

法実務入門（第1回「憲法の役割・弁護士の役割1」（2013年10月4日））

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 DNA鑑定

足利事件 菅家さん釈放 東京高検「無罪の可能性大」DNA不一致受け

90年に栃木県足利市で当時4歳の娘が殺害された事件で無期懲役が確定した菅家利和さん（62）の再審請求審で、娘の肌着に残った体液のDNA型と菅家さんの型が一致しないとするDNA型の再鑑定結果を受け、東京高検は09年6月4日、菅家さんの刑の執行を停止し、菅家さんは服役先の千葉刑務所から釈放された。

「東の足利」が覆った今、「西の飯塚」はどうなるのか。弁護士らがささやく事件がある。

92年に福岡県飯塚市の娘2人が殺された事件だ。市内に住む久間三千年死刑囚が94年に逮捕された決め手の一つは、やはり導入間もないDNA型鑑定だった。

県警は逮捕前、任意で採った元死刑囚の髪の毛と、娘の体に付いていた真犯人のものともみられる血液を警察庁科学警察研究所（科警研）に持ちこんだ。科警研が使った複数の鑑定法のうち、足利事件と同じ「MCT118」で一致したとされる。元死刑囚は一貫して否認したが、最高裁は06年に鑑定の証拠能力を認め、他の状況証拠とあわせ死刑判決を導き出した。

だがこの事件では、検察側が逮捕前、帝京大の石山昱夫教授（法医学）にも別のDNA型鑑定を依頼。こちらは試料から久間元死刑囚と一致するDNA型は検出されなかった。この結果も一審の公判途中から証拠採用されはした。弁護側が「科警研の鑑定と矛盾している」と主張したが、判決は「科警研の鑑定で試料を使い切っていた可能性もある」と退けた。そして08年に、久間元死刑囚に対する死刑は執行された。

「同じ方法の足利が誤っていたと証明できれば、飯塚でも十分な証拠になりうる」。3月末に再結成した弁護団はこれを新証拠とし、名誉回復の意味合いが強い死後再審の準備を始めた。

すべての死刑囚や懲役囚に再鑑定を受ける権利を認めたアメリカ。精度の高い方法での再鑑定で、08年までに計237人が再審無罪判決を受けている。04年10月に成立した「イノセンス・プロテクション・アクト（無実を守る法律）」に基づくものだ。海外の刑事司法に詳しい伊東和子弁護士は「刑罰を決めるだけでなく誤った判決を防ぐのも国の責務」と、同様の制度の必要性を訴える。

～2009年6月5日付朝日新聞掲載の記事より～

飯塚事件で再審請求＝DNA鑑定「判定誤り」－足利と同じ手法・福岡地裁

福岡県飯塚市で1992年、小学1年の女兒2人が殺害された飯塚事件で、死刑が執行された久間三千年元死刑囚＝当時（70）＝の妻（62）が28日、福岡地裁に再審請求した。同事件では、再審が開始された足利事件と同じ手法で行われたDNA型鑑定が証拠として採用されており、鑑定結果に対する判断が注目される。

弁護団は、「捜査段階の鑑定は血液型やDNA型の判定を誤っている」などとする専門家の鑑定書を提出。「久間元死刑囚と犯人とは一致せず、無実は明らか」として再審開始を求めた。

鑑定を行ったのは、足利事件の再審開始を認めた即時抗告審でDNA型再鑑定を行った本田克也筑波大教授。犯人の血液が付着した当時の資料は使い切られて再鑑定ができず、弁護団は7月、元死刑囚の遺品や遺族の口の粘膜を本田教授に提出するとともに、鑑定手法の検証も依頼していた。

～2009年10月29日16時45分配信時事通信の記事より～

第2 憲法の役割，弁護士の役割

1 法の支配

「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）の就任の際のインタビュー

一より)

ジョン・ロバーツ (John Glover Roberts, Jr. 1955年1月27日生) は、2005年に任命された第17代アメリカ合衆国連邦最高裁判所長官である。就任時点で50歳であり、過去3番目に若い首席裁判官となった。

①法の支配とは何か。②法の支配の理念は、日本国憲法において、どのような規定に現れているか。

アメリカと虹「弁護士作花知志のブログ」より

このブログで何度も引用しております、私がとても好きな記事を、もう一度引用することから、今日のお話を始めたいと思います。

オバマが大統領に選ばれた2008年の選挙の際の朝日新聞の記事で、ある地方の散髪屋を営む男性の話が掲載されていました。

初めて黒人大統領が選ばれるのではないかと言われていたその選挙において、その男性は「この国は虹のようなものだ。いろいろな色があり、決して交わろうとしない。でもだからこそ美しいんだ。」と言われたそうです・・・

「弁護士作花知志のブログ」に寄せられたコメントより

○Aさん

こんばんは、いつも面白いお話を有難うございます・・・

ところで先生のブログを読ませて戴いているうちに最近解らなくなって来た事があるんです。

法律に七色の解釈があるのなら、法律の存在意義って何だろう？って思うのですよ。有って無いような物であれば、必要ないんじゃないかと思ったりするんですよ。

○作花知志

Aさん

いつもご投稿ありがとうございます。法が存在しない状態ですと、社会の運営は法に基づくのではなく、人の考えに基づくことになります。でも、この世に完全な人は存在しないことを、人類は歴史から学んだのです。

ですので社会は、恣意的な運営を行う可能性がある人が行うのではなく、客観的な存在である法に基づいて行うことにしたのです。それを「法の支配」と申します。

でも、法そのものは紙に書かれた活字にすぎません。そして、社会は法が生み出さ

れた後も変化していきます。

ですので私達は、その客観的な存在である法に、意味を与える必要があるのです。そして、ここがポイントですが、法に意味を与える人が1人だけだと、それは恣意の生じる「人の支配」と何等変わらないことになりますね。ですので私達は、法にさまざまな価値観や立場から光を当てて、その意味を主観的な価値から客観的な価値へと昇華させようとするのです。

よろしくお願いいたします。

2 憲法の役割

①国会において成立した法律の正当性は、いかなることにより根拠づけられるか。法律の正当性が認められるにもかかわらず、憲法81条が裁判所に法律に対する違憲審査権を付与しているのはなぜか。②司法権の独立とは何か。憲法76条3項が、裁判官は良心に従い独立してその職務を行い、憲法及び法律にのみ拘束される、としている趣旨は何か。

～ある映画より～

教授「私は君のような人が法律家には必要だと思う。黒人として生活をし、黒人が普段の生活でいかなる思いをしているかを肌で知っている白人が、法律家には必要だ。」

学生「いいえ。」

教授「何だって?。」

学生「私は、黒人の方々が白人から差別をされたことで、思われていること、感じていることについて、私が黒人の方々と同じ思いをしたとは言えないと思います。なぜならば、私は白人であるにもかかわらず、肌の色を黒くし、単に黒人のふりをして生活していただけです。もし私が、黒人としての生活がいやになれば、いつだってそこから逃げ出すことができました。だから、私が受けた感情は、黒人の方々が日々受けている感情と同じものではありません。」

教授「君は、私が考えていたよりもずっと多くのことを学んだようだ。」

3 弁護士の役割

①憲法に唯一規定されている民間の職業は何か。それは何を意味するか。②憲法は弁護士にいかなる役割を期待しているか。③山口県光市で発生した少年事件における

最高裁判決をどう考えるか。後の差戻審における弁護人の活動についてどう考えるか。

①弁護士Aが担当していた殺人事件で警察署に接見に行くと、被告人が「本当は殺したんだけど、殺していない、と主張して無罪になりたい。裁判でもそう主張してほしい。」と言った場合、弁護士Aとしては、いかなる対応をすることが望ましいか。

②①の事件で、被告人からの告白を受けた後、弁護士Aは、被告人が被害者を殺した後遺体を埋めたという山林に行き、該当場所をスコップで掘ってみると、被害者の遺体が発見された。弁護士Aとしては、いかなる対応をすることが望ましいか。

弁護人論「弁護士作花知志のブログ」より

法曹三者制度、さらにそこにおける弁護人の役割について、とても興味深い事件があります。

第一審で死刑判決を受けた被告人が控訴し、控訴審で国選弁護人が就任しました。

ところがその国選弁護人は、第一審訴訟記録を検討しただけで、「被告人の行為は戦慄を覚えるものがあり、死刑もやむをえない。控訴する理由は何もない。」という趣旨の控訴趣意書を裁判所に提出したのです。

弁護人ですので、当然事件における被告人にとって酌むべき事情を指摘し、原審で死刑判決を受けたなら、死刑が相当ではないという理由はないかを探索するのが、法曹三者制度における役割となります。ところが、この事件の控訴審での国選弁護人は、そのような指摘をせず、被告人は死刑が相当である、との意見を控訴審裁判所に提出した、というのです。

この刑事事件は、最終的に最高裁でも被告人に対する死刑判決が確定しました。その後、刑事事件が最高裁の死刑判決で確定した後の段階で、被告人が、この弁護人に対して民事訴訟（損害賠償請求事件）を起こしました。

この民事訴訟（損害賠償請求事件）において東京地裁昭和38年11月28日判決は、弁護人に30万円の損害賠償を命じたのです。

ここで、皆さんに注意していただきたいことがあります。刑事事件は最高裁で死刑が相当であるとの判決が出たのですから、形式的に見ると、「被告人には死刑が相当である」という控訴審の国選弁護人の意見は、最高裁と同じ意見だった、ということになります。

それにもかかわらず、被告人から後になされた民事訴訟（損害賠償請求事件）で、東京地裁が弁護人に30万円の損害賠償を認めたのはなぜでしょうか。それがまさに、

弁護人の役割に関わるものだと思うのです。

弁護人の役割は何か。それは、発生した刑事事件につき、被告人に最も良い光を当ててことです。被告人にはこんなに悪い面がある、ということ指摘するのは検察官です。弁護人がすることではありません。

法曹三者制度は、この世には完全な人間はいないことを前提とした制度です。司法試験合格者を裁判官、検察官、弁護人に分け、それぞれの立場から事件に光を当てさせることで、発生した事実につき、最も適切な事実認定と、量刑の判断ができる、という制度です。

山口県光市の少年事件で、広島高裁での審理において弁護人が21名ついたことが非難されました。でも、あの事件においても、弁護人が被告人にとって良い側面に光を当てないと、三方向から光を事件に当てて初めて適切な解決方法となるという、法曹三者制度そのものがゆがんでしまうのです。それは社会にとっても不幸な結果ということになります。

上述した「被告人は死刑が相当である」との意見を裁判所に提出した弁護人は、その役割を放棄しただけでなく、法曹三者制度の趣旨をも歪めたわけです。東京地裁は、その点につき、被告人から弁護人への損害賠償請求を認めたのでしょう。

弁護人の役割につき、興味深い事件をもう1つご紹介しましょう。第二次世界大戦時のナチス戦犯だったアイヒマンが、大戦後に、潜伏中のアルゼンチンでイスラエル政府により拉致され、イスラエルに連行された後、死刑判決を受けた事件です。

アイヒマン裁判 イスラエル国内裁判所判決 1961年12月12日（第一審）、
1962年5月29日（終審）

（事案の概要）

第二次大戦後に国家として成立したイスラエルは、1950年「ナチおよびナチ協力者の処罰に関する法律」を制定してドイツ戦犯ことにユダヤ人虐殺に参加または協力した者を処罰することにしました。

そして1960年5月、アルゼンチンに偽名を用いて隠れていたナチ・ドイツの秘密国家警察（ゲシュタポ）の責任者でユダヤ人の迫害と虐殺を直接指揮していたとみられるアイヒマンが、イスラエル当局の官憲によって拉致され、アルゼンチン当局の許可もなく強制的にイスラエルに連行され、上の法律に基づいてエルサレム地方裁判所に起訴されました。

裁判に際してアイヒマン側の弁護人は、次の2つの理由に基づきイスラエルの裁判所の管轄権を否定する主張を行いました。

①被告人が犯した犯罪は、イスラエル国境の外において、しかもイスラエルが国家として成立する以前に、イスラエル国民でなかった人々に対して行われたものであり、

またその犯行は外国政府のために義務を遂行する過程において行われたものであって、これを処罰しようとするイスラエルの法律は国際法に反すること。

②アルゼンチンの主権を侵害して強制的に連行された者を裁くことは、国際法に抵触するものであり、裁判所の管轄権を超えるものであること。

イスラエルの裁判所は、弁護人の主張をすべてしりぞけ、アイヒマンに死刑を言い渡しました。

(判決の要約)

ナチスが行ったことは「人道に対する罪」であり、また「国際法上の犯罪」であり、そのような性質を有する「国際犯罪」に対して、イスラエル法を遡及的に適用することは許容される。

ユダヤ人を抹殺しようとした犯罪はユダヤ人と重大な関係を有し、イスラエルはその行為を処罰できる。

さらに、アイヒマンがアルゼンチンから拉致された点については、イスラエルとアルゼンチンとの間の外交上の問題であって、かつ既に両国の声明により、問題は解決されている。

この事件で注目していただきたいことは、イスラエルで、ナチス戦犯に対する刑事訴訟が行われる際においても、弁護人が就任していた、ということです。

社会がどんなに被告人に怒りを感じていても、被告人には弁護人がつき、そして弁護人は冷静に、事実上及び法律上の指摘を行わなければなりません。そうでなければ、完全でない人間が、誤った判断により誤った判決を導き出す可能性があるのです。それが法曹三者制度であり、それが弁護人の役割なのです。

実はこのアイヒマン事件には、1つ興味深いエピソードがありますのでご紹介しましょう。

アイヒマンは第二次大戦後、アルゼンチンに潜伏し、サラリーマンとして生活をしていました。そのアイヒマンが、仕事が休みの日に、ふらりと街に出かけて、そこで占い屋に入ったそうです。

アイヒマンは、その占い師に、自分は何歳まで生きられるのか、ということをお占ってもらいました。するとその占い師は、「あなたは57歳にはなれないでしょう」と答えたそうです。

実は、その後行われた、上述したイスラエルでの裁判の結果、アイヒマンは死刑となったのですが、その死刑となった時、アイヒマンは56歳だったのです。

事実は小説より奇なり。本当にこの世は謎に満ちあふれていますね。

第3 裁判員裁判の目的、そして課題

1 裁判員裁判の開始により，何が変わったか

「裁判員として裁判員裁判へ参加される方へのメッセージ」(NHK インタビューより)
元々法律そのものは紙の上に書かれた存在にすぎません。その法律に，一人一人が，自身の価値観，社会観，経験などからアプローチすることによって，法律は動き出すのです。その結果，社会も変わっていきます。

そして，法律がよりよい動きをするためには，多様な価値観，経験が反映されることが望ましいのです。反映される価値観の多様性こそ，法律の命であり，それが多様であれば多様であるほど，法律は社会をより良い姿に変えていくことができます（法律に反映される価値観が一人のものにすぎないと，それは法の支配ではなく，人の支配となってしまいます）。

裁判員裁判制度は，これまで法律の専門家のみによって行われていた刑事裁判に，裁判員の方々にも参加していただくことで，裁判員の方々から法律の専門家とは異なる光を発生した事件にあてていただく，という制度です。

ぜひ私どもと一緒に，刑事裁判に参加していただいて，裁判員の立場から，専門家では思いつかないような，価値観，社会観，経験から，事件に光をあてていただき，その結果，刑事事件の社会的解決を，より社会が求めるものに，近づけていただきたいと思います。そう思っております。

2 裁判員裁判と死刑

団藤元最高裁判事と死刑廃止論「弁護士作花知志のブログ」より

阿藤周平さんが，先月の4月28日に亡くなられました。阿藤さんは，昭和26年（1951年）に山口県で起きた老夫婦の殺害をめぐる「八海（やかい）事件」で，17年後の無罪確定まで，実に3度にわたって死刑判決を受けた冤罪被害者の方です。

八海事件は，最初に逮捕された男の供述から，共犯者として4人が逮捕されました。阿藤さんはその1人でした。

阿藤さんは，無罪を主張したにも関わらず，主犯格として3度の死刑判決を受けたのですが，服役中の男が「4人は無関係である」と告白したことで疑いが晴れ，昭和43年（1968年）に無罪が確定しました。

法律制度に人生を翻弄された阿藤さんのお気持ちを考えると，胸が痛みます。

憲法36条は，「公務員による拷問及び残虐な刑罰は，絶対にこれを禁ずる。」と規定しています。死刑制度がこの規定に反しないかについて，最高裁は，「火あぶり，はりつけ，さらし首，釜ゆで等，死刑の執行の方法等がその時代と環境において人道上

の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、憲法に違反するが、刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに残虐な刑罰に該当するとは考えられない。」としています（最高裁大法廷昭和23年3月12日判決）。

最高裁は、死刑の問題を刑の執行方法から残虐性を考えているようでは、より深刻な問題は、仮に死刑判決を受けた人が無罪であった場合、つまり冤罪であった場合、死刑が執行されてしまうと、もう取り返しがつかない、という点にあります。

皆さんは、検察官が死刑を求刑して、裁判所がそのとおりだと認定した事件で、冤罪なんてまずないだろう、と思われるかもしれませんがね。でも、以前の記事「DNA鑑定と死刑制度」でお話しました飯塚事件では、死刑が執行された後、DNA鑑定の信用性に疑問が生じていることを、申しました。

最高裁判所で、実際に死刑事件を担当された団藤元最高裁判事は、戦前から大学で刑法と刑事訴訟法を教えられて、第二次世界大戦後にそれまでの刑事訴訟法から現在の刑事訴訟法へと改正がされた際に、立法にも携わられました。

団藤元最高裁判事は、死刑廃止論者となったきっかけについて、以下のように書かれています。

団藤重光『死刑廃止論[第六版]』（有斐閣、2000年）8頁

「これから誤判が本当に絶無になると、いったい誰が断言することができるでしょうか。もちろん、事実認定の点で、裁判官は十分な訓練を受け、かつ、経験を積んでいます。

しかし、人間である以上、絶対に間違いがないと言い切ることはできないはずです。しかも、再審による救済にも限界があって、決して絶対的なものとは言えないのです。

・・・

私は、最高裁判所に在職中に、記録をいくら読んでも、合理的な疑いの余地があるとはどうもいえない、しかし、絶対に間違いがないかと言うと、一抹の不安がどうしても拭い切れない、そういう事件にぶつかりました。

具体的事件ですから、ずっと抽象化してお話する以外にありませんが、それはある田舎町で起こった毒殺事件でした。

状況証拠はかなり揃っていて、少なくとも合理的な疑いを超える程度の心証は十分に取れるのです。

ところが、被告人、弁護人の主張によれば、警察は捜査の段階で町の半分だけを調べたところで、一人の怪しい人物を見つけて逮捕しました。それが被告人だったので、

町のあとの半分は調べていなかった。もしあとの半分も調べていれば、同じような状況の人間がほかにも出て来た可能性がないとは言い切れないのです。・・・

そのような事情も、個々の証拠の証明力を減殺するといったものではないので、合理的な疑いが出て来るとまでは言えませんから、事実誤認の理由で破棄するわけには行かない。しかし、それで絶対に間違いないかという点、一抹の不安が最後まで残るのです。

要するに、合理的な疑いを超える程度の心証は取れるのですから、証拠法の原則からいって有罪になるのが当然だった。しかも、もし有罪とすれば、情状は非常に悪い事案ですから、極刑をもって臨む以外にはないというような事件だったのです。

私は裁判長ではなかったのですが、深刻に悩みました。しかし、死刑制度がある以上は、何とも仕方がなかったのです。

いよいよ宣告の日になって、裁判長が上告棄却の判決を言い渡しました。ところが、われわれが退廷する時に、傍聴席にいた被告人の家族とおぼしき人たちから『人殺しっ』という罵声を背後から浴びせかけられました。

裁判官は傍聴席からの悪罵くらいでショックを受けるようでは駄目ですが、この場合はいま申しましたような特異な事情でしたので、これには私は心をえぐられるような痛烈な打撃を受けたのです。その声は今でも耳の底に焼き付いたように残っていて忘れることができません。」

団藤元最高裁判事は、退官後に改訂された『刑法総論』（創文社、第三版、1990年）481頁において、以下のように述べられています。

「判決の際に重い刑に値した者も、その後の本人の改悛状況や社会情勢の変化などによって、仮釈放や恩赦などによる緩和が必要になって来ることがすくなくない。刑罰のもつべきこのような動的な性格にもっとも適切なのは自由刑であり、もっとも不適切なのは死刑である。

しかも、誰が死刑判決に絶対に誤判がないと保障することができよう。実際に死刑確定事件で再審無罪になった事例は、周知のとおり、十二にとどまらないのである。わたくしは、人道的見地から、どうしても死刑廃止論を採らざるをえないのである。」

そして団藤元最高裁判事は、いわゆる死刑基準を示した永山事件の控訴審判決（東京高裁昭和56年8月21日判決（裁判長船田三雄判事の名から、船田判決として知られています）が「立法論として、死刑の宣告には裁判官全員一致の意見によるべきものとする意見があるけれども、その精神は現行法の運用にあっても考慮に価するものとする」と判示したことにつき、「わたくしも判旨の基本思想に賛意を表する者である。」と述べられているのです。

このブログでもお話ししました。法律制度は、「この世には完全な人間など存在しないのだ」という、人類のたどり着いたとても悲しい事実を前提にして構築されています。

そして活字として紙に書かれた法律制度に意味を与え、動かしていくのも、その不

完全な人間なのです。

人の命という取り返しのつかないものを社会として奪う刑罰である死刑を、どのように制度として設け、さらにどのように動かしていくのかを、私達は今後も考えていく必要があるのではないか。死刑制度に人生を翻弄された阿藤周平さんが亡くなられた報道に触れて、改めてそう思ったのです。

3 足利事件から考える裁判員裁判の目的

菅家利和・河野義行『足利事件・松本サリン事件』(TO ブックス, 2009年)
60頁以下

菅家利和氏につき作成された警察官面前調書(自白調書)

「私は、本日、足利警察署から、昨年五月に足利市内の渡良瀬川河原で殺害された〇〇マミちゃんの殺人事件について事情を聞きたいとの呼び出しを受け、足利警察署の調べ室で、調べを受けました。

私は、〇〇マミちゃんを実際に殺してしまったのですが、殺したことを話す勇気がなく、ずっと殺したことを認めませんでした。しかし、私も真面目になることと〇〇マミちゃんの霊に申し訳ないと詫げる決心がついたので、正直に殺したことを話します。

言いたくないことは、言わなくてもいいと刑事さんから言われましたが、私が、〇〇マミちゃんを殺したことが事実ですから、正直に話しをして、罪に服したいと思っております・・・

河原に行き、自転車から女の子を降ろし、手をつないで歩いている途中、自然に女の子をいたずらすると言う気分になってしまいました。いたずらをすると考えた時は、女の子に騒がれては困ると言う気持ちから、女の子の首に手を掛け、うつ伏せの状態にして、両手で首を絞めて殺してしまったのです。女の子が、私が首を絞めたために、いくらか全身を動かしましたが、そのまま締めて殺してしまいました。」

4 裁判員裁判に参加される皆さんに求められていること

(1) 性犯罪と裁判員裁判

性犯罪とGPS「弁護士作花知志のブログ」より

宮城県で、性犯罪の前歴を有する者にGPS(全地球測位システム)を携帯させて、警察が常時監視する条例制定の検討を始めたとの報道を目にしましたので、引用させていただきます(毎日新聞2011年1月22日配信の記事より)。

「<性犯罪>前歴者にGPS携帯 宮城県、条例制定検討へ

宮城県は1月22日、強姦（ごうかん）など性犯罪で服役後出所した県内居住者にGPS（全地球測位システム）を携帯させ、県警が常時監視できるようにする全国初の条例制定の検討を始めた。必要に応じて性犯罪逮捕者にDNAの提出も義務づける。常時監視は基本的人権の制限にもつながることから、波紋を広げそうだ・・・」

今日は一つだけ、以前の記事にも書かせていただいた内容を、再度お話ししたいと思います。性犯罪事件の弁護を担当して、性犯罪者の更生プログラムなどの策定に関わられた医師の方にお話を伺いますと、必ず「その被告人は幼児期に性的虐待を受けたでしょう」と言われるのです。医師の方が言われるには、性犯罪とは、性欲の強い人が行うのではなく、幼児期に性的虐待を受けるなど、性的なトラウマを有するものが、そのトラウマを女性に向けてしまうのが、性犯罪である、ということです。

以前の記事でもお話ししました。法曹三者制度とは、事件に対して3つの方向から光を当てることで初めて、事件の真実が見え、適切な社会的な解決を導き出せる、というものです。

仮に、医師の方が言われるように、性犯罪の行為者は幼児期に性的虐待を受けていることが多い、そのトラウマが性犯罪を引き起こしているのだ、ということが、性犯罪に対する光の当て方を変えることで見えてくるとすれば、その行為者が社会復帰した後、その人にGPSをつけさせることが、私達の社会の受け入れ方として、最適なものなのではないでしょうか。欧米などでは、医師や弁護士などが協力して、性犯罪を犯した人が更生のための教育を与えるプログラムを提供するNPOが活動しているそうです。日本では2010年の夏、東京で初めてのNPOが立ち上げられたそうですが、まだまだこれからというのが現状です。

でも、性犯罪というものの原因が、性的なトラウマにあることが多いということが真実であるとすれば、私達はその更生のためのケアを、社会として考えていく必要があると思うのです。

●「マリーアントワネットとお菓子」弁護士作花知志のブログ 2011年1月23日付記事も参照

(2) 少年事件と裁判員裁判

少年事件と不定期刑「弁護士作花知志のブログ」より

以前の記事にも書きましたが、少年（未成年）の事件については、まず検察庁から家庭裁判所に、事件が送られます。

そして家庭裁判所で、少年の更生のためには、少年として教育を受けるべきである

との判断がされれば、少年院送致などの処分がなされることとなります（少年院は刑務所とは違い教育を受けるための施設である、というのが法律の理念です）。家庭裁判所での審判は原則非公開で、検察官も立ち会わないのが原則です。通常は、裁判官、家庭裁判所の調査官、少年の付添人としての弁護士、少年、少年の監督者が立ち会います。

それに対して、その事件はもはや少年として教育を受けるだけでなく、大人と同じ裁判で刑罰を受けるべきである、と判断された場合には、逆送と申しまして、事件は家庭裁判所から再び検察庁に送られて、検察官が起訴を行うこととなります。

少年法は、近年の少年事件に対する厳罰化の声を受け、改正が重ねられたのですが、それでもまだ不十分であるという意見を、報道等によく見かけます。

ただ、私が弁護士として少年事件に関わりますと必ず感じることに、事件を起こす少年の家庭が崩壊している、ということがあります。少年事件は、共犯事件、つまり複数の少年によって行われることが非常に多いのです。そしてそれは、家庭が崩壊し、行き場を失った少年達がグループを作り、集団で犯罪を犯す姿でもあります。

仮に少年事件に家庭の崩壊が影響しているとするならば、長期間罰として懲役刑を科すことの他に、少年の更生を促す方法があるのではないか、という思いにもつながります。いつか社会に復帰する少年に、社会として何ができるのか、という視点が大切なのだと思います。

以前私が書きましたこのブログの記事「裁判員裁判・少年事件死刑判決について」に対し、読者の法学部生の方から、「少年法51条は、犯行時18歳に満たなかった少年に対して死刑を科すのが相当と考えられる場合でも、死刑を科すことはできず、無期刑にしなければならない、としている。でも科すべき刑の重さの相当性は、18歳未満の少年であっても個々の少年ごとに異なるのではないか。」とのご意見をいただきました。

それに対して私は、大要、以下のようなお返事をしました。

「一人一人の人間が異なる以上、量刑も当然、一人一人個別に決めるべきで、法律や条約などで、一律に18歳未満は死刑にできない、とすることは、問題があるようにも思えます。

ただ、国家権限が立法、行政、司法と三権に分けられているのは、この世に完全な人間はいない、ということ为前提としたものです。

一人の人が決めた方が速いのに、あえて3つの権限の決定権限を作り、ゆっくりとしか国家、社会は進まないようにした、それは完全な人間はおらず、一人に決めさせることによる弊害を防止したものと、言ってもいいかもしれません。

その趣旨は司法権の作用そのものにも言えます。司法権の担い手も不完全な人間で

す。当然に判断に過誤が生じる可能性があります。法律の規定により、その過誤を予防する方法もあります。たとえば三審制や再審制度などはその1つです。

とすると、少年事件では、成人の被告人と異なり、日々変化、成長する少年の刑を決める必要があります。どんなに司法権の担い手が少年犯罪について研究を行った者でも、わずかの裁判の審理期間の間に、少年の将来の成長を完全に予言することなど、不可能と言ってもいいでしょう。

つまり、少年法が犯行時18歳未満の少年には死刑を科してはならないとしている趣旨は、量刑は当然一人一人個別に考えなければならないのですが、ただでさえ変化可能性の高い少年の中でも、18歳未満の少年については、少年の変化・更生の可能性を完全に把握することができず、不完全な人間である司法権の担い手が、誤った判断を行い、更生可能性のある少年を死刑としてしまうとイケない、その可能性を完全になくするために、一律にそのような規制をしているのではないのでしょうか。」

法律は、多くの方々が暮らすこの社会の要請を、調和する存在です。社会における複数の要請の調和点が法律である、と言ってもいいかもしれません。

そして、その調和点が社会の変化で、その要請とは異なってきた場合に、法の文言の解釈が行われたり、法改正がされるのだと思うのです。

その意味で、少年事件に対して厳罰化を求める声が高まっていることは、社会の要請ですので、法の運用においても当然考慮する必要があります。

ただ、その一方で、成人の場合とは異なる少年法という法が設けられていること、その少年法が、「少年は未熟であり、変化する存在である」という理念を基盤として制定されていること、さらには、少年に対する刑を決める司法権を担う人といえども、完全な人間ではない、ということは、この問題を考えるにおいて、忘れてはならないように思うのです。

●「信長と本能寺」弁護士作花知志のブログ 2012年10月19日付記事も参照

第3 エピローグ

1 非嫡出子の相続分違憲訴訟について

最高裁大法廷平成7年7月5日決定

「民法900条4号ただし書き前段の規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものであって、現行民法が法律婚主義を採用している以上、その立法理由には合理的

な根拠があり、非嫡出子の法定相続分を二分の一としたことが右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということとはできない。」

同判決における中島等五裁判官反対意見

「嫡出子と非嫡出子との法定相続分における区別は、憲法24条2項が個人の尊厳を立法上の原則としている趣旨に相容れず、出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められない。本件規定が制定当初において合理性があったとしても、その後の社会意識の変化、諸外国の立法の趨勢、国内における立法改正の動向、批准された条約等により、少なくとも今日の時点においては、立法目的と手段との間の実質的関連性は失われている。」

●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。」

●民法900条4号

「子、直系尊属又は兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は、相等しいものとする。ただし、嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一とし、父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の相続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の二分の一とする。」

最高裁大法廷平成25年9月4日決定

①戦後、日本では家族の形や結婚、家族に対する意識が多様化していること、②法定相続分の平等化の問題も早くから意識され、平等とする旨の法改正案が作成されるなど、法改正準備が進められたこと。その法案の国会提出には至らず、改正は実現していないが、民法の規定の合理性は、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、非嫡出子の権利が不当に侵害されているか否か、という観点から判断されるべき法的問題であること、③国連の委員会は、日本の差別的規定を問題にして、法改正の勧告等を繰り返してきたこと、④海外でも1960年代から相続差別廃止が進んだこと。子が自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない、との考えが確立されてきていること、⑤以上を総合すれば、遅くとも本件の相続が開始した2001年7月当時、立法府の裁量権を考慮しても、嫡出子と非嫡出子の法定相続分を区別する合理的根拠は失われており、規定は憲法14条1項に違反していたというべきである。

2 女性の再婚禁止期間立法不作為訴訟について

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。」

●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。」
- 2項「女が前婚の解消又は取消しの前から懐胎していた場合には、その出産の日から、前項の規定を適用しない。」

●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「婚姻成立の日から200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300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。」

法実務入門（第2回「憲法の役割・弁護士の役割2」（2013年10月11日））

弁護士 作^さ花^{っか}知^と志^{もし}

〒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 法の解釈と司法権の作用

1 「法の解釈」とは何か

「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たい、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、ナポレオンなき後に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のかもしれませんが。

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ところだと思います。「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すが。

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 司法権はいかなる国家作用か

「リンカーン」弁護士作花知志のブログより

現在（注：2013年4月）映画館で上映されている『リンカーン』は、スティーブン・スピルバーグ監督の最新作です。

作品の舞台は1865年の1月。アメリカ第16代大統領として再選されたばかりのエイブラハム・リンカーン大統領が、国が二分される南北戦争の危機と、「すべての

人間は自由であるべきだ」とする自らの理念に基づき「奴隷解放」の実現という、歴史上の難題にどう向かい合い、それをいかに実現したのかが描かれています。

自分の理念のために失われていく多くの若い命。人間の尊厳と戦争終結の狭間に立たされたリンカーン。彼の苦悩と勇気がスクリーンを通して感じられる作品となっています。

この作品「リンカーン」の中で、奴隷解放など無理だ、まずは南北戦争を終結させるべきだ、と主張するリンカーンの側近と、奴隷解放を宣言する憲法修正第13条を南北戦争終結と同時に可決させようとするリンカーンとの言葉のやりとりが描かれた場面が登場します。

その会話の中でリンカーンは、次のように言ったのです。

「私達の心の中には羅針盤がある。それは正義の方向に針を向ける羅針盤である。羅針盤の針が指す方向には、池や崖があるかもしれない。でも私達はその方向に進むべきなのだ。」

法律そのものは、紙に書かれた活字にすぎません。その活字である法律にどのような意味を与えるかは、自由であり正解はないのです。

でも、「正解はない」といいながら、それでもその法律に与えられた意味の中には、多くの人々の支持を得る考え方があります。それはまるで、白いキャンパスにどのように絵の具を塗って絵を描くかは自由であるのに、フェルメールやダビンチのような、世界中の人々が思わずその絵の前で足を止めて、数時間動けなくなる作品が存在するのと同じなのです。

法律の世界にも、その「多くの人々が思わず足を止める」ような考え方、意味の与え方があるとするならば、きっとそれは、リンカーンが言われたように、私達の心の中にある羅針盤の針が、「正義」という私達が向かうべきだという方向を示しており、その方向に近い意味こそが、その法律に与えられるべき意味だ、社会が最も求める意味である、ということになるのかもしれませんが。

考えてみますと、この世に白人と黒人、その他多くの人種が存在するのは、生命の生きるための知恵なのです。

この世に人がいて、象がいて、キリンがいるなど、多くの「種」が存在するのも、生命の生きるための知恵なのです。

約40億年前、この世にひとりぼっちで生まれた生命は、生きるために知恵を絞りました。同じDNAの生命だけが存在していたら、有害な病原体の蔓延で、生命はこの世から滅びるかもしれません。

そこで生命は、「オス」と「メス」により新しい生命が生まれる仕組みを編み出した

のです。そのことにより、単純分裂と違い、複雑なDNAを生み出すことができるからです。

この世に多くの「種」が存在すること、同じ「人」という種の中にも、白人と黒人など多くの人種が存在すること、さらには同じ白人でも1人1人の顔や背の高さなどが違うことは、全て生命が生き延びるために編み出した知恵なのです。

リンカーンが言及した「心の中の羅針盤」が示している「奴隷制度の廃止」も、そんな生命観からすると当然のことであり、まさに「正義」に合致することになります。

リンカーンは、「奴隷制の廃止」を唱ったアメリカ合衆国憲法修正第13条を議会で可決させるために、懸命な議員への働きかけを行います。そのような日々の過程で彼が口にしたのが、数学のユークリッド幾何学の公理1です。

「公理1： 同じものと等しいもの同士は互いに等しい。」

リンカーンは言います。「同じものと等しいもの同士は互いに等しいのだ。黒人も白人も同じ『人』じゃないか。」

リンカーンの情熱により、奴隷解放を宣言した合衆国憲法修正第13条は議会で可決されたのです。

上述しましたように、憲法を始めとする法そのものは、紙に書かれた活字にすぎません。そしてその活字を創り出すのは、不完全な存在である私達です。

確かに人は不完全なのかもしれません。完全な人間はこの世には存在しないのかもしれない。

でも、その不完全な人間は、それでも社会をより良い姿にしたいと考えて、少しでも良い姿にして次の世代に委ねたいと考えて、法を創るのです。法は、不完全な人間が、それでも社会を良いものとするために編み出した知恵なのです。

だからこそ法は、紙に書かれた活字であるにすぎない法は、社会において唯一強制力を有する規範として生み出されるのです。

その力を有する法には、「私達は命をかけて、この社会を今の姿にまでしてきました。後は次の世代の皆さんが、社会をより良い姿に、理想とされるような姿に創りあげていってください。」という世代を超えた思いと、社会への愛情が込められているのだと思います。映画「リンカーン」を拝見して、そんな思いを強くしたのです。

アメリカ合衆国憲法修正第13条

1 奴隷及び本人の意に反する労役は、当事者が犯罪に対する刑罰として正当に有罪の宣告を受けた場合以外は、合衆国内又はその管轄に属するいかなる地域内にも存在してはならない。

2 連邦議会は、この修正条項を適切な法律によって実行させる権限を有する。

「アメリカと虹」弁護士作花知志のブログより

アメリカ合衆国憲法は1787年に制定されたのですが、その前文の最初の三語として、「We, the people (われわれ合衆国国民は)」という言葉が規定されています。

それは、憲法を制定する「われわれ」という言葉であるとともに、その憲法の保障が及ぶ「われわれ」という言葉でもあります。

そして、その「われわれ」には、長い間「女性」は含まれない、と解釈されていたのです。

まだ女性の参政権だけでなく、既婚女性の財産権も認められていなかった1820年に生まれたのが、スーザン・B・アンソニーでした。アンソニーはマサチューセッツ州のクエーカー教徒の家に生まれました。クエーカーとは、フレンド派とも言われるのですが、平和主義的なプロテスタントの一派です。

アンソニーの父は、大変進歩的で、奴隷廃止運動の支持者でした。また、クエーカー教徒は、伝統的に男女平等の考えをしていたこともあり、アンソニーは男の兄弟たちと同様の教育を受けたそうです。アンソニーは、学校を卒業した後、当時の女性に開かれていた唯一の職業であった教師になります。

1872年、全米女性参政権協会は、女性の投票権獲得のための運動として、参政権が認められていないにもかかわらず、大統領選挙において投票を行おう、という運動を行うこととなります。そしてアンソニーは投票を行い、逮捕されたのです。

アンソニーは、起訴されるのですが、自らを弁護する演説を行いました。それが「女性たちは人間なのか」(1873年)という演説です(上岡伸雄編著『名演説で学ぶアメリカの歴史』(研究社, 2006年)52頁以下)。

「友人たち、そして同胞の皆さん。

今夜、あなた方の前に立っている私は、前回の大統領選挙で投票権がないのに投票したという罪を申し立てられ、起訴されています。

今夜、私がなすべきことは、私のなした投票は、何の犯罪を構成するものではなく、単に市民としての権利を行使したにすぎない、と証明することです。

その権利は、合衆国憲法が私とすべての合衆国市民に保障するものであって、いかなる州も否定することはできないものなのです・・・

合衆国憲法の前文には、『We, the people (われわれ合衆国国民は)』とあります。

合衆国家を形成したのは、われわれ国民です。

『われわれ、白人男性』ではありません。

まして『われわれ男性市民』でもありません。

この国を構成している『われわれ国民全体』なのです。

そして私たちが国家を形成したのは、自由の恵みを与えるのではなく、それを確保するためであります。

それは決して、半分の国民と半分の子孫たちにのみ確保されるのではなく、国民全員に一男性のみならず女性にも一確保されるためのものでした。

ですから、女性たちに自由の恵みの享受を語りながら、それを確保する唯一の手段の行使を認めないというのは、とんでもない愚弄です。

そして、この民主主義政府によって与えられた確保のための唯一の手段とは、投票なのです・・・

いま答えを出さなければならない唯一の問いはこれです。

女性たちは人間なのか？

そして私は、例え私たちに反対する者たちであっても、女性が人間でないと言い切る厚かましきがあるとは信じられません。

女性たちが人間であるとすれば、同時に合衆国市民になります。

とするならば、どの州も、新しく法律を作ったり、古い法律を施行したりして、女性たちの権利や特権を奪うことはできないはずです。

したがって、いくつかの州法に見られる女性たちへの差別は、今日すべて無効なのです。

それは、黒人に対する差別がすべて無効であるのとまさに同じなのです。」

アンソニーは、自らが逮捕されることが分かっていたにもかかわらず、投票を行い、起訴されるに至りました。それは、あえて自らが犠牲になっても、アメリカが、女性も一さらには黒人も一平等に選挙権を行使し、平等な権利を享受できる社会にしたい、と思われたからに他なりません。

アンソニーの願いは、この演説が行われた47年後の、1920年に実現します。アメリカ合衆国憲法に、修正第19条という条項が追加され、女性の参政権が憲法上保障されたのです。この修正第19条は「アンソニー修正」と呼ばれています。

でもアンソニーは、1906年に亡くなり、このアンソニー修正を見ること、そして、自らが理想とした社会の姿を見ることはなかったのです。

アメリカ合衆国憲法修正19条

1 合衆国市民の投票権は、性別を理由として、合衆国またはいかなる州によって

も、これを拒否または制限されてはならない。

2 連邦議会は、この修正条項を適切な法律によって実行させる権限を有する。

四宮・能見『民法総則』（弘文堂，第8版，2010年）182頁

「法律の解釈」という場合には、裁判などで、具体的事実関係に対して民法の条文などが適用されるか否かを判断するためには、法律条文の文言の意味を確定することが行われる。ここでの解釈は、立法者がその条文にどのような意味を与えたかという事実の探求（これも単純な事実の問題に尽きないが）だけでなく、どのような意味を法律に与えるべきかという価値判断が入る作業である。

「ケーキの分け方」弁護士作花知志のブログより

社会の紛争解決における、手続の重要性を感じることができる、ある学説があります。もう亡くなられた、民事訴訟法の大家である兼子一博士の立場です。

兼子博士は、民事訴訟制度は何のために存在するか、国は、いかなる目的を実現するために民事訴訟制度を設営したのかという点につき、それは権利を保護するためである、とする立場（権利保護説）を批判して、民事訴訟制度の目的は、紛争を解決するためである、と主張されました（紛争解決説）。

そして、兼子博士は以下のように、言われるのです。

「権利保護説という立場は、言うならば、民事訴訟制度という紛争解決制度が成立する前の段階から、実体的な権利が存在していた、その権利を規定している私法のために民事訴訟制度があるのだ、という立場である。

しかしながら、歴史的に、法制史を見てみると、実は、実体的な権利が社会において認識されるよりも前に、民事訴訟制度は存在していたのが歴史的な事実である。古代社会においては、実体法、私法の整備などされていない段階でも、盟神探湯（くがたち）など、紛争の解決制度は存在していた。そのような紛争解決制度が用いられることによって、その制度のプロセスにおいて、事後的に、『権利』が認められてきたのである。

つまり、私法が未発達な時代にも民事訴訟制度は存在し、紛争解決制度として機能していたのである。むしろ私法は、民事訴訟による紛争の解決を統一化し、それを合理化するために、これに遅れて発達してきた規範なのであるから、私法のために民事訴訟があるという権利保護説は、手段と目的をとりちがえている。」

そして兼子博士は、この「権利、私法の成立の前に、民事訴訟制度は存在していた」ことを強調されて、訴訟手続を経て、判決が出されることにより、初めて権利は実在化するのだ、と主張されるのです。これを、権利実在化説と言います。

つまり、兼子博士は、訴訟手続を経ていない段階の「権利」は、未だ「権利」そのものではなく、「権利の仮の姿」、「権利の仮象」にすぎないのだ、とされるのです。

この権利実在化説は、長い間、学会の通説となりました。私達が「権利」であると考えているものは、実は「権利の仮の姿」にすぎない、というのは、とてもショッキングな立場ですね。でもこの兼子博士の立場は、社会における紛争の解決において、その手続がいかに重要かを、私達に教えてくれるものだと思うのです。

南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」『憲法学の現代的論点』（有斐閣、第2版、2009年）3頁以下

一見ラディカルな解釈＝実践テーゼを現代においても主張する著名なフランス人法理論家として、ミシェル・トロペールがいることはよく知られているであろう。

「リアリズムの解釈理論」と自称する彼の主張は多岐にわたるものであるが、ここでの問題関心に即して言うならば、憲法を適用する任にある機関＝憲法の有権解釈機関が解釈するより以前に存在するのは憲法規範（ノルム）ではなくたんなる憲法条文（テキスト）であって、そのような解釈を通じてはじめて憲法テキストの意味＝憲法規範が生成される。

ドイツ＝オーストリア関税同盟事件

①事案の概要

1931年のウィーン議定書により、ドイツとオーストリアは、関税連合を結成して、相互間の貿易には関税を免除するとともに、第三国に対しては共通関税の制度を採用することになった。この議定書は、ドイツとオーストリアから、イギリス、フランス、イタリアその他の国に通告された。イギリスは、この議定書がオーストリアがその独立を譲渡しないことを約束し、その独立を直接にも間接にも害するような性質の外交交渉、経済、財政の約束を差し控える旨同意したサンジェルマン条約及び1922年議定書に違反するとして連盟理事会の問題にした。理事会は、1931年5月19日の決議で、常設国際司法裁判所（PCIJ）に対して、「1931の議定書に定められた原則の基礎と範囲で、ドイツとオーストリアの間に樹立される制度は、サン

ジェルマン条約 88 条と 1922 年の議定書第 1 と両立するか」について勧告的意見を求めることになった。

② 勧告的意見

常設国際司法裁判所の勧告的意見（1931 年 9 月 5 日）は、8 対 7 で、関税連合がオーストリアの独立を害する、と判断した。多数意見は以下のとおりである。

「オーストリアの独立とは、サンジェルマン条約 88 条によれば、経済、政治、財政その他すべての事項で、『唯一の決定権』をもつ別個の国家として、現在の国境内で国が引き続き存続することを意味すると解さなければならない。88 条にいう『譲渡』とは、オーストリアの主権的意思が他の国家または特定の国家グループの意思に取って代わられなくとも、これに服従させられるところの、オーストリアの独立を失わせまたは、それを変更するオーストリアの自発的行為と理解されなければならない。

1922 年議定書の最後の項に明示された『経済的独立』は、サンジェルマン条約 88 条の意味における経済分野での『オーストリアの独立』を指すから、この『経済的独立』の侵害は、『オーストリアの独立』の侵害となるであろう。」

3 憲法と死刑

憲法 36 条「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。」

団藤重光『死刑廃止論[第六版]』（有斐閣、2000 年）7 頁

誤判の問題が大きくクローズアップされたのは、1975（昭和 50）年に私の所属していた最高裁判所第一小法廷で、再審開始の要件を緩和した「白鳥決定」を出してからのことです。この決定が出てから、四件もの死刑事件が再審無罪になったことは、みなさんの記憶にも強く残っていることと思います。その中の免田事件めんだと財田川事件さいたがわは、再審事件の抗告がたまたま第一審小法廷にかかりました。この二つの事件は、記録をよく読んで見ると、正直言って、無理な認定だという感じをいだかざるを得ませんでした。しかし、これらの事件でさえも、白鳥決定が出るまでは再審の門をなかなか通れなかったのです。言い換えれば、それ以前において、再審請求が通らないで死刑を執行されてしまった人の中には、無実の罪で処刑された人がいた可能性が強いわけで、しかもその数は明治時代以来かならずしも僅かではなかったのではないかと思います。そのことを思うだけで胸が痛みます。

団藤重光「現代社会における判例の任務」法学教室42号（有斐閣，1984年）

9頁

今までは無罪を言い渡すべき高度の蓋然性をもった証拠が新たに出て来た場合、例えば別に真犯人が現れたというような場合に限って再審の開始を認めていた。ところが、私ども（注：最高裁判所第一小法廷の裁判官）が考えたのでは、今まで出てきたところのいろんな証拠と新しく出てきた証拠とを総合して考えてみようというのです。もともと、有罪判決はご承知のとおり合理的な疑いを超える程度の心証がとれた場合に言い渡されるものです。合理的な疑いが残れば無罪です。そういうふうなことを再審の関係にも当てはめるべきだ。つまり、今までの証拠と新しく出た証拠とを総合してみても、この程度では有罪とするだけの心証はとれない、どうしても合理的な疑いが残るということになれば、積極的に無実だということはお出なくても、これは再審の開始をするのが当然であろうと。こういうふうな考え方があります。

●刑事訴訟法435条

「再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これを行うことができる。

六 有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認められた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき」

免田栄「死刑制度の存廃」龍谷法学第28巻第1号（龍谷大学法学会，1995年）

89-99頁

第三回（注：第三回公判）の時否認して、裁判長が顔を真っ赤にして怒り、反対尋問を二時間。結果的にはそれで裁判官の心証を害して、二年後に判決がございまして、死刑の判決が出たんです。八千代の田舎の裁判所でございますが、その当時、傍聴人もない、その片隅で私の親父が死刑判決に泣き崩れていた姿が未だに目に残っています。

しかし、私は死刑判決を受けましても、実感が湧かずに、控訴したんですが、結果的に二審も上告も棄却され死刑が確定しました。死刑に確定しますと、死刑囚だけが管理される特舎があります。当時死刑囚が五人いてその中に私も加わりました。最初、怖かったです。死刑囚から言葉をかけられること自体、身震いするような怖さだっ

たんです。そうした生活をしている時、ある日、私たちが運動する広場の塀の横に刑場があるんです。その刑場に受刑者が入って掃除していましたが、今日は珍しく役人がおるなど考えていたんですが、間もなく二〇人くらい看守に連れられて青い服を着た受刑者が刑場の中に入りました。そして間もなく役人だけが出てきました。それが死刑執行だということは全く知らなかったんです。不思議に思い役人にたずねますと、「免田、死刑執行があった。お前もしっかりせんと、そういう目に会うぞ。やってないならやってないと明らかにしろ」と言ってくれました。・・

そして、死刑確定者に初めて、再審決定の通知が来ました。本当にその時はうれしかったです。同時に、怖さもあったわけです。なぜかと言いますと、毎日、顔を合わせている死刑囚がどう理解してくれるか。いろいろなことがあったから批判も受けていましたから。でも翌朝の掃除の時間に、死刑囚が「よかったね」と。皆で胴上げしてくれました。この時、死刑囚も人間だなと初めて思いました。

第2 これから司法権の担い手になる皆さんに期待されていることは何か

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、風に震える髪の手を、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。」

○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って、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枢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・手続が備わって始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、しよ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。

「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。

第3 私たちが学ぶべきこと～憲法及び法律への主体的アプローチ～

1 私たちが学ぶべきこと

法律学に正解は存在するか。仮に存在しないとすると、私たちが学ぶべきことは何か。

バラク・オバマ『合衆国再生』（ダイヤモンド社、2007年）94頁

しかし最終的に、わたしはプレイヤー判事の憲法観、つまり、憲法は固定された文書ではなく生きている文書であり、世の中の千変万化の文脈に照らして読み解かなければならないという考えに同調せざるをえない。

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ないのだ、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所以であります。

サーグッド・マーシャル「憲法—生きている文書」『アメリカの黒人演説集（岩波文庫）』（岩波書店、2008年）335頁

サーグッド・マーシャル（1908—1993）は、1908年にメリーランド州ボルチモアで生まれた。祖父は奴隷だった。弁護士となり、全米有色人種向上協会（NAACP）の法律担当弁護士として頭角を表す。その後20年間、連邦最高裁で弁論した裁判32件のうち29件で勝訴。その中には、有名な「ブラウン対教育委員会裁判」（1954年連邦最高裁判決）がある。1967年に米国の法律専門家で初のアフリカ系アメリカ人の連邦最高裁判所判事に任命される。以下の演説は、憲法制定2

00周年記念の年である1987年にハワイ州マウイで開催されたセミナーでのものである。

記念行事はたいがいそうですが、1987年の計画には特別の催しがあり、憲法制定によって生まれたさまざまな功績を称えることになっています。愛国心が必ずや高まり、今では古くなり黄ばんだ文書に反映されている、草案者の知恵、予見、正義感を誇らかに讃美するでしょう。それは残念なことです。

私は記念行事でのこのような招待を受けることはできません。なぜなら1787年にフィアデルフィアで開催された憲法制定会議で、憲法の意味が永遠に固定され決定されたとは考えないからです。また草案者たちが示した知恵、予見、正義感が、特に深遠であったとも考えないからです。

憲法が常に変容する性質を備えていることを理解するには、序文の最初の三語を見るだけで十分です。「We, the people (われわれ人民は)」。1787年に、建国の父祖がこの言葉を使用したとき、かれらはアメリカに住む市民の大多数を除外していました。父祖たちの「われわれ人民は」という言葉は「自由民の全体」を意味していました。たとえば投票権というきわめて基本的な権利について、二グロの奴隷たちは除外されていました。

「われわれ人民は」という文言のもともとの意図は、いかなる解釈をしようと間違えないようなないほど明らかでした。1857年、ドレッド・スコット裁判で、最高裁のティニー首席裁判官は、奴隷が「主権国家の構成員」で、「われわれ人民」に含まれるかどうか、憲法起草者の目にはどのように映っていたかという点について、判決文で次のように述べています。

われわれは、奴隷が人民ではなかった、奴隷は含まれていなかった、含まれる予定もなかったと考える・・・。1世紀以上前、かれらは白人と同じ存在とは見なされていなかった・・・。劣等であり、かれらは白人が敬意を表すべき権利など持っていなかった。二グロは正当に合法的に、自己利益のために奴隷の立場にいる・・・。したがってアフリカの子孫である二グロは・・・、財産の一つと見なされている。財産として所有し、売買される・・・。今日、世間を支配するこの見解の正しさを疑うものはいないと思われる。

このように憲法制定会議から70年近く経って、最高裁はアフリカの二グロの権利に関して、起草者の基本的意見を再確認しました。奴隷制度を廃止する憲法修正第1

3が批准されるには、血なまぐさい南北戦争を経ねばなりません。後世のアメリカ人に、奴隷制度が及ぼす影響を消すことはできませんでしたが。

アメリカの歴史を通して、ニグロの状況決定に法的原理が果たした役割には、驚愕します。黒人は法律によって奴隷にされ、法律によって解放され、法律によって選挙権が剥奪され差別されたのです。そして最終的に法律によって平等を勝ち取り始めました。その間、新しい憲法原理が生まれ、変化する社会の挑戦に対応してきました。その進歩は目覚ましく、これからも進歩し続けるでしょう。

1787年にフィアデルフィアに集合した人々は、これらの変化を予測してはいませんでした。かれらが起草した文書が、将来、アフリカの奴隷の子孫が任命される最高裁によって解釈されるようになることは、かれらは想像すらできず、またそのような状況を受け入れなかったでしょう。「われわれ人民」は、もはや奴隷にされることはありません。でもそうなのは憲法の起草者のおかげではありません。「自由」、「正義」、「平等」の時代遅れの定義を黙認することを拒否し、改善しようと奮闘した人々のおかげです。

それゆえ、二世紀前にフィアデルフィアで起きた出来事に焦点を当てるとき、その後の重要な出来事を見逃して、広い射程での判断力を失わないように、私たちは注意深くならなければなりません。さもないと、多くのアメリカ人にとって200周年記念は、国立古文書館の保管室に納められた憲法原本へ、盲目的に巡礼する程度のことになってしまいます。そうではなく私たちが憲法に内在する欠点と、200年の歴史で希望に溢れた展開をしてきたことを鋭敏に理解しようと努力するなら、私の意見では、「フィアデルフィアの奇跡」のお祝いは、はるかに意味のある謙虚な出来事になります。真の奇跡は憲法の誕生ではなく、憲法の軌跡、私たちが作り上げてきた激動の200年によって育まれた軌跡であり、当初にはなかった幸運をはるかに多く含んだ憲法の軌跡なのです。

私は、権利の章典やその他、個人の自由と人権を守る修正条項を含めた、生きてい^{ドキュメント}る文書としての憲法の200周年を祝うつもりです。

第5 エピローグ

1 司法試験で求められていることと司法権の担い手としての才能について