

創志学園高等学校「裁判員体験ゼミ～刑事司法の全てを知ろう～」

(2012年7月17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

第1 憲法の役割，弁護士の役割

1 憲法の役割

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。

●憲法81条

「最高裁判所は，一切の法律，命令，規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」

～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。」

2 弁護士の役割

①憲法は 弁護士にいかなる役割を期待しているか。②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。

第2 裁判員裁判の現在と将来

1 裁判員裁判導入の目的と光

「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、近づけていっていただきたい。そう思っております。

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います。・・

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。」

足利事件・菅家さんと裁判員裁判を考えるシンポジウムが開催されました「弁護士作花知志のブログ」より

9月10日（金）、岡山市内にある山陽新聞社さんた記念ホールで、足利事件で再審無罪となった菅家さんをお招きして、裁判員裁判を考えるシンポジウムが開催されました。

シンポジウムは、前半と後半に分かれ、前半ではまず、菅家さんと弁護団の泉澤弁護士（東京合同法律事務所所属）に、インタビュアーからインタビュー形式で質問を行い、足利事件の経緯と、それが今後の裁判員裁判に対して与える影響や提示した問題点について、お話を伺いました。

菅家さんから、逮捕された日、警察官がいきなり家に来て、殺害された女兒の写真を出して「この子に謝れ」と言われたこと、警察に行き、長時間の取調べの後で、とうとう犯行を認める自白をしてしまったことが、まず話されました。

インタビュアーによって、その夜に警察官により作成された自白調書の一部が読み上げられました。当日は約220名の方がシンポに参加してくださっていたのですが、皆さん「無罪の方がこのような具体的な行動を表現した自白調書を作られるなんて信じられない」という表情で、その読み上げを聞かれていたように思います。

取調べの際には、警察官から「絶対的な証拠があるんだ」と言われたということです。それが裁判で最大の問題とされたDNA鑑定でした。

その後、第一審の弁護人からは接見の際に「（当時栃木県内で発生していた女兒殺害事件の）3件の内、1件もしていないなんてことはないんだろう」と言われたこと、家族に自分は無罪だということを伝える手紙を書いたところ、裁判の公判で打ち合わせもなく弁護人から、その手紙の内容の意味を問われ、自分はやっていないのだ、と答えたこと、その後再度犯行を認める書面を裁判所に提出したものの、結審前には再度犯行を否認したこと、それでも無期懲役の有罪判決となったことなど、菅家さんからは、信じてほしいと必死になっているのに、誰も信じてくれなかった当時の様子が、淡々と語られました。

私は菅家さんの著書を拝見して、2つショックだったことがあります。1つは、菅家さんは第一審の公判段階では、弁護人がついていたものの、そもそも弁護人とは何

をしてくれる人かということが、よく分からなかった、と言われていることです。

私たち弁護士は、自分たちの役割を被疑者や被告人の方々が理解してくださっていることを前提として、様々な活動を行っているのですが、今後は法曹三者制度、その中でも弁護人とは何をする役割を担っているのか、弁護人は被告人に最も良い光を事件に当て、それによって事件が最も適切な形で解決されることを、これまで以上に伝えていく必要があると感じました。

もう1つショックだったことは、菅家さんは弁護人から「本当にやったのか」と聞かれたので「やった」と答えなければ、「本当はやっていないのではないかと聞かれたら「やっていない」と答えただろう、と書かれていることです。

刑事訴訟では、自白だけでは有罪とすることはできず、それを補強する証拠が存在していることが必要とされています。とすると、弁護人としても当然、自白をしていてもそれと証拠が合致しているのか、をチェックしなければなりませんし、裁判所としても、当然それを行わなければなりません。しかし、例えば今の刑事裁判では、被疑者・被告人が犯行を認めると、いわゆる「自白事件」として扱われ、有罪であることを前提として後は量刑の問題に訴訟関係人の関心は移るのが実情です。私達は、もう一度刑事訴訟法の原理を見直す必要があると思うのです。

さて、足利事件では、第一審の公判が行われている際、検察官はもとより、弁護人も自白をしている以上菅家さんは犯行を行ったのだ、と考えていましたし、裁判所も有罪の判決を下しました。ところが、その第一審の公判中に、ある市民の方が、菅家さんは実は無罪なのではないかと考えていたというエピソードが菅家さんから紹介されました。

その方は菅家さんと同じバスの運転手をしていた女性の方で、菅家さんに手紙を書き、面会を求め、面会では「本当はやっているのならやったと言ってほしい。でも本当はやっていないのなら、やっていないと言ってほしい。」と菅家さんに言われたそうです。

菅家さんはその方に、「やっていないのです」と答え、その後その女性は、菅家さんの支援活動を始めたのでした。

法律の専門家が皆菅家さんを有罪だと考えている中、市民の中に、菅家さんは無罪ではないかと考えていた人がいた。これは、足利事件から裁判員裁判を考える上で、最大のポイントとなるエピソードだと思います。

裁判員裁判は、これまでの法律の専門家だけの裁判にあったさまざまな問題を、裁判員として裁判に参加していただく方の感覚を、裁判に反映させようという制度です。

足利事件で、菅家さんは無罪ではないかと考えていた方がいたことは、今後の裁判員裁判が良い形で動いていく、大きな力となるように思うのです・・・

シンポの最後には、「弁護人はどうして悪い人を守るのですか」というご質問を、皆でディスカッションしました。

私の考えは、法曹三者制度は、司法権の行使を裁判官、検察官、弁護人の3つの役割に分け、事件に対してそれぞれの立場から光を当てることで、最も社会が求める事実認定、量刑の判断に至る制度であるというものです。つまり、弁護人が被告人の良

い面、そして事件を起こしたとしてもどのようなやむを得ない事情があったのかについて光を当てないと、その事件の解決がかえってゆがむのでしょうか。

本当は、1人の人が判断をした方が早く解決するのに、それをあえて3つの役割に分けるのは、「完全な人間はこの世にはいないのだ」ということを前提としているものです。弁護人の役割は、そのような観点から説明をすることができると思うのです。

シンポは、参加してくださった皆さんが最後まで熱心に話を聞いてくださり、大変なご好評をいただきました。シンポの後には懇親会が催されました。多くの方に囲まれて、食事をされている菅家さんの姿を見ながら、その菅家さんが17年半にわたって、身柄を拘束されていたのだ、と考えると、この世には、色々な思いをされている方の人生が重なってできているのだ、ということを感じざるをえませんでした。

私たち司法権の担い手は、喜びと悲しみに満ちた人生を送られている方々の人生に直接影響を与える仕事をしているのだと、改めて感じた夜となりました。

2 裁判員裁判と死刑

- ①平成22年10月29日東京地裁判決（死刑求刑に対して無期懲役判決）
- ②同年11月16日横浜地裁判決（死刑判決、裁判長が控訴を勧める、その後弁護団が控訴したが被告人の取り下げにより死刑確定）
- ③同年11月25日（仙台地裁判決、少年事件、死刑判決）
- ④同年12月10日（鹿児島地裁判決、死刑求刑に対して無罪判決）
- ⑤平成23年3月22日（東京地裁判決、完全黙秘の被告人に対して死刑判決）
- ⑥同年10月31日（大阪地裁判決、絞首刑は憲法違反ではないとして死刑判決）

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日に亡くなりました。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すけれども、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。

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まではどうてい言えない、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付けて逮捕しました。それが被告人だったのです。

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いえないのです。・・・

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はないかという、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と。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。

団藤重光『死刑廃止論』（有斐閣、第六版、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。その中の免田事件と財田川事件は、再審事件の抗告がたまたま第一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ことです。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とは出なくても、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と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。

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歳の女児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，女児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女児2人が殺された事件だ。市内に住む久間三千^{くまみちとし}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，女児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「MCT 118」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^{いくお}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日付朝日新聞大阪版掲載の記事より～

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～

3 裁判員裁判と少年事件

旧司法試験平成14年度論文式試験憲法第1問

A市の市民であるBは、A市立図書館で雑誌を借り出そうとした。ところが、図書館長Cは、「閲覧用の雑誌、新聞等の定期刊行物について、少年法第61条に違反すると判断したとき、図書館長は、閲覧禁止にすることができる。」と定めるA市の図書館運営規則に基づき、同雑誌の閲覧を認めなかった。これに対し、Bは、その措置が憲法に違反するとして提訴した。

この事例に含まれる憲法上の問題点について論ぜよ。

●少年法61条

「家庭裁判所の審判に付された少年又は少年のとき犯した罪により公訴を提起された者については、氏名、年齢、職業、住居、容ぼう等によりその者が当該事件の本人であることを推知することができるような記事又は写真を新聞紙その他の出版物に掲載してはならない。」

少年事件と不定期刑「弁護士作花知志のブログ」より

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になります（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になります。

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、という判決が先日出されたという報道を目にしましたので、引用したいと思います（2011年2月11日付朝日新聞掲載の記事より）。

「少年法改正言及 高1殺害不定期刑

大阪府富田林市で2009年6月、高校1年生の大久保光貴さん（当時15歳）が木製バットなどで殴り殺された事件で、殺人の罪に問われた少年（19歳）の裁判員裁判の判決が、2月10日、大阪地裁堺支部であった。

飯島健太郎裁判長は『事件後に燃やせると考えて木製バットを用意するなど計画的な犯行で、結果も重大だ』などと述べ、求刑通り懲役5年以上10年以下の不定期刑を言い渡した。

飯島裁判長は、死刑判決が言い渡される事件以外では珍しい量刑理由の読み上げから始め、『少年法が狭い範囲の不定期刑しか認めておらず、十分ではない刑を選択せざるを得なかった。判決を機に議論が高まり、適切に改正されることが望まれる』と求めた。

裁判官が判決の中で少年法の厳罰化を求める意見を述べるのは極めて異例。

判決は争点だった少年の責任能力について、被害者を呼び出す際に口止めをするなど合理的に行動しており、責任能力はあったと判断した。」

裁判所が指摘した「少年法が狭い範囲の不定期刑しか認めていない」という点は、次のようなことを指していると思われます。

少年法

51条1項

「罪を犯すとき18歳に満たない者に対しては、死刑をもって処断すべきときは、無期刑を科する。」

2項

「罪を犯すとき18歳に満たない者に対しては、無期刑をもって処断すべきときであっても、有期の懲役又は禁錮を科することができる。この場合において、その刑は、10年以上15年以下において言い渡す。」

52条1項

「少年に対して長期3年以上の有期の懲役又は禁錮をもって処断すべきときは、その刑の範囲内において、長期と短期を定めてこれを言い渡す。但し、短期が5年を超える刑をもって処断すべきときは、短期を5年に短縮する。」

2項

「前項の規定によって言い渡すべき刑については、短期は5年、長期は10年を超えることはできない。」

3項

「刑の執行猶予の言渡をする場合には、前2項の規定は、これを適用しない。」

少年法は、逆送されて起訴された少年の刑について、この51条と52条とで科すべき刑を規定しています。

そして、その少年を死刑や無期懲役刑ではなく、有期の懲役刑に科すべきと考えた場合には、少年法52条1項、2項の刑期の範囲内で不定期刑を言い渡すほかない、と解釈するのが判例の立場です（大阪高裁平成17年9月7日判決）。つまり、少年に対して、10年よりも長期の有期懲役刑を科することはできず、5年以上10年以下の懲役刑が、有期懲役刑では最長の刑となるのです。

先に引用しました裁判で、「少年法が狭い範囲の不定期刑しか認めていない」としたのは、このことを指しているものと思われます。

確かに、少年事件の厳罰化の声が高まっていることを考慮しますと、5年以上10年以下の懲役刑というのは、短いと感じられるかもしれません。

ただ、そのような5年以上10年以下、という受ける刑の年数が定まっていないものを不定期刑と言うのですが、成人の場合とは異なり、少年には不定期刑が懲役刑として科すべきであると少年法が考えた趣旨は、「少年は、まさに子供であり、未熟な存在である。そして子供であるが故に、変化するものである。」という理念にあると言えます。

少年の時に犯した事件に対し、当然のように成人と同じ長期の懲役刑に服させることが、日々変化する少年に対する刑として適切なのか、という問題があると、少年法は考えたのだと思います。

また、付け加えますと、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る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」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、ということを前提としたものです。

一人の人が決めた方が早いのに、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、ただでさえ変化の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といけない、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。

4 裁判員裁判と性犯罪

旧司法試験平成16年度論文式試験憲法第1問

13歳未満の子供の親権者が請求した場合には、国は、子供に対する一定の性的犯罪を常習的に犯して有罪判決が確定した者で、請求者の居住する市町村内に住むものの氏名、住所及び顔写真を、請求者に開示しなければならないという趣旨の法律が制定されたとする。この法律に含まれる憲法上の問題点を論ぜよ。

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。

村井嘉浩知事が同日、性犯罪対策を話し合う県の有識者懇談会で試案を提示。

『事件を未然に防ぐためには、批判を恐れずに（条例化を）検討しなければならない』と述べた。

試案によると、監視対象は女性や13歳未満の子供への強姦、強姦致死傷などの罪・未遂罪で有罪となり、刑務所を出た成人の県内居住者。再犯リスクが高いと判断されるとGPSを携帯させられ、県警が常時監視する。

また、ドメスティックバイオレンス（DV）防止法に基づき、裁判所から被害者への接近禁止の保護命令を受けたDV加害者にも、GPS携帯を義務づけることも検討する。ただ県条例のため、対象者が県外に出ると効力は及ばない。

DNA提出の必要性は県警本部長が判断し知事が決定する。DNAは県警で保存・管理され、県内の性犯罪の容疑者特定に活用するという。条例は11年度中の成立を目指す。

条例化検討の背景には性犯罪の高い再犯率がある。10年版の犯罪白書によると、強姦の犯罪者が再び性犯罪を繰り返す再犯率は15・6%で『かなり深刻』という。

現行の性犯罪再犯防止策としては、13歳未満の子供が被害者となった場合、前歴者の出所後に、法務省が警察庁に帰住予定地や出所予定日、服役罪名などの情報を提供する制度がある。宮城県は性犯罪対策として、個人が児童ポルノの画像や動画などを趣味で持つ『単純所持』を禁止する条例制定も検討している。」

アメリカには、ミーガン法という、性犯罪社情報公開法が存在しています。1994年に、ニュージャージー州で、ミーガン・カンカという少女が暴行ののち殺害される事件が発生し、その被疑者が過去にも性犯罪を犯していたことが判明しました。その事件が世論の高まりを生み、法制定に至ったものです。

この問題は、一方では性犯罪の前歴を有する者のプライバシー権や更生の実現という人権に対する制約が生じます。人権を保護するという要請に関わる問題です。

その一方では、女性を性犯罪から守るという社会的な要請があります。つまり、この条例が許されるかは、性犯罪の前歴を有する者の人権を保護する要請と、女性を性犯罪から守るという要請の、相反する要請を、社会としてどのように調和させるのか、という問題であります。

憲法の保障する人権は、基本的には制約されてはならない存在です。仮に制約をされるとすれば、その制約は社会的に合理性を有する目的に関し、必要最小限でなければなりません。

G P Sで所在を把握することだけでなく、アメリカのように、その情報を一般に公開するということになれば、社会復帰したはずなのに、その社会で住むこと自体が難しくなるでしょう。仕事を見つけることも難しくなるでしょう。更生をするために社会復帰したはずなのに、社会そのものから追放される可能性もあります。

以前の記事にも書きましたが、人権を保障するということは、その社会で多数決でも奪うことができないことがある、ということです。このようなことまで多数決で決めたとして制約されるなら、私はもうこの社会に住むことができなくなる、というのが人権である、ということになります。

とすると、仮に宮城県で検討されている条例が、G P Sで所在を把握するだけでなく、情報を公開することを前提としたものであるならば、(G P Sで所在を把握すること自体がプライバシー侵害問題を生じさせることは当然の前提として)それはもはや人権制約として許される最低限を越えている可能性があるのではないのでしょうか。

ただその一方で、女性を性犯罪から守る社会的な要請は重要であることは当然です。この問題は、とても難しいもので、簡単な解決案は存在しないのだと思います。

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によって初めて、事件の真実が見え、適切な社会的な解決を導き出せる、というものなのです。

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G P Sをつけさせることが、私達の社会の受け入れ方として、最適なもののなのでしょうか。

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N P O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N P O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。

5 裁判員裁判とノルウェーの刑罰論

ノルウェーの刑罰論と日本の裁判員裁判「弁護士作花知志のブログ」より

以前のNHKの放送で、ノルウェーの刑務所、刑罰についての紹介がありました。「犯罪学者ニルス・クリスティ〜囚人にやさしい国から〜」という番組です。

アメリカなど、犯罪に対して厳罰化を進める国では、「スリーストライク法」という法律を制定して、同じ人が3回犯罪を犯すと、3回目には非常に長期の懲役刑を受けるようにしているそうです。

その結果、刑務所には非常に多くの受刑者が収容され、ベットを並べた部屋で横になるだけで、何ら教育的なことを受けず、逆に病気が蔓延するだけとなっているとの報告があるようです。その結果、その受刑者が長期間の刑を受け終えた後も、再び犯罪を犯す割合が高くなっているそうです。

それに対して興味深いのが、ノルウェーの実践例です。ノルウェーでは、犯罪を犯す人は、社会性、言い換えれば人との接し方の学び方が十分ではない人なのだ、という理念に基づき、例えば、受刑中もできるだけ普通の生活に近い生活環境で生活ができるようにしており、受刑中でも行いの良い者は、週末に自宅に帰ることを認めているそうです。それはまさに、「刑罰」という言葉から通常想像されるものとは異なる「教育」を与えていることになります。

ノルウェーの刑罰論は、修復的司法で著名な、オスロ大学の教授であるニルス・クリスティの立場に基づき立法化されています。ニルスの著作は、『人が人を裁くとき―裁判員のための修復的司法入門』（有信堂、2006年）でも読むことができます。

実はノルウェーは、参審制を採っており、日本の裁判員制度導入に際しても、参考とされた国なのだそうです。番組のあるシーンでは、被告人の裁判に関わった参審員がその被告人について、「彼を更生させて、再び社会に受け容れるためには、長期間部屋に閉じこめておくだけでは、だめなのではないか。」と言うコメントをする場面がありました。この視点は、日本の裁判員裁判でも多いに参考になると思います。

裁判員裁判は、これまでの法律の専門家だけの裁判に、市民の方々に裁判員として参加していただき、専門家にはない視点から事件に光を当てていただくものです。そして何よりも大切なことは、その社会で起きた事件を、その社会の市民の方々が参加して判決が出され、有罪であったとすると、一定の刑期を終えた被告人は、再びその市民の方々が生活している社会に戻ってくる、ということです。

被告人が再び同じ社会に戻る時のことを考えると、どのような判決内容にするべきなのか、どのような判決内容ならば、被告人はその刑に真摯に向き合ってくれるのか、そして社会に戻った時、再び過ちを犯さないために、どのような経験を刑務所でしてもらえばいいのか。これらの問題は、すべて裁判員となる市民の方々と法律家とで、一緒に考えていく必要があるものです。

これまでのブログでもお話しましたが、法律学には正解がなく、紙の上に書かれた活字としての法律に意味を与えるのは私たちです。私たちは、これまでの裁判、刑罰

というものに拘束されるのではなく、裁判員裁判の施行をきっかけとして、全く新しい視点から、あるべき社会、あるべき刑罰論を考えていく必要があるのではないのでしょうか。

ヤクルトの小川監督と保護司「弁護士作花知志のブログ」より

２０１０年と２０１１年のプロ野球で一番の驚きを与えたのは、セリーグのヤクルト・スワローズの監督となられた小川淳司監督ではないでしょうか。

小川監督は、２０１０年５月２７日に、高田繁前監督の後を受け、監督代行に就任されました。この小川監督の就任を機に、チームは急上昇します。最終的にクライマックスシリーズへの出場争いを演じるにいたります。最終的にクライマックスシリーズ・ファイナルステージでヤクルトは中日に破れ、日本シリーズ出場を逃しはしたものの、大健闘を見せたのでした。

さらに小川監督は、２０１１年に正式に監督に就任した後も、その采配が冴え渡りました。最終的には後半戦で息切れして、ペナントレースを２位で終えたものの、一時は後に首位となる中日に１０ゲームの差をつけて独走していたのでした。

これらヤクルト・スワローズの大躍進は、小川監督の名采配に導かれたものであることは誰も争わないことではないでしょうか。

その小川監督の監督としての采配の特徴は、「リーダーシップ」ではなく「フォロワーシップ」にあると言われています（児玉光雄『小川淳司監督はヤクルトに何をしたのか 奉仕するリーダーシップ』（二見書房)）。

「リーダーシップ」がリーダーが強く指示を行ういわゆるトップダウン方式であるのに対して、「フォロワーシップ」とは、チームの主役を選手に置き、リーダーはあくまでも脇役として動く概念です。

そこにおいてチームの主役を選手に置く、とは、選手の個性や長所を最大限伸ばし、かつ選手と選手との関係を重視し、チームの総合的な力を上げていくことを意味しています（ロバート・ケリー『指導力革命 リーダーシップからフォロワーシップへ』（プレジデント社)）。

リーダーの力で勝つのではなく、チーム力、組織力で勝ろうとする立場である、と言えるかもしれませんね。上掲の児玉光雄『小川淳司監督はヤクルトに何をしたのか 奉仕するリーダーシップ』でも、「これからの競争社会では、常にリーダーが主役の先生型ではなく、メンバーが主役の民主型リーダーのチームが勝利を収めるようになる」（同書１２２頁）との指摘がされています。

このように、小川監督の采配はフォロワーシップとしての特徴を有しており、ヤクルト・スワローズはそのフォロワーシップにより大躍進を遂げた、と評価されているのですが、実は小川監督がフォロワーシップ采配を取られたことには、あるきっかけがあったのだそうです。

それは実は、小川監督の父親に関係があることでした。実は小川監督の父親は、保護司をされていたのです。

保護司とは、犯罪者の更生に尽力し、社会復帰を助ける仕事です。「保護観察」という言葉がありますが、これは犯罪を犯した人をすぐに実刑として刑務所に行かせるのではなく、保護司のところに通いながら社会生活を送ることで更生を図らせようという制度です。ある意味で、社会の先生、師としての役割を果たしてくださる方々ですね。

その保護司をされていた父親から小川監督は、よく「犯罪者は出会いの失敗なんだよ」と言われていたそうです。

元々犯罪者もほとんどの場合、自発的に犯罪に手を染めることは稀で、人との出会いが間違っていたからそうなったのだ、というのが小川監督の父親の考えだったそうです。

そのような教えを小さい頃から伝えられてきた小川監督の心の中には、「選手にとって、私が出会いの失敗になってはならない」という思いが常にあるそうなのです。それがフォローシップとしての采配として現れているのでしょう。

「犯罪者は出会いの失敗なんだよ」という小川監督の父親の言葉は、弁護士として刑事事件に関わってきた私も、大きく頷いてしまうものです。

「人と人の出会いの大切さ」を野球の采配として生かされている小川監督とヤクルト・スワローズ。今年のプロ野球でも注目ですね。

第3 裁判員裁判と私達～憲法及び法律への主体的アプローチ～

法律学に正解は存在するか。仮に存在しないとするならば、私達が学ぶべきことは何か。

1 「異なる存在」を尊重する姿勢を大切にすること

人の顔はなぜ違うのか「弁護士作花知志のブログ」より

私は法律家ですが、以前から進化論に大変興味を持っております。

進化論については素人の私ですが、いろいろな本や報道特集などを拝見したことをある方々に、講義でお話したことがあるのです。

実はそれは、私が司法試験に合格した後、研修を受ける司法修習生として、北海道の釧路地方裁判所に配属されていた時のことでした。

研修の中に、児童自立支援施設に宿泊して、2泊3日で少年たちと一緒に活動を行う、というものがありました。児童自立支援施設とは、非行を行ったしまった少年が一定の期間生活を行いつつ、教育などを受ける施設です。

施設内には学校もあり、私は英語などの授業を見学させていただいたのですが、多くの先生方が熱心に教えておられました。

その研修の最後の日、参加した司法修習生が1人ずつ、教室で少年の方々に講義を行う、という試みがされました。

私はそこで、少年の方々に対して「人の顔はなぜ違うのか」という話をしたのです。

その内容は以下のようなものでした。

この世に生命が誕生したのは約40億年前のことであった、とされているそうです。その時生まれてきた生命体は、最初は単純分裂により数を増やしていったそうです。

でも単純分裂なら、同じDNAのものが増えるだけになるはずですし、単純な細胞の生き物しかできないはずです。それに対して、今日では、世界中に多様な種が存在し、かつ同じ人という種の中でも、それぞれ顔が違えば背の高さも違うのです。それはなぜなのでしょう。

種が違う、顔や背の高さも違う、ということは、DNAが違うことを意味します。それぞれ異なる、複雑なDNAが存在しているのです。

実はアフリカには、エイズウイルスが体内に入っても発症しない人達がいるそうです。それはDNAがエイズウイルスが発症しないような構造となっているわけです。

仮に地球上の生命体のDNAがすべて同じDNAであるとすれば、そのDNAを破壊するウイルスが登場すると、生命体はすべて死に絶えることになります。

でも、それぞれDNAが異なる種があり、同じ種でもそれぞれ少しずつ異なるDNAを有する人がいれば、あるウイルスによって地球上の生命体のほとんどが死に絶えても、生き残る生命がいることになるのです。

実は、オスとメスから新しい生命体が生まれるという性のシステムも、単純分裂により生命体が増えることと比較して、より複雑なDNAを生み出すことができる知恵なのだそうです。

つまり、この世に多様な種が存在し、同じ種である人の中でもそれぞれ顔、身長、そして考え方などが異なるのは、40億年前にこの世に一人ぼっちで誕生した生命が、「生きたい」と考えて、精一杯の工夫をしてきた結果なのですね。

法律の話となりますが、人権を保障するということは、多数派が自らとは異なる少数派の方々を理解せず、排除することを防ぐ意味があります。「異なること」は、何ら奇異なことを意味せず、単に生命体が生き残るための工夫なのだと考えれば、その必要性はよく分かります。

ちなみに、進化論の父であるダーウィンは、科学者としての生活の傍ら、裁判官の仕事をしていたそうですよ（長谷川真理子『ダーウィンの足跡を訪ねて』（集英社新書ヴィジュアル版、2006年）162頁以下）。進化論と法律との意外な接点ですね。

旧司法試験平成15年度論文式試験憲法第1問

以下の場合に含まれる問題点について論ぜよ。

女性のみに入學を認める公立高等学校の受験を希望する者が、男性であることを理由として願書の受理を拒否された場合

●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。」

2 常に違う視点から考えようとする姿勢を持つこと

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」より

アメリカで、このような事件がありました。ある病院で同じ日に生まれた2人の赤ちゃんが、病院のミスで、取り違えられ、違う親の子として育てられたのです。

この実話は、1999年に「トゥルー・ファミリー/わが子を抱きしめて」というドラマにもなりました。私はドラマを見たのですが、そこでは、一方の子が若くして病気で亡くなります。そして、その入院の際に行われた血液検査で、親との間で血液型に齟齬があることが判明したのです。

亡くなられた子の親は、生まれた病院で調査を行い、同じ日にもう一人赤ちゃんが生まれていたことを突き止めます。

さらに調査を行うと、取り違えられたと思われる子は、別の両親に育てられ、母親が若くして亡くなった後は、父と娘の2人で、懸命に、でもとても楽しい生活を送っていることが判明したのです。

亡くなられた子の親は、弁護士を雇い、訴訟を起こします。自分たちの子なのだから、引き渡せ、という訴訟です。

その訴訟は大きな反響を呼ぶのですが、社会の大多数は、訴訟を提起した親に批判的でした。

実の子かもしれないとはいえ、父と二人で親子として幸せに暮らしている家族に対して、子を引き渡せという訴訟を提起するとは何事だ、という反応です。

そしてその取り違えられたと思われる娘も、父との生活を大切にしたい、と言うのです。

ドラマでは、訴訟の審理が進み、原告側弁護士の請求により、取り違えられたと思われる娘と原告夫婦との間でDNA検査を行うこととなります。

実は、私がこのドラマを見ていて、とても印象的だったことがあります。それは何かと申しますと、「予断」という点についてです。

私は、ドラマの冒頭から、心情的に二人で懸命に暮らしている、取り違えられたと思われる娘と父の味方でした。血のつながりも大切かもしれないが、でも二人で懸命に生きている今の家族としての状態を尊重してあげてほしい、と思ったのです。

ところが、そのように思っていた私が、訴訟でのDNA検査の結果が出て、その娘が本当に原告夫婦の実の子であることが判明した瞬間、私は心の中で、原告夫婦への同情心を感じていたのです。

これは今でも覚えているくらい、私自身ショッキングなことだったのです。私は、人が事件、事実に対して抱いている印象、感情が一面的なものであることを思い知らされたのです。

実際の裁判では、その娘が原告夫婦の実の子であることがDNA検査で判明したものの、裁判所は判決で、原告夫婦の「子を引き渡せ」という請求を棄却しました。

裁判所は、その理由を、次のように述べています。

「子供を亡くした親の気持ちは察するに余りある。

しかしながら、この両親に取り違えられた実の子を取り戻す権利はないと考えるべきである。

なぜならば、親子とは『血のつながり』ではなく、『積み重ねてきた思い出』であるのだから。」

そして裁判所は、娘と育ての父は、実の親子ではないけれども、養子縁組をすることで、正式な法律上の親子となることを認めたのでした。

この事件とドラマは、訴訟そのものとして興味深いだけでなく、私に「予断の怖さ」を教えてくれたと思っています。

自分の評価、判断は正しいと思っていても、ほんの少し視点が変わるだけで、事件への評価は変化するのだということを、この事件とドラマを通じて学んだのです。

私が学んだことは、「物事は一面からのみ見るのではなく、他の面からも光を当てて見なければ、本当のことなど分からないのだ。」ということだったと思います。

この事件やドラマを知ったのは、私の司法試験の受験中だったのですが、そこから学んだことに、私は司法試験合格後、再会することになります。それが法曹三者制度です。

以前の記事でも書きましたね。法曹三者制度は、この世に完全な人間はいない、だから司法試験合格者をあえて検察官・弁護士・裁判官という三つの役割にわけ、それぞれの立場から事件に光を当てていく制度です。

検察官は被告人はこんなに凶悪なのです、という光を当てます。それに対して弁護士は、いや被告人が事件を起こした経緯には、こんなに酌むべき事情があったのです、という光を当てます。その両方向からの光にさらに裁判官からも光が当てられて、その上で中立な裁判官が判断を行う、それが法曹三者制度です。

つまり法曹三者制度は、社会で発生する事件に対して、一方から光を当てただけでは、十分な社会的評価などできない、ということを前提としているのですね。

私がアメリカの子の取り違い事件を通じて学んだことも、そこに通じるものがあると思うのです。

マリー・アントワネットは、フランス革命が起きる原因となるような贅沢な暮らしをした、と言われていきますね。そのマリー・アントワネットの言葉として有名なものに、民衆が食糧難で苦しんでいるという報告に対して、「パンがないのならお菓子を食えばいいじゃない」と言った、というものがあります。

しかしながら、実はこの言葉は、マリー・アントワネットの言葉ではない、というのが、学会の定説なのだそうです。

1766年に書かれたルソーの『告白』という書物に、ワインを飲むためにパンを探したけれども見つかることができないでいたルソーが、「家臣から『農民にはパンがありません』との発言に対して『それならブリオッシュ（当時のお菓子）を食えばよい』とさる大公婦人が答えた」ことを思い出した、との記述がありまして、この記述に、民衆のマリー・アントワネットへの憎悪が重なり、マリー・アントワネットがそのように言ったのだ、という話が作られたのではないかと、いわれています。

さらにある説によりますと、実は当時のフランス法には「食糧難の際にはパンとブ

リオッシュを同じ値段で売ること」との規定があった、それがマリー・アントワネットの発言とされたのではないかと、との立場もあるそうですよ。

いずれにせよ、世界中で信じられている「マリー・アントワネットがそのようなひどい話をしたのだ」ということも、少し光を当てる角度を変えると、本当にそうだろうか、という側面が見えてくるのです。

よく社会で高い評価を得る人に「視野が広い人」がいますが、そのような評価を得る方はきっと、社会的な事態に対する光の当て方が広いのだと思いますね。

法律学には正解はありません。それと同じように、発生する社会的な事件に対する評価にも、決して正解はないのです。

私たちは、そのことを常に念頭において、社会に、そしてそこで発生する事件に向き合う必要があると思うのです。

3 目には見えない大切な存在を感じようとする

サン＝テグジュペリ『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。」

4 社会に正解は存在しないことを認識した上で、自らの有する価値観から、社会で発生した問題に光を当てようとする

四宮・能見『民法総則』（弘文堂、第7版、2005年）158－159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。

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（NACCP）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200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。

記念行事はたいていそうですが，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，最高裁のティニー主席裁判官は，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ニグロは・・，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ニ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13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。

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。でもそうになった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，ドキュメント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，生きている文書としての憲法の200周年を祝うつもりです。