慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	長谷山彰君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.1 (1989. 1) ,p.135- 139
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890128-0135

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

特別記事

長谷山彰君学位請求論文審査報告

長谷山彰君「律外科刑の基礎的研究」

長谷山君の学位請求論文は、奈良平安時代における刑事法典「律」にはみえない刑罪であり、かつ当代史料に頻発している、所謂「律外科刑」を対象とする研究であって、所論は前後五章にわたり、ほぼ千枚に及ぶ稿を費している。

なお、本論文には、その終章に近江令にはじまる律令編纂史約百枚が附されているが、それは、律令外を論じて、律令正文に回帰するという意味で加えられた附論的なものと理解してよいと思う。

周知の如く、日本律令の母法隋唐律令は、約千年の伝統を負って編纂されたものであって、儒教と法家とを習合せる法制としては、技術的にほぼ完成の域に達したものであった。周辺アジア諸国が、これによって大なる影響をこうむったことは当然のなり行きである。日本もまた、所謂「法式備定之珍国」たることをめざして、法制継受に強い意欲をもやした。

しかし、隋唐の律令にも所詮は中国社会習俗の所産であるという一面があり、その限界は、日本においてこれを実行する段階にいたって、さまざまな障害をもたらすにいたった。特に律五百条には、多くの犯罪と正刑閏刑とよばれる刑罰、更には詳細な断獄手続が定められているが、それはいまだ原始呪術的社会を脱却しきっていない日本社会においては、鶏を割くに牛刀を用いる観を呈する場合も少くなかった。

従って、日本においては、或は律令正文を改正する成文法「格式」を使用し、或いは不文法、「例」、「時の行事」等が発達し、より簡易な科刑方式が作り出され、現実にはそれが所謂「生ける法」として機能することが多くなった。本論文は、まさにかかる律以外の規範の体容の解明を目的とするものである。

奈良平安時代の律令については、既に先学による部厚い研究の蓄積が存在している。しかし、右の如き法規範については、その研究は明治年間に編集された「古事類苑」法制部の段階を出程越えていないというのが、その現状である。その理由の第一は、かかる規範の多くは、平安期の公卿の日乗類に断片的に散見するに過ぎないこと、第二に、史料相互間において矛盾がみられ、その実体の把握が困難であること等であって、要するに研究者にとって、「労多くして、功少き」論題に属するからである。

本論文における諸研究は、一読して知られる如く、当代の法書、日記類の殆どすべてを読破し、史料を捜聚した上で記されたものであり、史料間に矛盾がある場合には、そのいずれが正確であるかの考証が、もれなく行われている。従って、本論文

は、まさに従前の研究の欠を補うものであるといって過言ではないと考える次第である。

以下常例に従い、その内容を概観してみよう。

本論文の第一章は、怠状、過状といわれる一種の服罪書の徴収を必要条件とする刑罪の研究である。怠状、過状については、奈良時代史料においては、一種の仕末書的なものとして見出されるに過ぎないが、平安期に入り、公罪、即ち官吏の職務執行上の誤失に対して、朝廷の命令によって徴収される文書と変じ、官吏統制の手段として、職制律にかわる科刑となるにいたった。著者は、かかる理解の上に、当該科刑の手続においては、文書の提出が、かならず必要とされ、その終了もまた、文書の返還を以てなされることを明らかにし、提出、返還の期間は、数日より数年にいたる不定期であり、その間、その官人は、宮廷における重要な行事には、参加不能となることを論証している。過状の提出が、果して刑罰と意識されていたか否かについては、従来殆ど論ぜられたことがないが、これによって、それが官吏閏刑の一種であったこと、律令の定める解官よりも、更に軽い停任の効果を生ずることが、明瞭とされたとみてよいと思う。なお、過状提出と考課との関係については、いまだ不詳とされているが、停任が上日の不足に達する場合には、勤務評定に影響をもたらすものと考えざるをえないと思う。

本論文第二章は、前章との関連において、平安中期以降、雑犯についての司法機構を独占した検非違使庁において、同様に過状、怠状と称された文書の研究である。かかる文書は、従来第一章のそれと混同して論じられている。しかし著者は、これを同根といえども、成立期においては異質なものとして把握している。即ち、著者の理解によれば、それは一般犯罪の断罪手続の一過程として徴収されるものであって、律を適用する前提とされる自白調書にすぎないとされている。平安期の史料においては、同語でありながら、異義のものがしばしば見出され、研究者をまどわしているが、これもまたその例の一つと考えてよいと思う。

なお、本章においては、庁例の一つとして、着鈦政の数日前に行われる「進過状政」なる行事の存在が指摘されている。庁例は、その大半が「使庁積習之例」なる不文法のために、実例をとらえ難く、そのため一事といえども貴重視されている。本章における白眉ともいうべき部分であろう。

第三章は、「恐懼」、或いは別名同義の「勘事」、「勘責」と、殿上の籍を削る「除籍」についての研究である。

右両者が、比較的上級の官人統制法として使用されていることは一応知られている。しかし、両者の区分については、これを論じたものをみない。本論文は、右について百に近い実例を収集し、前者は、天皇、摂政に近侍する参議、蔵人等の所謂側近官人に科されるもの、後者は、五位以上の殿上人に科されるものとの区別をたて、いずれも公務執行停止の効果を発生させることを明らかにしている。

これ等両者は、いずれも公罪に対して科されるものであるが、殿上人の多くは、側近官人であって、その科刑対象が重畳する場合が多い。著者は、かかる場合には、恐懼は十日を越えないのが常例とされ、除籍は、それよりも重罪と意識されていたとしている。

右の如き刑罪は、いずれも過状の如く文書の提出、受理を必要とせず、権力者の意向次第で、即時一方的にこれを科することができる。

而して、挙示されている実例よりすると、誤失の内容は、過状の場合より更にあいまいであって、刑を科された者でさえ、何故に処罰されたのか、最後まで判断できない事例さえ存在している。著者が論ずる如く、摂関の独裁がかかる刑によって支えられていたとすれば、それはたとえ軽罪であったとしても、制度史上重要な意義ありというべきであろう。

本書第四章は、格制違反に対して、一般的に科せられる違勅罪についての研究である。

違勅罪に関しては、その源流、或いは、刑の限度等について疑義が多く、先学の所説には大きな径庭が見出される。

著者は、かかる点に留意して、殆ど徹底的に史料を整理し、その結果、第一に、違勅罪なる刑罪は、唐初の法制にその先蹤がみられること、第二に、日本史料にその実例がすこぶる多いのは、格制の性格について、日唐両制の間に差があり、日本格は、かならずしも禁制のみではなく、そのために違反に対する刑が具体的に定められていないことが多く、違令、違式に対する違格、即ち違勅罪を必要とする度合が高くなったこと、第三に、違勅罪の刑罰は、平安初期においては、勅断を以てこれを定めることになっており、その刑の限度は、延暦十九年格より推量するに、大体徒刑とされていたこと、第四に、かかる勅断が慣習化し、違勅罪は、徒二年程度との認識が一般化し、それをもととして、明法家が、その法的根拠を職制律詔書施行而違条に求めるようになったこと等の結論に到達している。

違勅罪に対する明法家の学説には、強弁ともいうべき飛躍があり、彼等が何故にかかる援引を行ったのか、筆者もまた、その説明に困った経験を有している。著者の論は、真に合理的であって、永年の疑義を氷解せしめるものといえると思う。

本書第五章は、平安以降、室町期にいたるまで、上級官人にしばしば大きな打撃を与えた「放氏」についての研究である。「放氏」なる科刑は、元来は氏族の長がその族員を氏族外に追放するという私的制裁より生じたものと考えられる。しかし、かかる制裁は、統一国家の成立とともに、本来の意味を失い、各氏族が国政上の職掌を分有するという体制の下に、当該官職を世襲する権限を消失せしめるという制度として、その存続が可能となった。

而して、それは藤原氏が、国家の重要官職を独占するにいたって、特に同氏において、公的色彩濃厚な制裁となるにいたった。藤原氏においては、放氏の権を有した者は、その氏の長者

と藤原氏の守護神春日大社を管理した興福寺とである。

かかる叙述の後、著者は放氏権は平安初期にいたるまで、氏長者の専権であったが、中期以降興福寺が藤原氏族人の同寺法会に参加する義務を足がかりとして、加うるに大衆の軍事力をその背景となし、これを獲得し、遂には長者の権は、有名無実に帰するにいたったことを論じている。

次に、放氏の効果については、辞官を強要されるとする説と、停任に止まるという説とがあるが、著者は、その多くの実例において、続氏、即ち放氏の免除にいたるまで、自宅に謹慎するに止まり、辞官する者はまれである処より、停任とみるのが妥当であるとしている。

放氏については、先学の研究も、決して少くないが、その多くは、「山階道理」、即ち興福寺大衆の無理無体を論ずることに急であって、その権限の由来、法的効果などには、殆どふれられていない。本章は、放氏の研究に新方面を開いたものといってよいと思う。

第六章、律令編纂史は、附論であり、かつ先人の学説を整理紹介した部分が多いから、その詳細については、これを省略したい。而して、ここにおいては、養老律令の編纂期についての論争に関連して、著者が新史料を挙げて、新律令養老二年成立否定説を支持していることのみを特記しておきたい。

その新史料とは、続紀、養老三年十月の条にみえる詔文であって、それには律令の沿革が叙され、ついで、大宝律令を以て「恒法」となすとのみあって、新律令にはふれる処がない。これはまさに養老律令が、少くとも三年十月にいたっても、いまだ完成されていなかったことを示すものであって、注目に価いする。養老律令の成立期についての論争は、既に半世紀にわたって続けられ、十指を越す史学者、法制史家がこれに参加して、史料は殆ど出つくしたと思考されている。著者の所論は、かかる対立説のバランスに重大な影響をもたらすものであって、著者が将来、本格的に論争に参加する場合に、有力な足がかりをもたらすものと考えられる。

再言するが、本論文は、平安期以降において、主として官人統制の手段として、職制律にかえて使用された「例」に関する基礎的研究であって、かかる規範を網羅的に対象とした専書は、本著述を以て最初となすと考えられる。本書をものするに当り、著者が信条とせしものは、実証主義に徹するとする一事であって、群籍を博捜して、多くの史料を収集し、論証をより確実ならしめようとする意欲は、諸論考の行間に、まざまざと見出しうる。本論文が、古代法制史の分野にもたらす便益は多大であると考えてよいと思う。

勿論、律外の科刑については、所論の外に、先学の研究が既にいくつか発表されている使庁庁例の研究、官人左降の論題等が存在している。本論文は、これ等を敢えて論じていないが、著者はかかる諸問題の解明についても、更に野心的な新説を構成発表する意欲を有している如くであって、このことは特に本

論文の第二章において、顕然示されている。著者が将来において、更に研究を発展せしめ、「前途」なお「程遠し」といえども、当該論題のすべてを論じつくすことを期待する次第である。

さて、望蜀はともかくとして、本論文は、以上縷説せる如く、その題名にみえる「基礎的研究」という用語を充分に満すものであって、法史家にとって、まさに「空谷の足音」とも称しうるものである。

仍って、ここに審査員一同は、一致して本論を以て、法学博士（慶應義塾大学）の学位を授けるに適当なるものと考え、これを推挽する次第である。

昭和六十三年九月一日

主査　慶應義塾大学法学部教授　法学博士　利光三津夫
副査　慶應義塾大学法学部教授　法学博士　向井　健
副査　慶應義塾大学文学部教授　高橋　正彦

エルブシュラ・モハメド・エラミン君
学位請求論文審査報告

慶應義塾大学法学研究科公法学専攻に在学するエルブシュラ・モハメド・エラミン君（以下「エルブシュラ君」という）から提出された慶應義塾大学法学博士学位請求論文は、

「犯罪予防における警察制度の役割等に関する研究
——スーダン共和国と日本の制度及び実務の実際の比較検討を中心に——」

であり、その構成は、大別して五部に分かれる。

まず、本論文執筆に至る簡単な経緯と章立てを紹介する「はじめに」に続いて、

一　スーダン共和国における刑事司法
二　犯罪原因論
三　犯罪の予防
四　犯罪の予防における矯正施設の役割
五　日本の警察制度のスーダン共和国への導入の可否について

につき、順次、叙述が進められる。

その内容を摘記すれば、次のようになる。

まず、「スーダン共和国における刑事司法」の大項目で論じ