

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について

セルジュ・ドシ
石井三記（訳）

【訳者はしがき】

以下に訳出したのは、2014年1月24日に名古屋大学法学部第一講義室で開催されたセルジュ・ドシ（Serge DAUCHY）教授による講演テキストの翻訳である。セルジュ・ドシ教授はリール第二大学教授で、同大学の司法史研究センター長でもあり、またブリュッセル大学客員教授もつとめておられる。ドシ教授の専門は法制史、学位論文のテーマは「中世フランドルにおけるパリ・パルルマン法院への上訴」というもので、指導教授は日本でも『裁判官・立法者・大学教授—比較西洋法制史論—』の訳書などで知られるヴァン・カネヘム（R.C. van Caenegem）教授である。現在の研究テーマは、革命前の「高等法院」ないし「最高法院」と訳されることの多いパルルマン法院の歴史研究、とくに判例や王令などの司法資料のコーパス研究であり、この研究の一端は下記の日仏司法史シンポジウムの教授の報告で披露されることになったし、また2011年に英語で刊行された本学の森際康友教授ほか編著『啓蒙期の法律解釈』に所収の第3章が「18世紀フランドル地方パルルマン法院判例集における法律解釈と法文献」のタイトルで、今回の講演にも関連するものとなっている。ドシ教授の研究テーマとしては、このほかに、最近の司法史研究の動向をうかがわせるフランス植民地の法制史、具体的にはヌーベルフランスをフィールドにした研究や図像学的な研究も進められている。

今回の来日は、講演会翌日に名古屋大学 CALE フォーラムで開催された、リール第二大学司法史研究センターと法制史学会中部部会の共催、

名古屋大学大学院法学研究科の後援を得てのシンポジウム「司法史研究の比較可能性」のフランス側代表としての来日であり、講演は、せっかくの機会なので日本の学生にも話してみたいとのご希望もあって、また名古屋大学附属図書館に貴重書として所蔵されているモンテスキュー『法の精神』初版を前にしての標記タイトルの講演になったものである。したがって、講演にはフランス側のシンポジウム報告者6名も出席していただき、学生からの質疑応答には講演者のドシ教授だけでなくフランス側からの参加者にも答えていただくというヴァラエティあふれる会となった。なお、上記シンポジウムはすでに終了しているものの、そのプログラムや報告要旨等はまた名古屋大学大学院法学研究科の以下のサイトで閲覧可能なので、ご関心ある向きの参照をお願いできればと思う(<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/colloque-hj/>)。

講演は、学部学生向けに平易な語り口で、モンテスキューの「裁判官は法律のことばを発する口である」という著名なフレーズの意味を歴史的比較法的に明らかにしようとするもので、『法の精神』出版からおよそ半世紀後のフランス革命期間中の、ある意味で実験的な司法改革（裁判官の公選制の導入や実現はしなかったが民事陪審制の提案）と突き合せつつ、19世紀のフランス法学を特徴づける註釈学派の「法律信仰」、それが19世紀末には衰退して科学学派の登場となり、今日、判例の位置の重要性へと進む歴史を縦軸に、コモン・ローと大陸法のシステムの比較を横軸にしての示唆に富む内容となっている。

質問については、学生諸君にあらかじめ講演テキストの翻訳とモンテスキュー『法の精神』該当箇所第11編第6章全文を配布しておいたこともあり、そしてまたフランス側のシンポジウム報告者に弁護士の研究者もいることなどから、フランスの法曹養成についての質問も出だし、『法の精神』に当時の日本の残酷な刑罰に言及した章があることに関連する質問、たとえば死刑制度についてモンテスキューがどのように考えていたのか、また『法の精神』が今日でも世界中で読まれているのはなぜか、など活発な質疑応答となった。とくに講演と関連する質問として、ドシ教授の専門でもあるアンシャン・レジームの判決文のなかに「判決理由」がないことについての質問への補足説明を摘記しておきたい。この質問は学生からのフランスにおける判例の位置付けの歴史についての

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]

質問の延長上に愛知大学の大川四郎教授から出されたものだが、ドシ教授からはアンシャン・レジーム期のフランスには英米法におけるレイシオ・デシデンダイ（ratio decidendi）のようなものはなく、民事裁判の判決は双方の主張が述べられても、なぜそのような判決になるのかという理由は記されていないという返答があった。この判決理由の有無は、講演会後に南山大学の田中実教授からもイタリア、フランス、ドイツで中近世に判例集が出版されていくこととの関連で指摘されたが、日仏シンポジウムのドシ報告において「判決理由がなかったという、この点についていうと、それはローマ法によるのも、国王立法によって何か禁止されていたということでもない。それは中世の教会法学者たちによってそうなったのだ。彼らは賢慮の行き過ぎから、下手な理由を付すより理由を付けないほうがより賢明で、したがって、そのほうが望ましいと考えた」とされ、フランスの場合、「14世紀のはじめに、パルルマン法院の裁判官たちはこの慣行を取り入れ、そこに王権にたいする独立性強化の手段を発見した」ことから、「判例集編纂者たちの登場する余地が生まれるのである。彼らは審理の展開、とくに当事者の立論、最高法院判決において採用された情報から判決理由を推論しようとした。もっと正確に言えば、勝訴した当事者の議論こそが判例集編纂者に比較的信頼性の高い基礎を提供しているようにみえる。判決理由はそこから引き出すことができ、判決の配置から勝訴した側がじっさい判事たちの支持を勝ち取ったと思わせることができた」ということなのである。

このように、質疑応答は予定の時間を超過して、別室でコーヒーを飲みながら熱心に議論が続けられた。講演会終了後の質疑応答部分の通訳はリール第二大学司法史研究センター研究員の芹生尚子博士にお願いした。ドシ教授と芹生先生には心よりお礼を申し上げたい。訳文中、（ ）内の文章は原著者、[]は訳者が補足したものである。なお、本講演会には、科研費基盤研究（C）課題番号 24530004 の補助を受けた。記して、謝意を表したい。

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について

セルジュ・ドシ
石井三記（訳）

「裁判官は法律の口ばを發する口である」、それを縮めて「法律の口としての裁判官」という定式の表現は、モンテスキューによる喩えのなかで、もっとも知られているもののひとつであり、おそらくまた、司法や裁判官について論じられるときに、もっとも引かれ、コメントされるもののひとつでしょう。それは『法の精神』のなかの「国制 (constitution) との関係において政治的自由を形成する法律について」というタイトルをもつ第 11 編の、さらにその第 6 章「イギリスの国制について」にあります。この喩えは、二世紀以上にわたって、裁判官と立法者とのあいだの関係、法 (droit) における解釈の問題、判例は立法（そしておそらく学説）と同じく、形式上の法源といえるのかどうかの問題にかんする諸論文、そして裁判所等の年度はじめの講演や演説で取り上げられてきました¹⁾。それはまた、裁判権力の地位の上昇²⁾、最高裁判所の役割、さらには司法の決定の理由づけについて考えさせる素材となってきました。この格言は、とりわけ 19 世紀の註釈学派を鼓舞するものでした。19 世紀の註釈学派は、1804 年のフランス民法典公布ののち、デュラントン (1783-1866：パリ大学教授)、ドゥモロンブ (1804-1887：カーン大学教授)、オブリー (1803-1883：ストラズブール大学教授) とロー

1) たとえば、2011 年 11 月 23 日には破棄院検事総長ジャン＝クロード・マランの「裁判官は常に法律の口であるか？」というタイトルの講演がおこなわれ、これは以下のサイトで読むことができる。

http://www.paris.notaires.fr/sites/default/files/club_du_chatelet_novembre_2011_discours_de_jean-claude_marin_le_juge_est-il_toujours_la_bouche_de_la_loi_discours.pdf

2) F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant « Collection Penser le droit », 2007 の序論。

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]

（1803-1877：ストラスブール大学教授）などの民法学者によって、誕生し、フランス 19 世紀の法学を特徴づけています³⁾。その註釈学派的方法の特徴は、民法典を唯一の法源、民法典こそすぐれて法律そのものともみなした点にあります。註釈学派の支持者たちにとって、法律は完全であり、すべては法律、すなわち法典のなかに規定されていて、したがって、すべては法律から引き出すことができなければならないのです。結論的にいって、あらゆる困難は法律を参照して解決されるべきで、それでも疑問が残っているなら、立法者の意思を見つけなければならないのです⁴⁾。註釈学派はモンテスキューの有名な喩えを自分のものとして、フランス革命期の立法中心主義を推し進め、そして絶対化したのです。

すでに 1789 年 8 月に立憲議会は司法制度のまったき刷新をおこなうことを宣言し、裁判のやり方の根本的な再編を成し遂げようとしてきました。それだけでなく、裁判官の採用方法、地位、正統性のラディカルな改革にも着手しました⁵⁾。じっさい、全国三部会に提出された陳情書の多くが裁判組織や裁判のやり方の問題についてながながと論じ、そこに盛られた批判に応えようとしてきました。立憲議会は 1790 年 3 月、ベルガス議員の報告をたたき台として議論を開始し、それは 1790 年 8 月 16 日 - 24 日の法律、そして 1791 年憲法の司法権の諸条項に結実しました。立憲議会の議員たちにとっては、たんに、裁判官の権力が立法や執行の権力と分離されているべきだというだけでは足りず、なによりもまず、裁判制度（justice）を再生することが重要なことだったのです。すなわち、裁判を人びとに近づきやすいようにし（この点をよく示しているのが革命初期の治安判事の創設です）、迅速でお金のかからない裁判を整備し

3) J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF « Collection histoires », 1992 および同じ著者の *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF « Collection droit fondamental », 1996.

4) B. Bouckaert, *De exegetische school: Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieleer bij de 19de eeuwse commentatoren van de Code Civil*, Anvers, Kluwer, 1981 ; F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, 2013, p. 44-55.

5) フランス革命期の立憲議会による司法改革の説明については主に以下の文献に依拠している。J.-P. Royer e.a., *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF « Collection Droit fondamental », 2010 ; *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale*, les actes du colloque d'Orléans publiés sous la direction de M. Vovelle, PUF, 2 vols, 1988 および J.-Cl. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF « Collection Droit et Justice », 2001.

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]

には「司法権 (pouvoir judiciaire)」のタームがありはしますが [現在の第五共和制憲法では司法機関 (autorité judiciaire) となっている]、権力としての司法を語ることが難しいことを思わせませすし⁸⁾、明らかに、革命期の立憲議会の議員たちが裁判の行為そのものについてどのように考えていたかに関心を向けさせます⁹⁾。デュポールにとって、裁判の判決は三段論法から導き出されるものに他なりません。つまり、大前提が法律、小前提が事案、そして判決が結論となって出てくるのです。この裁判上の三段論法理論は、革命家たちの法律崇拜から、ほとんど当然のように由来します。法律は国民の一般意思の表明だからです。彼らは、そのときから、裁判機能というものは、法律をほぼ機械的に適用・実施するものと単純化して考えています。そこから、革命期のデュポールは民事においても陪審制導入をはじめようとするのです。この提案は結局、立憲議会の採択するところとはなりません。といいますのも、議員たちの多数は、[刑事裁判でなく]民事の事案でフランス法の証拠方式、より広くは大陸法の証拠方式は陪審制の事実判断と法律判断との区別となじまないことを強調した法律家の議員トロンシェやトゥーレの側に立ったからです。そうではあるのですが、議会は、民事での裁判も法律の条文を、適切に認定された事実に適用することにあることを採決したことには変わりはありません。つまり、1790年8月16日に議会で採択された先述の法律2章12条が、いわゆる法規的判決を厳禁としていますように、いかなるばあいでも、裁判官は [個別事案を超えた] 一般的範囲にわたる判決を宣告してはならなかったのです。同条は、さらに、もし裁判官たちが法律を解釈する必要があると思ったり、あるいは新たな法律を制定する必要があると思ったりするときにはいつも、裁判官は立法府、とくに議会内にそのために設けられた立法委員会に照会すべきことを義務付けておりました。ですから、この立法照会制度なるものは、権力の分立を認めるものですが、現実には裁判機能が立法「権力」に従属

8) M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », dans *Pouvoirs*, 1981, p. 5-15.

9) J.-L. Halpérin, “Le juge et le jugement en France à l’époque révolutionnaire”, in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, 1996, p. 233-256. また、以下も参照。J. Krynen, *L’Etat de justice, France, XII^e-XX^e siècle : l’emprise contemporaine des juges*, t. 2, Paris, Gallimard « Bibliothèque des histoires », 2012.

するものと理解されるのです¹⁰⁾。といたしますのも、立憲議会の議員たちが築き上げようとした新しい国においては、裁判官は、規範の策定からその適用にいたる、鎖の下のほうに位置づけられるべきもので、訴訟手続きのルールが作動するのは、法 (droit) にかんする裁判官の力を、できる限り制限することにあつたからなのです。つまり、裁判官の権力は無であり、見えざるものにならなければならなかったのです¹¹⁾。近年の研究者であるユズラックは、この点について、「裁判官の法からユーザーのための法へ」ということばで総括しています¹²⁾。

ただ、立憲議会の議員たちのなかには、とくに法律実務家出身の議員が多数いましたから、彼らは、裁判官に法的解釈をすべて禁止すれば、裁判の新たな遅延のもとになりかねず、さらにはマヒ状態にさえ陥りうること、と同時に立法府への問い合わせも殺到し、法の全領域での法典化の約束に力をそそぐことが妨げられることも意識していたのです。このリスクをとりあえず緩和するために、1790年11月27日 - 12月1日の法律により破棄裁判所が設けられたのでした。これは、今日の破棄院となるものですが、同法は破棄裁判所が立法府のそばに置かれることを規定してもいて、いく人かの研究者はためらうことなく、これでは立法権力の「付属機関」ないし「補助機関」であると名づけ、憲法学者デュギーのことばを借りれば、立法府の「監視下」にある制度とまでいうのです。ジャン＝ルイ・アルペランが明らかにしましたように¹³⁾、破棄裁判所の設立当初の使命は、法律の機械的な適用をコントロールすること、

10) 立法照会制度については以下を参照。Y.-L. Hufteu, « Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi », dans *Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris*, série « droit privé », n° 2, 1965 および Cl. Bloch et J. Hilaire, « Interpréter la loi, les limites d'un grand débat révolutionnaire », dans *Miscellanea Forensia Historica*, Amsterdam, 1988, p. 29-48 と Cl. Bloch and J. Hilaire, « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire : la procédure civile? », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, 1988, t. 2, p. 469-482.

11) J. Allard et A. Van Waeyenberge, « De la bouche à l'oreille. Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », dans *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* 61 (2008/2), p. 110-111.

12) A. Uzelac, « Turning civil procedure upside down : from Judges' Law to Users' law », dans C.H. Van Rhee, D. Heirbaut et M. Storme, *The French Code of Civil Procedure (1806) after 200 years*, Malines, Kluwer, 2008, p. 413-427.

13) J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987.

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]

すなわち、原審の裁判官の三段論法が法律に合致した形式論理どおりのものとして認められるのか、それとも退けられるのかのコントロールにありました。破棄裁判所の権限は、革命期の議員のル・シャプリエが審議過程において推奨しました役割、すなわち、法律条文に直接違反する判決すべてに制裁をあたえること、これだけに厳密に限定されていたのです。ですから、逆に、あらゆる一般的解釈は破棄裁判所には禁じられていました。破棄裁判所は、法律の文言について説明ないし解釈が必要であるとき、あるいは、法律が沈黙しているようなときはさらにそうですが、立法府にそのことを照会しなければならなかったのです。さらに、破棄裁判所では当該訴訟への解決を下せるとはみなされていませんでした [破棄とは法律判断であり、事実判断は原審レヴェルへの移送後になされる]。といいますのは、[判例なることばはフランス語から消すべきといった] ロベスピエールの考えにしたがって、破棄裁判所が固有の判例を発展させることができるようになることは何としてでも避けなければならなかったからです。逆からいえば、訴訟の事実判断のためには、原審裁判所に移送されなくてはならなかったのですから、破棄裁判所の役割は、法律の文言を想起させて手続きのルールをわかまえさせ、訴訟をもう一度ルールにもどすことに限られていたのです。

革命期の人びとが裁判を受ける当然の権利に愛着をもっていること、法律にたいする信仰のようなものをもっていること、司法部内の同業組合主義的な団体精神を根絶して裁判機能や裁判官を政治権力に従属させること、一言でいうと、従来の組織制度をことごとく新しい秩序、つまり革命家たちがその到来を願っていた理想の国にふさわしいものにする、以上のことがらは、部分的には、革命前の改革からも着想を得ていました。こうして、ルイ 14 世時代の有名な 1667 年民事王令、正式名称は司法改革にかんする民事王令ですが、これを引用することができましょう。すなわち、その第 1 章「王令の遵守について」3 条は、すでにして、「王令の条項を解釈し、宣言し、あるいは緩和することは君主の権限に属す」と規定していたのです¹⁴⁾。立憲議会は、もちろん、アメリ

14) ちなみに、コルベールの甥の検事総長ピュソールによって準備された、この 1667 年司法改革王令は、クリナンのことばによると、高位の司法官にたいする戦いの武器となったという。J. Krynen, "La haute magistrature contre la

カの革命や合衆国憲法の影響を多分に受けながらも、プロイセン、オーストリア、さらにはイタリア・ピエモンテでなされていた諸改革、刑事ならびに民事の法の集権化と法典化からも着想を得ることができました。いずれにしても、思想理念のレヴェルで、立憲議会の議員たちに着想の源を提供し、知的枠組みを提供したのは、ロックやモンテスキューをはじめとする、主として啓蒙期の思想家たちだったのです。多数の法律家たち、とりわけ弁護士たちは、じっさい、すでに啓蒙思想のとりこになっていました。司法の事柄については、なにかんづく、ヴォルテールによって非難された裁判の逸脱、それへの批判がすくなくとも共有されていて、その改革の運動にくみしていたのです¹⁵⁾。モンテスキューは『法の精神』のなかで、裁判する権力が立法権や執行権と分離されていなければ、自由はないと書いています。「なぜなら、裁判権が立法権と結合されれば、市民の生命と自由にかんする権力は、恣意専断的なものとなろう、裁判官が立法者でもあるのだから」としるします。そこから、モンテスキューは「裁判する権力は常設の元老院にあたえられるべきではない」と結論します。常設の元老院ではなくて、「それは [古代アテネのばあいのように]、法律に規定されたやり方で、人民の団体から [くじで] 選出された人びとによって、必要がある間だけ存続する裁判所を構成しておこなわれる」もので、この考えは革命期の立憲議会が裁判官の公選制を設けることで実現いたしました。そして、モンテスキューはつぎのように続けます。「[法律は厳格に過ぎることもあるが]、国民の裁判官たるものは法律のことばを発する口にすぎないのであるから、裁判官は、いわば無生物として、法律の力も厳しさも緩和することはできない。それができるのは立法府の至高の権威によってなのであり、それが法律よりも厳しさのすくない宣告をして、法律そのもののために法律を緩和するのである」、と。したがって、ここに議論の基礎そして用語がすえられたわけであり、この議論は、もっとも著名な人名だけ

codification. Autour de l'Ordonnance civile (1667)”, in A. Iglesia Ferreiros (dir.), *El dret comú i Catalunya*, Barcelona, 2005, p. 175-196.

15) このテーマについては、とくに Hervé Leuwers, *L'invention du barreau français (1660-1830). La construction nationale d'un groupe professionnel*, Paris, EHESS « Collection civilisations et sociétés », 2006 あるいは同著 « Les avocats, défenseurs des Lumières et de la liberté ? », dans O. Chalain (dir.), *Les parlements et les Lumières*, Pessac, 2012, p. 213-224 を参照。

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]）を挙げても、ベッカリーア、ヴォルテール、ルソー、デイドロなどによってさらに展開されることになりましょう。

それでも、モンテスキューの提言と、革命初期の1789年から1791年の立憲議会によってなされた司法制度の変革とが近いとはいってしましても、そこから革命家たちがモンテスキューの改革プログラムに盲従していたと考えるのはまちがっています。といいますのも、だれもが知っていますように、モンテスキューのプログラムは保守的で自由主義的な貴族制のプログラムの促進を目指していたというべきでして、この点が、すくなくとも、18世紀の何人かの百科全書派の人びとの批判点だったからです。また同様に、『法の精神』、それはジュネーヴで1748年、すなわち、革命の50年ほど前に出版されたわけですが、この『法の精神』に来るべき大変動を予言するような作品を考えるのも時代錯誤でありましょう。『法の精神』が提示しているのは、まず何よりも、法の政治社会学的な研究であり、オリジナルな法理論なのです。つまり、モンテスキューは、法律を文化的な変数（たとえば、伝統、宗教など）および自然の変数（たとえば、風土や地理）の関係で研究しようとしたのです¹⁶⁾。したがって、これらの要因を考慮しなければなりません。ほかのことばで表現しますと、モンテスキューの言説をその文脈のなかに置きなおし、目的論的解釈に重きを置くようにしなければならないのです。目的論的解釈とは、著者のあたえようとした意味に注意して考慮すべきということですから、文字通りの文理解釈によってのちの世代の人が引き出した意味に固執しないということです。

先に述べましたように、「法律の口としての裁判官」という表現、より正確には「裁判官は法律のことばを発する口である」という表現は、「イギリスの国制について」と題された第11編第6章にあります。ですから、それをモンテスキューがよく知っていたイギリスの法思想という文脈に置きなおして検討すべきでしょう。周知のように、モンテスキューは1729年から1731年までイギリスに滞在し、そこでは名誉革命後の1689年の権利章典による「立憲的」で議会制的君主制を観察する機会もち

16) つぎの論文集も見よ。*La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois 1748-1948*, Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, Aalen, 1952.

ましたし、またモンテスキューの政治思想がジョン・ロックの『統治二論』から着想を得ていることもよく知られています¹⁷⁾。モンテスキュー『法の精神』における司法権と立法権の関係についての文章、そして「法律の口としての裁判官」という喩えは、間接的ながらも、当時のハノーヴァー朝（1714-1901）初期のイギリスを揺るがせていました、コモン・ロー裁判所と議会との論争を参照させるものになっているのです。この論争は「裁判官による統治」論争の名で知られておりますが（ただし、名称もしばしば誤解を招いています¹⁸⁾）、モンテスキューの同時代人であるウィリアム・ブラックストーン卿（1723-1780）によって沸点に達していました。彼は「それまでローマ法の講義しかなされていなかったイギリスの大学ではじめての、ということになるが」オックスフォード大学イギリス法講座の初代教授をつとめ（彼の講義録は1765年に『イギリス法釈義』のタイトルで出版されます）、ついで、コモン・ローの主要な民事裁判所のひとつである、人民間訴訟裁判所（Court of Common Pleas）の裁判官でもありましたが¹⁹⁾、ウィリアム・ブラックストーン卿は不文法のコモン・ローと成文法の「制定法」とを区別しまして、議会制定法は、ブラックストーンにしてみれば、二次的な役割しかもたない、彼の表現では「コモン・ローに仕える」侍女的な役割しかもたない、というのです。立法が介入することになるのは、（コモン・ローの規則を明確にする）「宣言的な」資格によってでしかなく、あるいは（イギリス法における欠缺を補う）「救済策的な」資格によってでしかないというのです²⁰⁾。この意味で、ブラックストーンはエドワード・クック卿（1552-1634）と意見を同じくしています。クックは、1世紀前のステュアート朝（1603-1714）のはじめに、コモン・ローの上級裁判所である、王座裁判所（King's Bench）の首席裁判官職についていまして、彼の意見に

17) U. Müßig, « At the roots of European legal culture: cross-border influence of Locke and Montesquieu », dans *South African Journal of Legal History, Fundamina* 15-2 (2009), p. 112-135 および J.-P. Poussou, « Montesquieu et la Constitution anglaise : un idéal-type et les réalités britanniques », dans O. Chaline (dir.), *op. cit.*, p. 229- 255.

18) M. H. Davis, « A government of judges : an historical re-view », dans *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35/2 (1987), p. 559-580.

19) I. Doolittle, *William Blackstone : a biography*, 2001 および G. Jones (éd.), *The Sovereignty of law : Selections from Blackstone's Commentaries*, 1973.

20) J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Londres, 3^e éd., 1990, p. 219-221.

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]

したがうと、裁判所はたんに制定法規を解釈する権限を有しているだけでなく、さらに、議会の法律がコモン・ローの基本原則や裁判所の判例に反していないかどうか吟味する権限をもっているというのです²¹⁾。クックとブラックストンにとって、法を語る使命が帰属するのは、「神託をくだす生ける預言者」であり、かつ「イギリス法の保管人」たる裁判官なのです。コモン・ローは裁判官たちによって創られ解釈される法たる、判例法でありましたし、そうあり続けたのです²²⁾。

それでも、モンテスキューに話をもちますと、『法の精神』において立法権と司法権とのあいだの関係についての文章をものしたとき、すでに彼は1716年の伯父の死に際して、モンテスキュー男爵領（以後、モンテスキューの名を名乗ることになります）とポルドー・パルルマン法院部長評定官職（まもなく、この職を顧みなくなります）を相続していたわけでした²³⁾、そのような人物がフランス王国のことを頭に入れていなかったなどは考えられません。じっさい、諸権力を分配しておく必要の問題は、モンテスキューにおいて、法院の建言権を想起させなかったということはありません。法院の建言の権利とは、ルイ14世の死後の1715年に、[それまでの親政期には国王によって取り上げられていた]立法にかんする建言（建白）権のことでして、これをパルルマン法院が取り戻すことによって、法院の側からの王権にたいする対抗が18世紀を通じてほとんどずっと続いたのです²⁴⁾。この建言権よりもさらに、モンテスキューは法院が、法令を登録する前の段階で、国王の王令、勅令その他の立法が王国基本法に反することがいささかも

21) J. Beauté, *Un grand juriste anglais : sir Edward Coke (1552-1634). Ses idées politiques et constitutionnelles, ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*, Paris, 1975.

22) T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Londres, 5^e éd. 1956 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, および R.C. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987.

23) R. Shackleton, *Montesquieu, Biographie critique*, Genoble, 1977 および M. Figeac, *Montesquieu un philosophe au milieu de ses vignes*, Université Michel de Montaigne, Bordeaux III, 2005.

24) アンシャン・レジーム末期のパルルマン法院の歴史入門としては、以下を参照。C. Le Mao, « Les parlements du XVIII^e siècle : regards de lexicographes », dans *Les parlements et les Lumières*, *op. cit.*, p. 31-50 および J. Krynen, « La oposición parlamentaria en Francia en el siglo XVIII. La enseñanza de las 'Remonstrances' », dans *Revista catalana d'història del dret* 15 (2010), p. 877-910.

ないのかどうかを検討できるとの主張を知らないわけではありません。パルルマン法院は自分たちこそ、まさに、王国基本法の番人であると主張していたのです。さらにもうひとつ、パルルマン法院の規則制定的な権限を考えさせもします。前に述べました法規的判決はほぼ立法的な権限を表わしておりました、ロワゾー（1564-1627）によれば、その権限は「[主権者たる] 国王はすべてを知ることができるわけではなく、またどこにでもいることができるわけでもないから、したがって、王国のいたるところで生ずる出来事に必要な対処をすることはできないという事実根差している」というのです。著名な法制史研究者のオリヴィエ＝マルタン（1879-1952）の表現を借りれば、[パルルマン法院のような] 最高法院が、あらゆる訴訟の外においてであっても、「法律 (loi) を更新して活気づける法 (droit)」であると承認されるわけは、アンシャン・レジーム下では司法 (justice) と治政 (police) が分かちがたく結びついており、二つの権力が最高法院に委任されていることによるというのです²⁵⁾。

ですから、アンシャン・レジーム下のフランス王国は、モンテスキューが「専制的統治」と名付ける格好の事例をなしうるものであったでしょう。17世紀から18世紀の君主政体は、法律を議論する可能性をほとんど認めていませんでしたし、さらには、諸権力を、それぞれのバランスのとれた決まったルールで分配する規定もありませんでした。たとえモンテスキューが『法の精神』のイギリスの国制の章で裁判官のもつ権力の範囲を限定する問題に取り組むのを選んだにしましても、またそうして、裁判官の地位身分の問題、とくに裁判官の非罷免性を放棄して、[くじや選挙での] 任命方法の問題に取り組んでいるにしましても、それはまずもって用心深さによるものなのです。つまり、モンテスキューはじっさい、個人的観点からであれ、職業的観点からであれ、既成の制度化された権力にたいして公然と批判したり、彼の時代に論争を巻き起こしていた政治改革や司法改革の主張にくみしたりすることには、慎重な態度を旨としたわけで、こういう理由から古代ギリシアやトルコの帝国を例

25) F. Olivier-Martin, *Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Paris, Les cours de droit, 1949-1950 のこの箇所は J.-P. Royer, *Histoire de la justice*, op. cit., p. 70 に引用されている。以下も参照。Ph. Payen, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, Paris, PUF, 1997.

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]

として取り上げたのです。ただもっとも、その慎重な用心は骨折り損というものであったでしょう。といいますのも、1748年にジュネーヴで出版された『法の精神』は検閲にかかるのを回避するために〔当初〕匿名で出されたわけですが、すぐにイエズス会士やジャンセニストたち〔後者はイエズス会と対立し、ローマ教皇によって非難された、恩寵を重視するカトリックの教派〕によってだけでなく、いく人かの百科全書派によっても批判攻撃的になりました。これにたいして、著者モンテスキューも『「法の精神」の弁護』を1750年に出版することになります。しかし、その1年後の1751年にはパリ大学神学部によって断罪されまして、『法の精神』はローマ教皇庁の禁書目録に入れられてしまうのです。二番目の理由として考えられているのは、啓蒙思想家たちのイギリス崇拜です。もっとも、この点は多くの革命期の人びとにも共有されることにはなりません。彼らは改革の着想をイギリスの政治・司法モデルに得ていますから。その例として、公然たるイギリスびいきの、先に述べましたアドリアン・デュポールによる司法制度改革案を挙げてみましょう。それは、イギリスをモデルにしまして、民事にも陪審制を拡大すべきだと主張します。その目的は、といいますと、「司法官たちの傲慢さを正し、これまではあまりに自分の権力を乱用することしかしてこなかった裁判官、そしてまた、訴訟当事者たちを迷わせて三百代言の武器庫を限りなく増やすことしかしてこなかった裁判官の全能性を引き下げる」ことにあるというのです²⁶⁾。裁判官をその本来の場所にもどすため、この元パリ・パルルマン法院評定官〔デュポール〕は裁判では三段論法に依拠すべきことをすすめるのです。〔つまり陪審裁判において〕、事実の判断は、ジャン＝ピエール・ロワイエが「より〔事案に〕近い、そしてより慣れた」と形容する人びと、すなわち、陪審員たちによってなされ、他方、法律の適用は、その厳密で機械的な適用に熟練した人びと、すなわち、裁判官によってなされるものなのです。革命期に民事陪審制の法案は、最終的に廃案にされ、当初はこの案に好意的であったロベスピエールも意見を変えて、国民公会によって決定的に葬り去られはします。そのかわりに、モンテスキューが提案していましたように、立憲議会は裁

26) A. Padoa Schioppa, « Le jury d'Adrien Duport », dans *La révolution et l'ordre juridique privé, op. cit.*, t. 2, p. 609-622.

判官の公選制を採用することになります〔ただし、ナポレオン期に任命制にされる〕。すなわち、あらゆる裁判官、下は治安判事から、ディスクリクト裁判所判事、そして破棄裁判所メンバーも公選制となるのです²⁷⁾。

しかしながら、モンテスキュー自身が、彼の「裁判官は法律のことはを発する口である」との喩えにあたえようとした射程が、立憲議會の多数の議員たちがそれにあたえようとしたのと同じくらいの広がりやラディカルさをもっているとは、ありそうもないことです。われらが著者モンテスキューの目的は、法律適用の師範ともいべき裁判官と、その法律を練り上げる責任ある立場にある者ともいべき立法者とのあいだの関係について問題を提起することにあります。たしかに、『法の精神』のことはを借りていいますと、司法権力と立法権力のあいだの互いのカウンター・バランスのメカニズムの必要性についてモンテスキューは賛成の論陣を張ります。このメカニズムでは必然的なものとして、また不可避なものとして、司法は法律に、裁判官は立法者に従属するという（立法権自身、執行権とは異なるのですが）関係にはなります。しかし、そのかわり、モンテスキューは裁判官に、彼の本質的な使命である、一般的な法律を解釈するという使命を否定することはけっしてありません。もし裁判官が「法律の口」であるとしても、それはまさしく法律にあたえるべき適切な意味を定めるのは、もちろん法律から出発してではありませんが、推論を駆使することで、裁判官に帰するということなのです。もっと正確にいいますと、立法者が法律のことはにあたえようとした意味を、目的論の進め方で裁判官が定めるということなのです²⁸⁾。裁

27) 裁判官公選制については以下に収録されている諸論文を見よ。J. Krynen (dir.), *L'élection des juges. Etude historique française et contemporaine*, Paris 1999.

28) M. Stolleis, « Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism », dans Y. Morigiwa, M. Stolleis et J.-L. Halpérin (éd.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of the Law*, Dordrecht, Springer « Law and Philosophy Library 95 », 2011, p. 6-7 では「モンテスキューの司法制度についての有名な『法律の口』という記述は、彼の権力分立の含意するところと同じく、しばしば誤解されている。彼が言わんとするのは、裁判官の解釈が有益ではないとかいうことではなく、ただ、法律が機械的な意味においてあらゆることへの解決を含みもつものであって、裁判官の役割は法律を大きな声で話すということなのである」と述べられている。同様に、以下の論稿も参照。Y. Morigiwa, « Interpretation by Another Name. The function of *Rechtsfindung* in the Modern State », dans *Ibid.*, p. 125 sq. および U.

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]

判官は法律を語るに必要不可欠な「話者」であり、法律を解釈することを任とし、法律の趣旨をまちがわないで意味を確定する任務をおびているのです。このことは、啓蒙思想家たちがさかんに裁判の判決理由を付すことを求めていただけにいつそう真実で重要なのです。ところで、アンシャン・レジーム末の著作家たちにとって、判決理由は革命期の人たちが考えることになるのとはまったく様相を異にしています。つまり、革命期の人たちにとって、判決の理由（モチヴァション *motivation*）とは判決の形容（カリフィカション *qualification*）と韻を踏むわけでした、つまり裁判の三段論法の延長上にあつて、[大前提たる]法律の規定をたんに表示するもの、あるいはナポレオンの法典編纂事業のあとでは当該法典の条項の列挙するものに要約されていくからです²⁹⁾。ついでにいますと、大陸法システムにおきましては、少数意見を明示することはありませんで、合議制の原則をとりますから単一の声で裁判官は語ることとなります³⁰⁾。モンテスキューの時代には法典化の試みは初歩的なままにとどまっています、とりわけ民事の領域においてはそうでした。ですが、たとえば裁判官たちが習慣からか、自分たちの都合からか、いずれにしろ、裁判官たちが判決の理由をつけないままでいたにしましても、にもかかわらず、彼らは自分の前に持ち出された紛争を解決するために、慣習法、ローマ法、学説そして法院の判例を動員してくるのです³¹⁾。ひ

Seif, « Der missverstandene Montesquieu : Gewaltbalance, nicht Gewaltentrennung », dans *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 22 (2000), p. 149 sq.

29) V. Demars-Sion et S. Dauchy, « La non motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit français : un usage controversé », dans W.H. Bryson et S. Dauchy, *Ratio decidendi. Guiding principles of judicial decisions*, vol. 1 : *Case Law*, Berlin, 2006 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, Bd. 25/1), p. 87-116.

30) アンシャン・レジーム末期のパルルマン法院裁判官によって作成された註釈ノート、たとえば、フランドルの法院評定官によるものは、競合する反対意見なども記載されており、裁判は「単一の声でしか語られない」との原理がフランス革命期にしか出てこないことを示しており、裁判官の役割を法律の単なる機械的適用に限ろうとする革命家たちの意思をよく刻印している。これらの註釈ノートの存在はとりわけ、反対意見が大陸法の伝統に知られていなかったわけではないことを示している。S. Dauchy, « L'art de convaincre... et ses limites. *Ars persuasionis* en matière civile dans la France d'Ancien Régime », dans B. Durand (éd.), *'Ars Persuasionis'. Entre doute et certitude*, Berlin, 2011 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History 30), 2012, p. 77-88.

31) たとえば、つぎを見よ。S. Dauchy et V. Demars-Sion (éd.), *La jurisprudence de Flandre de George de Ghewiet*, Bruxelles, (Commission royale pour la publication des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique, Recueil de l'ancienne Jurisprudence de la

るがえって、イギリスの裁判制度は、さらに長いあいだ、しかも 1873 年から 1875 年のコモン・ロー裁判所を統合整理した最高法院法以降も裁判の先例に広い位置を認め、そうしつづけているのです³²⁾。モンテスキューの喩えは、このようにその文脈のなかに置いてみますと、アンシャン・レジム末の法的文献の発展、とりわけ、判例事典の出現との並行関係の対象にもなりうるのです。この事典類は、じっさい、以前のこの手の文献のような、法院の判例の多様性に固執するというよりも、むしろ、啓蒙思想の理念に合わせて、法の一般原則を提示しようとしていないでしょうか。わたしの同僚でもあるル・マルカドゥールのことばを引けば、この事典類は「判例集編集解説者によって法の学として構想された判例」の構築に協力するものだったのです³³⁾。このばあいの法の学とは、その主たる作り手に裁判官、すくなくとも最高諸法院の裁判官がいるということです。ミヒヤエル・シュトライスもしるしていますように、「法律の口としての裁判官」という表現が打ち立てているのは、法律の淵源としての君主と最高裁判権とのあいだの上下の関係ということにして、つまり、「モンテスキューの言明は、今日的な意味での『法の支配』への傾向を支持するとかいうものではなく、また裁判は法律から外れてはならないという理念を是認しているというものでもない。モンテスキューはたんに、君主と裁判官とのあいだの法的関係を記述しているのであって、…（中略）…主権者から発する法律の上下関係を示しているのだ」とシュトライスはいいます³⁴⁾。ちなみに、この主権者ですが、フランスでは国王からのちに国民へと変わり、イギリスでは議会ということになりましょう。この意味で、「法律の口としての裁判官」という喩

Belgique, 4^e série), 2008, 890 p. また、そのイントロダクションとして、同著者の « A propos d'un 'recueil d'arrêts inédit' : La jurisprudence de Flandre de Georges de Ghewiet », dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du droit*, t. 77 (2009), p. 157-189 も見よ。

32) M.-C. Belleau, « Pouvoir judiciaire et codification : perspective historique », dans *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 28 (1997-1998), p. 67-115.

33) S. Dauchy et V. Demars-Sion (dir), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e - XVIII^e siècles)*, Paris, La mémoire du droit, 2005 所収の諸論文、とくに以下の論稿を見よ。Le Marc'hadour, « Arrestographie et doctrine pénale dans la France moderne (XVII^e-XVIII^e siècles) ». 比較として、つぎの論稿も見よ。J.-L. Thireau, « La coutume au temps des Lumières », dans *Les parlements et les Lumières*, op. cit., p. 159-178.

34) M. Stolleis, art. cit., p. 7.

モンテスキューの有名な喩え「法律の口としての裁判官」について（セルジュ・ドシ [石井]

えはわれわれの耳になじみ深く響き、立法者と裁判官のあいだの関係についての今日的な議論を想起させます。裁判官は、法律の適用という使命を保証するため、法の実現に協力する源のひとつを自由にすることができなくてはならないのです。このような解釈は、ドゥモロンブによって導かれた註釈学派が推奨したような、立法者の意思を条文のほとんど宗教的なまでに尊重することのなかで明らかにしていこうとするだけにとどまるものではありません。註釈学派は、ほとんどもっぱら法案の起草作業を参照し、また法律が起草されるころの法的伝統を参照します³⁵⁾。逆に、19世紀末には、フランソワ・ジェニー（1861-1959）による科学学派の精神において考えられることとなります。すなわち、社会的、経済的、政治的な発展を考慮に入れ、と同様に、変動する現実にも目を向け、たしかに枠のはめられたやり方ではあるのですが、立法者の意図、つまり立法者が今日の状況を目にしていたらどのように欲するのかを再発見しようとするわけです³⁶⁾。結論的に申しますなら、1804年の民法典起草委員のポルタリスのつぎのようなことばになるでしょう。彼は民法典序論のなかでつぎのように言います。「立法者の学は、それぞれの分野において、共通善に最適な原理は何かを発見することにあるのにたいし、司法官の学は、その原理を発動させ、枝分かれさせ、賢明で筋道だった適用によって原理を拡張していくこと、したがって、文言が十分でないときには法律の精神を研究することにある」³⁷⁾。裁判官は、「法律 (loi) の口」である前に「法 (droit) の口」であるわけでした、おそらく、モンテスキューの精神においても、生ける法の「創造的な」口なのです。正義 [の女神] が盲目であってはならないように、裁判官も、じっさい、無口であってはならないのです。

35) J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Collection « Domat droit public », 1997, p. 351-354.

36) F. Audren and J.-L. Halpérin, *La culture juridique française, op. cit.*, passim.

37) J.-E.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, Discours prononcé le 21 janvier 1801*, avec une Préface de M. Massenet. Bordeaux, Éditions Confluences « Collection Voix de la Cité », 2004. ポルタリスの民法典序論は以下のサイトでも参照できる。

http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf

