

訴訟法の中の法令用語

—法令用語釈義 その8—

平野 敏彦

はじめに

この法令用語釈義も8回目を迎え、法令用語の大物はあらかじめ論じ終えたので、ネタが尽きてきた。今回は、田邊教授の退職記念号なので、何か関連するものが書ければと思いつつながら民事訴訟法をながめていると、いくつかの法令用語が目にとまった。同一グループの中に属していることはわかるが、その相互関係や使い分け基準がわかりにくいものである。

1 しん酌・参酌・勘案・考慮

(1) 民事訴訟法の自由心証主義

○民事訴訟法 第247条(自由心証主義)

裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する。

○刑事訴訟法 第318条[自由心証主義]

証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる。

判決の基礎となる事実認定は、審理に現れた一切の資料について、裁判官

の自由な心証（Überzeugung〔確信〕）を形成し、それにより判断することが、民事訴訟法上の原則である。これを、条文見出しにあるとおり、自由心証主義（Grundsatz der freien Beweiswürdigung〔自由な証拠評価〕）という。刑事訴訟法では、「心証」という文言を用いていないが、やはり証拠評価については自由心証主義に立つことを定めている。民事と刑事では内容が異なる点があるの当然であるが、訴訟手続における基本原則として共通の原則であると言ってよい。これに対するのは法定証拠主義で、事実認定の際の裁判官の判断を拘束することを意図して、あらかじめ証拠方法と証拠の証明力を法律で規定しておく原則である。

本稿では、民事訴訟法における自由心証主義を規定するのに用いられている「しん酌」という法令用語に着目する。判決をする際に裁判官が「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌」するとは、どういう思考作業であろうか。

この第247条は、現行の民事訴訟法（平成8年法律第109号・平成8年6月26日公布、平成10年1月1日施行）に改正される前の民事訴訟法（明治23年法律第29号・明治23年4月21日公布、明治24年1月1日施行）の第185条をそのまま引き継いで、逐語的に現代語化したものである。

○民事訴訟法〔平成8年改正前〕 第185条

裁判所ハ判決ヲ為スニ当リ其ノ為シタル口頭弁論ノ全趣旨及証拠調べノ結果ヲ斟酌シ自由ナル心証ニ依リ事実上ノ主張ヲ真実ト認ムヘキカ否ヲ判断ス

もっとも、明治23年に制定された民事訴訟法には自由心証主義についての明文の規定はなく、大正15年4月24日公布の法律第61号「民事訴訟法中改正法律」により新たに第185条として明文化されたものである。あくまでも改正であるから法律番号は変更されずに引き継がれるため、明治23年法律第29号の民事訴訟法と呼ぶしかないので、最初の制定時から存在したかのよう

に誤解するおそれがある。

ちなみに明治23年法律第29号民事訴訟法は、平成8年法律第109号民事訴訟法附則第2条により、題名が「公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律」と改められた上で生き残り、さらに、新制定された「仲裁法」(平成15年法律第138号・平成15年8月1日公布)附則第9条により題名が「公示催告手続ニ関スル法律」と改められてさらに生き残り、最終的に「民事関係手続の改善のための民事訴訟法等の一部を改正する法律」(平成16年法律第152号・平成16年12月3日公布)附則第2条により廃止された。公示催告手続そのものは、同法第2条により、非訟事件手続法(明治31年法律第14号)の第4編に移された後、現行の非訟事件手続法(平成23年法律第51号・平成23年5月25日公布)の制定に伴い、その第4編としてやっと落ちついた。元の非訟事件手続法の法律番号「明治31年法律第14号」は、「外国法人の登記及び夫婦財産契約の登記に関する法律」に引き継がれて、生き残っている。

まず、用語の表記面からアプローチしよう。平成8年改正前の第185条の「斟酌」が改正後は「しん酌」となっている。理由は「斟」が常用漢字表(昭和56年、平成22年改定)に含まれていないからである。さらに言えば、当用漢字表(昭和21年)にも含まれていなかった。そのために、表記方法に変遷があり、起案された時期の違いにより、平仮名と漢字の交ぜ書き「しん酌」、傍点付きの平仮名と漢字の交ぜ書き「しん酌」、全部平仮名(拗音は大書き)「しんしやく」が併存しているが、平成8年民事訴訟法では、「しん酌」が用いられている。平成8年時点では、振り仮名(ルビ)を付けた表外漢字の使用も許容されていたのだから(たとえば、平成7年改正の刑法における「禁錮」(第9条)、「勾留」(第21条)、「毀損」(第230条第1項)等)、「斟酌」という表記も可能だったはずなので、わざわざ「しん酌」が選ばれた経緯がわからない。もっとも、「しん酌」となるはずの昭和49年時点に改正された(法律第21号)商法第32条第2項では、「斟酌」が用いられているという例もないわけでは

ない。

○商法 第32条〔商業帳簿〕（昭和49年法21から平成17年法87で改正されるまで）

- ① 商人ハ営業上ノ財産及損益ノ状況ヲ明カニスル為会計帳簿及貸借対照表ヲ作ルコトヲ要ス
- ② 商業帳簿ノ作成ニ関スル規定ノ解釈ニ付テハ公正ナル会計慣行ヲ斟酌スベシ

現行商法の中でこれに対応する規定は第19条であるが、「会計の慣行に従うものとする」となっており、「斟酌」という表記は消えている。会計慣行の位置づけを変えたのかどうか、興味深い例である。

○商法 第19条〔商業帳簿〕（平成17年法87による改正以降）

- ① 商人の会計は、一般に公正妥当と認められる会計の慣行に従うものとする。
- 2～4 略

次に、「しん酌」の意味であるが、いくつかの辞典を比較参照してみよう。

○有斐閣・法律類語難語辞典

いずれも、一定の判断をする場合に参考とすべき事項を指示するもの。

- ①「勘案」は、指示している事項をあれこれ考えるというニュアンスがあるようである。
- ②「考慮」は、一般的な用語である。
- ③「参酌」は、参考とすべき事項をあれこれ平面的に並べるといったニュアンスがあるようである。
- ④「斟酌」は、指示している事項を特に考慮のうちに組み入れるというニュアンスがあるようであるが、現在は「参酌」とすることとされている。

○有斐閣・法律学小辞典

いろいろの事情又は問題とされる事情・条件等を考慮して判断することをいう。多少のニュアンスの差がないとはいえないが、ほとんど同義であるため、法令用語の統一の見地から、昭和30年ごろ以降「参酌」に統一して用いることになっている。「勘案」とも類似するが、「勘案」は、そこに挙げられている諸事情を冷静に考量するという感じを出す場合に用いられる。

○有斐閣・法律用語辞典

問題となっている事情、条件などを酌み上げて判断すること。その事情、条件など

をある程度当然に類型的に考慮に入れるとのニュアンスのある「参酌」に比し、特別に非類型的に考慮に入れるとの感じが強いとされるが、近時においてはほぼ同義に用いられる。

[参酌=比較参照すべき一定の事情、条件等を考慮に入れて、判断すること。]

勘案=関連のある事柄を考慮に入れること。]

○学陽書房・法律用語小辞典

問題とされる事情、条件などをくみ入れて判断することをいう。参酌と類似した語である…。

[参酌=いろいろの事情、条件等を考慮に入れて参照し、判断することをいう。…問題とされる事情、条件等を平面的に参照するという感じが出ており、「斟酌」の方は、問題となっている事情なり、条件なりを特にくみ入れるという感じを強く出す場合に用いられている。「勘案」は、掲げられたいろいろの事情を冷静に彼此考量するという感じであって、特にその事情をくみ取るとか、くみ入れるという意味が強く入っていないものというべきであろう。]

これらの法制執務担当者の執筆になる「しん酌」の定義を見ても、相互関係はなかなか理解できない。「平面的」は「線的」(1次元)か「立体的」(3次元)に対する2次元の比喩としても、その意味合いはつかみにくいし、「ニュアンス」や「感じ」が明快に説明されているとは思えない。そこで、これらを参考にして、自己流ではあるが次のように定式化してみた。

すなわち、「考慮」は法令用語というよりは、「物事を考える際に、1個の単独要素ではなく、複数の要素を考え合わせる」という国語辞書的な一般的意味で理解すれば十分である。それに何らかのニュアンスを加えたい場合、その複数の考慮要素として何を採るかにより、「斟酌」・「参酌」・「勘案」が使分けられる。「斟酌」と「参酌」は元来の用法には差異があったが、前述したように「斟酌」が表外漢字のため法令文では使用できないということもあり、現在では意味が融合された上で、「参酌」という用語に吸収されてしまっているといってよい。実際、新制定の法律で「しん酌」が用いられることはほとんどなくなっている。このように理解すれば、残った問題は、「参酌」と「勘案」を使い分ける基準は何かということに帰着する。

上記の4つの辞典の説明から公約数的に引き出すとすれば、「参酌」は、「酌」の漢字の原義にある「酒をくみとる。気持ちや事情をくみとる。」から、「複数の要素（事情・条件等）を酌みあげて判断すること」であり、「勘案」は、「勘」の原義にある「調べる。比べる。」から、「関連性のある要素を比較衡量した上で判断すること」ということになるだろうか。使い分けの基準としては、いまだ不十分であると思うが、一応の定義としておく。

民事訴訟法第247条には「しん酌」が輝かしき例外として存在している。文案起案者は是非残したかったのであろう。事実認定の際の自由な心証形成過程において「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果」をどのように「しん酌」するか、つまりどのように考慮すべきかについての実質的議論は、民事訴訟法の専門家たちが大いに関わっているが、門外漢としてはとてもフォローできない。ただ、「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を『参酌』して」とか「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を『勘案』して」とかではふさわしくないという感覚をもったが故に、「しん酌」という表現こそ適格だと判断した理由と接合できるような議論を期待したい。

(2) 行政事件訴訟法の原告適格

行政事件訴訟法第9条は、同一の条文の中に「考慮」、「参酌」、「勘案」が勢揃いで登場するので、相互関係から使い分けの原理が浮かび上がってくるかもしれないありがたい条文である。

○行政事件訴訟法 第9条（原告適格）

- ① 処分の取消しの訴え及び裁決の取消しの訴え（以下「取消訴訟」という。）は、当該処分又は裁決の取消しを求めるとき法律上の利益を有する者（処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなつた後においてもなお処分又は裁決の取消しによつて回復すべき法律上の利益を有する者を含む。）に限り、提起することができる。

2 裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。

第9条第1項は、行政事件訴訟法に基づいて取消訴訟（処分及び裁決の取消しの訴え）を提起することができる者（原告）は、「当該処分又は裁決の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」だけであると定めている。もっとも、カッコによる注記の中で、本来の効果が消滅した後でも処分又は裁決の取消しにより法律上の利益が回復する者も含めている。つまり、限定した上で、やや拡張するという形式で原告適格が定められているのである。この第1項は「行政事件訴訟法の一部を改正する法律」（平成16年法律第84号・平成16年6月9日公布）により第2項が追加されたために第1項となったものであり、改正前の第9条は1項から成る条文であった。この原告適格が限定されすぎているとして、「法律上の利益を有する者」の範囲を広げようとする主張が大きくなり、最高裁判所も新潟空港訴訟判決（最判平成元年2月17日）を始め、徐々に拡大の方向が模索されていた。

このような流れの中で、司法制度の全般的な見直しが始まり、平成13年6月12日にその総括である「司法制度改革審議会意見書 ―21世紀の日本を支える司法制度―」（<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>）が公表された。その中で、「Ⅱ 国民の期待に応える司法制度 第1 民事司法制度の改革 9. 司法の行政に対するチェック機能の強化 (1) 行政訴訟制度の見直しの必要性」の項目の下に、「現行の行政事件訴訟法上の個別課題」として「原告適格、処分性、訴えの利益、出訴期間、管轄、執行不

停止原則等のほか、義務付け訴訟、予防的不作為訴訟、行政立法取消訴訟等の新たな訴訟類型の導入の可否」が列挙されたのである。

これを受けて、司法制度改革推進本部に行政訴訟検討会が設置され、平成16年1月16日に「行政訴訟制度の見直しのための考え方」という意見書が提出されたが、その中で以下のような「取消訴訟の原告適格の拡大」についての意見が示されている。

- * 「行政訴訟検討会最終まとめ－検討の経過と結果－」（平成16年10月29日、司法制度改革推進本部・行政訴訟検討会）

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/041029matome.html>

- * 資料7 行政訴訟制度の見直しのための考え方

<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisoyou/dai31/31sankou7.pdf>

○行政訴訟制度の見直しのための考え方（司法制度改革推進本部・行政訴訟検討会）

第2 具体的な見直しの考え方

1 救済範囲の拡大

(1) 取消訴訟の原告適格の拡大

(見直しの考え方)

国民の利益調整が複雑多様化している現代行政にふさわしい考え方として、法律の形式・規定ぶりや行政実務の運用等にとらわれずに法律の趣旨・目的や処分において考慮されるべき利益の内容・性質等を考慮するなど、原告適格が実質的に広く認められるために必要な考慮事項を規定する。

(見直しの概要)

取消訴訟の原告適格を判断する際の考慮事項として、次のような内容を基本とする規定を設ける。

- ① 処分の根拠となる法令の趣旨及び目的
- ② 処分において考慮されるべき利益の内容及び性質
- ③ 処分の根拠となる法令と目的を共通にする関係法令の趣旨及び目的

④ 処分が違法にされた場合に害されるおそれのある利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度

この考え方には、それまでの判例の蓄積も反映していると言われている。これに基づいた行政事件訴訟法の一部改正案は、以下の日程で審議を終了し、成立した。検討会意見書の提出日と内閣法案提出日が近接しているが、意見書のとりまとめと並行して、文案起案を含む法律案作成が進められていたものと推測される。(検討会委員の中に、法務省大臣官房審議官も含まれている。)

平成16年3月2日 内閣：法案を国会提出(衆議院が先議)

5月18日 衆議院本会議：全会一致で可決

6月2日 参議院本会議：全会一致で可決

6月9日 行政事件訴訟法の一部を改正する法律(平成16年法律第84号)として公布

原告適格を定めた規定は、従来の第9条の規定を第1項とし、第2項を追加するという形式で改められた。このことについて、検討会座長であった塩野宏は次のように述べている。(「行政訴訟改革の動向—行政訴訟検討会の「考え方」を中心に—」『法曹時報』56巻3号(平成16年3月1日)11頁。末尾に資料として意見書全文が付されている。)

重なる論議の対象となったのは原告適格であったが、行政事件訴訟法第9条の「法律上の利益」という文言自体を改めるという方法ではなく、考慮事項を定めるという方向で「考え方」はまとめられることとなったものである。…

原告適格については、外国法においても、もともと規定のない例もあるなど様々であるが、「考え方」の提案のように、考慮要素の規定を置くのは、おそらくその例をみないものであって、いわば、日本法の知恵とでもいえるべきであろう。

注目すべきことは、検討会では、原告適格を判断する際に考慮すべき事

項が4項目列挙されていたにすぎないのに、改正案では、その①と③が結合されたものは「参酌」、②と④が結合されたものには「勘案」という動詞で結ばれたことである。相互関係をわかりやすくするために、第9条第2項を図表化してみる。（丸数字は、筆者が記入した意見書の事項番号である。）

第2項前段

裁判所は、
処分又は裁決の相手方以外の者について
前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、

当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、

①当該法令の趣旨及び目的

並びに

②当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質

を考慮するものとする。

第2項後段

この場合において

当該法令の趣旨及び目的を
考慮するに当たっては、
③当該法令と目的を共通にする
関係法令があるときは
その趣旨及び目的
をも参酌するものとし

当該利益の内容及び性質を
考慮するに当たっては、
④当該処分又は裁決が
その根拠となる法令に違反してされた場合に
害されることとなる利益の内容及び性質
並びにこれが害される態様及び程度
をも勘案するものとする。

③の「関係法令の」→「関係法令があるときはその」や④の「違法になされた」→「その根拠となる法令に違反してされた」と「害されるおそれのある」→「害されることとなる」という若干の文言の修正を施したうえで、①+③+参酌と②+④+勘案の2系列に整理したのは、法案の文言起案を担当した法制執務者の用語感覚であろう。図表化したものを見ると、「考慮」が上位概念であり、「参酌」と「勘案」は下位概念であることが明瞭である。そしてま

さにその上下関係から、「参酌」と「勘案」は「考慮要素」のいわば解釈指針だと位置づけることもできる。「複数の要素(事情・条件等)を酌みあげて判断すること」と「関連性のある要素を比較衡量した上で判断すること」という前述の暫定的定義は一応あてはまると言ってよからう。

なお、行政事件訴訟法には、「勘案」があと3回使用されている。いずれも平成16年改正の部分であり、文言もほぼ共通している。

○行政事件訴訟法 第25条(執行停止)

3 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも**勘案**するものとする。

○行政事件訴訟法 第37条の2(義務付けの訴えの要件等)

2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも**勘案**するものとする。

○行政事件訴訟法 第37条の4(差止めの訴えの要件)

2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分又は裁決内容及び性質をも**勘案**するものとする。

法令用語の使い分けにこめられた意味による解明はすべての条文解釈・適用の出発点であり、ここから次の段階に進むわけである。行政法学者はこのレベルで議論を続けているのである。法令の趣旨・目的や利益の内容・性質を考慮する前提として、「法令の規定の文言のみによることなく」と明示的に指示されているのであるから、目的論的解釈をすることが要求されていると見ることもできる。そのガイドラインが考慮事項の法定という形式で与えられるならば、このような姿形をとるのであろう。裁判官には、参酌過程や勘案過程を、判断とともに明示することが要請されているのである。

2 書面・書類・文書・原本・謄本・抄本・正本・副本・複本

平成 16 年 12 月 3 日公布の「民事関係手続の改善のための民事訴訟法等の一部を改正する法律（平成 16 年法律第 152 号）」は、社会の IT 化に対応するため、将来的に民事訴訟手続等のオンライン化を図るという方向へ踏み出す第一歩として、まず申立て等をインターネットを利用して行うことができるようにするための通則的規定等を整備したものである。第 132 条の 10 は、「第 1 編 総則」のうちに追加された「第 7 章 電子情報処理組織による申立て等」を構成する唯一の条文である。したがって、条文見出しは付けられていない。あえて言えば、章名と同じということになる。この中にある定義規定において列挙されている法令用語をてがかりに、訴訟法で頻出する法令用語の意義を探ってみることにしよう。文言が長く読みにくいので、読みやすくなるように、（ ）の注記以外の部分をゴシック体にし、注記の対象となる語句に下線を付することにする。

○民事訴訟法 第 132 条の 10 [電子情報処理組織による申立て等]

- ① 民事訴訟に関する手続における申立てその他の申述（以下「申立て等」という。）のうち、当該申立て等に関するこの法律その他の法令の規定により書面等（書面、書類、文書、謄本、抄本、正本、副本、複本その他文字、図形等人の知覚によって認識することができる情報が記載された紙その他の有体物をいう。以下同じ。）をもってするものとされているものであって、最高裁判所の定める裁判所に対してするもの（当該裁判所の裁判長、受命裁判官、受託裁判官又は裁判所書記官に対してするものを含む。）については、当該法令の規定にかかわらず、最高裁判所規則で定めるところにより、電子情報処理組織（裁判所の使用に係る電子計算機（入出力装置を含む。以下同じ。）と申立て等をする者又は第 399 条第 1 項の規定による処分の告知を受ける者の使用に係る電子計算機とを電気通信回線で接続した電子情報処理組織をいう。第 397 条から第 401 条までにおいて同じ。）を用いてすることができる。ただし、督促手続に関する申立て等であって、支払督促の申立てが書面をもってされたものについては、この限りでない。

- 2 前項本文の規定によりされた申立て等については、当該申立て等を書面等をもってするものとして規定した申立て等に関する法令の規定に規定する書面等をもってされたものとみなして、当該申立て等に関する法令の規定を適用する。
- 3 第1項本文の規定によりされた申立て等は、同項の裁判所の使用に係る電子計算機に備えられたファイルへの記録がされた時に、当該裁判所に到達したものとみなす。
- 4 第1項本文の場合において、当該申立て等に関する他の法令の規定により署名等(署名、記名、押印その他氏名又は名称を書面等に記載することをいう。以下この項において同じ。)をすることとされているものについては、当該申立て等をする者は、当該法令の規定にかかわらず、当該署名等に代えて、最高裁判所規則で定めるところにより、氏名又は名称を明らかにする措置を講じなければならない。
- 5 第1項本文の規定によりされた申立て等(督促手続における申立て等を除く。次項において同じ。)が第3項に規定するファイルに記録されたときは、第1項の裁判所は、当該ファイルに記録された情報の内容を書面に出力しなければならない。
- 6 第1項本文の規定によりされた申立て等に係る第91条第1項又は第3項の規定による訴訟記録の閲覧若しくは謄写又はその正本、謄本若しくは抄本の交付(第401条において「訴訟記録の閲覧等」という。)は、前項の書面をもってするものとする。当該申立て等に係る書類の送達又は送付も、同様とする。

「書面等」の後ろのカッコ注記内は、「～をいう。」という定義規定のスタイルをとっているが、語句の列挙(書面、書類、文書、謄本、抄本、正本、副本、複本)の最後に「その他」を介して「文字、図形等人の知覚によって認識することができる情報が記載された紙その他の有体物」(最後は「その他の」)の用法により、紙は有体物の一例にすぎないので、紙以外でもかまわない。)を付け加えるという表現形式なので、全体として9個の語句・語群からなる「その他」並列文となるから、それを1語句で言う場合に、先頭の語句に「等」を付ける形をとるのは、原則どおりである。しかし、列挙語句が多く、それをこの後も表示する必要があるので、あえて「書面等」という表現を明示したのだと思われる。実質的には略称規定である。

書面以下、列挙されたもの相違は、授業の中で学生がよく混同することがあったので、少し整理しておきたい。通常の民事訴訟法の授業では「書証」

の説明の一環として扱われるテーマであるが、別の入り口から入ってみよう。

まず、最初の3つは、ほぼ同義で用いられることが多い。

第1の「書面」は、意外なことに法律用語辞典等では独立して立項されていないことが多いが、口頭主義と書面主義の対比からも明らかになるように、話し言葉と書き言葉の区別に由来すると思われる。英語では oral 対 written または in writing であり、言語の表出方法の差に重点がある。民事訴訟法は口頭主義を原則としているが、準備書面の規定の最初にある第161条第1項「口頭弁論は、書面で準備しなければならない。」は両者の関係を端的に表している。典型的には、たいていは文字を用いてたいていは紙の表面に書かれた各種の情報のことである。第135条の10第5項によれば、電子情報処理組織を経由して裁判所のファイルに記録された情報（この段階では電磁的記録なので、人の知覚によっては認識することはできない2値の電子的信号にすぎない。）の内容は、出力された（モニターへの表示ではなく、紙へのプリントアウト）時に書面と化し、人の知覚によって認識可能になるのである。比喩的に言えば、書面には必ず表面を提供してくれる乗り物が必要であるが、その訴訟法上の価値にとって乗り物は無視される。すなわち、第1項で列挙された謄本以下のものについてもすべて「書面」という文言で指示することはできるのである。特に、「写し」として同一性が保証されているものについては、記載内容には同一の書面性があると言える。

刑事訴訟法における証拠調べの方式のうち、朗読という方式によるものは、書類の表面に書かれている記載内容そのものを証拠とするものであり、これがまさに書面である（第305条第1項本文）。一方、たとえば文書偽造罪の偽造文書の場合には、記載内容たる書面の朗読に加え、物理的存在としての文書の展示が取調べの方式になり（刑事訴訟法第307条）、証拠物たる書面と呼ばれる。

第2の「書類」について、刑事訴訟法では頻出し、とりわけ前述したように記載内容だけが証拠（書証）になる時は、「訴訟書類」と呼ばれる。一方、

民事訴訟法では「文書」のほうが頻出し、「書類」は主として送達に関して用いられている。ただ、民事訴訟法第203条本文の「証人は、書類に基づいて陳述することができない。」における「書類」は手書きメモをも含むものであり、定着性がポイントであるように思われる。

第3の「文書」は、明治期の文書偽造罪にかかわる刑事判例で述べられた「文書トハ文字若クハ之レニ代ル可キ符号ヲ用ヒ永続スヘキ状態ニ於テ或物体ノ上ニ記載シタル意思表示ヲ云フモノニシテ法律上其物体ノ種類ニ制限ナキヲ以テ」（大判明治43年9月30日刑録16輯1572頁。なお、刑事判決録での判決要旨では、「文書トハ文字若クハ之レニ代ルヘキ符号ヲ用キ永続スヘキ状態ニ於テ或物体ノ上ニ記載シタル意思表示ヲ指称ス而シテ其物体ノ種類ニ付テハ法律上何等ノ制限ナシ」とやや表現を変えて定式化している。その部分の下線は筆者。）という定義をベースとして、刑事にも民事にも、様々なバリエーションの表現が見られる。

①記載内容が作成者の思想（意思、認識、判断、報告、意見、感想等）であり、②表現手段が文字その他の文字の代用とされる符号・記号の組合せであり、③表示客体が思想を文字等で記載した紙その他の有体物であるという3要件を満たすものを「文書」だとすると、記載内容が思想でないものや、文字や暗号・点字・速記記号等の文字代用物でないものや、音声・画像・映像など有体物でないものははずれることになる。ただし、民事訴訟法第231条によって「図面、写真、録音テープ、ビデオテープその他の情報を表すために作成された物件で文書でないもの」も「準文書」として、書証に関する規定を準用することとしている。

「謄本」以下に列挙されている6つの文書は、「原本」（作成者が一定の思想内容を表示するために確定的なものとして作成した文書）とどのような関係でつながっているかという形式的な性質によって区別される。多様な用途の必要性に応じて、オリジナルの文書に何らかの編集が加わるのである。

「謄本」は、原本の内容を、原本と同一の文字等によって、全部完全に書面

を転写した文書であり、原本の存在及び内容を証明する用途のために作成されたものである。「写しを作成する」と言う場合は、現在ではコピー機で「原本」をコピーすることになるので、たいていはこれに当たる。この謄本を権限のある公務員がその職務上の権限に基づき原本と同一である旨の証明を付したものを「認証のある謄本」という。コピー直後の単なる「写し」段階では、「認証のない謄本」ととどまる。

「抄本」は、「原本」の一部を抜粋した「謄本」であり、「原本」記載の内容の一部のみを証明する用途のために作成される。

「正本」は、「謄本」の一種であり、「原本」が法律上一定の場所に保存しておかねばならないにもかかわらず、その効力を他の場所で発揮させる必要がある場合に、外部に対し「原本」と同一の効力を有するものとして付与するという用途で作成される。民事訴訟において、判決の言渡しは判決書の原本に基づいて法廷で行われるが（第252条）、その判決原本は裁判所に保存しなければならない。民事事件では、事件記録等保存規程（昭和39年12月12日最高裁判所規程第8号）により、当該事件の第一審裁判所で50年間保存すると定められている。だから、判決の内容を当事者に伝える文書を送達するために、判決書の「正本」が作成されねばならないのである（第255条）。

ちなみに、刑事事件では、刑事確定訴訟記録法（昭和62年法律第64号）第2条第1項により、「訴訟終了後は、当該被告事件について第一審の裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官（以下「保管検察官」という。）が保管するものとする。」と定められており、たとえば、死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に処する確定裁判の裁判書は100年、有期の懲役又は禁錮に処する確定裁判の裁判書は50年と保管期間が規定されている。民事と同じように裁判内容を送付することが必要となるが、その用途で作成されるのは、「正本」ではなく、「謄本」なのである。

「正本」は、このように「原本」と同じ効力を持つという特別の関係に立つ「謄本」という種類以外に、「副本」との関係で用いられる場合がある。たと

例えば、原告が訴状を裁判所に提出したとき、そのうち裁判所に残すものを「正本」、被告に送達するものを「副本」という。この場合は、「原本」と「謄本」の関係にあるのではなく、いずれも「原本」であると見られる。また、「原本」の滅失に備えて予備的に作成される文書を「副本」と呼ぶ用法もあるようである。(戸籍法 第8条第2項 正本は、これを市役所又は町村役場に備え、副本は、管轄法務局若しくは地方法務局又はその支局がこれを保存する。)

「副本」と読みは同じ「ふくほん」でも、「複本」のほうは、手形法・小切手法上の特別の法令用語で、同一の法律関係を表すために作成される同一内容の数通の手形・小切手証券のことである。複本間には主従又は優劣の関係はなく、独立して有効ないわば全部がそれぞれ原本である。「複本」は、「原本」の内容を証明するための「写し」にすぎない「謄本」とは法的性質が異なるものである。

文書の作成者を基準として種類区分したものが、公文書と私文書である。「公文書」は、公務員がその権限に基づいて、その名義をもって職務の執行として作成した文書である。それ以外のもは私文書となる。これらの文書の思想内容が証拠力を持つわけであるが、その前提としてそもそも作成名義人が作成者本人であるかどうか、言い換えれば文書の成立の真正が問われなければならない。その際に、成立の真正を推定する要件が、公文書と私文書とで異なるのである。

○民事訴訟法 第228条(文書の成立)

- ① 文書は、その成立が真正であることを証明しなければならない。
- ② 文書は、その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正に成立した公文書と推定する。
- ③ 公文書の成立の真否について疑いがあるときは、裁判所は、職権で、当該官庁又は公署に照会をすることができる。
- ④ 私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したも

のと推定する。

5 <略>

これらの文書の偽造・変造は犯罪として処罰される。客体は「公務所又は公務員の作成すべき文書」（公文書）と「権利，義務又は事実証明に関する文書」（私文書）である（ここでは「又は」と書いたが，条文中の文言としては第2段階目の選択の接続詞となるので「若しくは」を用いることになる。）。特に，私文書の範囲が限定されていることに注意すべきである。印章・押印・署名の有無で，法定刑に軽重がある。

○刑法 第155条（公文書偽造等）

- ① 行使の目的で，公務所若しくは公務員の印章若しくは署名を使用して公務所若しくは公務員の作成すべき文書若しくは図画を偽造し，又は偽造した公務所若しくは公務員の印章若しくは署名を使用して公務所若しくは公務員の作成すべき文書若しくは図画を偽造した者は，1年以上10年以下の懲役に処する。
- 2 公務所又は公務員が押印し又は署名した文書又は図画を変造した者も，前項と同様とする。
- 3 前2項に規定するもののほか，公務所若しくは公務員の作成すべき文書若しくは図画を偽造し，又は公務所若しくは公務員が作成した文書若しくは図画を変造した者は，3年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。

○刑法 第159条（私文書偽造等）

- ① 行使の目的で，他人の印章若しくは署名を使用して権利，義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画を偽造し，又は偽造した他人の印章若しくは署名を使用して権利，義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画を偽造した者は，3年以上5年以下の懲役に処する。
- 2 他人が押印し又は署名した権利，義務又は事実証明に関する文書又は図画を変造した者も，前項と同様とする。
- 3 前2項に規定するもののほか，権利，義務又は事実証明に関する文書又は図画を偽造し，又は変造した者は，1年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。

なお，偽造罪における公文書・私文書と毀棄罪における公用文書・私用文

書は、学生がよく混同するものである。公用文書とは、公務所において使用の目的で保管されている文書のことであり、作成名義にかかわりがないので、公文書も私文書も含まれるし、他方で、私用文書に公文書が含まれることもある。

○刑法 第258条(公用文書等毀棄)

公務所の用に供する文書又は電磁的記録を毀棄した者は、3月以上7年以下の懲役に処する。

○刑法 第259条(私用文書等毀棄)

権利又は義務に関する他人の文書又は電磁的記録を毀棄した者は、5年以下の懲役に処する。

3 署名・記名・押印・捺印

第135条の10第4項には、この項に限ってではあるが、「署名等」とは「署名、記名、押印その他氏名又は名称を書面等に記載すること」という定義規定がある。前述の「書面等」と同じ「その他」を用いた構造をもつ。

2で説明した書面等には、名前のサインがあったり、ハンコが押してある場合が多い。(ハンコは英語では seal となる。)上に引用した民事訴訟法第228条第4項のように、署名又は押印が文書の成立の真正を推定させる効力を発生させることもある。署名・記名については大学の授業で触れられる場合もあるが、ハンコについてはまとまった知識を得ることができる機会はほとんどないように思われる。学生が常識レベルで知っておいたほうがよいと思えるレベルでまとめておくことにしたい。

「署名」とは、自分が作成した書類等にその責任の所在を明らかにするために、本人自らが自分の氏名を手書きで記載することをいう。「自署」ともいい、本人が作成した文書であることを最も確実に証明する証拠とされている。

これに対して「記名」とは、「署名」以外の方法で自分の氏名を記載することをいい、他人が記載する（筆跡は、記載されている氏名の本人のものではない）ことも可能であるし、氏名のゴム印を押すことも記名であり、パソコンやワープロで作成したテキストの中に氏名を記載しておき、それをプリントアウトした場合の氏名の部分も記名である。

次に「押印」とは「印を押すこと」であるが、まずハンコに関する言葉を整理してみよう。

ハンコとは象牙、水牛、木材、合成樹脂などを印材とした立体の一面に氏名や商号を表す文字を裏向けに彫刻したもので、この物体を「印形」とか「印顆（いんか）」という。この彫刻面に朱肉（印肉）やスタンプインクをつけて、紙に押したときに、紙に残る朱肉の跡（文字は読める形になっている）が「印影」である。「印章」は、本来は「印顆」を表す語であったが、法律上は「印顆」と「印影」の双方を含む場合の用語になっている。

「印鑑」は、一般にはハンコと同義、あるいは「印章」と同義と思われているが、法律上は、印顆と印影の照合用としてあらかじめ官公署等に届け出しておく「印影」のことである。市区役所や町村役場に印鑑登録してあるのが「実印」、取引銀行等に登録してあるのが「銀行印」である。「実印」や「銀行印」というのは、複数のハンコを所有している場合に、特別の用途のために用いる「印顆」の俗な名称である。それ以外の一般用のいわゆる三文判は「認め印」と呼ばれる。

実印、銀行印、認め印等いずれのハンコを押すことも「印を押す」といい、名詞形で「押印（おういん）」という。戦前は「押印」と「捺印（なついでん）」が併存していたが、「捺」という漢字が昭和21年に公布された当用漢字表1850字から漏れたため、「押印」が原則的に使用されるようになった。「捺」は昭和56年の常用漢字表1945字、平成22年の改訂常用漢字表2136字にも含まれていないが、平成2年「人名用漢字別表」（戸籍法施行規則別表第二）の改正において追加された118字に含まれている。（この規則は初めて見たが、

法令番号が「昭和22年司法省令第94号」であった。))

さて、署名・記名と押印という言葉で思い出すのは、1条だけから成り、また「第1条」という条名が付されていない法律として有名であった「商法中署名スヘキ場合ニ関スル法律(明治33年法律第17号)」である。

○商法中署名スヘキ場合ニ関スル法律

商法中署名スヘキ場合ニ於テハ記名捺印ヲ以テ署名ニ代フルコトヲ得

これは制定当時の取引慣行を考慮して、簡便な方法を採用したということである。この場合の「記名捺印」は、「記名及び捺印」、つまり何らかの手段で記名し、そのうえで印を捺すということである。記名をゴム印に黒のスタンプインクをつけて押し、次に印を朱肉で押すというのがよくあるパターンである。

この法律は平成17年会社法の制定に伴う「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律(平成17年法律第87号)」の第1条により廃止された。しかし、第64条「商法の一部を次のように改正する。」の中で、同趣旨の規定が、商法第32条として定められたが、「商法及び国際海上物品運送法の一部を改正する法律(平成30年法律第29号)」により最終的に削除された。

○商法 第32条 <平成30年法律第29号による削除前の条文>

この法律の規定により署名すべき場合には、記名押印をもって、署名に代えることができる。

訴訟法に限らず、書面による手続の場合、署名又は記名と押印が要求されていることが多いが、その時両者とも必須か、一方だけで足りるかのパターンがある。上で引用した民事訴訟法第228条第4項では、本人又は代理人の署名か、押印かどちらか一方があれば、当該私文書の成立の真正が、反証可能な推定であるとはいえ、一応の認定がなされるのである。民事刑事両方に

について、組合せパターンのリストがあれば有用であろうが、今回は紙幅の関係で断念せざるを得ない。

印に関係する用語を補充しておこう。刑事訴訟法第473条ただし書に「認印」という語が使われている

○刑事訴訟法 第473条〔執行指揮の方式〕

裁判の執行の指揮は、書面でこれをし、これに裁判書又は裁判を記載した調書の謄本又は抄本を添えなければならない。但し、刑の執行を指揮する場合を除いては、裁判書の原本、謄本若しくは抄本又は裁判を記載した調書の謄本若しくは抄本に認印して、これを行うことができる。

刑事訴訟法で「認印」が出てくるのはこの条だけであるが、刑事訴訟規則を見ると、第42条第1項で2回出てくるほか、全部で15回出てくる。「認印」は「みとめいん」ではなく、「にんいん」と読み、他人が作成した文書に、見たことを証するために単に自分の印を押すことを「認印する」というのである。民事訴訟規則第66条にも2回出てくる。

刑事訴訟規則第61条の見出しと第1項に「指印」という語が出てくる。「しいん」と読むようであるが、「ゆびいん」とも読まれるようである。

○刑事訴訟規則 第61条（署名押印に代わる代書又は指印）

- ① 官吏その他の公務員以外の者が署名押印すべき場合に、署名することができないとき（前条第2項により記名押印することができるときを除く。）は他人に代書させ、押印することができないときは指印しなければならない。
- 2 他人に代書させた場合には、代書した者が、その事由を記載して署名押印しなければならない。

「指印」とは、ハンコを持ち合わせていない時、押印にかえて指に印肉をつけて指形を押すことをいう。現行犯逮捕の時などはこの状況が発生する。一般

には「拇印(ほいん)」と称して親指で押せばよいかのように思われているかもしれないが、実務では、指紋が深くて鮮明に残っている中指を押すだけではなく、転がすようにして採取することが多いようである。

「指印」とは異なるが、指紋と言えば、かつては、現在は廃止された外国人登録法(昭和27年法律第125号)第14条に基づき、16歳以上で1年以上日本に在住する外国人に義務づけられた指紋の登録制度があり、指紋押捺(おなつ)と呼ばれていた。

○外国人登録法 第14条(指紋の押なつ)

外国人は、第3条第1項、第6条第1項、第7条第1項又は第11条第2項の申請をする場合には、政令で定めるところにより、登録原票、登録証明書、登録証明書交付申請書、登録証明書引替交付申請書、登録証明書再交付申請書又は指紋原紙に、指紋を押なつしなければならない。

現在これに類するものとして、出入国管理及び難民認定法(昭和26年政令第319号)(米軍占領下の公布時の法令の種類は政令であったが、現在では法律扱いされている。)第6条による入国審査での指紋採取器による指紋採取と写真撮影がある。この第3項は、平成18年法律第43号による改正で追加されたものである。

○出入国管理及び難民認定法 第6条(上陸の申請)

3 前項の申請をしようとする外国人は、入国審査官に対し、申請者の個人の識別のために用いられる法務省令で定める電子計算機の用に供するため、法務省令で定めるところにより、電磁的方式(電子的方式、磁気的方式その他の知覚によつては認識することができない方式をいう。以下同じ。)によつて個人識別情報(指紋、写真その他の個人を識別することができる情報として法務省令で定めるものをいう。以下同じ。)を提供しなければならない。ただし、次の各号のいずれかに該当する者については、この限りでない。

一～五 <略>

○出入国管理及び難民認定法施行規則（昭和 56 年法務省令第 54 号）第 5 条（上陸の申請）

8 法第 6 条第 3 項の規定により指紋を提供しようとする外国人（次項に規定する外国人を除く。）は、両手のひとさし指の指紋の画像情報を入国審査官が指定する電子計算機に受信させる方法により提供しなければならない。ただし、指が欠損していることその他の事由によりこれらの指の指紋を提供することが不能である場合には、それぞれ次に掲げる順序に従い、その不能でないいずれかの指の指紋を提供するものとする。

- 一 中指
- 二 薬指
- 三 小指
- 四 おや指

少し回り道をしたが、刑事訴訟規則に戻ると、第 58 条に「契印（けいいん）」という語が出てくる。1 個又は一連の書類が数葉又は数個の書類から成る場合に、その綴り目又は継ぎ目に印を押すことである。

○刑事訴訟規則 第 58 条（公務員の書類）

- ① 官吏その他の公務員が作るべき書類には、特別の定のある場合を除いては、年月日を記載して署名押印し、その所属の官公署を表示しなければならない。
- 2 裁判官その他の裁判所職員が作成すべき裁判書、調書又はそれらの謄本若しくは抄本のうち、訴訟関係人その他の者に送達、送付又は交付（裁判所又は裁判官に対してする場合及び被告事件の終結その他これに類する事由による場合を除く。）をすべきものについては、毎葉に契印し、又は契印に代えて、これに準ずる措置をとらなければならない。
- 3 検察官、検察事務官、司法警察職員その他の公務員（裁判官その他の裁判所職員を除く。）が作成すべき書類（裁判所又は裁判官に対する申立て、意見の陳述、通知その他これらに類する訴訟行為に関する書類を除く。）には、毎葉に契印しなければならない。ただし、その謄本又は抄本を作成する場合には、契印に代えて、これに準ずる措置をとることができる。

「契印」に似たものに「割印（わりいん）」がある。「割印」は、数個の別々の書類が互いに関連する場合、両方の書類にまたがって印を押すことである。

両方の語が1つの条に出てくる民法施行法(明治31年法律第11号)第6条を見ておこう。

○民法施行法 第6条

- ① 私署証書ニ確定日附ヲ附スルコトヲ登記所又ハ公証人役場ニ請求スル者アルトキハ登記官又ハ公証人ハ確定日附簿ニ署名者ノ氏名又ハ其一人ノ氏名ニ外何名ト附記シタルモノ及ヒ件名ヲ記載シ其証書ニ登簿番号ヲ記入シ帳簿及ヒ証書ニ日附アル印章ヲ押捺シ且其印章ヲ以テ帳簿ト証書トニ割印ヲ為スコトヲ要ス
- ② 証書カ数紙ヨリ成レル場合ニ於テハ前項ニ掲ケタル印章ヲ以テ毎紙ノ綴目又ハ綴目ニ契印ヲ為スコトヲ要ス

結びに代えて

広島大学法科大学院での最後の授業は、2018年度後期の法理学であった。同年3月に退職しているので、客員教授(非常勤)としての授業である。法理学は3年次後期配当科目であり、受講者は5名であった。冬休みレポートの課題を、「民事訴訟法と刑事訴訟法を、法令用語の用法や条・項・号の組み立て方など、主として形式面に着目して通読し、気づいた点を、条名のあとに書きなさい。」という内容にした。提出されたレポートを見ていると、学生がひっかかりそうなところ、思い違いをしているところなどが浮かび上がった。そして1月の授業の中で、レポートに学生がピックアップした法令用語を解説したのである。彼らのうち4名がその年の司法試験に最終合格した。修了年合格、つまりは現役合格の快挙である。司法試験本試験の4、5か月前に全条文の通読ができたのはよかったと全員が言うのを聞いていて、法科大学院教育に最後の貢献ができたと感じて、嬉しかった。その時の授業準備ノートを見直して、その一部なりとも書き残しておこうと考えた。

しかし、訴訟法から法令用語をいくつか選んで解説を書くという当初の目論見は、大いに当てがはずれてしまった。2の書面や文書を扱ったところで、

それぞれを截然と区別することができず、民事と刑事の違いもうまく処理できなかった。結局は、思いつきのメモ程度のレベルにとどまったことは悔いが残った。広島大学法科大学院の設立にかかわった同志であった田邊教授の退職に捧げる論稿ということで、時間切れも重なり、とにかく一応の稿を締めねばならなかった。

英文タイトルを考えていた時に、「日本法令外国語訳データベースシステム（法務省）」(<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=01>) を閲覧していて、興味深いことに気づいた。

民事訴訟法	Code of Civil Procedure
民事訴訟規則	Rules of Civil Procedure
人事訴訟法	Personal Status Litigation Act
家事事件手続法	Domestic Relations Case Procedure Act
非訟事件手続法	Non-Contentious Case Procedures Act
刑事訴訟法	Code of Criminal Procedure Act
刑事訴訟規則	Rules of Criminal Procedure
行政事件訴訟法	Administrative Case Litigation Act
行政手続法	Administrative Procedure Act

民事訴訟法と刑事訴訟法が法典を意味する「Code」、法律は「Act」、最高裁規則は「Rules」は当然として、家事事件と非訟事件の手続法が「…Case Procedure Act」であり、人事訴訟法と行政事件訴訟法が「…Litigation Act」とされており、行政手続法が「…Procedure Act」となっている。行政訴訟ではなく、行政事件訴訟という言い方をする理由が、初めて納得がいった。行政分野で「Procedure Act 手続法」というのは「行政手続法」のことだったのだ。

このサイトには「これらの翻訳は正文ではありません。法的効力を有するのは日本語の法令自体であり、翻訳はあくまでその理解を助けるための参考

資料です。」との断り書きがあるが、正文、つまり公定訳かどうかにはかかわりなく、手続法群のマップを見た気分になったのである。

本稿でスケッチしながら痛感していたことであるが、文書や署名・印の問題については、電子文書や電子署名や電子認証の情報を組み込んで、従来の理論と整合性をもった理論を打ち立てる必要がある。その課題は私の世代ではとうてい手が出ないものである。ここから先は、未来を担う若い人たちに任せるしかない。

史上最大の弁論家にして、政治家・哲学者であった古代ローマのキケロ（前106年－前43年）は、『老年について』（Cato Maior De Senectute）という著作の中で、語り手に擬せられた大カトーに、次のように語らせている。

○キケロー『老年について』第25節（中務哲郎訳・岩波文庫2004年、29頁）

まことに、農夫なら、どれほど年老いていようが、誰のために植えるのか、と尋ねられたら、ためらわずこう答えるであろう。

「不死なる神々のために。神々は、私がこれを先祖から受け継ぐのみならず、後の世に送り渡すようにとも望まれた」。(Cic.sen.25)

第24節には、「次の世代に役立つようにと木を植える」(Cic.sen.24) という言葉もある。この「法令用語積義」を毎年1編ずつ書き続けている私の気持ちを一番表している言葉である。

さらに第49節にはこうある。「まことに、研究や学問という糧のようなものが幾らかでもあれば、暇のある老年ほど喜ばしいものはないのだ。」(Cic.sen.49) これは田邊教授に贈ろう。

最後に少しPR。この岩波文庫（青611-2）の現在のカバー写真「カピトリノ美術館蔵のキケロー」は、私が撮影して、岩波書店の求めに応じて提供した写真である。