

人権救済手続法（第1回（2013年4月11日））

弁護士 作^さ花^{っか}知^{とも}志^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 プロローグ

①「法学は理系科目とは異なり、正解がない。」と言われる。それは何を意味するか。
②正解のない世界に試験があるのはなぜか。法学に正解がないとすると、法律家としてふさわしい能力を備えているということを、どのようにして判断するのか。

①司法とはいかなる国家作用か。②司法権を担う法律家は、どのような能力を備えていることが望ましいか。

①司法試験は、なぜ司法試験という名称なのか。②司法試験に、短答式試験と論文式試験があるのはなぜか。③短答式試験では六法を利用することができないのに、論文式試験では利用することができるのはなぜか。④仮に法律の世界に「正解」が存在し、司法権の担い手の役割がそれを追認することであるとすれば、司法試験はマークシート方式の短答式試験のみでよいはずである。そのような観点からすると、司法試験の論文式試験は受験生のどのような能力を見るためのものであると考えられるか。⑤旧司法試験開始後数年間は、短答式試験は行われずに、論文式試験のみが行われていた。

その後短答式試験が行われるようになり、短答式試験を通った者のみが論文式試験を受けることができるようになった。この経緯からすると、短答式試験で求められていることは何か。論文式試験で求められていることは何か。⑥「法律学は理系科目とは異なり、正解がない。」と言われるにもかかわらず、司法試験の論文式試験で高い評価を受ける答案とそうではない答案の差が生じるのはなぜか。⑦旧司法試験の論文式試験では憲法の問題が人権と統治の2問が出題されていたのに、新司法試験の論文式試験では人権だけが出題されるのはなぜか。

第2 人権救済手続制度の全体像

第3 法の支配と裁判所による司法的救済

「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つた。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（第17代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より）

ジョン・ロバーツ（John Glover Roberts, Jr. 1955年1月27日生）はジョージ・ブッシュ大統領によって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。

第4 憲法の役割、弁護士の役割

1 憲法の役割

～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。」

第5 憲法訴訟

1 憲法訴訟の全体像

旧司法試験昭和39年度論文式試験憲法第2問

基本的人権に関する憲法の規定は外国人にも適用されるか。

旧司法試験昭和61年度論文式試験憲法第2問

裁判所の自律性について、議院の自律性と対比して論ぜよ。

旧司法試験昭和62年度論文式試験憲法第2問

日本国憲法における行政権の行使に対する司法審査の制度について、「法の支配」の観点から説明せよ。

第6 エピローグ

人権救済手続法（第2回（2013年4月18日））

弁護士 作^さ花^{っか}知^{とも}志^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 プロローグ～司法権を担う法律家に必要な能力は何か・Part 1～

1 司法試験に短答式試験と論文式試験があるのはなぜか

旧司法試験平成4年度論文式試験憲法第2問

「いわゆる部分社会における法律上の係争は、その自主的、自律的解決にゆだねるのが適当であり、裁判所の司法審査の対象にはならない。」という見解について、事例を挙げて論ぜよ。

第2 法の動きを促すものは何か

1 共謀共同正犯

団藤重光『法学入門』（有斐閣、1973年）144－145頁

（判例は）刑法の領域では、法律の規定をこえて犯罪や刑罰をみとめることは絶対に許されないのである。ところが、実際には、その限界を逸脱しているかにみえる判例が、しかも将来にわたって変更の見込みがほとんどないほどの根強さをもって、確定しているばあいがある（たとえば共謀共同正犯の判例）。これなどは判例法—しかもおそらく本来の任務の限界をこえた—とでもいう以外に説明が困難ではないかとおもわれる。

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、法の根底にあつ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描ることになるものといつてよいのではないかとおもふ。

●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。」

2 債権の準占有者への弁済

鈴木祿弥『債権法講義』（創文社，四訂版，2001年）394頁

債権の準占有者への弁済が実際にもっとも多く問題になるのは，預貯金の払戻しないしこれに準ずる場合においてである。

銀行預金ないし郵便貯金については，銀行所定の預金約款ないし郵便貯金法の規定があり，いずれも文言上は，（民法）478条よりかなり緩やかに債権の準占有者への弁済の成立を認めている。これらの機関の免責を過度に広く認めることが妥当かは疑問がまったくないわけではないが，そこでは，多数の預金者が窓口で比較的短時間のうちにかなり事務的に扱われざるをえない。この実情を顧慮すると，通常の債務者が個別的に債務を支払う場合に比較すれば，これらの機関の預金払戻しの際の善意・無過失が實際上やや寛大に認められる結果となることも，やむをえないかもしれない。

なお，近時の判例によれば，他人のキャッシュカードを盗用して，窺知した正確な暗証番号を入力して，自動支払い機から預金の支払いを受けた場合には，銀行は，免責約款による免責をうける，とされている（最高裁平成5年7月19日判決）

●民法478条

「債権の準占有者に対してした弁済は，その弁済をした者が善意であり，かつ，過失がなかったときに限り，その効力を有する。」

3 犯罪類型が刑事訴訟法の解釈に与える影響

旧司法試験平成14年度論文式試験刑事訴訟法第1問

甲がラップに包んだ大麻樹脂の塊を飲み込んで体内に隠匿している疑いがあるため，捜査機関は，甲の腹部をレントゲン撮影の上，体内に大麻樹脂の塊らしいものが確認できた段階で，甲に下剤を用いて，大麻樹脂の塊を早期に体外に排出させ，これを押収しようと考えた。

このような捜査を行うには令状が必要か。必要であるとすれば，どのような令状によるべきか。

旧司法試験平成13年度論文式試験刑事訴訟法第1問

詐欺事件を捜査中の警察官は、「磁気記録テープ、光磁気ディスク、フロッピーディスク、パソコン一式その他本件に関係する一切の物」を差し押さえるべき物とする捜索差押許可状を請求し、その発布を得た。警察官は、この令状に基づいて、捜索差押えの現場で、その内容を確認することなく、フロッピーディスク100枚を差し押さえた。

以上の手続に含まれる問題点について論ぜよ。

団藤重光「法的安定性と判例の役割」『実践の法理と法理の実践』（創文社、1986年）245頁

法というものは絶えず社会の中から、民衆の中から、生命を吸い上げて生きて行くのでなければなりません。法は生き物であります。生き物でありますから、枯れさせちゃいけない。太陽の光から、大地の中から、養分を吸い取ることによって木がすこやかに育っていく。それと同様に、法というものは一方では理念を大きく高くかけながら、他方では社会にしっかりと根を下ろして、社会から養分を吸い上げて行く、そういうことによってはじめて枯渇しないで、健全に育成・発展して行くということになろうと思うのであります。

4 司法権の行使と裁判官の良心

●憲法76条3項

「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」

伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）38－42頁

ここで学者としての学説と裁判官としての判断との整合性の問題についてふれておくことが適当であろう。これは、裁判官、弁護士、検察官の経歴をもつ人でも、かつて法の解釈を論ずる論文を発表している場合に同じことがおこるのであるが、学者出

身の場合には、当然に多くの論文著書を公表しているだけにこの問題が生じやすいのである。裁判所を退官したのち著書を改訂する作業をしたとき、私が関与した裁判の採用した理論と著書の論述との整合性に留意することがあったが、このことは別として、在官中にはこれとは逆にすでに学者として公表したものと裁判官としての判断とをどう調和させるかに心をつかうことが少なくなかった。とくに論文の形でかなり詳しく考察したテーマが、裁判での主たる争点として提起されたとき（このような場合私の書いたものが重要な参考文献の一つとしてそのコピーが各裁判官に配布されることになる）、他の裁判官は当然に私の発言に注目することにもなり、整合性を保ちつつ裁判官として合議に参加していくのは、かなり気の重いことであった。

学者の場合、自己の所説がその採用する理論体系のなかにあって矛盾するところがないかを反省したり、また他からの批判に堪えうるかどうかを自ら十分に検証するなどのいわば内在的自己制約が存在するが、共同研究の場合を一応除外して、他の見解との妥協や現実の事態への妥協を考慮することなく、自由に自己の見解を作り出し、公表できる。これに反して、裁判官は、その判断において独立性が保障されているとはいえず、そこには学者にはない次のような外在的ともいえる制約がある。

第一に、学説はたとえ影響力がつよい場合であっても、研究者の見解にとどまるのに反し、裁判は一種の国家意思を形成する機能をもつものであり、当然にそれだけの慎重さが求められる。第二に、これと関連し、裁判は判例法という法源を形成するものであり、それに応じた配慮が必要となる。そこでは抽象的な理論としての是非というよりも、国家法の一部としての判例法にとって適正な内容を志向する態度が要請される。第三に、それまでの判例をどうみるか、その拘束力をどう考えるかについては考えの違いがある。しかし、裁判官である以上つねに判例のもつ重みを痛切に感じるものであり、判例はその判断に大きくのしかかっている。判例の変更やその射程範囲の限定を主張するとしても、依然として判例をはなれて判断することはできない。とくに判例の定着度の高いときはそうである。

団藤重光『わが心の旅路』（有斐閣、1986年）251頁以下

（井上正仁教授）

最高裁に入られてから刑法総論の改訂版をお出しになった時に、裁判官の良心というのは、必ずしも学者としての立場での良心とその現れる所は同じではない、という

趣旨のことを書かれておりますが。

（団藤重光教授）

私は、法学，ことに刑法学というものは、体系的なものでなければならない，したがって、考え方も，体系的思考が基本にならないといけない，という頭を持っているんです。

これに対して、実務には、ニコライ・ハルトマンもいっているように、問題的思考が重要です。しかし、実務というものも、実務としての—もっと緩やかなものではありますが一大きな体系を持っているのです。それは、最高裁判所の判例を根幹とし、下級審の裁判例あるいは昔の大審院判例等を含めた広い意味の判例と、それに、実務のしきたりとが結びついて、一つの体系をなしているわけです。それは、学者が個人として持つ体系とはもちろん違うものでして、実務家として裁判をやる時には、必ずこの実務上の体系の下で裁判をするわけで、そこにはまず、自分個人の学問的体系との間に性質上の違いが出てくるんです。

けれども、その場合、個々の裁判官は、ただ実務的にでき上がっている判例を中心とした体系の中に浸り込んで、それに追随していけば良いのかといえ、むろん、そうではない。法というものは、社会が動いていく以上、絶えず発展するものですから、判例を中心とする実務の体系というものも当然に動いていかなければならない、あるいは、動かしていかなければならないのです。

団藤重光「裁判官の良心」『実践の法理と法理の実践』（創文社，１９８６年）３５頁以下

中野次雄判事は、かつて、判例の拘束力という興味のあるテーマをとらえて、「もし、ある裁判官が、ある法の規定について一定の解釈が正しいと考えているにかかわらず、判例がこれと異なる解釈をとっているため判例にしたがって裁判したとすれば、そのことは裁判官の良心ないしは独立の原則と矛盾しないのであろうか」という問題を立て、これを考察された。・・

しかし、判事は、裁判官の主体性をあきらかにみとめられるのである。判事は、「裁判官が進んで判例を動かし新しい判例を創造して行くという積極的・能動的な面」をみとめ、「既存の判例を尊重するか、それとも新しい判例の創造に向かって働きかける態度に出るかは、結局その裁判官の責任をもってする自由な決断に一任されている」

とされるのである。したがって、判事の所論と本稿で述べた私見とは、すくなくとも実質的・基本的には、ほとんど完全に一致するとおもわれる。わたくしはこの小稿を畏友中野判事に捧げることを無上のよろこびとするものである。

5 名誉毀損と裁判官の良心

団藤重光『刑法綱要各論』（創文社，第三版，1990年）522－528頁

ところで、（刑法230条の2第1項において）事実が真実であることの証明があったときは罰しない，ということの法律的性質については，見解がわかれている。大別すれば，(1)処罰阻却原由とする見解（ドイツの多数説），(2)違法性阻却原由とする見解（日本の多数説），(3)構成要件該当性阻却原由とする見解（わたくしの旧説）となる。

処罰阻却原由説は種々の問題を比較的明快に解決することができる点に長点をもっているが，表現の自由を念頭に置くときは，犯罪の成立そのものを肯定する点で本質的な誤りを犯しているというべきであって，とうてい採用することができない。不処罰とする根拠が憲法によって保障される表現の自由にある以上，その不処罰は犯罪成立そのものの阻却を意味するものでなければならない。

問題は違法性阻却説か構成要件該当性阻却説かである。わたくしは，表現の自由をとくに強調する見地から，違法性阻却説を超えて構成要件該当性阻却説を提唱し，これを主張して来たのであった。けだし，単なる違法性阻却原由だとすれば，すくなくとも理論的には，具体的事情によってふたたび違法性したがって可罰性を帯びるばあいを生じる可能性があるから（法令行為・正当防衛のばあいと比較して考えよ），むしろ，定型的に違法性がないもの，すなわち構成要件該当性そのものが阻却されるものと解するに若くないと考えたのであった。

しかし，その後，わたくしが実務経験を通じて痛感するにいたったのは，表現の自由が諸刃の剣ともいふべききわめて微妙なものであって，しかもそれが民主主義の根底をなすところのもっとも重要な基本的人権であるがゆえにこそ，その一面的な強調はかえってこれを守り立てて行く上に有害ではないかということである。そのような趣旨から，わたくしはいま改めて違法性阻却説を採る。これは形式的には後退であるが，わたくしとしては実質的に前進を意味するつもりである。・・

しかし，ここまで来た以上は，第三として，もっと端的な理論構成が考えられてよ

いはずである。これを試みられたのが藤木教授であった。教授は、230条の2の規定を超える部分については35条の一般規定を援用し、「行為者としては、事実の真実性について、発言当時の確実な、信頼すべき資料を基礎にして、一応その事実を真実と判断するのが合理的であるといえる以上、その判断に基づいて言論を行うことは、真実の言論の行使として責任ある合理的な態度だというべきであり、これを正当な権利行使として、刑法35条の正当行為に属することを理由に、名誉毀損罪についての違法性の阻却を認めて然るべき」ものとされるのである。これはすぐれた理論構成であって、わたくしも、いまとなつては、これを採用したいとおもう。

●刑法230条1項

「公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金に処する。」

●同法230条の2第1項

「前条第一項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。」

●刑法35条

「法令又は正当な業務による行為は、罰しない。」

団藤教授が、学者から最高裁判事となり、退官後違法性阻却説を採用するに至った経緯また同説の中でもいわゆる正当行為説を採用した経緯については、上記書籍の引用頁及び団藤重光『わが心の旅路』（有斐閣、1986年）266頁以下及び379頁以下参照。

6 胎児性傷害・致死と裁判官の良心

大谷實『新版刑法講義各論』（成文堂、2000年）29頁

胎児性傷害・致死につき人の生命・身体に対する罪が成立すると解する各説によると、①現行法が胎児を母体から独立に墮胎の罪によって保護していることに矛盾すること、②あやまって母体内で胎児を死に致らしめた場合は過失墮胎として不可罰になることと比較し、傷害の程度がそれより軽いため生きたまま出生したときは過失傷害罪、その後死亡したときは過失致死罪として処罰することになり不均衡を生ずること、③妊婦があやまって転倒したため胎児に傷害を与え、障害をもって出生させた場合に

も過失傷害罪ないし過失致死罪が成立することとなり、処罰範囲が不当に拡張されることなどの理由により、否定説が妥当である。それゆえ、胎児性傷害・致死の可罰化を図るためには、立法的解決が必要であり、かつそれが最も妥当な方法であろう。

団藤重光『刑法綱要各論』（創文社，第三版，１９９０年）３７２－３７４頁

母体内の胎児に薬物などによって奇形等を生じさせ、そのため身体傷害を有する子供が出生したばあい（胎児性水俣病など）、子供について侵害罪の成立があるかという問題がある。

おもうに、胎児がいつ人になるかという客体に関する時期の問題と、その生命・身体に対する侵害行為がいつから殺人罪・傷害罪・過失致死傷罪等になりうるかという行為に関する時期の問題とは、区別されなければならない。したがって、母体内にいる胎児に対する侵害行為であっても、分娩後にその子供の生命・身体に侵害の結果が発生したばあいには、殺人罪・傷害罪・過失致死傷罪等になるといわなければならない（初版では墮胎罪との関係で、墮胎行為の結果胎児が胎内で死亡しても別罪を構成しないことや、過失による墮胎が不可罰的であることなどとの権衡を考慮して異なる結論に達したが、母体に対する過失傷害罪を考えることによって適当に処理できるので、いまは見解を改める）。

西独では、サリドマイド事件につき、この問題が判例に現れ、学説上、議論されている。熊本水俣病事件（チッソ事件）につき、最三決昭和６３年２月２９日刑集４２巻２号３１４頁（長島裁判官の補足意見および別の論点に関する伊藤裁判官の補足意見がある。なお、一二審判決として、熊本地判昭和５４年７月１０日判例時報９３１号６頁、福岡高判昭和５７年９月６日刑集３５巻２号８５頁）。

事案は、チッソの元役員であった被告人らが業務上の過失によりメチル水銀を含む工場排水を排出していたところ、被害者の一人Ｋは母親がこれによって汚染された魚介類を摂食したため胎内でその影響を受けて脳の形成に異常を来し、その後出生はしたものの１２歳９か月でいわゆる水俣病に起因する栄養失調・脱水症により死亡した、というのであった。

判旨によれば、「胎児に病変を発生させることは、人である母体の一部に対するものとして、人に病変を発生させることにほかならない。そして、胎児が出生し人となった後、右病変に起因して死亡するに至った場合は、結局、人に病変を発生させて人に

死の結果をもたらしたことに帰するから、病変の発生時において客体が人であることを要するとの立場を採ると否とにかかわらず、同罪（業務上過失致死傷罪）が成立する」というのである。

判旨は正当だと思う。これは、錯誤論における法定的ないし構成要件的符号説と共通の思考方法だといってよい。本件のKに関するかぎりは、胎内にあった時から出生後に至るまで、同一の個体としての生命体であるから、そこまでの理論構成を待つまでもないと思われるが（本件における長島意見の第二段参照）、出産時までにすでに後遺症が発症ししかも出産後にとくに病変の悪化が認められないばあいや、あるいは胎内ですでに死亡してしまったばあいなどを考えると、判旨のいうように胎児を母体の一部とみた方が（私見をここにあてはめると、正確には、判旨をやや修正して胎児には生きた個体としての面と母体の一部としての面との二重の性格を認めるべきことになる）、より妥当な結論に導くようである。けだし、なんらかの原因で母体そのものには障害を与えず、胎児だけに障害の結果を生じたばあいを仮に想定すると、右の説例のようなばあいにも、このような考え方によって初めて母体に対する傷害罪としての構成が可能になるからである。

ちなみに、このように考えるとしても、出産した子供が一出産後に病変の悪化がなくこれに対する傷害罪の成立を認めることができないとしても一被害者であるには違いがないのであって、告訴や民事の損害賠償などの関係では被害者としての権利を有するものと解するべきである。

3万人の命に 多重債務 独りで悩むな

20代で司法試験に合格し、金融庁職員を経験、いまは2児の母にして自民党の参議院議員。そんなパワフルな森雅子（45）は、セミが嫌い。鳴き声を聞くと耳を覆いたくなる。あの夏の記憶がよみがえるのだ。

セミしぐれの激しい福島^{もりまさこ}の田舎。中1の時だった。

「カネを返せねえなら、娘を売り飛ばすぞ。東京には働くところはいくらでもあるんだ」。レスラーのような大男が3人、玄関で母にがなり立てた。森はふとんをかぶり妹たちと震えた。

父は東京大空襲で親を失い、福島の大叔父に育てられた。借金の連帯保証人を引き受けたため、大叔父が事業に失敗すると、取り立て対象になった。

家では、けんかが絶えなかった。「一家心中」のニュースをみるたび、森は思った。「うちはいつだろう」

そこに現れたのは、ある弁護士。無償で仲裁に入り無理な取り立てを止めてくれた。法律という武器があれば戦えるのか。森は奨学金やアルバイトで東北大を卒業。弁護士に。2005年、金融庁から、2年の任期付き職員に採用された。

肩書は課長補佐。法律で上限とされる金利を超えても、刑事罰が科されない。だから借り手が泣き、業者が太る。そんな貸金業界の灰色金利撤廃に動く。

「殺されたいのか」「門の前で待ってるぞ」と脅迫電話がかかる。警察の警護がついた。

心配をかけるので、家族には言わなかった。「東大出のおぼっちゃんなら、へこんじゃったかしら」。森は英米の実態を調査し、スラムも突撃取材。問題を指摘する文書をつくり、説明して歩いた。06年、貸金業法が改正され、灰色問題は一息つく。1年度、参議院選挙で初当選する。

～2009年12月16日付朝日新聞大阪版掲載の記事より～

第3 エピローグ

旧司法試験昭和56年度論文式試験憲法第1問

Aバス会社は、バス運転手としてBを採用するか否かを決定するに当たり、Bの交通違反及び交通事故の前歴を調査することとし、犯罪歴に関する記録を保管するC官庁に対し、公的機関のもっている情報は、国民に広く利用させるべきであるとの理由により、Bの右前歴を教示するよう求めた。

このAの要求について、憲法上の論点を指摘して、説明せよ。

人権救済手続法（第3回（2013年4月25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 プロローグ～司法権を担う法律家に必要な能力は何か・Part 2～

1 論文式試験で求められていることは何か

旧司法試験昭和41年度論文式試験民法第1問

Aに対するBの金銭債務につきCが保証人となるために書類を作成し、そのAへの伝達をBに依頼した。ところが、Bはその書類に債権者の氏名が記入されていないのを幸いに、別人であるDの名を記入し、これをDに渡して同人から金銭を借用した。この場合の関係者間の法律関係はどうなるか。

第2 歴史家としての才能と予言者としての才能

1 法の解釈

内田貴『民法I』（東京大学出版会、第4版、2008年）3頁

民法の入門書の古典といえる我妻栄博士の『新版民法案内』の第1巻「私法の道しるべ」の冒頭は、「法律を学ぶには、暗記しないで、理解しなければならない」という項目から始まる。このことは、今日でもしばしば授業等で指摘されるし、私自身もそのように教わった。

瀬木比呂志『ケースブック民事訴訟活動・事実認定と判断』（判例タイムズ社、2010年）238頁

裁判は、いつも、「時代の子でありながら次の時代をも読む」という難しい役割を社会の中で背負わされている。

最高裁昭和54年3月30日判決

「夫婦の一方の配偶者といわゆる不倫関係を持った第三者は、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害した不法行為責任を負う。」

瀬木比呂志『民事訴訟実務と制度の焦点』（判例タイムズ社、2006年）417

2 不貞慰謝料請求

(1) 配偶者の不貞の相手方に対する慰謝料請求については、最高裁判例はこれを認めており（最高裁第二小法廷昭和54年3月30日判決（民集33巻2号303頁））ただ、婚姻破綻以降のそれは原則として認められないとの例外が設けられているだけである（最高裁第三小法廷平成8年3月26日判決（民集50巻4号993頁））。

(2) これについては、ごく普通の日本人の感覚からすると自然ではあるのかもしれないが、よく考えてみると、はたして国家によって損害の回復を命じられるべき事柄なのか、という疑問も生じるところであり、古くから、繰り返し、研究者、実務家ともに問題点として取り上げているところである。実務においても、裁判官にも、おそらくは弁護士にも、社会の一般的な感覚では肯定せざるをえないとして従来法の法理の枠組によりながらも、いささかの疑問は感じている方がかなり多いのではないかと思われる。

(3) 消極説の疑問は、端的に言えば、性というのは非常にデリケートで個人的な領域の事柄であり、したがって、貞操は法的にみればあくまで配偶者どうしの約束事であって、配偶者の不貞について配偶者の責任を問うのはともかく、その相手方に対して法的請求を行ってプライバシーを暴くことは、配偶者を自分の持ち物のように意識しその意味でその人格を尊重していないことの現れと言わざるをえないのではないかということであろう（近代的・契約法的な枠組と視点から現代の家族法のあり方を研究、批評されている水野教授と著者とで行った対談における、同教授の考え方を筆者により要約した。瀬木比呂志・水野紀子「対談・離婚訴訟、離婚に関する法的規制の現状と問題点」『判例タイムズ』1087号（判例タイムズ社、2002年）4頁）。

法理、思想の問題としてみる限り、この見解には一定の説得力があると思う。欧米

諸国の考え方がこの問題についてはおおむね消極説でそろっているのもうなずけるところである。・ ・

裁判というものは、結局のところ、社会の構成員の平均的な心情を無視しては成り立たない部分がある。その意味で、不貞慰謝料請求について欧米的な消極説にまでただちに踏み切れるかにはいささか疑問もある。しかし、裁判にはまた、社会の平均的常識から一步を踏み出してあるべき新しい方向を示すという役割もある。

2 判例と予言～社会の変化を捉え、そのあるべき姿を見据えて～

二重の基準論

阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 下』（PHP新書、2004年）212頁

それではなぜ、経済的な自由を守るための司法審査は許されないのに、個人の自由やその他の権利を守るためには司法が介入すべきなのか。

この考えをもっともよく表すのが、1938年に下された合衆国対カロライン・プロダクツ事件で、ストーン首席判事が著した多数意見の脚注四である。判事は脱脂乳の品質規制に関する法律がデュープロセス条項違反により違憲だという被告の主張を退けるにあたり、「通常の商取引に関する規制立法は、当該法が立法者の知識と経験の範囲内で一定の合理的根拠にもとづいているという推定をくつがえすに足る性質のものでないかぎり、違憲とはされない」と多数意見本文で述べる。そのうえで、しかし特定の場合には、このような合憲性の推定は適当ではないかもしれないと、脚注四でつけ加えた。

そのような特定の場合に含まれるのは、第一に憲法で明白に禁止されたことがらにあたる立法。第二は、通常ならば好ましくない立法を是正するはずである政治過程の機能を妨げる立法。そして最後は、個別かつ孤立した少数派に対する偏見ゆえに政治過程が機能せず当該少数派が保護されない立法であり、このような場合には、「より厳格な司法審査」が必要だろうと述べた。最高裁判決脚注のなかでも有名なことでは一、二を争うこの脚注四は、これ以降最高裁が新たに積極的な司法審査を試みるにあたって、有力な動機と正当性を与えることになる。

最高裁大法廷平成17年9月14日判決

自ら選挙の公正を害した者への制限は別として、国民の選挙権又はその行使を制限

するには、その制限なしには公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であるとのやむを得ない事由が必要である。在外国民の国政選挙への参加を比例代表選出議員の選挙に限定する措置には、そうした事由があるとはいえない。

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って、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。

裁判官国民審査で東京地裁 在外投票立法化迫る 「憲法上、重大な疑義」

最高裁判所の国民審査について、海外在住の日本人に投票が認められていないのは憲法違反だとして、米国と中国に住む3人が国を相手に、審査できる地位の確認と損害賠償を求めた裁判で、東京地裁は4月26日、請求を退ける判決を言い渡した。

八木一洋裁判長は一方で、「前回の審査があった2009年の段階で、在外邦人が審

査できる制度を創設する立法措置をとらなかったことは、憲法上の重大な疑義がある」と述べ、国会に立法の検討を迫った。

判決は国民審査権について「憲法が平等に保障する国民固有の権利」と位置づけた。しかし、最高裁が国政選挙をめぐって05年に「在外邦人による投票を比例区に限定し、選挙区で認めないのは違憲だ」との初判断を示してから09年の審査まで4年弱しか経っていないことから、違憲とまではいえないと結論づけた。

国側は「国政選挙の投票用紙は枠の印刷だけですむが、国民審査の用紙は不定期に任命される裁判官の名前を、告示日を待って印刷するため、作業が間に合わない」と反論した。しかし、判決は「通信手段が発達し、情報の伝達が困難とはいえない」と退けた。

審査できる地位の確認を求めた訴えについては、国政選挙の在外投票が1998年に比例区で制度化されたのに対し、国民審査は国会で全く法案審議されていないと指摘。「国会が新たに立法しなければ存在しない地位であり、訴えとして不適法」と述べた。

～2011年4月27日朝日新聞大阪版掲載の記事より～

成年後見 選挙権求め初提訴へ

知的障害など、判断力が十分でない人に代わって財産管理などを行う「成年後見制度」について、後見を受けると選挙権も失うのは憲法に違反するとして、48歳の知的障害の女性が、選挙権を認めるよう求める初めての訴えを近く東京地方裁判所に起こすことになりました。

裁判を起こすのは、茨城県牛久市に住む^{うしくいし}名児耶^{なごや}匠さん（48）です。名児耶さんは、ダウン症で知的障害があり、4年前に父親が、判断力が十分でない人に代わって財産管理などを行う成年後見人になりました。法律では、後見を受ける人は選挙権を認めておらず、^{なごや}名児耶さんも後見を受けると同時に選挙権を失いました。しかし、^{なごや}名児耶さんは、20年以上にわたって選挙の際は欠かさず投票し、選挙公報も読んでいたということで、投票する判断力があると主張しています。このため、後見を受けたことで選挙権が失われたのは選挙権を保障する憲法に違反するとし、選挙権を認めるよう近く東京地方裁判所に訴えを起こすことにしています。^{なごや}名児耶さんは「選挙に行けないのは残念で、また行きたい」と話しています。父親の^{せいきち}清吉さんは「娘の権利を守るために後見人になったのに、それによって選挙権が奪われるのは親として納得できな

い」と話しています。これについて総務省選挙課は「選挙のたびに個別に能力を審査するのは実務上難しいため、後見を受ける人は判断力に欠けるとして選挙権を認めない」としています。成年後見制度は平成12年に始まり、知的障害や認知症などのために後見を受けた人はおよそ14万人に上っていますが、選挙権を認めるよう求める裁判を起こすのは初めてです。成年後見と選挙権を巡っては、平成17年に日本弁護士連合会が「後見を受けた人も投票は可能で、一律に選挙権を制限する規定は見直すべきだ」と提言しています。

～2011年1月13日NHK配信の記事より～

成年後見制度で選挙権制限は違憲…東京地裁

「成年後見人が付くと選挙権を失う」とした公職選挙法の規定は参政権を保障した憲法に違反するとして、知的障害がある茨城県の女性が国に選挙権の確認を求めた訴訟で、東京地裁（定塚誠裁判長）は14日、規定を違憲とした上で、女性の選挙権を認める判決を言い渡した。

この規定の合憲性を巡る初の司法判断。今回の判決は、札幌、さいたま、京都の各地裁で起きている同種訴訟にも影響を与えそうだ。国側は控訴を検討する。

提訴していたのは、ダウン症がある同県牛久市（うしくし）の名児耶匠（なごやたくみ）さん（50）。匠さんの財産管理を心配した父親が2007年に成年後見人に付いたため、選挙権を失った。

選挙権を制限する規定はもともと、判断力が欠如した「禁治産制度」の利用者を対象とし、同制度を改正して00年に始まった成年後見制度の下でも引き継がれた。原告側は「選挙権を奪うのは、障害者らの決定権を尊重した成年後見制度の理念に反する」と指摘。「選挙権は平等に保障されており、障害の有無などを理由に制限するのは許されない」と主張していた。

～2013年3月14日読売新聞配信の記事より～

旧司法試験昭和62年度論文式試験憲法第1問

子女を公立高校に進学させることができず、やむなく私立高校に進学・通学させている親が、負担する公立学校との学費の差額は、国会及び内閣が憲法第26条等に定める教育諸条件整備に関する法的義務に違反する立法上の不作為に由来する損害であるとして、国に対して損害賠償を請求した。

右の訴訟に含まれる憲法上の問題について、憲法第26条の「教育を受ける権利」を中心に論ぜよ。

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。」

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>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^{よしひろ}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。

～毎日新聞2011年1月22日配信の記事より～

3 司法権を担う法律家に相応しい才能とは何か

エリカ・コウ『アメリカ・インディアンの書物よりも賢い言葉』（扶桑社、2001年）101頁

知識ではなく、智恵を求めよ。知識は過去の産物だが、智恵は未来をもたらす。

—ラムビー族の格言—

知識を求めよ。智恵を求めよ。知識は過去を照らし、智恵は未来をもたらす。

作花知志「消防職員の団結権とILO条約～事実としての条約の立場から～」(『国際人権』(国際人権法学会学会誌)投稿の論文より)

・・なお、私の報告に対する講評の中には「判例には事実上の拘束力がある。」という内容の記述を見かけた。これも「事実」と「法解釈」との区別についての興味深い問題であり、実務家としての私の見解を簡単に述べておきたい。

判例に拘束力があるか、という命題は、よく「判例は法か」という表現で問われることがある。そしてその問いへの回答として多く見かけられるのが「判例には事実上

の拘束力がある」という表現である。

しかしながら、実務家としての感想を申すと、「拘束力」はあるかないかのいずれかであって、「事実上の拘束力」というものは法律上の効力としては存在しないはずである。

おそらく「判例には事実上の拘束力がある。」とする論者は、「下級審裁判例が多岐にわたっているような問題でも、最高裁判所による判断が出されれば、たちまちその後の下級審の判断もそれに統一されて、その後は下級審裁判官はその最高裁判所の判断と違う判断を行わなくなる。」という点をとらえて、そのような表現をされているのだと思われる。

しかしながら、日本の判例は、いかなる意味においても事後の下級審裁判所を拘束するような法的拘束力を有していない。仮に最高裁判所が同じ問題で同じ判断を繰り返し、到底この問題では異なる判断が出ることはないであろう、と考えられる場合でも、下級審裁判官としては、それに反する判断を行うことは全く自由である（司法の独立から来る当然の結論である。）。

ただ、実際の実務でそのようなことが行われたいのは、最高裁判所による判断が変わる見込みもないにもかかわらず、下級審裁判官がそれに反する判断を行った場合、結局訴訟当事者としては、控訴、上告を行い、最高裁判所の判断を仰ぎ、最終的に判例の立場による解決がもたらされるだけのことになる。それは（自分の良心に従った判決を書いた裁判官は個人的な満足を得られるかもしれないが）訴訟当事者にとっては、時間と訴訟費用と弁護士費用の無駄になるだけのことである。実務で変更が予想されない最高裁判所の判断に反する判断が下級審裁判官によって行われたいのは、当事者のそのような利益に配慮した結果であって、判例が法的拘束力を有するからではないのである。その意味において、判例はいかなる意味においても「法」ではなく、「法的拘束力」はないのである。

むしろ逆に、仮に最高裁判所の判例が存在していたとしても、それが変更の可能性がある、むしろ変更するべきであると考えられる場合には、積極的に最高裁判所の判例と違う判断を行うことは何も妨げられないことであって、むしろ法解釈によって社会を動かして行く役割を担う司法権には、望まれていることなのである。

ロボットは裁判官になりうるか「弁護士作花知志のブログ」より

「MONSTER」や「20世紀少年」を書かれた漫画家の浦沢直樹さんに、「PL

UTO」という作品があります（2004年，小学館，全8巻）。

「PLUTO」は，手塚治虫さんの作品である「鉄腕アトム」に含まれた「地球最大のロボット」という作品を，浦沢直樹さんがリメイクしたものです。朝日新聞が選定した2000年から2009年までの「ゼロ年代の50冊」に，漫画で唯一選ばれた作品が「PLUTO」です。

「PLUTO」は，2003年に開始されたアメリカによるイラク戦争類似の紛争を背景として，自分たちの利便のために，人にできるだけ近いロボットを作り出した人間と，「喜び」や「悲しみ」という感情を有しないけれども，でも人と同じようにそれを感じたいと考えているロボットとが，人やロボットを消そうとする存在に立ち向かい，またそのような人とロボットが共存していける社会像を模索する内容となっています。

その「PLUTO」の第3巻に，ロボットの裁判官が登場します。ドイツ司法局のノイマン判事というロボット判事で，グライフェルト被害者訴訟や，アイケ vs ヘブナー事件等で画期的な判決を下したことで知られる，とされます。

作品では引き続き，ノイマン判事，そしてロボット判事について，次のような賞賛が送られています。ノイマン判事は，人間の判事にも成し遂げなかった画期的な判決を下した，ロボットには感情がないので，感情だけが基準になる人間の陪審員制度に比べて公正である，冷静な立場から情状酌量もできる。

とすると，私たちは近い将来，高性能ロボットに，裁判官を，そして司法権を委ねた方が，社会はより幸せになるのでしょうか。

私は，どんな高性能ロボットが登場しても，そのようなことにはならないと思います。なぜならば，ロボットは心，感情を有しておらず，その一方で司法権の作用において最も大切なのは，現在存在する法規範の知識や，判例の知識，学説の研究そのものではなく，社会の公平，正義，そして不利益を被る人達的心情を感じることができることだと思うからです。

新しい法解釈，判例の登場は，常にそれまでの解釈に対し，新しい社会問題が生じた時に，「この結論は不公平である，不正義である，おかしい」と「感じる」ところから始まります。

そして司法権に求められている「感覚」とは，決して数値化することができないものです。司法権の担い手は，さまざまな社会的要請を感じながら，その上で，あるべき社会の姿を想定し，法を用いて情熱的に社会を動かしていかなければなりません。そのような感覚は，決してコンピューターではできないことでしょう。

「PLUTO」には、心で感じるものとして、痛みや希望があげられています。司法権もそうです。法の形式的な適用の結果不利益を受けている人の痛みを感じることができる人、そして社会はこうあるべきであると提言し、社会に希望を与えることができる人こそが、その担い手としてふさわしいのでしょう。

この点で、とても参考になるのが、元最高裁判事の団藤重光先生が最高裁判事を退官した後にされた講演です（団藤重光「裁判における主体性と客観性」『実践の法理と法理の実践』（創文社、1986年）143－184頁）。

団藤先生は「司法」について、2つの見方を紹介されています。

1つ目の司法観は古典的なものです。その講演録から引用させていただきます。

「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『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。」

このような古典的な、裁判官、そして司法による法創造を認めない司法観に対し、団藤先生は司法とはそのようなものではない、とされます。引き続き講演録から引用させていただきます。

「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ことではなくて、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のです。」

団藤先生は、司法とはそれに関わる方々が、あるべき社会の姿を法解釈に反映させようとする、主体相互のぶつかり合いであって、社会の変化に伴う法規範の創造的活動である、とされます。そしてそれは、永遠不断のものである、とされるのです。

司法権の担い手にとって大切なことは、コンピューターのような情報収集能力ではなく、痛みや希望に満ちあふれた人生を送られている人々、さらにはそれらの人々が構成員となっている社会が求めていることは何かを感じながら、それを法解釈に反映

させ、情熱的に社会を変えていくことができる才能なのでしょう。

さて、「PLUTO」に登場するアトムは、痛みや希望を感じることができたのでしょうか。そして人類は、そのアトムから何を学んだのでしょうか。ご関心をお持ちの方は、是非「PLUTO」をお読みいただければと思います。

「ソトマイヨール米連邦最高裁判事とアメリカン・ドリーム」弁護士作花知志のブログより

アメリカの連邦最高裁判事は全員で9人です。2009年8月に、新しく判事となったのが、ソニア・ソトマイヨール（Sonia Sotomayor）さんです。女性としては歴史上3人目、さらにヒスパニック系の方としては歴史上初めての連邦最高裁判事となりました。

今、ヒスパニック系の方としては歴史上初めて、とご紹介しましたが、実はこのソトマイヨールさんが連邦最高裁判事となられるまでの経緯は、まさにアメリカン・ドリームの実現を見るようなものだったのです。2009年5月に、ソトマイヨールさんを指名したオバマ大統領が、指名にあたり彼女を紹介する演説を行いました。その演説には、社会が法律家に求めるもの、司法権の担い手に求めるもの、そしてソトマイヨールさんの生い立ちとアメリカン・ドリームの実現について述べられておりますので、ご紹介したいと思います（樋口範雄『はじめてのアメリカ法』（有斐閣、2010年）196頁）。

「ありがとうございます。ありがとうございます。どうか皆さんお座りください。

いやー。私も興奮しているのです。憲法が大統領に与えた多くの責任の中で、最高裁の裁判官を指名することほど重要で大きな影響を与えるものは少ないのです。なぜなら最高裁裁判官は終身勤めることが可能であり、大統領よりも長くその任務に就くからです。

しかも200年以上前に文書化された基本原則（アメリカ憲法）を現代の最も困難な課題に適用するという重大な任務です。だから、私はこの決定を軽々にはしませんでした。

最高裁の裁判官に必要な資質だと私が考えたことは次のようなものです。第1に最も重要な資質は、精密な知性であり、法をよく知り、複雑な法律問題について論点を抽出し明確な回答を与える能力です。

第2に、裁判所の役割とその限界について深い理解を有することです。特定のイデ

オロギーによるのではなく、先例を尊重しながら、眼前の事実に対し忠実に法を解釈し適用する能力です。これら2つの資質はいずれも重要ですがこれでもまだ足りません。

というのは、かつてオリヴァー・ウエンデル・ホームズ裁判官が言ったように、法の生命は論理ではなく経験だからです。さまざまな障壁や困難は不運によって試された経験、それにもめげずにこれらの困難に打ち勝ってきた経験です。

この経験こそ、さまざまな人びとの境遇や共感や、いかに世界が動いており、どのようにして普通の人びとが生活しているかを理解させるものです。それこそが最高裁での裁判で絶対に必要なものです。・ ・

そこで、さまざまな人びとの助言を受けた上で私が指名することにしたには、偉大な最高裁裁判官になると私が信じる、人に力を与えてくれる女性 (inspiring woman)、ニュー・ヨーク州のソニア・ソトマイヨール裁判官です。

30年に及ぶ輝かしい経歴の中で、ソトマイヨール裁判官はほとんどあらゆるレベルの裁判所で働き、深い経験と広い視野を得ました。連邦地方裁判所裁判官に共和党のジョージ・W・ブッシュ大統領が指名し、その後民主党のビル・クリントン大統領が控訴裁判所裁判官に指名したというのも、彼女の資質と資格を証明しています。今度最高裁入りすることで、現在の裁判官にはないさまざまな経験を加えてくれるでしょう。・ ・

地方裁判所裁判官時代に裁いた事件はほぼ450件に上がります。そのうちの1件は、私を含めて多くのアメリカ人が本当に心配した事件でした。1994年と95年にかけてのプロ野球のストライキ事件です。

彼女はわずか15分一何であれ迅速さは野球ファンが大好きなものです—わずか15分で読み上げた判決でストライキ終了のインジャンクション（差止命令）を出しました。ソトマイヨール裁判官が野球を救ったという人もいます。

彼女は地裁裁判官になる前は、複雑な商取引に関する訴訟を扱うロー・ファーム（法律事務所）のパートナーでした。そこでは世界経済の動きに対する洞察力を養ったわけです。その前は、マンハッタンの検察官事務所の検察官でした。犯罪というものが家族やコミュニティにどういう影響を与えるかを、そしてそれといかに闘うべきかを直に学んだのです。

しかし、これらの重要な経験と並んで、彼女自身の生き立ちがユニークで重要です。彼女は、ヤンキー・スタジアムが遠くないサウス・ブロンクスの公営アパートで育ちました。自然にヤンキース・ファンになりましたが、そうだからといって上院の他チ

ームファンが欠格事由にしないでほしいと思います。

ソニアのご両親は第2次世界大戦中にプエルト・リコからニュー・ヨークへ移住してきました。お母さんは陸軍女性部隊に加わったのです。お父さんは工場で働き、3年生までしか学校にも行っていませんでした。英語も話せない人でした。しかし、お母さんと同様に、彼は働こうとする意欲と、家族に対する強い思いと、アメリカン・ドリームを信ずる心を持った人でした。

ソニアが9歳の時にお父さんは亡くなりますが、その後、お母さんは週6日看護師として働き彼女とその弟さんを育て上げました。弟さんもお母さんと同様ここにいらっしゃいますが、医師として立派に働いています。

ソニアのお母さんは、その地域で唯一百科事典を子どものために購入し、カトリックの学校に子どもたちを通わせ、いい教育さえあればアメリカではすべて不可能なことはないと信じていました。

こういう家族や友人や教師たちのおかげで、ソニアはプリンストン大学へ入る奨学金を得てトップの成績で卒業し、イェール・ロー・スクールに入るとイェール・ロー・ジャーナルの編集者にも選ばれ、今日に至るのです。

その道のりの中で、幾多の困難に出会い、それらを乗り越えて、かつてご両親が夢見たアメリカン・ドリームを生き抜いたのです。」

ソニア・ソトマイヨールさんは、8歳で小児糖尿病になるなどの困難を、ご家族の温かいサポートを受けながら、乗り越えて来られた方です。オバマ大統領の紹介演説が私たちの心に響くのは、司法権が人の人生に直接影響を与える存在であること、だからこそその司法権の担い手には、人の人生の喜びと悲しみを、あたかも自分自身のものと同じように感じる人があってほしいことが描かれているからではないでしょうか。

オバマ大統領は、ソニア・ソトマイヨールさんを Inspiring することができる人、人に勇気を与えることができる人だ、と言われました。彼女の生い立ちとその努力は、まさに私たちに勇気を与えてくれますし、今後アメリカ連邦最高裁判事として、多くの人に勇気を与える判決に関わることを期待させてくれるものですね。

人権救済手続法（第4回（2013年5月2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～司法権を担う法律家に必要な能力とは何か・Part 3～

1 解釈と先例との関係

旧司法試験平成3年度論文式試験刑法第1問

甲は、Aと喧嘩をして同人を木刀で殴打しているところに友人乙が通りかかったので加勢を求めたところ、乙は、角材を手にして甲と共にAを殴打した。その結果、Aは、全身打撲の傷害を負い、内臓破裂により死亡したが、死因となった内臓破裂が乙の加勢後の殴打によるものかどうかは不明である。

甲及び乙の罪責につき、反対説に言及しながら自説を述べよ。

第2 立法権の役割、司法権の役割、そして法曹三者の役割

滝井繁男『最高裁判所は変わったか 一裁判官の自己検証』（2009年、岩波書店）
242頁

司法が依拠する法律は、多数決原理を背景にして国会で成立したものであるが、裁判における法形成は、国民の訴えを起点として、当事者の具体的な訴訟活動を通じて行われるものである。そこでは、国民の声が、とりわけ、少数者の声が、当事者の訴訟活動を通じて明らかにされ法秩序の形成に寄与することが少なくない。

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。

「アイ・アム・サムとビートルズ」 弁護士作花知志のブログより

『アイ・アム・サム』(I am Sam) は、2001年に公開されたアメリカの映画です。知的障害を持つ父親と娘との絆を描いた作品です。

スターバックスで働く7歳の知能しか持っていない中年男サム（ショーン・ペン）は、ホームレスの女性が出産した自分の娘、ルーシー・ダイヤモンド（ダコタ・フニング）と幸せに暮らしていました。

でも、7歳になったルーシーは、サムの知的能力を追い抜いてしまいます。そして、ソーシャル・ワーカーは、サムには父親としての養育能力がない、との判断を下すのです。ルーシーは強制的に施設に保護されてしまいます。

失意の日々を送っていたサムは、弁護士に頼み、ルーシーを取り戻そうとします。サムがたまたま相談をしたのがリタ（ミシェル・ファイファー）というエリート弁護士でした。普段は高額な報酬を得るビジネス案件ばかり扱っているリタは、自分が社会奉仕としての仕事（「プロボノ活動」と言います）もできることを示せば、弁護士としての自分の評価が上がるのではないかと考え、サムの依頼を受けるのです。

でも、裁判はどう考えてもサムに不利な状況で進みます。協力を申し出たサムの障害者の友人たちは裁判で有利な証言ができず、仲の良い隣人も相手方の検察官にやり込められてしまいます。

映画では、自分の評価と今後のさらなる高額報酬のために、あえて「プロボノ活動」つまり、高額報酬が得られない事件の活動であるにもかかわらず依頼を受けたリタですが、サムのルーシーへの思いに触れるにしたがって、どんどんと事件にのめりこんでいくのです。

この映画を作られた監督であるジェシー・ネルソンさんのメッセージはおそらくその辺りに現れているように思います。法律の世界には「プロボノ活動」という言葉があるけれども、そのような言葉があること自体がおかしいのではないか、というメッセージのように思うのです。

どんな事件でも、その事件関係者にとっては自分自身の人生がかかっており、司法はその人生に直接影響を与えることになります。そしてその事件の判決を通して社会に直接影響を与えることになります。そのことを忘れないでください、法律の世界に「プロボノ活動」という言葉があること自体おかしいのではないのでしょうか、というメッセージのように、私は感じました。

映画では、全編にわたりビートルズの曲が用いられています。実はこれは、映画を製作するに当たり取材を行った障害者施設を利用されている方々の多くが、ビートルズが好きであったことを受けたものだということです。考えてみれば、サムの子の名前「ルーシー・ダイヤモンド」も、ビートルズの曲「ルーシー・イン・ザ・スカイ・ウィズ・ダイヤモンド」から取られたものなのでしょうね。

実は、この映画の予算が少なく（まさに「プロボノ」ですね。ジェシー・ネルソン監督！。）、実際にビートルズの曲を映画中で用いると多大な費用が必要となり、それができない可能性がありました。それを受け、協力を申し出た豪華アーティストの方々がビートルズのカバーを行い、そのカバー曲が映画では用いられているのです。そのアーティストの方々の歌と心が映画をさらに魅力的に彩っているように思います。とても素敵な映画ですので、ご関心をお持ちの方は、ぜひご覧ください。

第3 法の下での平等と国家三権の作用、司法権の作用

1 尊属殺規定と法の下での平等

最高裁昭和48年4月4日大法院判決

「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上保護に値するものであるから、被害者が尊属であることを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても憲法14条に違反しないが、刑法200条[平成7年91により削除]は、尊属殺の法定刑を死刑又は無期懲役のみに限っている点において、その立法目的達成のための必要な限度をはるかに越え、憲法14条1項に違反して無効である。」

同判決田中（二）等六裁判官意見

「尊属がただ尊属なるがゆえに特別の保護を受けるべきであるとか、卑属の尊属殺人は特に強い道義的非難に値するとかの理由によって、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つもので、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触する疑いが濃厚であり、尊属殺人に関

し、普通殺人と区別して特別の規定を設けること自体が憲法14条に抵触する。」

2 議員定数不均衡と法の下の平等

旧司法試験昭和44年度論文式試験憲法第1問

各選挙区において選挙すべき議員の数と人口との比率が選挙区によって著しく不均衡となる場合には、憲法上どのような問題があるか。

3 性差別と法の下の平等

「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のにもかかわらず、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さ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。

4 逆差別と法の下の平等

アファーマティブ・アクション

アファーマティブ・アクションとは、歴史的に差別を受けてきた特定の民族あるいは階級に対し、制度上の優遇措置を設けるものである。

英米判例百選[第三版]（有斐閣，1996年）32事件（66頁）

Regents of the University of California v. Bakke

438 U.S. 265, 98 S. Ct.2733, 57 L. Ed.2d 750 (1978)

〈事実の概要〉

本件の原告（被上告人）Allan Bakke [アラン・バック] は白人の男性で、1973, 1974年度に California 大学 Davis 校の Medical School（医学校）に入学を志願したが、両年度とも不合格となった。

同医学校では入学定員100名のうち16名を別枠とし、その別枠分については、73年度は「経済的・教育的に恵まれない経歴の学生」、74年度は「マイノリティー（それは Blacks(黒人), Chicanos(メキシコ系アメリカ人), Asians(アジア人), American Indians(アメリカンインディアン, アメリカ原住民))に属する学生」を優先的に入学させるために、特別入学者選考制度を設けていた。

入学志願者は、学部時代の成績(GPA)、統一テスト(MCAT)の成績、推薦状、課外活動、その他のデータにもとづき、複数の選考委員（学生委員も含む）の面接による総合的評価点によって選考されたが、特別選考制度では、通常の選考制度とは別の選考委員会を設け、一定の学部の成績では足切りをしないとか、経済状況と学業成績の関係を詳しく審査するといった、特別の配慮が払われていた。Bakke は、通常の

選考制度に志願し不合格となったが、いずれの年度も、彼の総合的評価点は特別選考制度で入学した者の平均点より高かった。

そこで彼は、同校の特別入学者選考制度は racial quota（人種割当制）であるから、合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項、同様な規定の州憲法の条項、および、連邦から資金援助を受ける事業（同大学は州立大学であるが連邦から助成金を受けていた）における人種差別を禁止する 1964 年の Civil Rights Act, Title IV（市民的権利に関する法律・第 6 編）に違反するとして、(1) 医学校は入学者選考にあたって志願者の人種を考慮してはならないとの prohibitory injunction（差止命令）、(2) 原告を医学校に入学させるべしとの mandatory injunction（作為命令）を求めて州地裁に提訴した。

これに対して大学側は、(3) 当該特別入学者選考制度は適法・合憲であるとの declaratory judgment（宣言的判決）を求めて反訴を提起した。

(1)(2)(3)すべてについて Bakke が勝訴した California 州最高裁の判決に対し、大学側が連邦最高裁への certiorari（裁量上訴）の申立をして受理された。

5 年少女子の逸失利益の算定基準と法の下での平等

奥田昌道『紛争解決と規範創造』（有斐閣，2009年）192頁以下

第二部 印象に残る事件と判決

4 年少女子の逸失利益の算定基準

幼児が交通事故などで死亡した場合、相続人（多くの場合、両親）が損害賠償請求をするに当たって、幼児の逸失利益の算定をどのような基準によって行うかが問題となる。多くの不確定要素がある中で、蓋然性の最も高いものとして採用されているのは、男子の場合は男子労働者の平均賃金を基礎収入とするものである。女子の場合については、下級審において、女子労働者の平均賃金を基礎収入とする算定方法が主流であったが、次第に男子労働者を含む全労働者の平均賃金を基礎収入とする算定方法を採用する裁判例も見られるようになった。

この新しい立場が一つの流れを形成するに至ると、下級審において対立する二つの見解のうち、いずれを採用すべきかの問題を生じ、区々に分かれる下級審裁判例を統一する役割を担う最高裁判所としては、立場を明確にする必要に迫られることになる。そこまで、事態が進行せず、その機が熟するまでに至っていないときは、最高裁としてはどのような対応をすればよいのであろうか。・・

鮮明に記憶しているのは、第三小法廷に当事者は異なるが、全労働者の平均賃金を

基準とする控訴審判決に対する不服を理由とする上告受理申立てと、全女子労働者の平均賃金を基準とする控訴審判決に対する不服を理由とする上告受理申立てとが同時に係属した際の処理の仕方である。内容的には、それぞれが法律上の重要な論点を含むものであり、十分に受理に値するものであるにもかかわらず、最高裁として現時点でいずれか一方のみを正当なものとして判断を下すには、いまだ熟していないとの考慮から、苦渋の決断として、いずれをも「不受理」とする決定をせざるを得なかった。「不受理」決定には、実質的理由を付すことなくただ「受理の要件を満たさない」とか、「受理の事由に当たらない」とかの決まり文句で申立てを退ける扱いをするのが慣例である。合議の席上、今回に限って実質的理由（判断を下すに熟していないとの）を付してはどうかとの意見も出されたが、結局は理由を付さない従来どおりの処理となった。

第4 エピローグ

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。

- 1 再婚を希望する女性が、民法の再婚禁止期間規定を理由として婚姻届の受理を拒否された場合
- 2 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

●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。」

人権救済手続法（第5回（2013年5月9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 プロローグ～司法権を担う法律家に必要な能力とは何か・Part 4～

1 変わるものと変わらないこと

旧司法試験昭和59年度論文式試験商法第1問

株式会社の代表取締役の職務執行の適正を確保するため会社法が定める各制度の関係について論ぜよ。

第2 社会の変化が憲法解釈に与える影響

旧司法試験論文式試験憲法昭和53年度第1問

ある県では、自動販売機による有害図書類の販売を規制するため、次の案による条例の制定を検討している。この条例案に含まれる憲法上の諸論点につき説明せよ。

「第○条 自動販売機には、青少年に対し性的感情を著しく刺激し又は残虐性をはなはだしく助長し、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認めて知事が指定した文書、図画又はフィルムを収納し又は陳列してはならない。

2 知事は、前項の規定に違反する業者に対し、必要な指示又は勧告をすることができ、これに従わないときは、撤去その他の必要な措置を命ずることができる。この命令に違反した業者は、3万円以下の罰金に処せられる。」

人権救済手続法（第6回（2013年5月16日））

弁護士 作^さ花^っ知^か志^{ともし}

〒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 プロローグ～司法権を担う法律家に必要な能力とは何か・Part 5～

1 新堂先生

旧司法試験平成9年度論文式試験民事訴訟法第2問

甲は、乙の不法行為により2,000万円の損害が発生したと主張し、そのうち500万円の支払いを求める訴えを提起した。乙は、甲の主張を争い、請求棄却の判決を求めた。

裁判所は、因果関係が認められないとの理由で、甲の請求を棄却した。甲は、この判決確定後に残額1,500万円の支払いを求める訴えを提起した。この場合における訴訟法上の問題点を論ぜよ。

第2 国際的人権救済手続法入門～国際的な問題から法律家に必要な能力を考える～

1 関税同盟

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、裁判官の評決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年議定書は、宣言の形式をとってはいるが、それによりオーストリアが経済的分野における一定の約束をしたことは否定できない。その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。」

ドイツ＝オーストリア関税同盟事件の勧告的意見をどう考えるか。勧告的意見が出された結果、ドイツとオーストリア間で関税同盟を締結することができず、ドイツの経済は多大な影響を受けた。その結果どのような事態が生じたか。それは勧告的意見の内容の正当性を揺るがすことか。

第3 国内的人権救済手続の限界

1 国際的な民事事件～代理母^{だいいぼ}～

タレントの向井亜紀さんが、2007年4月11日、米国人に代理出産してもらった双子の男児（3歳）との法律上の親子関係を認めなかった2007年3月の最高裁決定の後、初めて記者会見をした。決定について「正直がっかり」と悔しさをにじませた。男児らの出生届を出すことを断念し、日本国籍は取得せずに米国籍のまま育てていくことを明らかにした。

向井さんは2000年に子宮摘出手術を受けた。夫の元プロレスラー高田延彦さんとの受精卵を米国人女性に移植し、代理出産で2003年に双子の男児が誕生。だが、東京都品川区は出生届を受理しなかった。夫妻は処分取り消しを東京家庭裁判所に申

し立てたが却下され、即時抗告。東京高裁は2006年9月、一転して受理を命じた。最高裁は2007年3月、高裁決定を覆し、法律上の親子関係を認めなかった。

会見には、夫の高田さんも同席した。最高裁決定後、東京法務局から「2週間以内に男児の出生届を出さないと、今後日本国籍を与える機会はない。」との連絡があり、4月11日が期限とされたという。

しかし、向井さん側は出生届を出さなかった。法務局が、届け出の父親欄に高田さん、母親欄に代理出産した米国人女性を記入するよう指示してきたからだ。指示に従って米国人女性を「母親」とすれば、訴えられる可能性がある。代理出産契約で、米国人女性には男児の親としての権利義務を一切負わせないように取り決めているためだ。

また最高裁決定の補足意見で勧められた「特別養子縁組」をするには、子の「実の親」の同意が必要になり、やはり契約が壁となる。「高いハードルを感じる」と嘆いた。

男児は米国人として外国人登録し、この春から幼稚園に通い始めている。このため、特別養子縁組のうち外国人を養子とする「国際特別養子縁組」が考えられる。この場合、米国法上は実の親の向井さん夫婦が「同意者」になり、同時に申請者にもなるという不自然な形をとって申し立てることを余儀なくされる。「国際養子縁組は、仕組みを聞くと、日本の親が申請して（出産先の）外国の親が承諾すればいいと言う。なら、私が申請して（米国内で親子認定されている）私が承諾すればそれでいいのか、と思ったら、家庭裁判所の人は『私見では問題があるように思う』と言うんです。」（向井）。

「最高裁が特別縁組を認める余地はあると言った以上、申し立ては通るのでは」とみる裁判官もいるが、家裁が認めるかどうかは、申し立ててみないとわからない。

補足意見について、向井さんは「調べてみると、大雑把な提言だった」と落胆を隠さない。特別養子縁組の期限は、向井さんの場合双子の男児が8歳になるまでだ。国際養子縁組の申請も見送り、男児が不法滞在にならないよう在留資格延長を申請した。

向井さんは「時間と労力をかけたのに得るものが少ない『社会科見学』だった」と裁判を振り返り、「代理出産に関する立法にあたっては、経験者の意思を聞いてほしい」と話した。

～2007年4月12日付朝日新聞大阪版掲載の記事より～

●民事訴訟法118条

「外国裁判所の確定判決は、次に掲げる要件のすべてを具備する場合に限り、その効力を有する。

- 1 法令又は条約により外国裁判所の裁判権が認められること。
- 2 敗訴の被告が訴訟の開始に必要な呼出し若しくは命令の送達（公示送達その他これに類する送達を除く。）を受けたこと又はこれを受けなかったが応訴したこと。

3 判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと。

4 相互の保証があること。」

●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。」

●母子関係は原則として母の認知を待たず、分娩の事実により当然発生する（最高裁昭和37年4月27日判決）。

●民法817条の6

「特別養子縁組の成立には、養子となる者の父母の同意がなければならない。ただし、父母がその意思を表示することができない場合又は父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合は、この限りでない。」

●法の適用に関する通則法31条1項

「養子縁組は、縁組の当時における養親となるべき者の本国法による。この場合において、養子となるべき者の本国法によればその者若しくは第三者の承諾若しくは同意又は公的機関の許可その他の処分があることが養子縁組の成立の要件であるときは、その要件をも備えなければならない。」

2 国際的な刑事事件～ロス疑惑～

三浦^{かずよし}和義元社長、米で逮捕～銃撃事件 日本で無罪確定～

米ロサンゼルスタイムズ（電子版）は2008年2月23日、米警察当局が、1981年11月にロサンゼルス市内で妻を殺害した疑いで、三浦和義元雑貨輸入販売会社社長（60）を訪問先の米自治領サイパンで逮捕した、と報じた。サイパンの地元警察は朝日新聞の取材に対し、三浦元社長の身柄を拘束したことを認めた。

地元警察によると、三浦元社長はサイパン国際空港で、日本からの飛行機を降りた直後に、殺人と共謀の容疑で逮捕されたという。ロサンゼルス市警が、グアム、サイパン両当局と捜査協力していた。同市警はサイパン当局に三浦元社長の身柄をロサンゼルスへ送るよう求め、そこで裁判を受ける見込みという。

地元警察の話では、空港では警察官約10人が待ち受けた。三浦元社長は「日本では、この事件はすでに終わったことだとみんな知っている。」と話したという。

三浦元社長は、ロサンゼルス市内で妻の一美さん（当時28）を銃撃して殺害、保険金をだまし取ったとして殺人などの罪に問われた（銃撃事件）。銃撃事件では、一審の東京地裁は三浦元社長を無期懲役としたものの、東京高裁は98年7月に一審判決を破棄したうえで、逆転無罪を言い渡した。03年に最高裁が検察側の上告を棄却し無罪が確定した。

なお、三浦元社長は、銃撃事件の前に、元女優に妻を襲わせ殴打させたとして殺人未遂罪に問われ、９８年１０月に懲役６年の実刑判決が確定、収監されている。
～２００８年２月２４日付朝日新聞大阪版掲載の記事より～

ロス疑惑と類似ケース～地裁、再訴追認めず～

米カリフォルニア州サンディエゴ郡の地裁は２００８年４月１１日、国外ですでに判決が出た犯罪を米国内で再訴追できるかどうかが焦点となっている「ロス疑惑」事件と類似したケースで、再訴追不可の決定を下した。今後の今後のロス疑惑の検察、弁護双方の法廷戦術に影響を与えそうだ。

米メディアによると、メキシコ人のセレスティノ・メンデス・マルティネス被告（３３）が１９８８年に同州で元妻を殺害した後、逃亡先のメキシコで逮捕・起訴され、禁固１１年の判決を受けて服役。仮出所後の２００７年、再渡航した同州で同じ容疑で逮捕された。

カリフォルニア州刑法は２００４年に改正。国外で判決を受けた事件に限っては、同じ事件で再び罪に問われない「一事不再理」原則の対象外とし、米国内で再び裁くことを可能にした。今回の決定は「法改正を過去にさかのぼらせるのは連邦憲法に違反する」と判断。州刑法改正前に他国で判決が確定している以上、米国で再訴追はできないとした。

ロサンゼルスで妻を銃撃したとされる事件で日本で２００３年に無罪確定後、米自治領サイパン島で逮捕された三浦和義元社長（６０）の弁護側は、今回の決定と同様の主張をして逮捕状無効を申し立てている。

～２００８年４月１３日付朝日新聞大阪版掲載の記事より～

第４ 国際人権条約、そして国際的な人権救済手続の発達

- １ 子の連れ去りに関するハーグ条約
- ２ 国際裁判所による人権救済手続

①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^{すうせい}、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。」

●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。」

② Mazurek vs. France 欧州人権裁判所2001年1月18日判決

フランスでは、婚外子も婚内子と平等の権利をもつことが原則とされているが、婚外子のうち、父または母が懐胎時に婚姻していたにもかかわらず婚姻関係外に設けた「姦生子」については、当該親からの相続財産を嫡出子であった場合の2分の1しか受け取ることができないとされてきた。この規定に基づく異父兄の請求により、母の財産の4分の1しか受け取ることができなくなった姦生子のXは、欧州人権条約8条（家庭生活の尊重）、14条（条約上の権利の無差別享有）、同条約第1議定書1条（財産権）の違反を主張して、1996年欧州人権委員会に申し立てた。条約実施機構の組織改編に伴い、この申し立ては欧州人権裁判所によって直接審理されることとなり、同裁判所は、条約14条と結びついた同8条の違反の有無については審理する必要なしとしたが（5対2）、条約14条と結びついた同第1議定書1条の違反を認定した（全員一致）。当該違反認定の理由は次のとおりである。

条約14条の適用上、取り扱いの差異は、それが「客観的かつ合理的な正当化事由を有しない」ならば、すなわち、「正当な目的」を追求しないまたは「用いられた手段と実現されるべき目的との間の合理的な比例関係」が存在しないならば、差別的である。

当裁判所は、この関連で、条約は生きている文書であり現在の条件に照らして解釈されなければならないことを再確認する。今日、欧州評議会の加盟国は、市民的権利に関する婚内子と婚外子の平等の問題を非常に重用視している。このことは、フラン

スが批准していない1975年の婚外子の法的地位に関する欧州条約によって示される。したがって、婚姻外の出生を理由とする取り扱いの差異が、人権条約と両立するとみなしうするためには、非常に説得力ある理由が提示されなければならないであろう。当裁判所は、政府が依拠した目的、すなわち、伝統的家族の保護という目的は、正当なものと論じうると考える。

残る問題は、用いられた手段に関して、姦生子と、婚内子または姦淫関係から出生したのではない婚外子との間に、その親からの相続に関し取り扱いの差異を設けることが、当該追求された目的との関係で比例的でありかつ適当と考えられるか、である。

当裁判所は、まず、家族制度が、歴史的にも社会学的にも法的にも固定的なものではないことに留意する。例えば、1972年1月3日法は、なかんづく、すべての子の親子関係の確立の問題を解決した点で、家族法と婚外子の地位の発展のうえで大きな前進を示した。出生に基づく差別の禁止を規定する児童の権利に関する国連条約が1989年11月20日に採択された。その後、1990年5月、コンセイユデタは、社会人工学的データに照らして、相続に関する姦生子に対する差別を廃止するよう勧告する報告書を公表した。1991年11月、姦生子の相続権を他の子のそれと同等とする法案が提出された。1998年、司法省は、社会学的観点から家族モデルの変化を研究する計画と、事実状況の発展に照らして法のありうる変更について審議する計画とを立ち上げた。1998年5月14日に提出された最初の報告書は、姦生子の平等でない地位を批判し、1999年9月14日に提出された第2の報告書は、姦生子の相続権の制限を廃止することを勧告した。欧州評議会の他の加盟国の状況については、当裁判所は、政府の主張とは反対に、姦生子に対する差別を廃止する明確な傾向に留意する。

本件の道徳的側面に依拠する議論については、当裁判所は、関連時点での社会人口学的資料及び、なかんづく、すべての差別の廃止を求める1991年法案を考慮に入れないわけにはいかない。

当裁判所に提起された唯一の争点は、母からのその二人の子、一人は婚内子、もう一人は姦生子、による相続の問題にかかわるものである。当裁判所は、本件において、婚姻外の出生に基づく差別を正当化する、いかなる根拠をも見いだすことはできなかった。いずれにせよ、姦生子は、自らに責任のない状況によって非難されてはならない。申立人が姦生子という彼の地位によって、相続財産の分割において、不利益を受けたことは、まぎれもない事実である。

以上のすべてを考慮し、当裁判所は、用いられた手段と追求された目的との間に合理的な比例関係はないと結論する。

したがって、条約14条と結びついた第1議定書1条の違反があった。

第5 消防職員団結権立法不作為訴訟～国際人権条約の国内法秩序への直接適用～

第6 エピローグ

旧司法試験平成7年度論文式試験憲法第2問

国が私立学校法にいう私立学校に対して補助金を支出することは憲法上許されるかどうかについて論ぜよ。

また、地方公共団体が、学校教育法にいう幼稚園には該当しないがこれに類似した事業を行う幼児教室に対して補助金を支出する場合はどうか。

●憲法89条後段

「公金その他の公の財産は、・ ・ 公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない。」

人権救済手続法（第7回（2013年5月23日））

弁護士 作^さ花^{っか}知^{とも}志^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 プロローグ～司法権を担う法律家に必要な能力とは何か・Part 6～

1 事実は小説より奇なり

旧司法試験平成11年度論文式試験刑事訴訟法第2問

単独で強盗をしたとして起訴された甲は、公判において、「兄貴分乙に命じられて、強盗をした。」と主張した。裁判所は、「甲と乙との共謀を強く推認させる事実が認められる一方、共謀の事実を否定する乙の供述も虚偽とは言い難い。」と判断した。

このような場合に、裁判所は、「甲は、単独又は乙との共謀の上、強盗をした。」と認定し、甲に対して有罪判決を言い渡すことができるか。

第2 司法権とはいかなる国家作用か～司法作用と法規範の形成～

1 法の解釈

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。

「ナポレオン法典と法の解釈」弁護士作花知志のブログ

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、日々の執筆活動が始める前に、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、ということが出来るのかも知れません。

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。

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 手続保障と権利実在化説

「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出来る、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。

3 憲法と死刑～司法による法規範形成と救済～

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

白鳥決定というのは刑事訴訟法の講義の中でもお聞きになったでしょうし、新聞紙上でご存じの方もいくらかおられると思いますが、白鳥事件というのは昭和27年1月北海道の札幌で起こった事件で、白鳥さんという警部が何者かによってピストルで撃たれて殺された事件であります。被害者の名前をとって白鳥事件と申しておりますが、その被告人が有罪になりました。有罪になりましたけれども、いろいろと疑問の余地がないわけではない。凶器に使われたピストルの弾と同じようなものが、ある山の中から発見されて、被告たちの一味がこの事件のための射撃の練習をしたのではないかというのですが、どうも警察の作為があったのではないかと思われるふしがある。

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り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。

4 足利事件

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。いたずらをすると思った時は、女の子に騒がれては困るという気持ちから、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。」

5 飯塚事件

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歳の女兒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）の再審請求で、すがやとしかず女兒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日午前、「新鑑定が無罪を言い渡すべき明らかな証拠にあたる可能性が高いと判断した」とする意見書を東京高裁（矢村宏裁判長）に提出した。あわせて検察側は、菅家さんの刑の執行を停止し、菅家さんは同日午後、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兒2人が殺された事件だ。市内に住む^{くまみちとし}久間三千年死刑囚（08年に刑執行）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、女兒の体に付いていた真犯人の

ものと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 1 1 8」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}晃夫教授（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。

「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^{ひさまみちとし}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。

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～

6 日弁連による警告と人権救済

7 岡山弁護士会医療仲裁（医療ADR）制度

第3 司法権の担い手に求められていること

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。」

第4 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～大いなる希望を抱いて～』（ダイヤモンド社，2007年）94頁

しかし最終的に、わたしはブレヤー判事の憲法観、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。

英米判例百選 29 事件（有斐閣，第三版，1996 年）60 頁

Shelley v. Kraemaer (334 U.S.1,68 S. Ct. 836,92 L.Ed.1161(1948))

＜事案の概要＞

土地売買契約に、「土地は、そのいずれの部分においても、白人人種以外の人によって占有されてはならず、この条件の趣旨は、これによって黒人人種の人々が、所有者または賃借人として、住居その他の目的のために、土地のいずれの部分をも占有することを禁ずることにある」との制限的取引約款が付与されていた場合に、その効力を約款の存在を知らないまま買主となった複数の黒人が争った事件。

＜ノート＞

この判決は、NAACP（有色人種地位向上全国協会）が、各種の人種差別の撤廃を、訴訟を通じて獲得しようとする一連の活動の、初期の勝利判決の 1 つである。こうした活動の、中心的存在であり、後に黒人として初めて合衆国最高裁判所裁判官となったサーグッド・マーシャルも、本件の第 2 番目の事件の被告訴訟代理人を務めた。

グリーンバーグの回顧録によれば、NAACP 側の時期尚早論に抗して、本件の第 1 番目の事件を最高裁に持ち込んだのは、その両親は奴隷の時代を生き、黒人の老弁護士だった。彼は、最高裁の弁論において、黒人がアメリカという家のドアを叩いているのだから「わたしを中に入れ暖炉の火のそばに座らせてほしい。わたしもこの家を建てることに手を貸したのだから」と叫んだという。

団藤重光「裁判における主体性と客観性」『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、ということです。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、という考え方があります。・ ・

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ことではなくて、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のです。

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思えないからです。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でした。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、二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、生きている文^{ドキュメント}書としての憲法の200周年を祝うつもりです。

2 これから法律家になる皆さんに望まれていること

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。私の後が続く，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，自分の後が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

六 法継受の手段的性格

・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。

三ヶ月章『法学入門』（弘文堂，１９８２年）１０６－１０７頁

法の主体の重要性

法は，人間に出でて，人間に働きかけるものであるが，それはあくまでも人間の営みを通じてなされるものであることは，第一講で述べたところである。このことは，法を動かす人間の如何によって，法のもつ意義や効用も大きく異なってくる可能性があるということにほかならない。

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・手続が備わってはじ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。

三ヶ月章『法学入門』（弘文堂，１９８２年）１４頁

法律を学ぶために欠くことのできない一つの主体的な条件として，喜怒哀楽に織りなされるこの人間の社会や，そこで精一杯生きている人間というものに対して，大らかな人間愛に裏付けられた興味と知的好奇心をもっている，ということをあげることができよう。

第５ エピローグ