

日本法學

第八十四卷 第四号 2019年3月

論 說

裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする

控訴についての控訴審の審査のあり方

—— 続々・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題 ——

…… 柳 瀬 昇

ブレグジットとイギリス憲法

—— 二〇一六年国民投票における「国民のヴェクトル」の意味するところ ——

…… 加 藤 紘 捷

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか

…… 船 山 泰 範

翻 訳

期限付きの官吏任用は、法律上の通例として許容されるのか

…… ウドー・フィンク
長谷川福造 訳

「ローマ法と法学教育」

…… クリジエ・サテ・メイ
菊池 肇哉 訳

研究ノート

学校における信教の自由

—— 公立学校における祈禱の禁止に関するドイツの判例 ——

…… 岡 田 俊 幸

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察

…… 大 杉 麻 美

資 料

宮崎道三郎博士講述『比較法制史』緒言及び
第一部 羅馬法制史

…… 吉原 達也 編

論 説

租税法における解釈のあり方

—— 比較法的研究に基づく考察 ——

…… 今 村 隆

雑 報

日本法学 第八十四卷 索引

日本法学 第八十四卷第二号 目次

論 説

憲法における生存権

——「権利」の意味の考究とともに——

…… 齋藤 康 輝

裁判員裁判の判決に対する

上訴審の審査をめぐる正統性の問題

…… 柳 瀬 昇

西南戦争の傷病者救護と博愛社 …………… 喜多義人

日本法学 第八十四卷第三号 目次

池村正道教授古稀記念号

法と社会をめぐる諸問題

裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする 控訴についての控訴審の審査のあり方

——続々・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題——

柳 瀬 昇

一 本稿の意義

本稿は、本誌八四卷二号所収の拙稿「裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」及び同八四卷二号所収の拙稿「裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方——続・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」と一体となって、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題について検討するものである。

これらの既発表論文のうち、前者では、裁判員の参加する第一審の裁判の判決を裁判官のみで構成される控訴審が破棄しうることの正統性の問題について検討した。すなわち、裁判員の参加した裁判を裁判官のみで構成される裁判体で審査することの正統性は、控訴審の審査の立場と対象を第一審と異なるものであると解することによって、すなわち、控訴審が事後審として第一審の裁判の判決の内容の過誤の有無を点検するものであると解することによって肯認しうる。そして、裁判員制度の導入に伴い、第一審裁判所について判断主体や事実認定の資料等に変化が生じることを認めたくて、裁判員裁判の判決に対する控訴を控訴審が審査するにあたっては、第一審の裁判を尊重するという立場から、事後審としての本来の趣旨をより徹底させることが望ましいとの結論に至った。裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題を検討するうえで考慮すべき主要な視点として、裁判員が第一審の裁判に参加していることそれ自体に着目する視点(裁判員の参加の意義尊重論)と、制度導入に伴い直接主義・口頭主義が強化されたことに意義を見出す視点(直接主義・口頭主義重視論)の二つが考えられる¹⁾。

また、後者では、裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方について検討したが、裁判員制度の導入に伴い、裁判官のみによって構成される控訴審が裁判員裁判の判決に対する控訴を審査することになり、正統性の問題を克服するべく、論理則・経験則違反説に依拠して事後審制を徹底することが強く要請されるところ、判例が論理則・経験則違反説を採用するにあたって依拠したのは、裁判員の参加の意義尊重論ではなく、直接主義・口頭主義重視論であった。つまり、個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加したという事実やその判断それ自体に、尊重すべき価値があるのではなくて、裁判員制度の導入を契機として徹底されることとなった直接主義・口頭主義という手続構造の面を、最高裁判所は重視しているのである。

本稿では、裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方について検討することとする。

二 量刑判断への裁判員の関与と量刑資料

1 量刑判断への裁判員の関与の意義

わが国の裁判員制度は、諸外国の陪審制度とは異なり、事実認定のみならず量刑の判断についても裁判員の関与を求めるものである。

司法制度改革審議会意見書は、「裁判員が関与する意義は、裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるという点にある」としたうえで、「このような意義は、犯罪事実の認定ないし有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当するので、いずれにも、裁判員が関与し、健全な社会常識を反映させることとすべきである」と提言していた^②。酒巻匡教授の分析によれば、審議会では、「刑の量定にも裁判員が関与することを強く否定する議論がな」く、「むしろ、量刑にこそ、一般国民の健全な社会常識を働かせて専門家と協働決定することに意義を認める議論が支配的であった」という^③。

現行裁判否定論に基づき民主主義的基礎づけ説に立ち^④、制度設計の初期の段階で陪審制度を導入すべきと主張していた論者の多くは、新たな国民の司法参加の制度を陪審制度により近いものとするべきと考えていたため、裁判員の量

刑判断への関与には必ずしも積極的ではなかった。例えば、裁判員制度に懐疑的な姿勢を取り陪審制度の導入を強く求めていた論者らは、事実認定についての能力は「一般市民と職業裁判官との間に本質的な違いはない」が、量刑は裁判員の「能力を超える」ことであり、量刑判断への関与によって「市民参加がかえって形ばかりのものになる可能性が生じる」と主張していた。^⑤ 裁判員となる国民が（論者らの議論によれば、職業裁判官よりも優れて）事実認定を的確に判断する能力があるとすれば、刑の量定に関しても適正・妥当な判断を示すことができるという論理的帰結が期待されるところであるが、そこは議論を一転させて、量刑については裁判員に判断能力がないと主張し、裁判員の量刑判断への関与を明確に反対するのである。あるいは、浅田和茂教授は、「事実認定は、二者択一的判断であって市民感覚による常識的判断に馴染む」一方で、「量刑は量的判断であって一定の経験と専門的知見を要する総合的判断であり、素人判断には必ずしも適していないといえ」、「まったく知識も経験もない者に量刑をさせるのは、むしろ刑法・刑事訴訟法の基本原則を無視した不健全な量刑に導く危険が高く」、「裁判員裁判では、たまたま選ばれた裁判員の意向次第で、同種事件における大幅な量刑の格差が生じ、公平な量刑が損なわれる危険がある」と懸念する。^⑥

このような量刑判断についての裁判員無能論とは一線を画するものの、裁判員裁判がどのように運用されるかを見込んだうえで、裁判員の量刑判断への関与を懐疑的に見る向きもあった。例えば、五十嵐二葉弁護士は、制度施行以前の段階で、「裁判員に量刑を行わせるということは、現実には、裁判員は裁判官のもっている既存の量刑相場に従うか、もし「評議において」意見を言うとするれば、マスコミの提供する見解が、裁判員の見解という形を借りて反映されるといふ実態にしかならないだろう」と推測していた。^⑦ 原田國男元判事も、量刑判断への裁判員の関与に肯定的な立場を採りつつ、「確かに、一般国民の量刑感覚は、本来の素朴な正義感情をベースにマスコミ報道によってバイ

アスが加わっている可能性もあるから、日本の裁判の量刑は被害者を考慮して、もっと重くてしかるべきであると考
える傾向にあり⁽⁸⁾、「裁判員がマスコミにしばしば見られる重罰思考をそのまま刑事裁判に持ち込むのであれば、その
役割は、刑の重罰化となって現れるであろうことは容易に推測される」と述べていた⁽⁹⁾。もとより、この点、原田元判
事は、「刑の重罰化こそが国民の常識であり、その意見であつて、それを刑事裁判に反映させることは、この制度の
導入目的に合致して望ましいものであるというならば、それはそれで司法民主化の成果として評価すべきことであろ
う」し、「重罰化が何故悪いのかという次元の問題である」とも主張していた⁽¹⁰⁾。

一般の国民の中から選任された裁判員が量刑判断に関与することの意義について、立法者意思は先に引用した審議
会意見書の記述のとおりであり、そのほかに付加的な説明は施されていないが、事実認定への関与の場合と比較する
と、その説明は必ずしも十分に明快であるとはいえない。たしかに事実認定に関しては、「ある事実があつたかどう
かを一定の資料によつて判断することは日常の社会生活で普通に行われており、その経験は、刑事裁判における事実
認定に直接に活かされる」し、「事実認定プロセスで必要とされる証拠の評価や経験則の適用は、社会生活で培われ
るさまざまな知識や経験を活用できる」としても、「刑の量定」を市民が社会生活で経験することはない⁽¹²⁾からであ
る⁽¹²⁾。

国民の健全な社会常識を裁判内容に反映させるという点を重視して、裁判員が量刑に関与することにつき懐疑的な
立場を採る学説もある。例えば、本庄武教授は、裁判員法の立法過程の中盤段階の時点において、「量刑に市民が参
加するということは、市民の健全な社会常識を量刑に反映させることを意味する」が、「この市民の健全な社会常識
とは、市民の素朴な応報感情と言い換えることができ」、「これは刑罰をもつばら犯罪に対する応報として捉える絶対

的応報刑論の発想である」と解すべきところ、「正しい応報であるためには、刑罰が公平に科せられなければならない」が、「市民の意見……のみに依拠するのであれば、そこで科される刑罰は市民による犯罪者への復讐（vengeance）となつてしまい、正義の要請を充足し得なくなる」と予測したうえで、「裁判員の関与方法としては、量刑について意見を述べることは許容されるが、評決に参加することは認められ」るべきではないと主張していた¹³。また、制度施行後も、高山佳奈子教授は、「仮に、民主主義的な裁判を実現するために、裁判員が関与することによつて、国民の多数が正しいと思う判断をすべきだと考えたとすると、国民の間で、職業裁判官による量刑が軽すぎるという意見が多数を占めていた場合には、裁判員としては、そのことを理由として量刑を重くすべきことになるだろう」が、「一般国民が持っている観念と、法律の考え方が食い違っていること」があり、「一般人が抽象的に持っている観念を『社会常識』として裁判に反映させようとする、法制度の基本的な理念に反する結論や、不当な結論が導かれてしまうおそれがある」ことを懸念している¹⁴。

一方、裁判員制度の意義を考えるうえで、国民の健全な社会常識を裁判内容に反映させるという要素と並べて審議会意見書が重視する点が、裁判官と裁判員との相互コミュニケーションによる知識・経験の共有というプロセスである。たしかに、裁判員のみで量刑判断が行われるとすれば、「正義の要請を充足し得なくなる」おそれも否定できないが、わが国の裁判員制度では、裁判員は必ず裁判官とともに合議体を構成し裁判を行う。量刑判断に裁判員が関与することの意義は、裁判員が判断するということのみに注目するのではなく、それが裁判官との協働で行われるという点を重視して検討すべきであろう。

この点を強く意識して、裁判員が量刑に関与することの意義を理論的に整理したのが、酒巻教授である。

すなわち、酒巻教授は、国民の司法参加の態様について、次のように、欧米の陪審制度のような分担型とわが国の裁判員制度のような一体型とに二分し、量刑の判断主体に関して、その思想的背景を解析する。「陪審制度の決定的特色は、「一般の国民のみ」から構成される判断機関（陪審）が、職業裁判官とは異なった独自の役割を担って、刑事裁判の過程に関与するところにあ」り、「被告人に対する刑罰権力の個別的発動の根拠とされる犯罪事実の存否の確定、すなわち専門家・官憲たる検察官によって刑事訴追された被告人が、合理的な疑いを超えて処罰に値する当該所為をなしたのかどうかの判定は、一般国民から無作為抽出された陪審による専権的判断事項であり、これを専門家・官憲の判断作用に委ね譲り渡すことはしないという考え方」があるが、「その背後には、歴史的に形成された、「司法」官憲をも含む官憲の手による刑罰権力行使に対する、徹底的な不審・警戒の念が在る」という。「いかなる所為を犯罪とし、どの程度の刑量で処罰するかの一般的要件・効果は、各法域の刑法典として各法域の議会……により民主的に決定され、刑罰権力発動の前提要件と大枠は「民意」に基づ」き、また、「個別事案において、証拠に基づき被告人の所為の存否とこれが犯罪に該当するかどうかも、一般国民のみによって構成される陪審によって専権的に判断される」一方で、「有罪であることを自認し……または陪審によって有罪評決を受けた被告人に対する個別的量刑は、多様な資料……に基づいた司法官憲の専門的判定に委ねても良いという考え方が見て取れる」という¹⁵⁾。

このような「分担型」陪審制度型の背後にある刑事司法観」に対して、「一体型で、刑の量定についても、裁判官と裁判員が「協働」決定するというわが国の制度設計の背景に、……徹底した官憲に対する不審・警戒を見いだすことは困難であ」り、むしろ、「刑罰法令の適正な適用実現という刑事裁判の基本目標（刑訴一条）に向けて、国家刑罰権力の発現過程の中核的部分を専門家と一般国民が共に担い……、両者がその専門性と健全な社会常識に基づく相互

コミュニケーションを通じて法の目標をより良く実現しようというのが、裁判員制度の想定する理想型である」ところ、犯情はわが国の量刑に決定的に重要な意味を有するものであるが、「制度の構造上も、このような犯情に係る事実の審理・証拠調べに直接関与することになる裁判員に、敢えて量刑判断に関与する機会を失わせて、陪審制度型のように、量刑は専ら裁判官の領分とする制度設計を行う積極的な理由は考え難いといわなければならない」とする⁽¹⁶⁾。

さらに、「刑事司法作用の重要な目的のひとつは、有罪と認められた者に的確な、すなわち客観的に納得の得られる刑罰を科すことにある」が、「当該被告人や犯罪被害者はもとより、一般国民の刑事司法作用に対する最も大きな関心事が有罪とされた場合の量刑であると想像される点に鑑みれば、刑事司法に対する理解の増進と信頼の向上という法目的にとって、量刑判断への裁判員の直接関与こそがこの制度の大きな眼目のひとつであった」⁽¹⁷⁾とも述べる。ここで、裁判員制度の意義として民主主義的基礎づけ説を排して理解増進・信頼向上説を明確に支持する酒巻教授が、その意義との関連で量刑判断についての裁判員の関与を説明しようとする点に注目すべきであろう⁽¹⁸⁾。

もとより、酒巻教授も認めているように、量刑は、「一定の証拠に基づき特定の事実の存否を認定・判断する」という作業に比して、はるかに複雑多面的な考慮・勘案を求められる作業である⁽¹⁹⁾。したがって、量刑は「非法律家であつても、「常識的感觉」さえ有していれば、判断者として裁判官と対等の適格があるという理解」については、「全面的にしたがうことはできない」というべきである⁽²⁰⁾。小池信太郎教授の述べるとおり、「とにかく理性的ないし常識的でありさえすればどのように刑を決めてもよいとは考えられて」おらず、「そこには、前提とされるべき理論的枠組みや、量刑事情の評価の仕方などをめぐる様々な不文のルールがある」点を踏まえれば、「量刑はとにかく判断者の理性的ないし健全な常識によって決めればよいものであるから専門的な法的知見は重要でないという理解を、そのま

まの形で維持することはできない⁽²¹⁾」。

なお、量刑判断における裁判官と裁判員との役割に関して、裁判員制度の下では、裁判員こそが中心的な判断者となり、裁判官はあくまでそれを補助する役割を担うにとどまるべきであるとする理解に立てば⁽²²⁾（そして、そのような理解は民主主義的基礎づけ説に親和的である⁽²³⁾）、裁判官は裁判員の自由な判断を極力尊重すべきであり、ましてや裁判官が裁判員の議論を指導することを認める余地は一切なからう。

一方、そのような理解に立たず、裁判官と裁判員とは協働すべきであると解するならば（そして、そのような理解は理解増進・信頼向上説に親和的である）、量刑評議における裁判官による裁判員への指導的役割を積極的に肯認しうることになる。小池教授は、「量刑のために判断を要する事項のなかには、専門的・技術的な法的知見を駆使した統一的判断をなすべき必要性が強いことから、裁判官の判断を優先すべき要請が強く働くもの（専門的判断事項）と、必ずしもそういえず、あるいは一定の条件下で、非法律家をも含めた一般国民の常識的感覚を生かして判断すべきだから、そのために裁判官と裁判員が対等な立場で評議すべき事項（協働的判断事項）がある」とし、量刑の過程を四つのカテゴリーに区分し、それぞれを専門的判断事項と協働的判断事項とに分類することを提唱した⁽²⁴⁾うえで、「裁判官は、評議において、様々なスタンスで裁判員に接することが可能であるところ、前者の協働的判断事項については、自己と裁判員は判断者として対等である（べきだ）という認識の下、裁判員からもなるべく自由で率直な意見を引き出すように配慮し、それが自己の見解とは異なるものである場合にも、非理性的ないし非常識的なものでない限りはそれなりに尊重し、妥協点を探るというようなスタンスをとるべきである」のに対して、「後者の専門的判断事項については、「刑の量定」に裁判員が関与することとされたことの趣旨は本来的には妥当しないのであるから、裁判官は、法

解釈学等に関する優越的知見を背景に、自己の判断を前面に出して裁判員にそれに従ってもらえるよう強く働きかけるという意味で、積極的なリードをする権限が認められるばかりか、それが法律専門家としての裁判官の義務といふべきである」と主張する⁽²⁵⁾。

つまり、裁判員裁判における裁判員の関与する量刑判断について、裁判官と裁判員との協働を重視するならば、裁判員の判断を全面的に尊重すべきという単純な裁判員の参加の意義尊重論は採用されるべきではなく、事項次第では、裁判官の専門的な判断のほうが優越すると解すべきこととなる。

2 裁判員の関与に伴う量刑の傾向の変化とそれに対する評価

裁判員の量刑判断への関与に関連して、裁判員の給源となる一般の国民と法律専門家である裁判官とでは、量刑に対する意識が必ずしも同じではない⁽²⁶⁾ということは、裁判員制度施行以前に行われた司法研修所の司法研究等で明らかとなっていた。

この平成一五年度司法研究は、量刑に関するアンケートを一般の国民と裁判官に対して実施したものであるが、「裁判員制度下での量刑についての評議に関して留意すべきであると思われる事項」として、（一）「一般国民と裁判官の量刑意識は、一般国民全体との関係でみると、個々の量刑因子それ自体の扱い方や事例間の軽重バランス等においては概ね共通であるが、一般国民の中には、一定の割合で明らかに裁判官とは違う量刑感覚を有する者が存在するということ」、（二）「一般国民の中には量刑について感覚的な決め方をする者が存在する可能性が高いということ」、（三）「具体的事例において、個々の量刑因子の評価が共通になると、具体的量刑意見が一般国民相互の間でも集約的

になり、裁判官の意見との関係でも共通的になる可能性が高いこと」、(四)「量刑の評議における同種先例の量刑情報⁽²⁶⁾の提供について……一般国民のニーズが極めて高い」が、一般国民は「同種先例の量刑情報は資料として利用するが、それに大きな重きは置かない」傾向があること、(五)「量刑決定に当たって一般国民が知りたいと考えている情報は多様であること」を挙げていた⁽²⁷⁾。

裁判員制度導入以前の裁判官のみによる裁判では、「先例の蓄積によつて形成された目に見えない基準として、「量刑相場」なるものが存在し、これが同種事例間の量刑のばらつきを最小限に押さえ、公平性を確保する機能を果たしてきた」とされている⁽²⁸⁾。原田元判事によれば、量刑相場とは、「同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対しては、同量刑の刑罰を適用するのが妥当であるという考え方に根拠をもつものである」⁽²⁹⁾。「長年の実務において形成されたものであり、熟達した裁判官であれば、一応身に付けている認識判断」である⁽³⁰⁾。「長年の経験によつて体得した一種の勘」であるとか、「裁判官の体験的感覚として認識された基準」であるなどとされる⁽³¹⁾。そして、それは、「裁判官はじめ刑事裁判に関与する実務家らの一種の体験的感覚でこれを知るほかはないという面のある」⁽³²⁾ため、当然ながら、一般の国民である裁判員はそれを持ち合わせていない。したがって、量刑相場を体得していない裁判員が量刑判断に関与することになれば、量刑の傾向がこれまでと比べて変化することが見込まれる。

この点、制度施行以前の段階で、中川博之判事は、「量刑の評議に裁判員が対等の立場で加わるということは、一般国民の感覚を個々の事件の量刑判断に生かすということであり、それにより、裁判官のみによる判断の積み重ねによつて形成されてきたこれまでの量刑相場が動くことが予想される」と述べていた⁽³³⁾。また、井田良教授も、「裁判員制度の下での量刑は、従来の量刑相場からの離反、また同時に、量刑の相互的ばらつきをもたらずであろうこと」を

予想するにとどまらず、さらに一步進めて、「従来の量刑相場からの離反は、……それが法的な拘束力を持つようなものではない以上、直ちには問題視するには当たらないし、とりわけ市民の司法参加の制度を導入する以上は、それが「一般市民の常識的な感覚により法律専門家の偏見を是正する」というその趣旨において、積極的に意図されているとさえいふべきであり、⁽³⁴⁾「量刑に相互的なばらつきをある程度生じること」も「織り込み済み」といふべきであろう」と主張する。⁽³⁴⁾池田修元判事も、裁判員法の注釈書の法施行以前の時点での最新版において、「裁判員が量刑判断に加わることによる影響は、本制度が施行されてみないと分からないであろうが、従来とは異なってくるであろうし、また、一般国民の健全な社会常識を反映するために裁判員の量刑への関与も認める制度を導入する以上、変わるべきであろう」と述べていた。⁽³⁵⁾裁判員制度の導入に伴い、裁判員が量刑判断に関与することによって、従前の裁判官のみによる量刑相場が変化することを実態として見込むとともに、一般国民の健全な社会常識を裁判に反映するという制度趣旨を重視して、規範的に変化すべきだとの主張も見られるところである。⁽³⁶⁾

これに対して、高山教授は、「制度が変わる以上量刑相場も変動すべきだ、と考えることには疑問がある」として⁽³⁷⁾いた。すなわち、同教授は、「裁判所によるこれまでの量刑に対しては世論の批判もあつたが、多くの場合、一般人は新聞やテレビなどの報道から得た限られた情報に基づいて直感的な判断をしていたのであり、そのような前提に基づく批判が裁判官の判断よりも合理的である根拠はな」く、「裁判員には、法律が前提としている各種の基本理念や、
刑罰の内容・効果などに関する知識が欠けている場合が多く、それが原因で量刑判断が拡散する余地がある」ため、「そのこと〔量刑の基礎となる事実認定に裁判員の知識や経験を活用させる意義〕は、量刑の幅が上下に拡張されることを是認する理由にはならない」と主張する。⁽³⁸⁾もとより、この批判に対しては、前節でも確認したとおり、わが国

の裁判員制度において、量刑判断は、裁判員のみで行われるのではなく、裁判官との協働で行われるため、裁判員に欠ける知識等は裁判官によって適切に補充されるであろうし、されるべきでもあるため、協働の理念を重視する限り、かかる懸念は払拭されることになる。

先に挙げた平成一五年度司法研究は、「価値観が変化し、また、多様化していると言われる現状の中で、裁判員制度が導入されるのであるから、そこでは裁判官だけで量刑を決める場合と比較して結論が異なる場合が生じ得ることが予定されていることは当然である」と述べる⁽³⁹⁾。また、「量刑を含めた裁判結果に一般国民の意識を反映させるべきである」という裁判員制度の趣旨や、同種先例の量刑情報を参照するが大きな重きは置かないという……一般国民の考え方からすれば、裁判員制度導入後に形成される「量刑相場」は、これまでよりも一段と幅の広いものになり、基準というよりは、むしろ、より緩やかな「これまでの量刑の傾向」として機能することになるものと予想される⁽⁴⁰⁾ともいう。

なお、平成一五年度司法研究では、量刑相場に代えて量刑の傾向という概念が新たに提唱されているが、この概念は、学説上も支持されており、後述する判例においても用いられていることから、本稿では、以下、量刑傾向という語を用いつつ、特に、裁判員制度導入以前の従来の裁判官のみによって形成されてきたそれを指す場合のみ、量刑相場と呼ぶこととする。

3 裁判員にとっての従前の裁判官のみによる量刑相場の意義

前節で確認したとおり、従前の裁判官のみによる刑事裁判においては、いわゆる量刑相場が機能しており、裁判体

が異なろうとも同種事案間での量刑の著しいばらつきが生じることはない⁽⁴²⁾とされてきた。では、裁判員制度下で新たに量刑判断に關与することとなった裁判員は、量刑相場ないし量刑傾向を参考とすべきであろうか。

「どのような重さの刑を科すかという判断は、裁判員としては普段したことがない判断であるから、その感覚が重要といつても、何らかの資料や思考の出発点がなければ、判断に窮して」困惑することが見込まれる⁽⁴³⁾。最高裁判所事務総局刑事局は、裁判員制度施行に先立ち行つた模擬裁判を通じて、「刑法所定の刑罰の幅は広く、事実認定をした後、検察官の求刑や弁護人の量刑意見はあるものの、それ以外の判断材料のない状態で具体的な量刑意見を述べよと言つてもそれは裁判員に不可能を強いるものであ⁽⁴⁴⁾」り、「そこで何らかの手がかりが必要とな⁽⁴⁵⁾」ることを認識した。「裁判員にとつて、何らの量刑資料もないまま刑を量定することは雲をつかむに等しい作業であ⁽⁴⁶⁾」るといえる。

それでもなお、量刑相場ないし量刑傾向を参考としないとすれば、個々の裁判体で同種事案間での量刑の著しいばらつきが生じることが見込まれるが、では、そのことをどのように評価すべきか⁽⁴⁶⁾。

「同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対しては、同じ刑量の刑罰を適用するのが公平・平等であるという考え方が一般に承認されて」きたとしても、「公平という価値も、裁判員制度の下では、様々な要請の中における相対的な価値の一つであつて、……これを絶対視しなければならぬというものではないであろう」との見方も成り立ちうるであろう⁽⁴⁷⁾。「裁判員裁判の下において、刑の公平性は、死刑は別として、決して絶対視すべきものではない」、「裁判員制度は、そもそも刑の公平性を絶対視しないことを前提に、量刑に民意を反映させようとするものとさえいえる⁽⁴⁸⁾」との見方もある。民主主義的基礎づけ説に立つならば、主権者国民の自由な判断が、法的専門合理性に拘束されない真に創造的な量刑を可能すると考えられるし、具体的に裁判に参加する個々の裁判員の意見に民主的正統

性がある以上、たとえ裁判員による極端に重い、ないし軽い量刑意見が裁判体に受容されて、その結果として同種事案間での量刑に著しいばらつきが生じることがあるとしても、主権の絶対性が刑の公平性に優越すると解されることになる。この観点からは、個々の裁判員が独立して量刑判断を行うことを妨げるような資料の提供は行われるべきではないこととなる。⁽⁵⁰⁾

その一方で、理解増進・信頼向上説に立つならば、裁判員の参加によって同種事案間での量刑のばらつきが一定程度生じること容認するとしても、⁽⁵¹⁾公平性の見地から看過できないような著しいばらつきの発生は、司法に対する国民の信頼を損ねることになるため、回避されなければならない。⁽⁵²⁾そして、著しいばらつきの発生を回避するためには、すべての裁判体が量刑判断にあたって何らかの目安を参照する必要がある。裁判員制度導入以前においては、量刑相場には「現実言い渡される刑の均衡性」を保つという「極めて重要な実地的意義」があった。⁽⁵³⁾そして、制度導入以降も、量刑相場ないし量刑傾向は量刑判断にあたって参考とされるべきものといえよう。⁽⁵⁴⁾したがって、「裁判員と裁判官から構成される合議体は、事案の内容を踏まえ、その個別性に応じて量刑を行うに際し、量刑があまりにもばらつき、被告人に著しい不公平感を抱かせたり、刑事裁判に対する国民の信頼を揺るがしたりするような事態になることを避けるため、自らの量刑判断が「量刑の傾向」から外れていないかという観点から、同種先例における量刑状況を参照す」べきこととなる。⁽⁵⁵⁾

平成一九年度司法研究は、従前の量刑基準が、(一) 構成要件と法定刑の幅が広いゆえに種々の犯罪類型が一つの(刑事実体法の) 規定に包摂されるところ、裁判所によってなされた具体的な可罰性の段階付けを裁判例の集積により実質的に類型化するものであり、(二) 同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対して、同じ刑量の刑罰を

適用するのが公平・平等であること、（三）量刑先例の集積は数値化しにくい基準を一定の幅をもった物差しとして提供するという機能を有していることなどを理由として、「国民との関係においても、長年の間に形成されてきた書かれざる緩やかな規範としての意味を持ってきたもの」と考えられることから、裁判員裁判においても、「その意義と限界を明確に認識していれば量刑基準を用いることに格別躊躇する必要はない」と述べる⁵⁶。また、平成二一年度司法研究でも、「量刑資料に示される量刑傾向は、一定程度は量刑（責任の枠）の目安として尊重されるべきものであることから、「裁判官としては、裁判員から抵抗感を示されたとしても、評議において、量刑資料を示すことをちゅうちょする必要はない」とされている⁵⁷。

なお、制度導入期の議論として、裁判員制度導入以前の量刑相場は、すべて裁判官のみによるものであるから、裁判員がそれを参考とするということは従前の裁判官の判断に倣うことを意味するところ、国民の健全な社会常識を量刑に反映させるということとの関係で、そのことをどのように解すべきか検討しておく必要がある。

この点、裁判員制度の意義について民主主義的基礎づけ説に立つならば、従前の裁判官による判断は克服されるべきものであるから、裁判員が参加するというまったく新たな制度が導入される以上、裁判官のみによるこれまでの裁判の運用は、裁判員にとっては、一切参照するに値しないものであり、むしろ批判の対象として扱われるべきこととなる。裁判員制度の設計段階では、「過去の裁判結果に基づく量刑資料を評議で参照することは「裁判官が作ってきた相場の押しつけ」になるので許されないのではいかとの指摘が、弁護士会の議論では出されてきた⁵⁸」というが、これは、まさに民主主義的基礎づけ説に基づく量刑相場に対する消極的評価といえる。

その一方、現行の裁判員制度が拠って立つところの理解増進・信頼向上説によれば、従前の裁判官のみによる判断

の先例は否定的に評価されるべきものではなく、むしろ、裁判員制度導入後の刑事裁判は従前の裁判との連続性を有するのであるから、裁判員が量刑を判断する際の参考資料として従前の量刑相場を排除する合理的な理由はない。むしろ、裁判員制度導入前後の対比において量刑傾向の顕著な不均衡の発生を防ぐ利点がある。また、そもそも、量刑相場は、「刑事裁判実務が、長年にわたって具体的な犯罪の「罪の重さ」に対する判断を積み重ねることにより形成してきた具体的基準であり、「その根底にあるのは国民一般の価値基準にほかならない」のであり、「この価値基準は、国民それぞれがその意識として明確に把握しているかどうかは別として、国民全体としてみると共通して存在する道徳的、倫理的な感覚ないし「正義感覚」によって支えられたもの」であるとされる⁵⁹。つまり、従前の量刑相場は、たしかに裁判官のみによって形成されてきたとしても、国民一般の価値基準⁶⁰に沿うべく形成されてきたものであるから、量刑相場はその感覚と乖離するものではなく、これを参照することと国民の健全な社会常識の量刑への反映とは矛盾しないというべきであろう。

いずれにせよ、裁判員裁判の運用の蓄積によって、従来の裁判官のみによる量刑相場は裁判員の関与した量刑傾向として更新されており、今日では、そもそも問題としての意義を喪失しつつある。神山啓史・岡慎一両弁護士は、「裁判員裁判で「量刑傾向」を参照するのは、「裁判官が作ってきた相場」を尊重すべきだからではなく、公平性の考慮のために「同種・同性質・同程度の事件」についての裁判結果を参照する必要があるからであり、「量刑傾向」には拘束されるものでないことを前提に、裁判員の意見が反映された量刑判断が蓄積されていくならば、裁判員裁判での「量刑傾向」が次第に形作られていくことになるはずである」から、「このような運用がなされるならば、「量刑傾向」を参照することが「裁判官が作ってきた相場の押しつけ」になるとはいえない」と主張する⁶¹。そして、「現時

点においては、量刑データベースは職業裁判官による判決よりも裁判員裁判の判決のデータの比重が大きくなっている」ことから、「量刑データベースを参照させることにより裁判官による量刑判断を〔裁判員に〕押しつけるものになるのではないかとの批判」は、今日では妥当しないといふべきであろう。⁶²⁾

三 裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴についての審査のあり方

原田元判事は、控訴審における量刑審査のあり方について、「控訴審がその事案についての量刑判断をし、それと原判決の量刑とが異なれば、それだけで量刑不当に当たる」と考える「点による審査」と、「原判決の量刑判断が一定の幅の中にあれば、量刑不当とはせず、その幅を逸脱しているときに、量刑不当に当たる」と考える「幅による審査」の二つに整理したうえで、従前から控訴審が事後審であることから幅による審査という考え方が主流であったと分析する。⁶³⁾

実態としても、裁判員制度の導入以前は、「量刑不当の控訴に対する控訴審の判断は、量刑は裁判所の裁量に委ねられているから、その裁量の範囲内であれば量刑不当にはならないが、裁量の幅を逸脱している場合には量刑不当となり、裁量の幅の中に入る方向で量刑が是正されるという考え方で行われてい」たという。⁶⁴⁾

では、裁判員制度の導入以降は、どうあるべきか。原田元判事は、「裁判員裁判において国民の意見を反映した量刑判断がなされた以上は、これを尊重すべき」であるから、「点による審査ではなく、幅による審査のほうがより裁判員裁判にふさわしい」と主張する。⁶⁵⁾ その幅については、石井一正元判事の述べるとおり、「量刑判断については、

国民の常識的な感覚を刑事裁判に取り入れやすい部分であるから、その判断をできるだけ尊重するという方向が基本的には正しい」ため、「量刑の審査に当たっては、従来の量刑のわくあるいは幅を広げることによって〔裁判員の判断の尊重が〕可能であり、そして、そうすることが「事後審性の徹底という趣旨にも合致する」といえる。⁽⁶⁶⁾ 幅の広い審査の具体的に意味するところについて、龍岡資晃元判事は、「量刑判断に影響を及ぼすような重要な量刑事情の見落とし、誤認や、重要な量刑事情についての評価の誤りなどがあつて、その量刑判断が著しく不合理で不当である場合に限って破棄するといった運用」を指すという。⁽⁶⁷⁾ 岩瀬徹元判事も、「量刑にも市民の視点、感覚、健全な社会常識などを反映させる」という「〔裁判員制度の〕趣旨を貫くというのであれば、裁判員が加わってされた量刑判断は、最大限尊重されるべきであるということになり、「量刑不当が控訴理由の一つになっている現行法のもとでも、その運用において、控訴審は、量刑不当の審査に当たり基本的には、……事実誤認の審査と同じように、第一審の量刑判断を尊重すべきであり、不当として破棄するのは、よほど不合理な場合にかぎられるということになるはず」と述べる。⁽⁶⁸⁾

そして、「これまでの実務においては、公平の理念がかなり重視されてきたといえるが、裁判員制度導入の趣旨の一つである「裁判内容に国民の健全な社会常識を反映させる」ことの中に、国民の間にある多様な価値観、意見を量刑に反映させることも含まれるとすれば、公平性、等質性の確保の要請はある程度後退せざるを得ないと考えられ、控訴審の量刑審査においても、同様の姿勢で臨むことになる」ことを、制度施行以前の時点で、中桐圭一判事は予想していた。⁽⁶⁹⁾

ここで注目すべき点は、量刑判断における裁判員の意見の尊重と刑事裁判における公平性の維持とが理論的に相対

立しうることである。岡上雅美教授は、「いわば新制度の定着のために広くバラツキを許容すべきか、それとも、量刑の平等すなわち罪刑均衡はやはり人権保障原理であり、できるだけ厳格に堅持されるべきか、この点に大きなジレンマが残る」と述べていた。⁽⁷⁰⁾ 裁判内容に国民の健全な社会常識を反映することを重視すれば、公平性の要請が後退する可能性が生じうることにも着目しなければならない。

なお、松宮孝明教授は、「量刑事情の認定については、事実認定一般と同じく、多様な市民の知識や経験が有益である」として、裁判員の参加の意義尊重論に立ちつつも、「[量刑目的ないし量刑基準]や[量刑事情の有利または不利な方向での評価・衡量]」、「具体的な刑量の決定」については、通常、市民は知識や経験を持たず、ゆえに「健全な社会常識」も持っていない」ため、「その量刑判断を尊重すべき基盤自体がない」と述べるとともに、「専門家である裁判官の間でも揺らぎのある量刑ルールについて素人が理解を深めることは、1回きりの裁判では難しい」ため、「[量刑判断をめぐる揺らぎについては、これまでの裁判官裁判と同様に、控訴審で審査されることが望まし]」く、「[量刑判断では、情状認定を除いて、裁判員裁判を特別に尊重すべき理由は見出しがたい]」と主張する。⁽⁷¹⁾ ならば、控訴審による量刑の是正に期待するよりも、そもそも裁判員の量刑判断への関与それ自体を否定すべきであろう。

以下、刑事訴訟法三九七条の規定に基づき、一項破棄と二項破棄とに分けて検討する。

まず、刑事訴訟法三八一条に基づく「刑の量定が不当であることを理由として控訴の申立をした場合」における三九七条一項による破棄（一項破棄）についてである。

平成一九年度司法研究は、量刑審査に関する基本的な姿勢として、「国民の視点、感覚、健全な社会常識などを反映させようという裁判員制度の趣旨からすれば、よほど不合理であることが明らかの場合（例えば、極めて重要な量刑

事情を見落としていることが明らかな場合、量刑事実のうち重要な事実に対する評価を大きく誤っている場合、犯情を全く重視せず、一般情状を過度に強調し、悪性格を理由に重い刑を科しているような場合など）を除き、第一審の判断を尊重するという方向性をもったものと考えてよいのではないか」とする⁽⁷²⁾。「量刑の判断に裁判員が加わることとなれば、量刑の幅は、これまでの職業裁判官のみによる判断の場合と比べて、重い方向にも軽い方向にも広がることが予想され」、「控訴審としては、国民の視点、感覚、健全な社会常識などを量刑の判断にも反映させようという裁判員制度の趣旨に照らし、国民の目線からすればそのような判断もあり得るのではないかという謙虚な姿勢を持つべき」であり、「その意味では、控訴審として許容すべき第一審の裁量の幅は、これまでよりもかなり広くな」るからである⁽⁷³⁾。

次に、刑事訴訟法三九七条二項による職権破棄（二項破棄）についてである。これは、「第一審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状」（三九三条二項）を考慮した結果の判断であるから、裁判員の関与した第一審の判断を尊重すべきという要請は後退する⁽⁷⁴⁾。したがって、控訴審が量刑に関する第一審の判断を覆す余地は、一項破棄の場合と比べて、より広く認められると考えられる。

ただし、この点、平成一九年度司法研究は、二項破棄における裁判員の参加の意義の尊重の要請の後退を認めつつも、それを広く認める運用をした場合、当事者が本来第一審で行うべき活動を行わずに控訴審での判断を求めるようになることを懸念する。すなわち、「公判前整理手続を実施して充実した第一審の審理を実現すべきとの観点や、国民の視点、感覚、健全な社会常識などを量刑に反映させようという裁判員制度の趣旨からすれば、例えば、被害弁償・示談の成否が量刑の判断に大きく影響するような場合には、弁護人としては、被害弁償や示談に向けたできる限りの努力を行い、これを公判前整理手続に乗せられるよう努めるべきであろう」という⁽⁷⁵⁾。これに対して、永田憲史教

授は、「原判決後に被害弁償や示談がなされた場合に控訴審がこれを斟酌せず、控訴棄却とするならば、原判決後に被害弁償や示談などを行う動機付けが失われることとなる」が、このことは被告人・被害者双方にとつても不利益となりかねないと批判する⁽⁷⁶⁾。

なお、「裁判員制度の導入は、量刑についても、国民の健全な社会常識に根差した感覚を反映させ、判決の納得性をより一層高めることを目的としているところ、事後審査である控訴審に裁判員が構成員として加わっていないことを考えると、上記目的を達成するためには、情状に関する証拠も原則として第一審でその評価を受けるべきものであり、その意味で、これまで以上に第一審中心の審理が行われることが要請されているというべきであり、「そのような観点からすると、原判決後の示談の成立を直ちに被告人に有利な事情とすることは、このような第一審中心主義にもとることにもなりかねず、したがって、その経緯等については、慎重に見る必要がある」と判示するものの、当該事案では示談成立が原判決後となったのは「やむを得ないものがあつた」として、刑事訴訟法三九七条二項により、懲役一三年に処した原判決を破棄し、懲役一二年の自判をした裁判例がある（東京高判平成二二年五月二六日判タ一三四五号二四九頁）。また、実務の傾向として、「2項破棄の運用全体をみると、裁判員制度導入後においては「刻み破棄」といった減刑例は比較的少なくなっている」という⁽⁷⁷⁾。

四 判例とその検討

本章では、裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方をめぐる指導的判例

である、いわゆる寝屋川幼児虐待事件最高裁判決（最一小判平成二六年七月二四日刑集六八卷六号九二五頁）⁽⁷⁸⁾について概観することとする。

1 事実の概要

本件は、夫婦である被告人両名が共謀して、一歳八か月の娘に暴行を加えて死亡させたところ、傷害致死罪（刑法二〇五条）⁽⁷⁹⁾で起訴された事件である。被告人夫婦は、第一審から上告審まで一貫して無罪を主張した。

本件は、裁判員法二条一項一号に基づき、第一審では、裁判員の参加する合議体で審理・裁判が行われた。第一審判決は、各懲役一〇年とする検察官の求刑が本件犯行の背後事情である幼児虐待の悪質性等を十分に評価していないとしたうえで、両名に対してそれを超える懲役一五年に処した（大阪地判平成二四年三月二一日刑集六八卷六号九四八頁）⁽⁸⁰⁾。

この第一審判決に対して、被告人両名が控訴し、無罪を主張するとともに量刑不当を主張したものの、控訴審判決は、第一審の量刑は法定刑の幅の中でお選択の余地のある範囲内に収まっているとして、控訴を棄却した（大阪高判平成二五年四月一日刑集六八卷六号九五四頁）。

そこで、被告人両名が上告した。弁護人は、「被告人らに対する量刑判断は、他の事件との均衡を大きく失っており、それ自体が憲法14条1項違反であるとともに、適正な手続で言い渡された量刑判断とも言えないから憲法31条違反となり、こうした偏った判断をする裁判体によって偏った量刑が言い渡されたことは、被告人……が公平な裁判所による裁判を受けていないことを意味するから、憲法37条1項違反にする」と主張した。⁽⁸¹⁾ この憲法違反をいう部分については、第一審の裁判体がことさら裁判員裁判であることを摘示していないが、同じく上告趣意中で量刑不当をい

う部分については、裁判員裁判であることが指摘されている。曰く、「検察官は、公益の代表者として、同種事犯とのバランスを保つように配慮して、あるべき量刑として求刑を設定」し、「裁判所もその求刑を一応の目安にして、量刑判断を」し、「長年の蓄積により、事案に応じた量刑傾向に沿った判決が言い渡されてきた」が、「裁判員裁判であつても、このバランスを欠いてまでの量刑が許容されないことは当然であり、「重罰思考の裁判員が偶然に集まつてしまったがために、そうでない裁判体と比べると、著しく不当に重い量刑判断がなされたとすれば、それは「健全な社会常識」を反映した量刑と言えまい⁸²⁾」。

2 最高裁判所の判断

最高裁判所第一小法廷は、原判決及び第一審判決を破棄し、被告人夫を懲役一〇年に、同妻を懲役八年に処すると自判した（最一小判平成二六年七月二四日刑集六八卷六号九二五頁）。

まず、弁護人の主張した憲法違反の主張等に関しては、「実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張である」として、刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないと判示した。

しかしながら、次に、本判決は、職権調査を行い、原判決及び第一審判決による刑の量定が甚だしく不当である（刑事訴訟法四二一条二号）として、破棄自判した。すなわち、「裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されることとなるが、裁判例が集積されることによつて、犯罪類型ごとに一定の量刑傾向が示されることとなり」（「そうした先例の集積それ自体は直ちに法規範性を帯びるものではないが、量刑を決定するに当たつて、その目安とされるという意義をもっている」とする）、「量刑が裁判の判断として是認されるため

には、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められるが、これまでの量刑傾向を視野に入れて判断がされることは、当該量刑判断のプロセスが適切なものであったことを担保する重要な要素になると考えられる」と述べる。そして、「裁判員制度は、刑事裁判に国民の視点を入れるために導入された」ため、「量刑に関しても、裁判員裁判導入前の先例の集積結果に相応の変容を与えることがあり得ることは当然に想定されていた」（したがって、「裁判員裁判において、それが導入される前の量刑傾向を厳密に調査・分析することは求められないし、ましてや、これに従うことまで求められているわけではない」）が、「裁判員裁判といえども、他の裁判の結果と公平性が保持された適正なものでなければならぬことはいうまでもなく、評議に当たっては、これまでのおおまかな量刑の傾向を裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことが求められ」と判示する。

本件についてみると、第一審判決は、検察官の求刑が本件犯行の背後事情である本件幼児虐待の悪質性等を十分に評価していないとし、量刑検索システムも参考にならないとしたうえで、行為責任が重大である児童虐待事犯に対しては、これまで以上に厳しい罰を科すことが法改正や社会情勢に適合するなど説示して、検察官の求刑を大幅に超過し、法定刑の上限に近い宣告刑を導いている。したがって、第一審判決が「これまでの傾向に必ずしも同調せず、そこから踏み出した重い量刑が相当であると考えていることは明らかである」。「これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員裁判の役割として直ちに否定されるものではない」が、「そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきであり、「指摘された社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映

させ、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の……求刑を大幅に超える……量刑をすることについて、具体的、説得的な根拠が示されているとはいいい難い」と判示する。

この判決に対して、白木裁判官による補足意見が付されている。すなわち、「量刑は裁判体の健全な裁量によって決せられるものであるが、裁判体の直感によって決めればよいのではなく、客観的な合理性を有するものでなければなら」ず、「裁判員裁判を担当する裁判官としては、量刑に関する判例や文献等を参考にしながら、量刑評議の在り方について日頃から研究し、考えを深めておく必要がある」とともに、「評議に臨んでは、個別の事案に即して判断に必要な事項を裁判員にいいに説明し、その理解を得て量刑評議を進めていく必要がある」。そして、「処罰の公平性は裁判員裁判を含む刑事裁判全般における基本的な要請であり、同種事犯の量刑の傾向を考慮に入れて量刑を判断することの重要性は、裁判員裁判においても何ら異なるものではなく、「そうでなければ、量刑評議は合理的な指針もないまま直感による意見の交換となってしまうであろう」。

3 検討

本判決に関して、第一に注目すべきは、学説が基本的には尊重すべきとする裁判員裁判による第一審の量刑判断を最高裁判所（法廷意見）が明確に斥けたということである。本件は、第一審の裁判員裁判において、検察官による懲役一〇年の求刑に対して、その一・五倍の懲役一五年とした量刑判断についてのものであり、裁判員裁判における量刑判断が最高裁判所によって否定された最初の事例である。裁判員裁判の判決についての事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方をめぐる指導的判例であるチョコレート缶事件最高裁判決（最一小判平成二四年二月一三

日刑集六六卷四号四八二頁）とは異なり、本判決では、第一審が裁判員裁判であることを明示しつつも、その量刑判断について「具体的、説得的な根拠が示されているとはいいい難い」として否定的に評価した。本庄教授は、「本判決は、量刑変換過程においても是認できない判断はあり得ることを明確にした点に大きな意味がある」ところ、「このことは控訴審裁判官に向けたメッセージであるのと同時に、第1審裁判官に対しても量刑変換過程における裁判員の極端な意見に同調すべきでないとのメッセージを発するものである」と分析している。⁽⁸⁴⁾そして、実際にも、本判決によつて、裁判員裁判における量刑についての萎縮効果があつたことが指摘される。⁽⁸⁵⁾

第二に、本判決は、量刑傾向の法的性格と裁判員裁判におけるその扱い方について判示した。すなわち、最高裁判所は、先例の集積が法規範性を有することを否定する一方で、結果の公平性という観点から、量刑傾向が量刑判断の目安とされる意義を有していることを確認し、裁判員裁判においても、おおまかな量刑傾向を裁判体の共通認識とし、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことを要請するものである。なお、判決文では、平成二一年度司法研究と同様に「目安」という感覚的な言葉が用いられているが、第二章第三節での議論との関連で、この目安という概念が何を意味するのか（基準性を認めるか否か）、⁽⁸⁶⁾より一層の明確化が求められよう。

本判決は、裁判員裁判では、制度導入以前の量刑傾向を厳密に調査・分析することや、それに従うことは不要であると判示するが、「量刑傾向は、単に評議の資料とされれば足りるという性質のものではなく、評議の重要な参考資料として位置付けられている」⁽⁸⁷⁾点にも注意が必要である。三好幹夫元判事は、「量刑検索システムに過度に依存した量刑判断が進むことは、量刑傾向を踏み出すような判決を減少させる反面、量刑の硬直化をもたらしという負の側面を必然的に随伴することとなり、それこそ国民の多様な意見を反映するという裁判員制度の趣旨にそぐわないものと

なる危険性がある」と危惧する⁽⁸⁸⁾。その一方で、本判決が、「上告趣意では指摘されていた裁判員量刑検索システムによって示される親の子に対する傷害致死事案の具体的な量刑分布などには言及されていないし、また、量刑傾向に關し、「目安とされる」との表現にとどめられていたり、評議の出発点に關し、「おおまかな量刑の傾向」との表現が用いられ」たりしていることから、本判決に係る調査官解説は、「第1審の裁判員裁判及びその量刑を審査する控訴審が、量刑傾向に過度に依存した量刑判断を行うようになることを避けようとした配慮もうかがわれる」と推測する⁽⁸⁹⁾。

本件における量刑傾向の扱われ方を具体的に見てみることにしよう。第一審判決は、「公益の代表者である検察官の求刑や、同種事犯のほか死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向を参照しつつ、この種事犯におけるあるべき量刑等について議論するなどして評議を尽くした結果、（１）検察官の求刑は、①本件犯行の背後事情として長期間にわたる被害女児に対する不保護が存することなどの本件幼児虐待の悪質性と、②責任を次女になすりつけるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられず、また、（２）同種事犯等の量刑傾向といつても、裁判所のデータベースに登録された数は限られている上、量刑を決めるに当たって考慮した要素をすべて把握することも困難であるから、その判断の妥当性を検証できないばかりでなく、本件事案との比較を正確に行うことも難しいと考え」たと判示した。検察官による求刑における検討を不十分と批判するとともに、登録データ数が限られており、すべての量刑要素を把握しえない点などに着目し、最高裁判所の裁判員量刑検索システムそれ自体の有用性を否定した点は興味深い。つまり、第一審判決は「裁判員量刑検索システムの量的・質的限界を理由として量刑傾向から離脱する判断を示した」ものと評価できよう⁽⁹⁰⁾。一方、控訴審判決は、量刑検索システムを利用した判断が妥当であるかどうかの検証不可能性をも指摘する第一審とは異なり、そのシステム自体に対しては否定的な評価を行わ

なかったが、それを用いて得られた量刑傾向の拘束性を否定したものである。すなわち、「量刑検索システムによる検索結果は、これまでの裁判結果を集積したもので、あくまで量刑判断をするに当たって参考となるものにすぎず、法律上も事実上も何らそれを拘束するものではないから、本件の量刑判断が、所論の検索条件により表示された量刑分布よりも突出して重いものとなっていることや、量刑判断をするに当たって死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向をも参照したことによって、憲法14条、31条又は37条1項に反するということになるとはいえないし、直ちに不当であるということになるともいえない」という。そして、控訴審判決は、事後審という立場を堅持し、「原判決の評価及び判断が誤っているとまではいえず、その結論としての……量刑判断もやむを得ないものであつて、破棄しなければならないほどに重すぎて不当であるとはいええない」と判示した。しかしながら、最高裁判所は、これらの判断をすべて否定したうえで自判した。

第三に、第二章第二節での議論との関連で確認しておきたい点は、本判決が、裁判員の関与に伴い量刑傾向が変化することを積極的に承認するものであるということである。「刑事裁判に国民の視点を入れる」ことを裁判員制度の導入の趣旨と位置づけたうえで、それゆえに、「量刑に関しても、裁判員制度導入前の先例の集積結果に相応の変容を与えることがあり得ることは当然に想定されていた」と判示する。ただし、本判決は、実態として変化しうることを見込むにとどめ、一部の学説が説くように規範的に変化するべきであるとは主張するものではない。

しかしながら、第四に、最高裁判所は、裁判員の関与による量刑傾向の変化を許容するとしても、他の裁判の結果との公平性が保持された適正なものでなければならぬことを強く要請する。裁判員の参加した裁判体がこれまでの量刑傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことを消極的に認めつつも、公平性の観点からは認めざるためには、

「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである」として、量刑傾向から逸脱する点について第一審の裁判体に重い説明責任を課す。城下裕二教授は、「量刑傾向の原則的な重要性を強調して一定の範囲での拘束力を認めるとともに、例外的にそこから離脱することの可否の判断資料として「具体的、説得的根拠」の提示を求めたことが、本判決の最も重要な意義である」と分析する⁹¹。伊藤博路教授も、「量刑傾向が示す幅に同意しない意見が出された場合にそれを最初から排斥されるものではないが、何らかの形で量刑傾向を参考にして議論する必要があるというのみならず、量刑傾向からの逸脱に対する制約の存在と傾向から逸脱する場合の合理的根拠の提示の必要性について判示することにより、裁判員の意見を量刑に反映させることにも限界があることを示した点に本判決の意義がある」としている⁹²。その一方で、量刑傾向からの逸脱を許容する要件として、「この〔具体的・説得的〕根拠提示義務を課すことは、一般国民の感覚を反映させるという裁判員制度の趣旨と抵触しないのかという疑問」⁹³も示される。

本件では、第一審判決が、(一) 検察官の求刑を大幅に超過する刑を科す理由として、本件犯行の背後事情である本件幼児虐待の悪質性と被告人両名の態度の問題性を十分に評価していないことを、また、(二) 量刑検索システムで表示される量刑の傾向から踏み出す理由として、同システムの登録数が十分でなくその判断の妥当性を検証できないことを挙げている。これに対して、本判決は、「指摘された社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映させ、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の懲役10年という求刑を大幅に超える懲役15年という量刑をすることについて、具体的、説得的な根拠が示されているとはいいい難い」と判示した。調査官解説は、(二)の点について、「裁判員量刑検索システムは、第一審判決の当時でも裁判官と裁判員がおおまかな量刑傾向を共通認識

とする際の資料とするには足りないほど登録数が少なかったわけではないし、同システムは、……行為責任の大枠を把握するために使用すると目的の下、検索項目を限定し、事例一覧表で示すデータもあえて抽象化されており、個別事案の比較を目的とするものではない」ため、「本判決は、裁判員量刑検索システムに関する第1審判決の指摘につき、量刑傾向から踏み出す具体的、説得的な根拠を示したものとはいいい難い旨判示したもの」であると推測する。⁹⁴

また、小池教授は、「本判決のメッセージは、「量刑傾向を急激に変容させる意図で量刑をしてもよいが、そのための根拠を示せ」というよりも、「量刑傾向を変容させる意図で量刑をしてもよいが、漸進的なものにとどめろ」というものとして受け取るべき」であると主張する。⁹⁵ すなわち、「短いスパンで見ても、裁判員裁判を構成する裁判官と裁判員の価値観や感覚によって、量刑傾向に近いこともあれば大きく外れることもあるということとは、「他の裁判の結果との公平性」を欠いて受け入れられないし、そのようなことを正当化する「具体的、説得的」な根拠はありえない」から、「本判決が想定していることは、長いスパンで見ても量刑傾向が次第に変化していくことであろう」こととなる。⁹⁶

第五に議論すべき点は、裁判員が政策的な視座を量刑判断に加味することの是非である。すなわち、第一審判決が、「児童虐待を防止するための近時の法改正からもうかがえる児童の生命等尊重の要求の高まりを含む社会情勢にかんがみ、本件のような行為責任が重大と考えられる児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科することがそのうした法改正や社会情勢に適合すると考えられる」と説示している点をどのように評価すべきだろうか。伊藤教授は、「本件のような児童虐待事犯に対しては厳罰化が必要であり、法定刑の上限に近い量刑が相当であるという意見を、正面から否定することは困難である」⁹⁷ることを認める。原田元判事も、「児童虐待の防止という社会的な要請について

は、裁判員も一般国民として強く共鳴するし、賛同する心組みにもなりやすいであろう」という。⁽⁹⁸⁾では、児童虐待事案である本件の量刑判断において、裁判員がもつばら政策的見地から厳しい刑罰を科すことは認められるべきであろうか。

民主主義的基礎づけ説に立つならば、裁判員は主権者国民の代表として刑事裁判に参加していると解されるところ、国民の代表機関である国会（日本国憲法四三条一項）が立法によつて政策を具体化する場合と同様に、具体的な事案において政策的な見地から量刑判断を行うということも正当化されうるだろう。

しかしながら、ここで改めて確認しなければならない点は、理解増進・信頼向上説に立つ現行の裁判員法においては、裁判員は国民の代表と位置づけられていないということである。⁽⁹⁹⁾児童虐待の防止という政策的な判断は政治部門に任されるべきことであつて、個々の具体的な裁判に参加する裁判員個人には議員と同様の民主的正統性が認められているわけではないため、裁判体が、被告人に係る具体的な犯情から大きく離れて政策的な判断を行うことは否定的に評価されるべきである。⁽¹⁰⁰⁾この点、原田元判事は、「第1審判決のような立法等にみられる社会情勢を強調することは、厳罰と直結するおそれが常にあり、「裁判が社会情勢なるものがある程度反映することは許されるが、立法に追随したり、場合によつては、先取りしたりすることは、裁判において危険な傾向である」と主張する⁽¹⁰¹⁾。また、伊藤教授も、「犯行の背後事情や一般情状は、量刑を基礎付ける事情としては周辺のな資料として位置付けられ、あくまで調整的な機能を持つにすぎないものと考えるべきであり、それらを重く評価しすぎるのは問題があるとすれば、社会情勢等が重い量刑判断の主たる理由となつてい」と理解することにな」ところ、「社会情勢等については、児童虐待事犯に対して厳罰で対処すべきとの処罰感情は、悪質な犯罪の増加といった社会情勢を背景とする特定の犯罪類

型に対する悪感情に基づく感覚であり、個別の事例において具体的に発生した事実に依拠するものではないから、具體的な根拠ということは困難かもしれない」と分析する。⁽¹⁰⁾ なお、第一審から上告審まで本件の被告人妻の弁護人を務めた間光洋弁護士は、「量刑の判断において裁判官と裁判員に求められる職責は、被告人と向き合い、犯罪行為に相応する刑事責任を明らかにすることのはずである」にもかかわらず、「第一審判決の懲役15年という結論やその理由、また記者会見での裁判員の発言から読みとれるのは、第一審の裁判官と裁判員が量刑の本質から離れ、児童（幼児）虐待への社会的非難を代弁するという使命感から、いわば見せしめとしてあえてこれまでの量刑傾向との均衡を著しく欠く重罰を選択したことである」との感想を述べた。⁽¹⁰³⁾ これらの論者の懐疑的な視点は、裁判員制度における裁判員の参加の正統性をめぐる問題に自覚的であるという点で、基本的には正当なものと評価できよう。

第六に、白木裁判官の補足意見において、量刑評議における裁判官と裁判員との協働のあり方、特に、裁判員に対する裁判官の説明の責任についての一つの見方が示されている点に着目すべきである。すなわち、白木裁判官は、「量刑判断の客観的な合理性を確保するため、裁判官としては、評議において、当該事案の法定刑をベースにした上、参考となるおおまかな量刑の傾向を紹介し、裁判体全員の共通の認識とした上で評議を進めるべきであり、併せて、裁判員に対し、同種事案においてどのような要素を考慮して量刑判断が行われてきたか、あるいは、そうした量刑の傾向がなぜ、どのような意味で出発点となるべきなのかといった事情を適切に説明する必要がある」（「量刑の傾向の意義や内容を十分理解してもらって初めて裁判員と裁判官との実質的な意見交換を実現することが可能になる」という）と述べたうえで、裁判官に対して、「重要な事柄は十分に説明し、裁判員の正しい理解を得た上で評議を進める」ことを強く求め（「そうすることが裁判員と裁判官との実質的な協働につながる」という）、「評議を適切に運営することは裁判官の重要

な職責であり、裁判員裁判を担当する裁判官は、その点を改めて考えてみる必要がある」と指摘した。

第二章第一節で、量刑判断における裁判官と裁判員との協働のあり方をめぐる議論について触れたが、白木裁判官の補足意見は、量刑評議における裁判官による裁判員への指導的役割を積極的に肯認する立場であると評価できよう。この点、「本判决が言うように、裁判員裁判の本来の趣旨が、「国民の視点を入れるため」というのであれば、「裁判官の考え方」を冒頭に提示し、それにしたがうことを求めるような運用が「在るべき姿」なのかどうかについては疑問が残る」との意見がある¹⁰⁴。また、伊藤教授も、「最高裁の示した量刑傾向を議論の前提とすべきとの立場からは、裁判官に、量刑傾向の示す枠を基準にして評議すべきという点について、「説明」以上の「説得」を認めることにならるが、「その説得は、説明の延長として位置付けられるものであるためそれが一方的な説得であってはならないであろうが、必要に応じて、量刑判断が量刑傾向から逸脱することがないように、裁判官が裁判員に働き掛ける（誘導すること）も許されるというのが暗黙の了解となっているものと思われる」ところ（逸脱を説得することなく認めてよいのであれば、量刑傾向を前提にする意味はほとんどなくなるからである」という、「説明に関しては、裁判官も評議に加わるのであるから、……裁判官の専門的・技術的知見に基づく理解と同じ結論に至るまで、裁判員を説得することも可能とな」り、「評議においては、専門的・技術的知見を持たない裁判員に対する裁判官による一方的な説得の危険性が潜んでいることを否定でき」ず、「〔量刑という〕評価の問題については、裁判官の結論への強い誘導は、協働の前提となる両者の対等性を否定するおそれがあり望ましいものではない」と主張する¹⁰⁵。

本判决は、量刑判断における裁判員の意見の尊重よりも刑の公平性を重視するものである。三好元判事は、本判决が登場する背景には、「裁判官が、誘導の批判を恐れる余り、裁判員との関係においても過剰な自己規制をし、評議

において法律専門家としての役割を十分に果たしていないのではないかという裁判官の立ち位置」についての懸念・危機感があつたと分析する¹⁰⁶。裁判官と裁判員との協働の制度の下では、裁判員が量刑についての適切な意見を形成するために必要となる情報を提供するのには裁判官の義務であるところ、必要な場合には、裁判官が躊躇することなく裁判員に対して積極的に議論を先導することも求められる¹⁰⁷。「量刑評議が尽くされるためには、量刑理論に基づいた量刑判断の枠組みが裁判員にも共有されることが前提となる」ため、「裁判官は、裁判員に対して、責任主義や行為責任の原則、罪刑均衡や公平性の要請といった基本事項について具体例を引きながら分かりやすく説明するとともに、犯情と一般情状についての考慮の在り方についても、適宜説明を加えるべきである」といえよう¹⁰⁸。

第七に、いわゆる片面的尊重論¹⁰⁹との関連で、本判决の論理が、裁判員裁判の量刑判断が量刑傾向から（本件のように）重い方向で逸脱している場合だけではなく、軽い方向で逸脱している場合についても妥当する否かについても触れておくこととする。この点、「行為責任主義や責任刑の上限だけでなく下限も画するか、また、執行猶予か実刑かが争われる事件において、特別予防的要素をどれだけ重視できるかといった点については、別の観点からの考慮が必要になる」ため、「最高裁判所は、これらの点については判断していないと解するのが素直な読み方と思われる」とする見解もあるが、¹¹⁰最高裁判所が量刑傾向からの逸脱の際の具体的・説得的な根拠の提示を求めている理由は、もっぱら被告人の利益ということではなく、量刑判断の公平性の観点であることから、「軽い方向での量刑傾向を大きく下回る場合」であつても「その具体的、説得的な根拠を要求するものと理解すべきであろう」¹¹¹。

五 まとめに代えて

本稿では、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題に関して、特に、裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方について検討した。

従前の量刑相場を熟知していない裁判員が量刑判断に関与することに伴い、同種事案間での量刑のばらつきが一定程度生じことは容認されるところでも、著しいばらつきの発生を防ぎ刑の公平性を保持する必要があるところ、そのためには、裁判員は量刑傾向を参考とすることが求められる。第三章で確認したとおり、控訴審実務を担当してきた高等裁判所の判事ないし元判事らは、国民の健全な社会常識を量刑に反映させることを重視し、裁判員の関与した量刑判断を尊重すべきであると述べていた。しかしながら、最高裁判所は、裁判員の参加よりも刑の公平性を重視する立場を採用した。¹¹²

三好元判事は、事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方に関する指導的判例であるチョコレート缶事件最高裁判決が「控訴審に事後審として謙抑的立場をとるようメッセージを伝えた結果、控訴審が事実認定と量刑の両面において、殊更に過剰な謙抑的姿勢をとるようになったのではないか」という懸念・危機感があつたと分析する。¹¹³まさにそのような懸念や危機感がある中で、本件についての最高裁判所の判断が示された。

二〇一二年に示された同判決は、¹¹⁴裁判員裁判の事実誤認の問題に関して、裁判員の参加の意義を尊重する議論を敢えて無視する判断を示した。そして、二〇一四年に示された本判決は、裁判員の参加の意義尊重論を顧みることなく、裁判員裁判による量刑判断を破棄した控訴審判決を是認することをもって、裁判員の参加の尊重にも限界がある

ことを示した。

裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題の検討を通じて明らかになったことは、この問題の本質が、国民の司法参加の意義や裁判員の参加の正統性をいかにとらえるかという点にあるということである。

国民の司法参加の意義につき民主主義的基礎づけ説を採るならば、あるいは裁判員の参加の正統性につき個別事象を重視する思考枠組みによるならば、参加そのものの意義を尊重しようとしなない二〇一二年の最高裁判決や、裁判員の参加の尊重の限界を示した二〇一四年の最高裁判決は、到底承服しえないものということになるだろう。個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加し、主権者として判断を示すことをもって裁判員制度の意義であるにとらえる以上、至上の価値を有する主権者国民の民主的参加の意義に触れない二〇一二年の最高裁判決は、理論的に正当なものとして評価しえないし、また、主権者国民の民主的参加に基づく量刑判断を民主的正統性のない裁判官のみで構成される控訴審が裁判員裁判の判決を否定することは、端的にあつてはならないことと解されることになる。

その一方、理解増進・信頼向上説ないしそれが依拠するところの制度として問題をとらえる思考枠組みによれば、具体的な事件に係る裁判において個々の裁判員の関与した判断の結果それ自体に正統性があるのではなく、一般の国民が裁判員として刑事事件の裁判に参加する制度が存在するということをもって司法に対する民主的正統性を高めようとするものであると解することになるため、裁判員裁判の第一審の判決を裁判官のみによつて構成される控訴審が審査することに理論的な問題はなく、また裁判員の関与した判断を破棄したとしても、司法への正統性付与機能は揺るがないことになる。控訴審による審査の結果、裁判員裁判の判決を破棄することがあつても、事実認定ないし量刑

に国民の健全な社会常識が反映されること自体を否定したのではなく（国民の健全な社会常識は、第一審の判決に十分に反映されているはずである）、法的専門合理性の見地から看過しえない事実誤認や量刑不当を匡正したにすぎない。

たしかに実際に具体的な事件に係る裁判に裁判員として参加した国民にとっては、真摯な熟慮と討議に基づく自らの判断が上級審によって否定されることは、容易に納得できるものではなからう。¹¹⁵ しかしながら、たとえ自分の意見とは異なるものであるとしても、法的専門合理性の見地から再検討された判断を、ありうる結論の一つとして客観的に受容することをも、裁判員制度は、国民に対して要請しているのである。¹¹⁶

*本稿は、平成三〇年度科学研究費助成事業（日本学術振興会学術研究助成基金助成金（基盤研究（C））「国民の司法参加をめぐる憲法理論の国際的発信」（課題番号：一六K〇三三〇一一）の研究成果の一部である。

（1） これら二つの視点については、拙稿「裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」日本法学八四卷二号（二〇一八年）七三頁。

（2） 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度」（二〇〇一年）一〇三頁。意見書は、併せて、「裁判官と裁判員との相互コミュニケーションによる知識・経験の共有というプロセスに意義があるのであるから、裁判官と裁判員は、共に評議し、有罪・無罪の決定及び刑の量定を行うこととすべきである」とも述べている（同頁）。

なお、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（法曹会、二〇一二年）一頁は、裁判員が量刑判断に關与する趣旨を、「国民の中から選任された裁判員が、裁判官と共に量刑を決める手続に参加することにより、国民の視点、感覚、健全な社会常識などが量刑に反映され、その結果として、刑事裁判の量刑判断に対する国民の理解が増進し、その信頼が高まること」が期待されるところにある」と位置づけている（傍点は本稿の筆者による）。同書は、井田良教授、大島隆明判

事、園原敏彦判事、辛島明判事の四名に委嘱された平成二二年度の司法研究の報告書（六三輯三号）である。本稿では、以下、「平成二二年度司法研究」と略記することとする。

（3）「司法制度改革審議会の議論の場において、当初、一体型か分担型かという制度の基本的構成について必ずしも合意がなかった審議会構成員の、量刑判断に関するほぼ一致した意見の背景」には、「量刑にこそ、一般国民の刑事司法に対する理解と信頼への契機が強く認められる」という共通認識があったと酒巻教授は評価する（酒巻匡「裁判員制度における量刑の意義」井上正仁Ⅱ酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇一二年）八七二頁）。一方で、本庄武教授は、審議会では「有罪無罪の事実認定を裁判員のみで行うべきか、裁判官と協働して行うべきかという点」に議論の中心が置かれ、「量刑にまで参加すべきかという点については、相対的に議論が手薄になるという事態をもたらした」と推測するとともに、事実認定に関して陪審制度の導入を主張する論者も参審制度の導入を主張する論者も、いずれも裁判員の量刑参加に肯定的であったことを紹介するものの、「この「量刑に裁判員が参加することの」問題について審議会で自覚的に問題点を意識して議論された形跡はな」かったことを指摘する（本庄武「裁判員の量刑参加」一橋論叢一二九巻一号（二〇〇三年）二三―二四頁）。

（4）民主主義的基礎づけ説とは、従前の裁判官のみによる刑事裁判は、国民の直接的な参加がないため正統性が乏しく、また運用上もさまざまな弊害があったため（現行裁判否定論）、それらを克服するために国民の司法参加が必要であり、主権者である国民は、民主主義の原理に基づき司法に当然に直接的に参加しうるとする見解であり、これに對抗する理解増進・信頼向上説とは、従前の刑事裁判制度の運用は改革が不可欠なほど致命的な欠陥はないが（現行裁判肯定論）、国民的基盤の強化を企図して、司法に対する理解を増進させ、信頼を向上させるため、裁判過程へ国民を参加させうるとする見解をいう。現行の裁判員制度は、裁判員法一条の規定からも明らかなように、後者に基づき設計されたものである（拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、二〇〇九年）一〇七―一〇九頁）。

（5）石松竹雄ほか編『えん罪を生む裁判員制度——陪審裁判の復活に向けて』（現代人文社、二〇〇七年）五七―五八頁（分担執筆者名記載なし）。

（6）浅田和茂「裁判員裁判の量刑の基本問題——刑法理論の観点から」季刊刑事弁護六六号（二〇一一年）二六―三〇頁。な

お、浅田教授は、「私見は、もともと立法論としては陪審制に賛成であり、裁判員裁判も、できるかぎり陪審制に近い運用にすべきであると考えている」と述べている（三三三頁）。

- (7) 五十嵐二葉『刑事司法改革はじめの一步——裁判員制度導入のための具体的手続モデル』（現代人文社、二〇〇二年）二二頁。五十嵐弁護士は、制度施行後も、「一般人に量刑をさせることには根本的な問題があり」、「少なくとも公正な司法への奉仕は参加国民の義務であることを教えられず甘やかされるばかりの今の裁判員に、この法と運用による「量刑」を行わせてはならない」との主張を堅持している（同『こう直さなければ裁判員裁判は空洞になる』（現代人文社、二〇一六年）一四三頁）。

- (8) 原田國男『量刑判断の実際（第三版）』（立花書房、二〇〇八年）三三四頁（原文ママ）。さらに、原田元判事は、「今日のマスコミ報道は、ともすれば裁判官の刑の軽さを裁判官の世間常識のなさに結び付け、裁判員制度が導入されれば、被害者の要望に応えた被告人に重い刑が実現できるとする傾向がないではなく、この傾向は、裁判員制度の導入とともに強まるとすらいえるであろう」と推測する（同頁）。

- (9) 原田・前掲注(8)三三五頁。

- (10) 原田・前掲注(8)三三五頁。もともと、原田元判事は、「裁判員が果たして一般国民として平均的にもっているであろう重罰思考をそのまま刑事裁判に持ち込むであろうか」という点には疑問を呈示し、「自分が審理し判断すべき具体的事件に接した場合、被告人にもいろいろな事情もあったことや事件の背景や他の関係者の関わりなどの種々の事実を正視したときに、被告人に対してどのような刑を決めるかについては、単なる重罰思考では解決できない難しさがあることに気付くはずであり（職業裁判官も合議を通じてこのことに気付かせるべきである）ともいう」、「重罰思考も具体的事件を通じてそれなりに合理的な量刑の幅に服してくるのではないか」という「あまり根拠はない……期待」を示していた（原田・前掲注(8)三三六頁、原文ママ）。

- (11) 第百五十九回国会衆議院法務委員会議録第十号六頁（野沢太三法務大臣の答弁）、辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説（1）「法曹時報五九卷一一号（二〇〇七年）九三頁。

(12) 神山啓史「岡慎一」裁判員裁判における量刑判断——日本弁護士連合会編『裁判員裁判における弁護活動——その思想と戦略』（日本評論社、二〇〇九年）四一—四二頁。もともと、神山啓史・岡慎一両弁護士は、「刑の量定」自体は経験していないくとも、量刑の過程でなされる考察や判断に社会生活で培われる知識や経験が適切に活用されるのであれば、そのことを通じて量刑判断に「健全な社会常識を反映させる」ことは可能である」というべきであるという（同頁）。

なお、刑事裁判における事実の有無についての判断は日常生活におけるそれと同じであるとする説明は、最高裁判所も好んで用いるものである。例えば、『よくわかる！ 裁判員制度Q & A（第12版）』（最高裁判所、二〇一八年）五四頁は、「例えば目撃者の証言などに基づいて、被告人が被害者をナイフで刺したかどうかを判断することは、みなさんが、日常生活におけるいろいろな情報に基づいて、ある事実があったかなかったかを判断していることと基本的に同じであり、特に法律知識は必要ありません」と解説する。その一方で、一般の国民の多くは、日常生活において、量刑ないしそれに類似する行為を経験することはない（そして、その事実については、最高裁判所は、何も説明しようとはしない）。

(13) 本庄・前掲注(3)二八—二九頁。ただし、本庄教授は、「量刑の問題について市民が真剣に考える機会を提供し、刑事政策への関心を喚起することにもつながる」点については肯定的に評価したうえで、裁判員による量刑判断が量刑相場より軽いものであれば採用されることとし、重いものであれば阻止されることを条件に、量刑についての評議と評決への裁判員の関与を認めうるとも主張していた（三四—三五頁）。

(14) 高山佳奈子「裁判員裁判と死刑——民主主義との関係を中心に」福井厚編『死刑と向きあう裁判員のために』（現代人文社、二〇一一年）二七—二九頁。

(15) 酒巻・前掲注(3)八六九—八七〇頁。要するに、これは、「国家刑罰権の実現過程において、民意ないし民主的要素の直接的に作動する範囲をできる限り広げることにより、根源的不審と警戒の対象である官憲・専門家に対抗する設計思想である」という（八七〇頁）。

(16) 酒巻・前掲注(3)八七〇—八七一頁。

(17) 酒巻・前掲注(3)八七二頁。

- (18) 酒巻教授は、「〔裁判員〕制度導入の趣旨・理由を単純素朴な現状批判や民主主義原理（「国民の手による裁判」）のみに帰することはできない」と明確に述べている（酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室三〇八号（二〇〇六年）一〇頁）。
- (19) 酒巻・前掲注(3)八六八頁。
- (20) 小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について——法律専門家としての裁判官の役割」法学研究八二巻一号（二〇〇九年）六〇一—六〇二頁。
- (21) 小池・前掲注(20)六〇二頁。
- (22) 拙稿「裁判員制度の意義と展開可能性——続々・裁判員制度の憲法適合性」日本法学八三号一号（二〇一七年）一七一—一八頁。
- (23) 制度設計の段階では、裁判員が刑事裁判の主役であり、裁判官はもっぱらそれを補助する役割とする見方も示された（拙稿・前掲注(22)四四—四六頁）。
- (24) 例えば、量刑に関する事実認定は、「経験則と論理法則が支配するので、非法律家を含めた一般国民の社会常識が大いに役立ちうるし、またその判断のために必要な能力は——現実には裁判官の方が長けているとしても——理念的に職業法曹にしか要求できない法解釈学的な知見とは直接かわらない」ため、真正な協働的判断事項である一方、量刑目的ないし基準に関する判断は、「刑法理論ないし刑法解釈学における基本問題であるか、少なくともその延長線上にある問題であるので、刑法および周辺法分野ならびに刑法解釈学に関する専門的知見に基づいた統一的な解決が強く求められる」ため、真正な専門的判断事項であるという。小池・前掲注(20)六三九—六四〇頁。
- (25) 小池・前掲注(20)六四二頁。
- (26) 司法研修所編『量刑に関する国民と裁判官の意識についての研究——殺人罪の事案を素材として』（法曹会、二〇〇七年）一六八頁。同書は、前田雅英教授、合田悦三判事、井上豊判事、野原俊郎判事の四名に委嘱された平成一五年度の司法研究の報告書（五七輯一号）である。本稿では、以下、「平成一五年度司法研究」と略記することとする。
- (27) 司法研修所編・前掲注(26)一六八—一七二頁。

なお、平成一五年度司法研究の協力研究員である前田教授は、本研究の結果の「最も重要なこと」として、「我が国の刑事裁判は、専門家としての刑事裁判官により、非常に安定的な量刑がなされていること」と、「裁判員として参加が予定される国民は、平均値をとれば、裁判官より若干重めの量刑を行いそうだが、裁判官との人数比なども勘案すれば、現状を大きく変更するものとはならないと予想される点」を挙げる（前田雅英「刑事法学的視点から見た今回の結果の意味するもの」司法研修所編・前掲注（26）一七三頁）。

原田元判事は、この平成一五年度司法研究の調査結果のうち、（一）被告人の精神状態が心神耗弱の程度には至らないが不安定であったこと、（二）被告人の判断能力が飲酒のために低下していたこと、（三）被告人が未成年であったこと、（四）被告人が反省していることの四点については、裁判官が刑を軽くする方向で考えるのに対して、国民は必ずしもそうは考えていないことと、（五）被告人に古い前科があったことについて、裁判官はさほど重視しないのに対して、国民は刑を重くする方向で考慮していることに特に着目したうえで、「これらの諸点に関する国民の意識は、量刑理論の立場からみてもいずれも不当であつて、国民の目線だからといって取り入れることはできない」と述べる（原田國男「裁判員裁判の量刑と控訴審」法と心理一四巻一号（二〇一四年）四七―四八頁）。同「裁判員裁判の量刑の在り方——最高裁平成26年7月24日判決をめぐって」刑事法ジャーナル四二号（二〇一四年）五〇―五一頁も同旨。

（28） 司法研修所編・前掲注（26）一七一頁。

（29） 原田・前掲注（8）三頁。岡田雄一判事も、「刑事裁判に關与する実務家の間で、長年にわたり經驗的に形成され、共有されてきた実証的で具体的な基準」として、量刑相場が存在するが、「このような量刑相場が、量刑の具体的基準として実務家に受け入れられているのは、同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対し、一方が軽すぎ、他方が重すぎる刑を科されるなど、量刑に著しいばらつきがあると、被告人に強い不公平感が生じ、刑事司法に対する社会の信頼をも失う結果となリかねないことなどを根拠とする」と述べる（岡田雄一「量刑——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社、二〇〇二年）四八四頁）。

（30） 佐伯千仞『責任の理論（佐伯千仞著作選集第三卷）』（信山社、二〇一五年）五六七頁。なお、ここで佐伯千仞教授が勘と

呼んだのは、検察官・弁護人による刑罰の予想のことであり（「いわば直感的にこの種の判断にはこの程度の刑罰が来るだろうという漠然とした予感に過ぎない」という）、厳密に言えば、量刑相場そのものは「勘による直感的予測の対象」であるという（五六八頁）。

(31) 司法研修所編・前掲注（2）一頁。

(32) 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第6巻 刑事手続Ⅱ』（日本評論社、一九八二年）一四七頁。

(33) 中川博之「量刑に関する評議・評決」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻 刑の選択・量刑手続』（判例タイムズ社、二〇一一年）二七一頁（初出は、判例タイムズ一三〇四号（二〇〇九年）八五頁）。

(34) 井田良「量刑をめぐる最近の諸問題」研修七〇二号（二〇〇六年）一三頁（傍点は本稿の筆者による）。

(35) 池田修『解説 裁判員法——立法の経緯と課題（第二版）』（弘文堂、二〇〇九年）三七—三八頁（傍点は本稿の筆者による）。制度施行後に刊行された第三版においては、量刑の動向、量刑評議のあり方、量刑判断に関する最高裁判例が補足されるところに、本文引用箇所は、「一般国民の健全な社会常識を反映させるために裁判員の量刑への関与も認める制度を導入する以上、変化が生じることが当然であるし、変わるべきでもあろう」と書き改められた（池田修ほか『解説 裁判員法——立法の経緯と課題（第三版）』（弘文堂、二〇一六年）五二頁）。なお、池田元判事らは、これに続けて、「量刑が当該事件の犯情等に基づく判断であるとしても、どのような事情が犯情として重視され、他の場合より重く評価されるかなどの従前の判断基準にも合理性がある上、他の事案とのバランスも考慮せざるを得ない以上、それらの点を裁判官は裁判員に分かりやすく説明して理解を得るようにすべきである」とも述べており、評議における裁判官の裁判員に対する指導的立場を肯定している（同頁）。

(36) ただし、そもそも、裁判員制度は、量刑も含めて、従前の裁判官のみによる裁判の運用には基本的には問題はないとする現行裁判肯定論を前提に制度設計されたものである以上、裁判員の関与によって従前の量刑の傾向が変化すべきであるということを通じて過度に強調することで、議論の整合性が取れなくなるおそれがある点に注意が必要であらう。

(37) 高山佳奈子「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻 刑の選択・量刑手続』二九一頁。

(38) 高山・前掲注(37)二九一―二九二頁。また、高山教授は、「量刑のばらつきは、知識の不足に基づく直観的判断によってもたらされうると予想され」、また、「諸外国の参審員制度の多くが任期制を採用しているのに対して、日本の裁判員は1つの事件しか参加せず、感情的な判断が顕在化するおそれがある」ため、「裁判員がもし不合理な主張をしているのであれば、それに引きずられて量刑相場が変動するのは不当であることになる」ともいう(二九二―二九三頁)。

(39) 司法研修所編・前掲注(26)一六八頁。

(40) 司法研修所編・前掲注(26)一七一頁。

(41) 原田國男『裁判員裁判と量刑法』(成文堂、二〇一一年) 八〇―八三頁。量刑傾向の意義について、伊藤博路教授は、量刑の傾向について、「量刑検索システムを利用して得られる量刑資料(量刑分析グラフ等)に示される傾向」と定義する(伊藤博路「判例研究 傷害致死の事案で懲役十年の求刑を超えて懲役十五年に処した第一審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例(最判平二六・七・二四刑集六八巻六号九二五頁)」名城ロースクール・レビュー三三三号(二〇一五年) 一〇六頁)。

(42) なお、量刑相場の性質について、これは規範そのものないし規範的なものではなく、事実的なものであると解されるところ、量刑相場の基準性を明確に承認し事実的な拘束力を強く認めるよりも、相場としての量刑参考として位置づけるべきこととなる(原田・前掲注(41)八〇―八三頁)。

なお、裁判員制度導入以前の量刑相場の意義について、遠藤邦彦判事は、次のように述べている。すなわち、「これまで裁判官は、従前の量刑相場を参考にしつつ量刑判断すると同時に、その量刑判断をすることで量刑相場の形成に参加し、この繰り返しの中で、自らの量刑相場を築き上げてきたのである。その結果として、量刑相場は、事実上のものとはいえ、裁判官にとってそれなりに拘束性のある、あるいは尊重されるべきと考えられてきたのである。そして、裁判官は、量刑判断をする場面、他の参考となる事案と当該事案の具体的な比較対象を経験的に行うことができたので、そのような量刑相場を実質的に使いこなすことができたのである。このように従来量刑相場は、裁判官にとって量刑基準的なものであると同時に量刑感覚

的なものであったのである」（遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻 量刑総論』（判例タイムズ社、二〇二一年）一七二頁）。

(43) 遠藤・前掲注(42)一七〇頁。

(44) 最高裁判所事務総局刑事局「模擬裁判の成果と課題——裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方」（二〇〇九年）六七頁（判例タイムズ二二八七号（二〇〇九年）三五頁）。

(45) 平成二二年度司法研究は、本文に続いて、「犯罪類型ごとの刑の大枠を考え、当事者の主張する科刑意見等を正確に理解するためにも、刑の数量化のための何らかの資料は必要不可欠である」と主張する（司法研修所編・前掲注(2)二五頁）。中川・前掲注(33)二七五頁、同「裁判員裁判と量刑」刑法雑誌五一巻一号（二〇二一年）一九頁も同旨。

(46) この場合、「仮に、量刑資料の利用が全く許されないとすると、裁判員にとって議論の手がかりとなるのは処断刑の枠と検察官の求刑意見（さらに、被害者参加事件の場合は被害者参加人の求刑意見も加わる……）のみということになり、刑量を数値化するための判断材料が限定されることになる」が、刑法の法定刑の枠は広く、検察官や被害者参加人の求刑が過度の影響をもつ事態が生じる（したがって、中川判事は、「量刑評議においては、裁判官が作成した量刑資料を裁判員に提供するという運用が適切である」と主張する）という別の問題がある（中川・前掲注(33)二七七—二七八頁）。

(47) 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』（法曹会、二〇〇九年）七〇—七三頁。同書は、大澤裕教授、田中康郎判事、中川博之判事、高橋康明判事の四名に委嘱された平成一九年度の司法研究の報告書（六一輯二号）である。本稿では、以下、「平成一九年度司法研究」と略記することとする。

(48) 三好幹夫「量刑判断の方法」別冊ジュリスト二二三二号（刑事訴訟法判例百選第一〇版）（二〇一七年）二二四頁。

(49) 筆者は、拙稿・前掲注(1)四九頁において、国民の司法参加の意義について、民主主義的基礎づけ説に立つ場合、個別事象を重視することになる（個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加し、主権者として判断を示すことをもって民主的正統性の問題であると考え）のに対して、理解増進・信頼向上説によるならば、裁判員の参加の正統性について制度として問題をとらえることとなる（個々の裁判員の具体的な参加を通じて、非実体的存在としての国民一般

の司法に対する理解と信頼が高まる)ことを指摘した。

(50) 例えば、「量刑の根源は一般国民の量刑感覚にあるから……、裁判員が刑事裁判に関与するのは、市民の司法参加の目的からは、事実認定面よりむしろ量刑面に関与することの方が重要である」という立場を採る土本武司元検事は、「裁判員制度における量刑判断は、極力、裁判員の自由な判断によるべきであり、量刑検索システムを用いた量刑基準など裁判官の間で用いている共通の判断基準を裁判員にも用いるようなことは、裁判員に対し一定の量刑の枠を押しつけることになり、「市民の健全な社会常識を反映させる」という本来の制度趣旨を歪めてしまう危険がある」(裁判員法六七条二項の規定によって「極端な結論にならないよう法律上の手当てをしているのであるから、量刑の妥当性をはかる手だてとしてはそれで十分であり、それ以上の制約を加えるべきではない」という)として、量刑資料の提供に反対する(土本武司「裁判員制度と量刑決定」捜査研究六五三号(二〇〇五年)一〇六—一〇七頁)。

(51) 平成一九年度司法研究は、「裁判員制度が実施されてからある程度の期間は、同種先例が示してきた刑の位置付けの幅よりも一段と広い量刑判断(量刑判断のばらつきといってもよい……)がなされることも予想される」と述べている(司法研修所編・前掲注(47)七三頁)。

(52) 中川判事は、「同じ類型の犯罪で、犯情も似かよっているにもかかわらず、裁判体ごとの量刑判断があまりにもばらつくのでは、被告人に強い不公平感を抱かせることになる」だけでなく、「国民の刑事司法に対する信頼が揺らぐ結果にもなりかねない」と懸念していた(中川・前掲注(33)二七二頁。同様に、永田憲史教授も、「公平性の観点を無視することは妥当でないとの考えが主流であり、特に同種事案での量刑のばらつきや、裁判員裁判相互間、例えば共犯者間で量刑の不均衡が生じれば、被告人に著しい不公平感を与えらるゝとともに、国民の司法に対する信頼も揺るがすとの問題意識が広く共有されている」と分析している(永田憲史「裁判員裁判における死刑選択基準」福井編『死刑と向きあう裁判員のために』四四頁、傍点は本稿の筆者による)。ここで改めて想起すべきことは、そもそも裁判員制度が(単に裁判員を参加させてその健全な社会常識を裁判に反映させることを企図するだけでなく)司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上をその主たる目的とするものだということである(裁判員法一条参照)。いかに裁判員の判断を尊重するとしても、量刑の著しい不均衡によって国民の信頼を低

下させるようなことが生じては、制度の本来の趣旨に反する。

また、松本時夫元判事は、「裁判所の言い渡す刑に、事件により、あるいは裁判所により著しいばらつきがあることは、同種事件で一方が軽過ぎ他方が重過ぎるという意味で公平さを欠くことになるのみか、刑の量定に公正な基準が存在しない、という不信感から、刑事司法に対する社会の信頼をも失わせることになる」ことを指摘する（松本時夫「裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について」法曹時報五五巻四号（二〇〇三年）一〇頁、傍点は本稿の筆者による）。ただし、量刑相場の基準性を認めるか否かについては、前掲注（42）参照。

（53） 松本・前掲注（52）一〇頁。「同種事案では同じような量刑がなされるべきなので同種事案において裁判体によつて量刑が大きく異なるようなことがあつてはならないという公平性の観点から、〔量刑〕傾向からの逸脱は認められるべきではないという価値判断があり、「ここから、これまでに蓄積されてきた同種事案の量刑判断は、従うべきものではないが重視すべき傾向であり、それからの逸脱は認められるべきでないという考え方が出てくる」ところ、「従来の量刑傾向が、実務において、公平性を確保するという観点から重要な機能を有してきたことは事実であろう」（伊藤・前掲注（41）一〇七頁）。

（54） 神山・岡両弁護士は、「量刑相場による量刑という実務の基礎にあつた考え方は、同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対しては同程度の刑罰とするのが妥当という理念、すなわち、行為責任主義を基礎とした公平性の確保が図られるべきとする考え方だったといえるが、こうした考え方は、裁判員裁判でも妥当しうるものであり、「同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対しては同程度の刑罰とする」という公平の観点を考慮するには、他の事件での判決結果を参照する必要があることが量刑傾向参照の根拠だとすると、そうした必要性は裁判員裁判でも否定されないであろう」と述べる（神山・岡・前掲注（12）五七―五八頁）。

（55） 司法研修所編・前掲注（26）一七一―一七二頁。そして、本文引用箇所にも、「控訴審においても、一審の事案の見方に特段の問題がなく、前記の意味での「量刑の傾向」が参照されている限り、その判断を尊重するようになるのではなからうか」と続く（一七二頁）。

（56） 司法研修所編・前掲注（47）七〇―七二頁。最高裁判所事務総局刑事局は、裁判員が量刑意見を述べる際に「手がかりのた

めの有効な方策として作成されたもの」として、「裁判員裁判用の量刑検索システムに基づいて作成される量刑分布グラフ」を位置づけ、裁判官は「量刑分布グラフを提示することをためらう必要はないであろう」とする（最高裁判所事務総局刑事局・前掲注(44)六七―六八頁（判例タイムズ一二八七号三五頁））。

しかしながら、実際には、後述する寢屋川幼児虐待事件最高裁判決が示されるまでは、「量刑資料を提示することが国民の多様な感覚を量刑判断に反映させるという裁判員制度の趣旨に背くのではないか、裁判官が裁判員を誘導したとする批判を受けるのではないか、という過剰な配慮が裁判官の側にあり、結果として、量刑資料の提供が必要かつ十分に行われていないのではないか」という懸念ないし危機感があつたとも指摘される（三好・前掲注(48)二二三頁）。

(57) 司法研修所編・前掲注(2)二六頁。

(58) 神山Ⅱ岡・前掲注(12)五七頁。

(59) 松本・前掲注(52)一〇頁（傍点は本稿の筆者による）。松本時夫「量刑の相場について」法の支配二二六号（二〇〇二年）三三頁は、「量刑基準の根底にあるのは国民一般の価値基準にほかならず」、「この価値基準は、国民それぞれがその意識として明確に把握しているかどうかは別として、国民全体としてみると共通して存在する道徳的、倫理的な感覚ないし「正義感覚」によって支えられたものということができる」という。遠藤判事も、「これまでわが国は職業裁判官のみで量刑判断をしてきたのである」が、「裁判官は、「一般人の処罰感情」を無視してはいけな思考えてきた」（その一方で、「わが国における量刑判断が、一般人の処罰感情に迎合するような情緒的な量刑判断になっているとは到底思えない」ともいう）と述べる（遠藤・前掲注(42)一一一頁）。また、井田教授は、「これまでの裁判官裁判においても、職業裁判官たちは、一般市民に適正なものと受容される宣告刑を得るべく努力し、それが幾度か検証され定着してきたのであり、そのような努力の沈殿物が従来の量刑相場なのである」と評価しており（井田良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト二二二号（二〇一二年）六五頁）、小池教授も「裁判官も、自らも国民の一人として、量刑が国民感覚に受容されるかを考慮している」ことに注意を喚起している（小池信太郎「裁判員裁判における量刑傾向——最高裁判平成26年7月24日判決の意義」法律時報八六卷一一号（二〇一四年）三頁）。そして、「量刑傾向がそれ自体、過去から現在にかけての国民感覚を反映しているのだとすれば、その緩やかな規制機能

の承認は、国民感覚の反映という制度趣旨と対立し、これを外在的に制約するものではなく、それに内在するものと理解できる」という(同頁)。

なお、植村立郎元判事は、裁判官と国民とを峻別する議論に対して、次のように懐疑的な立場を採っている。すなわち、「裁判員裁判を論ずる論考の多くは、職業裁判官と裁判員とについて、「裁判官」と「国民」といった対比の形で考察を進めている。……そのこと自体に誤りがあるわけではないが、我が国は身分制社会ではないから、職業裁判官といっても「国民」であることに変わりはない。まして、その家族、親戚等は「国民」の集まりであるのが通常である。職業裁判官も、そういった集団との日常的な接触を通じて、「国民」からの情報を得ているわけである。このように、「国民」と対置されている職業裁判官は、「国民」と隔絶した存在としてあるわけではなく、「国民」との同一性を有しつつ、職業的・専門的な知識・経験を有するがゆえに、「国民」の1つの類型として存在しているにすぎないといえる」(植村立郎「裁判員裁判における控訴審」ジュリスト臨時増刊一四四〇号 [平成二三年重要判例解説] (二〇一二年) 一九八頁)。

(60) たしかに、平成一五年度司法研究の調査結果が示すとおり、一般国民の中には裁判官とは明らかに異なる量刑感覚を有する者が存在し、そのような国民が実際に裁判員に選任され、特異な量刑意見を述べることもありうるであろうが、個別事象を重視する思考枠組みではなく、制度として問題をとらえる思考枠組みによれば、量刑に反映すべき健全な社会常識の持ち主としての国民とは、特異な意見を述べる可能性のある裁判員を含む具体的な国民のことではなく、司法の正統性をその信頼で支えるところの観念的な国民一般のことを指す(拙稿・前掲注(1)四九頁)。

(61) 神山Ⅱ岡・前掲注(12)五九頁。

(62) 大島隆明「裁判員裁判と控訴審の役割——実務家の視点から」刑法雑誌五四卷三号 (二〇一五年) 三五頁。

(63) 原田・前掲注(41)一八八頁。もっとも、「点による審査によっても、実際には、少しでも原判決の量刑判断が控訴審のそれとズレたからといって破棄すべき量刑不当に当たるとはしないので、両者の違いは相対化している」ともいう(同頁)。

(64) 司法研修所編・前掲注(47)一二二頁。石井一正『刑事控訴審の理論と実務』(判例タイムズ社、二〇一〇年) 四四一—四四二頁も同旨。

(65) 原田・前掲注(41)一八九頁。

(66) 石井・前掲注(64)四四二頁。もっとも、石井元判事は、「もともと、量刑のわくあるいは幅といっても、それほど客観的・明確で共通性のあるものではない」ため、「控訴審が実施の具体的事件の量刑の審査に当たり、どこまでそのわくあるいは幅を広げることが可能であるかは、実は容易な問題ではない」という(同頁)。

(67) 龍岡元判事は、「量刑判断は相当性の判断であって、元来許容される幅はかなり広いと考えられるが、裁判員裁判事件の量刑審査についても、裁判員制度の導入の趣旨・目的を考慮し、事後審としての立場をより徹底する見地からされるべきであろう」としたうえで、いわゆる一項破棄について、本文引用の運用のあり方を示す(龍岡資晃「上訴審の在り方」論究ジュリスト二二(二〇一二年)八三頁)。

(68) 岩瀬徹「裁判員制度の下における上訴審のあり方」木谷明編『裁判所は何を判断するか〔シリーズ刑事司法を考える第五巻〕』(岩波書店、二〇一七年)二一八頁。

(69) 中桐判事は、「公平の理念は重要であるが、従来と同程度の狭い幅の量刑相場を維持しなければ、公平性の要請が果たされない」とまではいえないであろう」という(中桐圭一「大阪高等裁判所陪席会・裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方(5) 量刑の審査」判例タイムズ一二七五号(二〇〇八年)六九頁)。

(70) 岡上雅美「裁判員制度の下における量刑をめぐる諸問題——学問としての量刑法の展望と課題」刑法雑誌五一卷一号四一—四二頁。一方で、「公平性を尊重することと「市民感覚を反映する」ことは両立可能な課題だと考えられる」とする見解もある(岡慎一・神山啓史「量刑——弁護の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開 下巻』(成文堂、二〇一七年)五四—頁)。

(71) 松宮孝明「控訴審における量刑審査の展望」季刊刑事弁護七四号(二〇一三年)二五頁。

(72) 司法研修所編・前掲注(47)一一三頁。

(73) 司法研修所編・前掲注(47)一一三—一一四頁。

(74) 石井・前掲注(64)四四三頁、原田・前掲注(41)一〇四頁、中川・前掲注(45)「裁判員裁判と量刑」二四頁。

(75) 司法研修所編・前掲注(47)一一五—一二六頁。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判例タイムズ一二九六号（二〇〇九年）一三一—一四頁も同旨。東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会）「裁判員制度の下における控訴審の在り方について」判例タイムズ一二八八号（二〇〇九年）一七頁は、さらに踏み込んで、「刑訴法397条2項自体は改正されなかったが、その解釈運用においては、裁判員制度の趣旨を尊重し、控訴審が事後審であるという原則を徹底させるといふ観点から、同項が1審判決後の事情による破棄について「破棄しなければ明らかに正義に反すると認めるとき」と定めた原点に立ち返って考えるべきである」と主張する。

(76) 永田・前掲注(52)四九頁。

二項破棄の具体的な運用に関連して、「従来は、控訴審で贖罪寄附がなされた場合や被害弁償の一部がなされた場合などで、刑期をわずかながら短縮するという緩やかな運用が行われてきた」ところ、このような第一審判決の刑期を数か月程度短縮するという、いわゆる刻み破棄の運用について、裁判員制度施行後も、従前と同じ扱いでよいかが問題となる（村瀬均「上訴審——裁判の立場から」三井ほか編『刑事手続の新展開 下巻』五七六頁）。

この点、中桐判事は、「裁判員裁判においては、刑期を数か月短縮する程度の量刑事実の場合、仮に一審の段階で生じていれば、裁判員の加わった裁判体において量刑の結論に影響しない事情であると評価されたのに、一審判決後に生じた場合には、控訴審の裁判官により、刑期を短縮する方向で結論に影響を及ぼすと評価されて2項破棄される可能性も否定できず、裁判員裁判による量刑を基本的に尊重するとの考えと整合しないことにもなりかねない」点を指摘し、刻み破棄という運用について、裁判官のみによる裁判を含めて見直す必要があることを提唱する（中桐・前掲注(69)七一—七二頁）。中川・前掲注(45)「裁判員裁判と量刑」二四頁も、「これまで比較的ゆるやかに認められてきた2項破棄の運用、とりわけ刑期を数か月程度短縮するような運用は見直されるべきであろう」という。東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会は、端的に、刻み破棄は「基本的にすべきでなく、仮に個別の事件の事情によりこれを行う必要があるとしても、そのようなわずかな刑の減軽が必要な理由について、判決において国民に理解できるように説明すべき」だと主張する（東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会・前掲注(75)一七頁）。

これに対して、村瀬元判事は、「原判決後の示談成立の経緯等を考慮することは裁判員制度導入前からなされていたところ、裁判員裁判というだけで従来より更に謙抑的に運用するということではなく、事案に即した実質的妥当性等を考慮しつつ、原判決後に生じた情状を加味すれば量刑不当に至るかを柔軟に検討することが求められる」ところ、「数か月減刑することが相当な事例もあるであろう」として、刻み破棄を抑制すべきという議論を懐疑的にみる（村瀬・前掲「上訴審——裁判の立場から」五七七頁）。

植村元判事が述べるとおり、「安易な「きざみ破棄」が事後審性の徹底との観点から支持されないのは当然のことであるが、「きざみ破棄」の当否は、結局は、当該量刑事由に関する「やむを得ない事情」の存在が肯定された理由等を中心に判断されるべき事項であって、その意味で事案によることになる」と解すべきである（植村・前掲注(59)一九八頁、原文ママ）。

(77) 村瀬・前掲注(76)五七七頁。

(78) 本判決以前に、裁判員裁判による第一審判決を控訴審において量刑不当（刑事訴訟法三九七条一項、三八一条）を理由にいわゆる一項破棄をした事例として、本判決に係る調査官解説は、(一) 実姉を刺殺したアスペルガー症候群の被告人に関して、懲役一六年の求刑に対して、被告人が「未だ十分な反省に至って」おらず、「健全な社会常識という観点からは、いかに精神障害の影響があるとはいえ、十分な反省のないまま被告人が社会に復帰すれば、そのころ被告人と接点を持つ者の中で、被告人の意に沿わない者に対して、被告人が本件と同様の犯行に及ぶことが心配され」、また、「社会内で被告人のアスペルガー症候群という精神障害に対応できる受け皿が何ら用意されていないし、その見込みもないという現状の下では、再犯のおそれが更に強く心配されるといわざるを得ないため、被告人を「許される限り長期間刑務所に収容することで内省を深めさせる必要がある、そうすることが、社会秩序の維持にも資する」として、懲役二〇年に処した第一審判決（大阪地判平成二四年七月三〇日）について、被告人の行為責任の基礎となる本件犯行の実体を正しく評価せず、また、一般情状に関する評価も誤った結果、不当に重い量刑をしたとして、懲役一四年とした大阪高判平成二五年二月二六日判タ一三九〇号三七五頁、(二) 傷害致死・死体遺棄事件及び住居侵入・強姦致死・殺人事件の被告人に関して、後者において、犯行中に被害者の裸体や性器を携帯電話で撮影し、犯行後に死体の腹部を切り裂きその内臓を露出させたうえで撮影し、それらを繰り返し鑑賞する

などしていた点をもって、「国民の健全な常識に照らして、本件においては被告人に対し法律上選択し得る最高刑をもって臨むほかない」と判示し、前者につき無期懲役（求刑無期懲役）に、後者につき懲役二〇年（求刑懲役一五年）に処した（ただし、死体遺棄罪については無罪とした）第一審判決（岐阜地判平成二五年三月六日）について、死体の取扱方法などは犯行後の副次的な考慮要素にとどまるとして、後者につき懲役一二年とした名古屋高判平成二五年九月三〇日高刑速平成二五年一八二頁、（三）適応障害を背景として妄想性障害を発症し、暴力的衝動に駆られたところ、軽度精神遅滞の影響でこの衝動を抑えることができず、実母に暴行を加えて死亡させた傷害致死事件の被告人に関して、懲役五年の求刑に対して、妄想性障害と軽度精神遅滞は被告人の行動制御能力にほとんど影響しておらず、被告人に完全責任能力を認めたとうえで懲役六年に処した第一審判決（横浜地小田原支判平成二五年一〇月一日）について、妄想性障害等は責任能力に相当程度影響があるとして、同種事案の量刑傾向をも参考にしたうえで、懲役五年とした東京高判平成二六年二月二五日の三つを紹介している（楡井英夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成26年度）』（法曹会、二〇一七年）二八二―二八三頁）。

(79) 第一審判決は、犯行態様に関して、平手による一回の頭部殴打による床への頭部の打ち付けという本件の暴行について、発達不良の幼児に対する行為であることを理由に、「本件暴行の態様は、殺人罪と傷害致死罪との境界線に近いものと評価するのが相当である」としたうえで、「死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向を参照しつつ」量刑評議を行ったと明記している。

この点、原田元判事は、裁判員裁判において「一部ではあるが、強姦未遂と既遂の同視、強制わいせつの強姦化、傷害致死の殺人化という現象も見受けられる」ところ、本件第一審判決のかかる判示が「傷害致死が殺人化し」たものであり「控訴審としても是正すべき」であると批判する（原田・前掲注(27)「裁判員裁判の量刑の在り方」五一頁）。控訴審から本件の被告人夫の弁護人を務めた高山巖弁護士は、本件第一審の裁判を担当した裁判員（報道によれば、「大学で臨床心理の面から児童虐待について学んだことがあるという男子大学生」であるという）による判決後の記者会見における「親にしかすがれない子供を虐待するのはある意味で殺人より悪質なのは「ないか」、「同じような事件の裁判員の参考になれば「よい」との発言（朝日新聞二〇二二年三月二二日朝刊、毎日新聞（大阪）二〇二〇年三月二二日朝刊参照）や、同じく裁判員経験者による意

見交換会での「違和感をどうしても持ったのが、傷害致死事件というところで、……子供さんが死んだ場合、それがほとんどの場合殺人というような形ではとらえられてない」、「殺人罪の量刑と傷害致死の量刑の差、ここがやはり、私が、私たちがやったときに一番悩んだ点」、「検察官に対して」傷害致死、これ、おかしいですけど殺人というふうなところに持っていけなかったのか」などの発言（大阪地方裁判所「裁判員経験者の意見交換会議事概要（平成二十四年七月二三日開催分）」参照）に注目する（高山巖「事例報告 検察官求刑を超える量刑を言い渡した裁判員裁判の判決を最高裁判所が破棄自判した事例」季刊刑事弁護八四号（二〇一五年）一〇七頁）が、これらの発言は、本件において裁判員が傷害致死事件を殺人事件として評価したのではないかとの原田元判事による推測を裏付けるものである。城下裕二教授も同様に、「結果の重大性を重視するあまり、犯罪の主観的要素の判断を相対化し、それを行為態様にも影響させ、ひいては各犯罪類型間の区別ないし相互関係を軽視するものとなっている」と批判する（城下裕二「傷害致死の事案につき懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第一審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例」〔法学セミナー増刊 速報判例解説〕新・判例解説 Watch 一七号（二〇一五年）一八九—一九〇頁、同「裁判員裁判と「同種事犯の量刑傾向」——最高裁平成26年7月24日判決を契機として」札幌学院法学三二巻二号（二〇一五年）一四五頁）。一方、小池教授は、「上記判示は「殺意があったと疑われてもおかしくないほどに危険かつ無思慮な暴行であったから、殺人の量刑傾向をも参考までに参照した」という趣旨だとすれば、量刑評価として「誤っている」とまでは断じにくい」と述べる（小池信太郎「量刑判断の在り方」刑法雑誌五五巻二号（二〇一六年）一六四頁）。

なお、最高裁判所は、「第1審判決の犯情及び一般情状に関する評価について、これらが誤っているとまではいえないとした原判断は正当である」と説示しており、量刑事情の評価ではなく、（後述するように）具体的・説得的な根拠なく量刑傾向から踏み出した量刑をした点を問題視している（楡井・前掲注(78)二八六頁参照）。

(80) 岩瀬徹元判事は、「本件量刑の結論の当否についていえば、本件で被告人兩名に対し各懲役15年に処した第1審判決は、やはり重過ぎると考えるのが常識的な判断であろう」（「量刑の傾向からみても、日常的な虐待が背景にあったとはいえ、死に直結する行為は、顔面を含む頭部分を平手で1回強打して頭部分を床に打ち付けさせるなどの暴行にとどまることなどに照ら

しても、法定刑の上限に近い刑が相当であるとはいえないように思える」という）と述べる（岩瀬徹「裁判員裁判における量刑と控訴審におけるその審査」ジュリスト臨時増刊一四七九号〔平成二六年度重要判例解説〕（二〇一五年）一九五頁）。また、高山弁護士は、「罪となるべき事実を前提としたとしても、一審判決の量刑が、従来の量刑感覚に照らして重すぎることに就いては、刑事弁護に携わる弁護士であればほぼ異論はないと思われる」ところ、「控訴審においてこそ、是正されるべきだし、されるであろうと考えていた」が、「控訴審においても量刑が簡単に維持されたときは、「裁判員の判断の尊重」というお題目によつて、裁判官が思考停止させられてしまっている現実に愕然とした」との感想を述べている（高山・前掲注（79）一〇八一〇九頁）。

（81） 刑集六八巻六号九三四頁。

（82） 刑集六八巻六号九三四—九三五頁。もつとも、この量刑不当の主張も、最高裁判所によつて、刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないと判示された。

（83） ただし、最高裁判所は、裁判員裁判の量刑が求刑を超えたこと自体は問題視していない（なお、「裁判所が検事の意見に反して、その求刑よりも重い刑を言渡したとしても、……それをもつて、……憲法第三六条又は同第三七条に反するものとするこのできない」とするのが判例の立場である（最一小判昭和二五年七月一四日刑集四巻八号一三八八頁）。「本判决は、その点について何ら評価を加えていない」ことについて、原田元判事は、「裁判員裁判を導入して国民の視線を重視しようという制度設計のなかで、検察官の求刑意見に事実上でも拘束されるような判示は示せないし、示すべきではない」ので、「ある意味で当然」の判断である（「尊重すべきは、求刑ではなく、これまでの裁判官裁判を中心としたと量刑傾向なのである」という）と評価する（原田・前掲注（27）「裁判員裁判の量刑の在り方」四九頁）。

（84） 本庄武「量刑評議」三島聡編『裁判員裁判の評議デザイン——市民の知が活きる裁判をめざして』（日本評論社、二〇一五年）二二二頁。また、同教授は、本判决について、「最高裁としては、第1審裁判官には裁判員からの要求があろうとも理論上許容し得ない量刑事情の評価は行うべきではないとしつつ、控訴審裁判官には裁判員裁判の判決に多少誤りがあつても許容の幅の限度内であれば尊重するように、との複合的なメッセージを送っている」とも述べる（同頁）。

(85) 小池信太郎「刑事判例研究181」傷害致死の事案につき、懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第1審判決およびこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例」論究ジュリスト一八号（二〇一六年）二二七頁。小池教授も指摘するところ、本判決後に示された、被告人を死刑に処した裁判員裁判による第一審判決を量刑不当として破棄し無期懲役に処した原判決の量刑を維持した南青山マンション男性殺害事件最高裁決定（最二小決平成二七年二月三日刑集六九卷一号一頁）及び松戸女子大生殺害放火事件最高裁決定（同刑集六九卷一号九九頁）において、千葉勝美裁判官が、「裁判員裁判は刑事裁判に国民の良識を反映させるという趣旨で導入されたはずであるのに、それが控訴審の職業裁判官の判断のみによって変更されるのであれば裁判員裁判導入の意味がないのではないかとの批判もあり得るところ」、「国民参加の趣旨に鑑みると、控訴審は、第1審の認定、判断の当否を審査する事後審としての役割をより徹底させ、破棄事由の審査基準は、事実誤認であれば論理則、経験則違反といったものに限定されるというべきであり、量刑不当については、国民の良識を反映させた裁判員裁判が職業裁判官の専門家としての感覚とは異なるとの理由から安易に変更されてはならないというべきである」との補足意見を付したが、実際には、「そうした配慮にもかかわらず、本判決後の第1審実務は「萎縮」しているとの声も聞かれる」という（小池・前掲「判批」二二六―二二七頁）。

(86) 伊藤教授は、「本判決は量刑傾向が量刑判断を制限する根拠となることを明確にした」ものであり、「〔量刑〕判断の根拠とし、判断を要する事例と比較するための基準となるもの」という意味を持つ」と解するべきであるという。すなわち、「基準性がないものから逸脱しても問題が生じるとは考えにくいので、それは緩やかなものであるかもしれないが量刑傾向になんらかの基準性があることを本判決は明らかにした」という（伊藤・前掲注(41)一〇八頁）。

(87) 伊藤・前掲注(41)一〇八頁。

(88) 三好・前掲注(48)二二四―二二五頁。

(89) 榆井・前掲注(78)二九一頁。

(90) 城下・前掲注(79)「判批」一八八頁。

(91) 本判決は、「公平性の視点から原則として従来の量刑傾向を踏まえることの重要性を指摘しつつも、「具体的、説得的な根

拠」が示されることを条件として、量刑傾向を「変容させる」ことを是認している」が、「これは、逆にいえば、「具体的、説得的な根拠」が提示されないかぎり、従来の量刑傾向から離脱すべきではないとの考え方に立つものと解される」という（城下・前掲注（79）「裁判員裁判と「同種事犯の量刑傾向」一四一—一四二頁）。同・前掲注（79）「判批」一八九頁も同旨。

（92） 伊藤・前掲注（41）一〇八頁。

（93） そして、「根拠を「具体的、説得的に」示せということを強調しすぎると、裁判員裁判での量刑評議が、量刑検索システムの枠に安直に従う、あるいはこれに縛られすぎることになり、自由闊達な議論を阻害してしまうかもしれない」（高倉新喜「評釈 最一小判平26・7・24の検討」季刊刑事弁護八四号一一二—一二三頁）。前田教授も、（白木裁判官の補足意見を指して、「量刑評議の在り方についての、裁判官の研究不足を強調することには、違和感を感じる」と述べたうえで）「従来の量刑の傾向を前提とすべきでない事情の存在について」「具体的、説得的に示せ」ということを強調しすぎると、そして、本件の裁判官が量刑評議の在り方について日頃から研究が足りないともとれる判示に接すると、下級審裁判官に、「裁判所の量刑検索システム」の枠を墨守する傾向が生じる不安が残る」と懸念を示しつつ、「（量刑検索システムの）検索結果に安直に従う傾向が出てしまうと、裁判員裁判を、苦勞して導入した意義が失われかねない」ため、「個別の事情を踏まえ……国民視線を加味して評価することが重要である」と主張する（前田雅英「最新刑事判例研究第6回」裁判員裁判制度の導入と量刑」捜査研究七六三号（二〇一四年）三八—四一頁）。

（94） 楡井・前掲注（78）二八九頁。

（95） 小池・前掲注（59）三頁。

（96） 高倉・前掲注（93）一一三頁。

（97） 伊藤・前掲注（41）一〇九頁。調査官解説も、「第1審判決の指摘する児童虐待を巡る社会情勢の変化に関する評価は正当といえる」ことは認めている（楡井・前掲注（78）二九〇頁）。

（98） そして、「本「最高裁」判決も、第1審の裁判員裁判の評議が直感的なものであったと決めつけることは巧みにさせて、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されているかを問題としている」が、このことは「評議の秘密があり、その内容を知り

えない以上、当然の態度であろう」と評価する（原田・前掲注(27)「裁判員裁判の量刑の在り方」四七頁）。

(99) このことは、裁判員法の立法過程においても、すでに明らかにされていることである。第五一回司法制度改革審議会（二〇〇一年三月二三日）で、裁判員を国民の代表であると解すべきと主張する一部の委員の意見に対して、裁判という公務を遂行する裁判員は、行政機関や裁判所に勤める公務員と同様に、国民の代表ではないとの見解が、竹下守夫会長代理により示され、佐藤幸治会長もこれを認めた（拙著・前掲注(4)四二頁）。

(100) 岡・神山両弁護士は、本判決が、「第1審判決が指摘する事情は、例えば、児童福祉に関する行政の充実等の必要性を支える立法事実にはなりうるとしても、児童虐待事案についての厳罰化を正当化するものとはいえないとしたもの」と理解している（岡Ⅱ神山・前掲注(70)五四一頁）。

(101) 原田・前掲注(27)「裁判員裁判の量刑の在り方」四七頁。「おそらく、本件〔第一審〕における量刑評議がそうであったとはいえない」と留保しつつも、「児童虐待は防止すべきであるというコンセンサスから被告人の具体的な犯行を飛び越えて、けしからぬ奴だという気持ちを裁判員もとりやすく、これに重罰を科することによって、再犯を防止しようという心組みになりやすいし、そのような意見の盛り上がりに対して、裁判官としてもその大前提を争うことができないために、その考え方に引きずられやすいと一般的に考えられるであろう」と述べる（同頁）。なお、私見では、厳罰と直結しない場合であっても、理論的に認められないと解すべきである。

(102) 伊藤・前掲注(41)一〇九頁。そして、本判決が「犯罪事実そのものではない事情に対する感覚を重視してこれを量刑に反映させることによって、量刑傾向からの逸脱を導くことを否定した」ものととらえている（一一〇頁）

(103) 間光洋「最高裁で量刑不当による破棄自判がされた事例」季刊刑事弁護八〇号（二〇一四年）七四頁。

(104) 高山・前掲注(79)一〇九頁。

(105) 伊藤・前掲注(41)一一二頁。また、量刑評議における裁判員の主体性という観点から、本庄教授は、本判決が意味するところとして、「量刑傾向を変容させるかどうかについては主体性を尊重すべきであるが、変容の程度については主体性は尊重されないということになる」と述べる。すなわち、「量刑に携わった経験のない裁判員の感覚的判断は本当に尊重に値するも

のなのだろうか」疑問を提示したうえで（「裁判員に主体的判断を行わせる前提として、従来の実務についての理解が必須となる」ところ、「そうした事情は必ずしも量刑データベースから得られる資料によつては明らかにならない」としても、「その説明なくしては、目の前の事件の悲惨さに目を奪われやすい裁判員が、過去にも同程度に悲惨な事件が存在し、それを踏まえた上で、量刑傾向が形成されてきているということを理解することはできない」という、「むしろ裁判官から過去の類似の事件ではこの程度の刑が相当とされていたとの説明を受け、その正確な理解を出発点として議論する方が、裁判員のあるべき主体性を発揮させられるのではないだろうか」と主張する（本庄・前掲注（84）二四〇—二四一頁）。

（106）そして、これこそが「裁判員制度を維持発展させる上で克服されなければならない最も基本的かつ深刻な問題点」であり、かつ「制度全体に本質的に内在する問題点」であるという（三好・前掲注（48）二二三頁）。

（107）小池・前掲注（20）六四二頁。

（108）波床昌則「刑事裁判例批評（294）傷害致死の事案につき、懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第1審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例」刑事法ジャーナル四三三号（二〇一五年）一七八—一七九頁。

（109）石井・前掲注（64）四二八頁。なお、拙稿「裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方——続・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」日本法学八四卷三号（二〇一八年）六九—七七頁を参照。

（110）間・前掲注（103）七三—七四頁。

（111）原田・前掲注（27）「裁判員裁判の量刑の在り方」五三一—五四頁。伊藤・前掲注（41）一一〇頁も同旨。

（112）「[刑の]公平性という価値を最も重視するのであれば、量刑判断は裁判官だけで行うべきことになるのではないか」との疑問も、当然に提示されることになる。すなわち、「公平性が担保されるためには、……量刑の判断を専門的・技術的なものと捉えることにより法的な安定性が導かれるとの理解が前提とされなければならない」ところ、「裁判員裁判では、同種事案において大幅な量刑の格差が生じ、公平な裁判が損なわれることが危惧されて」おり、「このような危惧は、裁判員裁判において裁判官による裁判と同質の公平性を確保することの困難性とともに、裁判員制度を導入する以上、国民の視点、感覚が

反映されることにより量刑判断のバラつきや量刑傾向の変動といった事態は予測されていたことであり、公平性を強調するのは裁判員制度導入の趣旨と必ずしも整合しないことを示唆するものといえる」と伊藤教授は主張する。一方で、「〔裁判官による〕裁判員への説明（説得）によって公平性の確保を図ることができるのではないかとの考え方もあり得る」ところ、「量刑判断に際して、自己が正当と信ずる厳罰化の方向での処罰感情に基づく考慮は認められないということ自体が裁判員に特別の心理的負担を課すことになり、また、「量刑傾向による制約を」裁判員には納得してもらえないというのであれば、裁判員が主体的に判断することが許されているといえるかは疑問が残ることになる」とも述べる。そして、「裁判官の量刑感覚が専門家としての判断の積み重ねに基づくものであるのに対して、専門家としての経験がない裁判員の持つ感覚は、裁判員が直接あるいは間接的に知るところとなった犯罪や犯罪者に関する印象や感想のようなものであり、それらに基づく感覚がとくに強い処罰感情となつて現れることになる」ところ、「裁判員が、事件の審理をとおして受ける印象と上記感覚に基づいて、量刑傾向から逸脱する重い量刑が相当であると考えたとしても、量刑傾向からの逸脱に対する制約を理由に、その感覚すなわち処罰感情の強さは刑の量（重さ）として反映することは許されないというのであれば、刑の量定という作業はそもそも裁判官だけで行うべきではないのか、という点も含めて再検討の余地がある」という。具体的には、「裁判員には裁判官が量刑判断に必要な事項について説明した後に、それらに対する意見を述べる機会を与えるにとどめるという方法」もありうることを示唆し、この方法によれば「刑事裁判に国民の視点、感覚を入れる可能性を確保しつつ、裁判員制度導入の趣旨との抵触という問題も回避できるのではないだろうか」と見込む（伊藤・前掲注（41）一一四—一一六頁）。なお、このような量刑判断についての裁判員の評決権なき参加という構想については、裁判員制度の設計段階で本庄教授も示唆していたことにつき、前掲注（13）。

（113） 三好・前掲注（48）二二三頁。

（114） 裁判員裁判の判決に対する控訴を控訴審が審査するにあたって第一審の裁判を尊重すべきとする論拠として、裁判員の参加の意義尊重論ではなく、直接主義・口頭主義重視論を採用した（拙稿・前掲注（109）八二—八三頁）。

（115） 原田元判事は、「裁判員は、神様ではない」のだから、「苦勞して自信のある結論に至っても、上訴審の審査を受けなければ

ばならない」と主張する（原田・前掲注（27）「裁判員裁判の量刑の在り方」五四頁）。「裁判員も権力側に立ち、無実の者を有罪にし、また、過酷な刑を科すのである」（常に無実の者を有罪にし、過酷な刑罰を科すという意味ではなく、そのようなおそれがあるという趣旨であろう）から、「裁判員による専断も防ぐのではありません、公平な裁判は実現しない」ためであるという（同頁）。

（116） 討議民主主義（deliberative democracy）理論によれば、有効な討議を成立させるための前提として、討議参加者には、異見に対する寛容の精神が必要とされる（拙著・前掲注（4）一八一—一八三頁）。筆者は、旧著において、裁判員制度は公民的徳性（civic virtue）を涵養するための陶冶の企て（formative project）として再定位すべきと主張したが、その意義は、裁判員として刑事裁判に参加すること自体にとどまらない。公民的徳性の涵養が成功するならば、裁判員は、たとえ自分の意見が上訴審で否定されたとしても、その否定されたという事実のみにとらわれることなく、それを否定した上訴審の論理を冷静に理解しようと試みることになるだろう。

ブレグジットとイギリス憲法

——二〇一六年国民投票における「国民のヴェト」の意味するところ——

加 藤 紘 捷

一．はじめに（問題の所在）

周知の通り、イギリスは原加盟六カ国に遅れること二〇年、一九七三年一月一日、隣国のアイルランド及び北欧デ
ンマークとともに、⁽²⁾当時のEC（欧州共同体）（現EU）に加盟した。⁽³⁾しかし、加盟にあたっては、一九六一年、
一九六七年と、二度の加盟申請をしながら、二度とも拒否された⁽⁴⁾苦い経験を持つ。一九七〇年六月三〇日、三度目の
申請でようやく加盟を認められた。最初の加盟申請から加盟を果たすまで実に二年もの歳月を要したことになる。⁽⁵⁾
それほど苦節を経験しながら、加盟から四三年を経過した二〇一六年六月二三日、キャメロン首相は二〇一三年に

公約した通り、国民にEUに残留するか、脱退するかを問うレファレンダム、すなわち、国民投票に打って出た。それは、首相としては、EUに加盟条件の再交渉を迫ったうえでの、EU残留を勝ち取るとの基本方針下、満を持して国民投票に臨んだのであった。しかしながら、閣内のEU懷疑派の反対を抑えることができず、閣内一致の原則を棚上げにし、彼らの反対を公然と許す形での選挙戦となった。結果は、周知の通り、わずか4%の僅差とはいえ、EU残留を目指した首相の方針に反して、国民の多数はEU離脱の回答を出し、キャメロン首相のめざすEU残留は失敗に終わったのである。⁽⁷⁾

この結果はEUにおけるイギリスのポピュリズム的勝利として各方面より衆目を浴びる一方で、イギリス憲法上、法的主権は議会に存し、かつ、代表制統治を旨とするイギリスにおいて、国民からヴェトの回答が出された意味は一考に値する。というのも、遡ること一八九〇年、自由党のグラッドストーン内閣がアイルランドに自治権を与える法案を議会に出そうとしたとき、一九世紀の憲法学の泰斗A. V. ダイシーが、法案成立の前提としてレファレンダム、すなわち、国民投票を行うべしと、提唱したからである。⁽⁸⁾ 彼は、議会主権の下、二大政党による代議制統治をイギリス政治の基本としながらも、下院で多数を占める政党が憲法に格別の変更をもたらす決定を行おうとする場合、国民投票を提唱し、これを政党政治に対する国民のチェックないしヴェト (veto) としてありうべき手段と見た。⁽⁹⁾ そのうえで、当時、アイルランドに自治権を与えるのは、イギリス憲法の大枠に変更をもたらすものであり、彼はこれを議会における多数党だけで決めることに疑義を呈したのである。

しかし、一八九〇年における彼の提唱にも関わらず、提唱以来、これまでイギリスではいかなる国民投票も行われていないできた。しかし近時のイギリス憲法の新しい実務的特徴は、地域レベルだけでなく、国レベルでもレファレンダ

ムが活用されることとなり、注目に値する。地域レベルでは二〇一四年九月にスコットランドでイギリスからの独立を問う住民投票が行われたことはまだ記憶に新しい。^⑩

国レベルでは、これまで三回行われた。最初は、イギリスが一九七三年にEC加盟を果たして二年後、一九七五年、当時のウィルソン労働党内閣により行われ、これは、イギリスがこのままECに留まるかどうかに関するものレファレンダムで、憲法史の視点からイギリス史上初めての国民投票となった。^⑪

二度目は二〇一一年、小選挙区制に代えて対案投票制を導入するかどうかを問う国民投票として行われた。^⑫だが、結果として国民の多数により否決され、総選挙は今も小選挙区制のままとなっている。次いで三回目が今回二〇一六年六月に行われたEUへ残留するか離脱するかを問う国民投票であった。

このように国民投票は近時のイギリス憲法における新しい現象であり、ダイシー流に言えば、最初の一九七五年の国民投票では、国民による「イエス」の結果が出たが、それ以外の二〇一一年の時と、今回の二〇一六年の国民投票^⑬では共に国民によるノー、すなわち「ヴェト」(Veto)であった。

本稿では、そのうち、一回目と三回目の国民投票ではいずれもECあるいはEUに関するもので比較考察に値すると考える。双方とも、後に触れるように、憲法上の閣内一致の原則を棚上げしての、異例の国民投票であったが、二〇一六年に国民が出した回答は、一九七五年のそれとは正反対のヴェト、すなわちノーの回答であった。その原因、とくに閣内で親欧州派と欧州懐疑派(反欧州派を含む)との分裂を呼ぶこととなった背景はどこにあったのか、両者の国民投票を比較考察し、イギリス憲法の基本原理である議会主権の下、イギリスがEC加盟から欧州とどのように向き合い、究極的に二〇一六年の国民投票でEUからの脱退の回答を出すに至った国民によるヴェトの意味を考えてみ

たい。

なお、表題の「ブレグジット」(Brexit) はイギリスがEUから脱退することを意味する混成語であるが、本稿の表題だけでなく、論考内でも便宜上しばしば使用する⁽¹⁴⁾ので許されたい。

二・ 国民投票からEU条約第五〇条に基づく脱退通告と二〇一八年EU (脱退) 法案の提出に至るまでの経緯

(1) ところで、政権内の最重要なEU関係の政策が二〇一六年六月の国民投票によって否定されたことを重く見たキャメロン首相は、「国民は離脱へと投票した。」「彼らの意思は尊重されるべきである。」「安定した政治が必要で、そのためには新しいリーダーシップが求められる」と、六月二四日、首相を辞任することを表明し、⁽¹⁵⁾辞任。キャメロン首相に代わって二〇一七年七月一三日、サッチャーに次ぐ、二人目の女性宰相メイ首相が誕生⁽¹⁶⁾したことは周知の通りである。以下、国民によるヴェトの憲法的意味を探る前に、国民投票後、政府によるEUへの離脱通告に待ったをかけたミラー事件の最高裁判決、そして議会による離脱通告承認法案の提出、EU条約五〇条に基づく、脱退通告として二〇一八年ブレグジット法案の提出に至る経緯を本稿に必要な限り、以下に要約して述べておこう。

(2) 最高裁判所判決とEUへの脱退通告

メイ首相は直ちにEU条約五〇条⁽¹⁷⁾に基づき、EU側にEUからの脱退を通告すると声明を発表した。しかし、この

声明を受けて、市民の中からミラー（及びサントス）がEUからイギリスが脱退すれば、これまで市民が享受してきたEU法上の諸権利をすべて失うことになる、憲法上、政府は議会の事前の承認なしに脱退の交渉はできないとの訴えが提起された。この事件は提訴した市民の一人ミラーの名をとって一般的にミラー事件（Miller Case）⁽¹⁸⁾と称されている。ミラーの主張は高等裁判所（合議法廷）⁽¹⁹⁾で認容され、原告勝訴となったため、政府はこれを不服として直ちに最高裁判所に上訴した。

結果は、ミラーの主張通り、議会の事前の承認なしに政府はEUに脱退通告はできないと同最高裁は高等裁判所判決を支持した。⁽²⁰⁾これを受けて議会が開催され、審議の結果、二〇一七年EU離脱通告承認法⁽²¹⁾が制定された。これによりイギリス政府は正式に欧州理事会に脱退を通告できる権限が付与され、⁽²²⁾それに基づき、二〇一七年三月二十九日、政府はEUへ脱退通告を行ったわけである。この結果、二年間の脱退交渉が開始され、二〇一九年三月末までにEU脱退の大枠を定める脱退協定の合意を目指すこととなった。但し二年後の、二〇一九年三月末に予定通りイギリスはEUから正式に脱退できるかどうかは、なお予断を許さない状況が続いているが、それに関しては今後の課題とし、本稿では割愛する。

(3) ブレグジット法案の提出

ただし、もしイギリスとEU間で合意される離脱協定案がイギリス議会と欧州議会で承認されればイギリスは二〇一九年三月末にEUからの離脱が正式に決まり、二〇一九年三月三〇日にイギリスはEUにとり第三国になると、及び、移行期間が設けられ、二〇二〇年十二月三十一日を超えない範囲で、引き続き、EU加盟国であるかのよう

にEU法体系のすべてがイギリスに適用されることになっている。

これと並行して、メイ政権は二〇一六年、国会に、イギリスの正式脱退を見込んで、一九七二年欧州共同体法を廃止するため、ブレグジット法案（Brexit Bill）（これまでしばしば大廃止法案 Great Repeal Billと言われていた）を提出した。それは、二〇一八年六月二〇日、「二〇一八年EU（脱退）法」⁽²³⁾（2018. c. 16）との名で議会を通過し、同年六月二六日、国王の裁可を得た。ブレグジット法の長称によれば、「一九七二年欧州共同体法を廃止し、かつ、連合王国のEUからの脱退に関して別に規定を設ける法」とあり、同法第一条において「一九七二年欧州共同体法は、脱退の日（exit day）に廃止される」と規定する。ついで同脱退法の第二条で、これまで効力を有していたEU法をイギリスの国内法に転換し、これらを「EUに由来する国内法」（EU-derived domestic law）としてイギリスの法体系の中に残存することとしている。スムーズなブレグジットを確保するため、この立法を通じて、これまでのEU法はイギリス法に転換されることに予定されている。

三．二〇一六年の国民投票における「国民のヴェト」の意味

以上、イギリスの一九七三年のEC加盟から、予定された二〇一九年三月に向けてEUから脱退するまでのプロセスを時系列的に述べた。しかし遡って考えたとき、イギリスはEC加盟を果たして後も、欧州統合の動きとは一定の距離を置き、共通通貨ユーロを採用せず、また、EU域内で入国審査を免除されるシェンゲン協定にも加盟しないで済む特別の地位を与えられてきたことは周知の通りである。これらに加えて、キャメロン首相は、イギリスの加盟条

件を再交渉により有利に導いたうえで、二〇一六年六月、満を持して国民にEU残留か離脱かを問う国民投票に踏み切ったことにどのような勝算があったのか、後述するように、はなはだ疑義をもつものだった。果して、キャメロン首相の期待を裏切って、国民の答えは「否」であった。

いったい、「ヴェト」の答えの背景にあるEU離脱の原因はどこにあるのであろうか。これを探り、明らかにしようと思う。

ところで、冒頭で述べたように、国民投票はイギリス憲法にとり、近時の新しい現象に過ぎない。今から一二八年前の一八九〇年、アイルランドに自治権を与える法案を国会に出そうとしたとき、一九世紀の憲法学者であるA.V.ダイシーが、法案成立の前提として、レファレンダム、すなわち国民投票を行うべしと初めて提唱したことに由来する。⁽²⁴⁾

しかもダイシーは当時、国民投票を提唱しながら、わずかその五年前の一八八五年に、『憲法研究序説』を著し、その中で、イギリス憲法の基本原理のなめ石としての「議会主権の原理」を明確に印したばかりであった。それ以前、一八三二年の選挙制度の大改正から普通選挙権が獲得されるまで、イギリス憲法の基本的特徴は、主権が議会にあり、国民投票は議会主権と一致せず、違憲であると言われていたのである。⁽²⁵⁾しかし、今は違う。ダイシーが生きた一九世紀は議会制民主主義が確立する時代、その中で彼は、議会主権の下、代議制政治を基本にしながらも、時として、下院で多数を占める党をチェックする手段として断固、国民投票を提唱したのである。彼曰く、レファレンダムは国民による拒否People's Vetoであると。もし、そうだとすると、二〇一六年、キャメロン首相が満を持して提案した国民投票による結果は、まさに国民のVeto、つまりNoであった。⁽²⁶⁾国民によるNoの背景はどこにあるか。

四・ヒース政権、EC加盟時に国民投票の回避

その原因を探ろうとすると、それは遠因過ぎると思われるかもしれないが、筆者はやはり、原点ともいべきイギリスのECへの加盟時に遡って考えるべきだと考える。

たしかに第二次世界後の欧州でイギリスが主導したEFTAはイギリスに期待した経済的恩恵をもたらさなかった。これに対してもう一方の欧州統合を目指すECは一九五〇年代の中期から後半にかけて前例のない繁栄を見せ始めた。当時のイギリスのマクミラン首相は、長期に渡るイギリスの経済不振を前にして、EC加盟申請に舵を切ることを決断した。その責任者として親欧州派のエドワード・ヒース (Edward Heath) を任命し、彼を中心とするチームでECとの交渉を開始したのである。⁽²⁷⁾しかし、周知のとおり、フランス大統領から二度の拒否権に会い乍ら、それでもそれから一二年間に及ぶ加盟交渉が続いた。

加盟申請が成功したのは三回目のときである。一九六九年四月にド・ゴール大統領が辞任し、イギリスのEEC加盟に前向きなポンビドー (Georges Pompidou) が新しいフランスの大統領を引き継いでからである。ポンビドー大統領の登場により、イギリスの加盟に対する状況は一気に変化した。三度目の加盟申請は、一九七〇年六月の総選挙でウィルソン労働党政権を倒して登場したエドワード・ヒース (Edward Heath) 率いる保守党政権であった。

ヒースは政権に就くや、三度目の共同体への加盟申請を開始し、一九七一年一〇月、下院である庶民院でEC加盟に関する採決において多数の賛成を得、さらに、憲法上、ローマ条約の効力をイギリスの国内に導くための一九七二年欧州共同体法も制定することに成功した。かくして一九七二年一月、イギリスは、デンマーク及びアイルランドと

ともに、ブリュッセルで加盟条約に署名。イギリスは、他の二ヶ国とともに、一九七三年一月一日当時の拡大ECに加盟を果たすこととなったのは周知の通りである。

だが、一二年に及ぶ加盟交渉の後、EC加盟を成功させたヒース政権の労苦は多とする一方、加盟時における彼を取り巻く状況はどうだったのか。振り返ってみると、もともとイギリスには当時、外交関係の基本方針に三環論⁽²⁸⁾(the concept of three circles) というものがあり、旧植民地から独立したオーストラリアやニュージーランドらの国々との間でイギリス連合を形成しており、それらの国から多くの農牧産物を安価に輸入できる有利な経済関係を有していた。他方で、アメリカ合衆国との特別な関係があり、さらにはヨーロッパがあり、イギリスはそれら三者のサークルのなかで中心的役割を演じていたという外交方針下にあり、その三環論から離れて、欧州に埋没しかねない判断をするには当時なお困難な時代であったであろうと思われる。もちろん、イギリスのECとの貿易はイギリス連合諸国とのそれと比べて今や重要になってきていることは分かりながらも、「党内、及び、国民の間にも、彼の親EEC政策にかなりの程度、反対の声があった」⁽²⁹⁾のは言うまでもない。彼らは「主権に置かれる制約への懸念とは別に、ニュージーランドのラム肉やカリブ海の砂糖といった生産物への安価なアクセスを失ってまで加盟する経済的メリットが何処にあるかに関して納得したい」⁽³⁰⁾というものだった。イギリス憲法史家のAnn Lyonは言う、「イギリスの加盟条件は一九七〇年末、及び、一九七一年初頭に交渉されていたが、イギリス議会と国民にEEC法への加盟がどのような利益があるのか説得する余地が未だ残されていた」⁽³¹⁾とも。

にもかかわらず、「ヒースは一九七〇年の後半、これらの不安に答えないまま、加盟申請をしてしまった」⁽³²⁾のである。Lyonはむしろ言う、「(ECに) 加盟すれば、その法はイギリス国内法の一部となり、それは憲法上の大きな変更

をもたらすものののに、ヒース政権は、この問題に国民投票を行うのを拒否した」のである。それもそのはず、これも首相になる前の一九七〇年六月二日のプレス・コンフェレンスでヒースは次のように言い切っている…「私はずっと言ってきた、もし国民の多数が加盟に反対な場合、この国を共同市場へ導くことは不可能になることだ³³⁾」と。そのうえで、彼はこう結論づけた…「この問題は議会制度の下でこそ取り扱われるべき問題なのだ³⁴⁾」と。しかし、オックスフォード大学のボグダナー元憲法学教授 (Vernon Bogdanor) は、議会の中でさえ、「彼はこの問題について、一般大衆の意見のありのままの状態を議会でどのように反映させるようとしているのか、説明をしなかった」(同前掲注)と。

ヒースは、この時、ダイシーの提唱する国民による「ヴェト」(veto)の是非を問う機会を奪ったのである。³⁵⁾ボグダナー教授はここで、フランスのポンピドゥー大統領が、イギリスをはじめとする加盟申請国を承認してよいかどうかを自国フランスにおいて国民投票で問うことを宣言した時の興味深い話に触れて、次のように述べたことを付記したい。彼は言う…「それは今となつてはこういうことだったらしい」「つまり、フランスの選挙民に対しては、イギリスでは拒否された権利、すなわち、イギリスの加盟に同意するかどうか決定する(国民投票の)権利を(わが国では)提供されている³⁶⁾と披露して見せてくれたのである。このエピソードは、ヒースが「この問題は議会制度の下でこそ取り扱われるべき問題なのだ」と国民投票を拒否したのに比べると、何とも皮肉を通り越して貴重な指摘であると筆者は考える。

イギリスの政治は、ヒースが国民投票を拒否して以降、ダイシーの先見の明をなぞるかのようになり、保守党、労働党とも、党内、閣内に親欧州派と反欧州派を含む、欧州懐疑派とのためまない対立を生み出し、政権内に連帯性を失つ

て行く。それにより、国民の間に政治不信を招く結果になり、やがて、それらは総選挙における投票率の低下ないし二大政党の得票率の低下へと繋がり、ハング・パラメントの出現、ポピュリスト政党の躍進も顕在化していく。こうしてこれまでの二大政党制を背景とする強力で安定したイギリス型ウェストミンスター・モデルと言われるイギリス政治の土台が大きく揺らいで行く基となることを多くが知るようになるであろう。

五．ウェストミンスター・モデルの揺らぎ

(1) 投票率、二大政党の得票率の下落

イギリスは君主制国家である。だが、君主の権限は今日では儀礼的な存在でしかない。またイギリスは主権が議会にある議会主権の国である。議会のうち、上院は、一九一一年―四九年の議会法により、下院に優位性を譲った。またイギリスは、一八世紀に議会が行政部と融合する議院内閣制を採用している。政党政治が発達し、一人一区の小選挙区制の下、下院で多数を占めた政党が内閣を形成すると、その内閣は、議会主権を背景に、司法をも従属させ、無制約の権力を行使できるとされる。しかし、実際には、憲法のもう一つの基本原理である法の支配が適切に機能することで議会主権とバランスを取り、イギリスの政治が「選挙独裁」と揶揄されないよう政権は謙抑的に行動すべきであることは言うまでもない。³⁷⁾

そのことを前提にすれば、保守党か労働党か、いずれかの政党が下院で多数を占め、内閣を形成すると、議会主権を背景に強力で安定した政治を生み出すという、ウェストミンスター・モデルこそ、イギリス政治システムの特徴と

されるが、イギリスがEC（EUの前身）に加盟して以降、かなり疑問に思わざるを得ない。以下に微力ながらその一担を明らかにしたい。

実は典型的なウェストミンスター・モデルが実際に機能していたのは過去の、一九五〇年代までのこと。総選挙の際の、投票率を見ると、一九五一年の総選挙の時、八〇%台だったのが、二〇〇一年の時には最低の五九・二%へ。そして二大政党の合計投票率も、一九五一年には、九六・八%という高い数字だったのが、次第に低下、二〇一〇年の総選挙時には、六五・一%、二〇一七年六月の総選挙時には、六二・七%と史上最低を記録した。国民の政治への不信は次第に明らかとなり、その結果、ウェストミンスター・モデルは今、確実に揺らぎを見せているのである。³⁸⁾

（2） ハング・パラメントの出現

加えて、総選挙を行っても、二大政党のいずれの党も、過半数の議席をとれない現状が続いている。ハング・パラメント³⁹⁾、すなわち、「宙吊り議会」の出現である。選挙で過半数を取れないということは、保守党であれ、労働党であれ、国民から信頼を得られる政党が今のイギリス政治に欠けているということであろう。これまでハング・パラメントは三回出現した。①一九七四年の総選挙の時、②二〇一〇年の総選挙の時、③二〇一七年の総選挙の時の合計三回である。

ここでは③の総選挙の時のハング・パラメントがどのようにして起きたか垣間見てみる。メイ保守党政権は、周知のごとく、二〇一六年の国民投票の結果を受けて、キャメロン首相が辞任したあと誕生し、二〇一七年三月二十九日に、EUへ脱退を通告した。だが、イギリスがどのような方針でEU脱退交渉に臨むかで、閣内はこれまでの親EU

派閥僚とEU懷疑派閥僚との間の対立だけでなく、懷疑派の中にもソフト・ブレグジット、すなわち、穏健なEU離脱派の閥僚と、ハード・ブレグジット、すなわち強硬離脱派の閥僚との分裂を生み、メイ首相は閣内だけでなく党内においてもリーダーシップをとれないでいた。なぜなら、彼女は総選挙で選ばれたのではなく、キャメロン首相の辞任によって首相の座を得たに過ぎないからである。

ソフト・ブレグジット派の考えは、移民の受け入れを一定程度制約しつつ、単一市場へのアクセスを保持しようという立場。これに対して、ハード・ブレグジット派は、そのような穏健な離脱など、EUが認めるはずがない。ゆえに、強硬ブレグジットで、単一市場へのアクセスを失ってもやむを得ない。なぜなら、もしEUがソフト・ブレグジットを認めると、他の加盟国にも移民の受け入れに不満を持つ国が多数あり、もしイギリスのそれを認めると、他にもEUをソフトに離脱する国が現れないとも限らなかったからである。

この状況下で、メイ首相は政権内で分裂した内閣を盤石にしようと、二〇一七年四月一八日に、突然下院の解散を宣言した。⁽³⁹⁾ そのうえで、EUとの交渉をハード・ブレグジットで行くと国民に訴えたのである。しかし、この判断は適切なものだったであろうか。というのは、この時、国民投票の結果が離脱との答えを出したあと、四〇〇万にも及ぶやり直しを求める請願⁽⁴⁰⁾が押し寄せるなど、国民感情は、国民投票前のBrexit (EU離脱) から Bregret (EU離脱後⁽⁴²⁾) に変わっていたとされる。⁽⁴³⁾ このような時、国民目線より、政権基盤を強化するため、メイ首相によるEU強硬離脱派に氣遣うての解散に国民は信頼を寄せるはずがない。

同年六月に総選挙が行われたが、結果はキャメロン首相から受け継いだ三三〇議席を一二議席も減らし、過半数の三二六議席を割ってしまい、⁽⁴⁴⁾ ハング・パラメントをもたらししてしまった。やむなくメイ首相は、北アイルランドの

地域政党 DUP⁽⁴⁵⁾ (民主統一党) から閣内協力を得て、一〇議席を借り、何とか政権を維持することができたに過ぎない。過半数をわずかに二議席を超えるだけなので、今後のメイ首相の政権運営が厳しくなるのはいずれ必定となるであろう。このように、どの政党あるいは政権とも、国民から信頼を得られないでいるのがイギリス政治の現実の姿である。

(3) 地域政党とポピュリスト党の躍進

これと反比例して、選挙ごとに議席を伸ばしているのが地域政党とポピュリスト党である。北アイルランドでは保守党も労働党も、自らの候補者さえ立てられないでいるし、これまで労働党の地盤と言われたスコットランドでは二〇一五年の総選挙でスコットランド民族党が五六議席⁽⁴⁷⁾と、議席数を増やしているのに対し、労働党の議席は一つかゼロ議席という始末である。

加えて、ポピュリスト政党の一つと言ってよいであろう、EUからの脱退を目的とする政党、イギリス独立党 (UKIP) は、とりわけ欧州議会選挙で議席を伸ばし、二〇一四年五月の欧州議会議員選挙では労働党・保守党を抑え第一党になったことさえある⁽⁴⁸⁾。

またハング・パーラメントに至らないまでも得票率が低いにも関わらず、「八〇年代のサッチャー政権の時代にはいると、保守党は多くても四〇%代前半の得票率しか得ていないにもかかわらず、安定した議席を得続け」た⁽⁴⁹⁾し、また一九九七年以降の労働党・ブレア政権も、四三・二%の得票率しか得られていないのに、六三・六%もの議会で安定した議席を得続けた⁽⁵⁰⁾、とされる⁽⁵¹⁾。しかしこのような得票率に過ぎない政党の政権運営は、見せかけの多数派形成⁽⁵²⁾と批判され、著しく国民からの信頼を裏切ることになるであろう。

投票率が低く、二大政党の得票率も下がり、総選挙で二度三度とハング・パーラメントが生じるイギリス政治。これにより首相の強力なリーダーシップによる安定した政治を行うのが難しくなってきた原因はさまざまに議論されるであろう。が、この現象が目に見えて顕著になる時期を検証してみると、一九七〇年代以降であることが分かる。

事実、一九五一年の総選挙の時、投票率は八〇%台だったのが、二〇〇一年の時には最低の五九・二%へ。そして二大政党の合計投票率も一九五一年には九六・八%だったのが、次第に低下、二〇一〇年の総選挙時には六五・一%、さらに昨今の二〇一七年六月のときは、六二・七%と過去最低となった。投票率が顕著に低下することに至った分岐点を探ると、一九七〇年に合計投票率が八九・四%だったが、直後の一九七四年二月の総選挙のときには一気に七四・八%へ低下している。とすると、分岐点は一九七四年二月の総選挙の時だと思われる。⁵³ではこの分岐点に何があつたかであるが、前の年の一九七三年にイギリスがECに加盟した年の翌年の総選挙だと分かる。

(4) 二大政党衰退の原因——一九七三年のEC加盟時がターニングポイント

投票率が年々下がり、二大政党の合計得票率も上述した通り低下するということは、どの政権も国民から信頼を得られてないということであるが、原因はどこにあるかを調べてみると、分岐点は一九七〇年の総選挙の時。二大政党の合計得票率が八九・四%だったのに対し、四年後の一九七四年二月の選挙の時、それは七四・八%へと大きく減らしている。

一九七四年に何が起きたであろうか。その年の前年、一九七三年一月一日にイギリスが原加盟六カ国に遅れて当時の拡大ECに加盟した年に当るのは周知のことである。そしてこの年がイギリス政治の明白なターニングポイントと

なったのではないかと思われる。なぜなら、この年以降今日まで、投票率が次第に低下し、しばしばハング・パラメントも出現するようになったからである。これが契機となつて、イギリス政治は、ECそしてその後のEUをめぐり、党内、国会だけでなく、政権内でも、親欧州派と反欧州派（欧州懷疑派）とで分裂し、首相は政権運営に困難をきたし始めて来たのである。

決定的になつたのは、さらに翌年、つまり一九七五年のことだつた。その年、一八九〇年にダイシーが提唱した国民投票が、八五年後の一九七五年、イギリス史上初めて、ウィルソン労働党政権によつて実現されるのである。だが、この時、国民投票を前にして、首相のEC残留との基本方針に強く異論を唱える反欧州派閣僚（欧州懷疑派）を前にして、閣内一致は困難⁵⁴、と首相は判断するのである。

六．一九七五年、史上初めてウィルソン労働党政権による国民投票の実現

労働党は当時、予定された一九七四年二月一〇日の総選挙を前にして、マニフェストを発表し、労働党が勝利すれば、加盟条件を再交渉して、それをもとに、共同市場にとどまるか否かを問う国民投票を行う、と発表していた。それに基づいて一九七五年国民投票法が制定された。

労働党がマニフェストで提案したECとの再交渉の条件とは、主としてイギリス支払うEC予算に対する分担金の問題だつた。⁵⁴ イギリスのEC加盟時に遡ると、当時、EC予算の多くが、共通農業政策、すなわちCAPの下で、農業補助金が使われ、それにより、農業大国と言われるフランスが大きな利益を得る一方、比較的農業人口の少ないイ

ギリスはそれに比べて不利であり、イギリスが支払う分担金が大き過ぎると感じられたのであろう。分担金を減らすことが再交渉の焦点となっていた。

しかし、イギリス史上初の国民投票を前にして、ウィルソン内閣内では欧州統合に対する容認派と懐疑派・反欧州派で意見が対立した。二三人の閣僚のうち、七人が反対。そのなかには、有力な閣僚の一人として、雇用大臣のマイケル・フット、さらには強硬派の代表とされる産業大臣のトニー・ベンらがいた。オックスフォード大学のボグダナール教授によれば、⁽⁵⁵⁾そもそも、イギリスがECに加盟する際、国民からの反対の声も多いこともあり、前ヒース保守党政権は、国民投票を避けて国会の中だけでEC加盟の是非を論議し、そのことでその後のイギリスの政権運営に取り返えしのつかない確執を生むことになるのは前述した通りである。

けれども、ウィルソン首相は閣内における連帯責任の原則を棚上げして、⁽⁵⁶⁾反対派が自分の立場を公表することを妨げない、との例外措置を取り、国民投票を戦い、⁽⁵⁷⁾その結果、残留賛成 (Yes) 六七・二三%。これに対して、反対 (No) は三二・七七%と、ウィルソン内閣は圧倒的な勝利に終わった。これにより、国民投票に踏み切った彼の決断は歴史的な決断をした⁽⁵⁸⁾と評価されている。

だが、冷静に見ると、投票率が六四・〇%で、意外に少ないと知る向きもあろう。後の二〇一六年の時の国民投票での回答はEU離脱との結果に終わったものの、投票率は七二%だった。確かにそれに比べると、一九七五年のその投票率は少ない。Ann Lyonに言わせれば、「遅すぎた」⁽⁵⁹⁾のである。この国民投票がイギリスのEC加盟のわずか二年後ではあったが、国民感情はすでに冷めていた感がぬぐえない。やはりヒース首相はEC加盟の直前にこそ国民投票をやるべきだったように思われる。

七・サッチャー首相の登場と保守党の欧州懐疑派の顕在化

けれどもウィルソン首相はこの国民投票の結果を受けて、その後の政権運営を確たるものにしたことは間違いない。他方、イギリスが一九七三年にECに加盟した時は、保守党政権だったこともあり、四か月前の二月に保守党の新しい党首になったばかりのサッチャーも、一九七五年の国民投票の選挙戦で、保守党として、欧州残留イエスキャンペーン⁶⁰を張った。したがって、イエスが多数で勝利した今、当然ながら、彼女は「野党（保守党）の支持がなかったら、イエスの国民の意思表示はなかったであろう」と述べたことは興味深い。

彼女はその後イギリスの最初の女性宰相になり、もともとイギリスがECに加盟したのは保守党政権の時だったこともあり、ECには当初極めて積極的だったが、一九八〇年代中盤以降、ECがさらなる統合に向けて快進撃を遂げ、市場統合から通貨統合、さらには政治統合へ向かわんとするあたりから態度を変えていく。ある意味、今日の保守党の中に巣くう欧州懐疑派といわれる議員たちのルーツを辿れば、一九八八年九月二〇日に、有名なブリュージュ演説⁶¹で、各国が主権の一部を移譲して作る欧州連邦（ヨーロッパ合衆国）のような枠組みに強く反対することになるサッチャーの国家主義に行きつくことになるかもしれない。

八・ キヤメロン保守政権による国民投票の国民によるヴェト (Veto) —— 一九七五年国民投票との比較

(1) キヤメロン首相による二〇一三年のさらなる国民投票の宣言

ウィルソン首相の時の国民感情は、第二次世界大戦後の平和と繁栄を浴しようという時代背景をもつ。共同市場への参加は平和と繁栄の礎であり、史上初の国民投票がECに加盟して直後の一九七五年の国民投票だったこともあり、EC残留を決めた国民の声はごく自然の成り行きだったようにも思われる。しかし、それから四一年経ち、欧州統合が更に深化を遂げ、ECからEUへ、経済統合から政治統合へ向かう中、キヤメロン政権が新たにEUへ残留するか離脱するかを問う国民投票を呼びかける場合、国民に一九七五年の時とは違う国民感情が芽生えていることを深く考慮に入れなければならない。二大政党に対する国民の支持率は落ちている。これは危険な賭けになりかねない。

しかし、キヤメロン首相は、意を決して、二〇一三年一月二三日、二年後の二〇一五年五月の総選挙で第一党になったら、EUに改革を求めて新たな決着 (new settlement) を図り、その上で、改革されたEUに残留するか離脱するかを求める国民投票を二〇一七年末までに実施したいとの声明を出した。

この声明にどのような背景があったであろうか。二〇一二年一〇月二四日、下院にて保守党のデヴィッド・ナトール議員が、次の会期でイギリスが現在の加盟条件のままでEUに留まるか、離脱するか、国民投票を実施する法案を提出すべしと政府に求める動議が提出された。これを阻止するため、党議拘束をかけたが、それを意に介さず、保守

党議員九〇名が賛成。保守党のリーダーでもあるキャメロン首相にとってこれは最大の反乱であつたとされる。それ以外に一五名の棄権もあり、事態は深刻なものとして、キャメロン首相はこれに対処する必要性に迫られた。

さらに党外のEU懷疑派の最たるものとして、EUからの独立を公約に掲げるイギリス独立党（UKIP）があり、それへの支持が急速に増えていることもあつた。二〇〇九年の欧州議会議員選挙において、UKIPはイギリスに配分されている欧州議会の七三議席のうち、約一七%の票を獲得し、当時イギリス与党の労働党を抑えて二位に躍り出ていた。放っておけば、やがて保守党議員まで総選挙で喰われかねない。これらの背景の下に、キャメロン首相は国民投票を約束せざるを得なかつたとされる。⁶²

(2) 二〇一六年六月の国民投票へ向けて——一九七五年の国民投票を先例に——

問題は国民投票をどのように実施するかである。幸い、二〇一五年の総選挙でキャメロン保守党政権は久々に単独過半数を取った。それならば国民投票にも勝つて、その後の政権運営で強いリーダーシップを発揮したい。そのためにはキャメロン首相が言うようにEUには改革が必要である。四項目の改革案（four objectives）をEUに提示して強硬な姿勢を見せ、国民には「改革したEU」に留まる方がより強く、安全で、豊かになれると訴える、したがってこの改革案でEUから譲歩を引き出すことができれば、キャメロン首相は、*「全身全霊で」*（with all my heart and soul）国民を説得できる、そしてイギリスのEU残留を勝ち取ろうとしたのである。かくして二〇一五年国民投票法が制定された。それに基づき、国民投票の日は二〇一六年六月二三日と定められた。

キャメロン首相が提示した改革プランは四項からなる。それは、①イギリスを含む非ユーロ加盟国の権利保護、②

イギリスの考える、より競争力のあるEUの構築、③主権保護の問題としてEU基本条約に掲げる「絶えず一層緊密な連合」のイギリスへの適用除外、④移民に対するイギリスの福祉の制限である。

これらについてイギリスが考える改革プランでEUと再交渉し、その上でEUへ残留するか否かを国民に問うというこの手法は、明らかに、一九七五年、ウィルソン労働党内閣が国民投票の際にとった手法と同じである。しかも当時も政権内に公然とそれに反対する大臣がおり、彼らを罷免することなく、いやむしろ閣内一致の憲法上の原則を棚上げてウィルソン首相は国民投票に臨んで勝利した、この論法をキャメロン首相も使おうとしたことは間違いない。彼もまた、この前例にならって国民投票で勝ち、それにより閣内のEU懷疑派を抑え、その後の政権運営を確実なものにできるはずだと考えた。

(3) 保守党内の残留派と懷疑派

EU懷疑派は保守党内にどれだけいて、どのように位置づけられる者達をいうであろうか。ここで保守党議員、とくにEU懷疑派はどのようなアプローチをとるのか類別し、明らかにしておく必要がある。ロンドンのLondon School of EconomicsのBrexit研究グループは二〇一〇～二〇一五年の議会内保守党議員の発言・行動に関するデータをとり、EU問題に関する彼等の考えを分析し、彼らの考えを下にカテゴライズした。それによれば五つに類別される⁽⁶³⁾とした。下に掲げる通りである…

① 親EU派 (Europhiles) 議員 ————— 三二名 (一〇%)

ブレグジットとイギリス憲法 (加藤)

EUのなかでイギリスの役割に熱狂的な議員：例えば Ken Clarke, Laura Sandys, Robert Buckland の議員

② どちらともつかない議員 (Agnostics) ——— 二六名 (九%)

欧州問題に確たる見解を表明していない議員：例えば Nicky Morgan, Rehman Chisu の議員

③ 穏健EU懷疑派議員 (Soft Eurosceptics) ——— 一四九名 (四九%)

EUに懐疑的であるが、究極的にはEUに残留したがっている議員：David Cameron, George Osborne の議員。

④ 潜在的EU離脱派 (Potential leavers) 議員 ——— 六四名 (二一%)

有利な交渉が得られない限り、離脱に向けて投票したがっている議員：John Redwood, Oliver Letwin, Iain Duncan Smith ら議員。

⑤ EU脱退派 (Withdrawalists) 議員 ——— 二四名 (一一%)

イギリスをEUから離脱させたがっている議員：Bill Cash, Nadine Dorries, Jacob Rees-Mogg

これら五つのカテゴリーの③、④及び⑤をさらに、穏健EU懷疑派 (Soft Eurosceptics) と強硬EU懷疑派 (hard Eurosceptics) の二者に凝縮して、強硬懷疑派のそれはEU改革を急進的にやるか、さもなくばEUを離脱するというもの、他方、これ以上、如何なる統合を望まないのではなく、EUに残留したい、というものに類別できよう。とすれば④はもともとEUから改革を獲得できれば残留に賛成してもよいというグループなので、③と④はソフト、すなわち、穏健懷疑派とし、⑤のハード、すなわち、強硬懷疑派と二者に類別してもよいであろう。このように類別したとき、二〇一五年総選挙後のキャメロン政権内に、国民投票の際、もはやこれと言って親欧州派と呼べる閣僚は見た

らず、おおむね穏健懷疑派閣僚か強硬懷疑派の閣僚により構成されていたと考えてよい。外務大臣のフィリップ・ハモンドや保健大臣ジェレミー・ハントらの多くはキャメロンの改革が整えばEU残留に投票してもよいという閣僚たち、他方、労働・年金大臣のダンカン・スミスや、司法大臣のマイケル・コーヴらは強硬懷疑派と言っている。前者の閣僚への説得は可能だとして、後者の、EUに対する嫌悪感を募らせて止まない強硬EU懷疑派閣僚に対しては、キャメロン首相は説得を断念せざるを得ない、と判断したに違いないと思われる。⁶⁴

かくしてキャメロン首相は「EUは多くの保守党議員にとって深く個人的な問題である。大臣達にその良心に従う自由を与える」⁶⁵と述べ、さらに国民投票の余波を和らげるのに役立つために、首相は「大臣らが国民投票でいずれかの側に立ってキャンペーンを張るかは自由であり」、同時に彼は、「投票後に引き続き政権を担当するつもりである」⁶⁶と述べた。これも、ウィルソン首相がとった手法と同じであった。

(4) 国民投票の結果とキャメロン首相の退陣

二〇一五年二月一七日、二〇一五年国民投票法（EUレファレンダム法 European Union Referendum Act 2015）が制定され、翌年二〇一六年六月二三日に国民投票が行われることとなった。二〇一六年二月一八日、一九日ブリュッセルで開催される欧州理事会（EU首脳会議）で、キャメロン首相により前年十一月に提案された「EU改革案」が主要議題として取り上げられた。首脳間で同年二月二〇日にEUからおおむね賛成との同意が得られるに至ったのを受けて、同年六月二三日に、イギリスが、引き続きEUの加盟国として残留するのか、離脱するのかを問う、国民投票が行われた。その結果、以下の通りとなった⁶⁷。

投票率 約七二%

残留賛成 四八・一一%

離脱賛成 五一・八九%

しかし、キャメロン首相の思惑はもろくも打ち砕かれ、以上の通り、国民投票の結果は四%にも届かない僅差ではあったが、「EU残留派 (Remain)」の敗北・「EU離脱派 (Leave)」の勝利で決着がつけられたのである。

政権内の最重要なEU関係の政策が国民投票によって否定されたことを重く見たキャメロンは、冒頭で述べたように、六月二四日、首相を辞任することを表明した。⁶⁸ キャメロン首相は、政権内の強硬なEU懷疑派閣僚を説得できなかっただけでなく、彼らの主張の方が国民投票で支持される結果となったのである。辞任を余儀なくされたのもうなずけられよう。

九. キャメロン首相による改革プランを振り返る

国民投票の結果は上に述べた通りであるが、改めてキャメロン首相が国民投票を実施するに当たってEUに提示した四つの改革プランの項目を振り返って見る。四つの改革プラン四項目とは以下の通りであった⁶⁹…

- ① イギリスを含む非ユーロ加盟国の権利保護、

Protection of the single market for Britain and other non-euro countries.

② イギリスの考える、より競争力のあるEUの構築、

Boosting competitiveness by setting a target for the reduction of the “burden” of red tape.

③ 主権保護の問題としてEU基本条約に掲げる「絶えず一層緊密な連合」のイギリスへの適用除外、
Exempting Britain from “ever-closer union” and bolstering national parliaments.

④ 移民に対するイギリスの福祉の制限である。

Restricting EU migrants’ access to in-work benefits such as tax credits.

EU側に提示したこれら四つの改革というものは国民ないし懐疑派の目にどう映っていたであろうか、アプリアリ的に次の二つの点から見てみる。というのも、これら四つのうち、国民がもっとも関心を抱いていたのは④の「移民に対するイギリスの福祉の制限」であり、もう一つは、懐疑派が最もこだわっていたとされる③の「主権保護の問題としてEU基本条約に掲げる「絶えず一層緊密な連合」のイギリスへの適用除外」だからであり、ここではこれら二つを検証し、キャメロン首相の提案が敗北した背景の一端を知ろうと思う。

(1) 移民に対するイギリスの福祉の制限

まず、最後の④に掲げた「移民に対するイギリスの福祉の制限」を取り上げる。移民の受け入れに関する改革案は、閣内、党内だけでなく、反EU・反移民を掲げて支持を拡大してきたイギリス独立党のキャンペーンにも、政府提案はもつとも目に見える形での対処が必要だったはず。にもかかわらず、キャメロン首相が打ち立てた四項項目の最後の項目に落とされ、最初の提案が国民の関心をさほど引くとは思われない「イギリスを含む非ユーロ加盟国の権利保

護」にしていることに、国民には関心をはぐらかされた、という感じに見えないでもない。⁽⁷⁰⁾

それはそれとして、ここでの「移民」とは同じ加盟国から職を求めて自由移動する労働者とその家族を対象とするが、経済が比較的好調なイギリスには毎年約三〇万人の移民が流入しているとされる。とくに二〇〇四年の東欧一〇ヶ国のEU加盟後、EUから職を求めてイギリスへ移動する移民の数が急速に拡大した。なかでも、二〇一四年の統計で顕著なのは、ポーランドからの移民が最も多く、二〇〇四年には七万人弱だったが、二〇一四年現在で、八〇万人を超えているとされる。⁽⁷¹⁾ 受け入れ当初は、イギリス経済がよく、これらの労働力は比較的歓迎されたとされる。

しかし、二〇〇九年のリーマンショック以降、冷えはじめた経済状況下で、これほど多くの移民を受け入れたことで、逆に国民から職を奪われる、制限せよ、と移民への不満が高まって行ったとされる。しかし、EU基本条約のひとつであるEU機能条約第四五条一項によれば、「労働力の自由移動は、EU内において確保される」とされ、同条約一八条においては「国籍に基づく差別はすべて禁止される」と規定されている。さらにEU司法裁判所の判例に、自由移動した移民とその国の国民とは完全に平等であるべしと解釈されている。

したがって、これらの大原則に違背することは許されず、キャメロン首相は、移民の受け入れはイギリスにおいて容易ならざる問題と捉えていることは間違いない。と言うのも、移住者の約四〇%が年平均六千ポンドの手当てを受給しており、国家財政を圧迫し、移民に対するEUの福祉政策には一定の歯止めが必要だと考えていた。

それではキャメロン首相の改革プランで要求する移民の受け入れ制限とはどのようなものであるか。それは、端的に言えば、それはEU加盟諸国からの「域内市民がイギリスで在職給付 (in-work benefits) や公営住宅 (social housing) 入居の資格を得るまで四年間、同国に居住し、労働すること。」⁽⁷²⁾ そうでない限り、これらの福祉手当を受給できない

ようにするというもの。キャメロンは、これにより急増する移民を制限できる、というのであるがどうであろうか。確かに、この改革プランは、国家財政の面から、議会のエリート政治家層にはそれなりの効果があると評価されたかもしれない。だが、福祉手当を得るため、四年間イギリスに居住し、労働することを条件にしただけの受け入れ制限に過ぎないのが、キャメロン首相の提案だったとすれば、多くの国民から失望され、極論になるかもしれないが、それならば、EUから脱退するしか道は残されていないと感じられるほどのインパクトのない提案に映ってしまった可能性は否定できない。

(2) 主権に関するEUへの提案（EU基本条約に掲げる「絶えず一層緊密な連合」のイギリスへの適用除外）

移民の問題とは違い、四つの項目のうち、主権保護の問題として③のEU基本条約に掲げる「絶えず一層緊密な連合」から適用除外を求める要求は、EU懐疑派がもつともこだわってきた問題の一つと言ってもよい。もしこれが認められれば、国境での入国審査なしで域内を移動できるシェンゲン協定と単一通貨のユーロといったEUを象徴する二つの適用除外に、もう一つ適用除外が加えられ、EUからのイギリスへ大盤振る舞いになるはずであった。

EU基本条約に規定する「一層緊密化する連合」の例外（適用除外）にせよとするイギリスの要求は、端的に言えば、イギリスがさらなる政治統合のプロセスに巻き込まれたくないという要求と言ってよい。

欧州統合とは、元来、EU基本条約に言う進行形としての「一層緊密化する連合」を意味するであろうが、それはやがて、経済統合から政治統合へ、そしてその果てにはヨーロッパ合衆国という連邦国家への目標があるのである。その場合、イギリスが、経済統合まではよいが、そこから先の政治統合へ向かい、さらにはサッチャーが嫌った連邦

的枠組みへの一層緊密化する連合へ進行することだけは免れたい、というのがイギリスの真意なのかもしれない。もしそうだとすれば、キャメロン首相のEUへの要求は、その流れにストップをかけ、国家主義に徹しようという、まさに強硬EU離脱派の考えに沿う主張といってもよいかもしれぬ。

だが、EUは本来、ECとして出発する時点から国家主権を制約することが基本条約の本旨だったはずである。もしキャメロン首相が強硬派を満足させるのが第一義で、国民を納得させるのが第二義だったとすれば、一九七五年のウィルソン内閣の時のそれと違う。ウィルソン首相は、ECに再交渉を求め、それによりまずは国民からEC残留を勝ち取って、そのうえで、政権内の反欧州派閣僚を抑え、その後の政権を抑えるのに成功したのである。その逆では決していない。

上に掲げた二項目ほかすべての提案を掲げて国民投票でキャメロン首相が敗北したのを受けて、ジャン・モネ・チェア教授の庄司克宏は指摘する…「英EU改革合意という形でEU残留の場合のプランだけは用意していたが、イギリス国民からは見向きもされなかった。キャメロン首相は国民投票で勝利することを過信していたのである」⁽⁷³⁾と。

一〇．結びにかえて

イギリスの産業革命の時期を正確に述べるのは容易ではないが、およそ一七六〇年代に始まり、一八四〇年頃まで続いたであろう。その結果、イギリスを農業社会から工業社会に変貌させ、さらに一八三二年の選挙法の大改正をもたらし、やがて一九世紀には議会制民主主義を確立していく。そのプロセスでダイシーは一八八五年に『憲法研究序

『説』を著し、主権を法的主権と政治的主権に分け、法的主権は議会に、政治的主権は国民に存するとした。

その意味で言うならば、それ以前の、名譽革命から産業革命まで、議会主権の主権には法的主権も政治的主権も混在していたと言えるかもしれない。したがってその時期において、国民投票は議会主権とは相いれないものと考えられたであろう。

しかし今は違う。国民には政治的主権があり、そのもとで、議会に法的主権があると言ってもいい。そのなかで、国民投票は議会にとり基本的に諮問的とされるものの、上述の通り、近時のイギリス憲法の特徴は、問題により地域レベルでも国レベルでもレファレンダムがよく活用されるようになった。

そのように考えたとき、イギリスが一九七三年に当時のECに加盟する際、政治的にも法的にも議会だけで加盟を決めれば済むというわけにはいかない面もあったはずである。にも拘わらず、国民の間には加盟の是非を問うべしとの声がありながら、ボグダナー教授も指摘した通り、「一般大衆の意見のありのままの状態を議会でどのように反映させようとしたか」、ヒース政権は議会において十分な説明を果たさないうまま、欧州共同体に加盟した。その功罪は種々あるであろうが、党内外に欧州懐疑派を生み出す結果となり、上に見てきたように、これ以降、保守党も労働党も、政権運営は厳しいものとなり、ウェストミンスター・モデルと言われる強力なイギリスの政治に弱体をもたらしたこと。具体的には総選挙の際の投票率の低下、ハング・パラメントのしばしばの出現、典型的にはEU政策に対する政権内の分裂を招来し、国民に長く政治不信をもたらしたことは否めない。

さらに、イギリスのEC加盟時の議会審議の中で、ヒース政権は「いかなる憲法上の革新を伴うものでない」と言わしめ、EC加盟を乗り切ったが、「いかなる憲法上の革新」の中には、議会主権の変更を含んでいることは明らか

であり、その変更を伴うものでない、⁽⁷⁴⁾ と言い切ったことに関し、筆者は別稿で憲法上の禍根として指摘したことがある。本稿では特にこれを焦点にしなかったが、この点でも欧州懐疑派が加盟以降、欧州統合が進展していくなかで、いよいよ敏感さを増していく。ヒース政権はこのことについても当時議会で十分に説明責任を果たしたとは言えなかった。

二〇一六年の国民投票では、キャメロン首相は、一九七五年の国民投票を先例として、EUと再交渉するとの条件に、閣内一致の憲法上の原則を棚上げして選挙戦を戦った。にもかかわらず、一九七五年の国民投票の時と違い、国民によるVetoが下った。国民投票を前に、移民の問題さらには主権保護を含む四つの改革プランをEUに迫り、それへのEUからの好意的な回答を得たなかでの国民投票であったが、それらの四つの改革プランのどれも、キャメロン首相は、懐疑派から、そして国民からもそっぽをむかれたのである。

それにしても、二〇一三年、彼が国民投票を行うと声明を述べたブルームバーグ演説⁽⁷⁵⁾のなかで、イギリスは歴史的には欧州に対して常にオープンだったとしながらも、「我が国の地形が、我々の心理を形作っているのは真実だ。我々は島国民としての性質―独立心、率直さ、我が国の主権の守ろうとする上での熱情さ―を持っている。イギリス海峡にそれを棄てるより、イギリス人のこの敏感性をこれ以上変えることはできない」と。これを知る限り、彼もまた元を正せば、欧州ソフト懐疑派でもあったのである。そう考えると、彼がEUへの加盟条件の再交渉を図ったうえで国民投票を行ったが、彼が真に国民投票のありうる結果をどう考えていたのかはなほだ疑問である。国民からのヴェトは十分ありえたからである。

ところで、前述したように、国民投票ではわずか四%の差で、EUからの離脱が決まったことに国民投票の怖さが

あると感じる向きは大いにあるであろう。この結果を受けて、メイ政権は直ちにEU第五〇条に基づき、EU側に脱退通告をしようとした。しかしこれに市民からこれまでのEU法の権利を奪うものであり、政府にはイギリス憲法上、議会の承認なしに離脱通告をすることはできないとの訴えが提起された。いわゆるミラー事件である。これに対して、最高裁判所は、二〇一七年一月二四日、「EUからの脱退はEU法の法源から切り離されることにより、間違いなくイギリスの憲法体制に根本的な変更を招く。かかる根本的変更は、…議会の事前の立法を通じてなされることが要求されている⁽⁷⁶⁾」として市民の訴えを受け入れたのである。これを受けて、議会は同年三月、直ちに脱退通告法を可決して、首相にEUへの脱退通告権限を与えた。最高裁判決からたった二ヶ月である。これにより、メイ首相は同三月にEUへ正式に脱退を通告したのである。

議会には法的主権があり、憲法改正も過半数で決定できる。しかしここにイギリスの議会主権の怖さがあるかもしれない。成文憲法の国であれば、憲法改正のハードルは高い。二〇一六年の国民投票でわずか四%の差でEUからの脱退が決まったものの、その後政府のEUへの脱退通告を違憲として訴えたいわゆるミラー事件で最高裁は二〇一七年一月二四日にこれを受け容れる判決を下した。この判決からわずか二ヶ月後の三月二三日、議会は政府に正式にEUからの脱退する権限を付与する二〇一七年EU脱退通告法を可決した。これは軟性憲法と言われるイギリス憲法のなせる特徴であった。しかし、このようにわずか二ヶ月という短かさで憲法改正を議会が過半数である意味、いとも容易に決定することでよかったか、今後課題がありそうに感じる。現行憲法上仕方ないにしても、せめて二ヶ月で決めるのではなく、議会はもう一年延期してでも、国民投票の結果を議論すべきではなかったか。軟性憲法の落とし穴であるように筆者には思われる。

(1) ヨーロッパの統合は、一九五二年にECSCヨーロッパ石炭鉄鋼共同体を設立するため、パリ条約が締結され、フランスと当時の西ドイツが中心となつて六か国で発足。一九五八年にEEC及びEURATOMを設立するため、二つのローマ条約が締結された。それら三つの共同体は、一九六七年以降、ECとの総称で呼ばれるようになった。

(2) 一九七二年一月二日、ブリュッセルで、イギリス、アイルランド、デンマークのほかにノルウェーも加盟条約に署名した。しかし、ノルウェーは批准にあたつて国民投票により拒否されたため、加盟できなかった。

(3) イギリスは、加盟条約を批准後、一九七二年一〇月一七日、イギリス国会により、「一九七二年欧州共同体法」が制定された。これ以降、EC法(現EU法)はイギリスの国内法の一部となり、市民はEC法上の権利を享有することとなった。この度、イギリスがEUを脱退するにあたり、一九七二年欧州共同体法の効力を失わせるため、「二〇一八年EU脱退法」、すなわちEuropean Union (Withdrawal) Act 2018が制定された。同脱退法は、同時に、これまで効力を有していたEU法をイギリスの国内法に転換し、これらを保持されたEU法 (retained EU law) としてイギリスの法体系の中に残存することとした。また、脱退以前のEU司法裁判所の判例は、ウェストミンスター の最高裁判所およびスコットランドのHigh Court of Judiciaryの決定と同等の先例としての地位を保持することにした。

(4) イギリスは六一年八月、正式にEC加盟申請を行なつたが、六三年(申請は六一年)、さらには六七年五月の労働党内閣による第二回の加盟申請も、ド・ゴール仏大統領の拒否権発動によつて加盟できなかった。しかし、第三回目EC加盟申請時には、イギリスの加盟に反対していたフランスのド・ゴール大統領が一九六九年に退陣したこともあり、ECの拡大の機運もあつて一九七三年の加盟に向かうこととなる。

(5) 一九六一年に当時の保守党マクミラン首相がECに加盟申請をしようと決めてから一九七三年に加盟するまでに一二年間の月日が経過した。

(6) David William Donald Cameron (一九六六年-)。

(7) 二〇一六年六月二三日付け国民投票の結果(保守党政権下)：投票率 約七二%、残留賛成 四八・一一%、離脱賛成 五一・八九%。

(8) A.V. Dicey, *Ought the referendum to be introduced into "England"?* Contemporary Review (1890), at pp. 489-511. その後、例えば Henry Sidgwick, *Elements of Politics* (1891), p. 559. や E. H. Lecky がやはり一八九九年に国民投票の導入を提唱している。See: William E.H. Lecky, *Democracy and Liberty*, vol. 1, (1899), pp. 277 ff.

(9) Mads Qvortrup, A.V. Dicey: *The Referendum as the People's Veto*, History of Political Thought, vol. 20, No. 3, (Autumn 1999), pp. 531-546. しかし、ダイシーはそれ以前、例えば、国民投票をスイス民主主義のもっとも疑わしい手段の一つとして考えていたが、その後、下院の権力に対する上院の伝統的なチェックを、次第に正当性を欠くものと考えようになり、国民投票に対する従来の考えを変えるようになったとされる。See: Mads Qvortrup, *Ibid.*, at 532.

(10) 投票率八四・五九% 独立Noが五五・三% Yesが四四・七%。See: Open Learn 2 March 2015.

(11) 「一九七五年国民投票法」Referendum Act 1975に基づく一九七五年の国民投票。

(12) 「二〇一一年対案投票制国民投票法」Alternative Vote Referendum 2011に基づく。二〇一一年、小選挙区制(FPPS)を廃止して、対案投票制(Alternative Vote system)に変更すべきかどうか問うた国民投票。保守党と自民党との連立合意に基づいて二〇一一年五月五日に行われた。選挙結果は、投票率四一・九七%、賛成三二・〇九%、反対六七・八七%で対案投票制は否決された。

(13) European Union Referendum Act 2015に基づく二〇一六年の国民投票である。

(14) これはギリシャがユーロ圏から離脱するのではないかという危機の際に、Greeceと離脱を意味するexitを合わせてGrexitなる造語が作られた。Brexitはそれを模して造られた。日本語で言えば「ブレグジット」である。ゆえに、ここでも便宜上しばしばそれを用いる。

(15) ただし、一〇月の党大会までの三ヶ月間は引き続き首相を務めると表明。

(16) オックスフォード大学卒業、六一才、七六代女性宰相、就任二〇一七年七月二三日、Theresa Mary May、一九五六年一〇月一日。

(17) EU条約五〇条一項は、「如何なる加盟国も、それ自身の憲法要件に従い、EUからの脱退を決定できる」とし、同条二

項では、「脱退を決定した加盟国は、その意思を欧州理事会に通告するものとする。EUは欧州理事会により定められた指針に照らして、当該加盟国と交渉に入り、合意に達しなければならない。…」

- (18) 正式な事件名は *R (on the application of Miller and Dos Santos) v Secretary of State for Exiting the European Union*. [2017] UKSC 5 on appeals from: [2016] EWHC 2768 and [2016] NIQB 85²⁶。これをそのまま訳すと「国王対EU離脱大臣事件」であるが、一般的にミラー事件(単に Miller case²⁷ または The 2017 Supreme Court Judgement in the Miller Case)と称されることが多い。また、正式な事件名のなかでミラーとドス・サントスはこの事件を申し立てた申立人(applicants)であるが、高等裁判所判決のなかで裁判官達は彼らをしばしば claimants すなわち原告と呼んでいるので、本稿でもそのように言及する。本件についての詳細は、拙稿「Brexitとイギリス憲法——二〇一七年ミラー事件の最高裁判決を中心に——」(二〇一七年九月) 日本法学八三巻二号を参照されたい。

- (19) 高等裁判所は一審として機能するときは通常単独の裁判官により審理されるが、本件は北アイルランドからの上訴を受けた上訴審として事件が併合され、二名の裁判官による合議法廷により審理された。 *R (on the application of the Attorney General for Northern Ireland) v Secretary of State for Exiting the European Union and the Secretary of State for Northern Ireland, ex parte Agnew and others (Northern Ireland): R (on the application of McCord) v Secretary of State for Exiting the European Union and the Secretary of State for Northern Ireland (Northern Ireland)*.

- (20) 拙稿「Brexitとイギリス憲法——二〇一七年ミラー事件の最高裁判決」日本法学(二〇一七年)九三巻第二号、一一四—頁参照。

- (21) 「二〇一七年EU(脱退通告)法」European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017。

- (22) EU条約五〇条第二項。なお、二〇一八年六月二六日、イギリス議会はEU脱退法を制定し、来年、正式に脱退が決められ、イギリスのEU加盟を法的に根拠づけていた「一九七二年欧州共同体法」の廃止を決めた。

- (23) European Union (Withdrawal) Act 2018。全部で二五ヶ条と付則九ヶ条から成る。

- (24) A.V. Dicey, *Ought the referendum to be introduced into "England"?*, *Ibid.* (1890) Contemporary Review, at pp. 489-

511. *See also*: Mads Qvortrup, *Ibid.* A. V. Dicey's Theory: the referendum as the People's veto, at pp. 51-67, in *A Comparative Study of Referendums -Government by People-*, Manchester University Press, 2002, Lucy Atkinson and Andrew Blick, Referendums and the Constitution, *The Constitution Society*, 2017, at p. 22, and Richard A. Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey Victoria Jurist*, The University of North Carolina Press, 1980.
- (25) Vernon Bogdanor, *The People & The Party System-The Referendum and electoral reform*, 1981, Cambridge University Press, at p. 67.
- (26) 議会主権と国民投票の関係については、前掲拙稿「Brexitとイギリス憲法」一一―二五頁参照。
- (27) この時点でも、Ann Lyon は「イギリス国民の間にイギリス連合への忠誠心が継続して強いこともあり、問題はセンシティブであった」だけでなく、「労働党のヒュー・ガイスケル (Hugh Gaiskell) の動きを批判し、すべての保守党員もマクミランの考えを決して共有しなかった」という。Ann Lyon, *Constitutional History of the UK*, at 446.
- (28) *See e.g.*: Britain, the Commonwealth and Europe--the Commonwealth and Britain's applications to join the European Communities (Palgrave Macmillan, 2001), edited by Alex May, at p. 12.
- (29) Ann Lyon, *Constitutional History of the UK*, at. 447.
- (30) *Ibid.*
- (31) *Ibid.*
- (32) *Ibid.*
- (33) Vernon Bogdanor, *Referendums in British Politics*, Contemporary Record (2008), vol 2, No. 4, p. 12.
- (34) V. Bogdanor, *Ibid.*
- (35) さらに、イギリスは一九七三年に加盟するとき、ECにはルクセンブルグの妥協という暗黙の合意がなされて、ECは十分に機能しない状況に陥っていた。石油ショックによる不況のなか、EC (現EU) の特徴である主権制約をいとわない欧州統合が、とん挫して、イギリスは加盟にあたって、主権を懐深くしまい込むことが可能の状態で加盟申請が成功したよ

うに思われる。

(36) Vernon Bogdanor, *Ibid.*

(37) ときとしてそれはヘイルシヤム卿により「選挙独裁」(elective dictatorship) (1976 Dimbleby Lecture) と称された。

(38) 選挙制度問題イギリス調査報告書「機能不全に陥るイギリス小選挙区制から何を学ぶか」(自由法曹団) 三頁の表一・二
大政党と自由民主党の得票率と議席占有率の推移 (Kavanagh & Butler, 2005, 及びBBC) を参照。さらに筆者が二〇一〇年以降について加筆した。

(39) その後、二〇一一年議会任期固定法の下、メイ首相は、議会の承認を得て、二〇一七年六月八日、総選挙に踏み切った。これまで、国王がもつ国王大権中、議会の解散大権があり、その行使について国王に助言する首相が主導して下院の総選挙の施行時期を決定してきた。しかし、保守党と自由民主党の連立政権は二〇一一年、「議会解散権抑制法」(Fixed-term Parliaments Act 2011, 2011 c. 14) を成立させ、下院任期を原則五年と定めた。ただし、任期満了によらない下院の総選挙は、その自主解散があった場合又は下院による政権の不信任決議案の可決後所定の期間内に現政権を改めて信任し若しくは新政権を新たに信任する決議案が可決されなかった場合に限られることとなった。See e.g.: How can Theresa May escape from the Fixed Term Parliaments Act? 19th April 2017 OpenLearn. とついで、首相は自主解散として解散の動議は出せるが下院で三分の二以上の賛成が必要となった。二〇一七年四月一八日、メイ首相は閣議後、直ちに解散を宣言。これに労働党のコービン党首も応じ、翌日の一九日、議会下院で、賛成五二二、反対一三三で、三分の二の賛成を得て承認され、総選挙となった。See e.g.: How can Theresa May call an early election under the Fixed-term Parliaments Act? 18 April 2017 NewStatesman. 及び河島太郎「イギリスの2011年議会解散権抑制法」外国の立法二五四 (二〇一二・一二) 参照。

(40) イギリス議会のオンライン電子請願。公式のウェブページ。Petition Parliament and the government - GOV.UK <https://www.gov.uk/petition-government>. 紙媒体による請願とは別に、二〇一一年八月から、保守党と自民党連立政権下で、政府主導による“online petitions”すなわち電子請願システム (HM Government e-petitions) の運用が開始されたが、それはさらに二〇一五年七月から議会と政府の共同による電子請願システムとして運用されている。それによれば、一〇万以上の請

願を得たものに関し、請願委員会に回付し、政府または議会では議会で一定の考慮が払われ、回答または討議することができるようになった。一万を超える請願に対しては政府が回答し、一〇万を超える請願があった場合には、議会で審議の対象となりうるか検討される。今井良幸「請願権の再検討―イギリスにおける電子請願制度からの示唆―」(名城'16) 66-1/2-1、一〇―一七頁参照。

- (41) 議会に依れば、このウェブサイトは25 November 2016に受付を閉じた。最終的に、署名者は四、一五〇、二六二であった。
- (42) Brexit から Bregret へ。二〇一六年六月二四日のニュース。London (CNN, June 24, 2016) From Brexit to Regretit – an online petition demanding a second referendum on Britain's decision to leave the EU has passed 3 million signatures. By Sunday morning, 3,048,000 people had signed the petition on the official UK Parliament website. That number takes it well over the 100,000-signature threshold needed to force a debate on the issue by members of Parliament, James Masters, CNN. 首相は、二〇一六年六月二七日に下院で、声明した。それによれば、今回の国民投票は、三千二百万人によるイギリス史上、最も大きな民主的な経験の一つだった。首相と政府は、これは一世代に一回 (a once in a generation vote) の選挙民に依る試みだったとされる。「この決定は尊重されねばならない。」と述べた。

- (43) 議会は一〇万人を超える署名を集めた請願については議論を検討しなければならないが法的強制力はない。政府は、二〇一六年国民投票法にはもともと選挙結果に対して何の条件をも付けていなかった。これらの請願に答えて政府は二度目の国民投票はやるつもりはないと結論している。

- (44) 投票率六八・七%、保守党二二八議席(得票率四二・四%)、労働党二六二議席(得票率四〇・〇%)。

- (45) 社会的保守政策を掲げるDUPは、北アイルランドとイギリスとの連合を支持し、ブレグジットを支持する。DUPの党首はアーリオン・フォスター。二〇一五年五月の総選挙で八議席だったが、このたびの二〇一七年六月の総選挙で一〇議席と伸ばした。

- (46) 投票率六八・七%、保守党二二八議席(得票率四二・四%)、労働党二六二議席(得票率四〇・〇%)、民主統一党一〇議席(得票率〇・九%)、議席総数六五〇(過半数三二六)。

- (47) 二〇一七年六月の総選挙では三五議席と減らした。ウェールズの地域政党は二〇一五年の総選挙で三議席だったが、二〇一七年のそれで四議席とわずかだが、増えている。
- (48) 二〇一四年五月欧州議会選挙結果・投票率三五・六% 総議席数七三
UKIP二四議席 労働党二〇議席 保守党一九議席
(二〇一四年六月二一日 Reserch Paper 14/32 House of Commons Library)
- (49) マーガレット・サッチャー Margaret Hilda Thatcher, Baroness Thatcher, 一九二五年一〇月一二日～二〇一三年四月八日。首相在任…一九七九年～一九九〇年の一一年間。
- (50) トニー・ブレア Anthony Charles Lynton Blair, 一九五三年五月六日～。首相在任期間…一九九七年五月二日～二〇〇七年六月二七日の一〇年間。
- (51) このとき、保守党と自由民主党の合計は四七・六%を得票したのに、二二・一%の議席数しか与えられなかった。そのような不合理が生じるのも、小選挙区制の特徴である。二〇〇一年の総選挙に置いて、労働党は再び四三%の得票率だったのに、全部で六五九議席あるうち、四一三もの議席が与えられ、議会において強力な地位を築いたとされている。渡辺輝人「疲弊するイギリスの小選挙区制」(JLAF Kyoto) <http://kyoto-jlaf.jp/news/2011/09/post-30.html>.
- (52) In polls carried out between 1999 and 2000, more than 60% of the people asked claimed that they would favour a system of proportional representation (PR) to make the electoral system more fair and the results more representative. By C.N. Trueman, *First past the post*, 27 March 2015.
- (53) 前掲注(38)を再度参照のこと。
- (54) 一九七五年三月に公表された白書によれば、再交渉のための項目は…①CAP、②EEC予算、③イギリス連合との関係、そして④地域・産業政策に関するイギリス独自の政策の追求権、の四分野だった。
- (55) Vernon Bogdanor, *Ibid.*
- (56) ヴァーノン・ボグダナー、拙訳、「イギリスと欧州共同体」(下) 駿河台法学第九巻二号五二頁参照。

- (57) Lucy Atkinson and Andrew Blick, *Ibid.*, at pp 40-56. なお、後述するように、保守党にも現れるEU懐疑派議員であるが、上に見たように、労働党の今日のEU懐疑派は、EC加盟時から一九七五年の国民投票時にそのルーツを求められよう。
- (58) *Euro Moments 1975: Vote Yes*, BBC, 17 May 2014.
- (59) Ann Leyon, *Ibid.*, at p. 452.
- (60) *Euro Moments 1975, Ibid.*
- (61) ブルージュ Bruges にある欧州大学院での演説。それは、連邦主義者のひとりであり、一九八〇年中盤の市場統合の立役者ともなったジャック・ドロール欧州委員会委員長（在任一九八五年～一九九五年）が、一九八八年七月に、欧州議会で演説した将来の欧州統合の姿について、より加盟各国の主権を制限するものになっていくであろうと示唆したことに反発してサッチャーによつてなされた演説である。彼女は、このブルージュ演説で、欧州連邦のような枠組みに強く反対した。
- (62) キャメロン首相は、多くの保守派議員が待ち望んでいた待望の演説 (his long awaited speech) で、次回の総選挙で勝利すれば、二〇一七年末までに国民投票を開催することを約束した。See e.g.: BBC News, 23 January 2013.
- (63) The London School of Economics and Political Science, Brexit: Euroscepticism in the Conservative Party: the role of nationalism and electoral pressures: <http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2015/12/31/euroscepticism-in-the-conservative-party-the-role-of-nationalism-and-electoral-pressures/>.
- (64) EU加盟に懐疑的ではあるが、究極的にはEUに残留したいと考える懐疑派 (Soft Eurosceptics) の閣僚がいる。キャメロン首相のほか、大法官ジョージ・オズボーン (George Osborne) ら。また、これよりは強いEU懐疑派 (Potential leavers) だが、再交渉で有利な条件を勝ち取ればEU残留も受け入れるとする閣僚として労働・年金大臣のダンカン・スミス (Iain Duncan Smith) のような閣僚がいる。キャメロンもこの派と捉えてもよいかもしれない。さらに、EUのやり方に嫌悪し、EUから離脱すべしと唱えるハードな（強硬）EU離脱者、例えば、司法大臣のマイケル・コーヴ (Michael Gove) 達がいる。See e.g.: Euroscepticism in the Conservative Party: the role of nationalism and electoral pressures, LSE Brexit, at 2/4. 防衛大臣だったマイケル・ファロンは国民投票の前年「昨年、内閣のすべての閣僚はEU懐疑派だった。」と

語ったことがある: EU referendum: which side are cabinet ministers on?, 20 March 2016, <https://www.theguardian.com/politics/ng-interactive/2016/feb/20/eu-referendum-which-side-are-cabinet-ministers-on>. <http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2015/12/31/euroscpticism-in-the-conservative-party-the-role-of-nationalism-and-electoral-pressures/>.

(65) *Ibid.*

(66) *Ibid.* EU加盟に懐疑的ではあるが、究極的にはEUに残留したいと考える保守党の懐疑派(彼らを Soft Eurosceptics という)の閣僚。キャメロン首相のほか、大法官ジョージ・オズボーン (George Osborne) ら。また、これより強いEU懐疑派 (Potential leavers) ではあるが、再交渉で有利な条件を勝ち取ればEU残留も受け入れるとする大臣として労働・年金大臣のダンカン・スミス (Iain Duncan Smith) のような閣僚がいる。キャメロンはこの派と捉えてもよいであろう。 See e.g.: Euroscepticism in the Conservative Party: the role of nationalism and electoral pressures, LSE Brexit, at 2/4. <http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2015/12/31/euroscpticism-in-the-conservative-party-the-role-of-nationalism-and-electoral-pressures/>.

(67) 残留 投票数 一六、一四一、二四一 四八・一一%

離脱 投票数 一七、四一〇、七四二 五一・八九%

有効投票数 三三、五五一、九八三 九九・九二%

無効もしくは白票数 二六、〇三三 〇・〇八%

投票総数 三三、五七八、〇一六 一〇〇・〇〇%

登録有権者数 四六、五〇一、二四一 七二・二二%

(68) ただし、一〇月の党大会までの三ヶ月間は引き続き首相を務めると表明。

(69) The four key points from David Cameron's EU letter dated 10 November 2015.

(70) これに対して、一九七五年にウィルソン首相が国民投票を打ち上げた時、加盟条件を再交渉するとした条件とは、前述したように、主としてイギリスのEC予算に対する分担金の軽減、CAPの名で知られる共通農業政策の改革など、国民に比較的分かりやすい提案だった。

(71) Okólski and others, Polish Emigration to the UK after 2004; Why Did so many come?, Central and Eastern European

Migration Review, Vol. 3, No. 2, 2014, pp. 11-37.

- (72) 庄司克宏論文「イギリス脱退問題とEU改革要求―法制度的考察―」阪南論集 Vol. 51 No. 3、三三―四一頁参照。
- (73) 庄司克宏、同右論文、四〇頁参照。
- (74) 拙稿「欧州統合の新たな展開とイギリス憲法の課題」駿河台法学（一九九〇年）第四卷第一号及び前掲注(35)参照。
- (75) EU speech at Bloomberg by Prime Minister David Cameron, 23 January 2013, Gov. UK Cabinet office.
- (76) 前掲拙稿一一頁参照。

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか

船 山 泰 範

- 一 本稿の課題
- 二 刑事司法の弊害と改良方策
- 三 被告人質問先行の機能
- 四 通常裁判に変化が見られるか
- 五 裁判員裁判は三権分立を深める
- 六 刑事司法改革の背景
- 七 結び

一 本稿の課題

(一) 本稿のねらい

日本国憲法が設定している三権分立は、わが国においては、初めて本格的に導入された手法である。明治憲法も近代の立憲国^①の影響を受け、形として権力の分立を採用したが、基本的に「天皇のもとに大権を翼賛する機関として分立しているにすぎな」^②かつたのである。三権分立は国家の統治機構の仕組みであるが、その狙いは、これまたわが国においては初めて採用された国民主権を確立するために、^③国家権力の暴走を抑える必要があると考えられたからにほかならない。

国家権力の暴走は日本国民が体験してきた現実であった。明治維新以降の慌ただしい近代化^④の中で軍国主義化^⑤し、「政府の行為によつて」(憲法前文一段)戦争を行なったという苦い体験を、わが国民はしてきた。そこで独裁主義を排し、「人類普遍の原理」(憲法前文一段)としての民主主義を標榜する憲法を制定したのである。「憲法で戦争放棄をしたのが他動的であろうとも、すくなくも国民はひととき解放のよろこびを味わった。」とする画家の一文に^⑥、その当時の庶民の率直な気持が表わされていると思う。したがって、「平和のうちに生存する権利」(憲法前文二段)なしに民主主義はあり得ないことを、国民は深く自覚したのである。宮沢賢治(第二次世界大戦終結の二年前、昭和八年に没)は、「世界がぜんたい幸福にならないうちは個人の幸福はあり得ない」^⑦と述べているが、その法律的表現が平和的生存権であると、私は理解している。そして、それを実現するための不断の努力(憲一二条)をすると、国民は誓ったのである。私は、裁判員裁判という制度を立ち上げたのは、主権者としての不断の努力の具体化の一つである

と思う。

本稿は、以上のような視座に立ち、加えて傍聴や弁護士として司法に関わってきた感覚も踏まえて、裁判員裁判が民主化の進展に寄与しているか、を検討するものである。⁽⁹⁾では、何を指標として、その判断をするか。私は、裁判員裁判の導入によって通常裁判が変わったかどうか、に基づいて判断するのが適切であると思う。その理由は、後述するように、現行の刑事裁判、より広く捉えて刑事司法は抜き差しならない弊害を内包していることによる。しかも、その根本的な原因は容易に推測できる。すなわち、権力の行使において、今日なお民主的要素が欠けているためである。

(二) 司法に民主的正統性はあるか

裁判は、それ自体として民主制に結びつくものとは限らない。ともすると誤解しがちであるが、今日の裁判が民主的でなければならないことと、裁判は民主的であるということとを混同している。前者の命題は正しいが、後者は誤りである。

裁判が民主的とは限らないことは、次の二つの点から証明される。第一に、裁判という方式は、古代⁽¹⁰⁾から行なわれ、中世⁽¹¹⁾を経て現代まで続く制度であり、それに民主主義が結びつく可能性があるのは近代以降⁽¹²⁾にすぎない。ただし、ここでも誤謬を犯しがちであるが、民主的でない裁判のすべてが誤りであるということではない。例を挙げれば枚挙に⁽¹³⁾遑^(いそ)がないが、『ヴェニス⁽¹⁴⁾の商人』におけるバルサザー博士(ポーシャ)の裁きは、後世、論争の種となったものの、その小気味よさは印象に残る。第二に、三権分立がなされたとしても、その中の司法に民主制が結びつくとは限らないためである。この第二の点こそ、司法に民主的正統性⁽¹⁵⁾があるかという重要問題に関わるので、民主主義が息づいているかを検証する本題に入る前提として、考察しておこう。

さて、立法権（国会）は、国民による選挙で選ばれた国会議員で構成されるという直接的基盤がある。また、行政権を司る内閣は、国会によって選ばれた衆議院議員たる内閣総理大臣（憲六七条一項）が、自ら選任する国务大臣によって構成されるから、やや間接的になるが、選挙という国民の意思に基礎を置くといえる。それらに対し、司法権（裁判所）は、何ら民主的基盤を有していないのである。

いや、そんなことはない、最高裁判所裁判官については国民審査（憲七二条二項）があるではないか、という反論が予想される。しかし、この制度は、裁判官の就任の要件ではないし、内閣が選任した後で、たまたまなされる衆議院議員選挙に際して、普通人にはつけることが躊躇ためらわれる×をつけさせるという方式でなされるため（最高裁判所裁判官国民審査法一五条）、制度発足以来、一人として罷免（憲七二条三項）されたことはないのである。しかも、この方式は一般の裁判官には全く関係がない。

なお、国民からの「裁判所の役割に対する尊敬」こそ、司法の支持基盤であるとの見解（16）もないわけではない。しかし、この点については大いに疑問であるといわざるをえない。別に数値上の根拠を有するわけではないが、国民の多くは、裁判（司法）を敬遠こそすれ、裁判所を尊いものとして敬うような素振りなどは見たことがない。一般社会では、「出るどころへ出る」などというのは、人間として恥ずかしいことと思われているといつてよい。

このように、現行法制では、裁判官が国民によって支持される根拠はどこにも見い出すことができないのである。刑事裁判の弁護士として法廷に立ったとき、被告人がどうしてこの裁判官によって裁かれなければならないのか、という想念が私の頭を過ぎるのは、よほど奇異なことであろうか。

したがって、なんとしても、司法（裁判所）が国民によって支持される制度的保障が必要なのである。これは、裁

判の結論が国民において納得されるということだけで済むことではなく、制度のあり方として、国民の声を反映させることでなければならぬことである。⁽¹⁷⁾ その意味において、国民と裁判官が一つの裁判体を構成して、評議・評決をするという裁判員裁判の組立ては、民主的基盤になりうる可能性を有していることは疑いない。ちなみに、第二次世界大戦前、わが国でもしばらく（昭和三年から一八年まで）用いられた陪審制⁽¹⁸⁾では、事実認定は陪審員だけで行ない、量刑は裁判官だけで行なうという点で、協働関係ではなかった。

さて、裁判員裁判が民主的基盤となるかであるが、それを首肯するには、十分な吟味が必要である。本稿のこの後の検討を待つてほしいと思う。

二 刑事司法の弊害と改良方策

（一）多くの問題を抱える刑事司法

人間の特色は、「助け合う」という形の共同生活をしなければ生きていけない存在であるところにある。そして、さらに、人間らしい情感をもって生活するには、他者のことを思いやる「共感」が必要であると、人類学者からは指摘されている。⁽¹⁹⁾ にもかかわらず、共同生活たる社会のルールを守ることが決して容易ではない現実が存在する。⁽²⁰⁾ ただし、そのような實際を踏まえて、それに何とか対処していかうとするのも人間である。その対処方法の中で、犯罪と非行に対する「捜査↓裁判↓矯正（保護も含む）↓更生」というシステム全体を、われわれは刑事司法と呼んでいる。

ここで、私が問題として取り上げるのは、せつかく犯罪・非行に対処するための方法として組み立てている刑事司

法が、あまりにも多様な問題を抱えているということである。たとえば、冤罪という問題がある。⁽²¹⁾ 犯罪を裁くための裁判が事実を見極めることができず、無実の者を刑罰に処することは、刑事司法の最大の矛盾といってよい。捜査当局の誤りを裁判において見抜けなかったという点で、システムのあり方が問われる。⁽²²⁾ そのほか、捜査の過程で、むりやり自白を迫ることが、これまで当たり前のようになされてきたことである。⁽²³⁾ 警視庁捜査一課に属したことのある刑事の一人は、「落とせ」と常に上司から言われたそうである。⁽²⁴⁾

さて、思いつくままに、刑事司法における従来の弊害とその改良方策を並べたときに気がつくことがある(表1参照)。

(二) 被告人質問先行は裁判員裁判から

それは、改良方策の相当な部分が裁判員裁判によって実現しうるのではないか、という発見である。若干の検討を試みよう。

上述した「自白追及中心の捜査」(ウ)は、そのこと自体、基本的人権の侵害にほかならないが、それが「冤罪」(カ)の要因となっている点でも見逃すことができない。さらに、「拷問」(キ)に繋がる危険性も高い。「自白追及中心の捜査」に関して、裁判員裁判手続で導入された方策の一つが、被告人質問先行である。

被告人質問先行とは、従来の刑事裁判における証拠調べの順番を根本的に変える方法である。これまでの証拠調べでは、証人尋問や物的証拠の取調べ、被疑者段階の供述調書の提出がなされ、最終段階で被告人質問を行ってきた。この中で、被疑者段階の供述調書は、検察官提出の乙号証として位置づけられ、弁護側が乙号証のいくつかの採用に異論があり、検察側が了承しないときは、その供述調書を作成した警察官や検察官を法廷に呼び出して、供述の任意性などを論議したのである。このような方策も、捜査官の自白追及に対する抑制にはなりうる。しかし、取調べ室に

表 1 刑事司法における従来の弊害と改良方策

従来の弊害		改良方策	
ア	国民から遊離した刑事裁判	裁判員裁判によって実現しうる	事実認定と量刑の両方を行う
イ	調書裁判		証人尋問重視
ウ	自白追及中心の捜査		捜査の可視化 被告人質問先行
エ	裁判の長期化		公判前整理手続
オ	専門家の偏見		特別な多数決方法 法の解釈についても意見を述べられる
カ	冤罪		国民の新鮮な感覚による判断 「疑わしきは罰せず」
キ	拷問	①憲法 36 条における禁止 ②特別公務員暴行陵虐罪（刑法 195 条） ③準起訴手続（刑訴 262 条以下、付審判制度）	
ク	不当な不起訴	検察審査会による強制起訴	
ケ	長い未決勾留	勾留理由開示請求（刑訴 82 条、83 条） 保釈請求（刑訴 88 条）	
コ	被害者の置きざり	被害者参加制度	
サ	裁判体における少数意見の扱い	一審裁判では反対意見が書けないのをあためる ↑	
シ	開かれない再審の扉	DNA 鑑定の活用	
ス	捜査が適切になされない	警察審査会制度の提唱 ↑	

↑ …今後への期待がされる

おいてむりやり自白を言わせたかどうかは、ともすると「言った、言わぬ」の堂々巡りになる場合が少なくない。

そこで、被疑者段階の供述調書の採否について当事者間で争いがある場合、証拠調べの最初の段階で被告人質問を行なう方式が、裁判員裁判の導入に伴い実施されるようになったのである。たとえば、乙号証の中には被告人が自白をしたような供述があるが、被告人としては一度もそんなことを言ったことはない、という主張がなされることが少なくない。私が私選弁護で関わった事例について紹介する。

なお、病気という個人のプライバシーに関わる点などがあるが、論文に引用することの同意を本人より得ている。また、内容を適宜修正して、守秘義務に違反しないよう注意している。公判前に検察官から開示された供述調書の中に自白と思われるものが見い出されたので、打ち合わせの際、自白していないなら指印を押さなければよかったではないかと問いたですと、被告人からは、「いやだ」と言うのにむりやり指印を押させられた²⁵という返事が返ってきたことがある。これは、他の弁護士からもよく聞くことである。

裁判員裁判において被告人質問が先行してなされると、裁判員は、直接、被告人の言い分を聞き、弁護士・検察官による質問の後、自らも質問をすることができる。被告人は、証人のように嘘をつかないという宣誓をしているわけではなく、逆に黙秘権の保障があるから、どの程度本当のことを述べるか、どこにも保証はない。しかし、公開法廷において、九人あるいは一人(補充裁判員二人を入れたとき)から次々と質問が発せられる状況で、裁判員は自分なりの良識をもって事実認定に取り組むに違いない。また、被告人にしても、法律家でない一般国民である裁判員にこそ自分の言い分を聴いてもらいたいと思うこともあるだろう。

(三) 証人尋問の重視

次は、現行刑事裁判の最も重大な弊害の一つとして指摘されてきた調書裁判(イ)である。これは、裁判官が事実認定や量刑の判断をするにあたって、事件関係者の供述を警察官・検察官がまとめた調書に頼った判断をしたり、判決文を作成することである。ときには、むろん許されないことであるが、証人尋問の際には上の空で聞いていて(たまには居眠りもある)、自宅に帰ってから夜中に調書を見て判決書きをする裁判官もいるといわれている。

現行刑事訴訟法は、もともと直接主義を原則としている(刑訴三二〇条)のであるが、裁判官が多くの事件を担当

していることなども要因となって、調書裁判という悪弊が根付いてしまったきらいがある。

調書裁判に対しては、かなり以前から批判がなされていたが、なかなか改まらなかつたのである。それを改変するきっかけとして期待されているのが裁判員裁判である。裁判員裁判においては、裁判員が調書を自宅に持ち帰っていつて事実認定をするなどということはありえないからである。事件の参考人は、裁判員裁判では、公開法廷において証人として尋問に応じなければならないのである。証人である以上、宣誓をし、嘘をつかないという約束をするのである。

私は、裁判員裁判方式の模擬裁判を制度導入以前から行なっているが、中学生の裁判員が大人では思いつかぬような鋭い質問を行い、ハツとさせられたことが何度もある。証人尋問重視の裁判員裁判は、調書裁判を改変させる重要な契機になると思われる。

(四) 不当な検察官裁量に対抗する

刑事司法において改革が叫ばれている課題として、検察官の起訴・不起訴判断の適否(ク)、警察における捜査の不公平がある。

これらは、正義の基準や一般国民の規範意識に関わり、ひいては公共の安全にも関わる重要な問題である。それだけに多くの議論もなされ、近年、不当な不起訴に対しては、ようやく検察審査会による強制起訴の制度が整えられた(検審四一条の六)。現に、福島原発事故に対して国民の健全な正義感が活かされるきっかけとなっている(平成三二年春に判決の予定)。今後の個別的な課題としては、官僚の不正に対する強制起訴の活用が期待されるところである。日本の検察官は、「上向きの訴追は弱」く、下向きには強いと批判されているところであり、国民の良識が検察審査会⁽²⁸⁾

を通して検察に伝わることを期待したい。

一方、警察における捜査が社会的有力者に及びにくいという捜査の不公平もたびたび指摘されている。第一次捜査権を有する警察が公平な捜査することは、国民の法意識にも大きく影響するところであり（この点が国民の捜査への協力のポイントといえよう）、監視するために、検察審査会になぞらえて警察、審査会のような制度も検討する必要がある²⁹と考えている。

なお、強制起訴によつて起訴された事件が裁判員裁判の対象となる場合は、公訴に続いて、公判についても国民の意見が反映されることになり、刑事司法全体に国民の良識が試されることになる。

（五）刑事司法の弊害から裁判員裁判導入の理由を考える

刑事司法における従来の弊害は表1にも示してあるようにまだまだあるが、ここまでの検討からも明らかのように、その中のかなりの部分が裁判員裁判によつて改良される可能性を有していることは、裁判員裁判が導入された理由をどう捉えるかに関わることである。

そして、そのことは、今後、裁判員裁判を充実させて行く方向の指針に関わることである。すなわち、導入理由について、裁判員法一条が示すように、「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」というような捉え方をする見解（理解増進・信頼向上説）³⁰もあるが、それは、刑事司法の現状に対する確かな目を欠くものと批判せざるを得ない。私は、刑事司法における弊害を払拭する一つの方法として、国民自身が直接、国家権力の作用に関わる方策である裁判員裁判が導入されたと捉えたい。

三 被告人質問先行の機能

(一) 通常裁判における被告人質問先行

証拠調べ手続における被告人質問先行は、すでに通常裁判においても利用されている。私自身、過失運転致傷事件の私選弁護士としてこの手続に関わったので、経験の一端を述べておこう。

担当した事件の被告人は、自家用車の運転中、対向車線にはみ出し、相手の自動車と正面衝突し、相手方に加療数か月を要する傷害を負わせたとして、自動車運転死傷処罰法五条違反で起訴されたのであった。起訴されてから、私は弁護士として関わることになった。被告人本人に事情を聞いてみてわかったことは、被告人は事故直前に意識を失っていたということであった。

弁護士として、私は、被告人が事故直前に意識を失っていたという主張を試みたが、もう一つ、手続上の争点としたのは、被告人の述べていることと、被告人の供述調書との大きな隔たりであった。というのは、検察官によって開示された供述調書は、警察におけるものも副検事によるものも、すべてが前方不注意で相手の自動車に衝突したというものであり、それに被告人の指印が押されていたからである。

そこで、私は、被告人に、あなたが供述調書に指印を押しているということは、前方不注意という過失を認めているのではないか、それとも、その時は認めていて、弁護士に会ってから発言を翻しているのか、と聞いてみたのである。そうしたら、そうではない、という答えが返ってきた。被告人によると、自分は一貫して、事故時に意識がなかったと述べているのに、警察官や副検事は一向に聞いてくれず、逆に自分の言っていないことを供述調書として作

文し、それに指印をしると迫ったというのである。被告人は致し方なく指印を押したそうである。ここに被疑者段階の供述調書の成り立ちの実態があるといえると思われる。私が被告人に会ったのは、事故から約九か月後であったが、被告人に言わせると、法律関係者で自分の言うことを聴いてくれたのは、「先生が初めて」であるということであった。驚くべきことといわねばならない。

私は公判における弁護計画の一環として、被告人の供述調書の任意性を争うことにし、被告人とも打ち合わせをして証拠調べ手続に臨んだ。そして、裁判長の証拠採否の問い合わせに対しては、被告人の供述調書のうち、事故時に不注意があったという被告人の発言内容には任意性がないので証拠能力を争う、と述べたのである。その点に関し、むろん検察官は納得できないとの主張であった。そこで、三人の裁判官による法廷内での協議がなされ、裁判長から、被告人質問を先行するとの宣言があり、次回公判での被告人質問が約束されたのであった。

以上が、通常裁判における被告人質問先行までの経緯である。

（二）被告人質問先行の意義

被告人質問先行は、単に質問を他の証拠調べに先立って行うという時間的前後の点ではなく、納得できない形で作られた被告人の供述調書を証拠から排除するところに、重要な訴訟法的役割があるというべきである。そのことから、以下のような幾つかの機能が発現する。

第一に、被疑者段階のむりやり取られた供述調書が、公判において証拠から排除されるということは、捜査当局の自白追及が無意味になるということである。その点で、被告人の納得できない証拠の一部が使われないことになる。被告人にとって有利になる。

第二に、以上のことは、当該事件の事実認定に影響するばかりでなく、捜査当局の取調べのあり方に対して反省と改革を求めることに繋がる。ある事件における供述調書の証拠能力が法廷において無効となるということは、同種の捜査手法をとったとき、将来、証拠能力を否定されることを予告するから、取調べ全般に警告を発することになる。今後の取調べに改善を求めることに結びつくというべきである。

この点は、違法収集証拠の排除法則に通底する考え方といえよう。判例では、警察官による逮捕手続において、逮捕時の逮捕状（窃盗被疑事件）の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もなされていない違法があるのに加え、警察官がそれを糊塗するために、逮捕状に虚偽事項を記入した上、上司への内容虚偽の捜査報告書を作成し、さらに公判廷において事実と反する証言をした（これが前述の乙号証に関する捜査官の呼び出しに関する）という事情が存在した場合の、逮捕当日に警察署で任意に採取された尿の鑑定書（覚せい剤の使用に関するもの）の証拠能力が争われた例がある。最高裁は、まず、警察官の態度を総合的に考慮すれば、逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し没却するような重大なものであるとした上で、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、「将来における違法捜査抑制の見地から相当でない」として、鑑定書の証拠能力を否定したのである（最判平一五・二・一四刑集五七・二・一一一）。

第三に、検察側の用意した被告人の供述調書が証拠として採用されず、被告人質問が早い段階でなされるといふことは、裁判員裁判の場合、検察官にとってやや不利に働く可能性がある。

四 通常裁判に変化が見られるか

（一）傍聴者増加の効果

裁判員裁判の導入によって目に見える形で変化したことがらの第一は、刑事裁判の傍聴者の増加である。むしろ激増と、表現してよいであろう。裁判員裁判用の五〇名弱の座席を有する法廷ばかりか、通常裁判の法廷でも着席できずに法廷からしめ出される傍聴希望者の例も少なくない。むしろ、傍聴者増加の要因としては、痴漢冤罪事件の表出などもあるから断定的に言うことは控えるべきかもしれない。しかし、裁判員裁判が立法（平成一六年五月二八日制定）された頃から傍聴者が急増したことは、傍聴歴五〇余年の者の偽らざる感覚である。

ただそれにしても量的な変化にすぎないではないか、との指摘がなされるかもしれない。しかし、それこそ表面的なものの方として批判されよう。第一に、傍聴者が増えれば、それが裁判官に対するプレッシャーになることは疑いない。第二に、傍聴者の増加の理由の一つとして、自分が裁判員になったときのことを慮って初めて傍聴に出向いた人が少なくないと推測される。裁判員裁判の創設は、その点でたしかに国民に裁判そのものへの関心を高める効果を発揮したのである。第三に、裁判員裁判用の法廷に設置された両壁面の大画面モニターは、通常裁判においても用いられていて、一般傍聴者も見ることができると。裁判に用いられた証拠が国民に閲覧できるようになったことは、裁判の公開を実質的に高めた点で大きく評価できると思う。

なお、傍聴者が増えたことの効果の一つとして、年齢層が拡大したことを述べておきたい。今日では、中学生や小学校上級生まで広まっている。これによって、次のような模様が見られる。それは、裁判長が、小学生を見て、丁寧

に裁判手続を進めたり、公判後に法廷内で質議応答の機会を設けるなどの配慮をして頂く場合があるということである。子ども達が司法を体感した思いをすることであろう。

(二) 公判前整理手続は通常裁判でも利用できる

公判前整理手続は、①争点の明確化、②迅速な裁判を保障するために、裁判員裁判では必須の手続とされた（裁判員法四九条）。しかも、実際にそれを実現するために、裁判員裁判では、起訴から公判までの間に最低六週間の期間を空けることにしたのである。公判前整理手続は、それまでの刑事裁判が、裁判官に予断を生ぜしめないようにするために採用されていた起訴状一本主義（刑訴二五六条六項）をあえて捨てて、前述の二つの目的に資する方法として設定したのである。

そして、刑事訴訟法は、通常裁判においては、それを任意な形で用いることを規定したのである（刑訴二二六条の二以降）。その点では、従来、刑事裁判において被告人の精神鑑定がなされると、短かくても数か月、長ければ一年以上、公判が延期されたのを避けることができたようになったのである。精神鑑定が必要とされるときは、公判前に実施してもらい、公判が始まったら、その鑑定結果を証拠として提出して、切れ目なく公判を進めることができるわけである。その点を、訴訟法は、「充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため」（刑訴二二六条の二第一項）と明言している。

(三) 裁判員裁判の教育効果

刑事裁判の証拠調べにおいて、従来は、被告人質問を一番最後に行なっていたのを、裁判員裁判の導入後、被告人の供述調書について弁護側から疑義が出されると、前述のように、被告人質問を証拠調べの最初に置く手法が採られ

るようになった。証拠調べ手続における直接主義と捜査官に対する控制方法として、事実認定手続において創出された意義は高いと思われる。いわば、この思い切った手続順序の逆転は、公判に緊張感を付与するばかりでなく、捜束手続に対するメッセージ性の高いものとして評価される⁽³⁵⁾。

そして、被告人質問先行が通常裁判にも用いられたのは、裁判員裁判を体験した裁判官が、自分の通常裁判にも用いたことによつて定着化したと考えられる。

ちなみに、裁判員裁判が始まる前、巷間言われたことの一つに、裁判員が裁判に参加することによる「国民への教育効果」があつた。しかし、このような物言ひは専門家の思い上がりであつたことが、ほどなく立証された。裁判員裁判を体験した「裁判官」が、国民が参加した裁判体による裁判を行なつて、「眼からうろこ落ちる」⁽³⁶⁾体験をしたと、正直に発言する例が少なくなつたからである。裁判員裁判から学習したのは、誰だろうか、裁判官だったのである。⁽³⁷⁾ここに裁判員裁判が通常裁判を変えていくポテンシャル・エネルギーのようなものを、私は感じる。むしろ、私は、裁判員裁判が国民に与える影響も大切だとは思っている。

翻つて考えてみよう。アメリカ合衆国の多くの州が、少年の非行に関して、同年代の子ども達に陪審員ばかりか、法曹三者を受け持たせる十代裁判（ティーンコート）を行なっている。その設置理由の第一は、建国以来陪審裁判を実施しているアメリカにおいて、大人の陪審裁判の前に、十代裁判を通して教育するという狙いがあることは疑いがないだろう。十代裁判では、少年同士で裁判を行なうというだけでなく、被告人に特別の義務が課されていることに着目しなければならぬ。それは、非行を犯した少年は、制裁として社会奉仕命令（たとえば、建物のイタズラ書きを消す）を受けるとともに、必ず別の非行事件の陪審員も体験しなければならないということである。非行を犯した少年は、

同年代の少年に裁かれるばかりでなく、裁く立場にも必ず立たされるのである。十代裁判は、異なる立場を体験することを通して、責任意識を喚起させ、子ども達に発達の機会を提供しているのである。つまり、この制度の根底には子どもの可塑性に期待する精神が脈打っているのである。なお、同種の非行を犯した少年について、通常の少年手続による場合と十代裁判の場合を比較すると、後者の方が再非行率が低いという報告がなされている。³⁹

(四) 小括

本章の検討から、通常裁判において、裁判員裁判導入による効果が明らかに見られる。しかも、いずれも、これまでの刑事裁判の弊害を改善する方向に働いていることに着目しなければならない。したがって、刑事裁判への裁判員裁判の導入は、刑事司法に蟠踞する弊害を解消するために役立つといえる。本稿におけるテーマの判断基準を、通常裁判が変わらなければ裁判員裁判導入の意味がないとしていた私としては、見当違いでなかったと、一定の安心をするものである。

ただし、ここで「一定の」という修飾語を冠したのは、導入一〇年目を迎える裁判員裁判に、次に羅列するような課題が付加されつつあるからである。

ア、裁判員の心の負担へのケアが十分になされていない。

イ、対象事件を重罪事件としていくことの検討が必要である。

ウ、立法当初の法律の附則において、施行後三年を経過したときに「検討」することにしていたが、国民の意見を聴いた検討とはいえなかった。⁴⁰

エ、検察側の物的証拠の示し方に脚色がなされることによって、事実認定が疎かになることはないか。

才、上訴審で、一審の裁判員裁判の結論が覆される例がやや増えている。⁽⁴¹⁾ これは、これから裁判員になる国民に影響を及ぼす。

カ、裁判員となることの辞退者が増えている。⁽⁴²⁾

キ、なぜ、裁判員裁判において、自分達が選択する刑罰のあり方への疑問が呈せられていないのか。右の課題のうちの幾つかを敷衍して述べておこう。

「イ」当初、対象事件を重罪事件として設定したのは、国民に関心を持たせるためと、対象事件の数を少なくして、⁽⁴³⁾ 負担する率を稀であると見せることによつて反対を押さえようとする画策であつたといわれる。しかし、一部は失敗であつたことを露呈してしまっている。次の事例を見てみよう。

裁判員裁判の第一審で無罪となり、その後、控訴審で有罪となつた例がある(最判平二四・二・一三刑集六六・四・四八二)。それは、営利目的の覚せい剤輸入(覚せい剤取締法四一条二項で法定刑の上限は無期懲役)として起訴されたものであつた。被告人は、クアラルンプールで知人から航空貨物としてチョコレート缶を預つた際、(a)覚せい剤が入っていることと共に、(b)覚せい剤の営利目的による密輸という認識を有していたか、ということが問題の焦点であつた。第一審の裁判員裁判では、(a)はあるとしながら、(b)は認められないとして無罪となり、控訴審では、(a)・(b)ともに認識あるとして有罪とされたのである。

要するに、覚せい剤を密輸して莫大な利益を得ている組織関係者がいて、素人を手足として使つて税関当局の目を晦まそうとする作戦が盛んに行なわれていることを、一般国民の常識に含めることができるかということである。結論的に言えば、そのような組織犯罪を予想しえるかどうか有罪・無罪の分水嶺となるような事件を、裁判員裁判の

対象とする立法判断に疑問を呈せざるを得ない。そんな玄人判断をさせるような裁判は、裁判員裁判の狙いである「健全な国民の良識を裁判に活かす」ことに繋がるわけではないのである。

私は、裁判員裁判法の施行前からくり返し論じている。⁽⁴⁴⁾多くの国民が被害者になる可能性があり、かつ、そのことを浸透させるのに役立つ犯罪群として、いわゆる振り込め詐欺⁽⁴⁵⁾（オレオレ詐欺）などを裁判員裁判の対象としたらよいと思う。

〔才〕 裁判員裁判の判断が上訴審で覆される例があることは、わが国が三審制をとる以上、やむを得ないことではある。しかし、最高裁自身が裁判員裁判の判断を尊重するように言いながら、⁽⁴⁶⁾覆される率が有意的に高いということは、制度の行く末にも関わる課題である。

なぜそのような結果になるかについては諸説があるが、ここでは、裁判員裁判における裁判長の説示が十分でないからではないか、との見解を検討しておこう。⁽⁴⁷⁾

私は、この見解を尤もだと考える。その理由は、模擬裁判の裁判長役をやっている体験に基づく、白状せざるを得ない。争点の説明や法律解釈について、丁寧にかつわかり易く話しているつもりであるが、説明が十分に解って頂いているかということ、裁判体を自分の考えている方向に自然と誘導していることはないかという疑念が念頭を離れない。ちなみに、法律用語といえば、裁判員法施行以前に「未必の故意」をわかり易い言葉に置き換えることはできないかという議論などもあったが、結局、成功しておらず、心すべきことである。

〔カ〕 裁判員候補者の選出に欠席している国民が増えていることは、注意を払わなければならない。この点については、欠席する理由を分析するとともに、実際になされた裁判員裁判の内容や評議の様子などを、守秘義務に配慮し

た上で国民に公開するなどの工夫も必要かと思われる。

〔キ〕 裁判員裁判の評議がどのような模様なのかは、法の仕組み（裁判員法一〇八条一項による秘密漏示罪の規制）から知る由もない。⁽⁴⁸⁾しかし、参加した裁判員に相当なストレスが残ることも当然である。

それはそれとして、私が疑問に思うのは、評議において有罪が選択され、量刑の判断をするにあたって、裁判員が自分の言い渡すことになる刑罰について疑問を抱くことはないであろうか、という点である。むしろ、基礎的な知識については、裁判員候補者になった段階から、最高裁判所事務総局が提供するパンフやビデオが送付されているので、一応の心構えはできると思われる。私は、裁判員法（二五条一項六号・一五号）によって裁判員になることはできず、残念に思っているが、仮に私が裁判員候補者になったと仮定して、心情の一端を示しておこう。

第一に、私は、懲役刑が実施されている刑務所参観を申し込みたいと思う。裁判員裁判では、無期懲役が選択されることもあるので、千葉刑務所もお願いする。

第二に、自分の属する裁判体が死刑を選択する可能性があるときは、拘置所の刑場（刑事収容一七八条一項）の見学を申し込みたい。私自身は、死刑問題について、残虐性の観点から捉えているわけではない（後述、六の三）が、死刑執行に立会った刑務官に質問をしてみたいと思っている。

五 裁判員裁判は三権分立を深める

(一) 裁判員裁判は通常裁判の枠を超える

裁判員裁判の導入が明らかになったとき、私は次のような場面を夢見た。

裁判員裁判において、事実認定として有罪が認定され、量刑の段階で死刑が選択されそうになったとき、裁判員の一人が手を挙げて、死刑の合憲・違憲を論議してから手続を進めるべきだと発言したのである。これをきっかけとして、その裁判体では、裁判員・裁判官の全員が死刑について意見を述べて論議し、死刑選択について評決をしたのである。

結論はどちらでもよいと思っている。大切なことは、なかなか日本人はこのような問題について真剣に論議することをしつたがらないと言われていることを認識しつつ、しかし、裁判員裁判には以上のような場面がありうるということである。

死刑を制度として廃止した国は、それぞれ理由や経緯が異なる。⁴⁹ ある被告人の死刑を執行した後で、当該事件の真犯人が浮上してきたり（イギリス）、大統領選挙の公約の一つに死刑廃止を入れていた候補者が大統領に就任したり（フランス）、その国の前の政体においてホロコーストが行なわれた体験から死刑を廃止したりと（ドイツ）、さまざまである。わが国が、裁判員裁判において国民の意見によって死刑を否定し、それがきっかけとなって最高裁大法廷が死刑の違憲性を宣言することもありうることである。そして、それが死刑廃止の立法に繋がるのである。

次に、裁判員と裁判官が全員で犯行現場の現場検証に出かけるという図である。ある交通事故事件では、目撃証言

のほか、防犯カメラの画像が検察側の証拠として提出されたが、傍聴したモニターの画像が不鮮明だった。そこで、個人として現場に行ってみたところ、件の防犯カメラは事故現場の交差点から百メートル以上離れた場所のものであることが解った。証拠採用を否定すべき画像によって有罪認定されたおそれがある。

以上述べたことはごく少ない例であるが、裁判員裁判は、通常裁判の枠を超える可能性を大いに有していると思うのである。

(二) 評議が三権分立を深める

裁判員裁判が通常裁判の枠を超える可能性を有していることから、その結果として、司法府において、立法府・行政府とは異なる立場・見解が示されることが発生することになる。この点について、若干の考察を加える。

もともと三権分立は、国家権力を分散させるだけでなく、それぞれ異なる立場・見解が示される可能性を有していることからして、別に困ったことではない。わが国の現状では、内閣の力が強すぎるため、立法も司法もそれに従わねばならないような風潮があるが、それは健全な姿ではない。

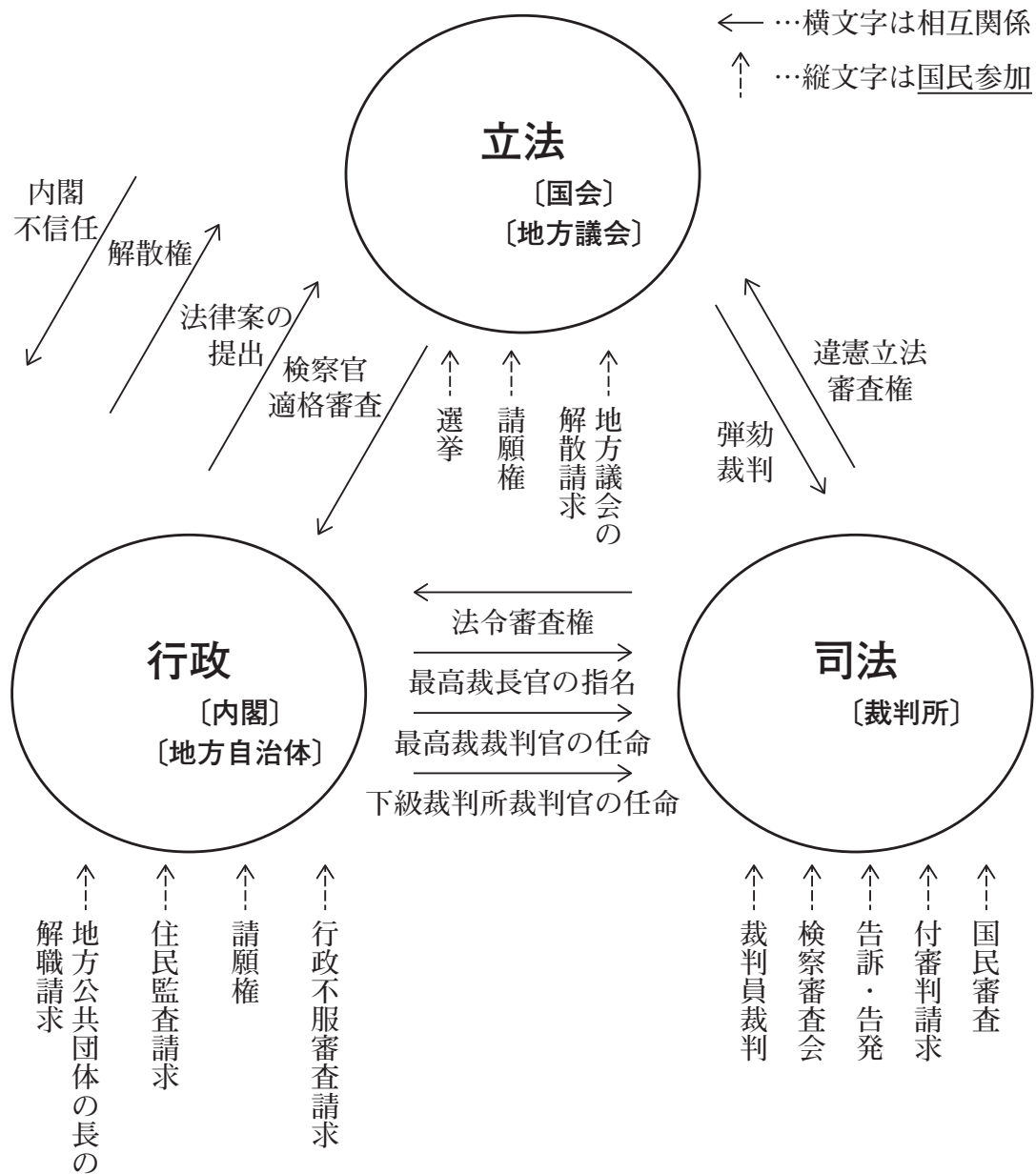
二〇一八年六―八月にアメリカ合衆国で問題が浮上したものとして、3Dプリンターで銃を製造するノウハウをネット配信することの是非が議論された。トランプ大統領は表現の自由として容認したのであるが、ワシントン州の連邦地方裁判所は、ワシントン州の司法長官からなされた連邦政府に対する提訴に対し、ネット配信を禁止する命令を出したのである。⁽⁵⁰⁾ 銃使用の許されているアメリカでも、探知しにくいプラスチック銃の危険性は認識されたようである。さて、問題の帰趨は別として、大きな社会的問題について、異なった立場・見解が表明され、それを契機として市民が論議すること自体に、民主主義社会としての意義がある。

裁判員裁判における評議は、単に議論して勝ち負けを決めるようなことではなく、他の裁判員・裁判官の主張（特に異なる意見）に耳を傾け、自説を吟味して、ときには意見を変えることが大切である。対話こそ、評議を進めるツールである。暉峻淑子は、「対話は、人類が持つ特権の一つであり、人間の本性にもっとも添ったコミュニケーションの手段」⁽⁵¹⁾であると述べている。

さて、立法府を構成する基となる選挙は、必ずしも個々の論点や課題ではなく、大ざっぱな傾向によって判断されるといえよう。また、人間関係が選択の判断要素にもなっているであろう。しかも、個々の論点について国民投票制度⁽⁵²⁾を有していないわが国では、大ざっぱな傾向による政党の選択と個々の課題についての国民の意見は必ずしも符合するとは限らないのである。政党の選択と個別論点が合致しないことは、たとえば、「死刑廃止を推進する議員連盟」が、保守党たる自由民主党議員をも含んで超党派で形成されていることにも現われているといえよう⁽⁵³⁾。以上の意味において、裁判員裁判において国民の意見が司法に対し表明されることは、直接民主的な意味がある⁽⁵⁴⁾というべきである。なお、ここで、三権分立との関係で国民参加（市民参加）がどのような形をもって展開されているかを図にしておく（図1参照）。

ここで、評議が三権分立に影響することを確認しておきたい。これまでの模擬裁判の体験を通して感ずることの一つとして、量刑判断における国民の熱心さがある。評議の段階で有罪が判断され、量刑になると、にわかに個別的な評価をする傾向になる。とくに印象的なのは、被告人の年齢や家族構成などを考慮して、被告人が更生するためにはどのような刑罰を科すのがふさわしいか、また、執行猶予をつけるべきかということになると、ほとんど模擬ということ忘れて、熱心な議論がなされることがある。また、私なりの考えでは、刑罰のあり方については、従来の判例を

図1 三権分立と国民参加との関係



覆す場面もありえる。たとえば、絞首刑の合憲性（最大判昭三〇・四・六刑集九・四・六六三）について、見直される可能性はあると思われる。尊属殺人罪（平成七年に刑法二〇〇条は削除された）の合憲性については、一三対二で合憲とされていたものが（最大判昭二五・一〇・一一、尊属傷害致死罪に関するもの）、ほぼ四半世紀を経て、一四対一で違憲とされることもあること（最大判昭四八・四・四刑集二七・三・二六五）を、心に止めておく必要がある。ところで、そのような判例の転換があれば、司法上の判断が立法にも大きな影響を与えないわけにはいかないのである。すなわち、ここに、討議デモクラシー（後述、六の二）が代議制デモクラシーに挑戦する場合もあるということである。

この章のまとめは、次のようになる。民主的基盤をもった司法が、立法・行政と異なる立場・見解をとるようになると、直接民主的なベクトルが働いて、民主主義が深まることが期待されるのである。

六 刑事司法改革の背景

（一）社会的潮流の中で

立法は、大きな社会的潮流の中で浮かび上がるものでもあるから、社会現象として捉える視点も必要である。過去の例を挙げると、かつて、高度経済成長の歪みとして認識された公害に対して、社会運動が惹き起こされ、「公害列島日本」という理解が国民各層に浸透する中で、昭和四五年の通常国会は公害国会と名付けられた。公害関係の数十の法律が整備される中で、公害は「犯罪」であることを知らしめる意図から、「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」（公害罪法）は制定されたといつてよい。

それにしても、立法の背景を確認しておくことは、法の解釈にもかかわるだけに、欠かせない作業というべきである。社会的潮流に対して、私は「背景」という言葉を、いま少し根源的な（あるいは、精神的・哲学的な）意味で用いたいと思う。

立法の背景を重視したものとして、やや古い判例を紹介しておこう。失業保険料不納付事件（東芝川岸工場事件）において、最高裁は、「不納付」の意義について、担当者が納付できる状況にもかかわらず、あえて納付しなかった場合をいうとする基準を打ち出した。思うに、保険料の不納付は、単なる客観的不納付状態を意味するのではなく、納付しようとするばできるのにあえて納付しないという、積極的意図がある場合、社会保障の一環をなす失業保険制度の精神（助け合い、支え合うこと）に反するので許されないという趣旨である。そこで、本社の財務部から資金が提供されないために納付できなかった場合、本条の不納付には当たらないとして、工場長には無罪を言い渡したのである⁽⁵⁵⁾（最判昭三三・七・一〇刑集一二・一一・二四七二）。

(二) なぜ刑事司法改革が企図されたか

裁判員裁判は、刑事司法改革の一コマといえるから、なぜ刑事司法改革が進められるよう企図されたか、を見ておく必要がある。

私は、刑事司法改革の背景として、以下の三つがあると考える。①なぜ、わが国において、民主主義は進展しないのか、という疑問と焦りである。②討議デモクラシーの必要性が認識されたことである。③人間存在への理解が浸透したことである。以下、内容を確認することとしよう。

① 第一の点は、わが国のさまざまな分野で指摘されていることである。憲法は民主主義を謳い、教育の分野にお

いても、その実現が叫ばれながら、一向にその進展が図られないのはなぜか。

その端的な例として、男女の平等の問題がある。法はその実現のために、男女雇用機会均等法（雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律、昭和四七年）、男女共同参画社会基本法（平成二年）、政治分野における男女共同参画推進法（平成三〇年五月）などを制定して、憲法だけでは不足するため、実質的な平等を企図している。しかし、一向に平等が進まないのは、わが国の社会が、長く、男尊女卑の構造を形成してきたからである。卑近な例でいえば、アンケートなどでその人の所属を印させるとき、「男・女」と書いてある。私は、意図的に、「女・男」という順序で印をつけて頂いたことがあるが、案の定、まちがえて書き直す人が多かった。根本的には、わが国の社会が、旧態依然として「世間」に支配されているからである。阿部謹也は、世間の行動の原理として、①贈与・互酬の原則、②長幼の序、③共通の時間意識、の三つを掲げ、明治維新以降の近代化の中で、取り残された部分として指摘しているが、私はその外にもう一つ、④男尊女卑を入れておかなければならないと思う。もともと阿部は、長幼の序は、「目上の者を畏敬するという意味でこの言葉は使われている」と説明しているから、男を女からみて「目上の者」と捉えているのかもしれない。ただし、問題のありかを明らかにするためには、④男尊女卑を世間の指標とした上で、「自分の資質を伸ばし、自分の主張を貫いてゆくためには闘わなければならない」女性の立場を理解し、それを支援する必要があるのである。

② 第二の点については、政治学者の篠原一の『市民の政治学―討議デモクラシーとは何か』⁵⁹に耳を傾けてみよう。篠原がこの著書を上梓したのは、二〇〇四年（平成一六年）一月である。

篠原は、欧米の政治学を見る立場に立って、一九九〇年前後から、「市民社会の討議に裏づけられない限り、デモ

クラシーの安定と発展はないと考えられるようになった⁽⁶⁰⁾と述べている。すなわち、選挙を通して政治に参加する代議制デモクラシーと討議デモクラシーの二回路制（ツークトラック）のデモクラシー論の時代となりつつある⁽⁶¹⁾というのである。篠原はこうに述べた後で、もっぱら政治の分野で「討議デモクラシーの制度化」を検討しているので、私は、わが国の司法の分野で考察してみたい。

実は、篠原のこの本が出版された年に裁判員法は制定されているのである（平成一六年五月二八日制定、平成二二年五月二二日施行）。私は、裁判員裁判における「評議と評決」という方法は、司法の分野における討議デモクラシーの現れとして位置づけることができると思う。欧米では、イギリス・アメリカの陪審制、フランス・ドイツの参審制などが普及していて、わが国でも長らく陪審制の復活などが議論されている中で、普遍的な討議デモクラシーの潮流が後押しとなって裁判員法に結実した、と捉えることができると思うのである。

さて、司法の中の裁判に対する討議デモクラシーの現れが裁判員裁判であるとすれば、強制起訴制度を、公訴権に対する討議デモクラシーとして位置づけることもできるのではないか。

たしかに、檢察審査会の中における審査は討議デモクラシーに含めることはできる。ただし、強制起訴は、二度にわたる檢察審査会による起訴相当議決（二度目は起訴議決と呼ぶ）が、檢察官の不起訴判断を排除する仕組みであるから、司法への市民参加の一方法ではあるが（図1参照）、討議デモクラシーの一環とはいえない。

③ 第三の点は、戦争と革命の二〇世紀を経て、⁽⁶²⁾「経済成長至上主義に対する対立軸」⁽⁶³⁾として持続可能な質的成長を目ざした社会を作ろうとするとき、人間存在への理解が不可欠だということである。

犯罪を犯しながら、それを改める方策を立てるが、それもまた、すぐ汚濁に充ちてしまい、方策の改訂に取り組む

のが人間という存在であることを、われわれは何度も思い知らされる。また、民主主義の社会といわれながら、組織のトップによる独裁体制が教育・スポーツ・政治・経営のどの分野にも蔓延し、改革が叫ばれている。

(三) 人間存在と刑罰の相対性

くり返しになるが、人間は、社会・国家のルールや制裁を知りながら、なお、それに反することもするところに、基本的な人間存在のあり方が示されている、と私は思う。だからこそ、人間社会には規範が必要であり、⁶⁴規範を守るために、刑罰その他の制裁が用意されているのである。

刑罰は、それを科される人の法益を剥奪するものであるから、この「規範―制裁」の関係は、その正統性の根柢になりそうである。ただし、悩みは尽きない。というのは、刑罰を備えていても、犯罪は一向に予防できないし、実際に刑罰を科しても、行為者が再び犯罪を犯すため、刑罰には効果がないのではないか、という疑問が湧くからである。刑罰に付きまとうこの問題は、永遠の課題であるやに思われる。ただし、そのように思うのは、制裁と効果の関係について完全性を求めるからであって、そうでなければ、違った視点で事に当たることができる。

私は、次のように、刑罰を相対的なものとして捉えることで得心する。

第一に、刑罰にはそれなりの感銘力があり、人によっては刑務所収容と、その前提としての刑事手続上の身柄拘束（未決勾留など）が重要な転機になる場合もある。犯罪者の中には、刑罰を受けなければ自分を止められない「弱い」部分があることを自覚している者もある。⁶⁶

第二に、刑罰の中心的機能を、行為者に反省をさせ、更生する機会を提供するためのものとする。そうであるとするれば、更生のきつかけになればよいのであって、成功・失敗という結果に捕われる必要はない。というのは、更生の

ための中心は本人の主体性⁽⁶⁷⁾であり、刑罰はそれに対する働きかけになればよいからである。⁽⁶⁸⁾

ちなみに、この問題は、他方で、更生に役立たないものは刑罰としてふさわしくないという論点に関わる。死刑は、「お前は反省する必要がある」とする宣言にほかならず、私見⁽⁶⁹⁾としては刑罰として不合格である。⁽⁷⁰⁾なお、被害者家族が復讐したい気持を国家が代替しているところに死刑の正統性を認める見解があるが、憎悪感情⁽⁷¹⁾を煽るような制裁を容認することは、人間の尊厳を基幹とする現行憲法が許すものではない。

第三に、人の更生は、本人の弛まぬ努力が原動力となるはずであるが、それが功を奏するかは、さまざまな要素の積み重ねによることである。したがって、平和な社会を希求するわれわれとしては、刑罰のみに捕われず、更生に役立つ要素⁽⁷²⁾を洗い出し、それに働きかけをすることこそ必要である。たとえば、元受刑者にとっては、保護司による保護観察を受けることが更生に役立つことがわかつている。⁽⁷³⁾保護観察は、一律な扱いを受ける刑罰と異なり、保護司が一人の人間として接することを通して、更生のための働きかけをするものである。平成二八年六月から施行された刑の一部の執行猶予（刑二七条の二以下）は、いったん懲役刑を受けることと、必ず仮釈放によって保護観察を受けられることを約束する制裁として工夫されたものである。⁽⁷⁴⁾

（四）裁判員法制定の実際の経緯

以上、本章において検討してきたことは、裁判員裁判を実質的に支える背景として確認することができると思う。すなわち、憲法が民主主義を標榜しているにもかかわらず、その進展がみられない中で、司法にその弊害^{わだかま}が蟠^{わだかま}っていることを踏まえて、その改善方策の一つとして、主権者が参加する裁判員裁判⁽⁷⁵⁾が企図されたのである。ただし、当然のことであるが、裁判員裁判が法として成立するためには、以下のような立法作業が必要であった。⁽⁷⁶⁾

裁判員裁判が制度として検討されるきっかけとなったのは、平成一一年七月に内閣に設置された司法制度改革審議会であった。そこでの審議を経て、平成一三年六月に、司法制度改革の三本柱の一つとして、裁判員裁判の導入が提言されたのである。平成一三年二月には、司法制度改革推進本部が内閣に設置され、その中に裁判員制度・刑事検討会が設けられて、法案の立案作業がなされたのである。そして、平成一六年三月、法案が国会に提出され、五月二一日、法律として成立した。

七 結び

ここまでの検討から明らかになったことをまとめ、さらに展望を試みることにする。

裁判員裁判は、三権分立の中の司法において、刑事司法に国民参加（市民参加）がなされるものであり、民主主義を進展させる可能性を有するものといえる。その理由は、私が判断基準として立てた、「裁判員裁判の導入によって通常裁判が変わったか」という点に関して、肯定できるからである。

ただし、裁判員裁判の中核となる裁判員と裁判官による評議・評決は、討議デモクラシーの方法であるから、それを成り立たせる要素を確認しておく必要がある。この点に関して参考になるものとして、篠原が掲げる「討議デモクラシーを支える原理」⁷⁷がある。

篠原は、政治の分野に関してとして、①正確な情報が与えられるとともに、異なる立場に立つ人の意見が公平に提供される「討議倫理」、②小規模なグループ、③討議をすることによって自分の意見を変えること、の三つを掲げて

いる。

右の三つは、わが裁判員裁判にもそのまま当てはめることができるが、刑事司法に合わせて若干の検討をしておく。①については、その通りであるが、これまでの裁判員裁判の結果からみると、前述のように、裁判長の説示が十分になされていない場合があるのではないか、という懸念がある。②については、裁判員六人、裁判官三人という数は妥当である。③の部分が、実際の評議・評決においてどのようなものであるかは、推測をするしかない。ただし、ここでも、私が模擬裁判の裁判長として感じたことを述べさせて頂く。裁判員が最初に述べた意見と、他の裁判員・裁判官の意見を聴いた後の意見が変わることは、わりあい多いという印象を持っている。私は裁判長として、「結論とその理由を述べてください。」と叙述の整理をして述べるようお願いしているが、裁判員が自分の当初の意見と異なる意見を述べる場合、他の裁判員の主張のどの部分に納得したという発言がよく見受けられる。

③の点に関して、心配の向きもあろうから、一言しておくことにしよう。それは、日本国民は、あまり積極的に発言をせず、とくに、他者が述べたことに反論しないくらいがあるとの物言いである。この見解は、日本が依然として「世間」の下におり、とくに、原理の二番目の長幼の序の影響が強いから、という説明につながるであろう。しかし、私はその説明に反対である。模擬裁判の裁判長役の経験のほか、長い教員経験から感ずることは、的確な質問や主張がなされる場合が多くなってきたということである。日本人は引つ込み思案という一辺倒な観察は、そろそろ変える必要があると思われる。

それにしても、他者と対話し、自分の意見を吟味し、ときには自分の意見を変えていくことは、「対等な人間関係」を構築する作業であり、そのこと自体が民主的な行いである。対話は「苦悩に満ちた社会に希望を呼び寄せる一つの

道⁷⁸」であるという言葉をお借りして、裁判員裁判の礎として確認することを本稿の結びとしたい。

- (1) フランス人権宣言（一七八九年 人および市民の権利宣言）第一六条は、次のように規定している（高木八尺他編『人権宣言集』昭和三二年・岩波文庫、一三三頁）。
- 「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものではない。」
- (2) 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（昭和五四年・有斐閣）四二頁。
- (3) 権力分立は、「国民主権を有効に実現するための手段として位置づけられる。」と捉えられる（辻村みよ子『憲法〔第5版〕』平成二八年・日本評論社、三三九頁）。
- (4) 明治の近代化が、民主的方向でなかった理由については、次の記述に、歴史家の目でまとめられている（ハーバート・ノーマン『日本における近代国家の成立』『ハーバート・ノーマン全集第一巻増補』平成元年・岩波書店、一六五頁）。
- 「徳川社会の歴史的遺産は、民主的・人民革命的過程による下からの社会的変革を許さず、かえって専制的に上からの変革をおこなわしめた。」
- (5) 加藤陽子『それでも、日本人は「戦争」を選んだ』（平成二二年・朝日出版社）八頁は、「自国民、他国民とともに絶望の淵に追いやる戦争の惨禍^{さんか}が繰り返されながらも、戦争はきまじめともいふべき相貌^{そうぼう}をたたえて起こり続けました。」と表現している。
- (6) 鏑木清方『紫陽花舎随筆』（平成三〇年・講談社文芸文庫）一二五頁。
- (7) 宮沢賢治『農民芸術概論綱要』『宮沢賢治全集10』（平成七年・ちくま文庫）一八頁。
- (8) 谷川徹三の言葉を借りると、これは、「農民達の苦しい生活と結びついた社会感情の表白」（『宮沢賢治詩集』平成一九年・岩波文庫、三五四頁〔解説〕）ということになる。
- (9) 多くの実務家の論稿を集めたものとして、安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』（平成二七年・成文堂）が参考に

なる。

(10) 古代の裁判例としては、紀元前三九九年のソクラテスに対する裁判がある。裁判の経緯ならびに日頃のソクラテスのありさまを記したものと、クセノフオン著、佐々木理訳『ソクラテスの思い出』（昭和四九年・岩波文庫）がある。

(11) 日本の中世の民事裁判に関わるものとして、阿仏尼の『十六夜日記』がある。阿仏は夫為家の死去後、夫の前妻の子為氏が、為家の遺言に背いて播磨の細川庄を譲らぬとして鎌倉幕府に訴えるため、弘安二年（一二七九年）十月の十六夜（いざよい）に京都を立てて東海道を下ったのである。十六夜日記は一四日間の和歌を入れた旅日記であって、裁判の内容が綴られているわけではない。

(12) 近代刑法の基本原則である罪刑法定主義の根拠の一つとして、犯罪と刑罰を決めるのは、基本的には国民の考えに基づくとの思想がある。これは、罪刑法定主義が民主主義によって支えられていることを意味する。

(13) シェイクスピア著、松岡和子訳『ヴェニスの商人』（平成一四年・ちくま文庫）。

(14) イェーリンク著、日沖憲郎訳『権利のための闘争』（昭和六年・岩波文庫）一七一―一八頁は、バルサザー博士の解決方法を非難している。

「裁判官が一旦それを有効だと認めた以上、あとから判決の実現に際し卑劣な欺計でその證書を再び無効にしてはならなかったのだ」。

(15) 裁判官の正統性については、次のような指摘もある。すなわち、違憲審査までする裁判官は法創造作用をすることになるが、民意から独立してよいのか、という（樋口陽一編『講座・憲法学6 権力の分立(2)』平成七年・日本評論社、二八〇頁へ樋口発言）。

(16) 佐藤幸治「権力分立／法治国家」樋口陽一編『講座・憲法学5 権力の分立(1)』（平成六年・日本評論社）四一頁に、この見解が紹介されている。

(17) 司法権に対する民主的統制については、「司法権の独立が国民の意思からも完全に独立であり、国民による民主的統制を排除すべきであるということの意味するものではない」とされている（佐藤功『日本国憲法八全訂第五版V』平成八年・学陽

書房、五〇五頁。

(18) 大正一二年(一九三三年)に制定された陪審法は、陪審員の資格要件として、帝国臣民たる三〇歳以上の男子で、一定の国税を納付していることが規定されており、今日の目から見れば、民主的要素に欠ける。とくに、陪審の評決が、裁判官の意見と異なるときは、他の陪審員を使って陪審のやり直しをさせることができる点(以下に掲げた条文)において、有名無実のものだったと批判されている(青木英五郎『陪審裁判』昭和五六年・朝日新聞社、五四頁)。

陪審法九五条 裁判所陪審ノ答申ヲ不当ト認ムルトキハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス決定ヲ以テ事件ヲ更ニ他ノ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得

(19) フランス・ドウ・ヴァール著、柴田裕之訳『共感の時代へ 動物行動学が教えてくれること』(平成二二年・紀伊國屋書店)三七頁。

(20) 犯罪の発生率(刑法犯に危険運転致死傷、過失運転致死傷等を含む)は、人口一〇万人当たり、一一六四・八である(『平成二九年版犯罪白書』二頁)。いわば一年間に全国民の八六人に一人が犯罪を行っているとなると(さらに相当数の暗数があるはず)、決して少ないとはいえない。

(21) 後藤昌次郎『冤罪』(昭和五四年・岩波新書)一一五頁以下は、冤罪が惹き起こされる要因として、①偏見捜査―別件逮捕、②証拠の捏造、③官憲の証拠隠滅と偽証、④裁判官の予断・偏見を掲げている。

(22) 木谷明「刑事事実認定の基本的あり方」木谷明責任編集『刑事裁判は何を判断するか』(平成二九年・岩波書店)二二頁は、「裁判官・裁判員は、無実を訴える被告人の立場に自らを置いてその恐ろしさを想像してみるべきである。」と、「刑事裁判の心」の必要性を説いている。

(23) テレビ番組において、取調べ室内で被疑者が黙秘した際、取調官が乱暴に机をたたく光景を見て、われわれは当然のように思っていないか。

(24) 筆者の知人のため、根拠が示せない。

(25) この点が事実認定されれば、公務員がその職権を濫用して、人に義務のないことを行わせたことになり、公務員職権濫用

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか(船山)

罪（刑一九三条）の構成要件に該当する可能性がある。

(26) 後藤昌次郎・前掲注(21)二二四頁では、「利害関係のない第三者の供述調書でも、事実を客観的に正しく述べているとはかぎらない」など、調書に頼る裁判の危うさが指摘されている。

(27) 強制起訴された数は、平成二年から二八年の間に一四人であり、確定した事件は七人で、二人に有罪が出ている（『平成二九年版犯罪白書』二二七頁）。

(28) デイヴィッド・ジョンソン著、平山真理子訳「日本の『蜘蛛の巣』司法と検察の活動」後藤昭責任編集『刑事司法を担う人々』（平成二九年・岩波書店）二一九頁。

(29) 警察は、地域住民の理解と協力を得るために、全国のすべての警察署に警察署協議会を置いているが（『平成三〇年版警察白書』二二六頁）、捜査に対するチェック機能は期待しえない。

(30) 柳瀬昇「裁判員裁判の判決に対する上訴審査をめぐる正統性問題」（日本法学八四卷二号）四九頁。なお、反対説は、民主主義的基礎づけ説と名付けられている。

(31) 私の主張は、被告人には意思的要素が欠けるため、そもそも行為とはいえず、単なる行動にすぎないというものである。裁判例としては、夢遊状態で妻を絞扼して死亡させた場合、任意の意思によつて支配されておらず、行為といえないとして、無罪とされた例がある（大阪地判昭三七・七・二四下刑四・七〇八・六九六）。

(32) 被疑者が事実を争っているのに、副検事の取調べで終わらせてよいのか、上司の決裁官（検事）によるチェックが働いていないのか。検察の扱いに疑問が残る。

(33) 逮捕状には、「逮捕する手続をした年月日時」を書く欄がある。

(34) この判例は、デュー・プロセスの要請（田宮裕『刑事訴訟法（新版）』平成八年・有斐閣、四頁）を強く意識した判例と評価できる。

(35) ちなみに、清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判時二二五三三三頁は、通常裁判に被告人質問先行を用いることに消極的である（清野は検察官）。

(36) 新約聖書（新共同訳）の使徒言行録九章サウロの回心一八節「すると、たちまち目からうろこのようなものが落ち、サウロは元どおり見えるようになった。」

(37) 家令和典「裁判員制度の導入により刑事裁判はどう変わったか」木谷明責任編集『裁判所は何を判断する』（平成二九年・岩波書店）一二二―一二三頁は、「真の公判中心主義・当事者主義の実現のためには、法曹二者の協力と力量の向上が求められている」との指摘をしている。

(38) 山口直也編著『ティーンコート・少年が少年を直らせる裁判』（平成一一年・現代人文社）一六頁。

(39) 山口・前掲注(38)四六頁。

(40) 平成二四年一二月に、最高裁判所事務総局は『裁判員裁判実施状況の検証報告書』を発表しているが、国民の多くが検証されていること自体に気がつかない状況でなされたものといえる。

(41) 上告審が下級審の判断について認められないとする破棄判断の率で比較してみると、通常裁判では〇・〇四パーセントであったのに対し、第一審が裁判員裁判であった場合は九・六パーセントであり、明らかに高い。裁判員裁判であった方が覆されやすいという結果になっている（最高裁判所事務総局『平成二九年司法統計年報2 刑事編』）。

(42) 平成二七年に裁判員候補者として選ばれた人に関して、調査票と質問票の二段階において、合わせて約六五パーセントの人が辞退を認められている（『裁判員制度ナビゲーション・改訂版』平成二八年・最高裁判所）。

(43) 裁判員裁判が開始される前、全国で一年間に約三千件が裁判員裁判になると予想が立てられていたが、平成二八年の新規受理人員は一〇七七人であり、終局処理人員は一一二六人である（『平成二九年版犯罪白書』四二頁）。

(44) 船山泰範・平野節子『裁判員のための刑法入門』（平成二〇年・ミネルヴァ書房）六四頁。

(45) 窃盗罪と詐欺罪の認知件数は二桁違いであるが、振り込め詐欺（警察では特殊詐欺と呼んで

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか（船山）

（平成 29 年）

上告審 第一審	終局総人員	破棄判断	破棄率
	通常裁判	裁判員裁判	
通常裁判	2106	1	0.04%
裁判員裁判	146	14	9.6%

『平成 29 年司法統計年報 2 刑事編』による。

いる）の一件当たりの被害額が大きいため、平成二六年に全体の被害額について、詐欺による被害が窃盗を上回り、その後も同程度で推移している（『平成三〇年度版警察白書』三三二頁）。

(46) ここで判決文を引用するのはお門^{かど}違いかもしれないが、最高裁大法廷が裁判員制度の合憲性を示した判決（最大判平二三・一一・一六判時二二三六・三三）の最後に次のように述べているのは、俗な言い方を用いれば、「長い目で見てほしい」という心情の表れといえるのではないか。

「その目的を十全に達成するには相当の期間を必要とすることはいうまでもないが、その過程もまた、国民に根ざした司法を実現する上で、大きな意義を有するものと思われる。このような長期的な視点に立った努力の積み重ねによって、我が国の実情に最も適した国民の司法参加の制度を実現していくことができるものと考えられる。」

(47) 國井恒志「裁判員裁判における評議の現状と課題」木谷明責任編集『裁判所は何を判断する』（平成二九年・岩波書店）一七四—一七五頁では、「評議の時間の多くが公判審理の復習に費やされている」結果として、「裁判官の主観的な解釈が入ったものとなる可能性は否定」できない、と指摘している。

(48) 田口真義『裁判員のあたまの中——一四人のはじめて物語』（平成二五年・現代人文社）は、裁判員経験者たちの貴重なインタビューをまとめたものである。

(49) 団藤重光『死刑廃止論「第六版」』（平成二二年・有斐閣）による。

(50) ワシントン州の連邦地方裁判所は、二〇一八年七月三十一日、ネット公開を予定していた団体に対し、「取り返しのつかない被害を米国民に与える」として、公開を一時差し止める命令を出したのである（平成三〇年八月二日・日本経済新聞朝刊）。

The Washington Post・Wednesday, August 1, 2018 は「裁判官が阻止する」という見出し（Judge blocks posting of blueprints for 3-D-printed guns hours before release）で記事を掲載している。

(51) 暉峻淑子『対話する社会へ』（平成二九年・岩波新書）まえがきv頁。

(52) フランス・イタリア・スイスなど国民投票制度を有する国は一般に憲法の条文に規定をもつが、成文憲法を有しないイギ

リスでは、国民投票一般の手続規定をもたず、国民投票を実施する度に特別法を制定している（澤井遼太他「国民投票を考える―イギリスEU離脱国民投票を事例にして―」早稲田社会科学総合研究別冊『二〇一六年度学生論文集』一七四頁・一八四頁）。

(53) 死刑廃止を推進する議員連盟は、一九九四年に結成された。二〇〇三年に、「重無期刑の創設及び死刑制度調査会の設置等に関する法律」案を作成したり、法務大臣に死刑執行停止の申し入れを行うなどの活動をしている。

(54) 柳瀬昇『熟慮と討議の民主主義理論』（平成二七年・ミネルヴァ書房）七一頁は、裁判員裁判の導入について、「一般の国民に開かれた公共的討議の場を新たに創設するもの」と位置づけている。

(55) この事案について、刑法理論上は、期待可能性の見地から捉えることもできる（船山泰範「期待可能性」刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕一二四頁）。

(56) 阿部謹也『日本人の歴史意識―「世間」という視角から―』（平成一六年・岩波新書）七頁。

(57) 阿部・前掲注(56)七頁。

(58) 阿部・前掲注(56)二〇一頁。

(59) 篠原一『市民の政治学―討議デモクラシーとは何か―』（平成一六年・岩波新書）。

(60) 篠原・前掲注(59)一五六頁。

(61) 篠原・前掲注(59)一五六頁。

(62) ただし、見田宗介は、後半の四〇年を支配した「冷戦」の終結は、『西側』の世界の自由と魅力性による勝利であった」と、敗者の側に憎しみが残らなかったと評価している（見田宗介『現代社会はどこに向かうか―高原の見晴らしを切り開くこと』平成三〇年・岩波新書、一四四頁）。

(63) 篠原・前掲注(59)はじめにii頁。

(64) 恒藤恭『法の本質』（昭和四三年・岩波書店）二七頁は、「人間の社会生活における自覚の要素の主要なるものとして」社会規範が挙示されるとする。

(65) 人間にとって、本来「かけがえのないものを剝奪する」制裁だとされる（藤本英雄『刑法講義総論』昭和五〇年・弘文堂、三頁）。

(66) 加賀乙彦『悪魔のささやき』（平成一八年・集英社新書）にいう悪魔のささやきは、人間の弱さの一面を示しているであろうか。

(67) 人間の主体性という観点から刑事責任のあり方を論じたものとして、朴貞根『人格責任의 新理論』（一九八六年・法文社、韓国語のもの）がある。

(68) 要は、極刑が死刑なのか無期刑なのかによるとの立場から、死刑を止めて、極刑となった無期刑にしてもよいのではないか、との見解もある（佐伯仁志『制裁論』平成二二年・有斐閣、五四頁）。

(69) 刑罰に関する私の基本的な考え方を示したものとして、船山泰範「希望がなければ刑罰とはいえない」政経研究四九巻四号二〇五頁以下。

(70) ベッカリア著、風早八十二訳『犯罪と刑罰』（昭和三年・岩波文庫）九八頁では、死刑が不合格になる理由として、社会に有害なのは、「人々にざんこく行為の手本を与える」点にあるとする。

(71) 見田宗介は、「憎しみは人間を破綻に導く最も強力な感情である。……憎悪の罟を抜け出すことができるのは、……どこかで憎悪とは反対の感情を経験することをおしてだけである。」とする（見田・前掲注（62）の文献一四七頁）。この思想は、死刑廃止論の根拠の一つになると思う。

(72) 加害者の更生を内包し、被害者側の社会復帰ならびにコミュニティの再構築を考える修復的司法（リストラティブ・ジャスティス）が提唱されている。

菊池寛『恩讐の彼方に』（昭和二七年・岩波文庫）は、修復的司法を示したもののといえる。物語は、第一に、加害者は公の刑罰を受けることなく、自らの選択によって社会奉仕（隧道の開鑿）を行い、第二に、被害者の家族は加害者の贖罪行為に感銘を受けて（住民の助言もある）、復讐ではなく、加害者とともに洞窟を槌で穿つことを通して許すという、筋立てである。

修復的司法については、高橋則夫『修復的司法の探究』（平成一五年・成文堂）が基本的思想から説き起こしている。

(73) 再入率（受刑者が出所した後、再び犯罪を行なって刑務所に収容される率）をみると、満期釈放者については五年以内に四九・二パーセント、仮釈放者については二八・九パーセントで（『平成二九年版犯罪白書』二二六頁）、相当の差がある。仮釈放者には必ず保護観察のつくことが、大きな差の理由といえる。

(74) 判決理由において、「再犯を防ぐためには、薬物乱用防止プログラムを備えた保護観察所の下で、薬物離脱のための適切な指導を受けさせる期間を十分に設けることが有用」と言い渡された例（千葉地判平二八・六・二）がある。

(75) 葛野尋之『刑事司法改革と刑事弁護』（平成二八年・現代人文社）三一頁は、市民が主権者として刑事裁判に直接参加することは、「国民主権に基づく民主主義原理によってこそ基礎づけられる」とする。

(76) 池田修他著『解説裁判員法（第3版）』（平成二八年・弘文堂）一一三頁。

(77) 篠原・前掲注(59)一五八頁。

(78) 暉峻・前掲注(51)まえがきvii頁。

本稿は、平成三〇年七月四日、日本大学国際関係学部国際総合政策学科主催の学術講演会において、私が「裁判員の贈り物」の題目で講演したものを元に、論文としてまとめたものである。当日の企画をして頂いた小野健太郎教授に感謝いたします。

期限付きの官吏任用は、法律上の通例として許容されるのか

ウード・フィンク

長谷川 福造 訳

I. 問題の序説

すでに何年も前から、公的任務の遂行に関する伝統的な枠組みが今日もなお時流に適合しているかどうか、という疑問を巡って激しい議論が行われている。^① この議論は、とりわけ終身官吏 (Lebenszeitbeante) の形式において生じている。終身官吏の成立は、一八世紀のプロイセン王国に遡るといつてもきつと誤りではなく、終身官吏に批判的な者たちから見ると、それは先天的に全く決定的な機能不全を抱えていたことになる。^② 終身官吏は、特殊な仕組みとして時代遅れな官治国家のシンボルであるとされるし、今日要求されているように、協調的な行政行為という国民の立場

期限付きの官吏任用は、法律上の通例として許容されるのか (長谷川)

に立った方式による、現代社会の絶え間ない需要の変化へ対応していないとされる。批判的な者たちから見ると、終身官吏は、国家と社会の協調ではなく対立という人為的な二元分立にある高権的な (hoheitlich) 行政という、完全に時代遅れな方式を示している。⁽³⁾

特に猜疑を呼び起こす原因となっているのは、官吏がこの数百年の経過の中で勝ち取ってきた特権である。とりわけ、官吏としての地位が失われないことは、たくさんの人々がほとんど毎日のように解雇通告というダモクレスの剣にさいなまれ、数多くの失業者を抱える社会において、妬みを呼び起こす。それにまた、病氣と老後のリスクに対する国家による包括的な配慮、職務上の住所移転における多額の調整手当、及び長期の一時退職という安定した基盤によつて政治の分野において特別の役職に就く可能性があることは、社会に対する官吏の職務によつて正当化され得ないかたちで国から優遇されているという確信を抱かせる。⁽⁴⁾

あらゆる関係において守られる終身的地位を背景にすると、官吏が怠惰に陥つても不思議ではないとも指摘される。また、官吏の間での競争が決して十分でないことから、適切に職務を遂行しようとする意欲が彼らに湧かないとされる。官吏の昇進は、対外的に価値のある業績を挙げたことに対する報奨としてではなく、我々の政党国家において、持続的な荒稼ぎによつて作動され続ける人事ローテーションの結果として決まるのであり、それはとりわけ、選挙の敗北後に能力は無いが政治的に信頼できる党員たちを昇進させるという度を越した大騒ぎで頂点に達するとされる。

最後に、世界的な市場経済から要求されるのは、国家は高権的な行政にある様々な領域から身を引いて、行政を全て私的活動に委ねる、或いは少なくとも私法的な形式を拡大させるべきではないかということである。しかし、まず

もつてある職務が民営化されると、国家はいずれにせよ官吏を任用することができなくなる。というのも、所定の公権的な活動という公法的な形式において履行されるべき職務にしか官吏を任用できないからである。だが今日では、例えば警察のように職務の形式において国家が携わるべき事項でさえも、市民が行政活動の結果さえ承知すればよいのではなく、市民が様々なかたちで行政手続に参画をしていかなければならないという協調的スタイルが、国家に促されているとされる。

だが、このような協調的な行政スタイルには、公勤務職員 (Angestellte im öffentlichen Dienst) の方が、官吏 (Beamte) よりもはるかに相応しい。公勤務職員は、私法上の契約自由の原則によつてはるかに柔軟に任命することが可能であるし、やむを得ない需要の減少に応じて解雇も可能である。公勤務職員の給与も成績に合わせて調整可能であり、それによつて官吏に対してよりも明確に行政行為の効率性向上を督励することができる。それゆえ最終的に、官吏と比べて相当な経費削減となるとされる。

公勤務に対するこのような根本的な批判を背景にすると、期限付きの官吏関係 (befristete Beamtenverhältnis) に有利になるよう終身の官吏任用を廃止することを巡る議論は、全ての国家作用における完全な脱官吏化へのひとつの道筋にすぎない。終身官吏の身分を廃止することによつて、公勤務の旧来的な構造を打開する重要な歩みがもたらされることになるだろう。有期官吏 (Beamte auf Zeit) または試用官吏 (Beamte auf Probe) としてのみ任命された官吏は、限定された任用期間の満了した時点で、業績が悪いときは解雇が迫られるということが大きな動機づけになる。それに加えて、望まれる副次的効果として、大勢から宿命的なものと認識されている官吏と雇用主 (Dienstherr) の一体性も除去されることになる。期限付きの官吏は、職務を全身全霊を捧げるものとしてではなく、ただ仕事として意識

することになる。⁽⁵⁾

II. 現行法における法的状況

現在効力のある公勤務法は、根本的な批判の観点をこれまでのところなお全面的には考慮していないが、終身官吏の廃止における道筋を少なくとも端緒において示そうとしている要素を既に含んでいる。単純化するために、現行の公務員に関する法の具現化においては、連邦官吏法 (Bundesbeamtengesetz [BBG]) が基盤とされている。州および地方自治団体 (Kommune) の官吏に対しては、同じく連邦法として効力をもつ官吏地位法 (Beamtensatzgesetz) によるのと同様の方式において、興味深い規律が適用されている。

連邦官吏法 (BBG) 六条一項から四項は、官吏関係を基礎づける四種類の重要な方式を定めている。第一位に置かれているのは、終身官吏 (Beante auf Lebenszeit [第一項]) である。その他、有期官吏 (Beante auf Zeit [第二項])、試用官吏 (Beante auf Probe [第三項]) 及び撤回権留保付き官吏 (Beante auf Widerruf [第四項]) が並置されている。終身官吏に任命されるのは、高権的任務や国家の防衛の基盤に関わる任務、あるいは私法的な雇用関係に移管させられない長期的に引き受けられるべき任務に就く者である。

連邦官吏法六条一項一文は明確に、終身の官吏関係が官吏関係の標準方式であると定めている。⁽⁶⁾ この表出はまた、他の幾つかの官吏関係に関する諸々の規則によっても裏付けられる。連邦官吏法六条三項によれば、試用官吏への任命は、後に終身官吏として任用される予定がある者か (第一号)、または連邦官吏法二四条五項一文の意味における管

理的な官職 (leitendes Amt) に移される予定がある場合限って認められる。この試用期間は、連邦官吏法六条三項一文の通例においては、終身官吏への任用に必要な通過段階である。試用期間は、上級公務 (der gehobenen Dienst) にある官吏において連邦ラウフバーン令 (Bundeslaufbahnverordnung [BLV]) 一三条一項に従って通常三年間継続し、中級公務 (der mittleren Dienst) 及び高級公務 (der höheren Dienst) にある官吏においては通常二年間継続する (連邦ラウフバーン令一二条一文、一四条一文参照)。この期間中に能力を実証した場合、その官吏は終身官吏として任用される権利を取得する⁽⁷⁾。

特殊な事例を形成するのが、連邦官吏法二四条五項一文の意味における管理職 (leitende Funktion) の委嘱である。諸々の管理職は、最上級の連邦官庁における俸給グループ B 6 から B 9 までの諸官職、並びにその他の連邦官庁並びに連邦直轄の社団、施設及び公法上の財団の長にある俸給規定 B に属する諸官職として定義される。それゆえ連邦官吏法二四条は、昇進の決定に限ってのみ該当し、官吏関係を最初に形成する場面には該当しない。その点で、志願者は連邦官吏法二四条二項一文一号に従って、既に何らかの終身官吏関係になければならない。それに加えて、この官吏は、連邦官吏法二四条四項一文に従って、試用期間における実証へ向けて差し当たりただ試験的に認められた終身官吏に任用されるものとされる。したがって、管理職における試験的な任用は、終身としての任用を基礎にしていることに疑いはない。ただ原則的に官吏関係を最初に形成する際に試用期間を通過しなければならないのに対して、昇進の際に更に直ちに終身の任用が生じるという点で、この任用は、規整を緩和したものにすぎないのである。

有期官吏の任用関係の場合は、様相が異なる。これは、官吏が限定された期間だけ高権的任務に任用されなければならない場合に設定される。期限付きで官吏を任用することは、連邦及び州の官吏法に従い、法律がその例外として

規定している場合においてのみ許容される。期限付きの官吏任用が起こりうる伝統的な適用領域は、特に地方自治団体の範囲において大きな役割を持つ被選官吏 (Wahlbeamte)⁽⁸⁾ である。もう一つの適用領域は、大学である。例えば、講師 (akademischer Rat) やジュニアプロフェッサー (Juniorprofessor) は有期官吏として採用され、大学教授は、終身か或いは期限付きで任用されることが可能である。⁽⁹⁾

旧法によると、管理職にある官吏もまた期限付きで任用することができた。旧官吏法大綱法 (Beamtenechtsrahmengesetzes (BRRG)) 一二b条一項・二項によれば、これは合計一〇年の期間を超えてはならず任期二期の制限が認められていた。この場合も、官職の昇進 (Beförderung) に限られており、志願者は前もって既に終身官吏になっている必要があった。ただし、試用官吏と異なり、任期が満了した後も、終身官吏への任用請求権は存在しなかった。官吏法大綱法一二b条三項によると、この官吏は、最初の任期が満了した後、終身官吏として任用されることができるとされていたほか、二期目の任期満了後は、終身官吏の身分で恒久的な職務を当該官吏に委嘱するものと定められていた。特に最初の任期満了後、雇用主 (Dienstherr) は、引き続いてこの官吏を雇用するか、あるいは法律上官吏としての地位を終えるかという問題に関する裁量を持っていた。この評価は、職務における適性の実証に依存することなく、他の事項によってもなされるものであった。⁽¹⁰⁾

期限付きの官吏任用によく似た規律を、かつての連邦俸給法 (Bundesbesoldungsgesetz (BBesG)) 四六条一項一文が定めていたが、それは高権的分野の官職について代行としての一時的な職務の委嘱が一八か月間経過した場合、手当が支給されるとしていた。また、この委嘱は、基本的に期限付きであり、その前に既に終身として任用されていた代行者は、高権的分野の官職における終身官吏への任用請求権は生じなかった。

最後に、この関係においてさらに挙げられなければならないのは、政治的官吏 (politische Beamte) の形式である。⁽¹¹⁾ 連邦における政治的官吏の範囲は、連邦官吏法五四条一項に定義されている。これは、特に際立った管理職にある官吏である。彼らは、常に連邦大統領によって退職の身分 (Ruhestand) へと異動され得る。連邦官吏法二四条に基づく管理職たる官吏 (leitender Beamte) と異なり、彼らは終身としての制限なく役職に就任する。彼らは、一定の決まった期間職務を行える保証は無く、管理職たる官吏が当初の職務に引き続き就くのに対して、彼らは、次の職務に任命されるまでの間、少なくとも退職によって任用関係が終了する。

試用官吏関係にも有期官吏関係にも関連する特別な事例が、撤回権留保付き官吏関係である。「連邦官吏法」六条四項に従って、準備実習勤務を勤め上げた者が、撤回権を留保されて任用される(第一文)。この類型の典型的な適用領域は、かつての司法の準備実習勤務 (juristische Vorbereitungsdienst) であるが、この勤務は、連邦ラウフバーン令二一条一項一号が連邦の官吏について定めているように、試補見習 (Referendar)⁽¹²⁾ から第二次の州試験を受験するために必要とされ、それとともに高権的な行政上の職務に就く資格認定を受ける。それゆえ、準備実習勤務における撤回権留保付き官吏関係は、資格認定の試用期間になる。⁽¹³⁾ ただし、試用官吏関係と異なつて、試験の合格又は最終的な不合格によって身分が終了する。

連邦官吏法六条四項二号に基づいて、撤回権留保付き官吏を、付随的に又は一時的にのみ高権的な任務に従事するよう任命することができる。このような異形は、今日では極めてまれにしか生じない。かつては大学関係において、すなわち撤回権留保が付いた官吏としての助手 (Assistant) やいわゆる有給の期限付き講師 (Dozent) などが見られた。⁽¹⁴⁾ このような撤回権留保付き官吏関係は、形式的な免職の外、試用官吏関係に遷移することで終了する。この場合、試

用官吏への転籍を請求する資格はない⁽¹⁵⁾。むしろ、例えば連邦官吏法三七条一項は連邦の官吏について、いつでも撤回権に基づいて罷免できると定めている。このように、彼らの法的地位は比較的脆弱なのである。

要するに、中間結果として確認できるのは、単一の制定法が終身官吏を通例として定めている一方で、官吏関係を一時的に成立させる形式は、終身官吏の身分につながり得るか、或いは法律上より詳細に規定する必要のある例外事例に該当するかのどちらかである、ということである。しかし他方で、今日では、官吏法は時間的に限定のある勤務関係の巨大な集積を含んでおり、もし終身官吏の原則を消滅させていった場合、期限付き勤務関係が既に実証された形式として終身官吏の地位に代わり得るかもしれないのである。

Ⅲ. 公勤務法の従来の原則としての終身原理 (Lebenszeitprinzip)

終身任用の官吏と何らかの形で任用期限のある官吏との原則・例外関係は、単に法律上だけでなく、憲法上も定めがある。公勤務関係に関する権利は、その基本構造として、ドイツ連邦共和国基本法(基本法。GG)三三条に含まれた原理から導かれる。その中で基本法三三条五項は、職業官吏制度の伝統的諸原則を保障するとともに、ドイツ官吏法の歴史的発展についても注意を向けている。官吏法が歴史的に成長してきたのは、連邦憲法裁判所が絶え間なく判決を展開してきた成果であるし、特に、「ラウフバーン (Laufbahn) に分類される全ての職務の終身委任の原則」がそれである⁽¹⁶⁾。すでに一七九四年のプロイセン一般ラント法は、官吏の罷免は極めて限定的な要件でしか許容しておらず、それによって事実上の終身的地位が認められていた。この事実上の罷免不能は、一八七一年のドイツ帝国におい

でも継承され、またヴァイマル憲法一二九条一項一文は、以下のように定めていた。「公務員の任用は、法律に特別の定めがある場合を除いては、終身とする。」

終身原理の目的は、連邦憲法裁判所の判決によれば、以下のような前提条件を持つ。すなわち、「官吏は、生涯の職務として公勤務に貢献し、経済的に独立して、基本法によつて与えられた公務としての任務の履行に、政治的作用の駆け引きの中で安定的で法律に忠実な行政を保持して、寄与することができる。安定的な法的地位を意識することは、官吏の志向を法と法律が指し示す職務執行へと促すものであるし、全国民のための党派的でない職務を行う能力を与えるのである。このように憲法によつて保障された独立性によつて、官吏は、事実在即していない干渉の試みに抵抗し、法律上または職務上の命令の適法性に対して懸念を抱いた場合に、自己の上司や政治的指導者に忠告するという自らの義務を果たせるようになる。¹⁷⁾」

IV・終身原理と成績原理 (Leistungsprinzip)

終身原理の例外は、公勤務法に関して他に同様に憲法上保障された原則や他の憲法上の原理によつて与えられた場面に限つてしか許容されない。¹⁸⁾ そのため、期限付きの官吏任用を巡つて、特に終身原理と成績原理の区分領域について議論がある。成績原理は、基本法三三条五項に同じく根拠があるが、基本法三三条二項により広く明確に打ち出されている。この条文に従つて、公勤務への任用は、適性、資格及び専門的能力によつてのみ判断される。成績原理は、公務員関係が開始する時だけでなく、あらゆる昇進や職務の単なる一時的な委託においても作用する。

成績原理は一面で、職務管理者 (Amtswalter) が、普遍性という自己の職務上の責務を専門的かつ効率的に果たすことを保障する。それと同時に、任命の選択基準として、行政職員の採用を事実在即していない働き掛けから影響を受けないようにすることを保たせる。例えば政党に所属していることや社会的グループからの支援によるのではなく、委託される公的職務の最善な遂行を保障することだけが、公職への採用の仲立ちとならなければならない¹⁹⁾。

このように、終身原理と成績原理は、基本的に同じ目的に仕えている。だがそれと同時に、本来的な緊張関係がこの二つの原理の間に存在する。雇用主 (Dienstherr) がある職務に最適な志願者が誰かを判断しなければならない場合に予測的な判断を迫られるが、そのために志願者に関する充実した情報が必要となる。雇用主は、志願者がすでに公務に適していることが証明されている場合には、このような情報をいち早く信頼を持って取得できる。ある志願者を雇用主がすぐに終身採用しなければならないとすると、採用した官吏が後になって能力がないことが示された場合に、終身にわたって無駄な俸給と扶養の給付を実施しなければならないことになる。そのため、実証に基づいた採用は、成績原理による終身採用に関する条件として、単に正当化のためだけではなく守るべき規則でもある。

同様のことは、一定のラウフバーン (Laufbahn) に関する条件が獲得されなければならないものとされる点で、撤回権留保付き官吏関係についても言える。撤回権留保付き官吏は、試用官吏と異なり、終了試験 (Abschlussprüfung) の後公勤務から除かれるが、このことは、試用官吏が既に備えている採用適格を、撤回権留保付き官吏はこの時点でまだ抽象的にしか具備していないことから、採用適格を自ら具体的な職務においてなお証明しなければならない、ということによって正当化される。

これに対して、期限付き官吏の採用は、個別事例ごとに具体的に正当化される²⁰⁾。このような有期官吏やパートタイ

ム官吏の設置は、基本法三三条五項の範囲内ではない。だがこれらは、終身官吏の採用の例外として、その時々公務の特別な需要が充足されない場面で正当化される。⁽²¹⁾

V. 政治的官吏と自治体の公選官吏 (kommunale Wahlbeante)

政治的官吏に関しては、彼らが行政において占めている際立った地位によって、制約が正当化される。たしかに一部の文献において主張されているように、トップ官僚と特別な信頼関係を打ち立て得る点で政治的な統率に関する正当な利益があるのではない。⁽²²⁾ 行政においては、高権的な任務を最善に履行することが重要なのであって、政党政治的な派閥あるいは人的共感によって基礎づけられた派閥は重要ではない。だがしかし、特に内閣における行政は純粋な法執行だけによって果たされるわけではなく、政治的な形成余地 (politischer Gestaltungsspielräume) を執行していくことが標準として備わり内在的に伴っているという事情は、政治的官吏が政権交代に伴って交替され得るということ⁽²³⁾を正当化させる。政府は、憲法によって保障された政府の権利を政治的变化の達成に向けた内閣の実際の行政活動において組み替えるようなトップ官僚を任命する権限を必要とする。⁽²⁴⁾ 自治体の公選官吏 (kommunale Wahlbeante) においてもまた同様である。⁽²⁵⁾ 彼らの政治的見解を行政活動に移し替えていかなければならないことから、彼らの運命も政治的な統率という運命に結び付けられてよいのである。

しかしこのような考察から、政治的官吏あるいは公選官吏のグループをむやみに拡張することを正当化してはならない。それぞれの職務は、機能的意味でどの程度まで政治的な形成余地を含んでいるか、綿密に審査されなければならない。

らない。基本的に、官吏は政治的な形成余地への参加を呼び掛けられることはなく、中立の立場から法律に拘束されている。連邦官吏法六〇条一項一文は、官吏は政党ではなく全国民に奉仕すると定めている。これは、法治主義原理、民主主義原理及び権力分立原理の発現である。法治主義原理は、政党や個人を顧慮することのない法の執行を要求する。民主主義原理は、民主的に選出されないことを原則とする官吏ではなく、民主的に選出された国民の代表者が政治的な指導選別に当たることを要求する。そして、権力分立原理は、基本的に立法、司法及び行政の任務が混在することなく、それぞれの権力がそれぞれの任務を可能な限り他の権力から干渉なく実行できることを要求する。

VI. 期限付き官吏任用と成績原理

したがって、期限付きでその他の管理的官吏 (Leitungsbeante) を任用することは、政府の政治的な形成自由から基礎づけることはできない。このような任用は、成績原理によってしか正当性を見出すことができない。この規律の支持者は、成績原理をこの場合に幾つもの根拠から優先的なものとみなしている。まさにその根本として彼らが主張している見解は、この規律の適用範囲が限定的であることから鑑みて、終身の官吏任用の原則が量的関係において脅かされないことが担保されているがゆえに、期限付きで管理的官職 (Leitungssamt) を委託することは終身原理に矛盾するものではない、という見解である。⁽²⁹⁾

これに対して反対の論者は、まさに管理的職務 (Leitungsfunktion) においては行政の法適合性に特に影響が大きいことから、質的關係において終身原理への侵入がこの場合特に際立つて重大である、と批判している。⁽³⁰⁾ その点で、期

限付きで管理的職務を委託することは、実際上の関係においてもまた行政の法適合性を特別な手法で脅かすことになる。その間に廃止された官吏法大綱法旧一二b条の成立史が明らかにしたのは、期限付き官吏関係の継続に関する決定が、終身官吏関係において専門的な能力ではなく政治的な合目的性に影響を受けざるを得ないことであつた。起草者は、政治的官吏のグループが拡大することの代替として、期限付き官吏の職務関係の終結に関する決定において政治的動機を直接及ぼす規律を定めるものとした。⁽³¹⁾

このことはまた、官吏法大綱法旧一二b条の文言にも表れていたのであり、裁量の行使に関するいかなる基準も示されておらず、従つてまた他でもなく官吏法大綱法旧一二a条は試用官吏について、専門能力的な実証を決定に関する基準に挙げていない。

この規律を支持する者は、運命論者と樂觀論者に区分けすることができる。運命論者は、管理的職務が、いずれにせよ実際のところ黨員手帳によつてのみ与えられることに由来している。⁽³²⁾だがこのことに対しては、それは法秩序のあるべき状況ではないのであり、官吏の情実人事を謂わば法律上承認するような新たな道具を作り出すことによつて、違憲状態を更に助長するものであると、異議を述べなければならない。⁽³³⁾

樂觀論者は、期限付き官吏の服務期間は規定上選挙の任期と一致していないことから、期限付きの地位への魅力は政治にとつてそれほど大きくないものであることを理由に、官吏の情実人事のリスクを少なく見ている。樂觀論者は、このような時限的な解職によつて、成績原理に直接的な裁量の余地が残っていると考える。それに加えて、この官吏たちが当初の終身官吏のままであることに疑問はないことから、政治による影響という依存関係はそれほど大きなものではないと考えているのである。⁽³⁴⁾

これが本当にそうであるかは、慎重に疑ってみるべきであろう。たしかに、行政機構における重要な地位が期限付きでしか付与され得ないならば、政権交代の急迫を前にしてそれらの地位を自前の黨員たちでブロックすることはできない。もつとも、このような最上級の職務は、時間的な制限があつても政治的に見て魅力的であり続ける。行政活動の統制に関する重要性は、なおも全く縮減しないままなのである。³⁵ それに加えて、以下のような懸念がある。すなわち、このブロックが一時的なものにすぎないという事情は、政治的な多数派が交代する際の官吏の情実人事に対する抑止閾を甚だしく低下させる。というのもも人事政策上の誤った諸決定がいとも簡単に訂正可能であり、その上そういった判断が期限付きであるがゆえに行政に対する独自の影響の確保を生じさせないよう国民に装うことが可能であるからである。

憲法上、期限付き管理的官職を継続することに関する判断をめぐって、官吏の情実人事の観点に基づいた実際の影響に関する考慮は、重要ではない。基本法三三條二項が要求しているのは、期限付き官吏関係から終身官吏関係への転換についての判断もまた、あらゆる判断と同様に成績原理によつて厳格に調整されることである。官吏法の大綱に関する法律旧一二b條三項の枠組みにおける裁量は、基本法三三條二項と一致する限りでしか行使できないものであつた。どのような場合においても、官吏の情実人事の観点がその影響を持つことは許されなかつたのである。

VII. 官職 (Amt) と職務 (Funktion) の乖離の禁止

この点で重要なのは、ある一つの事情である。期限付き管理的官職を設置することは、官職と職務の永続的な乖離

を導き出し得るのである。もしも管理的職務が原則として期限付きでしか付与されないとすれば、これに付帯する職務が他のより低い地位にある職務管理者 (Amiswalter) に一定期間引き受けられることになる。その場合例えば、俸給等級 (Besoldungsgruppe) B 9 に属する局長によって引き受けられるべき最上級の連邦官庁における部局の長 (Leiter) としての職務が、俸給等級 B 6 の部長としてだけ終身官吏に任用されている職務管理者によって、期限付きで引き受けられることにならう。

このことは、実は憲法上許容されないものであろう。官職と職務の結びつきは、法律上まさに連邦俸給法 (Bundesbesoldungsgesetz) 一八条一文によつて規格化されている。そこにおいては、「官吏及び軍人の職務は、それらに付帯した職務上の要請に従つて適正に評価され、各官職を配分しなければならない。」と定められている。この規範は、連邦憲法裁判所が既に連邦裁判所判例集七〇巻において、⁽³⁶⁾ ほぼ文言通りに同一の従前の規範を確かめたように、基本法三三条五項の原則、特に終身原理、成績原理及び官吏として相応しい扶養の原則に基づいている。官吏が原則として終身であると設定された地位によつて永続的に自己に委嘱された職務を執行することができ、その委嘱が自己の俸給法上の等級においてもまた表出する俸給等級に反しない場合に限つて、裁判所の解釈に応じて自己の任務との同一性を認識し、全てを懸けて執行することが保障されるのである。

職務と官職が永続的に切り離されると、官職保有者 (Amisinhaber) がより低い等級の職務において永続的に採用されるという事態が、ついにはその同一性を補完するものでなくさせる。むしろ、期限付きで担当する職務がいわゆる招待試合のようなものになり、緊張感を持つて処理されないというリスクが生じるのであり、これに関して、終身の官吏採用が直接的に前提条件を作り出さなければならぬ。このような根拠から、連邦憲法裁判所は、校長という官

職への昇格を予定することなしに校長としての職務の委嘱を八年間だけ予定することを定めたブレーメンの学校管理法 (Schulverwaltungsgesetz) の規律を、憲法に違反すると判断した。手当の供与と引き換えに職務を一時的に代行することについて定めた連邦俸給法の旧四六条は、この宣言に抵触しない。それについては、この規律は上で述べた憲法上の背景からみて狭義に解釈すべきであるし、州法上の特殊性の拡大だけを考慮するものとされている³⁷⁾。

したがって、裁量決定は、旧官吏法大綱法 (BRG) 一二b条三項一文に従って、任期付きの管理的官職が低い地位にある官吏によって執行されることは許されなかったのである。むしろ期限付きの官吏任用の裁量決定においては、成績原理の厳格な拘束に加えて、少なくともより長い任期の付いた職務期間満了後に、終身の官職保有者に任用することによって終身原理を充足させるという考慮もまた必要であった³⁸⁾。

VIII. 期限付き管理的官吏 (Leitungsbeamten auf Zeit) を任用することは原則的に許されないのか？

たしかに、管理的官吏の職務が期限付きで付与されることが全く許されないとはい切れるかは疑わしい³⁹⁾。連邦憲法裁判所が恒常的な判決において再三再四強調しているように、基本法三三条五項は、構造原理の中心的存在であるものの、それを越えて、立法者に対して、公務務に関する法の組み立てと将来的改定のための広範な余地を与えている。そのため、憲法上立法者は、公務務法のためのこの原則を既存の職務のために維持することだけが認められる⁴⁰⁾。それゆえに、立法者は、法律上の通例である終身官吏という制度を廃止することは許されず、成績原理によることの外官職の委嘱を操縦することは許されない。

しかし、成績原理が統治権に関わる任務という特別の方式のために期限付き官吏任用を容易に導き出すことを考えると、実際の異動がその評価の矛盾を明白に証明した場合に限って逸脱になるという評価裁量が、考慮の説得性に関して当然に与えられる。管理的職務の時間的制限のために引き合いに出された原則が、当初から無意味であるとして評価されることはできない⁽⁴¹⁾。管理職にある官吏 (Beamte in leitenden Funktionen) が、行政が直面する様々な新たな課題や複雑性の増大に対して特別な方法で解決していくことが求められていることは少なくとも理解することはできよう。その限りでは、現下の動向を熟知しており高度のモチベーションをもつ官職保有者 (Amtsinhaber)こそが、このような職務を引き受けるに望ましいことは明らかである。また、志願者の適性に関する誤った判断はこのような職務の重要性から任命後に特に深刻な結果を生じさせることから、そういった官職に関する時間的に期限を付けた異動が、容易な修正を可能にすることは理解できる。それゆえに、上述の原則に留意するならば、管理的職務において期限付き官吏を任用することは憲法適合的である。

またこれと同様に、終身の官吏任用という原則と同様の目的を達成するため、他の選択肢がある。公勤務の法において、職務管理者としての能力が無いことが証明されたことに伴って、そのような管理的職務の履行を可能にする方法を案出しようとするならば、確かに考えることはできよう⁽⁴²⁾。それゆえ、例えば連邦官吏法二八条三項一文に基づいて、官庁の構造や役割の解消又は本質的な変更、あるいは官庁の統合に伴って、他の官職において同級あるいは同価値のラウフバーンに、基本給を削減して官吏の配置替えをすることは認められる。その場合、彼らには、単に俸給法的に調整手当の供与 (連邦俸給法二三条) によって、また身分法的に退官した (a.D.) という肩書を付記して元の官職名を持つことができる (連邦官吏法八六条二項二文) という権利を認めることによって、保有地位の維持を可能にさせ

るのである。この要件が遵守されている場合には、能力に基づいた適切な配置替えも考えられる。⁽⁴³⁾

だが、この選択肢は終身原理の原則的な維持のもとで、期限付きの官吏任用をそれ自体として憲法違反とはならない。期限付き官吏という制度は、確かに基本法三三条五項の明文では勤務法の従来原則として保護されてはいない。もつともこの制度は、かねてから限定的な期間において終身の官吏任用に対して許容された選択肢であった。そのため試用官吏関係は既にプロイセン一般ラント法に根を下ろしていたし、ヴァイマル憲法一二九条では期限付き官吏たる地位の法律による設置が明文で規定されるかたちで継続した。それゆえ期限付き官吏制度を設置することは、他の選択肢があるにせよ、基本法三三条五項の背景からもまた、これに従った枠組みにおいて立法者に容認された行為の裁量を許容するのである。⁽⁴⁴⁾

IX. 期限付きの大学教員 (Hochschullehrer) 及び裁判官の採用

全般的に説示してきた憲法上及び単なる法律上の検討と並んで、期限付き官吏任用において特に考慮に入れるべき追加の視点が、公勤務の中の独自のグループに更に存在する。憲法上の地位から、大学教員と裁判官に特別の意義が存在している。

裁判官は官吏ではなく、公勤務の中において独自の地位を保有しているが、基本法三三条が拡張なく適用される。⁽⁴⁵⁾ 大学教員は、職員 (Angestellte) として雇用されている場合を除き、官吏として任用される。この両方のグループについては、区別された憲法上の考慮に基づいて、その他の官吏とは異なり、職務執行において上司の指揮命令から広範

な独立が存在する。裁判官においては、このことは法治国家原理と同様にまた権力分立原理に基づいた基本法九七条に保障された独立性から導かれる⁽⁴⁷⁾。裁判官は法律のみに従うものとされ、裁判官の判断もまた、裁判官に提出された法律上の問題に対する法及び法律の適用として現れるものとされている。それと同時に、裁判官による全ての判断についての適法性の原則を厳格に保持することと並んで、裁判官に執行機関の中立的なコントロールという任務を課している権力分立原理も言明される⁽⁴⁸⁾。

大学教員は、たとえ官吏に任用されていても、研究及び教授の自由という基本権のもとで基本法五条三項に従って職に任ぜられるため、その職務執行において独立的である⁽⁴⁹⁾。高等教育大綱法（HERG）四条一項は、このことを改めて明確に掲げ立てており、以下のように定めている。「州及び大学は、大学の構成員が基本法五条三項一文によって保障された権利を保持できることを確保しなければならない」。研究及び教授の領域に含まれるすべての任務、すなわち特に研究プロジェクトの計画策定及び実施とその公表並びに講義の準備及び実施は、勤務関係の上司から専門監督を受けることはない⁽⁵⁰⁾。さらに加えて、大学組織内における大学による自治事務の遂行も、基本法五条三項における国の影響力行使への制度的保障によって保護されている⁽⁵¹⁾。

裁判官と大学教員に与えられている実質的かつ一身上の独立性は、その他の官吏やこの点で比較可能な軍人と全く本質的に区別される⁽⁵²⁾。その他の官吏や軍人の職務執行については、指図に拘束されることが決定的な特徴となっている。この拘束性によって、行政の適法性や合目的性も、政治運営において全ての官庁に至るまで浸透している⁽⁵³⁾。

裁判官と大学教員の人的及び物的な職務執行における相違から、これらのグループに対する勤務関係の時間的限定も別の態様において姿を現す。彼らに終身で職務が委嘱されることによって、彼らの職務上の責務が党派に偏ること

なく有効に遂行されるだけではなく、彼らの人的物的独立性も保障される。時間的限定は、職務にある者が自らの地位を永続的に確保するために国、政党又は諸団体に譲歩し、こうした過程によって、職務執行における影響力を行使するために極めて有効な手段になるという危険を常に含んでいる。そのうえ大学においては、とりわけ高等教育大綱法 (HRG) 六条において定められた研究及び教育に関する査定が考慮に値するし、この査定はこれまで学問上の様々な設備のような物的・人的な装備の供与に際してのみ外部的評価の手段として役割を果たしているが、大学教員の勤務関係における規則的な期限のもとで、この査定はまた彼らの地位に影響を持ち得るかもしれない。⁵⁴

それゆえ、期限付きの官吏任用の制度は、裁判官と大学教員に対しては極めて制限的にしか使用し得ないのである。裁判官は、ドイツ裁判官法 (DRiG) 一一条により、その職務行為が著しく特殊な特徴を示す場合にしか、時限的な任命は許されない。実際上は特に、通常の意味での裁判官としてだけではなく最上の国家機関としての職務も果たし立法者をも監督する、連邦憲法裁判所及び各州の憲法裁判所の構成員に、この規定は適用される。そのため、例えば連邦憲法裁判所裁判官は民主主義的正当性を根拠にして選ばれるが、⁵⁵これは任期の限定がある場合に限って有効な手段である。それに加えて、国家権力に必要な制約という原則が、このような裁判官に委託された極めて重要な権限にかんがみて、裁判官の勤務関係の時間的限界を同様に意義あるものとして見出させる。この場合、再任が禁止されていることによつて、従属関係という危険が除去される。⁵⁶さらに加えて、裁判官は現行法に従つて、管理的職務においても期限付きで任命されることはない。⁵⁶

州の大学法もまた、通常のケースとして大学教員の官吏任用を規定している。⁵⁷この規定は、時限的な官吏としての教授職の創設を、特別の理由が存在するときだけ許容している。これは、特に一時的に発生した教育の需要や、研究

の任務が一定の期間にだけ生じたことを補うために存在する。さらに、大学病院の主任医師は、医学部の特殊性ゆえに、期限付き官吏関係においてしばしば任命される⁽⁵⁸⁾。

このような理由から、期限付き任用は大学が果たすべき公的任務の遂行においてのみ許容される⁽⁵⁹⁾。これに対し、期限付き教授職を人事政策の手段として利用してはならない。期限付き教授職の公募によつて意図的に若手研究者を大学に拘束し、そのことから国が例えばコストを理由に終身の教授職を意のままにすることは認められないであろう。それに加えて、期限付き官吏任用という方法に、能力の実証という要素が取り込まれるが、試用官吏のような終身官吏へ後に任用される権利は認められないであろう⁽⁶⁰⁾。

この点で、バーデン＝ヴュルテンベルク州大学法（以下）六七条一項二文前段の規定は問題をはらんでいる。この条文は、教授の官職への最初の任用に際して、勤務関係は原則として期限を付さなければならないと規定している。それゆえ当該志願者は、期限付き官吏関係の形式でその官職に任用される。バーデン＝ヴュルテンベルク州大学法六七条一項は、期限を付すこと理由に言及しておらず、さらに別の期限付き官吏関係や終身官吏関係における任期満了後に官吏関係が継続し得るのか否か、またどのような場合に官吏関係の継続が決定されるのかについても述べていない。このことは、二つの点で憂慮すべきである。第一に、最初の任用に独占的に適用することは、職務の負託という方式ではなく個人的な属性で志願者を決定することを許してしまう。しかしこのことは、すぐ前で見たとように、期限付き官吏関係の枠内において許容されるべきではない。このような理由から、せいぜい試用官吏としての任用ができるにすぎないであろう。

試用官吏関係の設定は、裁判官に対しても大学教員に対しても許容される。もつとも、ここでこの二つのグループ

に関して明瞭な相違が現れる。ドイツ裁判官法一二条によれば、裁判官の勤務関係における終身の引き受けは、原則として試用期間の修了を前提とする。両グループに適法であることが義務付けられているゆえに、このことは官吏に関する成績原理の発現と同様である。さらに裁判官は、後になってから修正することがほぼ不可能であるため、終身の勤務関係の設定に関する決定を、裁判官が独立的な地位であることを考慮して特に綿密に準備しなければならない。⁶¹

大学教員に関しては、法的状況が二つの理由から異なった様相を呈する。第一に、大学教員としての能力判定は、最初の招聘に先立ってもう既に期限付き官吏関係において点検されている。高等教育大綱法四八条一項に従ってジュニアプロフェッサー (Juniorprofessor) としての官吏任用に期限が付されているのは、この期間に大学教員としての能力判定の証明を行わなければならないことが理由である。⁶² たしかに外部での大学教授資格の取得では状況が異なる。しかしこの場合も、大学教授資格を与える学部が、教授職に就くための前提が満たされたことを証明する。

それに加えて大学教員には、法律の適用ではなく学問の自由を巡って問題がある。そのため、政府の行政機関による能力判定の点検が不可能である。このような点検は、まず専門的にみて不十分な審査であるし、さらに大学教員たちの研究と教育の内容へ政府が影響を与える危険を引き起こすであろう。⁶³ それゆえ、その大学内部の者であっても外部の判定人として専門領域の同僚たちが対象者の能力判定に関して決定を下すことが可能である。この点でもまた成績原理が正当性として引き合いに出されることから、このことは法的にみておよそ異議は唱えられ得ない。⁶⁴

しかし、この事実が理に適うものであるか疑いの目を向けなければならない。まず学部内において、自治という仲間意識を必要とする学部組織における内部的平穩を深刻におびやかすであろう。また同様に、先行する能力判定の長

い行程に鑑みて、それが適切か否かは疑わしい。このことは、平均年齢が四一歳でありまた社会的理由から更なる試験補機関はほとんど要求し得ないであろう教授資格のある志願者には少なくとも当てはまる。これは、より以前の教授資格のない志願者に正当化される。

この点でも、法の沈黙によってバーデン＝ヴュルテンベルク州大学法 (UG) 六一条一項一文に含まれた州公務員法の一般的参照が適用され、雇用主 (Dienstherr) が継続を決定するとの帰結が許容されるという、前に述べたバーデン＝ヴュルテンベルク州大学法の規律は憂慮すべきである。このことは、前述の学問の自由の特殊性から許容されない。大学法は、専門領域の同僚たちに対する客観的で正当な評価を定めて、またその点では大学の職務執行において影響を受けない勤務法上の地位に基づいた規律を規定しなければならないであろう。

X. 結論

期限付き官吏への任用は、終身の官吏任用という規律からみて、個別の場面ごとに根拠づけを必要とする例外的場合である。この規律は、現行の憲法に従って、疑問を挟むことは許されない。したがって、期限付き官吏は、全般において終身官吏の代替ではないし、なおのことあらゆる国家的任務の非官僚化への柔軟な入口でもない。このことを達成するには、憲法の修正が必要である。確かにこのような修正は、基本法三三条五項に関しては許容され得るだろう。公務に関する法は、公勤務における旧来的な原則を満たす必要はない。もともと、大学教員や裁判官のような特定のグループについては、改憲を行う立法者に制限が課されている。研究および教授の自由の核心は、基本法一条一

項を通じて、また同様に基本法七九条三項によって、いかなる憲法改正からも保護されているであろう。これは、裁判官の独立性についての基本法二〇条の構造原理についても当てはまるであろう。⁽⁶⁵⁾ その上さらに変革は想定できるが、そのような変革は、恒常的で新たな単一法的事実状況によって、終身の官吏任用という原則がより広く空洞化し、また期限付き官吏任用が謂わば人目に付かないかたちで公勤務法の原則へ昇華するというような、目下の遵守のための尽力よりも遙かに広範な政治的・社会的なコンセンサスが必要としている。

*この講演は、ヨハネス・グーテンベルク大学マインツにおける公法、国際法ヨーロッパ法及び国際経済法の教授である著者によって、二〇一七年一〇月九日、東京にある日本大学の招聘によりなされたものである。

- (1) Vgl. dazu Staudenroth, ZBR 1997, S.212 m.w.Nw.; Isensee, ZBR 1998, S.295 ff.; Jachmann, ZBR 2000, S.181 ff.
- (2) 公務員の歴史的発展について Vgl. Scheerbarth/Höfken/Bauschke/Schmidt, Beamtenecht, 6.Aufl., 1992, S.41 ff.
- (3) Vgl. Scheerbarth/Höfken/Bauschke/Schmidt, Beamtenecht, 6. Aufl., 1992, S.61 f.
- (4) Vgl. dazu etwa Isensee, ZBR 1988, S.141 ff. m.w.Nw.
- (5) Vgl. dazu Isensee ZBR 1998, S. 295 ff.; Jachmann, ZBR 2000, S.181 ff.
- (6) Vgl. zu diesem Grundsatz Schnellenbach/Bodanowitz, Beamtenecht in der Praxis, 9.Aufl., 2017, § 3, Rdnr. 5; Battis, BBG, 5.Aufl., 2017, § 6, Rdnr.3; ferner Lecheler, ZBR 1998, S.331 (338).
- (7) BVerwGE 92, 147 f.
- (8) Battis, BBG, 5.Aufl., 2017, § 6, Rdnr.5.
- (9) それゆえ、ラインラント・プファルツ州大学法五一条一項は、以下のように定めている。

(1) Die Professorinnen und Professoren werden in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit oder in begründeten Fällen in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen. (教授は、終身の官吏関係において、または正当な理由がある場合に期限付き官吏関係において任用される。)

(2) Die Amtszeit der Professorinnen und Professoren im Beamtenverhältnis auf Zeit beträgt höchstens sechs Jahre. Eine über die in Satz 1 genannten Zeiten hinausgehende Verlängerung oder erneute Einstellung ist unzulässig. Dies gilt nicht, sofern im Anschluss an ein Dienstverhältnis auf Zeit gemäß Absatz 1 ein gleiches Dienstverhältnis mit einer neuen und anderen Aufgabe übertragen werden soll. (期限付き官吏関係における教授の任期は最長六年である。第一文で定められた期間を超えた延長又は新たな採用は許されない。これは、第一項に基づく期限付き勤務関係に引き続いて、同一の勤務関係が新規の異なった任務のもとで委嘱される限り、適用されない。)

(10) Studenroth, ZBR 1997, S.212 (217).

(11) Vgl. dazu Franz, DÖD 1999, S.49 ff.

(12) Vgl. dazu Kersten, DÖD 1999, S.128 ff.

(13) Thomsen, BeckOK BeamtenR Bund, 9. Ed. 1.10.2017, BBG, § 6, Rdnr.13.

(14) Denninger, HRG, 1984, § 46, Rdnr.2.

(15) VG Koblenz, DöD 1977, S.233.

(16) BVerfGE 9, 268 (286); 21, 329 (345); 44, 249 (262); 70, 251 (266); 71, 255 (268); 139, 19.

(訳者注) ラウフバーンとは、同一の学歴や教育訓練ないしそれと同一の価値の能力を前提条件とした同じ専門を有するすべての身分法上の官職を包含し、複数のグループに区分される官吏の採用・昇進の制度である(早津裕貴「ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究(2)」法政論集二七二号(二〇一七年)五七頁)。

(17) BVerfGE 70, 251 (266); 71, 255 (268); 139, 19.

(18) Siehe Lecheler, ZBR 1998, S.331 (338).

期限付きの官吏任用は、法律上の通例として許容されるのか(長谷川)

- (19) Lecheler, ZBR 1998, S.331 (340 ff.).
- (20) Lecheler, ZBR 1998, S.331 (338).
- (21) Lecheler ZBR 1998, S.331 (338).
- (22) Franz, DÖD 1999, S.40 (50) m.w.Nw.
- (23) BVerwGE 19, 332 (336).
- (24) Franz, DÖD 1999, S.49 (50); Schwidden, RiA 1999, S.13 (15).
- (25) Vgl. hierzu Lecheler, ZBR 1998, S.331 (338).
- (26) Mertens, ZBR 1999, S.1 ff.
- (27) Schwidden, RiA 1999, S.13 (14, 16).
- (28) Mertens, ZBR 1999, S.1 (4).
- (29) Vgl. dazu Lecheler, ZBR 1998, S.331 (333), m.w.Nw.
- (30) Lecheler, ZBR 1998, S.331 (340 f.).
- (31) Vgl. Studenroth, ZBR 1997, S.212 (219), m.w.Nw.
- (32) So Böhm, DöV 1996, S.403 (408).
- (33) Studenroth, ZBR 1997, S.212 (219).
- (34) Böhm, DöV 1996, S.403 (408 f.).
- (35) Studenroth, ZBR 1997, S.212 (220).
- (36) BVerfGE 70, 251 (266).
- (37) 株式会社の戦中法と今 〃 BT-Drs. 7/1906, S.88 und 134.
- (38) Vgl. dazu Böhm, DöV 1996, S.403 (406).
- (39) So auch Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, 3.Aufl., 2015, Bd.2, Art.33, Rdnr.181 m.w.Nw. auch zur Gegenansicht.

- (40) したがって、公務員立法が自由主義的で民主主義的な国家としての必要条件とその発展の継続に適合することを可能にするために、具体化の裁量余地が立法者により続く⁹⁸。Vgl. BVerfGE 7, 155 (162); 114, 258 (288); 117, 330 (348).
- (41) So auch Köpp Öffentliches Dienstrecht, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 6.Aufl., 1999, S. 478 f.
- (42) Vgl. Summer, ZBR 1997, S.119 (120).
- (43) Stutenroth, ZBR 1997, S.212 (221 ff.).
- (44) Vgl. dazu mit weiteren Beispielen für Beamtenverhältnisse auf Zeit Lecheler, ZBR 1998, S.331 (338).
- (45) Vgl. Detterbeck, in: Sachs, GG, 2.Aufl., 1999, Art.98, Rdnr.5.
- (46) Leibholz/Rinck/Hesselberger in: Leibholz/Rinck, GG, 75. Lieferung 10.2017, Art.33, Rdnr.461 mit Verweis auf BVerfGE 12, 87; 26, 154 ff.; 38, 8 ff.; 56, 162.
- (47) Vgl. Detterbeck, in: Sachs, GG, 2.Aufl., 1999, Art.97, Rdnr.1.
- (48) Vgl. Meyer, in: v. Münch/Kunig, GG, 3.Aufl., Bd.3, 1996, Art.97, Rdnr.1.
- (49) BVerfGE 35, 79 (127).
- (50) Oppermann, in: Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2.Aufl., 1996, Bd.1, S.1116 ff.
- (51) BVerfGE 68, 193 (267); 75, 192 (196).
- (52) Zu Hochschullehrern eingehend Epping, ZBR 97, S.382 (392).
- (53) Vgl. Kunig, in: Schmidt-Abmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11.Aufl., 1999, S.693 f.
- (54) Vgl. Hartner, WissR 1998, S.152 (166 f.).
- (55) Vgl. Sturm, in: Sachs, GG, 2.Aufl., 1999, Art. 94, Rdnr.2.
- (56) Vgl. Fürst/Mühl/Arndt, Richtergesetz, 1992, § 11, Rdnr.1.
- (57) BVerfGE 44, 249 (262); Scheven, in: Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2.Aufl., 1996, Bd.1, S.352; Walter, in: Hailbronner, HRG, § 46, Rdnr.4.

- (58) Dellian, in: Dallinger/Bode/Dellian, HRG, 1978, § 46, Rdnr.3.
- (59) 例えば、人口統計学を前提とする特に高度な学生数に対応するため。Vgl. Kehler, in: Denninger, HRG, 1984, § 46, Rdnr.15.
- (60) Vgl. Kehler, in: Denninger, HRG, 1984, § 46, Rdnr.13.
- (61) Vgl. Fürst/Mühl/Arndt, Richtergesetz, 1992, § 12, Rdnr.2.
- (62) Vgl. Kehler, in: Denninger, HRG, 1984, § 48, Rdnr.3.
- (63) したがって、政府によつて設定された抽象的な査定基準も、学問的に価値のある職務執行として研究者を評価する点で研究者を害する⁶¹から、疑わしい。Vgl. Hartmer, WissR 1998, S.152 (169); dazu auch Bönders, ZBR 1999, S.11 ff.; Hartmer, ZBR 1999, S.217 ff.; zum Rechtsschutz Schnellenbach, ZBR 1999, S.53 ff.
- (64) Reich, HRG, 6.Aufl., 1999, § 46, Rdnr.2.
- (65) Vgl. Deterbeck, in: Sachs, GG, 2.Aufl., 1999, Art.97, Rdnr.6.

訳者後記

本稿は、二〇一七年一〇月九日、日本大学法学部において行われたウドー・フィンク教授 (Prof. Dr. Udo Fink) による講演「期限付きの官吏任用は、法律上の通例として許容されるのか」(原題: Ist die Verbeamtung auf Zeit als gesetzlicher Regelfall zulässig?) を、教授のご了承を頂いて翻訳したものである。本稿は、講演原稿に加筆修正及び文献の追加がなされた改訂版に基づいている。本稿の原文は、『Comparative Law Vol. 35 (2018)』に掲載予定である。翻訳の許可を快く与えてくださったフィンク教授に心より感謝を申し上げる次第である。

「ローマ法と法学教育」

ヘンリー・ジェームス・サマナー・メイン

菊 池 肇 哉 訳

訳者解題

当論考“Roman Law and Legal Education”「ローマ法と法学教育」は一八五六年にケンブリッジ大学関係者の多彩な分野の論文を集め公刊された*Cambridge Essays*『ケンブリッジ論集』(London, 1856)の劈頭(pp. 1-29)を飾ったものであり、サー・ヘンリー・メインHenry James Sumner Maine (15 August 1822 - 3 February 1888)の著作としての処女作『古代法』(一八六二)に五年遡るものである。初出は上記論集であるが、Henry Maine, *Village-communities in the East and West. Six lectures delivered at Oxford*『東西村落共同体論』(John Murray: London, 1st ed, 1871)が、

「ローマ法と法学教育」(菊池)

一七五 (一〇一二)

百頁以上、大幅増補された第三版（一八七六）以降、本文末尾と補遺（Appendix も第三版より増え複数 Appendices になる）の間の「論文・公演集」にあたる最後尾に、メイン生存当時の英国の標準版である John Murray 版では配置されることとなる。通常はより入手しやすいこの『東西村落共同体論』よりの引用が多い。

訳出に当たり、一八五六年当時のオリジナルと、再録初版である『東西村落共同体論』第三版（3rd ed, pp. 330-383）を参照した。活字割りが変えられ『東西村落共同体論』第三版では頁数が多くなっている他、基本同一である。

先に「論文・公演集」（便宜による「仮称」で索引 Index では、列挙されるのみで、「項目」として明示されていない）と述べたが、メインのインド渡航直前の第一作『古代法』（一八六二）は代表作として好評を博し当時着々と版を重ねており、インド帰国後ケンブリッジよりオックスフォードに移籍し、同大での講義録の体裁でインドでの経験を踏まえて出版した第二作が『東西村落共同体論』（一八七二）である。処女作は余録抜きで売れるので、インド論を軸とした東洋・西洋の比較原始共同体論という専門的すぎる第二作のテコ入れとして、初版より五年後の第三版（第二版は翌年）より、過去に公開された自己の論文や講演集を「雑録集」のような形で本文と付録との間に挿入したと思われる。

この「論文・公演集」の序列は、おそらくメイン本人の意向によるもので、その内容の分析により「末尾」に置かれた当論考の特殊な位置付けが見えてくる。（１）最初に置かれるのは一八七一年のリード講義 Rede Lecture である“The Effects of Observation in India to Modern European Thought”「インド儀戒・慣習律の現代ヨーロッパ思想への

影響」である。これは、一九六九年に帰国したメインのケンブリッジ大学でのお披露目公演であり、同年に出版された『東西村落共同体論』と一体性が高く、両者とも帰国二年間を経、満を持してのメインの学者としての再デビューである。(2) 次に続くのが、インド滞在中、メインが副学長を勤めたカルカッタ大学で評議会The Sanate に対して行われた記念公演であり“Adress to University of Calcutta I-III”「カルカッタ大学記念公演I-III」として、各、一八六四年、一八六五年、一八六六年の三月に対応する。(3) 三つ目は、体裁上、“The Theory of Evidence”「証拠法の理論」と改題されているが、原題は、“Mr.Fitzjames Stephen’s Instoduction to the Indian Evidence Act”「フィッツジェームズ・ステイーブン氏のインド証拠法序説」でメインの友人で六歳年下のケンブリッジ大学トリニティ・ホールの後輩でもあり、「ケンブリッジ使徒会」の後輩でもあり、インド統治の後継者であったジェームズ・フィッツジェームス・ステイーブン James Fitzjames Stephen (3 March 1829 - 11 March 1894) の「インド証拠法一八七二」に「序説Introduction」として付された一三〇頁ほどの「証拠法論」への翌一八七三年The Fortnightly Review 一九巻に掲載された書評である。批評論文ながら、一足先に本国に帰任した先輩からのエールでもある。(4) そして、四つ目、最後尾に置かれているが、当メインの最初期のローマ法論文、「ローマ法と法学教育」である。単純な時系列によらず『東西村落共同体』本文との関係性の強さで順序付けられている事が分かる。

その中で、当論文は唯一、飛び地のごとく(1) インドに関係がなく、(2) 処女作『古代法』以前に書かれている。逆説すると、ほとんどお蔵入りにしたケンブリッジ大学欽定ローマ法教授時代の講義ノート等、最初期のローマ法関係の叙述の中で、メインは、当論文だけは再出版に堪えうるものとして一八七六年、五四歳の成熟期でさえ、愛着を

保ち続けたとも言えよう。

当論考の主な重要性は二点ある。（１）手稿以外に入手できるメインの学術的「印刷作品」としては、最初のものである事。（２）メインの作品の中で唯一ローマ法を正面から扱っている物である事、である。

これは、メインは『古代法』以降、ローマ法を比較歴史法の「傍証」とするが正面から扱うことはなくなったためである。当論文を書いた一八五六年には、メインはケンブリッジ大学「ローマ法欽定教授 Regius Professor of Civil Law」（一八四七―五四）を勤める傍ら、五二年より法曹学院 Inns of Court の講師 reader をロンドンで勤めており、六一年に『古代法』を発表した後、六二年にインドに渡航する前の期間であった。彼は当論文を「Late Queen's Professor of Civil Law 前ケンブリッジ大学ローマ法欽定教授」の肩書で、つまり、ローマ法学者として書いている。一般にメイン『古代法』（一八六二）はこの間（一八五二―六二）の法曹学院での彼の講義に主に基づくものであるとされる。ゆえに、メインの最初の二五歳から三二歳までの、ケンブリッジ大学ローマ法欽定教授（一八四七―五二年）の講義ノート手稿が出てこない限り最古のものとなる。しかるに、レイモンド・コックス Raymond Cocks, *Sir Henry Maine: A Study in Victorian Jurisprudence*, (CUP, 1988) のケンブリッジ大学でのローマ法教授活動の叙述を見る限り、史料として大学のメインの講義の講義要項 prospectus を参照しており、かかる手稿の存在は現在まで確認されていない。

現代研究者に比し、メインは自己の学術的印刷作品発表に、極めて、慎重な立場をとっていた。この事は、先述したインド帰国後、二年を経てその業績をようやく印刷に付した事よりも見て取れる。この一区切りの仕事が終わってから二年間の推敲・熟慮を経て上梓というのは、メインの若い時期（晩年の『国際法論』は一年だけフイーウェル国際法教授位を勤め翌年に出版）の自己ルールであるのでは無いかというのが筆者の観察である。つまり、最初のケンブリッジ大学「ローマ法欽定教授 Regius Professor of Civil Law」（一八四七―五四）の雇用期間を終え、二年後一八五六年に処女論文“Roman Law and Legal Education”「ローマ法と法学教育」を、ようやく三四歳の折に出版したのは、恐らく、熟慮の上、極限まで引き絞り弓手を離れた一矢の如き企図である。メインの生涯・作品を見渡した上で、そう考慮してみると、当論文が扱う題材が極めて広範で、メインのローマ法に対するオリジナルな各問題意識を絞り出し、全て煮詰めた如き「雑多な」様相を呈しているのも不思議ではない。

上記に加え、副次的重要性として、（３）本邦においては、恐らくは、ローマ法の論文ということで技術性が高くメイン研究者や英米法研究者からはあまり研究されてこなかった事。例外として内田力蔵氏が「メインとイギリス法の法典化」というテーマに合わせ当論文を詳細に扱われている。（※『内田力蔵著作集２…法改革論』（信山社、二〇〇五）、pp. 167-90に再録）（４）欧文文献に於いても、様々な重要な点で論及されるが、あまり、そのみに集中して本格的に論じられてこなかった事などが挙げられる。

筆者の問題関心として、メインと彼の業績はローマ法学者としてどのように理解され、位置づけられ得るか？とい

う事がある。このことは、しばしば語られるドイツ歴史法学派とメイン歴史法学の関係性や、Peter Stein, *Legal Evolution*, (CUP, 1980) のアプローチをどう評価し「進化論をいかに法学と関係させ理解することが出来るか？」などを含め、簡単なことではない。

以上を解題に代え、詳細と内容については、独立した各論考をもつて論じたい。

ヘンリー・ジェームズ・サムナー・メイン

「ローマ法と法学教育」

近年、ローマ市民法への関心が再燃してきているその理由を突き詰めて問うことが無駄でなければ、ローマ法がますます人気をあつめているのは、結局の所、知識の道具としてローマ法の重要性が広範に認識されている事よりも、むしろ、英国の実務家がその法実務においてローマ法の価値をたまさか垣間見る事に、帰することになる。扱わねばならぬ法学問題がより高度になるにつれ、英国法律家のローマ法からの借用はより顕著となるのが常なのは必定である。しかし、一方で、問題に対し適用される思索が高度となるほど、その複雑性を解決したローマ法体系に対する、かかる人物による賞賛が空疎となってしまうことも、また、不可避であろう。とはいえ、ローマ法学研究が擁護さるべき理由は、きわめて明敏な知性の持ち主のみに理解可能なものでもなければ、深遠な法学上の論点が生じてはじめて明らかになるものでは決してない。そのような理由の多くの健全性は、述べられさえすれば、途端に氷解するもの

であることはお分かり頂けようし、当論文では、そのような点につき読者の御注意を喚起させていただきたいと思う。

ローマ法学とわれわれ自身の法学との歴史的関連は、ローマ市民法に対する増大する関心に、きわめて強力な理由を提供しているものと今や見なされているように思われる。むろん、「ローマ法と英国法の歴史的関連という」その事実自体は、今日では、疑問視されるべきものではない。英国コモン・ローはその全部分、土着のものであるという俗信は、『ブラクトン』や『フリータ』と、『ローマ法大全』とをざっと比べるだけで、どんな場合でも、らくらくと論破しうるだろうし、土着説支持の歴史家の誠実さなど、彼らの先入観が過ぎどうしようもないと言ひ張るぐらいの事でしか擁護しえぬだろう。つまり、ユ帝前の抄典の断片の大編纂物⁽ⁱ⁾やガイウス『法学提要』手稿の発見⁽ⁱⁱ⁾により、今では、英国へのローマ法が浸透時にありえた、唯一の形態に対するわれわれの理解は深まっており、早期におけるローマ法の部分的浸透の容疑はほぼ確実となっている。必然的に、かかるローマ法の早期の浸透は法的古事学者にとつてはきわめて高い関心事であり、さらに、英国の法律家がそれ以前に有していた、より荒削りな諸概念に対する影響といった観点からも価値あることである。しかし、一方で、あまりにも過度の重要性をその事実に与えるべきではない。英国においては、あらゆる知的輸入観念は、我らが受容するやいなや、我ら独自の国民的慣習及び精神性の特殊性に彩られるのが永らくのおきまりであるからである。古来のコモン・ロー法律家により解釈された外国法学は、ほどなく外国のものではなくなり、ローマ法は、他のいかなる制度よりもすみやかに、特有のその性質をうしなってしまう。ローマ法のような、なかならず他制度に傑出し、均整のとれた根本的原理と緊密に対応する法体系は、その各部分を少し改変したり、一、二の支配原理を放逐するだけで、効果的に、全く別のものへと変容されてしまうであ

ろう事、たやすく理解出来よう。ゆえに、ローマ法の各テキストが、我らがコモン・ロー法学の基盤のありとあらゆる点において作用しているのは、事実、それも確実な事実であるのであるが、だからといって、その事から、即、英国法に関する我らの知識が『ローマ法大全』を学ぶことによつて実質的に向上することにはならない。くわえて、ローマ法とコモン・ローの両制度間の歴史的相関性を過度に強調することは、ともすれば、法の哲学の探求者が陥る中で最も深刻なあやまちを犯してしまうことになる。両者を兼学せねばならぬは、われわれ自身のコモン・ロー法学とローマ法学が「過去のある時点で」類似「していた」からではなく、両者は「未来において」類似「していくことになる」からである。つまり、いかに、その揺籃期において、似ても似つかぬものであろうとも、あらゆる法は、その成熟期において、互いに類似してくる傾向がある。ゆえに、英国において、われわれは、ゆつくりと、それも恐らくは、無意識かつ否応なく、だが、しつかり確実に、ローマの法学者たちが何世紀もの経験とうむことなき研鑽を通じて到達したのとまさに同じ法的思考様式および法原理の思想に、自らをなじませてきている。

もつとも、われわれの法がまさに目の前で体験している浮沈や変化が、『ローマ法大全』に含まれているものほど成熟し高度に洗練された一団の準則の体系を学習する最も強力な理由を与えるのはなぜかという理由を詳述しようとするれば、それは、ローマ法と法科学 science of jurisprudence との関係の解決とほぼ同じであり、そのような研究の長大さ、困難さを鑑みれば、今回のような一論文の紙幅でなさんとすることは明らかに馬鹿げていよう。しかし、また違った一連の考察で、独自のやりかたで、法的もしくはは一般的教育を修めた人物全てにこれ以上ないほど強く印象付けることに、同様に力あるものがある。そのような考察が証明しようとするのは、ローマ法の無知ゆえわれわれの

断罪される無知の法外な広域性である。英国の最高の教育を受けた人物でさえ、人類の学識の一般的な総体の中で、ローマ法という要素がいかに大きな重要性を占めているのか、また、英国に限られず人類の思想のあらゆる生産物中にローマ法がいかにひろく侵入、浸透、変質させてきたのかを完全に実感することができるとは、疑わしいと言える。このことがどの程度真実であるかに対しなんらかの的外れな考えを与えようと努力するその前に、われわれは、まず、われわれ自身のコモン・ロー法学とはちがい、ローマ法は、決して、判例の体系 a system of cases ではないことに、読者の注意を喚起せねばならない。ローマ法の体系としての特質は、——もつともこれは実用的便宜のため不適切ではあるのだが——一連の原理及び明文化された準則によりなりたつ体系であると述べることで表現され得よう。英国においては、法廷弁護士の仕事は一团の先例から、「それら」を包摂すると同時にこれから司法判断を受けるべき事実状態をも包摂する、一定式 formula を抽出することであり、敵対側法廷弁護士の職務は、同じ一团の判例、もしくは他の一团の判例から、同様に明白な適用性をもつそれとは異なった定式を抽出することである。それに対し、ローマ法では、先例はそのようなやり方では、絶対に使用されない。『ローマ法大全』が、我々が英国の法律家が「判例」と呼ぶものを大量に含んでいることは、一見、明らかである。しかし、それらは、いかなる点においても、法準則の淵源ではなく、逆に、法準則が適用される事例なのである。言うなれば、それらは法準則に光を当てるために権威者により解決してみせられた事例であり、かかる法準則がいかに操作、適用さるべきかを示すものである。我ら自身のコモン・ローと比較して、かくも早い時期に、そしてより完璧に、ローマ法がこのような方式を獲得するようになったのは一体いかなるわけか？というのは、興味の尽きぬ問題であり、学生が真つ先に自問してしかるべき問いの一つであろう。しかるに、英国人的偏見により、学生は、このような形で構成されている法学は、控え目に言っ

て、変則的 *anomalous* と考えることはあり得よう。にもかかわらず、ローマ法の仕組みは、わがコモン・ローと同じく、極めて分かりやすく、自然なものである。この事の証左として、英国のコモン・ローは、その初期の理論家は、明確に、これと似かよった特質を有していると解されていたことを特筆しえよう。つまり、コモン・ローは、確定的原理に調整され、明示された準則の均整のとれた体系としての形で、「この世のどこかに somewhere」在るものと見なされていた。しかしながら、かかる体系的知識は、充分な量の原寸大の形では裁判官らの胸中にのみ留めおかれ、法的素人たる大衆と法専門職の大部分は、そのような準則を、司法判断を受けた各判例の事実と複雑に入り混じった形でしか識ることを許されないと考えられていた。このような古来よりの伝統的理論の様々な痕跡は、我が国判決や法廷の議論の言葉遣いの随所に残っており、そのような例の中で、われわれは、比較及び帰納により諸先例より抽出された法的命題 *legal propositions* という意味での「原理 *principles*」という用語の、一風変わった用例をおそらく挙げる事が出来るよう。

ゆえに、ローマの法学者の本来の仕事は、明示的な成文準則の解釈と適用に限られていた。むしろ、かかる過程は、一定限度は、あらゆる法体系の専門家 *professors* により用いられざる得ぬものであり、我々自身の法体系においては、殊にわれわれが議会制定法を扱おうとする場合にそうである。しかし、ローマにおいてこれらの占めた広大な領域は、英国の実務とは、全く比較にならぬが、「ローマで」歴史上事実そうだったように「英国でも」、全体として並外れた精緻さと忍耐力、個別の事例においては並外れた天才性に特徴付けられた一階級の人々の、主要な修練の場として成立してきている。このように、これらは、英国実務家が何世紀もかけ追求してきた諸成果を達成する手段である。わ

れわれ英国人は、恥ずかしげなく、時には矜持のごときものすらもって、自身の制定法解釈における失敗 *success* について語るのであるが、その際、われわれが自由に使いこなせるものといえ、ローマ法学の提供する道具立てとは似ても似つかぬものであり、ローマ法学は、一部は、明確な規則と、一部は、適切な範例により、成文法の理解と運営を追求していく。もし、われわれが、ローマ法学者に考案された解釈方法が彼らの主題に対してもたらした効果を、幾何学者らが空間の関係性を論ずるのに使用する数学的分析より導かれる有用性に匹敵・対応するとするなら、これ以上、正当なことはないだろう。これら双方の助けを得てはじめて、ほぼ克服不能に思われた各難題は大したことでなくなり、ほぼ到達不能にみえた進歩過程 *progress* は許容限度まで縮減される。このような比較対応 *parallel* はさらにすすめることが出来、両種の各知的訓練のもたらす特殊な精神習慣 *special habit of mind* についてもそうである主張することができよう。ローマ法の修練により習得することの出来る思考傾向 *the bias of thought*、理由付けのそれぞれの仕方 *the modes of reasoning*、例証の習慣 *the habits of illustration* といったものほゞ、特有、特別で、かつ他に際立ったものは確かにないであろう。学生にとり、このような精神的視界の特殊性を解するには、英国法学習熟に必要な努力とはくらぶべくもないほどの精神緊張と学習期間しか必要とせぬが、しかしながら、それでもそれらは何らかの努力抜きには獲得できぬものである。重要なのは、それらが要求する努力にみあうだけの十分な見返りがあるかである。それらは、あらゆる分野の思考および研究に浸透しており、ローマ法の知識の一定限度の探求はあらゆる法律家やあらゆるしかるべき教養人に不可欠である事を指摘する努力をすることによってのみ、われわれはその問いに答えうる。

第一に、この二世紀近く、ヨーロッパ大陸における「道德哲学 Moral Philosophy」に関するあらゆる議論は、ローマ市民法に固有の用語及び理由付け方法にしたがってなされてきている事が注目されなければならない。宗教改革より程なくして、二つの偉大な思想学派がこの種の各題材を分つことをわれわれはみいだす。当初、二者の内、最も影響力があつたのがわれわれに「カズイスト Casuists」として知られるセクトもしくは学派で、その全てはローマ・カトリック教会に宗教上帰依しており、彼らのほぼ全員は各自の修道院に属していた。他方は、『戦争と平和の法』と称される論稿の偉大なる著者フーゴ・グロティウスを共通の知的祖とし、お互いつながりをもつ一群の作家である。後者のほぼ全員は、宗教改革の熱心な支持者らであり、彼らは、正式かつ公然とは、カズイストらと論争状態であるとはいえぬが、それにもかかわらず、彼らの体系の起源及び目的はカズイストらとは本質的に異なっていた。両者のかかわるこの思想部門へのローマ法の影響という点に関し、このような二学派の相違について読者の注意を喚起せねばならない。グロティウスの著作は、全ページ純粹な倫理問題に触れており、かつ、同書は、直接、間接を問わず、数えきれぬほど多くの正式倫理学書の生みの親であるものの、周知のごとく、道德哲学を銘打った正式の論稿ではなく、自然の法もしくは自然法を特定せんとする試みである。自然法概念がローマ法学者のみの創出に関わるかという問題はさておき、グロティウス自身認めるように、いずれにせよ、実定法のどの部分を自然法の一部であると解すべきにかんするローマ法学者の見解は、それが誤謬でないかぎり、最も深い敬意をもつて受け入れられるべきとされている。このことより、グロティウスの体系は、正にその根底においてローマ法と関わりがある。この関係性―作者のうけた法学的訓練はそれ「ローマ法学識」無しでも以下のような結果をおそらくもたらしたことではあろう―は、時にその意図を隠蔽せざるを得ぬ、全パラグラフでの技術的用語法、理由付け、定義、例証の方法論といったものの

放埒きわまりない利用や、ほとんどの場合、読者にとってどこから引用されたのかすらも見当もつかぬ、多様な引用元文献に依拠する議論による強制力や説得力といったものを不可避に引き起こしている。対し、カズイストリー「※カトリック側の道徳神学」には、ほぼローマ法からの借用はない。カズイストリーの用語法には、カノン法経由で、二、三の専門用語が浸透してはいるものの、カズイストリーの著作者の議論形式は各自の学派のどれかの属する一連の神学上の討論よりだいたい採られており、そこで主張される倫理的理解はグロティウスの請け負う所とは一切、共通するところはない。それが、高名であれ悪名高きものであれ、カズイストリーの名の下に書かれたあらゆる正・不正 right and wrong に関する哲学は、大罪 mortal sin と小罪 venial sin の概念間の区別がその起源である⁽¹⁾。ある特定の行為を大罪であると決定することによる酷い結果を回避しようとするごく当たり前の懸念や、同様に理解可能な、プロテスタント主義と争うローマ・カトリック教会を都合の悪い理論を放棄することで援助しようといったことから、カズイスト哲学の著者たちは、大罪のな行為をできうるかぎり大罪違反の範疇からとりのぞき、小罪、つまり、決定的な懺悔の苦行を行うことで赦免しうる罪であると、性格付けようとする入念な基準体系の構築へと至った。この試みの運命は、一般に、歴史として知られているところである。われわれは、聖職者があらゆる種類の人間行為を霊的に監督することをできるようにしたこのカズイストリーによる「倫理問題における各種」区分により、まさに実際に、それが君主、政治家、将官らに、カトリック道徳神学者らが、宗教改革前には前代未聞であったレベルの、影響をあたえることを可能にしたし、実際に、プロテスタントの最初の成功を検閲し困難にしたかの大弾圧 that great reaction に概して真に加担したのを知っている。もつとも、かかる「反宗教改革側のカズイストリーの」企ての出発点は、確実な証明でなく逃避、つまり、原理を発見しようとするのではなく公準 postulate を回避しようとする逃避

げ、つまり、正・不正 right or wrong の本質を確定することではなく「大罪違反とせぬため」何が特定の性質の悪(※倫理上の罪) wrong であるのかを特定することであつたので、カズイストリーは、人間行為の倫理的特質を酷く曖昧にしてしまふまでその詭弁的洗練を突き詰めざるを得ず、我々自身の人間存在の倫理的本能を裏切つたゆえ、ついには、人類の良心の突如の反逆を招き、自身の体系のみならずその博士らもまとめて破滅においやつた。⁽ⁱⁱⁱ⁾最終的に、カズイストリーは、パスカル『プロヴァンシアルの手紙』の中で回復不能な致命傷をこうむることとなつたが、この記念碑的論稿の出現以来、わずかでも影響や名声のある倫理学者なら、おおつぴらにカズイストリーに倣つて、その考察をなすことなぞついぞしなくなつた。こうして、倫理的科学のあらゆる分野はグロティウスの後継者たちのみの指導にまかされたのであるが、それは、いまだ、並外れた程度でのローマ法との混淆の痕跡を提示しており、時に、そのことは、グロティウスの理論の欠陥であると断罪されることもあれば、一方で、最高の推奨を勝ち得ることもある。グロティウスの時代以降の多くの研究者たちはグロティウスの各原理に変更をくわえたり、むしろ、カント批判哲学の登場以降、多くの論者はグロティウス原理の多くを放棄した。しかしながら、グロティウスによる根源的各仮説^(iv)よりはるかに逸脱した著作家たちでさえも、グロティウスの叙述・定義 statement、一連の思考様式 train of thought、その例証法 modes of illustration の方法論の多くを承継しており、それらはローマ法学識に無知な人間にとつては、ほぼ意味をもたぬうえに、論点の解せぬ no point ものである。それに、自然学・物理学もしくは生理学の一部をのぞき、倫理的思索は学問のほぼ全域に関連、影響しており、ヨーロッパ大陸における倫理体系中のローマ法的要素は、ちよつと見、まったくその存在を認識できぬような各分野においてすら、その存在がみいだされる。ヨーロッパ大陸の倫理、政治哲学においてほぼ普遍的である、かかる驚くべきローマ法の影響を、英国のわれわれがあまりにも軽ん

じすぎていたと信ずるのはゆえなきことではない。しばしば、憤慨や驚嘆をこめて言われるのは、海外と英国のより精密な科学の碩学らはお互いに完璧に共感しあっている、たとえば、ロンドンの医者や数学者らはベルリンやパリの医者や数学者らの著作に完全に精通しているのに対し、大陸の法学者、道徳哲学者、政治家、一定限度は歴史家、はてには形而上学者らを英国の同様の学識の研究者を公称する職業知識人らとを隔てる、目に見ることも触ることもかなわぬが、確かに感じる障壁が存する。わが英国が島国であると言った曖昧な指摘は、この異常な事態理解のなんのてがかりにもならない。もつとも、我らの各国家制度の例外性は一部その説明とはなるう。つまり、その根底には英国人と外国人らとの間に横たわる教育 intellectual training の何らかの差異が存するにちがいない。英国人と外国人間の一般的教養総量の差分とは、端的に、ローマ法成分の完全な欠落である。

ここまでの各見解が正しいとするならば、倫理哲学と法学の密接な関連性などいちいちあげつらう必要などおそろく無からうから、英国における法学教育の一部としてローマ法の素養を導入すべきという論は何らかの形で前進することとなるう。もつとも、おそらくは、このような形での理由づけに、倫理的主题に関する（現在の）英国の思想のあり方は、なんらかの冷や水を浴びせかけることとなるう。うたがいなく、ロックの著作やベンサムによるロック理論のはかりしれぬ発展は、英国の知的状況に深甚な影響を与える倫理体系を付与しており、同時にそれらはローマ法よりほとんどか、まったく何も借用していない。しかしながら、いくつかのやり方で反論を述べることはできよう。何らかの一団の原理に基づき英国で倫理哲学を教えることが、はたして望ましいものであるのか、もしくは、可能であるかどうかといったことは疑われるものの、確かに、倫理哲学がその歴史と切り離されて教えられることは好ましくもなければ出来るものでもない。くわえて、ローマ法とベンサム哲学の隔絶は、実質というより形式に存する。べ

ンサムの最新かつ最も明敏な解説者「オースティンら」は、自らのローマ法学の用語法と方法論への嗜好を公的に宣言した。⁽²⁾そして、実際、ベンサムが法的概念に適用した入念な分析のほとんどがローマ法学者らにおける根本的諸前提のうちにみいだされる各命題の確立へと向けられていたといつても、大した推測にもならぬだろう。きわめて日常になじんでいると同時にきわめて技術的でもある英国法の専門用語を通すと、ぼやけたり見失ったりするものもろの真実は、ローマ法学者の用語法をとおせば見あやまりようもなく光り輝く。そして常識が支配的特質である体系を知ることにより、英国における常識が幻想より保護されさえすれば、それらの真実を一体見失うことがはたして可能であるなどと信ずることすらむずかしい。おなじく、英国法がおおっぴら、かつ公然と倫理哲学にふれるときは常に、ローマ法ともっとも深く関わる点で触れていることは瞠目に値する。最初に衡平法裁判所の法学に形 form と体系をあたえた裁判官達の精神へと、特定の学派の法学者、つまり自然法に関する一連の著作者が、与えた影響に衝撃をうけずに、早い時期の衡平法判例集をひもとくことはむずかしい。さて、これら自然法学派の各巻には、倫理哲学がローマ法固有の用語法と理由付けの仕方を保っているのみならず、二つの思想領域が分離でき、お互いに分けて考察可能であることがいまだ認識されていない。今日においてさえ、主張や判決において倫理哲学の一命題が顔をだす場合には、概して、グロティウスの最初の後継者らがまとわせた装いで登場する。かかる特異性は、おそらく、部分的にはあるが、大体において今述べたばかりの自然法論者らの梗概書であるストーリー『国際私法』への信頼がわれわれ「英国人の」の間で国際私法の権威にまで高まっていることより、説明できるであろう。

さて、ここで、われわれは違った性質の各考察へと足をふみいれることとなる。あらゆる言語には法的諸概念を表

し、永続的に法の特質や効力・制裁 sanction にむけられる一連の単語や語句がかならず存する。そのような表現なしに、哲学、国家経済学、神学、はてには厳密科学における膨大な種類の各命題は、けっして言語化不可能であろう。しかるに、英語がかかる表現を英国法から借用している場合がいかにかは注目し値する。実際、我らの法学が我らの言葉に及ぼした影響のなさ以上に、英国法が常に英国の他の思想領域と有している奇妙な関係性に関して、興味深く、例証的なものはない。訴訟法およびその従属分野は、その寄与は大きいとは言えぬが、口語的方言をゆたかなものとするのに貢献してきたし、英米ではかなりの数の法律用語がスラングとして通用している。しかし、根本的法概念を示す古典的英語はほぼ例外なくローマ法より由来している。これらローマ法用語は様々な淵源より英語に浸潤し、「意味変化を」規制する体系や理論をまったくもたずに、もれなくその原意を喪失し、二義的、転義的、一貫しないといった日常語のあらゆる欠陥を示している。素人目から見ても、これは大きな欠陥である。他民族とは異なり、われわれ英国人は、われわれの哲学用語の最も重要な各専門用語を法律家の明敏な知性により、吟味し、ふるいにかけ、精査される利点を喪失してしまっているし、直接的に行為に帰結すべきものごとにかかわる討議において慣習的に使用される場合、法律用語のもたらすあの目を張るべきほぼ神秘的なまでの精確性をわれわれは、自身よりうばいさってしまっている。哲学思索における英国の劣等性がどの程度この言語的弛緩性によってもたらされているのかをのべることはむずかしい。また、計算の上で生み出された悪戯といったものはそれだいたい些細なことであつたとしても、自由な議論「議会」の支配する社会においては恐るべきものとなりはて得る。われわれが厳密な精神に対するこれらの影響を辿ることはたやすい。ベンサムはそれらの言葉のいいかげんさから、みずから固有の用語法を發明しなければならなかつたが、それは今でも彼の思想の影響に対する障害となつている。オースティン氏はそれらの

回避のために積極的に怖気(おどけ)立つほど彼の文体より暗喩を放逐し「無味乾燥なものとし」た。ヒューウェル博士は、ローマの法学者達の厳格な用語法に繰り返し戻ることによって、このことを意識している。しかるに、「かかる言語的」欠陥は、単に法哲学に対する著作者たちへのみ感ぜられているものではない。それは、職業的法律家にもまで及ぶ。全ての話し思考する人々とおなじく、法律家たちはローマ法よりわれわれに相続されたと、今説明されたばかりの各表現を使用している。しかしながら、彼らはそれらを「世俗」表現としてのみ、つまり、技術的専門用語の不備を補う表現としてのみ使用する。あらゆる法学中、最も権威ある重要な用語である「債権債務 obligation」すら、英国法では定義されず、われらが法律家たちより躊躇なしに一貫せずつかわれている。このことは非職業的な世界とは、またちがった帰結をもたらしている。英国の高位裁判官 Bench と弁護士 Bar をその思考の不精確さゆえに糾弾するのは馬鹿げていよう。しかし、生来精確な精神が、単なる民衆的語彙をあつかうことは、冗長性につながる。単語や語句は間断なく精査、限定されねばならぬし、あらゆる重要命題は誤解を避けるため様々な形でパラフレーズされなければならない。こういったわけで、われわれの法廷での議論や判決と言ったものはべらぼうに長くなっている。まただからこそ、ものすごい量の判例法が集積し、他のいかなる民衆の怨嗟よりも、はるかに深刻に、英国の法学に対し革命の脅威をもたらしている。現状このようであり、かつ、他にやりようもないなら、他のいかなるよりすぐれた法的知性をもさしおき、不撓不屈の記憶力といったものに、不名誉な優先位を譲らねばならぬだろう。

民衆言語の助け抜きで、ある技術的専門用語だけで法律家のあらゆる用に足りることは、おそらくは、ありえたことではない。しかし、論ぜねばならぬ問題と法的専門用語がほぼ同義の場合には、言及したような不都合は最小限まで

抑えられる。さて、英国法はかかる場合に当てはまるだろうか？われらの法的言語全体が置かれている特異な状況に留意してはじめて、この問題に答えることが出来る。法的言語の技術的部分は、それが付加物としてあった当時の法体系をどのように考えるにはかわりなく、たしかに昔は、起こってきた問題のあらゆる論点を処理するのに堪能であつたし、それら問題の解決に際してその注目すべき精確性を一切、喪失することも弛緩せざることもなかった。しかし、そういった専門用語の実用性は、以来、失われてひさしい。これまでに、英国法の技術性はその厳格性や精確性をまったく喪失してしまい、同時に、日々に裁判官や法曹の注目する様々な問題の主張と同義であることができなくなつてしまった。われわれは躊躇なく自身の専門用語を濫用している。例えば、「Personality 人的財産・動産」という用語は、好き勝手に各表現に当てはめられているが、元来、物的財産権・不動産権 real property 法に起源を有すこの語は、遂には、封建的な諸概念を言及可能とまで成り果てたものである。その一方で、他の法制度では考えられぬ程度、われわれ法律家は一般的世俗用語法より借用もしている。これ以上、一国の法的用語法に対し辛辣な言などあり得えまい。しかし、かかる侮蔑の言は、一字一句、英国法の現状に関してそのままの真実である。それにはいろんな原因が挙げられよう。常軌を逸したわれわれの法改革はうたがいなくその一因ではある。また、法律家は、通常会話より借用された用語より専門用語が尊いものだと感じて、専門用語を様々な新しい用法へとこじつけがちであることも忘れてはならない。しかし、大本の大原因は、英国においては、組織だった法律教育制度がなかったため、司法的、立法的表現に対して、ほとんど配慮なされていかなかったことである。われわれの英語が様々な言語的起源より派生したことより、いかなる民族にもまして、法科学のこの分野を涵養する必要に迫られていたのだが、ここまで著しくそれをないがしろにしてきた民族は世界中でも他にない。これらの有害な帰結は事ここに至つては明白か

つ目に余るものとなつてしまった。あらゆる面でそれらは顔を出している。無駄に冗長なわれわれの判例集をみれば瞭然であるし。われわれの各議会制定法の失敗にもそれはあらわれている。コモン・ローのさらに高度な問題に取り組むに際してのわれわれの不器用さといったら赤面するばかりである。この問題に対するなんらかの完璧な救済案が存在する振りするのは図々しいだろう。しかしながら、二、三のその場しのぎの緩和策ならわれわれの手に届かぬわけでもない。我々が法的専門用語の技術的要素の崩壊に関してはおそらくはもうお手上げだろうが、一般言語よりの借用的要素に関してははるかに高い確定性、明瞭性、一貫性を付与しうる事は確實であろう。法的用語法は法学教育の独立の一部門として確立されうるし、その改良はローマ法の助けを借りてほぼ際限なく実行され得よう。立法的、司法的表現の学習者に対するローマ法学の有用性を示すのはたやすい。第一に、ローマ法学は、その全部分に行き渡るその厳格な論理的一貫性のみならず、その法学提要式論考の歴史を通じ、いかにして間断なく新しい技術用語の芽生えが育成され、新しい様々な法概念として機能するようになり、廃れてしまった旧来の法技術にとってかわっていくのかを示すことにより、学習者には法の範型として機能する。次に、ローマ法はわれわれの法律言語の内、ここで民衆的部分と呼んできた分の実際の淵源でもある。一連の語と句、「債権債務 obligation」、「合意 convention」、「契約 Contract」、「承諾 Consent」、「占有 Possession」、「時効 Prescription」といったものはその一部の例に過ぎぬ、が、英国法における「限嗣不動産権 Estate Tail」とか「残余権 Remainder」と同等の精確性をもってローマ法では現在でも使用されているし、いた。また、この偉大な体系を学ぶことにより素人も法律家に負けず劣らず利益を得ると主張しても厚かましすぎることもない。英国の全ての哲学的用語が改善されるであろうし、また法学を他の思索的探求の諸分野とつなぎつける思想分野がその進展のための新しい便宜を得ることは極めて確實である。おそらく、ローマ

法学の素養より得られる最良のものは、法的哲学の諸問題への適用に厳密すぎぬと同時に、それらの明晰かつ精確な議論に放縱かつ柔軟すぎぬ用語体系の獲得であろう。

英国人が大陸哲学の大部分を今ひとつはつきり理解できぬのは、ひとえに、多くの民衆的法律用語がローマ法の技術的固有用語と一致するがゆえである。また、英国人にそもそもそういう障害の存在を確信させるのが困難なのには主要なわけがある。多くの場合慣れ親しんでいる言葉を扱っているがため、知的な一般人は用語の専門的用法が日常語と大して違わぬ分野の法的論考を熟読しても^(v)せいぜいの所、半可通の知識しか得られることを、法律家なら皆知っているのだが、一般英国人は、説明されても滅多に合点がいかなのである。しかし、おそらく英国人ならだれしも著名な海外の学者を考察するに際し、その権威的典拠にどうにも不確かな隔絶感を覚えざるを得ぬ、英国と大陸とで共通とされる一分野がある。英国の最も精確な精神の多くがひそかに確信しているのは、国際公法であれ国際私法であれ、国際法は、耳障りの良いお題目の学問 a science of declamation であることである。作者により厳密に解さるべきと意図して書かれた専門用語が、読者によりゆるく解されても、その印象はまったく不自然でない。国際法とくにその最も重要な分野に対する手かがりとしてのローマ法学の価値はいくら強調しても強調しすぎることはない。ローマ法の体系と歴史、双方への知識は、国際公法理解にともに欠かさざるものである。ローマ法が国際体系に対して持つ関係性の不適切な理解はなにも英国人に限ったことではない。英語以外の言語で書く国際法学者（・宣伝広報家）^(vi) publicists の多くは、国際公法の創始者らがそうとした見解に対し自己の学説を位置づけることをさぼってきており、不幸にも現在の国際公法文献に蔓延する大部分の恣意的主張や虚偽の理由付けは、この欠落のせいであるとせざ

るをえない。国際法が史的に探求されぬ限り、つまり、第一に、フーゴ・グロティウスの思想に与えたローマ法学者の各理論の影響、第二に、グロティウスのあの偉大な著作の国際法学の影響を理解しない限り、たちまち、われわれは、それにより唯一「ヨーロッパ共同体 [European Commonwealth]」を永久の無秩序・無政府状態より救うことのでき、その墨守する諸原理を遵守するよう自らを義務付ける、かの規範の総体を解する機会を失う。われわれは、国際法の長所短所ともに理解できなくなるのみならず、安全に改変可能な各機構 arrangements と体系全体を散り散りに崩壊させざる得ない改変との区別もつかなくなってしまう。昨今の国際法の論考の著作者らは、卓越して見えるちよつとした見解を国際法の真の諸原理としてまつり上げてしまい、論拠薄弱な憶説をかかす諸原理に代用したがために、ある学派の政治学者が、国際法を、虚偽の諸前提に依拠し大げさな美辞麗句により強弁された、恣意的準則の場当たりの寄せ集めであると論難したところでおどろくに値しない。一方で、英国人には、さてこれまでほのめかされた批判者のほとんどは英国人なのであるが、世界の他民族に比べ万民法の明確な理解に際し著しい欠陥がある。英国人は国際法のありとあらゆる論点で、自らの教育より奇妙と感ずる思想と例証の特質に出くわす。多くの専門用語は通俗表現と重複することで英国人をがっかりさせる一方で、残りの専門用語の意味に関しては、われわれには、ラテン語源論とローマ非法学文献の対応語の用語法という極めて不十分な指針しかない。英国庶民院が、現代法学がローマ法より受け継いだもつともありふれた用語の一つに数時間の議論^③を費やしたのがつい一年あまり前のことである。また、国際紛争における両当事者がお互い完璧に理解しあう限り国際法の相対的無知は大して問題にならないとか、ありそうな論として、ローマ法は万民法を極めて緻密に研究するには重要であるが外交では不要であるなどと強弁してみせてもこれらの指摘に対する処方箋とはならない。「外交」交渉における英国の成功が明らかにわれわれの

ローマ法輕視に影響されている場合もあるが、われわれや公衆、もしくは他国からの交渉者らが、この理由ゆえに、たえまなく誤解しあっていることにつき疑いの余地はない。事実、これらの不十分な相互理解が、その観点より計画、起草された法的視点のみに負うものである場合、しかるべき論点を喪失し屁理屈と欺瞞に満ちたものとして外交交渉にわれわれが尊敬と感興を拒絶する事、稀ではない。一方で、英国起源の國家記録文書 State Papers は、その強い意義と直接性より、英国人（の精神）にとりそのすべてをその眼前へとさらされるべきものであるのだが、公法上の問題を扱うに際し無意識に追隨する思考の流れに一致せぬため、ぱっとせぬ印象しか、しばしば与えぬものである。実のところ、実際にローマ法の技術性は目に見える形ではないものの、特別訴答手続の技術性が英国コモン・ローの各論点ともつ関係性とは同程度に、外交的諸問題と不可分に入り混じっている。これらの問題の解決されぬ限り、英国の國際影響力は不十分な思考伝達の明確な不利により損なわれる。英公民のかなりの部分が外交交渉文書を完全に解読出来るようになるのが望まれるが、かかる無能のわれらが政治家、外交官への感染防止こそ遙かに喫緊である。ローマ法の英国法律家への有益性いかに関わらず、國際問題の檯舞台で、他国代理人たちに比べ、舞台の他の登場人物らが知的交流の手段としている種類の知識を備えていないと英国が思われるなど明らかな愚拳である。

ここまで言及されてこなかったが、ローマ法研究推奨にほぼ興味をもたぬであろう英国の法実務家でさえ、ローマ法が他のすべてもしくはほぼすべての外国法に対して持つ関係性をかながみれば、ローマ法学の実益を感じぬわけにはいかぬだろう。英国の法律家がその技術的用語法に習熟し『ローマ法大全』の主要な法概念を認識する程度に長期間、ローマ法学習に親しんだならば、彼はわれわれの法廷が繰り返し取り組んできたこれらの外国法の諸問題を、わ

れわれ固有の法実務のみで培われたのでは決して得ることのできない職業的洞察力という利点を持つて扱うことが出来る」と自信を持つて主張できる。ローマ法より全用語法を借用しているか、その各原理を採用しているか、その法原則の大部分を内部化する様々な新しい法体系が間断なく累積していくのはわれわれの時代に最も特異な現象の一つであり、社会進歩のいかなる華やかな現出よりも注目に値する。このヨーロッパ大陸諸国の漸進的民法の統一への近接化は疑いなく第一フランス革命にまで遡る。周知のようにヨーロッパは各封建的慣習により修正された成文ローマ法により統治される一連の国々や地域をかつて包摂していたが、これら各地域政体の制度がその領域を超えて流行したり、支持された証拠はまったくない。事実、前世紀前半においては大陸法の教養人の間で英国法びいきのなんらかの雰囲気があった痕跡をたどることができるとはあるが、残念ながら、これは我々の法学の諸原則のなにかの極めて正確な理解からではさらさらなく、当時流行の英国の政治制度への一般的情熱によるものであった。たしかに、特にフランスについては、慣習法が遵守される地域に対抗して、「成文法地域」の制度を好むような目に見えるいかなる兆候も存在しなかったのであるが、フランス革命の到来で、フランスのための唯一不可分の一般法典が必要となった。仏民法典の真の起草者らがうけた特別な訓練につき分かることはほとんどないが、最終的に『ナポレオン法典』としてできた形をみるかぎり、たいした不精確性もおかさず、当時のフランス実務よりあらゆる封建的不純物を排除したローマ法諸原則の要約である^④と叙述しうる。しかし、それらの各ローマ法準則は全案件においてそれらに与えられた拡張解釈とそれらに対し一、二のフランスの著名法学者、なかんずくポティエにより、与えられた釈義とともに採用されたのである。フランスの各種征服事業により、この法典体系は仏帝国全領域および直接支配を受けた諸王国に移植されたが、それが前例のない速さと粘り強さで根付いたことは否定できない。フランスの各法典に対する最大

の賛辞は、それらの導入諸国の人民と一般公衆における大いなる永続的人気である。この兆候にどの程度の意義を見出すべきかは、われわれ自身の将来の経験から学ぶよりなかるうが、さて、この経験より確かなのは、大衆の大部分が自己の統治される市民生活の特定の各準則に、概して、いかに徹頭徹尾無関心であるか、最も情熱的な法改正運動でさえいかに極めて皮相的であるかという事である。一八一五年のナポレオン帝国の瓦解により、復権を果たした各政府のほとんどは、祖国の古来の慣習に取って代わったこの侵略法学を駆逐しようと極めて強く望んだ。しかし、その人民がフランス法を最も貴重な財産として称賛していることに彼らは気づかされ、仏法を転覆しようとする企みはごく少数の場合をのぞいて放棄され、ほとんどの国家において一時休止ののち、仏諸法典は復興された。そして仏諸法典は一度でもそれを享受したほぼすべての国で再承認されるのみならず、他の無数の政治的共同体でも、時折もつとも恐るべき抵抗を受けたにもかかわらず、成功をおさめた。そのままであれ、少々修正された形であれ、このローマ化された法学の拡散は極めて着実かつ無抵抗であったので、全ヨーロッパ大陸の市民法はそれに併呑、吸収された。なお、加えねばならぬのは、フランス諸法典の民事的部分が、フランスと似た特殊な国制を持つ社会にのみ適合するとみとめられたと考えるのはあまりにもありふれた誤謬であるという事実である。一方で主に遺言上の権限の拡大、もう一方で限嗣権と長子相続権の保全に向けられた修正、加筆を経て、フランス民事諸法はフランスとは似ても似つかぬような社会条件の国々に受容された。仏法とその主旨の六分の五を同じくする成文法学が、現時点で、君主国で根深い封建的地域もあるオーストリア^⑤、フランスのような文明の中心地に極めて近い商業国家オランダ、原始的なほ文明化されておらぬシチリアや南イタリアを、規制している。

さて、半世紀に満たぬ間にほぼ全ヨーロッパにローマ市民法に基づく一法学が拡散したこの事実は否定しえぬ極めて非凡なものであるが、徐々に進展してきた事情にかんがみれば、この事はその重大性の大部分を失ってしまう、つまり、フランス諸法典は英国法と直接的に競合する必要は必ずしももってこなかったと考える人々が疑いなくいる。ヨーロッパにおけるローマ法化された法学のこれらの各征服は、アメリカにおける我ら自身の法体系の諸原理の同じく極めて広範な分野での領有により、相殺されうるという主張をわれわれは容易に予想出来る。その場合、英国の非法典化法学は、そのコモン・ローと衡平法の相克や他の特徴的変則性も含め、すでに何百万人とおり、社会活動においてヨーロッパ大陸の最も進歩的な高尚性をもった各共同体に引けを取らぬことでもはや隠れなき人口集団（※アメリカの人々）を着実にその影響圏へと集積中であると主張され得よう。当論考の目的は英国法を貶めることでもなければ、ましてや、各アングロ・サクソン社会における英国法の適合性を論難するものでもないが、ここで示唆されたような対比は、今の所、期待されたような成果にはつながらぬのが正直なところである。合衆国の母国からの分離より長年にわたり、連邦政府の未占有領域にたてつづけに形成されてきた新州はみな、英国のコモン・ローと早期ニュー・イングランドの諸立法によりロンドン慣習法に幾分似通ったものへと修正されたコモン・ローを、立法不在の場合における、各裁判所の判決の基準とみなして来た。しかしながら、かかる単一モデルへの忠実な支持は一八二五年頃に終わった。ルイジアナ州は、アメリカ合衆国の支配に任されてよりかなりの期間、英国判例法とフランスの法典法とスペインの実務慣習の奇妙な複合体である一団の民事準則を遵守していた。この非調和的な法学の総体の固定化が決議され、一回以上の不成功に終わった実験の後、この事業はリビングストン氏という当代一の法的天才に託された。ほぼ独力で、彼は『ルイジアナ民法典』^⑥を編纂したが、これはあらゆるローマ法の復刻物中、われわ

れにとりもつとも明晰、包括的、哲学的で、かつ、もつとも現代社会の急務に適合的なものであった。いまや、コモン・ローではなくこの『ルイジアナ民法典』を最新のアメリカ各州は自らの立法の基盤とみなしている。事実、この『ルイジアナ民法典』の影響の拡大はアメリカ連邦政府の国家領域の拡大と厳密に軌を一にしている。その上、同法典はより古くよりのアメリカ各州に目に見える影響をあたえてきている。同法典の成功と人気拔きには、おそらく、われわれは、英国法学に課された史上最大の実験、目下進行中のニューヨーク州全法の法典化、確認立法化 consolidation を目の当たりとする栄誉に浴する事は出来なかつたであろう。

ゆえに、ローマ法は急速に普遍法学の「共通言語（リング・フランカ）」化してきているのであるが、現時点でさえ、英国人の感情の現状がその中途半端な実現しか許さぬであろうものの、ローマ法学習は英国の法律家をして、ほぼヨーロッパ全域の各法制度とアメリカの大部分に浸潤するローマ法の技術性と、ローマ法がそれらの基盤として据える法的な諸概念に慣れ親しませることを正当に期待しうる。もしこれらの提案が事実であるとするなら、ここで主張される法学教育の改良をこれ以上唱道する要はほとんどない。極めて機敏な法実務家が外国法の最も単純な問題に対し費やす無駄な労力は、ローマ法教育が教育機関でなされる場合の知識の有益性の尺度である。

多くの英国人にとり、曖昧であるが決定的なものとして、ローマ法学習と激烈な論争のある法典化問題との関係性がある。このようにこれら二つの主題が関係性を持つている事実より、それらがお互いにとりいかなる真の意味合いを有するのか、われわれ自身の見解より、明示する努力をなす必要があるう。しかし、まずその企ての前に、この

「法典化 Codification」の語は現代起源であるが、それにもかかわらず、既に意味変容による質的低下 degradation of meaning をこうむってきており、かかる意味変容は、法的及び通俗的用語法の境界領域に位置するあらゆる英語語彙に潜在すると思われ、ある重要な二義性を生み出してきたと指摘するのは価値あることである。英国法の法典化事業を肯定する側も否定する側も、明らかに法典化を二つの異なる意味で述べている。第一に、彼らは、法典化という語を、不文法の成文法への転換の同意語として使用している。この意味とこれより触れる他の意味との間の差異は、ローマ法学の幕を開けた十二表法とローマ法学を終幕したユ帝『ローマ法大全』の二法典の指摘より最も良く例証されうるのである。法史の黎明期においては、各共同体の慣習もしくは儀式の知識は、普遍的に、貴族階級、一カースト、もしくは神官団といった、特権階級の下に留めおかれてきた。法が彼らの胸中に留めおかれる限り、それは真の不文法である。法寡占階級が独占的情報をてばなすよう強いられ、共同体生活の各準則が成文化され、公衆の眼前に公表され、全社会がアクセス可能になった時、それは成文法となる。それゆえ、十二表法、ドラコンの立法、一定限度はソロンの立法、最初期のヒンドゥ立法などは、この言葉の第一の意味における「法典化」の産物であった。英国の判事たちやフランス慣習法地域の各高等法院が、自身が一般大衆には未だ全貌をあらわにしていけない一団の法の貯蔵庫であると、長い間主張してきたし、自身をそうみなしてきていたことは疑いない。しかし、その根拠の実際の有無にかかわらず、このような理論はすこしずつ崩壊していき、ついには、立法府のみが、それまで以前の実定立法や権威的転籍や権威的記録で法であると明記されてこなかった事柄を、法であると宣言する特権を有すると、明確に、もつとも必ずしも常にすんでではなかったが、認知されるようになったことをわれわれはみるのである。爾来、裁判官職務の古来よりの理論は、あらゆる法は宣明されたものであるが、一方で、その法のいかなる部分に特定の準則

が見出されるべきかを絶対的確定性をもって指し示す権限を有するのは裁判官のみであるという仮定によってかわられた。少なくとも革命の二世紀前には、フランス「Droit Coutumier 慣習法」は、伝統上未だ「書かれた法 Droit Ecrit」こと、ローマ法に對置されていたものの、成文化化しており、王令、「封建法書 Livres de Coutumes」、慣習法学者の書籍の外より慣習法をみいだそうとする素振りをする者は誰もいなかった。さらに、英国法においてしうるあらゆる主張は、『一般制定法集 Statutes at Large』の⁽ⁱⁱⁱ⁾いずれかの章、もしくは、八百巻に及ぶわれわれの判例集のいずれかの頁に見出しうる事を、英国の誰も、とりわけ確実にいかなる裁判官も、否定することはない。ゆえに、英国法は成文法であるし、不文法の成文化を「法典化 Codification」とよぶなら、法典化された法である。しかしながら、「法典化 Codification」という用語は、ユスティニアヌス帝の一大実験との語の関係性よりくる、完全に別な意味でも使われる。ユスティニアヌスが帝位についた時点で、ローマ法は何百年にもわたり書きとめられてきた。ユ帝とその諮問官団の事業は、この書きとめられた法に秩序ある配列を与える事、つまり、ローマ法を曖昧さ、不確実性、矛盾性より救出し、無関係な叙述や不要な重複を削除する事、分量を減らす事、その学習を奨励する事、適用の便宜化であった。この試みは、成功したか否はまた別として、「法典化 Codification」に別の意味を付与した。この「法典化」は、書きとめられた法の「上手に」書かれた法への転換を意味し、この意味では、英国法学は「法典化」されていない。なぜなら、その内在的利点がどこにあるのか知らぬが、英国法は緩慢、冗長に叙述されているのみならず、その『ローマ法大全』に当たるものは法学図書館だからである。しかるに、この第二の意味における「法典化」こそ、確かに、最も高等かつ価値ある人間営為を示すものである。英国がこの事業の資格を得るのに具体的に何が必要とされるかを知ることとはつねに困難であるが、少なくとも許せる程度に明らかなのは、いやしくも法が起草されるならば、

明瞭、簡潔、精確に書かれるのが望ましいという事である。真の問題は、「法典化」自体が良いかどうかではなく、立法事業の完遂を妨げる各困難を克服する力が英国にあるかである。既存法の精確な知識を持ち、立法に必要な語彙を完全に使いこなし、法分類の諸原理に造詣が深い集団を集めることができるか？これが無理ならば、英国法法典化の主張は大いに弱体化される。完全に理解され巧みに運用されるが酷く表現された法のほうが、どこに目あての知識があるか分からぬ酷く表現された法よりましなことを否定するものはほばない。そして、実の所、英国人は優れた制定法を作れるが、法典を求めるにはいまだ未熟であると容認することは、われわれにはまだできておらぬようである。

ローマ法を知つてさえいれば、英国人が法典化に伴う諸問題に対処できるようになるとうそぶくことはできない。それでも、法的及び立法語彙の修養をたすけるローマ法学習が法律家にその事業のための新能力を武装として与えることは確実であるし、英国法律用語に対するベンサムの実験のささやかな成功をかんがみるに、ある種の法学の「速記術 [The Short-hand]」とも言えるローマ法学の素晴らしい専門用語体系の助けにより、はじめて英国法の法典化は実行可能となると主張してもだいたいよからう。法典化反対論者の強弁でよくあるのが法典化された法は注釈を生み出す内在的性向があるとか、時に言うように、法典は常に注解と評釈判例に「覆われる」運命にあるとかいったことである。かかる法典化反対論の学者たちは、よく理解もできておらぬ外国法学の統計より論じるより、自身の経験に目すれば、自分たちの意見がつまらないか矛盾していることがわかるだろう。かりに、法典化された法という言葉で単に書かれた法を彼らが意図するなら、自身の論点を証明するのに彼らは出発点より離れる必要はなからう、なぜなら、ルイジアナ民法典に負けず劣らず書かれた法である英国法は、毎年、一万五千ほどの権威ある判決と、五十冊ほ

どの非権威的注解をたちどころに生み出すからである。もう一方で、これらの批判者たちにより法典化された法という言葉で、人間技術の極限まで明瞭かつ調和的に表現された法が意味されているなら、かれらの主張は、よくできた制定法ができたの悪い制定法より多くの注釈を生み出す、つまり、土地移転許可料及び限嗣設定排除馴合訴訟廃止法 the Act for the Abolition of Fines and Recoveries⁽ⁱⁱⁱ⁾がテルソン法 the Thellusson Act^(iv)より多くの判例を生み出したはずだということでもない結論を生み出すからである。おそらく、このような言いがかりの根底にある事実は、いかに高度な技術が法典に適用されようが司法解釈による法の拡張を完全防止することは不可能であることである。ベンサムはそうは考えなかったし、いくつかの法典でも単なる司法判例に基づく訴えが明示的に禁止されていることはよく知られている。しかしながら、法準則の現実の事件への適用がその帰属する法体系を拡大、変質していく過程は、極めて精妙で気づくことのできないものであり、法解釈者の意思に反してまで進行するものである。また、あらゆる法典において、法典の供給する諸原理はすべてのあり得る問題の解決と同値であるという、直接間接の暗黙の前提は、ベンサムが裁判官生成法 Judge-made Law とよんだであろうものを作り出す権限を必然的に伴うと思われる。しかしながらそれでも、司法による法鼎立 judicial legislation を最小にする手段はある。法典は、制定法同様、起草者の起草技術に比例し司法判断による解釈者の役割を制限する。極めて控えめな利用ではあるもののフランス法の解釈で判例が利用されているが、それに対し、ナポレオン法典の起草者たちより多くの有利な立場を有する起草者らにより作成された『ルイジアナ民法典』は、期待通り、アメリカの同州の法律家たちは判例に対してなんの敵意をもっておらず、のにもかかわらず、判例法によりほとんど変更を受けていないと言われる。しかし、司法判断先例過依存への最も確かな処方箋と英国法の一法典の不完全性への最良の軽減策は、ローマ法学の中で極度に発展された特有の機微である。

明示的成文準則の解釈と操作において与えられるローマ法よりの教訓につき、われわれはすでにみてきた。ローマ法学の学習それ自体がこれらの特定の訓練教育であるとすら首肯できる。

しかしながら、訴訟で争われた問題とは別に、われわれの法で常時進行している「暗黙の法典化 the tacit Codification」(常に第二の意味に解さる)につき注意が払われうる。毎度、一連の判例の帰結が一つの方式 a formula に表明されるたび、それが個人の学識による権威であれ長期の慣用による権威であれ、その方式は権威をまとうこととなり、各裁判所は元来それが依拠した各判例に訴えるぐらいでは、その文言を変更することに消極的になってくるに至る、そんな時、そのような条件下で、「その限りにおいて pro tanto」、ある種の「法典化」が存する。幾百もの、いや、事実幾千もの裁判官見解：内、少なからぬ命題は定評ある法学作品、たとえば、『売主及び買主について』だとか『権限について』だとかの著名書籍の作者らに誘発されたものであるが：は、法典テキストと名称上でのみしか区別がつかない。また、法曹界に流通する言葉遣いが隠蔽しているものの、鋭い観察者なら、今現在、各特定の法的原理がいわば、型に嵌め定型化される stereotyped 過程が並外れた速さで進展中なのを見抜くだろう。実は、これは、膨大に膨れ上がるわれわれの判例法に完全に圧倒されてしまわぬよう、われわれを救済してくれる主要作用の一つである。このように到達されたテキスト操作において、ローマ法の与えるものとして従来、叙述されてきている各補助手段の働く余地がある。しかしながら、決して絶えることのない、ある準則が先例群を見直すに際し変形、変更される機会^(x)は、命題は固定されたものとして解さなければならぬという解釈原理の濫用を疑いなく防止するものである。しかるに、議会制定法にはそのような変更の危険性は切迫してない^(xi)のではあるが、われわれの法学の当部門の現

況、その広域性と今までになく増大する重要性より、われわれの法学教育改革はもつとも差し迫った課題となっているのは確かである。われわれの間で今やほぼ諺のごとく膾炙するのは、英国法律家は、自己の精通する判例法分野では無双であるが、明示成文立法を扱うには無能である、の言である。しかしながら、この落ち度は立法府にあるとみなし、実務法曹は、この欠陥を軽々と恥かしげなく口にする。われわれの立法が明晰性、簡潔性、秩序だった配列において時に最高の水準にみたぬことは問うまでもなき事実であり、かかる自白の主旨は徹頭徹尾真実であるのだが、それでも、この言い訳は、単に叱責の矛先を一段ずらすのみに過ぎぬと思われる。というのも、われわれの制定法は法律家により起草されていること疑うものはおらず、とどのつまり、秩序だつて配列する能力や包括的表現の力量がいかなるものであれ、それは法曹職 the Bar の中に見出されるからである。それゆえ、制定法集 Statute Book は立法府の誉れとはとてもならぬものの、同時に、「各法専門家の恥 opprobrium jurisperitorum」ではある。もつとも、それらの立法状況を考慮すれば、これはしばしば目を見張る素晴らしい仕事をしてみせる各起草者のせいではない。英国法律職一般に特殊な精神習慣に起因するとするのがずっと正当である。そして事実、これは、法体系の一貫性と一体性保持には、裁判官同士における共通理解と各裁判所間の自由な先例交換同様、統一的法学教育制度が不可欠であるという重大な真実を失念することによりひきおこされる多くの帰結のひとつである。

しかし、今ここで思い切つて提案してみせた命題を立証する前に、制定法のこれらあらゆる欠陥を議会における手続きに帰する見解にも注意をはらつてみなければならぬ。いわく、各起草者の選任に十分な注意がはらわれておらず、最も高度な技術と努力の成果ができの悪い者の手によるものと区別なく併記されるため信用を落としていると。

しかしながらこの災厄の最大の淵源は、両院通過の際に修正を入れる慣行にある。そのため、元の草案には行き渡っていた用語と概念の統一性は完膚なきまでに破壊され、法案は第一起草者が視野においていた特定の各技術的目的を解せぬ者の筆による条項により改竄される。この明らかな欠陥は正のため様々な方策が提案された。ある著名学者は、全提起法案草稿を議会提出前に審査し、後の手続きの一時点で、全法案がその修正も含め、当該院により認容された各修正が当該立法の全般的文脈に調和するよう、照会されるべき公的な法案起草者会議の創設を提案した。いかなる技術的観点からも、かかる機関の有用性は問われるまでもないが、現在の英国国民の感情に決定的に違背するため、この案が採用される見込みはまずない。一見しただけでこれは英国議会の自由に違反するし、実際、このような機関は提案者が想像するより遥かに恐ろしいものである。そのような各目的の完全な実現のためには、この委員会に、フランス一八四八年憲法下コンセイユ・デタ^(xii)に信任された以上のあらゆる権限により武装させなければならないだろうが、コンセイユ・デタが、事実上、常にフランス立法府の活動により制限をかけられていた一方で、一律に憲法上の自由の犠牲の下その権威と権限を増大してきたことは、正直に白状されなければならない。われわれは注意深く入念に作られた機構によりこれらのあらゆる危険性が回避され得る可能性を排除しようとは露思わぬが、このような強い懸念から、もしより簡単な改革法が見つかるなら、この最良と思われる改革案が延期されることになるのも、しよ
うないかと思われる。

事実として、制定法案起草の困難性と法案修正により引き起こされる混乱は、必要以上に際限なく大きくなっているし、もし英国の法実務家が立法と法の専門用語にしかるべき注意を払う法教育制度下におかれていたなら、そう

なっていたであろう以上に、際限なくひどくなっている。物事 성격上厳密な比較はできぬものの、この学習分野は法的目的のための全言語を代数学における記号と同じ状態にし、それにより、用語使用法の統一と用語解釈における言及の同一性をもたらすことをその目的とすると叙述できる。むろん、実際の所、このような各成果は近似値としてしか達成できぬものではあるが、比較的非効率なものであれ一般的教育機関は社会で共有されている立法語彙の範囲と重要性を決定的に増大させるだろう。現状、各制定法の草案起草者はその同僚より完全に隔離されている。各起草者はめいめいばらばらに作業する。ある場合には極度に完成された技術と知識を持って、ある場合にはそのどちらかを持って、ある場合にはそのどちらもなしに。起草者らは各自個別に自身の立法用語を制作し、国民と各法廷がその解釈をすべき辞典を制作したりする。素人目にも明らかな立法に際する考えうる限りありとあらゆるスタイルがあるのは、制定法集の最近の各巻と、ごく最近通過した最重法のいくつかの草案中にまさにあらわれている。そこでは、極度に技術的な用語の使用と、過度に通俗的な用語の使用という、二つの異なるモデルが採用されているのが明らかである。このような状況下で起草される法案に対する修正の影響は極めて悲惨である。仮に修正により引き起こされる混乱が非法律家の眼にはただちにわからぬとしても、司法判断による精査にふされれば、まさにその価値の十分な理解より、議会による立法の個別の語や句にはたちまち混乱が伴う。修正による改竄は、単なる名人の傑作へのヘボ絵師の筆入れによる描き足しでもなければ、審美眼に障る汚点で識者ならそれを見抜くはずだとかいったたぐいのものでもない。改竄は、それ自体より解読者に提示される情報のみから暗号解読すべき文書や碑文中に突如としてあらわれる、新言語、もしくは新記号、見知らぬ思考習慣といったものに遙かに近い。

法案起草者の孤立化が、英国の各裁判所に課す風変わりな解釈原理により、法案の修正よりもたらされる被害はより拡大される。英国法は、全体として制定法解釈の道具立てが少ないことで、他の法体系、特にローマ法とは区別されてきた。しかしながら、議会制定法のスタイルや配列の多様性が増していくに従い、既存準則の使い勝手はどんどん悪くなっていき、知らぬうちに各制定法を使用するのが億劫になっていき、ついには、高位裁判官、法曹職、制定法注釈者の間で、特定の制定法のみ考慮し、ときにそう表現するように、「当該制定法の四隅より飛び出る travel out of four corners of the Act」事の拒絶を、ほぼ黙認するに至った。英国法を美醜に彩るあらゆる変則性の内、この変則性は外国法学者を驚かせるようなものではまったくくない。しかし、英国の法律家はそれが不自然だという感覚さえまったく喪失してしまっているし、制定法集の各章の様々な制定法がその主題以外、支離滅裂に配列されている限りは、そのことは真実、不可避と思われる。不幸なことに、この事は起草者に影響を与え、その苦難と責務を増している。これゆえに、法起草者は彼の導入しようとする法的改革のあらゆる意味合いを明確に説明するのを強制されるのみならず、それらを宣示しようとする立法用語法のまさに各構成要素の開陳まで余儀なくされている。この事は、だらだらとした長口上を彼に強いると同時に、誤解の危険性に対する彼の責任を酷く増し、迷宮の如き細部の複雑さへと彼を陥らせ、そのせいで、彼の草案は修正や変更により受ける傷をことさら招きやすくなる。英国制定法の欠陥としてその内容の膨大さが繰り返し指摘されてきている。このことは、一部には、各準則そのものではなく、準則の各適用事例を扱おうとするわれわれの立法の顕著な傾向によるものであることは疑いない。英国の制定法起草者は、それらを制限するか拡大する意図を持って、ある根本準則のあらゆる可能な帰結を予期しようとは務めるが、根本準則そのものを新規に改変したり創出したりするリスクを追うことはほとんどない。しかし、このことの大きな要因は、

既に示されてきたように、技術的な立法用表現の共通蓄積の欠乏と、英国法のこの「不備 lacuna」がわれわれに課す司法判断による法解釈 judicial construction⁽ⁱⁱⁱ⁾の方法に存する。実際、英国の全制定法は、法学の永久の宝庫^(iv)に期待されるようなもつと良い体系なら削減できるはずの膨大な量の事項をその背中に負わされているし、こうせざるを得ぬこと自体、立法メカニズムの欠陥に負けず劣らず、われわれの制定法の頻繁な失敗の原因である。

法的、立法的表現の新しい蓄積よりわれわれの語彙を豊かにするとか、全法学の様々な根本的概念をつつむ曖昧さを明晰化するとか、ローマ法の与える例証的比較により英国法固有の多くの原理に光を投げかけるとか、最後には、ローマ法の進化の歴史を観察することによりすべての法準則の体系がたどる運命となる経路について学ぶことが出来るのを請け負うとか言った（実用的な）見込みのためにローマ法に十分に引き付けられる多くの人々がいる。本論者の多くの所見は、これらの研究に対する通俗的情熱に影響されたであろう人々にくらべ、まったく実用的価値がないということ、そういった人々をひきつけてこなかった。願わくは、将来の世代は、「実用的」といった言葉で現在を判断しないようにしてほしいものである。この一語は、いみじくも指摘されたとおり、大多数の人にとり、注意深く堅実なあらゆる思想に取って代わり放逐する代用語と化しており、あげくのはてに、無用の反対語として有用を指示するより、注意して努力して初めて実用性が分かるので最初は主に権威を通じて信じていくしかないものの反対語として実用性が下品かつ即時に目に見えるものを終始指示するようになった。さて、ローマ法の各構成要素の習得より、公私国際法およびヨーロッパのほぼ全ての国、アメリカの大部分の市民法への鍵を得ることが出来るのは確かだし、さらには、他の修練では得ることのできぬ各成文準則の解釈の手管を得ることが出来ると正当にいわれ得、もつ

とも隷従的法実務家にすらローマ法学習の有用性は完全に無縁ではなりえないものの、この通俗的な実用的有益性の概念のせいで、ローマ法学習の供する援助は大部分は直ちに役立つものではないと警告せざるを得ない。ローマ法の評判がかなり上がってきているため、使用する然るべき準備無しに、人々が、ローマ法資料を利用するよう絶えず誘惑されるのは無理からぬことである。英国の法律家が法外な才覚を有している場合以外、『ローマ法大全』を紐解き、英国で一般的に通用するラテン語学識のたすけをかり、まったく独力で自己の眼前の論点にふさわしい最良の事例や準則を選出するのは極めて危険である。ローマ法は厳密に各原理に合わせられた各準則とこれらの準則を例証する各事例の体系であり、原理を手がかりとせぬ限り、その実務家は、ほぼ間違ひなく、存在もせぬ両者の類似性を夢想したり、逆に、それらがそこにあるのに確実に見逃してしまうだろう。結局、何人も『法学提要』に習熟せぬかぎり、『学説彙纂』を読むべきでない。しかし、一旦、ローマ法の根本原理を完全に解すれば、残りはおどろくほど容易に習得できる。それこそ、その容易さは、英国法の計り知れぬ難しさに慣れ親しんだ者にとってみれば、ローマ法学習は兎戯にも等しくなる。

この問題の通俗的印象がなんであれ、英国にはローマ法修養における特異な種々の容易性が存する。われわれは、世界のいかなる他の国々にも劣らず熱意をもつて、ローマ法への糸口と、ローマ法がその手ほどきとなるべき各研究分野を既に探求してきている。古典文学と英国法の間にはローマ法学の位置がしつらえられている。スコラ学と大学で入念に創り上げられた思考慣行と、実務法曹職の準備のため必要上創り上げられた思考慣行との間の奇妙な知的な溝を、ローマ法は効果的に橋渡しする。もつとも、どういいつくろおうと、この亀裂は、法曹界にとり、最も優秀な

様々な才覚をもつ者はそれを確かに克服できるがその大部分が犠牲となるし、おそらくそれほど劣った知性ではない者は絶対解せないにもかかわらずその全能力が犠牲となるものである。おなじく、英国のわれわれは、現代的思想の各段階との接触により外来的思索を除去した純粹古典ローマ法を学ぶことが出来る極めて大きな利点がある。われわれは他の多くの国の法律家とはちがい、まず、近代最初のスコラ学の博士たち、次に、解釈者たちの哲学理論、そして、ローマ法の直近の注釈者たちの銜学趣味により、真のローマ法学に接ぎ木された各問題にかかずらうよう、「自国の伝統的な」慣習や学説に強いられ嫌なおもいをするのではないだろう。これらの付加的恩恵は別としても、難しい学習ではないし、我らの道の余計なものとはかたづけられ整備されている。さて、残るはローマ法の価値の証明のみと思われるが、さて、これが難題である。しばしばローマ法の比類なき卓越性が独断的に主張されるが、おそらくの所、まさにその事より逆に、ローマ法はしばしば輕蔑され信用喪失したりもしている。しかし、解明といわぬまでもここまで（細分まで）明らかにできるような現象はローマ法において殆ど無いのも事実である。結局、所与の共同体の法学における熟練は、他のあらゆる研究分野同様、その各社会条件に依拠しており、その条件の主要なものとして、国民知性がその分野に献身される比率と、その献身がなされてきた期間の長さがある。さて、直接・間接にこれらの全要因があわさり、十二表法からユスティニアヌス帝の改革に至る間のローマ法学に影響を与えつづけてきたのであるが、そのことは不規則的に中断を入れつつではなく、着実に強くなっていく効果と継続的数量的増加を伴いおこなわれた。われわれは、未だ若き民族が、その各法の学習に捧げる、最初期の知的訓練につき思いを馳せなければならぬ。最初の思考過程は一般化であり、そこで初めて、日常生活の様々な懸念は一般原理と固定化した定式の中に内包化されるよう圧がかけられる。若き共和国が全精力を傾けるその法学の人気は、当初は、際限なきものであったが、

ほどなく止むこととなった。法による精神の独占はかくして崩壊した。偉大なるローマ法学が早朝より惹きつけた群衆は数を減らしていき、英国法曹学院の生徒数は数千から数百へと数を減らした。芸術、文学、科学、政治が国民の知力の中で自己の分前を主張することとなり、法学の実践は、実際けつして制限されもしなかったしきさいなものにも落ちぶれなかったが、その科学の内在的魅力に負けず劣らず金銭的報酬に惹きつけられた、法曹社会内に限られることとなった。共和制末期までは、ローマ法は將軍職の特別な才を除きあらゆる才能の活躍の唯一の場であった。しかし、われわれ英国のエリザベス朝時代同様、アウグストゥス時代より知的発展の新しい段階が始まった。詩と散文におけるそのような当時のローマの精華をわれわれはみな知っているが、そのような装飾文学の開花に加え、アウグストゥス時代には自然科学克服への新しい態度を拒否しだす直前であった様々な兆候が存することを注意すべきである。しかしこの時代以降、ローマの精神史は、後の時代の学問の進展がたどることになった軌跡からずれていった。かくして、厳密な意味での短いローマ文学の歴史は様々な要因よりその幕を突如下るすこととなり、そのような原因のいくつかはたどることが出来るが、ここでの分析は不適切であろう。かくして古代ローマの知性は無理やり古い道ゆきへと引き戻されることがとなり、哲学や詩作を幼稚な民族の玩具と侮蔑した時代に劣らず、ローマ法は才能ある者の唯一の適切な活躍の場へと戻った。帝政期にローマ法が生来の才能を引き寄せた外部的誘引の特質は、才能ある者の前に実際に開かれた職業の選択肢を考えてみればもつともよく理解できるだろう。才人は、弁論術の教師になるか、前線指揮官になるか、頌徳文作成のプロとなるかであり、それ以外で、彼に開かれていた活動的人生の道は法実務のみであった。とはいえ、「その選択」を通じ至ることが出来たのは、富、名声、皇帝諮問団、はては、皇帝位そのものであったのだが。

かかるローマの文学作品生産の幕切れは、時に、ローマ人の知性低下、それゆえ、文明圏の知的活力の衰退に結びつけて語られることもあるが、そのような仮説にはなんの根拠もないように思われる。問題となる現象の原因はたくさん考えられるが、そのどれ一つとして、介入する障害を別とし、芸術、科学、文学に吸収されるはずであった各種の才能の劣化をほめかすものはない。現代のあらゆる学問と発明は解体されたギリシャ哲学の断片に基づくものであるが、対し、ローマ哲学に従事したローマ人たちはそのギリシャ哲学の殿堂をまるごと意のままとすることができた。現代の知性の勝利は国民ごとを分け隔てる障壁にもかかわらず達成できたが、対し、ローマ帝国は程なく等質化し、属州の精華たる才能ある若者らのみな集い合った中心地、ローマは、世界中の入手可能な全才能の宝庫となった。これらのことを考え合わせてみると、少なくとも現代のわれわれ自身のものに伍するなんらかの発展は「当初より*à priori*」予期されるものでありえたのかもしれない。しかるに「その歴史的帰結 *results*」につきわれわれがどうか
んがえるかにかは実際関係なく、アントニウス帝時代の「さまざまな人間能力の器量 *capacities*」がジェームズ一世時代のものより小さかったなどと首肯するのは、思い込みが激しすぎ道理にあわぬ事に思える。この事が事実なら、われわれは、これら人間能力の器量が全て使い果たされたその事業が何であつたのか分かる。英国法は分配され得る正当な配分以上の英国の才能を享受してきたが、仮にもし、そのそうそうたる綺羅星の中に、クック、サマーズ、^(xv)ハードウィック、^(xvi)マンスフィールドらのみならず、ロック、ニュートン、ベイコンの全才能、^(xvii)いや、ミルトンやドライデンまでをかぞうることができたなら、一体どのような有様だったろうか。むろん、これらの偉人の正確な対応者をローマ法学の達人らの中からいちいちみつけだそうとするのは無益だろう。しかし、ウルピアヌス、パピニアヌス、パウルの最も深い知性にまで触れた者は、ローマ法学者の著作中に、英国の偉人たちのリストに伍するあらゆる偉

大な才覚を、自身が発見するとたやすく主張することであろう。かれらは、同一の表現の説得力と優雅さ、同一の倫理的見解の正当さ、同一の偏見の無さ、同一の健全な男性的感性、同一の論理に対する鋭敏性、同一の鋭い観察力、同一の一般的事物に対する優秀な分析、同一の特定的事柄に対する浩瀚な一括的把握をみいだす。かかる見解が妄想に過ぎぬと批判するなら、それは、これらの(ローマと英国の)著作者たちが横切つてみせた各論拠に、一つ一つ、みなあたつてみることでしか立証し得ぬだろう。しかし、ここまでに触れた推測による事実はみな、いかに大胆不敵と思えようとも、彼らの見解を支持している。五、六世紀ものあいだ全世界の全知性が未曾有の麻痺状態に襲われていたと(いう馬鹿げた事を)われわれ自ら進んで信ずるのでもない限り、ローマ法学は(払うべき注意すらも払えぬ)もつとも軽率なローマ法賛美家が、敢えて、史上、宣言し得たであろうあらゆる賛に匹敵しうるような(帝国の全才能を引きつけた絶後の繁栄)状態であり、旧来の(陳腐な)賛辞の言では、(ローマ法学がかくあるという)、ここで(新しく)見い出された真実を伝えるのには足りぬということ認めざるを得ないのである。

了

- (1) ジョーウィット氏 Mr. Jowett の『聖パウロ書簡集』第二卷、三五一一二頁に完全かつ明晰に議論されている。
(※) いづれ引用されてゐるのは Benjamin Jowett, *The Epistles of St. Paul to the Thessalonians, Galatians, Romans: With Critical Notes and Dissertations*, vol. 2, (London: Jhon Murrey, 1855) べ' 当論文の一年前に初版が二巻組で出版されてゐる。
- (2) Austin, *Province of Jurisprudence Determined*, App. pp. 46 et seq.
- (3) *Solidairement*. 一八八五年七月二七日庶民院議事録。(訳者補注※仏法では *solidairement* は「連帯責任」として各自個別

に「責任を負う場合につかう副詞であるが、原義より明らかな「全体として in solido」と「各自個別に」は矛盾した真逆の意味になり得るから議会での討論が紛糾したのであろう。当時の法学辞典、仏英辞書等の英訳では、「全体として」と意味をとった「個別に」の両方ある。ローマ法に由来する大陸法学の外部的な包括一体責任と内部的な責任の按分比例の連帯責任法理を解しないと混乱する用語ではある。」

(4) このことは、『民法典 Code Civil』起草者が単に「成文法地域」のローマ法を採用し、「慣習法地域」の慣習を拒絶したことを意味しない。『ローマ法大全』より一言一句引き写されたかのように一見思える『フランス民法典』の条文の多くは「仏地域慣習法 droit coutumier」に由来し、フランス慣習法には除々にローマ法の大部分の要素が浸潤していた。『フランス民法典』で、ローマ法とは異なる慣習法に準拠したのは主に人的関係（※身分法）に関する部分であるのだが、御想像通り、身分法においては「成文法地域」においてさえローマ法学からのかなりの逸脱があった。

(5) 『オーストリア民法典』の編纂はヨーゼフ二世治下ではじめられたが、一八一〇年になるまで完成しなかった。フランス各法典より後に編纂された『オーストリア民法典』の部分はある種のささいな表現の特殊性を除きほぼすべての点でそれらに準拠している。

(6) 周知のようにリビンゲストン氏は刑法典の単独起草者である。民法典編纂に当たり、氏は M.M. Darbigny と Moroliset と親交したが、契約法を含む最も重要な各章は彼のみの筆によるものである。

(7) 『フランス民法典』における「判例利用の精確な程度は、トロロン氏の注解を紐解けば簡単にわかる。」

(i) 原語は the great accumulation of ante-Justinian compendia。时期的、内容的にグスタフ・ヘーネル Gustav Haenel により編纂された Gustav Haenel ed, *Lex Romana Visigothorum*, (Leipzig, 1848) がこれにあたるのではないかと推測される。(このご教示は、古典ローマ法学者の吉原達也教授より賜った。ここに謝辞を記すものである。) 同著の内容を加味し、「大編纂物」と訳した。ヘーネル自身の副題によれば、「七六の手稿に依拠し、七つの古代のローマ法の抄典 epitome を収録したが、内二つはこれまで未編集であり、各章に解説、注釈、付録、前文を付した。」とされているから、他の研究の集積の上にレーネルの作品は成立しており、「accumulation 集積」の言に適合する。

(ii) ヴェローナにおけるニールによるガイウス『法学提要』テキストの発見は一八一六年、当論文の四〇年前の事件に当たる。

(iii) プロテスタント側のホイッグ史観によるカトリックの probabilism, laxism 批判。

(iv) 原語は the Critical Philosophy。イマニエル・カント『純粹理性批判 Kritik der reinen Vernunft』(一七八一)により提示された『純粹理性批判』で示された批判主義の立場をさす。

(v) perusal は接頭辞 per を「徹底的に」と解し「熟読」も、「ざっと・一通り」と理解し「斜め読み・ざっと見」も含意し得、今回は熟読で訳したが、両方で意味が通る。「素人がしつかりよんでも半可通にしかねらず、日常語と専門用語の重複のために、その状態も自分で認識できない」と解した。「素人が斜め読みしても半可通にしかねらず、日常語と専門用語の重複のために、その状態も自分で認識できない」とも解せる。

(vi) 両義に取れる sarcasm。

(vii) 一七六二年より発行された、当初はマグナ・カルタより前年の一七六一年までの制定法を集めた制定法集。編者ダンビー・ピカリング Danby Pickering の死後も彼名義で一八〇七年まで出され続けた。

(iii) Fines and Recoveries Act 1833 (3 & 4 Will. IV c.74) の事。「土地移転方式 property conveyance」としての上位封建所有者側の fine of lands 土地移転許可料 (final concord) (※上位封建領主が土地移転を許可する代わりに罰金を徴収する) を廃止する一方で、下位封建所有者側の common recoveries 限嗣設定排除馴合訴訟 (わざと敗訴して限嗣設定排除を排除し、単純封土権 fee simple にする訴訟) を廃止した。

(ix) 資産家ピーター・テルソン Peter Tellusson の遺言信託に基づいた事件 Tellusson v Woodford (1799) 4 Ves 227 に発する永久拘束禁止則に関する論争に基づく立法のためこの通称がある。正式名称は、一八〇〇年永久蓄積禁止法 The Accumulation Act 1800。最終的に一九二五年不動産法 Law of Property Act 1925 の一六四条一項により廃止された。同法をめぐって混乱していた P. Polden, 'Panic or Prudence - The Tellusson Act 1800 and Trusts for Accumulation', *Northern Ireland Law Quarterly*, 45 (1998), 13 ff.; 木村仁「イギリスにおける「二〇〇九年永久拘束及び永久蓄積に関する法律」の意

義と課題』、『法と政治』 62 (1) (2011), 99-156, at 125-7にテルソン対ウッドフォード事件とテルソン立法法までの沿革の概要記述。

(x) 英米法固有の遡及効に言及するもの。

(xi) 英国では議会主権の帰結として、司法審査 judicial review (違憲立法審査制) を採用しておらず、司法判断による制定法廃止の可能性がないのと、議会制定法はコモン・ローの例外として制限的文理解釈のみがゆるさされているため、司法判決による議会制定法改変の可能性は少ないことに言及している。コモン・ロー圏でも英国特有のロジックである。

(xii) 原語は the Council of the State¹⁾ Conseil d'Etat ロンセイユ・デタの訳語である。フランスにおける最高位の行政裁判、諮問機関。国務院、国家諮問会、参事院とも訳される。一七九九年、ナポレオンにより法律案、行政規則の起草、行政紛争等の解決を目的として創設された。山本浩三訳「第二共和国憲法」、『同志社法學』、11 (1) (1959), 46-57と同問題を参照。

(xiii) 「司法判断による法解釈」と訳したが、この場合の「構築 construction」は「解釈 interpretation」と同義で、裁判所の制定法解釈による法創造機能を表す。英米法独自の含蓄のある訳しづらい用語の一つである。上述のメインの「暗黙の法典化」は裁判官が判決で一団の判例群より抽出される準則を方式化、定義化し、それが事実上固定化傾向を持つことで、どちらも Judge-made law 裁判官生成法の一つだが制定法解釈に関する点が異なる。日本での判例の解釈による制定法の実質的改変もこれにあたり、法哲学的にも比較法学的にも興味深い。

(xiv) ローマ法を意味。

(xv) 法律家であり政治家であつたサマーズ男爵ジョン・サマーズ John Somers (1651-1716) のことと思われる。オックスフォード大学のトリニティ・ホールを出たのち、ミドル・テンプルでコモン・ローを学び、一六七六年に法廷弁護士登録。一六九二年法務総裁、一六九三年国璽尚書、一六九七年大法官就任、サマーズ男爵位を賜る。一六八八年の名誉革命後から、自己の死の直前までの四半世紀を、紆余曲折を経つつもホイッグの領袖として支配した。クックと似た経歴であるが、コモン・ロー法律家というより、ホイッグ史観による革命史描写で、政治家として叙述される色合いが強い。ここで、入っているのはクックよりの連想であろう。

(xvi) ハードウィック卿 Lord Hardwicke の名前で親しまれた初代ハードウィック伯爵フィリップ・ヨーク Philip Yorke, 1st Earl of Hardwicke (1690-1764) のことであろう。一八世紀前半を代表する法律家。一七五三年婚姻法 Marriage Act 1753 の立法や、信託法の改革で著名。

(xvii) バイコンは法律家でもあり、大法官であったが、周知の通り、むしろその才能は専門法学以外の分野に遺憾なく発揮された。その才能が全てコモン・ローに注ぎ込まれたという意味。

学校における信教の自由

——公立学校における祈禱の禁止に関するドイツの判例——

岡 田 俊 幸

- I はじめに
- II 判例
- III 検討
- IV 結びにかえて

I はじめに

周知のように、ドイツ連邦憲法裁判所は、信教の自由に関して、二〇〇〇年以降に限定しても、セクト警告決

定（オシヨー決定^①）やスカーフ判決・決定等の極めて重要な判決・決定を下しており、これらの判決・決定については、日本においてもすでに詳しく紹介されている^④ところであるが、連邦行政裁判所も、信教の自由に関して、連邦憲法裁判所の判例と肩を並べるほど重要で、比較法的見地からしても極めて興味深い判断を示していることは注目に値する。信教の自由に関する連邦行政裁判所の最近の重要判例として、公立学校の生徒が授業時間外に校内においてイスラム教の祈禱を行うことを校長が禁止

することが生徒の信教の自由を侵害するかどうかについて判断した二〇一一年一月三〇日連邦行政裁判所判決⁵⁾を挙げることができる⁶⁾。本稿は、上記の連邦行政裁判所判決を中心として、それに先行するベルリン行政裁判所（以下、「行政裁判所」という。）の決定・判決及びベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所（以下、「上級行政裁判所」という。）の判決を含めて、この訴訟に関連する判決・決定を詳しく紹介した上で、この訴訟に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を加えることを目的とする⁷⁾。

さて、まず、本稿が取り上げようとする訴訟の事件関係を紹介しよう。原告は、一九九三年八月一七日生まれのイスラム教徒であり、ベルリンのミッテ地区にあるディースターヴェーク・ギムナジウム (Diesterweg-Gymnasium) の生徒である。原告は、イスラム教の教義に照らして、一日五回、定められた時間に、イスラム教の祈禱を行うことを義務付けられていると考え、それを実践していた。原告は、二〇〇七年一月一日、授業と授業の間（六時限の授業の後）の休憩時間に、七人の生徒とともに、校舎の廊下で、イスラム教の典礼に従って

祈禱を約一〇分間行つた。祈禱に際して生徒は、自分のジャケットの上にひざまずき、イスラム教の典礼に従って求められる動作を行い、決められた章句を朗読した。他の生徒や教員は、原告らの行つた祈禱を見ていた。祈禱を見ていた教員が校長に知らせた。翌日、校長は、祈禱に参加した生徒に対して、校内において祈禱を行うことは容認できないと述べた。さらに、校長は、同日付けの書面において、ドイツの公立学校においては宗教上の表明は許されず、とくに祈禱はこの中に含まれること、むしろ、学校は、国の中立性要請がその施設の中で実現されるように配慮しなければならないことを原告の親に通知した。学校長と原告の親は話し合いをしたが、解決に至らず、原告は、二〇〇七年二月一九日、行政裁判所に訴えを提起し、ギムナジウムに在学している間、一日一回、イスラム教の祈禱を行う権利を有することの確認を求めるとともに、仮の権利保護も申し立てた。

原告は、原告が授業時間外に校内においてイスラム教の祈禱を行うことを校長が禁止することは基本法四条一項に基づく原告の信教の自由を侵害すると主張したのであるが、興味深いことに、行政裁判所、上級行政裁判所

及び連邦行政裁判所は、この主張に対して異なる内容の判断を示した。すなわち、行政裁判所はこの主張を容認する判決を下したのに対して、上級行政裁判所と連邦行政裁判所は原告の信教の自由の制約は正当化されるとの判断を示した。また、上級行政裁判所と連邦行政裁判所は、たしかに結論を同じくしているが、その理由は異なっている。そこで、本稿は、連邦行政裁判所の判決のみならず、行政裁判所の決定・判決及び上級行政裁判所の判決も詳しく紹介することにした。以下、まず、行政裁判所、上級行政裁判所及び連邦行政裁判所が原告の主張に対してどのような判断を示したのか、各裁判所の判断内容を紹介する作業を行う（Ⅱ）。そして、つぎに、この訴訟に含まれる憲法上の問題点について、学説上の議論を参照しつつ、若干の検討を行う（Ⅲ）。最後に、結びにかえて、日本国憲法の解釈論にとって参考となる点を簡単に指摘する（Ⅳ）。

Ⅱ 判例

一 二〇〇八年三月一〇日ベルリン行政裁判所決定

すでに述べたように、原告は、二〇〇七年十二月十九日、行政裁判所に訴えを提起したが、仮命令の発布も申し立て、本案判決まで、校内で、一日一回、授業と授業の間の休憩時間又は自由時間に、イスラム教の祈禱を行うことを許すように求めていた。行政裁判所は、二〇〇八年三月一〇日の決定⁸⁾において、原告が、ギムナジウムの校内で、授業時間外に、一日一回、イスラム教の祈禱を行うことを暫定的に許容することを仮命令によって被告に義務付けた（主文）。以下、この決定の内容を紹介する。

(a) 「基本法四条は、――留保なく――一項において信仰の自由、良心の自由並びに宗教上及び世界観上の告白の自由を保障し、二項において、宗教活動を妨げられない権利を保障している。基本法四条の二つの項は、包括的に理解されなければならない一つの統一的基本権を含んでいる……。この基本権は、信仰する又は信仰しない内面的自由のみならず、信仰を表明する外面的自由にも及

んでいる。これには、とくに祈禱も含まれる……。被告の見解とは異なり、祈禱を行う権利は、たんに、黙示的、個人的でかつ人目を引かない祈禱である限りにおいて保護されるのではない。信仰の自由とこれと対立する他の憲法法益との間の緊張関係は、個別の事件において、実践的整合性の意味における利益衡量によって解決されなければならない……。」(Rn. 8)

(b) 被告ベルリン州は、原告自身の陳述によると、祈禱は原則的に後で埋め合わせをすることができるので、原告の宗教の自由は影響を受けていないと主張する(Rn. 4) が、祈禱義務が「イスラムの五つの柱」に含まれることは公知の事実であり、原告は、「イスラムの五つの柱」に含まれる祈禱義務と自己の信仰上の確信に基づく祈禱時間の遵守が、原告にとって高い価値を有することを疎明した。決定的であるのは、原告の説得力のある陳述によると、原告が、少なくとも一回の祈禱を授業日に行うことを拘束力のあるものと考えていることである。この種の信仰上の確信を評価すること、又は、本人が拘束力のあると考えている信仰上の戒律を疑問視することは、国家に禁止されている。それ故、被告は、原告

に対して、イスラム教は、例外的に、定められた祈禱時間の逸脱を許していることを一般的に指摘してはならない(Rn. 9)。

(c) 基本法四条に基づく信仰の自由は憲法それ自体に基づいてのみ制限され、この制限は、第三者の対立する基本権及び憲法ランクの共同体価値からのみ導かれるが、「憲法ランクを付与された国家の教育任務 (Bildungs- und Erziehungsauftrag)」(基本法七条一項) からも、また、他の生徒の消極的信仰の自由 (基本法四条一項) 及びその親の消極的信仰の自由からも、さらに、親の教育権 (基本法六条二項) からも、原告が求める範囲における祈禱を原告に禁止できるような制限は導かれない(Rn. 10)。

(d) 被告ベルリン州は、原告の実践した祈禱は、宗教的儀式のデモンストレーション又は自己の信仰の宣伝であって、他の生徒の消極的信仰の自由を侵害するもので、許容することはできないと主張する (Rn. 4) が、「被告は、教育任務及び学校運営に具体的で、かつ受け入れることができない支障が生じていることを示していない。とくに、被告の主張から、たとえ個々の生徒が原告の影

響を受けるとしても、他の生徒又は教員集団の構成員が原告による祈禱の実施に逃げ道もなくさらされていることは、明らかにならない。また、しかるべき組織的事前措置と原告との話し合いにより、他者が容易に立ち入ることができない学校の敷地の領域において原告が祈禱を妨げられることなく行うことを可能にするような無理のない諸条件を創出し、祈禱がデモンストレーション又は広告の様相を呈するという被告の認識した危険に対処することが被告には不可能であったことも、明らかではない。」(Rn. 11)

(e) 「学校運営の支障は、学校が他の生徒の消極的信仰の自由を保障することを義務付けられることとの関連においても認識することはできない。とくに、国に課せられている、学校の世界観的・宗教的中立性の義務は、生徒の宗教的表明を一般的に禁止することを命じていない。むしろ、特定宗派に属しない学校における平和的共生には、生徒が、他者の宗教的確信に寛容な態度をとり、それを尊重することを学ぶことも含まれる……。現実にはもはや存在しない『閉鎖的世界』という印象を子どもに与えることは、今日の学校の任務ではない」。(Rn. 12)

「いずれにしても、国に命じている世界観的・宗教的中立性は、世界観的・宗教的関係性から厳格に分離した、距離をとる中立性ではなく、むしろ、開かれた包括的中立性と理解されなければならない……。基本法四条一項及び二項は、積極的意味において、信仰上の確信の積極的実行及び世界観的・宗教的領域における自律的人格の実現のための空間を確保することも命じている……。」このような形態の中立性がベルリン州学校法で定められた教育目標の根底に置かれている (Rn. 13)。

二 二〇〇九年九月二九日ベルリン行政裁判所判決

(一) 行政裁判所は、二〇〇九年九月二九日の判決において、原告が、ギムナジウムに通っている間、授業時間外に一日一回イスラム教の祈禱を行う権利を有することを確認した(主文)。以下、この判決の内容を紹介する。なお、二〇〇八年三月一〇日の行政裁判所決定を受けて、校長は、原告に六時限の授業と七時限の授業の間の休憩時間に空室を使用させることにした (Rn. 5)。原告は、二〇〇八年一〇月から二〇〇九年三月までは六時限の授業の終了後の休憩時間に、割り当てられた部屋において

祈禱を行うことができた。夏期は日没時間が遅くなり、正午と午後の祈禱の時間も遅くなるため、原告は、二〇〇九年四月以降、学校から帰宅した後に家で祈禱を行っていた (Rn. 7)。

(二) 行政裁判所は、まず、基本法四条の保護範囲を解明し、原告の行為が基本法四条の保護範囲に含まれると判断した。

「原告は、宗教活動を妨げられない権利 (基本法四条二項) を引き合いに出すことができる。この権利は、個人及び宗教的又は世界観的団体に帰属する信仰及び告白の自由の一部である。基本法四条は、一項において、信仰の自由、良心の自由並びに宗教上及び世界観上の告白の自由を、二項において、宗教活動を妨げられない権利を保障している。基本法四条の二つの項は、包括的に理解されなければならない一つの統一的な基本権を含んでいる。この基本権は、信仰する又は信仰しない内面的自由のみならず、信仰を表明する外面的自由にも及ぶ。これには、自己の全行動をその信仰の教義に準拠させ、その内面的信仰上の確信に基づいて行動し、あらゆる生活状況において、自己の宗教的確信を基準として正しいと

判断した行動を示す個人の権利が含まれる」。イスラム教の信者である原告が基本法四条一項に基づく基本権を引き合いに出すことができることは当然である。コーランから得られた確信の保護は、それがイスラム教において一般的に支持されているのか、それとも、信仰の堅い人によってのみ支持されているのかによって左右されない (Rn. 23)。

「基本法四条の保護範囲に、とくに祈禱が含まれる……。何故なら、『宗教活動』は、あらゆる信仰とあらゆる告白にとって中心的意義を有するからである……。学校における祈禱は、これから除外されない……。」 (Rn. 24)

原告は、定められた時間にイスラム教の儀式的祈禱を行うことは自らに拘束力があると考えている。この信仰の教義に従うことが、原告にとってその宗教的告白の発現形態である。原告は、このことを口頭弁論において説得的に示した。被告と裁判所は、信者の宗教的判断を評価することを控えなければならない。この評価は、信仰の自由によって保護されている (Rn. 25)。

「たしかに、人のあらゆる行動が、その人の主観的決

定のみで、とくに保護された信仰の自由の発現形態と見ることはできない。むしろ、個人によってその信仰の自由の発現形態として要求される行動の評価に際して、各々の宗教団体の自己理解を無視することは許されない」(Rn. 26)。行政裁判所は、イスラム学者の鑑定書に基づいて、イスラム教における一致した見解によると、原則として、すべてのイスラム教徒は、朝、正午、午後、夕方及び夜に儀式的祈禱を行うことが宗教的に義務付けられているとの確信を得た。ドイツにおいては、この祈禱を実際に行っているイスラム教徒は比較的少数にすぎないが、上記のことは、国籍にかかわらず、ドイツにおけるイスラム教徒についても当てはまる。祈禱義務が「イスラムの五つの柱」に含まれることが裏付けられた。鑑定書によると、儀式的祈禱の延期または併合は、信者にとって、緊急状態及び特別の外的必要性のある状況において例外的に許される。被告は、原告に対して、正午の祈禱と午後の祈禱を併せて行うことを求めることができ、それによって原告に葛藤が生じることはない」と鑑定書を解釈するが、これは理解できない。原告に葛藤が生じないとする専門家の言明は、原告が祈禱を授業時間外

に、つまり休憩時間に延期する用意がある点に関するものである (Rn. 27)。

(三) つぎに、行政裁判所は、信教の自由に対する制約が憲法上正当化されるかどうかを検討する。まず、行政裁判所は、連邦憲法裁判所の判例を引用しつつ、次のような一般論を述べる。

「基本法四条一項及び二項において定められている信仰の自由は、留保なく保障されている。それ故、制限は憲法それ自体から導き出されなければならない。これに含まれるのは、第三者の基本権と憲法ランクの共同体価値である……。信仰の自由と他の憲法上保護された利益との衝突は、実践的整合性の原則によって解決されなければならないが、実践的整合性の原則は、対立する法的地位の一つを優先したり、最大限保持したりするのではなく、すべての法的地位を可能な限り損傷しないように調整することを要求する」。(Rn. 28)

そして、行政裁判所は、生徒の信仰の自由の制限を正当化する法益として、①国家の世界観的・宗教的中立性の要請、②他の生徒及び親の消極的信教の自由並びに親の教育権、③基本法七条一項に基づく教育任務、④学校

平和の維持を挙げ (Rr. 29)、これらの憲法上の法益が、学校で授業時間外に祈禱を行う原告の権利の制約を正当化するかどうかを検討する。

(a) まず、行政裁判所は、「国家の世界観的・宗教的中立性の要請」が原告の信教の自由に対する制約を憲法上正当化しないと説示する。

「世界観的・宗教的中立性の原則は、国家に対して、何よりもまず、自らの活動において、例えば、学校行事として学校祈禱を開催するに際して、抑制を求める。学校の側から、又は、教員によって、宗教的又は世界観的関係性が学校及び授業に持ち込まれる場合、このことは、中立的に遂行されなければならない教育任務を阻害する可能性がある……。しかし、この中立性義務は、被告の見解と異なり、生徒の宗教的表明を一般的に禁止することを求めている。」 (Rr. 30)

基本法は、国家に対して、基本法四条一項、三条三項一文、三三条三項、並びに、基本法一四〇条と結び付いたヴァイマル憲法一三六条一項・四項及び一三七条一項において、世界観的・宗教的中立性の義務を課している。「基本法は、国教会の法形式の導入を禁止し、特定の宗

派の特権化及び信仰を異にする人の排除を禁じている。国家は、平等原則に基づいて様々な宗教団体及び世界観団体を取り扱うように留意し、自己を特定の宗教団体と同一視してはならない。基本法の自由な国家は、世界観的・宗教的確信の多様性に対する開放性を特徴とし、人間の尊厳並びに自己決定及び自己責任による人格の自由な発展によって造形されている人間像をその根拠としている。しかしながら、国家に命じられている宗教的・世界観的中立性とは、国家と教会の厳格な分離という意味において距離をおく態度ではなく、信仰の自由をすべての宗派のために等しく促進する、開かれたかつ包括的態度であると解される……。基本法四条一項及び二項は、積極的意味において、信仰上の確信の積極的実行及び世界観的・宗教的領域における自律的人格の実現のための空間を確保することも命じている。国家は、個々の国家市民に非中立的な、宗派に拘束される選択をする可能性を与えるために、中立的に振る舞う。国家は、国家市民のとする宗教的及び世界観的立場の多様性を肯定し、この多様性を様々な生活領域における厄介として平準化しようとは試みないことによって、その中立性を保持する。国

家市民が、その信仰を決定し、公の場で告白し、その宗教を私的にも公的にも妨げられるに実践する権利を有する場合、国家は、この領域に対して中立的態度をとらなければならぬ」(Ru. 31)。

国家は、特定の政治的、イデオロギー的又は世界観的方向のために意図的に影響力を行使してはならず、また、国家から発せられる又は国家に帰属させることができる措置によって明示的又は論理必然的に自らを特定の信仰又は特定の世界観と同一視し、これによって社会における宗教的平和を自ら危険にさらしてはならない。宗教的・世界観的中立性は、国家に、宗教団体の信仰及び教義をそれ自体として評価することを禁止する。このことは、とくに、その性質上、宗教上及び世界観上の考えが以前から重要であるところの、国家によって配慮されている義務教育の領域に当てはまる。公立学校を形成するに際して、キリスト教の關係性が完全に禁止されているわけではないが、学校は、他の世界観的及び宗教的内容及び価値にも開かれていなければならない。この開放性によって基本法の自由な国家は、その宗教的及び世界観的中立性を維持する。様々な方向の世界観及び信仰を有

している子どもを共同で教育するときに不可避である緊張状況については、人間の尊厳の発現形態である寛容要請を考慮しつつ、調整に努めなければならない (Ru. 32)。

被告は、基本法一四一条により、ベルリンの公立学校においては宗教の授業は正規の授業科目ではないとされているところ、基本法一四一条は、国家と教会との厳格な分離の発現形態であり、それ故、ベルリンの学校は、世界観的及び宗教的中立性を有する場所である、と主張する。また、被告は、原告の要求を認めることは国家の中立性要請に反すると主張する。宗教的活動を学校において積極的に可能にし、又は促進することを被告は義務付けられないが、祈禱の受忍の義務付けは事実上給付義務になる。何故なら、祈禱を行うための空間を原告に利用させなければならぬからである。イスラム教の儀式は、たとえ原告自身が意図していないとしても、「示威的かつ宣伝的性格」を有しており、学校当局は、その配慮義務の枠内において、異なる宗教を有する生徒や無宗教の生徒を示威的又は宣伝的形態の宗教活動から保護することを義務付けられ、祈禱を行う場所について、原告

を誘導する基準を設定しなければならない、と (Rn. 12)。

しかし、被告の主張する「国家と宗教の厳格な分離という意味における国家の世界観的・宗教的中立性の理解」に賛成することはできない。「ブレーメン条項」と呼ばれる基本法一四一条により、「ベルリンにおいて(も)基本法七条三項一文は適用されず、宗教の授業は公立学校において正規の授業科目ではない」が、基本法一四一条から、被告が、その学校高権の枠内において、学校を世界観的及び宗教的中立性を有する場所にすることも許されることが導出される。学校法一二条に基づいて、宗教の授業は、ベルリンの公立学校においても、宗教団体によって行われている (Rn. 33)。このことから、学校がベルリンにおいても「宗教のない空間」ではないことが導かれる。宗教的及び世界観的シンボル及び衣服の禁止は、法律上、教員及び教育任務を有する他の職員に対してのみ適用される (Rn. 34)。

また、被告は、祈禱の受忍義務は、必然的に、祈禱のために空間を利用させる給付義務を帰結し、被告は原告の宗教活動を促進することを余儀なくさせられる、との

理由から、その中立義務が損なわれると主張するが、この主張は認められない。「たしかに、基本法四条一項は、個人に対して、原則として、その信仰上の確信を国家の支援によって表現する請求権を有していない……。しかし、本件はこのような場合ではない。この関連においてはつきりと強調しなければならないのは、原告は祈禱部屋を求めておらず、裁判所も(仮の権利保護の手續において)このような部屋を用意することを学校に義務付けていないことである。学校当局が、原告に特定の部屋の利用を指示することが必要だと判断する限りにおいて、学校当局は、これを用いて、学校生活に関与する他の人々を祈禱実践との対面から守り、それによってその消極的信仰告白の自由の点で保護する目的を追求している。このような『組織的基準』が必要かどうかは別として、これは、原告の宗教活動の一方的促進ではなく、むしろ、様々な法益の調整に役立つものであり、それ故、まさに国家の中立性の発現である。」 (Rn. 35)

(b) つぎに、行政裁判所は、他の生徒の消極的信仰告白の自由(四条一項)も、また、親の教育権(六条二項)と結び付いた生徒の親の消極的信仰告白の自由も、

原告の権利と対立しないと判断した (Rn. 36)。

「基本法四条は、消極的信教の自由としての形態において、共にしない信仰の宗教儀式上の行為をしない権利を保障している……。ただし、様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、個人は、他者の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していない。これと区別されなければならぬのは、個人が回避可能性なくある特定の信仰の影響、ある特定の信仰が現れている行為、及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を国家が創出した場合である……。連邦憲法裁判所は、学校の側から教室に取り付けられた十字架のケースについて消極的信教の自由の侵害を肯定した……が、学校行事としての自発的な超宗派的学校祈禱に関しては、たとえこれが祈禱をする生徒と対比して生徒をその行動の点において目立たせてしまうとしても、生徒が期待可能な仕方でする逃れることができる限りにおいて、消極的信教の自由の侵害を否定した……。」 (Rn. 37)

「本件においては、学校生活に参与している他の人々が、原告の祈禱に、この意味における回避可能性なしに

さらされているかどうかという点からすでに疑問であるように思われる。何故なら、原告は、祈禱を授業の休憩時間に、つまり、教室の外でかつ授業時間外に遂行しているからである。他の生徒は、参加を強制されておらず、原告の宗教活動を見ることが強制されていない。個々の生徒の消極的信教の自由が個々の生徒に対して、多数派の挙行する学校祈禱を阻止する権利を与えていないとすると、正反対の事例において——一人の生徒だけが祈禱する場合に——異なることが何故当てはまるのか、その理由は明らかではない。一定の宗教的な色彩を帯びている行動様式が同級生に苛立ちをもたらす限り、この障害は、原則として、関係する行動を学校において禁止するきつかけとされてはならない。むしろ、この障害は、授業において異なった行動に向き合い、これに対する理解を呼び起こすきっかけを与える……。宗派に属しない学校における平和的な共存には、生徒が、他者の宗教的確信に寛容な態度をとり、それを尊重することを学習することも含まれる……。」 (Rn. 38)

イスラム教の祈禱が「示威的かつ宣伝的性格」を有しているとの被告の評価が正しいかどうかは未解決のまま

にすることができる。祈禱の中心を占めるのは、信仰の宣伝ではなく、神に祈ることであり、あらゆる外面的に認識可能な信仰表明は「示威的である」と特徴付けられるというだけでも、この評価は疑問である。「学校当局が、イスラム教の生徒が原告の祈禱実践によって圧力がかけられていると感じることを危惧する場合において、少なくとも、教育上の努力では足りないと判断したときは、当局が見出した示威的又は宣伝的形式の祈禱の危険に対処するために、組織的予防措置を講じることが、当局に許されている。」(Rn. 39)

(c) 「祈禱による基本法七条一項に基づく教育任務の具体的支障は、明らかではない。基本法七条一項は国に教育任務を与えている……。国家は、学校制度を組織し、自ら学校を設置するのみならず、教育目標及び教育課程を確定することも許される。」(Rn. 40) しかし、原告は、祈禱を行うために授業のない時間や休憩時間だけを使っているので、本件は、生徒が宗教上の理由から授業の受講義務の全部又は一部の免除を求める事例とは異なる。授業のない時間において、原告が祈禱を行うことを妨げるような比較的具体的な教育目標が追求されていること

は明らかではない (Rn. 41)。

(d) 基本法七条一項に基づく教育任務の枠内において維持されていなければならない学校平和の妨害も十分に示されていない。被告は、学校において宗教と関係のある紛争が生じていること(例えば、異なる宗教団体の生徒間による罵り合い、ラマダンの遵守の相互監視、スカーフを着用しない女子に対する侮辱、名誉殺人の正当化、反ユダヤ主義の考えの表明)を詳細に述べているが、これらの紛争は、本件で訴訟の対象となっている法律問題と何の関連性も有していない。原告が何らかの仕方での種の対立に関与していることも、また、原告の行動がこの種の紛争を引き起こし、又は深刻化させていることも述べられておらず、また、明らかでもない (Rn. 42)。被告は、学校運営を損なう可能性のある具体的な組織的困難が原告の行動によって引き起こされたことを示していない。被告は、将来において多数の生徒が学校で祈禱をしたいと希望した場合について、学校運営の妨害を危惧しているが、このような状況が具体的に予測される根拠は存在しない (Rn. 44)。

(e) 関係する法益を衡量した結果、本件においては、

信仰の堅い生徒が、自分の祈禱のために授業のない時間だけを使う用意がある場合に、原則として就学時間外においてのみ祈禱をすることを、その生徒に期待することはできないことが明らかになる (Ru. 45)。

三 二〇一〇年五月二七日ベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所判決

(一) 行政裁判所の判決に対して被告ベルリン州は、上級行政裁判所に控訴した。上級行政裁判所は、二〇一〇年五月二七日の判決¹⁰⁾において、原告敗訴の判決を下した。以下、この判決の内容を多少とも詳しく紹介したい。

(二) 上級行政裁判所は、まず、原告の主張する請求は、「信仰及び信教の自由の基本権の保護範囲」に含まれる (Ru. 26) と判断した。上級行政裁判所は、次のように説示する。

「基本法四条は、一項において、信仰の自由、良心の自由並びに宗教上及び世界観上の告白の自由を、二項において、宗教活動を妨げられない権利を保障している。基本法四条の二つの項は、包括的に理解されなければならない一つの統一的な基本権を含んでいる。この基本権

は、信仰する又は信仰しない内面的自由のみならず、信仰を表明し流布させる外面的自由にも及ぶ。これには、自己の全行動をその信仰の教義に準拠させ、その内的な信仰上の確信に基づいて行動する個人の権利も含まれる……。とくに、信仰の自由は、信仰が命じている、又は、信仰が表現されている宗教儀式上の行為に参加することを保障している……。それ故に、祈禱の遂行も、基本法四条によって原則的に保護される宗教活動に含まれる」 (Ru. 27)。

原告は、口頭弁論において、校長が行政裁判所の仮命令に対応して自発的に原告に使用させることにした部屋を、冬季においても、比較的わずかな日数しか利用しなかった理由を余すところなく説明することはできなかったが、当部は、原告が、「原告が祈禱暦から読み取った、定められている時間幅の中で」イスラム教の儀式的祈禱を行うことが自らを拘束するものであると考えているとの前提から出発する (Ru. 28)。

イスラム教の戒律によると正午の祈禱を午後の祈禱によって埋め合わせることができるのかどうか、又は、正午の祈禱を午後の祈禱と併せて行うことができるかどうか

か、これらのことができるとして、その要件は何か、という問題は、基本権の保護範囲を規定するに際して重要ではない。「たしかに、人のあらゆる行動を、その人の主観的決定のみで、とくに保護された信仰の自由の発現形態と見ることはできない。むしろ、個人によってその信仰の自由の発現形態として要求される行動の評価に際して、各々の宗教団体の自己理解を無視することは許されない」。しかしながら、原告が義務的であると考えている祈禱時間の遵守がイスラム教の聖典に従うと「強制的なもの」であるか否かは、決定的ではない。何故なら、被告の提出したイスラム学者の鑑定書によっても、祈禱時間の遵守がイスラム教の教義と少なくとも「矛盾しない」ことを議論の出発点としなければならないからである。従って、原告が祈禱時間を遵守することを、内容及び外観に基づいて、イスラム教に根拠のある信仰準則として、基本法四条一項及び二項の保護範囲に含めることは十分に説得的である、とする原告の主張は認められなければならない。また、原告の要求は、正午の祈禱を就学時間の終了後に行うことが原告の信仰する宗教の準則によって原告に許容されている場合であっても、被告の

見解とは異なり、信教の自由の保護範囲から除外されない (Rn. 29)。

(三) しかし、上級行政裁判所は、原告の信教の自由の制約は憲法上正当化されると判断する。

(a) 「基本法四条一項及び二項において定められている信仰の自由は、たしかに留保なく保障されている。しかしながら、制限は憲法それ自体から導き出すことができる。これに含まれるのは、第三者の基本権と憲法ランクの共同体価値である……。留保なく保障された基本権の様々な担い手の間の衝突、及び、この基本権と他の憲法上保護される利益との衝突は、実践的整合性の原則によって解決されなければならないが、実践的整合性の原則は、対立する法的地位の一つを優先したり、最大限保持したりするのではなく、すべての法的地位を可能な限り損傷しないように調整することを要求する」 (Rn. 30)。

(b) 学校でイスラム教の儀式的祈禱を行うという原告の宗教活動の自由は、「基本法四条一項及び二項によって同じように保護されている、無宗教の又は異なる宗教を信仰する女子生徒及び男子生徒の消極的信仰の自由」と衝突する。また、十四歳未満の生徒の親の教育権に影

響を与えている。基本法六条二項一文は、親に、その子の育成及び教育を自然的権利として保障し、基本法四条一項と併せて、宗教及び世界観に関して子どもを教育する権利も含んでいる。それ故、信仰及び世界観の問題において、親が正しいと判断した確信をその子どもに伝えることは、何よりもまず、親が行うべき事項である。これに対応するのが、親には誤り又は有害と思える信仰上の確信を子どもに触れさせないようにする権利である。さらに、原告の求める信教の自由の実現は、基本法七条一項から導出される国の教育任務と衝突する。この任務は学校平和を保障することを含む。最後に、学校における原告の宗教活動は、国家の世界観的・宗教的中立性の要請に抵触する。たしかに、この要請は、国家と教会の厳格な分離という意味において距離をおく態度ではなく、信仰の自由をすべての宗派のために等しく促進する、開かれたかつ包括的態度であると解される。基本法四条一項及び二項は、積極的意味において、信仰上の確信の積極的実行及び世界観的・宗教的領域における自律的人格の実現のための空間を確保することも命じている。このことは、とくに、国家が配慮している義務教育の領域に

も当てはまる。この領域については、その性質上、宗教的及び世界観的思想が以前から重要であった。幅広い多様性を有する意見や見解に対する開放性が、自由主義的・民主的に形成されている共同体における公立学校の形成的要素である。学校は「宗教のない空間」ではないという点において、行政裁判所に同意する。しかしながら、国の世界観的・宗教的中立性義務は、特定の宗派の特権化及び信仰を異にする人の排除を禁止している。国家は、特定の政治的、イデオロギー的又は世界観的方向のために意図的に影響力を行使してはならず、また、国家から発せられる又は国家に帰属させることができる措置によって明示的又は論理必然的に自らをある特定の信仰又はある特定の世界観と同一視し、これによって社会における宗教的平和を自ら危険にさらしてはならない。宗教的・世界観的中立性の原則は、国家に、宗教団体の信仰及び教義をそれ自体として評価することを禁止する。この義務が厳格に遵守された場合、この義務は、要求できないほどの信仰及び良心の葛藤が生じないことを確保する (Rn. 31)。

(c) 関係する基本権及び憲法法益を損傷しないように

調整しようとする場合、学校は、様々な宗教上の見解が不可避的に出会い、この併存がとくに敏感に影響を及ぼす場所であることを考慮しなければならない。Dギムナジウムの生徒の出身国は二九カ国に及び、生徒が信仰する宗教も世界の主要な宗教のすべてを含んでおり、イスラム教においては三つの宗派を、キリスト教においては五つの宗派を含んでいる (Rn. 32)。

「この種の『多元的な』、さらには無神論者も含む生徒集団において、その時々々の宗教活動を求めるすべての要求に応え、さらに、宗教の異なる人や無宗教の人の消極的信教の自由を同じ程度で相応に配慮することは、不可能である。個人は、様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、他者の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していないのであるが……、学校においては多数の生徒が強制的に相対的に狭い空間に滞在させられており、回避可能性は必然的に限定的であることを考慮しなければならぬ。」 (Rn. 33)

同時に、当該学校における際立った宗教的雑多性は、比較的大きな潜在的紛争可能性を含んでいる。その際に

は、未成年の生徒が精神的・道徳的發展過程にあり、その人格の發展はまだ完了していないことを考慮しなければならない。このことから、一方において、宗教上の影響を受け易いこと、とくに同年齢の人からはそうであることが帰結される。他方において、未だ成長の途上にある若い人の場合、必要な尊重と寛容をもって宗教的儀式の實踐に接する能力と用意は、経験則上、しばしば十分には形成されていない (Rn. 34)。

被告は、Dギムナジウムにおける紛争の潜在的可能性が理論的に存在するだけではなく、具体的に学校平和の危険を招来させていることを、一連の例を挙げて立証した。例えば、生徒が、コーランの一定の解釈から生じる行為準則(例えば、スカーフの着用、断食、祈禱の遂行、豚肉の飲食禁止、反道徳的な行動や服装をしないこと、不純な女子生徒の付き合わないこと)に従わないことを理由として、紛争が生じている。この紛争の一部は非常に激しいものであり、受け入れ難い方法で決着が付いている。例えば、いじめ、とくに反ユダヤ主義の傾向を有する侮辱、脅迫、女性蔑視による差別を挙げなければならない。断食の最中に自己規制をしている生徒が、例え

ば、ラマダンの最中に学校のカフェテリアで棒状のミューズリを購入した生徒を「劣等のイスラム教徒」であると非難したこともある。さらに、イスラム教のある宗教団体に所属し、その故にスカーフを着用しない生徒や、宗教団体に所属しないと表明している生徒が罵倒されたり、野卑な言葉で挑発されたりしている。加えて、ある生徒は、他の生徒から、許されないと決めつけられた仕方では化粧した少女との付き合いを断つように求められた。また、反ユダヤ主義の考えが蔓延し、その結果、ユダヤ人の生徒の一部はユダヤ人であることを明らかにせず、又は学校を去っていくこともある。ユダヤ又はイスラエルのシンボルは、しばしば汚損され、又は他の方法で侮辱されている。さらに、移民のバックグラウンドを持つ生徒が、ドイツ人生徒から、軟弱で、抑圧しなければならぬ存在とのレッテルを貼られ、「豚肉を食う家畜」、「くそキリスト教徒」といった罵言によって貶められることもある。学校が、関係する生徒を対話のために集めることができる場合でも、紛争を引き起こす生徒は、通常の場合、コーランが自己の行動を正当化していると主張する。これらの例は、学校の敷地で宗教上の儀

式の遂行を許容し、それが明らかに存在感を増す場合に、いずれにせよ存在する紛争状況が激化することを示している (Rn. 35)。

たしかに、第三者の妨害行為は宗教活動の制限を容易には正当化しない。何故なら、基本法四条一項及び二項は、防御権の古典的作用に限定されず、国家に対して、個人及び宗教団体を異なる方向の信仰又は競合する宗教集団の信者の攻撃又は妨害から保護する義務を課しているからである。しかしながら、通常の場合、このような基本権保護義務から特定の行為基準は導出されない。むしろ、権限を有する国家機関、とくに立法者が、保護義務をどのように遂行するかについて自己の責任で決定しなければならない。保護コンセプトを立て、規範的に置換することは、原則として、立法者が行うべき事項である。その際に、立法者は評価・形成の余地を有する。保護義務違反が認定できるのは、保護措置がそもそも講じられていない場合、講じられた規制及び措置が、必要な保護目標を達成するために明らかに適合的でないか、若しくは完全に不十分である場合、又は、規制及び措置が保護目標を著しく下回る場合である (Rn. 36)。

学校法は、紛争の潜在的可能性に「教育的手段で」対処するというコンセプトに基づいており、考え方の異なる人との寛容な付き合いを教育によって訓練することは、まさに学校の任務である (Rn. 37)。このことは、増大する宗教的多様性を学校において受け入れ、相互の寛容を習得するための手段として利用するアプローチを提供する。しかし、宗教的な動機による干渉、侮辱及び排除といった被告の挙げた事例は、教育的手段だけでは、予測される重大な紛争に十分に対処し、授業及び教育任務の遂行に不可欠な学校平和を維持するのに十分ではないことを印象深く示している (Rn. 38)。

さらに、イスラム教の儀式的祈禱の遂行は他の女子生徒及び男子生徒に影響を与える可能性がある。イスラム教の儀式的義務祈禱は、アラーへの祈りと区別されなければならぬ。後者は「黙禱」としても行うことができるのに対して、儀式的祈禱はその場に居合わせている第三者にとって容易に知覚可能である。何故なら、祈禱者は、標識を付けたり、祈禱用カーペットを広げたりするなどして、祈禱の場所を世俗から切り離さなければならず、さらに、特定の姿勢をとり、聖典を朗読しなければ

ならないからである。また、専門家によると、儀式的祈禱は、集団で行われる様式をとっている。その際、祈禱者の一人がイマームに指名される。共同の祈禱は高い価値があるとされる。原告が他の七人の生徒と一緒に祈禱をしたことは、これに対応している。若者の集団力学的メカニズムを基礎として考えると、祈禱の集団的遂行の局面を無視することはできない。ここに、生徒が影響を受ける可能性があり、ある生徒集団に属する場合に祈禱の集団的行使にも参加するという結果となる。さらに、イスラム教の儀式的祈禱を行うことが、信仰の堅いわけではないイスラム教の生徒に影響を及ぼす可能性がある「宣伝の性格」を有することは否定できない (Rn. 39)。

(d) 「これらすべてのことからして、Dギムナジウムの学校当局が、行政裁判所の仮命令に対応して、儀式的な正午の祈禱の遂行のために遮断された部屋を原告に利用させることを、行政裁判所がこのような補助的措置を講じることを義務付けていないにもかかわらず、決定したことは説得的である。何故なら、これによって、原告の宗教儀式的行為はその同級生の視野から逃れることになり、その結果、原告自身も祈禱を行っている最中に侵

害から保護され、かつ、これと同時に、たとえ説明した集団力学的なプロセスは阻止されないとしても、他の同級生に対する、場合によってはあり得る影響力行使の可能性も阻止され、又は少なくとも減少させることになるからである。このことから、儀式的祈禱を行うための部屋の準備のような学校平和の維持に役立つ学校組織上の措置とこの祈禱を可能にすることは結局のところ切り離せないことが、明らかにになる。これにより、原告が行おうとしている宗教的活動は、不可避免的に、学校当局の学校組織上の補助的措置を必要とすることになる。このことは、原告にとっては、自己の信教の自由の制約を防御することのみならず、不可避免的にこれと同時に、被告に設備上・組織上の給付を求めることが重要であることを帰結するが、設備上・組織上の給付は、教育的手段の使用という構想を基礎としている学校法の法律上の規定に定められておらず、信教の自由に有利に働く憲法上の保護義務を直接的に拠りどころとすることはできない。たしかに、基本法四条一項は、……国家が個人又は宗教団体の信仰上の確信、行為及び表現に干渉することを禁止することに限定されない。むしろ、基本法四条一項は、

個人又は宗教団体のために、人格を世界観的・宗教的領域において発展させる活動空間を確保する義務を国に課している。しかし、基本法四条一項は、個人又は宗教団体に対して、その信仰上の確信を国の支援によって表現することを求める請求権を付与するものではない」(Ru. 50)。

(e) 「さらに、被告には、異なる傾向の宗教又は信仰を有する女子生徒及び男子生徒にも、その宗教を実践するためのしかるべき支援を与えることが義務付けられていることも付け加わる。国は、様々な宗教団体及び世界観団体を平等原則に依拠して取り扱うように留意しなければならず、国自らは宗教問題において中立性を保つ場合にも、様々な、それどころか対立している宗教的及び世界観的確信の平和的共存を保障することができ……。Dギムナジウムにおいては、これまで原告だけが学校の敷地において儀式的な宗教行為をすることを求めているにすぎないとの論証によつて、これに反論することはできない。むしろ、原告に与えた対応措置は類似の利害状況においては他の生徒にも与えなければならないという点においては、被告に賛成しなければならない。」

祈禱室の設置を求める申立てがあること(被告によると、Dギムナジウムだけで五件。)は、このことがたんに理論上の考察にすぎないわけではないことを示している。しかしながら、多数の宗派が存在する状況においては、学校の限られた人的及び物的資源にかんがみると、原告に与えた対応措置を類似の利害状況において他の生徒にも与えることが組織的可能性の限界を超えていることは、被告が説得的に示しているとおりである。例えば、過去に一度設置された「共同」祈禱室は、スカーフを着用している生徒とそうではない生徒との間で口論が発生したり、男子生徒が女子生徒と一緒に祈禱することを拒否したりしたために、閉鎖された。その後は、場合によっては、きめ細かな空間的仕切りをするための広範囲な対策措置を講じ、それが支障なく利用されることを監視員によって保障せざるを得なくなった(Rn. 41)。

(f) 「学校平和のために行われる原告の信教の自由の制約は、原告を過度に害するものではない。学校平和を維持する場合にのみ実現することができ、国の授業及び教育任務も、また、国の世界観的中立義務や宗教を異にする又は無宗教の女子生徒及び男子生徒の消極的信仰の

自由も、原告の信教の自由と同じように、憲法ランクを有する」。本件において問題となるのは、学校平和の妨害の「抽象的な」危険ではなく、被告が例を挙げて述べている出来事にかんがみると、「十分に具体的な」危険である(Rn. 42)。

「原告の負担となる基本権制約の強度は限定的である。被告は、原告に対して、――異なる傾向の宗教又は信仰を有する他の生徒もそうであるが――学校の敷地において授業のない時間に『黙』禱を行うことを許している。学校の敷地でイスラム教の儀式的な正午の祈禱を行うことの禁止は、原告にとって、解消できない信仰の葛藤を招来するものではない。何故なら、提出された専門家の鑑定は、二つとも、核心において、正午の祈禱は、信者が自らの影響力を及ぼすことができない理由により適時に行うことを妨げられた場合は、このために定められた時間が経過した後に埋め合わせることが可能で、午後の祈禱と同時に行うことができる、ということから出発しているからである。最後に、一学年の大部分においては、儀式的なイスラム教の正午の祈禱を日々の就学時間の後に学校外で行う――原告によっても使われている――可能性が

原告に存在していることを考慮しなければならない。その後に残されている制限に比して、儀式的祈禱の許可と結び付いた組織上の効果は、とりわけ、他の生徒との関係で被告の平等取扱義務が原則的に存在していることを考慮すると、はるかに重大である。」(Rn. 43)

「このことから、信教の自由の憲法内在的制限は主張された要求を妨げるものであり、被告には、列挙した諸理由から、原告が学校の敷地でイスラム教の儀式的な正午の祈禱を行うことを禁止する正当な根拠があることが帰結される。」(Rn. 44)

四 二〇一一年一月三〇日連邦行政裁判所判決

(一) 上級行政裁判所の判決に対して、原告は上告した。連邦行政裁判所は、二〇一一年一月三〇日の判決^①において、上告を斥けた。連邦行政裁判所は、上級行政裁判所の判決を結論において支持したが、その理由付けは重要な部分において異なっている。以下、連邦行政裁判所の判決を多少とも詳しく紹介したい。

(二) まず、連邦行政裁判所は、一日一回、授業と授業の間の休憩時間に、校舎の廊下でイスラム教の祈禱を行

うことが「憲法上保障された信仰の自由の保護範囲」(Rn. 17) に含まれると説示する。

「基本法四条一項及び二項は、包括的に解釈されなければならない一つの基本権である信仰の自由を含んでいる……。この基本権は、信仰する又は信仰しない内面的自由のみならず、信仰を表明し流布させる外面的自由にも関係している……。信仰の自由に含まれる宗教活動の権利は、広く解釈されなければならない、例えば、祈禱のように、ある信仰が命じている、又は、信仰が表現されている宗教儀式上の行為にも及ぶ……。たしかに、人のあらゆる行動を、その人の主観的な決定に基づいて、特別に保護されている信仰の自由の発現形態であると見ることはできない。」むしろ、個人が、ある行動を自己の信仰の自由の発現形態であると主張したときは、評価に際して、各々の宗教団体の自己理解を考慮しないことは許されない。重要なことは、当該行動を、各々の宗教団体の信仰準則である意味内容と外形に照らして、基本法四条一項及び二項の保護範囲に含めることが十分に説得的かどうかである (Rn. 18)。

これに照らして判断すると、原告による祈禱の遂行は

基本法四条一項及び二項の保護範囲に含まれる (Rn. 19)。

基本法四条一項及び二項の保護範囲は、原告が祈禱を行いたいと思っている「場所の自由な選択」も含んでいる (Rn. 20)。儀式的祈禱を行うために、原告は、空間を、具体的には校舎の廊下の一部を必要としている。しかし、廊下の利用は、原告の決定権に服していない。むしろ、廊下の利用は学校当局の決定権に服しており、廊下は、通行場所、つまり、教室、科目別教室、教員室、トイレ、出口に通じる通路として利用されている (Rn. 21)。

基本法八条一項に基づく集会の自由においては、集会の場所と時間に関する決定は自由であるが、この決定は集会場所の法的使用権限を前提としており、場所を自由に選択する権利は、他人の財産を自由に使用する権利を含まない。このことは、設置管理者の意思に従って限定された目的規定の枠内においてのみ利用に供されている土地にも当てはまる (Rn. 22)。

しかし、信仰の自由の行使は、集会の自由とは異なる。「たしかに、信仰の自由も、個人に対して、いつもは通行が許されない空間に立ち入る請求権を付与しない。信

仰の自由は、実際に通行することができる場所に限り、市民に保障される。集団的に行使される集会の自由とは異なり、個人の権利である信仰の自由の行使は、通常の場合、類型的に迷惑を伴うような特別に空間を占拠する必要を含まない。信仰の自由は、個人の権利として、原則からすると、ある人がその時々にいる場所であれば、どこでも市民に帰属する」 (Rn. 23)。

このことは、少なくとも、学校において自己の宗教が命じている祈禱を行おうとする生徒にも当てはまる。基本法四条一項及び二項は、信仰上の確信を積極的に実行し、世界観的・宗教的領域における自律的な人格を実現するための空間を確保することを命じている。このことは、国によって配慮される学校領域にとくに当てはまる。生徒は、その人格権を学校に持ち込むと同時に、学校と授業進行に拘束される。生徒は、授業時間と授業時間の間の休憩時間中であっても、簡単には学校を出られない。生徒にも学校から出るように指示することはできないだろう。生徒は、休憩時間中も規則に従って学校にとどまり、―後にさらに論じなければならぬ―制約は留保されるが―学校において自己の個人的好みや必要に応じて行

動することができる。少なくとも、学校へのこのような拘束性にかんがみると、生徒が祈禱の時間及び場所を選択することを、学校当局は問題になっている空間をもっぱら他の目的のために使うことを予定しているとの指摘によって始めから否定することはできない。信仰の自由の保護範囲は、このような状況においては、事実上利用に供されている空間への立ち入りを含んでいる (Rn. 24)。

(三) つぎに、連邦行政裁判所は、信仰の自由に対する制約が憲法上正当化されるかどうかを検討する。

連邦行政裁判所は、まず、連邦憲法裁判所の判例¹²を用しつつ、「基本法四条一項及び四条二項において定められている信仰の自由は、留保なく保障されている。それ故、制限は、憲法それ自体から導き出されなければならない。これに含まれるのは、第三者の基本権及び憲法ランクの共同体価値である。」(Rn. 26) との解釈を確認する。そして、連邦行政裁判所は、①他の生徒及び教員の消極的信仰の自由、②親の教育権、③国の宗教的中立性の要請、及び④学校平和の保護によって自己の信仰を表明する原告の権利を制約することができるかどうか

について、検討を加えている。結論として、連邦行政裁判所は、「学校平和」は憲法ランクを有する共同体価値の一部であって、原告の信仰の自由は学校平和を保護するために制約されると判断した (Rn. 27)。

(a) 連邦行政裁判所は、まず、他の生徒及び教員の消極的信仰の自由によって、自己の信仰を表明する原告の権利は制約されないと説示する。

「基本法四条一項において保護されている信仰の自由は、宗教上及び世界観上の確信を形成し持つ自由、並びに、この確信を告白し流布させる自由に加えて、消極的信仰の自由、つまり、宗教上若しくは世界観上の確信を持たない自由、又はこのような確信を否定する自由も含んでいる……」共にしない信仰の宗教儀式上の行為に参加しない自由も保障されており、このことは、信仰や宗教が現れる儀式やシンボルにも及ぶ (Rn. 28)。

しかしながら、生徒が校舎の廊下で祈禱を行っている原告に出会ったとしても、生徒の消極的信仰の自由は制約されていない (Rn. 29)。

「消極的信仰の自由は、国家に対して向けられている防御権である。国は、個人が回避可能性なくある特定の

信仰の影響、ある特定の信仰が現われている行為、及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を創出してはならない。その点において、基本法四条一項及び二項は、まさに、社会の自己組織化に委ねられるのではなく、むしろ、国によって配慮される領域において、自由を確保する効果を發揮するが、このことは、学校に当てはまる……。しかし、この点においても、消極的信仰の自由は、国に対して向けられている。国に禁止されるのは、例えば、国が教室に宗教的シンボルを設置し、又は、教員が登場することによってその宗教的確信を授業に持ち込むような外形に教員をさせて生徒に向き合うことによって、個人をその意思に反して強制的に他者の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに対面させることである。これに対して、生徒が、学校において、宗教的シンボルの着用又は宗教儀式上の行為によって自己の信仰の自由を行使する場合、せいぜいのところ、他の生徒に対する国の保護義務が関係しているにすぎない。学校という国によって配慮される領域において、国は、個人が、国の責任によって、その消極的信仰の自由を侵害し得るような私的な第三者の宗教的表明

にさらされるということがないようにすることも保障しなければならない。生徒の信仰表明は、国が命じたものではない。その責任を国に負わせることはできない。国の責任は、様々な宗派や信仰上の立場を有する生徒を一つの学校において共存させることにある。生徒の消極的信仰の自由に対する国の保護義務は、学校平和を維持する、つまり、国の教育任務の実現及び秩序正しい授業進行の妨げとなる紛争を―たとえ宗教的な紛争であつたとしても―許さないという国の任務とかなりの程度まで重なっている。少なくとも国の保護義務は、生徒が、又は教員も、自分とは異なる、共にしていない信仰の表明に全く出会わないように保護しなければならないということにまでは及ばない。」生徒及び教員は、祈禱を行っている原告に不可避的に対面するわけではない。彼らは、祈禱する原告に出会う場合に別の道を行くこともできる。上級行政裁判所は、学校においては回避可能性は限定的であると認定したが、これにより、限定的ではあるが、回避可能性が実際に存在することも述べている。従つて、原告との出会いは、むしろ逃げられる遭遇に限定され、他の生徒及び教員は、自己の信仰と異なる、認めていな

い信仰の影響に、彼らに期待できない仕方ですらされて
いない。個人は、様々な信仰上の確信に活動の余地を与
える社会において、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為
及び宗教上のシンボルに完全に触れさせられない権利を
有するものではない。このことは、学校の生活領域にも
当てはまる (Rn. 30)。

(b) つぎに、連邦行政裁判所は、原告の信仰の自由は
他の生徒の親の教育権によっても制約されない (Rn.
31) と説示した。

「基本法六条二項一文は、親に対して、自然の権利と
して、子どもの育成及び教育の権利を保障している。こ
の基本権は、基本法四条一項と併せて、世界観的及び宗
教的観点から子どもを教育する権利を含んでいる。それ
故、信仰及び世界観の問題において、親が正しいと考え
た確信を子どもに伝えることは、何よりもまず、親の行
うべき事項である……。親にとって間違いである又は有
害であると思われる信仰上の確信から子どもを遠ざける
権利は、これに対応している……。」 (Rn. 32)

「しかし、子どもが第三者の宗教的行為に出会うこと
に関しては、親の教育権は、子どもの消極的信仰の自由

を上回らない。これに対応して、教育権は、その子ども
を第三者の宗教的行為とのあらゆる出会いから保護する
権限を親に与えていない。教育権も、同じように、国家
に向けられた基本権であり、子どもが、国の責任によつ
て、逃げ道もなくこのような行為にさらされた場合に限
り、関係し得るのである。」本件は、このような事案で
はない (Rn. 33)。

(c) さらに、連邦行政裁判所は、原告の信仰の自由は
「国の宗教的中立性の憲法上の要請」によって制限され
ず、学校当局は、この要請を指摘することによって、校
内における祈禱の遂行を禁止することはできない (Rn.
34) との判断を示した。

「基本法は、すべての国家市民の安住地 (Heimstatt)
である国家に対して、世界観的・宗教的中立性の義務を
設けている。基本法は、国教会の法形式の導入を禁止し、
特定の宗派の特権化及び信仰を異にする人の排除を禁じ
ている。国家は、平等原則に基づいて様々な宗教団体及
び世界観団体を取り扱うように留意しなければならない。
国家は、自己をある特定の宗教団体と同一視してはなら
ない。しかしながら、国家に命じられている宗教的・世

界観的中立性とは、国家と教会の厳格な分離という意味において距離をとる態度と解することはできず、むしろ、信仰の自由をすべての宗派のために等しく促進する、開かれたかつ包括的な態度であると解される。国家は、たんに、ある特定の政治的、イデオロギー的又は世界観的方向のために意図的に影響力を行使してはならず、また、国家から発せられる又は国家に帰属させることができる措置によって明示的又は論理必然的に自らをある特定の信仰又はある特定の世界観と同一視し、これによって社会における宗教的平和を自ら危険にさらしてはならないだけである」(Rn. 35)。

このことは、国家と宗教との関係に関する従来の理解によると、とくに、その性質上、宗教的及び世界観的思想が以前から重要であるところの、学校という国家によって配慮される領域に当てはまる。「これによると、学校は、様々な世界観的及び宗教的内容及び価値にも開かれていなければならない。この開放性によって基本法の自由な国家は、その宗教的及び世界観的中立性を維持する。様々な方向の世界観及び信仰を有している子どもを共同で教育するに際して避けられない緊張状況につい

ては、人間の尊厳の発現形態である寛容要請を考慮しつつ、調整に努めなければならない……。これによると、国家の中立性義務は、あらゆる宗教的關係性から免れている学校を求めている。学校は、むしろ、世界観的及び宗教的連関性を、社会的現実を考慮しつつ、何らかの方向において一面的に評価することなく、伝えることを義務付けられている」(Rn. 36)。

これに照らして判断すると、原告が校舎の廊下において祈禱を行うことを学校当局が許容したとしても、国家の中立性要請の違反を認めることはできない。原告が校舎の廊下において祈禱を行うことを学校当局が許容すること、に、イスラム教の一面的な優遇も、この信仰に沿った影響力行使も存在しない。この信仰との明示的又は論理必然的同一化も見出すことはできない。「宗教儀式上の行為としての祈禱は、学校官庁によって命ぜられたものではなく、信者の独自の決断に基づく。国家が学校において原告によるイスラム教の祈禱の遂行を受忍したとしても、国家は、祈禱において表現されているイスラム教に対する原告の告白を自分のものにしていない。国家は、国家によって意図されたものとして祈禱に責任を負

う必要もない。」(Rn. 37)

「もつとも、宗教的多元性の増大と結び付いた社会的変遷は、宗教的関係性が学校において許されるべき程度を異なつて規定するきっかけになる可能性がある。一方において、統合に向けた諸努力の中で一定の寄与をするために、増大する宗教的多様性を学校において受け入れ、相互の寛容を習得するための手段として利用することの理由を挙げることができる。他方において、増大する宗教的多様性は、学校における紛争の潜在可能性がより高まることに結び付く。それ故、学校領域における国家の中立性義務に、より厳格な、従来以上に距離をおく意味を付与し、これに対応して、生徒、親又は他の教員との紛争を始めから回避するために、生徒によつて学校に持ち込まれる宗教的関係性を学校から原則的に遠ざけておくことにも適切な理由があるかもしれない」(Rn. 38)。

しかし、変遷した事実にどのように応答すべきか、とくに、学校における宗教的平和を維持するために、生徒に対してどのような行動準則を定めるべきかについては、行政部には決定する権限はなく、このためには、民主的に正当化された議会立法者による規制が必要である。生

徒と親の対立する基本権地位又は憲法ランクを有する他の価値が、宗教儀式上の行為及び宗教的関係のある標章の使用を大幅に学校から追放する規制を正当化するかどうかは、事実の展開の評価にかかっている。立法者のみが、この判断について、評価特権を有しているのであつて、官庁及び裁判所は、これを要求できない。立法者は、学校における宗教儀式上の行為の遂行又は宗教的シンボルの使用からすでに抽象的危険が生じるかどうか、場合によつては、その防御のために、それに特化した法的根拠を創設しなければならないのかどうかを決定しなければならない (Rn. 39)。

議会立法者によつて創設された法的根拠は、ベルリン州法において存在しない。生徒に対しても拘束力のある行為準則を制定する一般的授權は、宗教上の儀式の実施のような生徒の信仰表明をすでに「危険又は紛争の単なる可能性」を理由として制限するためには、これに必要なである十分に明確な法的根拠とは言えない。それ故、学校当局は、現在においては、個別のケースにおける具体的危険を考慮することなく、学校における祈禱の遂行及び類似の宗教儀式上の行為を、これらが学校平和を危険

にさらす抽象的性質があるとの理由で予防的に禁止することはできない (Rn. 40)。

(d) 最後に、連邦行政裁判所は、原告の信教の自由に対する制約を「学校平和を維持する要請」(Rn. 40)を理由として正当化することができかどうかを検討し、これを肯定する。

「基本法七条一項に基づく国の教育任務の遂行は、学校平和が維持されていることを前提とする」。平和とは、国の教育任務を実現するために、授業が秩序正しく進行することを可能にする紛争のない状態、又は、紛争が克服された状態を意味する。「学校平和は、宗教的動機を有する行動によっても損なわれる可能性がある……。宗教的学校平和は、卓越した意義を有する保護目的である……。公立学校における宗教的・世界観的紛争の回避は、重要な共同体利益である……。」(Rn. 42)

「上級行政裁判所の事実認定によると、原告が学校の廊下で祈禱を行うことは、そうしなくてもすでに存在する、学校平和に対する具体的危険をさらに高めることにならぬ。」(Rn. 43)

上級行政裁判所の認定によると、Dギムナジウムにお

いては、生徒の信仰する宗教及び宗派は多数であり、「生徒集団のこの雑多な構成」のため、一部の生徒間で、極めて激しい紛争が繰り広げられてきた。これらの紛争は、生徒が他の生徒に対して、コーランの一定の解釈から導かれる行動準則に従っていない、例えば、スカーフを着用する、断食規定に従う、祈禱を行う、豚肉を食べない、「道徳的ではない行動」や「道徳的ではない服装」を、さらには「不純な」生徒との個人的接触を避ける、といった戒律に従っていないと非難することから発生していた。これをきっかけとして、例えば、いじめ、反ユダヤ主義の傾向を有する侮辱、脅迫、女性蔑視による差別など生じた。上級行政裁判所は、これらの事情に基づいて、校内で宗教的儀式を行うことを許し、これがはつきりと存在感を増すと、それがなくてもすでに存在している紛争状況が深刻化するとの結論を引き出した (Rn. 44)。

当部は、行政裁判所法一三七条二項に基づいて、この事実認定とこれに基づく証拠評価に拘束される (Rn. 45)。

(e) そして、連邦行政裁判所は、原告の信教の自由の

制限は、「対立する憲法法益の慎重な調整の要請」に合致するもので、比例原則も遵守されていると判断した(Rn. 50)。

(i) 学校の平和に対してそうでなくても存在する具体的危険が激化することが適切に予測されており、学校において儀式的なイスラム教の正午の祈禱を行う可能性の制限は、具体的危険の激化に対処するという追求している正当な目的を達成するのに適格的である(Rn. 51)。

(ii) 信仰の自由の制限は、この目的を達成するために必要である。学校平和に対する予見可能な危険は、原告の信仰の自由を制限しないか、より少なく制限する他の同等に効果的な手段によっては対処することはできない(Rn. 52)。

たしかに、学校は、何よりもまず、宗教的動機によって生じた具体的な紛争を「教育的手段」で対処することを義務付けられる。社会における多様性は、とくにはつきりと学校において反映される。学校は、様々な宗教的考えが不可避的に出会う場所であり、その共存は学校に敏感に影響を与える。異なった考えを持つ人との共存は、学校において、教育を通じてもつとも持続的に訓練され

る。上級行政裁判所は、ラント法を解釈して、学校法は、上記のような紛争の潜在的 가능성을教育的手段によって対処するとのコンセプトを基礎としており、異なった考えを持つ人との共存を教育によって訓練することが学校の任務であることを確認した(Rn. 53)。しかし、宗教的動機によって生じた具体的な紛争を教育的手段で対処する学校の可能性には限界がある。このことは、とくに、宗教的に形成された行動と宗教から離れた行動が対立に至る場合や、個別の出来事を取り上げることがそのための費用からしてもはや無意味であるような場合に当てはまる。少なくともこのような場合においては、学校の教育任務のために秩序正しい授業進行を確保するという学校の上位の目的が貫徹されることになり、すべての生徒は、学校の本来の目的に拘束される。個人は、この目的を達成するために、自らが学校平和を妨害したと非難されるかどうかを問題とすることなく、それ自体としては許される行動を断念しなければならない(Rn. 55)。上級行政裁判所は、当該学校の具体的な事実関係にかんがみると、教育的手段のみでは、祈禱を行うことを許容した場合に予測される大部分の紛争に十分に対処すること

はできないと評価した。上級行政裁判所は、とくに、本件学校が、紛争に関与している生徒を対話のために集めることができた場合においても、この対話は成果を上げていないと指摘した (Rn. 55)。

また、より緩やかな手段として、祈禱を希望する生徒に、他の生徒に見られないで祈禱を行うことができる部屋を割り当てることも考慮に値する。これは、学校が、祈禱を全面的に禁止する前に、既存の部屋を、祈禱を行うために利用できる部屋として提供することができるかどうかの問題である (Rn. 52)。しかしながら、上級行政裁判所は、祈禱を行うための特別の部屋を設置することとは、学校の組織的可能性の限界を超えていると認定した。当部 (連邦行政裁判所) は、この認定に拘束される。上級行政裁判所は、学校は、過去に一度、共同の祈禱室を設置したが、開設した祈禱室は、スカーフを着用している生徒とそうではない生徒との間で口論が発生したり、男子生徒が女子生徒と一緒に祈禱することを拒否したりしたために、閉鎖され、その後は、場合によっては、きめ細かな空間的仕切りのための広範囲な対策措置を講じ、それが支障なく利用されることを監視員によって保障せ

ざるを得なくなったとの事実評価をしている (Rn. 58)。
(iii) 信仰の自由の制限は、相当である。この制限は、それを正当化する正当な目的と釣り合いがとれていないとは言えない (Rn. 59)。

もとより原告の信教の自由の制限も軽微なものではない。原告は、もはや就学義務を負わないが、学校課程を修了するためには、学校によって定められた時間は校内にとどまることを義務付けられる。また、正午の祈禱が定められた時間を経過した後に埋め合わせをすることができるという理由によって、基本権の制限の厳しさが緩和されるわけではない。原告は、定められた時間幅の遵守が自らに対して拘束力があると考えており、このことは、十分な説得力をもって基本権の保護範囲に含めることができる (Rn. 60)。

しかし、基本権の制限によって追求されている目的の重要性は、原告の信仰の自由の侵害よりも高く評価されなければならない。学校平和の維持は特別の重大性を有する。本件においては、このことがとくに当てはまる。何故なら、宗教上の紛争に起因して、すでに存在している、学校平和が妨げられる十分な蓋然性が、祈禱の遂行

によつて高められ、それ故、学校平和に対するとくに強度の危険状況を心配しなければならなくなるからである。このような事情においては、原告の宗教活動の重要性は、同じく憲法上保護された学校平和よりも低いと言わざるを得ない (Rn. 61)。

Ⅲ 検討

一 信教の自由の保護範囲

以上の作業により、ベルリン行政裁判所、ベルリン・ブランデンブルク上級行政裁判所及び連邦行政裁判所の下した判決・決定の内容はほぼ明らかになったと思われる。もつとも、事案解決のプロセスを全体として正確に理解するためには、法解釈の部分のみならず、事案の具体的検討の部分も含めて、各裁判所の判決・決定をできる限り詳しく紹介する必要があるとの考え方に基づいて各裁判所の判決・決定を紹介する作業を行ったため、本稿の記述がやや冗長になってしまったことは、否定できない。この点は、上記の考え方からしてやむを得ないものであるから、お許しいただきたいと思う。それはとも

かくとして、各裁判所の判決・決定を紹介する作業を終えた後は、当然のことながら、上記の判決・決定に含まれる憲法上の問題点について検討を加える作業を行わなければならない。以下においては、連邦行政裁判所判決を中心として、上記の判決・決定に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を行うことにしたい。

まず、公立学校の生徒である原告が学校においてイスラム教の祈禱を行うことが基本法四条一項及び二項に基づく基本権の保護範囲に含まれる点については、行政裁判所、上級行政裁判所及び連邦行政裁判所が一致して認めるところであり、学説においてもとくに異論はないと思われる。ここでは、信仰の自由の保護範囲に関して筆者がとくに注目に値すると考えている二点を簡単に指摘しておきたい。

第一に注目に値する点は、原告は、原告自身の陳述によつても祈禱を原則的に後で埋め合わせをすることができるので、祈禱の禁止によつて原告の信仰の自由は影響を受けていないとの被告の主張に対する行政裁判所及び上級行政裁判所の応答である。被告が主張しようとしたのは、原告は、原告が信仰する宗教の教義によると、就

学時間の終了後に正午の祈禱を午後の祈禱と併せて行うことができるのであるから、その教義に照らしても学校で祈禱を行う必要はなく、それ故、原告の信仰の自由は学校における祈禱の禁止によって影響を受けていないということだと考えられる。この主張に対して、まず、行政裁判所決定は、原告自身が、少なくとも一回の祈禱を就学時間中に行うことを拘束力のあるものと考えているが、信仰上の確信を評価すること、又は、本人が拘束力があると考えている信仰上の戒律を疑問視することは、国家に禁止されており、それ故、被告は、イスラム教は、例外的に、定められた祈禱時間から外れることを許しているとの一般的な指摘だけでは原告の主張を覆すことはできないとの見解を示した。つぎに、行政裁判所判決は、二〇〇三年九月二四日連邦憲法裁判所第二法廷判決¹³(以下、この判決を「〇三年判決」という。)の参照を求めつつ、「たしかに、人のあらゆる行動が、その人の主観的決定のみで、とくに保護された信仰の自由の発現形態と見ることはできない。むしろ、個人によってその信仰の自由の発現形態として要求される行動の評価に際して、各々の宗教団体の自己理解を無視することは許されな

い¹⁴」と指摘した上で、行政裁判所が自ら求めたイスラム学者の鑑定書に基づいて、儀式的祈禱の延期又は併合は、信者にとっては、緊急状態及び特別の外的必要性のある状況において例外的に許されるものであり、被告は、原告は、正午の祈禱と午後の祈禱を帰宅してから併せて行うことによって葛藤の発生を回避できると鑑定書を解釈するが、これは間違いで、専門家は、原告は、祈禱を授業時間外に、つまり休憩時間に延期できると述べているにすぎないと説示した。また、被告は、控訴理由の中で、原告は、祈禱のために利用できる時間の枠が狭まる冬季においても、祈禱のために用意された部屋を極めて散発的に使用したにすぎないから、原告が祈禱時間を自らに對して拘束力のあるものと考えているかは疑問であると主張するとともに、別のイスラム学者の鑑定書を提出し、この鑑定書に基づいて、原告は儀式的祈禱を必ず就学時間中に行わなければならないわけではないことを議論の前提としなければならないと主張した。被告は、イスラム教の自己理解によると、分別のある (mündig) イスラム教徒には、冬の数ヶ月の間は、日常生活に即した独自の解決を探求する権限を与えられていると主張した。

このような主張に対して、上級行政裁判所は、「原告が祈禱暦から読み取った、定められている時間幅の中で」イスラム教の儀式的祈禱を行うことが自らに拘束力があると原告自身が考えているという前提から出発し、かつ、被告の提出したイスラム学者の鑑定書によっても、祈禱時間の遵守がイスラム教の教義と少なくとも「矛盾しない」ことを考慮して、祈禱時間の遵守を基本法四条一項及び二項の保護範囲に含めることは十分に説得的である、とする原告の主張を認めた。^⑮連邦行政裁判所も、上級行政裁判所の判断を受け入れた。^⑯行政裁判所、上級行政裁判所及び連邦行政裁判所は、原告が「就学時間中に」に祈禱を行うことは信仰の自由（基本法四条一項及び二項）の保護範囲に含まれるとする点で一致したが、この判断の背後には「宗教」該当性の判断方法という重要なかつ困難な論点が控えている。この論点については、別途論文を作成して、詳しく検討しなければならない。^⑰

第二に、連邦行政裁判所が、原告が「学校において」祈禱を行うことが基本法四条一項及び二項の保護範囲に含まれることを詳しく説示している点は注目に値する。宗教的儀式を行うためには空間（本件においては、校舎

の廊下）が必要であるが、校舎の廊下の利用は学校当局の決定権に服している。そこで、基本法四条一項及び二項に基づく基本権の保護範囲に原告が「校舎の廊下で」祈禱を行うことも含んでいるのかどうかが問題となる。この点、連邦行政裁判所は、集会の自由（基本法八条一項）は集会の場所と時間に関する決定の自由を含んでいるが、この決定の自由は集会場所の法的使用権限を前提としており、場所を自由に選択する権利は他人の財産を使用する権利を含まないと指摘した上で、しかし信仰の自由は集会の自由とは異なるとの見解を示している。連邦行政裁判所は、次のように説示している。信仰の自由は、個人に対して、いつもは通行が許されない空間に立ち入る権利を創出するものではなく、信仰の自由は、実際に通行が許されているところに限り、市民に保障されるが、集団的に行使される集会の自由とは異なり、個人の権利としての信仰の自由の行使は、通常の場合、類型的に迷惑を伴うような特別に空間を占拠する必要を伴わないので、個人は、原則として、その人がいる場所であれば、どこでも信仰の自由を行使できる。^⑱そして、このことは、少なくとも、学校において自己の宗教が命じて

いる祈禱を行おうとする生徒にも当てはまる。基本法四条一項及び二項は、信仰上の確信の積極的実行と世界観的・宗教的領域における自律的な人格の実現のための空間を確保することを命じている。生徒は、学校と授業進行に拘束され、授業時間と授業時間の間の休憩時間中であつても、学校を容易に離れられない。少なくとも、このような学校への拘束性を根拠として、生徒が祈禱の時間及び場所を選択することを、学校当局が問題となつていいる空間をもつばら他の目的のために使うことを予定しているとの指摘によつて始めから否定することはできない。信仰の自由の保護範囲は、このような状況においては、事実上利用に供されている空間への立ち入りを含んでいる、と。⁽²¹⁾このように、連邦行政裁判所は、生徒の「学校への拘束性」を理由として、学校において事実上利用に供されている空間にも基本法四条一項及び二項に基づく基本権の保護範囲が及ぶと解した。この解釈は注目に値する。⁽²²⁾信仰の自由の保護範囲を上記のように考えると、校長が、原告が「学校において」祈禱を行うことを禁止することは原告の信仰の自由に対する制約に当たると判断することができる。⁽²³⁾

二 消極的信仰の自由

(一) つぎに、原告の信仰の自由に対する制約が憲法上正当化されるかどうかについて検討しよう。行政裁判所、上級行政裁判所及び連邦行政裁判所は、連邦憲法裁判所の判例を踏襲して、信仰の自由(基本法四条一項及び四條二項)は、法律の留保なく保障される基本権であり、憲法自体から、つまり、第三者の基本権及び憲法ランクの共同体価値から導かれる制約にのみ服する、との解釈を示した。この解釈については、ここで検討することはしない。本件において原告の信仰の自由を制約する根拠として、他の生徒の消極的信仰の自由、国家の宗教的中立性の要請、及び学校平和の維持が考えられる。まず、他の生徒の消極的信仰の自由を根拠として、原告の信仰の自由に対する制約が憲法上正当化されるかどうかについて検討しよう。

(二) 連邦憲法裁判所第一法廷は、一九七九年一〇月一六日決定(学校祈禱事件)⁽²⁴⁾において、ラントが宗派混合学校において宗教の授業以外の時間に自由意思による超宗派的祈禱の遂行を許容するかどうかは、基本法七条一項によつて保障されている学校高権の枠内において、

ラントの自由裁量に委ねられている（判決要旨一）と指摘した上で、学校祈禱に反対する生徒又はその親の有する、消極的信仰告白の自由の基本権は、生徒又は親が自由にかつ強制もなく祈禱への参加を決定することができるときには、侵害されていない（判決要旨二）と判示した。

また、連邦憲法裁判所第一法廷は、宗派学校ではない公立の義務教育学校の教室に十字架又はキリスト磔像を設置することは基本法四条一項に反すると判断した一九九五年五月一六日の決定⁽²⁵⁾（以下、「九五年決定」という。）において、次のように説示している。信仰の自由は、「信仰が命じている、又は信仰が表現されている宗教儀式上の行為に参加すること」を保障しているが、その裏返しとして、「共にしていない信仰の宗教儀式上の行為に参加しない自由」も含んでいる。「この自由は、同じように、信仰又は宗教を示しているシンボルにも向けられている。基本法四条一項は、いかなる宗教的シンボルを承認し、崇拝するのか、そして、いかなる宗教的シンボルを拒否するのかについて決定することを個人に委ねている。たしかに、様々な信仰上の確信に活動の余

地を与える社会において、個人は、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していない。しかし、個人が回避可能性なくある特定の信仰の影響、ある特定の信仰が現れている行為及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を国家が創出した場合は、これと区別しなければならぬ。この点において、基本法四条一項は、まさに、社会の自己組織化に委ねられるのではなく、むしろ、国家によって配慮されている生活領域において、自由を確保する効果を発揮する。」（S. 15 f.）また、子どもの育成及び教育を親の自然的権利として保障している基本法六条二項一文と結び付いて、基本法四条一項は、宗教的及び世界観的観点において子どもを教育する権利も含んでいる。信仰及び世界観の問題における、正しいと考える確信を伝えることは、親が行うべき事項である。これに対応して、この権利は、親が誤り又は有害と考える信仰上の確信から子どもを遠ざけておく権利も含む（S. 16）。バイエルン州の国民学校のすべての教室に十字架を設置することを定めているバイエルン州学校規則一三条一項は、この基本権を制約している。教室に十字架が

設置されると、一般的就学義務と併せて、生徒は、授業中、国家によって、かつ回避可能性もなく、シンボルに直面させられ、「十字架の下で」学習することを強制される結果となる。この点において、教室における十字架の設置は、日常生活においてしばしば生じるものの、極めて多様な宗派の宗教的シンボルとの対面とは異なる。まず、後者は、国家から発したのではなく、社会において様々な信仰上の確信及び宗教団体が広まっていることの結果である。また、後者は、同じ程度の不可避性を有していない。たしかに、個人は、街頭の風景の中で、公共の交通手段において、さらには、建造物に入るときに、宗教的シンボル又は表示に遭遇するかどうかを決めることはできない。しかし、これは、「逃げられる遭遇」であり、比較的長時間の対面であっても、それは、必要な場合には制裁によって実現できる強制に基づくものではない (S. 17 f.)。そして、十字架が生徒に対して影響力を有することは否定できない (S. 20 f.)。信仰の自由は、留保なく保障されている基本権であり、その制約は憲法自体から導出されなければならない。信仰の自由を制約する憲法上の根拠として、①基本法七条一項と②キ

リスト教の親及び生徒の積極的信仰の自由が考えられるが、両者とも信仰の自由の制約を正当化しない (S. 21 中)、と。

さらに、連邦憲法裁判所第二法廷は、〇三年判決において、教員が学校及び授業においてスカーフを着用することによって信仰の自由を行使することは、生徒の消極的信仰の自由と衝突していると説示した。⁽²⁶⁾

(三) 行政裁判所は、連邦憲法裁判所九五年決定を下敷きにして、⁽²⁷⁾原告は、「授業と授業の間の休憩時間に、つまり、教室の外で、かつ授業外に」祈禱を行っているの

で、本件において、他の生徒等の学校関係者が、原告に祈禱に、九五年決定の意味において「回避可能性なく」さらされていると見るのは疑問であると述べている。行政裁判所は、他の生徒は、祈禱に参加することも、また、祈禱を見ることも強制されていないと診断する。⁽²⁸⁾上級行政裁判所は、理由を述べることもなく、学校でイスラム教の儀式的祈禱を行うという原告の宗教活動は、「基本法四条一項及び二項によって同じように保護されている、無宗教の又は異なる宗教を信仰する女子生徒及び男子生徒の消極的信仰の自由」と衝突すると断定している。⁽²⁹⁾連

邦行政裁判所は、九五年決定を下敷きにしつつ、公立学校の教室における十字架の設置のケース（九五年決定）及び公立学校の教師によるスカーフの着用 of ケース（〇三年判決の事案）と、本件のケースとの違いを、防衛権のケースと基本権保護義務のケースの違いであると分析している。連邦行政裁判所は、次のように説示する。消極的信仰の自由は、国家に対する防衛権である。国は、個人が回避可能性なくある特定の信仰の影響、ある特定の信仰が現れている行為、及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を創出してはならないが、この点においても、消極的信仰の自由は国家に対する防衛権であり、国が教室に宗教的シンボルを設置し、又は、教員が、その宗教的確信を授業に持ち込むような外形で生徒に直面することによって、個人を強制的に他人の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに直面させることを国家に禁止している。これに対して、生徒が、学校において、宗教的シンボルの着用又は宗教儀式上の行為によって自己の信仰の自由を行使する場合、せいぜいのところ他の生徒に対する国の保護義務が関係するにすぎない。学校という国が配慮する領域において、

国は、個人が、国の責任によって、個人の消極的信仰の自由の侵害に至るような私的な第三者の宗教的表明にさらされる、ということがないようにすることも保障しなければならないが、生徒の信仰表明は、国が命じたものではなく、それを国に帰属させることはできない。国の責任は、様々な宗派や信仰上の立場を有する生徒が学校において共存することにつきる。少なくとも国の保護義務は、生徒又は教員が、自分とは異なる、支持していない信仰の表明に全く出会わないように保護しなければならない³⁰、と。このように、連邦行政裁判所は、生徒及び教員の消極的信仰の自由は、そもそも祈禱を行う生徒の信仰の自由の制約を憲法上正当化する根拠とはならないと判断した。

（四）その後、連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇一五年一月二七日の決定（以下、この判決を「一五年決定」という。）において、基本法四条一項及び二項は、公立の宗派混合学校の教員にも、宗教上の理由から義務的であると理解している服装規律に従う自由を保障しており、イスラム教のスカーフの着用もこれに含まれる（判決要旨一）と指摘した上で、外見による宗教的表明が学校平

和又は公立の宗派混合学校における中立性に対する危険を生じさせる性質を単に抽象的に有しているという理由によってこれを法律上禁止することは、この行動が、義務的理解されている宗教上の戒律に由来するものであると見ることができるとき、比例原則に反し、教員の信仰の自由、生徒及び親の信仰の自由及び告白の自由、親の基本権、国家の教育任務といった憲法上の保障された諸々の地位の適切な調整は、禁止規定を、少なくとも、保護法益に対する十分に具体的な危険が存在しなければならぬと限定的に解釈することを求める（判決要旨二）と判示したが、生徒の消極的信仰の自由については、「様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、個人は、他者の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していない」が、「個人が回避可能性なくある特定の信仰の影響、ある特定の信仰が現れている行為、及び、ある特定の信仰が示されているシンボルにさらされる状況を国家が創出した場合」は、これとは異なるとの九五年決定の説示を引用した上で、生徒が、「一般的就学義務のために授業中に回避可能性もなく、国が任用した、イスラム教のス

カーフを着用した教員に対面している」場合も、生徒は「逃げられない状況」にあり、イスラム教のスカーフの着用のために行使される教師の信仰の自由は生徒の消極的信仰の自由と衝突すると説示した。もつとも、連邦憲法裁判所は、宗教的表現手段の効果の点に関しては、問題となっている標識が学校官庁の指示によるのか、それとも、基本法四条一項及び二項の個別の自由権を行使することができると個々の教育者自身の決断に基づくものであるのかによって区別しなければならず、国家が、スカーフの着用と結び付いた、個々の教師又は教育従事者の宗教的言明を受け入れる場合、国家は、この言明をこれによって自己の見解とするものではなく、また、この言明を、国家によって意図されたものとして国家に帰属させる必要もないと指摘し、公立学校の教室における十字架の設置のケース（九五年決定）との違いを強調している。³¹

三 国家の宗教的中立性

（一） さらに、原告の信仰の自由を国家の宗教的中立性の要請によって制限できるかどうかを検討しよう。行政

裁判所及び連邦行政裁判所は、国家の宗教的・世界観的中立性の要請の解釈については、「国家と教会の厳格な分離」という意味において距離をおく態度」ではなく、「信仰の自由をすべての宗派のために等しく促進する、開かれたかつ包括的な態度」であると解する連邦憲法裁判所の諸判例（とくに〇三年判決）³²の考え方を踏襲している。国家の宗教的・世界観的中立性の要請の解釈は、それ自体として一冊の研究書が必要なほど大きなテーマであり、本稿はこのテーマを深く掘り下げて検討することはできない。³³

（二）被告は、原告の要求を認めることは国家の中立性要請に反すると主張した。これに対して、行政裁判所は、まず、世界観的・宗教的中立性は、「国家」に対して、その活動において、例えば、学校行事として学校祈禱を行う際に抑制を求めるものであって、この中立性義務は、「生徒」の宗教的表明を一般的に禁止することを命じるものではないと説示した。³⁴また、行政裁判所は、連邦憲法裁判所の〇三年判決等を引用しつつ、国家と宗教との厳格な分離という意味に国家の世界観的・宗教的中立性を理解することに反対し、³⁵さらに、祈禱の受忍義務は、

必然的に、空間を利用させる給付義務を帰結するものではないので、国家の中立性義務の違反はないと説示した。行政裁判所によると、そもそも原告は祈禱部屋を要求していないし、学校当局が、原告に特定の部屋の利用を求めることが必要だと判断した場合には、学校当局は、学校生活に関与している他者を宗教活動に直面することから保護するという目的を追求しており、このような「組織的基準」が必要かどうかは別として、このような基準は、様々な法益の調整であって、国の中立性の発現である。³⁶連邦行政裁判所も、〇三年判決等で示された連邦憲法裁判所の解釈を踏襲し、これに照らすと、学校当局が、原告が校舎の廊下で祈禱を行うことも許しても、国家の中立性要請の違反を認めることはできないと判断した。連邦行政裁判所によると、原告が校舎の廊下で祈禱を行うことも許容しても、この点に、イスラム教の一面的な優遇も、また、この信仰に沿った影響力行使も存在しない。さらに、本件の祈禱は、学校官庁によって命ぜられたものではなく、信者の独自の決断に基づくもので、国家が学校において原告によるイスラム教の祈禱の遂行を受忍したとしても、祈禱において表現されているイスラ

ム教との「同一化」も見出すことはできない⁽³⁷⁾。国家の宗教的・世界観的中立性の要請に関する連邦憲法裁判所の解釈を前提とする限り、行政裁判所及び連邦行政裁判所が、学校当局が、生徒が学校において祈祷を行うことを認めることは国家の宗教的中立性の要請に反しないと判断したことは支持できると思われる。

四 学校平和

連邦行政裁判所は、原告の信教の自由に対する制約を憲法上正当化する根拠を「学校平和の維持」(判決要旨)に求めた。連邦憲法裁判所は、一五年決定において、国家の教育任務―これは、世界観的・中立的中立性の義務を遵守しつつ遂行されなければならない―は、信仰の教義に由来する外部的行為の禁止を、「国家の教育任務を遂行するために必要な学校平和、又は国家の中立性に対する十分に具体的な危険を認定することができる場合に」⁽³⁸⁾はじめて正当化することができるとの解釈論を示した。連邦行政裁判所も、祈祷を禁止するための要件は学校平和の「具体的危険」⁽³⁹⁾の存在であると解していると考えられる。このことは、連邦行政裁判所が、「原告が学

校の廊下で祈祷を行うことは、そうしなくてもすでに存在する、学校平和に対する具体的危険をさらに高めることになる」⁽⁴⁰⁾(傍点本稿筆者による。)と指摘していることから裏付けられる⁽⁴¹⁾。信仰の自由の制約を正当化するためには学校平和に対する「具体的危険」が必要であるとする連邦憲法裁判所一五年決定の示した解釈論に対しては批判もあり⁽⁴²⁾、この解釈論については立ち入った検討が必要であるため、ここでは、連邦行政裁判所判決が採用した(と考えられる)解釈論が連邦憲法裁判所一五年決定の示した解釈論と軌を一にしていることを指摘するにとどめる。以下においては、連邦行政裁判所判決に固有の問題点を検討しておきたい。

第一の問題点は、学校平和に対する具体的危険の認定の仕方である。連邦行政裁判所は、上級行政裁判所の事実認定に従って、当該学校で生じた、いじめ、侮辱、脅迫、女性蔑視による差別といった出来事を挙げて、原告が通学している学校を支配している状況の具体的危険を肯定している。しかしながら、具体的危険の存在を肯定できるのは、通常の場合、空間的及び時間的に特定された個別事件において、事態又は行為が放任された場合に

損害が発生する十分な蓋然性を有する事態又は行為が存在する場合であり、⁴³学校の状況の具体的危険を一般的に認定することには疑問の余地がある。また、連邦行政裁判所は、原告の信仰表明についても具体的な考察を加えることなく、儀式的祈禱が危険状況を激化させる客観的性質を有していると評価している。⁴⁴しかし、本件において祈禱の遂行によって学校平和が具体的に危険にさらされていると言えるのかは、必ずしも自明ではない。⁴⁵

第二に、連邦行政裁判所は、学校平和を妨害していない原告の信教の自由に対する制約が比例原則に反しないことを説得的に論証できていないのではないかと、この疑問がある。学校平和を妨害していない生徒に対する措置は、「一般的危険防御法」の観点からしても、また、留保なく保障されている信教の自由によって保護されている行為の禁止が問題となっていないことからしても、最終手段としてのみ考慮に値する。そうだとすると、連邦行政裁判所は、学校平和に対する具体的危険の激化に対処するという目的を達成するために原告の信仰の自由を制約することは必要であると判断しているが、連邦行政裁判所の行った必要性審査には疑問の余地がある。必要性

の要件を充足するためには、目的を同等に達成するが、基本権をより少なくしか制限しない他の手段が存在しないことが必要であり、連邦行政裁判所は、他のより緩やかな手段として、①教育的手段と②祈禱部屋の用意を挙げて検討を加えているが、それ以外の手段も検討しなければならぬ。⁴⁶とくに、個別の事件において実際に学校平和を乱している生徒に対する懲戒処分によって予測される紛争に対処するという容易に思いつく方策を必要性審査に含めていないことは理解に苦しむ。学説においては、退学処分を含む懲戒処分が成果を示さなかった場合にはじめて、紛争に関与していない生徒の信仰の自由の制約は必要性の要件を充足していると言うことができる⁴⁷と主張されている。⁴⁷このように考えると、本件において原告が学校において祈禱を行うことを校長が禁止したことは必要性の要件を充足しておらず、⁴⁸比例原則に適合しないと言わなければならない。⁴⁸

第三に、連邦行政裁判所の判決によると、授業が支障なく進行することを確保するために祈禱を禁止された生徒は、学校平和を乱した責任があるかどうかにかかわらず、それ自体は許される行為を断念しなければならぬ

ことになるが、自ら学校平和を乱していない生徒が不利益を甘受しなければならぬ理由は必ずしも明らかではない。連邦行政裁判所は、学校の任務を遂行するためにすべての生徒に対して秩序正しい授業進行を確保することが優越的な目的であり、すべての生徒はこのような学校の本来的目的に拘束されると述べているが、ある学説は、その理由を「緊急事態法」によって説明している。ハイニッヒ (Hans Michael Heinig) は、連邦行政裁判所は「当該学校の例外状況」を宣言したと捉える。ハイニッヒは、次のように説く。授業が支障なく進行することを確保できるためには、個人は、基本権によって保護された信仰の自由の削減を甘受しなければならない。言い換えると、最終手段としてのみ、信仰の自由は、このような衝突の場合に後退させられなければならない。法学的には、これは、理解できる結論である、と。⁴⁹

五 小括

(一) 連邦行政裁判所は、まず、公立学校の生徒が学校において授業時間外に祈禱を行うことは信仰の自由（基本法四条一項及び二項）の保護範囲に含まれると判断し

た。つぎに、連邦行政裁判所は、生徒の信仰の自由の制約が憲法上正当化されるかどうかについて検討し、生徒及び教員の消極的信仰の自由、親の教育権、さらに国家の宗教的中立性の要請は祈禱を行う生徒の信仰の自由に対する制約を憲法上正当化する根拠とはならないと説示した。しかし、連邦行政裁判所は、公立学校の生徒が学校において授業時間外に祈禱を行うことが学校平和を損なう具体的危険を生じさせる場合に限り、学校がこれを禁止することは例外的に基本法四条一項及び二項に違反しないとの解釈論を示した上で、本件については、このような危険の存在を肯定した。

(二) 連邦行政裁判所判決は、本件においては、学校平和に対する具体的危険の存在を根拠として、原告の信仰の自由（基本法四条一項及び二項）の制約が憲法上正当化されると判断した。しかし、連邦行政裁判所は、公立学校において生徒が授業時間外に祈禱を行うことを一般的に禁止することが生徒の信仰の自由（基本法四条一項及び二項）を侵害しないと述べたわけではない。むしろ、連邦行政裁判所は、公立学校において生徒が授業時間外に祈禱を行うことを禁止することは、学校平和の維持の

ために必要である限りにおいて例外的に生徒の信仰の自由（基本法四条一項及び二項）を侵害しない（つまり、公立学校において生徒が授業時間外に祈禱を行うことを一般的に禁止することは生徒の信仰の自由（基本法四条一項及び二項）を侵害する）との見解を示したと見ることができる。連邦行政裁判所の上記の見解は、基本法四条一項及び二項に基づく生徒の信仰の自由は、「原則として」、就学のために学校にいる間に授業時間外において祈禱を行う権利を生徒に与えるが、この権利は「学校平和の維持」にその限界がある、とする判決要旨に示されている。そして、連邦行政裁判所が本件において具体的に危険を認定したことについては、すでに検討したように、学説からの批判もあるが、学校平和に対する具体的危険が認定できるのは、連邦行政裁判所の見解に従ったとしても、当該学校が極めて特殊な状況——極めて多様な宗教及び宗派を信仰する生徒によって構成され、生徒の間で激しい闘争が繰り広げられている状況⁵¹⁾に置かれている場合に限定されることに留意しなければならない。このように考えると、本判決の意義は、公立学校の生徒が校内において授業時間外に祈禱を行うことを禁止する

ことは原則として生徒の信仰の自由（基本法四条一項及び二項）を侵害するもので違憲である、との判断を示した点にあると見るべきだと言えよう⁵²⁾。

(三) 本稿が紹介している連邦行政裁判所判決は、先行する連邦憲法裁判所の諸判例を下敷きとして書かれている。従って、連邦行政裁判所判決に含まれる憲法上の問題点について深く考察を加えようとする、連邦憲法裁判所の諸判例についても立ち入った検討をしなければならぬことになるが、本稿においては連邦憲法裁判所の諸判例について検討することはできなかった。連邦憲法裁判所の諸判例の検討は、筆者の今後の課題として残されている。

IV 結びにかえて

最後に、連邦行政裁判所判決の中で日本国憲法の解釈にとつても参考となる部分を簡単に指摘しておきたい。それは、祈禱を行う生徒以外の他の生徒の消極的信仰の自由は、原則として、祈禱を行う生徒の（積極的）信仰の自由の制約を憲法上正当化する根拠とならないとの解

釈論である。連邦行政裁判所によると、消極的信仰の自由は、国家に対する防御権であり、例えば、国が教室に宗教的シンボルを設置するといった国の行為を排除するための権利である。国は、ある人が他者の信仰の自由の行使に回避可能性なく直面させられる状況を自ら創出していない限り、ある人の（積極的）信仰の自由の行使によつて他者の消極的信仰の自由が何らかの影響を受けたとしても、他者の消極的信仰の自由は、国に対して、ある人の（積極的）信仰の自由を制約する根拠を与えるものではない。日本国憲法二〇条の解釈論としても、原則として、ある人の消極的信仰の自由は他者の（積極的）信仰の自由を制約する根拠とならないと考えられるのではないだろう⁽⁵³⁾。

- (1) BVerfGE 105, 279. 1の決定の紹介・解説として、西原博史「政府の情報提供活動における警告」と信教の自由の保障」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・島崎健太郎編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）一一七頁以下がある。

- (2) BVerfGE 108, 282. 1の判決の紹介・解説として、渡辺康行「イスラム教徒の教師の志願者に対するスカー

フ着用を理由とする採用拒否」ドイツ憲法判例研究会・注(1)一二三頁以下がある。さらに、渡辺康行「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』の意味——イスラム教徒のスカーフ事件を中心として——」樋口陽一・森英樹・高見勝利・辻村みよ子編『国家と自由——憲法学の可能性』（日本評論社、二〇〇四年）七九頁以下、同「立法の復権か立法への逃避か」公共政策研究四号（二〇〇四年）一五頁以下、塩津徹『ドイツにおける国家と宗教』（成文堂、二〇一〇年）一三七頁以下（初出、同「ドイツにおける国家と宗教——イスラム教の事例——」宗教法二四号（二〇〇五年）、同「ドイツにおける国家と宗教の変動」宗教法二八号（二〇〇九年）、小林宏晨「頭用スカーフ着用 of 女教師と信仰の自由——連邦憲法裁判所の判例（二〇〇三年）の研究——」法学紀要（日本大学法学部法学研究所）四六卷（二〇〇五年）五一頁以下も参照。

- (3) BVerfGE 138, 298.

- (4) 注(1)及び(2)に掲げた文献に加えて、斎藤一久「ドイツにおける多文化教育の一断面——イスラム教をめぐる問題を中心として——」早稲田法学会雑誌五二卷（二〇〇二年）一四七頁以下、同「ドイツにおける多文化社会と憲法」全国憲法研究会編『憲法問題二二三』（三省堂、二〇一二年）三六頁以下、飯島祐介「スカーフ論争とドイツの規範的自己理解の現在」社会学評論五九卷三号（二〇〇八年）五五一頁以下、内藤正典「ドイツの政教分

離 ルディン裁判は何をもたらしたか」内藤正典・阪口正二郎編『神の法 v.s. 人の法』（日本評論社、二〇〇七年）一二〇頁以下、同「ドイツでのスカーフ問題の位相」内藤他・前掲注（4）一八一頁、手塚和男「ドイツにおけるイスラームのスカーフ禁止」初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集「上巻」』（成文堂、二〇〇八年）二四九頁以下、同「イスラームのスカーフ禁止問題…ヘッセン州憲法裁判所判決二〇〇七年二月一〇日」三重大学教育学部紀要六〇巻社会科学（二〇〇九年）一一七頁以下を参照のこと。また、本稿に関連する最近の業績として、山岸喜久治「基本権としての信教の自由と法律問題―ドイツ憲法学の『二段階審査』の発想から―」人文社会科学論叢（宮城学院女子大学）二六号（二〇一七年）五九頁以下がある。

(5) BVerwGE 141, 223.

(9) *Christian von Coellen*, in: Christoph Gröpl/Kay Windhorst/Christian von Coellen, *Grundgesetz Studienkommentar*, 2. Aufl. 2005, Art. 4 Rn. 5^{te}, 試験対策の観点から重要な最新判例として、二〇一五年一月二七日連邦憲法裁判所第一法廷決定 (BVerfGE 138, 298) と並んで、本稿が紹介しようとしている二〇一一年一月二〇日連邦行政裁判所判決を挙げている。そして、実際、本稿が紹介しようとしている訴訟を素材とした試

験対策用事例問題も作成されている。例えば、*Tobias Büscher/Stefan Glasmacher*, *Schule und Religion*, JuS 2015, S. 513 (516); *Daniela Schroeder*, *Grundrechte*, 4. Aufl. 2016, S. 105 ff. がそれである。

(7) 本稿は、連邦行政裁判所判決に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を加えることも目的とするものであるが、本稿における検討の部分は問題点の指摘にとどまるか、又は判例解説の性格を有するにすぎないものであり、本格的な考察には程遠いものであって、学術論文の水準には達していない。しかし、他方で、本稿が紹介しようとしている連邦行政裁判所の判決は極めて重要なもので、この判決に含まれる憲法上の問題点の本格的な考察は後回しにして、とりあえず、まずはこの判決を今後の考察のための資料としてできる限り客観的かつ内在的に紹介し、問題点の指摘と若干の解説をしておくことに十分な価値があると考えられる。そこで、筆者は、本格的な考察を含む「論説」の作成は将来の課題として、判例の紹介に重点を置いた「研究ノート」を作成するにこのした次第である。

(8) VG Berlin, Beschluss vom 10. März 2008 – 3 A 983.07 –, juris. 以下、この決定の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。

(6) NVwZ-RR 2010, S. 189 ff.; VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris. 以下、この判決

の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。

- (10) NVwZ 2010, S. 1310 ff.; Obergerwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 – OVG 3 B 29.09 –, juris. ^{以下} この判決の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。

- (11) BVerwGE 141, 223. 以下、この判決の引用は、本文中に欄外番号を示すことにより行う。

- (12) BVerfGE 108, 282 [297].

- (13) BVerfGE 108, 282 [298 f.].

- (14) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris, Rn. 26.

- (15) Obergerwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 – OVG 3 B 29.09 –, juris, Rn. 28.

- (16) Obergerwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 – OVG 3 B 29.09 –, juris, Rn. 29.

- (17) BVerwGE 141, 223 [227/Rn. 19].

- (18) この論点については、棟久敬「宗教の自由の保護範囲と国家の宗教的・世界観的中立性 (一) (二)」一橋法学一四巻一号 (二〇一五年) 一六五頁以下、一四巻二号 (二〇一五年) 六七七頁以下により詳しく検討されている。

- (19) BVerwGE 141, 223 [228/Rn. 22].

- (20) BVerwGE 141, 223 [228/Rn. 23].

- (21) BVerwGE 141, 223 [228/Rn. 24].

- (22) *Stefan Muckel*, Verbot des rituellen Gebets in der Schule, JA 2012, S. 235 (235 f.) [※] この点に注目している。また *Markus Winkler*, Der verfassungsmittelbare Auskunftsanspruch der Medien im Kontext, VerwArch. 2016, S. 536 は、本稿が検討している事案を「自由権行使の事実上の基礎へのアクセス」(自由の基体) が問題となっている事案類型と捉えた (S. 537) 上で、次のように説いている。学校への「拘束性」は、生徒には就学義務があるため、生徒は登校して学校にいななければならないという点にあり、これにより、国は、宗教の自由 (及び他の基本権) の基体、つまり、基本権主体による自分の時間の自由な使用を削減している。祈禱を行う時間が確定している点において、自由に使える時間が「自由権の基体」であることは極めて具体的であり、国による時間の剝奪が実効的な基本権行使—定期的な義務的祈禱—を危うくする場合、国家は、その空転を阻止するために、措置を講じなければならない—基本権主体に祈禱のための部屋を用意しなければならない—という独自の見解を主張している (S. 554)。

- (23) *Werner Neumann*, jurisPR-BVerwG 3/2012 Anm. 6, S. 61[※]、連邦行政裁判所判決が祈禱の「時間」の自由な選択も信仰の自由の保護範囲に含めている点に注目している。本件において原告は授業時間外に祈禱を行うことを求めているが、かりに生徒が、祈禱を行うべき時間は

まさに授業中であると判断して、授業（の一部）を受けたくない（例えば、授業の途中で教室を離れたいと希望した）場合は、どのように判断すべきか。ノイマン（Werner Neumann）は、祈禱時間の選択も信仰の自由の保護範囲に含まれるのであれば、この場合、基本法七条一項に基づく国家の教育任務（その遂行のためには、支障のない授業進行が必要である。）から生じる制約の問題が提起されると指摘している。

(24) BVerfGE 52, 223. への判決の紹介・解説として、清水望「信仰告白の自由と国家の宗教的中立性―学校祈禱事件―ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・根森健編集代表）『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）一三二頁以下がある。学校祈禱に関するドイツの判例・学説については、西原博史『良心の自由増補版』（成文堂、二〇〇一年）二二二頁以下（初出、同「公立学校と良心の自由（一）（二）」早稲田社会科学研究所四一号（一九九〇年）、四二号（一九九一年）において詳しく検討されている。

(25) BVerfGE 93, 1. 以下、への決定の引用は、本文中に該当頁数を示すことにより行う。この決定の紹介・解説として、石村修「公立学校における礫形像（十字架）―ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・石村修編集代表）『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）一一五頁以下がある。さらに、小原清信

「ドイツ公法判例研究…いわゆる十字架判決の研究（バイエルン州学校規則の十字架設置条項を違憲とした事例）」久留米大学法学二七号（一九九六年）一二三頁以下、竹内俊子「いわゆる『十字架判決（Kreuzfix-Urteil）』をめぐって」ドイツ・日本問題研究班編『ドイツ・日本問題研究Ⅳ』（関西大学経済政治研究所研究双書第九六冊、一九九六年）九五頁以下、手塚和男「キリスト十字架像を教室に取り付けるといふ学校規則をめぐる判決（一）

（二）：連邦憲法裁判所第一部決定一九九五年五月一六日」BvR 1087/91」三重大学教育学部研究紀要四七卷人文・社会科学（一九九六年）一二七頁以下、四八卷（一九九七年）一二二頁以下、石村修「多文化主義と宗教的少数者―スイスとドイツの判例を中心にして―」比較憲法史研究会編（杉原泰雄・清水睦編集代表）『憲法の歴史と比較』（日本評論社、一九八八年）一九〇頁以下（初出、同「公立学校における宗教的少数者―スイスとドイツの判例を中心にして―」法律時報六九巻七号（一九九七年）、畑尻剛「批判にさらされるドイツ連邦憲法裁判所（上）（下）」ジュリスト一一〇六号（一九九七年）七四頁以下、一一〇七号（一九九七年）七九頁以下、横田守弘「国家の教育任務と『個人』―十字架判決に対する一つの批判を素材にして―」米沢広一・松井茂記・土井真一刊行代表『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』（青林書院、一九九八年）四七七頁以下、柿

本智正「十字架判決が問題提起したもの——国家の宗教的中立性と信教の自由——」憲法論叢 (関西法政治学研究会) 六号 (一九九九年) 二七頁以下、塩津・前掲注(2) 五九頁以下 (初出、同「ドイツ連邦憲法裁判所の『十字架判決』をめぐって 宗教的少数者の自由の視点から」『宗教法』一八号 (一九九九年)、クラウス・シュテルン (赤坂正浩訳)「連邦憲法裁判所のいわゆる十字架像決定——批判と帰結——」法学紀要 (日本大学法学部法学研究所) 三九巻 (一九九八年) 三六七頁以下、ヨーゼフ・イーゼンゼー (石村修訳)「基本権解釈による聖像破壊——連邦憲法裁判所・磔刑像決定——」同 (ドイツ憲法判例研究会編訳 (栗城壽夫・戸波江二・嶋崎健太郎編集代表))『保護義務としての基本権』(信山社、二〇〇三年) 二八七頁以下も参照。

- (26) BVerfGE 108, 282 (301).
- (27) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 37.
- (28) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 - 3 A 984.07 -, juris, Rn. 38.
- (29) Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 - OVG 3 B 29.09 -, juris, Rn 31. 上級行政裁判所判決の評釈を著す *Ralph Zimmermann*, Kein Anspruch eines Schülers auf Verrichtung eines islamischen Gebets während der Unterrichtspausen, NJ

2011, S. 24 (25) は、消極的信教の自由は、国家が基本権主体に不可避免的に共にしない宗教の表明に直面させる場合ではない限り、共にしない宗教の表明に全面的に触れさせられない権利を発生させないところ、公立学校において回避可能性は限定的であるが、残されており、本件は、国家が基本権主体に不可避免的に共にしない宗教の表明に直面させている事案ではないと上級裁判所判決を批判している。

- (30) BVerwGE 141, 223 [230 f./Rn. 30].
- (31) BVerfGE 138, 298 [336 f./Rn. 104].
- (32) 上級行政裁判所は、行政裁判所が引用したものと同じ連邦憲法裁判所の諸判例を引用しつつも、国の世界観的・宗教的中立性義務は、特定の宗派の特権化と信仰を異にする人の排除を禁止していることを強調し、この義務が厳格に遵守された場合、信仰及び良心の過度の葛藤が生じないことが確保されると指摘している (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 27. Mai 2010 - OVG 3 B 29.09 -, juris, Rn. 31)。国家の宗教的中立性に関する上級行政裁判所の考え方を読み取るのは容易であるが、この点 *Jan Philipp Schaefer*, Die religiöse Neutralität des Staates im öffentlichen Raum, VerwArch. 2012, 136 (159 ff.) は、上級行政裁判所は、行政裁判所の考え方とは異なり、「分離による解決」の考え方を採っていると分析している。

(33) ドイツの代表的な研究書として、*Stefan Huster, Die ethische Neutralität des States*, 2002がある。

この論点については、日本においても、清水望『国家と宗教—ドイツ国家教会法の再構成とその展開—』（早稲田大学出版部、一九九一年）という重厚な研究書（とくに第三編と第四編）がすでに存在している。最近の研究論文として、棟久敬「ドイツにおける公教育の中立性：国家の教育委託と公教育の中立性」一橋法学一〇巻一号（二〇一一年）二六—一頁以下、同「基本権援助と国家の宗教的中立性」一橋法学一三巻一号（二〇一四年）二〇—七頁以下、山本和弘「ドイツにおける国家の宗教的中立性の構造—憲法上の規範的根拠と解釈学上の効力—」早稲田法学会誌六八巻二号（二〇一八年）三九七頁以下がある。

(34) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris, Rn. 30.

(35) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris, Rn. 33. なお、行政裁判所判決は、国家の宗教的中立性の解釈に関連して、基本法一四一条の解釈を示した点においても注目されている（*Cathrin Correll, Dār al-Islām – die Schule als »Haus als des Islam«? – zu VG Berlin, Urt. v. 29. 9. 2009, VG 3 A 984/07 –, DVBl. 2010, S. 133 (135 f.)*）。基本法一四一条については、初宿正典『日独比較憲法学研究の論点』（成文堂、二〇一五

年）一八三頁以下（初出、同「いわゆるブレームン条項の適用範囲—統一ドイツにおける宗教教育の新展開」法学論叢一四四巻四・五号（一九九九年））を参照。

(36) VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris, Rn. 35.

(37) BVerwGE 141, 223 [233 f./Rn. 37].

(38) BVerfGE 138, 296 [338/Rn. 108].

(39) *Tristan Barczak, Die Entwicklung des Schulverwaltungs- und Schulverfassungsrechts seit dem Jahr 2010*, NVwZ 2014, S. 1556 (1560).

(40) BVerwGE 141, 223 [236/Rn. 43].

(41) 行政裁判所は、「祈禱による基本法七条一項に基づく教育任務の具体的支障」（VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris, Rn. 40）⁴⁰ 原告の行動によって引き起された「具体的な組織的困難」（VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris, Rn. 44）を語っており（傍点は、本稿筆者による）。信仰の自由の制約を憲法上正当化するためには、学校平和に対する具体的危険を必要とすると解している⁴²と推測される。

(42) BVerfGE 138, 296, Sondervotum Rn. 16. *Benjamin Rusteberg, Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren*, JZ 2015, S. 637 (640 f.) を参照。

(43) 行政裁判所は、被告によって述べられた諸々の宗教

的紛争は本件で訴訟の対象となつてゐる法律問題とは関係してゐないと説示するとともに、原告がこの種に紛争に關与してゐること、又は、原告の行動が紛争を引き起こしてゐることが示されてゐないと説示してゐる (VG Berlin, Urteil vom 29. September 2009 – 3 A 984.07 –, juris, Rn. 43) が、この説示からすると、行政裁判所は本文で述べた考え方を前提としてゐると推測される。また、行政裁判所判決の評釈である *Ralph Zimmermann*, Recht eines Schülers auf Verrichtung eines islamischen Gebets während der Unterrichtspausen, NJ 2010, S. 244 (245 f.) は、同判決に賛成しつつ、国の介入の基点となり得るのは、秩序のある授業の実施を不可能にし、又は、学校生活に關与してゐる他の人々の法的地位に影響を及ぼすような、学校平和を妨害する、單なる宗教活動を越えた「個々の生徒の行動」だけであると指摘してゐるが、この指摘も本文で述べた考え方を前提としてゐると考えられる。

(44) BVerwGE 141, 223 [236/Rn. 43].

(45) *Hannah Rubin*, Das islamische Gebet in der Schule, JURA 2012, S. 718 (721).

(46) *Dirk Ehlers*, JK 7/12 GG Art 4 I, II /41, 42, 正午の祈禱を行うために教室などの学校の部屋を通常の休憩時間中に原告に使わせることが不可能である理由は明らかではないと批判してゐる。

(47) *Rubin* (Fn. 45), S. 721 f.

(48) しかし他方において、学校平和を維持するために原告が学校において祈禱を行うことを禁止することは比例原則に反しないと主張する学説もある。例えば、フレンツ (*Walter Frenz*) は、次のように説いてゐる。本件においては調整が困難な様々な憲法上の法益が衝突しており、国家機関は、評価・形成に關する広い裁量権を有する。決定的であるのは、明らかに不適合であるとは言えない予防措置、又はまったく不十分であるとは言えない予防措置が講じられることである。それ故、原告の祈禱が他の生徒に影響を与え、さらには挑発するものであれば、学校平和を維持するために正午の祈禱を行うことを原告に許さないことも是認できる。そして、この場合には、学校平和に對する具体的危険も生じてゐる。それ故、比例原則も遵守されている。学校平和の危険を回避するより緩やかな手段は明らかではなく、それ故、必要性的要件も充たしてゐる (*Walter Frenz*, Glaubensfreiheit und Schulpflicht, JURA 2013, S. 999 (999 f.))。

(49) BVerwGE 141, 223 [240/Rn. 55].

(50) *Hans Michael Heinig*, Religionsfreiheit auf dem Prüfstand: Wie viel Religion verträgt die Schule?, in: ders., Die Verfassung der Religion, 2014, S. 323 (336) に關連して *Christoph Enders*, Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 30. 11. 2011, JZ

2012, S. 363 (365) による分析も参照。

(51) BVerwGE 141, 223 [236/Rn. 44].

(52) *Friedhelm Hufen*, Grundrechte: Religionsfreiheit in der Schule, JuS 2012, S. 663 (665) は、連邦行政裁判所判決を肯定的に評価する。同論文においては、次のように説かれている。「具体的な学校の現存する事実関係においては」、結論として儀式的学校祈禱を禁止できた。連邦行政裁判所は、学校や行政裁判所裁判官に、宗教活動に関するますます硬直化し、原理主義的になっていく見解と、これと結び付いた、自由主義的な考え方に対する非寛容に対して一定の制約を示す可能性を与えた。ただし、基本権解釈論の観点からは、「学校平和」は抽象的かつ濫用され易い概念であるから、学校における個人の信教の自由の行使によって危険にさらされる憲法法益とは何かを具体的に明らかにすることが望ましい、と。

(53) 二〇一八年司法試験公法系科目第一問（以下、「一八年公法系第一問」という。）は、出題趣旨によると、「青少年の健全育成」という「目的にとどまらず、一般市民がむやみに羞恥心等を覚えるような卑わいな画像等に触れることがないようして性風俗にかかる善良な市民の価値観を尊重するという観点も併せ、健全で文化的な環境を保持するという目的のために」図書類の販売等に関して「種々の規制を行う架空の条例案について、その合憲性の検討を求めるもの」であった。問題文に記載され

ている「条例の検討に関わっている市の担当者」の説明によると、「いわゆる『成人向け』『アダルトもの』と呼ばれる雑誌だけでなく、最近では一般の週刊誌として販売される雑誌を含む様々な出版物等に、裸の女性の写真などの性的な画像が掲載され、それらがスーパーマーケットやコンビニエンスストアなど市民が食料品や生活用品を購入するために日常的に利用する店舗で販売されている」「状況に対して、市民からは、青少年の健全な育成に悪影響を及ぼす、安心して子供と買い物に行けないという意見が寄せられているほか、特に女性を中心として、見たくもないものが目に入って不快であるとか、思わぬところで性的なものに触れないようにしてほしいという意見が最近多く寄せられるようにな」っていることが新しい条例を制定する理由であり、「青少年の健全な育成とともに、羞恥心や不快感を覚えるような卑わいな書籍等が、それらをおよそ買うつもりのない人たちの目に、むやみに触れることがないようにすることも」条例の「ねらい」である。

出題趣旨によると、「本条例の検討に際しては、問題文の最後の甲の発言にあるとおり、図書類を購入する立場と販売等をする店舗の立場から憲法上の権利を検討することが必要であり、前者については、憲法第二一条の表現の自由に含まれる『知る自由』を、後者については、憲法第二二条の職業選択の自由に含まれる『営業の自由』

の観点から検討する必要がある」。

憲法第二一条に関しては、「知る自由が、憲法第二一条第一項により保障されることに言及した上で」、問題文の最後の甲の発言が示唆しているように、「規制図書類の購入等ができない青少年と一八歳以上の人」に分けて検討しなければならない。まず、「購入や貸与を受けることを制限される青少年について、その自由の制約になるかどうか」、制約になるとした場合、「明確性の原則を論ずることが考えられ」、「さらに、明確性の原則に反しないとしても、かかる制約の合憲性判断について、いかなる審査基準によつて審査することが妥当かどうかを論じ」た上で、「本件規制図書類の範囲が過度に広汎ではないか」という点を含め規制の必要性、合理性を検討する必要がある」。「また、審査基準の設定又は当てはめにおいて、後述するように、本条例の目的についての検討、すなわち、青少年の健全育成の目的や、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的が、憲法上の権利を制約する目的としてふさわしいものであるかどうかを意識した議論をすることが考えられ」る。つぎに、「一八歳以上の者との関係では、知る自由の制約になるかどうかをまず検討する必要がある」り、「知る自由の制約」とらえると、青少年における検討と同様に、明確性に関する検討が必要となり、審査基準の設定についても、青少年の場合と同様の点（青少年であることを考慮するか

どうかを除く。）を踏まえた審査基準の設定が考えられ」、「審査基準への当てはめにおいては、購入が全面的に制約される青少年とは異なり、個々の規制の合理性を検討する必要がある」り、「その際、本条例の目的が、青少年の健全育成のみならず、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという点にあることについて、青少年の場合と同様、憲法上の権利の制約の目的としてふさわしいのかどうかについても言及することが考えられる。例えば、条例の目的は、結局のところ、卑わいな画像等を見たくない人を保護するということになるが、見たくないものに触れさせないこと一般が法的保護に値するとは言えないという議論や、目的が漠然としたもので抽象的にすぎるといった指摘をして、その目的としての価値が大きくないと評価する方向で議論することも考えられよう。他方、性的な羞恥心や卑わいなものを見たくない人の不快感は、現に一般に共有されている感情である以上、十分に法的保護に値するといったことから、制約目的としての価値を見出す議論をすることもできる」。

「憲法第二一条に関しては、営業の自由が憲法上の権利であること、本件規制が営業の自由の制約に該当することとに言及した上で、営業の自由の制約としてどのような審査基準が妥当であるかを議論することが考えられ」、「青少年の健全育成という目的と一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的をどのよう

にとらえ、制約される権利の性質、制約の程度等との関係で、どのような審査基準を設定するか議論をする必要がある」。そして、事案の検討においては、「営業の自由との関係でも、一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにするという目的について、目的としての妥当性を検討することが考えられる」。その際には、「知る自由との関係で議論したのと同様として扱っても差し支えない」が、「その目的の妥当性判断に当たって、制約される権利との関係で、異なる考慮がなされ得るとの立場からは、知る自由の場合と異なる議論をすることもあり得る」。

出題趣旨を読む限り、「一般市民がむやみに卑わいな画像等に触れないようにする」ことが、「図書類を購入する側」である「青少年と一八歳以上の人」の知る権利を制約する根拠となり得るのかどうか、さらには、「販売等をする店舗」の営業の自由を制約する根拠となり得るのかどうかということが一つの大きな論点であると見て間違いないと思われる。筆者の見るところ、この論点の難易度は極めて高く、司法試験の現場において極度の緊張状態の中で、しかも極めて限られた時間の中でこの論点に一定の答えを出さなければならなかった司法試験受験生はまさにお気の毒であったとしか言いようがない。司法試験受験生に比べると比較的時間に余裕があり、しかも法科大学院に勤務する教員である筆者は、上記の論点に

ついて自らの考えをここで示さなければならぬはずであるが、現時点において、この論点に関する筆者の考えはここで開陳できるほど十分に練り上げられてはいない。「平成三〇年司法試験の採点実感（公法系科目第一問）」（以下、「採点実感」という。）は、「不快なものを見たかないとか、あるいはおよそあるものを見たくないという感情の保護それ自体を当然のように制約目的として肯定し、場合によっては更にそれを憲法第一三条や第二一条に基づく権利であるとする答案が目についた」が、「この種の利益保護を制約目的として認めることについて、検討ないし一定の留保が必要であるとの意識を持つてもらいたかったところである」と司法試験受験生に苦言を呈しているが、自らの見解を述べる準備ができていない筆者は、この論点について答案の出来が良くなかったとしても、司法試験受験生を責める気にはなれない。

すでに述べたように、筆者には、一八年公法系第一問に含まれる上記の問題点について検討を加える準備もなく、また、本稿はその場でもない。しかし、本稿で検討した連邦行政裁判所判決は上記の問題点を検討するに際して参考となる点を含んでいるので、以下では、この点について若干の説明をした上で、一八年公法系第一問について若干の感想を述べておきたい。

連邦行政裁判所は、本文で述べたように、学校当局（国家）は、生徒の（積極的）信仰の自由を他の生徒の消

極的信仰の自由を根拠として制約することができるとかどうかについて判断したのであるが、まずは、消極的信仰の自由が国家に対する防御権であることに注意しておきたい。連邦行政裁判所によると、国家は、個人が、回避可能性なく信仰の影響、信仰上の行為及び宗教的シンボルにさらされる状況を創出してはならないが、この場面においても、消極的信仰の自由は国家に対する防御権であり、国家は、例えば、教室に宗教的シンボルを設置したり、その外形によって宗教的確信を授業に持ち込もうとする教師に生徒を対面させたりすることによって、生徒をその意思に反して強制的に他者の信仰表明、宗教儀式上の行為、又は宗教上のシンボルに直面させることを禁止される。繰り返しになって恐縮であるが、この場面でも消極的信仰の自由は国家に対する防御権である。従って、生徒が学校において宗教的シンボルの着用又は宗教儀式上の行為によって自己の信仰の自由を行使するケースにおいては、せいぜいのところ、他の生徒に対する国の保護義務が関係するにすぎない。生徒の信仰表明について国に責任を負わせることはできず、この場合、国の責任は、様々な宗派の生徒が学校において共存することができるようにする点にあり、消極的信仰の自由に対する国の保護義務は、学校平和を維持する任務、つまり、国の教育任務の実現及び秩序正しい授業進行と対立する紛争（宗教的紛争を含む。）を認めないという任務と

重なる。少なくとも、国の保護義務は、国が生徒及び教員を共にしない宗教とのあらゆる出会いから保護しなければならぬというところまでは及ばない。様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、個人は、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していない（なお、連邦行政裁判所は、本件においては、生徒及び教員は、原告の祈禱に逃げ道もなく直面させられているわけではなく、自分が認めていない他の宗教の影響に、生徒及び教員に期待することができない仕方ですらされているわけではない、と指摘しており、ある人が、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為などに「逃げ道なく」直面させられている場合は、別の議論があるかもしれない。）。

このような連邦行政裁判所の考え方を下敷きとして、一八年公法系第一問及び採点実感を讀み直すと、次の二点を指摘できる。まず、採点実感は、「不快なものを見たくないか、あるいはおよそあるものを見たくないという感情の保護……を憲法第一三条や第二一条に基づく権利であるとする答案が目についた」と指摘するが、筆者も、憲法一三条及び二一条の保障する基本権は国家に対する防御権であり、他者の基本権行使を制約する根拠として使うには「検討ないし一定の留保が必要であるとの意識」を持つ必要があると考える。つぎに、かりに、様々な信仰上の確信に活動の余地を与える社会において、

個人は、他人の信仰表明、宗教儀式上の行為及び宗教的シンボルに触れさせられない権利を有していないとの連邦行政裁判所の考え方が表現の自由にも当てはまるとすると、様々な意見、思想、表現に活動の余地を与える社会（日本国憲法が想定する社会は、まさにそのようなものである。）において、個人は、他者の意見、思想、表現等に触れさせられない権利を有しないと考えられる。このような考え方を踏まえると、「不快なものを見たくないとか、あるいはおよそあるものを見たくないという感情の保護それ自体を……制約目的として認めることについて、検討ないし一定の留保が必要である」との採点実感の指摘は正当であると考えられる。ただし、採点実感の指摘が正しいとしても、答案の出来が良くなかったことについて、司法試験受験生を責めることはできないことは、すでに述べたとおりである。

以上が、一八年公法系第一問に関する筆者の感想であるが、筆者としては、近い将来において、一八年公法系第一問に含まれる上記の問題点について若干の検討をする機会を持ちたいと考えていることを、最後に申し上げておきたい。

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察

大 杉 麻 美

1. はじめに
2. 「日常家事」概念の歴史的経緯
 - (1) 旧法における日常家事債務の「概念」と「範囲」
 - (2) 現行法における「日常家事」の概念と範囲
3. 婚姻破綻時における「日常家事」
 - (1) 学説にみる「日常家事」
 - (2) 判例にみる「日常家事」
4. 小括

1. はじめに

婚姻関係にある夫婦の財産関係については、民法第

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察（大杉）

七六〇条において「夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する」と規定され、さらに民法第七六一条においては「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対しその責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない」と規定される。婚姻費用は家計の負担に関する夫婦の内部負担に関する規定である一方、日常家事債務の連帯責任については第三者保護の規定もあり、対外的な夫婦の債務負担関係を定めた規定であると理解されるところ、本条が

もつばら問題となるのは、夫婦関係が不和の場合であろう。夫婦関係が安定している場合には、財産関係につき夫婦間で話し合いが行われるのに対し、夫婦関係が不和の状態にある場合には婚姻費用の分担がなく、また、一方配偶者が他方配偶者の承諾なしに財産を処分することにより、他方配偶者にとって不利益な状態を発生させることが想定される。

この点、婚姻費用については、別居中の夫婦間における婚姻費用の分担義務が裁判でも争われるところである。学説においても①請求者の有責性の状況や度合を考慮する学説^①、②共同生活回復可能性を基準として、回復可能であれば生活保持義務であるが、破綻の程度が進むにつれ婚姻費用分担義務の性質も変容し額も減少するとする学説^②、③生活保持義務は、「一体的な共同生活関係」が当事者間にあることを前提にしているとしたうえで、「別居により共同生活関係がなくなり、その回復が困難である場合には、保持義務の程度の扶養を課すことはできない」とする学説^③、夫婦関係が破綻し別居状態にある場合には、「夫婦間の個人的扶養（七五二条の夫婦の扶助義務）の問題になる」として、考慮要素として「(1)労

働能力による自活可能性、(2)夫婦であるという身分、(3)別居責任の有無、(4)婚姻共同体の破綻の程度及び回復の可能性」をあげる学説^④、扶養の緊急性を考慮され「離婚成立までの有責配偶者に対する生活扶助義務を他方配偶者に負わせることが衡平に反するとまではいえないように思われる」とする学説^⑤などがある。

他方、判例においては、住宅ローン控除の可否などをめぐり、別居中の夫婦間の婚姻費用分担義務については判断が示されているところである^⑥。夫婦関係が不安定な状態にある場合の日常家事については、判例においては、そもそも「日常家事」に該当しないとするもの、「別居しているが破綻しているとはいえない」として婚姻関係を具体的に考慮する事例などをみることができる。

離婚原因における破綻においても同様の考え方がとられており、夫婦関係を個別に考慮する傾向が見られる。しかしながら、夫婦関係を個別に考慮するとしても、破綻を法的に評価することは難しく、離婚原因の分野では、破綻を推定するための客観的指標である「別居」の概念が用いられている。この点、日常家事債務については、離婚原因における破綻の同様の考え方をすることはか

えって配偶者の不利益を発生させる結果となることが懸念される。婚姻関係が破綻しているからこそ、日常生活を維持するために他方配偶者の承諾なしに日常家事が行われる事例もあり、このような場合に、夫婦関係が破綻しているから日常家事に該当しないとすれば、かえって困窮に陥る配偶者を発生させてしまうからである。

本稿ではこのような視点から、婚姻破綻時における日常家事の考え方について再検討を加えるものである。

2. 「日常家事」概念の歴史的経緯

夫婦関係の破綻については主に、離婚原因として論じられることが多いところ、夫婦関係が離婚に至る過程で段階的に崩壊していく現状を法的にどのように評価するかについて、婚姻費用分担の議論でみられるように、具体的な事情を考慮しつつ、当事者の有責性なども踏まえたうえで、考慮する等の議論をみることができ。

他方、婚姻関係破綻の理論は本来的には当事者の有責性を問わないものであり、当事者の有責性を問わず、婚姻関係破綻時の法的効果を考慮する視点も必要となる。

この点、特に対第三者との関係での夫婦の債務分担を規定する民法七六一条においては、夫婦の詳細な内部状況を対外的に主張することが可能であるかという点も含めての議論が必要となると考えられる。本章ではまず、婚姻破綻時という視点からみた日常家事債務について検討を加えたい。^⑦

(1) 旧法における日常家事債務の「概念」と「範囲」

日常家事債務につき、民法草案獲得編第二部理由書によれば、第一八六二条において「共通財産ノ管理ハ夫ニ属ス、日用家事ニ関シ婦ノ爲ス管理ハ夫ノ与ヘタル総括ノ代理ニ依テ爲スモノト看做ス」と規定する。本条は、「財産ノ管理ハ夫ニ属スルヲ通常トス然レトモ日常家事ニ関スルモノハ婦之ヲ処理スルヲ以テ便ナリトス是亦夫ヲ代理シテ之ヲ爲スモノト看做スニ過キス」とされ、^⑧婚姻生活においては妻が家事を処理する方が通常であるから、夫の代理人としての地位を与えたに過ぎないとし、通常の家事運営における家事取引を想定していた。

明治民法（明治二十九年民法）第八一四条においては、「日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス、夫ハ前

項ノ代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコトヲ得但之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス⁹⁾と規定され、夫が妻の代理權全部または一部を否認することが可能であるとされた。

明治民法第七九九条は「夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒ其配偶者ノ財産ノ使用及ヒ収益ヲ爲ス權利ヲ有ス」と規定するとともに、第八〇一条第一項において「夫ハ妻ノ財産ヲ管理ス」と規定し、第八〇二条において「夫カ妻ノ爲ニ借財ヲ爲シ、妻ノ財産ヲ讓渡シ、之ヲ担保ニ供シ又ハ第六〇二条ノ期間ヲ超エテ其賃貸ヲ爲スニハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス但管理ノ目的ヲ以テ果実ヲ処分スルハ此限ニ在ラス」とし、夫が妻に無断で財産を処分することを禁じ、一部の法律行為については日常家事の適用を排除している。

すなわち、妻はあくまでも夫の代理として家事行為を行うのみであり、明治民法下の日常家事については、夫が本来取り仕切るべき家事行為を妻が行った場合を規定するのであり、妻が日常家事の範囲を超えて契約をした場合には、夫の代理に基づいて契約をした場合ではないとされている¹⁰⁾。

この点、民法草案獲得編第二部理由書においても第一八六二条において、財産の管理は夫に属するが、日常家事に関しては妻が処理することが通常であるから夫の代理人とみなされるにすぎないとされた。そのため夫の「代理」の範囲を越え、法律行為を行った場合には、第一八六三条において、「婦過度ノ負債ヲ爲シ日常家事ヲ管理スル權ヲ濫用スルトキハ」として、夫がその代理を「解く」ことができる旨が定められている¹¹⁾。

さらに妻による夫の財産処分についても制限される規定がみられ、例えば民法草案人事編第一〇四条では「婦ハ夫ノ允許ヲ得ルニ非サレハ贈与ヲ爲シ又ハ受諾シ不動産ヲ移付シ書入シ又ハ質入シ借財ヲ爲シ元本ヲ讓渡シ質入シ又ハ領収シ保証ヲ約シ及ヒ使役ノ賃貸ヲ爲スコトヲ得ス並ニ右諸般ノ行為ニ関シテ和解ヲ爲シ仲裁ヲ受ケ及ヒ訴訟ヲ起スコトヲ得ス」と規定され、妻は夫の許可を得なければ、主要な財産の処分をすることができない¹²⁾。

いずれの規定においても妻の財産上の無能力が規定されているが、これは「婦其夫ノ允許ヲ得ルヲ要スル行為ヲ列記シ其他ノ行為ニ付テハ婦充分ノ能力ヲ有スルモノナリ論理上ヨリ見レハ婦ヲ以テ或ハ能力者ト爲シ或ハ無

能力者ト爲スハ甚タ理由ナキモノノ如シト雖モ尤モ重要ナル行為ヲ禁スルノ主意ニシテ止ムヲ得サルニ出ルモノナリ」と説明され、また、不動産については、これらに關する法律行為を妻に認めると「婦ノ困窮ヲ来タシ家政ヲ危フスルノ恐アレハナリ」として、夫の許可を要する必要があるとされたのである。¹³ 日常家事は、婚姻生活を維持するために最低限必要とされる範圍について認められており、家計維持のための資産処分や借財については認められていないように思われる。

この点、末弘博士は、旧民法・明治民法では「夫婦を中心とする家団の家事に關する代表者——妻——の行為を規定する」際に、妻が家団の代表であるとは明言していないが、「實を言ふと『日常ノ家事』は夫の事務ではない、家団の事務である。妻が之を執行する責任も家団に対する責任であつて夫に對する個人的義務ではない」とし、¹⁴ 妻の家事行為は、夫の代理權に基づくものであるとしても、その効果は家団に帰属するものであるとする。婚姻關係が不安定な状態になり、夫の協力を得ることが難しい状態になった場合、妻が「家団の事務」を執行する責任を十分に果たすことが難しい場面も発生する

ことが想定される。このような場合、「家団」の事務全体が滞るといふことになるのではないだろうか。

穂積博士は「此制度の實行的価値を疑う。斯う云う制度が夫婦間に法律的に働くのは、夫婦間が圓滿でない場合殊に離婚にも至るべき場合であるのに、民法は寧ろ夫婦仲の圓滿を前提として制度を立てて居るので、實際上時に甚だ不公正な、殊に妻に不利益な結果を呈する」として「家」制度下で妻が「日常家事」の執行責任を負うことへの疑問を述べておられ、これはむしろ別産制が妥当ではないかと主張されている。¹⁵

他方本条は「妻の日常家事代理權は、多くの場合、夫婦共同生活の必要のために妻が夫名義の財産の処分をしたのを認めるためであつた」との見方もあり妻を救済するための機能を有していたことも否定することはできない。¹⁶ 明治民法第八〇四条は「日常の家事」に關し妻が取引を行った場合、妻を夫の代理人とみなし、夫にその責任を負わせる規定であるところ、妻は行為能力が第一四一条一項に列举された事項に限られ、「日用品の購入等は第一四条の規定には該当せず、妻が単独で為しうる行為」にもかかわらず、「日常の家事に關する行為として、

妻は夫の代理人とみなされる」のである。⁽¹⁷⁾ このような日常家事の考え方に婚姻関係破綻時を想定した議論は想定されているのであろうか。この点協議離婚制度においても「事実において『協議』の名のもとに強者たる夫、夫の親ないし『家』が、弱者たる妻(嫁)を追出すことを合法化するものとして機能し、裁判離婚制度を事実上広い範囲において無に帰せしめた」との指摘もあり、⁽¹⁸⁾ 民法においては「家」思想を強化すべく、とくに身分法の種々の面にわたり「家」思想を反映される規定をみることができ⁽¹⁹⁾。

旧法における日常家事は、実際の家事管理に際し、取引の相手方を保護するため、および、妻の劣勢を保護するために規定されたものであり、「財産ノ所有権ハ各自ニ属セシメ、管理収益及ヒ費用ノ負担ハ之ヲ一方ニ属セシメ、以テ夫妻各自ノ利益ト共同生活関係トヲ調和セシメント欲スル趣旨ノ制度」から定められたものであること⁽²⁰⁾ からすれば、日常家事に関する規定も「妻の責任を夫に轉嫁せしめその劣位を救ふものとして」利用されること⁽²¹⁾ が想定されていた。

妻はあくまでも制限無能力者であり、自らの意思決定

により行うことの可能な法律行為はなく、もっぱら夫がすべき法律行為を代理として行うにすぎない。妻が無能力者であるのに妻が第三者との間で行う取引につきその責任を負わせるというのは酷な結果となり、そうとすれば、妻の責任を夫に轉嫁することが相当であると考えられており、夫婦関係の変化に応じて日常家事の概念が変わることは考えられていない。

当時の日常家事の範囲に関する議論では第一に、「日常ノ家事ト云フハ衣食住ニ関シ何レノ家ニ於テモ通常必要トスル法律行為ヲ謂フ例ヘハ米櫃、薪、炭、油ノ買入、衣服ノ調製、家賃ノ支拂等ノ如キ即チ是ナリ」とするもの⁽²²⁾、第二に、「米屋の外魚屋・肉屋・八百屋・薪炭商等との取引は大體然りと云へるが、例えば呉服屋の如きは、不斷着を買ったのは『日常ノ家事』になるが、上等余所行の衣服を注文したのは然らず」とするもの⁽²³⁾、第二に、「如何なる行為が日常の家事に属するかは、夫婦の社会的地位若しくは資産、能力など」によって決められるとし、それぞれの個々の場合に依じて日常家事に当たるか否かは決定されるもの」とし「何を以って日常の家事となるかは時、場所、夫婦の身分その他の特別事情をして

決すべき事實問題である」とするもの、⁽²⁴⁾第四に、「客觀的に見て、一般家庭に於いて妻が日常執り行ふを常とする如き事項、及び主觀的に見て当該家庭に於いては妻が日常執り行ふを常とする事項は悉く日常の家事といつてよい」とするものがあるところ、⁽²⁵⁾第二の学説については、「その他の特別事情」につき「婚姻関係の破綻」を含めることができるかにつき検討することができる。この点、夫と別居し、独立した生計を営む妻の代理權につき、大判昭和十一年二月二六日において「妻が初より夫の代理人に非ざることを示し又は相手方が之を知りたる法律行為に付ては日常の家事に属する場合たりとも民法第八〇四条第一項を適用すべきものに非ず」と判示している。⁽²⁶⁾別居時の場合は、①妻があらかじめその旨を示すこと、②相手方が別居の事実を知っていることを要件として、民法八〇四条一項の適用を排除する。

妻の救済という視点からすれば、夫婦の代理權は広く認められるべきであり、この観点からすれば夫婦関係が変化し別居している状態は、第三者に客觀的に明示されていることが必要であると考えられていることが分かる。この点、「夫の行為はそれが自己個人の爲めに爲さる

ると家團の爲になさるる」とを問はず、すべて夫の責任を生ずべきがゆえに此點についてなら特別の規定を設くるの必要なしと考へた」⁽²⁷⁾のではないかとする学説がある。明治民法第七四七条は、「戸主ハ其家族ニ対シテ扶養ノ義務ヲ負フ」とし、戸主に家族の困窮等に対する義務を課している。また、明治民法第七四八条第二項は「戸主又ハ家族ノ孰レニ属スルカ分明ナラサル財産ハ戸主ノ財産ト推定ス」とし、家族の財産を戸主に集中させるなど、戸主に広範な義務と権限を与えている。このことからすれば、やはり妻は家の構成員として家の維持のために財産行為を行うのであるから、妻のなした日常家事行為が家の維持のために不要となれば、権利の濫用等の法律構成により妻個人の責任が問われることとなる。ここでは夫婦関係が日常家事に及ぼす影響は「家」の裏に影を潜め、もっぱら「家」の構成員としての妻の適格性が問われることとなる。

(2) 現行法における「日常家事」の概念と範囲

終戦直後、「新憲法に基き民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試案（第一案）」では、婚姻の章にお

いて、第七九九条乃至第八〇三条削除とされていたが、第八〇四条については特に議論の対象とされることはなく、B班案（婚姻）では、「（甲）三 夫婦の一方が日常の家事に関し第三者と法律行為をなしたるときは他の一方は之に依りて生じたる債務に付連帯して其の責に任ずるものとする。こと。（乙）日常の家事に関しては夫婦は連帯責任に任ずる旨の規定のみを置くこと」とされた。また民法改正要綱案（昭和二年七月二七日）（起草委員第一次案）、民法改正要綱案（昭和二年七月二九日）（起草委員第二次案）、民法改正要綱案（昭和二年七月三〇日）（代に小委員会決議）、民法改正要綱案（昭和二年八月一九日）（臨時法政調査会總會原案）、民法改正要綱（昭和二年九月一日）（司法法制審議会第三回總會決議）では、「第十 夫婦法定財産制に関する規定を左の如く修正すること。二 夫婦の一方が日常の家事に関し第三者と法律行為をなしたるときは他の一方は之に依りて生じたる債務に付連帯して其の責めに任ずること。」と提案された。

村岡委員によれば本条は、主に経済的弱者である妻が、例えば「夫が責任を持つことが出来ないので借金を妻が

持つ、そのために一人で苦心する」という損害を被ることを避けるために存在するものと説明された²⁸。また妻は経済的弱者であるため、司法法制審議会第二回總會第三日目においては夫婦財産について、「婚姻中にできた財産を共有財産と推定せよ」という主張、これは婦人委員の間からは相当強い「われた」と述べられ、また、「婚姻中にとにかく入った財産はすべて共有と推定すべし」と述べられた²⁹。

夫婦の財産関係に関する議論の中で婚姻関係の破綻について述べられたのは、昭和四一年二月七日の婦人少年問題審議会の、家族法上の妻の地位に関する意見書であった。本意見書においては、「一般に妻は、その名義による収入を得ることが少なく、婚姻中に形成された財産は夫名義であることが多く、そのため婚姻の破綻や相続に際して、妻は不利益を受ける場合が多い。」と指摘され夫婦の財産に関しての妻の帰属分につき、婚姻破綻により弱い立場となる妻を保護するための方策が必要との視点から述べられたものであり、夫婦関係の変化が日常家事に及ぼす影響について論じられることはなかった³⁰。

新法における日常家事の規定は、夫婦別産制を基礎とする。夫婦別産制は、「封建的家父長的『家』の制度の原理を排除し、個人主義的原理を採用するという使命」を持ち、「妻の人格に独立性を与え、夫婦の対等性を実現すべきである」という要請が、規定の形式制にもかかわらず、新しい法意識の形成と妻の自覚の形成という意味において、極めて重要な積極的意味を有したというべき」と評価されている⁽³¹⁾。

夫婦別産制の理念に基づけば、夫婦には独立した財産管理の権利が認められており、その結果、夫あるいは妻が単独で契約した場合には、契約当事者がその効果を享受することとなる。他方、民法第七六一条は、日常家事債務については夫婦の連帯責任とする旨を定めている。学説では、夫婦の実態、あるいは妻の保護の立場から、民法七六一条が「実質上は家団の存在を前提として規定されている」とする学説⁽³²⁾、夫婦の財産の独立性が保障されているものとして「婚姻費用を夫のみに負わせて、妻を無責任の地位に立たせたり、または、夫に支拂能力なき場合に初めて妻に第二次責任を負わせたりするのは、いずれも妻の隷屬的地位を承認するものであつて夫妻の

獨立對等の思想と相容れない」とする学説⁽³³⁾、旧法で規定された「家」制度は廃止されたものの、夫婦は共同体としての実質を有する者として「日常の家事は、夫婦共同態のために運営されるものであり、夫のためでも、妻のためでもなく、夫がこれをして、妻がこれをして、所詮は夫婦共同の責任でなければならぬ」とする学説⁽³⁴⁾、対第三者との取引関係を重視し、第三者保護の観点から「民法は『特に第三者に対して責めに任じない旨を豫告した場合』の他は、契約当事者が夫であるか妻であるかを問わず「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯して其の責めに任ずる旨を規定した」とする学説等⁽³⁵⁾をあげることができる。

学説が重要視しているのは、①夫婦は共同体である、②妻の保護が重要である、③対第三者保護であるところ、このような視点からすれば、夫婦が日常家事債務につき連帯責任を負うのは、法律上婚姻関係にあるからであり、そのためには婚姻の実態が存在する必要がある。婚姻の実態がない場合には婚姻関係維持の必要性もなく、そのような場合に日常家事が認められるとすれば、一方配偶

者の「扶養」のために日常家事の負担が認められているということになるだろうか。

また学説では日常家事の範囲につき、第一に、「不斷着を買ったり、家賃を支払ったりする場合に、法律的には、衣料店・米穀店・家主と売買契約・賃貸借契約といった契約を結ぶことになるわけで、その事務は一般的には妻が担当することが少ない」として、妻が主に担当すると考えられる家政については日常家事の範囲に該当するとして、日常家事の態様を具体的に考慮した上で、それぞれにつき、日常家事債務に該当するかを判断する学説³⁶、第二に、夫婦個々の生活状況や社会的状況等を考慮し、「夫婦の資産収入、職業、趣味、身分等より考えて世帯を営むに必要な行為」³⁷、「大体日常の家庭生活に必要かつ相当な事柄であつて、夫婦が互いに独断で振舞つて差し支えないと認められるもの」に日常家事債務性があるとする学説³⁸、第三に、日常家事を主観的日常家事と客観的日常家事に分け、日常家事とは「一般家庭において日常執り行われる事項（客観的日常家事）と当該家庭において日常執り行われる事項（主観的日常家事）」とを併せ意味する」として、日常家事とは夫婦の実情をも加

味した上で決定されるべきとする学説³⁹、第四に日常家事の範囲は客観的に判断されるべきであるとする学説がある⁴⁰。このうち第二の立場は、夫婦が婚姻関係を維持し日常生活を営むために必要な日常家事行為はすべて日常家事に属するとし、家政を誰が分担するかによって日常家事性が異なるとする考え方ではなく、日常家事の範囲は夫婦の生活状況・社会状況に応じて決せられるべきものであり、「日常の家事の範囲は、右に述べるように、各夫婦共同生活の事情により、またその行為をなす目的によつて異なり、外部から正確に判断することは困難である。それにもかかわらず、内部的事情に従つてその範囲を限定することは、第三者を害するおそれが多いのみならず、——第三者に過当な警戒を強いることになつて——ひいては夫婦共同生活の運営を妨げる。従つて、表見代理の趣旨を類推適用して、日常家事の範囲内と信ずるについて正当な事由がある場合には、第三者は保護されると解すべきである」とする考え方である⁴¹。

いずれの学説によつても、婚姻生活を維持するに当たり必要な家事が日常家事に該当することについて異論はないところ、具体の夫婦生活には、夫婦それぞれによつ

て異なるところもあり、それをどのように日常家事に該当するか／しないかと判断するための判断基準が判然としないように思われる。かつてのわが国の夫婦形態においては、主に妻が家政を担当し、夫が労働に従事するという夫婦の役割分担があったことから、日常家事債務においても、妻をどのように保護するかという観点もあり、他方、第三者の保護という視点からすれば、日常家事債務は客観的基準を以って判断せざるをえないという側面もあつた。

日常家事債務はそもそも婚姻費用から支出される性質を有し、その目的は婚姻生活維持のために限定される。民法七六一条の「日常家事」の範囲は限定的に解釈されるべきであろう。学説は、①婚姻の目的に沿って分類を試みる学説、②妻が主に家政を担うという実態を考慮するというふうに分類されるであろうか。また判断基準について、①夫婦の生活実態を考慮する学説、②夫婦の社会的状況をも考慮する学説、③第三者保護を基準とする学説があるが、いずれの立場であっても、夫婦生活の維持と「関連性」をどの程度有するかによって決定されるべきであろう。まずは夫婦個々の事情を考慮し、日常

家事債務の該当性を決定し、第三者との関係については、やはり「客観的関連性」を基準として判断せざるを得ず、仮に、一方配偶者の行為が日常家事債務に該当しないとするのであれば、他方配偶者が日常家事債務に該当しないと立証する必要があることとなる。⁴²⁾

3. 婚姻破綻時における日常家事

(1) 学説にみる「日常家事」

婚姻関係が破綻している場合の日常家事について、第三者保護を重視する立場からすれば、夫婦関係の破綻を考慮することは制限的に考えられることとなるであろう。別居中の夫婦については、離婚成立前であっても、同条の連帯責任を認めるべきではないのではないかが問題とされるところであるが、「夫婦が婚姻関係の破綻により別居中であることについて相手方が悪意である場合や、過失により知らなかった場合には、同条の適用を認めるべきでないといった見解がある。法律関係を明確にするため、これらの立法することは考えられてよい」として夫婦の別居時に関する立法の必要性を指摘する学説や、⁴³⁾

「別居によつて共同生活が消滅した場合は、離婚の前段階に移行したものとみるのが常識であり、共同の家事は崩壊しつとあると解すべきであるから、家事の範囲は著しく縮小するに至るであらう。」としつとも、「そういたいわゆる家庭の内部事情は、外部の第三者にはうかがい知ることのできない場合も少なくないから、第三者として日常家事に属すると信すべき正当の事由があれば、これについても表見代理の適用をなすべきこととなる」として、日常家事が拡大する範囲で表見代理の適用を認める学説もある。⁴⁴ 日常家事については、婚姻関係が破綻していることと、日常家事を行っていないことが必ずしも一致せず、婚姻関係は破綻しているものの生活維持のために、客観的には日常家事と同視し得る取引がなされる場合もあり、こういった日常家事の特殊な事情が、婚姻関係破綻と日常家事債務の關係に関する議論を困難にしている側面もあるといえよう。

この点我妻説は、「婚姻費用を負担すべき夫が子女の養育を妻に任せて他処に居住するようときには、妻の権限内となる日常家事の範囲は却つて拡大され、夫の財政的援助なしに生活するために、必要な借財をし又は夫

の名義の財産を処分することも含まれると解さねばならない場合が多いと思う。」としたうえで、「従来の判例は、行為を抽象的に考え、その目的が夫婦共同生活の維持のために必要かどうかを考えないのは不当である。また、夫の不在中に妻が生計に窮して夫名義の借財をし又は夫名義の財産を処分したような場合に、これを有効とするために、夫が暗黙に代理権を与えたものとみようとするのも、無用のことである」と指摘する。⁴⁵

これに対し谷口説は、「不和で別居中やあるいは同居中でも極めて不和の場合には、総括代理権授与の認定は困難であり、表見代理成立の余地はないことになる。日常家事代理権は、不和で別居する夫婦の間にも認めねばなるまいから、この種代理権を基本代理権として一般的代理行為につき表見代理を認めることは、甚だ不当な結果となることが分かる」と指摘し、代理権授与の認定を否定する。⁴⁶ ただし谷口説においても「極めて不和の場合には」と言及されるように、婚姻関係が破綻し回復不能な場合を想定しているのではないかと考えられる。

子がある夫婦については、「少なくとも未成年の子の養育については夫婦が共同で責任を負うべきであり、そ

の限度で民法七六一条の適用は肯定されるべきである（限度をないことにすることはむしろかしいが、学用品などの用途がはつきりしているものについては適用を肯定すべきである）。それ以外の場合には、やはり、類推適用は否定せざるをえないのではないかと思う。」と述べる学説もある。子の保護を重視し、『夫婦関係の破綻』の認定を弾力的にすることによってある程度解決することができると思う。」とする考え方である。⁴⁷

夫婦関係の変化が日常家事に及ぼす影響についての学説の違いは、もっぱら婚姻関係が破綻している期間中の日常家事の存否に関する議論である。「婚姻関係が変化している」ことを「破綻」ととらえて日常家事は存在しないとするのか、あるいはたとえ夫婦関係が破綻している場合であっても、子がある場合や、その他日常家事の存在を否定することが一方配偶者にとって酷な状態を発生させる場合には、日常家事は存在するとするのか、夫婦関係の変化をどのように捉えるかが重要となる。

夫婦関係が変化しつつあることについては、「別居状態にあるといっても、それが近時よくある長期单身赴任による別居なのか、共同生活の実体は既になくなり離婚

の前段階としての別居なのかは、外部の第三者には容易に窺い知ることのできない夫婦のプライバシーの問題である。また婚姻関係が破綻に帰して長期間別居していても妻が夫名義の家屋に居住してそれを管理し、夫名義で日用品を購入し、夫名義で公共料金や子女の教育費等を支払っているという客観的事実があれば、かかる場合の妻には日常家事代理権がないとは断定できないと思われる」としたうえで、「別居」という事実状態があるとしても、別居の経緯を考慮すべきであるし、夫婦関係が破綻しているといっても日常生活が婚姻同居で営まれているのであれば、日常家事に該当すると考えるとする学説がある。⁴⁸

この点、学説・判例において日常家事に対する混乱があると指摘しつつ「その争点は、夫の不在の場合や困窮の際にはいわゆる『鍵の権限』が拡張する、と解すべきかどうかにあるように思われる。」と指摘する学説がある。この学説によれば、日常家事の範囲は「個人の尊厳と両性の本質的平等とを旨とすべき現行法と『鍵の権限』の思想は、あい容れないものがあると考えるが、婚姻共同生活が平等な人格としての夫婦の協力によって営

まれるべきものとすれば、旧法下の日常家事の觀念よりはるかに広いものを認めてよく、夫の不在、困窮などの際には、それに対応して日常家事の範囲も拡張する、と解するのが妥当であろう。」とされ、「夫婦は互に協力扶助すべ義務を負い、この義務のもとに婚姻共同生活を営み、夫婦の一方の取引も実質的に共同の利益に帰する以上、他方もまたその責任を負担することが、夫婦間のみならず取引の相手方との間でも衡平に適するからではないかと思われる。」として七六一条を類推適用して無権代理人としての責任を他方配偶者に負わせることを主張する。⁽⁴⁹⁾ また、「処分についての権限を与えられた管理人がいけない限り、家族の生活費にあてる等のために不在者の財産を処分する必要が生じた場合には、二八条に基づいて、家庭裁判所の許可を得て行うというのが、民法の趣旨である」とも述べられ、不在者の財産管理制度を活用することを提唱される。⁽⁵⁰⁾ この点、「むしろ、家族構成員が困ったときにはすぐに適正な管理ができるよう、不在者・失踪者の債権者のために財産管理制度の更なる整備が要求されるべきであろう。別居・同居での扶養義務の存否内容を区別しない日本においては(その是非は別

として)、財産を持っている者が不在者となりその家族が生活に困っている場合、家族は不在者に対する扶養料債権者なのである」と指摘する学説もあるところ、いずれも婚姻関係が変化している夫婦につき現行法を活用することの可能性を指摘している。⁽⁵¹⁾

夫婦関係の変化に対応し、日常家事債務の法的効果をどのように規定するかについては、婚姻関係が安定している場合を前提に日常家事の成立を認め、破綻している場合には、(1)破綻の度合いを考慮し日常家事の存否を判断するか、あるいは(2)不在者の財産管理制度を活用するとの考え方があ

この点、多治川教授は「破綻」概念の段階的变化を考慮し、「婚姻共同生活関係が完全に崩壊した状況であっても、日常家事債務に関する夫婦相互の法定代理権が單純に消滅すると考えるべきではなくて、この代理権が存続する余地を留保する必要があると考えられる」として「仮に、婚姻共同生活関係が崩壊しつつある場合に、婚姻関係がいまだ完全に崩壊していない状態を『崩壊過程』、婚姻関係が既に完全に崩壊している状態を『崩壊後』と呼んで概念的に区別するとしても、実際には、こ

の両者は程度により判別される連続した状況である。例えば、夫婦の一方配偶者が家出をしたり、両者が既に別居していたとしても、さまざまな法的評価が想定され得るであろう。そして、実際の紛争では、一方配偶者によりなされた行為の効力が他方配偶者に帰属するかどうか、が争われているわけだから、裁判官は、当該行為の効力が本人に帰属するといえる程度に婚姻共同生活関係が維持されていたかどうか（当該行為の効力が本人に帰属しないといえる程度に婚姻共同生活関係が崩壊していたかどうか）を認定すれば足り、一般論として当該夫婦の婚姻関係が完全に崩壊していたか否かを認定する必要はないし、また、実際に認定しているかどうかも疑問である。婚姻関係が破綻しているため日常家事に関する夫婦の連帯責任は成立しない、という判例の認定・判断も、この意味で理解すべきであろう」と指摘する⁵²。

日常家事の判断にあたっては、学説が指摘するように、夫婦関係の変化を日常家事にもたらす影響を具体的に考慮することが必要となる。また、加えて、婚姻関係を破綻させた配偶者の有責性も考慮されることとなるであろう。ここで考慮される有責性とはいわゆる離婚における

有責主義とは異なり、あくまでも日常家事該当性を考慮するための根拠として用いられることに限定されるべきであろう。そもそも、実質的な婚姻関係が存在しないのであれば夫婦間での日常家事は存在せず、子に対する「扶養義務」が存在するのみである。有責性の判断も不要である。この考え方により発生するであろう一方配偶者に対する不利益を回避するためには、日常家事の存在を認めないことは「一方配偶者にとって酷な状況」である必要がある。また、場合によっては日常家事債務の連帯責任とはいえ、夫婦間の内部負担割合を定めることが可能な場合もあるだろう。その場合には、婚姻関係維持／破綻に対する双方当事者の寄与割合を考慮することが可能となり、そこには有責性の概念も入り込まざるを得ない。この意味において、厳密に言えば、日常家事債務における「破綻」概念と、離婚原因における「破綻」概念は、必ずしも一致しない。日常家事債務における「破綻」は、婚姻の効果を失わせるほどの「婚姻関係の破綻」が当事者にあつたかどうかを判断するための指標と考えることができる。

(2) 判例にみる「日常家事」

他方判例においては、どのように判断されているのだろうか。以下に検討する。

徳島簡判昭和三五年五月(日不明、判例①)は、別居中妻が負担した医療につきなされた不当利得返還請求につき、「医師の治療は被告が希望し承諾した原告の実家における医薬費であり、N病院の入院費の内容は食費と完全看護料であつてそれらは必要にして最小限の程度のもので、婚姻中の生活において生起した以上避けることのできない直接の婚姻から生ずる費用そのものである」として、「別居中のものであり且つ相当長期間のものであるけれども」としつつも日常家事に該当すると認めた。⁵³原告と被告は昭和二九年に婚姻したところ、原告が昭和三〇年二月頃に肺結核と心臓性喘息にかかり昭和三十一年一月からは実家で療養することになったところ、昭和三十一年七月には離婚の合意が成立していたことが裁判当時は離婚が成立していなかった。

横浜地判昭和三八年一〇月一八日(判例②)は、夫が賃貸人との賃貸借契約を合意解除した事例につき、「妻は夫と共に当該家屋に居住する権利を有し、この権利を

賃貸人に対し主張し得るものと言うべきである」としつつ、「この法理は夫婦関係が正常な状態にある場合に妥当するもので夫婦間に大きな溝が出来、当該家屋における同居生活が不能となり夫が当該家屋から立退いて妻と世帯を別にしなければならぬ事態が生じた場合には妻の有する居住の権利は夫の賃借権に從属する関係を脱却しそれ自体独立の権利として保護せらるべき地位を取得するに至つた」として、夫が賃貸人との合意で賃貸借契約を消滅させることはできないと判示した。⁵⁴

本件は、本件家屋を昭和三六年八月に賃借した夫婦が、その後夫の不倫関係を原因として昭和三七年五月頃から夫婦関係に溝が生じ、合意解除のなされた昭和三七年八月一日当時には夫婦関係は復元の見込のないほど破綻し、本件家屋における同居生活は不能となっていた。夫婦は共同で寿司屋営業を営んでいたため、妻は本件家屋において寿司屋営業を営み生活費を捻出する以外に現在これといった生計の道なく、従つて今後も引続き本件家屋に居住する必要がある事例であつた。

東京高判昭和四四年一〇月一六日(判例③)は、夫が賃借した建物につき、夫婦関係が破綻し離婚調停中で

あつても妻に賃借権が認められるかが争われた事例につき「特段の事情がないかぎり、妻は夫の建物居住権したがってその占有権に依拠して建物に居住しているものであつて、妻に独立の占有はないものというべきである。」としつつも、本件のように「夫が女道楽で外泊が多く、家業にも失敗したため、同人との間が漸次円滑を欠くにいたり、…外泊の度がはげしく、…全く帰宅せず、夫婦関係は破綻して…離婚の調停事件にまで発展しているのであつて、このように建物賃借人たる夫が多く外泊して建物に常住せず、夫婦関係が正常を欠くにいたり、ために被控訴人が自ら建物内の営業主体となつて独自にその経営に従事し、控訴人もその情を知つて被控訴人の営業開始に同意を与えたような場合には、控訴人は夫の賃借権に関係なく被控訴人に建物の独自の使用を許したものであつて、被控訴人は建物につき独立の占有権を取得したものと認めるを相当とする。」と判示した。⁵⁵⁾

妻は夫と昭和二六年一〇月に婚姻したが、夫の女道楽により夫の商売が昭和三三年三月頃倒産し、その頃から夫の外泊が頻繁になり、いったんは別居したものの、昭和三三年七月より同居を再開し、麻雀営業を開始したが、

実際には妻が切り盛りし、夫は外泊が益々頻繁となり昭和四二年正月頃からは全く帰宅せず、他女と同棲し、妻とは全く没交渉になっているものであった。昭和四〇年五月一二日には夫が賃貸人との間で賃貸借契約を合意解除している。

東京高判昭和四九年四月二四日（判例④）は、夫が締結した火災保険契約の保険金が妻に支払われた事例につき、夫婦の「婚姻生活は破綻し、離婚を前提として別居したものと解しえられなくもない。だとすれば、夫婦の共同生活関係は消滅した」ことから、妻の保険金受領は日常家事に該当しないと判断した。本件は、夫婦が昭和四五年六月から居住していたアパートが全焼したため転居していたところ、妻が夫に無断で転居先から家出をしその後同居していないため、別居中に妻が受領した保険金が日常家事に該当するかが争われた事例である。⁵⁶⁾

大阪高判昭和四九年一〇月二九日（判例⑤）は、妻が夫の実印を勝手に使用し土地の売買契約を締結した事案につき、夫婦は「長期間別居し、生計を異にしていたものであつて、当時、夫婦の共同生活は破綻に帰していたものと推認される」ことから、日常家事に当たらないと判

示した。⁽⁵⁷⁾ 夫婦は昭和一三年頃から別居しており、昭和二五年当時妻は飲食店営業をして自活していたこと、夫は実印を妻のもとに置いたままにしていたがこれをもって夫が妻に代理権を与えたものと推認することは相当でない⁽⁵⁸⁾と判断するとともに、民法一一〇条の基本代理権の存在も否定している。

東京高判昭和五六年四月二八日（判例⑥）は、夫が自らの借金返済のため、妻所有の土地を無断で売却した事案につき、夫婦が約六年間別居していることから、「夫婦の実質はなく、婚姻関係は破綻していたのであり、かかる場合、夫婦の一方は、他方の日常の家事に関する法律行為につき民法七六一条の責任を負わないものと解するの⁽⁵⁸⁾が相当である」と判示している。

大阪簡判昭和六一年八月二六日（判例⑦）は、夫がふとんをクレジット契約で購入したことが日常家事に該当するか争われた事例につき、夫婦は昭和五四年一月に婚姻し同年八月に長女をもうけているところ、「長女が出生したところは、まじめに働いていたものの、その後仕事を転々とするようになり、交通事故にあつて入院したことから、仕事はせず、酒を飲むと妻に暴力をふるうよう

になったことは認められるが、ある時期は別居していたとしても、完全に別居したとは認められ⁽⁵⁹⁾ないことからすれば本件契約が別居中の契約とは認められないが、契約当初から妻はふとんの購入に反対していたこと、夫婦は実家や兄弟の援助で生活をしており、ふとんの購入金額は夫婦にとつて多額であることから、日常家事の範囲を逸脱していると判示した。⁽⁵⁹⁾

東京地判平成一〇年二月二日（判例⑧）は、子どもの英語教材を妻がクレジット契約で購入したことが日常家事債務に該当するかが争われたところ、子どもの英語教材の購入は日常家事に該当するとし⁽⁶⁰⁾たうえで、「本件契約締結当時、夫婦は同居していなかったものの婚姻関係が破綻していたわけではない」として、本件契約の締結は日常家事代理権の範囲に属すると認めた。⁽⁶⁰⁾

判例①は、婚姻関係はすでに破綻しているが、医療費が日常家事に該当すると認めたものである。婚姻関係の状態にかかわらず、一方配偶者が酷な状況に陥ることを避けるために認められたと考えることもできる。判例②③についてはいずれも婚姻破綻の際に夫が賃貸人との間で賃貸借契約を合意解除した事例につき妻の居住権が争

われた事案であった。いずれの事案についても合意解除についての日常家事該当性は判断されず、婚姻住居内で妻が営業をし生計を立てている場合につき妻の居住権を認めた事例であった。判例④⑤⑥⑦はいずれも婚姻関係が破綻していることから日常家事の該当性を否定した事案であるところ、ふとん購入に関して争われた事例（判例⑦）を除けば、他は保険金の受領（判例④）、実印を盗用したうえでの土地の売買契約（判例⑤）、妻による土地の無断売却（判例⑥）に関して争われた事例であった。判例④から判例⑥は、いずれも一方配偶者の特有財産を他方配偶者が処分した事例であるため、特有財産を処分しなければ日常家事を遂行することが困難であったかが問題となるところである。この点、「離婚を前提として別居（判例④）」「生計を異にしていた（判例⑤）」「夫婦の実質はない（判例⑥）」といずれも婚姻関係の破綻を前提とし、他方配偶者の特有財産を勝手に処分することは日常家事にはあたらないと判断している。他方、判例⑦については「ふとん」という、日常家事の想定範囲内の取引であるところ、「ふとんの購入金額は夫婦にとって多額である」ことから日常家事の範囲を逸脱して

いると判示している。さらに判例⑧については子どもは英語教材の購入であり、本事例については「婚姻関係が破綻していたわけではない」として日常家事債務の成立を認めている。判例⑦⑧については、金額の多寡・他方配偶者の承諾等が考慮要素として考えられるところ、判例⑧は婚姻関係の破綻を判断要素としてあげているが、仮に婚姻関係が破綻していた場合には、日常家事債務性は否定されるものの、子の扶養の論理により親に債務負担が認められる事例であろうか。⁶¹

4. 小括

婚姻費用の分担や日常家事債務の連帯責任については、その分担可能性や分担割合を判断するに当たり、夫婦の婚姻関係を考慮することが必要となる。この点、学説や判例においては、婚姻関係の変化を重視するか、第三者の保護を重視するかでその結論が異なるように思われる。民法七六一条が第三者保護のための規定であることからすれば、客観的に婚姻関係が破綻している状態が存在していること、すなわち夫婦が別居していることが必要で

あると思われるが、そうでない場合であっても実質的に夫婦関係が破綻している場合には他方配偶者に日常家事債務の負担を負わせることが不当である場合もあるのではないだろうか。また、逆に、婚姻関係が破綻しているから日常家事債務の連帯責任は発生しないとすれば、これにより酷な状態に陥る配偶者が発生することも考えられる。婚姻の効果を勘案するにあたっての考慮要素である「破綻」は、婚姻の解消に向けて考慮される「破綻」とは異なる視点も必要とされると考えられ、例えば、家庭内別居の場合についても詳細な検討が必要とされるであろう。このような場合には当事者が夫婦関係が破綻していることを証明することも必要ではあるが、当事者の詳細な生活関係（電気・ガスの使用具合、生活費の負担状況、支出額の相当性、交流の状況等）を勘案したうえで日常家事債務の負担を決定することが考えられる。また、場合によっては婚姻関係が破綻に至る過程で、夫婦がどの程度破綻に寄与したかを割合的に認定し、夫婦間での内部分担決定することも考えられるであろう。その際には、夫婦双方の有責性が考慮され、その度合いに応じて内部分担が決定される場合もあるのではないだろう。

うか。⁽⁶²⁾ 共働きが増え、「妻名義の取引に常に夫の連帯責任をつけて相手を保護するという時代は次第に終わりつつあるのではないか」との指摘にもあるように、⁽⁶³⁾ 夫婦がそれぞれ独立した財産を保有するようになれば、日常家事債務は、実質的に夫婦関係を維持するために必要な支出についてのみ連帯責任を負担するということになり、婚姻関係が破綻している場合であっても、連帯責任を負うのは、連帯責任を負わないことで配偶者の一方が酷な状況に陥る場合に限られるということになる。いずれにしても別居制度の検討も含む夫婦関係の「破綻」概念が婚姻法制にどのような影響を及ぼすかにつき更なる考察が必要であると考ええる。引き続き検討していきたい。⁽⁶⁴⁾

注

- (1) 中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社、一九六五年）二三〇頁、坂本圭右『夫婦の財産的独立と平等』（成文堂、平成二年）一九六頁、後藤佳旦「婚姻破綻別居中の婚姻費用の分担義務について」中川淳先生古希祝賀論集刊行会『中川淳先生古希祝賀論集 新世紀へ向かう家族法』（平成一〇年、日本加除出版株式会社）一八三頁、梶村太市「婚姻費用の分担―その性質及び分担額の決定」

- 岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法2』（一九八八年、日本評論社）五三頁、深谷松男「生活保持義務と生活扶助義務」川井健ほか編『講座現代家族法・島津一郎教授古希記念 第4巻（親権・後見・扶養）』（日本評論社、一九九二年）一九八頁。
- (2) 青山道夫Ⅱ有地亨編『新版注釈民法（21）親族（1）』（有斐閣、平成二三年「復刻版第二刷」）「伊藤昌司」四三五頁、有地亨「婚姻関係の破綻と婚姻費用の分担」沼邊愛一他編『家事審判事件の研究（1）』（一粒社、昭和六三年）五二頁以下は別居年数あるいは家裁への係属状況に応じて夫婦協力の度合は弱まるとする。
- (3) 二宮周平『家族法 第3版』（二〇〇九年、新世社）六六頁。
- (4) 犬伏由子「夫婦間の生活保障の法的構成について」山形大学紀要（社会科学）一五巻一号二三頁。
- (5) 常岡史子「判批」民商法雑誌一三五巻六号（二〇〇七年）一一五七頁。
- (6) 拙稿「判批」民商一五三巻一号（二〇一七年）一九一頁以下。東京家審平成二七年六月一七日（判タ一四二四号三四六頁）は、別居中の夫婦間における婚姻費用算定につき、夫が自宅を出て以降妻が実家に転居するための期間の住宅ローン負担につき、住居費を二重に負担していることになるとして住居関係費を控除している。

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察（大杉）

- (7) 日常家事債務の連帯責任について多数の論稿がある。例えば、三島宗彦「日常家事債務の連帯責任」中川善之助教授還暦記念家族法大系刊行委員会『家族法大系Ⅱ（婚姻）』（有斐閣、昭和三八年「初版第四刷」）一三五頁、坂本圭右前掲注（1）二〇三頁、高森八四郎・哉子「夫婦の日常家事行為と表見代理」名城法学第三八巻別冊（一九八九年）二〇頁、鍛冶良堅「日常家事債務に関する理論構成」『民法論集』（啓文社、昭和五一年）一七九頁をあげることができる。なお、拙稿「民法76条における『日常家事債務』の範囲―賃料支払債務を素材として」『明海大学不動産論集第二二号（二〇〇四年）四七頁以下では賃料債務を手がかりに日常家事債務を取り上げている。
- (8) 磯辺四郎・井上正一起稿『民法草案獲得編第二部理由書』（明治三二年）一六頁。
- (9) 法典調査会大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13 法典調査會民法第決議案』（商事法務研究会、昭和六三年）一六頁。
- (10) 法務大臣官房司法法制調査部監修「第148回法典調査会議事速記録（明治28年12月13日）」法務省大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6 法典調査会民法議事速記録6』（商事法務研究会、昭和五九年）三五五頁。
- (11) 石井良助「法律編下 解題」明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書第3巻 法律編下』（風間書房、

昭和三五年）一六八頁。

(12) 石井良助「民法草案人事編理由書解題」明治文化資料叢書刊行会編『明治文化資料叢書第3巻 法律編上』（風間書房、昭和三四年）九七頁。

(13) 石井前掲注(12)九七頁。

(14) 末弘徹太郎「家團論」穂積重遠・中川善之助責任編輯『家族制度全集法律編第四巻 家』（河出書房、昭和一三年）一八六頁。

(15) 穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、昭和八年）三三九頁。

(16) 我妻栄『親族法』（有斐閣、昭和六年）「初版第三八刷」一〇九頁。

(17) 近藤佳代子「明治民法における妻の日常家事代理権」阪大法學四二卷二・三号（一九九二年）七八九頁。

(18) 川島武宜「離婚と社会統制」中川善之助他編『家族問題と家族法 Ⅲ離婚』所収（酒井書店、一九五八年）九五頁。

(19) 拙稿「江戸から終戦時までにおける日本離婚法の特徴」特にフランス法との比較をてがかりに」明海大学デイスカッションペーパーシリーズ第二八号（二〇一六年）八一頁。

(20) 穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、大正六年）八〇頁。

(21) 中川善之助『略説身分法学』（岩波書店、昭和五年）

一五二頁。

(22) 梅謙次郎『民法要義』（有斐閣、大正二年）一九一頁、谷口知平『日本親族法』（信山社、平成元年）「復刻版第二刷」二八九頁。

(23) 穂積重遠『親族法』（岩波書店、昭和八年）三四六頁、永田菊四郎『親族法要綱』（巖翠堂書店、昭和九年）一五四頁。

(24) 近藤英吉『親族法講義要綱』（弘文堂、昭和一三年）一〇七頁、堀内節『親族法要義』（精興社、昭和一五年）二六二頁。

(25) 中川善之助『日本親族法——昭和17年——』（日本評論社、昭和一七年）二四七頁。

(26) 大判昭和一一年二月二六日法律新聞四一〇〇号一九一六頁。

(27) 末弘前掲注(14)一九七頁。

(28) 我妻栄編『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、一九八九年）「第一版第三刷」二六〇頁。

(29) 我妻栄編前掲注(28)六二頁。

(30) 田辺繁子「家族法上の妻の地位」戸籍時報九七号（一九六六年）三頁以下、沼辺愛一「家族法上の妻の地位に関する婦人青少年問題審議会の意見書について」ジュリ三四四号（一九六六年）四一頁以下。

(31) 中川淳『家族法の諸問題』（有信堂、一九七二年）二〇頁。

(32) 末弘前掲注(14)一九五頁。

(33) 外岡茂十郎『親族法』(評論社、昭和二五年)一六四頁。

(34) 中川善之助『新版 民法大要』(勁草書房、昭和五二年「新版」)五五頁。

(35) 末弘嚴太郎『民法講話 上巻』(岩波書店、昭和四二年「第一二刷」)二六三頁。

(36) 末弘前掲注(35)二六三頁は「大體日常の家庭生活に必要なことがらであつて、夫婦が互いに獨斷でふるまつて差し支えないと認められるものを指すと解せられるべきであるから、各個の家庭事情によつてその範圍は必ずしも一致しない。しかしたとえば妻が子供のために必要な衣服を買入れた場合には、夫も必ずこれに對して責任を負わなければならない」とする。

(37) 谷口知平『親族法』(評論社、昭和二八年)七八頁。

(38) 末弘嚴太郎前掲注(35)二六三頁。

(39) 柚木馨『親族法』(有斐閣、昭和二八年「第四版」)一二七頁、奥村長生「判批」法曹時報二二一卷八号一六五五頁、高森哉子「借財と日常家事行為」関大法學四〇巻一号(一九九〇年)三八頁、齊木敏文「日常家事代理權と表見代理」判タ六五〇号(一九八八年)六二頁。

(40) 人見康子「日常家事行為をめぐる一考察」法学研究第四五巻第七号(一九七二年)五四頁以下。

(41) 我妻栄前掲注(16)一〇六頁。山川一陽「日常家事債

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察(大杉)

務と表見代理責任」民事法情報一七八号(二〇〇一年)一一六頁は「日常の家事のために夫が妻名義の借金をすることも通常の家事に属するとされるが、金額については低廉なものに留まる。日常生活から見て極端に高額な借金や、夫婦の固有の職業的事務や手形裏書行為などは日常の家事の範圍には属しないのが通常であろう。基本的には財産処分行為は日常の家事の範圍には属しないと理解することができよう。要するに夫婦の社会的な地位や職業、資産、収入、慣行などを考慮して決定される概念であるということができよう」とする。

(42) 多治川卓朗「日常家事債務(民法761条)と相手方の信賴保護(二・完)——『婚姻關係破綻』の特殊性について」熊本法学第一〇九号(二〇〇六年)九六頁では「相手方から見れば、通常であれば日常家事の範圍内の行為であるのだから、その信賴は当然のものであつて、それ以上に相手方に正当理由(自らの善意無過失)を主張・立証させる必要はない。むしろ、この場合には、本人に婚姻關係の破綻に関する相手方の悪意・善意有過失を主張・立証させるべきと考えられる。相手方が悪意・善意有過失であつたと認めるに足りる証拠がないという理由により、民110条の類推適用を肯定した同判例の判断枠組みは、以上のように分析でき、相手方の信賴という観点から見れば、婚姻關係の破綻はまさに特殊な事情であることが分かる」と指摘する。

- (43) 山下純司「2-2 離婚の効果」大村敦志・河上正二・窪田充見・水野紀子編『比較家族法研究—離婚・親子・親権を中心に』（商事法務、二〇一二年）一一一頁。
- (44) 三島前掲注(1)二四四頁。
- (45) 我妻栄『親族法』（有斐閣、昭和三九年）「初版第五刷」一〇六頁。
- (46) 谷口知平「判批」民商四九卷二号（昭和三八年）一一〇頁。
- (47) 齊木前掲注(39)七三頁。
- (48) 高森前掲注(39)七五頁。
- (49) 鍛冶前掲注(7)一九四頁。
- (50) 鍛冶前掲注(7)一九九頁。
- (51) 佐藤啓子「家族債務の処理と夫婦の連帯責任（4）完」名古屋大学法政論集一三八号（一九九一年）三六七頁。なお三六六頁では「戦後の混乱期ならともかく少なくとも離婚者の間でも連絡を取り合うことの容易な現代社会においては、生活費調達のための処分・借財についても、他方配偶者との連絡なく（代理権が授与されずに）処分行為がなされるなどという事態は、およそ家事行為とかけ離れた目的であると推測される」と指摘する。また松久和彦「ヨーロッパにおける日常家事債務の連帯責任」立命館法学三六九・三七〇号（二〇一六年）六七五頁では「専業主婦から共稼ぎ夫婦が増加する中、夫婦の一方が他の一方に対する代理の意思を有することなく、かつ他の一方の名をあげることなく顕名することなくなした行為について、他方に責任を負わせ、自らも責任を負うとすることに今日において意義があるのだろうか」とする。
- (52) 多治川卓朗「日常家事債務（民法761条）と相手方の信賴保護（二・完）——『婚姻関係破綻』の特殊性について」熊本法学第一〇九号（二〇〇六年）六四頁。また伊藤昌司「民法761条日常家事債務の連帯責任」青山道夫・有地亨前掲注(2)四五四頁以下は「婚姻関係の破綻による別居の場合には本条の適用が排斥されると解することにも、多少の留保なしには賛成できない。日常の家事の範囲を限定的に解釈することを前提としつつ、夫婦が別居中であることにつき相手方が悪意である場合や、善意でも同居中ないし一時的別居にすぎないと信じたことに相手方の過失がある場合には、本条が適用されないと解すべきであろう」とする。
- (53) 徳島簡判昭和三五年五月（日不明）家月一二卷一〇号一四四頁。
- (54) 横浜地判昭和三八年一〇月一八日下民集一四卷一〇号二〇六七頁。
- (55) 東京高判昭和四四年一〇月一六日判時五七五号三七頁。
- (56) 東京高判昭和四九年四月二四日金法七一九号三七頁。
- (57) 大阪高判昭和四九年一〇月二九日判時七七六号五二頁。

(58) 東京高判昭和五十六年四月二十八日判タ四四六号九七頁。

(59) 大阪簡判昭和六一年八月二十六日判タ六二六号一七三頁。

(60) 東京地判平成一〇年一月二日判タ一〇三〇号二五七頁。

(61) 阿部徹「民法第761条と表見代理」熊本法学二号(一九六四年)一二三頁は「日常生活に不可欠とされる食料・光熱・衣類の購入についてみてすら、それがつねに日常の家事といえるわけでなく、場合によっては、買入れた分量や時期などの点からみて、日常の家事とはいえないこともありうるであろう」としたうえで、「さして多額でもない金銭の貸借については、具体的事情を考慮することなしには、それが日常の家事をこえるかどうかを判断しえない」として考慮事情に、事実上の離婚、配偶者の長期不在をあげている。

(62) 家永登「裁判例に見る『家庭内別居』の諸相(1)」専修法学論集第一二六号(二〇一六年)八頁は別居に関する法制度が存在しないことを指摘したうえで、「わが判例は、婚姻中であっても、夫婦関係の状態の変化に応じて婚姻の効力を縮減ないし消滅させることによって、換言すれば、円満を欠く不和夫婦の状態に応じて婚姻の効力規定の適用を制限したり否定したりすることによって、円満な夫婦関係を前提とした民法の婚姻の効力規定を適用することによって生じる不当な結果の回避をはかって

いる」と評する学説もある。

(63) 岩城謙二「夫婦の財産関係」NBL七三六号(二〇〇二年)七七頁。夫婦財産関係の検討に当たっては、深谷松男「夫婦の協力と夫婦財産関係」金沢法学一二巻一・二合併号(昭和四一年)二一七頁において「家族法特有の法政策的見地から立法をはかり、また解釈の枠の中で可能な限り保護目的を貫徹することを考えなければならぬ」とも指摘されるところである。

(64) 「謝辞」 本稿を執筆する過程で「夫婦財産をめぐる法―現行制度の可能性と限界」についてのシンポジウムが開催された(日本家族・社会と法V学会第三五回学術大会・二〇一八年一月金沢大学)。本シンポジウムでは、夫婦財産の法的枠組みにつき多様な視点からの報告がなされた。当日は出席をし勉強させて頂きましたことを心より御礼申し上げます。

宮崎道三郎博士講述『比較法制史』緒言及び 第一部 羅馬法制史

吉原達也 編

解題

1. 本稿は、本学の前身、日本法律学校の創立者総代であった宮崎道三郎博士^①の講述『比較法制史』上下（日本大学図書館所蔵^②）のうち、上巻を構成する緒言及び第一部 羅馬法制史を翻刻したものである。
2. 宮崎博士は、「日本法制史研究の最初の専門家であると同時に、西洋に於ける近代法制史研究法を輸入して、之を日本法制史研究に適用、実践した点に於て
3. 本講述『比較法制史』には講義が行われた年代を特

も最初の人である^③」と評されるが、明治二〇年代から

帝国大学法科大学において日本法制史を講ずるとともに、羅馬法及び比較法制史というかたちで西洋法制に関する講義も同時に行っていた時期があった^④。本講述『比較法制史』はその当時の学生による筆記記録であり、草創期のローマ法講義の実相を示してくれる貴重な資料である。上巻の羅馬法制史と下巻の独乙法制史の二分冊からなっている^⑤。

定できる手がかりが含まれていない⁽⁶⁾。宮崎博士の比較法制史講義録は、日本大学所蔵本以外にも現在いくつが残されている⁽⁷⁾。本翻刻にあたっては、このうち、撰南大学所蔵本を随時参照させていただいた。同本は表紙に「乃卅四年九月至卅五年五月」と手書されており、明治三四年乃至三五年の年度の筆記録であることが知られる⁽⁸⁾。明治三五(一九〇二)年三月法制史比較法制史講座が、法制史講座と比較法制史講座としてそれぞれ独立することとなり、宮崎博士は法制史講座の担任となった⁽⁹⁾。撰南大学所蔵本は、宮崎博士が担当してきた比較法制史講義の最終年の講義録にあたり、本講述は、宮崎博士が法制史比較法制史講座担任となった明治二七年九月以後明治三四年以前のいずれかの年次講義をもとにしたものと考えられる。

4. 明治初年から二〇年代にかけてのローマ法講義の変遷については、拙稿「穂積陳重のローマ法講義について」日本法学八四卷一号(二〇一八年)一頁以下、宮崎博士がローマ法講義を担った経緯、本講述のもつ意味について、「宮崎道三郎博士の講述『比較法制史』について」同八四卷三号(二〇一八年)四二三頁以下

を参照されたい。

5. 本講述『比較法制史』を翻刻するに当たり、次のような方針を採った。

- ・旧字体は新字体に改め、片仮名遣いを平仮名遣いにしたほか、読みやすさを考慮して濁点、句読点を補った。送り仮名は一部をのぞいて、原則として原文のままとした。「及」「及び」など。合略仮名は片仮名で表記した。編者の補った部分は「」でくくって、本文と区別した。

- ・本文は、英語、ドイツ語、ラテン語が混在しており、綴りの誤りを訂正したほかは、そのままの形で残すこととした。「羅馬」「ローマ」「Rome」など。ただし、ラテン語については、固有名詞以外は、原則として各単語を小文字表記として全体を統一した。例えば、Justinian, comitia curiata など。

- ・原典との対応を容易にするため、丁数を「一丁表」「二丁裏」のように、各丁の冒頭部分に挿入して記述した。

(1) 宮崎道三郎博士の事績については、中田薫「宮崎道

三郎先生小傳」中田薫編『宮崎先生法制史論集』岩波書店、昭和四（一九二九）年所収。石井良助「日本法制史研究の発達」『東京帝国大学学術大観 法学部 経済学部』

一九四二年、二七七—二九三頁、とくに二八〇—二八二頁。「日本法制史学八十八年—東京大学における—」『国家学会雑誌』第八一卷第一・二号（一九六八年）、一〇九—一三七頁所収、宮崎博士についてはとくに、一一一—一四頁を参照。同『大化改新と鎌倉幕府の成立』創文社・一九七二年、三二七—三五九頁に収録、とくに三三〇—三三三頁を参照。宮崎博士のドイツ留学時代の事績については、柏村哲博「設立者総代宮崎道三郎の生涯」『日本大学史紀要』創刊号二（一九九五年）、一一—一八頁、とくに四—九頁。宮崎誠・柏村哲博「宮崎道三郎のドイツ留学について」『日本大学史紀要』第五号（一九九八年）、一五一—一七二頁、宮崎誠『宮崎道三郎のドイツ留学について（補遺）』『日本大学史紀要』第六号（一九九九年）、一三二—一四六頁。このうち、「補遺」は、現地調査に基づくライプツィヒ、ゲッチンゲン大学における宮崎博士の学籍簿や住所記録などの貴重な報告記録となっている。

（2）同書は、和紙に謄写刷された二分冊からなる和綴本の体裁であり、第一分冊表紙に墨で「比較法制史 宮崎博士 上」と記された紙が貼付されており、内容は「羅馬法制史」である。第二分冊も同じ和綴本の体裁であり、

同様の題名が記されていたであろう紙が剥がされていて確認することはできないが、内容は「独乙法制史」である。

（3）石井良助・前掲「日本法制史研究の発達」二八〇頁。

（4）岩野英夫「わが国における法史学の歩み（一八七三—一九四五）…法制史関連科目担任者の変遷」『同志社法学』第三九卷一・二号（一九八七年）二二五—三二二頁。矢田一男「明治時代のローマ法教育（一）（二・完）」『法学新報』第四四卷三、四号（一九三四年）。『東京帝国大学五十年史 上冊』一九三二年。『東京大学百年史・部局史一』一九八六年、六八頁。宮崎博士がローマ法の講義を担当した経緯を略記しておくと、ドイツ留学から帰国した翌年一八八九（明治二二）年には「法制沿革及び羅馬法」を担当したが、この年は穂積博士及び外国人教師ヴァイペルト（Heinrich Weipert, 1856-1905）による「羅馬法」が講じられていた最後の年にあたる。一八九〇（明治二三）年も「法制沿革及び羅馬法」を担当するが、穂積博士は講義を担当せず、ヴァイペルトも職を解かれたことから、この年から宮崎博士による羅馬法講義のみが行われた。一八九一（明治二四）年、一八九二（明治二五）年は「法制沿革、羅馬法並びに独乙法律史」の講義を担当、一八九三（明治二六）年の講座制への移行に伴い、九月九日付で、羅馬法講座担任、法制史比較法制史講座兼任となり、翌一八九四（明治二七）年九月に戸

水寛人博士教授任用・羅馬法講座担任に伴い、九月八日付で法制史比較法制史講座担任となっている。

(5) 宮崎博士『比較法制史』下、第二部 独乙法制史は以下のような構成になっている。目次三丁、本文八四丁、緒言／第一条 独乙法制史の来歴 第二条 参考書／本論／第一章 Germanische Zeit の法制沿革／第二章 Fränkische Zeit／第三章 中古紀／第四章 近世。

(6) 長尾龍一「宮崎道三郎の法史学」『日本大学史紀要』第十号（二〇〇七年一〇月）、一〇三二頁、『法学に遊ぶ新版』慈学社、二〇〇九年 附録一 二五五頁以下所収。長尾教授によると、筆記者の字の癖から、早稲田大学図書館所蔵講義録『日本法制史』（明治三四年）と同一であることから、一九〇一（明治三四）年以前の講義を記録したものと推定されておられる。「宮崎自身の執筆にしては間違いが多過ぎ、聴講生のノートにしては出来が良過ぎるので、恐らくある程度宮崎の指導を受けて学生が作成したものと思われる。」二六六頁を参照。

(7) 宮崎博士の比較法制史講義録としては、摂南大学所蔵本（図書館本館 完29111224）、東京大学所蔵本（総合図書館 上―下 L11:33005601737）、九州大学所蔵本（附属図書館法 KJ 30/M/201513200105386）などが知られる。このうち東京大学総合図書館所蔵本は、日本大学所蔵本と同一の謄写印刷本とのことである。これについて、長尾・前掲書二八四頁注四七を参照。「同講義録が、講義

者不明のままで東京大学総合図書館に所蔵されていることを、筆者は二〇〇七年六月十一日に発見し、係員にその旨を伝えた。」

(8) 摂南大学所蔵本は、筆記者は不明であるが、インクによる筆記ノートを製本したものであり、冒頭に「教授法学博士 宮崎道三郎口授 比較法制史 完 於東京法科大学 乃卅四年九月至卅五年五月」と手書されており、明治三四年乃至三五年の年度の筆記録であることが知られる。

(9) 岩野・前掲二四三頁注六三、『東京帝国大学五十年史』下冊、一九三二（昭和七）年、一九五―一九六頁。『東京大学百年史 部局史一』一〇四頁以下。

比較法制史 宮崎博士 上

比較法制史目次

〔一丁表〕

緒言	三〇八
第一章 比較法制史の範圍	三〇八
第二章 法制史編纂の來歴	三二二
第三章 法制史編纂の方法	三二四
第一部 羅馬法制史	三二七
第一章 羅馬法制史に対する緒言	三二七
第一条 羅馬法制史編纂の沿革	三二七
第二条 羅馬法律の参考書	三三二
本論	三三二
第一章 王政時代の法制の有様	三三二
第一節 羅馬の建国	三三二
第二節 羅馬国初に於ける法制の概略	三三六
第一款 <i>jus et fas</i> (<i>lex humana et lex divina</i>)	三三六
第二款 公法 (刑法と訴訟法を除く)	三七七
第一項 <i>tribus, curia, gens</i>	三七七
第二項 <i>rex</i>	三八
第三項 <i>senatores</i>	三九
第四項 <i>comitia curiata</i>	三九
第三款 私法 (<i>private law or jus privatum</i>)	三三〇
第四款 刑法	三三三
第五款 訴訟法	三三四

第三節 内部の軋轢及其影響	三三四
第一款 <i>clientes</i> 及 <i>plebeji</i> (<i>plebs, plebi</i>)	三三四
第二款 羅馬の諸王の改革則ち羅馬王は <i>plebeji</i> に 〔付て〕改革す	三三六
第二章 共和政時代に於ける法制の沿革	三三九
第一節 Italy 諸国征服前の有様	三三九
第一款 12 tables [十二銅律] 制定前の概況	三三九
第二款 12 tables [十二銅律]	三四一
第三款 十二銅律后に於ける法制の沿革	三四七
第二節 Italy 半島を征服したる后 <i>Punic</i> 戦争前の有様	三四八
第一款 Italy 諸国征服の概略	三四八
第二款 <i>municipia, praefecturae, civitates federatae, coloniae</i>	三四九
第三款 <i>recuperatio, legis actio per condicionem</i>	三五〇
第四款 私法の有様	三五四
第三節 <i>Punic Wars</i> 後の有様	三六三
第一款 <i>Punic Wars</i>	三六三
第二款 <i>praetor peregrinus</i>	三六三
第三款 <i>jus gentium</i>	三六四
第四款 訴訟法上の改良	三六六
第五款 <i>jus praetorium</i> (<i>praetor の法律</i>)	三六八
第六款 法律学の沿革	三七一

第七款 地方制度	三七三
第一項 Italy 国内の地方制度	三七三
第二項 Italy 国外の地方制度	三七四
第三章 帝政時代の法制の沿革	三七五
第一節 帝政開始の略史	三七五
第二節 Octavian 時代に於ける制度の改良	三七七
第三節 Octavian 帝の政治機関	三七八
第一項 在来の政治機関	三七八
第二項 Princeps の役員	三七八
第四節 senatus consulta	三七九
第五節 constitutiones principum	三七九
第六節 Hadrian 帝前に於ける法律学の有様	三八〇
第七節 edicta praetorium	三八二
第八節 Hadrian 帝后の法律学の有様	三八二
第九節 Diocletian & Constantine 時代に於ける羅馬国 政の変遷	三八四
第十節 Diocletian & Constantine 后に於ける羅馬の法 律学の有様	三八五
第十一節 Justinian 帝前に於ける法令の集録書	三八五
第十二節 Justinian 法典編纂	三八六
第二部 独乙法制史 (下卷)	
〔略〕	

比較法制史目次終

比較法制史「一丁表」

緒言

第一章 比較法制史の範圍

比較法制史の名称たる其意味甚だ広かれども時間に制限あるコトなれば其範圍を定め以て講述せざる可からず。先づ其意味を広く解釈せば世界中の法制を比較するにあり、此事たる甚だ困難なるコトなり。然れども或る大家中各国の法律の沿革を研究し且つ著述せんと企画せしもの少しとせず。例へば Warnkoenig [Léopold Auguste, 1794-1866] 氏の如きは法学通論中に各国の法律沿革を簡単に論述せり。此他此類の学者頗る多し。今日にありては諸国の交通頻繁となり互に密着し諸国の法律を比較すること余程容易なるに至れりと雖ども風俗思想等の異なる為め矢張各国の法律を相比較するの困難を免れぬ。

元來比較法制史は近來に至り甚だ盛大に赴き英仏独学者中には各国の法律を比較して法律は世の中に如何なる方法を以て進歩せしかを研究するものあり。此研究たる全く法律学に属する「一丁裏」処なり。而して今述べし如く比較法制史は新起學問なるを以て未だ完全ならずし

て諸学者の論著を見れば前後撞着する処頗る多し。先づ夫等の比較法制史を研究するに当り尤も困難を感じるは学語にあり。勿論国異なるに従ひ語を異にして悉く各国の語に通ずる能はず。故に之れ大に苦む^く処なり。因て種々の大家の著書に従ひ一般に思想を觀察するに止る。今日にては広く各国の法律を研究し其の基礎に依り其法律を比較するものあり。則ち「ポスト」Post[Albert Hermann, 1839-1895]氏の如きにして氏は独乙の比較法制史の原祖とも称せらるゝ人にして遠く亜弗利加の法律迄て調査せしコトあり。又コーレル[Kohler, Josef, 1849-1919]氏の如き苦心し研究せり。氏に至りては別々調べたるの傾あり。故に比較法制史の意味を広く言へは古代に於ける印度、希臘、羅馬等の法律沿革を論じ一方には支那日本等に至る迄の法制史を比し得可きも到底確固たる結果を得る能はず。今や日本の法制史を陳べんとせば、自然支那の法制を陳ぶるに至る。元来日本は至大の勢にして進歩せしも久しく支那の法制を採用せしを以て日本の法制を陳べんとせば支那の法制を陳ぶるに至る。因て支那の「二丁表」法律を述べば又以て日本の法制の一般を視ふに足れり。

比較法制史中陳述するは主として歐洲の法律なり。然れドモ其範圍広漠にして僅少の時間内には到底完結する能はず。故に今述ぶる処は西洋に於ける法律の位置にて歴史上大影響を及ぼせし歐洲諸国の沿因に付て陳述するなり。而して西洋諸国と雖ドモ国数多く従て範圍広し。故に其内法制上大影響を及せし羅馬及び日耳曼の法制に就て陳述すべし。

抑も羅馬の法律は歐洲諸国に大影響を及せしコトは言を俟たずして今日も尚歐洲各国に影響を及せり。就中日本との親密なる諸国及び日本に於ては羅馬法の影響を受けるコト甚し英の如きは少しく差異ありて或学者は羅馬法の影響を受けるコト大なりと云ひ或は僅少なりと論ず。然れども英國は古代より羅馬法を講究せしコト明なり。勿論其度合に至りては仏独と比す可きにあらず。併し近世に至りては英吉利法を学理的に論ずる諸学者其分類上羅馬法の影響を受けるコト大にして今日は英國中にも羅馬法を研究するものも甚だ多し。日本にありては近來歐洲法制に基き法律を制定す。その歐洲諸国は羅馬法の影響を受けるや大なりとす。従て間接に羅馬法日本に影響する処ある可し。

日耳曼法制も亦歐洲諸国に大影響を及せり。此事たる西洋諸国の大家も自白する処にして Walter J. Ferdinand, [1794-1879] 氏の著書 *Deutsche Rechtsgeschichte* の一卷一章に述べり。

比較法制史を述ぶるには二種あり。則ち羅馬及び日耳曼法なり。而して羅馬法の伝播するや其の体裁既に具り記録亦全きを以て羅馬法は能く相調和するに至れり。之に反して日耳曼法は幾多の流派に分れ新鮮の発達を以て無数の体裁と組織を生じ、人をしてその帰する処を知る能はざらしむと。之を熟考すれば羅馬及び日耳曼法の当世に及せし影響を知る。羅馬法は Justinian 帝の時有名な法典生ず。その法典は四分せらる。其一部中 *Digesta* の如きは Justinian 帝より先に生じ羅馬に於て有名なる諸学者の論説を総括せり。此時代に於ては詳き処もあり。実に此法典には羅馬法伝はれり。加之羅馬法は時代も古きを以て法典に掲ぐるものにして当世に適せざるものある可し。然れども羅馬人種は法律に長じ、中には当世の模範となる可きものも多し。而して十二乃至十三世紀頃より歐洲に於て再び羅馬法を研究するもの多く出でたり。當時は歐洲に於て法典及び法理学は完全せ

ず。故に一方に羅馬法の一部分の完全せるを嘆美し、一方には羅馬法に如此法律の完全なるを慶び全く之を神酔し研究するに汲々たり。当時より以後羅馬法は一部に止らず歐洲諸国に伝播し羅馬法の行はる、処は歐洲諸国を蹂躪するに至れり。故に羅馬法の流行と共に歐洲の法律は羅馬法に化せられ漸次調和せり。斯くして歐洲は羅馬法の影響を受け諸国の法律調和するに至るの傾向あり。近き例は日本と歐洲とは風俗異なり、従て法律異なりたれども今日独仏の羅馬法に基くもの日本に輸入するに従ひ、間接に日本も羅馬法と調和し漸々差違を減す。

日耳曼法に於ては古代人種は全体として一国家を有せしにあらず。多くの小団体ありて各独立せり。因て自然日耳曼中には其人種地方と異なるに従ひ法律を異にす。故に羅馬法は漸々歐洲と調和するも日耳曼法は之と反対せり。此に注意す可きは今日普通に日耳曼を独乙と云へども此処にては全く異にして独乙は日耳曼の一部と知る可し。尚ほ日耳曼法制の歐洲諸国の法制に遠因するを詳記せば Brunner J., Heinrich, 1840-1915] 氏の *Deutsche Rechtsgeschichte* の一卷一章を見ば、日耳曼法の歐洲に影響するコト明白なり。則ち独乙法制史と日耳曼法制史

とは異なれり。如何となれば独乙法制史と日耳曼人種全体の法制史を論ぜざればなり。尤も一時は独乙人種の法制と他の日耳曼人種との法制と其趣向を同ふせしコトありしと雖ドモ日耳曼人種中初めて独立に法令を録載するの比に及びて日耳曼人種の法制は其独立法制と密着の關係を有するにも係らず、已に特種の發達をなし遂に独立の法制と並び論ず可からざるに至る。而して他の日耳曼人種の法制詳く言へば、

Das islandische Recht	
Das norwegische Recht	
Das schwedische Recht	} Schwesterrecht
Das gothische-vandalische Recht	
等は皆独乙法と其初め同様に日耳曼法に基き成立したるが故に之を独乙「四丁表」法の姉妹法と云ふ。此他独乙法の女子法なるものあり、則ち	
Das anglosächsische Recht	
Das englische Recht	} Tochterrecht
Das französische Recht	
Das langobardische-italienische Recht	

之を以て日耳曼法の沿革を調ぶるは其範圍実に広きコト

明白なり。尚 Brunner 氏は女子法に付て何故此等の女子法を有するかを説明せり。則ち古代 Anglo-Saxon 人種ありて Britannia を征服す。時に此人種は其固有法を当地に輸入し之をして發達せしむ。然るに West French に属する Normandy 人種は英国を征服するに当て fränkisches Recht を英国に輸入せり。故に英法の古き原因は大部 fränkisch-normanisches Recht なり。而して其一部分は anglosächsisches Recht に化せしなり。因て独法と英法とは親子の關係あり。又 langobardische[r] 人種は Italy に移住し独乙法制史の範圍外に脱出せしコトあり。然れドモ其後再び fränkisches Reich に服従する「四丁裏」に及びて langobardisch[er] 人種も同国に遺続する他人種と共に其法制の沿革を同ふするコトとなれり。然るに fränkisches Recht は瓦解して独り langobardisches Recht は羅馬法と相接して別に特種の發達をなせり。加之 westfränkisches Recht も亦独立して fränkisches Recht となれり。而て独乙法制の本流より支分するに至る。之より最後に niederländisch[es Recht] も独乙一地方の法律たる位置を離れ終に姉妹法たるの位置を占め之と遠かりたるに至りたと云へり。Brunner

氏の言ふ処は又以て歐洲法律の原因を見るに足れり。

以上の如き關係にて羅馬法の歐洲に及せし影響大なるも独乙法の歐洲に關係する處亦至大なり。故に比較法制史には羅馬法と日耳曼法との二種の法律の沿革を述べば歐洲法律の沿革を述べしと云ふも過言にあらず。併し羅馬に於て羅馬法は非常なる沿革を有し之を詳述するコト到底望む可からざるコトなりとす。故に之を陳述せんより却て簡単に言ひ得る方法あり。又日耳曼全体の法律に付ては地方人種等の事を陳ぶるに実に錯雜を免れず。故に法制史中にて日耳曼及び Roman law の沿革を述ぶるコト能はざ「五丁表」れば日耳曼中一の制限を加んとす。然らば日耳曼人種中何れの法を述べしか則ち仏法若くは独法述ぶるも同じく日耳曼法制を陳述するコトなり。故に今や独乙法制の沿革を陳述せん。

独乙法制は日耳曼法制と異なりと雖ドモ独乙法制は日耳曼法制の一部なれば独乙法制を陳述せば日耳曼法制の一般を視ふに足れり。況や独乙法制の古きを講ぜば只に独乙人種のみならず日耳曼人種一般に通す可し。又独乙と仏国と分裂せざる前に於ける仏国法制を講ずるに等し。又英國法制と差異する處あるも古きに至れば大に關係す

る處あり。殊に羅馬法制史を述べ續て独乙法制を講ずるに至りては大に發明する處ある可し。則ち其間の關係を諒知する易し。以来羅馬法の盛なりしに従ひ独乙法も蹂躪せられたり。故に羅馬法の独乙法に及ぼせし影響も明白たり。従て羅馬法の歐洲に及せし影響を知るに足る可し。

第二章 法制史編纂の來歴

歐洲に於て法制史の生ぜし沿革を述べん。今日も歐洲にては法制史に力を「五丁裏」尽し之に關する書あるも歐洲に於て此編纂の生ぜしコトは十六世紀頃後なり。而して如何にして其頃より法制史起りしかば十三世紀頃より Roman law は歐洲に再起し其影響として歐洲に法制史を編纂するに至れりとす云ふべきなり。抑も Justinian 帝の法典を作るや其中に Pandectae (oder Digesta) なる部ありて今日独乙にも Digesta に力を尽せり。十二世紀より歐洲人の Roman law を学ぶに尤も大切なものとせり。之等によるも Roman law を学ぶに Pandectae を必要とす。

而して Pandectae は Justinian 帝の法典中の大切な

ものにして Justinian の法典は勿論□□□となす故に Pandectae は当時の現行法のみならず法律の沿革を書せるものにして Pandectae 中に De origine juris et omnium magistratum et successionem prudentium [法並びに総ての政務官職の起源及び法学者の継承について] なる題目を掲げ特に一章を設く。de origine juris とは法律の origin なり。英の source of law なり。此章に法令官吏及び法学者の歴史を述べしなり。第十六世紀後之を基として法令の外史を生ずるに至る。元より十六世紀前「六丁表」にローマの法制を研究するには De origine 章を讀めり。此後は他章を作り又新に附加へ等して之を学べり。Pandectae を基として作りたる法制史多し。又 Justinian code 中には Institutiones あり。之は尤も簡単なるものなり。今日 Justinian 帝の法典を総括して Corpus Juris Civilis と云ふ。此初めに記せしは彼の Institutiones なり。之は法典の功力を有せしむるも其主たる處は教課書として用ふるにあり。故に初心者に解し易くする為め簡単に書けり（英等にも Institution of Roman law なるものあり。独乙にも Institutionen [あり]、Justinian 帝の法典に基くなり）。結局法律階梯を教める

書を云ふなり。然るに Institutiones を見れば種々 Roman law の規定あり。其特種の規定を論ずると同時に之に関する規定を論じ加へり。故に歐洲に Roman law を研究するに当り箇々の規定を見るには Institutiones を見るに若くなし。之より Institutiones を手本とし法制の内史を編纂するコト起れり。然らば此の法制の内史外史とは何を論ずるか。固より人により外史内史の範圍異なり。併「五丁裏」し先づ法制の外史には法律の成立する体裁及び名称等の沿革を論ずるなり。凡て法律は時代により現はる、形異なれり。例「へ」ば或時代には法制は不文法となり或時は成文法となる。加之成文法中にては時代により種々法典生ず。此く名称等を論ずるなり。此く法制の外史にては細論に入らず、内史にては法令等の内容を論ずるなり。時代々々に付て論ず。内外史の法制史は重に Roman law の影響を受け起る。故に其起古からず。尤も法制内外史に付ては諸説あり。就中外史に付て議論あり。或は外史中に法令制定の機關のコト及び法学者の沿革を論ずるあり。此の外史と内史との區別は久しく歐洲に行はる。併し独乙に於て Puchta 氏は歴史法学派中屈指の人にして法学通論を著し其中に内外

「史」なる名称適せずと講ず。以后人々は其名称の付て疑を抱くに至れり。然るに近來 Brunner は独乙の法制を著し外内史に付て論ず。其接には共に法律を論ずるなれば内外の別なし。故に其名称当らず。夫よりも Allgemeine Rechtsgeschichte & Besondere Rechtsgeschichte なる名称を用ふる可なりと。

Allgemeine Rechtsgeschichte に論ずる処は殆んど外史と同一にして法律の全体を論ずるなり。則ち通論にして、Besondere Rechtsgeschichte は各論にして民法刑法等を論ずるなり。故に内外と云ふより能く当れり。今日法制史起りしは此の如し。

今日独乙の如きは法制の歴史に注目するコトとなり、法制史学に有名なる人多きに至れり。

第三章 法制史編纂の方法

一般の歴史にても法制史の歴史にても規則のみによる可からず。而して法制史にのみに限らず。一般の歴史編纂に付て論ぜしものあり。例「へ」ば、Droysen, Johann Gustav Bernhard, 1808-1884 氏等の如し。別に新説にならざるなり。法制史にても同じく歴史編纂の方

法は理屈に従ふコト能はず。併し今日法制の編纂に付て述べれば編纂に二方法あり。

- 1 Synchronistische Methode
 - 2 Chronologische Methode
- } なり

此等の編纂の著述に付ては Danz, Heinrich Aemilius August, 1806-1881 の著書あり。氏は此の二方法に付て論ぜり (Danz の著書は Römische Rechtsgeschichte)。

以上二方法の區別は Synchronistische Methode については時代分けをな「七丁裏」し其時代々々中に法制の沿革を述べ。Chronologische Methode は事柄を分ち其分類中に法制の沿革を説く方法なり。從來ある法制史を見るに人により種々異なり。Synchronistische M[ethode] を用ふるあり。或人は Chronologische Methode を用ふるあり。然るに学者中に二方法の利害に付て論ずる処各異なり。今日にては何れが善きかを判し兼ね。併し二方法共に長処ある代りに短処あり。吾輩之等に付て考ふるに此両方法共短処なきものに非らざる感あり。故に Walter 氏も法通「法学通論」に於て二方法の利害を論ず。其の説に付ては大に思ひ当るコトあり。其説は第一法制の変動は至大なるも其部分によりては決して皆同

時代に起るものにあらざれば之を一時代中に収めて論ずる難し。其の部分によりては變動の影響を受けて変更するには自ら遅速あり。故に時代を明に定め之を明に論ずる難し。第二国法及び之と關係ある公權の歴史に付ては或は時代を分ちて其變動を来すコト出来るも他の法制の部に至りては其變動は緩慢にして且つ表面に表はれざるコトなれば時代を分ち變動を説く難し。例の行政法憲法に關する規定廢置の事柄は明に知り易きも民法等のものに至りては變遷は知「八丁表」り難し（日本に於て異なる）。之れ不文法等の如きものあれば何時廢せんも何時置かれしかを知る難し。故に時代により變遷を知らんとする難き所以なり。第三には時代を分ち法制の沿革を論ぜんには時代の代る毎に前時代に連絡して論述す。故に議論の重複するコトあり。筆取りて實際書を見れば解し易し。例「く」ば、

I	II	III
a □此時代に就て	第一期 Ia 時代より論ず	第二期 Ia より論述す
b		
c		
d		

故に、Synchronistische Methode に付ては不都合を感じ

ず。

第四には時代を分けて法制史の沿革を論ぜんには歴史上の事実にて一定の model に入る。故に議論が開「明」ならずと云ふ。故に Walter は Synchronistische Methode を排し、Chronologische Methode を歴史編纂の体裁勝ると云ふ。其他に体裁に付て種々説を立つ。例は Karlowa [Otto, 1836-1904] 氏は Römische Rechtsgeschichte 「八丁裏」第一卷の緒言に云ふ処あり（尚 Karlowa 氏は Roman Law に明にして現存せり。近頃ローマ史を著し一卷と二卷の一部成る。此書成は大部とならんと。併し氏のローマ史は全体に渡りて書す。故に公法私法の一般を知るに足る。且つ氏は着実にして研究曲解のコト少し。之れは甚だ解し易し。或事に付てローマ史を知らんには之を見る便ならん）。則ち二規定間には急に甲乙を付す能ず。蓋し Synchronistische Methode は法律全体の沿革則ち或時代に於ての百般の法律中に存在する大勢を画くには便なれ。氏一部の法律が沿革し来たれる様を画くに便ならず。若し Chronologische Methode に拘泥すれば法律全体の沿革を写すコト能はざる可し（時代の沿革關係を見るに不便）と Karlowa 氏には体裁に拘泥せず。

之を折中して用へり。Walter 氏も Chronologische Methode のみを用ひず。例へば氏の著書 Römische Rechtsgeschichte には一部に Synchronistische Methode を用ひ、一部には Chronologische Methode を用ふ。例「く」ば公法に関する部には主として Synchronistische Methode を用ひ私法に関する部には Chronologische Methode を用ふ。此「九丁裏」コトは独り氏のみならず他の学者も同様の方法を用ふる少しとせず。或学者も此方法を善と主張す。之れ可ならん。其他人によりては著述一講義の方法とを異にするあり。則ち Schröder, Richard, 1838-1917] 氏の Deutsche Rechtsgeschichte の如し。

右の如き有様にて何れが善なるかを喧しく論ぜり。併し今日何れか善なるかを云ふ能はず。今や Walter 氏の説を述べんを以て Chronologische Methode は Synchronistische Methode に勝るか如きも、Synchronistische Methode を少しく訂正して用へるは Chronologische Methode に勝らんかと思はる。彼の Regelsberger, Ferdinand, 1831-1911] 氏は斯く云へり。Synchronistische Methode によるよりも、第一に時代を

最初に分つも其標準は法制上の大變動を標準とし其時代「区」分を多くするは可ならん。余り時代を細くすれば時代代る毎に反復する弊あればなり。而して時代々々に法律の種差を分つには同じ様に法律の分類を立てぬ様です。

法制の分科するに続々法律の分科の盛なるに従ひ法律の分類を細に分つコトとす。之を實際書すれば解し易し。未開時代には宗教法律等に混れて「九丁表」分れず。故に法律の歴史を書くにも終に至る程分類は密となる。しかし之れ免る能はざる処なり。兎に角 Synchronistische Methode に拘泥するコト不可なり。其他の歴史の書方に付ては法律家 Jhering, Rudolf von, 1818-1892] 氏の Geist des römischen Rechts 中の Historische Methode 中には有益なる議論あり。氏は近來の独乙には有名なる人なり。法律家としては大に才あり。此中 Geist des römischen Rechts は尤も有名なるものなり。之れは完結せず。或人は氏の著書が何物にても完結せずと。之れ著書中に面白き思想を發揮す。又一書出せば四方より攻撃するもの多く湧き出づ。故に Jhering も之に対して反動甚し。之等に付て面白き思想出づ。故に他書を書き初む。

故に完結せざるコト往々あるなり。Geist des römischen Rechts は世人を益する大にしてローマ法制の研究するには必ず見ざる可からず。又一般の歴史を編纂する方法を論ぜしものあり。則ち Bernheim, Ernst, 1850-1942] 氏の Lehrbuch der historische Methode なり。此の中に従来同題目に関する事件及び難し。雜誌等のことを集めり。又支那書なれドモ西洋書に比す可ものあり。則ち唐劉知幾 [661-721] 氏の史通なり。之は支那中の歴史及び法律編纂の方法に付て論ぜり。之は甚だ勝る処あり。此の著は評釈を下せしものありて史通々釈と云ふ。又最新注釈にては史通削繁あり。

比較法制史 第一部 羅馬法制史 [十丁表]

第一章 羅馬法制史に対する緒言

第一条 羅馬法制史編纂の沿革

歐洲に於て法制史と称すべき歴史の生ぜしは羅馬法の影響なり。併し法制史はローマ法学と同時に起りしにあらずして人々稍くローマ法制ニ付て其沿革は如何との疑を起し之に付て reflection をなすに至りてなりしものな

り。抑もローマ法学の歐洲に最高となりしは第十二世紀にしてローマ法学の中心は Italy の Bologna なり。而して其処にローマ法学の盛なりし所以に付て種々の議論あり。兎に角当時 Bologna の法学者として Innerius Martins 氏等あり。氏等は盛にローマ法律を研究し歐洲に一大影響を及し Bologna に遊学するもの多く出づ。此頃に Italy の法学者を glossators と云ふ。併し續て十三世紀の半頃より稍や Italy の学風一変し此に post-glossators [十丁裏] を生ずるに至れり。此の註釈派も歐洲に至大の影響を及す。之等の影響とシテ益ローマ法学歐洲に広り国により多少の差異あるもローマ法は其国々の法律を圧倒するの有様となりし。然るに当時の註釈派と後の註釈派とを問はす其の学風の傾く処は註釈にありて此二派は少く差異あり。前註釈はローマ法律の实地の用に注目せず後者は注目するの差異あるのみ。

併し二派は大同小異にして何れも歴史の注目に乏し。之れ等は何れも Justinian 法典に神酔し其法典はローマのみならず之れは法律の眞理に適せりとせり。其他の法律に至りては却て度外視して Justinian 法典は幾多の変遷をなせしかを研究せず。而して前派より後の註釈派は

実地の用に注目するの外観ありしも歴史的注目に至りては当たれり。前派は主としてローマ法の根本により研究す。後派は前派に於ける註釈を改正せしを以て前派の註釈を本とし之を研究す。故に後派に至りてはローマ法原文を見ず。甚きは註釈の註釈を書するに至る。故に歴史的の研究は衰えしと見て可なり。法律は時代により種類により其発達を異にす。古今不変なるものなし。東西一なるものなし。故にローマ法律を研究すれば意外に結果の不可なるものあり。故に時を経るに従ひ人は漸々疑ひを「十二丁表」起しローマ法律の沿革に注目するに至る。加之十六世紀頃は法律以外に古代の事物を研究するに至る。同時に lawyer は古代の言語学に通するに至り法律も歴史的觀察を生ずるに至る。因て此頃よりローマ史を編纂するに至れり。中著りしきは仏国の A. Rivallius († 1536 後) 氏なり。氏は *Civilis juris historiae libri quinque* を著し一五一五「年」頃に世に公にせり。氏は非常に法理の歴史に熱中し 12 tables 「十二銅律」の残りし分を集め法律の旧面目を復せんとし且つ之に註釈を加へり。夫れ今日も尚ほ 12 tables 「十二銅律」の原文の旧面目を覗はんとせり。右の如く当時代に法制史の端緒開

けり。併し学問の進歩は漸を以て進むものなり。故に此の如き著書あるにも拘らず不完全なる処多し。氏の著書は *Pandecten de origine juris* の章を本とし其の順序に従ひローマ法制史を作るものなり。抑もローマ法制史は *Digest* の影響を受け起りしコト明なり。又同時代に独り V. Forsten († 1530) 氏は *de historia juris Civilis Romani Libri III* を著せり。此書は一五六五「年」に至り世に公にせられたり。之等は抑もローマ法制史の端緒にして就中 Forsten, Rivallius は尤も著名なるものなり。而して Stintzing, Roderich von, 1825-1883 「十一丁裏」氏の *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* あり。此中に参考たる可きコト多し。此書は半ば成功して氏は死せり。故に氏の著は第一第二卷のみなり。之は甚だ名高くして Bekker 氏は非常に此書を賞讃せり。之を見れば独法の沿革并に他国法の沿革をも並び論ぜり。殊にローマ法の歐洲に影響を及ぼせしコトを書せり。

右の如く Forstin, Rivallius 「6」著書は法制史の外史に属するものなり。然るに十六世紀より下り十六世紀以降にはローマ法制史も編纂せられぬ。内史も論ずるも

のあり。又内外史を并せ論ずるもの出てたり。而してローマの法制内史に就ての著書は Heineccius[, Johann Gottlieb, 1681-] (†1741) 氏のものあり。氏はローマ法律者中にて著名なるものにシテ其著書中今日存するもの多し。Karlowa 氏も云へり。Heineccius は法律上一基軸をなせり。勿論之に付て研究せしものなきにあらず。併し一部に付て論ず。Heineccius 氏は法制の内史を研究する為めにローマ地方の有様を論ずるものの目的に著せしなり。此順序は主として Justinian の法典に依る。固より Pandecte より材料を得るも之等の材料は Justinian 法典に加へしに止る。固より Heineccius 「一二丁表」の著書は世人の愛する処となり。其歴史編纂に付ては大陸に影響を及す大なり。併し其著書はローマの古代の法制に付て論ぜしものにて法律の活動する有様に至りては深からず。故に氏の著書は尚 Rechtsalterthümer の臭気を含めりと (Karlowa 説)。Rechtsalterthümer は独〇に Rechtsgeschichte と區別す。則ち Rechtsalterthümer は法律の変化に付て重に注目す。則ち法律は時代を放ふを活動する有様を述べたるなり。Rechtsgeschichte はローマ法律は古代に存在せば静止の有様を述べたるなり。右

の如く Heineccius は内史は Justinian 法典の影響を受けしコト明なり。而して之を見れば学問の進歩の方法も明白なり。

十八世紀に於て内外二史を合載せしものあり。尤も古く編纂せしは Italy 「の」 Gravina (†1718) 氏の *Originum juris civilis libri tres* 「市民法起源論三卷」なり。今日にては此等より漸々影響を受けしものなれば内外二史を合載するの有様となれり。元より古代の法制を研究し又著書をなすに付て法律の静止の有様を写すコト稍易きも古より後に変遷し活動する有様は写し難し。之等に付き法律の学者は注目し「主」として活動の有様を写し法制史を著すに「一二丁裏」至りしは G. Hugo [1764-1844] 氏なり。氏は *Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsere Zeiten* (後の題号 *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*) を一七九〇「年」に Berlin 「にて」出版す。(記憶す可きは Historical school の一期限を開ける人なり)。

Hugo は一七六四「年」に生れ一七八三「年」頃より独国の Göttingen 大学の教授となりし。此大学は當時は法律学の盛なる処なりし。Hugo 氏は此に教授となりし

頃歴史家に有名なる Spittler [Ludwig Timotheus, 1752-1810] 氏あり。此人は当時歴史家中尤も雄弁なるものにして且新思想を有す。此二人は親く交り Spittler 氏に Hugo は「数字判読できず」説を聞き law 上にも発明する処多し。然るに当時仏に Montesquieu [Charles-Louis de, 1689-1755] 氏の著書を Hugo は読めり。而して Montesquieu は此著書に新思考を有し法律も自他の事物と関係あり、則ち土地風俗と関係し変化するものなりと。然るに当時 Naturalist 学行はる。此派の説く処は law にも万古不易のものありと此際 Montesquieu は此の如き新説を出すを以て之を見て Spittler, Hugo 氏は大に感ずる処あり。law も歴史的に研究せざる可からざるものとす。然るに独法律を見れば種々の原素よりなり自「十二丁表」国固有のものあり羅馬の法律あり外国のものあり此く秩序なくして一処に混合し存在せり。此有様なるを以て独法律の精神を明にせんとせば、独法に基き源に溯り歴史的に研究せざるべからず。此事も亦 Hugo に大刺激を与へ Hugo をして歴史的に法律の必要を研究せしむるに至る。Hugo は自ら筆を取りローマの法制史を著せり。又 Hugo はローマ法制史を著すに影響せしは

Gibbon [Edward, 1737-1796] のローマ法制史 [『ローマ帝国衰亡史』第四章] なり。兎に角右の著書にて独法の祖先と仰がるに至る。固より Hugo の説は当時の学者間に新しく而して Hugo 氏後の Savigny [Friedrich Carl von, 1779-1861] 氏と大同小異なり。併し独法の原祖とするは通常 Savigny なり。之れ Hugo は拙文にして Savigny は明文家なりしを以てなり。歴史法学派に属する有名なる人は十九世紀頃にあり。就中著名なるは Savigny 及び Eichhorn [Karl Friedrich, 1781-1854] 氏なり。Savigny はローマ法制史を研究し Eichhorn は独法制史を研究せり。此他 Puchta [Georg Friedrich, 1798-1846], Keller [Friedrig Ludwig, 1799-1860], Bethmann-Hollweg [Moritz August von, 1795-1877], Zumpt [August Wilhelm, 1815-1877] 氏等あり。Savigny は一七七九 [年] に Frankfurt am Main に生れ一八一〇 [年] に Berlin 大学の教授となり後に Preussens の国務大臣とな「十二丁裏」り。併し大臣としては著名ならず。Savigny は Hugo と同説なれども学識殊に文章も巧なり。著書の如きも多し。尚 Savigny は文章に巧にして独法学者中名高く又之を読むに解し易し故に善考を世の中に巧

に示せしを以て Hugo の上に出づ。且つ法学に長ぜしコトは Savigny の著書に付て明なり。氏の著書出るや否や独法律社会を動せしは占有に関する書 (Das Recht des Besitzes) にして、Savigny は二四歳の時に著はし五月間を費せしものなり。此書出るや否や世の喝采を博せり。其賞美されし。例「へ」ば当時独国に法学の第一等の位地を占めし Thibaut, Anton Friedrich, 1772-1840] 氏あり。氏は Heidelberg 大学の教授なりし。Savigny の著書を見て驚き、此人は独法学者の第一等の位地を占めんと併し Thibaut は Philosophical school にして Savigny は Historical school なり。故に全く其説反対し相互に法律編纂に付て議論を戦はせんコトもあり。此反対学者の賞美せしを以ても Savigny の卓越なるコト知る可きなり。而して Savigny は右の書により影響を世の中に及ぼせしは歴史的研究に意を用ひしにあり。且つ其文章の巧なるにより固より専有に關し「十四丁表」ては法律学者中最大問題なりとする一なり。専有に付ては古来種々説を称ふるあり。此難問に付て説を今日迄依然継続せしめしは Savigny の書なり。尤も此専有に付て名高き著書あれども之れにも拘はらず Savigny の説は依然存せり。之より

後 Savigny の著書多くして、例「へ」ば法律編纂に付て議論を戦はせし Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (一八一四[年]に著せり) 又 Savigny の著書中尤も有名なるは Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (六巻あり) なり。此書はローマ法律が歐洲に再び伝播せし次第を研究する為め、中世時代のローマ法の沿革を書せしものなり。又 System des heutigen römischen Rechts (八巻あり) あり。之を見れば Savigny の胆の大なるを知るに足る。抑も此の大なる八巻とは只に総論を陳べしのみなり。其の後ち「Das」Obligationenrecht を著し又法制史に付て雑誌を起したり。則ち Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft なり。右の如き次第にて Savigny の出後独法律の研究の有様一変せり。之より法律の歴史的研究に力を尽すに至れり。今日も此の不必要を論ずるものなし。勿論 Savigny 「十四丁裏」に對し細き点に付ては攻撃するものあり。又或学者は法律の一基軸となさんとし非常に Savigny を攻撃するものあり。例「へ」ば Jhering 氏の如きなり。則ち Savigny の考にては法律は風俗言語の如く各の間に生存するなりと又 Savigny は歴史的に力を

尽すも Jhering は歴史的にローマ法律は独乙に入りしにあらずと。兎に角歴史の研究を進めしは Savigny の力なり。

第二条 羅馬法律の参考書

其書は甚だ多きを以て其中一二の著名なるものを挙げし。

Bruns[, Carl Georg, 1816-1880] 氏の Römische Rechtsgeschichte なるものにて能く巧に画けり。此は甚だ価値あり。氏は philosophy に得意にして甚だ解き難き処あり。之を脱するも可なり。又 Padelletti[, Guido, 1843-1878] 氏の Römische Rechtsgeschichte 及び Esmarch[, Karl, 1824-1887] 氏の Römische Rechtsgeschichte あり。併し Bruns のものは尤も解き易きなり。又ローマの原本にて Gaius 及び Justinian の Institutionen あり。殊に Gaius 氏の如きは歴史の参考に適せるものなりとす。

〔十五丁表〕

本論

第一章 王政時代の法制の有様

第一節 羅馬の建国

建国の際歴史の材料少し。之れ何れの国も同しくして

羅馬の建国の事柄も歴史材料少し。而して之を今日尚ほ学者の論ずる処なり。併し具論点各異なり何れか真なるか判然せず。併しローマの大古の有様を知らざれば後の法律の基く処を知る能はず。故に歐洲各国も之を捨てず力を用へり。此の有様なるを以て諸大家の論を採用するに其取捨に付て大に苦しむなり。Puchta 氏の Institutionen にはローマの大古を論ぜり。此説及び Esmarch 氏の Römische Rechtsgeschichte にも説く処あり。尚ほ Puchta 氏の著書に付て述べし。Puchta 氏は Savigny の弟子にしてローマの法律にて名高し。systematisch [体系的] 等に付ては Savigny に勝る。而して Institutionen は尤も名高きものにして Esmarch は Puchta より劣るも氏のローマ法制史は名高し。此説は Puchta 氏〔十五丁裏〕に依る処多し。此に此の二氏に依りて説明せし。併し元より二氏の説に對して反對の説を抱きしものあり。乃ち Rudorff[, Adolf Friedrich, 1803-1873] 氏は Puchta の著書に對して攻撃する処あり。ローマ人曰くローマ国は其初め二人種の合併よりなり。則ち Romans, Tities なり。而して Romans は Latin 人種なり。Tities は Sabini 人種なりと云ふ。此事たるロー

ト人の Livius (59 B.C. に生れ)、Cicero (106 B.C. に生る) 著書に載する処あり。之等の説により后世の学者もローマ人種は二人種よりなれりと称へり。然るに Latin 「人種」 及び Sabini 「人種」 は西部 Arian 人種に属す。故に兩人種共其元は同胞なりと云ふべきなり。併し之等は漸々住居を異にして遂に人情風俗を異にするに至れるなり。後に至りて此兩人種は合してローマの建国となる。ローマ建国の法制の源は兩人種の法制より発せり。

右の有様なるを以てローマの法律を見しとせは兩人種に溯らざる可からず。元より Latin 「人種」 及 Sabini 「人種」 は同胞の民なるを以て漸々歐洲に入るに従ひ、或は早く侵入し或は後れて侵入す。併し漸々進み重に Italy 「十六丁表」 半島に入る。此に入るに当「り」てや漸々南方に降る。此 Italy に入りし、Latin 「人種」 は Sabini 「人種」 より先きなり。Latin 人種は Italy 半島に於て海岸の平坦なる地にあるに當り Sabini 「人種」 は山間に住居す。Latin 人種、新占有の地は Tiberis 乃ち Tiber 河流に接せし地なり。元より其土地は狹隘なり。西部は Thyrranian Sea に接し西北は Tiberis に接す。

北及び東北に於て Sabini 人種の住居及び Arian 人種の部落に接し東及東南は Hernici 及び Volsci 等の部落と接す。其地形は平坦なりし。故に Latin と云ふ言は平坦を意味せり。元より Latin 人種は此地を占領するに当「り」てや他人種 (Siculi) 既に占有せしなり。此の Siculi を放出し之を占領せしなり。故に Latin 人種は其周囲に敵多し。加之 Latin 人種の占めし土地乃ち Latium は平坦なるより外敵との掛引に於て甚だ困難なりしなり。之れ外敵の襲来し易ければなり。又 Latin の住居の有様は外敵を防ぐの有様となり。則ち Latin 人種は相団結して集落を周らすに障壁を作る。故に数多の集落あり。則ち urbs 多し。之に付ては Mommsen, Theodor, 1817-1903 氏の Römische Geschichte に詳述せり。此の集落は「十六丁裏」各村属及び家族よりなり。又集落には首長其他集会あり。此集落は同 Latin 人種のコトなれば自ら同盟を結び平時は互に婚姻し有無相通じ又同一の神を拝せり。併し一旦事あれば諸集落のものは共に全体に通ずる総督を招び戦争に赴けり。此頃 Latin 人種の経済の有様は其の財用の如き牧畜と掠奪とにより便せり。或人の説に Rome 人は稍や後にても槍を以て所有権の号

とせり。此の如きは Latin 人種より伝れるならんと。之の事たる Gaius の Institutions に載す。此説明中に甚だ奇異なるコトを記せり。則ちローマの訴訟手續にて物品取戻すトキは原被告に法廷にて演劇の如きコトをなす。則ち原告は奴隸なれば棒を以てす。被告も棒を用ゆ。之れ槍なり。此槍は所有権の記号なり。此故は槍を得たる程慥なる記なしとせり。之等より推見せばローマ人は外敵と戦ひ分捕を以て活計を立てり。又ローマにては金錢を pecus と云ふ (pecunia は之より生ず)。此字は牧畜を意味するなり。因て Latin も古代は牧畜せしならんと云ふ人あり。

Latin 人の古へ屢々行き掠めし首府は Caere なりと云ふ人あり。此市「十七丁表」府は甚だ開けしなりと。Latin 人は Latin 「の」地を占むるに当り此にある人種を捕へ又掠奪を行ひ又他部落より掠奪せるコトもあり。故にラテン人は襲来を恐る。因てラテン人は団結の必要なるコト一箇人に浸む。故に Latin 人は団体を重ずるコト及び政治上の組織も比較的早く発達す。加之 Latin 人は襲来を恐るを以て其实用に傾き幽美に注目せず。Sabini 人種は Latin 人より後れしローマに入り Latin 人

より北部に土地を占む。西は Etruria に接し北は Umbri に接し東は Picenum に接し南は Latin 及び Aegui に接す。此地形たる Latinum に反し山岳多し。故に外敵に対する關係 Latin と有様を異にす。此の天然の城壁を頼みとし人工を以て城壁を作るに及はず。此に於て Sabini 「人」の住居の有様も Latin 「人」と異にし箇々散居せり。因て Sabini 「人」の部落には urbs 少し。其生計の如きは明ならざるも古は牧畜を以て生計を営めり。之よりして Sabini 「人」は Latin 「人」の如く団結を重せず。従て Sabini 「人」は政治的団体よりも一家を重す。因て Sabini 「人」は政治的団体成らざるも一家の組織早くより成れり。然るに Sabini 「人」は外敵の襲来を恐るコト Latin 「人」より少きよりして Latin 「人」の如く実用に傾かず幽「十七丁裏」美に注目す。殊に Sabini 「人」は山岳にあり、自ら神聖なる考起り易し。故に宗教上の考深し。従て政治機關に関する考も宗教的の臭氣を帶ぶコト多し。Latin 「人」は首領を見るに風俗界の首領とし Sabini 「人」は宗教界の首領とす。勿論王ありし時代は王は Latin 「人」と Sabini 人より交る々々之れを出せり。然るに政治上の制度は Latin 「人」よりの王の手

に成るもの多く宗教上のコトは Sabini の王の手より成るもの多し。Law の如きも私法と公法との上に Sabini 「人」と Latin 「人」と其有様を異にし、公法は Latin 「人」に早く発達す。之れ政治的団体を重ずるにあり。私法は Sabini 人に早く発達す。之れ一家を団体より重ぜしを以てなり。且つ法律上用ゆる儀式も兩人種有様を異にし Sabini 「人」は宗教の臭味を帯ぶもの多し。従て神聖なる傾あり。Latin 「人」は其臭味少くして儀式は野陋なるもの多し。例「へ」ば後に至りても婚姻の如きは有様の異なるもの行はる。一方は嚴格にして神官列す。一方には同時に売買結婚あり。此の基は兩人種にあり。因て有様異なるならんと云ふ人あり。Latin 人も元より神を敬するコトなかりしにあらず。Sabini 「人」に比すれば少きなり。其初は兩人種住居を異にす。全く統一せしにあらず。「十八丁表」併し後に合併せり。此の原因は明ならずトモ、Sabini 「人」は何時迄も北部のみにあらず一部は漸々南方に下り、Italy 半島の Cures を占領し住居せしコトあり。然れドモ尚一部は進つ Italy 河辺に至るあり。此頃 Latin 人中には Tiberis 河辺に於て mons Palatinus なる丘嶺を占むるものあり。然るに

Sabini 「人」¹ Tiberis 河辺に住居せしものは mos Quirinalis なる丘を占めり。因て一時は此両方面丘岡は相隣接す。故に初は相敵視せしも遂には相合して一国を組織するに至りローマの建国となる。此を記するに足るは古代ローマ人を称して ^{Latin} populus Romanus ^{Sabini} Quiritium と云へり (Sabini 「人」は Cures にあるより此く云ひしなり)。而して此建国の年代は種々紛々たれドモ先づ 700 or 800 B.C 頃ならん。

此有様異なる兩人種合せしものなるを以てローマの国書及び法律も有様を異にしたる処あり。則ちローマ法制史上有様の異なるもの行はるゝコトあり。又ローマ法上公私法相並びて早く発達せしコトは兩人種合せしを以てならんと云ふ説あり。例「へ」ば今日称する公私法の如きはローマ法の語より沿革せしなり。ローマの極古代は名称なきも原則発達せしなり。ローマにて初めに兩人種「十八丁裏」せしコトなれドモ其後久しからずして Luceres 人種加はり、ローマは初に於て二大部の tribus に分ち一を Rannes²、一を Tities とせり。Luceres 加はりて Luceres tribus 生ぜり、此の Luceres tribus の加はりしコトは、Roman 「の」 Hostilius 王あらつ Latin

「人」より出て武を好む、此王は、Luceres なる一 tribus を作りしなり。之れ Latin 「人」の一部なり。之を mons Caelius に移住せしむ。併し人種より云ば Latin 「人種」と Sabini 「人種」との二ありしのみなり。

第二節 羅馬国初に於ける法制的概略

第一款 jus et fas (lex humana et lex divina)

時にても古は神を拝し又崇神天皇の時は皇宮と宮殿と同一なりとせしなり。

Rome にても同じく Latin と Sabini とは小異ありしも敬神盛なり。而して人の法律 (jus) の外に神の法律 (fas) あるコトを信ぜり。元より fas のコトに付ては明ならず。併し神を重するコト盛なれば fas の関係するコトと広し。近頃 fas を研究するコト盛にして Jhering の Geist des römischen Recht に書する処あり。fas とは例「へ」ば如何なる日又如何なる時に於て祭祀を行へば宜しきかを規定す。又訴訟も日及び時を定めてなすコトとなれり。又 fas に於て祭をなすも場処を択ぶコトを規定す。尚私法上関係なる res に付て如何なるものは res sacra 又如何なるものは res religiosae なるかを規定す。之等はローマにては別段に取扱ひ一箇人は之を取扱ふ能

はざるものとせり。若し之を売買せば fas に触るゝなり。又 fas には種々の儀式を規定す。元より fas と jus とは全く別なるものにあらず。或者は両方相俟て作為するあり。例「へ」ば結婚、離婚、養子等の如し。

fas には自から制裁あり。若し之に反する処業あるトキは種々罪の輕重に従ひ罰あり。例「へ」ば神の祭に与るコトを禁せらる。又は重罪のものは其人を保護せざるか如し。而してローマにては fas のコトを司る官あり。之を pontifices と云ふ。其長を pontifex maximus と云へり。而し古伝によれば pontifices を初めて置きしはローマ王 Numa Pompilius なりしと。此王は Sabini 人種より出でり。fas の由来に付て Esnarch 氏の如きは fas の思想は Sabini 「人種」より起りしならん。其故は pontifices を Sabini 「人種」[十九丁裏]より選出の王が置き加之此の人種は敬神の思想盛なりしを以てなり。而して fas と pontifices とは密着の関係あり。此事はローマ學術を就中法学に影響す。抑もローマの學問の起りしは fas の影響なりとす。

第二款 公法（刑法と訴訟法を除く）

第一項 *tribus, curia, gens*

前段にローマ人種は二人種よりなるを以てローマ人を *populus Romanus Quiritium* 「ローマ国民クイリテス」と称すると云ふコトを述ぶ。則ちローマ人中に *Sabini* 「人」、*Latin* 人は含まる。之の兩人種は建国の後二大団体として存し住処の如きも各之を異にす。此二大団体を各 *tribus* と称せり (*tribus* は他国にもあり。後には土地の或る区域を云ふ)。併し後に *Luceres* 人種加はれり。此時に *Luceres* も別の組織を作れり。故に 3 *tribus* ありし。然るに *tribus* を小分し *curia* 則ち *tribus* を各分ちて 10 *curia* とす。故にローマ全体にては 37 *tribus* と 30 *curia* ありし (*curia* を又 *curia* に於て神を祭る場処をも云ふ)。 *curia* には又各名称あり、或は「二十丁表」*Titia* 或は *Calabra* と云ふが如し。而して *curia* は政治上非常に重要にして *curia* の組織する *comitia centuriata* なる集会あり。此に国家の大事を議す。此にては各 *curia* は席を異にして各一箇の発言権を有す。又た *curia* は祭祀にも重要にして各 *curia* 祭る処の神あり。之を監督する為めには *curia* 官ありし。*Rome* にては祭祀と政

治とは密着の関係ありしコトは之によりて明なり。此の *curia* を又細分し *gens* と称せり。故に 37 *tribus*、30 *curia* と 300 *gens* ありて *curia* は 10 *gens* と各細分せらる。併し *gens* は *familia* 「ファミリア」則ち家族の集合体ならん。故に *gens* は例外あるも正則として云へば同系統よりなりし如く見ゆ。因て同 *gens* に属する人々は何れも其姓を同「*じ*」ふす。則ち *nomen gentitium* 「氏族名」を同「*じ*」ふす。例「*く*」ば *Valerius, Fabius, Marcius* の如し。而して此 *gens* に於ては特に祭る神あり。此神を *sacra gentilitia* と称す。其他同一の *gens* に属する人々は何れも其墳墓地を同「*じ*」ふす。又同 *gens* に属するものは互に補助せざるべからざる義務あり。則ち貧賤のものあれば同 *gens* 中のものは「二十丁裏」之を救ひ或ものは罰金を出す。場合には同 *gens* 中の他のものは之を出す。 *gens* 上に於て制度の尤も大関係を有せし「*は*」遺産相続なり。若し家長死せば *sui heredes* (家長の配下にあり家長死せば独立のものとなる) は先づ相続す。若し之れなき時は *agnatus or adgnatus* は相続す。則ちローマにて *agnatio* 「アグナティオ」と称する関係を有する人々にて先づ近縁のものより相続するコトとな

れり。而して其他にローマの古にては *cognatio* 「コグナティオ」なるものあり。併し之は法律上認められずして *agnatio* のみを認めしなり。若し *agnatio* の関係あるものなければ同 *gens* 中にて相続するコトとなりし。之によりて同 *gens* に属する人々は元と同祖の人なりしコト

争ふべからざるが如し。然るに *gens* に属する人々は其の縁は甚だ遠く系統の事柄は判然せず。勿論遺産相続の方法も判然せず。則ち同 *gens* 中の一人が相続せしが又同 *gens* 全体が相続せしか判然せず。ローマにて家族に養子するコトあり。之と同じく *gens* と雖ドモ他人を其 *gens* 中に編入せしコトあり。此場合にては養子は家族と同様にせらるゝ如く編入せられたる人も同 *gens* と同じくす。故に同 *gens* 中にて異祖のものありし如く見ゆ。而して *gens* は各 *gens* の長たるものあり。「二十一丁表」之を *pater* と称し其 *gens* を支配す。之等の事柄は（全く同じからざるものにして）German の古に於て類似する処あり。German にても昔は同系統のものは同地に住し又同系統のものは出戦の時は一群をなして進み又集合の時は同系統のものは一群して席を同「じ」ふす。之等は日本支那にても類似する処多からん。則ち日本に

於ても系統を重んじ同系統のものは同処に住し同神を祭り氏神とし住居の土地にある神とす。又出戦の時は氏神は同系統のものを率ひ進むが如し。今日にても支那は親族の関係を重「ん」ず。

第二項 *rex*

rex を王と訳するも日本支那の王とは異なりローマの王は日清の王と有様を異にす。元より *rex* の権強く政治界又宗教上の首長とせられ最上の位置を占む。併しローマの *rex* は生まれながらに *rex* にあらずして撰挙によりて *rex* となるなり。故に学者の間に説あり。或人は *rex* の権利同く人民より委任せられたるものなりとし或者は *rex* は人民より撰挙するも *rex* は従来存在す。故に *rex* の権利は人民の委任よりなりしものにあらずと。而して *rex* の年期は終身にして一旦 *rex* となれば人民之を廢する克はず。又撰挙手続きにてはローマに *senatores* 中に「二十一丁裏」て *interreges* 「中間王」なるものあり。王死せば臨時に王に代りて権を司るものなり。*interreges* 中にて王たる候補者を互撰し種々の儀式を経て *comitia curiata* 「クリア民会」に謀り王を定むるコトとなれり。王の撰挙の式の如きは宗教上の臭味を帶ぶコト

ト多し。rex はローマ国の極小なる時なるを以て裁判の如きも刑事民事両方共に司るなり。又神及軍事を監督するコト若は官吏を任免するコトも rex 之を司れり。併し当時 rex は政治界に最上の位地を占めしも神と同一視せず。被治者の上に立つ別物とは考へられざりしなり。

第三項 *senatores*

ローマに於ては古くより *senatores* 「元老院議員」なるものあり。而して此の職主として王の諮詢を俟て後ち事を司るなり。故に之は王の顧問者の如し。之が進みて王の好意を束縛せしコトなし。併し之は古き制度にしてローマにては甚だ重せしを以て国家の大事は王も先づ *senatores* に批准して之を決するコトとなれり。而して若し王は *senatores* に諮詢せずして専断を行へば人民大に神に罰せらるゝ考を抱く有様なり。之を召集するは王の考次第なり。之は時代により其数異なりて *Rannes Tities* のありし時は二〇〇人にして *Luceri* 加「二十二丁表」はり「*て*」後 *senatores* も二〇〇人となる。此の任期は終身なり。*senatores* 時として *interreges* となる。則ち若し王死して欠くるトキは臨時に王職を営ましむる為め *senatores* の中より一〇人の *interreges* を撰び五日

毎に輪番となれり。而して *senatores* を撰定するは王にして人望あり且つ年長者を撰ぶなり。故に之は王の機関と云ふも可なり。

第四項 *comitia curiata*

ローマにて後には政治上に重大なる関係あるもの多かりしも古は *comitia curiata* 「クリア民会」なり。之は種々の *curia* に属する人々は此の会員となりしなり。之より當時はローマにても武を重せしを以て自由の人民と雖ドモ兵士たらざるものは此会員にあらず。又奴隸の如き貧民にて *curiata* の会員にあらず。而して此会は *comitium* に開かるゝなり。此の開けるトキは其会員たる *curia* の人民列席す。併し各 *curia* は一団体をなすを以て 30 *curia* は各席を異にす。而して当時 *comitia* に事を決する手続は採決法は猥りとなるも、先づ各 *curia* に於て多数決を取り意見を定め後全体の意見の多数決にて定むるコトとなれり。各 *curia* は一箇の發言権を有す。當時事を計る「二十二丁裏」には後世の如く討論を用ひずして直に可否の決のみを取る。故に（王より出ず「る」）原案に対して只可とか否とかのみを述ぶるなり。議論を交へず、故に當時の集会には裁決ありて討論なし。

此事たる凡て German の古の集会と殆ど同じ。則ち German の集会は会員は凡て兵士にして着席するにも同地方のものは同席に着するコトとなる。又討論を用ひず裁決せしなり。之れローマ人も German 人も元は同じ Arian 人種なりしを以てならん。殊に German の如きは集會に臨むに武装して出席し若し開戦のコトあれば直に之に臨むなり。此の集會にて取扱ひし職は學者間に諸説ありて其範圍狭くして批准会の如しと云ふ人あるも、併し左のコトを取扱ひしならん。則ち——直接に國家に關する事柄に付ては左のコトを決す。則ち *senatores* 先づ王の候補を定め、其の候補者を王に定むるは *comitia* なり。又外國との宣戰媾和のこと其他法律を定むるコトなり。併し當時は直接には公にあらずして私の如きものにも尚之にて取扱ひしコトあり。例「へ」ば遺言養子のコト(種類によりては取扱はさるものあり) 養子のコトには二種ありて *adoptio* 「他権者養子縁組」にては之の手續を経ず。*arrogatio* 「自権者養子縁組」にては之を取扱ふ。*adoptio* は未だ独立せざるものを養子とする場合にして *arrogatio* は既に独立して家長の如き位地を占むるものを養子とするなり。

第三款 私法 (*private law* or *jus privatum*)

ローマの私法を述ぶるに先だちて説く必要なるコトはローマの *familia* 「ファミリア」のコトなり。*familia* なる字は種々の意味を有す。併し此にては親族上のコトなり。抑もローマにては *gens* あり。其下に *familia* ありしなり。然るに広狭の二意味ありて後世の學者は狭き意味を表さん爲めに *familia proprio jure* と云ひ広き意味のものを *familia communi jure* 又は *familia agnatorum* (或は *f. agnatorium*) と云ふ。而して後世の學者の著書には多く此語を用ひたり。之れ L.195 §2 *Digestum de V[erborum] S[ignificatione]* 50,16 [=D.50,16,195,2] に用ひし処より起れり。参考に必用なる部分は L. *Salkowski* 氏のローマ法の箇条なり。而して狭き意味の *familia* は場合により家長一人より成立するコトあり。併し通常家長并に其下に属する族人より成立す。而して其一家中にては家長は家長権 (*patria potestas*) 「二十三丁裏」なる至大権を有す。

家長権の大なる家長の存在する間は家族は之に服従するコトとなれり。而して家族は何等の権をも独立して有する克はず。其家長の権力の盛なる有様は家長は子女を

売却するコトも又殺すコトも得たるなり。而して家族の得たるものにしても当然家長の有に帰す。因て法律上家長の権盛なりし。併し權利と使用とは別にして子女を売却し又殺せしコト實際少し広き意味の familia は若し同一の家長が生存するならば其の配下にあるべき筈なる人々より成立す。換言すれば此の一の狭意味の familia に家長死せしと仮定せば直接に其家長の配下にある人々は其死亡と共に各独立となり別々の多くの familia となるなり。此の総 familia を包括するは広き意味の familia なり。而して広意の familia に属する処の人々相互の關係を agnatio or adgnatio と云ふ。而して agnatio の關係を有する人を agnatus (adgnatus) と云ふ (plural 「複数形」にては agnati と云ふ)。

familia 「に」属するものは皆系統の關係あるかと云へば然らず。時としては他人を養子とするコトあるを以て同系統なりと云ふ克はず。而して当時養子「二十四丁表」のありしコトは支那日本の古の養子と同じくローマにても先祖の祭を重ずるを以て其祭を絶たざる為め養子するコト必要なりし (Gaius の Institutiones 中に此事を書せり)。而して支那時の養子は祖先の祭を絶たざる為

めなるコトは古書にあり。又支那語に付て見るも此所以直に知り得る。則ち相続人を嗣子及び継嗣と云ふ。嗣子「と」云ふは祖先の祭を絶「た」ざるが為め必要なりしコト明なり。元来示は神に關係ある字にして祖^(示祖)及宗^(家示)字を見るも祖先を祭るを重んぜしコト明なり(又嗣は祠、口は告ぐるなり。冊は系図を云ふ)。

ローマに於ては夫が妻に對する権の如きも強大にして夫權を manus mariti 「夫權」或は單に manus 「手權」トモ云ふ。而して夫權の盛なりし有様は patria potestas と同じくして婦が夫に嫁せば、妻は夫の女子の地位に立ち、夫は之を売却し又殺すコトを得たり。而して夫權を得しには自ら法律上正当の結婚法に依らざる可からず。其結婚法には第一に confarreatio 「ファール共同式婚姻」あり。之れは當時の結婚方法中尤も神聖にして儀式は正しく則ち結婚せんとするものは一礼拝場に至り神を祭るなり。此時両方の家長は勿論神官及び十人の他人の立会を要す。此の十人の市民を要するは tribus 210 curia あり。此各 curia 「二十四丁裏」より出せしなりと云ふなり。第二には coemptio 「共買」なる結婚法あり (entio)。之れは極めて卑しき方法なり。則ち売買結婚

にして夫たらんとする男子は女子の家長に付て丁寧なる儀式をなし女子を買得して妻とするなり。其儀式の如きは後に起りし。mancipatio「握取行為」と略ぼ類せしものならんと云ふ。mancipatioは売買と訳するより他なし。併しローマにてはem(p)tio venditio(時の売買に尤も近し)あり。此の売買は合意のみにて成立す。而して合意あれば債権債務の關係生ず。mancipatioは之れと大に異なりて踐式の即時履行の売買にて厳なる儀式をなし直に価を払ひ同時に品物を渡すコトとなり則ち直ちに物權移るコトとなれり。而してmancipatioをなす時は買手と売手のもの、他に五人のローマ市人を要す。尚此他にlibripens「秤持ち」と称する衡を以て金を度る人も列席す。此立会をなし買手は金を衡にて度り売手に渡し同時に或る一定の儀式をなす。此時にHunc ego hominem jure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libraなる語を唱ふ。mancipatioはローマ王Servius Tulliusの時に初れりとの説あり「二十五丁表」り。而してcoemptioを髣髴たる儀式なりしなり。ローマにては儀式は古くなる程嚴格となり後に至れば至る程儀式左程嚴ならず。以上の二方法は古より

あり。此他に尚結婚法ありし。之れは二方法より少しく新しきならん。則ちusus方法なり。之はローマに於ける物權取得の方法乃ちusucapioと相類似す。usucapioは時効の制度の尤も古きものなり。ローマにても或物を間斷なく占有すれば遂に其占有權を得るを云ふなり。之れと同じく前二者の手續を経ざるも男子は女子に付て夫權を得たるコトあり。此時は實際上夫婦たらんとして共に一年間同棲するトキは男子は其女子に對し夫權を得たり。之はSohnのローマ法中に書せり。女子の如きも以上三種の方法の一を経て他家に嫁するトキは郷方の家長の權内を脱し嫁したる家のagnatusとなるなり。女子の子はagnatusを有せず。其意味は嫁せし前はagnatusを有する。若し他家に嫁せば郷家のagnatusなし。而して其子は嫁せし家のagnatusとなるなり。此の異種の方法は同時に行はるゝは如何との説あり。或人はconfarreatioはSabini「人種」より伝はり、coemptioはLatin「人種」より伝はりしと。又confarreatioは上等社会に行はれしものにしてcoemptioは下等社会に行はれしものなりとの説「二十五丁裏」もあり。併し此二方法は時を異にしconfarreatioは早くよりありて其後^のちに

coemptio は生ぜしものならん。

相続のコトに付て略述

家長死亡せば其の sui heredes は遺産を相続す。sui heredes とは元と家長の配下にありしものにシテ家長死して後独立となりたるものなり。併し sui heredes なき場合あり。其時には agnatio 中の親族の近縁のものより相続す。併し時としては agnati なきコトあり。其時は gens に於て家財則ち遺産を相続す（家財 = res familias）。尤も以上の場合は無遺言の時なり。当時にも遺言をなして遺財を譲りしコトあり。然れども遺言（testamentum）を出すには丁寧なる式を踏む。其式を comitia 則ち comitia calata に行ふ。之れは comitia curiata と同一なるとの説あり。而して物権に関する規定債権に関する規定は判然せず、且又債権のコトに付ては当時非常に同族を重じ同系統の間は堅固なり。故に有無の相通ずるコトは親族間に行はれしならん。因て債権物権に関する規定は重に内々のコトにして表に顕はれしコト少し。又交通繁栄ならざるを以て此「二十六丁表」等の規定も從て幼稚なりし。又奴隸、土地、耕作運搬に必要な獸類を重んず。故に之等を売買するにも其儀式自ら厳なりしが

如し。

第四款 刑法

刑法に付ても判然せざるコト多し。然し当時と雖ども perduellio 「反逆罪」及び parricidium 「殺人罪」の如きものを犯したるものは公に進んで之に刑罰を加へしが如し。元來 perduellio とは言語の意味は甚しき仇といふにありて當時はローマにては法律上此語を凡て国家に敵対する所業に付て用ふ。因て外患内乱に関する罪を云ふ。又 parricidium は自由の人民を殺害する罪にして此事たる直接に箇人に対する罪なるも尚公に之を罰す。此他の犯罪にては公に進んで罰することなし。多くは一箇人をして随意に救生を求めしむ。例ば他人の品物を窃取したり。又他人に疵を被らすトキは被害者と加害者と私談して和し得る。併し被害者は訴へ得るコトも出来るなり。元より被害者は訴へ出れば公に之を裁判せざるべからず。此の如き場合には一定の標準なかるべからず。則ち自ら一定の標準あり。例「へ」ば他人に瘡を負はしめ、不具者たらしめたるものは加害者に同様な害を加ふ。或又他人の物を窃取「二十六丁裏」したるトキは加害者を捕へ其物を被害者に返し或は奴隸とせしむる如きコトあり。

要するに当時は大抵の犯罪は一箇人をして随意に殺生を求めしむるコト甚だ多し。独逸の古に於ても同じくして公に罰を科するコト少し。

第五款 訴訟法

前述の如くローマ国は甚だ^{ちいさ}小し、故に訴訟の事柄も少し。王は之を裁判するに繁雜なるコトなし。因て王自ら裁判を司る刑法に於て *perduellio*, *paricidium* に於て王自ら裁判す。併し時としては王は他人をして審判ならしむるコトあり。則ち *perduellio* に於ては王は臨時に *decemviri perdellionis* 「反逆罪担当十人官」なるものを置き之を審判せしむるか如し。又 *paricidium* の場合には *quaestores paricidii* 「殺人担当捜査官」なる常置員ありて之をして探索其他の下調べをなさしむ。後王は之を判決す。但し当時のコトに付て注目すべきは当時の *familia* 及び家長の権にして家長の権は甚だ強くして法律上其家族を殺し得る程なれば、若し犯罪人は其家族の中のものなれば大抵家長之を裁判す。因て公になりしコト少からん。又民事訴訟の場合には原被相方の間に密に仲裁人を設け仲裁をなさしむ。併し「二十七丁表」公となれば矢張 *rex* 之を裁判す。尤も此場合には其手續の如

き極めて不便且つ儀式は嚴なりしか如し。例へば地所に付て訴訟あれば矢張其地所のある処に至り裁判を開く。但し当時ローマは甚だ小なるを以て煩雜ならず。之よりして開廷となれば相方のものは地所に付て現在争ふが如き有様を演ずるなり。此事は後にも行はる。而して各其權利を主張し其陳述する所欺言ならざるを誓ふ。然るトキは王は争を止めしむ。当時のローマの訴訟手續は兩人争へば他人が之に仲裁に入ると同様の方法なり。扱て王は争を止めしめ、欺にあらざるを誓ひたるものを罰する為め相方のものより畜類を出して之を賭け、而して何れか勝てば勝利者は其畜類を得るも敗北者は其畜類を失ふ。元より此場合に地処を取り戻すは勿論、尚賭たる畜類を得るなり。併し後には賭けるものは金銭となり敗北者の金は国庫に収るコトとなれり。

第三節 内部の軋轢及其影響 「二十七丁表」

第一款 *clientes* 及 *plebeji* (*plebs*, *plebeii*)

ローマに於て *tribus*, *curia*, *gens* あり、其 *gens* に属する人の外に別に「二十七丁裏」*clientes* なる一種の階級の人々あり。或人の説には之は *plebeji* と異名同実なりと。兎に角 *clientes* に付て諸説あり。而して此兩者は別

物なるコト確ならん。而して *clientes* の起源に付ても諸説あり。今 *Karlowa* の説によれば之はローマ人に征服されし *Italy* の土人より起りしならん。抑もローマ人は其初め *Italy* の土人を征服するや其征服の土人を諸 *gens* に分配し其住民たらしめしものならん。而して其 *clientes* と市人との関係は相互の約束により定めしものなり。住人は市人に対して忠実ならんコトを約すると同時に市人も住人に対し之を保護せしコトを約せしなり。若し住人は其誓に背くか又市人が背けは *fas* に触れて相当の罰を受く。故に市人は住人に相当の保護を与ふるや勿論 *clientes* も市人に忠実なるなり。例「へ」ば戦争の時は市人に随ひ戦争に赴き又市人は困難に陥るときは自ら財産を出して大急を救ふ。但し *clientes* の所属は明ならず。則ち *clientes* は果して或 *gens* に属するか又た *gens* 中の一家の長に属するかは不明なれども多分或 *gens* に属するならん。而して *gens* の諸説家長に対して *clientes* は従ふ可きなり。「二十八丁表」而して市人と住民とも関係は一時にあらざりて永久なりと。此説中当らざる処あるか知る能はざるなり。而して一層広きローマ歴史に於て大関係あるものは *plebeji* なり。之を総称して *Plebs*

と云う。*plebeji* の如きは一時は卑賤なりしも漸々報を得ローマ法制に影響を及「ぼ」す。此の由来は今日尚不明にして其初はローマ人に征服されし人民より起りしならん。而して此は稍や優待せられしなり。則ち *Karlowa* はローマ人は近傍の部族を征服し時其土地を以てローマ半島に編入すると共に其地に住せし人民を或はローマ市の近傍に移し住せしめ或は其住民をして従来如く其土地に住せしむ。之等の人民には各若干の土地を与へし如く見ゆ。而して *clientes* と *plebeji* との大異は *clientes* は全 *gens* に属し *plebeji* は一己人及び *gens* にも属せず。併し其地位たるや一般の市民より卑きものと見做さる。故に住居も之を異にし又祭祀の如きも *plebeji* は市民と共にせず又市人は *comitia curiata* に会員となり又発言し得るも *plebeji* は然らず。其他 *plebeji* は *senatores* をも出すコトを得ず。要するに「二十八丁裏」公権上大に差異なり。元より私権上は通常の市民と有無相通す。但し結婚の如きは階級異なる故に市民と結婚し得ず。従来 *plebeji* に対し通常の市民を *patricii* とす。

第二款 羅馬の諸王の改革則ち羅馬王は *plebeji* に「付て」改革す

ローマには人民の階級中 *patricii* と *plebeji* は尤も大切なり。此両者は階級の異なるに従ひ氣風も大に異にして運命を異にす。*patricii* は其階級の高きものにして門閥家なり。然るに門閥家の僻として地位の高きものは旧格を守る醜度盛なり。因て *patricii* は門口を閉ぢて他の階級の *patricii* 中に入るコトを許さず。*plebeji* は元來地位卑しきを以て旧格を守る必要なし。故に強て他人を其階級に編入するを拒まず。其結果として *plebeji* は益々人々を増す。因て *plebeji* は初は勢力微々たりしも人口増すに従ひ勢盛んとなり従て地位を高めんとするは有る可きコトなり。故に終に *plebeji* も *patricii* と肩を比べんとするに至る。併し *patricii* は *plebeji* の勢力を得る「二十九丁表」を見て不平絶へず遂に葛藤を生じ一時は非常の内乱に陥らんとす。然れども其の成り行きは *plebeji* は勢を得て *patricii* と同地位を占むるに至る。此事柄はローマ法制上大影響をなす。則ち *patricii* の盛なるときは法律も又旧を尊び不都合なるコトあるも改めず *plebeji* 勢を得てより簡易を尊ぶに至る。已に *plebeji* は

勢力を増すに付て *patricii* は之を嫌ふコト甚しかりしもローマ王中にも *plebeji* の前途を看破し *plebeji* の地位に付て大改革をなさんとするものあり。其著しきはローマの五代王 Tarquinius Priscus 氏にして改革を行はんとせり。其改良は Rames, Titius, Luceres の三人種の外に *plebeji* の有力者を取り 1 *tribus* を作らんとす。其の新 *tribus* を *curia* にも *gens* にも分ちて *patricii* と同様にせんと。此の改革たる過激に失す。則ち表面上 *patricii* と同様にせんとするを以てローマ人の性質上此の企図に反対するコト明白なり。因て其本来の改革を行ふ能はず。之を折衷して *plebeji* の有力者を元の *tribus* 中に配合するコトとなれり。其結果たる *patricii* の数増せしのみにして其他に影響なし。因て此「二十九丁裏」の計画行はる。其次の改革は Servius Tullius 王の改革にして之は Priscus 王の改革より巧にして其結果も重大なるものなり。此の改革の仕方は第一表面上ローマの兵制に改革し同時に集會に於て新制度を設けり。其結果として *plebeji* の地位を高めり。此く兵制の改革に伴ふて私法上にも新制度を設く。又裁判のコトに關しても多少新制度を設く。併し第一に目に触るゝものは兵制上の改

革にして Servius Tullius 前のローマ兵制は人の系統に基きしものにして或階級の人々に限り兵士となり得る。而して開戦媾和も comitia curiata のみなり。因て plebeii の如き patricii の階級に属せざるものは兵士たるコト能はざるのみならず開戦媾和に付て一言をも吐露する能はず。併し開戦媾和に關係あるコト plebeii と patricii とは同一のものなり。加之 plebeii は Tullius の時代に戦功を表し勢力あり。故に之をして兵士たらしめざるコトは不公平なり。又 plebeii を兵士として戦場に出せり。用をなさず。故に財産によりて兵士を取るコトとなせり。因て plebeii は必ず兵士となるコトを得ざるにあらざるなり。plebeii にても財産を有せば兵士「三十丁表」となり得る。patricii にても財産なければ兵士となり得ず。故に plebeii の利の爲めに計りて建てたるが如く見へず。因て patricii も之に反対せざりしなり。

Servius Tullius は土地、slave「奴隸」及び運搬するに大切な畜類を財産とし第五級に分ち、第一級は十萬 as の資産、第二級は七萬五千 as あるもの此くの如き割合によりて階級をなし、第一級は騎兵隊は一八并に歩兵八〇となし合せて九八隊（九八 centuria（隊））となせ

り。第二第三級等又歩兵隊ありしなり。而して騎兵隊は財産の多きものより取るなり。従て騎兵隊は第一級のみより取る。此の兵隊の外に尚五 centuria ありし。之れは貧民より成立する一隊、其他大工左官より成「立する」二隊、又樂人より成立する二隊あり。都合一九三 centuria ありしなり。之れ兵制の大略なり。Servius Tullius… [??] は centuria より成立の集会を改め其集会は則ち comitia centuriata にして、之には centuria に属する兵士は會員なり。故に comitia centuriata は patricii のみ會員なりしも comitia centuriata は patricii 「三十丁裏」及び plebeii も會員たりし。併しローマにては容易に旧慣を改めず、故に comitia curiata は存在す。則ち両集会相並びて存在す。而して comitia centuriata は王之を召集し其決する事は開戦媾和なりしならん。又裁決の如きは comitia curiata と同じく發言を有し決議をなすには多数決にて之を定む。而して發言の順序を先づ騎兵は發言す。此の改革は實際に於て其初は尚 patricii は其集会に於て勝を制せしならん。則ち一九三 centuria あるも其中を第一級の人民に属するものは大抵富有なり。其富有者は patricii 多し且つ第一級に九八

centuria あり。故に集会に於て裁判するトキは自然 patricii の意見用ひられしならん。又 plebeii も発言を有するを以て plebeii に取りては大切な大改節にして且つ漸々財産を得るに至れば其意見も重をなすに至りしならん。果して此の集会は後に大勢力を有するに到り之れローマ人の多数の意見を代表すればなり。因て此の集会の生ぜし以来知らず。 comitia curiata の事も此集会にて決するコトとなり comitia curiata 「三十一丁表」は有名無害なるものとなれり。右の兵制并に制度と相牽制して当時人民の財産を調べるコト必要となる。因て census なる帳簿生じ当時の兵制の基たる財産を調べ之に記せり。此く調査起るに従へはローマ人は当時ローマの土地を三〇に分ち其区画毎に人民の財産を調べるコトとなれり。其区のコトを tribus と云ふ。

Servius Tullius 時代に重大なるコトは此王前には元より鑄造貨幣なし故に棒金を用ひしなり。然るに此王時代に銅貨を検査し棒金に証印を附するコトとなれり。而して尚買の時等には此の証印ある棒金を切りて衡に掛け用へり。当時財産調査の時財産と見積るもの則ち土地、奴隸、牛馬の値を定むるに証明印ある棒金の *las* を標準

として之を定めしなり。然るに右の地処、奴隸、牛馬は財産に見積るものなれば人民特に重んず。故に之を売買する式も厳にせざる可からず。因て此王時 *mancipatio* の式行はるゝに至れりとの説あり。此式の時売買する人は勿論其他に *libripens* (金錢を衡に掛ける人を云ふ) 立会は一定の式を行ひ買手、金を売手に渡し売買成る。此の売買の如きは「三十一丁裏」相方の履行は同時に成立せざる可からず。而して予め相方の合意ありしのみにては何の功もなし。而して此の売買は其式を行ふと同時に代金及び品物は一方より他方に移る。此時代、売買は物権的要素と人権的要素とは相混ぜしなり。而して殆んど債権債務の關係生ずるの暇なし。則ち後に至りて *emptio venditio* 「売買」なる種類の式あるに至りては契約と履行とは分離せり。然れども *mancipatio* 「握取行為」の時代には相方のものは売買に付て合意するや否や履行せざる可からざるなり (*mancipatio* は Rome の契約上大關係をなす。Sohn 氏は契約は *mancipatio* より漸々変ぜしなりと)。而して財産は *mancipatio* の式をなし売買するものなるを以て *res Mancipi* 「手中物」と云ふ其他の売買は此式なきを以て *res nec Mancipi* 「非手中物」

と云ふ同時に *nexum* なるものあり。之は *mancipatio* の如きものにして金を貸す時行ふ式なり。又裁判のコトに付ては此時代に於て已に財産調査の必要より *res mancipatio* あり。之に付て訴訟起れば裁判せざる可からず。而して別に裁判の法方を定む。則ち *res mancipi* に付ては階級に影「三十二丁表」響を及す。故に裁判官を設け其官員数は一〇人ありし。之を *decemviri stlitibus iudicandibus* と云ふ。併し *res nec mancipi* に関する訴訟にては仲裁人によりて調和するコトあり。又王自ら裁判せしコトもありしなり。

第二章 共和政時代に於ける法制の沿革

第一節 Italy 諸国征服前の有様

第一款 12 tables 「十二銅律」制定前の概況

ローマに於て種々重要な改革ありし。而して之「十二銅律」制定前の改革に於て尤も大なる改革は *rex* を廃せしコトなり。抑もローマにては初は *rex* ありし。併しローマの最終の王 *Tarquinius Superbus* の時終にローマ人が王を廃し其代りに *consul* を置く。抑もローマ王中には例「へ」ば *Tarquinius Priscus*, *Servius*

Tullius 等ありて時勢を看破して *plebeji* の地位を高めり。併し此等の王は *plebeji* を保護する為めに *patricii* に嫌はるに至る。然るに *Superbus* の王の時はローマ人一般に王を惡むに至り遂に王を廃す。其後 *consules* を置く。之は二人ありて王の司る「三十二丁裏」処と同一のコトを司る。併し *consules* は王と異なり其在職年限は短くして一箇年なり。加之 *consules* を撰ぶは *comitia centuriata* にてなす王を撰ぶか如く *comitia curiata* にて撰ぶにあらず。其方法も異なれり。則ち王の時は *plebeji* は加らず *consules* を撰ぶトキは *plebeji* も撰ぶなり。加之宗教界の職務は分離するコトとなり *consules* 之を司らず（王之を司とりしなり）。*rex Sacrificulus* なるものあり、宗教界の職務を司る。尚 *rex* は一人なりしも *consules* は二人ありて大に事務の処分上に不都合の如く見ゆ。而して平常は二人なるも大決断を要する場合には *consules* を設けし以后臨時に *dictator* を設くるコトとなれり。之は其権力たるや無上のものなり。併し *dictator* の如きは止むを得ずして設くるものなれば永く其職にあらしむべきものにあらず。故に年期は六箇月とす。 *consules* を置きし結果は *comitia centuriata* に於て

撰挙するものなる故に *consules* の処置たる *patricii* 及 *plebeii* の利益になりし如く見ゆれども、併し實際は却て *rex* よりも尚 *plebeii* のために不利益なりし。之れ「三十三丁表」撰挙の時に勝を制するは *patricii* なり。故に *plebeii* は思ふ俛に人を撰ぶ能はず。加之 *consules* は其年期の短きよりして自然 *plebeii* の人望を失ふコトをも注目せず、因て *consules* を置くコトになりしは *plebeii* の為に不利益なりし。然るに当時戦争続き *plebeii* も貧究となれり。因て止むを得ず他人に負債するコトとなれり。而して金銭貸借の方法且つ貸主に対して尤も安全なるは *nexum* なる方法なり。之は其式たるや売買の場合の *mancipatio* と類似し嚴なるものにして其効果は実に嚴しきものなり。此の取扱は此く嚴なるを以て之を経て貸借をなせし場合には裁判処にて定めしと同一の効果を有し、若し返済せざれば貸主は借主を訴へずして売買の奴隸の甚しきは生命を恣になし得る。歴史にも借金の数丈け身体を寸断するも宜しと、之実に負債主に不利なるものなり。負債する当時にては此の手續きにて金を借るも后には大困難を生ず。此事に於ても *patricii* と *plebeii* とは非常の葛藤を生ず。一時は

plebeii は分離して国を組織せんと企図せしなり。其結果として又当時「三十三丁裏」*plebeii* のために大切な一官役を設くるコトとなれり。則ち *tribuni plebis* なり。之は最初は二人なりし。故に 12 tables 以前の改革の必要なるは *consules* と *tribuni plebis* なり。而して *tribuni plebis* は其職掌たる *plebeii* を保護するにあり。然れども十分に保護せんとせば、其地位自ら高からざる可からず。故に其地位を高くして神聖犯すべからずとせり。則ち *consules* の命令なるも、若し *plebs* のために不利益なれば *tribuni plebis* は故障を申立てたるなり。其初は *tribuni plebis* は *comitia centuriata* にて撰び、任期一年なりとす。蓋し此は *plebeii* 中より取りしなり。然るに *tribuni plebis* を設けし以後の結果は *plebeii* のために大利益あるものにして、例「く」は *Publius Valerius* 「*Publicola*」氏の如きは *tribuni plebis* なりしが *plebeii* を保護し *tribuni plebis* を *comitia tributa* に於て撰挙するコトをなしたるのみならず、其他 *comitia tributa* の決議も或道を経ば法律となり得るコトとせり。抑も *comitia tributa* は *plebeii* の集会として *patricii* 「三十四丁表」のみにて成る *comitia curiata* あるが如し。此の

如き集会は古くよりありしも plebeji の階級の内のみにありて公のものにあらず。且つ議決あるも法律となるコト能はず。然るに Valerius の時 comitia tributa に於て国家に関するコトあるトキは其議決を consules に提出して consules より之を senatores に示し之を宜しとすれば之を comitia centuriata に提出す。若し c[omitia] centuriata にて可決せば comitia tributa に於て決せしコトも lex となるコトを得しなり。故に 12 tables 前より c[omitia] tributa は必要なるものなり。但し comitia tributa は勢を得るに至れば plebeji は益々勢力を得る。然しローマの政務機関複雑となりたり。則ち一方に c[omitia] curiata あり又 c[omitia] tributa あり又 c[omitia] centuriata ありて相並び存在せり。

第二款 12 tables 「十二銅律」 「三十四丁表」

12 tables 「十二銅律」の生ぜし所以は一方に当時ローマ国の統一十分に行はれず、則ち集会の如きも二種ある如く。又官吏上にてても或役人は patricii より任じ patricii のために利を計り、或官吏は plebeji 「三十四丁裏」より任じ plebeji のために利を計るが如し。其他婚姻上に於ても patricii と plebeji とに親族となるコト能

はず。其結果たるや更に親族の關係なし、故に商賈上且つ平生の交際も円滑ならず。加之当時の法文たるや明文となりしものなし。故に法律適用の際、当事者の意見次第に如何もなし得る。兎に角ローマ社会は堅固ならず。因て当時尤も必要とするは法律を明文とすると同時に法律に可成改良を加へ之を堅固にするコトとなり。此に於て 462 B.C. 頃 tribuni の一人なる T[erentilius] Arsa 氏は法律改良並に法律を明文に記載するコトに付て大に其必要を主張せり。併し其説たる初めは大に反対を受けり。併し漸々勢力を得 451 B.C. に於て 12 tables 中の 10 tables だけ出来るコトとなれり。翌年に追加として 12 tables 成れり。之れ所謂 12 tables 「十二銅律」なり。此の表に付ては種々の説ありて明ならざれども従前の学者の唱へし如く Greece の法律によるにあらずしてローマの従来の慣習に基き作りしものならんと云ふにあり。12 tables 「十二銅律」はローマに於て貴重するに係らず早く失ひしを以て詳細のコト 「三十五丁表」は知る能はず。併し諸々に採用するを以て学者は之を集めり。例「く」ば Bruns 氏の Fontes juris Romani antiqui の如し。此中に 12 tables 「十二銅律」の残文を掲ぐ。且つ第一よ

り第十二迄を順序に排列せり。此中に掲ぐる処は残文の完全ならざるも12 tables 「十二銅律」の本来を表はせり。英書にも12 tables 「十二銅律」を表はせるものありて註釈を加ふ。12 tables 「十二銅律」の文面は極めて簡單なり。併し後世の學者にて12 tables 「十二銅律」は良く出来実に賞すべきものなるコトを云ふものあり。又ローマの未開の時なれば自ら野蛮時代の有様を有しローマの後世の法律と異なれども明文法としては古きものなるを以て貴重なる材料にして法律の初めて発生ぜし時は如何なりしやを見るに参考たるべし。況んやローマ法は後世にては實際異なれども12 tables 「十二銅律」の解釈を加へ作りしものなり。今此に12 tables 「十二銅律」中の規定を分類すれば訴訟法に関する規定は比較的に精密にシテ且つ此規則は最初に掲げしものなり。故に後世の學者は曰く第一第二第三等の銅律は凡て訴訟手続きに關すと云ふ。而して何故當時12 tables 「十二銅律」に訴訟手續に關するコトを主として之を最初に記せしかば當時訴訟手續の事柄を常に見し故なり。蓋し何れの国に限「三十五丁裏」らず未開の時はlaw は殊更に立法の手續を経て作るもの少くして裁判間に漸次発生せり。ローマにても

comitiaの手を経て作りしもの少く而して裁判の際に発生せしもの多し。且つ當時の情況上其手續を精密にせざれば裁判上不都合を生ず。加之此中(12 tables 「十二銅律」)の規則は當時從來人民自ら腕力に訴へ救生を求めしコトを反射せしなり。例ば召喚に關する事柄も規定しあり。召喚は原告自ら之をなすべきコトにして干渉主義行はれず、被告其召喚に應ぜざれば原告は立會を設け被告を捕へ法廷に引致す。又被告は老衰若くは歩行に堪へざるトキは原告自ら車を備へ法廷に出す。又時日及場処の如きも当事者間に於て之を定めしなり。而して開廷となれば相方のものは法廷に各權利を主張し其主張の信を証する為めに sacramentum (賭金)を出すなり。其他一二の手續を経て裁判官たるものか別に審判官則ち index, arbitor を命じて之に審判せしむ。又執行手続きに關しても12 tables 「十二銅律」中に規定あり。之によれば裁判後尚被告は三十日の猶予を許さる。若し其期限内に弁済し能はざれば原告は被告を法廷に引致す。其際「三十五丁裏」に尚弁済する能はず且つ他人が被告を助けざるトキは、原告は鎖を以て被告を縛し得る。其間六十日にして其間に相方の私談整へざれば市場の開ける

時三度被告を法官の面前に引致し其負債の高を述べ、若し第三回目の日に於て弁済せざれば之を殺し又奴隷となし得る。故に実に酷薄なり。又12 tables「十二銅律」中に親族に關しても規定あり。例「へ」ば家長が三度其子を売却するトキは其子は家長の配下を脱す。則ち家長権は甚だ強し。其強制しかりし丈け其權を濫用しては不可なり。故に12 tables「十二銅律」の規定を設け其濫用を防げしならん。又ローマにて12 tables「十二銅律」は困難を経て生ぜしものなれども後世に至れば12 tables「十二銅律」に付て不都合のコトあり。又時勢の変遷に付て不都合を免れず。尚ローマ人は之を表面上変更するコトを好まず。故に12 tables「十二銅律」の作りし時人々は専ら其の解釈に力を用ひ其解釈次第時勢に應じて用へり。其の解釈の巧なりしコトは以上の条文の精神の如し。後に其条文を以て家長配下の親族解放するの手續とせり。併し之にては漸々世進むに従ひ不便なり、故に家長存するも各独立となるもの多きに至れり。且又12 tables「十二銅律」中に若し妻が毎年三夜「三十六丁裏」宛引続きて夫の家に住宿せざれば夫の配下を脱すと。之も物權取得の方法に *usucapio* ありて或年限間或物を

所有せば取得し得ると同じく *usus* なる方法あり。男女一処に或年限間同居すれば夫權を得る。而して引続き男女同住するコト必要なり。若し一年間に三夜続て夫の家に住せざれば夫は其妻に付て *manus* を失ふなり。故に12 tables「十二銅律」は *usus* を明瞭にせしなり。併し後には之を利用して妻が夫權を脱するもの多くなれり。*usucapio* と *usus* と比せば當時妻を見るコト重からず。然れども全く物件視せしにもあらず。

相続に關する規定もありし。其規定は家長が遺言なくして死せば其の *sui heredes* が相続す。若し此のなき場合には *agnati* に關する親族則ち *agnati* の最近の者相続す。之もなき時は *gentiles* 之を相続す。右は無遺言の場合なれども12 tables「十二銅律」は遺言相続をも認めしなり。財産法に關する規定あり。第一物權に關する規定此の物權の目的たる物に付ては *res mancipii*, *res nec mancipii* を認め且所有權取得の方法に付て *mancipatio* の外に *usucapio*「三十七丁表」あり。之は今日の時効にして動産の場合一年不動産二年となせり。第二、債權法に關する規定あり。當時12 tables「十二銅律」中に掲げたる契約の方法は *per aes et libram* なり。其儀式たる

厳なり。但し *per aes et libram* [銅と] 衡とによるなり。其中に例 [へ] ば *nexum*, *mancipatio* の如きを含む。併し此場合に於ては主として *nexum* を述ぶ。何故に *nexum* を入れて *mancipatio* を容れざるかと云ふに、當時の *mancipatio* は売買なるを以て契約の式を様々に取れる。併し *mancipatio* は *entio venditio* (売買) とは異なりて、所有権取得の方法にして契約中に入れ難きなり。今、*mancipatio* と *entio venditio* は別を述ぶるに先ち、物権と債権の別を述べし。物権人権に付て此に詳述するの暇なし。其大要は物権は人をして直接に或る特段なる物を支配せしむる権なり。此権は *relative* にあらずして *absolute* なり。債権は或特段なる人をして或特段なる人に或履行を要求せしむる権なり。此権は *relative* なり。人権の時時は時として人と物との間に關係生ずるあり。併し其關係は或特段なる人を経て生ずる關係なり。例 [へ] ば甲を所有 [三十七丁裏] 者とし馬を有すとす。此場合に甲は馬に付て有す権利は或特段の乙丙丁に対して成立する権利にあらずして凡ての人に対して成立するものなり。故に甲と馬との關係は或特段なる手を経て成立する権利にあらず。又此の両者の差は物権は甲か馬を

有する権利が甲の爲めには永久に存するコト利益なり。然るに債権は *entio venditio* の場合にて甲乙間売買の約束をなし債権債務の關係が特段なる人に対して成立す。加之債権債務の關係は甲の利益より云へば債権債務の關係早く消滅するを要す。故に債権は *relative* のみならず早 [く] 消滅するものなり。而して *entio venditio* [じ] *mancipatio* と大別あり。

履行と合意とは同時ならざるも可なり。*mancipatio* は然らず。故に *mancipatio* を契約中に入れず。*nexum* の場合は債権債務の關係を生ず。他日借りたる金を返済すべき義務を負う。故に契約方法中に入る。当時ローマに於て版図極めて狭く人口少く社会の現象單純なり。故に *nexum* 行はれし。併し版図広^{ひろが}り社会の現象複雑なるに従ひ消滅するに至れり。

[三十八丁表] 債権は *delictum* (私犯) より生ずる場合あり。私犯は本人の意思に反するにより生ずるなり。*12 tables* [十二銅律] 中に私犯により生ずる關係の規定あり。例 [へ] ば *furtum* の如し。此中には *manifestum*, *nec manifestum* の別あり、此別はローマの *furtum* は窃盜と訳し其中に加害者が現処に於て捕へられしトキは

manifestum と称へ現処に捕^{とら}られざる時は nec manifestum と称するなり。詳しくは Gaius 中にあり。而して furtum の場合に債権債務の關係生ずる時は則ち nec manifestum の時は加害者が幾分の償金を払ふコトとなれり。ローマに n[ec] m[anifestum] と m[anifestum] とは体裁大に異なり m[anifestum] は被害者に加害者を与へ奴隷となせり。后には変じ加害者は四倍の償金を払ふコトとなせり。n[ec] m[anifestum] は少しの差異にて大なる制裁あり。此の当を得たる標準は被害者の憤怒の輕重を標準として制裁の差を定む。例「へ」ば私は帽を盗れたるとす。時を経ずして見付けられたる時は憤怒去らず、之を残酷に取扱ふ。時を経れば怒冷む。故に m[anifestum] や n[ec] m[anifestum] と自ら區別を立てしなり。

其他 delictum より關係を生ぜしは他人に瘡^{きず}を負はしむれば其輕重「三十八丁裏」により若干の金を払はしむ。加之若し他人の物を毀損せば、12 tables 「十二銅律」に於て賠償すべきを命ぜり。右述べし処は訴訟法民法の規定に相当するものなり。12 tables 「十二銅律」中に其他刑法等の規定あり。尚他に當時の plebeji 并に patricii

に關して大切な規定一二箇条ありし。則ち 12 tables 「十二銅律」中に市民の生命に關する裁判は只 comitia centuriata に之をなすコトを得る。comitia centuriata は plebeji patricii も両方出席すればなり、然らざれば plebeji は不公平を被るコトあり。其他一箇人の利害の爲めに law を作るコト能はずと云ふコトもありし。ローマに於て 12 tables 「十二銅律」は非常なる困難を経て起りに係らず早く消滅す。併し之を大切にして人民皆之を暗誦せり。則ち Cicero の時代と雖ドモ兒童が之を暗記せしと云ふなり。且つローマ人は 12 tables 「十二銅律」を尊びしコトは Cicero 氏の百卷の著書より勝れりと、又以て之を重ぜしを知るべし。此の有様なれば 12 tables 「十二銅律」は之を容易に改むるコトをなさず。併し當時法律上の疑は事実上却て多くなれり。12 tables 「十二銅律」の制定によりて減ぜざりしなり。則ち之れなくしては起らざりしならんとも思はるゝ疑も却て起れり。例「へ」ば日本の古は令、律「三十九丁表」生ず、今日より見れば當時の社会の現象と如何なる關係を有せしかと云うに却て令、律は詳しく過ぎたるの感あり。故に令、律生じ、其法典を応用せば最早疑問起らざるが如

し。併し日本は大宝令生じて却て法律學問の發達を催すに至れり。之れ人々は大宝令の取捨に苦「し」む故に註釈者を作り其解釈を一定するの必要あり。其註釈附加するに至る。12 tables 「十二銅律」も之れと同一なりとす。

12 tables 「十二銅律」後はローマ人は銅律の註釈に注目せり、從て其術發達せり。社会の現象種々活動するを以て漸々有様を異にせり。併し12 tables 「十二銅律」の文面は之を変更するに忍びず。ローマ人は之を種々に解釈し之を応用せり。例「へ」ば家長が子を三度売るトキは子は家長の配下を脱するが如し、此他此の如き類多し。此点に於ても12 tables 「十二銅律」後は解釈の術大に神を敬し jus の外に fas あるコトを信ぜり。fas の中に訴訟の時日、場処、儀式を規定せり。故に pontifices 官は fas に関するコトならば裁判のときに参列「三十九丁裏」して裁判上の事柄にて fas に触るゝコトあるや否を監督せり。故に pontifices は fas に通ぜんと同時に jus に通ぜり。之より12 tables 「十二銅律」の解釈も此官の主として司どるに至れり。pontifices は久しく存す。此の得たる法律上の智識を代々伝へ之は地位を維持する為めに己の得たる智識を世界に知らしめず、故に pontifices の

秘密の智識は代々伝はれり。此は法律上の事柄を記録せり、之を世界に示さず、pontifices 間に保存せり。此の如く一種の法律専門の學者ありしにより法律の學問世界に広まらざるに先だち pontifices 中に広まれり。此官は patricii より取りしを以て pontifices の秘せしコトは patricii の利になり plebeii の不利となりしコト多し。304 B.C. にローマの有名なる政治家中 A[ppius] C[laudius] Caecus 氏あり。氏は会々^{たまたま} pontifices の秘せし記録を得て之を Flavius 氏に命じて世に公にせしめたり。此事たるローマ法律學問上大變化を来したり。之を公にしたるによりて pontifices の貯へし法律の智識は真に世界に広り法律の智識大に振ふ。加之此事たる pontifices の勢力の上に大影響を来せり。即ち此の訴訟上に有する勢を失ふに至る。而して「四十丁表」jus と fas との分科漸々進むに至れり。其結果 pontifices の任用に及び300 B.C. に至り plebeii も其の官となり得るに至れり。之れよりして法律の學問広く plebeii も pontifices となるに至り。有名なる人は plebeii に多く輩出するに至れり。故に法律の智識上に於ても patricii と plebeii の調和を助けり。此の公にしたる書を jus civile

F[avianum] とする。

第二款 十二銅律後に於ける法制の沿革

12 tables 「十二銅律」の制度定に付て其原因多かりしも大原因は patricii と plebeji との調和を計るにあり。然るに之れ生ぜしより此調和全く行はれて調和を要せざると云ふに然らず。尚両者権衡を得ず。ローマは外国に手を出し版図を広むるに当り、其前に内部の調和の必要あり。因て 12 tables 「十二銅律」の後内部の調和の改良に付て法制上に変更あり。中主なるは公法上のコトなり。丁度 449 B.C. 有名な *leges Valeriae et Horatiae* なる法律により二重大なるコト定まれり。其一是此法律により新に comitia tributa 生ぜしなり。之は前述の c[omitia] tributa と全く別にして patricii、plebeji 「四十丁裏」は集会に於て土地の区域たる tribus に従て発言し得るなり。此の方法により人民の集会にて決したるコトは法律の功力を有し得る。詳言せば comitia centuriata は各 centuria の集合にして各法人をなし、各発言権を有せしも c[omitia] t[ri]buta については土地の同区域に属するものは voting body 「投票団」をなし 1 tribus は一の発言をなすコトとなれり。故に c[omitia]

centuriata については centuria か財産高により分たる。tribus は同地域にあるものは富貧に差なく同 tribus とせり。c[omitia] centuriata は財産高の多きものは勝を占むるも tribus は之れと大に異なれり、則ち plebeji のために利益なり。又 *leges Valeriae* に於て非常の権ありて其処置に対して人民に上訴するコトを許さざる官を置かざるコトとせり。之れ其大権利を濫用するを防ぐ為めなり。第二はローマに於て tribuni militum (詳書せば consulari potestate 「執政官権限の軍事担当官、執政官格軍司令官などのこと」) と censor を置けり。plebeji の漸々勢を得るに従ひ自然 consules の官たらんコトを望み日々に plebeji より迫れり。然し patricii は consules を殊に重じ其の名誉を与ふ能はずとなし、445 B.C. に所謂 tribuni militum 「四十丁表」を置き consules を廃せり。其には plebeji も就職し得る、同時に其報酬として別に其二人の censors を置き其には只だ patricii を以て之に任すとせり。王然るに censors の職は要するに風俗の監督、神社、道路、橋梁及び就中風俗を司りし為め censors の勢強かりし、右の如く折衷策を取りたり。尚 patres は plebeji に譲り tribuni

militum を廃し、再び consules を置き367 B.C. に consules は其一人は plebeji を以て之に任するコトとせり。加之 patricii は tribunum militum を置き plebeji も之に任するコトにせし。報酬として置きし censores も415 B.C. に又々 plebeji を以て之を任するコトにせり。漸々日を追ふに従ひ plebeji は patricii と肩を比ぶるに至れり。併し patricii は報酬を望み366 B.C. に新に praetor を置きたり。之はローマの歴史上重大なる関係を有しローマの法律の尤も進歩せし時なり。而して praetor の司る処はローマ市民の訴訟なりし。praetor の職は主としてローマ区内の民事訴訟を司る。其初めは只 patricii を以て任せしも patricii も遂に337 B.C. に plebeji [四十一丁裏] に譲り之に任せしむるコトとせり。而つて praetor は法律の進歩上至大の影響を及せり。一例を示せば praetor 置かれし以后司法と他の行政と分科する端緒開け、又 jus と fas の分科を助けり。consules は従来裁判のコトを司りしも一変して consules より離るるに至る。故に司法と行政と分離せり。其他 pontifices は裁判上大勢力を有せしも praetor 以来裁判上の一官吏を生ず。故に pontifices も勢力を失ひ従て jus と fas と分離せざる

べからざるに至る。上述は主として公法なり。

私法に付て云へば大なるコトは patricii と plebeji とは互に結婚し得る。此コトは445 B.C. に於て lex Canuleia なる法律によりて定りしなり。此事たる重大ならざる如く見ゆれども兩者調和上大影響を有するなり。而して互に族親上の関係を有し他人視せざるに至り円滑となれり。

第二節 Italy 半島を征服したる后 Punic 戦争前の有様

第一款 Italy 諸国征服の概略 [四十二丁表]

ローマに於て一時は内部の調和行れず。此前にはローマ人は如何に武勇なるも外国人に手を出す能はざりし。然るに367 B.C. には consules を plebeji より撰び兩階級の軋轢漸々減つ340 or 350 B.C. 頃にはローマ人も内部の破裂を恐るゝに足らず。因て安心して Italy 諸国征服に従事し其結果版図を広め国威を輝しローマ内部を堅固にせり。蓋しローマ国と雖も340 or 350 B.C. 頃には小く人々少し。然るに343 B.C. 頃よりローマ人は Italy 諸国、例 [く] ば Samnites, Etrusci, Umbri 等を征伐し266 B.C. 頃には Italy 半島の全部はローマの命令を聞くコトとなれり。

第二款 municipia, praefecturae, civitates federatae,
coloniae

之を述ぶるに先ちローマ市民の権利に付て一言せん。抑も上述の如くローマの両階級調和し同様の権利を享有し、其市民は法律上如何なる権利を有せしかと云ふに、ローマ市民は一方に公権の上に於ては第一にロー「四十二丁裏」マ本国に官吏となる権利、又 comitia の会員となり発言する権利を有し、他方則ち私権の上に於て jus civile に従て財産を有し、其他結婚し遺言し及び相続するの権を有せり。然るにローマ人は Italy 半島を征せし後、其征服国と本国との間に種々の関係を有し、其地方に於て本国に服従する有様異にして寛待せらるゝあり。又虐待せらるゝあり。又本国と同位地に立つものあり。因て其本国と征服国との関係は第一に municipia あり。之はローマ人に征せられし Italy の市府より成り、其市の人民はローマ本国の市民と同一の権を有する能はず、只其権利の一半を有するのみ。蓋し municipia の市民は只公法上ローマ市民と同一の権利を有せし、故に本国に官吏となり又集会の議員となるコト能はず。併し私権上の権利を有せり。併し municipia は其時代其地方に

より種々のものあり一樣ならず。故に其大略を述ぶる甚だ難し。一例を示せば Latin の municipia は他の municipia より其地位高く其の市民はローマに移住すれば直ちにローマ市民と同権を得る。又た municipia 中にもローマ人のために力を尽し功あるものはローマより「四十三丁表」特に其地の人民にローマ市民と同権を有せしむ。固より此コトたる名譽の爲めにして其権利を行使するには大に不便なりしコトあり。例「へ」ばローマ本国より距りたる municipia は官吏となり又発言するコト實際能はざるなり。

praefectura も同じくローマに征せらし Italy の市府よりなれり。此の場合はローマ人は尤も虐待せしものなり。故に municipia には自治政を許せしも praefectura には然らず。ローマより praefectura なる官吏を送り支配せしめしなり。此く此の官吏を使い支配せしめし故に此名あり。ローマ人は之等の人民を輕蔑し自然他国人視せり。故に praefectura の人民を peregrini (外人) 中に算入せしコトあり。

civitates federatae とは訳して同盟国トモ云ふべきものにして Italy 市府にてローマの威力を恐れ同盟せしも

のなり。然れども之れはローマの勢力ある国に対して対等の同盟をなす、故にローマに対して援兵を出し又時として金銭を収むる義務を有す。併し其独立を絶つたるにあらざる故に其国内の政治は之を行ふなり。ローマ人は之等の国を *socii* と云へり。

〔四十三丁裏〕 *coloniae* は殆んど説明を要せず、則ちローマの殖民地なり。抑もローマ人は *Italy* 諸国を征するに当りローマ人は鎮守の為に人を送り其地に住居せしむ。此に於て征服地に殖民地ありしなり。而して慣例として殖民たるもの則ち *coloni* には殖民地の $\frac{2}{3}$ を授け土人は $\frac{1}{3}$ を有するコトを得たるなり。而して殖民地の成立の有様は本国を基となし政治団体をなせり。尤も殖民地によりては多少其享有するの土地に不同あり。例へばローマ人の移住せし処にては其人民はローマ人と同一なり。併し *Latin* 人をして殖民たらしめたるものは *municipia* 人民と同一にしてローマ市民の権の一半を有せり。而して其殖民地たるローマの対外政略上必要且つ功を奏せしものなり。則ち殖民地は本国と属国との間に立ち氣脈を巧に通ぜり。因て制度風俗は殖民地を経て他に広り又他国の風俗習慣は殖民地を経てローマに伝はれ

り。従て属国にローマの開化を及ぼすに功あり。又ローマの開化に大に功を及ぼせしものなり。

第三款 *recuperatio, legis actio per condictionem*

〔四十四丁表〕

ローマ人は *Italy* 半島諸国を征し其結果として *Italy* 人民と *socii* 取引す。其取引は時を経るに従ひ頻繁となれり。併し其取引に伴ふて訴訟も起れり。然るに其訴訟の如きは内外人相互の間に起りしものなる故に一樣の裁判手続を以て裁判する能はず。故にローマ国人と同盟国人と予め裁判手続を定めり。其特別の裁判手続きは *recuperatio* なり。元より此時代は古き故に判然せざれども其の一般を述べしに、例「へ」ばローマ人が同盟国人に対して訴訟を起すには、原告人は先づ立会人を伴ひ被告の処に至り、其要求の主旨を述べると同時に其時よりして第三十日目にローマの法廷に出頭せんコトを命ぜり。之等の手続きを *condictio* と称せり。而して其期日に至れば原被告共に出廷し原告は或る式により請求を陳べ、被告は法官よりして答弁の命令を受け答弁す。相互の議論終れば *praetor* の如き法官は三人の審判官を撰定す。然るトキに当事者が第三日目に審判官の処に出頭し証明す

るなり。之等の審判官のコトを *recuperatores* と云ふ。而して之は当事者の立証を聞き然るべき判決を下す。然「四十四丁裏」るに *recuperatio* の手続きは之をローマの当時普通行はるゝ訴訟手続きに比すれば簡便なり。蓋しローマには訴訟の性質により手続き異なれり。例「く」ば *legis actio per sacramentum* 或は *legis actio sacramento* 其他 *legis actio per iudicis arbitrive posulationem* 又 *legis actio per pignoris capionem* 又 *legis actio per manus injectionem* の如き名ある種々の訴訟手続きローマ本国に行はる。之れ等に付ては Gaius の *Institutiones* にあり。之等の訴訟手続きは一般に儀式非常に厳格にして言葉の如きも儀式上一定し又なすべき挙動も儀式上一定し少しも誤るコト能はざりしなり。一例を示せば *legis actio sacramento* 中にも二種ありて (1) *legis actio per sacramentum in rem*, (2) *legis actio per sacramentum in personam* あり。其場合により儀式多少異なれり。本末 Roman law は訴訟手續によりて主として発達す。故に訴訟手續を研究するコト尤も必要なり。当時 Roman law の儀式の厳格にして以上の二者は用ひ方異なれども他の訴訟手續に比すれば其儀式厳格に

して Gaius 氏は general form of action と云へり。*legis actio per sacramentum* 「四十五丁表」*in rem* の如きは多くは物権取戻しの訴の場合の時に用ひ、*legis actio per sacramentum in personam* の如きは債権債務間の争に用ゆるものなり。訴訟手續の取戻にて奴隷の例を述べしは *in rem* の場合なり。又例「へ」ば奴隷に付て訴訟を起し其物権を取戻さんとするには原被両者法廷に出て原告は其の奴隷を捕へ棒を以て “*Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo etc.*” 「予はこの奴隷をローマ市民法に基づきて予のものなりと主張す云々。」と述べ棒を触れるなり。被告も同言葉を述べ。然るトキは裁判官則ち *praetor* は “*Mittite amba hominem.*” 「双方とも奴隷を放て」なる語を述べ。此意は相方共に其人類を放つ可しと云ふにして其争をなだめるなり。右終れば原告は被告に対し又一定の式あり。汝は何故に要するかを陳述せよと云ふなり。被告は之に対し一定の式あり之に答弁するなり。然るトキに *sacramentum* に付て原被告「告」共に挑み合ふなり。其他種々の儀式ありしなり。例「へ」ば *legis actio [per] sacramentum in personam* にても一定の式あり。原告の申立てる言葉の如きは “*Aio*

te mihi decem milia dare oportere.” (汝は吾に対して一萬金を与ふべきコトを主張す) と。被告之に答ふるに “Nego me tibi decem milia dare oportere.” (吾は汝に金を払ふ [四十五丁裏] 義務を持つコトを打消す) と此弁論終れば in rem の場合の如く provocatio sacramento なる手続ありて賭金に付て互に挑合ふ。此他種々の儀式ありしなり。ローマに於て社会の現象の有様単純にして取引頻繁ならざるトキは夫れにて宜しかりしも漸々進むに従ひ recipratio は大に影響するに至るなり。

不便なる訴訟手続は社会の幼稚なる時にありては其不便を感じざるも Italy 諸国征服后に其影響を受け社会の現象複雑となり訴訟も従て多くなれり。且つ当時契約の方式も社会の進歩と共に数を増し当時契約中には nexum の外に sponsio, stipulatio, expensilatio 等の方式次第に行はる。此等の方式は expensilatio に比すれば一層簡易なるものなり。当時は債権債務の關係を生ずるにも手続は簡易なりし。元より此の方式には多少の式ありて踐式契約なり。合意のみによりてなるにあらざるなり。sponsio とは一種の踐式契約にして其式たる相方のもの

が共に或神前に至り誓をなすと同時に相方のものが問答体に言顯すなり。而シテ其場合には用ひざるべからざる言葉ありしなり。言葉使力尤も厳格なるものあり。其の体裁は [四十六丁表] 次の如し。要約者は約諾者に対して

約すか 私に 与ふべきを
Spondesne mihi centum dare ?

と此言葉は必ず用ふべきものなり。之に対して約諾者は spondes と答へざるべからず。併し此方式は神前に誓ふとか一定の言葉を用ふべきの不便ありしのみならず他にも不便あり。而して問答体を以て相手方が現所にあらざるべからず。啞者及聾者とか又手紙にてはなすべからず。併し nexum に比すれば立会人等を要せざるを以て稍簡易なり。stipulatio は sponsio に能く似たるものなり。故に中に stipulatio { sponsio とするもあり。而して stipulatio は新しく起りしものなり。之れは踐式契約にして此場合は相方共に問答体に言顯すなり。併し sponsio の如く用語厳ならず且つ神前に誓ふコトなし。故に sponsio より稍簡易なり。其方式は

Promittisne mihi centum dare?

の如し。之の語は普通なれドモ必ずしも此通とおならざるべからずと云うコトなし。約諾者之に對して Promitto と答ふなり。之等の sponsio, stipulatio 「四十六丁裏」は其応用の尤も広がりしものなり。尚其作用に付ては Sohm, Roman law 中に尤も善く著せり。

expensilatio も一種の践式契約なれドモ其式は前二者と異なれり。前二者は問答体は必要なりしも此場合は相方の合意の結果を帳簿に記入し之が儀式となり法律上功「力」を有し契約となるなり。

蓋しローマにては tabulae accepti et expensi と称して金銭の出納簿の如きものありしなり。其記入せし手続判然せず。之よりローマ書には種々の説を著せるも一定せず。ローマ人の間にも當時は此の如く種々の方式ありて従前のものより甚だ簡易なりし。之も當時の社会の要務の頻繁になるに従ひ訴訟も多くなりたる結果なり。訴訟手続は當時の時世に付て考ふれば従来の不便なるものにては用を便せず。故にローマにて訴訟手続を簡易にせざるべからず。併しローマ人も同盟国人とローマ人の間に recuperatio の如き特別の裁判のなかりし時は不便を感じ訴訟を改良するコトを感ずるコトも大ならず。併し同

盟国人とローマ人の特別の訴訟手続の出来を以来従来のローマ訴訟手続をも改むるコトを感じ recuperatio の制に倣ひ「四十七丁表」別種の新訴訟手続を用ゆるに至る。其の新訴訟手続は legis actio per conditionem なり。之を用ふるに至りし年月は判然せざれドモ或る学者は lex Silia なる法律あり (269 B.C.) にて之れによりて定りしならんと。併し異論ありて一定せず。而して此訴訟手続は recuperatio に基きしコトは別に証明を要せず。recuperatio の場合の如く condicio を全て生ずるなり。故に此名あるならん。此場合にも原告は被告に其の求の主旨を陳述すると共に第三十日目に出廷するコトを命ずるなり。

legis actio per conditionem は著名なるものに付ては歴史の材料乏しくして Gaius の Inst. 中にも詳しからず。兎に角此の手続きは有力なる学者の説によれば legis actio per sacramentum の如く sacramentum を用ゆる儀式なり。他のものに比すれば一層簡便なりしものならん。且つ此手続は他の手続より簡便なりし為め世人が猥りに訴訟を起すコトを恐れ之を起すに付ては検証手段を要するコトとし猥りに訴へ出るコトを防ぐ手段ありし。其手

段とは訴訟を起す時に当りて相方のものをして *sponsio* の契約式によりて敗訴訟者は訴訟の目的たる金額の $\frac{1}{3}$ に当る金銭を別に「四十七丁裏」勝訴者に与へるコトを約せしむ。故に若し敗訴せは要求額のみならず敗訴の爲めには別に $\frac{1}{3}$ を出さるべからず。故に他の手続より一層簡易なりしならん。併し *legis actio per condicionem* の如きは社会の変遷上止むを得ず作りしものなれば一般の場合用ひしにあらず。其初めて用ひし場合に大に制限せられ只原告が或る一定したる金額を要求したる場合にのみ用ひしなり。例へば *stipulatio* 或は *expensilatio* にて約せし金額の如きは金額定るを以て此の場合に用ひしなり。此く一定の額を要求する手続なるを以て極く迅速を尊ぶコトを推知するに足る。後には其区域広く金銭のみならず特定の品物を要求する場合にも用ふるに至れり。

第四款 私法の有様

権利の主体——当時ローマに於て権利の主体たるものは只自由の人民のみなりし。当時も奴隷ありて人類に相異なきも権利主体とならず。故に権利義務を有せず。併し当時は人民と雖ドモ家長権盛なるを以て家族は家長の存命中は其権力の爲めに圧倒されて何等の権をも有せず。

或点にては奴隷に類する処あるも其の異点は奴隷は主人たるものの有無に「四十八丁表」係らず権利の主体となり得ず。因て主人亡するも権利義務を有せず。家族の存命中は権利主体となり得ざるのみなり。若し家長亡せば権利主体となる。又当時のローマ人は他国人を輕蔑する風あるを以て殊に条約にてローマ人と取引を有する他国人と雖ドモ私法に於てローマ人と同等の権を有せざる点少からず。

物権——先づ物権のコトを述べし。此時代にはローマにも多くの国を征し従前に比すれば歩を進めり。尚其主たる生業は農業にあり。故に他の *res nec mancipi* と *res mancipi* とを区別し *res mancipi* を重ぜり。尚此他此時代に *res in commercium*, *res extra commercium* (不融通物、融通物) あり。此區別は *res extra commercium* を述べれば判然せん。之は *res sacrae*, *res religiosae*, *res publicae* を含む。*res sacrae* は或る一定の公の手続により神の用に供したるものにして社地寺地の如し。*res religiosae* は墳墓の如く死人を収むる処なり。*res publicae* は公共の道路公共の劇場の如きにして永久公衆の用に供する不融通物となれり。「四十八丁裏」

物權 (*jura in re*) の區別——物權とは物を以て直接に權利主体の目的に屬せしむる權利にして所有權 (*dominium or proprietas*) と *jus in re aliena* とに分る。而して *jus in re aliena* とは其意味が他人の物の上に成立する權利と云ふコトにして、此二者の區別は、*dominium* は物を以て一般の關係に於て權利主体の配下に屬せしむ。 *jus in re aliena* には甲の所有する物を或特段なる關係により乙の配下に屬せしむるコトなり。當時此等の語ありしや否やは判然せざりしトモ實際此の區別ありしなり。 *jus in re aliena* の中には種々の物あり。凡ての *jus in re aliena* は此時代に發達せざるも其中の或物は發達せんと考へらる。之を述ぶる前に所有權に付て述ぶれば當時所有權を取得する方式の如きは已に種々のものあり。所有權取得方式中先づ *mancipatio* あり。 *mancipatio* は此時代に *imaginaria venditio* となりて専ら所有權取得の方式として用ひらる。之は假設の賣買なり。 *mancipatio* は其初めに於ては眞の賣買の時に行ひしものにして物品を渡すと同時に相當の代価を渡す。併し 12 tables 「十二銅律」后、鑄造の貨幣生ぜり。此頃より單に「四十九丁表」賣買のみならず他の場合にも一方よ

り他方に所有權を譲り渡さんとするトキは形式上仮りの *mancipatio* をなす。此場合は只僅かの金を一方より他方に渡して表面上 *mancipatio* 式ありしコトを装ふコトあり。眞の相當の価を直ちに払はず。此の沿革に付ては *Sohm* の *Roman law* に詳くあり。又所有權取得の方法として *in jure cessio* なる方式あり。此の *jure [jus]* はローマ語にては法令なるコトなれドモ此場合は法廷を云ふ。 *cessio* は譲ると云ふコトにして或人は訳して擬訴棄權とす。之は假設の訴訟により所有權を取得する方法なり。此方式は全く訴訟法上より起り基本は 12 tables 「十二銅律」の条文に基き此の如き方式生ぜしなり。其の条文とは *confessio pro judicatus est* にしつて *confessus* は法廷にて *confess* したるもの。 *judicatus* は宣告を受けたるもの、 *pro* は向つて、 *est* はあれ。之は宣告を受けたるものと同一に見做すと云ふにあり。故に法廷に当事者が或事柄を自白し又自認したる時は其事柄は裁判の宣告により此く定れるものと同一に見做すとするなり。然るに所有權取得の方法は昔は甚だ少く且つ不便なるを以てローマ人の法律に巧みなる新に所有權取得の方法を作れり。例「へ」ば甲が「四十九丁裏」乙に所有權を譲渡さんとす

るトキは甲乙共に仮りに訴訟を起し法廷に至り譲受人は自己の所有者なるコトを述ぶ。譲渡人は弁駁せずして譲受人は本来所有主なりしコトと定るなり。故に12 tables「十二銅律」の条文の如き訴訟手続上の一規則より一変し物権取得の一箇の方式となりしなり。尤も *mancipatio in jure cesso* は何れも多少不便あり。其手続簡略なりと云ふ能はず。故に主として *res mancipi* の場合に用へり、一般に用ひざるなり。其他の *res nec mancipi* の場合には *traditio* ^(引渡) によりて所有権を収得せしなり。*traditio* とは之を要するに所有権移転の意思を以て物の所有権を他人に移すにして其手続簡略なり。其他所有権取得の方法に一二あり。則ち *usucapio* にして時効の制なり。當時 *usucapio* の制度の必用なるコトは例「へ」ば友人間又は親族間に於て所有権を譲渡さんとするトキは友人なり又親族なる故に相手方に信用を置き *mancipatio*, *in jure cesso* を行はずして之を行ふなり。併し場合によれば什日に至りて争なきにもあらず。則ち *mancipatio* 又は *in jure cesso* の式を挙げずして一方より他方に渡せば例へ親族間と雖ドモ尚所有権譲渡の効果を「五十丁表」生ぜず。故に前の引渡渡人に尚己のものなりと主張

せは争を生ず。此時に当り時効の制必用なり。又其他「十文字分空白」あり。之れも所有権取得の方式となり。之を訳して裁判官の裁決と云ふ。裁判官の裁決により所有権取得の効果を生ずるなり。例「へ」ば共有物分割の場合の如し。例「へ」ば甲乙が一物を所有する時は甲が其物の何れの部分に付ても権を有し又乙も何れの部分にも権を有す。故に甲乙互に単独に有する部分なし。此時に裁判官は之を両分して定めるトキの如し。又地所の一部は甲乙何れに属するかと云ふ時には其土地を甲に与へ乙に其代りに他の土地を与ふるコトある如きなり。

jus in re aliena 中には種々あり。此中此時代に已に發達せしは *servitutes rerum* にして *servitutes* とは他人の所有物上に属する一種の所有権にして他人の物を使用する権利なり。其権利は一定のものなり。之には二種あり。1. *servitutes personarum* 2. *servitutes rerum* にして第一は特段なる人に限り権利主体となり。第二は或特段なる土地を所有する人に限りて権利主体となり得るなり。此に云ふ処は第一に關係なくして第二 *servitutes rerum* 或は *servitutes praediorum* に関する「五十丁裏」コトなり。之を (a) *servitutes rusticorum* ㄱ (b) *servitutes*

urbanorum との二種に分つ。a は田舎にして b は市府と訳す。而シテ a は多くは田舎にある *servitutes* にして b は市府に多し。故に此名あるなり。a、b の中に又種々の物含まる。例「へ」ば a の中には *servitus itineris* (or *iter*) ありて訳して通行権とす。詳言せば他人の地所を歩行し又は騎行する権利なり。此の権利は物権なり。之を若し人権とせば其土地の所有主変じたる時には従来其土地を通行せし人に対して大に不便なり。何となれば新所有主は其通行を拒絶したる時には大に困るコトあり。故に其物権とするの必要あるなり。此他 *servitus actus* (or *actus*) なるものあり。之も通行権なれども詳しく言へば *iter* と異なり駄獣若くは車を牽く^ひの権なり。故に *actus* は *iter* を含むなり。此他に尚 *servitus viae* (*via*) なるものあり。之も (*viae* は道と訳す。) 通行権なれども詳しく言へば道路権と云へば可なり。元より之と *actus* との区別判然せず、学者間にも古より議論ある処なり。之等の事柄に付ては Elvers, Rudolf, 1825-?」(独人) の *Die römische Servitutenlehre* [1854] に詳述する処あり。此説によれば *actus* の「五十一丁表」只特段なる事柄に対してのみ権利主体たり。 *viae* の場合には恰も公共

の道路を通行すると同様のコトをなし得ると其他尚 *servitus aqueductus* 「引水役権」あり。之は他人の地所を通して水を導く権なり(之も物権なり)。其他 *servitus aquae hauriendae* 「汲水役権」なるものあり。之は他人の土地に於て水を汲むの権なり。此他尚ローマに於て種々の *servitutes praediorum* 「地役権」あり。例「へ」ば他人の土地にて砂を取り又は他人の土地にて畜類に水を吞す権等あり。之等の *servitus* は多くは田舎にあり且つ農業時なれば之等は必要なりし。之を制定せし方法はローマにて一定し *mancipatio* 及び *in jure cessio* によりて設定せり。 *in jure cessio* に於て設定する場合も当事者が仮に訴訟を起すなり。例「へ」ば甲の土地の所有主が乙の土地の所有主に対し *actus* 「通行権」の訴訟を起す。乙は之を黙す。此に於て甲は *actus* を有するに至る。 *mancipatio* の場合に於て *mancipatio* によりて *servitus* を設定するには一定の式語を述べて以て、之を設定するなり。

servitutes praediorum urbanorum は Justinian Inst. に説明する。 *Praediorum urbanorum sunt servitutes quae* 「五十一丁裏」 *aedificiis inhaerent* 「建物役権は建物に

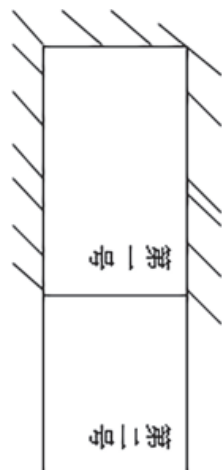
附着するものを謂ふ」矢田一男訳を参照」(Justinian Code の書きたるコトなり) の如く建物に付ての或種「の」権なり。而シテ *servitutes praediorum* 中 *servitutes praediorum urbanorum* も多少発達せり。*servitutes praediorum urbanorum* 中種々のものあり。悉く当時行はれしとは云ふ能はず。此種類の *servitutes* の例を挙げれば、1. *servitus protegendi* 「張出役権」は建物の或物を隣地の空中に差出す権なり。2. *servitus tigni immittendi* 「梁木差込役権」は建物の木材を他人の建物に嵌込むの権なり。3. *servitus oneris ferendi* 「支柱負担引受役権」は2のものと能く類似するものにして吾建物を支柱せしむるの権(隣家の建物をして)なり。4. *jus stillicidi vel fluminis recipiendi* は市府の人家相密の^{少量の雨滴} 或は ^{多量の雨滴} 受ける[ことの] ^権 処す必要あるなり。5. *servitus fumi immittendi* は隣地へ多分の煙を排出するの権なり。此他種々のものあり。例「へ」ば隣地に肥料を作るの権等あり。又ローマンブックに多く出づる。6. *servitus altius non tollendi* 「承役地にさらに高く建築させない役権」は隣地に於て高き建物を作らしめざるの権なり。7. *servitus ne luminibus officiatur* は建物を建て光線を妨げしめざるの権なり。

8. *servitus ne prospectus officiatur* は眺望を害せしめざるの権なり。此他種々のものあり。

「五十二」表

ローマに於ては *servitutes p. u.* を設定する方法に至りては *s. p. rusticorum* の場合より少し。之を設定する方法に *mancipatio* と *in jure cessio* とあり。*s. p. u.* の場合には *in jure cessio* のみあるなり。此の設定の方法の異なる所以は *s. p. rusticorum* を貴びし故に其設定の方法二つありしなりと云ふ説あり。

in jure cessio により *servitus* を設定せしコト易し。*mancipatio* により設定するコト解し難し。而して例「へ」ば一の土地ありて第一号第二号を初めは甲一人にて有せしも第二号を乙に売れりとす。此場合には甲の感ずる処は第二号を通せざるべからざるコトなり。第二号地を乙に譲る時 *mancipatio* によりて売るコト通常の式あり。此時に甲が乙に第二号地を売るも通行権を得んとするには *mancipatio* の式を挙げ。此トキ或一定の式語を挙げざるべからず。則ち *iter* は甲に属すとの式語を挙げ。然るトキは甲は *iter* を得るコトとなるなり。



此 土地を 地名なる Roman law によりて
 Hunc fundum Cornerianum ex jure Quiritum
言の物 「である」と 主張する 買手か此語を 云ふ (一定の 式語)
 meum esse ajo, deducta servitate itineris,
 [五十二表] isque mihi emptus esto hoc aere
及ひ銅の 衡 [によつて]
 aeneaque libra mancipatioによつて servitusを
 設定する場合は上述の如し。

債権法——当時ローマ人は農業を以て主たる生業たるに係らず、イタリー半島征服后商業盛となり契約及び債権債務の關係を生ずる事件増せり。先づ契約にては當時契約方法には nexum, sponsio あり。之等のコトは前に述べたり sponsio は其応用の範圍限られ只ローマ市民の資格を有するもののみに之を許さる。他の人民は之により契約をなすコトを得ざりし。加之ならず、sponsioをなす時には条件を作るコト困難なりし。故に單に其儀式の便なるのみならず他に大に不便なりし。stipulatioにありては其応用の範圍稍広くして、ローマ市民の資格を

有せざるもローマと取引を許されたるものは之を許さる。加之不便少し。而して以上の二者は並び行はれたれども漸々世の進むに従ひ sponsio は圧倒せられ漸々 stipulatio に化せらる。其他 expensilatio ありて前述せり。此等は契約の重もなるも此他に保証ありて担保とせり。併し保証するには種々の仕方あり一種ならず。故に場合 [五十二表] によれば sponsio にありて之をなすコトあり。又 fidepromissio によつてなすコトあり。而して fidepromissio は其有様は sponsio と類似し問答時に合意を表はすものにして其言葉は少しく異なるのみ。加之 sponsio はローマ市民の資格を有するもののみに「に」限り之を得るも、fidepromissio はローマ市民以外のものも之をなし得る。早く云へば二者は儀式に用ゆる語と之に用ゆる人の資格異なるのみ。然るに保証なるコトは保証人に取りて其責任重く保証人は債主に対し恰も本人同様の地位に立つものなり。故に保証人が数人ある時其中の一人が全部の義務を尽すコトあるも其弁済せし保証人は本人に対し又他の保証人に償を求むるコト能はず。自分一人にて弁済せざるべからざるなり。此事も時を経るに従ひ改まれり。例へば lex Apuleia 法律の如きなり。

此の法律時代は判然せず。或る人は390 B.C.なりと。或人は230 B.C.なりと。或人は220 B.C.なりと云ふあり。併し此法律によれば全部を弁済せし保証人は他の保証人は他の保証人に対し相当の償を求むるコトとなれり。又 *lex Furia* [なる] 法律 (339 B.C. と云ふ説あり。併し判然せず。) によれば、保証人数人ある時は其人数に割当て各弁済すべき義務「五十三丁裏」あるなり。又 *lex Publica* [なる] 法律 (或人は399 B.C.。或人は383 B.C. なりと云ふあり。) によれば保証人弁済する時に負債者本人に対し償を求むるコトを得るなり。或学者は時代を知るに由なければ之を研究する無益なり。併し此時代には保証人の義務稍や軽くなれり。其他債権債務の關係は犯罪則ち不正の所為 (*delictum*) より生ずるコトあり。之等の不法の所為を大別すれば人身に対する不法の行為あり。之より債権債務の關係を生ずる場合は人に瘡傷を加へたる時 *membrum ruptum* 「肢破壊」の外其瘡傷の度に從ひ或は300 *as* 又は25 *as* 等の償金を加害者が被害者に出すなり。此時は加害者は被害者に対して債権を有す。 *membrum* とは耳目等の如く身体中の或特別の作用をなすものを云ふなり。又財産に対する不法の所為よ

り生ずる場合は例「く」 *per furtum nec manifestum* 「行盜」の場合の如し。其他他人より預りたる物品を預け主は預り主に対して使用する時は其物品の価の二倍の償金を要求す。其他 *lex Aquilia* [なる] 法律による時は若し人が他人の奴隸又は家畜等を殺したる時は其殺したる時より起算せしを全一箇年中に尤も高価に當る償金を払ふ義務「五十四丁表」あり。又同法律によれば若し人が前述の他の物を縣損すれば其時より起算して前一箇年間の最高に當る償金を出すコトとなれば前述は *obligatio ex contractu* 「契約に基づく債務」及 *ex delicto* 「不法行に基づく債務」の場合なり。

以上の他本人に不法の所為なくも奴隸又家族が他人に対し不法の所為ありし時は其主人又家長は債務を負ふコトあり。則ち家族が損害を他人に与ふる時は主人及び家長が奴隸又家族を被害者に渡すか又は相當の償金を出すべきなり。之は *obligatio quasi ex delicto* の場合に属するものなり。

債権債務を消滅する場合は此關係は元より *solutio* 「弁済」によりて消滅するコト無論なり。 *solutio* を弁済と訳す。此意味は負債者が其負担するコトを履行して之を

解くを云ふ。併しローマにて消滅する方法は種々あり。例は債権者に於て債務を免除する場合なり。之れは債権者の意思に基き消滅するなり。此免除に種「々」輕々の方法あり。例へば nexi liberatio の如し。元来 nexum によりて借りたる金を戻す時は初めて金を借りたる時にしたる式と同じく nexum の式を挙ぐるなり。併し mancipatio は初は真実の売買なりしも后には imaginal「仮装の」の売買となりし如く。之も「五十四丁裏」鑄造の貨幣生じてより以后は返却する処の金の全部を必ずしも債権者に衡にかけ戻すコトなし。只仮に価ある金を衡に掛け式を挙げ實際に返すべき金は他の処にて返すコトとなれり。同時に nexum によりて借りたる金の支払を免除する場合は仮りに金を請取りし徴に借りたる時行ひたる式をなす。因て nexi liberatio を行ふなり。其他 acceptilatio なるものあり。之も免除の手段なり。此中にも種類あれども之を省き一例を示せば則ち口答契約又は stipulatio により負ふたる債務を免除するトキは其返金を請取りしコトを表すには問答的になすなり。例「へ」ば habes acceptum? と債権者に対して問ふなり。之に答へて habeo と云ふ。實際請取らざるも返金ありし

ものとし「て」免除せらるるなり。

又時としては obligatio は債権者の意思なくして消滅するコトあり。一例を示せば capitis deminutio の如し。之に付ては Gaius の著書 I, 159 に詳し。

{ Est autem (併しながら)
capitis deminutio prioris (従前の)
status (身分の) permutatio (変更)
eaque (夫が) tribus (三の)
modis (仕方)に於て) accidit (表はる)

status は人の有する自由の身分則ち libertas, civitas, familia を「五十五丁表」(市民の身分、親族の關係)を含む。故に之を変ずれば capitis deminutio あり。之に三種あり。1. capitis deminutio maxima 2. capitis deminutio media 3. capitis deminutio minima なり。元より capitis deminutio により生ずる効果一樣ならず。之れある時は場合には之を受けたる債務者の債務消滅するコトあり。則ち之ある時は債権者は意思なくして債権を失ふ。例「へ」ば liberatio を失ふ時の如し。

親族法に付ては此時代と雖ども広狭の意味の「親族あり。一家に於て家長は patria potestas「家長権」を有し

配下にあるものは権なく夫は妻に対し *manus* を有す。而して *manus* を得るには *confarreatio*, *coemptio* 及び *usus* の三方法の結婚法をすべきなり。単に同棲するのみにて *manus* を得ず。

相続法は此時代に相続の方法に無遺言と遺言相続とあり。人が場合によれば遺言により家財を他人に譲る。併し遺言の如きは当時其式を丁寧にし一定の式を経ざれば遺言する能はず。而して其式の如きは当時種々の式のものあり。例「へ」ば *testamentum in calatis comitis factum* 「招集された民会においてなされた遺言」 「五十五丁裏」の如し。則ち *comitia calata* にてなす遺言なり。此の方法の如きは遺言の方式中尤も古し。而して此式による時は *pontifices* の如きも之に関係す。但し此の方式による時は其時は大に限られ一年に二回なし得るのみ。元より二回 *comitia calata* に於てなすコトを得る。其時期に付ては *Mommsen* の述ぶるあり。事實に付ては判然せず、且つ手続も知るに由なし。其他 *testamentum in procinctu* 「出征時遺言」あり。之は出征せんとする軍隊の前になす遺言なり。抑も遺言の如きは自分に疑を抱く時に之をなす。故に出陣の時之をなす。

尤も急なるものなり。故に単に *testamentum* あるのみにして年に二回のみにして兵士の如きは大に不便を感じ。故に一種の *testamentum in procinctu* 起る。併し以上の二方法は多少の不便あり。則ち前者は只年に二回より余計になし得ず。後者は出征の時に限る。故に遺言の方式不足なり。従て他の遺言の方法生ず。則ち *testamentum per aes et libram* なり。則ち金と衡によるなり。 *nexum* も *mancipatio* も *per aes et libram* なり。故に之の *mancipatio* を利用せしものなり。「五十六丁表」而して之れは初とは後に至り異なれり。本来之によりて遺産を他人に譲らんとするトキは *mancipatio* により家財を第三者に譲り、 *mancipatio* をなす時に己の死亡したる時に其家財を或特段なる人に与へよと述ぶるなり。此の如き場合に第三者として用ひし人を *familiae emptor* (家財買手) と云ふ。此の第三の式を挙ぐる初めに第三者に家財を譲る。第三者は法律上一時所有者となるなり。此場合には后には *mancipatio* をなす時に *familiae emptor* を用ふるも己の死后或特段なる人に与へよと云ふ言葉を物に記載するコトとなれり。此の如き書類を *tabulae testamenti* (遺言書) と云ふ。併し此場合も尚其家財の

所有者に一時 *familiae emptor* となる后又一変せり。則ち *familiae emptor* を用ふるも一旦所有主とならしめず。其遺言書に記載する人に遺産を得せしめ、*familiae emptor* は証拠人の地位に立つコトとなれり。此く遺言相続ありし。併し *sui heredes* なるものは家長に於て尤も重すべきものなり。若し家長が無遺言にして死せば相続者たるもの等なり。故に尤も重ずるものなり。遺言する場合にも *sui heredes* を相続たらしめしコトを欲せば明に「五十六丁裏」遺言書に示すべきなり。其他家長死せしとき相続人の *sui heredes* 等のなき時は遺財は *agnati* 中の近きものより相続するなり。

第三節 Punic Wars 後の有様

第一款 Punic Wars

Punic Wars 「ポエニ戦争」のありし後、ローマ法制益変化し面目を改めり。Punic Wars 「ポエニ戦争」はローマと Carthage 「カルタゴ」との戦争にして実に永く連続し第一回の戦争は264 B.C.-241 B.C. 第二回の戦争は219 B.C.-201 B.C. 第三回の戦争は149 B.C.-146 B.C. なり。此くの如く永きなり。然るに Carthage 「カルタゴ」は第三回の戦争にてローマに全く征服せらる。抑も

Carthage 「カルタゴ」第三世紀B.C.に於ては非常に盛にして地中海近傍にては其勢大に振へり。単に Africa 地方のみならず其地中海近傍にては多くの領地を有し Sicily, Sardinia, Corsica, Spain 等を一時領地となれり。然るにローマが一時内部の統一十分ならざる為め外国を征する能はざりしも漸次 Italy 半島を征し、611 B.C. 頃より漸々手を海外に出し Carthage 「カルタゴ」と戈を交へるに至れり。其初はローマの如き従来海戦なかりしを以て軍艦に同し。「五十七丁表」然れども軍事に長ぜしを以て Carthage 「カルタゴ」を征し241 B.C. より Sicily, Sardinia, Corsica 等の領せし国々を征し146 B.C. Carthage 「カルタゴ」も征せらる。此の如く海外諸国を征し其征服地方に多く provincia 「属州」を置けり。其后多くの国を征するに従ひ此制に倣へり provincia 「属州」は一種の制度なり。后に詳述すべし。此制度生じローマの開化広まりローマ法制も以外に及べり。

第二款 praetor peregrinus

(praetor peregrinus) Roma 人は Italy を征せし後其商業も盛んとなるに至れり。然るに Punic Wars 「ポエニ戦争」前は主たる生業は農業なりしも此戦争後は殆んど商

業となれり。蓋し此戦争前はローマ人は外国人と貿易せしも併し市場の設けなく其範圍未だ広からず。其貿易の範圍限らる。則ちローマと殊に条約をなしたる国は商業許さる。併し此の Wars 后商業盛となり従て市場の広からんことを望み別にローマの特別の条約にて貿易を許す。外にてもローマ人と共に商業を営むに至れり。ローマ人の貿易大に盛んとなれり。併し商業盛んなるに従ひ訴訟法も「五十七丁裏」増し其の訴訟は商業に關す故に迅速なる裁判を要す。故に 242 B.C. に praetor peregrinus 「外人掛法務官」置かるるに至る。之れより前の praetor も存するなり。之に対して従来の praetor を praetor urbanus と稱す。praetor urbanus はローマ市民間の訴訟を司り、praetor peregrinus はローマ人と外人との間并にローマに來住する外国人の裁判を司れり。因て一時はローマにては二種の praetor 併立せり。而シテ praetor peregrinus は漸々外国人に關する訴訟を司るに従ひ其訴訟手續及び應用する法律は異なれり。praetor urbanus も praetor peregrinus の影響を受けローマの法制一変せり。praetor peregrinus の用ひし訴訟手續の細事は判然せざれども、ローマの普通の手続則ち praetor urbanus

の用ひし手續より簡易なりしならん。何となれば praetor peregrinus の置かれし所以はローマと外人との商業盛なり。而して商業の訴訟は迅速を要す、故に自然簡易なりしなり。又 praetor peregrinus は新に設けしものなれば、歴史上別に古き手續を用ひざるべからずと云ふコトなし。故に自然簡易なりしならん。思ふに praetor peregrinus の用ひし訴訟手續は recuperatio に基き、更に簡易なる手續を用ひしならん。何となれば praetor peregrinus 「五十八丁表」も審判官を用へり、其審判官を recuperator と稱す。

第三款 jus gentium

praetor peregrinus の應用せし法律を述べん。praetor peregrinus の應用せし法律はローマの jus civile 則ち civil law (ローマ固有の法律)を用ゆるコト到底能はず。ローマ市民内の訴訟なれば之を用ひ得べきも、内外人間の訴訟には之を用ゆる能はず。且つ当時ローマ人は内國を尊び外人を侮る故に jus civile を應用せざるは勿論なり。ローマ本国 jus civile を用ゆるコトも得ず。又外國の法律を用ゆるコト難し。故に一種の法律が praetor peregrinus の手を経て生ぜり。則ち jus gentium なり。

此起源の説に付ては諸学者間に議論紛々たり。其初めは立法手續を経て定めしものにあらざる如く見ゆ。或学者は本は内外人の交際上事実として行はれし慣習に発せしものなりと、其慣習の如きは内外人の意思相合して生ぜしものなり。故に其慣習は初は勢力なきも時を経るに従ひ自然重きを置き遂に犯すべからざる一種規則と見做すに至る。而して之れは内外人の交際より生ぜしものなれば、ローマ特有のものと云ふ能「五十八丁裏」はざるもローマ慣習と云ふも差異なし。而シテ praetor peregrinus は之によりて裁判す。之より jus gentium 生ぜしなり。元より praetor peregrinus の裁判に当りて慣習なき場合ありしならん。然る時は之を標準として取りしならん。併し之も jus gentium 中に包含せらる。其の本源は内外人の慣習なりしならん。而シテ praetor peregrinus の用ひし訴訟手續に praetor urbanus の手續より簡易なりし如く jus gentium も jus civile に比すれば大に寛大なり。抑も jus civile はローマの古より始源せしを以てローマの複雑ならざる時に生ぜしを以て疎漏なるものあり又嚴酷なるものなり。然るに jus gentium は内外人間に生ぜしを以て jus civile に比し大に寛大なる

ものなり。種々の点に此の二法律間に其有様を異にせり。jus civile は jus strictum につて jus gentium, jus aequum なり。

jus civile と jus gentium とは異なれども又同一なる点もあるなり。併し其異なる処多し。而して jus civile は固陋苛酷にして jus gentium は寛大なり。其相異の詳細なる所は rights の主体に付て jus 「五十九丁表」 gentium も jus civile の如く同じく人間なりトモ奴隷は尚權利主体たるコトを許さずして jus gentium も slave system を是とす。之れ jus civile に同じ。物權法は大に異にして所有權取得の如きこれなり。jus civile は或種のもの則ち res mancipi の如きは所有權取得するも丁重の手續を要す。則ち mancipatio, in jure cessio, usucapio 等にあらざれば取得する能はず。jus gentium は取得する手段簡便なり。何者にも相当なる理由によりて traditio をなす時は所有權取得するを得る。例ば契約の如き相当の理由によりて traditio をなせば所有權を得る。債權法も大に異なる。jus civile には契約は式に重を置き、意思是儀式に□□れたる有様なり。合意十分なるも式を欠けば成立せず。jus gentium は方式簡便且つ合意に重を置く。

所謂 consensual contract の如き、real contract の如きは共に jus gentium により発達せり。甲にては emptio venditio, societas (売買、会社等)。乙にては depositum, commodatum (寄託、使用貸借) etc. なり。emptio venditio と societas 「五十九丁裏」とは諸客契約の特色として合意さへあれば他に式を要せずして成立す。depositum, commodatum は real contract の特色として双方に於て合意ありて之に基き一方履行すれば他に式を要せずして契約成立す。契約は jus gentium にては大に簡便なりし。此等の contract 等につき Sir H. Maine, Henry James Sumner, 1822-1888] 氏の Ancient law を参考すべし。親族法に付ても jus civile とは異なる処あり。其主なるは jus civile は agnatio の関係を認むるなり。agnatio の関係は法律の定めし関係にして血脈上の関係にあらず。cognatio は血脈上の親族の関係を云ふなり。故に相続法上又多少の相異を見るなり。

第四款 訴訟法上の改良

既に述べし如くローマに於て内外訴訟事件の増加するに従て praetor urbanus の時 praetor peregrinus の必要ありて之を設立せり。praetor peregrinus の用ゆる訴訟

手続は甚だ簡便にして recuperatio に基き作りしものなりしならん。praetor peregrinus の用ゆる訴訟手続中大に異なるものは所謂 formula (一に actio トモ云ふ) なり。formula とは「六十丁表」praetor が審判官に授ける指図書なり。則ち審判の仕方を示せる書き物なり。指図書きは訴訟の性質によりて其書き方異なるなり。例は

ならば 見ゆる が に対シテ 十円を 与へ ねばならぬ

Si paret Gaium Titio decem dare oportere,

に於て

許せ

Gaium Titio decem condemnare, si non paret absolute.

之れは Gaius IV §43 にあり。此例は actio in personam の場合の指図書きなり。此時は Titius が Gaius に対して十円を支払ふコトを命じたるものなり。種々の部分が此指図書中にあり。此の指図書中 demonstratio の部分、intentio の段落又 condemnatio の段落あり。或又場合によりては exceptio なるもの挿入せらるるコトあり。加之 intentio の如き其訴訟の性質によりて書き方種々異なるなり。今示せし例にては intentio と condemnatio との二段落あるなり。

Gaius が Titius に対して十円の債務あるか否やを調査し、若し其れ大けり債務あるならば払ふべしと命ぜよ。若し然らざれば許せと云ふコトなり。Si paret.....

oportere は訴訟の争点なり。一方は債権あるやなきやを「六十丁裏」云ふなり。則ち intentio にして訴訟の争点を記す。condemnatio は condemnare なる字を含むより此名あるなり。praetor が審判官に condemnare 或は absolvere するかの権を与ふるなり。formula in ius concepta, formula in factum concepta なる語が往「々」に Roman law 中に見ゆるなり。今の示せし例は formula in ius concepta に当るなり。何となれば争点を掲げ其争は権利問題の ius civile により権利あるやなきやの争なればなり。而して Roman law を研究するには formula は尤も必要なるものなり。元来 formula によりてローマ法は非常に発達したるものなり。後世の right in rem, right in personam 等は皆 formula より来れるなり。従て夫等に付て知らんと欲せば formula を研究せざるべからず。又其等の区別等も明白に知るを得るなり。

praetor がローマ法を改良せし仕方は formula によりて改良せしコト多し。formula in factum concepta の場合は praetor が改良せる所多きなり。exceptio を formula 中に加へしも又其改良の一なり。此の「六十一丁表」事に付ては Sohm, Roman law に詳し。

praetor peregrinus は指図書を用ひしも praetor urbanus は従前訴訟手続は指図書を用ひず。審判官は如何にして訴訟事件の審判をなせしかは之れ別に praetor より教へられず。iudex は当事者が法廷になす陳述、挙動にて訴訟の性質如何を推察す。ローマに於て訴訟手続を原則として二分す。1. in ius 手続と 2. in iudicio の手続とす。in ius の手続に於ては相方当事者が praetor 裁判官前になす手続なり。in iudicio の手続は iudex の前に行ふ手続なり。証拠を調べ判決を下すコトは審判官自ら之を為す。然るに iudex は必ずしも法律専門家にあらず。故に訴訟を調べ判決を下すに当りて説なしと云ふべからず。praetor urbanus に於て行ふ訴訟手続は大に不便なり。故にローマにて praetor peregrinus の行ふ訴訟手続の便なるを知り praetor urbanus も指図書をなすコトを採用せり。其影響大にシテローマ法律も大に改良せられたり。

此に於て 204 B.C. (判然せず) に lex Aebutia 法律出でたり。之れによりて遂に praetor urbanus の処に於ても訴訟手続上指図書を用ゆる「六十一丁裏」コトとなれり。而して此の改革は一見したる処にては些細なるコト

の如くなれども然らずして此后 praetor urbanus は大にローマ法律を改良する機会を得たり。蓋し praetor urbanus と iudex の関係は一変するに至れり。如何なれば従来ローマの訴訟手続は in iure と in iudicio と分れ iudex は其判決をなす等に於ては殆んど独立せり。praetor の意の如くならず。然るに praetor は指図書を用ひ、審判の方針を示すに至り審判するには其指図によるコトとなり、iudex は praetor urbanus の手足の如くなり。jus civile によれば、原告は敗訴となる場合にも指図書に勝訴せしめよと命ぜば之に従ふべきなり。iudex は指図書を得るに当りて之れ命之に帰するの有様となれり。加之 praetor urbanus は時として jus civile にて訴訟を許さざるコトあるも事実上不穩当とし訴を許すコトあり。又場合によれば被告に exceptio の抗弁を許し被告を保護するコトとなり。指図書を用ゆるコトとなりて以来漸々改良せり。加之 praetor は如此勢を得るに従ひ法律を改良せり。之に付ては標準必要なり。標準には jus gentium を用ひたり。jus gentium は praetor peregrinus に發生「六十二丁表」せしものなれども urbanus の手を経てローマに行はるるに至れり。

第五款 jus praetorium (praetor の法律)

既述の如く366 B.C. 頃に praetor urbanus 生じ民事訴訟に関する事務は他の行政事務より独立せり。然るに451 B.C. 及び450 B.C. 頃に12 tables 「十二銅表」生じ而して12 tables 「十二銅表」はローマ人は困難して作りしを以て之を重ずるコト甚しく之を変ずるコトを好まず。故に表面上之を変更せず。然れども240 or 250 B.C. 頃には Italy を征服し又進んで Punic Wars により Carthage を征す。此の如く他国を征服するに従ひローマ社会の有様一変し已に社会の有様一変すれば法律も亦自ら修正を加へざるべからず。然るに12 tables を変ずるコトを好まず。法律の改良は立法上の手続を経て之を行はず。praetor をして裁判上臨機応変に之を行はしめ社会の進歩に伴はしむ。因て praetor がローマ法の欠点を補ふために用ひし手段は種々あり。之を一々陳述する能はず。重なるものを挙げば、praetor が jus civile の中にて訴を許さざれども事実上能く考へれば之を許されば穩当を欠く場合に actio utilis, 「六十二丁裏」 actio in factum を用ひるコトとせり。此二者の何れトモローマ法の教科書に出でり。則ち Czyhlarz, Karl Ritter von,

1833-1914] 氏の *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*, §160 [1889] にて詳くあり。

formula には種々の書き方あり故に種々の名あり。actio utilis, actio in factum の如し。formula 中には種々の段落あり。例は demonstratio の如し。之は一段落なり。formula によりて之れなきあり。demonstratio は指図書中の緒言の如きものなり。如何なる所以にて訴訟が起りしか簡単に説明せり。例は quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit (記憶する必要な) の如し。Aulus Agerius を略して As As とし Numerio Negidio や No No と略す。物の取戻しを請求するを rei vindicatio とす。之 vendidit より生ず。又 intentio は訴訟の争点を掲げるものなり。例は Si paret jus As As ex jure Quiritium eundi (通行権の場合の如し) の如し。之れは As As が通行権を有するや否やの争点を示すなり。而して intentio は訴訟の性質により異なり種々あり。例は intentio [六十三丁表] certa, intentio incerta。亦た in jus concepta, in factum concepta 等も含めるなり。此に述べんとするは intentio in factum concepta なり。in jus concepta は法律上の争点が訴訟の争点となる場合

in factum concepta は單に事実が争点なる場合なり。而して intentio in factum concepta を有する指図書が actio in factum なり。

condemnatio なるあり。之と intentio の間に exceptio なるものを加へたるあり。之れ等が指図書中主なる段落なり。exceptio は例外を指図書に付加へし場合なり。condemnatio は已に述べたり。

actio in factum の一例を示せば

recuperatores sunt,

intentio { Si paret illum Patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse,

condemnatio { recuperatores illum libertum (奴隷解放された人) illi patris (主人) sestertium X milia condemnata, si non paret absolve. [六十三丁裏]

praetor の命令にて不穩当なるコトを禁ぜり。之にも係らず解放されたる主人を法廷に召喚する時は罰金を払はしむるコトとなれり。此例は旧主人を召喚したるや否やは争点にして事実上の問題として掲ぐ。jus civile に依るものにあらず。若しも此の如きコトあれば審判官に幾千の金を払へと云ふコトを書せしものなり。前述の

intentio は権利を有するや否やの法律上の問題なれども此に掲げし例は単に事実上の問題なり。故に actio in factum と云ふなり。

例の意味は審判官であれ、若しも他の主人は解放されたる奴隷により法廷に召喚されたる時は、審判官よ、彼の奴隷に X milia を払はしめ、若しも見ざれば許せと云ふなり。

actio utilis は actio directa に対する名なり。之れは従前一の指図書あり。之に准じて新に別に一の指図書を作りし時は新指図書を actio utilis 「と云ふ」なり。其手本の指図書を actio directa と云ふなり。actio utilis にも種々の書き方あり一様ならず。例は actiones 「六十四丁表」 ficticiae は action utilis の一種なるが如し。actiones ficticiae は一の fiction を設け其假定を掲げし指図書なり。例は

ficticia	{	(身分) (変更) をしたのではないならば 其の時
	{	Si L. Titius capite deminutus non esset, tum
directa	{	(身分) (変更) をしたのではないならば 其の時
	{	Si paret NmNm AoAo sestertium X milia dare oportere NmNm AoAo sestertium X milia condemnare si non paret absolve.

under line の処に假定せり。L. Titius は債務者なりしが capitis deminutio を生ず。故に jus civile については Titius の債務消滅すべきなり。併し praetor が之を考へて capitis deminutio を失はしむるは残酷なりとして指図を書きしなり。

其他 praetor が又法律上 (jus civile) にて被告が敗訴となるべき場合にも事実上不適當とすれば exceptio にて被告を保護するコトあり (Czyharz, §166 に詳し)。此点に於ても praetor がローマの jus civile を改良せり。此他 praetor が in integrum restitutio (現状回復) をなすコトあり。之れは実に必要なる制度にして法律上已に生じたる「六十四丁裏」不利益なる効果を取消す手續なり。殊に jus civile の如く法律の効果の嚴なる時には尤も必要なるものなり。如何なれば立法者は法律を作るには種々の場合を考ふべきも総ての場合を予想して作る能はず。故に法律ある為に却て穩ならざるコト生ず。例せば時効の制度ありし為めに人によりては迷惑を被るコトあり。例せば乙が甲の所有物を占有すとす。而して時効制度によれば或年限続きて占有せば他人と雖ども占有者たるコトを得。故に甲の物を乙が占有し最早一週間にし

て乙は占有者となる。此時に乙には一週間は大切なる時なり。乙は甲が一週間中に他に止むを得ざる事項ありし為め取戻の訴を起すコト能はず、為めに甲が所有権を収得す為めに乙が時効の制度の為に不利益となる。之れ法律ある為に生ぜし不利益なり。之れを見て praetor は in integrum restitutio を許すなり。其他 praetor が missio in possessionem を許して往々債権者をして負債者の物件を占有せしむるコトあり。之れ債権者を保護するにあり。其他種々あり。此に略す。此の如く praetor は時に臨んで種々の手段によりて改良せり。併し臨時応変に法律を改良せば人民は安ぜず。又 praetor 「六十五丁表」も専断あれば譏りを招く。故に職に就くに当り予め edictum を発し在職中の方針を示せり。然るに edictum たるものはローマの制度によれば永久の効力なし。praetor の在職中有効なるのみ。但し事実上 praetor 変る毎に edictum は変ぜず。如何となれば後任の praetor は前 praetor の方針を採用して不適のものは採用せず、後に漸々完全となり殆んど完全なる法典の如きもの生ず。併し順序は不整なりしならん。此に於てローマ人も praetoris edictum を尊び立法と手続を経たる法

律の如く考へり。例は Karlowa 氏のローマ史に praetor は二種の性質を兼ね、則ち慣習法と制定法を兼ね。praetor が人民に edictum を公布する方より見れば制定法の如し。併し手続の簡易にして時世に應じ円滑に変遷せし有様は慣習法に類する処ありと云ふ。兎に角 praetoris edictum 生じてよりローマの法律は長足の進歩し次第に寛大の方に傾けり。

第六款 法律学の沿革

ローマに於ては古代より pontifices あり。之は本来 fas を司るものなりし。之よりして法廷に参列し jus に通ずるなり。然るに其得たる法律上の智識を「六十五丁裏」 pontifices の間に代々伝へ世に出さず。此に於て自然一種の法律専門家生ず。併し pontifices は初は只 patricii のみにて任じ plebeji は之に任ぜらるるコトなかりし。此事たる plebeji の地位を得んとするに当りて大に不公平となん。304 B.C. に jus Flavianum は世に公にせられ且つ 300 B.C. 頃に plebeji も pontifices たるコトを得。此に於て法律の智識世に広り、加之法律学者は plebeji より生ずるに至れり。之れ則ちローマの法律学の一段落なりし。354 B.C. 頃に Tiberius Coruncanius

「なる」大家出て初めて公に法律学を教授せり。而して氏は其の地位より云へば、本来 *plebeji* に属し、*pontifex maximus* になりし人なり。已に法律学を公に教授するに至る。故に法律上の智識を世界に広めんとするもの生じ、書を著すもの生ずるに至れり。例せば *Sextus Aelius Paetus Catus* 氏は 198 B.C. 頃に有名なる *Triperita* なる書物を著し法律を論ぜり。此人も地位は *plebeji* に属す。其后書を著し法律を論ずる人々少からず。例は *P. Mucius*, *Brutus*, *Manilius* 氏等なり。之等の著せし書は *Karlowa* 氏のローマ史「六十六丁表」にあり。但し学問の進歩の自然順序ありて初より *systematical* にあらずして、主として *jus civile* に関する法律の材料を網羅せり。体裁は雑駁なり。元より当時の学者は理論のみに身を委ねず、実地に目を注ぐ。故に当時の学者に於ては初より *systematical* なるものを書くに暇あらず。而して当時又他の一方に力を用ひしは種々の事件に付て種々の質問を受け、夫に付て意見を述べ又法律の鑑定に力を尽せり。併し一旦法律の理論に注目するに至れば雑駁なるものにては人々は承知せず、*systematical* なるものを得んとするに至る。此時に当り哲学の流行し法律「学」者死力を

哲学に尽すもの少からず。此に於て法律学者の書は *systematical* 「学」なれり。例せば *Q. M. Scaevola* 氏の如きは *systematical* と云ふも可なるの書を著し *law* を論ぜり。 *De jure civile libri XVIII* 又 *Liber singularis definitionum* なる書を著せり。其他有名なる学者少からず、則ち *Publius Rutilius Rufus* 氏等あり。 *P. R. Rufus* 氏は博学にして就中哲学に長ぜり。併れども尤も有名なりは「*Cicero*」氏なり。氏は本来法学者となるの志願にあらずして雄弁家たらんとせん「六十六丁裏」人なり。故に雄弁家たる学に力を尽せし人なり。併し后には法律学に従事せり。因て一旦修めし哲学等は益をなし其著書の如き有名となりしなり。之と類似するコト近來にもあり。則ち歐洲に *Naturrecht* 派流行し法律学者も哲学者も之を主張し哲学と法律と密着の關係を有せり。併し近日は *Naturrecht* は消滅す。併し一方より云へば *Naturrecht* あり、為めに大に法律上に於て *systematical* となりしコトあり。元来ローマに於ても当時の著書中民法、訴訟法の著書多し。然し他の部分に付ての著書なきにあらず、随分ありしなり。之等の著名の如きも *Karlowa* 氏の *Römische Recht* [sgeschichte] 中に詳し。

例「く」ば Julianus, Gaius 氏等の著書中には公法に關するもの少からず。右の如く法律學世に広「ま」るに付ては法律の授業の方法に於て種々の方法具るに至れり。例「く」ば *audire instituere, instruere* の如し。*audire* とはローマの法律學者は單に理論のみに力を尽さず、實地問題にも注目し法律に鑑定をなす。其鑑定の時弟子を集め種々の講義せしなり。*instituere* は法學初心のものの爲めに法律の大意を教へり。稍や理論に渡れり。後に Gaius 及び「六十七丁表」Justinian の *Institutiones* の生ぜし「は」之に基きしなり。而して *instruere* は法律の理論を教へる上に於ては *instituere* と同じきも、單に法律の大意に止まらず精密に法律の蘊奥を教へたるなり。因て當時一方に *praetor* あり、裁判上種々の手段で以て改良すると同時に一方に學者ありて種々研究に力を尽しローマ法律益「々」進歩せり。

第七款 地方制度

第一項 Italy 国内の地方制度

Italy 国内にはローマの外にローマに征服せられし国あり其国々の制度を述べん。已に述べし如くローマの国内の調和するに従ひ Italy を征し其結果としてローマ本

国の外に種々の服役國あり。之等のものは一時ローマに意外に能く服従せり。*civitates federatae, colonia* 等に比すればローマに縁薄し。併し能くローマに服従せり故にローマ人も *civitates federatae* 等に付ては安心し *Punic Wars* 后却てローマ人が *civitates federatae* 最早ローマに反するコトなきを知り *civitates federatae* の人民を残酷に取扱へり。此に於て同盟の諸國もローマに対し不満を抱き「六十七丁裏」反旗を翻すに至れり。此時は 91 B.C. なりし。其同盟諸國が反するに當りて他の諸國も之に加担し反するに至れり。此に於てローマは苦痛を感じ之等を降服せしむるの策を取れり。其結果として *municipia* にして反せざるものをしてローマ市民の資格を与へり。又 *civitates federatae* と雖ドモ或時日内にローマに服したるものは市民の資格を与ふるコトと約せり。而シテ當時ローマ市民の資格を貴びし故に之を聞き反せざるに至りローマに服し其結果市民の資格を与へり。久しからずして Italy 半島に市民の資格を有せざるものなきに至る。而して新ローマ市民を 8 *tribus* とせり。因て従来の 35 の *tribus* ありし故に全体に 43 の *tribus* となり。併し従前 *colonia, municipia, civitates federatae* には其

地方々々には地方制度ありし。元より従前 *municipia*, *colonia* にてありしものは別に新組織を造るに及ばざりしも *civitates federatae* は従来の *municipia* と殆んど同一の制度を用へり。

其制度の大体は官吏にては *duumviri juris dicundi* あり。之は「六十八丁表」ローマの *praetor* に類似す。其地方の司法制度を司る在職期は一年なり。其他 *quinquennales* 「五年官」あり。之はローマの *censor* に類し人別を調べ地方の財政を司る。其他ローマの *senate* に類するものあり。則ち *ordo decurionum* なり。員数100より成れり。其他其地方の人民は *curia* に分たる。又 *comitia curiata* に類する集会あり。ローマ市民の資格が広くItaly半島に与へられたるコト記憶すべし。

第二項 Italy 国外の地方制度

ローマはCarthageの服するに従ひローマ人は地中海近傍を征服せり。則ちSicily, Sardinia, Macedonia, Corsica等なり。之れ等の国にはローマ人は *provincia* を置けり。*provincia* は各地方制度を異にす。其 *provincia* にては其地方の制度一様ならず。故に *provincia* を置くに付て条文の如きもの生ぜり。則ち *lex*

provinciae を作るには *senatores* 中より委員を設け之を取調ぶるなり。地方の長官たるものは *lex provinciae* を標準として其地を治む。併し *lex* 「六十八丁裏」 *provinciae* は一様ならず。故に細く規定せざる時は自己の考にて之を治む。併し地方長官は就職中の自己の取るの方針即ち *edictum* を定めて人民に示せり。而して *edictum* に掲ぐる事柄は各 *provincia* によりて趣きを異にせり。例「へ」は進歩するあり進歩せざるものあるが如し。則ちSicily, Macedoniaに於てはGraeciaの開化の影響を受け大に進み他一方にはCorsica, Hispania等にある。*provincia* は其開化の度稍低し。其の開化したるものには其地方制度も進めり。此処にはローマにより別に新制度を布く。甚だ不利益にして政略も差ならず。故に此の如き地方には従来の制度を保存するに至り却てローマの益をなすもの少からず。併し開化の足らざる処にはローマ人は新制度を輸入し又輸入するの必要ありて新制度を設けり。此場合にローマ人の標準は *edictum* を長官が定むるに当りローマ本国の *praetoris edictum* を手本とせり。尤もローマ人の如き決して急激なる変更を好まず、故に *provincia* に制度を輸入するにも漸々ロー

マ風に化せらるるを俟てローマ制度を輸入せり。而してローマ風に化するに尤も功力「六十九丁表」ありしものは *provincia* に鎮守の為にローマより兵を送りし其近傍の人民に其兵に倣ひ又 *colonia* も *provincia* に置きけり。之よりも又感染せり。尤も *provincia* の *edictum* は就職中のみ効力あり。併し後任の長官は *edictum* を定むるに当り、前地方官の *edictum* を採用せり。故に *edictum* も時を経るに従ひ細密となり、地方に不適なるもの又は時世に反するものは除かれ、一の法典の如きもの成り、故に一方には其人民はローマ風に感染すると同時にローマ制度入り、ローマとの差少くなれり。因てローマ人は Italy 国内のみならず国外にもローマの市民の資格を与ふるに至れり。

第三章 帝政時代の法制の沿革

第一節 帝政開始の略史

共和政治の衰微、帝政の開始を述べん。ローマは Italy を征し進みて地中海近傍を服し国威を輝せり。併し其戦勝の結果は一方には大利益なりしも一方には大不利なるコトありし。而して其利益なりしコトは多くの属

地生ずるに至りては外国よりローマに収入するコト増し又 *Graecia* 「六十九丁裏」の文明も輸入せり。併しローマの為に害を生ぜしコト少からず。戦勝に伴ひ人民間に貧富の品格を生じ漸々甚しくなれり。又ローマ人は干戈を交ゆるに当り戦没せしもの少からず。其結果当時有力なる人々は土地を兼併せり。他の一方には漸々外よりローマ本国に種々のもの輸入せられ、就中穀物は輸入せらる。而して外より輸入するもの安し。故にローマの細民は耕作をするも利なし。因て土地を失ひ其耕作を止めり。其土地は有力者に兼併せらる。又奴隷が多く輸入せり。然るに多く土地を有する有力者が其の奴隷を買入し耕作せしめたり。故に一方に貧民は土地を取られ又奴隷に雇口を奪はる。貧民は大に困窮せり。然るに当時種々の原因より社会の徳義心衰へり。従て人民は役員を選ぶに当りては金銭次第なり。此に於て有力者は金銭を以て己を選ばしむ。次第に有力者は政治上の地位を占む。故に貧民は財政上又政治上に有力者と争ふべからざるに至り、加之富者は貧民を压制せり。此に於て衝突免る能はず。因て133 B.C.-27 B.C. は一時内乱の有様に陥れり。此くの如く衝突を生ずるに至りては当時の豪傑中或は貧

者の為に力を尽すもの「七十丁表」出でり。則ち有名な T. S. Gracchus 氏の如きは初て貧者の為に大に力を尽せり。氏は tribunus plebis となれり。其地位上より見るも勢力あり。氏は貧者を救ふに尽力せり。尤も有名な *ager publicus* 「公有地」なり。之は人民が之を借りて耕すものにして政府は何時にても之を取上げ得る。貧民は到底之を耕す能はず。故に富者の階級は主に之を耕す。Gracchus は従前富者の耕す *ager publicus* の幾分「か」を割き貧者に与へんとせり。為に富者に惡まれ富者に殺されたり。其后 Gracchus の兄弟にて Gaius Gracchus ありし。氏は兄弟の意思を継ぎ、tribunus plebis となり、貧者を救ふの道を尽せり。氏も反对者の攻撃甚しく二年にして其職を失ふ。其后 Sulla, Marius 等なる豪傑出て各其の党派の為に力を尽せり。Sulla 氏は富者の為に力を尽し、Marius は貧者の為に力を尽せり。其二人の競争の結果 Sulla は勝を得一時大勢を得たあり。従来ローマに dictator あり。此官に昇りし此時の dictator は少しく異なれり。従来此職は六箇月なりしも(重大の時置く) 當時は永久の職となりし。Sulla は此の地位を得しを「七十丁裏」以て氏の在職中富者の為め

に計画をなせしコト少からず。従て貧者を压制するコト少からず。Sulla も久しからずして其職を去り、78 B.C. に死亡せり。而して Sulla の辞職后尚ローマに貧富二階級の衝突止まず。人民間には不満を抱くもの多し。當時の有様より考ふれば至大の勢力を有する人はローマを支配するコト至当なりしならん。然るに Pompeius, Caesar 等あり。Pompeius は富者の為に力を尽せしも、貧者に力を尽せし Caesar は勝を得 dictator になり且つ *imperator* となれり。*imperator* は后世の *emperor* と異なり、元帥の如きものにして將軍なり。併し后世の *emperor* は之より生ぜるなり。故に多少其の起源此にありし。Caesar の如き豪傑ありてはローマの従前の制度は一変せざるかの疑を抱き之を殺さんとするもの出て終に殺されたり。然れども Caesar の甥にて養子なりし Octavianus 氏は反対派の首領なる Brutus, Cassius, Antony 氏等に打勝ち漸々実力を握れり。其有様は巧にして初めより決して表面上 *rex* なる称号を取らず、種々の官職を兼す。故に之を合すれば大権を得る。而して氏は遂に「七十一丁表」*imperator* となり、第二には *caesar* となり。*censor* の如きは実力盛にしてローマの

風俗を監督す。之れより自然実力あり。其他第三には Octavianus は princeps になれり。princeps とは senatores 中首座を占めしものなり。因て自然 senatores 中にては勢力を得る。且つ proconsul となれり。proconsul とは provincia を支配する特権を有せり。因て大勢力を得たり。又 consul になれり。其他 pontifex maximus 「大神官」にもなれり。故に政治上のみならず宗教界にも力を得たり。此く一人にて数種の職を兼ねり。故に実力大なり。之れ氏の政略にして rex の称号を憚りて取らず。故に人民反対も意外に少く人民も Octavian 氏の実力を得るは止むを得ずとなし。併し久しからざるならんと思へり。然れども此時より帝政殆ど定れり。即ち princeps となり遂には憚らずして表面上至大なる勢力を占めり。

第二節 Octavian 時代に於ける制度の改良

Octavian 帝は實際種々の官職を兼ね至大の実力を握るにも係らず rex, dictator なる称号を帯ぶるを憚り表面上専制の「七十一丁裏」の統治者たるコトを欲せず。故に制度の如きも敢て従来の制度を突然変更するコトを欲せず。Caesar は jus civile と jus praetorium とを合し

て更に一大法律を作らんと考ありし。Octavian は Caesar の意を継ぎ法典を編纂するコトなく従来の制度に変更を加へず。当時ローマ一日も^{ゆるがせ}忽にすべからざる事柄あり。之等には多少変更せり。一例を示せば結婚并に出産に付ては之を奨励するの law を設けり。之れローマの社会の有様一変し結婚は大に乱れ又ローマ人に子供が少くなりしによれり。抑もローマにはローマ人の主たる生業は農業にして人民も朴風なりし離婚も殆んど少し。然るにローマに於て外国と干戈を交へ多くの国を征し商業の市場広るに従ひ農業を捨て商業に従事せり。其結果結婚に弊害生ぜり。則ち人間は金銭を得るに孜孜とし婚姻を以て利益を得るの一種とせり。故に一旦金銭を得たるトキは離婚し又更に利を得んとし他人と結婚す。右の如き有様なる故に妻を娶るも子を生むの目的にあらず。故に大に子女減じたり。尤も利の為に妻を娶るは貧者に多し。富めるものは妻を娶るコトを厭ひ妾を置くコト「七十二丁表」となれり。之れローマ国家の為に危峻なり。故に Octavian は一方に結婚を奨励し一方に子を生むコトを奨励し子を生む多寡により特権を与へるコトとせり。又奴隷多くローマに輸入して市民の品格下れり。

蓋しローマに奴隸が古くよりあり、之を解放するコト主人の随意なり。然るに外國を征すると共に多くの奴隸輸入せらる。其数は市民の数より多き有様なり。然るに多く奴隸を有するものは富者なり。此人々は却て奴隸を解放して世界に誇るの有様なり。従て奴隸は市民中に編入せらる。此結果ローマ市民より新民の品行品格は大に下れり。因てローマ市民の品位大に下れり。故に Octavian は奴隸解放に関して一法令を作り容易に解放する能はざるコトとせり。

第三節 Octavian 帝の政治機關

第一項 在來の政治機關

Octavian は從來の制度を改むるコトを好まず。故に實力を握りしも王政を復古するにあらず。因て共和時代の制度は帝政時代にも表面上依存せり。但し Octavian 並に princeps の政治機關は日に勢力を「七十二丁裏」得るに従ひ他の政治機關は日々に勢を失へり。例「へ」ば comitia curiata, comitia centuriata 等は存在せしも comitia に於て議せし大事件は帝政時代にては其議に与^{あず}からず有名無実なり。又 consules も有名無実なり。則ち consules も princeps の選定するコトとなり故に他の

官吏は實力なきなり。但し senatores, praetor は他の官吏に比し稍や勢力ありし。之れ又 princeps の政策に出でしコトにして senatores 自ら勢力ありしにあらず。又帝政時代に princeps は大勢を有せしも世界に対して專擅を受くるコトを恐れ senatores 等を優待せり。praetor も裁判官なりしを以て勢力あり。併し遂に其地位転倒せり。則ち princeps の従官たるものは勢力を得るに至れり、praetor は勢を失ふ。例「へ」ば praefectus urbi は裁判官となり、praetor は初級の裁判官となるなり。且つ praetor peregrinus も時を経るに従ひ廃せらるに至る。則ちローマの開化の進むに市民の資格広り、praetor peregrinus は不必要となるによる。

第二項 Princeps の役員 「七十三丁表」

日本の鎌倉時代に於て朝廷の勢力移りて幕府勢を得たる如く princeps の役員勢を得て政治機關衰へたり。例「へ」ば praefectus praetorio の如きは從來は単に princeps の護衛兵の指揮官たりしのみ。然るに信用するものを選抜して之に任ず。已に princeps の信用者なれば princeps の勢を得るに従ひ praefectus praetorio は政治上に於ても勢を得るに至れり。praefectus urbi も在來

は警察のコトを司りしも遂には民事刑事の別なり。訴訟のコトを司れり。其の他 *princeps* に従属せし官吏種々ありし。此時代には名義上共和時代の機関有せしも實際は *princeps* の役員之を司れり。

第四節 *senatus consulta*

senate は古よりありて其の *senator* は共和自治体に於て立法上多少関係せり。則ち *comitia* にて法律を制定せんとせば *senator* の認定を得るコトとなれり。併し *senator* のみにて立法権を握りしにあらざりし。帝政時代には *princeps* も表面上 *senator* を尊べり、實際立法権を握りしコトあり。其所以は *princeps* の勢を得るに従ひ「七十三丁裏」*comitia* 衰へ法律制定の権衰へり。併し *princeps* は大権を握りしに係らず憚る処あり。自ら立法権を握らざりし此に於て立法は法律にて定めしにはあらざれども自然 *senator* に委ねし有様となり法律を制定するに当り *senator* の認可を以て条件となり、而して *senator* の手を経て作る法律を *senatus consulta* 「と云ふ」なり。併し *princeps* も漸々勢を得て憚る処なきに至るに従ひ其時代一変せり。蓋し一時は *senatus consulta* は法律の効力を有せしも *senator* は實際は

princeps の機関にして *princeps* の鼻息を覗ふ有様なり。而して *senator* の認可を得るには *princeps* は法律案を提出するなり。其時は *princeps* 自身が若くは其代理人をして其案を朗読せしむるなり。后に至りては世人が *senator* の認可と云ふより寧ろ *princeps*, *oratio* を以て立法上至用なる手続とするに至れり。*oratio* とは *princeps* 若くは其代理人をして法律案を読ましむ手続なり。併し一時は *senator* は大に権を有せしコトあり。

第五節 *constitutiones principum* 「七十四丁表」

princeps の *constitutiones* とは、*princeps* の命令より生ぜし法律規則なり。尤も *princeps* と雖ども其初は稍憚る処あり。公然立法の事柄を行はざりし。併し其實力には比するものなし。因て其私法其他行政上種々命令を発せり。其命令は自ら行為の標準となりたり。此に於て別に一種の法律規則生ずるに至れり。例「へ」ば *princeps* に於ては *edicta* を出すコトありて、ローマの *praetor*, *consul* の如し。以て世人に広く示すコトあり。加之 *princeps* は *decreta* を出し、*princeps* は自ら訴訟事件を審裁せり、其判決を *decreta* と云ふ。併し *princeps* の判決なる故に自然后来同事件起れば之を処するの標準

となれり。其他 *rescripta* あり。之は指令の如きものにして時として裁判官又時として一箇人より或事件に付き *princeps* に伺ふコトあり。此時に *princeps* は其伺に對し出す指令なり。之れも亦広く世人の行為の標準となり一の法律規則生ずるに至れり。其他 *mandata* あり。之は *princeps* は官吏に下す訓令なり。之等より生ずる法律規則は *constitutiones principum* なり。之等は初より法律の如くして出「七十四丁裏」せしものにあらず。故に世人に知るものあり知らざるものあり。併し *decreta*, *edicta* を編纂するに至り遂には、Justinian 帝法典を編纂する時に之を採用せしコトあり。

第六節 Hadrian 帝前に於ける法律学の有様

法律学問は共和時代に發達せり。併し帝政時代に法律学進歩せり。蓋しローマに於て法律の大綱は共和故時代の終り迄に整へり。抑も法律は立法者に於て定むるには可成精密に后来に起るべきコトを予想して作るものなり。併し世界の現象種々にして悉く觀察する能はず。故に些細のコト迄作る能はず。又一方に余り細密に渡れば却て弊害あり。因て大綱を定むるに當りて法律学者を研究せしめり。帝政時代には法律学者は其の大綱を研究し其法

律規則に基き、大なる規則又は細き規則を見出すコト必要なり。故に法律学者は大に研究に力を尽せり。*principes* も又研究を必要とし其学者を優待せり。因て法律学者は専身其研究に従事し帝政時代に大に進歩せり。併し其の盛大となるに従ひ法律学者中に説起るに至れり。則ち有名「七十五丁表」なる学派 Sabinian, Proclian 派を生ぜり。而して其 Sabinian 派は Capito 氏は原祖なり。Proclian 派には Labeo 氏は原祖なり。此学派の又の異説は今日にも多少伝る處あり。而シテ Labeo はローマ法律学者中一二を争ふものとして之を尊べり。氏は本来は plebeji の系統なり。其の学风は Capito とは異なり、博覽を尊び、其立論は高尚深遠にして人を驚せしコトあり。蓋し氏は法律研究するに當り有名なる人に付て参考し哲学にも力を加へり。但し其の議論は余り甚しきに陷るコトあり。氏の著述多くして四〇〇巻を下らざるコトなりし。故に Justinian 帝其編纂中に援用せしコト多し。Capito は之に反し政治上にも学风にも大に異なる處あり。氏は只法律学のみに力を尽し他の学を顧みずして他の学を研究するを以て法律学に害ありとせり。加之其研究たるや重きを実地に置き新論を立つるコトを好まず。

此二人を比せば学識にては Labeo は大に勝れり。併し二学派は対立して其派の中に有名なる学者あり、ローマの法律学大に進歩せり。「七十五丁裏」

Sabiniani 派の有名なる人

1. M. Sabinus (名の起りし原の人なり)
2. C. Longinus
3. C. Sabinus (尤も有名なる人)
4. P. Javolenus
5. A. Valens
6. Julianus etc.

Proculiani 派

1. M. C. Nerva
2. M. C. Nerva (filius)
3. Proculus (名の起りし原)
4. Pegasus
5. I. Celsus
6. I. Celsus (filius)
7. P. Neratius

当時法律学者は悉く此派中にもありしにあらず。此

他に有名なる人則ち Felix, Attilicinus, Plautius, Aristo 等あり中立に立てり。以上二派は初めに其懸隔甚しからざりしも后には甚しくなれり。此時に中立派は其上に立ちて調和するの傾あり。右の如く此時に学問盛となり二派に分るに至りたり。此他ローマ学自身の上に影響せしは Octavian の頃に当時有名なる jus respondendi 「回答権」を与へり。一方に法律学者は法律を研究し力を尽すと同時に他方に又実地に力を注ぎ箇々の特断なる「七十六丁表」事件に付き意見を吐露せしコトあり。之等の鑑定せしコトは隠然勢力ありしに相異なし。併し一箇人の説たるに過ぎず、故に裁判官は其説に検束せられねばならぬと云ふコトなし。当時学者中大家を選び之等は特に jus respondendi を与へむ。之を有する学者は特断事件に付て鑑定せし場合には裁判官は之に従ふべきコトとなり法律の効力を有するに至れり。故に学者の勢力は頂上に達せり。尤も一事件に付きて多くの法律学者が鑑定するコトもあるべし。此時に何れの説に従ふべきかを定むべきなり。故に Hadrian の時定め、若し諸学者の説一致せざるときは判決を下すもの之を選択するコトとなれり。斯く法律学者の説に重きを置き Justinian 法典

を編纂するに当りて学者の説を *Digesta* 中に掲ぐるに至れり。

第七節 *edicta praetorium*

上述の如く法学重ぜられ法律学者の説法律の効力を有せしも又 *praetor* 一時非常に勢力あり。 *edicta* を定めしより種々法律規則発達す。此時代は *edicta* 一変し *praetor* の変する毎に時世に「七十六丁裏」従ふ処の *edicta* ならは后任の *praetor* か己の *edicta* 中に加へ遂には一法典の如くなれり。然るに帝政時代には *praetor* も *princeps* の勢力の増すに従ひ衰へ従来の如く己の好む処を *edicta* 中に掲載するコトなし。因て *edicta* の体裁帝政時代に止みたり。然るに *edicta* は其精神に於て大に便なるものもあるも其体裁は雑駁なり。故に *praetor* の *edicta* を研究せんとするも甚だ不便なり。且つ *edicta* の内容は変らざるを以て帝政時代に不必要となり加之 *edicta* 慣例に従へば *praetor* の変する毎に効力を失ふ。此等の手續は無益なり。且つ *praetor peregrinus* 及び *praetor urbanus* の出せし *edicta* ありて種々なり。此は初めは区別ありしも后には其の *edicta* は漸々同一となり内容に差なきに至れり。故に広く *praetor* の *edicta* を

調査して一法典を作るコト目下の急にして *Hadrian* 帝の時 *Julianus* 氏に命じて *edicta* を調査し法律史を作らしめたり。其書完成するに及び法律として全国に行ふコトとなれり。之を *edictum perpetuum* と称す。単に *edicta* トモ云ふ。遂に共和時代より発せし *edicta* 「七十七丁表」も *Hadrian* 帝の時立派なる法律となり *Justinian* 法典の基礎となる有様なり。

第八節 *Hadrian* 帝后の法律学の有様

前節に *Julianus* に命じて *edictum perpetuum* を作りしむ。 *Julianus* は *edictum perpetuum* を作りしことローマ法学上大刺激を与へ発達するに至る。加之 *Hadrian* 后一層進歩を催す原因多少ありし。例「へ」は *Hadrian* 帝は有名なる法律学者を特に優待して *consilium principis* とせり。之等のコトは法律の進歩を促せり。其他此時代には其研究も精密にして困難なる問題を出す。之を研究するには益々研究を要す。尤も有名なる学者は *Julianus* にして氏は *Africa* に生れ、 *praetor*, *consul* 等の職に登り且つ *consilium principis* となれり。其学風は *Sabinian* 派にして当時の大家にして *Hadrian* の *edictum perpetuum* を作らしめたるは実に其人を得たりと云ふべ

きなり。而シテ Julianus の著書中尤も有名なるは digesta にして九十巻の多きに至れり。其論ずる処は當時の現行法律なりし。而して「七十七丁裏」Julianus の著書 digesta は大に世人の愛読する処となり、Pomponius, Ulpianus, 等なる名家も之を参考して著書せしなり。且つ Justinian 帝の Digesta を編纂するに当り Julianus の著書を参考し且つ援用せし箇条多し。故に Julianus の世に出てより之と肩を比ぶるものなし。之に次て有名なるは Cassius になれども数等劣り、當時の学者は圧倒せらる。此両大派の区別の消滅し Sabinian 派の勝となれり。Julianus はローマ法学上にも一段落をなせり。

S. Pomponius も有名なる人にして氏の来歴^{しまびら}詳かならず。氏の特別たる処は博覧なり。則ち氏は広く先輩の著書を研究せし氏の著書少からずして后、学者の手本となりしもの多し。

Gaius の Institutiones を著し有名なり。氏は奇人にして氏の生存せし間は世に知られず、后世に至り有名となりし。故に来歴は詳ならず。或人の説によれば、氏は province の人々のために法律を授業せし人ならん。故に

其生存中は却て世人に軽蔑せられ、其名顕れざりしならんと。蓋し當時の法律学者は理論と実地とに力を用ひしも Gaius は実地に力を用ひ「七十八丁表」法学を人に授くを専らとせし如く考へらる。Institutiones も instituere 授業法ありし時代に作られし如く考へらる。而シテ氏の後世に名の現はれしは Justinian の Institutiones は Gaius より専ら採用せしなり。併し Justinian の法典編纂せし頃はローマ法学は大に衰へしなり。故に人口も従前の高尚なる法学を研究する力なくして却て Gaius の文章明瞭なる著書現れ、有名なりしなり。Gaius は Julianus の如く大家ならざるも文章は明瞭にして解し易し。故に世間に用ひられしなり。又此の後には Gaius の Institutiones は Justinian 法典中に採用せらる。加之他の大家の著書は多くは消失せり。故に Gaius の著書はローマ法を研究するに尤も便利を与へ、特に Gaius の著書はあらざれば知る能はざるものならんと思はるる事件を其 Institutiones に表はせり。ために著名となりしなりローマの法学を見んとせば、Gaius の著書は尤も読み易し。特に Institutiones は尤も明瞭なり。加之歴史的の事実も大に詳し。

Papinianus 氏の来歴も詳ならず。氏は法律事業及び法律の鑑定に「七十八丁裏」従事したり。氏はローマ法学者中后と第一流の人なり。氏の著書は立論の正確なるは勿論其文章も正確なり。Justinian の Digesta 中に援用せし説中には氏の説尤も多し。

Ulpianus 氏の著書は多少今日に残れり「ウルピアヌス『法範』」。Gaius の Institutiones と合せ出版せらる。氏は当時有名なる人にして其文章の明瞭なる点は Gaius と能く類似せり。氏は Originality に於ては大家ならざるも其文章の明瞭なるより世人に愛読せらる。

Paulus は来歴詳ならず。氏は consilium principis となりし人にして世人に尊敬せらる。氏の学識は Ulpianus と肩を比す。併し其文章の明瞭なるコト Ulpianus に一步を譲れり。併し著書の多き Ulpianus に勝れり。之等の法学者に付ては Karlowa 氏のローマ「法」史に詳し。Karlowa 氏曰く、當時は種々の法学者ありし。併し一方には意外に其説中一致する処多く又他方に理論に長ずるに係らず実地を棄てず。当時の学者は大家たるに係らず自分自ら自説を立て他人を侮るコトなし。共心協同して大事業をなさんとせし如く。勉めて

「七十九丁表」古人の説を援用し自説を吐くに当り□□謙遜せり。其説は実地を離れ空論に陥るコトなし。之等は当時の学者に於て尤も尊ふべきコトなりと評したり。

第九節 Diocletian & Constantine 時代に於ける羅馬

国政の変遷

帝政の起りて已に述べし如く帝政の始に於ては princeps は至大の権を握りしに係らず公然表さずして事を執れり。故に帝政の時代の初には共和時代の機関は依然存せり。併し時を経るに従ひローマ社会の有様一変せり。例「へ」ば senatores は却て princeps に優待せられ一時勢力ありし如く見ゆ。之れ princeps の政略なりし故に時を経るに従ひ princeps の勢を得ると同時に漸々勢を失へり。元より German 人はローマ人と戈を交ゆるコトとなり、ローマに於ても対外政策上専政の君主を要するに至れり。其他従前はローマの地方制度に於ても自治行はれし処もありしが漸々跡を絶つに至り、princeps も当時代には専政の君主たるを憚らざるに至れり。此時代より世人も princeps の欲するものは「七十九丁裏」法律なりとの考を抱くに至れり。

第十節 Diocletian & Constantine 後に於ける羅馬の

法律学の有様

前に法律学の有様を述べし如く帝政時代にも尚法律の根本たるもの *12 tables*, *praetor*, *edicta*, *senatus consulta*, *consilium principis* なり。之等は本来学者が元より世人の法学を研究するに考すべきものなり。然るに時を経るに従ひ *12 tables* 「十二銅律」は世間に於て之れを了解し得る人減じ、加之ローマに法学盛なるに従ひ法学者の智慮発達したり。故に学者の著書を研究するに至り *12 tables* 「十二銅律」等に重きを置かず。従て法学者の著書は勢を得たり。而して Diocletian の時 *jus respondendi* を廢し又世間に名高き法学者の著書を援用するに至れり。因て有名なる学者の著書なれば *jus respondendi* と同様に貴ばるに至れり。併し従来の俣にて *jus respondendi* 存し又一方に学者の説を援用するは不都合なり。自ら制限を立てざるべからず。故に Theodosius II の頃、特に法律を以て援用すべき法学者の「八十丁表」著書を定めり。則ち Gaius, Papinianus, Ulpianus, Paulus, Modestinus を援用するコトとなれり。且つ之等の五人の説は一定せずして矛盾するトキは多数

の説に従ふコトとせり。若し又異説同数に分るるトキは Papinianus の説に従ふコトとせり。此く此等の学者の説は之を援用するコトを得。加之他の法学者の説と雖ども此等の説と同一なれば之を援用するも差異なし。之れを以て以上の五人は当時ローマにて尊ばれ就中 Papinianus は尤も貴ばれたり。因て法学者はローマに於て尤も貴ばれ、従つて法学の発達せし一原因たり。而して *Corpus Juris Civilis* 中 *Digesta* は有名なる著書より援用す。援用するには訂正を加へしも之を見れば学者の一般の思想を窺ふに足る。故にローマ法の研究するには尤も見るに宜し、参考とするに足る。特にローマ人が如何に法学上に発達せしかを見るには *Digesta* は尤も宜し。

第十一節 Justinian 帝前に於ける法令の集録書

帝政時代となりし以来 *consilium principis* ありて法令の如き作用をなせり。併し *principis* に於て *edicta*, *rescripta*, *mandata*, 「八十丁裏」 *decreta* を出せしは法令の如くして出せしにあらず。就中 *rescripta*, *decreta* は特別の事件に付て出せしものなり。故に研究に不都合にして且つ之を知らざるものあり。因て之等を集めて一となすに至れり。之等の *consilium principis* を集めしもの

は Justinian の法典の予備をなせり。其集録書を挙げれば Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus 等なり。而シテ前者は Hadrian 帝頃より Diocletian 頃迄の法令を集めしものなり (判然せず)。尤も此書の著者の来歴は不明なり。后者は前者に次て生じ前者の追加書たるの精神にて作りたるが如し。之等は一時大に世界に尊ばる。併し之等も滅して后世に伝らず。民間に此の如く書を著す如くなれば、ローマ政府にも其用を感じ Codex Theodosianus を作り。Constatine—Theodosius 頃の法令を集めしものにして后世に伝はれり。

第十二節 Justinian 法典編纂

ローマに於て Justinian の時有名なる種々の法典作らる。則ち Institutiones, Digesta, Codex, Novellae Constitutiones なり。「八十一丁表」最後のものは Justinian の後に於て発せられしものなり。併し皆一処に Corpus Juris Civilis 中に掲げり。此の法典は尤も名高きものにしてローマ法研究するには尤も必要なり。此の如き有様なる故に Justinian が法典を作りし頃は法学尤も盛なりしが如く見ゆれども却て衰へしなり。以前には法学盛にして著書も亦多し。世人法学を研究せんとするに著書は余り

「に」多く又法学の力衰へし為に便宜なる法律書を得んと望めり。故に此法典を作りしなり。之を作るに當りて手本とせし書の重なるものは援用を許されたる法律学者の著書及び Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus, Codex Theodosianus 及び Novellae Theodosianae 等なり。Institutiones とは名の如く、Justinian の法典を作りし目的は instituire 教授の方法にて教授するの目的にして法律の大体を掲げしに止る。533 A.D. 頃に発布せらる Institutiones は之を編纂せらるるに當りて有名なる Tribonianus 氏をして監督せしむ。尤も其編纂には Theophilus Dorotheus 氏等関係せり。此の Institutiones の手本となるは Gaius, Ulpianus の著書なり。「八十一丁裏」Digesta は学者の説を抜粋して集めしものなり。之を編纂する時 Tribonianus 氏監督せり。而シテ学者中の説にも時世に適せざるものもあり。又諸説中矛盾するあり。故に訂正をなせしも併し各説の特色現はるるなり。此の Digesta は后世に伝はり大に流行せり。遂に独国に Pandektenrecht と云ふは Digesta の一部なり。故に其尊ばれしコトを知るに足る。533 A.D. に発布せらる。Codex は Justinian 帝の頃に二回余、之を編纂せしめた

り。之は constitutiones を集めしものなり。此材料は Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus なり。而して後に編纂せられしものは534 A.D.にて、前に作られしものは之が為に廃せらる。

Novellae Constitutiones を略して Novellae と云ふ。之は新しきと云ふ意にして Justinian 帝は諸種の法典を作るに当り注釈を加ふるコトを禁ぜり。併し法典生ずるに至りて疑惑を起すに至り注釈を禁ずる能はず。Justinian 自ら其疑を解く為に注釈を加へり。之を集め Novellae を作るなり。之は Justinian 后に世に出でしなり。発布、実施、其編纂の方法等は Pandekten 中にあるなり。

*本稿は、科学研究費助成金基盤研究（B）「法学提要（Institutes）に対する比較法史学的総合研究」研究課題番号17H02442（研究代表・葛西康德・東京大学教授）の研究成果の一部である。本資料翻刻に際し、その入力作業には、伊藤美緒さん、片柳七重さん（いずれも日本大学法学部学生・当時）のご助力を得ました。謹んで感謝の意を表します。

租税法における解釈のあり方

—比較法的研究に基づく考察—

今 村 隆

目次

- 第1 問題の所在
- 第2 大陸法系の諸国における議論
 - 1 ドイツ
 - 2 フランス
 - 3 イタリア
- 第3 英米法系の諸国における議論
 - 1 英国
 - 2 米国
 - 3 カナダ
- 第4 我が国における租税法の解釈のあり方
 - 1 法律解釈の方法
 - 2 借用概念の取扱い
 - 3 行政解釈の取扱い
- 第5 結び

第1 問題の所在

我が国における租税法の解釈は、文理解釈が原則とされ、他の先進諸国と比べてもその傾向が特に強いと思われる。また、我が国では、基本的に借用概念論が採られていて、これも他の先進諸国と比べて特徴的な点である。

筆者は、昨年、租税回避の問題についての研究書⁽¹⁾を刊行したが、そこでも書いたとおり、租税法の解釈論と租税回避の問題は、租税法の解釈論をコインの表とすると、租税回避の問題は、その裏といった関係にあり⁽²⁾、租税回避の問題を検討する上でも、租税法の解釈のあり方を明らかにするのが重要と考えている。そのようなことから、筆者は、上記研究書において、比較法的考察として、英国、米国及びドイツにおける租税法の解釈のあり方を検討した⁽³⁾。これは、主に2014年に出版された van Brederode らによる“Legal Interpretation of Tax Law”を参考としたものである。しかし、2017年に、同書の第2版⁽⁴⁾が出版され、初版では扱われていなかったフランスとカナダにおける解釈のあり方についても扱われることとなった。上記第2版では、租税法の解釈のあり方についての多数の論点が検討されているが、これら論点のうち、①法律解釈の方法（文理解釈か目的的解释か）、②借用概念の取扱い（統一解釈か目的的解释か）、③課税庁による行政解釈（通達）の取扱い（国民に対する関係で拘束的か非拘束的か）が、特に重要と考えられる。

そこで、上記 van Brederode らによる第2版に基づき、上記①ないし③の論点を中心に、第2で大陸法系のG7諸国、第3で英米法系のG7諸国における租税法の解釈のあり方について比較法的考察をし、第4で、これらの比較法的研究に基づき、我が国における租税法における解釈のあり方について検討することとする。第2と第3は、上記第2版の関係箇所の要約であり、筆者の考えは交えずに、関係箇所を担当している執筆者の記述に基づき、各国における租税法の解釈のあり方について、できるだけ客観的に明らかにし、第4では、これらの比較法的研究に基づいて、筆者の見解を述べることとする。

なお、上記第2版では、我が国で「借用概念」と言っているものを「transplanted concept」と表現している。しかし、本稿では、「借用概念」という用語で論じることとする。

第2 大陸法系の諸国における議論

1 ドイツ

まず、ドイツについては、第8章で、Caroline Heber 及び Christian Sternberg が執筆を担当している。執筆者は、いずれもマックス・プランク研究所調査員である。

(1) 法律解釈の方法

ア 法律解釈方法論 (§ 8.02)

一般的に、法律の解釈のあり方については、学説や実務で長年論争があったが、それは、主に法律の理解についての哲学的なアプローチの違いにより生じている。すなわち、法律は、文言で解釈されるべきか、それとも目的 (telos) で解釈されるべきかの問題である。実務では、裁判所は、法律の解釈・適用に当たりどのような要素を考慮すべきかのコンセンサスが見いだされるようになったが、学説ではなお対立があった。このような学説の対立にかかわらず、制定法が価値の対立を解決するものであり、特定の状況においてどの利益を優勢とすべきかの価値を根拠にした判断が必然的に組み込まれているとする評価法学 (Wertungsjurisprudenz) が一般的なコンセンサスに達した。この評価法学は、ヘックの利益法学 (Interessenjurisprudenz) にルーツがある。しかしながら、評価法学の提唱者であるラーレンツは、この利益法学における価値に基づく判断がそれ自体で利益であるとするには批判的である⁽⁵⁾。このような違いはあるが、制定法で用いられている用語は、上記のような価値判断を表現するものであり、制定法の解釈は、文言解釈ではなく、価値判断と目的 (telos) に基づいてなされなければならないとされている。しかしながら、目的 (telos) をどのように解するかについてはなお論争があり、立法史を重視する立場と当該規定の目的や機能を重視する立場がある。このような論争はあるものの、制定法の解釈は、学説においてさえ、目的で解釈すべきとの立場に達している⁽⁶⁾。

イ 経済的観察法 (§ 8.02 [C] (2) [c] 及び § 8.04)

1919 年の旧租税調整法 4 条で、いかなる租税法規の解釈も目的と経済的関連で解釈されなければならないと規定された。この規定は、1977 年まで実施されており、これに基づき制定法の解釈についての経済的観察法として知られる考えが形成された。現在では、このような経済的観察法は、制定法の解釈方法ではなく、ある規定の機能を解釈する上での一要素と考えられている。経済的観察法では、制定法が通常の契約の仕組みを想定している結果を通常と異なる契約の仕組みで達成しようとするのが、当該条項に包含されるかが問題となる。それ故、経済的観察法は、租税回避スキームを制定法の文言の限界や当該条項の全体的な機能の考慮に服させるかの手段とも考えられる。

例えば、2006 年の連邦財政裁判所の事件であるが、親が子供に賃貸家屋を贈与し、同時に、子が逆に当該家屋の時価に相当する 50 万ユーロを親に贈与した事案では、所得税法 22 条 1 項 2 号や 23 条 1 項 1 号の解釈問題であり、50 万ユーロが経済的には当該家屋の代金に相当すると考えられることから、上記各条項の目的的解释で、親が当該家屋を 50 万ユーロで子供に売却したとして親に課税すべきである。これは、上記各規定を経済的観察法により目的的に解釈することにより対処できる問題である。

一方、1991 年の連邦財政裁判所の事例であるが、A と B が同じ通りに面している家屋を購入しようと決意し、また、同時に賃貸契約を結んだ。すなわち、A は B の家主となり、B は A の家主となり、申告の際、それぞれ賃料を所得として申告したが、費用が収入を超過するとして、控除されると主張した。これは、所得税法 2 条 21 項 1 号の賃貸業の規定の範囲内であり、当該控除は、同規定の範囲内と考えられる。しかしながら、この事例は、AO (租税通則法) 42 条の問題であり、両当事者は租税法上の便益を得るために上記のような契約を締結したと考えられ、濫用に当たると考えられる。

(2) 借用概念の取扱い (§ 8.02 [C] (2) [b])

租税法は、しばしば契約法、会社法や組合法と同じ用語を用いることから、このような他の法領域から借用された概念についてどこまでこれらの法領域の解釈に従うべきかの問題が生じる。このような租税法と私法との関係についての議論は今なお続いている。納税者の予測可能性に関心をもつ見解は、借用概念については、反対の規定がない限り、私法と同一に解釈すべきとする（統一説⁽⁷⁾）。一方で、租税法が、私法とはその機能が異なることなどを理由に、たとえ私法上の解釈と異なっているとしても、租税法の目的に従って解釈すべきとする見解がある（目的適合説⁽⁸⁾）。

ドイツの連邦憲法裁判所は、当初は、厳格な統一説の立場を採っていたが、徐々に、それが緩やかになってきて、ついには、1991年の判例で、借用概念も租税法規の目的に沿って解釈すべきであるとして、目的適合説の立場を採るに至った。

連邦財政裁判所も借用概念の解釈についてのこのアプローチを採用している。すなわち、第1段階で、租税法上用いられている借用概念が私法やその概念と結びつけられているかを詳細に検討し、結びつけられている場合には、借用概念は私法に従って解釈されるべきであるが、そうでない場合には、私法の意味とは独立して解釈されるべきとする。これは、ドイツの不動産法において、未分割の不動産の共有者は、組合法の結果として生じる持分の共同所有をしている場合の組合員とは区別されるが、両者の経済的な持分は、同じである。連邦財政裁判所は、所得税法が、「組合員」の用語を用いている場合であっても、組合員は、上記のように経済的には同じ性質をもつことから未分割の不動産の共有者も含むと判決している。

(3) 行政解釈の取扱い

これについては、特に記述がない。

2 フランス

フランスについては、第7章で、ソルボンヌ大学講師の Thomas

Dubut が執筆を担当している。

(1) 法律解釈の方法

ア 法律解釈方法論 (§ 7.02 [A])

フランスでは、ミッシェル・トローペルの提唱したリアリスティック解釈法学 (realistic theory of interpretation) の影響が強い。トローペルによると、裁判所の解釈は、全く自由ではなく、拘束されているとするが、伝統的な法実証主義と異なり、その拘束は、法理論の違いによるものではなく、一般大衆を納得させる社会学的あるいは政治学的な要素により生じているとする。

イ 裁判所による租税法の解釈 (§ 7.05 [B], [C], [D], [E])

裁判所による租税法の解釈は、厳格解釈が原則である。しかし一方で、abuse of law や abnormal act of management の一般法理を認めている。

裁判所による租税法の解釈で特徴的なのは、租税事件におけるいわゆる「経済的理由付け」である。これは、租税法が経済学と結びついていることから不可避的なことであるが、あくまでも事実認定で用いているだけであり、租税法の解釈で用いているわけではない。

裁判所による租税法の解釈でもう一つ特徴的なのは、いわゆる「解釈の中和化 (neutralizing interpretation)」である。これは、法規は、より高次の法規と適合していなければならないとの仮定によって根拠づけられる。これは、租税法規の解釈に特有のものではないが、租税法では非常に雄弁な例を提供している。例えば、2016 年の憲法院判決⁽⁹⁾が、刑事罰と行政罰を課すのが憲法の二重処罰の禁止 (ne bis in dem) に反しないとしたが、行政罰は、納税不足がないのに課することはできないとした。同様に、2014 年の憲法院判決⁽¹⁰⁾は、遡及課税が憲法違反ではないとしたものの、源泉税は、これに含まれないとした。

(2) 借用概念の取扱い (§ 7.05 [A])

フランスにおいて続いている議論は、租税法の独自性 (autonomy of tax law) や裁判所による租税法の解釈が行政法など他の法領域への適用

と同じ方法でなされなければならないのかについてである。

この議論の出発点として、租税法規は他の法領域と同じ用語をしばしば用いていることである。例えば、「会社」や「不動産」であるが、これらの用語の意味は、必ずしも会社法や民法と同じである必要はない。

しかしながら、これは一般原則ではない。多くの場合、租税立法は他の法領域の条項を特に関連づけている場合があり、また、裁判所が他の法規の規律に見いだされる定義を用いることもある。付加価値税の事件においては、例えば「価格」について、民法上の概念と同一の意味に解されなければならないとされている。

これらの背景にかかわらず、租税法の独自性ではなく、租税法における特殊性を語る方がより適切である。このような観点で、フランスの学説は、「租税法規の独立性の原則 (principle of indepenence of legislatatons)」と呼んでいる。例えば、不法な利得に対する取扱いがその適例であるが、不法な利得であるにもかかわらず、課税対象とされているのがその例である。

(3) 行政解釈の取扱い (§ 7.04 [C])

フランス租税法の解釈で特徴的なのは、行政解釈 (administrative doctrin) が重要な意味をもっていることである。しかも、行政解釈が租税手続法 80 条 A で、拘束的性格をもっていることである。すなわち、80 条 A は、税務当局が当時公表されていた行政解釈に反する処分をすることは許されないとしている。これは、納税者の予測可能性を保護するためのものであり、税務当局が納税者に反する形で用いることはできない。

3 イタリア

イタリアについては、第 10 章で、ボコンニ大学教授の Carlo Garbarino が執筆を担当している。

(1) 法律解釈の方法

ア 一般的な傾向 (§ 10.01 [A])

イタリアは、法文化としては、実証主義（legal positivism）が浸透していて、厳格解釈（strict interpretation）が原則である。しかし、2つの理由から目的的解释（purposive interpretation）が採られるようになっていく。一つは、いわゆるハードケース、すなわち租税体系の複雑さの増大により厳格解釈では解決できない事件を解決する必要であり、もう一つは、納税者による厳格解釈の限界を突いたアグレッシブな戦略に対抗するためである。

学者や実務家は、租税法の文言解釈が明確で適当であると主張している。しかし、厳格解釈は、当該立法を複雑で入り組んだ取決めにいかに適用させるかとの解釈作業や当該立法が個人の権利に優先させようとしている社会政策を目指す場合には適当でないかもしれない。現在、裁判官は、これら価値や規範を確立すべき事件において、そのほとんどは文言自体には書かれていないが、目的的解释を選択する方向に変わっている。

イ 厳格解釈（§ 10.02 冒頭及び同 [A]）

厳格解釈は、規範を規定している文言に基づくとのイタリアの法文化の中で自然に行われている、裁判官は、租税法の適用についての自身の判決を正当化するのにしばしば厳格解釈を用いている。厳格解釈は、反対解釈（a contrario argument）と plain meaning の議論の二者関係からなっている。

最近のアプローチは、解釈者は、すべての種類の議論を用いることができるかとされているが、解釈についてのいくつかの「制限」がある。主な制限は、歴史的なもので、1942年のイタリア民法が採用したが、法通則法（Preleggi）である。法通則法 12 条は、「法律の適用に当たっては、当該用語の関係や立法者の意図に従った適切な意味によって明らかでないものと異なる意味を帰属させることはできない」と規定している。そうであるので、通則法 12 条は、租税法を含んで法律一般の解釈の第 1 段階として厳格解釈を確立している。

通則法 12 条により導入された最初の制限は、租税法の解釈者は、「当

該用語の適切な意味」に依拠しなければならないということである。したがって、解釈者は、たとえ、解釈に当たって用いられている規範によって当該用語の実際の意味に疑問があったとして、そのような意味が存在すると仮定しなければならない。

plain meaning が存在するとの仮定は、言語学的な問題や意味論的な問題を生じる。

ウ 目的的解释の異なったタイプ (§ 10.03)

厳格解釈が尽きたときに、規定の文言に加えて多様な要素を考慮するとする目的的解释が許されるとするのが主流的立場である。目的的解释には、様々な立場があるが、大きく分けると、(i)目的に基づく解釈、(ii)体系的解釈、(iii)類推解釈、(iv)拡張解釈、(v)適合的解释 (conforming interpretation) の5つがある。

エ 租税回避に対する目的的解释の使用 (§ 10.04)

多くの事件で、当該規定の目的的解释のみ依拠する方法では、租税回避と対抗することは不可能であることが証明された。イタリアでは、当初採られていた厳格解釈のアプローチでは、基本的には、いかなる節税戦略をも許してしまった。

しかしながら、1973年大統領令第600の37条の2で一般否認規定を導入した。37条の2に従うと、広い範囲内の取引について、37条の2の規定する要件に該当するときに、租税当局に否認する権限を付与するものである。それ故、多数の枝分かれしたテスト (multi-pronged test) の形式を採るとの議論が確立されている。この議論が発展し、37条の2を発動するに当たり、次の要件を満たすときに租税回避となると規定しているとされている。すなわち、①節税、②「有効な事業目」の欠如、③「権利や義務を通り抜けること」を目指した「目的的な (purposive) スキーム」の存在又は④「減免を得ること」を目指した「目的的スキーム」の存在である。

結局、目的的スキームの分析は、「実質主義 (substance over form)」に基づく複雑なアプローチの最終局面であり、37条の2によってその本

質的構造が命令された解釈の議論とは異なるものである。解釈者は、広範な裁量権をもっているが、それは一般否認規定により制限されたものでもある。

最近、イタリア最高裁は、上記 37 条の 2 を超える新しい司法による濫用法理 (anti-abuse principle) を導入した。この原則に従うと、租税上の便益を得ることのみを目的とした取引は、租税法上の濫用を構成するとみなされる。それ故、そのような効果を取引については、租税当局は、37 条の 2 の要件を満たさなくても否認することができることとなる。

これに触発されて、イタリア政府は、2015 年に大統領令 128 号の 10 条の 2 を立法し、制定法上の「回避」の概念と「法の濫用」は同じ意味であるとした。10 条の 2 によると、もしある取引が、①経済実質を欠き、②不当に租税上の便益を得ていて、③不当に便益を得ることが当該取引の目的で本質的であるとの事実があるときは、当該取引は、濫用となる。

大陸法系では、原則 (principle) は、単なる一般的言明や政策のガイドラインではなく、租税当局や納税者を拘束する。それ故、濫用法理は、租税法規の濫用を特定することを目指している倫理条項と同様、拘束的である。

そのような濫用法理は、無限定の状況に適用される可能性をもった広い黙示の規範の形式を採っている「開かれた規定 (open texture)」である。その結果、税務職員が、租税法規の濫用法理を発動しようとすると、37 条の 2 の適用に当たって用いられた多数の枝分かれしたテスト (multi-pronged test) に基づく租税回避の解釈と同様な規範の意味を見つけることを目指すとの解釈の技術を用いなくて済むこととなっている。

(2) 借用概念の取扱い (§ 10.02 [B])

立法的定義には、租税法体系の中に見いだされるもの (内在的定義、internal definition) と租税法体系の外に見いだされるもの (外在的定義、

external definition) の2つがある。内在的定義としては、例えばPE (Permanent Establishment) がある。内在的定義は、拘束的であり、遡及される。

外在的定義は、租税法外の定義が租税法に残っている場合に生じる。典型的には、租税法による私法への反致 (renvoi) であり、私法上の概念が外在的定義を通じて租税法の概念となっている。これは、租税法外の定義が租税法の概念より先行していることによりしばしば生じている。例えば、私法の「住所」の定義がそうである。

もう一つの特徴は、租税法の立法者が、解釈規定の用語としてイタリアの法体系の他の法領域で確立された法的概念をしばしば参照することである。例えば、「売買 (sale)」がそうであり、これは、2つの法領域で生じている借用 (transplant) を意味する「メタ概念」である。

問題が生じるのは、用語の意味そのものではなく、より複雑な性質や解釈問題である。要約すると、問題は、解釈者が、(i)元々の法領域における意味を保持することが拘束されているのか、(ii)租税法に抵触しない限りにおいて新しい概念の意味を創造することが許されているのかである。解釈者は、機能的アプローチ (functional approach) と形式的アプローチ (formal approach) に対立している。

機能的アプローチの支持者は、他の法領域からの租税法の「独自性 (autonomy)」を主張し、解釈者が他の法領域と異なる租税法に特化された概念を発展させることができるとする。このアプローチに従うと、租税法上の用語や概念は「経済的」意味に用いられ適用されるべきことを理由に、租税法における機能的解釈が可能であるとする。ここで経済的意味というのは明確ではないが、取引の法的形式よりも優越すべき「実質 (substance)」を意味しているように見える。

これに対し、形式的アプローチに従うと、解釈者は、他の法領域における概念や用語の法的意味に固執すべきであり、租税法における「機能的解釈」を採用することはできない。この結果、形式アプローチの支持者は、租税法における取扱いは、当該取引の「形式 (form)」に

より完全に決定されるべきことを薦める。例えば、商品の売買は、私法上の原理に従うと商品の法的権原を形式的に移転する場合にのみ課税されるべきとする。

これら2つのアプローチは、極端な立場を採っているが、2つのアプローチは、いずれも主流の流れは、厳格解釈に対する柔軟な考え方に収斂する傾向にある。機能的アプローチは、租税法規範に潜在している現実のポリシーに照らして当該取引の真実の経済的な性質を注視深く考察する非形式的な解釈を主張する。一方、形式アプローチは、その実質よりも規範の用語を尊重することにより、租税当局の裁量的な権限行使を制限することを目指している。そうであるので、機能的アプローチは、法的取引の実質に基づく租税法のルールの実務的な適用を目指している一方、形式アプローチは、法の適用の予見可能性（イタリアにおいては、これは、「certezzo del dritto」（法の明確性）と呼ばれている。）を維持することに懸命になっている。

(3) 行政解釈の取扱い（§ 10.05 [A] [B]）

イタリア租税法の伝統において、解釈の方法で興味深い特徴は、立法者がしばしば定義規定以外に、解釈を提示する解釈規定を立法することである。このような解釈規定が立法されるのは、2つのシチュエーションがある。一つは、「真実の解釈規定」（genuine interpretative norms）と「明白な解釈規定」（apparent interpretative norms）である。真実の解釈規定は、与えられた規範に現実には解釈の疑義がある場合の規定であり、明白な解釈規定は、私法や行政の解釈に勝る規範を発出しようと決定したときに立法される。真実の解釈規定は遡及するが、明白な解釈規定は、その性質上遡及しない。

租税当局は、租税法規の適用に当たっての特別の解釈を解決するための規則を制定する場合、解釈のガイドラインを用いる。これらの解釈規則は、「文書ルーリング（note）」や「解釈ルーリング（risoluzioni）」や「解釈ガイドライン（circolari）」などの違った形式が採られる。

解釈規則は、租税法規の解釈や説明をし、解説の形式をとり、しば

しば租税法規の条項の作用を示す例を含んでいる。それらは、重要ではあるが、もし裁判所が制定法の文言に反したり、あるいは当該規則を支持する制定法上の根拠がないときは無視される。実務上、もし制定法が明白な意味をもち解釈規則と矛盾するときは、裁判所は、解釈規則の立場を無視するであろう。

解釈規則は、租税当局の立場を表すものであるが、裁判官や納税者を拘束するものではない。それ故、厳密にいうと、解釈規則は、規範を構成しないガイドラインである。それで、制定法が合理的に見ていくつかの選択的意味をもつと解釈される場合、解釈規則は、最終的なものではない。

このように解釈規則は、裁判官や納税者を拘束するものではないが、いくつかの意味で重要ではある。まずは、租税当局の立場を表すものであり、納税者は解釈規則の立場に依拠することができ、もし解釈規則が遡及的に修正された場合、正当な期待の尊重 (tutela del'affidamento) の原則に基づき、それらは善意の納税者を拘束しない。

第3 英米法系の諸国における議論

1 英国

英国については、第14章で、ワーウック大学准教授の John Snape が執筆を担当している。

(1) 法律解釈の方法

ア 文言解釈と目的的解释 (§ 14.03 [A])

租税法における文言解釈が、目的的解释によって徐々に取って代わられたのは、国家を最小限のものと考えるか、もっと大きなものとするかの違いに対する考えに追い求めることができる。前者が文言解釈になじみ、後者が目的的解释になじんでいる。

このような法律の機能についての2つの見解の違いは、1584年の Heydon 事件⁽¹¹⁾ におけるクック卿の意見と1869年の Parrington

事件⁽¹²⁾と 1879 年の Pryce 事件⁽¹³⁾における Cairns 卿の意見で述べられている制定法の解釈についてのコントラストにより明らかである。

クック卿は、Heydon 事件において、制定法が是正しようとしたコモン・ローの「害悪 (mischief)」が何であったかを検討することを認め、これが後に mischief rule として知られるようになった。

一方、Cairns 卿は、上記 Parrington 事件及び Pryce 事件において、文言解釈を述べている。

目的的解释が文言解釈をしのぐようになったのは最近のことであり、特に、1997 年 McGuckian 上院判決⁽¹⁴⁾が革新的な判例であり、このアプローチは、2016 年の USB 事件最高裁判決⁽¹⁵⁾で再確認されている。

これらの事件で述べられている解釈のアプローチは、新しい目的解釈への導いたものが、租税回避に対抗する必要性を認めるものであるとの事実を示している。

文言解釈が死んでしまったかのように見えるため、その魅力が、容易に過小評価されるかもしれない。もちろん、裁判官でなく、行政官や実務家によってであれば、文言解釈が容易に適用される圧倒的に多数の事件がある。文言解釈のアプローチは、1688 年から 1689 年にかけての「名誉革命」に負うところが大きく、中核的な財産権や不服申立てを維持するため価値があった。それ故、文言解釈のアプローチは、自由主義的あるいは保守主義的な裁判所の見方であれ、最小限の国家と完全に整合していた。

最近では、文言解釈へのアプローチは、英国ではなく、米国における 19 世紀の後継者によってもたらされている。オックスフォード大学の准教授の Louzenhisser は、スカーリア判事を引用して、米国と英国との立法手続が簡単に移植できるとの疑いを呼び起こすには違いすぎるとはしているものの、国際的な法教育と職業的な発展の結び付きが文言解釈のアプローチへの回帰をもたらすかもしれないと警告している⁽¹⁶⁾。文言解釈のアプローチが復帰するか否かは、Brexit 後の英国の国家の形のあり方についての進展に依存している。英国が「課税の少

ない最小限の規則の国家」となれば、文言解釈のアプローチが再び重要となるかもしれない。

イ 国内法的問題 (§ 14.03 [B])

最近の数十年間で、裁判官が租税法規の解釈をするときに制定法の文言外のものを見ることを全面禁止する伝統に対する動きが見られる。その道標となる事件は、1992年のHart事件上院判決⁽¹⁷⁾である。

(2) 借用概念の取扱い (§ 14.04 [C])

法人税法では、しばしば借用概念が見受けられる。例えば、外国で設立された法人が英国の居住者か否かを判断するに当たり、英国で実質的に管理されていれば、居住者とされるが、この「実質的管理」は、借用概念である。次の例は、「金銭借入れ (money debt)」であり、第3の例は、「設備 (plant)」である。

しかし、このような借用概念の歴史を見ると、容易に操作されやすく、好ましいものではない。それで立法で制限されている。

(3) 行政解釈の取扱い

これについては、特に記述がない。

2 米国

米国については、第15章で、フロリダ大学教授のSteve Johnsonが執筆を担当している。

(1) 法律解釈の方法

ア 競い合うアプローチ (§ 15.05 [A])

裁判官は法律の解釈に当たり注目する要素のウエイトやそれらの正当性について違っており、これらの違いが異なる法律の解釈についての学派に結びついている。そのような学派として、大きく分けて、(A) 文言主義 (Literalism)、(B) 原テキスト解釈主義 (Textualism)、(C) 立法担当者意思主義 (Intentionalism)、(D) 立法目的主義 (Purposivism)、(E) 動的主義 (Dynamism)、(F) プラグマティズム (Pragmatism) などの対立があるといわれている。それぞれの立場の考え方と代表的な裁判例を示すこととする。

(ア) 文言主義

文言主義は、論争となっている制定法の特定の用語を強調する。裁判所は、立法者が意図した意図は通常の意味あるいは技術的な「文法的 (term of art)」意味で理解して決定しなければならないとする。それ故、裁判所は、状況に最も適した意味の中から選択しなければならない。

文言主義の代表例は、2001 年の *Gitlitz* 事件連邦最高裁判決⁽¹⁸⁾である。(これは、債務超過の状態にある S 法人の株主が、その所有する株式の基準価格 (basis) の計算に当たり、免除を受けた債務も加算できるかが争われた事件である。) *Gitlitz* で問題となった株式の基準価格についての立法で用いられた用語が不十分で、この用語の下では、文言どおり解釈すると、株主は議会が意図したよりも大きな基準を得ることができた。この事件については、連邦最高裁は、変わった政策の結果が起こるにもかかわらず、制定法を文言どおり解釈して納税者を勝訴させた。

(イ) 原テキスト解釈主義

次に、原テキスト解釈主義は、立法史を検討することを否定し、制定法の文言を重視する点では、上記文言主義に類似しているが、法律の文言だけではなく、文脈や立法当時のテキストに基づいて客観的な立法目的を探求する立場である。

原テキスト解釈主義の代表例は、1997 年の *Brockamp* 事件連邦最高裁判決⁽¹⁹⁾である。これは、エクイティ上の時効停止 (equitable tolling) といわれている問題であり、内国歳入法典 6511 条にこのような法理が適用されるかが問題となったが、連邦議会がそのように期間制限に関するエクイティ上の例外を望んでいるとすれば、連邦議会はそうに立法することが可能であったとして、この法理が適用されないと判断したのである。

(ウ) 立法担当者意思主義

一方、立法担当者意思主義は、当該制定法の立法時の立法担当者の意図を重視する立場である。

立法担当者意思主義の代表例は、1970年のDavis事件連邦最高裁判決⁽²⁰⁾である。

(エ) 立法目的主義

これに対し、立法目的主義は、候補となる解釈のうちどれが制定法の背後にある一般的目的や目的をより進めることとなるだろうかと問うことにより、制定法の曖昧さを解決しようと試みる立場である。

立法目的主義の代表例は、1986年のLynch事件巡回裁判所判決⁽²¹⁾とAlbertson事件巡回裁判所判決⁽²²⁾である。

Lynch事件やAlbertson事件での立法目的主義の適用は、内国歳入庁に有利な決定を導いている。これは、断然、通常の結果である。立法目的主義による解釈は、納税者を負かすことを意味している。

(オ) 動的解釈主義

動的解釈主義は、裁判所に老朽化した制定法を改訂する余地を認める理論である。指導的な米国の法理論家は、そのような理論を支持しているが⁽²³⁾、それは裁判官より学者の間でより知られているにとどまっている。

米国において最も有名な動的な立場を採った租税事件の判決は、1983年のBob Jones University事件連邦最高裁判決⁽²⁴⁾である。これは、教育を目的とする公益法人である大学であったことから内国歳入庁が、非課税法人として扱っていたが、この大学が宗教的教義に基づき人種差別的な制度を採っていることを認識し、これを覆し課税した。連邦最高裁は、この内国歳入庁の課税を是認し、非課税法人の源は、「慈善についてのコモン・ロー——すなわち、公的目的をもち、かつ確立された公序（public policy）に反しないこと」であるとした。人種差別は、制定法が立法された時には、公序に反しなかったが、課税が問題となった1970年代には、公序に反するとした。

(カ) プラグマティズム

根拠主義者の理論（foundationalist theory）一言、意図あるいは目的といった一つの根拠に基づくとの理論は、問題を生じる可能性がある。

プラグマティックな解釈とは、特定の事件や法源の結合において有効と思われる法源を用いるものである。

この考え方の代表例は、1984年の Engle 事件連邦最高裁判決⁽²⁵⁾である。

イ 優勢なアプローチ (§ 15.05 [B])

上記アの解釈方法のうちいずれが優勢であろうか？一般的な文脈では、第1には、その文脈において通常用いられている意味を検討し、第2に、確立された解釈規則 (canons of construction) を用いることとする判例⁽²⁶⁾がある。これには反対も多く、裁判所は、一般的には、解釈の方法の理論をもたないとする意見もある。これは、プラグマティズムが優勢な解釈方法であることを意味しているとも読める。

しかし、米国における制定法の解釈は、その判決がなされた文脈に非常に依存している (highly contextualized) というのがより正確である。すなわち、米国における租税法の解釈は、裁判所の構成、判決がされた時期、立法過程における反応などで違いが生じているのである。

租税法の解釈が他の法律の解釈との違いがあるかが問題となる。租税法の解釈は違うとの議論は、比較的少数の裁判例により得られているが、多くの裁判例は同一の扱っている。違いはないと考えられる。

(2) 借用概念の取扱い (§ 15.06 [A] の冒頭及び同 [2])

売上税や所得税は、大部分において、自らその用語を規定していて、法の先行的あるいは並列的な体系には重きを置いていない。しかし、例外はある。

例えば、前記(2)ア(オ)の Bob Jones University 事件連邦最高裁判決の例で、非課税事業体を解釈するに当たり、コモン・ロー上の慈善的な公共目的 (charitable public purpose) のドクトリンを呼び戻した。また、売上税は、対価 (consideration) のための資産の移転や役務提供と理解されているが、売上税における対価は、契約法における対価の概念から発展している。それ故、契約法の判例が、しばしば売上税の対価の問題の解決のために呼び戻される。

しかしながら、上記のことは、規範ではない。先行体系は、ほとんどの州税や連邦税において考慮されておらず、先行体系はいつも総合判断で現れるが、決定的な要素ではない。

(3) 行政解釈の取扱い (§ 15.04 [B] (4))

租税法の領域において、財務省規則は拘束力をもつが、それより低いレベルの IRS の解釈は、拘束力をもたない。20 世紀の大部分は、裁判所は、財務省規則については合理席の基準の下、一般的には評価して適用してきていたが、それより低いレベルの IRS の解釈についてはそうではなかった。しかし、20 世紀の後半の 20 年で、租税の特定のルールは、益々、行政法の 3 つのドクトリンの適用に譲歩するようになった。すなわち、その 3 つとは、① Chevron、② Skidmore/Mead、③ Auer/Seminole Rock である。

Chevron 原則は、1984 年の Chevron 事件連邦最高裁判決⁽²⁷⁾で採用された原則であり、一般的に、行政手続法に規定されている意見公募手続を通しての行政庁の立場に適用される。Chevron 原則が適用されると、裁判所は、議会の意思に反するか不明確な制定法を解釈するのに不合理である場合を除いて、行政当局の立場を支持することになる。この基準は、典型的には財務省規則に適用され、歳入庁の通達 (revenue ruling) や歳入庁の立場には適用されない。

裁判所は、そのような下位の規則である内国歳入庁の立場を 1940 年代の Skidmore 基準で評価する。これは、1944 年の Skidmore 事件連邦最高裁判決⁽²⁸⁾で採られた原則である。これは、2001 年の Mead 事件連邦最高裁判決⁽²⁹⁾で復活している。

Auer や Seminole Rock 原則は、1997 年の Auer 事件連邦最高裁判決⁽³⁰⁾や 1945 年の Seminole Rock 事件連邦最高裁判決⁽³¹⁾で採られた原則であり、制定法ではなく、規則の解釈の問題のときに適用される。曖昧な規則についての当局の解釈は、それが明らかに誤っているときか、規則と矛盾しない限り、「支配的 (controlling)」であるとする。連邦最高裁は、この原則を強力に適用するが、多くの連邦下級審はそれ

ほど熱心ではなく、租税裁判所は、この原則に反対であり、可能な限りこの原則の適用を避けようとしている。

3 カナダ

カナダについては、第4章で、ダルハウジー大学教授の Kim Brooks が執筆を担当している。

(1) 法律解釈の方法 (§ 4.03)

オタワ大学法学部の前教授 Ruth Sullivan は、カナダの制定法の指導的な本⁽³²⁾の共著者でもあるが、より実務的なアプローチを「すべての文脈における用語のアプローチ (word-in-total context' approach)」と呼んでいる。その方法についての彼女の説明によると、「関係しかつ許される考慮をした後、裁判所は、適切な解釈を選択しなければならない。適切な解釈とは、(a)法規の文言に合致する可能性 (pluasibility)、(b)法規の目的を促進する効能 (efficacy)、(c)その結果が法規の規範に合致し、合理的で正義にかなっているとの受容性 (acceptability) の観点で正当化される解釈である。」⁽³³⁾

本章では、最近の連邦最高裁の租税法を審査するが、制定法の解釈についての最高裁の表現を正確に表すことではなく、最高裁が、「すべての文脈における用語のアプローチ」をとっていると主張しているかもしれないが、その判決を注意深く読むと、最高裁が plain meaning (明白な意味) や文言アプローチを採用しているように見えることを明らかにすることである。

Sullivan のアプローチは、非常に賢明のようにみえるが、いまだカナダの裁判所から支持を受けていない。1984年以前は、厳格解釈アプローチ (strict construction approach) が連邦最高裁を支配していた。1984年の Stubart 事件の連邦最高裁判決⁽³⁴⁾が、変化を要請した。エステイ判事は、多数意見を書いたが、「我々がみてきたとおり、徐々に、共同体における租税法規の役割が変わってきており、租税法規への厳格解釈の適用が後退している。現在では、裁判所は、実定法に対しては plain meaning rule を適用してきている。もっとも、実質的な意味に

において、納税者が課税の趣旨の範囲内であれば、課税を免れることはできない。」(パラ 60) と主張した。Stubart 事件において、連邦最高裁は、近代のルールを支持した：すなわち、「法律の文言は、当該法律の体系、法律の目的や議会の意図と調和するように、そのすべての文脈 (entire context) や文法的・通常の意味において読まれるべきである」と判示した (パラ 316)。

その振り子の揺れは、2005 年の Canada Trustco 事件連邦最高判決⁽³⁵⁾でも維持された。McLaclin 長官と Major 判事は、法律の用語は、その完全な文脈で読まれるべきとし、さらに続けて、「制定法も条項の解釈は、当該法律を全体として調和する意味を見つけるために、文言、文脈及び目的的分析に従ってなされるべきである。当該条項の文言が正確で明確な場合には、当該文言の通常の意味が解釈のプロセスにおいて支配的な役割を果たす。一方、当該文言がより合理的な意味を支持する場合、当該用語の通常の意味は、少ない役割を果たすこととなる。通常の意味、文脈や目的の関連する効果は、解釈のプロセスにおいて変わるが、裁判所は、すべての事件において、当該法律の条項を調和のとれた全体として読むことを追求すべきである」(パラ 10)。

Canada Trustco 事件は、一般否認規定の事件ではあるが、裁判所によって判示された解釈のアプローチは、すぐに「通常 (regular)」の租税事件に速やかに採用された。

少なくとも最初は、「文言、文脈及び目的的分析」を奨励する比較的広い枠組みのアプローチが採られたように見えるかもしれないが、最高裁判所（そして下級裁判所）は、厳格解釈に合致したアプローチに依拠することを続けており、決まって、Canada Trustco 事件における当該用語が「正確で明確」な場合の「通常の意味」のアプローチへの寛容さに依拠している。

制定法の解釈についての形式的なアプローチへの最高裁の執着は、多分、租税法規が明白で正確であるとの性質を受け入れていることで一部は説明される。

例えば、1999 年の Shell 事件連邦最高裁判決⁽³⁶⁾は、問題となっている条項が「明白で曖昧でない (clear and unambiguous)」場合、納税者の取引の経済的実体は無視されると主張している。また、2006 年の Placer Dome Canada 事件最高判決⁽³⁷⁾は、当該規定の文言が明らかであれば、裁判所は、「明白な文言に表現されていない例外を作り出す」ために、当該規定の目的を見ることはできないことを示唆している。最高裁の考えは、当該法律の「明白な文言」は、たとえ明白な租税回避がなされるとしても、優先されるべきとの考えであり、「裁判所は、妨げられるべきいかなる欠陥との観点であっても、正確で具体的であることが議会に与えられているときは、当該法律の条項を租税回避についての関心からすぐに飾るべきではない」と言っている⁽³⁸⁾。

最高裁の形式主義への関与は、(多分意図的でさえあるが) 最近の判決でも続いている。例えば、2012 年の Craig 事件連邦最高裁判決⁽³⁹⁾や 2012 年の Fundy Settlement 事件連邦最高裁判決⁽⁴⁰⁾がそうである。また、2013 年の Envision Credit Union 事件連邦最高裁判決⁽⁴¹⁾では、多数意見は、たとえ Westminster 事件の呪文 (mantra) が解決に役立つかが明白でないにもかかわらず、これを述べている。したがって、1984 年の Stubart 事件連邦最高裁判決が、制定法の解釈によりニュアンスをもった思慮深いアプローチの方向を目指しているように見えるにもかかわらず、最高裁のほとんどの租税事件判決は、裁判所の分析の結果どうなるかを考えない plain meaning アプローチに執着している。

※ (筆者の分析)

Brooks 教授は、連邦最高裁が Stubart 事件や Canada Trusco 事件で「文言、文脈及び目的的分析」と判示しながら、その後の事件では、あたかも plain meaning ルールに執着しているとの事実を述べているものであり、これに賛成しているものではない。ヨーク大学の Neil Brooks 教授との共著の論文では、「最高裁が形式主義を採る理由が何であれ、租税事件における plain meaning アプローチは、重大な誤りである。用語は、plain meaning をもっていない。用語の適切な用

法を決定することは、いかなる用語も、その用語が用いられている文脈を検討することに依存している。用語が制定法で用いられる場合、文脈はいつも立法府が制定法を通過させるにおいて達成しようとしたものを含んでいる。さらに、租税法に関して言うと、立法目的は、公平、中立そして執行可能な方法で達成すべきであることは一般に認められている。それ故、最高裁は、plain meaning アプローチの代わりに、租税法の解釈に対し結果妥当的 (consequentialist) あるいは実務的 (pragmatic) アプローチを採るべきであり、裁判所の責任は、法律の目的を促進することにおいて、立法を補完する役割を担っていることを認識し、その重要で不可欠な立法的役割明示的に認めるべきである。要約すると、裁判官の責任は、選択的解釈の結果を考慮した上で、思慮深い政策の結果に到達すべきである。」⁽⁴²⁾と述べている。

(2) 借用概念の取扱い (§ 4.04 [B])

租税法に関して言うと、カナダの連邦最高裁は、裁判官が作り出す法はないと言明している⁽⁴³⁾。そのような主張にかかわらず、カナダ租税法において発展され通常適用される判例法理がある。例えば、制定法上、資本支出と通常の支出や事業上の支出と個人的支出との区別の方法が規定されていないが、1995年の Freisen 事件連邦最高裁判決⁽⁴⁴⁾は、この区別をしている。これらの支出の区別は、ケース・バイ・ケースで判断されている。同様に、租税法が用いられている用語には、いくつか意図的に裁判所の解釈に委ねられているものもある。例えば、従業員はすべての「便益 (benefit)」に課税されるとされていて、その結果裁判所は、従業員が受け取った特定の受領が便益を構成するかを判断している。もう一つの例としては、慈善団体は、多くの租税上の便益を受けているが、「慈善団体 (charitable organization)」は定義されていない。事前の範囲を理解するために、裁判所は、コモン・ローにおいてどのようなものが事前を構成するか注目している。

「慈善団体」の例は特別なことではなく、カナダの裁判所は、租税法

の解釈を支持するため、通常、私法に依拠している。そのような例はたくさんあるが、例えば、Wiebe Door Service 事件⁽⁴⁵⁾が、従業員か独立の契約者であるかの性格付けをするに当たり、裁判所は、州の私法を細かく調べている。

(3) 行政解釈の取扱い (§ 4.04 [C])

カナダ歳入庁は、情報回覧 (information circular)、租税フォリオ版 (tax folio)、事前照会回答 (advance ruling) や技術的解釈 (technical interpretation) を通じて、大量の行政解釈を提供している。カナダの裁判所は、そのような行政解釈に拘束されないが、裁判所は、しばしば情報回覧や解釈公報 (interpretation bulletin) を参照している。1983 年の Nowegijick 事件連邦最高裁判決⁽⁴⁶⁾において、最高裁は、「行政上の政策や解釈は、決定的ではないが、考慮に値し、法律の意味に疑義がある場合に『重要な要素』となり得る」としている。この事件において、最高裁は、連邦のインディアン法の下での所得税の免税についての見解を支持しているカナダの歳入庁の解釈公報に依拠した。これは、日々租税法規を用いている行政当局の職員の知見や経験により与えられる適切なアプローチのように見える。

しかし一方で、最高裁は、租税法規が曖昧な場合に行政解釈を用いることの可能性についてもいくつかの注意を促している。前記(1)の Placer Dome Canada 事件連邦最高裁判決において、最高裁は、カナダの歳入庁が特定の条項の解釈について変更した事実を述べている。この判決において、LeBel 判事は、「租税法規の条項の意味についての疑義を解決するため、財務大臣により採用された行政実務や解釈が、決定的ではないものの、考慮に値する重要な要素であることはよく確立された考えであるが、租税法規の意味に疑義がある場合に『重要な要素』となり得るのである。制定法が複数の解釈を許容するような場合、財務大臣が、以前の解釈が誤りであると決定して、その実務を変更することから妨げられているわけではない。」⁽⁴⁷⁾としているところである。

第4 我が国における租税法の解釈のあり方

1 法律解釈の方法

(1) 比較法的考察

租税法の解釈にあり方についての諸国の議論を概観すると、前記第2のとおり、大陸法系の諸国のうちドイツにおいては、裁判実務及び学説の両方で、長年の論争を経た上、目的的解释を採るべきとの考えが確立しており、フランスにおいては、なお裁判実務では厳格解釈（文言解釈）の傾向が強いものの、イタリアにおいては、裁判実務では、目的的解释の傾向が強いということがいえる。

一方、前記第3のとおり、英米法系の諸国のうち英国においては、最近の裁判実務では、目的的解释が主流であり、米国では、裁判所は、文言主義や目的的解释などの様々な立場を採っており、カナダにおいては、1984年のStubart事件連邦最高裁判決で目的的解释が採られるようになっている。全体的には、大陸法系の国でも英米法系の国でも目的的解释の流れが主流になっていると考えられる。

これに対し、我が国では、租税法の解釈においては、文理解釈が主流である。ここで文理解釈とは、法律の規定の文言すなわち用語や文章の意味に主眼を置いて解釈する方法であり、専ら文字の意味に従って解釈する「文字解釈」と文章の文脈（context）をも考慮する「狭義の文理解釈」とがあるが⁽⁴⁸⁾、本稿では、「文字解釈」と「狭義の文理解釈」を併せて「文理解釈」ということとする。筆者も、租税法の解釈は、まずは文理解釈が出発点であり、文理解釈を尊重すべきと考える。

しかし、問題は、我が国の論者や裁判例の中には、文理解釈を特に強調する余り拡張解釈や限定解釈を非常に限定する見解があることである。具体的には、「租税法は、その趣旨を考慮せずに文言だけで解釈すべきである」とか「みだりに拡張解釈すべきでない」⁽⁴⁹⁾とする見解である。このような見解は、租税事件において、主に原告側から主張されることがある。前者は、「厳格な文言解釈アプローチ」ということ

ができ、後者は、「拡張解釈制限アプローチ」ということができる。これら2つの問題について検討する。

ア 厳格な文言解釈アプローチ

(ア) 古典的な「厳格な文言解釈アプローチ」

古典的な「厳格な文言解釈アプローチ」は、英国で見られたが、これは、英米法系の国におけるコモン・ローと制定法との関係についての考え方に由来し、租税法は、あくまでも議会による制定法であり、議会が立法した文言を重視すべきであり、裁判所がみだりに解釈をすべきではないとの考え方に基づくものと考えられる。このような考え方の派生原理として、英国では、租税法の解釈に当たり、裁判所は、議会の議事録（Hansard）を見てはいけないとの法理があった。これは、租税法は、国民が読んでその意味で解釈されるべきであり、国民において議事録を見ることは通常ないことからこのような議事録を参照すべきではないとする原理である。しかし、これは、前記第3の1(1)イのとおり、Hart 事件上院判決で変更されているところである。そのようなことで、立法趣旨ばかりか立法資料も参照しないとの古典的な文言解釈は、英国でも克服されているところである。

米国でもこのような文言解釈が問題となっており、前記第3の2(1)ア(ア)で述べた *Gitliz* 事件連邦最高裁判決がその例であり、用語が曖昧であるにもかかわらず、文言どおり解釈して、不合理な結果となった例である。

我が国の論者には、文理解釈を重視する余り、上記のとおり、「租税法は、その趣旨を考慮せずに文言だけで解釈すべきである」とする主張も見られるが、当該規定の文言を辞書的な意味で解釈しても法律の命題として意味をなさない場合もあることから、実際には、そのような論者も、当該規定の趣旨も確認していると考えられる。

(イ) plain meaning アプローチ

さらに、この関係で問題となるのは、立法趣旨による解釈が許されるところの立場に立った上で、立法趣旨による解釈が許されるのは、文言

が曖昧な場合に限るとし、文言が明確な場合には、文言解釈によるべきとする立場が問題となる。すなわち、「plain meaning アプローチ」といわれている立場である。この立場は、「厳格な文言解釈アプローチ」ではないものの、文言が明確な場合には、文言のみで解釈すべきであるとするもので、「厳格な文言解釈アプローチ」に近い立場である。これについては、カナダの議論が参考となる。前記第3の3(1)のとおり、Kim Brooks 教授は、カナダの連邦最高裁は、1984年のStubart 事件連邦最高裁判決で目的的解释の立場を採り、その後の判例も、基本的にはこれを踏襲しているが、Shell 事件連邦最高裁判決などが、plain meaning アプローチを採っていると考えられる。Kim Brooks 教授は、前記第3の3(1)のとおり、このような plain meaning アプローチは、立法を補完するとの裁判所の役割に反していると批判しているところである。

この点、カナダ租税法の代表的な Jinyan Li らによる教科書⁽⁵⁰⁾においても、連邦最高裁がこのようなアプローチを採っているとして、上記 Shell 事件連邦最高裁判決などを挙げているが、さらに、この教科書によると、plain meaning アプローチは、しばしば租税法の基本原則に矛盾するような考えになる可能性があるとして、前記第3の3(2)のFreisen 事件連邦最高裁判決を挙げている。これは、ベンチャー企業が投機目的などで保有していた空き地が、棚卸資産 (inventory) に当たるかが問題となった事件であるが、所得税法 248 条 1 項が、棚卸資産の定義として、「ある課税年度 (a taxation year)」の事業の所得の計算に関係している支出をしている財産」と規定し、「その課税年度 (the taxation year)」と規定していないところ、ベンチャー企業がいずれは処分するのであるからその処分をした課税年度だけではなく、それ以前の年度でも棚卸資産として控除できるとした事件であるが、納税者に書類上だけの損失 (paper loss) を控除することを認める結果となったもので、租税法の基本原則に反するもので、その後立法で解決されたとしている⁽⁵¹⁾。この Freisen 事件連邦最高裁判決は、plain meaning ア

プローチにこだわり、不合理な結果となった事例であり、棚卸資産を定義する所得税法248条1項の趣旨の検討が必要であったと考えられる。

このように plain meaning アプローチは、裁判所の役割に反することや不合理な結果となる可能性があるとの問題点がある。このように考えると、たとえば、租税法規の文言が明白な場合であっても、当該規定の趣旨を検討し、その趣旨に反することがないかあるいは不合理な結果とならないかを絶えず検証すべきである。筆者も、租税法の解釈において、文理解釈を出発点とすべきとすることに異論はないが、文理解釈に当たっても絶えず趣旨に照らしてそのような文理解釈が相当か否かの検証が必要であり、文言が明確な場合に限ってはいるものの「厳格な文言解釈アプローチ」を採る plain meaning アプローチは相当でないと考える。

イ 拡張解釈制限アプローチ

租税法の解釈において、類推解釈は許されない。これは、租税法律主義に基づく原則であり、これについては、ドイツにおける一部の議論を除き、異論はない。問題は、拡張解釈や限定解釈が許されるかである。文言解釈の立場に立てば、原則このような解釈は許されないが、目的的解释の立場に立てば、「用語の可能な意味の範囲内」との限定はあるが、許されることとなる。しかし、我が国で、「みだりに拡張解釈すべきでない」との立場に立つ金子教授は、拡張解釈や限定解釈についても非常に限定的に考えている。

金子教授の見解は、おそらく最高裁昭和48年11月16日判決（民集27巻10号1333頁）が、「…地方税法73条の7第3号は信託財産を移す場合における不動産の取得についてだけ非課税とすべき旨を定めたものであり、租税法の規定はみだりに拡張適用すべきものではないから、譲渡担保による不動産の取得についてはこれを類推適用すべきものではない。」（下線筆者）と判示しているのも根拠の一つとしていえると考えられるが、この最高裁判決は、類推解釈が許されないとする文脈で判示しているにすぎない。

また、罪刑法定主義が問題となる刑法においても、ここまで拡張解釈や限定解釈を制限的には考えてはいない⁽⁵²⁾。このような金子教授の立場は、刑法と比較しても謙抑的にすぎると言わざるを得ない。

(2) 判例の検討

次に、このような比較法的考察に基づき、我が国の最高裁判例を検討することとする。

我が国の判例で、文理解釈をするに当たり、plain meaning rule すなわち「文言が明確であれば文言だけで解釈し、立法趣旨による解釈が許されるのは文言が曖昧な場合に限るとする考え方」が採られているかが問題となる。また、我が国の判例で、「みだりに拡張解釈をすべきでない」とする拡張解釈制限アプローチが採られているか問題となる。

ア plain meaning rule アプローチ

このような観点で、我が国の租税事件についての最近の最高裁判例をみると、我が国では、文理解釈は、納税者側から主張されることが多いが、課税庁側から主張される場合もある。まず、課税庁が目的的解释を主張したのに文理解釈を採った最近の判例としては、①ホステス源泉事件・最高裁平成 22 年 3 月 2 日判決（民集 64 卷 2 号 420 頁）、②最高裁平成 27 年 3 月 10 日判決（刑集 69 卷 2 号 434 頁）がある。一方、課税庁側が文理解釈を主張したのに、目的的解释を採った最近の判例としては、③最高裁平成 19 年 1 月 23 日判決（判時 1961 号 42 頁）、④デenson 事件・最高裁平成 29 年 10 月 24 日判決（民集 71 卷 8 号 1522 頁）がある。

まず、上記①の最高裁平成 22 年 3 月 2 日判決は、所得税法施行令 322 条の「期間」が問題となった事案であるが、「原審は、上記…のとおり判示するが、租税法規はみだりに規定の文言を離れて解釈すべきものではなく、原審のような解釈を採ることは、上記のとおり、文言上困難であるのみならず、ホステス報酬に係る源泉徴収制度において基礎控除方式が採られた趣旨は、できる限り源泉所得税額に係る還付の手数を省くことにあったことが、立法担当者の説明等からうかがわ

れるところであり、この点からみても、原審のような解釈は採用し難い。」（下線筆者）として、上記「期間」は、ホステスの実際の稼働日数ではなく、文字どおり、当該期間に含まれるすべての日数を指すとしたものである。

これは、所得税法施行令 322 条の「期間」の意義が明確であるとしつつも、なお、立法趣旨による検証もしている判例であり、文言が明確な場合には文言のみで解釈すべきとする plain meaning rule ではないと考えられる。

上記②の最高裁平成 27 年 3 月 10 日判決は、所得税法 34 条 1 項の「営利を目的とする継続的行為」について、「所得税法上、営利を目的とする継続的行為から生じた所得は、一時所得ではなく雑所得に区分されるところ、営利を目的とする継続的行為から生じた所得であるか否かは、文理に照らし、行為の期間、回数、頻度その他の態様、利益発生規模、期間その他の状況等の事情を総合考慮して判断するのが相当である。」（下線筆者）とし、文理解釈を採った判例である。

しかし、所得税法 34 条 1 項の「営利を目的とする継続的行為」は、かなり抽象的で幅のある概念であり、必ずしも文言が明確とはいえないと考えられるが、それにもかかわらず、文理解釈を採ったもので「厳格な文言解釈アプローチ」を採っていると考えられる。さらに、「営利を目的とする継続的行為」がなぜ一時所得でなく、雑所得とされているかの趣旨の検討が必要である。その点の検討が全くなされず、単なる文理解釈で解決しようとしたものであるが、その結果、非常に不明確な判断基準に至っていると考えられる。

上記③の最高裁平成 19 年 1 月 23 日判決は、措置法 69 条の 3 にいう「相続の開始の直前において…居住の用に供されていた宅地」の意義について、「相続開始の直前においては本件土地は更地となり、本件仮換地もいまだ居住の用に供されてはいなかったものであるが、それは公共事業である本件事業における仮換地指定により両土地の使用収益が共に禁止された結果、やむを得ずそのような状況に立たされたため

あるから」(下線筆者)として、特段の事情のない限り、これに当たるとした判例である。

これは、「相続の開始の直前において…居住の用に供されていた宅地」については文言が明確であるにもかかわらず、文言どおり解釈すると、不合理な結果となることからこのような解釈を採ったものであると考えられる。しかし、用語の許される範囲を超えている疑いがあり、拡張解釈というよりも類推解釈と言ってもいい判例であると考えられる⁽⁵³⁾。

上記④の最高裁平成 29 年 10 月 24 日判決は、措置法 66 条の 6 第 3 項にいう「株式の保有を主たる事業」とするとの意義について、「特定外国子会社等が、当該会社を統括し管理するための活動として事業方針の策定や業務執行の管理、調整等に係る業務を行う場合、このような業務は、通常、当該会社の業務の合理化、効率化等を通じてその収益性の向上を図ることを直接の目的として、その内容も上記のとおり幅広い範囲に及び、これによって当該会社を含む一定の範囲に属する会社を統括していくものであるから、…上記の業務が株式の保有に係る事業に包含されその一部を構成すると解するのは相当ではない。」(下線筆者)として、文言解釈を否定し、限定解釈をした判例である。

これは、措置法 66 条の 6 第 3 項にいう「株式の保有を主たる事業」の文理からすると、株式の保有を通じて地域を統括する事業もこれに含まれるとも考えられるが、上記最高裁判決は、「株式の保有を主たる事業」の文言が必ずしも明確とはいえず、その外延が明確でないとして、タックス・ヘイブン対策税制の趣旨から株式保有業とは「独自の目的、内容、機能等」を有する地域統括事業を除くべきであるとして、限定解釈をしたものと考えられる。

以上の判例を概観すると、上記②の判例は、「厳格な文言解釈」を採っていると考えられ、他の判例とは孤立しているが、上記①の判例は、文言が明確であるにもかかわらず趣旨解釈もしていることから、plain meaning rule の立場には立っていないと考えられ、上記③は、文

言が明確であるにもかかわらず、減免規定についてではあるが、拡張あるいは類推解釈をしている判例であり、上記④は、根拠規定について限定解釈をしている判例であり、これらの判例を総合的にみると、結論としては、我が国の判例では、plain meaning rule は採られていないと考える。

イ 拡張解釈制限アプローチ

金子教授は、具体的には、みだりに拡張解釈をした例を「拡大解釈」とネーミングして、①最高裁平成9年11月11日判決（判時1624号71頁）、②最高裁平成18年1月24日判決（判時1923号20頁）を挙げている⁽⁵⁴⁾。

これらの判例の評価は難しい問題である。しかし、①の最高裁判決は、旧物品税法上の「小型普通乗用四輪自動車」にフォーミュラ・カーが当たるかが問題となった事件であるが、多数意見は、「普通乗用自動車」を「普通」の「乗用自動車」と分けて読んだのに対し、少数意見は、「普通乗用」の「自動車」と分けて読むものである。多数意見は、上記のように分けて読んだ上で、物品税法上、担税力の観点で、「普通」と「特殊」を使い分けていると解釈するものである。このように考えると、この判例は、必ずしも「乗用自動車」という概念自体を拡張しているのではなく、「普通」の意味をその趣旨に沿って解釈しているにすぎないと考えられる⁽⁵⁵⁾。

また、②の最高裁判決は、当事者間での黙示の合意の認定を前提にしているもので、法人税法22条2項の「取引」を固有概念としているもので、簿記会計における「取引」と同様に、法的取引以外の行為や事実を含むと拡張しているのではないと考えられる⁽⁵⁶⁾。

金子教授の見解は、納税者の予測可能性を重視する立場と考えられるが、租税法律主義は、元々は権力の抑制の原理であり、国会の制定した法規の趣旨の範囲内であれば、拡張解釈や限定解釈は許されるばかりか、むしろなされるべきである。そのようなことから、筆者は、立法趣旨による拡張解釈や限定解釈を必要以上に制限すべきでないと

考える。

2 借用概念の取扱い

(1) 比較法的考察

借用概念の意義についての諸国の議論を概観すると、前記第2のとおり、大陸法系の諸国のうちドイツにおいては、学説ではなお統一説も提唱されているものの、目的適合説が有力であり、裁判実務では、連邦憲法裁判所でも連邦財政裁判所でも目的適合説の立場が採られ、フランスにおいては、租税法の独自性や特殊性を重視する立場から、いわゆる借用概念論は採られておらず、イタリアにおいては、借用概念が議論され、機能的アプローチと形式的アプローチの2つの立場に分かれている。

一方、前記第3のとおり、英米法系においては、慈善団体（charitable organization）など一部の例外を除いて、借用概念の議論はない。

これに対し、我が国では、借用概念については、私法上の概念と同義に解釈すべきであるとする統一説が通説であり、筆者も統一説の立場に立つ。

しかし、問題は、借用概念論を主張する論者や裁判例の中には、いきすぎた借用概念論を採る見解があることである。具体的には、「借用概念である以上、たとえ租税法上不合理な結果となっても、無前提に私法上の概念と同義と解釈すべきである」とか「租税法規の適用に当たり、租税法規の概念に該当するか否かは、対象となっている取引についての私法上の性質決定に従うべきである」とすることである。これら2つの論点について検討する。前者は、「借用概念の絶対性」の問題と言うことができ、後者は、「取引の法形式の絶対性」の問題と言うことができる。これら2つの問題について検討する。

ア 借用概念の絶対性

借用概念の絶対性を肯定する立場は、納税者の予測可能性や法的安定性を根拠とするものと考えられる。確かに、租税法規が私法上の概念を借用している場合には、基本的には、私法上の概念と同一に解釈

すべきであるが、最終的には、租税法がなぜ借用しているかの趣旨を検討すべきである。これは、前記1の法律解釈の方法論で文言解釈か趣旨解釈かの議論と同様の議論であり、趣旨を考えない文言解釈は相当でないと考える。そうすると、筆者は、借用概念の場合、まずは私法上の概念から出発すべきであり、原則として私法上の概念と同義と解釈すべきと考えるが、その場合でも、当該租税法規が私法上の概念を借用している趣旨を考えるべきであり、そのような趣旨に照らして、私法上の概念と同義と解釈すべきでない場合には、修正も可能であり、また修正すべきと考える。

例えば、最高裁昭和63年7月19日判決（判時1290号56頁）は、負担付き贈与が所得税法60条1項1号の「贈与」に当たるかが問題となったが、同号の「贈与」は借用概念であるが、この最高裁判決は、「所得税法60条1項1号にいう『贈与』には贈与者に経済的な利益を生じさせる負担付贈与を含まないと解する」としているが、これは、同号の趣旨を考慮して、同号の「贈与」に含まれないとしたものと考えられる。この点、増井教授も、「…明文による修正がなくても、当該租税法令の規定の趣旨からみて、借用元における意義とは別の意義に解すべき場合がある」として、上記最高裁判決をその例として挙げているところである⁽⁵⁷⁾。

イ 取引の法形式の絶対性

我が国における「租税法規の適用に当たり、租税法規の概念に該当するか否かは、対象となっている取引についての私法上の性質決定に従うべきである」との議論と同じような議論が、前記第2の3(2)のとおりに、イタリアにおいても、形式的アプローチの支持者が、用語だけではなく、法形式についても私法上の「形式 (form)」により決定されるべきとする議論をしていることが注目される。

しかし、これは、本来の借用概念の議論を超えて、事実認定の議論であると考えられる。

筆者は、借用概念を用いている規定の適用に当たり、租税法規の概

念に該当するか否かは、対象となっている取引の私法上の性質決定だけではなく、当該租税法規がその概念を規定している趣旨をも併せ検討すべきと考える。

(2) 判例の検討

次に、このような比較法的考察に基づき、我が国の最高裁判例を検討することとする。

我が国の判例は、基本的には借用概念についての統一説の立場に立っていると考えられる。このような判例は多数あるが⁽⁵⁸⁾、最近のものとしては、武富士事件・最高裁平成23年2月18日判決（判時2111号3頁）がある。

この最高裁判決は、「法1条の2によれば、贈与により取得した財産が国外にあるものである場合には、受贈者が当該贈与を受けた時において国内に住所を有することが、当該贈与についての贈与税の課税要件とされている（同条1号）ところ、ここにいう住所とは、反対の解釈をすべき特段の事由はない以上、生活の本拠、すなわち、その者の生活に最も関係の深い一般的生活、全生活の中心を指すものであり、一定の場所がある者の住所であるか否かは、客観的に生活の本拠たる実体を具備しているか否かにより決すべきものと解するのが相当である（…）。」（下線筆者）としている。

確かに、「住所」概念は借用概念と考えられる。しかし、民法でも「住所」の意義が明確でなく、主観的要素をも考慮すべきとの見解もあるのに、客観的だけで判定すべきとしたことに問題があると考ええる。

さらに、本件で問題は、納税者が独身で、香港の住居にも「生活の本拠たる実体」があると認められるかもしれないが、一方で、納税者が、日本に所在する父親の住居にも十分に「生活の本拠たる実体」があると考えられることである。このような場合には、滞在日数という形式基準だけで判定することは困難であり、居住意思と言った主観的要素をも考慮せざるを得ないはずである。それにもかかわらず、この最高裁判決は、父親の住居には「生活の本拠たる実体」を有しないと

決めつけているもので、強引な認定といわざるを得ない。この最高裁判決は、借用概念の絶対性との考えに基づくものではないが、借用概念論の問題点の一つを表していると考ええる。

取引の法形式の絶対性では、レポ取引についての東京地裁平成 19 年 4 月 17 日判決（判時 1996 号 23 頁）が問題となる。これは、レポ取引の差額が平成 14 年改正前の所得税法 161 条 6 号の「貸付金（これに準ずるものを含む。）で当該業務に係るものの利子」に当たり、支払者に源泉徴収義務があるかが問題となった事件である。この判決は、plain meaning アプローチの立場に立った上で、上記「貸付金」について、「所得税法 161 条 6 号『貸付金（これに準ずるものを含む。）』の『利子』とは、消費貸借契約に基づく貸付債権を基本としつつ、その性質、内容等がこれとおおむね同様ないし類似の債権の利子ということができる。」と借用概念類似の概念であるとした上、「本件各基本契約に基づく本件各レポ取引は、売買・再売買を一つの契約で実行する複合的な性格を有する契約であると解するのが相当である。」として、上記「利子」に当たらないとしている。しかし、これは、「貸付金」に該当するか否かを法形式についての民法上の評価で判断するものであるが、借用概念ないしはそれに類似する概念であっても、なお所得税法 161 条 6 号が「貸付金の利子」を源泉所得としている趣旨を考慮して、その本質的要素を導き出し、本件レポ取引がその本質的要素と合致するか否かで判断すべきであると考え⁽⁵⁹⁾。

3 行政解釈の取扱い

(1) 比較法的考察

行政解釈の取扱いについての諸国の議論を概観すると、前記第 2 のとおり、大陸法系の諸国のうちフランスにおいては、行政解釈が重要な意味をもち、特に行政手続法 80 条 A では、税務当局が行政解釈に反する処分をすることができないということが明文で規定され、拘束的な意味をもち、イタリアにおいては、行政解釈に拘束力はない。

一方、第 3 のとおり、英米法系のうち米国においては、財務省規則

についての Chevron 原則、財務省の通達等については、Skidmore 基準が妥当するとされ、カナダにおいては、Nowegijick 事件連邦最高裁判決により、行政解釈は拘束力はないが、当該規定の意味に疑義がある場合には、解釈に当たっての重要な要素となるとされている。

なお、上記 Skidmore 基準とは、一般論として、行政官の作成した一定の解釈準則に対し、裁判所に対し拘束力をもつものではないが、①検討に基づく詳細な証拠、②その推論の妥当性、③意思表示の前後における一貫性、④その解釈に説得力を与えるすべての要素があれば、裁判所に対し説得力をもつとするものである。

これに対し、我が国では、解釈通達については、パチンコ球遊器事件・最高裁昭和 33 年 3 月 28 日判決（民集 12 卷 4 号 624 頁）が判示するとおり、行政内部の命令（行政規則）であり、裁判所を拘束しないとされている。

行政規則の中には、このような解釈通達のほか、行政裁量についての指針を定めた裁量指針通達（裁量基準）があるが、当該行政庁が当該裁量基準に基づいて裁量権行使をした場合の裁判所による審査に当たっては、このような通達の合理性や通達の適用に当たっての判断過程の誤りを審査することとされている。これは、伊方原発事件・最高裁平成 4 年 10 月 29 日判決（民集 46 卷 7 号 1174 頁）で採られた審査方式である。この場合には、あたかも通達裁判所を拘束するかのように見えるが、これは、そのような審査方式を採らないと、裁判所が行政庁の裁量を否定することを意味することとなるからであり、このような通達裁判所を拘束するからではないと考えられる。

さらに、我が国の租税法において、上記解釈通達や裁量指針通達に加えて、もう一つ実務上重要な意味をもっている通達がある。相続税や贈与税の対象となる財産の評価基準を定めた財産評価通達である。このような財産評価通達については、不特定多数の納税者に対する反覆・継続的な適用によって行政先例法となっているとする見解もあるが⁽⁶⁰⁾、一般には、固定資産税の評価基準とは異なり、法規範性はなく、

裁判所を拘束するものではないとされている。

本稿で問題としたいのは、第1に、租税法規の解釈に疑義が生じた場合に、裁判所が考慮する要素となり得るかであり、第2に、財産評価通達について、その合理性が認められる場合に、裁判所が原則としてこの通達による評価基準を尊重すべきかである。前者は、「解釈通達の意義」の問題であり、後者は、「財産評価通達の意義」の問題である。これら2つの問題について検討する。

ア 解釈通達の意義

解釈通達の意義については、米国やカナダの議論が妥当するかが問題となる。

まず、米国の Chevron 原則は、制定法で議会の意図が明確でない場合に、裁判所は、財務省規則の解釈を尊重すべきとの原則であるが、これはあくまでも法的拘束力のある財務省規則についての原則である。解釈通達については、上記 Skidmore 基準が問題とされている。このように法的拘束力のある財務省規則と法的拘束力のない解釈通達の違いはあるが、裁判所が法律の解釈に当たり、行政当局の専門的な判断を尊重して、一定の範囲でその行政解釈を尊重すべきとの考え方である。米国では、「敬讓 (deference)」と呼ばれている。

また、前記第3の3(3)で述べたカナダの Nowegijick 事件連邦最高裁判決は、インディアン法 87 条で「インディアンは、そのいかなる財産に関しても (in respect of any such property) 税にも服さない」と規定していたところ、インディアン法のインディアンに該当する納税者に対する所得税がこの規定の対象となるかが問題となった事件である。内国歳入庁は、上記規定は、あくまでも財産税に関するものであり、所得税は対象でないと主張したが、当時、内国歳入庁は、インディアン法で所得税も免税になるとの解釈公報を出していたとの事案である。これに対し、Dickson 判事は、「関して (in respect of)」ということで所得税が含まれるか否かが疑義があるが、上記解釈公報がインディアン法の上記規定の解釈の重要な要素となるとして、上記解釈公報が間

違っていたとの内国歳入庁の主張を排斥して、免税の対象となるとした判例である。

このように米国やカナダでは、行政解釈には裁判所に対する拘束力はないとしているものの、一定の範囲で法律の解釈に当たって裁判所が行政解釈を尊重すべきとの考え方がある。我が国では、租税法律主義の考え方が強く、米国の議論は、当然には妥当しないと考える。しかし、カナダの上記の例のように法規が不明確な場合の解釈の要素となるというのは、我が国でも妥当すると考える。

なお、最近、行政法の立場から、常岡教授が、年金保険法関係の「配偶者」に重婚的内縁が含まれるかについて、厚生労働省の解釈通達を是認した最高裁昭和 58 年 4 月 14 日判決（民集 37 卷 3 号 270 頁）などの判例を手がかりに、多くの裁判例が、行政規則（通達）の外部効果の有無の問題と行政規則の裁判規範性の有無の問題を切り離しているのではないかとの分析をしていて⁽⁶¹⁾、注目される。しかし、この見解には、裁判規範をどうとらえるか、すなわち単に裁判官が考慮要素にしてもいいとの意味か、それとも裁判官が考慮しなければならない規範との意味かなど、なお検討すべき問題があろう。

イ 財産評価通達の意義

これに対し、財産評価通達の場合には、米国の Skidmore 基準が参考になると考える。財産評価通達は、相続税法 22 条の「時価」についての通達であるが、「時価」とは何かという解釈通達ではなく、あくまでも個々の財産についての事実認定と当てはめについての通達である。これは、国税当局がその長年の執行で培った経験に基づく通達であり、また公平性との観点でも、裁判所は、これを尊重すべきと考えられよう。

問題は、拘束力まで認めるかであるが、これは、後記(2)イで検討する。

なお、ドイツでも同様の議論があり、1985 年 12 月 19 日連邦行政裁判所判決が、原子力発電所の設置に当たっての安全基準を定める行政規

則に、「単なる規範解釈規則（norminterpretieren den Verwaltungsvorschriften）とは異なり、規範具体化機能（normkonkreitisierende Funktion）を有し、規範によって定められた限界の範囲内では、行政裁判所を拘束する。」としたことから、これが、財産評価通達にも及ぶかが問題となっている⁽⁶²⁾。我が国でいうと、このような原子力発電所の設置に当たっての安全基準は、前記最高裁平成4年10月29日判決が判示するとおり、裁量基準であり、事実認定についての通達である財産評価通達には上記のような議論は当てはまらないと考える。

（2）判例の検討

次に、このような比較法的考察に基づき、我が国の最高裁判例を検討することとする。解釈通達についての判例としては、①最高裁平成27年6月12日判決（民集69巻4号1121頁）、財産評価通達についての判例としては、②最高裁平成22年7月16日判決（判時2097号28頁）がある。

ア 最高裁平成27年6月12日判決

上記①の最高裁判決は、匿名組合契約に基づき匿名組合員が営業者から受ける利益の分配に係る所得区分について、平成17年改正前の所得税基本通達36・37共―21通達では、原則として、営業者の営む事業の内容に従い事業所得又はその他の各種所得に該当するものとされていたが、平成17年改正の通達では、原則として、雑所得とされた事案であるが、最高裁は、商法の匿名組合に関する規定の解釈から平成17年改正の通達を是認したものであるが、あくまでも商法の規定の解釈からこの結論を導き出しており、「前記…の取扱いを定める新通達は、その内容に照らし、これと同旨をいうものと解される。」としているにすぎない。

この事件では最高裁は、匿名組合の場合の所得区分についてあくまでも商法等の解釈から判断しており、解釈通達は参考にしていない。

しかし、下級審には、解釈通達を解釈の手がかりとしたものも散見される。例えば、前記2(2)の東京地裁平成19年4月17日判決は、所

得税法 161 条 6 号の「これに準ずるもの」につき、所得税基本通達 161-16 を解釈の手がかりとしている。

イ 最高裁平成 22 年 7 月 16 日判決

上記②の最高裁判決は、「相続税法 22 条は、贈与等により取得した財産の価額を当該財産の取得の時ににおける時価によるとするが、ここにいう時価とは当該財産の客観的な交換価値をいうものと解され、本件法人の出資についても、この観点からその価額が評価されるべきである。…評価通達 194-2 は、以上のような持分の定めのある社団医療法人及びその出資に係る事情を踏まえつつ、出資の客観的交換価値の評価を取引相場のない株式の評価に準じて行うこととしたものと解される。そうすると、その方法によっては当該法人の出資を適切に評価することができない特別の事情の存しない限り、これによってその出資を評価することには合理性があるというべきである。」としている。

この判例は、財産評価通達に拘束力を認めたものではないが、財産評価通達が客観的交換価値を定めるものとして、財産評価通達の合理性を是認し、裁判所がこれを尊重すべきとしていると考えられる。

ところで、財産評価通達に拘束力の関係では、東京高裁平成 27 年 12 月 17 日判決（判時 2282 号 22 頁）が注目される。この判決は、「相続税法 22 条は、贈与等により取得した財産の価額を当該財産の取得の時ににおける時価によるとするが、ここにいう時価とは当該財産の客観的な交換価値をいうものと解される（最高裁平成…22 年 7 月 16 日第二小法廷判決・裁判集民事第 234 号 263 頁）。」と上記②の判決を引用した上、「ところで、相続税法は、地上権及び永小作権の評価（同法 23 条）、定期金に関する権利の評価（同法 24 条、25 条）及び立木の評価（同法 26 条）については評価の方法を自ら直接定めるほかは、財産の評価の方法について直接定めていない。同法は、財産が多種多様であり、時価の評価が必ずしも容易なことではなく、評価に関与する者次第で個人差があり得るため、納税者間の公平の確保、納税者及び課税庁双方の便宜、経費の節減等の観点から、評価に関する通達により全国一律の統一的な

評価の方法を定めることを予定し、これにより財産の評価がされることを当然の前提とする趣旨であると解するのが相当である。そして、同法 26 条の 2 は、各国税局に土地評価審議会を置き、同審議会が土地の評価に関する事項で国税局長から意見を求められたものについて調査審議し、当該意見を踏まえて土地評価をすることによって土地評価の一層の適正化を図るものである。同条も、多種多様であり時価の評価が必ずしも容易なことではない土地評価につき、その意見を土地評価審議会に委ねるものであり、同法の上記趣旨に沿う規定であると解される。同法の上記趣旨を受けて、国税庁長官は財産評価基本通達を定め、この通達に従って実際の評価が行われている。同法の上記趣旨に鑑みれば、評価対象の不動産に適用される評価通達の定める評価方法が適正な時価を算定する方法として一般的な合理性を有するものであり、かつ、当該不動産の贈与税の課税価格がその評価方法に従って決定された場合には、上記課税価格は、その評価方法によっては適正な時価を適切に算定することのできない特別の事情の存しない限り、贈与時における当該不動産の客観的な交換価値としての適正な時価を上回るものではないと推認するのが相当である（最高裁平成…25 年 7 月 12 日第二小法廷判決・民集 67 卷 6 号 1255 頁参照）。」（下線筆者）としている。すなわち、この東京高裁判決は、従来の裁判例とは異なり、相続税法自体が財産評価通達による統一的な評価を予定しているとし、固定資産税の評価基準についての上記最高裁平成 25 年 7 月 12 日判決を参照して、財産評価通達の価格が時価を上回るものでないと推認されとしたもので、裁判所が財産評価通達に控訴まではされないものの、これを尊重すべきとしたものと考えられる。財産評価通達の内容や性質だけではなく、相続税法がこのような通達を予定しているとして、これを裁判所も尊重すべきとした点が画期的であり、注目される。

第5 結び

以上、比較法的研究に基づく我が国における租税法の解釈のあり方を論じたが、我が国においては、租税法の解釈のあり方についての議論が停滞していると考えられる。これは、我が国では、学説で文理解釈の立場が強いことが原因と考えられるが、裁判実務は、必ずしも文理解釈で貫かれているのではなく、目的的解释が採られている場合もある。

学説の役割は、立法論における役割もあるが、解釈論における役割としては、裁判実務に比較法的な視点を提供することと、さらにはより合理的な解釈論を提供する役割もあると考える。そのような意味でも、租税法の解釈のあり方についての議論をより活発に行うべきと考える。

なお、van Brederode らによる第2版では、租税条約の解釈のあり方についての各国の考え方や取扱いも論じている。租税条約の解釈のあり方も重要な問題であるが、これは別の機会で論じることとしたい。

- (1) 拙著『現代税制の現状と課題・租税回避否認規定編』（新日本法規、平成29年10月）
- (2) 拙著・前掲租税回避否認規定編3頁
- (3) 拙著・前掲租税回避否認規定編13～20頁
- (4) Robert F.van Brederode & Richard Krever ed, “Legal Interpretation of Tax Law 2th ed.” (Wolters Kluwer, 2017)
- (5) ラーレンツは、利益と制定法的価値評価尺度を区別すべきとしている（同『法学方法論 第6版』（米山隆訳）185頁）
- (6) Wolfgang Schön, “Interpretation of Tax Statutes in Germany”, in Klaus Vogel ed. Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany (Kluwer law International, 1998) at 70
- (7) Schön, supra. Interpretation of Tax Statutes in Germany at 71
- (8) Klaus Tipke, Die Steuerrechtordnung (Cologne: Dr. Otto Schmidt Verlag 2nd ed, 2012) at 50, 55
- (9) 24 June 2016 No. 2116-545 QPC and No. 2116-546 QPC
- (10) 5 December 2014 No. 2014-435 QPC

- (11) (1584) 76 ER 637
- (12) Paritington v Attorney-General, (1869-1879) LR 4 HL 100
- (13) Pryce v Momouthshire Vanal and Railway, (1879) 4 App Cas 197
- (14) McGuckian v IRC, [1997] 69TC 1
- (15) UBS AG v CRC, [2016] UKSC 13. 事案の詳細は、拙著・前掲租税回避否認規定編 281 頁を参照されたい。
- (16) Glen Loutzenhiser, “Tiley’s Revenue Law 8th ed.”, at 51
- (17) Pepper v Hart [1993] A.C.593
- (18) Gitlitz v Commissioner, 531 U.S.206 (2001)。この事案の詳細は、拙稿・前掲租税研究 2014 年 11 月号 276 頁以下を参照されたい。
- (19) Brockamp v United States, 519 U.S.347
- (20) US v Davis, 397 US 301 (1970)
- (21) Lynch v CIR, 801 F.2d 1176 (9th Cir.1986)
- (22) Albertson’s Inc v CIR, 42 F3d.537 (9th Cir.1994)
- (23) Ronald Dworkin, Law’s Empire, at 348
- (24) Bob Jones University v. U.S., 461 U.S.574 (1983)
- (25) CIR v Engle, 464 US 206 (1984)
- (26) Chisom v Roemer, 501 US 380 (1991)
- (27) Chevron U.S.A., Inc. v National Resources Defense Council, 467 US 837 (1984)。事案の詳細は、拙稿「厳格文言解釈主義 (Textualism) と租税条約の濫用」租税研究 2014 年 11 月号 279 頁以下を参照されたい。
- (28) Skidmore v Swift & Co., 323 US 134 (1944)。事案の詳細は、拙稿・前掲租税研究 2014 年 11 月号 278 頁以下を参照されたい。
- (29) United States v Mead Corp, 533 US 218 (2001)。事案の詳細は、拙稿・前掲租税研究 2014 年 11 月号 280 頁以下を参照されたい。
- (30) Auer v Robbins, 519 US 461 (1997)
- (31) Bowles v Seminole Rock & Sand Co., 325 US 134
- (32) Ruth Sullivan, Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes 4th ed. (Markham: Butterworths, 2002)
- (33) Ruth Sullivan, the Construction of Statutes 4th ed. at 3
- (34) Stubart Investments Ltd. v. R., [1984] C.T.C.294。この事件の詳細は、拙著『租税回避と濫用法理』（大蔵財務協会、平成 27 年）334 頁以下を参照されたい。
- (35) Canada Trustco Mortgage Co. v. R., [2005] SCC 54。事案の詳細は、拙著・前掲租税回避否認規定編 241 頁以下を参照されたい。
- (36) Shell Canada Ltd. v. R., [1999] 4 C.T.C.313
- (37) Placer Dome Canada Ltd. v Ontario (Minister of Finance), 2006 SCC 20, at para 23
- (38) Luco Enterprises Ltd. v Canada, 2001 SCC 62, at para 39

- (39) Canada v Craig, 2012, SCC 43
- (40) Fundy Settlement v Canada, 2012 SCC 14
- (41) Envision Credit Union v Canada, 2013 SCC 48
- (42) Neil Brooks & Kim Brooks, "The Supreme Court's 2012 Tax Cases: Formalism Trumps Pragmatism and Good Sense", Supreme Court Law Review (2014) 64 SCLR (2d), at 271
- (43) Stewart v Canada 2002 SCC 46 at para 4
- (44) Freisen v Canada, [1995] 3 SCR 103
- (45) Wiebe Door Services Ltd. v MNR, [1986] 2 CTC 200
- (46) Nowegijick v R [1983] 1 SCR 29 at para.28
- (47) supra. Placer Dome Canada Ltd. v Ontario, at para 40. これは、鉱山税法1条1項が規定する鉱石のデリバティブに関する「hedging」の解釈につき、それまでの行政解釈を変更して課税したのが適法かが争われた事件であり、最高裁は、鉱山税法1条1項の解釈上、新しい行政解釈もあり得るとして適法としたものである。
- (48) 林修三『法令解釈の常識』（日本評論社、昭和34年）90頁
- (49) 金子宏『租税法第23版』（弘文堂、平成31年）123頁
- (50) Jinyan Li, Joanne Magee, J. Scott Wilkie, "Principles of Canadian Tax law 9th ed." (Carswell, 2017), at 494
- (51) supra. Principles of Canadian Tax law 9th ed., at 495-496
- (52) 拙著・前掲租税回避否認規定編 22頁
- (53) 拙稿「判批」自治研究 86巻4号 148～149頁。吉村典久「租税法における類推—最判平成19年1月23日の分析—」公法の理論と体系思考（木村弘之先生古希記念論文集編集委員会編、信山社、平成29年）51頁も、本判決が拡張解釈の限界を超え類推解釈であるとしている。なお、吉村教授は、本判決が安易に類推解釈をしたのには批判的ではあるが、法の欠缺による補充という観点で検討すれば正当化されるとする（同58頁）。
- (54) 金子宏「租税法解釈論序説—若干の最高裁判決を通して見た租税法の解釈のあり方—」租税法と市場（金子宏＝中里実ほか編、有斐閣、平成26年）6～9頁、21～24頁
- (55) 拙著・前掲租税回避否認規定編 7頁
- (56) 拙著・前掲租税回避否認規定編 34～37頁
- (57) 増井良啓『租税法入門第2版』（有斐閣、平成30年）49～50頁
- (58) 金子・前掲租税法第23版 127～128頁
- (59) 拙稿「借用概念論・再考」税大ジャーナル 16号 49頁
- (60) 金子・前掲租税法第23版 716頁
- (61) 常岡孝好「解釈基準の裁判規範性」判例時報 2378号 125頁
- (62) 岩崎政明「租税行政規則の外部効果」横浜国際経済法学第4巻2号 25頁以下

日本法学 第八十四卷 索引

論 説

穂積陳重のローマ法講義について……………吉原達也…一(一)頁

労働事件における法人格否認の法理……………南健悟…一(五三)

ドイツ法における買主による解除前の使用行為
——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して——……………野中貴弘…一(二〇二)

預金契約の当事者確定と預金債権の帰属主体
——デビットカード取引契約の法律構造を参考に——……………田中夏樹…一(二七一)

憲法における生存権
——「権利」の意味の考究とともに——……………齋藤康輝…二(一)

裁判員裁判の判決に対する
上訴審の審査をめぐる正統性の問題……………柳瀬昇…二(四五)

西南戦争の傷病者救護と博愛社……………喜多義人…二(一〇五)

憲法の憲法適合的解釈……………	岡田 俊幸 ……三（三）

フイジー憲法（二〇一三年）の目的と構造……………	東 裕 ……三（三五）

——憲法工学的考察——

裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする 控訴についての控訴審の審査のあり方……………	柳 瀬 昇 ……三（六五）

——続・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題——

再度の住民監査請求に関する考察……………	西 原 雄 二 ……三（一〇一）

行政計画の統制に関する問題点の省察……………	長谷川 福 造 ……三（一四五）

行政手続における手続的瑕疵の評価に関する考察……………	橋 本 直 樹 ……三（一八九）

——行政手続法制定後における判例動向を中心として——

薬物犯罪者に対する再犯防止策の課題について……………	尾 田 清 貴 ……三（二二一）

委任の解除に関する判例法理の条文化と半強行法規性……………	長谷川 貞 之 ……三（二五三）

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に……………益井公司…三(三一二)

遅延利息は付くことになるか……………

船員法の性質論……………南健悟…三(三四三)

——船長の権限・船内規律規定を中心に——……………

FinTech 法制の新たな制度設計に向けて……………藤川信夫…三(三七一)

宮崎道三郎博士の講述『比較法制史』について……………吉原達也…三(四二三)

裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする……………柳瀬昇…四(一)

控訴についての控訴審の審査のあり方……………

——続々・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題——……………

ブレグジットとイギリス憲法……………加藤紘捷…四(六三)

——二〇一六年国民投票における「国民のヴェト」の意味するところ——……………

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか……………船山泰範…四(一〇五)

租税法における解釈のあり方……………今村隆…四(四三四)

——比較法的研究に基づく考察——……………

翻 訳

期限付きの官吏任用は、法律上の通例として許容されるのか……………ウドー・フィンク ……四（一四七）
長谷川福造 訳

「ローマ法と法学教育」……………ヘリ・ジェネサチー・ペシ ……四（一七五）
菊池 肇哉 訳

研究ノート

学校における信教の自由……………岡 田 俊 幸 ……四（二二一）
——公立学校における祈禱の禁止に関するドイツの判例——

婚姻破綻時における日常家事に関する一考察……………大 杉 麻 美 ……四（二七七）

判例研究

公務員に対する求償権行使における重過失要件の検討……………長谷川 福 造 ……一（二〇三）
（福岡高判平成二九年一〇月二日ウエストロー・ジャパン文献番号二〇一七……………）
WLJPCA 一〇〇二六〇〇二）

資料

宮崎道三郎博士講述『比較法制史』緒言及び
第一部 羅馬法制史
……………吉原 達也 編…四(三〇三)

索引

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1
(T E L) 03-5275-8510
(F A X) 03-5275-8537
(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

揭載順

今村隆	吉原達也	大杉麻美	岡田俊幸	菊池肇哉	長谷川福造	船山泰範	加藤紘捷	柳瀬昇
日本大学大学院教授	日本大学教授	日本大学教授	日本大学大学院教授	元比較法研究所研究員	日本大学文理学部非常勤講師	日本大学元教授	日本大学元教授	日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

|| || || || || || || || || || || || || || || || || || || ||

田石野中小岡岩渡水西友清齋栗楠喜河賀大江柳大
村崎村静野山井辺戸原岡水藤原谷多合来^久保島瀬岡
和和未美敬義徳克雄史恵康千 義利健拓泰
武文彦知典二和夫典二仁介輝里清人修輔也子昇聡

平成三十一年三月十五日 印刷
平成三十一年三月二十五日 発行 非売品

編集責任者 日本大学法学会
小田 司

発行者 日本大学法学研究所
電話〇二（五二七五）八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二二四 A&Xビル
印刷所 株式会社 メディオ
電話〇三二(三二九六) 八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 84 No. 4 March 2019

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

- Noboru Yanase, *Appellate Courts' Review of Appeals on the Grounds of Unreasonable Sentence against Judgments by Panels Including Saiban-in (Lay Judges) : On the Legitimacy of Appellate Courts' Reviewing Appeal against Judgments by Panels Including Saiban-in Part 3*
- Hirokatsu Kato, *Brexit and the UK Constitution: "the People's Veto" in the Referendum Held in 2016*
- Yasunori Funayama, *Does the Saiban-in Trial System contribute to the Progress of Democratization?*

TRANSLATIONS

- Fukuzo Hasegawa, *Ist die Verbeamtung auf Zeit als gesetzlicher Regelfall zulässig?*
- Toshiya Kikuchi, *Sir Henry Maine's First Essay "Roman Law and Legal Education", translated by Toshiya Kikuchi*

NOTES

- Toshiyuki Okada, *Religionsfreiheit in der Schule — Deutsche Rechtsprechung zum Verbot des Gebets in öffentlichen Schulen*
- Mami Osugi, *A Consideration concerning Everyday Household Matters at the Time of the Irretrievable Breakdown of Marriage*

MATERIAL

- Tatsuya Yoshihara, *Miyazaki Michisaburo's Lecture on Comparative Legal History, Part 1: Roman Legal History*

ARTICLE

- Takashi Imamura, *Legal Interpretation of Tax Law: A Consideration from the Viewpoint of Comparative Law Analysis*