

司法は個に拠る

（「臨床法学」への誘い）

奥 林 潔

1 序

(1) 平成25年4月9日付朝日新聞の社会面は「上告審見通し米へ伝達 砂川事件で最高裁長官」との見出しのもとに「米軍の旧立川基地デモ隊が侵入した『砂川事件』で、米軍駐留を違憲とした一審判決の後、当時の最高裁長官が駐日米公使らと密談し、上告審の見通しなどを述べていたことが、米国の公文書で明らかになった。……田中長官が当時の米首席公使と『共通の友人宅』でかわしたやりとりとされる……中で田中長官は、砂川事件の最高裁判決が『おそらく12月であろう』『実質的な全員一致を生み出し、世論を揺さぶるもとなる少数意見を回避するようなやり方で運ばれることを願っている』と述べた。……砂川事件に詳しいA法科大学院教授は『司法権の独立の侵害だけでなく、他の裁判官の意見に介入する様子もうかがえ、裁判官の独立を定めた憲法76条に違反する恐れもある』と批判する。」と報道した。

A教授が「司法権の独立の侵害」と指摘したという。しかし、司法権の独立は、本来、「司法が立法・行政とは独立した存在であり、裁判所が国会や内閣からいかなる干渉も受けない」というものである。問題となったのは司法の中枢部にいた田中最高裁長官の言動である。A教授は司法権の独立の侵害をどこに捉えたのであろうか。また、A教授は「他の裁判官の意見に介入する様子もうかがえ……」とするが、A教授は、

裁判官の合議をどう捉えているのであろうか。裁判官の合議は、各裁判官が意見を出し合う場である。そこでは、ときに他の裁判官の見解を批判することもあろう。A教授は、そのような合議を否定したいのであろうか。このような疑問が生じた。しかし、新聞の社会面の速報はこのようなものであろう。

- (2) 朝日新聞は、同月14日付社説でこの問題を取り上げた。タイトルは「米軍と憲法 最高裁長官は何をした」である。問題の所在を的確に捉えたかのように思えた。しかし、本文中では、再び「司法の独立は守られたか」「評議は適切に行われたのか」と繰り返している。
- (3) 一方、日本経済新聞は、同月21日付「日曜に考える」欄で、「(田中長官は) 熱心なカトリック信者にして共産主義への強い危機感を持つ法学者で、学会から戦後は文相、貴族院議員、参院議員、そして最高裁長官と三権のすべてを経験した。大臣が最高裁判事になった例はほかにない。……田中長官と米国との関係は「時代」と「個性」を抜きには語れない。田中長官の言動を「司法の対米従属」「米国の司法への介入」と評する見方がある。」とした。問題の所在を正確に捉えたようである。

そして、B元教授の「文書には田中長官の自由な意思が感じられる。長官自らは司法の独立を疑っていなかった可能性もあり、話は単純でない」との見解を紹介したうえ、「確かに、田中長官とマッカーサー大使は親しい友人だったと言われている。とはいえ、司法の独立と信頼を無にする行為だとして、田中長官は批判されてしかるべきである。もし長官が別人であれば、米国側はもっと高圧的に情報を求めたかも知れない。そういう時代でもあったのだ。」とし、「元最高裁判事は、砂川事件の判決文自体に田中長官の強引な訴訟指揮の跡はうかがえないという。しかし本当のところはどうだったのか、その検証抜きには歴史の教訓になりえない。」とくくった。そのくりに違和感を感じる。訴訟指揮は、訴訟を円滑に進行させるためのものであり、それが判決文に載ることはまずない。痕跡探しは徒労に終わろう。そもそも最高裁の大法廷は15

名もの裁判官で構成されている。そのメンバーは、識見が高く法律の素養のある者の中から内閣が任命しており、少なくともそのうち10名は法曹資格を有している。田中長官がいかに豪腕であったとしても、裁判長1人の考えを他の14名の裁判官全員に押しつけることができようはずがない、と思う。私は地方裁判所の裁判長を担当し、東京高等裁判所の裁判長も経験して、そのように言える。田中長官の考えが、当時の特異な社会情勢のもとで、他の最高裁裁判官の全員に受け入れられたのである。ちなみに、駐日米大使マッカーサー2世は、米政府にあて「全員一致の判決は、裁判長の手腕と政治力に負うところがすこぶる大きい」と公電している。なお、B元教授は、近著の「砂川事件と田中最高裁長官」（日本評論社）の中で議論を展開しているので参照されたい。

(4) 私はこれらの報道を読んで次のように考えた。

報道記者は、自己の意見を識者に語らせる手法をとることがある。よく登場するのが大学教授である。大学教授は有識者の典型であり、専門知識に基づいて論理的な説明ができるからである。しかし、登場した教授は、記者の代弁をさせられただけであり、「司法権の独立の侵害」はキャッチフレーズにすぎなかったのではないかと、と思われることがある。これは一般論である。

私は、先輩、同僚或いは後輩の裁判官諸氏を思い浮かべると、それぞれ裁判官としての役割を良く果たしていると思う。

砂川事件に即して考えよう。私には、担当裁判官がどのような状況に置かれていたかが問題である。というのは、もし私が担当させられた場合、その時に与えられた資料や合議の成り行き次第では違憲判断をしたかも知れないし、或いは、そうでなかったかも知れない、と思うからである。不謹慎と言われようが、合議にはそのようなところもある。私は、上記最高裁判決について、さもありなんと思う。そして、その後半世紀を経過した現在の裁判官諸氏を見ると、田中長官に似たタイプの人もあるし、違憲判決に与する人もいよう。裁判官は置かれた状況によっ

て判断をしている。そこに裁判官の個性も出て来る。最近の衆議院議員選挙の一票の格差の違憲訴訟に関する各裁判所の判決の様子を見ると、その思いを強くする。

私は、臨床心理学や臨床哲学と同じように、「臨床法学」もあって良いのではないかと思う。その立場からより良い司法改革の提言ができよう。

そこで、私に関与した裁判を素材にして、判決の形成過程や専門誌の関わりを紹介し、司法の現場にいる個人の動きなど、臨床法学の素材をここに提供することとした。

なお、これから記述するのは、かなり古い記憶に基づくものであり、不正確な点があろう。そもそも合議の秘密は漏らせるものではない。このような制約下にある素材の提供である。

2 私の関与した判決について

- ① 公労法17条は違憲（動労盛岡地本半日スト解雇無効確認事件）（盛岡地判s49.6.6、判時743・3、判タ308・166、中山和久「争議権裁判例の軌跡」365頁（一粒社））

この判決は判事補の3年目に関わっている。当時は労働争議が多発し、それが裁判になることも多かった。私は、左陪席として、多数の裁判例を集め、その中に本件を位置づける作業に従事した。それに基づき合議をした結果、控訴審で破棄されることも想定したうえ、一審段階で公労法17条が憲法に違反するとの判断を示す意義がある、となった。労働法学者からは高い評価を得たが、そちらからは当然の反応である。

違憲判決と裁判官の保身

裁判官が保身を図って違憲判断を避けたのではないかと、言われることがある。

しかし、憲法判断を求められても、判断過程で憲法問題に触れる必要がなくなることもある。それは判断の過程でそうなったのであって、それをもって直ちに裁判官が憲法判断を回避したと非難することはできない。

確かに裁判官の負担は違憲判決を書く方がはるかに大きい。というのは、違憲判決の社会に与える影響が大きく、違憲判断をした理由を正確に説明する必要があると共に、その判断が上級審の批判に堪え得るものに構成しなければならないからである。上級審で破棄されることが明らかな判決は、はた迷惑である。

合憲判決は一般的には当然と受け止められるので、あまりその判断の説明をする必要がない。

違憲判断をするかどうかには裁判官の個性が出る。世の中には、無難に処理しようとする人がいれば、積極的に動く人もいる。裁判官には前者のタイプが多そうである。

違憲判決をした裁判官の人事評価を心配する向きもある。確かに、世間の耳目を集める判決をすれば、人事担当者も注目しよう。しかし、結論が合憲であっても、その理由付けがおかしければ、評価は下がる。違憲判断に至った理由に筋が通っておれば、裁判として成り立つのであり、違憲判決をしたからといって、直ちに人事評価に悪影響を及ぼすことはなからう。ただし、裁判官としてのセンスを疑われることがあるかも知れない。

ちなみに、合議体として違憲判決を出すかどうかは、裁判長の姿勢に拠るところが大きい。退官間際の裁判長が大胆な判決をする傾向があると言われる。裁判官を辞める気持ちになると、裁判所の組織内にいる心理的規制が弱まるのであろうか。

私は、実務修習地のS刑事部長に私たち夫婦の結婚式の仲人になってもらっている。S部長に対する職員の評価がとても良かったからである。S部長は、地裁裁判長として最初に尊属殺加重処罰規定違憲判決を出している。最高裁で認められたが、しかし、人事当局の評価は良くなかったようである。S部長は、地裁の部長で定年を迎え、その後のポストには遠隔地

の簡裁判事(従来書記官がなっていた)を内示され、S部長はそれを拒否して退職し、地元の弁護士がS元部長のために弁護士事務所の開設を手伝った、と聞いている。また、S元部長は、勲三等の叙勲についても、それを貰うに値する裁判所職員がいるとして自らの叙勲を断っている。そのS部長が、私に、「結婚式の仲人はY地裁所長の方が良いのでないか。私を取り次いであげる。」と誘いかけてくれた。Y地裁所長はいわゆる新刑訴派のエリート裁判官である。S部長の誘いによってY地裁所長に仲人になって貰っていたら、私の裁判官人生は全く違ったものになっていたであろう。しかし、私たち夫婦はS部長に仲人をお願いした。S部長が仲人をした判事補らは何人もいたが、同部長の通夜に呼ばれたのは私たち夫婦のみであった。

以下の判決は、私が東京地方検察庁に出向して捜査・公判立会を経験し、裁判所に戻ってからのものである。

私は、大学院修士課程で財産法を専攻し、民事裁判を専門に担当することを希望していたが、10年目の転勤で東京地検に出向し、そこで刑法や刑訴法の勉強をするようになり、裁判所に戻ったのちも刑事裁判を専門に担当した。そのため、私は一般的な刑事裁判官とはタイプを異にしている。

② パチンコの景品引換券は有価証券に当たらないとした事例(東京地判s58.9.12、判時1118・222、刑月15・9・475、和久峻三「法廷博物学」207頁(中公文庫))

本件は、パチンコ店の景品引換券の球数を改ざんして景品をだまし取ろうとしたのを有価証券変造・同行使罪等で起訴した事案である。

私は、証拠物として提出された景品引換券を手にして眺めるうち、景品引換券付きの単なる「レシート」ではないかと疑問になり、立会検察官に話したところ、立会検察官が、自ら補充捜査をし、他店の景品引換券も証拠物として提出した上、予備的訴因として有印私文書変造・同行使を加えた。そこで、私は予備的訴因で有罪認定をして判決が確定し

た。立会検察官が、私の問題意識をよく理解して、それに沿った補充捜査と公判活動をしたのである。

捜査担当検察官と公判立会検察官

東京地方検察庁には、捜査を専門に担当する部門（刑事部、特別捜査部等）と裁判所の公判立会を専門に担当する部門（公判部、特別公判部）がある。捜査部が公判部より格上の扱いのようである。ことに特別捜査部には優秀な検察官が配置されている。

公判部の検察官は、立ち会う裁判所の部や係が特定されており、立会部の裁判官に合わせて立証活動等をしている。

一方、刑事部の検察官は、捜査を担当する方面（警視庁は管内を第一から第十方面まで分けている。）の警察署が決まっている。司法警察員は、方面担当検察官に事前に相談して捜査指揮を仰ぐことがある。警察で捜査を遂げても、検察官が引き継がなければ徒労に終わるからである。本件でその相談があったかどうかは不明。

③ ゲーム機賭博における常習賭博罪の成立範囲（東京地判s59.11.5、判時1135・155、判評316・67）

ゲーム機賭博における常習賭博罪の成立範囲について、広く捉えるのか厳格に絞るべきかは、東京地裁刑事単独係の裁判官の中で見解が分かれていた。私は、厳格説を採っていたが、不安になって単独係にいた堀籠判事（後に最高裁判事）に相談したところ、同判事も同一の見解であった。そこで、私は、立会検察官に自己の見解を説明したところ、立会検察官は、私に強く見解の変更を求め、それがかなわぬと分かるや、「今東京地検内で検討中である」「法務省で検討中」などと、私の判決の言渡しの先送りを求めた。私は、次第に事が大きくなったことから、司法修習の実務地が同じであった同期の川端博明大教授に意見を求めたうえ、私の見解で判決をした。しかし、私と一緒に東京地検へ出向した池

田修判事が反対の見解で判決を出しており、同判事が最高裁調査官となって、本判決はあえなく破れた。私の判決について、判例時報の解説が消極なコメントをしたが、判例評論では学者から支持されている。判例時報の解説は最高裁調査官が担当したのではなかろうか。

- ④ 覚せい剤の譲受けがその後の使用の罪に吸収され独立の罪を構成しないとした事例（新潟地判s60.8.12、判時1171・147、判評329・76）

本件は、その場にあった覚せい剤を被告人が使わせてもらった事案である。私は、覚せい剤使用の罪で処罰すれば事足り、覚せい剤譲受の罪を併合罪として起訴して1.5倍の処断刑を引き出す必要はなかろうと考えて、検察官と一線を画す姿勢を明らかにするため、本判決をした。判例評論で牽連犯という見解が述べられており、さもありませんと思う。

本判決には、検察官として不服であったろうが、判決の主文に一部無罪が出なかったことから、控訴をしなかった。

- ⑤ 7歳の女兒の乳房も強制わいせつの対象（新潟地判s63.8.26、判時1299・152、川端博・法学セミナー416・99）

弁護人は、「小学1年生の女兒は性的に未発達であり、強制わいせつの対象ではない。」として無罪を主張した。確かに赤ん坊を相手とすれば私も無罪の判決をしたであろう。ならば、何歳になれば強制わいせつの対象となるのか、その線引きが分からず、最初に鯉越新潟大学教授に相談した。鯉越教授は、「それは無罪であろう。」と言う。しかし、私としては到底無罪にはしにくく、川端教授に相談したところ、「有罪だ、俺に相談しろ。」と答えた。そして、川端教授は、本判決を法学セミナーで取り上げ、「妥当な結論であると思う。」と自説を展開している。

- ⑥ 医師に対する要求が恐喝行為に当たらず無罪（新潟地判h3.3.20、判タ755・226、山中敬一・法学セミナー441・139）

本件は、暴力団員が、入院中に暴力を振るった医師に対し、暗に金員の支払いを伴う謝罪を求めたことが恐喝行為に当たらないとした事例判決である。

弁護士は、無罪主張をしたものの、本当に無罪判決を得られるとは思わなかったようである。私も、検察庁が無罪判決を受けて引き下がるとは思えなかったが、検察官は控訴をしなかった。

そこで、私は、恐喝罪の成否の参考事例として、判例タイムズ社に本判決を送付したところ、同社から解説も書くように求められた。これをきっかけとして、私から判決を判例タイムズ社に送り、そのコメントも書くようになった。そして、判タの解説は、コメントよりそこに掲げてある参考判決や参考文献が役立つ、と分かったのである。一方、判例時報に登載された判決は、その判決が新聞に載ったことから、判例時報社の方から判決の写しの送付を求めて登載したものである。

- ⑦ 試乗車の乗り逃げは窃盗ではなく詐欺（東京地八王子支判h3.8.28、判タ768・249、法学セミナー447・115）

本件は、試乗車の乗り逃げ事件を被告人の前科から常習累犯窃盗罪として起訴した事案である。

弁護士は、「公訴事実を争うつもりはないが、本件は試乗を口実に車に乗った事案であり、自動車会社の従業員が車の占有をその意思に基づいて移転しているので、窃盗罪ではなく、詐欺罪に問うべきものと思われるが、その判断は裁判所に任せたい。」とした。そこで、公判立会検察官が、試乗車の取扱状況について補充捜査をしたうえ主張・立証をし、本判決となった。私が本判決を判例タイムズ社に送ったのは、常習累犯窃盗の訴因に検察官が詐欺罪の予備的訴因を追加し、裁判所が後者で有罪判決をしたことの当否を知りたかったのである。しかし、その反応はなく、窃盗か詐欺かの擬律として刑法のコンメンタールに掲載され、司法試験受験用の問題に使われ、そして現在も試乗車のシールを貼った車が街中を走り回っているだけである。

- ⑧ 警察官に押収させるために拳銃等を庭に埋めたのは無罪（東京地八王子支判h4.3.16、判タ788・274）

本件は、専ら警察に押収させる目的で、知人にけん銃等を入手させて

自己の事務所の庭先に埋めさせたことが銃刀法等の所持罪に当たらない、とした事例判決である。私は、右陪席裁判官として本判決に関わったのであるが、本判決を判例タイムズ社に送ったのは、違法捜査を取り上げたのではなく、敬愛する裁判長の退官記念である。

⑨ 覚せい剤使用の自白の信用性を疑い無罪 (東京地八王子支判h5.12.7、判タ842・215)

本件は、氏名不詳者に覚せい剤を注射させて使用した、との捜査時の自白の信用性を否定して、無罪を言い渡した。

一般的には、取り調べを受けて、覚せい剤を使用したことは認めざるを得なくなったが、その覚せい剤の入手先を秘匿するため、このような弁解をすることが多い、と言える。

私としては有罪判決を出したかった。その方が一件着落となろう。しかし、あえてそうしなかったのは、私が判検交流の一員として東京地検に3年間在籍したことにある。検察庁に出向して戻った裁判官には、同じ釜の飯を食った仲間として、検察官との癒着を疑われていた。そのため、私は殊更に検察官に厳しい態度を取っていた。駅のホームから私を線路に突き落とすのは検察官だろうと思ったほどである。

私は、判タの解説で「実務感覚からすると、このような覚せい剤使用の発覚・捜査・公判の流れをたどる事案は、通常有罪判決が出て落ち着くものと思われる。」「このような事件の筋の読みから、検察官による詰めめの捜査が甘くなり、公判立証も不十分となって、無罪判決となったものようである。」などと人ごとのように書き、「この種事犯の捜査を担当する警察官及び検察官にとって、起訴した後の公判の推移を知る一事例として参考となろう。」と注意を促した。

検察官が控訴したが、その結果は知らない。

判検交流

裁判官と検察官の人事交流は、立場を替えて経験することがより良い仕

事に資する、として始まったようである。しかし、それが癒着とみられて、評判が良くなかった。私は、判検交流によって裁判官と検察官が癒着することはないと思う。ただし、裁判官の中には行政官的なタイプの人（本稿の田中長官がそうであろう。）がおり、検察庁に出向したことによりその性向が強まることもあるかも知れない。しかし、私のように、殊更に検察官と距離を取ろうとする者もいる。一方、検察官が、裁判所に出向して、職場体質の違いから職員とトラブルを起こしたこともある。人様々なのである。

⑩ 多量の銃器等を所持していた元暴力団組長に最高刑の懲役20年の実刑（前橋地判h7.1.19、判タ871・295）

前橋地裁以降の判決は、私が裁判長として関わったものである。判決は、左陪席裁判官が起案をし、右陪席裁判官が手を加え、裁判長が最終調整をする。ちなみに本判決の右陪席は、私の大学院財産法研究室の仲間である。その2人で前橋地裁の刑事裁判を担当していた。「刑事裁判官は腹で、民事裁判官は頭で仕事をする。」などと言われることがある。本判決で有罪認定をした大麻の営利目的所持の部分は、高裁が営利性を否定し、本判決を破棄して自判した。私たちは間違っていないのにと顔を見合わせたものである。

合議体における裁判長

裁判長は裁判体のリーダーである。法廷ではそのように振る舞う。しかし、裁判官室に戻れば別である。机や椅子その他の備品は新任も裁判長も同一。合議も同じ一票。裁判長としては、法廷の審理を終えるつど、合議をして意見をまとめるのが望ましい。しかし、現実には、裁判長も右陪席も単独事件の処理に忙殺され、合議事件は主任である左陪席に任せがちになりかねない。左陪席は、右陪席に相談し、裁判長は蚊帳の外となる。そして陪席裁判官が二人で話し合っただけで結論を固めてしまい、裁判長が、少数

意見となることがある。その痕跡を判決書や判タの解説に認めることができる。

⑪ 公選法違反の追徴の範囲 (前橋地判 h7.9.21、判タ 892・273)

受供与者が受供与金額の一部をさらに第三者に供与した場合と追徴に関する判決である。その判断に自信があったわけではないが、判決が確定したので、珍しい事例として紹介した。

⑫ けん銃実包の譲受けは銃刀法違反のほか火薬類無許可譲受罪にも該当し、観念的競合 (前橋地判 h8.3.14、判時 1571・150)

本判決は、警察官の不祥事として大きく報道され、判例時報の解説は「本判決の認定によれば、警察官である被告人と暴力団幹部との癒着構造は、想像を絶するほど深刻であり、これを厳しく指弾した点でも、同判決は注目に値する。」とした。本判決は現在でもインターネットに載っている。

⑬ 検察官による刑事確定訴訟記録の閲覧不許可の一部が不当 (前橋地決 h9.7.8、判タ 969・281)

上記⑫の確定判決をジャーナリストが閲覧しようとして検察官から拒否され、不服申立をした事例である。本決定に対し、ジャーナリストから特別上告をしたが棄却されている。

⑭ 生後約7か月の嬰兒を殺害した母親に対し、犯行当時抑うつ状態にあったとして心神耗弱を認め、執行猶予付き懲役刑 (東京地八王子支判 h10.10.26、判時 1660・159)

本判決は証拠として採用した精神鑑定の結果に従ったにすぎず、参考判決ではない。新聞に載ったため判例時報で取り上げた。

⑮ 被告人が重度の聴力障害者で知能が軽度精神遅滞もしくは境界域にあるとして訴訟能力を否定し、公訴棄却 (東京地八王子支判 h10.12.24、判タ 994・290)

検察官が自ら公訴を取り消した事例として紹介した。

- ⑩ 警察官がホテル客室内に立ち入って発見・押収した証拠について、違法捜査を理由として覚せい剤常用者を無罪（東京地八王子支判h10.10.28、判タ1009・295、判時1666・156）

合議をするのが手遅れとなり、その判決が控訴審で破棄されるのも忍びないことから、私は、判タの解説に「否認して争ったが故に放免されるのが本件で3度目となる。……逃げ得を許さないため、かかる被告人に対しては厳しく対処すべきであろう。」とし、無罪判決をするために参考にした公判物未登載の判決を列举した。そして、「捜査の必要と人権の擁護の接点を検討する上で参考となる事例と思われる。」と書いて、手荒な捜査をすると無罪判決を受けると捜査官に警告した。

その控訴審判決（東高判h11.8.23、判タ1024・289）の判タの解説は、「一審判決は、判断に当たってこの事実をあまり考慮していないようである。」とした。控訴審の担当裁判長と顔を合わせた際、本件が話題となり、同裁判長は、「それにしても最高裁の判決は遅いな。」と気にしておられた。その最高裁判決（最判h15.5.26、判タ1127・123）の判タの解説には、「事実関係の個性が強いため、これらの先例から直ちに結論を演繹できるようなケースではないであろうが……」「一審判決の立場と原判決及び本決定との間には、さほどの相違はないとの見方も可能であろう。」とあった。私は、分かって貰えたと安堵したものである。

- ⑪ 被告人が捜査段階から第一回公判まで一貫して維持した「母親を殺した」との自白の信用性を否定し、無罪（東京地八王子支判h12.2.9、判タ1053・284）

国選弁護人が、被告人の自暴自棄となつてした虚偽の自白であることに気づき、被告人と話し合った結果、被告人が否認に転じ、同弁護人が裏付けの立証をして、本判決となった。私は、その真摯な弁護活動に敬意を表し、参考事例として公表した。

刑事裁判と訴訟経済

被告人が争った場合、どの程度に証拠調べをすべきかは、訴訟経済の観点からも検討が必要である。刑事裁判は何よりも迅速な審理を求められる。無用な争いに付き合えば、他の事件処理に悪影響を及ぼす。本件のように、本人が刑務所に入るつもりで虚偽自白をしたのであれば、弁解をしても手遅れとして有罪判決をするのが現実的な処理であろう。しかし、私は、我が法が証拠裁判主義を採っており、弁護人の信頼を得るためにも、被告人の弁解の裏付けの立証に応じた。

日本の刑事裁判の有罪率は99.9%である。その有罪率の高さからすれば、起訴されたものをすべて有罪としてもほぼ間違いがない。そうだとすれば、被告人の弁解に沿って延々と証拠調べをするより、ほどほどに弁解に付き合っただけで速やかに有罪判決をする方が、有能な裁判官と評価される。

日本の警察官は優秀である。しかし、人間が担当する以上、何事にも失敗がつきものである。捜査の失敗を見抜くのが検察官の役割である。ところが、検察官も極めて多忙である。慎重に捜査をすると事件を溜めてしまい、捜査不適格の烙印を押される。検察官が、事件処理を急ぐあまり、警察の誤捜査を見落として起訴することも全くないとはいえない。私は、裁判官がそれを見逃せばどうなるのかと考えて刑事裁判を担当していたところ、最も事件を溜める単独係裁判官の一人となって回りから心配された。

検察官は組織の一員であり、裁判官も裁判所の組織内にいることに変わりがないのである。

- ⑱ 目撃供述の信用性が疑われ、被告人のアリバイ主張も排斥しがたいとして無罪（東京地八王子支判h12.4.13、判タ1053・284）

本判決は、私が転勤直前に無罪判決を言い渡そうとしたところ、検察官から判決言渡期日の延期を求め、私は判決言渡期日を延期して後任裁判官に引き継いだ。

検察官は、後任の裁判官に対し、弁論の再開申請をしたが、後任裁判

官が弁論の再開申請を却下して本判決を言い渡した。検察官が控訴せずに確定している。

3 実務の実情報告について

- (1) 私は、判事補の5年目に大阪地裁保全部に配属となり、そこで裁判長の発案による同部での実情調査に従事した。その結果が判タ341・39、345・25に連載されている。その裁判長が学究肌であり、私に強い影響を与えている。
- (2) 私は、刑事裁判に専従しながら実情調査をし、その結果を「無罪の実情」や「量刑の実情」などとして公表した(判タ837・6頁、判タ904・19、判タ1066・87、判タ1077号・40、判タ1109・65、判タ1115・63、判タ1127・53)。私の結論は、「無罪は嗅覚、量刑はセンス」である。

4 小括

裁判官には、司法修習生の中で平均点以上の成績評価を受ける者がなっているようである。そして、判事補時代に更に教育を受けて法律的な思考力が養成される。しかし、裁判官の個性が色々な場面で現れてくる。巷では、裁判官の当たり外れがある、と評しているようである。

一方、検察官について、ある裁判長は、司法研修所の教官時代の思い出として、「検察庁は、裁判所がのどから手が出るほど欲しくなる優秀な司法修習生を毎年10人ほど採ってしまう。その一方、司法修習の最終試験に合格するかどうか心配な人もどんどん採用している。どうなっているんだろうね。」と漏らしていた。

検察庁は、第一線の捜査・公判立会に従事する検察官を多数必要とす

る。その決裁官には有能な人材が必要である。また、検察官には、国が当事者となる訴訟を担当する訟務検事のほか、法務省の内部部局や外国大使館勤務など国家機関で重要な役割を果たすポストがある。それらの重責を担う優秀な検察官が必要なのである。検察庁に出向してみると、確かに、器量の大きい上司にも会えたが、裁判官になれそうにもないので検察官を希望したと言う公務員志向型の検察官も少なくなかった。

刑事裁判は、このような検察官と裁判官との協同作業であり、そこに弁護士が絡んでくる。

私の無罪の実情報告は、何人もの検察官から個人的な協力を得た。そして、その報告は、捜査官の研修にも利用されているようである。私自身、検察官の会合で講義をしたこともある。

私は、裁判官と検察官がお互いに切磋琢磨する緊張関係により健全な司法が運営されるものと考えている。それぞれの組織で問題な者がおれば、それなりのポストに配置されている。そのような人事が自己規制となろう。

その規制がないのが公証人である。公証人は、元々法務・検察官僚のいわば第二の職場であったが、途中から裁判官等も任命されるようになった(司法大観参照)。公証人は、いわば独任官庁である。公証人会は自治組織に過ぎず、公証人の個性が現れる。

5 公証人について

公証人は、今や重要な司法の一員である。

というのは、公証人は、遺言や金銭の貸借など重要な法律行為の存在について証明力を付与するばかりか、金銭債務については執行力も付与している。また、法は、任意後見契約等の重要な契約を公証人に担当させている。公証人が、その役割を適切に果たせば紛争の予防となろう。そして、公証人は十分その役割を果たしていると思う。

しかし、次のような気になることがある。

遺言公正証書を作成した当時、遺言者に遺言能力が無かったとして遺言公正証書を無効とする判決が出るのが珍しくない。東京公証人会の会報にその都度紹介し、注意喚起がなされている。ところで、私が、執務場所近くの大きな病院を訪れた際、身分を明らかにして、入院患者の遺言の可否について尋ねたところ、入院病棟の窓口にいた事務職員は、病状について話せないと建前を言いながら、「領くくらいならできる。」と小さく呟いた。公証人が、これまで、その病院へ行って、本人が領くだけで遺言公正証書を作成していたのであろうか（民法 § 969 の 2①参照）。そのような認識が社会に蔓延しているのであれば由々しきことである。

また、任意後見契約については、受任者の適格性の審査を疎かにし、安易に不適格者に任意後見人を受任させたため、財産を使い込まれる事件が起きていると社会問題になったことがある。信託契約は、更に強い権限を受託者に与えるので、一層の慎重さが求められる。しかし、そのようなことに無頓着に任意後見契約や信託契約をさせているのでないか、と心配になることがある。

最近、次のような相談を相次いで受けた。

一つは、全国にホテルチェーンを展開する本部の担当者が、「某市から土地の提供を受けてホテルを建設することになり、近くの公証役場に事業用定期借地権契約公正証書の作成を依頼しに行ったところ、公証人から、「契約期間の最初は賃料をとらないので、その部分は使用貸借に当たる。そのような事業用定期借地権契約はできない。」と断られた。」と相談に来た。某市は、企業誘致のため、開業当初の利益が上がりたみられる期間の賃料の支払いを免除したのである。このようなフリーレントの期間を設けた家屋賃借契約は珍しくない。私は、その旨を説明して、公正証書の作成を断った公証役場に近い大都市にいる元民事ベテラン裁判官の公証人に相談者を取り次いだ。その後、相談者から無事に公正証書を作成して貰えたと謝意を表されている。

近代的な公証制度は、「中世11、12世紀に、北イタリア地方で、ヴェネチアを始めとする商業都市国家が繁栄し、商業活動が活発化するのに伴い、市民が増大する契約書の作成を、職業的な専門家、今で言う公証人に依頼したことに始まる」とされる。その流れを汲む我が国の公証人は、法律はもとより、取引社会の実情に通じて社会の需要に対応すべきである。

もう一つは、ある人が、「代償金支払いの公正証書を作成して貰うため公証役場へ行ったところ、「遺留分を侵害していないので、代償金支払公正証書は作れない。」と断られた。」と相談に来た。私は、相談者が持ち込んだ代償金支払合意書を検討したが、遺産分割に関する相続人間の合意としては誠にもっともな内容であり、念のため会計士の意見も徴したが、格別問題もなかった。そこで、私はその公正証書の作成を担当することにした。その合意内容を公正証書の条項化するのには一苦労した。

以上は、公証人の担当（執務）能力の問題である。

次は、公証人の個の問題である。

某公証人は、自ら信託契約を率先して手がけ、実績を上げるため、当事者がよく理解できないまま信託契約をさせたり、相談を受けると、「本人は成年被後見人になっているので、医師の立会がなければ遺言公正証書は作れない。しかし、信託契約にはそのような制約がないので、信託契約なら作ってあげられる。」とか「本来なら後見監督人の監督を受けなければならないが、信託契約なら、そのような制約を受けずに自由にできる。」などと説明して信託契約の利用を積極的に薦めていた。同公証人に対し、慰留分の減殺請求を逃れる方法の相談をしている人もいる。

同公証人は、信託の本を出版（自費）し、「この本の〇〇頁に書いてある。読んでないのか。」などと喧伝しているが、その元となるものが公証人の機関誌「公証」に掲載（投稿）されたときは、ベテラン民事裁判官であった公証人からは、「何であんなものを公証に載せるんだ。」と不評であった。このように“自我”実現にまい進し、個人的にも問題を引き起こすような人でなければ、新しい分野の開拓が早まらないのであろう。

元検察官は民法等の勉強をして司法試験に合格する実力があつた人たちである。しかし、その後30年以上のブランクがある。60の手習いとなることは否めない。もちろん、それを克服できる人もいる。

元裁判官について言えば、その殆どが民事事件を担当したことがあり、公証人になった後も研鑽を怠らない。自己規制も強い。しかし、裁判官出身の公証人は約4分の1にとどまる。その余は法務省（検察庁を含む）等の出身者である。アングロサクソン系の公証人のように文書の認証や宣誓供述書を作成するだけであれば、法務省関係の元エリートで良からう。しかし、我が国はラテン系の法制度を採り、公正証書の作成が公証人の職務の中で重要な位置を占める。加えて、かつてはサラ金関係の金銭貸借や不動産賃貸借など定型的な公正証書の作成が多かったが、今や遺言・離婚・任意後見契約などで、しかも現に問題が生じているか或いは将来紛争が起きることを予想した公正証書の作成依頼が増加している。それなりの知識や経験を有する公証人が必要となっている。これまでのような公証人の任命方法では対応できない社会情勢の変化である。

もちろん、元法務・検察関係の公証人のほとんどに問題がないことは言うまでもなく、ごく稀な出来事をここに取り上げて問題の所在を見ようとしたにすぎない。

6 司法を担う者（個）について

現実に司法を担うのは、どのような人たちであろうか。

法曹の一員となるには、司法試験に合格しなければならない。そのためには司法試験の合格者を多く輩出する法学部（法科大学院）に進学することになる。中学や高校時代の同級生を思い起こせば、どのような人がそこへ進学しているのか分かって。その中から受験勉強に耐え抜いた者（ただそれだけのことであろう。ちなみに要領よく合格した者は後で問題を引き

起こすことがある。)が、司法試験に合格し、司法修習生を経て裁判官、検察官、弁護士になっている。それら者の行動傾向は中学・高校時代とさほど変わらない。ただ、所属する組織により自己規制が働いている。その組織から飛び出す人も少なくない。そして大成したのが西野教授である。私には飛び出す勢いもないまま組織内に留まり、本稿のような有様であった。

このたび、西野教授の退職記念論文集への寄稿の誘いを受けて本稿を起こしている。私は新潟高校出身である。思いを果たせなかったが、新潟大学法学部が第一志望であった。そして、裁判官になってから何回か新潟大学を訪れて講義をさせてもらっている。私の新潟大学法学部に対する思い入れは、西野教授よりも古く、かつ負けず劣らず強いのである。本稿で司法の現場を紹介したのは、学生諸君に私たちに続いてほしいからである。もしかしたら私もなれると思ったであろう。本稿は法律論文の体をなさなかった。西野教授の呆れた顔が目には浮かぶが、できの悪い先輩に頼んだのが間違いのもと、あきらめて頂きたい。

しかし、「臨床法学」への誘いは本気である。

司法を担う「個」の動きに歯止めをかけるルールは必要である。しかし、それで全てが賄えるわけではない。司法を担う「個」が問題である。「個」を育てる法学部や、その以前の間人教育に期待せざるを得ない。司法を担う「個」の動きは、動物行動学の知見（日高敏隆「人間はどういう動物か」ちくま学芸文庫）からも了解可能である。

なお、冒頭の田中最高裁長官は、司法権の独立を侵害しておらず、また、裁判官の独立を損ねていない、と思う。田中長官の外交官的な行動を問題とすべきではなかろうか。