

日本法學

第八十一卷 第三号 2015年12月

論 說

刑事司法における検察官の役割 (二) 加藤 康 榮

翻 訳

ドイツにおける教育を受ける権利 ペーター・M・フーバー
甲斐素直 翻訳監修

栗 島 智 明 訳

判例研究

泥酔中に吐瀉物を誤嚥して死亡した事故につき、保険者による免責の抗弁が否定された事例
〔東京高裁平成二六年四月一〇日判決(東京高裁平成二四年七月六日決定) 7655号、同二五年(ネ)2859号、保
険請求控訴、承継参加事件〕判例時報2237号109頁
〔第一審・東京地裁平成二四年一月五日判決(平成二三年(ワ)9701号)判例時報2237号118頁〕
..... 梅 村 悠

資 料

ポテイエ『新編ユステイニアヌス学説彙纂』第50卷第17章第1部抄：吉原 達也

日本法学 第八十一卷第一号 目次

論 説

古代ローマにおける incestum について ……吉原達也
集团的自衛権と憲法の変遷論 ……小林宏晨

行政警察活動と犯罪の事前捜査(下) ……加藤康榮

翻 訳

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点 ……マルティン・ホイプライン
——瑕疵ある決議の公表を例として決議の拘束力と法律行為論の要請の間の関係について—— ……益井公司 訳

研究ノート

財政改革と連邦最高裁判所 ……甲斐素直
——バーガー第一五代長官の時代—— ……

判例研究

経営破綻した大手スーパの社債の購入者らによる、
社債販売会社(証券会社)、社債管理者(銀行)に
対する損害賠償請求に関する事件 ……松嶋隆弘
(マイカル投資家訴訟名古屋事件・名古屋高判平成二二年五月八日
判時二〇七三号四二頁、判タ三三六号一九一頁(変更・確定))

論 説

ポティエ『法準則論』中の「一般的法準則」における方法論分析… ……菊池肇哉
ポティエ「新序列」とドマ「自然的序列」の相克と統合

日本法学 第八十一卷第二号 目次

論 説

英国金融法制と Senior Management Regime
——コボレット・ガバンス・コードの交錯 裁判例を通じたコントロの察察… ……藤川信夫
上級管理者機能(SMF)および域外適用——

刑事司法における検察官の役割(二) ……加藤康榮

住民訴訟と議会による権利放棄議決 ……西原雄二

道路周辺映像サービスの問題点 ……水野正
——住居画像の提供を中心として——

翻 訳

所有物返還請求権は消滅時効にかかり得るか ……クリスティアン・アラウリニョ
——同時に消滅時効の持つ目的に寄与するものとして—— ……益井公司 訳

判例研究

入浴中の溺死について疾病免責が認められた事例 ……梅村悠
東京高判平成二四年七月二日判決(平成三年(ホ)第九〇七号、保険金請
求訴訟事件) 自動車保険ジャーナル1914号4頁
原審・東京地裁平成三年九月二日判決(平成二年(ワ)第七六八号保
険金請求事件(第一事件)、平成二年(ワ)第四八二五号、保険金請求事件
(第二事件)) 自動車保険ジャーナル1914号13頁

資 料

「商法(運送・海商関係)等の改正に関する ……日本大学法学部商事法研究会
中間試案」に対する意見募集」に対する意見

刑事司法における検察官の役割（二）

加藤 康 榮

I はじめに

II 本稿の課題

III 刑事法制発展の歴史から学ぶべきこと

1 英米法系と大陸法系の刑事法制の比較

2 我が国の刑事法制の歴史的發展

3 刑事法制史から学ぶべきこと

4 小 括

IV 検察官の地位・役割

1 予審制度の廃止と検察官の公訴権行使の制御・チェック機能

（以上、（二）―前号）

2 当事者主義と検察官の地位・役割

(以上、(二) — 本号)

3 検察再生とその在るべき将来像

4 近時の新たな重要法制度の導入

5 小括

(以上、(三) — 次号)

V 管見の整序

1 刑事司法の理念 — その究極に在るもの

2 管見のまとめ

VI 総括

(以上、(四) — 次々号)

IV 検察官の地位・役割

1 予審制度の廃止と検察官の公訴権行使の制御・チェック機能

(1) 予審制度の廃止から新しい検察官制度へ

ア 予審制度と検事・予審判事の役割分担

本稿は、刑事司法において中心的役割を果たす検察官について、刑事法制の歴史に学びながらその地位・役割を整理し、今後の在るべき姿を求めようとするものである。そして、前(二)編では刑事司法のシステムの考察から、約

七〇年にわたる予審制度における検事と予審判事の役割分担（嫌疑が十分でない被疑者を早期に見極めて釈放する役割を裁判所が担任することなど）を詳しく見てきた。その母法のフランス刑事訴訟法では、予審請求の権限を検察官に独占させず、私訴原告にも認める制度であつて、これはイギリスでの民衆起訴―起訴陪審の歴史にも通じるものであり、今に生きている。我が国では、戦後廃止後しばらくは予備審問や更なる新しい予審制度の提言もあつたりしたが、²⁹今や予審制度の復活論までは見られない。それは、単に現行法が定着してきたという現実の重みだけではない。捜査権限を第一次捜査機関として独立して有することとなつた警察等司法警察職員の地位・役割の効用との関係でも、これとその事件処分を裁判所へ繋ぐその媒介者として、予審判事ではないところの検察官を介在させることは有用なシステムと言える。また、刑事手続上のシステムとしても、そして適正なチェック・アンド・バランスの観点からも、刑罰権を実現するに効果的・有機的な機能を果たしていると評される。このため、この枠組みは現行制度を以て基本形とするのが相当ではないか。

イ 戦後の改正現行刑訴法の制定過程と検察官の位置づけ

改正現行刑訴法は、戦後GHQ（連合国軍総司令部）の指示・指導の下、国民主権となつた新しい日本国憲法に従つて、その「応用憲法的」な刑訴応急措置法を経て制定に至つたものであるが、アメリカ法の理念が必ずしも体系的に導入されたわけではない。それは、短期間で相当な混乱状態のうちに慌ただしく、しかも切り貼りの改正作業が行われて接ぎ木されたというのが歴史的事実であつたと言える。³⁰

そこでの検察の機能・職能に関する改革の骨子を述べれば、先ずは裁判所からの分離独立であつたが、それは予審制度の廃止とそれに伴つての捜査権限の名実ともになる強化でもあつた。それは従来の予審判事が有した強制捜査権

限を検察官等の捜査機関に移管し、その代替措置として令状主義を憲法、それを承けた改正刑訴法に規定した。そのGHQ案から成案に至った憲法第二一条、第三五条が示す令状発付権限者の「司法官憲」には、裁判官のほか検察官も含まれるとするのが当初の政府答弁であったが、やがてそれが「司法官憲とは、検察官を含まず裁判官のみである」との公権解釈に落ち着いたという立法解釈上の変遷経緯もあった。また、旧刑訴法通り国家訴追主義としての公訴権の原則独占と起訴便宜主義が維持され、その一方で訴因制度などを以て当事者主義が導入された。

ウ 予審制度廃止に伴う検察官の役割の重要性

新しい検察官の役割は、捜査機関として任意捜査権限のほか強制捜査権限を含めて全ての捜査権限を有し、第一次捜査機関である警察等の捜査機関の関係でも、検察官への全件送致・送付主義（刑訴法第二四六条）の下で、これが統括する捜査の主宰者になること（検察官のみ勾留請求権限を有することがこれを示す―刑訴法第二〇四条、第二〇八の二。ほかに、検察官の司法警察職員に対する指示・指揮権の付与―第一九三条・第一九四条）、事件の起訴・不起訴の処分を原則検察官が独占するということは、公訴前の捜査段階がいわば前捌きの裁判機能を有することを示す。

この検察官の権限集中型になる役割の付与は、極めて重要である。刑事司法システムの中では、その後の手続の出発点となるが、そこでの判断が誤りであったり、結果として権限濫用になる公訴権濫用あるいは起訴すべき事件の不起訴処分であったり、捜査の過程で被疑者等の関係者に対する人権蹂躪に至る不都合な事態を招く危険をも孕むダイナミックな制度設計とも言える。現に、検察官へは戦前からその独自捜査による日糖事件や大逆事件等著名事件の摘発と、その有罪判決に至る強力な活動が、ともすれば、無罪となった帝人事件等の摘発から、「検察ファッショ」とも批判されたりしてきた³¹。また、戦後も、「検察官司法」と評されたりもしてきた。そこでは、当時アメリカ留学か

ら帰国されたばかりの平野龍一博士による、我が国の捜査が従来のそれは糾問的捜査観であるとして、これを否定して弾劾的捜査観たれとする学理的には有名な提言も生まれた。

そこで、刑事司法のシステマ的思考から、捜査権限は検察官への権限の分配として「補充的な範囲」で認め、公訴官に徹しさせること、そして、起訴基準も緩和した運用へと変革を遂げさせ、公判中心主義へと前進させること、しかし、無用な公訴がないよう、その確認制度として新たな予審制度を設けるといふ司法システムも、学理的には一案としては挙げる事ができる。それは、「捜査の司法化」の理念であつて、検察官の起訴裁量権の必要性を減少させ、起訴した事件に対しても、「公平な予審判事」がいれば確認の捜査をして、公判に耐えられると判断した事件だけ公判に付するといふものであつて、裁判官が関与する点で一面弾劾的手続とも言えよう。しかし、この制度は実績もある一方で、小野博士の指摘にも、捜査の不必要な二重性、予審勾留の長期化と被告人の負担加重等の問題点があり、その解決案として、予審制度を廃止し捜査権限を検察官に集中させるという改革案が廃止前の戦前当時から出ていたもので、今や従来のままの予審制度の復活論は到底採り得ないし、現実の声にも接しない。ただ、検察官による捜査の主宰と起訴・不起訴の処分を巡つての裁判官的機能を分散化・希釈化あるいは実質的控制の方策として、システム構造的には検察官への権限集中を「公訴の是非」の確認としての新たな予審制度（現在のフランスでも維持されている私訴原告も含めた予審制度も含めた制度）を採ることも、学理的には立法政策の一つとなり得よう。

そこで現在、予審制度相応の機能を有する制御・チェックシステムを設ける必要性があるかである。

(2) 検察官の公訴権行使と制御・チェック機能

我が国の予審制度は廃止されるべくして廃止されたものと言えるが、問題は検察官の公訴権行使を制御・チェック

する予審制度に代わる新しいシステムが必要ではないのかということである。

そして、先の検察不祥事も検察官制度の「制度疲労」によるならば、なおさら検討の余地のある議論ではないかということである。予審制度の機能的観点からは、検察官が自らその役割を担うこととなった。しかし、事件を公判に付するか否かの決定権限を二重構造となる予審制度を廃止して、検察官にだけ直接的・集中的に付与することが制度的にはそれでよいのかということである。いわば予審的機能になる新たな「公判前の前捌きのシステム」が必要なのではないか。そして、必要だとすれば、具体的にどのような制度設計が適切かという学理的な問題提起である。

戦後七〇年間は、予審制度の廃止に代わって検察官の起訴・不起訴処分 of 適否のチェックは、検察官が基本的には先ずは「自己チェック」で規律するという重い役割を担い、起訴された事件は裁判所が精密司法に従って適正手続を履践しての証拠収集であることを検察官と弁護人の協力も得て検証し、真相解明を尽くして冤罪を防ぎながら適正な科刑に至る。一方、不起訴処分に対しては、検察審査会のほか公務員の職権濫用罪については付審判制度によって裁判所が控制・チェックするということでのその機能の役割分担をしてきた。

しかし、国民の司法参加が時代の要請となって、近時は起訴の重大事件では新たに裁判員制度が導入され、起訴事件の適否の判断に新たに国民（裁判員）が「裁判」に直接加わるようになった。また、不起訴事件に対しては、国民（検察審査員）が従来参加していたが、それがいわば勧告・意見具申的な位置づけから、「起訴強制」権限まで付与されるようになった。これら重い画期的な「民意の反映」の制度化によって、「国民による刑事司法チェック」という一大システムができ上がっている。このパラダイムシフトをどう考えるかということである。

してみると、かつての予審制度に代わる制度の設計を今考えるよりも、司法への国民参加の流れに即して、従来か

らの検察官の公訴権行使の運用を基本としつつ、それが相当か否かは国民のチェック状況の結果如何で改善を重ね、それが例えば、フランスの予審制度のような、その機能に相応する新たな制度設計の要請が強まれば、その時点で改革を実施すればよいものと思われる。そのためには、国民が「司法参加の主体」（裁判員、検察審査員、あるいは「被害者参加」の被害者）となる国民と、その対象（客体）となる罪を犯した犯罪者の国民との「国民二分化」問題、あるいは「ペナル・ポピュリズム問題」を呼ぶことや、そして対象国民に対する「訴追抑制」の要請との関係を説く論者の指摘も考慮しながら、また、「起訴議決」（起訴強制）制度の実施以降、これまで起訴強制の件数自体が少ない上に、これが無罪判決も圧倒的に多い状況にもかんがみて、これからの制度の浸透状況を見て、引き続き検討課題としていく必要がある。そして、刑事司法への「国民参加」が時代の要請であるならば、後述する現状批判派の有力論者からの、検察官の起訴に対しても起訴陪審ないしは検察審査会の審査員に「起訴審査」権限をも与えて、これに拘束力を持たせるとの案も現実味を帯びてこよう。それは予審判事に代わる役割を付与するものであるが、そこまでいけば、英米法の大陪審（起訴陪審）論まで議論は発展を見せ、国民による検察官の公訴権行使に対する究極の制御・チェック制度となつてこよう。

こうして見るとき、事は「検察官の地位・役割の性格・位置づけ」をどう捉え、その期待する内容をどう見るかという問題点の検討こそ必要となつてくるものと言える。

2 当事者主義と検察官の地位・役割

(1) 公益の代表者・準司法官性論

ア 検察官の地位・役割論に関しては、まず、その位置づけとして、従来から検察官は刑事訴訟の単なる一方当事

者ではなく、「公益の代表者」、あるいは「準司法官（性）」であるという位置づけが有力に唱えられている。

だからこそ、検察官は捜査においては有罪証拠ばかりでなく無罪証拠も収集し、いったんは有罪の確信を以て起訴した後も、その立証過程で無罪の証拠が発見されれば、「公訴取消権」という後戻りのための黄金の架け橋を用意し、あるいは審理をほぼ遂げているならば無罪論告を以て冤罪を厳粛に認めるとの職責を有することが指摘でき、この公益の代表者・準司法官論は管見においても支持するところである。このように解する根拠は、戦後、改正現行刑訴法施行までの繋ぎ法になる時限立法の刑訴応急措置法（昭和三二年五月三日施行）の第九条が、「予審は、これを行わない」と規定し、その従来の予審判事の役割を、本来の公訴官である検察官の担任事務に吸収した形で、同法と同じ日に施行された検察庁法第四条において、検察官の職務権限を明示したことである。それは、①刑事について、公訴を行い、裁判所に法の正当な適用を請求し、かつ、裁判の執行を監督する事務、②裁判所の権限に属するその他の職務上必要と認める事項につき、裁判所に通知を求め、又は意見を述べる事務、③公益の代表者として他の法令が属させた事務、の三点の職務権限である。戦後の新検察官としての職務権限を整理して明示したものである。その共通項は「公益の代表者」である。条文上は、③の事務だけにしか「公益の代表者」という用語は使われていないが、①②の事務も公益の代表者としての職務であることは明らかであり、③は①②に続いて「その他の公益の代表者」としての検察官の職権事務を括って掲げたものと言える。ただ、公務員は「全体の奉仕者」（憲法第一五条二項）として、みな公益に奉仕する職責を有するから、検察官の刑事司法システム上の位置づけの説明としては不十分であり、ここで検察官の職務を問う場合の「公益」の内容というのは、検察官固有の特徴を捉えたものでなければならぬ。

イ 亀山継夫教授（元検察官・元最高裁判事）は、「現在の実務の運用においては、検察官の性格が不明確なままに

推移しており、このことが検察のあり方のあいまいさを招き、種々のところで問題を生んでいる」として、その位置づけの明確化の必要性を指摘される。

つまり、この問題は、従来、検察官は捜査官か公訴官という形で論じられてきたが、検察官は、捜査を直接の職責とする機関という意味では捜査機関ではなく、また単に公訴を職責とするのでもないことを指摘された上で、検察官の刑事司法システム上の位置づけを、「『法の正当な適用』、換言すれば『法の適正な実現』という『公益』を代表することを直接の職責とする機関」と説かれる³²。その理由の一つとして、現行法上、検察官が司法官ではなく行政官であること自体は明瞭であるが、戦前の検察官は、裁判所に所属して裁判官と並んで司法官であり、戦後司法権の独立に伴って両者は分離したが、このような沿革ばかりでなく、職務の基本的性格が事件の真相を解明して適正な刑罰権を行使、すなわち法の正当な適用をするための職責にある点では裁判官の職責に通じ、また、検察官は、行政官とは言いながらも他の行政官とは違って、特定の一般行政目的を有しているわけではないから、この点でも裁判官の職責に通じるものと言えるとして、検察官の実質「準司法官性」の視点を説かれる³³。

井戸田侃教授は、捜査手続を検察官・司法警察職員・被疑者（弁護人）がそれぞれ訴訟法律関係を構成し、そこでの検察官の役割は公益の代表者として起訴・不起訴の第一の振るい分けをする機能の独自性を認め、その位置づけにつき「準司法官性」を認める。これは、当事者主義を受容しながらも検察官には客観義務を求める考え方を基底にするものであり、アメリカ法の純粋な当事者主義を念頭に、解釈上の訴訟条件になる公訴権濫用論と一体的に論じる³⁴。

この公益の代表性については、検察の在り方検討会議の提言、平成二三年三月三十一日付け「検察の再生に向けて」においても確認されているが、この点は同検討会議の提言の分析の項で再論する。

ウ 次に、検察官の地位・役割を「客観義務」の面から位置づける立場がある。

岡部泰昌教授の「検察官の客観義務」でその総括がなされる³⁵。その論旨のポイントは、検察官を刑事手続における（消極的）実体的真実主義の担い手と位置づけ、そのための職務（義務）と、その手続を適正に遂行すべき義務を負うこと、それをもつて「客観義務」と称するものであり、これを各手続段階ごとに分析し、その客観義務違反に対しては裁判所がこれをチェックするものとする。すなわち、①実体的真実主義が刑事訴訟の基本理念であることを確認の上、実体的真実主義は、まさに検察官の主張としての訴因に掲げられた事実との密接な関係をもち、事件を鋭く反映するか否かによつて担保されていると考える。つまり、検察官はこの公訴権行使において客観的義務を尽くすべきものとし、その客観的抑制の方法として、訴因の構成において、事件との密接かつ鋭い対応関係を維持しつつ、法の適正な手続をとおして収集された証拠の充分性に裏打ちされるべき義務と、刑事訴追を必要かつ妥当とする刑事政策その他の考慮を客観的に行うべき義務とを検察官に負担させるべきであるとされ、これらの義務を検察官の「職務遂行の客観義務」と観念される。②次に、その検察官に客観義務を負わせる実定法的根拠について、従来は検察官の準司法官的地位から論拠づけられていたところ、検察官は国家機関として国家の刑事訴追権ならびに刑罰権を行使する行政官としての公的地位にあることから本来的にでてくるものとして、公益の代表としての地位からの根拠づけを考える。しかし、その公益の代表者性も、「検察官が公益の代表者である」というのは被告人の弾劾そのものが公益の代表者としての立場からなされるものであるということ、従つて、その弾劾に当たっては、それが「個人的な利害や感情に走るなどして——公益の代表者としての行動の枠外にそれるようなものであつてはならない、ということ在意味するにすぎない」（柏木教授）と説明されるように、検察官が私的利害や感情に走つて刑事訴追権を行使してはなら

ないこと、また政治的な利害に基づき訴追活動を行ってはならないことなどは、まさに検察官が行政官として公的地位にあることに由来するものであるとする。こうして、検察官は、公務員として不偏不党、かつ公正に職務の遂行に当たる一般的義務を負い、刑事訴追権の担い手として、法の定める適正な手続に従って行動する義務を負うものと論拠づけられる。そして、③この検察官の客観義務を、刑事手続の各段階における検察官の各職務を検討しながら、これらの手続部分のありうべき目的と機能の関連において、具体的、個別的に論定することで理論づけを行う。例えば、捜査手続では、被疑者に与えられた防御権が憲法上、法定手続の保障、令状主義、黙秘権、弁護人依頼権等として規定され、これが刑事訴訟法で具体化されていることから、被疑者に与えられた防御権の行使を尊重し、将来の公判に對する十分な準備活動を行わしむべく努め、いやしくもこれらの基本的人権の保障を侵害するがごとき犯罪の捜査をなすべきではないという義務が中心となること、実体的眞実主義も誤って無辜を訴追しないという消極的な眞実義務であるとした上、被疑事件の客観的な解明に基つかない検察官による不当な起訴を起訴以前に規範的に抑止しようとして意図してなされたものであること、公訴が検察官の主張であり、その限りにおいて主観的なものであっても、そうした主張は被疑事件の客観的な解明＝客観的嫌疑に基づき、とくに十分な証拠に基づく客観的な判断に依拠して確信的になされたものか否かということにより区別できること、このことから警察の違法な捜査活動に基づく公訴を提起すべきでないことなどの刑事訴追の恣意的行使の抑制としての客観的義務を説かれる。また、④検察官の客観義務に対する制御・チェックは、公判における裁判所の司法的抑制に期待し、公訴が客観的嫌疑と密接かつ鋭い緊張関係を保持していないことが検察官側の証拠によって判明したとき、起訴便宜主義の不当な運用があった場合、あるいは違法な捜査に基づく不当起訴の場合に対しては、刑訴法三三九条一項四号により公訴棄却の決定を言い渡し、公判手続に

において蒙る諸種の負担から被告人を早期に解放してやるべきであり、そこにこそ、人権擁護機能に基づく裁判所の司法的抑制の実質的な具体化が認められることになることを説かれる（横山晃一郎教授からの批判もある³⁶）。

エ 検察官の地位・役割の定立は、刑事手続における捜査の構造論と結びつけて論じられることから、先の井戸田教授提唱の訴訟的捜査構造論は、平野龍一博士提唱の糺問的捜査観か弾効的捜査観かとの択一的対比論³⁷に「新しい糺問的捜査観」とも言える積極的な捜査観を定立するものと評されたこともある。

ところが、検察官の公正・客観性の確保や客観的な職務執行の義務論には、その実体的根拠こそが問われ、観念的義務論で終わるとの川崎英明教授からの疑念の指摘もある³⁸。これに対して田宮裕博士は、取調べの任意性の確保や、被疑者弁護権の保障だけならば、弾効構造をとる必要性はなく、「人権にめざめた糺問構造」でも足りるとした上、さらに「もしそれだけが弾効的捜査観の帰結ならば、客観義務をもった検察官が捜査を総括するといういわゆる『修正された糺問構造』もむしろ弾効的なものと称さざるをえなくなり、糺問—弾効のモデルとしての意義は失われてしまふ。そこで、真に有用な弾効構造というのは、当事者の平等関係ばかりでなく、捜査の法的地位ないし目的論にこそその特徴があると考え」とされ、「捜査構造論は捜査独自の理論ではなく、即『訴訟構造論』なのである。この見地からは、自白や弁護権ばかりでなく、強制処分論一般の再検討、捜査と検察官論、したがってそれとの関連における裁判官の機能論など説明を要すべき課題はなお山積している」と指摘される³⁹。

（2）当事者主義と捜査構造における検察官の機能

ア 当事者主義の徹底には当然、人権保障の重視が政策論として存在するが、アメリカでは刑事訴訟も基本的には民事訴訟の延長であり、形式的現実主義の下で当事者処分権主義となる。

アメリカの刑事手続におけるアレインメント制度では、被告人が有罪答弁をすれば、証拠調べなく直ちに量刑の調査をして有罪判決に至る。無罪答弁をした事件だけが公判審理に付され陪審が審理する。全事件の九割以上は有罪答弁で処理されており、しかもその前の手続では、検察官と被告人・弁護人の当事者間で、いわば罪一等減ずる訴因の縮小や求刑を低くする答弁取引（司法取引）をして有罪答弁に至ることが法認される。しかし、我が国の刑法法では、大陸法系の訴訟構造で当事者処分権は認めず、実体的（実質的）真実主義を指導理念とした（刑法法第一条）。それでも、神のみぞ知る絶対的真実ではなく、人権を保障した適正手続を踏んだ上での結果、すなわち訴訟法上の真実を前提とした刑罰権の確定である。検察官も裁判官も、証拠を吟味して実体的真実の解明に努めるが、実は弁護人も一定の真実解明に対する協力義務を負う。要するに、アメリカの刑事訴訟における当事者主義は、裁判訴訟のゲーム化で戦術を駆使しての弁論主義によって決せられ、それが奏功しての結果が真実として扱われる。このため、検察官と弁護人の陪審員に対する説得としての弁論の巧拙・優劣で形式的に有罪・無罪が決せられる。その結果、我が国ではいわば「木の葉が水に沈んで石が浮かぶ」というような事実認定は、実体的真実に反する理不尽・不合理なものとして到底受容しないが、アメリカではこれと対照的に、水に沈んだと認識したものが木の葉であっても、沈んだものと認識した以上はその認識した形式的真実ないし手続上の事実主義によってこれを受容する。このように、陪審で真実（Truth）と事実（Fact）とを割り切って区別しながら評決をして、その結果に理由も付さないことで裁判を終結させるというのがアメリカの「司法風土」であることは確認しておかなければならない。⁴⁰

イ 田宮裕博士は、日米の当事者主義の違いを受容しながら、捜査に始まる訴訟構造をシステムの捉え、我が国での当事者主義の徹底を主張される。⁴¹

戦前の予審制度では、捜査について予審判事が公判に向けての準備の最終責任者となるが、戦後はそれが廃止された。ところが、その役割を現行法でも捜査機関―捜査の主宰者である検察官がその予審判事の役割も担うとする捜査観がある(この捜査観を弾劾的捜査観の論者は「糾問的捜査観」と命名する)。しかし、司法的抑制からする令状主義がとられた以上、捜査機関―検察官がこれを予審判事に担うのは現行法の当事者主義に合わないから、ここでは当事者として捜査機関側と被疑者・弁護人側とが公判活動と同様対等当事者として各準備し合うものと捉える捜査観を主張するのが弾劾的捜査観である。この見解では、捜査機関の捜査活動として「性質的には私的な探偵の活動と変わりがないものと観念せよ」ということになる。しかし、これでは、理屈上は行き着くところ「検察官民営化論」まで発展してその受容を迫られることにもなる。この点では、同博士は国民感情という点から言っても、捜査機関を私立探偵と同じに考えるのは実態に合わないだろうとする。そして、弾劾的捜査と現行の訴追制度とはナチュラルにはつながらないとし、「法の正当な適用」を請求するという意味での準司法官的性格を持つ検察官のいわば「司法処分」的な訴追と、捜査の当事者の性格とはうまくつながりにくい。だまっていれば捜査は「司法処分」という方向へ流されていってしまうはずで、これが弾劾的捜査に対して働く阻害要因の最大のもものと分析する。要するに、検察官に司法処分を行う地位・役割までを付与する訴訟構造は、当事者主義、弾劾的捜査の理想に反して相当でないとの基本的な考えの下に、しかし現状の検察官の地位・役割が客観義務を負う準司法官である現状を認めるものである。

事は、当事者主義の内容の確定と検察官の地位・役割を刑事手続上、システムのどう捉えるのが政策的に相当であるのかということである。田宮博士の分析と主張は、検察官制度の現状が中央集権的なキャリアの検察官による官僚的な検察制度で、公訴権を原則独占し、しかもその行使については訴追裁量権が認められているという三点セット

で国家訴追主義を支えていることを前提とすれば、戦前と同じように、裁判の前に行われる司法的な判断、準司法官による司法的判断だと考えることはごく自然のこととする。そういう一種の準司法官とされる訴追官（検察官）が、同時に捜査官でもあることから、その捜査官はやはり、公平な準司法官でなければならぬ。しかし、当事者主義もワン・サイドットの性格にならざるを得ない。その顕れとして、捜査の結果を調査にまとめ、これが証拠として事実認定に供する手続が定着し、それは起訴状一本主義を「一段階遅れた書証の引き継ぎ」と化させて、捜査の結果が実質上優先しているという実情となっている。また、調書尊重主義は、書面審査の「調書裁判」となり、口頭弁論・公判中心主義を形骸化させる危険を孕んでいる。ところが、この裁判手法によつて、無罪率を最小限に抑え込んでいく事実は、起訴・不起訴について有罪の確信に至るまで証拠を厳選してこれを決定しているということを示すものである。それ自体は人権に配慮し、裁判の効率化にも寄与している一面評価すべき点でもある。そこで、この裁判手法でも裁判が公正に誤りなく行われて、正しい結果を出しているのであれば問題がないはずである。しかし、このような公判主義を形骸化させる実情は、ひいては当事者主義のチェック機能が働き難くなって、冤罪を易々と有罪と裁判してしまう危険が避け難いものとなり、それは、「検察官が準司法官の立場で完璧を期そうとすればするほど、それは非当事者主義化する」という制度的な問題点があることなどを田宮博士は指摘される。

ウ この検察官の公益の代表者・準司法官性論は、検察官に公訴官のほか捜査の主宰者としての地位・役割を与え、捜査の結果に対して起訴・不起訴の司法処分を現実に行わせるものであつて、大きな権限行使を認めるものとなる。

弾劾的捜査観からは、アメリカ刑事手続法同様、当事者主義を徹底すべき刑事訴訟にあつて、これが捜査段階でも行われるべきところ、「我が国では実体的真実主義の指導理念を強調して、その捜査から公訴までの段階を自己完結

的に担うという糾問的捜査で終始している」と見て批判する。戦前から、予審制度の下での捜査過程において、既に人権侵害の危険が指摘され、このため、検察官に強制捜査権限も含めて権限集中を図ることでこれを回避する策が提案されていた。しかし、我が国では検察官の地位・役割自体に変革を加えるべきではないであろう。ただ、いかなる制度でも、これを担任する機関の人材の無瑕疵性に期待しているだけでは、やがて巣くう弛緩現象を免れ得ないのが歴史の示す通患と言えよう。その弊害回避のための担保規定はもちろん、誤りが現出した場合の救済措置の設定は重要と言えよう。このようなことから、検察官による捜査の主宰と起訴・不起訴の決定を巡っての裁判官的機能を希釈化あるいは実質的控制の方策としては、先に触れたように付審判（準起訴）手続（刑訴法第二六二条以下）のほか、検察審査会法の改正による「起訴議決」（起訴強制―同法第四一条の六以下）の創設という検察官の起訴裁量権の例外拡大の政策の流れをもって是正する担保政策が当面相当と言えよう。

こうして絞られてくる問題の核心部分は、究極の批判が「現行法での検察官の公訴権行使は、刑事司法のシステム上、あまりに当事者主義・公判中心主義と乖離している」との指摘に収斂できるように思われる。もともと、そこでの当事者主義は、アメリカ法のそれとはやや異なり、検察官の捜査・訴訟追行には公益の代表者、準司法官的立場での行為規範を求めつつ、被告人側には実質的武器対等の原則の担保を求める意味での当事者主義―松尾教授の言われる擬似当事者主義―を指し、したがって、主張の重心は公判中心主義からの乖離を批判するところにあるものと言えよう。そこでは、刑事手続のいわゆるモデル論が我が国にも紹介された。それは、憲法原理を具現化するための規範的ツールとして、特に学界では捜査構造論と合わせて活発な議論が展開された。すなわち、これが我が国では従来の大陸法型の真実究明・権力行使型―実体真実モデルと、英米法（アメリカ法）型の主張吟味・権力抑制型―適正手続

モデルという一対のモデル類型として論じられてきた。その議論の先に、現状は「精密司法」との分析が出てきて、それがいわば日本型当事者主義としてむしろ国民性にも合致し、問題は各論的・具体的なものとして検討していくべきではないかとも考えられるようになってきた。

そこで、次には「モデル論」から精密司法論へと展開して行った過程を追って見ることにする。

(3) 「モデル論」の展開

ア 従来の大陸法型と英米法型のモデル論に対して、一九六四年以降、アメリカでは「パッカーのモデル論」を契機として、注目すべきモデル論が提示されるところとなった。⁽⁴²⁾

ハーバート・パッカーは「刑事手続の二つのモデル」論を展開する。刑事手続の最も重要な機能・目的は、犯罪の抑圧（処罰）だとする「犯罪抑圧モデル」（処罰優先型）を一方に置き、これに対し、個人優位の観念及びこれを補充する公権力の制約という観念を基礎に置く「適正手続モデル」（手続保障優先型）を対置させた。前者は、裁判所の審判手続よりもより優れた手続として、警察・検察が行う迅速・正確で効率的な行政的眞実発見活動を置き（有罪の推定に結びつく活動）、公共の秩序の回復維持面を重視する。後者は、基本的に前者の手続に信頼を置かず、誤判の余地をできるかぎり排除するために機能し、そこから「無罪の推定」の観念なども生まれるとする理念である。

これに対し、一九七〇年、グリフィスは、「刑事手続における理念——刑事手続の第三のモデル」を示した。すなわち、パッカーモデル論は、国家と被告人との関係を、本質的に利害相反する調和不可能な関係とする思想、闘争のモデルを提示したにすぎないと批判する。その上で新たに、「刑事手続は官憲に対する信頼が前提とされ、弁護人も検察官と相争うものではなく、裁判所の公正な裁判に協力するものとして捉えられることになる。被告人も、その権利、

尊厳、人格につき最大の尊重を受け、特殊のカテゴリーの者としてではなく、人間として扱われる。また、手続それ自体の教育的効果など、手続の実体的機能も重要な問題として浮かび上がってくる」とし、司法の目的を「主として犯人の改善更生に向けられるもの」とする「家族モデル」を提唱したのである。

それでは、パッカーらのモデル論は我が国にはどのような影響を及ぼしたのか。次に、その状況をも概観する。

イ パッカーのモデル論が公刊されるより五年前の一九五八年、平野龍一博士が既に「弾劾的捜査観・糺問的捜査観」の対比論―いわば捜査におけるモデル論―を提言されていた⁴³。

学説は、弾劾的捜査構造論を検討するなかで現れた「適正手続と犯罪抑制のモデル論」を、捜査から始まる刑事手続システム全体にわたる問題として位置づけ、また、適正手続の具現化の試みを、当時モデル論を支えるミランダ判決などアメリカ合衆国連邦最高裁のリベラル判例を基礎づけとして深化させようとした。そして、我が国の最高裁の判例にもその影響が顕れたものとして、取調べにおける約束による自白の証拠排除(最判昭四一・七・一刑集二〇・六・五三七)や、偽計による自白の証拠排除(最大判昭四五・一一・二五刑集二四・一一・一六七〇)の判例を挙げ、ただ、モデル論への評価あるいは批判は、実務のほか学者からも上がっていた。

田宮裕博士は、パッカーのモデル論は、「複数の制度の比較ではなく、アメリカ法の運用の方向づけ理念たるを本質とするので、アメリカにおいては固有の有用性をもつが、普遍性に難点がある」とし、「ダマシユッカ等の職権主義・当事者主義のモデルに帰着せざるをえないであろう」と、また、グリフィスの家族モデルと抗争ないし対立モデルの対比は、「職権主義モデルと当事者モデルに相応するものといえる」とされる⁴⁴。

白取祐司教授は、パッカーモデル論は、当時のアメリカの深刻化する犯罪情勢への厳しい対応の法執行と連邦最高

裁のウォーレン・コートによる刑事手続に関する一連の自由主義的な判例の輩出という時代背景におけるモデル論であったことを指摘される。そして、パッカーは「憲法理念」を切り口にして手続上の問題を縦断することで、刑事司法の「革命」を指し示す方向、すなわちデュー・プロセス方向への転換の正統性を論証しようとしたと評する。⁽⁴⁵⁾

鴨良弼教授は、我が国の法制は英米法とドイツ法とのいわゆるミックス型であるから、弾劾システムを基本とする法制下での「適正手続のモデル」論がそのままではまるかどようかは疑問であるとして、「刑事訴訟は、すぐれて、人間関係の濃厚な社会である。相互の信頼関係、協力関係なくしては成立しない社会である。公権力側と個人の関係を一律にエネミーの関係で割り切るわけにはいかない社会である。・法的義務とまではいかないが、一般第三者の協力なくして民主法制下の捜査は十分に機能することはできない。当事者の敵対関係と一般の無関心を刑事訴訟の基本的前提としているものとは、とうてい考えられない」として、むしろグリフィスの「家族モデル」を評価される。⁽⁴⁶⁾

また、松尾浩也教授は、モデルは、ドイツ、アメリカにせよ各国の刑事手続を素材にしながら、しかしそれを高度に抽象化して作成したものであり、実在の手続は、社会の変化にダイナミックな反応を示すし、またある部分の変容は必然的に他の部分にも影響を及ぼすとされた上、ところが、モデルは作成された段階で固定されやすいし、また、モデルの一部分（捜査等）を取り出して現実に適用しようとする場合、他の部分との関連は失念されがちであって、弾劾的捜査観に従って捜査の抑制を求める以上、公訴提起における嫌疑の基準も抑えなければならぬ。しかし、檢察実務は、ほとんど確信に近い高度の基準を採用していると指摘され、その概説書を執筆した際、悩み抜いて結論において実務を支持したが、これは同時にモデル論からの離脱を余儀なくさせるものであると結論を述べられている。⁽⁴⁷⁾

こうしたモデル論争は、我が国では先行する捜査構造論（糺問的捜査観・弾劾的捜査観の対比論）を以て、「実体的真

実主義（真相解明）と適正手続」の相克として対置させ、適正手続の深化を図る論議を「我が国のモデル論」としたが、やがて、根強い実務の手続実体を直視し、日本の特色論としての国民性論、そして改革点を探る視点からの「精密司法論」が有力に説かれるようになってきた。

（4）刑事司法の現状分析における国民性論・精密司法論と現状批判論

ア 国民性論は、つとに青柳文雄博士の提唱になる分析である。

その「新旧刑訴の連続性と非連続性」の論考で、「被疑者取調べの重視、低調な弁護活動、起訴便宜主義、書証の中心的活用、念入りな被告人質問など基本的な諸制度の連続性を強調するばかりか、旧法からの断絶を象徴するかのようにならわれている令状主義、起訴状一本主義、訴因制度、各種証拠法則、上訴などにおいてさえ、旧法的傾向からの修正が加味され、結局、日本的にアレンジされた大陸法が強固に生き続けている」とされる⁴⁸。田宮裕博士は、青柳博士の主張を要して、「日本人の民族、歴史、生活、思想、文化等がかもす特性、そのあり方とこれをもたらした諸状況との総合を、国民性と表現」し、これを一口で言えば「和合とゆるしの心情」と理解された上、これは「実は私たちを変えた『反・当事者主義論』（反・英米法論）にほかならない」とされ、職権主義の正当化論であるから、真の日本の特色論は、精密司法論をまたねばならなかったとされる⁴⁹。

ところで、土本武司博士（元検察官）は、基本的に国民性の視点から現行刑事訴訟を分析され、「かかる国民性がある以上、わが国では、警察や検察が、あつさり捜査し、おおらかに起訴するという態度をとることは、わが国民の正義感情と司法に寄せる期待に反することになりかねないであろう」とされる。すなわち、①高い有罪率は起訴の厳選が前提となっていること、②捜査手続は糾問型と弾劾型の混合形態であること、③「あつさり捜査し、おおらかに起

訴すること」は、わが国民性にそぐわないことなどを説かれる。そして、国民性については、④国民は権利意識よりも「お上」意識が強く、司法官憲の真実にできるだけ近づこうとする熱意と誠実さに期待し、そこに自分達の正義感の満足を求めようとすることを指摘される。そして、権利義務の論理的観念の代わりに、「互譲」「和」を尊ぶ精神風土が培われ、情緒性を本旨とする「義理」「人情」という独特の心情が育ち、民事紛争についても、訴訟による解決は好まれず、和解や調停がもてはやされること、刑事訴訟法も、実際の運用面では、わが国民性に合致する方向でのみ機能し、そこでは法廷のみを主戦場とし、スポーツ的訴訟技術の巧拙によってことを決めることでは国民の納得が得られず、捜査において真実を発見し、確定して、裁判においてはそれを説得し明確にするということのほうが国民性によく適応することも挙げられる。また、⑤我が国においては自白が非常に多く、国民も自白がないのを当然と見ないで、「もどかしさ」を感じていること、⑥我が国にあつては犯人として検挙されればその者の八〇%が有罪である⁵⁰と思ひ、起訴されれば九〇%が有罪であるとする国民感情が支配的であることなどを指摘される。

イ 精密司法論は、松尾浩也教授が提唱された刑事手続の日本の特色としての分析である。

それは「綿密な取調べに始まり、慎重な起訴を経て、入念な判決に終わる」という丁寧な手続であつて、「『事案の真相』を細部まで解明し、また量刑の資料も提供できること、起訴に無駄がなく高い有罪率を確保できること」等の長所がある一方で、「捜査が糾問的な色彩を帯びやすく、国際的な批判の対象にもなること、虚偽の自白など誤判の原因を生じた場合は正に関係者の多大の労力を要することがその短所である」と分析される。要するに、徹底した捜査を経た慎重・厳選起訴で、公判を書面中心でじっくり進めて、納得のいくまで上訴を三審限度で重ねて、無罪率の低下を目指す刑事モデルを特色として捉えるものである。松尾教授は、これを検察官の権限の強大さという側面か

ら見て、戦前からドイツ法に倣いつつその基本とする起訴法定主義の影響からは離脱して、起訴便宜(裁量)主義を採用したが、これは「旧法下においても、すでに擬似当事者主義的な土壌が存在していたことを意味しており、戦後、アメリカ法の部分的継受がスムーズに行われた理由の一半は、それによって説明がつくといつてよい」とされる。その上で、「警察だけでなく検察官も捜査に深い関心を持ち、公訴の提起は、十分な証拠固めをした上で、確信をもつてなされるのが常態である」とし、その結果、口頭弁論は調書裁判となつて形骸化しているものの、有罪率は九九パーセント強という世界の裁判趨勢からはおよそ驚異的な精密度を呈していることをもつて、「精密司法」と称された⁵¹。そして、この刑事裁判の歴史は、多年にわたつて形成された結果であり、その歴史の連続と不連続の問題があるところ、そのなかで生まれたのが「丹念な取り調べによる真実の発見」であると評された⁵²。

また、井上正仁教授は、わが国の刑事手続の特色について、捜査は、被疑者の取調べを中核として、極めて綿密になされる。成果という点でも、諸外国に比べて、検挙率が一番高いなど、効果的・効率的である。しかも、警察のみならず、検察官も自ら捜査に参与する。被疑者や重要な参考人については、検察官が重ねて取調べをし、自ら嫌疑を確認したうえで、有罪の確信があり、かつ刑事政策的にもメリットがあると判断される場合に限つて起訴をするという『十分な捜査と慎重な起訴』(石井判事)であると分析される。そして、その問題点を、①慎重な起訴、②真実の究明、③有罪率の高さ、④証書の多用、⑤弁護人の責任を挙げ、精密司法の実体を受容した上で、その改革案を提言される。それは、(i) 刑事弁護の強化・充実である。具体的には、(a) 起訴前弁護制度の整備、(b) 接見交通の緩和・自由化、(c) 証拠開示の拡充である。次に、(ii) 調書の利用の制限・厳格化である。それは(a) 争いのある事件と争いのない事件の区別、(b) 自白調書の任意性・信用性の厳格な判断、(c) 取調べ状況の可視化、(d) 検

察官面前調書等の利用の制限などであると分析されている⁽⁵³⁾（なお、法文化（松尾教授）や国民性（青柳博士・土本博士）に準拠することには言及されていない）。

ウ 田宮博士は、我が国の刑事司法が精密司法の実態にあるとの議論について、次のような疑義を呈される⁽⁵⁴⁾。

（ア）それは、①徹底した捜査で事件が固められ、公判ではその成果たる書証が活用されるやり方は誤判を招きかねないとの指摘があるが、それはむしろ「ラフな審理」であつて、決して精密ではないこと、②アメリカの当事者主義像と似ても似つかぬというのが実体と言うが、それは「反・アメリカ」にすぎない。「お国ぶり」が違うのだからそれ自体は当然であること、③日本の法文化論や、青柳文雄博士の提唱になる国民性論などには、ただ異なる理念像を提示しただけと言うべきであること、④精密司法論では、手続の適正を欠きかねないとの指摘があるが、丁寧にやるのが適正を欠くこととはならず、それは精密そのものに問題があるのではないことを示していると考えべきこと、などを挙げた上、当事者主義ないし公判中心主義こそ真に実現すべきことであり、その阻害事由は、「他の制度との相互規制、つまり訴追制度の反映」とされる。

もつとも、現在の制度・運用にメリットがあることも確かであり、「日本の刑事司法の効率のよさは、誰が何と言おうと現在の検察制度の帰結」であるとも評される。すなわち「いかなる刑事手続きであつても、事件を選り分ける、起訴をスクリーンする何らかの制度が必要」なところ、「予審などと比べて、検察による方が手続きをスマートにシエイプ・アップできている」と分析される。それは、公判を簡単にすませるのが適当な事件ではそれができ、また、被疑者の早期解放にも寄与するとする。ところが、他国ではほとんど例外なく、犯罪が多く過剰拘禁が大問題で、刑事司法の軽量化が最大の課題となつていて、このため非犯罪化、ダイバージョン、罰金の多用などや司法取引などが

刑事司法の最先端の問題として論じられていることを指摘される。しかし、日本は幸いにしてこれらの問題から免れ、えている唯一の文明国といつてよく、それには、すべてを呑みこんで処理するという訴追制度が寄与しているとして、現行の検察官の役割自体は評価し、「我が国の訴追の在り方を根本的に変えることは現時点では不可能だから、捜査自体の弾劾化を強力に推進する手立てを試みる他はない」とされる。そこで、それは立法で明文化するのがベターだが、運用でもある程度可能とする。また当事者主義の復権にかけて、刑事弁護の活発化など各論的問題点の改善のほか、当事者主義化に伴つて浮上する推定規定の問題や状況証拠に関連する問題の検討も避けて通れなくなると結論づけられるが、検察官の役割が相当鋭く分析されているものと評される。

(イ) 精密司法の問題点は、提唱者の松尾教授自身も、次のような諸点を指摘されている。それは、①捜査機関に多大の労力を要求するという意味においても、また、捜査対象の被疑者にも重い負担を受忍させる点においても、一考すべきものを含んでいるとされた上、捜査ないし公訴提起の「精密さ」の故に、もし誤った起訴が行われた場合には、その誤りを是正して無罪判決に至ることが、いわゆる「あっさりした起訴」の場合に比べて容易ではないことを挙げ、捜査が公判の前段階であるという点に留意すれば、このような「精密」司法は、多分に前のめりの刑事手続だということになること、そして、これに対して公判段階の比重の回復をはかろうとしたのが弾劾的捜査観であり、弾劾的訴追観にほかならないことを指摘される。また、②現在の日本の刑事訴訟法の「成功」は、その特異性の点で一種のガラパゴス的状况を混在させているのではないかとの懸念が払拭しきれないとして、その改革案としては、③弁護人を通じて、争う被疑者とそうでない者とを早期に区分し、前者については公判中心主義の審理を徹底させることにすること、そしてもしこれが軌道に乗れば、アレイメント手続(形式上の二元主義)の採用も視野に入ってくるとされ

るが、結局、④改革の方向としては当事者主義の充実という方向をとりたいたとされ、それは、精密司法と調和するからではなく、むしろその対立物だからであるとの位置づけをされている。そして、⑤裁判員制度の導入は、訴因の厳選、証拠の選択が行われ、調書への依存度は低下し、公判中心の裁判が実感され、それはいわゆる核心司法ということになるが、それは、精密司法にとって代わるのではなく、精密司法を圧縮して実現するのであるとされる。⁵⁵⁾

エ 精密司法論に対しては、根強い反対説がある。

(ア) 白取祐司教授は、精密司法論が、効率的な日本の刑事司法に自信をもつ裁判・検察実務家に広く受け容れられ「発展」させられていったという事実を指摘しつつ、しかしこの精密司法論の問題性は、①精密司法論が適正手続モデル論の否定的評価の延長線上で展開されたこと、また、②それが日本の法文化の所産であることを強調するが、それは、国民性論と同様、論証不能なジャパノロジーにすぎず、法文化論はゾレンの問題を覆い隠す危険性をもつこと、そして、③我が国に根づいていない黙秘権、防御権等の人権に対して「改革」を語るのではなく「精密司法」ないし「日本の特色」の名の下に是認してしまうことなどにあることを批判する。⁵⁶⁾

小田中聰樹教授は、①精密司法という概念は、微調整論といった改革論と絡める形で発展してきたように思えること、②精密司法という概念規定・現状分析自体が、松尾理論の中では、微調整論へとつながる踊り場となったのではないかということ、③精密司法というとらえ方は、部分的すぎ、その一番の限界は、日本の司法が抱えている人権侵害とどう向き合うのか、はつきりしない点であることなどを指摘し、「糾問的な自白追究、それにあわせた証拠収集など、様々な人権侵害が生じていると思うが、この問題とどう向き合うのか」と問われる。⁵⁷⁾

田口守一教授は、精密司法の理論的根拠が実体的真実主義にあるとの視点から、①日本の実体的真実をめぐる議論

がその概念の母国ドイツのそれを墨守・修正する過程であること、②逆説的だが、日本ではアメリカと違って、むしろデュー・プロセスを進めたことが、現実主義を温存させたのではないかということ、そして、③綿密な事実認定が必要な事件もあるだろうが、そうでない事件もあり、事実の個性にダイナミックに対応する必要があり、そのためにどうしたらいいかが時代の課題であるとされる。そして、④デュー・プロセスと現実発見の二項対立的な考え方はうまく対応できないとして「相対的現実主義」という自説を開陳される⁵⁸⁾。

（イ）精密司法の実体に対しては、檢察実務家からの改革視点もある。

先の亀山教授は、証拠としての「調書化」の問題を指摘された。すなわち「公判は、實際上調書中心主義であり、捜査段階の調書の記載及び調書間の整合性に関する精密な審理がその特徴をなすに至っている。このような姿は、新刑訴の本来目指していたもの、少なくとも条文等から予想されるものとは相当大きく異なっているものといわざるを得ないであろう」と根本的・重要な指摘をされた。しかし、その調書化の原因について、簡易公判手続・略式手続も書証の存在が当然の前提となっており、「すべての事件についてまず調書をとっておくということにならざるを得ず、調書重視の傾向が実務に定着するのはむしろ当然といえよう。・アレインメント等の方式によって、真に争いのある事件とそうでない事件を手続的に峻別していれば、あるいは公判中心主義のいわゆる集中審理方式が定着したかもしれないと思われる節がある」とされ、また、「証拠資料としての自白の重要性が不変である限り、現実を追求する職責を有する捜査機関が自白を追求し、これを調書化しようとするのは、むしろ当然の成行きといわなくてはならない」こと、「アレインメント、司法取引等の制度を導入して、争いのない事件の審理手続を正規の手続と全く別のものとすることによって、捜査すなわち調書の作成という惰性を断ち切るきっかけを作る必要性がある」こととされ、

「平野教授は、かつて刑事訴訟の実務の現状を病理現象と評されたが、私見では、それはほとんど必然的な推移であり、その意味では、病理現象というよりは、生理現象というべきものと思われる」とされた。⁽⁵⁹⁾ この見解は、アメリカのアレイメント方式では、有罪答弁があれば証拠調べなくして有罪とでき、その前提としての起訴前の司法取引が認められており、我が国とは訴訟構造が異なること、我が国の刑事訴訟法では、この方式を採用せず公判中心主義を行うにしても、重罪・軽罪、そして自白・否認の事件の区別なく公判では厳格な証拠が求められるため、起訴を厳選し、捜査段階では全ての事件に対して、公判での証拠調べに耐えられるよう精密な捜査、調書化をしなければならぬという訴訟構造そのものに精密司法必然の原因があることを指摘するものである。

田口守一教授も、精密司法論との関係では、「訴追基準の精密化」と「量刑事情の精密化」という要請を満たすためには、「公判」では遅すぎるのであって、「捜査」においてそれに耐えうる事実解明を尽くしておく必要があるということになること、その「調書」利用可能性の点に着目したものとされ、調書の証拠能力というどちらかといえば技術的側面に極めて本質的な問題が潜んでいる点を解明されたものと評される。⁽⁶⁰⁾

オ　ところで、学説では更に檢察制度の根幹を睨んでの現状批判によるラジカルな改革案を主張する論者も多い。

川崎英明教授は、「我が国の当事者主義は『擬似当事者主義』である」とする松尾教授の捉え方に対して、「それは、『予審廃止―検察官への強制処分権の移譲』という、戦前の司法制度改革新論から戦後改革における司法省の刑事手続改革構想に至る検察官司法再編路線の反映に他ならない」と分析した上、我が国の検察制度が国民的議論のないまま定着し、戦後改革でも検察は「民主化」の洗礼を免れ、戦後改革で失った権限回復、すなわち捜査における主宰者性の回復を追求したと見る。そして、当事者主義の展開のなか、検察官を「真実発見の担い手」とは見ずに当事者の一

方的準備活動と位置づける弾劾的捜査観が学説上湧き上がっても、檢察実務では、捜査を「眞実発見の自己完結的手続」と捉えて譲らず、捜査における檢察官の裁判官的役割を続けているとする。これまで公判専従論が検討されて眞実発見を公判に委ねるよう議論されたり、学説や弁護士側から公訴権濫用論が主張されたりして弾劾的捜査観と相まって訴追裁量の次元での檢察の实体変革が迫られたが、現状変革には至っていないとする。また、客観義務論や準司法官論の台頭は、当事者主義下の檢察官像を総括的に提示しようとしたものと捉え、それが少なくとも檢察の活動にデュー・プロセスの枠をかぶせるといふ問題意識は評価できるとしながら、この見解に対しては「解釈論的帰結を導出する媒介概念として必ずしも必須でない上、逆に檢察官の権限強化を導きかねない」との批判を招くとし、そしてその批判は、当事者主義の観点からすれば支持できるとする。更には、公訴権は本来、市民に帰属するとの理念から、「檢察官は市民に帰属する公訴権を代理行使する機関だから、その地位は訴追された市民たる被告人と対等同質のものでなければならない」として、檢察官の当事者たる所以を説く。ただ、私人訴追論まで主張するには、濫訴のチェックが働かないとしてその理論のアポリア部分を懸念される⁶¹。

小田中聰樹教授もこの現状批判の論説を支持され、「精密司法」として特色づけられた我が国の刑事司法の实体について、わが国刑事司法は「『糺問的檢察官司法』と特色づけることができると思う」とし、「もともと、檢察当局の立場は、對警察関係において近時とみに弱体化、低下しており、その意味でわが国刑事司法は糺問的『警察司法』へと変貌しつつあるとの見方が強くなっている」との見解を示される⁶²。そして、このように、現状を「人権侵害的な糺問的捜査手続に強度に依存する公判手続の形骸性」と捉え、これを一九七〇年代以降の治安政策の所産とみた上、その改善策として、①違法な身柄拘束の禁圧、②代用監獄制度の廃止、③被疑者取調べの改善（弁護士立会の許容、取調

時間等の規制、取調受忍義務不存在の手続的明確化など)、④捜査弁護の強化(接見自由化など)、⑤証拠全面開示手続の新設、⑥自白の任意性・信用性の判断基準の厳格化と補強法則適用範囲の拡大、⑦伝聞法則の例外の厳格化などを挙げらる。そして、このような現状批判の立場からの捜査・起訴・書証の抑制を軸とする改革指向の問題点として、これら改革案が一定の理念に基づくとまよりのある刑事手続に収斂できるのかということ、その実現可能性を検討される。それは、権力抑制型の当事者主義的構造を持つ現手続において、このような改革手続の全体像が捜査・起訴・公判の各段階を統合し得る一貫した体系的原則を持つかどうかであるとされる。また、捜査の弾劾化モデルに従えば、「捜査はあつさりしたものと抑制され、起訴も低い嫌疑に基づくあつさりしたものとなり、黒白は公判で決すべきものとなるが、無罪がかなり出る上、不都合は冤罪者の起訴や逆に真犯人の不起訴の形で現れるところ、このような事態は国民に支持されない」とする反論に対しては、「その解決は、捜査権限の強化という逆行的方向で行われるべきではなく、捜査技術の向上、起訴・不起訴に対する検察外部からの抑制・充実・強化(例えば検察審査会の権限を起訴処分の審査にも拡大し、しかもその議決に拘束力を与えること、準起訴手続を改善することなど)、検察組織機構の民主的改革(例えば個々の検察官の職権の独立性の拡大など)、公判審理の充実、無罪判決の迅速化などによって行われるべきである」として、現状批判の立場からの改革案を総体的にみて「一種の体系的な一貫性を認めてよいのではないか」とされる。⁶³⁾

なお、現状批判派からは、予備審問を新設して起訴のスクリーニングをするべきとの改革案も提示される。予備審問は、英米法における大陪審による正式起訴と検察官による略式起訴の二元的刑事手続において、起訴前に逮捕された被疑者に公判に付するだけの相当な犯罪の嫌疑があるか否かをマジストレイト(治安判事)等が審査する制度であ

る。ところが、我が刑事訴訟上では、検察官の不当な不起訴処分に対するチェック手段として、検察審査会の議決や準起訴手続があり、不当起訴に対しては公訴権濫用論が判例に上ってきているが、当事者主義的な審査手続によって自己の身体拘束の正統性を争うための手段がない、として予備審問の導入を主張するものである。⁶⁴

この点、田宮裕博士は、立法論としながらも捜査の弾劾化は究極的には我が国も英米のような予備審問を要求してくる事となつて弾劾化が徹底し、他方で検察官の手元で必ずしも十分にできなくなった事件の振るい分けを担当する機関が生まれるとの見通しを立てておられる。⁶⁵

カ 以上の我が国の基本的な捜査・訴訟構造観について、鈴木茂嗣教授は、次のように整理される。⁶⁶

それは、平野博士が提唱された捜査観は、現状のそれが糾問的捜査観（捜査を「捜査機関による被疑者取調べの手続」として、強制処分もこのために認められるという捜査観）で運用されていることを批判し、在るべき捜査観が弾劾的捜査観（捜査は「捜査機関が一方当事者として単独で行う公判準備活動にすぎない」として、その強制処分も将来の裁判のために裁判所に委ねられるという捜査観）でなければならぬと断ずるもので、その議論提起の帰結は、「あつさり捜査して起訴せよ」ということとなる。しかし、そのような事件処理は妥当なものと言えるのかということを鋭く指摘される。現状は、起訴されれば社会的には既に有罪視され、法的にも被告人となれば様々な制約を受けるから、当然「起訴・不起訴の判断はできる限り慎重に行う方が望ましい」との反論に晒される。そこで、井戸田教授から「訴訟的捜査観」が提唱されるに至った。それは、捜査は起訴・不起訴の決定を目的とする手続であり、その判断者の検察官に対し、司法警察職員と被疑者・弁護人が働きかけるといふものである。これは、弾劾的捜査観と同じく人権保障の視点からの主張ではあるが、被疑者の取調べ自体を否定し（弾劾的捜査観の提唱者である平野博士は、身柄拘束中の取調べ受忍義務は

否定しつつ、任意の取調べまでは否定していない。)、被疑者・弁護人から捜査機関への働きかけの重視へと訴訟構造の転換を図るものである。しかし、この「検察官をはさんで司法警察職員と被疑者側が対立する三面構造をもつものとして捜査を把握し、とくに被疑者側からの検察官への働きかけを積極的に認める訴訟的捜査観」は有益であることを認め、その限りではこれを支持するが、被疑者の取調べを一切否定して、刑訴法第一九八条一項を単に被疑者側に弁解の機会を与えるにすぎない規定と割り切る点は、現行法の解釈としては無理だとされる。

鈴木教授のこの整理・分析は、かねてからの管見と符合することが多いところである。

キ　ところで、團藤博士は、戦時中の昭和一八年（一九四三年）当時の刑事司法時代において、既にして「有罪が一〇〇パーセントに近いことは、欧州諸国に比して我が国に特殊の現象である。これは我が国において捜査に重点が置かれ、且つ起訴が極めて慎重なることを物語るものである」と指摘され、そして、現行刑事訴訟法における捜査手続は糾問手続であり、せいぜい「当事者訴訟的構造の萌芽がみられる」にすぎないとされる⁶⁷。

平野博士も、昭和三六年（一九六一年）に著した論文では、検察官が「確実なものだけ、自信のあるものだけを起訴しているのだとすると、検察官は治安維持の活動に忠実ではないのではないか、という批判を甘受しなければならぬ」とされた上、「かりに現在の起訴猶予中、二〇パーセントは情状としては起訴すべきものであり、ただ証拠が十分でないため起訴されなかったものだとしよう。そして、起訴したならば一五パーセント程度は有罪になったはずだとしよう。この一五パーセントについて検察官は、無罪の判決をうけて面目を失うことをおそれるのあまり有罪とすべきものをしなかったことになる」として、「もし、治安維持の責任をも同時に果そうとするならば、強力にめんみつに捜査を行う必要がある」とする。しかし、「それでは被疑者に対する強制処分も強化されざるをえないし、

好ましくない結果も出てくる」から、被疑者を「何はともあれ、裁判所に連れてゆき、ある程度の無罪はがまんするという方法をとることによって、人権を保障しつつしかもある面ではむしろ治安維持に役立つ」ものであるとの結論を導かれる。また、「この見解では治安が乱れてもかまわないのかとか、無罪率が一〇パーセントにもなれば国民が黙っていないだろう」とかいう批判があるとしても、これを「取越苦勞」として、「五〇パーセントの不起訴に文句をいわない国民が、一〇パーセントの無罪に不満をいだくかどうか、うたがわしい。しかも、何もただちに、無罪を一〇パーセント程度まで引き上げよといっているわけではない。現在の〇・三パーセントを、せいぜい三パーセント程度に引き上げる覚悟をするならば、日本の捜査はもつとおおらかなものになるだろう」との見解を示された。⁶⁸

同博士はその後の昭和六〇年(一九八五年)には「現行刑事訴訟法の診断」の論文を発表され、「現行刑事訴訟法は、欧米の刑事訴訟法、いわばその『文化的水準』に比べると、かなり異状であり、病的でさえあるように思われる」として、「わが国の刑事裁判はかなり絶望的である」との衝撃的な診断をされた。要するに、検察官は「ラフな捜査でおおらかに起訴」して、事件は裁判で有罪無罪を決するのが刑事司法の本来の在り方であるという究極の公判中心主義の主張になる。すなわち、欧米の裁判所は「有罪か無罪かを判断するところ」であるが、日本の裁判所は、「有罪であることを確認するところであるといつてよい」とされる。そして、アメリカでも、検察官の起訴は「一応の証拠」があればよく、被害者のコンプレイント(告訴)がある以上、一応の証拠があれば起訴しなければならないとされているといつてよいが、我が国では、公訴提起のために必要な嫌疑は、逮捕・勾留に必要な「相当の嫌疑」よりも高いものと考えられている。そうして取り調べの結果、嫌疑が十二分確認されてはじめて起訴すべきものとする。公判で無罪となるのは、検察官・警察官の失態とされ、マスコミその他国民の多数もそう考えがちである。一審で有罪

となり上級審で無罪となったときでさえ、検察官の起訴に対し賠償が求められ許容されさえしている（憲法第四〇条では、刑事補償の規定を置く）。公訴提起に高度の嫌疑を要求するのは、一度公訴が提起されると被告人に大きな負担がかかるからとされる。起訴が慎重なこと自体は好ましいようにも見えるが、起訴に高度の嫌疑が要求されると、訴訟の実質が捜査手続に移って、捜査機関にかなり強力な強制権限を与えざるを得なくなる。その一方、裁判所は検察官が有罪と確信したものを、「念のために確かめる」だけのものになってしまい、実際我が国の第一審は「検察官に對する控訴審にすぎない」と言えなくもなく、「検察官司法」といわれるのもあたつていないともいえない。したがって、我が国の刑事訴訟の実質は捜査手続にあり、それは検察官・警察官による糺問手続なのである。そこで、この捜査手続ないし公判前手続をどのように構成するべきかである。ドイツでは、予審制度による糺問手続であったが、長年の議論の末、一九六四年の刑事訴訟法の改正により、検察官（警察官は含まず）に予審判事の権限の一部を移譲することによって、予審廃止が実現した。我が国では戦後になって予審制度を廃止したところ、刑事訴訟法上では予審判事の権限が検察官に移譲されてはいないが、運営上はかなり移譲されている。その他、我が国の定着した取調べや「任意性の疑い」の裁判所の扱い、調書裁判の実体、最高裁判所も書面による事実認定にかなり自信を持っていることである。そして「一般の人々、とくにマス・メディアも、一方では、人権を強調しながら、他方では警察による『厳しい追及』を期待しているといつてよい。警察の取調べによって、告白させることができなるときは、しばしば『もどかしさ』が表明される。そして、告白の内容が客観的事実と喰い違うと、急に『人権』を問題にする。反応のパターンは、裁判所の場合と同じである。現在の捜査のやり方はある意味では世論に支えられているともいえよう」
「ではこのような訴訟から脱却する道があるか。おそらく参審か陪審でも採用しない限り、ないかもしれない。現実

は、むしろこれを強化する方向に向かつてさえいるように思われる。我が国の刑事裁判はかなり絶望的である」とされる。⁶⁹しかし、この提言は実務で支持されずその運用に変更をもたらせなかったばかりか、学界からも、「被疑者の主体性の承認という点では弾劾的捜査観を支持しながら、起訴のための嫌疑の基準を下げるべきである」というこの平野主張に従わなかった⁷⁰のである。

このため、同博士はその一四年後の一九九九年に著した論文では、参審制の採用による「核心司法」の新しい提言をされ、参審制度を採用すれば、公判で心証をとるようになり、そのためには捜査記録も、要を得た、そして事件の核心を突いた短いものにする必要があるであろうから、ひいては、取調べでのやり方、身柄拘束の長さにも影響を及ぼすかも知れず、公判での証人尋問、反対尋問も精密なものでなく、核心的なものになるかもしれない。それは「ラフ・ジャスティス」ではなく、あえていうならば「核心司法」であるとされた。⁷¹

こうして、「あっさりした捜査・ラフな起訴」との平野提言自体は現状批判派を含めて支持が少ないが、その後、「国民参加によって核心司法が成り、現状打開ができる」とされた点では慧眼とされている。

（5）刑事手続の日米比較論

ア 英米法が我が国の刑事訴訟法に及ぼした影響について、我が国の研究者はどのように分析しているか。

（ア）田宮裕博士は「刑事訴訟法の展開と英米法の影響」との論考⁷²において、「通常英米法とはコモン・ローをさすのであって、それは長い年月を経て集積された判例法にほかならない。『大陸法から英米法へ』というとき、最初の課題は、まず、そのような既存の英米法のなかから、何を吸収すべきかということにあった。ところが、一九五〇年代の後半から、英米法のうちとくにわが法とかかわりの多いアメリカ法じたいが、大きくゆれ動き、飛躍をとげるに

至った」「わが法も、アメリカ法の進展を追いかけるようなかたちで少しずつ動いてゆくのである。それは『憲法的刑事訴訟』といわれる分野、すなわち、デュー・プロセスの領域において、判例のリーダシップによって行われた静かな地殻変動であった」と分析される。ただ、アメリカのデュー・プロセス条項は、厳密に言えば連邦制に由来する独自のものであることも指摘される。すなわち、「州の事件には、連邦憲法の修正一条から八条までの具体的な権利宣言の各規定は適用がなく、同一四条の『いかなる州もデュー・プロセスに違反して、人の生命または財産を奪うことはできない』といういわゆるデュー・プロセス条項だけ適用がある。そこで、連邦最高裁が州の事件に介入するのはこの条項を利用するほかない」という、アメリカ固有の判例生成の過程があることである。そして、ウォーレン長官が就任した一九五三年以降、連邦最高裁によるデュー・プロセス判例は量・質とも飛躍的な発展をとげ、ミランダ判決、違法収集証拠の排除法則判決等を生んでいったこと、そして、これらが我が国の判例にも影響を与えていったことが指摘される。しかし、その後のバーガー長官時代に入った一九七〇年代からは、ミランダ判決の原則内容に制限を加えるなど前ウォーレン・コート時代と比べて、その連邦最高裁の判例には明らかに後退をみせるけいはいがある」とされる。この点、同博士は、他の「実務と英米法」と題する座談会において、先例拘束性の問題について「裁判はリアリズムでなければ動きません。しかし、アメリカのリアリズムはもつとダイナミックで思い切った実験をやって、望ましいと思われる新しい法律状態をどんどんつくっていくことがある」と指摘され、判例は一つの実験たる性格をもち、ミランダ判決も連邦最高裁がその実験を行ったものと評する。その座談会での鈴木義男検事の分析では、画期的な判例、例えば違法収集証拠排除法則の判例が出されても、日本ではそのような判例の有無にかかわらず、違法な証拠収集は禁止されたものとしてそれ自体非常に限られたものであって、判例が出ればその実務への実効性は高

いが、アメリカの場合は、「最高裁で証拠排除法則を出したところで実務がどこまでそれに従うことになるのかということは大変むずかしい問題だ」と指摘される。それというのも、現場の警察官は何も裁判まで持つていく必要はなく、とにかく違法な事態を抑圧すれば足りると考え、証拠排除のことはお構いなしに令状もなくプロバブル・コースもないのに搜索差押や逮捕に至つてしまい、しかし、後は答弁取引で裁判にならずに終わってしまうというアメリカ法特有の訴訟構造を指摘される。⁽⁷³⁾

(イ) 河上和雄教授(元検察官)は、我が国の検察実務に対するアメリカ法の影響を日米の刑事手続の相違点から分析される。第一に、刑事司法の地方分権化である。アメリカは五〇の州の法体系と連邦の法体系からなるばかりか、準州に対する連邦法や軍法があり、その法執行たるや特に現実の地方における法の執行状況の酷さは到底我が国では考えられないこと、それだけに連邦最高裁の高踏的な判決を必要とする現実があつて、戦後のわが刑事司法の執行状況には大きな差がある。第二に、国民参加である陪審制度が存在し、それが州に対しても保障され全司法制度、実務の前提として構成されていることである。そして、連邦最高裁が発展させ、これが我が国の最高裁判決まで生み出させた違法収集証拠排除法則をはじめ、伝聞法則や有罪答弁について取引が行われることなどは陪審の存在を大きな前提としていることが、我が国の制度との大きな違いである(我が国にも平成二二年五月から、裁判官と共に事実認定と量刑の判断をおこなう裁判構造の裁判員制度が施行されたが、陪審制度では裁判官は加わらず、評議・評決は事実認定だけで全員一致が要件であり、かつ民事陪審もあるなど、大きな違いがある―筆者)。また、訴追免除、証人抑留などの制度的保障の下に公判が唯一の事実認定の場である制度であること、さらに起訴前手続では、アメリカ法では被疑者の身体上の拘束から始まるのが常道であり、伝統的に拘束が原則で釈放が例外であること、これに対し我が国の場合は、起訴前の保釈

制度はなく、釈放はあっても検察官の裁量によることであり、この保釈制度の違い、予備審問制度の欠如が彼我の国民の被疑者に対する嫌疑の程度の違いと関連があること、それは我が国では逮捕即有罪に近いもの、起訴では有罪の嫌疑が一層高い（九九パーセント以上の有罪率）ものとの国民の認識があり、法的な「無罪の推定」の原則も、現実の社会生活においては極めて影が薄いのが現状となっていることを指摘される。なお、アメリカには我が国の検察審査会制度と類似する大陪審が存在する（我が国の検察審査会の議決は、当初は勧告にすぎなかったが、裁判員制度導入に合わせ「起訴議決」による起訴強制へと改正―筆者）。大陪審は、独立の訴追機関として被害者の保護とともに被告発者の保護に当たる独立の捜査機関であり、その捜査、訴追の合理性については裁判所の司法審査さえ及ばない強力な権限を有するとされている（現実には検察官主導の機関とされている）。

こうして、同教授はこれら彼我の刑事手続の相違から、検察実務へのアメリカ法の影響を、結局「わが国の刑事司法は、実体的真実の発見をその中心目的に置き、その目的のために全ての制度が組立てられており、そのため、アメリカからの輸入の当事者主義もその目的に奉仕するものと理解されてきた」とし、これに対し、アメリカにおける刑事司法の目的は、「実体的真実主義が中心目的からはずれ、ラフ・ジャスティスの名で呼ばれるように、刑事司法が存在し、それが自分たちの身近な代表によって運営され、その過程が外見上適正であること、つまりデュー・プロセスが目的の中心となっていることに表われているように思われる」とする。もともと、その後のアメリカの判例の流れを見ると「ミア・エビデンス・ルールの廃止やバーガー・コートの後退、さらには、連邦証拠規則による伝聞法則の大幅な緩和のような実体的真実主義への回帰の傾向がないわけではない」と評する。そして、もとより、わが国においても「人権保障、適正手続の保障は、憲法的要請であり、戦後の検察実務が、その面での多くの発展を遂げて

いることも間違いない」こと、「このデュー・プロセスへの志向はなお分続くであろうし、檢察実務もその方向に進むであろう」としつつ、しかし、「彼我の差異は根深く、決定的であり、わが国の司法の一環としての檢察は、実体的眞実主義を中心目的とし、デュー・プロセスをその範囲内で高める実体的眞実志向型適正手続導入檢察とでもいうべき方向をひきつづき進むこととなるうし、それが法の求めるものといえよう」と結論づけられる。⁷⁴

イ 我が国が範としたアメリカの刑事手続について、アメリカの研究者のその日米比較論を見るとき、我が国の檢察官の地位・役割など刑事司法の評価は、相対的に高いものがある。以下、その研究者の論考を見ることがとする。

(ア) ダニエル・フットーワシントン大学教授は、「日米比較刑事司法の講義を振り返って」の論考⁷⁵において、「一国の刑事司法制度を理解しようとするれば、その制度の全体をながめて、一つのまとまりとして把握しなければいけない」として、システムの思考が重要であること指摘した上で、日本の刑事司法の研究成果をアメリカ法と比較しながら分析している。そして、日本の檢察官の役割は、当事者主義を採っていないながら大陸法の欧州諸国とも違った特異なものを見る。また、元来、英米の制度において、当事者主義の手続は眞実を究明するための優れた手段であり、加えてアグレッシブな防衛活動はすべての人の基本的人権を守るための要となる手段だと考えられてきたが、現在のアメリカでは、眞実は神様以外だれも知りえないとして、当事者主義の手続はゲーム以外の何ものでもない、当事者主義の名のもとに、勝訴するためには、ほとんど何でもやってよいといった風潮が強くなって見ると見る。現に、刑務所の服役者の話を聞いても、ゲームで負けたぐらいの気持ちでしかなく、「刑務所に入れられたのは悪いことをしたからではなく、お金がないから優秀な弁護士を雇えなかったからにすぎない」と言っている現状を紹介する。また、アメリカの有名な弁護士が語る被疑者との接見時の会話の一例も紹介する。最初の面会で、依頼人（被疑者）が何も言

わない前に、必ず依頼人に「真実を語るな。一番聞きたくないのは、真実なんだよ。真実を知ってしまったら、弁護の妨げになるかもしれない。自分が知りたいのは、真実ではなくて、むしろ君が陪審に信じてほしい物語だ。一五分ほど休憩をとるから、そのあいだに、君が信じてほしいと思う物語をじっくり考えなさい。私が戻ったら、その話を聞かせてくれ」と話す。これはアメリカの弁護士として決して例外的な存在とは思えないとする。ところが、日本の弁護士の多くは、真実の追及を自分の主たる使命としているし、検察官も裁判官も真実の追及のために尽くしていると弁護士も信じているように思われる。これが、アメリカと日本の刑事司法におけるもつとも重要な相違点と見る。「それは何かと言うと、刑事司法制度全体が基本的にどういうことを志向し究極の目標としているかという点での考え方の違いである」とズバリ核心を突く分析をしている。そして、日本の刑事司法の全体像は、捜査段階では厳しい取調べを伴う捜査を、裁判の段階では真実の追及を、また処分の段階では、改善更生と特別予防の考え方に基づいた比較的寛大な取扱いをする手続にあると捉え、更に、すべての段階において、当局、特に検察官に、強い権限と幅広い裁量を与えていることなどを特徴点として指摘する。この刑事司法制度を支持するかどうかは、当局に対する信用の度合いの差に尽きるとし、警察と検察官の質と公正さだけでなく、真実の追及と改善更生への熱意に対する信頼も必要であること、しかし、いくら信頼しても潜在的な偏見や思い込みなどによる誤った判断の危険性は常にあることから、特に検察官のチェックが重要であり、日本の制度にも改善の余地もあるとしながら、「それでも一外国人として、日本の刑事司法制度を全体として評価した場合、その制度は本当に誇るべきものと思う」とされている。

(イ) B・J・ジョーニニューヨーク・ロースクール名誉教授は、「外国人から見た日本の刑事訴訟法」と題して分析する。⁷⁶ 同教授は、まず「いかなる法システムも、それが生きて動いている限り、折々の立法的調整の必要がない

法律や法などというものは、機能的には死んだものに違いない」と指摘した上、日本の刑事司法制度は、その社会的・法的伝統にある程度の基礎を持ちながら、①戦後の独立した司法権の創設、②重要な人権が憲法自体に基礎づけられたこと、③制度を運用する二つの主要構成——裁判所、検察官、弁護士——の関係が再編成されたこと（裁判所を頂点とする三角形の位置づけ）、④システムを動かしている人々が、厳格な司法試験によってセレクトされた献身的専門家集団であること（これは、世界のどこの国も真似ができないことかもしれない）などとの優れたポイントを挙げる。そして、むしろアメリカでも採用されればよいと望む日本の刑事手続の特徴点として、例えば、日本では任意捜査を原則とし、未決勾留は原則ではなく例外であることが挙げられるとする。これは、勾留のための逮捕が原則で、有罪前の釈放が裁量的例外である英米の伝統に比べて、遥かに人道的である。また、起訴猶予制度（刑法第二四八条）は、有罪のステイグマを与えることを避けながら犯罪者の更生を促進する手段として推奨されるとする。それは、効果において一種の判決前プロベিশョンであり、具体的事件において成功すれば、有罪判決の法的・社会的帰結を避けながら犯罪者の更生を促進することができるものとなる。この点は、すでに一九六〇年代から一九七〇年代にかけてアメリカの幾つかの検察局がほぼ同様のプログラムを実験したことがあるが、苛酷な「法と秩序」の環境下でついに同様の法改正には至らなかつたという経過も説明する。また、日本では公判において証人の「生の」証言に依拠することが減少し、それに対応して書証に依拠することが増加していることを分析する。この日本の現行刑事訴訟法の改正を指導したSCAP（連合国最高司令官）の起草者は、証人が徹底的な主尋問——反対尋問にさらされる当事者対抗的な公判手続を創設することにあつたことだから、書証化はおそらく考えていなかつたであろうし、望んでもいなかつたであろうが、「私は特に心配していない」とする。英米（特にアメリカ）の当事者対抗的な公判手続と証拠の範囲・内容

を統制する念入りな証拠規則に対する観念（「強迫観念」とまで表する―筆者）は、陪審制度に対する伝統的な依拠と敬意を反映したものと見る。日本の制度は、人間と人間の組織に考え得る限りに汚職と権力濫用から免れ高度の能力を持った専門家によつて運営されている。世界のどこの国も現実的にはまねすることができないものであるかもしれないが、日本の国民と政府が誇ることのできるものである。少なくとも、世界のその明白な長所を示すために、今後さらに五〇年間存続するに値するものである」と評されている。

（ウ）ジョーゼフ・ホフマン・インディアナ大学教授は、「『真実』と日本の刑事訴訟法」と題してアメリカの当事者主義と陪審制度の実体等を述べる。⁷⁷すなわち、アメリカの刑事手続法（連邦と各州の刑事手続法を集合した法体系）は、根底に国民の「自らの統治機構に対する歴史に根差した深い不信感を共有していることに由来しているものである」と指摘する。そして、更にアメリカ人は、「糺問的」ではなく「弾劾的」な刑事司法制度を維持するのが望ましいという考えに強く取りつかれているので、また、アメリカの刑事司法制度の高度に当事者抗争的な性質を保持しておきたいために、捜査機関が被疑者から自白を獲得することを妨げるための規則や手続を生み出してきたとする。そして、ほとんどのアメリカ人は、事実そのものが確定できない世界に住む以上、「事実としての真実」に代わる実現可能なものとして、「法的な真実」とでもいうべきもの、すなわちその最も重要な形態である「陪審による真実」を信頼し、それを客観的な「真実」に代わり得るものとして受容していること、したがって、O・J・シン普森事件（被告人が一九九四年六月、元妻とその友人を殺害したとして起訴されたが、彼が有名な元プロフットボール選手であったため注目を集め、刑事の陪審では無罪、民事裁判では殺人が認められて賠償が命じられるという特異な経緯を辿った事件）や、ロドニー・キング事件（一九九一年三月、強盗で仮釈放中の黒人のキング被告人が交通違反を犯した際に白人警察官から暴行を受けこれが大きく報

道され、人種差別事件としてロス暴動のきっかけにもなったとされる事件）のような陪審裁判で時折生じる異常な結末にもそれほど動揺を受けない傾向にあることも指摘する。その陪審制度については、公共心の涵養に向いていること、公務員（とりわけ警察官及び検察官）の裁量に対して一般市民の統制がよりよく及ぶこと、法制度の中に市民の常識が注入されること、まれには不当な刑罰法規を陪審が無視できることなどを、同制度の相対的な利点として目を向け認容するのがアメリカ人であるとする。また、アメリカに「自白に対する奇妙な嫌悪感が拡がっているためか、合衆国最高裁のアントニン・スカリア裁判官は、一九九〇年のある判決で次のような反対意見を述べている」として、同裁判官の「百歩譲って、正直に自白することは愚かな過ちだとしても、私は、これを拒絶するのではなく、これを受け入れたと思う。正直な自白を『過ち』と考えることは、誤っているし、われわれの刑事司法制度を徐々に腐食させるものである。何人も黙秘する権利を保障されてはいるが、悪事を働いた者が自らの罪を認め、相応の罰を受け入れることのほうが、より道徳的である。罪を認めることは、それが強要されたものでないのなら、社会だけでなく犯人自身にとっても、本来的に望ましいものである。『正義』と『社会復帰』の両方の目標に適うからである。したがって、われわれは、自白した者を『哀れな愚者』と気の毒がるのではなく、むしろ正直な自白をしたことを歓迎すべきである。われわれは、そのような善行を思い止まらせるよう助長したりせず、むしろ善行に出ないことを遺憾とすべきである。これらと逆の前提で法制度を設計することは、個人の責任又は服従すべき統治機構の道徳的正当性に対する信念を放棄することである」との意見を紹介される。

（エ）デイビッド・T・ジョンソン（ハワイ大学アノア校准教授は、神戸地方検察庁と法務省法務総合研修所の国連アジア極東犯罪防止研修所において日本の検察制度を研究しており、その結果を『アメリカ人のみた日本の検察制度

『日米の比較考察』との著書でまとめられた。⁷⁸

まず、アメリカ合衆国の多様な刑事司法制度の要約六点を示す。①いったん一市民が告訴すると、ほとんどの刑事事件は「逮捕」から始まること、②検察官は、逮捕から二四時間以内に最初の起訴の決定を行うのが通常であるが、その間に警察官が取調べ（二時間位）を完了し、検察官は被疑者に対する取調べは行わないこと、③裁判官または治安判事の前で行われる罪状認否手続は、逮捕から四八時間以内に実施されるのが通常であり、そこで裁判所は被告人に対し起訴事実を告げ、弁護人を指名して保釈の適格性、種類、金額を決定し、被告人は最初の答弁を行うこと、④大陪審または予備審問は、被疑事実の嫌疑に相当な理由があるか否かを決定すること、⑤有罪または無罪は、審理段階において、裁判官または陪審員により、棄却、有罪答弁または審理の評決を通じて決定されること、⑥陪審では審理を経ての評決で有罪の決定の場合は、そのあと別途裁判官によって行われる審問において、被告人に判決（量刑宣告）がなされることである。

次に、検察官の役割について、アメリカの検察官は、(i) 世界に比類なき独立性と裁量の特権を享受していると
言うのは間違っており、多数の事件処理に追われ多忙な中で、この重荷を回避すべく裁量によって、答弁取引はシステムが目詰まりを起こさないようにするドレミ（訳者注―パイプ用洗浄剤）であること、(ii) 一方で中立的な独立した「法の番人」であつて、ただ有罪判決を求める者でなく、無実の者の罪をはらすことが義務づけられているが、他方で、検事正が公選制のため選挙民の犯罪者に厳しい処罰を求める目を意識せざるを得ず、その選挙民の目は「絶対的な善」であり、検察官をますます厳罰強化の方向へ押しやっていること、(iii) 逮捕と収監における人種的格差の大きさの拡大傾向と、すし詰め刑務所の現況や、無数の誤審を生むが、検事正は選挙のために、法の番人としての責

務より、有罪判決を追求する者としての役割を優先させる「熱意過剰」または「有罪判決心理」に陥っているとすると、
そして、日本の検察官の役割をアメリカの検察官と比較して分析する。第一に、日本では起訴前の捜査や取調べを自らまたは警察と協力して行うが、アメリカでは連邦レベルを除けば、捜査や取調べをすることは殆どないこと、第二に、日本では起訴、不起訴の事件処理につき独占的権限を行使するが、アメリカでは起訴の決定を他の関係者、つまり警察、裁判官（予備審問において）、大陪審、そしてまれではあるが一般市民（私訴において）などと一緒に行うこと、第三に、日本では裁判所に対して適切な判断を求め、無罪判決や量刑の決定についての上訴ができるが、アメリカでは無罪判決に対しては上訴ができず、量刑に関する上訴も一部の裁判管轄における限定的な場合だけであること、第四に、日本では刑罰の執行を監督し、罰金の支払いを確保するとともに、矯正担当者は判決の刑罰を確実に執行するが、アメリカでは刑罰の執行の監督に関する権限はほとんどないことを挙げている。

【注】

(29) 青柳文雄「刑事手続論」『刑事裁判と国民性（機能編）』（成文堂一九七六年）二九頁・三三頁・三四頁の注(8)、同「新しい予審制度の検討」ジュリスト（一九六〇年一九九号）五二頁以下で、予審制度に内在する欠陥の克服となる新予審制度の提言をされている。なお、戦後の現行改正刑法の改正に関与された横井大三（元検察官・元最高裁判事）「現行刑事訴訟法の四つの改正点―二十数年後に見る」ジュリスト（一九七四年五五二号）一七二頁は、「予審的な手続のない国は少ない・予審的な手続の全くなくなった日本では、勢いそれが程度検察官の任務とされている」とした上、しかし「本来裁判官の担当すべき予審の任務を検察官に行わせようとしてもそれは無理であると思います。特に公訴権濫用問題を効果的に処理するためには、スクリーニングの役割を持つ予審があった方がよいのではないのでしょうか。そのような予審的手続がないところに

現在の日本の検察官の苦悩があるわけです」とされる。

(30) 團藤重光ほか座談会「刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト（一九七四年五五一号）三〇頁以下参照。

(31) 日糖事件とは、大手製糖会社日糖（株）が事業不振打開のために国家の保護を受けるべく、明治三十九年（一九〇六年）の帝国議会での原料輸入砂糖戻税法改正案の成立と、翌年の帝国議会での砂糖官営法成立のために同社の重役七名が政友会、憲政本党等の代議士二一名を買収した贈収賄事件で、全員有罪となり検察史上記念碑的事件とされている。我妻栄・団藤重光ら編『日本政治裁判史録〔明治・後〕』（第一法規一九六九年）四八六頁以下〔雨宮昭一〕参照。小貫芳信「日糖事件」研修七五〇号（二〇一〇年）四七頁以下参照。大逆事件とは、明治四三年（一九一〇年）発覚の天皇暗殺未遂事件であるが、二六名の被告人が死刑等の有罪判決となる当時世間を震撼させた著名事件である。前掲『日本政治裁判史録〔明治・後〕』五四四頁以下〔松尾浩也〕参照。

帝人事件とは、台湾銀行の頭取、理事ら幹部が、担保流れで所有し日本銀行へ自行の債務担保として差し入れていた帝国人絹（株）の二二万株式を、政財界の有力者が介在して政官財界の有力者へ安く売却したとする一大背任事件で、検察が独自捜査で摘発した事件であった。しかし、大正一二年（一九三七年）一二月の判決では、正常な商取引であり「空中楼阁事件」とされて被告人一六名全員が無罪とされた。検察主張の「得べかりし利益の喪失」の有無を巡っての解釈・認定の相違であつて、予審でも予審判事の前で被告人は自白し、三人の株式取引に関する専門の鑑定人も得べかりし利益の喪失ありとの鑑定結果を示していたことから、公判に付するとの予審決定がなされた。ところが、その後の公判では、被告人が全員否認し、鑑定人も鑑定結果を否定的に変更したため、通常の商取引と断定されたもので、冤罪事件とは異なるものである。我妻栄ほか編『日本裁判史録〔昭和・後〕』五二頁〔大島太郎〕参照。小貫芳信「帝人事件Ⅱ『恰も水中に月影を掬せんとする類』」研修七五二号（二〇一二年）三三三頁以下参照。

(32) 亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて―主として検察の立場から見た『新刑訴の回顧と展望』―」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』（有斐閣一九九八年―以下「亀山①論文」という。）二二頁。なお、亀山継夫「検察の機能」石原一彦ほか編『現代刑罰法体系5 刑事手続1』（日本評論社一九八三年―以下「亀山②論文」という。）三五頁。

- (33) 前掲亀山②論文三六頁。
- (34) 井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』（有斐閣二〇〇四年）二三頁。
- (35) 岡部泰昌「検察官の客観義務」金沢法学一一卷二号（一五卷一〇二二号。本文中の①は、一一卷一号七頁、九頁・一〇頁。②は、一三卷一号六七頁。なお、そこで引用の「柏木教授の見解」は、柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣一九七〇年）一二七頁。③は、一三卷一号七六頁、八九頁、九〇頁、九三頁、一二二頁。④は、一三卷二号八七頁。
- (36) 横山晃一郎「刑事法学の動き」——「岡部泰昌『検察官の客観義務』」法律時報四三卷四号（通卷五〇八号）一三三二頁以下では、「段階的に派生すると思われる諸義務についていえば、その段階的な諸義務相互の關係が必ずしも明確でなく、ために果たして裁判所が、このような義務違反に適切に対処しうるか、という疑問なしとしない」として、他の批判者の「岡部論文が、なぜ、検察制度に対する内在的批判の立場に赴かざるをえなかつたかといえ、それは彼の論文に、戦前、戦後の国家権力の断絶と連続の分析、検察制度の歴史的分析の視点が欠落しているからだ。岡部論文の主要テーマである公訴権濫用問題とは、検察官の『恣意』をめぐる問題でなく、公訴権が高度の刑事政策目的に沿って、法的に運用されている、という事態なのである」との批判に同調して紹介されている。
- (37) 平野龍一前（一）編前掲（注1）書一同『刑事訴訟法』（有斐閣一九五八年）八三頁以下。なお、高田卓爾「刑事訴訟の動向」『現代法』五三ヶ月章編・現代の裁判』（岩波書店一九六五年）九九頁は、現行刑訴法の捜査の基本的な構造が糺問手続であることをむしろ積極的に肯定される。
- (38) 川崎英明「井戸田侃著『刑事手続構造論の展開』」法律時報五四卷一一号一四二頁・一四三頁。なお、井戸田説を支持するのは鈴木茂嗣「弾劾的捜査観か糺問的捜査観か」判例タイムズ四一四号四頁・五頁。
- (39) 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣一九七一年）三頁以下の「はしがき」。
- (40) 佐藤欣子『取引の社会』（中央公論社一九八二年）三二頁参照。
- (41) 田宮裕「刑事手続きをめぐる理論と現実」法学教室一七〇号一〇頁以下。
- (42) モデル論については、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本構造』（成文堂一九七九年）一二〇頁以下参照、鴨良弼「刑事訴訟と

方法論——とくに日・パッカーの方法論について——」研修三六八号（一九七九年）一六頁以下参照、田宮裕・前（一）編前掲（注22）書——「刑事訴訟におけるモデル論」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣一九九四年）三五五頁以下参照、田口守一『刑事訴訟の目的』（成文堂二〇〇七年）一九五頁以下参照。

(43) 平野龍一・前掲（注37）書八三頁。

(44) 田宮裕・前掲（注42）書——三七七頁——三七九頁。

(45) 白取祐司「モデル論と精密司法論」村井敏那ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法上巻』（日本評論社二〇〇七年）一五八頁以下。

(46) 鴨良弼・前掲（注42）書二二頁——二三頁以下。同教授はパッカーの提言にある根本的な問題点、「犯罪抑止モデル」の理解のありかたについて疑問を呈されて「刑法の適用・実現という理念、社会秩序の安定という公共的な理念は、それ自体、訴訟制度の基本理念であり、訴訟はこの目標のもとに、運用されることはいずれの国の法制でも肯定される。この目標のもとに展開する訴訟形態を危険要因のもつとも濃厚なモデルとして短絡的に把握することには、その方法論のありかたに疑問がある」として問題を的確に指摘される。そして、要は、理念の実現過程における「手続の抑制的機能をはなはだしく軽視する『糺問型の訴訟』と手続の抑制機能を重くみる『適正手続のモデル』とを対立的に把握していく方法論であるならば、一応、納得のいく方法論であろう」とされる。

(47) 松尾浩也『刑事訴訟の理論』（有斐閣二〇一二年）三二八頁。なお、初出は同「刑事訴訟の日本の特色——いわゆるモデル論とも関連して」（法曹時報四六・七）二四頁以下。

(48) 青柳文雄「日本人と和合の心情」法曹時報三〇巻六号（一九七八年）一頁（『刑事裁判と国民性・総括篇』有斐閣一九八九年所収）。同「新刑訴の連続性と非連続性」法曹時報三二巻五号（一九七九年）一頁。なお、青柳博士が提唱される国民性論を「正鵠を射ているものとして全面的な賛意を表する」とされる檢察実務家として、土本武司『刑事訴訟法要義』（有斐閣一九九〇年）九六頁以下参照。

(49) 田宮裕・前掲（注42）書二七二頁——二七三頁。

- (50) 土本武司「刑事訴訟雜感―国民性の視点から―」高田卓爾博士古稀祝賀『刑事訴訟の現代的動向』（三省堂一九九一年）四三頁以下。また、土本・前掲（注48）書九六頁以下。
- (51) 松尾浩也『刑事法学の地平』（有斐閣二〇〇六年）一八八頁。同『刑事訴訟法上（新版）』（弘文堂一九九九年）一六頁・一三七頁・一五〇頁・一六八頁。同『刑事訴訟法講演集』（有斐閣二〇〇四年）二八四頁・三〇六頁・三七七頁。
- (52) 松尾浩也『刑事訴訟の理論』（有斐閣二〇一二年）二九八頁。椎橋隆幸「裁判員制度が克服すべき問題点」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社二〇〇三年）一二四頁は「精密司法は殆ど全ての刑事裁判関係者のニーズに応じて形成されたのである・公判での被告人側の徹底的な争い（これは当事者としては当然であるが）に耐えて公判を維持するために検察官は自らにもまた警察にも綿密・周到な捜査とその調書化を求め、また、有罪の高度の見込みのある事件に限定して起訴することになった。裁判官は上訴審における審査に耐えうるように公判廷での証言に加えて証拠物、証拠資料を精査した上で慎重に判決を書くのである。こうした実務が起訴人員を少なくし、また、誤判の可能性を小さくしてきたことは確かであろう」とされている。
- (53) 井上正仁「刑事裁判に対する提言〔講演〕」司法研修所論集八五号（一九九一年I号）九三頁以下。なお、石井一正「わが国刑事訴訟法の特徴とその功罪」司法研修所論―創立四十周年記念特集号―七九号（一九八七年I号）三〇四頁以下参照。
- (54) 田宮裕・前掲（注41）書一九頁。田宮・前掲（注42）書三六六頁。
- (55) 松尾浩也教授の見解として、本文中の①は、同『刑事訴訟法上（新版）』（弘文堂一九九九年）一六八頁。②は、同「刑事訴訟の課題」ジュリスト刑事訴訟法の争点〔第三版〕（二〇〇二年）七頁。③は、同「刑事裁判の経年変化」『平野龍一先生古稀祝賀論文集下巻』（有斐閣一九九一年）三八九頁以下（『刑事訴訟の理論』有斐閣二〇一二年所収）。④は、同『刑事訴訟法講演集』（有斐閣二〇〇四年）二八四頁以下。なお、田口守一「刑事訴訟の目的」（成文堂二〇〇七年）一〇六頁以下参照。⑤は、松尾浩也「日本における刑事手続の過去、現在、そして未来」刑法雑誌四九卷二〥三合併号（二〇一〇年）（『刑事訴訟の理論』有斐閣二〇一二年所収・四三二頁）。
- (56) 白取・前掲（注45）書一七七頁以下。ほかに小田中聰樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（日本評論社一九九五年）

二〇〇頁以下参照、福井厚「いわゆるモデル論の意義」『刑事訴訟法の争点』（有斐閣一九七九年）二二頁参照。

(57) 福島至・記「日本刑法学会ワークショップ—精密司法の意義と限界—での小田中聰樹教授発言」『刑法雑誌四四卷二号二六一頁・二六二頁』。

(58) 福島至・記「日本刑法学会ワークショップ—精密司法の意義と限界—での田口守一教授発言」『刑法雑誌四四卷二号二六三頁』。なお、同旨見解は、田口教授の『刑事訴訟の目的』（成文堂二〇〇七年）一〇五頁以下に詳しい。

(59) 亀山・前掲論文①六頁～九頁。なお、古田佑紀（元検察官・元最高裁判事）は、「刑事手続の将来」論究ジュリス二〇一五年冬季特集1の一〇四頁において、「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査」の点について、実際の取調べを徹底する方向に向かったのは、「それには理由があつたはずであり、その理由を十分分析せずに対策を議論することは単なる対処療法にとどまり、場合によっては犯罪摘発機能を不当に弱め、あるいは事案の実態に即した処理を困難にするなど、適切な刑事司法の運営を妨げる結果になるおそれがある。」と指摘された上、その理由の一つとして「取調べに代わる効果的な真相解明手段が用意されていなかったこと」などを挙げて、「司法取引制度の導入等はそのような問題に対応するための現実的な方策であるといえよう。」とされる。

(60) 田口・前掲(注58)書『刑事訴訟の目的』一一三頁。なお、田口教授は、宇川春彦検事も、「司法取引を考える(17)」判例時報一六二七号（一九九八年）三六頁以下において「我が国における実体的真実主義というのは、事実認定をするにあたって、裁判官がどこまで細かいことを問題としなければ気がすまないかという程度の問題のような気がしてならない」と指摘していることは、精密司法への疑問を提起されているものといえよう」とされている。

(61) 川崎英明「検察官論の課題—戦後の検察と刑事司法—」高田卓爾博士古稀祝賀『刑事訴訟法の現代的動向』（三省堂一九九一年）四頁以下（同『現代検察官論』日本評論社一九九七年所収）。なお、私人訴追説として、鯉越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」九州大学法政研究（一九八一年）四八卷一号三三頁以下（同『刑事訴追理念の研究』成文堂二〇〇五年所収）、水谷規男「フランスの私訴制度の現代的展開と訴追理念の変容」一橋論叢二〇三卷一号一〇〇頁以下参照。

(62) 小田中聰樹「刑訴改革議論の基礎的視点—「精密司法」論の検討を手掛りとして—」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（下

卷』(有斐閣一九九一年)二五〇頁。

- (63) 小田中聰樹「刑事手続改革の課題」『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』(有斐閣一九九四年)三九四頁以下。
- (64) 小山雅亀「アメリカ合衆国の予備審問―最近のカリフォルニア州の動きを中心に―」阪大法学(一九八一年)一一八・一一九号一四七頁参照。
- (65) 田宮裕・前(二)編・前掲(注2)書―松尾・田宮『刑事訴訟法の基礎知識』(有斐閣一九六六年)四二頁。
- (66) 鈴木茂嗣「弾劾的捜査か糾問的捜査か」判例タイムズ四一四号「西東問話」四頁。
- (67) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂書房一九四三年)六〇四頁―前段指摘部分。同『新刑事訴訟法綱要(七訂版)』(前(二)編・前掲(注3)書)三二八頁―後段部分。
- (68) 平野龍一「刑事訴訟の促進の二つの方法」ジュリスト(一九六一年二二七号)八頁。
- (69) 平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四卷』(有斐閣一九八五年)四〇七頁。
- (70) 後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリスト(二〇〇四年一二八一号)六二頁。なお、渡辺咲子「現行刑事訴訟法制定時における公訴提起に必要な嫌疑の程度」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集・上巻』(信山社二〇〇一年)五七頁以下では、現行刑事訴訟法制定過程ではGHQが予審の廃止を絶対的指針とし、記録を一べつした程度で嫌疑のない起訴であることが判明するような起訴があることを前提としての法改正を提案したが、日本側は法曹三者一致して、ほぼ一〇〇%に近い有罪率を得る厳格な起訴を行う実務を前提にした改正案を主張し、結局、GHQもこれに異を唱えることなく、これに一応の理解を示して、ゆるやかな起訴をする提案を撤回するに至った経緯を述べている。また、松尾浩也「刑事訴訟法五〇年―総括の試み(一九九九年)『刑事法学の地平』(有斐閣二〇〇六年)一二二頁では、「起訴基準を少しずつ引き下げ、無罪判決の若干の増加を覚悟すれば、事態は動くはずである。その方向に踏み出す決断をするかどうか、二一世紀に向けての大局的な課題だと言えよう。」とされる。
- (71) 平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を―刑事司法改革の動きと方向」ジュリスト(一九九九年一一四八号)二頁、三頁。同「参審制度採用の提唱」ジュリスト(二〇〇〇年一一八九号)五二頁以下では、提唱として陪審制ではなく参審制の

採用の理由を述べる。

- (72) 田宮裕「刑事訴訟法の展開と英米法の影響」ジュリスト（一九七四年五五一号）一五八頁、鈴木義男・谷川久・時国康夫・田宮裕・長島安治・織部政男「日本法と英米法の三十年―座談会〔実務と英米法〕」ジュリスト六百号記念特集（一九七五年）田宮発言―三三四頁。
- (73) 鈴木義男・前掲(注72)書「実務と英米法」ジュリスト六百号記念特集―三三四頁。
- (74) 河上和雄「檢察実務と英米法」ジュリスト（一九七五年六〇〇号）三四〇頁以下。
- (75) ダニエル・H・フット「日米比較刑事司法の講義を振り返って」ジュリスト（一九九九年一一四八号）一六五頁以下。
- (76) B・J・ジョージ「外国人から見た日本の刑事訴訟法」（佐伯仁志訳）ジュリスト（一九九九年一二四八号）一七四頁。
- (77) ジョーゼフ・ホフマン「『真実』と日本の刑事訴訟法」（長沼範良訳）ジュリスト一一四八号一七八頁。ほかに、アメリカでは、有罪無罪を決める審理陪審（小陪審）の問題性が指摘されるほか、起訴・不起訴を決める大陪審（非公開制）の不起訴決定に大きな疑問が呈されている。
- (78) デイビッド・T・ジョンソン『アメリカ人からみた日本の檢察制度（日米の比較考察）』大久保光也訳（シユプリンガー・フェアラーク東京二〇〇四年）一五頁、一五五頁、三三頁以下。なお、既存の刑事司法に対し、今痛烈な反省を迫られているのはアメリカであると分析されるのは松尾浩也教授である。同『研修』八〇〇号（二〇一五年二月号）七頁では「一九九二年にニューヨークの弁護士ハリ・シエックらが立ち上げたThe Innocence Projectは、DNA検査の進歩などを有効な手段として、受刑者の無実を次々に立証し『雪冤』された受刑者は、死刑囚であった者を含めて三二二名に及んでいる。このような危機的事態に直面してみると、アメリカが『刑事裁判』という困難な業務を地方分権に委ねていたことにも疑問を生じないでもない」とされる。

ドイツにおける教育を受ける権利

ペーター・M・フリーバー

甲斐 素直 翻訳監修

栗島 智明 訳

〔初等・中等の〕学校および大学における「教育 (Bildung)」を受ける権利」について検討することは、ひとつの挑戦である。というのも、Bildung は並はずれて複雑な概念であって、歴史的・社会的・文化的な要素に依存しており、それは、文脈や利益関心に応じて実に様々な内容を与えられうる概念である。Bildung は、Unterrichtung 以上のものであり、Erziehung に比べると、より相互作用に向けられている。Bildung によって描写されるのは、あらゆる個々の人間の、理想的には一生涯にわたるプロセスである。そのプロセスにおいて、ひとは自身の精神面、文化面ならびに生活実用面の能力を獲得・展開し、さらには、人格的・社会的能力を、より完全なものへと近づける。[Bildung という] このドイツ語特有の概念は、すでにマイスター・エックハルト〔注：中世ドイツの神秘主義思想

家」によって私たちの言葉に取り入れられており、翻訳しようのないものである。Bildung の概念は、周知のごとく、一九世紀初期に決定的に刻み込まれることになった。この時代に、観念主義 (Idealismus) によって、Bildung 概念は主観的なものへと転化し、さらに、W・フォン・フンボルトが、それを綱領的 (programmatisch) なものへと変化させた。Bildung の本質を明確にしようとする試みは——それが、非常に古い見解へとさかのぼるものであるにもかかわらず——相変わらずアクチュアルである。

「一般的でなければならないような、ある種の知識がまさに存在する。さらに、誰にも欠けてはならないような、考え方や人格についてのある種の Bildung が存在する。何人も、自分が、その特定の職業にかかわりなく、善良で行儀のよい、身分相応に啓蒙された人間であり市民であるときにはじめて、善き職人や、商人、軍人、実業家になるということは、明らかである。そのために必要な事柄を、学校教育が彼に与えるならば、職業のために必要な特別な能力は、あとにたやすく獲得されるであろうし、それに彼は、人生でしばしば生じることだが、ある職から次の職へと変える自由を常に保持するのである。⁽¹⁾」

法および法学は、多くのラント憲法を一瞥すればわかる通り、この理解との関係を決して断つものではない。この点においても、とりわけ示唆に富むのはバイエルン憲法である。たとえば、同二三一条一項は次のように定める。学校は、知識 (Wissen) と技能 (Können) を伝えるだけでなく、心情 (Herz) と人間性 (Charakter) を涵養 (bilden) すべきである、と。他方で同条二項によれば、神への畏敬、宗教的信条や人間の尊厳への敬意、自制 (Selbst-

beherrschung)、責任感ならびに責任を受け入れること、他者への親切心 (Hilfsbereitschaft)、あらゆる真・善・美に對して開かれた心を持つこと、そして、自然と環境に對する責任意識が、Bildungの最上級の目的とされている。Bildungをこれよりも美しく表現することは、ほとんど不可能である。しかし、権利として、すなわち個人が国家に對して有する提訴可能な請求權として、Bildungを改鑄する (ausmünzen) ことは可能であろうか。その結果、Bildungの目的が完全に達成されない場合に補償を求める権利が生じるとしても、それは一体いつ認められるのだろうか。

このような背景から、以下では、「教育を受ける権利」につき、基本法上の規準(一)、ラント憲法上の規準(二)、EU法ならびに国際法上の規準(三)を叙述し、この「権利」の輪郭を略述した(四)のち、いくつかのアクチュアルな問題にそれを応用する(五)。そして、教育を受ける権利が有する、変わりつつある意義についての若干のコメントをもって、考察を終えることにする(六)。

一 基本權が定める「教育を受ける権利」の大枠条件

(一) 社会的 basic 權をめぐる議論

第二次世界大戦以降、ドイツの国法学は、社会的 basic 權を基本法に取り入れることに、一般に疑いの目を向けていた。また個別的にも、教育を受ける権利を取り込むことに對し、多くの者は懐疑的であった。一九四九年には、社会的基本權を断念したことが、ワイマル憲法との距離ならびに基本法の暫定性を強調するとされてきた。さらに、一九七〇年代に再び盛り上がった議論も、再統一後の議論も、どちらも失敗に終わった。⁽²⁾再統一を契機として、統一条約五条は、連邦議会と連邦参議院の合同憲法委員会に對して、——社会的基本權ではなく——国家目標規定

(Staatszielbestimmungen)〔注：現在および将来の国家活動の課題と方向性につき法的拘束力をもって確定する憲法規範〕の採用について検討するよう委託した。ハンス・ユルゲン・パーピアは、その点を次のように簡潔にまとめている。

「結果的に、社会的基本権を導入するという提案は、専門家委員会において圧倒的多数により否認された。それに対して、種々の社会的国家目標を定式化しようという提案は、部分的に多数を占めたが、必要とされる三分の二の特別過半数を満たすことができず、結果的に専門家委員会は、社会的基本権と社会的国家目標のどちらについても推薦しなかった。⁽³⁾」

これにとって決定的であったのは、とりわけ次の二つの理由である。一つは、品質の劣った、プログラム命題ではない権利のカテゴリーによって基本権を相対化し、それを通じて、防禦権の厳格さやそれに結びついた基本権の威厳を弱めることを望まなかったという理由である。もう一つは、それらが規範化されることにより生ずる、政治的プロセスのさらなる司法化、ならびに憲法裁判権への重心移動がさらに進むことを恐れたという理由である。

(二) 基本権による構築の試み

もちろん、判例および学説は、解釈の過程で実践的対策を講じようとしなかったわけではない。奇跡的な経済復興(Wirtschaftswunder)の経験がまだ記憶に新しく、とりわけ楽観的であった一九七〇年代には、防禦権として構想さ

れた——その時代、客観的側面ではまだ完全には発展していなかった——基本権から、積極的地位 (status positivus)⁽⁴⁾ の意味での直接的配分請求権^{*訳注} (unmittelbare Teilhaberechte) が、いまにも導き出されようとしていた。その点で、一九七二年七月一八日に連邦憲法裁判所・第一法廷により下された大学入学定員判決が、頂点を成している。この具体的事案では、一般的平等条項 (基本法二条一項)、職業の自由 (基本法一二条一項) ならびに社会国家原理 (基本法二〇条一項) から導き出すかたちで、直接的配分請求権の可能性が認められた⁽⁵⁾。とはいえ裁判所は実際には、直接的配分請求権を、「個人が合理的に (vernünftigerweise) 社会に要求するという意味での可能性の留保」⁽⁶⁾ によって制約しており、その点で十分に慎重であった。人間の尊厳 (基本法一条一項) および社会国家原理 (基本法二〇条一項) から直接導き出される、最低限度の生存を求める権利 (Anspruch auf das Existenzminimum) という例外事案を除けば⁽⁷⁾、今日に至るまで裁判所はその立場を維持している。このことは、教育を受ける権利についても妥当する。

(a) 学校の領域で、基本法二条一項「人格の自由な発展の権利」から導かれうる「教育を受ける権利」が存在するか否かという問いを、連邦憲法裁判所は、ギムナージウム上級学年に関する判決において、明示的に未解決のままとし⁽⁸⁾、それ以降、この問題を掘り下げてはいない。しかしながら連邦憲法裁判所は、学校および職業上の発達を妨げるような措置について、一般的人格権や、場合によって基本法一二条一項「職業の自由」にも照らして審査をし、それによって、——かなり無頓着にも行政裁判所がはじめから「教育を受ける権利」と表現していた——生徒の学習発達 (Bildungsentwicklung) に関する諸基準を定めた⁽⁹⁾。

(b) ただし、学校の外でも子供の発達促進されうるため、「基本法七条四項の」私立学校「設立」の自由 (Privatschulfreiheit) もまた、教育を受ける権利との結節点を示す。それは次の理由による。まず、就学を義務づけら

れた子供を持つ親は、子供の教育に関する「自然的権利」を有するが（基本法六条二項）、その権利は、公立学校において、同等に位置づけられた国家の教育任務（Erziehungsauftrag）と直面する。さらに親には、公立学校制度の形成に際して、教育学的ないし宗派的な意味での共同発言権は認められていない。そのような親が、基本法七条四項によって、学校での教育に関する親の権利と「選択権」とを主張することが可能になるからである。その限りで、基本法六条二項と結びついた七条四項は、子供を私立学校に入学させ、それにより自分の教育観念を実現させるという権利（ないし基本権）を親に与える⁽¹⁰⁾。その権利は、基本法二条一項に位置付けられるべき子供の教育を受ける権利に、必ずしも対応するわけではないが、理念的には対応する。

私立学校に子供を通わせるという選択をする親がますます増えており、彼らは公立学校に背を向ける。我々の社会の多様化によって、そしてまた、ラントでの政権交代後、いつもはじめに学校改革に着手したがるという政治の致命的傾向により、とりわけ旧東ドイツの諸ラントにおいては、私立の代替学校^{*訳注二}の数が、ますます増加している。

これは問題である。というのも学校は、我々の社会において、それぞれ互いに離れようとする個々の部分を統合しうる唯一の国家機関であり、とりわけそのことを通じて、学校は教育任務（Bildungsauftrag）を果たすからである。この機関を、社会は放棄することができない。たしかに、国家に承認される「私立」代替学校の設立に関する形式的／実質的要求（基本法七条四項）や、基本法七条五項による国民（代替）^{*訳注三}学校の厳しい制限を通じて、公立学校システムからの脱却は抑制されている。さらに、助成を削減したり、より厳しい助成基準を設定すること、または、その他の事務的ハードルを定めることも可能である。とはいえ、公立学校が受け入れられ、その教育任務の達成が長期的によりうまくいくよう約束するのは、「学校の平和（Schulfrieden）」〔注：学校制度についての政治的闘争が一定期間行

われなない状態のこと」であろう。そのためには、二〇一一年にノルトライン・ヴェストファーレンでなされた取り決めの模範にならうか、さらによいのは、「学校制度に関する規定を」ラント憲法に条文上明記することである。⁽¹¹⁾

(c) 大学の領域については、すでに基本法一二条一項の文言から、「大学を含む」養成所 (Ausbildungsstätte) を自由に選択する権利が導かれる。この保障からは、——場合によつて社会国家原理や一般的平等条項とも結びついて——あらゆる基本権保持者に対し、自分が選択した大学での勉学を認められる権利が生じる。それゆえ、本人が望む大学で受けようとしている課程 (Studiengang) について、本人の適格性とは無関係に、そこから確定的に排除することは、——それが職業の資格に結びつく限りにおいて——職業選択の客観的制約となる。そして、それは格別重要な公共の利益に対する危険を防止する目的のみ、認められる。⁽¹²⁾ このことは、法学における四〇年前からの共有財産であるが、近時における連続課程^{*訳注五}の新設や、種々の私立大学が生まれたことを踏まえ、新たな重要性を獲得している。

基本法一二条一項の名宛人は、公的主体 (die öffentliche Hand) である (基本法一条三項)。それに対し、私人は拘束されない。しかし、——ハンブルクのブツェリウス・ロー・スクールや、最近設立されたヴィースバーデンのEBSロー・スクールが示すように——かねてより私人が、大学の分野や、さらに法曹養成においてさえも、ますます重要性を増してきている。基本法も、また大半のラント憲法も、私立大学の設立について特別な法的ハードルを課していないが、私立大学における学生の面倒見は国立大学に比して明らかに優れているため、いずれは、私立大学への機会において平等なアクセスも問われることになる。

二 教育を受ける権利のラント憲法上の根拠

(一) 現状

基本法を生んだ親たちとは異なり、ラント憲法の制定者たちは、一九四九年以前も、また一九九〇年以後も、社会的基本権を条文化することについて、ほとんど疑念を抱いていなかった。本稿で関心の対象となっている、教育を受ける一般的権利の保障は、文言は様々であるが、次のラント憲法に見ることができる。バーデン・ヴュルテンベルク(二二条)、バイエルン(二三八条)、ベルリン(二〇条)、ブランデンブルク(二九条)、ブレーメン(二七条)、ニーダーザクセン(四條)、ザクセン・アンハルト(二五一条項)、そしてテューリンゲン(二〇条)である。メクレンブルク・フォアポメルン憲法は、少なくとも教育制度における機会の平等を保障しており(八条)、ザクセン憲法は、公的教育機関への平等なアクセスを保障している(二九条二項)。他方で、ヘッセン(五五条以下)、ノルトライン・ヴェストファーレン(六条、七条以下)、ラインラント・プファルツ(二七条以下)およびザールラント(二六条以下)は、教育制度・学校制度・大学制度について、広範であるが制度に向けられた保障だけを行っている。

(二) 基本法上の規準の些細な変形

そうすると、ラント憲法に定められたこれらの保障は、実際にはいったい何をなしうるのか、という問いが浮かぶ。例えば基本法二二条一項「職業の自由」ないし二条一項「人格の自由な発展の権利」の客観的価値決定についての議会法律による内容形成に依存した、その限りで派生的な、基本法上の派生的配分請求権(derivative Teilhabensprüche)

よりも、これらの「ラント憲法上の」保障は、多くの内実を含んでいるのであろうか？ この問いを立てることは、それを否定することを意味する。それは、バイエルン憲法一二八条一項に関してバイエルン憲法裁判所によって下された、比較的広範囲に及ぶ判例をみればわかることである。

(a) バイエルン憲法裁判所の確立した判例によれば、この規定は、——たしかにそれは、バイエルンのあらゆる住民に対して、自己が有する証明された能力や内的使命に対応した養成 (Ausbildung) を受ける請求権を明示的に付与しているが (バイエルン憲法一二八条一項) ——バイエルンに対し、たとえば大学の「さらなる」学生定員枠を創設することを義務付けるような、本源的配分請求権 (originäres Teilhaberecht) を含むものではではない。というのも、連邦憲法裁判所による「前述の」大学入学定員判決に依拠してバイエルン憲法裁判所が明らかにしたように、合理的に考えれば、自己が望む、あるいは自己にとって適切な養成を誰もが受けられるほど多くの養成所 (Ausbildungsstätten) を設立するよう、国家は義務付けられえないからである。⁽¹³⁾それほど過度の義務付けは、多種多様な国家任務に鑑みるならば、国家の租税能力および財政能力をはるかに超えてしまい、⁽¹⁴⁾ 財政管理ならびに財政均衡に関する憲法上の諸規定 (バイエルン憲法七八条以下) と調和しがたいとされる。

実際には、バイエルンの「教育を受ける権利」は、別の言葉でいえば国家目標規定なのである。その具体化にあたり、国家には広範な形成の余地が認められる。憲法は国家に対し、それゆえ、教育機関の資金調達と、すでに用意された大学の学生定員枠の資金調達についての決定をも委ねている。今日では再び、他のほぼすべてのラントで普通のこととなっているように、^{*訳注六} 国家はその資金について、もっぱら国庫のみからまかなつてもよいし、あるいは、「大学生を含む」研修生 (Auszubildende) を、資金調達に加わらせることもできる。いずれにせよ、大学の学生定員枠を無料

で用意するよう求める権利は、バイエルン憲法一二八条一項からは導きえない。

それゆえ、——基本法一二条一項と同様に——バイエルン憲法一二八条一項から生じるのは、せいぜいのところ、すでに存在する大学の学生定員枠への、機会において平等なアクセスに対する個人の提訴可能な権利であり、そこでの勉強の条件は、すべての生活領域に対する国家の全体責任に鑑みれば、国家が自由に処理することができる。⁽¹⁵⁾ このことは、他のラントにおける法状況と一致する。ラント憲法〔の規定〕が初めから機会平等の保障のみに限定されている場合であれ、あるいはそれが、方法において正当な解釈の結果であるにせよ。

(b) したがって、「教育を受ける権利」のラント憲法による保障は、第一義的には国家目標規定である。それは、特別な国家任務⁽¹⁶⁾や制度的保障 (institutionelle Garantien)、そして場合によつては個人の特別な資格とも結びついている。

三 E U法および国際法上の規準

E U法および国際法が、「教育を受ける権利」についての規準を定めるようになったのは最近のことではないが、それらの規準が有する規律力 (Direktionskraft) は、絶えず増してきている。

(一) E U法上の規準

E Uレベルでは、実践的観点からはとりわけE U市民権から導かれる、奨学金と社会保障⁽¹⁷⁾へのアクセス権⁽¹⁸⁾が、教育を受ける権利に新たなダイナミクスを生じさせ、また個人化を促進する。ドグマーテイク⁽¹⁹⁾の観点からは、多くのことから、とくにE U基本権憲章一四一条一項〔教育を受ける権利／職業上の養成・継続的養成を受ける権利〕の規定が議

論を新たにかき立てるだろうと考えられる。

(a) 周知のように、社会的基本権の問題領域についての支配的なドイツの見解を、基本権憲章にも用いようとする試みは、かなり早く、それもかなり無惨な形で挫折した。それには特に、次の二つの理由がある。

まず、直接的に妥当する防禦権と派生的な配分請求権とのカテゴリカルな区別には、あまりに多くの前提が存在し、他の加盟国では、様々な理由からそれに対応するものが見当たらなかった。EUの他の加盟国、ないしドイツ法領域の外にある加盟国で、我々と比肩しうるほどニュアンスに満ちた、しかし時として過度に肥大した基本権の構想を用いる国は存在しない。そのため、仲間〔の国々〕は、我々が、基本権の直接的妥当と間接的な第三者効力とのカテゴリカルな区別⁽²⁰⁾について正当な売り込みをしても、耳を傾けはしない。そして、それだけではない。細分化されていないアプローチによって生ずる、機能法的な帰結について警告しても、彼らは聞こうとしないのだ——そのような帰結が、垂直的な画一化を志向する基本権の効力によるものか、⁽²¹⁾それとも決定管轄を司法へと水平的に移動させることにより引き起こされるものかにかかわらず。

二つ目の理由は、EUへのさらなる正当性の移譲に対する希望であった。それは、社会的基本権を条文上明記することによって、ヨーロッパの社会的モデルについての明らかな支持表明をおこない、積極的な基本権政策の基礎を創出した⁽²²⁾という望みであった。

ドイツの代表者たちは、イギリス人やスカンディナヴィアの人々とは異なり、種々の法的進路決定の長期的な帰結について熟慮したり、ましてや、それらの帰結について必要な重みを伴って政治的評価に組み入れるといった傾向をほとんど持たなかった。彼らは、いつものように、そのうちすべてが上手くいくだろうと信賴していた。そのため、

六〇年以上にわたり基本法について発展してきた基本権ドグマティックが、その全てではないにせよ、かなりの部分において、わきに追いやられる危険性がある。それが、すべての点で遺憾だというわけではないが、しかし多くの部分については全く残念なことである。

(b) いずれにせよ、二〇〇〇年に告示され、リスボン条約で第一次法^{*訳注七}へと格上げされたEU基本権憲章は(参照、EU条約六条一項)、数多くの社会的^{社会的}基本権を含んでおり、そのなかには「教育を受ける権利」も含まれる。欧州基本権憲章一四条一項によれば、何人も、教育を受ける権利を有し、職業上の養成ならびに継続的養成へとアクセスする権利を有する。同条二項はさらに、学校での義務教育に無償で参加する権利を付け加える。

この「教育を受ける権利」が正確に何を意味しているのかは、現時点では判断しがたい。たしかに、EU基本権憲章五一条二項は次のように規定する。この憲章は、EUの権限を越えてEU法の妥当領域を拡張するものでもなく、EUに新たな権限や任務を基礎づけるものでもなく、両条約〔注：EU条約とEU運営条約を指す〕で定められた権限および任務を変更するものでもない、と。しかし、EU司法裁判所が、それを自身に向けられた境界画定として理解するか否かは、開かれたままである。EU基本権憲章五一条一項一文の明示的規定に反してERT判決を継続させてきているこれまでの経験からすれば、どちらかという²³と懐疑的になる。このことは、クーン・レーナーツ (Koen Lenaerts)〔注：ベルギーの大学教授でEU司法裁判所判事〕のアプローチについても妥当する。すなわち彼は、広範にわたる研究のなかで、コンヴェンション〔注：一九九九―二〇〇〇年にかけて活動した、EU基本権憲章起草のための専門家委員会〕による解説〔書〕へのEU司法裁判所の拘束について詳しく論じているが (EU基本権憲章五二条七項)、その〔五一条一項一文の〕文言の明確な表現に関してはわずかしか述べておらず、あらゆる主要な基本権発

展と結びついた画一化の問題については全く述べていない。²⁴ それゆえ、差別禁止やEU市民権、あるいは、——たとえば庇護権の分野における——第二次法〔派生法〕と結びついて、教育を受ける権利がいつの日か、我々の学説における細やかな境界づけを失わせるであろうことが、予測されねばならないだろう。

(二) 国際法上の条約

(a) ヨーロッパレベルで基本権憲章の規準に付け加わるのは、——適用の優位がまだ整ってはいないが——欧州人権条約である。欧州人権条約第一議定書〔以下、単に「第一議定書」とする〕二条一文によれば、何人に対しても教育を受ける権利が否定されてはならず、他方、同条二文は、就学義務の枠内で、自らの宗教的・世界観的な信念に従って子どもを教育する親の権利を尊重すべきことを、締結国に対し義務付けている。

〔かつて〕ベルリンに住むある親が、第一議定書二条を援用し、自己の子供の倫理の授業への出席義務を免除するよう求めたことがあった。しかしそれは、ノルトラインヴェストファーレンに住むバプティストの親が、性教育、カーニヴァルの行列 (Faschingsumzüge) および演劇の企画に、自分の子供たちを参加させないよう無理な要求をしたのと同様、実際にはほとんど成功を収めなかった。²⁵ むしろ全く逆に、欧州人権裁判所は次のことを指摘した。第一議定書二条はまさに、子供が教育を受ける権利を行使できるように配慮すべきことを国家にその任務として課す規定である、と。²⁶

(b) 最後に、おそらく教育を受ける権利のおよそ最も広範囲にわたる保障として、経済的・社会的および文化的権利に関する国際規約〔以下、「国際人権A規約」とする〕一三条に目を向けることにする。同条一項において、締

約国は次のことを認める。

「……すべての者が教育を受ける権利を有すること。締約国はまた、教育が、人格の完成および人格の尊厳についての意識の十分な発達を指向し、さらに、教育が、人権および基本的自由の尊重を強化すべきことに同意する。締約国はさらに、教育がすべての者に対し、自由な社会に効果的に参加することを可能にし、それはまた、諸国民のあいだ、および人種的、種族的または宗教的集団のあいだの理解、寛容および友好を促進することを可能にし、そして、平和の維持のための国際連合の活動を促進することを可能にすべきことに同意する。」

このことは、引き続き二項から四項において、あらゆる教育機関および教育の必要性について詳細に定められているが、²⁷⁾地球上のほとんどの国の、政治的、財政的および行政組織的な状況に鑑みれば、締約国が、同条に拘束される真剣な意思を有しているのか、疑わずにはいられない。²⁸⁾それにもかかわらず、連邦行政裁判所は、学説での支配的見解に反し、幾度となく次のように述べている。²⁹⁾国際人権規約の諸規定は、それが、文言、目的および内容からして、国内的規定と同様に、法的効果を発揮するのに適しておりかつ十分特定性があり、したがって、それについてのさらなる規範的な議論が必要ではない限りで、³⁰⁾完全な直接適用可能性が認められる、と。しかし実際には、明らかになっている範囲で、これまでのところそこまでの事態に至ったことはない。

四 過少保護禁止^{*訳注八} (Untermassverbot) および具体化の要件

「教育を受ける権利」は——ペーター・バドゥーラによれば——、なにより第一義的には「社会的基本権として様式化された、教育 (Bildung) と養成 (Ausbildung) とを機会において平等に保障するという国家の任務であり、それは主に、公立学校制度のなかで実現されなければならない。学校制度の特定の施設ないし制度形成につき、子供、青少年および親が有する主観的な憲法上の配分請求権ならびに給付請求権は、」——大学制度についても、必要な変更を加えて同様のことが妥当するが——「ラント憲法の明示的保障によつても、基礎づけられることはない³¹」。

もちろん、これが真実そのままというわけではない。あるいはいずれにせよ、もはやそうではなくなっている。このような明確なイメージが、ますますばやけてきているからである。その理由は、該当する「教育にかかわる」基本権が、既存の教育の提供の拡充を国家に義務付けるといふ最適化傾向 (Optimierungstendenz) を内包しているからというよりも、むしろ次の理由による。すなわち、一方では、その社会における生活上の所与の状況が変化しているという理由、他方で、EUの規準ならび国際的規準は、批准の段階ではその履行について考えられていなかったであろう約束を含んでいる、という理由である。その点の模範例として、大学の学費の許容性に関する法学的論争の際の最も厳しいハードルの一つであった、国際人権A規約一三条二項(c)〔参照、前掲注(27)〕が、いま一度指摘されよう。

(一) 教育に固有の生存最低限度 (Bildungsspezifisches Existenzminimum)

ここで論じられた法源 (Rechtsquellen) を概観する³²と、過少保護禁止 (Untermassverbot) のようなものの存在が

ドイツにおける教育を受ける権利 (甲斐・栗島)

示され、そしてこれには一定の範囲で主観的公権が対応する。このことはすべての基本権について妥当するが、教育を受ける権利が基本権により裏打ちされている限りにおいて、ここでも同様に妥当する。おそらく、基本法二〇条一項〔の社会国家原理〕と結びついた同法一条一項〔人間の尊厳〕からすでに、最低限度の教育を求める権利は導き出されうるであろう。それは次の理由による。もし、連邦憲法裁判所第一法廷がハルツIV判決で確認したように、これらの規範から、人間の尊厳に値する生存最低限度の保障への基本権が生じ³²⁾、さらにこの基本権が、

「人間の物質的生存、つまり食糧、衣服、家具、泊まる場所、暖房、衛生および健康（……）だけでなく、

人間同士の関係を保ち、社会的、文化的ならびに政治的な生活に最低限参与する可能性の保障をも包括する統一的な基本権的保障によって、全体としての最低限度の生活を保障する」³³⁾

とすれば——それは人間が、人として必然的に社会的関連において存在しているという理由によるのだが——、最低限の教育がなければまた、人間の尊厳に値する生活は不可能である。基本法七条四項〔私立学校設立の自由〕なし同法一二条一項〔職業の自由〕に含まれる客観的価値決定からは、さらに次のことが導かれるだろう。すなわち、私立の代替学校ないし私立大学が、少なくとも最低限度、存続していなければならないことである。もしそうでなければ、私立学校に関連したこれらの基本権は、空転してしまふからである。

それに加えて、教育に関する生存最低限度への特別な請求権が、さまざまなかたちでラント憲法から導かれる。バリエルンのように、教育を受ける権利が存在し、そしてまたラント憲法が、若者の教育について公の営造物

(öffentliche Anstalten)を通じて配慮されることを規定している場合には(バイエルン憲法一三三一条一項一号)、おそらく、個々の若者は、国家がそのような施設を設立することへの原則的な請求権を有する。大学については、その設立がバイエルンでは同じく国家の事項とされており(同憲法一三八条一項一文)³⁴、同様のことが妥当する。もちろん、当該請求権の種類や範囲については、これによって何も論じられてはいない。

(二) 具体化の必要条件

学校、カリキュラムならびに大学と課程の種類、範囲、方針ならびに内容を確定することは、特別な規準については留保するとしても、原則として政治的決定の任務である。それゆえ教育を受ける権利は、大学定員判決で述べられたように、可能性の留保に服するのである。比較的小さなクラスでの教育を求める権利は、原則として、特定の学校の維持や、新たな大学定員枠の創設と同様、教育を受ける権利によつてはほとんど保障されていない。それゆえ、すでに存在する教育機関への、機会において平等なアクセスが、教育を受ける権利の——それも個人が有する提訴可能な権利としての——、核心を形成している。

五 個々の事例

(一) 就学請求権 (Anspruch auf Schulbesuch)

(a) 教育を受ける権利により、たとえば、国家〔ラント〕により設立された学校が、要求しうる距離内に存在し、その生徒にとつて到達可能であることが保障される。これは旧東ドイツに限ったことではないが、人口統計上の変化

に目をやると、その保障によって、近距離の公的交通機関に対するより高い要求が結果として生じうるだけではない。それにより、個々の学校がもはや十分に活用しきれていない場合であっても、ある地域であらゆる学校類型を維持するよう強制されうる。

(b) 「子供の」就学義務が両親の育成権 (Erziehungsrecht) と衝突する場合において、——基本法七条四項および五項の可能性がない場合に——官庁と裁判所は、就学義務を固く主張してきたし、子供、両親および国家という多極的法関係のなかで、国家の教育任務 (Erziehungsauftrag) に優位を認めてきた。ホーム・スクーリングは、ドイツでは選択肢とならない³⁶。宗教的理由から授業の一部の免除を受けることは、例外的事例においてのみ可能である³⁷。それは通例、基本法一条一項と結びついた同法二条一項から導かれる、該当する子供の教育を受ける権利にも奉仕するだろう。

(二) 優秀な生徒に対する優遇措置と統合教育 (Inklusion)

「教育を受ける権利」は、それを越えて、教育制度の細分化された内容形成を要求する。この制度では、たとえば優秀な生徒に対して、平均を超えた発達の可能性が開かれていなければならない。例を挙げると、その点で私立大学が明らかに優れていると証明されるならば、——基本法二二条一項の基本権に関する国家の保護義務の表れとして——許可命令を通じ、そして必要であれば奨学金プログラムを用いて、困窮している応募者もそこで入学の機会を得られるよう保障しなければならない。

例えばバイエルン憲法一二八条二項は、優秀な者が学校および大学へ就学することを、必要とあれば公的資金に

よって実現しなければならぬと規定する。そこでは、一般的な生活維持費のみでなく、大学に通うために納付されるべき費用もまた問題となっている。これは、それほど外れなことではない。というのも、一九六〇年代の終わりまで数世紀のあいだ、大学の学生は、いわゆる聴講料 (Hörgelder) を支払わなければならなかった³⁸⁾のであり、その費用の存在は、ラント憲法制定議会においては、まったくありふれたものだったからである。当時の聴講料が、現在の学費 (Studienbeiträge) なのだ。

まさしく、特別の予防措置が必要となるのは、発達の遅れた生徒や、障害を持った生徒の教育に目を向ける場合である。とくに国家が、教育制度において統合教育 (Inklusion) を選択する場合には、次のことが保障されねばならない。すなわち、障害を持った生徒も、自身の与えられた状況に適切な教育への機会を持つことである³⁹⁾。とりわけ基本法三条三項二文〔障害を理由とした不利益の禁止〕によって、この〔国家の〕義務は、主観法的な内実を獲得する。

(三) 大学の学費

それに対して、大学における学費の徴収は、教育を受ける権利に違反しない。このことは、すべてのラントの判例が一致して明らかにした⁴⁰⁾。たしかに、基本法一二条一項、あるいは同様のラント憲法上の保障は、個人が有する次の原則的権利を保障する。すなわち、入学の主観的前提条件を満たす場合に、大学により提供されている課程の中から特定の課程を決定し、さらに全員に妥当する条件のもとでその課程を修了する権利、である。しかし、大学において無料で勉強をすることの請求権が、それらの保障によって与えられることはない⁴¹⁾。

たしかに、大学の学費徴収は、基本権と関連している。というのも、学費の徴収によって、基本権的に保障された

請求権の行使が困難となる傾向があるためである。⁽⁴²⁾ 周知のように、現代の侵害概念によれば、基本権的に保護された利益に対する事実上の制約であつても、それが立法者に対し責任を負わせうるものである場合、ないしはそれが「客観的に職業を規律する傾向」を示す場合には、基本権侵害となる。⁽⁴³⁾ ここではそれが当てはまる。⁽⁴⁴⁾ しかしながら、この侵害については、その重大性がわずかであるため、比例性を満たしている。判例は、国際人権A規約一三条二項(c)の違反を否定した。

(四) ボローニャ・プロセス^{*訳注九}

ボローニャ・モデルに従い新たに構築された連続課程との関係で、将来、入学定員と同様の問題が生じるだろう。周知のように、より多くの学生に、より短期間で、より安く、バチェラー(学士)という学問修了証を与えることが、ここでの政治の関心事であつた。この修了者のうち、ごく一部——計算によれば約二五—三〇パーセント——だけが、その後マスター(修士)の学位を取得しており、それ以外の者は大学を去っている。その結果、バチェラーは、文部官僚機構によつて、職業適格を付与する修了証であると説明され、そして彼らによれば、基本法一二条一項に関する問題も片付いているというのである。ところが、そのような構想は、うまくいってよいものではない。

労働市場は、バチェラー修了者たちを決して歓迎しなかつた。そして、公務員を除けば、大学課程改革に関わる職業上の保護は、視野にない。しかし、「バチェラー課程の」修了がただ机上のものであり、実際には職業の適格を有しないとすれば、バチェラーに対して、すでに存在するマスターの学生定員枠への、機会において平等なアクセスが保障されなければならないだけではない。そうではなく、マスターの学生数を、予定していたとは異なり、劇的

に増加させねばならないだろう。そのことについて、該当する者たちは、「前述の」大学入学定員判決を引き継いで、おそらく請求権をも有するだろう。というのも、職業上は何もないような状況で終了し、まともに職業適格を付与する修了〔段階〕まで続けられることのない、何百という課程が、ひよつとすると過少保護禁止に対する違反となるかもしれないのだ。現実には反するようなことは、大学政策といえどもなしえないのである。

六 教育を受ける権利の意味変容

我々は、個人と社会の生活条件を包括した、変革の時代を生きている。とりわけ遠距離通信の分野における科学技術の発展や、ほとんど境界のない移動可能性 (Mobilität)、また、結婚・家族・教会・政党および労働組合といった伝統的な団体の結びつきが弱まりつつあること、移住および高齢化、さらに、伝統的な任務からの国家の部分的撤退など、このほかにも様々なことが、私たちの文化を特徴づけてきた Bildung の構想に、新たな試練を与えている。法秩序における個人の役割についての見方が変化しており、さらに、主観的公権を行使することが、憲法/EU法/行政の法律適合性を貫徹させるために有しうる、基本的に好ましい影響についての見方もまた、変化している。⁴⁵ それと結びついて、教育を受ける権利を単に、現に存在する教育機関への、機会において平等な配分請求権を表す符号 (Chiffre) としてのみとらえることは、もはや十分ではないように思われる。むしろ——とくにEU法ならびに国際法に導かれて——、具体的請求権を与えることも問題とならねばならないだろう。それにより、人口流出におびやかされる地域に住む生徒たちや、滞在資格のない人々の子供達や、優秀な生徒ならびに障害を持つ子供、そしてさらに、ポロニーヤ・プロセスの犠牲となった世代にとっても、教育を受ける人権が、現実のものとなるのである。

【訳者解題】 本稿は、去る二〇一三年一〇月三日に、日本大学においてペーター・M・フーバー教授が講演を行った際に用いた論文を——講演当日に省略された箇所も含めて——全訳したものである（独語論文は、Archiv des öffentlichen Rechts, Beiheft 2014, S. 13 ff. に収められている）。

筆者のペーター・M・フーバー教授（一九五九年）は、ミュンヘン大学にてペーター・バドゥーラ教授（一九三四年）の下、博士論文および教授資格請求論文を執筆された。その後、幾つかの大学で教鞭を執ったのち、二〇〇二年より、バドゥーラ教授の後継者として、ミュンヘン大学法学部の教授を務めている。その職務のかたわら、二〇〇九年から約一年間、テューリンゲン州の内務大臣を務め、また、二〇一〇年からは、連邦憲法裁判所第二法廷の裁判官を務めている。

本論文は、これまでドイツで十分に議論が蓄積されてきたとは言い難い「教育を受ける権利」について——ボローニャ・プロセスや私立大学の登場など——現代ドイツの社会状況・政治状況の変化を踏まえつつ、考察を行ったものである。またその際、近時の（裁）判例にも幅広く言及されている。日本国憲法とは異なり、ドイツ基本法には——独自の歴史的経緯から——教育を受ける権利の規定が存在しない。しかし、多くのラント憲法においてそれは明示的に保障されており、種々の国際的な人権条約においても、当該権利は認められている。本稿において筆者は、（ラント憲法での保障の意義については懐疑的な態度を示しつつ）EU法および国際法における権利保障により、——単なる国家の義務を越えて——個人の具体的権利が、場合によって基礎づけられ得ることを示唆している。教授は、本稿について「素描 (Skizze) に過ぎない」と仰っていたが、ドイツないしヨーロッパにおける教育を受ける権利の全体構造を的確かつ簡潔に描写し、現代における当該権利の意味変容にまで言及されている点で、日本人にとっても大変示唆に

富む論文であると思われる。

訳語について触れておくと、タイトルにもある *Bildung* の語は、(筆者が冒頭で触れている通り) ドイツ語特有のものであり、翻訳が困難である。日本の憲法学では「教育を受ける権利」という言葉遣いが定着していることから、本稿では、基本的には *Bildung* を「教育」と訳すことにした。そうすると、ほかの語——とりわけ *Erziehung*——との異同が問題となるが、文脈によっては、両者を分けずに「教育」と訳している(なお、*Ausbildung* には原則として「養成」の訳語を当てた)。この点、読者のご寛恕を乞う次第である。

また、本論文の元来のタイトルは、*Recht auf Bildung in Schule und Hochschule* であり、「学校および大学において、教育を受ける権利」とでも訳すべきものであるが、この点、日本では初等・中等教育の場としての「学校」と高等教育の場としての「大学」が、明確に区別されてはならず、両者とも、学校、教育法に関連規定が置かれていることに鑑みれば、直訳のタイトルはかえってミスリーディングになる考え、刊行にあたって標題を変更させて頂いた。また、読者の便宜のための訳注を幾つか付したほか、「」内で、訳者による補足を行った箇所がある。

末筆となったが、この度、小田司教授の紹介で、論文の翻訳および当日の通訳を栗島が担当する運びとなり、さらに、本稿の刊行にあたっては、甲斐素直教授に大変お世話になった。両教授に、この場を借りて心より御礼を申し上げます。

(栗島 智明)

* 訳注一…配分請求権とは、国家の給付にあずかることを求める権利をいう。本稿でも述べられている通り、本源的(直接的)

ドイツにおける教育を受ける権利(甲斐・栗島)

配分請求権と派生的配分請求権とが分けられ、前者は、国家給付制度の新たな創設や拡充を求める権利であり、他方、後者は既存の国家給付制度の下でその配分への平等な参加を求める権利である。

* 訳注二：「代替学校 (Ersatzschule)」とは、ドイツの私立学校のうち、基本法七条四項二文以下にいう国の認可を受けたものをいう。なお、私立学校にはほかに、「補完学校 (Ergänzungsschule)」があり、これは所轄官庁への届出により設立することができ、一般の学校とは大きく異なる授業内容を提供できる一方で、原則として補完学校により就学義務を満たすことはできない (参照、BVerfGE 27, 195 [201 f.])。

* 訳注三：国民学校 (Volksschule) は、最初の八年間の学校教育を担う教育機関として、西ドイツでは戦後もしばらく存在したが、一九六〇年代―七〇年代にかけて、小学校 (一―四学年) とハウプトシューレ (五―九学年) にとって代わられた。そこで、こんにち「国民学校」という場合には、小学校およびハウプトシューレを指す。

* 訳注四：二〇一一年、ノルトライン・ヴェストファーレンで政府と野党の間で合意が成立し、その後一二年間のあいだ、一定の学校制度が存立し続けることとなった。

* 訳注五：「ボローニヤ宣言 (一九九九年)」に基づく「ボローニヤ・プロセス」により、**バ、チ、エ、ラ、** (学士) と **マ、ス、タ、** (修士) の二段階制度が導入されたが、この両者を接続した課程が、「連続課程 (konsekutiver Studiengang)」と呼ばれる。ボローニヤ・プロセスについては、後掲訳注九も参照。

* 訳注六：ドイツでは、一九七〇年以降、大学での学費は徴収されていなかったが、二〇〇五年から (旧西ドイツの) 多くのラントにおいて、学費徴収が行われるようになった。もともとその後、政権交代等によって、学費システムは各ラントで再び廃止されるに至り、二〇一三年度の冬学期から、バイエルンでも学費の徴収は行われなくなっている。

* 訳注七：第一次法 (Primärrecht) は、EU条約およびEU運営条約を中心とした、EU法の第一次的な法源であり、これらを根拠として、EU市民の生活に影響を及ぼすような第二次法 (Sekundärrecht) が制定される (後者は、派生法とも呼ばれる)。

* 訳注八：連邦憲法裁判所の判例および通説によれば、基本権に関わる立法は、上限において、基本権に対する過剰な制約で

あつてはならず、他方、下限において立法者は、基本権を保護する義務を適切に充足しなければならない（参照、BVerfGE 88, 203 [254]）。前者が「過剰侵害禁止 (Übermaßverbot)」と呼ばれるのに対し、後者が「過少保護禁止 (Untermaßverbot)」と呼ばれる。

* 訳注九：ヨーロッパにおける大学の学修課程と学位の構造を共通化するため、一九九九年、二九の国々の代表者が集まり、ボローニヤ宣言を採択した。これに基づく「ボローニヤ・プロセス」の中心的要素が、上述の通り、バチェラー（学士）とマスター（修士）の二段階制度の導入である。

- (1) W. von Humboldt, Rechenschaftsbericht an den König (1809), in: Filtner/Giel (Hrsg.), Wilhelm von Humboldt. Werke in fünf Bänden, 1960–81, Bd. IV, S. 218.
- (2) H.-J. Papier, Grundrechte und Sozialordnung, in: Merten/ders. (Hrsg.), HGR II, 2006, S. 30 Rn. 13.
- (3) H.-J. Papier (Fn. 2), S. 30 Rn. 14.
- (4) G. Jellinek, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919, S. 86 ff.
- (5) BVerfGE 33, 303/331 – NC; 43, 291/313 ff.
- (6) BVerfGE 33, 303/333.
- (7) BVerfGE 125, 175 ff. – Hartz IV; BVerfG, NVwZ 2012, 1024 ff. – § 3 AsylbLG.
- (8) BVerfGE 45, 400/417 – gymnasiale Oberstufe.
- (9) BVerwGE 47, 201/206; 56, 155/158.
- (10) P. Badura, in: Maunz/Dürig, GG, II, Art. 7 Rn. 109 (Stand Juni 2007). 参考 BVerfGE 41, 29/44 ff.; A. Schmitt-Kammler/M. Thiel, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 7 Rn. 61.
- (11) P. M. Huber, Bundesverfassungsrecht und Landesverfassungsrecht, NdsVBl. 2011, 233/238 f.

- (21) BVerfGE 7, 377 ff. – Apotheken; 33, 303/330 f. – NC; 59, 172/199; BVerwGE 42, 296/300; BayVGHE 54, 52/59 – Zweitstudiengebühren.
- (31) BayVerfGHE 21, 59/66; 28, 143/159; 28, 184/191; 38, 16 /23, 27.
- (41) BayVerfGHE 24, 1/25; 35, 126 /136.
- (51) *P. M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 438.
- (91) *P. Badura* (Fn. 10), Art. 7 Rn. 5 (Stand Juni 2006).
- (11) EuGH, Urt. v. 15.3.2005 – Rs. C 209/03 – Bidar, Slg. 2005, I-2119.
- (81) EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – Rs. C 184/99 – Grzelezyk, Slg. 2001, I-6193; Urt. v. 11.07.2002 – Rs. C 224/98 – D´Hoop, Slg. 2002, I-6191; *ハルビノキ 基本的文藝ムック C. Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EurR Beiheft 1/2007, S. 7 ff.; *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007.
- (61) 野々村大輔ムック C. Langenfeld, Soziale Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR VI/1, 2010, § 163 Rn. 19 Anm. 49.
- (28) *P. M. Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385/2388 ff.
- (12) *P. M. Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EurR 43 (2008), 189 ff. = El Cronista del Estado social y democrático de derecho 2008, 56 ff. = EPL 14 (2008), 323 ff. = Rivista italiana di Diritto pubblico communitario 19 (2009), 1 ff.
- (22) *C. Langenfeld* (Fn.19), S 163 Rn. 19.
- (23) 一方ハキ EuGH, Beschl. v. 1.3.2011 – Rs. C-457/09 – Claude Chartry/État belge, Slg. 2011, I-819; 他方ハキ EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – Rs. C-279/09 – DEB, Slg. 2010, 13849; Urt. v. 8.3.2011 – Rs. C – 34/09 – Ruiz Zambrano, Slg. 2011, I-1177; *W. Cremer*, Der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte unter dem Einfluss von Grundrechtecharta und ihren

Vorbehalten, in: Kischel/Masing (Hrsg.), *Unionsgrundrechte und Diskriminierungsverbote im Verfassungsrecht*, 2012, S. 17 ff.; *P. M. Huber* (Fn. 21), 190/196 f.; *ders.*, (Fn. 20) ; 異否を見解する。 *F. Schoch*, *Die Durchsetzung von Unionsgrundrechten durch europäisches Sekundärrecht – Strategien und Probleme*, in: Kischel/Masing (Hrsg.), *ebenda*, S. 57/58.

(24) *K. Lenaerts*, *Untersuchung zu den Grenzen der EU-Grundrechtecharta*, Vortrag auf der Tagung der Sektion der Internationalen Juristenkommission (未公刊).

(25) EGMR, *Entsch. v. 13.9.2011 – 319/08 – D. u.a./Deutschland*.

(26) EGMR, *Urt. v. 25.3.1993 – 13134/87 – Costello-Roberts/Vereinigtes Königreich*, Rn. 27; *Entsch. v. 27.4.1999 – 44888/98 – Martins Casimiro und Cerveira Ferreira/Luxemburg*; *Entsch. v. 6.10.2009 – 45216/07 – J. A. und Eltern/Deutschland*.

(27) 二項：この規約の締約国は、一項の権利の完全な実現を達成するため、次のことを認める。

(a) 初等教育は、義務的なものとし、すべての者に対して無償のものとする。

(b) 種々の形態の中等教育（技術的及び職業的中等教育を含む。）は、すべての適当な方法により、特に、無償教育の漸進的な導入により、一般的に利用可能であり、かつ、すべての者に対して機会が与えられるものとする。

(c) 高等教育は、すべての適当な方法により、特に、無償教育の漸進的な導入により、能力に応じ、すべての者に対して均等に機会が与えられるものとする。

(d) 基礎教育は、初等教育を受けなかった者またはその全課程を修了しなかった者のため、できる限り奨励され又は強化されること。

(e) すべての段階にわたる学校制度の発展を積極的に追求し、適当な奨学金制度を設立しおよび教育職員の物質的条件を不断に改善すること。

三項…この規約の締約国は、父母及び場合により法定保護者が、公の機関によって設置される学校以外の学校であって国によって定められまたは承認される最低限度の教育上の基準に適合するものを児童のために選択する自由ならびに自己の信念に従って児童の宗教的および道徳的教育を確保する自由を有することを尊重することを約束する。

四項：この条のいかなる規定も、個人および団体が教育機関を設置しおよび管理する自由を妨げるものと解してはならない。ただし、常に、1に定める原則が遵守されることおよび当該教育機関において行なわれる教育が国によって定められる最低限度の基準に適合することを条件とする。

- (28) *C. Langenfeld* (Fn. 19), S. 163 Rn. 16.
- (29) BVerwGE 134, 1 ff. (dort Rn. 46) ; BVerwG, Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 160 (dort S. 41 f.) ; BVerwG, Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 163 (dort S. 2 ff.) ; 異なる見解について BT.-Drucks. 7/658, 18 ff.; OVG Münster, DVBl 2007, 1442 ff. 注 国内的妥当性と直接適用可能性を厳密に分けつゝ注 ; SchwzBG, Urt. v. 8.4.2004 – 2 P 223/03; *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, S. 192 Rn. 49.
- (30) 一般的な議論について参照 BVerwGE 87, 11/13; BVerwGE 92, 116/118; BVerwG, Buchholz 402.24 S. 7 AuslG Nr. 43 (dort S. 75).
- (31) *P. Badura* (Fn. 10), Art. 7 Rn. 5 (Stand Juni 2006).
- (32) BVerfGE 125, 175/222 – Hartz IV.
- (33) BVerfGE 125, 175/223 – Hartz IV.
- (34) それとは異なるものについて ブローメン憲法三二条三項。
- (35) VG Aachen, Beschl. v. 22.12.2009 – 9 L 446/09, juris.
- (36) 異なる見解について *J. P. Thurn/F. Reimer*, Homeschooling als Option?, NVwZ 2008, 718/720がもたず、それは、親の教育権と子供の教育への請求権とのなつかかり合いを十分に顧慮していない。
- (37) そのような例外を認めるものについて OVG Münster, NWVBl 2012, 235 ff. – Filmvorführung „Krabat“, 男女合同の水泳の授業につき、それを否定するものについて OVG Bremen, NordÖR 2012, 423 ff.; OVG Münster, DÖV 2009, 82 ff.
- (38) それにつき例えば参照 S. 22 der Satzungen für die Studierenden an den bayerischen Universitäten v. 24.4.1923 (KMBl.

S. 44 = Bereinigte Sammlung der Verwaltungsvorschriften des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus 1865-30.6.1957, Band I, 1865-1954, 1958) ; *ヤコブ* 前近代憲法的な権限付与に基つた政令とつて参照' Verordnung über die Erhebung von Benutzungsgebühren an der Staatlichen Hochschule für Musik in München v. 18.9.1959 (GVBl. S. 236).

(39) 例を参照' SG Hildesheim, Beschl. v. 30.8.2012 - S 42 AY 140/12 ER - Integrationshelfer für Schulbesuch, juris.

(40) BayVerfGH, BayVBl 2009, 593 ff.; OVG Hamburg, DVBl 2010, 798 ff.

(41) BVerwGE 102, 142/146; 115, 32/37; VG Minden, DÖV 2007, 617 ff.; *ハルゼ* OVG Münster, DVBl 2007, 1442 ff. *ユト* 確認された。

(42) その傾向にもなる *ヤコブ* BVerwGE 102, 142/146 ff.; BVerwG, NVwZ 2002, 206/207 - Studiengebühr bei Überschreitung der Regelstudienzeit. 後者の判決は、理由付けにおおつては *ヤコブ* があつたが、正當にも次のように説示した。「憲法上の入学請求権は、自身の選んだ大学で無料で勉強する自由までは及ばない。」; これに対し、学籍登録維持金 (Rückmeldegebühren) に関する判決は BVerfGE 108, 1 ff. 単に基本法二条一項を考慮した *ヤコブ* 。

(43) *ハコ* BVerfGE 105, 252 ff. - Glykol; 105, 279 ff. - Osho; 重大性 (Intensität) に焦点を合 *ヤコブ* BVerwGE 87, 37/44 - DEG; 目的志向性 (Finalität) を強調する *ヤコブ* BVerwGE 90, 112/121 - Osho. *ヤコブ* 諸基準の意義および重 *ヤコブ* は相違がある。参照' *M. Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, DVBl 1996, 233/235 (dort Anm. 26) ; *H. Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 7 ff.; *C. Gussy*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 977/983 f.; *P. M. Huber* (Fn. 15), S. 226 ff.; *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 71 ff.; *ders.*, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand - ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, JZ 2003, 290/293; *B. Jean d'Heur/W. Cremer*, Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Warnung vor Sekten, JuS 2000, 991/994; *G. Manssen*, Grundrechte, 2000, Rn. 22, 109; *P. Lerche*, Schutzbereich, Grundrechtsprägung, Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 2. Aufl. 2000, § 121 Rn. 45 und 50; *D. Murswiek*, Zur Wirtschafts- und Meinungslenkung durch staatliches Informationshandeln, DVBl 1997, 1021/1023 f.; *F.*

Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, 667/670; *B. Weber-Dürler*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 57 ff.

(44) OVG Münster, DVBl 2007, 1442 ff.

(45) *P. M. Huber*, Die Bayerische Verfassung als lebendige Grundlage politischen und gesellschaftlichen Lebens, BayVBl. 2012, 257/259; *J. Masing*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 91; への考え方の萌芽がみられるもののところをめぐり BVerfGE 89, 155/182; 126, 267/330; BVerfGE, 129, 124 Rn. 101; への考え方のところをめぐり EuGH, Urt. v. 12.5.2011 – Rs. C-115/09 – Trianel Kohlekraftwerk, Slg. 2011, I-3673.

泥酔中に吐瀉物を誤嚥して死亡した事故につき、保険者による免責の抗弁が否定された事例

東京高裁平成二六年四月一〇日判決（東京高裁平成24（ネ）7655号、同25（ネ）2859号、保険金請求控訴、承継参加事件）判例時報2237号109頁
第一審・東京地裁平成二四年一月五日判決（平成23（ワ）9701号）判例時報2237号118頁

梅 村 悠

一 問題の所在

本件は、海外旅行保険契約、グループ傷害保険契約、普通傷害保険契約の被保険者であるAが死亡したことに

対して、Aの両親であるXらが、保険者であるYらに対して死亡保険金等の支払を求めた事案である。Aは、テレビ番組の制作会社の従業員であり、中国での海外ロケを行うスタッフの一員として、現地の中国人関係者との

泥酔中に吐瀉物を誤嚥して死亡した事故につき、保険者による免責の抗弁が否定された事例（梅村）

八三（六三五）

宴席において、アルコール濃度の高い「白酒」による乾杯を繰り返し、泥酔した後、就寝中に吐瀉物を誤嚥して窒息死したが、Yらは保険事故の要件を欠いているとして、死亡保険金の支払を拒絶した。

第一審では、①Aの死亡は急激かつ偶然な外来の事故によるものか否かが主たる争点となり、東京地裁は、外来性・偶然性および急激性のいずれの要件も満たされるとして、保険金の請求を認容した(なお、Aの死亡が就業中の事故によるものか、および遅延損害金の起算点についても争われているが、本稿では検討の対象から外すこととする)。控訴審においても、同様に上記①が争われ、これが肯定されているが、その理由付けは、同審係属中に出された最高裁判決(最判平成25年4月16日裁判集民事243号315頁(以下「平成25年最判」とする))に則したものに變更されている。これに伴い、控訴審では、②Yらによる疾病免責の抗弁が認められるか、③Yらによる心神喪失免責の抗弁が認められるかが争われることとなったが、いずれの抗弁も斥けられている。

後述のとおり、(その妥当性については、疑問が呈さ

れているが)平成25年最判を前提とするかぎり、上記①に関する本判決の判示は動かし難いものと考えざるを得まい。他方、上記②・③は、今後、同種事案が生じた場合に参考となるうが、②に関する本判決の理由付けには検討の余地がありうるところであり、上告審の行方が注目される。

二 事実の概要

日本放送協会(NHK)は、放送番組の制作に当たり、その業務の一部をX3(放送番組の企画、制作等を目的とする株式会社)に委託し、X3は、さらにその業務の全部または一部をX4(放送番組の企画、制作等を目的とする株式会社)に再委託していた。Aは、X4に勤務し、ロケ現場における音声、照明スタッフ等の業務に従事していた。

X4は、平成20年4月30日、Y2(損害保険業等を目的とする株式会社)との間で、普通傷害保険契約(保険契約者：X4、被保険者：A、死亡保険金受取人：X4、保険期間：平成20年5月14日～平成21年5月14日、死亡保険金額：1000万円とするも

の)を締結した。また、X3は、平成21年1月26日、Y1(米国ニューヨーク州に本社を有する外国保険業者であり、日本において外国損害保険業免許を取得している)との間で、グループ傷害保険契約(保険契約者:X3、被保険者:A、死亡保険金受取人:X3、保険金:平成21年4月1日~平成22年4月1日、死亡保険金額:2000万円とするもの)を、平成21年3月24日、海外旅行保険契約(保険契約者:X3、被保険者:A、死亡保険金受取人:指定なし、保険期間:平成21年4月1日~平成22年3月31日、死亡保険金額(傷害死亡):1億円(疾病死亡は3000万円)とするもの)を締結した。

本件各保険契約においては、いずれも保険金の支払事由について、被保険者が急激かつ偶然な外来の事故によつてその身体に傷害(身体外部から有毒ガスまたは有毒物質を偶然かつ一時に吸入、吸収または摂取したとき)に急激に生ずる中毒症状(継続的に吸入、吸収または摂取した結果生ずる中毒症状を除く)を含む)を被つたこと(及びそれによる直接の結果として死亡したこと)が要件として定められている(Y1海外旅行普通保険約款

2条6号・同傷害死亡保険金支払特約条項1条1号、Y1グループ傷害保険普通保険約款1条1号2号・10条、Y2傷害保険普通保険約款1条1号2号・5条)。また、(死亡)保険金を支払わない場合として、いずれの契約においても「被保険者の脳疾患、疾病または心神喪失」が定められている(Y1海外旅行普通保険約款傷害死亡保険金支払特約条項4条5号、Y1グループ傷害保険普通保険約款4条5号、Y2傷害保険普通保険約款3条5号)。

Aは、平成21年4月1日から10日程度の予定で、NHKの放送番組の制作に際して、NHK職員であるプログラマーB及びカメラマンCと、中国でロケを行うことになった。

平成21年4月8日午後8時半ころから午後10時ころにかけ、AやB、Cと現地の中国人との間で宴席が設けられ、その席でAはアルコール度数の高い酒を大量に飲んだ(本件宴席は中国共産党の担当者から提案され、Bは、中国では返礼を断るのは失礼に当たることや今後の撮影を許可してもらうためにも共産党の担当者等との縁を深めておく必要があることから、日本側スタッフが

一人でも欠けると失礼になると考え、3名の日本人スタッフが揃って出席することとなった。本件宴席で、Aを含む日本側スタッフは、多数回乾杯を求められ、アルコール度数が50度を超えるような白酒を水などで割ることもなく一気に飲み干し、結局、合計で10杯程度の白酒を飲んだ。そして、翌9日の朝に、Bがホテルの自室で死亡しているAを発見した(検死に当たった中国の医師は、Aの死亡日時を「4月9日午前2時頃」、死亡原因を「飲酒後嘔吐物により食べ物の逆流にて窒息?」と記載した居民死亡医学証明書を作成した)。

Aの死亡に伴い、Aの法定相続人であるX1・X2は、本件各保険契約に基づき、それぞれY1及びY2に対して保険金の支払を請求した。これに対し、それぞれ当該保険事故の要件を欠いているとして、Y1・Y2は、保険金の支払を拒絶した。

第一審(東京地判平成二四年一月五日判時2237号118頁)は、Aの死亡が急激かつ偶然な外来の事故によるものであるかにつき、以下のように判示した。

すなわち、外来性について、「ア 本件各保険契約はいずれも保険金の支払事由を被保険者が急激かつ偶然な

外来の事故によってその身体に傷害を被ったこと(及びそれによる直接の結果として死亡したこと)と定めているところ…、ここにいう外来の事故とは、その文言上、被保険者の身体の外部からの作用による事故をいうものと解される(最高裁判所平成一九年七月六日第二小法廷判決・民集61巻5号1955頁参照。以下「外来性の要件」という)。

そして、当該事故が被保険者の身体の外部からの作用によるものであるか否かについては、当該外部からの作用と当該事故との間に条件関係があることに加えて、当該外部からの作用により当該事故が生じることが客観的に見て、社会通念上相当であるか否かという基準によって判断するのが相当である。

イ 以上の観点から、本件事故について検討すると、本件認定事実のとおり、本件事故は、Aが大量に度数の高いアルコールを摂取した結果生じたものであるから、高濃度アルコールの大量摂取という身体外部からの作用と、本件事故との間には条件関係が認められる。

そして、アルコール度数が50度を超えるような酒をストレートでコップ一杯近く飲むというAの行為から、

嘔吐中枢が刺激され嘔吐したところ、同じく高濃度のアルコールの大量摂取により、急性アルコール中毒に陥り意識低下や気道反射の低下が生じていたため、吐瀉物を誤嚥してしまうという本件事故が生じることは、客観的に見て、社会通念上相当なものと評価できる。」としたうえで、偶然性・急激性の要件も満たされると判示した。

そして、「以上によれば、本件事故は、外来性の要件、偶然性の要件及び急激性の要件をいずれも満たす。そして、嘔吐中枢が刺激されたためにAが嘔吐したところ、急性アルコール中毒に陥り意識低下ないし気道反射の低下が生じていたため、吐瀉物を誤嚥してしまったという本件事故からAの窒息という傷害結果が生じたことが認められる。」として、Aの死亡が急激かつ偶然な外来の事故によるものと認められた。

三 判旨（控訴棄却（確定））

「二 争点二（Aの死亡が急激かつ偶然な外来の事故によるものか）について

（1） まず、外来性の要件については、本件最高裁判決に照らしても、Aの窒息をもたらした吐瀉物の誤嚥が

あったことよって、その要件が満たされるものということができるところ、Yらは、そもそもAが上記の吐瀉物の誤嚥による窒息によって死亡したのではなく、急性アルコール中毒による呼吸麻痺等によって死亡したものであると主張している。：

しかし、：Aが急性アルコール中毒による呼吸停止や心肺停止によって死亡したとするYらの主張を採用することはできず、Aは、吐瀉物の誤嚥という外来の事故によつて死亡したものと認めるのが相当である。

（2） 次に、急激性の要件及び偶然性の要件について検討するに、前記（1）のとおり、本件最高裁判決によれば、Aの窒息をもたらした吐瀉物の誤嚥は外来の事故と認められるのであって、この誤嚥が突発的に発生したもので、窒息という傷害の結果が発生するまでに時間的間隔がなかったことや、そのことにつき被保険者であるAの故意によるものではないことは、上記認定の一連の経過に照らし、明らかというべきである。したがって、Aは、急激かつ偶然な事故により死亡したものと認められる。：

（3） よつて、Aの死亡は、急激かつ偶然な外来の事

故によるものということができるところから、争点一に関する Xらの主張は理由がある。」

〔四 争点二(疾病免責の抗弁) について

(1) … 疾病とは、海外旅行保険約款において、急激かつ偶然な外来の事故によって被った身体の傷害以外の身体の傷害をいうものと定められており、他の本件グループ傷害保険契約及び本件普通傷害保険契約には、これに応じた定義が定められてはいないものの、契約の性質に共通する面があるため、本件海外旅行保険契約におけるものと同義のものと認めることができるのであって、単に「病氣」というよりも広い概念であると解すべきである。

そして、Aについては、本件認定事実により認められる飲酒量や本件宴席終了時及びその後呈した症状等からして、急性アルコール中毒の状態に陥つたものと認め差し支えないところ、前記一の事故はこの急性アルコール中毒によって生じたものと認めることができるから、Aの急性アルコール中毒が、疾病、すなわち急激かつ偶然な外来の事故によって被った身体の傷害以外の身体の傷害といえるかについて、検討する。

(2) まず、飲酒、すなわち本件宴席における高濃度のアルコールの摂取は、被保険者の身体の外部からの作用であるから、急性アルコール中毒についても、外来の事故によって生じた傷害であると認めることができる。

(3) 次に、本件宴席の開始時刻が午後八時三〇分頃で、午後一〇時頃にはAが酔いつぶれたことを契機に本件宴席が終了しているところ、Aは、約一時間三〇分の間に高濃度のアルコールを摂取し、本件宴席が終了する頃には急性アルコール中毒の状態に陥っていたものと認めることができる。そして、Aは、これまで認定したとおり、本件宴会の前にBに対して酒を全部は飲まずに床にこぼすよう話をしたり、自分自身でも乾杯の際に途中から酒を床にこぼすなどして、なるべく飲まないように配慮していたことが認められるから、同人が急性アルコール中毒又はこれに類似する状態になることを意図して上記のアルコール摂取を継続したとまでは認められないといふべきである。したがって、Aの急性アルコール中毒は、急激かつ偶然な事故によって生じた傷害であると認めるのが相当である。

もっとも、急激性の要件については、… 時間的間隔の

短さが重要であるとしても、事故の発生を予見することができたか否か、また、予見できた場合に、その結果の発生を回避することができたか否かという観点から検討することも必要であり、また、偶然性の要件についても、同様のことが問題になり得る。ただし、本件各保険契約では、：被保険者の重過失によって支払事由が生じた場合は免責事由とはされていないから、本件各保険契約においては、著しい不注意（重過失）による事故招致であつても、：保険金が支払われるものである。そうすると、予見可能性や結果回避可能性が問題になるとしても、そのような観点を念頭において検討することが必要である。

そこで、そのような観点から検討すると、本件では、：Aにおいて、急性アルコール中毒又はこれに類似する状態に陥ることまで予見しながら飲酒を重ねていたものと認めることはできない。そして、中国の地方における宴会の習慣等：をも併せ考慮するならば、Aが急性アルコール中毒又はこれに類似する状態に陥ることを回避しようとする努力が、：その酒量抑制の努力が奏功することなく、急性アルコール中毒又はこれに類す

る症状を呈してしまったものと推認することができる。したがって、予見可能性や回避可能性の観点から考察しても、Aについて、上記の認定を妨げる事情はないものというべきである。

(4) そうすると、Aの急性アルコール中毒は、急激かつ偶然な外来の事故によって被った身体の傷害ということが出来るから、疾病に該当せず、争点三に関するYらの主張は理由がない。

五 争点四（心神喪失免責の抗弁）について

(1) 心神喪失とは、一般に、精神の障害により事物の理非善悪を弁識する能力がなく、又はその弁識に従つて行動する能力のない状態をいうところ、本件各保険契約においては、いずれも「被保険者の脳疾患、疾病または心神喪失」によって生じた傷害に対しては保険金を支払わないという文言が使用されており（本件特約条項等）、心神喪失免責が疾病免責と共に定められているから、被保険者の傷害が急激かつ偶然な外来の事故によって生じたものとしても、疾病を原因とする傷害と並んで、被保険者が心神喪失による判断能力や行動制御能力を欠く状態にあることを原因として生じた傷害については、

保険給付の対象から排除される。これは、心神喪失状態にある者は、意識しないうちにあえて自らを傷害が発生する危険性の高い状況に置いてしまうことがあるため、その危険が実現して生じた傷害についてまで保険給付の対象とすることは適当ではないとの趣旨に基づくものである：したがって、本件における心神喪失免責条項は、心神喪失と発生した保険事故との間に相当因果関係が認められる場合に免責されることを定めたものであって、心神喪失であれば発生した保険事故との間に相当因果関係が認められなくても保険金の支払が免責されることを定めているものと解することはできない：

(2) 上記の前提で本件について検討するに、本件においてAにつき死亡という結果をもたらした吐瀉物の誤嚥事故は、Aが飲酒による一時的な心神喪失状態又はその影響が残存している状態の下で発生したものであることは間違いないとしても、その前提となった嘔吐は、：精神の障害により事物の理非善悪を弁識する能力がないことやその弁識に従って行動する能力のない状態にあることを原因として発生したものであるということはできない。そして、嘔吐に続いて生じた誤嚥は、一般に咀嚼能力や

嚥下能力や気道反射の低下等によってもたらされるものであり、意識が清明な状態でも起こり得るものであって、心神喪失状態にあれば高い確率で発生するというものではない。結局、本件で問題となつている誤嚥事故は、Aが泥酔して寝込んでいる最中に起きたものであることはそのとおりであるが、心神喪失状態にあつたことが原因となつて発生した事故とはいえないというべきである。：

(3) したがって、争点四に関するYらの主張は理由がない。」

四 本判決の検討

1 吐物の誤嚥が傷害保険普通保険約款において保険金の支払事由として定められた「外来の事故」に該当するかについては、上述の平成25年最判によつて、最高裁の立場が明示されるに至っている。すなわち、被保険者が飲酒を伴う食事をし、鬱病の治療のために処方されていた複数の薬物を使用した後に目を覚まし、その後嘔吐し吐物を誤嚥して窒息により死亡した事案において、平成25年最判は、吐物の誤嚥が約款所定の保険事故に

当たるとしたうえで「誤嚥は、嚥下した物が食道にはなく気管に入ることなのであり、身体の外部からの作用を当然に伴っているのであって、その作用によるものというべきであるから、本件約款にいう外来の事故に該当すると解することが相当である。この理は、誤嚥による気道閉塞を生じさせた物がもともと被保険者の胃の内容物であった吐物であるとしても、同様である。」とした。

本判決の原審では、「嘔吐中枢が刺激されたためにAが嘔吐したところ、急性アルコール中毒に陥り意識低下ないし気道反射の低下が生じていたため、吐瀉物を誤嚥してしまった」という一連の事象を保険事故と捉えて、外来性の有無が判断されていた。これに対して、本判決は、審理係属中に出された平成25年最判に基づいて、「吐瀉物の誤嚥」＝「外来の事故」と捉えている。

平成25年最判については、「これを傷害保険という外来の事故に含めるのは不自然のそしりを免れない」（戸出正夫「傷害保険における食吐物誤嚥死亡事故の外来性」石田満（編）保険判例の研究と動向2014・196頁（文眞堂、2014年））との批判がなされて

いるところであり、同様に判旨に批判的な見解が多く示されている（植草桂子「傷害保険の外来性要件―飲酒後の吐物誤嚥事故に関する2つの裁判例をめぐって―」保険学雑誌621号192頁（2014年）、土岐孝宏「判批」法学セミナー704号113頁（2013年）、潘阿憲「吐物誤嚥事故における外来性の要件―最高裁判成25年4月16日判決を中心に―」生保論集187号121頁（2014年）など）。ただ、理論的に問題があるとしても、実務においては、平成25年最判によって、誤嚥は、気道閉塞物が何であれ、常に傷害保険普通約款1条所定の外来の事故となること（判例変更がなされない限り）確定したことになる（戸出・前掲196―197頁）。したがって、平成25年最判を前提とするかぎりにおいて、本件においても吐物誤嚥自体が外来の事故に該当するものと解さざるを得まい。

同様に、急性性及び偶然性の要件についても、吐瀉物の誤嚥自体を保険事故と捉えるかぎり、本判決が説示するように、誤嚥と窒息死との間に時間的間隔がなく、誤嚥は故意によるものではないから、いずれの要件も満たされるといふ解釈が導かれることとなろう。

2 以上のとおり、平成25年最判を前提とするかぎり、本件事案における吐物誤嘔は急激かつ偶然の外来の事故に該当することとなる。したがって、Aがアルコール度数の高い酒で乾杯を繰り返したことで、急性アルコール中毒になったという事実は、原審のように、原告が主張・立証すべき保険事故の内容の一部を構成するのではなく、抗弁（疾病免責・心神喪失免責）事由として、保険者が主張・立証責任を負うこととなる（最判平成一九年七月六日民集61巻5号1955頁）。

「疾病」については保険法上定義規定が置かれておらず、解釈に委ねられることになる（山下友信Ⅱ米山高生『保険法解説』149頁〔洲崎博史〕（有斐閣、2010年））ところ、本判決は、疾病について、「急激かつ偶然な外来の事故によって被った身体の傷害以外の身体の傷害をいう」とする海外旅行保険約款の定義が、定義規定のない他の傷害保険契約においても妥当し、「単に『病氣』というよりも広い概念であると解すべき」とする。そして、Aの急性アルコール中毒が、疾病といえるかについて、「まず、飲酒、すなわち本件宴席における高濃度のアルコールの摂取は、被保険者の身体の外部からの

作用であるから、急性アルコール中毒についても、外来の事故によって生じた傷害であると認めることができる」とする。そのうえで、本判決は、急性性（1時間30分の間にアルコールを摂取していたこと）、偶然性（急性アルコール中毒になることを意図して飲酒していたとまではいえないこと）についてもそれらを肯定し、「Aの急性アルコール中毒は、急激かつ偶然な外来の事故によって被った身体の傷害といえることができる」。

本判決が述べるように、飲酒（アルコールの摂取）について、外来性が認められることは確かであろうが、急性性あるいは偶然性の要件が満たされるかどうかについては議論の余地がある（『新種保険の査定実務―傷害保険編』16頁（保険毎日新聞社、1984年）は「大学のクラブのコンパで酒を飲み過ぎ、急性アルコール中毒で死亡したような場合は、急性性あるいは偶然性の要件を満たさず担保されないことになろう」とする）。

本判決によれば、多量の飲酒（アルコールの摂取）が「事故」であり、当該事故（多量の飲酒）によって被った身体の傷害が急性アルコール中毒と捉えられているが、

そうであるとすれば、急激性についてはともかく、偶然性に関する判旨は的を射ていないと思われる。本判決は、Aが「急性アルコール中毒：になることを意図して：アルコール摂取を継続したとまでは認められない」ことをもって偶然性を否定するが、約款の構造上、偶然性が求められるのは、「身体の障害」（急性アルコール中毒）についてではなく、「事故」（多量の飲酒）についてである。

そもそも、判旨は、多量の飲酒が、いかなる理由において「事故」に該当するといえるのかについても、明らかにしていない。社会通念上、「事故」が「思いがけず生じた悪い出来事。物事の正常な活動・進行を妨げる不慮の事態。」（松村明（監修）『大辞泉（第二版）上』1582頁（小学館、2012年））を意味するとして、誤嚥が事故にあたることは明白であるが、多量の飲酒がこれにあたるかどうかは明らかとは言えないと思われる。平成25年最判に対しては、向精神薬を服用しアルコールによる中枢神経抑制作用の下、精神機能、知覚、運動機能等の低下現象のもとでの吐物誤嚥による死亡の原因は「いわば病気（疾病）に比肩し得る状態にあった

ものと評価することができよう」とする見解（石田満（編）『保険判例2012』322頁〔石田満〕（保険毎日新聞社、2012年））が示されていることにも鑑みれば、上述した理由から、一般論として、急性アルコール中毒を「急激かつ偶然な外来の事故によって被った身体の傷害」と解するのは困難である（したがって、任意に大量の飲酒をして体調の異常を来した場合には疾病免責が認められるべき）と考える。

もつとも、本件事案においては、Aが職務を遂行するにあたって、多量の飲酒をせざるを得ない状況におかれていたという点をいかに評価すべきかが問題となろう。議論のあるところではあるが、急性アルコール中毒を惹起した多量の飲酒が、被保険者によつて、任意ではなく、そうせざるを得ない状況の下でなされた場合であれば、当該飲酒を「事故」と評価することが可能となろうし、（回避可能性がなかったことを理由として）偶然性も肯定することができるのではないかと考える（洲崎博史「吐物誤嚥事件と傷害保険における外来性」損害保険研究74巻3号1頁（2014年）は「大学の新歓コンパ等で一気飲みをさせられるケースや本件のような場

合が」傷害にあたらなとの結論は、一般社会ないし一般消費者が傷害保険契約に対して抱いているであろうイメージ—おそらくは『何らかのアクシデント（予期せぬ事故）のリスクをカバーするもの』というイメージであろう—にそぐわないように思われる」としている。

本判決も、(傍論であり「判旨」において引用しなかつたが)「〔本件事案においては〕特殊な事情が認められるのであって、ただ単に私的な酒席で自らの嗜好に任せて多量の飲酒をして泥酔したという事件とは、事案を異にするというべき」として、本件事案と任意による多量の飲酒の事案とを区別し、前者の事案の特殊性を強調することで、その結論の妥当性に言及している。しかし、本判決の理論構成によれば、(重過失免責のない本件各保険契約の下では)前者のみならず、後者の事案であっても、疾病免責の抗弁が斥けられうるといふ結論を導くこととなり、そうなると、Yらが主張するように、保険料の高騰を招き、契約者全体にとって不利益となるおそれがある。したがって、上述のとおり、半ば強制的に多量の飲酒をさせられていたという事実を「事故」と評価し、当該事故の偶然性を肯定するといふ理由づけをす

べきではなかつたかと考える。

3 従来、裁判例において、心神喪失免責が認められてきたのは、心神喪失が傷害の直接の原因となった事例(違法薬物により、精神に障害を来して、路上で横臥し、普通貨物自動車にひかれ死亡した事例(東京高判平成二〇年九月二四日交民集41巻5号1171頁)など)においてであつて、そうではない場合、免責条項の趣旨に鑑みて、その適用は否定されてきており(簡易生命保険約款2条2号が規定する精神障害免責条項についてであるが、大阪地判平成一八年一月二九日判タ1237号304頁は、「被保険者が精神疾患等により精神障害の状態にある場合に、その影響下で、自ら事故を招いた場合に、免責となる趣旨で規定されたものと解するのが相当」として、免責を否定している)、本判決も、これらの先例と軌を一にするものといえる。本件誤嚥事故が、心神喪失状態にあつたことを直接の原因として発生したものと評価できない以上、心神喪失免責条項を適用すべきではなく、判旨は妥当である。

4 なお、実務においては、約款の改正によって、従来、争いになることの多かつた「入浴中の溺水」や「誤

「嚔性肺炎」を補償対象外とする例がみられる。訴訟に時間と費用を費やすのは、保険者にとっても契約者にとっても無益なことであるから、てん補範囲の曖昧な部分が明確化されること自体は望ましいだろう。もつとも、改正の方向性としては、上記のようなてん補範囲の縮小だけでなく、保険料の調整によつて危険担保を拡張することも考えられる（戸出・前掲200頁は「疾病保険との境界は重なってもよいのではないか」とされる）。いずれにせよ、傷害保険は、約款立法技術上も、保険設計上も、より分かりやすく脱皮がなされる必要がある（戸出・前掲200頁）。

泥酔中に吐瀉物を誤嚥して死亡した事故につき、保険者による免責の抗弁が否定された事例（梅村）

九五（六四七）

ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』 第50巻第17章第1部抄

吉原達也 訳編

解題

本稿は、ポティエ⁽¹⁾『新編ユスティニアヌス学説彙纂』 *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*⁽²⁾の最終章第50巻第17章「古法のさまざまなレグラエについて *De diversis regulis juris antiqui*」のうち、第1部 法の一般的レグラエ (*Prima Pars de regulis juris generalibus, aut quae ad praevias quasdam legum notiones pertinent*)のうち、ポティエ自身による詳細な注釈の部分に割愛し、レグラの部分のみを対訳の形式で訳出したものである。なお原文テキストは、原則としてフランス語対訳版に拠っている。

『学説彙纂』は第50巻第16章「語の意味について *De verborum significatione*」⁽³⁾及び第17章「古法のさまざまなレグラエについて」という2章をもって閉じられる。前者は、個別の語句及び節の意味についての法学者の見解について246法文を収録する。後者は、211の法文からなり、それぞれが一ないし複数のレグラエを提示する。第17章はその包括的な内容と『学説彙纂』の掉尾を飾るというその位置によって、11世紀ローマ法学の復興以来長く法学者たちの注目を集めてきた⁽⁴⁾。スタインは、同章の影響について二点のことを指摘している。1 レグラエを最後に一章にまとめられていることは、ユスティニアヌスがレグラエをとくに重視したこと、他のさまざまな規則類に対してレグラエに優位を与えたということを示唆する。2 「一般原則」

general principles という概念及びかかる原則と他の法体系との関係を論じる機会を与えた。スタインによれば「一般概念」の形成という点で、ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』最終章のもつ意味は大きい⁽⁵⁾。

ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』最終章に集録されたレグラの数は、第50巻第17章の211⁽⁶⁾をはるかに超えて、実に2,025にまで及ぶ⁽⁷⁾。もとより本来の第50巻第17章には体系的な配列はとられていなかったが、これに対して、ポティエは、自らが案出した膨大なレグラエを、一般、人、物、訴訟、公法という五部制の分類のもとにまとめあげている。冒頭に第1部に先だって、「本章に於いてまず吟味されるべきは、レグラエ及び古法によってトリボニアヌスが理解したことは何かを知ることである。」として、以下の3項目を取り上げる。まず、Iにおいて、D.50,17,1のパウルス『プラウティウス注解』から、プラウティウスのレグラに関する定義及びパウルスのこれについての解釈を掲げる⁽⁸⁾。IIにおいて、同じくパウルス『プラウティウス注解』からレグラの限界について引用し、これを受けて有名な「法の定義は危険である」とするD.50,17,202法文を掲げる⁽⁹⁾。IIIにおいて、「古法」の意味を明らかにする⁽¹⁰⁾。これに続いて、本論の第1部として法の一般的なレグラについて記述される。

全体の概観を得るために、以下に第1部の目次を掲げる。

PRIMA PARS. DE REGULIS JURIS GENERALIBUS, AUT QUAE AD PRAEVIAS QUASDAM LEGUM NOTIONES PERTINENT. 第1編 法の一般的なレグラエについて、あるいは、法律概念に先行する事柄について

SECTIO I. Exponuntur regulae generales, sive naturalis juris, sive civilis, quae nulli certae tractationi peculiares sunt. 第1節 自然法ないし市民法に関する一般的なレグラエが提示されること

Articulus I. Regulae ex ipsa rerum naturae petitae. 第1款 事物の本性より求められるレグラエ

Articulus II. Regulae ex primis juris et aequitatis naturalis praeceptis deductae. 第2款 自然法並びに自然的衡平の第一命題より導かれるレグラエ

Articulus III. Regulae generales ex jure civili petitae. 第3款 市民法より求められる一般的なレグラエ

SECTIO II. Regulae circa leges ipsas, earum vim et interpretationem: ubi de consuetudine et rescriptis. 第2節 法律自体, その意味及び解釈に関するレグラエ,

Articulus I. De legibus proprie dictis. 第1款 本来的にいわゆる法律について

§ 1. De legus constituendis. 第1項 法律を制定することについて

§ 2. De virtute legis. 第2項 法律の効力について

§ 3. Regulae ad perspiciendum legis sensum. 第3項 法律の意味を認識するためのレグラエ

§ 4. Regulae circa investigationem mentis legis. 第4項 法律意思の探求に関するレグラエ

Primum theorema. — Regulae practicae. 第1目 実践的なレグラエ

Secundum theorema. — Regula practica. 第2目 実践的なレグラ

§ 5. De officio jurisconsulti circa species de quibus diversae leges sunt, aut de quibus nulla lex scripta est. 第5項 当該事項について複数の異なった法律が存在する場合或いは何ら書かれたる法律の存在せざる場合の法学者の職務について

Articulus II. De consuetudine seu jure non scripto. 第2款 慣習もしくは不文法について

Articulus III. De privilegiis et rescriptis. 第3款 特権及び詔勅について

§ 1. Regula communis omnibus beneficiis; sive certae personae, sive certo personarum generi concessa sint. 第1項 特定の人若しくは特定の人類に認められたるすべての恩恵に共通なるレグラ

§ 2. Regulae circa beneficia personalia. 第2項 個人的恩恵に関する
レグラ

以下、本編の4部門がこれに続く。

SECUNDA PARS. DE PERSONIS 第2部 人について

TERTIA PARS. DE REBUS. 第3部 物について

QUARTA PARS. DE LEGIS ACTIONIIS, AC PRAESERTIM DE
JUDICIIS. 第4部 法律訴訟及びとくに訴訟手続について

QUINTA PARS. DE NONNULLIS CAPITIBUS AD JUS
PUBLICUM PERTINENTIBUS. 第5部 公法に関わる少なからざる
章について

第1部の標題に示されるように、本書の冒頭で、ポティエは、さまざまなレグラエの中から「一般的な」レグラエを抽出する。しかしそれはパンデクテンのもつ所謂「総則」に類する性格のものでないことは明らかである。ポティエが、ローマ法源からいかなるものを「一般的」なものとして抽出し、それをいかに特徴づけているかは、個別に検討することが必要である。菊池氏の言葉を借りれば、ポティエは「個別の法カテゴリーに属さない一般的法準則 *generale rules*」⁽¹¹⁾のみを抜き出しているのであるが、このことがポティエのレグラエ論の大きな特徴として指摘できる。

レグラエの配列として、「法学提要システム」が採用されている。各編における個々のレグラの配列に関して、ポティエとドマとの関係性が菊池氏によって指摘されている。ドマの「その市民的秩序による市民法」*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, (1689)⁽¹²⁾及び『拔萃法令集』(*Legum delectus ex libris digestorum & codcis ad usum scholae et fori*)において、レグラエを扱っている。両者の間にいなる関係が存在しているのか、今後の課題としたい。ポティエ「レグラエ論」のもつ歴史的な位相を明らかにするためにはさまざまな準備的作業を必要とす

る。本稿もポティエ「レグラエ論」の全体像がどのようなものであるか、具体的に把握するための作業の一部であり、今後、第2部以下の検討も継続して行われることを予定している。

ル・トロヌ (Le Trosne) はその『ポティエ伝』において、『新編ユスティニアヌス帝学説彙纂』最終2章の形成について触れている。

「学説彙纂の最終2章は「語義について De verborum Significatione」と「法のレグラエについて De Regulis Juris」である。ポティエは両章をきわめて重要かつ浩瀚なものたらしめた。それらはフォリオ版にして275頁に及ぶ。かの「法のレグラエについて」において、彼は、豊穡なみのりをもたらしローマ法学者たちが抜群の明確さで表現した法原則を学説彙纂全巻より収集し優れた順番で配列することにより、法全体を要約してみせた。

その事情は次のようなものであったと思われる。著作のこの部分を最初に構想し、その作業にとりかかるきっかけを与えたのは、大法官閣下 [ダゲッソー] であった。ポティエ氏は両章を完成させたあとそれらを独立した作品として公刊するつもりであったが、大法官の、法文自体の忠実な抜萃からなる価値多き収集品によってその作業を締めくくればいかにすばらしいかという勧告に従った。この巨大な作品の完成にポティエは12年、もしそのために必要な研鑽の時間を加えれば、25年の歳月を費やした。⁽¹³⁾

- (1) ポティエに関して、大川四郎「ロベール・ジョゼフ・ポティエ」勝田有恒・山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち グラーティアヌスからカール・シュミットまで』ミネルヴァ書房・2008年所収、235頁以下。
- (2) 3 vols., 1748～52. 本稿では、Pothier, R.J., *Neuville Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre, avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des pandectes*, traduites par M. de Bréard, tome 23 Paris Dondey-Dupré, 1823.; Pothier, Robert Joseph, *Oeuvres de Pothier*, Nouvelle éd. Paris: Dabo Jeune 1825.; このほかに、Pothier, *Pandectae Justinianae in Novum ordinem Digestae*, 4 tom., Paris 1819の参照については、日本大学比較法研究所

員・菊池肇哉氏のご厚意を得たことを感謝申し上げます。吉原達也『『学説彙纂』第五〇巻第一七章第一法文について——ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』レグラエ論序章——』日本法学第80巻第2号2014年10月刊, 77-105頁。第一部に関する方法論的な詳細な検討として, 菊池肇哉「ポティエ『法準則論』中の「一般的法準則」における方法論的分析: ポティエ「新序列」とドマ「自然的秩序」の相克と統合」日本法学第81巻1号2015年6月刊1~35(280~246)頁がある。レグラエ研究に関する諸文献に関する書誌情報について菊池論文の参照されたい。

- (3) 柴田光蔵「ローマ法学者のコモンセンス」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第1巻 基礎法学・政治学』京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編・有斐閣 一九九九年。現在では, ROMAHOPEDIA ([D] 部門) (2013) Issue Date: 2013-07-01, URL: <http://hdl.handle.net/2433/175506> も参照。
- (4) Stein, Peter, *The Digest Title, De diversis regulis iuris antiqui and the General Principles of Law*, in: Ralph Abraham Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Indianapolis, Bobbs-Merrill. 1--20 (1962); now in: Stein, Peter, *The character and influence of the Roman civil law: historical essays*, London Ronceverte: Hambledon Press 1988, p.53-72.; Schmidlin, Bruno, *Die römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie*, Forschungen zum römischen Recht 29, Köln: Böhlau 1970.
- (5) 一般的法準則という考え方について, 菊池・前掲・8 (273)頁を参照。
- (6) 本稿では, 訳出に当たり, とくに柴田光蔵『ローマ法便覧』6. [E]部門「学説彙纂第五〇巻第一七章『古法の各種の法範について』試訳」2013年7月 URL: <http://hdl.handle.net/2433/175506> 掲載の翻訳をとくに参照させていただいている。田中周友「ローマ法に於ける法原則の研究学説彙纂第五十巻第十七章邦訳」『甲南法学』第11巻第4号(1971年)【書評】赤井伸之『法制史研究23〈1973〉』(1974年)所収。ローマ法源の既訳として, 春木一郎訳『ユースティニアヌス帝学説彙纂ΠΡΩΤΑ』有斐閣・昭和13年。佐伯好郎訳「ユ帝欽定勅法彙纂邦訳」(1)~(27)法律論叢15巻(1936年)~22巻(1944年)。京都大学西洋法史研究会訳「ユスティニアヌス帝学説彙纂第20巻~第28巻邦訳」法学論叢第63巻6号~第83巻6号(1968年)その他を随時参照させていただいた。
- (7) Stein, Peter, *Roman law in European history* Cambridge, Cambridge University Press, 1999. ピーター・スタイン著/屋敷二郎監訳関良徳, 藤本幸二訳『ローマ法とヨーロッパ』京都: ミネルヴァ書房・2003年, 147頁を参照。1819年のパリ版(前注2)では, 2025を数えるようである。レグラエの数について, 菊池・前掲35頁注61を参照。
- (8) 吉原・前掲80頁。
- (9) 吉原・前掲81頁。

- (10) 吉原・前掲 82 頁。
 (11) 菊池・前掲 8 (273) 頁。
 (12) Jean Domat, *Les Loix civiles dans leurs ordre naturel*, 1689; Nouvelle ed. 2 tom, 1777; *The Civil Law in its Natural Order*, 2 vols. 1850, Reprint ed. Littleton, Colorado 1980.
 (13) Guillaume-Francois Le Trosne, Éloge historique de M Pothier, conseiller au présidial d'Orléans et professeur de droit français en l'Université de la même ville, in: *Oeuvres de Pothier, tom. 1*, Paris 1822 p.17, 32.; これにはさまざまな刊本がある。 *Eloge historique de Pothier, conseiller au présidial d'Orléans, & professeur de droit français en l'université de la même ville*, Veuve Rouzeau-Montaut, 1773. 英語訳として、例えば *A Treatise on the Law of Obligations, Or Contracts*, vol., London 1806, p.1sq. 10sq.; David Hoffman, *Course of Legal Study*, 2nd. ed. vol II, Baltimore 1836, 554. なお、トローヌのポティエ伝について、菊池前掲 32 頁注 24 を参照。

ポティエ『新編ユスティニアヌス帝学説彙纂』第 50 卷 17 章第 1 部

第 17 章にして最終章 古法のさまざまなレグラエについて

本章において検証すべき最重要なことは、トリボニアヌスがレグラエと古法によって理解したことを知ることである。

I. 第 1 のレグラ、即ちレグラの定義

プラウティウスの定義によればこうある、

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. (D.50,17,1. Paulus 16 ad Plautium) 「レグラとは、存在する事柄を簡潔に述べるものである。レグラから法がとりだされるのではなく、存在する法からレグラが生まれる。」

この定義をパウルスはこう解する、

Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum. (D.50,17,1. Paulus 16 ad Plautium) 「つまり、レグ

ラエにより事柄は簡潔に叙述される，そして，その叙述は，サビヌスの言によれば，あたかも事項の略述にあたり，これは，何らかの点で傷がつくと，その効力を失なう。」

II. レグラは容易に悪用される，

hinc plerumque sub auctoritate juris scientiae, perniciose erratur. (D.45,1,91,3. Paulus 17 ad Plautium) 「それゆえ法知識の権威のもとに，たびたび騙されて破滅に至る。」

Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset. (D.50,17,202. Iavolenus 11 epistularum) 「市民法における定義はすべて危険である。実際，それが覆えされぬことなどまれだからである。」

III. ここで，「古法」という語によって理解すべきは，12表法でもその後には廃止された法でもなく，ローマ国民が長く用いてきた古の解釈者たちの法賢慮，そして，その文献によって『学説彙纂』が編纂されたところの当の法学者たちの広く受け入れられてきた調和ある定義類である。かかる法が，「古の」と呼ばれる所以は，コンスタンティヌス帝からユスティニアヌス帝自身に至るまでのより新しい皇帝たちによってさまざまな新しい論題について制定された法以前のものだからである。しかし，トリボニアヌスをして，本章に古法のレグラすべてを採録したということはおよそありえないことである！それどころか，そのようなことは彼の目的ではなかった。彼は，たんに少なからざるさまざまなレグラエを，法に関心をもつ者たちの嗜好にそうように並べただけである。

吾等は，まったく別の配列と編成をもって，はるかに多くのものを集めた。吾等は前章の冒頭で誓いを立てた約束を同章の考察に当たって果たすよう努めたが，本章においてもその約束の履行を果たしたいと思う。それゆえ，法のレグラを説明するにあたり，吾等は，古法学者の見解を含むレグラだけでなく，トリボニアヌス自身によって付された表題に従って，クヤキウスが正しくも本章に属する

と認めているレグラにも言及することにしたい。吾等は、『学説彙纂』各章であれ、皇帝勅法であれ、その他の法源であれ、ありとあらゆるところから、ユスティニアヌス『学説彙纂』の法全体のいわば索引となるべき簡潔な章句を抜粋した。

吾等は一般的指針をもとに、法全体にわたって個々の題材を涉猟し、そして法の研究に勤しむ人々が容易に記憶していただけるよう、それらを一定数の簡潔な章句にまとめた。

本書の構成

本書は5部からなる。

第1部においては、自然法であれ、市民法であれ、法の一般的なレグラがまず提示される。というのは、これらは、特定の個々の問題とは関係がないと言われうるからであり、さらには法の概念及びその解釈に先立つものだからである。

第2部 人について

第3部 物について

第4部 訴権もしくは司法、私法制度について

つまり、この三者が一般的な私法の主題である。「吾等が用いる法はすべて、人に関わるか、物に関わるか、訴権に関わるかだからである。」ユスティニアヌス『法学提要』1,2,12。

第5部においては、吾等は公法を論ずるであろう。

PRIMA PARS DE REGULIS JURIS GENERALIBUS, AUT QUAE AD PRAEVIAS QUASDAM LEGUM NOTIONES PERTINENT. 第1部 法の一般的なレグラエについて、あるいは、指導的な法律概念に関する事柄について

SECTIO I. Exponuntur regulae generales, sive naturalis juris, sive civilis, quae nulli certae tractationi peculiares sunt. 第1節 個別のことが確たる範疇に属さない自然法ないし市民法に関する一般的なレ

グラエが提示されること

Articulus I. Regulae ex ipsa rerum naturae petitaе. 第1款 事物の本性自体より導かれるレグラエ

IV. Naturalis jura, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent. (Inst.1,2,11.) 「自然法は、いわば神の摂理により制定され、つねに確定かつ不変のうちに継続す。」

Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. (D.4,5,8, Gaius 4 ad edictum provinciale.) 「市民法上の原則は自然法の規範を破壊するを得ず。」

V. Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt. (D.50,17,8. Pomponius 4 ad Sabinum) 「血縁関係の法は、いかなる市民法に因りても破られ得ず。」

VI. Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt. (D.50,17,188,1) 「事物の本性により禁止されたるものは、いかなる法律によっても承認されることなし。」

VII. Neque imperare sibi neque se prohibere quisquam potest. (D.4,8,51, Marcian 2 reg.) 「何人も自己に対して命令又は禁令を発することを得ず」。

VIII. 1 Nulla voluntas errantis est. (D.39,3,20. Pomponius 34 ad Sabinum) 「錯誤者の意思は無効である。」

2. Nihil facit error nominis, cum de corpore constat. (D.18.1,9,1. Ulpianus 28 ad Sabinum) 「名称の錯誤は、客体について確定しているときには、何ら生じない」

3. Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. (D.50,17,4 Ulpianus libro sexto ad Sabinum) 「家長あるいは主人の指示に従う者は、自ら欲するとは信じられず。」

4. In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. (D.50,17,76. Papinianus 24 quaestionum) 「一般に、凡そ意思の決定によってなされるべきことは何ごととも正し

くかつ確かな認識によらざれば、成就し得ず。」

5. Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare.
(D.50,17,142. Paulus 56 ad edictum) 「沈黙者は必ずしも自認するに非ず、
しかし、その者が否認せざることを真実なり。」

IX. 1. Cujus rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse
existimari. (D.5,1,76 fin. Alfenus 6 dig.) 「ある事物はその性質が同一で
あれば、その事物もまた同じであるとみなされる。」

2. Mutua forma prope interimit substantiam rei. (D.10,4,9 Ulpianus 24
ad edictum) 「形を変じたるものは事物の本質をほぼ変じたり。」

X. Quod pendet, non est pro eo, quasi sit. (D.50,17,169,1. Paulus libro 2 ad
Plautium) 「未確定なることは、あたかも存在するかのようには看做
されず。」

XI. 1. Rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. (D.30,4.
Ulpianus 5 ad Sabinum) : 「事物の名称は不可変なるも、人物の名称は
可変的なり。」

2. In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat quo
volumus. Itaque qui aliud dicit quam vult; neque id dicit quod vox
significat, quia non vult; neque id quod vult, quia id non loquitur.
(D.34,5,3. Paulus 14 quaestionum) 「曖昧なる表現においては、吾人は双
方のことを言明するに非ずして、吾人が欲することのみを言明す。
つまり、ある者が自らの欲することとは別のことを言明せし場合が
これなり。発語が意味するを言明せざるは欲せざるがゆえなり。欲
することを言明せざるは、それを語らざるがゆえなり。」

XII. Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.
(D.50,17,54. Ulpianus 46 ad edictum) 「何人も自らが有するよりも多くの
権利を他者に移転するを得ず。」

Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur. (D.50,17,55. Gaius libro
secundo de testamentis ad edictum urbicum) 「自らの権利を行使する者は
誰も悪意にて為すと見られず。」

Item qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet. (D.50,17,167,1. Paulus 49 ad edictum) 「裁判官の命令により何事かを為す者は、この者が従うべき以上、悪意により為すとは見られず。」

XIII. *Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit.* (D.50,17,83. Papinianus 2 definitionum) 「自らの所有となしえざりし者は、その物を喪失するとは見られず。」

Non potest videri desisse habere, qui numquam habuit. (D.50,17,208. Paulus 3 ad legem Iuliam et Papiam) 「一度たりと所持せざりし者は所持を断念するとは見られず。」

Semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet. (D.50,17,157,1. Ulpianus 71 ad edictum) 「自身が所持せざるように悪意でなした者、つねに、あたかも彼が所持するかの如くに扱われるべきである。」

Parem esse condicionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque ejus, cujus dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet. (D.50,17,150. Ulpianus 68 ad edictum) 「あるものを [現に] 占有するかあるいは所持する人の状況と、[自身の] 悪意によって自身が [あるものを] 占有するかあるいは所持するようなことがないようにした人の状況とは、同等であることを要する。」

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire. (D.50,17,203. Pomponius 8 ad Quintum Mucium) 「ある人が自身の過失によって損害をこうむる場合には、その人が損害をこうむるものとは理解されない。」

XIV. .1 *In toto et pars continetur.* (D.50,17,113. Gaius 3 ad edictum provinciale) 「全体のなかに部分も含まれる。」

Semper specialia generalibus insunt. (D.50,17,147 Gaius 24 ad edictum provinciale) 「特殊はつねに一般に内在する。」

In eo, quod plus sit, semper inest et minus. (D.50,17,110pr. Paulus 6 ad

edictum) 「より多いもののなかに、つねに、より少ないものも内在する。」

Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere. (D.50,17,21. Ulpianus 27 ad Sabinum) 「より多くを許されたる者にして、より少ないを許されざるべからず。」

2. Contra 反対

In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. (D.50,17,80. Papinianus 33 quaestionum) 「およそ法において、類は種により部分的に破られる。そして、かの種に関係づけられたもの [契約当事者間の個々の決定] は、最重要なものとなる。」

XV. Invito beneficium non datur. (D.50,17,69. Paulus libro singulari de adsignatione libertorum) 「その意に反して利益は付与されず。」

Quod cuique pro eo praestatur, invito non tribuitur. (D.50,17,156,4. Ulpianus 70 ad edictum) 「各人にその分に応じて授けられるものは、その意に反して配分されるなかれ。」

Unicuique licet contemnere haec quae pro se introducta sunt. (D.4,4,41, Iulianus. 45 digestorum). 「何人も自己のために設けられたものを放棄するは自由なり。」

XVI. Ejus est nolle, qui potest velle. (D.50,17,3. Ulpianus 3 ad Sabinum) 「欲せぬことは、欲し得る者のみができる。」

Quod quis si velit habere non potest, id repudiare non potest. (D.50,17,174. Paulus 8 ad Plautium) 「人は欲すれど手に入れ得ぬものを拒み得ず。」

XVII. In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae condicio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii. (D.50,17,68. Paulus libro singulari de dotis repetitione) 「あらゆる事例において以下のことが遵守される。つまり、

それは、人の状況が利益を生じさせるところでは、その人が欠けると、[その] 利益も欠ける、ということであり、他方で、訴権の種類がこのことを求めるところでは、そのことの追求が誰のもとに帰したとしても、救済の理が欠けることはない、ということである。」

Plus cautionis in re est quam in persona. (D.50,17,25. Pomponius 11 ad Sabinum) 「人におけるよりも、物において、より多い担保が存在する。」

Minus est actionem habere quam rem. (D.50,17,204. Pomponius 28 ad Quintum Mucium) 「訴権を有するとは、物自体を所持するより有利にあらず。」

Contra 反対

Is, qui actionem habet ad rem recipendam, ipsam rem habere videtur. (D.50,17,15. Paulus libro quarto ad Sabinum) 「物を取りもどすための訴権を保有する人は、[その] 物それ自体をもつものと考えられる。」

Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur. (D.50,17,46. Gaius 10 ad edictum provinciale) 「何人も、任意のある人から罰金の名目で請求してえられたものを、その人に返還することを強制されず。」

Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse. Ideoque brevi reversa uxor nec divortisse videtur. (D.50,17,48. Paulus 35 ad edictum) 「激しい怒りの中での行為や言動はすべて、持続してそれが精神の判断であったことが明らかになるまでは有効ではない。それゆえ、すぐに出戻った妻も離婚しなかったものと見られる。」

Ubi lex duorum mensum fecit mentionem, et qui sexagensimo et primo die venerit, audiendus est: ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit. (D.50,17,101. Paulus libro singulari de cognitionibus) 「法律が2カ月について言及した場合には、61日目に来た者も聴かれ

るべきである。実際、アントニヌス帝も、その父神皇とともに、このように指令せり。」

Articulus II. Regulae ex primis juris et aequitatis naturalis praeceptis deductae. 第2款 自然法並びに自然的衡平の第一命題より導かれるレグラエ

XVIII Juris praecepta sunt haec; honeste vivere alterum, non laedere, suum cuique tribuere. (D.1,1.10. Ulpianus 1 reg.) 「法の指導原理は次の如し、即ち、常道に従って生活すること他人を害せざること及び各人にその有すべき権利を配当することなり。」

XIX. Non omne quod licet honestum est. (D.50,17,144pr. Paulus 62 ad edictum) 「許されたることが必ずしもすべて立派ならず。」

XX. 1. Cum inter nos cognationem quamdam natura constituit, consequens est homini insidari nefas esse. (D,1,1,3. Florentinus 1 institutionum) 「自然が人類相互間に謂わば血縁関係を作りたる以上、人類を害するが不法なるは必然なり。」

2. At vero: Adversus periculum natralis ratio permittit se defendere. (D.9,2,4.Gaius 7 ad edictum provinciale) しかし「危険に対して自己を防衛するは自然の理の許容するところなり。」

Licet: Vim vi repellere. (D.4,2,12,1.Ulpianus 11 ad edicum) 「暴力に報いるに暴力を以てすることを得。」

Jure, hoc evenit; ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur. (D.1,1,3 Florentinus 1 institutionum). 「かかる法の結果として、自己の身体保護の行為は適法のものとして認められる。」

XXI. Unusquisque suis fruatur, et non inhiat alienis. (C.10,5,1, fin.) 「各人は各人のものを享受すると雖も、他人のものを欲するなかれ。」

XXII. Prodesse unusquisque sibi, dum alii non nocet, non prohibetur. (D.39,3,1,11, Ulp. 「各人は他人を害せざる限り、自らに益するを禁じられず。」

XXIII. Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri. (D.50,17,74.

Papinianus libro primo quaestionum) 「自ら関与せざる時、いかなる損害も他人により被ることなかれ。」

Corollaria 系

1. Naturalis simul e civilis ratio suavit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse deteriore non posse. (D.3,5,39 Gaius 3 obl. verb.) 「自然上並びに法律上の道理は他人の知らざる場合又は其の意に反する場合であってもその者の状態を良化し得るもこれを悪化し得ぬことを原則とした。」

2. Factum cuique suum, non adversario nocere debet. (D.50,17,155pr. Paulus libro 65 ad edictum) 「各人の行為は自らを害するも、相手方を害すべからず。」

3. Neque debet nocere factum alterius, ei qui nihil fecit. (D.39,1,5,5. Ulpianus 52 ad edictum) 「他人の行為にして、これに関わらざる者を害すべからず。」

4. Non deberet alii nocere quod inter alios actum esset. (D.12,2,10. Paulus 80 ad edictum) 「他人間で為されたることはこれと無縁の者を害すべからず。」

XXIV. Iniuriam quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri, aequius est. (D.46,1,67. Paulus 3 ad Nerat. Except.) 「汝に為されたる不法行為を汝のもとに留めるはこれを他人に移すよりも一層衡平に適う。」

XXV. Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam. (D.50,17,75. Papinianus 3 quaestionum) 「誰も、他人の不利となるべく自身の意思を変更するを得ず。」

XXVI. Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore. (D.50,17,206. Pomponius 9 ex variis lectionibus) 「誰も、他人の損失および損害によって富まざることは、自然の法によって衡平である。」

Bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. (D.23,3,6 Pomponius 14 ad Sabinum) 「人にして他人の損害で利得するか或いは他人の利得により損害を被ることは善と衡平に合致せず。」

(Heres aut alius quilibet) Non debet lucrari ex alieno damno. (D.4,3,28, Gaius 4 ad edicum provinciale). (相続人その他誰であれ) 「他人の損害により利得すべからず。」

XXVII. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. (D.50,17,57. Gaius 18 ad edictum provinciale) 「誠意は、同一 [物] が再度請求されるようなことを許さない。」

XXVIII. Probo hanc esse justitiam, quae suum cuique ita tribuit ut non distratur ab ullius personae justiore repetitione. (D.16.3.31,1. Tryphonin. 9 disput.) 「何者かのより正当なる返還請求により妨げられざるよう、各人に各人のものを分配することが正義にかなうと余は是認す。」

XXIX. Non est ex fide bona; rem suam dominum praedoni restituere compelli. 「所有者が自らの物を略奪者に返還するを強制されるは信義にかなわず。」 同上 31 の quia 以下。

XXX. 1. Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda. (D.50,17,10. Paulus 3 ad Sabinum) 「各個の事柄のもたらす利益が不利益を蒙る者に属するという事は、自然に従う。」

2. Ubi periculum, ibi et lucrum collocetur. (C.6,2,22,3a.) 「危険あるところ、また利得も置かるべし。」

3. Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet. (D.50,17,149. Ulpianus 67 ad edictum) 「ある者がその人より利得した当のその人の行為に責任を負うべし。」

4. Aequum est, ut cuius participavit lucrum, participet et damnum. (D.17,2,55 fin. Ulpianus 30 ad Sabinum) 「利得を得る者は損害もまた得る

ことは衡平なり。」

XXXI. Cujus effectus omnibus prodest, eius et partes ad omnes pertinent. (D.50,17,148. Paulus 16 brevis edicti) 「あることの効果が全員の利益となる場合に、その [負担の] 部分も全員に帰属する。」

XXXII. (Est) Iniquum, damnosum cuique esse officium suum. (D.29,3,7 Gaius 7 ad ed prov.) 「各人にとって自らの職務が損害となるは不衡平なり。」

XXXIII. Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet. (D.13,6,17,3. Paulus 29 ad edictum.) 「吾人は便益により助けらるべきにして、欺かるべからず。」

XXXIV. Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest. (D.50,17,134,1. Ulpianus 21 ad edictum) 「何人も自らの不法行為により自身の状況をよりよきものなしえず。」

Corollarium 系

Nemo de improbitate sua consequitur actionem. (D.47,2,12,1 Ulpianus 29 ad Sabinum) 「何人も自らの不正により訴権を得ず。」

XXXV. Alterius circumventio alii non praebet actionem. (D.50,17,49. Ulpianus 35 ad edictum) 「第三者の詐害は関与せざる者のためにいかなる訴権も与えず。」

XXXVI. Fides bona contraria est fraudi et dolo. (D.17,2,3, § fin. Paulus 32 ad edictum) 「信義誠実は、詐害及び悪意に相反す。」

XXXVII. Domus, tutissimum cuique refugium atque receptaculum. (D.2,4,18 Ulpianus 5 ad edictum) 「およそ家宅は各人の最も安全なる避難所かつ隠れ家なり。」

XXXVIII. In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est. (D.50,17,90. Paulus 15 quaestionum) 「たしかに、すべて [のこと] において、しかし、とりわけ法において、衡平が顧慮さるべし。」

Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti juris rationem. (C.3,1,8.) 「あらゆる事件において嚴格法

上の法理よりも正義及び衡平の法理が優越することは確定のことなり。」

(Bonae fidei) non congruit de apicibus juris disputare. (D.17,1,29,4. Ulpianus 7 disputationum) 「法の極致を争うは(信義誠実に)かなわず。」
 Multa jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recpta esse, innumerabilibus exemplis probari potest. (D.9,2,51,2 Iulianus 86 digestorum) 「市民法によって多数の事項が厳密なる理論に反して共同の利益のために採用されたことは無数の例をもってこれを証明するを得。」

XXXIX. Neque magnum damnum est, in mora modici temporis. (D.5,1,21. Ulpianus 70 ad edictum) 「僅かなる時間の遅滞は大いなる損害にあらず。」

XL. In ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet. (D.34,5,10,1. Ulpianus 6 diputationum) 「曖昧なる事柄について、より人間の品位にかなう見解に従うを要す。」

Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. (D.50,17,56. Gaius 3 de legatis ad edictum urbicum) 「疑しき場合にはつねにより寛大なことが優先さるべし。」

In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. (D.50,17,192,1. Marcellus 29 digestorum) 「疑しき事柄において、より寛大な解釈に従うはより安全にして同じくより公正なり。」

XLI. Beneficio adfici hominem, interest hominis. (D.18,7,7. Papinian 10 quaest) 「人[奴隷]に施されたる恩恵はその者の利益なり。」

XLII. Quod communiter omnibus prodest, hoc privatae utilitate praeferendum. (C.6,51,1,14.) 「全員にとって共通に利益となるものは私的な有用性に優先すべし。」

Articulus III. Regulae generales ex jure civili petitae. 第3款 市民

法より求められる一般的なレグラエ

XLIII. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. (D.50,17,29. Paulus 8 ad Sabinum) 「当初において瑕疵あるものは、時の経過によるも有効たりえず。」

XLIV. (Plerique) etiam ea quae recte constiterunt resolvi putant, cum in eum casum recciderunt a quo non potuissent consistere. (D.45,1,98pr. Marcellus 20 digestorum) 「(多数者は) 適正に成立したるものも、存立不可能な状況に陥った時は解消され则认为。」

Attamen しかしながら、

Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. (D.50,17,85,1. Paulus 6 quaestionum) 「一たび有効に成立したものが、たとえ、[もし当初に存在していたとすれば] それを発生させることができなかつたようなあの原因が生じたとしても、なお存続するは新奇ならず。」

XLV. Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent. (D.50,17,129.1. Paulus 8 ad Sabinum) 「主たる状況が存立せざるときには、附随するものも生ぜず。」

より正確に別法文において、

Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent. (D.50,17,178. Paulus 15 ad Plautium) 「主たる状況が存立しないときには、通常は、附随するものも生ぜず。」

Corollarium 系

Quae accessionum locum obtinet extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint. (D.33,8,2. Gaius 18 ad edictum provinciale) 「主物が消滅した場合には、従物の位置を占めるものも消滅す。」

XLVI. Expressa nocent, non expressa non nocent. (D.50,17,195. Modestinus 7 differentiarum) 「表明されたことは害するが、表明されなかつたことは人を害せず。」

XLVII. Non solent quae abundant vitiare scripturas. (D.50,17,94.

Ulpianus 2 fideicommissorum) 「過剰なことは文書を無効とせざるがつねなり。」

XLVIII. Ea, quae dari impossibilia sunt vel quae in rerum natura non sunt, pro non adiectis habentur. (D.50,17,135. Ulpianus 23 ad edictum) 「与えられることが不可能なもの、あるいは、事物の性質上存在しないものは、付加されなかったものと扱われる。」

XLIX. Nec corrumpi aut mutari quod recte transactum est, superveniente delicto potest. (D.43,19.2. Paulus 66 ad edictum) 「適正に締結された取引は、後発の不法行為により損なわれ改変されるを得ず。」

L. Ordo scripturae non impedit causam juris ac voluntatis. (D.31,77,12. Papinianus 8 responsorum) 「書面の順番は法及び意思の原因を損なわず。」

Nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex jure sumitur id quod agi videtur. (D.46,3,6 Paulus 4 ad Plautium) 「書面の順番が考慮されるのではなく、むしろ行われると見られることが法から導出される。」

(Contra quandoque) Fortassis quis recte dixerit, ordinem scripturae sequendum. (D.40,5,24,17 Ulpianus 5 fideicommissorium) (反対に、いつにても,) 「おそらくはある者は書面の順番に従うべしと適正に主張できよう。」

LI. In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat. (D.50,17,39. Pomponius 32 ad Sabinum) 「あらゆる事案において、[あることが] 生じないようにと他の [人] を通じて遅滞が生ずるように [された] 場合には、そのことが [現実に] 生じたものとうけとられる。」

LII. In re pari, potiolem causam esse prohibentis constat. (D.10,3,28. Papinianus 7 quaestionum) 「持分の均しい物について、より有利な状況が禁止を申し立てる者の側にあることは明らかなり。」

LIII. Quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet. (C.8,11,6.) 「ある者が自らの名で行使するを禁じられるものは、従属者を通じても行わべからず。」

Contra: Saepe quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest. (D.20,3,3. Paulus 3 quaestionum) 「反対：しばしばある者が自らの人格に基づいて有し得ぬものを他人を通じて請求するを得。」

LIV. Jus civile vigilantibus scriptum est. (D.42,8,24. Scaevola singulari quaestionum publice tractarum) 「市民法は覚醒者のために書かれたり。」

LV. Ea, quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur. (D.50,17,64. Iulianus 29 digestorum) 「まれにしか生じないことは、事務執行のさい安易には考慮されない。」

LVI. Plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. (Inst.2, 11) 「真実中にあるものは寧ろ観念中にあるものより一層有効なり。」

LVII. Plus enim in re est quam in existimatione. (D.40,2,4 Iulianus 4 disputationum) 「評価におけるよりも実体における方がより有力なり。」

SECTIO II. Regulae circa leges ipsas, earum vim et interpretationem: ubi de consuetudine et rescriptis. 第2節 法律自体, その意味及び解釈に関するレグラエ

Articulus I. De legibus proprie dictis. 第1款 本来的にいわゆる法律について

§1. De legibus constituendis. 第1項 法律を制定することについて

LVIII. Jura constitui oportet in his quae ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato. (D.1,3,3 Pomponius 25 ad Sabinum). 「法は通常発生すべき事件について規定すべきものにして予想以外に発生すべき事件について規定することを要せず。」

LIX. Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari; nisi nominatim et de praeterito

tempore et ad huc pendentibus negotiis cautum sit. (C.1,14,7) 「法律及び勅法は将来に於いて発生すべき事件に適用あるものとし、事前の事件に適用なきものとす。但し特別なる規定を以てこれを過去の事件に遡及せしめ若しくは現に繫属中の事件に適用せしむる場合はこの限りに非ず。」

LX. In rebus novis constitutendis evidens esse debet utilitas ut recedatur ab eo jure quod diu aequum visum est. (D.1,4,2 Ulpian 4 de fiducia) 「およそ新规定を設けるにあたり従来久しく衡平と認められた法と相容れざる規定を設けるに足りる顕著な利益の存することを要す。」

LXI. Jura non in singulas personas, sed generaliter constituntur. (D.1,3,8. Ulpian 3 ad Sabinum) 「法は各個人のために非ず一般のために制定するものなり。」

§2. De virtute legis. 第2項 法律の効力について

LXII-1. Legis virtus haec est, imperare, vetare, permitter, punire. (D.1,3,7 Modest. 1 reg.) 「法律の効用は命令し禁止し許可し又は処罰することである。」

2. Non dubium est in legem committere, eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. C.1,14,5. 「法律の文言を厳守してその精神を失わしめと企てる者は法律に違反するものたること疑いなきところなり。」

LXIII. Praescriptio temporis, juri publico non debet obsistere, sed nec rescripta quidem. (C.8,11,6.) 「時効は公けの法に反すべからざれども、皇帝指令もまたこれを害せず。」

LXIV. Privatorum conventio iuri publico non derogat. (D.50,17,45,1. Ulpianus 30 ad edictum) 「私人間の合意は公けの法を廃さず。」

(Constat) Privatorum cautionem, legum auctoritate non censer. (D.38,16,16 Papinianus 12 responsorum.) 「私人間の合意が法律の權威に

よって認められぬことは明らかなり。」

(Et) Nemo jus publicum remittere potest cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. (D.26,7,5,7 Ulpian 35 ad edictum). 「(而して) 何人たりとも公けの法をかかるとしてより回避することも古くから決められた形式を変更もすべからず。」

LXV. (Est) regula juris antiqui; omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renunciare. (C.2,3,29.) 「およそ人は誰も自身のために設けられたるものを拒絶し得ることは、古法のレグラ (なり)。」

(Unicuique licet) sui iuris persecutionem aut spem futurae perceptionis deteriore facere. (D.2,14,46 Tulliph. 2 quaest.) 「およそ人は自己の権利実行の方法又は将来利益を取得すべきの希望を不良の状態に変更することができる。」

§ 3. Regulae ad perspiciendum legis sensum. 第 3 項 法律の意味を認識するためのレグラエ

LXVI. Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere. (D.1,3,24. Celsus 9 digestorum) 「一法律の全部を達観せずその一部のみに依拠して判決し又は解答することは法律家たる者のなすべきことではない。」

LXVII. Optima est legum interpretis, consuetudo. (D.1,3,37 Paulus 1 quaest.) 「慣習は、最善の法律解釈者なり。」

LXVIII. Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt. D.1,3,23 Paulus 4 ad Plaut. 「従来常に一定の解釈を施して来たときは決して変更してはならない。」

LXIX. In re dubia melius est verbis edicti servire. (D.14,1,20 Ulpianus 28 ad edictum) 「疑わしいき事項について告示文言に従うはよりよきことなり。」

In ambigua voce legis, ea potius accipienda est significatio quae vitio caret; praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc casu colligi possit.

(D.1,3,19 Celsus 33 digestorum) 「法律の用語が曖昧なときは不条理に陥らない意義を採用すべきである。このように法律の真意に至り得る場合には当然のことである。」

LXX. (Paulus respondit:) non oportere jus civile calumniari, neque verba captari; sed qua mente quid dicitur, animadvertere convenire. (D.9,4,19 Paulus 5 Alf.) 「市民法は濫訴の為に用いられてはならず、言葉は理屈っぽく解されてはならぬ。しかし如何なる意図により何が主張されるか吟味することはふさわしい (とパウルスは言う)。」

LXXI. Cum lex in praeteritum quid indulget in futurum vetat. (D.1,3,22 Ulpian 35 ad ed.) 「法律が過去のあることを不問に附するもなお、将来においてはこれを禁止する。」

§ 4. Regulae circa investigationem mentis legis. 第 4 項 法律意思の探求に関するレグラエ

Primum theorema. — 第 1 目

LXXII. Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim et potestatem. (D.1,3,17. Celsus 26 digestorum) 「法律の知曉とは、その用語を捕捉することではなくその意義及び適用を理解することである。」

Regulae practicae. 実践的なレグラエ

LXXIII. Semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad ear res pertinerent quae quondam similes erunt. (D.1,3,27. Terutulian 1 quaest.) 「法律がその規定するところに類似した人事及び法律関係の発生するたびにこれをも律することは法律の本質ともいうべきものであるとの趣意をつねに了解すべきである。」

LXXIV. Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentiam. (D.50,17,141pr. Paulus 54 ad edictum) 「法の理に反して許されたるものは結論へと導かれるべからず。」

Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi. (D.50,17,162. Paulus 70 ad edictum) 「緊急のゆえに許されたることは論拠として引かるべからず。」

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est; in aliis similibus non obtinet. (D.1,3,39. Celsus 23 digestorum) 「ある規則が合理的であるが故に採用されたのではなく、当初は錯誤に基づき後に慣習による確定されたものであるときは、その規則は類似の他の場合に効力を有さない。」

LXXV. Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem. (D.1,3,25. Modest. 8 responsa) 「法理も恩恵を主眼とする衡平も認容しないことがあり、幸いにも人類の福利のために採用した規則もむしろ厳格な解釈により人類の利益に反して峻厳なる結果を生むことがある。」

Secundum theorema. — 第2目

LXXVI. Non omnium quae a majoribus instituta sunt, ratio reddi potest. (D.1,3,20 Iulianus 55 digestorum) 「父祖たちの制定した規定は必ずしも皆其の理由を説示できるわけではない。」

Et ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet. Alioquin multa ex his quae certa sunt, subvertuntur. (D.1,3,21. Neratius 6 varia) 「故に一旦制定せられた法の理由はこれを討究すべきではない。そうでなければすでにに確立した多数の規則は失効することになる。」

§ 5. De officio jurisconsulti circa species de quibus diversae leges sunt, aut de quibus nulla lex scripta est. 第5項 当該事項について複数の異なった法律が存在する場合或いは何ら書かれたる法律の存在せざる

場合の法学者の職務について

LXVII. In his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. (D.1,3,15.Iulianus 27 digestorum) 「法の原理に違反する規則の制定ありたるときは之を普通の規則として遵奉することを得ず。」

LXVIII. 1. Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quae ipsas praecesserut. (D.1,4,4 Modestinus 2 excusationum) 「新法はその効力において旧法に優る。」

2. Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. (D.1,3,26. Paulus 4 quaestionum) 「旧法がを牽連せしむる援用にして新法律を解釈するは新事実ではない。」

3. Sed et posteriores leges ad priores pertinet, nisi contrariae sint. (D.1,3,28. Paulus 5 ad leg. Iul. et Pap.) 「しかし又新旧法律に矛盾がなければ新法律は旧法律の解釈に資する。」

Articulus II. De consuetudine seu jure non scripto. 第2款 慣習もしくは不文法について

LXXX. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. Et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. (D.1,3,32,1. Iulianus 84 digestorum) 「はるか古来よりの慣習はこれを法律と看做して遵守することは不当なことではない。このような法はいわゆる慣習により確定された法である。」

Mos namque retinendus est fidelissimae vetustatis. (C. 6,28,18) 「何となれば古人たち以来の慣行は忠実至極に遵守さるべきものなればなり。」

LXXXI. Rectissime etiam illud receptum est; ut leges non solo suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (D.1,3,32,1 Iulianus 83 digetorum) 「法律はたんに立法者の表決によってのみならず万民の黙契により不使用を通じて廃止され

ることも学説のひとつとして承認することは至極正当なことである。」

Scholium 敷衍

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem. (C.8,52,2) 「長期の慣習法及び慣行の権威は軽からずと雖も、道理や法律に優るほどの効力には及ぶものに非ず。」

LXXXII. Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur; primum illud explorandum arbiror, an etiam contradicto aliquando iudicio, consuetudo firmata sit. (D.1,3,34 Ulpian 1 de off. proconsul.) 「人ありて某市又は某県の慣習を援用するときは予の見解にては此の如き慣習は嘗て一たび某訴訟事件に於いて争われたる後確認せられたるものなりや否やを須く先ず討究することを要す。」

Articulus III. De privilegiis et rescriptis. 第3款 特権及び詔勅について

§ 1. Regula communis omnibus beneficiis; sive certae personae, sive certa personarum generi concessa sint. 第1項 特定の人若しくは特定の人の類に認められたるすべての恩恵に共通なるレグラ

LXXXIII. Privilegium ad alienam injuriam porrigi non oportet. (D.26,7,40 Papinianus 6 responsorum) 「特権は他人の侵害に及ぶべからず。」

§ 2. Regulae circa beneficia personalia. 第2項 個人的恩恵に関するレグラ

LXXXIV. Rescripta contra jus elicita, ab omnibus iudicibus refutari praecipimus; nisi forte sit aliquid quod non laedat alium, (C.1,19,7) 「法律に違犯して皇帝の詔勅を得たるものあるときは裁判官は之を否認することを得るものとす。但し皇帝の詔勅が他人に何らの害悪を与えざるときはこの限りに非ず。」

LXXXV. Mendax precator careat penitus impetratis; et si nimia

mentientis inveniatur improbitas, etiam severitati subjaceat
judicantis. l.5.cod. si contra jus etc. (C.1,22,5) 「虚偽の請願者は決して利益を得せしむことなかるべし。若しその虚偽者の不正が著しきこと明らかならば、裁判官の嚴重なる処分にも附すべきものとす。」

LXXXVI. Si qua beneficia personalia sine die et consule fuerint
deprehensa, auctoritate careant. l.4. cod. de divers. rescript.
(C.1,23,4) 「特定人に賦与されたる恩恵にして日付及び執政官の名称なくば、その効力なし。」

XXXVII. Beneficium imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia
proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus. (D.1.4.3. Ulpianus
fideicommissorum libro 4) 「皇帝の恩恵は実に神の如き其の慈恵心の発露なるが故にきわめて広汎にこれを解釈することを要する。」

LXXXVIII. Rescripta quibus usi non fuerint qui in fata concesserunt,
heredes possunt allegare. (C.Th.1,2,2) 「既に死亡したる者にして生前
用いざりし詔勅を相続人は援用するを得。」

LXXXIX. Neratius consultus, an quod beneficium dare se quasi viventi
caesar rescripserat, iam defuncto dedisse existimaretur, respondit
non videri sibi principem, quod ei, quem vivere existimabat,
concessisset, defuncto concessisse: quem tamen modum esse beneficii
sui vellet, ipsius aestimationem esse. D.50,17,191. Celsus 33
digestorum: 「皇帝がいわば生存中の人に対するようにある人に自身
が与えるように指令していたその特典を、すでに死亡してしまっ
ているときにも、その人に、彼 [皇帝] が与えたものと考えられるか
どうかを諮問されたとき、ネラティウスは、自身には、彼 [皇帝]
が、生きているものと考えていたその人に授与していたものを死亡
してしまった人に授与したものは考えられない、しかし、それ
でもやはり、彼 [皇帝] 自身の与える特典をどのような態様のもの
にしたいのかは、彼自身の判断に属する事柄である、と解答した。」

*本稿は、2013年度～2016年度科学研究費基盤研究（C）「ローマ法におけるレグラエの研究」研究課題番号 25380013 の研究成果の一部である。この場を借りて御礼申し上げます。

○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

執筆者紹介

掲載順

加藤康榮	元日本大学大学院教授
甲斐素直	日本大学教授
栗島智明	慶應義塾大学大学院 後期博士課程
梅村悠	日本大学准教授
吉原達也	日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長	委員
副委員長	委員

船山泰範	渡辺容一郎	江島泰一	新谷眞人	稲葉陽二	太田晴美	佐渡友哲	高畑英一郎	長谷川貞之	益井公一	松本幸司	水戸克典	山口正春	山井義和	大岡敬二	岡山聡	小野美典	中野未知	西原雄二	野村和彦	松島雪江	福島滋久	堀江秀治	井出真悟
------	-------	------	------	------	------	------	-------	-------	------	------	------	------	------	------	-----	------	------	------	------	------	------	------	------

日本法学第八十一卷第三号

平成二十七年十二月二十日印刷
平成二十七年十二月二十五日発行
非売品

編集責任者 池村正道
日本大学法学会

発行者 日本大学法学研究所
電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二丁目一四 A&Xビル
印刷所 株式会社メデイオ
電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 81 No. 3 December 2015

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLE

Yasuei Kato, *The Role of Prosecutors in the Criminal Justice (II)*

TRANSLATION

*Peter M. Huber, Recht auf Bildung in Schule und Hochschule, translated
by Tomoaki Kurishima and supervised by Sunao Kai*

CASE COMMENT

Yu Umemura, *The Adequacy of Applying the Sickness Exclusion to a
Drunken Person Who Choked to Death on His Own Vomit*

MATERIAL

Tatsuya Yoshihara, *Pothier's De diversis regulis juris antiqui, Part 1*