

## 国際人権条約の国内裁判所における適用

弁護士 作花知志

〒700-0901

岡山市北区本町3番13号 イトーピア岡山本町ビル6階

作花法律事務所

電話 086-206-2331

FAX 086-206-2332

MAIL sakkacom@m9.dion.ne.jp

ブログ <http://ameblo.jp/spacelaw/>

### 第1 プロローグ

#### 1 「法の解釈」とは何か

スタンダール『赤と黒 上巻』（新潮文庫，1957年）27頁以下から抜粋  
「二、三度ジュリヤンと呼んでみたが、気がつかない。鋸（のこぎり）の音のせいというよりは、夢中になって本を読んでいるので、父親の怖ろしい声も耳にはいらな  
いのだ。とうとう父親は年に似合わぬ身軽さで、鋸にかかっている材木の上に飛び乗  
り、その足で屋根を支えている横木の上に飛び上がった。いきなりひっぱたかれて、  
ジュリアンの手にしていた本が、川のなかにふっ飛んだ。

ジュリアンがおりてくるが早いか、ソレル親爺はいきなりこづいて、家のほうへ追  
いたてた。〈おれをどうしようっていうんだらう〉とジュリアンは思った。行きながら、  
自分の本が落ちた川をうらめしそうに見やった。それは本のなかでもいちばん大切に  
していた『セント＝ヘレナ日記』（訳注 ナポレオンが口述筆記させたもの）だった。」

「ナポレオン法典と法の解釈」弁護士作花知志のブログより

フランスの民法は、別名「ナポレオン法典」と呼ばれています。1800年に起草  
委員4名が任命され、完成後1804年に公布され、1807年にナポレオン自らが  
「コード・ナポレオン（ナポレオン法典）」と改名し、現在に至っています。

フランスは日本と同様に、弁護士の数が少ないことで知られています。でもそれで  
も市民生活に支障が出ないのは、このナポレオン法典である民法が、大変読みやすく  
分かりやすい内容だからではないか、と言われているそうです。法律の専門家ではな  
い市民の誰が読んでも、一読して法の内容を理解できるように書かれた法典という意  
味なのです。

実際に、『赤と黒』で著名なフランスの文豪であるスタンダールは、日々の執筆活動  
を始める前に、必ずこのナポレオン法典である民法の条文を、数ヶ条読んだ上で、執  
筆を始めていたというエピソードが残されています。文豪が参考にするような文章な  
のですね。

実は、ナポレオンはこのナポレオン法典である民法について、とても興味深い命令を出しています。それは「この法典を解釈することは許さない」というものです。

普通「法の解釈」とは、議会により制定された法に不明確な点があったり、社会の変化により生じた問題に対応できる規定が欠けていたりする場合に、司法により新しい意味が与えられることを言います。

とすると、ナポレオン法典と言えども市民生活で生じるありとあらゆる問題について規定を設けるなどということはできないはずですし、当然時代の変化とともに生じる新しい社会問題についての規定は欠けていることが予想できるわけですから、「解釈をしてはならない」というのは、いかにも無理な命令であるように思えます。でも、きっとナポレオンは、自分がその時代における最高の法律家を任命して制定した法典は、完全な姿に違いなく、その完全性は時の経過によっても失われない、と思ったのだと思います。

このナポレオンによる自負と自信も、やはり時代の変化には勝てずに、ナポレオンなき後は法典の解釈が行われるようになったということです。ただ、このエピソードは、とても興味深いことを私たちに教えてくれているように思うのです。

ナポレオンは自らが作り上げた「法典」そのものを、あたかも美しい芸術作品のように捉えていたのだと思います。でも、私たちの社会において、「法典」や「法律」そのものの制定や存在が重要なわけではありません。

私たちの社会において重要なのは、「正義」の実現であって、決して「法典」や「法律」の制定・存在ではないのです。その意味で、私たちが法を制定するのは、あくまでも目的である正義の実現のための手段としてである、ということができるとはできません。

このように考えてみますと、なぜ「法の解釈」が行われるのか、という点も自然に理解できるころだと思えます。「法典」や「法律」の制定・存在そのものが私たちの目的であったとすれば、その法の解釈など不要なはずで。

でも、時代の変化とともに法の解釈が行われることは、法の制定が正義という目的の実現のための手段であることを意味していると思うのです。

法の内容が時代の変化に対応できず、形式的な適用を行ったとすれば、あまりに不公平・不正義な結果となってしまう場合、その「正義を実現すべきである」という社会の要請が、法に影響を与え、法に与えられる意味が変化するわけです。これを私たちは「法の解釈」と呼んでいるのだと思います。

## 2 「法の解釈」を促すものは何か

最高裁昭和57年7月16日決定における裁判官団藤重光の補足意見

わたくしは、もともと共謀共同正犯の判例に対して強い否定的態度をとっていた(団藤・刑法綱要総論・初版・302頁以下)。しかし、社会事象の実態に即してみるときは、実務が共謀共同正犯の考え方に固執していることにも、すくなくとも一定の限度において、それなりの理由がある。一般的にいつて、法の根底にあって法を動かす力

として働いている社会的因子は刑法の領域においても度外視することはできないのであり（団藤・法学入門129－138頁，206頁参照），共謀共同正犯の判例に固執する実務的感覚がこのような社会的事象の中に深く根ざしたものであるからには，従来の判例を単純に否定するだけで済むものではないであろう。もちろん，罪刑法定主義の支配する刑法の領域においては，軽々しく条文の解釈をゆるめることは許されるべくもないが，共同正犯についての刑法60条は，改めて考えてみると，一定の限度において共謀共同正犯をみとめる解釈上の余地が充分にあるようにおもわれる。そうだとすれば，むしろ，共謀共同正犯を正当な限度において是認するとともに，その適用が行きすぎにならないように引き締めて行くことこそが，われわれのとるべき途ではないかと考える。

おもうに，正犯とは，基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは，単純正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ，単純正犯のばあいには，みずから実行行為（基本的構成要件に該当し当の構成要件的特徴を示す行為）そのものを行った者でなければ，この要件を満たすことはありえないが，共同正犯のばあいには，そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身がその犯罪実現の主体となったものといえるようなばあいには，利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが，実行行為をさせた本人も，基本的構成要件該当事実の共同実現者として，共同正犯となるものというべきである。わたくしが，「基本的構成要件該当事実について支配をもった者—つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となった者—が正犯である」としているのは（団藤・刑法綱要総論・改訂版・347－348頁），この趣旨にほかならない。以上は，刑法の理論体系の見地から考えて到達する結論であるが，それは同時に，刑法60条の運用についての実務的要求の観点からみて，ほぼ必要にして充分な限界線を画することになるものといつてよいのではないかとおもう。

#### ○刑法60条

「二人以上共同して犯罪を実行した者は，すべて正犯とする。」

サン＝テクジュペリ『星の王子さま』（新潮文庫，2006年）117頁以下

○それから王子さまは眠ってしまったので，僕はそっと抱きあげて，また歩きだした。僕は胸がいっぱいだった。自分が，壊れやすい宝物を抱いているような気がした。地球の上に，これ以上壊れやすい宝物はないような気さえした。月の光のなかで，僕はその白い額を，閉じた目を，風に震える髪の毛の房を，見つめた。そして思った。「こうして今見ているものも，表面の部分でしかないんだ。いちばん大事なものは，目には見えない。」

○「地球の人たちって」と王子さまが言った。「ひとつの庭園に，五千もバラを植えて

いるよ。それなのに、さがしているものを見つけられない。」

「見つけられないね」僕は答えた。

「だけどそれは、たった一輪のバラや、ほんの少しの水のなかに、あるのかもしれないよね。」

「ほんとうだね」僕は答えた。

王子さまは言いたした。

「でも目では見えないんだ。心でさがさなくちゃ。」

「妖怪と法律」弁護士作花知志のブログより

・・・このブログでも、私が遠野に参った際に語り部の女性に伺ったこととお話したことがありますね。柳田国男が編纂した『遠野物語』に収録されている数々の遠野の昔話は、全て幼い子ども達への思いが生み出したものなのです。

「人には親切にしてください」、「人にひどいことをすると、必ず自分も辛い思いをすることになりますよ」、「友達を大切にしてください」、「兄弟姉妹は協力しなければなりません」。

そのいずれの話も、子ども達が大人になった後で辛い思いをしないように、おじいさんとおばあさん、お父さんとお母さんが、幼い子ども達にも理解できるような民話として、生み出されたものなのです。

お盆には多くの方が、古里で、幼かった自分の人生を心配してくださっていた、ご先祖の思いとその優しい気持ちを思い出されるのだと思います。

人々の優しい思いが民話を生み出すというお話は、実は法律にも共通した面があるように思います。

法律そのものは紙に書かれた活字ですね。その活字である法律に、私達が自らの価値観に基づき、光を当て、意味を与えます。

その与えられた意味によって、活字であった法律が生き生きと動き出すのです。活字であった法律に意味が与えられたことで、規範が生み出されるのです。

そしてその規範を生み出すのは、社会とそこで懸命に生きている人々に対する、優しい思いなのです。

・・・妖怪は、このブログでも私自身がお話をしたり、読者の方から貴重なご指摘をいただいたりした存在ですね。

幽霊がいわゆる午前2時過ぎの丑三つ時に登場するのは、その恨みの対象が寝静まった時だからです。それに対して、妖怪が夕暮れ時に現れるとされているのは、自らの存在を発見してもらいたいからです。発見してもらいたい相手は、子ども達です。

妖怪は、幼い子ども達が夜暗くなる前に家に戻ってくるようにと、心配しているおじいさんやおばあさん、お父さんやお母さんの思いが生み出した存在です。「妖怪」という言葉は「はようかえれ」が変化したものなのです・・・

## 第2 女性の再婚禁止期間立法不作為訴訟

### ○民法733条1項

「女は、前婚の解消又は取消しの日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。」

### ○民法772条

1項「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」

2項「婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」

### ○憲法14条1項

「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」

### 国会の立法行為に対する国家賠償請求訴訟の可能性

#### ○最高裁昭和60年11月21日判決

「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき例外的な場合を除き国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けない。」

#### ○最高裁平成17年9月14日判決

「在外国民に国政選挙における選挙権行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、そのために法律案が昭和59年に廃案となった後、平成8年10月20日の衆議院議員総選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって国会が何らの立法措置を執らなかったことは、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受ける。」

「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、①立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、②国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和

53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。

在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。このような立法不作為の結果、上告人らは本件選挙において投票をすることができず、これによる精神的苦痛を被ったものというべきである。したがって、本件においては、上記の違法な立法不作為を理由とする国家賠償請求はこれを認容すべきである。」

女性の再婚禁止期間と法の下での平等・国家賠償請求訴訟

○最高裁平成7年12月5日判決

「民法733条の立法趣旨は、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあるから、国会が同条を改廃しないことが憲法の一義的な文言に違反しているとはいえず、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。」

第3 消防職員の団結権立法不作為訴訟

第4 エピローグ

1 法の支配と司法権の役割

「私が法律家としての活動で、一番感銘を受けたことは、弁護士としてアメリカ合衆国を被告とした訴訟の原告代理人を務めた時のことであった。アメリカは、その有する武力では世界中のいかなる国をも屈服させることができる国である。しかしながら、裁判所で、法を根拠として、論理を重ねることで、そのアメリカの立法上、行政上の過誤を追求すると、世界一の武力を誇る国が、単なる一私人に負けるのである。」

（ジョン・ロバーツ（アメリカ合衆国連邦最高裁判所長官）の2005年に就任した際のインタビューより）

2 司法権の担い手に求められることは何か

「平野龍一先生・法律学全集『刑事訴訟法』の逸話」弁護士作花知志のブログより  
日本の刑事訴訟法は、第二次大戦後に、大きな法改正が行われました。明治時代に制定された旧刑事訴訟法は、ドイツ法の影響下で制定されたもので、被告人を訴訟当

事者ではなく、審理の対象として考える、いわゆる職権主義的な刑事訴訟法でした。それに対して戦後新しく制定された新刑事訴訟法（現行の刑事訴訟法）は、アメリカ法の影響下で制定され、被告人を検察官と対等な当事者として捉える当事者主義的な刑事訴訟法なのです。

ところが、そのような法改正が行われたものの、戦後しばらくは、まだまだドイツ法的な旧刑事訴訟法時代の解釈論が、日本の刑事訴訟の世界では支配的でした。そのような時代に、平野龍一先生は、アメリカのミシガン大学に留学され、当事者主義的な刑事訴訟法について学ばれて帰国され、日本の刑事訴訟の世界に強い影響を与える代表作、法律学全集『刑事訴訟法』を発表しました。発行は1958年でした。

平野龍一先生の立場は、実務・学会を席卷しました。実務家や司法試験受験生の方々も、皆平野龍一先生の法律学全集『刑事訴訟法』を通して、新しく制定された刑事訴訟法のあるべき運用、動かし方を学んだのです。そのように、実務の世界に大変強い影響を与えた法律学全集『刑事訴訟法』ですが、実は平野龍一先生は、その発表から10年経っても、20年経っても、一向に新しい判例などを加筆した改訂版を出そうとはしなかったのです。そのような強い影響力を持った本でも、さすがに発行から20年以上経過した1980年代になると、古い判例しか掲載されておらず、実務家や司法試験受験生の方々から、改訂版を求める声が強くなってきました。

そのような状況を耳にした平野龍一先生のお弟子さんが、おそらくたまりかねて、平野龍一先生に対し、「先生はどうして法律学全集『刑事訴訟法』の改訂版を出さないのですか。皆さん心待ちにしています。」と聞きました。それに対して平野龍一先生は、その方に対し、「あの法律学全集『刑事訴訟法』を改訂するのは私がすることではない。私の後に続く、皆さんがすることだ。」と言われたそうなのです。

平野龍一先生としては、自分はその本で、新しく制定された刑事訴訟法の理想的な動かし方の幹の部分の部分を提示したのだ、その幹の部分にさらに影響を与え、社会を動かしていくのは、自分ではない、自分の後に続く方のすることである、と思われていたのでしょう。そのような考えの下、1958年に発表され、平野龍一先生が亡くなった2004年に至るまで、一度も改訂されることがなかったのが、法律学全集『刑事訴訟法』です。図書館で本を目にされた際には、ぜひ手に取って読んでいただけたらと思います。

○三ヶ月章『法学入門』（弘文堂、1982年）59頁、106－107頁

・このうち最も簡単でかつ見栄えがするのは、いうまでもなく規範の面の整備である。ここでは外国の既存の法典を借り来て、それを日本語に移しさえすれば、それを日本の法として誇示することができるからである。その次に、実現の容易なことは、法のための機構を設置するということである。日本は、裁判所という西欧法の中核機構をそれまで知らなかったことは前述のごとくであるが、それを整備することが近代法治国家としての体裁を整えるために不可欠であるというので、裁判所というまったく新しいお役所を全国に配置するとしても、それは必要な財政的支出さえ覚悟す

ればそれほどむずかしいことではないわけである。以上の諸点に比べれば、このような外来の規範を動かし、このような不慣れな機構と手続を運用する人間の養成、いわゆる「人づくり」ということが一番むずかしい問題であったことは、想像にかたくない。

・たしかに、法というものは、規範と、その法規範を運用する機構・手続が備わって初めてその役割を十全に果たすことができるものであるが、この機構・手続を動かすのは、しょせんその社会の成員たる人間である。かくて、どのような壮麗な規範が存在したとしても、またどのような強力で整備された法運用の仕組みが設けられたとしても、それを動かす人間が、法の理念をわきまえることなく、ひたすら自己の利益や権力者の思惑に引きずられて法を運用するだけだとしたら、決して社会正義の実現という法の目的を達することはできないはずである。逆に、もしこの法を動かす人間が、法の理念・使命を自覚し、それを実現しようとする使命感と情熱をもっているならば、かなり時代遅れとなった法規範を操るとしても、また、どのような貧弱な物的施設の中でそれが行われるとしても、法が正義の実現に奉仕する度合は高まり、ひいて、その社会での法に対する信頼も深められてゆくことになる。その意味においては、法を動かす人間がどのような者かということは、実は、法の最も切実な関心事であるというべきである。

団藤重光『実践の法理と法理の実践』（創文社、1986年）143－184頁  
裁判というものについて、最も古典的な考え方を示したのはモンテスキューでありまして、かれは「裁判官は法律の言葉を発音する口である」ということを『法の精神』の中で申しております。法律にすべて書いてある、裁判官はそれをただそのままに発音する、それだけでよろしい、またそうでなければならぬのだ、というのです。要するに裁判官の恣意というものを一切排除しようというのであって、立法府が国民の総意として作った法律をそのままに実現する、それが裁判であり司法である、という考え方であります。・

法は裁判を通して実現されるのですが、それは客観的に存在する法を発見し認識するというのではなくて、主体相互のぶつかり合いによって社会的に妥当する具体的な法規範を創造して行くことでもあります。社会が絶えず動いていくものである以上、この創造的活動もまた永遠不断のものでなければなりません。裁判における客観性は与えられたものではなく課せられたもの、しかも永遠に課せられたものでありまして、それは直接には裁判官の、間接には訴訟関係人その他の者の、さらに究極的には法の担い手としての国民一人一人の主体的な努力にかかっているのです。