

## 憲法学の課題としての国家論と侵略の問題<sup>(1)</sup>

——朝鮮植民地支配をめぐる「合法・不当」論の主張について——

笹川紀勝

### はじめに

一 一九六五年日韓基本条約とその関連の諸条約が締結された(以下これら一連の条約を「日韓条約」と呼ぶ)。長い交渉過程での大きな問題は、日本も植民地支配で朝鮮によいことをしたという久保田貫一郎首席代表の発言にあった<sup>(2)</sup>。韓国代表は激怒し交渉は中断した。しかし、締結となったが、日本でも韓国でも激しい反対運動があった<sup>(3)</sup>。

しかし、反対運動を振り返ってみると、日本人自身のあり方として、日韓の関係はどうあるべきか、植民地支配の責任をどう担うのか、について十分考えられていたかどうかは問題である。十分でないとすれば、植民地支配の責任の問題は、敗戦時と日韓条約の締結時を超えて、今日まであいまいにされてきたというべきである。

二 筆者の気がかりは、日韓条約の内容に即した研究が日本側にと

れほどあるかである。韓国側の日韓条約に関する近年の研究では、ソウル大学教授たちによる「韓日間の法的諸問題」<sup>(4)</sup>の論文がある。他方、昨年、日本国憲法制定から五十年を祝う各種の企画が相次いだだが、地理的にきわめて近い外国との関係を問う研究に出会うことはなかった。あれだけ論議された日韓条約締結反対の問題意識は、憲法制定五十年にあたってどのように清算されたのだろうか。

実際、日本の朝鮮植民地支配は、過去の出来事でありつつ、過去の出来事になっていない。例えば、韓国基督教長老会牧師でアジア教会史研究所長である朴孝生(パク・ヒョセン)氏は、長老の金基柱(キム・キジユ)氏を筆者に紹介した<sup>(5)</sup>。金氏は、日本の内閣総理大臣宛の謝罪の要請文を筆者にみせた。同氏(当時三才)の父親の金京三(キム・キョンサム)(当時四十八才)は、一九一九年の三・一運動の弾圧から一年後の一九二〇年十月、満州の北間島というところで、三十三名の村の男性といっ

しよに教会堂に集められ、日本軍に虐殺された。そして、日本人にこの事実を広く知らせて欲しいといった。

また、筆者の所属する日本基督教会は、「韓国・朝鮮の基督教会に対して行った神社参拝強要についての罪の告白と謝罪<sup>(6)</sup>」という決議をしたが、それには、次のような歴史的事実に対する反省があった。すなわち、一九三八年に、日本基督教会の大会議長富田満が朝鮮のキリスト者に神社参拝をするように説得した。朝鮮長老会総会の神社参拝決議に反対して逮捕された教会指導者が二十名、獄死した殉教者が五十名いた。二百あまりの教会と神学校が閉鎖された。<sup>(7)</sup>今も、首相らが靖国神社に参拝するとき、この神社参拝強制の史実は、想起起こされている。

交わりを深めることは、相互の友情をはぐくむとともに、日本の植民地支配に対する負い目をいっそう感じさせる。そして、従軍慰安婦問題に典型的にみられるごとく、今もぬぐい切れない過去を引きずって生きている人々がいる。戦後日本が平和国家になったといつてその戦争責任を軽視するには、あまりに深刻な時代があった。戦争責任の軽視は日本国憲法の平和主義の空洞化にはかならない。

## 第一 国家論の再構築の必要

### 一 問題の所在を明らかにするために

本稿のようなテーマを取り上げる場合、次のような二つの基本的な問題点をとりあえず整理しておかなければならない。問題点のひとつ

は、憲法学者と国際法学者の専門領域の関係であり、もうひとつは、国家論である。

一 侵略の深刻な事件を知るとき、日本の責任を明らかにして謝罪しなければならぬ、こう思うのは一市民の素直な感覚である。ところが、この問題を憲法学者としてどのように議論するかとなると、話しは簡単ではない。というのは、侵略責任のような対外的な国家の問題は、国際法学者の仕事であつて、憲法学者の仕事ではないという意見があるからである。しかし、国際法と憲法のそれぞれの固有性を認めつつも、その間にかかわりあるところを求めることはできるはずである。それは、学際的研究のひとつである。

二 国際法であれ、憲法であれ、国家の概念を前提にしている。ではその国家をどのように考えるべきか。

国家論は古来いくつもある。そして、筆者の整理によれば、今日の憲法の教科書の傾向には、三つある。第一説は、国家法人説の流れに立つ。第二説は、国家論の政治的性格に着目する。そして、第三説は、国家論を扱わない。本稿は、第一説と第二説を扱いたいので、第三説は省く。<sup>(8)</sup>

## 二 国家論の整理のために

### (一) 国家法人説の源流について

国家法人説といつても、今日の国家法人説は、かつての国家法人説と同じではない。では、国家法人説のどこが変わり、どこが変わっていないのか。

〈1〉 国家法人説の原型的叙述として美濃部達吉をみてみよう。その叙述は、以下のように二点にわたって検討するのが便宜である。

第一に、美濃部には国家論を述べる方法論がある。<sup>(9)</sup>その方法論は、法と事実の区別に基づきながら、法と事実の相互規定的な関係を認める。そして、その相互規定的な関係を成り立たせるひとつとして、法・統治権・国家の淵源をなしている社会意識を指摘する。なお、この社会意識は、法の淵源として、社会の人心を支配する「事実の力」と「社会的正義の感情」を含んでいる。そして、もうひとつとしては、人々であれ国家であれ自らその行動を規律する自己制限の発想を認める。したがって、その方法論の根底には、① 実定法たる制定法にとらわれないイェリング的な「自由法説」<sup>(10)</sup>に傾斜するものがあるとともに、② 自律した個人・社会とそれに基づく国家論がある。

第二に、このような方法論に立つて、「社会現象としての国家」(『社会的国家概念』と「国家の法律的方面」(『法学的国家概念』が述べられる。すなわち、社会的国家概念は、三要素(領土、国民、統治組織)によって説明される。この国家は国民を支配する統治権を、「自ら制限」して、国法と国際法にしたがって行使する。それゆえに、統治権は、事実上の威力であるだけでなく、自己制限の結果として、法律(国法と国際法)上も承認されたものである。さらにいえば、「事実と正義とを無視して、単に条文に依って」法を見出すのは「最も忌むべき法学の邪道」であって、統治権は、かかる社会意識に規定されている。次に、法学上は国家も権利主体であり人格を有する。「国家は一の法人である」。そ

れゆえに、国家は、「統治権の主体」である。この国家のとらえ方が国家法人説である。

以上のようにみると、美濃部は、方法論的に明確に事実と法を区別しつつ、「事実と正義」に基づく社会意識に立つ社会的国家概念を前提として法学的国家概念を成り立たせている。

〈2〉 戦後の傾向は、美濃部の国家法人説の意義を、上杉・美濃部論争の流れの中で考慮するものである。すなわち、国家法人説は、主権を国家に帰属させ天皇に帰属させなかった、しかし、国民主権が成立した日本国憲法の下では、そのような国家法人説の歴史的役割はもはやなくなつたと。それに対して、筆者の関心は、天皇機関説論争とのかかわりから美濃部を検討することではなく、その論争以前の美濃部の国家法人説がどのような論理構造をもっている、それがどのように今日にかかわってくるかを検討することである。

宮沢は、<sup>(12)</sup>国民主権の下でも使えるように国家法人説の再構成を企てる。それは、一方で、歴史的な社会形体としての団体すなわち国家に三要素を認め、<sup>(13)</sup>他方で、国家の法人格を指摘する。すなわち、

この法人格は二種に区別される。ひとつは、「法概念とともに当然に与えられてある概念」(本質概念)であり、他は「法によって構成される概念」(技術概念)である。

本質概念としての法人格は、「法規範の統一的複合体」であり、その意味は、法秩序が「完結的な統一」であることを「擬人的に」表現したものにすぎない。「国家も、そのほかの法社会もすべて法人である。」

次に、技術概念としての法人格は、「歴史的・技術的に構成される概念である。国家がそうした技術概念としての法人格をもつかどうかは、その国の「実定法によってのみ決定される」。近代諸国の法に、個人主義的な権利の概念が前景にあらわれているのは、技術概念としての法人格の考え方による。

そのように、宮沢は、国家の法人格を二種に分けて説明するが(以下その説明を「二種の法人格説」と呼ぶ)、美濃部と同じく、方法論として事実と法、社会的国家概念と法学的国家概念を区別している。しかし、その叙述の重点をケルゼンにならって圧倒的に法秩序に収斂させている。そして、ケルゼンにならっているとすれば、美濃部にみられたような、法的国家概念を規範的に規定する社会的国家概念の主張が宮沢にみられるはずはない。それゆえに、国家論をめぐって、美濃部と宮沢の間には理論的な骨格の違いが認められる。

もしそういえるなら、宮沢は、法的国家概念から峻別された社会的国家概念に属する三要素説を否定するはずであるが、そうではなく肯定的に取り上げている。それでは、どのような意味で肯定するのか。また、美濃部の国家法人説の根底にあった社会的概念としての国家の歴史性(社会意識)を、今後は法人格のどこに位置づけるのか。これらの疑問のうち、後者についていえば、本質概念としての国家の法人格に歴史性は現れない。なぜなら、この概念は、理論的非歴史的であって、法秩序の完結性を意味するだけだからである。ところで、宮沢の技術概念としての法人格は、具体的な実定法として現れるから、その実定

法にはその時の具体的状況という意味で歴史性が反映している。そのように、宮沢が技術概念を説明するために「歴史的」という言葉を用いた理由がある。そうすると、その時々の実定法にはその時々<sup>(14)</sup>の歴史性が反映していて、実定法が変われば、歴史性の理解も変わる。だからこそ、宮沢は次のようにいえたのではないだろうか。

「それ「いわゆる国家法人説」を「今後も」理論的に成立させるためには、右にのべたように「本質概念と技術概念の区別を」理解することが必要である。もちろん、その場合は、その理論が歴史的にもった政治的意味は、全く失われてしまうだろう。」

宮沢にあつては実定法の歴史性の認識は、実定法ごとに異なる。言い換えれば、美濃部は、いわばひとつの実定法(明治憲法)しか知らなかったが、宮沢は、いわば二つの実定法(明治憲法と新憲法)を知っている。歴史性といつても、もはやその意味するところは異なつてしまう。

ところで、宮沢は、美濃部の国家法人説が本質概念と技術概念の区別をはつきり認識していないところに欠陥があるというが、筆者のみるところ、美濃部の国家法人説にも、完結的な法秩序としての法人格の概念や統治権の行使を自己制限する国法・国際法という主張があつて、これらは宮沢の二種の法人格説とそれほど異なるとは思えない。にもかかわらず、宮沢が「いわゆる国家法人説」と二種の法人格説とは異なるという場合、その相違点は、二種の法人格を区別することにあつたというよりも、宮沢が社会的国家概念から遮断された法的国家

概念を強調しているところにあるのではないだろうか。そうすると、宮沢は、作られた実定法にいつそう力点を置いて新たな国家法人説を再構成した。それは、法実証主義の主張を貫こうとしていることである。そして、この再構成された二種の法人格説すなわち「国家法人説<sup>16)</sup> 垂流」が戦後の憲法学界で広まったのだと思う。そのために、美濃部の法実証主義に対する激しい敵意と対照的な主張が、国家論をめぐって、宮沢の二種の法人格説に顕在化しているのではないかと思う。

(2) 国家論の相対的性格について

〈1〉 戦後、憲法学界は、国家論に関して宮沢の二種の法人格説を強く受け止める仕方では、実定法としての憲法の解釈を推し進めてきた。それに比べると、宮沢が意味をもたせたであろう実定法としての憲法の歴史的制約の認識をあまり重視しなかったのではないだろうか。この疑問をもって国家論をみると、国家論の歴史的・政治的性格に言及する学説として、杉原泰雄と吉田善明のそれがある。

杉原は、代表的な国家論をいくつか紹介し、そうした「国家の法概念」は、特定の歴史段階における特定の階級あるいは階層の法イデオロギーとしての性格を色濃くもっている<sup>16)</sup>、そして、憲法科学は、その「国家の法概念の構造や機能を検討する」という。さらに、同じ趣旨で、次のようにもいう。すなわち、「憲法科学の問題としてみるならば、統治権の主体としての国家の概念が、超歴史的、超階級的、超憲法的なものではなく、歴史の発展段階、社会経済的立場、および憲法原理と相対的である<sup>18)</sup>」。そして、吉田もまた、通説的な国家の三要素説

やさまざまの国家論のどれも、「超歴史的、超階級的、超憲法的なもの」ではない<sup>17)</sup>という。そして「時代との関係を抜きにして法的に検討されないものはない」のであって、「法学的に把握される国家論は、日本国憲法を前提として展開されている国家現象」を「考察」するといふ。言い換えれば、国家論は、「歴史の発展段階をふまえ」ず<sup>19)</sup>、憲法原理を無視しては捉えることができない<sup>19)</sup>ものだという。

したがって、杉原・吉田は、国家論が政治性と歴史性を帯びた相対的なものと主張するから(以下この国家論を「相対的な国家論」と呼ぶ)、美濃部・宮沢の普遍妥当な理論としての国家の三要素説や国家法人説

(以下この国家論を、「相対的な国家論」との対比で「普遍的な国家論」と呼ぶ)を認めていない。そして、宮沢はなお国家の三要素説を肯定していたが、杉原・吉田はそれに批判的である。そうすると、理論的には、通説の普遍的な国家論と相対的な国家論との間には重要な相違がある。

〈2〉 振り返ってみると、国家が、三要素から組成された全体としてみられるだけでなく、個々の要素とも同視されるという当時のドイツの国家学の主張に、ケルゼンは強く反発した。そして、そのような国家論を「倫理的―政治的要請」に応えようとする自然法論<sup>21)</sup>であるという。そうすると、杉原・吉田は、宮沢が法的国家概念から峻別してとつておいた三要素説の無前提な肯定を批判し、さらに、普遍的な国家論の政治的性格を暴露して、その真の姿を実証的科学的に捉えようとしていると評価できる。



(3) 過渡期の国家論について

「1」ケルゼンの指摘によれば、国家の三要素説のいう国民は、国家の支配の客体であるだけでなく自ら支配する。そうすると、この国家論の論理的帰結として、「国家に所属する植民地に固有な人民は、国民には数えられない。というのは、先住民は、たしかに国家によって支配される、すなわち、その秩序によって義務づけられるが、しかし、国民の構成員のように国家主体に参加しない、つまり、国家秩序の創設に参与しないからである」<sup>(22)</sup>。そうすると、国家の三要素説によれば、植民地化された元の国家(以下「元国家」と呼ぶ)の国民(以下「元国民」と呼ぶ)は、自らを植民地化した国家の構成員ではあっても、その国家秩序を能動的に創設する立場を、ほとんどの場合、もっていない。それゆえに、国家の三要素説を前提とする憲法学にあつては、元国民は国家の能動的な秩序形成にかかわる考察の対象にはならない。

次に、普遍的な国家論であれ、相対的な国家論であれ、それらに共通していることは、なんらかの統治権力の存在である。そうすると、植民地化された元国家にあつては、そもそも元国民を支配する元国家の固有な統治権力は存在しないから、これまた国家の三要素説を前提とする憲法学の考察の対象にならない。

以上のように、元国民が植民地支配を脱して新国家の建設(元国家の復活を目指すことは、既存の確立した国家を前提とする憲法学の考察の範囲に入つてこない。しかし、すでに国家論を検討したところから気付いたように、普遍的に妥当する一般的な国家の定義は存在しない。

視点を変えれば、相対的な国家論が示唆したように、そしてケルゼンがはしなくも言及したように、元国民が主体となる国家を形成しようとする倫理的—政治的要請に基づく国家論も成り立たないわけではない。もし成り立つとすれば、この国家論は、実定法的であることはできないから、自ずと自然法的である。したがって、新国家の建設を目指して闘う元国民の行動を、植民地化した国家に対抗的に意図的に取り上げて考察することも、憲法学の課題たりうるのではないだろうか。それは、いまだ実現していない新国家を目指したプロセスすなわち新国家の形成過程の考察であるといつてよいだろう(以下この形成過程の国家の考察を便宜的に「過渡期の国家論」と呼ぶ)。

「2」ところで国際法上国家承認の対象になりうるものを掲げると、①領土を有すること、②その領土に人が住んでいること、③その領土と人とを実効的に統治できる政府があること、④その政府が外交能力(国際法を守る意思と能力)を有することという、四つの要件が満たされる必要がある<sup>(23)</sup>。しかし、これらの基準を適用するうえで、さまざまのヴァリエーションがあることも認められている。たとえば、外国の侵略・占領の結果、政府機関が国外に逃れて第三国の領域で政府機能を維持する亡命政府がある(第二次大戦中、ロンドンに脱出したオランダ、ノールウェーなどの例)。しかし、在外抵抗組織として戦争中、敵国に対抗するために本国の外で設立された団体は、「実効的な政府機関としての機能を欠く」ために国際法上の亡命政府ではない(ドゴール將軍が設立したフランス国民委員会など)が、受入国が好意的な扱いを与えることも

ある。さらに、民族自決原則を実現するための武力抗争を展開する民族解放団体もある。「今日では、これら各種の抵抗団体に対して、諸国または国際社会は、限定的な国際法主体として、国家に準ずる一定の能力をみとめる」傾向があるが、そのみとめる根拠と基準は、さまざまだといわれる。<sup>(24)</sup>とくに今日注目されるのは、民族自決の原則である。「植民地支配下の人民にとつては、自決権なしには、歴史的・伝統的な人権はありえない。その意味で、植民地人民にとつて、自決権は、基本的人権中の基本権といえよう」という主張さえある。<sup>(25)</sup>

したがって、憲法学が、固定的な国家論を前提としていては、亡命政府や民族解放団体まで法主体として存在しうる世界の複雑な状況を把握できない。相対的な国家論よりもっと動的な過渡期の国家論が要請される所以がここにあると思う。

## 第二 朝鮮植民地支配の認識課題

### 一 韓国憲法前文の問題提起

一 過渡期の国家論をもつたとき、日本の韓国併合(一九一〇)前後から日本の敗戦(一九四五)までの朝鮮植民地支配の事態をどのように認識すべきであろうか。たしかに、韓国併合の前後にアクセントを置いて、当時の国際法・国際慣習法(以下単に「国際法」と呼ぶこともある)に照らして李氏朝鮮、大韓帝国、朝鮮民族に対する日本の対応を判定することはできるかもしれない。しかし、この見方は、朝鮮を外側からみる。それでは朝鮮の内側に起きていた国家形成過程はみえないに違いない。

過渡期の国家論の見方は、朝鮮を内側からみるものになる。それは、当然、民族解放運動の系譜をみる。<sup>(26)</sup>

日本は、すでに解散された正規軍のメンバーを主力として朝鮮の保護と併合に反対する義兵闘争と、言論出版集会によって民族文化を鼓舞する愛国文化啓蒙運動を、武力で弾圧した。そのために、朝鮮民族の独立運動は制圧されたかみえた。それにもかかわらず、朝鮮民族は、韓国併合から九年後に、「ふたたびそれをやぶって、自己解放の道をきりひらいた」<sup>(27)</sup>のである。それが一九一九年の三・一運動であった。運動自体は、日本軍によって徹底的に弾圧された。しかし、その運動の精神はさまざまな朝鮮民族解放闘争を解放の日まで支え続けた。そして、三・一運動の結実として国民主権政府を樹立する目標をもった上海臨時政府すなわち大韓民国臨時政府が樹立された。この上海臨時政府は孫文や国民党政府(重慶)に支持され、日本の敗戦近くには、その積極的な後援を受けて光復軍が養成された。李承晩のいるアメリカの欧米委員部は外交活動と欧米における臨時政府の行政を代行したが、欧米列強の承認を得ることはできなかった。さらに、間島・沿海州地方には独立軍とその基地が早くから形成された。そして日本軍と戦闘を重ね、大勝利をおさめたこともあった。<sup>(28)</sup>この勝利への報復が前述した金京三らの虐殺であった。このように、さまざまの地域で政府樹立運動が推進され、中日戦争の勃発後の一九四〇年代には、民族革命党系の朝鮮義勇隊の流れと、上海臨時政府の光復軍の流れと、中国共産党(延安)の指導を受けた東北抗日革命軍の流れと、三つあった。そし

て、朝鮮義勇隊と光復軍は、連合戦線の強化を図り中国各戦線に投入され、アメリカやイギリスの軍隊とも接触し、日本の敗戦に直接的な影響を与えることはできなかったが、日本軍に対して成果を上げた。このような四十年にわたる独立運動（一九〇五—一九四五）の進展の中で、朝鮮民族は日本の敗戦を向かえた。

二 さて、以上のような三・一運動の歴史的意義を概観したとき、大韓民国憲法（一九四八・七・一七）の前文は注目される。

「悠久なる歴史と伝統に輝く我が韓国人民は、三・一革命の偉大な足跡と尊い犠牲を想い起し、不屈の独立精神を継承し、今ここに自主独立の祖国を再建するにおいて、我らと我らの子孫のために正義と人道の旗幟の下、民族の団結を強固にし、あらゆる封建的因習を打破し、世界の進運におくれないよう、進取的な民主主義の諸制度をして政治経済社会文化のすべての領域において、各人の機会を均等に樹立し各人の能力を最高度に發揮するようにして、勤労力行して各人の責任と義務を完遂させ、内においては人民の福祉を向上させ、外においては恒久的な国際平和の維持に努力し、あらゆる侵略と専制と貧困を排除し、我らの子孫の安全と自由と幸福を永遠に確保することを決意し、一九四八年七月十二日我らの自由を選挙された代表によって構成された国会においてこの憲法を採択する。」<sup>30)</sup>

（公布一九四八年七月十七日）

この前文が、三・一革命を自主独立の闘いとして位置づけ、その独立精神の継承を誓い、さらに国民主権に基づく国家創設を謳っているのは、まさに三・一運動の精神の歴史的展開である。「三・一」という

言葉自体は、たびたびの憲法改正にもかかわらず、これまで削除されたためがない。それゆえに、この最初の前文の趣旨は、基本的に今日まで引き継がれている。そして、全国の学生労働者の民主化要求の高まりによって、一九八七年第九回の憲法改正作業が進められた。その結果、現行憲法前文にみられるごとく、「三・一運動に基づいて建立された大韓民国臨時政府の法統」の継承と「不義に抗拒した四・一九民主理念」の継承がいわれ、一九八〇年の憲法改正によって朴大統領の削除した四・一九の学生革命の継承が復活した。<sup>30)</sup>「ついに大統領直選制改憲に関する国民的大和合が実現され、その結果、韓国の歴史上はじめての与野合意に基づく憲法改正案をまとめることになった。」<sup>31)</sup>

そのように、「大韓民国臨時政府」が三・一運動の歴史的な継承であって、韓国はその「法統」を継承すると明文をもって宣言したのは、一九八七年の改正がはじめてである。まさにこの「法統」の継承の趣旨は、韓国が一九一九年以来の臨時政府の国家継承を受けて現在に至ったことを意味する。金哲洙（キム・ Cholshu）が、この一九八七年改正憲法の主要内容のひとつとして、前文における「大韓民国臨時政府の法統と四・一九民主理念の継承」を解説する中で、次のようにいうのは臨時政府の性格を単刀直入に示していると思う。すなわち、

「日本帝国の植民統治に抵抗した一九一九年の三・一独立運動を契機として樹立された大韓民国臨時政府は、民族的自主性と民主主義理念に基づいた最初の政府」である。<sup>32)</sup>

それゆえに、一方では、今日の韓国の国家継承の正当性（legitimacy）<sup>33)</sup>



が、上海臨時政府に求められている。そして「法統」をいうことによって、朝鮮民族が、韓国併合によって日帝植民地支配下にあったとしても、なお臨時政府の支配下にあったことが主張されている。しかし、有無をいわせない実効的な支配は、総体的には朝鮮総督府にあって臨時政府にはなかったから、臨時政府は支配の合法性 (legality) をいうことはできない。もしこのように整理できるなら、正当性と合法性の区別において、日本は韓国憲法前文の主張を理解し、日本の植民地支配がどのようなものであったかを再検討しなければならない。つまり、日本の韓国併合は合法的で有効であったという意見に、韓国は、憲法前文によって正当性の欠如による無効の反論を提出しているに等しい。

### 第三 「合法・不当」論の主張をめぐって

#### 一 正当性と合法性の乖離と統合の見方

(一) 筆者にとつて、正当性 (legitimacy / Legitimität) と合法性 (legality / Legalität) は重要な分析概念である。定義の問題として、若干ここで触れておく必要があるだろう。legality / legal と Legalität / legal はラテン語の legalis に由来し、同じく legitimacy / legitimate と Legitimität / legitim もラテン語の legitimus に由来する。そして、legalis も legitimus も共に lex (法) に由来する。そのために legalis も legitimus も、日本語の辞書(田中秀央編『増訂新版羅和辞典』)では前者では「法定の、適法の」、合法的の」、後者では「合法的な、当然の、正当な」と訳

され、共通して「合法的な」と訳される面をもっている。しかし、両者の意味が違うようである。すなわち、Lewis and Short<sup>(34)</sup>によれば、legalis は「法規に属する」(of or belonging to the law)、legitimus は「法に従った」(fixed or appointed by law, according to law) というように、具体的な「規定」(the law) と特定されない「法」(law) とが区別されて考えられている。そして、当然ながら、legitimusの方が legalis を含むほど概念的には広い。

(2) M・ウェーバーによれば、人々は、「正当な秩序」(legitime Ordnung) が存在すると信じてその観念に方向を合わせて行動する。したがって、この「正当な秩序」は、伝統、情緒、価値合理性に基づいて「純粹に内面的に」(rein innerlich)<sup>(35)</sup> 支えられるだけでなく、利害状況に基づいて「外面的に」(äusser) にも支えられる。そして、「正当な」(legitim) とは、なにかの法(価値観) にかなっているという前提に立っているから、「合法的な」と訳され、しかも「正当な」と訳されるのだと思う。そこで、legitimacy / Legitimität の訳語として「正当性」が当てられる。それに対して、legality / Legalität をいうときには、「立法の形式にかない (formal korrekt) 通常の仕方で行くられた諸規定 (Satzungen) に服従すること」が考えられている。そしてその服従は多数派に対する少数派の場合のように事実的 (tatsächlich) でもありうる<sup>(36)</sup>。したがって、服従は、規定の形式的合法性(適法性) (formale Legalität) によっておこなわれる。つまり内面性をもたない。そこで、legality / Legalität の訳語として「合法性」が当てられる<sup>(37)</sup>。

(3) そして、M・ウェーバーは、たしかに、正当性と合法性の「等置」<sup>(38)</sup>ないし統合を念頭においている。<sup>(39)</sup>しかも、別な機会に次のようにいう。<sup>(40)</sup>すなわち、

「支配は、支配者と被支配者において、『法の根拠』(Rechtsgründe)、つまり、支配の『正当性の根拠』によって、内面的に支えられるのが常であり、この正当性の信念を動揺させるときは、重大な結果が生ずるのが常である。」

この文章は、正当性を「法」(Recht)とのかかわりでとらえている。そして、「法」(Recht)には正しさの意味もあるから、被支配者は内面において支配を正しいと感じないと支配者には正当性はなく深刻な事態が生じうる。したがって、ウェーバーは、正当性と合法性の統合だけでなく、常識的ではあるが、両者の「軋み」<sup>(41)</sup>ないし乖離をも考えていると思う。しかし「対立」<sup>(42)</sup>を考えているのではない。<sup>(43)</sup>

(4) 正当性と合法性の関係を理論的枠組みとしてとる場合、その乖離を下からの人々の内面性においてとらえるウェーバーの視点は重要である。それは、支配が広く被支配者の内面的支持を受けていないときには、支配者と被支配者との間で激しい葛藤の生ずることを意味する。筆者の関心でいえば、過渡期の国家論は、人々の内面的支持を受けた民族解放闘争の正当性<sup>(44)</sup>とその正当性に基づく新たな合法性の創造に注目する。それだけ、被支配者の内面的支持を受けていない植民地支配は、暴力を直接的な背景とする合法性のみを強調せざるをえない。

そこで、図式的に課題を整理すれば、それは、次のようになる。すなわち、韓国憲法前文によれば、大韓民国臨時政府は正当性をもちえたが、実際には合法性をもちえなかった、他方、日本は強権による合法性をもちえたが、独立運動の正当性の主張のゆえに正当性を独占できなかった、言い換えれば、植民地の朝鮮民族の内面的な支持を得ることができなかった。したがって、植民地支配と独立運動の双方に対抗的に存在する正当性と合法性の乖離の問題が、筆者の認識の根底にある。したがって、双方にとって正当性と合法性の統合が課題となる。しかし、歴史的には、日本側では朝鮮植民地支配の終焉によって課題そのものが消滅し、朝鮮民族側では大韓民国・朝鮮民主主義人民共和国の誕生によって統合が実現される。

## 二 「合法・不当」論

ところで、筆者の合法性と正当性の分析視角に近いものに、海野福寿の「合法・不当」論がある。期せずして似た問題のとらえ方がなされている。このあたりに植民地支配を検討する理論問題が潜んでいるかもしれない。

(1) 海野は、繰り返し「合法・不当」論という問題提起をしている。<sup>(45)</sup>そして、歴史学の研究成果を踏まえたこの問題提起は、ある面で日本政府と多数の国民の感情と価値観に一致する主張を展開するために、その主観的な意図とは別に、大韓民国・朝鮮民主主義人民共和国の人々に感情的なもつれを生む恐れがないわけではない。しかし、それだけでなく、その問題提起は、率直に言って理論的にあいまいなも

のを含んでいるようにみえる。もしそうならば、海野の問題提起を学的に理解し批判的に検討する必要があるのではないかと思う。

(2) 海野の問題提起の内容は、四点からなる。つまり、①「韓国併合は形式的適法性を有していた」、②「合法であることは、日本の韓国併合や植民地支配が正当であることをいささかも意味しない」、③「合法とは帝国主義諸国の「国際法・国際慣習に照らして、適法である」、④「植民地侵略」の「非合法」は「不当」であることを意識すべきである。

この問題提起の④は、「不当」の意味付けであって、実質的には②に含まれる。①と②と③は「合法」ないし「適法」という点で重なる。そこで、正当性と合法性に焦点を絞ると、問題提起は次のようになる。「韓国併合や植民地支配が正当であることをいささかも意味しない」という意味で、国際法上韓国併合は「形式的適法性」を有している。この主張に含まれる理論的な問題を、以下いくつか検討してみたい。<sup>(46)</sup>

### 三 「合法・不当」論の問題点

(1) 帝国主義的な国際法の正当性をめぐって  
海野の「合法・不当」論は、「理論」に相当するという辻弘範<sup>(47)</sup>の見方がある。すなわち

当時の国際法は、「欧米列強がみずからの利害関係を調整するため  
に結ばれたもの」であり、そうした「排他的・差別的なもの」で

あった「合法」性の「装い」において、欧米列強が「暴力的に締結を強制し、植民地化していったのである。海野氏の『合法・不正』論は、世界的な意味での『近代』がもつ限界性をも視野に入れつつ、日本における近代化の過程を批判的に検証するための理論に他ならない。」

たしかに海野も辻も、国際法の帝国主義的性質と合法性≠国際法に照らして判断される適法性に言及し、そうしたものと区別すべきものとして正当とか不当とかをいつて、「正当視」できない国際法の帝国主義的側面を明らかにしようとしたといえるであろう。

しかしながら、山内進<sup>(48)</sup>によれば、十九世紀には、ヨーロッパ文明の優越を基準とする帝国主義的な国際法観だけでなく、国際法を守ることでできるほどに安定的で、外国人の生命、自由、財産を守る意思と能力を有することに国際法の最低基準をみる自然的で普遍的な国際法観も存在していた。しかし、明治日本はヨーロッパ的な文明国をひたすら実現しようとした、その選択は、「非文明国」に対する差別化と軍事的侵略であった」。

そうだとすれば、帝国主義的な国際法から、実質に当たる正当性を剥ぎ取って、合法と不当を分けることはできない相談である。なぜなら、ヨーロッパ文明の優越性は、帝国主義諸国において恥じるのではない「正当視」されたものであったし、そのような意味で、帝国主義的な合法性と正当性は不可分になっていたからである。

そのために、海野の「合法・不当」論は、帝国主義的な国際法の正

当性に否定的な価値評価を下して、帝国主義的な国際法からその正当性をはぎ取り、残ったものを「形式的適法性」と呼んでいるように思われる。しかし、そのような正当性と合法性の器用な分離は、もはや帝国主義的な国際法の本質の喪失以外のなにものでもないから、帝国主義的な国際法において合法性と正当性を分離すること自体、学問的な認識としては意味のないことである。そのために、その分離を図ることは帝国主義に対する「道義的拒否」(die sittliche Ablehnung)<sup>49</sup>にすぎない疑いがある。正当性の概念は、まさに論争的 (polemisch) であることを考えると、「合法・不当」論の主張にもかかわらず、認識としては、帝国主義的な正当性は合法性とともに存続しているのである。

## (2) 実質と形式について

海野は、国際法上韓国併合は「形式的適法性」を有していたというので、ここでは、法の形式性に着目して検討してみたい。

十九世紀中葉より二十世紀前半まで、ドイツの法実証主義は、実質と形式 (materiell-formell) の区別にたつて、実質的な意味の法律と形式的な意味の法律の違いを強調した。それは、ドイツの自由主義的な立憲君主制の影響を現している。すなわち、国民代表の議会の制定する法律の形式を備えた法規 (Rechtsverordnungen) によってのみ国民の権利は制限され、国民に義務が課せられるが、君主に基盤をもつ政府の命令でそうしたことはなされてはならないと。<sup>50</sup> このような法が、形式的な意味の法律であった。ワイマル憲法の法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes) と法治国家 (Rechtsstaat) の論理も形式的な意味の法律の概念

にならうものであった。そして、実質的な意味の法律は、内容にだけかわる規定であつて、法の形式が法律であるか命令であるかに関係なく、その内容を実現するものであった。それゆえに、実質と形式との間には論理必然的な関係はなかつたのである。そのために、適法性 (Gesetzmäßigkeit) は、形式的な意味の法律に合致していることと同義語であつた。

しかしながら、興味あることに、こうした温和な法実証主義は、実質と形式のある結合を図っている。すなわち、立憲主義を前提とした場合、国民代表たる議会が法律の内容すなわち実質的な意味の法律を決定し、それを形式的な意味の法律として発布する。形式的な意味の法律は、国家における最高の意思である。<sup>51</sup> それゆえに、実質と形式の区別の主張は、法制定に携わる機関(議会)の実践的な働きと他の機関(政府と裁判所)に優越する権威の付与という理論構造に立っている。政府と裁判所の権力を制限しつつ国民代表の議会の立法権限の優位を図ろうとしていたといつてよいだろう。<sup>52</sup> そのように、実質と形式の区別と関連によって、自由主義と民主主義の実現が意図されていたのである。

穏和な法実証主義に対して、概念法学といわれるほどに実定法の形式と実定法の内在的な論理的意味関連を徹底したのがケルゼンを代表とする純粹法学であつた。純粹法学はおおよそ次のようにいう。すなわち、① 方法論上當為と存在の峻別に基ついて法と事実を峻別すべきである。② 従うべき最高の要請として根本規範 (Grundnorm) があり、

その下に憲法、法律、命令というように法規範の効力は上下関係の階層をなしている。<sup>③</sup> 法秩序は全体として相互に矛盾のないひとつの体系をなしている。徹底した法実証主義の純粹法学は、実定法がどのよう規定しているかを形式的論理的に考察し、実質という法以外の社会学的要素を法概念からいっさい排除した。法と法以外の社会学的要素との峻別は、両者の混交によって法の装いをしていく政治的要請を暴露するために、イデオロギー批判に役立った。そのために、法(国家)は、社会学的な搾取集団の被搾取集団に対する、また征服民の被征服民に対する支配の道具にすぎないという考え方は、法以外の社会学的要素に基づくもので、「断然、拒否され」た。というのは、法(国家)は、法以外の社会学的要素とかわりなく、支配の道具として働くだけでなく、その支配を制限するようにも働くからであった。<sup>(53)</sup>

このように、同じ法実証主義でも、温和なものから徹底したものまでであった。

そこで海野をかえりみると、「正当であること」と「形式的適法性」とは明らかに分離のないし対立的に捉えられている。そのために、「正当であること」と「形式的適法性」の関係は、ドイツの法実証主義の法の形式と実質の区別に対応した理論構造にある。しかも、「形式的適法性」は「正当であること」はないから、まったく法の実質とはかわりない。こう考えると、「形式的適法性」は、法と事実を峻別したケルゼンの発想に近い。しかしながら、ケルゼンのように考えると、法は、形式的には一般的規範を内容とするものであり、<sup>(54)</sup> その法が帝国主義的

な性質をもっているかどうかとは関係がない。なぜなら、帝国主義的な性質とは、法以外の社会学的要素、したがって、政治的イデオロギー的なものにほかならないからである。

そうすると、「形式的適法性」は、温和な法実証主義の形式的な意味の法の考え方に近いものだろうか。しかし、温和な法実証主義の場合、実質と形式とは、区別されつつも、相互的な関連性にあつた。したがって、実質つまり正当性のかかわらない形式的な法というものは、そもそも予定されていない。そうすると、「正当であること」を意味しない「形式的適法性」の考え方は、穏和な法実証主義の実質と形式の区別の考え方も違う。

もしそういえるなら、海野の理論構成上、実質にあたる「正当であること」から引き離された「形式」の意味内容は何だろうか。

(3) 実定法の解釈問題について

海野は、韓国併合が「形式的適法性」を有していたといっているが、<sup>(55)</sup> しかし、第二次日韓協約も「形式的適法性」を有していたといっている。

ところで、第二次日韓協約の「原本」には韓国皇帝の署名捺印がないことが同協約の無効原因になるという主張に反論して、海野は、日本側が批准を必要としない形式の国家間協定の方式を採用していたから、批准書がなくても法的欠陥はなく、無効にならないという。同協約の発効のために批准書があるかないかは、たしかに「法手続上」の問題であるから、批准を必要としない方式を選んだことは、「形式的適



法性」にかなうだろう。

さらに、海野は<sup>(56)</sup>、第二次日韓協約の効力にかかわるところの、国の代表者個人に対する強迫か国家に対する強制か「国際慣習法上前者なら無効、後者なら有効」の問題を検討した坂元茂樹<sup>(57)</sup>を引用して、坂元は「日本側が韓国側に加えた強制を個人に対する強制と断定する国際法上の基準は不明確であるとして、無効説に疑問を投げかけている」と紹介している。そして、第二次日韓協約の無効を主張したレイが「条約の無効原因としての強迫をテーマにしてもいなかった」とその論じ方を消極的にとらえる。しかし、考えてみると、坂元もレイも、同協約を無効とする強制があつたかどうかを、形式的ではなく実質的に論じている。

そうすると、批准を必要としない方式の問題と強制の判断基準の不明確さの問題とは、実定法がどのように規定しているかだけの解釈問題であつて、国際法の帝国主義的本質の認識問題とは直接には関係がない。言い換えれば、実定法の解釈問題と帝国主義的性格という法の本質の認識問題とは別次元のテーマである。したがって、海野が、帝国主義的な国際法に照らして第二次日韓協約と韓国併合の適法性を判断するというとき、実際には解釈問題であるにもかかわらず、その上に法の本質問題を被せてしまっている混乱があるのではないかと思う。

#### (4) 挙証責任について

坂元は、海野の傾向を照らしただすうえで参考になるので、その論文の骨子を述べておこう。<sup>(59)</sup>すなわち、

北朝鮮は、武力による強制的な条約締結のゆえに第二次日韓協約の無効を主張する。たしかに、国家代表者に対する強制が無効であるとの慣習法規則が当時成立していた。しかし、この法理は無効になる国家代表者に対する強制と無効にならない国家そのものに対する強制の区別に立ちながらも、第二次日韓協約の事例を考えた場合、二つの強制の場合の「峻別を可能とするような判断基準を国際法が十全に用意していたかどうか疑問なしとしない」。そして、第二次日韓協約の締結によって、韓国民に条約という「法的外被<sup>マツカ</sup>をまとった『侵略』が行われた「事実」は否定できないが、それとは別に、日本政府は同協約の「有効」な締結の立場をとっている。この協約の効力問題は、過去の清算との関係から、日本政府の軽々に結論を出せない問題であつて、無効といえ、それは、その後の韓国併合条約の無効と違法な植民地支配に対する賠償の議論、さらには日韓基本条約との関係などの問題もでてくる。「パンドラの箱を開けることになりかねない」。理性と現実主義の精神をもって双方が満足行く解決を探らなければならないが、それは条約法の領域を越える。

筆者の注目するところは、坂元が第二次日韓協約の無効の主張をかなり丁寧に検討していることよりも、その思考の枠組みである。すなわち、ひとつは、朝鮮民主主義人民共和国が無効を申し立てていることである。二つは、無効の申し立てを判断する国際法の基準が不明確であつて、日本政府の有効論は崩せないという結論である。つまり、坂元は、朝鮮民主主義人民共和国と日本政府の論争を裁判所のイメージの中で論じている。すなわち、原告の申し立てを受け止め、その申し立ての言い分を根拠付ける国際法の基準が不明確であるから判断

できなく、無効の申し立てはしりぞけられる。たしかに、民事訴訟では、裁判所は、事実の存否の判断をできないときでも、真偽不明 (non liquet) によって裁判を拒むことはできないから、証明できなければ、請求には理由はないといって、申立人を敗訴にする。このように、申立人の側に、証明の負担すなわち立証責任ないし挙証責任 (burden of proof; Beweislast) を、いわばハンデイとして負わせておくのである。このハンデイは実定法毎に定められているが、特に定められていなければ、一般的には法律効果を主張する側に課せられる。

では、条約の無効が提起されている第二次日韓協約の事例の場合に、なぜ、証明の負担は朝鮮民主主義人民共和国にあって、日本政府にないのだろうか。日本政府にないという場合は、場面が民事訴訟においてと同様に考えられているからであろう。あるいは、国際関係においては、対等な存在を前提に、古来の格言「挙証責任は主張者に存し否定者に存せず」が生きているからかもしれない。

しかし、自動車損害賠償法は、証明の負担を申立人たる被害者ではなく、加害者(第三条)に負わせる。医療事故・公害などの訴訟では、当事者間の資料収集能力に著しい差があるから、申立人からその相手方へ実質的に挙証責任の転換が図られている。<sup>(60)</sup>これは、弱者保護の実質的な現れである。

そうすると、挙証責任の転換を図る国際法はないとしても、挙証責任の転換を図る考え方があることは参考になる。そうすると、法の一般原則である衡平と事物の蓋然性と信義則からすれば、つねに申立人

に挙証責任が課せられるべきだとは言いがたい。たとえば、レイが第二次日韓協約の無効をいつたときには、いわば対等な当事者間における強制を問題にして無効をいつたが、朝鮮民主主義人民共和国がいうときには、その立場は、第二次日韓協約の締結時に枠外に置かれていた朝鮮民族のそれに属する。そうした側は、さまざまに抵抗し、民族解放闘争を実践してきたのである。この実践に大いに味方するのが国連憲章(一九四五)、植民地独立付与宣言(一九六〇)、そして市民的及び政治的権利に関する国際規約(一九六六)である。これらの規定は、民族自決権の尊重を謳い、「近代の植民地支配の克服なしには、人間の生活や権利の真の尊重はありえない」と考えたのである。それゆえに、この精神からして、民族の独立を主張し続け植民地支配を脱した側の言い分に一層の負担を課するのは、衡平の観点からすれば、酷というものではないだろうか。それだから、挙証責任を申立人たる朝鮮民主主義人民共和国に課すとすれば、いままお帝国主義的な性格の国際法が生きているといわざるをえない。

たしかに、自決権行使のための民族解放戦争が、植民地国家と自決権行使主体の人民との二つの国際法主体間の闘争という国際的性質をもつとみなされるようになったのは、一九七〇年代であるといわれる。そして、第二十五回国連総会は、「植民地主義は国連憲章、植民地独立付与宣言および国際法に違反する犯罪であるとする」とともに、植民地人民は植民国家の抑圧に対して『自己のとりうるあらゆる必要な手段によって』闘争する権利を再確認した<sup>(61)</sup>といわれる。そうすると、一

九七〇年代以降世界の歴史は植民地支配を犯罪というほどに大きく転換しているから、今日でも帝国主義的な国際法の有効性がかつてと同じように機能するという主張を理解するのは難しい。それだから、歴史上の出来事の法的再評価に当たっては、事情の変化にしたがって、举证責任の転換が図られてしかるべきだと考える。つまり、日本が証明の負担を負わなければならないのである。

それだから、海野が、次のようにいうときには、坂元と同じく、举证責任を申立人に課する前提の上で論じている。すなわち、

第二次日韓協約の「無効論は、法律的にも歴史学的にも無効を立証するには、なお不十分と言わざるをえない。無効論は日本の歴史学界にはなじんでいない。『第二次日韓協約』も『韓国併合条約』もともに国際的に承認され、日本は韓国を保護国とし、ついで植民地として支配した、とするのが一般的な見方だろう。」

たしかに、無効論の中には、実際単純な誤解もあるかもしれない。問題は、そうした誤解をあげつらうことではない。そうではなく、なぜ举证責任が申し立ての側に課されるかにある。

#### (5) 法の欠缺と解釈について

第二次日韓協約の強制調印が国の代表者個人に対する強迫によって行なわれたかどうかの判断に際し、国際法上の基準は不明確であるというところの中には、举证責任の問題とは別に、判断基準が不明確だという問題も潜んでいると思う。事柄を証明できるかできないかは、事実の問題である。その場合に举证責任の法理が機能する。それに対し

て、判断基準の不明確さは、法規範の構造理解の問題であって、証明問題とは関係がない。筆者は、以上のように、二つの問題を区別したい。

法規範の構造理解に関していえば、このテーマには従来理論的な争いがある。すなわち、イエリネックは実定法には法の欠缺 (Jücken) があるといい、「法体系の完結性のドグマ」に反対するが、ケルゼンは「法律の欠缺は理論的には存在しない」と主張する。<sup>(64)</sup>そして、法理論としてはケルゼンの主張を認めつつ、実際問題としては法の欠缺を認める中間説もある。<sup>(65)</sup>日本でも同様の状況にある。<sup>(66)</sup>

たしかに、穏和な法実証主義と徹底した法実証主義は、それぞれ、法の欠缺の問題に関して理論上異なった認識をしている。しかし、どちらも「欠缺の充足と解釈の相互補完」を肯定している。<sup>(67)</sup>つまり、どちらも、判断基準が不明確だから判断できないあるいは立証は不十分だとはいわない。それどころか、条約の締結に関する強制が個人に対する強迫であったかどうかは、強迫をめぐる国内法の規定や法の一般原則の徹底した解釈によって解決されるべきである。それゆえに、徹底した解釈を展開しないで手前に立ち止まる坂元と海野の判断基準の不明確さの主張は、朝鮮民主主義共和国の無効論に対して十分理由のあるものではない。

#### (6) 国際法適用における日本の特殊性について

海野の「国際法・国際慣習に照らして、適法であるというにすぎない」という主張には、欧米と日本とは帝国主義的あり方において同じ

であったという含みがある。しかし、当時の欧米の帝国主義的な判断にしたがったとしても、なお違いがあるという指摘は無視できない。というのは、荒井信一は、<sup>(68)</sup>すでに述べた穏和な法実証主義の立場と同じように、条約の形式と内容という分析概念を用いて、次のようにいうからである。すなわち、

フランスのチュニジアの保護国化のバルド条約が批准を明記したのは、「保護条約の内容に応じた当時の国際法上の慣行と手続きに従った」からであったが、内容上同じ保護条約でありながら、日韓協約は、明示的な批准の条項を欠き、「正式条約の体裁」をとらないのは奇異である。帝国主義的な国際法秩序の「外皮ですらほとんどかなぐり捨てたと形容しても誇張とはいえない」。

さらに、かりに当時の国際法は帝国主義的な国家間で通用し、一般的に日本もそれを適用したにすぎないとしても、なお日本の適用の暴力性の特殊性は無視されてはならない。すなわち、考え方として、一方では、日本は、一国を保護国化するのに大臣らによる「平日の職権」で調印した「同文通牒の形式」(簡略形式による条約)をとって、批准書交換を伴わない条約の「形式」を備えたのであり、「形式的適法性」がある。<sup>(69)</sup>もう一方には、十年前には日本軍の朝鮮王宮の占領と三浦梧楼公使による王妃殺害の事実があった、今回の第二次日韓協約の締結に際しては、朝鮮王宮前で日本軍は演習し市中巡回して威圧した、しかも、特派大使にすぎない伊藤博文は朝鮮皇帝とその大臣に対して強迫的言動を弄した、そうした事実がある。<sup>(70)</sup>そうすると、「形式的適法性」と、

身体への不安を呼び起こす軍隊の行動や強迫的言動の事実との比較衡量は不可欠に思う。それなのに、「形式的適法性」による協約締結の有効性に重い評価が与えられ、行動の暴力性に著しく軽い評価が加えられているようにみえるから、この判断基準は何かが問われる。

四 以上、海野の問題提起を参考として、六点にわたって第二次日韓協約や韓国併合の合法性の根拠付けを探ったところ、その主張にはいくつものあいまいさと矛盾があると思われた。それゆえに、なおそれを争いうるといわざるをえない。

#### 結びにかえて

一 第二次日韓協約や韓国併合の無効論を外側から(つまり日本の植民地支配の立場から)批判するのは、学問の方法論としては成り立つが、それには問題がある。なぜなら、現に植民地支配の正当性が問われているのに、その正当性を論証するのは、問う側をはなはだしく傷つけるであろうから。つまり、正当性の問いは、すでに触れたように、論争的であることを知らなければならぬ。正当性の争いをめぐって中立はない。そのために、無効論に対する批判の論拠が十分でなければ、それに固執するのではなく、どのような意味で無効を主張しているかをその内側から(つまり日本の植民地支配に抵抗した立場から)理解する努力も大切ではないだろうか。

この内側から理解しようとする視点にあつては、植民地支配が、元国家の元国民にとって内面的に支持できるものであったかどうか最

大の問いである。この問いは、当然ながら、植民地支配の実態(その発端を含む)に即して提起されるから、今後植民地支配の実態の解明が課題ではないかと思う。

二 植民地支配の実態の解明作業は、諸学問の協同なくしては実現不可能である。こうしたことを考えつつ、筆者は、固定した国家論の思考の枠を取り払って、さまざまな事態に即した国家論の再構築を試み、あえて過渡期の国家論を提示した。それは、植民地支配の課題を扱える道を開くための試みであった。いろいろな専門領域で同じような試みがなされるのを期待したい。

そして、日本の植民地支配の全貌解明のために、国際的な学問的場がつくられるよう、日本と大韓民国・朝鮮民主主義人民共和国の学者に呼びかけたい。

#### 注

- (1) 一九九四年突然召天された金宗秀(キム・ジョンズ)大韓イエス教長老会釜山鎮教会長老を深く心にとめ本稿を合わせて記念とした。
- (2) 真崎光晴『日韓交渉——その経緯と問題点——』国際問題シリーズ第二七号、日本国際問題研究所(一九六二)、九一—一〇頁。
- (3) 全国憲法研究会は声明(法律時報第三八卷一号(一九六六)、九二頁を出した)。
- (4) 養載湜(Pae, Jae-Shick)・白忠鉉(Paik, Choong-Hyun)・李相冕(Rhee, Sang-Myon)(祖父江潤訳)「韓日間の法的諸問題——一九六五年諸条約の施行上の問題点」ソウル大学校『法学』三五卷二号(一九九四・一〇)——四四頁。
- (5) なお、この一九二〇年の事件を研究した朴孝生「間諜岩洞(センノルバウ

イ)村の虐殺事件 もうひとつの『堤岩里(チュアムリ)事件』福音と世界一九九三年十一月号五三頁以下参照。また、『朝鮮統治史料』第二卷二七〇—二七三頁に詳しい資料がでている。朴慶植(パク・キョンシク)『日本帝国主義の朝鮮支配』上、青木書店(一九七三)一三七頁以下参照。

- (6) 第四一回日本基督教教会大会記録(一九九二)一五九頁。
- (7) 関庚培(ミン・キュンバエ)『韓国キリスト教史』(澤正彦訳)日本基督教団出版局(一九七四)一四三頁、柳東植(リュウ・トンシク)『韓国の宗教とキリスト教』(金忠一訳)洋々社(一九七五)一三二頁。
- (8) 第三説に当たる憲法の教科書が、憲法とはなにかを肯定的に論じることが当然としても、その教科書が国家とはなにかを扱わない理由を述べていないのにその理由を探ることは難しい。
- (9) 主要な箇所は、美濃部達吉『日本憲法』有斐閣(一九二二/一九二四)、一四一—一五、二二、三五、四六—四七、五〇、一七四、一八〇頁参照。
- (10) 美濃部、前掲、六九頁。
- (11) 主要な箇所は、美濃部、前掲、六九、一〇八—一一二、一四四—一四六、一七五—一七七、二二五—二二六、二二三—二三四、二五五、二六六—二六七頁。
- (12) 宮沢俊義『憲法』有斐閣(一九六二)一一四頁。
- (13) なお、戦前の宮沢『憲法略説』岩波書店(一九四二)は、国家の三要素に言及していない。
- (14) 宮沢『憲法』五頁。
- (15) 宮沢、前掲。
- (16) 杉原泰雄『憲法』有斐閣(一九八七)七九頁。
- (17) 杉原、前掲、六八頁。そして、『憲法解釈論上』国家につきいずれかの法概念を当然に措置しなければならぬ理由はない。憲法解釈論においては、基本的には、憲法の立場をふまえて、解釈者の立場に適合的な国家の法概念を規定すれば足りる(同、六八—六九頁)。
- (18) 杉原、前掲、八〇頁。
- (19) 吉田善明『日本国憲法論新版』三省堂(一九九五)四八二—四八六頁参照。
- (20) 杉原、前掲、七三頁と吉田、前掲、四八四頁。



- (21) Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 96, 146 und 160. ケルゼン『一般国家学』岩波書店(一九三六/一九七二)一五八―一五九、二四三、二六七頁。
- (22) A. O., S. 161. ケルゼン、前掲、二六九頁。
- (23) 波多野里望「国家承認」「国際関係法辞典」三省堂(一九九五)三四二頁。
- (24) 山本草二「国際法(新版)」有斐閣(一九九四)一三六頁以下。
- (25) 波多野里望「国際法講義(新版)」有斐閣(一九九三)九一頁。
- (26) 以下主に、姜萬吉(カン・マンギル)「韓国現代史」高崎宗司訳、高麗書林(一九八五)四三―八九頁参照。なお、楠原利治「近代における民族解放闘争」朝鮮史研究会・旗田魏編『朝鮮史入門』太平出版社(一九七三)三一―五頁以下参照。
- (27) 楠原、前掲、三三二頁。
- (28) 独立軍は日本軍と遭遇して、その連隊長を含む千二百名を射殺し、自らは六十名の戦死者を出した。これが一九二〇年十月の青山里(チョンサルリ)の勝利。
- (29) ソン・ウー「韓国憲法改正史」集文堂(一九八〇)六六―六七頁(日本語訳は崔龍基(チュ・ヨンキ)氏による)。
- (30) 崔龍基(チュ・ヨンキ)氏による。樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集 第三版』三省堂(一九九四)二九〇頁参照。
- (31) 金哲洙『大韓民国憲法』一橋大学冬期講義資料集(一九九五)三七頁。
- (32) 金、前掲、四五頁。
- (33) Legitimacy の訳語として、「正統性」を当てるべきだという意見、「正当性」を当てるべきだという意見、どちらでも同じとする意見がある。しかし、この訳語をめぐる争いは、日本に固有である。英語でもドイツ語(Legitimität)でも、日本のような争いはない。ところで、フランス語の légitime の発明者は Talleyrand だといわれる。その意味は、フランス革命後の王朝の復古を合法性に対して弁護することであった。それは、併合や革命によっても失われることのない支配の要求権であった。それが、その後の革命によって、憲法上、王朝の legitimacy と議会の民主的 legitimacy との結合が図られるようになって、様子が変わった。さらに、イタリーやドイツでは、国民国家的一体性の legitimacy の理念が王朝の legitimacy に対立し、結局、王朝の legitimacy は敗れた(Quaritsch, Helmut, Legitimität, in: *Evangelisches Staatslexikon*, 3. neu bearbeitete Aufl., 1987, S. 1990; Legitimität], in: *Der neue Brockhaus*, 1985, Bd. 3, S. 355; Legitimität, in: *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, 3. Auflage, 1986, Bd. 4, 264)。以上のような経過を考えると、王朝の立場からすれば、血の継承に力点があるから、legitimacy の訳語として「正統性」がふさわしい。また、M・ウエーバー(Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Auflage, 1972, S. 16f)が「正当な秩序」をもとにして支配の類型化を図ったことを参考にすると、王朝の支配は、伝統的なものへの信頼による支配(伝統的な支配)であるので、「正統性」が Legitimität にふさわしいとしても、合理的な合法性への信頼による支配(合法的な支配)やカリスマ的なものへの信頼による支配(カリスマ的な支配)では、支配に服従する根拠を述べる Legitimität にかかわって、歴史的な血の継承が問題になっているわけではなく、法やカリスマが問題になり、それらに合致しているわけではないことが重要になる。たとえば、その支配をもつともである、当たっている、適切である、正しい、と受け止めるから、「正統性」よりも「正当性」の方がよい。そのために、legitimacy/Legitimität の訳語としては、「正統性」よりも幅広い意味内容を表す「正当性」の方がよいであろう。
- (34) Lewis and Short, *A Latin dictionary*, Oxford (1879/1966), p. 1046-1047.
- (35) Weber, a. a. O., S. 16f. und 19.
- (36) A. O., S. 19f.
- (37) なお、合法性と正当性の哲学的な位置づけは問いである。というのは、カント(Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1798, *Immanuel Kant Werke in zehn Bänden*, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band 7, *Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, Zweiter Teil, 1968, S. 324, カント「人倫の形而上学」吉澤傳三郎・尾田幸雄訳、カント全集第十一巻、理想社(一九六九)四〇頁)は、合法性(Legitimität)に対するものを道徳性(Moralität)としているからである。
- (38) Otto Kirchheimer の言葉。Schmitt, C., *Legitimität und Legitimität* (1932), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (1958), S. 269. C. シュミット『合法性と正当性』未来社(一九八三)一六頁参照。

- (39) Weber, a. a. O., S. 19. 「今日最も知られた正当性の形態は、『合法性』の信念<sup>念じあせ。</sup>」
- (40) Weber, Max, Die drei Typen der legitimen Herrschaft, eine soziologische Studie, Preussische Jahrbücher, Bd. CLXXXV II, Heft 1 (1922), S. 1ff. ベック・ウエーバー『支配の社会学』I 世良晃志郎訳、創文社(一九八八)三二頁。
- (41) 小林直樹『法・道徳・抵抗権』日本評論社(一九八八)二三四頁は、合法性と正当性は「しばしば激しく軋みあう」と云う。
- (42) Schmitt, a. a. O., S. 266. シュミット、前掲、一〇頁。
- (43) シュミットの有名な合法性と正当性の対立の問題提起は、たしかに、議会制度の立法国家の合法性を批判して、司法・統治・行政国家の「決断する政治的意思」の正当性を対立的に述べる。しかし、ウエーバーの正当性と合法性の関係の理論的枠組でシュミットをとらえることもできないわけではないので、本文では独自の正当性と合法性の関係の論述として扱わなかった(Schmitt, a. a. O., S. 263-274. C. シュミット、前掲、五―三三頁参照)。
- (44) この正当性の信念は、三・一運動のように、おそらく朝鮮民族の歴史的文化的思想的に蓄積された自然法として、人々の内面に凝集されているであらう。今後の研究課題である。
- (45) 海野「一九〇五年日韓協約無効論について 条約の形式からみた」季刊青丘、一九九三年秋第一七号、同『韓国併合条約』無効論をめぐって』季刊戦争責任研究第一二号(一九九六年夏季号)二九頁。
- (46) なお、海野『韓国併合条約』無効論をめぐって』二五頁は、白忠鉉『韓日併合の国際法的評価』コリア・フォーカス一九九五、vol. 3、No. 6、七八頁以下に依拠しながら、合法性と実効性の問題を論じているが、これは独立に論ずべき重要なテーマを含んでいるので、本稿は扱わない。
- (47) 辻弘範(書評)『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、一九九五年)季刊戦争責任研究第一二号(一九九六年夏季号)七五頁。
- (48) 山内進『明治国家における『文明』と『国際法』』一橋論叢第一一五巻第一号(一九九六)一月号一九頁以下参照。
- (49) Kelsen, a. a. O., S. 25. ケルゼン、前掲、四二頁。
- (50) Meyer = Anschutz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1919, S. 637-643 und 672.
- (51) Meyer = Anschutz, a. a. O., S. 644.
- (52) A. a. O., S. 647.
- (53) Kelsen, a. a. O., S. 25f. ケルゼン、前掲、四一―四四頁。
- (54) Kelsen, a. a. O., S. 231f. und 235. ケルゼン、前掲、三八五―三八六、三九二頁。
- (55) 海野『研究の現状と問題点』海野福寿編『日韓協約と韓国併合』明石書店(一九九五)一七頁。
- (56) 海野『韓国併合条約』無効論をめぐって、二六頁。
- (57) 坂元茂樹『日韓保護条約の効力』関西大学法学論集第四四巻第四・五号(一九九五)三二―三三頁以下。
- (58) フランシス・レイ『韓国の国際状況』―国際法からみた韓国保護条約無効論―』海野福寿解説、日本の戦争責任資料センター訳、季刊戦争責任研究第一号(一九九三年冬期号)八〇頁以下。
- (59) 坂元、前掲、三一七、三四二、三四三―三四五、三四五―三四六頁。
- (60) 例えば、東大ルンバル事件最高裁判決一九七五年十月二四日民集二九卷九号一四一九―一四二〇頁。
- (61) 高野雄一『教養国際法／明日の国際社会と日本』東京大学出版会(一九八三)六三頁。
- (62) 宮崎繁樹『新訂・国際法』日本評論社(一九七七)七三頁。なお、高野、前掲、三三八頁以下参照。
- (63) Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, S. 353, 356, 358 und 378. イエリネック『一般国家学』二八七、二八九、二九〇、三〇二頁。
- (64) Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 1934, S. 104. ケルゼン『純粹法学』横田喜三郎訳、岩波書店(一九三五)一六三頁。なお、概念法学の主張は法の無欠缺一性(Lückenlosigkeit des Gesetzes)といわれることがある。
- (65) Evers, Hans-Ulrich, [Rechtsanwendung], in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. 2, 3. neu bearbeitete Auflage, 1987, S. 2714.
- (66) 自由法論の立場から概念法学を批判して、法の欠缺の意義を詳しく論じ

ているのは、尾高朝雄『国家構造論』岩波書店（一九三六）五二二—五二四頁、同『法学』学生社（一九五三）一〇三—一〇五頁、井上茂（概念法学、自由法論）尾高朝雄編『法学概論』青林書院（一九五四）二二二、二二二—二二三、二二五頁。ところが、井上『法規範の分析』有斐閣（一九六八）二六〇頁以下、三四二頁以下、三五八頁以下は、かつて批判した概念法学の立場に立って、伝統的な考え方が法の欠缺と理解するものは法の病理としてのとらえ方だといひ、欠缺とみられるものは法の「ひらかれた構造」に属する事態であつてそれを生理としてとらえるべきだといふ。次に、実定法学では、美濃部達吉『行政法撮要』上巻、改訂第四版有斐閣（一九三三）八〇—八一頁、田中二郎『新版行政法』上全訂第二版五六頁、兼子仁『ホーンブック行政法』二九、四一頁は、理法ないし条理をもつて法の欠缺を満たそうとし、伊藤正巳・加藤一郎編『現代法学入門』第三版（有斐閣）六四頁と団藤重光『法学入門』現代法学全集一、筑摩書房（一九七三）一四五—一四六、三二二—三二三頁は、条理を法源と認めず、法の欠缺とは解釈の問題だといふ。

(67) Ebers, a. a. O., S. 2715.

(68) 荒井信一「第二次日韓協約の形式について 批准の問題を中心に」季刊戦争責任研究第一二号（一九九六年夏季号）二二、一六一—一七頁。

(69) 海野「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（一九九五）一三一—一七頁。

(70) 海野『韓国併合』、九二頁以下、一〇〇頁以下、一五七頁以下。中塚明「日清戦史」から消えた朝鮮王宮占領事件——参謀本部の『戦史草案』が見つかる——」みすず三九九号（一九九四）三九頁以下、同「第二次日韓協約（乙巳条約）の今日の問題」寿岳章子・祖父江孝男編『無答責と答責 戦後五十年の日韓関係』御茶の水書房（一九九五）八八頁以下、同「韓国併合の歴史的位置」季刊戦争責任研究第一二号（一九九六年夏季号）五頁以下。

付記

脱稿後に海野福寿・坂元茂樹・高崎宗司・伊藤成彦共著『日本の朝鮮侵略と国際法——歴史学から再考する』「朝鮮問題」学習・研究シリーズ第五十号「朝鮮問題」懇話会（関東学院大学文学部大内憲昭研究室気付）、一九九六・七に接した。本稿のかかりでは、坂元「時際法」への言及が

重要だが、国際私法を越えてそれが適用されるかどうかを深める余裕がなかった。また、日韓基本条約第二条の「もはや無効」と already null and void の関係についても今後の研究課題の一つとしたい。