

場合・とき・時・であって…もの —法令用語釈義 その4—

平野 敏彦

1 はじめに

今回採り上げる「場合」と「とき」については、どの解説書を見ても判で押したように同じ説明が書かれている。すなわち、どちらも仮定的条件を表現するときに使用される法令用語であり、意味に区別はなく、語感、語呂、読みやすさ等を考慮して、起案者がどちらを使用するかを適宜選択しているというものである。ただし、仮定的条件を意味する場合のひらがな「とき」は決して漢字「時」を用いず、漢字「時」は特定の時点・時刻を指示するための使用だけに限定されている。さかのぼれば、戦前のカタカナ文語体の法令においても、カタカナ「トキ」と漢字「時」は厳然たる用法の区別をもって使用されていたのである。「場合」と「とき」は「～ならば」とか「～とすれば」と読み替え、「時」は「まさにその時点」と読み替えて理解せよというのが、法令用語読解のアドバイスである。

条件と時間というと、すぐに思い出されるのは民法総則「第5章 法律行為」の「第5節 条件及び期限」である。条件・期限いずれも、表意者が法律行為に付加してその効力を修正するという機能を果たすもので、法律行為の「附款」と呼ばれる。法律行為はその法律要件が満たされると、権利・義務・法律関係の変動という法律効果が発生するのであるが、どのように効力を修正するかというと、法律効果の発生又は消滅を将来発生する事実にかからし

める、つまり時間の経過に効果を委ねるという効力発生要件の内容となるのである(だから、法律行為の章に含まれている)。

この将来発生する事実が不確実な場合が「条件」であり、その条件が「成就」すれば、その時に効力が発生するのが「停止条件」、つまりその時点まで効力の発生が停止されている(民法127条1項)。他方、成就時に効力が消滅するのが「解除条件」であり、解除条件付き贈与契約の条件が成就したら、当該贈与契約が解除されたことになり、その効力が消滅し、受贈者は贈与された目的物を不当利得として返還しなければならない。(127条2項)。

これに対して、この将来発生する事実が確実な場合が「期限」であり、設定された期日は時間の経過とともに確実に「到来」する。ただし、〇年〇月〇日という形で具体的な日付で始期又は終期が指定された「確定的」期限のほかに、たとえば自分が死亡した日というような、到来することは確実であるが、それは〇年〇月〇日という形で具体的な日付が定まっているわけではない「不確定的」期限もある。(確実と不確定は両立する概念である)

○民法 第127条 (条件が成就した場合の効果)

- [1] 停止条件付法律行為は、停止条件が成就した時からその効力を生ずる。
- 2 解除条件付法律行為は、解除条件が成就した時からその効力を失う。

○民法 第135条 (期限の到来の効果)

- [1] 法律行為に始期を付したときは、その法律行為の履行は、期限が到来するまで、これを請求することができない。
- 2 法律行為に終期を付したときは、その法律行為の効力は、期限が到来した時に消滅する。

このように条件・期限のいずれも、法律効果の発生・消滅を、条件成就・期限到来というある「特定時点」に定める法律上の工夫であり、条件の場合も、

条文の文言からわかるように、成就した「時」が問題である。法令用語である「とき」と「時」の文言上の使い分けも、この考え方の延長線上にあると言ってよかろう。

2 「時」と「とき」の用法上の相違

「時」と「とき」の用法上の相違を、類似の事態を規定する条文の比較で確認しよう。

裁判官の定年は、最高裁判所の裁判官は憲法第79条第5項に、下級裁判所の裁判官は第80条第1項後段ただし書に定めがあり、これを受けて、裁判所法第50条にそれぞれの裁判官の定年の具体的な年齢が定められている。

○憲法 第79条

[5] 最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に退官する。

○憲法 第80条

[1] 下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を10年とし、再任されることのできる。但し、法律の定める年齢に達した時には退官する。

○裁判所法 第50条(定年)

最高裁判所の裁判官は、年齢70年、高等裁判所、地方裁判所又は家庭裁判所の裁判官は、年齢65年、簡易裁判所の裁判官は、年齢70年に達した時に退官する。

ここで注意すべき点は、それぞれ年齢に「達した時」というふうに、漢字「時」が用いられていることである。したがって、広島高等裁判所の前長官・松本

芳希氏は昭和26年（1951年）1月26日生まれで、65歳になられる時点が平成28年（2016年）1月26日であるので、平成28年1月25日をもって、退官されたのである。また、現最高裁判所長官である寺田逸郎氏は、昭和23年（1948年）1月9日生まれなので、定年前に職を退かれなければ、平成30年（2018年）1月8日に退官されることになる。

これに対して、国家・地方を問わず一般職公務員は、この誕生日を基準にした定年による退職とは異なり、定年に達した時点、つまり誕生日という特定の時点の属する年度いっぱいには在職し、退職は年度末つまり3月31日とするという形式を採っている。したがって、その文言は次のように、漢字「定年に達した時」ではなく、ひらがな「定年に達したとき」を用いて表現されている。

○国家公務員法 第81条の2（定年による退職）

[1] 職員は、法律に別段の定めのある場合を除き、定年に達したときは、定年に達した日以後における最初の3月31日又は第55条第1項に規定する任命権者若しくは法律で別に定められた任命権者があらかじめ指定する日のいずれか早い日（以下「定年退職日」という。）に退職する。

2 前項の定年は、年齢60年とする。ただし、次の各号に掲げる職員の定年は、当該各号に定める年齢とする。

○地方公務員法 第28条の2（定年による退職）

[1] 職員は、定年に達したときは、定年に達した日以後における最初の3月31日までの間において、条例で定める日（以下「定年退職日」という。）に退職する。

余談であるが、本誌本号が献呈される小梁吉章教授は、昭和25年（1950年）11月4日生まれであるため、公務員法にならって定年退職日が定められてい

る広島大学職員就業規則の第18条(もともと、規定に「時」は表れないが)により、平成28年3月31日をもって広島大学を退職されるわけである。

○広島大学職員就業規則 第18条(定年)

[1] 職員の定年は、満60歳とする。ただし、教員(教頭、教諭、養護教諭及び栄養教諭を除く。以下この条において同じ。)の定年は、満65歳とする。

2 前項の規定にかかわらず、教員は、自らの意思により、満63歳又は満64歳を定年として選択し、届け出ることができるものとする。

3 職員は、定年に達した日以後における最初の3月31日(以下「定年退職日」という。)に退職するものとする。

3 「時」か? 「とき」か?…刑法第38条第2項をめぐって

法制局の現職あるいはOBが執筆した法令用語の解説や法制執務関連の書物では、実例がどうしてもテクニカルな処理が必要となる行政法関係が中心となりがちなので、この「法令用語釈義」というサブタイトルを付した本シリーズではできるだけ学生が目にする六法からの例を採るという姿勢で執筆に臨んでいるため、毎回適例を選ぶために、六法を中心に条文を通読している。その過程で、「時」と「とき」の使い分けが微妙に変化したおもしろい例を一つ発見したので、ここで触れておく。それは現行刑法「第1編 総則 第7章 犯罪の不成立及び刑の減免」中の第38条第2項に定められている抽象的事実の錯誤にかかる条文の文言の歴史的変遷である。

○刑法(明治40年法律第45号) 第38条(故意)

2 重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断するこ

とはできない。

この規定は、それ以前の明治40年制定当時のカタカナ文語体が、いわゆる条文平易化(平成7年法律第91号による改正)によりひらがな口語体に改められたものである。改正を審議していた衆議院法務委員会で「つみもおもかるべくして…」という文言が「古めかしい表現」の代表として挙げられたため、有名になった条文である。旧規定は、「第1編 総則 第7章 犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免」中にある。カタカナ文語体の原文は濁点はなし、読点なし、文末の句点なしに加えて、もちろん項番号はなく、改行があるだけで、字下げもない。

○刑法(明治40年法律第45号, 明治40年4月24日公布, 同41年10月1日施行) 第38条

[2] 罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ従テ処断スルコトヲ得ス

ここで注目すべきは、たとえば、第199条殺人罪の条文は、次のように文語体の動詞を機械的に口語体に移し替えるという操作だけで、平易化のレベルに達する。(もっとも、「殺シタル」が「殺した」になったために、完了の助動詞「たり」の含意が見えにくくなり、単なる過去のように見えるのが残念である。)

○刑法 第199条(殺人)

(改正前) 人ヲ殺シタル者ハ ~ノ刑ニ処ス

(改正後) 人を殺した 者は、~の刑に処する。

これに対して、第38条第2項は内容の理解を伴う言い換えが必要な条文で

あり、「犯ストキ知ラサル者」を、どのようなことを知らなかったのかの内容を補って、「行為の時に『その重い罪に当たることとなる事実を』知らなかった者」とした。犯罪行為実行のまさにその時点で、事実の認識に欠けるところがあるかどうかのポイントであるから、時点を表す「時」を用いなければならない箇所である。すでに明治40年当時も、法令用語である「トキ」と「時」は、条件を表すか、時点を表すかに応じて書き分けられていた。それならば、なぜ「トキ」が採用されたのであろうか。

行為者が主観的には軽罪を犯す意図をもってした行為から、客観的には重罪に当たる結果が発生してしまった場合の処理方法については、刑法学では、抽象的事実の錯誤として論じられる問題であり、明治維新以来、フランスとドイツの刑法典及び刑法学を継受して議論展開されたことは言うまでもない。しかし、第38条第2項の表現に着目した場合、もう一つの系譜が浮かび上がる。それは西欧法継受を遡ること千百有余年の中国法継受である。

養老2年(718年)に藤原不比等らにより編纂され、天平勝宝9年=天平宝字元年(改元は7月2日。757年)に施行された養老律令(律が刑法典、令が行政関係法規)の中に、このようなケースへの対処を規定した法文が発見される。『日本思想大系 3 律令』(岩波書店, 1976年)によると、次のような文言である。

○養老律 名例律下 49 (逸文)

其本応重。而犯時不知者。依凡論。

名例律とは、名が刑名・罪名、例が通則を意味するので、現行刑法の総則と内容的に重なる部分に、この法条が配置されていることになる。日本法制史家の瀧川政次郎は、この法条を、「其れ本まさに重くすべくして犯す時知らざる者は凡論に依れ。」と訓読している(瀧川政次郎『日本法制史 上』講談

社学術文庫，1985年〔原著は1928年出版〕，204頁）。ただし，養老律令の令の部分が官撰解説書である『令義解』（天長10年，833年）を通じて伝えられているのに対し，律の部分はほとんど散逸してしまっているため，古今の諸学者が諸本に引用記載されている断片から復元した「逸文」というものであって，該当法条が位置づけられる名例律下は，この律のタネ本である唐律の解説書『唐律疏議』（唐・高宗・永徽3年（652年））により補われている。つまり，引き写しであるから，同文であるのは当然である。

○唐律疏議 卷第六 名例

其本應重而犯時不知者依凡論

律令制度という法体制は，実質的にはともかく，形式的には，明治に至るまで日本の国制の大枠を規定するものであった。確かに天皇が政権を担うわけではなかったが，軍人（武士）の最高司令官を（律令に定めない）令外の官である征夷大將軍（東夷征討のために臨時編成された軍隊の総司令官）に指名して全権（刑事裁判権を含む）を付与するという形で，実質的権力者の正統性を保証する役割を果たしているのである。たとえば，江戸幕府の役人たちは，律令上の国司や諸種の官職に擬せられて，大岡「越前守」忠相（越前国の国司）とか遠山「左衛門尉」景元（宮城の門の警備担当役人。なお，金四郎は通称。）と呼ばれていることの中にそれが見てとれる。

なぜこんなことを書いているかというと，明治「維新」とは名ばかりの新しそうな政権交代の内実は，王政「復古」であり，そのため秩序維持を図らねばならない明治新政府の喫緊の課題であった犯罪者の処理にかかわる法体制の構築の際に呼び出されたのが，とりもなおさず「律」だったということにつなげる魂胆だからである。

明治初期の刑事法制は，明治元年の「仮刑律」，同3年12月の「新律綱領」，同6年6月13日の「改定律例」という矢継ぎ早に出された近代化を施した「律」

に続き、同13年7月17日の「刑法」(一般に、旧刑法と呼び慣わされている。)に至って初めて、西欧近代的な刑法典の編纂に結実するのである。これらの該当箇所を、国立公文書館と国立国会図書館のデジタルライブラリーを参照して引用する。なお、これらは『日本近代思想大系 7 法と秩序』(岩波書店、1992年)でまとめて見ることができる。

○仮刑律 (明治元年11月) 名例一 名例 本条有罪名

[2] 若本罪重カルヘキモノ其犯ス時知ラサルハ軽ニ就テ論ス

○新律綱領 (明治3年10月9日上奏, 12月20日頒布) 卷二 名例律
下 本条別有罪名

[2] 其罪。本重カルヘクシテ。犯ス時。知ラサル者ハ。凡一人ニ依テ論ス。

○改定律例 (明治6年6月13日太政官布告, 同7月10日施行)

<対応条文なし>

○刑法 (明治13年太政官布告第36号, 明治13年7月17日, 同15年1月1日施行)

第1編 総則 第4章 不論罪及ヒ減輕 第1節 不論罪及ヒ宥恕減輕 第77条

[3] 罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ス

仮刑律(国立公文書館のデジタル版の表紙は「刑律 仮律」となっている。)は「刑法官の仮定にして、天下に布告せし者にあらず」と言われるように、官吏の執務準則としての内部文書であったことは、江戸時代の御定書百箇条(公事方御定書 下巻)と軌を一にしている。文体は、その後戦前の法令の標

準となったいわゆる漢文の書き下し文が採用されている。この仮刑律は、唐律ではなく、明律を参考にすべしとされていたが、実際は清律を参考に起草されたらしい。(ただし、この部分に関する限りは明律・清律に違いはなく、唐律と比較しても、「罪」と「人」が追加されているだけで、表現はほぼそのまま踏襲されている。) また、仮刑律では、「依凡人論」が「輕ニ就テ論ス」と明確にされており、これは唐律、つまり養老律の「依凡論」とは大きく異なっている。とはいえ、「凡」または「凡人」は、一般人、つまり重い罪という事実を認識していない者、あるいは事情を指すので、意義は同じである。

○大明律 卷第一 名例律 [37] 本條別有罪名

其本應罪重而犯時不知者依凡人論

○大清律例 名例律 名例律下之二 第三十五條 本條別有罪名

其本應罪重而犯時不知者依凡人論

明治3年の新律綱領は、この暫定的な仮律に対して、「今般新律取調被 仰付候ニ付テハ前日集議院へ御下問ニ相成候通専ラ寛恕ノ御趣意ニ原キ凡叛逆人命強盜放火等ヲ除ノ外可成丈ケ流以下ニ処シ竟ニ刑無刑二期シ候様被遊度聖旨ヲ奉体シ撰定可致旨 御沙汰候事」(明治2年10月7日刑部省沙汰、法令全書第969号) (「流」とは、笞刑・徒刑・流刑・死刑の流刑のこと) という方針で、定律をめざして刑部省が策定したもので、まだ律令の体裁を保っているが、仮刑律を廃止して、新たに施行された。明治3年12月20日の頒布の際には「朕刑部ニ勅シテ律書を改撰セシム乃チ綱領六卷ヲ奏進ス朕在廷諸臣ト議シ以テ頒布ヲ允ス内外有司其之ヲ遵守セヨ」という上諭が付されている。

当該法条を仮刑律と比較すると、条名が「本条有罪名」から明律や清律と同じ「本条別有罪名」に変わり、冒頭の「若(もし)」が省かれて、「其」が「罪」

に付加され、もとを表す「本」の位置が「罪」と逆転し、「犯」の前の「其」が削られ、「知ラサルハ」が「知ラサル者ハ」に改められた上、さらに「輕ニ就テ」が「凡一人ニ依テ」と改変されている。「凡」と「人」は、「-」（英語の「ハイフン」のような符号。漢文訓読法で合符とか、豎点（たててん）とか、連続符と呼ばれている。）で繋がれているのは、訓読の際に「凡人」が二字つながりの一つの熟語として読むこと指示するためである。これは明律や清律を引き継ぐものであり、唐律「依凡論」は「人」を省略したものと解することができる。そうであれば、唐律及び養老律は「凡ニ依テ論ス」と訓ずべきもので、「凡論に依れ」という前述の瀧川政次郎の訓読は不適切かもしれない。

明治6年の改定律例は、新律綱領に替わる新たな法典を編纂したものではなく、新律綱領の定めた原則を敷衍したり規則を補充するという性格を持ち、両者は法典として併存している。中には、新律綱領の個々の規範を修正するものも含まれるが、そのことによって新律綱領の文言自体が削除されるわけではない。したがって、改定律例の「名例」の中に「本条別有罪名」が丸ごと存在しないとしても、規定そのものがないのではなく、新律綱領と同文ということなのである。規定がいわば律令に対する格式の位置にあるもので、アメリカ憲法の修正条項の考え方に似ている。改定律例の新規さは、初めて条に番号を付した条名を採用したことである。一歩ずつ今日の法令形式に近づきつつある。

余談であるが、明治という元号は、慶応4年9月8日に一世一元の制度への原則変更ともに改元され、さらに慶応4年1月1日（旧暦）に遡って、明治元年1月1日と称することになったものである。（詔書「詔體太乙而登位膺景命以改元洵聖代之典型而萬世之標準也朕雖否德幸賴 祖宗之靈祇承鴻緒躬親萬機之政乃改元欲與海内億兆更始一新其改慶應四年爲明治元年自今以後革易舊制一世一元以爲永式主者施行」に「改慶應四年爲明治元年」（慶應四年を改め明治元年と爲す）」という措置がとられているので、正式には慶應4年という年は、1月1日に遡って消失させられ、存在しない年なのである。）

なお、当時はまだ「太陽太陰暦」(天保暦)、いわゆる旧暦を採用しており、西欧諸国と同一の太陽暦が採用されるのは、明治5年11月9日の「今般改暦ノ儀」(明治5年太政官布告第337号)の「今般太陰暦ヲ廢シ太陽暦御領行相成候ニ付來ル十二月三日ヲ以テ明治六年一月一日ト被定候事」によるものである。したがって、仮刑律と新律綱領の年月日は旧暦のものである。(もちろん、西暦—イエス・キリストが生まれたとされる年の翌年を元年(紀元)とした紀年法であり、「主(イエス・キリスト)の年に」(ラテン語で、「アンノ・ドミニー (Anno Domini)」と記されるので、「A.D.」又は「AD」と略記される。それ故、実のところは、キリスト紀元であり、西洋又は西欧の暦というのは、キリスト教色をばかした言い方である。)の換算することも可能ではあるが。)

その後、フランスの法学者ポアソナード (Gustave Émile Boissonade de Fontarabie) を初めとする多くのヨーロッパの法学者の来日とともに、法典編纂事業は大躍進を遂げる。お傭い外国人として法学教育と法典編纂に携わったポアソナードの最初の成果が、明治13年刑法と治罪法(現在の名称としては、刑事訴訟法)である。当然のこととして、彼の母国フランスの刑法典、いわゆるナポレオン刑法を下敷きとして、起草されたものである。その総則の中に、見られる条文の表現形式は、要件の部分は新律綱領を踏襲し、効果の部分が「凡人ニ依テ論ス」という肯定表現から、「其重キニ從テ論スルコトヲ得ス」という否定表現に改められているのである。これは反対解釈すると、仮刑律の「輕ニ就テ論ス」ということになるであろう。

これがドイツ刑法を範にして編纂された明治40年刑法の表現では、「犯ス時」が「犯ストキ」とされ、「論スルコトヲ得ス」が「処断スルコトヲ得ス」となっているのである。後者はともかく、なぜ「時」が「トキ」になったのかという疑問が、本稿で歴史を遡って検討することになったきっかけであった。

漢文の時代には、この区別があり得ないことは当然である。書き下し文の

時代でも、おそらく想定されている漢文を訓読して送り仮名を振るという思考様式があったであろうから、漢字「時」の使用以外は考えられないであろう。それは明治13年刑法までである。明治40年刑法になって、突然「犯ストキ」に変わり、爾後、平成7年改正で「行為の時に」となるまでの88年間は、時点ではなく、条件を表す言葉で、行為「時」が意味されていたのである。

確かに、法令用語としての「とき」と「時」が厳格に使い分けられていなかった可能性が残る。平成16年の民法現代語化の際に、法令用語の用法の不統一を修正することが話題になったのは、記憶に新しい。では、この厳格な使い分けはいつから法制実務で行われるようになったのか。

明治13年刑法には、条件を表す「トキ」を使うべき場合でも、「時」が用いられており、「トキ」は一例も存在しない。

明治22年2月11日紀元節（現在の「建国記念の日」）に公布された大日本帝国憲法では、「トキ」が10箇所で使用されている。残念ながら、漢字単独での「時」は使用されていないので、両者の用法の区別がなされているかどうかは検証できないけれども、少なくとも条件の接続詞としてカタカナ「トキ」が使用されていることだけは確認できる。

明治23年中に集中して公布された一群の民事法典、すなわち民法財産編(明治23年法律第28号)・財産取得編(明治23年法律第28号・第98号)・債権担保編(明治23年法律第28号)・証拠編(明治23年法律第28号)・人事編(明治23年法律第98号)、商法(明治23年法律第32号)、民事訴訟法(明治23年法律第29号)では、「トキ」と「時」はどちらも現れ、多少の混乱はあるにせよ、用法も区別されているのが検証できる。これらは、現行の民法・商法・民事訴訟法それぞれの前身に当たるものであるが、これら旧法が制定された当初から、「トキ」と「時」は用法の違いを意識した上で、使い分けられていたのである。したがって、両者の使い分けは、明治13年から明治22年の間に、法制執務担当者の中で確立された起案原則であると推測できるのである。

最後に参考として、正式に法律になったものではないが、刑法の条文案と

して考えられた例を三つ見ておこう。昭和 15 年改正刑法仮案，昭和 36 年改正刑法準備草案及び昭和 49 年改正刑法草案では，対応条文は次の通りである。

○改正刑法仮案（昭和 15 年，刑法並監獄法改正調査会総会決議及留保事項） 第 10 条

[2] 罪本重カルヘクシテ犯ストとき知ラサル者ハ其ノ重キニ從テ処断スルコトヲ得ス

○改正刑法準備草案（昭和 36 年，刑法改正準備会） 第 19 条（事実の不知・錯誤）

[2] 重い罪となるべき事実があるのに，犯すときその重い事情を知らなかつた者は，その重い罪によつて処断することはできない。

○改正刑法草案（昭和 49 年 5 月 29 日，法制審議会総会決定） 第 20 条（事実の錯誤）

2 重い罪となるべき事実があるのに，犯すときにその重い事情を知らなかつた者は，その重い罪によつて処断することはできない。

戦前の仮案は平易化前のカタカナ文語体の現行刑法の表記を，「法令形式ノ改善ニ関スル件」（大正 15 年 6 月 1 日，内訓号外）の方針に合うように漢字の使用（可ク→ヘク。「へ」も「べ」と表記すべきだが。）と送り仮名（其→其ノ）を改めたにすぎない。

戦後の改正刑法準備草案と改正刑法草案は，「とき」と「ときに」の相違があるだけだが，それらの要件「重い罪となるべき事実があるのに，犯すときにその重い事情を知らなかつた者」（準備草案には「ときに」の「に」がない）の語句を一部差し替えれば，「重い罪に当たるべき行為をしたのに，行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかつた者」という平易化後の

現行刑法の文言となる。なお、撥音「つ」を「っ」と小書きにするのは、平成以降の表記原則である。

本稿執筆過程で明らかにできたのはここまでである。明治40年から昭和49年まで、時点の「時」ではなく、条件の「とき」を使用した理由までは、解明できなかった。ずいぶん回り道をしてしまったが、刑法第38条第2項の歴史的系譜を検討してきたおかげで、図らずも、「とき」と「時」の使い分けの誕生過程にある程度迫ることができたのではないかと思う。

4 「時」の例

「時」は、行為の時点が重要であるときに用いられるが、憲法では、前述の裁判官の定年を定めた2箇所のほかには、もう1箇所しかない。(「とき」は24箇所ある。)

○日本国憲法 第39条 [遡及処罰の禁止・一事不再理]

何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。

次に、「時」と「とき」が併用されている条文を見てみよう。「時」を「まさにその時点」、「とき」を「～したら」とか「～すれば」と置き換えて読めば、意味が鮮明に理解できるはずである。

○民法 第126条 (取消権の期間の制限)

取消権は、追認をすることができる時から5年間行使しないときは、時効によって消滅する。行為の時から20年を経過したときも、同様とする。

○民法 第 161 条（天災等による時効の停止）

時効の期間の満了の時に当たり，天災その他避けることのできない事象のため時効を中断することができないときは，その障害が消滅した時から 2 週間を経過するまでの間は，時効は，完成しない。

○民法 第 724 条（不法行為による損害賠償請求権の期間の制限）

不法行為による損害賠償の請求権は，被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から 3 年間行使しないときは，時効によって消滅する。不法行為の時から 20 年を経過したときも，同様とする。

次の刑事訴訟法の 3 つの条文では，次の手続をするまでの制限時間について開始した「時点」が重要なので，「時」を用いるというように，使い分けがなされている。

○刑事訴訟法 第 203 条 [司法警察員の手続，検察官送致の時間の制限]

[1] 司法警察員は，逮捕状により被疑者を逮捕したとき，又は逮捕状により逮捕された被疑者を受け取つたときは，直ちに犯罪事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨を告げた上，弁解の機会を与え，留置の必要がないと思料するときは直ちにこれを釈放し，留置の必要があると思料するときは被疑者が身体を拘束された時から 48 時間以内に書類及び証拠物とともにこれを検察官に送致する手続をしなければならない。

○刑事訴訟法 第 204 条 [検察官の手続・勾留請求の時間の制限]

[1] 検察官は，逮捕状により被疑者を逮捕したとき，又は逮捕状により逮捕された被疑者（前条の規定により送致された被疑者を除く。）を受け取つたときは，直ちに犯罪事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨を告げた上，弁解の機会を与え，留置の必要がないと思料するとき

は直ちにこれを釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者が身体を拘束された時から48時間以内に裁判官に被疑者の勾留を請求しなければならない。

○刑事訴訟法 第205条 [司法警察員から送致を受けた検察官の手続・勾留請求の時間の制限]

[1] 検察官は、第203条の規定により送致された被疑者を受け取つたときは、弁解の機会を与え、留置の必要がないと思料するときは直ちにこれを釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者を受け取つた時から24時間以内に裁判官に被疑者の勾留を請求しなければならない。

5 条件文と含意命題・仮言命題

前述のように、法令用語では、漢字「時」が時点を表す時間文を示す指標として使用されるのに対して、ひらがな「とき」・カタカナ「トキ」は仮定的条件を表す条件文を示す指標として使用される。この「とき」のほかに、仮定的条件を表す条件文を示す指標として、「場合」も使用できるのである。

英文法では2つの独立文(単文 *simple sentence*)を従位接続詞(*subordinate conjunction*)—たとえば, *when* や *if*—を用いて結合すると、主文と従属文(従文・副文という文法用語もある)(*principal and subordinate sentence*)から成る複文(*complex sentence*)が構成される。これに対して、等位接続詞(*coordinate conjunction*)—たとえば, *and* や *or*—を用いて結合した場合は、2文に主と従の関係がない重文(*compound sentence*)が構成される。

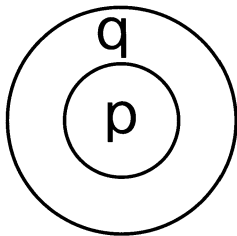
従属文も単文である以上、主語+述語(動詞)構造をもつ文(*sentence*)であるが、複文では文法上は副詞・名詞・形容詞の機能を果たすため、節(*clause*)と呼ばれる—主語がなくてこれらの同じ機能を果たすものは、句(*phrase*)である—。 *when* という従位接続詞を用いれば、*when* 節という1つのま

りある文成分として、主文に対して「～の時は」という時間規定を表すことができるし、ifであれば、「もし～ならば」という条件設定をすることができる。このif節は、conditional clauseの一つである。(また、英語のwhen節は、時間文のほかに、条件文をも意味することが可能であるが、2種類のwhenを日本語のように「時」と「とき」で書き分けるわけにはいかない。)

英文法を引き合いに出したのは、日本語口語文法の場合、同じ事態を説明するのに、接続詞(ときに)、副詞(もし)、接続助詞(ば)が錯綜して、文法用語を使つての説明がややこしくなるからである。条件文を特徴づける「もし～ならば」を、英語のifに相当する1個の結合詞として見ることにして論を進めたいのである。

さて、前述の時間文や条件文というのは、文法の観点から見れば複文の副詞的従属文の一種であるが、論理学の観点から見ると、伝統的論理学では仮言命題(hypothetical proposition)、現代記号論理学では含意命題(implication)の論理的構造をもつものである。

現代の命題論理学で使用される論理結合子は、否定($\sim p$)、連言($p \wedge q$)、選言($p \vee q$)、含意(内含ともいう)($p \rightarrow q$)、等値($p \equiv q$)の5種類であるが、否定以外の p と q との2項結合うち、前項と後項を入れ替えた場合、連言($q \wedge p$)・選言($q \vee p$)・等値($q \equiv p$)は真理値は同一であるが、含意「 $q \rightarrow p$ 」のみ、真理値が異なる。だからこそ、前件(antecedent:先行)と後件(consequent:後続)という区別が重要となる。



含意はベン図(円の内側が真、外側が偽を表す)では、 p が完全に q に包含されるという図で表される(左図)。その意味するところは、 p の要素は全部が同時に q の要素でもあるが、 q の要素の中には p の要素でないものもあるということである。そこから「逆は必ずしも真ならず」($q \rightarrow p$ の場合、 q 真・ p 偽が存在する)と言われるわけであるが、「必ずしも～ない」というのは「真

のことも、偽のこともある」という意味なので、命題が真である場合 (p 真・ q 真) もあるということに注意しなければならない。また、 p と q との条件関係も、「 p は q の十分条件」(p 真であれば、それだけで q 真を言うためには「十分 (sufficient)」な条件である) と「 q は p の必要条件」(q 偽は必ず p 偽であり、そのため q 真であることが p 真を言うための「必要 (necessary)」な最低限の条件であるが、 q 真だけでは、 p 真を言う条件としてはまだまだ十分でない) という違いがある。逆が成立するのは、 p と q の外延が一致する場合で、「 p は q の必要十分条件」「 q は p の必要十分条件」となる。

さて、文法や論理学に言及したのは、法律条文がこの形式を採るからである。ここでは法規範のうち、可視的明示的に言語で表現されている制定法に限定して話を進めていくが、他の種類の法規範についても、制定法型に言語化すれば、すべてにあてはまることである。

前述の含意命題を論理式ではなく、日常言語で言い表す時には、英語では「if... , then」、日本語では「もし...ならば、(その時には) ~」という言語表現を用いる。そしてその構造は、法律条文の要件 - 効果構造と相似している。わざわざ相似と表現したのは、論理学内部で命題の資格を有するのは、文の中でも真または偽のいずれか一方に決定可能な内容をもつものだけであるからである。したがって、論理学の含意命題は、事実、つまり存在「~である」を内容とする p 命題と q 命題が論理結合されたものである。しかし、条文の場合は、 q は「~である」ではなく、規範、つまり当為「~すべきである」を内容とするのが特徴である。だから、「 $p \rightarrow q$ 」という関係性の構造を維持しながら、それを「転用」という形で、初めて二値形式論理学と法論理学とは接合できる。

法律学の分野では、「三段論法」ということがよく言われる。三段論法 (英: syllogism) とは、論理学の推論パターンのうち、2つの前提命題と結論命題の計3つの命題もち、それぞれ改行して書くと3行、つまり3段になることから名づけられたものである。元来、ギリシア語シュロギスモス *συλλογισμός*

[syllogismos] (羅: syllogismus) は「推論」, つまりいくつかの前提と結論の論理的結合一般を表す語であった。1 前提は直接推理と呼ばれ, 対当推理 (opposition) と変形推理 (eduction) から成る。2 前提以上のものは間接推理と呼ばれ, その代表型が三段論法——その理論の中心が2 前提推論だったために, 明治期に作られた日本独特の訳語——である。

三段論法にもいくつかの型があるが, そのうち法律学方法論では, 「前件肯定式」(短縮して, 肯定式ともいう。)を法思考を「論理」表現する形式として, 論理学から「転用」している。前件肯定式とは, 「modus ponens (モードゥス・ポーネンス)」(ラテン語。modus は様式, ponens は「置く, 設置・設定・設立する」を意味する動詞 pono の現在分詞)の訳語であり, 内容をとらえて「構成式」(結論が否定命題になる「破壊式 (modus tollens)」に对照して, こう呼ばれる。)と呼ばれることもある。含意命題 (前件 p と後件 q の含意結合) と前件 p という2つの前提から, 結論 q (含意命題の後件)を導出する三段論法である。それを「転用」した法的三段論法 (あるいは判決三段論法)を対比して並べると, 以下の通りである。

大前提	事実 p → 事実 q	法律条文	法律要件 p → 法律効果 q
小前提	<u>事実 p</u>	事実	<u>事実 p</u>
結論	∴ 事実 q	結論	∴ 判決 q

法律条文は, 文法的には, 複文構造をもち, 従属文が事実文, 主文が規範文なのであり, それ故, 全体として, 規範文ということになる。そこで, 法律要件が事実である (存在) ことに注意すべきである。含意命題との対応で言えば, 前件は事実文 (記述文) であるのに対し, 後件が指図文なのである。だから, 単純な転用は, 存在と当為というカテゴリー違反になるが, その違反を回避するために多くの学者が様々な工夫をこらしたのだが, それについては, 本稿では省略する。なお, 法規範が仮言命題又は条件文であるのは,

それがもし定言命題 (categorical proposition) であれば、条件のつかない無条件的命題となり、いつ、どこでも、その規範の指図に従わねばならないことになり、規範に直面して自らの行為を選択するという近代法の根本原理が損なわれることになってしまうからである。

法律要件(刑法の犯罪の場合は、構成要件)は事実命題であり、事実の存在との合致により、事実の有無、あるいは存否の判断、yesかnoかの二者択一の問いに変換できるのである。もちろん、法律要件の中には、規範的要件、つまり裁判官の評価を必要とする要件要素が含まれることもある。たとえば、刑法第130条(住居侵入等)前段の「正当な理由」がそれであるが、「正当性」という性質をもつ概念の連続部分の途中に、何らかの判断基準を援用して区切りを入れて2つの部分に切り分け、「正当性」が「有る」か「無いか」の判断に移行させることを通じて、比喩的に言えば、連続量アナログを離散量デジタルに変換して、yes / noで答え得る問いに置き直して、言語的に処理すれば、事実命題の枠内で処理可能になるのである。

このようにすべての法律条文は、事実に対する規範の適用という本質上、含意命題、あるいは条件文に書き直す(rewrite)ことが可能であり、それをもって、三段論法の「転用」により、結論の正当化に資するのである。この方式は、権限を有する法適用者である裁判官の結論に対する理由づけという形式を踏まねばならないという意味で、制度的に強制されており、法律家共同体の公準でもある。この思考様式を学ぶ法学部・法科大学院の学生は、だからこそ、法的三段論法をマスターしなければならないのである。

とはいえ、大学で言及される三段論法は、事例問題の答案を書く際、事実と規範(条文)のレベルをきちんと区別した上で、「あてはめ」作業を確実に行うという論述作業の指針として標語的に言われているように思われる。

論理学の解説に深入りしたのは、本稿のテーマである「とき」と「場合」が表す「もし～ならば」という条件は、条文一般が基底構造として有する要件-効果結合の構造を土台として、その上での要件要素に当たるものであ

るということに、注意を喚起したかったからである。

6 「とき」の例

「とき」と「場合」の使用について、たとえば、本稿冒頭で引用した民法第135条の「～を付したときは」は「～を付した場合には」とか「～を付した場合においては」と差し替えても、まったく違和感が感じられない。そこが語感に基づく選択と言われている所以であろうが、両者の大きな違いは、「とき」の意味はほぼ仮定的条件に尽きるが、他方、「場合」はそのほかに次節で説明する意味をも併せ持つという点にある。「場合」の多彩さに比べると、「とき」は一つの仮定的条件を示すというシンプルな用法が際立ち、特に短い条文では多用されている。「とき」と「場合」のどちらが多く用いられているかは、数字的にはわからないが、トータルでは「場合」、仮定的条件では「とき」というのが、今回の調査から私が得た印象である。

「とき」の使用例で最も目を惹くツートップは、条文のただし書で用いられている「ただし、…ときは、この限りでない。」と後段で用いられている「…ときも、同様とする。」（後続の項の場合は、「前項と同様とする」）であろう。ある一定の条件の下で、先行する規定の効果と異なるか、同じかを定める条文の定型である。

○刑事訴訟法 第207条 [被疑者の勾留]

[2] 前項の裁判官は、第37条の2第1項に規定する事件について勾留を請求された被疑者に被疑事件を告げる際に、被疑者に対し、弁護人を選任することができる旨及び貧困その他の事由により自ら弁護人を選任することができないときは弁護人の選任を請求することができる旨を告げなければならない。ただし、被疑者に弁護人があるときは、この限りでない。

○刑事訴訟法 第272条 [弁護人選任権等の告知]

[1] 裁判所は、公訴の提起があつたときは、遅滞なく被告人に対し、弁護人を選任することができる旨及び貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは弁護人の選任を請求することができる旨を知らせなければならない。但し、被告人に弁護人があるときは、この限りでない。

○民法第884条 (相続回復請求権)

相続回復の請求権は、相続人又はその法定代理人が相続権を侵害された事実を知った時から5年間行使しないときは、時効によって消滅する。相続開始の時から20年を経過したときも、同様とする。

<平易化前の文言>

相続回復の請求権は、相続人又はその法定代理人が相続権を侵害された事実を知った時から5年間これを行わないときは、時効によつて消滅する。相続開始の時から20年を経過したときも同様である。

昭和23年刑事訴訟法は、ひらがな口語体条文における法令用語の用法動揺期の法律なので、興味深い用語・用例・文体が残っている法律である。たとえば、上掲の民法第884条のように、民法平易化で消滅した「同様である」も、今も現役で堂々と残っている。

○刑事訴訟法 第260条 [告訴人等に対する起訴・不起訴等の通知]

検察官は、告訴、告発又は請求のあつた事件について、公訴を提起し、又はこれを提起しない処分をしたときは、速やかにその旨を告訴人、告発人又は請求人に通知しなければならない。公訴を取り消し、又は事件を他の検察庁の検察官に送致したときも、同様である。

「この限りでない」と「同様とする」は、「とき」ではなく、「場合」でも語感的にもさほど差がないように感じられる。「場合」の使用について、前者は「ただし、～場合は、この限りでない」という形で、事例はかなりあるが、それに対して「～場合も、同様とする」(民事訴訟法第62条第7項後段、第73条第1項後段、第137条後段)や「～場合も、同様である」(刑事訴訟法第24項第1項前段、第111項第1項前段、第333条第2項後段)はきわめて稀である。

「とき」は、上記以外にも、様々な形で、条件文を構成している。「時」と併用されている場合は、両者の意味の違いを認識する絶好の練習問題になる。

○民法 第126条 (取消権の期間の制限)

取消権は、追認をすることができる時から5年間行使しないときは、時効によって消滅する。行為の時から20年を経過したときも、同様とする。

仮定的条件の意味を表す「とき」の標準型は、前述の「同様とする」という文末になる場合と同じ「ときは」であり、非常に多くの事例がある。複数の条件が選択的に並列される場合は、「又は」の用法に従って「pのとき、又はqのときは」や「pのとき、qのとき、又はrのときは」となる。

○民事訴訟法 第243条 (終局判決)

[1] 裁判所は、訴訟が裁判をするのに熟したときは、終局判決をする。

○刑事訴訟法 第336条 [無罪の判決]

被告事件が罪とならないとき、又は被告事件について犯罪の証明がないときは、判決で無罪の言渡をしなければならない。

例はこれだけにとどめるが、「とき」の用例の大半は、単独の条件を表す「ときは」と後述する二重限定の「場合において～ときは」である。これ以外にも、「ときであっても」、「ときでなければ」、「ときに限り」、「ときについて」という用例もあるが、これらで表現すべきときは「とき」よりも「場合」を用いるほうが一般的である。

7 「場合」の例

仮定的条件を意味し、「とき」と互換的に使用可能な「場合」は、単純に「もし～ならば」と置き換えて、何の問題もなく理解できる。この意味の「場合」は、「場合には」や「場合において」の形をとるが、数では、単独の「場合において」よりも、次節で扱う「ときに」と組み合わせられた「場合において…ときに」の形のほうが多いようである。

○憲法 第38条

[3] 何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない。

○民法 第23条(居所)

[1] 住所が知れない場合には、居所を住所とみなす。

号の規定をもつ条文において、柱書で「場合」を用い、各号の部分で「とき」を用いているものがある。各号列記条文は、たとえば以下の例で言うと、「数個の事件は、1人が数罪を犯した場合、数人が共に同一又は別個の罪を犯した場合、又は数人が通謀して各別に罪を犯した場合に関連するものとする。」という条文の形式を列記方式に代えて、号番号を付したものにすぎないから、

本来、各号末尾は「場合」で統一していいはずであるが、「とき」が用いられる。(号末尾の句点は、文のときに打ち、それ以外の場合は打たないのが原則であるが、例外的に「とき」と「こと」の後ろは打つことになっている。) これは、両者が共通の意味をもつことの現れと言ってよからう。

○刑事訴訟法 第9条 [関連事件]

[1] 数個の事件は、左の場合に関連するものとする。

- 一 1人が数罪を犯したとき。
- 二 数人が共に同一又は別個の罪を犯したとき。
- 三 数人が通謀して各別に罪を犯したとき。

○刑事訴訟法 第58条 [勾引]

裁判所は、次の場合には、被告人を勾引することができる。

- 一 被告人が定まつた住居を有しないとき。
- 二 被告人が、正当な理由がなく、召喚に応じないとき、又は応じないおそれがあるとき。

「場合」が単なる仮定的条件ではなく、名詞的に「ケース (case)」のニュアンスが加味された場合には、「とき」とは別の用法が現れる。「ケース」は、日本語では、文脈に応じて、事件、事案、事例、判例、訴訟、(医学の)症例、(文法上の)格、(語源的に別だという説もあるが、)容器などという訳語に訳し分けられる。共通イメージとしては、いろいろなものがワン・セットになって詰まっている入れ物ということだろうか。「既に規定されている対象をすべて指し示す包括的条件」を示すと説明されることもある。

この場合の「場合」は、2つの文の橋渡しをする結合詞の機能をし、先行文を前提として、後続文で先行文全体について説明を付加するという用法である。先行文が前提であるから、仮定的条件の拡張的用法と言える。

条単位で見ると、後続の条の最初が「前条の場合において」となるが、そもそも結合詞がなくても条の配列順序自体でつながりは理解されるので、実例は多くない。

○民法 第114条(無権代理の相手方の催告権)

前条の場合において、相手方は、本人に対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、本人がその期間内に確答をしないときは、追認を拒絶したものとみなす。

「場合」の結合詞としての機能は、条単位より、条内部においての場合において作用していると思われる。この場合を細かく分けて見ていくために、まず最初に、条文における文の単位について、整理しておきたい。

条文の起案方式の基本原則は、一条一文である。文末は、用言の終止形で終わり、句点が打たれる。(カタカナ文語文では、句点は打たれない。)

2文の場合は、次の3つのパターンがある。

(1) 2文目が改行され、①行頭開始、②1字下げ開始、③アラビア数字・1字空白開始の場合は、「項」と呼ばれ、条文中の「段落」という説明も多い。現在では、第2項以下の行頭には必ず項番号が振られる。第1項は、条名である「第〇〇条」の下からすぐに始まるので、わざわざ第1項を数字で振ることはしないが、市販の六法では、丸番号①を付しているものが多い。なお、単なる段落だからこそ、項番号が付されるようになって以降も、枝番号にはなじまないのが、項番号については、改正の際に番号の繰上げ・繰下げが行われる。

(2) 1文と2文が改行されずに、続いている場合が「段」であり、1文目

は「前段」、2文目は「後段」と呼ばれる。この2文の関係は、2文目で補足的説明を付け加える用法が専らであるが、それ以外の用法もある。段は、細かく見ると、さらにいくつかのパターンに分かれる。

数は多くないが、3文が改行されずに続いていることがある。カタカナ文語体の法律には時折見られたが、ひらがな口語体の法律においては、3文以上になる場合には、項として独立させる措置がとられるようになっているので、稀にしか見られなくなった。六法では、刑事訴訟法に実例が3つ見られる。

○刑事訴訟法 第24条 [簡易却下手続]

[1] 訴訟を遅延させる目的のみでされたことの明らかな忌避の申立は、決定でこれを却下しなければならない。／この場合には、前条第3項の規定を適用しない。／第22条の規定に違反し、又は裁判所の規則で定める手続に違反してされた忌避の申立を却下する場合も、同様である。

○刑事訴訟法 第68条 [出頭命令・同行命令・勾引]

裁判所は、必要があるときは、指定の場所に被告人の出頭又は同行を命ずることができる。／被告人が正当な理由がなくこれに応じないときは、その場所に勾引することができる。／この場合には、第59条の期間は、被告人をその場所に引致した時からこれを起算する。

○刑事訴訟法 第210条 [緊急逮捕]

[1] 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、死刑又は無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある場合で、急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないときは、その理由を告げて被疑者を逮捕することができる。／

この場合には、直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない。／逮捕状が発せられないときは、直ちに被疑者を釈放しなければ

ばならない。

さらに、手形法(昭和7年法律第20号)と小切手法(昭和8年法律第57号)には、4文が改行されずに続いている条文がある。

○手形法 第16条 [裏書の資格授与的効力]

[1] 為替手形ノ占有者ガ裏書ノ連続ニ依リ其ノ権利ヲ証明スルトキハ之ヲ適法ノ所持人ト看做スノ 最後ノ裏書ガ白地式ナル場合ト雖モ亦同ジノ 抹消シタル裏書ハ此ノ関係ニ於テハ之ヲ記載セザルモノト看做スノ
白地式裏書ニ次テ他ノ裏書アルトキハ其ノ裏書ヲ為シタル者ハ白地式裏書ニ因リテ手形ヲ取得シタルモノト看做ス

○小切手法 第19条 [裏書の資格授与的効力]

裏書シ得ベキ小切手ノ占有者ガ裏書ノ連続ニ依リ其ノ権利ヲ証明スルトキハ之ヲ適法ノ所持人ト看做スノ 最後ノ裏書ガ白地式ナル場合ト雖モ亦同ジノ 抹消シタル裏書ハ此ノ関係ニ於テハ之ヲ記載セザルモノト看做スノ 白地式裏書ニ次テ他ノ裏書アルトキハ其ノ裏書ヲ為シタル者ハ白地式裏書ニ因リテ小切手ヲ取得シタルモノト看做ス

たまたまほとんど内容的に重なる条文であった(手形法・小切手法は原文に濁点が振られている)。4文連続になると、前段・中段・後段では足りなくなるので、やむなく第1段、第2段、第3段、第4段と数字で言うほかはなくなる。これ以外にも、手形法34条1項と46条2項も、第4段まである条文である。手形法・小切手法は、国際統一条約に基づいて、それまでの商法「第4編 手形」(為替手形・約束手形のみならず、第4章には小切手に関する規定を含む。)を削除し、新たに単行法として制定されたといういきさつがあるので、どちらにも、西欧風の4文連続が出てくるのかもしれない。また、カ

タカナ書きの条文は句点が付されていないので、項頭の1字下げがない時代の条文（たとえば、後述の大日本帝国憲法第62条）は、印刷の都合で行末に終止形が来たとき、それが段末なのか、項末なのか判断に迷うこともある。1行字数の違う2冊の六法を対比して、やっと決着がつくという有様である。

なお、ドイツ法研究者の中には、日本法を扱っている時にも、「前段」の代わりに「第1文」、「後段」の代わりに「第2文」と表記する者がいる。たとえば、ドイツ民法第123条第2項第2文の条文「§ 123 Abs.2 S.2 BGB」と略表記され、「Paragraph einhundertdreißig Absatz zwei Satz zwei BGB (= Bürgerliches Gesetzbuch)」と読む。ドイツ法のSatz（ザッツ）は4文以上になることも多く、前段・中段・後段では間に合わないの、数字で言うしかないが、ドイツ語「Satz」が一般に「文」と訳されること多いので、「第〇文」という呼び方が広まってしまっているのである。私個人は「文」より「段」と訳すほうがよく、「第5文」も「第5段」とするほうがいいと思うが、ドイツ法研究論文で「文」でも差し支えない。ただ、日本法条文で「後段」と呼ぶべきところを「第2文」と呼ぶのは、「後段」が条文中にも登場する歴とした法令用語である以上、学生に不正確な知識を伝えることになると思う。

なお、特に法律効果が同一である複数の法律要件が句点で区切られた2文ではなく、単に読点で区切られているに過ぎない場合、その要件部分の前半と後半を特定して指示する必要があるとき、慣用的に、前段・後段と呼ぶこともある。また、時折、本来なら句点を打って前段・後段にしたり、別項に分けて規定すべき場合であるにもかかわらず、2つの内容が1文で規定された条文についても、前段・後段と呼ぶこともある。

○刑法 第54条（1個の行為が2個以上の罪名に触れる場合等の処理）

[1]【前段】1個の行為が2個以上の罪名に触れ、又は【後段】犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。

○刑法 第130条(住居侵入等)

【前段】正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し、又は【後段】要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しなかった者は、3年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。

○刑法 第240条(強盗致死傷)

強盗が、【前段】人を負傷させたときは無期又は6年以上の懲役に処し、【後段】死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する。

第54条第1項前段が観念的競合、後段が牽連犯であり、第130条前段が住居侵入罪、後段が不退去罪、第240条前段が強盗致傷罪、後段が強盗致死罪(実務上、強盗殺人罪とされるものを含む。)である。

(3) (2)で説明した前段・後段のパターンの特殊なもので、後段の文頭が「ただし」・「但し」で始まる場合、その後段を「ただし書」と呼び、前段を「本文」と呼ぶ。ただし書は、本文の原則的規定に対して、例外的内容を付加することがその第一義的用法で、「この限りでない」という文末表現がとられることが多い。すなわち、法律効果が正反対になるわけなので、「第○条本文」と「第○条ただし書」の指示を明快に区別して表記することが重要である。

今回の条文逍遙中に、大日本帝国憲法第62条に、例外的なただし書があるのを見つけた。なお、ここでは仮定的条件「トキハ」とすべきときも、単なる「ハ」という短縮形が用いられている。

○大日本帝国憲法(明治22年2月11日発布) 第62条

- [1] 新ニ租税ヲ課シ及税率ヲ変更スルハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシ
- [2] 但シ報償ニ属スル行政上ノ手数料及其ノ他ノ収納金ハ前項ノ限ニ在ラス
- [3] 国債ヲ起シ及予算ニ定メタルモノヲ除ク外国庫ノ負担トナルヘキ契約ヲ為スハ帝国議會ノ協賛ヲ經ヘシ

3項から成る条文であるが、第2項が「但シ」で始まっている。本来、ただし書は第1項の末尾に改行せずに続くものなので、これを第2項とするのは六法編集者の過誤ではないかと思ひ、御署名原本で確かめたところ、確かに改行されていた。よく見ると、ただし書の中に「前項」という文言があり、項が別であることを示唆している。したがって、第1項の例外を定めた第2項を「限ニ在ラス」で結ぶ文として起案したので、うっかりと冒頭に「但シ」を加えてしまったと推測するほかはない。こういうことも起こってしまうのである。

(3) の垂種として、後段の文頭が「又」(「又は」ではない)とされる例が、特に憲法で少数見られる(特別の名称はないようである)。これは単純に2つの文をつないでいるだけであるが、語感的に何かつなぎ言葉が欲しいような文のつながり具合なので並立(「又は」の非排他的選択の用法につながる)を意味する「又」を入れたと推測できる。それならば、項を改めたほうがよほどすっきりすると思われる。段としても独立しない場合の例もある。なお、この「又」は、カタカナ文語体条文で頻出した「亦同シ」(ひらがな口語体では「同様である」を用いる)の「亦」と同音〔マタ〕であるが、「モマタの亦」と言われ累加表現を特徴とする「亦」とは別の漢字である。

○憲法 第34条 [抑留・拘禁の要件, 不法拘禁に対する保障]

何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を

与へられなければ、抑留又は拘禁されない。又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない。

○憲法 第37条 [刑事被告人の諸権利]

[2] 刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、又、公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利を有する。

また、公用文や一般の文書では、補足的説明をする文の冒頭が「なお」で始まる文があり、俗に「なお書き」と呼ばれるが、法令文では原則的に使わない。法令用語「なお」は、法令が改廃された場合に、改廃前の状態を経過的に存続させるときに副詞として「なお従前の例による」・「なお効力を有する」というふうに使われる。ただし、かつては条文中に用いられた例が若干見られるが、改正の際に改められて、姿を消している。

○民法 第748条 …平成16年法律第156号による改正＝現代語化前の規定

[3] 婚姻の当時その取消の原因があることを知っていた当事者は、婚姻によつて得た利益の全部を返還しなければならない。なお、相手方が善意であつたときは、これに対して損害を賠償する責に任ずる。

○民法 第748条 (婚姻の取消しの効力) …現代語化後の現行条文

3 婚姻の時においてその取消しの原因があることを知っていた当事者は、婚姻によつて得た利益の全部を返還しなければならない。この場合において、相手方が善意であつたときは、これに対して損害を賠償する責任を負う。

以上、3種類の結合のパターンを押さえた上で、条件を表す「場合」と「とき」の用法を見ていこう。

(1) の場合、項と項をつなぐ結合詞として「場合」が用いられ、後ろの項が、「前項の場合において」から始まる。このことにより、項の単なる順序的配列ではなく、先行の項を受けて、後続の項の内容が説明を付加するものとなる密接な連関が示される。前項が本文・ただし書の形式の場合は、「前項本文の場合において」と2文のうち、1文(本文)を特定して指示する場合もある。なお、「前条の場合において」も、後続の項が別立てにされて条になった場合と見ればいいのかもしれない。

○民法 第502条 (一部弁済による代位)

[2] 前項の場合において、債務の不履行による契約の解除は、債権者のみができる。この場合においては、代位者に対し、その弁済をした価額及びその利息を償還しなければならない。

○民法 第545条 (解除の効果)

[1] 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはできない。

2 前項本文の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない。

また、これとよく似た表現である「前項に規定する場合において」が用いられることもある。両者の違いは、前者が前項全体(要件+効果)を受けているのに対し、後者は前者の条件文の部分だけを受けているという点にある。

会社法第348条第3項は、「取締役が2人以上ある」場合ではなく、業務を「取締役の過半数で決定する」場合についての規定であるのに対し、第351条は「代表取締役が欠けた」場合又は「定款で定めた代表取締役の員数が欠けた」場合について裁判所の権限を定めた規定である。(なお、第1項に、副詞「なお」の例が見られる。)

○会社法 第348条(業務の執行)

2 取締役が2人以上ある場合には、株式会社の業務は、定款に別段の定めがある場合を除き、取締役の過半数をもって決定する。

3 前項の場合には、取締役は、次に掲げる事項についての決定を各取締役に委任することができない。

一～五 (略)

○会社法 第351条(代表取締役に欠員を生じた場合の措置)

[1] 代表取締役が欠けた場合又は定款で定めた代表取締役の員数が欠けた場合には、任期の満了又は辞任により退任した代表取締役は、新たに選定された代表取締役(次項の一時代表取締役の職務を行うべき者を含む。)が就任するまで、なお代表取締役としての権利義務を有する。

2 前項に規定する場合において、裁判所は、必要があると認めるときは、利害関係人の申立てにより、一時代表取締役の職務を行うべき者を選任することができる。

(2) の場合は、段と段をつなぐ結合詞として「場合」が用いられ、後段の文頭が、「この場合において」となる。この実例はきわめて多い。また、準用条文での読替規定の文頭は、「この場合において」が用いられる。なお、「この場合において…ときは」については、次節で説明する。

○民法 第 420 条（賠償額の予定）

[1] 当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。

○民法 第 808 条（婚姻の取消し等の規定の準用）

[1] 第 747 条及び第 748 条の規定は、縁組について準用する。この場合において、第 747 条第 2 項中「3 箇月」とあるのは、「6 箇月」と読み替えるものとする。

刑事訴訟法では、「この場合には」という表現が採用されている。第 265 条と完全に同一である表現の条文が、第 393 条第 3 項後段と第 445 条後段にある。

○刑事訴訟法 第 265 条〔裁判上の準起訴手続の審判〕

[2] 裁判所は、必要があるときは、合議体の構成員に事実の取調をさせ、又は地方裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを囑託することができる。この場合には、受命裁判官及び受託裁判官は、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する。

(3) の場合は、「場合」と関係がないようであるが、「ただし」が例外ではなく、付加的説明を意味することも用法として許容されていたため、本来、「この場合において」がふさわしい箇所であるにもかかわらず「ただし」で結合されていた場合がかなりあった。この混在状況は、法律の一部改正の都度、部分的に修正されており、「こまめに」といってよいほどの法制局職員の律儀さが見られる。民法に見られた用法の不統一は、平成 16 年の現代語化の際に整えられ、ただし書を後段に、つまり、「ただし」を「この場合において」に改めた箇所は 37 箇所にのぼるとのことである。

○民法 第536条 …現代語化前の規定

[2] 債権者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキハ債務者ハ反対給付ヲ受クル権利ヲ失ハス但自己ノ債務ヲ免レタル因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債権者ニ償還スルコトヲ要ス

○民法 第536条(債務者の危険負担等) …現代語化後の現行条文

2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

○民法改正法案 第536条(債務者の危険負担等) …平成27年3月31日国会提出

2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

最後に、いくつかの「場合」の用例を見ておこう。

「場合について」は、ある規定を特定のケースすべてに準用する場合の表現として用いられる。二重限定の例になるが、「場合において、…ときについて準用する」という形もある。

○民法 第205条 [準占有…節に含まれる条が1つなので、条文見出しなし]

この章の規定は、自己のためにする意思をもって財産権の行使をする場

倉について準用する。

○民法 第 110 条（権限外の行為の表見代理）

前条本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

また、準用は「この場合において」に「は」を付けた「この場合においては、…の規定を準用する」という文言でも表現できる。「この場合においては」はケースを限定する意味を有するので、「なければならない」や「ことができる」で終わる前段ともつながりやすい表現である。

○民法 第 801 条（外国に在る日本人間の縁組の方式）

外国に在る日本人間で縁組をしようとするときは、その国に駐在する日本の大使、公使又は領事にその届出をすることができる。この場合においては、第 799 条において準用する第 739 条の規定及び前条の規定を準用する。

ケースを限定する機能から、「場合に限り」や「場合を除いては」の用法も出てくる。

○刑法 第 37 条（緊急避難）

自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかつた場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

○憲法 第33条 [逮捕の要件]

何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。

8 大条件「場合」と小条件「とき」

1つの文の中で、「場合」と「とき」が併用される場合に限って大きい条件に「場合」を用い、小さい条件に「とき」を用いるという作成ルールが存在する。まず大条件（第1条件）で対象に絞りをかけ、その絞り込まれた対象に対してさらに小条件（第2条件）で一層の絞りをかけるという2段階の対象絞り込みの表現であり、ここでは「二重限定」と呼ぶことにする。「pの場合において、qのときは」という形は、ベン図で言えば、外側の円がp、内側の円がqということなので、含意関係を示していることになる。ここで注意すべきは、内包が結局同じになるとはいえ、決して「pかつq」($p \wedge q$)ではないということである。この場合のqは、類pに対し、種qの関係にあることを忘れてはならない。

この例は非常に多いので、数例を挙げるにとどめる。

○民法 第566条 (地上権等がある場合等における売主の担保責任)

[1] 売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる。

○民事訴訟法 第308条 [事件の差戻し…前条と共通見出し]

[1] 前条本文に規定する場合のほか、控訴裁判所が第一審判決を取り消す場合において、事件につき更に弁論をする必要があるときは、これを第一審裁判所に差し戻すことができる。

○刑法 第 207 条 (同時傷害の特例)

2人以上で暴行を加えて人を傷害した場合において、それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共同して実行した者でなくても、共犯の例による。

○刑事訴訟法 第 193 条 [検察官の司法警察職員に対する指示・指揮]

[3] 検察官は、自ら犯罪を捜査する場合において必要があるときは、司法警察職員を指揮して捜査の補助をさせることができる。

二重限定は、「場合」・「とき」併用のときは、それぞれ文で表現されるのであるが、大条件を語で表現することもできる。「Aが、pしたとき」というパターンは、第1段階で主体からA以外が排除され(大条件)、第2段階でそのAがp行為を実行した場合(小条件)に犯罪が成立する。「ある者がAである場合において」という条件を満たすということは一定の「身分」を有するに至るということなので、身分犯の規定はこのパターンをとることになる。これらは次節で説明する「であって…もの」のパターンでも表現可能である。

○刑法 第 208 条 (暴行)

暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

○刑法 第 238 条 (事後強盗)

窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる。

○刑法 第247条(背任)

他人のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたときは、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

なお、刑法253条の業務上横領罪は、「業務上自己の占有する他人の物を横領した者」とすべての要素を「者」にかける文言で書かれているが、「業務上他人の物を占有する者が、これを横領したときは」という文言にリライトすれば、身分犯の構造を表現形式から容易に理解できる。

刑法第197条では「場合」と「とき」の3パターンの組み合わせが見られる。特に第2項は、3重限定の例となっている。

○刑法 第197条(収賄、受託収賄及び事前収賄)

[1] 公務員が、その職務に関し、賄賂を收受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、5年以下の懲役に処する。この場合において、請託を受けたときは、7年以下の懲役に処する。

2 公務員になろうとする者が、その担当すべき職務に関し、請託を受けて、賄賂を收受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、公務員となった場合において、5年以下の懲役に処する。

「者」という漢文は、それ自体で、仮定的条件を表す用法がある。たとえば「殺人者斬」は、「人を殺したる者は斬(刑に処す)」のほかに、「人を殺したらば斬(刑に処す)」と訓読することも可能である。英文法の仮定法で、「if

節の代用をする主語」と言われるものと同じ構造である。したがって、「～した者は、… [の刑に] に処する。」という刑法条文は、「場合」や「とき」を用いて複文で表す内容を、単文で表現しているとも見ることもできるのである。

語一文の順序ではなく、文語の順序の二重限定も理論的には考えられる。前者は前述のように「Aがpしたとき」であるのに対して、後者は「pした場合において、Aは」「pしたとき、Aは～」となり、格助詞の「が」と「は」が異なる。しかし、後者は、実は「場合」や「とき」を一度だけ使用した通常の結合のケースにはほかならない。これも二重限定と言えなくもないし、適例があるかもしれないが、ここでは「が…とき」のみが二重限定の指標となると、暫定的に言うにとどめておく。

9 二重限定の「であって…もの」「で…もの」

最後に、語と語による二重限定を採り上げる。もちろん語とは言っても、それぞれ内容を示す修飾句が——用言なら連体形を用いて——名詞（語）に係っており、この場合、後ろの名詞は、前出の名詞と同じものであっても、ひらかな「もの」を用いることがルールである。これは二重限定の一つの表現方法であるので、語を文章化するリライトを行えば、「～場合において、…ときは」という形式に書き換えることはできる。そこで、本稿の最後に言及しておくことにする。

「もの」は、漢字「者」——法人格を有する自然人・法人——や漢字「物」——権利の客体たる外界の一部——という法律学で頻出する重要語と同音〔モノ〕であり、起訴状の朗読や判決言渡しの際など口頭で発言するときに、耳で聞いてまぎらわしいと思われれば、「者」は〔シャ〕、「物」は〔ブツ〕と音読みするのが実務界の慣行である。それに対して「もの」は法人格なき社団を含む場合や、有体物以外を含む場合に、漢字の代わりに用いられるほか、

多種多様な対象を指示する語として用いられる。日本語の「もの」のもつ特性を利用した用法である。本稿のテーマからはずれるので、詳論は避けるが、特に、ゆるやかな義務づけを表す「ものとする」(「しなければならない」よりも義務性が低い)や、擬制や推定をした後の対象を指示する語として「～なものみなす」・「～なもの推定する」などがその代表的な使用例である。

「であって…もの」の「であって」の後に読点が付される場合も付されない場合もあるが、「で…もの」は後者の簡略表現と考えてよい。

この用法は英語の関係代名詞の用法に当たると説明されることが多い。すなわち、「Aであって、Bなもの」は、すでに何らかの形容詞又は形容詞句で修飾されている名詞Aを、さらにBを内容とする形容詞節、つまり関係代名詞節で後ろから修飾するということであり、受験英語的な関係代名詞の訳し方をすれば、「BであるところのA」となる。文法的に言うと、修飾とは対象を限定するという操作になるので、Aの前の修飾語がまず第1段階の大きな絞り、つまり大条件(第1条件)で、Bという関係代名詞による修飾が第2段階のさらなる絞り、つまり小条件(第2条件)である。だから、「Aのうちで、Bの性質をもつもの」と同義である。たとえば、「法科大学院を修了した者」のうち、「司法試験に合格した者」だけを指示したい場合、「法科大学院を修了した者であって、司法試験に合格したもの」、あるいは「法科大学院を修了した者で司法試験に合格したもの」となる。共通する「者」を繰り返さず、後のほうの「者」を「もの」とするのが表現上の特徴である。なお、これと同じ内容は、「法科大学院を修了した者が、司法試験に合格したときは、…」という形式でも表現できる。これは、語一文による二重限定と見ることができる。

○刑事訴訟法 第250条 [公訴時効期間] …罪→もの(罪)

[1] 時効は、人を死亡させた罪であつて禁錮以上の刑に当たるもの(死刑に当たるものを除く。)については、次に掲げる期間を経過することに

よつて完成する。

[2] 時効は、人を死亡させた罪であつて禁錮以上の刑に当たるもの以外の罪については、次に掲げる期間を経過することによつて完成する。

第1項及び第2項の柱書であるが、第2項は「罪であつて…もの」までが第1項に該当する罪で、それ以外の罪についての規定である。「罪であつて…罪」という文言に惑わされる学生が多く見受けられる。

○刑事訴訟法 第123条 [還付, 仮還付] …物→もの (物)

押収物で留置の必要がないものは、被告事件の終結を待たないで、決定でこれを還付しなければならない。

○刑事訴訟法 第352条 [上訴権者] …者→もの (者)

検察官又は被告人以外の者で決定を受けたものは、抗告をすることができる。

○民事訴訟法 第5条 (財産権上の訴え等についての管轄) …訴え→もの (訴え)

次の各号に掲げる訴えは、それぞれ当該各号に定める地を管轄する裁判所に提起することができる。

一～七 (略)

八 会社その他の社団又は財団に関する訴えで 社団又は財団の普通
次に掲げるもの 裁判籍の所在地

イ 会社その他の社団からの社員若しくは社員であつた者に対する訴え、社員からの社員若しくは社員であつた者に対する訴え又は社員であつた者からの社員に対する訴え

で、社員としての資格に基づくもの

ロ～ニ (略)

九～十五 (略)

○民事訴訟法 第336条(特別抗告) …決定及び命令→もの(決定及び命令)

[1] 地方裁判所及び簡易裁判所の決定及び命令で不服を申し立てることができないもの並びに高等裁判所の決定及び命令に対しては、その裁判に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、最高裁判所に特に抗告をすることができる。

「者で…もの」型の二重限定であっても、最後の「もの」を「者」とした表記上の誤りがそのまま残った例もある。

○労働基準法(昭和22年法律第49号) 第9条(定義)

この法律で「労働者」とは、職業の種類を問わず、事業又は事務所(以下「事業」という。)に使用される者で、賃金を支払われる者をいう。

なお、憲法において、「であつて」の使用が、前文で3箇所、条文で8箇所見られる。しかし、これらの「であつて」はすべて、「である」に接続助詞「て」が付いた形で、前の文と後ろの文を続けて述べる際の表現にすぎず、「もの」と呼応しておらず、二重限定の「であつて…もの」とは別表現である。とはいえ、憲法独特の直訳調の文体であり、妙に記憶に残る言い回しである。

○憲法 前文

…そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は

国民がこれを享受する。…

日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。…

われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる。

○憲法 第1条 [天皇の地位・国民主権]

天皇は、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であつて、この地位は、主権の存する日本国民の総意に基く。

○憲法 第97条 [基本的人権の本質]

この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。

この「もの」は、二重限定「であつて…もの」の「もの」ではない。

10 結びに代えて

言語表現を通じて思考を見るという観点から、法令用語を対象に考察をし、単なる法令用語解説に終わらないようにとの姿勢を堅持しながら、毎年1編ずつこのシリーズを書き進めている。解説であれば、法令作成のプロである法制執務担当者のマニュアルを見れば事足りる。いちいち注を付することは

していないが、論考の出発点は、常にこれらの書物である。でも、なぜこうなのかというわけを明らかにしたくて、ああでもない、こうでもないと考え続けている。

ある内容をどの形式で、どういう文言で表現するか、その選択の判断根拠はどこにあるのかを探し求めて途方もない迷い道に踏む込んでしまった。本シリーズでは、法令用語の解説を単なるマニュアルにとどまらせないために、できる限り、法制史的知見を参照しようとしているが、そこで浮かび上がってくるのは、結局、翻訳に伴う訳語確定の苦闘の歴史であった。それが法令用語ということになると、さらに定型化の工夫が上乘せされてくる。

「多様な表現の底に同一の思考構造が存在することを発見する」という論理学の立場と「同一構造をもつ思考内容でも表現・表出の形は多様だ」というレトリックの立場の相剋である。そぎ落とそうとするロジックの方向性と、どんどん付け加え、飾り立てようとするレトリックの方向性のいずれもが、表現者としての人間の思考に内在する対立である。レトリックはロジックで統御できない。

本稿のテーマである仮定的条件を表す「場合」と「とき」、時点を表す「時」ということ自体はさほど複雑ではないが、その使われ方の様々のパターンを示す適例を選択するのに予想以上に時間がかかった。ある一つの例は、他の箇所例にもなるということも再三であった。だからこそ、引用条文に「場合」「とき」「時」などが出てきた場合にはすべて下線を付しておいた。もっと時間があれば、もっといい例が見つかるかもしれないが、最終的には、かなり恣意的な選択になってしまった。結局「語感」の違いと言われると、そこで立ち止まらざるを得ない。「場合」と「とき」を論じるのに、地の文で「場合」と「とき」を繰り返し使わなければならない、絶えず「語感」が問われ続けた。「語感」という曲者をどう処理すべきなのかは、今もって、わからないままである。

律令の歴史に立ち寄ったことが、思いがけない息抜きになった。これまで

過去の法文や外国の法文を見る機会があっても、専ら内容の理解に精力を割いていた。しかし、内容と同様に、あるいはそれ以上に、語・文の表現選択にも目を配るべきだと感じた。たとえば、ローマ法のラテン語法文についても、言語表現という視角、つまりレトリックの観点からの見直しの必要を痛感した今回のテーマであった。

今回のタイトルは、論述順序とは必ずしも一致しないが、「場合」と「とき」が併用されるとききの大小、「とき」と「時」の使い分け、別種の二重限定のパターンとしての「であって…もの」という順序で並べており、本シリーズの他稿同様、幾分かは記憶の一助となることを願っている。