州（邦）は、メイン州が1820年に23番目の州になるまで、その地域を保持していたので、独立当時の同州の面積は現在のそれよりも広いことになる。
- (24) アメリカ学会訳編『原典 アメリカ史（第一巻）』〔9 コネチカット基本法〕（松本重治執筆）を参照にすれば、1639年のコネチカット基本法（The Fundamental Orders of Connecticut）という特許状を維持続けた。同様に、

ロード・アイランドは1663年の「ロード・アイランドおよびプロヴィンス植民地書状」という特許状を維持し続けた。

- (25) アヴァロン・プロジェクトのサイトから使用した邦憲法に関する資料や類似の法的資料は、1906年6月30日可決の連邦法によって編纂された資料を反映している。このサイトに載っていない資料は、その資料名を検索用語として探し出した。
- (26) 齊藤眞、武則忠見訳、前掲書、29-30ページ（第7篇）参照。ヴァモントの地域は独立する前から、隣接地マサチューセッツ、ニュー・ヨーク、ニュー・ハンプシャーと領地問題を抱えており、独立戦争を機に独立を宣言した。隣邦との領地問題が解決した1791年にアメリカ合州国に加盟。参照、https://avalon.law.yale.edu/18th_century/vt01.asp note (1)。なお、参照したこの資料では、The Commonwealth or State of Vermont と表記されているが、1791年以前は「ヴァモント共和国 (Vermont Republic)」という名称が使われている。
- (27) 訳については、前注 (20) の文献参照。第7条は、斎藤訳、中屋訳、初宿、前掲書、59ページ、美濃部、前掲書、27ページ、(ヴァージニア憲法第七条として) 訳では、'the execution of laws'を「執行」と訳されており、それ自体正しいが、現代行政の領域拡大を考えて「強制執行」と訳してみた。イェリネック、初宿あるいは美濃部訳、当該箇所では、イングランドの権利章典 (Bill of Rights, 1689) の第1条〔項〕を参考に挙げている。イングランドの権利章典のこの部分は、田中英夫訳 (『人権宣言集』(岩波文庫)、79-80ページ) も上述の訳と同じである。
- (28) 大内孝『アメリカ法制史研究序説』(2008年)、62ページによれば、植民地時代のヴァージニアは、総督 (Governor) と彼を補佐する参事会 (Council) が中心になって統治機関を構成していた。ちなみに、植民地時代の北アメリカがイギリスの王領植民地 (Royal Colony) である場合は、その統治組織は、植民地の最高統治者である総督 (Governor)、総督の助言機関の総督参事会 (Governor's Council)、一定の自治権が与えられ植民地人議会 (Representative Assembly) からなる。詳しい検討を要するが、諸邦憲法における行政機構は、植民地時代のそれを踏襲している可能性が強い。もちろん、参事会 (Council) によって、知事を補助するだけではなく、場合によれば知事を統制するという役目を付加することで、主権者の意思を行政に反映させるという機能変化があるだろう。参考、https://en.wikipedia.org/wiki/Colonial_government_in_the_Thirteen_Colonies
- (29) 英文では 'in any other court or judicature' となっているが、otherが「何」に対して他 (other) が明示されていない。「何」の可能性として、憲法第12条で規定された立法府各院の議場を乱した人に対する処罰権が憲法第56条で規定された控訴裁判所 (Court of Appeals) があろう。
- (30) アヴァロン・プロジェクトのサイトでの当該邦憲法は、1776年8月14日起

草され11月11日に憲法を完成した（completed）書いているが、権利宣言のように「可決した」と書かれていない。Archives of Maryland on line (<https://msa.maryland.gov/megafile/msa/speccol/sc2900/sc2908/html/convention1776.html>)を見ると、11月11日には、権利宣言と憲法が印刷された状態までになっている。

- (31) 第28条は、債務者を刑務所に入れることを控えるように規定しているし、刑務所収容者も、死刑該当犯罪でない限り保釈の可能性に言及している。
- (32) アヴァロン・プロジェクトのサイトの文に誤り（‘two’が‘too’になっている）があったので、<https://50constitutions.org/pa/constitution?date=1776-11-28>を参考にした。
- (33) 表では、成立年を1777年7月8日と書いたが、資料注ではその日に「完成した」と書いてあり、施行日と異なるかもしれない。
- (34) ‘the general court’は、このマサチューセッツ邦憲法第2部「政府の枠組み」第1部第1章「立法権」第1節‘the general court’とあるので、「議会」と訳した。1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法も同様である。
- (35) ここで、私が政府変更権と言ったことで、少し曖昧にしておいたことを明確にする。曖昧にしておいたのは、変更の主体である。ここまで記載してきた限りでは、主体は3つに分かれる。①社会の多数；VA3。②人民（people）；MD4、DE5、MA7、1784NH10。③社会（community）；PA5、VT6。この違いは、自然状態から社会状態そして国家への移行に関する理論の相違に関係する。
- (36) 憲法変更に関する文は、憲法の最後の方、‘In Convention’の見出しの前の段落。

クーリング・オフと「お得な取引」

——通信販売契約における「グリーン・スラッジ」導入の提唱(1)

マルタ・サントス・シルヴァ¹

トマス・ガブリエル・ガルシア＝ミコ²

(カライスコス アントニオス* 訳)

1 序論

現代の消費様式は、環境に対して深刻な影響を及ぼしている³。欧州委員会の元委員長ジャン＝クロード・ユンカーの言葉を借りれば、「現在の

* からいすこすあんとにおす 龍谷大学法学部教授

1 ミーニョ大学の司法・ガバナンス研究センター(JusGov)における博士研究員。本研究は、ポルトガル科学技術財団(Fundação para a Ciência e a Tecnologia)による契約プログラム「科学的雇用促進(制度型)」CEE-CINST/00157/2018の助成を受けて実施されたものである。

2 パルセロナ大学私法学部の博士研究員であり、ミーニョ大学の司法・ガバナンス研究センター(JusGov)の客員博士研究員。本研究は、「カタルーニャ民法に関する統合研究グループUB」(Grup de recerca consolidat en Dret civil català UB, 2021 SGR 00347)の研究活動の一環として行われた。著者は、スペイン科学・イノベーション省(Ministerio de Ciencia e Innovación)、スペイン国家研究機関(Agencia Estatal de Investigación)および欧州地域開発基金(FEDER, EU)の助成を受けた研究プロジェクト「オンライン・プラットフォームの契約責任および不法行為責任」(プロジェクト番号:PID2021-126354OB-I00)に研究メンバーとして参加している。

3 たとえば、Michael Redclift, *Wasted: Counting the Costs of Global Consumption* (London, Routledge 1996), Paul C Stern et al, *Environmentally Significant Consumption* (Washington, DC, National Academies Press 1997), Richard Wilk, 'Consumption, Human Needs, and Global Environmental Change' [2022] 12(1) *Global Environmental Change*を参照。

生活様式、生産、消費を維持するためには、少なくとも地球が4つ必要である⁴。もし開発途上国が、先進国と同じ消費水準に追随し始めれば⁵、私たちが生み出す累積的な廃棄物を収容するためには、地球が8つ、あるいは12個必要になるであろう。

環境問題に関心をもつ学界およびステークホルダーの一般的な見方は、将来世代のために地球を保全する必要性を指し示すものとなっている。

加えて、ヨーロッパの多くの人は気候変動を、時間的にも地理的にも遠く離れた現象として認識している。しかしながら、スロベニアにおける洪水⁶や、観測史上最も暑い夏となった2023年にイタリアで発生した集中豪雨^{7,8}といった、近年の欧州域内の自然災害は、この認識が誤りであるこ

4 European Commission, 'EU Invests in the Planet - Ten Initiatives for a Modern and Clean Economy - The Juncker Commission's Contribution to the One Planet Summit' (Brussels, 2018), <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4c7ab013-1dcd-11e8-ac73-01aa75ed71a1/language-en>> (2023年11月30日最終アクセス)。

5 United Nations, 'Changing Consumption and Production Patterns in Developed and Developing Countries Discussed in Commission on Sustainable Development' (New York, 23 April 1999) <<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjL-87Tk0-2CAxXZTaQEHS3LDhkQFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Fpress.un.org%2Fen%2F1999%2F19990423.endev509.html&usg=AOvVaw1KAoQQ-ZnUZcTWWhIfjytpj&opi=89978449>>。

6 ロイター通信は他の通信社とともに、この災害がスロベニア史上最悪の自然災害であると受け止められていると報じた (<<https://www.reuters.com/world/europe/nature-fights-back-slovenias-worst-floods-kill-six-2023-08-07/>>)、2023年9月11日最終アクセス)。また、<<https://confluence.ecmwf.int/display/FCS-T/202308+-+Rainfall+-+Slovenia>>も参照。

7 今夏のエミリア＝ロマーニャ州では、36時間の間に年間平均降水量の50%を超える雨が降り (<<https://www.theguardian.com/environment/2023/may/19/weather-tracker-italy-floods-exacerbated-months-drought>>)、2023年9月11日最終アクセス)、その結果、同地域に甚大な被害が生じた (<<https://www.reuters.com/world/europe/northern-italy-floods-caused-huge-damage-says-governor-2023-05-18/>>)、2023年9月11日最終アクセス)。

8 2023年7月は、気温に関する記録を更新し、1940年以降(すべての月を通

とを明確に示している。気候変動の影響は、もはやヨーロッパ大陸の外ではなく、その内部においてますます顕在化しているのである。これらの出来事と、より広範な地球規模の気候危機との関連性を認識することは、ヨーロッパおよび世界において現世代が直面している環境課題への切迫感と集団的責任意識を醸成するために不可欠である⁹。

一部の政治的セクターからの懐疑にもかかわらず¹⁰、科学的証拠は、この環境緊急事態に対して行動を起こす必要性を明確に示している。法学研究者は、環境問題に対処する社会的責任を負っており、これには、既存の法制度がこれらの課題を緩和するうえで有効かつ十分であるかを批判的に検討し、解決策を提案することが含まれる。本稿においても、心理学や環境経済学といった他分野の学術的知見を踏まえた検討を行う。

サンスティーンおよびセイラーによって米国で開始され¹¹、とりわけアレマンノおよびシボニーの協調的な努力を通じてヨーロッパに導入された

ゝじて）観測史上最も高温の月であったとされている（〈<https://climate.copernicus.eu/july-2023-warmest-month-earths-recent-history>〉、2023年9月11日最終アクセス）。また、2023年8月も観測開始以来最も高温の8月であり、2023年7月に次いで史上2番目に高温の月であった（〈<https://climate.copernicus.eu/august-2023-second-warmest-month-closes-warmest-summer>〉、2023年9月11日最終アクセス）。

9 Merja Elo et al, *Interdisciplinary Perspectives on Planetary Well-Being* (London, Routledge 2024) 3, and others.

10 いくつかの研究は、気候変動に関する信念や懸念が、右派の有権者よりも左派の有権者やリベラル層において、より強く表れていることを示している。Thea Gregersen et al, 'Political Orientation Moderates the Relationship between Climate Change Beliefs and Worry about Climate Change' [2020] 11 (1) *Frontiers in Psychology* (<https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.01573>) および Jakob Schwörer, 'Mainstream Parties and Global Warming: What Determines Parties' Engagement in Climate Protection' [2023] *European Journal of Political Research* (<https://doi.org/10.1111/1475-6765.12602>) を参照。

11 Cass Sunstein and Richard H Thaler, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness* (London, Penguin Books 2008) を参照。

研究の系譜を踏まえつつ¹²、本稿は、情報の非対称性に対する消費者の重要な保護手段として描かれてきた通信販売契約における撤回権が¹³、実際には「グレー・ナッジ」、すなわちさりげない、かつ場合によっては意図されていない影響形態として機能し得ることを論じる¹⁴。それは、消費者をこの権利の濫用へと導き、結果として、過剰な包装や商品輸送などに起因する環境悪化を助長する可能性がある。

すなわち、消費者は、一定期間内であれば理由を問わず商品を返却できるという安心感のもとで商品を取得するよう促されるが^{15,16}、一部の消費者による撤回権の恒常的な行使は、資源の枯渇や二酸化炭素排出量の増加に寄与することになる。

12 Anne-Lise Sibony and Alberto Alemanno, *Nudge and the Law* (London, Hart Publishing 2015) を参照。

13 Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez, and Joan Martínez Evora, 'The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law' [2018] 3 InDret 2; P Rekaiti and Roger Van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach' [2000] 23(4) *Journal of Consumer Policy* 371, 379(<https://doi.org/10.1023/A:1007203426046Rekaiti>) ; Jan M Smits, 'The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law' (2011) Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2011/01, 6(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1719104) ; Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 EuCML 89, 96.

14 Cass R Sunstein, *The Ethics of Influence. Government in the Age of Behavioural Science* (Cambridge, Cambridge University Press 2016) 78 ff.

15 撤回権は、営業所外販売ならびに通信および営業所外でのサービス契約についても認められている（消費者権利指令 2 条 5 項～8 項および 9 項）。Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *EuCML* 89, 94, fn 82 も参照。

16 Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper, 5(<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>).

「ナッジ」という概念を広く知らしめた二人の研究者の内の一人であるリチャード・セイラーは、「スラッジ」を「悪のためのナッジ (nudging for evil)」と位置づけ、その除去は「世界をより良いものにする」と述べている¹⁷。他方で、もう一人の研究者であるキャス・サンステイーンは、「『スラッジ』という用語は、負のバランスをもつ負担に限定して用いることが有益である」としつつも¹⁸、スラッジが正当な目的を促進し得ること自体は認めている¹⁹。

本稿は、セイラーの理解を踏まえつつ、スラッジは抑制手段、すなわち個人が自己または社会にとって有害となり得る行為に従事することを防ぐための「カウンター・ナッジ」²⁰として用いられる場合には、積極的な意義を有し得ると主張する。

したがって本稿において「スラッジ」とは、意図的に障壁や複雑性を導入することによって行動に影響を及ぼす戦略として理解される。このように意図的に「摩擦」を増加させることにより、意思決定過程や向社会的行為はより煩雑なものとなる。我々が提案するモデルは、慢性的な返品という問題に対処するものであり、商品の過剰な生産・消費・流通に伴う社会的、経済的、環境的悪影響の緩和に資するものである。

ナッジと同様に、スラッジもまた、強制を伴わず選択の自由を保持したまま機能する、環境規制ツールキットの一部として位置づけられる。我々が提案する、慢性的な返品者に対してスラッジを課すという発想は、「グ

17 Richard Thaler, 'Nudge, Not Sludge' [2018] 361 (641) *Science* 431 (<https://doi.org/10.1126/science.aau9241>).

18 Cass R Sunstein, 'Sludge Audits' [2022] 6(4) *Behavioural Public Policy* 654, 660 (<https://doi.org/10.1017/bpp.2019.32>)。この参考文献をご教示いただいた匿名の査読者に感謝申し上げます。

19 Cass R Sunstein, 'Sludge and Ordeals' [2019] 68 *Duke Law Journal* 1843, 1865 ff.

20 TM Wilkinson, 'Counter-Manipulation and Health Promotion' [2017] 10(3) *Public Health Ethics* 257 (<https://doi.org/10.1093/phe/phw044>) を参照。

リーン・バイ・デザイン」であり、デフォルトの有用性や、惰性および現状維持バイアスが消費者行動を形成することを示してきた先行研究を踏まえるものである。

本稿において我々は、オンラインで商品を販売する民間事業者に対し、慢性的な返品者に「グリーン・スラッジ」を課すことを義務づけることが国家の責務であると考ええる。本稿における「慢性的な返品者」とは、平均的な顧客と比して著しく頻繁に商品を購入し、かつ返品する顧客を指す²¹。国家が企業にこのような義務を課すことは、説得的マーケティング戦略によって生じる「牽引力」や、迎合的に運用されてきたEU消費者法の道具化への対抗措置として機能する。

本稿の目的は、慢性的な返品者による撤回権の行使を対象とした、国家によって義務づけられる私的なグリーン・スラッジが、消費者の権利および企業の経済的自由を尊重しつつ、同時に我々全員が負う環境に対する責任とも両立する形で、どこまで実施可能であるのかを検討することである。

この目的のため、本稿はまず問題の所在および研究課題を提示する。第2章では、消費主義の問題と、EUがいかにして持続可能性への転換を進めてきたかを簡潔に論じる。第3章では、ナッジおよびスラッジの概念を検討し、生態学的に望ましい行動へと誘導するもの（「グリーン」）と、生態系の枯渇に寄与するもの（「グレー」）とを区別する。続く第4章では、商品返品に伴う環境への悪影響を検討するとともに、それを緩和するための実行可能な代替案に関する学術的提案を分析する。第5章では、義務づけられたグリーン・スラッジとしての提案、すなわち契約締結前のクーリング・オフ期間を紹介する。我々は、環境をより適切に保護するためには、行動科学に基づいた政策形成が不可欠であると考ええる。最後に、結論を提

21 David Maschitto, 5 Ways to Control Chronic Returners, *Tecsys* (25 January 2022) <<https://www.tecsys.com/blog/2022/01/5-ways-to-control-chronic-returners>> (2023年11月29日最終アクセス)。

示する。

本稿全体を通じた目的は、撤回権のパラドックスに対する理解を深めることである。すなわち、一方でこの権利は、B2C関係における情報の非対称性に対処するために設計されたものであるが、他方で、それが本来保護対象とされた一部の消費者によって機会主義的に利用されてきたという問題である。実際、商品の内容や機能に関する情報不足を理由として善意で契約を撤回する返品者に加え、購入時点から返品を予定している者、あるいは衝動的・強迫的な購買行動によって生じた「損害」を返品によって補おうとする者も存在する。過度な返品は、企業の経済的存続可能性を脅かすと同時に、環境への負荷を一層深刻化させている。

我々は、撤回権の行使に対して識別的なフィルターとして機能する解決策を提案するものであり、これにより、消費者が撤回権を慢性的に行使し続けることを困難にすることを目指す。この解決策の包括的な目的は、不当な返品に伴うコストをより公正に配分するとともに、それに付随する環境的影響を抑制する点にある。

我々の知る限り、執筆時点において²²、通信販売契約におけるグリーン・スラッジの重要性を正面から検討した研究は他に存在しない²³。したがって本稿は、学術的議論と政策的検討の双方に寄与することを意図するものであり、消費者権利指令に規定された撤回権がもたらす環境的帰結についての十分に情報に基づいた対話を促進するとともに、この権利が本来想定されていたとおり、情報の非対称性に対抗する目的のために行使されることを確保する解決策を提唱するものである。

22 2023年9月。

23 本指摘をご教示いただいた匿名の査読者に感謝申し上げる。

2 EU消費者法の枠組みにおける消費主義とその含意

フランク・トレントマンがその著名な大著において詳述しているとおり、我々は「モノの帝国 (empire of things)」の中に生きている²⁴。持続可能な消費²⁵や倫理的消費²⁶、「グリーン」²⁷、「コンシャス」²⁸、あるいは「ミニマリストの消費主義」²⁹、さらには「環境的に重要な消費」³⁰といった新たな

24 Frank Trentmann, *Empire of Things: How We Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First* (New York, Harper Collins 2016).

25 Lucia Reisch and John Thøgersen, *Handbook of Research on Sustainable Consumption* (Cheltenham, Edward Elgar 2015) ; Oksana Mont, *A Research Agenda for Sustainable Consumption Governance* (Cheltenham, Edward Elgar 2019).

26 Lieske Voegt-Kleschin, Christian Baatz, and Konrad Ott, 'Ethics and Sustainable Consumption', in Lucia Reisch and John Thøgersen (eds), *Handbook of Research on Sustainable Consumption* (Cheltenham, Edward Elgar 2015) 121.

27 Lewis Akenji, 'Consumer Scapegoatism and Limits to Green Consumerism' [2014] 63 *Journal of Cleaner Production* 13(<https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2013.05.022>) ; Anna Jakubczak and Małgorzata Gotowska, 'Green Consumerism vs. Greenwashing' [2020] XXIII (2) *European Research Studies Journal* (<https://doi.org/10.35808/ersj/1816>) を参照。また、Sachdeva ほかは、「グリーン・コンシューマリズム」という概念に含まれ得る行為として、エナジー表示のある家電製品の購入や有機製品の購入などを挙げている (Sonya Sachdeva, Jennifer Jordan and Nina Mazar, 'Green Consumerism: Moral Motivations to a Sustainable Future' [2015] 6 *Current Opinions in Psychology* 60 (<https://doi.org/10.1016/j.copsyc.2015.03.029>))。

28 Talat S Genc and Pietro De Giovanni, 'Dynamic Pricing and Green Investments under Conscious, Emotional, and Rational Consumers' [2021] 2 *Cleaner and Responsible Consumption* (<https://doi.org/10.1016/j.clrc.2021.100007>) ; Valérie Guillard, Emmanuelle Le Nagard and Gisele Campos Ribeiro, 'A Typology of Consumers Regarding Perceived Obsolescence: The Paradox of Eco-Conscious Consumers' [2023] 412 *Journal of Cleaner Production* (<https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2023.137202>).

29 Krzysztof Blonski and Jolanta Witek, 'Minimalism in Consumption' [2019] LIII (2) *Annales Universitatis Mariae-Curie-Skłodowska, Sectio H - Oeconomia* 7; Jiyun Kang, Cosette M Joyner Martinez and Catherine Johnson, 'Minimalism

な消費トレンドの登場、循環経済³¹ がもたらす期待、脱成長³²、充足³³、自発的質素³⁴ といったポスト資本主義的理論の普及にもかかわらず、現代の生活様式は、依然として広告に大きく依存する強力な産業によって再生産される「豊かさの文化」によって特徴づけられている。

利益追求への強い志向は、計画的陳腐化³⁵ という実務を生み出してきたが、近年ではいわゆる「ダーク・パターン」³⁶ へと展開している。これら

ism as a Sustainable Lifestyle: Its Behavioral Representations and Contributions to Emotional Well-Being' [2021] 27 *Sustainable Production and Consumption* 802 (<https://doi.org/10.1016/j.spc.2021.02.001>).

30 Paul C Stern et al, *Environmentally Significant Consumption* (Washington, DC, National Academies Press 1997), Richard Wilk, 'Consumption, Human Needs, and Global Environmental Change' [2002] 2(1) *Global Environmental Change*; F Duchin, 'Consumption, Environmentally Significant' in NielJ Smelser and Paul B Bates (eds), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (London, Elsevier 2001).

31 Rebecca KM Clube and Mike Tennant, 'What Would a Human-Centred "Social" Circular Economy Look Like? Drawing from Max-Neef's Human-Scale Development Proposal' [2023] 383 *Journal of Cleaner Production* 1 (<https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2022.135455>).

32 一般論については、Giacomo D'Alise, Federico Demaria, and Giorgos Kellis, *Degrowth. A Vocabulary for a New Era* (London, Routledge 2015) を参照。

33 Nancy MP Bocken, Laura Niessen and Samuel W Short, 'The Sufficiency-Based Circular Economy- An Analysis of 150 Companies' [2022] 3 *Frontiers in Sustainability* (<https://doi.org/10.3389/frsus.2022.899289>).

34 Mary Grigsby, *Buying Time and Getting by: The Voluntary Simplicity Movement* (New York, State University of New York Press 2004) ; Shuji Ohira and Akiko Masuda, 'Voluntary Simplicity Consumption in Japan. Alternative Consumption and Backward Consumption among Minimalists' [2021] 49 *Advances in Consumer Research* 246.

35 See generally Anaïs Michel, *Premature Obsolescence: In Search of an Improved Legal Framework* (Cambridge, Intersentia 2023) and also Alberto De Franceschi, 'Planned Obsolescence Challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy: The Apple and Samsung Cases' [2018] 7(6) *EuCML* 217.

36 最初に言及したのは、ユーザー・エクスペリエンス (UX) の専門家である Harry Brignull 氏であり、同氏は'Dark Patterns: Dirty Tricks Designers'

は、「増殖するスラッジの一形態、あるいは市場操作」とも呼ばれ、「設計者が利用者を意図的に混乱させ、利用者が真の選好を表明することを困難にし、あるいは特定の行動を取るよう操作するユーザー・インターフェース」と定義されている³⁷。

↘ Use to Make People Do Stuffと題する論考を公表している。*90 Percent of Everything* (2010年7月8日)〈<https://90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-stuff/index.html>〉(2023年11月30日最終アクセス)。

37 Jamie Luguri and Lior Jacob Strahilevitz, 'Shining a Light on Dark Patterns' [2021] 13 *Journal of Legal Analysis* 44 (<https://doi.org/10.1093/jla/laaa006>)、および Martin Brennecke 'Regulating Dark Patterns' [2024] *Notre Dame Journal International & Comparative Law* (刊行予定)を参照。私たちは、ダーク・パターンを「スラッジ」と同一視すべきではなく(下記3.2章参照)、むしろ Karen Yeung 'Hypnudge': Big Data as a Mode of Regulation by Design' [2017] 20(1) *Information, Communication & Society* (<https://doi.org/10.1080/1369118X.2016.1186713>)において「ハイパーナッジング (hypernudging)」と呼ばれるものとして、あるいは「デジタル・ナッジング (digital nudging)」として理解すべきであると主張する (Marjolein Lanzing, "Strongly Recommended": Revisiting Decisional Privacy to Judge Hypernudging in Self-Tracking Technologies' [2019] 32 *Philosophy Technology* 549 (<https://doi.org/10.1007/s13347-018-0316-4>), Viktorija Morozovaite, 'Hypnudging in the Changing European Regulatory Landscape for Digital Markets' [2023] 15 (78) *Policy Internet* (<https://doi.org/10.1002/poi3.329>) および Markus Weinmann, Christoph Schneider and Jan vom Brocke, 'Digital Nudging' [2016] 58(6) *Business & Information Systems Engineering* 433 (<https://doi.org/10.1007/s12599-016-0453-1>)を参照)。というのも、これらはいずれも共通点を有しており、オンライン環境において生じる点で一致しているからである。オンライン・プラットフォームのオンライン・インターフェースという特定の文脈における「ダーク・パターン」の法的定義は、デジタル・サービス法 (Digital Services Act) 前文67項に見いだすことができ、同法25条1項において禁止されている。また、ダーク・パターンは、不公正取引方法指令 (Unfair Commercial Practices Directive) など、現行のEU法における他の法的文書によっても規制され得る。European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Francisco Lupiáñez-Villanueva et al, *Behavioural Study on Unfair Commercial Practices in the Digital Environment - Dark Patterns and Manipulative Personalisation - Final Report* (Brussels, Publications Office of the European Union 2022) 〈<https://data.europa.eu/doi/10.2838/859030>〉(2023年11月)

過剰消費の増大は産業によって推進されているが、同時に、集団の人々やソーシャルメディアからの影響も受けている³⁸。所有とアイデンティティ（「所有することで自己となる」）や幸福とを結びつける傾向、すなわち顕示的消費が観察される。さらに憂慮すべきことに、研究によれば、オンライン消費支出の最大40%が突発的または衝動的な購買によるものであるとされている³⁹。

このような豊かさの文化は、環境の持続可能性に関して重大な懸念を生じさせる。すなわち、気候変動、生物多様性の喪失、資源の枯渇、そして管理不能な量の廃棄物をもたらすのである⁴⁰。

持続可能な開発に関する懸念は、1987年に国連の環境と開発に関する世界委員会（WCED）が公表した著名なブルントラント報告書において、初めて正式に取り上げられた。同報告書は、持続可能性を「将来世代が自らのニーズを満たす能力を損なうことなく、現在の世代のニーズを満たすこと」と定義した⁴¹。

↘ 30日）を参照。

38 Robin J Tanner et al, 'Of Chameleons and Consumption: The Impact of Mimicry on Choice and Preferences' [2008] 34(6) *Journal of Consumer Research* 754(<https://psycnet.apa.org/doi/10.1086/522322>).

39 これは、衝動購買に関して米国および欧州で公表された50本以上の論文を対象とする文献調査によって導かれた結論である。Tommy KH Chan, Christy MK Cheung and Zach WY Lee, 'The State of Online Impulsive-Buying Research: A Literature Analysis' [2017] 54(2) *Information & Management* 204(<https://doi.org/10.1016/j.im.2016.06.001>)。また、追加的な研究においても、同様の数値が示されている。たとえば、Maleku Alemu and Shimels Zewdie, 'Consumers' Impulsive Buying Behavior: Structured Systematic Literature Review' [2021] 8(10) *International Journal of Management, Accounting and Economics* (<https://doi.org/10.5281/zenodo.5975984>) を参照。

40 Joan Walleet et al, *Growing a Circular Economy: Ending the Throwaway Society* (House of Commons 2014) 6 and Carl Dalhammar et al, *Moving Away from the Throwaway Society. Five Policy Instruments for Extending the Life of Consumer Durables* (Mistra Sustainable Consumption 2022) 7.

41 Report of the World Commission on Environment and Development: Our

EUは、持続可能な開発をその主要目的および条約に組み込んでいる⁴²。近年では、資源利用と経済成長のデカップリングを図り、競争力があり資源効率の高いEUを実現することによって、2050年までに世界初の気候中立大陸となるという目標を掲げている⁴³。EUグリーン・ディールは、国連の2030アジェンダおよび持続可能な開発目標（SDGs）を実施するための欧州委員会の戦略の中核をなすものである⁴⁴。その枠組みの下で、2020年の循環経済行動計画⁴⁵は、2015年に開始された線形経済から循環経済への転換を加速させることで、EUグリーン・ディールを補完・強化することを目的としている⁴⁶。

近年、EUはプルントラント報告書に示された原則に沿う形で、持続可能性を促進し、持続可能な開発をその政策および戦略に統合するための多くの行動およびイニシアティブを採ってきた。

↘ Common Future.

42 欧州連合条約（TEU）3条3項は、EUの目的を規定しており、経済的・社会的小および領域的結束の促進を強調するとともに、環境の持続可能性への取組を掲げている。さらに、欧州連合機能条約（TFEU）には、環境保護、持続可能な農業および漁業に関する諸規定が盛り込まれている。

43 Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee and the Committee of the Regions, The European Green Deal' COM/2019/640 final.

44 United Nations, Sustainable Development Goals Report 2023: Special Edition (New York, United Nations 2023)

45 Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A new Circular Economy Action Plan. For a cleaner and more competitive Europe' COM (2020) 98 final.

46 最初の循環経済行動計画は、2015年に策定された。Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Closing the loop - An EU action plan for the Circular Economy' COM (2015) 614 final.

EUグリーン・ディールに加え、EUにおけるもう一つの重要な戦略が「新消費者アジェンダ」である。これは、グリーンおよびデジタルへの移行における消費者の役割を特に重視しており、製品情報、持続可能な消費、デジタル化といった分野にとりわけ重点を置いている。この文脈において、「グリーンへの移行に向けた消費者のエンパワーメント（Empowering Consumers for the Green Transition）」⁴⁷は、購入前に修理可能性に関する情報を提供する義務を課すとともに、早期陳腐化に関連する不公正な取引方法からの消費者の保護を導入した。また、「持続可能な製品イニシアティブ（Sustainable Products Initiative）」⁴⁸は、エネルギー関連製品にとどまらず、より広範な製品分野におけるエコデザインの採用を促進している。他方で、「環境主張の立証（Substantiating Green Claims）」⁴⁹イニシアティブは、透明性の向上と消費者の信頼確保に焦点を当てている。これと並行して、「修理する権利（Right to Repair）」⁵⁰イニシアティブは、購入後における製品修理の円滑化を目的としている。

EUは環境に対して強固なコミットメントを示してきたものの、そのようなコミットメントを具体的かつ法的拘束力のある措置へと転換する過程

47 Commission, 'Proposal for a Directive on empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information' COM/2022/143 final.

48 Commission, 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for setting ecodesign requirements for sustainable products and repealing Directive 2009/125/EC' COM (2022) 142 final.

49 Commission, 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive)' COM (2023) 166 final.

50 Commission, 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules promoting the repair of goods and amending Regulation (EU) 2017/2394, Directives (EU) 2019/771 and (EU) 2020/1828' COM (2023) 155 final.

は、利害関係者間の多様な利益を調整する必要があることから、複雑かつ時間を要するものである。長期的な法制度が重要な役割を果たすことは確かであるが、気候変動がもたらす喫緊の課題に対処するためには、環境政策の手段を多様化することが不可欠である。

次章では、行動科学に基づく迅速な介入手段としてのナッジおよびスラッジを紹介し、それらが持続可能な購買行動を促進するうえでいかに有用であり得るかを検討する。

3 ナッジおよびスラッジのグリーンな可能性

3.1 ナッジの定義と類型、その倫理的含意

2008年、リチャード・H・セイラーとキャス・R・サンスティーンは、ナッジを「選択肢を禁止したり経済的インセンティブを大きく変更したりすることなく、人々の行動を予測可能な形で変化させる選択アーキテクチャのあらゆる側面」と定義した⁵¹。

この概念は、学術的に広範な議論の対象となっており⁵²、「リバタリア

51 Cass Sunstein and Richard H Thaler, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness* (London, Penguin Books 2008) 7.

52 Vincent Berthet and Benjamin Ouyard, 'Nudge towards a Consensus View' [2019] 5(1) *Psychology and Cognitive Sciences Open Journal* 1 (<https://www.doi.org/10.17140/PCSOJ-5-143>) は、ナッジ (nudge) の概念は「定義が不明確である (ill-defined)」と指摘している。この概念については、学界において多くの議論が積み重ねられてきた。このことについては、Daniel M Hausman and Brynn Welch, 'Debate: To Nudge or Not to Nudge' [2010] 18 *Journal of Political Philosophy* 123 (<https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2009.00351.x>) ; Yashar Saghai, 'Salvaging the Concept of Nudge' [2013] 29 *Journal of Medical Ethics* 487; Pelle Guldberg Hansen, 'The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?' [2016] 7(1) *EJRR* および Philippe Mongin and Mikael Cozic, 'Rethinking Nudge: Not One but Three Concepts' [2018] 2(1) *Behavioural Public Policy* 107を参照。

ン・パターナリズム」と結び付けられている⁵³。制裁や法的義務によって特定の行動を強制するのではなく、「選択設計者 (choice architects)」、あるいは「社会的計画者 (social planners)」⁵⁴が、自ら有益であると判断した方向へ市民を導くのである (これがリバタリアン・パターナリズムにおける家父長主義的側面である)。市民は、提示された行動指針に従うか否かを自由に決定できるため⁵⁵、この点においてそのプロセスは同時にリバタリアンでもある⁵⁶。

ナッジをめぐる倫理的懸念もまた注目を集めており⁵⁷、とりわけ透明

53 Cass Sunstein and Richard H Thaler, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness* (London, Penguin Books 2008) 7.これを「ソフト・パターナリズム (soft paternalism)」と呼ぶ立場もある。このことについて、Daniel M Hausman and Brynn Welch, 'Debate: To Nudge or Not to Nudge' [2010] 18 *Journal of Political Philosophy* 123(<https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2009.00351.x>) を参照。

54 Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 4.

55 Cass R Sunstein, 'Nudging: A Very Short Guide' [2014] 37 *Journal of Consumer Policy* 583, 584(<https://doi.org/10.1007/s10603-014-9273-1>) ; Péter Cserne, 'Making Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law's Learning from Behavioural Sciences' in Anne-Lise Sibony and Alberto Alemanno (eds), *Nudge and the Law: A European Perspective* (London, Hart Publishing 2015) 279.

56 Cass Sunstein and Richard H Thaler, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness* (London, Penguin Books 2008) 6.

57 Luc Bovens, 'The Ethics of Nudge' in Till Grüne-Yanoff and Sven Ove Hansson (eds), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology* (London, Springer 2009) 207; Daniel M Hausman and Brynn Welch, 'Debate: To Nudge or Not to Nudge' [2010] 18 *Journal of Political Philosophy* 123(<https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2009.00351.x>) ; Sarah Conly, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism* (Cambridge, Cambridge University Press 2013) 30; Christian Schubert, 'Green Nudges: Do the Work? Are They Ethical?' [2017] 132 *Ecological Economics* 329(<https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2016.11.009>).

性⁵⁸と操作性に関する批判が挙げられる。透明性の欠如は、「ナッジは暗闇の中で最もよく機能する」⁵⁹と捉えられることが多い⁶⁰が、近年の実証研究は、人々がナッジの存在を認識していたとしても、その効果は依然として維持されることを示している⁶¹。それでもなお、いくつかのナッジがもつ不透明性は、反省的・熟慮的な意思決定過程を迂回するおそれを生み、操作の危険性をはらむ点で問題視されている。

ナッジが個人の自律性や主体性に及ぼす影響についても批判が及んでいる。自律性に関する学説は多様であり、J・S・ミルが『自由論』⁶²において主張した「自己決定の自由を要求する権利」から、行為者が自己の性格や最小限の人間の繁栄に即して行動することを自律性と捉えるパスのような、より精緻な見解⁶³に至るまで、幅広い理解が存在する。

58 しかし、透明性のあるナッジであっても、倫理的に問題がある場合が存在し得るという事実には影響しない (Andreas T Schmidt and Bart Engelen, 'The Ethics of Nudging: An Overview' [2020] 7 *Philosophy Compass* (<https://doi.org/10.1111/phc3.12658>)). 本指摘および参考文献をご教示いただいた匿名の査読者に感謝申し上げる。

59 Samuli Reijula and Ralph Hertwig, 'Self-Nudging and the Citizen Choice Architect' [2020] 6 *Behavioural Public Policy* 119.

60 Luc Bovens, 'The Ethics of Nudge' in Till Grüne-Yanoff and Sven Ove Hansson (eds), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology* (London, Springer 2009) 217.

61 LC Van Gestel, MA Adriaanse and DTD De Ridder, 'Do Nudges Make Use of Automatic Processing? Unraveling the Effects of a Default Nudge under Type 1 and Type 2 Processing' [2021] 5(1-3) *Comprehensive Results in Social Psychology* 4 (<https://doi.org/10.1080/23743603.2020.1808456>) ; Denise de Ridder, Floor Kroese and Laurens van Gestel, 'Nudgeability: Mapping Conditions of Susceptibility to Nudge Influence' [2022] 17(2) *Perspectives on Psychological Science* 346 (<https://doi.org/10.1177/1745691621995183>). 本指摘および参考文献をご教示いただいた匿名の査読者に感謝申し上げる。

62 John Stuart Mill, *On Liberty* (Batoche Books 2001).

63 Sarah Buss, 'Autonomous Action: Self-Determination in the Passive Mode' [2012] 122 *Ethics* 647, 685, fn. 89 (<https://doi.org/10.1086/666328>).

ナッジについては、学説上いくつかの類型化が示されている⁶⁴。これら
が有用であることを認めつつ⁶⁵、本稿では特に、①グレー・ナッジとグ
リーン・ナッジの区別、ならびに②ナッジとスラッジの区別を明確にする
ことに焦点を当てる。

3.2 グレーおよびグリーンのナッジとスラッジ

本稿の議論において「グレー・ナッジ」とは、環境に有害な選択を促す
意思決定環境（すなわち「選択アーキテクチャ」⁶⁶）のあらゆる要素を指
す⁶⁷。ソーシャルネットワーク上で販売促進のために一般的に用いられて
いる手法の多くは、「グレー・ナッジ」に分類することができる。

これには、電子商取引プラットフォームにおける「今すぐ購入
(buy-now)」ボタン、企業の「いいね」数や評価の表示、利用者の過去の

64 Robert Baldwin, 'From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree' [2014] 77(6) *The Modern Law Review* 831 (<https://doi.org/10.1111/1468-2230.12094>) によれば、第一段階、第二段階および第三段階のナッジが存在する。

65 とりわけ、パターナリスティックなナッジと非パターナリスティックなナッジを区別する点については、Anne van Aaken, 'Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU' in Anne-Lise Sibony and Alberto Alemanno (eds), *Nudge and the Law: A European Perspective* (London, Hart Publishing 2015) 83 を参照。あわせて、Marta Santos Silva, 'Nudging and Other Behaviourally Based Policies as Enablers for Environmental Sustainability' [2022] 11(1) *Laws* (<https://doi.org/10.3390/laws11010009>) も参照されたい。

66 この表現は、Cass Sunstein and Richard H Thaler, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness* (London, Penguin Books 2008) 81 頁によって造語されたものと考えられている。

67 このことは、それらが「グレイゾーン」（すなわち、消費者行動に影響を与える正当な手法と不当な手法との中間領域）で機能するという意味ではない。そうではなく、本節で後述する「グリーン・ナッジ」と対比される概念として用いられており、排気管から出る煙の色や、燃焼する材料が尽きかけている火への明確な連想に基づくものである。

投稿や嗜好に基づく商品の強調表示⁶⁸、さらには拡張現実（AR）の組み込み⁶⁹などが含まれる。これらの実務は、衝動的⁷⁰で、場合によっては意図されていない⁷¹ 購買行動を助長し⁷²、その結果として商品の蓄積を招き、購入された製品のライフサイクル全体を通じて環境に対する悪影響を及ぼすこととなる。

「グレー・ナッジ」という概念は、「グリーン・ナッジ」という概念と対置されるものである。後者は、法学よりもむしろ環境政策や環境経済学の分野でより一般的に用いられてきた用語である^{73,74}。グリーン・ナッジと

68 Ming Chung Han, 'Checkout Button and Online Consumer Impulse-Buying Behavior in Social Commerce: A Trust Transfer Perspective' [2023] 74 *Journal of Retailing and Consumer Services* (<https://doi.org/10.1016/j.jretconser.2023.103431>).

69 Wen-Chin Hsu, Mu-Heng Lee, and Kai-Wen Zheng, 'From Virtual to Reality: The Power of Augmented Reality in Triggering Impulsive Purchases' [2024] 76 *Journal of Retailing and Consumer Services* 76 (<https://doi.org/10.1016/j.jretconser.2023.103604>).

70 Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers', [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 4.

71 これは、いわゆる「購入後の後悔 (buyer's remorse)」を招く状況である。Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez, and Joan Martínez Evora, 'The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law' [2018] 3 *InDret* 5.

72 Ming Chung Han, 'Checkout Button and Online Consumer Impulse-Buying Behavior in Social Commerce: A Trust Transfer Perspective' [2023] 74 *Journal of Retailing and Consumer Services* (<https://doi.org/10.1016/j.jretconser.2023.103431>).

73 Mevlude Akbulut-Yuksel and Catherine Boulatoff, 'The Effects of a Green Nudge on Municipal Solid Waste: Evidence from a Clear Bag Policy' [2021] 106 *Journal of Environmental Economics and Management* (<https://doi.org/10.1016/j.jeem.2020.102404>) ; Matthias Buchholz and Oliver Musshoff, 'Tax or Green Nudge? An Experimental Analysis of Pesticide Policies in Germany' [2021] 48(4) *European Review of Agricultural Economics* 940 (<https://doi.org/10.1016/j.eare.2021.100940>).

は、環境に対する人々の行動を改善することを目的として、選択アーキテクチャに変更を加える介入を指す⁷⁵。より広い文脈では、グリーン・ナッジは、人間の行動がもたらす環境への悪影響を低減することを目的とした介入を探究する「環境配慮行動（Pro-Environmental Behaviour: PEB）」研究の一部をなすものである⁷⁶。

環境保全の文脈における代表的なナッジの例としては、省エネルギーを促進する電子機器や家電製品のデフォルト設定が挙げられる。政府は製造業者と協力し、省エネルギー設定を優先する初期設定を機器に組み込むことで、消費者をより環境配慮的な選択へと誘導している。この手法は、習慣による惰性を背景として、デフォルト選択が意図された効果（省エネ

↘ [org/10.1093/erae/jbab019](https://doi.org/10.1093/erae/jbab019)) ; Christian Schubert, 'Green Nudges: Do the Work? Are They Ethical?' [2017] 132 *Ecological Economics* 329(<https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2016.11.009>) ; Clément Carrel, Marie-Laure Gavard-Perret and Cindy Caldara, 'Factors of Effectiveness of Green Nudges for More Eco-Responsible Behaviour - Systematic Review and Research Directions' [2023] 38(3) *Recherche et Applications En Marketing* 1(<https://doi.org/10.1177/20515707231177814>).

74 Frederik Carlsson et al, 'The Use of Green Nudges as an Environmental Policy Instrument' [2021] 15(2) *Review of Environmental Economics and Policy* 216; Marta Santos Silva, 'Nudging and Other Behaviourally Based Policies as Enablers for Environmental Sustainability' [2022] 11(1) *Laws* (<https://doi.org/10.3390/laws11010009>).

75 Christian Schubert, 'Green Nudges: Do the Work? Are They Ethical?' [2017] 132 *Ecological Economics* 329, 331(<https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2016.11.009>)も参照。これと比較されたいのが、Frederik Carlsson et al, 'The Use of Green Nudges as an Environmental Policy Instrument' [2021] 15(2) *Review of Environmental Economics and Policy* 216, 217 であり、同論文はグリーン・ナッジを「負の外部性を低減することを目的とした行動的介入（behavioural interventions aimed at reducing negative externalities）」と定義している。

76 Katherine White, Rishad Habib, and David J Hardisty, 'How to SHIFT Consumer Behaviors to Be More Sustainable: A Literature Review and Guiding Framework' [2019] 83(3) *Journal of Marketing* (<https://doi.org/10.1177/0022242919825649>).

ギーモード)を実現するという意味で、選択アーキテクチャの概念と整合している⁷⁷。

現在、環境保護の観点から、グリーン・ナッジを導入・活用する緊急性は高まっている⁷⁸。環境政策の設計および実施において直ちに適用することには課題があるものの⁷⁹、グリーン・ナッジは環境規制のツールキットの中で徐々に地位を確立しつつある⁸⁰。規制、責任ルール、市場ベースのインセンティブと並行して用いられることで、グリーン・ナッジは、伝統的な環境規制手段に内在する限界を克服することを目指している⁸¹。

単独で用いた場合の長期的効果には限界があることが指摘⁸²される一方

77 Jimena González-Ramírez, 'The Effectiveness of a Green Default Nudge in Achieving Resource Conservation', Social Sciences Research Network Working Paper, 1 November 2022 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4264945>, 2023年11月30日最終アクセス)。

78 「ナッジの運用 (administration of nudges)」という表現は、こうしたさりげない促しを導入する過程における、意図的かつ戦略的な性質を強調するものである。Moritz von Zahn et al, 'The Smart Green Nudge: Reducing Product Returns through Enriched Digital Footprints & Causal Machine Learning', SAFE Working Paper, October 2022, 7を参照。

79 Hilary Byerly et al, 'Nudging Pro-Environmental Behavior: Evidence and Opportunities' [2018] 16(3) *Frontiers in Ecology and the Environment* (<https://doi.org/10.1002/fee.1777>) 159, 167。

80 Despoina Alempaki, Andrea Isoni and Daniel Read, 'Tainted Nudge' [2023] 176 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* (<https://doi.org/10.1016/j.obhdp.2023.104244>). Michael G Faure and Roy A Partain, *Environmental Law and Economics. Theory and Practice* (Cambridge, Cambridge University Press 2019) 32は、ナッジを「説得的メカニズム (suasive mechanism)」と呼ぶ。

81 コマンド・アンド・コントロール型の規制手法に対する批判は、しばしば総称して「ニュー・ガバナンス (New Governance)」と呼ばれる。さらなる詳細については、On Amir and Orly Lobel, 'Liberalism and Lifestyle: Informing Regulatory Governments with Behavioural Research' [2012] 1 *European Journal of Risk Regulation* 17を参照。

82 Francesca Cellina et al, 'Significant but Transient: The Impact of an Energy Saving App Targeting Swiss Households' [2024] 335 *Applied Energy* (<https://doi.org/10.1016/j.apenergy.2023.121444>) 121444。

で、近年の研究は、特にデジタル・ツールを組み合わせることで⁸³、グリーン・ナッジが将来の環境政策を形成する強力な政策手段となり得ることを示している⁸⁴。ナッジは、費用が高く⁸⁵、複雑で⁸⁶、抵抗を招きやすい⁸⁷ 承認過程を伴うことの多い従来の政策手段に比して、競争上の利点を有する。さらに、「ナッジ」に対して「ショープ (shove)」とも呼ばれる

↘ [tps://doi.org/10.1016/j.apenergy.2023.122280](https://doi.org/10.1016/j.apenergy.2023.122280)).

83 Moritz von Zahn et al, 'The Smart Green Nudge: Reducing Product Returns through Enriched Digital Footprints & Causal Machine Learning', SAFE Working Paper, October 2022; Stefan Stieglitz et al, 'The Potential of Digital Nudging to Bridge the Gap between Environmental Attitude and Behavior in the Usage of Smart Home Applications' [2023] 72 *International Journal of Information Management* (<https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2023.102665>).

84 Mevlude Akbulut-Yuksel and Catherine Boulatoff, 'The Effects of a Green Nudge on Municipal Solid Waste: Evidence from a Clear Bag Policy' [2021] 106 *Journal of Environmental Economics and Management* (<https://doi.org/10.1016/j.jeeem.2020.102404>) ; Siaw-Chui Wee, Weng-Wai Choong and Sheau-Ting Low, 'Can "Nudging " Play a Role to Promote Pro-Environmental Behaviour?' [2021] 5(4) *Environmental Challenges* (<https://doi.org/10.1016/j.envc.2021.100364>).

85 Steve Brooker and Philip Cullum, 'Five Steps to Consumer-Friendly Better Regulation' [2008] 18(1) *Consumer Policy Review* 4; Alberto Alemanno, *What Can EU Health Law Learn from Behavioural Sciences? The Case of EU Lifestyle Regulation* (London, Hart Publishing 2015) 235-254, 342 ff; Alberto Alemanno and Alessandro Spina, 'Nudging Legally. On the Checks and Balances of Behavioural Regulation' [2014] 12(2) *International Journal of Constitutional Law* (<https://doi.org/10.1093/icon/mou033>).

86 Alberto Alemanno and Alessandro Spina, 'Nudging Legally. On the Checks and Balances of Behavioural Regulation' [2014] 12(2) *International Journal of Constitutional Law* 20(<https://doi.org/10.1093/icon/mou033>).

87 Alberto Alemanno, *What Can EU Health Law Learn from Behavioural Sciences? The Case of EU Lifestyle Regulation* (London, Hart Publishing 2015) 246. より強制力の強い措置に対しては、より強い抵抗が見られるようである。See Alberto Alemanno and Alessandro Spina, 'Nudging Legally. On the Checks and Balances of Behavioural Regulation' [2014] 12(2) *International Journal of Constitutional Law* 16(<https://doi.org/10.1093/icon/mou033>).

伝統的手段⁸⁸は、それ単体で用いられる場合⁸⁹、その有効性にも限界があるとされている⁹⁰。

伝統的経済学においては、人々の主要な動機は金銭的利得であり、市場ベースのインセンティブが最も効果的であると考えられてきた。しかし、行動法経済学は、意思決定において個人が合理的行動（ホモ・エコノミクス⁹¹の想定）から乖離し、ヒューリスティックと呼ばれる思考様式を用いることを示すことで、この見解に異議を唱えた⁹²。

民間消費が温室効果ガス排出量全体の4分の1以上を占めることを踏まえると⁹³、立法措置を補完する手段としてナッジを用いることは、消費者行動のグリーン化を高める可能性がある⁹⁴。ナッジの有効性をよく示す例

88 Cass Sunstein, 'Nudges vs Shoves: The Benefits of Preserving Choice' [2014] 127(6) *Harvard Law Review*.

89 Marius Alt et al, 'Synergies of Interventions to Tackle Climate Change - A Meta-Analysis' (Ispra, Italy/Brussels, Belgium/Petten, The Netherlands: European Commission, Joint Research Centre, December 2022).

90 Felix Ekardt, *Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law* (London, Springer 2020).

91 Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez, and Joan Martínez Evora, 'The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law' [2018] 3 *InDret* 30.

92 ヒューリスティックは、ときに、生態学的合理性の観点から見て、熟慮的思考よりも優れた近似的回答を迅速に導くことがある（本指摘をご教示いただいた匿名の査読者に感謝申し上げます）。一方で、ヒューリスティックは、バイアスと呼ばれる体系的な誤りを生じさせることもある（Eliezer Yudkowsky, 'Cognitive Biases Potentially Affecting Judgment of Global Risks' in Milan Ćirković and Nick Bostrom (eds), *Global Catastrophic Risks* (Oxford, Oxford University Press 2011) 91)。

93 Christian Thorun et al, *Nudge-Ansätze Beim Nachhaltigen Konsum: Ermittlung Und Entwicklung von Maßnahmen Zum „Anstoßen“ Nachhaltiger Konsummuster* (Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit 2016) 16.

94 Marta Santos Silva, 'Nudging and Other Behaviourally Based Policies as Enablers for Environmental Sustainability' [2022] 11(1) *Laws* (<https://doi.org/10.3390/laws11010009>) and Marta Santos Silva and Luisa Cortat Simo-

として、OECD加盟国35か国以上および世界銀行や世界保健機関といった国際機関において、行動インサイト・ユニット⁹⁵が設置されている点が挙げられる⁹⁶。

ナッジは、エネルギー効率の向上や廃棄物管理において特に有効であり⁹⁷、環境問題への関心が低い人々に対してのみならず、環境意識の高い人々に対しても効果を発揮し、いわゆる「意図と行動の乖離」を埋める役割を果たす⁹⁸。

グリーン・ナッジは、三つの類型に分類することができる。すなわち、①自己イメージや自己同一性に訴えるもの、②社会的同調性に訴えるもの、

↳ netti Gonçalves, 'Nudging Consumers towards Sustainable Practices Regarding Plastics in a Post-COVID-19 Europe' in Ewoud Hondius et al (eds), *Coronavirus and the Law in Europe* (Cambridge, Intersentia 2021) 947.

95 ここでいう「行動インサイト (behavioural insights)」とは、行動経済学、社会心理学、神経科学および社会学といった分野における人間行動に関する広範な文献群を指すものである (David Halpern and Rory Gallagher, 'Can "Nudging" Change Behaviour? Using "Behavioural Insights" to Improve Program Redesign' in John Wanna, Hsu-Ann Lee and Sophie Yates (eds), *Managing under Austerity, Delivering under Pressure. Performance and Productivity in Public Service* (Sydney, ANU Press 2015) 165 f.)。

96 Alberto Alemanno, *What Can EU Health Law Learn from Behavioural Sciences? The Case of EU Lifestyle Regulation* (London, Hart Publishing 2015) 342 f.

97 ナッジの効果については、Anne Nielsen et al, *Nudging and Pro-Environmental Behaviour* (Nordic Council of Ministers 2016) 18 f; Hendrik Bruns et al, 'Can Nudges Be Transparent and yet Effective?' [2018] 65 *Journal of Economic Psychology* 41 (<https://doi.org/10.1016/j.joep.2018.02.002>) ; Christian Schubert, 'Green Nudges: Do the Work? Are They Ethical?' [2017] 132 *Economic Journal* 329 (<https://doi.org/10.1016/j.econ.2016.11.009>) を参照。

98 Mark White, *The Manipulation of Choice. Ethics and Libertarian Paternalism* (London, Palgrave Macmillan 2013) 17 ff.は、良識ある消費者法学者であっても、認めざるを得ない形で自らの「居心地のよい領域 (comfort zones)」に立ち戻ってしまうと指摘している。このことについては、Hans-W Micklitz, 'Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy' [2019] 6 *EuCML* 229, 230を参照。

③デフォルトの変更を伴うものである⁹⁹。第1の類型は、商品情報の提示を簡素化し、想起性を高め、あるいは個人の社会的アイデンティティに働きかけるものである。第2の類型は、ピア比較¹⁰⁰を用い、環境に配慮した行動の可視化を通じた社会的地位競争を促進する¹⁰¹。第3の類型は、特に惰性効果および提案効果といった認知バイアスを、デフォルト設定の変更によって活用するものである¹⁰²。

意思決定における行動介入の重要性を検討するにあたり、ナッジのみならず、分析対象をさらに拡張することが不可欠である。選択アーキテクチャの領域には、「スラッジ (sludge)」と呼ばれる、これと対照的な現象が存在するが、この概念はこれまでヨーロッパの法学文献においては顕著に欠落してきた¹⁰³。

ナッジとスラッジはいずれも、行動に影響を及ぼすことを目的とした選

99 Christian Schubert, 'Green Nudges: Do the Work? Are They Ethical?' [2017] 132 *Ecological Economics* 329(<https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2016.11.009>). Moritz von Zahn et al, 'The Smart Green Nudge: Reducing Product Returns through Enriched Digital Footprints & Causal Machine Learning', SAFE Working Paper, October 2022, 6も参照。

100 NJ Goldstein, RB Cialdini and V Griskevicius, 'A Room with a Viewpoint: Using Social Norms to Motivate Environmental Conservation in Hotels' [2008] 35(3) *Journal of Consumer Research* 472(<https://doi.org/10.1086/586910>).

101 Christian Schubert, 'Green Nudges: Do the Work? Are They Ethical?' [2017] 132 *Ecological Economics* 329(<https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2016.11.009>) 332 ff.

102 Cass Sunstein, 'Green Defaults Can Combat Climate Change' [2021] 5 *Nature Human Behaviour*.

103 このテーマに関する一定の米国の文献は利用可能であるが、それらはしばしば法学以外の分野に見られる。このことについて、Yu Luo et al, 'A Meta-Analytic Cognitive Framework of Nudge and Sludge' [2023] 10(11) *Royal Society Open Science* (<https://doi.org/10.1098/rsos.230053>) を参照。もっとも、法学者である Cass Sunstein による著作として、次のものを参照。Cass R Sunstein, 'Sludge and Ordeals' [2019] 68 *Duke Law Journal* 1843 ; Cass R Sunstein, 'Sludge Audits' [2022] 6(4) *Behavioural Public Policy* 654。

択アーキテクチャの変更である。ナッジは、牽引力（traction）を高めることによって、個人を望ましい選択へと穏やかに導こうとする。他方で、スラッジは、意図的に「摩擦（friction）」¹⁰⁴——すなわち、意思決定過程における障壁や複雑性——を導入することによって行動に影響を及ぼすことを意図する¹⁰⁵。

スラッジの倫理的評価は、その設計に内在する操作性の程度に焦点を当てるものである。たとえば、事業者が買物券の換金に際して、消費者にとって不必要に煩雑な手続を課した場合、それは「悪しき」ナッジに分類され得る。というのも、実務上、そのような仕組みは、ほとんどの場合、実際には利用されないことが知られているからである。

本稿の議論にとりわけ密接に関連するのは、グリーン・スラッジとグレー・スラッジの区別である。グレー・スラッジは、認知バイアスを利用して、行動変容をより困難にするよう選択環境を操作するものである¹⁰⁶（たとえば、新しいインクカートリッジよりも低価格で新しいプリンターを販売する場合などが挙げられる）。これに対し、グリーン・スラッジとは、持続可能でない行動をより困難またはより起こりにくくするような障壁や遅延を導入するものであり、本稿で提案する措置はその一例である。

104 Cass R Sunstein, 'Sludge and Ordeals' [2019] 68 *Duke Law Journal* 1843, 1850 and Cass R Sunstein and Julien L Gosset, 'Optimal Sludge? The Price of Program Integrity' [2020] 70 *Duke Law Journal* 74, 75.

105 Thaler によれば、スラッジ（sludge）とは「物事をただ混乱させるだけのもの（just mucks things up）」である（Richard Thaler, 'Nudge, Not Sludge' [2018] 361 (641) *Science* 431 (<https://doi.org/10.1126/science.aau9241>)). スラッジは、通常、Kahneman が「システム 2」と呼ぶ思考の働きを作動させることを伴う。このことについて、Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (Farrar, Straus and Giroux 2011) を参照。

106 Mark Pettit et al, 'Dark Nudges and Sludge in Big Alcohol: Behavioral Economics, Cognitive Biases, and Alcohol Industry Corporate Social Responsibility' [2020] 4 *The Milbank Quarterly* 1290, 1296 (<https://doi.org/10.1111/1468-0009.12475>).

グレー・スラッジとグリーン・スラッジのいずれにおいても、選択設計者は惰性を活用しているが、後者の場合にのみ、それが環境、ひいては社会全体にとって肯定的かつ善意的な形で行われている（表1 参照）¹⁰⁷。

表1 グレー・ナッジ、グレー・スラッジ、グリーン・ナッジ、グリーン・スラッジの基本的差異

	ナッジ (Nudge)	スラッジ (Sludge)
グレー (Grey)	環境に有害な行動へと誘導する	環境に配慮した行動に対する摩擦を増大させる
グリーン (Green)	環境に配慮した行動へと誘導する	環境に有害な行動に対する摩擦を増大させる

本稿の分析において我々は、EUにおける消費者保護の中核的要素の一つである撤回権が、グレー・ナッジの特性と整合的であると位置づける。そこで本稿は、この撤回権が環境に及ぼす有害な影響を緩和するための是正策として、「義務付けられた私的グリーン・スラッジ」を提案する。

107 Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) ix.

結社の法人格取得権と家庭連合解散命令事件 ～令和7年(ラ)第1003号 特別抗告事件についての最高裁への意見書～

石 埼 学*

本稿は、表題の事件について筆者が最高裁判所に提出した意見書である。
明らかな誤字等を修正した上でここに掲載する。

——以下、意見書である——

最高裁判所 御中

令和7年(ラ)第1003号 特別抗告事件についての意見書

石埼学(龍谷大学法学部教授・憲法学)

令和8年4月6日

目次

はじめに

- I 宗教法人「オウム真理教」解散命令事件決定の克服の必要性
 - 一 平成8年決定要旨と評価
 - 二 平成8年決定の評価の変化
 - 三 平成8年決定後の中間団体と法人格についての法制の動向
- II 結社の自由と法人格
 - 一 結社と憲法
 - 二 従来の我が国の憲法学の通説の立場
 - 三 結社の法人格取得権の提唱

* いしざき まなぶ 龍谷大学法学部教授

- 1 法学諸分野からの指摘
- 2 井上武史の結社の法人格取得権論
- 3 結社の法人格取得権論のインパクト
- 4 フランスの制度および公法学説

小括

Ⅲ 宗教法人法の解散命令と宗教団体の法人格取得権

- 一 憲法20条1項の信教の自由の保障内容
- 二 宗教法人法上の解散命令と宗教的結社の法人格取得権
 - 1 宗教的結社の法人格取得権の具体的内容
 - 2 宗教法人への解散命令は宗教団体の法人格取得権の制約に当る
 - 3 宗教団体の法人格取得権の制約の合憲性審査のあり方
- 三 宗教法人法81条1項1号の限定解釈

四 本件東京高裁決定の評価

Ⅳ 非訟事件と裁判の公開

- 一 裁判の公開
- 二 本件解散命令へのあてはめ

まとめ

はじめに

本意見書は、文部科学大臣（相手方）が宗教法人の世界平和統一家庭連合（特別被告人）に対して宗教法人法（昭和26年法律第126号）81条1項1号および2号前段に該当する事由があるとして同項に基づき解散命令を請求した事件（以下「本件」とする。）の憲法上の争点について筆者の見解を述べるものである。東京高等裁判所の令和8年（2026年）3月4日の決定は、この解散命令請求を容認した。そこで特別被告人が最高裁判所へ特別抗告した。

Ⅰ 宗教法人「オウム真理教」解散命令事件決定の克服の必要性

一 平成8年決定要旨と評価

最高裁判所には宗教法人法81条の解散命令制度について最決平成8年（龍法 '26）59-1, 216（216）

(1996年) 1月30日(民集50巻1号199頁—宗教法人「オウム真理教」解散命令事件—以下「平成8年決定」とする。)がある。平成8年決定で最高裁は、宗教法人法81条に基づく「解散命令によって宗教法人が解散しても、信者は、法人格を有しない宗教団体を存続させ、あるいは、これを新たに結成することが妨げられるわけではなく、また、宗教上の行為を行い、その用に供する施設や物品を新たに調えることが妨げられるわけでもない。すなわち、解散命令は、信者の宗教上の行為を禁止したり制限したりする法的効果を一切伴わないのである」としつつ「もっとも、宗教法人の解散命令が確定したときはその清算手続が行われ(法49条2項, 51条)、その結果、宗教法人に帰属する財産で礼拝施設その他の宗教上の行為の用に供していたものも処分されることになるから(法50条参照)、これらの財産を用いて信者らが行っていた宗教上の行為を継続するのに何らかの支障を生ずることがあり得る。このように、宗教法人に関する法的規制が、信者の宗教上の行為を法的に制約する効果を伴わないとしても、これに何らかの支障を生じさせることがあるとするならば、憲法の保障する精神的自由の一つとしての信教の自由の重要性に思いを致し、憲法がそのような規制を許容するものであるかどうかを慎重に吟味しなければならない」とした。

解散命令にはその対象たる宗教団体およびその信者の信教の自由(憲法20条1項)を制約する法的効果が一切ないことを前提に、それらに及ぼす事実上の効果を考慮しなければいけないという趣旨である。平成8年決定は「解散命令によって宗教法人が解散しても信者は法人格のない宗教団体を存続させることができるから、宗教的結社の自由を制限しないと説示して、両者のつながりを否定した」と評されるゆえんである¹⁾。

しかし、その後の我が国における中間団体への法人格付与法制の抜本的転換および結社の自由についての我が国の憲法学説のめざましい展開に照らして、平成8年決定は克服されるべきである。

二 平成8年決定の評価の変化

今日では、井上武史が、「宗教法人『オウム真理教』解散命令事件では、法人の解散の可否という世俗的側面が争点であったにもかかわらず」、憲法学説では憲法20条に「着目した議論に終始し、同事件を法人の強制解散という一般的な法人制度の問題と受けとめた上で、結社の自由又は団体法論の観点からその要件や手続に検討を加えるものはほとんど見られなかったように思われる」²⁾ としていることに典型的に示されるように、同事件を法人制度の問題と受け止める機運が憲法学にある³⁾。

三 平成8年決定後の中間団体と法人格についての法制の動向

前記の平成8年決定の評価の変化の背景には、我が国における中間団体への法人格付与制度の近年における抜本的な転換がある。そこで、中間団体への法人格付与制度の変化を概観しておく。

我が国では、従前、営利を目的としない中間団体に法人格を付与するための法制度としては、明治29年（1896年）制定の民法（明治29年法律第89号）の34条の公益社団法人および公益財団法人の設立の規定が長らくメインであり、主務官庁の許可主義が採用され、また法人格を取得できる団体は公益目的の団体に限定されてきた。もっとも、特別法により各種の団体に法人格を付与する制度も逐次制定されてきた。昭和23年（1948年）の消費生活協同組合法（昭和23年法律第200号）、昭和23年（1948年）の医療法（昭和23年法律第205号）、昭和24年（1949年）の私立学校法（昭和24年法律第270号）、昭和26年（1951年）の社会福祉法（昭和26年法律第45号）および昭和26年（1951年）の宗教法人法（昭和26年法律第126号）などである。これらの法制では、それぞれの分野の事業者には法人格を付与する仕組みとしては、所轄庁の審査による認可主義または認証主義が採用されている。

明治時代から平成時代初期に至るこの時代には、中間団体一般に法人格
(龍法 '26) 59-1, 218 (218)

を付与する法制度はなく、それが必要だとも認識されていなかったようである。

転機となったのが平成10年（1998年）の特定非営利活動促進法（平成10年法律第7号）の施行である。この法律は、別表の掲げる17分野（後に20分野に拡大）に該当する市民活動団体に法人格を付与するものであり、準則主義に近い認証制が採用された。この法律によって必ずしも公益目的を持たず、また特別法によって法人格を付与されるわけでもない中間団体が法人格を取得する途が拓けたのである。さらに、平成13年（2001年）には中間法人法（平成13年法律第49号）が制定され、平成14年（2002年）4月に施行された。この法律は、公益目的でも営利目的でもない同窓会や各種サークルなどの中間団体に広く法人格の付与を可能とした初の制度であり、登記のみで法人を設立可能とする準則主義を採用した。

そして、平成20年（2008年）の公益法人制度改革⁴⁾により、中間団体に広く法人格を付与する法制度の流れは決定的になる。すなわち平成18年（2006年）に国会で成立した公益法人制度改革関連3法（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（平成18年法律第48号）、公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律（平成18年法律第49号）および関係法律整備法（平成18年法律第50号））が平成20年（2008年）12月に施行された。中間法人法は廃止され、既存の中間法人は手続不要で自動的に一般社団法人へ移行し、民法の34条は削除され、一般社団法人および一般財団法人が準則主義で登記のみで設立可能となり、事業の公益性を問わず幅広い中間団体が法人格を利用可能となった。さらに公益社団法人および公益財団法人の設立が一般社団および財団法人のうち第三者委員会の公益認定を受けたものに認められた。

これらの立法のうち特に一般社団法人及び一般財団法人に関する法律について井上武史は「憲法論の視点から見た場合、結社の自由保障立法と位置づけることができる」とする⁵⁾。今日では、これらの中間団体への法人

格付与制度の抜本的転換を受けて、中間団体に法人格を付与することが憲法上の要請であるとする有力な学説が憲法学に登場しているのである。

そこで章をあらためて、近年の憲法学の動向を説明する。

Ⅱ 結社の自由と法人格

一 結社と憲法

まず、結社と憲法の関係について、簡潔に述べる。

近代人権宣言の典型である1789年フランス人権宣言⁶⁾には結社の自由についての規定はない。樋口陽一によれば、1789年フランス人権宣言に結社の自由の保障がないのは「偶然ではなく、その時点で存在していた集団―すなわち身分制的結合―を解体して、自由な諸個人からなる社会の前提をつくりあげることこそが、革命の中心課題とされたから」であり、「自由な諸個人によってとり結ばれる社会を基本的に想定する近代立憲主義は、その障害を排除するために、国家からの結社の自由ではなく、結社からの国家による自由―国家干渉からの形式的自由ではなく、国家による実質的自由―を市民革命期の課題とした追求した」からである⁷⁾。

樋口の結社敵視は、フランス革命やその産物である1789年人権宣言の歴史的評価にとどまらず、現代の我が国における結社に向き合う国民の態度にまで及ぶ。すなわち、樋口は、「一九八九年の日本社会にとっては、今日なお、中間団体敵視のうえにいわば力づくで『個人』を析出させた（フランス型の一石埜注）ルソー＝ジャコバン型モデルの意義を、そのもたらす痛みとともに追体験することの方が、重要なのではないだろうか」という。そのような価値選択に基づき、樋口は、安易に「法人の人権」を語ること⁸⁾に対して「それは、法人＝結社からの諸個人の解放によってこそ近代憲法の人権体系の基礎がぎずかれたのだ、という基本認識と対立する」と警鐘を鳴らす⁹⁾。

もっとも樋口陽一は、結社を敵視するフランス的な「ルソー＝ジャコバン型モデルにこだわる以外の選択肢がないわけではない」とする。そして「しかし、それならそれで、中間団体を正面から積極的に憲法論のなかにとりこみ、意識的に、団体の人権主体性を吟味しつつ、政治権力＝国家に対抗する権力分立の担い手としての社会的権力＝団体の位置づけをし、それらを媒介する政治権力行使への参加の諸形態を開発することが、検討されなければならないはず」である¹⁰⁾とするのだ。

大げさかもしれないが、本件において最新の学説を参照しつつ、私が後で主張する結社（宗教的結社を含む）の法人格取得権という争点は、結社＝中間団体を敵視する近代的な国家と個人の二極構造なのか、結社＝中間団体を憲法論に積極的に取り込んだ国家・中間団体・個人の三極構造なのか、という我が国の現行憲法の基本構造の理解にかかわる極めて重要なものであり、最高裁判所が本件の決定においてどちらの理解を選択するのかは今後の我が国の憲法の保障する結社の自由やそれを具体化した諸法令の運用に極めて大きな影響を及ぼすことになるだろう。本件には、我が国の憲法秩序にとってそのような二者択一を迫る極めて重要な憲法問題が含まれている。

そのことを前提に、次に、結社の自由と法人格の付与にかかわる憲法学説の変化を説明する。

二 従来の我が国の憲法学の通説の立場

憲法学の通説は従来、憲法21条1項が保障する結社の自由と法人格付与は無関係とするものであった。

佐藤幸治は、「結社」を「特定の多数人が、任意に特定の共通目的のために継続的な結合をなし、組織された意思形成に服する団体」とであると定義し、憲法が保障する「結社の自由」とは、「第一に、人は、団体の結成・不結成、団体への加入・不加入、団体の成員の継続・脱退につき公権

力の干渉を受けず、第二に、団体が団体として意思を形成し、その意思実現のための諸活動につき公権力による干渉を受けないこと（団体自体の自由）」を意味する」とする。その上で、公益法人についての許可主義（改正前民法34条）や営利法人についての準則主義（改正前民法35条）等について、「許可を得られずまたは法定要件不充足の場合には法人格を取得しえないが、このことは取引の安全などの見地からの規制であって、かつ法人格の否定即団体自体の否定を意味するものではないから、結社の自由に対する違憲的干渉とみる必要はない」としていた¹¹⁾。

佐藤幸治は、宗教団体と法人格の関係についても以下のように述べる。

すなわち、まず、「宗教団体」とは、「特定の信仰を有する者による、当該宗教目的を達成するための組織体」と定義する。その上で宗教法人法の「宗教団体」（同法2条）は、憲法上の「宗教団体」よりもその概念が狭く、したがって、憲法上の「宗教団体」で宗教法人法によって法人格を取得できないものが生じうるが、「法人格を付与されるかどうかは、主として財産管理・取引の安全の確保の見地からのものと解され、その限りにおいて同法が一定の要件を課すのは憲法上許容されないわけではなく、法人格を取得しなくとも、もとより宗教的結社として活動でき、その活動は憲法上保護される」とする。そして憲法が宗教的結社の自由を保障しているとは「人は、宗教団体の結成・不結成、団体への加入・不加入、団体の成員の継続・脱退につき公権力による干渉を受けないこと、および団体が団体としての意思を形成し、その意思実現のための諸活動につき公権力による干渉をうけないこと（団体自体の自由）」を意味するとしていた¹²⁾。

また市川正人も「法人格の付与は取引の安全等の確保からなされるものであり、法人格が付与されなくても結社として活動できるのであるから、法人格を付与しないことは原則として結社の自由の侵害とはならない」としていた¹³⁾。

今日でも、たとえば毛利透は「憲法上の結社の自由は、国家が法人格を
(龍法 '26) 59-1, 222 (222)

付与するか否かとは別問題だと考えられている。法人格は財産管理や取引の便宜を考慮して与えられるもので、それが認められないからといって国家が結社活動を抑圧しているというわけではない」としている¹⁴⁾。

しかし、結社の自由と法人格付与を別問題とする立場は今日では、有力な異論が提唱されたことで、通説と言いがたいほどに揺らいでいる。それを次に説明する。

三 結社の法人格取得権の提唱

1 法学諸分野からの指摘

先述した我が国の中間団体への法人格付与制度の抜本的転換を見据えつつ、法学の世界でも、前節で示した憲法学の通説とは異なる見解が徐々に示されるようになっていた。

行政法学者の磯部力は「公法学の世界でも、従来例えば『結社の自由』という憲法規範の問題から、直接的に『法人格取得の自由』というところまで、憲法的な自由の問題として議論するということはあまりなかった」が、「市民の自発的なグループ活動が、団体としての活動を十分に実質的に展開しようとすれば、いろいろな意味で法人格を持っていたほうがいい」のであって、それが「必然の条理」であり、そのような「『法人格を取得する自由』というものの、本来もっと古典的な自由権の中身として当然視されてもよかったのかもしれない」と平成9年（1997年）に述べた¹⁵⁾。

また民法学者の大村敦志も「『結社の自由』を出発点として、その延長線上に『法人格の付与』の問題を位置づけよう」とする論文を平成15年（2003年）に発表している¹⁶⁾。

憲法学者の樋口陽一もかねてから、先ほど紹介したような立場から、「諸個人が結社する自由、諸個人が法人をつくる場面での憲法上の保障については、ほとんど論ぜられていない」とした上で「…その法人になることが

できるかどうかをもっぱら立法政策の問題とする一般的理解は、諸個人の人權にとって「冷淡」であると批判している。その上で「日本の現行法制で、法人設立の条件が非常に厳しく、かつ、その運用も厳しい…ことこそ、結社の自由との関係で問題にされなければならない」としていた¹⁷⁾。

2 井上武史の結社の法人格取得権論

こうした法学諸分野からの結社の自由と法人格の付与の関係の見直しの必要性の指摘を受けて提唱されたのが、井上武史の結社の法人格取得権論である。

井上は、「理論的な観点から見た場合、結社設立の自由を認めておきながら、設立された結社が法の世界において権利主体として活動することを認めないという通説の『結社の自由』理解は、果たして整合的かつ説得的な憲法解釈なのであろうか。また、法人格取得の実際上の必要性を示しておきながら、具体的な法人制度については憲法学の関知するところではなく、立法政策にゆだねるとすることは、責任ある解釈態度なのだろうか」と問い、「法人格がないために対外的な取引を制約された団体に、十分な活動を期待できるかは疑問」とし、「日本においても、小規模又は短期間の団体ならばともかく、継続的に何らかの社会的活動をしようとするれば、運営費（会費又は寄付）の確保、活動のための施設・設備の保有および第三者との取引などの必要性から・・・団体自体が現実活動するための物的手段や法の世界で活動するための法的手段といった活動手段、つまり法人格（法的能力）を持つことが不可欠だろう」とする¹⁸⁾。

さらに、井上は、このような見地から「法人格の取得の効果を直接的に結社の自由の内容として理解」しようとする。そして「国家に対して結社が法人格の取得を求めることができるようにすること」すなわち「結社の法人格取得権」を結社の自由の保障内容として主張する。すなわち「憲法解釈論としていえば、結社の自由の保障効果には、法人格取得権が含まれ

ると理解することになる」とするのだ¹⁹⁾。

結社の法人格取得権の内容だが、井上は、「現実には結社が法人格を取得するには、要件や手続を定めた具体的な法人制度が整備されなければならないこと」および「その付与に際しては国の何らかの関与が必要であること」を考慮し、「文字通りの『自由』と捉えること」は「無理」とした上で、「国家に対して結社が法人格の取得を求めることができること」とする²⁰⁾。井上は、現時点では、結社の法人格取得権の具体的内容についてこれ以上のことを明らかにしていない。

ともあれ、井上の結社の法人格取得権論は、フランスにおける20世紀初頭のレオン・ミシュールらの法人論、法制度および判例の展開、現代フランスにおける公法学説等を踏まえた極めて周到かつ画期的な学説である。その憲法学に対するインパクトを次に紹介する。

3 結社の法人格取得権論のインパクト

井上武史の結社の法人格取得権の提唱は憲法学に大きなインパクトを与えており、それは今後ますます大きくなることが予想される。

横大道聡は、この井上の「法人格取得権も結社の自由の保障内容に含まれると解すべきとする主張も有力になりつつある」としている²¹⁾。また大石眞は、近年出版された基本書で、社団や団体に対する法人格の付与について、本来、「憲法二一条で保障されている結社の自由との関係で、団体の適切な管理・運営のためには、独立した法人格をもつことができるようにすることが結社の自由を保障した趣旨に適うという視点から、憲法学・公法学でも大いに議論すべきものである」とし、井上らの名を明記している²²⁾。

また田近肇も「結社が現実活動するための物的手段と法の世界で活動するための法的手段という活動手段—すなわち法人格—の保障も憲法上要求されると説く見解が主張されている」としている²³⁾。明記されていない

いが、井上説を指すものと考えられる。

さらに、Ⅱ－二でみたとおり結社の自由に法人格取得権を含ませることに消極的であった佐藤幸治が近年出版されたその基本書では憲法21条1項の「『結社の自由』の保障は、法人格をもつか否かにかかわりなく及ぶことももちろんであるが、法人格を有することは法的に種々の便益をとまなう。したがって法人格付与のあり方も、『結社の自由』の保障とは無関係ではない」²⁴⁾とし、結社の自由と法人格との関連について考慮していることも注目に値する。

4. フランスの制度および公法学説

次に井上が参照しているフランスにおける結社の自由についての法制度、憲法院判決および公法学説について、井上の研究に依拠しつつ、紹介しておく。

① 1901年の結社法

人権の母国フランスでは、フランス革命以来一世紀余にわたって結社の自由は保障されていなかった。1789年フランス人権宣言に結社の自由についての規定はなく、結社は、1791年のル・シャプリエ法（6月14日デクレ）等、1810年のナポレオン刑法典の「結社罪」（同法291条～294条）によって19世紀を通じて原則として禁圧されてきた²⁵⁾。しかし「一九世紀後半以降、さまざまな団体の活動はフランスでももはや無視しがたいものとな」²⁶⁾り、1901年のいわゆる結社法（非営利社団契約に関する1901年7月1日法律²⁷⁾—以下「結社法」とする。）によって結社の自由が保障されることとなった。この時期（第三共和政）のフランスでは、3つの憲法的法律からなる憲法典に国民の権利に関する条項がなく、「一七八九年宣言以来の人権理念」は「議会こそがその実現の担い手としていちばん適格と目され」「一連の立法によって、自由権の確保が追求された」のである²⁸⁾。結社法もそうした議会による自由権確保のための立法のひとつである。

結社法は、結社の自由を「契約の自由」によって基礎付け（法1条）、結社が法の保護を受けるには届出を必要とし（法2条・5条）、結社には、段階的に法人格が付与された（法2条・6条・11条）²⁹⁾。特に同法6条は、「適法に届出のなされた非営利社団」の「すべて」に一定の法的能力すなわち法人格を認める画期的な条文である。

② 結社の自由の原理の憲法化

結社法は、フランスの現行法であるが、その法秩序における位置づけは1971年に憲法院決定（Cons. const., 16 juill. 1971 n° 71-44 DC）により決定的に異なったものとなる。同決定は「共和国の諸法律により承認され、かつ、憲法前文によって厳粛に再確認された基本的な諸原理に、結社の自由の原理が並んで当然である。この原理は結社の契約に関する1901年7月1日法律の一般条項の基盤にある」³⁰⁾として、結社法の基盤にある結社の自由の原理に憲法的地位を認めた。同決定は、その上で、付託された結社法改正案の第3条について、「その公布前に憲法適合性審査が憲法院に付託されたところの法律第3条の規定は、届出結社の法的能力の獲得がその法律適合性についての司法機関の事前のコントロールに従うことになりうる手続を創設することを目的にする」ので憲法に違反する³¹⁾とした。届出結社の法人格取得について司法機関が事前に審査することを違憲とする趣旨であり、結社の法人格取得に憲法的価値を認めているように読める。この判旨について、井上は、「法人格取得権の憲法的保障を正面から認める」ものであるとしている³²⁾。フランスの公法学者であるジャン・モランジュも本決定を引用しつつ、「つまり、結社は、それらに十分な手段を自由に使えることを可能にする法人格をまったく自由に獲得できる」としている³³⁾。

このように、フランスでは結社の自由の原理は、1971年の憲法院決定によって憲法上の価値を認められた。そしてそこには結社の法人格取得権が含まれるのである。

② フランスの公法学説における結社の法人格取得権

フランスの有力な公法学者であるジャン・モランジュ³⁴⁾は、結社としての法人格の不可欠性を次のように説く。

すなわち、ある種のグループは、何らかの手段を持たずともその目的を達成しうるが、「しかし、結社がある程度の規模になるやいなや、結社が外の世界で何らかの活動をするを欲するやいなや、そのような段階は乗り越えられる」のであり、「純粹に知的なものであっても、結社は、発展する予定であるならば、法人格なしで済ますのは難しい」。具体的には、「自分たちの部屋（local）の所有、最低限の常勤で有給のスタッフがすぐに必要となる」と。

モランジュは、続けて、結社にとっての法人格の不可欠性を法的な面と実際上の面から次のように説く。

すなわち、「法人格は、閉鎖的なサークルであることに満足せず、一定の対外的な活動をしようと欲し、地方的ないし全国的な生活に何らかの影響を持つことを欲するのであれば、必要不可欠」であり、「法人格は、法的な面で活動するために、および手紙ないしパンフレットを送ることによってであれ、新聞を発行することによってであれ、広告の使用によってであれ、公的な集会を組織することによってであれ、興業を上演することによってであれ、実際に活動するために、結社にとっては二重に有用である。その目的は、慈善的ないし私利私欲的なものであると同様に言葉の広い意味ですぐれて政治的でありうる」³⁵⁾と。

結社にとっての法人格の不可欠性をこのように認識した上で、モランジュは、「結社の自由に憲法的基礎を認め、結社の自由の原則を確立し、それらの個性の保護を保障しても、それらは、結社にその目的を実現するための手段が与えられないならば、何の意味もないだろう」と³⁶⁾、結社の目的実現のための手段すなわち法人格の必要性を強く説く³⁷⁾。

このように結社の法人格取得の必要性は、フランスではかねてから有力な（龍法 '26）59-1, 228（228）

公法学者によっても説かれているのである。

小括

以上の通り、平成8年決定後、中間団体の法人格取得についての我が国の法制度は抜本的に改革され、今日では、中間団体にとって法人格を取得し、それを維持する利益は、決して立法府や行政庁の広い裁量に委ねられるべきものではなく、国民にとっても法律上および憲法上の価値のあるものとなった。また憲法学説も大きく変化し、中間団体が法人格を取得することが憲法21条1項の保障する結社の自由に含まれるとの学説が有力化した。そしてフランスでは結社の法人格取得権は結社の自由の一内容として憲法上の価値を認められており、有力な公法学者も結社にとっての法人格取得の必要不可欠性を説いているのである。

これらの事情を考慮すれば、結社の法人格取得権を憲法21条1項の保障する結社の自由のひとつとして認めることは何ら不自然ではないどころか、我が国における憲法秩序の現代的な理解として必要不可欠である。

以上は、憲法21条1項の保障する結社の自由についての憲法学的知見であるが、同条同項の特別規定である憲法20条1項の保障する宗教的結社の自由にもそれが適用されるのは当然である。本件で問題となるのは、宗教団体の結社の自由であるから、以下、本意見書では、憲法20条1項の保障する宗教団体の宗教的結社の自由に含まれる法人格取得権を前提として論を進める。

なお、芦部信喜は、何らかの権利主張を憲法上のものとして認める要件として、憲法13条の幸福追求権に関してではあるが、「長期間国民生活に基本的なものであったという歴史的正当性、多数の国民がしばしば行使し若しくは行使できるという普遍性、他人の基本権を侵害するおそれがない（若しくはきわめて少ない）という公共性」を挙げている³⁸⁾。この芦部の

示した三要件に照らしても、結社の法人格取得権を憲法21条1項から導き出すことは、何ら支障がないだろう。

Ⅲ 宗教法人法の解散命令と宗教団体の法人格取得権

一 憲法20条1項の信教の自由の保障内容

信教の自由の内容については三分説が通説である。

芦部信喜によれば、その内容は第一に「宗教を信仰し、または信仰しないこと、信仰する宗教を選択し変更することについて、各人が任意に決定できる自由」としての信仰の自由である³⁹⁾。第二に「信仰に関連して祭壇や堂宇を設け、礼拝・祈祷その他宗教上の祝典・儀式・行事および布教等を各人単独で、または他の者と共同して（このかぎりでは、宗教的結社の自由も含まれてくる）、任意に行うことのできる自由」としての宗教的行為の自由である。この場合「宗教上の教義を宣伝・普及する自由、すなわち布教の自由は、直接には表現の自由の問題となる」と芦部は説く⁴⁰⁾。さらに、第三に、芦部によれば、信教の自由の保障内容には、「宗教団体を結成する自由」および「その団体への加入または不加入もしくは脱退の自由」を具体的内容とする宗教的結社の自由も含まれる⁴¹⁾。

本意見書は、この信教の自由の第三の内容である宗教的結社の自由に、Ⅱで説明した通り、宗教団体の法人格取得権が含まれると主張するものである。

二 宗教法人法上の解散命令と宗教的結社の法人格取得権

1 宗教的結社の法人格取得権の具体的内容

本意見書の立場では、憲法20条1項は宗教団体に法人格取得権を保障している。それは、Ⅱで説明した諸学説、フランスの法制度、フランスの公法学説等を参照すると、宗教団体が国家に対して法人格を取得しうる制度（龍法 '26）59-1, 230（230）

を整備することを要求し、その制度に基づいて法人格を取得することを請求し、法人格を取得し、それを使用し続ける権利であるといえる。

現在、我が国では宗教法人法が制定され、「宗教の教義をひろめ、儀式行事を行い、及び信者を教化育成することを主たる目的とする」団体と定義された「宗教団体」（法2条）は、所轄庁（都道府県）の認証⁴²⁾を受ける（法12条）ことによって法人を設立できる。この宗教法人法の性格について、田近肇は、「純然たる法人格付与法であって、信教の自由の制限を定めて宗教活動を統制することは目的としていないと解すべき」としている⁴³⁾。同法の制定当時GHQ宗教課のスタッフだったウィリアム・P・ウッタードは、同法の制定過程を振り返り、「この法律の制定の目的はただ一つ、すなわち諸宗教団体が法人格を得ることができるようにすること以外には全くない」⁴⁴⁾ ことについて日本側の「官吏たち」を「納得させるのに、実に長い時間がかかった」と振り返っている。このように同法は、宗教団体に法人格を付与することを主たる目的とした立法であり、憲法20条1項の保障する宗教団体の法人格取得権を具体化した立法であると評価できる。

したがって我が国の宗教団体は、憲法20条1項および宗教法人法に基づき、法人格を取得し、それを使用し続ける具体的な権利がある。

2 宗教法人への解散命令は宗教団体の法人格取得権の制約に当る

それゆえ、宗教団体に法人格の取得を認めず、あるいはいったん法人格を取得した宗教団体からそれを剥奪することは、宗教団体の法人格取得権という憲法および法律に基づく具体的な権利の制約に当たる。ある程度以上の規模の宗教団体では、その活動を維持・発展させ、また対外的な諸活動をするために法人格は必要不可欠であり、憲法20条1項はそのことを前提に宗教団体の法人格取得権を保障しているからである。この法人格取得権は純然たる自由権ではなく請求権的側面を有するが、法人格の取得が認められず、いったん付与された法人格が剥奪されることは、この権利の制

約にあたる。それは、憲法21条1項が保障し情報公開法によって具体化された知る権利が国の機関による情報の不開示決定により制約され、また憲法25条1項が保障し生活保護法によって具体化された生存権が国の設定した生活保護基準によって制約されるのと同様である。

3 宗教団体の法人格取得権の制約の合憲性審査のあり方

それでは、宗教団体の法人格取得権を制約する法令の合憲性審査のあり方はどうあるべきであろうか。法人格は、団体が法の世界で活動するために不可欠の法技術であり、法人格が付与されることによって団体は法の世界の様々な権利および義務の帰属点となる。したがって団体にとって法人格を取得し、それを利用し続けることは、重要な権利である。実際、最高裁も八幡製鉄所事件において「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、国内の法人にも適用されると解すべき」（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁）としている⁴⁵⁾とおり、法人格は憲法上の権利の帰属点にもなるのだ。

それゆえに団体へ法人格の付与を国が拒否することや団体がいったん得た法人格を国が剥奪することは、憲法上の権利も含む様々な権利を団体が享受する前提を国が否定することである。したがってそうした法令の合憲性の審査は、厳格な基準によらなければならない。

厳格な基準といっても、本件では、宗教法人の解散命令についての宗教法人法81条1項1号の法令としての憲法適合性が問題となっているのではなく、その特別抗告人への適用が問題となっているので、なすべきは、同法同条同項同号の憲法適合的解釈である。具体的には、同法同条同項同号の「法令に違反して、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為をした」場合という文言の憲法適合的解釈である。この文言は「公共の福祉」という抽象概念を用いているから、それに何ら限定解釈を施さない場合には、宗教団体の法人格取得権に対する過度な制約を認める条項とし

で法令違憲といわざるをえない。ゆえに、そうならないように、この文言に憲法適合的解釈を施す必要がある。

具体的には、憲法20条1項が保障する権利である宗教団体の法人格取得権とその対抗利益との利益衡量を同法同条同項同号がどのようにしているのかを確定する必要がある。

三 宗教法人法81条1項1号の限定解釈

本号にいう「法令」とは、ある解説書によれば、「宗教法人法は、もちろん、あらゆる法律、命令・条例など指す」と解されている。また「本号に該当する行為の主体は宗教法人」である。「著しく」「明らかに」の用語は「その行為が客観的・明白な行為であることを強調する」⁴⁶⁾ものであると解されている。

また最決令和7年(2025年)3月3日(LEX/DB 文献番号25574121)は、民法709条の「不法行為を構成する行為」が本号の「法令に違反」する行為に「当たると解したとしても、同号の文理に反するものではな」く、「むしろ、上記のように解することが同号の趣旨に沿う」としている。なぜなら「民法709条の不法行為を構成する行為は、故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害するものであるから、当該行為が著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる事態を招来するものであってこれに関係した宗教団体に法律上の能力を与えたままにしておくことが不適切となることも、十分にあり得ること」だからだという。

ところで、憲法12条、13条等で用いられている「公共の福祉」という文言は極めて抽象的であるが、憲法学説では、その内容を比較考量論によって確定するというアプローチが今なおメインストリームである⁴⁷⁾。すなわち人権を「制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較し、前者の価値が高いと判断される場合には、それによって人権を制限することができる」との考えである⁴⁸⁾。宗

教法人法81条1項1号の「公共の福祉」もこれと同義と解される。

そうすると、解散命令によって宗教団体から法人格を剥奪する利益は、その法人格取得権という憲法上の権利（それも精神的自由権！）である以上、それが認められるためには、それを制限する場合にもたらされる利益は、その価値よりも高くなくてはならない。

はたして、民法709条の不法行為を構成する行為によってもたらされる害悪といえども、人の生命や人身の自由とは直接関わらない経済的な利益の侵害の防止をもって、憲法上の宗教法人の法人格取得権を制限しないことによってもたらされる利益よりも価値が高いと評価できるであろうか。前者は、損害賠償請求によって回復可能な利益である。それに対して後者は、Ⅱ－三で述べたとおり、宗教団体をして、法的な面でも実際上の面でも活動することに必要不可欠な利益である。

かつ、宗教法人法81条1項1号には「著しく」との文言がある。他者の経済的利益を「著しく」侵害する経済上の不法行為とは何であろうか。それに該当するのは、他者の生活の基盤を根底から奪い、事後の損害賠償請求では容易に回復しがたいような経済的利益の侵害といった例外的な場合に限られるであろう。

ともあれ、不法行為といっても他者の生命・身体にかかわるものから他者の経済的利益にかかわるものまで千差万別である。「法令に違反」する行為に民法709条の不法行為を構成する行為を含めるのであれば、その防止が憲法上の権利である宗教団体の法人格取得権の制約を正当化するだけの価値を持つものでなければならない。

かつ、解散命令が認められるのは、宗教法人の行為が公共の福祉を著しく害することが「明らか」な場合に限られる。この「明らか」という文言も憲法上の権利である宗教団体の法人格取得権を制約する立法におけるものである以上、極めて限定的に解釈しなければならない。当該宗教法人が公共の福祉を著しく害する「可能性がある」といった漠然とした危険で

「明らか」であると解釈してはならず、またその危険が現在するもので、他の手段によっては防止できないようなものでなければならない。泉佐野市民会館事件判決（最判平成7年3月7日、民集49巻3号687頁）が地方自治法244条2項の「正当な理由」を具体化した「公の秩序をみだすおそれがある場合」との泉佐野市「市民会館条例」7条の文言を限定解釈し、同条の意味を「本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険」の回避・防止であり、さらにそうした「危険な事態が生ずる蓋然性があるというだけではたりず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」としたことが参考になるであろう。成田新法事件判決（最判平成4年7月1日、民集46巻5号1425頁）が、いわゆる「成田新法」（成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法（昭和53年法律第42号））が「暴力主義的破壊活動者」を「暴力主義的破壊活動等を行い、又は行うおそれがあると認められる者」と定義した（同法2条2項）のを「暴力主義的破壊活動を現に行っている者又はこれを行う蓋然性の高い者」と限定解釈したことも参考になるであろう。

なお、特別抗告人に対する所轄庁の宗教法人法上の質問権行使、また解散命令請求を行うことを求める議論が「有力に主張されている」とした上で、「問題のある宗教法人が一部に存在し、それに対処する必要があることには疑いがない。しかし、だからといって、宗教法人の活動を包括的に規制・監督する権限を所轄庁に認めることは適当ではなく、宗教活動を規制する行政機関の権限は、問題ごとに個別的に正当化する必要があろう。法人等による寄附の不当な勧誘の防止等に関する法律（令和4年法律第105号）が定める寄附勧誘規制は、まさにそのような個別的な規制の例として位置づけることができる」との指摘が憲法学界からなされている⁴⁹⁾ことにも留意されたい。前記の宗教法人法81条1項1号の「公共の福祉を著しく害する」ことが「明らか」とは、この不当勧誘防止法等による取り

締まりでもってしても防止しがたいような重大な害悪の発生が現在していることと解釈すべきである。

四 本件東京高裁決定の評価

以上を踏まえて、本件の東京高裁決定（令和 8 年（2026 年）3 月 4 日、判例集未搭載一以下、「原決定」とする。）を憲法学の見地から評価する。

まず原決定は、宗教法人法81条1項1号の「著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為」との文言の憲法の趣旨に即した限定解釈が必要であったにもかかわらず、それを行わず、特別抗告人の目的、不相当献金勧誘行為等の態様の悪質性および結果の重大性該当性を安易に認めている。その際、「信者らが不相当献金等勧誘行為等を行うこと」を特別抗告人が「未必的に容認」したとか、「信者らによる不相当献金勧誘行為が継続することを容易に認識することが可能であるにもかかわらずその防止のために十分な措置を執ら」なかったなどとして、未必的な故意や不作为をもって、信者らの行為を安易に宗教法人たる特別抗告人の行為と見なし（156頁）、不相当献金勧誘行為の対象者の「自由な意思を制限し、献金等行為をするか否かについて適切な判断をすることが困難な状態に陥らせた」（156-157頁）など何の説明もなく認定してその態様の悪質性を認め、財産上の損害および慰謝料に相当する精神的苦痛について和解金の額を算入するなどして「結果は重大」（157頁）などとしている。憲法上の権利である宗教団体の法人格取得権を剥奪する法令の解釈として、これは極めて不適切である。なぜなら法律の文言がしているであろう利益考量を考慮することなく、特別抗告人にとって不利な事情だけを一方のはかりにかけているからである。

この点で、原決定は、宗教団体の法人格取得権という憲法上の権利を考慮せず、憲法の解釈を誤り（非訟事件手続法（平成23年法律第51号）75条）、その結果、宗教法人法81条1項1号の解釈を誤ったものと評価でき（龍法 '26）59-1, 236（236）

る。

つぎに原決定は、特別被告人の宗教法人法81条1項1号該当性を認めた上で、不相当献金等勧誘行為等によって侵害された利益は「私益」にすぎないとする特別被告人（原決定では被告人）の主張を退けるにあたって特別被告人によって損なわれたのは「一般市民が財産上の利益を侵害されることなく平穩に生活することのできる社会秩序を維持するという公共の利益」と「みるべき」（158頁）と、その利益の侵害の現在性を問うことなく、はかりの一方にのせる利益を唐突に誇大視し、特別被告人の宗教法人法81条1項1号該当性を認めてしまっている。そしてその際に、はかりのもう一方にのせるべき利益すなわち宗教団体の法人格取得権という憲法上の権利を一顧だにしていない。しかも、いわゆるコンプライアンス宣言後の不相当献金勧誘行為の「件数や被害額は必ずしも明らかではない」としたり、同宣言後も「不相当献金等勧誘行為の件数や被害額」は「それまでも同水準で推移したものと推認するのが合理的」（159頁）などと「著しく公共の福祉を害する」行為が現在も特別被告人によってなされていることが「明らか」とは到底評価できていないにもかかわらず、特別被告人の宗教法人法81条1項1号該当性を安易に認めている。ここでも、原決定は、憲法上要請される利益考量をしないという憲法解釈の誤りを犯している。

さらに特別被告人を解散する必要性について、原決定は、特別被告人の信者らが安倍晋三元総理大臣の銃撃事件後に行った「不相当献金等勧誘行為等が問題となった民事訴訟等の存在は、証拠上明らかではない」としつつ、現在もなお特別被告人の信者らによって「不相当献金勧誘行為が行われるおそれがある」としている（162頁）。ここでも危険が現在し、他の手段ではその危険が防止しがたいことの論証がなく、「証拠上明らかではない」「おそれ」によって特別被告人の宗教団体の法人格取得権という憲法上の権利の剥奪を安易に認めてしまっており、憲法の解釈を誤ったと言わざるをえない。

以上のように原決定が幾重にも憲法および宗教法人法の解釈を誤った究極の原因は、憲法20条1項が宗教団体の法人格取得権を保障していることを理解せずに「解散命令によって宗教法人が解散しても、信者は、法人格を有しない宗教団体を存続させ、あるいは、これを新たに結成することが妨げられるわけではなく、また、宗教上の行為を行い、その用に供する施設や物品を新たに調えることは妨げられるわけではない。すなわち、解散命令は、信者の宗教上の行為を禁止したり制限したりする法的効果を一切伴わない」(161頁)としたところにある。すなわち、利益考量のはかりの一方に乘せるべき憲法上の権利を否定し、はかりのそちら側の皿には何もかも乗せず、憲法上の権利の対抗利益の側の皿にだけ重みを惜しげも無く乗せていったのである。つまりなすべき利益考量をしなかったのである。このように憲法解釈を根本的に誤った原決定は破棄されるべきである。

IV 非訟事件と裁判の公開

一 裁判の公開

憲法82条1項は、「裁判の対審及び判決は公開法廷でこれを行ふ」と規定する。裁判の公開は、憲法32条、37条1項の要請するところでもある。

本条の「裁判」とは、判例上、「性質上純然たる訴訟事件」すなわち「当事者の意思いかんに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判」のこととされている(最大決昭和35年(1960年)7月6日、民集14卷9号1657頁)。裏返せば「性質上純然たる訴訟事件」ではないものは、本条の「裁判」には当たらないとされている。そしてそうした事件(非訟事件)は、非訟事件手続法等の定める手続によって行われ、本条の裁判の公開原則も及ばない(非訟事件手続法30条参照)⁵⁰⁾。

二 本件解散命令へのあてはめ

ところで宗教法人法81条7項は、宗教法人の解散にかかわる「裁判に関する手続については、非訟事件手続法（平成23年法律第51号）の定めるところによる」としている。つまり解散にかかわる「裁判」は「裁判」ではなく非訟事件であるとしているのだ。

しかし、宗教法人に対する解散命令は、法人格取得権も含む宗教的結社の自由（憲法20条1項）を強く制約するものであり、事実関係を終局的に確定し、それに基づいて国民の権利を制約するものであるから「性質上純然たる訴訟事件」であり、憲法82条1項のいう「裁判」であり、公開されなければならない。憲法82条2項が「この憲法第三章で保障する国民の権利が問題となっている事件の対審は、常にこれを公開しなければいけない」としていることからこのことは明らかである。

このように特別抗告人への本件の解散命令は、憲法82条1項のいう「裁判」すなわち「性質上純然たる訴訟事件」であるにもかかわらず、非訟事件手続法の定める非公開の手続でなされたのであり、それを定めた宗教法人法81条7項は憲法82条1項違反であり、違憲無効（憲法98条1項）というべきである。

まとめ

佐藤幸治は、信教の自由の保障のあり方は「精神的自由の保障のあり方を示すバロメーターの意義を持っている」とする⁵¹⁾。本件における最高裁の判断は、ひとり特別抗告人の信教の自由のみならず、我が国における精神的自由の保障の程度に大きくかわる。本件で最高裁判所が特別抗告人の特別抗告を棄却し、本件の解散命令を容認するならば、その程度は大きく引き下げられるだろう。それだけではなく、本件は、我が国の現行憲法の基本構造のなかで中間団体をどのように位置づけるのかという極めて

重要な問題にかかわる事案である。すなわち、本件で、最高裁判所が、宗教的結社を含む結社の法人格取得権を認めるか否かは、同裁判所が我が国の現行憲法が19世紀の憲法史に由来する国家と個人の二極構造を前提にしていると解するのか、それとも20世紀的な現代憲法の国家と中間団体と個人の三極構造を前提にしていると解するのかの分かれ道である。最高裁の平成8年決定の時代にはこの点は、憲法学でも政治の場でも裁判所でも意識されていなかった。しかしその後、中間団体への法人格付与法制が抜本的に転換し、いまや中間団体が法人格を得られることは法的に保護される利益となった。また憲法学説でも中間団体の法人格取得権が憲法上の権利として有力に主張されるようになった。

最高裁判所は、いまや、平成8年決定を克服し、1789年フランス人権宣言とは異なり結社の自由を明文で保障した現行憲法への理解を深め、もって信教の自由をより手厚く保障し、そのためにも宗教的結社を含む結社の法人格取得権を承認する途を進むべきである。

- 1) 高畑英一郎「宗教法人の解散命令と信教の自由—宗教法人オウム真理教解散命令事件」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿・小島慎司編『憲法判例百選 I 〔第8版〕』有斐閣、2025年、87頁。
- 2) 井上武史『結社の自由の法理』信山社、2014年、6-7頁。
- 3) なお同事件に関連して、「いったん与えられた法人格を剥奪しようとする場合には、それが団体の活動に悪影響をもたらすことが考慮に入れられなければならない」（毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ 人権〔第3版〕』有斐閣、2022年、267頁）ないし「いったん付与した法人格剥奪の場面であり、新規付与の場合と区別される余地はある」（横大道聡「公益法人制度改革・法人格取得・結社の自由」慶應義塾大学法学研究会「法學研究」91巻1号、2018年、154頁）との見解も有力である。いずれも法人格の剥奪ということを重視している。
- 4) この公益法人制度改革関連法の概要については小町谷育子・藤原家康・牧田潤一郎・秋山淳『Q&A 一般法人法・公益法人法解説』三省堂、2008年を参照。
- 5) 井上武史・前掲注2、325頁。

- 6) 初宿正典・辻村みよ子編『新解説 世界憲法集 (第6版)』三省堂、2025年、257-258頁。
- 7) 樋口陽一『憲法 第五版』勁草書房、2025年、30-31頁。
- 8) 樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』東京大学出版会、1994年、68頁。
- 9) 樋口陽一・前掲注7、158頁。
- 10) 樋口陽一・前掲注8、69頁。
- 11) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』青林書院、1995年、550頁。
- 12) 佐藤幸治・同前、491頁。
- 13) 芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』日本評論社、2011年、185頁〔市川正人執筆〕。
- 14) 毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法Ⅱ 人権〔第3版〕』有斐閣、2022年、267頁。
- 15) 雨宮孝子ほか「〈座談会〉NPO法の検討—市民活動団体の法人化について」ジュリスト1105号 (1997年)、17-18頁 (磯部力発言)。
- 16) 大村敦志「『結社の自由』の民法学的再検討・序説」NBL767号 (2003年) 54-55頁。なお大村のこの論文は、憲法論として結社の自由と法人格の付与を結びつけることに成功していない。しかし発表の時点では、その後の議論を方向付ける極めて貴重なものである。
- 17) 樋口陽一・前掲注7、237-238頁。
- 18) 井上武史・前掲注2、320頁。
- 19) 井上武史・同前、323-324頁。
- 20) 井上武史・同前、323-324頁。
- 21) 横大道聡・前掲注3、154頁、同「『法人』の『政治活動』の自由・再考—公益社団法人・NPO法人の場合」日本選挙学会「日本選挙学会年報 選挙研究」34-1、木鐸社、2018年、118-131頁も参照。
- 22) 大石眞『憲法概論Ⅱ 基本権保障』有斐閣、2021年、42頁。
- 23) 田近肇「結社の自由」大石眞・石川健治編『憲法の争点』有斐閣、2008年、141頁。
- 24) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』成文堂、2020年、328頁。
- 25) 井上武史・前掲注2、17-20頁参照。大村敦志・前掲注⑩57頁も参照。
- 26) 大村敦志・前掲注16、59頁。
- 27) 井上武史・前掲注2、353頁以下に全文の翻訳がある。本意見書でのこの法律からの引用はこの井上武史の翻訳による。
- 28) 樋口陽一『比較憲法〔全訂第三版〕』青林書院、1998年、160-161頁。
- 29) 大村敦志・前掲注16、59頁。
- 30) Patrick Gaïa et al.; ouvrage créé par Louis Favoreu, Loïc Philip. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel 19e éd.* Dalloz, 2018. pp.446-447.
- 31) Patrick Gaïa et al., *op. cit.*, 447.

- 32) 井上武史・前掲注2、148頁。
- 33) Jean Morange, *Droits de l'homme et libertés publique*, 5e éd., PUF, 2000, p.260.
- 34) ジャン・モランジュ(藤田久一・藤田ジャクリン訳)『人権の誕生：フランス人権宣言を読む』有信堂高文社、1990年で我が国でもつとに知られている。
- 35) Jean Morange, *La liberté d'association en droit public français*, PUF, 1977, pp.155-156.
- 36) Jean Morange, op. cite(n°35), p.155.
- 37) フランスの公法学者のジル・ルブルトンも次のように説く。すなわち「結社の自由のもっとも根本的な側面は、疑いなく、法人格を手に入れる結社のこの権利に存する。その権利に対して行政は自由裁量権を持っていない。法人格の獲得のみが、結社に、実際に、その名で契約を結び、裁判で行為し、相続財産を保有することを可能にする」と(Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8e éd., Armand Colin, 2009, p.539.)。
- 38) 芦部信喜『憲法 第八版』岩波書店、2023年、124-125頁。
- 39) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』有斐閣、2000年、122-124頁。
- 40) 芦部信喜・同前、124頁。
- 41) 芦部信喜・同前、125頁。
- 42) なお、この認証審査では事実確認など一定の実質的審査が許されるとする最判昭和41年3月31日(訟月12巻5号669頁)がある。
- 43) 田近肇「宗教法人法と国家の権限」法学教室515号、2023年8月号、52頁。戦前の宗教団体法の特徴、GHQによるいわゆる「人権指令」(1945年10月4日)による宗教団体法の廃止、それに代わる宗教法人令(昭和20年勅令第719号)の制定、そして宗教法人法の制定へといたる経緯についても同論文を参照。
- 44) ウィリアム・P・ウッタード・阿部美哉訳『天皇と神道』サイマル出版会、1988年、111頁。
- 45) なお「人が自己の信仰生活の静謐を他者の宗教上の行為によって害されたとし、そのことに不快の感情を持ち、そのようなことがないよう望むことのあるのは、その心情として当然である」と指摘しつつも、それを被侵害利益として、直ちに損害賠償や差止めを請求するなどの法的救済を求めることができるとするならば「かえって相手方の信教の自由を妨げる結果となるに至る」こととなりかねない(最大判昭和63年6月1日、民集42巻5号277頁)として、訴訟当事者ではない神社(宗教法人)が憲法20条1項の保障する信教の自由の享有主体であることを当然の前提とした最高裁判決もある。
- 46) 渡部蓊『逐条解説 宗教法人法〈第4次改訂版〉』ぎょうせい、2009年、378頁。

- 47) もっとも、憲法学にも、憲法の「公共の福祉」という文言の人権制約原理としての抽象性を問題とし、国際法学者らからのその指摘は、「人権条約なみに具体的に人権制約が認められる／認められない場面を明示するような憲法改正に繋がり得る」とするものもある（横大道聡・吉田俊弘『憲法のリテラシー—問いから始める15のレッスン』有斐閣、2022年、228頁）。このように憲法の「公共の福祉」という文言はそれ自体人権制約原理として問題のあるものである。しかし、本意見書では現行憲法を前提とせざるをえないので、この問題にはこれ以上立ち入らない。
- 48) 芦部信喜・前掲注38、105頁。
- 49) 田近肇・前掲注43、53頁。
- 50) このような判例の立場については「公開・対審・判決の構造を基礎としつつ、公開手続によらずに権利義務の存否を含めて終局的決定を図っても憲法上許される場合がある」としつつ「その際、訴訟手続か非訟手続かという二分思考に固執せず、事件の類型や性質・内容に即した適正な審理方法の可能性が探求されるべきものと思われる」との有力な批判も憲法学にはある（佐藤幸治・前掲注24、658頁）。
- 51) 佐藤幸治・前掲注24、252頁。


~~~~~  
**法学会消息**  
~~~~~

〈人 事〉

○大森 健教授は、2026年3月31日をもって退職した。

○杉本好央教授は、2026年4月1日をもって着任した。

2 2025年度龍谷大学法学会決算報告
＜一般会計＞

収入の部 2025/4/1～2026/3/31 単位:円

項 目		2025年度決算	2025年度予算	増 減
前年度繰越金		9,397,134	9,397,134	0
当 年 度 収 入	新入生会員費 * 1	8,252,000	8,094,000	158,000
	在学生会員費 * 2			
	教職員会員費 36名(内新入会員3名)	150,000	150,000	0
	賛助会員費(投稿料含む)	12,000	0	12,000
	雑収入	0	0	0
当年度収入額 計		8,414,000	8,244,000	170,000
前期末前受金 * 3		-1,864,000	-1,864,000	0
前受金 * 4		2,088,000	1,864,000	224,000
合 計		18,035,134	17,641,134	394,000

- * 1: 2025年度入学生の入会金・会費(含む大学院生)
* 2: 前年度以前入学生の会費(含む大学院生)
* 3: 2025年度入学生分が2024年度末に入金されるため2024年度の収入
* 4: 2026年度入学者分が2025年度末に入金されるため2025年度の収入
* 5: HP作成運用経費(pdf作成経費)

一般会計 残高 10,251,997 円
特別会計 残高 17,353,050 円
合計 27,605,047 円 2026年3月31日現在

＜特別会計＞

60周年積立金 * 6 4,500,000 円
別途積立金 12,834,700 円
雑収入 * 7 18,350 円
合計 17,353,050 円

- * 6: 2017～2026年度(10年間)に60周年積立金として毎年度50万円を積立予定。
* 7: 2025年度定期預金により発生した利息(一般会計より)

支出の部

単位:円

項 目		2025年度決算	2025年度予算	増 減
事業活動費	研究活動費(研究会)	35,153	1,000,000	-964,847
	学会誌発行費	4,651,426	5,381,000	-729,574
	1) 印刷製本費	3,425,400	3,710,000	-284,600
	2) 原稿料	1,093,000	1,440,000	-347,000
	3) 発送費	82,426	180,000	-97,574
	4) 電子化費 * 5	50,600	51,000	-400
	5) その他	0	0	0
	法律相談補助費	433,648	500,000	-66,352
	学術活動費	0	0	0
	学習活動費	716,075	1,400,000	-683,925
	法学論集刊行費	990,050	969,000	21,050
	演習論集刊行費	861,488	800,000	61,488
	企画・広報学生スタッフLeD'sへの援助費	95,297	100,000	-4,703
	その他	0	20,000	-20,000
	計	7,783,137	10,170,000	-2,386,863
事務費	会議費	0	0	0
	印刷費	0	0	0
	通信費	0	20,000	-20,000
	用品費	0	0	0
	消耗費	0	0	0
	人件費	0	0	0
	計	0	20,000	-20,000
当年度支出額 計		7,783,137	10,190,000	-2,406,863
次年度繰越金(普通預金期末残高)		10,251,997	7,451,134	2,800,863
予備費		0	0	0
合 計		18,035,134	17,641,134	394,000

2025年度 法学会支出明細

番号は執行順

研究活動費				1,000,000
(講師代等)	12	11月15日	法学会研究会開催に伴う講師交通費(11月15日)	1,820
	13	11月15日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼金(11月15日)	33,333
計				35,153
(研究会費)				
計				0
研究活動費計				35,153

学会誌発行費				5,381,000
(印刷製本費)	3	7月1日	『龍谷法学第58巻第1号』並製本400部	979,880
	8	10月10日	『龍谷法学第58巻第2号』並製本400部	803,880
	22	12月25日	『龍谷法学第58巻第3号』並製本400部	829,840
	31	3月4日	『龍谷法学第58巻第4号』並製本400部	811,800
計				3,425,400
(原稿料)	5	7月3日	『龍谷法学』第58巻第1号執筆者への原稿料支出	326,000
	7	9月30日	『龍谷法学』第58巻第2号執筆者への原稿料支出	271,000
	21	12月25日	『龍谷法学』第58巻第3号執筆者への原稿料支出	279,000
	33	3月4日	『龍谷法学』第58巻第4号執筆者への原稿料支出	217,000
計				1,093,000
(電子化費)	4	7月2日	『龍谷法学第58巻第1号』PDF製作費	12,650
	9	10月10日	『龍谷法学第58巻第2号』PDF製作費	12,650
	23	12月25日	『龍谷法学第58巻第3号』PDF製作費	12,650
	30	3月4日	『龍谷法学第58巻第4号』PDF製作費	12,650
計				50,600
(送料)	1	5月1日	『龍谷法学第58巻第1号～第4号』本冊、海外12カ所送付分 切手100円×24枚	2,400
	29	2月20日	『龍谷法学第58巻第1号～第4号』本冊、海外12カ所送付分 切手100円×4枚 500×66枚	33,400
	42	3月19日	龍谷法学第58巻1号～4号 他の大学送付・封入	46,626
計				82,426
学会誌発行費計				4,651,426

法律相談活動補助費			500,000
振1	12月2日	2025年度無料法律相談開催に伴う助成金 開催地:奈良県 日程:2025年9月28日	433,648
法律相談活動補助費計			433,648

学術活動費	0
学術活動費計	0

学習活動費				1,400,000
2	6月12日	特定非営利活動法人 法律専門秘書教育協会 2025年度会費		100,000
6	7月15日	龍谷大学・立命館大学日本法制史合同ゼミへの助成(7月6日)		64,000
11	11月13日	2025年度刑事法合同討論会開催に伴う助成金		102,000
14	12月11日	龍谷大学・立命館大学日本法制史ゼミ合同卒論構想発表会への助成(12月7日)		42,000
15	12月18日	第32回インターカレッジ民法討論会における	1位賞金・優秀質問賞・遠方交通費補助	40,000
16	12月18日	第32回インターカレッジ民法討論会における	2位賞金・遠方交通費補助	25,000
17	12月18日	第32回インターカレッジ民法討論会における	特別奨励賞・出題謝礼	15,000
18	12月18日	第32回インターカレッジ民法討論会における	優秀質問賞	5,000
19	12月18日	第32回インターカレッジ民法討論会における	大会運営費代・学生用お弁当・3位賞金	24,275
20	12月18日	第32回インターカレッジ民法討論会における	教員9名昼食代	10,800
24	12月25日	2025年度司法試験合格者奨励金	1名(在原愛美)	30,000
25	12月25日	2025年度司法試験合格者奨励金	1名(内原はな恵)	30,000
34	3月11日	法学部卒業生内成績優秀者への表彰助成(図書カード購入代)		100,000
35	3月11日	法学部卒業生内成績優秀者への表彰助成(図書カード購入代)		10,000
45	3月23日	第32回インターカレッジ民法討論会への助成(12月13日) 京都産業大・法政大・山形大との合同開催		48,000
46	3月23日	第32回インターカレッジ民法討論会への助成(12月13日) 京都産業大・法政大・山形大との合同開催		70,000
学習活動費計				716,075

法学論集刊行費			969,000
27	2月20日	『法学論集－学生論集－』第55巻 執筆者への謝礼(図書カード購入代)	150,000
28	2月20日	『法学論集』第55巻執筆者抜き刷り送付用レターバックプラス、返信用切手110円 各15部	10,650
32	3月4日	『法学論集－学生論集－』第55巻 900部	829,400
法学論集刊行費計			990,050

演習論集刊行費			800,000
26	1月23日	瀬畑ゼミ	62,856
36	3月13日	今川ゼミ	198,000
37	3月13日	牛尾ゼミ	128,000
38	3月13日	畠山ゼミ	120,000
39	3月13日	浜井ゼミ	97,548
40	3月13日	若林ゼミ	24,416
41	3月19日	濱口ゼミ	80,172
43	3月19日	齊藤ゼミ	78,496
44	3月19日	牛尾ゼミ (フットパスプロジェクト) 法学部内研修	72,000
演習論集刊行費計			861,488

2021法学会HP試作ページ作成雑費	
2021法学会HP試作ページ作成雑費計	
0	

事務費		20,000
(会議費)		
	計	0
(印刷費)		
	計	0
(通信費)		
	計	0
(用品費)		
	計	0
(消耗品費)		
	計	0
(人件費)		
	計	0
事務費計		0

企画・広報学生スタッフLeD'sへの援助費		100,000
10	10月30日 広報スタッフLeD'sへの助成(イベントおよびオープンキャンパスで着用するTシャツ代)	95,297
企画・広報学生スタッフLeD'sへの援助費計		95,297
特別会計への補填		0
特別会計への補填計		0

その他	20,000
その他計	0

予算額計	10,190,000
執行額計	7,783,137

次年度繰越金	
--------	--

予備費	0
-----	---

総計	7,783,137
----	-----------

龍谷大学法学会会則

制 定	1968年（昭和43年）	4月 1日
一部改正	1972年（昭和47年）	4月 1日
	1973年（昭和48年）	4月 1日
	1975年（昭和50年）	6月18日
	1995年（平成 7 年）	5月10日
	2004年（平成16年）	12月 1日
	2007年（平成19年）	4月 1日
	2017年（平成29年）	4月 1日
	2021年（令和 3 年）	9月22日

第1条（名称） 本会は、龍谷大学法学会と称する。

第2条（事務所） 本会の事務所は、龍谷大学法学部に置く。

第3条（目的） 本会は、法学・政治学を中心とする研究及びその促進をはかることを目的とする。

第4条（事業） 前条の目的を達成するため、本会は次の事業を行う。

- （1） 定期的研究会及び学術講演会の開催
- （2） 機関誌その他出版物の編集及び発行
- （3） その他本会が必要と認めた事業

第5条（会員） 本会は、普通会员、名誉会員及び賛助会員をもって組織する。

2 次の者を普通会员とする。

- （1） 本学法学部の教授、准教授、専任講師及び助教
- （2） 本学大学院法学研究科の学生
- （3） 本学法学部の学生
- （4） その他評議員会の承認した者

3 評議員会の承認した者を名誉会員とすることができる。

4 本会の目的に賛同し、その事業を援助する者で、評議員会の承認した者を賛助会員とする。

第6条（評議員会） 本会に評議員会を置く。

2 評議員会は、第4条所定の事業遂行に必要な事項を協議決定する。

3 評議員会は、法学部の教授、准教授、専任講師及び助教をもって構成する。

第7条（役員） 本会に次の役員を置く。

- (1) 会 長 1名
- (2) 副 会 長 1名
- (3) 編 集 委 員 3名
- (4) 庶 務 委 員 2名
- (5) 会 計 委 員 1名
- (6) 会計監査委員 1名

2 役員は、評議員会において互選する。

第8条（業務） 役員は、次の業務を行う。

- (1) 会長は、本会を代表し、業務を統括する。
- (2) 副会長は、会長を補佐し、会長事故あるときは会長の業務を代行する。
- (3) 編集委員は、機関誌その他出版物の編集を行う。
- (4) 庶務委員は、本会の庶務を行う。
- (5) 会計委員は、本会の会計をつかさどる。ただし、会計事務は、本学経理課長に委嘱する。
- (6) 会計監査委員は、本会の会計監査を行う。

第9条（任期） 役員の任期は、1カ年とする。ただし、重任を妨げない。

第10条（経費） 本会の経費は、入会金、会費、寄附金及び本学からの助成金、その他雑収入をもってこれにあてる。

第11条（会費） 普通会員は、入会金及び会費を納入しなければならない。入会金及び会費の納入については、評議員会においてこれを定める。

第12条（会計年度） 本会の会計年度は、毎年4月1日に始まり翌3月31日に終わる。

第13条（会則の変更） 会則の変更は、評議員全員の3分の2以上の出席を要し、その3分の2以上の同意がなければならない。

付 則

この会則は、昭和43年4月1日よりこれを施行する。

付 則（昭和47年4月1日）

この会則は、昭和47年4月1日から施行する。

付 則（昭和48年4月1日）

この会則は、昭和48年4月1日から施行する。

付 則（昭和50年6月18日第5条改正）

この会則は、昭和50年6月18日から施行する。

付 則（平成7年5月10日第3条及び第5条改正）

この会則は、平成7年5月10日から施行する。

付 則（平成16年12月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成17年4月1日から施行する。

付 則（平成19年4月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成19年4月1日から施行する。

付 則（平成29年4月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成29年4月1日から施行する。

付 則（令和3年9月22日第5条及び第11条改正）

この会則は、令和3年10月1日から施行し、令和3年9月1日に遡って適用する。

執 筆 者 紹 介（掲載順）

川 角 由 和	本学 名誉教授
戸 塚 悦 朗	元本学法科大学院 教授
赤 池 一 将	本学 名誉教授
大 貝 葵	神戸学院大学 教授
井 上 宜 裕	九州大学大学院 教授
ハラス・ドリス	立命館大学 講師
石 井 幸 三	元本学法学部 教授
カリスコス アントニオス	本学法学部 教授
石 埼 学	本学法学部 教授

2026年度 龍谷大学法学会役員および評議員

会 長	古川原明子	浜 井 浩 一	庶務委員
松 尾 秀 哉	越 山 和 広	堀 清 史	丹 羽 徹
副会長	後 藤 彰 子	本 多 滝 夫	石 塚 武 志
今 川 嘉 文	斎 藤 司	山 田 卓 平	会計委員
評議員	嶋 田 佳 広	吉 内 佑 実	河 村 尚 志
相 澤 育 郎	瀬 畑 源	若 林 三 奈	会計監査委員
石 埼 学	寺 川 史 朗	渡 辺 博 明	武 井 寛
牛 尾 洋 也	中 田 邦 博	編集委員	
落 合 雄 彦	永 岩 慧 子	濱 中 新 吾	
カリスコアントニオス	橋 口 豊	杉 本 好 央	
金 尚 均	橋 本 祐 子	濱 口 晶 子	
木 村 幹 雄	畠 山 亮	玄 守 道	

龍 谷 法 学 第59巻 第1号

2026年6月23日 印刷

2026年6月30日 発行

編 集 兼
発 行 人
発 行 所

龍谷大学法学会会長 松尾 秀哉

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. 59, No. 1

June 2026

Articles

Von der „Theorie des Eigentumsrechts“ zur „Jurisprudenz als Wissenschaft“ (2)

Entwicklung und Aufgabe der Rechtswissenschaft von Kawashima
..... Yoshikazu KAWASUMI (1)

Unlawfulness of Colonization of Korean Peninsula (Part 7)

2025 Japan-ROK Lawyers' Joint Declaration and Legal Arguments

Null and Void ab initio on the Japan-Korea old Treaties
..... Etsuro TOTSUKA (39)

Notes

La protection de la jeunesse dans le nord de Paris : terrains et acteurs

... Kazumasa AKAIKE, Aoi OGAI, Takahiro INOUE, Driss HARASSE (97)

Constitutionalism and States' Constitutions during the era of
Confederation in U.S.A (1)

..... Kozo ISHII (141)

Translation

COOLING-OFF HOT DEALS

A Plea for Green Sludge in Distance Sales Contracts

..... Antonios KARAISKOS (189)

Material

Opinion Brief to the Supreme Court on the Right of Associations to Acquire
Legal Personality and the Family Federation Dissolution Order Case

~ Concerning the Reiwa 7 (Ra) No. 1003 Special appeal against a
ruling to the Supreme Court Case ~

..... Manabu ISHIZAKI (215)

Published by

**The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan**