HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第70巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 70(5)
Issue Date	2020-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76653
Type	journal
File Information	lawreview_70_5_all.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 70 巻　　第 5 号

論　　説

人体と機械の融合に伴う法律問題についての研究
——科学技術と刑法の調和—— …… 小名木　明　宏　　1
ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判（2）
——ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を手掛かりにして—— …… 前　田　　星　　17
民法学と公共政策
——近時の日本民法学変貌を踏まえて「債権法改正」を考える——
…… 吉　田　邦　彦　　204[　1]

研究ノート

ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（3・完）
——参加の正統化機能に関する一考察——
…… 谷　　遼　大　　172[33]

資　　料

間近から見たグローバル・ヒストリー
——当事者たちの証言による七年戦争（1756-1763年）——
…… マリアン・フュッセル　　61
前田　星・田口正樹（訳）
憲法裁判におけるアミカスキュリィの意義
1　趣旨説明 …… 笹　田　栄　司　　83
2　ドイツ連邦憲法裁判所における第三者の参加（連邦憲法裁判所法27a条） …… 笹　田　栄　司　　84
3　憲法裁判におけるアミカスキュリィの意義：フランスの場合
…… 山　元　　一　　96
4　合衆国最高裁判所とアミカスキュリィ …… 中　林　暁　生　　114
5　カナダにおける違憲審査の参加手続 …… 佐々木　雅　寿　　124
6　amicus curiaeと韓国憲法裁判所 …… 國　分　典　子　　136

2020（令和2）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
田村善之（知的財産法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
畠山武道（行政法）
林嶢（商法）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）

教授

山口二郎（行政学）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）
會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
伊藤一頼（国際法）＊
岩谷將（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）＊
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
鈴木一人（国際政治経済学）＊
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊
田口正樹（法史学）
辻康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
○中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中山一郎（知的財産法）
根本尚徳（民法）
野田耕志（商法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
△長谷川晃（法哲学）
林誠司（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
松尾誠紀（刑法）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）＊
山崎幹根（行政学）＊
山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
○吉田徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）
○米田雅宏（行政法）

特任教授

朝倉靖（民事実務）
池田茂徳（法実務基礎）
磯部真士（刑事実務）
藏重有紀（刑事実務）
橋場弘之（法実務基礎）
藤原正則（民法）
松長一太（民事実務）

准教授

池田悠（労働法）
伊藤隼（民事訴訟法）
岩川隆嗣（民法）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
佐藤陽子（刑法）
徐行（比較法）
田中啓之（行政法）＊
津田智成（行政法）
西村裕一（憲法）
馬場香織（比較政治）＊
前田亮介（日本政治史）
三宅新（商法）
村上裕一（行政学）
○森悠一郎（法哲学）
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
○山本周平（民法）

助教

崔碩鎭（現代政治分析）
前田星（法史学）
山崎皓介（憲法）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員　　△は理事（副学長）

論　　説

人体と機械の融合に伴う法律問題についての研究

――科学技術と刑法の調和――

小名木　明　宏

Ⅰ．はじめに

コンピュータ、インターネット、先端医療技術等、科学技術が進歩するたびに、従来は想定していなかった領域に関する法的規制のあり方が問われてきた。このような最近の科学技術の発展のひとつに人工器官の発達が挙げられる。具体的には、ペースメーカー、人工心臓、筋電義手、人工内耳、人工眼（眼球・網膜・視神経などの代替）、人工骨が挙げられる。人体の一部が機械化され、日常生活を不自由なく過ごすことができるようになったことが決して珍しくない現在、人体と機械の融合に伴う法律問題を新たな視点で見直すことが本研究の課題であり、サイボーグ法という新たな法分野を開拓することを目的としている。

とくに、本研究において対象とするのは、科学技術の進歩の問題とそれに対応する法律解釈の問題である。前者は「事実の問題」であり、後者は「規範の問題」であるが、この２つの視点を勘案しながら、人体と機械の調和的利用を如何に実現するかという現実問題としての妥協点を探る実用的な研究である。

Ⅱ．研究の背景

１．これまでの研究との関連性

本研究のテーマである「人体と機械の融合」とは、来るべき未来にお

ける人体が、程度の差こそあれ、機械化される事態について、これを法律的観点から取り上げるものであるが、著者はこれまでの研究において関連する研究成果を公表している。まず、サイボーグ刑法という観点では、拙稿「科学技術時代と刑法のあり方－サイボーグ刑法の提唱」[1]において、（1）サイボーグ刑法という領域の明確化、（2）サイボーグ刑法としての問題解決のために新たな立法の必要性、（3）サイボーグ刑法を意識した新たな解釈の必要性を取り上げ、この領域での新たな立法の必要性と新たな解釈の必要性を論じた。

他方、最近各所で言及されることの多い自動運転と AI に関しては、拙稿「自ら招いた緊急避難の危難甘受義務と自動運転－危難に陥った者による自招危難の一断面」[2]においては、自動運転に伴う法的問題を解決するためのスタンス、すなわち、どのような法的価値観で AI にプログラミングするかという問題を検討し、伝統的な緊急避難の問題と新たな自動運転の問題、すなわち古典的な解釈学と最新の科学技術が交錯する一断面を示し、刑法解釈学の普遍性を説いた。

サイボーグ刑法の論考が前記北大法学論集に掲載された2013年においては、このテーマは非常に新鮮なものであったが、その後、多くの研究者からこれらに関連する論考が発表され、現在では、ブームとなっている。

現段階でのイメージとしては、人間の法とロボットの法はその領域が一部重なり合うものであるように思われる。そしてその重複部分こそが本論考のテーマである「人体と機械の融合」の研究対象である。ただ、その交錯部分こそが問題であり、科学技術の発展で生まれたクローンをどこに位置付けるべきか、死んだ人間を生き返らせた場合にどうなるか[3]など、難しい問題はあるように思われる。

---

[1] 北大法学論集第63巻６号（2013年）524-512［1-13］頁。

[2] 高橋則夫ほか編「日高古稀（上）」（成文堂、2018年）373-387頁。

[3] 2019年４月に、イェール大学の研究チームが「死んだブタ」の脳の一部機能を回復させており、今後、これを人間に応用できる可能性もある。これについては、https://www.technologyreview.jp/nl/scientists-have-restored-circulation-to-severed-pig-brains-in-a-step-that-blurs-the-definition-of-death/?fbclid=IwAR1qcebtcazfVyGENumfNuDRG_DMcRVrJS4R0UTQSYz9I_uN6QlN8EtmAAE や

2．最近の議論状況

周知のとおり、特に最近の５年間で、さまざまな先端技術に関する新しい用語がメディアを賑わせており、また、氾濫している。法律分野においては、AI、ビッグデータ、IoT（Internet of Things）、ロボットという用語が、従来とは異なり、「ごく一般的に」使われるようになってきた。これらの技術が法的問題を含んでいるということが認識されるようになってきた証しであると思われる。もちろん、それぞれの法領域により関心対象は異なるのであり、各法分野によって各テーマとのリンク付けは異なっている。

刑法の分野においては、自動運転の問題としての転轍手の事例がよく取り上げられている。また、過失犯の問題も自動運転との関連で議論される。ロボット法については、慶應義塾大学の新保史生教授が新しい独自の法領域を提唱している[4]。この考え方は、ロボット法を独立したものとしてとらえるものである。これに対して、ロボットの「行為」に現行刑法の適用はあるのかという問題設定も可能であろう。つまり、ロボットは殺人罪を犯すのか？　そしてそれに対する刑罰はどうあるべきか？　自由刑なのか？　それとも死刑なのか？　これらが当然問題となりうる。

現に、「ロボット掃除機がストーブ押す、火災に注意　東京消防庁」という記事が2019年２月８日の朝日新聞サイト[5]に掲載されており、ロボットが現実に被害をもたらしている。もちろん、これは機械の暴走だとして、従来からの法的評価、すなわち製造物責任や監督者の責任を問うという解決策は考えられる。しかし、今回の事件はロボットが自律的に状況を判断して稼働中に起こったことであるということを過小評価し

---

https://www.bbc.com/japanese/47971724?SThisFB&fbclid=IwAR0z0mBLk8Mj0y8WMWXwIeQOEmaHs8_r9dvBbZtWtxlg_pUdLNHsPflsXYE を参照。（最終閲覧日：2019年12月14日。）

[4] 新保史生「ロボット法をめぐる法領域別課題の鳥瞰」情報法制研究１巻（2017年）64頁、同「AIの自律とロボット法の必要性」 https://www.tasc.or.jp/educate/monthly/article_2/pdf/article_2_1802.pdf（最終閲覧日：2019年12月14日。）

[5] https://www.asahi.com/articles/ASM284PQZM28UTIL01C.html（最終閲覧日：2019年12月14日。）

てはいけないように思われる。従来の機械のように、すべて人間の命令通り動くというのではなく、状況に応じて機械が自律的に動くという新しい行動パターンを法的枠組みでどう評価するかが問われているように思われる。

３．問題関心の実情

ところで本テーマである「人体と機械の融合」に関して、学会はどのようなスタンスを以って対応しているのであろうか。

まず、2018年５月27日に開催された第96回日本刑法学会のワークショップ５において「AIと刑法」（オーガナイザー：法政大学・今井猛嘉教授）が取り上げられた。AIを駆使した自動運転の問題が主たるテーマであり、近い将来実現する見込みが高い技術の持つ法的問題点を検討しようというものであった。また、2019年５月25日の第97回日本刑法学会では、分科会Ⅰ「AIと刑法――自動車運転に係る事故処理を中心として」においてこの問題が取り上げられるが、これも自動運転に関する問題である。

これに対して、警察政策学会はこの問題を大きく取り上げている。2018年３月13日の警察政策フォーラムでは、「自動運転の実現に向けた今後の課題」と題したシンポジウムが開かれ、法解釈と実務運用の両面から自動運転に伴う様々な問題が検討された[6]。とくに各国の議論の状況が詳細に紹介され、日本との比較がなされ、これからの課題が提示された。また、半年後の2018年９月20日には、警察政策学会フォーラム「AI時代と市民安全：その光と影　人間知能（警察技能伝承官PI）vs人工知能（AI）」が開催された。ここでは自動運転よりも、犯罪捜査の手法としてのAIの活用の可能性や犯罪におけるAIの濫用の危険性に重点を置いた議論がなされた[7]。

また、北海道大学には科学技術コミュニケーションの教育・実践・研究を互いに有機的に関連づけながら行なう科学技術コミュニケーション

[6] これについては警察学論集71巻９号（2018年）に紹介がある。

[7] これについては警察政策学会資料第106号（2019年）にその内容が掲載されている。

教育研究部門（CoSTEP）が設けられているが、ここにおいても「人体と機械の融合」の問題が取り上げられている。まず、2019年１月27日には、「その時、あなたは埋め込むか？～討論劇で問う生体 IoT を用いた健康管理の是非～」が、演劇とそれに続いて一般参加者が議論を行うというシンポジウムのような形式で実施された[8]。生体にチップを埋め込むということの是非を参加者全員が議論することで、この問題を検討したものである。さらに、2019年２月11日には、第105回サイエンス・カフェ札幌「ラストストーンの軌跡～カーリング AI と選手の協力で勝利をつかめ！～」が開かれた[9]。これはカーリングでのストーンの投球において AI ならばどのような軌跡を提案し、実際の試合においてどうなったかを検証するもので、人間と AI の共存を検討したものである。元カーリング日本代表の選手も参加し、選手の立場も検討の対象とした興味深い企画であった。

他方、メディアの教養番組においても「人体と機械の融合」の問題は、たびたび取り上げられている。NHK では、2017年10月、11月、2018年６月に、BS 世界のドキュメンタリー「私のまわりはサイボーグ」[10]と2018年９月には、NHK スペシャル「人工知能　天使か悪魔か　2018　未来がわかる　その時あなたは…」が、さらに、NHK カルチャーラジオ 科学と人間「AI（人工知能）の現状と展望」が2018年４月から８回にわたって放送された。

以上のように見てくると、刑事法の分野においては、おもに自動運転の問題が取り上げられ、AI そのものの法的な取り扱いをめぐる問題はまだほとんど論じられておらず、他方、その他の学問領域ではこの問題が積極的に取り上げられているという現状が明らかになる。

---

[8] これについては http://costep.open-ed.hokudai.ac.jp/costep/contents/article/1942/ を参照。（最終閲覧日：2019年12月14日。）

[9] これについては http://costep.open-ed.hokudai.ac.jp/costep/contents/article/1972/ を参照。（最終閲覧日：2019年12月14日。）

[10] 原題は“Cyborgs Among Us“　で、制作は YUZU PRODUCTION / MEDIA3.14（フランス / スペイン　2017年）である。

Ⅲ．問題提起

以上のような学問的、事実的な背景をもとで、人体と機械の融合の観点からいくつかの問題提起をして、これに対する検討を行ってみよう。

1．エンハンスメントの適法性

サイボーグ化が進むと、機能を強化して、超人的な能力を獲得することができるようになるが、このような手術は法的にどのような扱いを受けるのであろうか。この問題を検討する前に、現在も問題となっている医学的必要性のない治療の適法性について検討してみたい。

（1）美容外科手術をめぐる議論

医学的な必要性のない手術の典型例としては、美容外科手術が挙げられる。これについては、刑法上の正当化行為の枠の中では、被害者の承諾が問題となるが、結局は被害者、すなわち手術を受ける人の自己決定をどこまで尊重するかという問題である。この点で、その自己決定に至る経緯に瑕疵がなく、また、生命に重大な影響がない限り、刑法的には何ら問題はなく、その手術行為は傷害罪とされるものではないと解される。つまり、美容外科手術には原則的に刑法上の問題を含むものとは言えない[11]。

ただし、この点について、刑法ではなく、消費者保護の観点からの規制はある。立法例としては、1998年のオーストリアの美容外科手術法[12]があり、これが2012年に改正され、新たに、少年の保護のために16歳未満の少年に対する施術の禁止、宣伝広告の禁止、施術者の質の確保、誤解を招く表示の禁止が規定された[13]。また、16歳から18歳の少年に対す

[11] 未成年に対する美容整形手術とその同意の法的な問題については、萩原由美恵「美容整形手術と未成年者の同意」高橋則夫ほか編「日高古稀（上）」（成文堂、2018年）151-168頁、が分析を行っている。

[12] Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen sowie Änderung des Ärzte- gesetzes 1998

[13] Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG) StF: BGBl. I Nr. 80/2012 (NR: GP XXIV RV1807 AB

る施術には、心理カウンセリング、監護権者の同意、患者の同意、そして同意と施術の間に４週間の待機期間が必要となっている。また、いわゆる「ビューティー・ドクター（Beauty Doc）」という表示も禁止される。さらに、ビフォーアフター（術前術後）の比較写真も禁止される。これらの禁止に違反した場合には、15000ユーロ（約200万円）の罰金、さらに累犯あるいは生命身体に重大な危険を伴う場合には、25000ユーロ（約300万円）の罰金が科せられる[14]。他方、ドイツでは、2006年に治療広告規制法（Heilmittelwerbegesetzes （HWG））で、美容外科手術が規制の対象となり、さらに翌2007年に、特に少年保護の観点から、美容外科手術を規制しようという議論はあった[15]が、それ以上の進展はなかった[16]。

日本においては、平成29年の医療法等の一部を改正する法律により医療法６条の５、同条の７において、ホームページを含む広告媒体において、虚偽又は誇大広告が禁止され、翌平成30年６月１日付で施行された[17]。これを受けて、厚生労働省の医療広告ガイドラインが平成30年５月に示されている[18]においても、美容外科手術にともなう法的問題点が

1822 S. 167. BR: 8763 AB 8784 S. 812.)

[14] Schönheitsoperationen-Gesetz - beschlossene Neuerungen https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/171/Seite.1710470.html#Inhalt の公式解説を参照。また、2012年６月12日 Kronen Zeitung https://www.krone.at/324287 および2014年５月19日の Netdoctor https://www.netdoktor.at/gesundheit/beauty-wellness/gesetzliche-bestimmungen-bei-schoenheitsoperationen-6690235 の記事を参照。（最終閲覧日：2019年12月14日。）

[15] BT-Drucks.16/6779（http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/16/067/1606779.pdf）（最終閲覧日：2019年12月14日。）

[16] この点については、Christian Wagner, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, 2015, S. 305 ff. が詳しい。

[17] 全体像については、国民生活センターのホームページ http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20180524_1.html および報告書 http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20180524_1.pdf が詳しい。（最終閲覧日：2019年12月14日。）

[18] ガイドラインについては、https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000206548.pdf を参照。（最終閲覧日：2019年12月14日。）また、高嶌英弘「美容医療サービスの法的特徴と問題点」（国民生活センター「国

明らかにされているが､消費者法上の問題が指摘されるにとどまっている。

（2）今後考えられる事例

それでは、今後考えられる医療上必要のない手術を法的にどう取り扱ったらよいのであろうかという問題を考えてみよう。つまり、機能強化に特化した手術は適法かという本研究のメインテーマである「人体と機械の融合」の問題である。

具体的に考えられるのは、特定の能力を強化する手術である。例えば赤外線を感知できる眼や筋力を強化した手足を持つことである。先に紹介したBS世界のドキュメンタリー「私のまわりはサイボーグ」においても、視力を補うため、外界の色彩を「聴力で聞いている」人が紹介されており、超人的な能力であると言える。また、ドイツの幅跳びの選手マルクス・レームは右膝下に義足を装着しているが、2014年に一般部門のドイツ選手権で優勝している。理論的には、ばねの強さを強力にすれば、それだけの跳躍力が得られることになるのである。SFの話題としては、この問題は枚挙にいとまがない。書籍、マンガ、TV番組でもあこがれのヒーローやヒロインは特殊な能力や強力な肉体を持っていたのである。

一般人を越えた能力を付与する手術には、どのような法的問題が存在するのであろうか。まず、第一に、特別法上の問題である。これは先にも言及した医療広告に関する規制（虚偽広告の禁止）[19]、再生医療に関する規制[20]、クーリングオフに関する特定商取引法、契約に関する消費者契約法が問題となる[21]。しかし、いずれにしても、これらは一般の美容外科手術にも伴う法的な問題であり、一般人を越えた能力を付与する手術に固有の問題とは言えない。

次に、刑法上の問題を検討してみよう。身体的な侵襲を伴うものであるので、刑法の傷害罪が問題となり、構成要件該当性は肯定されるが、被害者の承諾によって正当化されるかが問題となる。承諾の有効性をめ

民生活」2017年３月号４頁。

[19] 医療法６条の５、同条の７参照。

[20] 2014年11月の再生医療等の安全性の確保等に関する法律を参照。

[21] これら特別法については、前掲註18・高嶌論文参照。

ぐる議論において、検討を要するのは、果たしてそのような特殊な能力のための手術が「良俗ないし社会相当性に反するか」という視点である。良俗という用語は本来的な意味では道徳や倫理を意味するが、刑法的には必ずしも字義そのままではなく、制限的に解するのが多数である。さらに、そもそもそのような特殊な能力のための手術が人間の尊厳に反しないかという疑義も出てくるものと思われる。

以上のような未来予測に対して、「誰が好き好んで身体の一部を機械化し、性能を上げようか」という反論も出てくるかもしれない。しかし、レーシック手術の経験からは、少なからぬ人が自分の視力を極端なまでに向上させたいと考えている実態[22]があり、そこから推論するに、ここで論じたような一般人を越えた能力を付与する手術にはニーズが存在すると考えられるのである。

もう少し現実的な問題を検討してみよう。それは人体へのチップの埋め込みである。外国では、認証のためにチップを人体に埋め込んでいる企業があることは、先に紹介したBS世界のドキュメンタリー「私のまわりはサイボーグ」においても取り上げられている。他方で、先に紹介した北海道大学の科学技術コミュニケーション教育研究部門によるシンポジウム「その時、あなたは埋め込むか？～討論劇で問う生体IoTを用いた健康管理の是非～」においても、取り上げられている[23]。これが血液成分の分析、血圧、脈拍などオンタイムでの健康管理のために行う有用性は高いことを指摘している。これは2018年５月に施行された「医療分野の研究開発に資するための匿名加工医療情報に関する法律（次世代医療基盤法）」を受けての議論なのである。

ただ、人体にチップを埋め込むかどうかという侵襲の問題と情報へのアクセスへの問題は、区別して論じられねばならない問題であると思われる。５年ほど前から、心拍計付きの腕時計、いわゆるスマートウォッチが普及してきており、スポーツにおいてのみならず、日常生活におい

---

[22] これについてはhttps://www.optnet.org/syujyututaisaku/news-90806.htmlやhttps://www.optnet.org/syujyututaisaku/gendai-100624.htmlを参照。（最終閲覧日：2019年12月14日。）

[23] 前掲註８参照。

ても、利用されている。活動量計とも名付けられているこの計測器により、GPS により計測した位置情報や手首装着型光学式心拍数はもとより、睡眠時の睡眠の質や身体活動の詳細、たとえば、左右の足の接地バランス、身体の上下動、さらには、通常は呼気の分析装置を装着して計測する最大酸素摂取量（VO_2Max）についても、厳格なデータの信頼性はないものの、目安としての数値は個人で簡単に計測できるようになっている。これらの機能は、アップル社、ガーミン社、スント社、エプソン社をはじめ、多くのメーカーから５、６万円以下、安いものでは１万円以下で販売されているスマートウォッチに多くの機能が実装されているのである。血糖値等の血液分析については、簡易な計測を可能にするにはまだ課題が残っているが、将来的にはこれらについても計測は可能となるかもしれない。健康志向の高まりとともに、これらの身体的情報に関心を寄せ、自らの運動能力の向上や健康の向上を目指して、日々計測を続けているユーザーも多い。これらのデータの分析は、たとえば、アップル社やガーミン社のサーバーにアップロードされ、各自がホームページやアプリで確認することができるようになっている。しかも、これらの情報をフェイスブックや Twitter 等の SNS で一般公開しているユーザーも数多い。確かに見ず知らずの甲野一郎が、どんな心拍数で、どんなスピードで、どこでランニングしたなどという情報は、どうでもいい情報であり、逆に、金メダルをねらうアスリートなら公表しないであろう。ここで言いたいことは、すでに多くの身体情報は、体内への計測機器の埋め込みに寄らずとも獲得可能で、しかも、アプリ等を管理することで特定の会社がこれらの情報を獲得しているということである。結局は情報を発信するか否かはユーザーの判断に委ねられているのであり、バックドアが秘密裏に設けられていたという場合を除けば、大きな問題となるものではないように思われる。

これに対してチップを人体へ埋め込むかという問題は、それが最近一部で実施されている[24]とはいえ、まだまだ一般的に行われているもので

[24] 実際に行われているチップの人体への埋め込みについては、2019年２月23日付朝日新聞記事「手の甲に極小チップ、埋めたい？鍵や電子決済「便利」」を参照。https://www.asahi.com/articles/ASM1044TRM10PLBJ002.html（最終閲覧

はない。しかも、情報端末の携帯や、いまだに異論があり、実施されていない電子監視とは異なり、身体内へ埋め込むのであるからこれを拒否する声は大きいものと推測される。ただ、人体への埋め込みという事実のもたらすイメージとは異なり、さほど苦痛を伴うものではなく、皮下注射と同レベルで考えればいいようである。

（3）刑法の視点からの分析

刑法の問題としては、３つの観点が重要となる。すなわち、①身体への侵襲が傷害罪を構成するか？ ②同意の有効性、③人間の尊厳に反しないか、である。

とくに、学界において争いがあるのは、同意の有効性の制限するモーメントは必要かという点であり、キーワードとして、「良俗違反」、「社会相当性」が問題となる。これらは裁判例において、傷害罪の成立を肯定するにあたって指摘された論点である。民法においては、公序良俗は一般に用いられる概念であるが、刑法においては用いられることは多くはない。国家刑罰権の適用の問題である刑事法において、法と道徳を混同することは忌避されるからである。しかし、それでも裁判所はこの概念を用いており、これを分析する必要があるように思われる。

そこで、良俗とは何かという問題については、まずこれを道徳概念から導き出す考え方、すなわち「良俗＝道徳概念」とする見解と、ドイツの解釈の影響を受けて、生命に危険がある場合に「良俗違反」を認める考え方、すなわち「良俗＝法概念」とする見解が対立している。現在の通説は、少なくとも、前者のように「良俗＝道徳概念」と考えることはないようであるが、代わって「社会相当性」という概念を用いている。これと関連して、医師免許を有していない者が、豊胸手術を実施し、手術による侵襲と麻酔薬によるアレルギー反応によりショック死した事案について、東京高判平成９年８月４日高刑集50巻２号130頁は、「右各事実に徴すると、被告人がＡに対して行った医行為は、身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であって、社会的通念上許容される範囲・程度を超えて、社会

日：2019年12月14日。）

的相当性を欠くものであり、たとえAの承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しないことは明らかであるといわなければならないから、論旨は採用することができない。」として、やくざの指詰めや保険金詐欺のための仮想交通事故の事例と異なり、生命に影響がある事例において、違法性の阻却を否定した。ただし、本事例は、患者が施術者を医師と信じていたことや劣悪な環境で施術されたことは重視されるべきであり、さらに、治療行為の枠組みに組み入れられず、純粋に被害者の同意が問題とされたものであり、裁判例としては特殊な事案であることは否定できない。

2．AIとの関係をどう構築するか

（1）AIの支援型利用

本研究のテーマである「人体と機械の融合」においては、AIとの関係も問題となる。著者は、ゲームにおけるルールの問題も研究テーマとしており[25]、本研究との関連では、ゲームにおけるAIの役割についても検討しなければならない。報道等でも数年来話題になっているが、将棋、囲碁におけるAIの処理能力の発展は目覚ましく、10年前にはAIは人間に全く歯が立たなかったが、現在では立場が逆転し、対AIゲームでは、人間に勝ち目はない。人間と自動車が競走しても意味はないと同様のことがあてはまるのである。

他方、AIの支援型利用としては、例えば、野球やカーリングや将棋でデータを分析したりすることはできる。とくにカーリングについては、北海道大学第105回サイエンス・カフェ札幌「ラストストーンの軌跡～カーリングAIと選手の協力で勝利をつかめ！～」において、取り上げられた[26]。結論から言うと、実戦においてその場でAIを用いることは、カーリングや将棋においては認められておらず、事後的な検討に用いられるだけである。

---

[25] 拙稿「ゲームにおけるペナルティーの意義と機能について －ドイツボードゲームにおけるペナルティーの役割についての考察－」北大法学論集（北海道大学）第69巻３号（2018年）346-324［1-23］頁。

[26] 前掲註９参照。

このAIの支援型利用は、法律の分野においても、事例問題の解決のために非常に有用であると考えられる。その能力が確実に信頼できるのであれば、極端な言い方をすれば、人間はAIの判断を承認するだけの存在になりうるのである。しかし、人間が人間である限り、AIに判断させないということが重要であるように思われる。これは先のカーリングとAIに関するシンポジウムで、カーリング選手が「AIの判断と対立した場合には最終的には自分の判断を優先する」と発言しており、人間が人間であるために必要であるように思われる。法律の分野でこれを表現すれば、「人間の法を人間の判断で人間のために適用する（law of the human, by the human, for the human）」ということになろう。この問題との関連では、脳にチップを埋め込むことは許されるかという問題も生ずる。治療の一環として、人間の行動を支援し、制御する脳内チップの適用は否定されるべきではないように思われる。これについては、先に紹介したBS世界のドキュメンタリー「私のまわりはサイボーグ」においても取り上げられている。

（2）AIの判断に従わないという意味

すでに述べたように、人間が人間でありうるために、人間が最終的な判断を行わなければならないであろうし、その責任を取らなければならないと思われるが、このようにAIの判断に従わなかった場合の法的な帰結はどうなるのであろうか。この観点は学会でも法律的分析がまだ十分ではないので、簡単に検討してみたい。

まず、裁判での利用において、AIが何らかの判断をする場合が考えられるが、その場合、裁判官はAIの判断に従わなければならないかという問題がある。結論的には人間である裁判官はAIの判断に従う必要はないと解される。これと同様の問題は、裁判官は専門家の鑑定意見に拘束されるかという観点で議論されている。この点については、大判昭和10年７月26日法律新聞3888号７頁が、裁判所は、鑑定の結果についても自由な判断によりその証拠力を決すべきであるとしている[27]。また、最判平成20年４月25日刑集62巻５号1559頁は「被告人の精神状態が刑法

[27] 河上和雄ほか「大コメ刑訴法（第２版）」（2010年）第３巻292頁〔中井憲治〕

39条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所にゆだねられるべき問題であることはもとより，その前提となる生物学的，心理学的要素についても，上記法律判断との関係で究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題である」としている。さらに、疫学的証明に関しても、最決昭和57年５月25日判時1046号15頁、判タ470号50頁で、なお書きながら、原判決の事実認定を肯定している。他方、民事関係でも、最判昭和50年10月24日民集29巻９号1417頁が、鑑定意見に反した結論を是認している。このように、裁判官は自由心証主義の下で、必ずしも鑑定意見に拘束されることはない。しかし、他方で、科学的法則に従わないことは許されないので、将来的にAIの判断が絶対的な拘束力を持つ可能性も存在している。

つぎに、過失の認定についても問題が生ずる。AIの判断に従わないことで、事故が起こった場合に、AIの判断に従わないこと、すなわち過失が肯定されることになる。このことは、機械を扱う上で、計器を無視することと同じ意味である。他方で、AIの指示に従って事故が起きた場合に過失が認定されるかという問題もある。

（３）AIに故意は認められるか

ヒューマノイド型のロボットが犯罪を犯すというと、SFでは格好のテーマとなるが、その場合、果たしてAIに故意は認められるのかという問題も存在する。刑法においては故意は、故意の意思的要素と知的要素に分類されるのが一般であり、後者、すなわち知的要素に関しては、センサーが客体を認識し、この認識に基づいて行動を制御しているという意味で、問題なく肯定されるものと思われる。これに対して、意思的要素に関しては、これが「意欲」であると解すると、果たしてAIは意欲するのかという問題が生ずる。現在の通説および判例（最判昭和23年３月16日刑集２巻３号227頁）では、故意の認定には、認識・認容することが必要とされるので、そのままではAIに故意を認定することはできない。しかし、これとは異なり、結果発生のある程度高い可能性＝蓋然性を認識していなければならないと解する蓋然性説[28]も有力に主張さ

[28] 西田典之（橋爪隆補訂）「刑法総論」（第３版）（弘文堂、2019年）232頁。

れており、この見解に従えば、客観的な認識に基づく、可能性の評価であり、AIにも判断が可能であると思われる。

この問題は、ロボットは犯罪を犯すかという基本的問題に直結するもので、大きな影響力を持つ論点であるが、現在の議論ではかなり懐疑的である。これに対して、川口浩一「ロボットの刑事責任」はロボットの自由意思を排除しきれないとしており、技術の発達も見据えて、ロボットと意思の問題は今後の議論の焦点となろう[29]。

3．保護客体は常に「人」であるべきか

ヒューマノイド型のロボットが犯罪を犯すかという点とは逆に、ヒューマノイド型のロボットは刑法上の保護客体となるかという問題も存在する。現行法上、人には、自然人と法人に分類されるが、これに加えて、E-Personは認められるのかという問題である。これまでの議論では、ロボットは単なる物としての客体として考えられてきた。AIによる行動の制御が可能となると、これを単なる物から引き上げて、第3の「人」に分類するという考え方である。これは要は立法者がどこまでロボットに保護の範囲を従来以上に拡げるかという問題に収束するように思われる。愛玩動物を例に考えれば、生活に密着すればするほど、法的な保護の必要性が高まるのであり、ロボットもこの延長線上に存在することとなる、それを「第3の人」とするかどうかは価値観の問題であろう。この点と関連して、小林史明「権利主体性の根拠をAI・ロボットから問い直す」はロボットが権利主体となるかという問題を検討している。将来的にはヒューマノイド型のロボットが愛着性と有用性を備えたとき、権利主体となる可能性に言及している[30]。

Ⅳ．おわりに

---

[29] 川口浩一「ロボットの刑事責任」伊東研祐・小島秀夫・中空壽雅・松原芳博編「市民的自由のための市民的熟議と刑事法　増田豊先生古稀祝賀論文集」（勁草書房、2018年）137頁以下、とくに139頁。

[30] 小林史明「権利主体性の根拠をAI・ロボットから問い直す」増田古稀（前掲註29）151頁以下。

本研究テーマである「人体と機械の融合」は、人間の在り方、倫理の在り方と大きく関係している。刑法においては、刑法と倫理の問題は別々のもの、区別されるべきものとして長年議論されてきた。とくに、1970年代以降、刑法の脱倫理化がこの点を強調し、行動規範としての道徳律と刑法の混同を避けるよう叫ばれてきている。この中で、例えば、堕胎の自由化、大麻の自由化、ポルノの自由化が議論されてきた。

しかし、1990年前後から、先端医療の在り方と関連して、生命倫理が強調され、生命倫理への介入のタブー化が一般的となっている。その意味で、本研究においても、刑法と倫理がかなり重要な視点となっている。すでに、脳同士をつないで意思疎通できる「BrainNet」をワシントン大学などが開発しており[31]、意識を共有できるようにさえなっている。その意味で、あらためて、法と倫理、刑法と倫理の在り方が問われているように思われる。そしてAIの技術革新が日進月歩であるため、本研究も常に後手後手に回らざるを得ず、常に情報のアップデートが必要となっている。

なお、本研究は、公益財団法人立石科学技術振興財団の2018年度の研究助成によるものであり、ここに研究へのご協力を深謝するものである。また、本稿は、2019年２月16日に北海道大学で開催された日本刑法学会北海道部会における同名の研究報告に加筆修正したものである。

[31] 2018年10月１日のItmedia記事　https://www.itmedia.co.jp/news/articles/1810/01/news120.html を参照。（最終閲覧日：2019年12月14日。）

論　　説

ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判（2）

――ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を手掛かりにして*――

前　田　　星

目　次

はじめに
序論　研究の射程
　第１節　魔女研究における法史的研究：手続論と学識法曹
　　（１）魔女研究史の概観
　　（２）法史的研究の意義
　第２節　本稿について
　　（１）研究の目的と対象
　　（２）論文の構成　（以上、前号）
第１章　地域・著者・史料
　第１節　17世紀ヴェストファーレン公領の魔女迫害
　　（１）対象地域の地理的概要と裁判権
　　（２）魔女裁判をめぐる状況
　　（３）魔女コミサール　（以上、本号）
　第２節　史料について
第２章　例外犯罪としての魔女術罪
　第１節　魔女＝例外犯罪？
　第２節　魔女術の例外犯罪性
　第３節　小括　－シュルトハイスの手続と近世の例外犯罪論

*本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2019年３月25日授与）「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判：ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を手掛かりにして」を加筆・修正したものである。

第３章　組織犯罪としての魔女術罪
　第１節　魔女の集団
　第２節　組織犯罪性
　第３節　小括　－魔女裁判手続と魔女術犯罪の組織性
第４章　魔女術罪と宗教
　第１節　魔女術と宗教の関わり
　第２節　魔女と悪魔
　第３節　魂の救済
　第４節　魔女裁判手続における宗教的要素の意義
終章　近世刑事司法の中の魔女裁判と学識法曹
　第１節　学識法曹としてのシュルトハイスの立ち位置
　第２節　課題と展望

第１章　地域・著者・史料

本章は、研究の核となる史料の分析と比較・検討を行うにあたって、その前提としてヴェストファーレン公領における魔女迫害と史料を巡る諸状況を説明することを目的としている。まずは史料の著者であるハインリヒ・フォン・シュルトハイスが活動した17世紀ヴェストファーレン公領における行政･司法制度の状況を説明する[1]。そして、魔女裁判をめ

[1] ケルン選帝侯領、およびヴェストファーレン公領のラント史、および諸制度・裁判管区等については以下の文献を参照。Horst Conrad, „Splendor Familiae.“ Generationsdisziplin und Politik bei der Familie von Fürstenberg. Eine Skizze, in: SüdWestfalen Archiv, Nr. 6, 2006, S. 105-126; Franz Reiner Erkens, Wilhelm Janssen, Das Erzstift Köln im geschichtlichen Überblick, in: Nordrhein-Westfälisches Hauptstaatarchiv (Hrsg.), Kurköln, Land unter dem Krummstab, Kevelar 1985, S.19-42; Wilhelm Janssen, Marschallamt Westfalen －Amt Waldenburg－Grafschaft Arnsberg－Herrschaft Bilstein-Fredeburg: Die Entstehung des Territoriums „Herzogtum Westfalen“, in: Harm Klueting (Hrsg.), Das Herzogtum Westfalen: Das kurkölnische Herzogtum Westfalen von den Anfängen der kölnischen Herrschaft im südlichen Westfalen bis zur Säkularisation 1803, Münster 2009, S. 235-268; Harm Klueting, Arnsberg als Hauptstadt und Wechselresidenz in der Zeit der Kölner Kurfürsten (1371-1802), in: Arnsberger Heimatbund (Hrsg.), 750 Jahre Arnsberg: Zur

ぐる事情を述べると共に、特にケルン選帝侯領における魔女迫害の特徴である「魔女コミサール」という存在について論じる[2]。第２節において

Geschichte der Stadt und ihrer Bürger, Arnsberg 1989, S. 65-108; Ders., Das kurkölnische Herzogtum Westfalen als geistliches Territorium im 16. bis 18. Jahrhundert, in: Harm Klueting (Hrsg.), Das Herzogtum Westfalen: Das kurkölnische Herzogtum Westfalen von den Anfängen der kölnischen Herrschaft im südlichen Westfalen bis zur Säkularisation 1803, Münster 2009, S. 443-518; Gerhard Köbler, Historisches Lexikon der deutschen Länder: die deutschen Territorien und reichsunmittelbaren Geschlechter vom Mittelalter bis zur Gegenwart, München 1995; Helmut Lahrkamp, Helmut Richtering, Die Geschichte des Geschlechtes von Fürstenberg im 17. Jahrhundert, Aschendorff 1971; Andreas Müller, Zwischen Kontinuität und Wandel: Der Adel im kurkölnischen Herzogtum Westfalen, in: Harm Klueting (Hrsg.), Das Herzogtum Westfalen: Das kurkölnische Herzogtum Westfalen von den Anfängen der kölnischen Herrschaft im südlichen Westfalen bis zur Säkularisation 1803, Münster 2009, S. 419-442; Wolf-Dietrich Penning, Die weltlichen Zentralbehörden im Erzstift Köln von der ersten Hälfte des 15. bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts, Bonn 1977; Klaus Scholz, Das Spätmittelalter, in: Wilhelm Kohl (Hrsg.), Westfälische Geschichte Bd. 1: Von den Anfängen bis zum Ende des alten Reiches, Düsseldorf 1983, S. 403-468; Gerd Schwerhoff, Köln im Kreuzverhör. Kriminalität, Herrschaft und Gesellschaft in einer frühneuzeitlichen Stadt, Bonn 1991; Thomas Simon und Markus Keller, Kurköln, in: Karl Härter (Hrsg.), Deutsches Reich und geistliche Kurfürstentümer (Kurmainz, Kurköln, Kurtrier), Frankfurt a.M. 1996, S. 423-600; Monika Storm, Das Herzogtum Westfalen, das Vest Recklinghausen und das rheinische Erzstift Köln: Kurköln in seinen Teilen, in: Harm Klueting (Hrsg.), Das Herzogtum Westfalen: Das kurkölnische Herzogtum Westfalen von den Anfängen der kölnischen Herrschaft im südlichen Westfalen bis zur Säkularisation 1803, Münster 2009, S. 343-362; Dieter Strauch, Das Hohe Weltliche Gericht zu Köln, in: Dieter Laum, Adolf Klein, Dieter Strauch (Hrsg.), Rheinische Justiz, Geschichte und Gegenwart, 175 Jahre Oberlandesgericht Köln, Köln 1994, S. 743-831 ; Ferdinand Walter, Entwicklung ihrer Verfassung von fünfzehnten Jahrhundert bis zu ihrem Untergang, Bonn 1866.

[2] ケルン選帝侯領、ヴェストファーレン公領、および周辺領域における魔女迫害については以下の文献を参照。Thomas Paul Becker, Hexenverfolgung in

はそれを受けて、著者ハインリヒ・フォン・シュルトハイスと史料である『詳細なる手引き』を取り挙げ、史料の性質について考察し[3]、その上

Kurköln :Kritische Anmerkungen zu Gerhard Schormanns „Krieg gegen die Hexen“, in: Annalen des Historischen Vereins für den Niederrhein 195, 1992, S. 204-214; Ders., Krämer, Kriecher, Kommissare. Dezentralisierung als Mittel kurkölnischer Herrschaftspraxis in Hexereiangelegenheiten, in: Rita Voltmer (Hrsg.), Hexenverfolgung und Herrschaftspraxis, Trier 2005, S. 183-204; Rainer Decker, Die Hexenverfolgungen im Hochstift Paderborn, in: Westfälische Zeitschrift, Bd. 128, 1978, S. 315-356; Ders., Die Hexenverfolgungen im Herzogtum Westfalen, in: Westfälische Zeitschrift, Bd. 131/132, 1981/1982, S. 339-377; Peter Arnold Heuser, Die kurkölnische Hexenprozessordnung von 1607 und die Kostenordnung von 1628, Studien zur kurkölnischen Hexenordnung, Teil II (Verbreitung und Rezeption), in: Westfälische Zeitschrift, Bd. 165, 2015, S. 181- 256. Ders., Die Nadelprobe (Stigmaprobe) in kurkölnishcen Hexenprozesssen. Studien zur Kontroverse zwischen Peter Oestermann und Johannes Jordanaeus (1629- 1630), in: Westfälische Zeitschrift, Bd. 166, 2016, S. 213- 266; Ders., Juristen in kurkölnishcen Hexenprozessen der Frühen Neuzeit. Studien zu Konsultation und Kommission im peinlichen Strafprozess in: Rheinische Vierteljahrsblätter, Bd. 81, 2017, S. 61- 117; Shigeko Kobayashi, Kommisar und Bittschrift in der Kurkölnischen Hexenverfolgung, in: 5. Deutsch-japanisch-koreanisches Stipendiatenseminar (Japanisch-Deutsches Zentrum Berlin), Bd. 63, 2012, S. 77-85; Gerhard Schormann, Hexenprozesse in Nordwestdeutschland, Hildesheim 1977; Ders., Der Krieg gegen die Hexen : das Ausrottungsprogramm des Kurfürsten von Köln, Göttingen 1991; Ders., Die Hexenprozesse im Kurfürstentum Köln, in: Gunter Franz, Franz Irsigler (Hrsg.), Hexenglaube und Hexenprozesse im Raum Rhein-Mosel-Saar, Trier 1995, S. 181-193; Friedrich Wilhelm Siebel, Die Hexenverfolgung in Köln, Dissertation (Bonn) 1959; 小林繁子『近世ドイツの魔女裁判』ミネルヴァ書房、2015年；林毅「中・近世ケルン市における魔女裁判」『ドイツ中世自治都市の諸問題』敬文堂、1997年、227-249頁；ヴォルフガング・ベーリンガー（長谷川直子訳）『魔女と魔女狩り』刀水書房、2014年。

[3] ハインリヒ・フォン・シュルトハイスと著作である『詳細なる手引き』については、特に以下の文献を参照。Rainer Decker, Ein Hexenverfolger und Heiligenverehrer: Der Arnsberger Jurist Dr. Heinrich von Schultheiß und sein Hausalter, in: Michael Senger, Patrone und Heilige im kurkölnischen

で続く本論におけるシュルトハイスのテクストの検討方法を提示する。

第１節　17世紀ヴェストファーレン公領の魔女迫害

（１）対象地域の地理的概要と裁判権

17世紀において、ヴェストファーレン公領はケルン選帝侯領の一部であった。ケルン選帝侯はライン流域にあるボンを拠点としていたが、このライン流域の地域の他に選帝侯はいくつかの飛び地を所領として保有していた。近世のケルン選帝侯領は大きく分けて３つの部分に分けられ、ライン川左岸に位置するライン流域の大司教領（約4,300㎢）、フェスト・レックリングハウゼン（約600㎢）、ヴェストファーレン公領（約3,800㎢）

Sauerland, Schmallenberg 1993, S. 209-212; Ders., Der Arnsberger Hexen-Richter Dr. Heinrich v. Schultheiß (ca. 1580-1646), in: Heimatblätter. Zeitschrift des Arnsberger Heimatbundes, 16, 1995, S. 22-35; Ders., Die Hexen-Richter Dr. Heinrich von Schultheiß (ca. 1580-1646) aus Scharmede, in: Detlef Grothmann, 750 Jahre Salzkotten: Geschichte einer westfälischen Stadt / 2., Paderborn 1996, S. 1045-1070; Gunter Franz, Der Malleus Judicum, Das ist: Gesetzhammer der unbarmhertzigen Hexenrichter von Cornelius Pleier im Vergleich mit Friedrich Spees Cautio Criminalis, in: Hartmut Lehmann, Otto Ulbricht, Vom Unfug des Hexen-Prozess: Gegner der Hexenverfolgungen von Johann Weyer bis Friedrich Spee, Wiesbaden 1992, S. 199-222; Ralf Peter Fuchs, Hexenverfolgung an Ruhr und Lippe: Die Nutzung der Justiz dutch Herren und Untertanen, Münster 2002; Tanja Gawlich, Der Hexenkommissar Heinrich von Schultheiß und die Hexenverfolgungen im Herzogtum Westfalen, in: Harm Kluenting (Hrsg.), Das kurkölniche Herzogtum Westfalen von den Anfängen der kölnischen Herrschaft im südlichen Westfalen bis zur Säkularisation 1803, Münster 2009, S. 297-320; Peter Arnold Heuser, Rainer Decker, Die theologische Fakultät der Universität Köln und die Hexenverfolgung: Die Hexenprozess-instruktion (1634) des Arnsberger Juristen Dr. Heinrich von Schultheiß im Spiegel eines Fakultätsgutachtens von 1643, in: Westfälishce Zeitschrift, Bd. 164, 2014, S. 171-219; Jürgen Macha, Einerfundenes Hexereiverhör: Zu CAPVT V. der INSTRVCTION des Heinrich Schultheiß (1634), in: Burghart Schmidt, Katrin Moeller (Hrsg.), Realität und Mythos. Hexenverfolgung und Rezeptionsgeschichte, Hamburg 2003, S. 24-32.

があった（図１）。ケルン選帝侯領は17世紀の時点で約220,000の人口を抱えていたと推測される[4]。

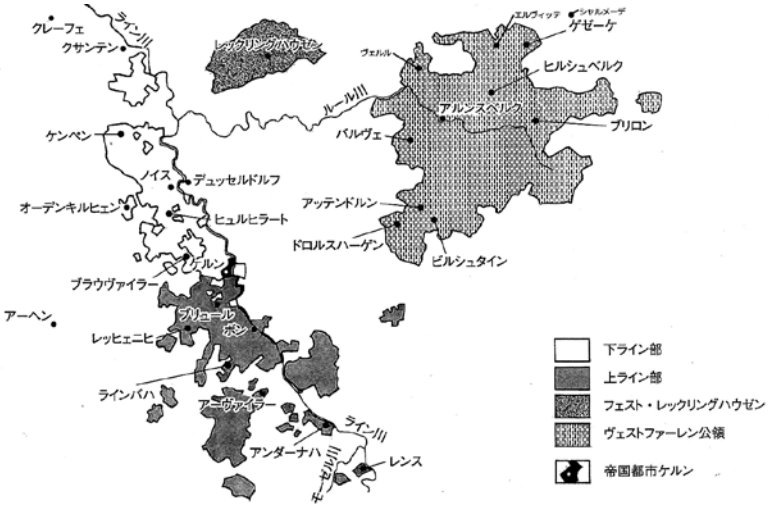

図１　近世のケルン選帝侯領

出典：小林、『近世ドイツの魔女裁判』（註２）、38頁、図２より筆者加筆

17世紀の段階では、ケルン選帝侯領のこれら３つの部分は行政面においてそれぞれで統一されていたが、しかしながらケルン選帝侯領としてひとつにまとまっていたわけではなかった。確かにこれから見ていくように、ケルン選帝侯の代理人がヴェストファーレン公領を統治していたし、魔女裁判令のようにケルン選帝侯が公布した法令がヴェストファーレン公領においてすぐに適用されるといった連動性も存在した。また同様に、司法のある面に限っては、最高裁判所がボンに定められているな

[4] Erkens, Janssen, a.a.O.（註１）, S. 37; Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, 特に S. 25.　なお、ヤンセンは大司教ディートリヒ二世・フォン・モールス（1385年-1463年　在位：1414年-1463年）の統治期には、ライン流域の大司教領に少なくとも100,000人、ヴェストファーレン公領に59,000人、フェスト・レックリングハウゼンに14,500人の人口を想定している。

ど、統制が存在した面もある。しかし後に見るように、ヴェストファーレン公領においては貴族をはじめとした諸身分の勢力が強く、とりわけ刑事裁判権は諸身分の意向が強く反映される状況にあった。ケルン選帝侯からの影響がなかったわけではないが、基本的にはこの面で高い自律性を持っていたと言う事ができるのである。このようなことを説明するためには、近世のヴェストファーレン公領の状況だけでなく、ケルン選帝侯領全体との関係を述べておかねばならない。

まずはケルン選帝侯領を構成する、ヴァストファーレン公領を除く他２つの地域を簡単に確認しておこう。ケルン選帝侯のお膝元であるライン流域の大司教領は、ケルン市を境として、北部の下ライン部（Oberstift）と南部の上ライン部（Unterstift）とに分けられる。さらに上ライン部、下ライン部共に管区制が敷かれ、これに従って統治されていた。特に上ライン部は、選帝侯の宮廷があるボンやブリュールといった比較的大きい都市が存在し、ライン流域における選帝侯領の中心であったが、しかし多くの細かい飛び地も抱えていた[5]。ボンには後述する世俗上級裁判所や宮廷顧問会が常設された。とはいえやはり後述するように、コミサールであるフランツ・ブイルマンが上ライン部に属するラインバハを中心に活動し、ついには宮廷顧問会と衝突するに至った事を考えると、選帝侯のお膝元である上ライン部であっても選帝侯の支配が完全に行き届いていたというわけではないようである。

ところで、ライン流域における最大の都市であるケルン市については、17世紀においてケルン選帝侯の都市ではなかった。ケルン市は13世紀に政治的独立を勝ち取り、1475年以来帝国都市として振る舞ってきた。これに対してケルン選帝侯はボンに居を移し、ボンが宮廷都市として発展していくこととなった。林毅によれば、17世紀においてケルン選帝侯とケルン市は反目しあっていた[6]。ケルン市には選帝侯領下ライン部における上訴裁判所や選帝侯領全体における最高裁判所が設置されるなど、ケルン市が完全に選帝侯領全体と無関係だったわけではなかったようであるが、やはり基本的にはケルン選帝侯に対して高い独立性を保持してい

[5] 小林、前掲書（註２）、37-38頁。
[6] 林、前掲論文（註２）、239頁。

たと言える。

フェスト・レックリングハウゼンは、ケルン選帝侯領を構成する３つの部分の内、最も小さな領域である。「フェスト」は低地ドイツ地方においては裁判管区を意味しており、レックリングハウゼンと結びついて登場するのは1359年になってからである。レックリングハウゼン市ははじまりとしてはカロリング期の国王宮廷であったと伝えられている。この土地はハインリヒ獅子公の凋落と共にケルン大司教の所領となった。近世においてはレックリングハウゼン市にケルン選帝侯の代官が置かれ、統治を代行していた[7]。

一般的に、ケルン選帝侯領の一部としてのヴェストファーレン公領は15世紀に成立したとされる。ヴェストファーレンという地域的呼称は1180年にハインリヒ獅子公の凋落と共に形成されたが、すでに主要都市であったアルンスベルクや、ヴェルル、リューテンなどはケルン大司教の所領であり、それに加えてゲゼッケ、マルスベルク、ブリロン、メデバッハ、オルペ、アッテンドルン、バルヴェ、メンデンなどが皇帝の側についた大司教に与えられた。ケルン大司教は、この地域における自らの領地の拡大のために新たな都市の建設や軍事的な征服を行い、また自らの影響力を強めるために都市法の授与という方法を用いた[8]。1368年にケルン大司教領がアルンスベルク伯領を獲得すると、この土地がヴェストファーレンの中核となった。そして1444年のビルシュタインとフレーデブルクの征服によって、ザウアーラントとヘルヴェークにおけるケルン大司教領を基盤としてある程度の統一された領域が生じた。14世紀の半ば以来これらの地域は、後述するようにケルン大司教が「マルシャル」

[7] Storm, a.a.O.（註１）, S. 358; 小林、前掲書（註２）、39頁。

[8] アッテンドルンやブリロン、ゲゼッケといった都市は大司教エンゲルベルト一世（1185年-1225年　在位：1216年-1225年）の治世において都市法を獲得することになった。大司教コンラート・フォン・ホッホシュターデン（1205年-1261年　在位：1238年-1261年）はハレンベルク、シュマレンベルク、ヴィンターベルクといった都市を建設し、ハインリヒ二世・フォン・ヴィルネブルクは（1244年-1332年　在位：1304年-1332年）は1311年にオルペに都市法を与えた。Köbler, Art. Arnsberg, in: Historisches Lexikon der deutschen Länder, 1995, S. 22.

と呼ばれる役職を置いて管理させたために「ヴェストファーレン・マルシャル管区（Marschallamt）」と呼ばれていたが、15世紀のこれらの展開によって「ヴェストファーレン公領」は形成された。1449年にハンザ都市であったゾーストがフェーデの結果として大司教領から抜け出ることになったが、これ以降ヴェストファーレン公領の地理的範囲は神聖ローマ帝国の終焉に至るまで変わることはなかった[9]。

ケルン選帝侯領全体における統治の体制についてはどのようになっていたのだろうか。前述の宮廷顧問会は、その始まりを、1469年に選帝侯ルプレヒト（1427年-1480年　在位：1463年-1480年）によって出された中央行政に関する布告に基づいて集められた４人の委員会に見ることができる。当初は不定期かつ開催地も様々であったが、16世紀の前半に固定して宮廷で開催されるようになり、「宮廷顧問会」と呼ばれるようになった[10]。1597年に出された選帝侯の法令によって、宮廷顧問会はボンに常設されるようになった。また、当初は４人だった構成員も、時代が下るにつれて増えてゆき、17世紀には15人にまで増えていた[11]。顧問会は法的な問題をとり扱うことが多かったため、必然的に構成員に占める法学の素養のある人物の割合は大きくなっていった。16世紀の半ばまではランデスヘルが議長役を果たしていたが、16世紀後半には書記長や宮廷長官がその任を果たすようになっていた。彼らは基本的に統治と行政の全体的な問題を取り扱ったが、他方で選帝侯の法令への助言も行った。つまり、宮廷顧問会は、立法や税といった統治の諸問題についての最高機関であったと言える[12]。さらに宮廷顧問会は統治や行政のみならず、後述するように司法の面においても重要な機関であった。

これに対して、15世紀にはヴェストファーレン公領における統治組織も整備されていった。ヴェストファーレンにおける最高の行政府は「ラント代官と顧問会（Landdrost und Räte）」と呼ばれる組織であった[13]。後

[9] Ebd., S. 22; Storm, a.a.O.（註１）, S. 356-357.
[10] Simon und Keller, a.a.O.（註１）, S. 427.
[11] 小林、前掲書（註２）、47頁。
[12] Simon und Keller, a.a.O.（註１）, S. 426-427.
[13] 史料上はしばしばこの「ラント代官と顧問会」という文言が用いられる。

述するように元々は別個に成立したラント代官と顧問会であったが、16世紀の前半にひとつの統治機構として、「官房（Kanzlei）」と呼ばれたりしながら共同で統治を行った[14]。「ラント代官と顧問会」の下には、ケルン選帝侯領の他の部分と同様に、管区（Amt）が統治における重要な区分として存在した[15]。管区においては、管区の管理者が上級、下級の裁判権を行使した。この各管区の長のことは「アムトマン（Amtmann）」と呼ばれるが、近世においては他にも「代官（Drost）」あるいは「長官（Schulte）」という言葉も同様の意味で用いられた[16]。

ヴェストファーレン公領における統治組織についてもう少し詳しく見ていこう。12世紀末にケルン大司教がこの地を獲得して以来、ヴェストファーレンの統治と防衛のためにケルン大司教は「マルシャル（Marschall）」を置き、その任にあたらせた。マルシャルについては、大司教がその任命・罷免の権利を有しており、マルシャルは大司教に忠誠を宣誓しなければならなかった。また、各管区長の任命権は大司教ではなくマルシャルにあった。しかしながら、マルシャルが各管区長を任命できるのは、その官職が質入れされていない場合に限られた。加えて、マルシャル職自体もしばしば質入れされることになった[17]。質入れされ

Klueting, a.a.O.（註１）, S. 451-455.

[14] Ebd., S. 451.

[15] 16世紀半ばにおいて管区と裁判管区は対応していた。以下の27管区が存在したことが判明している。メンデン管区、ヴェルル管区、ネハイム管区、アルンスベルク・ルール流域管区、ケルベッケ裁判区、ヒルシュベルク・アラーゲン裁判区、ベレッケ裁判区、オスティングハウゼン管区、エルヴィッテ裁判区、ゲゼッケ裁判区、リューテン裁判区、ブリロン裁判区、シュタットベルゲ裁判区、コーゲルンベルク管区、カンシュタイン領、エヴェルスベルク管区、ライステ裁判区、ベーデフェルト裁判区、メデバッハ裁判区、上フレーデブルク管区、下フレーデブルク管区、ビルシュタイン管区、ヴァルデンブルク管区、ヴァルベルト裁判区、ヘレフェルト裁判区、シュトクム裁判区、バルヴェ管区。Storm, a.a.O.（註１）, S. 357-358.

[16] Ebd., S. 357.

[17] たとえば、1370年頃にマルシャル職は一度パーダーボルン司教のものになり、これを大司教は1376年に、ゾースト市から2000グルデンもの借金をすることで債務を償還し、再び獲得した。しかし1455年頃のゾースト市とのフェーデに際

た場合、それらの官職は貸し主によって世襲された。15世紀になるとヴェストファーレンの多くの管区や役職が質入れされたが、大司教ディートリヒ二世・フォン・モールスの下で官職の質入れが加速した。

このようにしてマルシャルの権力が衰退していき、必然的にケルン大司教の影響力が低下していくのとは対照的に、ヴェストファーレン公領におけるラント等族の力は中世後期を通じて向上していた。1463年に彼らは大司教に、マルシャルに自分たちの代理人として顧問会をつけることを了承させた[18]。ヴェストファーレンにおける顧問会は、ラント等族の代表としての貴族からなる４人と、実際の統治業務を担当する４人の学識ある市民で構成されていた[19]。ヴェストファーレン公領においては、このような過程を経てマルシャルの権力とケルン大司教の影響力が低下し、ヴェストファーレンの貴族たちと市民たちによって統治がなされていたと言える。

他方、近世のヴェストファーレンにおいて、司法、行政、軍事におけるランデスヘルの代理人としての権限を持っている役人はラント代官であった。この官職がどのようにして成立したのかは不明であるが、ラント代官は遅くとも1482年には官職として存在していたことが分かっている。ラント代官はマルシャルと同様に管区長を含む役人の任命権を持ったが、やはりケルン大司教がラント代官に対する任命・罷免の権限を持っていた。ラント代官はそれまでのマルシャルの役割をほとんど受け継ぎ、アルンスベルク市を拠点として統治を行った。ケルン大司教は、衰退したマルシャルの代わりにこのラント代官の官職を置くことで、ヴェストファーレン公領における自らの影響力を再び強めようとしたのかもしれない。しかしながら、後述するようにラント代官は原則として、この土地、すなわちヴェストファーレン公領の出身であることが求められた[20]。先述の顧問会も、その市民階層の構成員はアルンスベルクに居住してお

し、その費用のためにマルシャルの職はナッサウ＝ディレンブルク伯ヨハン四世（1410-1475年）のものになった。Janssen, a.a.O.（註１）, S. 251-252, 258-260.

[18] Klueting, a.a.O.（註１）, S. 452.

[19] Ebd., S. 454.

[20] Ebd., S. 452-454.

り、結果としてアルンスベルクが公領の中心となった[21]。これらを合わせてしばしば「官房」と呼ばれるが、この「官房」は1590年にさらに拡大し、１名の統治のための事務官とその下で働く多くの役人、さらにラント造幣官、ラント書記、それとは別の公証人、検事（Advokatus fisci）、そしてランデスヘルの役人として上級財務官（Oberkellner）と上級狩猟役人（Oberjägermeister）が属していた[22]。

大司教の代理人と言っても、生地主義の原則もあって、ラント代官を務めるのはヴェストファーレンにおいて権勢を誇る貴族である場合がほとんどであった。17世紀の初めにおいてヴェストファーレン公領におけるラント代官はカスパル・フォン・フュルステンベルク（1545年-1618年　在任：1613年-1618年）であり、彼は亡父フリードリヒ（1510年-1567年）よりビルシュタイン、ヴァルデンブルクの管区を継承し、これに加えてドロールスハーゲン、ヴェンデン、オルペ、アッテンドルン、フレーデベルクの管区など公領の約４分の１において管区長であった[23]。本論稿の対象である学識法曹ハインリヒ・フォン・シュルトハイスは主として彼の管区で裁判を指揮しており、彼らの間には個人的な交友関係もあったようである。また、近隣のパーダーボルン司教ディートリヒ･フォン･フュルステンベルク（1546年-1618年　在位：1585年-1618年）は彼の弟であり、カスパルは彼にとっての助言者としてパーダーボルン司教領にも影響力を持った[24]。カスパルはケルン大学において法学を学び、1563年に法学の博士号を、1566年に教授資格を獲得していた[25]。カスパルの後任であったヴィルヘルム・フォン・バイエルン（?-1657年　在任：1618年-1624年）がケルン選帝侯エルンスト・フォン・バイエルン（1554年-1612年　在位：1582年-1612年）の子であったように、ラント代官の選出についてはランデスヘルの意向が強く反映される場合もあったようで

[21] Storm, a.a.O.（註１）, S. 357.

[22] Klueting, a.a.O.（註１）, S. 454.

[23] Lahrkamp, Richtering, a.a.O.（註１）, S.9; Schormann, a.a.O.（註２）, 1977, S. 100.

[24] Decker, a.a.O.（註２）, 1981/1982, S. 342.

[25] Conrad, a.a.O.（註１）, S. 112.

あるが、しかし彼にしても生まれはアルンスベルクであり、生地主義に反してはいない[26]。実際、エルンストの後任として1624年以降にラント代官を務めたフリードリヒ・フォン・フュルステンベルク（1576年-1646年　在任：1624年-1646年）はカスパル・フォン・フュルステンベルクの子であった。このように、ヴェストファーレン公領におけるラント代官は当地の有力貴族が務めており、各管区長もヴェストファーレンの貴族によって占められていたのである[27]。

次にケルン選帝侯領における司法制度について見ておきたい。当初、ライン流域のケルン選帝侯領においては、ボン、ケルン、アンダーナッハ、レッヘニヒ、ノイスに上級裁判所が存在した。しかし、16世紀前半以降、選帝侯領における裁判機関の制限が試みられた。実際に1537年の法令によって裁判機関の数は制限され、ボンとケルンにおける裁判所がライン流域の司教領において上訴裁判所と定められ、ボンの裁判所が上ラインの、ケルンの裁判所が下ラインの下級裁判所にとっての上訴裁判所となった。これによって両裁判所は、「世俗上級裁判所（Hohes weltliches Gericht）」と呼ばれた[28]。さらにケルン市に常設された「世俗宮廷裁判所（Weltliche Hofgericht）」はライン流域における両世俗上級裁判所から上訴された事件を取り扱うのみならず、ケルン選帝侯領の他の地域からの上訴も引き受けた。ただし、宮廷顧問会に係属する事案はこの例外にあたった。宮廷顧問会と宮廷裁判所の管轄範囲は複雑に入り組んでおり、個別の事案ごとにばらばらであった。とはいえ、宮廷裁判所と宮廷顧問会は共に上訴裁判所として活動しながら、他方で宮廷顧問会は宮廷裁判所に対する上訴審として帝国最高法院と共に利用されたので、一般的には宮廷顧問会が選帝侯領全体の裁判における最高機関であったようである[29]。

---

[26] Klueting, a.a.O.（註１）, S. 453.

[27] Ebd., S. 454. ヴェストファーレン公領の貴族たちについては、以下を参照せよ。Müller, a.a.O.（註１）.

[28] Strauch, a.a.O.（註１）, S. 819. なお、ボンの世俗上級裁判所は同時にボン市や周辺の村落における第一審でもあった。Walter, a.a.O.（註１）, S. 139.

[29] Simon und Keller, a.a.O.（註１）, S. 435-436.

ただし、これらは現在で言う民事事件に相当するようなケースの話であり、刑事事件については事情が異なる。刑事事件に関しては選帝侯領全体にわたる権限を持つ裁判機関は存在しなかった[30]。確かにケルンとボンの世俗上級裁判所は宮廷顧問会と並んで中央の裁判機関としての権限を持っていたが、その権限はライン流域の司教領に限られており、ヴェストファーレン公領における流血裁判権の頂点はアルンスベルクの統治機関（すなわちラント代官と顧問会）であった[31]。この点において、ヴェストファーレン公領においてはケルン選帝侯に対する広範囲にわたる独立性が保たれていた[32]。さらに、G. ショアマンに拠れば、ケルン選帝侯領においては16、17世紀の間、管区ごとに参審人裁判所が上級裁判権を行使していたようである。ここでは７～14名の参審人が定められ、裁判官である管区長の下で裁判を担当した[33]。上述のようにヴェストファーレン公領の管区長は周辺の有力貴族であった[34]。ベーリンガーもまた、刑事裁判権が「貴族に質入れされていた」と評している[35]。

以上見てきたように、ヴェストファーレン公領における刑事裁判権については、各管区に参審人裁判所が存在し、ラント代官と顧問会がその上訴審であった。15世紀までの質入れの結果として官職は貴族たちの手に保持され、またラント代官は基本的に現地出身の貴族が任命され、顧問官達は現地の貴族たちと市民たちによって構成されていた。確かに法令の公布等でケルン大司教（選帝侯）は影響力を持ち得たが、ヴェストファーレン公領における刑事裁判権については、ほとんどヴェストファーレン公領の諸身分に委ねられていたと言ってよい。すなわち、近世のヴェストファーレン公領においては、統治においても刑事司法においても、貴族をはじめとする諸身分がケルン大司教に対する高い自律性

---

[30] 小林、前掲書（註２）、48頁。

[31] Ebd., S. 436.

[32] Ebd., S. 427.

[33] Schorrmann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 3 0.

[34] Ebd., S. 30.

[35] Behringer, a.a.O.（註２）, p. 116；ベーリンガー、前掲書（註２）、169頁。なお、邦語訳では貴族に「牛耳られていた」と訳されているが、ここは前述のように「質入れされていた」と読むべきであろう。

を持っている状況にあったと言える。このような状況において、ヴェストファーレン公領の苛烈な魔女迫害が展開したのである。

（2）魔女裁判をめぐる状況

ベーリンガーに拠れば、ケルン選帝侯領はヨーロッパでも最大規模の苛烈な迫害の中心地であった[36]。彼は1626年から1635年に至るまでのケルン選帝侯領全体での処刑者数をおよそ2,000人としているが、これは彼によって取り挙げられたその他の地域より随分と苛烈であったように見える。というのも、彼が表にした「最大規模の魔女狩り」の中でも、ロレーヌ公領（1580年-1620年）やメクレンブルク（1570年-1630年）では40年や60年の間で2,000人規模の処刑があったのに対して、ケルン選帝侯領はわずか10年間の出来事だからである[37]。デッカーによると、1630年頃にヴェストファーレン公領においてはおよそ1,100件の裁判が確認でき、その際に逮捕された人の80％以上が処刑されている[38]。ここからヴェストファーレン公領における魔女迫害の苛烈さが推測できるだろう[39]。

ベーリンガーはヴェストファーレン公領を含めたケルン選帝侯領における魔女迫害の時期を1626年から1635年の間と定めているが[40]、ガウリッヒはより細かく1590年頃、1630年頃、1655年頃の３つの時期に分けている[41]。これらのうち､最も多くの被害者を出したのは1628年から1630年までの時期であるとされており、同時期はヴュルツブルク司教領においても900人もの死者を出すなど、超領域的な裁判件数の高まりが特徴

---

[36] Behringer, a.a.O.（註２）, p. 130, Table 4.3. また、ケルン選帝侯領における迫害の展開については小林、前掲書（註２）、74-82頁にも詳しい。

[37] Behringer, a.a.O.（註２）, p. 150.

[38] ベーリンガーの表に拠ると1560 ～ 1670年におよそ1350名の処刑があったとされるスコットランドであるが、スコットランド高等法院における処刑率は、約54％ほどだと言われている。ジェフリー・スカール、ジョン・カロウ（小泉徹訳）『魔女狩り』岩波書店、2004年、54頁、表２。

[39] Decker, a.a.O.（註２）, 1981/82, S. 362, 374.

[40] Behringer, a.a.O.（註２）, p. 130, Table 4.3.

[41] Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 309.

となっていた[42]。それに比べ、1655年頃の迫害は規模が小さいものであったことが知られている[43]。

従来、ケルン選帝侯領での迫害の苛烈さの原因は、大司教であり選帝侯でもあったフェルディナント・フォン・バイエルン（1577年-1650年在位：1612年-1650年）にあると見なされてきた。フェルディナントは、ベーリンガーが述べるところの、ヨーロッパにおける「魔女迫害司教」の一人に数えられる[44]。ショアマンはケルン選帝侯領における魔女迫害を、若い頃にトリーアで教育を受けたこの選帝侯による、「絶滅プログラム」であると評価している[45]。林毅もまた、ケルン市での魔女迫害増大

---

[42] なぜこの時期にケルン選帝侯領で激しい迫害が行われたのかについては、多様な原因が主張されてきた。例えば、ベーリンガーなどはこの超領域的な魔女迫害の原因を極端な天候不順やそれに伴う不作と飢饉、疫病に求めている。中央ヨーロッパ全体で迫害が激化したと言われる時期は気候史上で「小氷期」と呼ばれる時期であり、とりわけ1620年代後半は、シュトゥットガルト市民の日記やフランケンのツァイルという都市の市長の記録などから、異常気象に見舞われたということがわかっている。とりわけ、このツァイルの市長ヨーハン・ラングハウスの記録からは、当時の人々が霜による穀物の破壊を魔女の魔術によるものであると考えていたことが分かる。Behringer, a.a.O.（註２），pp. 113-114; 黒川正剛『図説　魔女狩り』河出書房、2011年、95-99頁を参照。

[43] Gawlich, a.a.O.（註３），S. 309.

[44] この「魔女迫害司教」にはフェルディナント・フォン・バイエルンの他に、ヴュルツブルク司教フィリップ・アドルフ・フォン・エーレンベルク（Philipp Adolf von Ehrenberg）（1583年-1631年　在位：1623年-1631年）、マインツ選帝侯ゲオルク・フリードリヒ・フォングライフェンクラウ（Georg Friedrich von Greiffenklau）（1573年-1629年　在位：1626年-1629年）、バンベルク司教ヨハン・ゲオルク二世・フックス・フォン・ドルンハイム（Johann Georg II. Fuchs von Dornheim）（1586年-1633年　在位：1623年-1633年）などが含まれている。彼らの中でも、フェルディナントの在位期間中に処刑された魔女の数は群を抜いている。Behringer, a.a.O.（註２），p. 109を参照。

[45] Schormann, a.a.O.（註２），1991. とりわけその主張は「全ての背後には選帝侯がいた。当局の管理はまったく明白である」という言葉によって表現されている。Ebd., S.44. この Schormann のケルン選帝侯領における魔女迫害観を、小林繁子は „Schormanns These“ と呼んでいる。Kobayashi, a.a.O.（註２），S. 84.

の原因をフェルディナントの政策に求め、「カトリック教を擁護しようとする彼の厳しい態度は、同時に厳しい魔女追及となって現れた」と述べている[46]。

ショアマンがフェルディナントをしてケルン選帝侯領における魔女迫害の主導者であると主張する要因は、ケルン選帝侯領で1607年と1628年の二度にわたって公布された魔女裁判令、とりわけ後者の法令にある[47]。一度目の魔女裁判令は1607年７月24日に公布されたものであり、この法の中においてフェルディナントは「選任され認められたケルン大司教区の協働司教にして管理者」として、叔父である選帝侯エルンストとともに名を連ねている[48]。この裁判令は大部分において1532年に公布された『カロリナ』を基盤としている[49]。例えば裁判令の冒頭には、基本的な手

---

[46] 林、前掲論文、239頁。ちなみに林は自由帝国都市ケルンにおける魔女裁判の件数が、バンベルク、ヴュルツブルク、トリーアなどの他都市に比べて少なかった社会的原因として、（１）経済的繁栄にともなって上層市民の間に理性的（魔女裁判に対して批判的）な考え方が存在していたこと、（２）大司教（選帝侯）とは対立関係にあり、魔女狩り政策が影響を及ぼしにくかったこと、（３）正規の裁判手続の前段階として、被疑者の釈放の権利すら持った、都市参事会による予審手続があったことを挙げている。同上、227-249頁。

[47] これらの魔女裁判令の成立については、以下の文献を参照。Heuser, a.a.O.（註２）, 2015.

[48] Wolfgang Behringer, Hexen und Hexenprozesse in Deutschland, München 1988, S. 237. „erwaehlter und bestaetigter Coadjutor und Administrator des Erzstiftes Coeln“.

[49]『カロリナ』については次の文献を参照。Friedrich Christian Schroeder, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532, in: Schroeder (Hrsg.), Die Carolina, 1986, S. 305-337; Hinrich Rüping, Günter Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 6. Auflage, München 2011, S. 40-48.　また、『カロリナ』の原文についてはレクラム版として以下の２つが存在するが、新版である後者を利用した。Gustav Radbruch (Hrsg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), Stuttgart 1967; Friedlich Christian Schroeder (Hrsg.), Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina), Stuttgart 2000. 更に、『カロリナ』については邦語訳が存在するため、和訳する際には以下の文献を参照し、新しい上口訳を基本的に利用しつつ、適宜塙訳を参照した。塙浩「〈資料〉

続において『カロリナ』を参照することを明言している。また、魔女裁判令は原則的に告訴訴訟を想定しており、私人である原告が被告人の拘束に際して保証金および保証人を提出せねばならず、あるいは判決が下されるまでの間自ら拘束されねばならないと定めていた。また、仮に無罪判決が出た場合、原告は裁判費用等の負担を求められた。その一方で、魔女の罪に対して私人である原告が進みでない場合、魔女裁判令は補足的に糺問訴訟を認めている。当局はこれにより、単純な容疑や告発に基づいて調査を始めることができた。この場合、告発者には一切の危険がなかったため、「選帝侯領におけるほぼ全ての証明可能な手続が糺問訴訟として進められるという結果になった」とガウリッヒは述べている[50]。また、被告人が魔術について悪評ある人物であるという証言に２名の公平なる証人を求める一方で、拷問され自白した魔女による供述を、別の被告に対する立証手段として認めていた[51]。

加えて、この魔女裁判令は、拷問の利用のための「完全な徴表」を提示している。徴表とは、刑事裁判において扱われる証拠のうち、間接事実（主要事実ではない、当該犯罪に関する被告の「疑わしさ」を表すもの、状況証拠）のことで、『カロリナ』では徴表の証明がなされてはじめて拷問の使用が認められていた[52]。このため、徴表が証明されるか否かが、

カルル五世刑事裁判令（カロリナ）」『神戸法学雑誌』第18巻、1968年、210-299頁；上口裕「翻訳　カール５世刑事裁判令（1532年）試訳（１）（２）（３・完）」『南山法学』第37巻１・２号、2014年、149-200頁；第37巻３・４号、2014年、299-348頁；第38巻１号、2014年、243-288頁。

[50] Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 301.

[51] Decker, a.a.O.（註２）, 1981/82, S. 348; Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 301; Schormann, a.a.O.（註２）, 1995, S. 184.

[52] 以下の文献を参照。公文孝佳「糾問手続における微憑依（状況証拠）と自白に関する一考察」『神奈川法学』第37巻１号、2004年、141-178頁、ここでは145頁；牟田和男『魔女裁判－魔女と民衆のドイツ史』吉川弘文館、2000年、45-46頁；若曽根健司「徴表と有罪の理論をめぐる一問題：カロリーナにおける」『熊大法学』第130号、416-329頁、ここでは413頁。牟田和男は、「徴表」とは「有罪と認めるべき証拠がどの程度まで揃っているか、疑わしさの程度を可能な限りその構成要素に分解し、その個々の要素の集積によって程度を判断しようというもの」だと説明している。これらは合算されて、より強い徴表となりうるという。

魔女裁判において決定的な要素のひとつであったのであるが、『カロリナ』第44条[53]に示された「完全な徴表」に新たな項目を追加し、魔女裁判令では合計13項目を挙げている[54]。

ただし若曽根健治に拠れば、『カロリナ』においては「徴表のみによる有罪の認定は禁じられ」ており、「有罪判決は自白、あるいは証言が得られるときに初めて下されうる」ため、「徴表に基づいて拷問はなしうるが、徴表に依拠して有罪判決を下すことはできぬ」ということになっている。また、徴表の立証については以下の文献を参照。藤本幸二「中近世ドイツにおける証拠法の変遷について：カロリーナ刑事法典における法定証拠主義を中心として」『一橋論叢』第125巻１号、2001年、69-86頁。

[53] Schroeder (Hrsg.), a,a,O.（註49）, 2000, S. 45. „44. Item so jemandt sich erbeut andere menschen zauberei zu lernen, oder jemands zu bezaubern bedrahet vnd dem bedraheten dergleichen beschicht, auch sonderlich gemeynschafft mit zaubern oder zauberin hat, oder mit solchen verdechtlichen dingen, geberden, worten vnd weisen, vmbgeht, die zauberey auf sich tragen, vnd die selbig person des selben sonst auch berüchtigt, das gibt eyn redlich anzeygung der zauberey, vnd gnugsam vrsach zu peinlicher frage.“ 上口、前掲論文（註49）、2014年、173-174頁。「第44条　同じく、何びとかが、魔術（zauberei）を教えることを他の者に申し出た場合、他人に魔術をかけると脅迫し、脅迫された者にその種のことが生じた場合、特に男女の魔術師と交友関係を持ち、若しくは、魔術の特徴を帯びた怪しげなる物、身振り、言辞、記号を用いた場合において、当該人物について従来より魔術の風評があるときは、魔術の適法な徴憑かつ拷問を行う十分な理由である。」

[54] 13項目は次の通り。（１）別の人に魔術を教えることを申し出た者、（２）疑わしい、または悪態をつく者、（３）ある人に害をなすと脅す、またそれをなす者、（４）魔術的人物と親しいつながりを持つ者、（５）自らをそれにより特徴づける者、（６）魔術的な言葉を使用したり、盗まれた物を再び見つけ出すと申し出る者、（７）魔術的な物品および様子とともに噂が広がっている者、（８）近隣の人や家畜に不幸があったところのとある場所にとどまる者、（９）そのそばに魔女の深鍋あるいは他の魔術的物品を持っている者、(10) はっきりした証人によって非難された者、(11) 一般に悪評のある者、(12) その逮捕の際に深く意気消沈した様を表明した者、(13) 魔女の印を持つ者。Johann Josef Scotti, Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in dem vormaligen Churfürstenthum Cöln (im rheinischen Erzstifte Cöln, im Herzogthum Westphalen und im Veste Recklinghausen) über Gegenstände der

しかし、このような司直による大量裁判を助長するような魔女裁判令の公布にもかかわらず、1607年の魔女裁判令は際だった魔女迫害を引き起こすことはなかった。ショアマンは1616年にケルン市の対岸にあるドイツで逮捕されたある女について、ボンにおいて「十分に資格があり教養のある聖職者によって」説教を受けるように、という裁定が下されたことを指摘している[55]。そのことにより彼はまた、この時期に関して「魔女裁判令が全く存在しないかのようだった」と評価している[56]。しかしながら、この魔女裁判令は1628年に再度確認され、また新たに魔女裁判の経済的な問題についての補足が付け加えられた。この補足は次のように定めている。ある人が魔女の訴えのゆえに逮捕されたなら、ただちに選帝侯の役人は２名の参審人と裁判書記と共に被告人の財産目録を作成する。被告人が処刑されたなら、被告人の（配偶者のものではない）家産から子供の相続分が、子供がいないのであれば半分が、国庫に入れられた[57]。そこから裁判にかかった費用を捻出するように定められている[58]。この1628年の魔女裁判令には、魔女裁判の従事者に支払われるための料金に関する税についての記載もある[59]。

魔女裁判令は確かに後述の魔女裁判における金銭的な問題を解決し、大量裁判への道を拓いたように見える。この裁判令は裁判従事者による不法な利益や被告人の家族に対する過度の経済的負担を取り除くことができたかもしれない。事実として、1628年には裁判件数は２度目の波を

Landeshoheit, Verfassung, Verwaltung und Rechtspflege ergangen sind : vom Jahre 1463 bis zum Eintritt der Königl. Preußischen Regierungen im Jahre 1816, Abt.1 in Teil. 2, Düsseldorf 1831, Nachtrag S. 10-11; Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 36f. この中で、『カロリナ』から追加されたのは（８）、(10)、(11)、(12)、(13) の５項目である。註53を参照せよ。

[55] Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 184.

[56] Ebd., 1991, S. 184.

[57] 小林、前掲書（註１）、235-236頁。

[58] ここで余剰分が選帝侯の自由裁量に任されていたことは留意しておく必要がある。というのも、ショアマンはこの規定によって選帝侯が私腹を肥やしたとして、選帝侯を非難しているからである。Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 302.

[59] Ebd., S. 302-303; Schormann, a.a.O.（註２）, 1995, S. 184.

迎えている。しかしながらガウリッヒによれば、財産目録の作成はただでさえ時間のかかる作業であり、「複雑な財産状況と、支払うつもりのない被害者」つまり被告人の家族とによって、さらに困難になった[60]。裁判件数が多くなればなるほど、この規定が影響力を持つことは少なくなった[61]。以上のことから、ガウリッヒはこの魔女裁判令が魔女裁判件数の上昇に果たした役割を積極的に評価してはいない。

まとめると、ケルン選帝侯領における激しい魔女迫害については、しばしばショアマンなどの研究者によって当時の選帝侯に原因が帰されていた。選帝侯は1607年と1628年の２度にわたって魔女裁判令を公布し、魔女迫害に積極的であったからである。とはいえ、ショアマンに拠ればこれらのうちの最初の法令はただちに影響を及ぼすようなものではなく、また1628年の魔女裁判令も、ガウリッヒに拠れば魔女裁判の拡大に大きな役割を果たしたとは言い難い。結局の所、魔女裁判令は魔女裁判を大規模化させ、容易にさせる一要因ではあったであろうが、これのみでケルン選帝侯領における連鎖的で壊滅的な魔女裁判を引き起こすには至らず、よって魔女裁判令の内容はケルン選帝侯領における魔女裁判の拡大に直接的な影響を与えなかったと評価できるだろう。むしろ、1607年の魔女裁判令が魔女裁判において学識法曹の活用を想定し、推奨していたということの方が、魔女裁判の拡大という点においては重要なことである[62]。というのも、次に検討する魔女コミサールたちこそ、このような魔女裁判のために用いられた学識法曹たちであったからである。

（３）魔女コミサール

「魔女コミサール（Hexen-Kommissar）」とは、魔女研究において、魔女裁判のために裁判の起こっている現地に派遣された学識法曹たちを示す言葉として用いられている。魔女裁判に学識法曹を派遣する（あるいは学識法曹を招聘する）という現象は神聖ローマ帝国各地で見られた現象である。例えば、ディリンガーに拠れば、そのような現象はトリーア

---

[60] Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 303.

[61] Ebd., S. 303.

[62] Ebd., S. 302; Becker, a.a.O.（註２）, 2005, S. 198-199.

選帝侯領やバンベルク司教領において確認されている[63]。またエルヴァンゲン司教領[64]においても、顧問官に魔女裁判の遂行を委任し、派遣するという類似の仕組みがあったようである[65]。そして同様に、ケルン選帝侯領においても、「魔女コミサール」が魔女裁判のために投入された[66]。

ケルン選帝侯領における「魔女コミサール」に最初に注目したのは、ショアマンに拠れば1959年に刊行されたF. W. ジーベルの学位論文であった[67]。ジーベルの研究対象はケルン市の魔女裁判であり、彼は「コミサール」という言葉を使わずにただ「参審人」あるいは「博士」と呼んでいる。彼は有名なカタリナ・エノートの裁判において彼ら学識法曹が大きな役割を果たしたことを認めており、また彼らが魔女裁判の拡大に寄与したと述べている[68]。続いてヴェストファーレン公領の魔女迫害についての地域史的研究を行ったデッカーは、ヴェストファーレン公領での

---

[63] Johannes Dillinger, Hexen und Magie: Eine historische Einführung, Frankfurt a.M. 2007, S. 98-99.

[64] エルヴァンゲン司教領については以下の文献を参照。Köbler, Art. Ellwangen, in: Historisches Lexikon der deutschen Länder, 1995, S. 148-149.

[65] Wolfgang Mährle, „Oh wehe der armen seelen". Hexenverfolgungen in der Fürstpropstei Ellwangen (1588- 1694), in: Johannes Dillinger, Thomas Fritz, Wolfgang Mährle (Hrsg.), Zum Feuer verdammt. Die Hexenverfolgungen in der Grafschaft Hohenberg, der Reichsstadt Reutlingen und der Fürstpropstei Ellwangen, Stuttgart 1998, S. 325-500; Ders., Fürstpropstei Ellwangen, in Sönke Lorenz, Jürgen Michael Schmidt (Hrsg.), Wider alle Hexerei und Teufelswerk. Die europäische Hexenverfolgung und ihre Auswirkungen auf Südwestdeutschland, Stuttgart 2004, S. 377-386.

[66] Schormann, a.a.O.（註２）, 1991; Ders., a.a.O.（註２）, 1995. 同様に、小林繁子は「魔女裁判監督官は本来、ボンとケルンの世俗裁判所である宮廷裁判所（Hofgericht）に参審人として所属する学識法曹である。……彼らは必要に応じて地方の裁判所に送られ、法学の素養のない現地の裁判官や参審人に裁判手続その他について監督し、助言を与えることになった」と述べている。小林、前掲書（註２）、150頁。略は筆者による。

[67] Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 76. ジーベルの学位論文は Siebel, a.a.O.（註２）.

[68] Siebel, a.a.O.（註２）, S. 101.

魔女裁判を、「大量殺戮の遂行のために、代官と高等裁判権保持者は大学で学んだ法律家をコミサールとして任命し、それと並んで正規の裁判官と参審人は端役のみを与えられた」と述べている[69]。彼らが関与した裁判の判決文には、「公平にして中立な学識法曹の助言により（mit Rat unparteiischer Rechtsgelehrter）」という文言が付随した[70]。以上のようにジーベルとデッカーは、ケルン選帝侯領における魔女裁判におけるコミサールたちの影響力と主体性を大きく評価している。

これに注目しつつ、魔女迫害を選帝侯や宮廷顧問会による計画的迫害であったと主張したのがショアマンであった。ショアマンは特別な学識法曹である「魔女コミサール」の存在を重視しているが、しかしショアマンはケルン選帝侯領での魔女迫害を、選帝侯と宮廷顧問官主導の計画的魔女迫害であると捉えている。つまり魔女迫害は「上からの」迫害であり、そこにおいてコミサールには迫害遂行のための専門家という評価が与えられている。1607年の魔女裁判令は「まず初めに次のことを理解しているべきである。お前たち〔現地の裁判役人たち〕は疑わしく、その理解力を上回る事件において、つねに公平なる法に精通した人々、あるいは上級裁判所に刑事裁判令に従って相談すべきであり、それについて自分でなにかを行ったり判決を下したりするべきではない」と定めている[71]。また、1628年の魔女裁判令においても同様の文句が繰り返されている。「疑わしく、また参審人たちの理解力を上回る事態が生じたならば、それについて別の公平なる学識法曹に相談するべし」[72]。ショアマンはこの1628年の魔女裁判令の１年前にはこの特別な学識法曹の派遣が

---

[69] Decker, a.a.O.（註２）, 1981/82, S. 358.

[70] Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 305.

[71] Behringer, a.a.O.（註48）, S. 237f.〔 〕は筆者による。 „Undt Anfangs sollen sie wissen, daß sie in zweuffelhafftigen undt ihrem Verstandt ueberstiegenden pfhaellen, allezeit unpartheysche Rechtsverstendige, oder daß Oberhaubtgericht vermoegh der peinlichen Halßgerichts-Orrdtnungh consuliren und fuer sich selbsten nichts vornehmen oder erkennen sollen“.

[72] Scotti, a.a.O.（註54）, S. 18, „Solten nun zweiffelhaftige und dern Scheffen Verstand übersteigende Casus vorkommen, daruber andre unparteiliche Rechtsgelerten zu consultiren“.

行われていたと述べている[73]。

しかしながら、ショアマンの著書が公刊された翌年にT. P. ベッカーは、魔女裁判への学識法曹の投入がケルン選帝侯ではなく地方の裁判領主によってなされたと主張し、ショアマンの主張に反論した[74]。ベッカーの議論は次のようなものである。まず民衆による魔女迫害の要請があり、これに突き動かされて地方の裁判権保有者が魔女裁判を開始する。これが不幸な連鎖によって大規模化すると、徐々に法学上の批判と混乱が顕在化してくる。このように裁判の遂行に問題が生じて初めて、裁判権保有者は「魔女コミサール」を招聘する。ベッカーはこの根拠として、1630年におけるシュヴァルツラインドルフの裁判領主（同地の女子修道院の院長）が、裁判が行き詰まった際に自発的に参審人を召集し、彼らに「フランツ・ブイルマン博士を代弁人（advocaten）および法律顧問（consiliarius）として任命させた」例を挙げている[75]。ベッカーは、こうなって初めて学識法曹は裁判に影響を及ぼすことができるようになったのであるから、ショアマンの言うように選帝侯や宮廷顧問会が魔女迫害を主導・管理するために学識法曹を派遣したのではないと述べる。ここから解るように、両者の間には魔女迫害の原動力に関する大きな見解の違いがある。ショアマンが迫害の原動力を選帝侯や宮廷顧問会などの上層に見出しているのに対し、ベッカーは「下からの迫害」、すなわちケルン選帝侯領における魔女迫害を求める民衆による突き上げを重視しているのである。

このようなベッカーの「下からの迫害」の主張はおおよそ正しいと考えられ、受け容れられているのみならず[76]、今日の魔女研究の動向にも沿うものである[77]。また、ベッカーの言うように、現地の裁判権保有者

---

[73] Schormann, a.a.O.（註２），1991, S. 68-69.

[74] Becker, a.a.O.（註２），1992.

[75] Becker, a.a.O.（註２），2005, S. 199.（ ）は筆者による。

[76] 例えば以下の文献が同様の立場を示している。Gawlich, a.a.O.（註３），S. 297-320; Kobayashi, a.a.O.（註２），S. 77-85; 小林、前掲書（註２）。

[77] これについては、拙稿「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判－ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を手掛かりにして（１）」『北大法学論集』第70巻４号、13-15、20頁を参照されたい。

がコミサールを召集したという見方は、本章で既に確認したヴェストファーレン公領における、貴族たちによる自治的な統治・司法の状況とも、良く符合するように思われる。とはいえ、ケルン選帝侯の側の迫害の意思や、また魔女裁判令なども魔女裁判の拡大に影響したと考えられるだろう。唯一の原因を定めるのではなく、様々なレヴェルでの迫害の構造を確認していくという近年の研究動向からしても、やはり現地の裁判権保有者たちと選帝侯の側の両方の思惑や要請の合致したところで、ケルン選帝侯領の魔女迫害が展開されたと考えるべきだろう。

そもそも「魔女コミサール」は制度上どのような存在であり、権限を持っていたのだろうか。結論から述べるならば、現存するケルンの法令の中には、管見の限りで「魔女コミサール」についての規定は存在しない。1607年および1627年の魔女裁判法令でも「法に精通した人々(Rechtsverstendige)」や「学識法曹(Rechtsgelerten)」という言葉が用いられている[78]。これに関連して、ベッカーのショアマンに対する反論、およびその後に公表されたA. ホイザーの論文には注目すべき点がある。

ベッカーはショアマンの主張を批判する中で、同時代の史料上これらの「魔女コミサール」が「コミサール(Commissarius)」と表記されていること、「魔女の」を表す「sagarum」やそれに類する言葉が附属していないことを指摘している[79]。ベッカーに拠れば、「コミサール」とは「大学で法学を学んだ法律関係の役人」であり、必ずしも魔女裁判と関係したわけではなかった。ベッカーはコミサールを、「ケルンの世俗上級裁判所にて(あるいは、ボンの世俗上級裁判所を付け加えうる)、参審人として職務を果たしていた学識ある法律家たち」と定義している[80]。そして、彼は従来の「魔女コミサール」もまた、たいていは両裁判所の参審人であったと述べる。ベッカーの主張はすなわち、「魔女」に特化したコミサールがいたのではなく、より広い裁判を担当した「コミサール」

[78] Behringer, a.a.O.(註48), S. 237f; Scotti, a.a.O.(註54), S. 18. 註71、72を参照。
[79] Becker, a.a.O.(註２), 1992, S. 209.
[80] Ebd., S. 209. ただし、この定義は非常に複雑な状況と対峙させられている。註81を参照されたい。

が魔女裁判に招聘され裁判を遂行した、というものである[81]。

恐らくはこのような見解を踏まえつつ、ホイザーは、エッセンの法律顧問であり、フェスト・レックリンクハウゼンにおける魔女裁判にも携わった教授資格保有者であるフリードリヒ・ヒルトロップの次の言葉を引用しながら「魔女コミサール」の制度の概要を析出している[82]。「権限

[81] ベッカーの主張（当時の史料において「コミサール」に「魔女の」を示す語が附属していなかった）については、それを裏付けるかのような多くの史料と同時に、反論となりうる史料が存在しており、後者を前にしてベッカーは「魔女コミサール」が同時代的な言葉として存在したと認めている。例えば、1631年９月12日の宮廷顧問官の記録のなかに、後述のフランツ・ブイルマンを「魔女コミサール（hexen commissarius）」と表記しているものがある。ただし、ベッカーはこの記録について詳述していないため、これがどのような文脈で登場した言葉であるのかはわからない。また、1616年９月（ショアマンに拠れば1607年７月２日付けであるが、ホイザーはこれが誤りであると指摘している。）にヴェストファーレン公領においてラント代官と顧問会に選帝侯が、両法博士クリスティアン・クラインゾルゲンと教授資格保有者ヨープスト・ヘッカー（ショアマンに拠ればヨープスト・フォン・ホクサー（Jobst von Hoxer））を「魔術の糺問の一般コミサールとして（zu Generalcommissarien inquisitionis magiae）」派遣した旨の記述がある。これについて付け加えるなら、これがゲゼッケ市の魔女裁判記録の中の1680年のある裁判についての古い料金規定にメモとして付されている記述であるという点は見逃せない。というのも史料の残り方からして、同時代の記録である可能性も、また正式な任命時の表記である可能性も不明瞭になってしまうためである。以上の２つの史料から、ベッカーは「魔女コミサール（Hexenkomissar）」という言葉が同時代的に通用した言葉であると結論している。さらに、彼に拠れば、ケルン選帝侯領の各地における魔女裁判において活動していたヤン・メーデン博士は、ケルン選帝侯領の臣民ではなく、ユーリッヒ公領の人間であったとされる。これを彼は魔女コミサールについての文脈で論じている。これを受けてベッカーは、「魔女コミサールとして有名になった魔女裁判の際の法律顧問が、また必ずしも両ケルン選帝侯領上級裁判所の構成員であらねばならないわけでもない」と述べているのである。このようなコミサールを巡る状況の複雑さについては、以下で続けて紹介するホイザーの整理によって明快に解きほぐされている。Schormann, a.a.O.（註２），1991, S. 79-80; Becker, a.a.O.（註２），2005, S. 199-200; Heuser, a.a.O.（註２），2017, S. 94.

[82] Heuser, a.a.O.（註２），2017, S. 93-101.

委譲（delegatio）は、ある場合は特別（specialis）であり、またある場合は一般（generalis）であり、更にある場合は全権（universalis）である」[83]。ヒルトロップの説明に拠れば、「特別委任」とは個別の事件に関して法的助言をあたえることである[84]。また、「一般委任」とは複数の事件を委任する場合とされる[85]。そして「全権委任」とは、一定の地域の全ての事件が委ねられている場合を指すとされる[86]。ホイザーはこの近世における権限委譲のシステムに従って、「コミサール」について次のように整理している。「全権委任」は、魔術や魔女に関する裁判全てないしは刑事裁判全てについての法的助言をラント全体にわたって行うが、上で述べたようにとりわけ刑事裁判権については分散してしまっているケルン選帝侯領においては、全権の委譲は行われ得なかった[87]。ほとんどの場合、法学者たちに与えられたのは「一般委任」であった[88]。ホイザーは、このような法律家については、正しく「刑事におけるコミサール」また

---

[83] Fridericus Hiltropf, Processus Iudiciarius, Ad celebriorum huius seculi Tribunalium Practicam Observationem perspicua breuitate accomodatus, 1929 Coloniae Agrippinae, Pars. 1, Tit. 7, n. 11, S. 79. „Est autem delegatio alia specialis, alia generalis, alia vniuersalis."

[84] Ibid., Pars. 1, Tit. 7, n. 12, S. 79. „Specialis cum alicui vna aliqua caussa decidenda committitur, prout communiter ab ordinariis Assessoribus Iudicii, seu Curiae, solent fieri commissiones, veluti caussae vertentis inter Caium ex vna & Titum ex altera partibus."

[85] Ibid., Pars. 1, Tit. 7, n. 13, S. 79f.. „Generalis si alicui plures causae committuntur, sine commemoratione territorii, puta cum ordinatius committit alicui, omnes causas quae verti possunt inter Caium & Titium, puta si duo litigatores plures, & diversas caussas coram vno eodemque ordinario habent, potest ordinarius, volens se ex causis moventibus ab iis exonerare, eas uni alicui Assessorum committere, illa commissio generalis est."

[86] Ibid., Pars. 1, Tit. 7, n. 14, S. 80. „Vniuersalis commissio est, quando alicui committuntur omnes caussae alicuius certi territorii, vel districtus cum commemoratione illius territorii".

[87] Heuser, a.a.O.（註２）, 2017, S. 94.

[88] Ebd., S. 94.

は「魔女コミサール」と呼ばれ得た、と述べている[89]。また、一方の裁判当事者が控訴した場合などには、しばしば「特別委任」も行われた[90]。これは、地方の下級裁判所による法的な照会に対して慣習的に行われてきた、上級裁判所の参審人たちによる法的助言行為の流れを汲むものであった、とホイザーは論じている[91]。

さらに、問題となるのは「誰が委任を行ったか」である。ホイザーに拠れば、基本的には上述の一般委任は、宮廷顧問会やヴェストファーレンの「官房」によって行われたとあるが、しかし「選帝侯の宮廷顧問官と、ヴェストファーレン公領におけるラント代官と顧問会の一団と並んで、ケルン選帝侯のアムトマンたちと下位領主たちが独自に、そして独断で、学識ある法律家たちに刑事事件における委任を、なによりもまず魔女裁判において与えている」と述べている[92]。このような状況をして、ホイザーは、委任の授与実務が「ケルン選帝侯のアムトマンたち、下位領主たち、並びに素人裁判官たちによるランデスヘルの諸権利の簒奪の印であった」と評している[93]。これもまた、上述の近世のケルン選帝侯領における統治の実情と非常に整合的な説明であるが、ともあれ「誰が（どのような権限をもって）」「どの程度の委任を行うか」について、近世ケルン選帝侯領において活躍したそれぞれの法律家たちについては、非常に多様な形態があり得たのである[94]。

---

[89] Ebd., S.98.

[90] Ebd., S. 94-95.

[91] Ebd., S. 95.

[92] Ebd., S. 98.

[93] Ebd., S. 99.

[94] なおこれと関係して、コミサールの所属については、世俗上級裁判所のみならずケルン市に存在した世俗宮廷裁判所も含めることができると思われる。というのも、シュルトハイスが自らについて、「ケルン市内の世俗宮廷裁判所のコミサール（Commissarius am Hoffgericht binnen Cölln）」であったと述べているからである。Heinrich von Schultheiß, Eine Außführliche Instruction Wie in Inquisition Sachen des grewlichen Lasters der Zauberey gegen Die Zaubere der Göttlichen Majestät vnd der Christenheit Feinde ohn gefahr der Unschüldigen zuprocediren, Köln 1634, S. iv.

更に言えば、ヒルトロップが一般的な権限委譲について言及していたように、コミサールという仕組み自体もまた地域的にケルン選帝侯領に限定されるものではなかったし、ケルン選帝侯領においても、時代的に1627年以降に限定される制度でもなかったと言える。ベッカーに拠れば、コミサールについての記述は1537年のケルン選帝侯領の裁判法令の中に見受けられる[95]。また、ホイザーはこのような上訴の際に法律家たちが法的助言を与えるという制度が、近隣領域、特にトリーア選帝侯領などでは既に「コミサール」として確立していた、と述べている[96]。

以上のように、コミサールには多様な形態があり得た。本来であれば、それらを丁寧に分けて論述する必要があるが、本稿の目的はケルン選帝侯領における魔女裁判それ自体の詳細な分析にあるわけではない。よって、本稿では以降、引用や特別な注意のある場合を除いて「魔女コミサール」という言葉で統一するが、これは「魔女術の事件を何らかの形で任せられた学識法曹」という意味であるということを明記しておく[97]。

さて前述のように魔女コミサールについての法令上の規定がなく、ま

---

[95] Becker, a.a.O.（註２）, 1992, S. 209.

[96] Heuser, a.a.O.（註２）, 2017, S. 98.

[97]「魔女コミサール（Hexen-Kommissar）」については、多様な訳がされてきた。通常「魔女委員」あるいは「魔女派遣委員」と訳されることが多いが、法制史家である林毅は「魔女審問官」、同じく法制史家である上山安敏は「魔女コミサール」という訳語を充てている。本稿では、魔女裁判においてしばしば登場する民衆側の組織である「委員会」なる存在との術語上の混乱を避けるために「魔女委員」という訳語を避け、「魔女コミサール」という語を用いている。なお、上述のヒルトロップの説明にもあるように、しばしば「委任」は委任状を伴って、「正規の裁判官（Ordinarius）」から権限を「委譲」される場合もあった。その場合は、「受任裁判官」などと訳すのが適切であるようにも思われるが、本稿で扱うように、ケルン選帝侯領での「魔女コミサール」たちは裁判権そのものを委譲されたわけではなく、飽くまでも法的助言を与えるに留まったため、今回はこの訳語は用いない。上山安敏「魔女狩りの諸相」上山安敏・牟田和男編『魔女狩りと悪魔学』人文書院、1997年、7-88頁、ここでは36頁；林、前掲論文（註２）、227-249頁；フールニエ（塙浩訳）「フランス中世カノン法訴訟制度要説」塙浩『フランス民事訴訟法史』信山社、1992年、1-234頁、ここでは39-40頁；牟田、前掲書（註52）、48-59頁。

たその形態が非常に多様であるものの、ケルン選帝侯領における魔女コミサールについてある程度共通して述べられることもある。まず条件については、全員が大学で学識法を修めていることが求められたということは、確かであろう。今日までの研究では、ケルン選帝侯領において、1627年以降合計で21人の魔女コミサールが確認されている[98]。また、1629年～1631年の間においておよそ10人がヴェストファーレン公領に存在していることが確認されている[99]。これらの魔女コミサールが全員、法学博士ないしは教授資格の取得者であったことが判明している。ショアマンに拠れば、最終的にどこの大学で学位を取ったかはともかく、大学の学籍登録簿などから、確認できる21名の内10名がケルン大学に在籍していたことがあることが分かっている[100]。当時、学位を取得できるのはカトリックの大学に限られていたため、魔女コミサールたちはそれらのうちのいずれかの大学で学位を取った可能性が高い。

さらに、法学博士の学位取得のためにはかなり高額な経済的負担が求められたため、そのような負担に耐えうるだけの社会階層の出身であることもわかる[101]。教授資格だけであれば学位取得ほど高額ではなかったであろうが、やはりそれなりの経済的負担はあったはずである。実際に本稿において対象となるハインリヒ・フォン・シュルトハイスも、身分こそ土地領主に従属する農民であったが、パーダーボルン司教領における裕福な司教座聖堂参事会員の子であり、やがて聖職禄を取得して学資に充てている。他方で後述するブイルマンなどは、貧しい農家の生まれ

[98] Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 81.

[99] Ebd., S. 80; Decker, a.a.O.（註２）, 1981/82, S. 358.

[100] Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 81.

[101] 田口正樹によれば、これら大学で法学を学んだ者たちの多くは聖職禄などを持っていたことが明らかになっている。また15世紀以前の大学教育について、はじめに近隣の大学で学び、後にイタリアの諸大学で学位を取得する、という流れが存在したことを示唆している。16、17世紀にもそのような事がなされていたかどうかは不明であるが、少なくともショアマンは学籍登録簿から「魔女コミサール」たちの所属していた大学を示しているにすぎず、彼らが最終的にどの大学で学位を取得したかは不明である。田口正樹「中世後期ドイツの学識法曹」『北大法学論集』第58巻３号、2007年、285-305頁を参照。

だったというので、必ずしも完全に裕福な生まれの人物に限られたわけではないようである[102]。

魔女コミサールがどの程度の権限を有していたのかについては、前述の通り委任の形態によって多様であるとは考えられるが、しかしながら概して拷問の決定や判決の宣言は彼らの権限に含まれていなかったようである。例えば、シュルトハイスは裁判権について、コミサールは裁判権を持っているのではなく、飽くまで助言者であると述べている。彼は拷問の決定に関する議論において「コミサール達はラント代官によってこれらのきわめて困難な事件において諸都市、諸地区、村々の要請に従って、またそれ故にそれらの下級裁判管区に送られるのである。そして裁判従事者の要請また要望に基づいて派遣され、投入されるとき、委任とは次のようなものと理解されるべきだ。……(略)……そして委任によってコミサール達に裁判権が付与されるのではなく、それは裁判所の側にあり、また留まるのである」と記述している[103]。この記述によると、魔女コミサールは裁判において逮捕や拷問を決定したり、判決を下したりする権限を持たなかったということになる。同様にシュルトハイスは、拷問の描写を含む尋問の展開例を記述する中で、それまで魔女コミサール主導で尋問を行っていたにも拘わらず、拷問の決定に際しては裁判官および参審人達との協議のシーンを挿入している[104]。

さて、魔女コミサールたちが魔女裁判に派遣された理由には大きく３つあり、そのうちの一つ目は魔女裁判それ自体の性質に大きく関わっていた。既に前章にて述べたことであるが、魔女術の訴訟においては立証の困難性がつきまとい、また手続が複雑であったために、学識ある法律

---

[102] 小林、前掲書（註２）、157頁。

[103] Schultheiß, a.a.O.（註94）, S. 266.　略と（ ）は筆者による。„DIe *Commissarij* seyn vom Herrn Landtrosten/ in dieser aller schwerlichster Sachen auff einständigs anhalten der Stätten/ Flecken/ Dörggern/ vnnd also so wol auff deren vnderm Gerichtszwang gesessenen/ als auch auff der gerichtspersonen bit vnnd begeren *deputirt* vnnd angesetzt/ […] vnd wird durch die *commission* den *commissarien* kein *Iurisdiction* attribuirt sondern dieselbe bestehet vnd bleibet bey den Gerichten“.

[104] Ebd., S. 192f.

家による助言ないし指揮が必要であったのである[105]。学識法の影響が強くなる以前では、参審人や裁判官の多くは在地の名士であったが[106]、近世において彼らは、学識法による、とりわけ魔女術についての訴訟を遂行するために十分な知識を持っていない場合が多かった。そのため、裁判中で判断に窮するようなことがあれば、裁判官は大学や宮廷顧問官へ問い合わせを行ったり、鑑定を依頼したりすることがあった[107]。これは『カロリナ』においては「訴訟記録送付」の制度として登場している[108]。

---

[105] 牟田、前掲書（註52）、49頁。

[106] 同上、48-49頁；ミッタイス＝リーベリッヒ『ドイツ法制史概説』1971年、494頁。

[107] 訴訟記録送付による鑑定は、逮捕の前、拷問の前、死刑判決の前など、裁判の随所で用いられた。Rüping, Jerouschek, a.a.O.（註49）, S. 44-46; Alexander Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846: Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn München Wien Zürich 2002, S. 60-62. なお、鑑定という慣習について、荒井真によると、その起源は次のようなものである。中世イタリアにおけるポデスタ制の発展とともに、ポデスタは裁判官、裁判陪席、諸官吏の一団を率いて各都市を巡ることが普通となった。コムーネは彼らの職務が終わり次第、まだ市内にいる間にその職務について非常に厳格な審査を行った。これがシンディカートゥス（職務審査裁判）と呼ばれるものである。ポデスタの司法官たちはこの厳しい職務審査に備えて、その判決についてできるだけ確実な法的根拠を得ようとした。そこで、都市の法に通じた法学者に助言を求めるという慣習ができあがり、やがては法学者主導の司法をもたらすことになったのだという。荒井真「中世イタリアにおける学識法律家の活躍とその背景：比較法律家論のための覚書」『上智法學論集』第36巻１・２号、1992年、198-283頁。

[108] Schroeder (Hrsg.), a.a.O（註49）, 2000, S. 127-128. „219. Vnnd nach dem vilfeltig hieuor inn diser vnser vnd des heyligen Reichs ordnung der peinlichen gericht von rath suchen gemelt wirdet, so sollen allwegen die gericht, so inn jren peinlichen processen, gerichts übungen vnd vrtheylen, darinn jnen zweivel zufiel, bei jren oberhofen, da sie auß altem veriërtem gebrauch dißher vnderricht begert jren rath zu suchen schuldig sein, Welche aber nit oberhoffe hetten, vnd auff eyns peinlichen anklegers begern die gerichts übung fürgenommen wer, sollen inn obgemeltem fall bei jrer oberkeyt die das selbig peinlich gericht fürnemlich vnd on alle mittel zu bannen, vnd zu hegen macht hat, rath suchen. Wo aber die oderkeyt ex officio vnd von ampts wegen wider eynen mißhendlern, mit peinlicher anklag oder handlung volnfüre, so

魔女裁判令においてもたびたび学識法曹について言及してあるのは、そ

---

sollen die Richter, wo jnen zweiffeln zufiele, bei den nechsten hohen schulen, Stetten, Communen oder andern rechtuerstendigen, da sie die vnderricht mit dem wenigsten kosten zu erlangen vermeynen, rath zu suchen schuldig sein. Vnd ist dabei nemlich zu mercken, daß inn allen zweiuelichen fellen, nit alleyn richter cnd schöffen, sonder auch wes eyner jeden solchen oberkeyt inn peinlichen straffen zu rathen cnd zu handeln gebürt, derhalb rechtuerstendiger vnd ausserhalb der partheien kosten radts gebrauchen sollen, es begeb sich dann, daß eyn peinlicher ankleger den richter ersuchte inn seinen peinlichen processen, handlungen vnd übungen der rechtuerstendigen radt zu suchen, Das soll auff des selben begerenden theyls kosten geschehen. Wo aber des beklagten herrschafft, freundt oder beistender jm dem gefangen zu gutem dergleichen rathsuchung bei dem richter begerten, so soll er auff des gefangen freundschafft oder beistender kosten jnen damit willfaren. Wo aber des selbigen gefangen freundschafft jetztgemelten kosten auß armut nit vermöcht, so soll er auff der oberkeyt kosten solchen radt zu erlernen schuldig sein, Doch so fern der selbig richter nit vermerkt, daß die rathsuchung geuerlicher weiß zu verzug der sachen, auch mer kosten auffzutreibenn beschehe, welchs die obgedachten freundschafft vnd beistender auch mit dem eyde erhalten sollen, vnd inn dem allem keynen müglichen fleiß vnderlassen, damit niemandt vnrecht geschehe, als auch zu disen grossen sachen grosser fleiß gehöret, darumb dann inn solchen überfarungen vnwissenheyt die jnen billich kündig sein soll, nit entschuldigen, des also Richter, schöffen vnd der selben oberkeyt hiemite gewarndt sein seollen." 上口、前掲論文（註49）、2014年、263-264頁。「第219条　朕及び神聖帝国の本刑事裁判令において、鑑定依頼に関ししばしば上に定められるところによれば、裁判所は、刑事訴訟、法廷慣行（gerichts übungen）及び判決について疑問が生ずる場合においては、教示を求める長年にわたる古き慣習ある上級裁判所（oberhofe）の許に鑑定を求めなければならない。ただし、ある裁判所が上級裁判所を有せず、かつ、刑事弾劾人の申立てに基づき訴訟手続が行われている場合において、上のような疑義を生ずるときは、当該刑事裁判所に対し特にかつ直接に命令しかつこれを設置する（bannen vnd hagen）権限を有する〔上級〕官権に鑑定を求めなければならない。官憲が、職権に基づき犯人に対し刑事の弾劾又は手続（peinliche anklag oder handlung）を行う場合において疑義を生ずるときは、裁判官は、最小の費用により教示を得ることができると思料する、直近の大学、都市、自治都市（Communen）又はその他の法有識者に鑑定を求めなければならない。ただし、疑義を生ずる場

ういった理由による。

魔女裁判への魔女コミサール投入の二番目の理由は、裁判の長期化と費用の問題にあった。魔女裁判において訴訟記録送付による鑑定を用いると、その鑑定書が戻ってくるまでの間訴訟は中断された。U. ファルクが紹介している事例は1589年ノルトヘッセンで行われた魔女裁判に関するものであるが、最初の訴訟記録送付が決定されたのは1589年11月30日で、マールブルク大学から短い鑑定書が送られてきたのは12月10日のことであった。２度目の訴訟記録送付はやはりマールブルク大学宛で、1590年２月２日に行われた。このときは非公式の書簡によって数日後には暫定的な判断が伝えられたが、公式の鑑定結果が届いたのは２月28日のことであった。このことから、鑑定を依頼してから公式の鑑定結果が出るまでに早くて10日、長ければ１ヶ月近くの時間を要したことがわかる。事実、この裁判ではディレンブルクの高等裁判所への起訴（1589年11月５日）から暫定的無罪判決（1590年３月13日）まで約４ヶ月、被疑

合においてはすべからく、裁判官及び参審人のみならず、刑事事件において鑑定を与え、審理を行うべきかかる官憲もまた、刑事弾劾人がその刑事訴訟、審理及び手続に関し法有識者の鑑定を求めることを裁判官に申し立てる場合を除き、当事者の費用負担とすることなく、法有識者の鑑定を求めなければならない。当事者の申立てに基づき鑑定を求めるときは、申立てを行った当事者の費用負担において行われなければならない。被拘禁者の主（herrschafft）、親族又は補佐人が被拘禁者の利益のため鑑定を裁判官に申し立てるときは、裁判官は被拘禁者の親族又は補佐人の費用においてこれを許さなければならない。ただし、当該被拘禁者の親族が、貧困により上の費用を負担することができない場合において、裁判官は、鑑定依頼が裁判の引延、費用の増加を意図するものではないと思料するときは、官憲の費用においてかかる鑑定を入手しなければならない。上の親族及び補佐人は宣誓をもって、かかる意図のないことを確言しなければならない。すべからく、何びとに対しても不法が行われることのないよう、可能な限り慎重に行われなければならない。〔刑事事件という〕これら重大な事件においては、より一層の慎重さが相応しいからである。ゆえに、過誤が生じた場合において、当然知りおくべきであった事柄に関する無知は、免責されてはならない。この点につき、裁判官、参審人及び官憲はこれをもって警告されるものとする。」 また、本条文にあるように、『カロリナ』においては多くの箇所で、疑義があれば訴訟記録送付を行うようにと指示している。

者の逮捕拘束（1589年９月17日）からであれば約半年にわたって裁判が続けられている。

このような長期にわたる魔女裁判では、当然ながら費用も高額になる傾向があった。というのも、ケルン選帝侯領においては魔女裁判の関係者に支払われる報酬は日当で支払われたからである。1628年の魔女裁判令によれば、代官や参審人、裁判書記は１日あたり１グルデン、廷吏は12アルブスが支払われることになっている。規定においては食事の代金は支払われないが、しかし慣習的にはそれらも裁判経費に計上されていた。そして学識法曹には１日あたり２グルデンが定められた[109]。1630年にボンのライナー・クルティウスという名の薬屋からの請願からは、彼の妻の裁判の故に100ターラー以上が請求されていることがわかる[110]。

では、この高額の裁判費用はどうやってまかなわれたのであろうか。『カロリナ』には、被告が拷問に耐え抜いて有罪とはならなかった場合、原告は自身に関する費用を、被告は拘留中の自らの食費のみを負担し、その他の裁判費用については裁判官が負担するよう定められていた（第61条）[111]。また、告訴手続に則って裁判が始められた場合、原告側は被告

---

[109] 小林、前掲書（註２）、234-237頁。

[110] Schormann, a.a.O（註２）, 1991, S. 89.

[111] Schroeder (Hrsg.), a.a.O（註49）, 2000, S. 45. „61. Item so der beklagt, auff eynen solchen argkwon vnd verdacht der zu peinlicher frag, (als vorsteht) gnugsam erfunden, peinlich einbracht, mit marter gefragt, vnd doch durch eygen bekentnuß oder beweisung der beklagten missethat nit überwunden wirdt, haben doch Richter vnd ankleger mit obgemelten ordenlichen vnd inn recht zulessigen, peinlichen fragen, keyn straff verwürckt, dann die bösen erfunden anzeygung, haben der geschehen frag entschuldigte vrsach geben, wann man soll sich nach der sag der recht nit alleyn vor volbringung der übelthat, sonder auch vor aller gestaltnuß des übels, so bösen leumut oder anzeygen der missethatt machen, hütten, vnd wer das nit thett, der würde deßhalb gemelter seiner beschwerd selbs vrsach sein, Vnd soll inn disem fall, der anklager alleyn seinen kosten, vnd der beklagt dergleichen sein atzung, nach dem er seinem verdacht vrsach geben, auch entrichten, vnnd die oberkeyt die überigen gerichts kosten, als für den nachrichter vnd andere diener des gerichts oder gefengknuß halber selbs tragen. Wo aber

人の逮捕拘禁に際して保証金を積むか、そうでなければ自らも拘禁されることとなった。しかしながら、魔女裁判においてはそれらの原則が守られることは少なく、諸費用は被告人から取り立てられることが多かった。その上、被告人側が支払えないほど裁判費用が高額であった場合、しばしばその費用を共同体が負担せざるを得なかった[112]。その結果とし

---

solch peinlich frag, diser vnnd des heyligen Reichs rechtmessigen ordnung widerwertig gebraucht würde, so weren die selben richter, als vrsächer solcher vnbillicher peinlicher frag strafflich, Vnd sollen darumb nach gestalt vnd gelegenheyt der überfarung, wie recht ist, straff vnd abtrag leiden, vnd mögen darumb von jrem nechsten ordentlichn obergericht gerechtfertigt werden.“ 上口、前掲論文（註49）、2014年、179頁。「第61条　同じく、（上に定めるように）拷問に十分であると証明された疑惑及び嫌疑に基づいて被告人が拘禁され、拷問されたにもかかわらず、自らの自白又は〔証人による〕証明によって弾劾に係る犯行につき有罪を証明されない場合においても、裁判官及び弾劾人は、上に定める適式かつ法において許容される拷問を行ったことを理由として処罰されない。法の定めるところによれば、何びとも、犯罪を行うことのみならず、悪をなすかのような挙動により犯行の風評又は徴憑の原因を作出すること自体を避けるべきものであり、ゆえにこれに従わない者は〔拷問という〕苦難を自ら招くことになろう、という点において、犯行に関し徴憑の存在が認定されたこと自体が、拷問の執行に対する免責事由となるからである。また、かかる場合においては、弾劾人はその負担すべき費用のみを、被告人は、嫌疑の原因を作出したがゆえにその〔拘禁中の〕糧食費（atzung）を支払わなければならない。また、官憲は、刑吏（Nachrichter）その他の裁判所属吏及び獄舎に関するその他の費用を負担しなければならない。ただし、本神聖帝国令に反して拷問が行われたときは、当該裁判官は、不当なる拷問を行ったものとして処罰されなければならない。したがって、裁判官は、法に定めるように（wie recht ist）、違反の態様及び事情に応じしかるべく処罰され、賠償の責めを負い、最寄りの正規の上級裁判所（inechstes ordentliches obergericht）において裁かれなければならない。」

[112] あるいは、「委員会（Ausschuss）」と呼ばれる人々が活動した地域においては、彼らが裁判費用を保証する役割を担った。彼らは魔女を訴追するために地域共同体の中から選ばれた人々であった。牟田によれば、「委員会」は地域共同体全体からこの件に関して全権委任を受けており、そのため当局は裁判費用を共同体全体で負うことを認めていたようである。「委員会」は必要に応じて魔女裁判の分担金を村々に課すことができた。しかし現実には、委員会は被

て、その当局自体が魔女裁判のために財政を危うくすることがあった[113]。このため、裁判の迅速化と費用を抑えるという目的は、ケルン選帝侯領で２度にわたって魔女裁判令を発布し、魔女コミサールを派遣するという状況の一因となった[114]。

ショアマンが示しているように、魔女コミサールを魔女裁判に派遣することがケルン選帝侯領における魔女裁判で、ケルン選帝侯の支持を受けていたということは、1629年７月24日付のケルン選帝侯が出した命令からも明白である。その中で選帝侯は「すべての裁判官に命じる。参審人たちにではなく、魔女術において用いられるよう任命されたコミサールである教授資格保有者ファーベンスとフィッテン〔フィッター〕に、そしてまた他の任命された者たちに従うように」と命じている[115]。この命令などからショアマンは1627年以降「魔女コミサール」がケルン選帝侯領内で任命されたと考えたようだが、ガウリッヒによればその推測は、時期的な意味で、ヴェストファーレン公領においては当てはまらない[116]。前述のゲゼッケ市の史料からは、ヴェストファーレン公領では最初の魔女裁判令布告（1607年７月）の１週間後に２人の学位を持つ法律

告の財産目録を作成することも請け負っており、事前の差し押さえや、証拠不十分での釈放後の差し押さえすらも行っていた。このようにして、彼らは裁判の結果がどうであれ、是が非でも被告に裁判費用を払わせようとしたのである。それのみならず、彼らは1630年のトリーア選帝侯領における法令に拠れば、彼らのための報酬さえ裁判経費に計上していた。牟田和男「村の魔女狩り：民衆司法のメカニズム」、上山安敏・牟田和男編『魔女狩りと悪魔学』人文書院、1997年、234-238頁；牟田、前掲書（註52）、78-82頁；小林繁子「トリーア選帝侯領における魔女迫害：委員会を中心に」『史學雑誌』117編3号、2008年、40-63頁を参照。

113 Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 84-94.

114 Ebd., S. 68-94; 牟田、前掲論文（註112）、234-238頁。

115 Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 69.〔 〕は筆者。„allen Gerichten zu befehlen, hinfuro nit die Scheffen, sondern die benennte Commissarios L. L. Fabens und Fitten, und was deren mehr benennt werden, in der Hexerei zu gebrauchen.“ ホイザーに拠れば、フィッテンではなくフィッターである可能性がある。Heuser, a.a.O.（註２）, 2017, S. 96.

116 Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 305.

家が「魔術の糺問の一般コミサール」として活動していることが分かる[117]。また、後述のハインリッヒ・フォン・シュルトハイスも1616年以降ヴェストファーレン公領で働いており、それ故1607年以来魔女コミサールはケルン選帝侯領の魔女裁判で活動していたと想定することができる[118]。

なお、魔女コミサールの報酬に関して、1607年７月２日にヴェストファーレンの代官および顧問官に宛てられた選帝侯の書簡によれば、逮捕命令、拷問命令にはそれぞれ１ライヒスターラー、判決には２ライヒスターラー、また拷問のあった日には１日ごとに２ライヒスターラーが支払われるよう求められた。その他雑費として、食事については１日あたり２回でそれぞれ６シリング、飲み物として魔女コミサールには一杯のワイン、使用人には１杯のビール、さらには馬のための餌が与えられるよう取り決められていた[119]。

さらにホイザーは、魔女事件に関してコミサールが派遣されるようになった背景について、重要な指摘をしている。ホイザーに拠れば、ケルン選帝侯領においては一方当事者による上訴の場合に、地方の裁判所の参審人たちは、より上級の裁判所に対して実体法または手続法的な法助言を求めることが慣習的になされていた[120]。とりわけ1625年と1626年のケルン選帝侯領下ライン部において始まった大規模な魔女裁判においては、そのような下級裁判所からの問い合わせに際して、ケルンにある上級裁判所の参審人たちが現地まで赴いて助言を与えることを行っていた[121]。ところが、いくつかの史料は、そのような問い合わせがあまりに多く、またそのために参審人たちが上級裁判所を不在とする期間が長くなり、結果としてケルンの上級裁判所が機能不全に陥ったという事を伝えている[122]。このため、宮廷顧問会はこれらの参審人たち（ブランケン

[117] Johann Suibert Seibertz, Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westfalen / 3 1400-1800, Arnsberg 1854, S. 309.
[118] Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 305.
[119] Decker, a.a.O.（註２）, 1981/82, S.349-350; Seibertz, a.a.O.（註117）, S. 309-310.
[120] Heuser, a.a.O.（註２）, 2017, S. 98.
[121] Ebd., S. 95.
[122] Ebd., S. 95-96.

ベルク博士とレーメスヴィンケル博士、ハインリヒ・アルデンホーフェン博士とヨハン・フォン・デア・デュッセル法学教授資格保有者の名をホイザーは挙げている）に、その法助言活動を上級裁判所の機能を阻害しない程度に制限するように、と述べたようである[123]。しかしながらそれも効果がなかったようで、そのため顧問会は教授資格保有者であるアントン・ファーベンスとゲオルク・フィッテン（フィッター）に「委任」を行ったのである。このことは史料上も裏付けられる。先に引用したファーベンスとフィッテン（フィッター）の任命についての記録には以下のような文言が前に記されているのである。「一般的な魔女術についての結論。というのも、ケルンの参審人たちの度重なる旅行によって彼らのケルンにおける機能が停滞させられているので」[124]。更に1631年には、委任がディートリヒ・フォン・デア・シュテーゲン博士に対して行われた[125]。ホイザーに拠れば、ファーベンスがそれ以前にケルン選帝侯領において学識法曹として活動していたのに対して、残りの二人についてはそれまでケルン選帝侯領で活動していた記録がないという[126]。つまりこれは、参審人たちの他に学識法曹たちをコミサールに任命したということで、結果として顧問会や地方の裁判権保有者によるこのようなコミサール任命は、「17世紀と18世紀初期におけるケルン選帝侯の領域を、ケルン選帝侯領からのみならずその近隣領域からも学識ある法律家たちのたまり場とした」[127]。このようにホイザーに拠れば、学識法曹をコミサールに任命し、結果として多くの魔女コミサールがケルン選帝侯領で活動するようになった背景の１つには、ケルン市の上級裁判所の機能不全を解消しようという試みがあったのである。勿論これには、既に述べた魔女裁判の難解さも関わっていることは言うまでもない。

以上で見てきたように、コミサール制度というのは複雑な状況から生

---

[123] Ebd., S. 95.

[124] Ebd., S. 96. „Die gemeine hexerei betreffendt. Conclusum, weiln durch der scheffen zu Collen vielfahltigs außreisen ihre function zu Collen verabsaumbt wirdt“.

[125] Ebd., S. 96-97.

[126] Ebd., S. 96-97.

[127] Ebd., S. 99.

まれた制度である。一方ではランデスヘルであるケルン選帝侯による魔女迫害の意思があり、そのためにケルン選帝侯は２度にわたる魔女裁判令を出し、そこで学識法曹たちに頼るようにと勧めている。それだけでなく、魔女コミサールのための給与規定などを細かく定めている。他方でベッカーの言うとおり、魔女コミサールの派遣は現地における魔女裁判の要求に端を発している。民衆からの突き上げによって現地の裁判所や裁判権保有者は魔女裁判をせざるを得なくなるわけだが、魔女裁判の遂行には高い学識が必要となるうえ、魔女裁判は長期化し高額化する怖れがあって、経済的な負担となる場合が多かった。そのため、現地から魔女コミサール派遣の要請があったと考えられる。同様にランデスヘル（というよりも宮廷顧問会）の側としても、度重なる法助言のための参審人たちの不在のために、ケルンの上級裁判所が機能不全に陥るという状況があり、これを解消する必要があった。そうであるならば、魔女コミサールの派遣を巡っては選帝侯側の思惑と現地の思惑とが存在することになり、ますますこれらの間の多層的な関係性を考える必要性が出てくるのである。

そしてまた、このような魔女コミサールの成り立ちを考えるならば、前述の魔女コミサールの持ちうる権限についても納得が出来る。つまり、大学法学部による鑑定の代替として魔女コミサールが投入されたのであれば、大学法学部の鑑定意見そのものに拘束力がなく、受け取った現地の裁判所がそれに基づきつつも自由に判断し得たように、最終的な判断の権利はやはり現地の裁判所の側に存在していたのであろう。また、ホイザーが論じたようにこのシステムが上その際に行われた法的助言行為にその淵源を持っているとするなら、やはり魔女コミサール自身が拷問や判決についての最終的な決定権を持っていなかったということも、理に適っているように思える。

ところで、鑑定意見の代わりとしての魔女コミサールの意義というのは、裁判の迅速化に止まらない。というのも、裁判においてどのように手続を進めるべきか、助言をする人物がその場にいるのである。これは、現地において魔女コミサールたちが実際に魔女裁判を指揮するという事態を招いた。先述の俸給に関する選帝侯の命令からもわかるように、彼らは逮捕、拷問、判決などの裁判の各所にて強い影響力を持った[128]。上

で述べたように名目上、彼らはこれらの決定について決定権を持たなかったが、実際には彼らの判断によって手続が進行したと言っても過言ではないような事例もある。1616年９月のヴェストファーレンにおける両法博士クリスティアン・クラインゾルゲンと教授資格保有者ヨープスト・ヘッカーの例や、1629年７月24日付のケルン選帝侯が出した命令における教授資格保有者フェーベンスとフィッテンの例、魔女の印に関する鑑定書群を出版したブランケンベルク博士とレーメスヴィンケル博士の例などを見るに、ケースによっては魔女コミサールは２人１組で委任されたようである。このような場合であれば、ひとりの人間の恣意的な判断がまかり通る可能性は低くなるだろう。しかしながら、後述のカスパル・ラインハルトやフランツ・ブイルマン、本稿で取り扱うハインリヒ・フォン・シュルトハイスは単独で任に当たっていた可能性もある。どちらのケースが典型的であるのかは判断に困るところであるが[129]、いずれにせよ魔女コミサールというシステムは、このように派遣されてきた人物による専横を招きかねない、そのような余地のある制度だったと言う事が出来るだろう。

実際に彼らがどのように実務に携わったのかを見れば、彼らの実態が見えてくるだろう。ここでは２人の例を挙げておく。第１の例はヴェストファーレン公領のカスパル・ラインハルトである。彼は1630年５月から1631年３月の間、宮廷顧問会の議事録にあげられたドロールスハーゲンからの再三の苦情の中にその名を残している。同地の聖職者ニコラウス・ロートゲンは彼について、「ぞっとするような拷問」を用い、800人以上を火刑に処したと訴えた[130]。彼については他にも２通の請願書が提出されている。しかし、宮廷顧問会はこの請願書に対して具体的な対処をすることはなかった。また、彼に対してバルヴェ市にて暗殺未遂が行われたということを、同僚であったシュルトハイスがその著書の中に書

[128] Gawlich, a.a.O.（註３）, S. 304-305.

[129] 実際に、多くの研究者が次に挙げるようなコミサールたちは特殊な例である可能性を認めている。Ebd., S. 305; Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 75.

[130] Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 70. なお、ここでの800人という数字は明らかに誇張である。

き残している。それに拠れば、３人の男女が夕食の際にラインハルトを射殺しようとしたようだが、結果としては裁判書記と召使いを殺害したものの、ラインハルト自身には怪我をさせたに留まった。その後捕まえられた下手人に対し、ラインハルトは男２名に四つ裂きと車刑を宣告し、また女を魔女として斬首の後に火刑に処した[131]。

もうひとつの例は、ライン大司教領ラインバッハで専横の限りを尽くしたフランツ・ブイルマンである。彼はオイスキルヒェンの貧しい家庭の出身でありながら、ケルン大学で法学を修め、1620年代にはケルン選帝侯領で魔女コミサールとして働いている。彼は1631年にラインバッハに赴任後、際限のない拷問、被疑者の家財の横領、反対する参審人の逮捕などを行った。目を覆いたくなるほどの彼の専横ぶりについては、ラインバッハから逃亡した参審人ヘルマン・レーアがその数十年後にアムステルダムで刊行した著書『敬虔にして無実の人々のきわめて必要なる訴え』（1676年）に記されている。彼によれば、ラインバッハだけで125～130人の犠牲者が出たとしている。彼はまた、ブイルマンが逮捕された女性に対して拷問を行い、その末に殺してしまったときのことを描写している。レーアは、次のように記述している。「フランツ・ブイルマンはその際次のようにいい、主張した。悪魔がこの大いなる魔女の首を折ったのだ、畜生、畜生、畜生。彼は言った。なんて悪臭だ、悪魔の腐った悪臭がする、魔女の臭い部屋から去ろうじゃないか、と」[132]。このような出来事に対して、選帝侯の代官であり学識法曹であったシュヴァイゲル博士は『カロリナ』を印刷して拷問室に持ち込むという措置をとった。しかしブイルマンはこの措置に対しても批判的であり、この措置を行ったシュヴァイゲル博士はその５年後に魔法使いとして火刑に処されることになった。ブイルマンはこの死亡した被告人の家で見つかった4,000

[131] Schultheiß, a.a.O.（註94）, S. 487ff.

[132] Hermann Löher, Hochnötige Unterthanige Wemütige Klage der Frommen Unschültigen, Amsterdam 1676, S. 30f.. „Frans Beurman sagt und bestundt dar bey/ der teuffel habe der Ertzhexen den Hals zerbrochen/ pfuy/ pfuy/ pfuy/ sagt er: wie stinckt es hier/ der Teuffel ist mit einen faulen gestanck gescheiden/ pfuy lasset uns von den bestie der Hexen gehen.“ 和訳にあたっては小林、前掲書（註２）、158頁を参照した。

ターラーもの財産を着服したという。加えて彼は、参審人ゲルハルト・ペラーの妻が反対したために自分の結婚が成立しなかったことを恨みに思っており、彼女を逮捕しようとした。その際に参審人たちの反対を予想して、彼は参審人たちを脅しながら白紙の逮捕令状を出させることまでした。このような暴威はすぐさま宮廷顧問会の耳に届き、1631年に顧問会は現在審理中の魔女裁判を中止し、裁判記録を持たせた裁判書記をボンに召喚することを決定している。この後の取り調べによりブイルマンが暴利をむさぼっていたことが判明するが、しかしそれでもブイルマンはその後も魔女コミサールとして活動し続けている[133]。

今日の研究において魔女裁判における魔女コミサールの評価は副次的なものに留まっている、と言える。冒頭で述べたように、ジーベルやデッカーがその実態や影響力の大きさを指摘して以降、ケルン選帝侯領の魔女裁判において一定の役割を果たしたことは認められている。しかし、魔女裁判の原動力への着目により、これら学識法曹たちは主体的な存在として見なされなくなっている。ショアマンは魔女迫害を「上からの」計画的な迫害ととらえ、そのツールとして魔女コミサールを想定した[134]。ベッカーやガウリッヒは「下からの」迫害を重視しており、民衆を迫害の主体と認める一方で、魔女コミサールが魔女裁判のアクターとしては描かれていないように見える。ショアマンもベッカーたちも、互いに魔女裁判における学識法曹たちの寄与を認めてはいるが、迫害の原動力について議論する中で、魔女コミサールの主体性や影響力を過小評価しているように思える。

だが、確かに魔女コミサールは迫害の主たる原動力ではなかったかも知れないが、魔女裁判の遂行において大きな役割を果たしたのは厳然たる事実である。コミサールの導入はランデスヘルである選帝侯の側からも推し進められ、また魔女裁判を行っている現地の裁判権保有者からも求められたものであった。しかしながらそれだけではなく、既に見てきたように、それは現地に入ってきた魔女コミサールによる暴走の可能性

[133] Schormann, a.a.O.（註２）, 1991, S. 70-75; 牟田『魔女裁判』2000年、50-52頁；小林、前掲書（註２）、157-160頁。
[134] Schormann, a.a.O.（註２）.

も秘めており、またそれを許してしまうシステムであった。そのような実例が、ブイルマンらだと言える。この魔女コミサールのような学識法曹たちの存在こそがケルン選帝侯領における魔女迫害の特徴のひとつであり、また本稿で魔女コミサールであるシュルトハイスの書き残した史料を用いて議論を進める理由である。

資　　料

間近から見たグローバル・ヒストリー

―― 当事者たちの証言による七年戦争（1756-1763年）――

マリアン・フュッセル
前田　星・田口正樹（訳）

七年戦争（1756-1763年）は、グローバルな規模の紛争であり、ヨーロッパ、北アメリカ、カリブ海、アフリカ、南アジアにおける戦争の舞台と戦線を結びつけた[1]。もっとも、それぞれの国民国家的な視角に応じて、それは18世紀のまったく別の２つの紛争を表わしていた。ドイツとオーストリアにおいては、七年戦争は第三次シュレージエン戦争として長らく記憶されてきたのであり、それとともにみずからが奪取したシュレージエンを確保し、そのようにしてプロイセンとオーストリアの二元主義を固めようとする、フリードリヒ大王の絶望的な闘争として記憶に残ってきた。イギリスとフランスにおいては、七年戦争はヨーロッパと大洋上における主導権を巡る戦争として記憶され、それは大英帝国のヘゲモニーで終わったのであった。（それらとはまた別に）アメリカにおいては、「フレンチ・インディアン戦争」という名前のもとで、アメリカ独立戦争の前段階である[2]。カナダにおいては、七年戦争は「フレンチ・インディアン戦争」と呼ばれるだけでなく、「ヌーヴェル・フランス」の確定的終焉という結果を伴った「征服戦争」とも呼ばれる[3]。インド人にとって、七年戦争はカル

---

[1] 以下の論述は私のモノグラフに基づいている：*Marian Füssel,* Der Preis des Ruhms. Eine Weltgeschichte des Siebenjährigen Krieges, München 2019. グローバルな次元についてのよい概観として、*Mark H. Danley/ Patrick J. Speelman* (Hg.), The Seven Years' War. Global Views, Leiden/ Boston 2012を参照。

[2] *Fred Anderson,* Crucible of war. The Seven Years' War and the fate of the Empire in British North America, 1754–1766, New York 2000.

[3] *Guy Frégault,* Canada: the war of the conquest, Toronto/ Oxford 1969 [frz. Orig,

ナティクにおける第三次戦争として、またベンガルにおける紛争として、イギリス植民地への道程上の重要な１章であり、スペインにとっては、イギリス・ポルトガルとの「幻想的な戦争」は海上世界権力としての地位に次第に別れを告げる中での１つのエピソードであった[4]。スウェーデンにおいては、七年戦争は「ポンメルン戦争」として記憶されており、ロシアにとっては、それは西方への長い道の歴史における１つの段階であった[5]。しかしそこから結果として出てくる中心的問題は、これらの多様な戦場が互いに結び付けられていたのか、いかに結び付けられていたのか、そして同時代人がそれをいかに認識したのかという問いである。

七年戦争の歴史についての文献は、既にその終結直後から始まる。初期のイギリスの叙述においては、そのグローバルな次元がはっきりと現れている。例えばジョン・アルモンは、早くも1763年に公刊された彼の『先の戦争についての公平なる歴史』を、「アメリカ」、「アジア」、「アフリカ」および「ドイツ」における「出来事」の章に分けた。1763-1764年に出版されたジョン・エンティックによる５巻からなる包括的叙述も、既に「ヨーロッパ、アジア、アフリカ、アメリカにおけるその発生、経緯、そして出来事を含んで」というサブタイトルを持っている[6]。もっともドイツにおいては、ようやく18世紀の終わりごろに、

1955].

[4] *Michael Mann*, Bengalen im Umbruch: die Herausbildung des britischen Kolonialstaates 1754–1793, Stuttgart 2000; スペイン対ポルトガルの戦争については、vgl. *António Barrento*, Guerra Fantástica, 1762: Portugal, o Conde de Lippe e a Guerra dos Sete Anos, Lissabon 2006, およびさしあたり *Patrick J. Speelman*, Strategic Illusions and the Iberian War of 1762, in: Danley/ Speelman, Global Views（注１）, S. 429-460.

[5] *Teofran Säve*, Sveriges deltagande i sjuåriga kriget åren 1757-1762, Stockholm 1915 およびさしあたり *Gunnar Åselius*, Sweden and the Pommeranian War, in: Danley/ Speelman, Global Views（注１）, S. 135-164; *Walther Mediger*, Moskaus Weg nach Europa. Der Aufstieg Russlands zum Europäischen Machtstaat im Zeitalter Friedrichs des Großen, Berlin 1952; *Hamish M. Scott*, The emergence of the Eastern powers, 1756 – 1775, Cambridge [u.a.] 2001を参照。

[6] *John Almon*, An Impartial History of the Late War. Deduced from the committing of Hostilities in 1749, to the signing of the Definitive Treaty of Peace in 1763, London 1763; *John Entick*, The General History of The Late War: Containing it's Rise, Progress, and Event in Europe, Asia, Africa, and America [...], 5 Bde. London 1763-1764.

ゲオルク・フリードリヒ・フォン・テンペルホフとその七年戦争の歴史（1783-1801年）や、ヨハン・ヴィルヘルム・フォン・アルヘンホルツのほとんど同名の著作（1788年）のような、同時代の証人による著作であって、長く影響力を保った包括的叙述が出版された[7]。テンペルホフは、その際明らかに初めて「七年」戦争という概念を印刷物の中で創造した。その時までほとんどの刊行物は「先の戦争」とのみ語っていたのである[8]。この頃、つまり18世紀末に、七年戦争がプロイセンにおいても、その世界規模にまたがる次元で見られえたということを、1792年に国王フリードリヒ・ヴィルヘルム２世に献呈された、ヨハン・ミヒャエル・フリードリヒ・シュルツェ（1753-1817）の「七年戦争の歴史表」が明らかにする[9]。この歴史表はベルリンの「商業・市民学校」のために「便利な共時的概観」が得られるよう教育目的で案出されたのだが、２つの軸に沿って構成されている。１つ目の軸を与えるのは、1755年から始まる個々の戦争年のクロノロジーであり、もう１つの軸は戦争の主たる４つの舞台にしたがって整理されている。ヨーロッパ外の世界、神聖ローマ帝国の西側にプラスしてスペインとポルトガル、それからザクセン、テューリンゲン、シュレージエン、そして最後にポンメルン、マルク・ブランデンブルクとポーランドである。

その後19世紀になると、歴史叙述の学問化だけでなく、国民化もまた始まった。これによって、ヨーロッパ、アメリカ、あるいは南アジアの戦争の舞台は、

初期のフランス語の叙述として、*Jean-Baptiste Targe*, Histoire d'Angleterre depuis le Traité d'Aix-la-Chapelle en 1748, jusqu'au Traité de Paris en 1763. Pour servir de continuation aux histoires de MM Smollett et Hume, 5 Bde., London [= Paris] 1768を参照。

[7] *Georg Friedrich von Tempelhoff*, Geschichte des siebenjährigen Krieges in Deutschland zwischen dem Könige von Preußen und der Kaiserin Königin mit ihren Alliierten, 6 Bde. Berlin 1783-1801 (Reprint Osnabrück 1986, Bibliotheca Rerum Militarium XXIX); *Johann Wilhelm von Archenholz*, Geschichte des siebenjährigen Krieges in Deutschland von 1756 bis 1763, in: Johannes Kunisch (Hg.), Aufklärung und Kriegserfahrung. Klassische Zeitzeugen zum Siebenjährigen Krieg, Frankfurt a.M. 1996 [1793], S. 9-513; 刊行の歴史と叙述の文脈については、ebd., S. 757-790を参照。

[8] *Hamish M. Scott*, The Seven Years' War and Europe's Ancien Régime, in: War in History 18/4 (2011), S. 419-455, ここではS. 450 および454.

[9] *Johann Michael Friedrich Schulze*, Von dem Gebrauch der Geschichtskarte des siebenjährigen Krieges, Berlin 1792.

今やたいていお互い別々に扱われた。ようやくここ20年来、グローバル・ヒストリーが重要性を増すにつれて、七年戦争は（再び）強く、グローバルな紛争としてテーマ化されてきている[10]。ただしその際、英語とフランス語の著者たちは、幅広く展開したドイツ語文献をごく断片的にしか知らないか、あるいはそもそもまったく認識していない。一方最新のドイツ語による叙述は、特に史料に近接して研究されたというわけでもない物語的な概観で、やはり英語圏の文献からはごく一部を考慮しているにすぎない[11]。

私によって選択されたアプローチは、上述のような最近のいくつかのモノグラフから明白になる次の２つの欠如に答えるものである。第１に、グローバルに方向づけられた諸著作はほとんど完全にイギリス－フランスの観点に集中して、ヨーロッパにおける、特に神聖ローマ帝国の領域における出来事を等閑視しており、一方プロイセンを中心に据えた諸叙述は逆に、イギリス－フランスの次元を過小評価する傾向にある。第２に、従来の諸著作は、モノグラフのレベルでは、社会・文化史的アプローチをほとんど含んでおらず、方法論としてはむしろ保守的に、伝統的な外交・軍事・帝国史の枠内で議論している[12]。それに代わって私は以下で例示的に、18世紀の社会・文化・政治・経済的変化にとって特徴的と思われる３つのプロセスを、同時代の戦争認識および解釈と関連させることを試みる。すなわち、アルカイックなグローバル化から近代のグローバル化への変化、情報生産と読者革命、および物質的消費文化の変化、で

---

[10] *Tom Pocock*, Battle for Empire: the very first world war 1756-63, London 1998; *William R. Nester*, The first global war. Britain, France, and the fate of North America 1756-1775, Westport, Conn. [u.a.] 2000; *Matt Schumann/ Karl W. Schweizer*, The Seven Years War: A Transatlantic History, London [u.a.] 2008; *Daniel A. Baugh*, The global Seven Years War, 1754-1763 Britain and France in a great power contest, 1. ed. Harlow 2011; *Sven Externbrink* (Hg.), Der Siebenjährige Krieg (1756-1763). Ein europäischer Weltkrieg im Zeitalter der Aufklärung, Berlin 2011; *Danley/ Speelman*, Global Views（注１）; *Frans De Bruyn/ Shaun Regan* (Hg.), The Culture of the Seven Years War: Empire, Identity, and the Arts in the Eighteenth-Century Atlantic World, Toronto [u.a.] 2014; *Edmond Dziembowski*, La Guerre de Sept Ans, Paris. 2015.

[11] *Klaus-Jürgen Bremm*, Preußen bewegt die Welt. Der Siebenjährige Krieg 1756-63, Darmstadt 2017.

[12] 例外は以下の論文集に入っている諸論文。*Externbrink* 2011（注10）, *Danley/Speelman*, Global Views（注１）, *De Bruyn/Regan* 2014（注10）.

ある[13]。ヨーロッパの権力対立関係と国家間競争は17世紀末以後ますます頻繁に植民地の舞台をも引き込んでおり、ヨーロッパと部分的には植民地（例えば北アメリカ）のもろもろの公共圏は、同時に常に成長するメディア化と商業化によって規定されていた[14]。これらのプロセスにおいて、情報は商品となり、ますます広い範囲の識字層がメディアを通じて世界政治の諸事件に参加し、また新たな消費行動に結び付けられていった。３つのプロセスすべてのからみあいにとって理念型的で、啓蒙の純粋な場所でありえたのは、例えばヨーロッパのコーヒー・ハウスである[15]。そこでは海外植民地産の飲み物が消費され、同時に新聞が読まれ、会話が交わされた。消費、社交性、情報がいわば一箇所に束ねられていたのである。我々が以下で、我々が今日好んでグローバルなからみあいと呼ぶものの同時代的な認識様式を問うとき、これらの構造的枠組条件が常にともに考慮されねばならない。

史料的基礎としては、文書化された自己証言（ほとんどが刊行されている）を収集したものが用いられる。それは約200に達する様々なアクターの証言であり、それらのアクターは数少ない重要な例外を除けば約95％が男性である[16]。これらの証言者たちは、ほとんど全ての戦争参加勢力ないし戦場を代表しており、７年の大部分にわたって記録を残している。更にそれらの選択にあたっては、さまざまに異なる社会層と役割、および多様な観察範囲が考慮されている。

---

[13] *Christopher A. Bayly*, „Archaische“ und „moderne“ Globalisierung in Eurasien und Afrika, ca. 1750-1850, in: Sebastian Conrad/ Andreas Eckert/ Ulrike Freitag (Hg.), Globalgeschichte. Theorien, Ansätze, Themen, Frankfurt a. M./ New York 2007; S. 81-108; *Rolf Engelsing*, Der Bürger als Leser: Lesergeschichte in Deutschland 1500 – 1800, Stuttgart 1974; *Neil McKendrick/ John Brewer /John H. Plumb* (Hg.), The Birth of a Consumer Society. The Commercialization of Eighteenth-Century England, London 1982; 七年戦争に関係した３つのプロセスすべてについては、*Füssel*, Preis des Ruhms（注１）を見よ。

[14] ヨーロッパの諸戦争のグローバルな次元の評価については、*Marian Füssel*, Global Wars in the Eighteenth Century. Entanglement – Violence – Perception, in: Matthias Pohlig/ Michael Schaich (Hg.), The War of the Spanish Succession. New Perspectives, Oxford 2017, S. 371-394を参照。

[15] *Markman Ellis*, The coffee-house: a cultural history, London 2004; *Ders.* (Hg.), Eighteenth-century coffee-house culture, 4 Bde. London [u.a.] 2006.

[16] *Füssel*, Preis des Ruhm（注１）を参照。

グローバルなからみあいの知覚と解釈について、これらの証言を調査するために、私は３つのステップを踏むことにする。まず第１にからみあいと地政学についての同時代のメタファーを論じ (1)、第２に情報の世界規模の流通を検討し (2)、第３にからみあった歴史の物質文化に光を当てる (3)。

１．炎の中の世界

一見すると、あたかも1755年のオハイオ渓谷における戦争の勃発が、ヨーロッパの列強を、それらがそう意図することなく、グローバルな紛争へと引きこんでしまったように見える[17]。しかし、さらに詳しく観察すると、より長期にわたる地政学的な計算がイギリス（グレートブリテン）側にもフランス側にも存したことがすぐに明らかになる。イギリスにおいては、「海外政策」と「大陸へのコミットメント」の両陣営は特にはっきりと区別されており、そして相対的に近代的な性質をもつ政治的公衆を背景に行動していた[18]。王権と並んで、議会が意思決定機関として存在し、新聞雑誌が基本的に大陸よりも自由に公刊されえた。公的な議論の担い手層もまた大陸とは異なっていた。フランスでは宮廷ないし宮廷に近いエリートたちが優越していたが、イギリスでは「ミドルクラス」という形で広い範囲の住民が公衆として行動していた[19]。

フランスでも、イギリスと似たような党派が対立していた。すなわち、一方が大陸への政治的集中を喧伝していたのに対して、他方は植民地へのコミットメントを要求していた[20]。ティエリオへの書簡において、ヴォルテールは1756年２月29日付で次の有名な言葉を残している。「この戦争の構図において、アメリカの数モルゲンの広さの氷と雪のために、互いに首を切り落としあう２つの啓蒙された国民を見ること以上に、人類にとって恥ずべき特徴が他にあるのかどうか、私にはわからない[21]。」『カンディード』において彼は1759年に同じ

---

[17] 個別の点については、*Anderson*, Crucible（注２）, S. 86-107を参照。

[18]「海外政策」の概念については、*Daniel Baugh*, Great Britain's Blue Water Policy, 1689-1815, in: International History Review 10 (1988), S. 35-58を参照。

[19] *Bob Harris*, "American Idols": Empire, War and the Middling Ranks in Mid-Eighteenth-Century Britain, in: Past and Present 150 (1996), S. 111-141.

[20] *Armin Reese*, Europäische Hegemonie und France d'outre-mer. Koloniale Fragen in der französischen Außenpolitik 1700-1763, Wiesbaden 1988を参照。

[21] *Sven Externbrink*, Voltaire zwischen Candide und Roi philosophe, in: Ders.,

言い方を再び取りあげ、イギリスの人々がフランスの人々とまったく同じように愚かであるかと問い、以下のような答えを得ている。「しかしあなたもご存知でしょう、これら２つの人民がカナダで幾許かの雪原ゆえに戦争し、そして彼らがこのけっこうな戦争のために、カナダ全体の価値よりも多くを費やしているということを」[22]。これはしかし、多くの立場のうちのひとつの、比較的極端な立場であった。最近の諸研究は、フランスの政治的エリートたちが植民地における主導権に対し共通して疑いを抱いていたわけではなかった、ということを明らかにした[23]。実際一方の者たちは海外における戦争だけを求めており、それに対してもう一方の者たちはハノーファーとオーストリア領ネーデルラントの占領に賭けていた。しかし、植民地政策の支持者たちの間でも、意見が一致していたわけでは決してなかった。何人かの者たちがとりわけミシシッピ渓谷とルイジアナを優先したのに対して、別の者たちは断固としてカナダのために論陣を張った。

さて、ヴォルテールの「雪」とともに我々は言葉のイメージの領域にいる。広大な空間的距離を超えての交換と結びつきのプロセスを表現するために、歴史研究は今日たいてい、グローバルな「からみあい Verflechtung」ないし英語の概念で「entanglement」という言い方をしている[24]。それに対して同時代に、戦争の広く波及する影響を描写するために最も頻繁に用いられたのは、火災と火の粉が舞うイメージであった。これは、都市火災の恒常的な危険とともにあった社会においては、生活実感に即した強力な明証性を持った図像言語であり、既に三十年戦争のときに大いに好まれていた[25]。例えばハインリヒ・メルヒオ

Weltkrieg（注10）, S. 143-157, S. 145.

[22] *Voltaire*, Candide oder Der Optimismus, München 3. Aufl. 2006, Kap. 23; S. 125.

[23] *John Shovlin*, Selling American Empire on the Eve of the Seven Years War: The French Propaganda Campaign of 1755-1756, in: Past & Present 2006 (2010), S. 121-149.

[24] *Sanjay Subrahmanyam*, Connected Histories: Notes towards a Reconfiguration of Early Modern Eurasia, in: Modern Asian Studies 31/3 (1997), S. 735-762; *Michael Werner/ Bénédicte Zimmermann*, Vergleich, Transfer, Verflechtung. Der Ansatz der Histoire croisée und die Herausforderung des Transnationalen, in: Geschichte und Gesellschaft 28 (2002), S. 607-636.

[25] *Hans Medick*, Der Dreißigjährige Krieg. Zeugnisse vom Leben mit Gewalt, Göttingen 2018, S. 14-15.

ル・ミューレンベルクが、プロヴィデンスからアインベックへのある手紙を、すでに1755年10月に次の言葉とともに書き始めている。「我々のこの地における政治的情況に関しては、戦争の炎が段階を追って拡大しつつある」[26]。ニーダーヘッセンのイスターにおいて、牧師ヨハン・ゲオルク・フュリングは後に彼の年代記において全く同様に論じた。1757年の年始めに彼は次のように書き留めている。「戦火が、それは前年ドイツの一角において火がつけられたものだったが、この1757年により大きな炎へと広がり、我らの大切な祖国をも襲った」[27]。結局のところコントロールの効かない、不慮の出来事としての飛び移る火の粉のイメージは、みずからの免責のためにも役立てられえた。たとえばフリードリヒ２世は1757年７月に、「我が政治的行動の弁明」と題する小冊子の中で、戦争勃発の責任を振りはらうために、このイメージを利用した。

「誰もが知っている。ヨーロッパを揺り動かしている混乱が、アメリカで始まったということを。イギリス人とフランス人の間で棒鱈漁とカナダの若干の未耕作地帯をめぐって勃発した争いが、今や我々の大陸を哀しみに染めている血なまぐさい戦争に、きっかけを与えたのだということを。かの争いはドイツ諸侯の所有地から非常に遠くへだたっていたので、炎がある大陸から、見たところそれと何の結び付きもなさそうな別の大陸へいかに広がりうるかを理解するのは困難であった。我々の世紀の国家統治術のおかげでしかし、現在この世界には、どんな小さなものであれ、短期間で全キリスト教世界を襲い二分することができないような、いかなる争いも存在しないのである」[28]。

戦争最後の数年間にも、神聖ローマ帝国のメディアは、出来事を繰り返し引火のメタファーとともに解説した。アウクスブルクで編集された『薬剤師』は、紛争全体の原因を北アメリカにおける対立に基づくと見ており、1762年には次

[26] 1755年10月25日。*Kurt Aland* (Hg.), Die Korrespondenz Heinrich Melchiors Mühlenbergs: aus der Anfangszeit des deutschen Luthertums in Nordamerika, Bd. 2: 1753–1762, Berlin [u.a.] 1987, S. 250.

[27] *Johann Georg Fülling*, Die Isthaer Chronik des Pfarrers Johann Georg Fülling. Zur Geschichte Niederhessens im siebenjährigen Kriege. Hrsg. v. G. Bätzing. (Hess. Chroniken 1), Kassel 1957, S. 3.

[28] *Friedrich II*, Rechtfertigung meines politischen Verhaltens (Juli 1757), in: Die Werke Friedrichs des Großen: in deutscher Übersetzung, Berlin 1913, Bd. 3, S. 209-215, hier S. 210.

のように書いている。「お前（アメリカ）によって我らの国々は燃え上がった。／お前は農民を兵士にし、／市民に武装を強要する。／お前から始まった火が、／広い海を越えて燃え移り、／我がドイツじゅうで荒れ狂っている」[29]。イギリスによるグアドループ占領の描写において、序文には次のようにある。「今日の激しい戦争はアメリカの植民地においてその最初の火口が切られた。それゆえ我々は、ほとんどすべてのページでかの地の戦争の諸事件について読むのであるが、それらはかの地の国々の正しい認識なしには理解することが不可能なのである」[30]。匿名の執筆者はそれによって、植民地の報告の頻度が増えていくことについて、そのこと自体を外から眺めた観察を公表するだけでなく、これらアメリカの諸地域についての知識の獲得のために、ということはそれによってつまりみずからの商品である同誌のためにも、宣伝をしているのである。炎のメタファーは、確かに七年戦争に限られていたわけではなかったが、しかしそれは、からみあいの効果を指示するために、断然最も好まれたこの時代の図像であることが判明するのである。フリードリヒ２世にとって、1757年には、誰もが「ヨーロッパを揺り動かしている混乱が、アメリカで始まった」ことを知っているのが明らかであったのに対して、マリア・テレジアにとって1756年には同様に、「アメリカでの争いは我々と少しも関係がない」のも確実なことであった[31]。オーストリアの女帝にとってはシュレージエンが問題であったが、一方フリードリヒ２世はザクセンへの「予防的」攻撃を正当化しなければならなかった。戦争がグローバルな次元を有していたかどうかは、したがってそれ自体政治的問題であった。しかしそれを越えて、両者の説明は、同時代に分断

---

[29] „Sehnsucht nach einem allgemeinen Frieden“, in: Der Apotheker, 16 St., 1762, S. 242. *Nicole Waibel*, Nationale und patriotische Publizistik in der Freien Reichsstadt Augsburg. Studien zur periodischen Presse im Zeitalter der Aufklärung (1748-1770), Bremen 2008, S. 315により引用。

[30] Historisch-geographische Beschreibung der in diesem Krieg von den Engländern eroberten französischen Antillischen Inseln: besonders von Guadaloupe und Martinique etc. zur Erläuterung der gegenwärtigen Kriegs-Staats- und Handlungs-Geschichte, Stuttgart 1762.

[31] Maria Theresia an Esterházy, Wien, 22. Mai 1756, in: Gustav Berthold Volz/ Georg Küntzel (Hg.), Preussische und Österreichische Acten zur Vorgeschichte des siebenjährigen Krieges, Leipzig 1899, S. 371-375, ここでは S. 374.

されたかたちで認識されたグローバル性にとって特徴的なものであった。何人かの七年戦争の同時代人たちにとっては全世界が炎に包まれていたのに対して、他の人たちにとっては火は自分の村や都市に限られていたのである。

２．情報のグローバルな流通

例えばゲッティンゲン大学のオリエント言語の教授であったアンドレアス・ゲオルク・ヴェーナー（1693-1762）のような多くの日記筆者が、記述に際しておよそ彼らの故郷の外へ移動することなく、しかしグローバルな基準で情報を記録している。ただし彼らの基本的な関心は故郷での経緯に向けられていたのだが[32]。特に得られるところが多いのは、1759年９月13日の「エイブラハム平原」の戦いのあいだのケベック攻囲の結果に関する情報伝達であるが、この戦いによって北アメリカでの戦争は最終的にイギリス優位で決着したのであった。1759年10月16日火曜日に、ケベック占領についての情報がロンドンに到達し、「号外新聞 Gazette Extraordinary」で広められた。同日にゲッティンゲンのヴェーナーはまずフランクフルト新聞を反対の情報とともに受け取った。10月５日にパリ発で報じられているところでは、「アメリカからの諸書簡によれば、イギリス軍はケベック近郊でフランス軍によって打ち破られ、強力な嵐によってイギリス艦隊はローレンス川で散り散りになった」[33]。真の勝利者は、ようやく９日後の10月25日木曜日に伝えられた。「我が軍の」急使が次の情報を届けてきたという。「ケベックはイングランド軍に占領された」と[34]。さらに２日後、より詳細な情報が届いた。10月27日土曜日、ヴェーナーは次のように書き留めている。「アルトナ新聞の報道：ケベックが９月18日にイングランドのウォルフ軍のみによって征服されたというのは完全に正確である。イングランドの将軍ウォルフとフランスの将軍モンカルムは両者とも命を落とした」[35]。情報の証拠とのヴェーナーの慎重な接し方に特徴的なこととして、情報伝達経路の確認が、伝えられた出来事自体と同じくらいのスペースを占めている。「９月21日、

[32] *Andreas Georg Wähner*, Tagebuch aus dem Siebenjährigen Krieg. Bearbeitet von Sigrid Dahmen, Göttingen 2012.

[33] Ebd., S. 114.

[34] Ebd., S. 115.

[35] Ebd.

この情報をもって１人のイギリス将校がケベックからピット氏のもとへ出発した。10月16日、この将校はロンドンに到着した。10月17日、この情報がロンドンからハーグへ向けて運ばれた。ハーグには10月19日から20日の間の夜に到達した」[36]。

ツェレでは、駐屯軍監査官ヨハン・フィリップ・ショヴァルトがケベックについての勝利の報をすでに10月24日水曜日に、つまりヴェーナーの１日前に記録している。「イギリスの急使がハノーファーに、ケベックを制圧したという報告をもたらした。人は追って次のことを耳にした。それは９月18日に降伏を伴ってなされたが、それ以前の13日には近くで血なまぐさい会戦が行われた。イングランド軍は敵の多勢にもかかわらず勝利はしたが、しかしその勇敢なる将軍ウォルフを失い、フランス軍も将軍モンカルムを失った。つまり指揮をとった両将軍とも戦場に倒れたのである」[37]。

北アメリカからの情報は、この時代、おおよそ１ヶ月を要するのみで、帝国ではいくつかの情報到達センター（この場合はハンブルクやハノーファー）に沿って広がり、そこから更に拡散した。日記におけるそれらの情報の受容は、新聞のスタイルに近いままで、できるだけ信頼している別の情報源によって保証された。神聖ローマ帝国の住民にとって、勝利と敗北、損害の数と獲得された武器、ないし情報の経路についての情報の受け容れは、まだ比較的冷静になされているが、サセックスのイースト・ホースリー村の店主トマス・ターナー（1729-1793年）の場合は、愛国者的な強調が加わっている。ターナーは10月20日土曜日に、去る水曜日に出された「号外」を読み、攻囲の結末、ウォルフとモンカルムの死、およびモンクトン将軍の負傷について、短く要約しており、その後大いに熱狂して次のように書いている。「ああ、あらゆる真のイギリス人にとってそれを見るのはなんという喜びであろう。いかなる成功とともに、陛下の戦いを祝福することを神が喜ばれたかということを。イギリス人は目下のところヨーロッパ、アジア、アフリカ、アメリカで成功を収めている。私は今回の件について、我らが将軍たち、士官たち、一兵卒に至るまで、並外れた勇気と決断力を持って振る舞ったと考える。彼らがケベック市を放棄へと至ら

[36] Ebd.

[37] *Jens Mastnak/ Michael-Andreas Tänzer* (Hg.), Celle im Siebenjährigen Krieg. Das Tagebuch des Garnisonsauditeurs Johann Philipp Schowart, Celle 2010, S. 184-185.

しめうるまでに、多くのそして大きな困難があったであろうに」[38]。

海外からの情報の伝達は、しかしヨーロッパへの一方通行ではなかった。ペンシルヴェニアのプロテスタント牧師であるハインリヒ・メルヒオール・ミューレンベルク（1711-1787年）の手紙からわかるように、人は植民地でもまた熱心に新聞を読み、ヨーロッパの住民が北アメリカの諸事件を追うよりも部分的にはなおより大きな関心をもって、ヨーロッパの諸事件をフォローしていた[39]。アインベック生まれのミューレンベルクは、1742年以来ペンシルヴェニアで生活していたが、まったく当然のようにジョージ２世を彼の王、イギリス軍を「我々の」軍と呼んでいた。何といっても彼が定期的に手紙をやり取りしていた彼の故郷は、ハノーファー選帝侯領の一部として1714年以来同君連合によってイギリスと結びついていたのであるから。プロヴィデンスからアインベックのクローメ牧師へあてた1759年２月27日のある手紙で、ミューレンベルクは次のように書いている。「過ぎ去った夏と秋、11月の終わりまで、プロイセン、ポンメルン、ブランデンブルク、シュレージエン、ヘッセン、ハノーファー諸邦、ザクセン、および特にドレスデン、トルガウ、ライプツィヒ、ハレ等々で最近どのような状態にあったかを、我々は憂いとともに当地の新聞で読んだ」[40]。手紙の追伸には、さらに今日の南ニーダーザクセンへの関心とともに次のように書かれている。「新聞がこちらでついでに報じているように、昨秋アインベック、ゲッティンゲン、ノルトハイム、ミュンデン等々ではまさしく悲惨に、事態が推移したにちがいありません！　機会があればもっと細かい情報をお願いします」[41]。戦争のグローバルな次元についての意識はミューレンベルクのような宣教師においては、伝統的に強く形成されてきた。何といっても彼は世界にまたがる信者共同体の運命を視野に入れていたのだから。ザムエル・テオドール・アルビヌスにあててミューレンベルクは、1756年11月１日に、広がっていく戦争を前にして、南インドのトランケバール〔現在のターランガンバディ〕の宣教師への注目とともに、次のように書いている。「東インドのイ

[38] *David Vaisey* (Hg.), The Diary of Thomas Turner 1754-1765, Oxford/ New York 1985, S. 191.

[39] *Aland*, Korrespondenz（注26）.

[40] Ebd. S. 368.

[41] Ebd., S. 370.

ギリス植民地にいる我々の哀れな兄弟たちが、同じく窮乏、危険、苦難にあうことになるでしょう」[42]。

神聖ローマ帝国と海外における情報の受け手のグローバルな知識の量は、しかし過大評価されるべきでもない。ゲッティンゲンの教授ヴェーナーと類似のローカルな情報記録は、「フランス領インドのサミュエル・ピープス」こと商人アナンダ・ランガ・ピライ（1709-1761年）にも見られるが、彼はポンディシェリでフランス人の下で働いていた人物で、その1736-1761年にかけての私的な日記が12巻本の史料刊本で公刊されている[43]。基礎情報が欠けており、いくらかのものが想像によって付け加えられた場合、いかに強くいくつかの情報が歪曲されうるかということを、1758年２月26日にマドラスで書かれた、ピライの日記の書き込みが示している。

「朝の９時頃、幾人かの将校がやってきて、スーラトからの使者が次のような知らせを持ってきた、と言った。カンナダー―黒人 coffrees が住む国だが―の王がイギリス人と同盟したので、フランス王はこの地を占領するために軍隊を送った。イギリス人はプロイセン王の助けによってフランス軍に対抗したが、その息子とその軍の多くがイギリス人の多くと共に殺されると、プロイセン王はもはやそれ以上もちこたえることができずに逃亡し、イギリス人は和平を求めたが、実際に和平が締結されたかどうかはわからない」[44]。

カンナダーは間違いなくカナダのことであり、プロイセン・イングランド対フランスという同盟構造も同じく正しい。カナダに coffrees が住んでいる（coffrees とはアフリカ出身の黒人労働者を指す言葉なのであるが）という言明は、中央及び北アメリカの南北の植民地の取り違えのせいでありうる。しかしプロイセン王の息子（！）が何を意味するかは、完全に不明のままである。噂の受容は、このように全く独自の知識状態を作り出し得たのである。

---

[42] Ebd., S. 301.

[43] *Chidambaram S. Srinivasachari*, Ananda Ranga Pillai, the 'Pepys' of French India. With a foreword by Sir Shafant Ahmad Khan, Madras 1940.

[44] *John Frederic Price/ Henry Dodwell* (Hg.), The private Diary of Ananda Ranga Pillai, Dubash to Joseph John Frederic François Dupleix, ... an Governor of Pondichery: a record of matters political, historical, social and personal from 1736 to 1761; Translated from the Tamil, 12 Bde. Madras 1904-1928, Bd. 11, S. 114-115.

３．絡み合った歴史の物質文化

新聞およびパンフレットと並んで、工芸品もまたグローバルなからみあい、政治的肩入れ、感情的同一化を投影する面を形成していた[45]。そうした「手でつかむことができる」戦争の物質文化においては、例えば見事に製作されたかぎタバコ入れのように、奢侈物消費の持つ古典的な代表実践が、幅広い公衆のための新たな工芸品シリーズと結びついていた[46]。同時に、世俗的な記念対象物から軍事的聖遺物が生じた。これらの対象とつきあって自分のものにしていくことについて、自己証言は再び豊富な根拠事例を提供する。

七年戦争の間に特に盛んであった記念品のジャンルは、近世の「ファン・グッズ」というべき工芸産品であり、例えば好まれたイゼルローンのタバコ容器、記念章 Vivat-Bänder、絵柄付きのねじ込みコイン、居酒屋の看板や陶磁器セットなどであった[47]。

タバコ容器は、どの消費者にも１ターラーくらいの価格で、戦争のモチーフを自分の上着のポケットに入れて手で触れるような形で我がものにすることを可能にした。タバコを勧める際に、この容器は会話の出発点になり得たし、特定の出来事の記憶を物質的に引き出しうるものにすることを可能にした。戦場のグローバルなからみあいもまた、このメディアにおいてその表現を見出した。もちろん、ヨーロッパの戦場よりもはるかに少ない程度においてではあったが。それでタバコ容器に描かれて残っているのは見たところ、海外の軍事的モチーフとしては1762年２月のマルティニク島占領だけのようである[48]。しかし、角

---

[45] *Ute Frevert*, Gefühlspolitik. Friedrich II. als Herr über die Herzen, Göttingen 2012, S. 88-90; *Christopher Clark*, Preußen: Aufstieg und Niedergang 1600 – 1947, München 2007, S. 266-267

[46] 以下の部分については、*Marian Füssel/ Sven Petersen*, Ananas und Kanonen. Zur materiellen Kultur globaler Kriege im 18. Jahrhundert, in: Historische Anthropologie 23/3 (2015), S. 366-390を参照。

[47] *Wolf-Dieter Könenkamp*, Iserlohner Tabaksdosen. Bilder einer Kriegszeit, Münster 1982; *Paul Seidel*, Vivatbänder oder Seidenbänder im Hohenzollern-Museum, in: Hohenzollern-Jahrbuch 16 (1912), S. 128-153; *Konrad Vanja* (Hg.), Vivat - Vivat - Vivat! Widmungs- und Gedenkbänder aus drei Jahrhunderten, Berlin 1985; *Ernst Preßler*, Schraubtaler und Steckmedaillen. Verborgene Kostbarkeiten, Stuttgart 2000.

[48] *Könenkamp*, Iserlohner Tabaksdosen（注47）, S. 74f. を参照。

型の火薬入れには数多くの海外のモチーフが見出されるが、それはどこにでもある日常用品において記憶と同一化を結びつける、もう１つの別の物品グループであった[49]。角型火薬入れは、地図、場所、武器、紋章、アクターをとりわけ「フレンチ・インディアン戦争」の領域から示しているが、1762年のイギリス軍によるハバナ占領の図像もある。多くの彫り紋様は、見たところ所有者自身によってなされたか、少なくとも巧い戦友に委託されたもののようである。

そこに見られる、記念品を作り上げる際の兵士独自のイニシアティブは、例えば1757年６月のビーレフェルト近郊の戦闘の後、ブラウンシュヴァイクの兵士グローテヘンがその父に宛てて次のように書いていることに示されている。「私の銃は端から上へ４分の１のところで散裂弾に撃たれて完全に壊されました。この便で鉄の銃身の残った端を送りますので、記念に大切に取っておいて下さい。これを見れば、いかに神のご好意が弾丸を私から遠ざけてくれたかがわかります。その弾丸は私の頭のごく近くにあって、しかし骨の代わりに鉄を打ち砕くことになったのですから[50]。」

そのような保管と工芸的加工の混合物を、例えばコリンのユダヤ人街で、1757年のコリンの戦闘の後、戦場に大量に遺棄された擲弾兵の帽子の真鍮プレートから製作されたランプの傘、いわゆる Wandblaker が示している[51]。まさしく軍事的なアイテムが、近世のリサイクルの歴史の中で繰り返し登場する。略奪戦利品は民間人にとってもまた、記念メディアになった。例えばヘルツベルク出身のワイン商人ツェルマンは、彼の日記において次のように報告している。「ユスト・ハインリヒと従僕ダニエルは……略奪した」「略奪品は裸のサーベルで、彼が会ったフランス軍の憲兵がヒルデスハイム後方で失った物なのかもしれないが、私はそれを、このとほうもない戦時期の永遠の思い出として、取っておくことにしよう」[52]。フランス人捕虜がイギリスで作った作品のよう

---

[49] *Stephen V. Grancsay*, American Engraved Powder Horns: A Study Based on the J. H. Grenville Gilbert Collection, New York 1945.

[50] *Marian Füssel/Sven Petersen* (Hg.), Johann Heinrich Ludewig Grotehenn, Briefe aus dem Siebenjährigen Krieg. Lebensbeschreibung und Tagebuch, Potsdam 2012, S. 37.

[51] *Fritz Waltermann*, Mützenblech als Wandblaker, in: Zeitschrift für Heereskunde 67 (2003) Nr. 408, S. 82f. を参照。

[52] *K. Zellmann* (Hg.), Aus schwerer Zeit: Tagebuch des Johann Philipp Zellmann zu Herzberg am Harz aus der Zeit des siebenjährigen Krieges, Wernigerode 1900, S. 20.

に、戦争捕虜は多くの工芸品を木や骨から製作した[53]。そこから最後に、いくつかのアイテムは物質的な自己証言としても解釈されうるのではないのか、という方法論的問題が提起される[54]。

結論と展望

七年戦争は18世紀における政治化、メディア化、グローバル化の包括的な構造上のプロセスにとって一種の指標と見なされうる。情報は、切望された消費財になると同時に、メディアのグローバル化の動力ともなった。北アメリカとヨーロッパの間の情報伝達は４～６週間、ヨーロッパとインドの間では６～７ヶ月を必要とした。グローバルに展開された紛争としての七年戦争に関する問いにとっては、間近からの視点はアンビバレントなシナリオを明るみに出すが、それはそのニュアンスの点で個々の自己証言から和平会談にまで及んでいる。情報だけでなく人もまた、世界の間を循環した。高い空間的移動性を、スイス人マルクス・ウールマン（1738-1764）のようないわゆる「媒介者たち go betweens」が示しているが、彼はフランス軍の兵士として勤務するためにヴェストファーレンへ旅立ち、しばらくしてそこを脱走し、オランダである船の仕事に就き、そして最終的には、キューバ征服をイギリス艦隊が開始したとき、ハバナで再び見出された[55]。ウールマンのような人物は疑いなく稀であったが、しかし舞台の連鎖をまざまざと示している。ウールマンがハバナとチューリヒの間の時差を計算しようと試み、あるいはアナンダ・ランガ・ピライがフリードリヒ２世の子どもたちについて南インドで考えをめぐらしたならば、それは戦争劇場のからみあいから意味を引き出そうとした、個人の２つの試みにすぎなかったのであり、決して一般化され得ない。彼らに対しては、その観測範囲が自分の村の境界で終わっているような、数ダースもの証言が向き合っている

[53] *Francis Abell*, Prisoners of War in Britain, 1756 to 1815. A Record of their Lives, their Romance and their Sufferings, London u.a. 1914.

[54] 人形の町を例とした方法論争については、*Annette C. Cremer*, Mon Plaisir: die Puppenstadt der Auguste Dorothea von Schwarzburg (1666-1751), Köln [u.a.] 2015を参照。

[55] *Markus Uhlmann*, Das abwechselnde Fortün oder das veränderte Schicksal eines Jünglingen. Ein Reisebericht aus der Zeit des Siebenjährigen Krieges, hg. von Jean-Pierre Bodmer, Zürich 1980を参照。

のである。

情報の受容と、タバコ容器、陶磁器、記念章のような記念品による能動的な同一化を通じた、政治・軍事的事件史への参与は、住民の比較的広い部分に、どちらの側に結びついていると感じるかにかかわらず、今までになかった程度の感情を帯びた政治化への道を開いた。軍事的な出来事の受容の歴史にとって、そうした場合に特有のことではないが、しかしここで紹介された諸史料から例示的によくあとづけられうるのは、軍事的出来事の意義は後から比較的大きな歴史的距離をおいて見たときにはじめて形作られるという確認である。インド亜大陸におけるその後の展開にとって決定的であったと今日目されている、1757年のプラッシーと1760年のウァンディウォッシュという２度のイギリス軍の戦闘は、神聖ローマ帝国の読者にはほとんどおよそ言及もされていないが、その一方でこの間比較的重要でないと見なされるようになった征服、例えば1758年のゴレ島征服などが、たいていの証言において言及されている。調査された自己証言のグローバルな認識の地平を観察すると、大西洋の空間は、アフリカまで、またカリブ海に至るまで非常にプレゼンスが大きいのに対して、南アジアの戦争の舞台はわずかな例外を除いてほとんど視野に入っていない、ということが目に付く。イギリスの公衆の間では遅くとも1758/1759年の成功以来、軍事的成功の全世界にまたがる規模についての意識が存在した。「地球のすべての方面で」、「世界のすべての方面で」、「地球のこれほど多くの異なった部分で」、「既知の世界の全ての部分で」といった賀状の諸定式が、そのことをはっきりと示している[56]。

イギリスやそれと同君連合で結ばれていたハノーファー選帝侯領の住民にとって、ヨーロッパ外の戦争の諸事件への注目は、おそらく特に自然なことだったであろう。シュロップシャーの店主ターナー、ハノーファーのパン屋親方アベルマン、ツェレの駐屯軍監査官ショヴァルト、ゲッティンゲンの大学教授ヴェーナーなど、すべての身分的環境を貫いて、そのことを確認できるように

[56] *Marian Füssel*, Zwischen Empire und Reich. Zur Kommunikation des globalen Siebenjährigen Krieges im Raum der Personalunion, in: Arndt Reitemeier (Hg.), Kommunikation & Kulturtransfer im Zeitalter der Personalunion zwischen Großbritannien und Hannover. „to prove that Hanover and England are not entirely synonymous", Göttingen 2014, S. 79-99, ここでは S. 97を参照。

思われる[57]。その際にはしかし、同君連合における分離プロセスと相互無理解の諸形式をも無視してはならない。七年戦争は、グローバルな規模でのコミュニケーション的濃密化の一局面を形成したが、神聖ローマ帝国と大英帝国との間の共通性の限界をも明確に指示するものであった。このことを例えばゲッティンゲン大学の教授ザムエル・クリスティアン・ホルマンの戦争賛美はきわめて明瞭に定式化した。それは既に戦争中に書かれていたが、戦争終結後にはじめて出版されたものである。「国王のドイツの臣民の一部はそれゆえ、その同盟者である哀れなヘッセンとともに、イギリス人のためにほとんど素寒貧になるまで支払わなければならなかった。したがって、彼らもまたイギリス人がこの戦争で獲得した大きな利益に与っていたとしたら、それは何と正当であったことか（しかし実際には戦争から何の利益も受けていない）。彼らは、彼らの領邦君主が同時にイギリス人のあるじでもあったということ以外に、この戦争全体と何の関係もなかったのであるが、そのイギリス人こそがアメリカでこの商人戦争を始め、そして同所でまたそれを継続しなければならなかったのである」[58]。

「海外政策」の枠内における「商人戦争」は、ハノーファー選帝侯領の人々のもとで無理解に突き当たったが、彼らには、大部分他人事であるような帝国的計算のために、自分たちが不必要な苦しみにさらされているように見えたのであった。愛国者的な強調はそれゆえここでは期待され得ない。そうした感情が北西ドイツの帝国諸領邦の住民の間で役割を果たしたとすれば、それはフランス人と戦って勝利を収めたフェルディナント・フォン・ブラウンシュヴァイクに対してであった。ただし、「商人戦争」から同時代人たちが距離をおいていたからといって、神聖ローマ帝国における七年戦争の経済的側面に目をつぶるという結果に至るべきではない[59]。シュレージエンをめぐる戦いはまた、全く

---

[57] Ebd.

[58] [*Samuel Christian Hollmann*], Lob des Krieges: in einigen Gesprächen entwickelt, Teil: 2, Frankfurt u.a. 1770, S. 412-413, これについては既に *Hermann Wellenreuther*, Göttingen und England im 18. Jahrhundert, in: 250 Jahre Vorlesungen an der Georgia Augusta 1734–1984. Akademische Feier aus Anlaß der 250. Wiederkehr des Tages der ersten Vorlesung an der Georgia Augusta am 14. Oktober 1984 in der Aula der Georg-August-Universität Göttingen, Göttingen 1985, S. 30-63, ここでは S. 45-49を参照。

[59] 財政と兵站に関する概観として、*Schumann/ Schweizer*, Seven Years War（注10）, S.

本質的に経済的資源をめぐる戦いであった[60]。

実際には、農民層は別として、社会的身分は、居住地や「政治的」心情と比べて、グローバルな関心についての基準にはなっていなかったように見える。ハンブルク、ケルン、アウクスブルクといったメディアの積み替え地は、メディアの流通から見て辺鄙な場所とはまた違った情報へのアプローチを提供した。メディアの関心の焦点は七年戦争の間なおより強く大西洋世界に集中しており、一方南アジアははっきりとその背後に退いていた。18世紀の最後の四半世紀になってようやく、インドが、イギリスと、そしてまたドイツの公衆のあいだでより強いテーマへと発展したが、その前に北アメリカの植民地は独立への道を歩み始めたのであった。

関係史に焦点をあてることは、七年戦争についての歴史叙述で国民国家に視野を限定することに対しての重要な矯正であったし、今なおそうである。しかし、グローバル・ヒストリー全体にとって長く特徴的な、結びつき、越境者、接触領域、流通、領有についての探求が、次のことについて誤解を与えてはならない。つまり、これら全てのアクター、空間、プロセスとそれらの結びつきは、まずは一度経験的に調査されるべき対象であり、前提ではないのだということである。例えば我々はからみあいの増大の代わりに、新たな境界設定と隔絶化をも観察しうるのである。北アメリカにおいて、「フレンチ・インディアン戦争」は「中間地帯 Middle Ground（R. White）」の終焉を意味しており、インドにおいてもまた、結び付きが新たに構築されるのと同様に断ち切られもした[61]。流通のプロセスには、コントロールの実践という対抗措置が取られたのであり、例えばイギリスの大西洋封鎖が示しているように、情報は流通するのみならず、また検閲されもしたのである。巨大な量のイギリスの「捕獲書類 prize papers」（今日では貴重な史料類型であるが）は、いかに多くの通信がまさにその名宛人たちのもとに到達しなかったかということを示している[62]。フ

91-130を参照。

[60] *Marcus Warnke*, Logistik und friderizianische Kriegsführung. Eine Studie zur Verteilung, Mobilisierung und Wirkungsmächtigkeit militärisch relevanter Ressourcen im Siebenjährigen Krieg am Beispiel des Jahres 1757, Berlin 2018.

[61] *Richard White*, The Middle Ground: Indians, Empires, and Republics in the Great Lakes Region, 1650-1815, New York 1991.

[62] *Christina Beckers/ Dagmar Freist/ Lucas Haasis*, Die Prizepapers - Ein

リードリヒ２世自身が、戦後、戦争の叙述について精力的な「門番」として振る舞った[63]。そして知識の分野においてもまた、我々は同じように不知にいきあたる。例えばハノーファー・イギリスの同君連合とイギリス植民地の空間の内部において濃密化していく知識の通路と並んで、我々はまた、グローバルに激しく争われた空間についてほとんど注意を向けないようなアクターたちをも見出す。そうした空間は、多くの人々にとって、まさに「数モルゲンの雪」（ヴォルテール）にすぎないままなのであった。戦争が作り出したのは、分断されたグローバル性であった。からみあいと解体は平行して現れたのである。世界の潜在的な炎上可能性はしかし、近代世界システムの抵当負担であり続けることになったのである。

（訳者後記）

本稿は、2019年３月21日に京都大学文学研究科で開催された近世史研究会において、マリアン・フュッセル教授が行った講演に本文の加筆と注の補足が施されたものである。同教授は、田口が代表の JSPS 科研費基盤Ｂ（16H03535）の資金によって来日し、約10日間滞在して、本稿のもとになったものを含めて２回の講演を行った。ご多忙な中、遠路来日されたフュッセル教授に改めて感謝するとともに、研究会の場を用意していただいた小山哲教授（京都大学文学研究科）、渋谷聡教授（島根大学法文学部）に御礼を申し上げる。また当日お手伝いいただいた藤田風花さん、米倉美咲さんをはじめとする京都大学文学研究科・文学部の院生・学生の皆さんにも感謝したい。

フュッセル教授の経歴と業績については、本誌70巻３号307-308頁の訳者後記を参照していただきたい。そこに挙げられた文献のほかに、本稿の注１にある、Der Preis des Ruhms. Eine Weltgeschichte des Siebenjährigen Krieges, München 2019 が最近刊行された。本稿は、このモノグラフのための研究作業を基礎としつつ、フュッセル教授の七年戦争観をコンパクトかつ具体的に語っている。18世紀におけるグローバル化という相のもと、同時代の多様な証言を

Jahrhundertfund, in: Projekthomepage Prize Papers, Globale Mikrogeschichte Universität Oldenburg, [18.06.2013], URL: http://www.prizepapers.de/

[63] *Frank Zielsdorf*, Militärische Erinnerungskulturen in Preußen im 18. Jahrhundert. Akteure – Medien – Dynamiken, Göttingen 2016, S. 36-37.

史料として、戦争の認識とイメージ、情報の流通、物質文化・消費文化といった視角から、生き生きとした斬新な七年戦争像が提示されている。

講演当日の質疑では、グローバル・ヒストリーの意義、従来の戦争史研究との関係、ハノーファー・イギリスの同君連合の評価、モノとその流通が人々の意識に与えた影響、ミクロ史とマクロ史の関係、個別行為・個々人の意識と全体的構造との関係、など多岐にわたる論点について、突っ込んだ議論が交わされた。討論にご参加いただいた方々および長時間にわたってお答えいただいたフュッセル教授に御礼を申し上げる。

本稿が、フュッセル教授のご研究への導入となり、また七年戦争と18世紀史を深く考えるきっかけとなれば、訳者としては幸いである。

（田口正樹）

資　　料

憲法裁判における
アミカスキュリィの意義

趣旨説明

笹田　栄司

本資料は、2018年８月29日に北海道大学で開催された第７回「司法のファンダメンタルズの改革」研究会『憲法裁判におけるアミカスキュリィの意義』を再現するものである。本研究会は、「公開と参加を通じた司法のファンダメンタルズの改革」と題した科学研究費・基盤研究（Ｂ）（代表者＝笹田栄司）において、具体的裁判手続における「専門知」の参加を検討するもので、本研究のなかで総括的意義を有する。本研究会はまた、北海道大学公法判例研究会との共催で開かれた。本研究会では、訴訟に関与していない第三者（個人・団体・公的機関）による、文書あるいは口頭での憲法訴訟における問題に対する見解表明に焦点をあて、ドイツ（笹田栄司）、フランス（山元一）、アメリカ（中林暁生）、カナダ（佐々木雅寿）、韓国（國分典子）、そして日本（宍戸常寿）について報告が行われた（なお、本資料では、諸般の事情により宍戸報告は掲載していない）。憲法裁判所制を採る国のみならず、付随的違憲審査制を採る国においても、現代の憲法裁判においてアミカスキュリィが重要な意味を持つことが明らかになったと考える。なお、各報告に引き続いて行われた質疑応答では活発な議論が展開されたが、ここでは割愛せざるをえなかった。

（本研究は、JSPS 研究費15H03291の助成を受けている。）

ドイツ連邦憲法裁判所における第三者の参加（連邦憲法裁判所法27a 条）

笹田　栄司

はじめに

アミカスキュリィは、「係属中の法律上の係争には当事者として関与していないが、裁判所の要請であれ、または自らの意思に基づいてであれ、文書あるいは口頭の意見表明の形式で、法律上の係争における問題に対しその見解を伝えることが許される個人、あるいは団体[1]」を指す。ドイツの訴訟法において、アミカスキュリィが認められているのは、連邦憲法裁判所における「専門知識を持つ第三者の見解表明」のみであり、後述するように、連邦憲法裁判所法27a 条に根拠付けられる。もっとも、１で示しているように、連邦憲法裁判所法の他の条文で、連邦機関や州の機関なども客観的憲法秩序の維持のために特別の見解表明権が認められているが、これらの機関は27a 条にいう「第三者」ではない。

１　連邦憲法裁判所における情報の収集

（１）職権探知主義

連邦憲法裁判所法26条１項１文は「連邦憲法裁判所は、真実究明のため必要な証拠を取り調べる」と規定する。それによると、連邦憲法裁判所における手続は職権探知主義（Untersuchungsgrundsatz）に基づき、「裁判所は真実を職権により、即ち、自己のイニシアティブでかつ自発的に究明しなければならない[2]」。もっとも、憲法裁判所裁判官自身は、連邦憲法裁判所法26条を（憲法）裁判官の「義務プログラム」ではなく「自由演技」と理解していた[3]。連邦憲法裁判所裁判官就任前の論稿で、ブリューデ（B.-O. Bryde）は、「裁判所が、連邦憲法裁判所26条以下で規律されている正式の証拠手続で具体的事実を調べるのは極めて希である。最近の25年間の業務を明示する判例集を綿密に調べるなら

[1] Ulrich Kühne, Amicus Curiae, 2015, S.2.

[2] Stefan Brink, Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S.5.

[3] 憲法裁判所調査官であったS.Brink の見解（S.Brink (Anm.2), S10.）。

ば、具体的事実についての裁判所の証拠調べに関して、つまり、証拠決定、証人尋問、検証であるが、以前の報告よりもさらに少ない例を見いだす[4]」と述べている。連邦憲法裁判所は事実の確定のために、要式的な職権証拠調べの手段を極めて希にしか用いないのである[5]。キューネ（U.Kühne）は、連邦憲法裁判所が審級裁判所のように、要式的な証拠決定でもって古典的な証拠調べを使って調査を行った希な例として、政党禁止手続（BVerfGE2,1;5,85）を挙げている[6]。

（２）第三者の関与による情報の調達

連邦憲法裁判所による証拠調べの対象は、憲法裁判所の機能からして、立法事実がとりわけ重要である[7]。一般的事実あるいは立法事実とは、「法律の議決の基礎となった、あるいはその作用及び執行に意味のあるデータ[8]」、あるいは、「一般的な状況、人あるいは物のある分類に関連し、なかんずく法規範の制定の基礎をなす事実」であり、「生活現実のなかで、個々の、一回的な出来事であり、専門裁判所による通常の事実認定の対象」である個別的事実と対比される[9]。現在（2019年）、連邦憲法裁判所長官を務めるフォスキューレ（A. Voßkuhle）は、連邦憲法裁判所が、「専門裁判所以上に、“事実に興味を持つ”ところの基本的領域」として「立法事実」をあげている[10]。

第三者の関与による情報の調達については、「特別の見解表明権」と連邦憲法裁判所法27a 条に基づく「専門知識ある第三者の見解表明」がある。後者は２以下で詳しく論じるので、ここでは「特別の見解表明権」について述べておきたい[11]。

---

[4] Brun-Otto Bryde, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S.534.

[5] Johannes Meskouris, in: Tristan Barczak (Hrsg.), BVerfGG, 2018, § 26 Rdnr.23.

[6] U.Kühne (Anm.1), S.306.

[7] Vgl.U.Kühne (Anm.1), S.308.

[8] Andreas Voßkuhle, Der Rechtsanwalt und das BVerfG－Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, S.1333.

[9] S.Brink (Anm.2), S.12.

[10] A.Vosskuhle (Anm.8), S.1333.

[11] U.Kühne (Anm.1), S.30.

まず、抽象的および具体的規範統制手続について、連邦議会、連邦参議院、連邦政府またはラント議会及びラント政府に、「相当の期限を定めて意見を陳述する機会」が与えられる[12]。具体的規範統制については、さらに、申立てを行った原審の関係人も訴訟代理人を通じて意見を表明する機会を持つ。最上級の連邦及びラント裁判所に対して、問題となっている基本法の解釈適用について、さらに、「当該裁判にとって重要な法的問題についての検討結果」を説明するよう求めることができる[13]。憲法異議の訴[14]の場合、その行為あるいは不作為が異議手続の対象となった連邦及び州の憲法機関は、意見を述べる機会を与えられている（同法94条１項）。官庁あるいは大臣の行為あるいは不作為が手続の対象となった場合、所管の大臣に意見を陳述する機会が与えられる（同法94条２項）。判決に対する憲法異議の訴の場合、判決によって利益を受ける者にも意見陳述の機会が与えられる（同法94条３項）。

２　情報入手のための新しい枠組みとしての「連邦憲法裁判所法27a 条」

連邦憲法裁判所法27a 条は「連邦憲法裁判所は、専門的知識を有する第三者に意見表明の機会を与えることができる」と定める。

---

[12] 連邦憲法裁判所法77条、82条（参照、初宿正典・須賀博志編『連邦憲法裁判所法』（成文堂、2003年）59頁以下、63頁）。

[13] 連邦憲法裁判所法法82条４項（初宿・須賀編前掲註（12）63頁参照。Beteiligte については、光田督良「『関係人』概念を通してみるドイツの連邦憲法裁判所」『日独憲法学の想像力　下巻』（信山社、2003年）295頁以下に従い、当事者ではなく「関係人」の語を用いる。また、連邦憲法裁判所法は「被告に当たる当事者について」規定がないため、「場合によっては、手続は、両方もしくは一方の関係人が存在しない形で行われることになる」（光田前掲312頁以下）。そこで、「実質的に対審構造的な性格」（光田前掲313頁）を持たせるための工夫として、憲法機関などに意見を陳述する機会を与えている。

[14] 憲法異議の訴の場合、「異議申立人は『何人も』と規定することにより、その基本権が侵害されたもの一般を対象としている。憲法異議の相手方について、連邦憲法裁判所法は、憲法異議の対象となる作為・不作為をなしたものとしか規定していない。その結果、時には、本来の相手方なしで手続が行われることもある」（光田前掲註（13）313頁以下）。もっとも、「憲法機関による参加権や意見陳述権が認められていること」で、連邦憲法裁判所法は憲法異議の訴の対審性を実質的に保障しようとしている（光田前掲註（13）314頁）。

（1）1998年７月の連邦憲法裁判所法改正による導入

連邦憲法裁判所法27a 条が導入される前から、連邦憲法裁判所は、下記の二つの連邦憲法裁判所規則[15]に基づいて専門知識を持つ第三者の見解を入手していた。

連邦憲法裁判所規則22条５項：裁判長は、報告裁判官の提案又は部の決定に基づき、一の領域で特別の識見を有する者に、裁判にとっての重要な問題について鑑定意見を述べることを要請する。

同規則41条：報告裁判官は、規範統制の申立が許されないかどうか、あるいは、憲法異議の訴が受理されないかどうかを部会が決定する（連邦憲法裁判所法77、94条）前であっても、陳述権者（同法77条と結びついた82条、94条）あるいは第三者の意見を求め、及び連邦憲法裁判所法82条４項に列挙されている裁判所に［同項が定める］要請をすることができる。

連邦憲法裁判所法27a 条制定前に、憲法裁判所が、裁判手続において、文書によるあるいは口頭による意見表明の機会を与えた例[16]として以下のものがある。

労働組合（vgl. BVerfGE54,11 [23]; 62,256 [263]; 92,365 [391f.]）、ドイツ経営者団体連合会（vgl. BVerfGE62,256 [263]; 92,365 [389f.]）、家主連合会及び借家人協会（vgl. BVerfGE71, 230 [243ff.]; 79,292 [301]; 87,114 [128ff.]）、農業団体（vgl. BVerfGE, 78,132 [140]）、放送局及び出版社（vgl. BVerfGE90, 60 [74f.]）、ドイツ司教会議事務局（vgl. BVerfGE93, 1 [9f.]）、ドイツプロテスタント教会の環境についての全権委員（vgl. BVerfGE53,30［44］）、人道主義連合（vgl. BVerfGE93,1

[15] 初宿・須賀前掲註（12）及び、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第二版〕』（中大出版部、2013年）を参考にして訳出している。なお、両規則に出てくる報告裁判官（Berichterstatter）について、連邦憲法裁判所規則23条１項は、「法廷で裁判しなければならない事件においてはすべて、報告裁判官は、書面で意見を提出する」と定める（初宿・須賀前掲註（12）95頁）。連邦憲法裁判所の管轄する事件について、年度の開始前に、全裁判官について担当する法領域（集会の自由やデータ保護法等）や憲法事件（基本法21条２項にもとづく政党の違憲性確定の手続等）が分配される。これは、連邦憲法裁判所の Web 上で、例えば、「2019年度期についての連邦憲法裁判所の事務配分」として公表されている。

[16] Franz-Wilhelm Dollinger, in:Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2.Auflage 2005, §27a Rdnr16.

[12])、避難民援助組織（vgl. BVerfGE94, 49 [82]; 94,115 [129]; 94,166[187])、大学学長（vgl.BVerfGE54, 173 [186])、児童神経科医、ドイツ児童保護連合、及びドイツ裁判官連合（vgl. BVerfGE61, 358 [371])、ドイツ連邦銀行頭取、ヘルムート・シュレジンガー教授（法博）（vgl. BVerfGE89, 155 [170])

法律上の根拠が必要な理由として、組織法上も法律の留保がますます求められていることに加え、連邦憲法裁判所23条２項によって、裁判手続を開始するために申立人が提出した「申立」が27a 条の規定する第三者に送達されねばならないため、基本権上の配慮が求められたことがあげられる[17]。

（２）連邦憲法裁判所法27a 条の意義

キューネは、「“一般的な、社会的、政治的、文化的、及び分けても重要なことだが、経済的事実”の探求のための古典的な証拠手段の不適切さに対する反応」と、27a 条の意義を解する[18]。この点について、ベートゲも、27a 条が「正しい判決を見出すこと、裁判所の判決が受け入れられること、そしてその内容が納得のゆくこと」を促すと評価し、この規定が「多元的な憲法訴訟の特性に対応する[19]」と見ている。「例えば、予測を立てるため、比例原則及び平等取扱い原則による法律審査のため、あるいは、規範の構成要件上の前提了解を明らかにするため、社会的、政治的、文化的、及び経済的データの入手が肝要な場合」、古典的な証拠調べは適切ではなく、27a 条に基づき第三者の見解を入手することが、とりわけ「重要である[20]」。

（３）「第三者」及び「専門的知識」の定義

「第三者」について、連邦憲法裁判所による定義は見られない。ここでは、消極的定義をとるしかない。つまり、「具体的な手続で何ら関与人としての機能が帰属し得ないすべての人」が第三者になりうる。従って、「異議申立者自身が第三者となり得ないと同じく、連邦憲法裁判所法によって手続の種類に応じて固有の権利あるいは権利の一部が与えられた憲法機関もなり得ない[21]」。

---

[17] Herbert Bethge,in: Mauz/Schmidt-Bleibtreu/Bethge,BVerfGG, 2017, §27a. Rdnr3. ベートゲは「基本権上の配慮」として、一般的行為の自由（基本法２条１項）を指摘する。

[18] U.Kühne (Anm1), S.311.

[19] H.Bethge (Anm.17), Rdnr.1.

[20] Kai Haberzettl, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2015, §27a Rdnr.5.

[21] F.-W. Dollinger (Anm.16), Rdnr.17.

第三者は、連邦憲法裁判所法26条の射程に含まれる証人や鑑定人と異なり、見解表明を義務付けられていない。また、「専門的知識を持つ第三者の見解表明に影響を及ぼすための強制手段は、連邦憲法裁判所にはない[22]」。

次に専門知識は、学説上、裁判手続の「対象を形成する領域についての客観的専門知識」と理解されているが、このことは何ら当該見解の客観性を前提としない[23]。第三者の選出及び招請の準備は、連邦憲法裁判所調査官に委ねられるが、その時間的コストを含め、作業の大変さが、調査官出身者が書いたコンメンタールには印象深く記されている[24]。調査官は、情報源が偏らないように専門知識のある第三者を提案する必要があろう[25]。第三者は口頭あるいは文書によって意見表明を行うが、この意見表明は義務づけられていない。その対象は、送達された申立書により限定されるが、「手続の対象について一般的に見解を表明することを排除するものではない[26]」。なお、法的聴聞を保障する基本法103条１項は第三者には適用されない。

（４）手続

第三者に意見表明の機会を与えるか否か、および誰に依頼するかは、連邦憲法裁判所がその裁量にもとづき決定する[27]。そして、その決定は、手続の種類及び当該部の手続状態に応じて、裁判長あるいは報告裁判官が行う[28]。連邦憲法裁判所の「部会が決定を求められる場合（特に連邦憲法裁判所法93a 条以下の受理手続において、さらに、同法81a 条）、報告裁判官は、まったく単独で（第三者の－笹田）意見表明を求める権限を持つ（連邦憲法裁判所執務規則41条）[29]」。

第三者の意見表明の機会は、通常、文書によるが、口頭弁論が開かれた場合、専門知識のある第三者は補完的にその文書に基づく見解について意見聴取される[30]。そして、「しばしば口頭弁論において、法から離れて、事案に含まれる社

[22] F.-W. Dollinger (Anm.16), Rdnr.18.
[23] U.Kühne (Anm.1), S.313.
[24] J.Meskouris (Anm.5), § 27a Rdnr.18.
[25] J.Meskouris (Anm.5), § 27a Rdnr.20.
[26] K.Haberzett (Anm.20), Rdnr.5.
[27] K.Haberzett (Anm.20), Rdnr.14.
[28] K.Haberzettl (Anm.20), Rdnr.14.
[29] U.Kühne (Anm.1), S.312.
[30] K.Haberzett (Anm.20), Rdnr.15.

会的、経済的そして政治的問題にまで展開する意見聴取に至る[31]」のである。なお、法及び事実について多層的な問題を孕む複雑な訴訟にあっては、目標を絞り込んだ質問一覧表が専門知識のある第三者に送付される[32]。そして、依頼に応じた第三者の見解表明を利用することが考慮に値し、それが、新しい、重要な事実に関する資料を含む場合、連邦憲法裁判所は、法的聴聞権（基本法103条１項）を守るため、第一に、他の手続関係人にそのことを伝達しなければならない。これに対して、その他の専門知識のある第三者には知らせる必要はない[33]。

（５）専門知識のある第三者（連邦憲法裁判所法27a 条）は「アミカスキュリィ」なのか？

専門知識のある第三者については、連邦憲法裁判所からの要請が基本的に必要とされること、当事者の合意は必要ではないこと、第三者に憲法機関は入らないこと、手続法上の地位の違いなど、アミカスキュリィとの相違点があると言われることがある。しかし、機能的側面から見ると両者は良く似ている。この問題は、アミカスキュリィ概念の広狭や、様々な法秩序でアミカスキュリィに付与された機能の多様さをどう見るか、にも係っている[34]。キューネはアメリカ法におけるアミカスキュリィとの間に機能的に「極めて大きな共通点が存在する」として、「ドイツ法は連邦憲法裁判所法27a 条に基づく第三者の関与でもって、まったくアミカスキュリィによる参加を自由に使えるということが、明らかに強調されねばならない[35]」と述べている[36]。

---

[31] B.-O. Bryde (Anm.4), S.537.

[32] J.Meskouris (Anm.5), § 27a Rdnr19.

[33] J.Meskouris (Anm.5), § 27a Rdnr16.

[34] U.Kühne (Anm.1),S.321. わが国でこの問題に言及するものとして、巽智彦「公法関係訴訟における事実認定について―憲法訴訟を端緒として―」成蹊法学85号（2016年）123頁がある。

[35] U.Kühne (Anm.1), S321.

[36] 連邦憲法裁判所法27a 条とアミカスキュリイを同視するものとして、Benda/Klein/Klein、Verfassungsprozessrecht, 3.Auflage, 2012, S.292, Fn.138. および F.-W. Dollinger (Anm.16), Rdnr.5. がある。これに対し、K.Haberzettl (Anm.20), Rdnr.4. は、アメリカ法におけるアミカスキュリイは「事実の根拠を創出する規範的機能という点で27a 条と比較できるものではあるが、その手続法上の法的地位に鑑みるとそうではない」と

3　連邦憲法裁判所法27a 条の検討

（1）ベンダ・クライン・クライン『憲法訴訟法』の批判

ドイツにおける憲法訴訟についての代表的なテキストである、ベンダ・クライン・クライン『憲法訴訟法』は、連邦憲法裁判所法27a 条にもとづく第三者の関与を批判している[37]。それは次の２点にまとめることができる。

①見解表明権者の選定が連邦憲法裁判所の意向に任されていることから、必然的に、不完全で主観的に行われるもので、見解を求められる者の選定を通じて答えを先取りする危険を内包する。

②「裁判手続における第三者の見解表明も形式を踏むことなく行われており、それは口頭弁論についてさえ妥当する」。連邦憲法裁判所法28条、29条に基づく「いかなる時でも規律に従わせる厳格な形式から免除された口頭での審理は、それゆえ時として、議会でのヒアリングに類似したものに滑り落ちる危険を冒す」。そこにはまた、連邦憲法裁判所が、「『より良き』立法者として事をなすという不適切な危険が存在する」。

以下では、（２）で①について、および（３）で②について「反論」を検討する。

（2）第三者の選択の問題

「第三者」の選択については、上述したように、連邦憲法裁判所調査官が関与する。調査官経験のあるハーベルチェッテル（K.Haberzettl）は、「事実の根拠に関する源泉をできるだけ広範に把握することを裁判所が試みることで、選択された事実認識の持つ危険に対処する[38]」と述べている。「第三者」について、調査官は、社会の様々な見解をできるだけ広範囲に写し取るために、情報源の広範囲の分散を提案するとの見解もある[39]。

フォスキューレ（連邦憲法裁判所長官）も次のように述べて、連邦憲法裁判所を擁護する。「認定された“立法事実”と単なる逸話風の証拠との限界画定は、常に易しいものではない。ここで（判例で－筆田）形成されたのは、逸話的証拠の許されない一般化及び誤った帰納的推論を避けることである。加えて、“対話の相手方”に代表的な人物を選ぶこと（representätive Auswahl）が重要であ

抑制的な見解を述べている。

[37] Benda/Klein/Klein (Anm.36), Rdnr.222.

[38] K.Haberzettl (Anm.20), Rdnr.6.

[39] J.Meskouris (Anm.5), § 27a Rdnr.20.

る。両方とも、批判的視線を必要とする。それに関して、確かに、連邦憲法裁判所について何の保障もない。しかしそれでも、ここでは８人の裁判官が事実認定に関与する。それでもって、例えば、医学的な侵害、建築そして原子力兵器使用に設定されねばならない４つの目のコントロール（two-man rule）は、いわば16の目の原則に増強されている。これは批判的見方について一定の保障を創出する[40]」と述べている。16の眼とは、連邦憲法裁判所の二つの法廷に席を置くそれぞれの裁判官８名を指すと思われる。

（３）伝統的司法からの逸脱－広範な対話の促進

ドリンガー（F.-W. Dollinger）は、「古典的な証拠手段－文書、検証、鑑定人そして証人－が、連邦憲法裁判所に義務付けられている、制定法及び手続法の憲法適合性審査の統制に関して、もはや適切ではない」との認識のもと、27a条の第三者の見解表明は「古典的な裁判所での審理というより、議会でのヒアリングに接近する[41]」と述べている。26条以下の証拠調べと27a 条の第三者の見解の入手との区別がますます曖昧になり、１（１）で見たように、26条の職権証拠調べが「自由演技」と見られるという事情もある。いずれにしろ、「議会でのヒアリング」に接近した「口頭弁論」はどう評価されるのか。

次のキューネの批判は、司法の伝統を考えれば当然でてくるものである。「憲法訴訟において、性急かつ実質的根拠なしに、通例の司法形式を放棄するべきではない。さもなくば、立法手続がそれを知っているように、裁判所での取り組みと公のヒアリングとの境界がいとも簡単にぼやけてしまう。しかしながら、裁判官の独立や品質と並んで、政治的に行為する立法機関から裁判所の判決を区別し、今日なお広範な受容を裁判所が受けているのは、まさに司法の形式性である[42]」。

これに対し、フォスキューレは、刑事訴訟における「司法取引」の合憲性が問われた憲法異議の訴（BVerfGE 133, 168）を例に引いて、口頭弁論での「対話」を強調する。「裁判所は社会の集団及び諸連合を参加させることで、“関心を持つもの及び関係するものとの広範な対話”を開いた。参加するものの変域が大きければ大きいほど、そして、対話の相手方の選出が釣り合いのとれたもので

[40] A.Voßkuhle (Anm.8), S.1334.

[41] F.-W. Dollinger (Anm.16), Rdnr.12.

[42] U.Kühne (Anm.1),S.320.

あればあるほど、それだけますます、裁判所が問題の重要なあらゆる局面を熟知し、物事についてのバランスの良い見方を得ていることの保障が高くなる」。フォスキューレによると、口頭弁論において、「現実の結果が集中的に審理され、「研究論文の著者とならんで、連邦通常裁判所長官、そして連邦検事総長が実務を紹介し、その他の４人の鑑定人は、ラント裁判所での裁判長としての経験から報告を行った。刑法学者は合意の実践を法的に整理した。そのうえさらに、政党の代表者、ドイツ裁判官連合、ドイツ弁護士会、連邦弁護士会、そして、新裁判官協会の代表者が見解を表明した[43]」という。フォスキューレによる「広範な対話」の強調は、「憲法裁判所の手続を原則的に支配する職権探知主義にもかかわらず、裁判所は一定の範囲で……利害関係人、およびあらゆる重要な情報を持つ関係人との、裁判所によって開かれた広範な対話が訴訟手続に組み込まれたことを頼りにする[44]」とのブリューデの見解につながっている。

ここでの問題状況について、ブリューデは次のように、適切な評価を行なっている。一方で、司法形式による証拠調べに対して（憲法）裁判所が距離をとっていること、他方で、裁判所にとり典型的ではない（連邦憲法裁判所法27a 条所定の－笹田）手続の中に憲法的問題の事実についての背景を広範に受容することは、確かに一部は連邦憲法裁判所の特別の役割から明らかになる。しかしながら同時に、それは他の裁判所に対するその特異性を明確にし、そして、ドイツの憲法裁判所に典型的な傾向が司法形式的手続から政治的決定プロセスに移ることを照らし出す[45]」。

（４）「第三者」招請の妥当性の確保

上記①および②以外に、憲法裁判所法27a 条が抱えるリスクとして、第三者の見解が誤っている場合（少なくとも、誤りをもたらす情報の場合）、あるいはそれが偏っている場合（党派性が強い場合を含む）がある。前者について、キューネは、「選出決定において、遅くとも判決理由で、選出の根拠を提示することが望まれよう[46]」とするが、「できる限り一致した結果および理由づけに

[43] A.Voßkuhle (Anm.8), S.1334.

[44] B.-O. Bryde (Anm.4), S.537.

[45] B.-O. Bryde (Anm.4), S.561.

[46] U.Kühne (Anm.1), S.320.

到達する裁判所の伝統[47]」に鑑みれば、キューネの主張は受け入れがたいであろう。結論の同意はあっても、結論に至る過程での憲法上の問題の背景理解は裁判官によって異なるであろうから。

第三者の党派性については、既述のように、「参加するものの変域が大きければ大きいほど、そして、対話の相手方の選出が釣り合いのとれたものであればあるほど、それだけますます、裁判所が問題の重要なあらゆる局面を熟知し、物事についてのバランスの良い見方を得ていることの保障が高くなる」とのフォスキューレの見解が対策としてある[48]。また、専門知識のある第三者の見解の他に、正式の証拠調べ、専門の文献、一般的にアクセス可能な統計、さらに裁判官の経験則をもちいることで、「16の眼によるコントロール」が働くとの主張もある[49]。

おわりに

（1）立法事実を対象とする憲法訴訟において、連邦憲法裁判所法27a 条に基づく専門知識のある第三者の活用は、「さまざまな社会的勢力が参加するフォーラム」を設定し、そこでの「第三者」の見解から法的に重要な事柄を濾過するという課題に憲法裁判所を直面させる[50]。連邦憲法裁判所法27a 条にについては、憲法裁判所による評価は判決理由中に現れず[51]、学説などによる再検討の対象とされない点、司法形式の欠如といった批判もありうるが、「連邦憲法裁判所がその判決を連邦憲法裁判所法27a 条による第三者の関与によって、できうる限り広範な情報の根拠に基づき、さらに、第三者の手元に在る専門知識にも支えを見いだしたということは、総体として歓迎すべき[52]」との評価も多い。

（2）職権探知主義が採られていると一般に受けとめられているドイツにおいても[53]、連邦憲法裁判所によって、アミカスキュリィと機能的に類似する「専

---

47 B.-O. Bryde (Anm.4), S.539.

48 A.Voßkuhle (Anm.8), S.1334.

49 K.Haberzettl (Anm.20), Rdnr.6.

50 Renz/Hansel, BVerfGG, 2015, §27a Rdnr.5.

51 52 U.Kühne (Anm.1), S.320.

53 巽前掲註（34）120頁以下。

門知識のある第三者の見解」の活用を通じて、複雑な構造を持つ立法事実の究明が積極的に図られていることは注目に値する[54]。先のフォスキューレによる憲法裁判所の実践の正当化と重ねて見るなら、「多元的な憲法訴訟の特性に対応する[55]」ものとして連邦憲法裁判所法27a 条は評価されているのである。

[54] 連邦憲法裁判所が立法事実の確定のため、要式的な職権証拠調べの手段を極めて希にしか用いない（J. Meskouris (Anm.5), § 27a Rdnr.23.）理由について、ハーベルチェッテルは、一般的事実の確定および予測についての証拠調べは限定的であるのが特有であること、そして、連邦憲法裁判所が、連邦憲法裁判所法27a 条の他、27条の司法共助および職務共助にもとづき最上級の連邦裁判所の見解を入手しうること、専門文献の援用、一般的にアクセス可能な統計、さらに裁判官の経験則を挙げている（K. Haberzettl (Anm.20), § 26 Rdnr.10.）。

[55] H.Bethge (Anm.17), Rdnr.1.

憲法裁判におけるアミカスキュリィの意義：フランスの場合

山元　一

はじめに

本稿は、「憲法裁判におけるアミカスキュリィの意義」を比較法的に検討しようとする本研究プロジェクトにおいてフランスを担当する。したがって、フランスの憲法裁判におけるアミカスキュリィをめぐる実務とそれに関する議論の一端を紹介・検討することが、本稿の課題となる。本稿の構成としては、フランス憲法院による事前審査制におけるアミカスキュリィをめぐる問題について検討したあとで〔→Ⅰ〕、事後審査制における問題を検討することとしたい〔→Ⅱ〕。

ここでは本論に入る前に、フランス法学がアミカスキュリィについて、どのように認識しているかについて瞥見しておこう。フランス法の今日の標準的な法律辞典によれば、アミカスキュリィとは、「例外的な意見陳述者・無償の情報提供者の資格であって、そのような資格の下で、申立てを受けた裁判所が、すべての利害関係者の面前で裁判官の『知見を増進させるためのすべての意見』を提供させるために招致する人物」と定義されている[1]。そして、2010年にアミカスキュリィについて最も包括的な研究『アミカスキュリィ：手続法における共通原理へ？』を公刊したSéverine Menétrey[2]は、アミカスキュリィを、「裁判所で提起されたある特定の問題の法的側面にかかわる諮問的参加のすべて」だとする。同書によれば、もともとイギリスのコモン・ローの世界に起源を有するアミカスキュリィは、その後英米法系諸国とりわけカナダとアメリカの最高裁判所において大きく発展してきたものである。同書では、カナダの仏語圏ケベックの民事裁判におけるアミカスキュリィの受容と発展が注目されている。また公法学者Xavier Philippeは、大陸法系諸国の裁判所の法廷においてアミカスキュリィを排斥するべき「客観的根拠」は存在しない、と指摘する[3]。

---

[1] Gérard Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018, p. 63.

[2] Séverine Menétrey, *L'*amicus curiae, *vers un principe commun de droit procédural ?* Dalloz, 2010.

[3] Xavier Philippe, Présentation de l'*amicus curie*, in *Constitutions : Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, p. 391. なお、本論文は、2011年に、いわゆる「記憶のた

ところで、フランス法にアミカスキュリィという表現がはじめて登場したのは、1988年のパリ控訴院のある中間判決（arrêt avant dire droit）（1988年６月21日）であった。そこでは、同院がパリ弁護士会長に出廷を要請し、同会長は、全ての利害関係当事者の前で、裁判における解決を目指す裁判官に、弁護士の格付け（classification）に関して参考となる意見を、「アミカスキュリィ」たる資格において行ったのであった。破毀院においては、院長 Pierre Drai（1988-1986年在任）が François Mitterrand 大統領に対して行った1989年の年頭のスピーチにおいて、裁判の質の向上のためにアミカスキュリィの積極的活用について言及した。1991年に、破毀院が代理母を容認するか否かについての裁判において、医学教授であった Jean Bernard（生命健康科学倫理諮問委員会委員長（Président du Comité national consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé））がアミカスキュリィの資格において出廷した。判決に彼の意見陳述内容は引用されなかったが、法院検事（avocat général）の意見書（conclusions）においてその陳述の重要性が強調された[4]。司法裁判所にアミカスキュリィを法廷に参加させうることは、2016年の法改正で明文化された[5]。破毀院院長（1999-2007年在任）そして 憲法院裁判官（2007-2016年在任）を歴任した Guy Canivet は、このようなタイプのアミカスキュリィに加えて、さらに〈比較法上の問題についての諮問に答える者〉（例、破毀院が胎児の殺害に対する法的措置について、定評ある研究室に調査を求めた事例）、そして〈自らのイニシアティブに基づいて裁判に参加し、一定の主張をする者〉（例、破毀院が生命保険に関する事件に関して、公証人・保険会社・財務大臣の意見表明を認めた事例）がある、と指摘している[6]。

めの法律」の一つとして議会によって採択されたアルメニア人虐殺を否定する言説を刑事制裁によって禁止する法案に対するフランス憲法学会の反対意見書の直前に掲載されたものであり、反対意見書が一種のアミカスキュリィとしての機能を果たすことを解説したものである。なお、本法案は、憲法院から違憲判断を受けた（Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012）。本法案とその背景については、山元一『現代フランス憲法理論』（信山社、2014年）104頁を参照されたい。

[4] 以上の叙述は、S. Menétrey, *supra* note (2), p. 4, p. 17 et s., et p. 40 et s. に拠る。

[5] 司法組織法 L. 431-3-1。行政裁判については、2010年法改正によりすでに実現されていた（行政訴訟法典 R. 625-3　更に参照同法典 R123-26）。

[6] Guy Canivet (Intervention), Jacques Arrighi de Cassanova, Guy Casnivet et Marie-

以下では、まず、憲法院の行う合憲性審査のうち事前審査制におけるアミカスキュリィから見ていこう。

Ⅰ　憲法院の事前審査制におけるアミカスキュリィ

1．憲法院による事前審査制の手続[7]

憲法院に申立て（saisine）をなしうるタイミングは、議会で法律案が採択されてから、大統領が審署するまでの期間に限定される。また、申立て権者は、大統領・首相・元老院議長・国民議会議長（憲法61条２項）、60名以上の元老院議員ないし国民議会議員（1974年憲法改正による同条同項への追加）に限定されている。さらに、申立てを受けた憲法院は、原則として１ヶ月以内に判決を下さなければならない（憲法61条３項）。このことは、審理の進め方に大きな影響を与える。憲法院への申立てにおいて注目すべきことは、①ひとたび憲法院へ法律に対する申立てがなされるとそれ以降自律的に違憲審査手続は進行し、原則として申立て権者は申立てを取り消すことができないこと、②憲法院は職権に基づき自ら憲法上の争点を提起することができること、である。憲法院における事前審査にかかわる手続は全体として非公開である。誰がある事件において報告担当裁判官であるかは、非公開である。申立て権者がある法律案に対して憲法院に申立てを行うと、憲法院長が報告担当裁判官（rapporteur）を自由裁量によって指名する[8]。報告担当裁判官は、憲法院調査局の協力[9]の下で、当該申立てについての報告を作成する（参照、1958年11月７日オルドナン

Anne Frison-Roche, Experts et procédure : l'amicus curiæ, in *Revue de droit d'Assas*, n° 6, octobre 2012, p. 88 et s. https://www.u-paris2.fr/sites/default/files/document/cv_publications/rda6.pdf［最終確認 2018年12月26日］

[7] 参照、山元一「フランス憲法院における補佐機構」『北大法学論集』61巻２号〔2015年〕378頁以下、Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 4e éd., PUF, 2016, p. 389 et s., Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, *Droit du Contentieux Constitutionnel*, 11e éd., LGDJ, 2016, p. 321 et s.

[8] 報告担当裁判官は原則１名であるが、マーストリヒト条約の審査の際は、複数であったという。また原則として、院長は自らを報告担当裁判官に指名しない。cf. G. Drago, *supra* note (7), p. 388.

[9] 参照、山元一「フランス憲法院における補佐機構」『北大法学論集』66巻２号〔2015年〕［243］頁以下。

ス19条)。報告担当裁判官は、憲法院で行われる審理(instruction)を主宰する。

審理手続についての明文規定は、今日まで存在していない。判決に関与した裁判官が判決に明示されるようになったのは、Roland Dumas (1995-2000年在任) が憲法院院長になって以来のことである[10]。

事前審査制は、もっぱら〈法律の合憲性についての客観的な異議〉について審査するものであるから、訴訟当事者は存在しない。したがって厳密な意味での対審的審理は存在しない。この点について、ヨーロッパ人権裁判所は、憲法院による事前審査制について、ヨーロッパ人権条約６条１項「公正な裁判を受ける権利」の射程外であるとしている (1997年10月21日判決)[11]。しかし、現在では、事前審査制においても一定の対審的構造が導入されている。すなわち、報告担当裁判官は、調査局と協力しつつ糾問的手続に基づいて審理を進める。審理は書面に基づく口頭弁論主義で行われ、非公開かつ部分的には慣行に基づいて対審的に行われる。憲法や法律で規定されてはないが確立されている慣行によれば、申立てのなされた法律について弁護を行うのは、法案提案議員や議会関係者等ではなく政府機関の一つであり、首相に直属する内閣事務総局 (Secrétariat Général du Gouvernement)[12]である。このような仕組みを取ることは、憲法裁判の客観訴訟的性格が反映している、とされる[13]。しかし、どちらもコンセイユ・デタの強い影響下にある一方の組織である内閣事務総局が法律を弁護し、他方の組織である憲法院事務総局の強力な関与によって運営され

---

[10] Georges Vedel, Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel, in *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 541.

[11] CEDH, 21 octobre 1997, *Bloch c. France*, affaire n° 24194/94.

[12] 法律の弁護人としての内閣事務総局についての分析として、Damien Connil, La défense de la loi déférée au Conseil constitutionnel, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 96, 2013, p. 813 et s. がある。また内閣事務総局についての最近の研究の成果として、奥村公輔「内閣官房の機能に関する比較法的考察」『初宿古稀記念・比較憲法学の現状と展望』(成文堂、2018年) 373頁以下、がある。

[13] D. Connil, *supra* note (12), p. 818. Connil の指摘するように、実際的観点から見れば、事前審査制の場合は合憲性審査を受ける法律は政府提出法案が圧倒的多数であり、この場合には政府機関たる内閣事務総局が当該法律の弁護活動を行うことには一理ある。しかしそのような場合でも、議会で修正を受け、採択された法律の規定内容が大きく変化している可能性がある。さらに事後審査制の場合には、現在の政府が野党時代に可決された法案である可能性がある。

ている憲法院によって合憲性を判断する仕組みをとっていることについては、結局は同じ組織文化に支配されているとする強い批判論も存在している（前憲法院事務総長（2007-2015年）であったMarc Guillaumeは、2015年に内閣事務総局長に転任した（2018年12月現在在任中））[14]。

これに対して、違憲審査申立て者はそもそも申立て理由を示す必要はなく、また原則として申立て者に対する聴聞（audition）は行われない。Robert Badinter 院長（1986-1995年在任）は、議会における法律提案者に対する聴聞の制度化を提案し、またJean-Louis Debré 院長（2007-2016年在任）も同様の提案を行ったが、議会側の反応は消極的であった。その論拠としては、権力分立原理の下で国民代表は自らの選択とその論拠を正当化する必要がないこと、あるいは、必ずしも議会委員会報告担当者が法律を弁護する能力があるわけではないこと、が指摘されている。但し、法律起草者たる議員や事前審査の申立て者である議員の代表者が、報告担当裁判官の聴聞を受けた例もある[15]。

実務上は、非公開の手続に基づいて、専門家など憲法判断に資する参考人がしばしば招致され、報告担当裁判官や他の裁判官の聴聞を受けることがある（Guillaume Dragoは、このような人々を、「真のアミカスキュリィに同視しうる人物」、と表現する[16]。）。審理の透明化に関しては、1983年以来申立書が官報に公表されるようになり、1995年以来内閣事務総局作成の反論書も同様の取扱いを受けるようになった。この反論書は、申立て者に送付される。

---

[14] Thomas Perroud, La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01560873/document, p. 8.［2018年12月28日確認］

[15] G. Drago, *supra* note (7), p. 391. Perben II 法〔犯罪取締法強化法案〕判決（2004年３月２日）の際には、同法案に反対した社会党は聴聞を望み、憲法院はそれに応えて、報告担当裁判官が同党所属議員５名に対して聴聞を行った。Virginie Massieurは、事前審査制においては当事者は存在しないので、申立て者の立場から立法をめぐる状況を明らかにしようとする意見陳述は、参考意見の提供という意味において、アミカスキュリィとして位置づけることができる、とする。Virginie Massieu, L'audition par le Conseil constitutionnel de parlementaires saisissants, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 58, 2004, p. 364. 賛成者の側は審問されなかった。また申立て者の一人が申立て者としての資格ではなく、個人の資格でさらに補足的な申立理由書を提出することがあり、それを受けて、憲法院が職権で憲法上の争点を提起したことがある。cf. *ibid*., p. 367.

[16] G. Drago, *supra* note (7), p. 392.

2．アミカスキュリィとしての「狭き門」（Georges Vedel）

対審的構造が未熟で、厳密な意味での訴訟当事者の存在しない事前審査制においては、論理的にいって、第三者の訴訟参加を想定することができない。しかし、手続外的・非公式的に、様々な内容の意見書・鑑定書等の文書が様々な個人・団体（労働組合・結社・職業団体・企業等）によって作成され、憲法院裁判官に送付されることを通じて、一種のロビーイングとしての機能も果たしている[17]。このような文書は、Georges Vedel[18]によって聖書にちなんで「狭き門」[19]と名付けられ、この表現が広く人口に膾炙している（「野蛮な申立て」とも呼ばれる[20]。）。著名な法学者が意見書を送付することも、稀ではない。

これらの文書は各裁判官に回付されるが、いかなる対審的審理の対象ともならない。申立て者も内閣事務総局もその内容を知ることはなく、報告担当裁判官がどのように取り扱うかは、全くの自由裁量に任されている。したがって、意見書を元に弁論が行われることもなく、採用されたか否かも明らかではないので、形式的にはアミカスキュリィとして位置づけることはできない[21]。

Guy Canivet の指摘によれば、「狭き門」は、予算法（loi de finances）および社会保障財政法（loi de financement de la sécurité sociale）の合憲性審査で特に活用されてきた[22]。憲法院は、このように受領した文書を参考資料として明示することがある[23]。例えば、2001年７月11日判決[24]に関して、キャナル・プリュ

---

[17] T. Perroud, *supra* note (14), p. 16.

[18] Georges Vedel, L'accès citoyens au juge constitutionnel : La porte étroites, in *La Vie Judiciaire,* n° 2344,1991, p. 1 et s. cf. Pascal Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, L. G. D. J., 1999, p. 253 et s.

[19] この表現は、『ルカによる福音書』13:24（日本聖書協会訳）「狭い戸口（la porte étroite）から入るように努めなさい。言っておくが、入ろうとしても入れない人が多いのだ」http://www.yoyoue.jpn.org/bible/luk.htm［最終確認 2018年12月26日］に由来する。

[20] G. Drago, *supra* note (7), p.396.

[21] X. Philippe, *supra* note (3), p. 392.

[22] G. Canivet (Intervention), *supra* note (6) p. 90. https://www.u-paris2.fr/sites/default/files/document/cv_publications/rda6.pdf［最終確認 2018年12月26日］

[23] cf. D. Rousseau et alii, *supra* note (7), p. 116.

[24] Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001.

ス（Canal Plus）社のために憲法学者 Guy Carcassonne[25]が執筆した意見書が、憲法院の刊行する雑誌『憲法院研究（*Cahiers du Conseil constitutionnel*）』に掲載された[26]。また、2003年７月30日判決[27]に関連して、地方自治関連法に関して申立て者たる元老院社会党会派の代表者 Claude Estier から提出された「議会の『狭き門』（« Porte étroite » parlementaire）」と題する意見書が、これも同じく『憲法院研究』に掲載された[28]。憲法院事務総長 Jean-Éric Schoettl が法律雑誌で憲法院判決の解説を公表した際にそのような意見書に言及した事例もある[29]。Vedel の指摘[30]によれば、エコロジスト団体が意見書を送った結果、憲法院が職権でその点を取り上げて違憲判断をした例[31]や、同様に戦争被害者団体の主張が職権で取り上げられた例がある[32]。

手続の公開を少しずつ進めてきた憲法院は、2017年２月に「狭き門」と呼ばれてきた文書（「外部の貢献（contribution extérieures）」）のリストを公表する決定を行った。その後2018年６月には、文書のリストだけではなく、原則とし

---

[25] Guy Carcassonne（元パリ・ナンテール大学教授）は、憲法院における憲法裁判において、おそらくこれまで最も多くの意見書を書いた憲法学者である。彼の活躍については、憲法院事務総長であった Marc Guillaume（2007-2015年在任）の論説 Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel に詳しい。https://www.conseil-constitutionnel.fr/colloque-hommage-a-guy-carcassonne/guy-carcassonne-et-le-conseil-constitutionnel［最終確認 2018年12月24日］

[26] Observations présentées pour la société Canal Plus au soutien de l'article 17 de la loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel , https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/documents-et-procedures-10［最終確認 2018年12月23日］なお、この種の雑誌を憲法裁判機関が発行し、自らの下した判決の正当化に資する論拠等を提供している他の憲法裁判機関は、他にはないのではないか、との指摘がある。Xavier Magnon, La doctrine la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance? Quelle expertise?, in *Revue du Droit Public*, 2013, p. 138.

[27] Décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003.

[28] https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/documents-et-procedures-11［最終確認 2018年12月23日］

[29] cf. D. Rousseau et alii, *supra* note (7), p. 116.

[30] G. Vedel, *supra* note, (18), p. 14.

[31] 憲法院1990年７月25日判決（Décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990）。

[32] 憲法院1990年12月28日判決（Décision n° 90-285 DC du 28 décembre1990）。

て、そのような文書自体について憲法院のサイトから判決に関連する諸文書のうちの一部としてアクセスできるようにする決定を行った[32-b]。

以下では、「狭き門」についての最近の賛否両論の厳しい対立を見ることにしたい。

3．アミカスキュリィとしての「狭き門」についての論議の現況

「狭き門」という慣行について、アミカスキュリィの意義が、「裁判所が見逃すかもしれない事実あるいは事情を裁判所に知らせ、また裁判所が気づかず誤った解釈をする危険があると思われる法的事項を裁判所に示唆することにある」とすれば[33]、そのような役割を十分に果たしていると考えられる。実際、Vedelは、このような慣行を、「善き市民によって提供される純然たる情報」として位置づけている[34]。また意見陳述者の範囲を増大させず、憲法院の手続上の負担を増大させない点でメリットがある[35]、との指摘もなされている。Guillaume Dragoは、このような慣行の成立は、「手続の未整備と当事者観念の明確な定義の欠如の論理的帰結」であると同時に、「常に政治的かつ一般的公益性を帯びた合憲性審査制度の客観訴訟としての性質」を示している、とする[36]。

このような「狭き門」に対する一般的な評価がなされてきた中で、最近、現状擁護論とそれに対する厳しい批判論が提出された。以下では、それらを瞥見しよう。

（1）Denys de Béchillonによる現状擁護論

これまでしばしば「狭き門」を執筆したというDenys de Béchillon（ポー大

[32-b] Conseil constitutionnel, Communiqué de Press, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-09/20190524_cp_contributions_exterieures.pdf［最終確認2019年11月13日］

[33] 金原恭子「世論と裁判所をつなぐもの」『大木雅夫古稀・比較法学の課題と展望』（信山社、2002年）245頁。

[34] G. Vedel, *supra* note (10), p. 549.

[35] Thierry Santolini, L'intervention des tiers dans le procès constitutionnel en droit comparé, p. 7. http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/SantoliniTXT.pdf［最終確認 2018年12月23日］

[36] G. Drago, *supra* note (7), p.397.

学教授）が、QPC の導入とその発展状況を踏まえて、2017年１月に「憲法院における『狭き門』の地位に関する考察」という報告書を作成した[37]。その大要は、以下の通りである。

De Béchillon は、とりわけ短期間のうちに対世効を有する法律の合憲性を審査しなければならない事前審査制（しかも、憲法院による職権による憲法上の論点の提起も可能である）においては、裁判官はできるだけ豊かな情報を有し、様々な観点空手息される法的議論に対して開かれていることが重要であることを、改めて強調する。そして、このためには、「狭き門」は非常に有益である、とされる。また、その開放的性格ゆえに、憲法院に対してコネクションのある特定の者が隠れた影響力を行使しようと試みることを防止することができる。「狭き門」を提出することのできる者を例えば法律家に限定するなど、予め選別することは、不適当である。また、「狭き門」を公表することも、それに対して特別の地位を与えることになり、また現行制度において申立て権を限定している制度的均衡を崩してしまいかねない点で、望ましくない。また、憲法院が議会の情報選択や情報源に不信を抱いている、との印象を与えてはならない。

（２）Thomas Perroud（パリ第二大学教授）による批判論

以上の擁護論に対して、de Bechillon の報告書を徹底的に批判し、「狭き門」の公開を制度化することが必要だ、と力説するのが、Thomas Perroud（パリ第二大学教授）である[38]。Perroud によれば、そもそもフランス法では伝統的に、手続の重要性が軽視されてきた。対審的審理の中立性を担保するためには、手続の公開性が重要である。この観点から見ると、「狭き門」は非公開であることには、根本的な問題がある。「狭き門」の非公開性は専門家だけの問題ではなく、市民参加の問題である。憲法裁判は政治的性質を帯びているからこそ、その憲法解釈の形成過程が広く公開されることが重要である。すなわち、「狭き門」は、一種の請願権行使・ロビーイング・アミカスキュリィであり、専門家による鑑定としても機能している。「狭き門」を制度化することは、憲法裁

[37] Denys de Béchillon, *Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel* https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/02/Club-des-juristes-Notes-Portes-etroites-Fev-2017.pdf［2018年12月28日確認］

[38] T. Perroud, *supra* note (14).

判を当事者間の対立から地平を広げるための手段であり、憲法解釈が価値判断や利益の対立を前提として行われる政治問題であることを承認する点で重要である。こうして、「狭き門」は、民主主義の理念と合致する。

さらに、憲法院に対する外部の意見書の有する現実の影響力を可視化するために、公開が必要である。アメリカと比べた場合、フランス憲法院は、限られた範囲の憲法学者からしか意見を聞いていない。また最近では、公益性との利益相反問題が生じている。2017年に着任した憲法院事務総長は、直前に憲法訴訟の当事者であった私企業カナル・プリュス・グループから赴任した。彼は２年後に退任し、やはり私企業カルフールの経営陣に加わった。憲法院裁判官の場合も、退任後民間セクターに行く例が見られる。Jean -Louis Debré は、大学人や経済界や政界の要人との関係強化に努力した。QPC の導入以後、私企業はそれを活用し、「経済的自由」を主張する例が増えている。また、憲法院裁判官と政府はかなり近い関係にある

Perroud によれば、憲法院における憲法判断過程に決定的な影響を与えているのはその事務総局であるが､そこを支配してきたフランスの行政エリートは、政界・官界・学界・経済界間のコンセンサスと不透明性によって支えられる権威についての考え方を持っている。de Bechillon の報告書は、まさにそのような考え方に基礎づけられているところに問題がある。公開性に基づく裁判こそが正統性を権威づけなければならない、とされる。

Ⅱ　憲法院の事後審査制におけるアミカスキュリィ

１．憲法院による事後審査制の概観

1990年の事後審査制導入のための改革の挫折[39]を経て、2008年７月23日の憲法改正によってようやく導入された「合憲性優先問題（Question Prioritaire de Constitutionnalité, QPC と略されることが一般的である。）」制度の導入によって、憲法院の裁判機関化が一層促進された。QPC は、フランスにおいて長年の課題であった法律の合憲性についての事後審査制である[40]。本制度は、当事

[39] 参照、今関源成『法による国家制限の理論』（日本評論社、2018年）174頁以下。

[40] QPC 制度についての邦語文献として、辻村みよ子＝糠塚康江『フランス憲法入門』（三省堂、2012年）141頁以下、ベルトラン･マチュー（植野妙実子＝兼頭ゆみ子訳）『フランスの事後的審査制』（日本評論社、2015年）、曽我部真裕「憲法院による違憲審査

者に直接憲法院に異議を申立てることは認めておらず、司法裁判所系統の頂点にある破毀院か行政裁判所系統の頂点にあるコンセイユ・デタを経由して違憲の申立てが行われる仕組みをとっている。すなわち憲法61-1条は、「裁判所での審理において、法律規定が憲法の保障する権利及び自由を侵害すると主張された場合、憲法院は、一定の期間内に決定されたコンセイユ・デタまたは破毀院からの移送に基づいて、この問題の申立てを受けることができる」、と規定している。こうして、司法裁判所ないし行政裁判所で憲法上保障されている権利・自由が侵害されたとする当事者の主張は、当該裁判所で８日以内に移送の可否が審査され、そこで容認された場合には破毀院（司法裁判所の場合）ないしコンセイユ・デタ（行政裁判所の場合）に移送される。両裁判所は、３ヶ月以内に憲法院に移送するか否かを決定し、移送決定がなされた場合には、憲法院は３ヶ月以内に判決を下すことが求められることになる。憲法院は、職権に基づいて、合憲性審査の対象となっている法律規定の合憲性問題を取り上げて判断を行うことができる。事後審査制であっても客観訴訟としての性質を有しており、一旦申立てが受理されたあとで、きっかけとなった裁判が消滅したとしても、憲法院における合憲性審査手続はそのまま進行する（憲法院の組織法律に関するオルドナンス1067号23-9条[41]）。

２．事後審査制における対審的構造[42]

憲法院における事後審査手続は、憲法院が自律的に決定する内部規則、および内部における運用上の慣行によって規律されている[43]。憲法院による事後審査制は、ヨーロッパ人権条約６条１項の規定する「公正な裁判を受ける権利」の射程に含まれる。したがって、憲法院における事後審査制は、「合理的な期

の機能条件について」曽我部真裕・田近肇編『憲法裁判所の比較研究』（信山社、2016年）113頁以下、井上武史「フランス憲法院への事後審査制導入の影響」同書133頁以下、がある。

[41] 同オルドナンスの井上武史による邦語訳として、曽我部＝田近・前掲注（40）228頁以下、がある。

[42] Mathieu Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : Cadre juridique pratique jurisprudentielle*, Lamy, 2011, p. 267 et s.

[43] M. Disant, *supra* note（42）, p. 255 et s.

間内の公正な公開審理を受ける権利」[44]を保障しなければならない。その趣旨を踏まえて、通常裁判所の訴訟手続に準拠して[45]、対審的構造を保障する憲法院の組織法律に関するオルドナンス1067号、そして2010年２月４日の憲法院内部規則（「憲法院における合憲性優先問題の手続に関する内部規則」）[46]によって関連する規定が整備された。すなわち、前者の23-10条は、「当事者は、対審的審理において自らの意見を述べることができる。憲法院内部規則が定める例外的な場合を除き、法廷（audience）は公開である。」、とする。

移送原審の当事者をはじめとして、移送受理通知を受ける国や地方の重要な関係機関（事前審査制における申立て権者たる大統領・首相・両院議長に加えて地方自治団体の関係機関等）は、当該申立てに関して書面の意見書や関係資料を憲法院事務総局に対して任意に提出することができる（前出の QPC 手続に関する憲法院内部規則１条３項）[47]。これらの関係者は、他の関係者の意見書に対して、それに反論等を行なうために、第二の意見書を提出することができる（同規則１条４項）。なお、当事者は、訴訟代理人を立てなければならないわけではないが、立てる場合には訴訟代理人は弁護士に限定される。また、憲法院は、事前審査制の場合と同様に、院長によって指名される報告担当裁判官による審理を行う。ここでも審査の対象となっている法律を弁護するのは、政府の役割（実際には、首相のもとに置かれた内閣事務総局）である。憲法院は、しばしば問題となっている法律の適用に関する情報を収集するために、首相に情報提供を求める。このような対審的構造を有する QPC においても、憲法院事務総長（局）と調査局が報告担当裁判官の補佐を行うことに変わりはない。

憲法院は、必要に応じて公開の法廷で審理を行うことできる（憲法院内部規則６条１項）。前出の憲法院内部規則１条３項で列挙された者は、法廷に出席することができる。申立て者は、その機会を放棄することができる。法廷の様子については、ウェブサイトでアクセスが可能である。ここにおいて、法廷に

---

[44] 本条の邦訳は、戸波江二他編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）491頁の訳文に従う。

[45] cf. D. Rousseau et alii, *supra* note (7), p. 335.

[46] Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. 同内部規則の井上武史による邦語訳として、曽我部＝田近・前掲注（40）228頁以下、がある。

[47] 但し、コンセイユ・デタや破毀院への意見書提出の要請は、規定されていない。

おいて口頭で意見陳述を行うことができる者は、申立て者本人とその代理人たる弁護士、及び国の重要な関係機関の代表者に限定されている。それに対する反対尋問等は行われない。法廷の後、憲法院裁判官は、事前審査の場合と同様に、非公開の合議を行い評決へと至る。

（3）事後審査制における第三者の訴訟参加制度とその運用

Thierry Santolini の指摘によれば、比較法的に観察すると、憲法裁判において第三者の訴訟参加を幅広く認める国々とそれを抑制する国々に対応が分かれる[48]。フランスは、憲法院による合憲性審査制度の客観的性質を強調することによって積極的な対応をする国に分類される。Mathieu Disant によれば、「憲法院は、大多数の憲法裁判所と同様に、問題解決のための特別の利益を正当化することのできる第三者の訴訟参加を受け入れている。訴訟参加者にとっては、手続に参加することよりも、意見書に提出することの方が重要なのである。」[49]。前述の通り QPC に基づく憲法裁判も事前審査制と同様に客観訴訟としての性質を帯びており、憲法院判決は合憲判断であれ違憲判断であれ対世効を有するので、第三者が訴訟参加を求めたのは、当然の成り行きであった。しかしながら、QPC 導入当初は、第三者の訴訟参加についての明示的規定はなく、そのルール形成は実務に任されていた[50]。憲法院が、特別の利益を有するという理由で初めて第三者の訴訟参加を認めたのは、特定の職業的カテゴリーからなる組合の利益の保障が問題となった2010年10月７日判決[51]の事件においてであった。その後2011年７月１日の時点において、17の事例において容認された。このような実務の展開を踏まえて、2011年６月21日に第三者の訴訟参加を認めるため

---

[48] cf. Thierry Santolini, L'intervention des tiers dans le procès constitutionnel en droit comparé, p. 2 http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/SantoliniTXT.pdf［最終確認 2018年12月28日］

[49] M. Disant, *supra* note (42), p. 275. 以下の叙述は、主に、本書および D. Rousseau et alii, *supra* note (7), p. 335 et s., G. Drago, *supra* note (7), p. 525 et s. の記述に基づく。

[50] Marc Guillaume, Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-07/pa038_pa038_0.pdf［最終確認 2018年12月28日］

[51] Décision n° 2010-42 QPC.

に憲法院内部規則の改正が行われた。その結果付け加えられた６条２項は、「…特別の利益を有するとの主張に理由のある者が合憲性優先問題に関して第三者の意見書を提出した場合は、憲法院は、手続書類全体をその者に送付すること、そして両当事者と第１条で規定された機関にその意見書を送付することを決定する。当事者及びそれらの機関は、その意見書に回答する期間が与えられる。」、と規定した。訴訟参加の受理期間は、憲法院のサイトに当該事件についての情報が公表されてから３週間以内に限定される。2015年３月の段階で、事件全体のうち25％近くの事件に関して第三者の訴訟参加の請求がなされ、その請求認容率80％を超えている[52]。

実際に、訴訟参加を許可するのは、報告担当裁判官の権限に属し、何人も訴訟参加権を有しない。逆に、何人も憲法院における裁判への訴訟参加を強制されない。許可された場合には、訴訟参加者の提出した覚書（memoire）は、訴訟手続上、主張書面として取り扱われる（versées à la procédure）。第三者のアミカスキュリィを当事者の同意を条件として認めるアメリカの場合と異なり、当事者は第三者の訴訟参加に対する異議申立てを行うこともできない。意見書は当事者等に送られ、彼らはこれに対する意見書を提出することができる（実際上、第三の意見書となる）。なお、意見書の形式は特に定められてはいないが、事前審査制における「狭き門」とは対照的に、判決に参照資料として明示される。実務上、訴訟参加者が法廷で意見陳述を行うことは認められていた[53]が、これは後に、憲法院内部規則10条２項で、当事者に加えて訴訟参加者は、請求があれば意見陳述を行うように求められる、と条文化された。但し、訴訟参加者は、訴訟法上の当事者となるわけではない。また訴訟参加が不許可と判断された場合は、憲法院事務総長の名で通知がなされるが、それに対する異議申立ては、認められていない。さらに法的に認められた訴訟参加とは別に、事前審査制における「狭き門」と同様に、QPC においても、多くの意見書等が非公式的に送られてくる。それらをどのように活用するかは、憲法院裁判官の自由な裁量に属する。

憲法院は、いかなる場合に、「特別の利益」を認めているのか。憲法院の判例上、①同一の QPC を原審裁判官あるいはコンセイユ・デタないし破毀院に

[52] G. Drago, *supra* note (7), p. 529.

[53] Décision n ° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010.

提起した者、②問題となっている規定の直接適用の対象となる者、③問題となっている規定に関して「特別の利益」を有する者の、３つの類型がある。訴訟参加者を数と範囲の観点から合理的に限定するためにこのような基準が設けられている[54]。人権擁護の一般的促進を目的とする団体（「人権連盟（*Ligue des droits de l'homme*）」）が刑事手続関係法令の違憲性を主張することに対して、「特別の利益」の存在を認めなかった[55]。

（４）事後審査制における第三者の訴訟参加をめぐる議論の現況

フランス憲法学において、事後審査制における「訴訟参加」をめぐる問題を博士論文のテーマとして取り上げ、近頃『フランスとイタリアにおける付随的審査制における集団的利益の保持者たる第三者の訴訟参加』[56]を公刊した若手研究者として、Anna-Maria Lecis Cocco Ortu がいる。以下では、本テーマについての最新の研究成果である彼女の議論をごく簡単に紹介しよう。

Lecis Cocco Ortu は、フランスとイタリアにおける付随的審査制の展開についての検討から、第三者の訴訟参加についてのフランス憲法院の対応を、防御権の行使としてのみ第三者の訴訟参加を限定的に認める傾向が顕著なイタリア憲法裁判所の対応と対比的に位置づける。フランスでは、事後審査制が単なる特定的かつ主観的な性質を有するものとして理解されるのではなく、具体的性格を有すると同時に一般的効力を伴った客観的性格を有するものとして理解されており、そのような理解に基づいて運用が行われてきた。そこでは、訴訟当事者のみならず、憲法院による憲法判断によって実際的に影響を受ける個人や団体に対して、彼らの参加が憲法訴訟にとって有益であれば、発言の機会を認めることが求められる。ただし、第三者の訴訟参加を無制限に認めることが妥

---

[54] M. Disant, *supra* note (42), p. 283.

[55] Anna-Maria Lecis Cocco Ortu, QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel,* n° 104, 2015, p. 882.

[56] Anna-Maria Lecis Cocco Ortu, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, L.G. D. J., 2018. この他、Lecis Cocco Ortu の論説として、Lecis Cocco Ortu, L'intervention dans le cadre du contrôle a posteriori de la loi en droit français et italien, in *Revue du Droit Public*, 2013, p. 351 et s., du même, *supra* note (55), p. 863 et s. がある。

当でないことが明らかなので、「集団的利益を有する第三者の訴訟参加」を手がかりとして検討することが重要である。重要な区別は、「集団的利益を有する第三者の訴訟参加」が対審的審理の主観的側面に関わるのか、それとも主観的側面に関わっているか、である（以上、第Ⅰ部）。

そのような第三者の訴訟参加は、適切な憲法判断を行うための情報提供の機会として重要であると同時に、現代社会の変化が、結社や集団を権利や自由の促進やその裁判的救済のための主要なアクターとして重視する方向に向かっていることと対応している。フランス憲法院の現在の問題は、第三者の訴訟参加が憲法院の自由な裁量に委ねられており、その許否決定に理由づけがなされていないことと、許否に関する明確な基準が設定されていないところにある。

「集団的利益を有する第三者の訴訟参加」のメリットとしては、法的議論と事実に関する情報及び背景的な情報を裁判所が取得することによって質の高い憲法解釈に資することができること（「対内的目的」）と、広い意味で憲法判断の事実上の影響の及ぶ個人や団体の諸利益を多元的に代表させることを可能にして、憲法裁判官が反多数決主義的機能と規範形成への共同参加機能を果たすことになり、それを通じて彼らの正統性を補強することができることである（「対外的目的」）。反対に、そのデメリットとしては、訴訟参加の要求が多くなると憲法訴訟の円滑な進行が損なわれる可能性がある。また訴訟当事者を無視するに至るような、ロビーイング活動と映ずる圧力団体の訴訟参加は、合憲性審査の裁判としての性格やその公平性に不信を投げかけることになりかねない。それを防止するためには、防御権に基礎づけられた訴訟参加と、協力目的に基礎づけられた訴訟参加を区別して、後者について、恣意的な決定とならないように透明性と明確性を備えた許否基準を設けることが課題となる。

ヨーロッパにおける人権保障システムの多層的発展状況の下で、憲法による合憲性審査制度が具体的かつ客観的な性格を有する法律審査そして権利保障制度であるという特質は超国家的な人権保障制度にはない特徴であり、そのような特徴を有する制度として他の人権保障システムと役割分担をすることが望ましい（以上、第Ⅱ部）。

まとめにかえて

以上これまで、フランス憲法裁判におけるアミカスキュリィをめぐる制度と理論について駆け足で見てきた。まとめにかえて、以下の指摘をしておきたい。

もともとフランスでは、憲法裁判の発展は、政治機関として理解される傾向が有力であった憲法院の活動の活性化によって引き起こされたものであり、純然たる裁判機関がどのような形で、アミカスキュリィを活用しうるか、という問題の立て方は存在していなかった。したがって、アミカスキュリィは善きものであることを前提として、どこまでどのような形で制度化することが望ましいか、が主要な争点となってきている。そこには、さらに、フランス裁判観に関して、次のような事情が存在するように思われる。

Anna-Maria Lecis Cocco Ortu のイタリアと比較研究が明らかにしたように、フランスでは、憲法裁判に関してアミカスキュリィの導入に積極的な態度が見られる。これは、批判的な文脈において本稿で言及したことではあるが、コンセイユ・デタの憲法裁判に対する大きな影響力が深く関連しているように思われる。コンセイユ・デタが歴史的に形成してきたフランス行政訴訟については、つとに強い客観訴訟的性格が指摘されてきた[57]。そこから生み出された憲法裁判観は、申立てや移送という外的な要因によって合憲性審査という客観的プロセスが作動する、というものである、と考えられる。その中では、当事者中心主義に距離が取られ裁判に与えられた条件の中で、裁判機関が事件に関連する情報や法的議論をなるべく多く取得して、なるべく質の高い法的判断をすることが目標として設定されているように思われる。さらにいえば、フランス法では、そもそも、〈主観的権利の保障の場としての裁判〉という裁判観と強く連関する思考として日本法学が近代法思考として強度に二元的に観念してきた、〈主観的権利・客観法峻別論〉、〈民事法・刑事法峻別論〉、〈政治過程・裁判過程峻別論〉等の法思考が支配的ではなく、２つの観念の違いがかなり相対的に理解されているように思われる。そうであるからこそ、〈政治過程・裁判過程峻別論〉に関して、両過程の相対化を志向し、開かれた憲法解釈プロセスを主張するドイツの憲法学者 Peter Häberle の〈開かれた社会における憲法裁判〉観が Lecis Cocco Ortu に好意的に引用され[58]、フランス憲法院の動向と

[57] 山本隆司「客観法と主観的訴訟」長谷部恭男他編『岩波講座　現代法の動態１　法の生成／創設』（岩波書店、2014年）31頁以下。

[58] A.-M. Lecis Cocco Ortu, *supra* note (56), *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, p. 332 et s. cf. Peter Häberle, L'État constitutionnel, traduit par Marielle Roffi, Economica = Presses

照らし合わせながら、民主主義にとっての憲法裁判の積極的役割が強く期待されるところとなっているのではなかろうか。

フランスの憲法裁判におけるアミカスキュリィについての今後の議論のさらなる展開が期待される。

＊池田晴奈准教授（近畿大学法学部）と河嶋春菜助教（帝京大学法学部）のご教示に厚くお礼を申し上げる。お二人の助力がなければ、この研究を行うことは、全く不可能であった。また金塚彩乃弁護士から、フランス民事訴訟法に関するご教示を頂いた。記して謝意を表する次第である。

Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, ペーター・ヘーベルレ（畑尻剛・土屋武編訳）『多元主義における憲法裁判』（中央大学出版部、2014年）263頁以下、とりわけ271頁。

合衆国最高裁判所とアミカスキュリィ

中林　暁生

はじめに

執筆者に与えられた課題は、合衆国最高裁判所におけるアミカスキュリィ（amicus curiae）についての概観を行うことである。アミカスキュリィとは「裁判所に係属する事件について裁判所に情報または意見を提出する第三者」のことをいい、「裁判所の友」（friend of the court）とも訳される[1]（なお、以下では、アミカスキュリィがその意見を述べるために提出する書面（brief）を「アミカス・ブリーフ」という。）。

1　アミカスキュリィに対する関心

アミカスキュリィに対しては、これまで、さまざまな観点から注目されてきた。〝公開と参加を通じた司法のファンダメンタルズの改革〟という本共同研究のテーマからすると、特に、以下に挙げる３つの観点が重要であろう。

（1）立法事実の顕出方法としてのアミカス・ブリーフ

「立法事実の顕出方法」という観点からアミカスキュリィに注目したのが原竹裕である[2]。すなわち、「立法事実の審理を必要とする訴訟においては、訴訟

---

[1] 田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）48頁。日本では、amicus curiae を訳さずにそのままアミカスキュリィ、アミカス・キュリィ（キュリー）、アミカスキュリエ、アミカス・キュリエと言うことが多い。

[2] 原は、事実審（trial court）における証拠調べ以外の立法事実についての「特別の顕出方法」として、「職権型」、「当事者型」および「第三者型」の３つに分類した上で、「本来の証拠調手続を予定しない法律審たる上訴裁判所の場合には、これらの特別の顕出方法のもつ重要性がより大きくなる」とする（原竹裕『裁判による法創造と事実審理』〔弘文堂、2000年〕149頁）。「職権型」とは「裁判所が自己のイニシアティヴをもって立法事実の収集にあたることのできる方法」のことをいうが、その例として原が挙げるのは「司法確知（judicial notice）」である（同149頁）。当事者が裁判所に立法事実を提供するのが「当事者型」であり、その例として原が挙げるのが「当事者書面」である（同162 ～ 163頁）。立法事実論と共に有名なブランダイス・ブリーフがこれに当たる（同162頁）。「第三者型」として原が挙げるのがアミカス・キュリエである（同163頁）。

の結果につき、社会の多数の者が利害関係を有する場合が多い」が、「このことは、まさに、立法事実の多くが、裁判における判断の訴訟当事者にとどまらない社会一般への波及効果に関する一般的事実としての性質を有していることの裏返しであるといってよ」く、「一定の場合には当事者以外の第三者による立法事実の顕出の方法が整備される必要が生ずる」とした上で、「アメリカにおいてこの役割を担っているのは、第三者がアミカス・キュリエ〔裁判所の友〕(amicus curiae) として提出する書面 (amicus curiae brief) である」[3]とする。

（2）裁判批判とアミカスキュリィ

「裁判批判」という観点からアミカスキュリィに注目したのが、伊藤正己である[4]。松川事件控訴審判決に対する広津和郎や八海事件判決に対する正木ひろしの批判裁判などが公にされるなか、1955年に当時の田中耕太郎最高裁長官が裁判批判を「雑音」と評したことで、裁判批判の是非が大きなを話題となったことは周知の事実であろう[5]。伊藤は、「国家の権力作用に対する批判の自由は、言論の自由のうちでももっとも重要なものと考えられる」[6]としつつも、「司法の公正な運用がもつ価値を、言論の自由に含まれる価値より高いと考える」ため、「原則としては、裁判批判すなわちなお裁判所で係争中の事件について、批判し、論評することは適当でない」としていた[7]。それゆえ、伊藤は、「裁判批判」に一定の法的規制を加えることは違憲とはならないとしたのであるが[8]、「裁判の公正な運営を害するおそれのまったくない、あるいは、少ない客観的な論評をも排斥する狭量さは、むしろ裁判への不信をもたらすものであ」り、「もっぱら学問的な角度からの論評が許されることは当然であるし、さらに通常人による批判」も、一定の条件を満たす場合には認められてよいとも考えていた[9]。そこで、伊藤は、「第１に……批判は誠実な立場で、悪意なく、また司法の適

---

[3] 原・前掲註２）163 ～ 164頁。

[4] 伊藤正己「裁判批判と言論の自由」同『言論の自由を守るために』（有信堂、1961年）145頁以下［初出は1959年］。

[5] 家永三郎『裁判批判』（日本評論新社、1959年）を参照。

[6] 伊藤・前掲註４）150頁。

[7] 伊藤・前掲註４）155 ～ 156頁。

[8] 伊藤・前掲註４）156頁。

[9] 伊藤・前掲註４）157 ～ 158頁。

正な運営を害する意図なしに行われねばならない」こと、「第２に……客観的な態度を失わず、自己に反する主張をなす側の言い分も十分に聞くだけの慎重さが必要である」こと、そして「第３に……批判は、不完全な情報や、とくに証拠法上許容されないものにとらわれることなく、訴訟記録その他を通じてえられた正確な知識を基礎としてなされねばならない」ことという３つの条件[10]を「みたす批判は、許されてよ」く、また「裁判の公正を促進するものとして、裁判官からも喜んで迎えられるものであ」るので、「もっと直接に正式の手続をへて、司法過程のなかにもちこまれてゆく制度の設けられることが望ましいと考えられよう」とした[11]。そのような制度として伊藤が注目したのが、アミカスキュリィであった[12]。

（3）世論とアミカスキュリィ

伊藤の関心と重なるところもあるが、世論と裁判所とをつなぐものとしてアミカスキュリィに注目したのが金原恭子である。金原は、「裁判所が一般の市民から遠く離れた存在と受けとめられることの多い日本から眺めると、米国の裁判所は、米国の政治や社会のダイナミックな動きの中で、しっかりと自らを米国の人々にアピールし続けてきた存在のように見受けられる」とした上で[13]、その要因の一つとして「裁判所が世論と適度な緊張関係を保ちつつ、常にその動向を把握できるようにするための制度が米国には存在している」ことに注目する。そのような制度として金原が挙げるのが、「正規の手続きによって法廷に世論が提示される仕組みであるアミカス・キュリィ……の制度」と「いわば法廷の背後で、裁判所に世論の動きの一端が若い世代から伝えられる仕組みであるロー・クラーク……の制度」の２つである[14]。

---

[10] 伊藤・前掲註４）158 ～ 159頁。

[11] 伊藤・前掲註４）159頁。

[12] 伊藤・前掲註４）159頁。

[13] 金原恭子「世論と裁判所とをつなぐもの――米国におけるアミカス･キュリィとロー･クラーク――」滝沢正編集代表『比較法学の課題と展望 大木雅夫先生古稀記念』（信山社、2002年）243頁。

[14] 金原・前掲註13）244頁。ロー・クラークの制度については同256 ～ 262頁を参照。また、笹田栄司ほか「憲法裁判における調査官の役割」『北大法学論集』66巻２号（2015年）127［252］-119［260］頁［中林暁生執筆］も参照。

（4）小括

以上を踏まえると、アミカスキュリィについて注目すべき点として、①アミカスキュリィとなるためには正式な手続を踏むことが必要であること、②アミカスキュリィは訴訟当事者ではなく第三者であり、かつ、その主体は多様であること、および、③アミカスキュリィは単に「情報」を提供するだけではなく「意見（あるいは批判）」を提供するものでもあること、を挙げることができる。そこで、次に、これら３つの点を念頭におきつつ、合衆国最高裁におけるアミカスキュリィについて概観することにしよう。

２　合衆国最高裁におけるアミカスキュリィ[15]

（1）手続――合衆国最高裁判所規則

合衆国最高裁におけるアミカスキュリィについては、合衆国最高裁判所規則37[16]に基本的なことが定められている。

規則は、まず、当事者が最高裁にまだ注意を喚起していない関連事項についてのものは最高裁にとって大きな助けとなるが、そうではないものは最高裁に負担をかけるものであるとの注意を明記した上で、裁量上訴等の申立前の段階[17]と（裁量上訴等が認められた後の）口頭弁論の段階とで異なる規律を設けている。後者の段階では、提出について両当事者の同意が得られた場合、同意が

---

[15] 合衆国最高裁におけるアミカスキュリィについては、邦語文献に限ってもすでに多くの研究が公表されている。以下の記述は、伊藤正己「Amicus Curiae について――その実際と評価――」三ヶ月章編集代表『菊井先生献呈論集 裁判と法（上）』（有斐閣、1967年）129頁以下、原・前掲註２）164 ～ 185頁、金原・前掲註13）245 ～ 256頁、北見宏介「アミカスキュリエとしての政府」『名城法学』65巻１・２号（2015年）223頁以下、Paul M. Collins Jr., Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making (2008) 等を参照した。

[16] 金原・前掲註13）246 ～ 248頁を参照。

[17] 裁量上訴等の申立て前の段階では、両当事者の同意がなくても合衆国最高裁の許可があれば提出できるが、両当事者の同意がないものの提出の申立ては「好ましくない（not favored）」とわざわざ明記されている（Sup. Ct. R. 37.2(b)）。また、アミカス・ブリーフには、いずれかの当事者を支持することを明記しなければならない（Sup. Ct. R. 37.2(a)）。

得られない場合には提出許可の申立てを行い最高裁が提出を許可した場合に、アミカス・ブリーフを提出することができるが[18]、規則は、訟務長官（Solicitor General）が合衆国のために、州の司法長官（Attorney General）が州のために、権限のある法務職員（authorized law officer）が市や郡などのために提出する場合は、提出の申立ては不要であることを定めている[19]。

このように、合衆国や州などの公的な主体ではなく私的な主体がアミカス・ブリーフを提出するためには、両当事者の同意が必要であり、同意が得られない場合には合衆国最高裁の許可が必要となるが、この許可は認められやすくなってきていると評価されている[20]。

（2）主体

アミカスキュリィとなる私的な主体としては、アメリカ自由人権協会（American Civil Liberties Union）などのいわゆる利益団体などが多くなってきているが[21]、さらに、訟務長官などの公的な主体もアミカスキュリィとなりうることも、合衆国最高裁におけるアミカスキュリィの重要な特徴として確認しておく必要がある[22]。

（3）機能

アミカスキュリィの機能は、初期においては「裁判所への告知的機能に重点が置かれていたが、法令集、（立法者の意思をさぐるための資料となる）議事録、判例集等が整備され、人的制度としては刑事被告人に弁護人選任権が保障されたり、裁判官にロー・クラークがつくようになった」ことに伴い、このような「告知的機能の必要性は減退し[23]」、また、利益団体などがアミカスキュリィとなっていたことに伴い、アミカスキュリィは「特定の利益団体の見解の主張者」へ

---

[18] Sup. Ct. R. 37.3(a).

[19] Sup. Ct. R. 37.4.

[20] 金原・前掲註13）248頁。

[21] 金原・前掲註13）249 ～ 250頁等を参照。特にこの点に注目したものとして、*See* Collins, *supra* note 15.

[22] 国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律４条との関係で、合衆国政府がアミカスキュリィとなることに注目する北見・前掲註15）を参照。

[23] 金原・前掲註13）249 ～ 250頁。

と変容してきた。

（4）アミカスブリーフへのアクセス

最後に、アミカス・ブリーフへのアクセスについても指摘しておきたい[24]。現在、誰が、どのような立場で提出したかについては公式判例集（United States Reports）に表記されているが、合衆国最高裁のHPでは、アミカス・ブリーフを収めているデータベース等の案内を載せている[25]。また、アミカス・ブリーフは、合衆国議会図書館（the Library of Congress）のロー・ライブラリー（Law Library）が収蔵しているRecords and briefs of the United States Supreme Courtの中に保存されている[26]。

3　具体例―― Johnson 事件[27]

ここでは、アミカス・ブリーフが一定の役割を果たしている場面を、Johnson事件を例に採りながら、確認してみることにしたい。

（1）事件の概要

Johnson事件では、主に、女性に対するアファーマティヴ・アクションが1964年公民権法に違反するか否かが違反が問題となった。

事件の概要は次の通りである。

カリフォルニア州サンタクララ郡が定めたアファーマテイヴ・アクション計画では、伝統的に女性が就いてこなかった地位への昇進に際しては、性別を考慮要素の1つとすることを認めていた。これまで女性が就いてこなかったサンタクララ郡交通局におけるroad dispatcherに欠員が生じたため、女性のジョイス（Diana Joyce）が志願した。このroad dispatcherに就くためには一定の

---

[24] 憲法判例に関する重要なアミカス・ブリーフは、Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law に収録されている。

[25] https://www.supremecourt.gov/meritsbriefs/briefsource.aspx (accessed 2019-12-15).

[26] http://www.loc.gov/law/help/sct-records.php (accessed 2019-12-15).

[27] Johnson v. Transp. Agency, Santa Clara Cty., Cal., 480 U.S. 616 (1987). 本判決については、中林暁生「アファーマティヴ・アクションとメリット」辻村みよ子編『世界のポジティヴ・アクションと男女共同参画』（東北大学出版会、2004年）323～331頁を参照。

実務経験が必要であったが、11名の志願者のうち、ジョイスを含む９名がこの点での適格性を満たしていると判断された。

第１次面接では、ジョイスを含む７名が road dispatcher に昇進するために必要な70点以上を獲得した。男性のジョンソン（Paul Johnson）が75点を獲得したのに対し、ジョイスの得点は73点であった。この段階で、ジョイスは郡のアファーマティヴ・アクション局に接触した。

続いて行われた第２次面接の面接官達は、最終的にジョンソンを昇進させるべきであると交通局長に勧告した。これに対し、アファーマティヴ・アクション・コーディネーターは、ジョイスを昇進させるべきであると交通局長に勧告した。

70点以上を得点した７名であれば誰を昇進させてもかまわないという裁量を有していた交通局長が、第２次面接ではジョンソンよりも評価の低かったジョイスを昇進させたことに対し、ジョンソンが公民権法第七編違反を主張して訴えを提起した。

よく知られているように、アメリカ合衆国において、アファーマティヴ・アクションは政治的な問題でもある。したがって、1980年の大統領選で勝利し、1981年に大統領に就いた共和党のレーガン政権がこの Johnson 事件に注目したのはむしろ当然のことであったといえよう。

合衆国最高裁判所規則では、口頭弁論に政府が参加することを認めているため、フリード（Charles Fried）合衆国訟務長官がこの口頭弁論への参加を希望したが、ジョンソン側は、訟務長官による口頭弁論への参加は得策ではないと考えて、訟務長官の参加を拒否した[28]。そこで、レーガン政権は、合衆国政府として、アミカス・ブリーフを提出した（前述のように、合衆国政府の場合アミカス・ブリーフの提出には両当事者の同意は不要である）。

Johnson 事件で口頭弁論に際し提出されたアミカスブリーフは、合衆国政府のものも含めて計11件である[29]。

---

[28] Melvin I. Urofsky, A Conflict of Rights: The Supreme Court and Affirmative Action, 131 (1991).

[29] 判例集では、郡側勝許の原判決破棄を主張するアミカス・ブリーフが３件（the United States; the Mid-Atlantic Legal Foundation; the Pacific Legal Foundation et al.）が、原判決維持を主張するアミカス・ブリーフが５件（the State of California et al.;

（2）判決

合衆国最高裁は、郡のアファーマティヴ・アクション計画は適法であり、交通局は、この計画に従って、ジョイスの昇進に際してジョイスの性を適切に考慮したと判示した。この判決の法廷意見は、ブレナン（William J. Brennan, Jr.）、マーシャル（Thurgood Marshall）、ブラックマン（Harry A. Blackmun）、パウエル（Lewis F. Powell, Jr.）、スティーヴンス（John Paul Stevens）の計５名の裁判官から成り[30]、オコナー（Sandra Day O'Connor）が結論のみに同意する結果同意意見を述べている。法廷意見の結論に反対したのは、ホワイト（Byron R. White）、スカリア（Antonin Scalia）、レーンクィスト（William H. Rehnquist）長官の計３名である。反対意見は、ホワイト裁判官のものとスカリア裁判官のもの（レーンクィスト同調、ホワイト一部同調）の２つあるが、ここでは[31]、スカリア裁判官の反対意見に注目したい。

スカリアが反対意見の中で提起した問題の一つが、ジョイスを昇進させたことは、能力の劣った者（ジョイス）を能力の優れた者（ジョンソン）よりも優遇したことになるのではないか、という問題である[32]。確かに、ジョンソンの第１次面接の結果はジョイスよりも２点高かったし、第２次面接の面接官もジョンソンの昇進を勧告していた。

このようなスカリアの問題提起に対し、ブレナン裁判官が執筆した法廷意見

---

the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations; the American Society for Personnel Administration; the National League of Cities et al.; the NOW Legal Defense and Education Fund et al.; ）、アミカス･ブリーフが３件（the Equal Employment Advisory Council; the City of Detroit et al.; the Lawyers' Committee for Civil Rights under Law et al.）提出された旨の記載がある。480 U.S. at 618-619. 原判決破棄を主張するアミカス・ブリーフの表紙には、上訴人支持の表記（supporting petitioner や in support of petitioner という表記）が、原判決維持を主張するアミカス・ブリーフの表紙には被上訴人支持の表記（supporting respondent や in support of respondent という表記）がそれぞれなされている。

[30] スティーヴンス裁判官が同意意見を述べている。

[31] 以下の記述は、中林･前掲註27）330 ～ 331頁における記述をもとにしている。但し、そこではアミカス・ブリーフへの明示的な言及は行わなかったのに対し、以下の記述では、アミカス・ブリーフへの存在に光を当ててみたというという点でのささやかな違いが存在する。

[32] 480 U.S. at 673-677 (Scalia, J., dissenting).

は、アメリカ人事管理協会（American Society for Personnel Administration; ASPA）の提出したアミカス・ブリーフ[33]からの引用を行う形で応答している。

アメリカ人事管理協会（当時）は、35,000人以上の会員から成る人事および人的資源に関する専門家の世界最大の団体である[34]。従来から、適切に遂行されるアファーマティヴ・アクションは生産的でありかつ公平な職場を達成する最善の手段の一つであると主張してきたアメリカ人事管理協会にとって、本件は、職場において平等な雇傭の機会を提供することと人種差別廃止を促進することという両立可能な目標の間の適切な調整を合衆国最高裁が表明するまたとない機会と映ったのである[35]。

同ブリーフの主張は多岐にわたっているが、ジョンソンの方がジョイスよりも優れていたか、という問題については、同ブリーフは、「ある職にとっての、唯一の『最も能力のある者』が存在するのは稀である、というのが人事管理の標準的な見解であ」り、実効的な人事制度は、十分に能力を持っており、かつ、選抜されるにふさわしい様々な特性をもった複数の候補者を人事担当者に提示するものであるとした上で、特異な労働経験や教育歴を必要とせず、十分な能力を備えた候補者が複数みつかるような「普通の中級技術職である場合、どの候補者が『最も能力のある者』であるかについての最終的な決定は、よく言っても、主観的なものである」と述べたのであるが[36]、法廷意見は、この箇所を引用する形で、スカリア反対意見の問題提起に応答したのである[37]。

このような法廷意見による応答（したがってアメリカ人事管理協会のアミカス・ブリーフの議論）を、ベルトン（Robert Belton）は、最も能力のある（best qualified）者を探す過程でしばしば無意識のうちに用いられている暗黙の前提――すなわち、雇傭の決定を行う者は、複数いる候補者のうち、自分と同じ理想、自分と同じ文化的背景、自分と同じ社会経済的地位、自分と同じ政治哲学を有している者を「最も能力のある」者として選抜してしまうこと――を否定

[33] Brief for the American Society for Personnel Administration as Amicus Curiae Supporting Respondents, Johnson v. Transp. Agency, Santa Clara Cty., Cal., 480 U.S. 616 (1987)(No.85-1129).

[34] *Id*. at 1-2.

[35] *Id*. at 2.

[36] *Id*. at 9.

[37] 480 U.S. at 641, n. 17

するものであると捉えている[38]。

おわりに

アミカス・ブリーフが、実際の裁判においていかなる影響を及ぼしているのかを考えることは容易ではない。実際、訟務長官の提出するブリーフを除くと[39]、アミカス・ブリーフがどの程度の影響を及ぼしているのかは、評価の分かれるところであろう[40]。そうした中で、本稿が行ったことは、法廷意見が、反対意見の問題提起に応答する際に、私的な主体の提出したアミカス・ブリーフからの引用を行い、さらに学説がそこに着目するという形で、アミカス・ブリーフがそれに期待される役割を果たしている実例があるということを紹介したにとどまる。

---

[38] Robert Belton, *Reflections on Affirmative Action after* Paradise *and* Johnson, 23 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 115, 130-132 (1988). ベルトンは、このような暗黙の前提を「クローン理論」（clone theory）と名づけている。*Id.* at 130. 中林・前掲註27）338 ～ 339頁（註37）を参照。

[39] 北見宏介「政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（４）――司法省による『合衆国の利益』の実現をめぐって――」『北大法学論集』59巻４号（2008年）128 ～ 130頁を参照。

[40] COLLINS, *supra* note 15, at 4-5.

カナダにおける違憲審査の参加手続

佐々木雅寿

はじめに

カナダの違憲審査は、付随的違憲審査を原則としつつも、抽象的違憲審査も制度上可能となっており、大陸型違憲審査制度とアメリカ型違憲審査制度との中間に位置づけられる。ただし、付随的違憲審査が主要なもので、抽象的違憲審査はあくまで補助的・副次的なもと位置づけられている[1]。そしてカナダにおいては、抽象的違憲審査のみならず、付随的違憲審査においても、利害・関心（interest）のある政府や私人が訴訟参加する特別な手続が発達している。具体的には、①法務総裁（Attorney General）の訴訟参加（intervention）手続、②私人の訴訟参加手続、③照会制度（Reference）における参加手続等である。これらの参加手続により、裁判所が判断する憲法問題には、二当事者の私的利害の対立という要素のみならず、公的性格を帯びた多中心的問題の要素も多く含まれることになる。

本稿は、カナダにおける違憲審査の参加手続の概要とその意義を説明することを主要な目的とするが、それに関連する、違憲審査における立法事実の認定に関する問題、裁判所の役割と多中心的憲法問題との関係についても最後に言及する。

なお、カナダでは、付加的当事者としての訴訟参加（intervention as added party）と裁判所の友としての訴訟参加（intervention as *amicus curiae*）の区別が一般的であり、私益的訴訟参加と公益的訴訟参加の区別も用いられる[2]。またカナダでは、政府や私人が訴訟参加する際、参加申請に対する裁判所の許可が必要な訴訟参加手続が多く用いられ、裁判所が任命するアミカスキュリィはそれ程多用されていない[3]。

---

[1] 佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（有斐閣、1995年）第１部（以下「佐々木95」）、佐々木雅寿「第６章カナダ」中村睦男・佐々木雅寿・寺島壽一編著『世界の人権保障』（三省堂、2017年）124頁～125頁。

[2] P. Muldoon, *Law of Intervention* (Canada Law Book, 1989), at 4-9.

[3] カナダ最高裁判所規則は、55条から59条で裁判所の許可が必要な訴訟参加について規定し、92条は、裁判所によるアミカスキュリィの任命について規定する。カナダ最高裁は、上訴におけるすべての争点を十分に議論させるためにアミカスキュリィを任

1　法務総裁の訴訟参加

（1）法務総裁への通知規定

私人間の訴訟において連邦法または州法の合憲性が争われる場合、憲法上の争点が適切に論じられる保証はない[4]。そのため、問題となった法を制定した政府もしくは当該法の合憲性に利害・関心をもつ連邦または州の政府の主張がまったく考慮されず、十分な情報に基づくことなく裁判所の判断が下される危険性がある。そこで、制定法の合憲性が私人間の訴訟で争われる場合、当該争点に利害・関心をもつ連邦または州の法務総裁に当該争点等について通知し、法務総裁の訴訟参加を認める制度がカナダでは発達している。通知すべき内容は、問題となっている法、侵害されたとされる人権、争点を明確にするために必要な情報、審理の日時、場所等である。

カナダでは、すべての州で、制定法の合憲性が争点となっている訴訟手続等において、州の法務総裁に通知する立法が整備されている。ほとんどの州では、連邦の法務総裁にも通知することが要請されている。このような立法は、必要な通知がされるまで裁判所が憲法問題を判断することを禁止している。また、カナダ最高裁、連邦裁判所、連邦の行政審判所でも同様の通知規定がある[5]。その背景には、①法務総裁は、私人の当事者が提示する議論よりも優れた議論を提示しうる動機、専門知識、人的・物的資源を有している、②問題となっている制定法を制定した政府の議論を聞かずに当該制定法を違憲と判断することは正義に反する[6]という理解がある。

（2）法務総裁の訴訟参加

法務総裁への通知規定は、法務総裁が訴訟に参加する権利を付与する。訴訟参加する法務総裁に認められる権利の内容は、規定の仕方によって異なる。通常、訴訟参加人は、制定法で認められない限り当該訴訟の当事者とはならず、また、当事者ではない訴訟参加人は上訴の権利を認められない。すべての通知

命する傾向があり、争点が十分に議論されないおそれがある場合等はアミカスキュリィが任命されうる。*See* D. Watt *et al*, *Supreme Court of Canada Practice 2018* (Thomson Reuters, 2018), at 344-375, 433-437.

[4] P. Hogg, *Constitutional Law of Canada, 5th ed. Supplemented, vol. 2* (Carswell, 2007), at 59-23.

[5] Hogg, *supra* note 4 at 59-23 ～ 24.

[6] Hogg, *supra* note 4 at 59-23.

規定は、訴訟参加する法務総裁に、意見を述べる権利を付与し、なかには、証拠を提出する権利を認めるものもある。３州では訴訟参加する法務総裁に当事者の地位を認め、６州と連邦裁判所法は上訴の権利も認め、１つの州では、意見を述べる権利のみを認めている[7]。

（３）通知義務違反の効果

必要な通知をしなかった場合の効果につき、州の最上級裁判所の判断は、当該通知は義務的であり、通知なく行われた憲法判断は無効と理解するものと、通知なく行われた憲法判断は、当該判断を無効にしうる不利益が法務総裁にある場合にのみ無効となるとの立場とに分かれている。この点に関するカナダ最高裁の立場は必ずしも明らかではない[8]。

2015年の *Guindon v. Canada*, [2015] 3 S.C.R. 3. では、下級裁判所で通知なく憲法判断が示されたが、カナダ最高裁への上訴段階で通知が行われた事案に関し、カナダ最高裁は、この点では全員一致して、下級裁判所では通知が行われていない場合であっても、カナダ最高裁では通知がされている場合、カナダ最高裁は、当該憲法問題を判断するかどうかの裁量権を有するとの立場を示した。そして４人の裁判官による多数意見は、①本件では、法務総裁に不利益はなかった、②適切に憲法問題を判断するために更なる証拠の提出が必要であると主張した者はいなかった、③２つの下級裁判所は十分な理由づけを伴った判断を示していた、④当該憲法問題は、所得税法の執行にとり重要であり、判断を示すことが公益に合致する、⑤上訴制度の３つの段階で裁判所が時間とコストをかけて関与しながら当該憲法問題を解決せずに放置することは裁判所の資源を無駄にすることになる等の理由に基づき、当該憲法問題を判断した[9]。

（４）小括

利害・関心を有する政府が憲法訴訟に参加することを認める規定は、①憲法問題は特定の私人が有する私的利益を越える公的利益に関する問題であること、また、②争点を明確にし、政府に争点に関して意見を述べる機会を与えることによって、公的利益を保護する必要がある、との基本的理解に立っている。換言すれば、違憲審査は私人間で争われる通常の訴訟とはその性質を異にする

---

[7] Hogg, *supra* note 4 at 59-25 ～ 59-26.

[8] Hogg, *supra* note 4 at 59-24.

[9] *See* Hogg, *supra* note 4 at 59-25.

との理解が、カナダにおいては一般的に受け入れられている。特に注目すべき点は、制定法等の合憲性の問題は、単に私的利害に関するものではなく、社会全体の利益にかかわる問題であり、違憲審査は公的性質を有したものであるとの理解である[10]。

また、違憲審査における法務総裁の訴訟参加手続は、利害・関心をもつ政府と裁判所との間の憲法的対話を確実に行う場を提供していると評価できる。

2　私人の訴訟参加

（1）概要

裁判所には、事案に利害・関心をもつ当事者以外の者の訴訟参加を許可する権限がある[11]。一般に、私法関係の事案よりも公法関係の事案の方が、訴訟参加が認められる傾向にある。特に、制定法の合憲性が争われている事案では、判決は当事者以外の者に影響を及ぼしうるため、多くの訴訟参加が認められやすい[12]。

第一審裁判所は、上訴裁判所と比べると、訴訟参加を認めない傾向があるが、近年、憲法訴訟においては、第一審裁判所においても訴訟参加が認められることが多くなっている[13]。そして、争点が法律問題に収斂する上訴段階では訴訟参加が認められる傾向が強い[14]。

（2）訴訟参加の許可基準

裁判所は訴訟参加の許否について裁量権を有するが、裁量権行使の基準は明確ではない。しかし、裁判所は一般的に、①当該争点に利害・関心をもつか否か、②当事者とは異なる、有意義な主張を行うか否かの２つの基準を考慮して

---

[10] 佐々木95・前掲注（1）24 ～ 27頁。

[11] Hogg, *supra* note 4 at 59-26.

[12] Hogg, *supra* note 4 at 59-27, A. Lokan & C. Dassios, *Constitutional Litigation in Canada* (Carswell, 2006), at 3-46.2.

[13] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-46.

[14] Hogg, *supra* note 4 at 59-27.　カナダ最高裁では90％以上の訴訟参加申請が認められたという指摘がある（B. Alarie & A. Greem, "Interventions at the Supreme Court of Canada: Accuracy, Affiliation, and Acceptance" (2010) 48 Osgoode Hall L. J. 381 at 383, 395.）。

いると理解されている[15]。裁判所にとって最も重要な考慮要素は、訴訟参加が裁判所にとって有用か否かである[16]。この点、裁判所にとって有用ではないものは、ロビーストのように、明らかに政治的性格の訴訟参加である[17]。また、裁判所は、訴訟参加によって訴訟が遅延する場合のように、訴訟参加が当事者の利益を害さないよう注意を払っている[18]。

カナダ最高裁において訴訟参加を認める目的は、上訴された問題に対する特別な利害・関心あるいは特定の専門性を有する当事者以外の者の観点から、有用かつ異なった視点の主張を裁判所に提示させることである[19]。カナダ最高裁は、従来、訴訟参加の許否の判断理由を示していなかったが、1989年の照会事件における訴訟参加申請に関する判断（*Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.) (Application to intervene)*, [1989] 2 S.C.R. 335.）において、①訴訟参加者に求められる利害・関心（interest）の内容は限定されず、かなり広い意味の利害・関心（any interest）でもよく、②その者の主張が問題となる争点に異なる観点から検討を加え、新しい情報を加えることができる場合、訴訟参加が認められる可能性が高まることを示した[20]。

憲法訴訟の場合、問題となっている争点に長年コミットした経歴をもち、当該争点に対し新しい視点や情報を提供しうる専門性を有する者は、訴訟参加が認められる傾向にある。また、裁判所は、訴訟参加者の専門性に着目して、特定の争点についてのみ主張することを認め、他の争点に関する主張を認めないといった運用を行うこともある[21]。

（3）訴訟参加の役割

訴訟参加者は、通常、①主張をまとめた文書を提出し、②口頭弁論の機会を与えられる場合もあるが、一般に当事者よりも認められる時間は短い、③原則として、争点を広げたり、新たな争点を加えることは許されず、④特別な許可

---

[15] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-46.1.

[16] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-46.3.

[17] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-51.

[18] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-52.

[19] *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462 at 463, per Sopinka J. *See* Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-54.

[20] *See* Hogg, *supra* note 4 at 59-27.

[21] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-54 ～ 3-55.

がなければ、新たな証拠を提出することは認められないが、⑤法律学や社会科学に関する文献等に言及することは許され、⑥当事者からの独立性を維持すべきことが求められる[22]。

（4）小括

現在では、主要な憲法訴訟に多数の訴訟参加が認められるのは通常の姿になっている。それにより、憲法訴訟の様相が、ある程度、コモン・ローの対審的アプローチから、裁判所が、判決によって影響を受ける利害関係を確認し、それらの利害関係者の観点を理解しようとする、より政策中心で、協議的過程へと変化してきた[23]。法律家の多くは、訴訟参加は、裁判所に、紛争がもちうるより広い社会的含意または当事者以外の者への影響[24]について、有用な情報と観点を提供すると肯定的に評価する。しかし、違憲審査制それ自体を民主主義に反すると批判する政治学者は、憲法訴訟における多くの訴訟参加者の関与は確立した民主的過程を堕落させ、また、公益訴訟は立法過程で容易に実現できない政策的選好を憲法化することをねらっている等と批判的である[25]。

また、専門性が高い訴訟参加者は、裁判所と立法府との継続的な憲法的対話に参加し、当該対話を多様化し、内容を豊かにしていると評価しうる[26]。その反面、多様な主張を行う多くの訴訟参加者の存在は、裁判所が判断すべき憲法問題を多中心的問題としている。

3　照会制度における参加手続

（1）照会制度の概要[27]

---

[22] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-56 ～ 3-57.

[23] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-39.

[24] カナダ最高裁のロー・クラークによる調査も、判決の直接的な影響のみならず、判決がもちうる政策上の広範な潜在的意味合いをも考慮する必要が出てきた点、また、カナダ最高裁の裁判官とロー・クラークとの議論が、裁判官にとっては、特定の事案がもつ政策上の影響等についての考えをまとめるためのものでもある点は、佐々木雅寿「カナダ最高裁判所におけるロー・クラーク」『北大法学論集』66巻２号261頁（2015年）262頁、267頁参照。

[25] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-40.

[26] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-57.

[27] 佐々木95・前掲注（１）27 ～ 42頁、佐々木雅寿「勧告的違憲の可能性」高見勝利他

カナダの照会制度は、主に、政府が裁判所に対して勧告的意見を求める制度で、連邦およびすべての州で採用されている。現在の照会制度においては、①利害・関心のある連邦・州の法務総裁、利害・関心のある個人や団体等にその意見を述べる機会が保障され、②争点は対立する立場を代表する弁護士等によって十分に展開され、③事実問題を含む必要な情報を収集するための手続が開発され、④裁判所の意見には詳細な理由と少数意見がある場合にはそれが付されている。そのため、照会された事案は通常の訴訟事件と同様の方法で審理され、裁判所の意見は通常の判決と同様の質を備えており、現在の照会制度は、完全に「司法化」されていると評されている。

連邦の照会制度では、主に、制定法等の合憲性が照会され、カナダ憲法の基本原理の多くが照会制度により形成・発展してきた。このように、カナダでは、司法化された照会制度が重要な役割を演じている。しかし、違憲審査制度全体のなかでは、具体的事件に付随する違憲審査が主要なもので、照会制度はあくまでも補助的なものと理解されている。

（2）照会制度における参加手続

カナダ最高裁判所法53条５、６、７項により、利害・関心のある政府や私人が裁判所での審理に参加することができる。同条５項は、利害・関心をもつ州の法務総裁に照会に関する口頭弁論の通知を行い、その主張を行うことを認め、同条６項は、利害・関心のある者や団体に対し、口頭弁論の通知を行い、意見陳述を認めるカナダ最高裁の権限を規定する。また、同条７項は、カナダ最高裁が、裁量に基づき、利害・関心をもちかつ弁護士により代表されていない者の立場を主張することを弁護士に要請し、その合理的費用を連邦政府が負担することを認める[28]。

一般に憲法問題が争点となっている場合、利害・関心のある政府は通常権利としての参加が認められるが、私人の参加が認められない場合もある。しかしながら、通常、憲法問題に関する照会においては、裁判所は利害・関心をもつ者の参加を効果的に要請する傾向が強く、多くの私人や団体の参加が認められる。例えば、2004年の同性婚に関する照会事件（*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698.）では、カナダ最高裁は、28の訴訟参加者から意

編『日本国憲法解釈の再検討』323頁（有斐閣、2004年）326 ～ 327頁参照。

[28] 佐々木95・前掲注（１）28 ～ 29頁、*See* Watt *et al*, *supra* note 3 at 143-150, 334-338.

見を聞いたが、その中には、州の法務総裁、同性愛者の権利を主張するもの、人権委員会、人権保護団体、同性婚に反対する教会と賛成する教会等が含まれていた[29]。また、1998年のケベック州の分離に関する照会事件（*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.）では、ケベック州は、同州の分離問題は、政治的問題であり、ケベック州民のみが判断すべき問題であるためカナダ最高裁は判断すべきではないと主張し、この照会事件に参加しなかった。そこでカナダ最高裁は、ケベック州の立場を主張させるため、同州の弁護士をアミカスキュリィに任命し、他の州政府、団体、個人を合わせて12以上の者・団体に参加を認めた。

（3）小括

照会における参加手続については、①憲法問題に関する照会事件において参加を認められる者は、通常多くの異なる立場を代表している、②利害・関心をもつ政府や私人の参加を認めることにより、照会された争点が十分に展開される可能性が増し、それによって、裁判所の判断が社会に受け入れられやすくなる傾向も生じる、③しかし、様々な立場の代表が参加を認められるため、照会における審理手続がある意味で収拾のつかないものとなりつつある点を指摘できる[30]。

また近年では、照会制度は、連邦や州の政府が直接カナダ最高裁と憲法的対話を行う手段と位置づけられている。この点ローチ教授は、裁判所と立法府との憲法的対話にとって、照会制度が重要な手段となっていることを指摘する。特に、(a) 以前の判決において裁判所が十分な事実に基づかずに人権憲章に関する判断をしたと政府が考える場合、また、(b) 裁判所が当事者以外の他の利害関係者の利益を十分に考慮しないで人権憲章に関する判断をしたと政府が考える場合に、政府が裁判所の判断に対応する新たな法案を作成し、その法案について裁判所に照会する場合、さらには、(c) カナダ最高裁の違憲判断に対して、立法府が判決の内容と異なる対向的な法改正をし、それについて照会する場合は、政府が新たな事実に関する情報や議論を提示することは、裁判所との憲法的対話にとって有用とされる[31]。さらに、そのような照会に参加する私人

[29] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 3-39.

[30] 佐々木95・前掲注（1）29頁。

[31] K. Roach, "Not Just the Government's lawyer: The Attorney General as Defender of

や団体も、憲法的対話に参加することになる。

４　違憲審査における立法事実の認定

通常の付随的違憲審査における証明のルールは、司法事実に関しても、立法事実に関しても、宣誓に基づく証拠によって事実認定することが原則であり、例外として、公知の事実に関する司法確知（judicial notice）が認められる[32]。しかし、司法事実と立法事実とでは異なる対応がみられる。

憲法訴訟における司法事実の認定は通常の証明のルールに従う[33]。それに対し、立法事実に関するデータや専門家の意見等の社会科学上の資料等の認定の仕方にはいくつかの方法がある。①公知の事実に属する立法事実は司法確知が認められ、②異論のある立法事実については、反対尋問と反論を伴う専門家の証言による証明が多用され、また、③限定的ではあるが、立法事実に関する資料等が信頼に値し、異論のない場合は、証拠としてではなく、いわゆるブランダイス・ブリーフとして裁判所に提出されることもある。この点に関し、カナダ最高裁は、立法事実に関する司法確知はより広く活用できるが、事案の結論を決定づける争点に関連する立法事実についてはより厳格なルールに従い、周辺的な争点に関する立法事実にいてはより緩やかなルールに基づいて司法確知する可能性を示唆する[34]。また、ブランダイス・ブリーフに関し、ホッグ教授は、両当事者に反論のための資料等を提出する機会を与えるための適切な指示を裁判所が出すべきであると指摘する[35]。

事実認定のための正式な手続を欠く照会制度では、社会科学に関するデータや専門家の主張、本や論文からの引用等の資料が、時として宣誓供述書として、そして、多くの場合は宣誓のない形で、法的主張が述べられるファクタム（factum）によって、裁判所に提出されることが一般化している。現在、カナダ最高裁は、憲法問題に関する照会において、①争点に関係する社会科学に関する資料等は裁判所に提出することができる、②提出された資料等に関して両

---

the Rule of Law" (2006) 31 Queen's L. J. 598 at 636 ～ 637.

[32] Hogg, *supra* note 4 at 60-11 ～ 60-15.

[33] Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 8-18.

[34] *See* Lokan & Dassios, *supra* note 12 at 8-1 ～ 8-33.

[35] Hogg, *supra* note 4 at 60-16 ～ 60-18.

方の立場の者に反論のための資料等を提出する機会を与えるため、裁判所が適切な指示を行う等の立場をとっている[36]。

５　多中心的問題（polycentricity）・司法権の役割・憲法的対話

カナダにおける違憲審査は、連邦と州の政府、多様な利害・関心をもつ多くの私人等、様々なアクターが関与する構造となっている。そのため、裁判所が判断する対象は多中心的問題となっている。

違憲審査権を行使する裁判所は、多中心的問題にどのように対処すべきかという問題を自覚的に議論するローチ教授は、①フラー（Lon Fuller）は、裁判所は多中心的または多面的問題を判断するのには適さないと主張した論者として有名であり、多くの学説も、その主張に基づき、多中心的問題に関し裁判所は議会に敬譲を示すべきであると主張し、②カナダ最高裁もその主張に従い、立法府や執行府が少ない資源を配分したり、多面的で流動的な問題に対処している場合は、より多くの敬譲を示すべきことを示唆しているが、③フラー自身、裁判所の判断が過度に厳格で網羅的でなく、裁判所外での政治的調整や妥協を可能とするものであれば、裁判所は多中心的問題に判断を下すことが可能であることを認めていた、④フラーも、立法府、執行府そして裁判所の弱点を補うための政府機関の相互作用や対話の重要性を認めていた、と論じ、フラーを対話理論の基礎となる法過程理論（legal process）の提唱者の一人として位置づける[37]。

ローチ教授はまた、多中心的問題は程度の問題であることをフラー自身常に認識していたという理解に基づき、多中心的問題に対する救済方法に焦点を当て、多中心的問題を含んだ訴訟において、裁判所は、(a) 権利を認められた当事者には個別の救済を与える必要があるため、少なくとも損害賠償や訴訟費用を認める必要があるが、(b) 多中心的問題を含む制度改革に関しては、無効性の一時停止の手法（将来効判決）等を活用して、立法府や執行府に複雑な制度設計を委ねるといった２段階の対応によって、裁判所が適切に多中心的問題に関与する方法を提示する[38]。

---

[36] Hogg, *supra* note 4 at 60-16 ～ 60-17.

[37] K. Roach, *The Supreme Court on Trial, Rev. ed.* (Irwin Law, 2016), at 399-400.

[38] *See* K. Roach, "Polycentricity and Queue Jumping in Public Law Remedies: A Two-

これは、裁判所は多中心的問題に一切関与すべきではないという立場ではなく、訴訟当事者に対する個別的な権利救済と、法や制度がもつ憲法上の問題の解決を政治部門に委ねることとを区別することによって、裁判所が一定の範囲で多中心的問題に関与する立場、すなわち、裁判所と政治部門との対話を活用することによって多中心的問題の解決を図るための一つの方法であると理解できる。

おわりに

カナダでは、①具体的事実関係に基づく付随的違憲審査を原則とし、抽象的違憲審査を補助的・副次的なものと位置づけ、②対審的構造に基づいた憲法判断が原則であるとの理解がこれまで一般に受け入れられてきた。この理解を厳格に貫けば、違憲審査における当事者以外の訴訟参加は例外的なものと位置づけられうる。

しかし、それと同時に、③憲法問題は特定の私人が有する私的利益を越える公的利益に関する問題であり、それとの関係で、④違憲審査における争点を明確にし、関係する政府に意見を述べる機会を与えることによって、公的利益を保護する必要があること、さらに、⑤違憲審査においては、当該争点によって影響を受けうる当事者以外の者の利益や観点に加えて、判決の直接的影響のみならず、判決がもちうる広範な潜在的意味合いをも、裁判所が適切に考慮すべきである、との考え方も広く受け入れられている。そのため、カナダでは、抽象的違憲審査としての照会制度のみならず、具体的で付随的な違憲審査においても、当事者以外の訴訟参加が広く認められている。当事者以外の訴訟参加の機能としては、(a) 紛争の一回的で迅速な解決という司法権の効率的な行使、(b) 当事者以外の者や団体の利益等の保護、(c) 十分な情報に基づく判断の実現、(d) 裁判所の判断の正当性を高めること等[39]が指摘されている。

それに対し、多様な訴訟参加者の存在により、裁判所が判断する対象が多中心的となり、裁判所の伝統的な機能から乖離しているとの問題点が指摘されている。この問題点に対応するための視点もカナダでは自覚されている。すなわち、⑥裁判所のみならず立法府も人権保障の重要な役割を担っているとの理解、

Track Response" (2016) 66 U. T. L. J. 3.

[39] Muldoon, *supra* note 2 at 14-19.

⑦目の前の訴訟当事者の個別的な権利救済を何よりも重視しつつ、法や制度がもつ憲法上の問題を解決するために必要な複雑な法改正や制度改革は政治部門の判断に委ねるとのスタンス、その結果、⑧多中心的な憲法問題に裁判所が関与することは可能であるが、裁判所のみがその解決の責任を担うのではなく、多中心的な憲法問題は、裁判所と政治部門、当事者やそれ以外の私人が参加する憲法的対話によって適切に対応しうるとの考え方も、近年提唱されている。

このようなカナダの考え方は、現代における憲法問題の性格、その解決方法の一つのあり方を示していると考えられる。

amicus curiae と韓国憲法裁判所

國分　典子

はじめに

韓国の憲法裁判所は、基本的にはドイツのシステムをモデルとしている。憲法は、①法院（＝通常の司法裁判所にあたる）の提請[1]による法律の違憲審判[2]、②弾劾の審判、③政党の解散審判、④国家機関相互間、国家機関及び地方自治団体間及び地方自治団体相互間の権限争議に関する審判、⑤憲法訴願に関する審判[3]の５つの権限を憲法裁判所に与えている。

本研究のテーマは amicus curiae であるが、最初に述べてしまえば、韓国の憲法裁判所にはアメリカのような amicus curiae の制度はなく、またそれについての議論も極めて少ない。amicus curiae を採り上げる数少ない論文の中で、韓国にこの制度がない理由として一般に挙げられるのは、韓国の憲法裁判所制度はアメリカの違憲審査制と異なるため、わざわざそのような制度の導入を考えなくても、必要な助言を求めることができると考えられているのだろうという点である。しかし、このことは一方で、韓国でも amicus curiae に代わって意見を求められる制度があることを推測させるものでもある。

本稿では、このような観点から、amicus curiae について韓国ではどのような議論が行われているのか、現状ではどのような制度が採られているのか、さらに導入を考えるとすればその際、どのような論点が考えられるのかについて、韓国における状況を考察することとする。

Ⅰ．米韓の制度的相違からみた amicus curiae を巡る論点

冒頭で述べたように、amicus curiae 制度について、韓国ではほとんど議論がない。そのような中で amicus curiae を正面から扱っているのは、チョ･ジェ

---

[1]「提請」は日本語にない言葉であるが、法律用語として韓国ではしばしば用いられる。ここでの意味は「移送」に近いかと思われるが、元々漢字語であるので原語のニュアンスを伝えるために原語のままとする。

[2] ドイツの具体的規範統制に当たるものであるが、法律のみを対象とする。

[3] 憲法裁判所法68条は２種の憲法訴願を規定している（条文は本稿末尾の【関連条文】に掲載）。

ヒョン「憲法裁判における法廷助言者の導入可能性に関する試論的研究－アメリカの影響を中心に－」[4]と、憲法裁判所に付置された研究機関である憲法裁判研究院から出されたキム・チヨン責任研究官による報告書、『アメリカ連邦憲法裁判所の法廷助言者（Amicus Curiae）制度』[5]である。前者は主に史的背景を踏まえてアメリカの制度と理論状況を紹介し、それと比較して韓国の現在の制度を考察するもので、後者はより実務的な観点からアメリカの制度を概観した上で、韓国における導入可能性を考えようとするものである。amicus curiae を考える場合に出てくる米韓の差から指摘される論点は、後者において網羅的に論じられているが、その内容は以下のようなものである。

第一は、制度の本質的違いである。司法裁判所によって担われるアメリカの憲法訴訟と異なり、ドイツモデルを採る韓国の憲法裁判は職権主義的であると同時に、より客観訴訟的な側面が強い。amicus curiae が本来、当事者主義を補完する役割を有するものであるとすれば、職権主義的な性格の強い韓国の憲法裁判においてこれが必要かどうかについては、議論の余地がある[6]。当事者主義、対審制度の下では、第三者の介入が厳格に制限される。そのような中で英米法の伝統の下で明文なく裁判所の裁量によって第三者の介入を認めることで現実の必要に応じてきたのが amicus curiae であった。このため、制度設計の異なる韓国においては、職権主義を採る以上そもそも裁判所が第三者の意見を求めやすいことからわざわざこの制度を導入する必要はないという見方が出てくる。さらにこれに付随して指摘されるのは、amicus curiae の意義も時代によって変化してきたこと、すなわち、この制度が裁判所に情報を与えるという中立的な役割から第三者の利益を代弁する手段となってきたことである[7]。この点については、当事者の権利救済を目的とするアメリカの違憲審査制と比べ、「国家作用の適法性の保障等の公益保護的な側面を客観的訴訟の特徴だとする

[4] 조재현「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구　－미국의 경험을 중심으로－」인권과 정의 445号（2014年）６頁以下。

[5] 김지영『미국 연방대법원의 법정조언자（Amicus Curiae）제도（비교헌법재판연구 2013-B-1)』헌법재판연구원 2013年。

[6] 김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』９頁以下、また조재현前掲「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구」23頁参照。

[7] 김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』10頁。

ならば」、利益の代弁として意見の提出には慎重な立場が出てくる[8]。

第二は、アメリカの連邦最高裁と異なり、韓国では憲法訴願により訴訟当事者になる道がより開かれているという点である。アメリカでは、事件移送命令制度によって連邦最高裁の審理対象となる争点が制限されるのみならず、連邦最高裁の訴訟当事者となる機会も制限されている。そこで移送命令が出された際に、当事者ではない第三者にも自身の利益保護および権利救済の道を開くために amicus curiae を積極的に活用しようということが考えられている。しかし、韓国においては、基本権侵害があればだれでも権利救済を求めて直接、憲法裁判所に訴えを提起することができ、適法要件を充足する限り、裁判官全員[9]による判断を受けることができるので、憲法裁判の当事者となる可能性がより開かれているということができる。

さらに関連して、この移送命令の可否を決定する段階からアメリカでは amicus curiae が重要な役割を果たしている。すなわち、連邦最高裁は当該事件に最高裁が判断する必要のある論点があるかどうかの判断をするために、多様な分野の意見を聞く。このように、移送命令申請が認められる前の段階から amicus curiae が機能していることを考えると、憲法および憲法裁判所法の定める管掌事項に従って、単審で審査する韓国の憲法裁判所の場合にはこのような事件選別のための役割を求める必要はなく、amicus curiae を導入するとしても、本案判断の範囲に制限されることになる。

第三に、当事者主義のアメリカでは弁論主義を原則としており、弁論過程が連邦最高裁の審判において重要な意味をもっている。amicus curiae の提出する書面に制限がないとしても、口頭弁論中心のアメリカのシステムにおいては、弁論は当事者中心であるので amicus curiae の役割と機能は結果的に制限される。これに対し、韓国の憲法裁判所では違憲法律審判と憲法訴願は書面審理を原則としており、裁判部が必要と認める場合に限り、弁論が行われる。このため、第三者の具体的な参与の範囲と機能が異なる結果をもたらすことになる。

---

[8] 김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』45頁。但し、김지영自身は後述のようにこの意見を採っているわけではない。

[9] 韓国の憲法裁判所では、裁判官全員（憲法裁判所裁判官の定員は裁判所長を含め、９人）によって判断が行われる。但し憲法訴願に限り、３人の裁判官から成る指定裁判部により適法要件を具備しているか否かの事前審査が行われる（憲法裁判所法）。

第四に、裁判官が終身制の連邦最高裁と異なり、韓国憲法裁判所裁判官は６年任期であって、かつ再任可能性がある。再任を認めるシステムについては独立性の維持の観点から問題があるという批判がある[10]。各種利益団体や国会、政府などが amicus curiae となることは、政治的勢力が介入して裁判の独立性に影響を与えることにつながるのではないかということが指摘されている。

第五に、アメリカでは当事者提出書面の量が厳格に制限されているため、amicus curiae の意見書がこれを克服するために使われている側面がある。すなわち、当事者およびその代理人が amicus curiae と緊密な関係を維持しつつ訴訟が行われる。韓国の憲法裁判所では当事者の書面提出や回数に制限がないので、このような意味で amicus curiae が使われる必要はない。

第六に、連邦最高裁では、事件移送命令制度によって扱う事件数をかなり統制することが可能になっているが、韓国の憲法裁判所が実質的に審理する年間の処理件数はこれと比べるとかなり多く、かつ年々増加傾向にある。このため、amicus curiae 制度を導入したとしても、アメリカのような活発な形を期待することは実質的に困難である。

以上、アメリカとの制度的な相違について挙げられる論点のうち、第一の論点で言及されているように、職権主義的な色彩の強い韓国においては amicus curiae はなじみにくいとされる。しかしその韓国にも、第三者が何らかの形で訴訟に関する意見を述べる制度がすでにある。以下では、韓国で現在どのような制度が採られているのかについて概観する。

Ⅱ．韓国憲法裁判所における第三者の意見提出制度

１．参考人による意見書

前述のように、現在の制度上、憲法裁判所は職権により、意見の提出を求めることができる。憲法裁判所法30条２項[11]は、違憲法律審判と憲法訴願の場合について、「当事者、利害関係人、その他の参考人の陳述を聞くことができる」としており、憲法裁判所審判規則は、これを意見書として提出させることも認めている。このようなことが認められているのは、「憲法裁判は、共同体の基

[10] 한동훈「헌법재판소 재판관의 자격 , 구성방식 및 임기」헌법재판연구원 2011年76頁。
[11] 以下、本文で引用する主な条文は論文末尾に【関連条文】として掲載する。

本秩序に関する開放的で抽象的な憲法規範を解釈することで、当事者外にもさまざまな関係者の参与を通じて多様な憲法的論拠が開陳されることが望ましい」と考えられているからであると説明されている[12]。このことはアメリカの裁判制度において amicus curiae が有する意義と重なるところがある。

参考人については、憲法裁判所が発行している『憲法裁判実務提要』が「すべての事件で口頭弁論を経るようにするならば、裁判部の業務が加重となるという不都合があるので、法は書面審理を原則とし、専門知識を有する参考人の陳述を聴取する場合等、必要なときに口頭弁論を開くことができるものと規定した」と説明している[13]が、憲法裁判所審判規則13条は、憲法裁判所が「専門的な知識を有する者を参考人として指定」することを認めており、意見陳述のみならず、意見書の提出でもよいことになっている。この参考人を指定するに先立ち、その指定に関して、憲法裁判所は「当事者、利害関係人または関連学会もしくは専門家団体の意見を聞くことができる」。このため実際には、当事者や利害関係人に参考人を指定させるようにすることが多いという状況になっている[14]。この場合、憲法裁判所は当事者および利害関係人に特定人を参考人として指定し、申請するように要請し、また同時に弁論予定通知を行う（裁判長名で「参考人推薦要請書」を送付）。但し、「参考人は証人とは異なり、職権による場合はもちろん、当事者の申請による場合にも、当事者のどちらか一方の為にするという観念が希薄であ」るといわれている[15] [16]。

---

[12]『憲法裁判実務提要』第２改訂版憲法裁判所2015年34頁。

[13] 前掲『憲法裁判実務提要』65頁。

[14] 前掲『憲法裁判実務提要』568頁。

[15] 前掲『憲法裁判実務提要』574頁。またこのような観点から参考人を必要とすることについては「ただ専門家の立場から裁判部の判断に助けとなる専門知識を提供することにあって、参考人に対する質問の方式は証人質問のように厳格な規則による必要はないと考えられる」とも書かれている（同）。

[16] なお、憲法裁判所の審判手続は憲法裁判所法40条１項に従い、原則として民事訴訟に関する法令が準用されているが、証人に関しては、憲法秩序の守護と国民の基本権保護を目的とする憲法裁判は、意見書とは別に、職権主義によって当事者の要請なくして裁判部自ら証拠調査を行うことができ（憲法裁判所法31条１項）、証人審問を行うことができる。ここで「証人」とは「過去の事実または状態に関して自らの認識するところを陳述する者」とされる（前掲『憲法裁判実務提要』578頁）。

なお憲法裁判所によって参考人に選ばれた者に対しては、憲法裁判所が要請する事項に関して調査・研究する場合、研究費（100万ウォン＝10万円程度を上限とする）を支給する（「憲法裁判所参考人費用支給に関する規則」に基づき、意見書に対する原稿料、調査・研究に対する研究費の支給が認められる）ことができる[17]。

２．利害関係人の意見書

前述のように憲法裁判所法30条２項は、利害関係人と参考人に意見書の提出を求めることを認めている。このうち参考人と異なり利害関係人については、憲法裁判所審判規則が、利害関係人に憲法裁判所の要請を待たずにこれを自ら提出する機会を与えている。どの機関が利害関係機関になるかは、具体的事件によって個別的に判断され、選定手続の特別なルールはない[18]。法令が判断の対象となっている場合には、法務部が第一次的に利害関係人となるほか、当該法令に関連する主務官庁が利害関係人となる。また当該法令が処分の前提となる場合には、処分庁の監督官庁が利害関係人と捉えられ、公権力行使の主体の最上級官庁が利害関係人と捉えられて意見書を提出することができることになっている。

例えば、堕胎罪の場合、「刑法」の所管官庁である法務部および「母子保健法」の所管官庁である保健福祉部、また女性家族部も利害関係人になると考えられる。さらに、行政や検察・法院（＝通常の司法裁判所）などの官庁でなくても、当該事件と関係がある場合や審判対象である法律に詳しい私（法）人なども、利害関係人となり得、梨花女子大学法科大学院事件[19]では、学校法人梨花学堂が当該事件の利害関係人であり、被請求人でもあった。

先に挙げたチョ・ジェヒョンの論文では[20]、法務部長官が違憲法律審判において提出した死刑制度[21]や戸主制[22]についての意見書が公益の観点からの意見

---

[17] 前掲『憲法裁判実務提要』575頁参照。

[18] 前掲『憲法裁判実務提要』66頁参照。

[19] 2009헌마514.

[20] 조재현前掲「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구」19頁以下参照。

[21] 2008헌가23.

[22] 2001헌가9등 .

書となっていることが指摘されており、利害関係人の意見書も参考人の意見書に近い性格をもつ場合があることが想定される（但し、憲法訴願においては法務部長官の意見は請求人と対立的な立場から出されるのが通常である[23]）。一方、憲法訴願の場合にこれまで公共団体として、大韓弁護士協会、大韓歴史会、大韓韓医師会、等の意見提出事例があるが、これらはほとんどが請求人側からの意見を代弁したものとなっているようである[24]。

なお手続的には、意見の提出は、憲法裁判所回付通知（副本添付）を行うときに、利害関係人に意見書提出の案内をすることになっている。ほとんどの場合、利害関係人は意見書を提出するが、「特に意見なし」の回答も可能とされている。特定の締め切り日は設けないが、事件担当研究官[25]の報告段階までに届かない場合、利害関係人に問い合わせる場合がある。

３．国家人権委員会の意見書

以上の憲法裁判所関連規定に基づく意見書とは異なり、国家人権委員会法に基づいて、国家人権委員会が「人権の保護および向上に重大な影響を与える裁判が係属中である場合、法院または憲法裁判所の要請があるか、または必要であると認めるときには、法律上の事項について意見を提出することができる」こととなっている（国家人権委員会法28条１項）[26]。また人権侵害の調査および救済のために行った内容に関して裁判が係属中の場合には、国家人権委員会は憲法裁判所の要請があるか、または必要であると認めるときに意見を提出することができる（同２項）とされている。国家人権委員会は人権の保護および向上のための独立機関であり、その意見書は第三者的立場に近いものと考えられ、中立性の観点からは最も amicus curiae に似ているのではないかとの見方もある[27]。国家人権委員会が意見書を提出した著名な例としては、死刑制度や兵役法に関する違憲審査がある[28]が、国家人権委員会は意見提出をあまり積極的に

[23] 조재현前掲「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구」22頁参照。
[24] 조재현前掲「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구」22頁参照。
[25] 憲法裁判所には、日本の調査官制度に類似した制度として研究官制度があり、決定に至るまでの裁判官の業務を補佐する役割を研究官が担っている。
[26] 前掲『憲法裁判実務提要』66頁。
[27] 조재현前掲「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 사론적 연구」６頁以下。
[28] この点について、조재현前掲「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론

行っておらず、国家人権委員会のホームページから検索すると、憲法裁判所に意見提出をした内容がいくつか検索できるものの、そこに掲載されているものも数少ない。

４．その他の意見提出

韓国語では「請願」に近い概念として「民願」と呼ばれるものがある。「民願処理に関する法律」によれば、「民願」とは「民願者が行政機関に対して処分等特定の行為を要求すること」をいう（２条１項）。しかし、『憲法裁判実務提要』によれば[29]、憲法裁判所は審判事件に関連した事項、一般行政業務、各種法令についての質疑等に関して幅広く民願を受け付けることになっている。民願については単なる意見の提示の場合には供覧し、回答が必要とされる場合には、回答しなければならないことになっている[30]。このため、審判事件についての民願が出される場合にこれも第三者の参加としての意味をもつことがありうる。

これとは別に、憲法裁判所のホームページには、「自由掲示板」と「質問と回答」という国民が自由に意見を書き込めるサイトがある。但し、「自由掲示板」では裁判所が回答が必要であると考えたものに対してしか回答されず、「質問と回答」のサイト上でも、特定の審判事件の進行状況については回答が得られるようになっているが、裁判内容に関連する質問については答えられない旨、注意書が記載されている。制度化されているか否かにかかわらず、実際に、例えば、事件に関心のある一般国民、弁護士団体、NPO などのような外部からの「声明書」「歎願書」「意見書」などが憲法裁判所に送られることはもちろん韓国でも行われている。しかし法制上認められた意見書と異なり、これらは必ずしも裁判で考慮されるものではない。

５．憲法研究委員制度[31]

적 연구」20頁参照。

[29] 前掲『憲法裁判実務提要』499頁以下参照。

[30] 前掲『憲法裁判実務提要』500頁。

[31] 조재현前掲「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 사론적 연구」23頁は憲法裁判所の研究官や研究委員、諮問委員の制度等があることが意見提出に代わる機能をもってきたとしている。

憲法裁判所裁判官は、憲法上、法官（＝通常の司法裁判所の裁判官にあたる）資格を有することが必要とされており（憲法111条２項）、現在の制度では日本の司法試験にあたる弁護士試験に合格していることが条件となっている。このことがハードルとなってこれまで憲法学者が憲法裁判所の裁判官に選ばれたことはなく、法曹三者の出身者が憲法裁判所裁判官となってきた。しかし一方で憲法に特化した審判を行うには憲法学の専門知識が欠かせない。このような観点から、憲法に関する知識を補完するために、憲法裁判所では大学の憲法学教授を２年の任期付きで「憲法研究委員」としてきた[32]。憲法裁判所には、現在、自由権部、財産権部、社会権部の部門別に分かれた共同部があり、その３つの部にそれぞれ１名ずつの研究委員が配置されている。但し、憲法研究委員は個別の案件を直接扱うわけではなく、憲法的知識に関するアドバイザー的役割を果たしている。

なお上記で述べた意見書は、訴訟記録としては残るが、一般に公開されてはいない[33]。但し、その内容が提出者本人によって法律系の雑誌などに公開されることはある。このような形で公開されているのは、主に参考人としての学者たちの意見書である。

Ⅲ．amicus curiae 導入を考える際の論点

１．amicus curiae 制度導入の長所

以上のような韓国の制度のなかで amicus curiae に近い意味をもっているのは参考人の意見書だといえるだろう。但し、現在の韓国憲法裁判所の制度における参考人の意見書提出制度はドイツに似ており、参考人は裁判所の要請のある場合にのみ意見を提出することができる点がアメリカの amicus curiae とは異なっている。韓国では実務上、憲法裁判所が参考人に意見提出を求める際に裁判所側が論点を提示する形になっており（文末の《参考人の意見提出要請の

[32] 憲法研究委員制度については、拙稿「韓国憲法裁判所の組織機構と憲法研究官の役割（憲法裁判における調査官の役割）」北海道大学法学論集66巻２号（2015年）107頁以下で述べたことがある。

[33] 本稿執筆にあたって助言を頂いた憲法裁判研究院のソ・ウニョン研究官によれば、『憲法裁判資料集』には掲載されているとのことだが、これは一般に公開されてはいない。

文例》参照)、参考人が自由な視点から意見を述べられるわけではない。この意見提出要請は前述のように多くの場合､当事者の意向を聞いて行われている。このため、amicus curiae のような自由な意見表明方法を導入すれば、当事者の示した争点に限定されがちな現在の状況と異なり、広い視野での判断ができるのではないかと考えられている。特に職権主義を採っているとはいえ、憲法訴願では当事者の挙げる争点に限った決定になりがちであったり、重要な争点が省略されたりすることが多い現状を変えることができるのではないかとの指摘がある[34]。この点に関連しては、アメリカでは amicus curiae に法廷におけるロビイストとしての面があることが批判されているが[35]、このことは場合によっては、多様な個人、団体の意見対立が法廷の場に挙げられる結果、法律の違憲審査を行う憲法裁判所にとっては､「立法者に対するロビイスト」としての amicus curiae の意義、つまり多様な意見を聞くことで憲法裁判決定後の立法方向に一定の示唆を示すことができるということも考えられる可能性がある[36]。

さらに、例えば、基本権の制限についての韓国憲法裁判所の違憲審査基準として用いられている比例原則を考えるにあたって、特に専門知識を必要とする案件の場合、現在よりさらに多様な意見を集めて侵害の最小性を様々な観点から考慮し、憲法裁判の説得力を強化できる可能性があること、当事者と amicus curiae が協力することによる良質な弁護の可能性があること[37]、憲法裁判所裁判官が法官資格を持った者に限定されていることを補完し、多様な視角からの判断が可能となりうること、社会的に議論のある事件の場合、各界の意見を聞き、同時に憲法裁判所が過去に扱った関連先例に対する反応を知ること

---

[34] 김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』48頁。

[35] 조재현前掲「헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 사론적 연구」16頁、김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』37頁等参照。

[36] 김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』42頁の叙述はこのような方向性を示唆するものではないかとも考えられる。

[37] 当事者と amicus curiae との協力に関しては、特に私人が代理人をつけても、憲法裁判の経験や専門性を持ち合わせていない場合も考えられ、amicus curiae はこの点を補完することができると考えられている（김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』49頁)。

ができることなども指摘されている[38]。

２．導入を考えるにあたっての論点

とはいえ、amicus curiae 制度を仮に採り入れるとしても、どのような形でするのかについては多くの検討課題がある。もし現状の意見書のように裁判所の職権で行うのではなく、当事者の同意や別途の申請によって amicus curiae を認める場合、米国のようにすべての申請を認めるかどうか、限定するとすればどのような基準によるのかが第一に問題となる。さらに関連しては、事件ごとに参加する amicus curiae の数を制限するか、amicus curiae の提出する情報の範囲（論点）を限定するかといった論点もある。

こうした諸点を考えるに先立ってまず考えねばならないのは、憲法裁判の目的であろう。憲法裁判は憲法保障を目的とする[39]。特に、憲法裁判所が具体的な法的紛争の解決を超えて憲法違反の法令を無効とする権限を有することを考えると、冒頭でも述べた憲法裁判の客観訴訟的な性格、すなわち公益の追求が重視されることになろう。韓国で amicus curiae 導入に肯定的な意見も主にこうした憲法裁判の意義を踏まえた上でのものと考えられる。公益追求の観点からより多様な意見を集めることが裁判の精度を上げることに繋がるとするならば、幅広い意見を募る前提として、まず審判請求書や答弁書等の訴訟記録の公開の必要性があることも指摘されている[40]。このような意見においては、訴訟記録の公開は、そもそも憲法裁判所の決定が個人の権利義務に関連するものではなく一般的効力を持つ以上、当然要請されるべきものと捉えられている[41]。

---

[38] 김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』48頁以下参照。

[39] 例えば、憲法訴訟研究の代表的な学者である鄭宗燮は、「憲法裁判は、憲法の既判力と実効性を保障し、憲法で保障している基本権を実現し、国家作用の合憲性を保障してすべての国家作用が憲法秩序の中で行われるようにすることで憲法を保護し、実現することを目標とする。憲法裁判が立憲主義（constitutionalism）と自由民主主義（liberal democracy）の核心的徴表のひとつと評価される理由もここにある」としている（鄭宗燮『憲法訴訟法』第５版（博英社、2008年）４頁）。

[40] 권영설「헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석」헌법학연구12巻１号（2006年）74頁参照。

[41] 권영설前掲「헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석」75頁。

国民への情報公開という点では[42]、審判記録は複写申請を行うことができることになっており（申請とそれに対する処理状況は憲法裁判所のホームページ上で開示）、口頭弁論についても、インターネット上で映像を開示している。但し、審理中の事件については弁論日時や終局日時等は照会対象となっているが、訴訟記録そのものは公開されていない。

一方、このような問題を是正し、アメリカのように当事者の同意に基づき裁判所の許可なくしても、amicus curiae を認めるようにするとすれば、より多くの論点を集められうるとしても、そもそも裁判所の許容量を超える、当事者の立場を代弁する意見書が増えるという問題が起こる。キム・チヨンによれば、アメリカの連邦最高裁では年間約8000件の事件のうち、移送命令が発布された弁論事件数は100事例程度に留まるのに対し、韓国憲法裁判所の場合には年間約1400件を処理しており、適法要件を満たさず却下されるものを除いても400件程度の処理が必要となる[43]。この点でアメリカの制度的発展の中で出てきた当事者の意見の補完という側面で amicus curiae を広く導入することは韓国では困難であると考えられる。

おわりに

韓国憲法裁判所の現状の枠組みの中では、利益主張を行う amicus curiae という観点は採り上げにくいように思われる。一方、公益追求の観点では現在の意見書制度に amicus curiae 的な位置づけを与えてゆく方向性は考えられうる。

韓国の憲法裁判所決定が一般的効力をもつことを考えるとき、「立法者に対するロビイスト」という見方にみられるような、今後の立法のための意見集約という観点は、憲法裁判所が韓国の民主主義において有する役割との関係で重要である。憲法裁判は立憲主義を支えるものであるが、韓国の憲法裁判所は国

[42] 憲法裁判所は国民への情報公開にはかなり力を入れており、前述のように、「自由掲示板」や「質問と回答」を HP 上に設け、国民の個別の質問に対する回答を随時公開している。しかし、ここでも審理中の事件の内容についての質問は受け付けていない。なお本稿のテーマとは関係ないが、司法行政についても国民の情報公開の対象となっており、国会の監査（年１回）があるほか、国民個人による「予算浪費申告」制度があり、憲法裁判所はこの申告があった場合、これに応答しなくてはならない。

[43] 김지영前掲『미국 연방대법원의 법정조언자 제도』48頁。なおここでの数字は2011年の統計に基づく。

民の意思を汲み取ることをもって[44]民主化後の韓国の立憲主義を支えようとしてきた側面がある。熟議民主主義が今日の立法において重視されるのであれば、法律の違憲性判断および憲法解釈の確定という重大な局面においても国民の意見を参考にすることは必要になる。憲法裁判所が本稿のⅡ．でみたように、すでにさまざまなルートを使って専門知識や国民の意見を集約しようとしていることもこの点に関わっている。韓国憲法裁判所制度の中で amicus curiae を考えるとすれば、基本的には公益追求の観点からどこまで既存の職権主義的な制度に amicus curiae のもつ利点を反映できるような制度変更を加えて行くことができるかを考えてゆくことになろう[45]。

【関連条文】

《憲法裁判所法》

第27条（請求書の送達）

①憲法裁判所が請求書を接受したときは、遅滞なくその謄本を被請求機関又は被請求人（以下「被請求人」という）に送達しなければならない。

②違憲法律審判の提請があったときは、法務部長官及び当該訴訟事件の当事者に提請書の謄本を送達する。

第30条（審理の方式）

①弾劾の審判・政党解散の審判及び権限争議の審判は、口頭弁論による。

②違憲法律の審判及び憲法訴願に関する審判は、書面審理による。但し、裁判部は、必要であると認める場合には、弁論を開いて当事者・利害関係人その他の参考人の陳述を聞くことができる。

③裁判部が弁論を開くときは、期日を定めて当事者及び関係人を召喚しなければならない。

第41条（違憲審判の提請）

---

[44] この点に関連して、拙稿「韓国における『広義』の憲法改正と憲法裁判所の機能」駒村圭吾・待鳥聡史編『「憲法改正」の比較政治学』弘文堂2016年375頁以下参照。

[45] なお、本稿では採り上げられなかったが、第三者の訴訟参加という面では、今日、権限争議の分野でこの問題が韓国でも論じられていることを付け加えておく。但し、権限争議に関するもののみなので一般国民を対象とした訴訟参加を想定しているわけではない。また権限争議は違憲法律審判や憲法訴願とは異なり、口頭弁論を必須としている。

①法律が憲法に違反するか否かが裁判の前提となった場合には、当該事件を担当する法院（軍事法院を含む。以下同じ。）は、職権又は当事者の申請による決定により憲法裁判所に違憲であるか否かの審判を提請する。
②第１項の当事者の申請は、第43条第２号から第４号までの事項を記載した書面をもって行う。
③第２項の申請書面の審査に関しては、「民事訴訟法」第254条の規定を準用する。
④違憲であるか否かの審判の提請に関する決定については、抗告することができない。
⑤大法院以外の法院が第１項の提請をするときは、大法院を経由しなければならない。
第44条（※本条は「違憲法律審判」の章の中にある）
当該訴訟事件の当事者及び法務部長官は、憲法裁判所に法律が違憲であるか否かについての意見書を提出することができる。
第68条（憲法訴願）
①公権力の行使又は不行使により憲法上保障された基本権を侵害された者は、法院の裁判を除いては、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することができる。但し、他の法律に救済手続がある場合には、その手続をすべて経た後に請求することができる。
②第41条第１項の規定による法律が違憲であるか否かの審判の提請申請が棄却されたときは、その申請をした当事者は、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することができる。この場合、当該当事者は、当該事件の訴訟手続で同一の事由を理由として再び違憲であるか否かの審判の提請を申請することができない。
第74条（利害関係機関等の意見提出）
①憲法訴願の審判に利害関係がある国家機関又は公共団体及び法務部長官は、憲法裁判所に当該審判に関する意見書を提出することができる。
②第68条第２項の規定による憲法訴願が裁判部に審判回附されたときは、第27条第２項及び第44条の規定を準用する。

《憲法裁判所審判規則》

利害関係人の場合

第10条①憲法裁判所の審判に利害関係がある国家機関又は公共団体及び法務部

長官は憲法裁判所に意見書を提出することができ、憲法裁判所はこれらに意見書を提出することを要請することができる。
②憲法裁判所は必要と認めるならば、当該審判に利害関係がある者に意見書を提出することができることを通知することができる。
③憲法裁判所は第１項後段及び第２項の場合に当該審判の提請書又は請求書の謄本を送達する。

参考人の場合

第13条①憲法裁判所は専門的な知識を有する者を参考人として指定し、その陳述を聞き、又は意見書を提出させることができる。
②憲法裁判所は参考人を指定するに先立ち、その指定に関して、当事者、利害関係人又は関連学会若しくは専門家団体の意見を聞くことができる。
第14条①事務官等は、参考人指定決定謄本又は参考人指定決定が記載された弁論調書謄本を参考人及び当事者に送達しなければならない。但し、弁論期日に参考人指定決定を告知された当事者にはこれを送達しない。
②参考人には次の各号の書類が添付された意見要請書を送達しなければならない。
１、違憲法律審判提請書又は審判請求書写本
２、被請求人の答弁書写本
３、利害関係人の意見書写本
４、意見書作成に関する案内文
第15条①参考人は意見要請を受けた事項について裁判部が定めた期限までに意見書を提出しなければならない。
②事務官等は、第１項の意見書写本を当事者にすぐに送達しなければならない。
第16条①参考人の意見陳述は事前に提出した意見書の内容を要約整理し、これを明確にするものでなければならない。
②裁判長は参考人の陳述時間を合理的な範囲内で制限することができる。
③裁判官はいつでも参考人に質問することができる。
④当事者は参考人の陳述が終ったのち、それに関する意見を陳述することができる。

《参考人意見提出要請の文例》

憲法裁判所

受信：
経由：
題目：　参考人意見要請

事件　　2018헌마○○　　○○法第○○条違憲提請

上記事件に関し、貴下の専門意見を聞くにあたり、以下の事項を参照し、予想される法的争点に関する意見書を作成し、○○年○○月○○日を期限として、ご提出いただくよう、お願いいたします。

1、
2、
3、
4、

添付：違憲法律審判提請書謄本　1部
　　利害関係人　○○部長官意見書謄本　1部

裁判長　　裁判官○○○

受信者　○○○、○○○

論　説

民法学と公共政策

――近時の日本民法学変貌を踏まえて「債権法改正」を考える――

吉田邦彦

目　次

一　近時の民法学変貌回顧
二　民法学と公共政策（同講義録（信山社、二〇一八）参照）
三　近時の債権法改正について（二〇一五年台湾講演参照）

『民法学と公共政策』のタイトルで講ずるようにとの要請が長年の友人陳恍岳教授からあり、それは方法論ないし近時民法学のコンテクストとの関係での問題意識も重要であるので、まずはそれを論じて（一）、その上で民法学とリンクさせた公共政策論の意義を論じたい（二）。それを前提に、近時の債権法改正について、公共政策の見地から、若干のことを論じたい（三）。

一　日本の民法学回顧とその問題点――「民法と公共政策」論議の前提として

1　はじめに（日本民法学の急激変貌とは？）

日本民法学は、近時大きく変貌している。その最大のものは、「研究中心主義」の崩壊であるが（その要因としては、第一に、二一世紀になってからの法科大学院の設立、さらには第二に、これまでの債権法改正を中心とする（従来とは異なる）立法論議に膨大な民法学者の研究時間が割かれたことが大きいであろう。後者は意外に思われるかも知れないが、それは創造的な研究活動と言うより、従来の議論の整理にとどまる面が強いからである）、さらには、研究スタイルの各論化・蛸壺化、債権法改正論議により皮肉なことに学界の関心はそれに集中し、現実の「生ける法」的な民法的課題への対応ができておらず、学際的議論の高まり（科研では新領域法学などと言われる部門）と通常の民法論議との乖離現象も出ていることなども挙げられよう。(1)

台湾・国立政治大学でのシンポプログラム

また、平井宜雄博士の警告（平井・内田論争[2]）（平井宜雄博士の傍近くにいた者として、分かるのは、同博士の怒りの中心は、《平易化教科書を書くことは東大教授の行うことではない》というところにある）にもかかわらず、非学問的な平易化教科書の進出はどんどん進行し、学術的な引用も軽視されるという実態も無視できないであろう。

2　従来の日本民法学の推移――刺激的だったこと

まず、民法学史の転機に即した区分けをすると（これは星野英一博士による区分けを延長させたものである）、立法者の時代（第一期）、学説継受期以降（第二期）、我妻法学による完成（第三期）、星野博士らによる学説継受批判（第四期）（一九六〇年代以降）、平井論文による利益考量論批判（第五期）（一九九〇年代以降）、そして二一世紀に入り、民法総論研究、民法理論研究の開始[3]及び社会問題の学際的処理の要請の高まり（第六期）、それと同時に日本民法学の後退期（創造的批判は薄れ、法科大学院による繁忙化、債権法改正による『注釈学派』[4]の時代。創造的研究の萎縮。大方の民法学者の社会問題との乖離）（第七期）ということになる。今後どうなっていくのだろうかと不安に駆られる日本民法学者は多かろう（なおこの点で、一九九〇年代後半に既に（陳教授の恩師の）平井博士は、『日本民法学の凋落』を予言していたが[5]、残念なことにこの予測は当たっていたように思われる）。

ここではまず、日本民法学の現況とは対蹠的に、私がかつての民法学のどういうところに刺激を感じたのかを述べることにしよう。すなわち、第一は、星野博士や北川博士による民法学史ないしそこにおける構造的問題としての「学説

台湾・国立政治大学でのシンポの状況
2019年９月11日。総合北棟13階の会場にて

継受」の指摘である[6]。これは星野シューレに限らず、少なからず当時の若手民法学者に多大な影響を与えた（私の処女作の『第三者の債権侵害』研究もその具体的実践として行ったものである）。そして第二は、その具体的実践である概念法学（とくに我妻法学）の脱構築であり、その代表的なものが、平井博士の損害賠償法学（ドイツ的な完全賠償主義を前提とする相当因果関係理論、違法性理論、主観的な過失論、差額理論など）の脱構築であった[7]。

第三は、そうした方法論的基礎としての、リアリズム法学的方法論の系譜である。これは、末弘、川島博士などの寄与によるところも大きく[8]、東アジアでは例外的に（特に東大系は）アメリカのリアリズム法学の影響が強かったことであり（東アジアの隣国では、大なり小なりドイツ法学の影響がもっと強い）、その方法論とその承継のあり方である。それは私が学生の頃全盛であった利益考量論[9]にも現れている。それとクロスするが、第四に、法と政策との関わりである。これは平井博士が、いわゆる現代的不法行為分析の一環で、「政策志向型訴訟」に注目され[10]て、法政策学という分野に大きく展開された[11]領域であった（当初は、「法と公共政策」という授業名の演習で開始された）。近時は立法談義が多いので、学問的には立法学と隣接する法政策学と近時の民法改正との議論がなされてしかるべきだが、そういう関心は大方には全く希薄である。むしろ、次述の平井博士の一九九〇年頃の論争の独特の承継の仕方による、近時の概念法学化により、法政策学の議論は喪失されてしまっている（近時の改正論議は、民法学だけの解釈論延長線上の立法論に終始していると言っても過言ではなく、あまり学問的香りはしない）。

第五に、一九九〇年頃に（民法学に留まらない）学界の「台風の目」となった、平井博士の方法論的問題提起（「第二次法解釈論争」といわれるもの）[12]には、私も大いに刺激を受けたわけだが、これをどう捉えるかという問題がある。結論を先に述べれば、私は、同博士の議論のオリジナリティは、法価値の認識論（epistemology）の転換・刷新（いわゆる星野博士の「価値のヒエラルヒア」論の批判部分）にあると考える。

だからこそ、これは来栖三郎博士の一九五〇年代からの一貫した研究である、法と法律の研究、フィクション論[13]と繋がるものがあるわけである。つまり、富士山のような価値のヒエラルヒア（価値序列論）には、論理実証主義的な写像理論の如き法価値論が措定されるが、現場の価値のコンフリクトにおいては、そのような価値調整はできない（当時の平井博士の言葉を借りると、法的議論では、むしろ「価値の相克」として現れるとされるのである）。そこで法命題を道具とした議論を通じて、制度的に、いわばフィクション的に「判例」なり「通説」なりという形で暫定的に対応せざるを得ないという立場（「議論」論）が出てくるわけであり（議論を通じて、その価値対立状態は、いわば仮想的・暫定的に克服されていくわけである）、論理実証主義の権化のヴィトゲンシュタインの前期と後期の分裂とも関係する。《現象学的な見方》を抜きにできないという現代思想的な視角を取り込まざるを得ないわけである。平井博士もポパーの後期の「世界三」という発想に依拠される限りでその系譜である[14]。

しかし大方はこのようには捉えず、これを契機に利益考量論批判、新たな概念法学化に、後継の民法学メインストリームは向かったわけである。しかしこの点でも私見を述べておくと、平井論争で、利益考量論を批判し尽くせるわけではなく、利益考量論と同博士の上記議論論は、レベルを異にしており、両立可能というほかはない。

なお最後に、恩師の世代のスタンスは、様々な意味で、模範的であった[15]。例えばそれは、研究中心主義、レベルの高さ、視野の広さ（少なからず、ジェネラリストが民法学を牽引していた）、研究者倫理のいずれにおいてもそうだった。ところが、近時は、どうだろうか。各論研究化（方法論の払底）、債権法改正の追随研究（研究分野の偏り）、政策的な偏り・右傾化（企業・権力との繋がりが、ともすると、顕著になる）、脱研究化（入門書的な教科書執筆）などなど。短期間でかくも断絶が生じてしまう日本民法学とは何なのだろうか、先人からの承継の側面はどうなってしまったのだろうか。

3　私の民法学への関心の推移

《民法学と公共政策》について話すようにとの要望であるので、その問題意識としての民法学の回顧を冒頭に述べたが、それに対して、歩みののろい私自身の民法学の視角を述べることが要請されるので、その彷徨を簡単に記しておきたい。

（1）（方法論）まず方法論的に、リアリズム法学的系譜の継承としての批判法学に立脚点を求めることに、三〇歳台のかなりを費やすことになった[16]。我妻博士をはじめ早い段階で自身の民法学の解釈論の方法論的基盤作りをする方も多いが、他方で、あまり早い段階で方法論に没頭することに疑問も出されたりもする。しかし、学際的な議論が満ちあふれるアメリカ法学の中に屡々身を置くことになり（目下五度目の長期アメリカ留学中である）、どうしても自身の行う民法学は何なのか、他分野と比べてどういう特殊性があるのか、自身の法解釈の立脚点、政策論的立場をどこにおくのか、そうした基礎固めをしておくことを余儀なくされたわけである。（なお、後の議論との関係で、私の民法イメージは、当初は民法解釈中心主義的な捉え方が強かったが、二度目の留学辺りから、もっと自由度を高めて、立法学・政策学も取り込み、民法的な社会問題を広く「民法問題」として捉え直す、ヨリアメリカ法学的な立場にシフトしたと言える。）

（2）（各論研究）私の民法の公共政策論（民法の横断的な政策的研究）の具体的実践（後述する）と表裏をなす、私自身が手がけた具体的領域としては、（i）取引的不法行為からはじめ[17]（今でこそ、「取引的不法行為」は普通に使うが、私が債権侵害をやり出した頃は、取引的不法行為の中心的存在の債権侵害が特殊日本的に周縁化されていたから、今とは相当に異なっていた）、そこから（ii）「契約を破る自由」の対抗理論としてのマクニール教授（ノースウェスタン大学（当時））の関係的契約理論、そして新制度派経済学的な発想から、（iii）法（医療過誤判例）と医療保障制度との総合を目指す当時勃興した医事法をひとしきり行った（最近また、中国の医療保障改革談義との関係で、関心は再度この問題にシフトしている[18]）。私の医事法の構想の中心的問題意識が、新制度派経済学にあるというのはこうである。従来

の日本の医事法イメージは、医療過誤法だけであったが、例えば、「医師と患者関係のその医療保障制度的な立ち位置の対蹠的相違」を考えてみれば分かるように、医事不法行為法理の現実的意味合いは、そうした医療保障制度の背景と交錯して捉えなければ分らないわけである（当時ホール教授（ウェイクフォーレスト大学）らのアメリカ医事法の体系書を翻訳したのは、アメリカ医事法の代表的論客の同教授には、そうした理論的視角が濃厚と考えたからである）。[19]

そして、「スタンフォード体験」（一九九〇年代半ば）、すなわち、レイディン教授（スタンフォード大学（当時）。その後、ミシガン大学）の人格的所有理論について研究し、川島所有権理論の限界を、次述の如く諸領域でまざまざと見せつけられたのである。そして同理論の私なりの応用として、（iv）二〇〇〇年代になり、居住福祉法学を展開し、[20]（v）同時並行的に所有法の裏の問題として、補償法学を国際人権法に枠組みを広げて考察した。[21]

まさしく、《彷徨える民法学》だが、私の志向する「民法理論研究」は、理論的・横断的に民法を捉えようとするから、総論的にならざるを得ないし、各論的テーマをどれだけ拾えるかが問われている。関係理論的軸は、一貫しているつもりだが（例えば、補償法学にしても、敵対的な悪循環をどのような形で関係修復するかという関係的視角からの考察であり、理論的な問題意識は通底している。レイディン教授の業績にしても、マクニール博士は既に自身との共通性から私は示唆されていた）、その応用理論とも言うべきレイディン所有権論（そしてそこにおける市場主義的な「商品化」（commodification）批判）の軸の下に、――川島所有権理論批判という形で――身体所有論、環境法学、（日本）住宅法学の欠陥、知的所有論、更には先住民族論が見えてきたのである（二〇一〇年代後半以降の日本法学での所有権論批判への大方の関心の始まりは、[22]かなりタイムラグがあると思わざるを得ない）。

同時に（vi）東アジア法学へのシフトも近時の私の研究の新たな動向であるが、これは、近時の教育現場（とくに大学院）が、中国からの留学生に席巻されるという事情も関係しているが、出発点は、戦後補償問題などは必然的に隣国

との関わりが問われ、また居住福祉分野では、早川和男博士がかねて東アジアとの交流の重要性を説いていて、毎年東アジア住宅問題会議を開催しているということと関係する。社会問題との関わりが出発点であり、大方の民法学者のような民法典志向的な付き合いではなく、この点も、批判法学の一つである《法と社会》学派の影響もある)。

さらに、東日本大震災ないし福島原発事故を契機にして、日本環境会議にも参加することになり、(vii)(災害復興法とも絡めて)環境法の研究(緑の所有権論・地球温暖化問題[23]ないし福島原発問題・水俣病問題など[24])を近時行っており、そして今回のアメリカ留学は、国連の「先住民族の権利宣言」(二〇〇七年)の特別報告者のアナヤ教授(コロラド大学・ディーン)などがいるコロラド大学を選んだが、そこで重きを置いているのは、(viii)先住民族法研究であり[25]、これも環境法研究と接点をなす。先住民族は、環境的不正義の最前線に立たされているからである。

ところで、《環境法研究のストレス》とも言うべきものがあり、既にギリシアの頃から、アリストテレスはアクラシア問題を指摘するが、環境問題にはこれと通ずるところがある(近視眼的な目先の利益だけで生きる人間は、環境問題への配慮が手薄になるからである)。だから同法の研究には手応えの無さという問題があり、思うような帰結を得られないことへの「挫折」(例えば、自主避難者問題[26])があり、アメリカ環境法にしても、進歩的政権の頃(例えば、クリントン政権、オバマ政権)は魅力的だが、政権が変わるとそうした環境政策がガラガラ崩れていくというのもストレスフルなことである。一体、地球の破滅から救うことができるのだろうかという根底的な問いが、背後にある。

4.(参照)近時の二一世紀社会の変遷——民法学が何に光を当てるべきか。

ところで、一〇年以上前に(二一世紀社会との関係で)、この問題を扱ったことがあった[27]。すなわち、二一世紀社会において、注目すべきこととして、以下のことがある。①高齢化(少子高齢化)、②ポスト産業社会の消費社会、③グロー

バル化（越境化）（戦後補償問題などは、既に越境的・国際的不法行為事例）、それ故の国際（人権）法との交錯現象が、重要になる。また、④貧富の格差の増大（一九九〇年代初頭にバブルは崩壊し、長期経済不況があり、雇用形態も非正規雇用が前面に出る）、⑤災害の多発、⑥地球温暖化（この点でも国際的対応が迫られる）、⑦人格権の重視、平等化要請（ライフスタイルの重視）、それ故のフェミニズム、ＬＧＢＴ運動への着目などなどであろう。

果たして、こうした社会の枢要な問題に対応する民法学になっているかどうかの自省が必要であろう。しかしそれに対して、近時の民法学のメインストリーム（とくに債権法改正に始まる改正談義）は、このうちのごく一部しか扱っていないとの感触を強く持つ。

5．その他の諸課題

（1）（若手の危機的状況）まず、日本の若手民法研究者は払底しており、危機的なまでになっている（法科大学院の制度改革の失敗の一つで、日韓共に共通の課題である）。その分、東アジアでは、中国の研究者が凌駕していくかも知れない。また、台湾で、法科大学院構想を回避したとすると賢明であり、その分、研究者養成は維持されると推測されるがどうだろうか。

二一世紀社会は、益々学際的研究が問われ、社会との繋がりが求められるにも拘わらず、大方の日本民法学は、縮み志向が強く、それに対するアンチ・テーゼとして、私は「民法理論研究」を一貫して行うようになったが（系譜的には、アメリカ法学から学び取るべきこととして日本の状況とは無関係にこの方向性を模索した）、全く日本では浸透しない。

（2）（学会）学会にも失望することが多いが、例外的に刺激を受けたのは二〇〇〇年代の「居住福祉学会」の立ち上げと、早川博士との全国行脚などがあり、ある意味で、自身の方法論を反省する上で有益だった（とくに、フィールドワーク

的な現場主義的研究からの反省、社会との有機的繋がりの面からの反省を促された。私が副会長としてその執行部にいたときには、現地研修会を年に数回、延べにして数十回開催したというのも、わが国の学会活動としては、極めて例外的なことだったであろう）。

そして二〇一〇年代半ばから、そして同博士の逝去（二〇一八年七月）とともに、私の期待は、「日本環境会議」にシフトしつつあり、その学際性、社会との繋がり、権力との関係は、かつての「居住福祉学会」と類似したところがあり（おそらく唯一のものではないか。そこに出ていると、日本特殊の民法学の環境問題との関係での退歩・退化がよくわかる）、二一世紀の環境法学への関心も高まっている。

（3）（業績のインパクト）学界へのインパクトは、長期的に見る必要がある。個人的体験からも、即座の反応は期待せずとも、諸外国の動きに支えられていればよい。

（4）（権威主義などへの対処の仕方）目下風靡する『注釈学派』的な権威主義（権威主義故のうっとうしい集団主義的な圧力）、あるいはオリジナリティとは全く関係しない非学問的な入門書主義などには、負けずに、流されないで、研究者の本分（研究上の個人主義・相互批判主義）を忘れてはいけないだろう。

（5）（研究者倫理問題）アメリカの「臨床法学研究・教育」（clinical legal education）が日本には不在であることとも関係し、貧困ないし生活弱者のためのプロボノ的な法支援という問題意識はわが国では従来希薄である。どの立場からの「意見書」を書くかという問題とも関連し、われわれ学術的研究者は、金銭報酬目的で動いているわけではないことを再認識する必要がある（先の平易化教科書執筆についての平井博士の怒りとも関係する）。

（6）（民法理論研究と現場主義的な事例研究との関わり）「民法理論研究」に従事するものとして留意しなければならないのは、そうした現場主義的な「事例研究」においても、一般的な民法理論を持って続けていかなければならないと

言うことである。

例えば、（復興借上げ住宅の問題でも）（ⅰ）借地借家関係における「正当事由」制度のあり方（その例外はどうあるべきか）とか、（自主避難者問題でも）（ⅱ）放射能被害の損害論の捉え方（ＬＮＴ仮説への臨み方）とか、（ⅲ）災害弱者の公的支援の根拠付け（居住などの人格的所有の特殊性）とか（それは市場主義的なロジックの限界の問題でもある）、あるいは（ⅳ）補償ないし関係和解に関する一般理論とかがそうである。そしてさらには、（ⅴ）これまで不法行為領域で充分に扱われてこなかった「歴史的不正義」の諸事例を見ていると、（単なる具体的事例を越えて）《植民地化》《先住民族支配》という構造的問題に直面するわけで、そこでは、例えば、梅博士が尽力された朝鮮半島における「土地調査事業」にせよ、アイヌ民族に対する「北海道旧土人保護法」にせよ、近代土地法（広義の近代民法）の装いの裏に、植民地空間を支配・征服していくという負の側面があり（ごく最近の「アイヌ新法」（アイヌ尊重社会施策実現法）（二〇一九年制定・施行）でも、あまりに「世界水準」とかけ離れており、批判的な検討が不可欠であろう。民法学者は単にそうした実定法の法解釈論をやっていればよい等というのんきなことは言っておられず、近代の植民地主義の構造的問題への態度決定が問われるわけである。

（1）これについては、私の関西大学での還暦報告会（二〇一九年三月開催）の冒頭に述べた。もともとは、今野正規教授（関西大学）との二〇一九年一月二〇日の北大民法理論研究会ＭＬ〔同研究会は一九九二年に私が創基した北大での研究会で、この研究会のＭＬは、その関連の討議の場となっており、またアメリカの新聞（ニューヨークタイムズ）の民法理論関連記事の随時紹介も含めて、既にその投稿討議のメール数は、四五〇〇を越えている〕でも触れたことである。吉田邦彦「日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途」北大法学論集七〇巻二号（二〇一九）三一三－三一四頁参照。

（2）内田貴「平井宜雄著『契約法学の再構築』をめぐる覚書」ＮＢＬ六八四・六八五号（二〇〇〇）、平井宜雄「内田貴著『契

約法学の再構築』をめぐる覚書を読んで」同六八九・六九〇号（二〇〇〇）。

（3）後述の私の民法理論研究の公表開始（二〇〇〇年がその第一巻刊行である）の頃に、大村敦志・民法総論（岩波書店、二〇〇一年）も出されている。その発想はかなり異なるが（私の場合には、民法典中心主義的発想は弱い）。

（4）「注釈学派」（Ecole de l'Exégèse）は、フランス法について、一九世紀初頭のフランス民法典制定後、立法者意思説を前提にその解釈を追究するという手法が席捲しそれを指すが、しかし方法論的停滞から「科学学派」（Ecole Scientifique）に代替されていった学風を指す（さらにはローマ法に関して、ローマ法（ユスチニアヌス法典）の注釈に努めた、一一～一三世紀のボローニアを中心とする学派（Glossatoren）を指すこともある）。ここでは、日本での近時の債権法改正を機縁に、その改正の経緯の資料引照が前面に出るような近時の後ろ向き現象を指している。

（5）平井宜雄「『法的思考様式』を求めて――三五年の回顧と展望」北大法学論集四七巻六号一八四九頁（一九九七年）（民法分野に関しては、「自立」した法律的知識の世界における大学の地位は凋落の一途を辿るとされる）（吉田邦彦編・平井宜雄ほか・民法学の羅針盤（信山社、二〇一一年）第一章に所収）。

（6）その後、星野英一「日本民法学史」法学教室八号～一一号（一九八一年）という形でまとめられた。また、北川善太郎・日本法学の歴史と理論（日本評論社、一九六八年）も参照。

（7）平井宜雄・損害賠償法の理論（東大出版会、一九七一年）。

（8）例えば、川島博士が実質的な恩師と仰ぐ末弘厳太郎博士から形見として送られたのは、Jerome Frank, Law and the Modern Mind (Transaction Publishers, 1930) であったし、川島ゼミなどでは、Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 Colum. L.Rev. 809 (1935) 等が読まれたとのことである（この点は、平井・前掲（注5）一八二〇頁等参照）。ところで日本民法学におけるリアリズム法学の受容のされ方は、解釈方法論に結びつけてのもので、かなりのリアリストはその後一九三〇年代後半ないし四〇年代のニューディール政策などの進歩的な社会変革に進んでいったことはわが国ではあまり触れられない。これはアメリカ合衆国では、当時から「法と（公共）政策」的発想が、根付いていることの証左だが、F・コーエン教授の場合には、正しくそうで、一九三三年から一九四七年までF・ルーズベルト大統領に内務省職務を任ぜられて、一九三四年のインディアン再組織法の起草者となり、アメリカン・インディアンのニューディール政策の法的構築に尽力し、アメリカ原住民の民族的統治権に留意したインディアンを保護する進歩的な連邦政策

を裏付ける、初めての「連邦インディアン法」の体系書を著わしたのも彼である（Felix Cohen, Handbook of Federal Indian Law (Dep. of Interior, 1941)）。しかしその後時代思潮は急変して、バックラッシュの居留地「解消」（termination）の保守時代となり、彼は「社会主義者」として非難され失意の晩年を過ごすことになる（司法省からも解雇され、その後内務省も辞職する。一九五三年に早世する（享年四六歳である）のもそれと関係しているかも知れない）。See, Felix Cohen, *The Erosion of Indian Rights 1950-1953: A Case Study in Bureaucracy*, 62 Yale L. Rev. 348 (1052-53). See also, Dalia Tsuk Mitchell, Architect of Justice: Felix S. Cohen and the Founding of American Legal Realism (Cornell U.P., 2007); Kevin Washburn, *Felix Cohen, Anti-Semitism and American Indian Law*, 33 Am. Ind. L. Rev. 583 (2009).

（9）例えば、加藤一郎・民法における論理と利益衡量（有斐閣、一九七四年）、星野英一「民法解釈論序説」同・民法論集一巻（有斐閣、一九七〇年）。

（10）平井宜雄・現代不法行為理論の一展望（一粒社、一九八〇年）（平井著作集Ⅱ（有斐閣、二〇一一年）に所収）。私は当時の平井博士の不法行為法学の講義を受講し、それはある意味で、『衝撃的な不法行為法体験』であった（私が学生時に所属していた東大法律相談所で一年上の先輩と議論することも少なくなかったが、彼らが受講した加藤一郎博士の不法行為法とは、相当に異なるものだったのである）。

（11）平井宜雄・法政策学（有斐閣、初版一九八七年、第二版一九九五年）。

（12）平井宜雄・法律学基礎論覚書（有斐閣、一九八九年）、同・続・法律学基礎論覚書（有斐閣、一九九一年）（平井著作集Ⅰ（有斐閣、二〇一〇年）に所収）。

（13）来栖三郎「法の解釈における制定法の意義」法学協会雑誌七三巻二号（一九五六年）、同・法とフィクション（東大出版会、一九九八年）。

（14）このような見方の詳細は、吉田邦彦「現代思想から見た民法解釈方法論――平井教授の研究を中心として」北大法学論集四七巻六号（一九九七年）一八六七頁以下（同・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究一巻）（有斐閣、二〇〇〇年）第三章に所収）。

（15）その意味を込めて、吉田邦彦編・平井宜雄ほか・民法学の羅針盤――激動の時代への先進の教訓（信山社、二〇一一年）〔前掲書（注（5））〕を編んだ。

(16) その成果が、吉田・前掲書（注（14））（民法理論研究一巻）（二〇〇〇年）である。
(17) 吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、一九九一年）。
(18) これに関するものが、吉田邦彦・契約法・医事法の関係的展開（民法理論研究二巻）（有斐閣、二〇〇三年）。なお、こうした方法論的問題意識は、米村滋人・医事法講義（日本評論社、二〇一六年）には、殆ど受け継がれておらず、その意味で平板のようである。
(19) M・ホールほか（吉田邦彦訳）・アメリカ医事法（木鐸社、二〇〇五）。
(20) 吉田邦彦・居住福祉法学の構想（居住福祉ブックレット）（二〇〇六年）（これは、二一世紀になり間もなく、学会創設から付き合いが始まった、早川和男博士から、自身の居住福祉学を法学（民法学）の見地から捉え直してくれという宿題に答えたもの。更にヨリ詳しくは、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住・補償問題（民法理論研究三巻）（有斐閣、二〇〇六年）、同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（民法理論研究四巻）（有斐閣、二〇一一年）。
(21) 吉田・前掲書（注（20））（民法理論研究三巻）（二〇〇六年）第六章～八章、同・前掲書（注（20））（民法理論研究四巻）（二〇一一年）第五章～八章。さらに、同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）（中編）（民法理論研究五～六巻）（信山社、二〇一五年、二〇一七年）。
(22) 例えば、法社会学八〇号（新しい所有権法の理論）（有斐閣、二〇一四年）。
(23) 吉田邦彦「環境権と所有理論の新展開」新・現代損害賠償法講座二巻（日本評論社、一九九八年）（同・前掲書（注（14））（民法理論研究一巻）（二〇〇〇年）に所収）。
(24) 吉田邦彦・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（後編）（民法理論研究七巻）（信山社、二〇一九年）。
(25) 吉田邦彦・アイヌ民族の先住補償問題――民法学の見地から（さっぽろ自由学校、二〇一二年）（更にこれを加筆して、吉田・前掲書（注（21））（民法理論研究五巻）（二〇一五年）に所収）などに始まる研究。
(26) 例えば、吉田邦彦「居住福祉法学と福島原発被災者問題（上）（下）――特に自主避難者の居住福祉に焦点を当てて」判例時報二二三九号三～一三頁、二二四〇号三～一二頁（二〇一五年）、同「区域外避難者の転居に即した損害論・管見――札幌「自主避難者」の苦悩とそれへの対策」環境と公害四五巻二号（二〇一五年）六二～六六頁、同「東日本大震災・福島原発事故と自主避難者の賠償問題・居住福祉課題（上）（下）――近時の京都地裁判決の問題分析を中心に」法と民主主

義五〇九号三三～三九頁、五一〇号四一～四七頁（二〇一六年）、同「福島原発放射能問題と災害復興――福島原賠訴訟の法政策学的考察」淡路剛久監修・吉村良一＝下山憲治＝大坂恵理＝除本理史編・原発事故被害回復の法と政策（日本評論社、二〇一八年）二九五頁以下参照（同・前掲書（注（24））（民法理論研究七巻）（二〇一九年）に所収）。

（27）吉田邦彦「二一世紀における『民法と社会』を考える」法社会学五八号（法の構築）（二〇〇三年）（同・前掲書（注（19））（民法理論研究四巻）（二〇一一年）に所収）。

二　民法学と公共政策研究

1　問題意識

『民法学と公共政策』の方に話を進めると、直接的な執筆の動機は、平井博士の法政策学が近時の学界の激変の影響のためか、短時日の間に忘却の彼方に追いやられている弊に鑑み、その承継（批判的承継）の必要を感じたことにある。方法論的な問題意識はリアリズム法学的な関心からである。大してオリジナリティはないかも知れないが、横断的な《民法）理論研究》という点では通底しており、近時の大方の民法研究が、概念法学復帰、蛸壺的研究、各論研究の優位、そのごく一部分の債権法改正に偏っていることへのアンチ・テーゼ的な意味合いを込めている。二一世紀になってからは、日本のメジャーな大学では、公共政策大学院が設立され、「法政策学」はその基幹科目であるのに、そのパイオニア的存在である平井・法政策学に触れられるのが少ないことも、驚くほかはない。

なお、『民法学と公共政策』（civil law and public policy）という用語について少し説明すると、「法と公共政策」（law and public policy）はアメリカ由来で、広く政策問題という意味合いで使われている（既に平井博士が、法政策学の元

となる演習をこのタイトルで行っていた）。私なりに理解すれば、既に批判法学的な意味合いから私法・公法の分離論は克服されて、例えば、一番私法色が強い契約法・消費者法の領域でも、「契約自由の原則か、契約正義か（弱者保護か）」という形で、市場主義に対する国家的（司法的・行政的）介入が問われている。つまりそうした「社会編成原理」が問題とされるという意味で、政策問題は、公共的問題なのである[28]（そういう意味で、公共利益が「国家的利益（public〔national〕interest）」に関わるというようなニュアンスでは無い）。

平井博士の『法政策学』の体系書の初版

2　近時の日本の民法改正談義の方法論的問題（《解釈論的立法》の問題。《法政策学》の不在）――方法論的権威主義、反民主主義的側面

ところで、「立法学」は「法政策学」とも密接であり、これまで法的コントロールが不充分な領域への立法的改革の必要性は私とて否定しない。しかし近時の法改正論議は、常時民法典が前提にあり、その法解釈論の焼き直しのような、しかもその「解釈論的立法」は、権威主義的な上からの「債権法改正」に始まる動きはトップダウン式の方法論が前提にあり、これはこれまでの批判的討議ないし議論を通じて、民主的に「判例」「通説」という形で暫定的・仮想的に委ねるという来栖＝平井方法論に反している。のみならず、既存の議論の焼き直し的という意味で、創造性もなく、知的刺激に欠け、逆に「注釈学派」的な後ろ向き傾向を生み、有害であると考える。（もっとも法改正がすべていけないというのではなく、従来「法解釈」領域に委ねていたことについて、安易にトップダウン式の《解釈論的立法》を行うこ

とには謙虚になるべきだということを述べているだけであり、従来制度が欠缺していた場面ないし法解釈の域を超える政策問題を詰めるタイプの立法は今後とも熟慮ある法政策談義として必要だろう（しかし同時に近時の《立法過程の民主化》プロセスとの関連でそれも容易ではないことは、アメリカの公共政策論ないしそれを踏まえた立法学が教えるところである[29]）。ともかくその点で、近時（平成三〇（二〇一八）年）の相続法改正は、やや様相が異なり、債権法改正より総じて手堅いと言えるだろう[30]）。

特定の者の審議会メンバーであるという地位故の『特権階級化』的な民法論は、権威主義に繋がるのである（これは従来の民法改正には見られなかった「法解釈的立法の前面化、その意味での特定の者のレジティマシー無い立法権限の横行」という現象と関係する）。研究者は公表した業績のオリジナリティのみから評価されるべきであるのである（M・ヴェーバーの「Sache に仕えよ」の警句[31]）（星野博士など、『法制審』での議論を大事にされたかも知れないが、それを研究者の第一次的なものとはされていなかった。その意味での研究業績中心主義である）。ところで、平井博士の研究の本命は、民法基礎理論と共に、こちら（法政策学・公共政策論ないし立法学）の方にあったのではないか。キャラブレイジ教授からの問題意識の発展はこちらにあり、これを今後どう受け止めるかも問われていると思われる。

3　平井博士との異同

私のものは、平井博士の延長線上のところが多いが（分析枠組みなど。例えば、「効率性基準」と「正義性基準」であり[32]、震災復興のあり方の分析などで有用である[33]）、相違点は、（1）司法の役割として、利益考量論の延長線上として、司法積極主義的な側面が強く出る（その意味で、司法の政治的責任からも逃げないことが肝要と考える[34]）。また、（2）やや正義論を社会編成原理などとリンクさせて、細分化している[35]。

そして（3）意識的に打ち出したのは、具体的実践論で、できるだけ具体的に博士の枠組みの実践適用に留意してというところであり、大してこの点ではオリジナリティはないかも知れない。しかしやや抽象論に終始していたということへの不満からである。また、（4）同博士の場合には、「法的思考様式」論は、法教義学（ある種の伝統的な概念法学）に戻るようなところがあり、それと、同博士が抽出した「政策志向型訴訟」ないし「目的＝手段的法の経済分析的な制度構築」と接合的なのか、両極分解しているのではないかという問題意識がある。

4　具体的な実践領域(36)

不法行為論から始まり、契約論、医事法、さらには様々な所有論を経た上で、再度補償論、マスの環境法学で、具体的素材を用いながら、民法横断的に、「法と政策」との関わりを考えてみた。時間（ないし紙幅）の余裕との関係で、ごく限られた場面を考えてみることにする。

（1）例えば、近時の注目課題である、福島放射能汚染の集団訴訟問題にしても、しばらく前の水俣病問題にしても、司法の役割への期待とそれへの不満もある（その背後には、行政的救済の不充分さがある）。例えば、福島問題の場合には、行政救済（準司法的救済）とも言える、原賠審（原子力賠償紛争審査会）（二〇一一年四月に発足し、八月に中間指針を出す）による、救済の穴（例えば、自主避難者（区域外避難者）や営業損害の問題）の政策的分析から、司法がそれを埋めていくという姿勢が求められるが、実際にはそうなっていない。またそもそもこうした発生機序が明らかでない場合の因果関係をどう認定するかは新たな疫学的課題であり、これについても、従来の司法がきちんと対処してきたわけではなく刷新が必要である(37)。

放射能災害に対する住宅政策としても、チェルノブイリと福島とでは対蹠的である。前者が基本的に「転居政策」で

あるのに対して、後者では、「帰還政策」が前面に出るのである。しかしそれゆえに、限られた強制避難エリア外にすむ転居者（自主避難者、区域外被害者）は冷遇され（補償は限られる。中間指針の穴を埋めようとする福島集団訴訟でも、司法は中間指針・行政指針に引きずられてか、救済格差を司法で補填するという意識は弱い）、他方で、「帰還」のために、効果の程度も怪しい「除染」に巨額が費消され、法政策の「効率性」基準からも、大いに問題があるし、チェルノブイリと比較しても、どちらも悲惨だが、集団的移転・転居政策も無い福島の場合には、コミュニティも分断され、被災者の孤立的状態が続いて、未だに自殺者も絶えないという状態では、居住福祉政策としても、失敗しているとみて良いだろう。

（2）また、人工生殖医療に関わる「代理母」などの問題を考えてみると、①公序良俗論だけでは説明になっていないが、②意思自治とか商品化への反情という概念論（義務論的議論）とともに、③政策的議論（富、人種による抑圧関係問題、また各種フェミニズムの議論）との総体からなっており、そう簡単ではない。日本の当然の母子関係判例の拡充（近時の平成一九年最決などのわが判例）というような、単純なものではない。[38]

（3）さらに戦後補償問題（例えば、強制連行・労働、慰安婦問題、中国大陸での殺戮・爆撃・細菌戦、毒ガス弾問題、そして靖国合祀問題）なども、「政策志向型訴訟」の好例であるが、司法消極主義的なわが判例の一般的動向には、根本的な反省が必要である。司法ないし裁判官の法的とともに、政策的・政治的・社会的責任から逃げないというスタンス（逆に、概念法学的な法教義学に逃避したところで、「請求棄却」という司法判断の国際政治的責任は問われることに留意が必要である）も求められている（隣国の被害者の前で、翻訳も無しに数秒で判決を言い渡して立ち去る裁判官には、国際的礼節も求められている[39]）。

（28）この点をシンポジウムで質問して下さった、楊淑文教授（国立政治大学）にお礼申し上げる。

（29）その問題は既に、例えば、吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法論的・理論的問題点」同・前掲書（注（21））（民法理論研究六巻）（二〇一七年）二五二頁以下（初出はジュリスト一三六八号（二〇〇八年））参照。

（30）例えば、第一に、配偶者居住権（民法一〇二八条以下）などは、新たな制度の新設であり、《本来の立法》と言えようし、第二に、遺産分割前の預貯金の払い戻し規定（民法九〇九条の二）は、金銭債権に関する近時の合有的取扱いの終着点とも言える最大決平成二八年一二月一九日民集七〇巻八号二一二一頁の中で示唆されていた、家事事件手続上の保全処分（一〇〇条三項）ではなお不充分として、提案されたもので、金銭債権相続に関わる法解釈の判例・学説の近時の変動の一環として見ることもできなくもないが、《近時の法解釈のうねりに対する制度的対応》をしたもので、マスとしてなされる相続現象への《実践的対応たる立法》として許されるであろう。それに対して第三に、対抗要件との関係で、「相続させる旨の遺言」「相続分の指定」で判例が不要としていたのを通常の「相続と登記」の判例に揃える旨の改正（民法八九九条の二）は、本文に言うトップダウン的な《法解釈論的立法》の嫌いがある。遺言相続（自由相続）的系譜として、被相続人の意思をどれだけ重視するかという要請に応じて、これまで営々と築いた判例の立場を、原理的詰めがないままに金融界の意向を受けてこうしたトップダウン式法改正をしたとのことであり（この点は、日本私法学会におけるこの問題に関するワークショップ（二〇一九年一〇月六日）での、加毛明教授とのやり取りに負うところが多い。記して謝意を表する）、方法論的にはやや安易であるとの問題が残ると言えるだろう。

（31）M・ウェーバー（尾高邦雄訳）・職業としての学問（岩波文庫）（岩波書店、一九八〇年）（原書初版、一九一九年〔翻訳初版、一九三六年〕）二七－三〇頁参照。

（32）平井宜雄・法政策学（有斐閣）（初版、一九八七）九九頁以下、（二版、一九九五）七〇頁以下。

（33）例えば、福島放射能被害への対応の仕方で、「帰還政策か転居政策か」が問われる場合、後者の場合に転居支援の居住福祉予算が高額化することが懸念されるが、他方で、帰還政策の際に、線量を低める「除染」で実際にかけられた予算額が遙かに巨額であること（自主避難者への住宅無償提供の予算は、年間八〇億九〇〇〇万円あるのに対して、除染ないし中間貯蔵施設予算は、二兆四〇〇〇億円、さらに、高台移転予算は、一兆六〇〇〇億円、防潮堤建設予算は、二兆二〇〇〇億円である）（朝日新聞二〇一六年三月一一日二面）は、「効率性基準」から、何が志向されるかは、自ずと明らかのよう

に思われる（いうまでもなく、「転居政策」の真摯な検討であろう）。他方で、福島放射能訴訟で、例えば、津島訴訟などで、「0.046μ Svまで原状回復を請求する」（そこまでの除染を求める）というタイプの請求の仕方にも、この「効率性基準」からは無理があると思われる。この点は、吉田邦彦・民法学と公共政策講義録（信山社、二〇一八）一九五頁注三一五参照。

(34) 吉田・前掲書（注（33））二四－二五頁。

(35) 吉田・前掲書（注（33））三五－三八頁。

(36) 吉田・前掲書（注（33））三九頁以下。

(37) 吉田・前掲書（注（33））七二頁以下、一七八頁以下。

(38) これについては、さしあたり、吉田・前掲書（注（33））九三頁以下。詳しくは、吉田・前掲書（注（14））（民法理論研究一巻）（二〇〇〇）第七章参照。

(39) この点は、吉田・前掲書（注（33））八一頁以下、とくに八四頁参照。その他、今なお続く靖国合祀訴訟の問題については、吉田邦彦「靖国合祀訴訟に関する近時の裁判例の民法的諸問題――民法解釈方法論上の問題の一事例として」（吉村古稀）現代市民社会における法の役割（日本評論社、二〇二〇年）（近刊）参照。

三　《法と公共政策》から民法（債権法）改正をみる

1　債権法改正の性格

（1）オーバーホール的な改正

概して、債権法改正は、オーバーホール的側面が強く、大体はこれまでの判例・通説の確認というところが多い（これについては、二〇一五年の講演で扱った[40]）。例えば、①連帯債務における相対的効果原則の拡張（四四一条）、②併存的・免責的債務引き受けの新設（四七〇～四七二条の四）、③契約上の地位の移転（五三九条の二など）（さらに、これ

に関連して、賃貸借に関する六〇五条の二・六〇五条の三。そして、敷金に関する六二二条の二も設けられた）、④危険負担（五三六条）（但し、履行拒絶構成。債権者主義（旧五三四条）は排する。しかし他に債権者主義の規定は残る）、⑤賃借権に基づく妨害排除（六〇五条の四）、⑥消費貸借、使用貸借、寄託の要物性の緩和（五八七条の二、五九三条・五九三条の二、六五七条・六五七条の二）、⑦使用貸借・賃貸借終了時の規定の整備（五九九条、六二一条、六二二条）、⑧有価証券規定の一括規定（五二〇条の二～五二〇条の二〇）、また、⑨請負代金の割合的報酬請求も、判例を受けて新設された（六三四条）（それ以外にも、雇用（六二四条の二）、委任（六四八条三項。また成果報酬約束の場合に、六四八条の二第二項）、寄託（六六五条）でもそれに揃えられた。なおこれは、請負人・労働者・受任者・受寄者の帰責事由の有無を問わない。委任に関しては、立場変更である（旧六四八条三項））こと等である。

その他、⑩瑕疵修補請求に関する規定（旧六三四条、六三五条）の削除（改正後は、六三六条）については、見解が分かれるようであるが、ここではできるだけ従来と連続的に理解したい[41]。すなわちこれは、注文者の請求が、どこまで認められるかという消費者保護にも関連するが、従来と延長線上に理解する立場と、過分の費用がかかるのならば、もう「履行不能」であり瑕疵修補請求は認められない（金銭による「填補請求」のみ）という立場のいずれをとるかという、立法関係者相互の意見対立である。神戸震災でかなり見られたとされる、修補請求できる事例の場合に（実際には大半解体されてしまったが）、後説だと、金銭賠償しかできないことになるので、消費者にとって保護の後退であろう。

なお一部に《用語変更》（中身は同じ）があり、それは、⑪時効の中断・停止の「更新」「完成猶予」への変更（一四七～一六一条）、⑫錯誤無効を取消しとし（九五条）、⑬贈与の撤回を解除とした（五五〇条）。また、⑭債権譲渡禁止特約、相殺禁止特約を各制限特約とした（四六六条二項、四六六条の二～四六六条の六、五〇五条二項）。

さらに、従来の原理的議論の解決の例として、⑮債務不履行責任・解除における過失要件の廃棄（四一五条、五四一条・

五四二条）、⑯特定物のドグマ（原始的不能論）の廃棄（四一二条の二第二項、追完請求権・代金減額請求権の新設（五六二条、五六三条）、損害賠償・解除の債務不履行一般への吸収（四一五条、五四一条・五四二条））等もこれに加えておこう。

（2）実務上の注目点

地味な改正だが、大きな実務上の改正は、⑰法定利率の変動制化（四〇四条）であり、⑱消滅時効の短縮化（一六六条〔五年、一〇年〕。生命・身体侵害については、五年、二〇年（一六七条、七二四条の二））や⑲根保証制度の整備の進行（四六五条の二～四六五条の九）も挙げることができるであろう。⑰⑲などは、本来の立法的なものということができよう（社会のニーズに応えて、規定がなかったところに作ったのだから）。さらに、⑳約款（定型約款）に関する規定が創設された（五四八条の二～五四八条の四）ことは、約款論研究者にとっては、それほど目新しくはなくとも、実際上の注目点であろう（不当条項規制（五四八条の二第二項）などは、新自由主義的な制限的ニュアンスもなく、民法一条二項（九〇条）の弾力的な運用をここで試みることもでき[42]、ある意味で注目できるであろう）。

（3）「法解釈的立法」の多さ

しかし他方で、従来解釈論として出されたものが、立法化されたという場面も多い。その際に、銀行など金融機関への妥協という側面も強い。例えば、㉑相殺と差押えに関する無制限説（五一一条）、さらには破産法に揃えて、差押え以前の原因による債権の場合でも認めている（五一一条二項）、㉒債権譲渡制限特約に関する債権的効力説採用（四六六条二項）、他方で、銀行取引の預金債権について、物権的効果説（四六六条の五）、さらには、㉓一部代位の場合の債

権者優先説の採用（五〇二条一項、二項）等もそうである（これは通説であろうが、判例は分かれていた）、また前記③の敷金に関する明渡し時説の採用（賃貸借終了時説の排斥）。その他、㉔債権者代位権（四二三条～四二三条の七）、債権者取消権（四二四条～四二四条の九、四二五条～四二五条の四）にその傾向が著しく、それは次述する。

そしてこのような立法（解釈論でこそ、民主的に批判的討議を繰り返すことが求められるのに、それを一部のものが、トップダウン式に、『債権法改正』という形で、決着させてしまうこと）が、方法論的に、来栖＝平井両博士らが、常々温められてきた議論の民法学にも反するということはここでも述べておきたい。

2　沖野教授担当部分にみる《法と公共政策》面にも即した特色の検討

（1）特色

沖野眞已教授は、しばらく前の二〇〇二年から破産法改正にも法務省出向としてコミットしており、同教授には手続法との摺り合せという側面への関心が強く、それへの自信も持っておられて、同教授の担当部分の《債権者代位権・取消権》《多数当事者の債権債務》《債権譲渡》などでは、その準備のための勉強量も際立っており[43]、その分、自ずと《解釈的立法》的性格が濃厚となり、規定の詳細さも極めるものとなっている（これで果たして、新しい民法典が市民にアクセスしやすい平易なものになっているかという当初目的との関係はどうなるのかという問題もあろうが、分析の緻密さは、沖野民法学の特色でもあるので、この点は擱いておこう）。以下では、彼女の立法例の実例に則して、その公共政策的分析も試みることにしよう。

（2）（例その一）詐害行為取消権（前記㉔）の規定の仕方

これについては既に論じたことだが[44]、従来の民法学説（多数説）を覆して、破産法の否認権に揃える形で、《詐害行為の範囲》を狭めている（四二四条の二）。その背後にある制度改正趣旨は、破産法以上に詐害行為取消権の範囲が広がりすぎている《逆転現象》を是正するというところにあるようである[45]。しかし同教授が支持されるのは、民法学界では、あくまでも少数説（鳩山説）だった。

そして取消債権者の直接の金員・動産の引渡権を含めて、かなり強力の権能を認めて、いわゆる《遅い者勝ち》の効果は、一見直感に反する（counter-intuitive）強大すぎるものであるが、従来の民法学者はこれを正面から認めて、私的整理（内整理）の局面での話し合いを促す、その意味での平等主義を実現するために使われているとの分析がかねてなされており（星野博士[46]）、これをアメリカ法学的には、懲罰的補充規定（penalty defaults）的に捉えることができる[47]。ファイナンスの法と経済学からも、沖野教授は、このような詐害行為についての制限解釈を法政策的に論じているようだが、同じ経済分析で従来の民法学説を支持する見解も出されている[48]。しかしこの点は最早深入りしない[49]。ともかく、沖野教授の規定の作りは、微細を極めるが、このような法政策的検討がやや希薄であるように思われる。

（同教授が、主観的に意識しているのかどうかは別として、彼女の勉強量を背景としての彼女の詐害行為取消権に関する法解釈論の実定化という「法解釈論的立法」には、トップダウンの権威主義的性格がでてきてしまうことは、既に詳論した（注（44）の箇所）ので、ここではもう立ち入らない。）

（3）（例その二）個人根保証契約の場合（四六五条の二～四六五条の一〇）（前記⑲）

ここでも膨大な規定が設けられているが、平成一六年（二〇〇四年）改正の延長線上とは言え、極度額、元本確定、公証人による保証意思の公正証書作成、情報提供義務等というきめ細かい制度の作りであるが、その制度趣旨というか、

背後の政策は、根保証契約を結ぶ保証人の保護にあるが、同時に他方で、中小企業の融資の必要性の要請があり、あまりに個人保証に強い保護をかけると、中小企業の融資が得られないという二律背反が控えていることに留意しなければならない[50]。

バブル崩壊後の多額な債務で社会問題化した中小企業の代表取締役などの個人保証（それは青天井だから、何億もの債務でも個人保証債務としてかかってくる）には何ら手が付けられていない（四六五条の九参照）という中途半端さは、保護法制の物々しさとともに対蹠的に同居していることについて、どれだけ法政策的議論がなされたのかという疑問を付しておきたい（もう少し個人的な経験から補足すると、私の実家は中小企業であり、もう物故者となった父や兄が会社の個人保証をしていた。バブルが崩壊し、数億もの借金を抱えて傍でみていても、苛酷であった。さりとて、倒産すれば良いのにと思っても、会社に傷がつくと言うことでそれは選択肢ではなかった。今回の民法改正は、一見大仕掛けだが、こうした肝心要の個人保証救済には全く手つかずであり、中小企業金融の現実はそう甘くはないということである）。

（4）（例その三）譲渡制限債権譲渡の整備（前記㉒）

債権譲渡禁止特約（制限特約）を巡る債権譲渡法制についても、極めて緻密な法制が構築されていることにも、驚嘆させられる。債権譲渡制限特約を付ける銀行の要請にも留意しつつ（これは、譲渡禁止特約論の効力制限を展開した米倉教授[51]とは異なる金融界に配慮する価値判断である。しかし米倉教授が異論を出された政策論であるから、銀行にすり寄る政策論を当然の如く出す前に、そうした金融政策論の是非をもっと議論すべきであろう）、そのような債権の譲渡を活用した資金調達の要請に応ずるとの政策論が展開されている[52]。

債務者にも配慮するから、その期待を保護する供託権を認め（四六六条の二第一項）（それは債権者不確知一般の供託権（四九四条）よりも要件を緩和している）、さらに譲受人からの供託請求も認めており（四六六条の三）、これは相当に周到な譲受人保護のための制度仕掛けで、見事に両者を双方向的に保護する絶妙な制度が現出していると言えよう。緻密な利益考量の成果と言うことができるだろう。しかし逆に制度がかなり複雑になっており、こういう制度の市民のアクセス可能性という問題は残されるように思われる。

3　最後に――消滅時効問題という公共政策問題

最後に、大きな公共政策問題として、消滅時効に関する債権法改正（前記⑱）をみておこう。消滅時効は大きな実践的課題であり、政策的問題でもある[53]。本来は、『政策的論点については、債権法改正は立ち入らない』というのが、この動きに火を付けられた内田貴教授の立場であった[54]が、結局消滅時効の改正は、債権法改正に入れられてしまった。しかも市民の側からの動きではなく、国際的なグローバルスタンダードという流れとの関係でその短縮化が図られた。債権法改正でも異論含みのままに、権利保護のあり方に関する法政策問題も入れられてしまったのである[55]。

すなわち、時効の存在理由は、今でも収拾がついていないように、それは「効率性基準」（取引安定）と「正義性基準」（権利保護・矯正的正義の問題）との法政策基準の鬩ぎ合いという形で捉えることができる。それは例えば、安全配慮義務法理の実務が形成されてくる一九七〇年代半ばにその発条は、「短期消滅時効（旧七二四条）の克服（旧一六七条）」というところにあったことからも知られよう。しかも、いわゆる強制連行・労働問題（近時は巷間徴用工問題といわれるが、そこには制限的意味合いがある[56]ので、ここでは用いない。韓国などでは強制動員といわれる）などの戦後補償の領域では、国家無答責の議論の克服のために、同法理は使われたりする。国際人権法の領域では、こうした基本的蹂躙を

含む補償問題では、消滅時効は不適用とされる（ナチ時効不適用条約など）のも、こうした人権問題への時効適用の政策的考慮から来ているわけである。

この点で、債権法改正はどう捉えられるか。主観基準から五年、客観基準から二〇年という短縮された消滅時効（一六七条、七二四条・七二四条の二）がそのまま適用され、しかも多くは、主観基準（権利行使ができることを知ったときから五年）が適用されるとなると、深刻である（補償請求を斥けようとする日本政府などは、必ず主張することであろう）。しかし他方で、新法では、「消滅時効」とされ、「除斥期間」論は、排斥されたので、この点は被害者側に有利に作用する。時効には援用が必要との従来の立場は維持されているので（一四五条）、隣国の司法実務が展開する、「時効の援用は信義則違反」などの論理はとりやすくなる。どのように展開していくかは、固唾を呑んで見守りたい。

（付記）

シンポジウム終了後、台湾法務部（日本の法務省に対応する）での債権法改正委員会（「民法債編研究修正小組」）の審議状況を傍聴する機会を得た（二〇一九年九月一二日第四七回会議）。座長の詹森林司法院大法官（台湾大学名誉教授）、法務部法律事務司の司長鍾瑞蘭氏、副司長邱銘堂氏、科長林裕嘉氏のご配慮にお礼申し上げる。

恰度当日のテーマは、債務不履行における填補賠償、とくに代償請求であった（これについては、日本の債権法改正では、四一五条二項に規定されるに至っている）。日本の場合には、本稿に述べたように、「債権法改正」とは言っても、基本的に裁判例の蓄積を前提として、それを基に実定化がなされていて、網羅的でも無い（規定の書きぶりも限定的である）。しかし台湾での改正審議では、（事例が未だ充分ではないということで）ドイツ民法など比較法的知見を駆使して、実例が無くとも、かなり網羅的に議論されていることに直面して驚かされた（当日問題になっていたことの中には、

例えば、「債務者が一部履行しかしないときに、代償請求はできるか」というような論点もあった）。いわば、日本での一二〇年前の「法典調査会」での議論を想起した。

既に拙文でも触れたが[57]、台湾民法の場合には、ドイツ民法直結なところがあり、本家本元がヨーロッパ法統一で変貌しているときに、どう対処したら良いのかという、日本民法とは別事情もあり、改正談義の背景も日台では同一では無い。しかし同国も、日本と同様に長年の実務の積み上げがあり、こうしたレビュータイプの立法の場合には、立法の効率性（研究者の資源の有限性の認識）ないし、本稿にも指摘した「解釈論的立法」の危うさに鑑みると、現実的要請に応ずる形で、ある程度禁欲的な改正が求められるようにも思われる。

（40）そのときの講演は、政治大学法学院民事法学中心ほか主編・民事法制的新典範（元照、二〇一六）五七三頁以下に収録されている。

（41）とくに旧六三四条について、潮見佳男教授は、これらの規定は、追完請求権の限界（四一二条の二第一項）の解釈規定として残るとする（潮見佳男・民法（債権関係）改正の概要（金融財政事情研究会、二〇一七）三一四頁）のに対し、法務省役人（筒井健夫氏ら）は逆に、六三四条但書きの反対解釈として、従来認めていた『瑕疵が重要な場合には、修補に過分の費用がかかっても瑕疵修補が認める』という立場を否定し、重大な瑕疵でも過分の費用がかかる場合には四一二条の二第一項における『履行不能』だとして、追完請求（修補請求）は最早認められないとして、《規範変更》を説いている（筒井健夫ほか・一問一答民法（債権関係）改正（商事法務、二〇一八）三四〇－三四一頁参照）（立法資料を見ると、この対立は既に法制審議会の民法部会審議時からあることがわかり、例えば、第一六回部会第一読会（一四）（二〇一〇年一〇月一九日開催）議事録五七頁、六〇頁では、山本敬三幹事が後説であるのに対して、深山卓也幹事（現最高裁判事）は、前説（六三四条と連続的に考えて、規範変更を認めない立場）である。また第八一回部会第三読会（八）（二〇一三年一二月一〇日開催）議事録四〇－四二頁では、中井康之委員（弁護士）は、瑕疵が重要であろうがなかろうが、過分の費用が

かかるか否かで、履行請求権の限界を決める見解（上記後説）に同調し（筒井幹事はこれに共鳴する）、それに対し、山本敬三幹事もそれに沿いつつ「不能」と直ちに言えるかと躊躇する）。

その規範変更の根拠は明らかではなく、またそれを深めているように思われない〔そして最終的な詰めもないままに「見切り発車」してしまったように思われる〕けれども、法政策的には、以下のことが指摘できよう。すなわちその根拠が、契約法上の損害軽減義務という「国際標準」だとすると、事業者間取引（B2B）ならばそういうことが言えても、注文者が消費者的立場の場合には、その保護を政策的に後退させる議論であり、またそうした国際標準もそのままでは妥当させにくく、そうした政策変更を伴う「解釈論的立法」（次述）には慎重であるべきだろう。その意味で、本稿では、従来の法状況と連続的に説く前者を支持したい。なお、六三五条削除による「土地工作物」に関する解除を認めてもおかしくないという点では、消費者保護上もさほど問題はなく、見解の対立はないようである。細かな論点のようだが、請負契約の消費者保護政策的には問題になりうるので、いささか立ち入って検討してみた。〔なお、脱稿後に接した、森田修「請負関連規定に関する民法改正経緯」法学協会雑誌一三六巻一〇号（二〇一九年）二三五七－二三五八頁が、この点をあまり論じていないのは、不思議である。〕

(42) 筒井ほか・前掲書（注（41））二五二頁では、免責条項、抱き合わせ販売条項などをこれで、チェックできるとし、さらに部分的な無効もあり得るとする。なお、その規定ぶりは、消費者契約法一〇条と類似しており、不当条項規制は、民法九〇条ではなく同一条二項によるとされる。これはかつて加藤一郎博士などが、民法九〇条違反を説いて、積極的な規制を説いておられた（加藤一郎「免責条項について」同編・民法学の歴史と課題（東大出版会、一九八二）のと、様相が異なるが、これは、消費者契約法ができて民法九〇条の公序良俗違反の概念が縮んだ等という見解（私はこうした見方に反対である）などを意識したものなのだろうか。

(43) その分担については、例えば、内田貴・債権法の新時代――「債権法改正の基本方針」の概要（商事法務、二〇〇九）三八－三九頁参照。また沖野教授の勉強量が卓越していることは、例えば、大村敦志ほか・講義債権法改正（商事法務、二〇一七）の彼女の執筆部分（六～八章）をみても、他の執筆者との相違は際立ち、歴然としている。

(44) 吉田・前掲書（注（33））一三六頁以下。

(45) 大村ほか・前掲書（注（43））一一三－一一四頁、一一九－一三五頁（沖野執筆）。

(46) 星野英一・民法概論Ⅲ（債権総論）一一五頁。

(47) これについては、吉田邦彦「金融取引における民法典規定の意義（上）」法律時報七一巻四号（一九九九）。さらに罰則的補充規定については、同「契約の解釈・補充と任意規定の意義」民法典の百年Ⅰ（有斐閣、一九九八）参照。〔ともに、同・契約法・医事法の関係的展開（民法理論研究二巻）（有斐閣、二〇〇三）に所収。〕

(48) 水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討（七・完）」北大法学論集六一巻三号（二〇一〇）〔一七三〕頁以下。吉田邦彦・債権総論（契約法Ⅰ）講義録（信山社、二〇一二）二一八－二一九頁も参照。

(49) なお、この点で、台湾民法においては、詐害行為取消権〔撤銷訴権〕の規定（二四四条）に関する裁判例はあるのだが、その立場は、第一に、「詐害行為」の範囲は、日本の従来の見解よりも狭く（無償行為、有害な有償行為などに限る）、第二に、取消債権者の優先的効力が認められないという点が、日本法とは決定的に異なる。そのために、その私的整理における意義も異なり、倒産処理との関係で大きな本制度特殊の効果は無いようである（陳洸岳教授のご示唆による）。そのために同国では、「早い者勝ち」（債権回収）がヨリ前面に出るとのことである。そうだとすると、同規定の改正が今後あるとしたら、その方向性も異なりうる。

(50) 例えば、筒井ほか・前掲書（注（41））一四〇頁など参照。

(51) 米倉明・債権譲渡――禁止特約の第三者効（学陽書房、一九七六）六二頁以下、八六頁以下（初出、北大法学論集二二巻三号、二三巻一号、三号（一九七一～七三））。

(52) 筒井ほか・前掲書（注（41））一六四－一六五頁参照。大村ほか・前掲書（注（43））二三一頁（沖野執筆）も参照。

(53) それゆえに、吉田・前掲書（注（33））三章五節（八一頁以下）でこの問題を扱っている。

(54) 二〇〇八年一〇月における札幌での講演。これについては、吉田邦彦・前掲書（注（21））（民法理論研究六巻）（信山社、二〇一七）二五四頁参照（初出は、ジュリスト一三六八号（二〇〇八））。

(55) 吉田・前掲書（注（54））二七六－二七七頁参照（初出は、判例時報二二七〇号（二〇一五））。

(56) 戦時中の強制労働者（奴隷労働者）の徴集の仕方として、（一）募集方式（一九三九年一月以降）、（二）官斡旋方式（一九四二年以降）、（三）徴用方式（一九四四年九月以降）という三段階の形で、時代とともに進められたが、安倍政権などの「歴史修正主義」の立場に立つと、前二者（（一）（二））は「自由契約」の如く扱い、そこには強制性はなく、強制連行

とするのは不正確だとして、その対象を絞り込もうとする方向性がある。

(57) 吉田邦彦「日台民法学比較と近時の改正論議の問題状況」同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）（民法理論研究五巻）（信山社、二〇一五）第三章、とくに八二―八三頁参照（本章は、台湾大学での講演に基づくものである。当時の司会は、詹教授）。

＊本稿は、台湾・国立政治大学で、二〇一九年九月一一日―一二日に開催された同大学法学院大学院重点化シンポジウムでの基調講演である。通訳その他万般にわたりお世話になった陳洸岳教授、コメントをして下さった蘇永欽講座教授をはじめ、全ての関係者にお礼申し上げる。

研究ノート

ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（三・完）

――参加の正統化機能に関する一考察――

谷　遼大

目　次

はじめに
第一章：公法学における参加論の登場――シュミット・グレーザー参加論の検討
第二章：正統化論と参加論の接続――メンツェルの議論を題材に

（以上、七〇巻二号）

第三章：古典的な民主的正統化モデル
第四章：多元的な民主的正統化の理論
第五章：「参加による正統化」の可能性
第一節：参加と正統化
第一款：正統化主体
第二款：正統化手段・要素
第二節：行政手続の正統化機能
第一款：従属的な正統化
第二款：固有の正統化
第三節：補論
第一款：受容による正統化
第二款：統制による正統化
おわりに

（以上、七〇巻三号）

第五章：「参加による正統化」の可能性

これまでの四つの章においては、ドイツ公法学における参加論および正統化論をめぐる学説の動向を一九七〇年代から二〇〇〇年代以降へと時代順に振り返った。ドイツ公法学における「参加（Partizipation）」をめぐる議論は、初期には憲法原理との関係をめぐる考察に焦点が当てられていたものの、それは次第に基本法上の民主政原理の解釈の問題を通じて、「正統化」との関係をめぐる考察へとシフトしていき、現在では参加論から正統化論に議論の主戦場がシフトしつつあるという傾向がみられた。ただ、現在においても「参加による正統化」を認めるかどうかという点については学説の揺れ動きがみられており、

（以上、本号）

特に参加の現実的な機能を正統化の観点から評価するか否かについて、意見が分かれているといえる。本章は、これまで本稿で検討してきた論者らの見解を踏まえた上で、解釈論としての「参加による正統化」の可能性について可能な限り整理し、検討を加えることを試みる。

そこでまずは検討に先立ち、民主的正統化論における「参加」の位置づけを簡単に確認した上で、参加に正統化作用を認める学説がどのような方向性を持つのかを確認する（第一節）。その上で具体的に学説を整理していくが、その際には行政手続の正統化機能について主要な見解を確認し、それを修正しようとする学説を確認する（第二節）。そして最後に、関連する個別的な論点として、「受容による正統化」および「統制による正統化」の可能性について取り上げる（第三節）。

第一節：参加と正統化

古典的な正統化モデルを基準として考えるとき、参加と民主的正統化の枠組みとの関係をみると、参加主体は正統化主体とはいえず、そして参加を正統化の手段ないし要素として評価することも原則として困難であるという二点が、「参加による正統化」の可能性を探る上でのハードルである。以下では、「参加による正統化」の可能性を探るためには、この「正統化主体」（第一款）か「正統化手段・要素」（第二款）のいずれかを拡大することが必要であるという認識の下、具体的な検討に入る前に、まずはこれらと参加の関係について簡潔に整理しておくこととしたい。

第一款：正統化主体

まず、正統化主体である基本法二〇条二項の「国民（Volk）」を、伝統的な理解に依拠し国籍保持者の総体としての「国民」と捉えるのであれば、「個人」、「市民」そして「利害関係者」のような、個別的状況において切り出された国民は、正統化の主体ではない。したがって、正統化主体が直接に民主的正統化を斡旋しうるのはただ選挙および（連邦領域再編成のための）投票を介してのみであり、参加手続によって直接に民主的正統化を認める余地は、原則として考えられない。ただし、基本法二〇条二項の「国民」概念の解釈にあたって、国籍保持者の総体として厳格に捉えるのではなく、第四章で確認したように、正統化主体を多元化するという方向性をとるのであれば、これまで正統化主体の狭さを理由に否定されてきた「参加による正

統化」の可能性は、再検討されることになる。

また、同様の方向性として、第二章で検討したように、参加に基本法二〇条二項の「国民」を出発点とする「民主的正統化」以外の憲法上の正統化の可能性を認める場合にも、正統化主体の限定性という問題は、克服されることになる。ただしこうした正統化は、基本法上の民主政原理の射程から外れる正統化であることから、民主的正統化と呼ぶことはできないと考えられる。また、こうした他の憲法上の根拠に基づく正統化を承認する場合であっても、しばしば民主的正統化の優位が強調されており、他の憲法上の正統化は民主的正統化の補完として位置づけられている点には注意すべきである(1)。

第二款：正統化手段・要素

もう一つ考えられる「参加による正統化」の可能性は、正統化手段や正統化要素を拡大し、そして「参加」をその一つの要素として正統化の枠組みに取り込むという方向性から導き出される。そして、その際に鍵となるのは、民主的正統化を論じるにあたって、どのような法解釈的な方法論を採用するかという点である。

第三章および第四章でみてきた古典的なモデルと多元的なモデルというのは、両者ともに、最終的な決定を下した主体という形式的な面から人的正統化を、そしてその決定に対する法律を通じた事前制御、上級庁の指示権を通じた事後統制、ならびにそれに伴う責任関係という実体的な面から事項的・内容的正統化を主たる正統化手段として認めている点では、概ね一致している。しかし、多元的なモデルは、必要な正統化水準を満たしているかどうかを判断するにあたって、これら以外の要素をも正統化の枠組みにおいて考慮するという点で違いがあった。方法論的にみると、古典的なモデルは、伝統的な法学的方法に依拠しながら、最終的に下された法的拘束力のある「決定」の性質に着目するものといえ、静態的あるいは局所的ともいいうる枠組みを特徴としている。こうした理解から、この古典的なモデルは、行政組織や行政手続などといった手続的要素については、原則として考慮の枠外に置かれている。それに対して、多元的なモデルの多くは、いわゆる制御学的なアプローチを解釈論に取り込みながら、「決定」のみならず、それが下されるまでの行政過程をも規範的な次元での評価の対象に含めようとする点に特徴がある(2)。結果として、その過程における制御要素や手続的要素などの機能的側面にも正統化の観点から価値を認める(3)という学際的な傾向を有している(4)。

こうした正統化手段・要素の拡大を通じて参加に正統化作用を認めるとすれば、必ずしも解釈上で正統化主体を拡大する必要性はなくなり、正統化主体を不用意に拡大することなく「参加による正統化」の可能性を認めることができるといえる。他方、正統化主体の拡大に慎重な態度をとるのであれば、参加が直接に正統化を斡旋するという理解は採用しがたいのであって、原則として参加は、補完的（ergänzend）もしくは補償的（kompensatorisch）に、間接的な正統化を斡旋するとの理解に帰結するだろう。

第二節：行政手続の正統化機能

さて以下では、ドイツにおいて近年みられている参加に正統化作用を認める学説を順次概観し、その特徴を確認する。議論を概観するにあたって、まずは、正統化論における行政手続の位置づけを出発点としたい。既に何度も確認した通り、ドイツにおいてはかねてより、現代の法律が実体的決定に対して十分に正統化を付与していないのではないか、換言すれば法律による正統化ないし事項的・内容的正統化が不十分であるとの問題が指摘されてきた。以下では、この不足を埋め合わせるにあたって、行政手続にいかなる意義を認めるかが問題となる。

行政手続論に目を向けると、伝統的な日独の行政法学においては、しばしば手続の「従属的機能（dienende Funktion）」という概念が用いられてきた。この従属的機能は、手続法が実体法に従属することを示し、しばしば結論において、その法的な意義を限定的に捉える理解をもたらしてきた[5]。他方、近年ドイツにおいては、主に行政手続の意義を強調する立場から、手続の従属的機能に対して、手続の「固有の価値（Eigenwert）」という概念が用いられることが増えている[6]。ここでは、こうした手続の意義をめぐる議論を民主的正統化の観点に引き付けながら、参加の正統化機能を考察することとしたい。

第一款：従属的な正統化

一　シュミットーアスマン

民主的正統化の観点からみたとき、参加あるいは行政手続と正統化との関係について、大きな議論の出発点を形成しているのが、シュミットーアスマンである。彼は、一九八〇年代から[7]現在に至るまで、「行政手続」や「行政の正統化」を取り扱う論文において、たびたび行政手続と民主的正統化の関係について言及し続けてきた。

彼は、行政手続と民主政の関係を論じるにあたって、次のような方向性を明らかにしている。

「利害関係者、受益者、あるいは公衆の全体によるさらなる関与、対話、そして共同決定が、行政手続に民主的にさらなる意味を付与したり、よもやそれらが民主政に係る憲法決定から要求されるというような、あまりにも単純化された方法で行政手続と民主政を直結しようとする（kurzschließen）のは、誤った理解であろう。もっとも、反対に、民主的な国家構造と行政手続との間のレールが完全に切り離され、そして後者が一方的に行政の情報収集機能や個人の権利保護機能へと切り詰められるとすれば、それは納得のゆくものではない」[8]。

以上のように彼は、行政手続と民主政を安易に結びつけることには慎重さを示しながら、しかしこれらを切り離して理解することもまた、説得力を欠くというのである。その上で、彼は、基本法上の民主政を実現するための道具として行政手続を理解し、それに民主的な見地からの価値を認め、説明しようと試みるわけである[9]。このような方向性から、参加と民主的正統化の関係は、以下のように説明される。

「実務上での受容の確保と並んで、参加の形式はこうした方法によって、法律の要件が包括的な利益規定の下で具体化されるよう整備された、開かれた決定プログラムを含んでいる限りにおいて、法律により斡旋された事項的・内容的な民主的正統化についても、法的に相当な改善に寄与しうる。しかしこれは、基本法二〇条二項に定められた民主的正統化の内在的な改善にとどまるのであって、行政の正統化の追加的な新たな方式ではない」[10]（強調は訳者による）。

こうした彼の理解の根底にあるのは、民主政における「ドグマーティッシュな層」または「規範的な層」と、「理念的な層」との区別である[11]。彼の理解によると、ここで参加は「理念的な層」に属するものとされ、民主政の理念からして望ましいとはいえるものの、しかし民主的正統化の解釈に直接に影響を及ぼしうるものではない。こうした見方は、正統化主体である「国民」を総体的な概念として狭く捉える理解にも通じており、個人が正統化主体となり、参加を通じて直接に民主的正統化を斡旋しうるとの理解から、明確に距離を取っていることが窺える。

しかし彼の見解が示すところによると、「参加」が直接に民主的正統化を斡旋しないという理解を採りながらも、法律の要件に具体的な結論の開かれた決定プログラムが含まれており、行政がそのプログラムを私人と「内側から共同で加工し仕上げる」限りでは、事項的・内容的正統化の内在的な改善に寄与す

るという。[12] つまり参加は、法律を通じた正統化（事項的・内容的正統化）の不足を補うものとして、ただ間接的にのみ、民主的正統化に寄与するものと理解される。この立場は、行政手続の機能的な側面を事項的・内容的正統化と結び付け、その内部において考慮に入れることによって、古典的なモデルが採用してきた正統化主体を拡大することなく、その延長線上で参加と正統化の関係を説明しようとするものであるといえる。[13]

二　シュナイダー

こうした正統化観について理解する上では、近しい立場をとるシュナイダー（Jens-Peter Schneider）の説明も有益である。彼もまた、制御学的な視点を正統化の解釈と結び付けている論者の一人である。彼は、低下しつつある法律の制御効果を手続が補償するという観点から、行政手続の正統化機能を肯定する一方で、その正統化機能にもいわゆる「手続の従属性」が当てはまることを強調する。

「法学的な視点からすれば、行政手続は『行政法の実現手段』である。なぜなら、その抽象的な基準は規則的に自己執行されるわけではなく、個別の事案において行政による具体化を必要としているからである。行政の実体的な決定余地に左右される形で、手続は、実体的に厳格に決定された法の認識プロセスから、独自の公正性担保という要求と任務を備えた、結果形成的な法の具体化の手段へと変化する。分業的かつ動態的な現代社会の、むろんいうまでもなく全ての領域ではないものの、その重要な領域において、実定法の制御効果が弱まっていることが見て取れる以上、行政手続法は、いずれにせよ機能的な補償と正統化の機能（funktionale Kompensations- und Legitimationsfunktion）を獲得する。それはさらに、開かれた法律のプログラム化に伴って、行政裁判権の統制権限が損なわれることによって高められる。行政の民主的正統化は、換言すれば、手続において仕上げられなければならない。行政手続は、この観点でも従属的機能を有している。つまり、行政手続の実施それ自体が目的なのではなく、行政手続の実施が、実体的な行政任務の実現に寄与するのである」[14]（強調は原文による）。

シュナイダーの指摘は、こうした制御の視点から行政手続が斡旋しうる正統化作用を、行政手続がそれ自体として有する正統化作用ではなく、あくまでも法律によって行政に認められた決定余地に左右される従属的な正統化作用として把握する。[15] この意味で、彼もまた、行政手続や参加を通じて「国民（Volk）」から直接に民主的正統化が斡旋されるという理解からは距離を

取っており、議会制定法によっては必ずしも十分に果たされなかった正統化が、行政手続を通じて間接的に、そして実体に従属的に斡旋されるという見解に立つ。こうした彼の理解もまた、古典的なモデルの延長線上に立つものと位置付けられよう。

これらの見解は、行政手続や参加を、あくまでも結論の開かれた実体的な決定プログラムを「内側から加工し仕上げる」ものにすぎないと理解した上で、その手続の果たす正統化作用を、実体的決定や実体法に従属的なものとして把握する。したがって、行政手続や参加が果たしうる正統化の余地や限界もまた、実体との関係から理解されることになる。以下では、このように認められる行政手続の正統化作用を便宜上、「従属的な正統化」と称することにしたい(16)。

また、参加の正統化機能を「従属的な正統化」として捉えるとき、行政が適切な決定を下すための情報を得ることを目的に行われる、いわゆる「情報調達的参加」は、こうした観点から民主政や正統化との関係を説明することができよう(17)。

第二款：固有の正統化

以上のように、行政手続の有する正統化機能を従属的なものとして捉える立場がある一方で、しかし近年では、行政手続の正統化機能を「従属的な正統化」として捉えるだけでは不十分であるという見解も唱えられている。以下ではこのような立場から主張される正統化を便宜上「固有の正統化」と呼ぶこととし、先に示されたシュミットーアスマンらの議論を前提としながら、この見解がいかなる論拠に基づくものかを明らかにしておきたい。

正統化論においては、行政手続の正統化作用を、実体的な決定プログラムを単に「内側から加工し仕上げる」ことによる「事項的・内容的正統化の改善」として理解する見解が一定の支持を集めてきた。他方、第四章にみたトゥルーテのほか、それに追随する論者らは、いくつかの根拠を持ち出しながら、参加や行政手続の正統化作用について、「従属的な正統化」としての理解では不十分であるという主張を展開している。そこでは、正統化を認めるにあたって、主に二つの視点が重要視されているように思われる。それは、第一に行政手続を通じた関与人の自己決定であり、第二に立法者による適切な手続枠組みの構造化である。

一　自己決定

参加を自己決定と結び付けることで正統化作用を認めようとする見解にあっても、「従属的な正統化」と同様に、法律による正統化の不足を補う必要があるとの認識が根底にある。それらの違いは、法律による正統化の不足を、どのような観点から補償するかという点にある。その大枠は、次のように説明される。

「これまで〔伝統的・古典的な民主政理解――訳者註〕とは違って、参加は、もはや従属的な民主的地位の意味で『事項的・内容的正統化を改善し』、『選挙の正統化を斡旋するための準備を行う』にとどまらず、むしろそれ自体として、必要となる社会への再拘束をもたらすべきである。なぜなら、議会制定法の正統化能力に、手続が単に従属的にのみ関与するために必要となる、ただ加工して仕上げる必要があるだけの実体的な決定プログラムというのは、しばしば存在していないからである。それゆえ、斡旋能力は、まさに不可避的に、関与人の自己決定から構造化されなければならない」[18]。

従属的な正統化は、あくまでも法律による正統化（事項的・内容的正統化）が起点にあり、その正統化を行政手続を通じて改善するという発想である。こうした構想においては、正統化主体である「国民」による選挙が出発点とされ、そこから生み出された正統化を伝達していくという理解が維持されている。しかしながら、固有の正統化は、実体的な決定プログラムを「内側から加工し仕上げる」ものとして行政手続を理解するのでは不十分であるとして、行政手続をそれ自体として国家権力を社会に再拘束するための手段と位置づける。そして、議会制定法が規定した行政手続という新たな正統化のレールを通じて、利害関係者や公衆からも直接に正統化が斡旋されうるものと理解するのである。この意味で、行政手続には実体法に従属しない固有の意義が認められているといえる。ただし、機能的自治や合議制機関などにおける参加に限らず、一般的な行政手続における参加にもこうした正統化作用を認めようとするのであれば、解釈論としては、第四章で紹介したように「国民」概念を拡大し、正統化主体を多元化するという構想に接近せざるをえないだろう。

二　手続の構造化

また、固有の正統化をめぐっては、立法者による手続の構造化という観点からも、実体的な決定プログラムを「内側から加工し仕上げる」という理解が通用しない領域について言及されており、注目に値する。この点がとりわけ問題となるのは、例

えば環境行政法、リスク行政法、そして規整行政法などの領域における、いわゆる「知識の創出」が必要となるケースである[19]。すなわち、これらの領域では、技術革新などに伴う不確実性の程度が高く、国家や専門家の持つ既存の情報や知識を集約するだけでは十分な行政決定を下しえない。そのため、行政決定のために不可欠な知識は、行政と私人が協働しながら、多元的な手続の中で創出されなければならない[20]。このようなケースでは、決定プロセスと実体的決定との間の制御の連関は極めて緩やかなものとならざるをえず、したがって行政手続が事項的・内容的正統化を改善するという理解は、もはや採用できないというのである。トゥルーテは、この点を次のように説明する。

「〔…〕行政法の一部の領域で、手続を、いわば実体的な決定プログラムを内側から加工し仕上げることとはもはや理解することができず、そして、名宛人や利害関係者が協力する手続の中で、決定の前提がいわば創出され、安定化させられなければならないほどに、実体的な決定プロセスと行政決定の間の制御の連関が緩められている場合には、実体的な決定プログラムを経て斡旋される正統化は間引かれ、そして手続は正統化を引き込むという負担を負う[21]」。

かくして、こうした知識の創出が問題となる場合においては、手続が実体的な決定プログラムを「内側から加工し仕上げる」という意味での従属的な意義は減少することになる。そして、こうした正統化の不足は、必要となる知識を創出しうる手続枠組みを立法者が平等や中立性に配慮しつつ事前に構造化することによって、埋め合わせられることになる[22][23]。

以上のように、行政手続に固有の正統化作用を認めようとする論者らは、手続には「従属的な正統化」という理解では捉えきれない次元があるとし、実体に必ずしも従属しない正統化の作用を強調していた。そして法律によって適切に構造化された多元的な行政手続を通じて、そこに関与する者から直接に正統化を調達することも認めるわけである[24]。

ここでは参加の正統化作用につき重要と思われる二説を紹介するにとどまったが、ここで確認した「従属的な正統化」と「固有の正統化」を認める立場の差異は、行政手続の理解、そして解釈論としては正統化主体である「国民」の解釈をめぐる問題にも通じているといえる。

第三節：補論

ここまで、行政手続や参加には、法律の目的プログラム化による法律の制御効果の低下を埋め合わせ、法律を具体化し決定を形成していくプロセスとしての機能があること、そして、それらの果たす正統化作用については、大きく分けて従属的な正統化と捉える立場と固有の正統化と捉える立場の二つがあることを確認した。

さて以下で検討するのは、それ以外の観点からも、参加に正統化の補完的な要素として価値を認めることができないかという問題である。ここでは具体的に、その正統化との関連性がしばしば指摘される「受容」、そして「統制」という二つの側面から、簡単に議論を整理しておきたい。

第一款：受容による正統化

行政法学においては、しばしば受容による正統化の可能性が問題とされることがある。市民参加などを中心とした行政と市民の間のコミュニケーション的な手法もまた、受容を調達するための手段として考えられるものといえる。しかし受容を正統化の観点から取り扱うにあたっては、そもそも受容を法学的問題として、ここでは憲法解釈上の問題として捉えてよいのかという点から議論がある。

まず前提として、公法学においては「正統化」は「正統性」を斡旋するためのプロセスとして理解されている[25]。そして、受容はそれ自体としてみると、手続ではない。したがって、正統化の観点から受容を説明するのであれば「正統性から受容が生じる」のであって、「受容から正統性が生じる」わけではない[26]。この意味で、行政決定の受容が正統化を斡旋するという理解は、行政決定の後に事後的に受容の有無の評価が行われる限り、困難であるといえる[27]。

一　主観的正統化

受容については、民主政においては、受容を通じて国家機関が主観的に正統化されている必要があるとの主張が存在する。そうした主張は、受容の調達の観点から行政手続の意義を強調し[28]、行政手続における市民の取り込みに正統化作用が認められることを説く[29]。

この点、確かに民主政は、国家国民が国家やその機関を受容していることを前提としており、主観的正統化が民主的正統化の基礎となるという理解も、考えられないわけではない[30]。しかしながら、こうした主張の問題点は、受容を通じた主観的正統化の必要性を裏付ける基本法上の根拠が存在しておらず、あく

までも実践的・政治的な主張にとどまるという点にある[31]。

また、仮に国家機関の主観的正統化が必要であることを前提としても、個々の状況におけるその時々の利害関係者による行政決定の受容（の不足）が、直ちに国家機関の主観的正統化（の不足）に結びつくわけではない。個々の状況における行政決定の受容の不足が恒常化していくことによって初めて、国家や国家機関の主観的正統化が問題とされる場合が生じうるものと理解される[32]。したがって、国家や国家機関の正統化の問題を出発点として受容と正統化を結び付けるのは、少なくとも法解釈上では困難であると考えられる。

二　間接的な正統化

直接的にではないものの、間接的に受容が正統化に寄与する可能性については、シュミット＝アスマンの指摘するところである。彼は先述の通り、民主政の規範的な層と理念的な層を区別した上で、「受容」もまた理念的な層に属するものと理解する。したがって、解釈論上では受容が直接的に民主的正統化に寄与することはなく、独自の法的根拠となることもできないという[33]。

しかし彼は、こうして受容を直接には正統化秩序に取り込みえないとする一方で、「特定された受容（の不足）」であれば、広範な考慮事項を含みうる公共善条項の中で要件の手がかりとなり、そして間接的には法的な正統化の要素にもなりうると指摘している。

ここでは結局のところ、何らの手がかりなく受容に一般的な正統化作用を認めることはできないが、議会制定法を媒介とする限りにおいて、間接的かつ限定的に法的な正統化の余地が生じうることが示されている。また、こうした説明においては、行政決定が事後的に受容されたかどうかという問題ではなく、決定を下す上で前提となる法律の要件の考慮要素として、事前的な観点における「受容」が問題とされている点にも注意が必要であろう。

したがって、法学的な解釈論として正統化を論じる以上、いずれにせよ「受容」が議会制定法の規定を媒介とすることなく直接に正統化に寄与しうるといった議論は、原則として成り立ちえないことになろう。

第二款：統制による正統化

最後に、「参加による正統化」の可能性について、行政に対する「統制（Kontrolle）」という視点からも言及しておきたい。

というのは、参加を含む行政手続の多くは、多かれ少なかれ行政活動の「公開（Öffentlichkeit）」に方向づけられており、そしてその公開を通じて、いわば監視者としての「公衆（Öffentlichkeit）」が、現実において幅広く行政統制の手段としても機能しているからである[34]。むろん、こうした行政活動の公開のような私的アクターを通じた事実上の行政統制手法は、古典的な民主的正統化モデルの想定している上級行政機関による「指示権」や「監督権」の行使などといった法的な行政統制手法とは質的に異なっており、それ自体として直接に行政活動を正統化する道具としての位置付けを与えることは難しい。こうした市民や公衆を通じた統制という発想は、EU法の構想[35]、あるいは正統化主体を多元的に捉える立場と親和的であるが、正統化主体を一元的に捉える立場にあっても、議会を通じた行政統制を補完するという観点から、一定程度の意義を認めることができるように思われる。すなわち、「公開」あるいは「公衆」は、透明性を確保することによって民主的に定立された法の実効性を高め、そして法律の適法かつ実効的な執行を安定化させるという点で統制機能を有しており、間接的には民主的な保障機能を果たす[36]。また、学説や連邦憲法裁判所も、正統化水準については形式的な面のみならず、その実効性が重要である旨を強調していた[37]。こうした事情からすると、「公開」は、事項的・内容的正統化を実効的に補償しうる要素として、限定的に考慮される余地があろう[38]。

（1）メンツェルの議論の他にも、*Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 (681 f) は、裁判官の独立によって民主的正統化が不足する裁判官の正統化の領域を題材に「緩やかな正統化要素」として利害関係者の参加を取り上げる。彼らによると、国家支配の行使への配分参加という観点から、「参加による正統化（partizipative Legitimation）」のモデルにおいては、利害関係者が、国民と並ぶ固有の正統化主体として理解されなければならない」という。そして、こうした「参加による正統化」のモデルは、基本法二〇条二項一文目による民主的正統化のモデルと競合しうる一方、基本法自らが他の正統化主体を承認する限りでは、この競合は民主政の構想とは矛盾しないとされる。こうした立場から、憲法上の「自治の保障」や「民主的基本権」などが利害関係者の「参加による正統化」を裏付けるとするが、他方でこれらの正統化モデルの間で正統化主体の競合が生じる場合には民主的正統化の優位が保たれる必要があるといい、「参

加による正統化」の補完的な位置づけが明確化されている。

（2）関連する重要な議論として、山本隆司「現代における行政法学の体系」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅰ 現代行政法の基礎理論』（日本評論社、二〇一六年）五三頁以下は、近時の（ドイツ）行政法学の傾向として「法行為に着目する思考方法」から「行動に着目する思考方法」への転換を指摘する。この点については *ders.*, *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 14 f. 制御学やガバナンス論と正統化の関係については、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社、二〇一七年）五一頁以下、二四三頁以下、藤谷武史「ガバナンス（論）における正統性問題」東京大学社会科学研究所ほか編『ガバナンスを問い直す［Ⅰ］越境する理論のゆくえ』（東京大学出版会、二〇一六年）二一七頁、山本隆司「ガバナンスと正統化」社会科学研究（東京大学）六九巻一号（二〇一八年）五一頁以下を参照。

（3）Vgl. *Jens-Peter Schneider*, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/ Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 103 (135); 「正統化の問題は、核心においては制御の問題である。この認識は、古典的な意味での途切れることのない帰責の連関の形式においては民主的正統化を斡旋しない制御のリソースをも、正統化のリソースとして把握することを許容する」。

（4）最適化原理としての民主政原理の理解から、民主政原理は衡量のために開放される。こうした正統化観とそれを裏付ける民主政理解の概観として、*Stephanie Schiedermair*, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 2013, § 48 Rn. 9 f. 制御学としての行政法学の視点から、補完的正統化要素の組み合わせによる多元的正統化を提唱するものとして、例えば、*Wolfgang Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 130 (2005), S. 5 (66 f.); *ders.*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 10 Rn. 13. 原田大樹「多元的システムにおける正統性概念」同『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、二〇一四年）七七頁以下（初出：二〇一一年）が提示する「開かれた正統性概念」も参照。

（5）Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 27 Rn. 64 f. シュミット＝アスマンはこの点で、手続の従属的機能という「トポスに課されているのは問題発見的（heuristisch）な任務であって、ドグマーティッシュな任務ではない」と述べる（*ders.*, Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: Peter Lerche/ Walter Schmitt Glaeser/ Eberhard Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 [33]）。

（6）ただし、この両者が必ずしも対立関係にあると理解するのは適切ではなく、現在ではむしろ両者は相関関係にあるとの主張が有力な立場のようである。両者の関係については、例えば、*Elke Gurlit*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (234 f.); *Michael Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (286 f.).

（7）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 70 Rn. 23 ff.

（8）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 109 Rn. 33.

（9）*Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 34 f.

（10）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (373).

（11）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 102, 106 と *ders.*, a.a.O. (Fn. 10), S. 376 は「規範的な層」と「理念的な層」、*ders.*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 36 は「ドグマーティッシュな層」と「理念的な層」という表現を対置して用いている。

（12）*Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 111. 訳出にあたっては、太田匡彦ほか訳『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、二〇〇六年）一〇七頁以下〔太田匡彦訳〕も参照。

（13）ただし、こうした理解が法治国原理の内容とも重複しうる点について、参照、野田崇「市民参加の『民主化機能』について」法と政治（関西学院大学）六〇巻三号（二〇〇九年）五八頁。

(14) *Jens-Peter Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 28 Rn. 1.

(15) さらに *Thomas Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 538 (565 f.):「[…] 利害関係者や公衆の関与の意義は、せいぜい事項的・内容的な民主的正統化を強化する意味の中に、見て取ることができる。しかしそれには、正統化の観点においてそれ自体として固有の価値 (legitimatorischer Eigenwert) があるわけではない」。

(16) *Christian Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 187 mit Fn. 492 は、シュミット-アスマンやシュナイダーらの立場について、行政手続によって斡旋される正統化の意義を強調してはいるものの、依然として従属性というシェーマに囚われ続けていることを疑問視する。

(17) この意味で、正統化論において民主政と情報提供を結び付けるものとして、*Helge Rossen-Stadtfeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 29 Rn. 10:「まず、情報提供的な関与が単に道具的・従属的に思われうる場合であっても、しかしそれは最終的には、協働をもたらす行政執行の重要な媒介として、つまり結局のところ民主政原理そのものの重要な媒介として認識されなければならない。同様に、これまで通り厳格かつ道具的に、実効的・効率的に法律を実現するという目標を設定された手続関与もまた、その点で独自の民主的な意義を得る。こうして推定される間接的な民主的正当化の潜在的可能性は、むろん、議会制定法上の意思表示をなおも出発点とした、直接の事項的・内容的正統化に帰属し、劣後し続ける。行政手続における情報提供の向上という目的に従属的な関与もまた、直接的な民主的正統化を可能とし、補強するのであるから、実現される民主政の要素としてみなされるべきである。もっとも、それは、情報提供的な手続関与の民主的な関連性を生み出し、そして、限定しさえするのである」(強調は原文による)。

(18) *Quabeck*, a.a.O. (Fn. 16), S. 187.

(19) *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 6 Rn. 47, 98.

（20）「知識の創出」については、山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明ほか編『環境と生命』（東京大学出版会、二〇〇五年）一二頁以下、松本和彦「環境法における情報取扱いと知識の創出」松本和彦編『日独公法学の挑戦』（日本評論社、二〇一四年）二六三頁以下も参照。また、「情報」と「知識」の区別については、松本・同論文・二七〇頁以下を参照。

（21）*Trute*, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 97 f.

（22）*Trute*, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 98 ff.

（23）こうしてトゥルーテは、手続はそれ自体として固有の正統化の斡旋能力を有しており、手続の正統化能力を一貫して（durchgängig）「実体的な決定プログラムを内側から加工し仕上げることによる事項的・内容的正統化の改善」と評価することはできないとする（*Trute*, a.a.O. [Fn. 19], Rn. 48）。この点、*Burkard Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 214 mit Fn. 57 は、次のように指摘する。「『手続的正統化』は、行政上の知識の創出が関連する知識のプロフィール（Profil）に適応することによって、最終的には個々の決定の内容的結果の改善にも資する。そうである以上、手続を手段とする実体的な決定結果の『内在的な改善』もまた、重要なのである」。つまり、知識の創出が問題となる場面であっても、手続には事項的・内容的正統化の改善としての一面もまた認められるべきことが強調されている。

（24）*Trute*, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 48; *Quabeck*, a.a.O. (Fn. 16), S. 48 ff.

（25）例えば、*Voßkuhle/ Sydow*, a.a.O. (Fn. 1), S. 674.

（26）*Peter M. Huber*, Demokratie in Europa, in: Hartmut Bauer/ Peter M. Huber/ Karl-Peter Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 491 (511 mit Fn. 109).

（27）Vgl. *Claus Dieter Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, 2009, S. 28 f.

（28）*Hermann Pünder*, in: Dirk Ehlers/ Hermann Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, § 13 Rn. 17.

（29）Vgl. *Barbara Bredemeier*, Kommunikative Verfahrensverhandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 252 f.

（30）Vgl. *Bredemeier*, a.a.O. (Fn. 29), S. 252 ff.

（31）Vgl. *Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 10), S. 369 ff.; *Bredemeier*, a.a.O. (Fn. 29), S. 253.

（32）*Bredemeier*, a.a.O. (Fn. 29), S. 254.

（33）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-

Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 5 Rn. 58.

(34) *Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 11), Kap. 6 Rn. 167.

(35) ヨーロッパ法について、*Wolfgang Hoffmann-Riem*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/ Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 317 (377):「共同形成者および共同統制者としての公衆」「正統化要素としての能動的公衆（公開）」。

(36) *Wolfgang Kahl*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, in: Armin von Bogdandy/ Sabino Cassese/ Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, 2014, § 74 Rn. 109.

(37) BVerfGE 83, 60 (72), 93, 37 (67).

(38) Vgl. *Wolfgang Kahl*, Begriff, Funktion und Konzepte von Kontrolle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 2013, § 47 Rn. 65 f. 実際にこうした公開または公衆を通じた行政統制の制度として挙げられるのは、複雑な行政手続における公衆参加（連邦行政手続法七三条ほか）、文書閲覧請求権（連邦行政手続法二九条）、情報請求権（連邦情報自由法一条ほか）などである（*Kahl*, a.a.O. [Fn. 36], Rn. 110）。*Voßkuhle/ Sydow*, a.a.O. (Fn. 1), S. 680, 682 も、裁判の民主的正統化について、「公開」あるいは「公衆」を通じた統制を正統化要素として挙げる。公開または公衆を通じた統制の限界については、*Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 116, Kap. 6 Rn. 168.

おわりに

本稿は、「参加（Partizipation）」の法的な意義を明らかにすることを出発点に、「参加の正統化機能」を一つの手がかりとしながら、一九七〇年代以降から現在に至るまでのドイツ公法学における議論を紹介・検討するものであった。最後に、本稿の内容を簡単にまとめた上で、今後の課題について示しておきたい。

一　本稿のまとめ

正統化の観点からの参加の意義を検討するにあたっては、ドイツ公法学に「参加」という概念が持ち込まれた当初から、基本法二〇条における「国民」概念をどのように解釈するのかと

いう「正統化主体」の範囲の問題が大きなハードルとして存在してきた（第一章、第三章）。そしてこのハードルをいかにクリアするかという点が、参加と正統化の関係性を説明する上での大きな論点であり続けてきた。この点についていえば、本稿は、基本法二〇条の民主的正統化の解釈枠組みを回避し、他の正統化主体を承認する立場（第二章）、基本法二〇条の「国民」概念を多元的に解釈し、個人をも正統化主体として承認する立場（第四章）など、様々な工夫によってこの正統化主体の問題の克服が試みられてきたことを確認した。

ただし近年の正統化論においては、不用意に正統化主体を拡大することを避けつつ、機能的な観点を持ち込み「正統化における考慮要素」を広げることによって間接的・限定的に参加に正統化機能を認めようとする立場がみられており、注目に値する（第五章）。こうした立場においては、より現実的な問題として法律や議会が有効に機能しうるかという点がこれまで以上に意識されており、往々にして事項的・内容的正統化との結びつきが指摘されている。そして、法律による制御や議会による統制を補償・補完するという観点から、事項的・内容的正統化を補償・補完するものとして、参加や行政手続には民主的な価値が認められるとの議論が展開されていた。

なお、補償対象という観点からみると、参加と民主的正統化の関係性をめぐる議論においては、初期には合議制機関における共同決定や機能的自治などといった領域で、主に人的正統化が不足する局面を想定し、それを利害関係者の参加によって埋め合わせようとする理論展開がなされてきた。他方、参加に議会制定法の補完・補償を認めようとする立場は、主に法律の規律密度の低さに起因して事項的・内容的正統化が不足する局面を想定しており、それを行政手続によって埋め合わせようとするものである。こうしてみると、正統化論においては、当初は利害関係の強い参加に焦点が当てられていたものの、理論の多元化に伴って、徐々に一般的な行政手続にも光が当てられるようになったとみることもできよう。

最後に、参加の機能についても言及しておきたい。本稿は、参加の有する多様な機能は、社会学的・政治学的な分析の帰結にあたり、法的な視点から説明するのは難しいのではないかという立場から出発している(1)。しかしながら、行政法学の方法論が変化し、正統化論における考慮事項が拡大しつつある現在のドイツの学説の状況を鑑みると、参加の正統化作用の性質を論じるにあたっては、参加の機能面に着目した整理を行うことも、有益であると思われる。しかしながら、一般に認められている

参加の機能と正統化論において価値が認められるべき参加の機能は、一致するとは限らない。この点については、公法学における民主的正統化の手段との関係から、より詳細に検討されていく必要があろう。

二　今後の課題

これまで、参加の正統化機能をめぐる学説を概観し、現在における多くの学説が参加の正統化作用を、少なくとも間接的には認めていることが明らかとなった。ただ、参加の法的な意義を追求しようとする本稿の立場からすれば、結局のところ参加の正統化作用がどのような法効果をもたらしうるのかという点については、今後検討すべき課題であると思われる。さらにいえば、参加の民主的正統化機能を承認することによって、具体的な行政法上の論点に影響が及びうるかどうかという点が問題となるだろう。例えば、参加規定と原告適格の関係、あるいは参加手続における手続瑕疵の取り扱いに影響が及びうるのかといった論点が考えられる。この点、近年日本においてもしばしば紹介されている、個人の「監視者的地位」からも公権を基礎付けようとする学説[2]は、制御学的なアプローチを採用しながら[3]、多元的な民主的正統化の構想と親和的な議論を展開している。また、参加の民主的正統化機能を承認することによって、行政手続の瑕疵論に対して影響が及ぶとする学説も存在している[4]。この点、特に多元的な構想は、他の行政法上の論点の再検討をも促す可能性がある。したがって、どのような民主的正統化の枠組みを採用すべきかについては、民主的正統化や参加の正統化機能をめぐる学説にのみ着目するのではなく、関連領域を視野に入れた慎重な検討が不可欠であるように思われる。この点については、今後研究を進めていく上での検討課題としたい。

（1）拙稿「ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（一）」北大法学論集（北海道大学）七〇巻二号（二〇一九年）八一頁以下。

（2）*Johannes Masing*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 7; *Mathias Hong*, Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsrechtsraum, JZ 2012, S. 380. 日本における紹介、検討、あるいはこれらの議論を前提とするものとして、山本隆司「集団的消費

者利益とその実現主体・実現手法」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、二〇一四年）二二五頁の註（27）、同「団体訴訟に関するコメント」論究ジュリスト一二号（二〇一五年）一五八頁以下、米田雅宏「現代法における請求権」公法研究七八号（二〇一六年）一三一頁以下、篠原永明「『憲法上の権利』の導出に関する試論」初宿正典先生古稀祝賀『比較憲法学の現状と展望』（成文堂、二〇一八年）五四一頁以下、西上治「『法律上の利益』と公権論（二・完）」民商法雑誌一五五巻二号（二〇一九年）二一三頁以下も参照。

（3）Vgl. *Masing*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 3 ff., 12 ff.

（4）議論の存在を紹介するものとして、参照、野田崇「大規模施設設置手続と市民（二・完）」法と政治（関西学院大学）六五巻三号（二〇一四年）六九頁以下。

執筆者紹介（掲載順）

小名木　明　宏	北海道大学大学院法学研究科教授
前　田　　星	北海道大学大学院法学研究科助教
吉　田　邦　彦	北海道大学大学院法学研究科教授 南京師範大学兼職教授
谷　　遼　大	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
マリアン･フュッセル	ドイツ・ゲッティンゲン大学教授
田　口　正　樹	北海道大学大学院法学研究科教授
笹　田　栄　司	早稲田大学政治経済学術院教授・ 北海道大学名誉教授
山　元　　一	慶應義塾大学大学院法務研究科教授
中　林　暁　生	東北大学大学院法学研究科教授
佐々木　雅　寿	北海道大学大学院法学研究科教授
國　分　典　子	法政大学法学部教授

令和２年１月24日　　印　刷
令和２年１月31日　　発　行

編 集 人　　中　川　晶比兒

発 行 人　　北海道大学大学院法学研究科長
池　田　清　治

印　　刷　　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発 行 所　　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 70 January 2020 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

Um die rechlichen Probleme in Bezug auf die Fusion des menschlichen Körpers und der Maschine－Harmonie zwischen Hochtechnologie und Strafrecht ····· Akihiro ONAGI 1

Hexenprozesse in der frühneuzeitlichen Strafrechtspflege (2): Rechtsdiskurs in „INSTRVCTION"(1634) Heinrichs von Schultheiß ····· Hoshi MAEDA 17

Civil Law and Public Policy against the Backdrop of the Recent Drastic Change of the Japanese Civil Law Scholarship: With Some Comments on Japanese Civil Law Revisions from Its Policy Perspective ····· Kunihiko YOSHIDA 204[1]

NOTE

Die geschichtliche Entwicklung der Partizipationstheorie im deutschen öffentlichen Recht (3):
— Unter besonderer Berücksichtigung von Legitimationsfunktion der Partizipation — ····· Ryota TANI 172[33]

MATERIAL

Globalgeschichte aus der Nähe: Der Siebenjährige Krieg (1756-1763) in Selbstzeugnissen ····· Marian FÜSSEL 61
Übersetzt von Hoshi MAEDA und Masaki TAGUCHI

The Significance of Amicus Curiae in the Constitutional Litigation
1 Foreword ····· Eiji SASADA 83
2 Die Beteiligung Dritter vor dem Bundesverfassungsgericht (§ 27a BVerfGG) ····· Eiji SASADA 84
3 La justice constitutionnelle française et amicus curiae ····· Hajime YAMAMOTO 96
4 Supreme Court of the United States and Amicus Curiae ····· Akio NAKABAYASHI 114
5 Intervention in the Constitutional Litigation in Canada ····· Masatoshi SASAKI 124
6 Amicus Curiae and Korean Constitutional Court ····· Noriko KOKUBUN 136

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan