

日本法學

第八十二卷 第一号 2016年6月

論 說

刑事司法における検察官の役割(四・完) 加藤 康 榮

個人情報保護の為の検索結果に対する削除権 水 野 正

政務調査費をめぐる住民訴訟
——使途基準と立証責任の問題を中心として—— 西 原 雄 二

翻 訳

フランス行政訴訟法の現代的課題 デルフィーヌ・コスタ
神尾真知子 訳

論 說

ジャン・ドマの三つの序文的章と法準則、プリンシプ、レーグル及びロワ...
ポティエ「法準則論」との対比において 菊 池 肇 哉

ポティエ『新編学説彙纂』
第50巻第17章第2部第1章について 吉 原 達 也

日本法学 第八十一卷第三号 目次

論 説

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

資 料

ポテイエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』……………吉 原 達 也
第50巻第17章第1部抄

日本法学 第八十一卷第四号 目次

論 説

振り込め詐欺の防止に向けた官民共同対策について……………尾 田 清 貴

目的信託としてのペット信託の現状と課題……………長谷川 貞 之
——アメリカにおける二の統「法典」各州のペット信託法の展開を参考に——

刑事司法における検察官の役割(二)……………加藤 康 榮

イギリス法におけるシンジケート・ローン……………鬼 頭 俊 泰
——日本法との比較を手掛かりに——

雑 報

日本法学 第八十一巻 索引

刑事司法における検察官の役割（四・完）

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）―前々々号）

刑事司法における検察官の役割（四・完）（加藤）

一（二）

2 当事者主義と検察官の地位・役割

（以上、（二）―前々号）

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）―前号）

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・完）―本号）

V 管見の整序

1 刑事司法の理念―その究極に在るもの

（1）刑事司法の核としての実体的眞実主義

ア 刑事司法の指導理念をどのように捉えるか。

先に触れたダニエル・フット・ワシントン大学教授が指摘するように、アメリカと日本の刑事司法の重要な相違点は「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」である。⁹⁷ 我が国の検察官など実

務が捉えてきたのは、まず、「無辜の者を誤って罰してはならない」ということである。その上で、「有罪者(殊に巨悪)をみすみす見逃してもならない」ということである。つまり、無罪の者をむざむざ法廷に引き出して晒し者にしてはならず、また、有罪の者は刑事政策にも配慮して起訴すべきものは起訴すべきということである。それは、実体的眞実主義を座標軸に置くことが前提であるが、神のみが知る絶対的眞実主義ではなく、実体的眞実を説明することである。それは被疑者の人権を保障した適正手続の下における厳格な証拠に基づく、刑事訴訟上の眞実でもって確認するものである。ここで、実体的眞実主義とは、「その手続上のルールに従った上で、限りなく歴史的眞実に肉薄するものとして求める姿」のことである。團藤重光博士は、「事實は客観的なものであるはずであるが、絶対的な眞実はいわば神の目から見た場合のことであつて、人間の認識能力が相対的なものである以上、訴訟における眞実は性質上やはり相対的なものであり、その意味では事實の認定は、認識ないしは発見ではなく、むしろ創造的なものだというべきである。だからこそ、裁判官は謙虚でなければならないのである。裁判における事實の認定は、神から見た眞実に可及的に接近することが要請されるが(実体的眞実主義)、実際には裁判官をはじめすべての訴訟関係人の努力によるべきであり、結局、これらすべての者の主体的な活動にかかっている」こと、「眞の『事實』というものは、訴訟の世界を超絶したものである。訴訟的にみるかぎり、『公訴事實』は、いわば仮説的なものである」こと、「確定判決において認定された『犯罪事實』でさえも、それは、『眞実とみなされる』だけのことであつて、再審の可能性が否定されないばかりでなく、再審にならない場合であつても、それが眞に間違いのない本当の『事實』であるかどうかは、まさに神のみぞ知るものである」こと、その実体的眞実主義を達成するためには、「当事者の攻撃・防御を前提としてはじめて眞実の発見が可能となるのであり、当事者主義は眞実発見の手段として重要である」こと、檢察の

任務に関連して「実体的真実主義は、無実の者を罰することが絶対にならないようにすることを、最小限度のこととして何よりも先ず要請するのである。実体的真実主義を『必罰主義』であるかのように説く論者があるが―糺問主義の手續のもとでは別論として―これは誤りだといふべきである。検察官は、いかなる場合にも、このことを忘れてはならない」ことなどを説かれる⁽⁹⁸⁾。我が国では、古くからイギリスの法諺「一人の冤罪者あらんよりは十人の逃罪者あらしめよ」(Better ten guilty escape than one innocent suffer.)⁽⁹⁹⁾を自らのものとして目標にしている。しかし、神ならぬ人間が行う手續である以上、最大限の尽力があつても制度的には誤りが皆無ではなく、「誤りはあり得る」ことを前提にしているものというほかはない。我々は、この制度的冷厳な限界は受容しなければならぬ。その上で、「最大限の誠実懸命な実体的真実の追及」である。それが冤罪者を出すことを極小に抑える術である。

そもそも刑事訴訟の当事者の一方の被告人側は、裁判の結果いかに自己の重要な法益(自由・名誉・財産等の法益)を奪われるか否かの岐路に立たされている。真犯人が有罪と認定されて適正な刑罰が科せられるのは当然であるが、それが冤罪なのに誤って有罪となれば直接的に法益が侵害される立場にある。その意味で真の「訴訟当事者」は、被告人側がその立場に位置づけられるだけである。もう一方の「訴訟当事者」と言われる検察官は、その実質は擬似的当事者となる。この両者の位置づけには、説得力を有するものがあると言わざるを得ない。してみれば、当事者主義と標榜される中での検察官の地位は、実は一種のフィクションに帰することとなる。したがって、検察官は当事者として効率よく処罰にだけ専念すればよいということとはならず、「公益を代表して、犯罪の被害者に代わって刑罰権行使に関与し加害者を弾劾するという立場」にあるのである。また、検察官は被告人に有利な証拠も収集して、客観的な活動としての捜査・公判の職務の遂行でなければならず、弾劾の職務を遂行する指導理念となる「事案の真

相を解明する」という役割を全うしなければならない。そして、この真相解明の目標は、被告人側にとっても必然的に共有するものであり、その利害は共通するものとなるはずである。結局、訴訟活動をあたかも決闘なりスポーツなりの如く見てはならないのであり、このことは誰もが認めざるを得ないこととなる。團藤博士が述べられる「当事者主義は真実発見の手段として重要である」との真髄は、これらの道理を前提とするものと言えよう。

イ 現状批判派の中には、実務における取調べ過程を、強圧な取調べによつて虚偽自白を導く、いわば「冤罪者を生み出す危ないシステム」と捉えて、代用監獄の廃止と取調べ可視化による是正こそ至高とする見解がある。

それは、捜査側を意図的にまで極論はしないとしても、職務熱心のあまりの「冤罪者を生み出しかねない危なっかしい権力機関」の程度に決めつけているものと思われる。これは、アメリカ法の（純粹）当事者主義が、我が国でも刑事司法の公理であるとして、これをア・プリオリに設定した上、この理念は檢察捜査でも檢察官と被疑者は対等当事者、すなわち弾劾的捜査であるべきとし、しかし「現状は糾問的捜査にある」とする平野龍一博士の提唱になる捜査観の高じた見方となる。同博士のこの見解は、当時から「公判中心主義」を強調する点では他の現状批判派の弁護士側や学者からは強く支持された。ところが、檢察官に「証拠が十分でなく有罪の確信が持てない事件まで起訴せよ」とする点では、実務がこれを受け入れられないとしたのはもちろん、被疑者の人権を擁護する現状批判派の立場からも支持する者は少なかったものである。

平野博士の見解は、我が国の檢察官がアメリカのそれと同様広い起訴裁量権を有する法制度自体は認めつつ、「ラフな基準で、先ずはもつとおおらかに起訴するべきである」とするものであるが、そのような起訴こそ、公訴権濫用論者の攻撃的となる公訴権行使の行為となるはずであり、疑問である。構え慎重過多の不起訴処分ならば、檢察審

査会の「起訴相当」の議決により控制するのが筋ではないか（平成一六年検審査法改正により、再度の「起訴議決」に起訴強制（拘束力）の効果が付与された。）。また、同博士は、数値目標を「三パーセント程度まで引き上げる」とも言われているが、そのような腰だめの数値で国民が納得するような状況にはないと思われる。

この点、田口守一教授は、「平野博士がいわれたような三%あるいは現在の無罪率を前提とした二%程度への増加を想定することが現実的といえようか」としてこの主張に疑問を呈しつつ、「いわゆる弾劾的捜査観の理論を純粹に貫くことは困難であるが、大局的にはこの方向に進むこととなろう」とも予測する。しかし、また「無罪率の増加がこの程度であれば、起訴基準の引下げの程度も、これに対応した程度にとどまることとなろう」とし、「しかし、わが国の起訴前身柄拘束期間は、諸外国と比べて短い。・今後、取り調べの機能の低下が避けられないとすれば、以前のような綿密な事案説明が困難となることも考慮する必要がある。ただし、イギリスの起訴基準のような『五パーセント基準』を参考にすることはできない」とされる¹⁰⁾。

こうして、この平野理論は実務でも学説上でも核心的議論とはならず、むしろ問題の視点は検察官において、①犯人性には確信を抱いているが、証拠上有罪判決を獲得することの一〇〇パーセントの確信が持てない場合や、②過失犯罪について、その評価に争いがある場合などにおいて、慎重に過ぎる公訴権の行使の傾向にあるという運用実態にこそ議論の対象が向けられていることにある。また、従来の綿密な捜査が高じて、取調べが理詰め過ぎたり、重箱の隅を楊枝でほじくるような取調べに墮するなど、かえってコンテンツが真実から離れてしまうような捜査であつてもならない。いわばマシユマロのような柔らかい事実の再現こそ実相を抉るとの視点も出ている。

「精密司法」と指摘される松尾浩也教授も、「綿密な捜査⇨慎重な起訴」という長年にわたるやり方について、「法

技術的にある程度の修正を加えることは可能であろう。起訴基準を少しずつ下げ、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、そして検察審査会法の起訴強制制度への改正に事態を動かす可能性があることも指摘されていた。⁽¹⁰⁾

ウ 従来からの検察官の公訴権行使の現状に関しては、裁判所側もこれを諒として審理を続けてきた刑事司法のこれまでの裁判過程も見逃せないであろう。

例えば、「日本の刑事司法の特色」について、「裁判の立場から」として、中山善房裁判官は次のような分析をされている。⁽¹⁰⁾ すなわち、①検察官が捜査に深く関与して十分な証拠固めをしたうえで確信のある起訴をしていること、②検察官の訴追裁量権が明文化されて積極的に運用されていること、③身柄拘束中の被疑者に対する取調べが手続の適正と抵触しない限度で最大限に行われていること、④検察官の権限・活動の質量と弁護側のそれを比較すると、わが国における当事者主義は「傾斜的・擬似的」なものであることなどを分析される。また、起訴後の裁判手続に関しては、⑤捜査段階で作成された供述調書は、争いのない事件では同意書面として、争いのある事件でも供述の不能・矛盾を理由として、いずれも証拠として多量に採用されていること、⑥多数回の開廷を要する複雑困難な事件においては、開廷間隔が長く、適正・迅速な審理が行われていないこと、⑦公判請求事件についての有罪率が著しく高いことなどを指摘されている（なお、その特色として国民参加がないことを挙げている点では、我が国も平成二一年五月以降、裁判員裁判が施行されている――筆者）。また、①ないし④の実体を巡って、これを「検察官司法」と称して批判する者もいることについては、「わが国の当事者主義が形式的なものにすぎず、当事者の一方である検察官の組織・権限が強大であることを特徴的に表現しようとしたところにある」とした上、大陪審や予審制度、あるいは不起訴処分に裁判所の

同意を要する制度などを採用していない制度下にあつて、我が国の検察官の権限は大きいが、刑事司法における裁判所と検察官との役割分担という見地に立てば、予審制度を別として、検察官の権限行使により終始するのは、結局、起訴された場合に執行猶予となる可能性のある事件のうち、検察官が起訴猶予処分をする事件があるくらいであるとして、「わが国の検察官は、諸外国の場合と比較してきわめて重要な役割を分担しているということができるが、わが刑事司法の中には、裁判所との関係、さらに警察等で、それぞれ応分の役割を分担して、刑事司法全体の円滑な運用に寄与している」とされる。さらに有罪率がきわめて高いことも「最大の理由は、検察官が有罪の立証に確信をもてない事件を起訴しないためであるが、この検察官の役割は、積極的に評価してよい」とされる。そして、重大事件では有罪立証の確信がなくても相当の嫌疑があれば起訴して裁判所の判断を求めべきとの意見に対しても、「刑事被告人の立場に伴う法律上・事実上の不利益を考慮すると、にわかに賛成しがたいものがある」とされる。その理由として、現行法の建前が刑法の謙抑主義の理念にも合致すること、予審制度等では嫌疑不十分の被疑者を早期に解放する役割を裁判所が分担する制度であるが、現行法ではこれを廃止して起訴状一本主義を採用した以上、この役割はやはり検察官に委ねるほかないとされる。ただ、「法律問題に未解決の点があることを実質的な理由として起訴猶予処分をする傾向があるとすれば、これは疑問であつて、事実関係の立証の確信があるかぎり、法律判断はやはり裁判所に委ねるべきものである」とされている。

エ ところで、現状批判派になる「弁護の立場から」ではどうか。

例えば、田邨正義弁護士は検察官の活動等について、次のような見解を示される。¹⁰³ 有罪率が高い点については、「検察官の誤った起訴がきわめて少なかった結果であり、起訴便宜主義の積極面であるとともに、その運用にあたる

検察の優秀さを示すものと評価することは、もとより可能であろう」とされた上、起訴に対するわが国社会の受け止め方として、「起訴され刑事被告人となったというだけで、その人物の社会的評価は往々にして著しい低下を免れない。公判において罪責を争うこと自体、当事者に多大の負担をもたらすことを顧慮すると、公訴権行使について検察官が謙抑的であることは、望まれこそすれ、なんら非難されるべきではない」と評される。この見解からすれば、平野博士が主張される「ラフな起訴」論は支持できないはずである。しかし、身柄拘束中の被疑者取調べに関する捜査官の強大な権限の付与が自白獲得の手段となつていくこと、自白調書が確実に採用されて捜査資料と公判資料との基本的共通性の実体にあること、裁判官と検察官の人事交流が事実認定の共通的思考を抱かせることなどを指摘した上、高い有罪率自体の相乗作用を説いて「公訴維持の見通しの確実な事件しか起訴しないという検察の方針のもとにおける極度に高い有罪率は、検察の捜査が実際上予審的機能を果たしていることを意味すると同時に、検察の予審的機能が無視しえない現実として定着をみたことが、高い有罪率を構造的に再生産しているということもできる」との見解も披瀝される。ただ、この予審的機能のどこが不都合なのかの説明はない。そして、これらの指摘は、続く弁護人の活動上の制約として、弁護人が公判段階でも検察官と武器対等でないとか、否認のままでの保釈率の低さとか、裁判所が実体的真実主義への傾斜から弁護人の活動を阻害するような後見的機能を発揮しすぎるとかの指摘があることは、それは刑事弁護人一般の日ごろの刑事弁護敬遠による実力涵養不足の裏返しとも見える議論のようにも思われる。なお、同弁護士は裁判の審理方法の改善も提言される。すなわち、現行法体系においても「被告人が有罪を自認している事件については初期の段階で、また罪体に争いある事件については裁判官が有罪の心証を得た段階で、いずれも量刑に関する審理に入る旨を宣言し、当事者に量刑資料の提出を促したうえ、必要に応じ調査官等の補助者に量

刑事事情についての調査を命じ、調査終了後当事者に反論、反証の機会を与え、審理を終結するというやり方」も、工
夫次第で可能とされる。

この審理方法の改善ならば、法曹二者の協議によって実務の「運用」でかなり実現できるものであり、この点は確
かに積極的に推進すべきものと言えよう。

オ 結局、実体的真実解明の指導理念は、法廷で全てが訴訟法上の真実として衣替えして果たされるものではない
こと、それは刑事司法を有機的システム体と捉え、公判に先行する捜査段階における真相解明の役割、その独自の位
置づけも考察することで果たされものであることが導き出される。

それは公訴権行使の担い手である検察官が、その権限を誠実に実現するために必要な追究課題、すなわち実体的真
実の解明を最大限果たすために、警察に続く検察捜査を先行させこれを綿密に実行し、その結果を吟味して限りなく
実体的真実と重なり合う程度の訴訟法上の真実から有罪の確信に到達したときに、起訴・不起訴の振るい分け機能を
完遂させるものである。そして、起訴の場合は「検察官による事実認定の結果である訴因事実」を審判の対象とさせ
るといのが、現在における刑事司法のシステムの理解と言えよう。そうしてみると、平野博士の先の見解は検討し
てきたように、今日的意義は起訴基準の再検討ということ以上の本質的変革を呼ぶものにはなり得ないと言える。し
たがって、なお検討すべき論点としては、そのほかの現状批判派が主張するところの「現状は依然として『糺問的』
であるとして、『捜査』の実態を問題とする」点に収斂されよう。具体的には、取調べの可視化や被疑者の人権保
障・適正捜査という面での透徹化が図られる方策ということになるが、この点も、平成二七年第一八九回通常国会
で継続審査となっていた刑事訴訟法の一部改正法が第一九〇回通常国会で成立（本稿連載中の平成二八年五月二四日成

立)したことで、相当な推進が図られようとしているところである。

そこで、先に見た中山裁判官の「事実関係の立証の確信があるかぎり、法律判断は裁判所に委ねるべきもの」との起訴裁量権の行使に対する見解である。それは特に過失犯になる医療過誤事件や最近の東日本大震災に起因するいわゆる福島原発事故を含めての特殊重大事故事件などにおいて、過失の評価に争いがあつて十分な有罪の確信が持てないような場合である。そして、そのような場合は、検察官は事件によっては起訴して裁判所の判断に委ねるとすることは、両者の役割分担の見地、刑事司法のシステムの運用の視点などからも傾聴に値する見解と言うべきものであり、今後の検察の課題とすべきではないかということである。この点は、検察官は基本的には従来 of 確信基準に従い、しかし、より民意を反映させての処分をなし、不起訴処分に対しては検察審査会の審査に委ねるといふ国民の司法参加との役割分担を重視するというのが時代の流れに沿った解決の方向性のように思われる。

(2) 検察官制度の在り方論

ア ここで、そもそも我が国の検察官制度自体いかに在るべきかについて、その是正案や運用の改善案を吟味し直しておくこととする。

そこで、ラジカル案から微調整案までおよそ考えられる改革案をできるだけ多く挙げてみることにする。まず、第一に、従来の検察官制度を廃止する大きな改革案として、かつてのイギリス型の私人訴追制度に徹する案(①案)や、現在の検察官制度を民営化ないし一部民間委託(弁護士 of 公訴追行制度等)する案(②案)が考えられる。また、第二に、検察官制度は残しつつ、効果的な起訴のスクリーニングを行うとの観点から、訴追者に被害者を加えるフランス型予審制度を採用する案(③案)、予備審問ないし新しい予審制度を加えたり、起訴法定主義として不起訴処分には

裁判所の同意を要する制度とするなどの案（④案）、アメリカ法に倣って、訴追権を軽罪に限り検察官独自に認めるが、重罪は大陪審が決定する案（⑤案）、第三に、現行制度の充実、強化を図る案であり、それは検察官（特に検事正）の公選制ないし任期制の導入や、取調べに対してその可視化と弁護人の立会いを制度化する案（⑥案）や、現行制度の起訴基準等運用を再点検して、捜査・公訴の一層の改善・透徹化を図る案（⑦案）などの各案が考えられる。

イ まず、比較法的に主要国の訴追制度ないし検察官制度の概要を確認しておく。

イギリス型は、民衆訴訟の歴史から大陪審（起訴陪審）の制度を採り、一般的に私人訴追と警察官訴追（これも私人訴追の一種と見る。）による私人訴追型が原則であった。このため、伝統的に警察と検察との未分化時代が長く、通貨偽造その他の国家的重大事件についてのみ国家機関としての訴追官が起訴手続をするものであったが、その必要性の高まりから公訴官起訴の範囲も拡大され、徐々に検事を増加させていったが、ついに一九八五年に至って訴追機関として「検察官庁」を制度として独立発足させるに至っている。我が国では、イギリスのこの訴追機関設置以前の伝統的訴追方法が起訴後の手続においてフェアとして、このイギリス型の検察制度にすべきとの見解も一時あったとされる。しかし、「起訴の不均衡、警察的刑事司法に墮する危険性がある」との指摘が重大で、現にイギリス自体、この弊害を克服すべきとする考えからかと思われるが、古くからあった大陪審制度も廃止し、公訴官起訴の拡大を重ね、ついに検察官庁として制度化するに至っていることは注目すべきことと言えよう。

次に、アメリカ型である。ここではイギリスと同じコモン・ローの判例法主義を採るが、各州それぞれの型となっている。フランス型にごく近い州もあれば、イギリス型を基礎としながらフランス型の公訴官を置く州も多いとされる。検察官は予審制度を持たないのに捜査の強制処分権限がなく、警察捜査の法律的文書アドバイザーの役割を果たすも

のとされている。ただ、大都市（ニューヨーク、シカゴ等）でのアトニー・オフィス（我が国の検察庁にあたる機関である）では、政治的事件や複雑な経済事件等の重要事件の捜査について、市の警察官を借りたり、専従調査員を雇ったりして、直接捜査に乗り出し、強制処分が必要な場合は大陪審を予審制度代わりに活用して実施する実情にあるとされている。また、地方分権の思想から地方検事は公選制による州が多い。

そして、大陸法系になるフランス型は、一三世紀ころから国王の代理人が訴訟に関与したことが検察制度の始まりで、フランス革命後これが訴追機関として確立されたとされる。またそれは、三権分立主義の所産としての検察官制度であり、裁判と訴追を分離することによってむしろ裁判の専断を絶ったという歴史的経緯にある。ただ、証拠収集には強制処分も必要なので、この権限は裁判官に与え、弾劾という公訴権限は検察官に責任を負わせつつ、現行犯以外は捜査の強制処分を与えないという、予審制度を維持している。これがドイツ等の大陸諸国に継受され、我が国の治罪法でもそのままの形でこの制度を継受したという歴史になる。¹⁰⁴

最後に、我が国が戦前に範としたドイツ刑法は、予審制度により、検察官の公訴権行使も起訴法定主義であったが、一九六八年に起訴便宜主義を導入し、一九七四年刑法の改正に際して、予審制度も廃止した。そして、検察官の強制権限を強化した（被疑者の強制的取調べ権、証人・鑑定人の強制喚問権と供述・鑑定義務の承認）。起訴強制手続の対象を縮小し、遵守事項付きの起訴猶予制を創設した。ただし、検察官による被疑者取調べに対する弁護人立会権を保障し、その供述調書の公判への顕出を制限することで弁護権の保障にも一定の配慮をした。¹⁰⁵

ウ　そこで、先ほどの検察官制度の改革案あるいはその運用案を検討してみることとする。

現状批判派は、我が国の検察官制度について、現状は「検察官司法」となっていて本来の公判中心主義が形骸化し

ているとか、強圧捜査で被疑者に対する人権保障が蔑ろにされているとかの主張であったが、このような批判点をも考慮しながら、検討結果をまとめたい。

まず、そもそも刑事司法は弾劾による訴訟形式によって行われるものであるから、必然的に訴追者―原告がいなければならぬところ、先の第一の①、②案は、現行検察官制度をいったん廃止する案である。すなわち、制度自体を私人・被害者訴追に変えるか、あるいは制度の骨格自体は残しつつ、これをがらりと民営化するとの案である。①案は、これは長く民衆訴追の歴史を有してきたイギリス型が参考になる。しかし、我が国では私人訴追については、治罪法時代において既に私人（民事原告人）の起訴が認められていたが（同法第一一〇条）、明治刑訴法で廃止された経緯がある。そして、イギリス型も先に見たように問題点が多く、検察官制度に移行している。また、文明国家にあっては刑罰権の行使は単なる復讐心や公憤を満たすためのものではない。これを被害者や一般民衆に任せるとなると、冷静さや合理性を欠く判断、あるいは恣意的判断に流れる恐れがある。この刑罰権行使のための訴追要否の判断は、優れて客観性を満たす必要がある、また一定の方針を持って画一的に行う必要のあるものである。この要請にこたえるために、現行法のようにこれを国家機関としての検察制度を設けて行っているのが世界的傾向である¹⁰⁶。しかし、②案は民営化論である。現にこれを主張する論者がいないとしても、イディアル (ideal) の問題として、この際検討しておく意義はあろうかと思われる。この点、堀田力弁護士（元検察官）の論考「法務省の民営化」が参考となる¹⁰⁷。そこでは、「検察の捜査指揮や公判立会いを弁護士に委ねることが考えられる」との鋭い考察をされている。これを要するに、立法、司法及び行政のサービスは、すべて公共財であるが、これを民間が行わずに税金を使って公務員が行う根拠は、公共のサービスは市場取引の原理では提供できないからであるとする、財政学上からの理由とする。そして、

司法、自治、警察、消防等を例にあげれば、これらは全市民がその利益を享受すべきものであつて、そのサービスは共同で消費されるものである。したがつて、私的財のように特定の消費者にその利用を独占させることは困難であり、市場取引には馴染まない。しかしながら、司法においても民事裁判ならば財政学上からは公共財でないと思われるが、先進国はすべて判決に公定力や執行力があることなどから政策上司法を公共財としている。理論的には市場原理を導入することも、経済的には可能であるが、政策的に採用できないというものである。また、法務省の検察、矯正、入国管理局など権力を行使する権限を付与された機関にあつては、民間委託は妥当しないのではないかという問題がある。しかし、アメリカでは公共財である警察が、犯人を捕らえて治安を維持するという共同消費者に対する公共サービスの提供が不十分なため、被害者が市場原理により犯人探しを民間機関に依頼している実情にある。ただ、日本の私立探偵と同様、逮捕等の強制権限は与えられていない。この逮捕や強制収容のような権力の行使については、銃器使用を伴うこともあつて強制権限の行使に関わる部分は政策目的上、あるいは人権尊重という高度の倫理性と訓練の必要性などから、民間委託は適切でないと考えられる。このように分析していけば、検察等の業務の中でも、絶対に公務員が行わなければならない部分は理論的には、強制的に武力を用いる部分だけとなる。こうして、前述したように、検察の捜査指揮や公判立会いを弁護士に委ねることは可能で、それはこのような業務は、武力を背景とする行使そのものではないからであるとする。そして、「現にイギリスは、数年前までそのシステムで検察権を適用していた。効率性に問題があつてイギリスは専門的検察官の制度をつくつたが、日本の検察官も、効率の悪い仕事をしていたり人権上の問題が続くと、民間委託を考えることが理論的には可能」とされる。なお、実際に法務省では刑務所業務の一部や登記事務の一部については民間委託をしているところである。

確かに、現行法でも、付審判制度(準起訴手続—刑訴法第二六二条—第二七〇条)があり、裁判所の付審判決定に起訴擬制効果を付与して、以後は裁判所が指定する弁護士が検察官役を務めて公判追行する制度となっている。また、検察審査会法における改正の二度目の「起訴議決」に起訴強制の効果を付与して、以後の公判追行は付審判制度同様、指定弁護士が行うこととなっている(検審法第四一条の六、第四一条の九以下等)。これらの制度は、正に刑事手続の訴追権に一部予審性、あるいは被害者・民衆訴追性を加え、また公判追行を弁護士に民間委託(弁護士公訴追行制度)するという民営化理論を採用しているとも言えよう。そして、そもそも民事だけでなく刑事の「裁判」も、裁判員なり陪審員が参加すること自体、その性格は民衆裁判、民間委託なりの民営化であり、そのことは検察審査会の検察審査員の審議(議決)も同様と言えよう。もつとも、先に触れた日米比較論における「アメリカの刑事手続法は、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」とのジョーゼフ・ホフマン・インディアナ大学教授の分析が正鵠を得ているものと思われる¹⁰⁸。しかし、我が国民には隣人の裁きではなく、国家の制度設計になる刑事司法の担い手に共通のメンタリティーを抱いて、基本的にその手続に委ねるといふ法文化・精神土壌があり、アメリカ法手続を単純には導入できない根源的違いがあることは認識しなければならぬ¹⁰⁹と言えよう。

しかし、イギリス自体が今や検察官制度の移行へ向っており、一口に民営化論と言っても検察の捜査はアメリカと同列には扱えないし、公訴権の行使もその裁量権を封じて、かつ起訴法定主義を前提にでもしなければ、かつての国鉄などの民営化はもとより、刑務所等の民営化(一部民間委託)論とも同日の談とはならないであろう(昭和六二年の国鉄の民営化に当たっても、鉄道公安職員の職務に関する法律は廃止されて、鉄道施設の警戒警備等の業務は一般警察事務へ編入

されている)。さらに起訴法定主義であっても、嫌疑不十分の事件は起訴すべきでないこととなるから、そのような判断は訓練のない一般人が容易にできるものではない。被害者・告発人が捜査機関へ訴追を求め、また一定の犯罪を親告罪として訴訟条件とする現行刑法が相当な訴訟構造と言えよう。また、この起訴法定主義については、これを古くから採用しているドイツが既に多くの例外を設けて、むしろ段階的に起訴便宜主義に近づけていて、今や参考にし難い。

ここで見逃がせないのは、①案では捜査を被害者・告発人が自ら又は探偵に依頼して実施するか警察に依頼するほかないし、②案の場合も警察に依頼することとなる。しかし現実には結局、警察が行政警察の権限のほか捜査（司法警察）の任務を全面的・独占的に担うこととなり、それでは外したはずの検察官の役割まで警察が現実には担うようになり、それこそ「刑事手続の警察化」となり、私人・被害者・民間事業者及び警察等の客観的チェック作用、制御が効かない状態を招くことは必定である。したがって、これらの事情にも照らせば、この①②の改革案は、我が国では採用の現実性はほとんどないと言えよう。ただ、現行制度の運用に対し、その理念を掣肘的に反映させるとの観点からは意義があり、丁寧はその制度における是非を検討しておくべきものとは言えよう。

そこで、次に検討すべきは、第二の起訴のスクリーニングの観点からの③ないし⑤の案である。

③案のフランス型予審制度は、我が国では戦前に長らく実践済みであるが、先に詳しく検討してきたように問題点が多い上、戦後これを廃止して現行の検察官制度へ移行した経緯もあることと、現在の裁判所側からも、裁判に徹すべきとして裁判所が予審として関与することに積極的ではないと思われること、フランスでも近時予審の問題点が浮き彫りになっていることなどから、むしろこれも先に詳しく見たように、④案での青柳教授らが提唱される特定事件

に限つての新しい予審制度ないし予備審問こそ制度としては学理的に見て検討の余地がないわけではない。そして、⑤案のアメリカ型は、大陪審制度自体が我が国に馴染まない制度と言われる。そこでは実体法上、軽罪と重罪を区別して刑事手続上その扱いに差異を設けていることの是非論もある。つまりアメリカの法体系は基本的にコモン・ローの判例法主義であつて「犯罪構成要件」の規定の仕方も違う。これは我が国の法体系と根本的に異質なものであり、我が刑事手続全体の改革と連動する改革案の実現化は極めて難しいものと言えよう。¹⁰

最後に、第三の現行制度の充実・強化を図る案である。

その⑥の案の検察官（特に検事正）の公選制ないし任期制の導入案は、戦後改革案のアメリカ法導入案の一つであつたが、民意の反映と言つても国会議員の選挙とは違つて、検察官は一党一派に偏することのない中立性が強く要請されること、大陪審に代わる検察審査会法の制定とその後の起訴強制制度への改正があること、検察官（特に検事正）公選制や任期制を採るアメリカでも先に触れたようにその問題点が指摘されていること（デイビッド・T・ジョンソン・ハワイ大学アノア校准教授は、「アメリカでは、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、検察官をますます懲罰強化の方向へ押しやっている」として、その問題点を指摘している―第（二）編注（78）三四頁）、我が国の現状批判派からも、検察官公選制や任期制の主張までは見られないことなどからして、我が国には馴染まない制度と言えよう。また、取調べの弁護人立会制等の改正案は、現在のドイツ型に類似するが真相解明の方途の実質変更を伴い、アレインメント制度や自己負罪型司法取引まで視野に入れた根幹的問題の採否とも連動することから、検討を要する点である。少なくとも、取調べの録音・録画と司法取引の一部は、一定の範囲で法制化されるに至っている。しかし、弁護人の立会いについてはなお十分な検討が必要であろう。また、

弁護人にとっても現実には相当の負担となるなどの問題点を抱えている論点でもある。

こうして、残るは⑦の案、すなわち検察官制度自体はこれまでの公訴権行使が公平、統一的で効率的に運用されてきた実績から、これを維持することをもって妥当とするものである。しかし、それは最も現実的であるが、そこに制度疲労がないのか。「綿密な捜査と慎重な起訴」の運用の見直しなど制度の根本的在り方を、検察官と被告人・弁護人の両当事者はもとより被害者も加わって、かつ裁判所の視点からも、また検察再生に向けても更に吟味を要する重要な検討論点となる。いつの世でも国民の信頼、支持のない組織や制度が発展した例は見られない。封建制の江戸時代にあっても、民意を無視した藩政が成功した例はなく、一揆まで発展した例も多いものである。現代検察の制度設計の吟味とその運用にあっても、私人訴追、民営化、検察官（検事正）公選制等を採用しないとしても、常々民意の反映には十分留意すべきであることはもちろんである。この点、新たに導入した起訴強制制度による検察官の不起訴処分の当否判断の拘束力を持つチェック機能の付与は、一部民衆訴追の権能を付与した制度設計と言えるものであり、被疑者に対する抗弁・弁明権の手続的保障等問題点の改善を経ながら制度的に成熟していくことを当面は見守っていくことが必要であろうかと思われる。

なお、現行検察官制度を維持するとしても、刑事司法を有機的システム的に運用することでの改革点は多い。例えば、廃止した予審制度の代わりに旧刑訴法の如く検察官が起訴時に一件記録・証拠を全て裁判所へ送り、裁判所はその後裁判員も入れて公判中心主義で審理することで、検察官の証拠開示を巡る被告人・弁護人側間での相互不信に基づく不毛・非生産的な応酬を回避し、これを全面的に公平中立な裁判所の判断に委ねるといって一部旧刑訴法回帰論も考えられなくはないであろう。亀山教授は、この点、現代化した手続としての旧刑訴への回帰がもつとも効果的であ

るとされ、また現行法律制度を基礎とした手直しならば、公判の活性化として、アレイメント、司法取引等の制度導入や「ラフな捜査・ラフな起訴」の実現性、あるいは檢察審査会の「起訴議決」の起訴強制効力の付与や大陪審的なものへの改編など慧眼になる重要な提案をされておられたが、^①今やその提言のいくつかは実現しているところである。

2 管見のまとめ

(1) 本稿の課題の確認

ア 本稿での課題は、我が国の現行の檢察官制度の刑事司法における位置づけ、役割の在り方論を追究し、さらには現在の運用上の問題点を分析した上、また四半世紀先を見越した未来志向の檢察官像を描くことであった。

そのために、これまでの刑事司法の制度とその改革の歴史、運用実態を先達の研究結果を辿りながら確かめてきた。それは、ある時期での私の檢察官としての実体験と志向とが重なる部分も多く、相当踏み込んで分析できた点もあれば、研究者の特に現状批判派からの要請に対しては、その理念上の乖離と克服の困難さも確認せざるを得ないところであった。実際の運用は、あたかも「百メートルは常に九秒台で走るべし」とするに等しいような奇麗ごとばかりではいかなるのが現実なのである。また神ならぬ普通の人間が担い手となる現実に、敢えて目をそらすかのような現状批判派の求めを、それでも実務では現状の厳しさの中でできるだけこの求めに応ずるよう誠実にその職務をこなしているものと言えよう。しかし、檢察の再生を図るためには、もとより我が国の現行檢察官制度自体も決して手づかずの不動のもの、アンタッチャブルないしサンクチュアリとするものであってもならない。結果的に制度自体を残す結論に到達するにしても、その見直し論から始めていくつかの改革案を検討すること自体に意義があると考えるもので

ある。すなわち、本稿では現行制度を存続することが有為か否か、その制度の存否自体を一から見直し、結果として検察再生のためにも現行制度が有用との確証が得られるかどうかについて、歴史からと諸外国の制度に比較法的に学ぶとの視点から、大陪審（重罪の起訴陪審）、予審、予備審問等の抜本的制度改革案を詳しく検討してきた。その結果、我が国の現行検察官制度自体を改廃するには、実体法を含め刑事司法全体に関わることであり、また現行制度に匹敵する妥当な制度も選択し難いことから、基本的な現行検察官制度は維持すべきとの結論に達したところである。

イ ここで、さらに亀山教授の検察の在り方論を先の論考から見てみるに¹²、公判審理の形骸化の現状は「確かに健康的なものとは言い難い」として、その原因は検察の在り方が不明確、すなわち、捜査・処理の過程に根本的な問題があるように思われるとされる。

それは、新刑訴法体系上の検察官は「捜査全般について最終的責任を持つ」という意味では捜査機関ではなくなり、むしろ、公訴追行官ないし適正な法の実現について職責を有する公益の代表者たることが予期されているといっている¹³が、現状は旧刑訴的運用でかえって成功しているものの、検察のあり方とすれば種々のひずみを生むことになったと分析される。捜査は第一次捜査機関である警察が最終責任を負うべきであるから、公訴維持に必要な補充捜査に警察が従わなければ「警察突き放し論」が生きてきて、検察官が警察捜査のチェックを行う両者の緊張関係が生じ、そこに適正捜査の担保機能が発揮できるはずである。しかし、現状は検察官が警察と同様の捜査機関として活動し、検察と警察とが同一目的で協力・協同する関係のみが前面に出て、緊張関係が希薄になることの問題点を残している、と分析されている点である。

この点は、我が国の検察官制度は、比較法的にも日本の特色を有する精巧なメカニズムとなっている。それは、検

察官は、起訴裁量権限を有し、自ら又は警察を指揮して捜査を行って、その有罪の確信がある場合において刑事政策的に起訴に値する事件だけを厳選して起訴するという、「実質捜査する公訴官」である。出射教授が説かれるように、検察官の捜査権限は警察とともに有し、その捜査の二重性は検察官が自ら「有罪の確信」を持てるかどうかのラインに到達するための、すなわち公訴官として実体的真実、真犯人を違わない事実に迫る「検察官の事実認定」を誠実に責任をもつてなすための必要な捜査であること、そして、起訴・不起訴の判断に実質的な裁判機能である「振るい分け機能」があることは、公訴官に要求される「檢察的濾過作用」を果たすための責務と解すべきであり、弾劾機能としてむしろそれこそ在るべき制度の姿と言ふべきなのである。

管見としても、この現行の定着した検察官制度の実態を前提に、その是非論を検討するとき、検察官制度の民営化論や、廃止して私人訴追に絞るとか大陪審（起訴陪審）、あるいは予備審問や新しい予審制度の導入など検察官制度自体の存続の是非に及ぶ議論は、現行制度の利点を凌駕する代替案とはなり得ないものと考ええる。現に、少なくとも①ないし⑤の案は、今や一つの案にとどまる少数論となっていると言つてよいであろう。ただ、右少数説も検察官制度の在り方論に刺激を与え、その是非論を呼び起こすことで、運用における改善点を浮き彫りにさせ、これを検討させる契機となる効用は見逃せないであろう。

残るは、⑥と⑦の案である。この点は、従来から、平野龍一博士ら純粹当事者主義の徹底と弾劾的捜査観の推進を説かれる学者も、現在の検察官制度自体の改廃を主張するものではなかった。そればかりか、同博士も現行の検察官に従来通り起訴裁量権を付与しつつ、現在の検察官が良かれと考えてのことではあるが、むしろ「あまりにも良心的で自己を裁判官と同じような終局的な判断者」だと考えての、誠実に職務に専念しているその運用実態それこそが問

題であると指摘されるのである。すなわち、現行の検察官の制度を前提にした上で、現在の精密司法になる検察官の厳密起訴の運用こそ、訴訟とくに捜査を「糺問化」している大きな原因があるとされるのであった。この見解は制度の運用の改善論としては、制度自体の根本理念に関わる根源的な見方ではある。しかし、比較的ラジカルな主張をされる田宮裕博士にあつては、「いかなる刑事手続きであつても、事件を選び分ける、起訴をスクリーンする何らかの制度が必要である」こと、そして「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り、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ェイプ・アップできている」として、検察官の役割の重要性を積極評価されていた¹¹³。また、横山晃一郎教授は、検事の役割について、「起訴、不起訴の振り分け、その処分の妥当性確保が、国家財政上の要請、司法（検察）の課題とすれば、検事は自ら事件に深くコミットせざるをえぬ。なぜなら、警察捜査の慎重な吟味検討、事件の実体、犯人の情状についての十分な心証形成だけが起訴不起訴の振り分けに確信を附与するからである」とされる¹¹⁴。これが、実務・学説の大勢的考え方となつて定着し、現状批判派からも、例えば小田中教授もあつさり起訴による無罪増加は容認しないことを前提にして、その回避を捜査技術の向上や準起訴手続の改善などに求めるなど、¹¹⁵ 実際はその「運用面」において改善を唱えていたものであった。このことは、検察官の起訴裁量権の適正な行使に関し、検察審査会における起訴強制制度の導入もなされており（平成一六年検審法改正）、先の驚愕の検察不祥事があつても基本的には変わらず、ただ、それは取調べの全面可視化への要請を一層高潮化へと導く契機となつてはいつたが、それも遂にその一定範囲での法制化へと結実したところである。

しかし、裁判所側からも、起訴の在り方と取調べの任意性の立証上の問題点が指摘され、弁護士や現状批判派からも、取調べ可視化、代用監獄廃止、取調べへの弁護士立会の必要性、接見交通と接見指定の妥当性等々、運用上の問

題点の指摘にも傾聴すべきものがあつたことも事実であると言わなければならない。ところが、最近、弁護士会による自主的な「当番弁護士」の実施や一連の接見国家賠償請求裁判を通じての接見指定の充実・拡充化、「被疑者国選弁護人」の制度の拡充があり、檢察審査会の「起訴議決」による起訴強制の制度化の後、取調べ可視化制度等の法制化など大きな改革が進められている。また、被害者参加制度や裁判員制度の導入などもあつて、現状批判派が主張する公判中心主義化も進んでいると言つてよい。こうした刑事司法の改革が着々と進展する状況下で、檢察不祥事を契機として、いわばこれを奇貨居くべしとばかりに、湯が濁っていると断じて一挙に「盥の湯を赤子と一緒に流す」が如き結果を招来させる改革案では、国家百年の礎を創造する議論としてはもとより適切とは言い難い。

ところが、亀山教授が指摘される以下の檢察官の公訴権行使の問題点はまことに重要と考える。すなわち、①現場の裁判官から、無罪をおそれるあまり、常識的には当然起訴してよいような事件を不起訴にし、あるいは不自然に縮小した訴因で起訴する等のケースが目立つとの指摘があることも檢察官の委縮した事件処理（公訴権行使）の問題点であり、それは被害者の立場を無視することにも繋がることであること、さらに、②過度の無罪回避性は、社会的関心事に裁判所の公的判断が示される機会を失わせる結果を招くことも無視できないこと、そして、③このような理由での不起訴状態は、その一方で裁判機能の弱体化を招き、公判の不活発傾向に拍車をかける結果となることなどを挙げ、したがつて、「有罪・無罪にかかわらず裁判所の判断を求めるといふ形での公訴提起があつてよいと思われるし、公判の活性化にも大いに資することとなろう」とされる点である。¹⁶⁾

この見解はまことに鋭い指摘であり、国民の理解を求めた上でのこれからの檢察の方向性を的確に示されているものと思われる。そこで以下、管見のまとめに入りたい。

(2) 検察官制度の再確認とその適切な運用について

ア 検察再生のためにも、現行の検察官制度自体は維持するのが相当と考える。

この結論に対しては、大方の賛同が得られよう。現状批判派の理由も、先に見たように多くは検察官制度自体の是非論ではなく、その運用上の問題を指摘するものであり、制度自体の民営化や私人訴追化までは求めていない。弁護士公訴追行制も、付審判制度（準起訴手続）と起訴強制における検察官役の指定弁護士による公訴追行だけが現行法の制度設計となっていて、これが特に議論になっているわけでもない。そして、裁判所も司法権が独立して不告不理の原則に徹し、訴追された事件と強制捜査の令状発付に関する裁判（判断）に専念する刑事司法システム上での役割分担を諒とし、新たに予審制度や予備審問の制度化も望んでいない。付審判制度（準起訴手続）は、裁判官が公判に付すべきか否かをチェックするある種予審判事的な役割を担うが、飽くまでも公務員の職権乱用等罪に限っての例外的な制度として受容している。してみると結局、制度自体の改廃は後述の提言の一部改正点のほかは考察の射程外に置いてよいと考える。

そこで、その「運用」の問題点の核心である。それは、「検察のあまりの厳格な捜査と起訴にあつて、これが『調べ＝調書尊重主義』の運用、そしていわゆる『調書裁判』への流れとなり、戦後のアメリカの刑事手続法に倣った純粋当事者主義・公判中心主義が形骸化することに作用している」との理由に収斂されるものと言える。「綿密な捜査と慎重な起訴」の現状を糾問的捜査観であるとし、これを弾劾的捜査観に従い「ラフな捜査と起訴」で早々に裁判に持ち込む運用に切り換えるべきとする平野博士の独自の見解は受け入れられなかった。しかし、捜査でも公判でも調書尊重主義となっていて公判での裁判が形骸化されていると言っても、その実態はどうなのかである。

実は現在も全事件の起訴率が三十数パーセントに留まると言っても、不起訴処分件数には微罪処分件数も分母に加えての数値である(起訴猶予が六〇パーセント足らずであつて、そのうち微罪処分は一〇パーセント前後を占める)。また、起訴の内訳も、八〇パーセント前後は略式命令請求事件(自白事件)であり、公判請求された事件でも即決裁判手続事件(自白事件)はもとより、九〇パーセント以上は争わない事件であつて、それが公判に至つて否認に転ずる件数を含めても、実質争わない自白事件が大部分である。毎年通常第一審における終局処理人員が地方裁判所と簡易裁判所合わせて七万人足らずで推移しているところ、公判請求事件中で公訴事実の「核心部分が争われる事件」の割合としては、結局七、八パーセント台で例年推移しており、ここまで絞り込んだ上での真に争う事件での実質的無罪率は二・五パーセント前後で推移している⁽¹⁷⁾。

また、裁判員制度の導入に当たり、争いのある事件が最も国民参加の法廷での審理としては相応しいものと目されていたところ、これまでも争いのある事件こそが実質は公判中心主義の対象となつてきており、それはアメリカでの陪審が行う事件と割合的には大差ないものとなつていると言えよう。そして、「調書裁判」と言つても、争いのない事件では、調書が同意されるためその調書の信用性の程度で裁判が決められ、それは審理の必然的な流れであつたと言えよう。ところが、争いある事件では、証人や被告人が法廷では真実を語ることを避ける傾向があるため、結局、調書が伝聞証拠の例外規定(証人は、刑訴法三二二条一項二号の書面が多い。被告人の自白調書は、三二二条一項になる。)によつて証拠として採用され、それに信用性が認められるというのがこれまでの裁判の実際の審理事情であつた。裁判員裁判でも、争いのない事件では調書が同意されるのは、証拠法が従前通りである以上当然である。このため、国民の司法参加の意義が半減されるとして、争いのない事件でも重要参考人はわざわざ証人として裁判員出席の法廷に召

喚して直接証人尋問を行い（調書と相反する証言でない限り、いわゆる二号書面の提出はない）、被告人質問でも自白調書は法廷での供述と重要な点で相反する供述部分だけ採用するという方式を採る傾向にある。いわば直接主義の活用と言つてもよいであろう。¹¹⁸ただ、これらの審理方式において、争いのない事件（当該証人の捜査段階での供述調書は、刑訴法三二六条の同意書面となつている。被告人の調書も同様の扱いとなる。）でも、敢えて証人として喚問することには問題なしとしない。形を整えるにことに急ぐが余り、「刑事司法全体の効率化」の迅速裁判の要請からは、かえつて外れることにもなりかねない。刑訴規則一九八条の二も、争いのない事実の証拠調べについて、刑訴法三二六条の同意書面、三二七条の合意書面の活用を検討するなどして、当該事実及び証拠の内容及び性質に応じた適切な証拠調べが行われるよう努めることを求めている。また、自白して争わない事件で立証責任を負う検察官の取調べ申請の被告人供述調書（刑訴法三二二条一項の要件充足）もその取調べ前に被告人質問を先行する審理方式を採り始めている。このように、裁判員裁判での審理方式は、未だ試行錯誤の過程にあるように思われる。¹¹⁹

こうして見るとき、裁判員制度の導入を契機として、争いのある事件とそうでない事件とを区別して（争いのない事件は、従来の略式命令請求、即決裁判手続のセレクトの活用となる。）、争いのある事件だけを純粹当事者主義ないし直接主義・公判中心主義に徹すれば、それこそ平野博士らの主張される「核心司法」となつて、¹²⁰従来の「綿密な捜査と慎重な起訴」の中核的運用自体を変えなくてもよいものと思われる。裁判員制度の施行後も、我が国の特徴である高い有罪率には変化がなかったが、この事実は従来からの刑事司法の運用が適切になされていることを裏付けているものと言えよう。それに、「ラフな捜査と起訴」で嫌疑が十分でない事件まで起訴するとすれば、あたら無罪になるような被告人を法廷に晒して人権侵害をきたす恐れが回避できないことは先に見てきた通りである。また我が国では、ア

レインメント制度は、おそらく刑事訴訟法の全体構造に照らして、制度化は困難であろう。刑訴法第一条が標榜する実体的眞実主義に照らししても採り難い。アメリカの場合は陪審限りであるが、我が国では伝統的にこの実体的眞実主義を重んじて三審制度、更には再審制度(判例上は、殆ど四審的運用となつてゐる)までをも採用しており、被告人の有罪答弁だけで証拠調べもしないで有罪とするアレインメント制度を設けることは現実的でない。確かに、公判中心主義のため担任者に余力を与えることとなり、憲法的にも、また理論的・政策的にも可能ではあろう。しかし、即決裁判手続といえども裁判で否認に転じて正式裁判へ移行することを認める以上、証拠調べの手続は通常通りである。そうである以上、その場合に備えて全事件に対して証拠収集の捜査を徹底しておく必要がある。起訴後の証拠収集では後追いで遅きに失し、到底核心的な捜査とはなり難い。正に、イギリスの諺からの「鉄は熱いうちに鍛えよ」の教えが浸透されるべきである。したがつて、起訴前の捜査に限つては基本的には従来通りとならざるを得ないように思われる。そして、検察官が公訴官であるが故に、これまで通り実質的に捜査に深く関与することが必要である。捜査に実力が発揮できる検察官こそが適正な公訴の要否判断ができ、公判でも適切な公訴追行ができるというのが実際である。つまり、捜査の実力が十分でない検察官は、公判でもその活動が十分できない傾向にある。私の検察官時代の体験でも、特に重大事件の警察捜査には犯罪発生時から(たとい真夜中の事件発生時からでも)深くコミットして、犯罪現場へ自ら臨場して死体解剖まで立ち会い、警察の捜査会議にも適宜オブザーバー的に出席した上、捜査の指導をすること、執行した捜査手続の適否の相談まで警察活動の現場でその機会に行つてきており、早期に適正捜査のレーンに乗せることもしてきたものである。検察と警察の関係も、捜査現場での実際の活動で決まるものである。¹²¹ その体験を通じて、捜査の実際を知り実力を蓄積することにより、より適切な起訴・不起訴の公訴要否判断ができ、また、

公判でも適切な訴訟追行ができるものである。捜査が初動捜査の稚拙、緩慢ないしは杜撰な遂行によって徹底していないような事件は、その後の公判では争われて裁判審理を難航させるものである。この公訴要否判断を適切に行うためには、書面審査では捜査の過不足とその奥にある真実を理解するのにも限界があり、誤りを犯す危険がある。旧法時代までの予審判事も、自らの捜査、被疑者・参考人の取調べを重ねることで証拠判断の実力（洞察力）を養ったという¹²²。捜査における実力の涵養が不足していれば、警察からの事件の事前相談でも的確な指揮指導ができず、枝葉の事実¹²²に拘泥した指示、抽象的あるいは的外れな指示に終始する「頼りない検察官」になってしまう。それでは、警察は的確な補充捜査はできないし、検察官に対する深い信頼関係を築くこともできない。警察は実力のある熱心な検察官の指示には、それが場合によっては不起訴に至らしめる証拠収集でも、指示通り実施するものである。私も検察官時代、事件現場へ自ら足を運ぶことから、事件発生が真夜中でも警察は私の官舎に警察車両で迎えに来て、警察と同じリアルタイムで阿鼻叫喚、血の海の殺人事件の現場での死体見分をすることも何度かあったものであるが、それによつて自らの実力を涵養し、警察の信頼も得てきたという自負があった。現場は「制度ではなく、人が運用する」のである。しかし、事件にのめり込みすぎたり、メンツにこだわったり、あるいは功名心から勢いの赴くままに起訴してしまうようなことがあつてもいけない。「引き返す勇氣」も持たなければならぬ。それは検察組織の理念として、確かに全検察官が共有すべきことである。ある殺人事件で、逮捕勾留までして捜査したが、有罪の決定的証拠が収集できずかえつてその阻害となる疑問の証拠もあつて、誤認逮捕を認めて「引き返す勇氣」で釈放し、不起訴処分にした事件があつたが、その事件ではその十数年後に真犯人が判明してこれが逮捕起訴に至り、有罪となつた。そのような最近の実例も体験上現に存在するのである（なお、検察内部では、最近この事件を「引き返す勇氣」の一つの例となる教材

として全職員に指導している。）。檢察官の「実質捜査する公訴官」として、その職務はまことに厳しい。新人医師が脚光を浴びる心臓移植の手術ばかりに目を向けるより、まずは地道に研鑽に努め、将来は一町医者として真摯に患者に接することにこそ真の生きがいを求める、その姿こそ大方の檢察官にもあてはまる姿と言えよう。

この「実質捜査する公訴官」としての檢察官の在り方については、近時、取調べの可視化、一部司法取引等重要な新しい制度導入の刑事訴訟法一部改正法が成立をみていることから、この改正法を具体的に検討するとき更に分析することとする。

イ 起訴基準の理念の見直し―その運用の在り方

檢察官の起訴基準は、世間の耳目を集めた国民の関心の大きな、そして被害者感情も強いような列車事故、医療事故、危険運転致死傷事件や特殊重大過失事件、特異な特別法違反事件等については、証拠上嫌疑が相当ある以上、従来の厳格慎重の起訴基準ならば不起訴としてきた事例でも、裁判において適正な判断を得ることとして、起訴に踏みきる積極的な公訴権行使は認めるべきであろう。¹²³この点は、檢察審査会の起訴強制制度も設けたのであるから、運用の改善として重要な事項と言える。また、以前からいわゆる「基準檢察」（機械的マニュアル運用）に墮するなどされるが、一方で檢察は捜査・立証に資する各種事件処理例を項目別に分類しデータベース化して組織的に適正な処理ができるノウハウを蓄えるべきである。その中で、檢察官のこれまで築きあげてきた重要な起訴便宜（起訴裁量権）主義の適切な行使に任ずるべきである。機械的な血の通わない事務的、官僚的とかいうような事件処理はもとより許されない。かつて、嫁の姑との口論から一歳余の赤ん坊を発作的に抱いて一月の厳寒の裏山入った末にこれを捨て、一夜自殺すべく山を彷徨ったところでその赤ん坊を捨てた父親が翌日、殺人未遂（赤ん坊は奇跡的に一命をとりとめた。）

で逮捕・勾留されたという、その地方では大きく報道された事件の処理の例である。結局、起訴猶予処分にした。夫婦が仲良く末永く子を大事に育てることで、刑務所においてではなく、そのまま勤務を続けて「自己の犯した罪を生十字架として背負っていくべし」とし、さらに毎年、私（事件の主任検察官）と年賀状のやり取りによって子供の成長過程を報告するとの約束を取り付けて釈放した。当時の上司も驚きながらも納得して決裁された。年賀状は私も彼も既に重職も終えた今にしてなお毎年欠かさず続いている。このような大岡裁きの裁量権の行使には、あるいは賛意を示さない向きもあろうかと思う。しかし、検察官の究極に在る職責を問いかける一例として挙げておきたい。

もつとも、検察官の公訴権行使における裁量権の適切な判断としては、最近では検察も刑事政策的観点から不起訴処分にする場合も、積極的に福祉施設との連携を取るなどして、従来にも増してきめの細かい運用を組織的に行うようになってきているが、この点は次に更に見ていくこととする。

ウ 公訴権の適正行使に関しては、システムの思考における役割分担、刑事政策等の観点からの運用が重要である。先の（三）編3の「検察再生とその在るべき将来像」の項で検討した平成二三年九月最高検察庁制定に係る検察の基本規程「検察の理念」では、各機関との担任意務の分担として、「警察その他の捜査機関のほか、矯正、保護その他の関係機関とも連携し、犯罪の防止や罪を犯した者の更生等の刑事政策の目的に寄与する」（第八項）との刑事司法のシステムの視点からの裁判官や弁護士等訴訟当事者、その他関係機関との役割分担を確認していた（第二項）¹²⁴。検察官の役割は広く、公訴権の裁量的行使というのも、この刑事政策的観点からの深い配慮が求められているものであつて、平成二五年六月には、刑の一部執行猶予制度も導入している（刑法等の一部を改正する法律―同年法四九号、及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律―同年法第五〇号。平成二八年六月一日施行となっている）。

大きな刑事政策的刑事司法推進の一環である。その法改正では、一定要件（前に禁錮以上の刑に処せられたことがない者や禁錮以上の刑の執行終了日から五年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者等）に当たる者に対して、裁判所が、三年以下の懲役又は禁錮を言い渡す場合に、「犯情の軽重及びその犯人の境遇その他の情状を考慮して、再び犯罪をすることを防ぐために必要であり、かつ、相当であると認められるときは、一年以上五年以下の期間、その刑の一部の執行を猶予することができる」こと（改正の刑法二七条の二第一項）、同項の場合においては「猶予の期間中保護観察に付すことができる」こと（二七条の三第一項）、そして、薬物使用等の罪を犯した者に対しては、過去五年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その刑の一部の執行を猶予することができ、その猶予の期間中、必要的に保護観察に付される」こと（前記薬物使用者等一部執行猶予法三条）と規定して、再犯防止のために刑の一部執行猶予を言い渡すことの必要性と相当性が要求されることを示している。同条項は、対象者の刑事責任の償いについて、施設内・社会内の処遇相互で適切な連携を行って再犯防止と改善更生を図るのが制度趣旨となる。また、刑事政策と福祉政策の交錯としての観点からの検討、刑務所出所者、障害者等社会的排除者の職業訓練などソーシャル・ファームとの連携、保護観察モデルの根本的見直しなど再犯防止・社会復帰支援、社会福祉との連携、あるいは被害者の保護支援など検察官の中核的役割のほかになすべき役割は多い。検察官は起訴・不起訴処分の際に対象者を適切に選定する必要があるが、これは事件の捜査自体が通り一遍のものでなく事件の真実の解明の中で被疑者の全人格に関わる背景事情を把握することが前提となり、深まりのある総合的配慮の行き届く検察官像が求められている。検察官の公訴権行使の権限の範囲は広くて深い。この一部執行猶予の新たな制度も研修を重ねるなどして、これからの進むべき検察再生の前途に必然的に光明を見出す制度と位置づけるべきである。このため、検察は組織を挙げて一層の効率的な運

用の実を果たすべきものと考え⁽¹²⁵⁾る。

このように、検察官の役割は刑事司法システムの各担い手の役割分担との関係において考えるべきものと言える。

(3) 新たな重要制度導入への対応

ア 現行の検察官制度を維持するとしても、直接の訴訟当事者の裁判官、弁護人らの本来的役割分担と連携のほか、既に平成一六年法改正による裁判員制度とこれに伴う公判前整理手続制度、検察審査会の起訴強制制度、更には被疑者の国選弁護制度の拡充など諸改革が進展していることから、刑事手続のシステムの検討が必要である。

(ア) 裁判員制度は、平成二二年五月から実施されてその改善点も検討されているが、ほぼ定着化しつつある。この制度では、これまでのいわゆる「精密司法」からの変容がありそうである。しかし、裁判員裁判の対象事件は重罪事件であり、証拠法や訴訟法の構造自体には変更がないことから、旬における捜査自体の緻密性は維持せざるを得ないものと思われる。いわゆる二号書面が法廷において採用される場面は一層限られるとしても、法廷での説得力のある核心的な尋問のためには、捜査自体は結局詳細なものであることが欠かせないというのが実際である。自白事件でも、裏付け捜査の省力化には限界がある(即決裁判手続に同意しても、被告人がこれを撤回することが許されていることから、その公訴取り消し後の再起訴制限の緩和規定を設ける法改正を行ったものであるが、結局初動捜査からの十分な有罪立証の証拠収集は欠かせないものである)。したがって、訴追自体に対する影響も限定的となろう。すなわち、例えば覚せい剤密輸事件のいわゆる運び屋に係る違法薬物の認識の認定に関しては、裁判員裁判では従来の証拠関係では裁判員への有罪認定への説得が成功せず無罪事件が多くなっている傾向がある。このことから捜査の緻密化に拍車を掛けるものの、それでも証拠収集や公判の立証方法には事件の性格上限度があつて、起訴基準をより慎重・厳格化することが考えら

れる。一方、性犯罪などについては、従来にも増して厳罰化の傾向もあり、また親告罪から外す法改正が検討されているが、それが実現すれば必然的に起訴が多くなることが考えられる。また、検察審査会における起訴強制事件の有罪判決が多くなってきた場合にも、起訴基準の緩和が考えられようか。しかし、このような相関関係が考えられなくても、おそらく検察の起訴基準の基本型自体は変更がないであろう。ただ、従来の起訴基準は、いわば証拠上の「嫌疑の程度」一〇〇レベルが有罪の十分レベルとして、仮に七〇レベルをもつて「合理的な疑いを差し挟まない」程度の最低限度の有罪レベルとするならば（このレベル以上が検察官にとつての「有罪の確信」レベル）、従来は証拠価値の逡減や否認に転ずる可能性を考慮して、つまり、裁判の過程で、証拠上有罪レベルの七〇を下回る恐れが出てくることを懸念して、いわゆる「念のための捜査」を事件が旬のうちに（時機に遅れた証拠収集は極めて難しい）、少なくとも八〇レベル程度まで「立証の余裕（幅）」を持たせて多めの捜査（裏付け捜査等）を実施しておくというのが捜査現場の実際である。当初の捜査において、七〇レベル程度の核心捜査の範囲では省力化の工夫は可能とも言えようが、「念のための捜査」はアレイメント制度など何らかの制度的保障がない限り、省力化し難いものと思われる。

また、裁判員裁判でも「調書裁判」の復活が問題となった。「核心司法」論からして、裁判員裁判こそ公判中心主義化の核になるべきものとして、法廷ですべて直接証人や被告人を質問して裁判員自ら心証を得るとの手法への動きである。しかし、純粹当事者主義ならば法廷での攻撃防御は当事者に委ねるといふ大原則がある。したがって、いかに裁判員裁判の対象事件でも、同意・合意書面制度の意義には被害者・目撃者らが法廷に赴くという重い協力が省けるといふ当事者の意図が込められている。それは、法廷外で示談が成つての被害者の宥恕になる修復的司法の観点からも、実質的に当事者間では宥恕され紛争が解決していると言える。このことをどう考えるかである。それでも、同

意書面の当該供述者を敢えて証人として公判に召喚して取り調べるといのは「新たな職権主義」とも言えよう。

そこで、争いのある事件は、公判前整理手続の段階からこれに裁判員を出席させれば、裁判官ら訴訟当事者と同じ密度の情報量で法廷に臨むことができることから、本来はこの出席も必要と言うべきではないかという問題点が残る。しかし、裁判員の負担を軽減させる必要から、現行法では公判前整理手続への裁判員の出席は求めず、公判前整理手続終了後に裁判員の選任をしているため、裁判員の負担加重となる法改正は現実的でない。ともあれ、争点の多い複雑重大事件では、公判前整理手続だけで平均七か月を要し、これが一年を超える事件も少なくないが（そのような事件では、総じて従来の裁判と審理期間的には変わらない現象が生じている）、迅速な整理手続を行うべき大きな問題点と言えよう。管見では、これら問題点は、従来の審理方法には長年の知恵で積み重ねてきた刑事司法の運用上のそれなりの必然性があつたものであり、性急な改革が肝心の真相解明を疎かにするものとなつてはならず、これら批判点には十分配慮してよく吟味し、在るべきより効果的な真相解明の方途を探りながら、改善の歩を進めて行くとの配慮が必要なことと思われる（裁判員裁判での最長期の審理は三年三四八日間の例があつたが、平成二七年六月の改正裁判員法（同年法律三七号）によって、審理が著しく長期にわたる事件については裁判員裁判の対象から除外できることとなつた―同法第二条の二として追加。）。

（イ）次に、檢察審査会法の一部改正になる新設の起訴強制制度の問題点である。

これまでの起訴強制事件は、福知山列車脱線事故や民主党元代表の政治資金規正法違反事件等ほとんどの事件が、檢察官が「嫌疑不十分」として不起訴処分とした事件であり、起訴猶予処分の事件は一件にとどまる。そして、「嫌疑不十分」として不起訴処分とした事件に対する起訴強制事件は、これまで長野県松本市の柔道指導上の事故事件

（業務上過失傷害事件として起訴となり、長野地裁は平成二六年四月三〇日有罪判決を言い渡し、検察官役の指定弁護士は控訴することなく判決確定） 以外は一、二審無罪で更に上告事件もあり、被疑者の受けたダメージは相当大きいものがあつたと言える。そこでの問題点としては、検察官の公訴権行使の起訴基準が確信基準である以上、その当否の判断基準も基本的には同じ基準でなければならぬはずである（判断の基準―物差し―が違うのであれば、両者の判断はかみ合うはずもなく単なる見解の相違になってしまう）。ところが、検察審査会の審査の実際の起訴基準は「国民目線」というあまりにも基準が確かでないレベルで、どうやらイギリスの「五一パーセント基準」で行っていると思われる点である。このため、起訴強制の対象事件は「起訴猶予」処分の事件に限ることとし、「嫌疑不十分」での不起訴処分事件を外すとの改正意見や、審査補助者（補助弁護士）制度の選任や活動の不透明な点、指定弁護士の補充捜査のための強制捜査の具体的規定が不明確な点などに対する制度設計への改善意見もある。

そこで、管見になるが、これらの問題点の改善点はいずれも重要であるが、むしろ、進んで一つは、二度目の起訴議決でも直ちに起訴強制とはせずに、これを従来の付審判制度（準起訴手続）の事件に組み入れるとの法改正をする案も考えられる。つまり、刑法法第二六二条以下に規定する付審判請求の対象事件に、この検察審査会の起訴強制事件を含ませ、更に裁判所の審理及び裁判に委ねることで、被疑者をいたずらに法廷に晒すことにセーブをかけるという、被疑者の人権に配慮した重厚な制度とするものである。これはフランスが維持している一種予審制度にも似た制度になるのか。しかし、一方で、裁判員制度や被害者参加制度を導入し、また検察官の公訴権行使にも国民が十分監視することの徹底化として起訴強制制度を導入した国民の司法参加という大きな方向性からして、むしろ現行付審判制度こそ廃止して、検察官が不起訴処分にした全事件を検察審査会の審理議決にかからせる考え方があろう（検察審

査会法は、そもそも付審判請求事件においても裁判所が請求棄却の裁判をした不起訴事件に対しては、檢察審査会の審査の対象事件からも除外はしていない法構造を採っていると解される。それは、同一不起訴事件が付審判裁判の係属裁判所と檢察審査会とに併存することを前提に、先に起訴した場合の起訴通知義務を互いに規定する刑訴法二六七条の二、檢審法四一条の二一から言える。管見としては、付審判制度と起訴強制制度の両理念・制度の分裂は問題であるから、現行の起訴強制の議決に關して、「民意の独善」が陥る感情的な魔女裁判との批判を受けないための方策として、審査の可視化・透明性を高め、審査においてその対象となった被疑者にも弁解の機会を与え、かつ弁護人を付すること（身柄不拘束での国選弁護人特例制度の新設も含め）などの法改正をとるならば、後者の考え方が相当ではないかと考えている。ただ、「公訴権が国民に由来するとしても、それが権力の行使である以上、必要最小限度に制限され、かつ、それに対する統制手段が設けられなければならない。そう考えると、実は不当起訴に対する統制というリベラリズム型の国民参加こそがむしろ重要であり、訴追強度を強化する方向での参加を導入することは、基本的には慎重さが求められる」とする考え方もあり、また、¹²⁶そもそも被害者や一般国民は徹底した真相解明や被告人の全人格的情状などを解明して嚴罰を求めるとの傾向があるとの問題点の指摘も見られる。これらは、従来余り検討されてきた論点でもないので、なお議論を深める必要がある。

イ 次に、被疑者取調べ可視化対象の拡大や自己負罪型取引、刑の減免制度、あるいは更にはアレイメント制度までを視野にした検討を行いたい。

先に近時の被疑者取調べの録音・録画制度、捜査・公判協力型協議・合意制度及び刑事免責制度等の導入に対する捜査・公判への影響の検討は概括的に試みたので、これに関連して「将来の検討課題」となった点について、若干の

管見を述べたい。

本稿では、平野博士の「ラフな捜査と起訴」論を、これが実務はもちろん学説上でもあまり支持を得ていなかったにもかかわらずかなり詳しく紹介し、またその採り得ない経過も述べてきた。その平野理論は、徹底したアメリカ法の純粹当事者主義になる公判中心主義への変革論であるが、それが戦後の刑事司法制度改革の本旨であったとするものであった。しかし、我が国の歴史に学べば、法文化に根差す独自の「精密司法」こそ国民から支持を得たもので、明治時代も無罪が多くなると国民の批判の声が大きくなり、検察官が捜査を徹底し起訴裁量権を明らかにして、刑事政策面にも配慮した上での起訴・不起訴の処分を行ってきた。こうして、起訴事件も綿密な捜査に裏打ちされた証拠に基づき更に丁寧な公判での立証を追究することにより、高い有罪率を維持するという、今日の「綿密な捜査」慎重な起訴」による精密司法を築いてきたものであった。その前提の一つとして、これは多くの学者・実務家も紹介してきたように、彼我の立法（構成要件）の違いがあることである。平野博士も、既に昭和二四年に著した「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」の論考で、我が国もアメリカと同様に検察官の立証を容易にするための手段として、「新刑事訴訟法の制定によって、訴訟法は一躍英米法化し、当事者主義化した。それにもかかわらず実体刑法は従来の大陸型を維持して差支えないものであろうか」として、その主張の前提としてのアメリカの法条を紹介されていた¹²⁷。すなわち、「(アメリカ法における)当事者主義の訴訟は被告人を自己の利益を主張して戦う独立の訴訟主体として取り扱う。したがって自己に不利益な事項については黙秘権が認められ、これに自白を期待することは許されていない。したがって犯人の内心の状態の立証は困難となる。この困難を避けるため、犯罪の構成要件は立証の容易な客観的要素のみによって構成されるに至っている」こと、したがって、「その犯罪類型が大陸法と異なつて客観的な構造を持つ

ていることは否定できない」こと、ニューヨーク刑法を例にすれば、「目的犯という主観的要素の違いも立証の難易を考えて、一級・二級・三級と分けられることが多い。一級又は二級では特別の主観的要素が要求される。例えば一級の放火では艦船の中に人が現在することの認識が必要であり、一級の暴行では殺人の意思、二級の暴行では傷害の意思が必要である。それ以外は三級の罪と規定する。この主観的要素の証明ができれば上級の罪として処罰し、証明できなければ下級の罪とする」こと、その他禁制品の所持罪では早くからその主張の前提として、故意も過失も不要の絶対的禁止条項としたり、贓物罪（現・盗品等譲り受け等罪）の知情も「近接所持」の事実上の推定規定を置いたりしていること、我が国でも「未必の故意」理論のような精緻な概念があるがそれは「裁判官の認定」の職権主義的な訴訟構造の影響と見る、ことなどである。

このような構成要件の違いが、我が国においては綿密な被疑者取調べが必要な理由の一つであるから、今後は取調べ以外の供述証拠の収集方法を採用上でも、構成要件上での区別された立証方法を考えるべきであろう。しかし、その刑法実体法の改正は遠く、また、我が国では捜査機関が採るべき捜査方法に対しても潔癖なまでに「高度の適正さ」を求める法文化があり、とかくアンフェアに見られがちな司法取引、おとり捜査あるいは別件逮捕等については、今後もその適用範囲や遂行の謙抑的運用が要請され続けくものと思われる。

この点は、本稿（三）編「3 検察再生とその在るべき将来像」の項で触れた「検察の在り方検討会議」の提言でも、取調べや供述証拠に過度に依存した捜査・公判から脱却するための抜本的・構造的な改革として、追求的な取調べにやらずに供述や客観的証拠を収集できる仕組み、すなわち、実体法の見直し、客観的な証拠により広範に収集する仕組み、先端科学や心理学等の知見も活用した捜査の「現代化」などを早急に整備すべきことを指摘している。

(4) 本稿課題で指摘した七点の確認事項の整序

本稿(一)編のⅡで指摘した確認事項は、検察官及びその組織に対する現状と在り方についてのものである。まず、①の裁判員制度や検察審査会法改正による起訴強制制度の導入に始まり、そして被疑者取調べの録音・録画制度、一部司法取引制度の導入等の抜本的な法改正に対する検察の今後の組織的対応がどうであるかである。これまでの取調べによる供述証拠の収集という取調べ依存方式が大きく変わり、また、供述証拠収集の多様化のひとつとして司法取引制度が一部導入されたことに対する検察の共通認識の醸成が重要である。

そして、裁判員制度導入に伴う捜査と立証方法の改革の一層の推進と、これに関連して、②③の精密司法からの変容の遂げ方である。起訴基準の変容はあるのか。「丁寧綿密な事件処分」が公平に誤りなく実施され、公益の代表者として、起訴裁量権の行使が適正に行われているかである。これは、公訴権行使の「運用基本」に関わる事項であり、従来通りこの基本はゆるがせにするべきではないと言える。しかし、確かに「ラフな捜査・起訴」論は基本的に採り得るものではないとしても、事件処理が公平かつ誤りなく行われるべきとの要請を意識するがあまり、「慎重に過ぎる公訴権の行使」となって、かえって国民の期待に沿っていないという点がないか、との点は真摯に検討すべき時代を迎えているものと思われる。すなわち、刑事手続をシステムの捉えれば、適切な役割分担をしてそれぞれに委ねるべきは委ねて一体的に適正な遂行を機能的に行うべきである。してみると、最終判断者が裁判所の役割である以上、起訴・不起訴のセレクトを弾力的にして、その判断を裁判所に委ねるべき事件を検察官限りとしてしまうことのないよう、適宜果断に裁判所(不起訴処分であれば検察審査会)の判断に委ねて、「起訴すべき事件は起訴する」として、従来の確信基準の理念の見直しについて、今や検討に着手する時期にきているように思われる。その結果、基本型は不

動のものとするにしても、特殊重大事故等一定の事件に限つての基準変更とか、あるいは檢察審査会による当初の「起訴相当」議決に対しては、なるべく起訴の方向で再捜査をして再度の起訴議決（起訴強制議決）を待つまでもなく、檢察官によつて起訴するというような限定的な確信基準の見直しなど、微調整の運用変更から実施するとかの方策もあり得ようかと思われる。その結果、無罪が増加し国民から従来の「慎重起訴」を望む声が多くなつてきたならば再修正を考へるといふような弾力的姿勢こそが、これからの「民意の時代」への対応の在り方と言えよう。また、裁判員裁判などを中心に立証を簡にして要を得たものとするための核心司法を推進する一方、いわばその捜査公判の環境整備の意味も含めディヴァージョンで不起訴にする事件の適正な範囲も見極め、自白事件等争いのない事件における公判追行に要する負担の軽減化、更には法制化された司法取引のほか起訴裁量権を基にしての実質的な司法取引（秘められたる司法取引）でもつてその捜査自体の軽減化（この点は、後に更に検討する。）に組織的に取り組んでその基準を定め、本格的な推進を図る段階にきているものと思われる。

そのほか、具体的な課題として、④の情報等のデータベース化、⑤の刑事統計等を駆使しての犯罪情勢の分析から、刑事政策的処理を行うことについては、工夫を凝らしての一層の実のある展開の余地があるのではないかということである。また、⑥の檢察官・檢察事務官に対する研修は、法務省法務総合研究所を中心に相当の実績を上げてきていると思われるが、それは「適材適所の人事」とも連携した、弛まぬ人材養成こそ「檢察百年の計」形成の要諦との観点で適正に継続していかなければならず、以て「檢察の意識」の共有化を透徹させていかなければならない。そして、最後は⑦の点である。つまり、最高檢察庁では、適宜法務省の刑事局などと協働して、常々四半世紀先を見越した各種関連法規の改正を含めて「檢察の在るべき像」の検討をなし、これを全国の檢察官に浸透させているかについてで

ある。これまではこれが上滑りの時代もあったかも知れない。しかし今は、検察改革を目指して最高検に専門委員会（科学捜査対策の法科学専門委員会、金融経済犯罪対策の金融証券専門委員会、犯罪の国際化対策の国際分野専門委員会）が設置され、それぞれの最新の知見や事例を整理し検討した結果や情報等を全国検察庁に提供し、これが共有できる体制を整えるようになっていく。このように、検察不祥事以来、検察再生に向けて議論澎湃^{ほうはい}として起きているこの機を逃さず、検察の進むべき方向性を確固たるものとして、熟慮断行しなければならぬものと言えよう。

そこで、検察の再生に向けて、検事総長が法務検察の機関誌『研修』誌（平成二七年新年号）掲載の年頭所感において、「未来志向の検察改革」と題して改革の指針を示している¹²⁸ので、これを紹介することとする。

まず、検察改革については、これは「単に不祥事のいわば後始末をし、失われた信頼を回復するというような後ろ向きの改革にとどまるものではなく、むしろ二〇年三〇年先を睨んで新しい時代の下でも有効適切に機能する検察や刑事司法を作っていくための未来志向の改革である」こと、しかし、「時代の変化にもかかわらず、変わることがないのは、検察の理念にも謳われている通り、事案の真相を解明して適正迅速に刑罰権を発動するという検察の使命」であること、「その手段である捜査公判のやり方や、それを支える組織の在り方は時代に応じて変わっていくのが当然」であり、「むしろその使命を全うするためには、これらを柔軟に変えていかなければならない」こと、さらに「今回の改革は、検察が新しい時代においてもその使命を十分に果たし得るような制度や運用を生み出していこうとするものである」¹²⁹。そして、日本の刑事司法が検察主導の精密司法と言われ、極めて高い有罪率を維持し、良好な治安の確保に貢献してきた実績を回顧しつつ、社会情勢や国民の意識の変化から否認や黙秘が増え、被疑者国選弁護制度の導入等に伴い、捜査段階における弁護活動が活発化するとともに、裁判員制度の導入もあって裁判所の姿勢

も変わり、「今までのように取調べと供述調書に大幅に依拠したやり方は既に限界に達している」こと、「それによって事案の真相を解明し、裁判所を説得することは、実際のところなかなか難しくなっている」ことなどとして、これまでの司法制度改革の経緯とその理由、その影響等を分析の上、今後の改革の具体的方策を示す。それは、「取調べや供述調書に大幅に依存した今までのやり方に固執していたのでは、この先、検察がその使命を果たしていくことはますます難しくなり、現場の検察官へのしわ寄せを一層大きくするおそれがある」ばかりか、「本来刑事司法において裁かれなければならない事件を訴追することができず、ひいては、国民の正義感情や良好な治安を損なう事態を招くことにもなりかねない」とし、今の「取調べや供述調書に過度に依存した従来の捜査構造を改めていくためには、外国の制度等も参考にして日本の実情に合った新しい制度を導入すべき」ことを訴え、「検察は刑事司法の最初から最後まで能動的な主体として関わっている」から、「検察改革というのは必然的に刑事司法改革にならざるを得ず、またそうならないと真の意味における検察改革は遂げられない」ことを強調する。また、検察運用上の改革点としては、取調べの可視化をその任意性の立証責任を負う検察官において積極的に主導していくことを確認し、最後に検察が「えん罪を避けなければならないことは言うまでもないが、それと同時に警戒しなければならないのは、犯罪事象に対し検察が切り込んで訴追できなくなる」ということ、それにより「刑事司法が機能せず、法秩序が乱れば、国民生活の安心安全を脅かし、社会経済の基盤を揺るがす事態をもたらす」ことを危惧し、検察や刑事司法の機能を強化するために、改革を進めていく必要がある、「将来にわたって、適正な手続の下に真相を解明して犯罪者を摘発処罰し、無辜を罰することのないような検察や刑事司法を作っていくための未来志向のもの」であり、そうした観点に立って、検察を挙げて「この検察改革に積極的に取り組んでいく」とする改革の基本方針が示されている。

また、平成二八年新年号の『研修』誌上での「検察に求められているもの」と題する検事総長の年頭所感では、先に述べた検察再生のための所信の趣旨を敷衍して、「検察は強くなければならない」ことが示されている。¹²⁹それは「検察が複雑巧妙化する犯罪と戦って市民生活や社会経済の基盤である法秩序を守る役割を担っており、『強い検察』でなければそうした使命を遂げることができないから」であることを述べる。また、検察の改革では「過去の誤った傾向を改め、未来に向けて新しい検察を築こうとしているものである」こと、また、「強い検察」とは、「基本的には、真に処罰すべき事件について、それがどれほど複雑困難であり、犯罪者の側がいかにか巧妙に法の網から逃れようとしても、これを摘発し、訴追し、適切な刑罰を科することができる力のある検察を意味している」ことであることを述べた上、その一方で「『引き返す勇氣』と言われるように、誤りが明らかになった時には、素直にそれを認めることも重要である」こと、「検察が事件の処理に当たり、万が一にもえん罪を生じさせることのないよう念には念を入れるべきことは言うまでもない」が、「それでもなお誤りが生じることがあり得る」ところ、「裁判制度は、もともと起訴された事件が裁判所において有罪とされない場合もあることを当然の前提としている」こと、そして、そうした場合、「過去の経緯や処理に関係した者の立場等にこだわって頑なな姿勢を取ることは、公正誠実あるいはフェアネスの精神に反する」こと、「検察が処理の時点の証拠関係から間違いないと考えて起訴した事件であっても、公判における弁護人の活動によって無罪とすべき事情が明らかにされ、裁判所により無罪判決が下された場合等には、刑事司法システムが正しく機能したとしてそれを肯定的に受け止めるだけの度量を持ちたい」とし、「こうした懐の深い対応こそが、真に『強い検察』にふさわしい」と述べている。

検事総長が提示するこの検察の再生と改革に向けての真摯な姿勢と将来像の方向性は瞭然であり、管見も同じであ

る。その後、一定事件の被疑者取調べ可視化や一部司法取引制度の導入も法制化が成ったことから、再生検察の今後の運用の在り方が注目される場所である。また、既に検察は、特捜部における独自捜査最優先の風潮を改めて、国税当局、証券取引等監視委員会、公正取引委員会、警察等関係機関との連携を一層強化することとして、そのための特捜部の組織体制の手直しも行っていることなども指摘できる。もつとも、特捜部の存在とその役割の重要性は、検察の在り方論のなかでもゆるがせにできないものである。これまで「巨悪は眠らせない」として、ロッキード事件やリクルート事件等々多くの警察が手掛けることの困難な政治家の贈収賄事件や大型経済事犯等巨悪別扱の実績を重ねてきた特捜部である。その存在の意義と必要性及び国民の要請が十分にあると言える。検察は、この特捜部の存在と活躍については、ひるむことなく地道に持続発展させるべきものと言うべきである。

検察への課題は、この検事総長の改革指針でその方向性が明瞭に示されていると言える。過去に学びながらも、困難な問題に立竦むことなく、これに真摯に取り組んで克服すべく力強く前進するとの気概を持ち、肅々としかも烈々として検察改革を進め、その再生成って真に正義実現のための「強い検察」を取り戻すことを期待し、今後の活動を見守っていききたいところである。

VI 総括

本稿の目的は、刑事司法がシステムの把握され、それぞれの部署の担任者が役割分担をしながら、協働して一つの刑罰権を適正に行使する過程を多面的に分析することにあつた。そして、その刑事司法システム上、核心的役割を担任する検察官の在るべき姿を、多様化するその刑罰権実現模様の過程の中でその分析を整理完結させ、これが結果

としても社会秩序の回復と維持に貢献し、以て共同社会の志向する理念としてこれが統合されるものであるとの刑事司法の在るべき姿の整理課題に迫ったものである。先達の研究成果を辿り、歩んできた歴史から学び、比較法的にも課題解析のヒントを求め、歴史の重み（法制史的分析）と、将来を見据えた現状を分析し（現行法制の解析）、かつ、その成果が社会でどのように活用されているかとの活用実態を見ながら（法社会学的分析）、ささやかな体験も交えて、刑事司法の一端ではあるが、核心的役割を担う検察官の地位・役割を、システムの的確に捉えるべく、またその将来像としても相当に先を見越した在るべき姿を描きつつ、現に進むべき検察再生を見ることとしてきた。

このシステムの思考は、企業の巨大システムと対比しても確認できる。例えば、我が国の鉄道事業は、「一定のルールの下に運営される、きわめて複雑で大規模なシステム」であり、安全運転でかつ定時運行である歴史を誇っている。これは世界に冠たるシステム文化と言えるもので、その運行に関与する各担任者が、その役割を尽くし各担任者間の連携協働を怠らないことで、安全運転でしかも「一分違わず」の定時運行が行われている。しかし、これには実は乗客（国民）がこれを支持し、ホームでの整然たる乗降、秩序ある乗車などの協力があってこそこのことである。国民は江戸時代から時鐘、梵鐘で時間の感覚を身に付けていたこと、あるいは参勤交代では緻密な旅程ダイヤが組まれていたことなど長年にわたる国民の生活文化が下地になっていたというバックグラウンドがあったことも指摘される。定時運転は「その複雑なシステムが外部環境への適応を果たそうとする中で、外部との微妙なバランスを保ちながら成立する」ものであること、そして、「正確なダイヤを維持してゆこうとする」ことは、日本の鉄道の原点であり、それが守られてきたことが、国鉄からの民営分割化を可能ならしめた基盤の一つであるといつてよい」とまで評されている。刑事司法も正にこの鉄道事業の運行と同様と言えよう。また、刑事司法の有罪率が高いことでは列車の「定

時運行」において新幹線九五パーセント、在来線八七パーセントが定刻に発車しているという事実（JR東日本一九九九年の調査結果）と対比するとき、刑事司法―綿密な捜査と慎重な起訴を経る精密司法との奇妙なまでの符合状況が興味を呼ぶ。また、我が国の定刻遅れは「一分未満」が基準であるが、ヨーロッパのそれは一五分以上を以て「定刻遅れ」とカウントし、一〇分、二〇分の遅れは常態化しており、アメリカでは一、二時間の遅れは当たり前というのが実情と言われている。これは、彼我の刑事司法の無罪率の思想対比とも奇妙に符合するように思われる。しかも、我が国の定時運行も、明治年間では遅れることしきりで、それが定時運行化したのは鉄道マンの一大努力があったことによるもので、それによって大正の中期ころから「鉄道は安全で定時運行」ということが、我が国の世界に冠たる「鉄道文化」とまでなって定着し、今日に至っているものである¹³⁰。これも我が国の刑事司法における高い有罪率が明治の後半から検事が捜査に深くコミットすることで獲得するに至った歴史とも符合するところである。「精密司法」と「安全運転で定時運行」、それはいずれも我が国の国民性に支えられながら形成されてきたものであって、決して偶然の一致の成せることではないと言えよう。

ところで、明治以降の刑事手続は、フランスやドイツの大陸法系に倣う訴訟構造で運営されていた。司法権の独立は憲法上確立しておらず、判検事はともに司法省の監督下になる司法官として、弾劾役は検事が担い、裁判所においては、起訴された事件を公判に付するか否かの判断は予審判事が担い、そして公判審理を公判判事が担当するというように役割を分担していた。江戸時代の糺問的裁判から弾劾的裁判へと近代化されたが、予審制度が続き、それも検事の警察官を補助役としてこれを指揮した捜査が実態上は核となり、予審判事の捜査権限は形骸化し、その実態は検事へ移り、予審制度の廃止論が唱えられていた。しかし、結局は太平洋戦争が終結に至るまで予審制度は続いた。そ

の一方で、検事の起訴便宜主義は明治時代後半からは慣行化していたが、その明文化は大正刑訴法においてなされた。また、検事は捜査に実質的に関与して、実体的真実主義での捜査を徹底し、起訴の基準を厳格化して有罪率を高めることでその役割を確実なものとした。ところが、戦後は占領軍GHQの指示により、アメリカ刑事手続法の英米法の決闘裁判の歴史を背景とする「純粋当事者主義」などその核心部分が導入された。それも大陸法の旧法からの訴訟法にピンポイント的に、かつ接ぎ木的に導入されたものであった。ところが、我が国はその解釈を柔軟にして、徐々に受容しながら、日本的刑訴法として独特の刑事手続を定着させていった。この日本の国民性と法文化は、実体的真実主義の指導理念の下、精密司法を求め、これが世界にも類例のない有罪率を続けることとなった。そこでの検察官の公訴権の行使は、これを見極めるために自ら捜査へコミットして得られる有罪の確信に基づくものであった。その起訴・不起訴の振るい分け機能の厳格さによつて、高度の有罪率を維持してきた。しかし、平野博士がこれでは「治安維持の責任を果たしていない」などと批判し、また、それでは捜査段階で実質黒白が決してしまい、肝心の公判中心主義であるべき裁判の場が、単に捜査の「結果の確認」の場にすぎない儀式的なものとなしてしまふからとして、いつそ「ラフな捜査・起訴」によるべし主張された。しかし、実務も学説もこの点では動かなかった。

松尾教授は、これをガラパゴス状況とかねて評してそれからの脱却を唱えていたが、それを一変させることは誰にもできず、高い有罪率は裁判員制度の施行後も変化しなかったことは顕著な事実であるとされた上、「検察審査会法における起訴議決制度の導入は、この問題に一石を投じたと思われたが、議決の件数は僅かで、起訴基準に影響を及ぼすに至っていない。生じたのは、ガラパゴスの状況に対する『反省』とでも言うべきであつたらう」とされる。¹³¹ そうしたガラパゴス状況のなかで、見方によれば検察官の「正義を気負うがあまり」と言える傲慢さからか、あるいは

制度疲労を伴ったものか、検察不祥事も起きたが、これは厳しく見ればいずれ起こるべくして起きたもので、そこには大きな問題点を検察は抱えているのではないか、との根幹的議論を進める必要に迫られてきたのであった。

現行の検察官制度は有用であり、この制度を維持するに問題はなく、その運用も「実質捜査する公訴官」で続けるべきではある。ただ、起訴・不起訴の公訴要否判断に際しては、もつと裁判に委ねるべき事件の範囲を広げ、起訴することにより躊躇をしないことが求められよう。また、裁判員制度の導入と検察審査会の起訴強制制度の導入等国民の司法参加の大きな変革がある。起訴強制制度では、直ちに起訴強制の効果を付与せず、これが事件は更に現行の付審判手続で裁判所がその起訴の可否を決定するように法改正するのが妥当か、それとも国民の司法参加の流れで起訴強制の改正にまで踏み込んだ以上、むしろ、付審判制度こそ廃止して検察審査会の審議にすべての不起訴事件の処分の適否の審査を委ねるべきであるとするのが妥当かである。管見では後者の案を支持しつつ、なお更なる議論をして解決すべき論点であることを指摘したものである。ただ、そうであるならば検察官の起訴した事件の起訴審査も検察審査会に委ねるべきかという実質予審制度的な、そして一部大陪審（起訴陪審）的な役割まで付与する改革案まで発展していくことにもなる。起訴・不起訴を決定する過程で完全な形での民意を導入するシステムは、検察官制度の大改革になるもので、国民主権の建前からは思索的で魅力的ではある。しかし、国民の負担は裁判員制度と同じく過剰なまでの負担を強いることとなり、国家を基本的には信頼する今の民意がそこまでの改革・強化を要求しているとも思えないものである。¹³²

また、精密司法のなかで取調べとその供述調書に過度に依存した供述証拠の収集方法から、その手段の多様化などの要請に応えて、被疑者取調べの可視化（録音・録画）制度の導入、一部司法取引制度の導入などが法制化されるに

至っており、核心司法の観点から、従来争う事件に公判審理を集中させるために、かねて検察官の起訴裁量権の適正な行使による「秘められたる司法取引」を積極的に活用して、事件捜査・公判の分野において証拠法上の労力の軽減化ができるような運用をも提言してきたが、これには賛否両論あり得るところであった。ところが、導入されたこの捜査・公判協力型協議・合意制度及び刑事免責制度における司法取引は、検察官が一定の財政経済関係犯罪や薬物銃器犯罪に関わる他人の犯罪事実を明らかにする真実供述、その他の行為をすることの協力者に、これと引き換えに当該協力者の刑事事件を不起訴処分、求刑等で有利な取り扱いを協力者の弁護人の協議過程の立会いと同意を必要として合意する制度の導入であり、その実施状況に従うべきこととなった。これは、刑事司法を全体的に捉えた適切な改革と言えるが、この法案成立後の具体的実施は謙抑的に行うことを基本としつつも、必要に応じて果断に実施することも躊躇すべきではないであろう。特に犯罪が国際化し、組織的に巧妙かつ最新の科学をも悪用しての犯罪が多くなってきており、捜査機関もそれに対応した発展的手段を講じていくべきである。警察では、通信傍受法の対象犯罪の拡大等の改正法の成立をみたほか、従来の尾行（監視捜査）の補助手段として、対象者が携帯する携帯電話やスマートフォンが発する電波をキャッチして位置情報を得る方法は強制捜査として、あるいはGPS（全地球測位システムの略称）端末を対象者の使用車両等に取り付けて同様の情報を得る方法は任意捜査として行うなど捜査手法を進展させている。しかし、後者に関してはその取り付け方法が相当でない場合（例えば、他人の敷地内に侵入して駐車中の対象者車両に取り付ける行為等）などは令状によるべきものとして任意捜査では違法とする裁判例もあることから、検察官の違法収集証拠の排除法則に留意した公訴権行使の役割も一層強まるものと思われる。ただ、プライバシー侵害に関わる新しい捜査方法であり、今後その推移を見て法整備を考える必要にもなつてこよう。¹³³

本稿は、四編の長きにわたってしまい、また、折から刑事司法の重大な制度改編・強化になる刑事司法改革関連法案が国会で一度継続審査となった末に本稿連載中の第一九〇回通常国会で成立をみたという経緯もあって、管見の整理必ずしも十全でない憾みも残ったが、元検察官の立場から、敢えてこの新しい検察官論と検察再生問題や新制度導入に向かい合った意義は些かなながらもあつたものと自負し、これをもって擱筆する次第である。

【注】

- (97) ダニエル・H・フット・前(二) 編前掲(注75) 書「日米比較刑事司法の講義を振り返って」一六五頁以下参照。
- (98) 團藤重光・前(二) 編前掲(注28) 書「同」刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト(九〇五号) 四九頁・五一頁。
- (99) 穂積陳重『法窓夜話』(有斐閣一九一六年) 二二六頁。
- (100) 田口守一・前(三) 編前掲(注82) 書「新しい捜査・公判のあり方」ジュリスト一四二九号七〇頁。また、鈴木茂嗣・前(二) 編前掲(注66) 書「弾劾的捜査か糾問的捜査か」判例タイムズ四一四号四頁も、「あっさり捜査して起訴せよ」ということを批判する。
- (101) 松尾浩也・前(二) 編(注70) の「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) 一一二頁。

なお、同教授は平野博士の現在の慎重な起訴運用に対する批判について、検察審査会法の起訴議決の改正はこの問題に一石を投じたかに思われたが、議決の件数は僅かで、起訴基準に影響を及ぼすには至っていないとされる(同『研修』八〇〇号(二〇一五年二月号) 七頁)。

(102) 中山善房「日本の刑事司法の特色―裁判の立場から」『刑事手続・上』(筑摩書房一九八八年) 一頁〜一〇頁。同「刑事手続の活性化」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第四卷』(成文堂一九九八年) 一七頁。このほか、石井一正「わが国司法の特色とその功罪」司法研修所論集―創立四十周年記念特集号一九八七年―一刑事編三〇四頁以下では、検察官の「十分な捜査と慎重

な起訴」については、「犯罪の嫌疑につき疑念の残る事件は大部分この段階でふるい落とされている」ことで、「スクリーン制度」が被疑者を刑事手続の負担から早期に解放すると同時に裁判の効率化に資している」ことを評価する一方で、しかし「勢いのおもむくところ、手続きの適正さに対する配慮を欠き訴訟関係人ことに被疑者の人権を侵害しかねない危険性をはらんでいる」とも指摘される(三三二頁)。

- (103) 田邨正義「日本の刑事司法の特色―弁護の立場から」『刑事手続・上』(筑摩書房一九八八年)二六頁～三七頁。
- (104) 出射義夫・前(三)編前掲(注84)書『検察・裁判・弁護』二七頁・二八頁参照。兼子一・竹下守夫『裁判法〔第四版〕』(有斐閣一九九九年)三四六頁参照。
- (105) 川崎英明『現代検察官論』(日本評論社一九九七年)五三頁参照。
- (106) 兼子・竹下前掲(注104)書三四五頁参照。
- (107) 堀田力「法務省の民営化」みんけん(民事研修)四五五号(一九九五年)三頁以下。法務省は、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律(平成二年法律一一七号)に基づき、刑事施設の民間資金を活用した社会資本整備(PFI)として、全国七七カ所の刑事施設中、平成二六年末現在美祿社会復帰促進センター(山口県美祿市)等四施設あり、平成二七年夏以降更にその拡大をしてコスト低減を図り、業務内容の充実に努めている(「平成二七年版犯罪白書」七〇頁、平成二七年二月一八日付け日本経済新聞朝刊)。このほか、平成二二年度から競争の導入による公共サービスの改革に関する法律(平成一八年法律五一号)に基づき、六矯正施設で総務・警備業務等の民間委託を行っている(同犯罪白書七〇頁)。
- (108) ジョーゼフ・ホフマン・前(二)編前掲(注77)書『「真実」と日本の刑事訴訟法』一七八頁。
- (109) 土本武司『刑事訴訟法要義』(有斐閣一九九一年)二八頁以下参照。なお、拙稿「裁判員制度の問題点」『桜門春秋』(日本大学二〇〇八年夏季号一一六号三〇頁以下、拙稿「裁判員制度」は今『罪と罰』(日本刑事政策研究会二〇一二年九月号)四九卷四号(通卷一九六号)四五頁参照)。
- (110) 河上和雄「検察実務と英米法」ジュリスト(一九七五年六〇〇号)三四三頁参照。
- (111) 亀山継夫・前(三)編前掲(注91)書「刑事司法システムの再構築に向けて」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』一七

頁以下。

(112) 亀山前掲(注11) 書一三頁・一四頁。

(113) 田宮裕・前(二) 編前掲(注39) 書『捜査の構造』三頁、田宮前掲(注41) 書「刑事手続きをめぐる理論と現実」法学教室一七〇号二〇頁。

(114) 横山晃一郎「司法と檢察」『法学セミナー増刊現代の檢察』(一九八一年) 一七頁以下参照。

(115) 小田中聰樹・前(二) 編前掲(注62) 書「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〔下巻〕二五〇頁。

(116) 亀山継夫・前(三) 編前掲(注91) 書(前掲注11) 一五頁。なお、中山善房前掲(注102) 書三頁も、檢察官の起訴・不起訴の判断について「事実関係の立証の確信があるかぎり、法律判断はやはり裁判所に委ねるべきものである」とされている。

(117) ここでの分析結果は、前(一) 編(注27) でも示した『犯罪白書』、法曹時報六六巻第二号―二〇一四年―最高裁判所事務総局刑事局の「平成二四年における刑事事件の概況(上)」の統計及び亀山継夫・前(三) 編(注91) 書二三頁による。結局、法廷で真に争われる否認事件は、地裁で七、八パーセント、簡裁で三、四パーセントの割合で例年推移していて、実質的無罪率は二・五パーセント前後で推移している。亀山論文のように実証主義的な分析は、今後『犯罪白書』等の豊富な資料から解析していく必要があると思われる。なお、その必要性について、青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』(日本評論社二〇一三年) 四五頁参照。

(118) 稗田雅洋「裁判員が参加する裁判の实情と課題」刑事法ジャーナル三三二号(二〇一二年) 五〇頁以下、齊藤啓昭「公判中心主義からみた裁判員裁判の運用」刑事法ジャーナル三六号(二〇一三年) 四四頁以下参照。

(119) 清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判例時報(平成二七年五月二一日) 二二五二号三頁以下。裁判員裁判では、自白事件・否認事件を問わず、檢察官が証拠調べ請求をした被告人の捜査段階の供述調書は、弁護人が同意しても、その採用を留保した上で、まず被告人質問を行い、被告人が捜査段階の供述を変遷させた場合であっても、刑訴法三二二条に基づいて被告人の供述調書が取り調べられるのは、それが公訴事実又は重要な情状事実の立証に必要な例外的な場合に限ると

いう取り扱いが定着しつつあり、このような審理方法は、本来、刑事訴訟法等の規定にも、更には現行刑訴法が採用している当事者主義構造にも沿わないものであることを説き、検察官は裁判員裁判の特性を考慮してこれにに応じているが、裁判所はこの方式を裁判員裁判以外の一般事件にまで要求する傾向があり、これは当事者主義の下で立証責任を負う検察官の立証活動を阻害するものであることを強調している。これに関連して、辻昌文「判例紹介」研修(二〇一五年)八〇七号六九頁以下では、福岡高判平二七・三・二五が、原審が検察官の取調べ請求に係る被告人の覚せい剤自己使用の自白調書を採用せず、検察官の異議申立ても棄却した上、しかし法廷での被告人質問の結果は否認供述であったことから、他の証拠により結局覚せい剤自己使用罪で有罪判決をし、「罪となるべき事実」では、覚せい剤の使用方法与日時・場所を全く特定しないまま事実を認定したことが、理由不備として破棄自判(有罪)したという裁判例を紹介している。

筆者も右清野見解を支持するものであるが、更に運用の改善策として「核心司法」と捜査経路上から、被疑者の取調べ結果(供述)の調書化は警察官調書にとどめ、検察官自らの取調べ結果(供述)は書面化しないで、その「録音・録画」にとどめ、それも自白事件にあつては最後の取り調べで全事件の自白の内容になるいわばダイジェスト版の「録音・録画」をもって刑訴法三二二条一項書面の証拠能力と同視する運用を認めることによって、揶揄される「調書裁判」から「公判中心裁判」へ実質転換を図る方策を提案するところである。

なお、平成二七年六月開催の裁判所の全国長官・所長会同では寺田逸郎最高裁長官が「長官あいさつ」において、刑事手続に關し「今一度、事案に応じた争点及び証拠の整理を経て、公判で心証が得られる証拠調べ、過不足なく行うという刑事裁判本来の姿を確認する必要がある」ことと、「その上で、具体的な事案に基づき実証的な検討を重ね、その結果を実務へ還元することを繰り返していくという地道な取組を、裁判所全体で、さらには法曹三者間で、続けていかなければならない」ことを述べている(『法曹』七七八(二〇一五年八月号)三〇頁)。

(120) 「核心司法」については、平野龍一・前(二)編前掲(注71)「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」ジュリスト一一四八号二頁参照。ほかに佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」ジュリスト(二〇〇三年)一一一〇号九頁以下参照。田口守一・前(三)編前掲(注82)「新しい捜査・公判のあり方」ジュリスト

一四二九号（二〇一一年）七〇頁参照。

(121) 拙稿「『検察と警察の関係』について―『刑事手続の警察化論』と検察官の役割―」日本法學（二〇一〇年）第七五卷四号七八頁。

(122) 小貫芳信「戦前の予審の実情」研修七四八号（二〇一〇年）三七頁参照。

(123) 公判中心主義の実現に向けてとの視点から、起訴基準の見直しを論ずるのは、石田倫識「捜査改革と起訴基準」法律時報（二〇一三年）八五卷八号三六頁以下である。また、平成二十三年三月一日発生の東日本大震災における福島第一原子力発電所事故（福島原発事故）の様な特殊重大過失事故事件の場合は、検察は公訴権の行使を弾力的に運用して裁判所の判断に委ねることが考えられるが、この点につき、古川元晴（元検察官）・船山泰範（日本大学教授）『福島原発、裁かれないでいいのか』（朝日新聞出版二〇一五年）一一八頁、一七二頁参照（福島原発事故は、東京第五検察審査会が平成二十七年七月一七日再度の「起訴議決」をなし、翌年二月二十九日に強制起訴に至っている。）。

さらに、公正取引委員会の告発（独占禁止法―私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律七四条）、国税局長又は税務署長の告発（国税犯則取締法一七条）、証券取引等監視委員会の告発（金融商品取引法二二六条一項）に係る犯罪等いわゆる「経済的正義の実現」を目的とする取締り分野では、検察と当該行政機関との間で「告発問題協議会」を設置するなどして告発の基準・受理や起訴相当基準を事件ごとに検討しているが、なお当該行政機関からすれば検察の対応姿勢とに齟齬感を抱いている向きもあるようであるので、検察としてもこの分野での従来の告発受理・起訴基準の見直し等検討の余地もあろう（神垣清水『競争政策概論』（二〇一二年立花書房）四〇二頁以下参照。著者の神垣現弁護士は元検察官・公正取引委員会委員を務めた経験からの意見を同著書で述べている。）。他に、告発が訴訟条件でない金商法二二六条の「告発の見送り」に関する問題点につき、須藤純正「エンフォースメント」柳明昌編著『金融商品取引法の新潮流』（法政大学出版社二〇一六年）二〇一頁以下参照。

なお、大規模事故等では刑事司法の限界が見られることから、事故調査機関による調査制度の必要性を説くのは、川出敏裕「刑事司法の役割と限界―大規模事故・医療事故を中心」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣二〇一三年）二〇

頁以下である。

(124) 「検察の理念」は前(三)編前掲(注90) 書参照。

(125) 『犯罪白書（平成二十七年版）』九〇頁。伊藤栄二「刑の一部の執行猶予制度の導入と検察の課題」『川端先生古稀記念論文集（上巻）』（成文堂二〇一四年）八九七頁以下参照。古江久枝「再犯防止等の刑事政策の目的に向けた検察の取組」法律のひろば（二〇一三年）一四二頁以下参照。日笠和彦「再犯防止に係る施設内処遇の現状と課題」同三六頁以下参照。なお、私も傍聴したが平成二五年三月には法務省で「公開シンポジウム」刑事政策の新しい風」が開催され、検事総長以下法務検察の幹部も出席して議論されてその内容は『罪と罰』（第五〇巻二号—通卷一九九号）に掲載されている。さらに、『罪と罰』（第五二巻二号—通卷二〇六号）にはソーシャル・ファームの特集論文（灰谷茂等）が掲載されている。ほかに、太田達也『刑の一部執行猶予—犯罪者の改善更生と再犯防止』（慶応義塾大学出版会株式会社二〇一四年）が、この制度導入の背景や問題点の分析において詳しい。

(126) 新屋達之「刑事訴追と国民」『刑法雑誌』（有斐閣二〇〇六年）四五巻二号四五六頁。同「本格始動した検察審査会」法律時報（二〇一〇年）八二巻一—二頁以下。川崎英明「検察審査会の審査対象と若干の論点」『村井敏邦先生古稀記念論文集—人権の刑事法学』（日本評論社二〇一一年）四四二頁以下では、「検察審査会の起訴強制制度は実質的には（不起訴処分は是正という形で補充的に）検察審査会という市民の代表者に訴追決定権を付与した一種の公衆訴追制度とみることができる。」「市民には、無罪推定原則から導出される権利として、濫りに国家に訴追されない権利を観念することができ、それはいわれなき起訴（不当起訴）を排除する権利としての妨訴抗弁権として機能するから、不起訴処分の不利益変更の制度にふさわしい防御権保障が不可欠となる。」とする。ほかに、検察審査会の起訴議決の改正点の問題点等につき、拙稿「検察官の適正な公訴権行使と司法取引」日本大学法科大学院『法務研究』第八号（平成二四年三月発行）二六頁。同『ケース刑事訴訟法』（法学書院二〇一三年）一一二頁・一一二頁・一一三頁。『週刊朝日』（二〇一二年一〇月一五日号）一三〇頁は、民主党元代表に対する政治資金規正法違反事件の「起訴強制事件」の控訴について、「強大な権力を有する検察をチェックする、という検察制度の趣旨は正しい。しかし、・・・その運用がポピュリズムに染まった時、歯止めは誰がかけるのか」「ここで『無罪』

を勝ちとった被告に『控訴』、はては『上告』まで裁判を受けさせるのは、つまり世論に狙われた人間は逃れられない——ということにほかならない。そこに流れているのは『推定有罪』の論理である」と批判する。

なお、「司法への国民参加」ということについては、裁判員・検察審査員・参加被害者側の国民と、被疑者・被告人側の国民の「国民二分化」の問題、「民意の独善」という問題が指摘されていることである。この点、平野龍一「参審制度採用の提唱」ジュリスト一一八九号（二〇〇〇年）五二頁以下では、英米で陪審制度が続くのも、それは「いわば歴史の重みで、現在でもなお国民を代表するものであり、その陪審が決めたことは『しかたがない』として受け入れる、信仰に近い観念がひろく国民に行き渡っている。陪審の判断は合理的であるから信頼されるのではなく、『陪審』の判断であるから諦められるのである。陪審の判断に理由をつけることが要求されず、陪審の判決には事実誤認の上訴が認められないのも、そのためである」。「陪審は一度票決を下すと、解散して存在しなくなる。当事者が文句を言おうとしても、その相手はいない。『陪審は国民を国家から保護するために存在するのではなく、国家を国民から保護するために存在するのだ』といわれるのも、このような事情を背景とするものである」とされる。さらに、英米の陪審を支える国民性の違いについて、我が国の国民は「国の資料にたよりに、これについていつまでも（お上のなさることは完璧でなければならぬという前提で）『文句をつける』、わが国の司法文化とはかなり違っているのである」とされる。そこで以下は管見にわたるが、導入した裁判員制度や起訴強制制度も、裁判所や検察官が国民を刑事司法の役割分担者として位置づけるのはよいが、それが高じて己の「肩の荷を下ろす」ための「逃げ場」ないし「踊り場」という便宜的な制度として定着させてはならないし、国民も司法参加の歴史がなく（陪審制度はあったがお仕着せの制度で失敗して停止中）、ましてその判断が信仰的にまで絶対という司法文化にはなく、むしろ隣人の裁きを受けるのを潔しとしない司法文化の我が国にあつては、素人が手術のメスを握る危険・重大性を十分覚悟して「民意の独善」に陥らないようよほどしっかり自覚しないとこれら制度は将来破綻をきたす危険を孕んでいるとも指摘し得ようか。

(127) 平野龍一「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」『裁判と上訴（刑事法研究第五卷）』（有斐閣二〇〇五年）四三頁以下。初出——法律時報二二卷一一号所収（昭和二十四年）。ほかに、同「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」法律時報二二卷一一号（一九四九年）も参照。同「刑法の客観化——刑法と刑事訴訟法との連関」警察研究二〇卷二号、四号（一九四九年）。

- (128) 大野恒太郎「未来志向の改革」『研修』（二〇一五年第七九九号）二頁以下。
- (129) 大野恒太郎「検察に求められているもの」『研修』（二〇一六年第八一一号）二頁以下。
- (130) 鉄道の歴史、運行等に関する記述については、三戸祐子『定時発車』（新潮文庫二〇〇五年）一四頁以下参照。なお、ここでは、JR東日本初代社長の住田正二『鉄路（レール）に夢をのせて』（東洋経済新報社一九九二年）が語る「民営分割化と正確ダイヤの維持」の言葉が引用されている。
- (131) 松尾浩也「『研修』八〇〇号に寄せて」『研修』八〇〇号（二〇一五年）七頁。
- (132) 亀山継夫・前掲注111・前（三）編前掲（注91）書一七頁以下では、裁判員制度の導入や検察審査会の起訴強制制度の改正前の時代にあつて、公判中心主義を徹底する立法論としては、陪審制度の復活こそもっとも効果的とされつつ、「財政的負担、陪審員・証人予定者等関係者に生じることが予想される甚大な社会的・経済的・精神的負担、予想される事実認定のぶれ」があることにもかかわらず、「陪審を採用すべきであるという強い世論が形成され、かつ、相当程度思い切った報道の自由の制限が是認されるのでなければ、この方向でのシステム再編成は困難であろう」と指摘されていた。また、検察審査会の改編・強化に関しては、捜査官の感覚よりも、むしろ公益の代表者の感覚で無罪起訴に対する批判につながる傾向を打破するためにも、起訴相当の議決に法的拘束力を持たせるほか、「検察官から検察審査会に意見を問い、さらには証拠調べを請求することができるようにする等検察審査会のしくみ自体をいわば大陪審的なものに改編することが有効であると思う」とされていた。
- (133) 大阪地裁では、同じ共犯者に係る常習的組織的広域窃盗事件で審理が分離されたが、弁護人は警察の尾行（監視捜査）の補助手段として公道や公衆が自由に出入りできる場所、そして他人の敷地等での対象駐車車両に密かにGPS端末を取り付ける捜査手法を違法との主張をしたのに対し、係属部によって判断が分かれた。一つの係属部では平成二七年一月二七日、これを任意捜査として適法と判断し、有罪判決をした。ところが、他の係属部では同年六月五日、他人の敷地等に立ち入った端末取り付けの態様が含まれていることから、これを強制捜査に拠るべき行為として無令状で行った捜査手法を全部違法とする決定をなし、それによって得られた関連・派生証拠を採用しなかったが、他の証拠で判決では有罪を言い渡した。しかし、控訴審の大阪高裁平成二八年三月二日判決は「重大な違法ではない」としてその証拠能力を認め控訴棄却とした。また、名古屋

地裁では、平成二七年一二月二四日判決で、窃盗事件における捜査手法として、被告人の乗用車に令状なくしてGPS端末を装着して位置検索を前後一六五三回にわたって実行した捜査活動は、「任意捜査として許される尾行とは質的に異なつて違法だが、事件当時は司法判断がなかった点を考慮して、重大な違法ではないからこれによって得た証拠資料の証拠能力は認めると判断して有罪とした。（控訴審の名古屋高判平成二八年六月二九日判決は、この一審判決を支持し被告人控訴を棄却したが、プライバシー侵害の危険性が高まっているとして、「新たな立法的措置も検討されるべき」としている。）。

GPS捜査に関しては、太田茂「GPS捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル二〇一六―Vol・四八・六二頁以下では、右に紹介した最近の裁判例を挙げながら、その形態として尾行補助手段型と遠隔・継続的監視型とに分類し、前者の捜査形態では本来的に任意捜査の範ちゆうであることを詳論した上、問題の本質について「GPS捜査の必要性等を前提とした上で、それが捜査官により濫用され、被疑者のプライバシー等の過度の制約・侵害に及ぶ危険が現実化することを、どのようにして防止ないし抑止していくべきか、ということである。そのためには、利用の要件や用法、事後措置を含む手続等について、捜査機関内部におけるものを含む規律の在り方が十分に検討されなければならぬ。その際には、既存の検証許可状を得て捜査を実行すべき場合の有無や新規立法の要否についても検討の対象とされるべきであろうし、仮に我が国でも遠隔・継続的監視型のGPS捜査をも活用する方向を目指すのであれば、それらについての一層深められた検討が必要となろう」と的確な分析がなされている。なお、前記刑事法ジャーナル第四八号では「捜査における位置情報の取得」に関する論考を特集しており、中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」四八頁以下のほか、アメリカ法を踏まえて（柳川重規―三〇頁以下）、ドイツ法を踏まえて（滝沢誠―四二頁以下）なども有益である。

個人情報保護の為の検索結果に対する削除権

——Das Recht des Löschens gegen die Suchergebnisliste mit der Suchmaschine für den Schutz der personenbezogenen Daten——

水野 正

- 一 はじめに
- 二 欧州連合司法裁判所先行判決
 - 1 事実概要
 - 2 先行判決要旨
 - 3 考察
- 三 我が国の裁判事例
 - 1 裁判事例
 - 2 考察

個人情報保護の為の検索結果に対する削除権（水野）

- 四 検索エンジン事業者の責任
- 五 削除権の法的構成
- 六 削除権を確立するための今後の方策

一 はじめに

インターネットの急速な発展は、情報伝達に大変革をもたらした。かつては、一個人が大量の人々に対し同時に情報を発信することは不可能であり、人々の声はマスコミにより代弁されていた。憲法が言論・出版の自由の権利を保障し、メディアに携わる者は少なからずともプライドを持ち、情報発信と発信情報に責任を負っていた。ところが、インターネットと技術の発達により、安価で高速、高品質、高機能の通信インフラを手に入れた情報の受け手であった個人々が、掲示板、ホームページ、ブログ、ツイッター、SNSを利用した情報発信源の地位を手に入れた。これまでの現実世界では権利と義務と生身が存在するが、バーチャルの世界では、生身の存在を気にすることなく意識だけで存在できる世界を手に入れたのである。そのような世界に、自らが発信する情報には責任を負わなければならないという訓練を受けていない者が解き放たれたのであるから、低価値な情報が氾濫することになってしまった。そして情報に対する無責任(例えば、匿名)さが生まれ、「ネットデマ」を許す風潮^①すら浸透していったのである。

ヤフーの「検索結果とプライバシーに関する有識者会議報告書」^②によれば、「一般的なニュースや情報源別の信頼度の調査において、伝統的なメディアを凌いで、インターネット検索サービスが最も信頼度が高い」とする調査結果

が報告されている。しかし、この調査結果はにわかには信じがたい。新聞を購読せず、テレビ・ラジオを持たず、スマートフォンしか持っていない者がどこから情報入手すると言うのであろうか。Wikipediaの信頼性が話題になって久しいが、SNSやキュレーションサービスに集められた元の発信源が保証されているとは限らない情報の信頼度が高いといえるのであろうか。例えば、少年によるある殺人事件が起きた時、事件を伝える報道がなされるやいなや、ツイッターのタイムライン上に容疑者の実名として同じ名前が間を置かず何度も表示されるようになったというのは、内容が検証されないままコピーされ拡散していったからであろう^③。また、インターネット上で発生したある名誉毀損事件では、行為者達はネット上の情報を鵜呑みにして、無関係である被害者を、ある殺人事件の犯人と決めつけ名誉毀損を繰り返していたというのである^④。

情報がコンピュータに繋がる記憶集積装置に保存されると、その情報を完全に削除・消去しない限りいつまでも保存され、保存されたいかなる情報もいつでも再生することが可能となる。検索エンジンは、このように保存された前述のような玉石混濁の情報の中から検索キーワードに基づき検索結果リストを表示するのであり、そのリストに存在する人格権を侵害する、あるいは個人情報暴露する低価値情報を拡散することになる。このような拡散を、「拡散しにくくする」ために、いわゆる「忘れられる権利」による検索結果リストからのリンクの削除が求められるようになったのである。

そこで、本稿では、欧州連合司法裁判所の先行判決の論理構成を確認し、我が国の裁判事例と比較し、検索エンジン事業の事業内容を通しその責任を確認し、自己情報のコントロールに基づくデータ主体による検索結果リストからの削除を要求する権利について検討することにした。

二 欧州連合司法裁判所先行判決^⑤

1 事実概要

二〇一四年五月いわゆる「忘れられる権利」を認めた司法判断として、欧州連合司法裁判所（以下、欧州裁判所）の「先行判決」^⑥がマスコミで報じられた。事件の概要は以下のようなものであった。

スペイン人のゴンザレス（Mario Costeja González）氏が、スペインの日刊紙「ラ・バンガアルディア（La Vanguardia）」とグーグル本社（アメリカ、カリフォルニア州）、グーグルスペインを相手取り、二〇一〇年三月五日に、スペインデータ保護機関（Agencia Española de Protección de Datos: AEPD）に以下のような異議を申し立てた。

申し立てによると、ゴンザレス氏は社会保険料を滞納し不動産を差し押さえられていた。一九九八年一月一九日と同年三月九日付けの「ラ・バンガアルディア」の紙面にその不動産の差押・競売手続きを公示する記事が掲載された。その後、社会保険料債務は弁済され、同氏に関する差押・競売手続きは解決済みとなったが、一〇年前の公示記事であるにもかかわらず、グーグルの検索エンジンで利用者が同氏の氏名で検索すると、検索結果リストにこの新聞社の公示記事が表示されてしまう状態であった。そこで、ゴンザレス氏は、①新聞社に対し、ゴンザレス氏に関する不動産差押競売手続きの公示に関する同日付の電子版記事の削除または修正をすること、②グーグル本社、グーグルスペインに対し、同氏に関する個人データを削除しまたは隠すことで、そのデータが検索結果に含まれず、同新聞の公示に関する記事が検索結果リストに表示されないようにすることを求めたのであった。

二〇一〇年七月三〇日に、AEDPは、①に関しては、新聞紙上への差押・競売に関する公示の掲載は、多くの入

札者を確保するために競売事実を周知する目的で、労働厚生省の命令に基づき行われたものであるから適法であり、削除修正を要求することはできないとし、ゴンザレス氏の請求を避けた。②に関しては、「検索エンジンの事業者はデータ保護法律に服するとして、データ検出及び普及がデータ保護基本権及び広義における人間の尊厳を損なうと考える場合、AEPDが検索エンジン事業者に対しデータの削除及びデータへのアクセスの禁止を要請する権限を有する」として、⁽⁷⁾ グーグル本社、グーグルスペインに対して、検索結果からの問題となっている公示に関する新聞へのリンクの表示の削除を命令した。

グーグル本社とグーグルスペインは、AEPDの決定を不服として、ゴンザレス氏とAEPDを相手取ってこの決定の取り消しをスペイン全国管区裁判所 (Audiencia Nacional de Espana) に提訴した。同裁判所は、二〇一二年二月二七日の決定により、「データ保護指令」⁽⁸⁾ の解釈について、欧州裁判所に先行判決を求めた。

2 先行判決要旨

本件の争点は、(1)検索エンジン事業者は「データ保護指令」の適用を受ける「管理者」か、(2)グーグルスペイン社はグーグル本社の「事業所」であり、「データ保護指令」の地理的適用範囲を満たすか、(3)データの削除権および異議申立権に基づく検索エンジン事業者の責任の範囲、(4)データ主体の権利の範囲であった。

争点(1) 本件で問題となつてゐる作業は、検索エンジンによつて発見、索引化、記録され、利用者に提供されるデータ、同様に特定のあるいは特定化されうる自然人の情報に、データ保護指令二条 a (個人データ) の意味での「個人に関するデータ」が存在する事は明白である。

自動的に、連続的に系統的にインターネットに開示された情報を余すことなく調べるといふ方法で、検索エンジン事業者は、後にインデックス化するプログラムで、分類し、記録し、体系化し、自らのサーバ上に保管し、あるいは検索結果の形で利用者に移転し、供給する為の、個人に関するデータを収集する。この作業はデータ保護指令二条b（個人データの処理）に例示的に規定されており、その結果として、検索エンジン事業者が、他の種類の情報の場合に同様の作業を実行するか否か、そして検索エンジン事業者が、この情報と個人に関する情報について区別するかどうかを問題とすることなく、作業は、この規定の意味における「処理」に分類される。

検索エンジンとして行われる個人に関するデータの処理は、源のデータをウェブサイトにアップするウェブサイト制作者により行われる処理と区別され、追加的に行われる。

検索エンジンは、検索エンジンを利用しなければデータ主体の情報が公開されているウェブページを発見できなかったネット利用者に、データ主体の氏名をキーワードにして検索することで、情報入手を可能にする。この機能は個人に関するデータの世界的な拡散に決定的な役割を果たす。

さらに、検索エンジン利用者に情報へのアクセスを容易にする目的で行われた検索エンジンによるインターネットに公開された情報の集積は、自然人の氏名をキーワードに実行された検索結果リストによる概観を手がかりに、検索エンジンの利用者が、多かれ少なかれその自然人の詳細なプロフィールを作成できるデータ主体についてインターネットで発見できる情報に関する構造的概観を手に入れることができる。

ウェブサイトの製作者の作業に追加的にはあるが、検索エンジンの作業により、私生活の尊重と個人に関するデータの保護の尊重は、著しく侵害されうる。この作業の目的と手段を決定する者として、検索エンジン事業者は、

それに起因して資格と能力のある管理者（データ保護指令二条d⁹）の範囲で、当該個人の、とりわけ私生活の尊重の権利と個人に関するデータの保護の尊重の効果的、包括的保護が実際に実現され得るようにするという作業がデータ保護指令の要求と一致するように配慮しなければならない。

争点(2) 検索の具体的作業をする為のデータを蓄積したサーバ・コンピュータがEU域外に存在したとしても、グーグルの支社あるいは姉妹会社が設立されているEU域内の国において、グーグルの営業活動、例えば検索結果画面にいわゆるバーナ広告の掲載による収益の為の営業活動を行っている限り、検索結果の表示と営業を分離して解釈することはできず、データ保護指令の四条一項a（国内法の適用）に該当し、支社あるいは姉妹会社が存在するEU域内の国の「情報保護法」の適用を受けると解せられることになるのである。

争点(3) データ保護指令によれば、EU加盟国は、とりわけデータが不完全、あるいは不正確である場合、データ保護指令の規定に合致していないデータの処理は、処理の為の管理者による修正、削除あるいは遮断を得る権利を、データ主体に保障する。データ保護指令六条一項d（データの質 正確であること）に規定する要件の不履行に関する上述の説明は、例示的であり限定的要件ではないので、ある処理が、データ保護指令の規定と合致しないので、データ保護指令に従った個人に関するデータの処理が許されるための他の要件が充足されないという理由で、データ主体にデータ保護指令一二条b（アクセス権）データの修正、ブロック）に保障される権利が生ずる。

歴史的、統計学的あるいは学術的目的用の個人に関するデータの処理の為に、加盟国が定める事ができる特別な規定を条件として、データ保護指令の規定に従い処理の為の管理者は、個人的データが(i)「信義則により適法な方法で処理されること」、(ii)「規定された明示的な適法な目的のため収集され、そして、定まった目的に反する方法でさら

に処理されないこと」、(iii)「目的に合致し、目的の為に収集され、そして／あるいは、さらに処理され、目的にとつて十分であり、超過しないこと」(iv)「本質的に正しく、必要であれば最新の状態であること」(v)「収集され、あるいはさらに処理される為の目的の実現の為に必要であることよりも長くは、データ主体の同意確認を可能にする形式で保存されないこと」を確保しなければならない。処理の為の管理者は、上述の規定の要求を充足しないデータが削除または訂正されるために、あらゆる合理的な措置をとらなければならない。

事業者の潜在的困難さを理由として、検索エンジンの作業による私生活の尊重と個人に関するデータの保護に対する侵害は、検索エンジン事業者の経済的利益によってだけでは、データ処理について正当化されない。検索結果リストからリンクを削除することは、情報に依じて、情報に興味のあるインターネット利用者の潜在的アクセスの正当な利益に作用する、ということが重要なので、ここで問題となっている状況においては、特にこの利益と欧州連合基本権憲章七条と八条の¹⁰⁾データ主体の基本権との間の相応な均衡が見いだされなければならない。データ主体のこの条文により保護される権利は一般的にインターネット利用者の利益よりも勝っているのであるが、しかし、均衡は、個別の事例において、当該情報の種類、データ主体の私生活の機微性と情報にアクセスする一般大衆の利益に左右される。

争点(4) データ保護指令六条一項c) e) (データの質 c…適切・妥当、d…正確、e…目的)に記述される要件から、本質的に適正なデータの当初の適法な処理は、目的の為に収集あるいは処理されたデータがもはや不要となったならば、時間の経過とともにもはや保護指令の条項と適合しなくなる。データが時の経過を考慮して目的に一致しない、目的の為に不要あるいはもはや十分でない、あるいは目的に対し過剰であるときが、そうしたケースである。

第三者により適法に公開されたインターネットサイトのリンクを含むことが、その者の氏名を手がかりとして実行

された検索に関して表示された検索結果リストの中で、現時点では保護指令六条一項c)と合致しないということが、データ保護指令一二条b)に従ってデータ主体の申請に基づいて立証されるならば、当該情報と検索結果リストのリンクは削除されなければならない。

3 考察

(1) 「データ保護指令」の適用と検索エンジン事業者の「管理者」の該当性について

データ保護指令三条に規定されるデータ処理の適用範囲について、欧州裁判所と法務官との間では、検索エンジン事業者がEU加盟国内の居住者を対象にして検索エンジンサイトによる広告収入を得ていること、EU加盟国内に子会社を設置していること、EU加盟国のウェブドメインを使いサービスを提供していることからEU域内に管理者を設置したとみなし、「データ保護指令」とEU加盟国のデータ保護法の適用があるとする点で一致しているものと考えられていた。

欧州裁判所は、本件の場合、米国企業グーグルのスペインに支社は、バーナ広告領域の販売に従事しているが、検索エンジン利用者の個人情報扱っていない。しかし、事業者がEU加盟国内の市場要求に相応した検索エンジンの宣伝媒体の販売の為に、加盟国内の宣伝顧客をターゲットとして支店を経営するのであれば、検索エンジン事業者はデータ保護指令四条一項の意味において支社の機能の範囲で個人情報を処理するのであるから、EU加盟国内の所在地の（スペインの）データ保護法の適用を受けると判示したのである。

つまり、宣伝地域に関連する企業活動は、検索エンジンを経済的に利益の上がるものとするための手段を意味し、

検索エンジンは同時に、この企業活動を実行可能なものとする手段であると判断したのである。⁽¹²⁾

また、法務官は、「情報の位置を特定するための方法の提供は、コンテンツを制御することを意味しない。検索エンジン事業者は、自らインデックス化した（しかし自ら運営しているのではない）ウェブサイトがそもそも個人情報を含んでいるかどうかすら知らない。」⁽¹³⁾とした意見を表明していた。つまり、管理者ではあるが検索エンジンの作業が「個人のデータ処理」ではないので管理者としての責任を負わないことになるかと解していたのである。これに対し欧州裁判所は、源のサイトを区別することなく、「検索エンジン事業者は、検索エンジン事業者自身により行われた個人情報処理を含んだ源のサイトのインデックス化作業の手段と目的を決定するのだから、その結果として、検索エンジン事業者は、データ保護指令二条dの意味でこの処理の管理者とみなされる」と判示したのである。

この欧州裁判所の判断に対しては、ニュース配信事業者、まとめサイトの運営者、ウェブサイトから情報をダウンロードする個々のインターネット利用者も情報の処理の為の管理者と見なされる可能性があるとする批判がある。⁽¹⁴⁾

(2) 検索エンジン事業者の管理者としての責任

まず、検索エンジン事業者は、インターネットにおいてデータの拡散に決定的な役割を果たし、ウェブサイトの検索結果の提供により、ウェブサイトの制作・管理者と比較し、加重的に私生活の尊重と個人データの保護の基本権に影響を与える。検索エンジン事業者は、ジャーナリズムを目的とするものではないので、データ保護指令九条（免責）に該当しない事になる。よって、検索エンジン事業者には公益性はなく、経済的利益の存在しか認めていないと捉えることができる。検索エンジン事業者は、データ保護指令二条dに規定される「管理者」であるから、同指令を遵守する義務を負うことになる。よって、検索エンジン事業者は、データが公正かつ適法に処理されることを遵守しなければ

ならない（同指令六条）。六条dは例示的列举であると解せられているから、データ主体に一二条bによるデータの修正、削除又は遮断の権利が保証されることになり、検索エンジン事業者は、データ主体の、検索エンジン事業者への修正、削除、遮断の要求に応じなければならないことになる。

(3) データ主体の権利

欧州裁判所の判示によれば、データ主体は、データ主体のデータの処理に関して、その処理が、とりわけ、そのデータが不完全あるいは不正確であるならば、指令に適合しないデータの修正、削除、遮断を管理者に要求できる。さらにデータ保護指令一四条（拒否権）により、データ処理に対して拒絶の異議を唱えることが認められるので補強されることになる。

この点について法務官は、「あるデータ主体が、有害なあるいは自己の利益に反すると思う個人データの拡散を遮断するあるいは妨げる権限を付与されているという意味での普遍的な「忘れられる権利」を指令は認めていない¹⁵」という意見を示していた。この点に関連しては、欧州裁判所は、本件問題は、データ主体に関する情報が現時点でもはや検索結果に表示されず、もはや彼の名前と関連づけられないという権利をデータ主体が有するか否かに左右されるということであると解釈し、判示したと思われる。

データ主体と検索エンジン事業者の利益に関しては、個人の氏名をキーワードとして検索が行われた場合、私生活の尊重と個人データの保護の基本権に大きな影響を与えうる。このような基本権への侵害は検索エンジン事業者の経済的利益からは正当化されない。検索結果からのリンクの削除は、インターネット利用者の潜在的アクセス権を制限することになり得る。しかし、データ主体は、欧州連合基本権憲章七条、八条に基づいて検索結果からの源のデー

タの利用を不可能にすることを要請できるので、その権利は、原則的には検索エンジン事業者の利益、データ主体の氏名をキーワードとして検索結果を得るという公衆の利益よりも優越することになるとした。

結局、本先行判決は以下の点を示したものと解せられる。

- (i) 検索エンジンの機能ではなく、経済的利益という点から本支店の一体性を認定し、支店の所在地の法の適用を認めたこと。
- (ii) 経済活動から出発し、検索エンジンの活動を個人情報処理と認め、事業主を「管理者」とみなしたこと。
- (iii) 検索エンジン事業は経済活動を実行可能にするための手段にすぎないとしたこと。
- (iv) 氏名をキーワードとした場合の検索結果リストに対してのみ、データ主体の権利行使を認め、他のキーワードによる検索可能性を残したこと。
- (v) 検索結果リストからの削除を請求する場合、データ主体に損害が発生している必要はない。源のサイトが同時にあるいは既に削除されている必要もない。
- (vi) データ主体の権利（人格権）と検索エンジン事業者の権利（営業の自由）の衝突と捉えていること。
- (vii) データが、処理の目的に適合しない、目的の為に十分でない、過剰である、最新の状態でない、必要以上に長く保管されている場合は、削除が可能となる。

三 我が国の裁判事例

1 裁判事例

検索エンジン事業者に、検索結果の削除の仮処分を命じた司法判断としては、次のような事例がある。

(1) 東京地裁決定（平成二六年一〇月九日¹⁶）（事件一）

概要…インターネット検索最大手「Google」で自分の名前を検索すると、犯罪に関わっているかのような検索結果が出てくるのはプライバシー侵害であるとして、日本人男性がGoogleの米国本社に検索結果の削除を求めて仮処分申請を行った。

判決内容…Googleの、検索結果は事業者の意思による結果ではない、検索エンジンはインターネットを利用する上で重要な役割を果たしているのだから、削除義務は原則として認めないとする主張に対して、裁判所は、「検索結果リストのタイトル及びスニペットそれ自体から債権者の人格権を侵害していることは明らかである一方、このように投稿記事の個々のタイトル及びスニペットの記載自体を根拠として投稿記事について債務者に削除義務を課したとしても債務者に不当な不利益となるとはいえないし（債務者は、本件サイトによる検索結果から債務者が違法と判断した記事を削除する制度を備えていることが認められる）、また、他者の人格権を害していることが明白な記載を含むウェブサイトを検索できることが本件サイトを利用する者の正当な利益ともいい難い。よって、債務者の上記主張は採用できない」。また、債務者は、本件サイトの検索結果のリンク先のウェブサイトの管理者に削除を求めれば権利救済として足りるから、債務者に検索結果についての削除義務は原則として認められない旨主張するが、本件投稿記事目

録中、主文第一項に列挙したものは、投稿記事の個々のタイトル及びスニペットそれ自体から債権者の人格権を侵害していることが認められるのであるから、本件サイトを管理する債務者に削除義務が発生するのは当然であり、債務者の上記主張は、これに反する限りにおいて採用できない。」と判断し、男性の訴えを認め、男性が求めた二三七件のうち、著しい損害を与えるおそれがある約半数の一二二件について、検索結果それぞれのタイトルとその下に表示されるスニペットの削除の仮処分を命じた。

同じく、この男性がヤフーに削除を求めた仮処分申立（事件二）に対して、平成二七年一月一日東京地裁は、人格権を侵害していることが客観的に認められる検索結果について、サイト管理者に削除義務が発生するのは当然であるとした上で、申立があつた四七件のうち一一件について、プライバシー権を侵害していることは明白であるとして、削除の仮処分を命じた。

(2) さいたま地裁決定（平成二七年六月二五日）¹⁸

三年前の犯罪報道につき、検索結果の削除の仮処分を申し立てたものである。「検索エンジンのシステム上、検索結果により侵害される可能性のある個人の利益保護を配慮するのは当然である。更生を妨げられない利益について受忍限度を超える権利侵害があると判断される場合に、検索結果の削除請求が認められる」として削除の仮処分を命じた。

グーグルは起訴命令を申し立てた。

(3) 札幌地裁決定（平成二七年二月七日）

債権者の一二年前の犯罪経歴をネット上で明らかにする利益が、これを公表されない法的利益を上回っているとはいえないとして削除の仮処分を命じた。

2 考察

我が国には、個人情報の保護を明文化した欧州連合基本権憲章八条のような規定はないし、「データ保護指令」に基づく個人情報保護法もない。我が国の個人情報保護法は、「個人情報取扱事業者」とは、個人情報データベース等を事業の用に供している者をいう（個人情報保護法二条三項）のであり、単純に個人情報を扱う者ではない。それゆえ、検索エンジンにより表示される検索結果の元になるデータが、データベースといえない限り、¹⁹検索エンジン事業者は個人情報取扱事業者ではなく、個人情報保護法の義務を負わないことになるのである。ここにEU法制との大きな違いがある。それ故、検索結果として表示された内容により、人格権（日本国憲法一三条）としてのプライバシー権、名誉権の侵害が生じたとして、回復の為に民法上の妨害排除請求（削除請求）と損害賠償請求を行うことになるのである。インターネット上の情報の削除を請求する方法として、被害者の迅速な権利保護に有効であるとの理由から、削除請求訴訟ではなく削除仮処分によるのが一般的手法であるとされる。²⁰

我が国の裁判事例として挙げたものはいずれも仮処分の申立である。仮処分命令は制裁金で担保されることにより実行が確保される。EUの場合、検索結果からのリンクの削除は、各国法に基づいて具体化されるのであり、例えば、フランスの情報処理及び自由に関する全国委員会（Commission nationale de l'Informatique et des Libertés : CNIL）は、二〇一五年六月一二日に、グーグルに対し検索結果からの削除を欧州だけでなくすべてのドメインにおいて削除するよう正式指示を行ったが、一五日以内にグーグルがこれに従わない場合一五万ユーロの制裁金が科される可能性があった。このように我が国の仮処分決定命令は検索結果からのリンクの削除という点で欧州裁判所の先行判決と同じ効果をもたらすように思われる。

しかし、事件一において、裁判所は「投稿記事の個々のタイトル及びスニペットそれ自体から債権者の人格権を侵害していることが認められるのであるから、本件サイトを管理する債務者に削除義務が発生するのは当然である」と判示している。これは、検索結果に表示された記述そのものだけから人格権侵害の有無を判断することを意味するものではないと思われる。事件一においては、債権者の主張に対しグーグルは十分な反証を挙げることはできず、裁判所は、検索結果の記述に人格権侵害があれば「削除義務が発生するのは当然」であるとして、検索結果二三七件中、一二二件について削除を命じた。ところが、事件二においては、債務者ヤフーは、債権者が、一〇年前に複数の雑誌のインタビューに自ら答え、反社会的集団の幹部であったことを公表しているということを反証として挙げた。裁判所は、債権者は「プライバシー権で保護されている法的利益を放棄した」と判断し、四三件中一一件についてのみ削除を命じているのである（事件一、事件二は、同じ裁判官による判断である）。つまり、事件二では、不法行為成立の為に「法的利益を放棄」したという評価基準を加え判断しているのであるから、この二事件仮処分決定が、単純に「サイトの管理者には削除義務がある」と判示したものは判断できないであろう。

さらに、この事件二の判示からすると、フランスで最初に「忘れられる権利」が認められたといわれる事例²¹のような、有名になりたいからという理由で自らインターネット上にアップした自身のヌード画像のコピー先ウェブサイトの検索結果リストからの削除は、我が国では、プライバシー権で保護されている法的利益を放棄したものとして、削除が認められないことになる。我が国のように、人格権に対する不法行為と捉えると、検索結果リストからの削除が認められる範囲が狭くなることになる。

なお、(2)、(3)の事件は、最高裁判所平成六年二月八日判決（いわゆる「逆転」事件判決）及び、最高裁判所平成一四

年九月二四日判決（いわゆる「石に泳ぐ魚」事件判決）の範疇の事案であると考えられる。

四 検索エンジン事業者の責任

1 欧州裁判所の先行判決は、グーグルに、論点となっていない「域内市場における情報社会サービスの法的側面、特に電子商取引の法的側面に関する欧州議会及び理事会指令2000/31/EC」⁽²²⁾ 一二条（キャッシング）、一四条（ホスティング）に規定されるプロバイダとしての責任を認めたものではない。本件事案が同指令一三条（利用者が提供する情報の通信ネットワーク上での伝送）に規定されるプロバイダの問題であるとすれば、検索エンジン事業者は、「伝送の発信元の情報が削除され、若しくはその情報へのアクセスが停止され、又は、裁判所・行政庁からそのような削除・アクセス停止の命令が出た事実を実際に知ったときには、直ちに蓄積された情報の削除・アクセス停止をする」⁽²³⁾⁽²⁴⁾ 義務を負うにすぎないことになるから、検索結果に係るデータ主体からの直接の削除請求に応じる義務がないことになる。本先行判決は、「データ保護指令」の解釈・適用として、検索エンジン事業者をデータ保護指令二条dに規定される自然人の個人情報の管理者として認め、データ主体の情報管理権に基づく情報の削除を認めたものである。また、我が国のプロバイダ責任制限法二条一項の解釈として、検索エンジン事業者は、入力された検索キーワードに対して、結果を返すのであるから一対一の関係と捉えることも可能であり、プロバイダ責任制限法二条一項の「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信」に該当しないと解する余地がある⁽²⁵⁾。そうであれば、検索エンジン事業者は、同法同条二項に規定される「特定電気通信役務提供者」にも該当しないことになる。それ故、欧州裁判所の先行判決や我が国のプロバイダ責任制限法から、単純に「サイトの管理者には削除義務がある」と結論づけること

はできないのであり、検索結果について削除請求に応ずる義務があるか否を明らかにする為に、検索エンジン事業について考察する必要があると考えられる。

2 検索エンジン事業者は、その事業に関して、検索結果は「自動的に機械的に」インターネットの情報を収集して表示しているだけであり、検索結果に関して公平、中立であり、検索サービスは国民の知る権利に資するもので、社会的有用性があり極めて重要な役割を果たしているのであるから、削除義務はないと主張する。しかし、このような主張に関しては、次のような点において疑念が生ずるのである。

(1) 広告・宣伝会社 グーグルの検索エンジン事業について、東京地裁平成二五年一月一六日判決²⁶は、「インターネットは、国民が、自らが必要とする情報を得るための不可欠な手段の一つとなっている。そして、インターネットを利用するにおいては、検索サービスの利用が不可欠であり、特に、本件△△検索サービスは、我が国において利用者の極めて多い検索サービスの一つであって、国民の知る権利にも資するものとして、我が国において重要な役割を果たしていることは裁判所に顕著な事実である」という。しかし、グーグルは検索エンジンばかりでなく、YouTube（動画）、Facebook（SNS）、AI研究などの多彩な事業を展開している。これらの事業は、同社のメイン・ビジネスではなく、メイン・ビジネスはオンライン広告の販売普及である。検索エンジンは、メイン・ビジネスの「補完財」なのである。グーグルにとつて、「インターネット上で起こりうるすべてのことがメイン・ビジネスの補完財だ。オンラインで多くの時間を過ごし、多くのことを行えば、その分だけ人々は広告を目にし、自分に関する情報をさらけ出すことになる―そしてグーグル社にはもつと金が入る」。「Google社の理念とビジネス上の利害は、ある包括的なゴールにおいて合流する。そのゴールとは、いっそう多様なタイプの情報をデジタル化し、ウェブ上へと移

動させ、データベースに取り込み、同社による分類とランキングのアルゴリズムを通過させ、同社の呼び名で言うところの「断片（スニペット）」のかたちにし、できれば広告を付けたかたちでウェブ・サーファアに配分する²⁷ことなのである。欧州裁判所が「例えば検索結果画面にいわゆるバーナ広告の掲載による収益の為の営業活動を行っている限り、検索結果の表示と営業を分離して解釈することはでき²⁸ないと判示するのはまさに的を射ているのである。検索エンジンで、結果を表示し、クリックされたサイトが新たなビックデータの元となり、利益となるのである。

また、二〇〇八年に「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律」が整備されるまで、検索エンジン事業者は、検索結果表示に関してフィルタリングの十分な措置を講じてこなかったし、チャイルドポルノサイトのブロッキングが行われる前に、チャイルドポルノサイトを検索結果リストから削除する積極的自主的な措置は講じてこなかった。

このように、検索エンジン事業者は、検索エンジンの公益性など二次の営利企業なのである。

(2) 検索エンジンの非客観性 二〇一五年四月一六日の報道によれば、EUの行政を担う欧州委員会が、グーグルに対し、ネット検索サービスで約九割のシェアを握る支配的な地位を乱用し、通販などの自社サービスが有利になるよう検索結果を表示させ、同業他社を市場から締めだしたという疑いで、競争法違反の疑いがあるとする内容の異議告知書を送ったと発表した²⁸。これは、グーグルが検索エンジンについて常に主張する、「検索サービスによって表示されるウェブ検索結果ページは、飽くまで機械的かつ自動的に表示されているものであつて、グーグルが検索結果ページに表示される各ウェブページにおける表現内容の真偽や是非を評価する等して介入する余地はない。検索サービスは、中立公正な立場で機械的かつ自動的にウェブ検索結果を提供するサービスにほかならず、特定の表現行為を

助長したり、逆に隠蔽したりするものではない⁽²⁹⁾とすることと矛盾する。確かに検索エンジンがプログラムとして作業を行うときは機械的であっても、人間が作ったプログラムなのであるから恣意的にプログラムを機能させることができたり前なのであり、検索結果が客観的であるというのは誤解である。

(3) 利己性 インターネットから過去の記事が削除されないことに関し、エリック・シュミット氏（グーグルの親会社、アルファベット社現会長）は、「青年期に蓄積した情報から脱する為に、名前を変えられる日が来るだろう」とウォール・ストリート・ジャーナル紙（二〇一〇年八月一四日付け）のインタビューに答えている⁽³⁰⁾。氏名の変更に関し、アメリカ合衆国で、元恋人とFacebookでシェアしていた写真が、実名と共にリベンジポルノに利用され、ネット上から削除しきれず、被害女性が二〇一二年六月に法手続きに基づき氏名を変更したという事件が報道されている⁽³¹⁾。アメリカ合衆国でも元交際相手などが撮影した性的な映像を、嫌がらせ目的でネット上に掲載することを処罰する法の整備も進むようであるが、第三者による転載は処罰の対象とできないとされる⁽³²⁾。自分が思いを寄せる相手の気を引くために、自分のヌード画像を相手に送り、その画像がネット上に拡散することも⁽³³⁾ある。フランスで最初に「忘れられる権利」が認められたといわれる事例のように、検索エンジンの検索結果からの削除が認められれば、最低限の映像拡散の防止ができ、氏名の変更まで行わなくても済むであろう。リンクの削除を認めず、名前を変えろと言うことが、正義であり公益性を守ることなのであるだろうか。

(4) 中立性 グーグルは、検索エンジンの「中立性」を主張するが、既にグーグルの中立性の信頼は失われている。それは、以下のような事例から明らかである。

(i) グーグルは二〇〇六年に中国へ進出した際に、中国政府の検閲に協力し人権サイトを検索結果から非表示とし

た。⁽³⁴⁾二〇一〇年に中国本土から撤退したが、二〇一五年九月の報道によると、再進出を計画し、中国本土内でユーザーのデータを保存し、中国政府の検閲要求に応じることを認めている。⁽³⁵⁾

(ii) スノーデン元NSA職員の文書によつて、グーグル、マイクロソフト、フェイスブック、アップルなどのIT大手が、利用者のデータをNSAに渡していたことが明らかになった。⁽³⁶⁾

(iii) アルファベット社のエリック・シュミット現会長は、「政府、市民、IT企業がテロ集団のアカウントに対処しなければ、インターネットは間違つた人々の声を増幅させる道具になってしまう」。「憎悪や嫌がらせの言葉を抽出できるような機能を作り、IS（過激派組織『イスラム国』）のようなテロリストの動画が広まる前に削除し、対テロのメッセージを広めるべきだ」と米ニューヨーク・タイムズに投稿した。⁽³⁷⁾

この点に関して言えば、一九四四年七月二〇日のヒットラー暗殺事件の実行者Schtauffenbergは、当時テロリストとされたが今日では英雄であるし、一九〇九年一月二六日伊藤博文を暗殺した安重根も、韓国では国民的英雄である。ISやテロを決して肯定するつもりはないが、これらの情報を一方的に削除するならば中立性の放棄であろう。

3 以上の点からしても、検索結果が客観的、中立的、無責任でないことは明らかであろう。

検索エンジン事業者は、報道機関とは認められず、自認もしていない。特定電気通信役務提供者にも該当しない余地があり、検索エンジンは宣伝営業の補完財であるから、検索エンジン事業は単なる営利私企業（広告宣伝業）である。検索エンジンサイトが広告宣伝の場合なのであり、そこへ人を誘引する為の道具として検索エンジンを利用するのであるから、プライバシーを侵害し、人の名誉を毀損し、誹謗中傷する検索結果を表示することで人を誘引するといふことは条理上からしても許されないであろう。それ故、営利私企業が、営業目的の補完財、つまり検索結果の内容

に責任を負うと捉えることは可能であると考えられる。このように解すれば、民事事件として争う際にグーグルの責任について争う必要がなくなり、争点は、データ主体（削除を請求する者）の利益と公衆の利益（知る権利）の比較衡量の問題となり迅速な解決が可能となるのである。

五 削除権の法的構成

検索エンジン事業者が検索結果について削除義務を負うとして、データ主体が検索結果からの削除を求める場合、我が国のように不法行為に基づいて請求すると、源のウェブページが人格権侵害の不法行為といえない場合、検索結果リストも不法行為とはならず、削除を請求することもできない場合が生ずることになる。例えば、高額納税者公示制度³⁸により、氏名が記載された過去の新聞記事や関連サイトの検索結果や、事件・事故の被害者の実名報道記事や関連サイトの検索結果の削除を求めようとするれば、検索結果リストの表示について、不法行為に基づいて削除を請求することはできないであろう。また、自ら行った違法行為や不法行為の動画等をネット上に投稿した者が、被害者の為に被害の拡散を防止する目的で、公開された画像やコピーサイト等の検索結果リストの削除を請求する場合には、自招危険に対する被害者の為に行う正当防衛ないし緊急避難という複雑な理由によらなければならないことになる。さらに、近時、保護者による幼児を被写体とした動画等の投稿サイトへの投稿が増えているが、今後、幼児が成長した時に、ネット上に拡散している自らの動画等やその内容に関する検索結果リストの削除請求がなされる可能性がある。この場合に、児童虐待やチャイルドポルノの画像等は除き、保護者が行った動画等の投稿が、幼児の同意を得ていなかったことを理由として、人格権に対する不法行為と捉えることはできないであろうから、データ主体による自己情

報のコントロール⁽³⁹⁾に基づく削除権を認めなければ十分な保護ができないことになるのである。

また、検索エンジンにおける技術としてまだ一般化している技術ではないが、画像検索の方法として、生体認証技術の一つである顔認証システムを利用するものがある。⁽⁴⁰⁾これは、例えば人物Aの顔画像をキーワードとして用い、インターネット上に存在する画像の中から人物Aが写っている画像を検索し、その検索結果画像のリスト（リンク先を含む）を表示するというものである。この検索技術には、肖像権やパブリシティ権の侵害画像を発見できるというメリットがある。しかし同時に、インターネット上へ画像をアップすることが不法行為とはいえない画像が検索されることによるプライバシー侵害を引き起こす危険性が含まれている。例えば、誰であるか知らないXを撮影したYが、この検索技術を利用してXの画像をキーワードとして検索を行った場合に、XがFacebook等に実名で自分の画像を掲示していると、YはXが誰であるかを割り出すことができてしまう。また、大学の教員紹介のウェブサイトに掲示されたAの画像をキーワードとして検索を行うと、誰かが撮影し、インターネット上にアップされた画像にAが偶然背景として写っていたとしても、検索結果としてその画像やリンク先が表示されることになる。そして、個人情報⁽⁴¹⁾が紐付けられることにより、その画像が撮影されたときにAがその場所にいたということが暴露されることになるのである。

顔画像をキーワードとして本人を特定できる検索結果を表示するというのは両刃の剣であるから、人格権侵害の危険性が高いという理由で検索システムとして顔認証システム技術の利用を禁止することはできないであろう。プライベートな空間において撮影された画像がデータ主体の同意なしにインターネット上に公開されていた場合は、公開そのものをプライバシー侵害として捉えることができるが、例えば、公共空間や観光地で個人により撮影された画像で、

データ主体が背景として写っている場合に、直ちにプライバシー、肖像権の侵害として捉えることはできない。しかし、顔生認証技術を利用すれば、個人が撮影した画像や画像のアップされている関連ウェブサイトさえも検索結果として表示されるにもかかわらず、画像やウェブサイトを、検索結果に対し不法行為に基づく削除請求が認められないのであるから、プライバシー侵害を回避するために、個人情報が含まれる検索結果リストの表示に対するデータ主体による自己情報のコントロールに基づく削除権を認めることが必要となるのである。

我が国の個人情報保護法二条三項は「個人情報取扱事業者とは、個人情報データベース等を事業の用に供している者」と限定している。ここにいう「データベース」とは、簡単に言えば、Aという氏名のフォルダにAの情報がまとめられていて、Aという氏名で検索できるように体系的に構成したものであり、「等」とは、政令で定めるマニュアル処理情報であり、例えば病院のカルテや学校の指導要録である。このような定義では、個人情報保護法が施行された十年前とは比較にならないほどの検索エンジンに用いる情報の集積がなされ、検索エンジンの為のソフトとハードの進化により、検索エンジンがキーワードに対する正鵠を射た検索結果を表示するにも関わらず、そのシステムを「データベース等」と解することができず、個人情報を十分に保護することができないのである。現在の検索エンジンの性能から「データベース等」の概念に検索エンジンシステムを含むと解することは十分可能であると考えるが、なお問題は残る。それは、同姓同名者の情報の混在である。例えば、同姓同名の二人が別々の犯罪を行ったにも関わらず、一人が全ての犯罪を行ったような虚像が作り出されることが起こるのである。この問題点からしても、個人情報保護法二条一項に規定される「個人情報」を扱う者に、情報に関する管理、保護責任を課すことによりはじめて個人情報保護が保護されるのであり、このような意味に個人情報取扱事業者の定義を変更し規定することにより、検索エン

ジン事業者の検索結果に対する責任を認め、データ主体による検索結果からの削除請求権を認める事により、人格権侵害に対する一定の防衛が果たされることになるのである。「データ保護指令」の改正案である欧州議会の「修正案」⁽⁴¹⁾は、インターネット、デジタルデータ社会から、自身の不都合な情報ばかりでなく、自身に関するあらゆるデータ、自身に関連する検索結果データの削除を請求する権利をより広く認めるものと解せられ、削除権が拡大される方向にある。これは「インターネットから退場する権利」とも呼べる権利であろう。我が国のように人格権侵害の場合にだけ不法行為として削除請求が可能となるとすると、個人情報の保護について欧州との間には大きな格差が生ずることになる。他人に知られる必要のない情報を自らコントロールできる権利こそが個人情報の保護の原則であるべきであり、この権利には当然削除権が含まれるのである。

六 削除権を確立するための今後の方策

欧州裁判所の先行判決により、「忘れられる権利」という語が一躍脚光を浴びることとなった。この「忘れられる権利」という表現は、フランス語の “le droit a l’oubli”⁽⁴²⁾ が英語に訳される際に、「削除」・「消去」ではなく「忘却」のプロセスが誇張されすぎた為だと言われている⁽⁴²⁾。先行判決の中でも、欧州裁判所は自身の表現として「忘れられる権利」という語は使用していない。また、欧州委員会において、「データ保護指令」に変わるものとして審議され、二〇一二年一月一日に公表された「個人データ取扱に係る個人の保護及び当該データの自由な移動に関する欧州議会及び理事会の規則提案」⁽⁴³⁾の中では使用されていたが、欧州議会が二〇一四年三月二二日に可決した「修正案」⁽⁴³⁾では、「削除権」に修正されている。

「忘れられる権利」という言葉はセンサーショナルに扱われたが、実態は「削除権」であったということになる。⁽⁴⁴⁾しかし、この言葉の話題性が、欧州裁判所の先行判決後に、グーグルやヤフーが削除基準⁽⁴⁵⁾を策定、公表し、それに従い多くの人たちが削除を請求できる方法が確立されたことに貢献した意義は大きいといえる。とはいえ、両社が示した削除基準は決して十分なものではなく、人格権侵害や削除請求を理由として裁判所の判断を求めなければならぬ事案は多いと思われる。一方で、グーグルの透明性レポートのサイト上に「欧州のプライバシーに基づく検索結果の削除リクエスト」という項目が設けているのは、先行判決がグーグルの特別な状況（表示された検索結果に責任を負わない）を否定し、削除申請に応ずる義務がないというグーグルの主張が否定され、グーグルに削除を申請する際は、その点を争う必要がなく、残るは、データ主体の利益と公衆の利益の比較衡量の判断ということに従わざるを得ないからである。検索エンジン事業者はグローバルスタンダードとしてこの基準（営業の利益は、人格権に優先しない。請求により原則として削除の義務を負う）に従った削除権を受け入れるべきであり、裁判による場合の削除の判断を削除請求権者の利益と公衆の知る権利との比較衡量に限定すべきである。

さらに、欧州議会が可決した「修正案」⁽⁴⁷⁾では、個人データの収集・処理に関する同意の撤回が認められ、その撤回に基づく削除権が認められ、削除権行使の機会が増えることが予想される。このような同意を重視する欧州の考え方⁽⁴⁸⁾に対し、アメリカでは「プライバシー管理がまともに行えないインターネットの世界で同意をどれだけ強調しても、それは単なる儀式にすぎない」とする批判があると言われる。⁽⁴⁹⁾しかし、アメリカでのリベンジポルノの規制では、画像をネット上に掲載する「同意」、つまり情報の処理の同意の存否を問題としなければ解決できなのは明らかであり、同意を不要とすることはできないはずである。

検索結果からリンクを削除するという権利は、源になる情報へのアクセスを不自由にするということである。これに対しグーグルは「ChillingEffects.org」というサイトにおいて、検索結果の客観性、手続きの透明性を担保するためとして、検索結果を人為的に削除した場合には、削除結果について公表している。削除処理の客観性、透明性を確保する必要性はあるものの、これではグーグル製「まとめサイト」であり、削除の実効性を失わせるものである。これでは、ロイポルトが、先行判決について、プライバシーの保護の為に最善と思われる方法を導き出した先行判決は、ストライサンド効果⁵⁰によりプライバシー保護がいかにかという裁判劇になってしまったと指摘すると同様の結果を生じかねないであろう。リンクを削除されたサイトの制作者からの理由開示請求があった場合に開示し、反論の機会を与えるとするれば客観性と透明性を確保できると言える。

また、欧州裁判所先行判決は、一般人の利益と公衆の知る権利との比較衡量と、公的な立場にある者の利益と公衆の知る権利との比較衡量に差が生じることを認めている。一般人としての立場から検索結果からの削除を認められ削除された者が、後に公人になろうとした場合、この削除結果は取り消され元に戻されるのかという問題が生ずることになる。このような場合にこの削除結果の公表は有益であるかのように思われるが、このような場合については、公職選挙法を改正し、検索結果からの削除を認められたことがあるという事実の公表を義務づけるようにすれば解決できると考えられる。

以上のように、個人情報の保護に基づく削除権を認め、人格権と知る権利の調和が図られた検索結果の提供こそが、検索エンジン事業のあるべき姿でなければならないはずである。

- (1) 「(Media Time) ネットデマ、許す空気」朝日新聞デジタル版 二〇一四年二月一四日。 <http://www.asahi.com/>
- (2) 「検索結果とプライバシーに関する有識者会議報告書」 Yahoo Japan 二〇一五年三月二〇日 九頁。
http://i.yimg.jp/i/docs/publicpolicy/blog/20150330/Search_results_and_privacy.pdf
- (3) 安田 浩一「ネット私刑」扶桑社 二〇一五年 一七五頁。
- (4) 安田 前掲(3) 一七三頁。
- (5) EU法の効果的かつ統一的な適用の観点から、時として加盟国の国内裁判所はEU法の解釈の確認、明確化の観点から欧州連合司法裁判所に照会し、欧州連合司法裁判所が、当該加盟国の国内法がEU法に適合しているかを確認し意見を下すことを先行判決（先決的判決）という。 <http://www.ju.emb-japan.go.jp/japanese/eu/justice.htm#I> 参照。
- (6) EuGH, Große Kammer Urteil vom 13. Mai 2014 – C-131/12 –, Juris <https://www.juris.de/jportal/index.jsp>
- (7) 中西 優美子 「GoogleとEUの「忘れられる権利（削除権）」(VI(2))【EU法における先決裁定手続きに関する研究(7)】『自治研究』 九〇巻九号 九七頁。
- (8) „RICHTLINIE 95/46/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTES UND DES RATES vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=de>
なお、和訳は、「個人データ処理に係る個人の保護及び当該データの自由な移動に関する欧州議会及び理事会の指令」(E C O M プライバシー問題検討WG 訳) 参照。
http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel_h/doc/intnl/Direct-1995-EU.htm
- (9) データ保護指令二条 d 「管理者」とは、個人データの処理の目的及び手段を決定する自然人、法人、公的機関、政府機関、又はその他の全ての団体を意味するものとする。処理の目的及び手段が国家の又はECの法律や規則によって決定される場合には、国家又はECの法律は、管理者又はその指名に対する特定の基準を規定することができる。」
- (10) 内村 國臣、小林 勝 訳「(試訳) 欧州連合基本権憲章」

七条 私的及び家庭生活の権利

何人も、自己の私的および家庭生活、住居ならびに通信の尊重に対する権利を有する。

八条 個人情報の保護

- (1) 何人も、自己に關係する個人情報の保護に対する権利を有する。
- (2) 個人情報は、当該者の承諾に基づいて、または法律によって定められたその他の合法的基礎に基づいて、明記された目的の為に公明正大に作成されなければならない。何人も、自己に關係する収集された情報のアクセスに対する権利および情報誤りを正す権利を有する。
- (3) この規則の遵守は独立の機関による監督を受けるものとする。
http://www.cgu.ac.jp/Portals/0/data1/cguwww/03/14_0102/047-13.pdf#search='%E6%AC%A7%E5%B7%9E%E5%9F%BA%E6%9C%AC%E6%A8%A9%E6%86%B2%E7%AB%A0'
- (11) 欧州連合司法裁判所法務官は、裁判所を補佐し、案件に関し、完全に公平かつ独立の立場から、理由を付した意見を公判に提出する。 <http://www.lu.emb-japan.go.jp/japanese/eu/justice.html#I> 参照。
- (12) Andreas Leupold, „Google und der Streisan-Effekt : Das Internet vergisst nicht“ MR-Int, 2014, 3-6, Vgl. S. 4f. 「データ保護指令二条が予定するのは、EU域内にある支社による個人情報の処理ではなく、支社によってもたらされる経済的つながりである。このような拡張解釈は、制定当時もその後のEU委員会も予定していなかったものであり広きに失する」と批判する。
- (13) Niilo Jäskinen, “SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS“, vom 25. Juni 2013, Rechtssache C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. gegen Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. Vgl. Rn.86. <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CC0131&lang1=de&type=TEXT&ancre=>
- (14) Andreas Leupold, a.a.O. Vgl. S.4f.
- (15) Niilo Jäskinen, a.a.O. Vgl. Rn. 108.
- (16) 「仮処分申請 グーグルに「検索結果の削除」命ず」判決ダイジェスト 参照。

個人情報保護の為の検索結果に対する削除権（水野）

<http://www.hanreisho.com/user/cgi-bin/digest/dlview.cgi>.

- (17) 「ヤフー検索結果」削除不要」「雑誌で過去公表」証拠に」朝日新聞デジタル版 二〇一五年二月二六日。
- (18) 神田 知宏 「グーグル検索結果削除仮処分命令申立事件」『ネット社会と忘れられる権利 個人データ削除の裁判例とその法理』 奥田喜道 編 現代人文社 二〇一五年 一三三頁以下 参照。
- (19) 宇賀 克也 「個人情報保護法の逐条解説」 第二版 二〇〇五年 有斐閣 三五頁、園部 逸夫 「個人情報保護法の解説」改訂版 平成一七年 ぎょうせい 五三頁。
- (20) 神田 前掲 (18) 一三三頁。
- (21) 「忘れられる権利はネット社会を変えるか？」 クローズアップ現代 NHK。
http://www.nhk.or.jp/gendai/kiroku/detail02_3219_all.html 参照。
- (22) RICHTLINIE 2000/31/EG DES EUROPA · ISCHEN PARLAMENTES UND DES RATES vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:DE:PDF>.
- (23) 検索エンジン事業者へのプロバイダ責任制限法の適用を認めるものとして、高田 寛「検索エンジンの社会的影響と法的問題—Googleを例に—」産業能率大学紀要 第二九卷 第一号 六三頁 参照。
- (24) 「提言」プロバイダ責任制限法検証WG 総務省 平成二三年 六六頁 参照。
- (25) 京都地裁平成二六年八月七日判決 (2014WLJPCA08076001 Westlaw Japan 参照) は、検索エンジンによる検索結果リストの表示による摘示事実は名誉毀損には当たらないし、逮捕事実に関するサイトの検索結果リストの摘示は、名誉毀損に係る不法行為の全ての要件を充足しないと判示している。また、例えば、アメリカ合衆国法典集四七編二三〇条は、「双方方向コンピュータ・サービスのいかなるプロバイダまたはユーザーも、他のコンテンツ提供者が提供する情報の出版者または代弁者としての責任を負わない」と規定している。<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230> 参照。

- (26) 2013WLJPCA12168020. West Law Japan. <https://go.westlawjapan.com/wljp/app/signon/display>
- (27) Nicholas Carr 「ネット・バカ インターネットがわたしたちの脳にしていること」篠儀直子 訳 青土社 二〇一〇年 一二二頁以下。
- (28) 「グーグルとEU、全面対決欧州委「競争法違反の疑い」」朝日新聞デジタル版 二〇一五年四月一六日。
- (29) 東京地裁棄却(平成二十二年二月二日) 2011WLJPCA1218030 West Law Japan 参照。
- (30) 「Google and Search for the Future (グーグルと未来の為の検索)」ウォール・ストリート・ジャーナル 二〇一〇年八月一四日 電子版 参照。 <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704901104575423294099527212> .
- (31) 「リベンジポルノ、米で深刻化、削除しきれず氏名変更も」朝日新聞デジタル版 二〇一四年三月二〇日。
- (32) 「金もうけに悪用、リベンジポルノ募るサイト続々」朝日新聞デジタル版 二〇一四年三月二〇日。
- (33) 「世界発二〇一〇 子を追いつめる携帯 米、画像流出で自殺のケースも」朝日新聞 朝刊(二三版) 二〇一〇年一月七日 八頁。
- (34) 「グーグル、中国撤退も サイト攻撃・検閲理由に」朝日新聞デジタル版 二〇一〇年一月一三日。
- (35) 「Google、五年ぶりに中国本土復帰か、アプリストア計画」日経BP社 電子版 二〇一五年九月七日。
ITPro <http://itpro.nikkeibp.co.jp/atcl/news/15/090702893/?r=noent>
- (36) 「日本の個人情報も筒抜け「あらゆるデータがNSAに」」朝日新聞デジタル版 二〇一五年九月六日。
- (37) 「テロ、投稿削除のジレンマ ソーシャルメディアめぐり米で議論」朝日新聞デジタル版 二〇一五年二月一三日。
- (38) 税法に基づいて、高額納税者を公示するという制度。所得税、法人税、相続税、贈与税の各法に基づく高額所得税額者が公示の対象となり、例えば、所得税法の該当者は、氏名・住所・所得額が、相続税、贈与税の該当者は、氏名・納税地・課税価格が公示されていた。この制度は、個人情報保護制度の整備により二〇〇六年に廃止された。
- (39) 水野 正 「道路周辺映像サービスの問題点―住居画像の提供を中心として―」日本法学八一巻二号 一五四頁以下、一六五頁以下 参照。

- (40) 例えは、<http://www.pictriv.com/?lang=ja> 参照。
- (41) „Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM (2012) 0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011 (COD))“, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+DOC+XML+V0//DE>.
- (42) 宮下 紘 「個人情報保護における国際的枠組みの改正動向調査」 消費者庁 平成二六年三月二八日四三頁。
- (43) 前掲 (41) 参照。
- (44) Leupold a.o. Vgl. S.5f. ロイポルトは、「レーバツハ事件判決 (BverfGE 32,202)」を引用して古くからあった削除の問題であるとしている。なお、小山 剛 「放送による犯罪報道と人格権—レーバツハ事件—」『ドイツの憲法判例』第二版 一九九六年 信山社 一八三頁 参照。
- (45) グーグルの削除基準では、名誉を毀損するような内容等は対象の可能性に含まれない。ヤフーの削除基準では、プライバシーに対する権利侵害が明白であり、重大で緊急性がある場合であるとする。なお、グーグルの削除基準については、<https://support.google.com/websearch/answer/2744324> ヤフーの削除基準については、「検索結果の非表示措置の申告を受けた場合のヤフー株式会社の対応方針について」<http://publicpolicy.yahoo.co.jp/2015/03/3016.html> 参照。
- (46) 欧州のプライバシーに基づく検索結果の削除リクエスト二〇一四年五月二九日～二〇一六年二月一八日、Google が削除のために評価したURLの総数：一、二七四、二五七件 Google が受け取ったリクエストの総数二八九、八〇四件であるとしている。Google 透明性レポート。 <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=ja>
- (47) 「修正案」一七条一項は、「以下の理由のいずれかが当てはまるとき、データ主体は管理者からデータ主体個人に関するデータの削除と、このデータのさらなる拡散の中止、およびこの個人に関するデータの関連事項並びにすべてのコピーと複製物の削除を要求する権利を有している」と規定している。その事由として、a) 収集・処理の目的との関係でデータがもはや必要でなくなった場合、b) データ主体が、六条一項 a に従った処理の根拠をなした同意を撤回する、あるいは同意を与えた

期間が終了し、データの処理の為のほかの法的根拠が欠ける場合、c) データ主体が一九条に従い異議申立権を行使した場合、c a) 連合内の裁判所又は調整機関が、データ主体のデータが削除されなければならないことに確定力のある決定をした場合、d) データが違法に処理された場合、を挙げています。なお、前掲(41) 参照。

(48) 欧州における同意に関する理論はドイツで発展した情報自己決定の概念と結びついている。水野 前掲(39) 一五四頁以下 参照。

(49) 宮下 紘 「忘れられる権利をめぐる攻防」 比較法雑誌四七巻第四号 日本比較法研究所 五二頁 参照。

(50) Andreas Leupold, a.a.O. Vgl. S.6. 先行判決以降、「Google.de」原告の名前で検索できるサイトが四〇、〇〇〇件にもなる」としている。ストライサンド効果とは、ある情報を隠蔽、除去しようと努力すると、かえってその情報を広範囲に拡散させてしまう現象をいう。

政務調査費をめぐる住民訴訟

——使途基準と立証責任の問題を中心として——

西原 雄 二

- 一 はじめに
- 二 政務調査費制度の趣旨
- 三 使途基準適合性の判断基準
 - 1 司法審査方法
 - 2 判例の問題点
- 四 立証責任の問題
- 五 結 語

一 はじめに

政務調査費（制度）は、平成一二年五月の地方自治法改正によつて、地方議員の調査研究に資するために必要な経費の一部を交付する制度として創設されたものである。この制度が規定されて以降、各地方公共団体が条例の定めによつて、議会における会派又は議員に対して政務調査費を交付できることとなつた（平成一二年法律第八九号）。すなわち、「普通地方公共団体は、条例の定めるところにより、その議会の議員の調査研究に資するため必要な経費の一部として、その議会における会派又は議員に対し、政務調査費を交付することができる。この場合において、当該政務調査費の交付の対象、額及び交付の方法は、条例で定めなければならない。」（同法一〇〇条一二項「当時」）、「政務調査費の交付を受けた会派又は議員は、条例の定めるところにより、当該政務調査費に係る収入及び支出の報告書を議長に提出するものとする」（同条一三項「当時」）と規定された。

政務調査費制度は、従前より全国都道府県議会議長会や全国市議会議長会から、それまで各団体ごとに交付されていた県政調査交付金等を法律上制度化するよう要望があつたことを受け、いわゆる議員立法により提案され、平成一三年四月一日より施行されたものである。¹

さらにその後、平成二四年九月に地方自治法が改正され、現行の地方自治法（平成二四年法律第七二号。平成二五年三月一日施行）一〇〇条一四項は、「普通地方公共団体は、条例の定めるところにより、その議会の議員の調査研究その他の活動に資するため必要な経費の一部として、その議会における会派又は議員に対し、政務活動費を交付することができる。この場合において、当該政務活動費の交付の対象、額及び交付の方法並びに当該政務活動費を充てること

ができる経費の範囲は、条例で定めなければならない」と規定している。すなわち、従前の「政務調査費」が「政務活動費」⁽²⁾と改称され、その用途は、議員の「調査研究」のみならず「その他の活動」にも認められ、しかも、これを充てることができる経費の範囲についても、従前とは異なり条例で定めることとなった。そこで、政務活動費制度を導入している地方公共団体では、それぞれ政務活動費交付に関する条例を定め、政務活動費をどのような用途に支出できるのかを示す用途基準を定めている。⁽³⁾

こうして、「政務調査費」は、平成二四年九月の地方自治法改正により「政務活動費」に改称され、その用途が拡大され、今日に至っている。なお、政務調査費及び政務活動費の経緯等については、次節で詳しく述べることにする。本稿では、政務調査費をめぐる住民訴訟について取り上げる。その理由は、第一に、現在では、政務調査費（制度）は政務活動費（制度）へと変更されたものの、本稿で考察する住民訴訟判例のほとんどすべてが平成二四年九月以前の「政務調査費」の支出を対象としたものであるためである。第二に、政務調査費に関する判例をみてみると、多くの問題点が認められるためである。

地方自治法上、政務調査費は、「議会の議員の調査研究に資するため必要な経費の一部」に用いるものとされ、具体的な用途については、法の範囲内において各地方公共団体が議員の調査活動の実態を勘案したうえで定めるところに委ねられている。各地方公共団体の議会においては、条例で具体的な用途基準を定めたり、条例上は「別に定める用途基準に従い政務調査費を使用しなければならない」旨を規定しつつ、当該条例の委任を受けた規則や規程等において具体的な用途基準を定めることにより用途を具体化し、当該用途基準に基づいて政務調査費を使用するものとしているところが多い。⁽⁴⁾

しかし、条例で定められる政務調査費の使途基準の多くは、交付する項目に対する簡単な説明と充当できる費目をいくつか例示するだけにとどまっているため、一般的に使途基準としてはかなり曖昧なものとなっている。⁽⁵⁾ 実際には、会派や議員が政務調査費を用いて、視察旅行の名目で調査研究とは無関係の私的な観光旅行に赴く、会議の名目で無関係な飲食を行う、あるいは私的使用のための物品を購入するなどの不透明、不適切な支出もみられ、⁽⁶⁾ その運用をめぐる問題点も少なくない。⁽⁷⁾ 政務調査費の使途が適切か否かは、最終的に裁判によつて決定されることとなる。これまでに会派や議員の政務調査費の支出が「使途基準に合致していない」として住民訴訟が全国各地で提起され、数多くの様々な判例が下されている。⁽⁸⁾ そこでは、どのような支出が適法あるいは違法であるのかという判断基準の問題と、それとの関連で、当事者はどのような事項につき、どの程度の主張立証をすればよいのかという立証責任の問題が重要な論点となっている。⁽⁹⁾

したがって、政務調査費をめぐる住民訴訟においては、種々の疑問や問題があるが、本稿では、それらのうち、特に使途基準適合性の判断基準の問題と、それに関連して生じる立証責任の問題について取り上げることとする。

以下、本稿は、政務調査費の趣旨について述べたうえで、使途基準適合性の判断基準と立証責任の問題について、多くの判例や学説等を中心として考察するものである。なお、本稿の内容は、現行法令の規定ではなく、当時の地方自治法（平成二四年法律第七二号による改正以前のもの）、条例、規則等の規定に基づいている。本稿で参照・引用する裁判例については、判決文の表記に準じて「政務調査費」と表記している。

(1) 勢簾了三『地方議会の政務調査費』（学陽書房、平成一九年）九頁以下、渡邊史朗「地方議会議員の政務調査費について」

地方自治七二二号一四頁以下、廣瀬和彦『政務調査費ハンドブック』（ぎょうせい、平成二二年）六頁以下参照。

- (2) この点については、植田昌也「地方自治法の一部を改正する法律について」地方自治七七九号二七頁以下、岩崎忠「二〇二二年地方自治法改正の制定過程と論点」自治総研四一一号九〇頁以下、廣地毅「政務活動費の法的性質に関する一考察（一・完）」自治研究八九巻五号六五頁以下、井上明彦「政務活動費でどう変わったか」日経グローカル二二九号一〇頁以下、鶴沼信二「政務活動費」野村稔・鶴沼信二『地方議会実務講座（改訂版）第三巻』（ぎょうせい、平成二五年）二九六頁以下、小山善一郎「地域の視点」法令解説資料総覧三九三号四五頁以下、寺田雅一「政務活動費の交付に関する条例の制定状況に関する調査結果について」地方自治七九〇号七八頁以下、成田頼明・園部逸夫・金子宏・塩野宏編『注釈地方自治法（全訂）』（第一法規出版、平成二七年）一六〇七頁以下〔斎藤誠執筆〕、松本英昭『新版逐条地方自治法（第八次改訂版）』（学陽書房、平成二七年）三八七頁以下、勢籬了三『地方議会の政務活動費』（学陽書房、平成二七年）七頁以下、本橋謙治・鶴沼信二『実務必携 地方議会・議員の手引き』（新日本法規、平成二八年）六三頁以下参照。

(3) 例えば、名古屋高判平成二七年二月二四日LEX/DB文献番号25447764参照。

(4) 渡邊・前掲「地方議会議員の政務調査費について」一六頁参照。

(5) 原田光隆「政務調査費制度の概要と近年の動向」調査と情報六〇八号五頁、国政情報センター『政務活動費違反判例集』（国政情報センター、平成二七年）一五頁参照。

各地方公共団体の定める条例、これを受けた規則等において、政務調査費の用途基準が定められた。しかし、その用途基準は、「会派又は議員の調査研究に必要なもの」というように抽象的に定められているため、どのような支出であればこれに該当するのかが必ずしも明らかではない。

(6) 若狭愛子「判例紹介」民商法雑誌一四三巻二号一一八頁、矢野輝雄『行政ウォッチハンドブック』（信山社、平成二六年）二〇五頁参照。

(7) 政務調査費の実態については、村上順・小倉卓晃「判例研究」自治総研三二二号三八頁以下、宮沢昭夫『政務調査費』そ

対して、地方公共団体の議会を構成する議員の活動基盤強化が不可欠であるとし、「地方分権の推進に応じて、一層積極的、効果的な議員活動が行われるよう、現在認められている報酬、期末手当、費用弁償のほかに、地方公共団体が状況に応じ、自主的に条例で議員活動に必要な経費（例えば文書通信費、事務所費など）を支給できるようにする」と⁽²⁾を要望した。

また、全国市議会議長会も、同月頃、国会や関係行政機関に対して、議会機能の充実強化を図る必要があることから、「地方議会議員の政策立案・調査研究に資するため、政務調査交付金の支出について法的根拠を設けること」を要望した。

これらの要望等を受けて、政務調査費に関する「地方自治法の一部を改正する法律案」は、平成一二年五月一八日、衆議院地方行政委員会で審議されたうえで、同日、衆議院本会議において全会一致で可決された⁽³⁾。その後、同法案は、参議院に回付され、同月二四日、参議院本会議で全会一致により可決、成立したのである（平成一二年法律第八九号）。

政務調査費制度の趣旨については、平成一二年の地方分権一括法の施行によって、地方公共団体の自己決定権や自己責任が拡大し、その議会が担う役割がますます重要なものとなってきたという認識の下に、全国議長会の強い要望を踏まえ、地方議会の審議能力を強化し、地方議員の調査研究活動の基盤の充実を図るため、議会における会派又は議員に対する調査研究の費用等の助成を制度化し、併せてその使途の透明性を確保することとしたものであると説明されている⁽⁴⁾。

この点について、最高裁判所でも同様に、「地方自治法一〇〇条は、政務調査費の交付につき、普通地方公共団体

は、条例の定めるところにより、その議会の議員の調査研究に資するため必要な経費の一部として、その議会における会派又は議員に対し、政務調査費を交付することができ、この場合において、当該政務調査費の交付の対象、額及び交付の方法は、条例で定めなければならないと規定した上（二三項）、『政務調査費の交付を受けた会派又は議員は、条例の定めるところにより、当該政務調査費に係る収入及び支出の報告書を議長に提出するものとする』こと（二四項）を規定している。これらの規定による政務調査費の制度は、地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律の施行により、地方公共団体の自己決定権や自己責任が拡大し、その議会の担う役割がますます重要なものとなつてきていることにかんがみ、議会の審議能力を強化し、議員の調査研究活動の基盤の充実を図るため、議会における会派又は議員に対する調査研究の費用等の助成を制度化し、併せてその用途の透明性を確保しようとしたものである⁽⁵⁾と判示している。

元来、地方自治法一〇〇条は議会の調査権を定める規定であり、これとの関係でいえば、政務調査費制度は、調査権の行使によって地方議会の果たすべき調査機能の活性化を支える趣旨のもの⁽⁶⁾ということになる。いわば会派又は議員がイニシアティブをとって調査研究を行う際に、公金から費用を助成できるようにしたことが、同制度の眼目とされる⁽⁷⁾。

このように、政務調査費制度の趣旨は、地方議会の活性化を図るため、地方議員の調査活動基盤を充実させ、その審議能力を強化させるとともに、その用途の透明性を確保することにあるといえる。そのような制度趣旨の下で、地方自治法はその制度の具体的内容を条例に委ねた。これに伴い、多くの地方公共団体では、政務調査費の交付に関する条例や規則、規程等が制定され、政務調査費が会派又は議員に支給されることとなった。

その後、平成二四年に地方自治法の改正によって、「政務調査費」は、その名称が「政務活動費」に変更され、その用途が拡大されて、調査研究以外の議員活動にも充当できるようになった。^⑧平成二四年の法改正は、全国都道府県議会議長会から「議会機能の充実強化を求める緊急要請」(平成二三年一月)が出されるなど、全国都道府県議会、全国市議会議長会、全国町村議会議長会の三議長会の要望等を踏まえたものである。^⑨その改正内容は、①「政務調査費」の名称を「政務活動費」とし、②交付目的に「その他の活動」を加えて「議員の調査研究その他の活動に資するため」とし、③従来の「交付の対象、額及び交付の方法」に加えて「政務活動費を充てることができる経費の範囲」は条例で定めなければならないこととした(同法一〇〇条一四項)。そのうえで、④政務活動費の用途の透明性の確保を議長の努力義務とする規定が新設された(同法一〇〇条一六項)。

今回の改正は、交付対象・範囲の拡大と同時に、用途の透明性の向上を図るべく、議長に対して透明性確保の努力義務を課すとともに、衆参の附帯決議においても、政務活動費の「運用につき国民の批判を招くことのないよう、改正趣旨の周知徹底と併せ、用途の透明性の向上が図られるよう、特段の配慮を行うこと」とされている。^⑩

現行の政務活動費制度の趣旨は、政務調査費制度とほとんど同様の趣旨であるが、さらに政務活動費の経費の範囲を明定し、用途については議長に透明性の確保を課すことにより説明責任を果たすことにあるとされる。^⑪さらにまた、政務活動費制度においては、議員としての補助金の要請、陳情活動等の旅費交通費、議員が地域で行う市民相談、意見交換会や会派単位の会議に要する経費等が条例で交付の対象とすることができるようになった。もともと、議員としての活動には含まれない政党活動、選挙活動、後援会活動、私人としての活動のための経費等は、条例によっても交付の対象とすることはできないとされている。こうして、従来の政務調査費は、平成二四年の法改正によって実

質的に使途が転換され、議員の活動範囲が拡大されているのである。⁽¹³⁾

- (1) 奥田久仁夫「問題が多すぎる政務調査費交付制度」都市問題一〇〇巻一〇号二八頁参照。
政務調査費の立法経緯については、名古屋地判平成一七年五月二六日LEX/DB文献番号28101447、加藤幸雄「政務調査費の制度化とその実態」地方財務五五七号一三三頁以下、勢籟了三「地方議会の政務調査費」(学陽書房、平成一九年)三頁以下、碓井光明『政府経費法精義』(信山社、平成二〇年)二九七頁以下、廣瀬和彦『政務調査費ハンドブック』(ぎょうせい、平成二一年)一頁以下、寺田友子『住民訴訟判例の研究』(成文堂、平成二四年)一八三頁以下参照。
- (2) 名古屋地判平成一七年五月二六日LEX/DB文献番号28101447、廣瀬和彦「議会運営の実務(第二〇回)政務調査費の理論と実務①」地方財務六四五号三〇四頁以下参照。
- (3) 衆議院本会議においては、提案趣旨につき、「地方議会の活性化を図るためには、その審議能力を強化していくことが必要不可欠であり、地方議員の調査活動基盤の充実を図る観点から、議会における党派等に対する調査研究費等の助成を制度化し、併せて、情報公開を促進する観点から、その使途の透明性を確保することが重要になっております」と説明された。もつとも、各委員会及び各本会議において質疑応答は全くなく、提案趣旨の説明においても、「党派又は議員」を対象とすることとした理由について何ら言及されていない(名古屋地判平成一七年五月二六日LEX/DB文献番号28101447、名古屋地判平成一七年五月三〇日LEX/DB文献番号28101444参照)。
- (4) 佐々木浩「地方自治法の一部改正について」地方自治六三三号一五頁、田谷聰「議会事務局及び図書室の設置と政務調査費」井上源三編『最新地方自治講座⑤議会』(ぎょうせい、平成一五年)四九八―四九九頁、長屋文裕「時の判例」ジュリス ト一三二五号二三三頁、渡邊史朗「地方議会議員の政務調査費について」地方自治七二二号一四―一五頁、原田光隆「政務調査費制度の概要と近年の動向」調査と情報六〇八号三頁、碓井光明『政府経費法精義』(信山社、平成二〇年)四〇六頁、長屋文裕「最高裁判所判例解説」法曹時報六〇巻四号二五八頁、若狭愛子「判例紹介」民商法雑誌一四三巻三号一一七頁参照。

(5) 最決平成一七年一月一〇日民集五九卷九号一七一頁。

同様に、最判平成二五年一月二五日判例時報二一八二号四四頁においても、政務調査費制度の趣旨は、「議会の審議能力を強化し、議員の調査研究活動の基盤の充実を図るため、議会における会派又は議員に対する調査研究の費用等の助成を制度化したものであると解される」と判示している。

直近の裁判例である名古屋高判平成二七年二月二四日LEX/DB文献番号25447764においても、「地方自治法（本件に適用される平成二四年法律第七二号により改正前のもの）一〇〇条一四項、一五項の規定による政務調査費の制度は、……様々な研究、報告、要望等を背景として、……平成一二年改正地方自治法以後に導入されたものであるが、地方公共団体の職責が拡大し、その議会の担う役割がますます重要なものとなったとの認識の下、議会の審議能力を強化し、議員の調査研究活動の基盤の充実を図るため、議会における会派又は議員に対する調査研究の費用等の助成を制度化し、併せてその使途の透明性を確保しようとしたものと解され、政務調査費の交付の対象、額及び交付の方法については、各地方公共団体が当該地方公共団体の規模、地域の実情、議員の調査研究活動の実態等の諸事情を考慮して、その裁量判断により条例でもって定めることができるようにしたものと解される」と判示している。

(6) 長屋文裕「時の判例」ジュリスト一三二五号二三三頁参照。

(7) 板垣勝彦「財政法判例研究」会計と監査六四卷七号四八頁参照。

(8) 政務活動費の経緯等については、植田昌也「地方自治法の一部を改正する法律について」地方自治七七九号二七頁以下、岩崎忠「二〇一二年地方自治法改正の制定過程と論点」自治総研四一一号七九頁以下、鶴沼信二「政務活動費」野村稔・鶴沼信二『地方議会実務講座（改訂版）第三卷』（ぎょうせい、平成二五年）二九六頁以下、寺田雅一「政務活動費の交付に関する条例の制定状況に関する調査結果について」地方自治七九〇号七八頁以下、勢簾了三『地方議会の政務活動費』（学陽書房、平成二七年）七頁以下参照。

(9) 勢簾了三『地方議会の政務活動費』（学陽書房、平成二七年）七頁以下参照。

(10) 植田・前掲「地方自治法の一部を改正する法律について」四八頁参照。

(11) 矢野輝雄『行政ウォッチハンドブック』（信山社、平成二六年）二〇五頁参照。

(12) 植田・前掲「地方自治法の一部を改正する法律について」四八頁、岩崎・前掲「二〇一二年地方自治法改正の制定過程と論点」九〇頁参照。

(13) 勢籙了三「議会改革と政務活動費」地方自治職員研修四六卷一号二六頁参照。

三 使途基準適合性の判断基準

1 司法審査方法

政務調査費の支出が違法となるか否かは、各支出内容が各条例等に定められた使途基準に反しているか否かによって決定されることとなる。政務調査費の使途基準適合性に対する司法審査の方法について、裁判例は、主として次の二つに分けられる⁽¹⁾。

第一には、裁量説（裁量審査型）である⁽²⁾。これは、政務調査費の支出について議員又は会派の裁量を認め、その逸脱ないし濫用のみを審査するものである。すなわち、議員・会派の裁量権の行使に踰越・濫用がない限り、使途基準適合性が肯定される。

例えば、奈良地判平成一六年二月一五日⁽³⁾では、「地方公共団体の議会の権能は広範にわたり、これを適正に行使するための各議員の調査研究活動も多岐にわたるものであるから、その調査対象の選定や調査方法や内容につき、議員としての調査研究の範囲を逸脱しない限り、議員のある程度自由な裁量に委ねられていると考えられ、その調査研究をするために旅行を要する場合、それに要する費用（旅費）に政務調査費を充てることは、その額が相当な範囲内

である限り、許される」と判示している。札幌高判平成一九年二月九日⁽⁴⁾では、会派・議員に極めて広範な裁量を認め、「裁量権の逸脱がある場合についてのみ、違法の問題が生じる」としている。奈良地判平成二三年六月三〇日⁽⁵⁾では、「議会の審議事項は多岐にわたることに加え、調査方法も多様なものが想定されることに照らすと、議会の審議能力向上のために政務調査費を用いて具体的にどのような調査を行うかは、第一次的には、実際に政務調査費を支出する議員又は会派の判断に委ねられており、広範な裁量が認められる」と判示している。最近の裁判例においても同様に、政務調査費の「用途基準に適合するか否かの判断については、第一次的には議員の良識に委ねられており、議員の広範な裁量が認められると解するのが相当である」とする判決がある⁽⁶⁾。

第二には、合理的解釈説（実質審査型）である⁽⁷⁾。これは、用途についての議員・会派の裁量に特段言及することなく、各支出の用途基準適合性を実質的に立ち入って審査するものである。すなわち、各支出ごとに必要性及び社会通念上の相当性の有無等を審査し、合理的必要性がない限り違法とされる。

例えば、仙台地判平成一九年四月二七日⁽⁸⁾では、「政務調査費は、市政に関する調査研究に資するために必要な経費に支出されることが求められるというべきであって、まず、支出の対象となった活動に調査研究の実質があると認められない場合には、当該支出は市政に関する調査研究に資するために必要な経費に充てられたといえず、……当然に違法となると解すべきである。さらに、……政務調査費の支出対象となる調査研究につき『市政に関する』ものであることを要求していることや、政務調査費が調査研究に『資するために必要な』経費に支出されることを要求していることに照らすと、支出の対象となった活動が市政と関連性を有することや、必要かつ合理的なものであることなどを求められているというべきであり、したがって、支出の対象となった活動に調査研究の実質があると認められる

場合であっても、当該活動が市政との関連性を欠くことが明らかであったり、必要性・合理性を欠くことが明らかである場合には、結局、当該支出は市政に関する調査研究に資するために必要な経費に充てられたといえず、違法になると解すべきである。そして、政務調査費の支出の対象となった活動に調査研究の実質があるか否かは、議員ないし会派の主張する調査目的、調査に向けた準備の有無及びその内容、当該調査研究活動の具体的内容及び上記目的との関連、調査研究、結果の保存状況等を総合的に考慮して客観的に判断すべきである。また、政務調査費の支出の対象となった活動に調査研究の実質があると認められる場合に、当該活動と市政との関連性や必要性・合理性の具備については、これらを欠くことが明らかである場合に違法となると解すべきである」と説示したうえで、原告が違法と主張する会派・議員の各支出を個別具体的に判断し、一部議員・会派の視察等を政務調査とは認められないとしている。名古屋高判平成二二年二月二六日⁹⁾も、「政務調査費が地方議会の活性化を図るために、地方公共団体の公金から交付される以上、これを用いて会派が行う調査活動は、市政と無関係であってはならず、少なくとも、市政との関連性が必要であり、この関連性を欠く調査活動は、本件使途基準に反する違法なものというべきである」としたうえで、本件講演会と市政との関連性につき目的等を具体的に検討し、市政や議員活動との関連性が希薄であるとして、本件支出における個々の費用について使途基準違反性を判断している。

特に詳細な判断を下した裁判例の一つとして、青森地判平成一八年一〇月二〇日¹⁰⁾がある。これは、市議会議員に交付された政務調査費が使途基準に合致せず、違法に支出されたとの訴えに対し、個々の議員の支出について詳細な個別認定をしたものである。本判決において、特に領収書にかかるものについては、「雑誌名や種類が不明(の領収書)」、「領収書等を消失したとする(支出)」、「支出の経緯が不明(な高速・有料道路料金)」、「その使途についての説明や領収

書等がなくその詳細が不明（な支出）、「何に使われたのが不明（な領収書）」等は、調査研究活動との関連が不明で使途基準に合致しない支出と判断している。さらに、電話代・事務所費・ガソリン代等の支出についても、その大半を一定の割合をもつて按分した後の額が適切な支出額と示し、その残額を使途基準に合致しない支出と認容している。

この点に関する最高裁判決として、最判平成二二年三月二三日がある^⑪。本件は、かすみがうら市議会議員らが、任期満了一か月ないし四か月半前の時期に、パソコン、プリンター、ビデオカメラ等を購入するために政務調査費を支出したことについて、本件議員らは一〇年から二〇年以上にわたる議員としての経歴を有しているが、このような手元に残る物品を在職中に初めて購入したり、緊急の必要性もなく買い換えたりしたとして、本件各支出は違法であるとして提起された住民訴訟である^⑫。本最高裁判決では、「議員の調査研究活動は多岐にわたり、個々の経費の支出がこれに必要なかどうかについては議員の合理的判断にゆだねられる部分があることも確かである。そして、本件物品は、その機能、一般的用途からして、議員の調査研究活動に用いられる可能性はあり、それがパソコンやビデオカメラなどの比較的高額な物品であるからといって、直ちに上記の必要性を欠くものとはいえない。しかし、…本件物品は、本件議員らの任期満了一ないし四か月半前という時期に購入されており、任期中の最後の議会の会期後に購入されたものも少なくない。また、本件議員らは、任期満了による選挙に立候補することなく、市議会議員としての任期を終えたというのである。そして、上告人は、本件議員らは一〇年から二〇年以上にわたる議員としての経歴を有するところ、このような手元に残る物品を在職中初めて購入したり、緊急の必要性もなく買い換えたりしたと主張している。前記の事実に加えて、上記のような主張に係る事実が認められるのであれば、本件各支出は調査研究のための必要性に欠けるものであったことがうかがわれるというべきであり、その場合、特段の事情のない限り、本件各支出は本件

使途基準に合致しない違法なものと判断されることとなる」と説示している。本判決では、政務調査・支出の目的、政務調査・支出の時期、政務調査の態様・支出の内容、支出の金額等が問題とされている。⁽¹³⁾

また、学説においては、地方自治法の規定する「調査研究に資するために必要な経費」か否かの判断をするに当たっては、まず政務調査費の支出の対象となった活動に調査研究の実質があるか否かが問題となり、政務調査費の支出が適法であるか否かの判断は、次の五つの点から判断すべきであるとされる。すなわち、①調査目的と市政の関連性、②調査方法及び内容等に関する具体的説明の有無、③調査方法の妥当性、④調査活動と支出経費との相当性、⑤調査結果の保存の有無等を総合的に考慮して客観的に判断すべきであると解されている。⁽¹⁴⁾

以上のように、裁判例においては、政務調査費の使途基準違反に対する審査方法について、二つの考え方があり、近年の判決では、当該条例等の使途基準に依拠しながら、調査研究費の経費を市政との関連性等その実質を個別具体的に判断しているのが一般的な特徴といえる。⁽¹⁵⁾ この点について、直近の裁判例では、「議員の調査研究に資するため必要な経費」が具体的にどのような経費をいうのかについては、「その全体像を直ちに明示することは困難であり、他の多義的な法律用語の解釈と同様、制度の趣旨、沿革及び全国的な運用の実態等を踏まえ、健全な社会通念に照らして、問題となっている個々の経費ごとにその性質を検討し、それが調査研究に資するため必要な経費といえるか否かを検討するほかない」と判示している。⁽¹⁶⁾

(1) この点については、戸部真澄「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説一号』（平成一九年一〇月）六一頁、室井敬司「最新判例批評」判例評論六二四号六頁、皆川治廣「判例解説」『地方自治判例百選（第四版）』別冊ジュリスト二二五号

- (5) 奈良地判平成二三年六月三〇日判例タイムズ一三八三号二二〇頁参照。
- (6) 甲府地判平成二五年三月一九日判例地方自治三八二号四〇頁参照。
- (7) 合理的解釈説を採用する裁判例としては、札幌地判平成一五年一〇月二八日判例タイムズ一〇八号一七二頁、徳島地判平成一六年一月二〇日判例地方自治二六七号一九頁、青森地判平成一六年二月二四日判例地方自治二六六号二六頁、東京地判平成一六年四月二三日判例地方自治二六五号二五頁、京都地判平成一六年九月一五日LEX/DB文献番号28092619、函館地判平成一七年八月二二日LEX/DB文献番号28101831、京都地判平成一七年八月二五日LEX/DB文献番号28101763、東京地判平成一八年四月一四日LEX/DB文献番号28111072、金沢地判平成一八年六月一九日LEX/DB文献番号25470787、大阪地判平成一八年七月一九日判例地方自治二八六号一五頁、青森地判平成一八年一〇月二〇日判例タイムズ一二四号一四九頁、仙台地判平成一九年四月二七日判例地方自治三一〇号一七頁、仙台高判平成一九年二月一九日判例地方自治三一〇号一一頁、大阪高判平成一九年一月二六日LEX/DB文献番号25421195、名古屋高判平成二〇年四月二四日LEX/DB文献番号2814215、名古屋高判平成二一年二月二六日LEX/DB文献番号25440550、名古屋地判平成二一年三月二六日判例タイムズ一三二〇号八五頁、最判平成二二年三月二三日判例時報二〇八〇号二四頁、仙台高判平成二三年五月二〇日判例地方自治三六〇号七頁、東京高判平成二五年九月一九日判例地方自治三八二号三〇頁、大阪地判平成二六年三月二六日判例地方自治三九四号一八頁、名古屋高判平成二七年一月二四日LEX/DB文献番号25447764がある。
- (8) 仙台地判平成一九年四月二七日判例地方自治三一〇号一七頁参照。
- (9) 名古屋高判平成二一年二月二六日LEX/DB文献番号25440550参照。
- (10) 青森地判平成一八年一〇月二〇日判例タイムズ一二四号一四九頁参照。
- (11) 最判平成二二年三月二三日判例時報二〇八〇号二四頁参照。
本判決については、加藤就一「判例解説」『平成二二年度主要民事判例解説』別冊判例タイムズ三三三三四頁以下、若狭愛子「判例紹介」民商法雑誌一四三巻三号一一四頁以下参照。
- (12) 本件の第一審判決（水戸地判平成二〇年一月四日 Westlaw Japan 文献番号2008WLJPCA11046003）及び第二審判決

(東京高判平成二二年三月二六日 Westlaw Japan 文献番号2009WLJPCA03266005) では、政務調査費の支出は市政と何らかの関連性を有することが必要であるが、その関連性の要件の判断においては各議員の裁量権が尊重されなければならず、一見して明らかに市政とは無関係であるとか、極めて不相当なもの以外は関連性を認めるのが相当であるとした。そのうえで、本件各支出については、市政とは無関係又は極めて不相当なものとはいえず、支出の時期を考慮しても、裁量権の範囲を逸脱するものであったとまではいえないと判断し、本件請求を棄却した。

(13) 皆川・前掲「判例解説」一二五頁参照。

(14) 廣瀬和彦『政務調査費ハンドブック』(ぎょうせい、平成二二年)二六―二七頁参照。

(15) 寺田友子『住民訴訟判例の研究』(成文堂、平成二四年)一九四頁、若狭・前掲「判例紹介」一二〇頁参照。

(16) 名古屋高判平成二七年二月二四日 LEX/DB 文献番号25447764参照。

2 判例の問題点

政務調査費に関する判例については、種々の疑問や問題点が認められる。ここでは、最高裁の判断基準(最高裁判平成二五年判決)、監査委員の判断基準、按分比率の問題を中心として検討したい。

第一に、最高裁の判断基準の問題を考えると、^①政務調査費と住民訴訟費用の関係が争点となった最判平成二五年一月二五日^①を取り上げる。本件は、目黒区議会議員である原告Xが、地方自治法(平成二〇年法律第六九号による改正前のもの)一〇〇条二三項の規定に基づく条例である目黒区政務調査費の交付に関する条例(以下、「本件条例」という。)の規定により、平成一七年度に二〇四万円の政務調査費の交付を受け、その中から被控訴人が提起した住民訴訟に関する費用を支出し、その明細は、収支報告書上、①住民訴訟テープ反訳三万二七七五円(以下、「本件支出①」という。)、②住民訴訟証人尋問速記反訳七万五六〇〇円(以下、「本件支出②」という。)、③住民訴訟控訴印紙代及び高

裁提出用切手二万八三五〇円（以下、「本件支出③」といい、上記各支出を併せて「本件各支出」という。）とされているところ、目黒区長が、本件各支出は、地方自治法、本件条例、本件条例を受けた目黒区政務調査費の交付に関する規程により定められた政務調査費使途基準（以下、「本件使途基準」という。）等に照らし、政務調査費の使途としては認められないものであるとの目黒区監査委員の監査結果を受けて、Xに対し、平成一七年分の政務調査費のうち一三万五七二五円の返還を命ずる処分をしたことから、Xが、本件処分は違法であるとしてその取消しを求めた事件である^②。本件においては、議員が原告となつて提起した住民訴訟費用の支出が政務調査費に該当するか否かが争われた。

第一審判決^③及び第二審判決^④では、住民訴訟の提起及び追行は、議員による議会活動の基礎となる調査研究活動と趣旨及び目的において重なり合う面があり、その提起及び追行並びにこれによって得た情報等に基づく様々な活動は、区政の調査・研究・追及のための重要かつ有効な手段となるほか、その提起を契機として区政の問題点につき議会での議論が喚起されることなどによって、各種の制度の改善等につながることもあるとし、本件各支出は、いずれも本件使途基準の調査研究費に該当する適法な支出であると判断して、原告の本件請求を認容した。

これに対して、本件最高裁判決では、本件使途基準が定める調査研究のための経費とは、「議員の議会活動の基礎となる調査研究及び調査の委託に要する経費をいうものであり、議員としての議会活動を離れた活動に関する経費ないし当該行為の客観的な目的や性質に照らして議員の議会活動の基礎となる調査研究活動との間に合理的関連性が認められない行為に関する経費は、これに該当しない」とし、「住民訴訟の提起（上訴の提起を含む。以下同じ。）及び追行は、地方議会の制度とは別個独立の自己完結的な争訟制度を通じて地方公共団体の執行機関又は職員^⑤の財務会計上の違法な行為又は怠る事実を是正し又は予防することを目的とし、裁判所に対し法令と証拠に基づく法的判断を求め

て請求の実現を図り攻撃防御を行う司法手続上の争訟活動を内容とする行為であり、客観的にみて、議会の審議能力の強化を図るために議会の議員活動の基礎となるものとして情報や資料を収集する調査や研究の活動とは、本来の目的や性質を異にするものである。」したがって、「住民訴訟の提起及び追行は、その客観的な目的や性質に照らして、それ自体としては、議員の議会活動の基礎となる調査研究活動との間に合理的関連性が認められないものというべきである。」以上検討したところによれば、「議員による住民訴訟の提起及び追行それ自体のために費用が支出された場合には、当該支出は、本件用途基準の調査研究費の支出に該当しないものというべきである。もつとも、住民訴訟を提起し追行する議員が、当該訴訟の提起及び追行を端緒として、その過程でその結果として：取得した情報や資料を、当該訴訟の追行とは別途に、議会活動に関して、その基礎となる調査研究又は議会審議に必要な資料の作成や議会活動の広報等に用いるために費用が支出された場合には、その費用が本件用途基準の調査研究費又は資料作成費や広報費等の他の項目に該当するとみる余地があり、当該情報や資料が住民訴訟を端緒として得られたものであることから直ちに当該支出がおよそ本件用途基準に適合しない支出であるとまではいい難い」と説示した。

本件支出①及び本件支出②については、いずれも、Xの議員としての議会活動に関して、Xの参加する質疑等の議会審議の参考に供する資料又はその議会活動の広報に供する資料を作成するために支出された費用として、本件用途基準の資料作成費又は広報費の項目に該当する支出であり、本件用途基準に適合すると判示した。

一方、本件支出③については、「住民訴訟の結果として違法な行為等の是正がされることがあるとしても、その是正は議会を通じて行われるものではないから、このことをもって、住民訴訟の提起及び追行それ自体と上記のような議員の議会活動の基礎となる調査研究活動とが客観的にみて本来の目的や性質を同じくするものであるということは

できない。以上によれば、住民訴訟の提起及び追行は、その客観的な目的や性質に照らして、それ自体としては、議員の議会活動の基礎となる調査研究活動との間に合理的関連性が認められない」として、この部分において原審を破棄したうえで、Xは本件処分の理由提示の不備も主張しているので、さらに審理を尽くさせるために原審に差し戻した。

本最高裁判決では、住民訴訟の提起及び追行は、原則として「その客観的な目的や性質に照らして、それ自体としては、議員の議会活動の基礎となる調査研究活動との間に合理的関連性が認められない」とした。しかし、本件支出①及び本件支出②については、住民訴訟のために議会委員会審議のテープを反訳した費用等は、別途議会活動やその広報に用いることができるので、資料作成費又は広報費の項目に該当し、本件使用基準に適合するとした。一方、本件支出③については、「議員による住民訴訟の提起及び追行それ自体のための費用の支出であって、本件使用基準の調査研究費の支出に該当せず、……本件使用基準に適合しない支出である」とした。

本判決の特色は、政務調査費とは別立ての住民訴訟制度の趣旨解釈を本件使用基準の解釈に反映させた点にあるとされる。^⑤ 支出した結果よりも、むしろ支出先の住民訴訟制度本来の目的や性質に依拠した判断がなされている。^⑥

最高裁では、住民訴訟と地方議会制度について、住民訴訟の目的を「執行機関又は職員の財務会計上の違法な行為又は怠る事実を是正し又は予防すること」と解し、その提起・追行と議員調査活動とは別個独立のもので、合理的関連性がないとしている。しかし、「合理的関連性」とは何かを具体的に示すことはせず、「当該行為の客観的な目的や性質に照らして」と、総合衡量的に判断しており、合理的関連性という文言より、「客観的な目的や性質に照らして」の部分に重点が置かれている。というのも、「合理的関連性」について、何らかの確固とした判断基準を立ててはい

ないからである。これでは、何が使途基準に合致し、あるいは何が合致しないのかが、判決から読み取ることができず、予測不可能なものとなっている。⁽⁷⁾ 本件は個別的事例での判断であり、最高裁における一般的な判断基準が示されたわけではない。このことは、本件最高裁判決に限らず、他の政務調査費に関する多数の判例についても同様にあてはまることである。⁽⁸⁾

また、学説においては、本件支出③について、調査研究活動との関連性の限定から、これを政務調査費の対象外としたことには異論もある。⁽⁹⁾

第二に、監査委員による判断基準の問題がある。この点については、横浜地判平成二五年六月一九日を取り上げる。⁽¹⁰⁾ 本件は、神奈川県住民である原告らが、県議会の会派である参加人らは本件条例に基づいて交付された政務調査費の一部を使途基準に違反して目的外支出をしたため県に対し同額の不当利得返還義務を負ったと主張して、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき、被告に対し、前記目的外支出額の返還等を参加人らに請求するよう求めた住民訴訟である。

本判決では、「監査委員は、普通地方公共団体の長が、議会の同意を得て、人格が高潔で、普通地方公共団体の財務管理、事業の経営管理その他行政運営に関し優れた識見を有する者及び議員のうちから選任するものであり（自治法一九六条一項）、任期が定められ（同法一九七条）、罷免には制限がある（同法一九七条の二）。監査委員は、その職務を遂行するに当たっては、常に公正不偏の態度を保持して監査をしなければならず、職務上知り得た秘密を漏らしてはならない（同法一九八条の三）。また、監査の慎重を期するため、監査及び勧告についての決定は、監査委員の合議により行われる（住民監査請求につき同法二四二条八項）。このように、監査委員は、職務の専門性及び独立性が確保され、

監査を行うための法令上の手段が与えられているとともに、その権限を慎重に行使すべきものとされている」とし、「本件において、監査委員は、原告らの陳述を聴いたほか、県の議会局総務課の調査を実施し、さらに各会派の団長及び政務調査費経理責任者等に対し関係人調査を実施した上で、公認会計士及び大学准教授各一名から政務調査費の使途基準について意見を聴取したというのであり、また、多くの会派から本件条例の趣旨に則った会計帳簿が提出されなかったという状況の下においても、参加人ら及びその所属議員による政務調査費の支出を個別に特定し、領収書による裏付けがあるか否か、その支出がいかなる性格のものか等を具体的に審査し、本件監査基準に従って目的外支出か否かを判断したというのである。監査委員の地位、権限や本件における以上のような監査の実情に鑑みると、本件監査結果における目的外支出か否かの判断は、一般的にいつて尊重に値すべきものである。したがって、本件訴訟においては、目的外支出か否かに関する監査委員の判断をまずは尊重し、これと異なる判断をするのは、本件監査基準自体が合理性を欠くと認められる場合か、本件監査基準の個別の支出に対する当てはめが妥当性を欠くと認められる場合に限るものと解するのが相当である」と判示した。本判決は、監査委員の地位・権限や本件監査の実情に鑑み、監査委員の示した本件監査基準が相当であるとして、当該基準を超える支出を違法とし、返還すべきとしたものである。

また、これと同様に、政務調査費の支出の違法が争点となった住民訴訟において、政務調査費の項目によって外部監査人の判断基準を尊重し、この基準によって政務調査費支出が適切か否かを判断するのが相当であるとした裁判例もある。

このように、裁判所は、政務調査費をめぐる住民訴訟において、監査委員の示した監査基準そのものを検討するこ

となく、それを妥当なものと認め、判断基準として用いて判示している。しかし、なぜこの監査基準が、裁判所の判断基準になるのかが全く不明である。また、本件監査基準が法律に規定する政務調査費制度の趣旨に適合しているか否かについての言及もない。このような裁判所の態度については、大いに疑問があり、問題点の一つに挙げられよう。

第三に、不可分一体的支出の按分比率の問題がある。政務調査費は、私的な用途や選挙活動等の目的には使用することができない。しかし、議員の活動にあつては、政務調査に当たる活動と他の選挙運動等の政治活動が渾然一体となつており、明確に区別することが困難な場合が少なくない。例えば、「事務所費」については、事務所が政務調査の拠点であると同時に選挙時には選挙事務所にもなる場合がある。また、「人件費」についても、被雇用者（秘書等）が政務調査活動以外の業務も兼ねている場合等には、その給与等に政務調査費を充てることの是非が問題となつてくる。¹²

裁判例においては、「ある支出が目的外支出に当たるか否かの判断の中で、当該支出の対象となつた活動の性質を個別に判断するしかない」とし、「政務調査活動と、議会における議員活動との境界線は曖昧である。このように、党派等が行う活動は多面的であつて、これを政務調査活動とそれ以外の活動とに必ずしも明確に区分できるとは限らないし、むしろ両方の側面を表裏一体的に有する場合がほとんどであるとする¹³」とする。

そこで、裁判所では、「ある支出が調査研究活動のためでもあるし、他の目的のためでもあるという場合に、その全額を政務調査費とするのは相当でないから、特段の資料がない限り、社会通念に従つた相当な割合をもつて調査研究活動に資する費用の金額を確定するのが相当である」として、いわゆる按分説を採用している。¹⁴

例えば、仙台高判平成一九年二月二〇日¹⁵では、「ある支出が政務調査活動のためでもあるし、他の目的、例えば

議員の後援会活動のためでもあるという場合にどのように対処すべきかについては、……本件条例や本件規則には何らの規定も設けられていない。しかしながら、その全額を政務調査費とするのは相当ではないことは明らかであるから、条理上、按分した額をもって政務調査費とすべきであり、特段の資料がない限り、例えば政務調査活動とそれ以外の二つの目的のために支出した場合には二分の一とするなど、社会通念に従った相当な割合をもって政務調査費を確定すべきである」と判示している。また、前記の横浜地判平成二五年六月一九日¹⁶では、人件費について、「政務調査活動に従事させるために雇用等をした者が、実際には何の活動もせず、又は政務調査活動以外の活動を行った場合、その人件費の全額を政務調査費によって負担すべきではない。ここでも、人件費のうちどの程度を政務調査費によつて負担すべきかは、その従事者の活動実態によつて定まるべきものである。本件監査基準は、関係人の調査等を踏まえて……きめ細かい認定基準を設定しており、ここでの一〇分の一という基準も、生計を一にする親族以外の場合で、かつ政務調査活動の割合が明らかでない場合にのみ適用されるものである。したがって、この水準にも根拠があると考えられるし、この水準自体、社会通念に照らしても一概に否定することができないものではないから、その合理性を否定することはできない。原告らは、ここでも、一〇分の一というその主張の根拠となる活動実態を主張立証しない。他の地方公共団体で一〇分の一という基準が採用されたことがあつても、それが県議会に妥当するとはいえない」とし、結論として「本件監査基準のうち一〇分の一という按分割合を採用した部分には合理性が認められ、これを超える基準を採用すべきであるとする原告らの主張を採用することはできない。したがって、……原告らの請求はいずれも理由がない」と判示している。

このように、判例では、政務調査費を充てることができる割合、すなわち按分については、事案ごとに合理的な算

定をしていくべきであると解されている。¹⁷⁾

例えば、「事務所費」について具体的にみてみると、事務所費とは、議員や会派が調査研究活動の拠点とする事務所に係る経費のことであり、その中には事務所賃料、維持管理費、備品購入費、事務機器の購入費及びリース代、電話代、インターネット契約代、駐車場代等が含まれる。判例において事務所費の適法性が問題となるのは、主として、①事務所としての実体がない建物等に賃料等が支払われている場合、②賃料や諸経費を自身や親族に支払っている場合、③賃料や諸経費を自身や親族が経営する企業に支払っている場合、④事務所が自宅や後援会事務所など他の機能を兼ねている場合等である。¹⁸⁾このうち、調査研究活動専用ではない事務所の賃料や諸経費の全額が適法と認められた判例は少なく、使用の割合に応じて按分した部分（経費全体の概ね「二分の一」または「三分の一」）のみ、政務調査費の充当が適法と認められた判例が多くみられる。¹⁹⁾

確かに、適正な政務調査費の支出という部分とこれに含まれない支出が一体となっている場合には、裁判所が、社会通念に従い相当な割合を按分して政務調査費支出の限度を決めるとするのが一般的な傾向となっている。²⁰⁾しかしながら、判例においては、一体的支出に対する按分割合である「二分の一」、「三分の一」、「一〇分の一」などの判断基準自体が明確でなく、その案分率の相当性や採用理由についても言及がなされていない。この按分率は、立証責任の問題と関連するものではあるが、個々の事案によって、多様であり、かなり異なっている。「社会通念に従い」と述べながら、どのような基準・理由で按分率を算定したのかが不明である。このことは、裁判所における使途基準適法性の判断基準そのものにも共通する問題点といえる。

(1) 最判平成二五年一月二五日判例時報二一八二号四四頁参照。

本件最高裁判決については、羽根一成「争訟法務・最前線! (七六)」地方自治職員研修四六卷五号四八頁、折橋洋介「判例紹介」民商法雑誌一四八巻三号九七頁以下、楠井嘉行・杉浦雄太郎「はんれい最前線」判例地方自治三七三号四頁以下、安藤高行「国家賠償請求事件等最近判例五題」九州国際大学法学論集二〇巻一・二合併号七四頁以下、下山重幸「財政法判例研究」会計と監査六五巻二号四四頁以下、寺田友子「判例解説」判例地方自治三七八号三一頁以下、人見剛「最新判例批評」判例評論六六二号二頁以下、佐伯祐二「判例解説」『平成二五年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一四六六号五二頁以下、羽根一成「政務調査費として許容される範囲」自治体法務研究三九号七九頁以下参照。

(2) 平成二〇年法律第六九号による改正前の地方自治法一〇〇条一三項は、「議員の調査研究に資するため必要な経費の一部として」政務調査費を交付できるものと定め、また、平成一八年目黒区告示第一号による改正前の目黒区政務調査費の交付に関する規程五条及び別表により定められた政務調査費使途基準(以下、「本件使途基準」という。)は、調査研究費、会議費、資料作成費、広報費、事務所費等を政務調査費の費目として挙げ、このうち、調査研究費の内容は、会派又は議員が行う目黒区の事務及び地方財政に関する調査研究並びに調査の委託に要する費用と定めていた。

(3) 東京地判平成二〇年一月二八日判例タイムズ二一九一号二〇九頁参照。

第一審判決については、金子昇平「財政法判例研究」会計と監査六〇巻一二号三六頁以下参照。

(4) 東京高判平成二一年九月二九日判例時報二〇八一号七頁参照。

第二審判決については、室井敬司「最新判例批評」判例評論六二四号二頁以下参照。第二審判決では、住民訴訟と議員の調査活動との関連性につき、両者は重なり合い、別個独立ではないとし、民主主義のプロセスにおける訴訟の意義にまで言及している。

(5) 佐伯・前掲「判例解説」五四頁参照。

(6) 折橋・前掲「判例紹介」一〇六頁参照。

(7) 下山・前掲「財政法判例研究」四七頁参照。

最高裁は、住民訴訟と議員の調査活動との関連性について、住民訴訟と地方議会制度との違いから論を起しており、住民訴訟の提起とそれによる様々な議員活動と、それを契機として議会で議論が喚起されるという点には触れていない。

(8) 例えば、青森地判平成一八年一〇月二〇日判例タイムズ一二四四号一四九頁では、本件調査旅費について、「政務調査活動目的との関連性の説明が十分ではなく、本件使途基準に合致する支出と認めることはできない」と判示した。ここでは、「調査研究活動との関連が不明」であるということ、「合理的」という文言は用いられていない。さらに、仙台高判平成一九年一二月二〇日判例地方自治三二一〇頁では、本件議員が市民等に議員活動を報告するために開いた市政を語る会で使用した資料作成費について、「政務調査活動というより、むしろその他の議員活動に基づいて支出されたもの」と判断し、その全額が本件使途基準に合致しない支出であると認めている。ここでは、「関連性」という文言さえも用いられていない(下山・前掲「財政法判例研究」四七頁参照)。

(9) 室井・前掲「最新判例批評」五一六頁、寺田・前掲「判例解説」三三―三四頁参照。
人見・前掲「最新判例批評」六六二頁五頁では、確かに、住民訴訟の提起・追行自体は、専ら住民としての資格で行う活動であり、その意図・動機を問うものではないため、議員活動とは無縁な意図に基づく訴訟も含まれる。そうした訴訟の費用も政務調査費に含ませることは妥当ではないが、そうした訴訟を「議員の議会活動に反映・寄与する」訴訟と客観的に区別することは困難であるとしている。また、寺田・前掲「判例解説」三四頁では、議会における少数派議員である本件原告は、「住民を代表して自ら住民訴訟を提起して、住民に区政の情報を提供しているのであって、それを契機にして得られた情報を区民に還元しているのであるから、住民訴訟の提起・追行に係る費用を政務調査費から支出することは何ら問題ない」としている。

(10) 横浜地判平成二五年六月一九日判例時報二二〇五号二三頁参照。

本判決については、徳本広孝「最新判例批評」判例評論六六八号二頁以下参照。

(11) 横浜地判平成二四年一月一八日判例地方自治三五五号一〇頁、大阪地判平成二五年一月一六日LEX/DB文献番号25445282参照。

- (12) 原田光隆「政務調査費制度の概要と近年の動向」調査と情報六〇八号五―六頁参照。
- (13) 福岡地判平成二五年一月一八日 LEX/DB 文献番号25502391参照。
- (14) 新潟地判平成二四年八月二〇日 LEX/DB 文献番号25482776参照。
- (15) 仙台高判平成一九年一月二〇日判例地方自治三一―一〇頁参照。
- (16) 横浜地判平成二五年六月一九日判例時報二二〇五号二三頁参照。
- (17) 例えば、東京高判平成二二年一月五日 LEX/DB 文献番号25470796では、「議員の後援会が発行名義人となっている広報紙であつても、その内容の全部又は一部が議員個人の市政報告であるときは、その印刷や配布に要する費用のうち相応の割合については、議員の調査研究に資するための活動の費用として政務調査費を充てることができる。しかしながら、名前や顔写真の売り込み等の個人宣伝は、政務調査活動とはいえない。政治家の活動の上で広報活動と宣伝活動は紙一重であつて、両者を峻別することは実際には困難であるのが通常であるとはいえず、宣伝活動のために政務調査費を利用することを『議員の調査研究に資する』ということとは困難であり、納税者の納得も得られないと考えられる。そして、広報紙の内容が、議員本人や後援者たる著名人の顔写真や氏名を目立つ場所に大きく記載するなど、単なる議員個人の宣伝の場と化することが珍しくなく、このような選挙ポスターとあまり変わらない性質のものに政務調査費を充てることには納税者の厳しい目が存在することを考慮すると、印刷費用や配布費用のうち政務調査費を充てることができる割合については、事案ごとに合理的な算定をしていくべきである」と説示している。
- (18) 国政情報センター『政務活動費違反判例集』（国政情報センター、平成二七年）一七頁参照。
- (19) 同一七頁参照。

また、事務所で使用する事務員の人件費に関しても、事務所費と同様に、従事した仕事の割合に応じて按分した部分（概ね全体の「二分の一」または「三分の一」）にのみ、政務調査費の充当が認められる事例が少なくない。
- (20) 大阪地判平成一八年七月一九日判例地方自治二八六号一五頁、青森地判平成一八年一〇月二〇日判例タイムズ一二四四号一四九頁、仙台高判平成一九年四月二六日 LEX/DB 文献番号25420886、青森地判平成一九年五月二五日判例地方自治三一―

号一九頁、大阪高判平成一九年二月二六日LEX/DB文献番号25421195、青森地判平成二二年三月二六日判例地方自治三六〇号三六頁、仙台高判平成二三年五月二〇日判例地方自治三六〇号七頁、釧路地判平成二三年三月八日判例地方自治三六〇号四二頁、大阪地判平成二五年一月一六日LEX/DB文献番号25445282、横浜地判平成二五年六月一九日判例時報二二〇五号二三頁、東京地判平成二六年九月三日判例地方自治三九九号一五頁参照。

按分が肯定された裁判例の中には、社会通念上疑問とされるものがある。例えば、青森地判平成一八年一〇月二〇日判例タイムズ一二四四号一四九頁は、「事務所費」の判断にあたり、自宅敷地内にある妻所有の建物で後援会事務所として使用されている建物の「賃料」として妻に支出した費用の二分の一を、また同事務所における「その他の経費」（書棚やイス等の購入費）の二分の一を調査研究活動に資するための事務所に伴う経費として認めている。また、青森地判平成一九年五月二五日判例地方自治三一〇号一九頁も、母親所有建物の賃料について政務調査活動分として二分の一、それ以外の議員活動分として二分の一に按分している。社会通念からするならば、これらは、当該議員個人の政治活動に通常必要な経費であると認められるとしても、議員の調査研究に資するために必要な経費とはいえないのではないかと解される（確井・前掲書四二六頁参照）。

なお、事務所費、人件費、車のガソリン代、携帯電話代等については、「政務調査費で使える範囲はかなり限定されている」との指摘がある（大塚康男「政務調査費②」自治体法務研究二四号六九頁参照）。

四 立証責任の問題

政務調査費をめぐる住民訴訟においては、使途基準適合性の問題と関連して、立証責任の問題がある⁽¹⁾。これは、各支出の違法性についての立証責任を原告・被告のいずれが負担するのかという問題である⁽²⁾。

一般的に不当利得返還請求の「法律上の原因がないこと」の立証責任は、請求する側にあると解されている⁽³⁾。住民

訴訟における使途基準適合性に関する立証責任についての裁判例には、次のようなものが挙げられる。

まず、原告が立証責任を負うべきとする裁判例として、横浜地判平成一九年二月一九日⁽⁴⁾は、「政務調査費が外形的、客観的にみて、社会通念からは交付の目的や使途基準を逸脱したとみえる費用に充てられている場合には、その使途が本来の目的に沿ったものであることの立証がされない限り、当該使用が目的外の使用と推認されることはあり得るとしても、本件では、……その使途自体からは直ちに当該使用が目的外のものとはいえないのであり、原告が主張するように本件各会派が購入した事務機器等が私的に利用されているというのであれば、そのような事実は原告において立証する必要があると解される」として、原告の本件請求を棄却している。大阪高判平成二四年一月二二日⁽⁵⁾では、「各会派や各議員は、本件条例や本件規程に定められた様式に従って収支報告書を提出しておれば、仮にその記載自体から具体的な支出先や支出内容が確定できないとしても、更に具体的な支出先や支出内容について説明したり、その資料を提出したりする法的な義務はないというべきである」とし、「政務調査費の返還請求を求める側においては、各会派又は各議員の提出した収支報告書のほかに自らが収集した資料をもって、個別具体的な支出が使途基準に適合しないことを主張立証するほかないものと解するのが相当である」としたうえで、その立証がないことを理由に、原告の本件請求を退けている。

これに対して、東京地判平成一八年四月一四日⁽⁶⁾では、「目的外支出の疑念が生じた場合に、被告において、その点の解明に必要な限度での調査を行うことは……政務調査費の適正な使用の確保の見地からは必要なこと」であり、「区政に関連する調査研究又は会議として社会通念上必要なものであると認めらるるに足りる特段の事情が存しない限り、目的外支出に当たると認めるのが相当である」として、被告に立証責任を転換している。

仙台高判平成一九年四月二六日⁷⁾では、政務調査費の活用について「本来議員の自律的判断にゆだねられるべきものである」としながらも、その用途が限定され、条例等で議員に会計帳簿の作成及び領収書の整理保管が義務付けられていること等から「社会通念上市政に関する調査研究に資する適正な支出と認めることができないう支出は、使途基準に合致しない違法な支出といふべきである」として、被告側に適法であることの立証責任を負わせている。同様に、名古屋高判平成二一年二月二六日⁸⁾も、条例等が事前に一括して交付された政務調査費から適正な支出額を控除した残額を返還する旨を定めていることや「政務調査費の給源が公金であること照らすと、必要な経費かどうか不明なものは、返還の対象となると解するのが相当である」と判断して、支出した側に適法であることの立証責任を負わせている。

また、判例の中には、立証責任の問題に特段触れることなく、証拠上明らかとなった具体的な用途等に基づいて、政務調査費としての必要性等の要件の有無について判断し、違法か否かを論じているものも見受けられる⁹⁾。

政務調査費の使途等に関する資料は、すべて会派や議員が保有しているにもかかわらず、議員らが使途を明らかにしないことも多い¹⁰⁾ため、住民が、およそ考えられる一切の法律上の原因の不存在を主張立証しなければならぬとすることは相当ではない¹¹⁾。そこで、判例においては、概して、住民が、会派や議員による政務調査費の使用が本来の使途及び目的に違反していることを推認させる一般的、外形的な事実を立証した場合には、相手方がこれに適切な反証を行わないときは、当該政務調査費の支出は使途基準に合致しない違法な支出であると解されている¹²⁾。

例えば、名古屋地判平成一五年一月三一日¹³⁾では、立証責任について、「不当利得の返還を求める者が『法律上ノ原因ナクシテ』の事実の主張立証責任を負うといつても、およそ考えられる一切の法律上の原因の不存在を主張立証し

なければならぬものではなく、その類型や証拠との距離を考慮しつつ、当該事案において通常考えられる程度に財貨移転の正当化原因が存在しないことを主張立証した場合には、相手方においてこれを正当化する具体的事情につき反証する必要を生じるというべきである」とし、そのうえで、政務調査費が本来の目的に使用されていないと原告が主張する本件の場合には、「研究費が本来の目的に使用されなかった事実は、原告らにおいて主張立証すべきものであるが、研究費の具体的用途に関する領収書等の証拠を被告各会派が保有すべきものとされている……ことに照らすと、原告らとしては、交付された研究費の具体的用途を特定して主張立証し、それが本来の目的の範囲に属さないことを明らかにするまでの必要性はなく、例えば、被告各会派が研究費を支給するに際し、所属議員から領収書等を徴せずその用途についての管理を一切行っていないなど、研究費が本来の目的以外に使われたことを推認させる一般的、外形的な事実を主張立証した場合には、被告各会派において、その推認を妨げるべく、本来の趣旨に沿った具体的な用途を明らかにする必要がある」と判示している。

仙台高判平成二三年五月二〇日¹⁴では、政務調査費支出の用途基準の不適合を理由とする不当利得返還請求訴訟について、「用途基準に合致する政務調査費の支出がなされなかったことを推認される一般的、外形的な事実……の存在が主張立証された場合において、これに対する適切な反証が行われなるときは、当該政務調査費の支出は用途基準に合致しない違法な支出であると推認されるというべきである」と判断している。福岡地判平成二五年一月一八日¹⁵でも同様に、主張立証責任の所在について、「原告らにおいて、個別の支出が目的外支出である又は目的外支出が含まれると疑うに足りる事情について、一定の客観的資料に基づいて合理的な主張立証をする必要があると解するのが相当である」とし、原告らがそのような主張立証をした場合には、被告側において、「当該支出が目的外支出ではない

ことを主張立証する必要がある、的確な反論、反証をしない場合には、当該支出が目的外支出であること又は目的外支出が含まれていることが事実上推認されるものと解する」としている。

前記の最判平成二二年三月二三日は、主張立証責任の問題について明示的に論じるものではないが、その説示内容からすると、原告が使途基準に合致しない支出であることを推認させる一般的・外形的な事実を主張立証した場合、被告が適切に反証しないと、当該支出は使途基準に適合しない違法な支出と判断される、という考え方を前提としているものと解される¹⁶。

最近の判例である名古屋高判平成二七年一月二四日¹⁷では、本件事務所賃借料及び自動車リース料が政務調査費に該当するか否かの事案について、「政務調査費制度の趣旨及び沿革、名古屋市や東京都における運用との比較、事務所賃借料及び自動車リース料の性質のいずれの観点からみても、事務所賃借料及び自動車リース料が一般的に法の定める『議員の調査研究に資するため必要な経費』に該当するとは認め難いから、これらの支出のうちから概括的に一定割合を法の定める『議員の調査研究に資するため必要な経費』に該当するものとして政務調査費をもって充てることは許されず、これらに政務調査費を充てるには、個別具体的な調査研究の内容と支出との関連性を明らかにし、その両者の関係から必要な支出と認められることが必要であると考えられる。したがって、各補助参加人において、その所属議員らが個別具体的に特定された各会派の政務調査活動を実施するために事務所を賃借し、リース自動車を確保することが不可欠であるというような特別の事情の存在を主張立証しない限り、事務所賃借料等及び自動車リース料の支出については、本来の趣旨・目的に合った使途に充てられていないとの推認を免れないところ、補助参加人らは、その提出する膨大かつ詳細な主張と証拠によっても、会派からその所属議員が個別具体的に委託され

た特定の政務調査活動を遂行するために、実際どの程度の時間にわたり事務所又はリース自動車を使用しなければならなかったのかといった必要性を個別具体的に主張立証しておらず、上記推認は妨げられない。よって、本件事務所賃借料等及び本件自動車リース料は、法の定める『議員の調査研究に資するため必要な経費』に該当するとは認められない」と判断し、その必要性について被告側に個別具体的な立証責任を負担させている。

政務調査費に関する判例については、主張立証責任の問題で決着が付く事例は少なく、多数の判例が、主張立証責任についての一般論を提示すると否とにかかわらず、具体的な用途を認定したうえで、政務調査費としての必要性の有無等について詳細な判断を下しているのが現状であるといえる。¹⁸⁾

(1) 碓井光明『政府経費法精義』（信山社、平成二〇年）四三三頁以下、寺田友子『住民訴訟判例の研究』（成文堂、平成二四年）一九八頁以下参照。

住民訴訟における立証責任の問題については、細川俊彦「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」金沢法学四四巻二号（平成一四年）七七頁以下、鈴木秀洋「住民訴訟（改正四号訴訟）における立証責任の考察」内山忠明・池村正道編『自治行政と争訟』（ぎょうせい、平成一五年）二〇一頁以下参照。

(2) 戸部真澄「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説一号』（平成一九年一〇月）六〇頁、最判平成二二年三月二三日判例タイムズ一三二三号八六頁参照。

(3) 最判昭和五九年一月二二日集民一四三三五〇三頁、名古屋地判平成一七年五月三〇日LEX/DB文献番号28101444、寺田・前掲書一九八頁、羽根一成「政務調査費として許容される範囲」自治体法務研究三九号八四頁参照。

仙台地判平成一九年四月二七日判例地方自治三一〇号一七頁では、不当利得の返還を求める訴訟に関して、一般に返還を求める者において受益者が「法律上の原因なく」当該利益を得た事実を主張立証すべきであるとしつつも、「具体的な事実及び

証拠との距離を考慮しつつ、当該事案において通常考えられる程度に利得の保持を正当化する原因が存在しないことを主張立証した場合には、相手方においてこれを正当化する具体的事情につき反証する必要を生ずるといふべきである」と判示している。

(4) 横浜地判平成一九年二月一九日判例住民訴訟一四一・三二九・三九九・一六二頁参照。

裁判例には、議員側に対して立証責任の必要性を認めないものがある。例えば、京都地判平成一六年九月二五日LEX/DB文献番号28092619では、後援会事務所の電話料金は本件用途基準にいう「事務費」に該当するとし、「通話のうち、政務調査に関係のあるものは半分を超えることはない」旨の原告の主張について「そのような事実を認めるに足りる証拠はない」として、本件支出は用途基準に反しないと判断した。しかし、常識的には、後援会事務所は、議員の後援活動をする場所であつて、むしろ政務調査といえない活動の推定を受けるのであるから、議員側が政務調査に用いられていることを立証する必要がある(確井・前掲書四三二頁参照)。

(5) 大阪高判平成二四年一月三二日判例地方自治三七一号一〇頁参照。

(6) 東京地判平成一八年四月一四日LEX/DB文献番号28111072参照。

同様に、交付を受けた政務調査費の総額から、必要な経費として支出した残額がある場合、返還しなければならないと条例で定められているうえ、政務調査費が公金であることに照らすと、必要な経費かどうか不明なものは、返還の対象になるとする裁判例もある(仙台高判平成一九年四月二六日LEX/DB文献番号25420886、名古屋高判平成二二年二月二六日LEX/DB文献番号25440550参照)。

(7) 仙台高判平成一九年四月二六日LEX/DB文献番号25420886参照。

(8) 名古屋高判平成二二年二月二六日LEX/DB文献番号25440550参照。

(9) 札幌地判平成一五年一〇月二八日判例タイムズ二二〇八号一七二頁、札幌高判平成一六年一〇月二〇日判例タイムズ一二〇八号一六七頁、大阪高判平成一九年二月二六日LEX/DB文献番号25421195、名古屋高判平成二〇年二月四日LEX/DB文献番号28140575参照。

- (10) 札幌地判平成一五年一〇月二八日判例タイムズ二二〇八号一七二頁、札幌高判平成一六年一〇月二〇日判例タイムズ二二〇八号一六七頁、仙台地判平成二〇年三月二四日判例地方自治二二四号二六頁、名古屋高判平成二〇年二月四日LEX/DB文献番号28140575参照。
- (11) 井上元『住民訴訟の上手な活用法』（民事法研究会、平成二二年）二九四頁参照。
- (12) 名古屋地判平成一五年一月三二日判例地方自治二四五号二九頁、津地判平成一六年二月二六日判例地方自治二六四号二七頁、名古屋地判平成一七年五月二六日LEX/DB文献番号28101447、名古屋地判平成一七年五月三〇日LEX/DB文献番号28101444、名古屋高判平成一七年八月二四日LEX/DB文献番号28102278、青森地判平成一八年一〇月二〇日判例タイムズ二二四四号一四九頁、名古屋地判平成一九年三月二二日判例地方自治二九七号一一頁、仙台高判平成一九年四月二六日LEX/DB文献番号25420886、仙台地判平成一九年四月二七日判例地方自治三一〇号一七頁、青森地判平成一九年五月二五日判例地方自治三一〇号一九頁、仙台地判平成一九年一月二三日LEX/DB文献番号28140274、仙台高判平成一九年二月二〇日判例地方自治三一〇号一〇頁、名古屋高判平成二〇年二月四日LEX/DB文献番号28140575、仙台地判平成二〇年三月二四日判例地方自治二二四号二六頁、名古屋高判平成二〇年四月二四日LEX/DB文献番号28141215、仙台高判平成二〇年一月一一日LEX/DB文献番号25470790、福岡地判平成二三年一月二一日LEX/DB文献番号25443165、仙台高判平成二三年五月二〇日判例地方自治二六〇号七頁、大阪地判平成二五年一月一六日LEX/DB文献番号25445282、福岡地判平成二五年一月一八日LEX/DB文献番号25502391、大阪地判平成二六年三月二六日判例地方自治二九四号一八頁、大阪地判平成二七年四月八日LEX/DB文献番号25447511参照。
- 多くの判例では、このような考え方を採用しており、この考え方は、不当利得返還請求に係る実務の要件事実的な考え方に忠実であって、現実の立証問題への配慮もあることから、比較的妥当なものとしてされている（最判平成二二年三月二三日判例タイムズ二二二三号八六頁参照）。
- (13) 名古屋地判平成一五年一月三二日判例地方自治二四五号二九頁参照。
- 名古屋地判平成一九年三月二二日判例地方自治二九七号一一頁は、立証責任の問題について、「政務調査費に関する不当利

得の返還については、返還請求を求める側において、政務調査費の用途について相当な根拠をもって疑義が存することを主張、立証した場合には、会派ないし市側において、合理的な疑いを容れない程度にその疑義を解消するに足る主張と反証を行う必要があり、それがなされない場合には、政務調査費の適正な支出がなされなかったものと推認されるというべきである」と判示している。

(14) 仙台高判平成二三年五月二〇日判例地方自治三六〇号七頁参照。

(15) 福岡地判平成二五年一月一八日LEX/DB文献番号25502391参照。

(16) 最判平成二二年三月二三日判例タイムズ一三三三三号八六頁、羽根・前掲「政務調査費として許容される範囲」八四頁参照。
本最高裁判決では、原告が疑いのあると主張しているだけでは、当該支出が用途基準に適合しないことを推認させる一般的・外形的な事実を主張立証したことはならないが、少なくとも、任期満了の一月ないし四か月半前にパソコンやビデオカメラ等を購入したこと、任期満了後の選挙に立候補をしなかったことに加え、一〇～二〇年以上にわたる議員経験を有する議員が手元に残る物品を在職中に初めて購入したこと、緊急の必要性もなく買い換えたことが立証されれば、事実上の立証責任の転換が生じることになっている。

(17) 名古屋高判平成二七年一月二四日LEX/DB文献番号25447764参照。

(18) 最判平成二二年三月二三日判例タイムズ一三三三三号八六頁参照。

五 結 語

本稿は、これまで地方議員の政務調査費をめぐる住民訴訟について、政務調査費の趣旨を踏まえたうえで、用途基準の適合性の問題と立証責任の問題を中心に考察してきた。政務調査費をめぐる様々な問題は、以下のような問題に

起因するといえる。

第一には、議員の意識・モラルの問題がある^①。とりわけ、議員には、公金使用に対する認識、すなわち政務調査費の用途には必ず「議員の調査研究に資する」という大前提に対する認識が低いといわれる^②。各議員は、政務調査費を適切に使用しなければならない。しかし、本当の問題は、それを使つて、調査・研究し、活動をした結果、どのような成果を挙げているのかということである^③。つまり、それを「どのように使ったか」ではなく、「どのように生かしたか」が問われている。

第二には、法制度上の不備の問題がある^④。地方自治法上、政務調査費は「議員の調査研究に資するため必要な経費の一部」として交付されるとしているが、「調査研究」に具体的に何が該当するのかは明確でない。「調査研究」について何ら定義をしていないだけでなく、法律上の規定は同法一〇〇条の議会調査にかかわらせながら、「政務調査費」という表現に示されているように、調査研究を「政務」にかかわらせていることである。しかも、その「政務」とは何かがそもそも不明である^⑤。

また、政務調査費は「調査研究」の費用ではなく、「調査研究に資するため必要な経費」であつて、「調査研究に資する」ならば広く政務調査費に含まれてしまうという問題点がある^⑥。

したがつて、法律の「調査研究に資するために必要な経費」という制約を徹底し、その趣旨に沿つて使用されるように、条例や規則において、より詳細かつ明確な使途基準の策定が必要とされる^⑦。この点に関して、政務調査費の問題点を克服するためには、①政務調査費交付の目的を規定すること、②使途基準と使途限定を下位法令に委任しないこと、③領収書類の添付を義務付けること、④視察報告書、研修報告書、調査報告書、実績報告書等の提出を義務付

け、収支報告書とともに、これら書類の閲覧請求権を保障することを条例に規定すべきであると提言されている。⁽⁸⁾ただ問題は、そのような詳細かつ明確な条例等を制定（立案、議決）するのは当事者である議員にほかならないため、議員の高い自律性が要請される。⁽⁹⁾

第三には、裁判所の態度の問題がある。政務調査費については、その交付の対象、使途基準等についての各地方公共団体の定め方や支出対象が多岐にわたるため、判例においても、各論的な判断を迫られることになり、政務調査費支出の適否の判断基準、立証責任の所在等について、統一なものがないのが実情である。⁽¹⁰⁾

判例においては、政務調査費の使途基準の適法性については、議員や会派の裁量の幅をどの程度と捉えるのか、また、裁判における立証責任の程度をどの程度要求するのかといった点に関する判断が、当該事例の結論に大きな影響を与えている。⁽¹¹⁾したがって、政務調査費に関する住民訴訟は、いずれの判例の位置付けも、未だ流動的である。⁽¹²⁾

また、判例においては、政務調査費の使途について、議員・会派に対して広範な裁量を認めている。このことが、政務調査費の使途適合性についても広い裁量を認容し、「当該調査が一見して明らかに県政とは無関係である」とか、「調査研究活動としての合理性ないし必要性が明らかに欠ける場合に限られる」とか、「当該調査活動に政務調査費を支出することが著しく不相当である」というような事情がない限り、不当の問題にとどまって違法の問題を生じない」との判断基準となっている。⁽¹³⁾しかし、「一見して明らかに県政とは無関係である」とか「政務調査費を支出することが著しく不相当である」といった局面などは、ほとんど想定されないのではないか。このような判断基準では、議員・会派からそれらしい理由付けがなされれば支出の是非は不当の問題にとどまることになり、裁判所による法的統制を放棄するものといわざるを得ない。⁽¹⁴⁾議員の自律性が尊重された状況にあることで、政務調査費の交付対象は

広く認められる方向で解される傾向にある。¹⁵⁾

加えて、住民訴訟を有効に機能させるためには、原告が当該行為の違法性について合理的な疑いを生じさせるだけの立証をした場合には、証拠資料を提出し得る立場にある被告においてその合理的な疑いを解消しなければ違法性が推定されるなど、原告（住民）の立証責任は緩和されるべきである。¹⁶⁾

政務調査費に関する判例をみると、裁判所は、議会が定立した当該使途基準に従って、政務調査費の支出の使途基準適合性を審査しているのみであり、その使途基準自体の内容や手続がはたして法令に適合し、相当であるのか否かについては審査の対象としていないことがわかる。ここに、判例の大きな問題点があるといえよう。したがって、この観点からすれば、議会の立法行為に対する司法の謙抑性は、依然として維持されていると評価することができ¹⁷⁾る。裁判所は、政務調査費に関する使途基準の内容や手続の適法性・相当性にも立ち入って審査すべきであるとともに、使途基準適法性の判断基準を明確にすべきである¹⁸⁾と考える。

以上のことから、今後も、政務調査費（政務活動費）の問題については、様々な観点から検討・議論を要する重要な問題であるといえる。

(1) 加藤幸雄「政務調査費条例のあり方を問う」都市問題九八巻四号一八頁以下参照。

(2) 同二二頁参照。

(3) 野村稔『議会改革の条件』（ぎょうせい、平成一九年）四七頁以下、浅野史郎「政務活動費と地方議会の使命」ガバナンス一八七号五五頁、久保聡「相次ぐ政務活動費の不適切使用」毎日新聞平成二六年二月四日（朝刊）参照。

- (4) 加藤・前掲「政務調査費条例のあり方を問う」二二頁参照。
- (5) 大森彌「政務調査費と議員活動」日経グローカル一一二四〇頁、室井敬司「最新判例批評」判例評論六二四四頁、大森彌「政務調査費 使途を転換」読売新聞平成二四年七月二六日(朝刊) 参照。
- (6) 確井光明『政府経費法精義』(信山社、平成二〇年) 四一六頁参照。
- (7) 楠井嘉行・杉浦雄太郎「はんれい最前線」判例地方自治三七三三頁八頁参照。
 例えば、①使途基準の項目とその内容を条例に明記すること、②収支報告書に領収書の添付を義務付けること、③具体的な使途経費が使途基準に適合しているか否かを議会内部で審査する機関(議会運営委員会、代表者会等)を条例で規定すること等が必要とされる(加藤・前掲「政務調査費条例のあり方を問う」二二頁参照)。
- (8) 宮沢昭夫『政務調査費』(公人の友社、平成一七年) 五六頁以下、寺田・前掲書一〇〇頁参照。
 政務調査費の不適切な支出の問題は、「会派や議員自身の良識に委ねる面も否定できない。しかし、各地方公共団体が規則ないし規程等で使途基準の細目化を可能な限り行い、併せて、支出手続の明確化、支出内容の透明化を図ることが望ましい」(皆川・前掲「判例解説」一一二五頁)。
- また、金子昇平「地方議会における政務調査費」日本財政学会編『財政法講座③地方財政の変貌と法』(勁草書房、平成一七年) 二〇九頁は、「政務調査費の透明性を高めるための手法は、情報公開、監査委員による監査、外部監査、公益通報、住民からのパブリックコメント、交付を受ける側の説明責任、インターネットによる公表等が考えられる。そして、それぞれの制度は有機的に連動しているので、この組み合わせの上で政務調査費の適正な執行を構築すべきである」と提言している。
- (9) 大塚康男「政務調査費②」自治体法務研究二四号七二頁、板垣勝彦「財政法判例研究」会計と監査六四卷七号五二頁参照。
- (10) 加藤就一「判例解説」『平成二二年度主要民事判例解説』別冊判例タイムズ三三三三三四頁参照。
- (11) 近藤基弘「判例解説」判例地方自治三二六号二二頁参照。
- (12) 金子昇平「財政法判例研究」会計と監査六〇卷一一二二二二二二二二頁参照。
- (13) 例えば、裁判例においては、「市政と関連していないとはいえない」、あるいは「市政と関連性があると認められる」とい

う程度をもって、政務調査費の本件各支出を適法とした判決（名古屋地判平成一七年五月二六日 LEX/DB 文献番号28101447 参照）や、各議員のホームページに掲載された記事は、「一見して議員の活動とは無関係であると認められない限り、議員の調査研究活動に含まれる」とした判決（大阪高判平成二四年一月三二日判例地方自治三七一号一〇頁参照）がある。議員の裁量をあまりにも広く認め過ぎるのは、公金の使途上、望ましいとはいえない（室井・前掲「最新判例批評」六頁参照）。

(14) 板垣・前掲「財政法判例研究」五〇頁参照。

友岡史仁「会派に対する司法統制と『自律性』の距離」法学セミナー六六七号四九頁は、「条例による統制は、政務調査費は議員活動の根幹であるがゆえに議員自らが統制するという点において、『自律性』との相性がよいとはいえず、その範囲を客観的に画することは、政治的中立性を保つ目的において司法権の介入を遮断する論理へと発展しやすくなる。この点は、……議会・議員による、極めて広範な裁量判断が働く余地を生み出すことにもなる」としている。

(15) 友岡・前掲「会派に対する司法統制と『自律性』の距離」四八頁参照。

政務調査費に関しては、地方自治法が規定する「調査研究に資するため必要な経費」の文言が拡張解釈されているという問題点がある（碓井・前掲書四一六頁、國井義郎「判例解説」判例地方自治三三九号一五頁参照）。

(16) 井上・前掲書二二五頁参照。

内山忠明「判例回顧」判例地方自治三七八号五頁は、政務調査費については、平成二四年に「政務活動費」と名称と仕組みを変える地方自治法の改正が行われたことから、「今後は政務活動費について同種の訴えが提起されることとなる。政務活動費の支出範囲は『政務調査費』に比べ拡大されたことは明らかであるが、支出の明細を主張立証する義務と程度が原告にどの程度要求されるかについては同様の問題が残っている」と指摘している。

(17) 村上順・小倉卓晃「判例研究」自治総研三二二号五〇頁参照。

(18) 政務調査費に関する判例においては、確固とした使途基準適法性の判断基準があるとはいえず、明確な判断基準を確立する必要がある（下山重幸「財政法判例研究」会計と監査六五巻二号四七頁参照）。

フランス行政訴訟法の現代的課題*

デルフィーヌ・コスタ

神尾 真知子 訳

目次

- 1 行政裁判所の組織に関する問題
 - (a) 行政裁判所の構造
 - (b) 行政訴訟の展開
 - (c) コンセイユ・デタの特別な事情
- 2 行政裁判所の任務に関する問題
 - (a) 職業倫理規定の定義
 - (b) 遠隔手続きの発展
- 3 行政裁判所に申し立てられた訴えに関する問題

- (a) 緊急手続き
- (b) 通常手続き

フランス行政訴訟法の現代的課題について述べるためには、まずいくつかの定義が必要である。フランス法と言う場合、現在、フランスにおいて適用される法という意味で用いる。フランス法は、多くの特色を持っている。

第一に、フランス法は「ローマ・ゲルマン」法であり、ローマ法といわゆる「蛮族」の慣習に根つこがある。したがって、法体系が問題となり、それは、対応する法律制度に基づく法的カテゴリーから構成される。

第二に、フランス法は伝統的に私法と公法に分けられる。私法は、私人間の法的関係を規律し、家族法、債務法、労働法、商法、消費者法が含まれる。公法は、政府及び行政機関に適用される法的規制に関するものである。行政法は、国、地方、公企業という行政機関内の関係に適用されるが、同時に行政機関と市民の間にも適用される。

第三に、フランス法は、二つのタイプの裁判管轄、すなわち司法裁判所と行政裁判所に分かれる。最も数が多いのは、司法裁判所であり、民事裁判所、商事裁判所、刑事裁判所が司法裁判所に含まれる。司法裁判所よりも数が少なく、余り知られていないが、行政裁判所がある。行政裁判所は、行政機関に対し、適用される法を遵守させるようにする。行政裁判所には、市民及び行政機関によって付託される。

行政裁判所には、第一審の行政地方裁判所、第二審の行政控訴院、最終審の CONSEIL D'ÉTAT（国務院）がある。最終審の CONSEIL D'ÉTAT は、フランス法において非常に特別なものであり、政府提出法案やデクレ（政令）に関して政府に助言し、また、行政法上最も重要な裁判の判断をする。

行政裁判所における訴訟に特別に適用される法は、行政訴訟法と呼ばれている。現在、行政訴訟法は大きな変化を経験している。行政裁判所は、多くの困難にぶつかっている。その困難とは、行政裁判所の組織、行政裁判所の機能、行政裁判所に申し立てられた訴えにかかわるものである。

1 行政裁判所の組織に関する問題

困難をもたらしている問題が三つある。第一に行政裁判所の構造、第二に行政裁判所における訴訟の展開、第三にコンセイユ・データの特別な事情である。

(a) 行政裁判所の構造

長い間、行政訴訟法において、第一審の行政地方裁判所とコンセイユ・データしか存在していなかった。したがって、コンセイユ・データは行政地方裁判所の裁判の控訴審の裁判官になっていた。コンセイユ・データは、事実と法規定の両方の視点から裁判を再審理していた。しかし、コンセイユ・データは、パンクした。したがって、コンセイユ・データへの申立数を少なくするための解決をみつけなければならなかった。

第一の取組みは、コンセイユ・データの裁判官を助けるために、コンセイユ・データの裁判官に補助者を用意しようとしたが、この解決はコンセイユ・データの渋滞問題を解消するには十分とはいえなかった。

第二の取組みは、コンセイユ・データに補足的な部を創設するというものだった。補足的な部には、部下の司法官がつき、重要でない裁判を扱うというものだった。この解決は却下された。なぜなら、これは、ある種の二重構造のコンセイユ・データを創設することになるからである。

最終的な取組みは、一九八七年に採択された。第一審管轄の行政地方裁判所と並んで、行政裁判所の判決に対する控訴を管轄する行政控訴院が創設された。

この結果、コンセイユ・デタは、原則として行政控訴院の判決を破棄する裁判官になり、法律問題のみを再審理し、事実問題は扱わないことになった。例外的に、コンセイユ・デタは一定の訴えについて直接判断する。たとえば、政府のデクレについてである。

一九八七年に、五つの行政控訴院が創設され、成功を収めた。それ以降、三つの行政控訴院が創設され、現在、パリ、ベルサイユ、リヨン、ナンシー、ナント、ボルドー、マルセイユ、ドゥエに設置された八つの行政控訴院がある。行政地方裁判所も、同様に増えている。フランスでは、民事及び商事裁判所は廃止される一方で、新しい行政地方裁判所は創設されたのである。たとえば、パリ地域圏においては、ムラン、セルジイール・ポントワーズ、モントルイユの行政地方裁判所は、パリやベルサイユの行政地方裁判所の負担を軽くするために設けられた。フランス南部では、行政地方裁判所はトゥーロンやニームに創設された。行政地方裁判所は、海外県にも設置された。現在、フランスに四二の行政地方裁判所が存在する。

(b) 行政訴訟の展開

行政裁判所の裁判にはいくつかの特色がある。

行政地方裁判所、行政控訴院、コンセイユ・デタの裁判官は、トジュと言われる丈の長い法服を身につけない。彼らは、公務員と同様にスーツを着ている。このことは、裁判を受ける人たちを驚かせる。

さらに、行政地方裁判所及び行政控訴院のメンバーは、フランス法上「マジストラ」(司法官)⁽¹⁾と言われる(行政裁

判法典L. 二三二―一条)。しかし、コンセイユ・デタのメンバーは、司法官とは言われぬ。なぜなら、彼らは、既に述べたように、裁判官としての任務のみならず助言者としての任務も持っているからである。

このほか、司法官は、特に行政訴訟に関して弁論日に自らの法的意見を表明する任務がある。歴史的に、弁論の時に書見台に立つて最後に話すのは司法官である。司法官が公に発言した後、裁判官たちと司法官は秘密に協議するため退出する。

ところで、これまでの行政訴訟は、裁判権の原則、特に一九五八年憲法及びヨーロッパ人権条約に由来する原則と関連して、困難に直面していた。話を続けるためには、いくつかの説明が必要である。一九五八年に、フランス国民は、第五共和制憲法を受入れた。この時に、憲法院が創設された。憲法院は、議会によって採択された法律が憲法の原則に適合しているかを確認する責務を負っている。この原則は憲法の条文から来ているが、同時に憲法院が与える解釈からも来ている。

同様に、憲法院は、フランス法において、裁判は裁判権の公平性及び独立性の原則を尊重することを求めている。また、裁判は、当事者間の武器の平等性、すなわち予審における反論の原則、弁論における弁護の権利の原則を尊重しなければならない。一方で、フランスは欧州評議会のメンバーである。欧州評議会は四七のヨーロッパ諸国から構成される国際機関である。欧州評議会は、一九五〇年にヨーロッパ諸国の人権を守る国際条約を採択した。それが人権及び基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約（以下「ヨーロッパ人権条約」という。）である。フランスは、他の欧州評議会加盟国と同様に、ヨーロッパ人権条約によって認められている権利を遵守しなければならない。特に、フランスは裁判権の公平性及び独立性の原則、同様に武器の平等の原則（すなわち反論と弁論の権利）を遵守しなければならない。

らない。

したがって、行政裁判所は独立し公平でなければならぬし、訴訟当事者間の武器の平等が保障されなければならない。これは、次のようなことを意味している。行政裁判所は、当事者や立法・政府権力による圧力から保護されなければならないし、裁判すべき訴訟について先入観を持つてはいけない。行政裁判所のメンバーが、協議するために他の裁判官とともに退出する前に最後に意見を述べるといふ事は、裁判を受ける人々には納得されていなかった。ヨーロッパ人権裁判所は、ヨーロッパ人権条約をヨーロッパ諸国が遵守しているかどうかを監視しているが、フランスの行政裁判所のこのような特性ゆえにフランスを有罪とした。有罪となった判決に、クレス対フランスの二〇〇一年六月七日ヨーロッパ人権裁判所判決がある。この有罪判決は、行政訴訟法に多くの影響を与えた。

―第一に、司法官はその名前を変えたのである。かつては「政府委員」と呼ばれていた。しかし、これは政治的な意味を持っていたので、二〇〇九年以降は、より中立的である「公の報告者」と呼ばれている。

―第二に、二〇〇五年―二〇〇六年以降、行政地方裁判所や行政控訴院においては、司法官は他の裁判官と協議するために退出することはもはやしない。コンセイユ・デタでは、司法官は、当事者の一方が司法官と他の裁判官と一緒にしないことを要求する場合を除いて、他の裁判官と協議するために一緒にすることができる。

―第三に、弁論の数日前に、弁論日に弁護する法的意見を当事者に知らせなければならない。もしそうしない場合には、判決は再審理となる。意見を変えるならば、当事者に前もって知らせなければならない。

―第四に、弁論の時に、当事者は「合議覚書」によって公の報告者が提示した結論に反論することができる。これは、判決を延期する決定を行うことができる裁判長に渡される覚書である。この可能性は行政手続における反論

の原則を保障するものである。

―最後に、公の報告者はもはや一番後に意見を表明しない。行政地方裁判所、行政控訴院、コンセイユ・デタにおいて、当事者は公の報告者の後に意見を表明することができる。これは、弁論の権利を守る原則を保障するものである。

このような行政訴訟の展開のおかげで、ヨーロッパ人権裁判所はフランスがヨーロッパ人権条約を守っていると評価した（二〇〇九年九月一五日の不受理の決定、エティエンヌ対フランス）。

(c) コンセイユ・デタの特別な事情

最初に、フランスのコンセイユ・デタは二つの任務をもっていることを述べなければならない。すなわち、政府の助言者であり、行政訴訟の最終審であるということである。このようなコンセイユ・デタの「任務の二重性」は憲法の原則、すなわち権力分立の原則に反するようにみえる。実際、コンセイユ・デタは、政府提出法案やデクレについて政府に助言するときは、政府の権力に属しているようにみえる。反対に、行政控訴院の判決の破棄を判断するときには司法権に属している。したがって、コンセイユ・デタの任務の二重性は、一九五八年憲法の原則ともヨーロッパ人権条約の原則とも適合していない。

ヨーロッパ人権裁判所からフランスが有罪とされることを避けるために、多くの取組みがなされた。

―第一の取組みは、コンセイユ・デタの内部組織に関するものである。コンセイユ・デタは多くの「セクション」からなっている。政府に助言する任務を担う、六つの「行政的」セクションがある。すなわち、法令部、財務部、社会労働部、公取引部、行政部、報告・研究部である。同様に司法的な任務を行うために七番目のセクションが

ある。それが、争訟部法廷であり、争訟部法廷はさらに一〇の小法廷に分かれている。

―第二の取組みは、二〇〇八年に、デクレによって、コンセイユ・デタの内部にある二つの任務が区別された。それ以降、コンセイユ・デタのメンバーは行政セクションか争訟部法廷のいずれか一方のみに属するように促された。

―第三の取組みは、デクレによって、争訟部法廷において最も公式的な裁判構成体を再編成した。今後は、裁判にかかわるメンバーは、助言にかかわるメンバーよりも数が多くなる。

その結果、ヨーロッパ人権裁判所は、コンセイユ・デタの現在の組織はヨーロッパ人権条約をよく遵守していると明確に述べるに至っている（CEDH、二〇〇六年二月九日 サシロー ロルミン対フランス）。

2 行政裁判所の任務に関する問題

行政裁判所の任務には、二つのタイプの困難がある。

(a) 職業倫理規定の定義

行政裁判所のメンバーと実業界あるいは政界との間の利益紛争を避けるために、職業倫理規定が採用された。実際、コンセイユ・デタのメンバーは、ほとんどENAと略称される国立行政学院⁽ⁱⁱ⁾の出身者である。キャリアにおいて、彼らはたびたび仕事を変える。彼らは、たとえば政府や大きな公企業又は私企業の幹部になる可能性がある。このような状況において、行政裁判所のメンバーの任務を明確にする原則を定義することは、政界及び経済界のあらゆる介入から彼らを守るために必要なのである。

職業倫理憲章は、二〇一一年に行政裁判所のメンバー全員に対するものとして作られた。この憲章は、メンバー全員に適用される原則及び行動規範を表明している。そこで述べられている原則は、憲法、ヨーロッパ人権条約、種々の法令、行政訴訟法典や選挙法典のような、特にいくつかの法典から来ている。憲章の出だしは、次のように始まる。「これらの原則によつて、行政裁判所のメンバーは、公平性及び名譽を持つて、独立してその任務を遂行する。そして、この点に関する正当性が疑われないように行動する。」それに続けて、憲章は、以下のように述べる。「より大きくみると、彼らは、フランスの公務を規制する規律に従う。すなわち、職務に対して実直、清廉潔白、誠実、自由闊達さを持ち、職業上の秘密を厳守し、住民に対しても裁判を受ける人々に対してもサービスの質を保つ。」憲章は、行政裁判所のメンバーの独立を完全なものとするために、彼らは、その任務を行うときに、自分たちのキャリアにおける昇進を期待してはならないことを規定している。

彼らの表現及び意見の自由は、全ての公務員に課されている政治的見解の表明を差し控える義務との調整をしなければならぬ。特に「高級官僚」についていえることである。同じように、行政裁判所のメンバーは、職業上の秘密厳守を証明し、決定の秘密を守らなければならない。

職業倫理憲章を守るために、職業倫理学校が二〇一二年に設置された。学校長は、争訟部法廷の長だった、引退したコンセイユ・データの評定官⁽ⁱⁱⁱ⁾がなる。職業倫理学校は、詳細な意見を出し、一般的な勧告を発する。学校は原則の適用及び憲章にのつとつた行動規範について行政裁判所のすべてのメンバーに知らせる任務がある。それは、行政裁判所のすべてのメンバーによつて付託されうるし、最重要メンバーによつて要請されうる。三年間に、学校は二五の意見と三つの勧告を出した。これらの意見と勧告は、行政裁判所のメンバーの権利と義務のあり方をはつきり示すもの

である。

(b) 遠隔手続きの発展

このほかの現状は、行政裁判所の業務に関するものであり、つまり、遠隔手続きの発展に関するものである。遠隔手続きは、行政裁判所の業務を近代化する。「回線上」（インターネット上）発展する、「紙媒体でない」手続きである。行政裁判所は遠隔手続きに関してパイオニアである。言い換えると、司法裁判所がまだ伝統的な方法によっていた時に、インターネットによる裁判手続きが行政裁判所で発展したのである。

このことは、多くの要因から説明される。まず、行政裁判所は、司法裁判所よりも数が少ないことがある。それゆえ、実験はより容易だったのである。また、行政法において、紙媒体によらない手続きはよくあることである。例えば、公取引法を挙げることができる。公取引法は、とても重要である。同法は、国又は地方自治体と私企業との間で締結される契約に関するものであり、当該契約は、必需品一式やサービス（情報処理、宣伝）を手に入れるために、あるいは公共建築物（橋、道路、病院、学校等）を建設するために締結される。フランスは、EUに属しており、EUは二八か国からなる国際機関である。EUは、前に述べた欧州評議会と混同してはならない。EUは欧州評議会よりも知られている。なぜなら、世界市場に非常に強い影響を持ち、経済に関して二八か国のヨーロッパ諸国に共通の規則を定めるからである。それに、世界市場でこれら二八か国のヨーロッパ諸国の名において交渉しているのは、現在のところ、EUだけであるからである。同様に、EUは、貿易の世界的機関である世界貿易機関WTOに加盟している。特に、EUは競争法に関する法規定をもともと定めている。競争はすべての企業、すべての経済に関係し、それゆえ競争は、公取引法とも関係する。EU法の影響の下で、公取引法は、紙媒体によらなくなった。このことは、ヨー

ロッパの規模で、ヨーロッパ諸国の公取引の候補者になるためには、すべてはインターネットでなされることを意味する。このように公取引法が紙媒体によらないことは、行政訴訟法もまた紙媒体のよらないことのひとつの例である。

これ以降、フランスの行政裁判所に付託するために、インターネットによることが可能となった。行政裁判官の前でなされるすべての手続きには、その後インターネットが活用される。原告またはその弁護士はインターネットで訴訟書類を提出し、インターネットで他方当事者（被告）と書類を交換し、インターネットで公の報告者の結論を知ることができると同じように、行政裁判所の書記は、インターネットによってのみ当事者に通知する。書記は、各当事者に確定した日程を定め、当事者は、その日程までに、電子的に一件書類を提出する。

各行政訴訟は、原告、被告、行政裁判官により、インターネットを使って遂行される。紙媒体によらない手続きは、行政訴訟法を近代化した。それによって、効率化し、ミスを防ぎ、手続きの日程を迅速化した。したがって、紙媒体によらない手続きは、行政裁判所の業務に有益であることが明らかになった。しかしながら、その実施はたやすしいものではなかった。なぜなら、弁護士や行政裁判所に新たな挑戦を求めることになるからである。さらに、その実施は不平等であることも明らかになった。というのは、当事者のなかには、インターネットを利用できる環境になかったり、現代的なコミュニケーション技術に慣れていなかったりする者がいるからである。このことは、フランスの行政裁判所に付託するためには弁護士をつけることは常に義務づけられていないということから、一層問題がある。これらの実施上の困難さにもかかわらず、紙媒体によらない手続きは行政訴訟法のひとつの進歩となっている。

3 行政裁判所に申し立てられた訴えに関する問題

いくつかの問題は、行政裁判所への緊急手続きに関するものである。他の問題は、普通法の手続きに関するものである。

(a) 緊急手続き

伝統的に、行政訴訟法は、時間がかかるという、非常に不便なものだった。実際、行政手続きは、非常に長い時間を要した。ところで、前に述べたヨーロッパ人権条約の原則のなかに、適切な期間の原則がある。言い換えれば、裁判当事者にとって裁判が意味を持つためには、裁判は非常に迅速になされなければならない。一九九〇年代に、フランスはヨーロッパ人権裁判所に適切な期間を超過しているとして、たびたび非難された。それを受けて、効果的な取り組みが試みられ、緊急手続きが近代化された。緊急手続きは行政訴訟に存在してはいたが、有効に機能していなかった。そこで、二〇〇〇年法は「行政急速審理」を一般化し、行政裁判所の緊急手続き法を改正した。各行政裁判所では、裁判所長または経験豊かな司法官が行政急速審理の責任を負い、公の報告者なしで、ひとりで判断が下される。もし、事件が複雑な場合は、合議制に移行するが、非常にまれである。急速審理裁判官は、迅速に決定を下さなければならぬ。なぜなら、急速審理手続きは緊急性に対応しているからである。当該緊急性は、公益であれ、私益であれ、不可逆的に危機的な状況にあることを意味する。

種々の緊急審理がある。あるものは他よりも緊急といえる。

―第一に、非常に緊急の場合に、すべての市民は基本的自由を侵害する状況を終わらせるために、行政に対して介

入することを行政裁判官に求めることができる。基本的自由に該当するのは、通行する自由（パスポートの停止）、通常の家族生活を送る権利（強制退去）、財産権（収用）、表現の自由（興行の禁止）である。ここで「自由の急速審理」がなされ、裁判官は、四八時間以内に判断を示さなければならぬ。控訴は、第一審の急速審理の決定後一五日以内になされなければならない。

―第二に、ある行為の取り消しを求める訴訟当事者は、通常の行政裁判官がその行為の有効性について判断を示すまで、緊急に、その行為が一時的に実施されないことを求めることができる。この急速審理は、「停止の急速審理」と呼ばれる。ある行政行為の執行が停止されるからである。急速審理裁判官は一月以内に決定を下す。

―第三に、「命令の急速審理」があり、緊急に、急速審理裁判官が行政に対し、あることをすることまたは文書を提出することを命令するものである。この急速審理は非常に有益である。というのは係争状況を往々にして打開し、時には行政訴訟を避けることができるからである。

―第四に、急速審理裁判官が、あまり迅速ではないが、予防的に判断する急速審理がある。裁判官が鑑定を命令したり、預託金を認めたりすることができる。

―最後に、行政契約の権利に関するものであり、急速審理裁判官は、行政機関が選択しなかった契約を締結するよう、当該契約の締結候補者から付託される。行政契約は一般利益に資さなければならない。また、市民の公の利益にも役立たなければならない。公取引は行政契約である。民間企業に公的サービスを委託する契約もまた行政契約である。それゆえ、行政契約は、EU法の厳格な原則に従わなければならない。すなわち、契約締結候補者に対する行政契約へのアクセスの自由、候補者間の平等、行政契約の締結手続きの透明さという原則である。

もし、これらの原則を行政機関が遵守しないときは、締結できなかった候補者は急速審理裁判官に付託することができる。その場合、二つの方法がある。ひとつは、契約締結前に裁判官に付託し、契約前の急速審理によって、契約締結を回避するという方法である。もうひとつは、行政契約締結後一か月以内に急速審理裁判官に付託し、契約の急速審理によつて当該契約を解消する方法である。

すべての緊急手続きは利用しやすくなっている。それは、行政訴訟を緊急に処理することができるようにするためである。

(b) 通常の手続き

フランス行政訴訟法では、原則として、通常の手続きを二つに分ける。ひとつは「越権訴訟」であり、もう一つは「全面審判訴訟」である。「越権訴訟」と「全面審判訴訟」は、一九世紀末に区別されるようになった。この違いが原因となって困難が生じたにもかかわらず、この区別はフランス行政訴訟法において維持されている。

—「越権訴訟」は、市民が、行政裁判官に、行政行為を遡及して無効とすることを求めるものである。行政裁判官は、行政行為を無効とし、その法的効力を奪う権限のみを持っている。行政裁判官はいかなる他の権限も持っていない。

「全面審判訴訟」は、反対に、市民が、行政裁判官に、行政機関に対して権限を行使するように要求することを可能にする訴訟行為である。

—行政裁判官は、行政機関に対してその行為を改めるように義務づけることができるし、損害を被った市民に補償するように強制することができるし、行政行為を修正することもできる。

—「全面審判訴訟」のなかには、契約に関する訴訟もあるし、税制に関する訴訟もあるし、選挙に関する訴訟もある。

最近、行政訴訟法の訴訟に関するこれら二つの類型の境界があいまいとなつてきている。確かに、伝統的には、市民にとって最も関心のある訴訟は「越権訴訟」である。なぜなら、越権訴訟は行政行為を取り消すことができるからである。たとえば、政府のデクレのように、行政機関の強権的な意思を表す行政行為を取り消すことができる。しかし、行政機関は、一方的な行政行為という強権的な方法を取るのではなく、益々行政契約の交渉という方法によつている。したがつて、行政訴訟法の立場からは、最も関心のある訴訟は、「全面審判訴訟」になる。

しかし、ひとつの問題が出てくる。それは、行政契約はフランス法において他の契約のような契約ではないということである。確かに、行政契約は二つの主体を結びつけた契約であるが、これらの主体のひとつは少なくとも公的な主体でなければならない。行政契約には、行政機関と他の行政機関との契約があるが、最も多い行政契約は、行政機関と私的な組織、たとえば企業のような私的な主体との間で結ばれたものである。行政機関と企業間の行政契約は、市民の公益を表し、公取引または公共サービス（学校交通、ごみ処理など）を組織する契約にかかわるものである。それゆえ、このことは、行政契約が公益を遵守しないならば、市民は望めば当該行政契約を訴えることができることを意味する。ところが、伝統的に、契約に関して可能な「全面審判訴訟」は、行政契約の当事者しか付託することができなかつた。多くは行政機関と民間企業が当事者になる。行政契約によつて公益が保障されなかつたとき、市民は何ができたのだろうか。複雑な制度であつたが、市民は、行政裁判官が行政契約から切り離すことを認めた、一方的な行政行為に反対して行動することができたのである。「越権訴訟」は、したがつて、行政契約に関連する行為に反対

する市民にとって可能であった。行政裁判官は、それゆえそのような行為を取り消すことができた。その代り、このことは行政契約そのものを取り消すことを意味してはいなかった。

契約を解約するためには、行政裁判官は行政機関に契約の解約を求めなければならなかった。そして、もし行政機関がそれを拒否した場合には、当該裁判官に戻され、「全面審判訴訟」をしなければならなかった。したがって、この制度は複雑で、全く効率的ではなかった。多くの変遷を経て、二〇一四年ノタルヌ・エ・ガロンヌ県対ボンノム氏判決において、コンセイユ・デタはひとつの解決をえた。今後は、契約の解消や修正をする利益があるならば、契約の当事者ではない市民も、「全面審判訴訟」によって契約を訴えることができる。他の事例は契約に関する行政訴訟法の発展をもたらした。しかし、これはフランス行政訴訟法の簡潔化の事例といえる。

*本翻訳は、法学部招聘教授として来日されたコスタ教授が、二〇一四年一〇月二〇日（月）に日本大学法学部で行った講演を翻訳したものである。本翻訳の原文は、Nihon University Comparative Law Vol.32 (2015) に掲載されている。

- (i) マジストラ (magistrat) は、司法官と訳され、司法職団 (corps judiciaire) に所属する裁判官と検察官を総称する名称である。司法職団は、職業団体である。
- (ii) ENAは、Ecole nationale d'administrationの略称で、国立行政学院と訳される。大学よりも格が上であるグラン・ゼコールのひとつで、高級官僚を養成する教育機関である。
- (iii) 評定官 (Conseiller d'Etat) は、コンセイユ・デタ構成員の三つの位階のうち最上位の位階である。二番目の位階は調査

官 (*maitre des requêtes*) であり、その下に傍聴官 (*auditeur*) がある。傍聴官は、ENAの卒業生から任命される。
(以上の注は、山口俊夫編『フランス法辞典』東京大学出版会、二〇〇二年を参考にした。)


~~~~~  
論 説  
~~~~~

ジャン・ドマの三つの序文的章と法準則、プランシズ レーグル及びロワ: ポティエ「法準則論」との対比において

菊 池 肇 哉

日 本 法 学 第 八 十 二 卷 第 一 号 (二〇一六年六月)

はじめに

I. 総論的考察：全体構造

1. ドマ作品中からの分析テキストの確定
2. 総論としての「準則論」と各論としての「アンガジュマン論」

II. ドマの三つの「予備的章」と法準則

1. 「本書の構想に関する序文」：『ローマ法大全』 序列批判と準則の科学的体系化
2. 「法論」：「宇宙論」：道徳神学と「地理学」：法律学
3. 「前加編」：「法学提要システム」で叙述されたレグラエ論

III. 小括

はじめに

前稿で、ポティエの『新序列による学説彙纂』における D. 50. 17. への注解の形で現れる法準則論の方法論分析を試みたが、その中で、ポティエの法準則論は、表題に「新序列」として現れる、表の「方法論」としては、人文主義法学のモス・ガリクス *mos gallicus* 中でも、特に、キュジャスの弟子であるジャック・ラビットの『索引』から始まり、18世紀ホンメル、19世紀レーネルの『パリングネシア』にまで繋がる「原パリングネシア的」な「新序列・秩序」を採用していたことを指摘した。一方で、作品全体を支える裏の「構造」として、その著作本体

一八六(一八六)

に説明のない「所与の」内部構造においては、ポティエはドマの「自然的序列」、つまり、「自然法的枠組」に影響を強く受けていた。そのような関係性を前著の表題では、「新序列と自然的序列の相克と統合」としてまとめた⁽¹⁾。

本稿では、前回で尽せなかった、ドマにおける自然法的な法準則論中で、ドマ固有の、ポール・ロワイヤルにおけるデカルト的「法科学論」等について扱いたい。「ドマ固有の」と述べたが、より専門法学的なポティエの「法準則論」には、ドマ『序文』にみられる大上段の「法科学論」や、「法論」にみられる「宗教性・道徳神学性」は見られない。しかしながら、ドマの「序文」により提示された、『ローマ法大全』の序列の欠如・欠陥（後に見るように、ドマにおいてはローマ人らが異教徒であったことに帰される）と、『法科学』の「体系化された準則」としての把握などは、むしろ、ポティエによって完成された感すらあり、連続性も存する。

前稿で、ドマ⁽²⁾「準則論」の方法論の根源として、「自然法」を提示したが、その自然法論には、ポール・ロワイヤルのセクト、ひいてはデカルトの「科学論」や「自然の光 *lumière naturelle*」⁽³⁾の概念、「幾何学的方法」等が深く影響を与えており、それらはこれから見ていくように、ドマ固有のものである。

「幾何学」「論理学」「文法学」とも、一種のルールや準則の体系であるが、幾何学では、より本質的かつ自明の少数の「公理」「公準」とそれらから導き出された「準則」に分かれる。それが、特に、ドマ「法論」で展開される「神への愛」と「隣人愛」という「原則：プランシプ」と、「準則：レーグル」もしくは「法則：ロワ」という「準則の段階性」に反映されているというのが本論文の視角である。またドマ固有の表現である「*loix civiles* 市民法」という「法 *loix*」を「個別法則 *loi* の束」と見なすこともデカルト的「科学論」と密接に関係している。かかる特質・表現は、ポティエには観察されず、ドマの方法論の根幹に深くかかわる。

I. 総論的考察：全体構造

1. ドマ作品中からの分析テキストの確定

ドマにおける「法準則論」は、ドマによる二つの作品に分解して見られる。通常ドマの代表作として知られる『自然的序列による市民法』(1689-95)と、よりマイナーな作品『学説彙纂及び勅法集からの選抜法令集、大学及び法廷での使用のために Legum Delectus ex Libris Digestorum & Codicis. Ad usum Scholae et Fori.』(初版：Paris, 1700-1701)⁽⁴⁾である。『ドマ全集 Oeuvres Complètes de J. Domat』には、他に、ドマの死の翌年に初版された『自然的序列による公法』(1896)が含まれる。野田論文(1956)によれば、『全集 Oeuvres Complètes』としての形式では、1821-25に出版されたナルシス・カレ Narcisse Carré 編集の八折判9巻組『全集』と、より小型のジョゼフ・レミ Joseph Rémy 編集の4巻組『全集』(1828-30)とその新版(1835)⁽⁵⁾の3種が存在する。また、これとは別に、ドマの作品としては、ドマが裁判長としてクレルモン＝フェランの王立地方裁判所の法廷の開会にあたり開会の辞として述べた1662年からの演説を集めた演説集たる『Harangues (「長く退屈な演説・説教」を意味する)』があるが、『全集』には含まれない⁽⁶⁾。なお、18世紀のほとんどの刊本では、『自然的序列による市民法』『自然的序列による公法』『抜粹法令集』の3作品が、『全集』の名を冠されずとも、収録されており、通常、『自然的序列による市民法』と称される原典は、実質、3作品を包摂する全集である⁽⁷⁾。

『抜粹法令集』では、通常、「法準則」や「法諺」と認識されるべき『ローマ法大全』中の重要な法文が各所から抜粹・編集され、『学説彙纂』の序列に従って、特に『ユ帝勅法集 Codex』との照合性を意識して並べられる。後者は、『ローマ法大全』の中から法準則として使用できる内容を有する重要法文を抜粹した上で独立した使用に供すべく最低限の「編集」をし、かつ、『ユ帝法学提要』『学説彙纂』『勅法集』の関連箇所を一箇所に集めるという方法論において、ポティエ『新序列

による学説彙纂』全体が『学説彙纂による序列』(Digesta 内部の章 titulus の構造) によるのと同じ構造・秩序 ordre を有するのと同じ構造と方法論に依拠すると言える。

その一方で、ポティエ『新序列による学説彙纂』は、最終タイトルたる D. 50. 17. 「法準則論」の内部では、一般、人、物、訴訟、公法の5分割の「法学提要システム」⁽⁸⁾を採用しているのに対し、ドマ『抜粋法令集』では、『学説彙纂』の序列を採用している点異なる。ポティエ『準則論』=「De regulis iuris」に対応するのはドマ『自然的序列による市民法』の「前加編」中の「一般」「人」「物」の法学提要システムである。また、厳密に対応関係にある部分相互間に於ても、ポティエの準則にはポティエ自身による詳細な「notae 注」が施されているのに対し、ドマ『抜粋法令集』は一切、注解等、説明の付属していない点などが異なる。『抜粋法令集』は、具体的な準則の用法の「比較」というよりは「説明がない準則の羅列」であるので「校合」でしか、分析に供せない⁽⁹⁾。

それゆえ、分析の対象はドマの主著たる『自然的序列・秩序による市民法』内の構造と「準則論」となる。

2. 総論としての「準則論」と各論としての「アンガジュマン論」

本邦におけるドマ論文の数は両手に満たぬが、その中でも、ドマの体系全体を扱う論文は少なくなく、野田良之(1956)、小川浩三(1986)等の論文がある。野田論文は『ドマとフランス民法典』という一大テーマについて、書かれた112頁のモノグラフともいえる大作であり、その前半のドマの生涯及び作品やポール・ロワイヤルの思想に関する叙述は、未だ極めて重要で、それに代わるものはない。野田論文では、「神学は専門ではない」と注意深く断りつつも、アウグスティヌス主義、ポール・ロワイヤルの思想についても比較的詳細に扱われている。小川論文は、「道徳」と「法」という観点からドマの「法論」を分析しており、「法論」の分析に関してもっとも詳細で優れている。いずれの研

究においても、著作の体系・構造自体は、明晰にまとめられている。

野田 (1956) によれば、

「學問的に見て最も重要な著作は言うまでもなく、すでに述べた《Les lois civiles dans leur oredre naturel》で、これはドマの生前に出版された唯一の書物である。その内容は後述するとおりであるが、この書物にはいずれの版にも序文のかたちで《Traité des lois》と題する十四章よりなる法の一般理論を述べた論文がつけられている。この部分はドマの法思想の土臺を知るための貴重な資料ではあるが、元来は彼はこれを序文としてつける意図を持ってなかったと言われる。ただ友人の勧めに従ってこれが序文とされるに至ったものと伝えられる。本書の本文の構成は先ず前加編 (Livre préliminaire) を置き、本論を二つの部 (partie) に分ち、各部はこれを編 (livre) ・章 (Section) に分ち、各節を更に article (條) に区分し、章節の冒頭に前文 (Préambule) を置いている。この書は非常な好評を博し、一六八九年にその第一冊を出版してから極めて多くの版を重ねた。その詳細はヴェルツェルの研究に載せられているが全部で六四の版を重ねたという。」⁽¹⁰⁾とされる。

ドマの生前に唯一出版されたとされる「市民法部分」は、大別して、法準則論に関わる、3つの序章的章、「本書の構想についての序文」「法論」「前加編」の言わば、「総論的部分」と、第一部 [Premiere partie Des Engagements]、第二部 [Deuxième partie Des Successions.] の言わば「各論的部分」に二分され得る。

1689年にドマの初版の第一冊が登場した時には、この最初に「序文」「法論」「前加編」と第一部の第一部アンガジュマン論第1編 Livre Iの契約論 [合意による意思的、双務的な債権債務 Des Engagements volontaires et mutuels par les conventions.] が出され、ドマの死の前年1695年には、第一部第2編 Livre IIの準契約論 [Des Engagements qui

se forment sans conventions] が出された。(※多くの研究で誤記されているが、第二部である「相続論」は、ドマの生前出版された1695年の第二冊初版には含まれていない⁽¹¹⁾。)

包括承継たる「相続」が、ドマが「前加編」において提示する「人、物、訴権」の「法学提要システム Institutional system」において、「人」に分類され得るのか、「物」に分類され得るのかは極めて困難な問題である⁽¹²⁾。しかしながら、理解の明晰性のため、ドマの生前出版部分に限定すれば、総論部分は「準則論」、各論部分は、「アンガジュマン＝債権債務論」とまとめてもよいと思われる。

II. ドマの三つの「予備的章」と法準則

本稿では、ともすれば等閑視されがちであった、ドマにおける総則的な「準則論的部分」につき、扱いたいと思う。

本論文で扱うドマ『自然的序列による市民法』においては、特異なことに、3つの「序文的章」が存在し、それらは、それぞれ「準則論」と密接に関係する。そこでは、「法の科学 la science du Droit」というキー・ワードとともに、(1) principe プランシプ＝原則、(2) règle レーグル＝準則、(3) loi ロワ＝法則・法という三種の言葉が、ポティエ『新秩序による』の regula に対応する用語（直接的には無論 règle レーグルである）として一定の曖昧な相互互換性を有しながら、重要な位置を占めて、使用されており、これら3章にまたがる3種の概念の関係性を分析して初めて、広義のドマの「法準則論」の全容が明らかとされうる。

原則として、ドマにおいては、principe プランシプがより上位の原則であるのに対して、ポティエの regula に対応するレーグル règle 準則及びロワ loi 法則はしばしば併置される下位概念である。

1. 「本書の構想に関する序文」：『ローマ法大全』 序列批判と準則の科学的体系化

第一の「序文的章」は、冒頭に置かれる「本書の構想に関する序文 *Préface sur le dessein de ce livre*」(以降、単に「序文」と称する。)というもので、構想とは「デッサン *dessin* 素描・企画」である。ここでは、ドマ自身による、『ローマ法大全』構造の具体的な欠陥の指摘と、その欠陥を補正する自然的序列の意味など、作品全体の構想が語られる。これは、通常の本物に付される「序文」にあたる。従来のドマ研究では、この「序文」部分はあまり詳細に分析されてこなかった。その理由は、一つには、ドマ『自然法秩序による市民法』の実体法的中核はそのアンガジュマン・債権債務論や相続論にあり、「序文」自体はその構造にはあまり関連性を持たないことが挙げられよう。

しかしながら、この「序文」を前稿のポティエ論で位置づけた「法科学」の成立とレグラエ論としての視点から読んだ場合、非常に興味深く示唆ある内容となる。

事実、この序文には、『ローマ法大全』の序列批判とともに、先に述べた、(1)プランシプ＝原則、(2) *règle* レーグル＝準則、(3) *loi* ロワ＝法則という三種の概念が、随所に主要概念として使用されている。

前提研究として、これらの準則類似概念に注目した同部分の全訳を「試訳」として作成し、分析したところ、先に分析したポティエ「準則論」の具体的内容との関係性が非常に深いことが分かった。このドマ「序文」はデカルト、パスカルの合理主義による「真理の探究」としての「科学論」を前提とする、一種のレグラエ＝レーグル論として書かれているが、その一方で、ドマの作品の本体はアンガジュマン論など「債権論」よりの今日でいう通常の「理論書的」叙述となっているため、「個別の準則」については、関連性が薄い。しかしながら、かかる個別準則はポティエ『新序列による学説彙纂』の D. 50. 17. に該当する「準則論」に体系化して関連付けられ、見いだされるのである。

前稿で、「小括」として、ドマが『ローマ法大全』を処理して「準則論」へとまとめたと推測されるプロセスを1-6としてまとめた⁽¹³⁾。しかるにその過程は、『ローマ法大全』という対象が確定している以上、一定限度、普遍的なものである。前稿では、16世紀よりの「様々な新しい方法論の統合者」としてのポティエが、矛盾さえし得るそれらの異なる方法論を「どのような各場面」で使い分け、どのように「統合」しえたかを例示するためにこれらを対照させた。

それらポティエ「準則論」分析で措定された各プロセスと一致・対応する「問題意識」の多くがこのドマ「序文」では、既に、提示されている。限られた紙幅のため、本稿では、それら方法論の各点とドマによる原テキスト該当部分の訳を対比できるべくまとめた上で、簡潔に提示したい。

このことは『ローマ法大全』テキストの「準則化から法科学化」までの処理に関わる。

1. 法準則となり得る断片を『ローマ法大全』から選出する。

ドマ「序文」：法準則の選抜・抽出

「また、おおかたすべての主題において、役に立ち必要なテキストと、沢山の無用であるか冗長なテキストがごっちゃになっており、重複も多いのが見てとれようし、同じく、いろんなところで、この種のローマ法の面倒さが、筋の通ったものでもなければ、我らフランス人の慣用に供されておらぬのに、学習の骨折りばかり大きくしている。そのようなわけで、このような状態のローマ法を使いものにするためには、各原則、準則 les principes & les règles からそれらを取り囲むこれらの棘をすべて抜きつくし、正しき理念形成にむけ、テキストを何度も読み返すのみならず、多くの区分をもうけた上で、一つの大きな適用[体系]へとまとめあげねばならない。」⁽¹⁴⁾

2. それを自然法的論理原則と「法学提要システム」に準拠して各大分野に分類する。

ドマ「序文」：『ローマ法大全』序列批判

「また、各主題の細目についていえば、その定義、原則、準則がたがいによりそい、そこで、それら相互の関係性を果たすといった完全な序列・秩序 un ordre parfait というものはどこにもおめにかかれず、みいだせるものといえ、多くの準則の雑多なよせあつめのみ、それも、ほとんど場合、脈絡すらないものである。」⁽¹⁵⁾

3. 各小分野に分類し、その中で、少項目を更に分類。後期スコラ学的一般理論・アリストテレス哲学的行為論の枠組みや、中世法学の「Tractatus 個別論文」の内部構造が適用される。

ドマ「序文」：分類・体系化

「本書で提示された、ローマ市民法 les Loix Civiles をその序列に従い配置し、法的主題を区分し、各題材を、それらを自然的に構成する全体の中での階層に従い組み上げ、各法的主題をその各部に従い分かち、それら各部においてそれらの定義、原則、準則の細目を階層化し配列するという構想は、まさに、それ自身で明晰な各原則 [=公理]と、それに先立つ理解に必要な限りでのあらゆる叙述を提供するものである」⁽¹⁶⁾

4. その内部で似た意味に理解され得る各断片を関連づける、分類。

ドマ「序文」：関連準則の分散

「また、各主題にまたがり共通な多くの一般準則 règles générales が特定主題の章の下に見いだされるし、一つの主題に関する特定の準則の多くが、まったくばらばらの複数の章の下に置かれていた。」⁽¹⁷⁾

5. それを集めて大きなローマ数字の項目に纏め体系化する。

ドマ「序文」：関連準則の集中：法文からの複数準則の分離：(準則断

片は Lex より細かい。)

「また、これら準則 ces règles の多くは、[単一では、] その全体の含意の見通しをあたえてはくれず、しばしば我々は、いろいろな箇所から、ある単一の準則の異なった部分を収集せねばならないのだが、それとはまったく反対に、場所によっては、そんな区別がなされていると気づかれていない単一テキスト上で、分離せねばならぬ二準則がいつしよになっているのが見うけられることもある。」⁽¹⁸⁾

6. 注釈を加える際に、どのような適用場面で論じられたのか、人文学的テキスト分析により、キュジャス、ラビット『索引』、ゴドフレドゥスなどを使用し、再構成された原典テキストを意識しながら、分析し、その適用限界を論じる。

ドマ「序文」

「このことを評価するには、まず、これらの法律・法文の各作者がどのようにしてそれらを構成したのか考察し、次に、それらがどのようにローマ法中に編纂されたのかを見、その上で、市民法学習を容易、快適化するため提案する構想を説明せねばならない。」⁽¹⁹⁾

(※新序列＝パリンゲネシア的原典序列：ドマ本文においては結局適用されず。ラビット『索引』の実際の使用の有無が一つの基準となりうる。ドマでは使用されず。)

ドマ「序文」の重要性はこれに尽きるものではない。1637年3月メルセンヌ神父宛書簡で、デカルトは、『方法序説』の Discours の語を「序文 préface」の意で使用したと、明らかにしている⁽²⁰⁾。当「序文」はドマにとっての『方法序説』にあたる。次稿では、この「序文部分」の用語法とデカルト哲学全体の方法論を規定した『方法序説』、パスカルの『方法序説』ともいいうる『幾何学的精神について』との関係性の分析を提示したい。

2. 「法論」：「宇宙論」：道徳神学と「地理学」：法律学

第二の「序文的章」は、所謂、「法論 *Traité des loix*」である。先に見たように、主にヴェルツェル René-Frédéric Voeltzel (1936)⁽²¹⁾ に依拠した野田論文によれば、ドマは当初本「法論」を自分の著作『自然的序列による市民法』の一部として出版するつもりはなかったが、友人らの強い勧めにより、出版を決意したとされる。

この『法論』の部分及び続く『前加編』は、双方とも、強い独立作品としての性格を有していた。ピーター・スタイン (1969) は、ドマの法準則論を扱う際の「注」で、ドマの作品の最初の英訳は、英国のローマ法学者トーマス・ウッド Thomas Wood (1661-1722) により、ドマの名を冠せず、匿名作品『A Treatise of the First Principles of Laws in General 法の第一原則一般論』(London, 1705) として出版されたが、この「法論」と「前加編」のみだったとしている⁽²²⁾。

ポール・ロワイヤルのセクトの中では、ドマの作品は、神学的傾向の強い主に当「法論」に即して評価され、『自然的秩序による市民法』を「法律論」であるところから単に『法論』とさえ呼びならわす場合すらあった。その点、ドマの法理論に注目し実定法学者としてアンシャン・レジーム法学の雄⁽²³⁾とする、『市民法』の評価敷衍後から現在に至る法学者の理解とのズレを解する要がある。ドマはその生前には、ほぼ無名で、「ドマの全生涯は、パスカルの友⁽²⁴⁾と『法論』の作者であったとの2語で語られ得る。Toute la vie de Domat pourrait s'écrire en deux mots : il fût l'ami de Pascal et l'auteur du *Traité des loi.*」⁽²⁵⁾と19世紀のある研究者は述べている。

ドマの死 (1696年3月14日) の3年近くのち、大アルノーは、M. Du Vaucel 宛 1689年11月25日付け書簡 [Antoine Arnauld, Lettre à M. Du Vaucel (25 novembre 1689)] 中で、以下のごとく述べている。(ドマは、生前比較的無名であったため、ダゲッソウ&ポティエ間のように書簡は保存され

ていない。)

「Je lis présentement le livre de M. Domat ; il y a à la tête un traité des lois que j'ai presque achevé : j'en suis extrêmement satisfait, car il y a beaucoup de piété et beaucoup de lumière.

私は今、例のドマ氏の著作を読んでいます。その冒頭には、今読み終えたばかりの「法論」が付されておりましたが、私はそれに無上に extrêmement 満足しております、というのも、そこには、多くの敬虔性 piété と多くの光明 lumière [※理性による明晰性] があるからです。」⁽²⁶⁾

この「法論」は、「法とは何か？」という問いに関わるドマの道德神学をもっとも色濃く反映している部分であり、ドマの法律学のより大きな枠組みを決定する部分である。

ここでは、他の様々な準則レールが由来する第一原則プランシプたる「神への愛」と「隣人愛」の問題と「道德と法」の問題が語られる。

この「法論」は、ドマにおいては、大型四折版で29頁⁽²⁷⁾、現代のハンドブック書籍サイズの小型八折版カッシング版英訳 (Boston, 1850) では104頁程度の「法一般の特質」を述べる独立した「法道德神学的モノグラフ」としての性格を有しており、より詳しい分析、ひいては「全訳」が将来の課題としてまたれる。これは、後期スコラ学派でイエズス会士であったスアレス⁽²⁸⁾ Suarez 『De legibus ac Deo legislatore』 (Coimbra, 1612) によって新領域として開拓されたサラマンカ学派・後期スコラ学派におけるトマス『神学大全』第2部の1 (I-II, qq. 90-108.) への注釈としての「法論 De legibus」のポール・ロワイヤル版ともいえるもので、ドマと道德神学の関わり合いを知る上では、欠かすことのできないものである。(※事実、ドマ『市民法』、ラテン語訳では、「Traité des lois」は「Tractatus De legibus」と訳されている。)

上記の「序文」の末尾に「第二序文」としてドマ自身による「なぜ法論は書かれたのか POURQUOI ON A FAIT UN TRAITE DES LOIX」が続くが、ドマは、そこで、彼が「法論」で展開する「ポール・ロワイヤルの道德哲学・神学」と「法律学」との関係を「宇宙論」と「地理学」の関係になぞらえている。

「また、市民法 Loix Civiles を秩序付ける [mettre les Loix Civiles en ordre] という構想は「法論 Traité des Loix」を私に書く努力をさせることになりましたが、この「法論」は市民法 les Loix Civiles をよく理解するのに同様に必要なものであると判断します。なぜなら、「地理学 la Géographie」を理解するためには、「宇宙論 la Cosmographie」が与えてくれるような、少なくとも世界の体系全体に対する知識が必要とされるからです。

全ての法則というのは、その源を人間社会の規律の基盤である第一原則の中に有しており、様々な種類の法則 Loix の本質と用法は、それらの法則のこれらの原則との繋がり、それらがその準則であるところの社会と原則の関係性を理解して初めて、理解可能です。それゆえ、この世界的秩序のかかる体系および設計図の中で、市民法の状態や領域を理解しなければなりません。つまり、市民法は他の種類の諸法とどれだけ共通しているのか、それらを区別するものは何か、市民法をよく理解するためや市民法がかかわる様々な題材において正しい適用をするために不可欠の様々な真実とはなにかを、知らなければなりません。またこのプランに従って初めて人はこれらの主題やその序列を区別できるのです、このような見解、諸法則、その主題といったものが当「法論」の主題となるでしょう。」⁽²⁹⁾

フランスにおいては、デカルト、パスカル、ポール・ロワイヤルにおける敬虔主義運動が、一見矛盾さえしかねない機械的世界観や理神論と共存して現れたが、その不可欠の紐帯がアウグスティヌス主義・

プラトニズムの「照明説」とデカルト的「科学的根本原理の明証性」の結合であった。

幾何学的「公理」をパスカルは、『幾何学的精神について』の第二部「説得術について」において、「明確な原理・原則もしくは公理を提示すること à proposer des principes ou axiomes évidents」⁽³⁰⁾として、「原則：プランシプ principe」を「公理：アクシオム axiome」とも呼び代えるわけであるが、これはパスカル独特の用法である。次稿で分析するように、ドマは恐らく未刊「手稿」の状態でのこの著作を読んでおり、友パスカルの用語法を踏襲していると思われる。ドマにおいては「公理」は、「原理・原則プランシプ」もしくは「第一原則」として語られる。ドマは、「第一原則」を「神への愛」と「隣人愛」に置く⁽³¹⁾。ドマによれば、全ての被造物は人間のために存在しており、人間存在の目的としては相応しくなく、只、創造者たる神のみが人間が愛を向ける第一原理として相応しい。その「神への愛」により人間は神に対して同じ方向に纏められ、そこから「隣人愛」が導き出されるが、この「神への愛」と「隣人愛」の2つが法の「第一原則」であり他のあらゆる法準則及び法則はそこから導き出される。異教徒は「神への愛」も「隣人愛」も知らぬがゆえ、法の第一原則を認識できない。これに関し、ドマは「法論」第一章「あらゆる法の第一原則」の項目番号I「法の第一原則は異教徒には解されなかったこと。」という一節を置くが、以下に訳出する。

「I. 法の第一原則は異教徒には解されなかったこと。

「各人の行動を個別的に、もしくは、人々のいっしょになってつくる社会秩序を、規律する法の第一原則 les premiers principes des loix ほど、人によくわかるものはないはずだし、これら原則の本質を解する宗教の光明 les lumières de la Religion を持たぬ人々でさえ、第一原則は、我らの本性の根底に刻み付けられたものなので、少なくともそれ

らはわかるはずに思えよう。しかしながら、キリスト教が我らに教えることに無知であった諸民族中、最も才覚のあった民族でさえ、これらの第一原則を踏みにじり破壊するような準則をつくるほど、それらに無知であった。

つまり、ローマ人らは、全民族中、最もよく市民法を育み、極めて正しいことを非常に数多く行ったのであるが、一方で、他の諸民族同様、その奴隷や自身の子息らの生命を奪うことを許可した。このように、父親や主人たる資格 la qualité のあたえるその権限 la puissance (※父権) は、人倫の諸法を廃し得るがごとくにあつかいさえしたのである。

ローマ人により立法された極めて正しき諸法中に燦然と輝くその衡平性 l'équité と、このような許可の非人間性とのかかる極端な対比から、彼ら [ローマ人ら] は自らが親しんでいたはずの正義の根源そのものについて無知であったがゆえ、これら野蛮の諸法により、彼らの他の諸法に正義や衡平が存在したあらゆる源であったこれらの原則の精神をかくも深くきずつけるにいたったのがよくわかる。

また、ローマ人らがこれら原則の認識とはいかにほど遠かったのかを判断できるのは、このことだけでない。かれらのうちの哲学者らが、これら諸原則がその根底にあるはずのその人間社会の起源に関して与えたその理論にも、別の証左を、極めて明瞭にみいだせる。というのも、それら原則を認識し、その原則により人間のむすびつきがいかにしてつくられるべきかをしるどころか、彼ら [ローマ時代の哲学者ら] は、そのうちの一人が人々を社会へと形成できると思い至り、人々が社会を形成するよう説得・馴致 apprivoiser し始めるまで、人間は、原初、交際や結びつき (communication) も持たずに、草原の野獣の如く生活していたと想像していたからである。

異教に生きた全民族中、最も啓蒙的であった民族における、この奇妙な光明と暗愚の矛盾、つまり、彼らが、これほどまでに多くの正義と衡平の諸準則を知り得たのに、一体いかにして、それらの拠って立つところの諸原則をしりえはしなかったのであろうか?ということに

については、[ここで] 立ち留まり、考えるまでもない。キリスト教の第一原理 premiers élémensがこの不可解を解明してくれよう。つまり、我々が[キリスト教信仰において]人間の状態 l'état de l'hommeとして学ぶことがらが、我々にこのような盲目性の理由を理解させてくれようし、この事により、同時に、人間社会秩序の基礎として神のうち建てられ、正義と衡平のあらゆる準則の淵源である、これらの第一原則 ces premiers principesがいかなるものであるのかも我々はみいだすことができるようになるのである。

しかし、これら原則はこの宗教の光を通じ、初めて、我々にわかるものである。この宗教の光は、それらの原則を我々の本性自体の中で、かくも明晰に認識させてくれるので、それらの原則を我々が無視するのが無理なほどであることがわかろう、なぜなら、そのばあい、人は自ら自身を無視することになるからである。それゆえ、人間の見通しを奪っていたその暗愚ほど驚くべきものはないのである。⁽³²⁾

この一説は、プロティノス⁽³³⁾等、新プラトン主義の影響を受けたアウグスティヌスの「照明説」と「恩寵の光」「理性の光」の区分に関わる。アウグスティヌス研究で著名な山田昌氏の論文「自然の光と恩寵の光」(1958)によれば、「照明説」とは、端的には「人間の魂は神の光によらなければ真理を認識することが出来ない、という説である」⁽³⁴⁾とされる。この「光 lumen」は、プラトン『国家』第7巻514a-515aにおける有名は「洞窟の比喩」⁽³⁵⁾の「光：ファオス φάος」と同一である。かかる照明説はアウグスティヌスの『ソロリキア』第1巻に最初に登場するが、『自由意思論』⁽³⁶⁾第2巻に特に頻繁にみられる。ポール・ロワイヤルは、後に説明するイエズス会との「恩寵と自由意思」の論争においてこの概念を強く吸収していた。この「自然の光＝理性」の概念は、デカルト『方法序説』の題名中の「科学における真理の探究」の「真理」の概念に深くかかわっている⁽³⁷⁾。また、デカルトは『自然の光による真理の探究 Recherche de la vérité par les lumières

naturelles』⁽³⁸⁾ という未完作品も残している。

下記に、今一度引用する「法論」項目番号1最終段落に、ドマの「人間の魂は神の光によらなければ眞理を認識することが出来ない」というアウグスティヌスの・プラトンのな照明説が明瞭に観察される。

「Mais quoique ces principes ne nous soient connus que par la lumière de la Religion, elle nous les fait voir dans notre nature même avec tant de clarté, qu'on voit que l'homme ne les ignore, que parce qu'il s'ignore lui-même; & qu'ainsi rien n'est plus étonnant que l'aveuglement qui lui en ôte la vue.

しかし、これら原則はこの宗教の光を通じ、初めて、我々にわかるものである。この宗教の光は、それらの原則を我々の本性自体の中で、かくも明晰に認識させてくれるので、それらの原則を我々が無視するのが無理なほどであることがわかろう、なぜなら、そのばあい、人は自ら自身を無視することになるからである。それゆえ、人間の見通しを奪っていたその暗愚ほど驚くべきものはないのである。」

ドマは「光明・光 lumière」という言葉を随所で多用するが、時折、「自然の光 lumière naturelle」とも言い換えている。前出の山田昌氏によれば、デカルト⁽³⁹⁾、パスカルにも共通する「lumière naturelle」の表現は、アウグスティヌスの「lumen naturae」に由来する。ドマによって語られる「宗教による光を持たぬ人々でさえ、我々が本性の根底に刻み付けられているものであるがゆえ、それらの第一原則自体を、少なくとも認めるはずであると思われよう。」という一節では、中世神学の「恩寵の光」と「自然の光」の対比が前提となっている。最終段落下線部「これら原則はこの宗教の光を通じ、初めて、我々にわかるものである。」は明確に「恩寵の光」による照明説に言及している。「恩寵の光＝キリスト教信仰」をもたぬ異教徒であったローマ人すら、「自

然の光＝理性」を有していたので「衡平の準則」たる自然法原則をローマ法の中で多く見出したが、「隣人愛」を持たぬが故、残酷な家父の奴隷及び家子に対する「生殺与奪権 *ius vitae ac necis*」⁽⁴⁰⁾などを有したとされる。これは敬虔主義の裏返しで、一種の宗教文化差別の一面を有するのであるが、このことは、後に見る「序文」におけるドマによる『ローマ法大全』の序列・秩序批判にも共通する。異教徒であったゆえに、自然の光にあふれたローマ人は衡平の準則を多数発見しながらも、完全な見通しを持たず、不完全な体系を残したのである。

また、「我らが本性の根底に刻み付けられているゆえ *puisque'ils sont gravés dans le fond de notre nature*」の表現は、トマスにおける「人間本性に刻みつけられた理性」を通しての自然法の認識という思想の影響であろう。非常に後期スコラ的である。トマス『ロンバルドゥス『命題集』 註解』 IIS, d. 37, q. 1, a. 3 は、「*quaedam enim sunt leges quae ipsi rationi sunt inditae, quae sunt prima mensura et regula omnium humanorum actuum* なぜなら、ある種の法 *leges* は、理性 *ratio* 自体に刻印されて *inditae* おり、これらの法は、あらゆる人間行為の第一の尺度 *mensura*、準則 *regula* であるからです」と述べている。またトマスは、『異教徒に対する駁論 *Summa contra Gentiles*』, III. c.129, no. 3001 で「*homines ex divina providentia sortiuntur naturale iudicatorium rationis ut principium propriarum operationum* 人は、神の摂理から、自然的理性の判断より、自己の各行為 *operatio* の原則 *principium* を引き出す」とする⁽⁴¹⁾。かかるごとく、アウグスティヌス本人においては、純粹受動的だった「自然の光」が17世紀のポール・ロワイヤルのアウグスティヌス「主義」では、トマスの能動的・意思的「理性 *ratio*」のパラフレーズに過ぎなくなっているのが観察される。

ドマは異教徒たるローマ人の野蛮性の証左として、(1)ローマ法の父権に基づく「生殺与奪権 *ius vitae ac necis*」(制度名は触れられておらず:C. 8. 46. [父権について] 10. & I. 1. 8 [自権者及び他権者について]. 1-2.) が引用

される。)と、(2)キケロ『発見論』第1巻第2章における「自然状態」批判」を行っている。

3. 「前加編」：「法学提要システム」で叙述されたレグラエ論

第3の序文的章は、本格的な法分析に入る前に、レグル全体を扱う「前加編」と称される部分であり、この部分こそがポティエのレグラエ論、つまり、[D. 50. 17. De regulis iuris]に、より直接的に、呼応する部分である。

ドマ自身は、「前加編」の存在意義につき、以下のように解説する。

[LIVRE PRÉLIMINAIRE
前加編

Où il est traité des Règles du Droit en général, des personnes & des choses.

ここでは、法準則一般、人、物につき論じられる

この「編 Livre」に「予備的・前加 préliminaire」と名づけたのは、他の全てに共通の三主題を含み、かつ、他の編をよく理解するためには、まず先行する当編を理解せねばならぬからである。また、当編の主題は法の初歩提要・第一原理 les premiers élémens du Droit のようなものである。なぜなら、諸準則の細目に分け入る前に、まず必要なのは、一般的なこれら準則の種類や特質、及び、これら準則をよく理解、適用するための方法を識ることであるからであり、これが、当編、第一章の主題である。」⁽⁴²⁾

「les premiers élémens du Droit」の語は、「法の各第一原理・要素」とも訳し得るが、「初歩提要」ともしたのは、ユ帝『法学提要』が、ユークリッド『原論』の Elements にあたる言葉で各国語訳されているからと、当「前加編」のみが、「法学提要的」、「梗概書的」著述スタイ

ルを有しているためでもある。当編のみが Grotius, 『*Inleydinge tot de Hollantsche rechtsgeleertheit* オランダ法入門』⁽⁴³⁾, (Hague, 1641) 等の「極端に簡明な」梗概書的、幾何学的スタイルによっている。

当所では、主にレーグル＝法準則に関して語られる。ドマの書中、直接的に、ポティエ「レグラエ論」に対応する部分である。全体の部分は、ポティエの「レグラ論総論（一般的レグラを扱う第一部）」と同様に、「一般的レグラ論」と「一般レグラの中でも特殊な「法というレグラ」それ自体に関する法解釈論」⁽⁴⁴⁾に大きく二分され、前者は、定義や分類をあつかう「一般的レグラ論」の後、「一般、人、物」に分かれ、ポティエがドマの当「前加編」の構成に影響を受けたことが明らかである。（前稿で触れたように、法学提要システムにしたがい法準則を配置するには D. 50. 17. における 211 ある断片のテキスト序列を、「完全に換骨奪胎」する必要があるため、そのような配列のレグラエ論は極めて小数であった。）

一つの重要な点として、本「前加編」では、ポティエには存しない「レーグル règle 一般論」が詳細な章に分け論じられている。一方で、章立ては詳細であるものの、実際の内容を知ろうと意気込んで読むと、各章の叙述の内実は、梗概的で、ある種物足りぬほど、簡潔なのが特徴である。本性における叙述スタイルは、ドマ『市民法』の他の部分と全く異なる。その意味でも、「法論」と同じく、「前加編」も、ドマ「市民法」中、唯一、「法学提要システム」による構成を持つ点も加味され、独立した「作中作」のごとき趣を有する。

本所では、大体のイメージを提示するため、特に重要な「法準則一般について」章立ての翻訳と、予定される次次項で扱う「準則分類」に入る前に必須の、ドマ自身による「準則の定義」（作中、本所にしか存しない）を提示したい。

「
第一章
法準則一般について

この章で説明されることとなる準則は、これらの準則がすべての題材に共通で、極めてしばしば使われる限りにおいて、一般的に各法則の特質、用法、解釈に関わるものである。それらは、通り一遍に一読したのみでは満足され得ず、折にふれ再読、再精査してこそ役に立つものである。なお、この講義は『法論 *Traité des Loix*』第11章 [※ *De la nature & de l'esprit des Loix, & leur differentes spiecies.* [諸]法 [則]の特質及び精神とそれらの異なる種類について]、及び第12章 [※ *Réflexions sur quelques remarques du Chapitre précédent pour le fondement de diverses règles de l'ufage & de l'interprétation des Loix.* 各法則の使用法と解釈に関する様々な準則の基盤としての、前章のいくらかの見解に関する考察] と併せることができる。

S O M M I A R E S

1. Définition des règles.
準則の定義
2. Deux sortes de regles, les naturelles & les arbitraires.
二種類の準則：自然的準則と任意的準則
3. Quelles sont les regles naturelles.
自然的準則とはなにか。
4. Quelles sont les regles arbitraires..
任意的準則とは何か。
5. Autre division des regles.
準則の他の分類
6. Deux manières d'abuser des regles.
準則乱用の二種の方法
7. Les exceptions sont des règles.

準則には例外が存在すること

8. Deux sortes d'exceptions.

二種類の例外

9. Les Loix doivent être connues.

法律は知られていなければならない

10. Deux sortes de Loix arbitraires, les Loix écrites & les coutumes.

二種類の任意法：成文法と慣習法

11. Fondement de l'autorité des coutumes.

慣習の権威の基盤

12. Les Loix naturelles reglent le passé & l'avenir.

過去及び未来を規律する自然法

13. Les Loix arbitraires ne règlent que l'avenir.

任意法は未来を規律しないこと

14. Effets des Loix nouvelles à l'égard du passé.

新法律の過去に対する効力

15. Autre effet des Loix nouvelles à l'égard du passé.

他の新法律の過去に対する効力

16. Du tems où les loix nouvelles commencent d'être observées.

新法律が遵守され始める時について

17. Deux manieres dont les loix s'abolissent.

法が自廃する二種の方法

18. Divers effets des loix.

法の様々な効果

19. Les loix répriment ce qui est contraire.

法は反するものを抑制する。

20. Les loix annullent ou répriment ce qui est fait contre leurs défenses.

それらの防御に反してなされたことを法は無効化したり抑制したりすること

21. Les loix sont générales, & non pour un cas ou une personne.

法律は一般的なものであり、単一の事例や単一の人間のためのものでないこと

22. Suite de la règle précédente.

先行準則に従う事

23. L'équité est la loi universelle.

衡平とは普遍法である」⁽⁴⁵⁾

ポティエは「準則 *regula* の定義」をその「準則論」において、D. 50. 17. 1. を題材にし、詳細に扱った⁽⁴⁶⁾が、ドマも D. 50. 17. 1. に基づいてレーグルを定義しているが、それは、「Les règles du Droit sont des expressions courtes & claires de ce que demande la justice dans les divers cas. 法の準則とは、異なる個別事例における正義を要求する短く、明晰な表現である。」という極めて「短い」ものである。

ここで、一言、付言しておきたいのは、基礎用語の「定義」はあまりにも当然のものとして、われわれ、現代法学者の目からすり抜けがちなのだが、ドマが「定義」という場合、「ユークリッド幾何学」における「定義」「原則 (公理)」「準則」の序列・秩序 *ordre* におけるものが、明確に措定されている事である。この点、デカルト、パスカルにも共通する。D. 50. 17. 1. 冒頭原文 [Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. 準則とはあるところの物 (主題) を短的に叙述するものである] の原文には、「明晰 *claires*」の一語はない。そこに、アウグスティヌスの「照明説」に依拠した、デカルトの「明晰・判明 *clair et distincte*」を読み込めるのではないのではないだろうか。

I. Définition des règles.

準則の定義

Les règles du Droit sont des expressions courtes & claires de ce que

demande la justice dans les divers cas. Et chaque règle a son usage pour ceux où sa disposition peut se rapporter. Ainsi, par exemple, plusieurs événements sont que l'acheteur est dépouillé de ce qu'il acheté, ou qu'il y est troublé par ceux qui prétendent en être les maîtres, ou y avoir quelqu'autre droit. Et la justice commune à toutes ces sortes d'événements, qui veut que le vendeur y fasse cesser les évictions & les autres troubles, est comprise dans l'expression de cette règle, que tout vendeur doit garantir ce qu'il a vendu (a).

「法」の準則とは、異なる個別事例における正義を要求する短く、明晰な表現である。各準則はその具体的処理の関係しうる者らのためにその固有の適用を有する。例えば、買主が買った物を追奪されたり、その物の所有者であったりその物の何らかの他の権利を有すると偽装する者がいたりしもめごとに巻き込まれたりするなにかの場合がある。しかるに、売主に追奪、その他のもめごとを無くすよう求めるこの種あらゆる事例に共通する正義は「全売主は自己の売った物を保証すべきである」という当準則の表現に内包されている。

(a.) Regula est quae rem quae est breviter enarrat. [準則とはあるところの物 [問題対象] を短的に叙述するものである] l. 1. ff. *de reg. jur.* [D. 50. 17. 1.] ex jure quod ex [※ est の誤植] regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur. [あるところの法 [法の実態] から準則は作り出される。それゆえ準則により、短い主題・問題 res の叙述がなされる] d. ff. [同 D. 50. 17. 1.] Rei appellatione & causae, & jura continentur. [res 争点・論題の呼称には、個別主張 causae も権利 jura も含まれる] l. 23 ff. *de verb. sign.* [D. 50. 16. 23]⁽⁴⁷⁾

カトリック神学では「対人枢要徳」の一つとされる「正義 iustitia」の要求という表現は、ドマの神学的関心を示すものであろう。事例と

して、売買契約における売り手の追奪担保責任などがあげられる。

Ⅲ. 小括

本稿では、ドマの『自然的序列による市民法』の全体構造と法準則論の関係と、ドマによる「準則の定義」を概観した。ドマにおける本論外の総論的3章は、みな「広義の法準則」に関わるものであったが、見てきた通り独立性が強く、各固有の世界を展開している。

第1の「序論」では、『ローマ法大全』序列批判と準則の抜粋、科学的体系化にかかわり、混沌とした序列の『ローマ法大全』から様々な準則を抜き出し、体系化する際の様々なテキストの問題点やドマの目指す「自然的秩序・序列」とは何かが語られる。第2の「法論」では、ドマの神学的思想に基づき、法のより大きな環境としての「キリスト教道徳と法」の位置づけが論じられ、これだけで独立した性質を持つものである。第3の「前加編」は、法学提要システムに準拠したレグラエ論であるポティエ「準則論 De regulis iuris」に最も明確に対応する部分であるが、「準則の一般的性質」についてポティエには見られない23の章にわけて説明しており、貴重である。

これらドマの「序章的」3章では、1. プランシプ原則、2. レーグル準則 [ポティエ regula に対応]、3. ロワ法則の3つの準則類似概念が提示されている。プランシプは、幾何学における上位で自明な「公理」にあたり、ドマ神学では「神への愛」「隣人愛」がこれにあたる。レーグル準則とロワ法則は相互互換可能な概念で、等置化されている。ドマが「市民法」と「loix civiles」と表現するのは、ドマの思想が、「法の総体」を「自然法則の束」に擬した、デカルト的、ポール・ロワイヤルの科学観（次稿で詳説）に依拠しているからであると思われる。かかる「準則の段階性」や「疑似自然科学性」はポティエには観察されない。

ドマ本文は理論書的叙述が基本であり、同旨の準則が『ローマ法大全』内の様々な場所に散らばっているとドマが「序文」において述べ

ていても、実際のそのような準則の実例はドマには見出され得ない。かかる具体例は、適用事例とともに、実際に似た準則を『ローマ法大全』のあらゆる部分から収集し、それらの具体的準則を「総論」「人」「物」「訴訟」「公法」に分け、項目番号ごとに分類しその中で同旨準則を同じ項目番号 [Numerum] 中で「小体系化」したポティエ「準則論」にこそ観察可能である。つまり、ドマ「序文」は、ポティエ「準則論」の各準則の細目的実例に即して、初めて我々の前に明確な実像を提示する。

一方で、ポティエ『新序列による学説彙纂』(1748-51)の最終章 D. 50. 27. [De regulis iuris] に該当するポティエ『準則論』(八折判2巻組1000ページにも当たる)には、解説やアジェンダに当たる「序文」は付せられておらず、その意味でもドマ「序文」は貴重である。今後の課題として、以降の研究で、ドマにより提示された問題点とポティエにより実現されているテキストからの準則処理の具体的実例も分析していければと考えている。

かかる「序文」におけるプランと、実際の作品の本文スタイルとの懸隔を、ドマ自身、恐らく、強く認識していたのであろう。『学説彙纂』の章形式に合わせ、主要な法準則を各章で抜粋した上で、個々の準則の形に最低限の編集を施し『勅法集』の同準則に関わる関連テキストと同時に並べ編纂した『抜粋法令集 Legum Delectus ex Libris Digestorum & Codicis』を別作品として執筆している。この作品は『学説彙纂』テキストと『勅法集』テキストから重要準則を抜粋して一箇所にとり合わせ、『学説彙纂』の序列に準拠し並べるという点でポティエ『新序列による学説彙纂』の方法論を予期する。

次稿では、「ジャン・ドマの「法準則論」とデカルト主義的「科学論」と「幾何学的方法 mos geometricus」：ポティエ「法準則論」内の自然法的構造との対比において」と題し、ポール・ロワイヤル学派における思想発展史と、デカルト、パスカルを中心とした幾何学的方法の教育的敷衍及び「科学観」、ポール・ロワイヤルの中核にある「恩寵

と自由意思」の問題、デカルト、パスカルの思想の相違、ドマのテキストに観察されるそれらの方法論の適用の実例の分析を扱いたい。

了

- (1) 菊池肇哉「ポティエ『法準則論』中の「一般的法準則」における方法論分析：ポティエ「新序列」とドマ「自然的序列」の相剋と統合」、『日本法学』81 (1) (2015), 280-246.
- (2) 野田良之「ジャン・ドマとフランス民法典」『比較法雑誌』3 (2) (1956), 1-112 ; 小林公「ジャン・ドマ解説」久保正幡還暦記念『西洋法制資料編Ⅲ』, (創文社, 1979), 128-9; 小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police (1) - (2)」38 (3) (1988), 415-454; 38 (4) (1988), 625-654; 和田敏朗『ジャン・ドマ (1625 ~ 1696) の契約観：物権変動における意思主義の萌芽』『早稲田法学会誌』, 43 (1993), 437-479; 前田美千代「Jean Domat (ジャン・ドマ) における債権譲渡—法律行為論序説に代えて」、『法学政治学論究』, 49 (2001), 237-70; 中野万葉子「ジャン・ドマ (一六二五—一六九六) の私法理論：法理論の基本的構造」『法学政治学論究』, 101 (2014), 135-164.
- (3) 山田弘明「真であるとは何であるか—デカルトと自然の光—」『思想』869 (1996), 73-90; 山田弘明『真理の形而上学—デカルトとその時代』(2001) 第1章「真とはなんであるか—デカルトと自然の光」。
- (4) 野田 (1956), 48. 近時の研究構築への努力として、岡徹「[[資料] ドマの LEGUM DELECTUS について(1)]」『関西大学法学論集』, 65 (3) (2015), 1062-1042; 「[[資料] ドマの LEGUM DELECTUS について(2)]」, 『関西大学法学論集』, 65 (4) (2015), 1391-1373.
- (5) 筆者は1835年版の『全集』を所蔵しているが、野田先生ご指摘の通り非常に使いづらいのと、重要な「序文」が抹消されており、準拠テキストは Gallica: BNF [Bibliothèque nationale de France] のサイト [http://gallica.bnf.fr/] からダウンロードした、Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et Legum delectus*, Tom. I, (Chez Savoye: Paris, 1751) を主に使用した。以下、引用文は1751年版同書の頁数により Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) として引用。
- (6) 野田 (1956), 49 & 52.
- (7) 野田 (1956) ではこの問題の考察が抜けている。下記注7で扱うヴェルツェル研究によるドマ『市民法』の全64版の大半は、実質、『全集 Oeuvres』である。野田研究は、時代による限界もあり、ヴェルツェル等、二次史料の分析に主に基づき、一次史料たる原典の様々な版の現物を参照

されていないようである。『市民法』として流通した版の多くが実質「全集」であったからこそ、需要にもかかわらず、『Oeuvres』名での出版は3度のみで済んでいると思われる。

- (8) Peter Stein, “The Development of the Institutional System”, in Eds. P.G. Stein & A.D.E. Lewis, *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, (London, 1983), 151-163.
- (9) 貴重なことに、同書は、ラテン語作品でありながら、仏語によるドマ自身の「序文」を有している。序文の重要性は作者によって異なるが、科学的、幾何学的方法論を重視するドマにおいては実質的であり非常に重要である。しかし、本稿の分析からは除外する。
- (10) 野田 (1956), 49. 『フランス民法典』体系との比較として、野田, 64-8も参照。
- (11) 原典初版第2冊 (1695) を確認済み。しかし、では、第二部の相続論がいつ初版されたのかという問題は、初期の刊本に網羅的に当たることが出来ず確認できておらず、今後の課題として残る。
- (12) 第二部「相続」のドマ自身による体系的位置づけは、(1)「第一序文」「法論序文」後の第二「はしがき Avertissement」、(2)『法論』第13章と、特に、第14章での全体構造の叙述、(3)第二部「相続論」冒頭の「序文」に示されている。その分析には独立論文を要すると思われるので本稿から割愛せざるを得ず、原典の関係テキストの特定に留めたい。
- (13) 菊池『日本法学』81 (1) (2015), 252.
- (14) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) [(原著頁付なし Non Pagenation) [NP] 序文 2 頁目 7 段落目 (頁頭より途中で始まる段落を数えず、文頭一マス空いた段落数による。以下同様)].
- (15) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) [NP 序文 2 頁目 2 段落目].
- (16) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) [NP 序文 3 頁目 第 4 段落].
- (17) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) [NP 序文 2 頁目 第 3 段落].
- (18) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) [NP 序文 2 頁目 第 5 段落].
- (19) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) [NP 序文 1 頁目 第 3 段落 最終文].
- (20) 落合太郎訳, デカルト『方法序説』, (岩波文庫, 1956 : 1988 年第 46 刷を使用), 5.
- (21) René-Frédéric Voeltzel, *Jean Domat, 1625-1696, essai de reconstitution de sa philosophie juridique, précédé de la biographie du jurisconsulte*, (Paris, 1936). 国内では東大に蔵書。
- (22) Peter Stein, *Regulae Iuris*, 177.
- (23) J. L. Gazzaniga, “Domat et Pothier: le contrat à la fin de l’Ancien Régime”, *Droits*, 12 (1990), 37-46.
- (24) Paul Nourrisson, *Un ami de Pascal, Jean Domat*, (Paris, 1939). 国内では北大に蔵書。

- (25) E. Cauchy, “Etudes sur Domat”, *Revue de législation et de jurisprudence*, 3 (1851), 323.
- (26) Jean- Philippe Heurtin, “Obliger à aimer les lois. Paradoxe de l’augustinisme juridique chez Jean Domat”, *Jus Politicum*, 10 (2013), 1-42, 1.
- (27) Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et Legum delectus*, Tom. I, (Chez Savoye: Paris, 1751), i-xxix.
- (28) 最近では、スアレスとデカルトを繋ぐ研究も出ている。田口啓子「ANIMA と CORPUS の実在的区別について：スアレスからデカルトへ」『中世哲学研究：Veritas』, 14 (1995), 80-87；林伸一郎「スアレスとデカルトを繋ぐもの—そのペラギウス批判の根底」『明星大学研究紀要人文学部』, 46 (2010), 67-8；T. Cronin, *Objective Being in Descartes and in Suarez*, (Gregorian UP, 1966).
- (29) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751) [序文末尾：頁付なし].
- (30) 支倉崇晴, パスカル「幾何学的精神について」訳・改題・解説, 赤城昭三編『メナール版 パスカル全集：生涯の軌跡 I』(白水社, 1993), 417；Ed. Armand-Prosper Faugère, *Pensées fragments et lettres de Blaise Pascal*, Tom I, (Paris, 1848), 461.
- (31) 小川 (1) (1988), 417.
- (32) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751), i.
- (33) 樋笠勝士「プロティノスにおける光と言語」『慶応義塾大学言語文化研究所紀要』, 46 (2015), 301-325.
- (34) 山田 晶「自然の光と恩寵の光」, 『中世思想研究』, 1 (1958), 47-64, 47.
- (35) 論文は多いが、例えば、小林信行「洞窟の座標—プラトン「国家」における善と正義と快」『哲学年報』, 38 (1978), 167-187.
- (36) アウグスティヌス著, 今泉三良, 井沢弥男訳『自由意志論』(1966). 今泉氏はデカルト『方法序説』の訳者でもある。
- (37) 政井啓子「デカルトにおけるコギトと真理：最初の最も確実な認識」, 『法政哲学』, 8 (2012), 13-28；山田弘明『真理の形而上学—デカルトとその時代』, (2001).
- (38) 白水社『デカルト著作集 第4巻』(増補版, 2001)における井上庄七訳『真理の探究』を参照。
- (39) 山田弘明「真であるとは何であるか—デカルトと自然の光—」『思想』, 869 (1996), 73-91.
- (40) 制度史研究として、William V. Harris, “The Roman Father’s Power of Life and Death”, in *Studies in Roman Law: In Memory of A. Arthur Schiller*, (Leiden, 1986), 81-96.
- (41) Martin Rhonheimer, *Natural Law and Practical Reason: A Thomist View of Moral Autonomy*, (Fordam UP, 2000), 261.
- (42) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751), 1.

- (43) Robert Warden Lee trans, Hugo Grotius, *The Jurisprudence of Holland*, 2nd ed, vol 1 (Original Text and Translation), (Oxford, 1953); 1st ed. (第2版は存せず), vol 2. (Commentary), (Oxford, 1936).
- (44) ここで、触れている「一般的レグラ」を扱う第一部に含まれるポティエ自身の〔注釈 Notae〕を含まぬ、89ある〔項目番号 Numerum〕に対応する「各準則部分」の翻訳は、吉原達也「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」、『日本法學』, 81 (3) (2015), 678-649として、極最近、上梓されており、具体的にどのような「一般準則」が含まれているのか、概観が可能となったので参照されたい。この場をお借りし、謝辞を記すものである。
- (45) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751), 1.
- (46) ポティエ「準則論」における regula の定義に関しては、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」、『日本法學』, 80 (2) (2014), 335-363; 「『新編ユスティニアヌス学説彙纂』第50巻第17章第1部抄」、『日本法學』, 81 (3), (2015), 98-126.
- (47) Domat, I, (Chez Savoye: Paris, 1751), 2.

ポティエ『新編学説彙纂』 第50巻第17章第2部第1章について

吉 原 達 也

1. 本稿は、ポティエ『新編ユスティニアヌス学説彙纂』Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae⁽¹⁾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 iuris antiqui」のうち、第2部 人の法 (Secunda Pars de persona) のうち、第1章の検討を通じて、同書におけるポティエの方法論の一端を具体的に明らかにしようとするものである。さきに第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) について、若干の紹介を試みた⁽²⁾が、本稿はその続編にあたる。本稿においても、ポティエ自身によるレグラの部分に対訳形式で示しつつ、個々に分析を行っていくことにしたい。

先にも記したように、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をはるかに超える。レグラの数を数えることができるのかはさておき、ポティエが立てた項目数は2,025に及ぶ。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い。ポティエは、これらを換骨奪胎して、自らが案出した膨大なレグラエの中に配置し、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た⁽³⁾。

第2部第1章の検討に入る前に、第2部全体の構成を概観しておきたい。第2部は全体として、第1章 身分及び条件による人のさまざまな種別について、第2章 法において人に関して留意される

べき諸種の性質について 第3章 人に関する諸権利について、第4章 人のさまざまな関係についての4章からなる。ここでは、煩雑を避けて、配列のランクとして原則として款 (artculus) のレベルまでを提示するに留める。

ポティエ『新編学説彙纂』第50章第17章 第2部 人について

第1章 身分及び条件による人のさまざまな種別について

第1節 自由人及び奴隷，並びに生来自由人及び解放自由人

第1款 自由及び自由人に関するレグラエ

第2款 奴隷及び解放予定奴隷

第3款 生来自由人及び解放自由人

第2節 家子について

第3節 その他の人の種別について

第1項 ローマ市民及び外人の種別

第2項 元老院議員級市民について

第3項 何らかの自治都市市民の種別について。自治都市市民，
在留外国人及び外国人並びに居住地籍

第4項 市参事会員及びその子たちについて

第4節 胎児について及び，出生した者がその親の条件を襲うこと

第5節 頭格減少について

第6節 帰国権及びコルネリウス法の擬制について

第2章 法において人に関して留意されるべき諸種の性質について

第1款 年齢について

第2款 法において人に関して留意されるべき心身上の欠陥

第3款 性について

第4款 尊厳，名誉，破廉恥，醜聞，職業，独身者などについて

第3章 人に関する諸権利について

第1節 主人権及び家長権，並びに主人権及び家長権に関するその他の権利について

第1款 主人権或いは家長権はいかなる人に及ぶか，及びいかなるものから成り立つか

第2款 家長権に係る諸権利について

第3款 家子並びに奴隷，及び奴隷により占有される者たちの特有財産

第4款 いかなる方法により家長権が取得され，喪失されるか

第2節 保護者権について

第1款 保護者権とは何か，いかにして誰によってそれは取得されるか

第2款 解放自由人が保護者に果たすべき服従について

第3款 解放自由人の労務，とくに解放を原因として課せられる労務について

第4款 忘恩の解放自由人の告訴について

第5款 いかにして保護者権は消滅するか

第6款 保護者権を相続する保護者の子について，並びに解放自由人の指定について

第3節 後見権及び保佐権について

第1款 後見及び保佐一般，その義務はいかなるものか，誰にその義務が帰属しうるか

第2款 後見及び保佐のさまざまな種類について

第3款 誰が被後見人のために後見人を請求するか

第4款 後見人及び保佐人の免除について

第5款 後見人及び保佐人の執行並びにかかる執行に先行する事項について

第6款 いつ後見及び保佐は終了するか。後見人又は保佐人の職務は期間を越えて及ぶか，そしてはそれはいかなる場合か，並びに，期間終了以前に嫌疑ある後見人及び保佐

人を解任することについて

第7款 後見直接訴権について、並びに、保佐人を相手方とする事務管理準訴権について

第8款 後見人又は保佐人を相手方として付与される他の訴権について

第9款 後見直接訴訟に付随する諸訴権、並びに事務管理準訴訟について

第10款 後見反対訴権、並びに保佐人に付与された事務管理反対準訴権について

第4章 人のさまざまな関係について

第1節 夫婦間の関係について、婚姻及び婚姻に関するすべての事項について

第1款 婚姻に先立つ婚約について

第2款 婚姻自体について

第3款 夫婦間の関係の効果及び夫婦間の贈与禁止について

第4款 いかなる方法によって婚姻は解消されるか、あるいはされないか

第5款 嫁資法について

第6款 嫁資財産に対してなされた出捐について

第7款 子の認知に関する元老院議決について

第2節 その他の人の関係について

第1項 内縁について

第2項 姻族及び姻戚関係について

第3項 その他の人の諸関係について

2. 本稿は、このうち、第2部第1章「身分及び条件による人のさまざまな種別について」の検討を通じて、ポティエ『新編学説彙纂』最終章における法学提要式システムの細部がどのように組み立てら

れているか、具体的に見ていくことにしたい。

第1章は第2部第1章 身分及び条件による人のさまざまな種別について、第1節 自由人及び奴隷、並びに生来自由人及び解放自由人について、第2節 家子について、第3節 その他の人の種別について、第4節 胎児について及び、出生した者がその親の条件を襲うこと、第5節 頭格減少について、第6節 帰国権及びコルネリウス法の擬制についての6節からなる。

第1節は、下位の分類として、第1款 自由及び自由人に関するレグラエ、第2款 奴隷及び解放予定奴隷、第3款 生来自由人及び解放自由人の3款からなる。以下、ポティエの配列によりながら、それぞれの項目について検討していく。

3. 第1節第1款 自由及び自由人に関するレグラエは、XCからXCVの6つの項目が立てられる。まず、XCは3つ法文から構成されており、1.「自由は金銭で売ること買うこともなし得ず。」[Ulp.28 *ad Sab.D.40,7,9,2*]は、予定解放自由人を論題とする章から、2及び3はともに、第50巻17章からの抜萃である。1について、ポティエによれば、このレグラでウルピアヌスは、解放の約束の見返りとしての対価の支払いが、加害委付としてであれ問答契約としてであれ、無効であることを示している。その理由は、前者であれば債権者は当該奴隷が自由となった時に追奪されてしまうことになり、後者であれば債務者は事物の自然からそのようなことは許されないからとされる。そしてこのレグラは、他のさまざまな局面でも適用可能であるとす [Pothier, tom.23,p.64.]。

2.「自由は金銭に評価できぬ事柄なり。」[Paul.2 *ad ed. D.50,17,106.*]は、ポティエによれば、二義あるとされる⁽⁴⁾。一は、この法文は、自由は対価によって購われ得ないという訴訟法上の原則を示すというもの。パウルス『告示注解』第2巻はローマへの出頭保証を論題 (De *vadimonio Romam faciundo*) とする⁽⁵⁾が、このうち、D.45,1,168⁽⁶⁾及びD.50,16,7⁽⁷⁾と関連づけてD.50,17,106.を理解しようとする。この読

み方によれば、問答契約は不確定ないし不特定なものを目的とすることはできないので、追認に関する担保問答契約 *stipulatio de rato* の締結を強制される者は、確定金額を約束する必要がある、不確定なものにあたる自由はその対象とすることはできない。その際に、当該の「自由は金銭に評価できぬ事柄なり。」はそのための理由付けを意味する。二は、ゴトフレドゥス Gothofredus に由来するされる読み方⁽⁸⁾で、同じくパウルス『告示注解』第2巻に属する D,50,16,5⁽⁹⁾との関連で D,50,17,106 を理解しようとする。自由は「他のいかなるものにまして評価できぬほど貴重なもの」つまり「最も貴重なもの」「最も尊重されうべきもの」である。訴訟係属中の目的物について、中間占有は占有者の有利に付与されるが、これに対して、自由身分に関する訴訟の場合は自由の有利に付与されるべきであるということの理由付けという意味が与えられている⁽¹⁰⁾。

3. 「自由と近親関係は無限の価値を有する。」1.176 §1 [Paul.13 *ad Plaut.* D.50,17,176,1] は、パウルス『プラウティウス注解』第13巻からの抜萃であり、自由が無限の価値を有するという点で、前の法文 D,50,17,106 及び次の XCI の D.50,17,122 との連関が図られている⁽¹¹⁾。

ところで、XC と XCI は並列的に並べられているが、これらの項目がどのような関係に立つのか、必ずしも明確ではない。XC では、1 から 3 という小項目番号が付せられているのに対して、XCI では、D.50,17,122 の次に、「一般的な系 *Corollaria generale*」という小項目が別途立てられている。さらに見ていくと、この「系」は XCI のように、その内部に取り込まれている場合と、次の XCII に見られるように、一つの項目全体に対応する場合とが混在しており、このことが配列を複雑なものとしている。この「系」が配列の中で具体的にどのような位置に立つのを考える手がかりを、「系」が出てくる第一部の箇所求めてみると、XXIII,XXXIV,XLV の3箇所が見出される。

XXIII. 「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。」 [Pap. 1. *quaest.* D.50,17,74.]

系 1. 「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。」 [Gai.3 *obl.verb.*D,3,5,39]

2. 「各人の行為は自らを害するも、相手方を害すべからず。」 [Paul.65 *ad ed.*D.50,17,155pr.]

3. 「他人の行為にして、これに関わらざる者を害すべからず。」 [Ulp.52 *ad ed.*D.39,1,5,5.]

4. 「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。」 [Paul.80 *ad ed.*D.12,2,10.]⁽¹²⁾

XXXIV. 「何人も自らの不法行為により自身の状況を良化するを得ず。」 [Ulp.21 *ad ed.*D.50,17,134,1]

系「何人も自らの不正により訴権を得ず。」 [Ulp.29 *ad Sab.* D.47,2,12,1]⁽¹³⁾

XLV. 「主たる状況が存立しないときには、[それに]ともなって生ずるものさえも、生じない。」 [Paul.8 *ad Sab.*D.50,17,129.1.]

より正確に別法文において、

「主たる状況が存立しないときには、通常は、[それに]ともなうものさえも生じない。」 [Paul.15 *ad Plaut.*D.50,17,178.]

系「主物が消滅した場合には、従物の位置を占めるのは消滅する。」 [Gai.18 *ad ed.prov.*D.33,8,2]⁽¹⁴⁾

いずれの項目も、D.50,17 所収の法文がレグラとして取り上げられ、系に属する法文は、そのレグラからの派生として位置づけられている。XXXIV では、自らの不法により利益を得てはならないという一般的な原則が語られ、それを受けて、系では訴訟法における具体化、XLV では主と従の関係についての一般的な原則が、系では主物と従物の関係において示されている。以上のことは、XCI においても当てはまる。「自由はいかなる事柄よりも尊重さる。」[Gai.5 *ad ed.prov.*D.50,17,122]を受けて、「一般的な系」として、「自由のために厳格なる法に反する多くのことが創定されたり。」[Ulp.5 *fideicommissorum* D.40,5,24,10]

が位置づけられている。XCII から XCV までは、独立した項目が「意思解釈に関する系」「審判人手続に関する系」として配列されているのが特徴的である。また、XCII は 4 法文からなり、このうちの 2 が D.50,17,20, ポンポニウス『サビヌス注解』第 7 巻, 3 が第 179 法文, パウルス『プラウティウス注解』第 16 巻から抜萃されたものであり, パウルス『プラウティウス注解』を基準とする, D.50,17 の編集, ひいては学説彙纂編集史を知る手がかりの一つである⁽¹⁵⁾。XCII では, D.50,17,20 及び D.50,17,179 が系の中に位置づけられている。このように見てくると, レグラとはいってもすべてが並列的に位置づけられているわけではなく, 適用範囲の違いなどにより, 一定の序列関係があることがうかがえる。XCIV では「自由人の身体は金銭評価を受けず。」[Gai.7 *ad ed prov.* D.9,1,3] を受けて, ポティエの言葉として, 「ゆえに, 例えば, 負傷した自由人に関して, 損害評価において, 肢体の障害ないし傷痕は計算されず。」, XCV. 「自由人の不幸及び不運を考慮するは市民的にも自然的にも非ず。」[Paulus.72 *ad ed.* D.45,1,83,5] を受けて, 「ゆえに, 『その者が奴隷ならんとせば』なる条件のもとで自由人は問答契約又はその他の契約へと導かれ得ず, 遺贈もなされ得ず。」の如き要約が挿入される。

4. 第 2 款では, 奴隷及び予定解放自由人が取り扱われる。

第 1 項「奴隷及び奴隷身分について一般」の冒頭 XCVI では, 「奴隷は, 市民法に関する限りでは, 無と扱われるとはいえ, 自然法に関する限りでは, 人間はすべて平等である以上, 自然法においても無とは扱われず。」[Ulp. 43 *ad Sab.* D.50,17,32], 「総じて吾人は奴隷状態を死に等しきものとす。」[Ulp. 4. *ad legem Iul.et Pap.* D.50,17,209] が並記され, 以下, XCVII から XCIX までは, 「公的行為に関する系」[D.50,17,175pr; 211]⁽¹⁶⁾, 「債務関係に関する系」[D.50,17,22pr.; D.12,6,13; D.50,17,146; D.34,3,28,7; D.44,7,14; D.44,7,20], 「訴訟に関する系」[D.50,17,107] として位置づけられる。第 1 章において, D.50,17 に属する法文が引用されるのはここまでに限られ, 以下の項目のレ

グラはすべて D.50,17 以外からの案出である。

第 2 項の論題は「予定解放自由人 *statuliber*」である。奴隷が相続人に一定の金額を支払うという停止条件のもとで、遺言により予定解放自由人として解放されえた。このような事態が生じたのは⁽¹⁷⁾、12 表法の時代にまで遡る⁽¹⁸⁾。第 2 項は、『学説彙纂』第 40 卷第 7 章「予定解放自由人について」より、2pr. 及び 33 の 2 法文から抜萃される。C.「奴隷は、指定相続人の一人により相続が承継されざる限り、解放予定の資格を取得せず。」[Ulp.4 ad Sab.D.40,7,2pr.]、CI.「解放予定奴隷の条件は相続人によってより不利なものとなされ得ず。」[Pap.2 quaest. D.40,7,33.]⁽¹⁹⁾ 以上の二つの法文を受けて、ポティエは、「それゆえ彼らは売却されるのであれ使用取得されるのであれ解放され、いずれにせよ、期日の到来若しくは条件の成就の場合には、彼らは自由人にして死者の解放自由人たり。」と敷衍する⁽²⁰⁾。CII.「予定解放自由人は相続人の他の奴隷とほぼ異なることなし。」[Pomp.18 ad Quintum Mucium D.40,7,29pr.] として、条件成就までは予定解放自由人は相続人の奴隷と同等の地位に置かれることを示す。

5. 第 3 款第 1 項では生来自由人及び解放自由人が論題とされる。CIII.「生来自由人は出生により、解放自由人は解放によりその身分を取得す。」[C.7,14,8] が提示され、これを受けて、まず、生来自由人とは自由人である母から生まれた者というルールが示される。

1° 「生来自由人とは自由人たる母より生まれし者なり。たとえ母が受胎の時に女奴たりしと雖も出産の時に自由女なるときは可なり。これと反対に、受胎の時に自由女にして分娩の時に女奴たる時もまた出生児は自由人として出生したるものと決定せり。…何故となれば母の不幸を以て胎児を害すべきに非ざればなり。」[Marcian.1 *inst.* D.1,5,2]。

古代ローマには、杖 *vindicta*、戸口調査 *census*、遺言 *testamentum* による 3 種類の解放形式があった。いわゆる遺言による解放 *manumissio testamento* は、古くは握取行為遺言として「予の奴隷某は自由であ

れ」の如き所定の文言で主人がその解放意思を表明することによって行われた。奴隷が自由を獲得するのは、遺言の発効、通常は指定相続人による相続財産取得することを要件とする。遺言による解放は、杖又は戸口調査による解放と異なり、本来国家が介在しない私的行為であり、宗教的な保護にとどまり、自由人としての事実上の地位を獲得させるにすぎなかったと考えられている。前312年のアッピウス・クラウディウスのトリブス改革以来、解放自由人にも市民権が付与されるようになったとされる⁽²¹⁾。

2° 事実は解放自由人であるとしても判決で生来自由人と宣言された場合は、生来自由人とされる、その理由は判決は事実と認められるからとする [Ulp.1. *ad leges Iul. et Pap.*D.1,5,25]。また CIV. では生来自由人たる子の身分はこれを証する文書の内容に備があっても害されず [Pap. 3 *quaest.*D.1,5,8]、生来の自由女が奴隷として養育されたり従属しても奴隷身分となるわけではなく、奴隷身分でない以上解放行為がなされてもそれによって解放自由女となるわけではない [C.7,14,2] とされるのに対して、CV. では自ら解放自由人たることを告白した場合、保護者がこれを養子としても生来自由人の身分を取得せず [Ulp.5 *sent.* D.1,5,27]、CVI. 自由人が自己売却して奴隷となった後にあらためて解放された場合、旧の自由身分を回復せず、解放自由人とされる [Modest.7 *reg.*D.1,5,21]。ここでは本人の意思が重視される。

第2項「解放自由人が生来自由人たるの権利を取得する方法について」では、解放自由人が生来自由人としての身分を認められる場合があり、1° 金の指環の権利 *Jus aureorum annulorum.*, 2° 生来自由身分の回復 *natalium restitutio* が区分される。金の指環の権利は、本来生来自由人にのみ許されていたものであり、金の指環は古くは元老院議員階級の徴であり⁽²²⁾、その後騎士階級にも許されるようになった⁽²³⁾。生来自由身分の回復は、皇帝の恩寵行為によって被解放自由人に生来自由人としての身分が付与された。1° 「金の指環の権

利」は3つの法文からなり、CVII.「金の指環の権利を取得せし者は、生来の自由人として扱われる。…。」[Paul.9 *ad leg.Iul et Pap.* D.40,10,3,5], CVIII.金の指環の権を取得した解放自由人は、存命中は生来自由人の身分そのものでなく、その似姿を取得するとされる[C.9,21pr.]。CIX.神皇コモドゥスは、保護人の意に反するなどの場合の指環の権利の付与の制限が論題とされる[Marcian 1. *inst.* D.40,10,3]。2° CX.「生来身分へと回復された者は、……あたかも生来自由人として出生したるものと見られる如く、完全なまでの権利に至る。ゆえにその者の保護者はその者の相続に与り得ず。」とされ、「それゆえ皇帝たちは容易に誰も彼も生来身分へと回復するをつねとせず。但し保護者が同意せし場合はこの限りにあらず。」[Marcian 1 *inst.* D.40,11,2]として、一定の制約が設けられる。

6. 第2節「家子について」第1項「家子に関する一般的レグラエ」では、家子の能力について、CXI.「家子はあらゆる原因に基づいて家父と同様に拘束され、而してこれにより家父を相手方とするのと同様にこの者を相手方として訴訟されうる。」[Gai.3 *ad ed.prov.* D.44.7.0.]という原則が提示される。但し「あらゆる原因に基づいて」とあるが、その例外が、第2項のマケドー元老院議決に関わる論題として取り扱われ、第2節の中でこの第2項が大きな比重を占めていることが特徴的である。次に家子の遺言無能力について、CXII.「父の権力中にある者は遺言作成権を有さず。それゆえ父が同人にこれを許そうとも、それにもかかわらず同人は正当に遺言するを得ず。」[Gai.17 *ad ed prov.* D.28.1.6.]、死因贈与について、CXIII.「然るに死因贈与は父の許諾を経てなし得。」[Marcian 9 *inst.* D.39.6.25.1]、公務に関する論題が連なる。CXIV.「家子は公務については家長と同じ地位にあるものと看做される。」[Pomp.9 *ad Quint. Mucium* D.1,6,9]

第2項「マケドー元老院議決について」は、第1項の家子の能力の例外として位置づけられる。マケドー元老院議決 SC Macedonianum⁽²⁴⁾

は1世紀後半ウェスパシアヌス帝の時代のものとされ、家子への金銭消費貸借を禁止する。(D.14,6,1pr.) その名称は、マケドーなる家子が債権者に迫られた父親を殺害した事件に由来するとされる。法務官はかかる消費貸借に基づく訴権を拒否するか、マケドー元老院議決の抗弁を付与する⁽²⁵⁾。本項はD.14,6「マケドー元老院議決について」の法文を中心に構成されている。ポティエは冒頭に、CXIV「本元老院議決は家子に対する金銭消費貸借を禁止する。この点に関し同元老院議決は以下のレグラを有する。」と記し、以下、CXV「いつ本元老院議決が適用されるか」、CXVI「いかなる原因により本元老院議決が適用されざるか」、CXVII「元老院議決の効果について」という小項目標題を立てて、主に学説彙纂第14巻第6章からの抜萃を中心とした法文が列挙される。

7. 第3節「その他の人の種別について」第1項「ローマ市民及び外人の種別」では、生来自由人及び解放自由人についての伝統的な分類の変容が2項目に要約される。生来自由人について、CXVIII.「かつて生来自由人の間で、市民はラテン人、イタリア人及び属州民が区別された」が、[*lib.1.tit. de statu hom n. 20 et seq.*]「今日生来自由人とは《ローマ領土内にある者は皇帝アントニヌスの勅法によりローマ市民となりたる者なり》。」[*Gai.1 inst.D.1,5,1*]とされ、他方、解放自由人について、CXIX.「同様にかつて解放自由人間の区別として《解放自由人に三種あり、即ちローマ人、ユニウス・ラテン人、降伏者の部類》⁽²⁶⁾[*Ulpian. frag.tit.1. §.5.*]があったが、「ユスティニアヌス帝は、すべての解放自由人に市民権を賦与することにより、かかる区別をも撤廃」した。ローマの伝統的な人の種別、生来自由人—ローマ市民・ラテン人・イタリア人・属州民という分類がカラカラ勅法により、他方で、解放自由人—ローマ人、ユニウス・ラテン人・降伏者という分類がユスティニアヌスにより撤廃されたという歴史的状況が要約される。これに対して、第2項で元老院議員級市民については、D.1,9元老院議員についてより、CXX子女、CXXI

孫, CXXII 婦女の身分について, C.10,40 より CXXIII としていわゆる
 栄誉本拠地に焦点をあてた構成となっている [C.10,40,8]。

第3項「何らかの自治都市市民 [編入都市市民] の種別について,
 自治都市市民 [編入都市市民], 在留外国人 [居住民], 外国人, 居
 住地籍」⁽²⁷⁾ では, D.50,1 「自治都市市民及び居住民について」及び
 D.1,9 「元老院議員について」からの抜粋法文及び関連の勅法彙纂由
 来の法文から構成される。CXXIV. 1. 出生, 手権解放, 選挙若しく
 は他権者養子縁組による自治都市市民ないし市民身分の取得, 本拠
 地による居住民の資格の取得 [C.10,40,7] について, 2. 「名称の類似
 と各人の出生地 [原籍地] の確認 [Papius Iustus 2 *de constitut.*
 D.50,1,38,5] について, 3. 村落出身者と都市との関係 [Ulp.61 *ad ed.*
 D.50,1,30] が扱われる。CXXV では .1. 原籍地の意思による喪失
 [l.4.*Cod.de Municip.* [C.10,39,4], 2. 原籍地に関する錯誤, 3. 原籍
 地における顕職 *honora* 及び負担 *munera*⁽²⁸⁾ と他権者養子縁組との関係,
 4. 元老院議員の位階 *dignitas* をめぐる原籍地と本拠地 *domicilia* との
 関係について, さらに「どこに各人は本拠地を有するか, あるいは
 自らのために定めうるか, しかしていかにしてか。」の標題のもと,
 CXXVI では, 本拠地, 居所について, 「本拠地に基づく義務につい
 て」では, CXXIII として公の負担 *munera publica* が一連の論題群を
 形成する。CXXIX は外来者について, 居住民との違い, 本拠地に関
 する制限を扱う。

第4項「市参事会員及び彼らの子たちについて」として取り上げ
 られる市参事会員及びその子たちの論題は主に D.50,2 からの抜粋が
 取り上げられ, むしろこれらの論題が人の分類として大きな比重を占
 めている。ことが注目される。標題は, 学説彙纂第50巻第2章「都
 市参事会員およびその子について」に倣う。ローマの各都市には都
 市の合議体としての都市参事会があった。西部では *decurio* 又は
ordo, 東部では *boule* などの語で呼ばれる⁽²⁹⁾。都市参事会制度そのも
 のがローマの元老院に範をとっていたことは, 都市参事会員が元老

院議員と同じく senator と呼ばれたことにも現れている、とされる⁽³⁰⁾。ポティエは冒頭で、市参事会員について、第2項の元老院議員に関するレグラエの援用を示すだけである。「ローマにおける元老院級の人士と平民級との間におけるのと同様の差異が、編入自治都市において市参事会級の人士とその他の市民との間にある。それゆえ元老院議員に関する前述のレグラエがこれらの者に適用されうる。」これに加えて、市参事会員の子の論題が取り上げられる。CXXX.「都市参事会員の息子について問題になるのは、都市参事会員を通して胎児となり生まれた者のみが都市参事会員の息子とみられるのか、それとも父が都市参事会員になる以前に生まれた者も都市参事会員の息子とみられるのか、ということである。杖により懲戒されず、および、鋤山に送られないということが問題となる限りにおいては、平民の父から生まれたということは、その後に都市参事会員の顕職がその父に付け加わったときは、不利にならない。」[Ulp.1 *disput.* D.50,2,2]。CXXXIでは、二十五歳未満者及び五十五歳以上者という都市参事会員についての年齢制限、CXXXII.1 庶子、2. 日常品業者の扱い、3. 都市参事会員の資格に関わるレグラエが取り上げられる。

8. 第4節「胎児について及び、出生した者がその親の身分を襲うこと」では、CXXXIV.1.「市民法においては胎児は殆どすべての関係において事物の本性においてある [すでに現世に出たるもの] と看做される。」[Iul.69 *dig.* D.1,5,26] という胎児の法的身分についての一般原則を挙げたあと、2. その制限として、「出生が期待される者が父親より長生きすると看做されると我々が論じる場合、彼自身の権利が問題となる場合は正しい。しかしこのことは他の者たちにとっては、彼が出生せざる限り役立たない。」[Paul. *lib.singul. ad senatusconsultum Tertyll.* D.50,16,231] とされる。3. 「古人たちは胎児のために、出生の時まで彼らの権利をすべて留保すべしと定めたり。」[Paul.17 *ad Palut.* D.5,4,3]、CXXXV.「子は出生するまでは妻の一部又は肉の一部なり。」[Ulp.24 *ad ed.* D.25,4,1,1]。以上の法文

は、母体を離れない胎児は、「母の一部又は肉」として未だ権利の主体ではないが、「出生が期待される」ゆえに「その利益が問題となる場合にはつねに生まれた者と解される」*nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*なる法格言に通じる⁽³¹⁾。CXXXVI.「合法婚姻がなされたる場合には、子は父の身分に従う。」[Celsus 29 *dig.D.1,5,19*]であるが、反対に「自然法によれば、合法婚姻なくして生まれたる者は母の身分に従う。但し特別法が別段のことを定めたる場合はこの限りに非ず。」[D.1,5,24]は、出生に伴う子の身分の確定についての原則が示される。

9. 第5節「頭格減少について」⁽³²⁾。頭格 *caput* は権利能力の意味で用いられる「頭」という語意に由来するとされ、頭格減少 *capitis diminutio* は死亡に譬えられ、家長権消滅の原因とされる。ローマ人は自由、市民権及び家を観点として、各人の占める地異 *status* を観察し、権利能力の有無、差等を論じ、この地位の変更を頭格減少と呼んだ。古典法のもとで、最大 *maxima*、中間 *media*、最小 *minima* の三分法が取られたが、その歴史的な発展の経緯については学説の分かれるところである⁽³³⁾。ポティエでは、CXXXVII 奴隷の頭格、CXXXVIII 頭格最小減少と市民権との関係、CXXXIX1, 頭格減少後の義務の継続、2. 頭格減少後の自然債務の不消滅、3. 頭格減少と不法行為責任の関係、4. 頭格減少と事実との関係が取り上げられる。CXXXVIII「頭格最小減少は、人及びその家族の私的な権利を喪失させるも、市民たる権利を喪失させず。」[Ulp.51 *ad Sab.D.4,5,6*]とあり、本節においては、頭格最小減少についてのみ言及がなされている。

10. 第6節「帰国権及びコルネリウス法の擬制について」では、まず第1項として帰国権が論題とされる。帰国権⁽³⁴⁾は、古典法において一般に「人の法」の中で不自由身分とのかかわりで論じられる論題である。ローマ市民が敵の捕虜となった場合、捕虜は万民法上奴隷発生原因とされ、市民が敵の捕虜となるときには敵の奴隷 *servus*

hostium (Gai.1,129) となるが、この者が戦争中または平和回復後に帰国するときには捕虜となる以前に有していたすべての権利を回復する。かかる捕虜の復権は帰国権の作用とされる⁽³⁵⁾。

ポティエがレグラを案出するのあたり、元の法文のどの部分を抜萃しているかの例を知るために、CXLIの典拠となるD.49,15,4を全体を以下に提示してみる。

Modest. 3 *regul.*D.49,15,4: 「敵によって捕虜とされ、または敵に引渡された者は帰国権によって帰還した者であることは昔から支持されてきた。敵に引渡されそして帰還したがわれわれによって受領されなかった者がローマ市民であるか否かについてブルトゥスとスカエウオラとのあいだで取扱いが異なった、そしてこの者が市民権を認められないというのが一貫している。」⁽³⁶⁾

モデスティヌス法文は出典表示が示すように、その本来の典拠はレーネルのパリングネシアによれば *regulae* 第3巻であり、同巻の論題は債務関係 (De obligationibus) とされる。同法文はそのなかに明確に帰国権 (ius postliminii) という語を含む。前半部分は敵によって捕虜とされた者 (captivus) および敵に引渡された者 (deditus) がローマに帰還した場合帰国権によって従前の身分を回復するという原則がすでに昔から確立していることを確認する (antiquitus placuit)。ポティエの抜萃はここまでであるが、後半部分では敵に引渡された者 (deditus) がローマに帰還し (reversus) たがローマ国民によってふたたび受領されなかった (nec a nobis receptus civis Romanus sit) 場合その者の身分がどうなるかという、ブルトゥスとスカエウオラという両法学者間で見解の対立があったことを覗わせる箇所である。第2項では所謂「コルネリウス法の擬制」が論題となる。スラ時代のコルネリウス法によれば、市民が戦争捕虜のまま死亡したとしても、遺言は有効であるとされる。この場合、本人は市民として死亡したと擬制される。これがいわゆるコルネリウス法の擬制である⁽³⁷⁾。CXLVI. 「法のいかなる部分においても、敵のもとから帰還せざる者

は、あたかも捕虜となった時に死亡したものと看做さる。」[Ulp.35 *ad Sab.D49,15,18*] とされる。

11. 小結

以上で、ポティエ『新編学説彙纂』最終章第2部第1章の検討を終える。自治都市市民の論題をはじめ、なお多くさらに検討すべき課題も多い。ここでは、第2部の提要式システムがどのような特徴をもつかについて若干の検討を試みて締めくくりとしたい。

ポティエ『新編学説彙纂』最終章が法学提要式のシステムで分類原理とする。ユスティニアヌス『法学提要』第1巻の構成と比較してみても、大筋において、論題の配列は一致していると見ることができる。ただ本稿において検討した第1章を子細に見てみると、ポティエ独自の工夫が随所に示されている。第1章の論題に重なるのは、ユ帝提要の第3「人の法について」、第4「生来自由人について」、第5「解放自由人について」、第6「いかなる者がいかなる理由により解放され得ざるか」、第7「フフィウス・カニニウス法について」5節である。両者はともに生来自由人及び解放自由人の種別を含むのであるが、ポティエにおいては、その前提として自由 *libertas* に力点が置かれ、それとの対比で、奴隷、これと解放自由人との間の予定解放自由人の論題が、生来自由人と解放自由人のそれに先行する形になっている。次に家子が論題として登場するのは、行為能力の制限との関連による。これに続いて、第3節「その他の人の種別について」として、ローマ市民及び外人の種別、元老院議員級市民について、自治都市市民の種別、自治都市市民、在留外国人及び外国人並びに居住地籍、市参事会員及びその子たちの法的地位が大きな論題群を形成する。第4節以後に胎児、頭格減少、帰国権が、人の権利能力に関わる論題群としてまとめられている点も大きな特徴として指摘しておきたい点である。本稿の範囲外であるが、第2章では法において人に関して留意されるべき諸種の性質として、年齢、性、

心身上の障害，尊厳，名誉，破廉恥，醜聞，職業，独身者などがまとめられ，第3章では，人に関する諸権利として，主人権及び家長権，保護者権，後見権及び保佐権がまとめられるが，権力又は権力類似のタテの関係として，また第4章は，夫婦関係，婚姻，内縁，姻戚関係などはヨコの関係をなす論題群としてまとめられていると考えることができよう。こうした法学提要式システムの論理については今後の課題としておきたい。

- (1) 3 vols., 1748～52. 本稿では，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。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。
- (2) 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。さらに吉原達也訳編「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部章」日本法学第81巻第3号（2015年12月刊）97-126頁所収。
- (3) 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. 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。本稿では，第50巻第17章の訳出に当たり，とくに柴田光蔵『ローマ法便覧』

6. [E] 部門「学説彙纂第五〇卷第一七章『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 学説彙纂第五十卷第十七章邦訳」『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。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。
- (4) Pothier, tom.23,p.6n.3.
- (5) Lenel, *Pal.I.968* [Paul.no.96-107] .
- (6) D.45.1.68: Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: "pecuniam te mihi crediturum spondes?", incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. 「もし君が私に金銭を支払わなかった場合に, 私が問答契約によって罰金を要約した場合, この問答契約は確定的かつ有効である。またもし私が「君は私に金銭を支払うことを約束するか」という問答契約によって要約した場合には, この問答契約は不確定的である。というのは, 私の利益となるところものが問答契約に帰着するからである。」 [Paul.no.104]
- (7) D.50.16.7: "Sponsio" appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque. 「〈誓約 sponsio〉は, 諾約者への問いかけから生じるころのそれだけでなく, すべての問答契約及び約束 promissio もそのように呼ばれる。」 [Paul.no.106]
- (8) Cf. Gothofredus, *Corpus Iuris Civilis* I, 1663, 793.
- (9) D.50.16.5pr.: "Rei" appellatio latior est quam "pecuniae", quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt. 1. "Opere locato conducto": his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum. 「〈もの res〉という名称は〈金銭 pecunia〉よりも広い。それは, 吾人の家産の金銭勘定外にあるものをも含むのに対して, 金銭の意味は家産のうちにあるものに関係づけられるからである。1. 〈opus の賃約〉 [賃貸された仕事]: これらの語によって, ラベオは, ギリシャ人が apotelesma と呼ぶところのものが意味され, ergon, つまり, opus が施行されることによって完成された何らかの物体 corpus のことではないと云う。」 [Paul.no.105]
- (10) Pothier, tom.23, p.6n.3
- (11) *op.cit.* p.6.n.4. 「無限の infinita」につき, Gothofredus, *op.cit.* 793n.18

Terence, *Andria* 1,1,35: SI. ego postquam te emi, a parvulo ut semper tibi/ apud me iusta et clemens fuerit servitus/ scis. feci ex servo ut esses libertus mihi,/ propterea quod servibas liberaliter:/quod habui summum pretium persolvi tibi./SO. in memoria habeo. 「シモ：私が汝を買ってから幼き頃よりずっと汝は正しく慈悲深い扱いを受けてきたことはご存じだ。汝が立派に使えてくれたので、私は汝を奴隷身分から解放してやったのだ。汝に最高のご褒美をあげたのだ。ソシア：忘れてはおりません。」ここでは自由は「最高のご褒美」summum pretium と表現されている。テレンティウス・木村健治訳「アンドロス島の女」『ローマ喜劇全集5』所収・京都大学学術出版会、2002年、9頁を参照。

- (12) 吉原訳・日本法学 81 巻 3 号, 111 頁を参照。
- (13) 前掲 109 頁を参照。
- (14) 前掲 107 頁を参照。
- (15) Schulz, *History of Roman legal science*, Oxford 1953, 319sq.
- (16) XCVII 「職務が自由人によってなされることを法律が求めていることには、奴隷は介入することはできない。」 l.175 [Paulus 11 *ad Plautium* D.50,17,175pr.] officium の意味について、Pothier, tom.23, 70 n.1 を参照。Juvenal, *Sat.*2,61 「明日クィリヌスの谷で果たせねばならぬ officium」(友人の結婚式の挙行), Horat. Pliny, epistl.6,15 「社交上のつとめを果たす officiis interess」などが参照されたあと、解放行為、遺言の署名、市民法上乃至宗教法上の証言など、公的行為も同じ意味で語られる。法律が自由人にも認められたこの種の officium について、人格を認められない奴隷はこれから排除された。但し葬送に関わるような行為は例外とされる。Tacit. *ann.*16,; C.7,6,1,5. Servus rei publicae causa abesse non potest. <211> 「奴隷は公務上不在するを得ず。」 [Paul.69 *ad ed.*D.50,17,211] は, Paul.69 *ad ed.*D.2,11,7 からの再掲であるとされる。ある者が奴隷その他他人の権力中ある者を法廷に出頭させることを諾約したときに自由人又は家長のために保証したときに行使できるのと同様の抗弁を行使することができたが、奴隷が公務上不在であることを主張するという抗弁は認められないという趣旨。奴隷は公務を理由に不在することはあり得ないことだからというのがその理由である。Pothier, tom.p.71,n.2.
- (17) Kaser, *RPrR* I², 295. G.2,200: 「ここで、直接遺贈に条件がつけられたときは、条件の成否未定の間は遺贈の客体はだれの所行であるかの問題がある。わが学派の諸先生は、条件つき自由人 statuliber の例にならい、客体は相続人の所有であるとの説をとる。条件つき自由人とは、遺言によって何かの条件をつけて自由人となるべきものと規定された奴隷であって、かかる奴隷が条件の成否未定の間は相続人の所有であることは確定した規則とする。けれども、反対派の学者は、条件の成否未定の間は奴隷はだれの所有でもないという説をとる。この派の学者は一步を進めて、条件をつ

- けず単純に遺贈された物も、受遺者が遺贈を承認しない間はだれにも属しないと主張する。」UE.2,1-6
- (18) Kaser, *RPrR* I², 253. *RPrR*¹⁰,73 柴田訳 141 頁を参照。UE2,4 「相続人に 1 万セステルティを与える場合には」という条件付で自由人たることを命じられた場合、相続人がこれを他人に売却しても買主に当該金額を渡せば自由人となるとする規定は 12 表法に遡るとされる。
- (19) de.tit. §.2.n.3.
- (20) 遺言の発効とともに奴隷は自由を獲得するが、その際、被相続人から自由を取得するので、被相続人が保護者となる。すでに被相続人は冥府 *orcus* にあるからとされる。
- (21) 砂田徹『共和政ローマとトリブス制—拡大する市民団の編成』北海道大学図書刊行会,2006 年を参照。初出「都市トリブスとローマ市民団の終焉：解放奴隷・役者・非嫡出子」西洋史論集 6 (2003 年), 1-32 頁。アッピウス・クラウディウスの改革について、とくに 3 頁以下。cf. Dion. Hal.4,22,4. Liv.9,46;10,14.
- (22) Liv.9,7,8. 毛利晶訳『ローマ建国以来の歴史 4』京都大学学術出版会, 2014 年, 51 頁注 8, 前掲・砂田 (注 21) 西洋史論集 6, 3 頁を参照。
- (23) 金の指環の権利について, P.Bvrmann, *Dissertatio de Ivre Avreorum Annulorum*, Leipzig, 1740. OLD²,s.v. *anulus* によれば, 金の指環は, 元老院議員階級ないし騎士階級の象徴。Hor. *S.* 2, 7, 53: *anulum invenit = eques factus est*, Cic. *Verr.* 2, 3, 76. 従って, 指環の権利 *jus anulorum = 騎士身分 dignitas equestris*, Suet.*Caes.*33: *donatus anulo aureo*, id.*ib.* 39;id. *Galb.*10;14;id.*Vit.*12al.
- (24) マケド—元老院議決について, Kaser, *RPrR* I², 248,532.
- (25) Kaser, *RPrR*¹²,162 柴田訳 320 頁。
- (26) 吉野悟「ローマの『法学提要』における人の法の成立」(1) 法学雑誌 21 卷 1 号 (1975 年) 1 頁, (2) 2 号 (1975 年) 1 頁, 「ガイウス法学提要における自由身分の論理」社会科学研究 26 卷 3・4 合併号 (1975 年) 260 頁, 『ローマ法とその社会』近藤出版社, 1976 年, 30 頁以下を参照。
- (27) 個々の用語について, 原田『ローマ法』63 頁以下を参照。この論題に関し, 京都大学ローマ法研究会訳「学説彙纂第五〇卷第一章邦訳(一)~(二)・完」法学論叢第 163 卷 6 号 (2008 年) 168-190 頁, 165 卷 1 号 (2009 年) 120-134 頁所収は極めて貴重である。(一)の「編入都市 *municipium*」「植民市 *coloniai*」「都市 *civitas*」「市民 *cives*」「編入都市市民 *municipes*」「居住民 *incola*」「原籍地 *origo*」「本拠地 *domicilium*」などの解説を参照されたい。ディーター・ネルの一連の研究に依拠しつつ, 今後の課題について大きな示唆を与えてくれる。Dieter Nörr, *Origo.Studien zur Orts-, Stadts-und Reichszugehörigkeit in der Antike*, in *TR31*,1963,525-600 (Tiziana J.chiusi/Wolfgang Kaiser/Hans-Dieter spengle (hrsg.), Dieter Nörr *Historiae*

Iuris Antiqui, Gesammelte Schriften, Bd.1, Goldbach 2003, 307-382; s.v.Origo, in: *RE* Suppl.X 2965 Sp.433-473 (S.439-459); *Imperium und Polis in der hohen Prinzipatszeit*, 2 durchgesehene aufl., München 1969.

- (28) B.Kübler, s.v.Munus, in *RE* Bd.16 (1933), Sp.644-651 に詳しい。法学論叢 163 卷 6 号 187 頁注 6。 .
- (29) 京都大学ローマ法研究会訳「学説彙纂第五〇卷第二章, 第三章邦訳」法学論叢第 171 卷 1 号 (2012 年) 123-143 頁。都市参事会について, とくに 125 頁以下に詳細な解説がある。
- (30) 前掲 125 頁。
- (31) この法格言について, 差し当たり, Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsquellen und Rechtssprichwörter*, München 1982, 125 及び所掲の文献を参照。旧民法人事編 2 条「胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スルニ付テハ既ニ生マレタル者ト看做ス」も参照。
- (32) 原田『ローマ法』 46 頁以下。
- (33) Gai.3,153:civili ratione capitis deminutio morti conequatur 「市民法上の原理により頭格の消滅は死亡と同視される。」原田・「厳格市民法に於ける家族法の研究(三)」国家学会雑誌第 43 卷 1 号 61-92 頁, capitis diminutio につき, とくに 63 頁以下を参照。caput 及び deminutio の語義について, 65 頁注 5 及び所掲の文献も参照。
- (34) 帰国権 postliminium については, Kaser, *RPrR*² I 290f. 差し当たり, 吉原達也「ポンポニウス: クイントゥス・ムキウス市民法註解第三七卷」広島法学第 9 卷第 1 号 1 頁以下, とくに 6 頁以下を参照。
- (35) 吉原・前掲・6-7 頁。船田享二『ローマ法』第 2 卷 105 頁, 原田慶吉『ローマ法』 51 頁, Kaser *RPrR* I 209ff. 柴田光蔵訳『ローマ私法概説』 138 頁を参照。
- (36) Modest. 3 *regul.*D.49,15,4:Eos, qui ab hostibus capiuntur uel hostibus deduntur, iure postliminii reverti antiquitus placuit. an qui hostibus deditus reversus nec a nobis receptus civis Romanus sit, inter Brutum et Scaevolam varie tractatum est: et consequens est, ut civitatem non adipiscatur.
- (37) Kaser, *RPrR*² I, 291 及び n.23 所掲の文献を参照。Iul.D.28,1,12 「敵の権力下において死亡した者の遺言は, コルネリウス法により遺言をしていた者が敵の権力下に服さなかったものと擬制してその効力を認められる。…」 ; Iav.D.28,3,15; PS3,42,8; Paul.D.35,2,1,1 など。

ポテイエ『新編学説彙纂』第50巻第17章第2部第1章抄

CAPUT PRIMUM. *De variis personarum divisionibus ad statum earum et conditionem pertinentibus.*

第1章 身分及び条件による人のさまざまな種別について

SECTIO I. *De liberis et servis, ingenuis et libertis.*

第1節 自由人及び奴隷, 生来自由人及び解放自由人

Articulus I. *Regulae circa libertatem et homines liberos.*

第1款 自由及び自由人に関するレグラエ

XC.1. *Libertas pecunia lui non potest, nec reparari potest.* 「自由は金銭で売ることにも買うことにもなし得ず。」 *l.9.2.ff.de statulib.* [Ulp.28 *ad Sab.*D.40,7,9,2]

2. *Libertas inaestimabilis res est.* 「自由は金銭に評価できぬ事柄なり。」 *l.106.* [Paul.2 *ad ed.* D.50,17,106.]

3. *Infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis.* <176,1> 「自由と近親関係は無限の価値を有する。」 *l.176 §1* [Paul.13 *ad Plaut.* D.50,17,176,1]

XCI. *Libertas omnibus rebus favorabilior est.* 「自由はいかなる事柄よりも尊重さる。」 *l.122 (alias 164)* [Gaius 5 *ad ed.prov.* D.50,17,122]

一般的な系 *Corollaria generale.*

Multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta. 「自由のために厳格なる法に反する多くのことが創定されたり。」 *l.24.10.ff.de fideic.lib.* [Ulp.5 *fideicommissorum* D.40,5,24,10]

意思解釈をめぐる系 *Corollaria circa interpretationem voluntatis.*

XCII.1. *Favor libertatis saepe benigniores sententias exprimit.* 「自由の尊重がしばしばよりすぐれた判断をもたらせり。」 *l.32. §.fin.ff.ad leg.falcid.* [Marcianus 9 *fideicommissorum* D.35,2,32,5.]

2. *Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem*

respondendum erit. 「自由 [身分保有] について疑わしき解釈がある場合、その都度、自由 [身分保有] に有利に解答さるべし。」 *l.20.*

[Pomponius 7 *ad Sab.*D.50,17,20] 92

3. In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati 「[[奴隷] 解放者の意思が不明瞭なる場合には、自由 [身分付与] に有利に取り扱われるべし。」 *l.179.* [Paulus 16 *ad Plautium* D.50,17,179.] 92

例 *Exempla passim:puta, in l. 14. ff. de legatis 2.* [D.31,14] ; *l.10. § 1.ff. de reb. dub.* [D.34,5,10,1] ; *l.24. ff. de manum.* *l.10. § .1.* [D.40,1,10,1] ; *ff. de manum. test.* [D.40,4,10,1] ; *l.29. § .10. et l.48 ff.de fideicom. libert.* [D.40,5,29,10 et 48] ; *l.19.ff.de statulib.* [D.40,7,19]

4. In libertatibus levissima scriptura spectanda est. 「自由に関しては、最も緩やかなる遺言書の内容が尊重さるべし。」 *l.5.ff.de manum. test.* [Ulp.2 *ad Sab.*D.40,4,5]

審判人手続に関する系 *Corollaria circa judicia.*

XCIII. *Lege Junia-Petronia, si dissonantes pares judicum existant sententiae, pro libertate pronunciari jussum* 「ユニウス - ペトロニウス法に関して、審判人の意見が賛否同数なる場合には、自由のために判決がなされるべし。」 *l.24.ff.de manum.* [Hermogenian 1 *epist. juris* D.40,1,24pr.]

Sed et si testes non dispari numero tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronunciandum esse, saepe constitutum est. 「而して、もし証人が自由に関して賛否同数なる場合には、自由に反対ではなく自由のために判決がなされるべきことはしばしば確定のことなり。」 *d.l.24. § .1* [Hermogenianus 1 *epist. juris* D.40,1,24,1]

XCIV. *Liberum corpus aestimationem non recipit.* 「自由人の身体は金

銭評価を受けず。」 *l.3.ff. si quadrup.* [Gai.7 *ad ed prov.* D.9,1,3]

Hinc puta vulnerato homine libero, in aestimatione damni, ratio non habetur deformitatis et cicatricum: 「ゆえに、例えば、負傷した自由人に関して、損害評価において、肢体の障害ないし傷痕は計算されず。」

XCV. Casum adversamque fortunam spectare hominis liberi, neque civile nque naturale est. 「自由人の不幸及び不運を考慮するは市民的にも自然的にも非ず。」 *l.83. §.5 ff. de verb. oblig.* [Paulus.72 *ad ed.* D.45,1,83,5]

Hinc nec in stipulationem aliumve contractum deduci nec legari liber homo sub ea conditione potest, *cum servus erit.* 「ゆえに、『その者が奴隷ならんとせば』なる条件のもとで自由人は問答契約又はその他の契約へと導かれ得ず、遺贈もなされ得ず。」

Articulus II. *De servis et statuliberis.* 第2款 奴隷及び予定解放自由人について

§ I. *De servis et servitute in genere.* 第1項 奴隷及び奴隷身分について一般

XCVI. Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt. <32> 「奴隷は、市民法に関する限りでは、無と扱われるとはいえ、自然法に関する限りでは、人間はすべて平等である以上、自然法においても無とは扱われず。」 *l.32. Ulp.lib.43 ad Sab.* [Ulpianus 43 *ad Sab.* D.50,17,32] 96

Servitutem mortalitati fere comparamus. <209> 「総じて吾人は奴隷状態を死に等しきものとす。」 *l.209* [Ulpianus 4. *ad legem Iuliam et Papiam* D.50,17,209] 96

Corollaria circa actus publicos. 公的行為に関する系

XCVII. In his, quae officium per liberas fieri personas leges desiderant, servus intervenire non potest. <175> 「職務が自由人によってなされることを法律が求めていることには、奴隷は介入することはできない。」 *l.175* [Paulus 11 ad Plautium D.50,17,175pr.] 95

Servus rei publicae causa abesse non potest. <211> 「奴隷は国事の為に不在するを得ず。」 *l.fin Paul.lib.69 ad ed.* [Paul.69 *ad ed.*D.50,17,211] 97

Corollaria circa obligationes. 債務関係に関する系

XCVIII. In personam servilem nulla cadit obligatio. <22> 「奴隷人格には、いかなる債務も関係せず。」 *l.22* [Ulp.28 *ad Sab.* D.50,17,22pr.] 98

Naturaliter, etiam servus obligatur. 「自然 [法] 的には、奴隷も債務に拘束される。」 *l.13,ff.de cond. indeb.* [Paul.7 *ad Sab.*D.12,6,13]

Quod quis dum servus est egit, proficere libero facto non potest. <146> 「ある者が奴隷たりし間に行ないしことは、自由となりし際、その利益となりえず。」 *l.146.* [Paul.62 *ad ed.*D.50,17,146] 98

Nemo ex servitutis actu post libertatem tenetur. 「何人も奴隷としての行為に基づいては自由取得後に拘束されず。」 *l.28. §.7 ff.de liberat.leg.* [Scaevola 16 *dig.* D.34,3,28,7]

Servi ex delictis quidem obligantur, et, si manumittantur, obligati remanet: ex contratibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. 「奴隷は不法行為によりたしかに債務を負い、解放された場合にも債務に拘束され続く。ところで、契約に基づいては市民法上は債務に拘束されずとはいえ、自然法上は債務に拘束されまた相手をも拘束す。」 *l.14,ff.de oblig.et act.* [Ulp.7 *disput.*D.44,7,14]

Ubi facinus abesset; non convenit praetorem ex eo quod servus jussu domini fecisset, de ea re in liberum iudicium dare. 「犯罪がない場合、奴隷が主人の命令によってなしたことに基づき、法務官がその件に

ついて自由人を相手方とする訴訟を附与しないことは確定のことなり。」 *l.20.ff.* [Alfenus 2 *dig.*D.44,7,20]

Corollaria circa actiones. 訴訟に関する系

XCIX. Cum servo nulla actio est. <107> 「奴隷を相手方としては、いかなる訴権も存在しない。」 *l.107.* [Gai.1*ad ed. prov.*] 99

§ 2. *De statuliberis.* 第 2 項 予定解放自由人

C. Statuliberi causam non prius sevus nanciscitur, nisi adita vel ab uno ex institutis hereditate. 「奴隷は、指定相続人の一人により相続が承継されざる限り、予定解放自由人の資格を取得せず。」 *l.2 ff.de statulib.* [Ulp.4 *ad Sab.*D.40,7,2pr.]

CI. Statuliberorum jura per heredem fieri non possunt duriora. 「予定解放自由人の条件は相続人によってより不利なものとなされ得ず。」 *l.33 ff.d.tit.* [Pap.2 *quaest.* D.40,7,33.]

Igitur sive alienentur sive usucapiantur, sive manumittantur, nihilominus existente die aut conditione liberi et defuncti liberti existunt 「それゆえ彼らは売却されるのであれ使用取得されるのであれ解放されるので、それにもかかわらず、期日が到来するか条件が成就した場合には、彼らは自由人にして死者の解放自由人たり。」 *de.tit. §.2.n.3.*

CII. Statuliber a caeteris servis nostirs nihilo pene differunt. 「予定解放自由人は相続人の他の奴隷とほぼ異なることなし。」 *l.29.ff.d.tit.* [Pomp.18 *ad Quintum Mucium* D.40,7,29pr.]

Articulus III. *De ingenuis et libertis.* 第 3 款 生来自由人及び解放自由人について

§ 1. *Qui sint ingenui, qui liberti.* 第 1 項 誰が生来自由人たるか、誰

が解放自由人たるか

CIII. Ingenui nascuntur, libertini manumissione constituuntur. 「生来自由

人は出生により，解放自由人は解放によりその身分を取得す。」

l.8.cod.de inge.man. [C.7,14,8]

1° Ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt. Sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit; et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur, liberum nasci...quia non debe calumnia matris nocere ei qui in ventre

est. 「生来の自由人とは自由人たる母より生まれし者なり。たとえ母が受胎の時に女奴たりしと雖も出産の時に自由女なるときは可なり。これと反対に，受胎の時に自由女にして分娩の時に女奴たる時もまた出生児は自由人として出生したるものと決定せり。…何故となれば母の不幸を以て胎児を害すべきに非ざればなり。」 *l.5. §.2.ff.de statu homin.* [Marcian.1 *inst.*D.1,5,2]

2° Ingenuum accipere debemus etiam eum de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur. 「たとえ事実は解放による自由人と雖も判決を以て生来の自由人なりと言い渡された者はまたこれを生来の自由人なりとせざるべからず，何故となれば判決は事実と認めらるればなり。」 *l.25.ff.d.tit.* [Ulp.1. *ad leges Iul. et Pap.*D.1,5,25]

CIV. Imperator Titus-Antoninus rescripsit; non laedi statum liberorum,

ob tenorem instrumenti male concepti. 「皇帝ティトゥス・アントニヌ

スの指令に曰く凡そ子の [生来自由人たるの] 身分は [これを証する] 文書の内容の不備なるが為に害せらるることなしと。」 *l.8.ff.d.tit.*

[Pap. 3 *quaest.*D.1,5,8]

Ingenuam natam, neque nutrimentorum sumptus neque servitutis obsequium faciunt ancillam, neque manumissio libertinam. 「生来自由女が女奴として，養育のための支出も奴隷としての従属も女奴とな

さしめず、また解放もまた解放自由女となすことなし。」 *l.2.cod.de ingen.manum.* [C.7,14,2]

CV. Eum qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potuit. 「人あり自ら被解放者たることを告白するときには保護者はこれを養子となすと雖も生来の自由人たる身分を得せしむことを得ず。」 *l.27.ff.d.tit.* [Ulp.5 *sent.* D.1,5,27]

CVI. Homo liber qui se vendidit, manumissus non ad suum statum revertitur quo se abdicavit; sed efficitur libertinae conditionis. 「もし自由人が自らを売りにて奴隷となりたる後に解放せられたる時は、さきに放擲した身分を回復せずして、被解放者の身分を受くるものとす。」 *l.21.ff.de statu hom.* [Modest.7 *reg.* D.1,5,21]

§ 2. *De modis quibus libertini ingenuorum jura consequuntur.* 第 2 項 解放自由人が生来自由人たるの権利を取得する方法について

1° *Jus aureorum annulorum.* 金の指環の権利

CVII. Is qui jus annulorum impetravit, ut ingenuus habetur; quamvis ab hereditate ejus patronus non excludatur. 「金の指環の権利を取得せし者は、生来自由人として扱われる。たとえその者の保護者が相続から廃除されることなくとも。」 *l.5. ff.de jur. aur. ann.* [Paul.9 *ad leg. Iul et Pap.* D.40,10,3,5]

CVIII. Liberti qui jus aureorum annulorum impetraverunt: 《Quoad vivunt, imaginem, non statum ingenuitatis obtinent; et sine periculo, ingenuorum etiam officia peragunt publica. 「金の指環の権を取得せし解放自由人：彼らは、存命中は、生来自由人の身分そのものでなく、その似姿を得。ゆえに、いかなる危険もなく、彼らは生来自由人の公的な義務を果たす。」 *l.un.cod. ad leg. Visell.* [C.9,21pr.]

CIX. Divus Commodus et jus annulorum datum ademit illis, qui invitibus aut ignorantibus patronis acceperant. 「神皇コモドゥスは、保護人の

意に反し又はその知らざるうちに受領し付与されし指環の権利を剥奪せり。」 *l.3.ff. de jur. au. ann.* [Marcian 1. *inst.* D.40,10,3]

2° *Natalium restitutio.* 生来身分の回復

CX. *Natalibus suis restitutus... quantum ad totum jus pertinet, perinde habetur atque si ingenuus natus esse; nec patronus ejus potest ad ejus successionem venire.* 「生来身分へと回復されたる者は、……あたかも生来自由人として出生したるものと見られる如く、完全なまでの権利に至る。ゆえにその者の保護者はその者の相続に与り得ず。」

Ideoque imperatores non facile solent quemquam natalibus restitutum, nisi consentiente patrono. 「それゆえ皇帝たちは容易に誰も彼も生来身分へと回復するをつねとせず。但し保護者が同意せし場合はこの限りにあらず。」 *l.2.ff. de natal. restit.* [Marcian 1 *inst.* D.40,11,2]

SECTIO II. *De filiisfamilias.* 第2節 家子について

§ 1. *Regulae generales circa filiosfamilias.* 第1項 家子に関する一般的レグラエ

CXI. *Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur: et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest.* 「家子はあらゆる原因に基づいて家父と同様に拘束され、而してこれにより家父を相手方とするのと同様にこの者を相手方として訴訟されうる。」 *l.39. ff. de oblig. et act.* [Gai.3 *ad ed. prov.* D.44.7.0.]

CXII. *Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet; adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilomagus tamen jure testari possit.* 「父の権力中にある者は遺言作成権を有さず。それゆえ父が同人にこれを許そうとも、それにもかかわらず同人は正当に遺言するを得ず。」 *l.6.ff. qui testam. fac.* [Gai.17 *ad ed. prov.* D.28.1.6.]

CXIII. Tamen mortis causa donare patre permittente potest. 「然るに死
 因贈与は父の許諾を経てなし得。」 *l.25. §.1. ff. de mort. caus. donat.*
 [Marcian 9 *inst.* D.39.6.25.1]

CXIV. Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur. 「家
 子は公務については家長と同じ地位にあるものと看做される。」 *l.9.ff.*
de his qui sui vel al. [Pomp.9 *ad Quint. Mucium* D.1,6,9]

§ 2. *De Senatusconsulto Macedoniano.* 第 2 項 マケドーン元老院議決
 について

Hoc senatusconsultum prohibet filiisfamilias mutuam pecuniam dari.
 Circa quod has regulas habet. 本元老院議決は家子に対する金銭消費貸
 借を禁止する。この点に関し同元老院議決は以下のレグラを有する。

Quando locus sit senatusconsulto. いつ元老院議決が適用される
 か。

CXV.1. In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus senatusconsultum
 macedonianum locum habeat...nisi forte castrense peculium habeat.
 「家子が顯官にあることが元老院議決が適用されぬことを妨げず。…
 但し同人が軍営特有財産を有する場合はこの限りに非ず。」 *l.1. § fin.ff.*
de senat.cons.maced. [Ulp.29 *ad ed.*D.14,6,1,3.]

2. Si pendeat an in potestate sit filius (ut puta quoniam patrem apud
 hostes habet) in pendentem est an in senatusconsultum sit commissum.
 「家子が家父の権力中にあるか不確定である場合 (例えば家父が敵のも
 とで捕虜となっているゆえにのように), 元老院議決に対して違背がなさ
 れたかどうかは不分明のままである。」 *d.l.1. §.1.* [Ulp.29 *ad ed.*
 D.14,6,1,1]

3. Quod vulgo dicitur filiofamilias credi non licere: non ad verba
 referendum est, sed ad numerationem. 「家子に金銭を貸付てはならな
 い言われるのは, 通常文言にではなく, 支払に関係づけられるべき

である。」 *l.4.ff.d.tit.* [Scaevola 2 *quaest.* D.14,6,4]

4. Is solus senatusconsultum offendit, qui mutuum pecuniam filiofamilias dedit: non qui alias contraxit; puta vendidit, locavit...si non fraus senatusconsulto sit cogitata. 「貸借された金銭を貸しに供与した者だけが元老院議決に違背するのであり、例えば売却した、賃貸した…のように、別の方法で契約した者は、詐欺が元老院議決により考慮されない限り、そうではない。」 *l.3. § .3.ff.d.tit.* [Ulp.29 *ad ed.*D.14,6,3]

Quibus causis cesset senatusconsultum. いかなる原因により本元老院議決が適用されざるか。

CXVI. 1. Julianus scribit; exceptionem senatusconsulti macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filiumfamilias esse eum cui credebatur. 「ユリアヌス曰く、マケドニア元老院議決の抗弁は何人も妨げず、但し自らが金銭を貸した相手が家子であることを知りまたは知り得た場合はこの限りにあらず。」 *l.19.ff.d.tit.* [Pomp.7 *ex variis lectionibus* D.14,6,19.]

2. Si minor annis cum filiofamilias majore contraxerit...magis aetatis ratio quam senatusconsulti habeatur. 「年少者が年長者たる家子と契約した場合、年齢の理が元老院議決の理に優る。」 *l.1. § .7.ff.de minorib.* [Ulp.11 *ad ed.*D.4,4,11,7]

3. Si sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatusconsultum. 「父が知りつつ家子に金銭が貸付られた場合、本元老院議決は適用されずと言われるべし。」 *l.12.ff. de senatusconsulto macedo.* [Paul.30 *ad ed.*D.14,6,12]

4. Filiusfamilias si acceperit pecuniam, et in rem patris vertit; cessat senatusconsultum, patri enim, non sibi accipit. 家子が金銭を受領し父の財産へと転用した場合、元老院議決は適用されない。というのは、家子が受領したのは父のためにであって自らのためにではないからである。」 *l.7. § .12.ff.d.tit.* [Ulp.29 *ad ed.*D.14,6,7,12]

5. Si filius accepit mutuam, ut eum liberaret qui (si peteret) exceptione non summovertur; senatusconsulti cesabit exceptio. 「その請求がいかなる抗弁によっても対抗されない当のその者に弁済すべく、家子が金銭を受領した場合は、元老院議決の抗弁は適用されず。」*d.l.7. §.14.* [Ulp.29 *ad ed.*D.14,6,7,14]

6. Macedoniani senatusconsulti auctoritas petitionem ejus pecuniae non impedit, quae filiofamilias studiorum causa vel legationis alibi degenti ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret, credita est. 「マケドニア元老院議決の意向は、勉学又は派遣のために父の情愛が拒否せざる必要的な出捐として持ち行きし家子に貸付られたる金銭の請求を妨げず。」*l.5.cod.d.tit.* [C.4,28,5]

De effectu senatusconsulti. 元老院議決の効果について

CXVII.1. Non solum filiofamilias et patri ejus succurritur; verum fidejussori quoque et mandatori ejus; qui et ipsi mandati habent regressum: nisi forte donandi animo intercesserunt. 「単に家子及びその父に救済が与えられるだけでなく、信命人及び自ら委任訴権の救済を有する者の委任者にも与えられる。但しこれらの者が贈与の意思で介入したる場合はこの限りに非ず。」*l.9. §.3.ff.d.tit.* [Ulp.29 *ad ed.*D.14,6,9,3]

2. Si alius mutuam dedit, alius stiuplatus est; dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. 「もし一方が消費貸借として与え、他方が問答契約により要約した場合、たとえ前者が与えなくても、この者を相手方とする抗弁が付与さるべし。」*sup.d.l.7. §.7.ff.d.tit.* [Ulp.29 *ad ed.*D.14,6,7,7]

3. Per errorem soluti contra senatusconsultum crediti, magis est cessare repetitionem. 「錯誤により貸付金銭を元老院議決の抗弁に反して弁済した場合、不当に支払われたものとして再抗弁をなすを得ずというのがより正しい。」*l.14.ff.de.reb.cred.* [Ulp.29 *ad ed.* D.12,1,14]

SECTIO III. *De reliquis personarum divisionus.* 第3節 人のその他の種別について

§ 1. *De divisione in cives romanos et peregrinos.* 第1項 ローマ市民及び外人の種別

CXVIII. Olim inter ingenuos distinguebantur cives a latinis, italicis et provincialibus. 「かつて生来自由人の間で、市民はラテン人、イタリア人及び属州民が区別されたり。」

lib.1.tit. de statu hom n. 20 et seq.

Hodie ingenui 《in orbe romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini, cives romani effecti sunt.》「今日生来由人とは《ローマ領土内にある者は皇帝アントニヌスの勅法によりローマ市民となりたる者なり》。」 *l.17.ff. de statu hom.* [Gai.1 *inst.*D.1,5,1]

CXIX. Similiter olim inter libertinos haec adhibebatur distinctio:

《Libertinorum genera sunt tria, cives romani, latini-juniani, deditiorum numero.》「同様にかつて解放自由人の間には次のような区別が提示されていた、《解放自由人に三種あり、即ちローマ人、ユニウス・ラテン人、降伏者の部類これなり。》 *Ulpian.frag.tit.1. §.5.*

Verum donata libertinis omnibus civitate, haec quoque differentia a Justiniano sublata est. 「しかしユスティニアヌス帝は、すべての解放自由人に市民権を賦与することにより、かかる区別をも撤廃せり。」

§ 2. *De civibus senatoriis.* 第2項 元老院議員級市民について

CXX. Quaesita dignitas liberis, propter casum patris auferenda non est.

「子女の既得の身分は、その父が元老院より除斥せられたことにより [その父の除斥により], 剥奪されるべからず。」 *l.9.ff.de senatorib.*

Pap.4 resp. [Pap.4 *resp.*D.1,9,9]

CXXI. 《Magis est... ut avi potius dignitas prosit, quam obsit casus patris.》「有力説によれば、[元老院議員を祖父と父にもつ孫の身分について] …父の不幸が害となるよりもむしろ祖父の身分が利益と

なるものとす。」 *l.7. § .2.ff.d.tit.* [Ulp.1 *ad leg.Iul. et Pap.* D.1,9,7,2]
 CXXII. 《Tandiu clarissima femina erit, quamdiu senatori nupta est; aut separata ab eo, alii inferioris dignitatis non nupsit.》「婦女は、元老院議員に嫁したる間若しくは離婚後他の下位身分の者に嫁せざる間は最貴顕人とす。」 *l.8.ff.d.tit.* [Ulp.6 *fideicommissorum* D.1,9,8]
 CXXIII. 《Senatores in sacratissima urbe domicilium dignitatis habere videntur.》「元老院議員は至聖なる都市 [ローマ] に栄誉本拠地を有すと見らる。」 *l.8.cod. de incol.* [C.10,40,8]

§ 3. *De divisione civium alicujus municipii, in municipes, incolas, et advenas: ubi de domicilio.* 第3項 何らかの自治都市市民 [編入都市市民] の種別について、自治都市市民 [編入都市市民]、在留外国人 [居民]、外国人、居住地籍

CXXIV.1. 《Municipes seu cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio; incolas vero domicilium facit.》「出生、手権解放、選挙若しくは他権者養子縁組により自治都市市民ないし市民となるべく、本拠地により居民たるべし。」 *l.7. cod. de incol.* [C.10,40,7]

2. *Regulae est;* 《solam nominis similitudinem ad confirmandam cujusque originem satis non esse.》「名称の類似 [類推] だけでは各人の出生地 [原籍地] を確認するには十分ではないというのがレグラである。」 *l.fin. § .ff.ad Municip.* [Papirius Iustus 2 *de constitut.* D.50,1,38,5]

3. *Qui ex vico ortus est, eam patriam intestigitur habere cui reipublicae vicus ille respondet.* 「村落出身の者は、その村落が属している都市を故郷として有していると解される。」 *l.30.ff.ad Municip.* [Ulp.61 *ad ed.* D.50,1,30]

CXXV.1. 《Origine propria neminem posse voluntate sua eximi, manifestum est.》「何人も本来の原籍地を自らの意思によって喪失し

えぬことは明白なり。」 *l.4.Cod.de Municip.* [C.10,39,4]

2. 《*Errore veritas originis non amittitur; nec mendacio dicentis se esse unde non sit, deponitur.*》「錯誤により原籍地の真実は失われず。自らがその出身ではないと称する者の虚偽によっても失われず。」
l.6.ff.ad municip. [Ulp.2 *opinionum* D.50,1,30]

3. 《*Jus originis in honoribus obeundis ac muneribus suscipiendis adoptione non mutatur, sed novis quoque muneribus filius per adoptivum patrem adstringitur.*》「顕職を引受ること、そして負担を受けることに関しては、原籍地の法は、他権者養子縁組によって変更されない。しかし新たな負担についても、息子は養父を通じて義務づけられる。」 *l.15. §.3.ff.d.tit.* [Papinian 1 *respons.* D.50,1,15,3]

4. *Quaelibet, etiam senatoria* 《*dignitas, domicilii adjectionem potius dedisse quam (originem) permutasse videtur.*》「元老院議員の《身分はその（原籍地を）変更せしめたというよりはむしろ本拠地を追加したと見られる。》 *l.11.ff. de Senat.* [[Paul.41 *ad ed.* D.1,9,11]

Inde illa distinctio. 《*Municeps esse desinit senatoriam adeputs dignitatem, quantum ad munera: quantum vero ad honorem, retinere creditur originem.*》「元老院議員の身分〔位階〕を獲得した編入都市市民は、負担に関しては、編入都市市民たるをやめる。しかし顕職に関しては、原籍地を保持すると解される。」 *l.23.ff.d.tit.* [Hermogenian *iuris epist.* D.1,9,23]

Ubi quis domicilium habeat aut sibi constitutere possit, et quomodo. どこに各人は本拠地を有するか、あるいは自らのために定めうるか、しかしていかにしてか。

CXXVI.1. 《*In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ad fortunarum suarum summam constituit; unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur.*》「各人が居宅及びその財産の最も大きな財産を置

きしその場所に本拠地を有することは疑いをいれず。反対に、何も去らせるものがなければ、そこから離れるべからず。そこから不在の時は旅行中と見られる。」 *sup.d.l.7.Cod.de incol.* [C.10,40,7]

2. *Nec ipsi qui studiorum causa aliquo loco morantur, domicilium ibi habere creduntur; nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint.* 「勉学のためにある地に滞在する者は本拠地を有するとは看倣されない。但しその者たちが十年にわたり同地に居所を構えるときはその限りにあらず。」 *l.2.cod.de.incol.* [C.10,40,2]

3. 《*Viris prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium; si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse vidatur.*》 「賢慮ある人々に受け容れられていたのは、ある人が二つの場所に本拠地を有することができるのは、一方の場所に少なく滞留した見られないように、どちらの場所にも身を定めたときである、と。」 *l.6,2.ff.ad.Municip.* [Ulp.2 *opinionum* D.50,1,6,2]

4. 《*Si quis domicilio relicto naviget vel iterfaciat quaerens quo se conferat...hunc puto sine domicilio esse.*》 「ある者が本拠地を放棄してどこに行こうかと船旅をしまたは陸路を旅する場合、この者は本拠地がない。」 *l.27.ff.ad Municip.* [Ulp.2 *ad ed.* D.50,1,6,27]

5. 《*Nihil est impedimento quominus quis ubi velit, habeat domicilium; quod ei interdictum non sit.*》 「ある者が望むところに本拠地を有することを妨げるものは何もない。但しこのことが彼に禁じられていた場合はこの限りではない。」 *l.31.ff.d.tit.* [Marcellus 1 *dig.*D.50,1,6,31]

6. 《*Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione.*》 「本拠地は事実と行為によって移転されるのであり、たんなる届出だけではこの限りでない。」 *l.20.ff.d.tit.* [Paul.24 *quaest.*D.50,1,6,20]

De domicilio filiorumfamilias, mulierum,etc. 家子、妻等の本拠地について

CXXVII. 1. 《Placet etiam filios familias domicilium habere posse.》「家子もまた本拠地を有し得ると思わる。」 *l.3.ff.d.tit.* [Ulp.2 *opinionum* D.50,1,6,3]

Non utique ibi ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit. 「父が本拠地を有していた場所にでだけでなく、どこであれ家子自身が本拠居地と定めた場所にも [家子は本拠地を有し得る]。』 *l.4.ff.d.tit.* [Ulp.39 *ad ed.* D.50,1,4]

2. Antonius et Verus 《rescripserunt; mulierem quamdiu nupta est, incolam, ejusdem civitatis videri cujus maritus ejus est; et ibi unde originem trahit, non cogi muneribus fungi.》「アントニウス及びウェルス両帝は《かく勅答せり、即ち、妻は、婚姻中にあつては、その夫が属すると同じ都市の住民と見られ、彼女が原籍地としているところでは、負担を履行することを強制されることなし、》と。」 *l.38. §.3.ff.d.tit.* [Papirius Iustus 2 *de constitutionibus* D.50,1,6,38,3]

3. 《Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret: si nihil in patria possideat.》「兵士は、故郷に何も有せざる場合、彼が軍務に服する場所に自らの本拠地を有すると見られる。」 *l.23. §.1.ff.d.tit.* [Hermogenian 1 *iuris epistul.* D.50,1,6,23.1]

De obligationibus ex domicilio. 本拠地に基づく義務について

CXXVIII. Incola et his magistratibus parere debet apud quos incola est, et illis apud quos civis est.. In utroque municipio etiam omnibus publicis muneribus fungi debet. 「住民は、住民である都市の都市政務官にも市民である都市の都市政務官にも復さねばならぬ。そしてその者は、両方の編入都市において、公の負担すべてを果たさなければならない。」 *l.29.ff.d.tit.* Gaius 1 *ad ed prov.* [Gai.1 *ad ed prov.* D.50,1,6,29]

《Incola jam muneribus publicis destinatus, nisi perfecto munere, incolatui renunciare non potest.》「住民にして、すでに公の負担に

任じられた者は、負担を果たさざる限り、住民としての法的地位を放棄するを得ず。」 *l.34.ff.d.tit..Gaius 1 ad ed prov.* [Gai.1 *ad ed prov.*D.50,1,6,34]

CXXIX. Hactenus de civibus et incolis. Nunc. de advenis. 「以上市民及び住民について。以下外来者について

Ad tempus 《Qui in agro permanet, incola esse non existimatur.》一時的に「農村に留まる者は、[都市の] 住民とは看倣されず。」 *l.35.ff.d.tit.* [Modest.1 *excusationum* D.50,1,6,35]

Item 《Sola domus possessio quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit.》同じく「他の都市において購入された住居の占有だけでは、[その都市を] 本拠地とせず。」 *l.17 § 13.ff.d.tit.* [Papinian 2 *quaest.*D.50,1,6,13]

§ 4. *De decurionus eorumque liberis.* 市参事会員及び彼らの子たちについて

Quale Romae discrimen fuit inter senatorias personas et plebeios tale in municipiis inter dcuriones curialisque generis personas et caeteros cives. His igitur aptari possunt regulae quae circa senatores jam traditae sunt. 「ローマにおける元老院級の人士と平民級との間におけるのと同様の差異が、編入自治都市において市参事会級の人士とその他の市民との間にある。それゆえ元老院議員に関する前述のレグラエがこれらの者に適用されうる。」

Hae praeterea traduntur. これに加えて、以下のことが取り上げられる。

CXXX. 《In filiis decurionum quaestio est; utrum is solus decuionis filiu esse videatur qui conceptus et natus est ex dcurione, an vero et is qui ante natus est quam pater decurio fieret. et quidem, quantum pertinet

ne fustibus catigetur, et ne in metallum detur, non nocet plebeio patre esse natum, si postea honor decurionis patris eorum accesserit.》

「都市参事会員の息子について問題になるのは、都市参事会員を通して胎児となり生まれた者のみが都市参事会員の息子とみられるのか、それとも父が都市参事会員になる以前に生まれた者も都市参事会員の息子とみられるのか、ということである。杖により懲戒されず、および、鋤山に送られないということが問題となる限りにおいては、平民の父から生まれたということは、その後に都市参事会員の顕職がその父に付け加わったときは、不利にならない。」 1.2. §. ff. de decurion. [Ulp.1 disput. D.50,2,2]

CXXXI. 《Neque minores vinginti-quinque annis, decruiones allegi nisi ex causa possunt, neque hi qui annum quinquagesimum-quintum excesserunt.》 「二十五歳未満者も理由があるときを除いて都市参事会員に迎えられ得ず、五五歳を超えた者も都市参事会員に迎えられ得ないからである。」 l.11. ff. d. tit. [Callistratus 1 cognitionum D.50,2,11]

CXXXII.1. 《Spurios posse in ordinem allegi, nulla dubitatio est.》 「庶子が市参事会に受け容れられることは疑いなきことなり。」 l.3. §. 2. ff. d. tit. [Ulp.3 de off. proconsul. D.50,2,3,2]

2. 《Eos qui utensilia negotiantur et vendunt, licet ab aedilibus caeduntur, non oportet quasi viles personas negligi.》 「日用品を仕入れ売却する者は、都市按察役により鞭打たれるとしても、劣格者として軽視さるべからず。」 l.12. ff. d. tit. [Callistratus 6 cognitionum D.50,2,12]

3. 《Expertes litterarum, decurionis munera peragere non prohibent jura.》 「法は学識のない者が市参事会の負担を果たすことを妨げず。」 l.6. Cod. de decurion. [C.10,32,6]

CXXXIII. 《Qui ad tempus ordine removetur... impleto tempore decurio est: sed et... arbitror (post restitutionem) eundem ordinem tenere

quem pridem habuit.》「期限付きで都市参事会から除籍された者は、…期間満了により市参事会員となる。しかして…、その者は以前に有していたのと同じ序列を保持する、と私は考える。」 *l.2.pr.et §.1.ff. de decurionib.* [Ulp.1 *disput.*D.50,2,2pr. et 1]

《Non idem erit in eo qui relegatus ad tempus est. Nam hic velut novus in ordinem venit.》「期限付きで軽追放された者については、同じことにはならない。なぜなら、この者は新人として都市参事会に入るからである。」 *d. §.1.v.fin.* [Ulp.1 *disput.*D.50,2,2,1]

SECTIO IV. *De his qui in utero sunt; et cujus parentis conditionem sequantur ii qui nascuntur.* 第4節 胎児について、及び、出生した者がその親の条件を襲うこと

CXXXIV.1. 《Qui in utero sunt, in toto pene iure civili intestiguntur in rerum natura esse.》「市民法においては胎児は殆どすべての関係において事物の本性においてある [すでに現世に出たるもの] と看做される。」 *l.26.ff.de statu hominum.* [Iul.69 *dig.* D.1,5,26]

2. Limitatio. 《Quod dicimus eum qui nasci speratur pro superstite esse, tunc verum est cum de ipsius jure quaeritur; aliis autem non prodest nisi natus.》「出生が期待される者が父親より長生きすると看做されると我々が論じる場合、彼自身の権利が問題となる場合は正しい。しかしこのことは他の者たちにとっては、彼が出生さざる限り役立たない。」 *l.231.ff. de Verb. signis.* Paul. lib.singul. ad senatusconsultum Tertyll. [Paul. *lib.singul. ad senatusconsultum Tertyll.*D.50,16,231]

3. 《Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent.》「古人たちは胎児のために、出生の時まで彼らの権利をすべて留保すべしと定めたり。」 *l.3.ff.Si pars hered.pet.* [Paul.17 *ad Palut.*D.5,4,3]

CXXXV. 《Partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.》

「子は出生するまでは妻の一部又は子宮の一部なり。」 *l.1. §.1.ff. de*

inspic.ventr. [Ulp.24 *ad ed.* D.25,4,1,1]

Hinc hujus nomine vir non potest habere interdictum de homine libero exhibendo, adversus mulierem quam dicit esse praegonatem. ゆえにその名において夫は妊娠を主張する妻を相手方として自由人提示の特示命令を有し得ず。

CXXXVI. 《Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur.》「合法婚姻がなされたる場合には、子は父の身分に従う。」
l.19.ff.de stat.hom. [Celsus 29 *dig.*D.1,5,19]

At contra: 《lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur; nisi lex specialis aliud inducit.》「自然法によれば、合法婚姻なくして生まれたる者は母の身分に従う。但し特別法が別段のことを定めたる場合はこの限りに非ず。」
l.24.ff.d.tit. [D.1,5,24]

SECTIO V. *De capitis diminutionis.* 第5節 頭格減少について

CXXXVII. *Servile caput nullum jus habet, ideo nec minui potest.* 「奴隷の頭格はいかなる権利も有さざるがゆえにいかなる権利も消滅し得ず。」
l.3. § .1ff. de cap.min. [Paul.11 *ad ed.*D,4,5,3,1]

CXXXVIII. *Minima* 《capitis minutio, privata hominis et familiae ejus jura, non civitatis amittit.》「頭格最小減少は、人及びその家族の私的な権利を喪失させるも、市民たる権利を喪失させず。」
l.6.ff.d.tit. [Ulp.51 *ad Sab.*D.4,5,6]

CXXXIX.1 《Hi qui capite minuuntur, ex his causis quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligari naturaliter.》「頭格の消滅者は頭格消滅以前の原因に基づき自然的に義務を負い続ける。」
l.2. § .2.ff.d.tit. [Ulp.12 *ad ed.*D.4,5,2,2]

2. 《Eas obligationes quae naturalem praestationem habere intestiguntur, palam est capitis diminutione non perire.》「自然法によ

り履行すべしと認められる債務は頭格の消滅によって消滅せざることは明かである。」 *l.8.ff.d.tit.* [Gai.4 *ad ed. prov.*D.4.5.8]

3. 《Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit.》「何人も、頭格の消滅を受けたりと雖も、不法行為の責を免れず。」 *l.2. §.3.ff.d.tit.* [Ulp.12 *ad ed.*D.4,5,2,3]

4. 《Capitis diminutione interveniente perseverat, quidquid in facto potius quam in jure consistit.》「法を基礎になすよりは事実を基礎になすものは何なりとも、頭格の消滅が介在すると雖も、なお存続せり。」 *l.10.ff.d.tit.* [Modest.8 *differentiarum* D.4,5,10]

SECTIO VI. *De postliminio, et fictione legis Corneliae.* 第6節 帰国権、及びコルネリウス法の擬制について

§1. *De postliminio, et hujus effectu.* 第1項 帰国権、及びその効果について

CXL. 《Qui a latronibus captus est, servus latronum non est; nec postliminium illi necessarium est.》「盗賊どもにより捕らわれた者はその盗賊どもの奴隷に非ず。ゆえに彼は帰国権を要せず。」

《Ab hostibus autem captus...et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat.》「ところで敵により捕らわれた者は…敵の奴隷であり、帰国権により以前の状態を回復す。」 *l.24.ff.de.captiv. et. postlim.* [Ulp.1 *inst.*D.49,15,24]

CXLI. 《Eos qui ab hostibus capiuntur, vel hostibus deduntur, jure postliminii reverti antiquitus placuit.》「敵により捕虜とされ、又は敵に引き渡されたる者は、帰国権により帰還するは往時よりの決まりなり。」 *l.4.ff.de.captiv. et postlim.* [Modest.3 *regul.*D.49,15,4]

CXLII. 《Apud hostes susceptus filius si postliminio redierit, filii jura habet. Habere enim eum postliminium, nulla dubitatio est.》「敵国において生まれたる息子は、帰国権により帰国したる場合、息子の権利を有す。というのは同人が帰国権を有することは疑いの余地のなき

所以のことなり。」 *l.9.ff.d.tit.* [Ulp.4 *ad leg.Iul. et Pap.* D.49,15,9]

CXLIII.1. 《Transfugae nullum postliminium est.》「逃亡者は決して帰国

権を有さず。」 19. §.4.ff. de captiv. et postl. [Paul.16 *ad Sab.*D.49,15,19,4]

2. 《Postliminio carent qui armis victi, hostibus se dederunt.》「戦いに敗れ敵に降伏した者は帰国権を持たず。」 *l.17.ff.d.tit.* [Paul.2 *ad Sab.*D.49,15,17]

3. 《Nec satis est corpore domum quem rediisse, si mente alienus est.》「家に帰りたりと雖も、心伴わざれば事実として十分ならず。」 *l.26.ff.d.tit.* [Florentin 6 *inst.* D.49,15,26]

CXLIV. 《Spem revertendi civibus, in virtute bestica magis quam in pace romani esse voluerunt.》「ローマ人は、平和におけるよりも戦争における徳において帰還せんとする希望が市民たちのものとなることを欲したり。」 *l.12.ff.d.tit.* [Tryphon 4 *disput.*D.49,15,12pr.]

CXLV. Postlimini juris is effectus est: quod 《retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.》「帰国権の効果とは、《敵から帰還した者は遡って都市にいた》ということである。」 *l.16.ff.d.tit.* [Ulp.13 *ad Sab.*D.49,15,16]

Postliminium non restituit ea quae sunt facti; puta, possessionem et usucapionem. 「帰国権は、事実に関することを回復しない。例えば、占有及び使用取得の如し。」 *sup. d.l.12. §.2.* [Tryphon 4 *disput.* D.49,15,12.2]

《Caetera quae in jure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habentur ac si nunquam iste hostium potitus fuisse.》「その他権利に関わることは、帰国権によって復帰したあとは、あたかもこの敵に捕らわれていた者がかつてあったかのように取り扱われる。」 *sup. d.l.12. §.6.* [Tryphon 4 *disput.*D.49,15,12,6]

Tamen 《non ut pater filium, ita uxorem maritus jure postiliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.》「しかし《父が息

子を受け容れるように、夫は妻を帰国権によって受け容れることはない。しかし合意により婚姻は回復 [更新] される。》 *l.14. § .1.ff. d.tit.* [Pomp 3 *ad Sab.*D.49,15,14,1]

§ 2. *De fictione legis Corneliae.* 第 2 項 コルネリウス法の擬制について

CXLVI. In omnibus partibus juris: is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse creditur cum captus est.》「法のいかなる部分においても、敵のもとから帰還せざる者は、あたかも捕虜となった時に死亡したものと看做さる。」 *l.18.ff.d.tit.* [Ulp.35 *ad Sab.* D49,15,18]

* 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
水野 正	日本大学准教授
西原 雄 二	日本大学准教授
神尾 真知子	日本大学教授
菊池 肇 哉	比較法研究所研究員
吉原 達 也	日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長	渡辺 容一郎
副委員長	新谷 眞人
委員	江島 泰子
	稲葉 陽二
	大岡 晴美
	太田 利修
	河合 貞之
	長谷川 公一
	益井 幸典
	松本 克典
	水戸 正春
	山口 敬二
	岡山 美典
	小野 未知
	中西 雄二
	野原 滋彦
	福木 和久
	柳井 昇
	岩井 義
	堀江 真悟

日本法学第八十二卷第一号

平成二十八年六月二十五日印刷 非売品
平成二十八年六月三十日発行

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二二一四 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. 82 No. 1 June 2016

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

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

Tadashi Mizuno, *Das Recht des Löschens gegen die Suchergebnisliste mit der Suchmaschine für den Schutz der personenbezogenen Daten*

Yuji Nishihara, *Citizens' Suits for Political Affairs Research Expenses: Focusing on Issues of Purpose-for-Spending Standard and Burden of Proof*

TRANSLATION

Costa Delphine, *Des problèmes contemporains en droit français du contentieux administratif, traduit par Machiko Kamio*

ARTICLE

Toshiya Kikuchi, *Jean Domat's Concept of Principe, Règle, & Loi and His Three Preliminary Chapters: with reference to Pothier's De regulis juris*

Tatsuya Yoshihara, *Pothier's De diversis regulis juris antiqui, part 2-1*