ROMAHOPEDIA　（ローマ法便覧）

PARS　SECUNDA （第二部）

ラテン語法格言めぐり

目次

はじめに
＜１＞　「誰も悪い人とは推定されない。」
（Ａ）　「無罪推定をめぐって」　①～⑧
（Ｂ）　「冤罪痴漢をめぐって」　①～⑬
＜２＞　「自白は証拠の王。」
（Ａ）　「自白の評価」
（Ｂ）　「自白の周辺」
＜３＞　「非理法権天」
＜４＞　「最高の正は最高の不正。」
＜５＞　「悪法も法なり。」
＜６＞　「目には目を、歯には歯を。」
＜７＞　「暴力を暴力で退けることは、許される。」
＜８＞　「弱きもの、汝の名は女なり。」
＜９＞　「平和の法と同じように、戦争の法もある。」
＜１０＞　「天声人語」
＜１１＞　「人の中によりも、物の中に、いっそう多くの担保がある。」
＜１２＞　「もう一方の側も聴かれるよう。」
＜１３＞　「商人には、互いに欺くことが、許される。」
＜１４＞　「自身の権利を用いる人は、誰も、悪意を持って行動するものとは見られない。」
＜１５＞　「決定されたことに従い、また、落ちついたものを動かさないこと。」
＜１６＞　「裁判官は物言う法律である。」
＜１７＞　「このことは、何ら、私たちに関係せず、キケローに関係する。」
＜１８＞　「行なわないことも、行なうことである。」
＜１９＞　「無『責任』の世界」
＜２０＞　「過失がなければ、賠償はない。」
＜２１＞　「法律がなければ、犯罪はない。　法律がなければ、刑罰はない。」
＜２２＞　「慣習はもう一つの法律である。」
＜２３＞　「刑事訴訟は民事訴訟の先決には成らない。」
＜２４＞　「形式はものに存在を与える。」

＜２５＞　「法は善および衡平の術である。」
＜２６＞　「法学は、神事および人事の知識であり、正と不正の識別である。」
＜２７＞　「時においていっそう早ければ、権利においていっそう強い。」
＜２８＞　「同棲ではなく、合意が、婚姻を作る。」
＜２９＞　「誰も、自身の持っているよりも多くの権利を、他人に移転することは出来ない。」
＜３０＞　「組合の契約の中には、信義が溢れている。」
＜３１＞　「社会があるところに、法がある。」
＜３２＞　「市民法（ローマ法）における定義は、すべて、危険である。」
＜３３＞　「シュルスのタテマエ論・ホンネ論（Ⅰ）」
＜３４＞　「シュルスのタテマエ論・ホンネ論（Ⅱ）」
＜３５＞　「シュルスのタテマエ論・ホンネ論（Ⅲ）」
＜３６＞　「シュルスのタテマエ論・ホンネ論（Ⅳ）」
＜３７＞　「擬制は、真実に反するが、しかし、真実と扱われる。」
＜３８＞　「『二』と『三』と『四』の話」
＜３９＞　「分別して、統治せよ。」
＜４０＞　「利息は、自然に由来するのではなくて、法によって、得られる。」
＜４１＞　「委任は、無償のものでない限り、何ら存在しない。」
＜４２＞　「誠意は、同一のことが再度請求されることを、許さない。」
＜４３＞　「疑問のある場合には、被告人に有利に（判断されるべきである）。」
＜４４＞　「合意は守られるべきである。」
＜４５＞　「否認する者にではなく、立証する者に、証明が掛る。」
＜４６＞　「自然債務は残存する。　そして、それにより、弁済されたものは、返還請求されることは出来ない。」
＜４７＞　「言葉遊びの法格言」
＜４８＞　「国際的な法関係」
＜４９＞　「格差問題（大と小・多と少・上と下・主と従）」
＜５０＞　「ローマ法における衡平・イギリス法における衡平
＜５１＞　「ローマ法のバランス感覚・イギリス法のバランス感覚」
＜５２＞　「国家の関心」
＜５３＞　「対比論（少数と多数・一般と特別・文言=表示と意思＝意図・例外と原則・前と後・公と私）」

特別版　＜Ⅰ＞　三大重要事件などの総括　―　「足利事件」、「郵政不正事件」、「東電ＯＬ殺人事件」、「袴田事件」（再審過程のもの）をめぐって
［Ⅰ］「足利事件」について
［Ⅱ］「郵便不正事件」について

［Ⅲ］「東電ＯＬ殺人事件」について
［Ⅳ］「袴田事件」（再審段階のもの）について

特別版　＜Ⅱ＞　「合意は守られるべきである（パクタ　スント　セルワンダ。）。」論の周辺
はしがき
（Ａ）　政治世界における約束
（Ｂ）　法の世界における「パクタ　スント　セルワンダ。」論―概論
（Ｃ）　約束の原点
（Ｄ）　約束をめぐる世界のことわざ
（Ｅ）　授業料・入学金返還問題
（Ｆ）　賃貸借における「敷引き」返還問題、及び、テニスクラブの「入会金」返還問題
（Ｇ）　利息制限
（Ｈ）　生命保険の予定利率引下げ問題
（Ｉ）　「パクタ　スント　セルワンダ。」原則の資料的系譜
（Ｊ）　約束をめぐる責任
（Ｋ）　「パクタ　スント　セルワンダ。」論に関係する世界の法格言
（Ｌ）　法律を守ること
（Ｍ）　交通問題における約束ごと
（Ｎ）　総括

特別版　＜Ⅲ＞　終末期医療をめぐって
序論
本論　同意の深層―射水市民病院（富山市）における終末期医療事案を手がかりとして
（Ａ）　事件の発端
（Ｂ）　同意の諸相
（Ｃ）　尊厳死への取組
（Ｄ）　古代ローマにおける医療

○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○

はじめに

（Ｉ）この「ラテン語法格言めぐり」のシリーズは、「時の法令」誌（朝陽会・月二回発行）に、三〇年以上にもわたって連載されてきた、筆者の小作品群の一部に手を入れるとともに、新たに同系列の小作品を編成して、製作されたものです。　それに加えて、時事問題がらみの「特別版」四編が、置かれています。　今から一年前の二〇一三年の七月に公開した「ロマホペディア（ローマ法便覧）」の本体データには、

筆者個人にとっては驚異的とも言える数のアクセスを、皆様から頂きました。　心から御礼申しあげます。　その数は、二〇一四年七月現在では、四〇〇〇を超えています。　この現象は、「ローマ」、「ラテン語」、「ローマ法」という、トリオの「キーワード」が、高い知的レヴェルをお持ちの、無数の「インターネット人」の目にとまったお陰で、極く自然に生みだされてきたものなのでしょう。　筆者のような、大昔のことを調べる、旧世代の人間には、想像も付かない世界が、ここにあります。　法学の世界においても、歴史学の世界においても、まったく小さな存在でしかない、私たち「ロマニスト（ローマ法研究者）」の研究領域が、このようにして世間から注目されるように成ったのは、望外の喜びです。　このたび、「ロマホペディア」本体の完成からちょうど一年後の二〇一四年七月に、それへのアクセスの実績に勇気づけられて、その第二部を編成する運びと成りました。それが今回の作品です。　量的には、これは、その本体の六分の一程度のものでしかありませんが、それでも、これは、正式の本にすれば、五〇〇頁を超えるスケールにも成る、巨大な作品に相当します。　ところで、過去の毎月の雑誌連載物をこの第二部に取りこんでいく際、いくつかのスタイルが利用可能でしたが、筆者と致しましては、読者の方々に、月単位の「日記」のようにして、これを読み下して頂くことを、ぜひお願いしたいと存じます。　全体を整理して論文風にアレンジする方法も考えてみましたが、それでは、あまりにも硬すぎる上に、読みづらいところも、あります。　それに、このようなやり方が、理論・観念・想像よりも実際・現実・リアリティーを、思惟・思弁よりも実行・実践・行動を、推測・推理よりも経験を、総論よりも各論を、「タテマエ（建前）」よりも「ホンネ（本音」を、それぞれ、重んじてきたと考えられる古代ローマの人々の顰にならいながら、「ローマ法の語り部」としての仕事に励んできた筆者のやり方には、何やらマッチしないようにも思えましたので、ここは、執筆当時の、世の中のホットな動きに合わせて、月単位で書き記したところを、少しづつ見て頂くのも、一案かと考えた次第です。　月仕事の集積であるために、記述にはどうしても繰りかえしが多くなりますが、「余談・余録も含めて、その都度の世間の情報を筆者なりに盛りこんだ小品」、ということで、お許し頂きたいと存じます。

（Ⅱ）　＜１＞以下の命題に見えるラテン語文の文法的な解析が、読者の方々の許で必要と成ったときには、「ロマホペディア」本編の［Ｂ］部門のアルファベット順の命題リストを検索して、そこにある解説を利用して頂くのが、何かと便利でしょう。　もっとも、以下の記述にあるラテン語命題すべてについて、解析作業を可能にするような仕組みには、成っておりません。　それから、各文章命題の作者であるローマ法学者の活躍した年代のデータ、及び、各命題の出典などにつきしては、「ロマホペディア」本体の［Ａ］第四部第一章凡例９°に収載されている情報を御参照下さい。

(Ⅲ)　ところで、この「ロマホペディア」第二部の前に完成した「本編」のデータを入力する作業につきましては、筆者が「パソコン無能

力人」であった関係で、外注方式に頼るしか方法がなかったためもあって、人頼みのこの作業の完成には、実に、一五年以上も掛ってしまいました。　これに対して、今般の第二部は、筆者個人の手作業により、八カ月ほどで、原データが仕あげられております。　パソコン歴僅か二年の筆者が、ひどく見ばえの悪い、この五〇万字相当の学術情報を、何とか形のあるものに仕上げられたのは、京都大学法学部図書室係長の中尾佳樹氏の御助言と御助力の御蔭です。　この場を借りて、厚く御礼申しあげます。　ついでに、ここで、一年前に公開した「本編」の成りたちをめぐる事情について、あわせて、申しあげておきましょう。　今から数年前のあるとき、突然に、自身の仕事を世間に送りだしていくに当たって、正統的な、本の形態ではなく、データ方式を経由する新ルートがあることに気づき、その方面のことに特別に詳しい中尾氏のアドヴァイスに支えられて、その作業の準備に取りかかりました。　そのときには、妻の教え子であった有能な入力者に出あえたお蔭で、筆者は、データ入力の現場にはタッチせず、修正者・校正者の仕事に専念していれば、それでよかったのですが、しかし、今般の「第二部」作成の基本作業は、一から独力でやり遂げる必要がありましたので、気の遠くなるような、苦闘の日々が続きました。　どこへもパソコンの技法を習いに行かずに、自前の原始的な技術だけに頼って、不可解な動きばかりする、時代遅れの超旧型機と格闘する筆者は、アナログ系の古代ローマ人さながらの雰囲気を醸しだしていたことでしょう。　それでも、筆者の長年の「サポーター（？）」である、「時の法令」編集部（雅粒社）の方々の特別の御厚意や、京大法学部図書室の多くの係員の方々の御援助や、「パソコンの魔女（？）」である妻の日々のバックアップに支えられて、かなり不完全なものながら、ともかく、第二弾の作品がここに出来あがりました。　本当に有難いことです。　皆様方には、心からお礼申しあげます。

なお、本編の製作にあたっては、パソコン初心者に過ぎない筆者には、データ作製能力の欠如など、諸々の技術的難点があるために、活字の選び方やその配列、また、段落の区切り方などに関しまして、やむをえず、普通でないやり方を、いくつも採用することに成っております。それでも、読者の方々に少しでも読みやすいものと成るよう、それなりに心がけた積りです。　不備なところは無数にありますが、どうかお許し下さいますよう。

さて、今後のことですが、これからは、必ずしも「ラテン語」製の法格言にはこだわらずに、広い意味における「法文化」と関わりのあるような、古今東西の「格言・ことわざ（諺）・俚諺」を観察していく仕事に重点を移していくことに、成っていくことでしょう。　これについてどのような発表の場が得られのるかは、判りませんが、心ある人のお助けがこれまでのようにあることを、信じております。　「比較法文化論」を専攻領域の一つとしている筆者には、「格言」というものが、人の叡智・知恵・知識の宝庫であるように思われますので、この方面の仕事を筆者が継続していくのは、当然の務めである、と考えております。　その一方で、「ロマホペディア」の「本編」作品の系列に属するものとしての、第三次の作品を、他のローマ法研究者の

方々と共同で編みあげていく機会が、あるいは将来訪れるかもしれません。　その日の来るのを心待ちにしております。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ａ）　無罪推定をめぐって　①

（１）「法格言」というものは、その性質上、簡潔・明快な、ときには含蓄のあるニュアンスを示す、かなり高級な法的命題に属します。　最も古いものは、二〇〇〇年以上もの古さを誇っていますが、これらは、それぞれの時代相を映しだす鏡であり、それぞれの時代の記憶であり、時と場所を超えてなお価値を持つ、人の教えの絶品です。　このシリーズでは、一人の歴史研究者・基礎法学研究者である筆者個人の視点から、古代ローマを中心とする過去の時代と、現代日本との間を、「時の旅人」として行き来しながら、格言にまつわる色々な問題についてさまざまに考えを廻らせてみることに致します。

（２）筆者は、研究者人生の極く初期のころから、幸いにも喜寿に恵まれた今日に到るまで、ずっと、「民話の語り部」にも似たかたちの「ローマ法の語り部」と成ることを志しながら学んできている人間ですが、その学びの一環として、さまざまな由来の法格言を通じて、古代ローマ法やそれが取りしきってきた世界を、正に現代日本において語ることにも、努めてきました。　「法格言」への取組みはもう三〇年以上も続いていますが（おそらく、今後もそのような流れに成っていくでしょう）、その学びのささやかな成果は、柴田光蔵・林信夫・佐々木健編「ラテン語法格言辞典」（慈学社・二〇一〇）の中に収められています。　筆者は、かなりの数の私著の読者の方々との交流の中で、「法格言」というものに興味をお持ちの人々が、研究者の枠を遥かに超えて、数多くいらっしゃることを知りましたが、先の共編の書物に収録したものの量よりもかなり多い量の情報は、「ロマホペディア（ローマ法便覧）」本編の［Ｂ］部門の中に収められております。

（３）ある格言が作りだされますと、そのヴァリエーションが、いくつも登場してきます。　古代ギリシアで編みあげられた命題が古代ローマに取りこまれ、ラテン語で表現されることを手始めとして、国や時代を超えて、ラテン語法格言の世界は、広がっていきました。　もちろん、ラテン語以外の言語によって表現された法格言も存在しますが、そのウェイトは、それほど大きいものとは成っておりません。　実際のところ、イギリスの法学者の許で、ラテン語を駆使してイギリス法の原理を表現していくスタイルの仕事がしばしば見られる、という現象は、とてもスケールの大きいものとして、存在しています。

（４）さて、＜Ｎｅｍｏ　ｐｒａｅｓｕｍｉｔｕｒ　ｍａｌｕｓ　．＞が、表題の日本語格言の元と成ったラテン語命題です。　出典はイギ

リスの書物（Ｂｒａｎｃｈ、Ｐｒｉｎｃ．；　４　Ｃｏ．７２ａ）です。　なお、後の＜４３＞にある＜Ｉｎ　ｄｕｂｉｏ　ｐｒｏ　ｒｅｏ　．＞［疑問のある場合には、被告人に有利に（判断されるべきである）。］も、この「無罪推定」ルールと密接に関連する格言です。

（５）表題の格言では、「悪い人（犯罪者）（ｍａｌｕｓ）」　―　つまり、ある人物が犯罪者であること―　が話題とされていますが、そこの＜ｍａｌｕｓ＞［悪い人］のところに、＜ｍａｌｕｍ＞［悪いこと］　―　つまり、犯罪、民事上の不法なこと―　を差しかえるかたちで、「事柄」が問題とされていることを表現する命題も、あります。＜Ｍａｌｕｍ　ｎｏｎ　ｐｒａｅｓｕｍｉｔｕｒ　．＞（Ｂｒａｎｃｈ，　Ｐｒｉｎｃ．　；　４　Ｃｏ．　Ｉｎｓｔ．７２ａ）［悪事の存在は推定されない。］が、それです。　また、イギリス法には、もっとストレートな、現代流の言いまわしも、あります。　＜Ｉｎ　ｆａｖｏｒｅｍ　ｖｉｔａｅ　，　ｌｉｂｅｒｔａｔｉｓ　ｅｔ　ｉｎｎｏｃｅｎｔｉａｅ　ｏｍｎｉａ　ｐｒａｅｓｕｍｉｔｕｒ　．＞（Ｌｏｆｆｔ，１２５）［すべてのことは、生命、自由、及び、無実に有利な方向で、推定される。］が、これです。

（６）このような発想の根はローマ法にありますが、この発想は、物の道理にマッチしたものとして、イギリス法に受けつがれていったのでしょう。　法律学の専門用語である「無実（ｉｎｎｏｃｅｎｔｉａ）の推定」に絡む諸問題については、これから後に述べることにして、それ以外のものについて、少し説明をしておきましょう。　まず、＜ｖｉｔａ＞は、「生命―生存していること」を指しておりまして、ある人が音信不通であったり、生死不明であったりする状況下では、その人が生きているものと扱う、という姿勢が、この命題において勧められているのです。　早速ながら，現代日本の話題に絡めて申しますと、超高齢者が所在不明・音信不通に成っている、というとき、地方自治体などの当局は、そこで、勝手に死亡推定をして、公的なリストからその人の存在を抹消してしまうようなことが許されない、という読みに成ってきます。　世間では、何か問題が起こりますと、すぐに、きちんと身元調査をして処理をすることをやってこなかった、ということで、行政の怠慢を非難する声が沸きおこりますが、人の大切なステイタスを現状のまま慎重に保守しておくという、私たちの法制度に課せられている使命や役割のことも、この際、心に留めておいて頂かなければなりません。
次は、＜ｌｉｂｅｒｔａｓ＞［自由］についてです。　これは、ローマ法での扱いの例を用いて端的に言えば、ある人が奴隷（「物」）であるか、自由人であるか、という点が不明なときには、ひとまずその者を自由人として扱っておくことにする、というようなタイプの発想です。

（７）それでは、次回以降に取りあげていく予定の各テーマのポイントと成るところを、以下に、挙げておきましょう。

①　表題の格言は、「無罪推定（犯罪の嫌疑を掛けられた人物については、ひとまず無罪（有罪ではない）と推定して、法手続を進めていくこと）」という取扱いスタイルを、タテマエ（建前＝ルール）として受けいれる立場を宣明したものですが、わが日本の場合、ホンネ（本音＝実績）の次元では、実に九九％を超える確率で、被告人が有罪判決を受けてしまう、という目だった現実が、歴然と存在します。　このような状況下では、現実の問題として、社会や司法の現場で、「無罪推定」の対極に位置する「有罪推定」というものが、まかり通ってしまうのは、極く自然な動きである、とも言えますね。

②　私たちの周りでときどき見られる「冤罪」は、一つには、この「有罪推定」の魔力・磁力によって、しばしば発生します。　いったん犯罪の嫌疑を掛けられた人は、実際問題として、この「有罪」の推定を打ちやぶるために、必死の努力をしていかなければなりません。　タテマエ（制度の構え）からすると、有罪に持ちこむために努力しなければならないのは、本来なら、攻め手に相当する検察側の方なのに、現実には（ホンネでは）、困ったことに、情況は逆に成ってしまっているのです。　実を言えば、有罪を証明するよりも、「無いこと」である無実・無罪を証明する方が、遥かに難事なのです。　諸外国で、「被告人が罪を犯していないことを自ら証明する、という営みは、『悪魔の証明』に属する。」というように、比喩的に表現されることがあるのは、その点と関連してきますね。
さて、現代の日本で最もポピュラーな冤罪は、「痴漢冤罪」です。　後の（Ｂ）以降では、問題の「有罪」推定の圧力下に置かれている痴漢冤罪の「不条理」について、かなり詳しく分析してみることに致しましょう。

③　世間には、「痴漢は微罪。」というイメージがありますが、実は、懲役一年以上の実刑判決が現実に科せられることも、ちゃんとあるのです。　これは、タテマエ（建前＝システム）面での恐しさですが、実のところ、ホンネ（本音＝実態）の点でも、無実・潔白な人が何年も掛って確定無罪判決を手に入れるまでに身に降りかかってくる労苦を初めとする諸々のマイナス面や、デメリット・ダメージは、トータルに見れば、有罪判決を受けたときのものと同じくらいの大きさに成ってしまうことも、しばしばあるのです。

④　二〇〇九年四月一四日に、最高裁判所は、具体的事案に即して、冤罪痴漢の発生を食いとめる方向に作用するような重要な判断を下しました。　これにつきましては、＜１＞（Ｂ）①（６）以下のところで、ご説明致しますが、刑事訴訟法の大原則の一つである「無罪推定」則の尊重、という原点に立ちもどる姿勢を、最高裁が公に示した点を高く評価したいと思います。　最終審である最高裁の判決は、下級審を事実上かなり強力に拘束することに成りますので、そのように言えるのです。

⑤　裁判員制度が動きだした現況の下では、「疑問のあることにおいては、被告人に利益となるように扱う。」という、刑事訴訟上の準則のことが、世間によく知られるように成ってきましたが、これを、「無罪推定」則から導きだされてくる帰結の一つと、見てよいでしょう。

⑥　痴漢は毎日どこかで無数に発生しています。　「犯人に仕たてられないためには、どのようにすればよいのか」という点については、後で、実例に即して実践的に考えてみましょう。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ａ）無罪推定をめぐって　②

（１）現代の日本には、「無罪推定」、「推定無罪」という専門用語が存在しますが、その他に、新聞などのメディアにも、これらの表現がよく登場してきます（かなり以前に、「推定無罪」というタイトルの、面白い映画があったことを、ご記憶の方もあるはずです）。　これらの言葉の間のニュアンスの違いは、前者が、無罪と推定されている、という現状認識を超えて、「刑事被告人は無罪と推定されるべきである。」といった発想・扱い・準則・原理・原則、という意味を示し、そして、後者が、「無罪の推定を受けている状況」という意味を示しているものと、筆者個人は受けとっています。　表題のラテン語の文章命題は、もちろん、双方の意味と密接に関連していると見てよいでしょう。

（２）日本は、世界の法先進国の場合とは違った、「法」の面における顔を現在においても持ちつづけている国であるようにも見うけられますが、その一面として、ホンネ色の強い「有罪推定」・「推定有罪」の発想が日本人の許にはびこっている点を挙げることが出来るのではないでしょうか。　もちろん、それには、それなりに、ちゃんとした説明を付けることが可能です。　たとえば、起訴された人の殆んどすべてが有罪判決を受けてしまう、という実績がものを言う点です。

（３）「無罪推定」というタテマエ（原理・原則・スタンス）を論ずる際には、まず、刑事司法（下は警察から上は最高裁判所までの営み）のフィールドにおける問題と、世間一般（とりわけ新聞・テレビの速報型メディアと、週刊誌・月刊誌などの、ワン・クッションを置いたメディアとによって、大きく影響を受けている世論）のフィールドにおける問題、とを区別する必要があるように、考えられます。　後者の「世間」では、「有罪推定」というホンネがまかり通っていますが（被疑者・刑事被告人は、法的には、有罪か無罪かがペンディングな状況下の市民であるはずですが、いったん司法当局のネットワークに取りこまれてしまった人には、そのような扱いを社会　―たとえば会社―　はしてくれません）、他方で、法専門家によって構成される、後

者の「司法」の世界（警察も、行政の一翼を担う組織として、法のタテマエに従うことを義務づけられている集団です）では、無罪推定のルールは十分に認識され、それに則った処理が行なわれています。 ところが、現実（ホンネ）の問題として、有罪推定の方向に流れる傾向を色濃く示す裁判分野が存在する点を指摘しておく必要が、あります。それは、「冤罪痴漢」を引きおこす、ということで、今や社会問題化している「痴漢裁判」群です。 法格言シリーズのトップに置かれた＜１＞の格言命題は、実のところ、この「冤罪痴漢事件」を問題とする筆者の分析・解析を引きだすための導入部として、設定されています。

（４）刑事訴訟法の専門書には、たとえば、「刑事訴訟においては、無罪推定の原則が妥当し、挙証責任（立証責任、証明責任と呼ばれることもあります：引用者のコメント）は、原則としてすべて検察官が負担することになります。 疑わしいときには被告人の利益にとは、このような原理を表明したものです。」（三井誠・酒巻匡著『入門・刑事手続法』（第五版・有斐閣）の二二一頁以下）と記述されているのですが、このように、「無罪推定」則については、証拠に基づいて事実を認定するプロセス全体を規律する、という意味での、「証拠法」上の扱い・ルールを明確にしたもの、という位置づけがなされていますが、もう一つ、大切な意味もあると、考えられます。 イギリスの大法学者・ブラックストーンは、「誰でも、有罪と認定されるまでは無罪とみなされる。」といった趣旨の格言命題を立てていますが、これは、「被疑者・被告人は、有罪判決の成立（あるいは確定）までは、社会的に、出来る限り、通常人と同じように扱われなければならない。」といった意味の人権保障のタテマエを高く掲げた表現、というように理解する読みから生まれてくるものです。

（５）戦前戦後にわたって「社会派」の有力な知識人・文人であった石川達三氏は、一九八一年に、いわゆる「ロッキード事件」絡みで訴追されていた田中角栄氏（首相経験者）をめぐって、次のような文章を公にしました。 長くなりますが、社会派の論客として名高い人物であった石川氏の主張を、ここで引用させて頂きましょう。 ここに示されたホンネ論は強烈で、とてもインパクトがありますね。

「田中角栄氏は遠からず無罪になるだろう。 理由は証拠不充分であって、『疑わしきは罰せず』という原則がある。 たとい有罪になっても被告は直ちに控訴、更に上告して、最終判決までにはなお七八年もかかり、その間も田中氏は当選が続く限り国会議員であり、国は歳費を払いつづける。 （中略） 一体、有罪の判決が有るまでは無罪というのはどこに書いてある規定なのか。 この言葉そのものが甚だ怪しげである。 まるで中学生の理論のように短絡的であって、筋が通らない。 有罪の判決が有るまでは有罪では無いが、無罪でも無いはずである。 無罪だという根拠はどこにも無い。 したがって選挙の票数は当選圏に入っていても、その票数には疑問があり、疑問が解決しない限りは無罪も確定してはいない。 無罪が確定していなければ議員としての資格をも確認することはできないはずである。 当然、

『無罪の判決が有るまでは議員としての資格は保留』されなくてはならない。　勿論歳費の支給も保留されるべきであり、いわんや国会議事堂に入って国政を論ずるなどは言語道断であるべきだと思う。　それを従来は『有罪がきまるまでは無罪』という変な考えかたで、有罪かも知れない人物が国政を論じていた。　つまり、犯罪人かも知れない人間が政治家づらをして、吾々庶民を支配し号令していた。（中略）私は法秩序恢復の一つの手はじめとして、『有罪の判決が有るまでは無罪だ』と言う一般的な論理を、是非とも訂正してもらいたいと思う。『無罪という判決が有るまでは無罪ではない』のだ。　当然、無罪の人に与えられるべき各種の権利、待遇もまた保留されるべきである。　この馬鹿々々しいほど当り前の事がなぜ今日まで歪められて来たのか。」正直なところ、筆者の眼には、この文章がどう見ても言い過ぎであるように映ります。　読者の方々なら、この点についてどのようにお考えになるでしょうか。

（６）最近、政治分野における「無罪推定』問題について、学問的にもとても興味深いやり取りがありました。　かつて、民主党代表選に小沢前幹事長が出馬する、という動きが俄かに具体化した折、民主党内のそのライヴァルであり、「クリーンな政治」をモットーとする硬派のある政治家は、検察審査会（最近の司法改革によって誕生した「ニュー検審」）の議決しだいでは、刑事被告人の座に据えられるようなその小沢氏が日本国の首相と成るかもしれないのは、いかがなものか、と牽制しますと、それに反論するかたちで、その小沢氏の側近の一人が、仮に検察から取調べを受けた小沢氏が首相に就任しても、無罪推定の道理が及ぶはずで、出馬には何ら問題はない、と主張しました。後者は、堂々たるタテマエ論を押しだしたものであるのに対して、前者は、日本人の大好きなホンネ論の吐露であり、先の石川氏の論調とも深いところで繋がっているのです。　当時の代表選挙では、そういったホンネ論を支持する勢力が大勝を収めたものと、総括出来るでしょう。　「政治をクリーンなものに！」というスローガンが、党員・サポーターの層に強く支持されたからです。　それにより、小沢氏は、党内での決選投票に敗れたのです。

＜１＞「 誰も悪い人とは推定されない。」

（Ａ）無罪推定をめぐって　③

（１）筆者は、五〇年以上も前から、なぜかよく判りませんが、「裁判」という人の営みに、学問的興味を抱いてきました。　古代ローマにつきましては、特に刑事裁判の仕組（タテマエ）を時代別に明らかにしてきた積りです。　一方、ローマの裁判の生の現場（ホンネ）は、もちろん見ることなど、出来ませんが、それでも、キケローという前一世紀の弁論家・政治家がローマの刑事法廷で被告人を弁護する弁論として展開した原資料を、かなり多く分析する研究に励みました。　言

うまでもなく、弁護弁論というのは、その性質上、一方的な主張を強烈な形で盛りこんだものですから、それが事の真実を伝えているとは限らないのですが、それでも、同時代の資料には、大きな価値があります。　そして、最近の二〇年間は、現代の日本の刑事裁判の「ウォッチャー（観察人・分析者）」として、筆者独自の（？）「タテマエ・ホンネ」論の視点から興味のある事案を、出来る限りホットなかたちで、書物や雑誌において取りあげてきています。

（２）二〇〇九年には、「事実」、「冤罪」、「無罪推定」という、互いに関連する三つのテーマに関わりのある重要事案が、立てつづけに登場してきました。　その一つは、「郵便不正事件」で、もう一つは、民主党の大物政治家である小沢氏への、検察審査会における起訴相当議決です。　以下に、上記の三つのテーマについて、「タテマエ・ホンネ」論と絡めて、筆者なりの分析を展開してみたいと、思います。

（３）そもそも、「事実」は、どのようにして掴みとれるのでしょうか。警察及び検察の取調べの現場での話に話題を絞りますと、捜査官の支配下にある、捜査用の密室でのやり取りをめぐっては、真実そのものではなくて、取調官が取りこんだ部分だけが、証拠（事実）として残ります。　「言った」・「言わない」の対立は、いわゆる「水掛け論」に流れていきますが、この「水掛け論」は「引き分け」状態を生みだすのではなくて、最終的には、取調べ側にとって都合のよいもの、利用価値のあるものだけが、事実として取りだされ、記録されてしまうのです。　このようにして、有罪を立証しようとする取調べ側に都合のよい「事実」なるものが、次々に供述調書のかたちで積みかさねられ、やがて人がそれにより人が冤罪へと導かれてしまう事態も、生ずることが、あります。
このような歪んだ過程は、ときには、被疑者が、弁護士から差しいれを受けて、毎日記録している「被疑者ノート」（特別版＜１＞［Ⅱ］（２８）⑦を参照）というものからも、十分に読みとることが出来るのですが、もっとストレートに真実のプロセスを私たちの前に見せてくれた、とても珍しい出来事が、たまたま大阪府で発生しました。　横領容疑で任意同行を求められ、取調べ室に入れられたある市民に対して、刑事は、通例のように、完全にその人を犯人扱いして、信じられないほどの汚い大阪弁で、自白を迫ります。　このシーンは、末尾の方にある特別版＜Ｉ＞［Ⅱ］のところで扱う「足利事件」の菅家氏の場合のものと、とてもよく似ていますね。　その大阪の人は、とっさに隠しもっていた録音装置のボタンを押して、その場のやり取りをこっそりと録音していたので、私たちは、マスコミ取材などを通して、取調べ現場のリアルな状況を、その音声を通じて知ることに成りました。　暴言を吐いた上で暴行も加えたその刑事を、その人は法廷で訴えます。　被疑者の刑事は、汚い脅迫的な言葉を用いたことだけは、認めました。　もちろん、このような録音は、任意同行のときにしか、出来ません。　逮捕されると、録音することなど、まったく許されないからです。　もし、近い将来、取調べの可視化が可能に成りますと、

取調べ室の中での「真実」が、外部に見えてくることでしょう。　そのことを期待しましょう。

（４）以下に、箇条書きのかたちで、二〇〇四年に発生した有名な「郵便不正事件」のポイントを順不同で羅列してみます。　「郵政不正事件」のかなり細かな分析は、ずっと後の「特別版」＜Ｉ＞［Ⅱ］のところに、あります。

（ａ）警察はホンネ（事実の確定）の部分を担当し、検察はタテマエ（法的処理）の部分を主として担当する、というように整理してもよいのですが、全国にある普通の検察の実務の場合、警察の捜査を前提にすることが多いので、これら二つの司法組織の間には、連携やフィードバックも、あるはずでしょう。　その結果、相互チェックも実質的にはそれなりになされて、あまり極端なことは生じてこないのではないでしょうか。

（ｂ）捜査の姿勢について見てみますと、全国に三つある地検特捜部という組織には、特別に強い使命感があります。　それに、東京の特捜部と大阪のそれとの間には、激しい競争心もあるらしく、そのために、地検特捜部には、実績を上げたい、という功名心から、単に犯罪者を摘発するだけではなく、犯罪者を作りあげることまでもやる、という荒業さえも用いる危険が、実際には、あるようです

（ｃ）その荒業が冴えるのは、ときには「ストーリー」とも名づけられる、事件（事案）全体の構図を、特捜部で事件を担当する主任検事が作りあげる場面においてです。　ここには，名人芸にも似た要素があって、検事個人の才能が発揮される場合も、少なくないでしょうが、ときには，無理な「犯人相関図」さえも、見事に描きだされてきます。後述の村木氏を巻きこんだ郵便不正の裁判の過程で、事件の関係者の一人は、特捜部の見たてを「壮大なる虚構だ。」と巧みに表現しましたが、事件全体を見わたしてみますと、確かにそのような感じも、確かに致します。

（ｄ）裁判で重要な証拠は、物証と供述ですが、物証が客観的な価値を持つ「タテマエ」であるのに対して、供述は、その性質上流動的なものとして、「ホンネ」と捉えられるでしょう。　郵便不正事件において、前田主任検事がデータの書きかえによってその物証を偽造したことは、神聖な物証に手を付けたことを、意味します。　各方面から、激しい非難と怒りが、検察当局に対して巻きおこりました。　その結果は、前田氏の懲戒免職処分です。

（ｅ）この事件における最大の問題点は、主任検事の上司である特捜部部長の大坪氏と副部長の佐賀氏の責任問題です。　起訴によって前田氏が問われた罪は、証拠隠滅ですが、二人の上司の場合は、犯人隠避です。　前田氏が「フロッピーディスク（ＦＤ）を故意に改ざんしたことを上司に正直に報告した。」と主張しているのに対して、この二

人は、「誤まってそれを書きかえた、との報告を受けた。」と反論していました。　一般に、権限の大きい人物には、責任も重く成ります。それに、管理責任や監督責任も、加わってきますね。　もし、彼らが、ホンネとしては、故意の改ざんがあった点を十分に知りながら、タテマエとしては、単なる過失のせい、ということで、事柄を穏便に済ませようとしていれば、その罪・責任は極めて重いものと成ってきましょう。　普通の行政官庁においてもそうですが、とりわけ「正義の担い手」と位置づけられている検察の世界においては、その不祥事への処分・処罰は、最大の広がりをもって展開していきました。

（ｆ）普通、マスコミは、世間の有罪推定の流れに沿って、毎日の記事を積みかさねていくのですが、今回の郵便不正事件に関しては、有罪推定のラインには安易に乗ったりはしないで、慎重に連続特集記事を詳細に展開していったところが、認められます。　ここには、「無罪推定」の原則が見事に生かされているのですね。

（ｇ）危うく冤罪に陥しいれられそうに成りましたが、結果的に、無事に無罪判決を最終的に獲得した厚生労働省の元局長・村木氏は、記訴された後、すぐさま、休職扱いに成りました。　これは、タテマエとしてはポストをなおも保持していながら、ホンネとしては仕事を奪われている状態にあります（給料は払われません）。　しかし、特捜部の前田氏及びその二人の上司は、起訴とともに、懲戒免職の処分を受けています。　彼らは、タテマエ上もホンネ上も、検事の職務を剥奪されてしまいました。　ここでは、被疑者・被告人の人権を守るはずの、「無罪推定」のルールが適用されることは、なかったのです。

＜１＞「 誰も悪い人とは推定されない。」

（Ａ）無罪推定をめぐって　④

（１）今回も、「事実」、「冤罪」、「推定無罪」という三つのポイントの内のいくつかを、「郵政不正事件」という具体的な事件に絡めて、「タテマエ」と「ホンネ」の角度から、解析する作業を続けていきましょう。

（２）厚生労働省の係官が、自称「障害者団体」に偽の証明書を発行した事件が、これです。　「虚偽有印公文書作成・行使罪」に問われ、二〇〇九年七月四日に起訴された厚生労働省の元局長・村木氏（結果的には、第一審で、その無罪が確定しています）が、「部下の上村氏（係長）に証明書の発行を指示した。」という構図が大阪地検特捜部によって描かれていたのですが、上村氏の自宅から押収されたフロッピーディスク（ＦＤ）には、問題の指示のあった日付は、二〇〇四年六月一日と成っていました。　前田・主任検事は、事件の構図（ストーリー）を書きあげた後に、公判担当の検事から受けとったＦＤに記さ

れていたその日付が、自身の描いた構図（ストーリー）の中にある日付（六月八日）に合わないことを知り、厄介な問題が生ずることを恐れた、ということです。　そこで、前田氏は、他人のＦＤに記されていた日付けを六月八日に故意に書きかえておきます（過失によってそのように書きかえてしまった、という線は、前田氏本人の主張変更により、後にはなくなりました）。
一般論として言いますと、悪いことをする人なら、書きかえた日付のあるＦＤを元局長を裁く公判に重要な証拠として提出するでしょうが、前田氏は、さすがに、そこまではせず、データの書きかえられたＦＤを上村氏の許へさっさと返却してしまいました。　これで、重要な証拠は検察の手から離れたのです。　前田・主任検事がそのような行動に出たのは、新聞報道によれば、事件の構図と矛盾するような「消極証拠」（つまり、無実＝無罪の方向を指ししめすような証拠）を早々に手放したかったから、ということです。　しかし、弁護士側が検察側に捜査報告書の開示を請求したところ、日付けの違いの存在することが明らかになり、結局、このルートから、前田氏による改ざんの事実が発覚しました。　二〇一〇年夏のことです。　これが検察組織全体を根底から揺るがす大事件と成るのです。

（３）筆者が個人的に尊敬する元・裁判官の木谷氏は、読売新聞の「墜ちた正義」シリーズでの記事で、「再生への提言」というタイトルのもとにで、評論を発表しています。　正確さを期するために、原文の一部を以下に記してみましょう（括弧内は筆者のコメントです）。
「検事が証拠品を改ざんしたと聞いても驚きはなかった。　これまでにも被告（被告人）に有利な証拠を隠すことはよくあった。　『ついにやったか』というのが率直な感想だ。　裁判官として多くの裁判にかかわってきたが、特捜部が捜査した事件に限らず、検事はいったん起訴すると、そのまま突っ走ってしまう。　無罪判決を出すと検事の成績に響くのか、裁判の途中で、有罪立証が無理だとわかっても、何とか理屈をつけて有罪にしようとする。　その延長線上で最後の一歩をふみこえてしまったのだろう。　捜査・検証を行っている最高検も、隠蔽体質という意味では同罪だ。・・・・厚生労働省元局長の裁判でも、証明書の日時を記録したフロッピーディスクに関する捜査報告書が（弁護側の求めに応じて）開示されていなければ、元局長は有罪になっていたかもしれない。・・・・被告（被告人）はうそをつくのに、検事がうそをつかないということはあり得ない。」

（４）これまで、筆者は、このような日本検察の、よろしくない「評判」を、あちこちで耳にしていました。　しかし、法科大学院教授として、法世界の第一線で活躍しておられた元・裁判官の木谷氏の口からこのような過激な言葉が発せられていたことは、門外漢のジュリストである筆者には、大きな驚きでした。「裁判ウォッチャー（裁判観察者）」として、刑事裁判の在りかたに関して筆者が常々感じていた「いかがわしさ」が、ここで確認されたからです。
ところで、江戸時代（そこは、伝説の名奉行・大岡越前守が、同時に、検察官・警視総監・裁判官・弁護士であるようなかたちで、活躍して

いた世界です）以来の刑事裁判の伝統のせいでしょうか、検察官（検事）に対しては、「絶大な」と言っては少し言いすぎですが、とにかく、相当な信頼感が国民から抱かれています。　それに、「検察官は誤まりを犯さない。」という無謬性への信仰みたいなものまでも、あるのかもしれません。　いずれにしましても、検察官には、社会正義の担い手であり、国民の気持ちや心情を代弁してくれる人（国民の代理人）、というイメージが強いのです。　検察官は、タテマエ的（制度的）には、「検察一体性の原則」によって上から制度的にコントロールされている行政官に過ぎません。　彼らには、「起訴猶予」という重要な処分が制度上認められていて、広い意味での司法的な仕事もこなしますから、裁判官という「司法官」並みに、尊敬の念が抱かれています。
このような背景の下で、捜査や裁判において神聖視されている物証を汚した人間がいることが発覚して、検察への信頼が大きく揺らいだのは、言うまでもありません。　木谷氏が率直に示された感覚・感想には、当然のことながら、各界（とりわけ検察サイド）から異論もあるでしょうが、筆者は、個人としては、良心派の人、原理・原則に忠実な人として評判の高い木谷氏の言葉をしっかりと受けとめていきたいと思います。

（５）筆者の「タテマエ」と「ホンネ」を用いた分析がどこまで通用するのか、判りませんが、以後は、いくつかの項目を立てて、ごく簡単に説明を試みてみましょう。　前田氏は、「タテマエ（制度上の発想）」としては、公判廷において重要となる現物の証拠それ自体を改ざんした、という訳ではありません。　正式の証拠とはしないものを返却する際、それに細工を施しておいただけなのです。　タテマエ上は、罪は、いくらか軽くなってくるかもしれません。　現に、前田氏の上司である大坪特捜部長は、「あれは証拠ではない。」といった、そっけない受け答えをしたのを、筆者はテレビ報道で見ていますが、彼は、「それほど騒ぐことでもない。」と言いたかったのでしょう。　彼ら特捜検察の上層部が、改ざんが単なる過失によってたまたま生じたものである、と見ていたとすれば、とりわけそのことが当てはまりますね。しかし、前田氏は、同僚の検事に「時限爆弾を仕掛けた。」と打ちあけているようです。　弁護側の出方しだいでは、彼らの手によって法廷に持ちだされる問題のＦＤは、検察の描いたストーリーにマッチした六月八日という日付けを指ししめすものなので、問題の爆弾は破裂して、重要な証拠と鳴り、冤罪が結果として生まれるところでした。このように軽い「ホンネ」でも、法廷では、強力な「タテマエ」へと変身することが、あるのです。　以前に特捜部の大物であった、ある高名な人物は、前田氏の挙動が、かなり計算された、悪質なものであった、と見たてているようですから、専門家の目からすれば、タテマエ論としても、ホンネ論としても、前田氏の罪責はとても重いものと成っているのです。

＜１＞　「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ａ）　無罪推定をめぐって　⑤

（１）大阪地検特捜部内の証拠捏造事件につきましては、マスメディアによりの話題が大量に提供される段階は、二〇一〇年の終わりの内に一段落しましたが、二〇一一年に入ると、世間の話題は、特捜部の検事たちへの処罰を求める刑事裁判の行方に、移っていきました。　それに、一六四日間も拘留された厚生労働省の元局長・村木氏が、無罪確定の後に、国と三名の検事とを相手どって、四一〇〇万円の支払いを求める民事の国家賠償訴訟を提起する行動に出ましたから、私たちは、これで、民事と刑事という、違ったタイプの訴訟を観察出来ることに成りました。　これまでは、マスメディアを通じて、私たちは、いわばホンネのフィールドにおいて、マスメディア流の、事件の「姿」をのぞき見てきた訳ですが、それ以外に、この提訴を通じて、裁判の中身を直接に知る可能性が生じたことにより、タテマエのフィールドにおける出来事に身近に接することが可能に成るのです。　事実というものは、ホンネの色あいも部分的に持つ民事裁判と、タテマエで塗りかためられた刑事裁判とで、精密度において違ったかたちで評価されることに成っているのですが、民事においては、私たちの社会常識ともマッチするような事実も、ちゃんとそれとして認定される可能性がありますので、その違いも、実感出来るのです。

（２）ところで、二〇一〇年一二月一〇日に、鹿児島地裁は、新設の裁判員制度の下での法廷で、高齢の夫婦への強盗殺人事件について、何と三九日も審理をした結果、被告人に無罪の判決を下しました。　裁判員がこれほど長い間職務に就いていたケースは、異例です（その後、九五日という、気の遠くなるような長期裁判も、出現していますが）。異例にも、被告人が全面否認をしている中で、検察が死刑を求刑していた事件が、これです。　「裁判員制度下で、死刑求刑にもかかわらず、無罪判決が導かれたケース」としては、これが最初です。　一般に、第一審において、死刑が求刑されていた事件で、無罪判決が出るケースは、記録が残っている一九五八年以降のデータでは、僅か九件しかない、ということです。　その後、二〇一二年三月一五日には、高裁の死刑判決への上告を受けて、最高裁が地裁へと差戻した事案（大阪母子殺害放火事件）で、一〇件目の無罪判決が出ています。　検察が、確信を持って死刑という極刑を求めた事件で、「無罪の推定」を克服できずに、訴追に失敗したケース、というのは、それほど少ないのです。　この「鹿児島高齢者殺人事件」事件では、被告人は、住居侵入についても、強盗殺人についても、否認を貫き、自白などせず、また、目撃証人も得られませんでしたから、いわゆる「情況証拠」（いわばタテマエ系の証拠）だけを根拠とした事実認定に則って、被告人の有罪が検察によって打ちだされたのです。　その証拠というのは、指紋と掌紋が犯行現場に残されていたこと、だけです。　しかも、肝心の凶器には、これらはまったく付いていません。　そのような証拠状況の下でも、検察は死刑求刑という厳しい判断を提示したのですが、

地裁判決は、「被告人の指紋が犯行時に付いた、とするには、合理的な疑問が残る。」として、無罪の判断を下したのです。　ひょっとすると、裁判員の素朴で新鮮な判断が、無罪の方向に大きく流れたために、このような結果が導かれたのかもしれません。　その判決は、同じように情況証拠の証拠しかなかった、少し前の「大阪母子殺害放火事件」（二〇一〇年四月二七日に、地裁への差戻し判決が出た事件）における最高裁判決の論理構成を判断のベースにして無罪判決を引きだしていますので（最高裁の判断は、下級審に対して力を持っているのです）、その論旨には、説得力があります（もっとも、刑事裁判官出身の最高裁の一人の判事は、破棄差戻しに反対する立場を採っていますので、ここには、少し微妙な要素も、確かにありますが）。　ここで、先の最高裁判決において明確に打ちだされた判断基準と関連づけながら、無罪判決を引きだしているその判決の論理・論法を、少し見ておきましょう。「積極的な情況証拠だけではなく、消極的な情況証拠を合わせて総合評価すると、被告人が犯人だとすればすべての情況証拠を矛盾なく説明できる、ことにはならない。」、「被告人以外に、他の第三者が怨恨目的などで犯行を行い、それと近い時間帯に、たまたま被告人が泥棒目的などで入った、という仮説によって、情況を説明することが、可能である。」、「被告人が嘘をついたことは明確に認められるが、それだけで、ただちに被告人を犯人と認めることはできない。」　以上のような、ものの考えかたの筋道は、裁判員の常識によっても、ある程度理解出来たのではないでしょうか。　第三のポイントにつきましては、これまでのところ、プロの裁判官は、「被告人の供述の重要な部分において、嘘をついたところがはっきりとあれば、被告人の弁解・弁明は、信用出来ない」として、弁解、弁明全体の信用性をまとめて否定してしまい、そのことによって情況証拠を有罪認定の有力な根拠に仕たてあげる傾向があったのではないか、と弁護士サイドから推測されていることを、ここで記しておきましょう。「一事が万事。」ということわざが示している通り、世間的には、そういった読みも十分に説得力を持っていますが、有罪かどうかの瀬戸際のところで、「四捨五入」的なアバウトな推論でスイスイと事を運ぶのは、筋違いというものでしょう。　「法の常識は世間の非常識。」という、比較的よく語られている命題の一適用例がここにある、と見ておきます。

さて、この「大阪母子殺害放火事件」では、最高裁は、高裁での死刑の判決（地裁では無期懲役の判決でした）を覆して、大阪地裁へと事案を差戻します（後の二〇一二年三月一五日に、ここで無罪判決が出て、それで確定しました）。　本題の「鹿児島事件」の、裁判員制度下の無罪判決に対して、検察は、プロの裁判官だけで構成される高裁へ控訴する手段に出ますが、元・被告人が死亡してしまいましたので、控訴棄却のかたちで、確定と成りました。　まったく仮定の問題ですが、もし、もちろん、裁判員などが参加せずに、従来通りに、プロの裁判官だけで構成される控訴審が答えを出すとなれば、有罪判決の可能性は、それなりにあります。　そのとき、「裁判員裁判で無罪判定となった事案を、彼らプロがひっくり返してよいのか　」という重要な問題についての議論が行なわれることに成っていたことでしょう。

ところで、指紋や掌紋の中には、誰のものか判明しないものが多数含まれていました。　この事実を検察は隠していましたが、裁判官の強力な指示で、そのことが判明したのです。　判決は、検察官が、被告人にとって不利・有利を問わず、すべての証拠を自ら提出するのが当然として、証拠選別の行きすぎを批判しています。
さて、前回に紹介した木谷・元裁判官の言葉と関係があると思われるのは、検察が自身に都合のよい証拠だけを証拠として利用して、被告人に有利に働く可能性がある証拠を提示しないのは、アンバランスな扱いであることを、裁判所がはっきりと指摘した点です。　ところで、先に示した「郵便不正」をめぐる特捜部事件では、「証拠の捏造」という積極的な行動が問題視されたのですが、こちらの方では、証拠を見せない（隠しておく）という、消極的な姿勢が問題視された訳ですね。　これら二つの行動には、真実を直視する眼差しが検察に欠けています。　かの「ロッキード事件」の捜査を担当した元・特捜部検事の堀田氏は、「真実を徹底的に追及するのは、検察にとって絶対的な生命線である。」と語っていますが、このことは、公益の代表者・担い手としての検察官に求められている職業倫理が指ししめすものと言ってよいでしょう。

（３）ところで、このたびの「捏造」という事実は、いったいどうして検察の外へ出てきたのでしょうか。　聞くところによりますと、検察内部では、かなり前からそのことについて知っている人物がいたようですが（少なくとも、改ざんの主である前田検事の同僚検事は、前田検事の口から直接にこの事実をちゃんと知らされていました）、検察という独特の組織の特性のためか、外部に情報が漏れることは、ありませんでした。　しかし、ある「検察関係者」（おそらくその当時マスコミ界で有名になった女性検事）が、「村木さんは無罪です。　上に報告してください。」というような発言をしたことが、各種のマスコミに流れていることから察せられるように、内部の方から外部の方へ、核心的な重要情報が流れでてきた可能性が、あります。　筆者の調べたところでは、内部から内部へのかたちで、直近の上層部へと思いきった意見具申がなされたのですが、それは、実を結ぶことはなく、封印されてしまいます。　もし検察の各段階の管理的ポストについていたかなりの数の人たちの中に、疑問を少しでも抱く人がいたとすれば、このような不祥事は最小限に食いとめられたのですが、検察（とくに特捜検察）の伝統的な体質が、そのような流れを作らせなかったのでしょう。　結果的には、その検察関係者の、かなり勇気のある、真直ぐな動きは、外部からの検察告発に呼応したかたちのものと成ったようです（本当のところは判りませんが、筆者としては、世間で言われているような意味での「内部告発」が、ストレートに外部に向けて発せられたのではない、と見ています）。
その外部というのはマスコミです。　被告人の村木氏が、勾留中に、開示された捜査報告書を点検していた際、裁判の上でとても重要な日付けデータの食いちがいに気づき、そして、それを受けて、上村氏の弁護士と朝日新聞の司法記者とが、上村氏の許へ返送されてきたＦＤのデータを、データ処理の専門会社の協力を得て分析し（この作業に

は多額の経費が掛りますので、朝日新聞の経済的は支援がなければ、不可能でした）、その朝日新聞が、「検事押収資料改ざんか　郵便不正　見立て通り　ＦＤ内文書　日付変更」というような見出しで、大スクープを打ったのです。　二〇一〇年九月二一日のことでした。この事件に関する一連の報道は、見事に新聞協会賞を獲得したのですが、それは当然のことですね。　もしこれがなければ、「忌しい改ざん事件」は、ひょっとすると、検察の闇の中に封じこめられていたかもしれないからです。
ところで、ホンネとしての「真実」には、私たちは容易に接近することは出来ないのですが、それでも、真実に限りなく近いところにまで接近出来る「事実」の方は、一定の条件が満たされれば（たとえば被告人の自白が得られれば）、掴みとることが出来ます。　かつて、海上保安庁の機密映像が内部の人物によって外部に流されたり、ウィキリークスから外交関係の機密情報が公開されたりする事件が、ありました。　このように、内部から直接に情報が得られると、かなり確かな事実も見えてきます（もちろん、情報には検証も必要ですが）。　ところで、　日本では、「内部告発」を敢行した人物に対しては、組織から冷たい眼差しが向けられがちなのです。　この国には、真実には眼を背ける傾向は、まだまだ健在なのですね。

＜１＞「 誰も悪い人とは推定されない。」

（Ａ）無罪推定をめぐって　⑥

（１）「郵便不正事件」をめぐる検察の不正については、今回分と次回分とで、分析を終わります。　今回は、「ストーリー」問題がテーマです。　この事件は、複数の人物へのスケールの大きな刑事的追及を生じさせたことで、注目されたものですが、官（官僚）の不正問題が最大の焦点と成りました。　厚生労働省企画課長（後に局長）であった村木氏が、虚偽公文書作成・行使の疑いで大阪地検特捜部に逮捕されます。　平成二一年六月一四日のことでした。　特捜検察の描いたストーリーは、怪しい団体の会長から、政治家（衆議院議員）、厚生労働省部長、村木企画課長へと、依頼・指示が下りてきて、最終的には、村木氏の指示で、その部下の上村氏（係長）が、偽りの証明書を実際に発行した（それによって、自称「障害者団体」は億単位の巨額の利益を手にいれることが可能にに成ります）、というような複雑な流れが見えています。　その末端に位置する上村氏は、当初から、自身の犯行については認めていますので、上司の村木氏の関与（指示）の有無が裁判のポイントと成っていたわけです。

（２）特捜部の前田主任検事のＦＤ改ざんと、別件の、上司による犯人（前田氏）の隠蔽、というダブルのスキャンダルを受けて、最高検察庁は、「証拠改ざん・隠蔽事件をめぐる検証報告」を二〇〇九年一二月二四日に公表します。　そこには、重要な事項がいくつも盛りこまれ

ていますが、ここでは、この連載分に関係のあるポイントだけを取りあげましょう。

（３）「巨悪を眠らせない」と豪語し、「正義の味方であること」を自負し、「神の目」をも持つ、とも評されている、全国に三つある特捜部は、警察抜きで自由に動ける第一次捜査機関なのですが、その超攻撃型の基本的姿勢（スタンス）、摘発対象の特異さ（たとえば、政治家を捜査のターゲットにしたり、官公庁の不正にメスを入れたりする行動形態）、証拠面での不利（物証に乏しく、供述証拠にしか頼れない現実）、更には、過剰とも言えるエリート意識、強い功名心、などがさまざまに作用しあって、その本性上、職務実行の面で、問題性や危険な要素をはらんでいる組織である、と言えるのではないでしょうか。過去の歴史を振りかえってみますと、成功したケースの陰に、失敗も確かに存在します。

（４）警察と同じように、検察も、犯罪の構図に関するストーリーというものを設定することから、仕事を始めます。　「初めにストーリーありき。」と言われるのは、そのこととも関連しますね。　この「ストーリー」という言葉は、「見たて」、「筋書き」、「筋だて」、「構図」、「絵」といった意味のニュアンスをはらんでいまして、いわば刑事裁判に関する「業界専門用語」とも、言えるでしょう。　ある川柳には、「脚本」という面白い訳語がこれに当てられていましたが、「中らずといえども遠からず。」ですね。　いずれにしましても、筆者の言葉で表現させて頂きますと、ストーリーは壮大なる「タテマエ」ということに成ります。　もしこのタテマエと現実（ホンネ）とがマッチしないような事態が発生した（たとえば、重要な日時のデータが食いちがっていた）ときには、そのホンネ（事実）の重みを真剣に考慮して、そのタテマエの方を修正するのが、まずは常識的な操作というものでしょう。　スタート時のタテマエ設定段階においては、事実関係全体に関する情報が完全に揃っている訳ではありませんので、それには、単なる「仮説」といった性格が、どうしても付きまといます。もし特捜検察が本当に「神の目」を持ちあわせていれば、その仮説は犯罪をめぐる真実を突きとめる上での大前提としての資格を持つことが出来ますが、そこには、人間の業では到底到達することが出来ない境地があります。　現に、先の検証報告にも、「見立ては、様々な角度から捜査を行い、その後に得られた証拠も吟味して、常にこれを検証することにより、柔軟に変更し、また否定し得るものでなければならない。」とあります。　大阪地検特捜部のトップは、タテマエ（ストーリー）にとって不都合なホンネ（事実証拠）をねじ曲げて、これを所定のタテマエに合わせることを、取調べにおいて徹底的にやってのけたのではないでしょうか。

（５）新聞報道によりますと、大坪特捜部長は、「これはゲーム。　うまくいけば大事件になる。」と語った、と伝えられていますが、それは、犯人を捕まえる側の理屈でして、犯人に仕たてあげられ、捕まえられる無実の人には、とんでもない話でしょう。　この人物には、自

身の意向に沿わない部下の検察官に、「特捜部から出て行ってもらう。」という叱責を加える、という過激な振舞いもあった、ということです。このように言うと、彼だけが異常人物のように見えますが、実のところ、こういうタイプの人間を育てあげる風土が特捜検察に(あるいは、大阪特捜部だけに？)、生まれてしまっているのかもしれません。「検証報告」には、珍しいことに、とてもリアルな表現が見えています。先の大坪氏の言葉とされているものが、それです。　「何とか元局長までやりたい。」、「前田君、頼むな。　それが君に与えられたミッション（使命）だからな。」　その言葉を聞かされた前田主任検事は、元局長・村木氏の逮捕を「最低限の使命」と感じたに違いありません。　彼は、さすがに、改ざんしたＦＤを法廷で証拠として利用するほど厚かましい（？）ことまでは、やりませんでしたが、「時限爆弾を仕掛けた。」という物騒な言葉を同僚検事に向って発したことから推測されるように、彼は、それなりの意図と計算とによって、元局長・村木氏の有罪への布石を、秘かに打っておいたのでしょう。　それも、上司から強いプレッシャーを掛けられたための策略なのかもしれません。

（６）「検証報告」には、驚くような表現があります。　「場合によっては公訴を取り消すこと」や「有罪を求めないこと」にも言及しているからです。　検察関係者によりますと、ここまで踏みこんだ、「後ろ向きの」発言は、異例とのことです。　いずれにしましても、「検察も誤まりを犯すことがある。」という公理が、他ならぬ検察によって確認されたのは、とりわけ特捜検察の今後の展開にとってプラスに働くことでしょう。

（７）二〇一〇年九月一〇日に、村木氏は無罪判決を獲得しましたが、これは、検察の描いたストーリーが破綻したことによるものです。改ざんが外部に漏れたのはその後の出来事なので、改ざんが無罪を引きだしたのでは、ありません。

（８）ところで、「大坪部長と佐賀副部長が、前田検事が証拠隠滅の罪を犯したことを知りながら、これを知る検事に他言を禁じ、前田検事に過誤によるものと説明するよう指示した上、事実をすり替えて捜査を行わず、犯人を隠避したのは、言語道断である。」というストーリーを、これら二人の前田検事の上司たちが最高検から押しつけられていることが、先の「検証報告」から読みとれます。
例えば、読売新聞には、検察関係者からの取材、ということで、当局のストーリーにマッチした、極めて一方的な情報が垂れながされています。　このようにして、世間は有罪一色の見方に染まっていくのです。

＜１＞「 誰も悪い人とは推定されない。」

（Ａ）無罪推定をめぐって　⑦

（１）郵便不正事件とそれに絡む証拠改ざんをめぐる最高検の検証結果の報告書は、二〇〇九年一二月二四日に公表されましたが、そこでは、特捜部という組織が、ストーリー＝筋・筋だて・見たてを絶対的なものとして受けとめてしまうという、タテマエ尊重型の伝統的な捜査手法にこだわっていることに対して、検察のトップが強烈な批判を加え、組織に反省を促した、という点に最大のインパクトが認められます。このメインの「ストーリー（タテマエ）問題」という理論的な側面のテーマと並んで、捜査実務（ホンネ）の次元で、検察官によって作成された供述調書の存在価値が、郵政不正事件の審理を担当する横田裁判長により、中核部分において、しかも大量に（四三分の三四も）、否定されて、無罪判決が導かれた、という「証拠問題」の側面にも注目して頂く必要があるように、思われます。　後者の方は、将来において、被疑者・被告人になる可能性がある、かなりの数の人々（その中へには、不運にも冤罪を問われる人も紛れこんできます―とりわけ痴漢冤罪の場合）に直接に関係してくる、広がりも持ったテーマだからです。　これは、「よい人」にはもちろんのこと、「悪い人」にも当てはまることですね。

（２）先の報告書は、「大阪地裁は、検察官が証拠請求した八人の供述調書の内、上村元係長（元厚労省局長村木氏の指示によって偽の証明書を発行したと供述して、村木氏を巻きこむきっかけを作った人物：引用者注）や倉沢代表らの調書採用を却下した。」という事実経過を説明します。　そして、その報告書では、「検事が（ストーリーに則って：引用者注）想定していた内容の検察官調書を作成した疑いを排斥できないということを理由として、裁判所が却下の措置をとるにいたった。」と見られているようですが、その一方で、最高検サイドでも、「必ずしも相当とは言いがたい誘導により、客観的証拠や客観的な事実と整合しない供述調書が作成されたのではないかと疑われるものが少なからず存在し、取調べに反省すべき問題があった。」というように、独自の判断を示しています。

（３）例によって、「タテマエ・ホンネ論」を用いて、このあたりの状況を、筆者なりに、切りとってみましょう。　ある「事実」データが公判での正式の取調べにおいて利用して貰えるための適格性＝資格を指す「証拠能力」というのは、「タテマエ（構造枠組）」です。　他方で、「信用力（信用性・信憑性）」というのは、「証拠力」（先の証拠能力とよく取りちがえられます）とも呼ばれますが、これは、正式の法的証拠として採用されたもの（つまり、裁判所によって「門前払い」を食らわなかったもの）の中身・意味（構造内容）を裁判官に受けとめさせる力・パワーでして、これは「ホンネ」と位置づけられるでしょう。　ところで、日本の刑事裁判官は、殆んどの場合、いわば形式面において、検察官の面前で作成された供述調書の証拠能力をすんなりと認めておき、そして、いわば実質面において、供述調書の示すところをそのまま信用して、有罪判断に到るのですが（これは、

自白する被疑者・被告人が、他の法先進国の場合とかなり違って、相当な高率になる、という現実とも、深い関係があります）、ときには、証拠能力の方はそのままフリーパスとしておいた後、法廷に提出された調書（供述証拠）を信用するかどうかの点について、マイナス方向で微妙な判断を色々なレヴェルで下す、というケースも、あります。これは、見方によれば、その性質上厄介な問題をはらむ「証拠能力」論に手を突っこむことにせずに、いわば「ホンネ」面で、実質的に、証拠の価値（信用力）を切りさげる、裁判官の巧妙な職人芸の現われ、ということに成ってくるのでしょう。

（４）二〇一〇年九月一〇日の、第一審である大阪地裁の無罪判決の後、検察は、朝日新聞が「押収資料改ざんか」という大スクープを打った後すぐに、村木氏への無罪判決については、上訴権を放棄してしまいましたので、第二審の大阪高裁の担当裁判官が、村木氏関係の供述調書の部分をどのように処理するかの、興味深い問題については、遂に見ることは叶いませんでしたが、筆者の観測によると、証拠能力問題というタテマエ戦線で勝負を付けた大阪地裁（横田コート）のメリハリの利いたテクニックが、そのまま上級審である高裁で維持される可能性は、五分五分くらいに成るでしょう。　まさか、村木氏の逆転有罪判決など、証拠の改ざんが明らかになった以上は、常識的に見て、ありえないことだと思いますが。

（５）メディアの記事には、しばしば、「検事調書は検事の作文である。」とか、「検事が脅したり、露骨な利益誘導をしたから、書かれた調書に仕方なく同意したのであって、そこには任意性などまったくなく、真実は違う。」とかいった被疑者・被告人側の言い分が紹介されますが、このようにしていったん出来あがっている供述証書に、被告人が叛旗を翻しても、これが不成功に終わるケースが圧倒的に多い、ということを銘記しておいて頂く必要があります。　被疑者が、身柄を拘束されたまま、何十日もの長期にわたり厳しい取調べを受けるので、苦しさのあまり、そこから逃れるため、ひとまず、検事のストーリーにマッチした線で供述をしておき、それから、裁判官の取りしきる公開の法廷で本当のことを話して、事の真実を判って貰おうとするのは、ごく自然な人の動き、と言ってもよいのですが、しかし、裁判の実態は、決してその希望を叶えてくれるような扱いには成っていません。伝聞証拠の一つに属する供述調書には、タテマエ（原則）上証拠能力が認められないことに成っているのですが、刑事訴訟法第三二一条一項二号には、捜査実務上極めて重要な例外規定が置かれています。　それは、供述者（被疑者）が、供述調書の内容に反するかたちで法廷において発言したとき、検察官の面前においてなされていた供述の方に特に信用できると認められるような情況的保障（「特信性・特信情況」）がありさえすれば、裁判官は、その調書を正式の証拠として用いることが出来る、というものです。　このようなとき、被告人の法廷での証言と検事調書の内容とのどちらを重視するかは、本来ならいい勝負でしょうが、事実上は、検事調書の方が信用出来る、ということで、検事の主張のラインに沿って有罪判決が導かれてしまうことが、むし

ろ普通でしょう。　筆者の言葉で表現すれば、原則（タテマエ）と例外（ホンネ）の力関係が大逆転しているのが、日本の裁判実務の姿なのです。　最近、裁判員制度が重大な事案について導入されたのですが、そこでは、市民の代表である裁判員が、被告人の言葉や仕草を法廷の中で直接に聞いたり見たりすることにより、具体的に心証を形成していくことに成ります。　そのことを考えますと、いわゆる「人質司法」（被疑者の身柄を完全に拘束したまま、自白するまで圧力を掛けつづける、日本独自の陰険な取調べの手口）を背景として、密室での供述を調書にしたものを押したてて、「調書裁判」に持ちこむ、といった伝統的な検察のスタイルが、今後、あらゆるタイプの刑事事件の裁判に関しても、根本的に見直されていくのではないでしょうか。今回の不祥事が司法改革を一気に加速するものと成ることを、期待したいものです。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ａ）無罪推定をめぐって　⑧

（１）今回は、「検察審査会をめぐるタテマエとホンネ」というテーマを設定して、分析を進めていきましょう。　検察審査会（以下、「検審」と略記します）は、ＧＨＱ（連合国軍総司令部）のリードの下に、市民（国民）が司法に参画出来る制度の一つとして、一九四八年（昭和二三年）に新たに導入されたものです。　これまでに、総計五〇万人以上の市民が検察審査員または補充員に選出され、総審査件数が一五万件以上に成っているのが、その実績です。
この件数の大部分を占めるのは、私たちに身近な犯罪事件ですが、中には、社会的に重要な、スケールの大きな事案も、あります。　検審が「起訴相当」と議決したことにより、総計一四〇〇件ほどについて、検察当局が、自らの不起訴処分を覆すかたちで、起訴の措置に出ましましたので、検審は、これまでに、刑事司法においてそれなりの役割を果たしてきたのです。
しかし、それ以外の圧倒的に多くのケースでは、検察は、自身に法制上認められている、「起訴独占主義」と「起訴便宜主義」という刑事訴訟制度上の二大ルールに則って、仮に、法の素人だけで構成される検審が「起訴相当」といった、踏みこんだ議決をしても、いったん不起訴処分の措置を取った検察は、なかなか起訴へと向きを変えようとはしません。
したがって、検審は、検察が自らの不起訴処分を再考して起訴に向かうように促す、という立派な地位をシステム（法制＝タテマエ）の上で保有しているのですが、しかし、ホンネ（実態・実績）の面では、そのパワーが抑えこまれていることが、多いのです。　ときに、「検審は単なるお飾りだ。」と酷評されることがあったのは、そのためです。

（２）ところで、二〇〇九年の司法改革の中で、市民の司法参加を実（ホンネ）のあるものとする画期的な試みが実現しました。　一つは、もうお馴染みの裁判員制度です。　発足から四年ほどの間に、正規の裁判員として、重大な事案の刑事裁判に携わった人の数は、数千人にも成り、裁判所から裁判員候補者の通知を受けた人の数はその何十倍にも成るとのことですから、この画期的な、日本独特の市民参加型の裁判システムは、これからも、大きく広がっていくことでしょう。　もう一つは、画期的に変身を遂げた「ニュー検審」です。　後者においては、検察が起訴を独占する、という伝統的な状態が打破され、「強制起訴」という荒業が、編みだされることに成りました。　つまり、一一人構成の検審が、ある事案についての検察の不起訴処分に対する市民の不服申立てを受けて、一一人構成の検審の別々の審議体が、二度にわたって、「起訴相当」議決を出す事態に成れば、二度にわたって（計三度目の）不起訴処分をした検察当局の意向とは無関係に、検審は起訴への道筋を独自に付けることが出来るように、成ったのです。ここでは、二度の議決というタテマエ（起訴相当という議決）は、ホンネ（現実の起訴）と完全にマッチする訳です。　もちろん、正規の検察官はこの起訴にはタッチすることが出来ず、裁判所が選任した弁護士グループが、検察官の役割を引きうけます。

（３）ここで、最近、検察審査会が世間の話題になった事案を見てみましょう。

①　二〇〇一年における花火大会の際、多数の死傷者を出した明石市歩道橋事故をめぐっては、一部の現場関係者には有罪判決（実刑及び執行猶予）が出され、控訴審段階の有罪で決着しましたが、一方で、行政側の明石署の署長・副署長については、検察審査会まで事案が持ちこまれていました。　つまり、こうです。　いったん書類送検されながら不起訴となった両名の処分について、遺族が検審へと不服を申したて、検審は、「起訴相当」と「不起訴」の組みあわせの過程を繰りかえしながら、三度目の「起訴相当」の議決をします。　それを受けて、検察は、実に四度目もの不起訴処分しましたが、結局、二〇一〇年一月二七日に、検審は、副署長（署長は死亡していますので、対象外です）についての「起訴議決」を実行します。　これは、改正検察審査会法に則った最初の強制起訴の歴史的な実例と、成りました。二〇一三年二月二〇日に、時効の成立を認めて、裁判の手続きを打ちきる、という「免訴」判決が出ます。　検察官役の指定弁護士は、これを不服として、控訴しましたが、大阪高裁は、先の神戸地裁の判決を支持して、控訴を棄却しました。　なお、高裁の裁判長は、「過失は認定できず、時効は完成している」というように、「無過失である」とまで言いきった第一審の判決を、支持しています。

②　二〇〇一年七月二一日に発生した「ＪＲ福知山線脱線事故」における刑事責任の追及は、二〇〇九年に始まります。　まず、当時の安全担当役員であった山崎社長が業務上過失致死傷罪で起訴されましたが、無罪判決が言いわたされます。　一方、ＪＲ西日本の歴代三社長

につきましては、二〇〇九年に、「不起訴」の処置が取られます。これに対して不満を抱いた遺族は、検審に事案を持ちこみました。　その後、計二度の「起訴相当」の議決が出て、強制起訴が実現した結果、二〇一〇年に公判が開始され、その後、二〇一三年九月二七日に、神戸地裁は、歴代社長三名に対して、「事故の危険性を認識していたとは認められない」として、無罪の判決を言いわたしました。　このように、新しい検察審査会は、制度としては、立派に機能し始めたのです。　これからも、この新システムは、市民・国民の法感情の受け皿となってくれることでしょう。　筆者個人としては、無罪判決の発生を体質的に（？）好まないために、起訴を渋る「日本検察」に対する、検察審査会の圧力＝影響力が、今後高まってくることを期待したい、と思っています。

③　二〇〇九年五月に、検察審査会のルートから、検察の意向と無関係に強制起訴が可能になる制度が発足しました。　これにより起訴が実現したケースが八件ありましたが、二〇一四年五月に有罪が確定した事案が、初めて生じました。　これは、ある意味では、画期的な出来事です。　柔道の教え子に投げ技を掛けて、重度の障害が残るほどの大けがをさせた指導員に、禁錮一年、執行猶予三年の有罪判決を言い渡した長野地裁の判決が、被告人側の控訴がなく、確定したのです。

（４）さて、これからが本論ですが、小沢元民主党幹事長は、民主党代表代行として、二〇〇九年八月の総選挙で大勝し、自民党から民主党への歴史的政権交代を実現した人物ですが、政治家としては、初めて、検審の舞台に引きだされることに成りました。　二〇一〇年二月のことです。　小沢氏は、多額の金銭が自身に許に入ったにもかかわらず、それを収支報告書に記載しなかった、ということで、政治資金規正法の「不記載罪」を犯したのではないか、と検察に疑われます。　しかし、最終的には、秘書の石川氏と共謀して虚偽記載を行なったと認定出来るだけの証拠が揃わない、ということで、「嫌疑不十分」を理由とする「不起訴処分」が、検察によって下されます（一方、石川氏ら元秘書三人は、この件に関連して、起訴されます）。　特捜部と小沢氏の対決は、この段階では、大物政治家・小沢氏の勝利に終わりました。　しかし、小沢氏に対する市民の眼は厳しく、彼は、自身の政治資金管理団体「陸山会」の政治資金規正法違反事件をめぐって、虚偽記入のかどで、ある市民団体のイニシヤティヴによって、検審の審理に掛けられます。　そして、四月と九月とにおいて生じた、計二回の「起訴相当」の議決により、検察官役の指定弁護士によって「強制起訴」され、彼は、遂に、被告人の座に据えられたのです。　結局のところ、小沢氏は、第一審においても、第二審においても、無罪判決を獲得しました。　政治家の起訴によって明らかになった点もいくつかありましたので、検察審査会の新しいシステムにはメリットがあることが、確認された訳です。

（５）小沢氏側は、公判廷で、実質的な問題（ホンネ）として、規正法違反の事実を正面から争う行動に出る以前の段階で、形式的な問題（タ

テマエ）を取りあげて、無罪を獲得する作戦に打って出ました。　それは、「四億円の借入れ分を二〇〇四年度関係の政治資金報告書に記載しなかった。」という中心的な罪状は、市民の行なった検審への告発の内容や、第一回の起訴相当議決の際に論拠とされたものには含まれておらず、第二回のその議決の際に初めて論拠の一つとして登場した、つまり、その「四億円問題」の論拠は「二度の議決を経由してはいない。」として、強制起訴の結論そのものが無効である、という訴えを内容とする行政訴訟を提起したからです。　しかし、最高裁がその主張に不利な判断を示したため、この訴訟は取りさげられます。　このあたりの攻防は、世間の人々には、いかにも白々しいものと受けとられるでしょうが、法的な見地からは、それなりに興味深いものですね。

（６）ここで、タテマエとホンネの概念を用いて、少しだけ問題を整理しておきましょう。

（ａ）　各段階の司法の判断（判決）は、正規のルートのもので、堂々たるタテマエ（法的処遇）です。　一般に、最高裁まで事案の決着が持ちこされる場合でも、それまでは被告人は無罪の推定を受けた状態にあります。　一方、現実の問題（ホンネ）としては、小沢氏問題がマスコミの話題に乗せられた時点から、世間では、小沢氏は、「真っ白な」人間とは扱われなくなりました。　これは恐らく日本独特の現象でしょう。　この国では「有罪推定」が堂々とまかり通るのです。ところで、小沢氏を捜査のターゲットとした東京地検特捜部は、二度にわたって小沢氏も聴取の場に引きだしたにもかかわらず、不起訴処分の形で幕引きをせざるをえなかったので、このタテマエのラウンドでは、敗退します。　事実上、特捜の捜査は不成功に終わったのです。しかし、ホンネのラウンドでは、「政治とカネ」のいかがわしい関係について、ひとまず、それなりに深くメスを入れたので、政治的には、世間に対して強いインパクトを与えることには、成功しています。　伝統的に政治の腐敗を糾弾することを使命の一つしてきた特捜部は、ここでポイントを十分に稼いだからです。

（ｂ）　検審は、市民感覚・市民感情が支配し、ときには人をポピュリズムのはびこる世界に引きこむ、ホンネの劇場のようなものです。　これに対して、検察が作りだす裁判の世界は、プロの感覚の支配するタテマエの牙城でしょう。

（ｃ）　刑事裁判の目的は、筆者個人の理解によりますと、事実＝真相の解明を目指す、というホンネの部分と、刑事責任を明らかにした上で処罰を加えるという、タテマエの部分、とに大別出来ます。　とりわけ、民主党への政権交代があってからこれまでに国民が求めてきたことの一つに、カネにまつわる政治・政治家の動きの真相を知っておきたい、という問題があるでしょう。　ホンネのフィールドに位置するこの問題は、正式の裁判が粛々と行なわれる場で事実がかなり明らかになることによって、大部分解決されたはずです。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　①

（１）「誰も悪い人とは推定されない。」という前回までのテーマの分析は、「推定無罪の原則」と「事実論」と「冤罪」という三つのポイントに絡めて展開してきましたが、今回以降は、「冤罪」に絞り、よく知られている「冤罪痴漢」という特殊な問題について、いくつかの視角から考えてみます。　いつものように、「タテマエ」と「ホンネ」という対概念を用いて解析することにしましょう。

（２）まず、冤罪についてですが、これは、「無実の罪」のことで、平たく言えば、「濡れ衣」です。　ホンネ（実体・事実）として何ら違法行為が存在しないにもかかわらず、人が、タテマエ（司法制度）上、有罪の判決を受け、刑を執行されてしまう、という状況のことです。　その刑の極限は、「極刑」と形容される死刑ですね。　ホンネ的には（事実の上では）まったく無実の人が、誤捜査・誤判を通じて、他ならぬ司法当局の手によって、大っぴらに「司法殺人」のかたちで殺害されてしまうのです。　正義を実現するはずの司法組織が殺人という大罪を犯してしまうのは、法の世界では、最大の悲劇なのです。

（３）　冤罪を訴えていくことが出来る場は、警察署および検察庁から始まって、裁判所となり、判決が確定した後は、再審段階の裁判所という流れに成ります。　確定死刑囚なら、刑の執行がいつ訪れるかは誰にも判りませんので、彼は、時間との戦いの中で、文字通り必死の無実アッピールを、何度も何度も試みなければなりません。　懲役刑の場合なら、刑期を終えたり、仮出所出来たりしてから、態勢を立てなおして、無罪をもう一度訴えかける、という手もありますが、死刑囚には、外部との連絡を十分に取るチャンスがあまり与えられていませんので、冤罪を晴らす可能性は、とても低く成っているのです。　最近の例では、獄中から再審を求めていた死刑囚が、無残にも処刑されてしまった事案（飯塚事件）がありました（遺族により、再審請求の試みがなされていました）。　その一方で、死刑確定から何十年もたった今でも、再審の訴えを繰りかえし続けている死刑囚も、存在します。「袴田事件」の場合がそれです。　この案件につきましては、「特別版」＜Ｉ＞［Ⅳ］の記述を後参照下さい。

（４）ところで、今回このシリーズで取りあげるのはものは、死刑を招くような重い犯罪ではなくて、「強制わいせつ行為」と「迷惑防止条例違反の行為」です。　それも、人と人とが密着したかたちで接触することが毎日のような交通機関（端的に言えば、電車）の中での人の所業です。　つまり、無数の日本人が日々関わる極く日常的な生活場面において発生する犯罪が、問題に成ってくるのです。　そのために、私た

ちの誰でも、冤罪痴漢に引きこまれる危険性が、あります。　ここで、ついでに、日本の犯罪全般についてのデータを示しておきましょう。最近の統計では、年間一五〇万人ほどが警察に検挙され、被疑者と成ります。　その後、起訴されて被告人とされるのは、約五〇万人です。これを見れば、「安全な国」と外国人から褒められているわが日本も、それなりの「犯罪大国」であることが、判明しますね。

（５）筆者は、この一〇年以上も、「冤罪痴漢問題」について考えてきました。　その成果は、「タテマエの法・ホンネの法」（日本評論社・第一版から第四版まで）の中に収められました。　この仕事は、筆者にとっては、二つの意味あいを持っています。　第一は、理論面の事柄です（その第二は、後に述べるように、実践面の問題です）。　つまり、現代の日本の刑事司法の暗部　―マイナス面・不条理さ・いかがわしさ―　が、この冤罪痴漢の司法的処理の中に、ある意味では象徴的に、はっきりと見えていることを指摘したい、と思っているからです。　筆者の言葉で表現しますと、制度の用意しているタテマエ（仕組み・構造）と現実の運用（ホンネ）とのギャップがあまりにも大きすぎる、ということが、注目点となりますね。　前回までのシリーズものとの関わりで言えば、刑事訴訟の大原則・基本原理である「推定無罪・無罪推定」が、この局面において貫かれていないことこそが、大問題なのです。

（６）このような状況を見なおすために、刑事司法の元締めである最高裁判所の判断が待たれていたのですが、最近になって、注目すべき最高裁判決が出ました。　これで司法の流れが一挙に変わる訳ではありませんが、それでも、本来あるべき司法の姿に一歩近づくきっかけが生まれたのではないでしょうか。　話題の前提として、最高裁というものが、憲法違反、判例違反や法令違反などの「タテマエ」系の問題性の存在を理由として判断を下すだけで、事実誤認のような「ホンネ」系のそれについては判断を下さない仕組になっている点を、理解しておいて頂く必要があります。　「まだ最高裁がある！」と言って、そこに希望を託すことは、あまり出来ないことに成っているのです。　事実があったか、なかったか、の問題について真正面から審理して貰えるのは、地裁と高裁での、二回だけです。　それでは、以下に、この判決の問いかけたものについて見てみましょう。

（７）（ａ）どうしてか判りませんが、「名倉事件」とか「名倉判決」とかのように、個人を特定するネーミングに成っているのが、問題の事案です。　防衛大学教授であった人物（名倉氏）が、卑劣極まりない痴漢行為の罪（強制わいせつ罪）を問われ、三〇日間も勾留されて、取調べを受けます。　「有罪」と「有罪」の判決を受けた後、最高裁で、劇的に「逆転最終無罪」を獲得したことは、色々な波紋を、専門領域にも、また、世間にも、投げかけたものとして、大いに注目されましたす。　被害者の証言によりますと（言うまでもないことですが、この言葉が本当の真実を伝えているかどうかは、明らかではありません）、二〇〇六年に、朝の通勤電車内で、被害者は、犯人に、まず四

種類もの痴漢行為をされ、その後、ある駅で、車外にいったん押しだされて、再び電車に乗りこんだところ、また、犯人が前と同じ位置関係のところにいて、三種類もの痴漢行為をされます。　ある駅に電車が到着する直前に、被害者が犯人のネクタイを掴んで、結果的にその人物を加害者として警察へと引きたてた、という構図に成っています。目撃証言や物的証拠はありません。　当局は、このような痴漢行為の被害を受けた、と申立てる被害者の証言だけを頼りに、起訴に持ちこんでいるのです。　「身に覚えがない！」と強く語る被告人の言い分と被害者の言い分は、いわゆる「水掛け論」状態に成っていますね。被疑者は、事件から二〇日後に起訴され、起訴からほぼ半年後の二〇〇六年一一月に、地裁において懲役一年一〇カ月の実刑判決が言いわたされます（ここで詳しく描写出来ないほど悪質な痴漢行為につきましては、いくら犯人が初犯でも、執行猶予など、付けて貰えません）。控訴審の高裁は、二〇〇七年の八月に、控訴を棄却します。　犯行を否認し続ける被告人にとっては、最高裁が最後の頼みの綱でした。　そして、二〇〇九年四月一四日に、遂に、最高裁は、「破棄自判形式の、逆転無罪判決」を言いわたします。　下級審へと事案の審理が差しもどされることはなく、最高裁が自ら最終判断を示しましたので（このようなことは、それほどしばしば生ずる訳ではありません）、これで判決は確定と成りました。　名倉氏は、三年も掛って、ようやく、「被告人」から普通の市民へと生還出来たのです。

（ｂ）　興味深いことですが、五名の裁判官によって構成される最高裁小法廷における意見分布は、無罪三・有罪二ということに成り、ギリギリのところで、無罪の判断が最終的に出ました。　ここで、下級審での有罪判断を維持する意見を示した二人の裁判官の主張の趣旨を記しておきましょう。　「無罪とした多数意見が被害者の供述の信用性を否定する理由は、いずれも極めて遺憾、それだけでは信用性は否定出来ない。」、「被害者は裁判でも証言しているが、その内容は一貫している。　供述の信用性を肯定した下級審判決に重大な疑義があるとは到底認められない。」が、これです。　このような発想は、被害者の供述の信用性をしっかりと認めようとする、従来の司法判断の流れに沿うものです。　まったく仮定の話ですが、もし別の小法廷にこの案件が持ちこまれていたなら、有罪の結果が出てきたかもしれません。　裁判（とりわけ刑事裁判）というものは、これほどまでに、不安定なものなのです。　考えてみれば、本当に恐しいことですね。　ここで、ご参考までに申しますが　実際に、「有罪二対無罪一」で見解が分かれた状況下の多数決で（これが裁判のルールですが、最高裁の場合以外では、そのような僅差の意見対立の姿は、外へは見えてきません）、死刑判決が下された、という厳然たる事実を、私たちは偶然に知っています。　もうずいぶん昔の一九六六年に、四人もの刺殺焼死体が発見されました。　これが「袴田事件」と称されるものです。地裁および高裁で、強盗殺人のかどで、死刑判決が出され、事件発生から、一四年も経った後に、最高裁も上告を斥け、死刑が確定します。被疑者の自白はありましたが、供述はさまざまに変遷しています。　第一審で、三名の裁判官の内部合議において無罪判断の立場を強く主張

した若い裁判官（主任裁判官として死刑判決を起草する任務に当たったこの人物は、その翌年に裁判官を辞めてしまい、弁護士と成りました）が、その第一審の判決から何と三九年も経ってから、その「有罪二対無罪一」での多数決方式によって死刑判決が生みだされた、という極秘の内部事情を、世間に公表しましたので、「死刑裁判の恐怖」が目に見えるものと成りました。　もちろん、現在の市民裁判員の場合と同じように、裁判官辞任後においても、「評議の秘密」を外部に漏らすことは許されませんが、彼は、その禁を敢て破ったのです。　二〇〇七年に、彼は、再審開始を求める上申書を提出します。　二〇〇八年にはこの再審請求が却下されたのですが、その後も、第二次の請求が試みられ、二〇一四年三月二七日に、遂に再審の開始が認められました。　再審への動きは現在進行中です。　「袴田事件」については、「特別版」＜1＞［Ⅳ］の記述を御参照下さい。

（ｃ）　さて、「名倉判決」のポイントは、法廷意見が言っているように、「本件のような満員電車内の痴漢行為事件においては、被害事実や犯人の特定について物的証拠等の客観的証拠が得られにくく、被害者の供述が唯一の証拠である場合が多い上、被害者の思い込みその他により被害申告がされて犯人と特定された場合、その者が有効な防御を行うことが容易ではないという特質が認められることから、これらの点を考慮した上で特に慎重な判断をすることが求められる。」　このようなものの見方というのは、これまでに痴漢事件の無罪弁護を担当してきた多くの弁護人が押したてる防御論理そのものなのですが、これ位のことは、私たち一般人にも直ぐに判る道理ですね。　最高裁は、地裁と高裁の裁判官が出した有罪判決が、「特に慎重に判断」しないで、「経験則等から不合理」で、「著しく正義に反する事実審理を行なった」、ということで、「無罪」の判断を自ら示したのです。一般に、痴漢被害者の供述証言には、具体的で、詳細で、合理的で、迫真的で、しかも、被害者が、間違いを犯すことも、嘘もついていないところもある、といった受けとりかたが、警察においても、検察においても、支配的に成っているように思われるのですが、このような「一般的信用性」のある被害者供述の中に「錯覚や誇張、虚偽」が「潜んでいる」点を鋭く指摘したところに、この最高裁判決のポイントがあるのです。　実は、これは、ある意味では、いたって「常識的な」発想でして、「法の常識」と「世間の常識」がマッチするものである以上、私たちにもよく理解出来ることですね。　裁判の現場では、加害者＝被告人は、必死の思いで、被害者の「錯覚や誇張、虚偽」を自力で立証する努力をしているのですが（これには、多額の費用と多くの手間が掛ってしまいます）、法理上「無罪の推定」を受けている被告人が、「自身が有罪ではない。」ことを立証するための防御を完璧にやり抜かなければ、「有罪の認定」から逃れられない、というのは、実のところ、「有罪の推定」が成りたっているような格好にも成ってくるのではないでしょうか。

（ｄ）　最高裁が自判の手段を取るのは、かなり異例のことと言ってよいのですが、その辺りのに事情について、最高裁の法廷意見は、「当

審における事実誤認の主張に関する審査は、当審が法律審であることを原則としていることにかんがみ、原判決の認定が論理則、経験則などに照らして不合理と言えるかどうかの観点から行うべきである。」と判示していますが、これは、刑事裁判で有罪事実の認定の際に、経験則等から見て不合理な判断があった場合には、経験則等から見て、無罪についての「合理的疑い」があり、有罪についての「合理的疑いのない」証明が出来ていないので、「経験則等から不合理な、著しく正義に反する重大な事実誤認があった」という、最高裁判決の結論に繋がっています。　この辺りの成り行きの背景を少し深く掘りさげてみますと、裁判員裁判において、事実認定という、易しそうで、実は難しい任務を課せられた市民裁判員のことを念頭において、事実認定の適正化をいくらか積極的に図ろうとする最高裁（具体的には、担当最高裁裁判官）の意図が、うっすらと見えてきます。　それならば、冤罪に追いこまれた被告人にとっては、「まだ最高裁がある！」ということで、絶望の中に希望の光を見いだせることも、あるいはあるでしょう。

（ｅ）　ここでデータを少し示しておきましょう。

①　二〇〇九年までの一〇年間で､痴漢事件で無罪の判決が出たのは、わずか三〇件程度です。　つまり、殆んどの場合、有罪判決で終わっているのです。

②　二〇〇八年に当局が把握していた、痴漢の件数は、一八五四件です。　それ以外に、「泣き寝入り」のケースが、無数にあったことでしょう。

③　一九九八年から二〇〇九年までの間に、痴漢事件で、下級審において、三〇件程度の無罪判決が出ていますが、最高裁がそれを出したのは、今回が初めてのケースです。　また、一般に、「事実誤認」を理由に下級審の判決を破棄するなどして無罪とした事件は、一五件しかありません。

（８）第二は、実践面の事柄です。　つまり、読者の皆さんのような極く普通の善良な市民が、内実を知れば知るほど恐ろしい冤罪の地獄に引きこまれたりされないように、いくつかの注意点を指摘しておくのが法律家の務めである、と筆者がかねがね考えているからです。　筆者は、「古代ローマ法」の研究者なので、その昔、ローマの法学者たちが、常に、実践の場に腰を据え、世間との繋がりの中で法というものを扱いまた説いていた故事に倣って、法（この場合は刑事訴訟法）との付きあいかたを市民の方々にぜひマスターして頂けるよう、次回以降に、いくつかのポイントを指摘していく積りです。

（９）このテーマに関するシリーズをスタートさせるに当たって、「冤罪痴漢」という重要な法的・社会的な問題点の背景を知っておくため

に必要な点を、いくつか個条書きにしておきましょう。 次回以降は、順不同で、各論風に個別的な問題を分析する予定です。

① 痴漢には、刑法第一七六条が規定している「強制わいせつ」（女性の着衣の内部に手を差しいれて、その胸や陰部に直接触れる行為）と、いわゆる「迷惑防止条例違反」（先の行為以外の比較的軽い行為）、との二種類が、あります。 前者は、重度の犯罪行為で、重罰も科せられます。 一方、後者は、言ってみれば、軽度の行為で、比較的軽い刑罰で済むことも、あります。

② 痴漢なるものはこの世に蔓延している、と言っても過言ではないでしょう。 取締まる側も犯人を挙げるのに必死ですから、彼らが勇み足になることも、珍しくはありません。 ここに冤罪の素地がある訳です。

③ 一般に、何かを「やった」ことの証明をするには、刑法に触れる行為事実を提示することが出来る場合も多い関係で、それなりに易しいところもあるのですが、しかし、「やっていない」ことの証明は、構造上、難しいのです（皆さんお馴染みの「アリバイ」証明は、そのことの珍しい例外に成るでしょう）。 そのために、「この人が痴漢行為を働いた。」と主張する女性被害者の声の方が、妙にリアルな感じに成りますね。 「無罪推定」の原則というものは、そのような「クレームを付ける側の言い分を重く見る」といった、ある意味では自然の流れに対して、根本的にチェックを掛ける法の思想・発想なのですが、この日本では、これは、ホンネ（現状）のレヴェルでの話に関する限り、それほど有効には働いてはくれません。

④ 冤罪なのに当局の手の中に取りこまれている人は、犯行否認者に科せられる最大二三日間の勾留が重くのしかかってくるために、その身体的・精神的苦境からとにかく逃れようと、泣く泣く有罪を認めてしまうことが、あります。 この状態は、犯人が表向き（タテマエ上）無実をとことんまで争う姿勢を採って、有罪になる場合とは、まったく違います。 それでも、有罪という結果は同じですね。

⑤ 「正義は必ず勝つ。」という確信と、「まだ最高裁がある。」という希望は、残念ながら、冤罪痴漢の場合には、特に、殆んど叶えられないように思います。

⑥ 冤罪の中には、デッチあげ冤罪も、思いこみ冤罪も、人違い冤罪もありまして、色々な局面における、冤罪の危険への対応には、それぞれに特別の苦労が伴います。

⑦ バランス上、冤罪のきっかけを作ってしまったた女性の側の事情や苦境のことにも、目配りをしておかなければなりませんね。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　②

（１）話は本題から逸れてしまいますが、ここで、「冤罪」絡みのケースとしては比較的最近の、「再審無罪確定」の事案を取りあげておくことにします。　二〇一一年五月二四日に、一九六七年に茨城県で発生していた、強盗殺人事件である「布川事件」の再審公判における判決において、二人の元・被告人の無罪が、水戸地裁で言いわたされました（検察は控訴せず、それで確定です）。「事件」の発生から何と四四年も経ってからのことです。　「強盗殺人」のかどで起訴された二名についての第一審の有罪判決（無期懲役：一九七〇年）と、第二審の有罪判決（一九七三年：控訴棄却）を経て、一九七八年に、無期懲役の刑が、最高裁で確定します。　刑の確定から五年が経過した一九八三年に、まず、収監された状態で、第一次の再審請求が行なわれます。　その請求の棄却の後に、二人は、一九九六年に、仮釈放が認められ、彼らは、実に二九年にもおよぶ身柄拘束から解放されたのですが、その後、なおも無実を訴え続けて、二〇〇一年に、第二次の再審請求を行ない、四年後の二〇〇五年に、ようやく、水戸地裁で再審の開始決定が勝ちとられたのです。　被告人に有利な証拠が検察によって隠されていたことが、そのような結論を導いたのでした。　このとき、事件発生から、三九年という気の遠くなるほどの時間が経っていました。　検察側は、これに対して抵抗を試みます。　まず、地裁の再審開始決定に対して、高裁へと即時抗告をしますが、二〇〇八年に高裁はそれを棄却しました。　なおも最高裁へ特別抗告がなされますが、二〇〇九年になって最高裁はそれを棄却して、これで、水戸地裁の開始決定から五年もかかって、ようやく、再審のお膳立てが出来あがりました。　このように、再審という制度が動き始めるまでには、普通の裁判の場合よりも遥かに多くの時間が掛ってしまうのですが、それはやむをえないことでしょう。　いったん確定したことを、ひっくり返そうとする試みには、事の性質上、どうしても手間が掛るからです。
二〇一〇年に水戸地裁において、いわば「本番」に当たる、第一回の再審公判が開かれ、翌年の五月二四日に、強盗殺人罪については無罪（すべての情況証拠の価値が否定されたことが、その判断のベースに成っています）、別件の窃盗罪・暴行罪については懲役二年・執行猶予三年の判決が、それぞれ言いわたされます（この「別件」というのは、「別件逮捕」を引きおこして、本件の有罪判決に大きな悪影響を与えたものとして、注目されてきたものです）。　翌六月に、検察（水戸地検）は控訴を断念しましたので、これで「無罪判決」が確定しました。四四年後の最終決着が、ここにあります。
ここで、戦後の事件に関して、死刑もしくは無期懲役という重大な刑が確定した後に、再審で無罪が獲得された事案のデータを、記しておきましょう。

①　二〇一四年段階で、再審無罪が獲得された例は、この「布川事件」の分を加えると、計七件になります（今後もそれが生まれると予想されています）。　この事案は、後の「特別版」の個所で扱う予定の「足利事件」における「再審無罪」の例から、一年以上経ってからのもので、二〇一五年現在では、最新の「再審無罪例」です。

②　「無期懲役刑」からの「生還」例が三件で、「死刑」からのそれが四件（免田事件、島田事件、松山事件・財田川事件のケース）です。刑の執行への恐怖に日々怯えながらの「無罪獲得」の方が劇的なのは、言うまでもありません。

③　「布川事件」で「再審無罪」が得られるまでにかかった年数は、四四年です（もし「袴田事件」で無罪が確定すると、その年数は四四年を遥かに超えます）。　これは、再審で無罪を獲得できたケースの中では、戦後最長の時間が必要であった例と成るはずです。

④　刑事補償法に基づく補償金の請求金額は、一億三〇〇〇万円でしたが、その他に、国家賠償法に基づく損害賠償請求をすることも、考慮されている、とのことです。　前者の場合は、タテマエ的に、実務的に処理されますが、後者の場合は、民事訴訟という「ホンネ」の戦場で、国を相手に、困難な闘いが繰り広げられることに成るはずです。再審段階では、自白が取調官による誘導によって得られたものであることや、「犯行時刻のころに、不審な二人組を見た」という目撃証言を含むかたちの「情況証拠」の信用性が否定されるなどの指摘が、担当裁判官からなされていますので、検察側の完敗の構図がここにある、と見てよいでしょう。　一般に、「冤罪」を引きおこす「元凶」のうちで最大のものは、無実・潔白の人が、その意思・真実にまったく反するかたちで、「自白」を捜査官から無理矢理にもぎ取られてしまうことです。　これに加えて、証拠（物的証拠や人的証拠）を作りだしたり、隠したりする荒業が、程度の差はありますが、意識的に用いられることや、証拠を「読み解く」際に、不適切な、また、違法すれすれの手口が駆使されることが、冤罪への道筋を付けるものとして、登場してきます。　ところで、日本の捜査官（警察官・検察官）の資質や能力は、世界的に見てもトップ・クラスに属するように筆者個人には思われますが、それでも、当局者には、「人のすることには誤まりもある。」という古今東西の真理・道理をわきまえて行動する神聖な義務を課せられているのではないでしょうか。　何よりも、警察や検察が、「悪事の見張人」であることだけではなく、「正義の番人」でもあることを、物の道理から求められている点を。しっかりと意識して頂きたいものです。

（２）ところで、無実・潔白の人に冷酷に罪をなすりつける「冤罪」という、世にも恐しい成り行きは、以下のような要因・環境から主として生みだされてきます。

① 人質司法・・・・先の二人の被告人の場合のように、捜査当局が、被疑者を別件で逮捕しておいて、身柄を別々に取調べ当局の手の中に置いて、責めたてる場合もありますし、また、いわゆる「痴漢」のような比較的軽い罪なのに、最大二三日間、被疑者を「人質」のようにして警察内の「代用監獄」の中に拘束しておく場合も、ない訳ではありません。 本来なら、被疑者は、捜査機関の手の内に囲いこまれるのではなくて、法務省管轄下の刑務所や拘置所に収容されるはずですが、拘置所が不足しているために、「監獄」の代わりに、警察の留置場が、「代用監獄」として、利用されているのです。 この、いかにも日本的な制度に対しては、国連の拷問禁止委員会が、日本政府の報告書に対する最終報告の中で、次のように、鋭い指摘をしています。 つまり、「当委員会は、代用監獄制度の広範かつ組織的な利用について深刻に懸念する。 逮捕された者が裁判所の前に出頭した以後も、起訴に至るまで長期間拘束されるため、拘禁及び取調べに関する不十分な手続保障と相まって、彼らの権利侵害の可能性が高まり、無罪推定の原則、黙秘権、被疑者の防御権などの事実上の無視につながりうることに成っている。」とまで、批判されているのです。 ここで、憲法及び刑事訴訟法で保障されている「黙秘権」の実態（ホンネ）について、触れておきましょう。 現在の刑事裁判制度の下では、被疑者・被告人は、警察・検察に対して一切協力しなくてもよい扱いに成っています（もちろん、昔は、そのようなことは、とても認められませんでした）。したがって、言いたくないことを言わなくても、法律上は（タテマエ上は）は、何らの不利益も課せられません。 それでも、警察は、黙秘している被疑者に対しても取調べを進めてきまして（取調べを拒否することが出来ないからです）、被疑者が黙秘の姿勢を解かないと、制度上許されている限度まで、勾留を続けます。 そのために、実際上は（ホンネ上は）、勾留の辛さに耐えかねて、被疑者は、語り始めることに成ってしまうのです。 同じような現象は、起訴された後にも、生じます。 保釈金を支払えば、保釈が可能に成るはずなのですが、 しかし、黙秘を続けている人には、裁判所は保釈を認めようとしません。 そのような訳で、日本では、ホンネ上は、黙秘権は、事実上、殆んど行使させて貰えないのです。 世界の法先進国では、いわゆる「人質司法」を支える手段となっている「黙秘権侵害（黙秘権行使の抑えこみ）」などというような現象は、あまりないように思います。

② 「自白の強要」・・・・有罪の最も有力な証拠である、被疑者の自白・自認を何としてでも手に入れるために、警察と検察は全力を挙げます。 皮肉なことに、当局が有罪の確信があまり持てないときほど、自白の獲得にこだわります。

③ 「強引な事実認定」・・・・これには、証拠を捏造するとか証拠を作りかえるとかの積極的な方向のものもあれば、証拠を隠してしまう、という消極的な方向のものも、あります。 いずれにしても、本来ある姿のままに事実を証拠として位置づけることでは満足しない、当局の「歪んだ」姿勢が問題視されることが、あるのです。

④　しばしば指摘されていることなのですが、刑事系裁判官の判断の「秤」というものは、民事裁判官の「秤」とは大きく異なって、最初から、検察官の方にかなりの程度傾いているのです。　無罪の方向へ引きよせるのには、大変な苦労が必要です。　本来なら「無罪の推定」が利いているので、検察官側が重い立証負担を課せられるのですが、それは単なるタテマエと見てよいでしょう。　冤罪の磁力・魔力が刑事裁判の舞台には広がっているのです。

⑤　特別版［Ⅲ］「東電ＯＬ殺人事件」（４）の個所でかなり詳しく紹介する瀬木氏の問題作には、法学の世界では、いわば「常識」クラスの重みを持つ言いまわしを、いっそう過激に磨いている記述が見えます（七一頁）。　「日本の刑事司法システムで有罪無罪の別を実質的に決めているのが実際にはまず検察官であって、裁判官はそれを審査する役割にすぎない」が、これです。　このような状況下では、冤罪を食いとめる仕事は、裁判官には、実際上、あまり期待出来ません。冤罪は「フリーパス」状態なのですね。
瀬木氏は「民事裁判官」の部類に属する人物ですが、「刑事裁判官」の部類に属する木谷氏（現・弁護士）は、「刑事裁判のいのち」という書物で、裁判官と検察官の間柄について、詳細な分析をしています。以下に、これを紹介しておきましょう。
木谷氏は、先輩判事や友人の検事が語った言葉を紹介した後に、「要するに、刑事裁判は検事が事実上取りしきっているということなんです。　形式的には裁判官が裁判している形にはなっているけれども、実質的には検事が裁判していると、こういう意見なんです。　もしそうだとすると、これこそ正に検察官司法です。」（四七頁）」と総括しています。　もちろん、木谷氏は、一生の内で三〇件もの無罪判決を強力に打ちだしたことで有名な、気骨のある「原理主義者（？）」でして、「司法権は検事じゃなくて裁判所に与えられた権限」（同頁）であることを明確に自覚している人物ですから、「それ（検察官司法）はあってはならないことなんじゃないか」（同頁）という批判が、当然のこととして、生まれてくるのです。　氏の表現によりますと、「強すぎる検察」（四八頁）の実態は、「有罪率が極端に高い。」、「検察官が被疑者の勾留を求めた場合に、却下されることはほとんどない。」、「保釈もなかなか認められない。」、「検察官控訴はよく認められるけれども、被告人の控訴はめったに認められない。」というように成りますが、これらは、あちこちでよく言われたり、指摘されたりしていることに関係する事柄です。　次に、「検察官を圧倒的優位にしてきた制度・慣行」の部門（五一頁以下）について、便宜上、見出し項目だけを紹介しておきます。　その中身に関連することは、本編の「特別版」などの個所における、筆者の記述の各所に記されていますので、そちらの方をご覧下さいますよう。　それにしましても、「裁判官が検察官のことを語る」というスタイルの記述には、リアリティーが満ちあふれていまして、外部（弁護士・刑事訴訟法学者・ジャーナリスト・各種マスコミ）からの、もろもろの観察を寄せつけないだけの、迫力と信頼性が、ありますね。　その項目は、以下の通りで

す。「起訴独占主義・起訴便宜主義」、「密室取調べと人質司法」、「当事者主義と証拠開示制度の不備」、「自白の任意性・信用性に関する審査方法と判断基準」、「刑事訴訟法三二一条一項二号後段の『特信性』判断基準」、「『捜査の違法』への切り込み不足」、「裁判官の意識」、「『疑わしいときは被告人の利益に』の原則の不徹底」が、それらです。　その後には、「『検察官司法』の到達点」の部門が置かれていまして、その項目は、以下のように成っています。　「供述調書への過度の依存」、「自白の偏重」、「客観的証拠の軽視」、「科学的証拠の軽信」、「警察官・検察官による証拠の改ざん」が、それらです。

（３）しかし、考えてみますと、警察や検察は、その本性上　―つまり、その役割から―　悪を摘発して、悪人を懲らしめ、悪事を世間に周知させ、「一罰百戒」を図る、という攻撃型の組織です。　これらは、自らの組織の秩序や、構成員のやる気や士気を維持・確保するために、どうしても「イケイケ」風の超前向きの動きに成りがちです。　なにしろ、相手は、ときには一筋縄ではいかない輩であるでしょうし、また、誰でも、罪は逃れたい一心で抵抗しますから、それとのバランス上、攻める側の警察や検察も過激な方向に流れてしまうのは、むしろ自然なことかもしれません。
現在の刑事訴訟法は、憲法の理念とタイアップするかたちで、当局にマークされた被疑者・被告人の人権を十二分に尊重して取調べを行なうことを命じていますが、日本古来の刑事裁判の伝統に取調べ現場が今も引きずられているところもあってか、タテマエとしての日本の法制の仕組みは、ホンネのレヴェルでは、かなりの程度に空洞化しているところがあるのではないでしょうか。　実のところ、冤罪の種はその辺りに潜んでいるのです。
この日本では、恐らく世界の他の国の場合とはかなり違って、警察のことはともかくとして、検察という取調べ機関は、公正であり、いくらか中立的であり、多少の気配りも出来、それなりに客観的なポジションを持っているものである、といった、プラス方向の受けとめかたも世間ではなされているようですが、しかし、これでは、裁判官（裁判所）に対置される独立的な存在としての検察のイメージは薄れてしまいます。　この際、タテマエ論（制度の仕組みを重視する論法）をしっかりと意識して、裁判所が、検察側に対する弁護側の反論や主張も十分に考慮しながら、検察の動きにブレーキを掛け、それを制する批判者の役割を果たすことこそが、司法の原点である、という原理論に立ちもどることが必要なのでは、と筆者は強く感じています。　検察官と裁判官が同一の人物であるというような、花のお江戸のお奉行殿のイメージは、過去のものとして、きれいに捨てさって頂きたいものです。

（４）裁判官の事情に詳しいある識者の指摘するところでは、冤罪を招く要因は、法廷の長であり、担い手・当事者の一人でもある裁判所（担当裁判官）の側にも存在している、とのことです。　つまり、もし、裁判官が、訴追してくる側の持ちだす有罪の証拠や証拠書類や調書を、

刑事裁判の大原則に則って、きちんと評価し、正しく検証するならば、ときには疑惑にまみれたものも見えてくるはずですが、しかし、現実には、裁判官は、公判廷での被告人の悲痛な潔白さの叫びよりも、密室で作られた供述調書の方を重く見て、検察の路線に殆んどそのまま乗りながら、有罪という終着駅に直行してしまう、というのです。　私たちは、稀に、供述調書に正式の証拠としての価値を認めない、というタテマエ重視型の裁判官の処理のしかたや、また、証拠としての存在は認めるけれども、その中身の方は信用しない、というホンネ重視形の処理のしかたをする、「硬派」の（?）裁判官が存在することを知るチャンスに恵まれますが、そのとき、その「立派な」裁き手によって冤罪が焙りだされてくることに成るのです。　正直なところ、このような立派な裁判官に無実の被告人が遭遇する確率は、恐ろしいほど低いのでは、と筆者は率直に感じています。　実のところ、刑事裁判には、本当に怖い要素が潜んでいるのです。

（５）「立派な」裁判官との関連で言えば、「優秀な」弁護士に出会う可能性も、ずいぶんと低いのではないでしょうか。　そのそも、刑事事件専門の弁護士の数は少ないので（あまり収入が得られないも、その一因とされています）、とても困ります。　それでも、幸いなことに、痴漢問題に関しては、全国痴漢冤罪弁護団のような組織が支援体制を整えてくれていますので、助けを求めるチャンスは、あります。　疑いを掛けられた人が、逮捕後にすぐ、よい弁護士を見つけることと、色々な支援組織と連絡を取ることがもし出来れば、その人は冤罪のリスクを大きく軽減させることも可能です。

（６）これまでの話は、いわば総論（タテマエ論）ということにしておき、これを、次回から始まる各論部（ホンネ論）へのイントロダクション部門とすることに致しましょう。　プラグマティストである筆者としましては、あくまでもリアルな、実際に起こった事案の経過の分析を中心に据えながら、冤罪痴漢の問題点を個々的に浮き彫りにしていく積りです。　その際の　主要なデータと成るのは、以下のものです。　①　二〇〇一年に発生した「痴罪」事件をめぐって、第一審・東京地裁で有罪判決が下された後、二〇〇二年一二月六日に東京高裁での逆転無罪判決（確定）を獲得したＹ氏が、夫人とともに著わした「お父さんはやってない」（二〇〇六年）という書物と、　②　この裁判の経過の詳細を二〇〇二年の暮れに知った高名な映画監督である周防氏が制作した映画「それでもボクはやってない」のシナリオなどを収録している『それでもボクはやってない―日本の刑事裁判、まだまだ疑問あり！』という書物（二〇〇七年）、の二つです。　前者はホンネ（事実）系の「姉」で、後者はタテマエ（フィクション）系の「妹」、というところに成りますか。　両者が密接に絡みあっているところに、情報データとしての高い価値があります。　しかも、周防監督は、筆者の見る限りでは、日本における、最初の、第一級の「法律派」映画人ですから、フィクションとしてのシナリオにも、相当に現実感が伴っているのです。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　③

（１）私たちが「冤罪痴漢」のことを問題にする際に最初に抑えておかなければならないポイントは、「冤罪を訴えている被疑者は本当に無実なのか？　目の前に迫ってくる処罰を逃れるために、そのように言いたてているだけなのではないのか？」という点です。　この連載でかなり詳しく扱うことになるＹ氏の事案では、筆者は、その人が本当に無実で潔白である、と信じて書き進めていきますが、もちろん、その人物は、当然のことながら、自身の行ないにまつわる本当の真実（潔白さ）をはっきりと知っていますから、筆者のスタンスなど、極く当たりまえのことで、取りたてて他人から言われるまでもない、と冷ややかに受けとめられることでしょう。　それはそれでよいのです。　ときどき、法廷での審理において、いくら頑張っても遂に真実なるものを突きとめることが出来なかった裁判官が、「（事案の）真実は神のみぞ知る！（人間など、真実に触れることは出来ない！）」というように、キザなお説教をして無罪で幕引きをすることがあるようですが、そういったとき、被告人は、きっと、心の中で、「真実は我にあり。」・「私だけは、潔白という真実をちゃんと知っている！」と叫んでいることでしょう。　そもそも、裁判というものは、ときには、本当の真実の示すままに、「やっていない！」と言う人に対して、お上が「おまえはやったのだ。」（もう少し正確に言えば、「やったことに成っているのだ。」）と決めつける、不条理極まりない国家の営みなのです。もちろん、本当のところはやっていた人が「やっていない！」と言いたてるだけのときには、審理の結果、そのクレームを抑えこんで、「やったのだ。」という結論を打ちだすことは、ごく真っ当なものですが。

（２）ところで、冤罪痴漢を申したてて、お上に抵抗する人物とは、どういう人物でしょうか。　ここには、真っ白な冤罪痴漢「被害者」と、実は「有実の（真っ黒な）」痴漢「犯人」の両方が含まれているはずですが、現実論（ホンネ論）の観点からすれば、法廷で、堂々と、ためらうことなく、潔白を主張し、長い時間と高い費用をものともせずに、最終審である最高裁まで、プライドの回復を賭けて、その態度を貫く人は、ほぼすべて、「真っ白な人」と見たてても、差しつかえないように、筆者個人には思えるのですが、いかがでしょうか。　実のところ、真っ黒な人なら、よほど特別の事情（例えば、その社会的地位が高く、経済的余裕があって、いわば自身の世間体を守るために、裁判所を相手に一戦交えた、という格好を付けたがる場合）でもない限り、九九％を超える有罪率がのしかかる中で、何年もの日時と、何十万円もの出費と、刑罰の軽さとはまったく引きあわない重苦しい被

告人人生の長さとを、じっくりと考えあわせてみれば、そういった無駄な抵抗など、普通はしないだろう、と推測されるからです。　この辺りの点については、「読みが甘い！」とかの酷評が、筆者に投げかけられるかもしれませんね。

（３）それでは、この後、第一幕、第二幕というように、何回かに分けるかたちで、ある程度場面を区ぎりながら、各情景を眺めてみましょう。　その第一幕（プロローグ）は、いわゆる「痴漢」の現場付近の情景です。　Ｙ氏（「事件」そのものと裁判の経過とを、「お父さんはやってない」という書物の中に、夫人とともに克明に書きこんだ人物で、「冤罪地獄」に巻きこまれた人）の辿った現実の道筋とは必ずしもマッチしませんが、それも多少は参考にしがら、一般論風に、いくらか模式的に、時系列で、人の動きを追ってみます。

①　ある男性は、電車から降りたとき、ある女性から、服の袖を掴まれます。　彼女は、電車の中で痴漢の被害に遭ったのですが（もちろん、思い違いやでっち上げのケースも、ありえます）、そのとき、犯行現場において、「この人、痴漢です！」と周りの人に聞こえるようにしながら、犯人を捕まえることも出来たでしょうが、外国人の場合とは大きく違って、普通の日本人女性なら、そのような目だった動きは、しないはずです。　恥ずかしいからでしょう。　それで、件の男性は、女性の声を聞きつけてやってきた駅員の言う通りに、駅事務室まで行って、そこで、どこか近くに（たとえば交番に）いる警察官に引きわたされます。　その警察官は、「とにかく警察署まで来てください。　話はそこで聞きますから。」とか言って、有無を言わさずその男性をパトカーに押しこみます。　所轄の警察署の中では、どこかの段階において、「君はもう現行犯で逮捕されているんだよ。」と告げられることに成ります。　その男性にしてみれば、「一体いつ現行犯逮捕されたのか」と不思議に思うでしょうが、警察の実務上の扱いでは、大体のところそのような流れに成っています。　この際、「犯人」と見たてられてしまった人が、この現行犯逮捕の点についてクレームを付けて、当局とやり合うことは、あまりお勧め出来ません。　担当者にあまりよくない印象を与えてしまうからです。　一般に、日本の善良な男性は、自身に掛けられた、とんでもない、身に覚えのない嫌疑について、ちゃんと相手に話をすれば判って貰えると、信じています。　それだけ、わが日本の司法組織や警察は市民に信頼されているのですね。　そのような訳で、件の男性は、みんなの見ている前で被害者と言い争うよりも、駅事務所で駅員に事情を話して、穏便に事態を収めて貰おう、と考えるのですが、しかし、駅員の側には、そんな気持ちも、能力もありません。　それで、彼は、早々に警察官に問題の人物の身柄を預けてしまう訳です。

②　それでは、どうすれば私たちは危険を避けることが出来るのでしょうか。　ある人物が、駅の構内で「自身が被害者だ」と言いたてる女性にマークされてから、所轄の警察署で現行犯逮捕を警察官から告げられるまでの間には、それなりの時間の幅がありますね。　そのと

きが本当の勝負時です。　つまり、駅事務所などへは絶対に行かず、「自分はこういう者で、逃げも隠れもしないから。」とか言って、自身を証明するものを見せ、何とかその危険極まりない場からいったん立ちされるよう、必死で努力してみてください（この仕事は、実際のところは、かなりの難事ですね）。　被害者となっている女性が、犯行現場の車中で間違った「犯人」の手を掴んでしまい、その状態でその不幸な男性を駅員に引きわたしたのなら、状況は遥かに厳しくて、逮捕された形がきれいに出来あがってしまいますが、実際のところは、そのようにシヴィアな成り行きには､滅多に成ってこないと思います。ところで、Ｙ氏がその著書において記している現実の言葉には、とても興味深いところがあります。　それは、「駅員がようやく（駅事務所の）奥から出てきて、『隣、交番なんで行きましょうか？』と私を横目にしたまま女に言うではないか。私には返事する暇さえもなく、駅員と女だけで、さっさと駅事務所から出て行ってしまった。　私は取り残されたようになり、しょうがないので開けっ放しのドアをきっちりと閉めて部屋を出た。　今でもここで逃げてしまえばよかったと後悔している。」という部分です。　人は、「逃げる」と言うと、「悪い事をしでかしたから」と考えがちですが、別に何も悪い事などやっていなくても、突然降りかかった身の危険を回避するために、その場から大急ぎで立ちさる、という「ホンネ」型の対処法も、ときには必要となってきますね（最近見た記事によると、多くの弁護士が勧める対処法は、「とにかく一目散に逃げなさい！」という超リアルな「「ホンネ」スタイルです。　とりわけ、冤罪痴漢問題に関しては、司法の無罪判決により「タテマエ」的に（制度上）身の安全を確保するのが現実には困難である、という特殊事情がある以上は、そのことが当てはまります。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　④

（１）今回は第二幕です。　ここでは、刑事裁判に登場してくる「弁護士」というパーソナリティーが、裏方ながら、まず、主人公と成ります。　それでは、今回から、被告人であったＹ氏がその夫人とともに書きあげたドキュメンタリー版の書物（「Ｙ本」と省略表記します）の内容と、周防監督の製作した映画の「シナリオ本」（「Ｓ本」と省略表記します）の内容とを対応させながら、分析を進めていくことにしましょう。　まず、Ｙ氏が現実に問われていたのが、「公共の乗り物において、人を著しくしゅう恥させ、かつ、人に不安を覚えさせるような行為」を取締まる迷惑防止条例違反（ここでは、東京都の条例違反）のような、いわば軽度の悪行ではなくて、公然わいせつ罪（公然とわいせつな行為に及んだ者の罪）と強制わいせつ罪（暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為に及んだ者の罪）とが組みあわさったかたちの、巷の日常世界の中で発生する性的悪行の内で、かなり悪質な行

為に属する、という点に注目して頂く必要があります。　「Ｙ本」中に、「自分の性器を露出して、それを女性に触らせるなど、変態だとしか思えなかった。」と記されているのが、その「所業」です。　一方、「Ｓ本」では、「スカート内に手を入れ、下着の上から手で臀部を触る。」というだけの、被疑者の「所業」が想定されています。　当然のことながら、強制わいせつ罪への最高刑が懲役一〇年に設定されていることが示すように、Ｙ氏は、映画の中の被告人の場合よりも遙かに重い罪の嫌疑が掛けられていた関係で、現実にとても危険な状況に置かれていた訳です。

（２）Ｙ氏は、警察署で、刑事から、弁護士を頼む権利があることと、黙秘する権利があることを、告げられます。　そして、留置場の中で、同室の人物から、出来るだけ早く弁護士を呼んだ方がいい、とアドヴァイスを受け、「お金がなくても当番弁護士という制度がある。」と教えられます。　留置場の担当官からの連絡で、その日の内に、Ｎ弁護士がやってきて、このように言います。　「あなたが話した状況から見ても、あなたが痴漢をしたとは思えないです。　私が聞いた最新の事件では、巷には金銭目的の悪質なグループがいて、痴漢の罪をでっちあげ、示談金をせしめる輩がいるということです。　早く出たいからといって、やっていないことを簡単に認めてはダメですよ。　特にこの事件の場合、安易に認めてしまうと、最悪の場合、長い間、外に出られない可能性があります。」　Ｎ弁護士に好感を抱いたせいでしょうか、Ｙ氏はその人に弁護をお願いしようとしますが、よくあるように、仕事が手一杯で引きうけて貰えず、その人に誰か信頼出来る弁護士を探して貰うことに成りました。　そのとき、件の弁護士は、「弁護士の中にも、ろくでもない人もいるので注意したほうがいいですよ。」と言ったそうですが、外からならともかく、仲間内でこのような評価を下されるような人物がいる、と考えられていることは、とても興味ぶかいですね。　翌日、Ｎ弁護士から弁護の仕事を受けついだＫ（Ａ）弁護士が接見室にやってきて、「こういう場合は一刻も早く示談を進めないといけない。　あなたも早く出たいでしょう？」、「こういう場合は示談でなければ、難しいですね。」と言いはなちます。Ｙ氏は、二人の弁護士の間でまったく違う方向の話を聞かされて、大ショックを受けます。　因みに、ここで「示談」というのは、被害者とされている人にかなりの額のお金を渡して、検察に不起訴処分を出すように仕向けて貰うことです。
ここで場面は変わりますが、このＫ（Ａ）弁護士が被害者と会う積りであることを電話で聞かされたＹ氏の夫人は、夫が犯行を認めるかたちで示談が進められていくことに不安を抱き、その姉に第三の弁護士を探して貰うことにしました。　その後、Ｙ氏は、姉の依頼を受けて接見に来てくれたそのＫ（Ｕ）弁護士に、「やっていないんだったら絶対に（犯行を）認めてはいけないですよ。」と言われます。　これで、絶対否認を貫く、というＹ氏の覚悟が固まりました。

（３）一方で、フィクションである「Ｓ本」では、事案の流れは単純化されていまして、無料で当番弁護士を頼めるシステムを、警察署の留

置場で同室であった人物から教えられた被疑者は、H弁護士に直ちに救援を求めます。　接見にやってきたその弁護士は、すぐに、弁護を本格的に引きうける積りになって、早速、専門家としての作戦を示します。　彼は、「Y」本に記されている、二人目のK（A）弁護士と同じように、示談を強く勧めます。　ここで、周防監督は次のような明確なメッセージをこの弁護士に語らせるのです。　「はっきり言うけど、この種の軽微な事件でも、否認してれば留置場暮らしだ。　裁判にでもなれば、被害者証言が終わるまで、へたをすれば、三カ月は外へは出ららない。　もちろん、弁護士として、やってはいない罪を認めろと勧めることはできない。　でも、これが日本の現状だ。　認めて示談にすれば、誰にも知られず、明日か明後日には、ここを出られる。・・・・いいかい、このまま否認していれば、三週間はここで取り調べを受ける。　それで起訴されれば裁判だ。　無罪を争えば、まず一年はかかる。　その上、本当に無実でも、無罪になる保証はない。　今認めて示談にすれば、それでお終いだ。・・・・示談するなら、すぐにお金が要る。」　筆者の推測では、実際のところ、ここまではっきりと断言するような弁護士など､滅多にいないはずですが、それでも、ここで指摘されている状況は、司法の世界の冷酷な現実を指ししめすものである､と受けとって貰ってよいでしょう。　監督が、法律のプロにしっかりとした取材を行なったことによって得られた成果が、ここによく出ていますね。　その後、Y氏の母親と知人が自身の判断で第二の弁護士を探し始めて、結局、元裁判官のA氏に弁護を正式に依頼します。　これで被疑者が罪状否認の立場を貫くことが確定しました。　つまり、接見に来たA弁護士は、「否認しているといつまでも勾留して自白を迫る。　こういうのを人質司法っていうんです。　そんな卑劣なやり方に屈したらダメだ。　もう少し頑張れば、不起訴の可能性もある。」と言って、Y氏を励ましたのです。　しかし、実際のところは、そういう具合には成らなかった、という流れにしてあります。

（4）ここで第二幕分の纏めとして､以下のポイントを示しておきましょう。

①　私たち一般人が、全面否認型の、重厚な刑事事件の弁護を引きうけられるだけの能力と見識を備えた弁護士に辿りつくのは、容易なことではありません。　二〇一四年の段階では、日本の弁護士の総数は三二〇〇〇人を超えていまして、これからもますます増加していきますが（この数は二〇年ほど前の総数の二倍以上になっています）、刑事事件だけでは収入が十分でないようなので、専門的に刑事事件を手掛ける弁護士は、少ないのです。　もとより、弁護士は、正義の担い手としての誇りをもって活動しますので、精鋭部隊が揃えば、大きな力になるのですが、その人物に弁護を依頼するには、色々と難しい問題があるのではないか、と推察します。　一定の刑事事件では、国選弁護人が付けられますが、その人物の刑事的センスが一流である保証は、ありません（若手の国選弁護人の場合、とりわけそのことが当てはまりますね）。　ゆとりのある方々なら、御自身で納得のいく私選

弁護人を選任されることをお勧めします。　弁護士報酬の相場はあってないようなものだ、とも聞いていますので、とにかくぶつかってみて下さい。　道が開けるかもしれません。

②　無実なのに示談を試みるように勧める弁護士は、確かに気が利いていますが、本当の弁護士とは言えませんね。　弁護士は、何よりも、被疑者・被告人に寄りそう存在でなければならないからです。　理想論としては、弁護士は、依頼者の言うことを、最後の一人と成っても、信じていなければならない、とのことです。　現実は、そのようなきれいごとでは、済まないでしょうが。

③　検察は、「公益の代表者」という位置付けに成っていますが、国家権力を常に正しい方向で行使するとは限りません。　罪状を真正面から否認する場合には、極論すれば、検察を「敵」と見て、これと戦う姿勢が、ときには必要と成ってきます。

④　私選弁護人に弁護を依頼する場合には、すぐに何十万ものお金が必要に成ります。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　　⑤

（１）今回のシリーズものの論点は二つあります。　一つは、いわばタテマエ（理論）的側面からのもので、「無罪推定」の大原則が司法の場で厳密に守られているか、を具体的に検証する点を、内容としています。　もう一つは、いわばホンネ（実践）的側面からのもので、痴漢行為をめぐって冤罪に巻きこまれそうに成った人がどうすれば危機から生還出来るか、を具体的に考察する点を、内容としています。

（２）さて、すでに、先の第二幕で「弁護士」問題を扱いましたが、ここでは、その続きとして、まず、現実のＹ氏の裁判案件における、弁護士の数と弁護の作戦の両面について、見てみましょう。

（ａ）　武蔵野簡裁での第一審においては、当初、弁護士は二名で、後に一名加わって、計三名でしたが、一方、敗訴後の、東京高裁における控訴審においては、計九名から成る豪華メンバーが揃いました。　第二審向けに特に強化された人物の中に、長らく刑事裁判官として実務に携わってきた経験を持ち、しかも冤罪被害者の救済を天命と考えている有力な弁護士が含まれているところこそが、　注目点です。　多数の弁護人を抱えるには、お金が掛ります。　支援者のお陰で資金カンパが実現したからこそ、被告人は、悪い結果への不安を減らすとともに、経済的な問題に対応することが可能に成ったのです。

（ｂ）　第一審では、「被害者狂言」説が被告人を弁護する論法の中軸に据えられました。　つまり、公然わいせつや強制わいせつの行為が現実にはまったく存在していなくて、被害者を名のる女性が勝手に作りあげたストーリーが「加害者」に押しつけられている、という構図を設定したのです。　このような防御の仕方は、見方によっては、「盗っ人猛々しい。」と人に感じられるかもしれませんし、また、「被害者を二度も冒瀆する。」振舞いにも成りかねません。　パンチが強力であればあるほど、カウンターパンチも厳しいものに、成るのです。それは、初犯なのに、弁護側の予想に反して、懲役一年二カ月の実刑が科せられてしまったところにも、現われているのではないでしょうか。　おそらく、そういった厳しい処断を招いたことへの反省の下に、増強された第二審の弁護団は、「確かに犯行そのものは存在したが、しかし、被告人はその件にはまったく関わっていない。」という「人違い」説を押したてて、見事に無罪判決を勝ちとり、そのまま無罪を確定させたのです。　これらの事実過程のすべてに被告人のＹ氏やその妻の意向が反映したとは思われませんが、それでも、この審級における被告人本人側の取組みが適切だったことが、勝利への決定的なポイントに成りました。

（３）以上は実録の刑事裁判の話ですが、例の映画の筋書きでは、第一審における懲役三カ月（執行猶予付き）の有罪判決で幕が下りてしまうことに成っていますので、ドラマとしてはそれほどのインパクトは感じられませんね。　逆転無罪の獲得という、歴然たる事実の方が、遙かに感動的です。　なお、映画では、「人違い」説が弁護の中軸に据えられたことと、主任弁護人が比較的若い元裁判官に設定されていたことを、申し添えておきます。

（４）これ以後、数回にわたって、警察と検察という組織が舞台の前面に荒々しく登場する第三幕の情景を、描いていきましょう。　話題は、順不同で、しかもアットランダ((に)、取りあげられるはずです。　今回は第三幕の第一段です。

ⓐ　まず、筆者個人の目からすれば、刑事裁判官として最高の境地を極められた木谷明氏（現・弁護士）の分析をご紹介します。「検察官は、刑事訴訟の一方の当事者である。・・・・当事者主義を採る現行刑訴法の下では、　訴訟は、検察官の主張・立証を軸として展開される。・・・検察官は単なる当事者ではなく、『公益の代表者』と位置付けられている（検察庁法四条）。　そうすると、検察官はただやみくもに被告人の有罪を立証しようとすればよいというわけではなく、無辜が不当に処罰されないように配慮するべき責務をも有するはずである。・・・・従前、検察官は、当事者としての立場に固執し過ぎてきた嫌いがある。　今後は公益の代表者であることを意識して、フェアー（公正）な態度で行動することを期待したい。」（法学セミナー・二〇一一年六月号）。　さて、このように組みあげられている立場・スタンスは、タテマエ論としては、堂々たるものでしょう。　もう一方の「当事者」である弁護士が、単なる私人に過ぎず、さまざまな点

において制約を受けているのに比べると、検察は、巨大な警察組織を配下に従えて、「検察一体性の原則」の下に、検察に与えられた強大な公権力をフルに行使することが出来る点で、最初から、被告人側に対して、圧倒的な優位に立っているのですが、このようなとき、お上としての検察には、正義や公正さ・適正さを目指す、という制約をはっきりと自覚して貰わなければ、両当事者間で原理的に力のバランスが取れないことに成るのです。　一方、弁護側には、被告人に不利に働くような証拠をわざわざ提出する義務は、課せられていないでしょう。　つまり、防御する側は、自身の陣営にとって有利になるものだけを相手方に突きつけても構わないのです。　筆者個人としては、ひとまず、このように考えています。

ⓑ　例の映画では、周防監督は、主任弁護士に、「否認しているといつまでも勾留して自白を迫る。　こういうのを人質司法っていうんです。　そんな卑劣なやり方に屈したらダメだ。」と語らせています。出来る限り長く被疑者の身柄を当局の絶対的な支配の中に押しこめておく、このような「手口」は、恐らく世界の法先進国においてあまり見られない特異現象なのではないでしょうか。　もちろん、これは、違法とは言いきれないのですが、率直に申しまして、やはり、「アンフェアーな」ないしは「不条理な」システムを色濃く内包しているように映ります。　もっとも、最近になって、裁判所が検察からの被疑者勾留の申請を簡単に承認する従来の風潮には、少し歯止めも掛ってきているようですが。

ⓒ　Ｙ氏は、「検事というのは難しい司法試験にも合格しているくらいだから、ものごとをキチンと整理して考えてくれるから大丈夫だ、と自分に言い聞かせた。」と自身の手記に記しています。　それでも、現実には、副検事の口から、「否認して黙っていればただですむと思うなよ。　お前のずる賢い本性が見える。　絶対に落としてやるからな。」とか言われて、圧力を掛けられます。　これは、警察で、「お前がやったんだろう。　いつもこんなことやってるんだろ。　常習だな。」と刑事に言われている場合と、似たりよったりですね。　Ｙ氏にはお気の毒ですが、このような口調や論法は、本物の犯罪者と日々対峙している取調べ人が、彼らなりのノウハウを見せびらかしているだけのものとも見られるので、その場は、じっと耐えて頂くしか、ありませんね。

ⓓ　映画では、留置房の同室者が、「警察はさ、捕まえるだけ。　馬鹿な刑事はほっとくと無茶すっから、司法試験を通った賢い検事さんが冷静にチェックすんのよ。　建前だけど。」と被疑者に教えてくれるシーンがありますが（「建前だけど。」の言い草が、深みもあって、とても面白いですね）、現実の取調べでＹ氏に関わったのは、司法試験を経ないで副検事の職にある人物ということです。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）　冤罪痴漢をめぐって　⑥

（１）今回は、第三幕の第二段です。　前回、「副検事」のことに触れましたが、冤罪被害者であるＹ氏の手になる実録本に即して、その人物のことを少し見てみます。　「（私が）取り調べた検察官の名前を伝えたとき、Ｋ弁護士が『副検事か・・・・』とつぶやき、思わしくない顔をした。　理由を聞くと、副検事というのは司法試験に受かったわけではなく、いわゆるノンキャリアで、叩きあげらしい。　どれだけ頑張っても副検事以上に出世できず、正検事にはなれないという。　あんなに横柄な態度だったのは、そうした不満のあらわれだったのかもしれない。」　とあります。
さて、市民の皆さんが、「痴漢」のかどで検察庁のお世話に成るといったとき、多くの場合、地検より格下の組織である区検に所属する副検事が、警察を従えるかたちで、取調べ方として登場してきますが、この際、その点と併せて、地方裁判所より格下の簡易裁判所で、簡裁判事（その一部には、副検事と同じように、司法試験を経ていない人も存在します）が裁きを付ける、というシステムに成っていることが多い点も、この機会にぜひ念頭に置いて頂けたら、と思います。

（２）こういった制度的背景を頭に入れて、「副検事か・・・・」という法のプロのつぶやきを、読みといてみましょう。　タテマエ論（制度論）からしますと、次に述べるように、個々の検察官は、起訴か不起訴かの判断の際、上司の指示に従うことに成っていますので、裁判官のように自らその審級において（ときには、ただ一人で）最終判断を下せる、というほどまでの独立的な位置には、置かれていません。　ですから、結果的には、担当検事が正検事でも副検事でも、同じことに成ってくるのです。　それでも、ホンネ論（現実論）のレヴェルでは、恐らくは検察事務官などとして取調べの現場で無数の取調べを見聞きしてきて、その経験を生かして副検事に昇格した人でも、こと取調べに関しては、刑事裁判の大原則である「疑問のある場合は、被告人に有利に扱うべきである。」という考えかたをその頭に叩きこまれているはずのキャリア法曹に匹敵するだけの基本的な見識を、ひょっとして十分には持ちあわせていないこともあるのではないか、といった心配が弁護人サイドに抱かれてしまうのも、またやむを得ないことなのかもしれませんね。

（３）次に、周防監督の映画ではカットされてしまった部分のシナリオを覗いてみましょう。　検察の副部長Ｕ氏に決裁を仰いでいる副検事Ｍ氏の登場する場面です。　Ｕ氏「これで不起訴はないだろ。」、Ｍ氏「・・・・」、Ｕ氏「被害者の供述にブレがあるのか？」、Ｍ氏「いえ。」、Ｕ氏「だったら、十分いけるよ。　肝心なのは、被害者証言の信用性だけだ。　大丈夫なんだろ？」　　監督はこのセリフを元・検事への取材を参考にして編みだしたとのことです。　副検事が不起訴による

幕引きを考えていたのに、上司が起訴の処分を指示した、という構図も、ここからうっすらと見えてきますね。

（４）このように、起訴するかしないかの問題につき検察全体として判断の統一性を図る、という仕組みの中身は、ときには、「検察一体性の原則」とも名づけられますが、そのトップに立つのは、最高裁判所に対応する組織としての最高検察庁です。　そもそも検察庁全体がどのようにして一つの意思＝判断＝対応方式を持つことに成っているのか、といった辺りの点につきましては、部外者にはまったく判りません。きっと、長い間にわたり積みあげられてきた慣行に倣って、そのシステムは微妙なゾーンで運用されているのでしょう。
ところで、現在取りあげているようなタイプの軽度の「痴漢」が刑事的な処罰の対象へと組み入れられるように成ったのは、二〇世紀も終わりの出来事です。　それまでは、日々女性を苦しめるような連中の非道な振舞に対して、国家（警察当局）は毅然とした対処を示してきませんでした。　そのために、「痴漢天国」が巷に溢れていたに違いありません。　筆者の見る限りでは、今までの甘すぎる対応への反省もあって、警察・検察は、ここしばらくの間、やり過ぎや勇み足、更に言うと、多少のミスは覚悟の上で、かなり力を入れて摘発と訴追に突きすすんできたのです。　その過程で、かなりの数の冤罪が生みだされてしまったのでないでしょうか。　それでも、二〇〇九年に、最高裁判所が、ある強制わいせつ事件の被告人への逆転無罪判決を出したことがきっかけになり、痴漢処罰の流れが少し変わってきたようにも感じられます（この判決については、＜１＞（Ｂ）①（５）の個所を御参照下さい）。　よく知られていますように、自ら捜査を開始する特権を保有する特捜部の場合とは違って、痴漢の捜査にまず取組むのは、警察です。　警察は、捜査を通じて、犯罪ないしは犯罪の疑いが濃厚な状況をキャッチしますと、捜査によって得られた取調べデータを添えて、事案を検察庁へ送ります。　もっとも、「起訴独占主義」の法理により、警察が自信を持って送検してきた事件でも、検察が、「これでは公判を維持出来ない。」ということで、主として手続き的観点から、起訴を見送るケースもあります。　このように、起訴に至るまでには、二段階の手順がきちんと踏まれるのです。

（５）ところで、先の「流れの変化」についてですが、検察当局は、かなり異例の最終判断に属する、問題の最高裁判決に対して、いつものように、タテマエ通り強気の発言をして、逆転無罪の判決に遺憾の意を公にしましたが、それ以上には表だったリアクションは示しませんでした。　しかし、警察は，二〇〇九年六月一六日の段階で、警察庁長官が、定例会見で、まず「無罪判決が出たこともあり、今後の捜査について、多角的に検討する必要がある。」と述べた後、二五日には、「一般人が常人逮捕をした場合などの身柄拘束の判断や裏付け捜査は慎重に行ない、捜査員を集中投入して『プロの目』による現行犯逮捕を目ざす。」とする内容の通達を全国の各警察本部に流す手続を取りました。　いかにも警察らしい、生真面目な対応ぶりですね。　第一次捜査機関である警察が人権尊重の精神に磨きを掛けてくれれば、善良

な市民を取りまく、冤罪痴漢の闇も、薄まるかもしれません。　筆者としましては、こういった警察の姿勢が、これまでのようにタテマエ倒れに成らないことを、祈っています。　他方で、最終の判断機構である（再審の場合はその例外です）最高裁判所で劇的に打ちだされた今回の無罪判決の内容が、このまま定着し、今後、実務レヴェルにおいて、高裁・地裁・簡裁の無数の判決を事実上リードしてくれることを、併せて期待しています。　俗な言葉を使わせて頂きますと、「裁判所がしっかり判断すれば、警察はもとろんのこと、検察もそれに対応するために、しっかりと用意を整えて裁判に臨む。」ことに成るからです。　司法のトップに立つ裁判所の姿勢に期待しましょう。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　⑦

（１）今回は、第三幕の第三段です。　私たちが冤罪痴漢をめぐる問題に取組む際には、まず、検察及びその下部組織である警察の姿勢を解析してみなければなりません。　その仕組みや背景をよく知っておくことは、私たちが冤罪に追いこまれないためにも、とても大切なことです。

（２）ところで、最近の特捜検察における一大不祥事（郵政不正問題）を受けて、検察の上部機関である法務省が立ちあげた第三者機関である「検察の在り方検討会議」に向かって、当時の江田法務大臣は、半年以内に検察職員が従うべき基本規程を制定するよう、求めていました。問題の事件には、「証拠改ざん」と「隠蔽」との二つがありますが、前者の事件の方は、前田被告人（元・大阪地検特捜部主任検事）が潔く罪を認めてしまいましたので、司法上は決着ずみと成っています。　しかし、後者の事件の方では、―マスコミが大々的に司法の動きを逐一伝えてくれる関係で、事情が世間によく知られていることなのですが―　検察側と二人の被告人側（特捜部の前田氏の元・上司たち）との間で、前田氏側の「故意の改ざんの件を言った・伝えたはずだ。」という主張と、元・上司側の「そのようなことは聞いていない・知らない。」という主張とがガップリ四つに組みあったままの状況に成っておりました。　さて、九月三〇日、最高検は、検察の使命や役割を明快に示した倫理規定である「検察の理念」なるものを発表します。　基本姿勢を纏めた前文には、「独善に陥らない。」、「謙虚な姿勢を保つ。」、「より重い処分の実現を成果とみなすかのごとき姿勢をとってはならない。」、「自己の名誉や評価を目的としない。」など、検察官の取るべき心構えを明文化するとともに、一〇カ条の実務上の指針を打ちだしました。　検察当局は、歴史にも残る画期的な措置を、今回取ったことに成ります。　その内で特に重要な項目は以下の通りです。

（３）「①　無実の者を罰し、あるいは、真犯人を逃して処罰を免れさせることにならないよう､知力を尽くして事案の真相解明に取りくむ。②　被疑者・被告人等の主張に耳を傾け、積極・消極を問わず十分な証拠の収集・把握に努め、冷静かつ多角的にその評価を行なう。　③取調べにおいては、供述の任意性の確保その他必要な配慮をして、真実の供述が得られよう努める。」　　これらは、すべて、とても立派な戒めですね。
ところで、先の検討会議の委員である吉永氏は、この倫理規定の内容を、「検察の本来あるべき姿の再確認」をしたものだと、冷ややかに総括しています。　もし、検察が、これまで、有罪獲得を優先するあまり、被告人にとって有利に働く可能性のある証拠を過小評価し、被告人＝弁護側に開示してこなかった（ここを俗な言葉を用いて表現しますと、「証拠を隠した・握りつぶした」）かのように外部から批判されていることを自ら問題視して、先の「検討会議」から「倫理規定」の中に盛りこむよう求められていた「誠実な証拠開示」に関わる条項を何らかのかたちでその「倫理規定」の中に設けていたら、この度の検察の対応について、世間の評価も高く成ったのでは、と推察されますが、検察は、これに敢えて触れないスタイルを押しとおすことで、時代の流れに最後の抵抗を示したのではないでしょうか。

（４）次に、以前に紹介したことのある木谷氏（現・弁護士）が「公益の代表者としての検察官の責務」というテーマについて書かれた文章(法学セミナー二〇一一年六月号)の中に示されている受けとめかたを、以下に引用してみます。　「公判段階における証拠開示の問題は、（取調べの方法についての問題点に比べて：引用者注）より深刻である。公判前整理手続が導入される以前の刑訴法には、証拠開示の規定が殆んどなかった。　そのため、検察官は、いくら弁護人や裁判所が開示を求めても､公判で請求する証拠以外の証拠を容易に開示しないのが、例であった。　これは、公益の代表者たる検察官の取るべき態度ではない。　なぜなら、検察官は、強制力を行使し国の費用であらゆる証拠を集めてくるが、その中には被告人に有利な証拠が含まれている可能性がある。　そういう証拠を弁護人に開示もしないでおいて、被告人に不利な証拠だけを提出して有罪を立証しようとするのでは、どう考えてもフェアーでない。　無辜の不処罰という観点からも重大問題である。」　もっとも、最近になって、弁護側の主張を補強するような証拠について、法律により開示が検察側に義務づけられることに成りましたので、事情は少し変わってきています。

（５）それでは、上に示した重要な事項のいくつかについて、筆者なりのコメントを簡単に付けてみましょう。
まず、②の「被疑者・被告人等の主張に耳を傾け」についてですが、たとえば、冤罪痴漢事件の場合、警察も検察も、極端に有罪慣れしているせいか、頭から有罪を確信していて、「犯人」として引きたてられてきた人が、いくら申開きや弁解を試みても、殆んど受けつけてくれません。　聞く耳など持たないのです。　か弱い女性の被害者の言う

ことだから間違いない、と思いこんでいるのでしょう（しかし、「人違い」のケースだってありえます！）。
以下は痴漢問題を離れた一般論ですが、思いこみの強い取調べ側は、「積極・消極を問わず」という先の表現の内の「消極証拠―つまり、被疑者の無実を指し示すような証拠」らしい事実関係が捜査の過程で浮上してきても、それを真正面から受けとめ、そして、ひとまず立ちどまり、事件の構図全体を考えなおしてみる、というようなことには、エネルギーを割かないことが多く成るのではないでしょうか。　この「入口」のところの問題点の他に、「出口」のところにも、問題点が潜んでいます。　それは、取調べ側がそれなりにしっかりとした消極証拠を掴んでも、これが「積極証拠―つまり、有罪を指ししめす証拠」を押したてていく際のマイナス要因になることを恐れて、弁護人や裁判官に消極証拠のデータを示さないことが、あるようです。　もしこのような成り行きの中で、「入り口」（証拠集め）のところに取調べ側に過失絡みの営みがあると見たてることが許されるのなら、「出口」（証拠提出）のところには故意絡みの営みがある、ということに成ってきますね。　後者の方が遥かに「罪」は重いでしょう。
次は、③の「供述の任意性の確保その他必要な配慮をして」についてです。　冤罪痴漢の取調べ現場においても、被疑者を二〇日以上も勾留状態に置いておき、「保釈してほしければ、さっさと罪を認めろ。」というようなニュアンスの言葉が、取調官からそれとなく発せられるそうです。　これが悪名高い「人質司法」というものの実態です。　いわゆる「ブタ箱」の中に長い間閉じこめられた被疑者は、ただただその苦境から直ぐに逃れたいために、心ならずも「自白」してしまうことがあるのです。　ここには、そもそも「供述の任意性」など、存在しませんね。　また、いずれ扱う政治絡みの、元・秘書グループに関わる「陸山会事件」の事案でも、裁判所は、「威迫による心理的圧力や利益誘導の容で検察の供述調書が作成されているために、任意性がない。」として、重要な調書を多数却下しています。

（６）　問題の映画「それでも僕はやってない」において展開される裁判の経過は、世間一般の人には、衝撃的なものだったでしょう。　そのような印象はあちこちから聞こえてきます。　今でも、あれはフィクションの世界の話で、実際の裁判はもっとちゃんと行なわれている、と考える人が大多数になるはずです。　しかし、本編の「特別版」＜Ⅱ＞（７）で紹介する、元裁判官の瀬木氏の書物には、以下のような指摘があります。「実を言えば、私には、あの映画は、特にショッキングなものでも興味深いものでもなかった。　なぜなら、ああいう事態がいつでも起こりうるのが日本の刑事司法の実態であることは、まともな法律家なら誰でもわかっていることだからである。」（「絶望の裁判所」・一四六頁）　さて、読者の方々は、「裁判の現実」と「映画の筋」を観察された後に、どうのようにお考えになるでしょうか。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）　冤罪痴漢をめぐって　⑧

（１）このシリーズでは、「冤罪痴漢」をテーマの中心にして分析を進めているのですが、その「冤罪」という概念のあり方についてどうしてもコメントしておかなければならない出来事が、二〇一一年一一月に生じました。　それは、時の法務大臣が、「冤罪というものは、無実の市民が有罪判決を受けたときにのみ発生するのであって、ある人物が、起訴された後に無罪判決を獲得し、それが確定したようなときには、そもそも冤罪のようなものは、問題には成らない。」　という趣旨のことを発言したことが、ある新聞のごく小さな記事で伝えられた点に関係します。　その大臣談話は、純粋にタテマエ論のゾーンでの話ならば、ジュリストである筆者としては、そのまま受けいれなければならないのでは、と考えています。　それでも、物事のバランス上、ホンネを無視することの出来ない性格の筆者と致しましては、その発言に対してどうしても一言コメントをさせて貰わなければなりません。
確かに、無罪判決が出れば、「無罪」（正確には、有罪でない）という認定が公になされて、お上の側の理屈では、それで「一件落着」となりますが、一方、身の潔白が証明されるまでの何十日、ときには何カ月もの間に被疑者・被告人から奪いさられたもの、また、その人に襲いかかったものの大きさ・多さ・重さのことを考えますと、「結果がよければ、それでいいじゃないか。」　といった、突きはなしたような冷たい物言いには、とても賛同できません。　大臣のような公人にはその程度のことしか語れないのも、また一つの真実ですが、しかし、本当の意味における「偉い人・立派な人」なら、もう少し違う、血の通った言いまわしがそれなりに出来たのではないでしょうか。

（２）さて、筆者がこれまでに気づいたことなのですが、何かの拍子に冤罪の疑いを掛けられた人が、身の無実を必死に捜査当局や第一審の裁判所に訴えていく間に、その人は，きっと、以下のような苦しみを、いくつか味わわれることに成るでしょう。　それを簡単に羅列してみます。

（ａ）　無実を訴え、更に、強く抗議することにより、捜査当局に抵抗する態度を取りつづけるような人は、殆んど例外なく、二〇日以上、警察の一室に勾留されます（ホンネ的には、監禁されるようなものです）。　家へ帰ることも、会社に出勤することも、学校に行くことも出来ません。　外部と連絡を取ることさえも、ままならないのです。失なわれた時間の意味は人それぞれで違ってきますが、誰にとっても、時を失なうことは大変なことですね。　試験を受けられなかった学生さんの悲劇を想像してみてください！

（ｂ）　彼は正しく物理的に、孤立感に悩まされるだけでなく、毎日何時間も取調べを受けて、疲れ果てることでしょう。　それも、かなりの場合、取調べは同じことの繰りかえしです。　刑事や検察官は「聞く耳」を持たないのでは、とその人には感じられるに違いありません。

まるで、被疑者が、極度の苦しさに耐えかねて、絶望のあまり「落ちて」、あることもないことも「白状」してしまうのを、じっと待ちうけているかのようです。　「認めたら、罰金ですぐ帰れるよ。」といった、天使の声か悪魔の声か判らないような囁きも、聞こえてくることでしょう。

（ｃ）　同じような苦しみは、被疑者の家族にも襲いかかります。　家族が精神的にも追いつめられて、その人の生命に危険な状況さえも、生じかねないのです。　弁護士が付いてくれていても、家族の絶望感は拭いさられません。

（ｄ）　もちろん、加害者とされた、無実のその人のプライドは大きく傷つけられます。　性犯罪が持っている独特のマイナス・イメージが、その人に重くのしかかってくるに違いありません。　何と言っても、痴漢は破廉恥罪なのですから、その人の人格に傷が付きます。

（ｅ）　九九％以上の恐るべき高さの有罪率を誇るこの国では、逮捕されれば、殆んど有罪一直線ですから、世間の目は、無罪推定などそっちのけで、被疑者を犯人扱いしてしまいます。　この現実は重いのです。

（ｆ）　本気になってお上（捜査当局）と戦うためには、間違いなく相当な額の金が必要ですね。　まず、誰かよく判らない当番弁護士などではなくて、つてを頼って、腕の立つ私選弁護士を見つけて、無罪弁護を依頼しようとしますと、何十万ものお金が、すぐに必要に成ってきます。　本来ならば、制度上、重い立証責任が検察側に課せられているところから、被害者の供述しか有罪の証拠がないのなら（大抵はそのように成っています）、被告人は何もしなくても無罪を勝ちとれるはずですが、現実問題としては、そんなに甘い話などなくて、被告人は、積極的に自身の無罪を指ししめす状況を、たとえば犯行現場の再現実験などを通じて、しっかりと法廷に示していかなければなりません。　これには、相当な数の支援者と、多額のコストが掛ります。

（ｇ）　被疑者が最も気にしているのは、勤め先との関係です。　まだ有罪が決まった訳ではありませんから、懲戒免職の線はないでしょうが、勾留が長びくと、休職扱いにされてしまうことは、十分にありますね。　彼の経済生活にも危険が差しせまっているのです。

（ｈ）　もし、被疑者が、教師であったり、法曹であったり、またいわゆる有名人であったりしますと、その人の名はマスコミに流れます（もっとリアルに言えば、その筋から流されます）。　それによって、その人の名誉や社会的地位は、大きく傷つけられます。　その人は、仮に無罪に成っても、多分、元には戻れないでしょう。

（３）話は突然変わります。　刑法上の違反行為である強制わいせつ行為と、各都道府県の定める条例違反とが合体したような重大な犯行ケースには当てはまらないことですが、もし条例への違反レヴェルの痴

漢だけの場合なら、前科がない限り、二〇万円ほどの罰金で、被告人は、裁判の舞台から身を退くことが出来ます。　これは、まったく無実の人が、さまざまな状況を勘案して、取調べの比較的早い段階において、虚偽の「自白」を敢えてする、という苦渋の決断をした結果として、身に降りかかるさまざまなダメージを最低のものに抑えこむことが出来た、ことを意味します。　このような荒業も現実には存在すると聞いていますが、読者の方々なら、敢然と戦いつづけるのか、泣く泣く敗れたことにして、陣を引くのか、どちらの選択をされるでしょうか。

（４）以前に、検察の有罪追及の既定路線にとってマイナス要因と成る、いわゆる「消極証拠」について少し触れましたが、二〇〇一年一一月に、大阪地検特捜部のトップたちの犯人隠匿事件の審理過程において、証拠を改ざんした「犯人」である前田氏（元・検事）は、自身への証人尋問の場で、「一〇の証拠の内に三の不利な証拠があれば、検察側も弁護側も、不利な証拠を出さないのが、実態だ。」という趣旨のことを述べたそうです。　弁護側のことはひとまず措くとして、検察とあろうものが、このような、真実に目を塞ぐようなアンフェアーな手口を日常的に用いていたかと思いますと、背筋が寒くなりますね。　潔く自身の罪を認めて罪に服した前田氏は、これからも「正直な発言」をしてくれるでしょう。　筆者としては、それが世直しに繋がってくれることを強く望んでいます。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）　冤罪痴漢をめぐって　⑨

（１）　第一審で無罪の判決が獲得された後に検察側が控訴しなかった、という比較的穏やかな、超例外的な事案では、「冤罪」被害者の苦難はまだ少ないのですが、一方、第一審・第二審ともに有罪で、その後、最高裁段階でようやく無罪を勝ちとった人の事案（名倉事件―＜１＞（Ｂ）①（６）以下）の場合、その被疑者・被告人の蒙った苦難・危難の大きさは、結果がよかったからといって、決して拭いさられるものではありません。

（２）さて、不運にも、痴漢絡みのあらぬ疑いを掛けられて、検察の許へ送られるような事態に遭遇された方の悲劇というものには、色々と幅があります。　最もましな場合は、現行犯逮捕されて、当局から身柄を拘束されたまま、事実上の「有罪推定」が働く環境の中で、それなりに厳しい追及を受けた後、当局から不起訴処分にして貰え、身柄を解放されたケースですね。　そうは言っても、問題の人が、絶対無実でありながら、とにかく早く穏便に事を収めて社会復帰するために、被害者との示談（ここでは、罪を認めたことが、大前提に成ります）に漕ぎつけて、十万単位のお金を渡し、そして、その人物の側から、

検察に対して、穏便な措置を取るよう配慮してほしい、という意向を伝える内容の書類を提出して貰うように事を運んで行く際には、色々と苦労がおありでしょう。　ここまでくれば、「有罪」絡みではありますが、不起訴処分で事態をとにかく収めることも、不可能ということは、ありません。　このようなルートを選ぶことは、あまりお勧めできませんが、やり手の弁護士なら、物事のプラス面とマイナス面とを総合的に勘案して、その線で決着を付ける策を採るよう、被疑者にアドヴァイスをするかもしれません。　真面目に物事を考え、「司法の世界に正義が溢れている。」と信じている多くの人にとっては、こういった成り行きは、耐えがたいことでしょう。　「次善の策を取るべし。」といった世間の戒めがあることはちゃんと知っている人にとっても、こういったことは、とても辛いことですね。

（３）「プレジデント」という財界誌の二〇一一年一二月一九日号の三六頁以下に、「痴漢冤罪」の項目が設けられ、「九九パーセント有罪。正義などない。」という過激なタイトルの下に、いかにも世間を知っている雰囲気の弁護士先生（野沢隆氏）のアドバイスが、示されています。　この手の記事の中で、これほどメリハリの利いた言いまわしをいくつもしているものは、筆者の知る限りでは、ありません。　タテマエを振りすてて（無実をあくまでも主張することはせずに、責任を認めることにして）、ホンネ（実質尊重・実利優先）主義に基づいて果敢に「リスク回避」を狙う、という「手口」の一つを、その記事から読みとってください。

（４）次に、最悪の場合と規定してよいのは、無実なのに、最高裁まで三度争っても有罪の線を突きくずことが出来なかった人のケースです。名誉・誇りと、何年もの時間と、おそらく何百万ものお金と、仕事とを失なう訳ですから、その不条理・非道さ・残酷さは、言葉ではとても言いつくせないでしょう。

（５）ところで、「危難・苦難」ということを言うのなら、冤罪の被害のきっかけとなった被害者女性の側の負担についても、ここで言及しておかなければ、バランスが取れないことに成ります。　まず、警察や検察の被害聞きとりの段階で、その女性は、たいてい、被害の状況をそのまま申告していると、当局に受けとめて貰えます。　つまり、彼らは、被害を受けた女性に同情するとともに、犯人を有罪に追いこんで、司法の場で正義を貫こうとします。　それでも、真実をきちんと把握しておくために、色々と突っこんで聞いてくるはずです。　ここで、一般的な取調べのモデルを記しておきましょう。

①　　捜査官からの最もきつい問いかけは、「あなたは本当に痴漢被害にあったのですか」でしょう。　これは、数十万円にものぼる示談金目当ての企みをする人間たちが、それぞれの持場について、「痴漢被害」を演出するという、あくどい振舞いをしたケースが、近年発覚したことを意識しての発言です。

②　次は、「あなたが本当に痴漢にあったことはよく判りました。　しかし、あなたが犯人として現場から引っぱってきたその人物が、間違いなく痴漢の実行犯である、とあなたは断言できますか」　これは、「人違い痴漢」のケースに成らないように、捜査官が慎重に状況の確認を試みている部分のセリフです。　ここでの遣りとりの中で、捜査官から痴漢の現場の状況が、事細かに問いただされます。　聞くところによりますと、被害者女性に寄りそう姿勢を取りがちな取調べのプロは、裁判の場に引きだされる人が有罪となる方向へと、事態を自然に誘導していくそうです。　取調べの調書は捜査官が作成するのですが、そこには、思い入れ・思いこみや、やり過ぎ・踏みこみ過ぎの姿勢が、混じってくることもあるのではないでしょうか。　よく「検事の作文」というものが問題に成りますが、これは、上記の成り行きが極端に走ったケースです。　ありもしないことや言ってもいないことを、スラスラと書き記しているからです。

（６）次に、裁判所における公判廷では、被害者は、加害者・被告人に仕たてあげられた人物の弁護人から、当然のように、色々な角度から厳しい質問を、ぶつけられます。　裁判官はいわば中立の人物ですが、この人からも色々と聞かれるかもしれません。　最も嫌な成り行きは、弁護人の側から、被害を受けた女性が、これまでに示談金を貰った回数がやたらに多いことを指摘されたり、被害妄想的な性格を疑われたりすることでしょう。　因みに、先の「常習被害」につきましては、驚くべきデータが、最近のある民事裁判で、明るみに出ました。　一年八カ月の間に五件もの痴漢被害に遭い、最高七〇万円、最低二〇万円の幅で、計一九〇万円もの示談金を貰った人のケースが、それです（興味深いことに、この事案は、「痴漢行為」をめぐって加害者とされていた人物が、無罪の判決を獲得した後に、被害者とされていた女子高生とその両親をに相手どって提起した、民事の損害賠償訴訟で、「痴漢をはたらいた」として敗訴してしまった、いわゆる「民刑事ねじれ逆転訴訟」での出来事です）。　次に、人違いがテーマになる局面では、被害者女性は、事実を突きとめるための公開の手続きの中で、痴漢現場の状況が再現されたりして、いわゆる「セカンド・レイプ」にも似た人格攻撃に晒されることに成るのです。

（７）さて、世の女性が冤罪の主張を押したててくる被告人側と対峙する際の苦難に陥らないためには、いったいどうすればよいのでしょうか。　出来る限り、「張りこみ捜査」中の婦人警官の動きを参考にして下さい。　つまり、痴漢行為の現場をしっかりと視認し（魔の手が伸びてきたら、背後などにいる人の手と単純に決めつけたりせずに、手を掴まえたままで、その手の持ち主の顔にちゃんと辿りついてください）、しかも、近くに必ずいる人にそういった証拠確保行為の証人になって貰うよう、すぐにお願いしておかなければなりません。　警官なら、証人なしでも証拠力があるかもしれませんが、普通の人の場合には、犯行の存在を証明してくれる第三者の助けが、どうしても必要ですね。　辛い情況に置かれている女性に無理なことをお勧めする筆者への風当たりが強いことぐらいは、百も承知ですが、「論より証

拠。」の教えに従って、「動かぬ証拠」を突きつけていき、厳密な意味における「現行犯逮捕」を敢行・実行するやり方をとるのが、法の取りしきる裁判世界に踏みこむ人に求められる「作法」なのです。　筆者としては、このようなタテマエ（システム）論に頼るよりも、痴漢されたら、「痴漢はやめて下さい！」と代わりに大声で叫んでくれるようなソフトを内蔵する携帯電話などを、素早く駆使して、現場で即座に逆襲する類の、ホンネ・スタイルの対応策の方を、心からお勧めします。　恥を知る日本女性にこんな荒業を求める筆者は間違っているでしょうか。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　⑩

（１）冤罪を生みだす背景や地盤と成っているものは、普通は、まず警察の動きで、それから、検察の動きです。　これらの二つの国家組織（当局）は緊密に繋がっていまして、最終的には、検察が捜査責任を負います。　一方で、裁判所は、公判廷の場で冤罪の発生を押さえこむことについて、権能も能力も立派に保有していますが、それが正しく機能せず、最終的に冤罪の結果が有罪判決の形で姿を現わすことも、ときにはあるのです。　以上は中核部分についての話ですが、その外辺には、担当弁護士が、力量の不十分さのために、冤罪への流れを食いとめることが出来ないことや、マスコミが、「有罪推定」の路線を突っぱしるかたちの報道に流れがちになって、「外堀を埋めてしまう」傾向なども、トータルには、冤罪を助長する方向に働きます。

（２）ここで、ホットな話題を取りあげることに致しましょう。　最近、ある新聞に、龍谷大学の浜井教授らが実施した日欧九カ国の「国際比較調査」についての、小さな記事が、載せられていました。　それは以下の通りです。　「検察は役割を果たしているか」との質問に対して、ロシアを除く欧州七カ国（イギリス、ドイツ、フランス、北欧四カ国）では、六二％から八六％の率で、「良くやっている」との高評価の数字が、叩きだされました。　しかし、わが日本については、その率は四二％しか、成らないのです。　それから、「裁判所の判断を支持する義務があるか」との質問に対しては、「強く同意する」と答えた日本人の比率は、わずかに四％で、この数字は九カ国の中で最低のランクです。
ついでに、ここで、もっと対象を絞ってなされた調査の結果を、見ておきましょう。　二〇〇〇年に実施された「民事訴訟利用者調査」によりますと、民事訴訟を利用した人々の内、「訴訟制度に満足している」と答えた人の割合は、一八・六％で、それが「利用しやすい」と答えた人の割合は、二二・四％ということです。　訴訟を利用する人のどちらかは敗訴する訳ですから、満足している人のパーセントの

最高値は、まず五〇を超えないでしょうが、それにしても、一八・六％というのは、かなり低い数字なのではないでしょうか。
さて、本論に戻ります。　現在の日本人の大多数が、判決に集約されるような各レヴェルの裁判所の判断を受けいれもせず、信用もしていないことを暗示するようなこの調査が、本当に事の真実を伝えているのだとすれば、私たちの国は欧米を中核とする法先進国グループの仲間入りをさせて貰えないことにも、成ってきますね。　しかし、素晴らしい調査結果も、ちゃんとあります。「保険金の支払い請求の際、うそを言う」や「盗品と思われるものを買う」などの法令遵守の姿勢に関するごく具体的な質問につきましては、「一度もない」という解答の比率が九カ国中で最も高い数値を示しているからです。　つまり、私たち平均的日本人は、自律的・自立的に（つまり、必ずしも国法に依りかかることなしに）、広い意味における「法」という伝来的な社会ルールを尊重し、それを遵守する姿勢を日常の局面においてしっかりと身に付けているのです。
浜井教授は、「日本人は周囲の人に見つかったら通報されるという、『相互監視』と『社会的制裁』に対する意識が強く、法律を守ろうという傾向が高まるのではないか」、と語ったことが新聞記事で伝えられていますが、筆者個人としては、次の二点を合わせて指摘しておきたいと思います。　一つは、「世間体」をとても気にする私たちの生きかた、という、いわば消極的なニュアンスを帯びた姿勢が、今でも根強く残っている点（これは、私たちが今でも大切にしている「恥の文化」とも深い所で繋がっているのではないでしょうか）で、もう一つは、もっと積極的に、個人個人の「良心」というものを大切にし、常に自ら良心的に身を処する姿勢を重んずる国民的伝統が、衰えたといってもまだ健在である点です。　法律があってもなくても、自身の良心や研ぎ澄まされた良識を自らの「法」として受けいれる人々が、この国には今もなお多いのではないでしょうか。　私ごとですが、筆者もそのような人間でありたい、と念願しております。

（３）正直なところ、筆者は今回の調査データを突きつけられて、かなり動揺しました。　日本人が上から目線で国民に下されてくる法律（実定法）に対して比較的従順な姿勢を取りがちな点につきましては、筆者には予想通りですが、一方で、警察という行政機関や、裁判所という司法機関に対して、これほどまでの不信感を人々が抱いている点が、数字となって打ちだされてきていることは、驚きです。　明治政府以来の当局が編みあげてきた法治国家の仕組みに対して、現代の私たちの先輩は、確かに時代によりさまざまな揺れはありましたが、それなりの敬意を払ってきたように、思えます。　この国では、「お上」は、「権力」だけではなく、ある意味ではもっと格上の「権威」までも身に帯びていたからです。　しかし、最近になって、国民は、司法・立法・行政という国家を構成する三権のすべての領域で、不沈戦艦（？）のような雰囲気を伝統的に持っていた「お上」というものに対して、　鋭い監視・批判の眼を向け始めました。　しかも、プロテストの意思を明確に公示しながら批判的に行動する市民グループが、各所に登場してきているのです。　裁判員として裁き手の地位を確保していく人々

の数は、毎年確実に増加することに成っているのですが、彼らが、厳しくて過酷な裁判員体験に基づいて、「当局の司法」のあり方に対して堂々と物申す場面も、いずれ、生まれてくるでしょう。　筆者は、五〇年も前に、日本に陪審員制を取りいれる必要があることを考えて、市民が裁き手と成っている、ローマ共和政下の刑事裁判で繰りひろげられた弁護弁論の研究に長い間取組んできた人間なのですが、司法面で市民が司法のプロに対して存在感を示すその実績が、日本で定着することを、とりわけ願っております。

（４）それでは、本題の冤罪問題へと戻りましょう。　私たち日本人が、司法全般の動きを批判的に受けとめるように成ってきた要因の一つに、極く普通の市民が、「冤罪」というものを目の当たりにして、司法の欠陥や、不条理ないしは非道を実感する機会を持てるように成った、という経過があるように思えてなりません。　日本のマスコミは、殆んどの場合、当局からいくらか非公式に捜査情報を流して貰うことにより記事を積みあげていくのですが、それが当局のお先棒担ぎに流れがちに成ることを反省したためか、いったん事件に冤罪の匂いがしはじめると、一転して、大々的に冤罪報道に精をだし、司法の不手際を徹底的に追及します。　そのお陰で、私たち市民は、週刊誌や新聞や月刊誌などの活字形式のものや、テレビのワイドショーでのコメンテイターの発言などの色々なルートを経由して、冤罪のありようをかなり正確に捉えることが出来るように成ってきました。　警察の捜査、検察の事件の組みたて、最高裁までの各審級における裁判所の判決、といった刑事司法の流れのあちこちにおいて、冤罪の芽が存在することは、現代では、すべての人に知られているのではないでしょうか。筆者が冤罪問題を追っかけているのは、冤罪を生じさせないような仕組みを制度化する必要があることを訴え、同時に、冤罪を惹きおこすことが大罪に値する、という点をしっかりと司法当局の人々に認識して頂くことを願いながら、問題提起していくためです。

（５）裁判というものは、人間がそれぞれの側で全存在を賭けて闘いを展開する営みです。　ここには、司法関係者の思いこみ、手違い、単なるミス、悪意、能力の欠如などの要因が重なって、一定の割合で冤罪が生みだされてしまいます。　いったいどうすれば冤罪の悲劇を少しでも回避できるかは、当局及びその周辺に位置するすべての人々の努力に掛っています。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　⑪

（１）以前に、冤罪被害者に突然襲いかかる数々の苦難や悲劇について、かなり詳しく述べましたが、幸いにも、警察による逮捕から裁判に到るまでの長い司法過程において、無罪が確定して、とにかく元の生活

に戻れた人に対しては、一体どのような償いが国家の側からなされるのでしょうか。　殆んどすべての場合において、警察も検察も、また裁判所も　―つまり、お上というものは―　、表向き（タテマエ上）めったに謝まりませんし、本心で（ホンネで）も、反省したりはしないはずです。　「証拠評価についての見解の相違のせいだ。」とか、「無罪決着そのものがおかしい。」とかいう理屈で、その場を取りつくろうことに成るのでしょう。　その代わり、国家は、長期間身柄を拘束された被害者にお金を支払うことによって、ドライに幕引きをします。　筆者がが研究している古代ローマでは、官吏である裁判官が過失のせいで誤判をしたりしますと、彼が、不法行為をやらかした場合に準じて、かなり厳しい罰金（償金）支払うという不利益処分を受けるシステムも、後代にはちゃんと開発されているのですが、古今東西の長い司法の歴史の中には、この他にも、裁判官がその裁判に関して責任を追及されるような制度を設けている国も、ちゃんとあるのではないでしょうか。

（２）以前に紹介した周防監督の話題作「それでもボクはやってない」のシナリオ本の中に、上に述べたことと関係がある部分が見えます。「否認しているといつまでも勾留して自白を迫る。こういうのを人質司法っていうんです。　そんな卑劣なやり方に屈したらダメだ。　もう少し頑張れば、不起訴の可能性もある。　万が一、裁判になっても、無罪を取れば、勾留日数分、一日一万円以上もらえる。　アルバイトでもしてると思えばいい。」　これは、腕ききの主任弁護人（元裁判官）に監督が映画の中で言わせているセリフです。　こんな風に、とても重大な事柄を軽く言い流してしまうような弁護士が本当にいるとも思えないのですが、その辺りは、フィクションの世界の一場面、ということで、気にしないことに致しましょう。　それから、その冤罪に苦しむ被疑者は、「有罪になる確率は九九・九％って本当ですか？」と、弁護士に尋ねます。　以後、「ああ、それは認めている（犯行を自白している：引用者注）事件も含めての数字です。　否認事件だけに限れば、無罪率は高くなる。」、「どれくらいですか？」、「三％くらいかな。　百件に三件は無罪だ。」、「（がっかりする）」と続きます。　この映画は、被疑者が起訴されてしまい、第一審で有罪判決（執行猶予つき）を食らうところで、さっさと終わっていますから、彼はまったく期待を裏切られてしまった訳ですね。
弁護士の言うことは、このように能天気で無責任だ、といった印象が人々に抱かれることがときにはあるのも、仕方がありません。　被告人有罪の結果が出ても、弁護士は、読み違えや不手際などについて、あまり謝まったりはしないでしょう。　法曹界というのはそういうところなのです。　突きはなした言いかたに成ってしまいますけれど。
なお、以上のことはフィクションの世界での話ですが、この映画の下敷きと成った本当の裁判では、第一審有罪（しかも実刑）、第二審無罪で確定、という厳しい経過に成っています。

（３）裁判が上級審まで上がっていけばいくほど、勾留される日数も長くなります（一〇〇日以上の例もあります）。　最終的に無罪判決を

獲得出来た人は、相当な金額の、いわば補償のようなものを国家から貰う訳ですが、そのように受身の姿勢で金銭的利益を手にいれるだけでは納得せず、捜査当局（つまり国家）に対して敢然と責任追及の戦いを挑む人も、稀ですが、確かに存在します。
そのような人物の一人は、以前に取りあげた、厚労省の「郵便不正事件」の元被告人・村木氏です。　氏は、「不当・違法な逮捕や起訴などで精神的苦痛を受けた」として、国と大阪地検特捜部の元・担当検事ら三人に計四一〇〇万円の賠償を求める、一種の民事訴訟としての国家賠償請求訴訟を起こしました。　この提訴は金銭目当てのものではなくて、裁判審理のオープンな過程で、当局の非道・不当・違法な取調べの実態を世間に明らかにするためのもの、とのことです。　ここのところを筆者の言葉で説明しますと、タテマエ上は金銭賠償（古代ローマの昔から、民事訴訟は、金銭の支払いをターゲットにするしか方法がないのが、原則でして、謝まってほしい、という希望は叶えられないのです）を、一方、ホンネ的には、事の真実（つまり不当・違法な捜査活動）を公の場でしっかりと見きわめ、ひいては、検察の不当･不適切な行状を暴きだすことを目指していたのです。　しかし、「敵もさる者」でして、国（検察）側は、証拠改ざんを筆頭とする大不祥事がまたまた世間の晒しものに成ることを避けるためでしょうか、さっさと違法捜査の責任を認め、請求に対して「認諾」の立場を表明した結果として、約三八〇〇万円余りを支払うことにし、法の舞台から遁走してしまいます。　もちろん責任を潔く認めることは、男らしい（？）振舞いでもありまして、法的にはなんら非難される筋合いのものではないのですが､滅多に責任など認めないお上の処置としては、これは特筆される出来事に属するでしょう。　なお、後日談に成りますが、村木氏は、弁護のための費用を差しひいた後の巨額のお金を、ある公的な組織へ全額寄付されたとのことです。　筆者個人としては、氏の矜持の高さには敬意を表したいと思います。

（４）このように、民事の裁判というものは、私人のイニシヤティヴで自由に起動させることが出来る、使い勝手のよい法手段なのですが、それは、恨みを晴らす場と成ったり、真実に迫る貴重な公的ルートと成ったり、問題の所在を世間に知らせることにより何らかのアッピールをするための､効果的な手段と成ったりします。　一般に､「民事」と「刑事」との間には色々と微妙な関係が成りたつのですが、もう一つ、両者の交錯する事例を見てみましょう。
一九九五年に､ある女性看護師が､殺人未遂の所業により被害を受け、今も重い後遺症に苦しんでおられます。　現状では、すでに二〇一〇年に公訴時効が成立しているために、被害者側は、刑事事件としてこの悪行を当局に追及して貰えなくなっていたのですが（殺人未遂容疑での書類送検だけは、キチンとなされていますが）、それでも、最近に成って、別の犯罪で逮捕されたある人物の持つＤＮＡ型が、先の事件の際に残されていたデータが示すＤＮＡ型と一致したことから、偶然にも真犯人が割りだされ、時効成立後に行なわれた警察の任意聴取で、その人物は責任を認めました。　それに応じて、被害者とその家族は、なぜそんな酷い目に遭わなければならなかったのか、をどうし

ても知りたくて、約四五〇〇万円の損害賠償を求める訴えを、相手方行方不明のまま、提起します。　そして、警察との粘り強い折衝の結果、ようやく刑事関係の供述証書の開示をかちとり、「男が、人違いで、たまたまその女性を襲った。」という「事実」が判明しました。三月には、被告不在のまま、原告勝訴の判決が出ます。　このように、民事訴訟は、場合によっては、事の真実を突きとめる貴重な手段とも成ってくれるのです。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　⑫

（１）現在、この日本に「冤罪」事件がどれくらいあるのでしょうか。その正確な数は判りません。　最終審まで、しかも再審段階まで、身の潔白を訴えつづけている人のことは、マスコミが報じてくれますので、それなりに世間によく知られています。　その一方で、いわれもなく冤罪に問われていることを、本人や家族だけが、実体験に基づいてはっきりと知っていても、周りの人がそうとは知らないままに、事態が、まるでベルト・コンベヤーに乗せられたようにして、警察と検察と裁判所を経由して、有罪判決のところまで、スイスイと流れていく情景も、決して珍しくありません。　タテマエ論からしますと、その流れの数個所に、検察の関門と、裁判所の計三つほどの関門とがちゃんと設けられていますが、この国では、その関門でのチェックは、それほど厳しくないように、筆者個人には思えてなりません。　冤罪地獄に引かれていく人が、「私は無実です！」と叫んだことは数えきれないほどあったことでしょう。　その人の心には、怒りはもちろんのこと、諦めや悲しみや絶望感が深く刻まれています。　それでも、昔と違って、今では、冤罪報道がかなり丁寧に行なわれるように成ってきましたから、世間の関心も高くなり、司法当局も、これまで以上に神経質に犯罪捜査と処罰に取組むよう、少しずつ変身してきているのではないでしょうか。　裁判員制度の導入により、事態がよい方向に向かってくれればよいのですが。
日本の刑事裁判における有罪率は、世界屈指の高さであることは、よく知られています。　一九五〇年ころの有罪率は、九八・三％でしたが、その後は、九九・九％にまで数字は切りあがっています。　しかし、ある弁護士の推測では、毎年、数十名の人がきちんと無罪判決を獲得しているのですが、実は、それ以上の数の人が、無実・潔白でありながら、冤罪に巻きこまれている、ということです。　このような冤罪・誤判の「暗数」は、正確なところは判明しないとしても、無視出来ない要素ですね。　無実の人が、上級審において頑張れば、無罪を獲得できる可能性があっても、刑に執行猶予が付いていたり、実刑でも刑期が短かかったりすれば、司法当局と戦い続けることを諦めてしまうケースも、少なくないでしょう。

ここで、とても大切な情報をお届けしましょう。　冤罪被害者を支援してくれる中核的な団体として、以下の二つがあります。　「日本国民救援会」と「救援連絡センター」がそれです。　インターネットなどで連絡方法を調べてみられるとよいと、思います。　身近な人からのつてを頼って優れた弁護士に行きつけることもありますが、それは運しだい、というところでしょうか。　これらの中央の組織には、一般の方々にとって少し敷居の高いところもあるかもしれませんが、少々回り道に成っても、しっかりした弁護士を探すルートの一つとして、その組織を御活用頂ければ、と思います。　申しあげるまでもなく、裁判闘争の成否は弁護士の力量・器量に掛っているのですから。それから、一般的な話としては、各都道府県の「弁護士会」が用意している「当番弁護士」の制度を利用されるのが、とても便利です。　その他、二〇〇六年に、全国規模で設立された「日本司法救援センター」(「法テラス」―「陽当りのよいテラスのように、法で社会を明るく照らす」というニュアンスの籠められた愛称）へとにかくアクセスしてみて下さい。　その他に、インターネットで、例えば「弁護士ドットコム（？）」の項目を立てて、弁護士情報をリサーチする方法もあるのではないでしょうか。

（２）法の国であったローマの、ウルピアーヌス（二世紀～三世紀）という高名な法学者が、その著書の中で、次のように述べています。「実際、罪のない人に有罪判決が下されるよりも、罪のある人の悪行が罰せられないままにされてしまう方が、いっそうよいこと（Ｓａｔｉｕｓ　ｅｎｉｍ　ｅｓｓｅ，　ｉｍｐｕｎｉｔｕｍ　ｒｅｌｉｎｑｕｉ　ｆａｃｉｎｕｓ　ｎｏｃｅｎｔｉｓ，　ｑｕａｍ　ｉｎｎｏｃｅｎｔｅｍ　ｄａｍｎａｒｉ．）」　「いっそうよい（ｓａｔｉｕｓ）」と訳したラテン語の直訳の部分は、「いっそう無難な」という、俗な言いまわしに換えてみる方が、判りやすいかもしれませんね。ローマの法学者の文章命題は、しばしば難解で、私たち研究者を悩ますのですが、ここを筆者なりに読みこんでみますと、「捜査当局が、犯罪にまったく関わりのない人が強引に有罪へと引っぱりこまれるといった悲劇を生じさせないよう慎重に動きすぎたために、憎むべき犯罪者を取りにがしてしまうような事態に陥っても、人権擁護の観点からは、それもやむを得ないのだ。」というような趣旨のことを言っている、という理解になります。　考えてみれば、こういう発想はとてもモダンですね。　これと反対の発想は、「とにかく悪い輩を法の網から取りにがさないことが国家の至上命令であり、その執行の過程で無実の人が巻きこまれて犠牲になっても、それは仕方のないことなのだ。」辺りに成ってくるでしょう。　実は、上記の法学者の見解（学説）は、五三〇年に、東ローマ帝国において、ローマ中興の英主・ユースティーニアーヌス帝の命によって編纂・公布された『学説彙纂』という法典中の一規定なのです。　つまり、これは単なる学説の域を超えたところに位置します。　その当時の司法実務が、この通りに、いわば人道的に動いていたかどうか、につきましては、疑問の余地は大いにありますが、それでも、帝政初期に当たる二～三世紀において編みだされたこの命題が、三〇〇年ほど後に、法典の中に立派なタテマエとし

て高く掲げられたところは、そのこと自体として、評価出来るのではないでしょうか。

（３）ウルピアーヌスの時代から一〇〇〇年を遥かに超える後の時代のイギリスで、ブルームという人が、次のような格言を作っています。「罰を加えることにおいて誤まることよりも、無罪放免することにおいて誤まることの方が、常にいっそう安全である。」　さすがに論理学の発達したイギリスでは、ローマ人流の言いまわしよりもすっきりとした構文に成っています。　その意味するところは、両者は殆んど同じような趣旨のものとお考え頂いて、差しつかえないでしょう。　イギリスにはローマ法の影響はそれほどは見られないのですが、ブルームという大法学者は、その頃ヨーロッパ各地でようやくその存在を知られるようになったローマ法の法典資料の中から、先のローマ時代産の命題を見つけ、これを参考にしてこの命題を立てたのかもしれません。

（４）二〇〇一年に広島市において母親と娘の計二人を殺害して保険金を騙しとったとして、殺人などの罪に問われ、第一審・第二審でともに無罪とされた被告人に対する上告審で、最高裁は検察側の上告を棄却する決定をしました。　これにより、被告人の無罪が確定します。裁判官四人が全員一致で出した決定の中には、「被告人が犯人である疑いは濃いが、自白内容の不自然さは否定できない。」という趣旨の注目すべき表現があります。　ここのところを筆者流に解説させて頂きますと、最高裁は、「タテマエ上無罪、ホンネ上『有罪』」というような含みを持った異例の言及をしたことにも成りますね。　このようなとき、『有罪』の汚名を着せられたような格好の被告人は、判決が無罪の線で確定してしまったからには、これ以上無罪の判決を求めて争うことは不可能ですから、もし被告人が本当に無実であったなら、その人は、自身を取りまいている「灰色無罪」の闇から永遠に逃れることは出来ないのです。　正直なところ、筆者としては、こういった成り行きに釈然としないものを感じています。

（５）現在の日本では、世界の法先進国の場合と同様に、「無罪の推定」の大原則が刑事司法の領域で立ちはだかっている以上、「合理的な疑い」がなおもある中で、犯人の疑いが濃い被告人を有罪にまで強引に引っぱっていくやり方は、先のウルピアーヌス氏やブルーム氏の考えを引くまでもなく、不当・不適切・不公正なことと受けとられています。　しかし、「最高裁で『犯人の疑いが濃い』とされた被告が無罪に成るという結末は、関係者や社会の治安に大きな傷を残す。」という受けとめかたをする新聞記事もあることが示唆しているように、この日本では、おそらく他の国々の場合とはかなり違って、「疑わしいときには、被告人の利益に扱う」という手続（タテマエ）上の処理よりも、「犯人である疑いが濃い」とする、実質的（ホンネ的）判断の方に、どうしても目が行ってしまうようです。

＜１＞「誰も悪い人とは推定されない。」

（Ｂ）冤罪痴漢をめぐって　⑬

（１）以前に「刑事と民事とで、裁判の成り行きや結果が異なることもある。」点について少し触れましたが、今回はその手の「ねじれ」事案の内の、「痴漢問題」関係の話題です。
東京都内の電車の中で、六〇歳代のある会社員が、自身の下半身を二〇歳代の女性の体に押しつけた、として現行犯逮捕されます。　警察に、ほぼ期限いっぱいの二一日間、身柄拘束され、おそらくよく見られるような厳しい取調べを受けたでしょうが、彼は、一貫して容疑を否認し、結局、不起訴処分となり、刑事責任が問われることには成りませんでした。　彼の言分では、自身が問題の女性に電車内での携帯電話の使用を注意したところ、逆恨みされ、不当にも痴漢呼ばわりされた、という構図に成っています。　そのような訳で、彼は、理不尽な言いがかりを付けられたということで、「虚偽の被害申告によって、証拠もないのに不当に逮捕され、長期間拘束された。」として、被害を申告した女性と国及び東京都を相手どり、計一一〇〇万円の損害賠償を求める訴えを提起します。　もし、本当に、その男性が、まったくのでっちあげによって、破廉恥な被告人に仕たてあげられたのであれば、彼のいささか過激な行動も、世間の人に理解して貰えるかもしれませんね。
しかし、事態は思いもよらない結果に成ってしまいます。　その民事訴訟を担当した裁判官は、「女性の供述は具体的で、痴漢行為が存在したものと認められる。」ということで、彼の訴えを斥けてしまったからです。　つまり、結果的には、「刑事上無罪・民事上有罪」的な、いわゆる「ねじれ現象」が起きたのです。　もっとも、正確に言えば、刑事上は「不起訴処分」で終わった訳ですから、これは、どう見ても、「無罪もどき」でしかありませんし、他方、民事上は、民事の請求が認められなかっただけのことですから、もちろん「有罪」とは性質がまったく違います。　ここには、何となく落ちつきの悪い雰囲気があるのですが、どうしてこのようなバランスの悪いことが生ずるのか、不思議に思われる方が少なくないと思われますので、以下に少しだけ説明を試みて見ます。
検察は、国家機関で、警察の助けも十分に借りて、有罪を導くような証拠をしっかりと集めますが、それでも、起訴に踏みきることに疑問がどうしても残ってしまう場合に、泣く泣く（？）起訴を諦めることもあれば、また、検察の側で、有罪の確信を持って起訴に踏みきり、公判廷で有罪の獲得を目ざして努力しても、裁判官が、有罪判決を書きあげるにはどうしても「合理的な疑い（疑問点）」が残る」として、無罪判決を引きだすことにより、検察がいわば敗北してしまうこともあります。　単なるたとえ話程度の軽さで言わせて頂きますと、刑事の裁判官は、一〇〇％レヴェルにまで有罪判断に関して確信が持てない限りは、「（罪状の存在が）疑わしい場合には、被告人の利益に扱う。」という刑事裁判の鉄則が目の前に立ちはだかっているために、

その鉄則の壁を乗りこえて有罪へと進んで行くことは,不可能なのです。　もっとも、「一〇〇％」という数字は、いささかタテマエ論っぽい言いまわしでして、本当（ホンネ）のところは、その数字に限りなく近い辺りを指しているだけのものでしょう。　これが「刑事無罪」ということの実質的な中身です。
一方、民事裁判の世界では、原告も被告もまったくの自力＝私力で（もちろん、費用は自前で）証拠を集めなければなりませんので、証拠の量もその精度も、刑事裁判の場合に比べると、うんと落ちます。　民事裁判は、官（当局）と民（被告人）との上下の対決を本質としている刑事裁判の場合とは違って、民と民との同一平面上の争いに過ぎません。　刑事裁判にあっては、官と民それぞれが持つ力の間のバランスを取るために、検察に対して、「無罪の推定」ルールが押しつけられていまして、その強力な推定を乗りこえられるだけのパワーを備えた証拠を揃えることが、有罪獲得の必須条件と成っていますが、一方、同じクラス同士の原告・被告の対決では、押し勝った方に軍配が上がる、と形容しても大きな間違いはないように思えます（もっとも、挙証責任の制度があって、そう簡単に言いきれるものでもありませんが）。
裁判官の話では、八〇％から七〇％のゾーンで証明が果たされたら、民事責任があるという認定が、完成するとのことです（完璧な証拠が要求される、といったことは、ありません）。　つまり、刑事の有罪と民事の有責とでは、証拠の重みにかなりの違いがあるのです。　これが「民事有罪（有責）」ということの背景です。　この辺りの微妙な状況をボクシングの場合になぞらえて申しますと、「刑事有罪をゲットするにはノックアウトが必要であるが、民事有責をゲットするには判定でよい。」というくらいのことに、成りますね。　ところで、ある雑誌の連載で、有力な元・裁判官（刑事専門の経歴をもつ人物）は、「刑事裁判官は事実認定というものに大変神経をつかうけれども、民事裁判官はそうでもない。」といった趣旨の発言をしていますが、職能の違いなどから、「厳しい、厳密な事実認定」をするかどうかで、同一の事実関係をめぐって、「刑事無罪・民事敗訴」というように、結果が分かれてくるのでしょう。　もっとも、丁寧にまた慎重に審理を尽くして、有罪の判決を出して貰ったたのに、損害賠償を求める民事訴訟では、主張が認められずに、敗訴になるケースもあるでしょう。「刑事で勝ったから、民事は頂きだ。」という訳でもないのです

（２）そのような訳で、刑事訴追において危うく難を逃れた元被疑者は、一転して反撃に出て、損害賠償を求める民事訴訟を提起したのですが、民事訴訟では、その性質上、有責判決を引きだすために必要な証拠のレヴェルがいくらか低いところに設定されているために、訴えた側は、そのような背景の下で、「悪いのは訴え出たお前の方だ。」と言わんばかりに、痴漢行為の民事責任があることを裁判官によって認定され、敗訴する羽目に陥ってしまったのです。
話は飛びますが、もしその結末に力づけられて、被害者の女性の側が、今度は民事の世界で、その元被疑者を相手どって、痴漢行為によって蒙った損害を賠償請求してきたら、どう成るのでしょうか。　裁判官が違えば結論も違う、としか言いようがありません。　それでも、攻

め手の原告（被害を訴えている女性）には、常識論からしても、守り手の被告の場合よりも重い挙証責任が課せられることに成ってくるでしょうから、先の検察の取調べの際と同じように、「人様に非難されるようなことなど何もやっていない。」と申したてる被告に押し勝つには、守りに入っていた先の現実の民事裁判の場合に比べて、多少とも苦労が多くあるかもしれません。　こういった訴訟合戦は日本では滅多に起こりませんが、欧米の法先進国では、十分にありえる話ですね。

（３）ついでに、民事と刑事の「ねじれ」事案のアメリカ版を示しておきましょう。　ある元・花形フットボール選手が、前妻とその男性の友人を殺害したかどで、訴追されます。　陪審裁判所は無罪判決を下しました。　無罪のときは第一審で確定するのが、アメリカの司法ルールです。　しかし、被害者の遺族の一人が、損害賠償を求めて、民事訴訟を提起しまして、被告（かつての被告人）は、一〇億円の損害賠償と三〇億円の懲罰的賠償金の支払いを命じられます。　正に、被害者側は、「江戸の敵を長崎で」討ったのです。　被告はリッチな人物ですが、さすがにこれほどの金額に成りますと、おそらく自己破産するしか手はないでしょう。

（４）同じような「ねじれ」の事案は、門田隆将・新版「裁判官が日本を滅ぼす」の三八頁以下のところにおいて、詳細に紹介されています。これは、冤罪裁判の現場を活写する貴重な論考です。　冤罪痴漢の加害者に仕たてられた不運な方々には、ご参考に成るでしょう。

＜２＞「自白は証拠の王。」

（A）自白の評価

（１）＜Ｃｏｎｆｅｓｓｉｏ　ｅｓｔ　ｒｅｇｉｎａ　ｐｒｏｂａｔｉｏｎｕｍ　．＞が、表題の格言の原命題です。　ラテン語の＜ｒｅｇｉｎａ＞の意味は、「王」でなくて、「女王」です。　ここでは、＜ｃｏｎｆｅｓｓｉｏ＞［自白］という主語名詞が女性名詞なので、それに対応して、女性形の「女王」が来ているだけです。　このラテン語格言は、古代ローマ産ではなくて、ずっと後代になって編みだされたものでしょう。

（２）昭和の名検事として名高い小嶌氏は既に故人と成られましたが、「冤罪を生まないための裁判員裁判」という書物が、その小嶌氏と安達氏との共著の形で、二〇一二年に出版されました。　その中には、元・検察官（退官後は、弁護士として、冤罪防止のために尽力されていました）としての長い経験に基づいて得られた知見が、いくつも率直に披露されています。　元・刑事裁判官の知見につきましては、これまでにいくらか紹介しましたが、元・検事が、厳しい守秘義務の壁を乗

りこえて、検察当局や裁判一般の内情を私たちに伝えてくれるような、学問的な作品の香りもする書物は、筆者の知る限りでは、初めてのものです。　以下に、少し長くなりますが、その内容の骨子を「自白」問題と絡めて紹介してみましょう。
「（旧刑事訴訟法の時代に存在した：カッコ内の文章は本編の筆者が個人的に付けているものです）予審判事の経験のない（現代の：引用者注）裁判官には、捜査の実情を全く知らない方が多く、殺人事件の自白についても、『自白したら死刑になるかも知れない事件について、犯人でない者が自白するはずがない』と思われている方が多いように思います。」、「裁判官には、一般に、否認事件を嫌い、自白事件を好む傾向があり、自白調書さえあれば有罪になりやすいため、警察、検察も、何としてでも、自白を得たがる傾向にあるといえます。」、「戦前は、自白が証拠の王であったことは間違いありません。　戦後、新憲法・新刑訴法は、自白が証拠の王にならないように配慮して、新しい規定を設けましたが、実際の刑事裁判の実務では、依然として、自白は証拠の王となっているのが実情です。」、「『自白調書の任意性』については、刑事裁判の実務では、ほとんどの裁判官が『任意性あり』と判断する・・・・。」

（３）話は変りますが、小沢・元民主党代表の資金管理団体「陸山会」の土地取引に絡む政治資金規正法違反(政治資金報告書への虚偽記入)事件をめぐっては、二〇〇九年一一月に市民団体が告発を実行したことから、小沢氏本人と三人の秘書とで、別々の刑事手続が作動し始めます。　まず、二〇〇九年に、秘書たちが起訴されました（因みに、「蓄財疑惑」を報道した週刊誌などにつきましては、小沢氏は、名誉毀損とうことで、民事の損害賠償訴訟を行なっています）。
二〇一〇年に、三人の秘書は、政治資金規正法違反容疑で、逮捕されます。　罪状は、起訴状によると、二〇億円を超す金額の虚偽記載です。　一方、小沢氏に対する政治資金規正法違反につきましては、同じようにして市民団体からの告発がありましたが、検察は「嫌疑不十分」ということで、不起訴処分の措置を取りました。　起訴と不起訴で、道は二手に分かれてしまったのです。　しかし、その後、両事件は、揃って、刑事訴訟の場で取りあげられることに成ります。　先に始まった秘書三人の事件の捜査の過程において、攻め手の検察側に重大な問題行為があったことが発覚しました。　それは、重要な捜査資料である「捜査報告書」に、捜査担当のＴ検事が「虚偽記載」を行なっていた、とされる点です。　虚偽有印公文書作成・行使と偽証などの容疑で告発を受けていた東京地検特捜部のＴ検事について、検察上層部は、「嫌疑不十分」として、その行為につき、不起訴の措置を取る方針を決めました。　同時に、偽計業務妨害や虚偽有印公文書作成・行使、犯人隠避など容疑で告発されていた、当時の特捜部長ら上司も、同様に、不起訴処分と成ります。　これに関連して、実に興味深い出来事があります。　二〇一二年五月ころに、問題の「捜査報告書」がネットに流出したことにより、民主党政権下の法務大臣・小川氏は、検察が、Ｔ検事個人の「記憶違い」ということで、早期の幕引きを図ったのは問題であると考え、そして、再調査を「指揮権発動」という

奥の手を駆使することにより実現させようとして、野田・総理大臣に打診をしていたことが、判明しました。　この件との関連は正確には判明しませんが、法務大臣は、更迭されてしまいます。　この問題については、後の＜２＞（３）のところにも、解説があります。

（４）以下に、この不祥事にまつわる、いくつかのポイントについて、簡単に見てみましょう。

①　普通なら、この「検察の不起訴処分」という処理で、一件落着となるのですが、しかし、その不起訴処分を不当として、市民団体がアクションを起こし、お馴染みの検察審査会に事案が持ちこまれまして、事態は更に展開を見せます。　市民団体が、まず、二〇一二年一月一二日に、虚偽捜査報告書を起草したＴ検事を、虚偽有印公文書作成・行使の容疑で、それから、二〇一二年六月二七日に、陸山会事件の捜査に関わった特捜検察の上層部に対して、検察審査会に対する偽計業務妨害や虚偽有印公文書作成・行使、犯人隠避などで、それぞれ告発の手段を取ったのです。　これは、検察当局によってなされた先の不起訴処分を不服とする動きの現われです。　事案は検察審査会に持ちこまれました。　二〇一三年に、東京第一検察審査会は、Ｔ検事については「不起訴不当」を、特捜上層部については、「不起訴相当」を議決します。　それを受けて、検察はＴ検事について再度捜査を行ないましたが、七月三一日に、再び「不起訴処分」の処置を取ります。

②　問題の捜査報告書は、政治資金規正法違反（虚偽記載）の嫌疑で取調べを受けていたＩ氏（先の小沢氏の秘書）が、いったん釈釈された後、ある検事によって再聴取を受けた直後に作成されたものです。その検事は、Ｉ氏が言っていないことまでその書類に書きいれたために非難されているのですが、その検事の説明によれば、以前の正式の勾留の下での取調べの際の記憶と釈放後の再聴取の際の記憶とが混じりあったために不適切な記載になってしまった、ということですが、もし私たち部外者が検察の取調べを受けるときには、この程度の弁明・弁解や説明では、とても勘弁して貰えないでしょうね。　「身内に甘い検察。」という批判にも、一理あります。　それどころか、「臭いものに蓋をする。」といった厳しい受けとりかたも、されています。

③　この捜査報告書は、別件の、検察審査会における「小沢氏への起訴議決」を支えるものとしても、意味のあるものであったようですが、二〇一二年四月二六日における「小沢氏無罪」を宣告する判決の中で、裁判長は、「検察官が、公判において証人となる可能性の高い重要な人物に対し、任意性に疑いがある方法で取り調べて供述証書を作成し、その取り調べ状況について事実に反する内容の捜査報告書を作成した上で、これを検察審査会に送付するなどということは、あってはならない。」といった趣旨のことを明言しています。

④　どうして虚偽記載などという内部情報が判明したのか、と言いますと、先のＩ氏が、保釈後の再聴取の際、Ｔ検事とのやり取りを秘か

にＩＣレコーダーを用いて録音していましたので、これが、「動かぬ証拠。」として、裁判所に受けとめられたからです。 このようなテクニックは、最近あちこちで活用されるように成りましたが、昔なら、そのような怪しい（？）データには信用性がない、として、法廷では、まともに対応して貰えなかったはずですが、しかし、時代は変わりました。 いわゆる「捜査の可視化」の流れが、天命のような強力なパワーを持って、捜査当局を押しつつみ始めたからです。 検察の聴取の現場を、臨場感たっぷりに物語ってくれる「データ情報」というものは、かなり高い確度を備えた「事実」なのです。

⑤ これからが、本題の「自白」論です。 特捜部の捜査は、たとえば政治の世界のような、有罪立証のための物的証拠を獲得しにくい環境で繰りひろげられることが通例なので、そこでは、自白の価値はとても高いのです。 そのこともあって、自白を獲得するために、手段を選ばないほど激しい追及が行なわれるのではないでしょうか。 一昔前までは、検察が密室で書きあげた調書は、殆んどフリーパス状態で、任意性も信用力も備えた第一級の証拠として、公判廷ですんなりと受けいれられ、有罪判断の材料と成っていたようですが、 最近になって流れが変わったように、思われます。 「検察は誤まらない。」という「神話」は権威を失ない、裁判官が検察の動きをチェックする、という当たり前のことが行なわれるように変わってきたのです。 二〇一〇年二月一七日に、東京地裁は、小沢氏関連の事案の公判で、「小沢氏の秘書Ｉ氏（被告人）の供述調書には、検察官の強力な利益誘導、圧力など、違法不当な取調べにより重要な虚偽が含まれており、任意性がない。」といった趣旨の「決定」をして、Ｉ氏が、自身の虚偽記入をめぐって小沢氏（被告人）が関与したことを認めてしまった調書を証拠として採用しない、という判断を下しました。 つまり、「特信性」を備えていないものとされた自白は、「証拠の王」としてそれ以後法廷に君臨するようなことは出来なくなりました。 自白は、言って見れば、「裸の王様」に成ってしまったのですね。 元秘書二人への捜査段階での取調が「威迫ともいうべき心理的圧迫や、小沢氏を不起訴とする、という点に関して利益誘導があった」として、検察側が証拠請求した三八通の供述調書の内一二通の任意性が否定され、一部については証拠として不採用とすることが、決定されました。 言うまでもなく、これは検察にとって大きな打撃でした。
よくある出来事なのですが、捜査段階で罪を認めて自白した人が、その後、我に帰って、無実を訴えるようになったとき（Ｉ氏の場合もその典型例なのです）、よほどのことがない限り、「無実にもかかわらず、いったん自白してしまった。」という歴然たる事実は、被告人に重くのしかかり、その人がそこから逃れることは、容易ではありません。

（５）二〇一一年九月二六日に、Ｉ氏を含む三人の秘書の裁判で、問題の供述調書の大部分は証拠として採用されませんでしたが、しかし、大方の予想に反して、調書以外の客観証拠などから、Ｉ氏を含む秘書三人には、執行猶予つきの有罪判決が言いわたされています。 ここ

が、後述するように、無罪判決を得た小沢氏の場合と決定的に違うところです。

（６）他方で、小沢氏につきましては、複雑な経過があります。　二〇一〇年一月には、先の三人を政治資金規正法違反容疑で告発した団体とは別の市民団体が、小沢氏を、二〇億円もの金額に関する虚偽記載容疑で告発しました。　しかし、東京地検特捜部は、「嫌疑不十分」ということで、不起訴処分で幕引きをします。　政治家をターゲットにするからには、よほどの確信が必要と、考えたのかもしれません。それでも、この措置に不服を申し立てるた市民団体は、事案を「検察審査会」へと持ちこみます。　これが第二段階における「小沢氏追及」の始まりです。　四月には、二〇〇四年と二〇〇五年の土地購入の経緯について、東京第五検察審査会は「起訴相当」と議決しますが、五月には、検察は再び「不起訴処分」の処置をします。　しかし、攻勢はさらに続きました。　七月に、第一検察審査会へと事案が持ちこまれたからです。　七月に、二〇〇七年の案件について、「起訴相当」の議決が出ますが、今回も、検察は「不起訴処分」の処理をします。一〇月に第五検察審査会は、二〇〇四年と二〇〇七年の土地購入の経緯について「起訴議決」を出すことを公表し、遂に、二〇一一年一月に、検察の手を借りずに、指定弁護士が検察官役を演ずるようにして、小沢氏は「強制起訴」されます。　これで、小沢氏を刑事訴追する形が初めて整いました。　このようなことは、司法改革の一環として、検察審査会に、画期的な権限が付与されることに成ったために、歴史上初めて生じたことです。　さて、東京地裁の裁判官は、「事務処理をを秘書に任せていたという被告人の供術は信用できない。」としたものの、「秘書との共謀があったことまでは立証されなかった。」として、二〇一二年四月二六日に、小沢氏に、無罪判決を下します。　指定弁護士はこれを不服として控訴しましたが、それを受けて、東京高裁は、二〇一二年一一月一二日に、第一審の無罪判決を支持しました。　その後、指定弁護士が上告を断念しましたので、小沢氏の無罪判決が確定しました。　タテマエ論からしますと、クリーンな政治の実現を求める市民的政治勢力（問題の市民団体）は、小沢氏を刑事裁判のルートで追いつめることには成功しませんでしたが、それでも、このグループは、ホンネの問題として、市民感覚が反映できる「新・検察審査会会」の場を大いに活用して、世間の注目を集めることには、見事成功しました。　公開の裁判には、さまざまなＰＲ効果が見こめるからです。

＜２＞「自白は証拠の王。」

（Ｂ）自白の周辺

（１）これから、分類をいくつか試みながら、「自白」というものの周辺を探っていきましょう。

①　自白する人の中には、有実の人（つまり、本当に罪を犯した人）と、まったく無実である人、という二種類があります。　「無実の人がなぜ犯行を自白したりするのか」という問いは、ごく自然なものですが、この世の中には、そういった不条理な成り行きも、決して珍しいことではありません。　日本では有罪率は九九％以上ですが、その中には、無実の人が自白してしまって有罪と成ったケースが、かなりの数、含まれているのではないか、という推測もあります。

②　他方で、自白しない人のジャンルには、色々な人物が入ってきます。　まず、日本では比較的珍しいことなのですが、警察・検察による取調べ段階から法廷での審理の段階まで、一貫して、いわゆる「黙秘権」を行使し（このような対応の仕方は、憲法上、ちゃんと認められています）、自白はもちろんのこと、弁解・弁明・反論なども一切しない覚悟を持った人が現われることが、あります。　また、取調べ段階では黙秘を貫きますが、裁判官の前ではちゃんと受け答えをする人も、います。　それから、自身が犯罪者であることを自覚していながら、「推定無罪原則」を隠れ蓑にして、何とか無罪に持ちこみたい、という野望を抱いている人物も、ときにはいるでしょう。　次に、無実なのに自白に追いこまれたりしないように、必死で捜査官の追及に抵抗する人が、います。　これはごく当りまえのことですね。　捜査当局はそれなりの確信を持って攻めてきますから、ここは間違いなく修羅場と成ります。　もし被疑者否認のまま取調べの調書が法廷に提出されれば、これは不幸中の幸いと言ってよいかもしれません。　聡明な裁判官が無実の被告人を苦境から救ってくれるかもしれないのですから。

（２）一般論として言いますと、警察当局は、上位の別組織である検察が起訴に踏みきる際に必要で十分と考えるだけの人的証拠や物的証拠を、用意しています。　もし自白があれば、それを手がかりとして、更に強力で確実な証拠を入手することが、出来るでしょう。　これに反して、自白もなく、問題と成っている人物の犯行を直接的に指しめすような中核証拠もないときには、検察が、事案を起訴に持ちこみ、有罪の結末を予定どおり引きだすためには、高度の判断と技術が、必要と成ってきます。　このとき当局の手の内にあるのは、いわゆる「情況証拠」だけなので、その手の証拠の意味をどのように評価するかが、大問題なのです。　情況証拠を手がかりとするだけでは、　展望が開けず、犯人逮捕を断念しなければならないケースもあれば、手もちの情況証拠のネットワークの中に取りこめるような人物群の中から怪しい人物を引っぱりだして、被疑者の位置に据えて、責めたてるケースも、あります。　そのときに用いられる手口は、よく知られた「別件逮捕」です。　窃盗などの軽い罪の嫌疑で逮捕し（もちろんこれは違法捜査などではありません）、最大二〇日ほどの勾留期間中に、「本件」に当たる重い罪状を強力に追及していくのです。　確定死刑囚の再審無罪が勝ちとられた四つの過去の事案では、別件逮捕から重罪自白へと人が引きこまれる過程が、かなりはっきりと見えています。

（３）ところで、前回ご紹介した小嶌氏の「冤罪を生まないための裁判員裁判―証拠の見方と心得」という名著の中に、極めて重要な表現があります。

①「検察官は、手持ちの証拠資料を全部証拠申請するのですか？」という仮想の質問項目を著者自ら設定した上で、「検察官は、起訴状記載の事実を立証するために、一番良い証拠を選んで、それだけを申請し、仮に被告人に有利な資料があったとしても、一切提出されません。・・・・これを『最良証拠主義』といいます。」というように答えています。

②　また、別の質問に対する答えとして、「実体的真実発見（引用者注:事案の真相を明らかにすること)は大変大事なことだと思います。」と述べた後、「被告人に有利不利を問わず、手持ち証拠は全部開示して、公正な裁判を受けるべきだと思うのですが、どうして、それができないのでしょうか？」という問いかけに対して、「検察官は、起訴した以上、どうしても起訴した事件を有罪にしようという意識が強いので、検察官に不利益な証拠の開示を求めても、なかなか開示しないのではないかと思います。」という答えをしています。
さて、こういった分析は、心ある元・裁判官や弁護士や、また多くの刑事訴訟法学者によってすでになされているところですが、かつて検察の中枢にあったこの人がこのように率直な解説や分析をしているところが、正に注目点なのです。

（４）次に、具体的事案に即して、このあたりの問題について考えてみましょう。　二〇一二年八月七日に、一五年前に発生した東京電力女性社員殺害事件（東電ＯＬ殺人事件）に関して、ネパール国籍のマイナリ受刑者（無期懲役刑）の求めていた再審請求に対し、東京高裁は、再審開始の決定を下し　、同時にマイナリ氏を釈放します。　その八日後、不法滞在者であったマイナリ氏は、本国へ強制送還されました。裁判所は、検察のさまざまなクレームを斥けて、見事に国外退去を実現させたのです。　再審の判断がどのようなものに成っても、国外にいる限り、マイナリ氏の身柄は安全です。
この事案のポイントは、以下のとおりです。

①　彼は一貫して犯行を否認していました。　②　無罪―有罪―有罪（確定）というように、司法の判断に揺れがあります。　③　情況証拠がいくつかあるだけです。　ネパール国籍を持つ彼が不法滞在者である点は、タテマエ（理屈）上は、情況証拠に数えられないはずですが、ホンネ（現実の感覚）からは、彼に不利に働くかも知れませんね。
さて、問題の情況証拠の件ですが、検察は、犯行現場のトイレに残されていた物の中にあった精液が示すＤＮＡ型が、彼の持つＤＮＡ型と一致していること、部屋に残されていた体毛（陰毛）が彼のものであること、殺害現場と成った他人所有の部屋の鍵を彼が持っていたことなどから、「他に犯人がいる可能性はない。」という「消去法」を用

いて、控訴審は、逆転有罪判決を引きだすことに成功していたのです。しかし、その後、再審の過程で、検察が法廷に提出していない手持ちの物証を開示し、しかも、それをＤＮＡ鑑定に回すよう粘りづよく求めた裁判所の努力が、見事に実を結びます。　つまり、被害女性の体内に残された精液と、殺害現場に残されていた体毛とから、マイナリ氏のものとは違う、第三者（犯人？）のＤＮＡ型が検出されたからです。　再審開始を導いた裁判所の決定は、「確定判決審の審理の中で、この新証拠が提出されていたならば、同受刑者が犯行を行ったとの有罪認定には到達しなかったのではないかと思われる。」と述べています。　直ぐに理解出来ることなのですが、この第三者のＤＮＡデータも、殺人の立派な情況証拠です。　警察・検察に何らかの悪意があったかどうかは判りませんが、当局（一次的には警察、最終的には検察）が自らの見たて（ストーリー）に都合よくマッチするような情況証拠だけを表に出して、被告人を有罪へと追いこむというのは、人道上とても許されない所業だと思いますが、いかがでしょうか。　「東電ＯＬ殺人事件」につきましては、「特別版」＜Ｉ＞［Ⅲ］のところに詳細な分析がありますので、それを御参照下さい。

＜３＞　「非理法権天」

（１）太平洋戦争末期に、あの特攻隊の基地や、「海の特攻」用の秘密兵器である、「回天」という名の超小型の潜水艇などに、この「非理法権天」の五文字を染めぬいた旗が掲げられていた、と伝えられています。　伝説によれば、あの忠義の武将として歴史に名高い楠木正成が、軍旗にこの文言を織りこんだことに成っていますが、その出所は、おそらく、中国の、もっと後代の故事の中にあるでしょう。

（２）一般に、この口調のよい五語の意味するところは、以下のようなものと、受けとられています。　「非は理に勝たず、理は法に勝たず、法は権に勝たず、権は天に勝たない。」　ここには、物事の価値の間の序列に関する見方が、非情なまでに明確に示されていますね。今回は、最もリアルかつシヴィアな、「法」と「権」との勝負を、テーマとしてみましょう。

（３）ところで、先の「回天」についてです。　「太平記」という書物に、「天下の機を呑んで、回天の力を出さん。」という表現があります。　「回天」の意味は、「衰えた勢いを盛りかえす」ことですが、太平洋戦争末期に、日本の敗色濃い中で、乾坤一擲の勝負が賭けられた「特攻作戦」の精神が、悲しくもこの二語の中に籠められているのです。

（４）「天」という概念・理念・想念・イメージは、私たち昭和世代の人間にとっては、以下に示すいくつもの格言的命題から、うかがい知ることが出来るように、かなり身近で親しいものでした。　「天は自

ら助くるものを助く。」、「天は二物を与えず。」、「天網恢々疎にして漏らさず。」、「天知る地知るわれ知る。」、「天罰てきめん。」、「天道おそるべし。」などが、それです。　この平成の世では、「天」という伝統的な価値基準は、もはや影の薄いものと成りさがってしまいました。　「天道は廃れ、天は遠くなりにけり。」というところでしょうか。

（５）これからが、本論の、「権」と「天」とのせめぎ合いの話です。まず、このテーマに関する格言を拾ってみましょう。
①　「君主は法から免れている。」
②　「君主の是認することは、法律の効力を有する。」
③　「王は悪事をなしえない（「王は、何をやらかしても、神以外の誰からも、罪に問われることはない」）。」という趣旨のものと受けとっておきます）」
④　「王の欲するところは、法の欲するところである。」
⑤　「君言は法である。」
⑥　「国王は生きた法である。」
⑦　「皇帝は法の父である。」
⑧　「地頭に法なし。」
⑧は日本製ですが、後は、すべて、ごく広い意味で、古代ローマ思想に根を持っているものと、ひとまず考えておいても、よいでしょう。急に話は飛びますが、あの剛腕の「ホンネ」型政治家であった田中角栄・元首相は、「政治とは法を駆使するのであって、法に振りまわされるようでは、しようがない。」と語ったことが伝えられています。ひょっとすると、この手の発想は、わが日本における政治の原風景に属するものかもしれませんね。　このような「権」優位の考えかたの対極には、「法」優位の考えかたがあります。　以下の格言に見えている発想が、それです。
①　強烈な、古代ギリシアの言いまわしとして、「法は神々まで拘束する。」があります。　もしそうだとしたら、王などは、もちろん法の下に立たされることに成りますね。
②　「国王は何人の下にもない。　しかし、神と法の下にある。」　、
③　「法律が王を作る以上、王は法律の下にあるべきである。」

（６）さて、ご年配の方なら、「指揮権が発動された」という歴史的事実はご存知でしょう。　これは、筆者の捉えかたによると、「権」、つまり「政治＝時の政府」が、「法」より上位にあることを明確に世間に示した個別事例、という位置づけに成ります。　戦後まもない一九七九年のことでした。　国会議員など三四人もの人が起訴された、いわゆる「造船疑獄」事件において、時の法務大臣・犬養健氏は、収賄容疑を掛けられた佐藤栄作・自民党幹事長に対する東京地検特捜部の捜査を、検察庁法第一四条の認めるところに従って、「指揮権発動」により、ストップさせてしまいます。　これにより幹事長は難を逃れますが、前代未聞のかたちでこの大権を行使した法務大臣は、その責任を取って、潔く辞任します。　政治的には、この引責行為でそれなりにバランスが取れたことにも成りますね（その余波は、時の首相・

吉田茂の退陣にも及んだ、とも指摘されています）。　しかし、世論はこれに対して大きく反発します。　法治国家である日本において、政府＝政治の担い手が司法の中枢の一角に介入してきたからです。このようにして、検察の権限行使には、政治は決して介入してはならない、といった不文律のようなものが出来あがる形に成りました。　実は、問題の指揮権行使の本質の部分には裏がありまして、検察の正義が不当な政治圧力に阻まれたという、きれいな図式は必ずしも成りたたないことが、後の歴史資料から判明しているようです。

（７）これ以後は、不発に終わった、幻の指揮権発動の話です。　もし、二〇一〇年に、当時の小川・元法務大臣が、退任後の記者会見において、「指揮権を発動する積りで、野田総理に相談したところ、了承を得られなかった。」といった趣旨の談話をやったりしていなければ、大臣の意図など、誰にも知られるこはなかったでしょう。　しかし、裁判官・検事・弁護士という法曹三者すべての経歴を身に持ち、しかも国会議員にも成ったこの人物は、以前から、パフォーマンス系のキャラの濃い方として、その筋では著名な人物でしたが、突然に野田首相から大臣のポストを奪われた機会に、裏事情を暴露する行動に出たのでしょう（これは筆者の単なる推測ですが）。

（８）前置きが長くなりましたが、彼は、何に対して指揮権発動を考えるに到ったのでしょうか。　その前提として指摘しておく必要があるのは、以下のポイントです。　普通、この指揮権発動は、検察が事案を起訴に持ちこむことをストップさせるための、消極的な方向のものです。　しかし、問題となったのは、検察の不起訴の最終決断を見直して、起訴に踏みこむことを迫る、という積極的な方向のものです。さて、検察が不起訴の処置を取ったのは、「陸山会事件の捜査報告書の虚偽記載問題」に関してです。　小沢民主党元代表が政治資金規正法違反に問われた陸山会事件の捜査過程で、東京地検特捜部の検事が虚偽有印公文書作成などの容疑で告発された際、検察当局は、捜査報告書の虚偽記載には故意が認められなかった、と最終的に判断して、この件について幕引きをしてしまったのです。　問題の法務大臣は、「大阪地検特捜部の主任検事の証拠改ざんという前代未聞の不祥事などで、国民の検察への信頼が損なわれているときに、検察が身内に甘いかたちで幕引きをすると、信頼は回復されない。」とした上で、「検察が内部の案件で消極的な場合、積極的にさせることは法相の本来の姿で、今回のケースはその典型だ。」と語っています。　検察庁を自身の支配下におく、行政機関のトップのポストにある法務大臣の地位を考えてみれば、「法律家的政治家」としての小川氏の発言には、タテマエ論としては、筋の通ったところも、確かにありますね。　しかし、これに対しては、その当時の法務大臣の「指揮権行使は抑制的に考えなければならない。」という判断や、少し前の、民主党所属の、ある法務大臣の「指揮権は抜かない宝刀である。」という政治的解釈や、ある元・検事総長（弁護士）の「指揮権というのは、検察権の行使によって国が回復しがたいダメージを受けるような極めて例外的な場合に、法務大臣が政治的責任を賭けて発動するものだ。」いう限定

的な受けとめかたなど、無数の異論が各方面から出されています。元・法務大臣の小川氏は、その類いのリアクションなど、百も承知の上で、指揮権制度及び自身の存在そのものを、世間にアッピールしたのです。これは、彼にしか駆使できないハイ・テクニックですね。

＜４＞　「最高の正は最高の不正」

（１）表題の有名な格言は、ラテン語で、＜Ｓｕｍｍｕｍ　ｊｕｓ　ｓｕｍｍａ　ｉｎｊｕｒｉａ　．＞と表現されています。　このような対比的な表現は、とても歯ぎれがよいので、＜Ｓｕｍｍａ　ｌｅｘ　ｓｕｍｍａ　ｃｒｕｘ　．＞［最高の法律は最高の苛責。］というように、別のテーマの場合にも、活用されています。　＜ｓｕｍｍｕｍ＞・＜ｓｕｍｍａ＞は、共に、「最高の」を意味する形容詞最上級の形です。　また、ラテン語の＜ｊｕｓ＞に対応する、先の日本語の「正」のところを「法」と、そして、＜ｉｎｊｕｒｉａ＞に対応する「不正」のところを「不法」と読むことも、十分に可能です。　そうすれば、「法の極みは不法の極み。」、「法の極致は不法の極致。」、「法の極は害の極。」などのニュアンスも、そこから引きだされてきて、元の表現に膨らみも出てきます。　それから、文体は変わりますが、＜Ａｐｉｃｅｓ　ｊｕｒｉｓ　ｎｏｎ　ｓｕｎｔ　ｊｕｒａ　．＞［法の究竟は法ではない。］という鋭い言いまわしも、ストレートで面白いですね。

（２）さて、本題の格言の意味するところは、こうです。　私たちが、「正」や「法」や、また「理」を、トコトンまで追いもとめる行動を取ったりすると、皮肉なことに、「不正」や「不法」や、また「非」というものに反って陥ってしまう、という訳です。　古代にしてはかなりメリハリの利いた「法治国家」の顔も備えていたローマで、「法万能」もどきの社会システムへの批判が、法律家や法実務者ではない人々（たとえば、高名な文人政治家・キケロー）によって言いあらわされた発想が、これなのです。　古くから、苦い「法治」方式ではなく、甘い「人治」方式によって国が取りしきられていたわが日本では、「過ぎたるはなお及ばざるが如し。」、「理の嵩じたるは、非の一倍。」、「理のすぐるは非の百倍。」、「陽極まって陰生ず。」などのことわざ・格言が醸しだす微妙な雰囲気は、昔も今も、私たちにとても親しいものと成っていますね。

（３）前回ご紹介した「非理法権天」という価値の配列体系の流れの中に見られる、「非」対「理」という第一次の対比軸は、今回取りあげる格言命題中の「不正」対「正」の対比軸と同質のものに属する、と見たてることに致しましょう。　ついでながら、ここで、「是々非々（是是非非）［主義］」、「是非も無い。」、「是非に及ばず。」、「ぜひとも（是非とも）」、「ぜひ（是非）」など、お馴染みの言葉の中に見えている、「是（よいこと・正しいこと）」という想念がファジ

一な性質をはらんでいる点を指摘しておきたい、と思います。「是々非々［主義］」は、いわばケジメを付けるスタイルを示しますが、一方、後のものは、物事をあまり突きつめない、軟らかい受けとめかただからです。　どうやら、日本人は、先の「非」と「理」の間に、「是」という緩衝材を無意識の内に巧みに埋めこんで、ギスギスしたものに成りがちな人間関係をまろやかにする術を心得ているようですね。

（４）ローマの偉大な法学者の一人であったウルピアーヌスは、「法に通暁するということ（ｊｕｒｉｐｒｕｄｅｎｔｉａ）（ここを「法学」という名詞と読みとく見方も、ありますが）は、神事および人事の知識であり、正（ｊｕｓｔｕｍ）と不正（ｉｎｊｕｓｔｕｍ）の識別である。」という有名な法文命題を編みだしています。　彼は法学の最盛期であった紀元後二～三世紀の法学の古典期に活躍した人物ですが、実は、それより二世紀以上も前の共和政末期に、シュルスという文人（この人は、あのビートたけし氏が持っているような鋭い観察眼を備えていた人物です）は、「正と不正を聴き分けることは法務官（司法担当の公職者）にふさわしい仕事である。」という命題を自身の「金言録」に残してくれていますが、このように「正と不正をきちんと選り分ける」というのは、法務官や法学者のような、国事に関わる法エリートたちにとって、とても大切な務めだった訳です。　このような発想は、おそらく、「正」・「正義」を哲学的に深く考えていた古代ギリシアの賢人たちの叡智が、共和政中期に、海を越えて、ローマに流れこんできて、　ローマに根づいたものなのでしょう。

（５）そうは言っても、「正」を貫き、「不正」を排除するというのは、どの時代、どの社会にあっても、容易な仕事ではありません。　以下に、いくつかの観点から、現代日本について、その辺りの事情を少し探ってみましょう。
まず、誰が、どのようにして、「正」と「不正」の格づけをするのか、という手続論が、問題に成ってきます。　日本の哲学者一般の学問的な営みには触れないことにし、ここでは、「裁判所」と「マスコミ」という、官（公・タテマエの権化）および民（私・ホンネの権化）の二つの組織体の動きに焦点を当てて、考えてみます。

①　裁判所は、上は憲法違反絡みの事案を筆頭とする公法・政治問題から、下は刑事問題や民事問題まで、さまざまな案件について、「正（合法）」か「不正（違法・不法）」かの仕分けを、大規模に、しかもコンスタントに行なっていますが、それでも、その仕分け作業が理路整然と実行されている、とはとても言えないでしょう。　地裁から最高裁までの三審制の下での各段階の判決が、常に、一貫して、「正」なるものをそれぞれ同じように指ししめしている、という訳ではありません。　判決には、しばしばブレも見えます。　それに、最高裁判決でさえも、最近話題に成ることが多い再審においては、下級の裁判所において覆えされることが、ありますし、また、最高裁自身が、いわゆる大法廷を招集して、すでに法ルールとして定着している判例を果敢に変更することも、ときには生じてきます。　つまり、裁判所（具

体的には、裁判官個人）は、その時々に、誠実に、熟慮した上で、「正」なるものを提示しているだけで、時代を超えて妥当する「正」を掴みとって私たちに示してくれている訳ではないのです。

②　一方、日本のマスコミは、おそらく世界の他の国の場合とは大きく異なって、殆どの場合、各社同じような論調を振りかざして、私たち受け手に集団で迫ってくるのですが、そのベースに「国民世論」と称されているものが組みこまれているだけに、その説得力・威力・影響力には、恐るべきものがあります。　彼らマスコミが旗印にしているのは、「正義」つまり「正」です。　この価値を基準にして、彼らは、いわゆる「マスコミ法廷」のようなものを、あちこちで、絶えず開廷してくれているのです。　そのお陰で、私たち国民は、自らの主体性をしっかり持ち､マスコミ情報を批判する力量を備えている限り、彼ら流の「正と不正の仕分け」を参考にしながら、私たち独自の「仕分け」により、それらの位置づけをすることが出来るのです。

③　近年、裁判所は、マスコミの言う「国民世論」にも目配りをするように成ってきたたのではないでしょうか。　もしそうなら、ある意味では、これは大きな進化ですね。

④　古代ギリシアのある哲学者は、「万物は流転する。」と言いきりました。　ある時代、ある状況下で「正＝善」であったものも、環境が変われば、「不正＝悪」へと変転することが、あります。　あの悲惨な「原発事故」が投げかけた根本的で深い問題が、その好例です。つい最近までは､原発は､地球のエネルギー問題を解決してくれる「夢の技術」だったのですが、今となっては、「悪魔」のような形相を持って私たちに迫ってくるところもありますね。

＜５＞「悪法も法なり。」

（１）世にかなりよく知られているこの格言は、結論的に言えば、何らかのラテン語命題に忠実に対応している翻訳ものでは、ありません。ですから、これは「ラテン語法格言」の部類には入ってこないのですが、それでも、これと似たようなことを言いあらわしているラテン語命題が、確かにあります。　この点については、後で触れることに致しましょう。
さて、上記の命題は、悪名高いナチス・ドイツのヒットラー体制の下で大いに宣伝された＜Ｇｅｓｅｔｚ　ｉｓｔ　Ｇｅｓｔｚ．　Ｒｅｃｈｔ　ｉｓｔ　Ｒｅｃｈｔ　．.＞［法律は法律だ。　法は法だ。］という発想が、極限にまで展開された事象と大いに関係があるのではないと、筆者個人は考えています。　ドイツでは、古くから、適正な手続を経て（つまり、立法府の下で）成立した法規は、その性質上、「正しいもの・よいもの」であって、「悪法」などでない、というタテマエ色の濃い受けとりかたが有力でしたが、そのドイツにおいて、人

道（いわば、自然法）にまったく反するかたちで、数百万人もの数のユダヤ系の人が、ユダヤ人である、ということそれだけで、彼らの殺害を命ずる特別法の規定に従って（つまり、合法的に）、死に追いやられました。　この歴史的事実は、「法律は法律だ。」という、シンプルで、ある意味において短絡的な思想・発想の妥当性をめぐって、現代の私たちすべてに根本的な反省を迫るものと成っています。
ところで、この格言は、例の「非理法権天」という、「天」をトップの位置に置く価値系列の流れの中では、そこに示されている通り、「法」が「理」に対して優位を誇っている状況を示すものです。　「理」の観点から容認出来ないことでも、それがいったん「法」の形を取って実定化されてしまえば、優劣問題には勝負が付いてしまう訳です。
因みに、江戸時代よりも前の時期には、「理」が「法」をそれなりに抑えこむ局面もしばしば見られたということですが（「非法理」、「理主法従」という表現がそのことを意味しています）、江戸と明治とでは日本の法の姿は本質的に違うものの、私たちに近いこれらの時代においては、「法」の圧倒的優位の状況は揺らぐことはなかったのです。
そのような雰囲気の中でも、江戸の奉行職にあった大岡越前守が、刑事裁判のさまざまな局面において、結果的に彼一流の「理」を「法（国法）」に優先させるかたちで、見事に目前の具体的事案に決着を付けた、いわゆる「大岡裁き」という仕掛け（これが史実に対応しているとは、とても思えませんが）の存在は、とても輝いて見えますね。　私たち日本人が、今でも、フィクション仕たての、「大岡もの」のテレビ番組にとても共感を抱いていることも、そのことを物語っているのではないでしょうか。　テレビの世界の話を更に展開させて頂くなら、いわば表（タテマエ）の世界の出来事を扱う「大岡裁き」シリーズの番組と並んで、裏（ホンネ）の世界においてあの藤田まこと氏の演じていた「必殺仕事人」の活躍＝暗躍ぶりをリアルに描く「必殺仕事人」シリーズが、人気番組として君臨していたことも、付け加えておかなければなりません。　この主人公は、確かに、金（カネ）によって動くだけですが、ある意味では、日本的な「理」を体現する役割も持たされた人物でもあったのです。

（２）京都通の方なら、都の北にある低い山の南斜面に、「五山の送り火」の一つである「妙法」の一部である「法」という文字が刻まれているのを、御存じでしょう。　実は、この漢字は、二〇以上もの字画から成る言葉の徹底的な略字なのです。　「法」には仏教的なニュアンスもあるのですが、そのことは、「仏法」、「説法」、「法主」、「仏法僧」などの言葉が教えてくれています。　しかし、世俗的な概念としては、これは、「人間の掟として道徳善を勧め、有罪者を罰し、社会に正義を実現させるもの」という懐の深い意味をはらんでいるのです。

（３）実は、現代の日本の書物の中には、「悪法も法なり。」という命題が、筆者の見るところでは、問題含みのかたちで話題にされているケースがあるように、思えます。　そのうち二点だけを、ここで取りあげることにいたしましょう。

（４）①　まず、古代ギリシアの素材についてです。　アテーナイ民主政が衆愚政のような堕落した政体に陥った前五世紀末のころ、哲人ソークラテースは、国家の神々を冒瀆し、新しい霊を導入し、若者たちを腐敗させたかどで、訴追を受けました。　五〇一名から成る，民衆裁判所の刑事法廷で死刑判決が出たとき、彼は、弟子たちからの脱獄の勧めには従わず、潔く毒殺刑に服します。　普通、ある種の勢力の手で政治犯罪ないしは宗教犯罪の名目で高名な哲人が葬りさられた、というこの故事を捉えて、そこから「悪法も法なり。」という格言が生まれた、という説明がなされるのですが、よく調べてみると、彼は、そのとき、「法が正しいから法（つまり、有罪判決）に従うのだ。」と考え、また、「悪法はそもそも法ではない。」と理解していたようですから、この歴史的事実に、ストレートに、格言の由来を求めるのは不適切ではないかと、思えるのです。　せいぜい、彼が「悪判（つまり誤まった判決）も判（判決）なり。」という受けとりかたをしていた、と言えるだけでしょう。

②　ときどき、＜Ｄｕｒａ　ｌｅｘ，　ｓｅｄ　ｌｅｘ．＞というラテン語の文章命題が、「悪法も法なり。」のラテン語版であるかのように、並べて置かれているのを見かけます。　確かに、ローマ法の法文の位を与えられている命題などの中に、表題の格言クラスの表現に繋がる言いまわしが存在しますが、その逐語的な意味は、「峻厳な法律、しかし法律。」でして、それを読みときますと、「ある法律がいかに峻厳な性格のものであっても、それは間違いなく法律の部類に属する。」といったものに成ってくるでしょう。　その他、ちゃんとした文章のスタイルで表現されているものに、＜Ｄｕｒｕｍ　ｈｏｃ，　ｓｅｄ　ｉｔａ　ｌｅｘ　ｓｃｒｉｐｔａ．＞［このことは峻厳であるが、しかし、法律（法)はこのように書かれた（書かれている）。］があります。　＜ｄｕｒｕｓ＞という形容詞は、「峻厳な」とか「厳酷な」とかの重々しいニュアンスの言葉ですが、本来は、「悪い」といった語感をはらんでいる訳では、ありません。　一般に、古い時代には、刑罰や賠償のスタイルには、極度に峻厳で厳しい性格がまとわり付いていました。　ギリシアのアテーナイの初期の時代（前七世紀後半）に立法家のドラコーンによって制定された、伝説的なドラコーンの法では、殆どの犯罪について死刑が罰として定められていましたし（この扱いは、三〇年後に改革者・ソローンによって部分的にに廃止されます）、一方、ローマでも、かなり後代に到るまで、夜間の盗人なら，有無を言わさず，即座に殺害しても差しつかえない、とのルールがありました。　また、民事責任についても、最悪の場合には、債務者は、自身の身体でもって責任を受けとめていかなければなりません。　ところで、現代日本の刑法では、特別に悪性度の高い殺人に対しては、死刑が厳然として待ちうけているのですが、アメリカ（一部の州）などと並んで、わが日本が、最高刑を、終身刑ではなくて死刑としていることに関しては、他の多くの法先進国からは、刑罰が峻厳すぎる、といった批判を遥かに超えて、人の命を司法が奪うことは人道に反する所業である、といった声さえも、聞こえてきます。

しかし、日本人の多くは、現段階では、死刑という極刑の存在を決して「悪」とは受けとっていないように、筆者個人には思われます。　何でもかんでも「国民性」のせいにしてしまうのには問題もありましょうが、それでも、「死刑制度の是認」の風潮には、深い意味もあるのではないでしょうか。

＜６＞「目には目を、歯には歯を。」

（１）これは、「他人の故意もしくは過失などにより自身の目や歯に損傷を受けた者は、その他人の目もしくは歯そのものでもって、それぞれ、その他人に償いをさせるものとする。」という、超リアルな取扱いルールを指します。　ラテン語で「ターリオーの法（ｌｅｘ　ｔａｌｉｏｎｉｓ）」と言われるのが、これですが、その「ターリオー（ｔａｌｉｏ）」は、「同害報復」を意味するラテン語でして、＜ｔａｌｉｓ＞［このような・これほどの］という形容詞と、関係があります。極く古い時代には、殺人を初めとする各種の身体傷害があった場合、被害者側は、加害者側に徹底的に復讐を果たす動きをしていたでしょう。　「目」一つを失なわせるだけでも、加害者の「生命」までも償いとして差しだすよう、加害者に要求されていたケースさえも、あったかもしれません。　被害者が属する社会組織（たとえば、氏族）は、外に向かっては弱みは見せてならないので、いつも強気の姿勢を取る必要がありました。「反撃」は、メンツに掛けても、やり遂げなければなりません。　本心（ホンネ）ではそうでなくても、表向きは（タテマエとしては）そのように振舞うこともあったのではないでしょうか。　もちろん、話しあいや第三者による仲裁のルートで折りあいが付くこともありましょうが、和解工作がこじれますと、厄介なことに成ってきます。　組織のプライドを賭けた、組織全体の実力対決にまで､到るかもしれません。　これは社会に大きなダメージを与えます。遥か昔の人々は、このような苦い経験の中から、加害と復讐との均衡を図る「目には目を、歯には歯を。」流の発想を、形のある制度に具体化してきました（この流れは、近代の、いわゆる「応報刑論」とも、深いところで繋がっています）。

（２）「ハンムラピ法典」と「旧約聖書」とが、その先達であり、その後に、「ローマ古法」が続きます。　そして、現代「イスラム法」が、それらの後継者の位置にあります。

①　前一七世紀に古代バビロニア（現イラク）のハンムラピ王が制定した楔形文字法の大法典である「ハンムラピ法典」は、殆んど原形のまま発見された、貴重な資料なのですが、そこには同害報復刑のことが記されています。

②　「旧約聖書」の「出エジプト記」（二一章二三～二五節）は、古代のモーセ時代の同害報復の法思想を打ちだしています。　キリスト

は、「山上の垂訓」において、「左の頬を打たば、右の頬を出せ。」という教えを垂れていますが、これは、古来の同害報復の戒律を否定するものと成っています。　その戒律を宗教面で受けとめるのなら、そういう忍耐の姿勢も勧められましょうが、しかし、民事上および刑事上の加害行為に関する話に成ったきますと、ただただ被害を受忍するだけの受け身の姿勢を貫くよう、人に説くことには、理に反するところも、確かにありますね。

③　ウルピアーヌスという、帝政初期に活躍した高名な法学者は、「刑罰は加害への償いである（Ｐｏｅｎａ　ｅｓｔ　ｎｏｘａｅ　ｖｉｎｄｉｃｔａ　．）。」という学説法文を記しておりまして、刑罰の持つ「償い」という側面（もう一つ、「社会の秩序維持」という側面もあります）を一般的に強調していますが、一方で、前一世紀頃にローマの舞台で活躍したシュルスという役者タレント（私の見るところ、この人は、あのビートたけし氏の場合のような独特の感性を持った人物です）は、「金言録」という格言集の中で、「被害を受けた人にとっては、相手方（加害者）の苦痛は、自身の受けた苦痛を癒やすものである（Ｌａｅｓｏ　ｄｏｌｏｒｉｓ　ｒｅｍｅｄｉｕｍ　ｉｎｉｍｉｃｉ　ｅｓｔ　ｄｏｌｏｒ　．）。」というように、被害者の視点に立った鋭いホンネ的分析をしています。　これを読むと、現代の日本において、「身内を殺害された遺族が、声を挙げることが叶わない被害者になり代って、犯人の苦痛を見届けたい。」という、悲しく、やるせない心情のことが、思いだされます。　遺族の多くは、いわば原始的な「目には目を、歯には歯を。」の発想の延長線上の究極点にある、「命には命を。」という叫びを必死にしているのではないでしょうか。
さて、ローマ流のターリオーについてですが、一二表法の中に、重要な規定があります。「もし、ある人が他人の四肢を破壊した場合において、前者と後者との和解が成立しない場合には、同害報復がなされるよう（Ｓｉ　ｍｅｍｂｒｕｍ　ｒｕｐｓｉｔ，ｎｉ　ｃｕｍ　ｅｏ　ｐａｃｉｔ，ｔａｌｉｏ　ｅｓｔｏ　．）。」　ここで、ローマの「ターリオー規制」の特徴を見ておきましょう。　まず、四肢以外の部位の破壊の場合には、適用がありません。　この法律は、これらについては、ケースごとに、金銭的な処理方法を、別のところで定めています。　次に、関係者間で和解（示談）が成立しなかった場合に限って、被害者側がターリオーという荒業が使えるだけなのです。　最後に、この規定は、後に制定された単行の法律によって、実際には適用を制限されたと思われます。　そのような訳で、ローマでは、ターリオー方式によるトラブルの解決に関しては、建国から三〇〇年後に制定された一二表法の中に、古制の記憶が残っているだけのものと受けとっても、差しつかえないでしょう。　つまり、太古の時代のことは別として、それなりの文化レヴェルに達したところでは、不慮の事故や単なる過失のせいで、他人の手を失なわせることに成った人物の手を、被害者が報復的に奪う、などといったことは、残酷と意識されるように成っていたかもしれません。　もちろん、故意による傷害行為の場合には、話はまた別になってくるはずですが。

④　イランを初めとする現代のイスラム諸国は、日本の場合のように、ごく近い時期に欧米風の法制度を取りいれて、法の近代化を図りましたが、しかし、最近になって、古えのイスラム法へと回帰する動きも、あちこちの国で見えています。　例えば、スーダンでは、二人の男によって歯を一本を折られてしまった人が、慰謝料の支払いで手を打つように、との裁判長のとりなし（示談の勧め）を蹴って、歯科医の手で、麻酔なしに、二人から歯を一本ずつ強引に抜きとる、という罰を求めた、とのことですが、正に「歯には歯を。」ですね。

（３）さて、過去の問題の処理（後向き系の「ホンネ」）の際の、「目には目を、歯には歯を。」という等価関係を重んずる合理的な考えかたは、一種の「自然法」の表われのようなものですが、この構図は、これから私たちが現代の問題に向きあおうとする際（前向き系の「タテマエ」）にも、参考に成るように思います。

①　インドとそれに隣接するある国は、それぞれ、核兵器を、僅かですが、保有しています。　これは、攻撃型のものではなくて、防御用のものですが、両国は、「核（の使用）には核（による反撃）を。」という姿勢を外に向って明らかにする方法で、核バランスを生みだすことにより、均衡を取りながら、平和を保っています。

②　南シナ海の尖閣諸島の帰属をめぐる最近のせめぎあいにおいては、今のところ、日中両国は、「人（民間人）の上陸には、人（民間人）の上陸を。」、「警察組織（具体的には、日本の場合、海上保安庁の巡視船）の出動には、警察組織（具体的には、中国の場合、軍隊に準ずるような組織に所属する海洋監視船）の出動を。」、「飛行機の出動には、飛行機の出動を。」といった、微妙できめ細かな対応が見られます。　この先、「軍隊の出動には、軍隊の出動を。」とか、「武器の使用には、武器の使用を。」とかの、緊張度も危険度も高い、恐怖の「等価関係」が現実に姿を現わすことがないように、祈っています。　最近の出来事の流れの中には、エスカレート現象も見え隠れしていますので、余計に心配ですね。

＜７＞「暴力を暴力で退けることは、許される。」

（１）前回は、「目には目を、歯には歯を。」という、世によく知られた格言を取りあげましたが、今回は、「人が、自身に対して加えられようとする暴力（実力行使＝ゲバルト）に直面したとき、自ら暴力でもってそれに即時に対抗するような行動に出ることは、その人には許されている。」といった趣旨の格言〈＜Ｖｉｍ　ｖｉ　ｒｅｐｅｌｌｅｒｅ　ｌｉｃｅｔ　．＞［暴力を暴力で退けることは、許される。］について、歴史的な由来などを少し見てみましょう。　前回の格言は、過去のトラブルの処理の仕方についての、言ってみれば自然法上の「等

価的な」処理に関する準則を示していますが、今回のものは、緊急事態の発生に対して、私たちが、現場で、いわば反射的に、即座に自己防衛的に対処せざるを得ないような緊急事態にストレートに関係してくるものです。　現代において、「正当防衛」という、私たちの周りで立派に日常語化してしまっている言葉＝概念が示しているものが、それです。　もっとも、こちらの方には、専門用語が持っている内容に比べると、いくらかルースでファジーな色合いもまとわりついていますが。

（２）ところで、私たち日本人は、なぜか、伝統的に（？）、「民事的なもの」と「刑事的なもの」とを頭の中で区別することなしに「法」全体を受けとめる、といった柔らかい性質（特質？）を備えているようです。　実のところ、民事裁判で「罰金を課すことにより罰して貰う。」という発想に立つとか（アメリカには、「懲罰的賠償」という、この手の民事訴訟制度がありますが）、刑事訴訟上の「被告人」を「被告」というように民事訴訟的に呼ぶとか、刑事上の「処罰」を民事上の「賠償」と一体として捉えてしまい、刑事とは別系統で、自力により民事訴訟を打つところまではあまり考えないことが多い、とかいった現象が、いつも、筆者にはとても気になっています。　このことと関連して、この際、ご参考までに、正当防衛には、刑事上のものと、民事上のものとが競合的に存在し、正当防衛が認められる範囲に違いが少しあることを指摘しておきたいと思います。　つまり、民事上の正当防衛は、不法行為者（刑事的には犯人）に対する反撃にとどまらず、とばっちりを受けた第三者に対して損害を与えてしまった場合にも関係するのです。　その結果、正当防衛者には、第三者に対する損害賠償責任が発生してくることは、ありません。

（３）ローマ法学の全盛期である紀元後二～三世紀に、法学者・ウルピアーヌスは、法学者・カッシウスが＜Ｖｉｍ　ｖｉ　ｒｅｐｅｌｌｅｒｅ　ｌｉｃｅｔ　．＞という先の命題をその著書に記していることを、伝えてくれています。　ウルピアーヌスの学説命題は、六世紀の大法典の中に法文として採録されていますので、これは格言としては最高級のものです。　その他に、これと同格のものとして、「ある人が自身の身体の防衛のためになしたことは、彼が法に従ってなしたものと考えられるよう。」（フローレンティーヌス）、「危険に対して人が自身を防衛することを、自然の理は許している。」（ガーイウス）などが、あります。　後者の命題中に見える「自然の理（ｒａｔｉｏ　ｎａｔｕｒａｌｉｓ）」は、いわばローマ的な「自然法（ｊｕｓ　ｎａｔｕｒａｌｅ）」と読みかえても、よいでしょう。

（４）前五世紀に制定された小法典である「一二表法」には、夜中に部屋へ忍びこんできた人物を発見した家人が、侵入者が凶器を持っているかどうかには関係なく（つまり、その者が本当のところは唯のコソ泥であっても）、即座に殺害しても、殺人の責任（ローマでは、元々、窃盗への制裁は、民事的に、償金支払の形で処理されていました）は問われない、という規定が置かれていました。　灯りなど殆んどない

ローマの家庭では、現代風に言うと「過剰防衛」（やり過ぎの防衛行動）に該当するようなタイプの自力行使の行ないも、対応上やむを得ないものとして、不問に付されたのでしょう。　また、白昼、武器を携えて攻撃してくる輩を対抗上殺害してしまった人は、大声で証人を呼びあつめて、自身の殺害行為の合法性を周知させる、という事後手続をしっかり取っておかなければなりません。　夜間の防衛的殺害の場合でも、殺害当時の状況を証言してくれる人を事後に確保しておく必要があります。　証人・証言というシステムを法制度の中に組みこむやり方は、訴訟を常に念頭に置きながら法を運営してきたローマ人ならではの、几帳面なスタイルのものです。　この辺りは、実体法（たとえば刑法）の方にはそれなりの関心を示しますが、手続法（たとえば刑事訴訟法やその実務）のことまではあまり気に掛けない私たち日本人の場合とは、根本的に違うところですね。

（５）法学者が最高の知識人として歴史に登場する以前の時代に活躍した，さまざまなタイプの文人の中には、正当防衛論をいくらか文学的に定式化して、公に示して見せてくれた人物が、何人かいます。

①　「法は、武装した人たちに対して人が武器を取ることを許している。」・・・「武器（ａｒｍａ）」という表現は、表題の格言中の「暴力（ｖｉｓ）」よりもクラスが上の表現、と見ておきましょう。

②　「武器の間では法律は沈黙する。」・・・　日本語にも「法は戦に勝たず。」というきれいな言いまわしがあります。　ここで言う武器は、共和政末期の内乱における戦闘用の武器を指しますが、そのような武器の行使の場合には、正当防衛の場合ほど時間的な緊急性は伴いませんが、国法を無視して最大限抵抗を試みることが事実上容認されている点で、それらの間にはそれなりに共通項も、あります。

③　「力を力で退けることは、正当である。」・・・「正当である」は＜ｆａｓ　ｅｓｔ＞の訳ですが、ここの＜ｆａｓ＞には、「神聖な掟」という重いニュアンスも、あります。

④　主としてローマより後に作られたと見られる、「緊要（ｎｅｃｅｓｓｉｔａｓ）」という概念に関連するいくつかの命題の内で、一つだけを挙げておきます。　「緊要（緊急の必要）は法律に勝ち、また、法律を嘲ける。」が、それです。　「緊急行為」には「違法性」などない、という趣旨のことが言明されたものと、受けとっておきます。

（６）「正当防衛」を成りたたせる法的前提としては、刑法第三六条が示しているように、「急迫不正の侵害に対して」と、「やむを得ずにした行為」との二つの要件の存在が、特に重要です。　防衛行為が相手方の生命を奪うこともあるだけに、正当防衛の認定が慎重になされるのは、当然のことでしょう。

（７）さて、話題は突然リアルなものに変わりますが、それは「急迫不正の侵害」に絡む話です。　ある隣国から弾道ミサイルが発射された場合、自国に到達するまでのほんの僅かな時間の幅の中で、その飛来物が、本当に武器（とりわけ核弾頭を装着しているもの）なのか、間違いなく自国に照準が合わされているのか、誤まって自国に落下してくるようなことはないのか、などのファクターを総合的に分析して、その国が素早く迎撃の防衛態勢を整える、といったプロセスも、極く広い意味での「正当防衛論」の枠の中で理解出来るのではないでしょうか。

＜８＞「弱きもの、汝の名は女なり。」

（１）文豪・シェークスピアの編みだした、切れ味のよいこの劇中のセリフを手がかりにして、ローマの女性のイメージを探ってみましょう。

（２）さて、動物学的に見ますと、神聖な生殖の部門を受けもつメスの方が、オスよりも何かにつけて優位に立っているように、筆者個人には思えるのですが、動物界の頂点に君臨する私たち人間の織りなす社会では、複合的な歴史的要因によって、かなり古い段階で、原始の女系社会（いわゆる「母権制」的な社会）から男系社会への移行が見られます。　戦争大国・古代ローマは、その流れの中で、戦士市民によって骨太に構成されるオトコ社会を典型的に構築した国家の一つなのではないでしょうか。　それでも、硬度の高い「タテマエ論」レヴェルではなくて、柔らかい「ホンネ論」のレヴェルで、ローマの実情を考えてみますと、逆に、「強きもの、汝の名は女なり。」という側面も確かに浮びあがってきます。

（３）前三世紀の喜劇詩人・プラウトゥスは、「女性たちは、哀れにも、厳しい法律の下に生き、しかも、男たちの場合よりも遥かに不衡平な法律の下に生きている。」（Lege dura vivunt mulieres multoque iniquiore miserae, quam viri.）というように言いきっています。　この命題は、全体としては、法の国・ローマでの話らしく、女性の法的処遇（タテマエ＝構造・構え）をクールに表現しており、ローマ版の「弱きもの、汝の名は女なり。」宣言という位置づけにも成ってきますね。　＜dura＞の元となっている＜durus＞は、「峻厳な・厳しい・厳正な」を、＜iniquiore＞の元となっている＜iniquus＞は、「不衡平な・不公平な」を、そして、＜mulieres＞［女性たち］に表向きは掛っていく複数形の形容詞である＜miserae＞の元となっている＜miser＞は、「不幸な・哀れな・ミゼラブルな」を、それぞれ、意味しています。　もっと細かく見てみると、＜durus＞にはタテマエ系のニュアンスがあり（ローマでは、刑法・私法を問わず、法律というものは、もともと厳正・厳格なタテマエ的所産と世間では受けとめられていたから

です）、一方、＜ｉｎｉｑｕｕｓ＞には、タテマエ（合法性・適法性）を一部突きくずすようなホンネ（公正というよりは、衡平）の匂いが濃厚であり、また、＜ｍｉｓｅｒ＞には一詩人の個人的な思いいれ（主観・本心＝ホンネ）が浮きでているので、これら二つが、いずれも、ホンネ系の形容詞でもある、という受けとりかたをすることも、可能でしょう。

（４）ローマの正規の法規定の中には、女性のタテマエ上の位置について言及したものの一つとして、「女性の狡猾さにではなく、その弱さに、配慮がなされた。」という規定が、あります。　これは、ローマも末期の東ローマ帝国で編纂された法典中の一規定ですが、「狡猾さ・老獪さ（ｃａｌｌｉｄｉｔａｓ）」と「弱さ・無力さ（ｉｎｆｉｒｍｉｔａｓ）」が対置されているところが、注目点ですね。　ローマでは、共和政の昔から、女性に対する巷の悪口は、格言の形を取って、色々と現代にまで伝わってきています(例えば、「夫に貞節な家母(妻)は、夫に従うことによって、夫に命令する。」)。　「狡猾さ」という言葉にはマイナス・イメージが付きまといますが、実は、これは立派な世渡りの知恵です。　世間体を始めとする諸々のタテマエに振りまわされがちな単細胞（?）型の男たちよりも、狡猾さという、ホンネの世界の「美徳」を身に備えた女性の方が、したたかで、強い存在であることは、「男性天国」と評されたこともある私たちの国においても、よく知られている事実ではないでしょうか（「優しい」とか言われるわが「京女」の場合も、その例外ではありません）。　ローマ法では、女性への各種の保護規定があちこちに張りめぐらされてきているので、ホンネとしての狡猾さとタテマエとしての法保護を併せ持っている女性は、堂々たる社会的存在なのです。

（５）次に、法的存在としての女性が置かれている、タテマエ上の位置について、概観してみましょう。　家長（男）の完全な支配権に服して いる女性は（立派に成人した男子についても、事情は同じなのですが）、出生の時点から権利能力（つまり、ローマ市民としてのステイタス＝タテマエ）は保有していますが、行為能力（つまり、法律的な行為を単独でとり行なう能力＝ホンネ)の方は、与えられていません。その家長が死亡すると、家長の統率していた一家は、法的には、バラバラの状態で分裂していきます。　その際、女性も独立していくのですが、男子の場合とは決定的に異なって、女性は家長には成れないので、彼女は、成人しても、一生の間、法定相続ないしは遺言相続を通じて獲得した資産の管理を、後見人に任せなければなりません。

（６）ところで、女性の「資産保有」という観点からすると、女性が婚姻する際に婚家に持ちこむ「嫁資」の問題に、触れておく必要があります。　ローマの社会慣行では、家長は、娘を嫁がせるとき、「相続分の前渡し」の意味も籠めて、それなりに価値のあるものを、その娘に持たせて婚家へと送りだすことに、成っていました。　元々の発想では、この持ちこむ資産は、そのまま婚家の家長のものに成っていたのですが、しかし、時代が下るにつれて、「これは、婚姻継続中に婚

家に預けられている、元・娘（婚家の妻）側の資産である。」という扱いに変わってきました。　このような成り行きには、別の事情もプラスに作用しています。　つまり、古くは、「嫁＝家の女」という言葉が示しているように、妻となった女性は、婚家の家長（それが夫であることもありますが）の絶対的な家長権に服属することに成っていたのですが、後代には、実家の家長が他家に嫁いだ娘に対する自身の家長権を温存したまま、彼女が他家の一員と成る、という「（権力）自由婚」の 形態が、定着したからです。　ローマでは、とてもモダンなことですが、婚姻は「合意」だけによって成立しますので、妻がその「婚姻合意」を一方的に捨てされば、直ちに離婚が成立してしまいます。　そうなれば、夫の家側は、離婚発生とともに、元・妻に嫁資を引渡さなければなりません。　婚姻継続中に預かっていた資産を運用する過程で嫁資を目減りさせてしまったために、返還向けの資産の用意に困ることに成るような婚家の人々は、何とか婚姻を続けて貰うよう、常々気を遣っていかなければなりません。　つまり、彼らは「強い妻」に対しては、頭が上がらないのです。　そして、嫁資を見事に取りもどした元・妻は、その嫁資分を元手にして、嫁資つきでの再婚の計画をしっかりと実現したことでしょう。　「離婚大国」のローマにあっては、「か弱い女」のイメージにはそぐわない「逞しい女」のイメージさえも、あるようです。　以上が、ホンネのレヴェルにおける女性の姿です。

（７）ついでに、同じ西洋古典古代の文明大国・ギリシアでは、女性の地位が法的（タテマエ的）にも社会的（ホンネ的）にも劣悪だったのに対して、わがローマの女性が、「実のところ人類の歴史上最強の存在であった。」とまで、ある識者によって評されている点を、付言しておきましょう。　「時空を超えたローマ法」の一面がここに垣間見えますね。

＜９＞　「平和の法と同じように、戦争の法もある。」

（１）タイトルの格言命題の元と成っている、＜Ｓｕｎｔ　ｅｔ　ｂｅｌｌｉ　ｓｉｃｕｔ　ｐａｃｉｓ　ｊｕｒａ　．＞というラテン語の文章は、ローマに帝政時代が訪れる紀元前後の時期に生きた、有名な歴史家リーウィウスが、その歴史書に記していた言葉です。　「それらは、平和の法であると同時に、戦争の法でもある。」という読みかたもありましょうが、ここでは、「平和の法（ｊｕｒａ　ｐａｃｉｓ）」と「戦争の法（ｊｕｒａ　ｂｅｌｌｉ）」の対比に注目して、表題のような訳しかたを採ることにしました。
さて、人類の歴史上、世界有数の「戦争大国」であったローマでは、戦争というものは、共同体＝国家にとっての超異常な事態と受けとめられることはなくて、国家の、ある意味では日常の「営み」の一つである、とクールに受けとめられていた、とも思えるのですが、そのような状況下では、平和な市民生活を規制する「平和の法」（つまり、

平時の法＝「市民法」）と同じレヴェルで、「戦争の法」というものの存在が意識されていたことでしょう。　因みに、遥か後代のイギリスで編みあげられた法格言として、「国家においては、戦争の法はとりわけ守られるべきである。」が、あります。
生の実力＝暴力（いわゆるゲバルト）が露骨に物を言う戦争では、実際のところ何でもありで、歯止めなどほとんど効くことがないのが通例ですが、それでも、私たち人間は、無数の苦い経験の中から、長い時間を掛けて、戦争当事者相互間の了解を最低限のルール（緩やかな意味における「戦争の法」）にまで仕たてあげる実績を持つ段階に、到達しています。　例えば、事前型のものとしては、化学兵器（有毒ガスなど）や生物兵器（細菌兵器など）の使用禁止、戦争捕虜の人道的な扱いの義務、国家を代表する在外公館（大使館など）に所属する人々の身の安全の確保､などを国際条約の中に盛りこむ措置が､また、事後型のものとしては、「戦争裁判」の実施が、それらです。　この戦争裁判が国際的な法廷において執り行なわれるに当っては、戦争の勝者側が敗者側を一方的に裁く、というその構図には、公平性の面で確かに問題もありましょうが、それでも、「戦争行為であっても、法に則って裁きを受けることがある。」といった仕組みには、人の叡智が見られます。　一方で、非戦闘員（とりわけ社会的弱者）への本格的な無差別攻撃や、「クラスター爆弾」などの非人道的な特殊兵器を用いる作戦などに付きましては、それを抑止するための対処法は、まだ十分には編みだされていません。　以上は「戦争」の話なのですが、他方、いわゆる「テロ」の話と鳴りますと、そこには、戦争の場合とはまったく次元の違う、悲惨な攻撃の姿が満ちあふれています。　ここで、やや比喩的な表現を使うなら、「法によって規制される戦争」と「法の及ばないゾーンで展開されるテロ」、という対比も成りたつ訳です。

（２）次に、「戦争」にまつわる格言的な命題を、挙げてみましょう。

①　「戦争は、それが必要なものと成っている人々にとっては、正しい（ｊｕｓｔｕｓ）ものであり、そして、武器を取ることは、武器の中以外には何らの希望を残されていない人々にとっては､義務的な(ｐｉｕｓ）ものである。」　これも、先のリーウィウスの記していた命題です。　ローマには、もちろん「戦争」と「テロ」に区別などありませんが、もしここに見える＜ｂｅｌｌｕｍ＞［戦争］の部分を仮に「テロ」という言葉に差しかえてみれば、これは、不思議なことに、現在、世界各地で、さまざまな形態において、絶えず発生しているテロ行為の本質を原理的に明快に解きあかしてくれる命題とも成ってきます。　歴史的に時代の大きな流れを概観して見れば、かつて、キリスト教の下に統合された西洋世界に対してさまざまな局面で優位を保っていたイスラム世界は、キリスト教的西洋世界の反撃にあって、それを構成する大国の強大な軍事力や経済力のために、追いつめられているようにも見えるのですが､それとも関係して､現代においては､「イスラム的なもの（いわゆる「大義」）を護持する」、という旗印の下に、ストレートにテロの手段に訴えながら世界に対して各種のアッピ

ールを試みる動きが、一部では加速されてきているようです。　いわゆる「過激派」の人々にとっては、「テロは正しいものであり、テロを敢行することは、神聖で崇高な義務である。」という受けとめかたに成ってくるのでしょう。

②　先のリーウィウスよりも少し前の共和政末期に活躍した文人政治家のキケローが、「平和（ｐａｘ）というものは、たとえそれが不正な（ｉｎｊｕｓｔｕｓ）ものであっても、極めて公正な（ｊｕｓｔｕｓ）戦争（ｂｅｌｌｕｍ）よりも、いっそう有用である。」という鋭い分析を世に示していたことが、伝えられています。　因みに、極く近い時代のアメリカでは、おそらくキケローの文体をなぞりながら、「極めて不衡平な（ｉｎｉｑｕｕｓ）平和でさえも、極めて公正な戦争よりも上位に置かれるべきである。」という命題が作成されています。「不正な」という形容詞を「不衡平な」という形容詞に差しかえているところは、いかにも英米法的な法感覚の表われである、と見たいと思います。　「不正な」には、ギリシア・ローマ由来の硬いタテマエ系の発想の匂いがしますが、「不衡平な」には、英米法の世界で独特の存在感を示している、軟らかくてファジーなホンネ系の発想の匂いも漂ってくるからです。　ところで、「公正な戦争」という概念は、「正戦」という名称で呼ばれるものに近いニュアンスを、はらんでいますが、この「正しい戦争」が、その展開にあたって程度・度合いや方法の選び方を誤まれば、これがおぞましいテロ行為と紙一重のところにまで堕落してしまうことも、決して稀ではないのです。

③「もし私たちが平和を享有することを望む場合には、戦争がなされる必要がある。　また、もし私たちが戦争を回避する場合には、私たちは決して平和を享有することはないだろう。」　これも先のキケローの言葉です。　第二次大戦後、平和主義を国是として生きてきた現代の私たちとしては、「戦争」と「平和」の間に内在するこのような微妙な関係の意味するところについて、今後、賢人であるキケローの鋭い観察をじっくりと吟味していく必要もあるのではないでしょうか。このようなとき、出典不明の「平和の時期に戦争について考えることが必要である。」というラテン語の命題の意味するところが、参考になります。

④　先のキケローとほぼ同時代に生きた、かのカエサルは、異例にも、一〇年近くも、ローマ国軍を率いて中部ヨーロッパで転戦した軍事キャリアの持ち主ですが、彼は、明快に、「勝利を収めた人々が、自身が制圧した人々に対して、自身の望むように命令を下すということが、戦争の法（ｊｕｓ　ｂｅｌｌｉ）である。」と断言しています。「法」の部分を「掟」と訳せば、文意に味も出てきますが、ここでは、あえて「法」と受けとめておきましょう。　彼は、北イタリアに位置するルビコーン川を完全武装を整えた軍隊を率いて押しわたったとき（この小さな川は、ローマ本国と外地とを法的に仕分ける線でした）、その時点で、自らが戦争の法を侵犯して、国家への反逆者に成ることを

ちゃんと自覚し、また意識していたことが示すように、この人物は真っ当な「法の人」なのでした。

＜１０＞「天声人語」

（１）これは、朝日新聞の一面下段に掲載されている権威のあるコラムの名称としても、広く世に知られている「四字熟語」です。　その由来には二通りの説がありまして、一つは、中国の何らかの古典に源を求めるものです。　「天に声あり、人をして語らしむ。」といったニュアンスの、「上下関係」のはっきりした構図を、この四文字から読みとる立場、がここに見えてきますね。　それでも、一方で、いわばこういった「タテマエ（原理）」の趣旨は、「ホンネ（現象）」面では逆転されて、「民の声・庶民の声こそ、神の声なり。」という受けとりかたが幅を利かせる状況も、生まれてきているのではないでしょうか。
ところで、「神」というものが観念的・理念的・抽象的な、想念上の存在（タテマエ）である以上、現実（ホンネ）の問題としては、人の感覚を通して具象的・具体的に神の指し示すところを捉えていくプロセスがどうしても、必要に成ってきます。　そこで、もっぱら国家・政治の分野で言えば、その「神意」の受け皿として、「天子・天皇」や「王・国王・皇帝・元首」を想定する場合と、「民・国民・民衆・大衆・庶民」を想定する場合との二つが、あるでしょう。　このテーマをめぐっては、歴史的にさまざまな姿が各時代に発現しているようです。

（２）さて、「天声人語」というフレーズのもう一つの由来は、ラテン語系統のものです。　＜Ｖｏｘ　ｐｏｐｕｌｉ　ｖｏｘ　ｄｅｉ　．＞がその命題です。　朝日新聞の英語版＜Ａｓａｈｉ　Ｅｖｅｎｉｎｇ　Ｎｅｗｓ＞には、本紙の「天声人語」の見出しに対応する部分にこのラテン語が当てられていることが示唆しているように、現代においては、欧米風の由来にこの四字熟語のルーツを求める方が、ポピュラーなのかもしれません。　ラテン語では、語順はまったく自由なので、先に来る二語が主語扱いに成る、と決まっている訳ではありませんが、このラテン語の普通の読みでは、「民（ｐｏｐｕｌｕｓ）の声（ｖｏｘ）は神（ｄｅｕｓ）の声である。」という流れのものに成ってくるでしょう。「神の声を聞きたければ､民に伺いを立てればよい。」という訳です。　このラテン語が示しているような発想は、古代ギリシアにもあったようですし、また、一神教の「神」を社会の一つの中軸として組みたてられている中世以降のヨーロッパ世界でも、この発想が存在感を持っているように思います。

（３）話は飛びますが、古代ギリシアには、神官を通じて下される神のお告げである「神託」という、興味ぶかい宗教的な社会現象があります。　アテーナイの北西の山地に前二〇〇〇年より前にすでにあった、

デルポイのアポッローン神殿の神託所で執りおこなわれるものが、有名です。　ここでは、まず、「へそ石」の傍にある三脚台に乗り、神が乗りうつってきて、いわゆる「トランス状態」に陥った巫女（ピュティアー）が、月桂樹の葉を噛みながら、神がかり状態で、訳の判らない意味深長な言葉（託宣）を発します。　それを傍らで耳をそばだてて聴いている神官が、問題の「神語」を韻文もどきの「人語」へと翻訳するような仕方で、その内容を鉛板に書きうつし、その神意を神託を求めてやってきた人に、伝えてやるのです。　神託を求めてギリシア各地からやってきた人が持ちこんだテーマは、「戦争か平和かの選択」、「海外への植民の可否」、「人事全般」など、多種多様でした。　依頼人のお尋ねが神の許へちゃんと届いたか、神と人の媒介役を務める巫女が神秘な聖力を本当に備えているか、巫女と依頼人を繋ぐ神官が優れた「翻訳力」を身につけているか、などなど、率直な疑問も現代の私たちには浮かんでくるかもしれませんが、神々が鎮座していた古代ギリシアでは、神様から恭しく頂いたご神託の権威を疑う人など、いなかったでしょう。　このようにして、神の声は、人の声の姿を取って、上から下へと流れてくるのですが、ここでは、「人語」は、結果的には、「天声」の扱いを受けることに成ります。　もっとも、実際上、全ギリシアから無数の情報を絶えず取りこむ実績を積んでいる老練の神官が、託宣なるものを自己流に（ときには政治的に）解釈して伝える場面も、あったに違いありません。　因みに、神殿の前庭に、七賢人の一人の言葉である「汝自身を知れ。」が掲げられています。　まったく個人的な話に成りますが、これは、筆者が、昔から、「座右の銘」として大切にしてきたフレーズです。

（４）余談になりますが、ご年配の読者の方々なら、「天の声」という言葉をご存じでしょう。　その昔、官公庁が外部に仕事を発注する際、役所の有力者や政治家（典型的には国会議員）が、「天の声」と勝手に称して、指示のようなものを裏で出し、受注先決定の過程に大きな影響力を行使するケースが、少なくなかったのですが、さすがに、現代では、「タテマエ上は天の声、ホンネ上は唯のお偉方の声。」といった、この手の怪しげな動きは封じられているようです。　それでも、仲間内の「談合」が、それに代わる機能を果たしているのではないでしょうか。　談合には、経済面では、利潤を均等に分けあう、という点で、確かに合理的な側面もありますので、この社会制度は、波風をあまり立てたがらない日本人の好む処世術にマッチしたものとして、これからも絶滅することはないでしょう。

（５）それでは、私たちは、「神意」と繋がっていく「民の声＝民意」を、一体どのようにして探りあてることが出来るのでしょうか。　現代政治の局面では、公選制の大統領選挙や、代議制下の国政選挙のような公的な制度がベースと成ったり、公私の世論調査のデータが参考にされたりして、民意なるものが汲みとられる仕組みが用意されています（古いところでは、アテーナイの民会が行なう強烈なオストラキスモス（陶片追放）が有名ですね）。　人類の歴史の上では、国制上、民意などほとんど顧みられない時代が圧倒的に多かったのですが、そ

の中で、ギリシア（アテーナイ）の民主政とローマ共和政とが、デモクラティックな（民衆本位の）国制を確立したものとして、歴史に輝いていたことが注目されます。

（６）結論を先どりしますと、アテーナイ民主政下の「民意汲みあげシステム」は本物ですが、しかし、ローマ共和政のそれは、少々問題含みの代物ですね。　前者では、「民意を重んずる」という「タテマエ（趣旨）」と「ホンネ（実態＝実績）」が、まずは見事にマッチしているのに対して、後者では、「タテマエ倒れ」になっていて、「ホンネ」がまるで伴っていないからです。　アテーナイの一般市民は、「民会」にしばしば出席し、ときには、部族を代表して、ポリスの中軸機関である「評議会」のメンバーと成り、また、中級・下級の役人（公職者）と成り、民衆裁判所の裁判員の任務に就きます。　三〇の「部族」は、都市部と山間部と海岸部という三地区を平等に含むように仕組まれた超人為的な組織ですから、市民の均質性・平等性が制度上確保されています。　ですから、「市民が国家の主人公である。」という原理は実現され、「民意」が国政の各パートで常に存在感を示すことが出来るのです。　しかし、民意に振りまわされたアテーナイは、衆愚政に陥ってしまいました。　ここに、「タテマエ」につきもののの弱点が露呈された、と見たいと思います。

（７）一方、ローマ共和政の下では、古来の貴族制が温存されているために、一般市民は、元老院のメンバーにも、政務官（公職者）にも、裁き手にも成れず、民会での投票に参加するだけです。　その民会の成りたちも現実の投票方法も、一言で言えば、非民主的なので、その「タテマエ（形）」は立派でも、「ホンネ（中味）」においては、不条理なことが,いくつも生じているのです。　それでも、ローマ人は,自国流の民会の姿を受けいれていたように、思います。　正に「所変われば品変わる。」ですね。　ここに、「ホンネ」というものの「しぶとさ・したたかさ」を見たいと思います。

＜１１＞　「人の中によりも､物の中に､いっそう多くの担保がある。」

（１）この格言は、ポンポーニウスという後二世紀の有力な法学者の作りあげた学説命題で、＜Ｐｌｕｓ　ｃａｕｔｉｏｎｉｓ　ｉｎ　ｒｅｅｓｔ　ｑｕａｍ　ｉｎ　ｐｅｒｓｏｎａ　．＞が、その原典です。珍しいことに、これは、そのままの簡潔な形で法文としての資格をちゃんと与えられている、第一級の作品です。　正式の契約によって、たとえば、買主が、「自ら受けとったある売買目的物の代金として、一〇〇〇万円を三カ月後に支払う。」ことを売主と約定したとき、売主としては、その約束を素直に信じて何もしないでいる場合と、いざというとき（つまり、売主側が、買主が代金を払ってくれないような事態に見舞われたとき）に備えて、「担保（債権の実効性を確保する手段）」を契約当事者間の合意によって設定しておく場合、のどちら

かの対応に成ってくるはずです。　後者の局面では、債権者（売主）が自身の安全のために担保＝保証のシステムを現実に組みたてる行動に出る際、「人」に頼るか、「物」に頼るか、あるいは両者の組合わせ方式にするか、を自由に選択することが出来ます。　上記の命題では、「物」コースの方がリーズナブルである、という見方が表明されているのです。　こういった「人から物へ」の担保スタイルの流れは、現代においても認められるのですが、実は、この傾向は古代ローマの世界でも存在するのです。

（２）そもそも、法制度には、必ずと言ってよいほど、「明」と「暗」の両側面があります。　筆者流の割りきりかたによるなら、「明」は、主としてタテマエが幅を利かせる「表」世界の姿で、一方、「暗」は、しばしばホンネのはびこる「裏」世界の姿、ということに成ってくるのですが、私たちは、知らず知らずの内に、法のその暗黒面へと引きずりこまれることが、あるのです。　「法知識・法運用のノウハウ」というものが､市民すべてにそれなりに行きわたっていれば､市民は、理性的・合理的で、公正な、理屈に適った明るい法世界のメリットを満喫できることに成るのですが､実際のところ､世界でも一流の（？）「法治国家」である日本では、今でも、独特のお国柄のせいか、法に賢く接する「作法」といったものが国民＝民間レヴェルであまり磨きあげられていない事情もあって、法の取りしきる世界に巻きこまれた人が、暗黒面で、不幸な成り行きに苦しむことが、少なくありません。法の不条理や法の非情さ､更には､法の非道さ､などのマイナス面は、立派な法システムを保有している先進国においても、程度の差はあれ存在するのですが､私たち日本人の場合､国民一人一人が持つ「民度」（文化度・品位度）と「法度」（これは、筆者の造語でして、「法を使いこなす技術の水準」あたりを意味します）のギャップは、とても大きいのではないでしょうか。

（３）ところで、テレビの報道番組には、「連帯保証地獄」のことが詳しく伝えられることがあるのですが、「人に担保（いわばバックアップ）を求める」ルートの最先端に位置するこの連帯保証制度の「落し穴」について、少し見てみましょう。

①　事の始まりは、「決してご迷惑は掛けませんから。」と言って安心させたり、「ここにハンコを押して頂くだけです。」として、連帯保証の引きうけをいかにも簡単で軽いことのように人に思わせたりすることです。

②　連帯保証は、その性質上、横ならびの形で責任を発生させることに成っているのですが、常識的には、本来の債務者が債務履行の能力を持ちあわせていないときに（つまり補充的にのみ）、このシステムが現実に発動されることに成るはずです。　もっとも、昨今の厳しい経済情勢の下では、「取りやすいところから取る。」ということで、債権者が、本人を飛びこして、ストレートに連帯保証人のところへ債務の取りたてにやって来る、という事態も,ありえます。　「金を借り

ている本人のところへ行くのが先ではないか。」というクレーム〈抗弁〉は、公式には、通らないのです。

③　連帯の形式が取られているために他人の債務の弁済履行を迫られた人に資力がない場合には、その人には破産するしか道はないのですが、その苦悩は並大抵のものではありません。「自己破産」という、比較的うまく組みたてられている日本の救済システムを活用することが出来た連帯債務者は、破産者全体の四分の一にも成ります。　因みに、確かな筋から聞いた話ですが、中小企業の経営者向けの生命保険をしっかりと掛けている人が、自殺によって得られた高額の保険給付金を資金として、破産を回避するケースも,あるようです。　単なる個人の場合でも、同じようなことが、きっとあるでしょう。　ここでは、悲しいことに、命と引き換えに「破産」が食いとめられるのですね。

④　筆者の高校時代の心優しい親友は、自身の友人から頼まれて連帯保証を引きうけたために、行方をくらましたその友人の責任（債務）を肩代わりさせられてしまったのですが、その話を筆者にした際、彼は、ポツリと、「離婚したよ。」と付けくわえました。　ひょっとすると、彼は、離婚時の財産分与の制度を利用して、愛する奥さんに最大限の資産を渡して、不慮の「被害」を最小限に食いとめたのかもしれません。

⑤　善意の人や人助けの徳を備えた人物（つまり高い「民度」の持ち主）が、法的な知識を持たないまま（つまり「法度」が低いために）、ハンコをついた結果、突然悲劇に見舞われる、というような事態は、近い将来において、民法規定の改正を通じてかなり改善されるはずです。　連帯保証は、特に中小の企業や一般市民にとって経済的にとても必要な法制度ですから、そのシステムの暗黒面を切りはなしたかたちで、それを、適正なものに、ぜひとも仕あげて貰いたいものですね。

（４）さて、古代ローマには、社会的・経済的・道義的・法的に、人の絆を何重にも組みあげる独特の構造が成りたっていましたので、連帯性のある重い保証を引きうけてくれるような人物は、比較的上流の市民の場合なら､身のまわりで簡単に見つかったことでしょう。　では、なぜ保証が社会制度として定着したのでしょうか。　それは、この国には、「金銭のかたちで義務（債務履行）を果たせなかった人は、自身の身体そのものでもって責任を果たすべきである。」という、厳然たるルールが古くからあった関係で、債務を引きうけて、それを履行しない者が、最悪のケースでは殺害されてしまうような事態を回避するための策として、これが発達してきたからです。　ローマの建国から二〇〇年後に制定された、最初の成文法典である「一二表法」には、「複数の債権者は、有責判決を受けた債務者の身体を、有責判決の確定から三〇日間の猶予があった後に、部分に切断せよ。　仮に、多く切断したとしても、少なく切断したとしても、咎められることはない。」といった趣旨の条文があります。　このようなシヴィアな扱いは、恐らく、貴族と対立する平民グループの抵抗にあって、しばらく後に修

正され、結局、債務分は債務奴隷として働いて返せばよい、という、やや緩やかな扱いへと、変わります。　それでも、人に担保を求める方式（いわばタテマエ）にはあまりにも強烈なインパクトが備わっていますので、もっと当たりの柔らかい物的担保（いわばホンネ）が開発されていきました。　現代でもお馴染みの質、抵当が,その成果です。

＜１２＞「もう一方の側も聴かれるよう。」

（１）この格言は，＜Ａｕｄｉａｔｕｒ　ｅｔ　ａｌｔｅｒａ　ｐａｒｓ　．＞というラテン語命題の日本語版です。　この命題が出来あがったのは一六世紀以降のことのようですが、こういった考えかたの由来は、とても古いのです。　つまり、古代ギリシア民主政下のアテーナイでは、重大な刑事事件の場合、数百人もの市民が、市民全体の代表として、民会を舞台とする民衆裁判に裁き手として参加することを市民共同体から仰せつかったとき、「私は訴追者・被告人の両者の主張に公平に耳を傾けます。」といった内容のことを宣誓して、裁判役の職務に臨んだ、と伝えられているからです。　宗教的な背景もあって、「宣誓」という行為の意味は古代人の心にしっかりと刻みこまれていましたから、これはとても固い約束なのでした。　日本にも、恐らく中国起源のものでしょうが、この手の戒めとして、「片口聞（聴）きて利なつけそ。」、「一方聞（聴）きて沙汰なし。」、「両を聞（聴）きて下知をなせ。」、「片言訟を断ずべからず。」などが、あります。

（２）ところで、この格言的命題は、元々訴訟の三極構造がベースになって生まれてきたものです。　ローマにも、「　誰も、聴かれ、あるいは召喚されない限りは、有罪（有責）判決される状況にはない。」というのが、あります。　実のところ、ここの「聴かれ」という部分が最大のポイントなのです。　訴訟では、当事者から提起された訴え＝申したてを聴く、中立の立場にある判定者（裁判官）が、両当事者(原告と被告・弁護人、あるいは、検察官役と被告人・弁護人）の見解の対立と交錯の中から対立点を浮かびあがらせ、両者の言い分を比べて、問題と成っているポイントについて自身の決断を下すことに成ります。　ある主張に対してもう一方の側の主張があり、それらの主張が擦りあわされてこそ、事案の正しい理解と訴訟的判断が生まれる、と言わなければなりません。　これまでの日本の場合のように、専門官としての裁判官が裁定を下すシステムを採るところでは、この格言が示す指針は、法廷で当然受けいれられますが、一方で、英米法の下における民事陪審・刑事陪審のように、素人の市民が、事実問題についてだけとはいえ、裁判官の関与のないところで、独立して重要な判断を下す地位にあるときには、この教えは、非常に重要な実践的な意味を帯びてくるでしょう。　また、日本の、新設の「裁判員裁判」において、プロの裁判官と横ならびで、事実問題（たとえば、殺人をしたかどうか）についても、法律問題（たとえば、殺人が正当防衛に当たるかどうか）についても、構成員全員協議の上で決着を付け、最終

的に判断（判決）を下すことを求められる「裁判員」の場合にも、このことが当てはまるはずです。　先のアテーナイの裁判役は、一年任期制で、しかもごく普通の市民から構成されている関係で、英米の陪審員のおき場合と同じような構造が見られますので、ギリシアの教えは、時代を超えて、現代の法廷においても、意味を持っている訳です。

（３）以上の話は、二人の訴訟当事者と一人の判定者が登場する三者構成の状況に関係しますが、もっとシンプルな形の、私的な（つまり法廷外の）二者対立の局面でも、当てはまるのではないでしょうか。　私人間で、事実関係や法律関係のもめ事が発生したとき、お互いが、それぞれに相手方の言い分にもそれなりに耳を傾け、押したり引いたりしながら、自説・自論を展開するゆとりがあれば、事を穏便に収めるチャンスも、生まれてくるかもしれません。　日常的に、何事につけても議論しあう傾向の強い欧米人とは違って、私たち日本人は、現在においてもなお、トラブルが発生したとき、じっと耐え忍ぶか、怒りを爆発させるかの両極端に走りがちなのですが、この際、利害対立の局面においても、クールに言葉をやり取りする習慣を身に付けて、ストレスを最小限に抑える技術を、ぜひ開発したいものですね。

（４）この際、もう一点、注目して頂きたいポイントがあります。　それは、恐らく日本独特の「マスコミ報道」の歪みについてです。　彼らマスコミ人は、あらゆる機会を利用して、警察当局から意識的に（？）流される、一方的な「有罪」情報を世間にばら撒き、俗に「マスコミ法廷」と名づけられる糾弾の場を,あちこちに拵えていきます。　言うまでもないことですが、当局の読みは中立・公正なものでありません。それがどれほど真実に迫っていても、一つの見方に過ぎないのです。それでも、マスコミは、有罪率が一〇〇％近くにもなる実績を誇る日本の検察＝警察の在りかたに引っぱられて、「無罪推定」の大原則などそっちのけで、一方的で予断・偏見に満ちた断定的な報道に走るわけです。　その恐ろしさは、マスコミの論調が一色に染まっている関係で、マスコミ報道に接している私たちには、これに対して異論を差しはさむ余地が殆んどないところにも、潜んでいます。

（５）ところで、先の格言は、私たちが日々接する「法」やその展開の姿が、平等性・均等性・公平性・衡平性を満たしたものであることを要請されている点を、具体例に即して的確に示しているものですが、この辺りのところを筆者なりに表現すれば、「法はとりわけバランス感覚を重んずる社会規範である。」という読みに成ってきます。
この点に関して、具体的な、格言化された有名なテーマを、一つだけ示してみましょう。　＜Ｃｕｊｕｓ　ｅｓｔ　ｃｏｍｍｏｄｕｍ，ｅｊｕｓ　ｄｅｂｅｔ　ｅｓｓｅ　ｉｎｃｏｍｍｏｄｕｍ．＞［不利益は、利益が属する者に属するべきである。］が,これです。　この命題の適用例の一つを挙げますと、「ハイリスク・ハイリターン（リスクは多いが、収益も多い）」型と,「ローリスク・ローリターン（リスクは少なく、収益も少ない）」型という、いわばソロバン勘定の上での対応関係に成ります。　ところで、ローマ経済史上、前者の「ハ

イリスク・ハイリターン」型のタイプ例の双璧と成っているのは、「海上冒険貸借」への出資、及び、属州（植民地）の税相当額を競争入札によって前払いしておき、後で徴税に精をだすという形式の、資金投入のケースです。　前者にあっては、地中海にはびこる海賊の襲来や船の難破が、そして、後者にあっては、天候不良などによる穀物収穫量の極端な低下が、それぞれ、大きなリスクと成っています。　その代わり、高い利息が受けとれることによる資金提供者の儲けの方は、かなりのものに成ったことでしょう。

（６）ここで、アメリカの資産運用会社における、約一三〇〇億円に上る預かり資産消失事件の話題を御紹介いたしましょう。　この会社の日本支社は、創業から一三年後の二〇一一年に成って、年利六～八％を謳い文句にして､日本の市場から大量の資金をかき集め始めました。しかし、その後しばらくして、配当金の支払いが滞りがちに成り、大問題に成ります。　これは、国際版の経済的な不祥事なのですが、少し前にも日本版の同規模の資産消失事件が,ありました。　二〇年以上も前のバブル期には、確かにこの水準の高利で運用する定期預金がありましたが、　昨今では、元本保証型なら、一パーセント相当の利息さえも貰えないのが,実情です。　高利に惑わされて危険(リスク)の高さに思いが及ばなかった人の悲劇が､ここに見えますね。　ここには、「ハイリスク・ハイリターン型」の冷酷なバランス構造が、しっかりと成りたっているのです。

（７）ところで、「中立の第三者が、対立している、両者の言い分をちゃんと聞き分けて、適切な最終判断を与えてくれる。」という社会的な仕組みのことを、少し広い目に受けとめるかたちで、考えてみましょう。　裁判には、大きな分類としては、刑事裁判と民事裁判とがありますが、ここでは、「民事裁判」のことだけを、問題にします。　民事の裁判が「判決」によって結着するオーソドックスな場合（日本では三審制が採られていますので,地裁の判決だけとは限りません)と、「訴訟上の和解」で、その時々に、直ちに最終的な結着が付く場合、とがあります。　前者では、比喩的に言えば、判断の際、白か黒かの択一関係しか成りたたなくて､少しでも押し勝った側が､白で､勝訴し、一方、押し負けた側が、黒で、敗訴する形に成ります。　ここでは、「オール・オア・ナッシング」という、メリハリの利いた決定方式が採用されているのです。　しかし、後者では、白でも黒でもない「グレー（灰色）」のゾーンで、互いに、折れあい、譲りあい、辛抱しあって、程よいところで手を打つことが可能に成るのです。　民事事件の判決では、「謝まる」といった要素は、表に出てくることはなく、金銭支払いの形でその気持ちを反映させるようなことに成っているのですが、和解では、そういった謝罪の気持も表に出せることも、あるのではないでしょうか。　筆者独自の区分法によれば、前者は「タテマエ色の強いスタイル」で、後者は「ホンネ色の強いスタイル」という位置づけに成ってきますね。
それでは､以下に､「訴訟上の和解」のイメージを、箇条書きにして、記してみます。　正規の裁判のことは、日本でもかなりよく知られて

いますが、それ以外に、裁判官の下で「和解」のチャンスがあることを心にとめて頂ければ、今後、何かとリーズナブルな成り行きに到ることも、きっとあるでしょう。

①　まず、このタイプの和解が活用される背景には、地裁において　裁判官が受けもつ事件数が、年間二〇〇件以上もある、という事態があります。　司法制度改革の一環として、裁判の迅速化が求められるように成り、第一審の訴訟手続は二年以内に終わらせるようにすることが、ガイドラインによって、示されました。　その結果、裁判官は、事案の処理をスピーディーにやらないと、手持ち事件を消化することは、出来ません。　あまりのろのろしていますと、「事件処理能力がない」として、上部組織からの成績評価が悪くなります。　まさか、判決を欠く手間を省きたいとか、法的に難しい問題を抱えるような事案について判決を書くのを回避したいとか、などの低次元の事情のせいで、和解が流行るのではない、と思いますが、それでも、他でもない裁判官がそのようなことを言っているのが、聞こえてくることもありますね。

②　一方で、弁護士としても、第一に、正式裁判で争っても勝訴に持ちこめるとは限らないこと、第二に、勝訴しても現実に賠償金などを債務者から全額取れる保証もないこと(被告が破産してしまうことも、ときにはあります)、第三に、仕事は手早く済ませて、弁護士報酬を確保したいこと、第四に、当事者にとって本当に適切・妥当な結末が和解から引きだせるかもしれないと考えられること、などの理由から、和解に持ちこむことを原告側に勧めることも、しばしばあるようです。和解の技術に長けた裁判官も、そのような弁護士も、それぞれの社会(業界)においては、それなりに高く評価されることでしょう。　何と言っても、ロー・コストで、事態の最終的解決が得られるからです。

③　もちろん、和解をするのは当事者ですから、原告と被告の双方が「その気」に成らなければ、うまくいきません。　せっかく訴訟の手段に訴えるからには、「理非」や「白黒」に関するきっぱりとした判定が判決の形式において下されるまでは、一歩も引かない、という向きもあるでしょうが、たいていの人は、裁判の実情に直面して、とことんまで闘う気持は失なっていくのではないでしょうか。　それに、裁判には結構なお金がかかる上に、精神的にも辛いことも多いので、適当なところで「陣を引く」作戦のことも、考える人も出てくるでしょう。　そのような訳で、「戦場」である裁判が、それなりの「和平の場」に切りかわることも、あるのです。　因みに、データ的に言えば、和解が成立する比率は、民事の裁判に持ちこまれた件数の数十％にも成るとのことです。

④　和解の成立にイニシヤテイヴを取るのは、裁判官です。　ひょっとすると、どうしてもファジーな要素をはらむ和解など、あまり好まない傾向を示す裁判官の部類が、存在するかもしれません。　本当に優秀な裁判官なら、そうなのでしょう。　ところで、あまりよろしく

ないことでしょうが、和解の強要や押しつけ、といったこともある、と囁かれていますね。　優秀な人なら、きちんと説明をした上で、和解の道もあることをクールに両当事者に示唆するでしょうが、しかし、和解の成立には、それほどこだわらないのではないでしょうか。　ところで、あらゆるタイプの事案について和解方式による紛争解決が可能か、ということについてですが、そのようには成らないでしょう。たとえば、何百年もの間受け継いできた「屋号」と殆んど同じものを使っ大々的に商売をしている別会社があった場合、「本家」の方は、どれだけお金が使っても、どれだけ解決に時間が掛っても、徹底的に相手を叩きつぶすことに邁進します。　これはプライドを賭けた戦いなのです。　裁判官から取りなしがあっても、一歩も引かない覚悟で臨むことでしょう。　ここには、甘くて、ルースな和解など、出る幕がないのです。

⑤　裁判官が和解に乗りだすのは、通常の訴訟過程がかなり進行した後のことと思われます。　具体的には、原告と被告の言い分を聞き終え、証拠関係についてもある程度の見通しを得るようになった時点でしょう。　ときには、判決のイメージも、大体のところ、そのときには出来あがっているかもしれません。　因みに、「和解」の醸しだすような雰囲気は、簡易裁判所における「民事調停」においても生まれてくるのですが、ここでは、調停委員（三名）は、争いのある事柄の背後にある証拠関係についてきっちりと審理することは、ありません。両当事者が、別室で、それぞれの言い分を申したて、それを調停委員(民間人―その中には元・裁判官や現役弁護士も含まれます)が事情を聴取するだけです。　相手の言うことが真実に適っているかどうかは、よく突きとめないままに、手続きが進行していきます。　因みに、筆者には、大阪と京都で、民事調停に加わった経験があります。

⑥　日本では、和解手続は、両当事者が在席するところでは行なわれませんが、世界の法先進国における和解では、対面方式で行なわれる、ということです。　和解を取りしきる裁判官にしてみれば、この日本方式の方が、当事者のそれぞれに、場合によっては違うことを言ったりして、「揺さぶり」を掛け、程よいところは誘導していくテクニックが駆使出来る点で、メリットがあることでしょう。　そのことが明るみにでれば、裁判官への不信感がここから生まれてくる可能性もありますね。　つまり、手続きには適正さについての保障が欠けかねないからです。

⑦　先の「民事調停」も、この「正規手続き内での和解」も、かなり「日本的な」システムであるように、筆者個人には思われます。　「裁判でギシギシと徹底的に争いあうのにどうしても及び腰になる。」という日本人の性格が、ここにいくらか反映しているのではないでしょうか。　このことは、日本が「法後進国」であることを必ずしも意味するものではありません。　トラブルの解決に「柔らかい・軟らかい」スタイルを取る方が、色々な意味における「コスト」を下げることを、

私たちはちゃんと心得ているのです。　これも一つの「文化」と見てよいでしょう。

＜１３＞「商人には、互いに欺くことが、許される。」

（１）「仕組み」・「構え」・「制度」・「システム」などの「表」に当たるタテマエ面に対して、「現実」・「実情」・「実態」・「運用」などの「裏」に当たるホンネ面が、現代日本の「契約」においていっそう力を持っていることは、よく知られています。
たとえば、「契約の両当事者が、対等の関係において、自由意思に基づいて、合意することにより、契約が成立する。」というのは、多くの場合、実は「表」のきれいごと（タテマエ）でしかなく、現実には（ホンネでは）、各種の「裏」事情が背後に隠れひそんでいます。　つまり、さまざまな理由・状況により（たとえば、契約当事者間の力関係に格差が存在するために）、色々な意味において弱い立場に置かれている当事者の側が不利な条項を含む契約を結ばされるケースが、よく生じてくるのです。

（２）次に、本題の古代ローマの契約の話に移りましょう。　ローマは、古い時代にしては高度の経済社会を築きあげた国です。　ローマの大先輩に当たる古代ギリシアのアテーナイも、経済に強い国（ポリス）でしたが、ローマの場合には、及びません。　両国の間で、経済構造の点で同質のものはいくつも認められますが、スケールと持続性の点で両者間の差が歴然とあるのです。

（３）ローマでは、経済の安定した動きを根底から支える法システムとして、色々なジャンルの個別技術が開発されてきました。　その中で、何らの形式・要式も必要とせずに、当事者間に合意が成りたちさえすれば契約が完成する、といった、ホンネ性を強く示す諾成契約（その代表は売買です）が、最もポピュラーな形ですね。　巨大な物流の軸となる売買契約の仕組みは、比喩的に「古代資本主義」と形容されることもある高度のビジネス社会で編みあげられたものですが、売買法を中核とするローマ債権法は、使い勝手のよいシステムの結晶として、近世以降のヨーロッパ各国にも受けつがれていきます。「古くて新しいローマ」のイメージが、ここにも成りたつ訳ですね。

（４）二～三世紀の代表的なローマの法学者は、ウルピアーヌスとパウルスですが、この二人は、珍しいことに、同じような内容を学説命題の中に盛りこんでいます。　パウルス産の報が、いっそうリアルで、メリハリが利いていますので、これを紹介しましょう。
「買うことと売ることにおいては、高いものを安く買い、安いものを高く売るというようにして、互いに欺きあうことが、事の本性上、（契約を締結する者に）許されている。」という趣旨の命題が、これです。この学説命題はそのまま法文に昇格しているのですが、ここには、ロ

ーマ人一般が持っていた、リアルでクールな、ホンネ丸だしの発想がそのまま滲みでていて、面白いですね。
余談ですが、日本の法律家なら、このように下世話なことなど、きっと口にしないでしょう。 経済系の学者なら、また話は別ですが。 それから、イギリス法（英法）上のものと見られる格言として、「商人には、互いに欺くことが、許される（Licet mercatoribus sese invicem circumvenire .）。」という、表題の命題に対応する言いまわしがありますが、これは、先のパウルス文とウルピアーヌス文をちゃっかりとアレンジして、 出来あがっていますから、ローマ製のものを意識して、イギリスにおいて、編みあげられたものである、と推定されます。

（５）ところで、売買目的物の価格は、需要と供給のバランスに則って、アド・ホック（に）、まったく自由に、決められていきます。 それでも、隆盛を誇ったローマ帝国に陰りが見え始めた三世紀末には、個性の強いディオクレーティアーヌスという皇帝が、極度の貨幣価値の下落に対応するために、苦肉の策を考えだしました。 一つは、物には「正当な価格」があるべきだ、という発想の下に、売買契約に基づいて高値を吹っかけられた買主の側に「過大な損害」が発生したとして、買主にその契約を解除するチャンスを与える制度を考案したことです。 もう一つは、多くの物品やサーヴィスの最高価格を法律によって定める、という、古来の「私的自治」の精神に真っ向から対立するシステムを導入したことです。 ここには、いかにも「法の国」らしい生真面目な対応が現われていますね。 この新法は、死刑の刑罰までも設けて徹底が図られましたが、しかし、経済の論理に力負けして、巧く機能せず、大改革は不成功に終わってしまいます。

（６）先の話は、商品の値段をめぐっての、売り手と買い手の白兵戦についてのものですが、実は、本当に厄介なのは、売買対象の中身に関する方の問題です。 つまり、商品の権利関係そのものに重大な瑕疵（たとえば他人所有のものを売りはらった場合）が絡んでいたり、あるいは、商品に決定的な欠陥（たとえば使いものにならないものを売りつけた場合）のあることが判明したときに、買主側がどう対処していくか、という事後処理問題です。 筆者の理解では、前者はタテマエ部門の問題性で、後者はホンネ部門の問題性である、というように成ってきますね。
さて、イギリス法に有名な格言があります。 「買主の方が注意せよ（Caveat emptor .）。」 これは、「この人物は、他人の権利を買う以上は、物（品）をめぐる状況に無知であるべきではなかった。」という趣旨のものですが、もっとスッキリした言いまわしとして、「買主は好奇心に富んでいるべきである。」が、あります。因みに、ドイツにも、「目を（しっかりと）開けておかない者は、財布を開ける（大損をする）。」という名言がありますね。 イギリスには「自由放任主義」の経済思想があるのですが、先の格言に示された「騙される人が悪いのだ。」という「自己責任」の法理は、この思想の流れの中に位置づけてよいのかもしれません。

（７）先の「買主注意！」の原則は、経済法則や基本法理に適った取扱い準則の表われ、とも考えられるのですが、それでも、あまりはっきりとした形を取らない衡平＝公平とか条理とかを大切にするホンネ的な観点から、「売主の方が注意するべきである（Ｃａｖｅａｔ　ｖｅｎｄｉｔｏｒ．）。」という雰囲気も力を、持つように成ります。　歴史的には、この「売主注意！」制は、元々の「買主注意！」制の例外と受けとられていましたが、現代では、逆に、売り手が完璧な商品を買い手に提供する法的義務が課せられることが、当然のことと成っています。　これは売主には過大な負担と成りますが、製造物責任（Ｐｒｏｄｕｃｔｓ　Ｌｉａｂｉｌｉｔｙ＝ＰＬ）を対象とする新型保険のシステムがようやく日本にも導入され、売主の金銭的負担が軽減されたたお陰で､とてもリーズナブルな成り行きに成ってきました。　これは法（タテマエ）と経済（ホンネ）がきれいにリンクした好例と成っていますね。

（８）ローマとイギリスは、法の形成・展開のスタイル、という点でパラレルな動きをする関係にあるのですが、「買主注意！」から「売主注意！」への流れは、裁判実務において実績（ホンネ）が積みかさねられた後を受けて、法規（タテマエ）がルールを固める、というようにして進んでいきます。　それには、どちらの国においても、何十年もの年月が必要でした。

＜１４＞「自身の権利を用いる人は、誰も、悪意を持って行動するものとは見られない。」

（１）まず、このテーマに関係してくる有名な昔の事案をご紹介してみましょう。　北陸地方に位置する宇奈月温泉のある旅館は、七五〇〇メートルもの長さの木管を敷設して遠方から湯を引いていましたが、手ぬかりがあり、その引湯管が他人の土地を通っていました。　それが敷設されてから一〇年以上もたって、ある人物（後に原告となる人物）は、引湯管の通っている僅か七平方メートルの土地を含む山腹の約一万平方メートルの土地をタダ同然で買いあげた後、温泉旅館の経営者を相手どって、自身の保有する土地所有権を盾にとり、引湯管の撤去と立入り禁止を求める訴えを起しました。　この原告には、三〇円くらいの値打ちしかない問題の土地をダシにして、使い道のあまりない山腹の傾斜地を二万円もの大金でそっくり旅館側に買いとらせよう、との魂胆があったに違いありません。　引湯管を迂回させるには多額の経費が掛りますので、旅館側は当惑します。　裁判沙汰になった結果、一九三五年に、大審院は、結論的に、次のように断じました。「即チ如上ノ行為ハ、全体ニ於テ専ラ不当ナル利益ノ**摑**得ヲ目的トシ、所有権ヲ以テ其ノ具ニ供スルモノナレバ、社会通念上所有権ノ目的ニ違背シ、其ノ機能トシテ許サルベキ範囲ヲ逸脱スルモノニシテ、権利ノ濫用ニ他ナラズ。」

この事件の他にも、「信玄公旗掛松事件」というものが、あります。これも、「権利の濫用」を戒めた、戦前の判例として、有名です。　その趣旨は、大体のところ、以下のように成っています。　「権利の行使も、法的に認められた適当な範囲内で為すことを要するものであるから、権利を行使する場合に故意過失によって適当な範囲を超越した失当な方法で行ったために他人の権利を侵害したときは、その侵害の程度によって不法行為となる。　適当な範囲外の権利行使とは、その行為が社会観念上被害者の認容すべきものと認められる程度を超える場合である。　国の行為（旧国鉄が、由緒ある松の木からわずか二メートル未満のところに中央線用の線路を敷設して、列車からの煤煙のために松の木を枯らせてしまったことたこと：引用者注）はこれに該当する。」が、これです。
これらの判決に具現されている精神は、後に一九四七年に民法改正が行なわれた際、「権利ノ濫用ハ之ヲ許サス」（一条三項）という規定の創設によって、実を結びました。　そして、今日では、「権利は濫りに用いるべきではない。」という戒めは、法の世界では常識化し、また、日常の世界でも、十分に受けいれられるように成ってきたと思います。　あるいは、逆に、世間の健全な「常識」というものが、こういった結果を引きだすよう、「法」の側に促した、と言えるかもしれません。　このように、私たちの常識と法との間にフィードバックが成りたつのなら、それは大歓迎ですね。　そうなれば、きっと、法というものも、人々に親しまれることでしょう。

（２）さて、タイトルに示された命題は、レッキとしたローマ法の法規に属するものです。　＜Ｎｕｌｌｕｓ　ｖｉｄｅｔｕｒ　ｄｏｌｏ　ｆａｃｅｒｅ，　ｑｕｉ　ｓｕｏ　ｊｕｒｅ　ｕｔｉｔｕｒ．＞ここで、うがった読みかたすれば、自身にまったく利益とは成らず、不利益だけを他人に与えるようなタイプの、嫌がらせ的な権利行使でも、この格言に従えば、法上許されることに成ってしまいますね。　因みに、歴史上「ローマ法・ローマ法文化」への悪口を言いたてた人物の内で最大級の目立ちかたをした人物は、あのヒットラーなのですが、彼の指摘するように、周りを顧みず、個人主義・利己主義丸だしで、所有権の絶対性を旗印にして展開されるローマの法思想や制度は、確かにスッキリとしていますが、その反面、条理や人道に背くなどして、極端に流れ過ぎるので、かなり問題をはらむ性格のものであった、と言わなければなりません。　ドイツは、特別の歴史的由来によって古代ローマ法の精髄を継受した国家なのですが、ヒットラーは、ゲルマン民族固有の法である「ゲルマン法」の精神を復活させようとしていたのです。

（３）しかし、救いはちゃんとあります。　格言やことわざは確かに真理を伝えているのですけれども、しかし、変転極まりないこの人間世界において絶対・唯一・不動の真理などというものはあるはずもなく、せいぜい一面の真理がそれによって示唆されるに留まるでしょう。
実のところ、ローマには、先の「権利絶対」の発想と対立するものも、あります。　「許されていることすべてが立派である、という訳では

ない。」、「私たちは、自身の権利を悪く用いてはならない。」などが、それです。　これらは、いずれも、一流の法学者が編みだした命題でして、その一部は法規の扱いを受けています。　ここがこの分野のローマ法思想の終着点なのでした。

(４)それでは、表題の格言に代表される法的原理と、それに対立する、後者の格言群に示される法的原理とのどちらが、ローマで本則であったのでしょうか。　もちろん、長い歴史の中では、変遷がありました。確かに言えるのは、たとえば、家長が保有していた強大な家長権には、それが行使される際、習俗や慣習の側からさまざまな制約が加えられたのですが、しかし、理念とか法の構えのようなタテマエ・サイドの論理からすると、その行使は絶対的なものと観念されていた、という点です。　ですから、「権利の濫用」とかいう批判は殆んどなかったでしょう。　こういった基本的な考えかたが修正され始めたのは、かなり後代のことでして、紀元後四世紀くらいに成ると、誰が見ても不当・不適切と考えられるような権利の行使に対して不利な扱いをするやり方が、実務レヴェルで知恵を働かせることなどによって、定着していったのです。

(５)歴史は繰りかえします。　せっかく、ローマ法が、長い時の経過の中で、それ相応に節度のある境地に到達したのに、一八世紀中ごろ以降では、過去のヨーロッパを支配していた封建制度への強い反発の表われとして、個人の絶対性・主体性に強く憧れる傾向が強まり、ローマ法流の「所有権絶対」の発想が歓迎されることに成りました。　つまり、「自身の権利を用いる者は、誰も害しない。」、「誰も、自身の権利を用いることを禁じられない。」が、新たな指導原理として再び陽の目を見るに到ったのです。
しかし、時代が流れて、義務的な側面を忘れた権利本位の法体系や法思想が各方面でさまざまな矛盾を生みだすように成ると、ローマの場合とよく似たかたちで、落ちつくべきところに落ちつきます。　「他人を害しないようにして君の財産を用いよ。」が、その境地です。　そして、一九世紀末以来、各国の立法作品の中にも、そういった「所有権の行使制限」の流れが定着しています。「所有権は義務を伴う。」、「明白な権利の濫用は法の保護を受けない。」、「他人に損害を与えるという目的しか持ちえない所有権の行使は、許されない。」などが、その文言です。　後発組である日本民法も、「権利濫用」問題について、ようやく法先進国のレヴェルに追いついたことに成りますね。

(６)最後に申しあげたいのは、法の歴史性＝相対性に注目して頂きたい、ということです。　明治時代に西洋の法システムが一挙に導入された、という経験の残像のせいでしょうか、私たち日本人は、とかく法というものが時代や場所を超越して上の方から舞いおりてくるように受けとりがちで、人は、その下でじっと耐えればよい、とさえも思っているようです。　しかし、およそ文化というものには、うまく根づいてくれるものもあれば、根づかずに流れさってしまうものもある訳ですから、近代日本の法文化をあまり断定的・固定的なものとは受

けとらずに、柔らかな眼差しで、時間を掛けてゆっくりと見つめていく必要があるでしょう。　そうすれば、未来の日本の法が、国情に即した、使い勝手のよいものに成っていくはずです。

（７）「権利濫用」問題については、「ロマホペディア」本体の［Ａ］部門第二部第五章［Ｄ］の記述も、御参照下さい。

＜１５＞「決定されたことに従い、また、落ちついたものを動かさないこと。」

（１）＜Ｓｔａｒｅ　ｄｅｃｉｓｉｓ　ｅｔ　ｎｏｎ　ｑｕｉｅｔａ　ｍｏｖｅｒｅ　．＞が、ラテン語原命題です。　これは英米法の領域でとても重要なルールの扱いを受けるように成っている作品ですが、実は、ローマにそのルーツとも成る言いまわしが、ちゃんとあるのです。　＜Ｎｏｎ　ｅｓｔ　ｍｏｖｅｎｄｕｍ　ｂｅｎｅ　ｃｏｍｐｏｓｉｔｕｍ　ｍａｌｕｍ　．＞［よく鎮まっている悪いことは、動かされるべきではない。］が、これです。　後者は、純粋に「法」絡みのもの、という訳ではありませんが、これは、あのシュルスが鋭く言いはなった無数の言いまわしの一つです。

（２）まず、シュルス氏の、含みの多い戒めの御言葉について、筆者なりのコメントを付けてみましょう。　これは、日本語の「寝た子を起こすな。」という格言にも似た処世訓です。　子供が寝ていることは、それ自体何ら悪いことではないのですが、シュルス作の格言の場合、「悪いこと」が堂々とテーマとされているところが、何とも面白いのです。　その悪が、根づき、また落ちついた状態にあるのならば、敢えてそれを摘出し、よくないこととして、それをトコトンまで追及するような行動は控えるべきである、というのが、ホンネ主義者であるシュルスの教えです。　「鎮まっている悪」とは、形式論（タテマエ論）からすれば、もちろん悪の一類型なのですが、しかし、実質論（ホンネ論）からすれば、時の経過によって、悪の匂いや味が薄まったものとなり、また、その悪の周りには善なるものも色々とまとわりついていることも、決して珍しいことではないので、ここは、マイナス面には目をつぶって、現状肯定、現状維持、既成事実の尊重、利益衡量、ソロバン勘定などの、諸々のファクター（ホンネ）を勘案した上で、鎮まっている（落ちついている・安定している・今は害をあまり生じさせない・悪性が目だたなく成っている）タイプの悪であれば、それをノータッチのままにして置くということも、人の生活上の立派な知恵である、という訳です。　この辺りのところは、日々の生活でこのようなホンネにも気配り・目配りを怠らない私たち日本人にも、何となく判る道理ですね。

（３）それでは、本題に入りましょう。　「ローマ法大全」の一部を構成する「勅法彙纂」の中に、＜Ｒｅｂｕｓ　ｑｕｉｄｅｍ　ｊｕｄｉ

ｃａｔｉｓ　ｓｔａｎｄｕｍ　ｅｓｔ　．＞［確かに、判決された事柄（既判物・既判力）の中に人は留まるべきである。］と記された法文があります。　表題の英米法の格言は、そういったローマ流の発想の流れを引きつぐものかもしれません。　その中の＜ｓｔａｒｅ　ｄｅｃｉｓｉｓ＞という言葉は、英語の直訳＜ｔｏ　ｓｔａｎｄ　ｂｙ　ｔｈｉｎｇｓ　ｄｅｃｉｄｅｄ＞が示しているように、　動詞形の表現（不定詞）なのですが、英米法学の世界では、名詞系の表現扱いで、「先例拘束性の原理」を意味するものと、受けとられています。
イギリス人にとっては、確立された先例（判決例・判例）は、表題の格言中の「落ちついたもの」と位置づけられる訳です。　なお、イギリスには、「法律は、眠っている者ではなく、目ざめている者を助ける。」という格言も、あります。　自身の権利関係をしっかり意識している人物には法律の保護が与えられますが、それに無関心であったり、その存在を忘れていたりする人物は、法律の保護外に置かれる、と言いたいのでしょう。　もっとも、この手の格言は、万国共通のルールとして、どこにでも見られるもののようです。

（４）それでは、ローマの法制度の上で、「落ちついているもの・鎮まっているもの」がどのように有利な扱いを受けたか、の問題について、少し見てみましょう。

①　契約上の債務や不法行為に起因する債務を履行しなことに基づいて発生した、人を訴訟の場に引きずりだす債権者の権利（訴権）は、原則的には、時間の経過によって影響を受けることは、ありません。いつでも、好きなときに行使可能です（もっとも、例外的に、迅速に民事の罰を与えることを目的として設定された特別の訴権は、一年の期限付です）。　それでも、後代には、三〇年ないしは四〇年という長い時間が経過すれば、訴権が自動的に消滅する、という画期的な仕組みが、制度上生みだされました。　その結果、債務者には、債権者側の責任追及といった攻勢から安全な状態が自然に公認されることに成ります。

②　先のケースは、権利の方が勝手に消えさってしまう場合ですから、いわばタテマエ的に（構造的に）に請求権（訴権）がなくなる、という格好に成ってきます。　一方、誰かが他人に勝手に権利を奪われてしまい、その反射効として、いわばホンネ的に（事実的に）、問題の権利がなくなってしまうケースも、あります。　これが「使用取得」（相当な期間、物を占有｛使用｝し続けた、という実績が法的に認められて、占有者がその物を正式に自身のものとすること）という制度の場合です。　古い時代には、いくつかの条件を満たしさえすれば、土地については二年間、その他のもの（権利も含みます）については一年間、占有を継続していた人は、問題の使用取得＝取得時効の完成により、ものの完璧な所有権者へと昇格します。　この制度の主たる趣旨は、日常しばしば発生する権利関係を出来るだけ早く確定し、取引＝物流を安定させる、といった、人々の積極的な方向に働く意識の中に求められます。　その他に、ここには、それほど領土の大きくない

ローマ初期の国家にあって、一年ないしは二年も、身の周りにある自身の権利が他人によって侵害されたままに成っているのを放置するような人がいる状態が、結果的に、「落ちついた状況・鎮まった状態」を生みだす元となっている、と見られて、とにかく現状維持を図ろう、とする社会慣行の流れもしくは法の姿勢が具体的に目に見えるかたちで現われた、という側面もあるでしょう。　なお、所有権は、遥か後代の取扱いルールのことを別とすれば、　ある所有物を放置しておいても、鎮まった状態で、元の権利者のものであり続けます。　もっとも、他人が所有物に絡んでくると、法関係がややこしくなるだけです。

（５）最後に、現在の日本の政治状況と表題の格言が示している指針とを絡めながら、次のニつのポイントを設定して、考えてみます。

①　一つは、驚異的に長い間、一度も改正されることなく「鎮座」している日本国憲法の行末についてです。　国会で憲法の個別条項を改正する決議が無事にあげられても、主権者である国民が、憲政史上初めて実施されることになる国民投票において、改正の提案に対して「ＯＫ」を出すか、という問題点です。　何十年もいわば「鎮まっていた」状態を堅持してきたわが新憲法に対して、歴史上初めて修正を加える道を果たして国民が選択するかどうかは、歴史人間としての筆者個人の最大の関心事です。

②　日本と中国の間には、小さな島々の帰属問題をめぐって、これまでずっと鍔ぜりあいが繰りひろげられているのですが、どのような理論構成によるにせよ、両当事国が、論争＝紛争を、出来る限り長い期間にわたって、「棚上げ」し、出来れば「凍結」し、「風化」もさせ、しかる後に、ここに「鎮まった」状況を作りだす方法によりながら、平静で平和な情況を積みあげる、というオトナの解決に辿りついてほしいものです。

＜１６＞「裁判官は物言う法律である。」

（１）＜Ｊｕｄｅｘ　ｅｓｔ　ｌｅｘ　ｌｏｑｕｅｎｓ　．＞が表題のラテン語の原文でして、これは、英米法の格言です。　ところで、「法学セミナー」二〇一三年六月号の「巻頭言」に、元・最高裁判事の泉氏の一文があります。「裁判所は、裁判官の主観を排除して、法律等の規定をその文面どおりに厳格にに解釈し、その解釈を持続することにより、『法的安定性』を指向すべきで、裁判所が国家に代わって立法を行うことは許されないとする考え方も根強く存在する。　ただ、現実の問題として、多数に及ぶ法律等の相互間において趣旨・目的が対立する場合があり、個別条項は公序良俗、信義則、権利濫用等の一般条項の支配を受け、法律の上位には憲法があり、法の解釈も究極的には『衡平と善』にかなうものでなければならないであろう。　そして、何よりも、千差万別の裁判事案にぴたりと当てはまるような明文

規定が存しない場合が多く、生命や家族等の分野ではこれまで想定もされていなかったような新しい問題が生起しており、裁判官は事件を通じて個別的な立法を行わざるを得ないのである。　既存の個別条項に固執するだけでは、裁判官の職務放棄になりかねない。」　多くの優れた裁判官の中にも、このような考えかたに近い傾向の人は少なくないものと、推測されます。

（２）先の泉氏の「立法を行うことは許されない。」という判断と、「立法を行わざるを得ない。」という判断の間には、筆者個人の読みこみによれば、「タテマエ（原則）」と「ホンネ（例外）」という対比的な位置関係が、認められることに成るのですが、実は、法の歴史的発展の過程では、このような絡みあい現象は、あちこちに出現してくるのです。　純粋な法理論からすれば、「目前に提示された具体的な事実にアド・ホック（に）対応するかたちで、争いの解決のためにその場その場で個別的なルールを規範として設定し、これを判断基準としながら、その場専用の具体的妥当性に適った解決策を見いだす。」という手法と、「法規（個別法規もしくは法典）に準拠しながら、先例も考慮に入れて，争訟事案を論理的に整然と解きほぐし、結論に到る。」という手法とが、あります。　前者は、いわゆる「英米法系」の国家(イギリス・アメリカ）における裁判での有力なスタイルでして、そこでは「判例法系」の法運用が主力と成っています。　そして、後者は、いわゆる「大陸法系」の国家（その代表はフランス・ドイツです）における裁判での有力なスタイルでして、そこでは、「制定法系」の法運用が主力と成っています。　近代においては、これら二つの流れが混りあう傾向も、大筋においては見えてきました。　因みに、わが古代ローマにつきましては、大体のところ、両系列のものが混淆する現象が全時代を通じて認められる、と総括しても、誤まりではないでしょう。　ここで、例によって、「タテマエ・ホンネ」の二項対比方式を用いて表現することにすれば、「具体的妥当性」に重きを置く「判例法主義」には、運用において「ホンネ色」が強く、一方、「法的安定性」に重きを置く「制定法主義」には、運用において「タテマエ色」が強い、というように成りますか。　ついでに、明治の文明開化により一挙に組みたてられた日本の法・法文化のあり方について申しますと、ここでは、タテマエ（表）のゾーンでは、堂々たる「法治国家」の旗印の下に、制定法主義が幅を利かせていますが、一方、ホンネ(裏)のゾーンでは、判例法主義が隠然たる力を誇っています。　どうやら、日本人には、ケース・バイ・ケースの、融通のきく、条理にも適った、温かみのある法＝裁判の運用が、気にいられているようですね。　この辺りの雰囲気は、たえず登場する、現代日本の裁判物のテレビ番組のプロットやストーリーからでも、感じとれるのでないでしょうか。

（３）次に、ラテン語格言をいくつか取りあげて、先の二つの法運用の流れを概観してみます。

①　「君（訴える者）は私（裁判者）に事実を与えよ。　私は君に法を与えるであろう。」　このようにスッキリとしたかたちの命題は、

純粋に古代ローマのものではなくて、比較的後代の産物です。　しかし、これは、ローマで、職業的裁判官ではなくて、ナンバー２の政務官（公職者）である法務官が、民事裁判を司る任務についていた状況を端的に示す表現として、有名です。

②　表題の「裁判官は物言う法律である。」と同系の言いまわしとして、「法を宣明することは、裁判官の任務であるが、［それを自ら］与えることは、任務ではない。」，「法務官は法を宣明することは出来るが、法を作ることは出来ない。」、「判決は法の宣明のようなものである。」などが、あります。　これらは、古代ローマで作られたものでありません。

（４）共和政ローマの民事訴訟の環境とイギリスの民事訴訟の環境とには、それなりに共通点があります。　どちらの場合にも、慣習ないしは慣習法が中核にあり、形の上ではそれを補完するものとして、使い勝手のよい具体的な判例が積みあげられていった、と見てよいでしょう。　しかし、これはタテマエ論（制度論）においてそのように言えるだけでで、ホンネ論（現実論）においては、実は、判例ないしは判例法が、裁判の現場をリードしていました。　一般に、法律を改正したり、新法を制定したりするには、時間的にも、労力的にも手間が掛りますので、社会的ニーズの素早く応えるためには、判例形式で、アド・ホック（に）法形成を行なっていくスタイルの方が、何かと便利なところがあるのです。　一方、違いもあります。　ローマの法務官（二名）は、日本の文部科学大臣のような政治家でして、法に関するプロではありません。　そのために、彼は、民事裁判を取りしきっていく際、必要に応じて、裏方としての法学者の補佐も受けながら、動きます。　しかし、イギリスの裁判官はその道のプロです。　しかも、現代の裁判官と同じように、事実審理を経て、判決に到るまで、一貫して訴訟を把握しています。　訴訟の枠組みを設定するだけで、事実の存否に関する判断は私人審判人に委ねてしまう、ローマの法務官と、事実と法律を絶えずフィードバックさせながら、最終的な判断を下すイギリスの裁判官との間には、重大な違いがある訳です。

（５）さて、表題の「裁判官は物言う法律である。」という格言が示している意味には、フランスのモンテスキューが、裁判官のことを「法律の言葉を発する口」というようにこき下ろしているときのニュアンスに近いものが、あります。　国家が、巨大な国家権力を背景に叡智を結集して編みあげた、完璧な正文法体系の下では、官吏の一人に過ぎない裁判官は、いわば「判決マシーン」として国家・国民に奉仕すればよい、と考えられていたのです。

（６）現代の日本では、世界の他の法先進国の場合とはかなり違って、立法の動きは極端に緩慢であり、行政もかなり硬直した動きしかしませんから、法最前線の司法には、法の構えを適切に変革していくことに関して、常に国民の期待が掛けられています。　最近に成って、腰の重い、司法のトップである最高裁も、何やら動き始めるような気配

も感じられますね。　その具体的な現われは、最高裁の裁判官一五名が全員揃って審理に臨む大法廷の開廷です。　二〇一三年九月には、大法廷は、婚姻していない男女間に生まれた子（婚外子）の遺産相続分を、婚姻した男女の子の半分とすることを定めた、民法の、相続格差を設ける規定が、「法の下の平等を定めた憲法に違反する」という初判断を、一五人の裁判官全員一致の意見として、下しました。　なお、これは、戦後九例目の法令違憲判断の例と成っています。

＜１７＞「このことは、何ら、私たちに関係せず、キケローに関係する。」

（１）＜Ｎｉｈｉｌ　ｈｏｃ　ａｄ　ｎｏｓ　、ｓｅｄ　ａｄ　Ｃｉｃｅｒｏｎｅｍ　．＞が、原文です。　これは前一世紀のローマ法学者であるアクィーリウス･ガッルスが語った含蓄のある表現として、後代にまで語りつがれているものです。　そこに見えるキケローは、貴族の出ではなかったのですが、自らがマスターしたギリシア型の弁論術（レトリック）の高級技術を売りものにして、弁舌の力で政治の世界に駆けあがり、政治家のトップにまで出世をした後、その資格を持って元老院の有力者の一人と成った人物です。

（２）先の命題の意味するところは、こうです。　「私たち法学者は、物事の法的意味がどのようなものであるかとか、それにどのように法的に対応していけばよいのかとか、について尋ねてくる世間一般の人々に対して､その人々から持ちだされている事柄をひとまず事実だ、というように前提としながら、日々法的なアドヴァイスを具体的に提供しますが､しかし､その事実なるものが本当に真実に適っているか、という点などは、私たちの関知するところではありません。　そういった事実に係わる諸々のことは、キケロー氏（弁論家）の扱う御仕事ですよ。」　このことは、現代の弁護士についても当てはまります。つまり､私たち市民が弁護士にまず全般的に法律相談をする局面では、この弁護士は、利害関係者の市民が頭の中に描いている事実の存在をひとまず前提としながら、そこでの法律問題の所在や、これへの対処法についてさまざまにアドヴァイスをしてくれるのが、普通なのです(もちろん、弁護士が弁護人としての職務を正式に引きうけた際には、事実関係をきちんと確認するとともに、これをどのように相手方に対して主張していくかについて､依頼人とともに考えてくれるはずです)。以上の話は、主として民事問題に関係するものですが、刑事弁護の際にも、いくらか当てはまります。

（３）例を一つ挙げましょう。　かつての丸紅ルートのロッキード裁判において、田中角栄被告人側は、事実（ホンネ）の問題として、五億円もの大金をいわゆるワイロとして受けとったことを否認するとともに、仮にそういった事実があったとしても、総理大臣には飛行機の機種選定に関して職務権限がない以上、受託収賄など成立しない（タテ

マエ論上の理解）、というように、二段構えの弁護の論陣を張りました。　結果は、両ポイントについて完敗でして、有罪の判決が導かれます。　それで、表題の命題を硬い表現に切りかえるなら、「法学者は法律問題を扱い、弁論家は事実問題を扱う。」というように成り、その任務・役割に関して、いわゆる「住み分け」現象が見られますが、私たちが、これも参考にして、法律問題（タテマエ）と事実問題（ホンネ）を日常的に分けて考えてみる癖を付けておけば、物事の位置関係がよく見えてきて､事態の処理がスムーズに出来るかもしれません。もっとも、法律問題の方は、巷の法律相談などの機会に、大学教授や弁護士に直接聞いてみることにされれば、遠まわりには成りますが、役だつことでしょう。

（４）さて、先の言いまわしには、時代的背景があります。　前一世紀のころ、ローマ固有の「法学」と、ギリシア由来の新技術である「弁論術＝レトリック」」とが、民事裁判実務の場で、審判人（判決の任務を帯びた普通の市民）を説得する論理・テクニック及び説得力の優劣をめぐって､主導権争いを繰りひろげておりました。　つまり、法学者と弁論家が、それぞれの裁判当事者の側に立ち、弁護人として対峙することが、目だっていたのです。　そういった状況下で、保守的・守旧的な法学に少し分が悪くなってきた時期に、有力な法学者が、法廷の現場で派手な動きをしがちな弁論家に精一杯の嫌味を言っている，といった風情も、ここにありますね。

（５）ここで、「説得の術・語りの術」としての「弁論術」の技術水準がどれほどのものであったかを、前一世紀に、ギリシア弁論術理論の翻案物としてローマで出版されたある書物（『ヘレンニウス弁論書』）の内容に即して、以下にほんの少しだけ紹介してみましょう。　理論的・綜合的に物事を考えることにあまり興味を示さなかったローマ法学者にはとても出来ないような、優れた分析の一端が、ここに見えていますね。　弁論術全般及び刑事弁論の具体例につきましては、「ロマホペディア」本体の［Ｍ］部門及び［Ｎ］部門の記述を御参照下さい。

（６）＜Ｃｕｉ　ｂｏｎｏ　？＞というラテン語成句は、「知る人ぞ知る。」の名文句ですが、ここを直訳すると、「（いったい）誰に利益と（成った）のか？」と成りますが、意味を汲んでここを読み解くと、「問題の犯行によって誰が利益を手に入れたのか？」という疑問形に成ります。　こういった問題意識から引きだせるテーマを格言化して表現しますと、「利益のあるところに、犯罪がある。」とか、「動機のあるところに、犯罪がある。」とかに成ってきます。　さて、その書物の一節には、以下のように記述があります。　「動機は、利益への期待、あるいは不利益の回避を通じて、人を悪行へと導いたものである。　その際検討される点は、彼が、悪行を通じて、名誉や金銭や支配などの利益を求めたかどうか、また、彼が、愛あるいはそのような欲望などの、ある種の熱望を満足させようとしたかどうか、また、敵対関係や恥辱や苦痛や罰などの不利益を何か避けたかどうか､である。

ここで、訴追者（検事役）は、利益へ期待を取りあげるときには、相手方（被告人）の熱望を示し、そして、不利益の回避を取りあげるときには、恐怖を誇張するだろう。　一方、弁護人は、もし可能なことに成るならば、動機が存在したことを否認するか、あるいは、それを強力に弱めるだろう。　次に、ある事柄から何らかの利益を受けた人すべてに悪行への嫌疑が掛けられるのは不衡平である、と論ずるだろう。」

（７）以上の「動機論」と並んで、「素行論」方も、重要です。　この日本では、もし、日ごろ素行があまりよろしくなく、犯行に及ぶことについて動機が何かあるのではないか、と疑われている人物に対しては、他の国にはあまり見られないかたちで、いわゆる「別件逮捕」（問題の人物の比較的軽度の違反行動を取調べるという名目で、本来の事件ついて探りをいれるテクニック）の捜査方法が用いられることもあるのですが、そこまで行かなくても、動機と素行の両面で引っかかりがあるということで、取調当局からマークされるような人物は、かなり危険な状態に置かれていますね。　いわゆる「冤罪」が生みだされる土壌が、ここにあるのです。　さて、ローマには、警察も検察も存在していない関係で、動機調べの場合以上に、素行調べには手間が掛かるのですが、訴追者側は、犯行に繋がりかねない素行の悪さ（特に前科の存在）を指ししめすような事実を、訴追弁論の場に持ちだしてきます。　もしそれがなければ、「ここで考慮されるべきなのは、過去の評判などではなくて、現在問題と成っているその行為である。」との一般論を押したてます。　一方、被告人側は、もし素行面のよさをアッピールすることが出来ないときには、「素行に問題があるのは、若気の至りのせいである。」とか、「たまたま悪い連中に騙されてそうなってしまったのだ。」とか言って、逃げてしまえばよいのです。更に、世間の評判が悪いぐらいのレヴェルの話なら、「無責任な噂を信用するなど、愚かなことだ。」というように、切りかえす方法が勧められます。　最低線ギリギリの防衛ラインは、「ここは、戸口調査官(五年ごとに市民のモラルをチェックする任務を帯びた二名の高官)の審査所ではなくて､具体的な犯行を問題とする刑事法廷なのだから、ここで素行論などを持ちだすのは、場違いである。」という理論的な反論をするところにあるでしょう。　以上は「犯行事実」の存否に関わる議論（ホンネ論）の一部門ですが、この他、その「事実」の存在が確認された、という前提の下でも、その「事実」にどのように法的な意味づけをするか（タテマエ論上の問題意識）に関しても、現代の法理論に匹敵するほどの精緻な理論が多岐にわたって、ちゃんと用意されています。　たとえば、違法性阻却や責任阻却の問題に具体的に対応する弁論の技術が、丁寧に繰りひろげられているのです。　「ロマホペディア」の本体の［M］部門の第二節第五項（ロ）（４）に、この点についての記述があります。　理論に特別に強い所を持つギリシア人の叡智が、このローマ弁論術の体系の中に見事に生かされていますね。　ローマ法学は､弁論術との接触の過程で､ギリシアの思想・哲学の成果を受けいれたことにより、レヴェル・アップを果たしたのです。

＜１８＞「行なわないことも、行なうことである。」

（１）＜Ｅｔ　ｎｏｎ　ｆａｃｅｒｅ，　ｆａｃｅｒｅ　ｅｓｔ．＞が原文です。　このスッキリとした言いまわしは、パウルスという有名な法学者の作りだした法文命題をベースにして、　後代に成って誰かが簡潔な表現に仕あげたものでしょう。　元の法文は「行なうべきことを行なわない者は、行なわない以上は、それら（義務）に反して行なうものと見られる。　なぜならば、行なわない者は、行なうつもりがない、ということを行なうからである。」です。「何かを積極的にやれば、行なったことに成り、そこから生じてくるよくない結果に対して責任を負わされる。」点については、説明など、まずは不要でしょう。　しかし、「何も積極的には行なわず、いわばじっとしているだけでは、普通は何も咎められることはないが、何かやる義務を職責や任務の上で課せられている特別の人の場合には、そういった不作為（行動しないこと）は十分に非難の対象に成る。」という点が、要注意です。　実際のところ、幼児が小川で溺れかかっているとき、たまたまそこを通りかかった人が何もしないでそれを見ていて、死なせてしまっても、その人には「罪」はありません。　それでも、有料もしくは無料で人様の子供を預かった人の場合のこととか、警察官・消防士などがその近くにいた場合のこととかなら、話は別で、道義上の責任はもちろんのこと、民事上の責任などを問われる余地も、あるでしょう。　このように、不作為（行なわないこと）について責任を問われるケースは、損害賠償が問題となる民事領域のものと、刑罰が問題に成る刑事の領域のもの､とに大別されますが､別の観点からは、政治と行政に絡むお上の不作為問題と、単なる私人が関係する不作為問題、との種別も、浮きでてきます。　前者については、「政治の怠慢」とか「行政の怠慢」とかが、主として国民サイドから批判されることはあっても、「裁判沙汰」にまで進むことは、これまで殆んどなかったように思われます。　特に中央の行政官庁には裁量の余地が多く認められていて、行政プロパーの必要性からはもちろんのこと、経済的影響や政治的インパクトなども考慮に入れて、当該官庁ないしは担当者個人がその自由裁量により柔軟な策を取ることが、常に許されています。　ここでは、「何かやる」ことも、「何もやらない」ことも、行政的な（ひいては政治的な）決断なのです。

（２）一九九七年、あの痛ましいエイズ薬害への責任追及の過程で、刑事法廷を舞台とする新たな局面が生まれてきました。　ＨＩＶに汚染された、血友病治療用の非加熱血液製剤を投与された血友病患者がエイズを発症して死亡に到った、という薬害事件において、「非加熱製剤の危険性を知りながら、責任者として何の手も打たずに、患者の感染死を招いた。」として、特定の高位の行政官の不作為を具体的に問う訴えが表面化したのです。　感染被害者の遺族などは、旧・厚生省の生物製剤課長のＭ氏を、何と殺人容疑で告発するところまで、突き

すすみます。　そういう状況下で、国家賠償法に則った民事訴訟（和解が成立しましたので、この問題は後に決着します）と国会の場における追及には、その性質上、当然に限界のあることが判明しましたので、被害者側の方々の許には、検察庁という最強の組織に、薬害発生をめぐる真相の解明を託す気持ちが、生まれてきたのでしょう。　ここでは、「産業界（製薬会社）」と「医療（医師）」と「官庁（官僚）」とうトリオが、互いにもたれ合い、絡まりあいながら、生みだした大薬害が問題と成っているだけに、民間組織に属する前二者とは違って、不可侵の領域と考えられていた官庁の所業も、遂に司法のまな板の上に載せられる事態に到ったのです。　ただ、官庁の場合、「誰が最終的に責任を負うのか」といった「人」の問題と、「なぜ行政を担当する公務員が責任を負わされなければならないのか」という「原理」面での問題において、検察は、まったく新しい類型に属するこの事案を立件する方向へ、踏みこみます。　世論＝マスコミの強い後押しがあってのことでしょう。　前者のポイントに関しては、血液行政全般の責任者として強力な権限を保有していたM・生物製剤課長（上司の薬務局長やトップの厚生大臣ではありません）が、官僚個人の資格で、業務上過失致死罪（被害者側が申したていた殺人罪での強烈な追及には成りませんでした）に問われたのです。　そして、後者のポイントに関しては、表題の示すとおり、「行なわないことも行なうことである。」という法理が論拠として持ちだされることに成りました。

（３）普通、刑事裁判の全容は、攻撃側の検察の主張と防御側の弁護の主張の交錯の中から、第三者としての裁判官が、第一審から最終審までの過程で、それぞれ独自の判断を積みあげていくことにより、見えてくるものですが、今回は、重い扉をこじ開けた検察に敬意を表して、刑事裁判の第一幕の主役である検察の言い分に焦点を当ててみることにします。　言うまでもなく、検察は、警察を配下に持つ、攻撃に特化した組織体ですから、その主張が過激であるのが普通です（もちろん、検察当局は、公益の代表者としての役割を担うところから、彼らなりの公正さ・正義の感覚を体現しながら、動いていきますが）。　それは、一つには、弁護側の反論・防御によって然るべく中和されることを前提に展開されるからでしょう。　ですから、以下の検察の言い分は、極論すれば、「話半分」ぐらい、というように、ひとまず受けとめて頂ければ、よろしいでしょう。

（４）「被告人（M課長）は、医系技官として、非加熱製剤投与によりエイズ感染が発生する危険性を裏づける事実を身近で認識していた。被告人は、非加熱製剤の自主的な回収を製薬会社に任せれば、安全な加熱製剤の承認後においても、危険な非加熱製剤が医療現場にかなり出まわる状況になり、これを投与された患者が死亡する危険性を予見することが出来た。　被告人には、非加熱製剤の投与に関しては、公的権限を発動して、全国一律に、使用中止などの措置を取る必要があった。　被告人は、加熱製剤が発売された時点で、非加熱製剤の販売を中止させ、製品を回収させるとともに、医師にその投与を差しひかえさせる措置を取るべきであった。　被告人が注意義務を履行してい

れば、医師は非加熱製剤を投与することはなく、従ってエイズ発症も死亡もなかった。」　これが検察の主張の要旨です。

（５）第一審の有罪判決から最高裁の決定まで七年もの年月が掛りましたが、二〇〇八年三月三日に、最高裁の「上告棄却」の最終判断によって、M氏は、業務上過失致死のかどで、禁固一年（執行猶予二年）の刑に服することに成りました。　これで、裁判世界のこととしては、一件落着です。　最高裁は、「弁護人神宮寿雄ほかの上告趣旨は、憲法違反、判例違反という点を含め、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張であり、被告人本人の上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反の主張であって、いずれも刑訴法４０５条の上告理由に当たらない。」とした後、一歩踏みこんで、「所論にかんがみ、業務上過失致死罪の成否について、職権で判断する。」として、以下のような判断を示して、控訴審の東京高裁の判断を、正当なものとして、是認しました。その内容の趣旨を記してみましょう。　「ＨＩＶ（ヒト免疫不全ウイルス）の汚染された非加熱血液製剤を投与された患者がエイズ｛後天性免疫不全症候群｝を発症して死亡した薬害事件について、当時広範に使用されていた非加熱血液製剤中にはＨＩＶに汚染されていたものが相当量含まれており、これを使用した場合、ＨＩＶに感染して有効な治療法のないエイズを発症する者が出現し、多数の者が高度の蓋然性をもって死に至ることがほぼ必然的なものとして予想されたなどの判示の状況があった。　このような状況の下では、薬務行政上のみならず、刑事法上も、同製剤の製造使用や安全確保に係る薬務行政を担当するものには、社会生活上、薬品による危害発生の防止の業務に従事する者としての、注意義務が生じ、厚生省薬務局生物製剤課長であった被告人は、同省における同製剤に係るエイズ対策に関して中心的な立場にあり、構成大臣を補佐して薬品による危害防止という薬務行政を一体的に遂行すべき立場にあったから、必要に応じて他の部局などと協議して所要の措置を採ることを促すことを含め、薬務行政上必要かつ十分な対応を図るべき義務があったもので、これを怠って同製剤の販売・投与等を慢然放任した被告人には業務上過失致死剤が成立する。」が、これです。　この判決は、「エイズ薬害」という、患者の命に係わる切迫した状況が発生している中で、行政官の不作為について刑事責任を認定したケースなのですが、特異な背景を持つ点で、先例としては一般性に欠けるところが、あります。　それでも、「官の不作為による犯罪」が成立することもある点を、広く世間に知らせたところに、意義がありますね。

（６）さて、法律の専門雑誌「法律のひろば」（二〇〇一年八月号）の「訟務情報」欄に、以下のような記述があります。　「熊本地裁、元ハンセン病患者等が、国の誤った強制隔離政策により人権侵害を受けたとして、国に対して損害賠償を訴えた事件で、請求を一部認容」という見出しの後に、原告の訴えの経緯が記されています。　「国立ハンセン病療養所入所している元・ハンセン病患者等が、ハンセン病は感染力及び発病力が弱いことが判明し、また、薬の開発や治療法の確立により、仮に発病しても適切な治療により治癒する病気になっていた

にもかかわらず、昭和六年制定の『らい予防法』及び昭和二八年制定の『らい予防法』（平成八年廃止）等に基づいて誤った強制隔離政策を国が継続・放置したため人権侵害を受けたとして、旧厚生省については、前記各法の廃止及び患者の人権回復のための法案策定並びにその国会への提出義務を怠り、平成八年まで強制隔離政策を継続したこと等の違法が、また、国会については、前記各法を廃止しないまま放置していた立法の不作為等の違法が、それぞれあることを理由に、国に対して、原告一人につき一億円と弁護士費用一五〇〇万円の合計一億一五〇〇万円(総額一四六億五〇〇万円)の損害賠償を求めた事件」が、これです。　二〇〇一年五月一一日に、熊本地裁は、計一二七人の原告に対して、国が一八億二三五〇万円を賠償するよう、命じました。　政府は、熟慮の末に、異例の控訴断念を決断しましたが、その一方で、「政府声明」において、「故意がない国会議員の不作為に対して法的責任を広く認めること」には反対の立場を明確にしております。　いずれにしましても、「不作為による法的責任＝不作為責任」が政治の世界においても問題とされたことは、注目する必要のある出来事です。

＜１９＞「無『責任』の世界」

(１)「無『責任』という名詞系の言いまわしは、「法的な責任を問われないこと＝法的な責任追及から逃れられること」などを意味するために特に編みだされた、筆者の造語です。「無責性・無責制」といった概念で事象をまとめ上げるやり方は、確かに学問的ですが、あまりにも硬すぎるように思われるので、そのような表現にしてあります。ここで取りあげる格言は以下の四点です。

(２)「誰も、思考のかどでは、罰を受けない。」・・・・ラテン語では、＜Ｃｏｇｉｔａｔｉｏｎｉｓ　ｐｏｅｎａｍ　ｎｅｍｏ　ｐａｔｉｔｕｒ　．＞と、成ります。　これは、ローマ法のレッキとした法規定です（ウルピアーヌスの学説命題がそのままの形で法文に昇格しました）。　こういった趣旨を別の言葉で表現しますと、「裁判官は、(人の)内心に関しては、裁くことはない。」と成ります。　あの文豪ゲーテが、「思ったことがそれだけで犯罪を構成する、というのなら、私は何百種類もの犯罪を犯していることに成る。」と告白しているのも、いかにもゲーテらしくて，面白いですね。　さて、この格言は、一見すると当然のことを言いあらわしているだけのように受けとられるかもしれませんが、しかし、過去を振りかえってみたり、また、未来の姿を予測してみたりすれば、話がそれほど単純ではないことが、判って頂けるはずです。　近世ヨーロッパには、「魔女」として処刑された人が多数存在したのですが、その中には、いかにも魔女らしい奇妙な振舞などがまったくなくても、誰かの告げ口などにより、当局からマークされるに到り、そして、拷問に掛けられて、とにかく当座の苦しみから逃れるために、「私は魔女です！」と告白してしまった

人物も、いたことでしょう（最近の冤罪事件の捜査でも、この手の汚い追及の仕方が明るみに出ましたから、「魔女狩り」の類のことは、現代でもあるのです！）。　こういった状況の下では、心の中にある思いや思想・信条までも、無理やりに焙りだされて、処罰の対象とされていくのです。　さすがに、現代においては、表向きはそういった人権無視の扱いは認められないことに成っていますが、それでも、「世界的な過激派集団の巨大テロを未然に防ぐためなら、どのような手段を用いても構わないのだ！」という、実利だけに目を向けた短絡な発想も、政治の世界では、依然として侮れない力を持っています。　世界の超大国の中には、そういった禁じ手をあからさまに駆使する国もありますね。　そして、未来社会において、科学技術の進歩により、人の脳の中にどのような情報が詰まっているかが、感知可能と成れば、いわゆる「危険思想」の持ち主が、社会から隔離されたり、抹殺されたりするような事態が生ずるかもしれません。　事のついでに申しますと、ローマ法に、上記のように、「思想不可罰」の法規が堂々と存在していても、このことは、直ちに、「思想への可罰」の手口が陰に陽にはびこっていた、という現実をまったく否定するものではありません。　古い時代の法規・法条を観察する際には、特に、このような、法の構え（タテマエ）と社会の実情（ホンネ）のギャップの存在を弁えておかなければ、事の真実に迫ることは出来ないでしょう。　「法には裏がある。」のです。

（３）「承諾する人には不法は生じない。」・・・・＜Ｖｏｌｅｎｔｉ ｎｏｎ　ｆｉｔ　ｉｎｊｕｒｉａ　．＞が、ラテン語命題です。「承諾する」の部分を「望む」に差しかえる訳の方が、文意にマッチすることも、あります。　その由来は、ローマ法にまで遡ることが出来ますが、これにつきましては、もう少し丁寧な格言も、あります。「（事情を）知っており、かつ、同意している人に対しては、不法も悪意も生じない。」が、これです（ウルピアーヌスの法文命題です）。　ローマ法では、現代の場合とは違って、窃盗、強盗、傷害などの行為類型は、民事訴訟のルートで処断されていましたから、表題の格言は、民事・刑事の両領域に関係する、一般的なものと成ります。　とりわけ、現代の刑法理論においては、「被害者の承諾｛同意｝は違法性を阻却する。」というメリハリの利いた命題の形を取って、表題の格言の精神が現われてきます。　そうは言っても、承諾＝同意・合意がありさえすれば、何でも出来る、という訳では、決してありません。　少しだけ例を挙げてみましょう。

①　ある人に「自分を殺してくれ！」と頼まれた人が、件の人物の切なる願いを聴きいれて、殺害を実行したりすると、その親切な（？）人は、同意殺人の罪に問われてしまいます（刑罰は普通の殺人の場合よりも、軽く設定されていますが）。　また、終末期にある患者本人が医師に「安楽死」させてほしいと頼んでも、違法性阻却などの扱いを受けられる、医師の終末期医療行為のパターンというものは、理論上かなり限定されるはずです。

② 「万一私が約束に反した行動を取った場合には、身体の一部を切りとられても私は構いません。」といった誓約は、公序良俗に反するものとして、効力を持ちません。 その他にも、色々と判定が微妙になる事案が存在しますが、とりあえず、輸血のための採血、傷害を伴ないがちな激しいスポーツなどが、この格言の適用がある場合の典型例と、お考え頂きましょう。

（４）「緊要は法律を持たない。」・・・・＜Ｎｅｃｅｓｓｉｔａｓ ｎｏｎ ｈａｂｅｔ ｌｅｇｅｍ ．＞が、ラテン語命題です。 中世の産物と言われています。 英語の＜ｎｅｃｅｓｓｉｔｙ＞の語源である＜ｎｅｃｅｓｓｉｔａｓ＞には、「必要」という普通の意味の他に、「緊急性のある必要」という意味が、あります。 筆者は、このような重いニュアンスの下でこの言葉が用いられているときには、「緊要」という和訳を当てることにしています。 ところで、現代の法制において民事および刑事で「緊急避難」が許されていることは、「正当防衛」の場合ほどはよく知られていませんが、ここでは、「背に腹は変えられない（差しせまったことのためには、他を顧みるゆとりがない）。」ということで、たとえば、たまたま近くにいる、何も悪くない人・物にある人物のよからぬ所業のツケを回す、という構造に成っています。 ところで、表題の格言と同趣旨のものは、いくつか、あります。 たとえば、「緊要は法律を押しつぶす。」、「緊要は法律に勝つ。」、「緊要は法律を与える。」、「緊要は時と場所の法律である。」などが、それです。 なお、「緊要は理よりも前に存在する。」という命題もありますが、「法」よりも上位にランクされることもある「理」より更に上に「緊要」が位置づけられるとすれば、この緊要は、もはや「自然法」上の「掟」クラスの位を持つことに成りますね。 このように、緊要によって発生する行為については、人は責任を負わなくてもよい、特別の扱いに成っているのです。

（５）「法は不能事を強いない。」・「不可能なものについては、債務は存在しない。」・・・・＜Ｌｅｘ ｎｏｎ ｃｏｇｉｔ ａｄ ｉｍｐｏｓｓｉｂｉｌｉａ ．＞と、＜Ｉｍｐｏｓｓｉｂｉｌｉｕｍ ｎｕｌｌａ ｏｂｌｉｇａｔｉｏ ．＞が、それぞれの命題に対応するラテン語です。 まず、後者は、自然的にもしくは法律的におよそ不可能なものを目的物としたり、あるいは、不可能な給付を内容としたりする類の法律行為は効力を生みださない（無効である）ことを、意味しています。 それから、前者は、民事問題にも刑事問題に関係するテーマです。 ここで、少し難しい話になりますが、いわゆる「期待可能性」について、具体例に即して、見てみましょう。 一八九七年に、ドイツ帝国裁判所は、重過失傷害で有罪判決を受けていた御者を無罪とする判決を下します。 シッポを手綱に絡みつかせ、馬車を制御不能に追いこむ、という癖の悪い馬車馬がおりました。 御者は、主人に対して何度もその馬を替えてくれるよう頼みましたが、馬が気に入らないのなら仕事をやめるがいい、とすげなく扱われたので、失職を恐れた御者は、その馬と付きあっていました。 しかし、悪い予感は的中し、ある日、悪い癖を出した馬のために、馬車が暴走し、通

行人に骨折を生じさせます。　さて、常識論からしますと、私たちが誰かある人の行為を非難し、その人の刑事責任を追及することが出来るのは、その人が現実に行なった行為以外に適法な行為に出ることが、一般人から見て期待できる状況にある（適法行為への期待可能性がある）ときに限られ、行為時の諸事情から見て、誰がその立場にあっても、その人と同じような振舞いをしてしまう、というような場合なら、「無理もないことだ。」として、その人を責める資格が私たちにはない、と受けとめるのは、当然です。　ここのところを、「適法な行為を期待する可能性がないから、非難する可能性は停止する。」とでも表現しておけば、判りやすいかもしれませんね。　それで、御者は刑事責任を免除して貰えるのですが、このような条理に適った法的処理が定着したのは、二〇世紀初頭のことです。「責任能力を保有する者が、故意もしくは過失の責任を問われる状況にある場合、その者は刑事責任を引きうける要件を満たす。」というタテマエは、常識論（ホンネ）によって、制約を受けた訳です。

（６）「自然債務」というのは、債務はちゃんと存在しているのですが、債務の不履行があった場合、債務者を法廷に引きたてて履行を迫ることを許されていない特別の債務です。　もっとも、債務者が約束に従って自主的にちゃんと債務を履行すれば、それは有効なものと扱われます。　つまり、ここでは、無「責任」の成り行きに到ることも、あるのです。　自然債務については、「法格言めぐり」（４６）の記述を御参照下さい。

＜２０＞「過失がなければ、賠償はない。」

（１）＜Ｎｕｌｌａ　ｐｏｅｎａ　ｓｉｎｅ　ｃｕｌｐａ　．＞の訳には、二手あります。　どちらかと言えば、＜Ｎｕｌｌａ　ｐｏｅｎａ　ｓｉｎｅ　ｌｅｇｅ　．＞［法律がなければ、刑罰はない。］という、よく知られた格言命題（ラテン語法格言めぐり＜２１＞）との対応から、「罪過がなければ、刑罰はない。」の読みの方がポピュラーなのかもしれませんが、このような刑事理論系の読みの他に、表題に見える民事理論系の読みも、十分に成りたちます。＜ｐｏｅｎａ＞には、「刑罰」と並んで、「罰金・償金・賠償金・賠償」の意味があり、一方、＜ｃｕｌｐａ＞には、「罪・咎」とならんで、「過失」の意味がありまして、前者が刑事問題系の意味で、後者が民事問題系の意味である、というように、　受けとりかたに幅もあるからです。　ところで、民事と刑事の「交錯」と言えば、後の「法格言めぐり＜２３＞」のところで記述するように、ローマの損害賠償には、損害の実質的価値にプラスするかたちで罰金・償金が登場してきますので、「罪過がなければ、刑罰はない。」と「過失がなければ、賠償はない。」との間の距離は、それほどのものではないのです。　ついでに、現代日本の話を致しますと、筆者が、ある役所の若い人と役場の仕事を一緒にしていたとき、彼は「民事訴訟で罰せられる。」という表現をしていました。

これは、「民事訴訟で有責判決を受けて経済的な負担を強いられる。」ことを指すのでしょうが、「罰する」にはこのように広い意味もあることを、このとき教えて貰ったのです。　確かに、日本でも、最近は、昔とは違って、ときには、不法行為への損害賠償額が億単位の額にまで跳ねあがってきていますから、不法な行為を働いた人間は、賠償金の支払いに四苦八苦するはずです。　損害保険でカヴァーされれば助かるのですが、この保険は、決して万能ではありません。　最後の手は自己破産ですが、ここまで来ると、いかにも「罰せられる」感じに成ってきますね。　彼の言葉には、一面の真実がにじみ出ている訳です。

（２）今回は、先の命題を民事風のものと受けとめ、「過失がなければ、金銭的責任（金銭賠償）はない。」という読みの下で、この格言命題を題材にしながら、ローマから現代に到るまでの「責任」の歴史の流れを観察してみることに致します。

①　「故意という大それた気持など、もちろんなく、自分としては十分以上に注意を払いつつ行動している限りは、結果としてどのような被害が他人の許に発生してきても、私には損害賠償請求など受ける心配はない。」　これが法の用意してくれている理屈＝論理なのですが、しかし、ときには、過失などなくても、被害を蒙った人や広く世間の人々が、「行為と結果の間にある程度はっきりした因果関係が辿れるかたちで、現実に被害が発生しているのを目前にしながら、とにかく被害の原因を作った人物が、法的責任を易々と免れる。」などという仕組みを、非情で冷酷なものとして、非難の的とすることが、あります。　現代では、損害保険が高度に発達していますから、金銭的補償の方は、加害者ではなく、保険会社からそれなりになされますが（もっとも、これは、個人賠償責任保険などを、ちゃんと掛けている人の場合だけです）、しかし、「加害者本人に償いをさせなければ、気が済まない。」という被害者の感情＝心情の方は、保険ではどうしようもないのです。　一般的に見れば、長い時代の経験の積みかさねによって、近代法では「過失責任制」（過失が存在するときに限って人が責任を負わされる、というスタイル）のシステムが確立されましたが、それは、決して、唯一・絶対のものではないのです。

②　ところで、「風が吹けば桶屋が儲かる。」という意味深長なフレーズは、桶などを製作する桶屋さんが消えてしまった昨今では、殆んど人に知られていないものですが、実は、これは因果関係の鎖の長さを如実に物語ってくれる名言なのです。「風が吹けば、砂ぼこりが発生するので、盲人が多くなり、盲人は、生計を立てるために、三味線を習うので、猫の皮の需要が増し、そのために猫が殺されるので、鼠が増え、鼠は桶を齧るので、桶屋が繁盛する。」という訳です。　さすがに、法の世界では、このように異常に長い鎖状の因果関係など、まともには取りあげられることはないのですが、しかし、世間の常識のラインに沿って相当と考えられる程度の因果関係が成りたつのなら、これは、法的判断が下される際に、考慮の対象とされます。　それで、

「あなたの過失のせいで私は損害を蒙った。 被害を弁償せよ。」と言って、責任追及の手段に訴える人は、まず、第一に、過失と損害の因果関係を、相手方にしっかりと認めさせなければなりません。 これが意外に厄介なのです。 たとえば、ある人が、自転車で、歩行者の前を突然横切るとします。 びっくりしたその歩行者は、自転車を避けようとして、身体のバランスを大きく崩し、そして、傍にあった高価な物品に激突し、それに大損害を生じさせる、という状況に成りました。 そういったとき、大事故のきっかけを作った、自転車の乗っていた人が、とりわけ第三者（その物品の所有者）から全責任を負うよう詰めよられても、「因果関係など成りたたない。」などと称して、その人が異議を申したて、責任を免れるような結果に成ることも、あるでしょう。 実は、こういった経過は、元々のローマ法流の決着の付け方のスタイルでした（もっとも、後代になると、その手の異議は認められなくなり、その後の経過は異なってきますが）。 そういう事件の現場では、心優しい私たち日本人は、誰でも、「すみません！」という一言をためらわずに発しますが（外国の人はめったに自身に不利と成るような言葉は発しない、という言いつたえがありますが）、裁判沙汰にでもなれば、話はまた別に成るかもしれません

③ 因果関係をめぐる論議は、私たち市民が、事実をフォローすることにより、具象的に把握出来る事実状態ですから、「ホンネ」の世界に属する問題です。 しかし、「因果関係問題」に続く、第二のポイントである「果たして過失が存在するか」の問題は、法的なプリズムを照射して事実状況を分析していかない限り、解答の得られない難問です。 ここでは、「タテマエ」が問題に成るのです。 裁判官を筆頭とする専門家の法的な判断と、世間一般の人々の常識的な判断とがマッチしないことがしばしば生じて、あちこちに不協和音が生まれてくるのは、一つには、そのせいですね。 そもそも、「過失」というのは、それぞれの具体的状況の下で標準とされているレヴェルの注意義務を果たさなかったところに生ずる訳ですが、民事訴訟では、原告側が、相手方（国・企業・個人など）に注意義務違反があることを自力で立証しきらなければなりません。 「過失がある以上は責任がある。」という法原理（タテマエ）は、その過失を加害者が自ら認めるか、裁判所がそのように判断するかの違いはあっても、とにかく過失を法的に確定する手順（ホンネ）を経て初めて、具体化するのです。裁判をやり抜くためには相当な時間と経費が掛りますし、もちろん被害者はダメージを受けた弱い立場にありますから、相手方から賠償をちゃんと勝ちとるのは、実際のところ並たいていのことではないのです。「泣き寝入り」をする人が出てくるのも、当然ですね。

④ 現代の過失責任の扱いにおいては、旧来の厳密な枠組みによる縛りが少しづつ緩んで、責任が認められるケースが、次第に増えてきています。 たとえば、過失責任の発生の判断ベースとなる注意義務の水準を高めに誘導することによって、過失の認定の範囲を広げることが、裁判実務の世界で地道に試みられているようです。 また、原告（被害者）に課せられている立証責任（立証・挙証の負担）を被告側（た

とえば、企業）に一部負わせることにより、重い負担に苦しむ原告側に有利な状況を作りだし、その結果、過失責任が認定されやすく成ってきて、被害者救済の実が上がるように成りました。

⑤　現代においては、「過失責任」に対比されるものとしての「無過失責任」のことも、世間で次第に知られるように成ってきましたが、これは　―不正確なたとえ話という前提で御受けとり頂きたいのですが―　、ごく古い時代にどこでも見られた「結果責任」の現代版のようなものです。　歴史時代の「結果責任を取る」というのは、ある行為と損害の間に直接的で明白な因果関係が辿れるような状況下では、自らの意思で、あるいはまったくの偶然により、原因に関わりを持ってしまった人物は、自身の許に故意とか過失とかが介在していなくても、とにかく生じてきた結果に責任を負うものとする、という発想です。　これは、即物的で明快であると同時に、ある意味では、論理的な処理方法です。　「素朴すぎるスタイル」といった批判も、これに対して投げかけられるかもしれません。　しかし、長い間に処理の実績を重ねていくと、被害の引きがねを引いた人物に過失（義務違反）があるときだけに責任を負わせるやりかたの方が、色々な意味でリーズナブルである、と考えられるように成ってきました。　近代市民法を支える原則として、人格の自由、所有権の自由、契約の自由などと並んで、過失責任が挙げられることがあるのですが、これらの原則はそれぞれに次第に修正を受けるように成りました。　たとえば、問題の過失責任制は、どうしても経済的強者（とりわけ企業＝会社）に有利に作用しがちなので、その構造を見直して新たな損害賠償のスキームを組みあげていくことが社会的衡平に適う、と考えられたからです。その際に考慮されたポイントには、いくつかのものがありますが、中でも、「危険責任」と「報償責任」が、重要です。　前者は、社会全般に対して常に各種の「危険」を振りまきながら企業活動をしている会社は、そこから生ずる損害について賠償責任を負うのは当然である、といった観念的・抽象的・タテマエ的な感覚に従った責任観です。　これを、危険と賠償との間のバランスを取る発想の産物、と見てよいでしょう。　次に、後者は、社会生活において大きな利益を手に入れる者（企業）は、その収益活動の過程で生じてしまった損害に対して、常に賠償責任を負うのは当然である、といった現実的な、ソロバン勘定にも似た、ホンネ的な感覚に素直に従った責任観です。「利益のあるところに損失（賠償責任）がある。」という発想は、素朴なバランス感覚の表われですね。　このようにして、社会的衡平が保たれ、正義が実現するのです。　無過失責任は企業に金銭的コストの負担をかなり負担させることに成りますが、企業に社会的使命や社会的責任が付きまとう以上は、その負担分は広い意味での「必要経費」である、と考えて貰っても、よいでしょう。

⑥　話は逸れますが、刑事面では、故意と過失はまったく格違いの心理状態ですが、民事の分野（具体的には、損害賠償の額）おいては両者は同等の扱いを受けることに成っています。　世間の人々の感覚からすると、この構えには何か納得できないところもあるでしょう。　ア

メリカのいくつかの州では、故意で他人に損害を与えた人には、懲罰的賠償の名目で、巨額の賠償が、単純な損害賠償に積み増しされるかたちで，課せられます。 これは、「刑事制裁」と対比されるもので、金銭支払のかたちを取った「民事制裁」が、制度化されたものと位置づけることが出来るでしょう。 超多額の制裁金が課せられることは、同種の行為の再発を食いとめる力（前向きの効果＝タテマエ）を持っていますし、加害者が金銭的制裁を受けることによって、被害者の満足をが少しでも得させる力（後向きの効果＝ホンネ）を生みだす訳です。 具体的にこのような制度が意味を持つのは、製造者（企業＝会社）に製造物責任が問われるケースが中心に成るのですが、一般の損害賠償の場合と違って、加害側は、制度上、損害保険会社に支払いを肩代わりさせることは出来ませんので、大きな「罰」を受けることに成るのです。

＜２１＞「法律がなければ、犯罪はない。 法律がなければ、刑罰はない。」

（１）＜Ｎｕｌｌｕｍ ｃｒｉｍｅｎ ｓｉｎｅ ｌｅｇｅ．Ｎｕｌｌａ ｐｏｅｎａ ｓｉｎｅ ｌｅｇｅ．＞が、ラテン語の表現です。 この有名な命題は、古代ローマ産のものではありません。一 八〇一年に、刑法学者であるフォイエルバッハが、その刑法教科書に掲げた標語がルーツと成った、とされています。 しかし、ここに簡潔に言いあらわされているような発想は、ローマにもそれなりに存在しています。 資料的には、今のところ、以下のものしか見つかっていません。 紀元後二～三世紀の大法学者・ウルピアーヌスの学説法文である「刑罰は、この犯罪のために，何らかの法律、もしくは、何らかの他の法において、特別に規定されているもの以外には、科せられない（Ｐｏｅｎａ ｎｏｎ ｉｒｒｏｇａｔｕｒ，ｎｉｓｉ ｑｕａｅ ｑｕａｑｕｅ ｌｅｇｅ ｖｅｌ ａｌｉｏ ｊｕｒｅ ｓｐｅｃｉａｌｉｔｅｒ ｈｕｉｃ ｄｅｌｉｃｔｏ ｉｍｐｏｓｉｔａ ｅｓｔ．）。」が、これです。 そこに見える＜ｌｅｇｅ＞は、＜ｌｅｘ＞［法律］の変化形で、次の＜ｊｕｒｅ＞は、＜ｊｕｓ＞［法＝広義のもの）］変化形です。 この文章命題の主題と成っているのは、＜ｐｏｅｎａ＞［刑罰］です。 ＜ｈｕｉｃ ｄｅｌｉｃｔｏ＞［この犯罪のために＝問題の犯罪用に］という個所が、「特定の、個別化された犯罪類型」を念頭においた表現と成っている、と受けとれますので、筆者としては、ひとまず、「刑法定主義」と「罪法定主義」とを合わせたかたちの「罪刑法定主義」という法運用の方式が、これら二つの命題で、それなりに宣明されているものと、考えています。

（２）以上は、ローマ帝政の初期の段階で「罪刑法定」のスタイルが取られていたことを法資料上で裏づける、と考えられるデータですが、実は、紀元前の共和政ローマにも、「罪」と「刑」がセットに成っている制度が、ありました。 つまり、合計一〇ほどの、「査問所」と

いう、個別の犯罪類型専用の法廷が、新たに次々と設置されていく際、各刑事法廷設置法の中に、犯罪及びそれへの刑罰を規定している部分が、存在するのです。　各犯罪の構成要件はそれほど厳密に文言化されておらず、また、科せられる刑罰も単純なものでしたから、これは、近代の「罪刑法定システム」とは、とても同列には扱えないものでしたが、それでも、人間の考えだす技術には、時代を超えて類似するところがある、と見てもよいように思えます。

（３）かつて存在した改正刑法草案には、その第一条に「法律の規定によるのでなければ、いかなる行為も、これを処罰することはできない。」と明記されていましたが、これは、刑法よりも上位に位置する憲法（第三一条、第三九条前段、第四一条、第七三条但書）に具体化されていた「罪刑法定主義」の思想を刑法において明確に実定化しようとしていたものです。　しかし、現行刑法には、罪刑法定主義に関する明文の規定は、まだ、ありません。　さて、世界的に見れば、現在の「罪刑法定主義」の直接のルーツは、英米法系の国家の場合には、イギリスのマーグナ・カルタ（一二一五年）や、アメリカのフィラデルフィアにおける権利宣言（一七七六年）にあり、一方、大陸法系の国家の場合には、フランス人権宣言（一七八九年）に求められます。　しかし、近代ヨーロッパにおいてこの考えかたが制度上確立された、という訳ではありません。　かつてのソヴィエト・ロシア刑法には、「社会的に危険な行為」というような曖昧な規定の仕方が、「罪」に関してありましたし、また、ナチス刑法にも、同じように、「刑罰法規の基本思想及び健全な国民感情に従って処罰に値する行為」という規定がありました（もちろん、現在では、これらの国においても、罪刑法定のシステムが復活しております）。　このような、国家権力がその気になれば類推方式で何でも盛りこめる「一般条項」が、「罪法定」の考えかたに抵触することは、明らかでしょう。　いずれにしましても、近代において築きあげられた「罪刑法定主義」のシステムが、国家権力による「専断処罰主義」の制度よりも上質のものであることは、間違いのないところです。　現代においては、罪刑法定主義は、国民の自由や権利を護持する目的で、国家権力に制約を加えるための制度装置として、世界各国の刑法に当然のように取りいれられているのですが、さて、未来においては、どのように成るのでしょうか。　もし、遠い（近い？）将来において、コンピューターが電脳を持つところまで進化すれば、それにより、超精密な罪刑法定のシステムが確立されるかもしれません。　そのときには、法そのものも、コンピューター対応型のシステムに変化しているはずです。　まさか、裁判官も、検察官も、弁護士（弁護人）も、それから、法学者も、人間でないものによって取ってかわられるような事態は生じない、とは思いますが。

（４）さて、その「罪刑法定主義」の中味についてですが、一般の理解では、「ある行為が犯罪とされ、その行為に対して刑罰が科せられるためには、予め成文の法によって犯罪及び刑罰がきちんと規定されていることを必要とする。」というのが、その中身と成っています。　ここには、法学説の新しい流れがを反映して、方向としては、その命題

の内容や機能は、膨らむと同時に、精密に成ってきています（刑法学者の間で多少ともニュアンスの違いはありますが）。　それを見てみましょう。

①　刑法の法源としては、成文の法規範が必要です。　不定型な「慣習法」には、その資格が与えられないのです。

②　実行の際に合法扱いされていた行為が、後になって、条文の新設や改訂によって突然に刑法に触れるように成る扱いにするのは、許されません。　一般に、利益と成るような処遇は、時間を遡らせても認められますが、一方、不利益に成るような処遇は、時間を遡らせてまでは、認められない、というのは、一つの法の常識に則ったやり方です。

③　法規の想定している構成要件に類推解釈を施すことによって刑法の適用範囲を広げていくのは、許されません。　もっとも、この手の類推解釈と「拡張解釈」というものの間に線引きをする際には、微妙な判断を必要とするケースも、生じてきます（因みに、「ガソリンカー」を運転する運転士が過失によってそれを転覆させた際、「汽車・電車又は艦船」をターゲットとする刑法第一二九条の規定を「拡張解釈」し、その「汽車」の中に「ガソリンカー」を含ませるかたちで、彼を業務上過失列車転覆罪により処罰した、戦前｛昭和一五年｝の判決例があります）。　なお、民事分野では、類推解釈は広く行なわれていると見てよいように、思えます。

④　刑罰を法律で定めようとするからには、その刑罰が不定期刑であってはなりません。　行刑段階での服役者の実績などを考慮して、刑罰にある程度の幅を持たせるようにするやり方には、理に適っているところも確かにありますが、それも程度問題です。

⑤　刑罰法規は明確であることを求められます。　いくら犯罪が法定されているといっても、その概念内容が、曖昧であったり、常識で考えて理解不能なものであったりすると、権力者はそこへ何でも放りこんでしまうかもしれませんから、要注意です。　外形（タテマエ）としての「法文上犯罪行為と規定されているもの」と、中味（ホンネ）としての「その概念内容」が適切にリンクしていることが、望ましいのです。

⑥　刑罰法規が適正であることは、罪刑法定主義の大前提となる要素です。　刑罰が正規の手続を経て成立しているかどうかの問題は、形式論（タテマエ論）のゾーンで比較的簡単に決着が付きますが、しかし、そもそも刑事的処罰が必要であるか、また、それに正当性があるかについて、更に、犯罪と刑罰に均衡が巧く取れているか、といった実質論（ホンネ論）の段階に入ってくると、学者の見解が分かれていく可能性が、大いにあります。

（５）最後の話題に成りますが、私たち一般市民にとって罪刑法定主義がどういう意味を持つものか、を考えてみましょう。　各レヴェルの刑事法規（各都道府県の制定する迷惑行為防止条例が最も軽度のものの内の一つでしょう）が、眼に見えるものとして、ちゃんと存在していることは、私たちが社会生活を営んでいく上において、自身の自由な行動への指針（具体的には、恐ろしい刑法＝警察の御厄介に成らずにここまでは出来る、という予測）を持つこと、及び、私たちが、法律が広い意味での身の安全を守ってくれているゾーンを、しっかりと認識することを、可能にしてくれます。　「刑法は善良な一般市民のマーグナ・カルタ（保護者・砦）である。」と言われることがあるのは、そのためです。　皮肉にも、国家権力の発動に対して硬い枠を嵌めている罪刑法定主義は、犯人を守る側にも働くので、「犯罪者のマーグナ・カルタである。」とも言えますが、それは仕方のないことでしょう。　被疑者や犯人にも、もちろん人権が認められる以上、そのような帰結に成ってくるのです。

（６）「罪刑法定主義」問題については、「ロマホペディア」本体の第二部［Ａ］第五章［Ｂ］を御参照下さい。

＜２２＞「慣習はもう一つの法律である。」

（１）＜Ｃｏｎｓｕｅｔｕｄｏ　ｅｓｔ　ａｌｔｅｒａ　ｌｅｘ　．＞が、原文です。　これは、ユーリアーヌスが編みあげた学説法文です。どのような歴史社会においても、慣習がニワトリで、法律がタマゴ、という先後関係が、まず成りたつのではないでしょうか。

（２）次に、慣習と法律の絡みあいを描写している格言命題を、広く集めてみることにしましょう。
①　「法律の最上の解釈者は慣習である。」
②　「慣習は法律を作る。」
③　「慣習は法律として守られる。」
④　「慣習は共通の法律に勝つ。」
⑤　「法律は慣習の奴隷である。」（以上ローマ産）
⑥　「法は、すべて、正義と慣習とに由来する。」
⑦　「悪習は法を作らない．」（以上ドイツ産）
⑧　「慣習は法律より信頼出来る。」（ギリシア産）
⑨　「悪い慣習からよい法律が生まれる。」
⑩　「慣習によって私たちはよく生きるが、しかし、法律は私たちを破滅させる．」（以上イギリス産）
⑪　「法律は慣習のお陰で力を発揮する。」
⑫　「慣習は法律に勝る。」（以上フランス産）

（３）それでは、わが日本の場合はどう成っていたのでしょうか。　日

本法制史の専門家である高柳氏の御説に従って、慣習と法（法律）の歴史上の位置関係の流れを　―多少の私見も交えた上で―　フォローしてみましょう。

①　国家成立の前夜には、各氏族団体ないしはそれより上位の人的団体は、それぞれに、独自の規範（広い意味での法）を、不文の慣習のかたちで、持っていたでしょう。　これを、慣習法の原型と見ておきます。　後代に成って生じてきた慣習法時代との対比において、この時期を「第一次慣習法期」と名づけておくことにします。

②　六〇四年に、聖徳太子が「憲法一二条」を制定します。　これは、厳密に言えば、法規ではないかもしれませんが、ひとまずこれを本邦最初の「成文法」と見たてることに致しましょう。

③　大化の改新（六四五年）の後、天皇中心の貴族制を整備・強化するために、隋・唐の時代に編みあげられた、世界でも先進的な法制度が、一括して導入されます。　公法中心の律令格式が、これです。　このとき、日本の歴史上、「第一次の外国法継受」がなされたことに成ります。

④　ある程度の濃さを持った、先の律令の支配は、約三〇〇年も続きますが、平安時代も中期に入りますと、荘園の発生に伴って、律令は力を失ない、それに代わって、慣習法が、社会の規範として、重要と成ってきます。　この時期を「第二次の慣習期時代」と位置づけることに致します。 このとき、原日本的な姿がいくらか戻ってきたことに成りますね。

⑤　鎌倉幕府を創立した武家政権は、荘園制を取りまいていた慣習法を整理して、御成敗式目（貞永式目）を、一種の法典として、制定します。　成文法としての武家法が、ここに成立したものと、見ることが出来ます。　なお、御公家さんの世界を取りしきっていた、公家法としての律令は、その後もずっと立派な規範として生きつづけたと思われます。

⑥　室町幕府の初期には、成文法の統制力は強かったのですが、しかし、幕府の力が低下して、国家権力が分裂を始めますと、慣習法的なものが、再び浮上してきました。

⑦　没落した守護大名に代わって、戦国大名が各地に出現しますが、彼らは、自身の定めた成文法を、唯一絶対のものとして、支配下にある者すべてに押しつけてきます。 成文法が力を盛りかえしたのです。

⑧　江戸幕府の法も、この流れの中にありまして、武家法がここに完成されました。　しかも、今度は、幕府を頂点とした、はっきりとした上下関係を軸とする幕府法が、これです。

⑨　明治時代に入ると、いわゆる「大陸法系」の法を備えた法先進国であるヨーロッパの国々の法が、順次導入され、その成果は日本の各種の法典の中に結実します。　これが「第二次の外国法継受」です。

⑩第二次大戦後には、いわゆる「大陸法系」とは別の法グループと位置づけられる、いわゆる「英米法系」の法に属するアメリカ法が、日本法に注入されます。　これが「第三次の外国法継受」です。日本の近現代は、先進的な成文法が圧倒的に優位に立つ時代、と考えてよいでしょう。

（４）日本では、建国以来、慣習法主義（ホンネ式の運用スタイル）と成文法主義（タテマエ式の運用スタイル）との間の綱引きは、ずいぶん長い時間を掛けて、ゆっくりと展開されていまして、率直な印象を敢えて言わせて頂くと、今後どのような展開に成っていくかは、よく判らないのです。　確かに、現代に生きる私たちは、タテマエとしては、成文法の用意してくれている法世界にどっぷりと漬かって生活を営んでいるのですが、それでも、本心＝心情とか、裏とか、要するにホンネの世界では、それぞれの環境下にはびこっている慣習や慣行にも寄りかかりながら，日々なんとかヤリクリしているところがあるのではないでしょうか。　ここでは、「日本が法の近代化を果たした」という観念で一くくりにできるような単純な図式は、成りたちにくいのです。

（５）それでは、本題の、ローマの「慣習法」問題を検討してみましょう。　表題の格言は、慣習と法律の間に断絶など存在しないことを示唆しているのですが、このような親和性は、ローマの全時代を通して認められる、と言っても差しつかえないでしょう。　成文法の内で最高クラスの作品は法典ですが、ローマには、初期の時代の「一二表法」という法典と、その制定から一〇〇〇年も経って漸く編纂された、いわゆる「ローマ法大全」とが、それに相当します。　それらの成りたちには違いもありまして、慣習ないしは慣習法をベースとして出来あがったのが、前者で、何世紀にもわたる法的な実践の総決算、という意味を持つ、精度の高い産物が、後者です。　一二表法の中には、歴史的に強権として名高い家長権、それとパラレルな位置関係にある、絶対性を誇る所有権、これを他人に移転するための各種の手続、他人に奪われた所有権を取りもどすための返還請求訴訟の手続、債権債務関係を設定する際の手段となる問答契約などの、ローマ社会で不可欠の基本システムが組みこまれていますが、これらは、一二表法が制定された前五世紀初めよりもずっと前から、日々積みあげられてきた慣行＝慣習にその源を持つものです。　一方、ローマという国家があまりにも肥大してしまったことも一因となって、衰退の傾向を示したローマ後期には、成文法の実力も権威も下落してしまうのですが、このような法環境では、慣習やその流れにある慣習法が、相対的に力を持ち始めます。

（６）共和政ローマの時代には、法務官（ナンバー２のポストの公職者）などが、民事裁判の指揮者として、訴訟の現場で、何百年にもわたり試行錯誤を繰りかえしながら、アド・ホック（に）編みあげてきた司法ルールの集大成としての「名譽法」というものがありましたが、これは、見方によれば、ローマ特有の「裁判慣習法」という位置づけにも成りますね。　具体的には、以下のようにしてルールが出来あがります。　現代の場合と違って、ローマでは、民事訴訟に持ちこめる事案の型は限定されていましたが、時代の流れの中で、法保護のチャンスを広げていく必要を感じとった法務官は、自身の裁量と責任で、特例的に、従来なら簡単に門前払いにされていた型の事案を、訴訟の場に上げてやることを決断します。　既存の法規のバックアップなしにでも、とにかく訴訟が開始し、事実問題などを判定する私人審判人によって（法務官は、いわば「法律問題」について判断するだけです）、判決が下されることに成ります。　もし、翌年以後の法務官がその措置を受けついでいけば（たいてい、そのような流れに成っていくでしょう）、そのルールの積みかさねが、法慣習（裁判慣習法）にまで成長していくのです。

＜２３＞「刑事訴訟は民事訴訟の先決には成らない。」

（１）＜Causa criminalis non praejudicat civili．＞が、この命題に対応するラテン語表現です（出典不明）。　このような命題がわざわざ打ちたてられた背景には、刑事裁判の場合と同じ事実状況をめぐり、損害賠償を目ざして民事裁判が行なわれる際には、その刑事の判断（例えば、有罪の判決）が、民事の世界でも尊重されるべきではないか、といった考えかたがはびこっている情況が、前提としてあるのでは、と考えられます。こういう受けとり方は、よく考えてみれば、それなりに理屈の通ったものかもしれませんね。　しかし、そういった発想を一蹴するのが、「民事裁判と刑事裁判はまったく別物である。」と宣示するこの格言の趣旨でしょう。　なお、立法論的には、「同じ裁判官が、刑事と民事の訴訟に、まとめて決着を付けてしまう」というスタイルも、リーズナブルなところを持っていますので、将来、検討されるかもしれません。

（２）さて、ローマではどうだったのでしょう。　現在の先進的な法世界での標準的と思われる扱いと対比しながら、民事と刑事の間柄について、少し考えてみます。　例えば、日本では、殺人のために死刑判決を受けた人でも、被害者の遺族に対して、失なわれた命に見あうだけの巨額の賠償金を支払うのが、スジというものです。　それでも、民事部門では、「訴えなければ裁判なし。」のルールが厳然と存在しているために、多くの場合、悲しみの中で、遺族が、自力で改めて犯人の民事責任を問う行動に出るようなことは、実際上は出来ないでしょう。　そして、事件は、民事面では、時効の完成のせいで、風化し

ていくのが、普通なのではないでしょうか。　しかし、背任や詐欺のかどで有罪判決を受け、その結果、ときには身体刑と合わせて、別途、相当な額の罰金を科せられたような人に対してなら、先のケースとは違って、その刑事責任にプラスするかたちで、民事責任が、別途、ごく自然に問われるかもしれません。　つまり、現代では、国家の視点から犯行の責任を問う刑事裁判と、不法行為を金銭の形で償わせることを目ざす、指摘レヴェルの民事裁判とが、複線型の構造に成っているのです。　しかし、ローマでは、民事責任を問うシステムがかなり整備されていましたが、これが刑事責任を問うシステムと交錯することは、あまりありません。　それに、刑事法廷がその裁判管轄としして保有しているのは、国家への反逆、貨幣偽造、毒殺など、国家全体にとって危険度の高い犯罪類型の処理だけでして、窃盗、強盗、詐欺などの、民間レヴェルの不法行為への処断は、損害賠償額以外に最高四倍もの罰金（償金）を不法行為者に支払わせる形を取りますので、処理事件の数から言うと、民事分野の責任追及の方が、主流だったのです。　ローマでは、判決で命じられた責任額をきちんと弁済出来ない人物は、最終的には債務奴隷の身分にまで落ちることもありますので、身体で償いを付けさせられる、というローマ流の民事責任は、現代の刑事責任並みの恐ろしいものでした。

（３）それでは、現代日本の話題に戻りましょう。　まったく同一の事案について、刑事裁判と民事裁判とで、正反対の判断が出るのは、①刑事で無罪であったのに、民事の方で責任を問われてしまうケースと、②　刑事で有罪であったのに、民事の方で責任を問われることがないケース、とがあります。　なぜそういった「ねじれ」が生じてしまうのか、という疑問に対しては、裁判官が証拠を判断材料として扱う際の基本ルールに原理上違いが設けられている点を挙げることで、ひとまず説明に成るでしょう（裁判官が違えば、判決も違ってくる、というような単純な話ではない訳です）。　つまり、大雑把に言えば、民事では、原告が自身の主張を裏づけるために提出する証拠が、防御側の被告が対抗上持ちだす証拠よりも相対的に有利なものである、と裁判官に判断して貰えれば、原告は有責判決を獲得することが出来ます。しかし、刑事では、強大な権力を持つ国家が警察と検察が、私人である国民の不正な所業を暴き、その者に処罰を加える、という上下の力関係の下で裁判が動いていく点が考慮に入れられて、相対的に弱者と位置づけられる被告人に有利な扱いが認められています。　これは物事のバランスを取るためものでしょう。　訴追者役の検察が、「合理的な疑い」を生じさせないほどパンチの利いたハイ・レヴェルの立証（証明）に成功しない限り、有罪の立証がなされたものとは扱わないことに成っているのです。　そのとき、「有罪とまでは言いきれない＝無罪」というところで、裁判にピリオドが打たれることも、あります。この辺りをスポーツ風にスマートに表現すれば、民事では「判定勝ち」で、そして、刑事では「ノックアウト」で、それぞれボクシングの勝負に決着が付くようなものです。

（４）次に、現実の事件（藤沢放火殺人事件）の経過を観察しながら、この手の問題を少し細かく見てみましょう。

①　一九九三年に、女性の遺体が自身の住んでいたアパートの焼跡で発見されます。

②　被害者の両親は、死因に疑問を抱き、彼女の交際相手であった男性の何らかの関与のせいで、娘が死亡するに到ったのではないか、と考え始めます。

③　警察も、当然、自殺と他殺の両面から捜査を開始しました。　しかし、捜査は難航します。

④　起訴まで持ちこめない警察の遅い対応に直面して、被害者の両親は、事件から三年後に、娘の死の真実を明らかにしたい一心で、問題の男性に損害賠償を求める民事訴訟を提起します。　刑事裁判の世界で見えてくる「真実」は、本当の真実にそれなりに近づいたものとひとまず見ても差しつかえないのですが、民事の場合の真実は、その性質上、多少はあやふやなものである可能性が、あります。

⑤　遺族の民事の起訴から二年後の一九九八年に、捜査当局は、例の男性の殺人容疑に関して、「嫌疑不十分による不起訴」のかたちで、その処理を終えました。

⑥　二〇〇〇年に、民事第一審で、裁判長は、彼女の死が、自殺や無理心中によるものなどでなくて、男性の手による放火・殺人事件である、と果敢に判断して、約九七〇〇万円の支払いを被告の男性に命ずる判断を下します。　これで、言ってみれば、民事「有罪」と成ったのです。　二〇〇一年の高裁判決はこの判断を支持し、二〇〇三年には最高裁もこれを支持しましたので、これで民事的には、「被告有責」の線で、決着が付きました。

⑦　あるいは民事第一審における「有罪」判決に刺激を受けたせいでしょうか、検察は、以前の不起訴決定を覆えして、二〇〇一年に、一転して、起訴に踏みきります。　ところが、無期懲役を求刑していた検察の目論見は崩れ、無罪判決が出てしまいました。　検察が証拠として提出した鑑定の結果については「合理的な疑い」を容れる余地があり、被告人の犯行が存在した可能性は確かにあるが、そのように認定するには「合理的な疑い」が残り、犯罪の明白な証明が得られない、として、地裁で無罪の判断が引きだされたのです（二〇〇三年）。　ここに民事判決と刑事判決との間に「ねじれ」が発生している訳です。

⑧最終的には、二〇〇四年に、高裁で、懲役一五年の逆転の有罪判決が下されたことにより、そのような「ねじれ」は解消されています。二〇〇五年に、最高裁は、高裁の判断を支持しました。

因みに、 あるジャーナリストは、ある痴漢事案をめぐって、二人の、別事件の裁判官が、それぞれ、「刑事無罪」と「民事有責」という、一八〇度異なった結論を出してきた例について、「たった一つしかない真実」をめぐる「事実認定」が、「お粗末で非常識」である、と声高に非難していますが、しかし、ここで、「日本の裁判が、いかに非常識で未成熟な裁判官によって行われているか、その実態を明確に指し示している」とまで言いきるのは、いくらなんでも行き過ぎでしょう。 世間受けのする表現には気をつけたいものですね。

＜２４＞「形式はものに存在を与える。」

（１）表題の命題の元となっている＜Ｆｏｒｍａ ｄａｔ ｅｓｓｅ ｒｅｉ ．＞というラテン語の表現は、かなり抽象的であり、同時に哲学的な趣きのあるものです。 これは、ローマ人の作品ではなく、後代の所産です。 さて、「物事がその存在を他から認めて貰うためには、まず、形式（所定の様式）をきちんと踏むことが必要である。」ことや、「もし形式が欠けていたりすると、中味がどんなにしっかりとしたものであっても、それは、法的には何もないのと同じ扱いになる。」といった趣旨が、ここから読みとれます。 「形式あっての事実」、「タテマエ（形式）はホンネ（事実）に存在を与える。」といったニュアンスも、ここから引きだせますね。 ところで、先の格言命題が指示している世界は、いわば静的なものですが、その対極には、「存在そのものが実存であって、形式の飾りなど、余計なものである。」といった、ダイナミックなものの見かたが支配的と成っている世界も、別に存在します。 ここにおいては、確かな「ホンネ」というものは、ただ一人の主人公なのですね。 激動の時代や革命期 ―つまり「動」の世界― では、各所でこのような姿が見られるはずです。

（２）早くも日本の話題に入りますが、私たち日本人には、ホンネのはびこる現代においても、全般的に、形式尊重の風潮が意外にも強く見られますね。 実際のところ、能、狂言、歌舞伎、文楽などの伝統芸能や、華道、茶道，香道などの習い事、それから、空手道、剣道、柔道などの、「道系」のスポーツなどにおいても、カタチ（形式・型）そのものに相当な意味を認めて、それらに取組む姿勢が随所に現われています。 こういったお国柄が、「形」の最たるものとしての法律を、少なくともタテマエの上で、私たちがスムーズに受けいれる土壌を形づくっているのではないでしょうか。 そうでなければ、明治期以後に、異国の法制度が易々と日本に根を張れなかったに違いありません。 これにより、日本は、「法治国家」へと変貌し、一気に法先進国の仲間入りを果たしたのです。

（３）「形式はものに存在を与える。」という上下関係をはらむ命題は、法の世界の場合に限らず、この世のさまざまな事象について当てはまる可能性を持った一般命題と、見てもよろしいでしょうが、「フォー

マル（形式・形・型）と「リアル（存在・実存）」の間の優劣関係については、ときには逆転現象も見られます。　私たちが歴史上これまで生きてきた法の世界の姿に焦点を絞って言えば、先に「生の法的な関係」という現実があり、後にそれが「法形式」にまで成長していく、という経過がまず見られます。　ここに到ると、「フォーマル優位」の現象がひとまず確立されることに成りますね。　しかし、当然のことながら、時代は、動き、変転し、変革を受けます。　このとき、それぞれの時代環境の中で、必要上自然発生的に、あるいは突然変異的に、生みだされてきた、「リアルなもの」が、既に存在している「フォーマルなもの」を変質させたり、食いやぶったり、空洞化したり、溶かしたり、無視したりすることが、しばしばあるでしょう。　このようにして、「リアルなもの」が幅を利かせる状況が生じてくると、変化の流れは一巡して、一つのサイクルが終わります。　それでも、これ以後には、色々な新展開が見られることも、あるはずです。

（４）次に、ローマにおいて「形式」と「存在」が絡みあっている現象を少し見てみましょう。

①　「人が人の動きを拘束する」ことの中で、最もメリハリの利いたものは、「法的拘束」です。　「政治的拘束」とか、「社会的拘束」とか、「道義的拘束」とか、「宗教的拘束」とかなどに比べると、これは、裁判などの制度化されたルートで要求をドライに貫徹出来る仕組みが内蔵されている関係で、実効性に優れています。　この拘束（債権法上の債務）は、不法行為の責任（償金支払いの責任）を取らされるときに自動的に発生してくることもありますが、それよリも、日常世界（とりわけ、日常の商取引）において、人がわざわざ債権債務関係を設定する営みの方が、ポピュラーですね。　その中心的なスタイルは、当事者のいるところで，定型的な問い（「君は～を与えることを誓約するか？」）と、答え（「私は誓約する。」）の文言が交換される形の「問答契約」を利用する場合です。　現代では、重要な契約を取りかわす際、書式の契約書が用いられるのが通例ですが、ローマの初期には、口頭約束という儀式性の濃い形式が、人の間に拘束関係を設定する中心的な道具だったのです。　この形式を活用して、その中身に、必要に応じて、さまざまな意味を持つ法的な仕組みを盛りこむやり方は、おそらくローマ独特の現象でしょうが、ここには、形式の支配というものが、時代を超えて威力を持ちつづけた秘密が、あります。　新たな仕組みに存在感を与えるために新しい形式を創設する、といった道を、ローマ人は選びとらなかったのです。

②　先の、債権法上の問答契約よりも由来の古い、物権法上の「握取行為」も、形式の権化のような存在です。　これは、五名の証人と一名の衡持ちの立会の許で、たとえば奴隷に対する所有権を他人に移転する行為です。　所有権を取得しようとする人は、目的物を手で握り、「この奴隷は、この銅および銅の衡によって私に買われたものとせよ。」と言明しながら、銅貨もしくは銅片でその衡を打ち、その銅片を、代価として、譲渡者に渡します。　ここには、とてもリアルな光景が展

開されます。　普通、「形式」と言うと、抽象化されたモデルのことが連想されますが、この段階での形式は、現実形式と成っています。ローマ古代は、実は、このような牧歌的な色合いの世界だったのです。握取行為は、古い時代において社会的・経済的に重要なタイプの物専用の行為でしたが、一方、それ以外の物については、単に対象を引渡すだけで権利移転が完成することに、成っていました。　後者は簡明なスタイルです。　「物権の移転」という「存在」は、ここでは、「形式」のバックアップなしでも、公認されていた訳です。　時が流れますと、古めかしい握取行為形式は、時代遅れのものとして捨てられて、簡易スタイルである「引渡」形式が、事実上は、すべての種類の物の所有権移転に利用されるように成ります。

（５）法や法律が取りしきる世界は、「形式あっての実質（存在）」・「形式が実質を生みだす」といった発想によって、動かされています。これに対して、私たちの日常世界は、言ってみれば、実質本位の世界ですが、それでも、時と場合によっては、否応なしに、人は形式世界へと引きこまれることも、あります。　そのようなとき、タテマエ論を意識した形式対応型の頭へと切りかえて、冷静に現実に対応していく必要が、あります。

＜２５＞「法は善および衡平の術である。」

（１）＜Ｊｕｓ　ｅｓｔ　ａｒｓ　ｂｏｎｉ　ｅｔ　ａｅｑｕｉ　．＞という有名なラテン語命題の訳が、表題の格言です。　同じように法の本質を指し示す格言として、「正義は各人に彼自身の権利を分配する、恒常不断の意思である。　法の掟は、誠実に生きること、他人を害しないこと、各人に彼自身のものを分配すること、これらである。」が、あります。　以上の法文命題は、二～三世紀の高名な法学者・ウルピアーヌスの作りだしたものです。

（２）ところで、「法の本質とはいったい何か」につきましては、歴史的には、各種の考えかたが見えています。　どこの国においても、法哲学という学問領域は、このテーマに一貫して取組んでいます。　古代ローマの場合、先の二つの命題のかたちで打ちだされた法本質論が、最も有力なものと成っていた、と考えてよいでしょう。　その命題が法規化している事実からも、そのことが判りますね。　しかし、実は、これらは、ローマ人固有のものの考えかたの結晶というよりも、ギリシア生まれのストア派の哲学思想の受け売り的な作品なのです。　それでも、ギリシアの法思想は、ローマの法実務にある程度まで受継がれて、具体化されます。　その結果、ギリシア・ローマ的所産は、合わさって、西洋古典期の法思想を形づくり、後代のヨーロッパ法の源泉の一つと成りました。　ところで、よく知られているように、日本は、明治以後の約一世紀の間に、法の各分野でそれぞれにかなり事情は異なりますが、フランス法、ドイツ法、アメリカ法を順次継受して、

それらをそれなりに消化してきたのですが、そのような由来から、私たちが持っている日本近代法の基礎となっている法思想は、結局のところ，遥か彼方のギリシア・ローマにまで行きつくことにも成ってくるのです。

（３）そのような、外来の、巨大で、精緻な、成文法系の法制度の導入によって背後へと押しやられ、踏みしだかれているような、日本人固有の法思想・法感覚には、先の格言に示された欧米風の法思想とはかなり違った側面が、あります。　今後、日本法制史や比較法文化論などの学問分野で研究が進展すれば、私たちの固有法のイメージやその意味･意義が､いっそう鮮明に捉えられるように成ってくるでしょう。筆者は、何千年にもわたる法の歴史を追いかけてきた人間ですが、この日本で､「固有法の逆襲」が遠い先に起こるかもしれない、という、見方によっては奇想天外なことも。予測しています。

（４）　私たちは「法」という言葉をどのように受けとめているのでしょうか。　「法」と言えば、大体は、制定法などの成文の規範である「法律」が連想されますね。　ここには、中国由来の歴史的背景が見てとれます。「法」という文字は､今は簡略な形に成っていますが，元々は、恐ろしく複雑な字でして、字の構成部分ごとに意味を取っていくと、「人間の掟・矩として、道徳善を勧め、有罪者を罰し、社会に正義を実現させるもの」といった辺りのニュアンスのものに成ります。このような由来もあって、日本では、「法は、権力・支配力・権威を保有する者によって述べられ告げられたもの」、「他律的な規範で、服従・遵守を人に強いるもの」というように､受けとめられます。　歴史的中国において、法は刑法を筆頭とする公法の形を取って国民の前に立ちはだかるのが､普通でしたし､日本においてもそうでしたから、「法」と言うと、支配者側から、有無を言わさず上から下へと一方的・強圧的にに下ろされてくるもの、というように、マイナスの方向で、人々に観念されがちな代物であったことは、やむをえません。　欧米諸国の場合、「法」を指す言葉は、それ自体、「正しさ」・「正義」とかの契機をかなり強くはらんでいますので、ここでは、法についての国民の受けとりかたが、プラスの方向へと大きく振れるのではないでしょうか。

（５）次に、「法」について日本人一般がどのようなイメージを抱いてるかを、観察してみましょう。　第一グループは、先のラテン語格言に集約された欧米風の考えかたの流れに位置するものでありまして、どちらかと言えば、タテマエ色の強い命題群で、そのイメージを持っている人が何やら背伸びをしているような匂いも､無くはありません。「法は人間生活上の紛争を解決してくれる。」､「犯罪を抑え､処罰し、社会の秩序を維持してくれる。」、「すべての人の利益を平等に守ってくれる。」、「国家権力に制約を加えることによって、強大な国家権力から国民を守ってくれる。」、「法がなければ、社会生活も経済生活も、巧くいかない。」、「人情とか互譲の精神というのは、聞こえはよいが、結局は、腕力の強い者に有利にしか働かない。　それに

反して、法は本当に頼りになるものだ。」、「人の性は善である、というのはウソで、法がしっかりと見張ってくれているからこそ、平和が保てるのだ。」

（６）一方、第二グループは、日本人の大好きなホンネをズバリと表現したもので、第一グループが法へのプラス・イメージを描いているのに対して、こちらの方ではマイナス・イメージが、どうしても顔を出してきます。「法は、私たちの知らないところで勝手に作られ、上から押しつけられてくる。」、「法と聞くと、何か自由が束縛されるような感じがして、嫌だ。」、「『触らぬ神に祟りなし。』,『泣く子と地頭には勝てぬ。』、『長いものには巻かれろ。』というような感じで、法に接している。」、「法によって物事を処理しようとすると、杓子定規に成りがちであるし、『水くさい』と言って人に嫌われてしまう。」、「法は権力者の支配の道具である。」、「法は和の精神への歓迎すべからざる闖入者だ。」、「法律は特定の人の利益に成るように作られている、と勘ぐりたくなるようなものだ。」、「法は見掛けはよいが､いざ使う段になると､手間が掛るなど､使い勝手が悪い。」、「結局のところ、法を使いこなせるのは、リッチな人、強い人、ずる賢い連中などだけで、庶民には、法など、高値の花でしかない。」

（７）もし日本人が欧米人ほどは法に期待を掛けていないとした場合に、法の目的である善とか衡平・公平とか正義とかは、実際のところ、一体何を通じて達成されているのでしょうか。　どのような社会もそれらなしには成りたたない訳ですから、欧米の法の役割を代わりに担ってくれる何かが、ここにあるはずです。　日本の現代を含めて歴史的に考えてみますと、道徳（モラル）、礼，倫理、道、慣習、慣行、習慣、慣例、風習、世間体、義理、儀礼、人情、道義、道理、条理、矩、掟、宗教などが、それに当たるでしょう。　つまり、法という規範の取りしきるテリトリーが、欧米では比較的大きく、日本では比較的小さい、ということにも成りますね。　別の見方をしますと、欧米の場合、法が、他の規範＝社会ルールを吸引して、大きく膨らみ、全面に出てくるのに対して、日本の場合、法は、タテマエ上は第一級の規範ですが、ホンネでは中級程度の規範として、硬い殻を付けたまま、それほど目だたないところに鎮座しているのです。

＜２６＞「法学は、神事および人事の知識であり、正と不正の識別である。」

（１）＜Ｊｕｒｉｓ　ｐｒｕｄｅｎｔｉａ　ｅｓｔ　ｄｉｖｉｎａｒｕｍ　ａｔｑｕｅ　ｈｕｍａｎａｒｕｍ　ｒｅｒｕｍ　ｎｏｔｉｔｉａ，　ｊｕｓｔｉ　ａｔｑｕｅ　ｉｎｊｕｓｔｉ　ｓｃｉｅｎｔｉａ．＞（ウルピアーヌス）が、元のラテン語表現です。　冒頭のラテン語である＜ｊｕｒｉｓ　ｐｒｕｄｅｎｔｉａ　＝　ｊｕｒｉｓｐｒｕｄｅｎｔｉａ＞には、「法学」の訳が付けてありますが、実は、

「法に通暁すること」というように、動詞的な捉えかたにする方が、堅苦しい名詞概念を立てることをあまり好まなかったローマ法学者の心情に沿った訳法に成るかもしれません。　そうすると、「知識」は「知ること」と、そして、「識別」は「識別すること＝見分けること」というように、それぞれ、滑らかな流れの訳に成ってきましょう。

（２）まず、現在の日本で定訳と成っている「法学」の読みに則って、この格言を読み解いてみます。　ローマの法学は、紀元前六世紀のローマ建国から数世紀後に生まれ、紀元後一世紀から三世紀の間にピークに達しました。　これが、「古典期」と名づけられている、第一の最盛期です。　その後、国力の衰微によって、法学への理解力も、法学者の活躍の場も、かなり減ってしまいましたが、それでも、法学の伝統はしっかりと受けつがれ、六世紀の東ローマ帝国で、法学は華麗に復活するのです。　これが第二の最盛期です。　当初は、私塾で、後代には官立の法学校で､それぞれ法学を学んだ人は､共和政下では、政治家＝行政官、公人や私人の法律顧問役などとして、それから、帝政下では､司法官僚､裁判官､行政官などとして､それぞれの時代に、国家・社会の重要な部分を担いました。　世界最古の大学であるボローニア大学は、ローマ法を教える場として、一二世紀イタリアに誕生したのですが、ここには、古代以来のローマ法学の伝統がしっかりと受けつがれています。　明治期以後のわが日本においても､同様です。「法学」について「ロマホペディア」の本体の［Ｆ］部門の記述を御参照下さい。

（３）「法学」というようにきちんと訳しますと、これは、法の専門家だけに関係のある概念ですが、他方で、「法に精通すること」と受けとり、しかも、それを広く捉えて,「法の作法（いわば、法の文法）を知ること」ぐらいの軽い訳しかたをしてみれば、これは、一般市民の方々にも関係する言葉に成ってくるのではないでしょうか。　「神事と人事」問題は別として、「正と不正を知る（見分ける）」ぐらいのことは、法学者でなくても、センスのある人士なら、それなりに説得力を持って出来るはずでしょう。　ところで、別の法文命題の中に、法の「掟（ｐｒａｅｃｅｐｔａ）」の一つと位置づけられるものとして、「各人に彼のものを配分すること（ｓｕｕｍ　ｃｕｉｑｕｅ　ｔｒｉｂｕｅｒｅ）］という表現がありますが、この言葉の意味を理解することも、そのような行動を取ることも、一般人にとってまったく不可能という訳ではありません。　そこで、このような視点から、私たちを取りまいている法の正体を、以下のように、一般人の目線から観察してみたいと思います。　そうすれば、「法の作法」とか「法の文法」とかいったものが、少しは見えてくるかもしれません。

（４）①　私たちは、しばしば、「これは事実だ。」とか、「真実がここにある。」とか言って、自身の立場を声高に主張するのですが、実は、これは、単なる主観の産物に過ぎません。「それは事実・真実ではない。」という相手方の異論との擦りあわせによって､ようやく「事実らしいもの・真実らしいもの」に到達出来るだけなのです。　典型

的には、刑事及び民事の裁判における事実審理の過程が、それへの道筋に成りますが、日常的にも、いわゆる「事実・真実」の、弱くて曖昧な側面をよく認識しておく方が、無用の摩擦を避ける意味で、何かとリーズナブルなのです。　よくある情景を見てみましょう。　官庁や金融機関の窓口で人が身分を証明するものを提示することを求められるのは、今や常識に属しますが、ここで、「私が私であることは私が一番よく知っている。　証明など不要だ。」などと言いたてて、係員を悩ませる御仁は、主観（自身だけの考え）と客観（他人の立場・考え）の区別をまるで理解しない、牧歌的な感じの市民です。　よき古き時代には、「ＩＤカード」のようなものなど、必要とされなかったのですが、時代は厳しく成りました。　「主観に頼らず、客観で勝負していきましょう！」

②　「証明されないことと存在しないことは、同じである。」というのは、ローマのれっきとした学説法文の命題ですが、この世には、法的な世界ではもちろんのこと、日常世界でも、証明が求められることが少なくないのです。　証明には、人証と物証の二種があります。　人証の中で最もパンチの利いたものは、アリバイ証人ですね。　犯人の嫌疑を掛けられた人は、自身が犯罪の現場にいなかったことを簡単に証明してくれる人がいさえすれば、ひとまず、目前の危険から逃れることが可能に成るからです。　次に、物証の中で最も証明力の高いものは、各種の遺留品に付着している血液などのＤＮＡ型のデータです。「とにかく証拠は大切にして下さい！」

③　法の世界には、互いに対立する位置関係にありながらも、中間体や緩衝地帯を介して相互に浸透しあうような関係に立っている概念のカップルが、無数に存在しています。　先の格言の中にも、「正と不正」や「彼のものと彼のものでないもの（後者の表現は表には現われてはいませんが）」が見えていますが、これらに接する際には、複眼をフルに働かせて、相対するもの双方に目配り・気配りをする姿勢を取って頂くことが、お勧めです。　そうすれば、法的な概念を理解することが、いっそう容易に成るはずです。　問題のカップルを、以下にいくつか挙げておきましょう。　権利―義務、物権―債権、過失―故意、作為―不作為、公―私、男―女、成年―未成年、婚姻―内縁（事実婚）、人―物、債務者―保証人、本人―代理人、元本―利息などなど。　自然科学の場合とは基本的に異なって、社会科学の場合には、人の複合的な動きが考察の対象と成りますし、多様な価値観が入りみだれるのが常態なので、どうしても多元的なものの見方が求められます。　「立場・見方の違いのあることを認識しましょう。　相対的な姿勢をお忘れなく！」

④　私たちの行動を指導し、統御し、命令し、拘束し、保護し、不利益処分を下すなど、各種の役目を持つ法は、究極的には、裁判所という国家機構をいわば配下に持つことにより、その実効性を確保しているのですが、私たちが法の真髄に迫るためには、どうしても、法の実働部隊である 裁判の正体を見抜いておかなければなりません。　刑事

でも、民事でも、裁判は一種の「戦い」です。　ここでは、私たちは常に戦闘モードに入ることをよぎなくされます。 弱いところは隠し、強いところは大々的に見せつける必要があります。　ここは、世間の良識などあまり通用しない冷酷な世界です。　それから、判決は一人もしくは複数の裁判官の個人的判断と、割りきって下さい。　立派な判決は数多いのですが、問題含みのものも、ない訳ではありません。「裁判の正体をクールに見つめよう！」

＜２７＞　「時においていっそう早ければ、権利においていっそう強い。」

（１）比較的よく知られた＜Ｐｒｉｏｒ　ｔｅｍｐｏｒｅ　ｐｏｔｉｏｒ　ｊｕｒｅ　．＞が原命題ですが（「時においていっそう早い人は、権利においていっそう強い。」がその逐語訳です）、これは英米法の格言です。　俗に「早いもの勝ち」といういい諺がありますが、法の世界ではどう成っているのでしょうか。

（２）ここで、「権利」が何であるかを少し観察してみましょう。　権利には、公私の両分野で色々なタイプがありますが、私権の中では、「物権」と「債権」が最も重要な組みあわせペアです。　「物権」というのは、「ある特定の物を、直接的・排他的に、支配し、その利益を享受できる権利」で、所有権がその典型です。　それから、「債権」は、「ある特定の人（債権者）が、他のある特定の人（債務者）に対して、一定の行為を請求する権利」です。　金銭の貸主が、借主に対して貸付金の返還を請求する権利が、その判りやすい例ですね。　たとえて言えば、物権がゾーンのレヴェルで広く外部に支配の網を掛けているのに対して、債権はピンポイントに絞って特定人を拘束する、という形に成ります。　これらの権利が交錯する状況が生じますと、物権には債権に対して優先的効力が認められる仕組みに成っていますので、原則として、物権の方が勝ちます。

（３）それでは、物権同士間ではどう成るのでしょうか。　銀行から私たちが住宅ローン形式で巨額の借金をする際、借主である私たちが、多くの場合、連帯保証人を立てること（これは債権法上の話です）にプラスして、その新築の家や土地などに「抵当権」を設定する仕組みを活用する（これは物権法上の話です）やり方が、不動産取引上の商慣習として確立されている点は、既にご存じのところでしょう。　抵当権というのは、質屋にお世話に成る質権とは根本的に異なって、債権者側が、目的物（家・土地）の引渡を受けずに、抵当権を設定した人にその物の利用を許しておくところに、その特徴があります(一方、質の場合は、目的物は債権者の手許に置かれますが）。　抵当権の最も大きな特徴は、債務不履行が生じたとき、債権者に、優先的に弁済を受ける地位を保証している点です。　ただ、この強力な権利の存在を公的な機関における登記によって公示しておく必要は、あります。

もし、抵当権の第一順位の好位置に付けているならば、第二順位以下の抵当権のことは気にせず、満額の弁済を受けられます（もちろん、債務者に資力が十分に備わっている場合に限りますが）。　つまり、時において先であれば、抵当権（物権）によって保証されている債権・債権者の地位は、強いのです。

（４）次に、債権同士の間では、早い遅いはどういう意味を持っているのでしょうか。　結論を申しますと、債権の取立は，　―端的に言えば―　実力だけが物を言う世界の営みなのです。　銀行が債務超過に陥るかもしれない、といった二ュースが巷に流れますと、預金者は銀行の窓口に殺到し、解約を少しでも早くして、リスクを避けようとしますね。　もっとも、本当に破産してしまいますと、残っている会社の資産は、債権の額に合わせて平等に按分されるだけです。　ここには「債権者平等主義」が貫かれます。　強弱の論理はここには成りたちません。

（５）ある人が家屋を賃貸借契約（債権契約）によって借りていた、とします。　ところが、家主は借家人に無断で第三者にその家屋を売却してしまいました。　賃貸家屋の買主は、自身の取得した所有権（物権）をタテに取り、借家人に家屋の明渡を要求します。　このとき、ローマ法では、借家人は、泣く泣く家屋を直ちに明渡さなければなりませんでした。　賃貸借契約は前の所有権者との間に交わされていただけで、新所有者にはその力は及ばなかったからです。　このような扱いは、フランス法でも、ドイツ法でも、また、かつての日本法でも、見られたものです（ドイツ法には，　＜Ｋａｕｆ　ｂｒｉｃｈｔ　Ｍｉｅｔｅ．［売買は賃貸借を破る。］＞という、よく知られた格言があります）。　しかし、現代になると、一般に、弱い立場に置かれることが多い賃借人を保護するための、特別法形式の社会立法によって、実質的には、「家を買う者は賃借人も買う。」という古いドイツの法格言が示しているようなルールが、打ちたてられました。　つまり、賃借人が直ちに追いだされるようなことは、ひとまず食いとめられるのです。　比喩的に言えば、「対外的効果の弱い債権が、対外的効果に強い物権と化した。」　というような現象が、ここにも認められます。

（６）ところで、ローマ法では、以上の点についてどのように成っていたのでしょうか。

①　まず、抵当に関して言えば、土地などの不動産だけではなく、農機具などの動産も、抵当の対象とされ、しかも、個々の財産についてだけでなく、財産全体についても、それが可能であり、また、時期的に後から設定された抵当が、表題のルールに逆らうかたちで、先に設定されている抵当よりも上位にランクされることも、ありました。
ある債権者にとっては最強で、他の債権者にとっては最悪の抵当は、「総財産をターゲットとする、順位原則を破る特権的抵当」ですが、実は、これは、私的自治を抑えこむかたちで、国家の都合＝政策的配慮

により生みだされた産物です。　それでも、当局が、法全体に目配りをしながら、ものの道理・条理や衡平などを考慮に入れて、その都度事態を改善していったお陰で制度化されたものが、これですから、この際、ただ批判するだけではなく、ローマ人の「変わり身の早さ」を評価する必要も、あるでしょう。　全般的に見れば、ローマの抵当制度には、ルースな運用が目だちます。　ローマに不動産登記の制度が欠けている以上、担保となる物件を自身の直接の支配下に置かないかたちで、担保の機能を抵当というシステムに担わせることには、大きな限界があったのです。

②　次に、破産後になされる、多数債権者の債権の整理についてですが、ローマには、一種の「都市伝説」として、以下のような取扱い準則があったことが、後代にまで言いつたえられています。　これは、伝説的なローマ建国から三〇〇年以上たって制定された最初の法律（成文法典）である一二表法の一規定です。　民事案件で有責判決（金銭判決）を受け、判決内容を履行することが出来ないまま、責任が確定した被告は、一定の厳格な手続きを経て、いよいよ自身の身体そのものによって（つまり、命を差しだしてまでも）、金銭債務の不履行の責任を取らされる羽目に陥ります。　その際、例えば、元々債権者が多数登場してくる契約があったり、また、数人による不法行為（現代の犯罪に相当するようなもの）が発生したりした関係で、命を奪ってまでも債務不履行に決着を付けようとする強固な意思を持つ側の人間が複数存在するとき、彼らは、それぞれが保有する持分割合に合わせて、哀れな被告（債務者）の死体を按分方式で切りわけることに成るのですが、一二表法には、「（債権相当分よりも）多く切りすぎても、また、少なく切っても、責任は問われない」、といった趣旨の定めがあったようです。　「自己破産」という、ある意味では軽すぎる民事責任の取りかたに馴染んでいる現代の私たち現代人の心には、「残酷なローマ人」のイメージが浮かんでくるかもしれませんが、実のところ、この手の規定が実際に適用されるようなことは、殆んどなかったでしょう。　これを、遠い過去の時代の記憶を法規の中に留めおくとともに、「借りたものはちゃんと返します。」という神聖な約束から成りたっている契約を破ることの重大さや、不法な行為の非道さを人々に認識させるための、いわば「教育的な」訓示規定、というようにひとまず読んでおくのが、適切なやり方のように思えます。

＜２８＞　「同棲ではなく、合意が、婚姻を作る。」

（１）＜Ｎｕｐｔｉａｓ　ｎｏｎ　ｃｏｎｃｕｂｉｔｕｓ，　ｓｅｄ　ｃｏｎｓｅｎｓｕｓ　ｆａｃｉｔ．＞（ウルピアーヌス）が、原命題です。　婚姻を、「法関係」というタテマエの上の存在とは見ることはなく、単なる「社会的事実」というホンネ上の存在として柔らかく受けとめているローマ人の許では、いわゆる「同棲」も、婚姻も、いわば同一平面上の事実的存在でした。　さて、ローマでは、「婚

姻は、男女の結合であり、全生活の共同であり、神法及び人法の交錯である。」という有名な格言が示しているように、婚姻は、現在において社会の基軸と成っている「法共同体」というようなものではなくて、単なる「生活共同体」なのです（「神法と人法の交錯」という表現は、婚姻に宗教的な雰囲気が伴っていることを指摘している部分です）。　もちろん、婚姻は、構成員をめぐる権力関係や財産関係に関しては、重要な法制度と関わっていますから、婚姻合意を重要なポイントとして設定することによって、それを欠く、いわば下級の生活共同体としての同棲とは、区別がなされているのです。

（２）現代の日本では、「同棲ではなく、（官庁への）届出が婚姻を作る」と成りますね。　ところで、「共に生活を営む」というリアルな意味の「同棲」にも、実は、二種のものがあります。　一つは、「男女が、共同生活を、特別の意識もなく、ただ続けているだけで、この同居状態が、まったくフリーに、しかも自然のままに、常に不安定さをはらみながら、流れているような事実状態」です。　ここでは、男女二人の人格を統合して法的に考えるための環境など、そもそも成りたってはいないのです。　もう一つは、「結婚という社会的・法的な枠組の外にありながらも、互いに人生のパートナーであることをしっかりと認識しあっている、一組の男女の共生の生活」です。　そのペアの双方とも、誰か他人と婚姻関係に立っていない場合には、その共生の形はすっきりしたものに成ります。　堂々たる「内縁」（婚姻の届出がないだけで、実質的には夫婦関係が成りたっている状況）がそこに存在する、と言えるのではないでしょうか。　ここでは、社会的・法的な結婚への道は常に開かれている訳ですが、双方の結婚への覚悟が固まったり、経済的な難点が克服されたり、子供の誕生が見えてきたりすると、ここから、「法律婚」への進展があるかもしれません。ところが、すでに正式の婚姻をしている人が一人でもその共生の当事者の中にいるときには、このように、正式の婚姻と絡みあっているタイプの、事実上の婚姻状態は、複雑な法律的な問題や社会問題ををしばしば引きおこします。「タテマエ（婚姻）」と「ホンネ（内縁）」とが混線する局面が、しばしば生まれてくるからです。

（３）キリスト教を信奉する人々によって構成される法先進国である欧米諸国では、正式の婚姻が、後に（つまり、とりわけ離婚時に）、さまざまな解決困難な法律問題及び経済問題や、社会問題を発生させることを避けるために、「事実婚（ホンネ婚）」が広く成りたつ現象が見えてきています。　離婚が宗教上の制約のために容易でなかったり、離婚時の財産分与や子の扶養・養育による金銭負担が重荷に成るなどが、その原因と成っている、とも伝えられています。　以前は、宗教からの圧力によって、離婚はそれほど頻繁に生じなかったように思われるのですが、今や、「離婚はしないが、別居はする。」といった曖昧な態度は捨てられて、ストレートに離婚へと突きすすむケースが増加しているようです。　今はやりの事実婚は、法上の各種のリスクを回避しようとする、人間の防衛本能の表われなのかもしれませんね。

（４）それでは、ローマの婚姻はどのようなスタイルのものだったのでしょうか。　これは、古い時代のこととしては、かなりモダンなものであったように思えます。

①　形に捉われずに、純粋に婚姻意思だけで、婚姻が成立する点（この国には「法律婚」というものが本来存在しないので、これを「事実婚」と呼ぶのはあまり適切ではないでしょう）、そして、それと関係して、妻が婚姻の継続を望まなくなった時点で婚姻が簡単に解消されてしまう点（夫についても、事情は同じです）。

②　一種の夫婦別産制が成りたっている点（妻が婚家に持ちこんだ嫁資＝持参金は、初期には婚家の家長のものに成っていましたが、後代になると、妻のもの、という扱いに変わります）。

③　ごく古い時代には、妻は「嫁＝家の女」として、婚家の家長の家長権に服していましたが、後に、実家の家長の家長権に服したままで婚家に入るスタイル（権力自由婚）が支配的になり、婚家における妻の法的独立性が確保された点　。

④　妻が、嫁いでいても、実家の家長の死亡時に遺産を相続する資格を保有していた点（その代わり、遺言がなくて法定相続が生じたときの、婚家の家長の死亡時における、家長の妻の相続順位は、家長の娘クラスのものでしかありません）、などの要素が、注目点です。

（５）婚姻の最大の目的は、家を継ぐ男子を得ることです。　ローマでは、子供（とりわけ男子）の死亡率が極端に高く、また、古来の名家では、なぜか出生率も低くて、家が絶えることも珍しいことではありませんでした。　現に、紀元前後の時代には、古い素性の貴族の家は殆んど絶えています。　名家の場合、特に男子の養子縁組によって家を繋いでいくやり方が開発されたのは、そのためです。　家を維持する目的で、家の後継者となるべき人物を手段を選ばずに（つまり、非嫡出子の中からでも）作りだすようなことは、「祖先の慣習＝父祖の習い」が許しませんでした。　彼らが、そういうことでは、「ローマ人の血統が乱れる。」と考えたせいでしょう。　彼らローマ人が最終的に生みだしたルールは、「父は婚姻が示す人である。」という、形式面（タテマエ）を重視した、簡明な形のものです。　もちろん、これは、婚姻中に生まれた子は、父の血を引くものであろう、という推定が働いているだけで、誰かが、「父性」の不存在を指ししめすだけの反証を挙げることに成功すれば、その「父子関係存在」の推定は、破れてしまいます。

（６）突然ですが、現在の最先端の「父性否定」の方法のことをご紹介しましょう。　これまでは、夫が長期間婚姻生活から離れていた事実とか、夫の肉体上の問題性とかにより、物理的・生理的に父でありえない人物が嫡出の子供を持っている場合、どのように法的に対処するのが適当かが、問題されていました。　しかし、ＤＮＡ分析の精度が

飛躍的に高まって、父と成っている人物の保有しているＤＮＡの細かな型番（座位）が、子と成っている人物のＤＮＡ型番（座位）と理論的に繋がりをを持たないことが明らかに出来るように成ってきたのです（その作業には相当な費用が掛るとのことです）。　実際に起きた事案ですが、ある人物（四〇歳の医師）は、医学部学生であった二〇〇二年当時に、血液検査の実習がきっかけで、自身のＤＮＡに関する情報を手にいれて、現在の父のＤＮＡの型番（座位）と自身のそれが不一致であることにに気づき、本当の父親を探しを始めました。　精子の提供者を斡旋した大学病院は判明しているのですが、そこから先へは、色々な制度上の障害があって、父親探しが巧くいっていないとも漏れ聞きます。その後　その人物は、二〇一四年に、精子提供者の情報を開示するよう求める文書を、不妊治療を実施した病院へと送付しています。　「生みの親と育ての親」の組みあわせの意味するものは、母親の場合は、はっきりと見えるのですが、今や、父親についても、その実態が、明確なかたちで捉えられるように成ったのですね。父であることも、父でないことも、科学的に突きとめることが、可能に成ったからです。　因みに、他人の精子もしくは卵子を譲りうけたり、他人の子宮だけを借りたりする場合にも、法律上やっかいな問題が発生する可能性は、あります。　第三者の提供した精子による人工授精に関しては、すでに二〇〇三年段階で、精子提供者開示の制度化を求める動きが公にありましたが、それはまだ実現していません。「自身の出自を知る権利」が法制上確立されるどうかは、興味深い問題ですね。　因みに、提供された精子を用いた不妊治療は、六〇年以上も前から実施されており、すでに一万五〇〇〇人以上の赤ちゃんが誕生している、ということです。

＜２９＞「誰も、自身の持っているよりも多くの権利を、他人に移転することは出来ない。」

（１）＜Ｎｅｍｏ　ｐｌｕｓ　ｊｕｒｉｓ　ａｄ　ａｌｉｕｍ　ｔｒａｎｓｆｅｒｒｅ　ｐｏｔｅｓｔ，ｑｕａｍ　ｉｐｓｅ　ｈａｂｅｔ．＞（ウルピアーヌス）が、そのラテン語の原文です。

（２）この命題は、本来は、「五の権利しか持っていない人が一〇の権利を他人に移転することは、認められない。」ことを意味しているのでしょうが、しかし、「元々何らの権利も持っていない人が、五の権利を他人に移転する。」場合も含んだ表現、というように理解しておかなければなりません。　それで、「権利（その典型は所有権です）を保有していない人が見せかけだけの権利を他人に譲渡しても、それは何らの効果も生みだすことはない（無効である）。」というのは、誰にでも判る道理ですね。　ローマのある文人の言葉である「無からは何も生じない（無から有は生じない）。」についても、同じようなことが当てはまるでしょう。　それから、出所不明の、いかにもローマ人好みの成り行きを活写する格言的命題があります。　「私は、自

身のものを見いだすそのところで、そのものを取りもどす。」というのが、それです。　ある人が、実は他人の所有に属する物を所持するに到る過程の一つに、そのある人が、問題の物を盗んだ人物から、盗品とは知らずに相当な値段で買いうけるケースが、ありますね。そのとき、問題の物を見つけた、本来の所有権者は、ストレートに、有無を言わさず、それを回収する、というのです。　自己中で手前勝手な法思想の姿が、ここに露呈されていますが、それも一つの簡明な解決策と言えるでしょう。　確かに、人は、元々持っていない物など、人様に譲ることなど出来ませんし、また、本来の所有権者が盗まれた物を奪還するのに、遠慮など不要でしょうから、形式論・原理論（タテマエ論）からすれば、当然にそういうな扱いに成ってくるのですが、しかし、実質論・現実論（ホンネ論）からすれば、色々と微妙な問題に衡平・公平に対処していく姿勢が必要とされる局面も、生じてくるでしょう。　以下に、ローマ法の話から離れて、この点について観察してみます。

（３）ところで、「無いものをどう扱うか」というテーマに関してですが、日本では、「これは無かったことにして貰えませんでしょうか」という、意味深長な言葉づかいが聞こえてくるときが、稀にですが、あります。　ここでは、ホンネ的には有る訳ですが、タテマエ的には無かったことして貰う、という、「有から無」への流れに成っているのです。　一方、いわゆる「表見代理（見せかけだけの代理）」の場合は、「無」から「有」の流れが見えています。　この制度が実社会でどれほどの力を持っているかは、外部からはあまりよくは判りませんが、いざというときには、この制度はとても役にたつものです。　さて、「権利や資格を持っていない人物が、あたかもそれを持っているかのような振りをして、法的な行動をするとき、いったい誰が最終的にそこから生ずる損害を引きうけることに成るのか」の問題については、「無いものは無いのだ。」の答えと、「無いものでも、時と場合によっては、有るように扱うことが必要である。」の答、の二手がありましょう。　本人を代理する権利（代理権）がないのに、代理人と称して行為｛表権代理｝をなす人物（たとえば、代理権が消滅してしまっている人）が現われた際、相手方（代金を渡すことになる人）が、問題の無権代理人に代理権がちゃんとあるものだと信じ（「善意」）、かつ、そう信ずる点について過失がない（「無過失」）ときには、正式の代理がなされたのと同じ扱いになり、無権代理人がネコババした分は本人（代理人によって代理されている人―たとえば会社）の損失に成ります。　取引（この場合は、代金の支払い）の安全（支払の有効性）を確保するのも、民法・商法の大事な役目なのです。

（４）ところで、「人があるものを保持している」というとき、その人が、正真正銘の所有権者なのか、他人の物を所持している泥棒なのか、他人の物を預かっているだけなのか、他人の物を借りているだけなのかなど、疑い始めたら、もうキリがありません。　不動産（たとえば土地）についてなら、法務局へ行って登記簿を見てみれば、権利関係や物の正体は明らかに成りますが、動産については、ほとんどお手上

げ状態ですね。　そういったとき、一定の条件を満たしていさえすれば、物を手中に収めている人物をひとまず所有権者と扱っておき、そこから不都合なことが何か生じてくれば、その点は別途に考慮して(つまり、金銭支払い方式で妥当な決済を行なって)、最終的には何とか金銭面で辻褄を合わせる、という迂回路のルートの方が、差しあたり簡明なものとして、利用されることに成ります。　これらは、とくに「動き」の激しい商取引＝物流の世界向けに開発されてきたテクニックでして、硬い言葉で表現しますと、「動的安全」を図ることを主眼にする制度です。　ここでは、物事の真実（あるべき姿）は多少とも犠牲にしてでも、巨視的でトータルな観点から、現実に生じてしまったことを直視し、ひとまず、それに素直に対応していくという、ルースで甘い取扱いが許されているのです。　この世の物流の世界では，大抵のことについては、代替性のある金銭を上手に使えば、事態を円満に解決する道を見つけられますから、動的安全に目を向ける法政策も、賢明な知恵の表われと、評価出来ます。

（５）「動的安全」と言えば、その対極に、「静的安全」があります。一般に、法が取扱う対象の中には、どうしても物事の真実を探りあて、その上に法律関係を築いていかなければ、落ちつきの悪くなる分野があります。　親子関係を筆頭とする身分関係とか、たいていの場合財物の移動を引きおこす相続関係などについては、動態においてではなく、静態において慎重に対象を捉えていくやり方が、中心に成ります。

（６）ローマ人と同じように古代人であったゲルマン人（現在のドイツ人の前身）の許では、「君が自身の信頼を置いたそのところで、その信頼を求めるべきである。」と、言われていました。　つまり、ここでは、自身の意思に基づいて動産の占有を他人に引渡した者は、その相手方に対して返還請求が可能に成るだけで、いったん第三者の手にその物が渡ってしまったら、その第三者からは問題の物を取りもどすことが出来ない、といった趣旨の格言です。　個人主義的な取扱いが主流であったローマの場合とは違った雰囲気が、ここにあ りますね。ゲルマン社会では、あまり波風が立つことがないように、穏便に事を運ぶ習慣があったせいで、権利追及に歯止めを掛けていたのかもしれません。

（７）しかし、ローマ人も「さる者」でして、古くから、土地については二年間、その他のものについては一年間、それぞれ占有を継続すれば、それらの物に関する安定した支配権が公認される仕組みを作りあげました。　これをベースとして「使用取得」の制度が後代に精密化されますが、他人所有の物を使用（占有）を通じて取得してしまうことを可能にする使用取得を成りたたせる要件は、当然のことながら、厳しくされます。　全体として、商取引を円滑に動かすための使用取得の制度は、「動的安全」を確保するものとして、「静的安全」という基本原理を補完する重要な役割を果たしました。　現行法の「即時取得（善意取得）」ほどの切れ味はここにはありませんが、短期で決着が付けられる点で、それに近いパワーが十分に出せますね。

＜３０＞「組合の契約の中には、信義が溢れている。」

（１）＜Ｉｎ　ｓｏｃｉｅｔａｔｉｓ　ｃｏｎｔｒａｃｔｉｂｕｓ　ｆｉｄｅｓ　ｅｘｕｂｅｒａｔ　．＞は、「ローマ法大全」の一翼を構成する「勅法彙纂」の中に収められている勅法（皇帝の発布する個別法規）の一つです。

（２）「組合（ｓｏｃｉｅｔａｓ）」というのは、ある共通の目的の達成を共通の手段で促進するための、複数の人の結合体です。　「古代資本主義」とも比喩的に名づけられることもある、紀元前後の発展したローマ経済社会において、典型的には営利を目的として人々が連合する組織が、これです。　現代に当てはめて表現しますと、これは「会社」のような、人の連合体です。　組合員に成るためには、人が労務だけを提供する場合もありますが、大抵は、ローマ古来の形式・様式・方式などに捉われずに、それぞれがまったく自由なスタイルで金銭を持ちこむことによって、成立します。　組合事業の内容は多様であったと推測されますが、「両替商」ないしは「銀行」、更にはいわゆる「ファンド」などの、現代においても最先端のビッグ・ビジネスの極く先駆的形態が、巨大なローマ世界を舞台として展開されたところが、いかにもモダンですね。　しかも、他の契約の場合とは決定的に異なって、ローマ市民権を保有していない、アウトサイダーの「外人」にも、メンバー受けいれについて、門戸が開かれていました。　ローマが、超一流の世界国家として長い支配を世界に誇れた要因の一つとして、ローマ人の「懐の深さ」を挙げてもよいのですが、外人を組みこんだ、この組合組織の存在も、そのことを端的に物語るものと成っています。

（３）さて、本題の「信義（ｆｉｄｅｓ）」というものが組合とどのように関わっているのか、と申しますと、まず、ローマでは、属人主義が採用されている関係で、外人にローマ法が適用されないところが、注目点です。　外人が、売主や買主として、商取引の現場に絡んできたりすると、ここでは、ローマ法という社会装置は役だたず、ビジネス上の信義だけが、頼りなのでした。　組合も商取引の主体と成りますから、ここにも、信義が溢れているのです。　それから、市民組合員間の話であれば、以下のように、ユニークな仕組みが成りたっています。

①　組合が存続している間は、信義をベースとする義務や責任をちゃんと果たすことに関しては、法的強制は掛けられません。　つまり、訴訟など、出来ないのです。

②　その反面、組合の解散（清算）時には、金銭トラブルを筆頭とする各種の揉め事がしばしば表面化しますが、このときは、信義などど

こかに吹っとんでしまいますので、煩わしい信義の縛りが溶けて、訴訟合戦に成ることも、少なくなかったでしょう。　しかし、元・組合員間で繰りひろげられる組合訴訟で敗訴してしまった元･組合員には、社会的な大罪である信義違反が裁判で確定した、ということで、「破廉恥」の烙印が押されます。　これにより、法的にも、社会的にも、大きな罰が、問題の人に降りかかってきます。　組合が消滅しても、信義の残像は、まだパワーを持っている訳です。

③　それでも、有責判決を受けた元・組合員には、自身の保有する資産の額の範囲で責任額を支払うだけでよい、という特典が認められています。　破産状態に陥った普通の債務者の責任の取りかたは、文字どおり自身の身体によって償いを付けさせる点にまで及びますので、こういった限定責任の制度は、大きなメリットと言えますね。　信義に則って成りたっていた組合契約のウェットさ、優しさ・柔らかさ・人間味の反映を、ここに読みとっても、よいでしょう。

（４）普通、信義と言うと、これは、目下の者から上の人へという方向で、もしくは、対等の位置関係にある人相互間で、果たされると考えられるのですが、ローマでは、少し事情が違います。　つまり、自身所有の奴隷を解放してやった人物（旧主人）は、その被解放奴隷（半自由人）に対して保護者の地位に立ちつづけるしきたりに成っているのですが、もしその人物が目下の被保護者を欺くような事態が発生すれれば、信義違反ということで、神法に背いたその人物が「神に捧げられた者」と成ることが法律によって規定されているのです。　これは、信義に違反した者が殺害されてもやむをえない、ということを、タテマエとしては、意味します。　信義という徳目に宗教的な背景があることが、この古いルールの姿から読みとれますね。

（５）ローマ人は、契約に臨むとき、「フィデース」の名において契約に履行について誓いを立てることに成っているようですが、「信義」を意味するこの「フィデース」は、信義を擬人化した神として、ローマのカピトリウムに置かれた神殿に祀られました。　共和政の最盛期に当たる前三世紀中ごろのことです。　この「信義（ｆｉｄｅｓ）」は，勇気（ｖｉｒｔｕｓ）及び「敬神（ｐｉｅｔａｓ）」と合わさって、ローマ人の「声望（ｄｉｇｎｉｔａｓ）」を形づくるものとされていました。

（６）「敵に対しても信義は守られるべきである。」を意味するイギリスの格言がありますが、このように、信義は、時代や場所を超えて、人間社会を根底から支えるメカニズムと成っているのですね。　最近、戦勝国・アメリカのある元兵士が、戦場で散った旧日本軍兵士の名前の刻まれている遺品を遺族の許へ届けるという、心温まる活動を生涯の仕事として続けていることを伝えるテレビ報道がありましたが、互いに命を賭けてお国のために戦った両国の兵士の間にも、信義が立派に成りたっているのですね。

（７）日本民法第一条第二項には、「権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義二従ヒ誠実二之ヲ為スコトヲ要ス」という規定が、あります。　これは、私法全体に妥当する一般的な指導原理として、昭和二二年に明文化されたものですが、こういった考えかたは、裁判例や学説において、既に以前から確立されていた原理ですので、取りたてて画期的という訳では、ありません。　法には、無色の、乾いた、単なる技術体系（タテマエ）として鎮座する宿命が宿っていることは紛れもない事実ですが、その一方で、法が、血の通った、温かい、ヒューマンな社会的仕組み（ホンネ）としての性格を兼ね備えることも、法の名宛人・受け手である私たち市民の側から常に求められているところですね。

（８）＜ｆｉｄｅｓ＞［信義］は、＜ｂｏｎａ＞［よい］と合わさって、＜ｂｏｎａ　ｆｉｄｅｓ＞［よい信義＝誠意＝信義誠実］の形で、法文によく登場してきます。　「誠意は、同一のことが再度請求されること許さない。」、「信義誠実は、合意されたことがなされることを求める。」などが、これです。　ローマ法では、組合契約などのような正式の契約類型の他に、誇張を籠めて申しますと、無数の契約のパターンがひしめいているのですが、契約を規制する仕事を法にすべて任せるのには、自ずと限界があります。　そこで、表の世界では、裁判を掌る法務官（公職者）が、また、裏の世界では、その人を支えるプロとしての法学者が、それぞれに、信義・信義誠実・衡平・正義の精神を具現するパーソナリティーとして、チームを組みながら、司法の最前線で、法を運用し、リードしていきます。　そのような訳で、とりわけ、民事法に領域では、信義が果たした役割はとても大きいものでした。

＜３１＞「社会があるところに、法がある。」

（１）　＜Ｕｂｉ　ｓｏｃｉｅｔａｓ，　ｉｂｉ　ｊｕｓ．＞がその原文ですが、その出典は不明です。　このように、＜ｊｕｓ＞のところを「法」と訳出すると、意味はかなり限定されてきますが、しかし、そこへ、「ルール」、「準則」、「規範」、「掟」、「矩」などの、含みも多い言葉を代わりに入れてみますと、格言命題の趣旨がもう少し広がって、判りやすくなるはずです。　＜Ｓｉｃ　ｓｏｃｉｅｔａｓ，　ｓｉｃ　ｊｕｓ．＞［このようにして社会が、このようにして法がある（このような社会に、このような法がある）。］も、同趣旨の格言ですね。　ここで、「法」という言葉の厳密な意味について見てみましょう。　一昔前の、二人の有力な法哲学者の概念規定として、以下のような表現が、あります。　碧海純一氏の、「法とは、法規範の総体であり、その法規範とは、政治的に組織された社会の、その成員によって一般的に承認され、かつ、究極において物理的強制力に支えられた支配機構によって定立され、または直接に強行される規範である。」という命題と、加藤新平氏の、「法は全体社会を基盤として存立し、正義実現の要求のもとに立つ所の，強要的、外

面的、一般的な社会規範であって、典型的には、その全体社会における組織的強制　―或いは少なくとも萌芽形態としての、社会的に是認された一定の定型的強制―　をその効力保障手段としてもつ所のもの」という命題が、それです。　「正義」という、古代ギリシアに源流を持つ観念が登場してくる、後者の伝統的な定義の仕方には、いっそうの重みがありますね。　さて、今回は、「社会生活が営まれているところには、必ず、その社会にマッチした、それなりに独特の法（広義のもの）がある。」という筆者流の読みに従いながら、話を進めていきましょう。

（２）「国家（諸々の社会形態の内で最高レヴェルの存在）があるところに、法がある。」のは、近代国家の国内法の話としては、誰にも直ぐ判る理屈です。　しかし、グローバルな視点で、世界の一〇〇を遥かに超える数の国家を擁する、「地球」という巨大なプラネット社会のことを考えてみた場合、確かに、国内法の上位に国際法が位置することにも成ってくるのですが､その国際法の取りしきるテリトリーは、まだまだ広くはありませんし、また、強制規範としての法の最重要要素となっているその実効性も、不十分なのです。　この世に、「力（軍事力）こそが、法である！」と豪語している超大国がひしめいている限り、「地球法」なるもののイメージは、まだまだ手の届かないところにありますね。　わが地球が、大自然の業や人間の愚かな所業のせいで、次々に襲いかかってくるあらゆる苦難を乗りこえて、一つの生存共同体へと成長してくれることを、「歴史人間（ホモ―・ヒストリクス）」の一人として、心から願っています。

（３）俗に「村八分」と称される社会現象が、あります。　これは、それぞれの「ムラ」に伝統的に成りたっている掟やしきたりを日常生活の場で破ったある村人に対して、その村の住民全体が、問題の人物との付きあいを一方的･永続的に断ちきってしまう私的制裁のことです。葬式と火事のときだけは、その人物に御見舞いをしても差しつかえないことに成っていますので、「二分引いて八分」という計算に成るそうです。　法による、ソトの、定型的な御裁きよりも、身近なウチの不定型な裁きの方が､きっと人の心にダメージを与えることでしょう。その生活共同体の外へ逃げてしまえる人の場合は、まだましなのですが、そこに事実上閉じこめられている人は、末代まで、ムラ世界からの意地悪･いじめに苦しめられるのです。　中には､苦しみのあまり、逆上して、村人を報復的に殺害する人が出てくるという、不幸な事件も、あったはずです。　もちろん、この類いのしきたりは、いわば封建時代の遺物でありまして、現在では滅多に見られないもののようですが、「ムラにはムラの法がある！」というようにこのテーマを一般化してみますと、この手の発想は、いまだに古制をどこかに引きずっている感もある現代日本人の各種社会の中に、しぶとく生きのこっているのではないでしょうか。　次に、その辺りのところを見てみましょう。

（４） ①　日本の会社は、かつては、大家族のような雰囲気を漂わせ、世界でも独特のムラ社会の姿を色濃く留めていましたが、昨今では、ドライな国法が、会社内でのルースな約束や規制を圧倒するように成ってきています（それでも、日本の会社がウェットな顔を捨てさるようなことはないと、筆者個人は、今は信じています）。

②　日本の学校は、伝統的に、一種の「治外法権」の特権を与えられているような存在でして、「教育の場」という美名の下に、学校教育法で体罰が禁止されているにもかかわらず、教師側からの「いじめ・体罰」や、生徒間の「いじめ」など、理不尽なことが色々とまかり通っていました。　その中で、追いつめられて、自ら命を絶つ子供も、出てきています。　今後、そういった不条理なことは、是正されるでしょう。　「子供を育てる役目を持つ教育機関には、独特の運用ルールがある。」といった理屈は、子供の命さえも危険に晒される事態を前にして、もはや世間から受けいれられなく成っていますね。

③　柔道や相撲のような格の高いスポーツの世界では、伝統的に、精神を鍛える、とか言って、体罰・いじめ・ハラスメントが横行していたのですが、内部告発の声が上がり、事態が明るみに出て、ようやく国法のルールがその領域に作動する環境が、整い始めています。

（５）日本では、歴史的に見れば、いわゆる「仁侠の世界」の「掟」が存在感を誇っていましたし（外国でも事情は同じようなものだったでしょう）、また、かつての新左翼系の政治集団の内部にも、各種の組織に固有の「掟」があったように、思えます。　昨今では、これらの組織も、国家権力の統制下に置かれるように成っています。

（６）最後はローマの話です。　ローマという「社会」には、ローマの「法」が確かに存在しています。　しかし、近代国家の場合とは違って、ローマ領内に居住する人すべてがローマ市民権を保有する仕組みに成っている訳ではないので、域内の住民に対して一律にローマ法が適用されるような現象は、生じてきません。　ここでは、法適用に当たって、属地主義ではなくて、属人主義が基準として採用されていて、ローマ市民権保有者だけがローマ法の適用を受けられるのです（古い時代では、このような姿は、どこでも極く普通に見られるものですが）。そのような訳で、制度論（タテマエ論）からすれば、法適用上、ローマ市民と、ローマの領域内に滞在・居住をしていながら、ローマ法の保護外に置かれている外人（他の共同体の市民）の住み分け現象が、生ずることに成るのです（多数存在する奴隷は、「人」とは扱われていませんので、この論議とは無関係です）。　しかし、現実論（ホンネ論）に強いところを持つローマ人は、市民と外人が色濃く接触・交錯する環境下で、この住み分け方式を厳密に貫くことには、いくつもの難点が存在するために、妥協策を考案します。

①　ローマ共和政時代の市民権の内容には、色々なものがありますが、政務官（公職者）に立候補する権利と、立法や政務官選挙などにおい

て民会で投票をする権利などが、公民権に属し、一方、私的な権利の中では、ローマ法上有効な婚姻を行なう権利と、有効な取引を行なう権利とが、双璧をなします。　外人はもちろんこれらの権利とは無縁なのですが、しかし、賢明なローマ人（具体的には終身制の元老院の指導層）は、属人主義のタテマエには一切手を付けないで、特定の外人共同体全体もしくはその指導層に、先の通婚権と通商権を特別に付与するかたちで、属人主義ルールに事実上風穴を開けるよう、促します。

②　世界的なマーケットの中心であったローマでは、国際的な取引の現場に外人が当事者として登場することは、珍しいことではなかったのですが、民事訴訟を掌る二人の法務官（ナンバー２の政務官）は、民事的なトラブルを解決するために、ローマ固有の「法」ではなくて、いわば万人共通の「信義」というものを判断基準として用いるよう、審判人（判決を下す任務を帯びた私人）に指示します。　これにより、外人は、ローマ人同士の場合と同じような、「訴訟」という土俵に上がることが、可能に成ったのです。　外人は、とりわけ、市民との間に交わした契約が実効性を持つ（具体的には法的トラブルが発生したとき、訴訟の場で救済される）ようにして貰うことにより、安心して商取引に取組めるように成りました。　当時随一の通商国家の顔を持つローマからすれば、取引の安全をを確保することは、至上命題なのでした。　①と②の措置によって、彼らは、部分的にですが、ローマの法社会の一員に加えられることに成ったたのです。

（７）ついでに、日本の外人処遇の流れについて、少し考えてみましょう。　奈良時代以降の国家形成期には、さまざまな理由により、朝鮮半島や中国本土から、先進技術や先進文明の担い手として、かなりの異国人が日本にやってきました。　やや誇張して表現すれば、彼ら「外人」は、色々な意味において、国内に根を下ろした「異系の文化人」だったのです。　そのような訳で、歴史上の日本の外人処遇政策は、国家の発展のために、かなりの成果をもたらしたものと、見てよいでしょう。　現代の日本ではどうなっているか、と申しますと、過去の実績とは反対に、外人（ガイジン）を排斥する風潮には、依然として根深いものがあります。　つまり、日本は、まだ「世界に開かれた国」には変身していないのです。

＜３２＞　「市民法（ローマ法）における定義は、すべて、危険である。」

（１）＜Omnis definitio in jure civili periculosa est .＞（ヤウォレーヌス）が、原命題です。　実は、「すべて危険である。」と見るのは、危険極まりない断定の仕方に相当しますが、彼は、自身がその見解を採った根拠として、「なぜならば、定義が覆えされないようなケースが、あま

りないからである。」を挙げています。　これで、人をそれなりに納得させる説明が、なされているものと、しておきましょう。　因みに、ローマ法の場合とパラレルなかたちで、法を実務本位に運用する実績を持っていた古来のイギリス法でも、「法律は正確には定義はしないが、しかし、そのような作業はよい人（能力を持った人）の裁量に委ねる。」という格言があります。

（２）ローマ人は、一般に、実際的で実務的な傾向を強く示す人たちですが、法学者も、法を「善および衡平の術」と受けとめて、そこから、具体的な状況に合わせて、アド・ホック（に）妥当な解決策を編みだすことに重点を置きながら、活動していました。　共和政から元首政（初期帝政）にかけて発展段階にあったローマでは、社会も経済も　高度に流動的でしたから、抽象的な定義を立てて事案の処理に当たることには、マイナス要素が大きかったことも、そのような動きの背景にあるものと、考えてよいでしょう。　それでも、ローマも末期に成りますと、各地にある官立の法学校における教育の上での必要から、命題の一般化・理論化が進み、その過程で定義がかなり生みだされるように成ります。　六世紀に編纂された「学説彙纂」の第五〇巻第一六章のところには、「言葉の定義について」と題して、計二四六個の定義的規定が収められています。　以下に、その実例をいくつか示してみましょう。　ローマ人の頭の働かせかたをここからそれなりに読みとって頂けたら、と思います。

（３）　①「もしある人が妊娠している妻を残して死亡した場合には、『子なしに死亡した』とは、見られない。」・・・・ローマ人は、死後にようやく生まれてくる胎児が、胎児の資格で、相続の利益に関われるようにと、胎児にも保佐人を付けておくシステムを開発するほど、相続の成り行きに気を配っていたのです。

②　「『相続人』という呼称は、単に再直近の相続人にだけでなくて、後続する相続人たちにも、関係づけられる。」・・・・「私の相続人の相続人は、私の相続人である。」も、同趣旨の法文命題です。　ある人の息子が既に死亡していても、その息子の子には、そのある人の相続人の資格を与えられます。　因みに、「私の債務者の債務者は、私の債務者ではない。」という法文命題がありますが、ここから、人の繋がりの度合が、血を介して結びついている相続人の場合に比べて、弱いものと考えられていることが、判りますね。

③「たとえなんら弁済されなかったとしても、それは『少なく弁済された』状態にあるものと、理解される。」

④　「本体は残っているが、しかし、その形態が変わってしまったものさえも、『不存在である』と、見られる。」

⑤　「私たちは、『息子』という（単数形の）呼称によって、子どもたちすべてを理解する。」

⑥　「『～することを要するであろう（～することが必要であろう）』という文言は、未来時称も現在時称（要する・必要である）も、意味する。」

⑦　「相続は、死者が持った権利全体への承継に他ならない。」

⑧　「問題の物が他人の物であることを知らなかったか、あるいは、その物を自身に売却した人物が売却権を保有している　―たとえば、その人物が委託事務管理人あるいは後見人である―　と考えてしまった人は、『善意の買主』であると、見られる」・・・「悪意の（事情を知っている）」買主とは違って、「善意の（事情を知らない）」買主は、法上保護されています。
さて、これらの命題の中には、常識論の範囲で誰にでもある程度理解できるものも含まれていますが、その一方で、ローマには、色々と理屈をこねて、異論を唱える人物も少なくなかったので、法学者がちゃんと釘をさしておくためのものも、あります。

（４）言うまでもなく、「定義」という作業は、法律学それ自体や、法学者・裁判実務担当者にとって、生命線にも当たる重大な営みです。これなしには、共通のテーマについての議論も成りたちませんし、意のあるところも、人には正確に伝わらないでしょう。　また、世間一般の人々も、言葉や文章の中で法的な概念に遭遇されたとき、御自身で、それぞれに、「これはこういう意味なのだ。」とか、「これはこういうことに相当するのだ。」とか、「これはこのことに関係するのだ。」、というように理解して、対応をされることに、成るでしょう。それは、定義することと、大いに関係があります。　定義は、法の適用されるゾーンやターゲットを限定的に明示する役目を持つものですから、どうしても一般的・抽象的な表現として、現われてきます。　それだけに、「～は～である」式の命題には、どうしても取っつきにくいところがありますね。

（５）定義の中味をめぐる論争は、法律関係の事柄についてだけではなく、社会の各種の事象をめぐっても、さまざまになされますが、戦後の日本において最も尖鋭な「定議論」の的と成ったのは、自衛隊違憲問題です。　昭和時代をフルに生きぬいてこられた方々は、憲法第九条第二項の「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。」という有名な規定に見える「戦力」の定義をめぐって、そのときどきに、さまざまな定義がなされてきたことを記憶していらっしゃるでしょう（ついでに言えば、二〇一四年の現在では、「集団的自衛権」の定義や位置づけが、自衛権の定義と絡みあうかたちで、ホットに展開されています）。　「外部からの不正な武力攻撃や侵略を防止するために必要最少限度の自衛力は、『戦力』に当たらない。」、「『戦力』というのは、近代戦を有効かつ適切に遂行しうる装備と兵力を持って組織された総合力である。」、「日米安保条約に基づく駐留米軍は、『戦力』ではない。」などが、その定義の例です

が、これらは、時の政府の公式見解であったり、首相を始めとする有力な政治家たちの公私の政治的発言であったり、有力な法学者たちの学問的見解であったり、出所はさまざまですが、それぞれ、戦後史の節目のところで提示されたもののようです。　現在のところ、そのような定義問題など蹴ちらすかたちで、わが国は、世界有数の最新装備を誇る自衛隊（これはタテマエ的な言いまわしですが、ホンネでは、わが自衛隊は立派な軍隊です！）を堂々と保有する国として、世界に認知されています。　このところ俄かに生々しく政治問題化してきた憲法改正論の最大の焦点は、自衛隊にまつわる諸々の基本問題点を、法的・制度的に、一気に解消出来るかどうか、というところにあります。

（６）ところで、ローマ法では、「父祖の習い＝祖先の慣習」とか、「信義誠実」とかの、かなり曖昧であり、そのために含みも多い言葉＝概念が、各所において愛用されていたのですが、現代の日本においても、「公共の福祉」、「公序良俗」、「信義誠実」などの、いわゆる「一般条項」が、とりわけ司法実務の世界で、重要な判断基準として用いられています。　実のところ、これは、定義の難しい、中味の軟らかい概念なのですが、現場の裁判官は、事案ごとにそれぞれに微妙な違いを示しながらも、ほぼ共通の理解に従って、その一般条項を判断の論拠の一つとして、活用しているようです。　ここは、職人芸の発揮される場なのです。

＜３３＞「シュルスのタテマエ論・ホンネ論　（I）」

＊今回から、しばらくの間、趣向を変えて、プーブリリウス・シュルスという、ローマで有名な役者タレントが、二〇〇〇年以上も前に編みだしていた格言作品を、いくつかのワン・プレート式のランチとして　，軽く味わって頂くことにしましょう。　まず、シュルス氏の人物カルテを描いてみます。

①　彼は、「東」のビート・たけし氏と「西」の吉本芸人集団をミックスしたような、奥行きのあるパーソナリティーです。

②　生まれたのは、おそらく、先進オリエント世界に属する地域に展開していたヘレニズム国家の一つであるシュリア（現シリアの辺りに位置しています）でしょう。　前一世紀中ごろに、シュリアは、ローマによって軍事的に制圧され、属州と成りました。　このとき、敗戦国の運命に従って、多数のシュリア市民が奴隷としてローマに連れてこられたのですが、彼も、その内の一人だったのかもしれません。　いずれにしましても、彼は、優れた才能を買われて、奴隷の身分から解放されて、被解放自由人（半市民）と成ったのでしょう。　彼の発想には、ローマ人にとっては新鮮な、何やらエキゾティックな味がありますね。

③　彼の活躍した時代は、あのカエサル（シーザー）の生きた激動の共和政末期（前一世紀）辺りと思われますが、これは、ローマに伝統的な言論・言説の自由が保障されているような文化環境が、幸いにもまだ存在していた時期に当たります。

④　彼の活動の主たる舞台は、その当時かなりの規模を誇る建築物である劇場だったでしょう。　そこでは、即興性のある物まね喜劇が特別に人気のある出し物でしたが、彼はその分野のトップスターの一人だったのです。

⑤　筆者流の解釈では、彼は、相当なホンネ主義者です。タテマエに飽き飽きしていたローマ市民は、上から下まで、身分の区別なく、機智と即興に溢れた、彼のホンネ節の洪水に、連日拍手を送ったことでしょう。

⑥　彼の語った言葉は、「金言録」の中に多数埋めこまれています。幸いなことに、後代において、一種の「教科書」クラスの扱いを受けていた、この書物は、かなり良好な状態で、現代にまで伝わってきています。
＊＊［Ａ］のグループには、タテマエ系の命題が、［Ｂ］のグループには、ホンネ系の命題が、そして、［Ｃ］のグループには、タテマエとホンネが入りまじった命題が、それぞれ、収められる、という手順に成っています。

［Ａ］　①　「法律が力を持っているところで、国民は力を持つことが出来る。」・・・・これは、バリバリのタテマエ論ですね。　これ位のことは、ローマ人なら誰でも言えたでしょうが、彼の場合、全般的に、この手のタテマエ論は、無数のホンネ論のベースないしは対抗軸としての役割を担う位置に、あります。　そのためもあって、彼のタテマエ論は、全般的に、多少ともパンチに欠けるものと成っていますね。

②　「君は、もしよい人と悪い人が一体と成って滅びてしまうことになるような場合には、悪い人さえも許せ。」・・・・ホンネ論からすれば、悪人を懲らしめる、という大義の下では、善人が何かの拍子に悪人の所業を罰する過程に捲きこまれて、犠牲に成ってしまった際、その悲劇にに目をつぶるのも、やむを得ない、といった発想も、現実に力を持ってくるでしょう。　しかし、ここには、「善人は何があっても守っていかなければならない！」という理想像（タテマエ）が宣明されています。　因みに、「君がよい人を許すためによくない人を許すのは、立派である。」も、同類の命題です。　「悪い人であるかどうか」の審査を厳密に行なったりすると、結果的にその人物を取りにがす事態も発生しますが、それでも、このやり方は、ルースな悪人認定作業のせいで不幸にも「冤罪」が生じてしまうよりは、無難である、とのモダンな見方に繋がるところを持っています。

③　「自身から法律（法）を取りさることは、自身から最初の援助を奪いさることである。」・・・・「法律が市民の生活を根底から支えてくれている。」といった市民意識は、「法の国・ローマ」では、市民に共通の感覚だったでしょう。　確かに、ローマ法には、「弱者」への優しい眼差しが随所に見られますね。　そのような成果は、歴代の無数の法学者の功績に帰せられるように思います。　それに、帝政時代には、皇帝その人が、社会政策的な措置の一環として、弱者救済を内容とする法規を積極的に生みだした、立派な事例も，少なからずありました。

［Ｂ］　①　「悪業が役にたつときには、正しく行動する人さえも、悪行に走る。」・・・・「正が不正よりも上位になければならない。」などというタテマエ論を吹っとばすような、鋭いホンネ型の観察ですね。　「利益絡みなら、人は何をしでかすか、判らない。　善人の場合でも、同じことだ！」　シュルスは、このように冷ややかな目を持つリアリストなのでした。　彼のホンネ論は、このように物事の現実(ホンネ)に的を絞って、展開されます。　それが、一つの真理を明らかにするものとして、世に受けいれられることに成ったのでしょう。

②　「慈悲は、裁き手として、法律（法）を分解する。」・・・・「法律（法）に御慈悲を求める。」というのは、私たちにも十分に理解できることなのですが、しかし、「慈悲は主体的に法律（法）に対峙するだけの存在感を誇るものである。」とまで、私たちが言いきるには、勇気も必要ですね。　筆者は、この場合、慈悲をホンネと見たて、タテマエとしての法律（法）に対置することに、しています。　話題は変わりますが、わが日本人は、この現代においてさえも、「慈悲の法＝法の慈悲」に憧れる心情を、心の奥深くに抱いているのではないでしょうか。

③　「君は、行為について沈黙することによって、自身の罪をいっそう重いものとする。」・・・・これは、近代刑事訴訟法上の、いわゆる「黙秘権」の発想とは最正面からぶつかる可能性のある命題です。無実の人は、自身の無実を必死で証明していかなければ、身に危険が及ぶ、ということを警告するのが、この命題の最終的な趣旨だと考えられます。　これは、悪いことをした人間が、自身に降りかかる処罰を恐れるあまり、押し黙ってしまうこともある、という現実状況（ホンネ）に着目して、打ちだされた、現実寄りの見解でしょう。　私たちは、沈黙が悲劇的な成り行きを引きだすことがないように、ホンネの毒性（「沈黙は自白の一種である！」と決めつける世間の雰囲気）を承知した上で、身を処していく知恵を磨かなければなりません。「無実であれば、とにかく、トコトンまでそれをアッピールして下さい！」

④　「時の緊要は立派な法律（法）である。」・・・・「緊急の必要」が介在するときには、タテマエの権化である法律（法）も退かなけれ

ばならない。」という冷酷な現実（ホンネ）が、ここに摘出されています。　たとえて申しますと、「法律は平時の法で、緊要は戦時の法である。」ということに成りますか。

［Ｃ］　「相続人の悲嘆は、仮面をかぶった笑いである。」・・・・ここには、相続人と成るはず人物（たとえば息子）が、タテマエとしては（表面上は）、父である家長（被相続人）の死を悲しんでいますが、ホンネでは（本心では）、相続が開始することによって財産が転がりこんでくるときのことを考えて、彼の顔に思わず笑みが洩れてくる情景が、見えています。　悲しみと喜びのコントラストが、印象的ですね。　近代欧米語にも、「笑う相続人」といった系列の表現がありますから、どこでも事情は同じなのです。

「番外編」　「醜い婦女でも、猿たちの中では、最も美しいものと成るであろう。」・・・・この言葉を聞かれた現代人は、誰でも、これを「差別発言」と断定されるでしょう。　「人権問題」に関わる、不当な表現である、と位置づける人も、出てくるはずです。　このような言いまわしを大真面目に取りあげる筆者も、非難の的にされるかもしれませんね。　ところで、女性をこき下ろしたり、女性の悪口を言ったりするのは、シュルスのお得意芸の一つでしたが、劇場の舞台で男たちの笑いを取るための仕掛けの一つだ、ということで、大目に見て頂けないでしょうか。　ローマの女性はとても強かったので（人類の歴史の上で最強、という説さえ、あります）、世の男たちのストレス発散の場の一つが、女性が絡む風刺喜劇を観賞することだったかもしれません。　それはそれとして、筆者個人には、シュルス作のこの一文には、人の生きかたや人生観に絡んだ深い戒めも隠れているような気がしますが、いかがでしょうか。

＜３４＞「シュルスのタテマエ論・ホンネ論（Ⅱ）」

［Ａ］　①　「正しいことは、すべて、すべての不正の上に置かれた。」・・・・タテマエ（理念）の上では、このように安定した姿が設計出来るのですが、しかし、現実面では（ホンネでは）、本来は下に押さえこまれているはずの不正が、各所において前面に踊りでてきて、正（正しいこと）を食い破る現象が、しばしば見られます。　更に、時代環境の変化により社会の価値観に変化が生じ、「正」と「不正」、「法」と「不法」の位置関係がしばしば逆転してしまう局面さえも、見えてきますね。　シュルスの活動していた前一世紀は、ローマの価値観の根幹をなす共和政が揺らぎ始めた、時代の変わり目に当たるのですが、それだけに、彼は、ここで、ローマ人が彼らなりの正＝法を追いもとめた結果として作りあげたローマ流の「法治国家」のイメージを、確認しておきたかったのではないでしょうか。

② 「誰であれ、悪い人が罰の対象と成ることは、よい人々のための防護である。」・・・・この世に「よい人・善い人」と「悪い人」とがいる、というように対比を試みるやり方は、一見すると、明快な手法ですが、実は、一体誰がその判定をするのか、という実務論（ホンネ論）に入ってくると、とたんに話は難しく成ってきます。 現代について申しますと、刑事裁判と民事裁判に持ちこまれた案件に関しては、裁判長が、いわば、「よい人・善い人」と「悪い人」の仕分けを、各ケースごとに、きちんとしてくれますが、ときには、上級審でその判断が、引っくりかえってしまうこともあります。 刑事裁判の領域での「悪い人」の判定は、被告人への「無罪の推定」原則が大きく立ちはだかっているために、かなり微妙なものに成ることもあるからです。 いずれにしましても、「悪が栄えて、善が滅びる。」現象など、歴史のどこにも、数えきれないほどあることに思いおよんで頂ければ、「善悪」・「正邪」の区別の難しさは、人々に自然に理解されるでしょう。

③ 「訊ねられたことに対して答える必要は、常にはない。」・・・・タテマエとしては、確かにそのように言いきることは出来ましょうが、現実（ホンネ）の問題と成りますと、そうはいかないときも、あります。 「ノー・コメント」という、答えているようでもあり、答えていないようでもある受け答えのしかたがありますが、これは、とにかくその場を円く収めるテクニックとしては、なかなかのものですね。一流の政治家ともなれば、それを使いこなす技術を持っているはずです。 因みに、刑事事件の捜査・審理の際に「黙秘権」を行使する人は、最大限に「沈黙したままでいること」を制度上認められている人です。

[Ｂ]① 「大衆の意見は、常に、最悪の人の論拠である。」・・・・「大衆」のイメージは、同じように直接代表制を採っている共和政ローマの場合と、先輩の民主政アテーナイの場合とで、大きく違っています。共和政の最盛期におけるローマの大衆は、観念・想念（タテマエ）の中だけで成りたっている度合いが強く、必ずしも市民全体を代表するものとは成っていないのですが、他方、民主政アテーナイの大衆は、市民全体を代表する実質（ホンネ）をかなり備えた存在です。 それでも、多数の民衆からなる「大衆」は、どちらの国（ポリス）においても、政治の世界では、声の大きい勢力でした。 それを巧みに利用する輩が現われるのは、当然のことです。

② 「君は、実現されるのが可能であること以上のことを、約束するな。」・・・・「実行可能なことを約束しなさい。」という教えは、現実（ホンネ）に即した賢明なアドヴァイスです。

③ 「一度でも悪い人であった人は、常に悪い人である、と言われる。」・・・・、犯罪に手を染めた人は、罰を受け、刑に服して、社会復帰してくるのですが、タテマエ論からすれば、これで一つの処理サイクルが完結することに成ります。 これで、悪いことをした人は、

いわば「普通の」人と成るのです。　しかし、犯罪の前科を持つことに成ってしまった人は、社会生活を営む上で、色々と不利益を蒙ります。　以上は現代日本の話ですが、もしシュルスのホンネ丸出しの論法がローマで受けいれられていたとすれば、善悪の基準が厳しかったローマでは、元々悪い人や、たまたま悪いことをやらかした人物の辿る運命は、とても厳しいものだったと思われます。

［Ｃ］「悪事を犯した人々を根絶するのではなくて、悪事それ自体を根絶するのは、よいことである。」・・・・これは、犯人を消しさる（殺害する・国外退去に追いこむ）のではなくて、問題の人の犯罪それ自体を、処罰を経て、処理するよう努めることが大切である。」ことを表明したものです。　ここでは、犯罪がタテマエで、犯人がホンネ、という位置関係が成りたつと、考えられます。　日本にも、中国由来の「罪を憎んで、人を憎まず。」いうことわざが、あります。　実は、こういった考えかた・受けとめかたは、かなりタテマエ（理想）寄りのものですね。　その対極には、ホンネ（被害者の心情）が露出したものとして、「犯した罪そのものは、犯人が罰せられることによって、償われることもあり、犯人を許す気持ちに成らないこともないが、しかし、生身の人間である犯人の方は、そう簡単に許す訳にはいかない。」という感情が根強く存在しています。　そういった発想の延長線上には、まだ犯行には至っていませんが、危険な匂いのする人物を、当局の監視下・管理下・支配下に置く、といった、歴史や時代の流れに逆行するような動きも、「巨大政治テロ対策」の一環として、海外の法先進国も進行しているようです。　ホンネとしての「人」そのものに露骨に手を付けるこのやり方は、明らかに人権の侵害に成ります。　因みに、刑期を終えて出所してきた常習的性犯罪者の動きを常時監視する電子システムを実用化している国も、あるとのことです。

「番外編」　「あるいは首を吊られるにしても、美しい樹からの方がよい。」・・・・ローマ共和政下では、ちゃんとした市民の場合に限って言えば、死刑が実際に執行されるケースは、それほど多くなかった、と推定されますし（国外亡命によってそれを回避することも、十分に可能でした）、また、絞首刑のような残酷な（？）執行方法など、ありません。　したがって、シュルスのこの言葉は、高度に比喩的で抽象的な言いまわしの産物です。　それでも、このような超リアルな描写は、いかにもシュルス風ですね。　人をギョッとさせるのは、人の気をひく高級技術の一つですが、彼はそれを心得えていたのでしょう。この命題の本当の意味は、もっと柔らかく、「人生には美学が必要である。」という辺りにあるのかもしれません。　読者の皆さんはどう読み解かれますか。　奇才・たけし氏なら、シュルスの命題にどのように反応されるでしょうか。　ぜひお聞きしたいものです。

［Ａ］

①　「唯一人の人でも守られるときには、すべての人々が安全である。」・・・・悪事や犯罪からある一人の人が守られた、という実績があるとき、同じようにして、その後に続く人々も守られることに成る、というのが、この命題の趣旨ですが、現実はそんなに甘くはないでしょう。　人の願いがここに表われているのではないでしょうか。タテマエ（理想）に頼るのは、厳しい時代を生きる人々には、極く自然なことです。　タテマエは心の拠りどころだからです。

②　「告発する人自身が裁くところでは、法律（法）ではなくて、暴力が、力を持つ。」・・・・「告発する」のは、刑事裁判を起動させる人の営みです。　一般に、自らのイニシヤティヴで犯罪を嗅ぎつけて、怪しい人物を告発する当局者と、その事案について裁判を執り行なう者が同一人である、といった構造に成っている刑事裁判制度は、歴史上あちこちに見られます。　ひょっとすると、ローマでも極く古い時代には、その手のものがあったかもしれませんが、シュルスの生きていた時代には、正規の裁判に関する限りでは、現代風に、告訴者と判定者は、別人でした。　シュルスは、民事裁判につきましては、「誰も、自身の事案においては、審判人（裁判者）であることは出来ない。」と言っていますから、これら二つの命題を立てることによって、裁判の原則のようなものを確認しようとしたのでしょう。　当りまえのことをさらりと表現するのも、立派な啓蒙活動なのです。　彼は、当時の知識人としての顔も、ちゃんと持ちあわせていたのかもしれません。

③　「無実の人から犯罪が作りだされるのは、容易ではない。」・・・・これは一種の公理（タテマエ）のようなもので、どのような社会においても当てはまる命題ですね。　しかし、現実には（ホンネでは）には、「容易でない」ことが、「容易に」起こるのです。　ローマでは、とりわけ共和政下で、刑事裁判が、政敵を追いおとすための合法的手段として、しばしば利用されていますし、現代の日本でも、警察や検察の勇み足のせいで、誤認逮捕が、ときには発生しています。

［Ｂ］①　「いっそう先に悪事を犯す人に対して、君が悪事を犯すことに成っても、君は罰せられない。」・・・・いわゆる「正当防衛」は、厳しい条件をクリアした場合だけに認められている特別の扱いですが、この命題の趣旨をもっと広く受けとめれば、「先に悪いことをやった者は、後にやり返されても仕方がない。」という、常識（ホンネ）に則った行ないも、ここには含まれてくるでしょう。

②　「有実の人は法を恐れるが、無実の人は運命を恐れる。」・・・・これは、人の心情（ホンネ）を見事に捉えた命題ですね。　現代の「無実の」被告人なら、もちろん運命に翻弄されるなどとは考えず、「法に望みを託す。」ということに成ってくるでしょう。　日本の司法はそれに対応する力を十分に備えているからです。

③　「多数の人々が矯正されるために、唯一人の人が、手続に則って滅びる。」・・・・多数の人を正しい道へと導くには、大変な手間とコストが掛ります。　それで、例の「一罰百戒」方式で、一人がピック・アップされて、見せしめのために、タテマエ（原則）通りに、大々的に、きっちりと処罰してみせる、という訳です。　このようなことは、現代でも、あちこちで秘かにやられているのではないでしょうか。当局は、タテマエとしては、そういう手ぬきの認識はない、と主張するでしょうが、ホンネでは、その辺りの事情については、百も承知なのではないでしょうか。

④　「共有のものから固有のものを作るのは、不和の始まりである。」・・・・共有の原初的形態は、法定相続によって自然的に発生する相続人共同体の姿ですが、ここでは、多くの場合、相続財産（遺産）を法が定めた持分に従って分割することを通じて、その共有状態が解かれることに成ります。　どこの国においても、相続人グループというのは、身内であるからこそですが、やたらにモメ事を起こす集団です。　シュルスは、相続紛争の現実（ホンネ）を見聞きして、大いに誇張を籠めながら、「不和の始まり」と形容したのでしょう。　もちろん、複数の人が、意思の合致により、作為的に組合などの共同関係を構築していて、後に、何らかの事由によりそれを解散するときにも、残務整理の局面で波風が立つこともありますので、先の場合と同じように、ここでも、仲たがいの種が播かれることに成ります。

［Ｃ］「いっそう権勢の強い人は、自身が求めるときには、求めることによって、強要する。」・・・・「求める」というのは、形式（タテマエ）上の仕草を描写し、「強要する」というのは、ホンネ（実態）をリアルに描写するものです。　同じシュルスの言葉に、「いっそう上の人が懇願するときには、いっそう下の人がその懇願を拒むことは、難しい。」という、人間関係の力学を活写する表現がありますが、これらは、合わさって、ローマ共和政下で極く普通に見られる人間模様の実態を示してくれています。　本来は平等なはずの人の間に、「上」と「下」の関係が実質的に形づくられる現象を生みだす主原因としては、どこにでも見られる、「権勢（政治的地位・法的地位・経済的地位）」の存在と、おそらく歴史上ローマにおいて典型的に認められると考えられる「権威」の存在、との二つがあります。　後者の命題に見える「上の人」の中には、「権勢保有者」と「権威の徳を身に帯びている人」の双方が、中核部分と成ります。　両者の違いは、前者が、「タテマエ」をひけらかして、望みを遂げるのに対して、後者が、「ホンネ」の次元で、自発的な服従をかちえるところに、表われています。なお、貧富の差による上下関係は、必ずしも永続的ではないので、権勢・権威の場合とは、少し事情が違いますね。

［Ａ］①　「失なわれたことが知られていない状況の下で失なわれたものは、失なわれることには成らない。」・・・・一つの解釈は、「人は、自身が、例えば物を喪失したことを自覚していないときには、喪失が生じたことを申したてることは出来ない。」ぐらいの意味に成りますか。このような彼の論理の運びの中に示されるタテマエ論の高い水準につきましては、ローマ法学者も顔負けのところが、ありますね。

②　「自身が欺かれていることを知っているあの人は、欺かれているものとは考えられない。」・・・・①の命題と同類のものです。　こちらの方は、立派な常識論（タテマエ）を述べたもので、論旨は明快ですね。　後代のローマ法学者の学説法文として、「望む人には、不法侵害はなされない。」（自ら損害が与えられることを望んでいる人に損害が与えられても、そこには不法侵害など、成りたたない。）が、ありますが、これは、シュルス文において展開された論理の流れと同じものを持っています。

③　「明白な事案は、それ自体の方で、判断を持つ。」・・・・問題と成っている事実関係（ホンネ）が明明白白の状態にあったり、その事実をめぐる法的論理（タテマエ）が明晰なものであったりすれば、その事案は、他者の判断を仰ぐまでもなく、それ自体、確かな法的判断を導きだすのですが、現実には、これら二つのポイントがファジーな状況をはらみつつ成りたっていることが多いので、利害関係者の許で、しばしば対立が表面化します。　裁判はそれに決着を付ける場です。

［Ｂ］①　「共同の難船（難破）は、すべての人々にとって慰めである。」・・・・これが意味することは、必ずしも明晰ではないのですが、筆者としては、「船が難破して海損が発生したとき、船もしくは積荷の共同所有者のそれぞれは、自分一人だけが大損をしたのではなくて、仲間も平等に被害を蒙ったことで、多少とも心が癒される。」くらいのニュアンスをここから読みとりたいと思います。　シュルスには、これ以外にも、あちこちに、人の気持の機微（いわばホンネ）に触れるような優しさ・柔らかさ・温かさが滲みでた言いまわしが、あります。　彼が唯の毒舌家ではないところに、彼の人気の秘密があるのでしょう。
②　「有実の人が無罪放免されるときには、審判人は有罪判決を受ける。」・・・・タテマエ論（制度論）からすれば、何らかの事情のせいで犯罪に関して有実の人物に無罪判決を言いわたしてしまった裁判者は、各方面から非難されることもあるでしょうが、ただそれだけのことです。　しかし、ホンネ論（実質面）では、その裁判者は、世間からは罪人のような扱いを受ける、という訳です。　現代でも、誤判の疑いのある判決を下した裁判官が罰せられる、といったようなことは、聞いたたことはありません。　それでも、「出来る裁判官」、と「あまり出来のよくない裁判官」の仕分けぐらいは、司法の事務方のトップのところで、それなりになされているのではないでしょうか。

③　「債務を負う人は、債権者の家の敷居を好まない。」・・・・「借金持ちは貸し手の家に近づきたがらない。」のは、ホンネ丸だしの判りやすい公理ですね。
④　「有実の人を擁護する人は、自身に犯罪を生みだす。」・・・・これは、弁護士という職能をマイナス方向で捉える命題ですが、私たちジュリスト（法律関係者）は、有実の人（無実ではない、いわばクロの人）や、無実（シロ）なのに、有実の人として当局の追及を受けている人を、弁護活動などを通じてバック・アップしていくことを、弁護士の当然の責務と考えています。　捜査当局や世間から「犯罪者」と見られている人が本当にそうなのか、という根本的なことを含めて、弁護士は　さまざまに相手方に対して疑問を投げかけ、同時に、犯罪者の側に情状があることををアッピールする任務を帯びているからです。　攻め手の検察の勇み足や暴走にストップを掛けられるのは、弁護士だけです。　裁判官には、この点に関して、あまり期待を掛けることは出来ません。,
⑤　「君は、たとえ役にたつことが正しいものでなくても、それが正しいものであると考えるべきである。」・・・・「正しいもの」がすべて「役にたつ」とは限りませんが、たいていの場合、そのように成ることでしょう。　ここでは、「正しい」という観念の世界の判断（タテマエ）と、「役にたつ」という実利の世界の判断（ホンネ）とが、巧くマッチしています。　しかし、この世では、「正しくないもの」が「役にたつ」ケースも、しばしば生じます。　そのとき、実利性に重きをおいて、「正しくない」ものでも「正しいもの」と見てしまおう、というのが、シュルスの立場です。　観念を重んずるギリシアの人々なら、「いくら役にたつものであっても、それが元々正しくないものであるならば、それは依然として正しくないものである。」というように、硬い姿勢を貫くことでしょう。

［Ｃ］「最高の正は、たいてい最高の不正である。」・・・・シュルスが活躍していた時代と同じころ、文人政治家のキケローも、この趣旨のことを書物に書きしるしています。　これらの発言は、動乱の前一世紀において内乱や党派間の政争が相ついで、ローマ本来の価値観が大きく揺らいだことも作用して、「正」と「不正」の境目がぼやけてしまったことを嘆く風潮が世間に広がったことを、反映しているのかもしれません。　表題の表現の内、「正」がタテマエの位置に、「不正」がホンネの位置に入るものと、見ておきましょう。

「番外編」　「たった一本の髪の毛でさえも、自身の影を持つ。」・・・・日本には、「一寸の虫にも五分の魂。」という、昔懐かしいことわざが、あります。　これと合わせて、上記のローマの産品を御賞味下さい。　「小さく、しかも弱々しいものにも、それ相応の意地があり、決してそれを侮ったりしてはならない。」が、一つの読みです。　かの「一寸法師」君も、小さいながらも、なかなかの人物でしたから、心優しい日本人には、シュルスの譬えが、心に沁みいることでしょう。さて、仮に、「髪の毛」はタテマエ（表）であり、「影」はホンネ（裏）である、と図式化してみれば、先の「虫（の体）」はタテマエ（外）

であり、「魂」はホンネ（内）である。」という対応関係も、成りたちますね。　この手の、人生訓を中味とするような格言命題は、時代や場所の違いを問わず、どこにでも見いだせるものですが、「影」というような、暗くて、自主性のない、いわば卑しいイメージのものに、ちゃんと実存性を認めたシュルスの鋭敏な感覚には、筆者は個人的に敬意を表します。　かつて奴隷であったかもしれないシュルスの心意気を、ここから読みとりたいものです。

＜３７＞「擬制は、真実に反するが、しかし、真実と扱われる。」

（１）「擬制」と「推定」という、重要な一対の法概念は、世間一般の人にはあまり馴染みのないものかもしれませんが、これらは、歴史的に見て、法がそれなりの水準のものに達しますと、たいていは開発されてくる高級テクニックです。　現代の法制度にはもちろんですが、ローマ法にも、これらはちゃんとあります。　ところで、事の「真実・真相」というものは、必ずこの世に存在するのですが（タテマエ）、いざそれを突きとめるとともに、それを利害関係者の相手方のクレームを押しきって証明していく（ホンネ）のは、かなり厄介な仕事なので、これを道理に適ったやり方でなんとか解決しよう、として編みだされた知恵が、擬制と推定なのです。

（２）さて、「硬度」の点からしますと、両者には相当の開きがあります。　つまり、動詞の形では「みなす（日常的な言いまわしを紹介しますと、「欠席は賛成とみなす。」）」と表現される「擬制」は、そもそもまったく異なっているものを、同じものとして扱ってしまう仕組みで、これは、端的に言えば、「白を黒と言いくるめる。」ような荒業が用いられたケースです。　しかも、日本民法の場合、この現象が法規によって作りだされますので、擬制はとても硬い性質のものなのです。　「みなされた」ことが実は事実にまったく反する点について、人がいくら反証を挙げても、「みなし効果」それ自体がひっくり返らないことが、その点を物語っていますね。　ただし、重要な例外があります。　私たちの周辺には、人が生死不明である案件が、かなりの数、存在していますが、人にまつわる法律関係をいつまでもペンディングな状態にしておくのは不適切なので、生死不明者について、「死亡したものとみなす。」というように宣告する「失踪宣告制度」が、設けられています。　しかし、失踪者がちゃんと生きていることなどが判明した際には、失踪宣告の取消が可能に成っていますので、修正は、例外的に、可能です。　人の生死に関わることの重要性が、硬い殻を持つ擬制に穴を開けたのですね。　ついでに、もう少し身近なことにおける擬制の例を見てみましょう。　民法第八八六条には、「胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす。」とありますが、これは、「私権の享有は、出生に始まる。」という大原則がある関係で、被相続人の死亡時に相続人の資格を持てない胎児に、相続人という立派な資格を与えておく役割を持った、特別措置です。　この場合、

胎児が人でないことははっきりしていますので、後で述べる「同時死亡」のケースとは違って、事実については異論が出てくる余地はありませんが、「異なっているものを同じものとして扱う。」という「擬制」概念の枠に、「胎児問題」が入ってくる訳です。　人生経験の豊富な方なら、この「胎児相続」の大特例のことは既にご存じのところでしょう。　それから、手続法（訴訟法）の分野にも、とてもメリハリの利いた「擬制自白」の制度があります。　これは、民事事件を扱う裁判所において開かれる法廷に出頭してこない被告が、原告の主張する事実を、「自白」することにより認めたものと、みなされてしまう、という重大な効果を導きだす仕組みです。　そこまで重要なこととは思わず、気が乗らない、とかの軽い気持で法廷に欠席したりすると、大変なことに成ってきますね。

（３）次のテーマは、「推定」です。　日本民法第七六二条には、「夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とする。・・・・夫婦のいずれに属するか明らかでない財産は、その共有に属するものと推定する。」とあります。　ここの「推定」は、法規が、その存在がはっきりとはしていない事実を、一応のところ存在するものとして、一定の法律効果を生じさせるようにすることです。　したがって、夫婦の一方が、反証を挙げて、自身固有のものであることを証明できれば、共有の推定は破れてしまうのです。擬制の場合に比べると、システム（タテマエ）上は，硬度の点で劣るのですが、手続（ホンネ）の問題としては、当事者に対立がある中で、反証を成功させるのは容易ではありませんので、推定には、それなりの硬度も、事実上は備わっていますね。　もう一つ、推定の例を挙げておきましょう。　数人の人が、同時に危難に遭遇して死亡しましたが、それぞれの人のどちらの方が先に死亡したかが正確に判明しない状況に到ったときについて、「同時に死亡したものと推定する。」という規定が、民法第三三条の二に置かれました（これは、一九六二年の改正によるものです）。　人の死亡には相続が付きものですが、どちらが先に死亡したかで、遺産配分の結果が違ってくる場合もあるので、そこから、死亡順序に絡んで、重大な遺産争いのトラブルも、ときには生じてきます。　法は、相続が粛々と取りおこなわれるように、このような措置を採ることにしたのです。　もちろん、異なった時点での死亡が証明されれば、同時死亡の推定は覆されます。　これが推定の硬度の低さを物語っていますね。　この他に、刑事分野の「無罪推定」の大原則が、私たち市民を守る砦として立派に機能していることを、この際に記しておかなければなりません。

（４）表題の格言のラテン語原文は、＜Ｆｉｃｔｉｏ　ｅｓｔ　ｃｏｎｔｒａ　ｖｅｒｉｔａｔｅｍ　，　ｓｅｄ　ｐｒｏ　ｖｅｒｉｔａｔｅ　ｈａｂｅｔｕｒ　．＞です。　これは英米法系の格言です。

（５）最後に、ローマ法上の擬制について見てみましょう。　ローマ法は擬制の宝庫です。

①　胎児の保佐人・・・・父（家長）が死亡すると、相続が発生しますが、その妻に懐胎している胎児がいるとした場合、父が、自身の死後に生まれてくるはずの子（後生子）にも、相続面で配慮をしておきたい、と思うのは、極く自然な感情でしょう。　しかし、権利能力は出生によってしか発生しませんので、それは不可能です。　そこで、「相続に関しては、胎児はすでに生まれたものと擬制する。」というやり方が、開発されたのです。　胎児には、その利益を守るための保佐人が付くことも、あります。　これはなかなかの知恵ですね。

②　コルネーリウス法の擬制・・・・ローマの兵士が、捕虜に成ったまま、外地で死亡してしまった場合、彼は捕虜に成った時点でローマ市民ではなくなっているので、彼の遺言には、市民法上、何らの効力も認められません。　しかし、有能な将軍・スッラは、不幸な戦士のために、「彼が市民として立派に死亡した。」と擬制して、死者の遺言に正式の効力を認める道を開きました。

③　プーブリキウス訴権・・・・ローマの社会生活上重要な「手中物(奴隷など)」の所有権を譲渡して貰うためには、厳格な要式行為を経由しなければなりません。　単にその物の引渡を受けただけでは、権利が移転するには、不十分なのです。　その代わり、一年ないしは二年の間、ある人が物の占有を継続したことに加えて、他の一定の条件が満たされている限り、その人は、「使用取得（取得時効｝」の制度のお陰で､その物の所有権者のような地位に就くことが出来ます。　しかし、その期限より前に問題の物の占有を他人に奪われてしまった人は、取得手続面での弱点が尾を引いて、その法的地位が低く抑えられているために､返還請求を強力にやり抜くことは､出来ません。　そこで、裁判を司る職責を持った、プーブリキウスという名の、ある年の法務官が、自身の裁量で、「その使用取得の完成に必要な期間がすでに経過しているものとする。」と擬制して、審判人（裁判者）に裁判を進めていくよう指示することを、初めて行ないました。　この措置は、翌年以降の法務官たちにも、受けつがれていきます。　この他にも、同じように、訴訟の舞台で（ホンネのフィールドで）擬制の技術を開発した重要な事例が、いくつも見られます。

＜３８＞「『二』と『三』と『四』の話」

（１）日本には、「仏の顔も三度」、「三度目の正直」、「石の上にも三年」、「禍も三年」、「居候、三杯目には、そっと出し」、「三人寄れば、文殊の知恵」、「早起きは、三文の得」、「三日坊主」、「三日天下」、「冷汗三斗」、「一読三嘆」、「放蕩三昧」、「三位一体」、「三顧の礼」、「三寒四温」、「三本の矢」、「朝三暮四」、「二束三文」、「三百代言」、「舌先三寸」、「三段論法」、「三角関係」、「二度あることは、三度ある」など、とりわけ「三」という数字に絡んだことわざが多く存在しますが､洋の東西を問わず､世界の各地にも、

同じような数絡みの表現が、数多くあるはずです。　「三」の数は、言ってみれば、「少ない」という、人の感覚から、「多い」という感覚への分岐点に当たる数のようなものですし、また、「三」という数字の内訳の一つである、「二」対「一」の配分比は、「多数」という形が形成されるケースの最少の組合わせですし（「トロイカ」や「三頭政治」などの統治形態が、何やら座りのよい形となって、歴史に登場してくるのも、恐らくこのことと関係しています）、更に、比喩を籠めて言えば、一本足や二本足の構造物よりも、三本足の構造物の方が、相対的に揺らぎが少なく、安定感を生みだします。　もちろん、「二」の数にも、「正」と「副」という上下関係・補足関係の意味合いや、あえて対比の位置関係を強調する形など、興味深い組みあわせのニュアンスが秘められています。

（２）ローマ法には、「三」に絡む制度が、いくつもあります。

①　「三夜の権」・・・・婦女が婚姻する際には、婚家の家長の権力下に入っていく場合と、実家の家長の権力に留まったままでいる場合の、二つの形態が、あります。　後者の場合、他家所属の婦女を支配の下に置いている婚家の家長は、一年が経過しますと、使用取得の法理により、その他家所属の婦女に対する権力（手権）を保有することに成ります。　婦女側がそのような、ステイタスの決定的な変動を望まないときには、彼女が、連続して三日間、婚家の家長の許から離れる（日本でなら、「里帰り」をするようなものです）ことにより、いわゆる時効の中断が発生して、元の「権力自由婚」の状態が維持されます。　これが「三夜の権」の中味です。

②　「三子の権」・・・現代の日本にも、三人の子供を持った家庭に国から手当などが支給される制度がありますが、ローマにも、三に絡む興味深い制度が存在します。　元首政（初期帝政）の創始者であったアウグストゥスは、社会の上層部の人々が、独身であったり、子供を持たなかったりしたために、ローマ人の血統が途絶えるケースが多く成ったことに危機感を抱いて、婚姻義務と婚姻禁止をセットにした婚姻立法を実現させました。　二五歳から六〇歳までの男子、二〇歳から五〇歳までの女子は、結婚する義務（！）を負わされるのですが、三人以上の嫡出子を持つ、生まれつきの自由人市民の男子と、三回以上出産した、そのような女子は、表題の「三子の権」という優遇措置のお陰で、婚姻義務を免れます。　もっとも、自然に反するところもあるこの立法政策は、巧く機能しなかったようです。

③　「三人は団体を作る」・・・「団体（ｃｏｌｌｅｇｉａ）」は、最古の時代から存在する人の集団です。　二人でなくて、三人を成立要件とするところが、ミソですね。　ローマ人の数へのこだわりが、ここから窺えます。　団体には、神法や公法に関係するものが多かったのですが、それ以外のものの中では、共和政時代に、経済的に大きな役割を果たした、属州からの徴税を請負うために設立された「徴税請負人組合」（これは利潤目的の、私的な商事組合です）と、帝政時

代に、経済の下降に対処するために生まれた「職業団体」（そのメンバーは世襲制で、国家によって強制的に構成員が固定されます）が、とりわけ重要です。　職業団体に独自の法的地位を認めるやり方は、中世以降の「ギルド」制へと繋っていきます。

（３）ローマでは、人が不法な行為によって他人に損害を与えた場合には、民事責任を負うのが原則と成っています(現代の各国の法制では、刑事責任との二本だてに成るのが、普通ですが）。
①　民事責任は、加害者の身体で償う形が、古くからありましたが、後に、金銭賠償というスタイルが、原則と成ります。
②　それには、一定額を定めておく場合と、損害を金銭的に評価して事案ごとに責任額を弾きだす場合と、損害額の二倍・三倍・四倍というように、単純方式で算出する場合など、があります。　問題の「三」は、最後の場合に関係しますね。　窃盗は、ローマでは、重罪と位置づけられていまして、現行犯は、一定の状況の下では、殺害されることすら、ありました。　後代には、盗品の四倍額を支払うことで責任(償い)を果たしたことにして貰える扱いに、変わります。　ところで、問題の三倍額責任は、自身が犯人でなくても、運悪く、儀式ばった家宅捜索を実行されて、問題の盗品を自宅で発見されてしまった人のところにも、発生します。　その代わり、その人は、犯人に対して、三倍額の支払を求めることが出来ます。　タテマエとしては、それでバランスが取れているとも言えますが、ホンネでは、その不運な人がその出費を回収できるか、大いに疑問ですね。
次は、「二」についての話です。　ある物を購入した人が、例えばその物が売主の所有物でなかったために、本来の持ち主によってその購入物が奪われてしまったたとき、その売主の側に、他人に属するものを売った、ということで、契約責任が発生します。　用心深いローマ人は、そのような不祥事の発生の際に、売主が買主に売買代価の二倍額（三倍額に増額することも可能です）を支払う、という約束を、売買契約にプラスしておく制度を、考案しました。　それから、訴訟の現場の扱いとして、被告が、いったん裁判において認定された責任の所在を、改めて拒否したために、裁判に手間が掛かり、結局、再度、敗訴した場合への一種の罰として、訴訟額が倍加されてしまうケースも、あります。　訴訟経済の見地から編みだされたこのアイディアは、なかなかのものですね。　最後に、最高レヴェルの責任である「四倍額責任」には、現行窃盗犯の責任と、先の家宅捜索が拒否された場合の責任と、強盗の責任などが、あります。　ところで、不動産売買の際に登場する「手付倍返し」の制度は、よく知られていますが、ここにも「二」という数字が、見えます。　売買契約を締結する際、買主は、たとえば、売買代金の一割を、「手付」として、予め売主に渡しておくのが商慣習と成っているのですが、もし、売主がその契約をキャンセルしたければ、手付金の倍額を買主に渡せばよいことに成っています。　厳密に言えば、貰った分を返還すると同時に、お詫び（？）の印として、手付相当額を渡す形に成りますから、一倍の話に成ってきますが、緩やかな意味では、「二」という数字に収まりのよいところがありますので、「倍返し」という言いまわしに成っているのでし

ょう。　よくよく考えると、キャンセルによって生じた損害は、倍返しくらいでは償えないケースもあるでしょうが、そこは、シンプルに考えることにより、トラブルの種を無くす努力が行なわれているのです。「二」とか「倍」とかには、何やら特別の味がありますね。

（４）英米法の一派であるアメリカ法には、「三倍額賠償」と「懲罰的賠償（いわば「民事制裁金」）という、メリハリもパンチも利いたユニークな制度が設けられています。　まず、前者としては、会社などによって、組織的、計画的に、民事の不法行為が行なわれた場合などには、実際の損害の三倍額の賠償を請求出来る制度が、あります（これに対して、日本では、損害賠償は、実際に生じた損害分の賠償に限られる、というシンプルな扱いに、成っています）。　その実際の損害の二倍分が後述する懲罰分に当たる、という理解の仕方も、ありますが、一方で、トータルの三倍額が、広い意味での損害に当たるものとする、という見方も、あります。　いずれにしましても、収まりのよい「三」という数字にご注目下さい。

（５）　次に、「三」という数字とは無関係な話題に入りますが、特別の法の規定に則って、相当な額が「懲罰分」として科せられることが、あります。　アメリカにおける最近の例（二〇一一年の事案）では、イリノイ州の大手家具店で働いていた、ある女性が、店長から重度のセクハラ行為を受けたとき、加害者に対して、九五億円もの損害賠償の支払が民事陪審の評決によって命じられたケースが、あるということです。　その金額の内の八〇億円が、懲罰的賠償分に相当する、という説明に成っていました（もっとも、この金額は、おそらく、後の法手続などによって大幅に減額されているでしょうが、市民の代表である陪審員は、罪の重さ（タテマエ）を世間にアッピールすることには、成功しました）。　いずれにしましても、このパンチの利いた懲罰的賠償制度が設けられているお陰で、同種の行為の再発を防ぐとともに、被害者側からの制裁要求に応えることが、可能と成っています。この際、ついでに、アメリカの賠償制度の一大特徴と成っている、この「懲罰的賠償」の他の事例も、ご紹介しておきましょう。　これを観察して頂ければ、アメリカと日本で、「ものの考え方」にとても大きな落差があることが、知られるでしょう。　「所変われば、品（法）変わる。」なのです。　日本のトップ企業の一つである「Ｔ薬品工業」は、糖尿病治療薬を新たに開発して、一九九九年以後、世界的にも販売面で大成功を収めます。　日本においては、二〇一一年段階で、「本剤を投与された患者の下で、ぼうこう癌の発生するリスクが増加する恐れがある」との注意喚起が、薬の使用者に対してなされていたのですが、アメリカでは、その点について手ぬかりがあったせいか、その治療薬を投与されて、ぼうこう癌を発症した男性から、Ｔ薬品工業が、薬剤と癌との関連性の存在について情報提供を怠ったために、自身が被害を蒙ったとして、損害賠償訴訟が打たれる事態が、発生しました。提訴を受けて、ルイジアナ州の連邦地裁の民事陪審は、日本の企業が、発癌リスクを隠して商品を売りつけた、として、二〇一四年四月に、約六二〇〇億円の懲罰的賠償を命じました。　これと、問題の商品の

販売を委託されていた企業への賠償命令分を合算しますと、その額は実に九三〇〇億円にも、成りました。　この金額は、この商品のピーク時にＴ企業が年間に売上げた額の二倍以上分にも相当しますから、私たち日本人の眼には、想像を絶する高額の民事罰が課せられたものと、映ることでしょう。　二〇一三年に、カリフォルニア州とメリーランド州での、同一事案をめぐる訴訟において、一〇〇〇分の一以下の賠償が命じられたことと比較しますと、あまりの落差の大きさに驚かされますね。　しかし、この評決は、後に、プロの裁き手としての裁判官（弁護士出身の判事）によって、否決されています。　また、ネバダ州の民事陪審の場合、そもそも賠償請求それ自体が、退けられています。　さて、先のルイジアナ州のケースは、アメリカ史上で七番目の高額賠償命令を生みだした事例に当たるのですが、この案件について、上級審で、裁判官が、金額を大幅に下げて、最終判断をする手はずに成っていくでしょう。　その結末は、不明です。

ところで、私たちは、アメリカでの法現象に触れあうとき、当然のことながら、日本の法事情・法現象に関する知識を基準にして考えることが多いのですが、その際、両者の姿の間にかなりのギャップが存在することを前提にして考えて頂きたいと、思われます。　「アメリカ法が先進的で、日本法は後進的である。」といった、単純な総合判断には、危険が伴ないます。　それよりも、歴史の長さやその展開における違いとか、国情の違いとか、などの諸要因によって、法の姿=法文化といういものが、それぞれの国において、特徴的なかたちで生まれ育ってきたために、人々の許で、眼に見える現象の受けとりかたに違いが生じて、違和感が抱かれるのである、というように相対的に考えて頂いた方が、生産的であるように、思われます。

この辺りのことを、先の「懲罰的賠償」に即して観察して見ましょう。

①　日本の法では、明治期以来の外国法継受のあり方とも関連して、いわゆる「民事」と「刑事」が峻別される構造に成っていますが、アメリカの法（正確に言えば、アメリカの各州での固有の法）では、必ずしもそのようにきれいに割りきれないところが、あります。　ここでは、「懲罰的」という言いまわしが端的に示しているように、加害者側が、被害者側に、実損害を填補するだけでは済ませて貰えずに、「罰」として、例えば、敗訴企業が倒産の危機に追いこまれるほどの、パンチの利いた「お仕置き」を受けることが、あるのです。

②　その「罰し手」としてまず全面に出てくるパーソナリティーは、アメリカの法制度の中に特徴的に存在する「民事陪審員」です（もちろん、陪審のルートで損害の責任が問われる場合に限ってのことですが）。　市民・庶民の代表が、彼らなりの正義感・衡平（公平）感をストレートに目前の裁判事案にぶつけて、懲罰金を決定します。　これは筆者の単なる想像ですが、彼らは、自身の評決が、プロの裁き手によって事後に大幅に修正されることをちゃんと見こして、わざわざアドバルーンをうんと高いところに揚げておくことにするのでしょう。

アメリカの裁判官（判事）は、日本のキャリア裁判官とはまったく異なって、弁護士の経験者でして、彼らは、言ってみれば「一流の常識

人」ですから、法の素人である陪審員は、そのような裁判官が、最終的に、常識から見て妥当な結論を引きだしてくれることに期待を掛けて、思いきった行動に打ってでるのではないでしょうか。　筆者の観測は甘すぎるかもしれません。　いずれにしましても、企業は、社会的な評判においても、金額面においても、大きなダメージを受けます。そういったことが、トータルな意味において「懲罰」と成るのです。

③　アメリカの各州の州法が、互いに違っている現象が珍しくないところから、また、問題の陪審法廷をたまたま構成することに成る市民各自のメンタリティーの違いから、懲罰的賠償金の額には、恐るべき揺れがあります。　その点を捉えて、「アメリカの裁判は信用出来ない。」と決めつけるのは、少し言いすぎでしょう。　日本の場合のように、法に取りくむ際には、何事でも、均一的・非個性的・横ならび的な行動スタイルが、「美」であり、「正」であり、「善」である、と受けとられている国にあっては、アメリカの場合に見られるような、「緩さ」・「ルースさ」・「個性溢れる対応」・「不安定性」、「不均一性」・「揺れ」には、親しめないところも、あることでしょう。　法世界一般の中で、最も利害対立が先鋭化する裁判の領域では、精密で、几帳面で、統一的な処理が求められるはずですが、ここにおいても、アメリカ法の構えは違ったものと成っています。　そのような姿には、超巨大な多民族国家であるアメリカの持つ文化のあり方が反映しているのではないでしょうか。　結局のところ、「国も色々、法も色々。」ということに成りましょうか。

④　以上の話は、正規の民事裁判についてのものですが、それ以外に、民事上の紛争に決着を付けるための、それなりに合理的な、てっとり早いルートとして、「和解」という制度が、アメリカではよく発達しているようです。　このところ、日本でも、訴訟担当の裁判官の独自のイニシヤティヴに基づいて執りおこなわれている「訴訟上の和解（裁判上の和解）」が、紛争解決のツールとして、大きな意味・役割を持つように、成ってきていますが、この動きにつきましては、おそらくアメリカの弁護士が得意とする和解実務上の慣行の姿が、事実上参考にされているのではないでしょうか。

（６）ここで、話は飛びます。「金（かね）」の支払（損害賠償）ではなくて、犯人への「加罰」が問題と成っている関係で、厳しい規制や、慎重な理扱いに服するはずの刑事裁判においても、いかにもアメリカっぽい「司法取引」という「取引形態」があります。　このフィールドでは、日本人の大切にしている「実体的真実」とか「正義」とかは、ひとまず横の方へ置かれ、一種の「ビジネスライク」な交渉によって、ある意味では合理的に、最終的に有罪判決が導きだされます。　つまり、以下のようにしてです。

（ａ）取引の当事者は、被告人（もちろん、世慣れた弁護士が背後に付いています）と検察官（アメリカの検察官には、日本の検察官ほどのステイタス・力量・権威・品格は備わっていないと見ても、差しつか

えないでしょう）でして、ここでは、裁判官は、いわば蚊帳の外に置かれます（もっとも、裁判官は、最終的には、司法取引全体を自身のコントロール下に置きますが）。　日本の刑事裁判官が裁判全体をがっちりと把握しているのとは違った情景が、ここにありますね

（ｂ）取引（バーゲン）というのは、被告人が、自ら潔く罪状を認めてしまうか、共犯者の存在をわざわざ暴露する行動に出るか、検察が抱えている他の事件の捜査に役だつ極秘情報などを洩らすか、などの方法で、検察に協力するなどのサーヴィス（？）をしてあげる代わりに、検察が、その求刑のレヴェルを下げてくれるか（最も目だつのは、死刑を無期懲役に切りかえる場合でしょう）、また、いくつかの罪状があるとき、その一部を取りさげてくれるか、などといった、生々しいビジネス交渉に類するものを、やることです。　その際、検察にとってのメリットは、次のようなものです。

①　事案の処理がスムーズに進行してくれれば、それが自身の手柄に成ること（日本の場合とまったく異なって、アメリカの検察官は、言ってみれば、「人気商売」でもあるからです）。

②　裁判官から有罪判決を獲得するためには、どうしても有罪を証明する証拠の力が不足している、というときに、求刑を低くしてやって、被告人を自白に誘いこむことに成功すれば、直ちに一件落着、と成ること。

（ｃ）もちろん、司法取引には、構造的な欠陥がまとわりついています。まず、誰が考えても、「司法」は公正であることが要請されるのですが、そこで「取引」がはびこることは、原理上、重大な問題を投げかけます。　それから、被告人が事情を了承しているとはいえ、「冤罪」が生みだされる点があります。　それに、司法取引によって、無実の他人が容易に犯罪に巻きこまれてしまうことも、あります。　ここにも、冤罪が発生するのです。　言うまでもなく、適正な司法取引には、一流の弁護人の存在が不可欠ですが、そういう人物を雇うには相当の費用が掛ります。　資力のない人には、司法取引をして貰えるチャンスは十分には与えられないので、不公平感が生じますね。

（ｄ）二〇一四年六月二三日に、捜査と公判の改革をテーマとして議論をしている「法制審議会」において、検察が、捜査協力を受けた見かえりに、容疑者の起訴を見おくることなどを可能にする「司法取引」制度が法制化される方向が、打ちだされました。　近い将来に、「日本型司法取引」全貌が見えてくることでしょう。

（７）因みに、日本でも、「懲罰的賠償」の論理を法廷に持ちだした事例が、ちゃんとありました。　「Ｍ自動車」製の大型車であるトレーラーから、その巨大なタイヤが外れて、道路に転がり、付近にいた通行人を死亡させてしまったのです。　自動車メーカーは、同種の事故の発生に関する報告をちゃんと受けていたにもかかわらず、リコール

を怠り、そのためにこの死亡事故が生じたとして、遺族から、通常の損害賠償にプラスして、問題の「懲罰的賠償」というものが求められます。　しかし、横浜地裁は、「懲罰的賠償は日本の法制と調和しない。」ということで、実際に生じた損害しか認めませんでした。　アメリカでの話なら、こういった「リコール隠し」は、間違いなく、社会的「大罪」として、会社に民事的に高額の懲罰的賠償金が科せられる、という重い処罰を招くことでしょう。　アメリカ人のソロバン勘定では、例えば車の構造的な欠陥のために死亡した一人に対して支払う通常の損害賠償の金額が、問題のタイプの欠陥車のリコールに対処するための、生産ラインの手直しや、車の回収や、部分修理などに掛るコストよりも、低いのであれば、金の掛かるリコールというトータルな対応はせずに、被害者個人への個別賠償でこっそりと幕引きをしてしまう方が、安あがりになる、という計算に成ってくるでしょう。そういった経済的な背景が存在するところでは、超高額の懲罰的賠償金の存在は、「リコールをちゃんとやらなければ、反って高く付く」という警告をしてくれているのです。　何事にも合理性を尊ぶアメリカ人らしい発想が、ここにありますね。

（８）ここで、問題の、民事面の懲罰的賠償が、刑事面の無罪判決に代わるものとして立ちあらわれてきたような過去の事案を、観察してみましょう。　日本の、「江戸の敵（かたき）を長崎で討つ。」ということわざが当てはまるようなケースが、これです。　一九九四年、アメリカのロスアンゼルスで、アメリカン・フットボールの元・スター選手シンプソン氏は、前妻とその男友達を殺害したかどで、陪審裁判に掛けられます。　九カ月にも及ぶ異例の長期審理の後、大方の予想に反して、彼は無罪判決を獲得しました。　カリフォルニア州の法では、陪審員がいったん無罪の評決を出せば、それで確定と成りますので、検察は控訴出来ません。　一方、それを受けて、その後の一九九六年に始まった民事陪審では、同じように四カ月もの長期審理の後、被告（先の刑事裁判の被告人）は、殺害された男性の遺族（父）に、「悪意に満ちた故意の殺人」があった、ということで、補償的損害賠償（通常の損害賠償）としての一〇億円と、懲罰的損害賠償としての一五億円をそれぞれ支払うよう、命じられました。　一方、たまたま補償的損害賠償を請求しなかった女性の遺族に、懲罰的損害賠償としての一五億円を支払うよう、命じられます。　被告は超リッチな人物でしたが、これほどの金額とも成れば、彼には自己破産するしか、手はなかったかもしれません。　結局、彼は、言ってみれば、「民事訴訟で罰せられた。」のです。　極く簡単に言いますと、刑事裁判では、人権尊重のために、証拠は極めて厳密に審査されますが、民事訴訟では、それほどでもない、ということが一因と成って（他にも大きな理由も、ありますが）、責任の有無に関して、判決には差が出てきた訳です。

＜３９＞「分別して、統治せよ。」

（１）＜Ｄｉｖｉｄｅ　ｅｔ　ｉｍｐｅｒａ．＞のラテン語命題は、おそらくルネッサンス期の産物でしょうが、この格言を試しにローマの各事象に当てはめてみますと、それについての説明が巧く出来るところが、確かにあります。　日本では、表題の格言は、「分割して、統治せよ。」の訳で有名ですが、敢えて私見を加えさせて頂きますと、前半部のところを、「分別して」（例の「ゴミの分別」の「分別」）と訳出する方が、元々のニュアンスにより近いのでは、と思います。「分けて統治せよ。」とすれば、「分割」も「分別」も、「分断」も含む、「分ける」という上位概念を用いた表現に成りますが、これではパンチが利きませんので、ここでは、思いきって筆者流の訳しかたにしてみました。　それで、＜ｄｉｖｉｄｅ＞（動詞＜ｄｉｖｉｄｏ＞（分ける・区別する）の命令形の変化形）についてですが、何か大きなものを、「分割」により、いくつかの同質・同格のものへと漫然と小分けして、それらを個々的に処理していく、ということだけなら、それほどの技術上の知恵には、成ってこないでしょう。　それよりも、何か大きなものを、その種類・種別・ジャンルごとに分別して、それぞれの性質に適したやり方でこれらを処理していく方法を考案する方が、難しく、しかも高級な手法です。　この際、前者に見える「数・量（タテマエ）の論理」を駆使するスタイルと、後者に見える「質（ホンネ）の論理」を駆使するスタイルとを対比的に捉えていくことも、出来ますね。

（２）ローマは、前七～六世紀ころに建国された国家ですが、元はと言えば、現代の京阪奈地域ほどの広がりを持つ地域（ラティウム）に点在していた、相当な数の都市国家（ポリス）の内の一つに過ぎませんでした（その中には、ローマよりも格の高いポリスも、いくつかありました）。その後、異人種の先進国家を含む、周辺の国家のそれぞれを、時間を掛けて、少しづつ支配下に組みいれることに成功してきたローマは、遂に、前三四〇年以降に、同系（ラテン系）の人種によって構成されていた強力な都市連合と、スケールの大きな「ラテン同盟市戦争」をいくつも敢行して、見事に勝利を収めます。　これにより、ラティウム全体が平定され、ローマは、都市国家の枠組みを堅持しながらも、領域国家へと変貌することに成ります。　このとき、ローマは、近代において極く普通に見られるような、「併合・編入」の拡充スタイルで国家を再編成するやり方は採らずに、「分別・分断・差別の方式による個別支配」という巧妙な作戦を編みだします。

（３）ところで、属人主義の法理に基づいて運用されているローマ法は、ローマ市民にしか適用されません（その反面、ローマ本市以外の地域にいるローマ人でも、ローマ法の適用は受けられます）。　市民が保有する権利の主なものは、民会での投票権、及び、政務官選挙における被選挙権などの公法上の権利、それから、法上有効な取引をする権利、及び、法上有効な婚姻をする権利、などがあります（兵士に成れる地位は、義務と権利の混じりあった、複合的なものでしょう）。　さて、ラティウム平定後の前三三八年に具体化された、ローマ側の戦後処理の手法についてですが、ここでは、複線方式が採用されました。

ローマの政治的伝統を護持することを第一に考えてきたローマ元老院の指導層（「第一人者たち」）は、以下のような「仕分け」をします。

①　ラティウムに点在していた、近隣のラテン系の諸都市には、完全なローマ市民権を与えます。　その結果、これらの都市は、「自治市(ムーニキピウム)」と成り、旧来の固有の市民権と併せて、ローマ市民権を保有しますので、二重の市民権を保有する人々によって構成されるポリスへと変貌しました。　ローマ法は、このゾーンにそれなりに浸透していったことでしょう。

②　ラテン系以外の系統の都市や種族には､先の投票権など(公民権)を欠いた状態で、通商権と通婚権が与えられます。　これは、劣格の市民権ということに成りますね（もっとも、それはタテマエ論の上でそう成るだけで、公民権のようなものがなくても、ホンネ面では大した不便はなかったでしょう）。

③　有力なラテン系の都市とは、同盟条約を締結して、これを「同盟市」と位置づけます。
このようにして、ローマは、広域支配に適した、新たな支配スタイルを構築することに､成功しました。　その､目に見える最大の成果は、ローマが、動員可能な兵士の数を、飛躍的に増大させたことにあるでしょう。　その後も、戦争は絶え間なく続きます。　ローマは、先の同盟市戦争から約七〇年後には、大規模な戦争を繰りかえし、譲歩と妥協により平和が確立された後を受けて、北イタリア地域を除くイタリア半島のほぼ全体の地域にローマ市民権をばら撒いたのですが、その広大な領土を安定的に統治する目的で、軍事上重要な地域に、ローマ市民だけから構成される「ローマ植民市」や、ラテン系の都市と共同で、「ラテン植民市」などを、建設します。　後者の市民には、投票権などを欠いたかたちの「不完全自治市」の資格しか、認められませんでした。

(４)先の同盟市戦争で敗れた諸都市は、当然のことながら、叛旗を翻す機会をうかがっています。　そこで、ローマは、それらの都市が再び連合して反ローマ戦線を結成するような事態が生じないように、市民権関係のステイタスの面でそれぞれに差を付けておいた都市を可能な限り散在させ、見下しや妬みなどにより互いに牽制し合うようにする形を作りだします。　これが、「分別｛差別｝による分断作戦」です。　また、ローマは、元の同盟市相互間で締結されていた同盟や条約は、すべてご破算にさせ、ローマ自身とその同盟市との間に個別的に条約などを結ぶよう､圧力を掛けるようなことも､やったようです。ちょうど、鵜匠が多くの鵜を糸で操るように、です。　俗に「道は、すべて、ローマに通ずる。」（これは英語の表現です）と言われますが、これは、実のところ、逆方向のこととして、ローマの中央支配を比喩的に言いあらわしている言葉なのかもしれませんね。

（５）「相互牽制をさせる方式を活用する統治技術」と言えば、これは、古今東西を問わず、どこでも開発されてくるものですが、この日本には、徳川政権が、親藩・譜代・外様という、三タイプの地方政治体（藩）の配置を自在に操って、抵抗勢力のエネルギーを殺ぐことに成功した実績があります。

（６）「分別・差別」に続く第二のテーマは、「分割」です。　ローマ政治史の中で、二つの大きな分割の例がありました。　せっかくの分割が統合へと逆戻りしてしまったたケース（①）と、分割が完全に歴史に定着したケース（②）が、それです。

①三世紀中ごろの第二次軍人皇帝時代の大混乱を収拾したディオクレーティアーヌスは、「四分統治（テトラルキア）」という画期的な分割政治を制度化した、ユニークな皇帝です。　あまりにも巨大化したローマ帝国の統治には、従来のような権力一本化方式では対応出来ないことを、覚ったのでしょう。　正帝二人と副帝二人の計四人で、二分割された、東の帝国と西の帝国を、それぞれ共同統治したのです。しかし、このアイディアは成功しませんでした。

②　一方、三九五年にテオドシウス帝が死亡すると、二人の息子がそれぞれ皇帝に成るようにして、東西の両帝国が、分割により成立します。　以後，二つの帝国は、それぞれの運命に従って生きつづけることに成りました。　西の帝国（西ローマ帝国）は四七六年に、東の帝国（東ローマ帝国）は一四五三年に、それぞれ滅びます。　もっとも、九六二年に、ドイツの第一帝国としての「神聖ローマ帝国」が、古えの「西ローマ帝国」を承継するかたちで誕生し、一八〇六年まで、西ヨーロッパ全体に広がる大帝国として君臨します。
。

＜４０＞「利息は、自然に由来するのではなく、法によって、得られる。」

（１）＜Ｕｓｕｒａ　ｎｏｎ　ｎａｔｕｒａ　ｐｅｒｖｅｎｉｔ，ｓｅｄ　ｊｕｒｅ　ｐｅｒｃｉｐｉｔｕｒ　..＞は、出所不明のラテン原文です。　この命題は、法によって裏打ちされた契約合意の力によって初めて、利息というものが発生するのであって、自然に　―つまり、自動的に―　生まれてくるものではない、という原理を明らかにするものです。

（２）古代ローマの社会では、知己・知人、友人に、例えばお金を貸してあげる、という行為は、当時の中流以上の社会に深く根を下していた友誼関係（友人関係）の一つの具体的な現われかたでして、借り手は、融通して頂いたお金を、後で、その額のまま、貸してくれた人物にお返しする、というのが、原則でした。　仲間内の貸し借りで利息を取るなど、いかにも水くさい仕打ちである、と考えられたのでしょ

う。　もっとも、これはタテマエ上の話でありまして、実際には、借主が、何らかのかたちで貸主に見返りをちゃんと差しあげて、きちんと物事のバランスを取らない限り、借主はそのサークルの中ではまともな人と扱って貰えません。　その見返りには色々なパターンがありますが、最も大がかりなのは、貸主本人や、その人の指示する別の人物が、毎年必ず実施される各段階の政務官（公職者）選挙の一つに打ってでる際、その人に一票を投じてあげたり、更に票を纏めてあげたりすることなどを含めて、さまざまなかたちで政治的に支援してあげることでした。　他方で、極く日常的なお礼は、小額の贈与を、少しタイミングをずらして実行することで、済まされることに成っていたでしょう。　そのような訳で、ホンネの次元では、実質的に広い意味での利息に相当するようなものは、ちゃんと動いていたのです。　無償と有償の間の壁はかなり薄いものでした。　因みに、古代ギリシアの大哲学者・アリストテレースは、交換の手段に過ぎない貨幣そのものが、子供を産むようにして利息を生みだすのは不当である、と考えていたようです。　タテマエ論としては、確かに、そのように成りますね。

（３）　話題は急に飛びますが、利息とか無利息とかの話題に成りますと、思いだされる話があります。　それは、イギリスの文豪・シェークスピア作の有名な戯曲「ヴェニスの商人」の一場面のことです。　シャイロックはユダヤ人の高利貸です。　ヴェニス商人のアントーニオは、すっからかんに成ってしまった自身の友人のために資金を用だててやるために、親切にも保証人もどきの役割を引きうけるかたちで、多額の金銭をシャイロックから借ります。　劇中で、アントーニオは、「古代ローマ人」のような人物であり、「友人との間で利息つきで金を貸し借りしたことはない。」と、描写されています。　これまでずっと、古今東西の歴史においてしばしば見られる人種的偏見により、また、高利貸を生業としている、という理由で、周りの人からひどく軽蔑されていて、日々辛い思いをしていたこのシャイロックは、何と、まったくの無利子で、大金を、日ごろから仲の悪いアントーニオに用だててやります。　無利息の貸与は、ユダヤ人同士の間では普通に行なわれることでして、別に珍しくもないのですが、アウトサイダーに対してそれを行なった、というところが、いかにも異例なのです。　もっとも、この話には裏がありまして、シャイロックは、「あなたが、自身の債務不履行の際に違約金を私に支払う代わりに、私が、あなたの肉を、一ポンド分、私の好きなところから切りとっても構わない、という約束をきちんと私にしておいてほしい。」という条件を付けます。　リッチな商売人であったアントーニオは、この恐るべき条項をあまり気にもかけずに、受けいれます。　その後に、アントーニオは、債務不履行に陥って、シャイロックの狙い通りに（？）、窮地に追いこまれ、生命の危機に直面します。　法廷で展開される「人肉裁判」の話は、この戯曲作品のメイン・テーマと成っていますが、「肉を切取られることは確かに約束したが、血が取られることまでは約束していない。」という「屁理屈」が法廷で通りまして、彼は危ういところから何とか逃げられたのです。　そのような訳で、私たちは、この話

の中から、「タダより高いものはない。」・「タダより怖いものはない。」の教えを引きだすことが出来ます。

（４）以上の話は、法的にまたは社会的に親密な関係にある、いわば同一レヴェルないしは同格の人同士について当てはまることですが、その一方で、人と人の間に上下の関係が元々あったり、ビシネス絡みの状況が発生したりするときには、先に述べたような、ソフトでファジーな人間関係は、そもそも成りたちません。　そのような環境下で資金調達をするには、利息負担を覚悟しておく姿勢も必要に成ってくるのです。　ところで、平均的な市民がまとまった金を必要とするケースの内で主なものは、武器や軍装備を自力で調達するときや、娘が嫁ぐ際に持っていく資産（嫁資）を用意するときや、事業利益を目当てに資金を投入するときなどに、生じてくるものです。　それなりの規模の土地を保有している市民なら､毎年土地から産みだされる収穫を、いわば「土地が与えてくれる自然の利息」として受けとり、牧歌的な生活を送れたでしょうが、時が移って、土地を失なったことにより生活の糧を奪われてしまった市民の数が増えたり、戦争に起因する、市民の金銭負担が大きく成ったり、経済の活況の下でビジネス・チャンスが広がって資金需要が高まったりするなどして、利息が金の動きに付きものになる時代が、訪れました。　そこでは、利息が経済的要因(たとえば、需要と供給の綱引き）によって自由に決められる、いわばモダンな様相も、垣間見えます。　しかし、どのような社会においても、自由競争は、力のある者、リッチな者、気の利いた者が、弱い者、貧しい者、世慣れてしていない者を、追いたて、搾取する構造のものに成りがちですが、これには、当然、追いつめられた人々からの社会的な反発が生じます。　そして、そういった激しい社会対立や身分闘争を収めるために、以下のような利率抑制を目的とした法規制が試みられたことが伝えられています。

（５）　①　共和政初期に当たる前五世紀に制定された、最初の法律＝法典である「一二表法」には、最高年利を八・三三％と定める規定が置かれたようですが、これは、貴族層の対抗勢力である平民層の突きあげによって、妥協的な数字として落ちついたものでしょう。

②　その後一世紀ほど経って、法律の歴史上最も過激なものの一つに数えられるリキニウス・セクスティウス法が、「利息として既に支払った分は元本返済分にカウントする。」という画期的な措置を法規の中へ組みこみます。

③　その流れの中で、最高利率を半分に切りさげることを定める法律や、利息の全面的廃止を定める法律が、次々に打ちだされますが、利率問題に関しては、正確なところは、まだよく判っていません。　そして、前一世紀になると、一二％辺りで、法定利率の水準が落ちつきました。

④　ローマ法史の最終段階においては、六世紀に制定された「ユースティーニアーヌス法典」が、通常の貸出のケースについては六％、上流階層のメンバーについては四％、商人および銀行業者については八％、海上消費貸借（海上冒険貸借）については一二％（従来は無制限の利息が慣行上許されていたようです）、というように、きめ細かな規制を試みたことが、見えています。　ここがローマ利息制限法の最終地点なのでした。

＜４１＞「委任は、無償のものでない限り、何ら存在しない。」

（１）＜Ｍａｎｄａｔｕｍ　ｎｉｓｉ　ｇｒａｔｕｉｔｕｍ　ｎｕｌｌｕｍ　ｅｓｔ．＞（パウルス）が原文です。　今回は、ローマの「無償行為」の一つを紹介すると同時に、その背景にある、ローマ社会独特の「有誼関係＝友人関係」に焦点を当てて、人の無償の営みと友人であることとが内面的に関わりあっている点を、少し御説明することに致しましょう。

（２）「委任」とは、ある人（委任しようとする人）が、ある事務を行なうことを相手方（受任しようとする人）に委ねることによって成立する契約です。　表題の格言が明言しているように、委任は無償で実行されなければなりません。　従って、お金のやり取りがあったりしますと、「雇傭」に成ってしまいます。　ローマ人の発想では、雇傭は、対等の人の間ではなくて、地位に上下の関係が成りたっている人の間に生ずる事柄でして、いわば「人の賃貸借」です。　物を借りる場合と同じ感覚で、人の労力が借りられる、という仕組みに成っているのです。　奴隷や奴隷身分から解放された人を労働の任務を分担させることが容易に出来たローマでは、極く普通の働きは、このルートを用いて供給されました。　その一方で、高級・高尚な事務は、もっぱら問題の委任システムによって、執りおこなわれます。　その事務に携わる人は、弁護士、医師、教師、測量士、助産婦、乳母などですが、いずれも、特殊な技術・ノウハウを備えた人物です。　現代では、これらの職（プロフェッション）にある人は、高給取りで、社会的ステイタスも高いのですが、ローマの無給と現代の高給との、こういったギャップの大きさに、驚かれる向きも、あるでしょう。　ところで、「タダだから、責任が問われることはない。」とか、「善意でやったことだから、責任はない。」とかの感情は、日本人の心の中に今もなお残っているものですが、「法の国」ローマでは、タダでも善意でも、よろしくない所業が免責されることは、ありません。　それどころか、委任者と受任者との間に訴訟が勃発して、後者が敗訴してしまいますと、この者には、「破廉恥」の烙印が押され、以後、法的にもさまざまな不利益が課せられていきます。　委任事務を引きうけるような人物は殆んど信頼のおける「友人」でしょうが、その友人が、訴訟沙汰まで引きおこして敗訴する、などという成り行きは、友人間の信義にもとる不祥事である、と理解すれば、事情はよく判ります。　その意

味からすると、ローマ人は、クールでビジネスライクな一面を兼ね備えていたことになりますね。　同時に、彼らは、法を使いこなす、という面では、「頭のよい人たち」でした。　「信用委任」の制度を編みだしたところに、それが現われています。　つまり、こうです。　ある人が、ある他の人（おそらく友人）の、例えば借金の保証人に成ることを求められたさい、自身よりも資力があって、信用力が高い第三者（おそらくその「ある人」の友人）に対して、問題の保証（つまり信用）を引きうけてくれるよう委任することが、あります。　「信用委任」の名称はそこに由来します。　本来の債務者（ある他の人）が支払い不能に陥り、その第三者（受任者）が債務の肩代わりをした際、この者は、委任者に対して、支出費用の填補を求めることが出来ます。これが信用委任の構造です。

（３）委任と同じように、「無償行為」と位置づけられる契約類型には、使用貸借（お金を受けとって物を貸すのは賃貸借で、タダで貸すのは使用貸借です）、寄託（ある物を保管して貰うことです。　別に、有償形式の寄託もあります。）、事務管理（他人の物を管理する義務などないのに、自発的にその物を管理してあげることです）、贈与（現実に贈与することではなくて、将来贈与をすることを約束することです）などが、あります。　これらは日本民法に規定されているものと、殆んど同じような構造のものです。

（４）これらのタダの行為には、当然のことながら、実際には、見返りがあるのが、普通だったでしょう。　そうでなければ、そのような行為を人がするのは長続きしなかったはずです。　ところで、「人に施しをさせて貰える（「施しをしてあげる」のではなくて）ことが、まさしく自身のための（「他人のための」ではなくて）行ないである。」といった、ある意味では奥ゆかしい教義を持つ宗教は、世界のあちこちにありますが、ローマ人は、もっとドライに、「施し」関係において、ソロバン勘定もちゃっかりしながら、動きますので、ホンネでは（実態においては）、実質的には、お互いの助けあいとか、対価のようなものの交付とかによって、長い目で見れば、バランスが取れていることに成るのです。

（５）さて、ローマの、上流ないしは中流の人々の社会において成りたっている「友人関係・友誼関係」というのは、単なる友人の間柄というものを遥かに超えて、一種の社会的存在でした。　その意味では、現代の友人関係がホンネに流れる傾向が強いのに対して、ローマでは、これは、タテマエ的側面を強く示しています。　それは、友人関係が、個人と個人の個別的な結びつきというよりも、家と家との結びつきを生みだす社会的な絆　―つまり、ある意味における形式―　と成っているからです。　ローマ共和政下のファミリー（家・家族）は、姻戚関係、養子関係、庇護関係（保護関係）などと、この友誼関係とによって、互いに、密接に、しかも、世代を超えて、永続的に繋がっていました。　政務官選挙をめぐる政治的な連合関係さえも、それらを組みこんでいた可能性が、あります。　そのような濃密な人間関係にあ

っては、友人は、タテマエでは他人ですが、ホンネでは身内、という微妙なポジションに位置しているのではないでしょうか。　ギリシア由来の表現である「友人はもう一人の私である（ａｌｔｅｒ　ｅｇｏ　ｅｓｔ　ａｍｉｃｕｓ.）。」は、ホンネをきれいに焙りだした言いまわしですね。　なお、友誼関係の対極には、敵対関係が聳えたっています。　このような対立関係もやはり永続的なものなので、人個人（ホンネ）の運命も、社会制度（タテマエ）としての敵と味方の対立関係の狭間で、さまざまに揺れうごいていたことでしょう。　日本でもよく知られている「ロミオ」と「ジュリエット」の愛の悲劇は、それぞれの家が古くからの敵対関係に立っていたために生じてしまった出来事なのでした。　その当時のイタリアの都市に、古ローマ以来の由来を持つ敵対関係というものが史実として存在していたかどうかについては、あまりよく判っていませんが、筆者としてはこのような現象は大いにありえることだと考えています。

（６）最後に、爛熟した共和政ローマの裏表を知りつくした文人・シュルスが展開する「友人論」の一端に触れてみましょう。

① 「君は、もし君自身が友人の過ちを耐えしのぶのであれば、それを君自身のものとする。」
② 「信義は、友誼関係と唯一つ連結するものである。」
③ 「友人を失なうことは、損害の内で最大のものである。」
④ 「私が、君の運命を共に分かつ人間でない限りは、私は、君の友人では、まったくない。」
⑤ 「友人の悪事が隠されされるべきである、と君が考えるのは、正しい。」
⑥ 「友人に恥しさを感じさせるのは、友人を失なうことである。」
⑦ 「君は､友人たちに秘かに忠告し､一方で､公然と彼らを褒めよ。」
⑧ 「友人を装う人が、最も恐ろしい敵対者である。」

＜４２＞「誠意は､同一のことが再度請求されることを､許さない。」

（１）＜Ｂｏｎａ　ｆｉｄｅｓ　ｎｏｎ　ｐａｔｉｔｕｒ，　ｕｔ　ｂｉｓ　ｉｄｅｍ　ｅｘｉｇａｔｕｒ．＞が、表題の格言の原文です。　後代には、この言いまわしが、もっと簡潔に、＜Ｎｅ　ｂｉｓ　ｉｎ　ｉｄｅｍ．＞[同一物については再度ないよう(一事不再理)。]と表現されるように成っています。　この命題は民事訴訟を念頭において立てられていますが､刑事訴訟についても､同じ流れで､「誰も、同一犯罪のために、再度罰せられることはない。」という格言も作られました。　因みに、俗世間の掟みたいなものとして、「同じことを蒸しかえすな。」という発想があります。

（２）先のラテン語表現に見える＜ｂｏｎａ　ｆｉｄｅｓ＞は、「信義誠実」のことですが、ガーイウスという法学者が、「法が許さない」よりも以前の段階で、「信義誠実の道理＝矩が許さない」と言いきっ

ている風情もあるところに、ローマの法思想の特徴があるように思えます。　「信義誠実」や「信義」は、以前に示したように、ローマ人が大切にした徳目の一つとして、「法治国家」を根底から支える基盤と成っています。　現代の日本の社会では、「信義」という言葉にはそれほどインパクトはありませんが、私たちの心の片隅に残っている、日本人独特の「信義感」を、これからも大切に守り育てていきたいものですね。

（３）さて、世間の人々は、誰でも、「信義誠実」が何かを、それなりに弁えていますので、世間の常識からしても、同じものが裁判で二度も審理対象にされるのは、許されないことに成ってくるでしょう。　何しろ、訴訟経済の見地からすれば、コストが倍増するほか、色々と手間が余分に掛りますし、また、制度論・原理論の見地からすれば、確定した、同格の位置にある二つの判決の趣旨が異なるケースは、処理上厄介な問題を引きおこすからです。　それでは、名のある法学者が「一事不再理」論をうやうやしく取りあげるのは、どうしてでしょうか。それは、どういう状態が「同一のもの」と認定されるのか、について、議論が分かれることが稀ではない、という実態を意識してのことでしょう。

（４）実は、ローマ共和政での話、ということに限定すれば、民事訴訟も刑事訴訟も、第一審が最終審でしたから、「所定の手続きを踏めば、同一の事案が上級審へと極く自然にせり上がっていく。」という、現代日本の現象は、まったく存在しませんでした。　しかし、この命題の作者であるガーイウスが活躍していた帝政初期の時代には、現代において普通に見られるような上訴制度が生まれ始めていましたから、「同一の事案でも、同じ訴訟ライン上に位置する上級審において、改めて審理を受けるチャンスが与えられる。」からといって、「同一の事案が別の法廷で新たに審理の対象になる。」訳ではない、ということを指摘する趣旨も、先の命題を立てる理由に成った、とも考えられます。　しかし、正直に申しますと、筆者の解説は、あまりに現代的すぎて、古代ローマ人の心情をよく理解していないのかもしれません。ひょっとすると、第一審での敗訴を不服として上訴する側は、まったく別のルートで、まったく同一の事案を、高いレヴェルの法学識を保有している上級・上格の裁判官の許へ持ちこみ、挽回を図る、といった意識の下で行動していたのかもしれません。　もしそうなら、こういったことは、「一事（同一事案）の再審理」の異常な形にも成ってきますね。

（５）ところで、刑事の「再審」のことは、最近の日本の事例を通じて、比較的よく知られるように成りましたが、これは、果たして、「同一のことについて再度訴える。」ことに成るのでしょうか。　有罪判決を受けた人が上訴をするのが簡単に出来るのとはまったく違って、再審にまで持ちこむのは並大抵のことではありませんが、ここは、ひとまず、同一事件について再判断を求める見直しの営みの一つ、という

ように理解しておきたいと、思います。　「再審」につきましては、後の「特別版」［Ⅳ］（３）（ｋ）の個所に、解説があります。

（６）日本には、事実問題（ホンネ）と法律問題（タテマエ）の両面から有罪か無罪かを審理する、地方裁判所と高等裁判所の二組織が、二段構えで存在します。　その上に、最終審としての最高裁判所がありますが、ここでは主として法律問題が扱われます（例外的に事実審理がとり行なわれるときも、あります）。　問題の再審は、三審制の下でいったん結了した裁判を再起動させるための装置ですが、確定したもの・固まったものを動かそうとする訳ですから、その装置に辿りつくには、かなり高いハードルを乗りこえなければなりません。　従来は、「再審の門」は殆んど閉ざされた状態にあったのですが、最近になって､その重い扉が開けられる機会が少しづつ増えてきました。その過程で最も輝いた成果は、死刑判決が確定した人が再審無罪を獲得して生還できたケースです。　一九八三年から八九年にかけて、最審無罪が四件も生じたこの事実は、再審の歴史において永遠に語りつがれることでしょう。　その後も、再審無罪はいくつも生じましたし、これからも、途ぎれることなく、生みだされていくことでしょう。「ＤＮＡ鑑定」という新しい技術が急速に精度を高めながら登場してきましたので、「確定判決において犯人と決めつけられた人が、実は犯人ではない（犯人などではありえない）。」ことが、有罪を証明するものと成っていた重要証拠を再点検することにより、科学的に判明するケースが､これからも増えてくるでしょう。　現に､犯罪大国（？）であるアメリカでは、ＤＮＡ鑑定の結果、二五〇名もの終身刑囚・死刑囚が、あちこちの刑務所から解放されたとも、伝えられていています。

（７）　私たちの記憶に新しいのは、幼女殺害をめぐる、あの「足利事件」です。　これは、一九九〇年の出来事です。　無期懲役を科せられて服役していた菅谷氏は、二〇〇〇年七月一七日に、最高裁において棄却判決（有罪確定）を受けてから、実に一〇年近くも経過した後に､ようやく再審のチャンスにめぐりあいます。　しかし､無情にも、再審第一審で、通算四度目の敗北に追いこまれます。　本審第一審からの立証の流れは、変わることはなかったのです。　本審第二審である控訴審において、新たに弁護を担当するように成っていたＳ弁護士により、「新しいＤＮＡ解析技術によれば、Ｓ氏は犯人ではない。」ことが強力に主張されていましたが、そのデータを論拠とする再審請求は、無残にも、棄却されてしまいます。　しかし、次の段階の再審抗告審の裁判長の下で、「ＤＮＡ」の再鑑定が正式に認められます。これで、Ｓ氏は、ようやく再審の本舞台に立てるようになり、見事に無罪を獲得しました。

＜４３＞「疑問のある場合には、被告人に有利に（判断されるべきである）。」

（１）＜Ｉｎ　ｄｕｂｉｏ　ｐｒｏ　ｒｅｏ（ｊｕｄｉｃａｎｄｕｍ　ｅｓｔ）．＞がラテン語の命題です。　これは一九世紀初頭に生みだされたもののようですが、このようにメリハリの利いた表現法の原型は、一五～一六世紀においても、見られます。　更に、時代を遡ると、ローマ法を超えて、ギリシアのアリストテレースの作品に見える表現にまで､こういった表現の起源を求めることも出来るようです。一方、中国にも、「罪の疑わしきは軽くし、功の疑わしきは重くす。」という、対句形式の名言があります。　つい一昔前までは、「疑わしきは罰せず。」をこのラテン語命題の訳として用いる傾向が、特に日本のマスコミの世界では慣用に成っていましたが、昨今では、専門用語としての「疑わしきは被告人の利益に。」の訳が、世間にも広まってきています。　私訳は、想定されているラテン原語に沿って、作られたものです。　なお、＜Ｉｎ　ｄｕｂｉｏ＞問題については、「ロマホペディア」の［Ａ］部門の第二部第五章［Ａ］の記述を御参照下さい。

（２）さて、ここで、＜ｒｅｕｓ＞（＜ｒｅｏ＞の原形）の訳が、「被告」ではなくて、「被告人」と成っていることから御賢察頂けるように、この格言命題は、刑事裁判に関係するものです。　同じ裁判と申しましても、民事訴訟の構えと刑事訴訟の構えとの間には、原理面でかなりの違いがあります。　その中心的な差異の一つが、この格言の示しているところなのです。　以下に、その点について少し説明していきましょう。

（３）民事訴訟では、裁判官（一名ないしは数名）は、訴訟の両当事者からそれぞれ提出されてくる証拠の内で、どちらの側に真実の重みがあるか、というようにして、証明力の強弱を引きくらべながら、証拠の優劣を判断し、そこで相対的に確かなものと考えられた証拠に基づき、判断材料となる事実を確定すると同時に、原告と被告のどちらを勝たせるかについて、法的判断を下します。　これらは、すべて、裁判官の心の中での作業ですから、外部からはその過程などをうかがい知ることは出来ませんが､原告と被告のそれぞれから提示されている、対立的な主張の間で、六対四程度の優劣関係しか汲みとれない場合にも、裁判官により、相対的な判断がなされて、とにかく「六」側の有利に、決着が付けられることに成るでしょう（その一方で、争いのない事実関係については、あえて真実を探ることは、されません）。　つまり、民事の訴訟では、対抗戦で押し勝った側に、勝訴の判決が下るのです。　この辺りの流れの中では、健全な常識による判断がベースに鳴って事態が動いていく部分もありますので、民事裁判は、一応のところは、世間の人々には比較的親しみやすい論理構造を備えた社会装置である、とも言えるのではないでしょうか。

（４）しかし、刑事裁判にあっては、事情が違ってきます。　最高裁の判決の示すところによりますと、「犯罪の証明がある。」ということは、「高度の蓋然性」が認められる場合を言うものと理解されるので

すが、それは、反対事実の存在の可能性を残さないほどの確実性を志向した上での、「犯罪の証明は十分である」との確信的判断に基づくものでなければならない、と成っています。　因みに、アメリカでは、被告人が罪を犯したことについて「合理的な疑いを超える」レヴェルの証明がなされたときに初めて有罪判決が出されることに成っています。　また、ドイツでは、被告人が罪を犯したことを判断する際には、「確実性に接着する蓋然性」クラスの心証が必要であると、言われています。　ほんのたとえ話ということで、お聞き流し頂きたいのですが、有罪の判定が導きだされるためには、裁判官の許で得られた「クロ（有罪）九〇対シロ（無罪）一〇」くらいの心証の比率では、まず問題に成らず、「九九対一」でスレスレ、といったところに成るでしょう。この辺りの判断は、裁判官個人の世界観、刑罰観、犯罪観とか、直観とかによって動かされるところが多いでしょうから、筆者は、実務経験のない、まったくの部外者として、筆者が勝手な推測をしているだけです。　かつて、友人である裁判官は、有罪判断に辿りつくためには、当然のことながら、「有罪一〇〇対無罪〇」に比に成ることが大前提である、、と豪語していました。　筆者としては、「ホンネ」の部分が聞きたかったのですが。　話は変わりますが、興味深い新聞記事があります（京都新聞・二〇一四年五月二一日）。　京都地裁で裁判員裁判が行なわれたときのことです。　裁判員に選任された直後に、ある人が、担当裁判官から、刑事裁判の鉄則をめぐって、「慎重にも慎重を期して決めないといけない。　ほぼ確実に有罪と思えない限り、疑問ああれば無罪。」といった趣旨の説明を受けました。　しかし、初公判の直前に、その裁判官から、「九割方、確からしいとなれば、有罪とする。」と聞いたそうです。　もしこの人物が真実通りのことを伝えているとするならば、前者の説明は「タテマエ論」を振りかざしただけで、「ホンネ論」としては、「九〇対一〇」の心証が得られさえすれば、有罪判断に傾いても差しつかえない、ことを示唆していたことに成ります。　筆者の率直な感覚では、「一割無罪の情況を押しきって、有罪へとなだれ込む」のは、いくらなんでも、非常識な行ないと映ります。

ところで、刑事裁判という「戦場」で、中立の「判定者」としての裁判官を前にして、「攻め手」の役割を演ずる検察官は、表向きは何らのためらいもなく、常に「真っクロだ」として、「守り役」に徹している弁護人によって支えられている、「受け手」の被告人に挑みかかるのですが、このバトルの中で、裁判官が、「被告人がクロだ」と明確に断定できる状況にまで達しなければ　―つまり、シロとクロの混じりあった「灰色（グレー）の」心証しか得られなかったときには―　、疑問がどうしても残ってしまい、そのことを理由として、被告人に有利な扱いがなされ、「無罪」という最終判断が導きだされてくるのです。

さて、論理的には、先の議論とはまったく関係のない話なのですが、敢えてここで記しておきましょう。　もし三名で構成される裁判官の最終判断が「有罪二対無罪一」の比で割れてしまったときには（最高裁においては、三対二という、もっと接近した比が出現します）、多数決制によって決定された有罪判決（犯罪の存在についてでは、あり

ません）それ自体には「疑わしい」要素が本性的に絡みついているはずなので、これをどのように受けとめるかが、問題になる可能性は、あるのではないでしょうか。　一方、裁判員制度の下では、裁判官を含む五人が、「被告人が罪を犯したことには合理的な疑いはない。」との立場に立てば、残りの、裁判官と裁判員の四人が「疑いが残る。」と判断していても、単純多数決の法理によって、五対四の比で、有罪判決が導かれてきます。　ここでは、先の三対二よりも、接近した比が登場してきます。　なお、アメリカの刑事陪審では、有罪判決は、誰も判決のベースと成る事実判断に異論を唱えない、という「全員一致」の形でなければ、出せないことに成っていますから（他方で、民事陪審では、必ずしも全員一致の判断は、求められません）、ここに先の筆者の疑問に対する答えの一つが、見えている訳です。　また、日本のことですが、第一審「無罪」・第二審「有罪」という結果が出た場合、それをトータルに見れば、一対一の比で判決の判断が割れてしまっていることにも成りますね（高裁と地裁の間に上下の関係が必ずしも成りたたないので、そのように言える訳です）。　しかし、日本では、こういった点を問題にする人は、あまり見かけられませんが、いかがでしょうか。　まったく仮定の話ですが、第一審でいったん無罪判決を出してしまえば、それが間違いだらけであっても、「有罪にするには疑問が残る。」という判断が、無罪判決という実績として、厳然と残っている以上は、その先へと進むことが出来ない、ということに成りますと、やはり不合理なことが生ずるので、現行の「地裁以上の各審級で判断が割れても、その点は問題とはしない。」というルールに成っているのでしょう。　なお、アメリカでは、刑事陪審で無罪判決が出ますと、「有罪とするには疑いが残る。」という判断がきちんと成されているので、それで最終決定、と成ります。　仮に上級審で有罪判決が出ても、第一審の認定した「有罪への疑問」を消しさることは出来ない、という構造に成っているのでしょう。

（５）ですから、無罪判決が出ても、ピッカピッカの白色に当たる無実のケース（完全無罪）と、くすんだ色合いの付いたかたちで、有罪とは断定できないままに、被告人が放免された、「単なる無罪」のケースとが、理論的に存在することに成りますが、これは世間の人々を割りきれない気持にさせるかもしれません。　しかし、大局的には、こういったことは、無視しなければならないマイナス面とお考え頂かなければならないでしょう。

（６）それでは、どうして、このように、少しでも疑問が残った状態になれば無罪とする扱いに成るのでしょうか。　また、なぜ、検察側は重い立証負担を負わされているのでしょうか。　巨大な警察組織と一枚岩の検察当局とが協力しあって犯罪の追及に取りくむのですが、これは、スタッフも知恵も資金も豊富で、しかも「お上」です。　法廷に引きずりだされて、これと張りあうことになる被告人は、いくら弁護人が付いてくれているとしても、孤独であり、色々な意味で、無力です。　最初からその戦力差の大きさは、歴然としていますね。　このとき、「自然の理・道理」に照らしてみても、また、「バランス重

視論」からしても、お上（国家）が完璧で堂々たる大勝利を収めない限りは、彼らに勝利宣言を出させる訳にはいかない、といった考えから、そういった扱いに成っているものと見ることは出来ないでしょうか。　野球でなら、プロとアマが戦ったとき、プロの、コールド勝ちを含む圧勝の結果を出さないと、世間が納得してくれないのと同じような理屈のせい、とでも表現できましょう（ボクシングでなら、勝ちを認めるには、判定勝ちでは不十分で、ノックアウトまで要求される情景にも、似たようなところがありますね）。　もっとも、裁判が神聖化されているわが国では、こういったスポーツのたとえを持ちだすのは、不謹慎とお叱りを受けるかもしれません。　しかし、欧米諸国の場合、その人々が裁判に対して抱いているイメージには、フェアーさを大切にするスポーツ感覚や、もっと軽いゲーム感覚に何やら馴染むような要素があるように、筆者個人には思えます。

（７）検察側には、「有罪を完璧に立証することに成功しない限り、有罪判決を獲得することが出来ない。」という原理・原則が重くのしかかってくるのですが、実際の運用では、必ずしもそのようには成っていません。　つまり、このようにです。　検察官は、冒頭陳述のところで、起訴状記載の罪を被告人が犯したことをストーリーとして示し、それについて立証活動を行なうのですが、それが目前に置かれている以上は、被告人・弁護人の側が、裁判官に、被告人が起訴状記載の罪を犯したことについて「合理的な疑い」を抱かせるのに成功しなければ、結果的に、被告人が起訴状記載の罪を犯した、との事実が認定されてしまう、という現実があります。　被告人・弁護人が、単に、「起訴状記載された事実を犯していない」と言いたてるだけでは、検察の攻勢に対抗することなど、実際上、とても出来ないのです。　この辺りの状況を比喩的に表現しますと、「有罪挙証をする義務＝責任は、検察側から、被告側に、転換されている。」ということにも、成ってきますね。　お上の検察に、一私人の被告人・弁護人が対抗していくのは、本当に容易なことではないのです。

（８）ここで、法歴史家として付言しておきたいことがあります。　国家という装置は、その本性上、非情・冷酷なものでして、体制の力や現行秩序を効率的に維持し防衛していく、という「錦の御旗」の下でなら、少々の行きすぎや犠牲をものともせずに、突きすすんでいくところが、あります。　ここでは、この格言の教えとまったく逆に、「疑問のある場合には、社会（の安寧）に有利に、被告人に不利に。」という真逆の方向に流れるのです。　そのような事態に成らないことを祈っています。

（９）歴史を振りかえってみますと、近代以前には、被告人が犯罪を犯したことを指し示す証拠があっても、それだけでは有罪証明には不十分だと考えられるとき、処罰の水準を落として、法定刑よりも軽い刑罰（嫌疑刑）が科しておくことにする場合や、有罪判決を導きだすのに十分な確証がなくても、有力な嫌疑がある場合に言いわたされる「仮放免」の制度などの、色々な意味でのファジーな処遇が存在した、と

伝えられています。　もちろん、このようことは、人権を侵害するものですが、古い時代には、犯人を突きとめ、処罰に持ちこむ際の手間を省く知恵が働いたのでしょう。　俗に、「火のないところには、煙は立たない。」とか言われていますから、「怪しい人物」が犯人に仕たてあげられても、仕方がない、ということに成るのでしょうか。「中たらずといえども、遠からず。」といった程度の緩さで処罰がなされるのは、近代人から見れば、野蛮ということに成りますが、それは、支配する側の「悪知恵」の一つだったのでしょう。

（１０）ところで、刑事裁判では、事実を認定することが「出発点」であり、「ベース」なのですが、しかし、現実の問題としては、真実の資格を具えた「事実」を掬いとるのは容易なことではありません。具体的な問題としては、犯人として訴追されている人物が果たして真犯人であるかどうかが、真剣に問われることに成ります。　極論すれば、人間の力では、本当の真実を明らかにすることは、そもそも出来ない相談なのかもしれません。　それでも、警察官も、検察官も、裁判官も、その職責上、犯人を見つけ、犯人を処罰する任務に就かなければなりません。　その過程で、どのような姿勢・スタンスで難問に取りくむかが、重要なポイントに成ってきます。　それには、方向の異なる、二つの、発想の流れがあります。　その一つは、「犯人を一部取り逃がしてしまうことがあるのは、やむを得ないこととして受けとめる代わりに、無実・潔白な人は、一人も、犯人とはしない。」でして、これは、「『冤罪』の発生をどのような犠牲を払っても食いとめる」という強い意識の表われです。　もう一つは、「犯人は一人たりとも見逃さない。　そのような意識の下で犯人追及を行なった結果として、無実・潔白な人が巻きこまれて、冤罪の犠牲者に成っても、それはやむを得ない。」でして、これは、社会の不安を解消し、社会の秩序を維持することを第一義とする思想の産物です。　つまり、前者は「個人」に焦点を当てた見方でして、後者は「全体＝社会」に焦点を当てた見方です。

（１１）ところで、先の話題と、この項目の本題である「疑問のある場合には、被告人に有利に判断されるべきである。」との関連についてですが、「犯人であることに一点の曇りもない」、「犯人でないことは明明白白である」（もっとも、検察が自身を持って起訴の挙に出るのが普通ですから、このような情況はあまり想定出来ませんが）といった典型的なタイプにあっては、「疑問点」などあまり浮上してきませんが、しかし、ときには、検察の主張に何やら疑問が抱かれる要素があり、弁護士の反論にももう一つすっきりしないところがあって、立証や議論を統括し、最終判断を下す任務を持つ裁判官の心証の中に、「疑問点」がいくつも浮上してくることが、しばしばあるでしょう。　先の格言の「疑わしい場合には」というフレーズは、言い換えますと、「裁判官の許に合理的な疑問がなおも存在している情況下であれば」というくらいの意味に成りますが、実は、この「疑問」という代物が曲者でして、キャリア裁判官と市民裁判員とで、まず、グループ毎に「合理的な疑い（疑いの念を抱くことがもっともだと考えられる状況下で

の疑問）」の範囲・幅に、違いがあるでしょうし、また、「裁判官も色々、裁判員も色々」というように、グループ内部でも、ばらつきもあるでしょう。　結局のところ、「疑問なるものも色々」なのです。物事の評価に関して、いわば右の「疑問などない」と、いわば左の「どうしても疑問が拭いきれない」との中間に、「どちらに転んでもおかしくない」というゾーンが潜んでいます。　ここを、左右どちらに統合するかが、考えどころなのです。　その際、もちろん、判断を付ける人次第で、ばらつきが出てきます。　つまり、「どちらかと言えば、お上に目がいっている人」は、有罪方向に、一方、「具体的な被告人（市民）の運命を気遣う人」は、無罪方向に、流れる傾向があるのではないでしょうか。　このように、「合理的な疑い」というものは、「合理的にきちんと明確に説明できる」ほど、客観的な概念・観念ではない訳です。

＜４４＞「合意は守られるべきである。」

（１）＜Ｐａｃｔａ　ｓｕｎｔ　ｓｅｒｖａｎｄａ　．＞がそのラテン語命題です。　このようにスマートな表現に成ったのは、ローマより遥か後代のことですが、ローマにその原型が、ありました。　「パクタ スント セルワ（ウァ）ンダ。」が、本来のラテン語読みです。

（２）表題の訳には直訳臭が強いので、「合意は拘束する。」といった具合に、サラリと訳せば、耳に爽やかでしょう。　現代では、この格言命題の重要性という点につきましては、とりわけ国際法の分野で、昔の面影が残っています。　この法分野では、各国の国情の違いがそれぞれにあるために、統一的な法規が整備されにくい関係で、そもそもルールというものは、関係国間の話しあいにより個別的・具体的に作りだしていくしか、方法はありません。　その結果、条約などの形式で具体化された合意事項を、国家間の信義のみを頼りにして、お互いに守りぬくよう努力しあうことが、事の本質上、強く求められてきます。　しかも、国際法上の違反には、法的な制裁がどうしても欠けますので、この原則は基本原理（タテマエ）というレヴェルにまで純化され、それだけいっそう光り輝くものと成っているのです。
事のついでに、国際法上重要な成句をもう一つ取りあげておきましょう。　＜ｓｉｃ　ｒｅｂｕｓ　ｓｔａｎｔｉｂｕｓ＞がこれで、ラテン語の直訳は、「事情がこのようである限り」とか、「もし事情が変わらない状況にあれば」とかに、成ります。　普通、この三語に＜ｃｌｕａｓｕｌａ＞（約款）をプラスするかたちで、「事情変更の原則」の訳がこれに当てられることが多いのですが、筆者としては、ここはとても気になります。　このラテン語表現が用いられるのは、「国際法上、条約を締結した当時の事情に重大なな変更が生じ、締結当時に当事国がそういう変化を予見していたならば条約を締結しなかったであろう、と考えられるとき、条約を無効とするか、あるいは、当事国の一方に解約告知をを認めるか、の措置が取れる。」といった意味に

おいてですから、この際、むしろ、原義も汲んで、「事情不変更の原則」とか、「事情不変更約款」とか、にして頂きたいものです。　「事情（状況）が変わってしまったのですから、私には、もう、以前の合意約束など守る気はございませんよ。」というニュアンスを「事情変更の原則」という専門訳から汲みとることは容易なことではないように思うのですが。　「語学屋」の理屈を言いたてて、申しわけありません！

（３）いずれにしましても、国際法では、「合意約束がちゃんとあるのだから、それを互いに守りましょう。」というタテマエと、「今は、合意締結当時とはそもそも状況が違うのですから、以前の合意約束など守れる訳がないでしょう。」というホンネとが、いつも綱引きをしている世界です。　何よりも力（ホンネ）が物を言う国際法の世界では、政治の動きも背景にして、力比べの綱引きにも似たせめぎ合いが、普通に見られす。　この単純明快さは、原始的な姿とも言えますね。

（４）それでは、ローマの合意について見てみましょう。　標題の格言の思想的な源はローマにありました。　ローマ人は、ことのほか信義を重んじ、順法精神に富んでいましたから、一見しますと、彼らが合意をあらゆる場合にトコトンまで守りぬく姿勢を伝統的に持っていた、と考えられるかもしれませんが、事実経過は、むしろ逆です。　彼らは、古い時代にどこでも普遍的に認められるように、形式（タテマエ）本位の世界にどっぷりと漬かって生きていました。　つまり、社会的に十分承認されている形式＝要式を備えている行為を経由して初めて、合意＝約束が関係者を法的に拘束する、という仕組みを、堅持していました。「単なる合意からは、訴権は生じない。」という格言的命題が、本則の地位を占めていたのです。　もちろん、当事者が、当初の約束にちゃんと従って、自主的・自発的に動いてくれれば、どのようなタイプの合意でも、実効性を持てるのですが、この世の中には、合意や約束を守る気がない人や、「無い袖は振れない。」ということで、守りたくても現実には守れない人も、少なくないので、その約束違反の人を民事法廷にまで引きだして、責任を取らせる際の手だてである「訴権」が保障されていないのは、とても困ることなのです。　時代の経過とともに、法の構えも変わっていきます。　社会や経済の進展や、意識の変化によって、「どのような形においても、とにかく合意が成りたちさえすれば、それはそれとして、しかも、それだけで、人を法的に義務づけるものとする。」という発想が、力を得てきます。　ここでは、もちろん、債権者には、訴訟において請求を貫徹するチャンスが与えられていました。　「諾成契約」と名づけられる類型の登場がこれです。　このようにして、ローマ契約法の世界において「市民権」を獲得した諾成契約は、契約全体の圧倒的な部分を占めるところまで来ましたが、しかし、これは、「例外扱い」にされていた、と見てよいでしょう。　諾成契約には、タテマエ性が弱く、ホンネ性が強固であったからです。　事態は更に進みます。　この特別タイプの柔らかい契約の外側に、法学者などが、各種のテクニックを駆使して、合意に法的拘束力を与える制度が、少しづつ積みあげられていきまし

た。　そして、中世以後の法学によって、「合意は守られるべきである。」というルールが、原則の地位にまで高められ、近代法は、この流れを受けつぐことに成ります。

（５）しかし、時代の移りかわりによって、近代法を支える原理・原則の一つとしての「私的自治＝契約自由」のスローガンは、修正を受けるように成りました。　社会的・経済的強者だけが、自分の好きなように他人から合意を取りつけて､意思の自由を謳歌出来るのに対して、弱者は、社会生活の中で、「合意」状態を事実上押しつけられる、という不自由を強いられることが、しばしばあります。　「泣く泣く約束する。」事態も、珍しくはありません。　「確かに約束（合意）しただろう。　ここにハンコがちゃんと押してある！」、「法律の規定がどうなっているかは、問題ではない。　約束は約束なのだ！」、と言いたてる輩は、あちこちに潜んでいますね。　日本でも、弱者保護を目ざして、社会立法が次々に行なわれてきましたが、その法規が物を言うのは裁判所においてだけなので、訴訟沙汰にすることを体質的に嫌っている市井の人々が「泣き寝入り」をするときには、せっかくの法規の保護も、及ばない訳です。

（６）このように、歴史上は、「神聖な約束（合意）を取りかわしたからには、絶対に守る。」、「一定の形式（タテマエ）を踏んで成りたった合意なら、最後まで守る。」、「合意そのもの（ホンネ）に絶対的な価値を認めて、最大限のパワーをそれに与える。」、「一定の範囲で合意の自由に事実上制約を加える。」などの各パターンが、次々に立ちあらわれてきています。　さて、未来社会ではどう成っていくのでしょうか。　「パクタ　スント　セルワンダ。」問題については、「特別版」＜Ⅱ＞、および、「ロマホペディア」の本体の［Ａ］部門第二部第五章［Ｃ］記述を御参照下さい。

＜４５＞「否認する者にではなくて、立証する者に、証明が掛る。」

（１）　＜Ｅｉ　ｉｎｃｕｍｂｉｔ　ｐｒｏｂａｔｉｏ，　ｑｕｉ　ｄｉｃｉｔ，　ｎｏｎ　ｑｕｉ　ｎｅｇａｔ　..＞（パウルス）が、原文です。　私たちは、日常生活や職場などで、どうしても自己主張をしなければならない状況に追いこまれるときが、あります。　例えば、何かが存在している、と申したてる際には、あらゆる方向から、しかも、あらゆる手段を用いて、対立する側に向かって、自身に有利に働く事柄だけを提示することを通じて、相手方に、あるいは、判定者としての地位にある第三者がいれば、その人に、自身の言分を納得させる努力を、積極的に、しかも、強力にやっていかなければなりません。　とりわけ、欧米の法先進国では、言ってみれば日常世界がディベートの場ですから、それらの国の市民は、日ごろの訓練の積み重ねにより、自己主張力を身に付けていますが、この日本では、弁が立つとか、理屈っぽいとか、あまりにも前むき（イケイケ）とか、言わ

れる人物は、敬遠されがちなのです。　こういう方は、外資系の企業では、出世出来るのですが。　ところで、「証明する」という言葉について申しますと、これは、ただ「証明する」といった、ニュートラルな営みに留まるものではなくて、「証明していく・証明を勝ちとる」という、ポジテイヴな攻めの姿勢をはらんだ動きです。　俗に、「論より証拠。」と言われますが、この名言は、法　―とりわけ攻めと守りの交錯する裁判―　の世界の営みに、最もピッタリと当てはまります。　日常生活では、「証拠」を十分に持ちだせなくても、先の「論」という語りのレヴェルで、ある程度は勝負を付けることが出来ますが、この法の世界では、「証拠」のない「論」など、殆んど無に等しいからです。　そして、もし証明が巧くいかなければ、「不確実なことは、存在しないものと見なされる。」、あるいは、「明白と成らないことは、存在しない。」などとして、人の思いは一蹴されてしまいます。

（２）さて、表題の、ローマ法に由来する格言は、証明（立証）に関して、とても重要なルールを明示しています。　この言いまわしをもう少し簡略化しますと、「原告に立証の負担が掛る。」と成りましょうが、これを裏側から眺めてみれば、「事実を否認する人に何らの立証義務もないというのは、事物の本性によるものである。」とも成ります。　要するに、裁判においては、攻める側（民事の原告・刑事の検察官）が、目いっぱい頑張って自身の主張を貫徹しなければならないのに対して、守る側（民事の被告・刑事の被告人）は、ただ否認を根気よく続けるだけでも、それなり自身を防衛できる仕組みが、成りたっているのです。　刑事訴訟で、黙秘権というものが被疑者・被告人に認められている関係で、その人は、名前以外には何も言わなくてもよいことに成っている、ということです。

（３）訴えを提起する側に重い負担が課せられる仕組みがなぜ生まれたのか、について、説明はさまざまに付けられるでしょう。　まず、民事訴訟に関しては、とりあえず、「それなりに安定した現状を変更することを目指して攻める（追求する）側には、十分な理由（論拠）が必要である。」という社会的常識（タテマエ）と、「濫りに攻めこむ人が、反論する相手方にまで証明することを制度上要求したりするのを公認すれば、社会的コストが増大する。」というソロバン勘定（ホンネ）、の二点ぐらいを、ひとまず、理由として挙げさせて頂きましょう。　なお、先の「社会的常識」には、「存在するものは証明可能であるが、存在しないものを証明することは困難である。」という「公理」も、含まれることにしておきます。　その公理の例外の一つは、「犯行当時、別の場所にいた（存在した）こと　―アリバイ―　を立証出来る人は、犯行現場にはいなかった（存在しなかったものと扱われる）。」ということです。

（４）一方、刑事訴訟に関しては、「強力な国家機関（検察・警察）」が人を訴追する役割を独占している以上は、しかも、死刑を含む重大な刑罰を人に科すからには、この機関に厳しい立証責任を課して　―つまり、有罪認定に証拠上少しでも疑問が残ってしまう状態ならば、

有罪判決は出させないようにして―　、私人である被告人の地位の実質的な弱さと、バランスを取る。」という「衡平感覚＝平衡感覚」が、とりあえず、裁判における国家の権力行使を抑制する仕組みが成りたっていることへの理由となっているものと、見ておきます。

（５）そのような訳で、「文句（クレーム）を付ける側の方が重い荷物（ハンディキャップ）を背負わされて、ひたすら前進することを強いられる。」といった現行法制度の仕組みは、あるいは私たちの常識である程度は理解出来ることかもしれませんが、しかし、理論的に必ずそうなる、というほどまでに確定的なものではないでしょう。　因みに、歴史をひもといてみますと、民事・刑事の裁判の構えには、実にいくつものパターンのあることが、判ります。　単なる共同体や国家が、自らのイニシヤテイヴにより、上から目線で、構成員（市民）の営みに裁きを付けるケースが、最右翼に位置するものとすれば、その最左翼には、構成員が、司法実務の一部分を主体的に担うケース（典型的には、陪審制）が位置します。　そして、その中間には、色々なヴァリエーション（ドイツなどの参審制や、日本の裁判員制）が点在しています。これらにおいては、当局側が訴訟全体を支配しリードする度合がそれぞれに違っているのです。

（６）さて、国家は、何と言っても、強固な組織体ですので、どのように重い負担を負わされても耐えられますが、しかし、一般市民が、民事訴訟の原告として立ち、自力で証拠を集め、また、弁護士の専門的な支えがあるとはいえ、主体的に証明をやり抜くためには、金、時間、手間や、精神的な負担が自身の身に何重にも降りかかってきますので、その苦労は、並大抵のものではありません。　そのために、「泣き寝入り」をするしかない悲劇も、しばしば生じることでしょう。　このような、被害に苦しみ、それを声を上げて訴えることも出来ない人々が多数生まれる事態（公害・薬害の場合）が、日本の戦後のある時期に重層的に発生しましたが、そのようなタイプの悲劇に対応するために、まず、司法実務の現場（ホンネ）で、そして、その後、立法の形式（タテマエ）で、それぞれ、被害者救済がよりよく行なわれるよう努力が、熱心になされてきました。　試しに、刑事面での「疑問のある場合には、被告人に有利に（取り扱う）。」という精神を表わす言葉づかいの真似をして申しますと、民事において、「疑問のある場合には、加害者とされる被告にではなくて、被害者であると主張する原告に、有利に。」という、本則とはまったく逆の新しい発想が根づくような領域も、法世界の一部には生まれてきています。　このようにして、「過失なければ責任なし。」という、近代法の基盤を形づくる法思想は、次第に修正を受けていくのです。　その流れの到達点は、「過失なしにも責任あり。」（無過失責任制）ということに成りますね。

＜４６＞「自然債務は残存する。　そして、それにより、弁済されたものは、返還請求されることは出来ない。」

（１）＜Ｎａｔｕｒａｌｉｓ　ｏｂｌｉｇａｔｉｏ　ｍａｎｅｔ　ｅｔ　ｉｄｅｏ　ｓｏｌｕｔｕｍ　ｒｅｐｅｔｉ　ｎｏｎ　ｐｏｔｅｓｔ．＞が、表題の格言についてのラテン語の原命題です。　筆者の理解では、この有名な命題をいわば「総論」という位置に置いてみますと、いわば「各論」の一つとして、「奴隷を相手方としては、何らの訴権も存在しない。」　＜Ｃｕｍ　ｓｅｒｖｏ　ｎｕｌｌａ　ａｃｔｉｏ　ｅｓｔ．＞という命題が、登場してきます。　現代人の常識からすれば、そもそも、奴隷のような物＝者が、訴訟という晴れの舞台に登場する資格があるかどうかが、わざわざ法文の中に明記される、ということにつきまして、何か不自然な気配も感じられるのでしょうが、後述するように、これも、答えをちゃんと出さなければならない、立派な法律問題なのです。

ところで、「自然債務（ｏｂｌｉｇａｔｉｏ　ｎａｔｕｒａｌｉｓ）というのは、現代の民法学の理論では（民法典には、これについての規定はありません）、「債務者から進んで債務の弁済がなされれば、それは、それとして、有効な弁済と扱われますが（つまり、いったん債務者が弁済してしまったたものは、後になって不当利得として返還請求することは出来ないのです）、しかし、債務者が弁済をしてこないときにあったて、債権者が、弁済を求める訴えを裁判所に提起することを認めて貰えないタイプの債務」のことです。　筆者の独自の表現によれば、正規の債権債務関係は、「タテマエ（システム）」も「ホンネ（実効性＝訴求性）」も兼ねそなえた完璧な存在ですが、しかし、自然債務上の債務関係は、大切な「ホンネ」の部分を欠いた中途半端な存在です。　そうは言っても、債権者には自発的に債務を弁済して貰えるチャンスはあるのですから、自然債務というものは、それなりのパワーは備えている訳です。　＜ｎａｔｕｒａｌｉｓ＞というラテン語は、法術語としては、比較的微妙なニュアンスをはらんだ表現です。　＜ｐｏｓｓｅｓｓｉｏ　ｎａｔｕｒａｌｉｓ＞が、市民法上正規の「占有」（ｐｏｓｓｅｓｓｉｏ）に対比されるものとして、「自然的占有（占有に対比されるものとしての「所持」）」と受けとめられる際の感じとパラレルなかたちで理解すればよいように、思います。話は飛躍しますが、日本語の「彼は天然な性格の男だね。」というときの「天然（の）」にも、やにやら、ラテン語の「自然の」と相通ずるニュアンスもあるのではないでしょうか。　なお、そもそも自然債務という概念を打ちたてることにメリットがあるか、とか、自然債務の例をどこまでの範囲のものにするか、とかの点につきましては、学説の対立があります。

一方、本家のローマ法では、以下の（２）で述べるように、民事訴訟の場で債務の履行を求めることが出来ないとか、強制執行にまでは持ちこめないとかで、効力に欠け目のある義務・債務を「自然債務」として処遇する制度が発達してきています。　これも法の進化の一例と見てもよいでしょう。　「実際上はれっきとした義務であるのに、法上は義務とは扱われないもの」といったファジーな形にも、それなりに味があって、役に立つこともあるのです。　古い時代には、世間の常識や道徳心の力は相当のものでしたから、法＝裁判の手を借りなく

ても、人々は義務＝債務をちゃんと履行するのが、極く普通の成り行きだったからです。

（２）先に、「奴隷は、被告人の地位に据えられることはない。」という趣旨の格言をご紹介しましたが、実は、このことが、ローマ法上の自然債務の、ある種の「制度化」と大いに関係があるのです。　以下に、その辺りの事情を、少し掘りさげて考察してみましょう。

（ａ）　「奴隷（ｓｅｒｖｕｓ）」は、法的に見れば、物（ローマ法上特に重要なものと位置づけられている「手中物」）ですが、言うまでもなく、彼らは、ホモー・サピエーンスとしての人間です。　彼らは、その主人（奴隷保有者）の所有物に属します。

（ｂ）　奴隷には、長いローマの歴史の中で、色々な々な顔があります。極く初期の奴隷は、それぞれのステイタスの点で決定的に違いがあるものの、自由人との間にそれほどの距離を置かずに、共に生活していました。　しかし、ローマが、戦争を通じて、無数の自由人市民を奴隷化したこともあって、奴隷の扱い＝地位は大きく下落してしまいます。　彼らについては、「労働力を提供する消耗品」という見方も成りたつほどです。　奴隷が働く場はいくつもありますが、いわば上級の仕事場を任されているのは、主人の商売を手伝うビジネス奴隷でしょう。　ときには、主人の店の経営を任されることも、あったはずです。　彼らは、その奉仕への見かえりとして、主人から特別のご褒美を貰い、それを「ヘソクリ」として貯めていたかもしれません。　そうなれば、彼らは立派な「資産家」と成れるのですね。　その他にも、奴隷が財産を手にいれるチャンスが、ありました。　そのような「私有財産」が、「特有財産（ペクリウム＝ｐｅｃｕｌｉｕｍ）」というものです。　＜ｐｅｃｕｓ＞というラテン語は「家畜」を意味するのですが、奴隷は、機会あるごとに主人から贈与された家畜（主として、羊）を大切に育てて、増やしていくことにより、財産を形成し、それを保有することも、あったでしょう。　権利能力も、財産保有能力も、持たない奴隷でも、実質的には、固有の財産のようなものを保有する人物として、経済の世界の、ほんの片隅に、当事者として、立ちあらわれることもあったはずです。　タテマエ的には、その資産は、主人の所有物ですが、現実には（ホンネ上は）、それは、主人によって回収されるようなことは、なかったはずです（遥か後代には、制限つきにしても、実務上、奴隷に財産保有能力が付与されるように、成っています）。　奴隷が解放されて自由人に昇格するとき、その資産は、かつての奴隷にそのまま渡されたことでしょう。　被解放奴隷は、解放後も、旧主人の支配下に囲いこまれていましたので、リッチな元奴隷がいることは、主人にとって、何かと好都合だったのです。

（ｃ）　奴隷は、ローマ法上、「人間」ではありませんが、立派な「ヒト」です。　彼らは主人の家長権に服する者ですが、同じような権力服従者としては、家息（家長が健在な間は、家息は、いわゆる成人年齢に達しても、家長権から離脱することは出来ない仕組みに成ってい

ます）、家娘、妻（家長の手権に服属している場合）などが存在します。　唯の奴隷と立派な成人の息子が権力機構の枠組みの中で同類の扱いを受ける、というのは、近代で考えられない現象でしょう。　古い時代でも、ゲルマン人の社会では、家息は、成人すると、父の権力の傘から自動的に離れていきますので、ローマの家構造のがユニークさが、目だちますね。　その家息も、奴隷の場合以上に、家長の手足として、家長の経済活動に関わりますので、家長から「特有財産」を分け与えられて、自己資産のようにして、それを保有することが、ありました（その中には、色々なタイプものが、生まれてきます）。　家息は、市民法上義務を負うことが出来、また、彼には、当事者能力がありますので、訴えられて有責判決を受けることもありますが、しかし、家息に対する執行は、家長権が妨げに成って、実行不可能です。一方で、奴隷などのその他の権力服従者は、義務負担能力も、訴訟上の当事者能力も、与えられていません。　そこが決定的に違うところですね。

（ｄ）権力服従者（家息・奴隷）本人が何らかの債務を負わされる事態に追いこまれたとき、そこで発生した義務が履行されないままに捨ておかれたりすると、債権者側の人物（たとえば商取引の相手方）は、お手あげの状態に成ります。　物流がかなり発達していたローマでは、このような機能不全の状態を放置しておくことは、各方面でマイナスと成ることを賢明にも察知したある年の法務官は、具体的な訴訟を指揮する過程で、通例のように顧問役の法学者の補佐を得て、後代に成って「付加的性質の訴権」と総称されることとなる新システムを開発しました。「日常的な小口の商取引の安全」を確保することが、法の重要な使命であることを、よく認識していた当局の知恵が、ここ見えますね（もちろん、その背後には、相談役としての法学者が控えています）。　この訴権には、色々な種類のものが混在していますが、「特有財産訴権」が最もユニークな存在です。

（e）この訴権が発動される前提は、権力保持者（家長）が権力服従者（奴隷・家息）に、特有財産をわざわざ設定してやったことと、それをベースにして権力服従者が第三者と各種の取引行為を実行した際に発生した債務を、権力保持者が負担してやること、の二点です。　「付加的」という名称は、元々実態においてあまり意味を持たない権力服従者の義務＝債務にプラスするかたちで責任が引きうけられることを、意味します。　よくよく考えてみれば、特有財産は、法上は、権力保有者の資産に属するものなので、その資産に絡む責任はその人物が引きうけるのは、極く自然なことですね。

（ｆ）　ところで、問題の「自然債務」のようなものは、この特有財産のフィールドに登場してきます。　特有財産に関する訴権が向けられているのは、権力保持者の資産全体ではなくて、特有財産が有責判決の時点で持っている価値分に限定されるのですが、これは「有限責任制」のシステムと成っています。　例えば、家息が特有財産の運用に成功して、家長にお金を「貸す」までに成ったとき、その金額分（債

権のようなもの）は、特有財産に加算されていきます。　また、逆に、家息が家長に債務を負っている場合には、債務相当額は、特有財産から控除されます。　ここでは、いたってドライな決済が実行される訳です。　つまり、比喩的な表現になりますが、家長と家息の間には、一般人の場合と同じように「債権債務関係」もどきの関係が成りたっているのです。　法学の最盛期である古典期世紀のある法学者の理解では、ここに「自然債務」が存在することに成ります。

（３）先に「奴隷を相手方としては、何らの訴権も存在しない。」について触れましたが、このケースは、奴隷が債務者の役割を演じているような債権債務関係では、その債務は「自然債務」の位置づけに成ります。　しかし、すでに示した通り、その奴隷が特有財産を保有している際の話であれば、債権者は、奴隷の主人を相手どって、訴訟を提起することが出来ます。　もっとも、特有財産の総額が債務の額に届かなければ、残額については、弁済を受けることは出来ません。　ここでは、自然債務状態が残っているのです。

（４）紀元後一世紀の第六代の元首（皇帝）であるウェスパシアーヌスの統治していた時代に、「マケドー元老院議決」というものが、発布されました。　これは、メリハリの利いた自然債務のイメージを現代に伝えてくれています。　事案はこうです。　マケドーという名の家息は、何人もの高利貸から借金をしまくり、返済を強く迫られます。そのとき、マケドーは父（家長）を殺害します。　それは、恐らく、父が死亡した後には、自身が、家長権から自由な独立人と成って、手に入れた相続財産から多数の債権者の複数の債務を弁済出来る、と踏んでいたのでしょう。　法規の一種である、この元老院議決の発布によって、債務者が家長の権力から解放された後であっても、彼が、これまで権力服従者であったときと同じように、貸付金の返還請求は、訴訟を指揮する法務官によって、阻止される、というルールが新設されたのです。　その際に用いられる手段は、訴権の拒否、もしくは、債務者への抗弁の付与です。　もちろん、債務者が任意に消費貸借の債務を履行してしまった場合には、有効な弁済がなされたものと処理されてしまいます。

＜４７＞「言葉遊びの法格言」

（１）この「ラテン語法格言めぐり」のシリーズでは、これまでのところ、格言の意味内容に即して項目が選定されて、記述がなされてきましたが、ここでは、異例のことですが、ラテン語表現それ自体の面白さなどを、少しだけ、具体例に即して見て頂くことに致しましょう。ところで、意味内容（中味）が「ホンネ」に当たるのなら、命題表現（外形）は「タテマエ」に当たる、ということにも成りますが、その意味からしますと、この個所は、「言葉」というものに対して鋭敏な感覚をお持ちの「語学」好きな方々のために特に設けられた、「タテマ

エ論」の場です。　なお、この（４７）から（５３）までの部門に採録したラテン語の各表現は、「ロマホペディア（ローマ法便覧）」の本体の［Ｂ］部門にある、アルファベット順の格言リストの中に、ほとんど収録されていますので、もしその各命題について文法的な解析が必要となれば、そちらの方で、情報を得て下さいますよう。　それから、そこで付けられている日本語訳と、以下に示す日本語訳とは、必ずしもマッチしていません。　言葉を補って訳を付けているところも、多くあるからです。　なお、格言の出典指示欄に「イギリスの法格言」と表示されているとき、ここには「アメリカの法格言」も含まれるものとします。　「大陸法」と対比されるものとしての「英米法」の生成過程を見てみますと、まず、イギリス法が固められ、それが後にアメリカへと導入された、という歴史的な経緯がありますので、このような扱いにしています。

（２）内容系の分類

（Ａ）人のつながり

（１）＜Ｈａｅｒｅｓ（Ｈｅｒｅｓ）　ｈａｅｒｅｄｉｓ（ｈｅｒｅｄｉｓ）　ｍｅｉ　ｅｓｔ　ｍｅｕｓ　ｈａｅｒｅｓ（ｈｅｒｅｓ）．＞［私の相続人の相続人は、私の相続人である。］（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１６，６５；Ｃ．Ｊ．６，２４，１４，２；イギリスの法格言））
（２）＜Ｓｏｃｉｉ　ｍｅｉ　ｓｏｃｉｕｓ　ｎｏｎ　ｅｓｔ　ｓｏｃｉｕｓ　ｍｅｕｓ　．＞［私の組合員の組合人は、私の組合員ではない。］（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，４７，１：Ｄ．１７，２，２０；イギリスの法格言）
（３）＜Ｄｅｂｉｔｏｒｉｓ　ｍｅｉ　ｄｅｂｉｔｏｒ　ｎｏｎ　ｅｓｔ　ｍｅｕｓ　ｄｅｂｉｔｏｒ　．＞［私の債務者の債務者は、私の債務者ではない。］
（４）＜Ａｆｆｉｎｉｓ　ｍｅｉ　ａｆｆｉｎｉｓ　ｎｏｎ　ｅｓｔ　ｍｉｈｉ　ａｆｆｉｎｉｓ　．＞［私の姻族の姻族は、私の姻族ではない。］（イギリスの法格言）
ところで、日本のことわざもどきの言いまわしに、「私の友人の友人は、私の友人である。」というものが、あるようです。　古代ローマの「友人（ａｍｉｃｕｓ）」というのは、「もう一人の私＝自分（ａｌｔｅｒ　ｅｇｏ　＝　ｉｐｓｅ）」と形容されるほどの、特別の人物ですから、本人と友人との間には、とても近くて、濃く、親しい人間関係＝社会関係が、世代を超えても、成りたっていました。　ローマでは、とりわけ社会の上層部の間では、友人のサークルが世間で広がりを見せていたことでしょう。　もっとも、先の日本語命題に対応するようなラテン語の言いまわしがあったかどうかは、筆者には判りません。

（Ｂ）音のつながり

（１）＜Ａｂｒｏｇａｔａ ｌｅｇｅ ａｂｒｏｇａｎｔｅ ｎｏｎ ｒｅｖｉｖｉｓｃｉｔ ｌｅｘ ａｂｒｏｇａｔａ ．＞［全面的に廃止する法律（法）が全面的に廃止されるとき、全面的に廃止されていた法律（法）は、復活しない。］＞（Ｐａｕｌ．Ｓｅｎｔ．５，１７）
（２） ＜Ｓｕｂｓｔｉｔｕｔｕｓ ｓｕｂｓｔｉｔｕｔｏ ｅｓｔ ｓｕｂｓｔｉｔｕｔｕｓ ｉｎｓｔｉｔｕｔｏ ．＞［補充相続人の補充相続人は、指定相続人の補充相続人である。］（イギリスの法格言）
（３）＜Ａｃｔｕｓ ｍｅ ｉｎｖｉｔｏ ｎｏｎ ｅｓｔ ｍｅｕｓ ａｃｔｕｓ ．＞［私が望まないときになされたことは、私の行為ではない。］（イギリスの法格言）
（４）＜Ｓｕｍｍａ ｌｅｘ ｓｕｍｍａ ｃｒｕｘ ．＞［最高の法律（法）は、最高の苛責である。］（イギリスの法格言）
（５）＜Ｖｏｘ ｕｎｉｕｓ ｖｏｘ ｎｕｌｌｉｕｓ ．＞［ただ一人の人の声は、誰の声でもない。］
（６） ＜Ｓｕｍｍｕｍ ｊｕｓ ｓｕｍｍａ ｉｎｊｕｒｉａ ．＞［最高の法（正）は、最高の不法（不正）である。］（Ｃｉｃｅｒｏ，Ｄｅ Ｏｆｆ．１，１０，３３；イギリスの法格言）
（７）＜Ｃａｖｅｒｅ ａｕｔ ｃａｒｅｒｅ ．＞［担保を設定するか、あるいは、物を持たないでいるか、のどちらかである。］
（８）＜Ａｂｓｅｎｓ ｃａｒｅｎｓ ．＞［不在である人は、物を持たない人である。］
（９）＜Ｕｎｕｓ ｔｅｓｔｉｓ ｎｕｌｌｕｓ ｔｅｓｔｉｓ ．＞［唯一人の証人は、証人ではない。］（Ｃ．Ｊ．４，２０，９）
（１０）＜Ｎｏｎ ａｄｖｏｃａｔｕｓ，ｎｉｓｉ ｖｏｃａｔｕｓ ．＞［求められない限りは、弁護士は立たない。］
（１１） ＜Ｃｕｊｕｓ ｒｅｇｉｏ，ｅｊｕｓ ｒｅｌｉｇｉｏ ．＞［支配権を持つ人に、宗教が属する。］
（１２） ＜Ｓｅｍｅｌ ｈａｅｒｅｓ（ｈｅｒｅｓ） ｓｅｍｐｅｒ ｈａｅｒｅｓ（ｈｅｒｅｓ） ．＞［いったん相続人に成った人は、常に，相続人である。］（Ｇａｉ．Ｄ．２８，５，８９（８８））
（１３）＜Ｓｅｍｅｌ ｃｉｖｉｓ ｓｅｍｐｅｒ ｃｉｖｉｓ ．＞［いったん市民に成った人は、常に、市民である。］（イギリスの法格言）
（１４） ＜Ｓｅｍｅｌ ｐｒａｅｓｅｎｓ ｓｅｍｐｅｒ ｐｒａｓｅｎｓ ．＞［いったん在席している人は、常に、在席している人である。］
（１５） ＜Ｓｅｍｅｌ ａｂｓｏｌｕｔｕｓ ｓｅｍｐｅｒ ａｂｓｏｌｕｔｕｓ ．＞［いったん免訴（無罪）判決を受けた人は、常に、免訴（無罪）判決を受けた人である。］
（１６）＜Ｓｅｍｅｌ ｍａｊｏｒ ｓｅｍｐｅｒ ｍａｊｏｒ ．＞［いったん成人と成った人は、常に、成人である。］
（１７） ＜Ｓｅｍｅｌ ｆｕｒｉｏｓｕｓ ｓｅｍｐｅｒ ｐｒａｅｓｕｍｉｔｕｒ ｆｕｒｉｏｓｕｓ ．＞［いったん精神錯乱であった人は、常に、精神錯乱であると、推定される。］

（１８）＜Ｑｕｉ ｓｅｍｅｌ ｅｓｔ ｍａｌｕｓ，ｓｅｍｐｅｒ ｐｒａｅｓｕｍｉｔｕｒ ｅｓｓｅ ｍａｌｕｓ，ｉｎ ｅｏｄｅｍ ｇｅｎｅｒｅ．＞［いったん悪人であった人は、同じ種類のことにおいては、常に、悪い人であると、推定される。］
（１９）＜Ｑｕｉ ｓｅｍｅｌ ｆｕｒａｔｕｒ，ｓｅｍｐｅｒ ｆｕｒ ｈａｂｅｔｕｒ．＞「いったん窃盗を犯す人は、常に、窃盗犯人であると、扱われる。」
（２０）＜Ｉｎｓｔｒｕｍｅｎｎｔｕｍ ｅｓｔ ｐｒｏｂａｔｉｏ ｐｒｏｂａｔａ ｅｔ ｎｏｎ ｐｒｏｂａｎｎｄａ．＞［証書は、証明された証明書であり、そして、証明される必要のない証明書である。］
（２１）＜Ｒｅｘ ｒｅｇｕｍ ｒｅｇｅｓ ｒｅｇｉｔ．＞［諸国王の内の筆頭の国王は、諸国王を支配する。］（イギリスの法格言）
（２２）＜Ｃａｕｓａ ｃａｕｓａｅ ｅｓｔ ｃａｕｓａ ｃａｕｓａｔｉ．）［原因の原因は、生じたことの原因である。］
（２３）＜Ｎｅｍｏ ｌｉｂｅｒａｌｉｓ ｎｉｓｉ ｌｉｂｅｒａｔｕｓ．＞［誰も、債務負担から解放されているのでない限り、他人に気前よく振舞うことは出来ない。］
（２４）＜Ａ Ｄｅｏ ｒｅｘ，ａ ｒｅｇｅ ｌｅｘ．＞［国王は神に、法律（法）は国王に、由来する。］
（２５）＜Ｑｕａｌｉｓ ｒｅｘ，ｔａｌｉｓ ｇｒｕｘ．＞［国王があるように、このように、国民がある。］
（２６）＜Ｖｉａ ｔｒｉｔａ ｖｉａ ｔｕｔａ．＞「踏みならされた道は、安全な道である。」

＜４８＞「国際的な法関係」

（Ａ）戦争

（１）「平和というものは、たとえそれが不正なものであっても、極めて正しい戦争よりも、いっそう有用である。」（Ｐａｘ ｖｅｌ ｉｎｊｕｓｔａ ｕｔｉｌｉｏｒ ｅｓｔ ｑｕａｍ ｊｕｓｔｉｓｓｉｍｕｍ ｂｅｌｌｕｍ．）
（２）「平和は、協約によってではなく、戦勝によって、生みだされるべきである。」（Ｖｉｃｔｏｒｉａ ｐａｘ ｎｏｎ ｐａｃｔｉｏｎｅ ｐａｒｉｅｎｄａ ｅｓｔ．＞（Ｃｉｃｅｒｏ）
（３）「平和の時期に、戦争について考えるべきである。」＜Ｔｅｍｐｏｒｅ ｐａｃｉｓ ｃｏｇｉｔａｎｄｕｍ ｄｅ ｂｅｌｌｏ．＞
（４）「戦争は、それが必要と成っている人々にとっては、正しいものであり、そして、武器を取ることは、武器の中以外には何らの希望も残されていない人々にとっては、義務的なものである。」（Ｊｕｓｔｕｍ ｂｅｌｌｕｍ ｑｕｉｂｕｓ ｎｅｃｅｓｓａｒｉｕｍ，ｅｔ ｐｉａ ａｒｍａ ｑｕｉｂｕｓ ｎｕｌｌａ ｎｉｓｉ ｉ

ｎ ａｒｍｉｓ ｒｅｌｉｎｑｕｉｔｕｒ ｓｐｅｓ ．）（Ｌｉｖｉｕｓ，Ａｂ Ｕｒｂｅ Ｃｏｎｄｉｔａ，９，１）
（５） 「戦争において獲得されたものは、国家に帰属する。」（Ｂｅｌｌｏ ｐａｒｔａ ｃｅｄｕｎｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ．）（イギリスの法格言）
（６）「平和の法と同じように、戦争の法もある。」（Ｓｕｎｔ ｅｔ ｂｅｌｌｉ，ｓｉｃｕｔ ｐａｃｉｓ ｊｕｒａ ．）（Ｌｉｖｉｕｓ，Ａｂ Ｕｒｂｅ Ｃｏｎｄｉｔａ，５，２７）
（７）「無体物は、戦争によっては獲得されない。」（Ｉｎｃｏｒｐｏｒａｌｉａ ｂｅｌｌｏ ｎｏｎ ａｃｑｕｉｒｕｎｔｕｒ ．）（イギリスの法格言）
（８）「国家においては、戦争の法は、とりわけ守られるべきである。」（Ｉｎ ｒｅ ｐｕｂｕｌｉｃａ ｍａｘｉｍｅ ｃｏｎｓｅｒｖａｎｄａ ｓｕｎｔ ｊｕｒａ ｂｅｌｌｉ ．）（イギリスの法格言）
（９）「法律（法）は、勝利者によって言明され、敗北した人によって受けいれられる。」（Ｌｅｇｅｓ ａ ｖｉｃｔｏｒｉｂｕｓ ｄｉｃｕｎｔｕｒ，ａｃｃｉｐｉｕｎｔｕｒ ａ ｖｉｃｔｉｓ ．）（イギリスの法格言）
（１０） 「敵というのは、私たちに戦争を布告する側の人々、あるいは、私たちが公けに戦争を布告する相手方であり、そして、その他の人々は、賊あるいは掠奪者である。」（Ｈｏｓｔｅｓ ｈｉ ｓｕｎｔ，ｑｕｉ ｎｏｂｉｓ ｖｅｌ ｑｕｉｂｕｓ ｎｏｓ ｂｅｌｌｕｍ ｄｅｃｅｒｎｉｍｕｓ ；ｃｅｔｅｒｉ ｐｒｏｄｉｔｏｒｅｓ ｖｅｌ ｐｒａｄｏｎｅｓ ．）（Ｐｏｍｐ．Ｄ．５０，１６．１１８；イギリスの法格言）
（１１） 「武装状態にある敵から何らかの和平提議を受けいれることが、ローマ国民の慣行ではないこと。」（Ｎｏｎ ｅｓｓｅ ｃｏｎｓｕｅｔｕｄｉｎｅｍ ｐｏｐｕｌｉ Ｒｏｍａｎｉ，ｕｌｌａｍ ａｃｃｉｐｅｒｅ ａｂ ｈｏｓｔｅ ａｒｍａｔｏ ｃｏｎｄｉｔｉｏｎｅｍ ．）（Ｃａｅｓａｒ，Ｂｅｌｌｕｍ Ｇａｌｌｉｃｕｍ、５（２），４１）
（１２）「敵から奪取されるものも、自然の理によって私たちのものと成る。」（Ｅａ ｑｕｏｑｕｅ、ｑｕａｅ ｅｘ ｈｏｓｔｉｂｕｓ ｃａｐｉｕｎｔｕｒ，ｎａｔｕｒａｌｉ ｒａｔｉｏｎｅ ｎｏｓｔｒａ ｆｉｕｎｔ ．）（Ｇａｉ．Ｉ．２，６９）
（１３）「勝利を収めた人々が、自身が制圧した人々に対して自身の望むように命令するということが、戦争の法である。」（Ｊｕｓ ｅｓｔ ｂｅｌｌｉ，ｕｔ ｑｕｉ ｖｉｃｉｓｓｅｎｔ，ｉｉｓ ｑｕｏｓ ｖｉｃｉｓｓｅｎｔ，ｑｕｅｍａｄｍｏｄｕｍ ｖｅｌｌｅｎｔ，ｉｍｐｅｒａｒｅｎｔ ．）（Ｃａｅｓａｒ，Ｂｅｌｌｕｍ Ｇａｌｌｉｃｕｍ．１，３６，１）
（１４）「勝利者は、降伏のいかなる条件も受けいれない。」（Ｎｕｌｌａｍ ｄｅｄｉｔｉｏｎｉｓ ｃｏｎｄｉｔｉｏｎｅｍ ａｃｃｉｐｉｔ ｖｉｃｔｏｒ ．）
（１５）「信義は、敵に対しても守られるべきである。」（Ｆｉｄｅｓ ｈｏｓｔｉ ｓｅｒｖａｎｄａ ．）（イギリスの法格言）

（１６）「まだ敵の陣営の中へと持ちこまれていなかった物は、たとえそれが敵によって保持されていたとしても、そのために、帰国権の制度を必要としない。 それは、国際法に基づいて、所有権がまだ変更されていなかったからである。」（Ｒｅｓ ｑｕａｅ ｉｎｔｒａ ｐｒａｓｉｄｉａ ｐｅｒｄｕｃｔａｅ ｎｏｎｄｕｍ ｓｕｎｔ，ｑｕａｍｑｕａｍ ａｂ ｈｏｓｔｉｂｕｓ ｏｃｃｕｐａｔａｅ，ｉｄｅｏ ｐｏｓｔｌｉｍｉｎｉｉ ｎｏｎ ｅｇｅｎｔ，ｑｕｉａ ｄｏｍｉｎｉｕｍ ｎｏｎｄｕｍ ｍｕｔａｒｕｎｔ ｅｘ ｇｅｎｔｉｕｍ ｊｕｒｅ．）（Ｇｒｏｔｉｕｓ，Ｄｅ Ｊｕｒ，Ｂｅｌｌ．１，３，９，１６：１，３，６，３）
（１７）「すべてのことに対するすべての人の権利、そして、その帰結として、すべての人に対するすべての人の戦争」（Ｊｕｓ ｏｍｎｉｕｍ ｉｎ ｏｍｎｉａ，ｅｔ ｃｏｎｓｅｑｕｅｎｔｅｒ ｂｅｌｌｕｍ ｏｍｎｉｕｍ ｉｎ ｏｍｎｅｓ．］（Ｈｏｂｂｅｓ，Ｅｌｅｍｅｎｔａ Ｐｈｉｌｏｓ．Ｄｅ Ｃｉｖｅ，Ｐｒａｅｆａｔｉｏ）
（１８）「もし私たちが平和を享受することを望む場合には、戦争がなされる必要がある。 しかし、もし私たちが戦争を放棄する場合には、私たちは決して平和を享受しないだろう。」（Ｓｉ ｐａｃｅ ｆｒｕｉ ｖｏｌｕｍｕｓ，ｂｅｌｌｕｍ ｇｅｒｅｎｄｕｍ ｅｓｔ；ｓｉ ｂｅｌｌｕｍ ｏｍｉｔｔｉｍｕｓ，ｐａｃｅ ｎｕｍｑｕａｍ ｆｒｕｅｍｕｒ．）（Ｃｉｃｅｒｏ，Ｐｈｉｌ．２７，６，１９）
（１９）「法は、武器の間では、沈黙する。」（Ｊｕｓ ｓｉｌｅｎｔ ｉｎｔｅｒ ａｒｍａ．＞（Ｃｉｃｅｒｏ，Ｐｒｏ Ｍｉｌ．４，１１；イギリスの法格言）
（２０）「法律（法）は、戦争においては、沈黙することを強いられている。」 （Ｌｅｇｅｓ ｂｅｌｌｏ ｓｉｌｅｒｅ ｃｏａｃｔａｅ．）（Ｌｕｃ．Ｐｈａｒｓ．１，２７７）

（Ｂ）使節

（１）「使節は、自らを任命する国王に代って職務を行ない、そして、その人が代理するあの人と同じように、敬意を表されるべきである。」（Ｌｅｇａｔｕｓ ｒｅｇｉｓ ｖｉｃｅ ｆｕｎｇｉｔｕｒ，ａ ｑｕｏ ｄｅｓｔｉｎａｔｕｒ，ｅｔ ｈｏｎｏｒａｎｄｕｓ ｅｓｔ，ｓｉｃｕｔ ｉｌｌｅ ｃｕｊｕｓ ｖｉｃｅｍ ｇｅｒｉｔ．）（イギリスの法格言）
（２）「使節を侵害することは、国際法に反している。」（Ｌｅｇａｔｏｓ ｖｉｏｌａｒｅ ｃｏｎｔｒａ ｊｕｓ ｇｅｎｔｉｕｍ ｅｓｔ．）（イギリスの法格言）
（３）「使節の身柄は、単に同盟者の法においてだけではなく、敵の武器の下においてさえも，安全に保護される。」（Ｌｅｇａｔｕｓ，ｎｏｎ ｓｏｌｕｍ ｉｎｔｅｒ ｓｏｃｉｏｒｕｍ ｊｕｒａ，ｓｅｄ ｅｔｉａｍ ｉｎｔｅｒ ｈｏｓｔｉｕｍ ｔｅｌａ ｉｎ ｃｏｌｕｍｉｓ ｓｅｒｖａｔｕｒ．）

（４）「使節からの取立は、すべて、免除されるべきである。」（Ｏｍｎｉｓ ｃｏａｃｔｉｏ ａ ｌｅｇａｔｏ ａｂｅｓｓｅ ｄｅｂｅｔ．）

（Ｃ）交易

（１）「万民法は、人類の諸民族が用いるものである。」（Ｊｕｓ ｇｅｎｔｉｕｍ ｅｓｔ，ｑｕｏ ｇｅｎｔｅｓ ｈｕｍａｎａｅ ｕｔｕｎｔｕｒ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．１，１，１，４） 日本語の「国際法」には、＜ｉｎｔｅｒｎａｔｉｏｎａｌ ｌａｗ＞とか、＜ｄｒｏｉｔ ｉｎｔｅｒｎａｔｉｏｎａｌ＞とか、＜ｉｎｔｅｒｎａｔｉｏｎａｌｅｓ Ｒｅｃｈｔ＞とかの欧米諸語が対応していますが、その他に、古代ローマ時代のラテン語である＜ｊｕｓ ｇｅｎｔｉｕｍ＞対応するような，＜ｌａｗ ｏｆ ｎａｔｉｏｎｓ＞とか、＜ｄｒｏｉｔ ｄｅｓ ｇｅｎｓ＞とか、＜Ｖöｌｋｅｒｒｅｃｈｔ＞とかの、専門術語があります。 もっとも、ローマの「万民法（ｊｕｓ ｇｅｎｔｉｕｍ）」は、ローマ領内に多数在住している外人（ローマ市民権を保有していない他共同体の市民）に適用される「国内法」ですから、「国際間の法」ではないのです。 ついでに申しますと、頭の軟らかいローマ人は、本来は外人向けの万民法ないしは万民法的な仕組みに自らも従う姿勢を採るように、変身しました。 これは、ローマ法が普遍法・世界法へと変身する大きなきっかけと成った要素です。
（２）「万民法は、自然の理がすべての人間の間に定めたものである。」（Ｊｕｓ ｇｅｎｔｉｕｍ ｅｓｔ，ｑｕｏｄ ｎａｔｕｒａｌｉｓ ｒａｔｉｏ ｉｎｔｅｒ ｏｍｎｅｓ ｈｏｍｉｎｅｓ ｃｏｎｓｔｉｔｕｉｔ．）（Ｇａｉ．Ｄ，１，１，９；Ｉ．Ｉ．１，２，１；イギリスの法格言）
（３）「交易は、万民法によって、共通のものであるべきである。」（Ｃｏｍｍｅｒｃｉｕｍ ｊｕｒｅ ｇｅｎｔｉｕｍ ｃｏｍｍｕｎｅ ｅｓｓｅ ｄｅｂｅｔ．）（Ｈｅｒ．Ｄ．１，１，５；イギリスの法格言）

（Ｄ）国際法

（１）「合意は拘束する（パクタ スント セルワンダ。）。」（Ｐａｃｔａ ｓｕｎｔ ｓｅｒｖａｎｄａ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．２，１４，７，７：Ｃ．Ｊ．２，３，２９，１；Ｄａｍａｓｕｓ，Ｒｅｇｕｌａｅ Ｃａｎｏｎｉｃａｅ，２４ｆ．；イギリスの法格言）
（２）「条約は、第三者を、害しも、益しも、しない。」（Ｐａｃｔａ ｔｅｒｔｉｉｓ ｎｅｃ ｎｏｃｅｎｔ ｎｅｃ ｐｒｏｓｕｎｔ．）
（３）「ある他の人々の間でなされた事柄は、その他の人を害しない。」（Ｒｅｓ ｉｎｔｅｒ ａｌｉｏｓ ａｃｔａ ａｌｔｅｒｉ ｎｏｎ ｎｏｃｅｔ．）（イギリスの法格言）
（４）「ある他の人々の間でなされた事柄は、誰も害するべきではないが、しかし、利益を与えることは、出来る。」（Ｒｅｓ ｉｎｔｅｒ

ａｌｉｏｓ ａｃｔａｅ ｎｅｍｉｎｉ ｎｏｃｅｒｅ ｄｅｂｅｎｔ，ｓｅｄ ｐｒｏｄｅｓｓｅ ｐｏｓｓｕｎｔ．）（イギリスの法格言）
（５）「領域権は、武力の終わるところで、終わる。」（Ｔｅｒｒａｅ ｐｏｔｅｓｔａｓ ｆｉｎｉｔｕｒ，ｕｂｉ ｆｉｎｉｔｕｒ ａｒｍｏｒｕｍ ｖｉｓ．）

＜４９＞「格差問題（大と小・多と少・上と下・主と従）」

およそ、物事の間には、多くの場合、さまざまなジャンル・タイプの「格差」が存在します。　以下に紹介する格言の多くは、それほど深い意味あいのものではありませんが､それでも､何やら趣のある命題も、いくつか、あります。

（Ａ）大と小

「大」と「小」との二項対比には、明快なところがあって、このタイプの言いまわしは、親しみやすいものです。　日本の例を少し挙げておきましょう。　「大は小を兼ねる。」、「大を生かして、小を殺す。」、「小の虫を殺して、大の虫を助ける。」,「大をすてて、小に付く。」などが、これです。
（１）「いっそう大きいことは、すべて、いっそう小さいことを、それ自体の中に含む。」（Ｏｍｎｅ ｍａｊｕｓ ｃｏｎｔｉｎｅｔ ｉｎ ｓｅ ｍｉｎｕｓ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１１０ｐｒ．；イギリスの法格言）
（２）「比較的価値の多いものは、比較的価値の少ないものを、それ自体の許へ引きよせる。」（Ｍａｊｕｓ ｄｉｇｎｕｍ ｔｒａｈｉｔ ａｄ ｓｅ ｍｉｎｕｓ ｄｉｇｎｕｍ．）（イギリスの法格言）
（３）「いっそう大きいことが許されるときには、いっそう小さいことも許されるものと、見られる。」（Ｑｕａｎｄｏ ｌｉｃｅｔ ｉｄ ｑｕｏｄ ｍａｊｕｓ，ｖｉｄｅｔｕｒ ｅｔ ｌｉｃｅｒｅ ｉｄ ｑｕｏｄ ｍｉｎｕｓ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０．１７，１１０ｐｒ．；イギリスの法格言）
（４）「いっそう大きいことを許されている人が、いっそう小さいことを許されない、ということは、あってはならない。」（Ｃｕｉ ｌｉｃｅｔ，ｑｕｏｄ ｍａｊｕｓ ｎｏｎ ｄｅｂｅｔ，ｑｕｏｄ ｍｉｎｕｓ ｅｓｔ，ｎｏｎ ｌｉｃｅｒｅ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，２１；イギリスの法格言）
（５）「いっそう小さいことにおいて有効であることは、いっそう大きいことにおいても、有効であろう。　そして、いっそう大きいことにおいて有効でないことは、いっそう小さいことにおいても、有効でないだろう。」（Ｑｕｏｄ ｉｎ ｍｉｎｏｒｉ ｖａｌｅｔ，ｖａｌｅｂｉｔ ｉｎ ｍａｊｏｒｉ，ｅｔ ｑｕｏｄ ｉｎ ｍ

ａｊｏｒｉ ｎｏｎ ｖａｌｅｔ，ｎｅｃ ｖａｌｅｂｉｔ ｉｎ ｍｉｎｏｒｉ．）（イギリスの法格言）
（６）「いっそう大きいことについて適法であるものは、いっそう小さいことについても、適法である。」（Ｑｕｏｄ ｐｒｏ ｍａｊｏｒｅ ｌｉｃｉｔｕｍ ｅｓｔ，ｐｒｏ ｍｉｎｏｒｅ ｌｉｃｉｔｕｍ ｅｓｔ．）
（７）「いっそう小さいことについて適法であるものは、いっそう大きことについても、適法である。」（Ｑｕｏｄ ｐｒｏ ｍｉｎｏｒｅ ｌｉｃｉｔｕｍ ｅｓｔ ｅｔ ｐｒｏ ｍａｊｏｒｅ ｌｉｃｉｔｕｍ ｅｓｔ．）（イギリスの法格言）
（８）「いっそう大きいことをなすことが出来る人は、いっそう小さいことも、なすことが出来る。」（Ｑｕｉ ｐｏｔｅｓｔ ｍａｊｕｓ，ｐｏｔｅｓｔ ｅｔ ｍｉｎｕｓ．）
（９）「いっそう大きい刑罰は、いっそう小さい刑罰を吸収する。」（Ｐｏｅｎａ ｍａｊｏｒ ａｂｓｏｒｂｅｔ ｍｉｎｏｒｅｍ．）
（１０）「いっそう大きい数は、いっそう小さい数をそれ自体の中に含む。］（Ｍａｊｏｒ ｎｕｍｅｒｕｓ ｉｎ ｓｅ ｃｏｎｔｉｎｅｔ ｍｉｎｏｒｅｍ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５，１，５４；イギリスの法格言）
（１１）「いっそう大きい問題は、いっそう小さい状況を自身の許へ引きよせる。」（Ｍａｊｏｒ ｑｕａｅｓｔｉｏ ｍｉｎｏｒｅｍ ｃａｕｓａｍ ａｄ ｓｅ ｔｒａｈｉｔ．）
（１２）「いっそう大きい部分は、いっそう小さい部分を自身の許へ引きよせる。」（Ｍａｊｏｒ ｐａｒｓ ｔｒａｈｉｔ ａｄ ｓｅ ｍｉｎｏｒｅｍ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５，１，５４）
（１３）「いっそう大きなものは、それ自体の中にいっそう小さなものを含む。」（Ｍａｊｏｒ ｃｏｎｔｉｎｅｔ ｉｎ ｓｅ ｍｉｎｕｓ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１１０ｐｒ．；イギリスの法格言）
（１４）「極めて小さい言葉からでさえも、ときには極めて大きい争いが生まれる。」（Ｌｉｓ ｍｉｎｉｍｉｓ ｖｅｒｂｉｓ ｉｎｔｅｒｄｕｍ ｍａｘｉｍａ ｃｒｅｓｃｉｔ．）（Ｄｉｏｎ．Ｃａｔ．Ｄｉｓｔ．２，１１；イギリス法）
（１５）「いっそう小さい罪過に相当するものも、いっそう大きい不名誉に相当する。」（Ｑｕａｅ ｓｕｎｔ ｍｉｎｏｒｉｓ ｃｕｌｐａｅ ｓｕｎｔ ｍａｊｏｒｉｓ ｉｎｆａｍｉａｅ．）（イギリスの法格言）
（１６）「買主は、出きる限り小さい金額で買い、売主は、出来る限り大きい金額で売る。」（Ｅｍｔｏｒ（Ｅｍｐｔｏｒ） ｅｍｉｔ ｑｕａｍ ｍｉｎｉｍｏ ｐｏｔｅｓｔ，ｖｅｎｄｉｔｏｒ ｖｅｎｄｅｔ ｑｕａｍ ｍａｘｉｍｏ ｐｏｔｅｓｔ．）（イギリスの法格言）
（１７）「身体上の刑罰は、たとえそれが極めて小さいものであっても、すべて、たとえ金銭罰が極めて大きなものであっても、あらゆる金銭罰よりも、大きい。」（Ｏｍｎｉｓ ｐｏｅｎａ ｃｏｒｐｏｒ

ａｌｉｓ，ｑｕａｍｖｉｓ ｍｉｎｉｍａ，ｍａｊｏｒ ｅｓｔ ｏｍｎｉ ｐｏｅｎａ ｐｅｃｕｎｉａｒｉａ．）
（１８）「身体への加害は、比較的大きな犯罪の中では、最も小さいものであり、そして、比較的小さい犯罪の中では、最も大きなものである。」（Ｍａｈｅｍｉｕｍ ｅｓｔ ｉｎｔｅｒ ｃｒｉｍｉｎａ ｍａｊｏｒａ ｍｉｎｉｍｕｍ ｅｔ ｉｎｔｅｒ ｍｉｎｏｒａ ｍａｘｉｍｕｍ．）（イギリスの法格言）
（１９）「身体上の罰は、最小のものであっても、いかなる金銭罰よりも、いっそう大きい。」（Ｐｏｅｎａ ｍｉｎｉｍａ ｃｏｒｐｏｒａｌｉｓ ｍａｊｏｒ ｑｕａｌｉｂｅｔ ｐｏｅｎａ ｐｅｃｕｎｉａｒｉａ．）
（２０）「極めて大きい権勢の中には、極めて小さい自由がある。」（Ｉｎ ｍａｘｉｍａ ｐｏｔｅｎｔｉａ ｍｉｎｉｍａ ｌｉｃｅｎｔｉａ．）（イギリスの法格言）
（２１）「いっそう大きいことから、いっそう小さいことへの論証は、否定的な方向では、有効ではない。 しかし、逆の場合には、有効である。」（Ａｒｇｕｍｅｎｔｕｍ ａ ｍａｊｏｒｉ ａｄ ｍｉｎｕｓ ｎｅｇａｔｉｖｅ ｎｏｎ ｖａｌｅｔ；ｖａｌｅｔ ｅ ｃｏｎｖｅｒｓｏ．）（イギリスの法格言）
（２２）「いっそう大きいことがあるところでは、いっそう小さいことは引きさがる。」（Ｕｂｉ ｍａｊｏｒ、ｍｉｎｏｒ ｃｅｓｓａｔ．）
（２３）「比較的大きいことと、比較的小さいことに関して、法は異ならない。」（Ｄｅ ｍａｊｏｒｉ ｅｔ ｍｉｎｏｒｉ ｎｏｎ ｖａｒｉａｎｔ ｊｕｒａ．）（イギリスの法格言）
（２４）「いっそう大きな悪が避けられるために、いっそう小さな悪が許される。」（Ｍｉｎｕｓ ｍａｌｕｍ ｐｅｒｍｉｔｔｉｔｕｒ，ｕｔ ｅｖｉｔｅｔｕｒ ｍａｊｕｓ．）（Ｃ．Ｉ．１，１，１）
（２５）「いっそう大きい審理のための予審は、いっそう小さい事案を通じてなされるべきではない。」（Ｐｅｒ ｍｉｎｏｒｅｍ ｃａｕｓａｍ ｍａｊｏｒｉ ｃｏｇｎｉｔｉｏｎｉ ｐｒａｅｊｕｄｉｃｉｕｍ ｆｉｅｒｉ ｎｏｎ ｏｐｏｒｔｅｔ．）
（２６）「大盗人は、小盗人をしばしば罰する。」（Ｍａｇｎｉ ｍｉｎｏｒｅｓ ｓａｅｐｅ ｆｕｒｅｓ ｐｕｎｉｕｎｔ．）（Ｃａｅｃｉｌｉｕｓ Ｂａｌｂｕｓ，Ｓｅｎｅｎｔｉａ，１０７；Ｄｉｏｇｅｎｅｓ Ｌａｅｒｔｉｕｓ，Ｖｉａｔｅ Ｐｈｉｌｏｓｏｐｈｏｒｕｍ，６，４５）
（２７）「国王は、個々の人々よりも大きい存在であるが、しかし、国民全体よりは小さい存在である。」（Ｒｅｘ ｅｓｔ ｍａｊｏｒ ｓｉｎｇｕｌｉｓ，ｍｉｎｏｒ ｕｎｉｖｅｒｓｉｓ．）（イギリスの法格言）

（Ｂ）多と少

（１）「いっそう多いものの中には、常に、いっそう少ないものも、内在する。」（Ｉｎ ｅｏ，ｑｕｏｄ ｓｉｔ ｐｌｕｓ，ｓ

ｅｍｐｅｒ ｉｎｅｓｔ ｅｔ ｍｉｎｕｓ .）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１１０ｐｒ．：Ｌａｂ．Ｄ．３２，２９，１；イギリスの法格言）
（２）「いっそう多いことは、常に、いっそう少ないことを、自体の中に含んでいる。」（Ｐｌｕｓ ｓｅｍｐｅｒ ｉｎ ｓｅ ｃｏｎｔｉｎｅｔ ｑｕｏｄ ｅｓｔ ｍｉｎｕｓ .）（Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ，５，１３，３５）
（３）「いっそう多いことを許されている人が、いっそう少ないことを許されない、ということは、あるべきではない。」（Ｎｏｎ ｄｅｂｅｔ，ｃｕｉ ｐｌｕｓ ｌｉｃｅｔ，ｑｕｏｄ ｍｉｎｕｓ ｅｓｔ，ｎｏｎ ｌｉｃｅｒｅ .）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，２１；イギリスの法格言）
（４）「比較的少ない金額は、比較的多い金額の中に含まれる。」（Ｉｎ ｍａｊｏｒｅ ｓｕｍｍａ ｃｏｎｔｉｎｅｔｕｒ ｍｉｎｏｒ .）（イギリスの法格言）
（５）「いっそう多い物を譲与される人は、いっそう少ない物も譲与されるものと、見られる。」（Ｃｕｉ ｍａｊｕｓ ｃｏｎｃｅｄｉｔｕｒ，ｅｔ ｍｕｎｉｓ ｃｏｎｃｅｄｉ ｖｉｄｅｔｕｒ .）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，２１）
（６）「比較的少ないことによってなされることが可能であることが、が比較的多いことによってなされるのは、無益である。」（Ｆｒｕｓｔｒａ ｆｉｔ ｐｅｒ ｐｌｕｒａ，ｑｕｏｄ ｆｉｅｒｉ ｐｏｔｅｓｔ ｐｅｒ ｐａｕｃｉｏｒａ .）（イギリスの法格言）
（７）「いっそう多いことをなす人は、いっそう少ないことをなす。しかし、それと逆方向のことは、生じない。」（Ｑｕｉ ｆａｃｉｔ ｉｄ ｑｕｏｄ ｐｌｕｓ ｅｓｔ，ｆａｃｉｔ ｉｄ ｑｕｏｄ ｍｉｎｕｓ ｅｓｔ，ｓｅｄ ｎｏｎ ｃｏｎｖｅｒｔｉｔｕｒ .）（イギリスの法格言）
（８）「いっそう多いことが許されている人には、いっそう少ないことは、確かに許されている。」（Ｃｕｉ ｌｉｃｅｔ ｑｕｏｄ ｅｓｔ ｐｌｕｓ，ｌｉｃｅｔ ｕｔｉｑｕｅ ｑｕｏｄ ｅｓｔ ｍｉｎｕｓ .）（Ｕｌｐ．５０，１７，２１；Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ，５，１３，５３；イギリスの法格言）
（９）「いっそう大きいことが許されるときには、いっそう小さいことも許されるものと、見られる。」（Ｑｕａｎｄｏ ｌｉｃｅｔ ｉｄ ｑｕｏｄ ｍａｊｕｓ，ｖｉｄｅｔｕｒ ｅｔ ｌｉｃｅｒｅ ｉｄ ｑｕｏｄ ｍｉｎｕｓ .）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１１０ｐｒ．；イギリスの法格言）
（１０）「年少者は、不法行為においては、年長者と扱われる。」（Ｍｉｎｏｒ ｉｎ ｄｅｌｉｃｔｉｓ ｍａｊｏｒ ｈａｂｅｔｕｒ .）（Ｔｒｙｐ．Ｄ．４，４，３７，１；Ｕｌｐ．Ｄ．４，４，９，２：Ｃ．Ｊ．２，４２，３ｐｒ．）

（Ｃ）上と下

（１）「いっそう上の人が分配し、いっそう下の人が選ぶよう。」（Ｍａｊｏｒ ｄｉｖｉｄａｔ，ｍｉｎｏｒ ｅｌｉｇａｔ．）（ローマの格言・中世の法格言・ドイツの法格言）
（２）「いっそう上位の法律（法）は、いっそう下位の法律（法）を、部分的に廃止する。」（Ｌｅｘ ｓｕｐｅｒｉｏｒ ｄｅｒｏｇａｔ ｌｅｇｉ ｉｎｆｅｒｉｏｒｉ．）
（３）「いっそう上位の人の面前では、いっそう下位の人の権能は止む。」（Ｉｎ ｐｒａｅｓｅｎｔｉａ ｍａｊｏｒｉｓ ｃｅｓｓａｔ ｐｏｔｅｎｔｉａ ｍｉｎｏｒｉｓ．）
（４）「いっそう年少の人は、いっそう年長の人を養子とすることは出来ない。」（Ａｄｏｐｔａｒｅ ｍｉｎｏｒ ｍａｊｉｏｒｅｍ ｎｏｎ ｐｏｔｅｓｔ．）（イギリスの法格言）
（５）「不可分のことにおいては、いっそう年少の人は、いっそう年長の人を助ける。」（Ｉｎ ｉｎｄｉｖｉｄｕｉｓ ｍｉｎｏｒ ｒｅｌｅｖａｔ ｍａｊｏｒｅｍ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．８，６，１０ｐｒ．）
（６）「最高の救済からいっそう下級の訴訟へは、回帰も助力も認められない。」（Ａ ｓｕｍｍｏ ｒｅｍｅｄｉｏ ａｄ ｉｎｆｅｒｉｏｒｅｍ ａｃｔｉｏｎｅｍ ｎｏｎ ｈａｂｅｔｕｒ ｒｅｇｒｅｓｓｕｓ，ｎｅｑｕｅ ａｕｘｉｌｉｕｍ．）（イギリスの法格言）
（７）「いっそう上位の人が懇願するときには、その懇願を拒むことは、難しい。」（Ｄｕｒｕｍ ｅｓｔ ｎｅｇａｒｅ ｓｕｐｅｒｉｏｒ ｃｕｍ ｓｕｐｐｌｉｃａｔ．）（Ｓｙｒｕｓ，Ｓｅｎｔｅｎｔｉａｅ）
（８）「いっそう権勢の強い人は、自身が求めるときには、いっそう権勢の弱い人に対して、求めることによって、強要する。」（Ｃｏｇｉｔ ｒｏｇａｎｄｏ，ｑｕｕｍ ｐｏｔｅｎｔｉｏｒ ｒｏｇａｔ．）（Ｓｙｒｕｓ，Ｓｅｎｔｅｎｔｉａｅ，１４６）

（Ｄ）主と従

（１）「主たるものは、すべて、従たるものを自身の許へ引きよせる。」（Ｏｍｎｅ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｅ ｔｒａｈｉｔ ａｄ ｓｅ ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｍ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．３４，２，１９、１３；イギリスの法格言）
（２）「主たるものは、従たるものを引きよせる。」（Ｐｒｉｎｃｉｐａｌｅ ｔｒａｈｉｔ ａｃｃｅｓｓｉｏｎｅｍ．）
（３）「法律（法）があるものをある人に付与するときには、付随するものすべてが，暗黙の内に付与される。」（Ｑｕａｎｄｏ ｌｅｘ ａｌｉｑｕｉｄ ａｌｉｃｕｉ ｃｏｎｃｅｄｉｔ，ｏｍｎｉａ ｉｎｃｉｄｅｎｔｉａ ｔａｃｉｔｅ ｃｏｎｃｅｄｕｎｔｕｒ．）（イギリスの法格言）
（４）「主たる人が存在しないところでは、従たる人は存在することは出来ない。」（Ｕｂｉ ｎｏｎ ｅｓｔ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉｓ，

ｎｏｎ ｐｏｔｅｓｔ ｅｓｓｅ ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｓ .)(イギリスの法格言)
(５)「従物は、主物の運命に従う。」(Ａｃｃｅｓｓｉｏ ｃｅｄｉｔ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉ .)(Ｕｌｐ.Ｄ.３４,２,ｉ９,１３)(イギリスの法格言)
(６)「従物が主物の性質に従うのは、適切である。」(Ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｍ ｎａｔｕｒａｍ ｓｅｑｕｉ ｃｏｎｇｒｕｉｔ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉｓ .)(Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ,５,１３,４２)
(７)「従たるものは、主たるものを引きこまない。」(Ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｍ ｎｏｎ ｔｒａｈｉｔ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｅ .)(イギリスの法格言)
(８)「従物は、主物に従う。」(Ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｍ ｓｅｑｕｉｔｕｒ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｅ .)(Ｇａｉ.Ｄ.３３,８,２;イギリスの法格言)
(９)「従犯は、その正犯の性質に従う。」(Ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｓ ｓｅｑｕｉｔｕｒ ｎａｔｕｒａｍ ｓｕｉ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉｓ .)(Ｇａｉ.Ｄ.３３.８.２;イギリスの法格言)
(１０)「主たるものについて権利を持つその人が、従たるものについて権利を持つであろう。」 (Ｃｕｊｕｓ ｊｕｒｉｓ ｅｓｔ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｅ, ｅｊｕｓｄｅｍ ｊｕｒｉｓ ｅｒｉｔ ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｍ .)(Ｇａｉ.Ｄ.３３.８.２;イギリスの法格言)
(１１)「主たる状況が存立しないときには、それに続くものは、生じない。」(Ｃｕｍ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉｓ ｃａｕｓａ ｎｏｎ ｃｏｎｓｉｓｔｉｔ, ｎｅ ｅａ ｑｕａｅ ｓｅｑｕｕｎｔｕｒ ｌｏｃｕｍ ｔｅｎｅｎｔ .)(Ｐａｕｌ.Ｄ.１７,１２９,１:Ｄ.５０,１７,１７８;イギリスの法格言)
(１２)「あることが禁じられるときには、あのことから続いて生ずるものすべてが、禁じられる。」(Ｃｕｍ ｑｕｉｄ ｐｒｏｈｉｂｅｔｕｒ, ｐｒｏｈｉｂｅｔｕｒ ｏｍｎｉａ ｑｕａｅ ｓｅｑｕｕｎｎｔｕｒ ｅｘ ｉｌｌｏ .)(Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ,５,１３,３９)
(１３)「主たるものが消滅すれば、付随的なものも取りさられる。」(Ｅｘｔｉｕｎｃｔｏ(Ｅｘｓｔｉｎｃｔｏ) ｓｕｂｊｅｃｔｏ, ｔｏｌｌｉｔｕｒ ａｄｊｕｎｃｔｕｍ .)(イギリスの法格言)
(１４)「主たるものにおいて有効でないものは、従たるものあるいは続いて生ずるものにおいて、有効でないだろう。」(Ｑｕａｅ ｎｏｎ ｖａｌｅｔ ｉｎ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉ, ｉｎ ａｃｃｅｓｓｉｏｎｅ ｓｅｕ ｃｏｎｓｅｑｕｅｎｔｉ ｎｏｎ ｖａｌｅｂｉｔ .)
(１５)「大逆行為においては、誰も従犯であることは出来ず、主犯だけが、存在する。」(Ｉｎ ａｌｔａ ｐｒｏｄｉｔｉｏｎｅ ｎｕｌｌｕｓ ｐｏｔｅｓｔ ｅｓｓｅ ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｓ, ｓｅｄ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉｓ ｓｏｌｕｍｍｏｄｏ .)(イギリスの法格言)

（１６）「主たる状況の審理が教会裁判所に委ねられることが知られているときに、従属的なことの審理がキリスト教教団の法廷において阻止されることは、理に合致しない。」（Ｎｏｎ ｅｓｔ ｃｏｎｓｏｎｕｍ ｒａｔｉｏｎｉ，ｑｕｏｄ ｃｏｇｎｉｔｉｏ ａｃｃｅｓｓｏｒｉｉ ｉｎ ｃｕｒｉａ Ｃｈｒｉｓｔｉａｎｉｔａｔｉｓ ｉｍｐｅｄｉａｔｕｒ ｕｂｉ ｃｏｇｎｉｔｉｏ ｃａｕｓａｅ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉｓ ａｄ ｆｏｒｕｍ ｅｃｃｌｅｓｉａｓｔｉｃｕｍ ｎｏｓｃｉｔｕｒ ｐｅｒｔｉｎｅｒｅ．）（イギリスの法格言）
（１７）「主たる債務関係の場合よりも多いものは、従たる債務関係においては、存在することは出来ない。」（Ｎｏｎ ｐｌｕｓ ｉｎ ａｃｃｅｓｓｉｏｎｅ ｐｏｔｅｓｔ ｅｓｓｅ，ｑｕａｍ ｉｎ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉ ｏｂｌｉｇａｔｉｏｎｅ．）（Ｉ．Ｊ．３．２０．５）
（１８）「主たる人が存在しないところでは、従たる人も存在することは出来ない。」（Ｕｂｉ ｎｏｎ ｅｓｔ ｐｒｉｎｃｉｐａｌｉｓ，ｎｏｎ ｐｏｔｅｓｔ ｅｓｓｅ ａｃｃｅｓｓｏｒｉｕｓ．）（イギリスの法格言）

＜５０＞「ローマ法における衡平・イギリス法における衡平」

［Ａ］ローマ法における衡平

この「衡平」という言葉は、ラテン語の＜ａｅｑｕｉｔａｓ＞に対応する表現ですが、これには、ここの「衡平」の他に、「公平」、「同等・同等な取扱い」、「理に適った取扱い」や、「具体的妥当性」、「厳格な取扱いの緩和」などの、幅広いニュアンスも、あります

（a）歴史的背景

以下の（１）は、ローマの比較的初期の作品でして、衡平論の原像のようなものです。　これに対して、（２）は、比較的後期の作品でして、皇帝の地位を規定するものと成っております。　これらは、法文なので、格式の高い命題に属します。
（１）「法は善および衡平の術である。」（Ｊｕｓ ｅｓｔ ａｒｓ ｂｏｎｉ ｅｔ ａｅｑｕｉ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．１，１，１ｐｒ．；イギリスの法格言）
（２）「衡平と法の間で下された解釈は、私たち（皇帝）だけによって吟味される必要があり、また、そのことは許される。」（Ｉｎｔｅｒ ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ｊｕｓｑｕｅ ｉｎｔｅｒｐｏｓｉｔａｍ ｉｎｔｅｒｐｒｅｔａｔｉｏｎｅｍ ｎｏｂｉｓ ｓｏｌｉｓ ｅｔ ｏｐｏｒｔｅｔ ｅｔ ｌｉｃｅｔ ｉｎｓｐｉｃｅｒｅ．）（Ｃ．Ｊ．１，１４，１）

（ｂ）個別格言

(１)「衡平は、確かに、あらゆることにおいて考慮されるべきであろうが、それでもやはり、とりわけ法においてそうである。」（Ｉｎ ｏｍｎｉｂｕｓ ｑｕｉｄｅｍ，ｍａｘｉｍｅ ｔａｍｅｎ ｉｎ ｊｕｒｅ，ａｅｑｕｉｔａｓ ｓｐｅｃｔａｎｄａ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，９０；イギリスの法格言）
(２)「裁判官は、常に、衡平を見るべきである。」（Ｊｕｄｅｘ ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ｓｅｍｐｅｒ ｓｐｅｃｔａｒｅ ｄｅｂｅｔ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．１３，４，４，１；イギリスの法格言）
(３)「裁判官は，常に，衡平を眼前に持つべきである。」（Ｊｕｄｅｘ ａｎｔｅ ｏｃｕｌｏｓ ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ｓｅｍｐｅｒ ｈａｂｅｒｅ ｄｅｂｅｔ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．１３，４，４，１；イギリスの法格言）
(４)「明らかな衡平が求めるときには、救済するべきである。」（Ｕｂｉ ａｅｑｕｉｔａｓ ｅｖｉｄｅｎｓ ｐｏｓｃｉｔ，ｓｕｂｖｅｎｉｅｎｄｕｍ ｅｓｔ．）（Ｍａｒｃｅ．Ｄ．４，１，７ｐｒ．：Ｄ．５０，１７，１８３）
(５)「たとえ要式に関して何らのことも安易に変更が加えられるべきではないとしても、やはり、明白な衡平さが求めるところでは、救済するべきである。」（Ｅｔｓｉ ｎｉｈｉｌ ｆａｃｉｌｅ ｍｕｔａｎｄｕｍ ｅｓｔ ｅｘ ｓｏｌｌｅｍｎｉｂｕｓ，ｔａｍｅｎ，ｕｂｉ ａｅｑｕｉｔａｓ ｅｖｉｄｅｎｓ ｐｏｓｃｉｔ，ｓｕｂｖｅｎｉｅｎｄｕｍ ｅｓｔ，）（Ｍａｒｃｅ．Ｄ．４，１，７ｐｒ：Ｄ．５０，１７．１８３）
(６)「自身の物を他人に移転することを望む所有権者の意思が有効と認められることほど、自然の衡平さに合致するものは、何もない。」（Ｎｉｈｉｌ ｔａｍ ｃｏｎｖｅｎｉｅｎｓ ｅｓｔ ｎａｔｕｒａｌｉ ａｅｑｕｉｔａｔｉ，ｑｕａｍ ｖｏｌｕｎｔａｔｅｍ ｄｏｍｉｎｉ ｖｏｌｅｎｔｉｓ ｒｅｍ ｓｕａｍ ｉｎ ａｌｉｕｍ ｔｒａｎｓｆｅｒｒｅ ｒａｔａｍ ｈａｂｅｒｉ．）（Ｉ．Ｊ．２，１，４０；イギリスの法格言）
(７)「自然の理あるいは法の疑問が欲求の衡平さに妨げとなるたびごとに、事態は、正しい裁決によって和らげられるべきである。」（Ｑｕｏｔｉｅｎｓ ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ｄｅｓｉｄｅｒｉｉ ｎａｔｕｒａｌｉｓ ｒａｔｉｏ ａｕｔ ｄｕｂｉｔａｔｉｏ ｊｕｒｉｓ ｍｏｒａｔｕｒ，ｊｕｓｔｉｓ ｄｅｃｒｅｔｉｓ ｒｅｓ ｔｅｍｐｅｒａｎｎｄａ ｅｓｔ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，８５）
(８)「国家を指導する人々が、罰することのために、怒りではなくて、衡平によって導かれる法律（法）に似た存在であることが、願われるべきである。」（Ｏｐｔａｎｄｕｎ ｅｓｔ ｕｔ ｉｉ ｑｕｉ ｐｒａｅｓｕｎｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ｌｅｇｕｍ ｓｉｍｉｌｅｓ ｓｉｎｔ，ｑｕａｅ ａｄ ｐｕｎｉｅｎｄｕｍ、ｎｏｎ ｉｒａｃｕｎｄｉａ ｓｅｄ ａｅｑｕｉｔａｔｅ ｄｕｃｕｎｔｕｒ．）（Ｃｉｃｅｒｏ，Ｄｅ Ｏｆｆ．１，２５，８５）・・・

これは、弁論家、政治家、哲学者、文人であった、共和政末期のキケローの著述の一節です。　筆者の見るところでは、彼は、法学的なセンスを十分に備えた、当代随一の知的エリートでした。
（９）「二つの権利が同じ人の許で競合するときには、あたかもそれらが別の人々の許において存在するかのように扱うのが、衡平である。」（Ｑｕａｎｄｏ　ｄｕｏ　ｊｕｒａ　ｉｎ　ｕｎａ　ｐｅｒｓｏｎａ　ｃｏｎｃｕｒｒｕｎｔ　，　ａｅｑｕｕｍ　ｅｓｔ　ａｃ　ｓｉ　ｅｓｓｅｎｔ　ｄｉｖｅｒｓｉｓ　．）（Ｕｌｐ．Ｄ．１９，１，１０；イギリスの法格言）
（１０）「ある人に、その人自身の事案において判断の自由を与えることは、まったく不衡平である。」（Ｉｎ　ｒｅ　ｐｒｏｐｒｉａ　ｉｎｉｑｕｕｍ　ａｄｍｏｄｕｍ　ｅｓｔ　ａｌｉｃｕｉ　ｌｉｃｅｎｔｉａｍ　ｔｒｉｂｕｅｒｅ　ｓｅｎｔｅｎｔｉａｅ　．）（Ｃ．Ｊ．３，５，１）
（１１）「生まれつき自由な人が自身の物の自由な譲渡権を持たないのは、不衡平である。」（Ｉｎｉｑｕｕｍ　ｅｓｔ　ｉｎｇｅｎｕｉｓ　ｈｏｍｉｎｉｂｕｓ　ｎｏｎ　ｅｓｓｅ　ｌｉｂｅｒａｍ　ｒｅｒｕｍ　ｓｕａｒｕｍ　ａｌｉｅｎａｔｉｏｎｅｍ　．）（Ｇａｉ．Ｄ．３７，１２，２；イギリスの法格言）
（１２）「犯罪者を中傷した人が、そのことのために有罪判決を受けることは、衡平なことでも、よいことでもない。　実際、犯罪者の不法行為が世間に知られていることは、必要であり、また、好都合である。」（Ｅｕｍ　，　ｑｕｉ　ｎｏｃｅｎｔｅｍ　ｉｎｆａｍａｒｉｔ　，　ｎｏｎ　ｅｓｔ　ａｅｑｕｕｍ　ｅｔ　ｂｏｎｕｍ　ｏｂ　ｅａｍ　ｒｅｍ　ｃｏｎｄｅｍｎａｒｉ　；　ｄｅｌｉｃｔａ　ｅｎｉｍ　ｎｏｃｅｎｔｉｕｍ　ｎｏｔａ　ｅｓｓｅ　ｏｐｏｒｔｅｔ　ｅｔ　ｅｘｐｅｄｉｔ　．）（Ｐａｕｌ．Ｄ，４７，１０，１８ｐｒ．；イギリスの法格言）
（１３）「一見したところでは公正であると見える抗弁が、それでも不衡平なかたちで害する、ということが、ときには生ずる。」（Ｉｎｔｅｒｄｕｍ　ｖｅｎｉｔ　ｕｔ　ｅｘｃｅｐｔｉｏ　ｑｕａｅ　ｐｒｉｍａ　ｆａｃｉｅ　ｊｕｓｔａ　ｖｉｄｅｔｕｒ　，　ｔａｍｅｎ　ｉｎｉｑｕｅ　ｎｏｃｅａｔ　．）（Ｉ．Ｊ．４，１４ｐｒ．）
（１４）「誰も、他人への加害及び不法侵害によっていっそう富むように成ならないことは、自然の法によって、衡平である。」（Ｊｕｒｅ　ｎａｔｕｒａｅ　ａｅｑｕｕｍ　ｅｓｔ　ｎｅｍｉｎｅｍ　ｃｕｍ　ａｌｔｅｒｉｕｓ　ｄｅｔｒｉｍｅｎｔｏ　ｅｔ　ｉｎｊｕｒｉａ　ｆｉｅｒｉ　ｌｏｃｕｐｌｅｔｉｏｒｅｍ　．）（Ｐｏｍｐ．Ｄ．５０，１７，２０６）
（１５）「他人の損失によって誰も利得しないのは、衡平である。」（Ｎｅｍｉｎｅｍ　ａｅｑｕｕｍ　ｅｓｔ　ｃｕｍ　ａｌｔｅｒｉｕｓ　ｄａｍｎｏ　ｌｏｃｕｐｌｅｔａｒｉ　．）（Ｇａｉ．Ｄ．４，３，２８）
（１６）「哀れにも、婦女たちは、厳しい法律（法）によって生き、しかも、男たちの場合よりも遥かに不衡平な法律（法）によって、生きる。」（Ｌｅｇｅ　ｄｕｒａ　ｖｉｖｕｎｔ　ｍｕｌｉｅｒｅｓ　ｍ

ｕｌｔｏｑｕｅ ｉｎｉｑｕｉｏｒｅ ｍｉｓｅｒａｅ ， ｑｕａｍ ｖｉｒｉ ．）（Ｐｌａｕｔｕｓ，Ｍｅｒｃ．４，６，１２）

［Ｂ］「イギリス法における衡平」

「衡平」という概念は、英語の＜ｅｑｕｉｔｙ＞（エクイティー）に対応する言葉で、「公平」、「公正（フェアであること＝フェアネス）」や「正義」などの深い意味をはらんでいます。　英法（イギリス法）は、世界史的に見ても、古くて由緒のある、第一級の法制度ですが、これは、「コモンロー（ｃｏｍｍｏｎ　ｌａｗ）（共通法・一般法・普通法）」と、それと対比される契機・要素を持った「エクイティー（衡平法）」との二本立てで、生成してきたものです。　両者は、ともに、「制定法・成文法」と対立する位置関係にある「判例法」のグループに属すると見ても、差しつかえないように思われます。　歴史的に見た場合、筆者個人の分析によれば、コモンローとエクイティーの関係は、主と従、正と副、本体と補遺、本体と注釈、タテマエとホンネといった微妙な間柄に成ります。
さて、コモンローは、ヨーロッパ大陸北部を勢力圏下に収めていたノルマン人が、海を渡って、同じゲルマン系のアングロ・サクソン王朝が支配していたイングランドを征服することにより成立したノルマン王朝の下で、国王の支配下にあるコモンロー裁判所が長い時間を掛けて編みあげた法規範です。　征服者たちは、当初は、古来のイングランドにおいて成りたっていた慣習を尊重する姿勢を採っていたのですが、次第に王国固有の一般的な慣習を、特に裁判のフィールドで適用していくやり方が、固まってきました。　色々な局面で、正義や衡平の見地から、救済が国家から与えられることが必要であると考えた人々は、旧来のコモンロー裁判所では十分には対応がなされなかったので、正義・衡平の担い手である国王に直訴を敢行する手段に訴えます。　一四世紀初頭のころのことでした。　この直訴は、制度的には、国王評議会にその処理が委ねられるのですが、次第に、その評議会の主要メンバーである「大法官」個人が、直訴の処理に当たる専門官職（大法官府）として、表に出てきます。　大法官は、通常・正規の裁判所の法や法手続に拘束されることなしに、もっぱら、実質的な正義や衡平の実現を目指して、個々の紛争を処理していきます。　この場が、「エクイティー裁判所」と呼ばれるところで、旧来の「コモンロー裁判所」と対比される位置に置かれます。　一八世紀に成りますと、二種類の裁判所で、判例法のかたちで編みだされる「コモンロー」と「エクイティー」は、法技術的に見ても肩を並べる水準の法として、英法の中核と成るのです。　アメリカ法は、その系列に属する法でして、これらは、合わせて「英米法」と呼ばれることに成りました。　これは、実質的には「判例法」体系を備えた法制度で、「成文法・制定法」から成る「大陸法」と並んで、世界の二大法系を形成しています。　因みに、わが日本は、戦後に、大陸法系の法制度に英米法を重ねあわせるようにした、独特の法システムを持っている国です。　更に言うなら、一五〇〇年以上の伝統を誇る我が国は、日本固有の法意識を今なお保持している、かなり特異な国でもあるように、筆者個人には思え

ます。　「エクイティー」全般については、本編［Ｂ］部門＜１２０＞の個所に置かれている解説を御参照下さい。

（１）「法律（法）の措置は、人の措置よりもいっそう衡平に適っている。）（Ａｅｑｕｉｏｒ　ｅｓｔ　ｄｉｓｐｏｓｉｔｉｏ　ｌｅｇｉｓ　ｑｕａｍ　ｈｏｍｉｎｉｓ　．）
（２）「債権者が、自身の物を扱うようにして、他人の物を扱う、ということは、極めて衡平に適ったことと見られた。」（Ａｅｑｕｉｓｓｉｍｕｍ　ｖｉｓｕｍ　ｅｓｔ．　ｃｒｅｄｉｔｏｒｅｍ　ｉｔａ　ａｇｅｒｅ　ｒｅｍ　ｄｅｂｉｔｏｒｉｓ　ｕｔ　ｓｕａｍ　ａｇｅｒｅｔ　．）
（３）「相殺の衡平さは、利息の計算を排除する。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｃｏｍｐｅｎｓａｔｉｏｎｉｓ　ｕｓｕｒａｒｕｍ　ｅｘｃｌｕｄｉｉｔ　ｃｏｍｐｕｔａｔｉｏｎｅｍ　．）
（４）「衡平は、欠陥を補う。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｄｅｆｅｃｔｕｓ　ｓｕｐｐｌｅｔ　．）
（５）「衡平は、過誤を修復する。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｅｒｒｏｒｉｂｕｓ　ｍｅｄｅｔｕｒ　．）
（６）「衡平は、法律（法）が一般的に制定された関係で、部分的に欠陥を示す、正しい法律（法）の修正である。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｅｓｔ　ｃｏｒｒｅｃｔｉｏ　ｊｕｓｔａｅ　ｌｅｇｉｓ　ｑｕａ　ｐａｒｔｅ　ｄｅｆｉｃｉｔ，　ｑｕｏｄ　ｇｅｎｅｒａｔｉｍ　ｌａｔａ　ｅｓｔ　．）
（７）「衡平は、成文法を解釈しそして修正する、ある完全な理である。そして、それは、いかなる法律（法）の規定にも包含されずに、真の理性だけから成りたっているものである。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｅｓｔ　ｐｅｒｆｅｃｔａ　ｑｕａｅｄａｍ　ｒａｔｉｏ、　ｑｕａｅ　ｊｕｓ　ｓｃｒｉｐｔｕｍ　ｉｎｔｅｒｐｒｅｔａｔｕｒ　ｅｔ　ｅｍｅｎｄａｔ；　ｎｕｌｌａ　ｓｃｒｉｐｔｕｒａ　ｃｏｍｐｒｅｈｅｎｓａ．ｓｅｄ　ｓｏｌｕｍ　ｉｎ　ｖｅｒａ　ｒａｔｉｏｎｅ　ｃｏｎｓｉｓｔｅｎｓ　．）
（８）「衡平は、法から多くのものを軽減するものである。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｅｓｔ　ｑｕａｅ　ｄｅ　ｊｕｒｅ　ｍｕｌｔｕｍ　ｒｅｍｉｔｔｉｔ　．）
（９）「衡平は、いわば均等のようなものである。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｅｓｔ　ｑｕａｓｉ　ａｅｑｕａｌｉｔａｓ　．）　（イギリスの法格言）
（１０）「衡平は、意思の力であり、法律（法）が、一般性を帯びていることのために、欠陥を示すことの、修正者である。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｅｓｔ　ｖｉｒｔｕｓ　ｖｏｌｕｎｔａｔｉｓ，ｃｏｒｒｅｃｔｒｉｘ　ｅｊｕｓ，　ｑｕｏ　ｌｅｘ　ｐｒｏｐｔｅｒ　ｕｎｉｖｅｒｓａｌｉｔａｔｅｍ　ｄｅｆｉｃｉｔ　．）（Ｇｒｏｔｉｕｓ，Ｄｅ　Ａｅｑｕｉｔａｔｅ，　Ｃ．１，Ｓ２　）
（１１）「衡平（衡平法）は、なされることが必要であったことがなされたものと，扱う。」　（Ａｅｑｕｉｔａｓ　ｆａｃｔｕｍ　ｈａｂｅｔ，　ｑｕｏｄ　ｆｉｅｒｉ　ｏｐｏｒｔｕｉｔ　．）

（１２）「衡平は、不知を助けるが、しかし、不注意を同じように助けることは，ない。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｉｇｎｏｒａｎｔｉａｅ ｏｐｉｔｕｌａｔｕｒ ， ｏｓｃｉｔａｎｔｉａｅ ｎｏｎ ｉｔｅｍ ．）
（１３）「衡平は、同等の事案において同等の法が適用されることを，求める。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｉｎ ｐａｒｉｂｕｓ ｃａｕｓｉｓ ｐａｒｉａ ｊｕｒａ ．）
（１４）「衡平は、物の性質を変更しない。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｎａｔｕｒａｍ ｒｅｉ ｎｏｎ ｍｕｔａｔ ．）
（１５）「衡平は、他の人を侵害してまでは、誰も助けない。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｎｅｍｉｎｅｍ ｊｕｖａｔ ｃｕｍ ｉｎｊｕｒｉａ ａｌｔｅｒｉｕｓ ．）
（１６）［衡平は，人に対して作用する。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ａｇｉｔ ｉｎ ｐｅｒｓｏｎａｍ ．）
（１７）「衡平は、法を作らないが、しかし、法を助ける。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｎｏｎ ｆａｃｉｔ ｊｕｓ ， ｓｅｄ ｊｕｒｉ ａｕｘｉｌｉａｔｕｒ．）
（１８）「衡平は、ある人が同時に同一のことを二重の方法で追求することを、許さない。」（Ａｅｑｕｉｔｓ ｎｏｎ ｓｉｎｉｔ ， ｕｔ ｅａｎｄｅｍ ｒｅｍ ｄｕｐｌｉｃｉ ｖｉａ ｓｉｍｕｌ ｑｕｉｓ ｐｅｒｓｅｑｕａｔｕｒ ．）
（１９）「衡平は、厳格さよりも上位に置かれる。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｐｒａｅｆｅｒｔｕｒ ｒｉｇｏｒｉ ．）
（２０）「衡平は、決して法律（法）に逆らわない。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｎｕｍｑｕａｍ ｃｏｎｔｒａｖｅｎｉｔ ｌｅｇｉ ．）
（２１）「衡平は、質入れされた物の請戻しに，有利に働く。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｒｅｉ ｏｐｐｉｇｎｅｒａｔａｅ ｒｅｄｅｍｐｔｉｏｎｉｂｕｓ ｆａｖｅｔ ．）
（２２）「衡平は、物の形式や状況をあまり気にかけずに、物それ自体を，観察する。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｒｅｍ ｉｐｓａｍ ｉｎｔｕｅｔｕｒ ｄｅ ｆｏｒｍａ ｅｔ ｃｉｒｃｕｍｓｔａｎｔｉｉｓ ｍｉｎｕｓ ａｎｘｉａ ．）
（２３）「衡平は、法律（法）の後に続く。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｓｅｑｕｉｔｕｒ ｌｅｇｅｍ ．）
（２４）「衡平は、余分なものを嫌悪する。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｓｕｐｅｒｖａｃｕａ ｏｄｉｔ ．）
（２５）「衡平は、過失を修復する。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｅｒｒｏｒｉｂｕｓ ｍｅｄｅｔｕｒ ．）
（２６）「衡平は、妻、子、債権者に，とりわけ有利な扱いをする。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｕｘｏｒｉｂｕｓ ， ｌｉｂｅｒｉｓ ， ｃｒｅｄｉｔｏｒｉｂｕｓ ｍａｘｉｍｅ ｆａｖｅｔ ．）
（２７） 「衡平は、あらゆる方法によって、真実に到達することを望む。」（Ａｅｑｕｉｔａｓ ｖｕｌｔ ｏｍｎｉｂｕｓ ｍｏｄｉｓ ａｄ ｖｅｒｉｔａｔｅｍ ｐｅｒｖｅｎｉｒｅ ．）
（２８）「ある人の利益に係わりあった人が，損失にも係わることは、衡平である。」（Ａｅｑｕｕｍ ｅｓｔ ｕｔ ｃｕｊｕｓ ｐａｒ

ｔｉｃｉｐａｖｉｔ ｌｕｃｒｕｍ ｐａｒｔｉｃｉｐｅｔ ｅｔ ｄａｍｎｕｍ ．）
（２９）「衡平と善は、諸法律（諸法）の中の筆頭の法律（法）である。」（Ａｅｑｕｕｍ ｅｔ ｂｏｎｕｍ ｅｓｔ ｌｅｘ ｌｅｇｕｍ ．）
（３０）「衡平な仲裁は、各人に彼自身のものを与える。」（Ａｒｂｉｔｒａｍｅｎｔｕｍ ａｅｑｕｕｍ ｔｒｉｂｕｉｔ ｃｕｉｑｕｅ ｓｕｕｍ ．）
（３１）「仲裁裁定は、衡平および善に従った、有能な人の判断である。」（Ａｒｂｉｔｒｉｕｍ ｅｓｔ ｊｕｄｉｃｉｕｍ ｂｏｎｉ ｖｉｒｉ ｓｅｃｕｎｄｕｍ ａｅｑｕｕｍ ｅｔ ｂｏｎｕｍ ．）
（３２）「契約において要求される誠意は、最高の衡平を求める。」（Ｂｏｎａ ｆｉｄｅｓ ｑｕａｅ ｉｎ ｃｏｎｔｒａｃｔｉｂｕｓ ｅｘｉｇｉｔｕｒ ， ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ｓｕｍｍａｍ ｄｅｓｉｄｅｒａｔ ．）
（３３）「有能な裁判官は、善と衡平に従って裁き、そして、衡平を厳格な法に優先させる。」（Ｂｏｎｕｓ ｊｕｄｅｘ ｓｅｃｕｎｄｕｍ ａｅｑｕｕｍ ｅｔ ｂｏｎｕｍ ｊｕｄｉｃａｔ ， ｅｔ ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ｓｔｒｉｃｔｏ ｊｕｒｉ ｐｒａｅｆｅｒｔ ．）
（３４）「裁判官は、常に、衡平を見るべきである。（Ｊｕｄｅｘ ａｅｑｕｉｔｅｔｅｍ ｓｅｍｐｅｒ ｓｐｅｃｔａｒｅ ｄｅｂｅｔ ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．１３，４，４，；イギリスの法格言）
（３５）「裁判官は、常に、衡平を眼前に持つべきである。」（Ｊｕｄｅｘ ａｎｔｅ ｏｃｕｌｏｓ ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ｓｅｍｐｅｒ ｈａｂｅｒｅ ｄｅｂｅｔ ．）（Ｕｐ．Ｄ．１３，４，４；イギリスの法格言）
（３６）「法の擬制の中には、常に、衡平が現われる。」（Ｉｎ ｆｉｃｔｉｏｎｅ ｊｕｒｉｓ ｓｅｍｐｅｒ ａｅｑｕｉｔａｓ ｅｘｉｓｔｉｔ（ｅｘｓｉｓｔｉｔ） ．）
（３７）「法の推定においては、常に、衡平が現われる。」（Ｉｎ ｐｒａｅｓｕｍｐｔｉｏｎｅ ｊｕｒｉｓ ｓｅｍｐｅｒ ａｅｑｕｉｔａｓ ｅｘｉｓｔｉｔ ．）
（３８）「法においては、何らの不衡平なものも、推定されるべきではない。」（Ｎｕｌｌｕｍ ｉｎｉｑｕｕｍ ｅｓｔ ｐｒａｅｓｕｍｅｎｄｅｕｍ ｉｎ ｊｕｒｅ ．）
（３９）「法律（法）の擬制は、ある人に，損害あるいは侵害を不衡平に生じさせる。」（Ｆｉｃｔｉｏ ｌｅｇｉｓ ｉｎｉｑｕｅ ｏｐｅｒａｔｕｒ ａｌｉｃｕｉ ｄａｍｎｕｍ ｖｅｌ ｉｎｊｕｒｉａｍ ．）
（４０）「法学者は、衡平の基準である。」（Ｊｕｒｉｓ ｐｅｒｉｔｕｓ ｅｓｔ ｒｕｇｕｌａ ａｅｑｕｉｔａｔｉｓ ．）
（４１）「法と衡平は、諸国家の鎖である。」（Ｊｕｓ ｅｔ ａｅｑｕｉｔａｓ ｃｉｖｉｔａｔｕｍ ｖｉｎｃｕｌａ ．）
（４２）「法は、衡平を尊重する。」（Ｊｕｓ ｒｅｓｐｉｃｉｔ ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ．）

（４３）「法律（法）は衡平を喜び、また完全なものを求める。　そして、これは正義の規範である。」（Ｌｅｘ　ａｅｑｕｉｔａｔｅ　ｇａｕｄｅｔ；ａｐｐｅｔｉｔ　ｐｅｒｆｅｃｔｕｍ；ｅｓｔ　ｎｏｒｍａ　ｒｅｃｔｉ．）
（４４）「法律（法）は、ときには衡平に従う。」（Ｌｅｘ　ａｌｉｑｕａｎｄｏ　ｓｅｑｕｉｔｕｒ　ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ．）
（４５）「法律（法）は、衡平が留まるところで、擬制する。」（Ｌｅｘ　ｆｉｎｇｉｔ，ｕｂｉ　ｓｕｂｓｉｓｔｉｔ　ａｅｑｕｉｔａｓ．）
（４６）「各々のことが、結びあわされた際に用いられたその手段によって解消されるほど、衡平に合致するものは、何もない。」（Ｎｉｈｉｌ　ｔａｍ　ｃｏｎｖｅｎｉｅｎｓ　ｅｓｔ　ｎａｔｕｒａｌｉ　ａｅｑｕｉｔａｔｉ，ｑｕａｍ　ｕｎｕｍｑｕｏｄｑｕｅ　ｄｉｓｓｏｌｖｉ　ｅｏ　ｌｉｇａｍｉｎｅ　ｑｕｏ　ｌｉｇａｔｕｍ　ｅｓｔ．）
（４７）　「国民は、立法者自身が自身に従うことを見るようなときには、衡平をいっそう尊重するように成り、また、法律（法）を甘受することを拒むことは、ない。」（Ｏｂｓｅｒｖａｎｔｉｏｒ　ａｅｑｕｉ　ｆｉｔ　ｐｏｐｕｌｕｓ，ｎｅｃ　ｆｅｒｒｅ　ｖｅｔａｔ，ｃｕｍ　ｖｉｄｅｒｉｔ　ｉｐｓｕｍ　ａｕｃｔｏｒｅｍ　ｐａｒｅｒｅ　ｓｉｂｉ．）
（４８）「すべての事柄において、厳格な法の理よりも、正義並びに衡平の理が優先することは、一般に認められている。」（Ｐｌａｃｕｉｔ　ｉｎ　ｏｍｎｉｂｕｓ　ｒｅｂｕｓ　ｐｒａｅｃｉｐｕａｍ　ｅｓｓｅ　ｊｕｓｔｉｔｉａｅ　ａｅｑｕｉｔａｔｉｓｑｕｅ　ｑｕａｍ　ｓｔｒｉｃｔｉ　ｊｕｒｉｓ　ｒａｔｉｏｎｅｍ．）
（４９）「衡平の最初の部分は、平等である。」（Ｐｒｉｍａ　ｐａｒｓ　ａｅｑｕｉｔａｔｉｓ　ａｅｑｕａｌｉｔａｓ．）
（５０）「他方の当事者の言分が聴きいれられないままに，あることを決定した人は、たとえ彼が衡平なことを決定したとしても、まったく衡平ではなかった。」（Ｑｕｉ　ａｌｉｑｕｉｄ　ｓｔａｔｕｅｒｉｔ，ｐａｒｔｅ　ｉｎａｕｄｉｔａ　ａｌｔｅｒａ，ａｅｑｕｕｍ　ｌｉｃｅｔ　ｓｔａｔｕｅｒｉｔ，ｈａｕｄ　ａｅｑｕｕｓ　ｆｕｅｒｉｔ．）
（５１）　「裁判は、自由なものでなければならない。　なぜならば、売りものになる裁判よりもいっそう不衡平なものは、何らないからである。」（Ｊｕｓｔｉｔｉａ　ｄｅｂｅｔ　ｅｓｓｅ　ｌｉｂｅｒａ，ｑｕｉａ　ｎｉｈｉｌ　ｉｎｉｑｕｉｕｓ　ｖｅｎａｌｉ　ｊｕｓｔｉｔｉａ．）
（５２）「大きな先例は、すべて、不衡平なことをいくらか含む。　しかし、これは公の有用性によって償われる。」（Ｏｍｎｅ　ｍａｇｎｕｍ　ｅｘｅｍｐｌｕｍ　ｈａｂｅｔ　ａｌｉｑｕｉｄ　ｅｘ　ｉｎｉｑｕｏ、ｑｕｏｄ　ｐｕｂｌｉｃａ　ｕｔｉｌｉｔａｔｅ　ｃｏｍｐｅｎｓａｔｕｒ．）
（５３）「法における理は、完全な衡平である。」（Ｒａｔｉｏ　ｉｎ　ｊｕｒｅ　ａｅｑｕｉｔａｓ　ｉｎｔｅｇｒａ．）

（５４）「もし要式のある部分が欠けている場合に、衡平が求めるときには、救済を与えるべきである。」（Ｓｉ ａｌｉｑｕｉｄ ｅｘ ｓｏｌｅｍｎｉｂｕｓ ｄｅｆｉｃｉａｔ，ｃｕｍ ａｅｑｕｉｔａｓ ｐｏｓｃｉｔ，ｓｕｂｖｅｎｉｅｎｄｕｍ ｅｓｔ．）．）
（５５）「衡平を過度に拡大することよりいっそう不衡平なものは、何もない。」（Ｎｉｈｉｌ ｉｎｉｑｕｉｕｓ ｑｕａｍ ａｅｑｕｉｔａｔｅｍ ｎｉｍｉｓ ｉｎｔｅｎｄｅｒｅ．）
（５６）「過酷さは、不衡平に極めて近い。」（Ｉｎｉｑｕｉｔａｔｉ ｐｒｏｘｉｍａ ｅｓｔ ｓｅｖｅｒｉｔａｓ．）（Ｐｓｅｕｄｏ－Ｓｅｎｅｃａ，Ｄｅ Ｍｏｒ．９５；イギリスの法格言）
（５７）「私たちは、不衡平な法律（法）を是認する。」（Ｌｅｇｅｍ ｓａｎｃｉｍｕｓ ｉｎｉｑｕａｍ．）
（５８）「犯罪者を中傷した人がそのことのために有罪判決を受けることは、衡平なことでも、よいことでもない。　実際、犯罪者の不法行為が世間に知られていることは、必要であり、また、好都合である。」（Ｅｕｍ，ｑｕｉ ｎｏｃｅｎｔｅｍ ｉｎｆａｍａｒｉｔ、ｎｏｎ ｅｓｔ ａｅｑｕｕｍ ｅｔ ｂｏｎｕｍ ｏｂ ｅａｍ ｒｅｍ ｃｏｎｄｅｍｎａｒｉ；ｄｅｌｉｃｔａ ｅｎｉｍ ｎｏｃｅｎｔｉｕｍ ｎｏｔａ ｅｓｓｅ ｏｐｏｒｔｅｔ ｅｔ ｅｘｐｅｄｉｔ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．４７，１０，１８ｐｒ．）
（５９）「一方で交易を許し、他方でそれを禁止するのは、不衡平である。」（Ｉｎｉｑｕｕｍ ｅｓｔ ａｌｉｏｓ ｐｅｒｍｉｔｔｅｒｅ，ａｌｉｏｓ ｉｎｈｉｂｅｒｅ ｍｅｒｃａｔｕｒａｍ．）
（６０）「衡平法の法廷は、正義の工房である。」（Ｃｕｒｉａ ｃａｎｃｅｌｌａｒｉａｅ ｏｆｆｉｃｉｎａ ｊｕｓｔｉｔｉａｅ．）
（６１）　「ある人が市民法上拘束される、ということはしばしば生ずるが、しかし、彼が裁判において有責判決されることは、不衡平である。」（Ｓａｅｐｅ ａｃｃｉｄｉｔ ｕｔ ｑｕｉｓ ｊｕｒｅ ｃｉｖｉｌｉ ｔｅｎｅａｔｕｒ，ｓｅｄ ｉｎｉｑｕｕｍ ｓｉｔ ｅｕｍ ｊｕｄｉｃｉｏ ｃｏｎｄｅｍｎａｒｉ．）

＜５１＞「ローマ法のバランス感覚・イギリス法のバランス感覚」

（Ａ）設定と解消

（１）「あるものが設定される場合に用いられるのと同じ法によって、それは解消される。」（Ｅｏｄｅｍ ｍｏｄｏ ｑｕｏ ｑｕｉｄ ｃｏｎｓｔｉｔｕｉｔｕｒ，ｅｏｄｅｍ ｍｏｄｏ ｄｅｓｔｒｕｉｔｕｒ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７．３５；イギリスの法格言）　古い時代にはどこでも見られ現象なのですが、ローマでも、人がある拘束を関係者の間に設定しよう、とするときには、儀式・形式を利用して、目的が達せられるのが、通例でした。　その背景には、宗教的な要素もありましたが、世俗的には、そのようなスタイルに依

る方が、行為の意味がよく判り、また、行為に公示性が確保されて、トラブルの発生を減らすことにも成る点が、とても重要です。　これは、いわば「入口」の話ですが、「出口」に当たる「拘束関係の解消」の際にも、フィルムを逆戻しにするようにして、形式を経由しながら目的を果たすやり方が、愛用されました。　たとえば、ファール共食式（ｃｏｎｆａｒｒｅａｔｉｏ）によって成立した婚姻の場合なら、離婚の際、ファール断絶式（ｄｉｆｆａｒｅａｔｉｏ）によるのが、自然な方法だったのです。　ファール共食式の婚姻は、婚姻儀式の最古の形態で、ユッピテル神神官と一〇人の証人の面前で、ファール製のパンを，「ファールのユッピテル」へ、夫婦と成ろうとする者たちが共同で捧げることによって、成立します。　時代が下るにつれて、いったん設定されたものを解消させるには、設定時の形式の捉われることなしに、簡易・簡明なスタイルが利用されるように成りました。それが法の進化なのです。

（２）「あるものが結びつけられる際に用いられるその方法で、それが解かれる。］（Ｑｕｏ　ｌｉｇａｔｕｒ，　ｅｏ　ｄｉｓｓｏｌｖｉｔｕｒ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，３５：イギリスの法格言）

（３）「各々のことは、それが結びあわされたその方法によって、解かれる。」（Ｕｎｕｍｑｕｏｄｑｕｅ　ｅｏｄｅｍ　ｍｏｄｏ，　ｑｕｏ　ｃｏｌｌｉｇａｔｕｍ　ｅｓｔ，　ｄｉｓｓｏｌｖｉｔｕｒ．）（イギリスの法格言）

（４）「各々の絆は、それが結びあわされる際のその絆を通じて、解かれる。」（Ｕｎｕｍｑｕｏｄｑｕｅ　ｌｉｇａｍｅｎ　ｄｉｓｓｏｌｖｉｔｕｒ　ｅｏｄｅｍ　ｌｉｇａｍｉｎｅ，　ｑｕｏ　ｅｔ　ｌｉｇａｔｕｒ．）（イギリスの法格言）

（５）「それは、発生するのと同じ方法によって、解消される。」（Ｅｏｄｅｍ　ｍｏｄｏ　ｑｕｏ　ｏｒｉｔｕｒ，　ｅｏｄｅｍ　ｍｏｄｏ　ｄｉｓｓｏｌｖｉｔｕｒ．）（イギリスの法格言）

（６）「私たちは、私たちが取得する際に用いるのと同じ方法によって、反対に喪失する。」（Ｑｕｉｂｕｓ　ｍｏｄｉｓ　ａｃｑｕｉｒｉｍｕｓ，　ｉｉｓｄｅｍ　ｉｎ　ｃｏｎｔｒａｒｉｕｍ　ａｍｉｔｔｅｍｕｓ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０．１７，１５３）

（７）「ある法に従って締結されることは、すべて、その反対の法に従って，解消する。」（Ｏｍｎｉａ，　ｑｕａｅ　ｊｕｒｅ　ｃｏｎｔｒａｈｕｎｔｕｒ，　ｃｏｎｔｒａｒｉｏ　ｊｕｒｅ　ｐｅｒｅｕｎｔ．）（Ｇａｉ．Ｄ．５０，１７，１００）

（８）「法は、それが設定される際に用いられるのと同じ方法によって、廃止される。」（Ｊｕｒａ　ｅｏｄｅｍ　ｍｏｄｏ　ｄｅｓｔｉｔｕｉｔｕｒ　ｑｕｏ　ｃｏｎｓｔｉｔｕｕｎｔｕｒ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，３５；イギリスの法格言）

（９）「法に従って合意されたことは、それとは逆の法に従って、消滅する。」（Ｃｏｎｔｒａｃｔａ　ｊｕｒｅ　ｃｏｎｔｒａｒｉｏ　ｊｕｒｅ　ｐｅｒｅｕｎｔ．）

（１０）「私たちは、自身があるものを得る際に用いるのと同じ方法によって、その物を失なう。」（Ａｍｉｔｔｉｍｕｓ ｉｉｓｄｅｍ ｍｏｄｉｓ ｑｕｉｂｕｓ ａｃｑｕｉｒｉｍｕｓ．）
（１１）「すべての事柄は、何であれ、それが生ずる際に原因と成るものと同じものを通じて、解消される。」（Ｏｍｎｉｓ ｒｅｓ ｐｅｒ ｑｕａｓｃｕｍｑｕｅ ｃａｕｓａｓ ｎａｓｃｉｔｕｒ，ｐｅｒ ｅａｓｄｅｍ ｄｉｓｓｏｌｖｉｔｕｒ．）（イギリスの法格言）
（１２）「それは、それが結びあわされる際に用いられたその絆を通して、解消される。」（Ｓｏｌｖｉｔｕｒ ｅｏ ｌｉｇａｍｉｎｅ，ｑｕｏ ｌｉｇａｔｕｒ．）（イギリスの法格言）
（１３）「債務関係の鎖は、それが作りだされる際に慣わしと成っている方法と同じものによって、解かれる。」（Ｅｏｄｅｍ ｍｏｄｏ ｖｉｎｃｕｌｕｍ ｏｂｌｉｇａｔｉｏｎｕｍ ｓｏｌｖｉｔｕｒ ｑｕｏ ｑｕａｅｒｉ ａｄｓｏｌｅｔ．）
（１４）「それは、それが発生する際に用いられれる方法と同じものによって、解消される。」（Ｅｏｄｅｍ ｍｏｄｏ，ｑｕｏ ｑｕｉｄ ｃｏｎｓｔｉｔｕｉｔｕｒ，ｅｏｄｅｍ ｍｏｄｏ ｄｅｓｔｒｕｉｔｕｒ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，３５；イギリスの法格言）
（１５）「あるものが結びあわされたその様式によってそれを解消することよりも自然なものは、何らない。」（Ｎｉｈｉ ｔａｍ ｎａｔｕｒａｌｅ ｅｓｔ，ｑｕａｍ ｅｏ ｇｅｎｅｒｅ ｑｕｉｄ ｑｕｅ ｄｉｓｓｏｌｖｅｒｅ，ｑｕｏ ｃｏｌｌｉｇａｔｕｍ ｅｓｔ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，３５）
（１６）「各々ことが結びあわされる際に用いられたその手段によって、それが解かれることほど、自然の衡平さに合致するものは、何もない。」（Ｎｉｈｉｌ ｔａｍ ｃｏｎｖｅｎｉｅｎｓ ｅｓｔ ｎａｔｕｒａｌｉ ａｅｑｕｉｔａｔｉ，ｑｕａｍ ｕｎｕｍｑｕｏｄｑｕｅ ｄｉｓｓｏｌｖｉ ｅｏ ｌｉｇａｍｉｎｅ，ｑｕｏ ｌｉｇａｔｕｍ ｅｓｔ．）（イギリスの法格言）
（１７）「各々のことが締結されたように、そのように、それが解消もされるべきである。」（Ｐｒｏｕｔ ｑｕｉｄｑｕｅ ｃｏｎｔｒａｃｔｕｍ ｅｓｔ，ｉｔａ ｅｔ ｓｏｌｖｉ ｄｅｂｅｔ．）（Ｐｏｍｐ．Ｄ．４６，３，８０）
（１８）「裸の合意による債務関係は、反対の合意によって解消される。」（Ｎｕｄｉ ｃｏｎｓｅｎｓｕｓ ｏｂｌｉｇａｔｉｏ ｃｏｎｔｒａｒｉｏ ｃｏｎｓｅｎｓｕ ｄｉｓｓｏｌｖｉｔｕｒ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，３５）
（１９）「それは、それを義務づけたのと同じ絆を通じて、解消される。」（Ｅｏｄｅｍ ｌｉｇａｍｉｎｅ、ｑｕｏ ｌｉｇａｔｕｍ ｅｓｔ，ｄｉｓｓｏｌｖｉｔｕｒ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，３５；イギリスの法格言）
（２０）「すべてのことは、それが結ばれる際に用いられる方法と同じ方法によって、解かれる。」（Ｑｕｏｄｑｕｅ ｄｉｓｓｏｌｖｉｔ

ｕｒ ｅｏｄｅｍ ｍｏｄｏ ， ｑｕｏ ｌｉｇａｔｕｒ ．）（イギリスの法格言）
（２１）「あることは、それが結ばれる際に用いられるその方法と同じ方法によって、解かれる。」（Ｑｕｏｍｏｄｏ ｑｕｉｄ ｃｏｌｌｉｇａｔｕｒ ， ｅｏｄｅｍ ｍｏｄｏ ｄｉｓｓｏｌｖｉｔｕｒ ．）（Ｕｌｐ．Ｄ，５７，１７，３５；Ｃｉｃｅｒｏ，Ｄｅ Ｆｉｎｉｂｕｓ，１，５、１５ ；Ｔｅｒ．Ｐｈ．２；イギリスの法格言）

（Ｂ）プラスとマイナス

（１）「負担が係わる人に，利益も係わる。」（Ａｄ ｑｕｅｍ ｓｐｅｃｔａｔ ｏｎｕｓ ， ｅｔ ｅｍｏｌｕｍｅｎｔｕｍ ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１０；Ｄａｍａｓｕｓ Ｒｅｇｕｌａｅ Ｃａｎｏｎｉｃａｅ，７５）
（２）「利益は、危険を負担する人に属するべきである。」（Ｃｏｍｍｏｄｕｍ ｅｊｕｓ ｅｓｓｅ ｄｅｂｅｔ ， ｃｕｊｕｓ ｐｅｒｉｃｕｌｕｍ ｅｓｔ ．）（Ｉ．Ｊ．３，２３，３：Ｐａｕｌ．Ｄ．１８，６，７ｐｒ．）
（３）「利益が属する人に、危険が属する。」（Ｃｕｊｕｓ ｃｏｍｍｏｄｕｍ ， ｅｊｕｓ ｐｅｒｉｃｕｌｕｍ ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１０）
（４）「危険を負担する人に、利益が属する。」（Ｃｕｊｕｓ ｐｅｒｉｃｕｌｕｍ ， ｅｊｕｓ ｃｏｍｍｏｄｕｍ ．）
（５）「ある人がある他の人を通じて利益を得る場合は、前者は後者の行為に責を負うべきである。」（Ｅｘ ｑｕａ ｐｅｒｓｏｎａ ｑｕｉｓ ｌｕｃｒｕｍ ｃａｐｉｔ ， ｅｊｕｓ ｆａｃｔｕｍ ｐｒａｅｓｔａｒｅ ｄｅｂｅｔ ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，１４９）
（６）「利益があるところに、そこに、負担がある。」（Ｕｂｉ ｅｍｏｌｕｍｅｎｎｔｕｍ ， ｉｂｉ ｏｎｕｓ ．）（Ｉ．Ｊ．１，１７）
（７）「負担を引きうける人は、利益を受けるべきであり、逆もまた，同様である。」（Ｑｕｉ ｓｅｎｔｉｔ ｏｎｕｓ ， ｄｅｂｅｔ ｓｅｎｔｉｒｅ ｃｏｍｍｏｄｕｍ ， ｅｔ ｃｏｎｔｒａ ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１０；イギリスの法格言）
（８）「ある物の不利益が付きまとう人に，その物の利益が付きしたがうのは、自然に従っている。」（Ｓｅｃｕｎｄｕｍ ｎａｔｕｒａｍ ｅｓｔ ｃｏｍｍｏｄａ ｃｕｊｕｓｑｕｅ ｒｅｉ ｅｕｍ ｓｅ ｑｕｉ ｑｕｅｍ ｓｅｑｕｅｎｔｕｒ ｉｎｃｏｍｍｏｄａ ．）（Ｐａｉｌ．Ｄ．５０，１７，１０
（９）「危険があるところに、そこに、利益がある。」（Ｕｂｉ ｐｅｒｉｃｕｌｕｍ ， ｉｂｉ ｌｕｃｒｕｍ ．）（Ｃ．Ｊ．６，２，２２，３ａ）
３ａ）

（１０）「危険を負担する人に、利益が属する。」（Ｃｕｊｕｓ ｐｅｒｉｃｕｌｕｍ．ｅｉｕｓ ｃｏｍｍｏｄｕｍ．）
（１１）「利益が属する人に、危険がある。」（Ｃｕｊｕｓ ｃｏｍｍｏｎｄｕｍ，ｅｊｕｓ ｐｅｒｉｃｕｌｕｍ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１０）
（１２）「利益を持つ人が、負担を負うべきである。」（Ｑｕｉ ｈａｂｅｔ ｃｏｍｍｏｄａ，ｆｅｒｒｅ ｄｅｂｅｔ ｏｎｅｒａ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１０）
（１３）「利益が属する人に、不利益が属するべきである。」（Ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｃｏｍｍｏｄｕｍ，ｅｊｕｓ ｄｅｂｅｔ ｅｓｓｅ ｉｎｃｏｍｍｏｄｕｍ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１０）
（１４）「不利益は、利益が属する人に、属する。」（Ｃｕｊｕｓ ｃｏｍｍｏｄａ，ｅｊｕｓ ｉｎｃｏｍｏｄａ．）
（１５）「ある人の利益に係わった人が損失にも係わることは、衡平である。」（Ａｅｑｕｕｍ ｅｓｔ ｕｔ ｃｕｊｕｓ ｐａｒｔｉｃｉｐｅｔ ｅｔ ｄａｍｎｕｍ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．１７，２，５５）
（１６）「ある人の利益に係わった人が、損失にも係わるよう。」（Ｃｕｊｕｓ ｐａｒｔｉｃｉｐａｖｉｔ ｌｕｃｒｕｍ，ｐａｒｔｉｃｉｐｅｔ ｅｔ ｄａｍｎｕｍ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．１７，２，５５
（１７）「利益を得る人は、負担も引きうけるべきである。」（Ｑｕｉ ｓｅｎｔｉｔ ｃｏｍｍｏｄｕｍ，ｓｅｎｔｉｒｅ ｄｅｂｅｔ ｅｔ ｏｎｕｓ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０，１７，１０；イギリスの法格言）
（１８）「負担を引きうける人は、利益を受けるべきであり、逆もまた、同様である。」（Ｑｕｉ ｓｅｎｔｉｔ ｏｎｕｓ，ｓｅｎｔｉｒｅ ｄｅｂｅｔ ｃｏｍｍｏｄｕｍ ｅｔ ｃｏｎｔｒａ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．５０．１７．１０；Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ，５，３，５５；イギリスの法格言）
（１９）「定める権限を持つ人が、止める権限を持つ。」（Ｅｊｕｓ ｅｓｔ ｄｅｓｔｉｔｕｅｒｅ ｃｕｊｕｓ ｉｎｓｔｉｔｕｅｒｅ．）
（２０）［与えられることの出来た利益は、取りあげられることが出来る。」（Ｄａｒｉ ｂｏｎｕｍ ｑｕｏｄ ｐｏｔｕｉｔ，ａｕｆｅｒｒｉ ｐｏｔｅｓｔ．）（Ｓｙｒｕｓ，Ｓｅｎｔｅｎｔｉａｅ，１８４）
（２１）「与える権限を持つ人に、それを処分する権限が属する。」（Ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｄａｒｅ，ｅｊｕ ｅｓｔ ｄｉｓｐｏｎｅｒｅ．）（イギリスの法格言）
（２２）「制定する権限を持つ人、全面的に廃止する権限が属する。」（Ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｉｎｓｔｉｔｕｅｒｅ，ｅｊｕｓ ｅｓｔ ａｂｒｏｇａｒｅ．）（イギリスの法格言）
（２３）「法律（法）を作ることが出来る人が、法律（法）を撤廃することが出来る。］（Ｅｊｕｓ ｅｓｔ ｔｏｌｌｅｒｅ ｌｅｇｅｍ、ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｃｏｎｄｅｒｅ．）

（２４）「与える権限を持つ人は、処分する権限を持つ。」（Ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｄａｒｅ , ｅｊｕｓ ｅｓｔ ｄｉｓｐｏｎｅｒｅ .）（イギリスの法格言）
（２５）「法律（法）を制定することが出来る人は、それを全面的に廃止することが出来る。」（Ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｃｏｎｄｅｒｅ ｌｅｇｅｍ , ｅｊｕｓ ｅｓｔ ａｂｒｏｇａｒｅ .）
（２６）「所有権あるいは利益を持つ人に、危険が属する。」（Ｅｊｕｓ ｅｓｔ ｐｅｒｉｃｕｌｕｍ , ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｄｏｍｉｎｉｕｍ ａｕｔ ｉｎｃｏｍｍｏｄｕｍ .）」（Ｐａｕｌ. Ｄ. ５０, １７, １０；イギリスの法格言）
（２７）「所有権が属する人に、危険が属する。」（Ｅｊｕｓ ｅｓｔ ｐｅｒｉｃｕｌｕｍ , ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｄｏｍｉｎｉｕｍ ａｕｔ ｃｏｍｍｏｄｕｍ .）（Ｐａｕｌ. .Ｄ. ５０, １７, １０；イギリスの法格言）
（２８）「望まないでいることは、望むことが出来る人だけに可能なことである。」（Ｅｊｕｓ ｅｓｔ ｎｏｌｌｅ , ｑｕｉ ｐｏｔｅｓｔ ｖｅｌｌｅ .）（Ｕｌｐ. Ｄ. ５０, １７, ３）
（２９）「定める権限を持つ人は，止める権限を持つ．」（Ｅｊｕｓ ｅｓｔ ｄｅｓｔｉｔｕｅｒｅ , ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｉｎｓｔｉｔｕｅｒｅ .）
（３０）「法律（法）を作ることが出来る人が、それを撤廃することが出来る。」（Ｅｊｕｓ ｅｓｔ ｔｏｌｌｅｒｅ ｌｅｇｅｍ , ｃｕｊｕｓ ｅｓｔ ｃｏｎｄｅｒｅ .）
（３１）「訴権を拒絶することは、それを付与することも出来る人にだけ、出来ることである。」（Ｅｊｕｓ ｅｓｔ ａｃｔｉｏｎｅｍ ｄｅｎｅｇａｒｅ , ｑｕｉ ｐｏｓｓｉｔ ｅｔ ｄａｒｅ .）（Ｕｌｐ. Ｄ. ５０, １７, １０２, １）
（３２）「婚姻の負担が存在するところには、嫁資が存在するべきである。」（Ｉｂｉ ｄｏｓ ｅｓｓｅ ｄｅｂｅｔ , ｕｂｉ ｏｎｅｒａ ｍａｔｒｉｍｏｎｉｉ ｓｕｎｔ .）（Ｐａｕｌ. Ｄ. ２, ４, ５）
（３３）「婚姻の負担のあるところでは、嫁資がある。」（Ｕｂｉ ｍａｔｒｉｍｏｎｉｕｍ , ｉｂｉ ｄｏｓ .）（イギリスの法格言）

（Ｃ）信義、約束

（１）「信義を守らない人に対しては、信義が守られる必要はない。」（Ｆｉｄｅｍ ｎｏｎ ｓｅｒｖａｎｔｉ ｆｉｄｅｓ ｓｅｒｖａｎｄａ ｎｏｎ ｅｓｔ .）（Ｄａｍａｓｕｓ Ｒｅｇｕｌａｅ Ｃａｎｏｎｉｃａｅ, ５１）
（２）「誰かが、自身の側から示された信義を自ら守ることをある人に対して拒否していながら、自身に対して信義が守られることをその人から求めても、無益である。」（Ｆｒｕｓｔｒａ ｓｉｂｉ ｆｉｄｅｍ ｑｕｉｓ ｐｏｓｔｕｌａｔ ａｂ ｅｏ ｓｅｒｖａｒｉ , ｃｕｉ ｆｉｄｅｍ ａ ｓｅ ｐｒａｅｓｔｉｔａｍ ｓｅｒｖａ

ｒｅ ｒｅｃｕｓａｔ ．）（Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ，５，１３，７５）
（３） 「約束を守らない人には、約束が守られる必要はない。」（Ｉｎａｄｉｍｐｌｅｎｔｉ ｎｏｎ ｅｓｔ ａｄｉｍｐｌｅｎｄｕｍ ．）

（Ｄ）法律、裁判

（１）「自ら法律（法）に違反する人が、法律（法）の援助を求めても、無益である。」（Ｆｒｕｓｔｒａ ｌｅｇｉｓ ａｕｘｉｌｉｕｍ ｑｕａｅｒｉｔ，ｑｕｉ ｉｎ ｌｅｇｅｍ ｃｏｍｍｉｔｔｉｔ ．）（イギリスの法格言））
（２）「法律（法）自体を覆すことを企てる人が、法律（法）の利益を失なうのは、当然である。」（Ｍｅｒｉｔｏ ｂｅｎｅｆｉｃｉｕｍ ｌｅｇｉｓ ａｍｉｔｔｉｔ，ｑｕｉ ｌｅｇｅｍ ｉｐｓａｍ ｓｕｂｖｅｒｔｅｒｅ ｉｎｔｅｎｄｉｔ ．）（イギリスの法格言）
（３）「自身の恥辱を申したてる人は、聴きいれられるべきではない。」（Ａｌｌｅｇａｎｓ ｓｕａｍ ｔｕｒｐｉｔｕｄｉｎｅｍ ｎｏｎ ｅｓｔ ａｕｄｉｅｎｄｕｓ ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．１２．３．３８；イギリスの法格言）
（４）「誰も、自身の恥辱を申したてるときには、聴かれないよう。」（Ｔｕｒｐｉｔｕｄｉｎｅｍ ｓｕａｍ ａｌｌｅｇａｎｓ ｎｅｍｏ ａｕｄｉａｔｕｒ ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．２．１４．２７．４；Ｃ．Ｊ．４，３０）
（５）「恥づべき原因からは、訴権は生じない。」（Ｅｘ ｔｕｒｐｉ ｃａｕｓａ ｎｏｎ ｏｒｉｔｕｒ ａｃｔｉｏ ．）（Ｇａｉ．Ｄ．２５，２，２：Ｃ．Ｊ．４，７，５；イギリスの法格言）
（６）不法な合意からは、訴権は生じない。」（Ｅｘ ｐａｃｔｏ ｉｌｌｉｃｉｔｏ ｎｏｎ ｏｒｉｔｕｒ ａｃｔｉｏ ．）
（７）「矛盾することを申したてる人の言分は、聴きいれられるべきではない。」（Ａｌｌｅｇａｎｓ ｃｏｎｔｒａｒｉａ ｎｏｎ ｓｕｎｔ ａｕｄｉｅｎｄｕｓ ．）（イギリスの法格言）
（８）「被告に許されないことは、原告に許されるべきではない。」（Ｎｏｎ ｄｅｂｅｔ ａｃｔｏｒｉ ｌｉｃｅｒｅ，ｑｕｏｄ ｒｅｏ ｎｏｎ ｐｅｒｍｉｔｔｉｔｕｒ ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，４１ｐｒ．）
（９）「被告に許されたものと成っていないことは、原告にも許されない。」（Ｎｏｎ ｌｉｃｅｔ ａｃｔｏｒｉ，ｑｕｏｄ ｒｅｏ ｌｉｃｉｔｕｍ ｎｏｎ ｅｘｉｓｔｉｔ(ｅｘｓｉｓｔｔ) ．）（Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ，５，１３，３２）
（１０）「不正に牢獄に監禁された人は、罰せられずに逃亡することが出来る。」（Ｉｎｊｕｓｔｅ ｄｅｔｅｎｔｕｓ ｉｎ ｃａｒｃｅｒｅ ｉｍｐｕｎｅ ｐｏｔｅｓｔ ａｕｆｕｇｅｒｅ ．）（Ｃ．Ｊ．１，４，１９，１５）

（１１）「権限を持たない裁判官に服従しなくても、罰せられない。」（Ｊｕｄｉｃｉ ｉｎｃｏｍｐｅｔｅｎｔｉ ｉｍｐｕｎｅ ｎｏｎ ｐａｒｅｔｕｒ ．）（Ｐａｕｌ．Ｄ．２，１，２０：Ｃ．Ｊ．７，４８，Ｒｕｂ．）
（１２）「不法侵害を不法侵害によって抑止することは、許される。」（Ｉｎｊｕｒｉａ ｉｎｊｕｒｉａｍ ｃｏｈｉｂｅｒｅ ｌｉｃｅｔ ．）
（１３）「いっそう先に悪事を行なう人に対して君が悪事を行なっても、罰せられない。」（Ｉｍｐｕｎｅ ｐｅｃｃｅｓ ｉｎ ｅｕｍ ，ｑｕｉ ｐｅｃｃａｔ ｐｒｉｏｒ ．）（Ｓｙｒｕｓ，Ｓｅｎｔｅｎｔｉａｅ，３５４）
（１４）「誰に利益になったか？」（Ｃｕｉ ｂｏｎｏ ？）（Ｃｉｃｅｒｏ，Ｐｒｏ Ｓｅｘ．Ｒｏｓｃｉｏ，８４：Ｐｒｏ Ｍｉｌｏｎｅ，３２：Ｐｈｉｌｉｐｐｉｃａ，２，３５）

（Ｅ）その他

（１）「被害を受けた人にとっては、相手方の苦痛は、自身の受けた苦痛を癒すものである。」（Ｌａｅｓｏ ｄｏｌｏｒｉｓ ｒｅｍｅｄｉｕｍ ｉｎｉｍｉｃｉ ｅｓｔ ｄｏｌｏｒ ．）（Ｓｙｒｕｓ，Ｓｅｎｔｅｎｔｉａｅ，４２０）
（２）「加害者の身に加害と類似の加罰が結果として生ずるというこのことは、自然と法律（法）によって定められた。」（Ｈｏｃ ｅｔ ｎａｔｕｒａ ｅｔ ｌｅｇｅ ｉｎｓｔｉｔｕｔｕｍ ，ｕｔ ｌａｅｄｅｎｔｅｍ ｓｉｍｉｌｉｓ ｖｉｎｄｉｃｔａ ｓｅｑｕａｔｕｒ ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１６，１３１ｐｒ．；Ｉｓｉｄｏｒ．５，２７）
（３）「収穫は、種まきをしたことに従う。」（Ｍｅｓｓｉｓ ｓｅｍｅｎｔｅｍ ｓｅｑｕｉｔｕｒ ．）
（４）「刑罰は、賠償への償いである。」（Ｐｏｅｎａ ｅｓｔ ｎｏｘａｅ ｖｉｎｄｉｃｔａ ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１６，１３１ｐｒ．）

＜５２＞「国家の関心」

国家は、その性質上、色々な顔や役割を持ち、各方面に関心を抱きながら、動いているのですが、ここでは、ラテン語で表現された「国家の関心事」の具体例を、少し集めてみましょう。　訳文で「大切である」とあるのは、「利害関係がある・関心を持っている」といった意味の表現です。（１）から（５）までは、おそらく、古代ローマ法の中に見られる発想が、後代になって、このように格言的な命題に練りあげられたものでしょう。

（１）「悪事が不加罰のままに成らないようにするのは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ 、ｎｅ ｍａｌｅｆｉｃｉａ ｒｅｍａｎｅａｎｔ ｉｍｐｕｎｉｔａ ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５，１，１８，１：Ｊｕｌ．Ｄ．９，２，５１，２；イギリスの法格言）
（２）「人の最終の遺言が有効とされることは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ｓｕｐｒｅｍａ ｈｏｍｉｎｕｍ ｔｅｓｔａｍｅｎｔａ ｒａｔａ ｈａｂｅｒｉ ．）（Ｍａｅｃ．Ｄ．４０，５，４２；イギリスの法格言）
（３）「ある人が自身のものを悪く用いないことは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ，ｎｅ ｓｕａ ｑｕｉｓ ｍａｌｅ ｕｔａｔｕｒ ．）（Ｇａｉ．Ｉ，１，５３；イギリスの法格言）
（４）「すべての人が自身のものをよく用いることは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ｕｔ ｑｕｉｌｉｂｅｔ ｒｅ ｓｕａ ｂｅｎｅ ｕｔａｔｕｒ ．）（Ｇａｉ．Ｉ，１，５３；イギリスの法格言）
（５）「訴訟に終わりがあることは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ，ｕｔ ｓｉｔ ｆｉｎｉｓ ｌｉｔｉｕｍ ．）（Ｎｅｒ．Ｄ．４１３４，１０，５ｐｒ．；イギリスの法格言）
（６）「既判物が覆されないことは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ｒｅｓ ｊｕｄｉｃａｔａｓ ｎｏｎ ｒｅｓｃｉｎｄｉ ．）（イギリスの法格言）
（７）「人の命が守られることは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ，ｑｕｏｄ ｈｏｍｉｎｅｓ ｃｏｎｓｅｒｖｅｎｔｕｒ ．）（イギリスの法格言）
（８）「監獄が安全な状態にあることは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｌｉｃａｅ ，ｕｔ ｃａｒｃｅｒｅｓ ｓｉｎｔ ｉｎ ｔｕｔｏ ．）（イギリスの法格言）
（９）「平和が王国において保持され、そして、平和に対立するものが、すべて、注意深く避けられることは、国家にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｉ ｐｕｂｌｉｃａｅ ，ｕｔ ｐａｘ ｉｎ ｒｅｇｎｏ ｃｏｎｓｅｒｖｅｔｕｒ ，ｅｔ ｑｕａｅｃｕｎｑｕｅ ｐａｃｉ ａｄｖｅｒｓｅｎｔｕｒ ． ｐｒｏｖｉｄｅ ｄｅｃｌｉｎｅｎｔｕｒ ．）（イギリスの法格言）
（１０）「それは王にとって大切である。」（Ｉｎｔｅｒｅｓｔ ｒｅｇｉｓ ．）

＜５３＞「対比論（少数と多数、一般と特別、例外と原則、前と後、文言＝表示と意思＝意図、公と私）」

（Ａ）少数と多数

「多数」と「少数」を対比させて、中味の濃いニュアンスを表現する日本のことわざが、いくつか、あります。　「一事が万事」、「一を聞いて十を知る」、「百害あって一利なし」、「一騎当千」などがこれらです。　これらは、誇張だらけの言いまわしですが、それぞれに、面白いですね。
（１）「恐怖がすべての人に、罰が少数の人に、及ぶように。」（Ｕｔ ｍｅｔｕｓ ａｄ ｏｍｎｅｓ，ｐｏｅｎａ ａｄ ｐａｕｃｏｓ．）
（２）「恐怖がすべての人に及ぶようにして、刑罰が少数の人だけに科せられるよう。」（Ｐｏｅｎａ ａｄ ｐａｕｃｏｓ，ｕｔ ｍｅｔｕｓ ａｄ ｏｍｎｅｓ ｐｅｒｖｅｎｉａｔ．）（Ｃ．Ｊ．９，２７，１）
（３）「いっそう多くの人が矯正されるように、手続通りに、ただ一人が滅びる。」(Ｕｔ ｐｌｕｒｅｓ ｃｏｒｒｉｇａｎｔｕｒ，ｒｉｔｅ ｕｎｕｓ ｐｅｒｉｔ．）（Ｓｙｒｕｓ，Ｓｅｎｔｅｎｔｉａｅ，９８４）
（４）「君は、ただ一人の人を罰することに成れば、一〇〇人を矯正することに成るだろう。」（Ｕｎｕｍ ｃａｓｔｉｇａｂｉｓ，ｃｅｎｔｕｍ ｅｍｅｎｄａｂｉｓ．）・・・因みに、「一〇〇人の真犯人を取りにがすとも、一人の無辜(無実の人)を罰しないよう。」という趣旨の格言的な命題がラテン語ではない言語を用いて立てられていますが、ここでも見られる「一」と「一〇〇」との対比方式は、無実保障の重要性を鮮明に描きだしています。
（５）「君は、法律（法）を制定する人は、一〇〇〇人も見出すことに成るだろうが、それを守る人は、ただ一人も見出すことには成らないだろう。」（Ｑｕｉ ｓａｎｃｉａｎｔ ｌｅｇｅｓ，ｍｉｌｌｅ ｒｅｐｅｒｉｅｓ，ｑｕｉ ｏｂｓｅｒｖｅｎｔ，ｎｅ ｕｎｕｍ．）
（６）「一人の目撃証人でも、一〇人の伝聞証人より以上に、力を持つ。」（Ｐｌｕｓ ｖａｌｅｔ ｕｎｕｓ ｏｃｕｌａｔｕｓ ｔｅｓｔｉｓ，ｑｕａｍ ａｕｒｉｔｉ ｄｅｃｅｍ．）（Ｐｌａｕｔｕｓ，Ｔｒｕｃｕｌｅｎｔｕｓ，４８５；イギリスの法格言）
（７）　「ただ一人の人が守られるところでは、すべての人が安全である。」（Ｔｕｔｉ ｓｕｎｔ ｏｍｎｅｓ，ｕｂｉ ｕｎｕｓ ｄｅｆｅｎｄｉｔｕｒ．）（Ｓｙｒｕｓ，Ｓｅｎｔｅｎｔｉａｅ，９６７）

（Ｂ）一般と特別

（１）「特別な法律（法）は、一般的な法律（法）を部分的に廃止する。」（Ｌｅｘ ｓｐｅｃｉａｌｉｓ ｄｅｒｏｇａｔ ｌｅｇｉ ｇｅｎｅｒａｌｉ．）
（２）「一般的な条項は、特別に表示されたものには、関係づけられない。」（Ｃｌａｕｓｕｌａ ｇｅｎｅｒａｌｉｓ ｎｏｎ ｒｅｆｅｒｔｕｒ ａｄ ｅｘｐｒｅｓｓａ．）（イギリスの法格言）

（３）「一般的なものが先行し、特別なものが後に続く。」（Ｇｅｎｅｒａｌｉａ ｐｒａｅｃｅｄｕｎｔ，ｓｉｎｇｕｌａｒｉａ ｓｅｑｕｕｎｔｕｒ．）（イギリスの法格言）
（４）「一般的なものは、特別なものを部分的に廃止しない。」（Ｇｅｎｅｒａｌｉａ ｓｐｅｃｉａｌｉｂｕｓ ｎｏｎ ｄｅｒｏｇａｔ．）（Ｐａｐ．Ｄ．５０，１７，８０；イギリスの法格言）
（５）「特別なものは、一般的なものを部分的に廃止する。」（Ｇｅｎｅｒａｌｉｂｕｓ ｓｐｅｃｉａｌｉａ ｄｅｒｏｇａｎｔ．）（イギリスの法格言）
（６）「類は種によって部分的に破られる。」（Ｇｅｎｅｒｉ ｐｅｒ ｓｐｅｃｉｅｍ ｄｅｒｏｇａｔｕｒ．）（Ｐａｐ．Ｄ．５０，１７，８０；Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ，５，１３，３４）
（７）「特別なものは、一般的なものを部分的に破るが、一般的なものが特別なものを部分的に破ることは、ない。」（Ｓｐｅｃｉａｌｉａ ｇｅｎｅｒａｌｉｂｕｓ ｄｅｒｏｇａｎｔ，ｎｏｎ ｇｅｎｅｒａｌｉａ ｓｐｅｃｉａｌｉｂｕｓ．）（Ｐａｐ．Ｄ．５０，１７，８０；イギリスの法格言）
（８）「いっそう後の一般的な法律（法）は、いっそう前の特別な法律（法）を部分的に廃止しない。」（Ｌｅｘ ｐｏｓｔｅｒｉｏｒ ｇｅｎｅｒａｌｉｓ ｎｏｎ ｄｅｒｏｇａｔ ｐｒｉｏｒｉ ｓｐｅｃｉａｌｉ．）
（９）「特別な証明は、一般的な証明に優越する。」（Ｐｒｏｂａｔｉｏ ｓｐｅｃｉａｌｉｓ ｐｒａｅｖａｌｅｔ ｇｅｎｅｒａｌｉ．）
（１０）「特別な委任は、一般的な委任を部分的に解消させる。］（Ｍａｎｄａｔｕｍ ｓｐｅｃｉａｌｅ ｄｅｒｏｇａｔ ｇｅｎｅｒａｌｉ．）
（１１）「法律（法）は特別であるが、しかし、その理が一般的であるときには、法律（法）は一般的に理解されるべきである。」（Ｑｕａｎｄｏ ｌｅｘ ｅｓｔ ｓｐｅｃｉａｌｉｓ，ｒａｔｉｏ ａｕｔｅｍ ｇｅｎｅｒａｌｉｓ，ｇｅｎｅｒａｌｉｔｅｒ ｌｅｘ ｅｓｔ ｉｎｔｅｌｌｉｇｅｎｄａ．）
（１２）「特別なものは、一般的なものに内在する。」（Ｓｐｅｃｉａｌｉａ ｇｅｎｅｒａｌｉｂｕｓ ｉｎｓｕｎｔ．）（Ｇａｉ．Ｄ．５０，１７，１４７）

（Ｃ）例外と原則

（１）「例外のない原則は、ない。」（Ｎｕｌｌａ ｒｅｇｕｌａ ｓｉｎｅ ｅｘｃｅｐｔｉｏｎｅ．）
（２）「例外も、原則を明示する。」（Ｅｘｃｅｐｔｉｏ ｑｕｏｑｕｅ ｒｅｇｕｌａｍ ｄｅｃｌａｒｅｔ．）（イギリスの法格言）
（３）「例外は、それ自体、すべて、原則である。」（Ｏｍｎｉｓ ｅｘｃｅｐｔｉｏ ｅｓｔ ｉｐｓａ ｑｕｏｑｕｅ ｒｅｇｕｌａ．）

（４）「例外は、除外されていない事案において、原則を証明する。」（Ｅｘｃｅｐｔｉｏ ｐｒｏｂａｔ ｒｅｇｕｌａｍ ｄｅ ｒｅｂｕｓ ｎｏｎ ｅｘｃｅｐｔｉｓ ．）（イギリスの法格言）
（５）「例外は、除外されていない事案において、原則を確証する。」（Ｅｘｃｅｐｔｉｏ ｆｉｒｍａｔ ｒｅｇｕｌａｍ ｉｎ ｃａｓｉｂｕｓ ｎｏｎ ｅｘｃｅｐｔｉｓ ．）（Ｎｉｃｏｌａｕｓ Ｅｖｅｒａｒｄｉ，Ｌｏｃｉ Ａｒｇ．Ｌｅｇ．９，１，２，７９，５３）

（Ｄ）前と後

（１）「時においていっそう早ければ、権利においていっそう強い。」（Ｐｒｉｏｒ ｔｅｍｐｏｒｅ ｐｏｔｉｏｒ ｊｕｒｅ ．）（イギリスの法格言）
（２）「いっそう前の債権者は、いっそう後の債権者の地位を引きつぐ。」（Ｃｒｅｄｉｔｏｒ ｐｏｓｔｅｒｉｏｒ ｉｎ ｐｒｉｏｒｉｓ ｃｒｅｄｉｔｏｒｉｓ ｌｏｃｕｍ ｓｕｃｃｅｄｉｔ ．）（Ｍａｒｃｉ．Ｄ．２０，４，１２，９；Ｃ．Ｊ．８，１８，ｉ）
（３）「いっそう後の法律（法）は、それと矛盾するいっそう前の法を全面的に廃止する。」（Ｌｅｇｅｓ ｐｏｓｔｅｒｉｏｒｅｓ ｐｒｉｏｒｅｓ ｃｏｎｔｒａｒｉａｓ ａｂｒｏｇａｎｔ ．）（イギリスの法格言）
（４）「いっそう後の法律（法）は、いっそう前の法律（法）へ、解釈の際に引き寄せられることは出来ない。」（Ｌｅｘ ｐｏｓｔｅｒｉｏｒ ａ ｐｒｉｏｒｅｓ ｔｒａｈｉ ｎｅｑｕｉｔ ．）（Ｔｅｒｔ．Ｄ．１，３，２７：Ｐａｕｌ．Ｄ．１，３，２８：Ｃ．Ｊ．１４，７）
（５）「いっそう前の法律（法）が、いっそう後の前の法律（法）へ、引きよせられるのは、新奇なことではない。」（Ｎｏｎ ｅｓｔ ｎｏｖｕｍ，ｕｔ ｐｒｉｏｒｅｓ ｌｅｇｅｓ ａｄ ｐｏｓｔｅｒｉｏｒｅｓ ｔｒａｈａｎｔｕｒ．）Ｐａｕｌ．Ｄ．１．３．２６：Ｔｅｒｔ．Ｄ．１．３．２７）
（６）「後に生ずる婚姻は、先に生じている過ちを取りさる。」（Ｍａｔｒｉｍｏｎｉｕｍ ｓｕｂｓｅｑｕｅｎｓ ｔｏｌｌｉｔ ｐｅｃｃａｔｕｍ ｐｒａｅｃｅｄｅｎｓ ．）（イギリスの法格言）
（７）「いっそう後の法律（法）は、それらが前に法律（法）と対立しているのでなければ、いっそう前の法律（法）に関係する。」（Ｐｏｓｔｅｒｉｏｒｅｓ ｌｅｇｅｓ ａｄ ｐｒｉｏｒｅｓ ｐｅｒｔｉｎｅｎｔ，ｎｉｓｉ ｃｏｎｔｒａｒｉａｅ ｓｉｎｔ ．））（Ｐａｕｌ．Ｄ．１，３，２８）
（８）「当初から効力を持たないことは、後の出来事によって有効となることは出来ない。」（Ｑｕａｅ ａｂ ｉｎｉｔｉｏ ｎｏｎ ｖａｌｅｎｔ，ｅｘ ｐｏｓｔｆａｃｔｏ ｃｏｎｖａｌｅｓｃｅｒｅ ｎｏｎ ｐｏｓｓｕｎｔ ．）（イギリスの法格言）
（９）「いっそう後の立法者の理は、いっそう前の立法者の理を部分的に廃止する。」（Ｒａｔｉｏ ｌｅｇｉｓｌａｔｏｒｉｓ ｐｏｓｔ

ｅｒｉｏｒｉｓ ｄｅｒｏｇａｔ ｒａｔｉｏｎｅｍ ｌｅｇｉｓｌａｔｏｒｉｓ ｐｒｉｏｒｉｓ ．）

（Ｅ）文言＝表示と意思＝意図

（１）「文言にこだわることは、裁判者にふさわしくない。」（Ａｕｃｕｐｉａ ｖｅｒｂｏｒｕｍ ｓｕｎｔ ｊｕｄｉｃｉｓ ｉｎｄｉｇｎａ ．）（イギリスの法格言）
（２）「法律（法）の文言に依拠しながら、法律（法）の意図に反する行動を取ろうとする人が法律（法）に違反していることは、確かである。」（Ｃｅｒｔｕｍ ｅｓｔ，ｑｕｏｄ ｉｓ ｃｏｍｍｉｔｔｉｔ ｉｎ ｌｅｇｅｍ，ｑｕｉ ｌｅｇｉｓ ｖｅｒｂａ ｃｏｍｐｌｅｃｔｅｎｓ ｃｏｎｔｒａ ｌｅｇｉｓ ｎｉｔｉｔｕｒ ｖｏｌｕｎｔａｔｅｍ ．）（Ｃ．Ｊ．１，１４，５ｐｒ．；Ｌｉｂｅｒ Ｓｅｘｔｕｓ，５，１３，８８）
（３）「合意においては、それを締結する人の意思が、文言よりもいっそう考慮されるべきである。」（Ｉｎ ｃｏｎｖｅｎｔｉｏｎｉｂｕｓ ｃｏｎｔｒａｈｅｎｔｉｕｍ ｖｏｌｕｎｔａｓ ｐｏｔｉｕｓ ｑｕａｍ ｖｅｒｂａ ｓｐｅｃｔａｎｄａ ｓｕｎｔ ．）（Ｐａｐ．Ｄ．５０，１６，２１９；イギリスの法格言）
（４）「遺言においては、隠れたかたちの意思は考慮されるべきである。」（Ｉｎ ｔｅｓｔａｍｅｎｔｉｓ ｒａｔｉｏ ｔａｃｉｔａ ｎｏｎ ｄｅｂｅｔ ｃｏｎｓｉｄｅｒａｒｉ，ｓｅｄ ｖｅｒｂａ ｓｏｌｕｍ ｓｐｅｃｔａｒｉ ｄｅｂｅｎｔ ．）
（５）「文言と意図とが合致するときには、解釈には余地は存在しない。」（Ｑｕａｎｄｏ ｖｅｒｂａ ｅｔ ｍｅｎｓａ ｎｏｎ ｃｏｎｇｒｕｕｎｔ，ｎｏｎ ｅｓｔ ｉｎｔｅｒｐｒｅｔａｔｉｏｎｉ ｌｏｃｕｓ ．）
（６）「文言は意思に従うべきであって、逆ではない。」（Ｖｅｒｂａ ｉｎｔｅｎｔｉｏｎｉ，ｅｔ ｎｏｎ ｅ ｃｏｎｔｒａ，ｄｅｂｅｎｔ ｉｎｓｅｒｖｉｒｅ ．）（イギリスの法格言）
（７）「文言は、意思の指標である。」（Ｖｅｒｂａ ｓｕｎｔ ｉｎｄｉｃｅｓ ａｎｉｍｉ ．）

（Ｆ）公と私

（１）「公の法（強行法）は、私法に優先させられるべきである。」（Ｊｕｒａ ｐｕｂｌｉｃａ ａｎｔｅｆｅｒｅｎｄａ ｐｒｉｖａｔｉｓ ．）（Ｐａｐ．Ｄ．２，１４，２７，４；イギリスの法格言）
（２）「公の法（強行法）は、私人の合意によって変更されることは出来ない。」（Ｊｕｓ ｐｕｂｌｉｃｕｍ ｐｒｉｖａｔｏｒｕｍ ｐａｃｔｉｓ ｍｕｔａｒｉ ｎｏｎ ｐｏｔｅｓｔ ．）（Ｐａｐ．Ｄ．２．１４．３８）
（３）「私的な合意によっては、公の法（強行法）は部分的に廃止されることは出来ない。」（Ｐａｃｔｉｓ ｐｒｉｖａｔｏｒｕｍ ｊｕ

ｒｉ ｐｉｂｌｉｃｏ ｄｅｒｏｇａｔｕｒ ．）（Ｐａｐ．Ｄ．２．１４．３８；イギリスの法格言）
（４）「私人の合意は、公の法（強行法）を部分的に廃止することは出来ない。」（Ｐｒｉｖａｔｏｒｕｍ ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ ｊｕｒｉ ｐｕｂｌｉｃｏ ｎｏｎ ｄｅｒｏｇａｔ ．）（Ｕｌｐ．Ｄ．５０．１７．４５，１；イギリスの法格言）
（５）「公の有用性は、私的な有用性に優先させられるべきである。」（Ｕｔｉｌｉｔａｓ ｐｕｂｌｉｃａ ｐｒｉｖａｔａｅ ｐｒａｅ ｆｅｒｒｉ ｄｅｂｅｔ ．）
（６）「公的な緊要は、私的な要素よりも、大きい。」（Ｎｅｃｅｓｓｉｔａｓ ｐｕｌｉｃａ ｍａｊｏｒ ｅｓｔ ｑｕａｍ ｐｒｉｖａｔａ ．）（Ｐａｕｌ．Ｓｅｎｔ．２．１９．２；イギリスの法格言）
（７）「公的なことにおいては、法律（法）よりもいっそう重いものはない。　他方で、私的なことにおいては、遺言が最も強力である。」（Ｉｎ ｐｕｂｌｉｃｉｓ ｎｉｈｌｌ ｅｓｔ ｌｅｇｅ ｇｒａｖｉｕｓ；ｉｎ ｐｒｉｖａｔｉｓ ｆｉｒｍｉｓｓｉｍｕｍ ｅｓｔ ｔｅｓｔａｍｅｎｔｕｍ ．）（Ｃｉｃｅｒｏ，Ｐｈｉｌ．２，４２，１０９）
（８）「私的な利益は、公的な利益に屈する。」（Ｐｒｉｖａｔｕｍ ｃｏｍｍｏｄｕｍ ｐｕｂｌｉｃｏ ｃｅｄｉｔ ．）（イギリスの法格言）
（９）「私的な不利益は、公的な利益によって償われる。」（Ｐｒｉｖａｔｕｍ ｉｎｃｏｍｍｏｄｕｍ ｐｕｂｌｉｃｏ ｂｏｎｏ ｐｅｎｓａｔｕｒ ．）（Ｃ．Ｊ．１２，１６２，３；イギリスの法格言）
（１０）「公の利益は、私的な利益よりも優先されるべきである。」（Ｐｕｂｌｉｃｕｍ ｂｏｎｕｍ ｐｒｉｖａｔｏ ｅｓｔ ｐｒａｅｆｅｒｅｎｄｕｍ ．）
（１１）「公法は、ローマ国家の状況に関係するものであり、他方で、私法は、個人の利益に関係するものである。」（Ｐｕｂｌｉｃｕｍ ｊｕｓ ｅｓｔ，ｑｕｏｄ ａｄ ｓｔａｔｕｍ ｒｅｉ Ｒｏｍａｎａｅ ｓｐｅｃｔａｔ；ｐｒｉｖａｔｕｍ，ｑｕｏｄ ａｄ ｓｉｎｇｕｌｏｒｕｍ ｕｔｉｌｉｔａｔｅｍ ．）（Ｕｌｐ，Ｄ．１．１．１．２）

～～～～～～～～～～～～～～～～～～

特別版　＜Ｉ＞　三大重要事件などの総括　―　「足利事件」、「郵政不正事件」、「東電ＯＬ殺人事件」、「袴田事件（再審過程のもの）」をめぐって

はじめに

かなりの量になるこの「特別版」部門におきましては、以上のような「ラテン語法格言めぐり」シリーズ全体の記述の趣旨からは大きく離れることに成ってしまいますが、総括を兼ねて、トータルな分析を試みてみます。　その「法格言めぐり」本体のこれまでのそれぞれの項目のところで、執筆当時のデータを用いて断片的に観察してきた三つの有名な「裁判事件」（この言葉は、単にある刑事事件が裁判に持ちこまれた、というだけではなく、具体的な裁判のあり方それ自体も大きな問題＝事件と成った、ということを意味しています）のそれぞれを、二〇一四年の時点で、再び取りあげることに致します。　当時、筆者としては、日々の断片的な新聞記事などを情報源として記述するしか方法はなかったのですが、現在では、単行本や法律雑誌の特集記事などを分析のために利用することが可能に成ってきましたので、回顧的な色あいも持つ総合的な解説を試みる機会が幸いにも得られた訳です（なお、「袴田事件」についての暫定的な記述は、今回が初めての試みです）。

このシリーズにおいて、個人的な分析を試みる際に特に利用させて頂いた書物は、以下のものです。　①　「足利事件」については、「訊問の罠―足利事件の真実」（菅家利和・佐藤博史：二〇〇九年）、及び、「冤罪・足利事件―「らせんの真実」を追った四〇〇日」（下野新聞社編集局：二〇一〇年）で　、②　「郵便不正事件」については、「検察に、殺される」（粟野仁雄・二〇一〇年）、及び、「私は負けない―『郵便不正事件』はこうして作られた」（村木厚子・二〇一三年）、及び、「証拠改竄―特捜検察の犯罪」（朝日新聞取材班・二〇一一年）で、　③　「東電ＯＬ事件」については、「東電ＯＬ事件―ＤＮＡが暴いた闇」（読売新聞社会部・二〇一二年）です。　なお、「袴田事件」についても、もし近い将来に再審無罪が勝ちとられることに成れば、立派な「回顧的分析本」が、きっと現われることでしょう。　そのように成ってくれることを願っています。　なお、尾形誠規「袴田事件を裁いた男」（二〇一四年・朝日新聞社出版）という作品がありまが、これは部分的には参考に成る記述を含んでいますので、ご参照頂ければ、と思います。　それから、「冤罪」全般については、これまでに、さまざまな書き手による作品が公刊されていますが、二〇一四年段階で最新のものと成っているのは、元・裁判官（現・弁護士）の森炎氏による「教養としての冤罪論」（岩波書店）という作品です。この「裁判官の冤罪論」には、特別の存在感があります。

　ところで、この部門の編成のスタイルについてですが、新聞記事及び雑誌記事、と単行本（その中では、先の、読売新聞社の調査報道本と朝日新聞社の調査報道本とが、歴史的価値において第一級の作品です）の記述を材料にして、筆者個人の問題意識から特に興味のあるポイントに焦点を絞るかたちで、ここの総括部門が書きあげられています。　その意味からしますと、筆者の仕事には、それほどの個性や独創性は、ありません。　このような筆者に、「学者・研究者」としての資格も、「ジャーナリスト」としての資格も与えられない点につきましては、十分に承知しておりますが、出来ることなら、昔の「年代記作者」のように、歴史的考察を試みる人間の一人、ということで、お許し頂ければ、と思います。　それでも、「三本の矢」のようにし

て、三つの裁判「事件」を束ねることにより、現代日本の裁判の実像が、いくつかの角度から（とりわけ、筆者独自の「タテマエ・ホンネ論」の視角から）、それなりに焙りだせたのではないか、と自負しております。　これまでに、「ロマホペディア」の「はしがき」部分で記したように、筆者は、古代ローマの裁判の研究からスタートして、最終的には、現代の裁判を対象とする「裁判ウォッチャー」としての仕事に取組むように成っているのですが、今回取りあげる、先の「三大事件」は、その流れの中でも、筆者個人が特に注目している事案に属します。　もちろん、これらは、各種のマスコミがしっかりと裁判の経過をフォローしてくれましたので、世間でもよく知られた案件と成りました。

ところで、「足利事件」及び「東電ＯＬ事件」においては、「再審無罪およびＤＮＡ鑑定」が主テーマと成り、そして、「郵便不正事件」においては、「特捜検察の実像及び証拠改竄問題」が主テーマと成っています。　これら三つの「裁判それ自体が事件に成るという事件」の経緯は、合わさって、刑事裁判全体及び法曹三者（裁判官・検察官・弁護士）の現状や実態に対して元々批判的な傾向を持っていた世間の眼がいっそう厳しくなる、という結果を導いたのではないでしょうか。しかし、実を言えば、およそ「司法」というものは、「立法」や「行政」の場合以上に、常にホットで切実な問題・課題を抱えた国家の営みであることが十分に各方面から認識されているフィールドですから、新たに問題や重大な疑問が生じたときには、その都度、制度それ自体やその運用の見直しをきちんとやっていくことにより、私たちがよりよい姿へと近づいていけば、それでよいのです。　俗に「禍を転じて福となす。」と言われますが、この際、プラス思考を取りいれ、前向きの姿勢で、当局が司法全体の改革・改善を目指す方向に進んでくれることを、期待しています。　裁判の歴史は、どの時代でも、また、どの国でも、改訂・修正・改正・改善・改革・変容・改悪の繰りかえしで埋めつくされていますので、問題含みの日本の現状は、歴史上どこにでも見られる現象の一つに過ぎません。　ですから、「日本の刑事司法は絶望的だ!」などと大げさに言うこともない訳です。　ところで、筆者は、五〇年ほど前から、日本に「陪審制度」が復活される（「創設される」ではありません！）ことが必要である、というグランド・デザインを念頭に置きながら古代研究に励んできた人間ですが、その流れの中での話としては、近年「裁判員制度」が新設されたことを、「陪審制度への通過点の設定」と位置づけております。　これら二つの制度の本質的な部分には決定的な違いが確かに存在するのですが、それでも、裁判員制度は、法の素人である一般市民を、これまでプロの裁判官のみによって担われてきた法的判断（判決）の聖域に迎えいれたところに、最大の改革点を持っています。　裁判官が裁判員と合議する際には、彼らプロの、これまでのやり方・作法・手順は、そのままでは、裁判員にはスンナリとは受けいれられないことも、多いでしょう。　このとき、裁判官と裁判員が、対等の立場に立って、刑事裁判を動かしていくためには、新しい発想が、とりわけ、裁判を取りしきる役柄を持つ裁判官の側に、求められるのです。　裁き手が、検察の作成した取調べの調書を「読む」だけでなく、公判廷の場における

被告人や証人の生の声を「聞く」ことが、裁判員の登場により、次第に当り前の裁判過程になりつつある、とも聞いています。　このようにして、裁判員というのは、さまざまな領域・分野で司法の「改革者（これはいかにも大げさな命名ですが）」の一員と成れる要素を持つ新進のパーソナリティーの位置にあるのです。　刑事司法の姿が、裁判所、検察庁及び警察の各分野で、理想的なものに向かって変わっていくことを期待したいものです。
ついでに申しますが、「調書至上主義」を掲げ、「精密司法」を世界に誇る日本の検察は、ホンネ（実態）の面ではともかくとして、タテマエ（制度設計）の面では、一応完成されたシステムなのですが、しかし、世界の主要な法先進国では、警察の捜査に上積みするかたちで、検察官が自ら取調べにあたる、といった仕組みは採られていない場合が多い、ということです。　「所変われば、品変わる。」ですね。

［Ｉ］　「足利事件」について

はじめに

（１）「足利事件」の特徴の第一は、これが「再審」の事案であることです。　最高裁までの三重の有罪判決と、再審請求審での棄却決定との後に、第五ラウンドに当たる再審抗告審において、ようやく再審無罪への道が開かれました。　特徴の第二は、菅谷氏が、「（旧）ＤＮＡ鑑定」によって有罪に追いこまれ、しかも、「（新）ＤＮＡ鑑定」によって無罪を獲得出来た、ということです。　足利事件は、「ＤＮＡ鑑定」というものの証拠能力が法廷で本格的に争点となった最初の事案と成っています。　無罪の結果が得られるのには、実に一七年以上の年月の経過が必要でした。　再審は、無実の人を救済する制度ですが、いったん確定した有罪状態を変更するものだけに、大変な労苦を人に強いるものなのです。　特徴の第三は、冤罪に付きものの「虚疑自白」が有罪を引きだしたことです。　なお、後で取りあげる「郵政不正事件」においては、主役の村木氏は自白をしていませんが、実行犯の上村氏は、「虚偽自白」に追いこまれています。　その一方で、「東電ＯＬ殺人事件」においては、マイナリ氏はまったく自白をしていません。

（２）「足利事件」は、いくつかの点で複雑な経過を辿っていますので、便宜上、以下のように、時の流れに即して、事件の展開を見ていくことに致しましょう。

（３）＜１＞　一九七九年八月三日・・・・栃木県足利市で、Ａちゃん（五才）が、失踪して、その六日後に、遺体で発見されました。　いわゆる「連続幼女殺人事件」の第一例が、これです。　それから一七年後の一九九六年七月七日には、栃木県に隣接する群馬県太田市で、Ｄちゃん（四歳）が失踪したことにより、第四例とも位置づけられる失踪事件が発生します。　なお、最後の第四例に当たる事件は、後述の

「足利事件（第三例）」の「犯人に仕たて上げられた人」人が、当局に拘束されている最中に生じていますので、明らかに別の人間が絡んでいます。　第二例と第三例（「足利事件」）の場合と同じように、ここでも、パチンコ店が失踪の現場と成っていました。　因みに、今では、これら四件の非道な幼女殺人事件が同一の人物によって実行されたのではないか、という推測がなされています。　後の＜３＞の「足利事件」での被疑者・菅谷氏は、この第一例の殺人についても「自白」をしていますが、検察は、最終的には、後の一九九二年に、自白を裏づけるだけの証拠がない、として、この件に関しては、「不起訴」の処分をしています。

＜２＞　一九八四年一一月一七日・・・・第一例から五年後のこの日に、Ｂちゃん（五歳）失踪し、一年四カ月も後に成って、遺体が発見されました。　これが「連続幼女殺人事件」の第二例です。　菅谷氏が再逮捕された第一例のケースとは異なって、これについては再々逮捕までは進みませんでしたが、書類送検はなされています。　後に、こちらの方も「不起訴」と成ります。　「自白をしたのに、その自白は信用出来ない。」として、起訴をまぬかれる、という成り行きは、考えてみれば、不自然なことですね。　無理やり自白させたから、そう成ったのではないでしょうか。　いずれにしましても、菅谷氏は、これらの事件について追及されることを、免れたのです。　本当に危ないところでした。　三件とも有罪と成れば、無期懲役刑どころではなく、極刑が必ず科せられる流れに成っていたからです。

＜３＞　一九九〇年五月一二日・・・・以上二件が未解決のままに、第二事件から六年後のこの日に、Ｃちゃん（四歳）が失踪し、翌一三日に、遺体が発見されました。　これが、第三事件として「足利事件」と成った、本題の殺人事件です。　第一例と第二例の幼児殺人事件は、本件の「足利事件」の捜査過程で重要な意味を持つことに成ります。この点につきましては、＜１２＞以下の項目をご参照下さい。

＜４＞　六月上旬・・・・Ｃちゃんの半袖下着に付着していた、犯人の精液の鑑定が行なわれ、犯人の血液型がＢ型であることが判明します。　不当にも犯人視された菅家氏の血液型が、偶然にも同じ「Ｂ型の分泌型」であったのは、まったく酷い「運命のいたずら」としか言いようがありません。　血液の「ＤＮＡ鑑定」が現在の場合のように精密化していれば、菅家氏が犯人でないことは、それにより直ちに明確に証明されていたでしょうが、その当時は、血液型の一致が、刑事捜査の出発点において最高の証拠データなのでした。　なお、言うまでもなく、Ｂ型以外の人は、捜査対象から外されます。

＜５＞　一一月・・・・Ｃちゃんはパチンコ店から失踪していましたので、その常連客の一人であった菅家氏宅には、近所の交番勤務の巡査部長が、ごく一般的な聞きこみにやってきます。　「週末に一人で借家で過ごす、少し変わった人」ということで、マークされ始めたようです。　また、その後しばらくしてから、一人の捜査員が、唾液採

取紙を持って菅谷氏宅に現われ、唾液を採取していきました。　それが問題のＢ型（分泌型）の血液型であるかどうかを、調べるためです。その結果、菅家氏は、Ｂ型グループの約四〇〇〇人の内の一人であることが、判明しました。

＜６＞　一二月三日・・・・未解決の二つの幼女殺人事件と併せて一挙にこの事件を解決するために、完璧な「捜査員二〇〇〇人体制」を採って動いていた栃木県警は、さまざまな情報を総合した結果（念のために申しそえますが、この動きは、もちろん、犯行を疑わせるだけの確かな情況をベースにしている訳ではありません）、一〇〇〇人以上の人から絞りこんだ数十人の内の一人として、菅家氏を、既に一一月末から、マークし始めていました。　具体的には、行動確認＝尾行が常時行われることに成ったのです。　なお、後で判ったことなのですが、菅家氏の行動には不審な点など、まったくなかったとのことです。

＜７＞　一九九一年六月二三日・・・・事件の発生から一年以上が経過し、また、尾行の開始から半年後のことですが、尾行中の捜査員が、菅家さんが捨てたゴミを現場で確認し、それを押収した警察がその中身を調べたところ、精液の付着した紙が発見されます。

＜８＞　八月二一日・・・・その押収からしばらくして、県警は、Ｃちゃんの半袖下着に付着していた精液、及び、菅家氏が出したゴミの中の紙に付着している精液の「ＤＮＡ鑑定」を、「警察庁科学警察研究所（科警研）」に依頼します。　その結果が出るまでには、二カ月半も掛りました。　なお、後で判明したことですが、この鑑定を支える技術は、当時、十分に精度の高いものとは成っていませんでした。つまり、ここから得られる情報は、実は、不正確な情報でしかなかったのです。　もちろん、実用化されるところまでは、到っていません。刑事事案では、人権問題に関わる刑事処分（その頂点はは死刑です）が吟味されるだけに、証拠は最高度に厳密にチェックされるのが常識ですが、「画期的な新技術」ということで、当局は、慎重な検討・検証を経ないままに、単純に、ＤＮＡ鑑定に頼ったのでしょう。　メディアには、「否認突き崩した科学の力」とか、「スゴ腕ＤＮＡ鑑定、一〇〇万人から一人を絞り込む能力」とかの、大げさな見出しが躍ります。　菅家氏の不運・悲運の原点は、正にここにありました。

＜９＞　一一月二五日・・・・科警研は、二つの物証の示すＤＮＡ型が、共に「一六－二六型」で、両者の間に一致が見られる、という内容の鑑定書を県警に提出します。　その中には、重要なコメントがありました。　それは、Ｂ型という血液型情報を組みあわせながら、このＤＮＡ型の出現頻度を算出すると、「一〇〇〇人に一・二人（八三三人に一人）」の割合に成る、という判定です。　ということは、菅家氏以外にも、近いところに同じＤＮＡデータなどを持った人物が複数存在していることに成ってきますね。　足利市の周辺部を含めると、約一三六人も、存在するのです。　したがって、ＤＮＡ鑑定によって

犯人が特定出来たのではありません。 犯人の可能性があるだけです。その鑑定技術の危うさは、まず、後に、ＤＮＡ型が、「一六－二六」ではなくて、「一八－三〇」に訂正されたこと、また、一九九三年には、先の出現頻度が「一〇〇〇人に二・五人」、更に、一九九四年には「一〇〇〇人に五・四人」へと増加してしまったこと、その結果、犯人の可能性のある人物が拡散したために、犯人特定能力が低下してしまったこと、に端的に示されています。 現代における最新の技術が弾きだした出現頻度は、天文学的な数字の「何兆人に一人」にまで切りあがっていますから、現在のこの地球の人類の中には、誰一人として同じＤＮＡを保有していないことに成りますね。 このデータは、当局によって嫌疑を掛けられている人物が、「犯人でない＝犯人でありえない」ことは明確に示してくれますが、逆に、「間違いなく犯人である」ことを教えるものと成るかについては、微妙な問題も伏在します。 なぜならば、犯人が意識して他人の血液を物証に塗りつけたり、また、犯行の時点とは違うときにその他人の血液が何らかの理由でその物証に付着していたりしますと、事の真実が見えにくく成るからです。 今は、捜査当局が、刑法違反を起こした人すべてについて、ＤＮＡの情報をデータベースに取りこんでいますので、警察の御厄介に成ったことのある人が新たに犯罪に手を染めた場合なら、直ちにデータ照会がなされ、犯人である可能性のある人物の身元が割れまして、当局が動きだす手はずに成っているでしょう。 ひょっとすると、来るべき未来社会では、出生の際に、すべての出生子のＤＮＡ情報が国家機関により強制的に吸いとられる事態に成るかもしれません。 そのときには、犯人検挙の精度は飛躍的に高まることでしょう。 しかし、このようなことは、かなり怖い話ですね。

＜１０＞ 一九九一年一二月一日・・・・事件発生から一年半を過ぎたこの日から、菅家氏の悲運の日々が始まります。 二〇一〇年三月二六日の再審無罪判決（検察は異例の無罪の論告をしましたから、それで確定と成りました）までの、一八年以上の時の経過を待たなければ、菅家氏は普通の市民に戻れなかったのです。 この償いは一体誰がしてくれるのでしょうか。 さて、この日には、早朝の七時に三人の刑事が、菅家氏の家のへと、任意同行を求めるかたちで、捜査員として踏みこんできます。 菅家氏は、「そこに座れ！」と命じられ、その後すぐに、「子供を殺したな。」と決めつけられます。 菅家氏が「私はやっていません！」と答えると、刑事から強烈なヒジ鉄が飛んできて、菅家氏は後ろにひっくり返ってしまいます。 犯人であっても、このような暴力行為は絶対に許されないでしょう。 これでは、戦前の暴力警察と何ら違うところはありませんね。 これが「任意同行」というものの一つの実態です。 タテマエでは「任意同行」ですが、ホンネでは「強制同行・強制連行」なのです。 「任意同行」なのに、身柄を拘束した状態で実行された警察のその取調べには、暴行や威迫ががありますので、すでに、ここで「自白の任意性」が否定される要素が見えていますね。 これ以後も、捜査過程で、「任意ではない自白」が次々に取りだされていくのです。 その自白には、供述内容と客観的事実との不一致、供述の変遷、供述内容の不合理さ・不

自然さなど、多くの問題点が存在していました。　後に、宇都宮地裁での再審公判における無罪判決で、裁判官は、「菅谷氏の自白は、それ自体として信用性が皆無であり、虚偽であることは明らかである。」と、断定しましたが、ここに辿りつくまでには、恐ろしいほどの時間が必要でした。　筆者のような外部の人間の眼からすれば、関係者がそのことに気づくチャンスは何度かあったように、思えます。「(旧)ＤＮＡ鑑定」の魔力・磁力が、司法関係者の真っ当な判断を狂わせていたのかもしれませんね。　ところで、菅谷氏は、任意同行というかたちで、一〇〇人を超す報道陣が待ちかまえる足利警察署へと連れて行かれるのを拒否しても、許されずに、無理やりに引っぱっていかれました。　おまけに、刑事の一人は、Ｃちゃんの写真を取りだし、菅家氏に「謝れ!」と言ったのです。　菅家氏は、結局、殺害された子の冥福を祈る心で、両手を合わせたそうです。　氏の言葉によると、「それもいけなかったのだと思います。」ということですが、刑事には、この仕草は、間違いなく、氏が殺人行為を犯したことを被害者に詫びている情景というように、映ったことでしょう。　逮捕直前の、任意同行の段階で、「謝れ！」などと言いたてるのは、とんでもない越権行為ではないでしょうか。　気の弱い人には、強烈な圧迫に成ったことでしょう。　ところで、日本の人は、一般に、自身が無実・潔白なら、殆んど何の恐れもためらいもなく、警察に出かけて行き、自身の側の事情を正直に話して、判って貰える、と考えてしまうのではないでしょうか。　電車の中で、痴漢をしたと疑われた人が、警察で話をすれば身の潔白が証明される、と軽く考えて、素直に警察に同行するときと同じような心境なのかもしれません。　しかし、日本の「任意同行」というのは、極度のタテマエでして、ホンネでは「強制連行」の類のものです（少し言葉が過ぎますが）。　菅家氏は、警察の取調べ室で、「お前がやったんだな。」、「お前が殺したんだな。」、「今は科学捜査の時代だ。　証拠はあるんだ。」、「お前はもう絶対、逃げられないんだ。」、「早く白状しろ。　そうすれば楽になる。」とか言われたそうですが（暴力行為も少しはあったようです）、筆者には、これが、正式の逮捕後の厳しい取調べと少しも変わらないように思えます。　善良な市民でも、何かの拍子に、恐ろしいことに、このような地獄を見ることも、あるのです。　「逮捕されていない普通の市民が自白に追いこまれる。」などというのは、普通のことではないからです。　さて、一日が暮れようとする夜の一〇時ころのことですが、警察の幹部が菅家氏をそろそろ帰宅させようと考える時間に成ったとき、菅家氏は遂に「自白」してしまいました。　菅家氏の言葉を借りますと、「どれだけ自分じゃないと言っても聞きいれて貰えず、脅迫と変わらない取調べを受けているうちに、もうどうでもいいや、という気持ちに成ってしまいました。」、「とにかく早くこんな恐怖からは逃げだしたいという気持ちが強くなったのです。」というように成ります。　そのとき、菅家氏は、捜査官の手を握りしめ、その人の膝に頭を埋めて、激しく泣かれたそうですが、それは、あまりの悔しさ・情けなさに耐えかねてのことと、お察しします。　刑事は反省して泣きだしたと思っているでしょうが、それにも一理はありますね。いずれにしましても、警察のいつものリークによって、マスコミが警

察に大集合している環境の下での「自白」ですから、警察の目論通リの経過に成った訳です。
ここで、仮定の話に移りましょう。　もし、時間切れで、ある無実の人が、任意同行からひとまず解放されたとき、どうすれば、再び襲いかかる危険な状態を乗りきれるでしょうか。　任意聴取は一日で済まないことあるからです。　筆者としては、何よりも、激しい取調べによって心身ともにダメージを受けていることを最大限アッピールして、時間を稼ぎ､その間に弁護士に相談をして頂くことを勧めします。　近年では、どの都道府県にも「法テラス」（「日本司法支援センター」の愛称）という公的な組織がありますので、近くの弁護士事務所にでも飛びこんで、それがどこにあるかを聞いてみて下さい。　また、インターネットを駆使して､弁護士に辿りつくことも､今では可能です。実を言えば、「裁判闘争」は、この任意同行のときから始まっているのです。　欧米の法先進国では、市民の弁護士へのアクセスは十分に確保されていますが、この日本は、この点では、とても立ちおくれています。　被疑者は常に危険なところにいる訳です。　ところで、先に、任意捜査が行なわれている環境の下では、警察に事情を聴かれた人が、自宅に帰れるという前提で話を進めました。　しかし、そうはいかない場合も、あります。　最高裁が、その「決定」で、警察が、そのような人を、近くのホテルに四夜も宿泊させて、日中には連日警察で長時間にわたって取調べたケースでも、任意捜査の限界を逸脱するものではない、というお墨付きを与えたケースが、それです。　そういった状況下で得られた自白でも、任意になされたものとして、裁判上立派な証拠に成っています。　さすがに、ここまで来ると、任意捜査は、文字どおり、強制捜査そのものに成ってしまいますね。

＜１１＞　一二月二日・・・・、「証拠はちゃんとあるんだ。」とか言われて、刑事に脅されて（実は、刑事が、問題の「ＤＮＡ鑑定」というものの意味するところを正確に知っていたかどうかは、よく判らないのですが、いずれにしても、取調べの定石として、この手の手口は大いに用いられたでしょう）、自白に追いこまれた菅家氏は、この二日の未明に逮捕されます。　「ＤＮＡ鑑定はあくまでの補強証拠の一つ。　自供しなければ逮捕しない。」という捜査本部および検察の筋書通りの展開に成りました。　しかし、実のところ、それほど決定的ではないＤＮＡ鑑定のデータを利用して市民を警察に引っぱりこみ、責めまくって､自白をもぎ取るのは､少し強引なのでないでしょうか。

＜１２＞　一二月二一日・・・・菅家氏は、Ｃちゃん殺害容疑で起訴されます。　菅家氏は、先の、Ａちゃん（＜１＞）とＢちゃん（＜２＞）の殺害についても、自供してしまいます。

＜１３＞　一二月二四日・・・・菅家氏は、ＡちゃんとＢちゃんの殺害も自供していたため、再逮捕されます。　しかし、一年あまり後の一九九三年二月二六日に、これらの事件については、一括して不起訴と成りました。　「嫌疑不十分」がその事由です。　まったく仮定の話ですが、これらの事件が足利事件と併せて追及され、有罪判決が出

ていたら　、間違いなく極刑が言いわたされます。　再審を求めているさなかに刑のを執行されてしまうこともある、と考えると、菅家氏がいかに危険な状況に追いこまれていたかが､お判り頂けるでしょう。

＜１４＞　一九九二年二月一三日・・・・宇都宮地裁で、いよいよ、「足利事件（Ｃちゃん殺人事件）」の第一審初公判が始まりました。　ここで、菅家氏は、起訴内容を認めます。　氏の言葉によりますと、「初公判で罪を認めたのも、お人好しと思われるかもしれませんが、裁判官なら、私が本当のことを言っていないと見破って私の見実をわかってくれると思っていたからです。」というのが、氏の心境です。　これほど、日本の裁判官は、市民から頼りにされているのですね。　真実のところはどうでしょうか。　その他にも､「嘘の自白をしていた。」などと言ったりすれば、法廷のどこかにいる刑事にまた怖い目にあわされるのではないか、と恐れていたとのことです。　それから、「弁護士は信じられなかった。」、「弁護士は自分の味方とは思っていなかった。」という発言も、重大ですね。　ある高名な弁護士は、「刑事弁護人は、被告人の無実の訴えを、たとえ地球上のすべての人が信じなくても、最後まで信じて弁護しなくてはならない使命を帯びています。」と述べていますが、このようなスタンスは、弁護士倫理が命じていることなのでしょう。　しかし、菅谷氏の弁護人は、菅谷氏を犯人と見る態度を最初から取っていたように見うけられます。　実を言えば、このようなタイプの刑事弁護人は、他にも大勢存在するのでは、と思われます。　読者の方々は、このような被告人の置かれていた情況をどのように受けとめられるでしょうか。

＜１５＞　一二月七日・・・・検事の取調べにおいて、菅家氏は、それまでの、罪を認めていた態度を翻して、殺害を否認します。　しかし、翌日の追及により、再び自白してしまいました。　このような事実関係があったことは、後の再審公判で、法廷内でようやく明らかにされたものです。

＜１６＞　同月二二日・・・・しかし、菅谷氏は、第六回公判で、初めて、公式の場で、否認に転じます。

＜１７＞　一九九三年一月二八日・・それにもかかわらず、おそらく弁護士から圧力を掛けられたせいで、第七回公判で、再び自白に転じてしまいます。

＜１８＞　二月二六日・・・・Ａちゃん殺害とＢちゃん殺害の両事件について、「嫌疑不十分」で、一括不起訴の処分が出ます。　これで、菅谷氏は、最大級の危険から免れました。　なぜならば、三人も幼児を殺害するというのは、大罪でして、極刑（死刑）が待ちうけているからです。

＜１９＞　三月一一日・・・・検察は無期懲役を求刑します。

＜２０＞　六月二四日・・・・菅家氏は、五月三一日に、弁護士に、手紙を書き、無実を訴えた後、この第一〇回公判で、再び否認に転じます。　この「否認」の状態で、判決の日を迎えることに成りました。、その後には、「自白」など、ありません。

＜２１＞　七月七日・・・・裁判所は、求刑通り、無期懲役の刑を言いわたします。　裁判長は、ＤＮＡ鑑定が、科学的根拠に基づくもので、適切に行なわれた、という趣旨の判断をしました。　これが、ＤＮＡ鑑定というものが証拠として採用された最初の事例です。　新技術が駆使された「ＤＮＡ鑑定」には、まず、証拠能力（タテマエ）が備わっており、それから、信用性（ホンネ）もちゃんとある。」という最高度の評価がなされた訳です。　筆者には、菅谷氏の「自白」なるものを総合的に観察してみますと、「任意性」が大きく欠けているように映るのですが、判決は、自白の「信用性」を問題視する立場を採ることはなかったのです。　その後も、その流れが続きますが、しかし、ずっと後に下された再審無罪判決には、「菅谷氏の自白は、それ自体として、信用性が皆無であり、虚偽であることが明らかである。」といった趣旨の表現が、ようやく登場してきます。　しかし、これ位のことなら、再審以前の段階で、既に、判っていたことではないでしょうか。

＜２２＞　七月八日・・・・菅家氏は、東京高裁に控訴します。　すでに、「ＤＮＡ鑑定と刑事弁護」という論文を専門誌に発表しており、ＤＮＡ鑑定に知識を持つ佐藤弁護士が、国選弁護人に代わって、就任しました。　刑事弁護に強い数名の弁護士も、弁護団に参加します。ここから、後述するように、新たな局面が展開し始めました。もっとも、その佐藤氏でさえも、ＤＮＡの「再鑑定」を裁判所に請求するほどの問題意識は、まだ、持っていませんでした。　佐藤氏の再鑑定への取り組みは、問題の控訴が棄却された後のことです。　そのとき、当局の支配下に置かれている菅谷氏の毛髪を秘かに入手して、独自に・独力で、ＤＮＡ鑑定を引きだそうとしたのです。

＜２３＞　一九九四年四月二八日・・・・控訴審の初公判が開かれ、菅家氏は無罪を主張します。

＜２４＞　一二月六日・・・・県警の捜査幹部二人が、自白の任意性や信用性の問題がないことを証言します。　実際には、その反対で、どう見ても違法な取調べがなされた、と判断するのが、理に適っているでしょう。

＜２５＞　一九九六年五月九日・・・・控訴審で、控訴は棄却されます。　ＤＮＡ鑑定の証拠能力を認める地裁の判断は、上級審によって支持されました。

＜２６＞　同月一〇日・・・・最終審である最高裁への上告がなされます。

＜２７＞　七月七日・・・・「連続幼女殺人事件」の第四例とも位置づけられる、Ｄちゃんの失踪が生じます。　もちろん、菅家氏は、これには無関係です。

＜２８＞　一九九七年二月六日・・・・佐藤弁護士は、日本大学の押田氏にＤＮＡ鑑定を指摘に依頼します。　それから約半年後に、押田氏は、菅家氏のＤＮＡ型が、過去の科警研の鑑定結果が示すところとは異なる「一八－二九型」のものであることを示す鑑定書を作成します。

＜２９＞　一九九七年一〇月・・・・弁護側は、直ちに、この押田鑑定を添えて、公式の再鑑定を最高裁に求めます。

＜３０＞　二〇〇〇年七月一七日・・・・しかし、再鑑定請求から二年半も経過した後、最高裁は上告を棄却しますが、そのとき、最高裁としては、弁護側から要請された再鑑定に踏みきることはせずに、それまでに活用されてきたＤＮＡ鑑定の証拠能力を認めます。　これは、ＤＮＡ鑑定に初めて証拠としての存在に最高裁からお墨付きが出たケースです。　この時点までの九年の間につきましては、最初のＤＮＡ鑑定の正しさが公式に認められるかたちに成りました。　最高裁は、科警研のＤＮＡ鑑定の証拠価値について、「その後の科学技術の発展により新たに解明された事項等を加味して慎重に検討されるべきである。」としながらも、問題の鑑定を証拠として用いることは許されるとし、菅谷氏が犯人であるとした控訴審判決に事実誤認はない、と判断したのです。　しかし、実のところ、その当時、ＤＮＡ鑑定の精度は、新しい測定法の導入により、飛躍的に高められるように成っていました。　科学の進展が裁判に反映するのは、ずっとにと後のことです。　科学それ自体と、それを裁判上の証拠として受けとめることとの間のギャップは、ある程度は仕方のないことかもしれませんね。

＜３１＞　七月二六日・・・・弁護側は最高裁へ異議申立てを行ないますが、これは棄却されて、菅家氏の無期懲役刑が確定します。　菅谷氏は千葉刑務所へ収監されました。　これで、三審制下での一連の裁判過程が完結します。　しかし、再審を求める動きが、ここから始まります。　「事件」発生から　二〇〇九年六月二三日における再審開始を経て、二〇一〇年三月二六日に無罪判決が確定するまでに、実に一七年以上もの年月が流れさりました。　世間の人々は、きっと、裁判がこのように時間の掛るものであることについて、疑問と不満を持たれることでしょう。　それは当然のことです。

＜３２＞　二〇〇二年一二月二五日・・・・有罪確定から二年半が経過した後、被告人は、獄中から、宇都宮地裁に、初めて、「開かずの扉」とも言われた超難関の「再審」を請求する行動に出ます。　その背景には、日本弁護士連合会が、組織全体で、再審支援をサポートしていたことが、ありました。　再審支援を行なう決定は、一二月二〇

日に行なわれています。　菅谷氏の決断が実を結んで、再審開始にまで辿りつくには､何と七年ほど掛ってしまうことに成ります。　なお、日本弁護士連合会が再審請求を支援することを決定しましたので、弁護団には、有力な弁護士が数名加わりました。　その他に、経済的な支援も、大きな力に成っています。

＜３３＞　二〇〇八年二月一三日・・・・宇都宮地裁は、五年以上も掛けて審理をした結果、再審請求を棄却します。　当初の担当裁判官は、あるいは再審請求を認める方向で考えるような動きもしていましたが（ＤＮＡ鑑定のための資料を冷凍保存しておく手を打っていたのです)､それ以上の動きは取らずに､裁判官の予定通りの転任により、審理は、後任の池本裁判官に引きつがれていたのです。　宇都宮地裁の棄却決定の五日後に、東京高裁へと、再審請求についての即時抗告の手段が取られます。　ところで、宇都宮地裁の池本裁判長の棄却決定の論拠には、とても興味深いことが示されています。　筆者の用語法を用いれば、裁判官は、ホンネに踏みこむことはなく、タテマエのところで、再審請求を斥けたのです。　つまり、「弁護側が独自に依頼して行なった再鑑定が、菅家氏の毛髪を本当に用いてなされたものかどうか判明しないので、菅家氏のＭＣＴ一一八型が一八－二九型である、とした押田鑑定の証拠価値は極めて乏しい。」といった趣旨の内容だからです。　しかし、法のプロならもちろんのこと、一般人でも、「判らなければ、地裁が自身の手で毛髪を採取して、再鑑定に出せばよいではないか。」と考えるでしょう。　確かに、最高裁が、自らの判断で、事実認定の問題に手を触れないことにし、新たな「ＤＮＡ鑑定」を見おくって、従来の流れに沿って有罪を確定した、という歴史的事実の重みは、組織上は下級審でしかない地裁に重くのしかかってきたでしょうが、裁判官の独立性が理論的・制度的にを認められている以上､思いきって前へ進むことも十分出来たはずです。　その、常識的に見て、あまりに理不尽なスタイルの司法判断は、皮肉なことに、世間に大きな反響を巻きおこし、その後の再審への巨大なエネルギーを、生みだしてくれました。　マスコミ各社（特にテレビ）が、｢子供っぽい(？)｣論理に乗っかったその棄却決定に猛然と反発して、大がかりな報道番組を立ちあげ、司法批判の大波が全国に広がりました。　それはとても健全な人や組織の動きである、と筆者個人には思えます。　裁判・裁判官さえも、良識・常識を備えた市民によって、大っぴらに批判される情況が生まれたのです。　皮肉なことに、池本裁判長は再審開始の立役者と成りました。

＜３４＞　一〇月一五日・・・・その八カ月後、検察側は、「裁判所が再鑑定を行なうなら、それには反対はしない。」といった内容の意見書を、東京高裁へ提出します。　ここで、初めて、流れが変わったのかもしれません。

＜３５＞　一二月二四日・・・・東京高裁における、再審請求の即時抗告審の成り行きは、世間の注目の的と成っていましたが、担当の田中裁判長は、遂に、犯人の精液と菅谷氏の精液のＤＮＡ型の再鑑定を

正式に命じます。　これは、「足利事件、ＤＮＡ再鑑定へ」などのニュースが、その正式決定に先だって、マスコミに大きく流れるほどの大事件だったのです。　宇都宮地裁の再審棄却決定から、僅か一〇カ月後の出来事です。　異例の素早い対応には、敬意を表したいと思います。　結局のところ、「裁判は人なり（筆者の造語）」なのですね。

＜３６＞二〇〇九年一月二三日・・・・弁護側・検察側双方がそれぞれ推薦する二名の鑑定人によるＤＮＡ再鑑定が開始されます。　なお、二〇〇九年八月には、「裁判員制度」がスタートしました。

＜３７＞　二〇〇九年五月八日・・・・、Ｃちゃんの半そで下着に付着していた精液と、菅家氏のものとについて、ＤＮＡ型を鑑定した二名の鑑定人の判定結果は、ともに、「不一致」というものでした。　それは、弁護側・検察側に伝えられます。

＜３８＞　六月四日・・・・東京高裁は、再鑑定の情報を「無罪を言いわたすべき明らかな証拠」として、再審の開始を容認する姿勢を明らかにします。　その後、何と、菅家氏は、再審の結果を待たずに、新千葉刑務所から解放されました。　一七年六カ月ぶりの帰還です。このように、重大事件で無期懲役刑で服役中の再審請求人が、裁判所の再審開始決定を待たないで（もちろん、無罪判決が出る以前に）釈放される、というのは、日本の刑事裁判史上初めてということです。

＜３９＞　六月一〇日・・・・再高検の伊藤次長検事は、記者会見で菅家氏に謝罪します。

＜４０＞　六月一七日・・・・栃木県警の石川本部長は、県警本部で菅家氏に直接に謝罪します。

＜４１＞　六月二三日・・・・東京高裁は、再審開始を決定します。その再審決定には、ＤＮＡ再鑑定の結果をを引用した上で、「検察側が争わない鈴木鑑定によれば、犯人のＤＮＡ型と菅家氏のＤＮＡ型が一致しないことが認められるので、本田鑑定の信用性を判断するまでもなく、菅家氏は犯人でない可能性が高く、菅家氏の公判廷の自白も信用性に疑問を抱かせるのに十分であるから、鈴木鑑定が無罪を言渡すべき新証拠に成る。」という趣旨のことが含まれています。　ところで、検討の対象から外されてしまった、弁護側申請の本田氏の鑑定は、犯人の「ＭＣＴ一一八型」が「一八－二四型」であることを突きとめたものですが、このことは、科警研のＤＮＡ鑑定である「一八－三〇型（当初の数字は「一六－二六」型）が根本的に誤まっていたことを示していました。　このことに触れなかった「田中決定」は、弁護側から非難されていますが、そもそも、鑑定というものは、それを採用する裁判官の自由裁量によって初めて、証拠として意味を持つもののようですから（今回のケースとは異なって、検察側鑑定人の意見と弁護側鑑定人の意見が正反対の結果を示しているような場合に、どちらを採用するかの裁判官の判断は、決定的な意味を持つことに成り

ます）、結論が同じであれば、鈴木鑑定だけを採用するのも、裁判官の自由裁量に属するでしょう。　筆者としてはこのように考えています。

＜４２＞　一〇月五日・・・・宇都宮地検は、二件の、ＡちゃんとＢちゃんの殺害事件に関連して、一九九二年一二月七日に、栃木県警と地検が菅家氏を取調べた際に収録した録音テープを弁護側に開示します。

＜４３＞　一〇月二一日・・・・宇都宮地裁で、いよいよ、再審本番である再審の公判が始まりました。　佐藤裁判長は、「再審は誤判原因の究明を目的とするものではない。」という原則論（タテマエ）を打ちだしながらも、実質的には（ホンネ上は）、誤判原因に迫る証拠調べを実行するような方向の訴訟指揮をしました。　筆者は、ここに優れた資質を備えた裁き手の姿を見ています。　弁護側は、滅多に生じない再審無罪事案を絶好の素材として、裁判官や検察官の過誤や失敗を暴きだそうとし、一方、検察は、その捜査の内面（つまり、失敗など）を出来る限り隠蔽しようとします。　そのプロセスは、大げさに言えば、二つの組織・団体の主導権争いの場みたいなものです。　それを取りしきる裁判官は、両陣営への対応の仕方について高度の知恵を発揮しなければなりません。　彼ら裁判官団は、裁判の指揮を執る「独任官」としての権威と権能を支えとして、個性的な発想を前面に打ちだしながら、各局面で、フリーに動ける訳ですが、それでも、法の理念と条理・常識・コモンセンスとの狭間で、具体的な正義を見いだし、それを形に仕あげていくのは、容易なことではありません。　職人の名人芸が見られるのは、正にここです。　「出来る刑事裁判官」(これはどこかで聞いた言葉のように思いますが)は、私たちにとって、本当に、「希望の星」なのです。
ところで、菅谷氏は、「自分としては、誤判原因が解明されなかった裁判に、まだ納得できない。」と述べたそうですが、それはごく自然な感情の発露でしょう。　制度論からして、誤判の解明を任務とする独立の組織を立ちあげるのは、容易なことではありません。　佐藤裁判長が試みたように、現場で、タテマエとホンネを巧く突きあわせながら、部分的に、誤判原因の追及や解明を試みる手法が、今のところ、正解なのではないでしょうか。

＜４４＞　一一月二四日・・・・第二回再審公判が行なわれます。　先の再審請求即時抗告審において、ＤＮＡの再鑑定を行ない、「ＤＮＡ型不一致」との判定を報告した二人の証人尋問が実施されます。　弁護側が推薦した鑑定人（本田氏）は、科警研の鑑定を失敗である、と証言しました。

＜４５＞　一二月二四日・・・・証人尋問で、科警研所長が、科警研鑑定の精度の低さを証言します。　因みに、以前に、論文において「ＤＮＡ鑑定の制度は極めて高い。」と記していた、岡田警察庁鑑識課長は、二〇〇九年段階に成ると、逆に、「当時のＤＮＡ型鑑定は、絶対

視できる証拠とは決して認識していなかった。」と述懐しています。タテマエとホンネをこのように使いわけて、その場その場を巧く泳ぎ回る、こういった手口には、大いに問題があるのではないでしょうか。もっとも、この手の現象は、日本では、どこでも生じているものでしょう。

＜４６＞　二〇一〇年一月二一日・・・・検事による、過去の、菅家氏の任意の取調べぶりを録音した、大量のテープを法廷で再生して、証拠調べが行なわれます。　そこには三つの「幼児殺人事件」への関与について、菅谷の全面否認と、翌日における自白への変更のプロセスが克明に記録されていました。

＜４７＞　二〇一〇年一月二二日・・・・一九九二年一二月七日の、別件の取調べを担当した宇都宮地検検事であった森川氏の証人尋問が行なわれます。　宇都宮地裁の無罪判決には、その取調べを、「当事者主義や公判中心主義の趣旨を没却する違法な取調べである。」との批判が記されています。

＜４８＞　二〇一〇年二月一二日・・・・検察側が異例の「無罪」論告を行ないます。

＜４９＞　三月二六日・・・・判決公判が開かれ、佐藤裁判長は、ＤＮＡ鑑定の証拠能力を否定した上で、「菅谷氏が犯人でないことは誰の目にも明らかである。」とまで言いきって、完全無罪判決（つまり、真白な無罪の判決）を言いわたしました。　その後、まったく異例の出来事ですが、宇都宮地裁の担当裁判官三人が、法廷において、起立した上で、謝罪をします。　これまで、合計四つの法廷で、一五人もの裁判官してきた判断に対して、このチームがその責任を取って謝る、ということではなくて、「自分たちが、第一審や第二審で足利事件を担当していたとしても、同じように有罪判断を下していたかもしれない。」と考えて、「自戒の念を籠めて謝るべきである。」との判断に到達したものと、伝えられています。　これは、裁判長の「人間力」が遺憾なく発揮された美談のように、思えます。　もちろん、裁判官仲間からの異論やブーイングは、あったでしょう。　それはそれで、よいのです。

＜５０＞　四月一日・・・・栃木県警は、誤認逮捕の原因や背景を、本部の警察庁とともに検証して、「足利事件における警察捜査の問題点などについて」という報告書を公表します。　最高検察庁も、内部検証結果を公表します。　両者は、ともに、科警研のＤＮＡ鑑定に対する過信を、問題点として挙げています。

＜５１＞　九月二二日・・・・菅家氏は、逮捕から釈放までの期間についての刑事補償金約八千万円と裁判費用の支払いを、宇都宮地裁の請求します。

（３）最後に、全体のまとめをしておきましょう。　この事件で最も重要なポイントは、「ＤＮＡ鑑定」と「自白」の二つです。　しかも、両者は緊密に関連しあっているところが、要注意ですね。

①　まず、「自白」について見てみましょう。　これから後に記述するように、菅家氏の自白には極度の変遷が見られるのですが、第二段階の、東京高裁における控訴審に入ってからは、罪状を全面的に否認する菅家氏の姿勢は、一貫しています。　しかし、今から振りかえってみれば、第一審の公判でいったん自白してしまったことが、最後まで尾を引いた、ということに成るでしょう。　現に、最高裁での上告審でこの事件を担当した元・裁判官の一人は、後にそのように明言しています。　事の真実を明らかにすることが裁判所の絶対的な使命であるとするならば、どの裁判段階においても「真実の声」に耳を傾ける姿勢が裁判官に求められるのは、当然の道理でしょうが、しかし、事態はそのように推移しませんでした。　結局、「裁判」というものは、このように、硬くて、ときには非情な各種のルールによって埋めつくされている、ということに成るのです。　「裁判の常識は世間の非常識」という命題は、ここにも当てはまるようですが、これを、「法の常識は世間の非常識」という命題の各論編と位置づけておきましょう。　この類のギャップは、どの時代、どの国においても普遍的に認められる現象ですが、日本には日本独特のブレも確かにありますね。菅家氏の場合、―ご本人の言葉によれば―　、本件のＣちゃん事件（足利事件｝以外にも、類似の幼児殺人事件の実行犯であることを疑われて、一九九一年一二月一日から翌一九九二年の一月一五日までの四六日間も取調べを受けられたそうですが（アメリカでは、警察の留置場で被疑者が拘束される時間は、二四時間ないしは四八時間というように、短く設定されていることとの違いは、歴然としています）、このような状況下で人が正常な神経を持ちつづけられるとは、とても思われません。　それでも、そこでなされた自白には「信用性がある」と決めつけられてしまうのです。　ところで、世間一般の人々には、仮に、無実の自身が、警察や検察の取調べで意に反して自白に追いこまれても、真実を見ぬく眼を備えている法廷の裁判官なら、きっと、しっかりと「自白」の実態を突きとめて、自身を助けてくれるのではないか、と考えているところがあるのではないでしょうか。　しかしながら、色々と微妙な状況が重なりあってのことですが、そういったことにはあまり成ってこないように思います。　きつい言いかたで申しわけありませんが、「いったん自白してしまったら、もうそれでオシマイ」と覚悟しておくのが、身を守る知恵と成るでしょう。

②　次に、菅家氏が、「犯行を認める」、「白状する」、「自供する」、「自白する」といった行動を取った軌跡をフォローしてみます。　「任意同行」を求められ、参考人扱いで事情聴取を受けた菅家氏は、その当日に、一五時間以上の「取調べ」（逮捕されていない人については、本来このような表現は不適切なのですが）を受けて、当初は完全に犯行を否認していたにもかかわらず、深夜には「犯行」を白状してしまいます（タテマエ）。　それで、逮捕と成りました。　これが、警察

という、いわば「裏」の世界における菅家氏の姿勢の「変遷」です。しかし、家族には、「自分は無実だ。」ということを記した手紙を送っています（ホンネ）。　第一審の初公判では、逮捕時の自白の流れで、菅家氏は起訴内容を認めます。　これが表の世界（公判廷＝タテマエ））での出来事です。　ところで、公判廷でいったん自白してしまいますと、後になって、本心（ホンネ）に従ってその態度を否認の方向へと変えても、過去の自白の実績が重くのしかかって、事は自身の考えるようには進んでいかないのです。　何人かの裁判官は、それが普通の成り行きである、と言っていますが、これは、世間一般の感覚からすれば､あまりにも硬直的な立場と受けとられるでしょう。　一方、もう一つの裏の世界である弁護人との関わりあいにおいては、家族などに一四通もの無実を訴える内容の手紙を書いた菅家氏に対して、弁護人が、何と、突然に、公判廷の場で、菅家氏に混乱の真意を問いただすと、「やってません。」と言って，そこで否認の姿勢を明らかにしました。　しかし、翌年の第七回公判で、弁護人のアドヴァイスにより、裁判長宛てに書いた、犯行を認める上申書に従って、再度、公判廷で自白に転じました。　その後、検察は無期懲役を求刑し、判決を待つばかりに成っていたとき、菅家氏は弁護人にまた無実を訴える手紙を書きます。　弁護側の強い要請に基づいて、裁判所は異例の弁論の機会を設け、そこで、菅家氏は、被告人尋問の機会に、再び犯行を否認します。　これで、最終的には、この犯行否認の人物に対して、有罪判決が出る、という形に成りました。　任意同行による取調べの際の「否認」から始まって、そこでの「自供＝自白」がまずあり、第一回の公判でその「自白」が維持され、それから、家族への手紙に示された「否認」の姿勢が弁護士サイドから問題視されて、その助言により再び「自白」へと戻らされ、更に、弁護人に無実を訴える手紙を書き、その流れで、第一〇回公判で「否認」の立場が確定しました。これが最終段階の状況です。　「三度目の正直」風とも形容できる「否認＝無実主張」の姿勢が、ここにあります。　菅谷氏ここまで辿り着くには、大変なご苦労があったものと、お察しします。

さて、読者の皆様はこのような事態の成り行きをどのように見られるでしょうか。　これまでの、筆者の「足利事件」の分析を読みこまれた方なら、「無実なのに、自白したり、コロコロと態度を変えたりするのは、本人が弱いせいだ。」などとは、決しておっしゃらないでしょう。　人は、誰でも、弱い存在です。　法の世界の話、という前提で言いますと、その弱さが法律家のバックアップによって補われる体制が整っていなければなりません。　民事問題でも、刑事問題でも、事情はかなり違いますが、原理的には、同じことが当てはまります。最近の司法制度改革によって、弁護士が巷に溢れるように成りましたが（もちろん、地方によってかなりのバラつきはあります）、彼らこそが、法をめぐる各種の問題解決に力を貸してくれる存在です。　もちろん、アメリカなどの場合とは違って、弁護士先生に助けを求める際には、まず、相当額の金銭を用意しなければなりませんが、この大難問を解決する策がまったくない訳ではありません。　筆者は、昔から、「保険マニア」でしたが、もし、法先進国の一部で実用化されている「弁護士保険」のルートがこの日本でも開発されれば、弁護士の

助けが気軽に得られるように成り、市民が、その経済的負担を軽減させると同時に、精神的にもバックアップして貰うことがが可能に成るのではないか、と考えています。 「よき法律家はよき隣人である。」という命題は、もちろん、「よき法律家は悪しき隣人である。」をもじった言いまわしですが、筆者は、日本の社会のあちこちに、頼りになる隣人として、各種の法律家（司法書士もこれに含めてもよいでしょう）がいてくれることを、心から望んでおります。 ここからは余談ですが、古代ローマの前半期にあたる共和政時代には、法学者は在野のプロフェッショナルでして、日々、早朝に、自宅の前などで、市民の法律相談に応ずる仕事（天職）に励んでいたようです。 もちろん、このサービスは、ローマ法的に言うと、「準委任」に相当するような法律行為を背景とするものでして、「委任は無償のものでなければならない。」というルールに則って、タダで提供されていました（もっとも、それはタテマエ上の扱いで、ホンネ的には、御礼＝報酬に相当するものが、動いていたはずです）。 余談ですが、筆者が、喜寿を既に迎えた今になっても、「ローマ法の語り部」として絶えず仕事に励んでいるのは、ローマの初期の法学者の活動を見習ってのことです。
さて、菅家氏は、法的に見ても、また常識的に見ても、「否認」と「自白」を間を行ったり来たりして、各方面に「波風」を立てた人ですが、筆者は、一人の人間として、菅家氏が、御自身の良心の示し命ずるところに素直に従って、その時々に行動を起こされた、というように受けとめています。 筆者のような、多少は法知識を持った俗物としては、このように素晴らしく「天然な（？）」生きかたに敬意を表したいと思っています。 読者の方々にはまた違った思いもあるとお察ししますが。

③ 次のテーマは「ＤＮＡ鑑定」の問題です。 世間でよく知られている、Ａ型、Ｂ型というような血液型は、いくらその型の細分化を試みて厳密に個性化しても、人（たとえば犯人）を特定することまでは、出来ません。 あまりにも同類の数が多いからです。 その反面、犯罪の遺留品から検出された血液型とは別の血液型を持った人物に犯行の嫌疑が掛けられても、その人物は、ひとまず、「血液型不一致」ということで、捜査対象から外されますので、犯人を絞りこむことについては、血液型判定は、ネガティブな方向で、十分に役だっている訳です。
ところで、問題のＤＮＡ解析につきましては、現代では、この地球上に同類の人は誰も存在しない、というほどまでに、人の特定を可能にするレヴェルの技術水準に達しています。 誰か判らない犯人が犯行現場に遺していったものに付着している血液などが示すＤＮＡと違ったＤＮＡを持っている人は、その事実によって、犯人ではないと、ひとまず断定されることに成ります。 もちろん、犯人が何らの痕跡も遺さず、しかも、犯罪にまったく関わりのない人物（たとえば通りすがりの人）が、たまたま、犯罪とは何等関係のないかたちで（たとえばケガをしてしまって）、血液などの情報データを現場に残していったときには、本命の人物は逃げさりますが、その通りすがりの人は、

捜査当局のネットワークに組みこまれて、嫌疑を掛けられるかもしれません。　もし、その通りすがりの人が、ＤＮＡのデータベースに個人情報をキャッチされている人物（たとえば、前科のある人）なら、問題の犯罪とすぐに繋がってしまうからです。
菅家氏を任意同行のかたちで警察に囲いこむことを指示した、栃木県警の捜査幹部は、当然のことながら、菅家氏が犯人と決めつけるほどの情報は保有出来ていませんでした。　新たに導入されたＤＮＡ鑑定は、ある特定の型番のＤＮＡを持つ人が、菅家氏の他に数名ないしは数十名いることぐらいは、彼らも、ちゃんと認識していたはずです。こういった筆者の言いかたは、理論的なものの見方の産物でして、実務向きのものではないのですが、ひょっとすると、彼ら捜査のプロは、「刑事の勘」とやらで、「こいつが犯人なのだ！」と決めつけて、単純・明快に突っこんでいったのかもしれません。　もし真犯人でなかったら、深夜にでも帰宅させてやればよい、という筋書きもあらかじめ用意していた可能性もありますね
一九八五年に、犯罪捜査の科学的手法としてイギリスで開発されたＤＮＡ鑑定は、足利事件が発生した一九九〇年当時には、日本ではまだ実用化可能な水準までには達していませんでした。　それでも、精液という最高度の情報体を偶然に入手した捜査本部は、これをＤＮＡ鑑定にかける策を思いたったのです。　その鑑定結果は、犯人の、「ＭＴＣ一一八型」のＤＮＡ型と菅家氏のそれとが、「一六－二六型」で合致する、というものでした。　性犯罪を行なうことが可能な年齢の男性に絞って、問題のＤＮＡ型を保有する該当者を割りだすと、足利市内に限っても約五〇人、失踪現場のパチンコ店の周辺の地域にまで対象を広げると、約一三六人にも、成ります。　この数字は鑑定当初のもので、後には、その五倍にもなる数の人が、該当者と見られるように成りました。　つまり、ＤＮＡ鑑定という新技術を用いた成果は、菅家氏が、多数存在するはずの該当者の一人でしかない、ということを意味するものと成ります。　これは、血液型を基準にして犯人を絞りこむ際に大きな限界があることと、程度の差は大きいのですが、いわば同列のですね。　そういう人物から警察で事情を聴取することぐらいは許されるでしょうが、その人を痛めつけて吐かせる手口は、不当であるばかりか、違法と見ておかなければなりません。　捜査現場のベテラン刑事たちが、そのような科学的な事情を認識して捜査に当ったのかどうかは、外部の私たちは判明しませんが、今となっては、それが決定的な要素ではないかもしれない、と思われるのです。　つまり、そのＤＮＡデータは、菅家氏を「タテマエとしては任意同行、ホンネとしては強制連行」に巻きこむための、単なる口実として用いられただけで、本命は、「今は科学捜査の時代だ。　ちゃんとした証拠があがっている。」とか言って、菅家氏を脅し、力づくで、手っとり早く、「自白」をもぎ取ることにあったのかもしれないからです。それは、言ってみれば、汚い手口です。　このとき、自白の供述に「任意性」を認めない、という判断が裁判官によってなされる余地は十分にあるのではないでしょうか。　言うまでもないとことですが、本当に犯罪行為を犯した人物から自白を引きだすことは、科学技術が発達した現代でも、容易なことではありません。　犯人にも当然人権があ

りますので、その昔はやった拷問などはもちろんのこと、人の意識の深層レヴェルにまで手を突っこんで情報を抜きとるテクニックなどは、法理上も、人道上も是認されない手法です。　しかし、未来社会においては、これまでに人類が積みあげてきた厳密な「自白獲得ルール」も、科学技術の飛躍的な発達によって、さまざまな面で修正を受けることでしょう。
先に示したようなＤＮＡ鑑定の精度は、新しい測定法の開発によって飛躍的に高められていきます。　古い低レヴェルの鑑定では、犯人の可能性があることは判明しますが、最新の鑑定では、ときには「この人以外には犯人は存在しない。」と断定出来るところまで、精度が高まりました。　二〇〇三年に開発された「ＳＴＲ九型座位法」によれば、一一〇〇万人に一人しかある特定の型番を持つ人は存在しない(つまり、二〇〇〇万人ベースで探索すると、もう一人の仲間がいる）ことになります。　次いで、二〇〇六年に新開発された「ＳＴＲ一五型座位法」によれは、先の一一〇〇万という数字は、四兆七〇〇〇億にまで切りあがります。　これで、すべての地球人がそれぞれに個人的な識別データを保有することに成りました。　因みに、二〇〇三年・二〇〇六年と言えば、二〇〇年の最高裁の上告棄却の最終判断を受けて、菅家氏側が、ＤＮＡの再鑑定を求めて、再審の申したてを行なっていたころです。　最後に、科警研の所長のポストを経て、ＤＮＡ鑑定の専門家として、大学教授となっていた勝俣氏は、「裁判の中で証拠能力や証拠評価を慎重に検討して貰う必要がある。　司法が鑑定結果だけを鵜呑みにするのは危険だ。」という考えかたを明らかにしています。　これは極めて真っ当な見解ですね。　検察も、警察も、裁判官も、このような戒めをしっかりと心に留めて貰いたいものです。
さて、最高裁が上告棄却の柱としていた旧鑑定法が不正確な内容しか持っていないことと、新開発の鑑定法が人を特定するだけの能力を備えていることが明らかになってきた状況の中で、有罪確定の判決を見直す動きが、ようやく司法分野でも高まってきます。　そこには、マスコミが、再審の開始を司法当局にの求める強烈なアッピールを大々的に展開したことも、大きく影響しています。　司法というものは、その性質上、ことのほかタテマエを尊重する路線を堅持するのが常ですが、新しい時代に対応する「開かれた司法」を標榜するからには、外部からの「風」にも敏感に反応する能力を磨いて貰わなければなりません。　その風の中には、当然のことながら、いかがわしいものも紛れこんでいますが、ものの道理や条理の発する声も含まれているはずです。　現場の裁判官の中には、その声（ホンネ）を受けとめる資質を備えた人物が必ず存在するのですが、その人の貴重な決断・判断を抑えこむことは、最高裁判所へと事案が持ちこまれたときだけにしか出来ないことです。　裁判官は独立の「司法官」でありまして（因みに、検察官は単なる行政官です）、上から指揮・指導を受けることなしに、現場で、その審級での、最終判断を出せるからです。　横槍など入りこむ余地はまったくありません。　その最高裁自体も、時代の風を受けて、変身していくでしょう。　そこでは、最高裁の賢慮が発揮されるはずです。

（４）「足利事件」における「ＤＮＡ鑑定」は、「ある人が犯人ではない」とか、「犯人とまでは言えない」とかの、ネガティヴな方向を指ししめす科学的データとして、特別の意味を与えられたものですが、その一方で、「ある人がある資格を具えた人である」というように、ポジテイヴな方向で、ある重要な認定を行なうことを可能にする科学的データと成る資格を与えられる場合も、あります。　二〇一四年六月九日に、最高裁は、現在の民法が想定していない、ある、極めて重要な論点をめぐる訴訟に関連して、「弁論」という手続を開始しました。　このことは、最高裁が、「妻が婚姻中に妊娠した子は夫の子と推定する。」というように推定する、民法の「嫡出推定」規定（民法第七七二条)の意味付けを変更する可能性があることを示すものです。事案は、こうです。　一組の夫婦がいまして、一人の子供を持っています。　夫婦は別居し、子供を引きとっている妻が、「別居している、法律上の父子供との間に親子関係が存在しない」ことの確認を求めているのです。　実は、この子供をめぐって、妻が、婚姻中に、「九九パーセント以上」の確率で、別の男性との間に生んだ子であること　―つまり、その子供と夫の間に科学的な『父子関係」が成りたたないこと―　が判明しました。　「ＤＮＡ鑑定」でそのことが明らかに成ったのです。　子供の所属(ステイタス)をめぐって行なわれた訴訟で、、二〇一二年四月に、大阪家裁は、法律上の父子関係の存在を否定する判断を出し、第二審も、その判断を支持します。　同様の別事案についての旭川家裁の判断についても、同様の経過が見られました。　それらの下級審の判断を受けて、今回、最高裁が、最終的な判断を示す訳です。　最近では、家族関係の法的評価について、最高裁はかなり改革的な対応をしているように見受けられますので、まもなく何らかの変革が生まれるかもしれません。
夫側の弁護士が、「民法は、子の権利を確保させるために、血縁関係がない場合でも、法律上の父子関係を認めることを、許容している。」と主張しているのに対して、妻側の弁護人が、「夫が血縁上の父でないのに、父子関係を取消さないのは、不自然である。」と主張していますが、前者と後者の間には、「タテマエ」と「ホンネ」の関係が成りたつのではないでしょうか。　ひょっとすると、ここは、よくあるように、タテマエがホンネによって食いやぶられる事態に成るかもしれません。

（５）ここで、少し話題を広げてみましょう。　再審開始決定の審理の場に提出された「本田鑑定」（弁護側が選任した鑑定人のデータ）は、科警研によって取りおこなわれた、「足利事件」関係の「ＤＮＡ鑑定」なるものが、不正確なものであったことを示すものでしたが、正にこの鑑定によって、犯人と認定され、死刑を執行されてしまった人が存在します（菅谷氏は無期懲役刑だったので、何をするにも、時間に余裕があったのです）。「足利事件」から二年ほど後の一九九二年二月二〇日に、福岡県飯塚市で、幼女二人が誘拐され殺害されました。　いわゆる「飯塚事件」が、これです。　被疑者・被告人のＫ氏は、一貫して無実を主張し続けましたが、足利事件において科学的に大問題となった、科警研の「ＭＣＴ一一八型鑑定」と同じ手法によって、犯人

のＤＮＡ型がＫ氏のＤＮＡ型が一致していることが重要な証拠となって、死刑判決を受けてしまいます。　そのとき、帝京大学の石山氏の鑑定が、問題の科警研の鑑定の結果と異なるものとして、存在していました。　しかし、裁判官は、石山鑑定を受けいれることはなく、科警研の鑑定を根拠にして、Ｋ氏を犯人と断定したのです。　普通の経過では、死刑の執行がすぐには行なわれるようなことは、あまり、ありません。　ですから、獄中のＫ氏が、「足利事件」で、ＤＮＡの再鑑定が行なわれることを知っていたならば（おそらく、知ることは不可能ではなかったでしょう）、新鑑定に願いを託して、再審請求をするチャンスがめぐっていたたかもしれません。　しかし、異例にも早い処刑が、その機会を無残にも奪ってしまったのです。　法務省当局の刑執行の措置は、違法でも、不法でもありませんが、不条理なのではないでしょうか。　なお、遺族の手によって、死後再審の手続きが行われましたが、認められることは、ありませんでした。　今後、第二次の再審請求が、死者の人権と名誉の回復を目ざして、実行されるかもしれません。

［Ⅱ］　「郵政不正事件」について

はじめに

この事件の特徴の第一は、これが、「再審」絡みの事案などではなくて、異例にも、また幸運にも、第一審で無罪が確定したケースであることです。　したがって、厳密な意味における「冤罪」がここに発生した訳ではありません。　しかし、無実・潔白な人が「罪」を問題にされて、一年三カ月にもわたって司直の手の中に取りこまれつづけたことは、冤罪にも匹敵する、国家の不祥事を意味するのではないでしょうか（残念ながら、この類のことは、稀には生ずることですが）。村木氏が「冤罪の犠牲者」とされるのも、一理ありますね。　特徴の第二は、この事案が、独特の権勢・権威・エリート性を誇り、「巨悪を討つ最強の捜査機関」との評判を持つ、あの特捜検察が扱った事案であることです。　それだけなら、それほど特筆されるものでもないのですが、ここには、まったく特異な「不祥事」が絡んでいます。　その捜査過程で、主任検事（前田氏）の「証拠の改竄」が行なわれだけでなく、その上司たちが、そのことに絡んで、別種の犯罪を犯したからです。　後者の所業の方が、遥かに重大でしょう。　これらの「検察官犯罪事件」では、それぞれ有罪判決が確定しています。　郵政不正事件の発生によって、結果的に、日本に三つしかない特捜部の「闇」の部分が焙りだされた訳ですが、その歴史的事実は、検察の歴史に、大きな汚点として刻みこまれることでしょう。　これを、「超例外的な不祥事」というように矮小化せるのではなくて、特捜部、更には一般検察が、歴史的に抱えてきた「構造的弱点・欠陥」のせいで、このような事態が惹きおこされた、と重く見ておく方が、私たちに歴史的教訓を与えてくれるのではないでしょうか。　特徴の第三は、この事

件の中に、私たち無実の市民が引きこまれやすい「虚偽自白地獄」を、私たちが垣間見ることが出来たことです（自白させられたのは、上村氏です。　この村木氏の方は、元々精神力の強い人物であることに加えて、職業柄、対話経験を積んでいた人物だっただけではなく、有能な弁護士の支えもあって、最後まで、否認を貫きとおしました）。　それでは、以下に、その事件・事案の経過を、項目を立ててフォローしていきましょう。

（１）「郵政不正事件」は相当な広がりを持った事案ですが、その発端は、二〇〇八年一〇月六日の、朝日新聞東京本社発の「調査報道」記事が示している事件でした。　新聞の見出しには、「郵便の障害者割引悪用　石川の会社、通販広告を大量発送」と、あります。　二〇〇八年一〇月一日に着任したばかりの大阪地検特捜部長の大坪氏は、この疑惑に着目して、内偵捜査を命じます。　このとき、「郵政不正事件」の捜査がスタートしたのです。　その事案の中核部分は、結局のところ、当時、厚生労働省雇用均等・児童家庭局長のポストにあった村木氏が逮捕されたことです。　女性のキャリア官僚（局長）の「犯罪」は世間の注目を集めました。　大阪地検特捜部は、花の東京地検特捜部に対抗して、「お上」の職務上の不祥事を暴くことでポイントを稼げることを、十分に意識していたことでしょう。　結果的には、無理は承知の上での立件であるように、筆者個人には思われます。　極論すれば、村木氏は特捜の犠牲にされた、というようにも受けとれますね。　なお、強制捜査に着手するか、起訴に持ちこむか、また、公判において論告・求刑もどのように行なうか、などのポイントについては、主任検事は、特捜部の上司に、その上司は、地検の上司に、その上司は、高検の上司に、そして、その上司は、最高検の検事総長に、それぞれ、決済を求める仕組みが、成りたっています。　このようにして、日本検察の「品質」が確保されるのです。　もちろん、決済の際には、検察に有利に働く、プラス側の証拠と同時に、不利に働く、マイナス側の証拠についても、慎重に点検がなされるはずです。　したがって、検察の責任が問われる際には、常に、実質的に、「全体責任・組織責任」が負われなければなりません。　以上の話は、実のところ、きれいごとの「タテマエ」でして、実際には、「個人プレー」に走る現場検事の不適切な動きをきちんとチェックすることが出来ない、あるいは、しない、ケースも、少なくないでしょう。　冤罪はそういったところで発生してしまうのです。　「検察の不祥事」も、同様に、そういったところに、根を持っています。

（２）逮捕の罪名は、虚偽有印公文書作成・同行使です。

（３）被疑事実は、村木氏が、厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部企画課長の職にあった二〇〇四年当時に、上司の塩田部長から、「凛の会」のために、第三種郵便利用の偽の許可証を出すように計らうことを求められ、部下である企画課社会参加推進室係長・上村氏に指示して、内容が虚偽である公的証明書を作成させ、結果的に、外部組織に不正な経済的便宜を図ることに成った、というものです。

（４）事の発端は、二〇〇八年一〇月ころに明るみに出た郵便法違反事件です。　これは一〇月六日付の朝日新聞のスクープ記事によるところが、大きいでしょう。　一般に、捜査機関とマスコミは、とても緊密で親しい関係にあります。　おそらく、これは、日本独特の現象ではないでしょうか。　捜査機関は、あまり目だたないようにして、裏でいわゆる「リーク」を行なったり、表で大っぴらにマスコミ向けのレクチャーをしたりします。　そのために、日本の大新聞各社には、同じ日に同じようなトップ記事が、ずらりと並ぶのです。　一方、スク―プというのは、一社だけが、検察の知らない特別のルート（その典型は内部告発です―もし、万一、検察官の内部告発があるとすれば、これは第一級の価値を情報に属します）から、生まれます。　なお、朝日新聞は、この後も、郵政不正事件の闇を切りひらく仕事をしました（因みに、後述の東電ＯＬ殺人事件では、読売新聞がその役柄を演じています）。　「凛の会」を名のる自称「障害者団体」が、身体障害者団体向けに設定された、低料金の第三種郵便制度（一通一二〇円のダイレクトメールが、割引されて、何とわずか八円で送れるのです）を悪用して、正規の郵便料金を不当に免れた、というのが、罪状です。郵便法違反の法定刑は罰金三〇万円でして、これは軽い犯罪という位置づけに成るのですが、このことと、発送されたダイレクトメールの数が多いために、不正な利益が億単位の巨額（総額二二〇億円にものぼるとも言われています）に成ることとは、どう見てもバランスが取れていませんね。　ここに悪い輩が暗躍するのも、当然です。　その制度を利用するには、お上のお墨付きである公的証明書が必要なのですが、怪しげな団体がそのハードルを乗りこえるためには、政治家の口利きがどうしても入用であったのではないか、という捜査当局の推測が、初めにあったのでしょう。　特捜検察の「ストーリー」は、ここが原点なのでした。　二〇〇九年二月二六日に特捜検察は強制捜査に着手します。

（５）ダイレクトメール発送に関わった広告主や広告代理店、郵便事業株式会社、「凛の会」の関係者が、郵便法違反の被疑事実で、それぞれ、大阪地検特捜部によって、二〇〇九年四月一六日までに、逮捕されます。　これが、第一次の事案です。　第二次のものは、本編で取りあげる、上村氏と村木氏の事案です。　この「お上」の「犯罪」が「郵政不正事件」の中核に位置していたことは、言うまでもありません。特捜部の狙いは、正にそこにあったのです。

（６）この制度を利用するためには、利用を希望する団体が本当に障害者団体の資格を備えていなければなりません。　そのことを証明するためには、厚生労働省、都道府県などの発行する証明書を日本郵政公社へ提出する必要が、ありました。

（７）厚生労働省の発行する公的証明書は、企画課長の名義で発行されることに成っておりましたので、「凛の会」が提出した公的証明書は、村木課長名義のものでした。

（８）郵便法違反事件の捜査過程で、この公的証明書が正式の決済を経ずに発行されたことが、判明します。　この公的証明書を発行するための決済書類を偽造して「凛の会」にの交付したとして、二〇〇九年五月二六日に、大阪地検特捜部は、企画課社会参加推進室係長・上村氏を虚偽有印公文書作成・同行使の被疑事実で、逮捕します。　後に大問題となるフロッピーディスク（ＦＤ）が、このとき、上村氏の自宅から押収されました（このデータは、なぜか、一カ月後の七月一六日に、その少し前の時期に，重要な日付を改ざんした上で、上村氏の弁護人の許へ返還されていますが、その一方で、本来の正しい日付を記録した「捜査報告書」は当局がきちんと作成しています）。　先の村木氏の逮捕の二〇日ほど前のことです。　主任検事の前田氏は、ＦＤに組みこまれている日付データが、自身の作成した捜査の見たて（いわゆる「ストーリー」）と矛盾していることに気付いていながら、特捜部長と副部長には、報告を上げていなかったようです。　検察関係者の話によると、「そのようなことは捜査に支障とは成らない。」と前田氏が考えていたものと、推測されます。　公判の証人尋問の場で証言台に立った上村氏は、村木氏から指示があった、とする検察の見方を全面的に否定し、しかも、「凛の会」に公的証明書を手渡したのは、村木氏ではなく、自身であると述べ、自身がこの犯罪の単独犯であることを証言します。　そして、検察官による取調べの状況については、いくら自身が単独犯であることを主張しても、取りあって貰えなかったことを、証言します。

（９）上村氏が逮捕されてから、どこからか（ひょっとすると、いわゆる「リーク」によるものかもしれません）、上村氏が上層部に言われてやったとか、上村氏が証明書を村木氏から直接に受けとったとか、村木氏が自身の目の前で日本郵政公社の幹部に電話していた、とかの情報が外部に漏れてきました。　それ以外にも、ある国会議員の裏での関与があった、ということまで、伝わってきています。　これらは、捜査の手が村木氏にまで及ぶことを、暗示していたのです。　そして、遂に、村木氏は、二〇〇九年六月一四日に逮捕されました。　その後、七月四日に、上村氏などと共に、起訴されました。　これで、事件の舞台は「法廷」へと移ります。

（１０）二〇〇九年九月一〇日から二〇一〇年一月まで、六回にわたる「公判前整理手続」が取りおこなわれます。　ここでは、裁判官、検察官、弁護人が集まり、裁判の進行の仕方、証拠開示、証人申請などの、将来の公判の骨組に当たる事項が、相談して、定められます。　裁判員制度が導入される前には、弁護側は、捜査機関が収集した証拠を、公判前の段階では見ることは不可能でしたが、この機会に証拠開示のルールが改正されたことにより（もっとも、証拠開示に漕ぎつけるには、一定の要件をクリアする必要がありますので、　完全オープンということには成っていません）、弁護側は検察側の作戦を見抜いて、有効な防御を組みたてることが出来るように、成りました。　当初に提出予定されていた証拠物以外のものも、弁護側の請求に応じて提出

される事態も、生じます。　そこでは、裁判官のリードも行なわれるでしょう。　ところで、とても重要なことが、公判整理手続きの場で生じました。　それは、それまでの段階で、村木氏の指示によって偽の証明書発行をしたことを認めていた部下の上村氏が、この段階で、上司の村木氏が、この件に関してまったく無関係である、というように態度を転換したことです。　特捜部がターゲットに据えていた村木氏の運命の行方に、明るい兆しが見え始めたのです。

（１１）弁護側は、二〇〇九年一〇月の段階で、検察から開示された「捜査報告書」を入手し、翌一一月には、それを証拠として申請します。そこには、重大な情報が含まれていました。　公的証明書を上村氏が作成したのは、六月一日未明と成っていますが、検察の描いたストーリーでは、六月八日とされているからです。　この矛盾は、村木氏が捜査報告書の点検をしているときに発見したものです。　弟一回公判の冒頭において、弁護側は、この点を鋭く突き、「検察のストーリーは破綻している。」と指摘しましたが、それは正に迫真的な効果を持ったものでした。

（１２）二〇〇九年一一月二四日に、村木氏は、実に四度目の保釈申請で、釈放決定を受けます（ここに到るまでには、地裁がいったん保釈を認めても、検察の異議により、高裁が保釈を取り消す、という経過も、ありました）)。　これで、一六四日も続いた勾留が、遂に終わったのです（保釈金は、異例の、一五〇〇万円もの大金です）。　自白した人には、起訴の時点など、比較的早い時期に保釈が認められますが、罪状を否認している人には、このような過酷な運命が待ちうけているのです。　起訴されますと、逃亡や証拠隠滅の恐れのない限り、保釈が認められることに成っているのですが、現実には、保釈は容易なことでは認められません（最近の統計によれば、保釈されて、日常世界へと戻れる人は、申請者の一〇％ほどしか、ありません）。　人の身柄を「人質」のように拘束しておいて自白を迫る、悪名高い手口である「人質司法」が、ここで、いつものように、展開されるのです。人質の解放を生じさせる「身代金」に当たるものは、ここでは、「自白の供述」ですね。　金と違って、これは、被疑者本人がその気になれば、すぐに用意することが出来ますが、その高いツケは、後で回ってきます。　裁判所で「あの自白は嘘だ！」といくら叫んでも、これは、殆んど取りあげて貰えないからです。

（１３）ここで、元・特捜検事の郷原氏が、ある対談で語った言葉をご紹介しておきましょう。　先の「人質司法」に関係する話です。　「検察の仕事の中心は、『犯罪者を処罰すること』でした。　捜査の対象とする被疑者『悪い奴』と決めてかかっているので、基本的に起訴して処罰するのが当たり前、深く反省悔悟している場合に情けをかけてやることもあるが、基本的には、悪い奴だから処罰するのが当然だ、そういう先入観を持って仕事をしていくことが中心になっていました。だから、そういう奴らが否認でもしようものなら『反省もしてない、悔悟もしない、そんな奴がシャバに出て堂々とのさばっていること自

体がおかしい。　とことん閉じ込めておくのが当たり前だ』という考え方になります。　それが『人質司法』の前提にあります。」
ここで、筆者の率直は感想を述べさせて貰いましょう。　タテマエとして、被疑者は、犯人と決まっている訳では、ありません。　無実・潔白な人物かもしれないのです。　九九％の被疑者が、判決において、犯人＝悪人と認定されるとしても、被疑者を「すべてクロ」として処遇するのは、あまりにもホンネに流れすぎた態度で、「無罪推定の原則」に真っ向から抵触する姿勢です。　このような恐ろしいフィールドに投げこまれた無実・潔白な人は、牙をむいたライオンのがのさばっている平原の片隅に、震えながら小さくなっている白い羊のようですね。

（１４）検察側が有罪判決を求めて証明していこうとする「事実」は、以下のように、壮大なものです（因みに、後に、事件の関係者として捜査の対象となったある証人は、検察の構想を「壮大な虚構」であると評しています）。　これを見れば、検察の書きあげるストーリー（見たて）が見えてくるでしょう。　言うまでもなく、この筋書きに書きこまれている経過は、必ずしも真実・事実ではありません。　なお、この「ストーリー」は、慣例に従って、検察の上層部の「決済」をちゃんと取っていますので、主任検事個人だけのものではないのです。「検察一体の原則」が、ここにも表われていますね。　以下（＜１＞から＜１２＞まで）に、その「ストーリー」の筋となるものを記してみましょう。

＜１＞　自称障害者団体である「凛の会」の代表は、二〇〇四年二月ころ、以前自身が秘書を務めていたことがある国会議員の許を訪れ、公的証明書の発行に関して、厚労省への口添えを依頼します。　政治家絡みの事件である「議員案件」を追及することは、伝統的に特捜部の最重要テーマと成っているのですが、この「議員案件」を訴追の枠組みのベースにすれば、間違いなく、検察の動きにインパクトが生まれます。

＜２＞　そのころ、問題の国会議員は、厚労省の障害保健福祉部長である人物に、電話で、公的証明書の発行を要請します。

＜３＞　二〇〇四年二月ころ、その部長は、部下の村木氏に対して、公的証明書の発行に向けて便宜を図るように、指示します。

＜４＞　そのころ、以上のような下準備の下に、仕掛け人である「凛の会」代表は、村木氏と面談し、公的証明書の発行の窓口である企画課社会参加推進室の係（問題の上村氏の前任者）と、その推進室の室長補佐の人物と、面談します。

＜５＞　村木氏は、これらの人から、「凛の会」の実態には疑念がある旨の報告を受けていながら、公的証明書を発行するよう、指示しま

す。　このような無理は、普通は官庁では通らないものですが、議員案件ということで、見逃された、という構図に成っています。

＜６＞　二〇〇四年五月頃、村木氏は、先の室長補佐から、「凛の会」から申請された書類に不備があることを報告されますが、公的証明書の発行手続き進めるよう、指示します。

＜７＞　同じころ、村木氏は、上司の福祉部長から、日本郵政公社に対して、「凛の会」の発行する雑誌である「凛」を郵送の対象と成る雑誌として承認しても差しつかえない旨の電話連絡するよう、要請します。　これを受けて、村木氏は、日本郵政公社のある人に電話連絡します。

＜８＞　二〇〇四年六月に、「凛の会」の発起人である人物は、日本橋郵便局に雑誌「凛」の発送取扱を求めたところ、公的証明書が添付されていなかったために、その証明書の提出が求められることに成りました。

＜９＞　同じ月に、「凛の会」の発起人である人物は、上村氏に電話して、第三種郵便の承認書が発行された五月三一日以前へと日付を遡らせた形の証明書の発行を要請します。　また、障害保健福祉部長に以来して、日を遡らせた証明書を発行するよう依頼します。　その後、その部長は、企画課の村木氏に対して、その証明書を発行するよう要請し、村木氏がそれを了承します。

＜１０＞　二〇〇四年ころ、前任者を引きついで社会参加室の係長となった上村氏は、事務的に問題があることを村木氏に伝えて、指示を仰ぎます。　村木氏は、そのまま公的証明書を発行することを指示します。

＜１１＞　二〇〇四年六月一日に、上村氏は、公的証明書をパソコンで作成し、これを村木氏に手渡します。

＜１２＞　村木氏は、障害保健福祉部長に対して、公的証明書を発行することに成った旨を伝え、その後、「凛の会」に対して、証明書の完成を伝え、受けとりにきた「凛の会」の代表者にそれを交付します。

（１５）　さて、話は再び裁判経過の記述に移ります。　二〇一〇年一月二七日に、大阪地裁で初公判が開かれました。　弁護側の冒頭陳述においては、村木氏が証明書の不正な発行に踏みきるだけの理由など存在しないこと、及び、上村氏が、自身が証明書を独断で作成した、と述べていること、などを挙げて、検察のストーリーを全体的に批判されています。　とりわけ、証拠開示がなされたおかげで入手できた「捜査報告書」に記載されていた、フロッピーのプロパティを根拠にして、村木氏が上村氏に作成の指示を出した問題の証明書の作成日時は、

二〇〇四年の六月一日未明であり、検察側の描いた構図の重大なポイントである「六月上旬」ではない以上、検察側の主張の構図には矛盾があり、その構図が明らかに破綻している、と断言されています。　興味深い話ですが、拘置所で、毎日、職業上の知識・経験を生かして、いわばプロの目で、検察側から開示された証拠書類を精査・点検していた村木氏自身が、「公的証明書等のデータのプリントアウトについて」というタイトルの付いた「捜査報告書」を発見して、日付上の矛盾を見事に突きとめたのです。　つまり、検察のストーリーでは、村木氏が部下の上村氏に、証明書の作成を指示して時期は、「六月上旬」と成っていましたが、しかし、捜査報告書が示している日付は「六月一日未明」であったので、村木氏は、「この時刻では、私がしたと言われている指示は、時間的に無理で、日付けに食い違いが存在する。」ということを弁護士に伝えたのです。　正に、「芸は身を助ける」ですね。　その後、五月一八日まで、「凛の会」代表の倉沢氏、元・障害保健福祉部長の塩田氏、上村氏（「偽の証明書を作成したのは、自身の独断によるものであって、村木氏には係わりのないことだ。」と最終的に主張した人物）、参議院議員の石井氏（この人物は、偽証明書作りの過程では、官庁に口利きをする重要な役柄を持っていた、というように検察から位置づけられていたキーパーソンです）、取調べ担当の検事（六名）などが、証人として次々に弁護側から尋問されていきます。　先の倉沢氏以下の検察官申請証人たちが、弁護人のリードの下で、検察官の描いたストーリーに反する証言を次々にしましたので（最も印象的なのは、二番目の登場した村木氏の元上司であるキャリア官僚である塩田氏が、検察のストーリーを「壮大な虚構ではないか」と言い放った言葉です）、後述の「特信性」絡みで、検事を弁護人が「証人尋問する（取調べる（？））」形に成りました。　ここに、興味深い話があります。　最高裁は「警察官の取り調べの際のメモは、捜査関係の公文書に当たり、証拠開示の対象に成る。」といった趣旨の判断を、二〇〇七年にしていましたが、先の取調べを担当した検事は、全員、メモを廃棄してしまったことが、判明しました。　この点について、三人の裁判官の質問は異例の厳しさを示したようです。「メモを廃棄すると、供述の信用性を疑われると考えなかったのですか」という趣旨の質問が端的に示しているように、検事たちが、おそらく相談の上で、いっせいにメモを廃棄したということは、裁判官たちによくない心証を植えつけたことでしょう。　メモが現存していれば何かと面倒なことになるので、存在しないようにしてしまった、検察の荒業には、筆者も感心しています。

ところで、特捜部の主任検事がただ一人で設定することに成っている「ストーリー」についてですが、これは（昔は、ストーリーというものは、配下の取調べ検事たちが実質的に関与するかたちで、編みだされていたとのことですが、これは、現在のもののような「上から下へ」方式ではなくて、「下から上へ」方式も加味されるものだったようです）、恐らく、一般検察において組みたてられるストーリーとはおよそ格が違うものなのではないでしょうか。　一般に、ストーリーは、いわゆる「検察一体性」のルールにより、検察の上層部（地検のトップ、高検のトップ、最高検のトップが、それぞれ、事案の格に応じて、

絡んでくるのですが、本件の場合、最高検にまで持ちこまれます）の了承（決済）を得たものであるだけに、剛性が強いのです。　検察のストーリーを裏づけるような証拠だけが捜査段階でピックアップされ、一方で、ストーリーに合わないものは、潰されて別のものに取りかえられてしまうか、隠されてしまうかして、表面に浮上してきません。ストーリーを変更するのは、理論的に可能なのですが、ホンネでは、とてもそこまでは出来ない状況に成っています。　とりわけ、捜査の難しい事案を扱う特捜部の実務では、検察がもろもろの事実をしっかりと積みあげることにより、事の真相に迫る、というのではなくて、まず、「ストーリー（検察なりの「真相」）が大前提として置かれていて、それに沿うかたちで、関係者の供述調書を丹念に取っていく、といった、何やら「仮想の世界」で論理を振りまわすような雰囲気が見られるような感じを、筆者は受けます。　被疑者・被告人という「生身の人間」が眼の前にいることを忘れるようにしてです。　「もし間違っていたら、裁判所の方が決着を付ければよいのだ。」と言うのかもしれませんが、冤罪被害者の人生の大切な部分は、間違いなく、彼らの手で削りとられてしまいますね。　これは、本当に不条理なことです。

捜査を担当した検事たちが交わした､率直な言いまわしのメールには、外部の私たちとってはとても興味深い「告白」があります。　現代の情報社会にあっては、奥の方まで調べが付くのですね。　本当に怖いことです。「ブツを改ざんするというのは聞いたことがないが、一般論として、言ってもいないことを調書にすることはよくある。　証拠を作り上げたり、もみ消したりするという点では同じ。　前田さんを糾弾できるほどきれいなことばかりしてきたのかと考えると分らなくなる。」　また、二〇一四年六月に、改ざんの罪で実刑判決を受け、服役を終えた後、初めて公の場に登場した前田氏は、あるシンポジウムで、被告に有利となるような記述を捜査報告書から削除してしまう「差し替え」や、検察に都合のよい証言だけを調書に記載する「つまみ食い」の手口を、自ら紹介しています。　そういった供述を捏造する「職人技（?）」の延長線上には、証拠物を改ざんする「特技（？）」が存在します。　「人」も「物」も、危険に晒されることがあるのですね。　このように、供述証書は、真実を探るための努力の結晶などではなくて、裁判の、「党派性」の強い当事者の一方である検察が、国家権力を背景にして被告人・弁護側を、手段を問わず攻めまくる営みの象徴です。　もし、ストーリーを組みたてた主任検事が、あまりにも正義感や自己主張や自惚れが強く、エリートに見られがちな功名心に捉われすぎ、固定観念の虜になっていたりすれば、無実・潔白な被告人がその魔の手から逃れることは、容易でありません。　「裁判闘争」のレフェリーである、ちゃんとした裁判官が裁判全体をしっかりと把握し、人権感覚に優れており、更に、法廷技術に長けた弁護人団が、色々な意味で無力な被告人を守っていかなければ、冤罪に導かれる危険性が増すのです。

ここで、前田氏の発言と伝えられる「言葉」を、いくつか、紹介してみましょう。　「当事者の考えであるから、真実を指ししめす」というような受けとり方をするのは、必ずしも正しくないのですが、それ

でも、渦中の人物の言葉には、聞くべきところがあるはずです。「立証責任のある検察に全裁量があると思い込み、証拠や情報は自分たちがコントロールするもの、という意識に繋がっている。」、「証拠や事実に対して謙虚さを欠いた卑劣な行為を行なった。」、「弁護側への全面的な証拠開示、取調べ過程の全面可視化が有効である。」

（１６）村木氏側は、検察事務官が作成していた「公的証明書等データのプリントアウトについて」という捜査報告書を正式に入手していましたが、そこには、上村氏宅から押収したフロッピーディスクから証明書のファイルのプロパティをプリントアウトした写真がありました。作成日時は、二〇〇四年六月一日（午前）一時一四分三二秒です。 これは、検察手持ちの捜査資料が、公判整理手続で、弁護士の証拠請求に応じて開示されて、被告人側の手に渡ったものでした。 ところで、検察の描いたストーリーを総合しますと、問題の証明書は六月八日から一〇日の間に作られていないと、どうも計算が合わないのです。 どうやら、特捜検察は、検察のストーリーに矛盾するフロッピー情報を隠していたようですが、公判の開始後に、捜査記録が捜査に携わった特捜部から、公判を担当する公判部に移されたとき、裏事情を知らない公判部がうっかり弁護側に開示してしまったとのことです。 これは偶然の幸運としか、言いようがありませんね。 なお、そのフロッピーは、検察側にとっては、どう考えても、重要な証拠なのです。 それなのに、本当のところは、その理由はよく判らないのですが、上村氏や村木氏の取調べが終わった後の二〇〇九年七月一六日付で、上村氏の許へ還付されていました。 前田検事がデータ改ざんを行なっていたのは、そのデータです。 この「事件」がなければ、改ざんは突きとめられず、その結果、村木氏の事案が大阪高裁に持ちこまれ、最悪の場合、「逆転有罪」が引きだされたかもしれません。

（１７）五月二六日の証拠整理の段階で、横田裁判長は、「検察ストーリー」の柱と位置付けていた、上村氏の供述調書を筆頭とする四三通の調書の内、実に三四通を却下し、証拠として不採用にします。 取調べ段階で明確な暴行や脅迫が存在していた場合ならともかく、調書が容疑者の意思に反した内容のものに成っていることを理由として、却下されるのは、異例の扱いだそうです。 日本の法制度に詳しいアメリカ人のジョンソン氏は、國際比較の視点で、「日本の検察官たちの力が非常に強いのと比較して、裁判官たちのそれは強くない・・。・・しかし、最終的な判断は裁判所にある・・。・・日本では、数人の勇気のある裁判官のほかには、正しく検察をチェックしようとはしていない。 日本の裁判官たちは、自分たちに与えられた使命をあまり果たしていない・・。・・弁護士にも（検察のあまりの強大化に：引用者注）責任がある。 日本のベストな弁護士たちはとてもいい。 しかし、その数は少ない。」（江川祥子編「特捜検察はは必要か」・四四頁） アメリカの刑事裁判制度は、日本のそれとかなり異なるところを持っていますので、単純な比較は慎まなければなりませんが、ここには、鋭い指摘が見えます（もっとも、日本の識者も、少しトーンを落としたかたちにおいてでありますが、そういったことはしばしば

発言しています）。　無罪判決は三カ月後に出ますが、中核となる検事調書の大量の却下は、「無罪の予告」と成りました。　勝負はここで付いたのです。　一般に、密室で検察官が作成した調書が、法廷でのリアルな証言よりも、「信用すべき特別の情況」（特信性）があると裁判所が判断した場合（実績では、たいていそのような扱いとなります）、「例外」扱いということですが、調書が正式の証拠として採用されることに成っています。　しかし、この裁判官は、このとき、見事に「原則（タテマエ）」の優位を宣言した訳です。　強烈なインパクトを持って迫ってくる特捜事案に関して、そのような毅然とした姿勢を示す横田裁判官の気概が、ここに見てとれますね。　弁護士業界で、彼のリードする法廷が、尊敬の念を籠めて「横田コート（横田法廷）」と呼ばれるのは、一つには、このような正統的な訴訟指揮の姿勢のせいです。　その中には、事件のきっかけを作った倉沢氏（「凛の会」の会長で、石井議員のところへ怪しい話を持ちこんだ人物）の供述調書（つまり、「入口」に関するもの）と、違法な行為の核心部に位置する上村氏をめぐる状況を示す供述調書（つまり「出口」に関するもの）にまったく証拠価値が認められなかったケースのものも、含まれています。　これは、「タテマエとして証拠が存在しない。」ことを意味するものでして、「証拠はちゃんと存在するが(タテマエ)、その信用性（ホンネ）はない。」ということとは、同じ「ない」という話であっても、格の上で格段の差がありますね。　裁判官の中には、タテマエ路線で（つまり「入口」のところで）結論を出してしまう方法で証拠評価問題に決着を付けるタイプの人と、検察側の抵抗（つまり、さきのタテマエ路線をあまりにも過激に取ると、プライド（？）を傷つけられた検察が、控訴して、上級審でもう一度別の裁判官に勝負を挑むこと）が予想されるために、ひとまず、「入口」のところはパス（譲歩）しておいて、証拠として受けいれ、それから、「出口」のところで、「信用性がない」として、最終的に決着を付ける、ホンネ路線のタイプの人、の二種類があるように、筆者個人には思えます。後者のやり方の方が、波風があまり立たないので、愛用されているのではないでしょうか（現に、弁護人の一人は、「供述調書の取調べ請求が採用された上で、判決の中で信用性を否定して貰った方がいいのかもしれない、という心配もあった。」というように正直な気持ちを、雑誌論文で告白しています）。　ひょっとすると、この手の「柔らか構造」は、「純日本流」の行動様式なのかもしれませんね。　なお、同じ横田裁判長は、問題の「郵便不正事件」に絡んで、「郵便法違反」追及の別ルートとしての、広告会社の元・取締役の阿部氏に対する公判で、二〇一〇年一〇月七日に、検察側が証拠申請をしていた検面証書（検事調書）一二通を証拠としては採用しない決定をしています。村木氏事案の場合と同じ経過が、ここに見えますね。　なお、このころ、最高検は、まだ判決も出ていない状況下でありながら、大阪高検の幹部と大阪地検の幹部、及び、特捜検事（捜査にあたる検事）と公判検事（法廷で活動する検事）に、メールを用いて、厳しい内容の「質問状」を送りつけたそうです。　前田氏は、ＦＤの作成日時のデータの食い違いがあったとしても、そのことは事件の筋と必ずしも矛盾しないと考えて、公判担当検事には、この点について引き継ぎをせず、

また、上司にも知らせなかった、ということです。　しかし、最高検は、前田氏が証拠としてのＦＤデータの評価を不適切にも見誤ったものだ、と指摘するとともに、二人の上司が部下の情報を正確に把握するべきであった、として、自ら、捜査ミスを潔く認めたようです。

（１８）大阪地検は、裁判官によって、立証の骨格部分の証拠を大量に潰されてしまったのもかかわらず、かろうじて採用された供述調書を元にして、「厚労省は証明書発行を議員案件と受けとめて、組織的に対応し、村木氏が上司から発行の便宜を図るよう指示を受けた。」と主張して、懲役一年六カ月を求刑します。　このような行動は、一般人の目からすると、「厚かましい行ない」と映るでしょうが、しかし、これは検察の常識に属する行動パターンでして、「これ位のことなら、決着は裁判官が付ければよいのだ。　検察は撤退などしない！」というように腹をくくっていることでしょう。

（１９）二〇一〇年九月一〇日に、村木氏の無罪判決が下されます。　村木氏の言葉で無罪の周辺について語って貰いましょう。　「この事件に私は関与していませんし、関与をうかがわせる客観的証拠も全くなかったのに、私が関与したとする事実にはんする供述調書が大量に作成されました。　裁判所が特信性を否定したり、信用性がないと判断する証拠がたくさんつくられたのです。」（「私は負けない」一一四頁）　念のために申しますと、前田氏の「フロッピーに記された日付の証拠の改ざん」が判明したのは、無罪判決後のことですから、この問題の発覚は、本件の無罪判決の成立とは無関係です（もっとも、改ざん犯罪が明るみに出たおかげで、検察は、これ以上「恥さらし」にならないように、控訴などせずに、早期の幕引きをしてくれましたので、事件の経過の中では、改ざんの判明は重要な意味を持っているのです）。　なお、検察が無罪判決を受けて、控訴もしない、という経過は、まったく異例のことに属します。　俗な言葉で言いますと、それでは、「メンツが丸つぶれ」になってしまうからです。　検察は、当然、上級審で逆転を狙います。　しかし、実際のところは、無罪判決から四日後の段階で、激しい議論の後、検察上層部は、「大阪高裁への控訴は困難である。」との結論に達していたようです。　事態は、大阪高検および最高検との協議が残されるところまで、来ました。　その後、後述の朝日新聞の「改ざんスクープ」が登場しまして、おそらく、そのことが、控訴の正式断念を決定づけたのではないでしょうか。ところで、本当に担当裁判官に無罪の判断を固めさせたのは、有罪を指し示す多数の供述証拠の価値を殆んど認めない、という、ある意味ではオーソドックスな手法によって、得られた心証です。　もっとも、これは原理論（タテマエ論）からそう言えるだけで、実態論（ホンネ論）から観察すれば、横田裁判官は、かなりの「荒業」を駆使したことに成るでしょう。　ここまでメリハリの利いた処理は、ひょっとすると「並みの」裁判官には出来ない相談だったかもしれないからです。また、判決は、「調書内容の迫真性や具体性などは、取調べ側の手でいくらでも作りだせるから、それ自体それほど価値のあるものとは言えない。　それよりも、客観的な証拠とそれとの整合性が認められる

ことが大切である。」というように明確な内容の指摘をしています。漏れ聞くところによりますと、ここまで言いきるような裁判官は、あまり存在しないそうです。　筆者の言葉でこのあたりの状況を解説しますと、捜査官個人の主観的な（ホンネ的な）判断により生みだされた「ストーリー」に沿った資料（調書）よりも、公判廷て反対主張との擦りあわせにより形づくられた客観的な（タテマエ的な）判断資料の方が、証拠価値において優位に立つべきである、といった主張と成ってくるわけです。　この「郵政不正事件」は、裁判員の扱うジャンルの事案ではありませんが、裁判員裁判を指揮した経験を持つ横田氏は、一般市民の代表である裁判員の、「常識的な」目線や受けとめ方にも気配りをすることの大切さを感じとられたのではないでしょうか。もしそうなら、裁判員制度の導入は、プロの裁判官の意識改革にも繋がってくるのです。　ついでに、ここで、「日本検察」の実態に詳しいジャーナリストの歴史的総括をご紹介しておきましょう。　出典は、村山治「検察　破綻した捜査モデル」（新潮新書・二〇一二年・四〇頁以下）です。「二〇〇九年五月から導入されることになった裁判員裁判が、裁判所の検察観を大きく変えました。　導入が決まった二〇〇四年ごろから、裁判所は刑事裁判でのスタンスを変えたのです。　裁判員裁判は、市民がプロの裁判官とともに刑事裁判を審理します。　有罪無罪の心証形成を市民とともに行なうことになったのです。　検察と被告側の主張を公平に聞き判決を下すことを義務づけられている裁判所は、市民の『目』を意識して『検察寄り』と見られることに神経質になりました。　裁判所は検察と同じ川岸から『中州』に居場所を変えた訳です。　結果として、検察側の証拠に対する裁判所の見方は、以前よりも厳しくなりました。　裁判官は検事調書の価値を重く見なくなりました。　場合によっては、法廷の尋問で心証を取れるくらいの証言がなければ、その供述調書そのものも証拠採用しなくなったのです。　弁護側の主張を受け入れて検察に不利な証拠の提出も命じるようになりました。」　さて、このよう指摘は果たして正しいでしょうか。　私見によれば、この話の「筋」はちゃんとしていますが、少なくとも、現役の刑事裁判官には〈検察のような国家機関が登場してこない民事裁判を指揮する裁判官には、無関係です〉、こういった「スタンス変更説」を受けいれる心の用意は、まだ、出来ていないでしょう。　特に「中洲」問題については、制度のタテマエ通りのことであり、今さら改めて指摘されるまでもない、と冷ややかに受けとめるはずです。　しかし、ここまで言いきるジャーナリストの読みの鋭さには、筆者は敬意を表したいと思います。

（２０）九月二一日に検察は上訴権を放棄しましたので、これで、その無罪判決は確定します。　まったく仮定の話としてお聞き頂きたいのですが、もし、捜査報告書の開示によって前田氏の改ざん犯罪が明るみに出てこなかったなら、検察は大阪高裁へ控訴していたかもしれないのです。　これは筆者の個人的な予想です。　ところで、筆者は、「法は人なり」・「裁判は人なり」という感覚をいつ心に抱いている人間でして、その流れでは、「裁判官が変われば、判決も変わる。」という読みにもに成ってくるのですが、郵政不正事件の裁判を指揮した

横田裁判長は、法の原理や人権尊重の要請に忠実な、いわば「硬派の」人物ですから、「普通の（?）」裁判官が高裁で裁くとなれば、第一審で採用されなかった大量の重要証拠も、いくつかはここで採用されるなどして、被告人無罪へと一直線に進む、という経過には成ってこなかったかもしれません。　現に、退官直後の大阪高検検事長は、「郵便不正事件」問題に関する司法記者の取材に対して、「残った証拠でも裁判官は有罪判決を書けます。」と豪語したそうです。　裁判官も舐められたものですね。　聞くところによりますと、「『検察一体の原則』に則って、上下関係をベースに築かれている強力な検察組織が、事件担当の数名の裁判官などに負ける訳がない。」といった考えも検察サイドには、あるようです。　筆者としては、気骨のある裁判官が今後さらに増えてくることを、心から期待しています。

（２１）　無罪判決が出るより前の二〇一〇年一月末には、検察内部でデータ改ざんの噂が庁内に広まっていました。　前田氏から改ざんを打ちあけられていた国井検事のルートから、特捜部の女性検事と公判部の主任検事らに、改ざんのニュースが伝わり、特捜部の副部長にこの情報が上げられます。　一月二七日の「村木事件」の初公判のすぐ後のことでした。　前田氏本人も、部長と副部長に対して、ＦＤデータの書き換えを認めます。　しかし、彼らは、大阪地検の検事正と次席検事には、「前田検事が証拠を触ったと一部の検事が騒いでいるが、噂で、問題はない。」とか言って、事態を封印するように仕むけます。

（２２）二〇一〇年九月二一日（これは、控訴期限が切れ、自動的に無罪が確定することに成っていた二四日より以前の日です）に、郵便不正事件の主任検事である前田氏に押収証拠を改ざんした疑いがあることを、朝日新聞がスクープしました（この「スクープ」というのは、「特ダネ」とは核違いの価値を持つものです）。　新聞の見出しは、「検事　押収資料改ざんか　郵便不正　見立て通り　ＦＤ内文書　日付変更」という長いものでした。　朝日の記者のいつもの取材活動の中で、つきあいの深いある一人の「検察関係者」が漏らした情報をキャッチしたことが、その発端です。　厳密な意味での内部告発があった、とまでは、言えないようですが、しかし、ホンネ的に表現しますと、これも立派な「内部からの情報提供」として、結果的には内部告発のラインに乗ってきますね（余談ですが、朝日新聞社は、権威のある新聞社という評判のお陰で、しばしば内部告発の受け皿に成るようです）。その情報提供者の言葉によれば、改ざん行為の存在が特捜部内部で封印されていたのは、すでに公判が始まっていることであり、正しいデータが公判に証拠としてちゃんと提出されていて、訴訟の本筋には影響がない、と考えられていたため、とのことです。　しかし、前田氏が語っているように、彼の仕かけた「時限爆弾」が破裂するような事態に成れば、その改ざんは重みを持つことに成るでしょう。　やはり、彼は、有罪への布石をしかるべく打っているのです。　二〇〇九年七月一三日が、日付けデータの改ざん日でした。　朝日新聞は、それまでにも、「郵政不正問題」については、粘り強い「調査報道」を積みかさねてきていますから、その成果が見事に上がった訳です。　しか

し、事が事だけに、そのビッグニュースを記事にあげるまでには、実に二カ月も掛ったようです。　朝日の記者が、問題のフロッピーを保管している上村氏の弁護人の協力を得て、「改ざん」の真実を科学的に突きとめるには、多額の費用（二〇万円）と専門的なデータ鑑定者（たとえば、情報のセキュリティーを専門的に扱う会社で、フォレンジック調査の能力を備えたところ）がどうしても必要に成ってくるのですが、この面で朝日新聞の記者は主導的な役割を果たしました。　前日からなぜかその記事が出ることを察知していた最高検察庁は、異例のスピードで行動を起こして、その日の夜に前田氏を逮捕し、その後、一〇月一一日に起訴します。　これと同持に懲戒免職の処分が下されました（先の村木氏の場合は休職ですから、決定的な違いがある訳です）。　二〇一一年四月一二日に、前田氏に対して、懲役一年の実刑判決が下されました。　大方の予想通り、控訴はなされず、これで処罰が確定します。　因みに、戦前には、無罪判決を喰らった検察官が事実上「左遷」される、というようなこともあったようですが、今では、さすがにそのような事態には成らないと、想像されます。　しかし、有罪判決をしばしば取りそこなう検事には、きっと冷たい風が吹くことでしょう。

（２３）　いよいよ、「郵政不正事件」の第二ラウンドが、スタートします。　第一ラウンドは、言って見れば、捜査の失敗がさらけ出されただけの、特捜検察の失態の極端な例と形容しても、大きな間違いはないように思いますが、しかし、第ニラウンドでは、検察の組織犯罪が問題に成っているだけに、そこは、重苦しい雰囲気が漂う、二人の検察官と上級の最高検が仲間内の対決を繰りひろげる場と成りました。さて、二〇一〇年一〇月一日に、最高検は、先の前田検事の上司である、特捜部長・大坪氏と、副部長・佐賀氏とを、両名が自ら前田氏の所業に関して捜査をしなかったことが犯人（前田氏のことです！）隠避に当たる、として、懲戒免職の処分をした上で、逮捕します（もっとも、新聞報道によりますと、検察の本音は、両名に潔く容疑を認めさせ、略式起訴の軽い方式を駆使して、罰金刑で事態を納めよう、というものであったようです）。　前田氏の逮捕から一〇日後のことです。　「前田検事が意図的改ざんを実行して証拠隠滅を犯していることを知りながら、彼に刑事処罰を免れさせるために、地検の検事正などに、それが単なる過失によるものだとして、嘘の報告を行なって、隠ぺい工作を図った。」というのが、その容疑です。　最高検も、もちろん、彼らなりのストーリーを掲げて、宣戦布告しました。　両名とも、容疑をきっぱりと否認します。　前田氏は起訴事実を認めましたが、二人の上司は、「前田からわざとやったわけでないと聞いたし、隠したことはない。」として、全面否認の姿勢を明らかにしました。その「隠避」というのは、前田氏の故意の改ざんを知っていながら、それを隠蔽したことです。　もっとも、前田氏は、逮捕された当初は、「故意の改ざんではなく、過失による書換えである。」と弁明していましたが、数日後には、観念してか、「意識的な改竄」を自ら認めるに到った、という経過が、前にありました。　新聞情報によりますと、前田氏が、正直に、過失なんかではなくて、故意でフロッピーを改ざ

んしたことを、上司二人に報告したにもかかわらず、二人はそれを公表させずに、「過失ということにせよ。」とか言って、事実を隠ぺいするように命じた、とのことです。　話は逸れますが、筆者は、ジュリスト（法律家）としても、一般人としても、前田氏が、「改ざんをやらかしてしまった」（その本当の動機は、実のところ謎でして、色々な解説が、各方面から付けられています―まさか面白半分でやった訳はないでしょう）と上司に白状した、と言っているのに、上司二人が「そんなことはまったく聞いていない！」といった「水掛け論」が、プロの検察官同士の間で飛びかっていることです。　言うまでもなく、事実というものはこの世に一つしかありませんから、常識的に見れば、間違いなく、どちらかが大嘘を付いているのです。　素人さん同士の出来事なら、そういったことはよくある成り行きだと思って、筆者はそれほど気にも留めませんが、「正義の担い手」・「真実の追及者」・「国家権力の代行者」・「高い職業倫理を備えているはずの公職者」なら、どちらの言い分に真実があるにしても、それぞれ潔く振舞って貰いたいものだ、と強く求めます。　過激な言葉を発することをお許しなら頂けるなら、「恥を知れ!」と、敢えて申しあげたい気分です。　その反面、「検察官も悲しいさがを持つ、唯の人間なのだ。」ということで、大げさに言わないのが、人の道の示すところだ、とも思います。あまりに私情を交えた語りを、どうかお許しください。

（２４）　一〇月二一日に、両名は、起訴されるとともに、懲戒免職の処分を受けます。　このように、司法当局の構成員による刑法違反の行ないについては、まだ有罪とは決まっていなくても、起訴されるだけで、直ちに懲戒免職という厳しい処分が下されてしまいますね。　村木氏が、給料を貰えない休職処分を受けたのとは、まったく違う風景が、ここにあります。

（２５）　一〇月二一日に、検事総長・大林氏が謝罪会見をします。　そして、一二月二七日には、その検事総長と次長検事・伊藤氏とが、引責辞任します。　大阪地検特捜部の所業は、検察世界に大きなダメージを与えたのですが、しかし、皮肉なことに、これは、検察の最出発へのきっかけと成ってくれるかもしれません。　「災いを転じて福となす。」ということわざの教えもありますね。　世界でも優秀な組織と評価されている日本検察には、これまで、さまざまな暗部のあることが繰りかえし外部から指摘されてきましたが、この際、検察当局が、時代の流れをしっかりと見すえて、色々な意味において「開かれた司法」のスローガンを、実質のあるものに変えていくことを期待したいものです。　最高検は、後の二〇一〇年一二月二七日に、一連の検察不祥事を検証して、郵便不正事件の捜査を厳しく批判するとともに、「村木氏を起訴するべきではなかった。」と総括します。　ところで、よくよく考えてみれば、最高の地位にある最高検が地検の不祥事を裁く、という構図には、二つの問題が潜んでいます。　一つ目は、「身内の捜査・調査」ということで、それに必ずしも客観性が担保されていない、という点です。　「甘い判断」や「責任の過小評価」がなされる危険が、ありますね。　こういったとき、「第三者機関」のよう

なものがその任務を受け持つのが、筋でしょう。　二つ目は、最高検は、色々な意味で重要な事件を扱う特捜部の案件に関しましては、地検から相談や報告を受けたり、指示を出したりする関係で、地検の不祥事の当事者でもある、という点です。　その手はすでに汚れている、と見ておかなければなりません。　関係者を裁く資格など、果たしてはあるのでしょうか。

（２６）二〇一二年三月三〇日に、大阪地裁は、両名に対して、懲役一年六月、執行猶予三年の有罪判決を下します。　控訴を受けて、大阪高裁は、九月二六日に、両名の控訴を棄却する判決を、下しました。一〇月八日には、両名とも、上告しないことを記者会見で公表しました（これは、不名誉な逮捕から三年後のことです）。　彼らは、最高裁というものが、事実問題については原則的に審理しないことに成っていることを認識していますので、「もはやこれまで。」として、最高裁への上告を断念したのでしょう。「有罪とされたことは耐えがたい屈辱。　事実と向きあわない裁判所に深く失望した。」といった言葉を残してです。　彼らは、完敗を目前にして、それなりの「名誉ある撤退」を道を選んだのでしょう。　それも「戦いの美学」の表われである、という見方が、成りたつかもしれません。　これで、村木氏の無罪、及び、上村氏の有罪と、その取調べをした側の検事三名（前田氏とその上司たち）の有罪は、確定しました。　刑事問題としてはこれで終わりですが、まだ、続きがあります。

（２７）二〇一一年一二月二七日に、村木氏は、国家賠償訴訟（民事訴訟）を提起しました。　相手は、国と、前田氏、大坪氏、国井氏という検事たちとです。　無罪を獲得した元・被告人がいくら国賠訴訟を打っても、まず勝利は望めない、というのが、この世界の慣わしです。多年にわたって服役した後に再審段階でようやく無罪判決を獲得した人なら、当然のように、一日あたり一万円ほどの刑事補償金の他に、自身が当局の過失（理論的には故意も含まれます）によって多大の損害を蒙ったことに対する補償を求めたい、と考えるのは、ごく自然な感覚の表われでしょう。　しかし、その思いは、この日本で、殆んど叶えられないことに成っているのです。　それでも、民事訴訟の場は、そこでの原告の勝訴・敗訴の結末とは関わりなく、事柄の真実（少なくとも、それなりの事実）を明らかにしてくれるところです。　刑事絡みの話なら、なぜ突然逮捕されるような仕打ちを受けたのか、なぜ酷い取調べを受けなければならなかったのか、などのことを、検事を証人として法廷に呼びだした上で、直接に問いただすことも、あながち不可能なことでは、ありません。　しかし、今回の事案の場合、「敵もさる者」でして、国は、原告の賠償金支払いを求める請求に対して、何ら弁明やクレームを申したてることなどせず、さっさと三八〇〇万円余りの賠償金の支払いを認めて、「認諾」というかたちで、ケリを付けて、裁きの場から遁走してしまいました。　これは、極めて合法的な法的処世術ですから、無責任な行為として断罪することなど、出来ません。　「金などいらない。諸々の真実を見とどけたい。」人には、納得のいかない成り行きでしょうが、これも、法の用意している

構えの一つとして、認めて頂く他ありませんね。　なお、問題の賠償金は、裁判実費を差しひいた上で、ある社会福祉法人に寄付されました。　その三〇〇〇万円は、「共生社会を創る愛の基金」として、ハンディを持った人々のために役だてられることでしょう。　筆者は、村木氏の矜持の高さと心の優しさに、感銘を覚えています。　なお、二〇一三年七月二日に、村木氏は、二度目の局長職を経て、キャリア官僚のトップである厚生労働省事務次官のポストに就かれました。今後の御活躍を心からお祈りしています。

（２８）朝日新聞は、「主任検事による押収資料改竄事件の特報及び関連報道」の実績を認められて，二〇一〇年度の新聞協会賞（編集部門）を、受賞しました。　真実を掘り起こすマスメディアの力が、改めて評価されたのですね。　「お上（公）」が、自身に不都合・不利な情報を、自ら開示していくようなことは、滅多にありません。　真実を明らかにするためには、「民・私」の底力が、どうしても必要なのです。

（２９）最後に、いくらか一般的な視点から、「どうして人は虚偽のことを自白してしまうのだろうか」という重大な問題について、少し見てみましょう。　「何もしていない人が勝手にやったことにされてしまう。」のが基本的な虚偽自白の本来の構図ですが、その他に、「潔白な他の人までも有罪に捲きこむようなことを自白した。」というケースも、「虚偽自白」をさせられる一場面と成ります。　そのような自白を獲得するためにどんなに非道なことをやっても、彼ら捜査官の「罪」が刑法上問われることは、ありません（因みに、何事においても過激な感じのする法先進国アメリカのある州では、証拠を隠して被告人を懲役刑に追いこんだ検事が、実刑判決を受けた、という事案も、あるそうです）。　やりたい放題なのです。　いくら「単独犯行」を訴えても、主任検事が勝手に描いたストーリ―にマッチするようなことを「白状」しない限り、厳しい追及から放免されることは、ありません。　郵便不正事件の上村氏の置かれていた状況が、大体のところこれに当たるでしょう。
ところで、日本の憲法によって、「黙秘権」というものが被疑者に与えられているのですが、しかし、捜査当局の取調べそれ自体を拒否する権利までは存在しない、というルールが、捜査の実務で確立してしまっています。　黙秘権を振りかざして、取調べそのものを無力化する、などという高級な手法を駆使出来るような人は、この日本にはあまり存在しないように見うけられます。　欧米の法先進国では、このような展開もしばしばあるように、聞いていますが、とりわけ刑事裁判部門での人権尊重の気風があまり育っていない日本では、この先もあまりよい展望が開けませんね。　さすがに、「悪い人には、人権などない。」といった極論は影を潜めましたが、九九％の被告人が有罪判決を受ける、という数字の魔力により、警察も検察も、「悪い人間を取調べるのだ。」という思いこみが激しくて、「被疑者・被告人」の人権は、常に危険に晒されています。

次に、事実に即した本当の自白であれ、虚偽の事実を種にして迫られる虚偽自白であれ、当局が自白を引きだす際に活用する技術を簡単に箇条書きにしてみましょう。　一生の間、警察や検察の御厄介になどならない読者の方々には、無用の知識かもしれませんが、今後、「冤罪痴漢」の罠に陥ることぐらいは、あるいは生ずるかもしれませんので、用心しておかれるのも、人生の知恵の一つではないか、と思います。

①　捜査当局は、長期間勾留する策を採ります。　人が、世間から隔絶した、劣悪な環境（いわゆる「ブタ箱」）に、展望もないままに押しこめられますと、健全な精神は、失なわれてしまいます。　正常な判断など、出来る訳がないのです。　上村氏の場合、二つの事案の取調べを繋ぎあわせて、計四〇日もの長期間、取調べられていました。

②　捜査官は、「自白すれば保釈が可能に成るように、便宜を図ってやる。」、「否認すれば、罪が重く成る（犯行を素直に認めれば、大した罪には成らない）。」、「否認のままでいると、裁判官から執行猶予を貰えず、実刑に成る。」、「別件で再逮捕する。」、「家族や会社に捜査の手を伸ばすかもしれない。」など、利益誘導と脅しを自在に操ります。　被疑者が実の犯人なら、これ位のことは、辛抱して貰わなければなりませんが、無実の人には、とんでもない災難です。

③　虚実取りまぜて、色々なことを言いまくり、被疑者の頭を混乱させます。　被疑者は、頭が疲れはてて、「もうどうでもよい。　とにかくここから逃れたい！」といった心境に成ります。　とりわけ、共犯者がいる場合には、「お前の相棒がもう自白しているぞ。」とか言って、追及に抵抗する気力を無くさせます。　もちろん、同じことは、その相棒にも言いますから、手が込んでいるのです。

④　人の弱みに付けこみます。　誰でもどこかに弱味を持っているものです。　たとえば、人は、家族、身内、友人、勤め先、世間との関わりの中で必死に生きているのですが、外側の方から弱みを衝いて攻めたてられると、落城する他はありません。　仮の話ですが、現役時代の筆者（もちろん、潔白という前提の話です！）の場合なら、「マスコミに知られてもいいのか？」というセリフが一番身にこたえたことでしょう。　勤め先の大学に御迷惑は掛けたくないからです。

⑤　偽りの情報を示し、色々な手を駆使して、それを認めるように誘導していきます。　これはかなり高級な手法ですね。

⑥　まったく潔白な人が自白に到る際には、筆者独自のの用語を活用して説明させて頂きますと、彼は、まず、タテマエ的に自白します。その人は、疲れ果てて、自暴自棄になり、先のことは考えずに、意識も朦朧とする中で、刑事や検事の言う通りにしないと生きていけないような気持ちに成るなどして、「私がやりました。」と罪状を認めてしまいます。　これは自白の「空箱」のようなもので、タテマエしか

ありません。　何を、どのように、どういうつもりでやったのかは、そっちのけです。　やってないことを実在感を持って自状することなど、出来る訳がありません。　相手の言い分に迎合するだけです。　端的に言えば、泣きながら、苦しみながら、自分が情けないと思いながら、そこまで自分を追いこんだ連中を呪いながら、あるいは、空っぽの心で、ただただ「イエス」という答えを、取調べ方に伝えるだけです。　彼は、地獄のような取調べから解放されて、一瞬の間だけ、ホッとした気分に成ることも、あるでしょう。　その後、被疑者は、その「自白」という名のタテマエというものが捜査官によって見事に構築されたからには、その中身（ホンネ）を埋めていく必要に、すぐ迫られます。彼は、捜査官が保有している犯行現場の環境や状況に関するデータにマッチさせるようにしながら、具体的な供述を無数に連ねていかなければなりません。　被疑者にしてみれば、これはリアリティーのまったくない空想の世界です。　それでも、捜査官は、親切にも（！）、犯行の状況をあれこれと丁寧に教えてくれます。　ここは本当に恐ろしい世界ですね。　これで、立派な「自白調書」が出来あがってしまうのです。　裁判官は、このよくできた検事の作文を大切な有罪判決の判断材料として、活用するのです。

⑦　言うまでもないことですが、無実・潔白であることを頑として主張し続けた人の調書には、真実のことしか、書かれていません。　そのような結末に辿りつくには、おそらく、相当な日時が必要でしょう。捜査官の圧力は相当なものであるのが、普通だからです。　被疑者はそれにじっと耐えなければなりません。　弁護士の助けはありますが、それには、当然に限界があります。
ここで、先の大坪氏が、証拠改ざんを行なった部下の前田氏を庇った罪で起訴されて、保釈されるまでに一二〇日間も掛ったことに関係して、その著書で述べているところを紹介してみましょう。「捕まえた人が逆に捕まえられる」という情景など、滅多に見られないものだけに、氏の言葉には特別の重みがありますね。　「否認する被疑者の保釈を阻み、長く拘置所に閉じ込めておくのは、検察の常套手段である。これを人質司法という。　否認を続けると保釈が容易に認められず長く勾留されてしまうのではないか・・・・という被疑者の不安・恐怖心を利用し、自白を迫る。　それをほのめかすか、暗黙のうちにやるかは人それぞれだが、これは検察の大きな武器である。　弁護士の接見の拡大、被疑者国選弁護人の導入など、検察に対して種々の掣肘が加えられる中にあって、ある意味で検察に残された唯一のカードがこの人質司法である。　現役時代、そのカードを使ってきた私が逆の立場になって最高検にそのカードを使われたからといって泣き言は言うまい。　それが私の決意であった。」　この際、彼が当たり前のことを言っているだけ、と冷ややかに受けとめるのがスジかもしれませんが、筆者としては、部下の前田氏のとんでもない不祥事に巻きこまれた大坪氏の悲運にも思いを馳せながら、彼の言葉を真っ当なものとして、評価したいと思っています。
「人質司法」という言葉は、現在では、ある程度は世間で流布している専門的な表現なのですが、これは、捜査当局側から突きつけられてい

る「犯行事実」なるものの存在を全面的に否認する態度を強烈に示す無実・潔白な人に対して、「罪証隠滅の恐れがある」として、「勾留」・「接見禁止」・「不保釈」の扱いを当局が徹底的にやり遂げることによって成りたっています。　世の「人質」の辿る悲運と同じものが、ここにあるのです。　犯罪者にも人権が認められる現代においては、彼らについても、人質司法の手口が濫用されることに問題があるのですから、「無実・潔白な人が人質扱いを受ける」というのは、極論すれば、非道なことなのです。　もちろん、普通なら、捜査当局は、「悪意」や「故意」があってそれをやる訳ではなく、職務に忠実に動いているだけなので、その行動には違法なところはないはずなのですが、いわれもなく人質とされた人には、突然の悲運に見舞われる、としか言いようがないのです。
ところで、弁護士が全面的に被疑者を支えてくれていれば、被疑者の苦難も多少とも和らぎましょうが、日本では、制度上色々と制約もあって、身柄を当局に拘束されている人が、弁護士に助けを求める行動に出るのは、それほど容易なことではありません。　無実の人が、不当にも警察の支配下に取りこまれてしまったなら、まずは、その人が、弁護士との接見が可能になるときまでは、検事の取りしきる土俵の上で、「唯一人、素手で、闘う」ことに成る点を、覚悟しておいて下さい。　その際、大阪弁護士会が発案した「被疑者ノート」に、取調べの実態や、自身の心境を、毎日、しっかりと記録しておくことを、お勧めします。　これは、まったく私的な「メモ」の塊のようなものですが、これを通じて違法な取調べのを実態を法廷で裁判官に見て貰うためのものです。　もちろん、それをどの程度まで考慮するかは、裁判官の自由裁量に属することですが、被疑者自身がしっかりした気持を書面にしてに残すことには、意味があります。　いずれにしましても、最後は、渦中の人物である被疑者の「人間力」が、勝敗を分けることに成るでしょう。　突きはなした言いかたで、申しわけありませんが、警察とは無縁な、平穏な人生を歩ませて貰った人間としては、これ位のことしか、申せません。

（３０）「郵政不正事件」は、このように、検察の歴史上最大と言っても過言でないほどの汚点を、その歴史に刻みこんでしまいました。　無理な「ストーリー」の編み上げと、「ストーリー」へのあまりにも強いこだわり、それから、共犯と見たてた関係者に対する供述の誘導などのずさんな捜査は、別に特捜事案でなくても、日本検察のいつもの「手口」の表われとも言えなくもないのですが、しかし、検事が物的証拠（これは、法廷に提出された重要証拠ではありませんでしたが）に手を付けたり、また、上司がその改ざんの事実を隠蔽したりする行ないは、「正義の検察」にはありえないような経過でした。　世間の、検察に対する眼差しは、今や、冷え冷えとしたものに成っているのではないでしょうか。

（３１）最後に、関西人（正確には、京都人）である筆者にとって、個人的に興味をそそられるような発言を、ここで紹介しておきましょう。これは、結局のところ、「タテマエ」と「ホンネ」の絡みに関係する

話です。　以下のような説明は、あちこちで耳にすることがありますので、それなりに説得力があるのかもしれません。　つまり、こうです。　実は、郵政不正事件につきましては、大阪地検のしでかしたような、「犯人隠避」の不祥事は、東京地検では生じない、という見たてがあるのです。　タテマエをことのほか気に掛ける「ドライな東京人」は、ホンネの磁力・魔力に引きこまれやすい「ウエットな大阪人（正確には「関西人」）とは違って、犯人隠避までもして仲間を庇うようなことは、おやりにならないのだそうです。　確かに、「関西検察１と密かに呼ばれている集団（さまざまな意味において関西地域と関わりを持つ人から成る組織）には、中央のエリート集団に比べると、ローカルな色合いがありますが、その「親密さ・泥臭さ・露骨な計算高さ」が裏目に出た、という説明には、何とも面白いところもありますね。　筆者の個人的意見では、「日本の法文化」の一翼を担うものとして、江戸時代以来の伝統を引きずる「検察文化」のようなものが、確かに存在します。　もし、そこに、本当に「西型」のものと「東型」ものがあるとするなら、この現象は「比較法文化論」の研究対象にも成りますね。　日本には、世界に冠たる検察の「決済制（上部組織が順々に下部組織に目配りをすることを可能にする制度）」が鎮座していて、「検察同一体の原則」を下支えしているのですが、それでも、色々と難しい問題が生起してくるのでしょう。

［Ⅲ］「東電ＯＬ殺人事件」について

（１）この殺人事件をめぐる判決の結果は、第一審「無罪」、第二審「有罪」、最終審「有罪（確定）」、再審「無罪（確定）」というように、ジグザグの経過を辿りました。　「終わりよければ、すべてよし。」などと呑気なことを言うのは、まったく筋違い、というものです。　この経過は、紛れもなく巨大な悲劇の連鎖なのですから。　一九九七年の強盗殺人容疑での犯人逮捕から、二〇一二年の被告人の無罪確定まで、実に一五年もの年月が、流れさりました。　二〇一三年には、六八〇〇万あまりの刑事補償金が、無罪判決を獲得した元受刑者マイナリ氏に支払われます。　ところで、このマイナリ氏は、三段階の各公判において、終始、罪状否認を貫き、部分的に黙秘権も行使していますから、彼は、最高度の自己防御をやり遂げたのです。　並の日本人なら、果たしてここまでの態度を貫き通すことが出来たでしょうか。筆者は、マイナリ氏への敬意を持って、この事件の観察者と成りたいと思います。

（２）以下に、事件の年表のようなものをベースにしながら、筆者個人の解説ないしはコメントを、各項目について付けていくことに致しましょう。

＜１＞　ネパール人であるゴビンダ・プラサド・マイナリ氏は、一九九四年に観光ビザで来日し、そのまま、不法に日本に滞在します。　彼

は、東京都の渋谷にある、殺人現場と成ったアパートの隣のビルの四階に、同じように不法滞在（オーバーステイ）しているネパール人四名と居住していました。

＜２＞　来日から三年後の一九九七年三月九日に、Ａ子さん（以下、敬称を省略します）という会社員が、先のアパートの空室で殺害されていました。　遺体を発見したのは、そのアパートのオーナーが経営するネパール料理店の店長です。　発見は、殺害から一〇日後のことでした。

＜3＞　遺体発見から三日後の三月二二日に、マイナリ氏は、自らの判断で渋谷署に出頭してきますが、翌日、入管難民法違反（不法残留）容疑で逮捕されます。

＜４＞　五月二〇日、東京地裁は、入管難民法違反で、彼に、懲役一年、執行猶予三年の有罪判決を下します。　同日、彼は、強盗殺人容疑で再逮捕されます。　これが彼の悲劇の始まりなのでした。

＜５＞　一〇月一四日、東京地裁で初公判が開始されますが、被告人は、「いかなる女性であれ、殺したことも、金を盗ったことも、ありません。」と言って、強盗および殺人について、完全無罪を主張します。　ここで、それまでの捜査段階における黙秘の姿勢を転換したのです。　裁判官だけには、真実を訴えたかったからでしょう。　日本人の中には、この段階まで沈黙を堅持するような人物の数は、少ないのではないでしょうか。　一方、諸外国では、こういうとき黙秘の立場を取る人が比較的多い、と聞いています。　ところで、「誰がマイナリ氏を弁護したのか」という点について、どうしてもここで触れておかなければなりません。　文字通り孤立無援の外国人被疑者・被告人を支える弁護団は、筆者の眼からすれば、鋭い問題意識を持った、優秀な人々で構成されていました。　人権尊重の進んだ国・アメリカでは、容疑者と成った人に黙秘権を告げなければならない、という明確なルールがあります。　映画やテレビでその現場が映しだされているのを、ご存じの方も多いと思います。　そのルールは、「ミランダ・ルール」と名付けられているものに関係するのですが、日本にも、その趣旨に賛同して、依頼人である容疑者が自身に不利な供述をしてしまわうことがないように、法律上定められた黙秘権をきちんと行使して、黙秘の姿勢を取るよう、容疑者に勧める活動を、全国で展開している弁護士たちが、存在します。　特に、日本にいる外国人が当局から不当な扱いを受けることがないように、支援をしているのです。　彼らに対する警察・検察の感情は相当悪いように見えますが、しかし、訴追する側と弁護する側が、がっぷり四つに組んで、死力を尽くして犯罪の真実に迫ることは、ごく当然のことでありまして、捜査当局が、彼ら弁護士を憎むとか、軽蔑するとか、その行動を迷惑がるとかの感情は、あまりにもホンネに振りまわされた成り行きの産物です。　互いに相手の職能・職責を理解しあって、フェアーに対決していくのが、「法の道」なのではないでしょうか。　俗に「ヤメ検」と言われる、検

察官幹部経験者の弁護士に、両者間の溝を何とかして埋めて貰いたいものです。

＜６＞　被告人は、一九九九年三月二四日においてなされた被告人質問の際、殺人事件の発生日の一〇日前に、問題のアパートのその空室で、被害者のＡ子と有償の性交渉を持ったことを、初めて認めます（その性行為に関係する遺留品が、たまたま残されたままに成っていたことが、不運と言えば、不運です）。　彼は、当初は、被害者とは面識がない，という態度を採っていたのですが、このとき、態度を一変させたのです。　このようにウソを付いたことは、裁判では彼には不利に作用したはずです。　「ウソを平気で付く、不法滞在の外国人（とりわけ、アジア人）」というマイナス・イメージが、捜査当局に刻みこまれたことでしょう。　理論的に申しますと、人がウソを付く行為に出るのには、悪事に及んだことを自覚していて、何とかそれを隠したいと思う場合の他に、まったく関わりがないのに、何らかの悪事に巻きこまれそうになり、身の危険を感じて、知らん顔をする場合の、二つがあります。「ウソをつく不法滞留外人」のイメージは、ホンネのレヴェルでの話なら、ごく広い意味での、彼にとって不利な「情況証拠（？）」にも成りかねませんね。　一般に、裁判官には、被疑者・被告人が、いったん供述の重要な部分でウソを付いたりすると、弁解・弁明全体の信用性を認めない傾向がある、と言われていますから、その場限りでウソを付くのは、かなり危険なことをすることに成りますね。　外国人と違って、日本人は、お上というものに対して、比較的正直な態度を取ることが多いので、この国では、こういう情況下での「ウソ付き行為」は、とても目だってしまうのです。

＜７＞　初公判から二年以上経過した一九九九年一二月一七日に、検察側は、無期懲役を求刑します。

＜８＞　翌二〇〇〇年四月一四日に、東京地裁は、無罪判決を下します。　「証拠を総合すると、被告人が犯人であることは動かしがたいように思われる。　しかし、いずれの証拠にも、無罪方向に解釈する余地が残り、犯人と認めるには合理的な疑問が生じる。」というのが、判決文の骨子です。　良心的な（？）裁判官の手堅い手法が、ここで光っています（それでも、タテマエ上は無罪でも、ホンネ上は「有罪」のような雰囲気が、ここに醸し出されていますね）。　検察側は、犯人を特定するだけの直接証拠がない中で、相当数の情況証拠を積みあげることにより、マイナリ氏が犯人であることを立証しようと試みましたが、判決は、犯行現場の空室から、マイナリ氏以外の第三者（以下Ｘと略します）の体毛（陰毛）が発見されたことを重く見て、このＸが犯行時に現場にいた可能性も否定出来ない、とした上で、マイナリ氏が犯人である、と断定するには、立証が不十分である、と判断したのです。　「疑わしい場合には、被告人に有利なように判断する。」という刑事訴訟法の大原理に則った、オーソドックスな答えの出しかたが、ここに見えていますね。　この辺りの情況を、「灰色無罪」　―

つまり、真白な無罪＝無実ではなくて、グレーの色合いの無罪―　の世界と形容しても、差しつかえないかもしれません。
まったくの余談ですが、判決が下されたその二〇〇〇年の一二月に、無罪判決を下した裁判官は、東京地裁八王子支部へと移動を命じられます。　鋭い指摘をすることで有名なあるリポーターは、この人事異動の正体を「左遷」と見ているようですが、これは、裁判官の仲間内で、「滅多に出ないような無罪判決を書くと、離れた所へ飛ばされる。」と囁かれているのを聞きつけて、推測をしているのでしょう（実際のところは、そういった人事異動には、また別のちゃんとした事情も伏在しているようですが）。　それでも、「火の無い所には、煙は立たない。」という、古くからの指摘もあることですし、「中らずといえども遠からず。」で、それは何となく判る話ですから、リポーター氏の解説には、一応のところ、耳を傾けておくことにしておきましょう。
もう一つ、筆者が聞いたり、読んだりした、とても目立つ人事異動の例があります。　それは、かなり以前に、果敢に（？）自衛隊違憲判決を書きあげた裁判官が、もっと遠い所へ配置転換されたケースです。それに、退官直前には、後のことは考えずに（？）、思いきった判決を残していく裁判官も、確かにいるような気も、致します。　筆者個人の眼からすると、在職中ならとても書けないような（？）「いろいろな意味で、よい判決」が、残されていくのです。　そのような訳で、裁判官の自主独立の精神は、色々な事情のせいで、昔ほどは確立していないのかもしれません。　もし、周りや上をやたらに気にする裁判官や、世間の空気に敏感すぎる裁判官や、苦労して無罪判決を書くのを体質的に（？）好まない裁判官が、本当に存在するとすれば、裁判官も「タダの人」に成り下がってしまいますね。　ところで、「左遷」と言えば、とても興味深い裁判事例があります。　長野地裁に係属するある民事訴訟（賠償請求）の法廷で、担当裁判官から暴言を吐かれ、公平な裁判がなされなかったとして、約二二〇万円の損害賠償を求めていた人物（原告：先の民事訴訟において被告と成っていた人）に対して、同じ長野地裁のこの別事件関係の裁判官が、問題の裁判官の発言が感情的なもので、その人物（被告）に精神的苦通を与えたことを認めて、国に三万円の慰謝料の支払いをすることを命ずる、という判決がありました。　もっとも、先の裁判自体は公平に行なわれた、という判断に成っています。　二〇一四年一月三〇日のことです。　問題の事案を三年前に担当していた、問題の裁判官は、新聞記事によりますと、「あなたの審理が終わらないので、上司から怒られている。左遷の話まで出ている。」（京都新聞二〇一五年一月三〇日版）と、怒ったように、言ったそうです。　筆者には、「上司から怒られる」などということが、裁判所で本当に起こるなどとは、とても信じられませんが、その一方で、「左遷される」という表現には、何やら真実味があるような感じがしてなりません。　普通の会社でなら、もちろん、「左遷現象」など、どこでも見られますが、裁判所ともあろうお役所にも、そのような「品の悪い」言葉が現実に飛び交っていることを確認出来たことは、実のところ、筆者にとっては、大収穫でした。
本論に戻りましょう。　普通のコースでは、マイナリ氏は、無罪判決が出た以上、身柄拘束は失効して、釈放され、自由の身に成れるので

すが、国は、不法残留者は、国外に退去させなければなりません。　入管当局は、手続執行のために、マイナリ氏を入管施設へ収容します。

＜９＞　二〇〇〇年四月一八日に、検察は、第一審の無罪判決を受けて、わずか四日後に控訴の手段に訴えるとともに、無罪判決を受けたマイナリ氏の身柄の勾留を求める手段に出ます。　その勾留の申立ては、まず、東京地裁へ、それから、再び東京高裁へ、二度にわたって実行されますが、不成功に終わります。　しかし、五月八日に、その高裁の別の部が、再勾留の要請を一転して認めました。　その結果、彼の身柄は、安全な（？）入管施設から、危険な（？）拘置所へ移し換えられます。　これで、彼の運命は振りだしに戻ってしまったのです

＜１０＞　六月二七日に、最高裁は、マイナリ氏の弁護団（以下、単に「弁護団」と表現することにします）から提起された、先の高裁の勾留措置決定の取消を求める特別抗告を棄却します。　ここで三対二のかたちで棄却側の意見が辛うじて多数を占めた（裁判長はその棄却に反対する意見の側に回りました）、という経過は、かなり異例の展開と見られています（裁判官の意見が分かれたとき、多数決で決着が付く仕組みが採られているのですが、最高裁の場合だけ、誰がどのような意見を持っていたかが、外部に公表されます）。　それだけに、再勾留問題は､法的に微妙な要素をはらんでいたのですね。　しかし、最高裁は、この特別抗告があった機会に、重要な判断を下しました。その判例は現在の法運用の基礎と成っています。　その最大のポイントは、以下のとおりです。「第一審の無罪判決理由の検討を行い、それでもなお罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由があるときは、勾留の理由があり、かつ、控訴審における適正、迅速な審理のためにも勾留の必要性がある場合、その審理の段階を問わず、被告人を勾留することができる。」というのが、それです。

＜１１＞　八月一八日、いよいよ控訴審が東京高裁で始まりました。その法廷の裁判長は、正に先の検察側の勾留申立てを高裁において認めるに到ったその人物でした（これは普通の成り行きです）。　被告人には不利な環境が、最初から出来あがっていた訳です。　彼は、検察側の勾留申立てを精査して、有罪の心証（言ってみれば、予断）のようなものを既に持っていたからこそ、いったん無罪判決を獲得した人を逆転の再勾留に追いこんだ裁判官ですから、この人物の取りしきる控訴審法廷が有罪の結末を引きだすのは、当然予想されていたことだからです。　さて、話は一般論に移りますが、聞くところによりますと、裁判官に任官してから一〇年未満の人である「判事補」に対する研修の席で、ある高名な刑事専門の裁判官が、「一人の無辜（無実＝無実の人）も処罰してはならないが、一人の犯罪者も見逃してはならない。」という訓示を垂れた、ということです。　前段の精神を現場で受けとめるとするなら、無辜の処罰には大いに慎重になって、クロとシロの境界線上にある人物は、シロ（無罪）の仲間に入れられることに成るでしょう。　その結果、本当は悪い輩も、まんまと逃げて

しまいます。「疑問のある場合には、被告人に有利に判断する。」という命題が、ここで具体化されている訳です。　先の訓示の前段部分は、よく判る道理を説いたものですね。　しかし、後段の「犯罪者は一人たりとも取りにがしてはならない。」という掟に従うとなると、犯人検挙や有罪判決の際、自然に、「やり過ぎ・勇み足・思い込み・秩序維持型のお上意識」などの行動が、全面に立ちあらわれるのではないでしょうか。　「疑わしきは罰す。」、「疑わしきは被告人の不利益に」、「悪い奴を一〇人も逃がすくらいなら、一人くらい、間違って捕まえられて、冤罪で苦しむように成っても、仕方がない。」、「一〇人の無辜（無実の人）を罰するとも、一人の真犯人を逃がすなかれ。」とかの言いまわしが、その辺りの状況を端的に物語ってくれます。　そこでは、確かに、犯罪者は確かに巧く捕捉できますが、しかし、犯人とされた人の中には、潔白な人がどうしても紛れこんできます。　人間のすることですから、それは避けがたい成り行きとも言えますが、犯人にされてしまった人の悲運を考えれば、その掟には抑制的に従うだけにして貰わなければなりません。　そういった気持を筆者が言葉にするなら、「犯罪者は見逃してはならないが、その際、無辜を処罰することのないように、細心の注意を払ってほしい。」という、あまりパンチの利かない言いまわしに成りますね。　因みに、高名な刑事裁判官として、刑事裁判の世界で優秀な裁判官として名を知られていた、この高木氏は、先の「足利事件」の控訴審判決で有罪を言い渡した人であり、また先の控訴審を担当した人でもあるのですが、ひょっとすると、この人物は、先の「犯人根絶型」タイプの裁き手に属するのではないでしょうか。　ここは筆者の単なる推測です。

＜１２＞　一二月二二日、異例にも、わずか四カ月間の短期の審理で、第一審の無罪判決は破棄されて、検察側の求刑通り、無期懲役の逆転有罪判決が出ます。　このように、検察が、第一審での無罪判決において事実誤認があったことを理由として、控訴するケースが多いのですが、その無罪判決が控訴審で破棄され、有罪判決が出る割合は、全国平均で約三分の二、東京高裁では、更に比率が上って、約四分の三にも成るとのことです。　このような実績を考えて、第一審の裁判官は、無罪判決を書くのをためらうのではないか、という憶測さえも、なされています。　これは、あまりにも「ホンネ（現実）」寄りの分析ですが、判らなくもないですね。　「被告人以外が被害者と殺害現場に入ったとは考えられない。　被告人の供述には不自然な変遷があり、信用できない。」というのが、有罪認定のポイントのようです。しかし、直接に犯人を示すような証拠がなく、情況証拠（間接証拠）しか存在しない中で、それらを巧みに繋ぎあわせて（というよりは、自身が最初に設定した「有罪ストーリー」に適合するような情況証拠だけをピックアップして）、犯人像を浮かびあがらせるこの高木判決の手法は、裁判官の専門家筋からは、高い評価を受けたそうです。　その一方で、ある元・裁判官から強い批判がありましたし、本来、立場の違うある弁護士からは、「『合理的な疑い』があっても有罪判決を平気で書く裁判官」という酷評が投げかけられてもいます。

一般に、情況証拠というものは、いくつもの読み（その中には、被疑者・被告人の潔白を指ししめしているものも、あります）を可能にする性質のものですから、その取扱には、検察の捜査以前に行なわれる警察の基本捜査の段階においても、その扱いについて細心の注意が払われるはずです。　情況証拠の数がいくら多くても、それだけでは、事実が存在する確率が飛躍的に高められる、という訳では、ないでしょう。
この辺りの事情について、大阪母子殺害放火事件（二〇〇二年に発生した事件）ついての最高裁判決（補足意見）が、きちんと解説をしてくれています。　そこでは、「各間接事実について、その一つ一つについては､それだけで被告人有罪の根拠とすることはできないものの、これらを『総合評価』すれば合理的疑いを容れる余地なく被告人有罪が立証されている」という､いわば伝統的な考えに立った､第一審（無期懲役）及び第二審（死刑）の有罪判決を、最高裁は、果敢に斥けたのです（最高裁から差戻しを受けた大阪地裁は、無罪の判決を言いわたしました）。
ところで、情況証拠の扱いにつきましては、以下のような貴重な分析があります。　情況証拠だけに頼って有罪判決が引きだされた「大阪母子殺害放火事件」をめぐって､最高裁が､二〇一〇年四月二七日に、大阪地裁へ差戻しを命じた判決の中に判示されているものが、それです。　これを紹介してみましょう。　「被告人を犯人と断定するためには、『被告人が犯人であることを前提とすれば矛盾無く説明できる事実関係の存在』、及び、『被告人が犯人でない』としたならば合理的に説明することが出来ない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係の存在』が立証されることが不可欠である。」という趣旨の文言が、それです。　ここで、筆者個人の読み解きをしてみますと、前者は、被告人が「犯人である」と見たてる、ポジティヴ系のサイドの状況の話で、後者は、「犯人でない」と見たてる、ネガティヴ系のサイドの状況の話で、全体としてよく纏まっているものと考えられます。　このようなものの考えかたは、これまでにも、分析力の鋭い裁判官なら、間違いなく持っていたことでしょう。
ところで、私たち善良な市民にとっては、このこの最高裁のスタンスは、とても意味のあるものなのです。　つまり、日常生活において、私たちは、「金に困っている」、「被害者に多額の借金がある」、「殺してやりたいほど（これは文学的表現というように、軽くお受けとりください）憎んでいる、といつも言っている（インターネット上にそのように書きこんだことがある）」、「被害者とは特別の深い関係がある」、「被害者の身の回りには指紋をいっぱい付けている」、「犯行時の辺りの時刻にたまたま被害者と一緒にいたところを，誰かに見られている（防犯カメラやビデオにキャッチされている）」、「軽微な非行歴があったり、問題のある行動をする癖があったりする」、「問題と成っている犯罪と同種の､またはそれ以外の種類の犯罪について､前科がある」､「生活態度に何やら不審なところがある」などの、あまりよろしくない状況・情況に置かれることも、ない訳ではないしょう。　こういったとき、その最高裁判決の「威力」が本当ににあるのなら、私たちが、突然、見に覚えのない嫌疑を当局から掛けられて

も、ピンチに陥る危険性が低めに抑えられることに成ります。　もちろん、冤罪地獄に引きこまれる確率も、少なく成るはずです。　このような筆者の読みは甘すぎるかもしれませんが。
余談ですが、今から一五年以上前に、この控訴審で有罪判決を言いわたされたマイナリ氏が､「神様､助けて下さい！　僕はやっていない！」と法廷で叫んだことが筆者の心に強く刻みこまれています。　筆者は、ここに、真実の心の叫びを感じました。　実のところ、こういうところに敏感に（過敏に？）反応してしまう筆者には、「法律人」（これは筆者個人の造語です）の一員としての資格は認められないかもしれません。

＜１３＞　弁護側の上告を受けて始まった、最高裁での審理には三年近くも掛りましたが、その結果は上告棄却です。　二〇〇三年一〇月二〇日のことです。　その後の弁護側の異議申立ても、棄却され、これで無期懲役の有罪判決が確定します。　無罪判決に始まり、逆転有罪判決を経て、有罪判決が確定する流れは、それほどしばしば生ずる出来事ではありません。　もし無実の人が裁判に巻きこまれていたとするなら、六年半もの、失なわれた時間（つまり人生）は、その人に計りしれない悲しみを生みだしたことでしょう。

＜１４＞　有罪判決が確定してから一年半が経過した二〇〇五年三月二四日に、マイナリ氏は、東京高裁に再審請求をします。　これが、名誉回復を賭けた第二ラウンドの始まりでした。　もちろん、彼が、獄中から再審を請求するには、外部の力の助けが、絶対に必要です。日本国民救援会と日本弁護士連合会が､彼にさまざまな援助をしたのです。
ところで、再審というのは、いったん閉じられた扉をこじ開ける荒業ですから、それをこじ開けようとする側は、抵抗する力を上まわるパワーとエネルギーを、そのために注力しなければなりません。　再審請求審の審理は、それから何と七年以上も続くのですが、地裁から最高裁までの三段階の審級における通常の審理に掛った合計六年よりも長い期間が、再審問題の決着のために必要だったというのは、異常と言えば、異常ですね。　しかし、再審という司法の営みは、異例・特例のものとして、厳格・厳密に取りおこわれますので、それだけの手間と時間を、要求してくるのです。

＜１５＞　二〇一二年八月七日に、ようやく再審の開始が決定されます。　さて、再審の請求に対して、それを認めるかどうかを審理する際には、攻め手の弁護側と守り手の検察側との攻防が､もちろん、主軸に成るのですが、中立の判定者である裁判長の指導力が、通常の審理の場合よりも強く求められるのではないでしょうか。　ここで筆者の個人的な実感を言わせて頂ければ、六年にわたる今回の再審請求審の経過において、順次交代していった三名の優れた裁判官が、適切な処理を積みかさねてくれました。　それから、マスコミの強力な情報発信が、司法に有形無形のインパクトを与えたことも、特筆しておく必要があると思います。　昔は、司法現場の人々は、マスコミの動きな

どには殆んど反応を示さなかったようですが（タテマエにおいてはもちろんのこと、ホンネにおいても、そうだったでしょう）、裁判員制度の新規導入もきっかけに成ってのことでしょうか、「開かれた司法」への方向づけがしっかりしたものに成ってきました。　確かに、マスコミが司法の現場を色々な方向から開いて見せてくれる部分も、ありますね。　それから、弁護士は、元々外部に対してオープンな行動形態を取る業種でしたが、最近では、マスコミへの情報発信を綿密にやっていくことに、これまで以上に細かく気を配りながら、動いています。　それどころか、マスコミを自身の陣営に引きいれて、その力を利用する知恵を、ちゃんと付けてきているようです。　他方で、検察は、表向きは捜査情報や法廷での審理の現場情報などもちろん外部に漏らしたりはしませんが、実際には、マスコミの司法記者の取材には、昔以上に、裏の方で、それとなく対応しているようにも、見うけられます。　検察傘下の警察についても、程度の違いはありましょうが、同じような対応の構図が、見られることでしょう。　マスコミが、取材上の仁義に従って情報源を秘匿しますから、筆者の以上のような分析は、すべて単なる推測によっているだけです。　ですから、「話半分」ということで、お聞き流し下さい。　これに対して、裁判官は、外部からの「雑音」の影響を極力排除するために、殆んどこれまで通りに、「内向き」の姿勢を堅持していますが、それでも、元・裁判官の中には、伝統的な守秘義務の壁を乗りこえても、司法記者に重要な過去情報を漏らしてくれる人物も、いるようです。　これは、取材をする司法記者に、貴重な指針や間接的な情報を与えてくれますね。　そのような訳で、極度の発展を遂げた現代の情報社会では、相当確度の高い情報（もっとも、その中には、検察当局がマスコミを遠隔操作する類の、党派的な情報も紛れこんでいることでしょう）を日々発信してくれる各種のマスコミが、お上の最重要組織の一つである司法部門を、「内向き」から少しづつ「外向き」に変えていく傾向がいっそう強く成っているのです。　今や、現代の各種マスコミに裁判関係の記事が載らない日は殆んどないくらい、裁判は私たちに身近なものと成っています。

さて、再審を作動させるには、確定した原判決を根底から揺るがすようなインパクトを持った、レヴェルの高い証拠が必要です。　日本の警察・検察は、これまでにも、証拠を獲得する能力につきましては、世界水準で見ても、トップクラスの位置に付けていると見てよいのですが、それに加えて、ＤＮＡ鑑定の技術水準が飛躍的に高度化してきましたので、ここから得られたデータを検証することによって、原判決の誤まりが科学的に確証される機会が、多くなってきました。　もちろん、裁判において、検証の対象となる証拠資料が検察によってきちんと開示されるのが、そもそもの大前提に成ります。　開示されない証拠物の中には、検察が開示したくない証拠も混っている可能性が、ない訳ではありません。　開示する必要がない、として放置しておくケースは、更に多いでしょう。　また、鑑定には時間と費用と手間が掛りますので、広い意味でのコスト計算の観点から、開示を見おくる場合もあるはずです。　再審請求審は、結局のところは、証拠開示を求める弁護側と、開示を渋る検察側との、攻防戦です（ご参考までに

申しますと、昔の旧刑事訴訟法では、検察の起訴と同時に、証拠がすべて裁判所に提出されるシステムに成っていました）。　対立する両者の調停役とも位置づけられる裁判官は、本来から言えば、中立の第三者に過ぎないのでしょうが、その職責上、自由裁量を認められている裁判官の中には、俗な言いかたをお許し頂くとすれば、再審に「前向きの」裁判官と、「後向きの」裁判官とが、存在するのではないでしょうか。　再審というものは、その本性上、異例・特別・例外の制度ですから、どこまで「確定判決を堅持する」という原則・本則を破ることが許されるかについて、個々の裁判官の許でスタンスが微妙に食いちがってくるのは､当然のことでしょう。 筆者の見る限りでは、本件の再審請求審に順次関った三名の高裁裁判官（裁判長）は、新しい時代の風を敏感に受けとめて、それを実践に反映させた練達の人士だったのです。

＜１６＞　以下に、この間の事情を最も詳細に伝えてくれた読売新聞の記事に即して、五年を超える、被告人の防御の「第二ラウンド」に当たる「再審請求審」の事実過程及び新聞報道の姿を、筆者なりの解説をそれなりに付けながら、追ってみましょう。

［１］　二〇〇五年三月二四日の、マイナリ氏の、東京高裁への再審請求のアクションがあってから二年近くたった、二〇〇七年一月一五日に、「再審請求審で、弁護側が、捜査段階の物証の鑑定書などを開示するよう検察側に請求」（カギカッコ内の表現は読売新聞社の刊行物内の一節です）・・・いよいよ、弁護団の再審への実質的取組がスタートするのです。　マイナリ氏の無実・無罪を立証する証拠を手に入れて、それもしっかりと提示出来ななければ、再審へと続く扉は、開きません。
ここで、念のために申し上げますが、「再審請求審」と「再審公判」とは、別の手続です。　後の［１８］に記していますように、再審公判は、五年後の二〇一二年に。ようやくスタートします。　ここで、両者の間柄を俗な言い回しを借りて説明しますと､再審請求審は､「再審城」への入場券を手に入れるための厳粛な儀式の場で､その城の「入口」にある審査所のようなものです。　中に入れて貰った人が、身の潔白を証明して貰い、ハッピーな気分で城から退出出来る可能性は、かなりあるでしょう。　それにしても、無罪への道は、巡礼道のように、長く遠くて、厳しいものなのですね。

［２］　その請求から三年近くもたった二〇〇九年一一月五日に、「東京高裁（門野博裁判長）が証拠の幅広い開示とＤＮＡ鑑定可能な試料の適切な保管を検察側に要請」・・・門野裁判長は、検察と弁護団との初の三者協議の場を設けて、取調べ調書を開示することに消極的な検察と、防御の生命線とも言える新しい証拠の開示を強く求める弁護側との対立が、膠着状態に陥っていた事態を、打開するために、協議を進めていましたが、そこで、実質的には弁護団の側に立ったかたちで、可能な限り新証拠を開示するよう、検察に求めます。　二〇〇九年に裁判員制度がスタートしたのですが、それに合わせて刑事訴訟法

が改正され、「公判整理手続き」の場での証拠開示の範囲が大幅に広げられるように成っていました。　この措置は、元々は、再審段階のことではなく、通常の審理を念頭に置いてのものでしたが、この裁判長は、自身の判断で、その開示拡充を再審段階でも認めるべきであると、考えていたようです。　ところで、開示問題に対する検察のスタンスについては、色々な機会に口を開いた元・検察官から、はっきりとした確信が見てとれます。　この事件について、そのことを観察してみましょう。　Ａ子の体内に残されていた精液がＯ型であったことは、すでに証拠として開示されていました。　また、被害者の胸に血液型Ｏ型の唾液が付いていたことは、検察はちゃんと承知していました（事件直後の一九九七年に、検察官は、その付着物の血液型がＯ型であることを、鑑定の結果から突きとめています）。　しかし、マイナリ氏の血液型はＢです。　この重大情報を弁護側に開示しなかったのはなぜか、とある司法記者が、この事件を担当していた元・検察幹部に問いただしたところ、この人物は、「私たちは、公判には『ベスト・エビデンス（最良の証拠）』だけ開示すればいいと習ってきた。米国の裁判と同じで、検察は自分たちが勝つために必要なことをする。逆に言えば、我々が必要ないものは出さなくていいということだ。」と答えたということです。　このような話はあちこちから聞こえてきますから、これは彼らの当然の「常識」なのでしょう。　先の門野裁判長は、二〇〇七年から四年間、再審請求を担当する裁判官でしたが、退官後の二〇一二年に、読売新聞のある記者の「証拠開示をかたくなに拒んでいた検察が、再審請求審の場になって、なぜ、自身の保有する物証と開示とそれらの外部鑑定に応じたのか」という微妙な疑問に対して、「裁判員制度の導入と、検察組織の変化。　その二つが背景にあったと思います。」というように、明快に答えています。　筆者の理解では、訴訟手続の改正がまずあり、それに検察が対応しなければならない局面が、生まれてきたからです。　そこには、門野裁判長の訴訟指揮が大きな影響を与えたに違いありません。　なぜならば、公判整理手続が新たに導入されて、証拠開示の範囲がかなり広げられていたのですが、元々この制度は再審請求審のことを念頭において作られていなかったのに、門野氏は、自身の判断で、このタイプの審理の場でも、開示範囲の拡大を取りいれるべきである、と考えて、それを裁判の現場で実行に移したからです。　その流れは、門野氏のポスト（裁判長）を引きついだ岡田氏にも、受けつがれ、ようやく検察も重い腰を上げました。　これを、検察の単なる「軟化」のせい、と見ることは、あまり適切ではありません。　実は、二〇一〇年の四月に、先の「足利事件」からの教訓を重く見て、最高検が、「検事のＤＮＡ鑑定に関する理解や検討が十分でなかったことは反省しなければならない。」という記述をその「検証結果」に明示したことが、「検察一体の原則」の威力により、現場の検事の手足を縛ることにも成っていたからです。　いずれにしましても、検察は「進化」しました。　「正義の担い手」として、国民から大きな期待を掛けられている検察が新時代の要請に対応して、これからも動いていってくれることを期待しています。

［３］　その要請から一年近くたった二〇一〇年九月二四日に、「東京高検がＡ子の体に残された精液を拭きとったガーゼ片が冷凍保管されていることを高裁、弁護側に報告」

［４］　その報告から四カ月後の二〇一一年一月二八日に、「東京高裁（岡田雄一裁判長：先の門野氏から交代した人物です：引用者注）が、弁護側の要請を受け、検察側に対し、現場から採取された物証についてＤＮＡ鑑定の実施を検討するよう求める」・・・・新たに裁判長と成ったこの人物は、運よくＤＮＡ鑑定に最も詳しい裁判官の一人でした。　この当時のＤＮＡ鑑定は、以前の「足利事件」の際に問題となった鑑定とは比べものにならないほど、精度を高めていますので、コストと手間を惜しみさえしなければ、この鑑定から重要情報を入手するのは、たやすいことでした。　検察が、鑑定をしなかったことについて、あちこちから、怠慢とか、証拠隠しとか、言われて非難されるのも、やむをえないことでしょう。　弁護団との厳しい応酬を避けるために、意識的に証拠を伏せておくテクニックが発揮された可能性も、浮上してきます。

［５］　それを受けて、二カ月後の二〇一一年三月三〇日に、「東京高検が大阪医科大学の鈴木広一教授に対し、ガーゼ片など物証四二点のＤＮＡ鑑定を嘱託」・・・・いよいよ、検察が動きだしました。　弁護団のアクションを受けて、裁判所が検察に圧力を掛け、そこに到るまで、実に四年以上もの時間が流れます。　それにしても、再審というのは時間が掛るものですね。　さて、最新技術を駆使した追加鑑定は、まず、一五点について行なわれます。　その結果、Ａ子の体（下半身二か所と右胸の一か所）にあった唾液などの付着物から、マイナリ氏以外の第三者（Ｘ）のＤＮＡ型が、検出されました。　なお、追加鑑定は、その後にも、次々に行なわれていきます。

［６］　二〇一一年七月二一日に、　「Ａ子の体から採取された精液のＤＮＡ鑑定の結果、これがゴビンダ以外の第三者（Ｘ）のもので、殺害現場に残された体毛とＤＮＡ型が一致することを読売新聞が報道」・・・・精液と体毛が同一人物のものであることすれば、これは重大な情報と成ってきます。　マイナリ氏とは別の男性が、殺人現場の室内にいて、被害者と接触していたことが、疑われるからです。　マイナリ氏を殺人犯と決めつけるには、かなりの疑問が浮上してきました。　どちらが犯人かか決定的に明らかにならない限り、その内の一人を犯人とすることなど、出来ません。　「有罪とまでは言えない」という意味での「無罪」です。　他紙に先がけて、「東電ＯＬ殺害　再審可能性」という、一面トップの大見出しを打った読売新聞の読みには、鋭いところがありますね。　これも一種のスクープと言ってもよいでしょう。　新鑑定によって得られた情報を公判廷に持ちだすことにあまり乗り気でなかった検察は、このスクープが世に知られた以上、前へ進むしか、道はなかったはずです。　「マスコミ恐るべし。」ですね。　いずれにしましても、犯人の特定に直接結びつくようなこの

鑑定が、この最終審の段階でようやく登場してくるのは、不条理としか、言いようがありません。

［７］　早くも、そのスクープ記事の掲載から四日後に、「東京高検が弁護団に対し、ＤＮＡ鑑定結果を開示」

［８］　七月二六日に、　「弁護団が、精液や体毛のＤＮＡ鑑定結果は『無罪を言い渡すべき明らかな新証拠にあたる』として東京高裁に提出」・・・・弁護団は、ようやく、決定的とも見られる新証拠を手に入れることに成功したのです。

［９］　二〇一一年九月四日に、「Ａ子の胸にゴビンダ（血液型Ｂ型）とは違う血液型Ｏ型の唾液が付着し、唾液について検察側が公判で証拠開示していなかったことを読売新聞が報道」・・・・「別人の血液型　捜査時検出　開示せず」及び「検察、不利な物証伏せる」との明確な見たてを打ちだしたその解説記事は、各マスコミの検察批判の空気を代表するものと成っています。　そこで、被害者の体から、Ｂ型の血液をもつマイナリ氏以外の第三者（Ｘ）の唾液（血液型がＯ型であることを示すもの）が検出されていたことは、鑑定（久保田鑑定）により、捜査段階ですでに知られていたのですが、これは、検察が押したてる「マイナリ氏犯人説」にとっては不利な、いわゆる「消極証拠」に当たるはずで、検察がこの証拠を公判段階で開示しなかったのは、正に「証拠隠し」である、と非難したのです。　このことは、新しいＤＮＡ型の解析によって突然に判明したのではなくて、元々判っていたことですから、極めて重大なことを指ししめています。　もし「罪」があるとすれば、その「罪」は重いのです。　もちろん、検察は、翌九月五日に、司法記者に対して、「今でこそ、法改正で証拠開示の幅は広がったが、当時はこちらの主張に関連する証拠だけを出していた。　だから、唾液がＯ型であることは隠したとは言えない。　弁護人から請求があって､それに正当な理由があれば出しただろうけれど、請求するかどうかは、弁護人の腕次第でしょう。」、というように、冷ややかに反論したそうです。　しかし、弁護人の、「弁護人が言ってこないから出さない、というのは検察官の考えかたであって、我々からすれば、そういうものがあるかないかを言ってもらわないと、開示請求しようがない。」、というクレームには、説得力が確かにあります。　いずれにしましても、弁護団が根気よく指摘した「不開示不当説」は、それを支持する裁判官を巻きこむ大きなうねりと成りました。　筆者は、能力・資力・人手・手間などに限りのある検察の仕事ぶりを総合的に観察してみた場合、彼らの言い分にもそれなりの理＝理屈があることを承知している積りですが、事の真実を追求するうねりが将来も続くことによって、適正な捜査のルールが確立していくことを期待しています。　なお、この二〇一一年九月から、大阪医大の鈴木教授による、四二点にも及ぶ追加鑑定が始まります。　その作業は七カ月にもわたって行なわれますが、鑑定で得られるデータには、不安定なところが多く含まれていました。

［１０］　一〇月二一日に、「Ａ子の胸から検出されたＯ型の唾液や下半身の付着物も、ＸのＤＮＡ型と一致したことが新たに判明」

［１１］　それから四カ月半後の翌二〇一二年の三月五日に、「Ａ子のコートに付いた血痕からも、ＸのＤＮＡ型が検出されていたことが判明」

［１２］　二〇一二年五月二三日に、五年以上もかかった再審請求審が、ようやく結審します。　時間の掛かる鑑定物が数十点もあったことが、審理の長期化を招きました。　これはやむを得ないことでしょう。

［１３］　早くも、翌六月の七日に、東京高裁（小川裁判長：先の岡田氏から交代した人物です)は、再審の開始を決定するだけに留まらず、刑の執行停止までも決定します（再審段階における最終判断が出る以前に、刑の執行を停止する、という措置が取られることは、各方面で想定外のことと、受けとられました）。　以下に、再審開始決定の要旨を記しておきましょう。　東電ＯＬ殺人事件の裁判の決定的な転回点が、ここにあるのです。　「新証拠により、相当の理由をもって、三七六の男（Ｘのことです：引用者注）が喜寿荘一〇一号室で被害者と性交し、その後、被害者を殺害して現金四万円を強取したのではないかという疑いが生じている。　確定判決を出すための審理の中で、新証拠が提出されていたならば、被告人（ゴビンダ）が被害者を殺害したとの有罪認定には到達しなかったのではないかと思われるのである（これは、最高裁が一九七五年に示した画期的な内容の「決定」［白鳥決定］の示しているところと重なりあう立場です。　最高裁は、「再審開始の要件である明白な証拠とは、新旧全証拠の総合的再評価により、確定判決における事実認定に合理的な疑いを抱かせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠である」と規定し、そして、「疑わしいときには被告人の利益に」の鉄則が再審請求にも適用される、というように、再審実務を大きく転回される判示をしたのです。　その翌年にも、同じ最高裁第一小法廷は、財田川事件についても、先の白鳥決定の場合と同じような判示を、しています）。　「この新証拠は、確定判決における有罪認定に合理的な疑いを抱かせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠といえるから、『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』に当たる。　よって、再審を開始し、刑の執行を停止することとする。」　これは、「有罪認定をするには合理的な疑いが存在すること」と、「Ｘが犯人である可能性があること」という強力な結論（タテマエ）と、「刑の執行停止」という究極の実務処理（ホンネ）を組みあわせた最強の決定、と位置付けてよいもののように、筆者には思われます。　そう読むと、検察の「完敗」が見えてきますね。　もちろん、東京高検は、この再審開始決定と刑の執行停止決定とに対する異議を申したてると同時に、釈放手続きを当面のところストップさせる「職権発動」を高裁に対して（まず、第四刑事部へ、それから、第五刑事部へ）要請します。　しかし、これらの刑事部は、いずれも、釈放手続きをストップさせるような職権発動は行なわない、との結論を下します。　こうして、東京高検は、粛々とマイナリ氏の釈放を指

揮することに成りました。　検察にしてみれば、タテマエ論からすれば、再審段階で再び有罪の結果が出ても、帰国してしまった人物には刑の執行が事実上不可能に成ることが、とうてい耐えることが出来ない成り行きであると受けとめるのは、いわば当然のことですね。　因みに、いったん再審開始決定が出ても、それが覆される事態も、あります。「名張事件」や「福井女子中学生事件」が、その例です。　そこでは、再審請求への戦いは、これからも続けられていくことでしょう。

［１４］　再審開始決定から約一週間後の一五日に、マイナリ氏は、故国ネパールに向けて無事に出国します。

［１５］　翌七月の三一日に、東京高裁（八木正一裁判長）は、小川裁判長の出した再審開始の判断を支持して、小川決定に対する、検察側の異議を棄却します。　この二カ月弱の期間でのスピード決定は、異例だそうです。　これが第二次審の結果でした。　もっとも、検察は、最高裁への第三次審に期待を掛けることは、出来ます。

［１６］　しかし、翌八月の二日に、検察側は、第三次審としての最高裁への特別抗告を行なうことを断念することを、表明します。　ここで、検察側は、第一段階の「再審開始」問題に関しては、「不戦敗」の屈辱を味わうことに成りました。

［１７］　八月七日に、マイナリ氏への有罪判決に関する再審の開始が確定します。　二〇〇五年三月二四日に再審請求の行動が起こされてから再審の扉が開かれるまでには、実に、六年半もの月日が流れました。もちろん、再審開始は、必ずしも無罪判決を保証するものではありません。　現に、検察側は、再審開始決定の後でも、有罪主張をやり続ける構えを、取っていました。　検察は、Ａ子の爪からマイナリ氏のＤＮＡが検出されることを期待して、一発逆転狙いのＤＮＡ鑑定実施の策に出ますが、しかし、またしても、問題の爪がＸという人物を浮上させることになり、「恥の上塗り。」という結末に終わります。ここで、遂に、検察は有罪主張を断念しました。　これは、第二の敗北です。「敗軍の将、兵を語らず。」なら奥ゆかしいのでしょうが、検察組織は、これくらいの不始末（？）など、大して気にも留めていないはずです。　少なくとも、タテマエ論では、そう成るでしょう。それはそれでよいのかもしれません。　法というものは、ことほどさように不条理な代物なのです。

［１８］　二〇〇三年の最高裁の上告棄却（有罪確定）から九年も経ってから、ようやく、再審の初公判が二〇一二年一〇月二九日に開かれます。　検察は、「被告人以外が犯人である可能性を否定できない（犯人は被告人以外にいるかもしれない）」として、従来の有罪主張を取りさげて、正反対の方向で、被告人の無罪を自ら主張します。　それで結審しました。

［１９］　早くも、翌一一月の七日に東京高裁（同じ小川裁判長）は、無罪判決を言いわたします。　その判決の趣旨は、以下の通りです。「第三者の男性が、被害者と現場で性交した後、被害者を殴って出血させ、殺害した疑いが生ずる。　マイナリさんを犯人とするには合理的な疑いがある。　マイナリさんに対し、犯罪の証明がないとして無罪を言い渡した、二〇〇九年の一審・東京地裁判決に事実誤認はない。一審判決に対する検察官の控訴を棄却する。」　その後、検察は潔く上訴権を放棄して、その無罪判決は確定しました。　形式上は、控訴棄却の形を取っています。　マイナリ氏の、実にに一五年以上にも及ぶ裁判闘争のすべてが、これで終わったのです。　失なわれた彼の時間＝人生のことを思うと、感無量ですね。　因みに、小川裁判長の口からは、謝罪の言葉はありませんでした。　これは、従来のしきたりに沿う姿勢です。　実のところ、再審無罪の事案に限ってのことですが、先に取りあげた「足利事件」においては、裁判官の謝罪が生じています。　「布川事件」でも、謝罪の言葉はありませんでしたが、「謝罪があるのを法廷でじっと待っていたのに。」と不満げだった弁護人も、気を取りなおして、「判決文そのものは捜査の問題点を指摘しており、評価できる面が多々ある。　裁判官は判決文の内容で語ろうとしたのだろう。」と語ったと伝えられています。　「裁判官は誤まらない・謝まらない。」問題については、これからも議論が尽きることはないでしょう。　しかし、「謝まる」という素晴らしい文化を身にまとっている私たち日本人の心根のよさは、世の中がどれほど、ドライで、シャープで、冷たく、非情なものと成ってしまっても、守り育てて頂きたいものですね。

［２０］　翌二〇一三年の五月に、長期間身柄を拘束された後に無罪を勝ちとったマイナリ氏に、刑事補償金の最高限度額（一日当たり一二五〇〇円）を基準として、六八〇〇万円あまりが、支払われました。

（３）　①　再審無罪の判決を受けたマイナリ・ゴビンダ氏の兄であるマイナリ・インドラ氏は、「日本の検察が重要な証拠を開示してこなかった。」というメッセージをある書物に寄せたのですが、本人のマイナリ・ゴビンダ氏も、同じところで、「検察と警察が証拠を隠す。」と言っています。　これらは利害関係者の発言として決して客観的とは言えないのですが、それでも、彼らの言葉は、真実の一端を見事に突いていますね。　日本の各種のマスコミの報道感覚も、世間一般の常識的な受けとめかたも、大体のところ、そのように成っています。ところで、複数の元・裁判官の表現では、「ストーリーにとって不都合な証拠を隠す（見せない・提示しない）ことと、それに都合のよい証拠を検事調書の中などでしばしば捏造することとは、　同じことである。」と言明しています。　ネガテイヴ系の、前者の行為と、ポジティヴ系の、後者の行為とでは、重みにかなりの差が出てきますが、根っこのところは同じなのかもしれません。

②　さて、再審開始決定を下した小川裁判長は、「被告人が犯人と認定することに関して合理的な疑いがあること」と「Ｘが犯人である可

能性があること」という判断の理論的構造を解明することと同時に、「刑の執行を停止する。」という実務処理を、ワンセットにして提示したのです。　ネパールとの間には犯罪者引渡しの条約がありませんので、マイナリ氏か釈放されて、本国へ帰ってしまった場合には、仮に再審公判でこれまで通りの「有罪」の判断が出たとしても、実際のところは、刑は執行できません。　したがって、この裁判官は、「再審無罪」の線を見とおしていたからこそ、前の審理段階で、ここまで強く出られたのでしょう。　このあたりの駆けひきは、プロ「職人」の個人技が冴えわたるところです。　筆者は、昔から、「裁判は人なり。」―つまり、裁判を本当に動かすのは、無機的な法ではなくて、血の通った裁判官である―　という考えかたを持っているホンネ型人間なのですが、筆者は、間違いなく少数派の意見の持主でしょう。　それはともかくとして、マイナリ氏が、最後の最後にですが、再審への道筋において、「花の東京高裁」所属の、優れた人権感覚を保有する正統派の三人の裁判官（門野氏、岡田氏、小川氏）に出会えたことは、彼にとって幸わせだったと、秘かに思います。　弁護団の一人の言葉では、その出会いが「天の配剤」と受けとめられるほどのことであったことを、ここに付記しておきましょう。

（４）ここで、民事調停に関わったこと以外には、ほとんど法実務経験のない、唯の法学者（ジュリスト）である筆者の、「裁判官」観察を、遠慮しながら、少しだけ展開させて頂きましょう。　不適切な分析やまったく誤まった分析があるのではないかと、心配はしておりますが、とにかく前へ進んでみます。　テーマの中心は、「裁判官にはどれだけ判断の自由があるか」という点についてです。　筆者の個人的感覚を率直に言い表わしますと、「タテマエ」と「ホンネ」という二つの視角から浮きでてくる事象を掬いとりたい、という気持ちに駆られています。　なお、下級審の一つである「簡易裁判所」と、「家庭裁判所」とに纏わるもろもろのことは、この際、取りあげないことに致します。

①　「裁判官」は、日本の場合、キャリアの官吏ですが、「裁判役」という広い括りかたをしてみますと、私人の「裁判員」（裁判員裁判の関係者）も、そこに含まれてきます。　この「裁判員」に関しては、傍論的に言及するだけです。

②　制度上、裁判官が、一人で最終決定（判決）を出せる場合と、三人以上で合議する形を採る場合とがありますが、後者の形態においては、判決の成立には、多数決方式が採用されています。　その運用の実績は、ほとんど完璧に部外秘と成っていますので、部外者の筆者はただ想像するだけですが、多くの場合、多数決には成らずに、全員一致制で答えが出てくるのではないでしょうか。　第一審の地裁では、二〇歳台前半の若い判事補も、三人の内の一人の位置を占めますので、合議の過程で、ひょっとすると、彼は、経験豊富な先輩判事たちの意向＝見解から影響を受けるかもしれません。　これは、ホンネのレヴェルの問題でして、タテマエ上は、その判事補も、独自の意見を主張

することが可能です。　それから、かなりの裁判実績を積みあげてきている高裁クラスの中堅裁判官の許では、担当裁判官たちの内の各人の判断が割れてくる場合があるのは、むしろ自然なことでしょう。　ここでは、激論の末、多数決方式でようやく決着が付くケースも、あるはずです。　最高裁判決で、三対二というの僅差で最終判断が割れたとき、厳しい言葉が飛びかっていた痕跡が見てとれることから、その辺りのことが、推測出来ますね。　最後に、最高裁では、裁判官出身者以外の人物が、各方面から、相当な数、任命される仕組みに成っているのですが、色々な工夫が巧みになされて、いかにも日本風に(？)、各タイプの法廷で、見解が巧くまとまっているようにも見えます。
最高裁に限って、少数意見が公にされますので、それを根拠にして、そのように言える訳です。　以上は普通の裁判についての話ですが、一方、裁判員裁判では、有罪か無罪かなどの判決内容を決める作業において、各裁判担当者の見解＝判断の分布状況（端的に言えば、何対何で数字で結論が導かれたか）は秘密事項ですが、漏れ聞こえてくるところによれば、ときには微妙な数字が打ちだされることも、あるようです（おそらく、裁判官グループの内部では、少なくとも有罪か無罪かの問題についての判断が割れることは、まずないでしょう）。

③　「裁判を担当する各裁判官の判断に自由はあるか」という設問に対する原理的な（タテマエ的な）解答は、「ある。」ということに成ります。　身近なところで考えてみても、管理職としての顔も持つ地方裁判所の所長は、個々の事案の処理を担当する、現場の裁判官に対して、指示や指導を行なうことは、まったく出来ません（後になって批判めいたことをさりげなく言うことぐらいは、あるかもしれません―ここはホンネの世界の話です）。　その裁判官が書きあげた判決に対して異論・異議を唱える地位を公式に保有しているのは、控訴などを受けた上級審（高裁・最高裁）だけです。　なお、刑事事件につきましては、「再審」という特別の制度がありまして、上級審のトップに鎮座する最高裁の最終判断さえも、下級審の裁判官によって改めて審査される対象に据えられます。
以上は、いわば「原理論（タテマエ論）」上の話なのですが、その一方で、ホンネ（裁判官の心の動きや行動）に着目すると、「下級審は上級審の存在それ自体やその眼差などを意識するか」という、いわばメンタル面の、興味深い問題が、浮上してきます。　現実の問題として重要度の高いのは、具体的に問題に成っている事案をめぐって最高裁の打ちたてた判例がすでに存在している、という情況の下で、それと同種・同ジャンルの事案を抱えることに成った下級審の裁判官が、その最高裁の最終判断に対してどのような気構えで臨むのか、つまり、それをまったく意識しないで判断に入ることを含めて、どのようなスタンスを採るのかの問題です。
まず、話題の前提として、以下の要素があることを知っておかなければならないでしょう。（ａ）その最高裁の判決が、確立した、強固なものであるか、それとも、実体的にはまだ流動的な状態で存在しているだけなのか、という点です（もっとも、このような機械的な二分法系の分類のしかたは、実はあまり意味のないものでして、むしろ、「最

高裁の判決は常に流動的である」と見たてるのが正しい、とも言えますが）。　まず、前者の場合には、それに従って（というより、それに忠実に）事案の処理が、下級審によってなされていくことでしょう。その方が何かとリーズナブルだからです。　ところで、最高裁は、法律問題を主として扱う仕組みに成っていますので、どろどろとした事実問題が醸しだす、さまざまなタイプの問題点には、対峙する機会が少ないのです。　その事実問題（たとえば、言われているところの事実がそもそもちゃんと存在したか、また、その事実をどう読み解くか、などの問題）が審議の対象とされるのは、地裁と高裁の場においてだけです（もっとも、例外的に、最高裁が事実を審査し、自ら決着を付けたり、下級審へと事案を差し戻したりすることが、あります）。　次に、後者の場合には、地裁においても、高裁においても、担当の裁判官（裁判官団）が、新時代の意識変化や社会全体の各方面の動きを反映するかたちで（つまり、新しい風を受けて）、あるいは、内面的に、裁判官個人の個性に基づいた独自の判断基準に素直に従って、過去の最高裁判例の枠組をはみ出したり、それに一部逆らったりするような、「目だつ」判断を出すことを敢て行なう可能性は、それなりにあることでしょう。　つまり、下級審から、果敢に問題提起がなされる形にも成るのです。　そういった判決を仕上げた裁判官は、自身の判決が上級審（地裁判決の場合なら、高裁と最高裁）で潰されることを覚悟しているかもしれませんね。　「潰されてもいい。　歴史に痕跡を残すのだ。」とまでは意識しないでしょうけれども、それなりの信念が、その行動の背後にあるのではないでしょうか。　しかし、時として、その新しい目＝芽から、時間を掛けて、また、色々な揺れに見舞われながらも、最終的に、最高裁によって新しい判例が形づくられていくことも、ちゃんとあるのです。　ある地裁での「新鮮な」判決の登場から刺激や影響を受けて、他の地裁でもそれに追随するような判決がいくつか生まれてくれば、「新しい力」は強化されていくことでしょう。　やがて、その「新しい波」は高裁のフィールドにも届き、最高裁という裁判の牙城に、ひたひたと迫るかもしれません。　あまりにも文学的な表現に成っていることを、お許しくださいますよう。　最高裁の人的構成は、判事の退官と新任によって絶えず変わっていきますので（もっとも、最高裁判事を裏で支える、優秀な調査官たちの交代については、また違った動きに成っているかもしれません）、最高裁を不変・不動のものと見る必要は、ない訳です。　大雑把な言い方をお許し頂ければ、「人が変われば、判決も変わる。」ということに成るでしょう。　私見では、優秀な裁判官というものは、もちろん最高裁にも所属していますが、その数は数人でしかなく、高裁や地裁にいるそのような人士の数には、とても及びません。　法学という学問の奥義は、知識の多さや経験の長さよりも、物事の本質を見極める眼力の鋭さによって極められるところが多いと、筆者個人には思えるのですが、「法の領域において人を裁く力」をめぐっても、同じことが当てはまるのではないでしょうか。

④　最高裁の判例や最高裁事務総局の意向に露骨に逆らうような判決を書きあげた裁判官は、俗な表現を使わせて頂くと、「上から睨まれ

たり、左遷されたりする」という、言い伝えがあります。　おそらく「中らずといえども、遠からず。」でしょう。　「司法権の独立」というタテマエとも内部的につながるかたちで、個々の裁判官（司法官）には独立的な地位が保障されていますが、「司法」という「行政」（ホンネ）は、官庁一般において共通に見られる「上下関係」・「支配関係」・「派閥構造」を内蔵しながら、日々動いています。　一つの見方によれば　裁判官は、「司法官」という名の「専門職の役人」に過ぎないのかもしれません。　筆者としては、独立・自立・自律の司法官が、司法行政からの圧力を撥ね退けて、「法を司る」という本来の任務を取りもどしてくれることを、心から願っています。

（５）ところで、最近公刊された書物の中に、生々しい発言が収録されていますので、これを御紹介いたしましょう。　木谷明「無罪を見抜く」（岩波書店・二〇一三年）の三三九頁以下の記述が、それです。質問者：「裁判所の問題点です。　有罪判決が九九％という・・・これは、なぜか。」、木谷氏：「まずは、裁判官が有罪の事件ばかり扱って、有罪に慣れてしまっているという問題がある。　また、証拠開示の問題など制度的な不備もあります。」、「証拠開示の問題は、従前最大の問題点だったのです。　検事が強制力を使って集めた証拠を独占してしまって、被告人側に見せない、取調べ請求する証拠以外は見せなくてよいということになっていたのですから、これで冤罪が発生しなければ不思議です。・・・取調べが可視化されていないから、実際の裁判で捜査官の言い分が鵜呑みにされてしまう。　自白の任意性がどんどん肯定されてしまう、という問題があります。　それは制度を動かさなくても、実際の運用を厳格にすればすむわけなのですけど、どうも任意性を否定して無罪判決をしようと思うと大変な労力が必要なのです。　仮に無罪判決をしても、検事に控訴されると七割くらいは破棄されてしまう。　そうすると、やっているうちにバカらしくなってしまうのですね。　『こんなふうにやったって、どうせ高裁で取り消されるのではないか』と考えてしまって。　それで、検事の控訴が多かったり、高裁の破棄が多かったりすると、勤務評定にも影響するのではないか、いうような心配もあるんでしょう。　まあ、それが実際どこまで影響するか私も知らないけれども、一般の裁判官はそう思うのでしょうね。」、質問者：「勤務評定に影響があるとされているのですか。」、木谷氏「裁判官はみんな、一般にそう信じています。『あの人は検事控訴が多いです』なんて言いますからね。」、質問者：「裁判官仲間で、ですか。」、木谷氏「『高裁で破られています』とか、よく陰で言っています。　良くないですね。」、質問者：「そういうリスクを自分で持つのは避けるという意識が働くという。結局、先生の理由をいろいろ伺うと、制度のこともあるけど、裁判官の意識が『九九・九九％』を生んでいたりというふうに見えるのですけれど。」、木谷氏「そうですね。　それとさっきの裁判官の体質です。」　　筆者は、この手の話は、あちこちで聞いたり、裁判官以外の人が書いていることを読んだりしたことはありますが、ちゃんとした元・裁判官が言ったことが、そのまま載せられてい記事にお目にかかったのは、初めてです。　巷の噂は本当だったのですね。　それに

しても、「勤務評定」という「生々しい」表現には驚きました。　筆者は、「聖職者（？）」にも勤務評定があるなど、考えたことがありませんが。

（６）　因みに、以下の（８）で紹介することになる瀬木氏の書物の六八頁以下には、「刑事系裁判官の問題点と不人気」と「刑事裁判官の逆襲と大規模情実人事」という見出しで、この上もなく刺激的な分析が展開されています。　これは、内容的には、「民事系裁判官である瀬木氏の独断と偏見の産物」とでも形容できる類の作品ですが、それでも、ここには、間違いなく真実を伝えるところも、多数、存在すると見られます。　いずれにしましても、この情報発信を通じて、裁判所の暗部・恥部らしきものが、世間に知れわたることに成りました。もちろん、裁判官にその力を発揮して貰うためには、弁護団の御膳立てが絶対の前提に成ります。　裁判官のリーダーシップは、現行制度下では、昔の大岡越前守のように自由自在という訳にはまいりませんので、特にこのことが当てはまりますね。　再審事案クラスのビッグ・テーマが取扱われる局面では、いわゆる「スーパー弁護人」に御出まし頂けることもあるのですが、彼らの執念がなければ、再審の壁は突破できなかったでしょう。　最後に、獄舎に繋がれている被告人・受刑者を外部から支えた支援団体「無実のゴビンダさんを支える会」の存在を、ここで特記しておかなければなりません。　なお、二〇一三年六月八日には、この組織は、発展的解消を遂げ、「なくせ冤罪！　市民評議会」へと生まれ変わりました。

（７）さて、「裁判は人なり。」という言いまわしは、本編においても他のところで登場することがありますが、これは、おそらく筆者独自のものでしょう。　この言葉の趣旨は、タテマエの権化としての「法」を、ホンネのフィールドで適用する（比喩的に言えば「操る」）のは、最終的には裁判官という「人」である、つまり、人それぞれにおいて、その操りかたに微妙に違うところもない訳ではない、といった辺りのことを意味するところにあります。　先の「足利事件」の再審裁判でも、「郵便不正事件」の第一審の裁判でも、この「東電ＯＬ殺人事件」の再審裁判でも、担当の刑事裁判官たちの訴訟運営が適切であったおかげで、無罪判決が勝ちとられたと考えられるのですが、筆者は、ここに、「輝いた裁判官たちの群像」を見ています。　ついでながら、再審過程にある「袴田事件」においても、そのような結末に成ることを心から祈っています。

（８）ところで、二〇一四年に、「裁判ウォッチャー（裁判観察者）」としての筆者に衝撃を与えるような、一冊の新書版の書物が、出版されました。　「裁判」、「裁判所」、「裁判官」という、三つのキーワードをめぐって、筆者がこれまでに持っていた知識や、抱いていた感覚・感触とは、かなり違ったイメージが、その書物の中に、極めて刺激的なかたちで、多数、散りばめられていたからです。　極論すれば、先の三つのキーワードが示す世界の「マイナス面・暗黒面」が、瀬木比呂志氏の筆によって、突然世間に浮上してきた、とも言えるで

しょう。　部外者ではありますが、筆者としても、この動きに対峙しなければならない、というように感じています。
そのタイトルからしても、異様でかつ強烈な雰囲気を漂わせる、瀬木氏作の「絶望の裁判所」（講談社・現代新書・二〇一四年）が、その作品です。　数ある日本の「お上」の内でも、飛びきり専門性の強い「裁判所」の実像や、それが秘かに抱えこんでいる問題性を、「総合的、多角的、重層的に」（新書本の九頁）明らかにすることを目指す、批判精神に満ち満ちたこの書物は、これまでにもいくらか存在していたような類書とは比較にならないほどの、重量感を誇っています。　裁判所組織「内部」において数十年にわたる実務体験に基づいて得られた知見や感覚や批判を、退官により身分的には「外部」の人と成ってから、明確な意図を持って、率直・過激に公表した、瀬木氏の仕事は、かなりユニークなものでしょう。　いわゆる「キャリアシステム」のラインに乗って、超エリートコースをある時期まで歩んできた瀬木氏流の「ものの考え方」や「行動形式」とともに、独特の「人生観」が、それぞれ投影されているこの作品を読み解くのは、実務に暗い筆者には容易なことではないのですが、本編の各所に散りばめられている筆者個人の受けとめかたや発想とも、いくらかつき合わせるかたちで、この貴重な作品のポイントを、正確さを期するために、原文を示しながら、紹介していくことにさせて頂きます。　ここで、筆者が、通例のように、その著者の言わんとするところを要約する、という方式を採ることはせずに、直接引用の方式を選んだのは、瀬木氏の記述の迫力や雰囲気を忠実に読者の方々に伝えたかったからです。　そのポイント部分をお読み頂ければ、筆者個人による、本編の記述の意味も、また違った角度から、明らかに成ってくれるかもしれません。　以下の記述の際、筆者なりのコメントを差しはさむことも、していきましょう。

①　著者は、各ジャンルの「キャリア」を輩出することで世に知られている東京大学法学部の出身者です。　現役で、難関の司法官試験に合格し、おそらく司法研修所での成績上位の人に対してだけ開かれている、裁判官の「エリートコース」のスタートを、「花の東京地裁」で切りました。　一九七九年のことです。　判事補としてのわずか三年の経験を経て、アメリカに留学することを裁判所から認められ、ワシントン大学の客員研究員として、一年間、研究に従事しました。　そのせいか、後に紹介する氏の発想の中には、英米法の法制度を高く評価するような雰囲気も、感じとれますね。　それから、帰国して三年後の一九八六年に、最高裁判所民事局において、二年間の「局付け経験」を積みます。　大学卒業後、一〇年未満で、東京地裁での実務経験（いわゆる「民事系裁判官」としての職務）、留学研究の機会、司法行政の中枢部である最高裁での行政経験、の三つを獲得した後に、瀬木氏は、六年ぶりに最高載へと戻り、最高裁調査官（著者の説明によれば、これは、「最高裁判事たちの審議のための報告書を作成したり、場合によっては判決案の大要を書いたりする仕事」を行なう，重要ポストのことです）として、最高裁における実務の経験を積み始めますが、そこで体調を崩して、司法エリートのコースからは身を引き、

通常のキャリアを積むことに成りました。　三三年間にわたる多彩な経歴の持ち主としての瀬木氏は、裁判官の職を辞した後、「外部の人」として、「内部の実態の批判者（広い意味での「内部告発者」）」と成ったのです。　おそらく、現代の「裁判界」における、史上最強の「問題提起人」としての瀬木氏の業績や言動に対する「リアクション」は、世間の眼にとまりやすい「新書版」の発刊をきっかけにして、二〇一四年以降に、さまざまな形を取って、陰に陽に、展開されていくことでしょう。　実は、氏には、二〇〇〇年代の後半に執筆していた「民事訴訟の本質と諸相―市民のための裁判もめざして」（これは、退官後に、ようやく、日本評論社から二〇一三年に出版されたものです）という本格的な学問業績も、あります。　これらの書物は、無数の裁判所関係者にとっては、きっと重苦しい内容のものでしょうが、彼らには、「裁判官を途中で辞めていった人間の不平・不満・批判・グチなどに、まともに取りあう必要はない！」というように矮小化して　これを無視したり、軽視したりするのではなく、現状の改善策や未来への提言をその書物から汲みとって、ぜひとも、前向きに対応して貰いたいものです。　瀬木氏と同じように、「法の世界」の住人であり、また「法学者」でもある筆者は、「裁判ウォッチャー（裁判観察人」としての筆者なりの視点で、氏から提示された情報を真剣に受けとめてみたい、と考えています。　しかし、この際、筆者が、これまで本編の記述において記しているように、「日本の裁判所に絶望している」のではないことを、明らかにしておきましょう。　率直に言えば、筆者には、「絶望の裁判所」といった、瀬木氏流の、マスコミ向けの（？）表現には、親しめないところがありますね。　筆者は、言ってみれば、「法の歴史家」の一人なのですが、そもそも、歴史家というものは、その時々の「歴史事情」に絶望ばかりは、してはいられないのです。　少しは覚めた眼差しで、クールに、しかも、時間軸をも考慮に入れながら、対象に立ちむかう役目を、負わされています。　そのような点とも関連するのですが、筆者は、裁判所を、タテマエ上もホンネ上も変革して、絶望的な状況を一気に打開する、という、硬度の高い、「革命的な」スタイルが選択されることには、賛同出来ません。　そうではなくて、現下のタテマエ（構造物）はそれなりに温存しながら、ホンネ（現場での運営）のところで、一方では、組織内部にあっては、自浄作用を含めた、あらゆるルートから、司法行政及び裁判組織や裁判官のありかたを見直し、他方で、外部組織や部外者からは、知恵も借りて、少しづつ微調整をしながら、裁判所全体が本来あるべき姿へと変身する方向へと向かってくれることを、期待する者です。　その職責上当然のことですが、検察官以上に硬い頭（姿勢）を保持している裁判官エリートの人々には、現状を少しでも変えるような動きに出ることは、あまり望めないかもしれませんが、それでも、この書物が投げかけた批判に対して、しっかりと答えを出していく義務が、彼らのトップにはあるのではないでしょうか。　さて、二〇一四年は最高裁長官が交代する時期なのですが、この年は、全権・強権を保有しているとも言われている、司法組織のこのトップが、その気になれば、手腕も剛腕も、発揮することが可能になる時期の始まりです。　かつての日本にリベラルな最高裁が存在していたことを思いおこして、新

長官による「最高裁大点検」の作業がスタートすることを、筆者は心から望んでいます。　一般に、組織というものは、時代の経過とともに、変化・変容したり、制度疲労を起こしたりして、たいていは劣化していくものです。　人間の場合と同じように、組織は社会的生命体ですから、ときには、それに対して、治療＝修復が必要とされます。世界のどの国の裁判組織も、それぞれに固有の重大な問題点をいくつも抱えながら動いていますので、日本の場合だけが、異常な、歪んだ姿になり果てている、とまでは、言えないのでないでしょうか。

②　ここで、著者のプロフィルを補足しておきましょう。　氏の言葉によれば、この人は、「三三年間裁判官を務め、そのかたわら、二〇年余りにわたって、民事訴訟法等の研究や執筆、学会報告を行い、その後明治大学法科大学院の専任教授に転身した。」（六頁以下）というように、多くの才能に恵まれた人物です（専門以外にも、ペンネームでの書物作品がいくつか、あります）。　筆者の見たてでは、この人は、純粋のジュリスト（法律家）というよりは、思想家・文学者や社会学者のキャラクターを強く示す人のように、見えます。　「アメリカの裁判官であればまだしも、日本のヒエラルキー的官僚組織において官僚裁判官を務めるのは、学者肌の私には、元々無理があったのかもしれないと思う。」（四八頁）という率直な記述からも、この辺りのことが、うかがえますね。　氏の記述の端々に「アメリカびいき」の雰囲気が見えています。　日本は、遥か昔に中国法を、明治時代にフランス法、ドイツ法を、戦後に英米法（特にアメリカ法）を、それぞれ導入してきた経歴を持つ、特異な国なのですが、現在の日本では、アメリカの法や法制度が、ある法領域において、一種のモデルとして、特別の意味を持っているのです。　もっとも、法歴史家としての筆者は、日本は、いつまでたっても、広い意味での「日本固有法」の世界から決定的に外れていくことはない、と確信しています。

③　さて、著者（瀬木氏）の「現状分析」は、以下のように展開されています。

（ａ）「ごく普通の一般市民であれば、おそらく、少し冷たいけれども公正、中立、廉直、優秀な裁判官、杓子定規で融通はきかないとしても、誠実で、筋は通すし、出世などにはこだわらない人々を考え、また、そのような裁判官によって行われる裁判についても、同様に、やや市民感覚とずれるところはあるにしても、おおむね正しく、信頼できるものであると考えているのではないだろうか？　しかし、残念ながら、おそらく、日本の裁判所と裁判官の実態は、そのようなものではない。　前記のような国民、市民の期待に大筋応えられる裁判官は、今日ではむしろ少数派、マイノリティーとなっており、また、その割合も、少しずつ減少しつつあるからだ。　そして、そのような少数派、良識派の裁判官が裁判所組織の上層部に昇ってイニシアティヴを発揮する可能性も、皆無に等しい。」（三頁以下）
「日本の裁判所、裁判官の関心は、端的にいえば,『事件処理』ということに尽きている。　とにかく、早く、そつなく、『事件』を『処理』

しさえすればそれでよいのだ。　また、権力や政治家や大企業も、これをよしとしている。　庶民のどうでもいいような事件、紛争などともかく早く終わらせるにこしたことはなく、冤罪事件などいくらかあっても別にどうということはなく、それよりも、全体としての秩序維持、社会防衛のほうが大切であり、・・・・日本の裁判所は、・・・・『民を愚かに保ち続け、支配し続ける』という意味では、非常に、『模範的』な裁判所なのである。　そして、まさにそのような意味合いにおいて、私は、日本の裁判所、裁判官、少なくともそのトップと、裁判官の多数派、マジョリティーとに、深く失望、絶望している。　つまり、日本の裁判所は、大局的にみれば、『国民、市民支配のための道具、装置』なのであり、また、そうした道具、装置としてみれば、きわめてよくできているのだ。」（七頁以下）

（ｂ）　「キャリアシステム（著者の定義によれば、この概念は、広い意味では、「公務を生涯の職業として保証する制度一般」を指しています）というのは、司法試験に合格した若者が司法修習を経てそのまま裁判官になる官僚裁判官システムを意味し、相当の期間弁護士等の法律家経験を積んだ者から裁判官が選任される法曹一元制度に対置される。・・・・日本のキャリアシステムには問題が多く、ことに近年はその劣化と荒廃が進んでいることをも考慮すると、司法を再生し、さらに、国民、市民のための裁判、当事者のことを第一に考える裁判を実現していくためには、法曹一元制度の実現が不可避ではないかと考えている。」（三四頁）
「現在の裁判所の状況は、いわば、官僚、役人タイプが、かつての多数派であった職人タイプを圧倒し、駆逐した状況にあるといってよい。言葉を換えれば、多数派、中間層の官僚化・役人化傾向が著しい。」（三八頁以下）（「職人タイプ」というのは、「たとえ保守的であり、考え方や視野は狭くとも、少なくとも、日々誠実にこつこつと仕事をし、たとえば行政訴訟や憲法訴訟といった類型の事件を除いた日常的な事件に関する限りは、当事者の言い分にもそれなりに耳を傾けてきた」「平均的な裁判官、中間層」のことを指します。）

（ｃ）　「日本の裁判所の最も目立った特徴とは何か？　それは、明らかに、事務総局（裁判官と裁判所職員に関わる行政、すなわち「司法行政」を行うことを目的とする最高裁判所内部の行政組織であり、・・・・純粋行政系セクションと、民事局、行政局、刑事局、家庭局の事件系セクションとに分かれている）中心体制であり、それに基づく、上命下服、上意下達のピラミッド型ヒエラルキーである。」（一九頁・八四頁）
「最高裁長官、事務総長（先の事務総局のトップ：引用者注）、そして、その意を受けた最高裁判所事務総局人事局は、人事を一手に握っていることにより、いくらでも裁判官の支配、統制を行うことが可能になっている。・・・・裁判長たちについても、・・・・事務総局が望ましいと考える方向と異なった判決や論文を書いた者など事務総局の気に入らない者については、所長になる時期を何年も遅らせ、後輩の後に赴任させることによって屈辱を噛み締めさせ、あるいは所長にすら

しないといった形で、いたぶり、かつ、見せしめにすることが可能である。」（九〇頁）
ところで、元・刑事裁判官の原田國夫氏は、「裁判官の余白録（シリーズ連載）」（世界・二〇一五年）で、「最高裁としても、二度と明白な冤罪が起こらないようにするために、外部にも分かるような形で十分方策をとるべきであると言いたいだけである。　それも、そんなに難しいことを求めているのではなく、裁判官相互の自由な議論を喚起すれば、それだけでも意味があると思う。　自由な議論とは、何を言っても、人事上の不利益を加えないということである。」と記しています。　筆者は、瀬木氏と同じように良識派に属する原田氏の、この「人事上の不利益」発言には、注目しています。　ひょっとすると、これは、心ある裁判官たちの声を代弁しているのかもしれませんね。
「日本のキャリアシステムは、本当に問題が大きい。　一言で言えば、非人間的なシステムである。　その構成員には、本当の意味での基本的人権がない。　集会結社の自由や表現の自由はもちろん、学問の自由にも、思想および良心の自由にも、大きな制約が伴う。・・・・裁判官は、一握りのトップを除いては、個人としてほとんど全く尊重されていない。　虚心にその実態を見据えれば、人間というよりも、むしろ制度の奴隷、精神的収容所の囚人に近く、抑圧も非常に大きい。」（二〇四頁）
「日本型キャリアシステムは、キャリアシステム全体の中でみても、その階層性、閉鎖性、中央集権制において際立ったものであり、構成員に熾烈な出世競争を行わせ、飴と鞭を使い分けてコントロールすることにして、裁判官たちから、その独立性を事実上ほぼ完全に近いといってもよいほどに奪い、制度に屈従する精神的奴隷と化しているのである。」（九六頁）
「近年、ことに二〇〇〇年代以降の時期に、日本のキャリアシステムは、そのメリットを発揮しにくく、デメリットのほうは急速に肥大するという状況になり、裁判官のモラル、士気、能力は、地滑り的に低下していった。　ことに、平均的な中間層裁判官の疲弊、なし崩し的な劣化は顕著である。　これには、上層部の荒廃、腐敗とその裁判官全体への影響、バブル経済の時期以降に始まった裁判官の能力水準の低下という事情が関係している。　その結果、キャリアシステムを支える基盤であった徒弟制的教育システムの長所が失われ、短所ばかりが目立つ状況となっているのである。」〈二三〇頁〉
「現在、マジョリティ―の裁判官の行っているのは、裁判というよりも、『事件』の『処理』である。　また、彼ら自身、裁判官というよりは、むしろ、『裁判を行っている官僚、役人』、『法服を着た役人』というほうがその本質にずっと近い。」（五一頁）

（ｄ）　「日本の裁判所、裁判官は、これまでは、広い意味における社会秩序の維持や利害の調整という側面において、それなりの貢献をしてきた。　だから、国民、市民の裁判所、裁判官に対する評価は、たとえば政治家や行政官僚に対する評価よりは高い。　にもかかわらず、

人々の間には、司法のあり方、裁判のあり方に対する不満や不信がくすぶり続けている。」（一六五頁）

（ｅ）「『日本の裁判官は優秀である』などといった言葉は、もはや、ただの神話、幻想になりつつある。　行政官僚についてはかなり以前から進行してきた質の低下が、裁判官、すなわち司法官僚についても顕著になりつつあることを正確に認識しておかないと、本当に取り返しのつかないことになる。　実務を知る一学者として、警告しておきたい。」（二一二頁）

（ｆ）「二〇〇〇年代に行われた・・・・司法制度改革は、日本の裁判所・裁判官制度の問題の根源、諸悪の根源となっている最高裁判所事務総局の多様でかつ外からはみえにくい裁判官支配・統制、そして、上命下服・上意下達の徹底という問題を素通りし、事務総局中心体制を無傷のまま温存してしまうという根本的な過ちを犯したし、裁判員制度の導入決定後はむしろそのような体制が強化され、現在では、一枚岩の最高裁支配、事務総局支配、上命下服、上意下達のシステムが、以前にも増して固められてしまっている。」（二一九頁以下）

（ｇ）それでは、ここで、話題を変えましょう。　第５章「心のゆがんだ人々」の項目には「裁判官の不祥事とハラスメント、裁判官の精神構造とその環境」の見出しの下に、三〇〇〇名程度の数の裁判官の姿について、鋭い分析が加えられています。　これに、第２章「最高裁判事の隠された素顔―表の顔と裏の顔を巧みに使い分ける権謀術数の策士たち」における「最高裁判事の性格類型別分析」の成果をプラスすると、上は、最高裁判事としての、裁判官出身の六名という裁判官のトップから、下は、二〇歳台後半の判事補までの裁判官の、全貌が見えてきます。「内部観察者」としての瀬木氏の目の鋭さが、とても印象的です。

（ｈ）最後に、「裁判官」と「弁護士」の姿や立ち位置について、その著者がコメントを加えている部分を、断片的にですが、抜き書きしておきます。　これは、以上の瀬木氏の鋭い記述をよりよく理解して頂くために役だつことでしょう。
「今でも、かなり少数派にはなってしまったが、いい裁判をしようと心がけて日々仕事に励んでいる良識派裁判官、良心的な裁判官も一定の割合存在する。　彼らの存在が何とか裁判所の信頼を支えているといってもよいだろう。」（二〇八頁）［この記述と関連する氏の発言が、ある週刊誌のインタービュー記事の中に、あります。「裁判官は皆さんが信じるような『裁判官』じゃない。　裁判する役人なんです。　今では真に裁判官の名に値する人は一割。　そこそこ誠実に仕事する人を含めても三分の一ぐらいしかいないでしょう。」が、これです。］
「法曹三者（裁判官、検察官、弁護士：引用者注）の中でも一段高いものとみられていた裁判官」（一五頁）、「私が若かったころには、裁判官の間には、まだ、『生涯一裁判官』の気概があり、そのような裁判官を尊敬する気風も、ある程度は存在したように思う。　また、裁

判官の中の最多の部分、中間層には、少なくともていねいに、誠実に仕事をするという長所があったと思う。　さらに、裁判官の中には、確かに、品性のある、紳士の名に値する人物もかなり存在したと思う。」（五〇頁以下）、「私の知る限り、やはり、良識派は、ほとんどが地家裁所長、高裁裁判長止まりであり、高裁長官になる人はごくわずか、絶対に事務総長にはならないし、最高裁判事になる人は稀有、ということで間違いがないと思う。」（五四頁）、「刑事系裁判官には能力の高い人が集まりにくくなってくる。」(七二頁)、「刑事裁判は、民事裁判に比較すると人気がなく、ことに若手の裁判官にはほとんど希望者がいないという状況であった・・・・」（七〇頁）　この書物には、「裁判員制度導入の舞台裏」、「刑事系裁判官の問題点と不人気」、「刑事系裁判官の逆襲と大規模情実人事」という刺激的なタイトルの下に、かなりの力点を置きながら、民事系裁判官であった瀬木氏の分析が微細に展開されています。　ある週刊誌のインタービュー記事で、瀬木氏は、「当初裁判官の間では裁判員裁判（引用者付記）制度導入に消極意見が非常に強かった。　それが、最高裁事務総局が賛成の方向に転じてから変わった。　現在では、この制度を表だって批判したらとても裁判所にはいられないような雰囲気となっている。」、「裁判所は（引用者付記）完璧に腐敗してるんです。　自分たちの権益のことしか頭にない。」　これが瀬木氏の最大の批判の部分です。先の書物の公刊の動機の一つがこの点にある、と見て差しつかえないでしょう。　筆者の感ずる限りでは、この辺りの記述には、いわゆる「独断と偏見」の匂いが強烈にします。　それでも、ここには、興味深い、というよりも面白い、記述が多くあります。　「昔から優秀な修習生(法曹の養成機関である司法研修所で修習を受けた人:引用者注)のマジョリティーは弁護士になっていた。・・・・近年は、私の知る限り、優秀な修習生の七、八割は弁護士になっている。」（二二三頁以下）、「近年、裁判官をやめる人が昔に比べて多くなっている。　それも、比較的優秀な裁判官がやめていく傾向が強い、ともいわれている。」（二一一頁）、「（エリートコースを歩いた:引用者注）最高裁判所調査官や事務総局課長経験者についてさえ近年は裁判所に見切りを付けて退官する人が出るようになっているのも事実である。」（一一一頁）

これらの記述の他にも、「刺激的な」表現、いかにも「過敏な」受けととめ方が、その書物の各所に散りばめられていますが、この作品が「告発・弾劾の書」である、ということで、ここでは、その点についてあまり気にしにないことに致します。　言うまでもないことですが、著者・瀬木氏の発言＝表現がすべて「真実」に適ったものであるかどうか、につきましては、異論・批判の余地が、大いにあるでしょう。それでも、民事系裁判官としての瀬木氏が、職務上獲得した、第一級の「緻密な事実認定の能力」と「中正な価値判断の能力」が、この小品の中に遺憾なく発揮されているのではないでしょうか。　ただのジャーナリストの場合とはレヴェルの違う、裁判官作家の「筆力」の高さには、物書きの一人としての筆者は、敬意を表します。

④　次に、著者の構想の生命線と成っている「改革提言」の中身に当たるものは、―筆者の見るところでは―　以下のような記述から、知ることが出来ます。

（ａ）「『弁護士の中のすぐれた人々』が裁判官になることを可能にするような条件さえ整えれば、法曹一元制度の実現は、日本においても難しいことではなく、むしろ十分に可能であり、また、望ましいことであると考える。」（二二二頁）　この発想に対して逆風が強いことは、著者は十分にわきまえています。「日本で法曹一元制度を実現することなど不可能だ、日本の無知な大衆には『お上』が面倒をみてあげるキャリアシステムこそがお似合いなのだ、と訳知り顔で語る人が、多分、あなたの前に何人も現れることだろう。」（二三六頁）という表現から、このことが判りますね。

（ｂ）「私は、現在の裁判員制度についてはすみやかに前記のような点（「一定範囲の重大事件すべてについて」だけ裁判員裁判が行われていること、「合議体に三人もの裁判官が入る」こと、「裁判員に課せられている守秘義務の範囲が広過ぎ、また、違反した場合の刑罰が重過ぎる」こと：一部引用者注）を改善するとともに、なるべく早期に選択制の陪審員制度に移行させることを提案したい。」（一五一頁以下）（ここで言われている「選択制」とは、重大犯罪だけでなく、すべての犯罪について、被告人に、職業裁判官だけによる裁判のをルートを選びとるか、陪審員の加わった裁判のルートを選びとるか、についての選択権を与える方式のことです。　なお、陪審制では、有罪無罪の判断は陪審員だけで行なわれる仕組みに成っています。）、「そのような形で裁判員制度の実績を生かしていくべきであり、また、そうした制度であってこそ、『市民の司法参加の実現』、『刑事裁判制度の改善』、『冤罪の防止』という前記の（現行の裁判員制度の：引用者注）目的も、十分に達成されると思われるからである。」（一五五頁以下）

⑤　ところで、筆者が、本編において、異例にも、これだけ詳しく「瀬木本」の内容紹介を原文に即して試みたからには、筆者の側には、この際、自ら考えるところを提示しておく義務があるでしょう。　それでも、裁判所とは無縁の筆者（もっとも、思い起せば、筆者には、一八歳の時点で、裁判官に成ることを人生設計の中にしっかりと組みこんで、受験勉強に全力を集中していた時期がありました）が、瀬木氏の提示される事実関係や組織実務上の問題に関して、何かコメントを発することなど、出来るはずもありません。　保有情報量に圧倒的な差があるからです。　筆者が何か出来るのは、残念ながら、せいぜいのところ、部外の第三者として、裁判の未来像についての「制度設計」あたりの問題について、少しコメントをすることだけです。

（ａ）　まず、「キャリアシステム」問題に関してです。　著者によって、「キャリアシステムというのは、司法試験に合格した若者が司法修習を経てそのまま裁判官になる官僚裁判官システムを意味し、相当の期間、弁護士等の法律家経験を積んだ者から裁判官が選任される法

曹一元制度に対置される。　キャリアシステムは、ドイツ、フランスなどの大陸法系諸国起源の制度であり、法曹一元制度はアメリカ、イギリスなどの英米法系諸国起源の制度である。」（三四頁）と記されている通り、およそ「裁判のかたち」というものは、世界の法先進国それぞれが，歴史上保有している「法・法システム」の基本構造の姿を、かなり忠実に反映したものです。　更に言えば、そういった制度や法の形は、それぞれの国固有の「法文化（法意識、法感情、法行動などの総体）」のありかたとも、緊密に結びついているのではないでしょうか。　「比較法文化論」的な発想から物事を歴史的に観察することに学問的に興味を抱いてきている筆者としては、特にそのように考えるのです。　明治期以来、わが日本は、成文法・制定法という、「大陸法」系の硬度の高い実定法システムを備えた国家と成っています。「お上」・「当局」・「公」・「上から目線の見方」が優位に立つかたちの社会構造・意識構造・規範構造というものに、伝統的に馴染んできている私たち日本人の下では、検察官と被告人・弁護士との対抗軸・対立軸を中心にして、厳しい対立の下に執り行なわれる刑事裁判の領域の話としては（民事裁判では、事情はかなり異なります）、「在野の私人としての顔を明確に持っている弁護士、しかも、依頼者の利益を第一に考えることを職能としている、という意味で、主観性の強い行動形式を磨いてきた弁護士」という人物が、法曹一元制の導入により、相当な実務経験を積んだ後にではありますが、ある時期に成って、突然に、検察官と、元・同輩の弁護士という「両当事者」の上に立つポジションにある裁判官として、「お上」の一員へと変身する、といった成り行きには、各方面から何かと不安感が抱かれるのではないかと、予想しています。　裁判において何よりも重要なのは、色々な意味における、裁判への信頼ですが、その信頼は、裁判官への信頼からストレートに導きだされてくるものです。　筆者個人の主観的な観察では、かつては、「信頼できる裁判官」に裁判現場で私たちが出会えるチャンスは、決して低くなかったのですが（とりわけ、第二審の高等裁判所において、そのことが言えます），今でも、おそらく、そういった評判のある裁判官の数は多くないものの、立派な人士は、いるところには、ちゃんといます。　本編の「特別版」［Ｉ］」のところで扱った三つの事案で、被告人を救ったのは、正にそのような人物だったのでしょう。　筆者は、先にも述べたように、刑事裁判に関する限り、大陸法系の制定法・成文法主義を採用しているこの日本では、「事実認定」、「法規の適用」、「量刑」という三部門において、統一性のある基準技術を、長い時間を掛けてマスターした職業的裁判官が、これまで以上に、良心的に、自覚を持って、自律的に、コンスタントに、裁きの任務についてくれることを、期待しています。　確かに、「優れた弁護士」は、ひょっとすると、「優れた裁判官」よりも数多く存在するかもしれません。　それでも、「優れた弁護士が直ちに優れた裁判官」に変身するとは、とても言えないのです。　それは、同じ法曹でも、磨きあげられた専門能力の部分が、職能の違いから、互に違っているからです。　それから、仮に法曹一元制を導入する道が決断されるとしても、組織替えの段階で、いくつもの難問が待ちかまえています。　たとえば、二四歳ほどで判事補と成った人が定年退官を

迎えるまでには、四〇年以上の年月が必要ですが、それまでは、旧制度下のキャリア裁判官と、新制度下の弁護士任官の裁判官が、比率を色々と変えていきながら、併存することに成ってくるでしょう。　そこから必然的に発生する「変動過程における不安定要因」は、司法の根幹を揺るがしかねないのです。　司法にとっては、「裁判への信頼」は司法が成りたつ上で大切な要素（ホンネ）ですが、「裁判の安定性」も同じように大切な要素（タテマエ）と言えるでしょう。　前者は、個々の裁判官の努力しだいで、それなりに達成できますが、後者は、制度（タテマエ）本体に関わることなので、不安定さを是正したり、修正したりするのには、長期間にわたって、大変なエネルギーが必要と成ってくるはずです。
ところで、次に取りあげる陪審制の下での話になって来ますと、「事実認定」は、基本的には、私人陪審員だけの仕事に属しますが、それでも、アメリカで見られるように、陪審制を利用するか、職業裁判官による裁判方式を利用するか、の選択が被告人に可能になるシステムが用意されれば、後者の局面においては、職業裁判官の職務は、当然のことながら、全面的に温存されます。　一方、陪審制下の裁判においても、裁判全体を統括する職業裁判官は、陪審員に対して、事実認定上の問題や、法律問題に関して、詳細な説明や説示を予め丁寧に行なうはずですから、彼らプロには、このように重要な任務が課せられているのです。

（ｂ）　次は、「刑事陪審制の導入」の可否についてです（民事陪審制の方は、アメリカにおいては、今も健在ですが、ここ日本では、この分野への陪審制の導入は、現段階では、まったく想定外のことでしょう）。　実のところ、筆者は法の「歴史」を研究する「法歴史家」に属する人間（ロマニスト）に過ぎないのですが、筆者は、研究の当初から、現代的関心をとても強く抱いておりまして（この「現代的関心」というのは、ヨーロッパ中世以来の、各時代の、無数の「ローマ法学者たち」が持っていた諸々の関心の一部分を構成していた風潮ですから、現代の「私」という筆者が、まったくの異端に属する行動様式の持ち主である、という訳でも、ないのです）、すでに五〇年以上も前から、日本における陪審制の復活（創設ではありません！）を願って研究を始めていた人間なのですが、現在では、「陪審制への移行過程」という位置づけの下に、新設の「裁判員制度」の存在を肯定的に受けとめる立場の人間です。　しかし、実のところ、陪審制をめぐっては、厄介な問題が、いくつもあります。　まず、すべての刑事事件について一律に陪審裁判を行なっていくということは、理論上はありえても、実際上は、おそらく無理な相談でしょう。　一二名（必ずしもこの数である必要性はないのですが）の市民に、何日（ときには何十日）もの間、裁判に張りついて貰う、などというのは、陪審に関わる人の数が巨大なものになる関係で、多数の市民に各種の負担を掛けるだけでなく、国家経済にもマイナスを引きおこすやり方でも、あるからです。そこで、現実論としては、対象に絞りを掛ける目的で、現行裁判員制度の場合のように、陪審裁判の適用対象を限定してしまって、取扱い件数をリーズナブルなものにするか、あるいは、アメリカでのやり方

のように、被告人に、通常の刑事裁判形式で裁かれるスタイルを取るか、陪審制で裁かれるスタイルを取るかの「選択」の余地を与えることにより、陪審制の実施数を事実上絞りこむようにもっていくか、などの方策が考案されるでしょう。　念のために申し添えますと、アメリカでは、陪審員に、事実問題についてだけですが、審理を陪審員に全面的に委ねる選択をする、というルートを自らの意思で選択する被告人は、刑事被告人の数パーセントにしか成らないそうです。　それ以外の被告人は、法曹一元制度の下で、弁護士出身の裁判官が指揮する法廷で裁かれます。　筆者のいたって個人的な観測では、「選択制の陪審制」が将来日本に設けられる事態になっても、このルートをわざわざ選択するような被告人は、やはり、少なくとも制度のスタート地点では、ごく少数に成るように思われます。　それは、一つには、被告人が、事実認定の任務という、審理の根幹部分を、同輩市民に全面的に委ねることに対して、ためらいや不安を抱く可能性が、かなりあるからです。「同輩に裁きを付けて貰う」というシステムを素直に受けいれる文化的風土をしっかりと作りあげた国は、世界にちゃんと存在しますが、しかし、世界でも独特の国家構造を誇る私たちの国では、市民が、陪審裁判に親しみを抱き、それを信頼する状態に成るまでには、相当な時間の経過が必要とされるでしょう。　それでも、現行の裁判員制度の実績が多年にわたってしっかりと積み重ねられて、市民の内のかなりの割合の人が、裁判官とともに事実問題を扱う法廷経験を共有することが出来るように成ってくれば、事態は必ず好転するはずですし、また、裁判官が伝統的に身に付けている、事実認定のノウハウの一部が、裁判員に課せられている「守秘義務」を壁を乗りこえて、外部に漏れてくることもあるでしょうから、法の素人でも、技術的な知識に触れる機会も、生まれてくるはずです。

ここで、ご参考までに、裁判員制度が発足してから五年目の二〇一四年五月二一日現在で、その実績を示すデータを、記しておきましょう。①　裁判員候補者とされた人・・・五八万一〇六〇名、　②　裁判員及び補充裁判員に任命された人・・・四万九四三四名、　③　判決を言い渡された人・・・六三九六名、　④　死刑判決を受けた人・・・二一名(その内、四名が控訴をせずに、第一審で死刑が確定しました)、無期懲役刑を受けた人・・・一三四名、無罪判決を獲得した人・・・三四名、　⑤　平均審理期間・・・二〇〇九年には、三・七日でしたが、二〇一三年には、八・一日にも成り、今後もその火数が増えるのではないかと、予想されています。　最高裁長官は、「おおむね順調に運営されている」との談話の発表していますが、それは、大体のところ、当たっているでしょう。　もっとも、裁判員については、彼らの、メンタルな部分の悩み・苦しみをどう受けとめていくかなどの、微妙な問題が、いくつも生まれてきています。　それらを解決するためには、制度の手直しが必要でしょう。　「死刑事件を含む重大事件を裁く市民」へのバックアップが、強く求められています。

以上の話は、刑事被告人に関するものですが、一方で、弁護士サイドからすると、陪審裁判の判決結果についての読みが難しいとか、市民陪審員の判断には揺れ・振れがつきものなので、敗訴のリスクがどうしても大きくなるとか、の事情を考えて、弁護士が、被告人が陪審回

避の方向へ向かうように仕向ける傾向も、出てくるのではないでしょうか。　とりわけ、冤罪に巻きこまれそうに成っている、無実・潔白の被告人の場合、無罪を勝ちとるために、固定観念にとらわれがちな職業裁判官を避けるのか、素朴な感覚に従いがちな素人陪審員を避けるのか、の二者択一をめぐって、被告人側には難しい選択が迫られるに違いありません。

次は、審理の内部における問題点です。「事実問題（端的に言えば、被告人を有罪を導くためのベースとなる犯行が、事実として、存在するか、についての問題）の審理なら、素人にも出来る。」ということで、陪審員の仕事は、いかにも易しくて軽いもののように受けとめられることがあるかもしれませんが、筆者個人の見るところでは、実は、逆で、例えば、「事実というものをどのようにして掬いとるか、認定された事実をどのように読み解くか、どのようにして確実な心証を形成するか」、などの、広い意味における「事実問題」こそが、現在の職業裁判官の頭を悩ます元凶の一つなのです。　事実問題と法律問題が複雑に絡みあっているような事案も少なくありませんが、そのようなときには、自力で判断することを迫られる陪審員は、きっと判断に悩むことに成るでしょう。　ところで、現行の裁判員制度の下では、プロの裁判官がいるところで、事実問題の解明について、全員で合議がなされる関係で、「法の素人」の各裁判員には、負担はまだ少ないのですが、一方、事実認定を陪審員の専決事項とすることを制度の基軸としている陪審では、いくら、前もって、裁判長から事実審理の際の心構えとか手順などの指導をしっかりと受けていたとしても、審理の現場にいる陪審員たちには、その職務は、大変な難行・苦行と成ることでしょう。　もし、アメリカの標準的な場合のように、全員一致でなければ有罪無罪の結論が出せない、というのなら、ますます議論は白熱して、決着が付くのに時間が掛るはずです。　合議をリードするパーソナリティーなど、そこには、いないからです（もちろん、事実上、まとめ役をする人物が自然に現われてくる可能性は、ありますが）。　全員一致ではなくて、多数決（たとえば一二分の九）で有罪無罪を決定する方式が採用される余地も、確かにありますが、ここでは、三人の陪審員が、無罪であると確信していたり、有罪とするには疑問が残ると考えたりする、という対立状況の下で、有罪判断で結着を付ける、というやり方に成ります。　「有罪判断をするのに疑わしさを抱えたままで、数で押しきる」スタイルを採ることは、一つの考え方によれば、「疑問のあることにおいては、被告人に有利に判断するべきである。」という「無罪推定則」の修正に繋がり、かなり問題含みの状況が出現してくることに成りますね。　さて、刑事裁判手続全体を、陪審員を抱えた状態で、きちんとコントロールする役割を与えられた裁判長には、おそらく、現在のプロの刑事裁判官が置かれている状況の場合よりも、遥かに複雑で高級な任務を課せられることに成るでしょう。　結論的に申しますと、陪審裁判は、仮に法曹一元制が導入されるにしても、その導入より前の段階で導入され終えていなければなりません。　刑事裁判の一局面（事実認定部門）だけに「民」の要素を引きいれる試みである陪審制の方が、「民」の世界で育った弁護士を「官」の世界の主人公に据える法曹一元制よりも、変革の衝

撃を低くすることが出来るからです（この点につきましては、異論は大いにあるでしょう）。　筆者は、陪審制の中にいくら難点が伏在していても、それを克服する制度上の手当を整えた上で、この日本に再導入される日が来ることを心から期待している者です。

（９）それでは、本題に戻りましょう。　マイナリ氏の有罪が最高裁で確定した二〇〇三年には、ＤＮＡ鑑定の精度と使い勝手は、「ＳＴＲ型」検査法の新開発によって、飛躍的に向上しました。　このとき、別人のＤＮＡ型と一致する確率は一一〇〇万人に一人（つまり日本人全体の中には、一〇人程度の同型者が存在する勘定に成ります）でした。　それでも凄いことなのに、その六年後には、何と四兆七〇〇〇億人に一人の確率にまでに精度を高めています。　ですから、今では、地球上の全人類の中で、私たちは、それぞれに、唯一つの型を持っている計算に成りますね。　あの「足利事件」の再審の過程で、過去の鑑定の誤まりを明らかにして、冤罪地獄から菅家氏を救いだした功労者は、このニュータイプのＤＮＡ鑑定技術でした。　因みに、足利事件で主任弁護人であった佐藤弁護士は、ＤＮＡ問題のエキスパートで、「スーパー弁護士」の名に恥じない力量を備えた人物ですが、氏の言葉によると、足利事件の始まりのところで重要な役割を演じたＤＮＡ鑑定は、初期レヴェルのものでしかなかったので、その活用をめぐる欠陥は、多少とも許されるところもあったのに比べると、今回のマイナリ氏問題における鑑定不実施の扱いには、大いに問題があるそうです。それでも、警察も検察も、この度の事件の経過からきっと教訓を得ることでしょう。　そのことを期待しています。

（１０）ところで、二〇一〇年の春に、再審が開始するかどうかがまだ決まっていなかったころ、第一審の公判（無罪判決が出た裁判）で、東京地検の幹部として捜査に関わった元・検察幹部は、以下のように取材で答えています。　「ゴビンダが犯人で間違いないと当時確信していたし、（ＤＮＡ鑑定によって新しい情報がもたらされた：引用者注）今も確信している。」、「この事件は、被害者が特殊な女性であるということを頭に入ておかないといけない。　件の日も何人もの男性と接触しているから、被害者の体内からゴビンダ以外の精液が出たとしても、ゴビンダが犯人であることを否定する根拠には成らない。」こういった冷ややかな物言いは、警察や検察が共通に持っている感覚の産物のように見うけられますが、彼らの職業的な勘が生みだす、共通の物の見方の表われなのでしょう。　結局のところ、「無罪」という判決＝判断は、必ずしも「無実・潔白」を示すものではなくて、「有罪とは言いきれない・有罪にすることまでは出来ない」といった微妙な状況を物語る、司法の判断に過ぎません。　唯一つ確かなことは、「マイナリ氏と、誰か判明しない殺人犯（「Ｘ」？）は、本当の真実を知っている」ということです。　正直なところ、「不法滞在をしている外人」と「特別な仕事をしている女性」とが組みあわさった、いわば特殊・特別の殺人事件に対して、捜査当局は、無意識の内に、通例のものではない対応（差別？）をしていたのでは、と筆者は思うことがあります。　もちろん、タテマエとしては、「そんなことはない！」

と、彼らから言われますし、当方としても、それはもっともだと思いますが、ホンネ面では、何やら引っかかるものがありますね。

（１１）真犯人（Ｘ）は、刑事訴訟法の改正によって、永久に捜査の対象とされます（これまでなら、時効が成立すれば、捜査は打ちきられ、犯人が焙りだされても、罰せられないことに成っていましたが）。　将来、何らかのルートで殺人者が確定されたとき、初めて、マイナリ氏は、本当に真白な無罪（無実）を獲得出来ることに成ります。

（１２）「冤罪」というものは、言ってみれば「鬼子」のような存在で、色々なところから、さまざまに、人個人や組織の動きの中から、生まれ出てくるものです。　だからと言って、「人間のすることには、ときには誤まりもある。」といった、冷めた言いまわしで、責任を逃れることは、こと刑事裁判に関する限り、許されません。　日本では命を奪う刑を筆頭とする「体罰」が、有罪判決に伴っているからです。もし、「外部」の視点から、冤罪の原因・過程の見直し調査をきちんと行なえば、更なる冤罪の発生を防げる部分も、少なくないはずです。検察組織による内部調査では、いくら精度を高めても、「自己否定は避けたい」・「現状維持の線は、本筋おいては、譲れない」などの「枠」ががっちりと嵌められていますから、革新的・革命的なアイディアが実を結ばないことが、多いのです。　ところで、外国には、第三者機関が、冤罪の原因を調査して、有効な指摘や未来に繋がる指針を示しているところが、あります。　カナダ、オーストラリア、イギリス、アメリカなどが、その国です。　組織防衛の意識が異常なまでに強い日本の捜査当局（まず警察、それから検察）が、「後ろ向き」の姿勢で、修正、再検討、反省、改善・改良のプロセスに取りくむには、多くのハードルが待ち構えていますが、そこを何とかクリアして、更に高いレヴェルを目指して貰いたいものですね。　言うまでもなく、検察と対峙する位置にある裁判官にも、冤罪発生の責任があります。何と言っても、裁判官は、組織で動く検察とは違って、個人技が冴える要素を持っていますから、「事の真実を見抜く力を備えた裁判官」がこれまで以上に活躍してくれることによって、日本の「冤罪の闇」が少しでも取りはらわれることを期待したいものです。　ところで、「裁判役」と言えば、官吏である裁判官の他に、今では、裁判の素人であり、普通の市民である「裁判員」が新登場してきています。　この人たちは、素人の眼で、一人一人が、有罪あるいは無罪の個別判断をして、判決に参加する仕組みに成っているですが、プロの裁判官には、「民度」の高い、日本の一般市民の素朴な疑問や批判の声に、ぜひ耳を傾けて頂きたいと思います。　ひょっとすると、プロには見えないものも、「市井の人」であり、「世間の常識」を身に付けた彼ら裁判員は、見通しているかもしれないのですから。　それから、彼らを冤罪発生の共犯に引きこむことは、裁判官の「罪」であることをよく認識して頂きたいものです。　極端な例を挙げて申し訳ありませんが、陪審裁判で引きだされた「死刑判決」が誤判であったことが後に明らかになったとき、それに関わった陪審員の心情のありかたに考えをめぐらせてみれば、事の重大さがお判り頂けるでしょう。　実際のところ、

冤罪を回避しようとして慎重に判断する姿勢を採れば、ときには真犯人がまんまと逃げさりますが、それでも、罪もない人・無辜の人が冤罪に苦しめられるよりは、まだましです。　罰を逃れた犯人には「天罰」が下ることを祈りましょう。　「天網恢々疎にして漏らさず。」との教えを信じてです。

［Ⅳ］「袴田事件（再審過程のもの）について」

（１）今から五〇年ほど前の一九六六年に、静岡県清水市にある味噌製造会社の専務宅で火事があり、焼跡から一家四人が他殺体で発見されました。　その会社の従業員であった袴田氏が強盗殺人の嫌疑で逮捕されます。　犯行の動機は「金欲しさ」とされていましたが、四名の被害者全員の胸や背中に無数の刺し傷があった、という事実は、「金」が動機と成っている、という捜査当局の見方では、おそらく、この凶悪事件の背景を十分に説明することは、出来ないでしょう。

（２）さて、その後の経過は、以下の通りです。

①　初公判で、被告人（袴田氏）は、起訴事実を否認します（その一方で、多数の自白調書が検察によって取られてはいましたが）。

②　一九六八年に、第一審の静岡地裁は、死刑判決を下します。　因みに、先に話題とした元・裁判官の瀬木氏は、ある週刊誌のインタービューで、「一審有罪の決め手になった衣類五点は、検察が（引用者付記）公判維持ができなくなって後出しした証拠ですよ。　しかも、衣類の一つである（引用者付記）ズボンは本人が穿けもしない。　まともな裁判官ならこの証拠はだめだと思うはず。　それを採用したこと自体が私には信じられない。」というように、担当裁判官の姿勢を厳しく批判しています。　このように、裁判官ではなくなった人が、現役裁判官の判決や判断について遠慮なく感想を公にする慣行（？）が、この日本には、あるようです。　他の業界ではこのような現象は、あまり大っぴらには生じないでしょうが。　私たちは、こういうところから、裁判官の判断が相対的なものに過ぎない、ということをしっかりと認識することが出来るのです。
さて、一九七六年に、東京高裁は、被告人の控訴を棄却し（第一審において証拠と認められなかったものまでも、証拠として認められています）、また、最高裁も、その上告を棄却して、一九八〇年に死刑が確定しました。　事件発生から実に一四年も経ってからのことです。翌一九八一年に、再審請求（第一次のもの）が申したてられますが、申立から何と一三年も掛って、一九九四年に、静岡地裁は、その請求を棄却し、それから一〇年後の二〇〇四年に、請求棄却に対する即時抗告は棄却され、その四年後の二〇〇四年には、最高裁も、最終的に特別抗告を棄却してしまいましたので、実に二三年にもわたる再審請求の訴えは、遂に実を結ぶことはありませんでした。　しかし、最高

裁の最終判断が出た後すぐの、二〇〇八年に、弁護側が着衣の味噌漬け実験を新証拠として提出することにより、第二次の再審請求が打たれることに成ります。　そして、そのときから六年後の二〇一四年三月二七日に、遂に、静岡地裁において、再審開始の決定が勝ちとられたました。 いったん閉められた裁判の重い扉をこじ開けるためには、これほど長い時間と手間と多くのエネルギーが、必要なのですね。

③　二〇一四年のこの「再審決定」は、いわば、「有罪見直し」作業へのスタート地点における「原判断」という位置づけに成り、これから後に、おそらく何年（二年程度？）も掛けて、それに対するクレームが何度かクリアされて、初めて、再審の舞台（法廷）が正式に設定され（タテマエ）、最終判断に到る（ホンネ）、という流れに成るわけです。　現に、問題の再審決定から四日後の、三月三一日には、検察は、即時抗告を試みています。　二〇一四年七月の段階では、この検察のクレームに対する裁判所の回答が待たれている情況があります。もちろん、第二段階の再審公判において「再審無罪」の答えが出てくるとは、限りません。　もっとも、このことは、制度論（タテマエ論）上そう成るだけでありまして、実質論（ホンネ論）においては、かなり高い確率で、無罪判決の線が予測されます。

④　さて、静岡地裁の村山裁判長の下した「決定」は、以下に示すように、かなり衝撃的なものです。「裁判ウォッチャー」としての筆者は、これほどまでに「踏みこんだ」判断にお目に掛ったことは、ありません。　「衣類に関する証拠（有罪認定の重要な証拠の一つであるシャツの右肩に付着している血液のＤＮＡ型と、袴田氏の血液のＤＮＡ型は一致していない、という科学的事実：引用者注）は、無罪を言いわたすべき明らかな証拠に該当する」、「衣類以外の証拠も検討したが、犯人性を推認させる力が弱い」、「犯行着衣とされた五点の衣類には、袴田死刑囚や被害者以外の血液が付着している可能性が認められる」、「ＤＮＡ型鑑定の証拠などが確定審で提出されていれば、被告人が有罪との判断に到達していなかったと認められる」といった裁判長の見方＝分析は、まずは標準的なものの一つと受けとってよいでしょう。　それでも、私見によれば、「袴田死刑囚は、捜査機関が捏造した疑いのある重要な証拠で、有罪とされた」という、タテマエ系の部門に属する鋭い事実分析と、「死刑の執行停止と併せて、拘置（身柄拘束）の停止」を当局に命ずるという、ホンネ系の部門に関連する強烈なアクション（積極姿勢）とは、まったく画期的な決断の表われ、と言ってよいでしょう。　公式にはまだ無罪とは決まっていない人（死刑囚）を日常世界に戻す（文学的に表現することをお許し頂けるなら、「地獄から救いだす」）という措置が、おそらく、確定死刑囚の身柄を預かる法務省（行政）の意向に反するかたちで、裁判所（司法）の強烈なイニシヤティヴにより断行されたのです（過去の再審決定の際には、当然のことながら、刑の執行停止が生じていましたが、今回のように、受刑者が、拘置を解かれて、釈放されるよう裁判所から命じられたケースは存在しない、とのことです）。

それにしても、以下のような趣旨の「決定」の文言には、担当裁判官の、生身の人間の叫びや、ホンネ（心情）のほとばしりが、痛ましいほど鮮明に見えています。　つまり、こうです。　データは、朝日新聞（二〇一四年三月二八日付）の提供する「決定の要旨」の一部から引用しています。　ここで、ご参考までに申しますと、「判決要旨」とか「決定要旨」とか言われるものは、主としてマスコミの要請に応えるかたちで、裁判官が、自らの手で、最終判断の要旨を簡潔に記したものです。　もっとも、私たちが新聞報道によって知ることに成る「要旨」の記事は、各社でさまざまに、それなりに簡略化されていますので、読む際には注意も必要と成ります。

「重要な物的証拠である５点の（引用者付記）衣類が袴田さんの着ていたものでも犯行に使われたものでもなく、事件から相当期間経過した後、みそ漬けにされた可能性がある。　この事実の意味は、きわめて重い。　証拠が後日捏造されたと考えるのが最も合理的で、現実的にはほかに考えようがない。　このような捏造をする必要と能力があるのはおそらく捜査機関をおいてほかにない。」

因みに、袴田氏は「世界で最も長く収監されている死刑囚」と言われています。　二〇一四年の時点で、日本の死刑囚は一三〇名程度ですが、その中には、一〇年以上も日々生きながらえている人がいるとのことです。

（３）　次に、先の「村山決定」の本体部分とその周辺にある、いくつかのポイントを、順不同で羅列してみましょう。　本来ならば、再審無罪（？）判決が確定した後に、回顧的に分析や解説を試みるのがスジですが、高齢の筆者には、そのときまでこのような仕事を先送りすることは、出来ません。　事案の行方がペンディングなこの二〇一四年夏の段階で、単なる試論・推論を簡潔に展開することをお許し頂きますよう。

（ａ）「足利事件」や「東電ＯＬ殺人事件」において決定的な意味・役割を持った「ＤＮＡ鑑定」が、今回の再審開始決定のベースに成っています。　一九八〇年代における第一次の再審請求の際にも、血痕のＤＮＡ分析鑑定が試みられていましたが、当時の鑑定の技術が精度の低いものであったために、有用な情報は、そこから取りだせませんでした。　しかし、科学技術の急速な進歩によって、ＤＮＡ鑑定は、今や、「犯人ではありえない」とまでは言えない場合はあるにしても、「犯人であるとは断定は出来ない」という水準の判定資料と成るだけの地位は、すでに獲得しているように、見うけられます。　「疑問のある場合には、無罪方向に判断するものとする」という鉄則が現状において存在感を示しているところでは、その程度の精度でも、大いに意味があるのです。　裁判官は、検察側推薦の鑑定人ではなくて、弁護側の鑑定人（「足利事件」でＤＮＡ鑑定を担当した本田氏）の提出した独自の「ＤＮＡ鑑定」に即して、決定に到ったとも見られていますが、それは一つの立場でしかありません。　別の鑑定人の判断も、あるからです。　そのような訳で、この「ＤＮＡ鑑定」への信頼性やその取扱いをめぐる見解の対立が、今後、表面化してくるでしょう。　提

示された鑑定を受けとめる側である裁判官の気質・能力・姿勢がどれほどのものであるかも、不明です。「裁判官次第ですべてが決まる」などという無責任な観測は許されませんが、やはり、今後の展開においては、地裁における「村山決定」に続く、高裁・最高裁の裁き手（裁判官団）が、鍵を握っているのです。　先はまだ見通せない、と考えておいた方が無難なのではないでしょうか。

（ｂ）裁判員制度の導入と呼応するようにして、新制度が導入され、これにより、検察側が大幅な「証拠開示」に追いこまれる機会が、飛躍的に拡充されましたが、このことは、弁護側だけではなく、裁判官にとっても、「犯罪の真実」に肉薄する際の強力な武器と、成ります。今回の事案で証拠開示のイニシヤティヴを取ったのは、裁判官ですが、もちろん、その背景には、弁護団の強い要請がありました。　最終的に検察側が開示した証拠は、実に六〇〇点ほどの数にも成ります。　ここには、裁判官の積極的な訴訟指揮が光っています。

（ｃ）第一審の静岡地裁は、違法な取調べを通じて自白が獲得されたものとして、四五通もの自白調書の内、一通を除いて、証拠排除していました。　「足利事件」でも、「郵便不正事件」でも、不当な自白の獲得が冤罪を生み出していたのとよく似た情況が、ここにも、あります。　この、たった一通の自白調書と、五点の衣類を始めとする間接証拠類をかみ合わせて、裁判官の有罪判断が導かれたのです。　なお、起訴の段階では、袴田氏の有罪を立証する物証は、犯行時の着衣であるパジャマとされていましたが、公判が始まってから一年ほど経過してから、新たに発見されたこの五点の衣類をがその着衣である、というように、検察は主張を変えています。　ここにはまったく異例の展開がありました。

（ｄ）ところで、究極の刑罰である死刑が確定している超重大事件について、再審開始決定が下されたのは、これまで、六件しかありません。もっとも、この袴田事件の再審決定より九年前の二〇〇五年に出た「名張大量毒殺事件」の再審開始決定は、二〇〇六年に、覆えされていまして、二〇一四年には、第八次の再審請求が斥けられました。　また、二〇一一年に出た「福井中学生殺人事件」の再審開始決定も、覆されています。　つまり、一般に、再審決定という措置は、必ずしも最終的なものとは位置づけられない訳です。

（ｅ）再審は、明治期以来、日本に設けられている欧米風の制度ですが、受刑者が死亡した後においても、再審は可能です。　かなり以前のケースとしては、「徳島ラジオ商殺し」事件で、夫殺しの罪に問われ、懲役刑を受けて、そのまま死亡した人が、遺族の請求によって再審無罪を勝ちとった例が、あります。

（ｆ）　静岡地裁における第一審の審理に加わった、ある若い裁判官（熊本氏）が、何十年もたってから、「自身が被告人の無罪の心証を強く抱くように成り、先輩格の二人の裁判官に対抗するかたちで、内部の

合議において無罪の判断を強く主張したものの、多数決で敗れた結果として、死刑判決が生まれてしまった」ということを公表して、大きな反響を巻きおこした事件がありましたが（「合議・評議の秘密を外部に漏らしてはならない。」というルールに反して、外部に発表されてしまったのです）。　そのこともあって、この事件は、実際のところは、初めから問題含みの事案であったようです。　この人物のヒストリーにつきましては、二〇一四年に刊行された、尾形誠規著「袴田事件を裁いた男」（朝日新聞出版）をご参照ください。　そこには、「袴田裁判」のヒストリーも，傍論的に記述されています。

（ｇ）「五点の衣類という最も重要な証拠が捜査機関によって捏造された疑いが相当程度あり、違法、不当な捜査が存在し、また疑われる。国家機関が無実の個人を陥れ、４５年以上にわたり身体を拘束し続けたことになり、これ以上袴田さんの拘置を続けるのは耐えがたいほど正義に反する状況にある。　一刻も早く袴田さんの身柄を解放すべきだ。」　これは、先の「村山決定」の中の表現ですが、ここには、再審の開始を認める、という形式面（タテマエ）の意思決定を遥かに超えて、無罪を強烈に認定する実質面（ホンネ）の判断が、あります。

（ｈ）「村山決定」では、有罪を導きだす際の物的証拠となった五点の衣類については、証拠能力が完全に否定されています。　自白についても、第一審の静岡地裁がすでに四五通もの自白調書の内の一通しか証拠として認めなかったのですが、「決定」では、証拠として採用された「自白調書もそれ自体証明力が弱く」とあります。　伝えられているところによりますと、自白をもぎ取るための当局の取調べは、一日で平均一二時間にも及び、これが一〇日以上も続いた、とのことです。　一九六〇年代の捜査では、これ位のことは当たり前の捜査手順ということに成るのでしょう。　「決定」には、「捜査官は極めて長時間にわたり取り調べ自白を得ることに汲々とし、物的証拠に関する捜査を怠った」とした上で、自白調書については、「証明力が弱く、その他の証拠を総合しても、犯人と認定できるものではない」というように、批判しています。　つまり、証拠としての資格（タテマエ）を認めた一通の自白調書の信用力（ホンネ）についても、否定的な受け取りかたをしているのです。　そのような訳で、人（自白）についても、物（物的証拠）についても、検察側が完敗した構図が、ここに見てとれますね。　それだけに、メンツを潰された（？）検察の抵抗・反撃は、これから強烈なものと成るでしょう。　まず、高裁における即時抗告の審理の段階で、弁護側の鑑定人の鑑定にクレームを付ける目的で、検察は、ＤＮＡ鑑定を再度実施する策を取るのではないでしょうか。　今後の展開に注目しましょう。

(i) 二〇一四年五月には、逮捕・勾留された容疑者を取調べる過程をすべて録音・録画する、という「可視化」の作業を義務付ける方向で、法務省は、法改正に向けた試案を示しました。　これまでに、多くの冤罪事案では、密室での過酷な自白強制が問題視されてきましたが、今回の「袴田事件」に関する最新開始決定でも、そういった取調べ方

法に対して、最大級の批判が投げかけられています。　その「村山決定」は、適正な取調べを目指す「可視化」の動きに、追い風と成ることでしょう。

(ｊ)　今回の再審開始決定を、例によって、筆者独特の「二項対比論」でもって総括的に読み解いてみますと、この判断は、タテマエ（制度設計）としては、再審という法舞台のお膳立てをするための裏方であり、車のスターターのような存在です。　それなのに、今回の再審開始決定は、これまでのいくつかの重要な再審決定の場合とはいくらか違って、ホンネ（実態）としては、無罪判決、しかも、バリバリの無罪判決のようなものを、後の手続過程（再審本体）へと送りつけているのです。　しかも、死刑囚を拘置所から救いだすことも、当局に命じて、それを実現しています。　無罪の確信がなければ、このようにキッパリとした措置は採れないでしょう。

(ｋ)ところで、「再審」という制度やその運用実績につきましては、既に、本編の各所において、断片的ながら、解説をしてきておりますが、ここで、多少の「まとめ」を試みておきましょう。　実のところ、再審制度全般につきましては、基本的な見解の相違に由来する学説論争や判決例の実務がさまざまに展開されておりまして、「まとめ」的な記述をするには、難しい事情があります。とりわけ、　単なる「ロマニスト（古代ローマ法研究者）」としての筆者には、現行刑事訴訟法などへの取組みは、難題ですが、思いきって立ちむかっていくことにさせて頂きます。　その際、例によって、「タテマエ・ホンネ論」の視角から、少し分析を試みてみましょう。

＜ａ＞　再審は、最高裁を頂点とする三審制の裁判構造の下で、いったん、きっちりと「確定していた」本案判決における「事実認定」の誤まりを正すことを通じて、確定判決を是正するための、「非常」救済手続です（一方、異議を申したてるための「上訴」は、確定に向かう、「未確定の」手続でして、この制度を利用することは、容易に出来ますが、しかし、再審の世界にまで異議申したての事案を持ちこむには、色々なハードルが待ちかまえています）。　実際のところ、厳格な手続を踏んだ上で、時間を掛けて、いったん固められた「有罪判定」という状態を蒸しかえそう、という動きには、「法的安定性」に逆らうという要素がありますので、当然のことながら、「お上」の抵抗がありますね。　それでも、人のすることには、誤まりや過ちが付きものですから、是正・救済のための手続が、特に用意されているのです。　日本の刑事司法は、比較法的な基準に照らしても、かなり健全なものなので、再審無罪の例は、それほど多くはありません。　それでも、二〇一四年に成って、上述の、死刑の絡む「袴田事件」に関して、「再審開始」の決定（「再審無罪」ではありません）が勝ちとられたことに、世間の注目が集まったことが端的に示しているように、再審問題は、人の「人権＝命」に直接関わるものだけに、現代の、第一級のビッグニュースと成っているのです。

再審には、「再審請求手続」という「入口」の部分（いわばタテマエ）と、実際上かなり時間をおいてようやく動きだす「再審公判手続」という「中身」の部分〈いわばホンネ〉とが、ありますが、まず世間で注目されるのは、「入口のドアが開けて貰えられるかどうか」の方です。　再審をして貰いたい、と考える人は、その入口のところで、ちゃんとした、説得力のある「再審理由」を、しっかりと理論的に構成して、「お上」に示していかなければなりません。　これは、有能な弁護士の助けがなければ、とても実現しない難題ですね。　再審手続全体において最終的に救済が実現すれば、社会には正義が貫かれる（タテマエ）とともに、再審を請求した人の人権が回復される（ホンネ）ことに成ります。
ところで、再審では、事実問題（ホンネ）が再検討の対象に成るだけでして、判決における法令等の違反を問題とする場合には、「非常上告」という別の制度が、利用されます。　こちらの方では、「法律問題」（タテマエ）が検討されることに成りますね。
さて、一般に、通常の裁判過程における本案判決の確定によって、公権的な紛争解決が図られ、社会に「法的平和＝法的安定」が保たれる情況が生みだされていますが、それをいったん白紙に戻すのは、社会的コストが掛る上に、司法全般への国民の不信感を招くきっかけにも成ることでもありますので、国家サイドでは、現状維持の形を保持するために、再審を阻止しよう、という力が、自然に強く働きます。　そのように見れば、「普通でないかたちで」、「特別に、しかも極めて例外的に」、「無実・潔白の人を救済する」のが、再審制度の実体であることが、理解して頂けるでしょう。
それで、もし、再審を、「事の真実を明らかにすることによって、具体的に法的正義を追求する場である」と規定するのであれば、「無罪」判決の確定後に、「有罪」を明確に指しめすような新しい証拠が検察側に得られたならば、無罪判決を有罪判決へと是正するための再審というものがあっても、よいのです。　しかし、明治期以後、紆余曲折もありましたが、現行法の下では、検察には、そのような「有罪狙い」の方向で再審請求を遂行する地位は、認められない扱いに成っています。　それも、一つの理屈ですね。　現に、憲法第三九条は、「遡及処罰の禁止と一事不再理」を定め、刑事訴訟法第四五二条は、「不利益変更に禁止」を定めています。
話は飛びますが、アメリカ法では、市民が参加する陪審裁判においていったん無罪を獲得した被告人は、上級審において検察によって再び訴追され、再度「有罪に成るかもしれない」という危険（リスク）に追いこまれる事態から守られていまして、陪審裁判における無罪が直ちに確定する状態を獲得することが出来るシステムが採られているのですが（仮に、その陪審裁判が、手続面や実態面で、色々な問題を抱えたたかたちで実施され、その結果、何やら不適切な感じも与えるような判決が導かれたとしても、そのことは、何よりも市民の代表が裁きを付けた、というタテマエ論（制度論）が威力を発揮して、事態はそれで結了、と成るのです）、このようなアメリカの制度設計の背景にある発想とパラレルな、ものの考え方が、現在の日本の、「元・被告人に利益と成るような再審制」しか認めない仕組みの中に流れてい

るように思われます。それに加えて、　現実の問題（ホンネ）として考えてみれば、九九パーセント以上の有罪率を誇る日本の検察から、やっとのことで三審制の下で無罪を最終的に獲得出来た人が、再び再審において訴追の対象とされる、などというのは、どう見ても非情で不条理な扱い、ということに成ってくるでしょう。　強大な国家権力を保有する検察には､敗者復活戦のチャンスなど与えてやらないのが、一つの正しいやり方である、と見てもよいのです。　「攻め手である彼ら検察が訴追のアクションを起こしたにもかかわらず、有罪獲得に失敗した訳だから､その責任は組織自身が全面的･最終的にかぶる。」という理解の仕方も、あるからです。
言うまでもなく、タテマエ上、「無罪判決」を獲得した被告人は、「有罪ではない」ないしは「有罪であるとまでは言えない」人でありまして、「無実・潔白な・真っ白な」人であることまでは認定されていませんので、実のところ、「有実の人＝犯人」が無罪判定を獲得した人の中に紛れこんでいるケースも、なくはありません。　犯人がまんまと逃げさることさえも、現実にはあるでしょう。　「有罪認定の作業においてどうしても疑問が残ってしまうときには、犯人の可能性が大いにある人物を断罪しないことにする(これは｢疑問がある場合には、被告人に有利に」という命題の示すところです）。」というルールに則った、このような対処法は、考え方によっては手ぬるい処置ということにも成りますが、しかし、ここは、私たち人間が最後に辿りついた法的境地なのです。　もっとも、「歴史は繰りかえす。」ということもありますので、安心ばかりは、しておられません。　俗な言葉で表現するなら、「公の都合」を「私の都合」よりも遥かに上に置き、構成員の人権を守ることなどにそれほど重点を置かないような未来社会がやってくれば、そこでは、「疑わしい人物」（これには、「犯罪の嫌疑を掛けられた連中」という意味で、実質的＝ホンネ的にそのように見られている輩の場合と、手続的＝タテマエ的に、疑問点があるために、有罪の確証がどうしても得られない人、の二種類があるでしょう）は、どんどん召しとって、悪事・悪人に対して広い目・深い目の取締の網を掛けていく､という｢逆行現象｣もありえるのです。「大規模な国際的テロ対策を本気で効率的に実行していくと成れば、法的観点よりも政治的観点を上位に押したてることが許され､そして､『安全・安定・平和』を確保するためなら、どんなに「汚い」手を駆使しても、一向に構わないのだ。」という現代の風潮が、そのはしりとも言えるでしょう。

（ｂ）それでは､本論に入りましょう。　再審が行なわれる必要が存在すると考えられ、再審を引きだすきっかけを作る典型的な状況は、有罪判決の確定後に、真犯人が現われてくることでしょう。　「氷見事件」（二〇〇二年二発生した強姦致傷事件で、被告人は、おそらくは諦めの気持から、公判でも争うことはせずに、懲役三年の刑期を終えて出所しましたが、その後に真犯人が現われたので、検察官の再審請求によって、無罪判決が得られました）が、その好例です。　「新たに明らかな証拠」が得られるに到ったたからです。　それ以外にも、再審を導くような色々な状況がいくつか想定されますが、これらにつ

いては、刑事訴訟法第四三五条に細かな規定が置かれています。　原判決の証拠が偽造または虚偽であった場合や、関与裁判官の職務犯罪があった場合などの取扱いが大部分ですが、これらの類型は、学問的に、ラテン語の＜ｆａｌｓｕｓ＞（偽りの）という表現を用いて、「ファルサ型」（偽証拠型）呼ばれます。　これに対して、その第六号は、「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」という規定に、成っています。　これは、ラテン語の＜ｎｏｖｕｓ＞（新しい）という表現を用いて、「ノヴァ型」（新証拠型）と呼ばれます。日本の「お上」はしっかりしていますので、裁判現場において「ファルスス」なことなど、滅多に生じてませんが、しかし、「ノウス（「ノヴス」と発音するのは、正式のラテン語のやり方ではありません）」なことは、日常的にそれなりに生起してきますので、「再審」と言えば、普通は、この「ノヴァ型」のケースが大きな問題を引きおこすことに成るのです。　ところで、世間一般の受けとめ方においても、「新しい」か「新しくない」かの区別には、微妙なところが常にありますので、細かい議論をしなければならない裁判現場では、いっそう話がややこしく成るのです。　そのような訳で、再審を請求する人が、「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」であり、同時に、「新たに発見した証拠」を裁判官に提示して、それの価値を認めて貰えなければ、第一段の「再審開始」と、第二段の「再審本体」という両手続において、元・被告人にとって有利な解決は生まれてこないのです。　結論的に言えば、「再審」というのは、かなりの難行を人に強いる営みなのです。

＜ｃ＞　まず、再審開始の第一要件である、問題の「証拠の明白性」について見てみましょう。　これは、「証拠」の「実質的要件」（いわばホンネ）でありまして、これに、「証拠」の「形式的要件」（いわばタテマエ）としての「証拠の新規性」が対置される、という位置関係が成りたつ、と見たいと考えています。　ところで、「明らか」というのは、新証拠が、確定判決において基礎と成っていた事実認定に影響を及ぼすほどのものであること、を指します。　言うまでもなく、「明らかな」という人の「受けとり方」は、人の主観的な判断によって得られるものですから、多くの場合、その判断には微妙な違いが出てきます。　一番厄介なのは、「明らか」とも、「明らかでない」とも言えないような、中間ゾーンにある問題です。　専門的な表現として「疑わしい」という言葉が用いられるのは、このことと関連しているように思われます。　それから、もう一つ、重要な問題があります。　その「明白性」を判断する際の資料として、新たに発見されるに到った証拠しか使えないのか、それとも、この新証拠と旧証拠（以前の確定判決において判断のベースとされていた証拠）を総合的・綜合的に検討して、判断を下すことをやっても差しつかえないのか、という論点です。　ここでは、「明白性の判断基準（判断方法）」が、問題とされていることになるのです。

ここで、「再審」という制度一般について見てみますと、「法学者の学説」も、「各裁判官の個別判断や、集積した判決例の意味するもの」も、「各法学者の判例などの趣旨の読みこみ方・理解の仕方」などにおいても、さまざまな意見対立があることが、知られます。　「法律を理解し適用する」という営みは、その道のプロのとっても、ひどく難しいものであることが、ここからも判りますね。　しかも、「法律家の常識は、世間の非常識である。」という批判もありまして、「難しさ」が増幅されてくるのです。　「法律は難解だ。」として、世間の人から敬遠されるのも、仕方がありませんね。

＜ｄ＞　法秩序を維持し、法的安定性を保つことを使命と考えている裁判所は、いったん確定している有罪判断を見直すことには、消極的に成りがちです。　この「ロマホペディア」の第二部の冒頭に置かれている法格言のリストの＜１５＞に見える、「決定されたことに従い、また、落ちついたものを動かさないこと。」に示されている発想が、その辺りの事情を物語ってくれていますね。　しかし、そのような「お上」の「タテマエ護持」の姿勢に対しては、真実に従って無実・潔白を明らかにし、犯人の汚名を取り払ってほしい、という再審請求者（元・被告人）の「ホンネからほとばしり出る、強烈な願い」が、強く打ちだされます。　その「戦い」は、当然のことながら、敗れても敗れても、繰りかえして行なわれることが多いのですが、全体としては、現在では、再審の実施に有利な風が吹くように成りました。　その結果、再審無罪を獲得する人も、生まれてきています。

＜ｅ＞　昭和五〇年に出た最高裁の判断（白鳥決定）は、「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」とは、確定判決における事実認定につき合理的な疑いを抱かせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいう、とし、そして、このような証拠に当たるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、果してその確定判決において示されたような事実認定に到達したであろうかという観点から、当の証拠と他の証拠とを総合的に評価して判断すべきであり、この判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的な疑いを生ぜしめれば足りるという意味において、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判の鉄則が適用される、としています。　この最高裁の判断は、従来の、「新たに問題とされるに到った証拠それ自体だけを独立的に評価するものとする。」という裁判での扱いを変更して、「その新証拠と旧証拠（確定判決において考慮されていた証拠）を合わせて総合的に評価するべきである。」という、「広角的な、深い判断」をするべきである、というものです。　最高裁が「白鳥決定」を出す以前の状況では、判例の理論は、「確定判決の基礎となった事実認定に影響を及ぼすことが明らかな程度に、証明力が高度なもの」とか、「再審請求人の無罪を推測するに足る高度の蓋然性のあるもの」とかが、「明らかな証拠」に相当するという立場（孤立評価説）を伝統的に採っていたのですが、これは、「個々の判決の確定力や法的安定全般を確保することが国家にとって絶対に必要である」という思想を反映する発想とも言えます。

こういう発想が力を持っている状況下では、せっかくの再審制度も、「開かずの門」の存在によって、利用を遮られるでしょう。　確定判決を吹っ飛ばすような、「明明白白な」内容を具えた「新証拠」など、滅多に手に入らないからです。　「白鳥決定」以前には、「疑問が残るときには、確定力（原判決が持っている力）に有利な扱いをする。」方式が幅を利かせていましたが、問題の「決定」があった後には、「疑問が残るときには、被告人に有利な扱いをする。」という刑事裁判の原理＝原則が基準に据えられるのです。　ここには、大きな転換が見られますね。　「白鳥決定」は、先の「孤立評価説」を捨てて、新証拠を旧証拠全体とを有機的に関連させて、一体的に評価すものとする、という意味の「総合評価説」を打ちだしたのです。　つまり、ある程度の「新証拠」が持ちだされて、それが「旧証拠」の受けとめ方に影響を及ぼすような性質のものであれば、新旧の証拠を全体として検討して見ることが許されるようになった訳です。　これは、再審に前向きな姿勢をいわば「象徴的に」世間に示したものとして、高く評価されることに成りました。　ここに「歴史的転換」があったとも、形容出来るかもしれません。　「裁判において、人を有罪に追いこむためには、少しでも疑問・疑念が残ったりしては、いけない。」という「人権保障」の精神が、三審制に続く再審（言ってみれば「第四審」・「第五審」）のフィールドにおいても、尊重される情況が生みだされたからです。
最高裁は、その翌年に、もう一つの重要な判断（財田川決定）を、「明らかな証拠」問題について補足的にしています。　「無罪を言い渡すべき明らかな証拠であるかどうかの判断に当たっては、確定判決が認定した犯罪事実の不存在が確実であるとの心証を得ることを必要とするものではなく、確定判決における事実認定の正当性についての疑いが合理的な理由に基づくものであるかどうかを判断すれば足りる。」が、これです。　ここでは、　証拠の「明白性の程度」論が展開されています。　これら二つの最高裁の判断は、それ以後の再審の運用についての指針の地位を獲得しました。　現在の実務も、その流れの中にあります。　比喩的に表現しますと、今や、「従来は滅多に開かなかった再審の門は、条件さえ整えば、開いてくれる。」のです。

＜ｆ＞　次に、再審開始の第二要件である、「新たに発見した」という「証拠の新規性」に関しましては、それまで存在していなかった証拠が新たに入手されるに到ったことが、いわば「モデル・ケース」と成るはずです。　それは、正に、「証拠の存在を発見した」ことに相当するのですが、しかし、それ以外に、原確定判決が確定する以前にちゃんと存在していた証拠が、後になってようやく「発見された」場合も、ここに含まれます。　少し微妙なのは、問題の証拠が原判決の言渡の前の段階で既にちゃんと存在していましたが、しかし、例えば、科学技術が未成熟であったために、それを証拠として活用することが出来なかったものの、後になって、技術水準の高度化の結果として、立派な証拠としての資格が得られるように成った場合です。

＜ｇ＞　裁判所も、再審請求者も、同様に「新たな発見をした」ことに成るケースが、基本モデルでしょうが、実は、再審請求者が、本案の審理において重要な証拠が存在することをちゃんと知っていながら、それをわざと提出しないでおいて、有罪判決確定後に、その証拠を援用して再審の請求をする、といったときに、微妙な問題が発生します。これが「証拠を新たに発見したとき」に当たるのかどうかにつきましては、最高裁は、当初は、「それに当たらない」というように、冷ややかに判断しましたが、後に成って、「それに当たる」というように、判断を変えました。

＜ｈ.＞　以上は、第一段に当たる「再審請求審理手続」についての話でして、ここでは、再審の請求に理由があるかどうか、が審査されます。　「理由がある」として、幸いにも第二段の「再審公判手続」へと持ちこまれることに成った問題の事案につきましては、その場で、再審請求の理由が本当にちゃんと存在しているか、また、そこから元・被告人の無罪が引きだせるか、という問題について、担当裁判官が主体的・自律的に、判断を下します。　具体的には、裁判官は、確定審の原判決を改めて審査の対象とするのです。　例えて言えば、第一審の事実誤認の有無を審査する控訴裁判所の任務と同じようなものです。そうは言っても、「原判断が不合理なものであった。」などと、積極的に、しかも完璧に判断する必要まではなく、「原判断に対する疑い・疑問・疑念そのものに果たして合理性が認められるか」という低いレヴェルの問題意識で、「合理的な疑い」を根拠づけるだけの証拠が存在するかを、検討すればよいのです。　そのような訳で、「再審請求手続」から「再審公判手続」への流れは、普通は、自然に、「再審無罪」行きつくことに成るケースが、多いでしょう。　「袴田事件」において「再審開始決定」を出しただけの裁判官が、元・被告人を獄舎から解放する措置を採るのも、そのことを予測しているためと思われます。　もっとも、この辺りについては、色々な受けとめかたや、説明の仕方が、他にあるでしょう。

＜ｉ＞　再審の請求をしても、それ自体は、刑の執行停止の効力まで発生させる訳では、ありません。　極端な例としては、死刑判決が確定した人が再審の請求をしている状況の下でも、死刑の執行が可能です。　もちろん、これはタテマエ上そのように成っているだけのことでありまして、ホンネでは、再審請求がある、という状況は、執行担当の当局によって、実務上それなりに受けとめられて、執行が控えられるのではないでしょうか。　しかし、弁護士が中心になって、再審に向けて準備が進められている段階というのは、単なる「ホンネ」状態ですから、死刑執行を担当する法務当局は、その動きを知っていても、それを無視して、粛々と（あるいは早々と？）執行に踏みきることも、あるでしょう。　ですから、死刑囚の再審請求の手続は、大急ぎでやり遂げなければならないのです。

＜ｊ＞　有罪の言い渡しを受けていた者が死亡してしまっても、その配偶者などは、再審の請求を実行する地位を持ちます。　死者一般（と

りわけ、死刑を執行された人）にも、もちろん「人権」があるでしょうから、死者の名誉が回復されるとともに、遺族が補償を受けることが許される、という扱いは、当然とも言えますね。

＜ｋ＞　再審請求に対しては、再審事由の調査が裁判所によって慎重になされた後に、再審開始の決定、あるいは再審請求の棄却の決定がなされます。　どちらの場合でも、もし、決定に不満があれば、それぞれの側は、高裁へ即時抗告（一般抗告）をすることが、可能です。それから、最高裁への特別抗告の制度も、用意されています。　過去の再審事例でも、それが行なわれた例があります。

＜ｌ＞　再審は、先に示したように、普通の裁判のときとは違って、裁判所が再審を開始するかどうかの審理を行なう手続(再審請求手続)と、再審開始決定の確定後に、事案について審判を行なう手続（再審公判）との二段構えに成っています。　前者では、再審理由があるかどうかが吟味され、そして、後者では、実体審理が改めて行なわれることに成ります。　このような丁寧な扱いをしていくには、どうしても、相当の時間が必要です。　救済への道は、とても長いのです。　ここでは、第一審の事実誤認を第二審の控訴審が審査する過程と同じようなプロセスを経なければなりませんので、手間が掛かるのです。

＜ｍ＞　殆んどの場合、再審を請求する人は弁護団（それも、優秀な弁護人グループ）によってがバックアップされていますので、再審請求がいったん棄却されても、新しい証拠を集めたりして、何度も請求が続けられることも、あります。　現に、ずいぶん昔の一九六一年二発生した「名張事件（農薬混入による大量殺人事件）」では、確定死刑囚である奥西氏の側から、実に、第八次まで、再審の請求が試みられています。　しかし、二〇一四年五月二八日に、名古屋高裁は、「再審請求には理由がないとして７次請求を棄却した差し戻し異議審の決定を是認した。　８次請求は、同一の証拠関係で同一の主張をするもので許されない。」（決定要旨）として、再審請求を棄却する「決定」を下しました。　これに対して、弁護団は、異議を申し立てることに成りました。　ところで、この事案の処理に複雑な経過が見られることは、よく知られています。　一九七三年の第一次再審請求から、実に三二年もの間の苦労がようやく実って、第七次再審請求の結果、二〇〇五年に名古屋高裁が再審開始を決定してくれます。　しかし、これに対して異議を唱えた検察側の即時抗告により開始された同じ名古屋高裁での「異議審」で、逆に、せっかく出された再審開始決定が取り消されてしまいました。　その翌年のことです。　今度は、元・被告人の側が最高裁に特別抗告を試みた結果、最高裁は、その「特別抗告審」の「決定」で、先の「異議審」の再審請求棄却を取り消し、名古屋高裁へ事案を差し戻します。　それでも、この「差し戻し審」で、名古屋高裁は、再び、再審開始決定を取り消してしまいます。　二〇一二年五月のことです。　それに対抗して、直ちに最高裁へ特別抗告が試みられますが、一年後に、それも棄却され、これで、元・被告人側には、打つ手はなくなり、いったん開いた再審の門は、無情にも、

二〇一三年一〇月に再び閉ざされてしまったのです。　その年の一一月に行われた、先の第八次請求は、挽回を図る試みでして、もちろん、内容的には、従来の［再審闘争］の続きなのでした。　このように、再審無罪を勝ちとるには、想像を絶する苦闘に耐えていかなければなりません。　それにしても、人の命が懸っている事案の処理に関して、裁判所の判断がこれほどまでに揺れ動くことに、筆者は、心から恐怖さえも感じています。　このような判断の軌跡を直視すれば、「確定判決の事実認定には、トータルに見れば、どうしても合理的な疑いが残る（それどころか、疑いの色が濃い）。」という結論が導きだされてくるのが、自然であるように思えてなりません。　「木ばかり見ないで、森を見て下さい！」と言いたくも成ります。

＜ｎ＞　比較的軽度の事案を扱う簡易裁判所を舞台とする裁判に関して再審が行なわれるケースは、毎年いくつかありますが、しかし、地裁以上の審級における確定判決に対する再審のケースは、それほど多くはありません。　それでも、私たちは、昭和五〇年の、最高裁の「白鳥決定」と、その翌年の最高裁の「財田川決定」の判示を受けて、一連の動きがあった経過をしっかりと知っています。　「財田川事件（強盗殺人：昭和五九年―無罪判決）」、「免田事件（強盗殺人等：昭和五八年―無罪判決）」、「松山事件（強盗殺人等：昭和五九年―無罪判決）、「島田事件（強盗殺人等：昭和六一年―無罪判決）という「死刑再審無罪」の事例が、これらです。　その後、「再審の門」が開くケースは減ったのですが，　しかし、二〇〇九年には「足利事件」、二〇一二年には「布川事件」、二〇一二年には「東電ＯＬ事件」について、再審無罪の成果が得られました。　なお、これらは死刑事件ではありません。　二〇一四年に再審開始が決定された「袴田事件」で将来無罪判決が出れば、これは、五件目の、最も注目されるタイプである「死刑再審無罪」のケースに当たります。

（ｏ）再審は、不当な有罪確定判決を事後的に見直す手続なのですが、この再審の制度によって救済される、無実・潔白な人の数は、限られています。　この制度をどれほど立派なものに仕上げても、刑事裁判全体における正義を貫くことには、事実上、限界があります。　それよりも、第一審から最高裁までの三審制の下で、正義に適った、正しい裁判をやり抜くことが大切であることは、言うまでもありません。そのためには、多くの学識者や司法関係者から常々指摘されているように、冤罪の発生をくいとめるために役だつ、いわゆる「人質司法」の根絶、捜査の可視化、証拠の開示などの、刑事裁判の基本に触れる大問題を少しづつ解消していかなければなりません。　日本には、今でも、独特の「法文化」のようなものが根強く残っている関係で、世界基準をストレートに持ちだすには問題もありますから、ここは、「日本流」の誠実さをフルに発揮して、時間を掛けながら、少しづつ改善に向かうことしか、よい方法はないでしょう。　時間軸でものを考える傾向の強い、「法歴史家」としての筆者は、裁判担当者の「意識改革（教養改善？）」という「ホンネ」の部分の見直しと、「技術改革＝制度改革」という「タテマエ」の部分の見直しが、巧く組み合わさ

って、今後、事態が理想的な方向へと進んでいくことを心から期待しています。

特別版　＜Ⅱ＞「約束は守られるべきである(パクタ　スント　セルワンダ)。」論の周辺

＊この特別版の＜Ⅱ＞及び＜Ⅲ＞の部門の内容と成っている記述部分は、実質的には、かなり以前に、「時の法令」誌に執筆されていたものと重なっています。　そのために、二〇一四年の段階で改めて話題にしていくにはあまりにも古すぎる作品を、今回のシリーズに取りこむ筆者の姿勢には、確かに問題もあるでしょう。　その点につきましては、十分に承知しておりますが、それでも、過去に話題と成った事柄を今振りかえってみることには、それなりに意味のあることかもしれない、などと考えて、この部分を「特別版」に収録することに致しました。　よく考えてみれば、「歴史は繰りかえす。」というところも確かにありますし、また、過去に、私たちが、当時の社会のホットな問題をどのように受けとめていたかを思いだして頂くのも、何かのお役に立つのではないか、と思ったりもしています。　御一読頂ければ、幸いです。

目次

（Ａ）　政治世界における約束
（Ｂ）　法の世界における「パクタ　スント　セルワンダ。」論―概論
（Ｃ）　約束の原点
（Ｄ）　約束をめぐる世界のことわざ
（Ｅ）　授業料・入学金返還問題
（Ｆ）　賃貸借における「敷引き」返還問題、及び、テニスクラブの「入会金」返還問題
（Ｇ）　利息制限
（Ｈ）　生命保険の予定利率引下げ問題
（Ｉ）　「パクタ　スント　セルワンダ。」原則の資料的系譜
（Ｊ）　約束をめぐる責任
（Ｋ）　「パクタ　スント　セルワンダ。」論に関係する世界の法格言
（Ｌ）　法律を守ること
（Ｍ）　交通問題における約束ごと
（Ｎ）　総括

はしがき

表題の格言は、以下のように、ラテン語で表現されているのですが、これにつきましては、生粋の古代ローマ法の格言である、とは言えないところがあります。　＜Ｐａｃｔａ　ｓｕｎｔ　ｓｅｒｖａｎｄａ．＞（Ｂｕｒｃｈａｒｄ．Ｄｅｃｒ．１，３５，１，Ｓｕｍｍａｒｉｕｍ）が、この格言の原語表現です。　この三語格言の訳しかたとしては、受動的表現をあまり用いない日本語の語感を考慮して、「約束は守るべきである。」とやっても、よろしいでしょう。　その他に、ニュアンスを汲みとって、「合意は拘束する。」と軽やかに表現していく手もありますね。　ところで、世界各国に「約束＝合意」にまつわる格言的命題がいくつも存在しますが、とりあえず、わが日本に「武士に二言無し。」というメリハリの利いた命題があることを、紹介しておきましょう。　この辺りの点につきましては、このシリーズの（Ｄ）の記述を御覧ください。

（Ａ）政治世界における約束

（１）現代でも、元総理（元首相）として、マスコミ界や政界の第一線で独特の活躍をしている小泉氏は、かつて首相のポストにあったとき、少し日本人離れもした「言葉の魔術師」として、しばしば、ホンネもズバリ表明し、ホンネに従って堂々と、トップダウン・スタイルで政治行動を展開する、という点で、とても興味深いパーソナリティーでしたが、それだけではなく、ホンネ論やホンネ・スタイルの対応の大好きな日本人には、とても人気のある政治家でした。　その彼は、二〇〇三年一月二三日に、民主党の「仕掛人」としてその名を知られた菅氏から国会で鋭い追及を受けた際、「この程度の約束を守らないのは、大したことではない！」と言い放ちます。　その約束というのは、国債発行三〇兆円枠厳守、政府系金融一本化、一内閣一閣僚制厳守、ペイオフ完全実施、八月一五日の靖国神社参拝です。　その際、彼には、もう少しソフトな語り口にする手もあったでしょうが、言葉にアクセントを付けるこのやり方が、正に小泉流なのです。　このいきさつが示してくれているように、政治家の約束とは、とりわけこの日本では、軽く薄っぺらなものなのですね。

　小泉首相は、二〇〇三年一〇月二三日に、自民党の重鎮である、中曽根氏（当時八五歳）と宮沢氏（当時八四歳）をそれぞれ訪問し、自民党が比例区候補者の定年を七三歳と定める方針を取るように成ったことに基づいて、次の総選挙での、自民党公認下での出馬を辞退するよう、両氏に求めます。　宮沢氏は首相の要請を受けいれて、その機会に政界を引退する意向を示しましたが、しかし、中曽根氏の方は、いかにもタテマエ好みのタカ派闘士らしく、「断じて了承出来ない。」と拒否します。　その抵抗の理由の一つは、かつて、橋本首相の時代に、中曽根氏が、比例区から北関東区とへ転出させられる代わりに、

「比例区候補者名簿において終身第一位の待遇をすることを、保証する。」という約束を党執行部と交わしていたために、今回の小泉首相の要請が公党の約束に反するものである、という点でした。　結局のところ、中曽根氏のクレームは実らず、氏も政治の第一線から身を引きます。　筆者のいたって個人的な感触によりますと、中曾根氏はタテマエタイプの「縄文びと（縄文人）」で、宮沢氏は　ホンネ・タイプの「弥生びと（弥生人）」という区分に成ってきます。　また、「東の、剛の政治家」と「西の、軟の政治家」という対比も、面白いのではないでしょうか。

（２）過去の衆院選挙におきましては、マニフェスト（－）＜ｍａｎｉｆｅｓｔ（ｏ）＞というものが登場して話題に成ったことが、あります。　これにより、投票の行方にも、それなりの影響も見られたようです。　従来のように「政権公約」という表現には成らず、「マニフェスト」という外来語として日本語表記がなされることに成ったのには、多少訳があります。　それは、一九九七年にイギリス労働党が総選挙で掲げたマニフェストのことを念頭において、日本で初めて考えだされた、という由来があるからです。　日本では、これまで、各政党の選挙向けの公約には、言いっぱなしの無責任なものが多く、有権者は、そのようなものはまるで信用していなかったのですが、そのマニフェストの場合は、選挙前に、実現可能性のある諸政策を、実施面（ホンネ）も考慮して具体的に打ちだし、同時に、事後に、政策実現の実績に関して国民のチェックを受ける、という構造に成っています。「政治家の約束」としては、これは、かなり真面目で真剣なものと有権者に受けとめられたのです。　これで、日本の政治のレヴェルが少し上がったもの、と見ておきましょう。　それでも、政権を自民党から奪取した民主党のマニフェストにも、やはり、これまでのように、いかがわしいところも、あったようです。

（３）二〇〇二年九月一七日、北朝鮮の金正日総書記が、画期的な日朝首脳会談の場で、日本人の拉致（八名死亡、五人生存）を認めて、公式に謝罪したことは、筆者にも衝撃的でした。　タテマエばりばりのあの国が、「拉致など、まったく存在しない。」という盤石のタテマエを根本的に崩して、ホンネで、おぞましい、日本人を拉致する行為の存在を公式に認めたからです(韓国の人も拉致しているようですが、そちらの方は、未解決のままに成っているようです）。　日本の誰もが、これをきっかけとして、いわゆる「拉致問題」に関して、仮に部分的にであっても、円満な解決が図られていくのではないか、と期待を掛けましたが、やはり、そんなに巧く事は進展しませんでした。　その後も、ずっと、多くの家族が引きさかれた状態が続いています。　それでも、二〇一五年の六月には、解決に向かう明るい展望が少し見えてきました。　ところで、この一連の出来事の中にも、「約束」というものが深く影を落としています。　拉致されていた五人の人々は、北朝鮮を出国するとき、一定の期間内に必ず国（北朝鮮）に戻る、という約束を、北朝鮮当局と交わしていた（「交わさせられていた」という方が、正しいでしょうが）ようです。　その他の拉致被害者を北

朝鮮側に「人質」に取られている以上、出発の時点では、彼ら五人も、日本を「訪問」するだけで、本当に「帰国」する積りがあったのかもしれません。　しかし、ごく当然のことですが、彼らは日本へ「帰国」することに成ったのです。　その点を捉えて、北朝鮮側は、自国への彼らの「帰国」が先決問題である、と強硬に主張しています。　それもあって、今でも、先の五人以外の人々の帰国、及び、何百人にものぼる拉致被害者の調査に関して、北朝鮮の動きはとても鈍いのです。日本側は、「原状回復というのはすべての拉致被害者が日本に戻されることだ。」という理解に立っていますが、一方、北朝鮮側にしてみれば、日本に「行った」五人の人々がいったん自国に「帰る」、というのが、「原状回復」なのです。　元々信義を重んずる国家＝民族でありながら、政治的「約束」を守る、ということに関しては独特の姿勢を常に示す北朝鮮が相手では、「話せば判る。」程度の日本人の甘い約束観は、使いものになりません。　かつて、日本の識者の発言として、「いったん五人の人々に北朝鮮に戻って貰って、問題の『帰国』の約束を果たし、それから次のステップを踏むよう試みてみるのも一案ではないか。」というものも、登場したのですが（最近になって囁かれているのは、小泉氏の、政治的な裏の動きがその背景にあって、そのような北朝鮮寄りの発言が登場してきた、という読みです）、これが、「五人の人々を再びあの暗黒の拉致状態へ原状回復してしまう。」という、恐るべき発想であることが国民に悟られ、その当時、そのような提案は、まったく問題にされませんでした。　ところで、二〇一四年の段階では、拉致問題の解決には、公式ルートを通した正攻法でやっていくしかないように思われるのですが、日本政府や外交筋がホンネ（裏での取引）の誘惑に耐えて、タテマエを貫き通すことが出来るかどうか、見守っていきたいと思います。　筆者としては、北朝鮮の指導部が交代したことが、新しい流れを起こしてくれることを期待しています。

（Ｂ）法の世界における「パクタ　スント　セルワンダ。」論―概論

（１）「パクタ　スント　セルワンダ。」という命題を原理的・理念的・理論的・構造的・歴史的に解析する、というのは、かなりの難題でありまして、もしこれに本格的に取りくむと成ると、何冊もの書物が出来あがってしまうほどのものなのですが、このシリーズでは、「周辺」という言いまわしから御賢察頂けるように、この格言的命題の周りをぐるぐると何度もめぐり歩きながら、そのフィールドに展開している各種の問題を、可能な限り、具象＝具体的な事件に絡めて、拾っていくことに致します。

（２）この格言の周辺にどのような問題が存在しているか、と言えば、例えば、以下のものが考えられます。　まず、順不同でそれらを羅列しておきましょう。

（ａ）そもそも「約束」の中身として、どのようなものを盛りこむことが可能なのでしょうか。・・・・常識的に考えれば、不条理・不道徳

なものとか、人権・人道に反するものとか、まったく非常識なものとかが、まったくありえないものとかが、排除されるべきでしょうが、それはいわばタテマエ（理屈）の世界の話でして、実は、ホンネ（実態）の世界では、「約束してよいこと」と「約束してはいけないこと」の線引きは、かなり難しいようです。　裁判所の取りしきるフィールドに後者の系列に属するような問題が持ちこまれますと、「そのような合意約束は無効である。」との判断がすぐに出て、物事は決着しますが、しかし、生の社会の現場では、無効な約束・合意・同意でも、それなりに大きな顔をして、のさばっているケースが、少なくありません。「文句があるなら、裁判所へ訴えたらよい。」などと相手方から言われても、善良な市民は、「訴訟沙汰」にしてまでも身を守っていくような道を貫くことには、消極的に成りがちです。　いざ裁判と成りますと、相当な経費が掛るだけでなく、訴える側としは、精神的にも辛いことが、色々と生じてくるからです。　つまり、裁判の「ハードル」は、市井の人にとっては、とても高いものなのです。

（ｂ）「約束」が守られなかったときには、一体どのような成り行きに成っていくのでしょうか。・・・・「裁判所に訴え出て、約束を守らせるように仕向ける。」というのがオーソドックスなコースなのですが、しかし、実際にこのコースに乗って、見事に勝訴判決を獲得したとしても、もし債務者側に資力がなければ、判決は唯の「紙切れ」になってしまいます。　約束を守らせるには、このような硬派の「裁判ルート」の他に、和解とか調停とかのような軟らかいルート（いわゆるＡＤＲ＝訴訟外紛争解決）もありますので、状況を見ながら、問題解決にとってベストな策を選択して頂くのが、賢明なやり方ですね。裁判では、原理的に「シロ」か「クロ」かの鋭い勝負に成ってきますが、和解・調停などの場では、グレー（灰色）の線で何とか折れあう、という芸当も出来なくはないので、後腐れもなく、納得づくで、対立をそれなりに収める道も、選べます。　また、裁判の方では、第一審どまりには成らず、最高裁までもつれ込みますと、間違いなく何年もの時間が必要に成ってきますが、後者では、一回きりの勝負と成りますね。

（ｃ）契約が、時の流れや、状況のドラスティックな変化のために、守れないか、あるいは守りにくくなった場合に、約束の拘束力は一体どのように成るのでしょうか。・・・・「約束は約束だ！」というのが最右翼の立場であり、そして、「約束を見直す余地を相手方に与えてあげる。」というのが最左翼の立場です。　日本では、この点に関して、伝統的に、世界の法先進国の場合とは違った対応がなされるようです。　つまり、いったん成立した約束を守りぬく姿勢が、他の国の場合ほど強固ではないのです。　そこから、商取引をめぐる国際的なトラブルも、しばしば発生してきます。

（ｄ）「約束」というものが成立するためには、どういった形式上の要件が必要でしょうか。・・・・これは、中身（ホンネ）ではなくて、形式（タテマエ）に関連する問題です。　歴史的には、当初、形式を

欠くような約束には約束の資格など､与えられていなかったのですが、次第に形式の縛りが緩められるように成ります。　現代では、約束の形式的要件が厳しくチェックされることは少なく成っています。　実質的要件が整っていれば、差しあたりそれでよい、とされることが多いのです。

（ｅ）「約束」というものは世界各国で同じような内容のものと考えてよいのでしょうか。・・・・結論的に申しますと、日本人の「約束」観は、比較法文化論の立場から観察すると、かなりユニークな特色を具えているように、筆者個人には思われます。　「法治国家」へと昇格した現代においても、この特徴はまだまだ力を持っています。

（３）さて、「契約」というものは、「約束」一般の中でも「高級な」部類に属する形態ですが、「無効な契約・契約書というものも存在する。」という点について、見てみましょう。
無効というのは、平たく言うと、法的に何らの存在も意味もない扱いを受ける状態のことです。　強行法規違反の行為（たとえば、借家契約において、所定の期限の後ならば家主側はいつでも好きなときに力づくでも解約できる、という重要条項を含んだケース）は、確かに無効を引きだします。　それでも、当事者同士がそういった取扱をいったん自由意思の下に合意した、という事実（ホンネ）の重みに借主の方が心理的に圧迫されていたり、とにかく、いさかいを避けたりするために、やむをえずそういった取決めを認めることにしていたり、仲介の労を取ってくれた人に迷惑を掛けたくない、などと考えて、相手の言いなりに成っていたりすれば、そのような約束は、社会的には紛れもなくちゃんと存在し、しかもその当事者によって遵守されるのです。　ここでは、「パクタ　スント　セルワンダ。」の法理が貫徹される訳ですね。　したがって、平時　―つまり、契約当事者の関係が友好的・良好・平穏であるとき―　には、こういうものは、そのまま有効で、一方、戦時　―つまり、典型的には、トラブルが裁判所へ持ちこまれるような事態に成ったとき―　には、約束ごとは一挙に根底から無効になり、無の上に何を築いても、何も生じないことに成ります。　こういう類の契約が今もなお私たちの周りに存在していることは、日本の「法外の法」のしたたかさを物語るものと成っています。

（４）ここで、かなり特殊なシチュエーションにおける誓約（契約）無効の話題を取りあげてみましょう。　スピードを競うモーター・スポーツのレースでは、危険な運転を強いられるレーサー（ドライバー）の中には、怪我人はもちろんのこと、死者も、ときには出ます。　この予想される事故に対し、特殊な損害保険がそれなりにセットされているはずですが、もし問題の事故に主催者側の重大な運営上の過失が絡んでおり、しかも損害保険による損害（とりわけ、人身事故）の填補が十分にはなされなかったときには、損害を蒙ったレーサーの側に不満が生じます。　実際のところ、賠償問題の解決のためだけにではなく、主催者に対して、事故の再発を食いとめ、事故発生時の不十分な救助方法を改善する措置を取らせるためのアピールをする意図が、

被害者サイドに強くあるときには、タテマエとしての法世界の表舞台（裁判所）に補償問題が持ちこまれる可能性が、あるでしょう。　二〇〇三年一〇月二九日に、その五年前、富士スピードウェイでレース中に事故に遭い、大やけどを負ったのは、主催者側が安全対策を怠ったいたためである、として、一人のレーサーが、「工作物責任」を問題にして、約三億円の損害賠償を求めていた事件で、東京地裁は、主催者側の七被告の内の六被告に、約九〇〇〇万円の損害賠償の支払をすることを命じました。　この事案は東京高裁へ控訴されましたが、「訴訟上の和解」の成立により、ほぼ同額の賠償金の支払いが確定します。いずれにしましても、「私（レーサー）は事故が発生しても損害賠償など一切請求しません。」という内容の「誓約」を予めしていた、という事実の壁を果敢に乗りこえて、司法の判断に身を委ねた一人のレーサーの行動は、担当裁判官の心を動かし、「約束がすべて」という世間の風潮に、一つのくさびを打ちこんだ訳です。　つまり、その判決は、主催者側がレースによって経済的利益を得ていながら、その過失により重大な事故が発生しても、責任を一切負わないものとする、という内容を骨子とした、いわゆる「死の誓約書」をレーサーに提出させるのは、著しく不当・不公平で、公序良俗違反である、という見方を、判断のベースとしています。　人は、誰でも、自身が自由な意思に基づいて（もっとも、この誓約書を提出しなければ、そもそもレースに出場できないので、それが本当の自由意思である、とまでは言えない部分もありますが）、いったん了承した約束事を無視して、相手方に迫る、といった振舞はあまり好まない、という傾向は、控えめな私たち日本人にはとりわけ強いのではないでしょうか。　「利益のあるところに、負担がある。」というのは、古代ローマ法以来の理屈であり、ときには公理・条理のような働きをする考えかたですが、「バランス感覚」に優れた担当裁判官は、「レーサーの自己責任制に基づく免責約款」という、主催者側が拠りどころとする、「パクタ　スント　セルワンダ。」系の堅固なタテマエを、公序良俗違反というホンネ面の柔らかい理屈でもって打ちやぶる判断を下したのです。　筆者としては、特殊・特別・異例のことも、法の原理に立ちかえって、普通に受けとめ、クールに判断する、というのは、進化した法世界における営みであると見て、この判決を支持したい、と考えています。　因みに、いくら損害賠償請求権の放棄を事前に誓約しておいても、その約束がやはり無効である、という論理を駆使した判決例は、以前にも他に存在しています。

（Ｃ）約束の原点

（１）「約束（合意）を守る」と言えば、私たち日本人の場合、人間と人間との間のもの、と考えられがちですが（法人と法人との間のものも、これに含ませてよろしいでしょう）、しかし、人類の歴史の中には、「神との契約（約束）」の存在が刻印されている例も、あります。「旧約聖書・新約聖書」という表現に見える「約」という言葉が、その「約束」に当たるものです。　中近東のシナイの荒地で、神は、モーゼ

を仲介して、イスラエルの民と契約を結んだ、と伝えられています。イスラエルの民は、神の直接の介入と加護のお陰で、エジプト人への隷従状態から解放され、「神の民」と成ったのですが、そのことに感謝して、神と約束をします。　彼らは神を受けいれるのですが、その際、その民が、神と交わした契約と律法を守るならば、神からあらゆる祝福と恵みを受けられるものとする、という内容の約束を勝ちとりました。　その契約・律法の中核となる掟が、私たちにも知られているあの「十戒」です。　これらの事情の理解の仕方につきましては、色々な解釈があるでしょうが、筆者としては、ひとまず上記のような見方に従っておくことに致します。
神が砂漠を放浪しているイスラエルの民に約束した「乳と蜜の流れる地」は、現在のパレスチナの西域一帯のカナンで、ここは「約束の地」と呼ばれます。　ところで、ユダヤ（イスラエル）の人々が、ローマ帝国の支配に徹底的に抵抗して、敗れたために（後一三五年の出来事です）、この地を逐われてから、実に一八〇〇年以上の長い年月がたった一九四八年に、「イスラエル」という国家が故地に蘇りましたが、この地は、建国から半世紀以上も経った現在でも、パレスチナ紛争の戦場でありまして、「目には目を。」の報復のテーゼが支配する流血の場と成っています。　以前に比べて、対立の図式がいくらか弱められるように成ってきていることに、期待を掛けたいと思います。　歴史上数千年にもわたる圧制・迫害に耐えぬいたユダヤの人々は、いつ神から「約束の地」を本当に貰えるのでしょうか。　「選ばれた民」であるイスラエル人の苦難は続きます。

（２）さて、人間同士の、世俗的な「約束」に話を戻しますが、人間の社会には約束が古くから存在していました。　「約束」を「約束ごと」というように緩やかに捉えることにすれば、そういったものは歴史の中に無数に散りばめられていたことでしょう。　人と人とが社会的に交流する場におきましては、さまざまな相互関係が形成されていきます。　たとえば、物流の分野の出来事に話題を絞って考えてみますと、原点には、物々交換や現実売買のスタイルにより、即時に、しかも最終的・決定的に、処理（支配や権利の移動）が果たされる関係で、約束ごとのようなものは姿を現わさない状況が、あります。　しかし、最先端の物流の世界では、将来のある日に（契約時にではなくて）、その年の翌年に収穫されるはずの物を買いつける人がいて、代金支払いの決済は現物と引きかえのかたちで行なう、といった構造の売買約束（売買契約）までも、考案されるように成ります。　「後の時点で、今まだ存在しないものを、代金も払わないままに、ちゃんと購入することを約束しておく。」というタイプの売買は、いくつもの約束の組みあわせによって成りたっているのです。　ところで、「人間の歴史の中で、初めて、第一級の法社会を築きあげた古代ローマ人の世界で、『約束』がどのような位置を占めていたのか」というテーマにつきましては、後の（Ｉ）のところで取りあげましょう。　今回は、一応のところ歴史の中の「約束」の一コマ（単なるフィクションの一例）ということで、シェークスピア作の戯曲である「ヴェニスの商人」の話を少しだけ御紹介してみます。

（ａ）　時は一六世紀、舞台は当時世界で最も栄えていた貿易都市の一つである北イタリアの港町ヴェニス（ヴェネツィア）です。　ホンネ（現実の背景）に注目すれば、一六世紀に生きたイギリスのある有名作家がヴェニスを舞台とする物語を書いただけで、本当にヴェニスでこのようなことが生じていた、というようにリアルな話ではない、という見たてが前提に成ります。

（ｂ）高利貸のユダヤ人・シャイロック（こういった設定には、根深い人種的・職業的偏見＝差別観が滲みでています）は、日ごろから自身ととても仲の悪かったヴェニス商人・アントーニオが、その親友バッサーニオの結婚資金を彼のために用だててやることに成ったために、自身に、大金を貸してくれないか、と持ちかけてきたとき、シャイロックは、何と、気前よく無利子で貸してやることにしました（友人や同族の者の間のことならともかく、ビジネスがらみの話となると、彼がそういった好意を示すのは、まったく異例のことです）。　そこで、その当時の商習慣に従って、公証人の立会の下に、金銭消費貸借契約（借金の契約）が厳かに締結されます。　その内容は以下の通りです。「さあ、旦那（バッサーニオのために一肌脱いだ問題のアントーニオ：引用者注）だけの単記証文でようござんすからね、一緒に公証人のところへ行って、判をついていただきます。　それからほんのこれは冗談だが、一つこうお願い申したいんで。　つまり、斯々の日、斯々の場所で、証文どおり斯々の額が、万一もし返済できぬという場合には、違背金として、旦那の身体のどこからでも、好きなところから、その真白い肉をきっかり一ポンド、切って取ってもいいってことを明記していただきたいんで。」（中野好夫訳）。
ここでは、債務不履行の際に、特約の形式で、債務者の身体（結果的にその者の生命）で償いを付ける、という取りきめに成っているのです。　このようにおぞましいことが一六世紀当時のイギリスで許されていたか、ということに成ると、大いに問題ですが、しかし、これをまったくの絵空事と断定することは、出来ないかもしれません。　債務者が予め納得しており、契約が公証人の許で完璧に成立していれば、それはそれとしてちゃんと効力を持つ、と見られる余地もない訳ではないからです。　三〇〇〇ダカットという問題の大金を返済出来なかったアントーニオの悲劇は、世間（ヴェニス社会）では、仕方のないことだとして容認されていたのかもしれませんね。　現代でなら、「公序良俗違反でその手の契約はそもそも無効である。」として、事態は、簡単に、いわばタテマエの世界で、処理されてしまいますが、一般に、時代を遡れば遡るほど、契約責任は重く設定されることがあったのです。　さて、契約不履行の債務者・アントーニオを生命の危険から救いだしてやるためには、次に述べるような特別の「仕掛け」が必要でした。　それが作者・シェークスピアの編みだした、巧みなプロットなのです。

（ｃ）債務者・アントーニオは、不幸にも自身の持船がすべて難破してしまったために、借金の返済が不可能な状況に追いこまれます。　シ

ャイロックは、彼をまんまとワナに陥れ、総仕あげとして、約束通りの処置に取りかかろうとします。 いわば復讐劇が始まるのです。 アントーニオは債権者に哀願しますが、その声はもちろん聞きいれて貰えません。 それで、事件は法廷へ持ちこまれました。 裁判役の人物（公職者）は、当時のイタリアの法世界の伝統に従って、専門家の意見（鑑定のようなもの）を聞くために、わざわざ、法の古都であるローマから一人の法学博士を招きましたが、その代理人として、バルサザーという名の若者が、やってきました。 この男こそが、問題の親友バッサーニオの妻・ポーシャが男装した人物でありまして、彼（彼女）は世にも有名な鑑定を行ないます。 「約束通り胸の肉の切りとりは許すけれども、肉一ポンドきっかりでなければならず、血は一滴たりとも流してはならない。」といった内容のものが、それです 。この鑑定は裁判役の人物の最終裁定に影響を与え（このような成りゆきは、当時のヴェニスでは、ごく普通のことだったでしょう）、債権者のシャイロックは、貸付金の回収を果たせなかっただけでなく、おまけに、「策を弄して違法にヴェニス市民（債務者）の命を狙った非道な輩」ということで、場合によっては刑事告訴までされて、自身の生命も全財産も逆に奪われかねない大ピンチに立たされてしまいます。彼は、ほうほうの体で法廷から引きさがるしか、ありませんでした。結局のところ、シャイロックの野望は潰え、「めでたし、めでたし。」で、アントーニオは何とか生きのびることが出来たのです。

（ｄ）こういった司法決着の付けかたが歴史的に本当に生ずるようなものであった、とした場合（その可能性はかなり低いのですが）、事の成り行きを学理的に批判していくことは、容易でしょう。 「肉の切りとりは許すが、血までも奪うのは許さない。」などというのは、屁理屈であって、とても容認出来ない、とする立場が、あります。 肉と血とは一体のものなので、血が流れるのは当然の前提と成っているからです。 また、いくら契約自由の原則がまかり通る、と言っても、文字どおり身体で直接的に償う、というやり方は、法理を超えた条理の世界で拒まれるべきであって、契約無効の線から決着を図るべきである、とする立場も、あるでしよう。 もっとも、後者のラインの主張は、歴史を遡れば遡るほど、説得力を欠きます。 債務者の責任は、古い時代にはとても厳しいものだったからです。 それから、唯の民事の事案に刑事問題（シャイロックがアントーニオの命を狙って仕かけた罠、とみなすこと）を絡ませることにして、唯の債権者であるシャイロックに強力なプレッシャーを掛ける、というのは、汚い手である、という立場があります。 筆者の見るところでは、このように行きすぎた手口が世間の喝采を受けることには、反ユダヤ感情がその当時とてもイギリスにおいて強かったことが、反映しています。 私たち日本人としては、問題のユダヤ人や、広くユダヤ民族一般の非運を、イギリス人風に、ただただ面白がっている訳にはいかないと思いますが、いかがでしょうか。 人種的偏見に捉われがちな私たち日本人の性向（国民性？）に対して敏感に問題を感じとっている方々の場合には、尚更のことでしょう。

（Ｄ）約束をめぐる世界のことわざ

（１）今回は、「約束」というものに関連してくるような古今東西のことわざから、いくつかを選んで、紹介してみましょう。　一般的に言って、ことわざには、正論を堂々と展開していく、いわばタテマエ型のもの（以下の＜Ａ＞グループ）と、各種のホンネを率直に吐露するホンネ型のもの（以下の＜Ｂ＞グループ）との二種が、あります。　このような二分法による区分け作業には、ご異論もあろうかと存じますが、ひとまず、その方式により、論を進めていきましょう。

（２）＜Ａ＞グループ

「約束は守られるべきである。」という考えかたが大筋において世の人々によって支持されているものと成っている関係で、筆者の知る限りでは、この手の命題を言いあらわすことわざは、それほど多くは見あたりません。
＜ａ＞「武士にニ言なし。」・・・・武士というのは約束（信義）を重んずる者で､この者は一度言ったことは決して取消したりはしない、という受けとりかたに成っているのですが、今や、日本では、「武士道」なるものは、廃れてしまいました。　その昔、「古武士のような趣をもった人」が社会のどこかにひっそりといたものですが、「古武士」という言葉までも、死語となり果てたようですね。　聞くところによりますと、江戸時代の身分ヒエラルヒーの最下位に押しこめれれていた商人（あきんど）の中でとびきり優れた一握りの人士の許に、かつての武士（もののふ）が身につけていた約束遵守の心根が細々と今も生きつづけている、とのことです。　ところで、約束をするスタイルには色々なものがありますが、「紙」に書きつけたものと同じくらいの重みを持つものとして、「言葉」それだけによる約束が、あります。　証人や立会人がいてくれた方が、実務的には何かと便利なのですが、しかし、その手の約束の原点は、対面する人の間での営みにあるでしょう。　つまり、「二人だけの口約束」が、究極の「約束」なのです。　現代の日本では、「口約束＝口頭での約束」には拘束力が低いので、別にそれを守らなくても構わないのだ、という風潮もありますが、その一方で、商都・大阪には、「難波（なにわ）の商人道」の一つに、「口約束を大切に。」という掟が今も健在である、と漏れ聞いています。　筆者はここにホンネ重視の大阪人の心意気を見たいと思います。　因みに、タテマエなるものの正体を知りつくしている京都人の許でなら、「口約束（タテマエ）など、まるで頼りにならない。」というような、冷やかな受けとめかたが、なされることでしょう。　この都（みやこ）では、「言葉というのは上辺だけのもの」といった受けとりかたが支配的だからです。　それも「京の風情」の一コマなのでしょう。　あの有名な「京のぶぶ漬け」神話の場合も、その一例ですね。
＜ｂ＞「男子の一言、金鉄の如し。」・・・・「男子」のところに「武士」が入ってくる表現例も、あります。　信義を重んずる男子の約束

は、金や鉄のように、硬くて確かなものであることを表現する命題です。　それでは、「女子の一言」についてはどうでしょうか。　女性の方々は、その体質上、「一言」よりは「多言」がお好きなようですし、また、一般に、ご婦人方は、男と違って、タテマエ主義者というよりは、ホンネ主義者であるように見受けられますので、「女子の一言」という具合にはいかないのではないでしょうか。　この点については、ご異論もあろうかと存じます。
＜ｃ＞「一諾千金。」・・・・いったん人が承諾すると、その行為には千金の重みがある、という意味です。　約束は必ず果たさなければいけないのです。
＜ｄ＞「約束の一つ一つは借金。」・・・・あまり約束を守らない風情もあるイタリア人のことわざです。　筆者には、五〇年以上も昔にイタリアで在外研究をさせて貰った経験がありますので、この国の事情は多少は見聞きしているのですが、ここでは、伝統的な身分制度が健在であることも作用してか、約束をちゃんと守る紳士が、多くいらっしゃいます。　紳士なるものがめっきり減ってしまったわが日本の場合とは、違いますね。　この格言の趣旨は、「借金を返済するときと同じくらい気合いを入れて、約束を果たすよう努めなければならない。」といった辺りのものに成るでしょう。
＜ｅ＞「一度言ったことは、言ったことだ。」・・・・言ってしまったことは、もはや取りかえしが付きません。　原始時代には、「言葉には霊が宿る。」とさえ、言われていたものです。　約束の言葉は裏切ることは出来ないのです。　オランダ・ベルギーの作品です。
＜ｆ＞「言った言葉は投げた石。」・・・・「投げてしまった石が手元に戻ってこないのと同じように、いったん発した言葉に、人は最後まで責任を持つべきである。」といった意味のものです。　ギリシアの作品です。
＜ｇ＞「一人一言」・・・・「人は自身の発した言葉を守らなければならない。」という意味のもので、ドイツ法の前身である古代ゲルマン法の格言です。　「言葉」の中には、約束というものが、重要な部分として存在しますので、この命題は「約束問題」と関係がある訳です。

＜Ｂ＞グループ

「約束は守られるべきである」というのは、万人によって承認されている、堂々たるタテマエですが、実は、すべての人の関心事は、約束がちゃんと果たされるかどうか、という、リアルなホンネの次元のことです。　世界の人々は、さまざまな表現でもって、約束というものの実相を私たちに教えてくれています。
＜ａ＞「約束と実行は、別のことである。」・・・・いかにもフランス人のものらしい明晰な表現です。　因みに、「～と～は、別のことである」という表現構文は、古代ローマ以来愛用されてきたスタイルです。　このような対比法の駆使した用例は、かなりあります。「ロマホペディア」の本体の［Ｂ］部門の，＜ａｌｉｕｄ　～　ａｌｉｕｄ＞系の格言項目を御参照下さい。

＜ｂ＞「約束は雲。　実行は雨。」・・・・雨があまり降ってこないアラブ世界では、雨というのは稀なことを象徴しています。　ですから、約束の実行など、滅多に生じない、というのです。　自然現象になぞらえて比喩を編みだすところは、面白いですね。
＜ｃ＞「約束と裏切りは同じ木の枝である。」・・・・約束と約束不履行は、コインの表裏のように、とても近い間柄にあることを意味しています。　本来から言えば、約束の木と裏切りの木は、別のところに生えているはずですが、一本の木にある、という言いまわしに成っているところが、ストレートで、愉快ですね。　ギリシア人も巧いことを言うものです。
＜ｄ＞「言うこととすることの間には、大海原がある。」・・・・大げさな物言いを愛好するイタリア人の作品です。　初めの約束から、約束を果たすところまでには、大そうな距離がある、という訳です。
＜ｅ＞「言葉から行為までには、長い道のりがある。」・・・・デンマーク人もスェーデン人も、このように、先のイタリア人と同じようなことを言っていますね。
＜ｆ＞「言われることと、なされることとの間の溝は、大きい。」・・・・これもデンマーク人の作品です。
＜ｇ＞「約束とは、夢の中の発見のようなものである。」・・・・リトワニア人は、約束というものがは、幻のようなもので、本当に頼りないものだ、というように、諦めにも似た気持ちをここに籠めています。
＜ｈ＞「三度約束するより、一度だけやった方がましだ。」・・・・数字絡みのことわざは、洒落ていて、色々なジャンルの格言によく登場します。　やたらに約束しまくるような人は、逆に、滅多に実行してくれません。　約束と同時に一度だけ実行してくれる人こそが、人々に望まれているのです。　不言実行型の人なら、更に立派ですね。　ポルトガル人の作品です。
＜ｉ＞「すぐやるのは、二度やるのに等しい。」・・・・これも数字絡みの命題です。　約束があってもなくても、即座に実行してくれる方が、約束の下に時間をおいて二度やってくれるよりも、有難い、という読みもできます。　これもポルトガル人の作品です。
＜ｊ＞「口約束のオウムよりも、手の中のスズメ。」・・・・アラブ世界の作品です。　理念・想念・観念ではなくて、具象（身の周りに存在するもの）を素材にしながら教えを説くのは、アラブの人々のいつものやり方かもしれません。　鳥として値打ちのあるオウムを、約束を頼りに、手にいれることを期待するよりも、オウムと比べて格下のスズメを、さっさと確保しておく方が、無難である、という意味の格言でしょう。　因みに、ドイツにも、オウムの代わりにツバメが入ってくる格言があります。　もっとも、こちらの方は、約束問題とは無関係に言われておりまして、欲しいものがあっても、高望みしたりせずに、現実に入手可能なもので辛抱しなさい、という教えに成っていますが。
＜ｋ＞「明日のニワトリより、今日のタマゴ。」・・・・ポルトガル人の作品です。　誰にとっても、同じ貰うなら、タマゴよりもニワトリの方が有難いのでしょうが、それでも、「明日ニワトリを差しあげ

ることにします。」という約束よりも、「今タマゴを差しあげましょう。」という実践の方が、リーズナブルということに成りますね。
＜ｌ＞「貸すときは友、返すときは敵。」・・・・これは、元々は、古代ローマ原産の格言でして、後にフランスにおいてこのような言いまわしに成った、ということです。　そして、この発想は更にシャープになり、「貸すときは神、返すときは悪魔。」とも言われます。　わが日本にも、「借りるときの地蔵顔、返すときの閻魔顔。」という、捻りの利いた言いまわしが、ちゃんと存在します。　どの格言も、借金の返済が実現する局面が、修羅場に成りがちなことを親切に伝えてくれています。　俗に、「友人に金を貸すぐらいなら、それを気持よく上げてしまったた方がよい。」とも言われます。　これは、返済が滞ることで、友人関係が傷ついてしまうよりも、金を用だてあげる側に多少の出費（贈与）があっても、それで辛抱する方が、長い目で見れば、メリットがある、との教えでしょう。　お金を用だてて貰った友人が立派な人であれば、その人物は、後に、問題のお金をくれる(返す）かもしれません。
＜ｍ＞「誓いは藁である。」・・・・イギリスのシェークスピアの戯曲中のセリフとしてよく知られている表現です。　人の約束など、藁同然の頼りないもので､一文の値打ちもない､という趣旨の言葉です。これはあまりにも誇張されすぎている言いまわしですが、事の真実の一端を伝えてくれていますね。
＜ｎ＞「約束変替え常のごとし。」・・・・「人が約束を守らない、といったことはよくあることで、やむをえない。」という、日本人の諦めにも似た心情を素直に表現したものです。　私たち日本人も、あるいは世界の他の国の人以上に、約束に対してルースな姿勢を取りがちであることが、ここから窺えます。
＜ｏ＞「紺屋のあさって。」・・・・日本のことわざですが、この手の表現は、世界各国に存在しているのではないでしょうか。　染物業者の仕事には､天候によって大きく左右されるところがありますので、商品の仕あがりが、どうしても遅れがちになります。　彼らは「明後日には出来あがります。」とか言って、当座の責任を逃れることがしばしばなので、約束というものがあまり当てに成らないことの譬えとして、このように言われるのでしょう。

（Ｅ）授業料・入学金返還問題

（１）今回取りあげる事例は、私人（受験生）と法人（大学）とが交した合意（約束）が「守られる必要はない（Ｎｏｎ　ｓｅｒｖａｎｎｄｕｍ　ｅｓｔ　.）（ノーン・セルワンドゥム　エスト）。」と、裁判所によって判定された一群のケースです。　戦後、長い間、入学試験などによって入学の決定を得た学生は、世間の常識に則って、入学を保証して貰うために、合格後すぐに、問題の「学納金（入学金・授業料など）」を大学に納入します。　その際、大学側は、「いったん受けとった金銭は返済しません。」といった趣旨の文言を入れた文書を入学予定者に送付し、その点についての合意を、入学予定者から取

りつけておきます。　どうしてもその大学に入りたい人の場合は、それで何も問題は発生しません。　しかし、現実には、いくつかの大学を受験して、それぞれに合格しておき、それから、気に入った大学を一つ選択する、という知恵も、当然に生まれてきます。　昔は、無駄に成った学納金のことなど諦めるのが、通例でした。　しかし、時代はすっかり様変わりして、「いったん納入されたお金は返還されないものとする。」という内容の合意条項の威光はもはや昔のものと成り、実際に入学しない以上は、当初の約束に反してでも、納入金を取りもどしたい、という、ホンネ丸出しの動きが生まれました。　それも、確かに、一つの理屈でしょう。

（２）二〇〇三年七月一六日に、京都地裁は、数年前の大学入学試験に合格して、いったん入学金および授業料を、学則の規定通りに、納付した後に成って、入学辞退を申しでた経験を持つ元受験生グループからの、学納金の返還請求を認める判決を下しました。　つまり、入学時期の四月一日以降に成って、入学辞退を申しでた者に対しては、「授業料」だけを、そして、それ以前に辞退した者に対しては、「授業料」及び「入学金」を、それぞれ、元受験生グループ（原告団）に返還するよう、判決は大学側に命じたのです。　これは一人当たり数十万円もの巨額の返還金と成りますね。　その後も、こういった成り行きに力を得て、日本各地で何百人もの元受験者（合格者）が、訴訟などを通じてこのタイプの請求を実行しました。　この「京都判決」は、司法実務に一つの「流れ」のようなものの発端を作りだした司法判断として、特筆されますね。　その後、この第一審判決を契機として、元・受験生が、過去の受験をめぐって返還請求をしさえすれば,「授業料」の方だけは、事後に彼に返還する手法をさっさと取る大学も出てきました。　このように、「司法は制度を変える。」ことも、あるのです。

（３）さて、その京都地裁の判決は、大学＝被告側の、「学納金（授業料と入学金とを中核とする支払金）」問題に関しては、消費者契約法の適用など、ない。」という主張を退けて、大学を「事業主」と、受験生を「消費者（！）」と捉えることを基軸に置き、そして、受験生の入学辞退によって大学側が蒙った損害分（具体的には、多数の辞退に伴う入学定員割れから生ずる損害）を上まわるような違約金を、受験者＝入学辞退者に支払わせる、といったやり方は、消費者契約法に違反する、としました。　民法以上に消費者を保護する役割・機能を持つこの法律は、一般消費者の側が契約に関連する情報量や交渉力で事業者の側に大きく劣ることを前提に、消費者が契約の取消しや不当条項の無効を主張していく道を開いたものであり、二〇〇〇年四月一日に施行されています。　古代ローマ法以来、法の仕組みやスタンスには、バランス感覚がきめ細かに織りこまれてきましたが、この法律についても、相当な配慮がなされていますね。

（４）つい最近まで、受験生一般が、掛けもち受験（合格）の結果として、ある大学について入学辞退に踏みきった際、入学の権利を確保しておくために納入していた学納金を返還して貰うよう行動に出ること

がなかったのは、「いったん納入された諸納入金は、いかなる理由があっても返還しない。」という特約　―つまり、受験生個人と大学との予めの約束―　が厳然と立ちはだかっていたからです。　しかし、裁判所（お上）に訴えでて、自身の主張を公に相手方にぶつける、といった権利意識の一般的な高まりや、先の消費者保護法の新登場によって、法の磁場全体に変化が発生し始めたのです。　二〇〇四年の前半の段階では、数百の事例（これには集団訴訟も少なくないので、提訴の件数それ自体は､この数よりも遥かに少ないのですが)において、「授業料の方は返還させるが、入学金までは返還させない。」という趣旨の、同年一〇月六日の大阪地裁判決が契機と成って、司法現場の判断の「流れ」が纏まり、しかも固まり始めてきているようです（もちろん、これはホンネ的観察を施した結果見えてくる結末で、タテマエ上は、個々の事案をを担当する各裁判官は、まったくフリーに判断を下すことが出来ます）。　この大阪地裁判決は、いわば画期的な京都地裁判決から三カ月後に出たもので、「授業も受けないのに授業料を払う必要はないが、入学金の方は、いくら入学辞退をしてもちゃんと払うべきである。」という区別をしているのが、特徴です。　大学関係者にはよく知られている事実なのですが、大学での講義担当は前年の秋に決定し、教員（とりわけ非常勤講師）の配置をきちんと決めた上で、新入生を迎える関係で、講義はまだ行なわれていなくても、次年度用の講義システムはすでに完成しているので、「講義を受けないから授業料は返して貰う。」という論法というのは、必ずしも妥当ではありません。　それはともかくとして、このように、昨今の司法の実績では、第一次の「授業料」返還問題はクリアされたのですが、ひょっとすると、第二次の「入学金」返還問題のフィールドにまで、時代のうねりが浸透してくるかもしれません。　大学側は、「入学金だけは返還しない。」という姿勢を取りつづけることに関して、論理的・理論的・財政的にしっかり武装していかなければ、「入学もしないのになぜ多額の入学金を支払う必要があるのか」という、人のホンネから発する素朴な疑問に対する説明責任を果たさなかったものとして、再び追いこまれることに成ってくるでしょう。

（５）もう一つの司法現場の「流れ」は、消費者契約法施行の前後で司法の判断が異なる、というものです。　先に述べた最初の「流れ」は、その法律の施行後の事例だけに関係します。　施行前の事例に関しては、受験生＝入学辞退者の側から、「問題の『不返還特約』というものが全体として公序良俗違反である。」という、原理論を押したてる攻めかたが訴訟の場でなされるのが、普通でしょう。　きちんとした約束事の効力を奪いとるには、高次元の「公序良俗違反」というポイントを持ちだすしか、手はないのです。　「公序」というのは、英語では、＜ｐｕｂｌｉｃ　ｏｒｄｅｒ＞辺りに相当し、「公共の秩序」、「社会人として守るべき秩序」とかを指し、一方、「良俗」というのは、英語では、＜ｇｏｏｄ　ｃｕｓｔｏｍ＞辺りに相当し、「よい風俗・習慣、美風」とかを、指します。　基本には契約自由の大原則があり、それに、大学の財政上の理由　―最も金銭を徴収しやすい入学時に収入をしっかりと得て、各年全体の収支のバランスを取りたいというこ

と―　を考えあわせると、問題の「不返還システム」というものは、それなりにバランスの取れた合理的な制度とも見られるので、裁判官から、原告側弁護人の押したてる公序良俗違反論に乗って、返還を命ずる判決を引きだすことは、あまり望めそうにもないですね。　次に、先の京都判決と大阪判決との中間の時点に位置する別の大阪地裁判決は、消費者契約法施行前の事例に関して、入学金はもちろんのこと、授業料も返還しなくてもよい、という判断を下しています。　残念ながら、二〇一四年に到るまでの「学納金返還訴訟」の各審級の判決群、及び、最高裁が最終的に作りだす司法の「流れ」や・「揺れ」につきましては、筆者は十分なデータを持ちあわせてはいません。　それでも、「パクタ　スント　セルワンダ。」原則に楯突くかたちで、消費者契約法が、いわば特別法として、法の運用及び人の意識の変革に大きなインパクトを与えたことは、理解して頂けるものと考えております。

（６）ここで、一般論の見地から、「同一もしくは同様の事案について、第一審から最終審までの各判決の内容が、それぞれ異なっている。」という現象について観察してみましょう。　「同一事案について、地裁と高裁と最高裁（更に、ときには再審裁判所）の判決が、入り乱れる。」ことにつきましては、本編の各所において取りあげた事案を見て頂ければ、ご理解頂けると思います。「有罪―有罪―無罪（確定）」（この他、三度の有罪の後の再審無罪ということも、あります）のコースは、「不幸中の幸い」のケースですが　、「無罪―無罪―有罪（確定）」のコースは、最悪のパターンですね。　被告人は、長い間引きまわされた揚句に、一気に奈落の底に突きおとされるからです。　その他に「有罪―無罪―有罪」とか「無罪―有罪―無罪」とかのジグザグ型も、あります。　さて、適用される法律は同じなのに、裁判官（裁判官団）の判断がこのように両極に揺れうごく現象は、そのまま受けとめなければならない、という点は、法律家にとっては、常識に属することなのですが、一方、世間一般の人々は、「裁判官によってそんなに答えが食いちがってよいのだろうか？」と思われることでしょう。「超難関の司法試験に合格して、とりわけ優秀とされて、毎年一〇〇人ほど任官するキャリア裁判官が、多くの場合、三人以上でしっかりとチームを組んで、総力をあげて裁判に取組んでいる」という環境に着目して、ここのところは、あの元・小泉首相の名文句である「人も色々」の道理に照らして、「判決も色々」の理屈を受けいれて頂くしかありません。

以上の「判決の揺れ」問題と関連してきますが、「一票の格差」問題を背景として、大規模に展開された「憲法違反訴訟」の、見事な「実績」を観察してみましょう。　二〇一三年七月二一日に実施された参院選における「一票の格差」が憲法違反を生みだしているとして、選挙無効を主張する訴訟が、全国の四七選挙区のすべてについて、実行されました。　「定数配分規定に基づく今回の参議院選挙は、無効である。」という主張が、その背景にあります。　全国で一四ある高等裁判所及びその支部での、計一六件の第一審判決が、出そろいました。過去の二〇一〇年の参院選に関係する訴訟では、「合憲」判決が四件

ありましたが、今回は、「合憲」判決は、見事に、ゼロです。　そして、一三件がお馴染みの「違憲状態」の判断で、残りの三件が「違憲」の判断です。　事態は前へと進んだのですね。　ところで、その「違憲」判決グループの内訳は、東京高裁と大阪高裁では、単なる「違憲」でしたが、広島高裁・岡山支部のものは、「違憲」に留まらず、岡山選挙区に関する限りで、「選挙無効」までも打ちだす、というものです。　もっとも、その「無効」というのは、すぐに効力を発揮するのではなくて、判決が確定した後に初めて意味を持てるものに過ぎませんから、そのタテマエは立派でも、ホンネでは、強烈な花火を打ち上げただけのものである、とも言えますが、しかし、世間の注目を集めるのには、この判決は、十分に存在感を示してくれました。　いずれにしましても、「違憲一色」という司法判断の出た状況は、インパクトの強いものですね。　司法の姿勢に変化が見られた訳です。　問題の七月選挙で、議員一人当たりの有権者数が最少値の鳥取選挙区と、最多値の北海道選挙区との間で、四・七七倍の格差が成りたっていることが、憲法違反を引きおこすと、原告の弁護士団が訴えていたのが、この事案です。　判決は、すべて、最大格差四・七七倍を「著しい不平等」と認定していますので、ここでは、計八〇人もの高裁裁判官が、おそらく、すべて、「憲法違反」の判断を共有した訳です（異論を抱えた状態で、多数決方式により判断が出た可能性は、ゼロなのではないでしょうか）。　このような一致団結した（？）動き、というのは、かなり珍しいケースと考えてよいように思います。　二〇一四年以降には、最高裁が統一的な判断を下すはずです。　まさか、「選挙無効」という爆弾を政治の世界に投げこむようなことはない、と思いますが、さて、どう成るでしょう。

（７）以上の話は、各種の大学における「入学金・授業料の返還問題」に係わるものですが、他方で、そこでの事実経過や法的措置の流れを参考にして、相当な規模を誇る教育機関である「予備校」においても、同じような「返還問題」がそれなりに生じてきているようです。

（Ｆ）賃貸借における「敷引き」返還問題、及び、テニスクラブの「入会金」返還問題

（１）マンションや家を賃借している人は、全国に数多く存在します。賃貸借契約をめぐるトラブルには、実に多種多様なタイプがあるのですが、その中でも、最近になって特にクローズアップされてきたのは、借主が契約締結時に貸主に預けていた相当額の「敷金」から、契約解消時に、何十万という金額が、貸主の側から一方的に差しひかれてしまうことへの不満から生ずる、「敷引き」問題です。　次に紹介する紛争例は、ある県の住宅供給公社という公の組織が被告であり、同時に、第一審の判決を覆して、高裁で原告勝訴の判決が生まれた、という点で、全国初のケースに属するとのことです。

（２）事案はこうです。　ある人物は、一九九五年から僅か一年半の間、公社の賃貸住宅に入居しただけでした。　この人は、賃貸借契約終了時に、常識的に考えてみれば貸主の側の方が自然損耗分として負担しなければならない、畳、襖、クロスの張りかえの費用（計二一万円）が、契約当初に預けてあった敷金から差しひかれるかたちで、一方的に徴収されてしまったため、それを不満として提訴します（ついでに、かなり特異なトラブル例のことをご紹介しますと、家賃一一万円、敷金四〇万円の賃貸契約が解消されたとき、何と二八〇万円分の修復費が請求された事案がありました。　もっとも、最終的には、敷金相当額の四〇万円の支払で、決着しました）。　第一審の神戸地裁・尼崎支部は、賃借人が公社との間に交わした賃貸借契約の文言などの中にある「原状回復費用（つまり、リフォーム代とハウスクリーニング代）は借主側が負担するものとする。」という趣旨の特約（この手の条項は、市販の契約雛型の中にちゃんと最初から埋めこまれているので、実を言えば、別に特別な約束ごとという訳でもないのです）を有効なものと見て、原告の訴えを退けます。　しかし、第二審・大阪高裁は、二〇〇三年一一月二一日に、「借主は特約に同意したとは言えず、特約はそもそも成立していない。」といった趣旨の判断を下し、敷金のほぼ全額の返還を公社に命ずる逆転判決を、下しました。　それで、この裁判官は、「特約がそもそも有効に成立していなかった。」というように基礎的部分に着目して判決を導きだしてきましたが、その一方で、二〇〇一年四月に施行された消費者契約法を論拠として、畳などの自然損耗分までも借主側が負担させられることが、消費者（借主）側の一方的な不利益に当たる、ということで、その「敷引き」の約束それ自体が無効である、という主張が、原告サイドから強く主張されていました。　私的自治の具体的所産である賃貸借契約と、私的自治のシステムの上位に立つ強行法規である消費者契約法との綱引きは、色々な局面で、これからもしばらく続きそうですね。
最近の情勢では、ある意味では条理・常識を拠りどころとする、借主側の、「原状回復費用の全面的負担には、とても応じられない。」という主張が強くなり、それを裁判や裁判外紛争処理制度（ＡＤＲ：調停が代表的なものと成っています）が色々なかたちでバックアップしていく、という格好に成っています（もっとも、賃借人が物件に傷を付けたりした場合には、当然のことながら、賠償責任が発生してきます）。　大阪高裁の先の判断には特別の内部事情もあって、そこで用いられた論理は、必ずしも一般化出来ない性質のものですが、司法の流れとしては、この「敷引き」問題に関して、「約束は約束だ！」という古典的な命題の威力を少しづつ弱める方向に向かっているように思われます（もっとも、判例には、「揺り戻し」の傾向を示すものも、あります）。　それも一つの法的進化なのですね。

（３）この世の中には、「確かに約束ごとは了承したけれども、それに完璧に・絶対的に縛られる、というのはおかしいような気がするが。何か不条理なものをここに感じる。」といった情況が、生じてくることがありますね。　次に御紹介するのはレジャー関連のことで、日常

性にはやや欠けるところもありますが、それでも、一般的な観点から興味深いことが、少しは含まれています。
一般に、ゴルフクラブやテニスクラブに入会するためには、何百万円・何十万円もの入会金が必要ですが、クラブの会則の中に、「いかなる理由があっても当該入会金は返還しないものとする。」という趣旨の条項が組みこまれているのが、通例です。　その約束ごとを了承して入会の手続を取った人は、本当にいかなる場合にも入会金を返還して貰えないのでしょうか。　この問題に対する実際の答えの一つがあります。　京都のある名門テニスクラブが廃業して、コートを閉じます。入会金はもちろん返還されることは、ありませんでした。　メンバーが自身の個人的都合で勝手に退会するのであれば、その人物は入会金返還請求のことなど、諦めるでしょう。　しかし、経営者側が、自身の一方的な都合でクラブを閉鎖し、かねての計画通り（？）、何億という対価で、隣接する大学に土地を売却して、巨大な売却益を手にしたにもかかわらず、受益者であるメンバーの面々に、せっかく多額の金で手にいれた名門クラブでの終身有効なプレー権を一方的に剥奪される、という不利益を被らせるのは、この世の信義に反し、アンフェアで、アンバランスであり、何よりも不条理な仕打ちである、という声がメンバーの間で高まり、メンバーであるＴ弁護士の肝いりで、一五〇人以上が纏まって、数次の入会金返還請求訴訟が打たれました。ここでは、「いかなる理由があっても」という条項の解釈問題がポイントに成っているのですが、ほぼはっきりしているのは、まず、クラブが存続しているという状況下では、メンバーの側がどれほどもっともな個人的理由を持ちだしても、入会金の返還には応じて貰えないこと、それから、クラブ側が、経営不振や債務超過に陥って、クラブ経営を断念せざるをえないときに、入会金返還を請求することなど、現実の問題として不可能なこと、です。　前者の場合は、タテマエ（システム）上の問題として、それなりにスムーズに処理されてしまう事柄です。　恐らく、この条項は元々メンバー・サイドの個人的な理由による脱退を念頭において設けられていたものでして（クラブ側だけの経済的な事情で閉鎖が生じたとしても、返金せずに乗りきれると、クラブ側は踏んでいたのでしょう）、入会金不返還制を了承したメンバーは、約束を守らなければならないからです。　他方で、後者の場合、ホンネ（現実）の問題として、理屈抜きで、そう成ってしまいます。　「無い袖は振れない。」からです。
それで、裁判闘争の結果についてですが、私たち原告側の勝訴とか敗訴とか、色々と動きがありました。　結局のところ、高裁段階で、裁判官の尽力によって、「訴訟上の和解」が成立します。　そこでは、入会金を支払った後、プレーが可能であった年数に応じて（つまり、古くからのメンバーは、「もう十分にプレーを楽しんだでしょう。」ということで（？）、殆んど返して貰えず、一方、最近入会した人は、「あまりにもお気の毒なので。」ということで（？）、多く返して貰える、というように）、実質的に入会金の返還が、それなりになされたのです。　これは、見方によれば、とても味のある解決策であり、京都人中心のメンバーは、その入会金不返還によって傷つけられたプライドを多少は修復することが出来、同時に、テニスクラブの親会社は、

総額で一〇〇〇万円そこそこの解決金を払うことで、それほどの実害もなく、トラブルの幕引きをすることが出来たのです。　正式裁判のルートでは、このように巧くはいかなかったでしょうね。　これは二〇〇二年の出来事です。　全国に何千とあるスポーツクラブの閉鎖の際にも、同じようなトラブルが生じているに違いありませんが、このような、世間の良識・常識にも適った解決例というのは、かなり珍しい事例に属するのではないでしょうか。　「不返還条項の存在」というタテマエも、良識・常識・バランス感覚が混じりあったホンネ的解決策（一部返還）に少しは譲歩してくれた、という訳ですね。

（Ｇ）利息制限

（１）契約の両当事者が、きちんと、それなりに納得するかたちで、ある約束を交わしましたが、もしその約束が実のところ法律に反したものであるときには、一体どのような状況に成ってくるのでしょうか。この場合の「法律」というのが、任意法規ではなくて、強行法規のことであれば、法律の威力は、かなりのものと成ってきます。　約束が、公序良俗違反の、とんでもないものであれば、常識論からしても、約束の拘束力が低いものであることは、容易に理解出来ますね。　一方、約束を守らなかった人に対してその筋から有形・無形の圧力が掛ってくる構造を背景に持つ特異なケースでは、事実上、「約束を守らずに済ませる」などといった芸当は、とても出来ません（いわゆる「ヤミ金融」の世界では、普通でないような恐ろしいことも、借り手やその家族にしばしば生じてくるからです）。

（２）以上の点と絡めて、私たちの身近に展開しているいわゆる「サラ金」の世界の内幕を少しだけ覗いてみることに致しましょう。　最高年一〇〇％を遥かに超えるような「ヤミ金利」は、民事的に違法・無効であるだけでなく、刑事罰も招くなどの「アウトロー」のケースでありまして、その特異性を考えれば、私たちはそれほど気にする必要もありませんが、しかし、その一方で、契約規制に関する法規の一翼を構成する「利息制限法」（高利金融に対して、経済的弱者の地位にある債務者の保護を主たる目的とする法律：一八七七年制定の利息制限法の後を受けて、一九五四年に制定されたもの）と、刑事法的色彩を帯びた「出資法」とが絡みあって事実上生みだされてくる、もやもやした世界（いわゆる「グレーゾーン」）は、実は私たちの日常世界ですぐ近くのところまで広がってきていたのです。　つまり、こうです。　出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律（一九八三年に改正：いわゆる「出資法」）は、貸金業（消費者金融）をビジネスとして営む者が融資を実行する際に徴収することを許される金利の上限を、二九・二％に設定しています（一九九九年に、一〇九・五％から数回の段階的引下げを経て、ようやくこれ位の、それなりに程よい利率に落ちつきました）。　設定利息がこの金利水準をオーバーしますと、貸し手の行為は、刑事罰の対象とされます。　つまり、―確率はかなり低いのですが―　警察沙汰にも成ってくるのです。

しかし、民事法である利息制限法では、金利の上限は一五％から二〇％の水準と成っています（貸付金額＝元本の大きさによって、その率は異なります）。　その水準をオーバーする分は、無効です。　利息制限法に違反し、そのために超過分について無効を引きおこす類の高金利でも、もしそれが出資法に反する利率でないものであれば、刑事的には貸し手の責任が追及されない関係で、貸し手は、民事の世界のこととして、ひとまず落ちついていられます。　かつて、　テレビのコマーシャルでお馴染みであった「サラ金」の業者は、民事法上「違法」でありながら、刑事法上「違法（少し不正確な表現です）ではない」、つまり、ある意味では、白ではないが、黒というほどでもない、くすんだ灰色の地帯（いわゆる「グレーゾーン」）において、ビジネスを、これまで、ずっと、見事に平和的に営んできたのです。
それでは、どうして、私たちは、強行法規である利息制限法に反する利息　―つまり、法律上無効であって、支払う必要のない利息―　を、契約に従っていわゆる「サラ金」会社などにきちんと支払っていくのでしょうか。　このように、無効であることを十分承知している人もいれば、無効であってもいったん任意に支払えば有効な利息の弁済と成ってしまう仕組みを理解している人もいれば、そもそもそういう法規の構えをまったく意識していない人もいますが、いずれにしましても、彼らは、契約自由の大原則の下で、問題の利率の高さをとにかく十分に了承して契約に臨んだ、という事情　―いわばホンネ―　に縛られている関係で、法の取りしきるタテマエの世界で、自らその無効性をアッピールするのをためらいがちに成るのです。　また、現実に無効の判定を求める行動に出ようとしても、訴訟に対応していくには裁判関係のコストがかなり掛り、割に合いません。　それに、借主が利息額の中身にクレームを付けたりすると、その人は業者グループの保有しているブラックリストに名前を載せられて、「要注意人物」扱いに成り、その後のサラ金利用は、その人には困難に成ってきます。そのような訳で、利息制限法の設けたタテマエは、出資法に違反しない限りにおいてですが、ホンネによって大きく食いやぶられている状態に成っているのです。　もし、今後、タテマエとホンネの隙間をなくすために、出資法が基準として設定している利率の方を更に下げていけば、それはそれで美しい（？）構図に成りますが、そのとき、利息の減収により、銀行から高利で貸付資金を調達しているサラ金業者の経営は、行きづまり、そして、借主の返済能力のチェックが厳しくなって、どうしても手ばやく借りたい人には不便な状況に成ってきます。　その結果、間口の広い、違法なヤミ金に走る人は間違いなく増加し、今度はそちらの方で各種の重大な社会問題が発生することでしょう。

（３）二〇〇四年二月二〇日に、最高裁は、　―原告側弁護団の用いた表現を借りますと―　「商工ファンド商法に鉄槌を下す画期的な判決」を下しました。　この判決は、「みなし弁済」（後出）をめぐる訴訟の九九％は、この判決によって原告（消費者金融などにおける借主）勝訴の結果と成るだろう。」と形容されるほどの重みと影響力を持った判断と、彼ら弁護団に受けとめられていました（多少とも誇張はあ

るでしょう）。　ある事案で多額の払いすぎ利息の返還を求めていた原告は、第二審の高裁で敗訴していましたが、それに続く最高裁判決は、契約文書中に法律の定めている事項がすべてきちんと記載されているのでなければ、「みなし弁済」は認めない、として、二つの高裁判決を破棄し、各高裁へ審理を差戻しています。　これは、最高裁の最高の判断として､その後の司法の流れを変えるものとも成りました。ところで､先の「みなし弁済」というのは､以下のようなものでした。利息制限法の設定している利率基準と出資法の設定しているそれとの間には、「隙間」があります。　車のハンドルの「遊び」のような役割も果たしている、この、いわゆる「グレーゾーン」の辺りで、債務者（借主）が、利息制限法の上限利率を超過するような利息を、一定の要件が満たされた状況の下で、約束通り任意に支払ってしまいますと、それが、貸金業規制法の規定によって、有効な利息支払とみなされてしまう（つまり、業者がそれを正式に受領できる）、というシステムが、これです。　今回の最高裁判決は、経済的弱者保護の原点に立って、問題の「みなし弁済」の適用を受けられるいくつかの要件を厳格に解釈するべきである、というタテマエ（制度論・原理）を前面に押しだし、貸金業規制法第四三条の弾力的運用（つまり、経済の実勢にマッチした､ホンネを加味した甘い運用）を求める貸主側（会社）の主張を退けました。　そもそも、「みなし弁済」という制度は、原則・原理・タテマエを破る例外的な扱いであり、特典であり、ホンネの表われなのですが、もしこの条項が安易に利用され（現実にはそのように成っていた、と聞いています）、司法がそれを追認したりすると、利息制限法というものが、「骨抜き」により、「ザル法（ホンネ面では実効性のない、空洞化した法規＝タテマエ）」と化してしまう危険が、あります。　今回の最高裁の軌道修正の試みは、法理に照らしてみても是認されるでしょう。このような最高裁の判例による「みなし弁済」抑えこみの実績（ホンネ）の後を受けて、二〇一〇年には、「みなし弁済」規定本体を撤廃する措置（タテマエ）が取られました。これで、原則論がようやく確立されたのです。

一般に、消費者金融（いわゆる「サラ金」）は、まったく無担保で市民が手軽に日常生活上必要となる資金をすぐに調達出来るところに、最大の魅力を備えているのですが、その反面、難しい問題を構造的に抱えています。　貸し手は、担保なしで貸付をしているために、不返済の事態に備えたバックアップのシステムを欠いたかたちの貸金ビジネスは、債務者に「借り逃げ」される危険に、常に晒されています。そのリスクは相当の高さになっているでしょう。　そのような事態に対処するために、貸し倒れリスクを綿密に計算した上で、かなり高い目の金利を意識的に設定しているのです。　これは経済的な合理性の見地からすれば、それなりに理屈が通っているのですが、それでも、「高利貸し」と非難されることはあるでしょう。いずれにしましても、利息制限法に違反する高利がはびこったのは、主としてそういった要因のせいですね。　さて、この「サラ金」ルートが使い勝手の悪いものに成りますと、どうしても資金を必要とする人は、危険な裏の「ヤミ金融」を利用する方向へと進みます。　これも、社会的には大きな問題を引きおこすことに成ってくるでしょう。　今後の立法論として

は、小口金融についての利率基準を見直して、借り手にも、貸金業者にも、ダメージが比較的少ない線で折れあう、「程よい」措置が取れないものか、思います。　あの、お堅い都市銀行でさえも、消費者金融部門にビシネス展開を始めたようですから、透明度の高い、商道徳にも適った、純日本的な「小口金融制度」が今後開発されていくことを、期待しています。

（H）生命保険の予定利率引下げ問題

（1）「約束は守られるべきである」ことは十分に承知しているし、また、それを守る気持もちゃんと持っているのですが、それでも、ときには、人が約束を守り続けることが不可能な事態も、生じてきます。もしそのことが契約上の債務を負担する者の私的・個別的な事情によって生じてきたのならば、それはその人の「自己責任」の枠内で、自力で決着を付けて貰わなければなりません。　事業会社の倒産や個人の自己破産が、その極限的な場合の主要なものです。　それでも、そのような不幸な事態が、社会全体において、個々の法人や個人の責任をストレートには問えない、「外の」状況によって大々的に生みだされてくる事態においては、問題の約束違反を人があまり強く迫ることが出来なくなるのは､ある意味では仕方のないことでもあります。そのとき、人は、「元も子もなくする。」ような悲劇的な結末を回避するために、色々と知恵を働かせます。

（2）現在、世間一般の人々が、一方の当事者と成るかたちで、長期間にわたって約束を取りむすんでいる場合のナンバーワンは、生命保険契約（生保）のケースでしょう。　生保会社は、多数の契約者から相当の額の保険料（月払いのものが通例です）を纏めあげて、それを株式・債券などへの投資によって運用していくことにより、利益を上げることを目ざしているのですが、何十年もの長期にわたって設定されている生保は、景気変動に必ず直面します。　それも、一回ぐらいで済みません。　言うまでもないことですが、株式・債券は世界的な金融取引の対象と成っていますので、一国の力ではどうにも成らない、激しい動きをします。　しかも、アメリカ、ヨーロッパ、アジアなどの大経済圏は、それぞれに深く絡みあっていますので、悪影響のスケールはグローバル化して、とても大きなものと成ります。　生保会社は、そのときどきに、生保契約者から集めた資金の運用について慎重に計算をして、長い将来にわたって得られるはずの利益を弾きだし、「予定利率」というものを設定します。　これこそが、生保会社経営の生命線と成るのです。　そして、それをベースにして、会社は、生保契約者が毎月ないしは毎年支払う保険料を算出してきます。　もしこの「予定利率」の計算式に元々誤まりがあったり、将来についての経済的見通しが甘かったりしますと、大変なことが生じてきます。　会社全体の長期的な「ソロバン勘定」が合わなくなるからです。

（３）今から、二〇年以上も前に生まれた、夢のようなあの「バブル」の時期には、経済全体の急速な進展・拡大によって、その予定利率は、年五・五％から六％という高い水準に設定されていました。　生保がいわば投資した会社などが、高い利益を手にいれ、いくら借入金に高い金利を支払ってもちゃんと利益が出る構造が、生みだされてきたのです。　生保は、日本に好景気が続くと見て、株式の高配当や巨額の株式運用益などを当てにして、将来に対して楽観的な読みをしてしまいました。　思いだしてみますと、バブル絶頂期の定期預金の年利息は、最大では八％にまで接近していましたから、私たち一般人サイドでも、定期預金をしておき、それを塩漬けにしておけば、一〇年ほどで元本は倍加することは、ちゃんと判っていましたから、生保会社が五・五％の水準を、将来の資金繰りのための算定ベースに据えることには、何らの問題もありませんでした。　時は移り、経済の失速により、低金利時代へと突入します。　生保会社は保険料として毎月集めている資金を投資していく先からは、それほどの利益を得られなく成ります。　投下資金は、せいぜい年利二％ぐらいにしか回ってくれないのです。　それでも、契約者が死亡すれば、当初の約束通りに、しかるべく保険金を直ちに支払わなければなりません。　このとき、「入り（金利収入）」を「出（支払保険金）」の方が上まわる、いわゆる「逆ざや」現象に見舞われるのです。　このままの状況が続けば、間違いなく企業は、いずれ破綻してしまいます。　大手生命保険会社の七社は、横並びで、大ピンチに立たされることに成ってしまったのです。

（４）このとき、賢明な人がいて、「何十年間について、生保会社が、約束し、保証していた予定利率を、将来にわたってだけ、切りさげさせて貰って、保険契約者の負担の下で、会社の経営を長期的に安定させるようには出来ないものか。」というアイディアを打ちだしてきたとしても、これを一蹴することは出来ないでしょう。「大を捨てて、小に付く。」という世間の知恵もあるからです。　破綻に到れば、投入した、長期間にわたる保険料はすべて消失してしまいますが、額が減らされても保険金が貰えるのなら、「不幸中の幸い。」と言えなくもないからです。　しかし、ここには、予定利率をベースにして算出された保険金支払いの「約束」は見事に破られてしまう、という現象があります。　当然のことながら、「契約者の財産権が一方的に侵害されるようなことは、許せない。」とか、「約束は約束だ！」とかいった声が、各方面から上がります。　もし、そのような予定利率の「見直し」を可能にするようなシステムが、生保業を規制する「保険業法」の中にこちんと用意されていれば、会社が、破綻に至る前の段階で、既契約分についての基準利率を変更して、支払い保険金の金額を抑える手法を活用することにより、難を少しでも逃れるチャンスもあったのでしょうが、皮肉にも、この手直し制度は、予定利率の切下げが表面化する少し前に、廃止されてしまっていました。　その当時、同業の保険会社である「簡易保険」当局においても、また、各種の年金を運用する組織においても、手直しを可能にするシステムが存在していたようですから、生命保険会社だけが、なぜか、「背水の陣」風の異常な構えを取っていた訳です。　長い期間を見据えて、大がかりな約

束をすることを業務内容の中核としているはずの保険会社にしては、大きな手ぬかりがあった、と言うべきかもしれません。

（５）経済の論理だけに頼って、保険会社全体を破綻から救いだすことに見切りを付けた政治の側は、自らの責任で問題の解決に乗りだします。　政治家の知恵が発揮されることに成ったのです。　それは以下のような状況分析に基づいています。　契約当時に契約の経済的基礎となっていた経済状況が激変し、しかも、そういったことは誰にも予見できない関係で、その事情の劇変が一企業の責任に帰せられず、そのような環境の中で会社がその過去の約束を守り続けると、会社の倒産にまで到りかねない、といった特別状況の下で、「生保を取り巻く経済状況がすっかり変ってしまったので、予定利率を引きさげて、態勢を立て直すチャンスを会社に与えるべきでないか。」という大局的判断が、政府当局において固まってきたのです。　これは、いわゆる「事情変更の原則（外部事情の激変を理由として、契約の内容を見直すことも、許される、というルール）」の法理にも則った措置でしょう。

（６）二〇〇三年八月二四日に「改正保険業法」が成立します。　これは、生保会社が、契約者に対して当初に約束していた運用利回り（予定利率）を、会社破綻よりも前の段階で下げることが出来るようにすることを定めているのです。　すでに存在する契約中のの契約条件を変更するには、会社側が一定の手続きを踏むことが必要です。　しかし、その特別措置を取るかどうかは、会社側の自由な判断に委ねられます。

（７）改正法の骨子は以下のとおりでした。　①　予定利率は三％を限度として引きさげることが出来ます。　②　一九九六年三月末までに保険契約に加入していた契約者が対象です。　③　試算によると、最も打撃を受ける保険契約のモデルケースとして、五・五％が保証されていた一九九二年に、一〇〇〇万円の終身保険に加入していた三〇歳の男性が、何と四〇％も支払保険金をカットされてしまう、というものがありました。　④　過去に、実際に、破綻処理を受けてなんとか立ちなおった会社の場合には、手直しされた予定利率は二・七五六％から一％の低水準に抑えられていましたので、新たに設定されたこの三％という水準は、本当に破綻してしまって、救済を受ける場合のものよりも高いところにあり、契約者にとっては少し有利に成ります。⑤　予定利率を下げることが急がれたのは、東証平均株価が八〇〇〇円割れして、証券市場のどん底にある時期のことでした。

（８）二〇一四年に入ってから、低金利によって成りたつところが多いデフレ経済が克服される兆しも見えてきましたが、これからは、金利全般の上昇も見こめるるようなので、「予定利率問題」についても、明るい展望が開けてきました。　まずは一安心ですね。

（Ｉ）「パクタ　スント　セルワンダ。」原則の資料的系譜

（１）　今回は,＜Ｐａｃｔａ　ｓｕｎｔ　ｓｅｒｖａｎｎｄａ　．＞.(パクタ　スント　セルワンダ。)［約束は守られるべきである。］という命題の構文上のルーツを、少し探ってみることにします。

（２）このようにすっきりとした一般的な言いまわしは、ある学者の研究によると、一二～一三世紀の、学者で、しかも法王となったグレゴリウス九世の著作に由来する、とのことです。

（３）純正の古代ローマ法の学説法文には、　①　＜Ｐａｃｔｕｍ　ｃｏｎｖｅｎｔｕｍ　ｅｒｉｔ　ｓｅｒｖａｎｄｕｍ　．＞［合意された約束は守られるべきであろう。］（Ｐａｕｌ．Ｄ．２，１４，１３，１）、及び、　②　＜（Ｐｕｔｏ）　ｐａｃｔｕｍ　ｓｅｒｖａｎｄｕｍ　．＞［（私は）約束が守られべき（である、と考える。）］（Ｐａｕｌ．Ｄ．２３、４，１２ｐｒ．）などがありますが、いずれも、個別的・具体的な事案に絡めて定立された法文命題です（ローマ法学者の格言的な命題は、元々は、殆んど、このようなスタイルに成っていました）。　＜ｐａｃｔｕｍ＞［約束］は、先の表題の格言に見える複数形名詞の＜ｐａｃｔａ＞とは違って、＜ｃｏｎｖｅｎｔｕｍ＞という完了分詞（過去分詞）によって修飾された単数形名詞で、全体として「合意された約束＝合意約束」の意味に成ります。　＜ｅｒｉｔ＞は、＜ｓｕｍ＞［である］の未来三人称単数であり（先の表題の格言に見える＜ｐａｃｔａ＞は複数形ですから、動詞は＜ｓｕｎｔ＞(現在三人称複数）と成っています）、単数形の主語は動詞の部分と対応しています。　＜ｓｅｒｖａｎｄｕｍ＞は、＜ｓｅｒｖａｎｄｕｓ＞（＜ｓｅｒｖｏ＞）［守る］の動形容詞［守られるべき（である）］の単数中性の形です。　後半の格言の冒頭に置かれている＜ｐｕｔｏ＞は「私は考える」を意味し、「約束が守られるべきである」という構文を従えています。　そこの＜ｐａｃｔｕｍ＞は、文法上の約束ごとに従って、単数中性対格の形を取らされています。　＜ｓｅｒｖａｎｎｄｕｍ＞も、同じ理屈によって、先の＜ｓｅｒｖａｎｄｕｓ＞の単数中性対格形です。
＜ｓｅｒｖｏ＞の代わりに、それと同じようなニュアンスを持った動詞＜ｏｂｓｅｒｖｏ＞［遵守する］を用いた学説法文の例として、＜Ｐａｃｔａ　ｎｏｎ　ｓｕｎｔ　ｏｂｓｅｒｖａｎｄａ　．＞［約束は遵守される必要はない。］（Ｐａｕｌ．Ｄ．２，１４，２７，４）が、あります。
③　皇帝の勅法の中に、＜ｐａｃｔａ　ｓｅｒｖａｒｉ　ｏｐｏｒｔｅｒｅ＞［約束が守られるべきであること］が見えます（Ｃ．Ｊ．２，３，１２）。　冒頭の＜ｐａｃｔａ＞には、複数主格の形とその対格の形とがありますが、ここでも、文法上の約束ごとに従って、対格が来ます。　＜ｓｅｒｖａｒｉ＞は先の＜ｓｅｒｖｏ＞の受動相現在不定法で、「守られること」を意味します。　＜ｏｐｏｒｔｅｒｅ＞は、「～することを要する」という助動詞的な意味の言葉の、現在不定法です。

以上のようなローマの法文の表現を参考にして、「パクタ スントセルワンダ。」へと文章表現が纏まっていくのは、ごく自然な流れです。 このように、法格言というものは、とりわけローマの場合（古代ギリシアにあっては､必ずしもそうではないように思われますが)、具体的な事案・事例（つまり、具象）をめぐって、ある命題が定立され、それが、他の場合にも準用・応用されていく内に、抽象化・観念化され、同時に、表現にも磨きが掛かって、口当たりのよいものへと成長し、固定し、後代へ伝えられていくのです。

（４）「約束したことはなぜ守られなければならないのか」という疑問に答えるのは､易しそうですが､実は､けっこう難しいことです。「約束」やその背景には、実に色々なものが潜んでいるからです。 古代ローマ人は､次のような学説法文を「学説彙纂」第二巻第一四章(「諸々の約束について（Ｄｅ ｐａｃｔｉｓ）」）の冒頭に掲げることによって、彼らのスタンスを後代に伝えてくれました。 その冒頭の法文は以下のように成っています。 ＜Ｑｕｉｄ ｔａｍ ｃｏｎｇｒｕｕｍ ｆｉｄｅｉ ｈｕｍａｎａｅ，ｑｕａｍ ｅａ ｑｕａｅ ｉｎｔｅｒ ｅｏｓ ｐｌａｃｕｅｒｕｎｔ，ｓｅｒｖａｒｅ？＞（Ｕｌｐ．Ｄ．２，１４，１ｐｒ．）［彼ら（当事者）の間で合意したようなことを守ることほど、人の信義に合致するもの何か（ある）か？］ この命題には＜ｐａｃｔａ＞（合意）という言葉は登場してきませんが、その＜ｐａｃｔａ＞に相当するものが、＜ｅａ，ｑｕａｅ ｉｎｔｅｒ ｅｏｓ ｐｌａｃｕｅｒｕｎｔ＞[彼らの間で合意したようなところのそれら］で、＜ｓｅｒｖａｒｅ＞は先の動形容詞＜ｓｅｒｖａｎｄｕｓ＞［守られるべき（である）］の基となる動詞〈＜ｓｅｒｖｏ＞［守る］の現在不定法です。 この法文では、＜ｆｉｄｅｓ ｈｕｍａｎａ＞［人の信義］という徳目が約束遵守の支えとして持ちだされています。 信義を重んずる国民性を強く示すローマ人ならではの説明の仕方が、ここに見えていますね。

（５）「約束は守られるべきである。」というルールは、その約束本体に法的な問題性が絡んでいない限り、関係者すべてによってひとまず受けいれられます。 しかし、「約束を守りたくても守れない。」ケースもしばしば生じてきますね。 そういった場合の最も緩やかな扱いは、債務者側の自発的・自主的な履行の動きをいつまでも待つ、ということですが、厳しい法社会にまで発展していた古代ローマでは、そのようにルースなことは、とても許されませんでした。 極く古い時代では､自力で決着を付けるやり方(たとえば､債務者を拿捕して、その身内の者が代わって約束を果たすよう圧力を掛けたり、もっと先へ進むと、約束違反の者を、見せしめのためもあって、殺害したり、奴隷にしたりしてしまうこと）も、あったでしょうが、ローマでは、建国から比較的早い時期に、そのような「自力救済」によらずに、訴訟の仕組みを用いて合意の実現を図るよう努める、という比較的穏便なやり方が定着するように成りました。 これはもう現代と同じレヴェルの話ですね（もっとも、民事訴訟制度それ自体は、古い時代に関する限り、現代のそれとはかなり異なった特徴を具えています）。

（６）少し専門的な話題に成りますが、ローマ法では、すべての約束に訴求可能性が保証されていた訳ではありませんでした。　先の（３）のところで例示した命題の場合も、現代風の「いざとなれば、訴えの手段に訴えてでも、約束をきちんと守って貰うようにする。」といった内容までは本来は含んでいない、とひとまず考えておいて頂く方がよいでしょう。　元々、＜ｐａｃｔｕｍ＞・＜ｐａｃｔａ＞という概念は、ローマの正規の法である市民法に基づいては訴求することの出来ない、一群の、「ホンネ」型の債務契約のことを指していたからです。　時代が下るにつれて、いわば「単なる約束」にも、訴求性が認められるように変わってきましたが、その段階のものは、現代の契約の仕組みと､深いところで繋がっています。 その辺りの微妙な姿は、学説法文をいくつか見て頂けば、お察し頂けると思います。

（７）　＜Ｅｘ　ｐａｃｔｏ　ａｃｔｉｏｎｅｍ　ｎｏｎ　ｎａｓｃｉ．＞［合意から訴権が生じないこと］（Ｃ．Ｊ．２，３，１０）、＜Ｉｎｔｅｒｄｕｍ　ｅｘ　ｐａｃｔｏ　ａｃｔｉｏ　ｎａｓｃｉｔｕｒ，　ｑｕｏｔｉｅｎｓ　ｌｅｇｅ　ｖｅｌ　ｓｅｎａｔｕｓ　ｃｏｎｓｕｌｔｏ　ａｄｊｕｖａｔｕｒ．＞［ときには、合意が法律あるいは元老院議決によって支えられるたびごとに、合意から訴権が生ずる。］（Ｕｌｐ．Ｄ．２，１４，６）、＜Ｎｕｄａ　ｐａｃｔｉｏ　ｏｂｌｉｇａｔｉｏｎｅｍ　ｎｏｎ　ｐａｒｉｔ，　ｓｅｄ　ｐａｒｉｔ　ｅｘｃｅｐｔｉｏｎｅｍ．＞［単なる合意は、債務関係を生みだすことはないが、しかし抗弁は生みだす。］（Ｕｌｐ．Ｄ．２，１４，７、４）

（８）ところで、ローマ法で＜ｃｏｎｔｒａｃｔｕｓ＞と名づけられる概念は、「契約」に相当するもので、これは、その性質上、訴求性を帯びていましたが、＜ｐａｃｔｕｍ＞［約束・合意＝無方式の合意］にも訴求性が認められるように成ると、二つの概念の区分けは、それほど意味を持たなくなりました。「パクタ　スント　セルワンダ。」は、そういった展開＝進化を背景に持つ命題なのです。

（Ｊ）約束をめぐる責任

（１）「約束は守られるべきである。」というのがタテマエ風のきれいごとであるとするなら、「約束が守られなかったときに、どう責任を取らせるのか」というのは、厳しい現実に直面したときのホンネのほとばしりです。　契約（合意）の締結（タテマエ）と履行（ホンネ）とがマッチする場合が殆んどでしょうが、ときには、両者の間に亀裂も生じ、法人（会社）なら倒産、個人なら破産という最悪の結末を招くのです。　もちろん、現代の日本では、会社を倒産させずに、更正させる道が模索されるなど、ソフト・ランディングの手法も開発されてきてはいますが、究極の責任の取らされかたには、今も厳しいものがあります。

（２）歴史的な流れの中で、責任の取りかた・取らされかたの変化を大ざっぱに見てみますと、以下のように成ってくるのではないでしょうか。　約束を破った者が、道義的責任、社会的責任、法的責任、政治的責任が入りまじったかたちで処断されるような状態は、時代が下るにつれ、手直しされ、法的責任を中心に追及がなされていく方向へと、進みます。　その法的責任の中でも、民事責任が中核となり、刑事的な責任は背景へと退いていきます。　身体（ときには、生命）でもって民事責任を果たす、という究極のスタイルは次第に影が薄くなり、金銭などの財貨での償いが、主流と成ってきました。　責任を問うには、私的なやり方ではなく、公的な組織（たとえば、裁判所）を経由することが、求められるように成ります。　そこでは、　無制限の責任追及が抑えられ、一定限度の有限責任で止められる特別のシステムも、考案されるように成りました。　また、現代に限ってのことですが、損害保険制度などの発達によって、実際に責任を取る主体が複線化されます。　保険会社が、一定の限度額の範囲で、金銭の支払いに応じてくれるからです。

（３）次に、ローマの建国からそれほど経過していない前五世紀中ごろに制定された、「一二表法」という、ローマ最古の法典中の規定を、少し見てみましょう。　現代人の眼からすれば残酷極まりない責任追及のイメージが、そこに浮かびあがってくるのですが、これでも、この法規が設けられる以前にあった情況に比べれば、少しはましなのです。　約束の履行を迫るのは貴族＝富者で、履行を迫られるのは平民＝貧者、というように図式化してしまうのに問題は確かにありますが、ひとまずそういった前提で考えてみますと、以下のかなり詳細な規定には、債務者側に立つ平民層の人々をそれなりに守ってくれる部分も、確かにありますね。　初期ローマの場合、政治的実力を付けてきた平民層が、既存の不文法を新たに成文法として固定するよう、支配層である貴族側に強く求めた（法やその中味をを知っているのは貴族だけで、平民には法が知らされず、常々法の美名の下に貴族の側から横暴な振舞もなされていたからです）、という点と、既存のルールを改善するよう要求した、という点とが、特筆されます。　以下の法条には後者の場合の一つの表われが、見てとれますね。

（４）第三表一「債務が承認され、また裁判において事件につき判決が下されしときは、三十日が猶予期間たるべし。」（以下、佐藤篤士氏訳）・・・・一二表法制定以前の段階では、恐らく、債務弁済の猶予期間などは設けられておらず、即時に何らかの執行が行なわれていたことでしょう。　ローマの平民は、ときには、パトロン的な位置にある貴族の傘下に置かれていましたので、親方としての貴族に債務の肩代わりをして貰えることも、あるいはあったかもしれません。
　第三表二「この後にはじめて拿捕が実行されるべし。（しかして）法廷に引き連れるべし。」・・・・現代では、確定判決によって被告（債務者）の法的責任が最終的に認定されますと、直ちに執行手続へと移行するのが、普通のコースですが、ローマでは、いわば第二段の執

行手続に入るには、それ専用の訴訟手続を経由することが、必要でした。これが「拿捕による法律訴訟」と言われるものです。　「拿捕」というのは、「手を置くこと・手を掛けること（ｍａｎｕｓ　ｉｎｉｅｃｔｉｏ）」という即物的な表現です。　このようにして、強制的な執行手続は公の場（公開の法廷）で実行されるので、公示性が確保される訳です。　ある被告が責任確定後のそのような拿捕行為に正当な根拠が欠けているとして、異議を申したてようとしても、本人の手ではそれはできず、その仕事は、第三者に、代わってやって貰わなければなりません。　もし、この者が原告の主張を崩せず、再びこの法律訴訟で敗訴すると、訴訟物倍化の制度によって、責任額（責任解放金額）は二倍へと増加していきます。　こういった、再訴のメリットと敗訴のリスクの兼ねあいの計算には、ローマ人の法的センスが光っていますね。
第三表二「もし彼判決を履行せず、あるいはいかなる者も彼のため担保を提供することなかりせば、汝（債務者を）自分とともに引き連れるべし。　最少十五ポンドの鎖ないし足枷によりて束縛すべし。　またもし（彼）望むならばそれを超える重さの鎖ないし足枷にて束縛すべし。」・・・・初期の民事訴訟手続である法律訴訟を指揮する法務官（一名）は、公式の「帰属確定（引渡）」によって、責任を負う者（従前の被告）を責任追及者（従前の原告）に与えます。　その結果、前者は後者の家に連れていかれます（前者は、後者が自らを養う用意がないときは、後者を扶養し、一定量の小麦粉を与えることに成っています）。　つまり、債務=責任額を支払うことの出来なかった者は、こにとき以降、拘禁状態に置かれるのです。
第三表五「しかしながら、妥協期間というものがあった。　そしてもし妥協が整わないならば、六十日間鎖につながれる。　この期間中、三日続く開市日に民会において法務官の面前に引き出された。　そこで判決によって（定められた）請戻金の金額が公表されたのである。さらにまた、第三の開市日に頭格刑を受けるか、あるいはティベリス河を越えて外国に売却されたのである。」・・・・「妥協」というのは「和解＝示談」のことですが、このような段階においても、まだ、穏便な決着の付けかたを試みる余地が、残されている訳です。　ここの「頭格刑」というのは死刑を含む処断の方法ですが、いずれにしましても、責任を負う者は、正規の市民としての存在ではなくなることに成ります。　普通は、債務を弁済出来なかった者は、殺害されるというようなことはあまりなくて、奴隷として他の共同体の市民などに売られていくことが、多かったでしょう。
第三表六　「第三の開市日に彼らは（責任を負う者を）部分に切断すべし。　　多く切断するも、あるいは少なく切断するも罪なかるべし。」・・・・債権者が複数いる場合（とりわけ、複数人による不法行為の実行のケース）の処置について記した規定でしょう。　現実にこのような苛酷なやり方が行なわれていた可能性は、低いと思われます。

（５）一二表法の制定からそれほど経たない時期に、身体でもって責任を取る、というやり方は捨てられ、今度は、責任を負う者が、責任を

追及する者の許で、債務奴隷のようにして、日々労務を提供することにより、責任額を弁済していく、というやり方へと移行します。　ローマ市民としてのステイタスは、これにより、かろうじて確保されることに成ったわけですね。

（６）人への強制執行から物（財産）への強制執行、そして物（財産）への全体執行から個々の物（財産）への個別執行へと、ローマの強制執行のスタイルは移りかわっていきます。

（Ｋ）「パクタ　スント　セルワンダ。」論に関係する法格言

（１）今回は、「約束は守られるべきである。」という、よく知られた格言に関連する法格言を､広くリストアップしておきましょう。（ａ）印は古代ローマ法関係のものを、（ｂ）印はそれ以外のもののもの（その内の多くはイギリス法のものです)を､それぞれ示すものとします。

（２）（ａ）＜Ｐａｃｔａ　ｄａｎｔ　ｌｅｇｅｍ　ｃｏｎｔｒａｃｔｕｉ　．＞［合意は契約に法を与える。］（Ｕｌｐ．Ｄ．２，１４，７，５；　Ｈａｌｋ．Ｍａｘ．１１８）
（ｂ）＜Ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ　ｌｅｇｅｍ　ｄａｔ　ｃｏｎｔｒａｃｔｕｉ　．＞［合意は契約に法を与える。］（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，２３）
（ｂ）＜Ｖｅｒｂａ　ｃｏｎｔｒａｃｔｕｓ　ｓｕｎｔ　ｌｅｘ　ｃｏｎｔｒａｃｔｕｓ　．＞［契約の文言は契約の法である。］（出典不明）
（ａ）＜Ｃｏｎｔｒａｃｔｕｓ　ｌｅｇｅｍ　ｅｘ　ｃｏｎｖｅｎｔｉｏｎｅ　ａｃｃｉｐｉｕｎｔ　．＞　［契約は合意から法を受けとる。］（Ｕｌｐ．Ｄ．１６，３，１，６）
（ｂ）＜Ｃｏｎｔｒａｃｕｔｓ　ｅｘ　ｃｏｎｖｅｎｔｉｏｎｅ　ｌｅｇｅｍ　ａｃｃｉｐｅｒｅ　ｄｉｎｏｓｃｕｎｔｕｒ　．）［契約が合意から法を受けとる、ということは、知られている。］（Ｌｉｂｅｒ　Ｓｅｘｔｕｓ，５，１３，８５）
（ｂ）＜Ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ　ｅｓｔ　ｌｅｘ　．＞［合意は法律である。］（出典不明）。
なお､＜ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ＞と＜ｃｏｎｔｒａｃｔｕｓ＞とは､「パクタ　スント　セルワンダ。」中の＜ｐａｃｔａ＞と同じような概念です。
これら一連の格言的命題の中で、最後に掲げた「合意（それ自体）」は法律である。」という命題が最もスッキリとしており、「当事者間の事柄に関する限りでは、合意は法律のような重みを持つ。」といった考えかたを示すものと成っています。　近代における「私的自治」のルーツは、古くローマまで遡る訳ですね。　結局のところ、当事者たちが、自らのイニシヤティヴにより約束したことを自身の責任で守りぬく、というのは、いわば「自然法」の命ずるところ、とも言えます。

（３）（ｂ）＜Ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ ｅｔ ｍｏｄｕｓ ｖｉｎｃｕｎｔ ｌｅｇｅｍ．＞［合意および方式は法律に勝つ。］（２ Ｃｏ．Ｒｅｐ．７３６；Ｓｔｏｒｙ，Ａｇ．３６８）
（ｂ）＜Ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ ｖｉｎｃｉｔ ｌｅｇｅｍ．＞［合意は法に勝つ。］（Ｓｔｏｒｙ，Ａｇ．３６８）
私人間の合意と国法（ｌｅｘ）との間の力関係を端的に表現した法格言である、と考えられます。 もちろん、この命題は完全な妥当力を持っている訳ではなくて、以下に示されるような制約を受けます。任意法規と強行法規の区別は、必ずしも古い由来を持つものではありませんが、一応のところ、（３）の命題は任意法規のことを念頭に置いたものと見ることにします。
（ａ）＜Ｊｕｓ ｐｕｂｌｉｃｕｍ ｐｒｉｖａｔｏｒｕｍ ｐａｃｔｉｓ ｍｕｔａｒｉ ｎｏｎ ｐｏｔｅｓｔ．＞［公の法は、私人の合意によって変更されることは出来ない。］（Ｐａｐ．Ｄ．２，１４，３８）
（ｂ）＜Ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ ｐｒｉｖａｔｏｒｕｍ ｎｏｎ ｐｏｔｅｓｔ ｐｕｂｌｉｃｏ ｊｕｒｉ ｄｅｒｏｇａｒｅ．＞［私人の合意は、公の法を一部廃止することは、出来ない。］（Ｃｏ．Ｌｉｔｔ．１６６ａ；Ｗｉｎｇ．Ｍａｘ．７４６．Ｍａｘ．２０１）
（ａ）＜Ｐｒｉｖａｔｏｒｕｍ ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ ｊｕｒｉ ｐｉｂｌｉｃｏ ｎｏｎ ｄｅｒｏｇａｔ．＞［私人の合意は、公の法を一部廃止しない。］（Ｕｌｐ．Ｄ．５０，１７，４５，１；Ｂｒｏｏｍ，Ｍａｘ．６８９，６９５；９ Ｃｏ．Ｒｅｐ．１４１）
（ｂ）＜Ｐａｃｔａ ｐｒｉｖａｔａ ｊｕｒｉ ｐｕｂｌｉｃｏ ｄｅｒｏｇａｒｅ ｎｏｎ ｐｏｓｓｕｎｔ．＞［私的な合意は、公の法を一部廃止することは出来ない。］（７ Ｃｏ Ｒｅｐ．２３：Ｃｏ．Ｒｅｐ．１４１ｂ）
（ａ）＜Ｐａｃｔｉｓ ｐｒｉｖａｔｏｒｕｍ ｊｕｒｉ ｐｉｂｌｉｃｏ ｎｏｎ ｄｅｒｏｇａｔｕｒ．＞［人の合意によっては、公の法が一部廃止されることはない。］（Ｐａｐ．Ｄ．２，１４，３８；Ｂｒｏｏｍ，Ｍａｘ．４７５、６９５；Ｐｅｒ Ｄｒ．Ｌｕｓｈｉｎｇｔｏｎ．Ａｒｇ．；４ Ｃｌ ＆ Ｆ ２４１）
（ｂ）＜Ｐａｃｔｏ ａｌｉｑｕｉｄ ｌｉｃｉｔｕｍ ｅｓｔ，ｑｕｏｄ ｓｉｎｅ ｐａｃｔｏ ｎｏｎ ａｄｍｉｔｔｉｔｕｒ．＞［合意がなければ認められないあることも、合意によって許されたものと成る。］（Ｃｏ．Ｌｉｔｔ．１６６ａ）
上記の「公の法」という訳しかたは、一つの立場であって、「公の権利」というように具体的に捉える立場も、あります。 いずれにしましても、私人の合意の及ばない公的な領域（たとえば強行法規の取りしきっている世界）が、厳然と存在することが明言されています。 なお、最後の法格言は、「合意」の力量を強調して示したものです。
（ａ）＜Ｐａｃｔａ ｃｏｎｖｅｎｔａ，ｑｕａｅ ｎｅｑｕｅ ｃｏｎｔｒａ ｌｅｇｅｓ、ｎｅｑｕｅ ｄｏｌｏ ｍａｌｏ ｉｎｉｔａ ｓｕｎｔ，ｏｍｎｉ ｍｏｄｏ ｏｂｓｅｒｖａｎｄａ ｓｕｎｔ．＞［法律にも反しないかたちで、また、悪意に

もよらずに、生みだされた合意約束は、いかなる場合にも遵守されるべきである。］（Ｕｌｐ．Ｄ．２，１４，７，７；Ｃ．Ｊ．３，２９，１；Ｂｒｏｏｍ，Ｍａｘ．４７６，６９８，７３２）
（ａ）＜Ａｉｔ ｐｒａｅｔｏｒ：‘Ｐａｃｔａ ｃｏｎｖｅｎｔａ，ｑｕａｅ ｎｅｑｕｅ ｄｏｌｏ ｍａｌｏ，ｎｅｑｕｅ ａｄｖｅｒｓｕｓ ｌｅｇｅｓ ｐｌｅｂｉｓ ｓｃｉｔａ ｓｅｎａｔｕｓ ｃｏｎｓｕｌｔａ ｄｅｃｒｅｔａ ｅｄｉｃｔａ ｐｒｉｎｃｉｐｕｍ，ｎｅｑｕｅ ｑｕｏ ｆｒａｕｓ ｃｕｉ ｅｏｒｕｍ ｆｉａｔ，ｆａｃｔａ ｅｒｕｎｔ，ｓｅｒｖａｂｏ．’＞［法務官は言った（言う）。 悪意によっても、また、法律、平民会議決、元老院議決、元首の裁決・告示に反するかたちで、また、それらのあるものを欺くようなかたちで、なされることがないであろうような合意約束を、私は保護するであろう。］（Ｕｌｐ．Ｄ．２，１４、７、７）
（ａ）＜Ｐａｃｔａ ｑｕａｅ ｃｏｎｔｒａ ｌｅｇｅｓ ｃｏｎｓｔｉｔｕｔｉｏｎｅｓｑｕｅ ｖｅｌ ｃｏｎｔｒａ ｂｏｎｏｓ ｍｏｒｅｓ ｆｉｕｎｔ，ｎｕｌｌａｍ ｖｉｍ ｈａｂｅｒｅ，ｉｎｄｕｂｉｔａｔｉ ｊｕｒｉｓ ｅｓｔ．＞［法律並びに勅法に反して、あるいは、よい習慣に反してなされる合意が何らの効力も持たない、ということは、疑いのない法に属する。］（Ｃ．Ｊ．２，３，６；Ｂｒｏｏｍ，Ｍａｘ．６９５）
（ａ）＜Ｐａｃｔａ、ｑｕａｅ ｔｕｒｐｅｍ ｃａｕｓａｍ ｃｏｎｔｉｎｅｎｔ，ｎｏｎ ｓｕｎｔ ｓｅｒｖａｎｄａ．＞［恥ずべき状況を含む合意は、守られる必要はない。］（Ｐａｕｌ．Ｄ．２，１４，２７，４；Ｂｒｏｏｍ，Ｍａｘ．４９９，７３２），
（ａ）＜Ｃｏｎｔｒａｃｔｕｓ ｅｘ ｔｕｒｐｉ ｃａｕｓａ ｖｅｌ ｃｏｎｔｒａ ｂｏｎｏｓ ｍｏｒｅｓ ｎｕｌｌｉｕｓ ｅｓｔ．＞［恥ずべき状況に基づく契約、及び、よい習慣に反する契約は、無効である。］（Ｐａｕｌ．Ｄ．２，１４，２７，４；Ｈｏｂ．ｉ６７）
少し前に登場してきた「法務官」（ｐｒａｅｔｏｒ）というのは、日本の法務大臣のような、ローマではナンバー２の公職者（政治家）ですが、民事裁判の指揮者としての資格を保有する彼が、「保護するであろう（ｓｅｒｖａｂｏ）」という姿勢を取ってくれたおかげで、タテマエ上弱さが付きまとっていた＜ｐａｃｔａ＞にも、結果的に訴求性が認められるように成りました。 この法文は、六世紀に成ってこの形を取った命題ですが、紀元前の数世紀も前に、誰かある法務官が、有力な法学者のバック・アップの下に、＜ｐａｃｔａ＞〉の保護を具体的な事象をめぐって打ちだし、それが後代へと受けつがれていった経過を、私たちに教えてくれています。

（４）以上紹介したように、「パクタ・スント・セルワンダ。」という法命題は、ごく常識的な事柄を宣明しているだけですが、それだけ、普遍的な価値を誇るものとも言えますね。 本編ではラテン語ばかりが登場する法格言を紹介したので、読者の方々にはあまり親しめなか

ったかもしれませんが（イギリス法では、英語ではなくて、専門用語としてのラテン語が格言を作る際に用いられるので、どうしてもそのように成ってしまうのです）、それでも、「パクタ・スント・セルワンダ。」という有名な命題の歴史的背景は、お察し頂けたのではないか、と思っています。　このように見てきますと、法学識・法文化に関する限り、古代ローマと現代の間にそれほどの断絶・ギャップは存在しないと、言えるでしょう。　「現代のローマ人・現代ローマ人」としての筆者は、ローマ後の各時代の無数の「ロマニスト」たちと同じように、「ローマ法はどのようにして現代と接点を持つことが出来るか」ということを考えつづけてきています。　この問題意識に導かれて、これからも、命ある限り、仕事を継続していければ、と念じています。

（Ｌ）　法律を守ること

（１）　「約束を守ること」は、主として私人相互間での営みです。　しかし、「守る」と言えば、「法律を守る」という人の営みも、別にあります。「合意は当事者間の法律である。」という格言は、比喩的な表現ですが、両者の間の親和性の存在することを物語ってくれますね。ところで、「法律（制定法）」は、いわば国家と国民の間の約束ようなものですが、これは、わが日本の場合、選挙によって選出された国会議員が構成する立法府が制定するものですから、結果的・構造的には国民の意思が反映したもの、と見ることも、可能です（このような理解には、ご異論もあるかもしれません）。　そのような訳で、「順法精神（遵法精神）」という概念は、国法＝公法に従う（国法＝公法を守る）ことの他に、私法に従う（端的には、契約を守る）ことを、内容としています。

（２）私たちが、日常生活において「法を守る」行動として最も慣れ親しんでいるのは、「道路交通法」を守る、という日常行動です。　世界的に見て、とても厳しい道路事情や交通事情の下にある日本の道路交通法は、変わっていく現場の状況に対応していくために、細かな規制を設けていることもあって、それなりによく出来た法律と見てよいように思われますが、法律というものの悲しい（？）宿命として、現実には、これは法違反を無数に抱えこんでいます。　もし取締当局が違反摘発に本気で取りくめば、現在の違反検挙数の何百倍・何千倍（？）もの違反が摘発されてしまう、という意味からすれば、この法規には、法規違反の高波を多少とも食いとめる防波堤くらいの役割しか、ありません。　その点では、この法規には「実効性」というものにかなりの欠け目があることに成ります。
ところで、筆者には、世界各国の交通法規の実像については、殆んど知識がありませんので、以下の説明には、もう一つ自信はないのですが、思いきって記してみましょう。　我が国の道路交通関係の法規は、真面目さ、几帳面さ、丁寧さ、きめ細かさなどの点において、まるで職人芸のようなテクニックをあちこちに見せているように、思えます

（もちろん、このような見方にご異論はあるでしょう）。　昔の道をそのまま残している狭い道路に多数の車が入ってきたり（因みに、ローマ市の現状はその点で世界ナンバーワンですね）、大都市に過剰なまでの人と車が溢れていたり、高性能の車ばかりが町を走行していたりするところを見ますと、この、狭い国土に多くの人が生きている日本が、「車社会」を殆んど極限にまで作りあげてきた国の一つである、という印象を受けます。　交通法規のレヴェルの高さは、これが現実にきちんと守られてこそ、本当に価値のあるものなのですが、しかし、残念なことに、法規の現実の運用や、道路利用者や車のドライバーの日常の意識や心構えには、どう見てもルースなところが多くて、大いに問題があります。　特に、車のドライバーは「サバ読み」運転に流れやすく、その結果、道路交通法は一部「ザル法」化する傾向も見えるのです。　この手の現象は、道路交通法に独特のものではなく、日本の法全体にまとわりついているものでしょう。　「きめ細かな法規（タテマエ）設定と、ルースな運用（ホンネ）との二元性」現象が、それです。　これは、どの国にも多かれ少なかれ存在する現象ですが、日本のものは、おそらく独特の姿と成っているでしょう。

（３）四〇年も前のことですから、データはかなり古いものですが、大規模な全国調査が存在します。　その中身を紹介してみます。

①　日本文化会議による「日本人の法意識調査　」（一九七一年実施）・・・・「目的が本当に正しいものだと確信が持てるときには、法律を破ることも、やむをえない。」とする、いわば「確信犯」風の人が、何と五一・三％にも成っており、「どんなときにも守るべきだ。」とする、いわば「正統派」の人の四二・五％を、抑えこんでいます。このような二者択一的な質問では、あまりにメリハリが利きすぎて、回答が単純に成ってしまいます。　もう少し中間的な設問を置いて貰ったた方が、市民意識を正確に汲みとれるのではないでしょうか。

②　日本文化会議による「社会意識にかんする意識調査」（一九七六年実施）・・・・「自分の意見では正しくないと思う法律（いわゆる悪法）でも、国の法律である以上は、守るべきである。」とするタテマエ信奉型の人は、二八・九％にしか成らず、この状況は、「それにかならずしも賛成できない。」という人の五九％と、「まったく反対である。」という人の七％とを合わせた六六％に、大きく差を付けられています。　このことから、日本人の内の少なくとも三人に二人くらいは、無条件に法に従う、といった、法律に従順な人ではなくて、一定の状況・条件の下でしか法律に従わない、ホンネ寄りの、「条件つき」順法者なのです。　国民個人が、自我に目覚め、ときには「他人のことはともかくとして、この私がどう考え、どう行動するか」に重点を置くエゴイスティックな（自己中心的な・自己本位の）生活スタイルに寄りかかる傾向が生まれ、また、一方では、国家を中軸とする官＝お上の権威・権限が急速に低下し始めた昨今では、「国法だから何が何でも守らなければならない。」といった固定観念は、次第に世間には受けいれられなく成ってきているようですね。

③　京都大学による「法意識調査」（一九七七年実施）・・・・「法律はすべての人々の利益をできるだけ平等に守るように作られている。」と見る立場の人が五七・六％で、ここでは、タテマエ（観念・想念・総論）の上では、法律への一般的な信頼度は、かなり高い数値を弾きだしていますが、その一方で、個人レヴェルのホンネ（行動論・各論）としては、「社会の実情にあっていないときには、法律を破ることもありうる。」という柔軟な考えかたを取る人が、実に三四・三％も、存在するのです。　広く世間一般で「実情に合っていない。」と受けとめられているのであれば、まだ多少ともその判断に客観性が伴うのですが、しかし、人個人がそのように思うだけで、「実情にあっていない」と決めつけてよいのかは、大いに問題ですね。

（４）ここで、私たち国民に最も身近な「道路交通法」の運用実態を、まず、「駐車違反」というテーマについて、考察してみましょう。「車（車両）」には、自動車と、いわゆるバイクと、自転車とが、あります。最後の「自転車」の走らせかたにつきましては、最近に成って、法的規制と取締まりが厳しくされるように成りました。　高性能の電動自転車の登場により、スピードの出る自転車が凶器と成って、人を死傷させる事例が次第に増えてきたり、携帯電話がパソコン化して便利に成ったために、歩道で、自転車に乗ったまま、その機器が使われて、人の歩く道が危険になる事態が生じたりしていることも、規制や処罰強化の原因に成っています。　以下に、本来のクルマのことを念頭に置いて、少しだけ考えてみましょう。

①　「駐車違反」につきましては、先の京大資料に貴重なデータがあります。

（ａ）「実際に被害がない場合まで、取り締まる必要はない。」の側に三〇・八の人が賛成し、「厳しく取り締まる」側の五四・九％の人の意見に迫っています。　前者がホンネ直視型で、後者がタテマエ信奉型と成りましょう。　ところで、大都市では、殆んどすべての道路に駐車禁止の網が掛けられていますが、それはやり過ぎだ、という批判が、あります。　本当に駐車禁止が必要な箇所を絞りこんで、そこはきちんと取締りをやり遂げる一方で、実害のあまりないところでは、駐車禁止規制を外す、というのが、リーズナブルなやり方のように思いますが、いかがでしょう。　欧米の諸外国では、そのような、「車の住み分け」ルールが採用されているところも、あるようです。　厳しすぎることは百も承知の上で、大きめ・広い目に規制（タテマエ）の網を掛けておき、交通警察の実務（ホンネ）では、取締まりを甘くして、トータルで程よい効果を狙う、という手法は、日本型法治国家のいつものやり方ですが、これでは事態は容易なことでは改善されないでしょう。　圧倒的多数の善良なドライバーは、不便は辛抱して、交通法規に従順に従っていますが、一部の不心得者は、甘い取締まりをちゃんと読んで、好き勝手に車を転がしているのです。　その結果、

立派な人々の「順法精神」は蝕まれてしまいます。　これは、本当にもったいないことですね。

（ｂ）一方で、「スピード違反」の取締まりのスタイルにも、同じようなことが当てはまります。　大抵のドライバーは、制限速度をほんの少し（たとえば五キロから一〇キロの微妙な範囲で）オーバーするような速度で、車を走らせています。　それが世間で囁かれている「クルマの流れ」というものです（自動車教習所の現場でも、その手の話は、最近に成って聞いたことが、あります）。　それなら、制限速度を少しアップして、その「流れ」に即した制限にして貰えれば、良識のあるドライバーは、平常心で車を操れるので、助かります。

②「取り締まりの効果と費用を考えあわせて、取り締まるかどうか決めるべきである。」というエコノミック・アニマル的な考えの持ち主が四六・三％もあって、「いくら費用がかかっても取り締まるべきである。という」武断派の三六・三％を、上まわまっています。　ここでも、前者はホンネ直視型で、後者がタテマエ信奉型、という対比が成りたつでしょう。

（５）筆者は、先に少し触れたように、交通法規の適正・適切な運用がなされることに特別の関心を持っているのですが、それは、私たちの日常世界と緊密な関わりのある交通法規への順法行動や順法精神が定着すれば、日本の法全体への順法の機運が高まるのではないか、と期待を掛けているからです。　普通の人々が、遵守する気持ちに成れ、しかも、遵守することが可能な法規、そして、法を遵守する人が法を破る人のために不利益を被ることがないように気配りをした法規を、国家が国民のために用意する義務があるのではないでしょうか。　タテマエ倒れで、ホンネばかりが横行するような国家は、真の意味での「法治国家」とは言えないのです。

（６）ここで、最近の裁判事例を記しておきましょう。　二〇一四年一月二八日、東京地裁は、判決より四年前に、自転車に乗り、赤信号を無視して、横断歩道を歩行中の女性をはねて死亡させた男性に、四七〇〇万円の損害賠償を命ずる判決を下しました。　一方で、刑事事件としては、重過失致死罪で、禁錮二年、執行猶予三年の刑が科せられています。　その他に、小学生が乗っていた自転車による重度の人身事故絡みの、別の事案としては、約九七〇〇万円（被害者の逸失利益を算出し、それに、慰謝料、弁護士費用を加算してはじき出された金額がこれです)の支払いが判決により､両親に対して命じられた例が、その前年に生まれていますが、今回の事案の場合のように、重い刑事罰が､自動車事故の場合並みに課せられたことが､注目されます。　賠償金の支払いは、加害者が、たまたま個人賠償責任保険などに入っていれば、ちゃんとカヴァーされますが、しかし、刑罰の方は、罰として、その人に重くのしかかってきます。　この際、「凶器にも成る自転車もクルマの仲間である。」ということを認識して頂きたいものです。

（Ｍ）交通問題における約束ごと

（１）私たちが電車を利用するとき、当然のことながら、それを利用することへの対価として、運賃が支払われます。　そこでは、何らかの契約を締結する、といった意識は、利用者サイドには薄いのですが、理論的には、旅客運送契約（現実には、大量取引として定型化された、「普通取引約款」によって、ビジネスライクに処理されています）が、対価支払いのベースに成っています。　さて、日本では、運賃を、きっちり、しっかりと徴収する電子システムが恐らく世界で最も完備しておりまして、入口と出口のダブル・チェックはもちろんのこと、車内の検札も随時行なわれ、「薩摩の神」（タダノリ）決めこむ輩をしっかりと抑止しています（もっとも、ヤル人はヤルもので、その網を、頭を使って見事に突破するような輩も、確かにいます―長距離を、長期間、キセル方式を駆使して、ダダ乗りをし続けて、とうとう捕まった、ある大学の鉄道研究会の部長教授のケースが、有名です）。「違法行為は許さない・させない」という、日本の会社の姿勢は、それ自体として、素晴らしく立派で、几帳面な営業態度ですが、ここのところを少し深読みしますと、こういったことは、手抜きをしますと、人（交通部門の話になりますと、「利用者」）がズルををするのではなかろうか、という「人間性悪説」に依拠するビジネス上の発想の産物です。　他方で、欧米先進国ではどうか、と申しますと、筆者が見聞きした限りでは、以下のように成っています。　まず、地下鉄では、確かに、入口での切符のチェックはありますが、出口はフリーパスです。一方で、バスや電車・鉄道の場合には、まったくチェックがないような気がします（もちろん、切符はしかるべきところで買うことが出来ます）。　ただ、車内検札に引っかかりますと、「懲罰的料金徴収」とやらで、驚異的に高額の金額を徴収されることが、あります。　しかし、この作業を徹底的にやっているところは、少ないのではないでしょうか。　「見せしめ」的にわざわざインパクトのある措置が取られているのでしょう。　欧米人のこのような順法行動の中核には、「良心」に重きを置く宗教心の存在があるものと見てもよいでしょうが、そのようなタテマエ面のファクターの他に、定期券の運賃が日本の場合ほど高額ではなく、割安に設定されていますので、利用者がズルをするほどのこともない、というホンネ面のファクターも、存在してますね。　そのような訳で、欧米では、「交通機関の利用者はが、必ず、自発的に、切符を買う。」という前提に成っていて（「人間性善説」の発想がここにあります）、切符を持たなくても、誰からもチェックを受けない、という牧歌的な状態に成っているのです。　この辺りにつきましては、筆者の知らない各国の特別な事情が、他にあるかもしれません。

（２）ところで、わが日本においては、運転手しかいない状態で、出口がいくつもあるバスや電車（現在の日本では、このタイプの乗り物はまだ出現していませんが）とか、駅員のいない無人駅とかで、誰から

も切符のチェックを受けない人が、一〇〇％しかるべき運賃を自主的に支払って下車していく、という状況が果たして作りだせるでしょうか。　農村部の道路沿いにある、野菜や果物の無人販売ステーションで、代金をちゃんと代金入れに入れていくか、ということも、同じジャンルの問題です。　「約束を守って貰いたい人は、他人に約束を守らせるように、自力できっちりと処置をしておく責務があり、手抜きをしたりして自分が損をするのは、当り前のことだ。」という冷酷な論理を振りかざす人が、この国には少なからずいるのではないでしょうか。　日本で、自転車に鍵をかけた状態で、家の外に置いたままにする人が、その自転車を盗まれてしまう、といったことは、別に珍しい現象でもないのですが、「家の外に物を置きっぱなしにしておく人が、その物を誰かによって勝手に持っていかれたとき、文句を言うのは、スジ違いだ。　危機管理が出来ていない者に損失が降りかかるのは、当然の結果だ。　それが嫌なら、自転車を家の中に取りこんでおけばよい。」、といった冷やかな理屈もありますね。　筆者としては、人間の良心だけに頼ることにして、悪事の監視のための人件費を必要としないロー・コストの欧米方式の方に、好感が持てます。　エコノミック・アニマルのはびこる、この世知辛い日本では、「自身の良心を法として、それを誠実に守る人」といったニュアンスの「良心的遵法者」は育たないのでしょうか。　私事ですが、筆者は、常々、こういう「良心的順法者」でありたいと念願しております。

(３)前方の歩行者用の横断歩道は､赤信号の状態に成っています。　しかし、右方向についても、左方向についても、車がまったく来ていないか、あるいは、まだ遠いころに見えているだけです。　こういったとき、読者の方々は、前方が赤信号でも、堂々と道路を横断されるでしょうか。　先の「代金支払い」の例は約束ごとに関連しますが、こちらの方は、法律の順守に関係してきます。　実は、筆者は、三〇年ほど前に、ヨーロッパ数カ国について、横断歩道における横断行動の比較考察を試みたことが、あります。　比較的最近では、ロシアのペテルブルグとフィンランドのヘルシンキでの観察例が、ありました。ロシアでは、車は、横断歩道に人がすでに深く入りこんできているのでなければ、歩行者用の信号は青で、車の進行方向のものが赤でも、かなりのスピードで､横断者のいる横断歩道を突っぱしっていきます。また、フランスでは、横断能力に自信があり、自己責任で行動する覚悟のある人なら、車の通行量の多いところでも、自分の好きな個所で勝手に横断を敢行しても構わない、というような雰囲気が、見えています。　一般に、ゲルマン系の諸国家（フィンランドも、そうです）では、ルール（タテマエ）の価値を重んじ、それに従うことを重視する傾向が､あります。　つまり､赤信号で道路を横断するような人は、あまりいないようなのです。　他方で、ラテン系（「古代ローマ人の血を引く人々」という意味です）の国々（イタリア・スペインなどが、その直系の国です）では、赤信号を無視して、平気で横断歩道を渡ってるいく人が多いように、思われます。　旧植民地出身の市民を多数抱える国々では､純欧米人以外の人々の行動様式も混ってきますので、

事態は複雑化しますが、一般には、「赤でも渡る」側に流れていくように思います。

（４）それでは、わが日本ではどうでしょうか。　これが本題です。　お上（警察）が適用を仕切っている交通法規は、強行法規である上に、刑事的制裁を伴っていますので、これには従順に従う（もちろん、その法が人々の身の安全に役だつからでもありますが）、というのが、本則・原則・タテマエです。　しかし、最近になって、主観的・個人的・自己中心的・合理的・短絡的な人間の行動様式（ホンネ）が全面に出てくる現象がよく見られるように、成ってきました。　つまり、「ＴＰＯ」に応じて赤信号横断を敢行する人が、目だつのです。　一九七九年に、ビートたけし氏が、「赤信号、みんなで渡れば怖くない。」という、ビートの利いたスローガンを打ちだしたことは、よく知られています。　当初は、この言いまわしは、アウトロー的な匂いもする、怖いニュアンスを、はらんでいました。　それは、深夜に、超スピードで、多数の車が、塊となって、赤信号などものともせずに、他の車や通行人を蹴散らしながら、市内の幹線道路を走りまわることがしばしば見られた現象と関係していたかもしれません。　もちろん警察は出動してきますが、相手の数の多さに手が出せないようなことも、あったようです。　今では、この命題のまかりとおる範囲が広まり、普通の社会現場でも、違反が恒常化しているゾーンでは、違反もある意味で合法的なのだ、といった感覚さえも、秘かに生まれてきているような気も致します。　もちろん、これでは法治国家の根幹は揺らぎます。　国としては、違反をしっかりと押さえこむ手だてを考えるか、あるいは、法規を手直しして現状にマッチさせるか、のどちらかの手段を用いて、事態をスッキリとさせるようにするしか手はないのですが、この国では、タテマエとホンネが大きく食い違う事態に成っても、それを放置しておくという、よろしくない風習が、伝統的に（？）あります。　筆者の観察するところでは、関東（その代表で、シンボル的な存在である東京）では、ひょっとすると、その昔から、タテマエ護持型（法律順守型）の行動様式が主流であったように、見えます。それへの対抗馬は、大阪のホンネ文化です（念のために申しますが、京都は大阪とは一線を画した街です）。　大衆芸能の世界で、大阪の芸風は、今や全国制覇を成しとげつつあるようにも思えるのですが、ホンネを臆面もなく全面に押しだして、笑いを取る、という大阪のホンネ文化は、日本人全体の行動パターンに、深いところにまで滲みとおっていくのかもしれないとさえ、感じています。　ついでながら、京都在住で、ときどき大阪にも行く筆者としては、バスなどの乗車待ちをしている人の列やそれに当たるような順番制のルールをまるで無視して、我先に乗りこんでいく人や、優先席に平然と座って、弱者の方々の存在を無視する人や、エスカレーターに二人で並び、人の流れをせき止めている人や（もっとも、二人並びが利用原則である、という説もありますが）、駐停車違反など殆んど気にせず、周りに迷惑を掛けている人（たとえば、横断歩道の上に平気で車を止めている人）や、赤信号であっても早めに車の発進を試みる人などを、しばしば見ることがあるのですが、ひょっとすると、こういった行ないは大阪バ

ージョンというよりも、むしろもっと大がかりな関西バージョンなのかもしれない、と思ったりもしています。　交通関係の各局面で人がスマートに振舞うことは、美しく、人に優しい仕草なのではないでしょうか。　もちろん、そのようにすれば、交通事故を始めとするトラブルは、減少します。人の安全が守られるのです。

（Ｎ）総括

（１）「人や人の集団が、互いに、約束したこと・合意したことは、守っていかなければならない。」という命題は、時と時代を超えた真理でありまして、道徳律や世の常識・良識ともマッチする掟です。　そのような立派なタテマエの裏側に、「それが守られなかったとき、どのような責任をとってくれるのか」というホンネの問いかけがあります。　サンクションを欠くような約束ごとなど、「絵に描いた餅。」に過ぎないものですから、約束ごとの中核は、あくまでもその実現＝履行のところに、あります。　古代ローマ人は、約束した者がそれを果たさない事態に陥った場合に、その責任を問うことを可能にしてくれる常設のシステムとして、民事訴訟制度を開発しましたが、しかし、彼らは、あらゆるタイプの約束ごとに訴求性を付与するようなことまではせずに、一定の枠内（形式＝要式）にきちんとはまっている約束ごとをめぐるトラブルの解決だけを、訴訟の場に受けいれることにしていました。　その背景には、古い時代にはどこにおいても見られる形式尊重の気風（タテマエ）や、また、形式を欠くような事実関係については物事の正邪がそう簡単には突きとめられない、といった実務上の理由（ホンネ）が、あったのかもしれません。　その次に、有責判決の中味についてですが、そこでは、約束不履行者の身体への責任追及さえも、債権者の側に許されました。　死とか奴隷化とかにまで至るような責任の取らされかたは、もはや、民事的責任のゾーンを超え、刑事責任を問われることに限りなく近づくまでに成っているのです。　以上の話は、ローマ契約法の原点についてのものですが、時代が下るにつれて、契約が形式によって厳しく規制される、という状況は次第に克服されていき、当事者間の契約合意それだけが契約を成立させるものとする、という仕組みが編みだされました。　いわゆる「諾成契約」がその輝かしい成果です。　それ以外にも、別のルートで、さまざまな工夫が次々になされて、契約の中味は広げられていきます。これは、大がかりな物流から成りたっているローマ経済の側からの要請に対応するものでした。　国際的な取引の安全・安定を図るためには、契約制度の充実が不可欠だったのです。

（２）さて、現代おいては、「パクタ　スント　セルワンダ。」の法理は、大体のところスムーズに貫徹されるように成ってきています。　どのようなタイプの約束であっても、約束違反に対して不満を抱く債権者の申立てに裁判所が十分に対応し、審査してくれているからです（もちろん、その結果は、有利であったり、不利に成ったりして、まちま

ちですが）。　こういった状況に到達するには、次の三つのものが、歴史の節目でそれぞれ重要な役割を果たした、とされています。

（ａ）一二世紀に、イタリアのボローニャに、「古代ローマ法」を華麗に再生させた註釈学派と、その発展段階とも位置づけられる註解学派は、合意・約束の「原因」がちゃんと成りたっている限りで、その合意・約束が、それだけで、債務を発生させる、という理解の仕方を学理的に確立しました。　彼らが、訴求性に重大な制約を掛ける、伝統的なローマ法の中軸的な法理を手直ししたのは、宗教的な色合いもある「良心」というものに重点を置く教会法（カノン法）の考えかたを真正面から取りいれてのことでしょう。

（ｂ）ゲルマン人の固有法の中には、「ゲルマン的な誠実さ」というものが重要なキーワードと成っているのですが、これは、どのようなかたちの合意・約束でも、人がいったんそれを交わしたからには、人はそれを守るべきである、という行動規範を生みだしています。

（ｃ）「近代自然法の父」と讃えられる、オランダのグロティウスは、「理性を持っている人間の本性」の中に「社交性への欲求」がある、として、そこから合意・約束の順守義務を導きだしました。　一方、日本にも合意・約束を大切にする固有の美風・美学が、ちゃんとあります。

特別版　＜Ⅲ＞　終末期医療をめぐって

目次

序論
本論　同意の深層―射水市民病院（富山市）における終末期医療事案を手がかりとして
（Ａ）　事件の発端
（Ｂ）　同意の諸相
（Ｃ）　尊厳死への取組
（Ｄ）　古代ローマにおける医療

序論

（１）人の一生の最終段階は、幸いにも、各種の不慮の事故に見舞われたりすることのないままに、普通の経過を辿ることになれば、「病とともに人生を生きる」過程の最終章の一コマです。　「老衰による大往生」という魅力的な言葉には、正直なところ、筆者個人は強く心惹かれますが、これは誰にでも望める境地では、ありません。　ところで、一九六〇年の時点では、病院での死亡の割合が一八、二％で、

自宅での死亡の割合が七〇、七％であったのですが、しかし、二〇一二年の時点では、その割合は逆転して、病院での死亡の割合が七六，三％，介護施設などでの死亡の割合が六，三％、自宅での死亡の割合が一二，八％、というように成っています。　さて、突然の病死以外の話と成りますと、人生の最終段階にあっては、いずれにしましても、医療施設における「終末期医療（治療）」の局面において、人それぞれがどのような態度（「生きること」と「死ぬこと」の双方についての姿勢）を採るのか、が各方面で鋭く問われることに成ります。　最も先鋭なは問題意識は、「終末期にある患者に対して不必要な延命治療が施され、死にゆく患者の苦痛をいたずらに増大させるようなことが果たして許されるのか」という類のものでしょう。　意識も、感覚も、知力も備わった状態で終末期に差しかかる人は、自らのスタンス（死に直面した際の意思）を外部（家族や医師）に伝えることが出来ますが、しかし、ある意味では幸せなその人たちと違って、自身が死ぬ、などということまでは考えず、また、そのことを意識することもないままに、終末期へと突然に吸いこまれていく人も、います。　そのとき、死にゆく人と運命共同体を構成する「家族」の立ち位置が、重要に成ってきますね。　家族は、死にゆく人の気持を忖度して、その人の「代わり」を務めなければならないのと同時に、自身固有の考えをしっかりと纏めあげた上で、難局に立ちむかわなければならないからです。　もし、家族の内部に、死を迎えつつある身内への対処の仕方について、意見の不一致があったりすれば（たとえば、その人の配偶者と子供たちとの間で葛藤があったりすれば）、家族全体のスタンスを一つにする、という大切な仕事が待っていますね。

（２）人にとって不可避な出来事である「死」は、それが訪れる生前においても、もちろん「死」の後においても、重大な問題を容赦なく関係者（身内）に突きつけるものなのですが、後者の「事後問題」の方は、遺言やそれに代わる意思表示をきっちりとしておくことによって、かなり穏やかに解決に導かれることに成るでしょう。　しかし、前者の「事前問題」については、死というものに「医師（医療）」が関与することが普通のコースと成ってきますので、ごく広い意味における「利害関係」が錯綜することもあって、問題はしばしば複雑化・複合化してきます。　端的に言えば、医師は、個人として、あるいはチームの一員として、終末期特有の微妙な治療行為を新たに開始するのか、それとも、既に始めているそれを中止してしまうのか、更に進んで、死を早めるような措置までも敢えて取るのか（医師が、何も治療を施さないで、患者に死を迎えさせる、などという姿勢は、今ではとても許されないはずです）、の判断についての迷いに、きっと直面することに成るでしょう。　つい最近までは、患者のための医師の決断＝医療措置の適切性・妥当性・正当性・適法性などにつきましては、医療組織の内部で、また、患者やその身の回りの人々の許で、不平や批判が渦巻いていても、それは、どちらかと言うと、「過ぎさったこと」として、あまり表沙汰には成りませんでした。　患者側の人々は、身近な人の目前の死を受けいれることで精いっぱいだったからでしょう。しかし、時代は変わり、終末期医療は、法の取りしきる世界と交錯・

接触することに成ります。　つまり、医師を殺人のかどで告発していく人や、治療過程を捜査する警察や、それを受けとめて起訴に持ちこむ検察当局や、有罪判決（ここでは、執行猶予という、タテマエ上は有罪ですが、ホンネ的には「無罪」である、とも言える微妙な処置が取られることが、普通です）を下す裁判官、などが登場してきまして、終末期医療の是非は、「安楽死」や「尊厳死」というものが、法的に許されるか、をめぐる第一級の法律問題として、日本社会の最前線に鋭く浮上することに成ってきたのです。　このところ、日本においても、欧米の法先進国の場合と同じように、あらゆる分野で人権を尊重する気風が高まってきているのですが、日本で伝統的に一種の「聖域」扱いを受けていた医療・治療のフィールドにも、死にゆく患者の「人権」の確保をめぐって、法の風が吹きこんできたのです。　「自身の『生』と『死』に関して自己決定を下す権利＝自己決定権」というものは、一見したところでは、条理に適った、人の基本権に属するように受けとれなくもないのですが、しかし、「自己決定」という観念が、自らの存在を全否定する『死』を自発的・主体的に選びとる自由までも包含しているのか」、といった「原理論」や「哲学理念」につきましては、まだ完全な正答は得られていない情況にあります。　これを総論問題としますと、その各論問題に、「死のうとする人の嘱託を受け、または、その同意を得て、この人を殺すことによって、同意殺人が成立してしまう」（刑法第二〇二条前段）という実定法上の約束事（法規定）が、あります。　つまり、「本人の同意さえあれば、医師は患者を死に到らせても構わない」などというのは、まったく成りたたない理屈なのです。　もちろん、普通の殺人の場合とは異なって、刑罰が軽くされていますが、その所業が違法であることに、違いはありません。　もし、「死の自己決定」に対応する医療行動を、法的に当局から刑事的に追及されることがないような仕組みに仕あげるには、医療側は、何重もの条件をクリアするだけの、医学的・倫理的ファクターをきちんと備えた措置を取っていく必要が、あります。

後述するように、いわゆる「安楽死」は、「積極的安楽死」という位置づけになり、一方、いわゆる「尊厳死」は「消極的安楽死（実態的には、治療中止）」という位置づけに成ってきます。　安楽死の措置が医師によって取られた際、かりに患者の同意ががちゃんとあっても、違法性がある　―つまり、刑事制裁を受ける―　のが一つの法原則に成っているのですが、被告人とされた医師は、ある意味では当然のことながら、検察の攻勢に対して、それなりに異議申したてを行ないます。　医師が悪意に満ちた犯罪者であれば、弁明の余地などないはずですが、普通なら、彼は「人間味に溢れた善意の仕事人」なので、その弁解・弁明に耳を傾けていくのも、人の道なのです。

ところで、終末期医療裁判に関して　以下に紹介する重要な判決例があります。　一九六二年のものと、ずっと後の一九九五年のものがそれですが、その後には、これらにおいて見られたるような明確な問題意識を外に示した判決（個別的判断）は、登場してきてはいませんので、これらは、それぞれ、その時代の法の動きを体現する歴史的な「法作品」、ということに成っているのかもしれません。

（Ａ）名古屋高裁判決（一九六二年）は、次の（Ｂ）の横浜地裁判決が扱った事案とは決定的に異なり、患者の長男がその父を死に到らせた事案に関係するものです。　医師から、父の余命が七日程度である、との宣告を受けた息子が、殺虫剤を牛乳に混ぜて父に飲ませて、殺害した悲惨な事件が、これです。　そのような訳で、この事案は、構造上、「医師による安楽死」とは無関係です。　さて、判決は、結果的には、「安楽死」というものの成立を認めず、有罪判決を下したのですが、その機会に、裁判官は、一歩踏みこんで、「安楽死」というものが正当化されることにより、医師の刑事的処罰が免除される情況を作りだす要件として、六つのポイントを挙げています。

① 病者が、現代医学の知識と技術から見て不治の病に冒され、その死が目前に迫っていること。
② 病者の苦痛が甚だしく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものであること。
③ もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと。
④ 病者に意思がなお明確で意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託又は承諾のあること。
⑤ 医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には特別な事情があること。
⑥ その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうること。

以上がそのポイントです。　その上で、問題の裁判事案では、⑤と⑥の要件を満たしていない被告人（医師ではない通常人）の行為が犯罪を構成する、という判断が出ています。　これに対しては、法学界や医学界からさまざまな異論が投げかけられましたが、ともかく裁判所が「安楽死」の法的位置づけに関して、個別事案に即してではありますが、基本的な分析を示した点で、これは、特筆される判決事案と成りました。　ここに、貴重な「一里塚」が、築かれたのです。

（Ｂ）横浜地裁判決（一九九五年）は、後述（４）一覧表（ｂ）③に示される「川崎協同病院事件」に関するもので、ここでは、医師の措置が問題に成っています。　以下のような趣旨の四つのポイントが、安楽死を正当化するための要件として、挙げられています。

① 患者が耐えがたい肉体的苦痛に苦しんでいること。
② 患者は死が避けられず、その死期が迫っていること。
③ 患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと。
④ 生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があること。

（Ａ）の場合と同じように、ここでも、有罪判決が出ています。　法学説上、「安楽死」の正当化要件をどのようなかたちで理論構成するか、の問題については、さまざまな見解があります。

この事案は、横浜地裁及び東京高裁でそれぞれ有罪判決が出された後を受けて、最高裁が、二〇〇九年に、その「決定」で、上告を棄却しましたので、事案は確定しました。　このようなタイプの微妙な事案で最高裁の判断が得られるのは、滅多にないことですので、その中味につきましては、注目が集まりました。　医師の安楽死の措置についての「正当化要件」を、最高裁が事件に即して打ちたててくれるので

ないか、と期待が掛けられていたのです。　しかし、最高裁は、一般的・理論的な枠づけ＝論理（タテマエ）には触れずに、具体的処理(ホンネ)のところで、立ちどまっています。　将来的には、最高裁も、この「安楽死」問題について理論構成をするかたちで、決着を付けてくれることでしょう。　なお、とても重要なことですが、「安楽死の正当化要件」に関して明確な基準を内外に示した、先の横浜地裁の「東海大安楽死事件判決」は、傍論の形式で、「尊厳死の正当化要件」についても言及してくれています。　それには二つがありまして、一つは「患者に回復の見込みがなく、患者が死が避けられない末期状態にあること」で、もう一つは「治療中止の時点で、それを求める患者の意思表示（家族によって表明される推定的意思で足りるものとされています）が存在すること」です。　「尊厳死」については、後に解説します。

さて　判例が鈍い動きをしていても、法学者の学説がしっかりと編みあげられれば、事態の本質は部分的には明確にされるのですが、しかし、現在では、学説上では、「安楽死というものは、原則として違法であるが、しかし、極めて厳格な要件の下で、例外的に正当化の余地がある」とする見解が有力と成っているだけの状況ですから、裁判所においても、法学説においても、「安楽死合法化のルール作り」は、進行中の段階にあります。　現場の警察・検察も、まだ様子見をしているだけなのではないでしょうか。　筆者の観察する限りでは、判例も学説もそれなりに落ちついた情況にあるのですが、何事もあまり荒だてないようにする私たち日本人の許では、事態をこのまま推移させて、特に積極的に動くことをしないのも、賢い選択なのかもしれませんね。

先に取りあげた最高裁の「決定」は、以下のような事案に関するものです。　気管支ぜんそくの重積発作で受診した患者について、気管挿管による人工呼吸の処置が開始されます。　その後、患者の家族から、抜管の要請を受けた主治医は、気管内チューブを抜去し、さらに、鎮静剤・筋弛緩剤を投与して、患者を死亡させます。　それで、「決定」は、「抜管のときまでに、患者の余命などを判定するために必要とされる脳波などの検査は実施されていなかった。　発症から二週間しかたっていない時点で、その回復可能性や余命について的確な判断が下せる状況にはなかった。　患者の回復を諦めた家族からの要請は、適切な情報が伝えられた上でなされたものではなく、抜管行為が患者の推定的意思に基づくと言うことはできない。」という趣旨のものです。

（３）以上は「安楽死」問題についての話ですが、この他に、それと比べていくらか穏やかで、日常的な「終末期医療」のパターンとしての「尊厳死」が問題とされる場合があります。　この概念はかなり広い内容をはらんでいますが、最も端的な表現を採れば、「尊厳死」とは、「「治療を中止してしまうこと＝治療中止」です。　積極的に安楽死を導く措置を取ることも、また、そもそも治療に入らずに、自然な死を患者に迎えさせることも、人の「尊厳死」を実現させる立派な営みとも言えるのですが、命の大切さや人間性に気配りをする点では、この「治療中止」型の尊厳死が、ある意味からしますと、「中庸の美徳」を

体現するものとして、多くの人々に受けいれられやすい要素を備えている、と言ってよいでしょう。　もっとも、時代環境が変われば、人の意識も現実対応も、変化していきます。

（４）次に、この二〇年の間における「医療行為の、法世界との交錯」の経過について、多少とも筆者個人の視点を加えながら、見てみましょう。　分析のための基本データは、殆んどすべて、「終末期医療と医事法」（医事法講座・第四巻・二〇一三年）に収載されている、前田正一「終末期医療における患者の意思と医療方針の決定―医師の行為が法的・社会的に問題とされた事例を踏まえて」とうタイトルの論文の九頁の記述から得られています。

（ａ）このデータ全体を観察・分析していく際に、予めマークしておいて頂ければ有用となるかもしれない、重要なポイントが、四つあります。

①　治療行為の中止（不作為）と、安楽死のための積極的な行為（作為）との区別・・・・両者が連続して現われてくるケースも、あります。　常識的にも、法理的にも、後者の方にインパクトがありますね。「医師の殺人」という概念が、この局面になると、明確に捉えられるように成るからです。

②　患者の家族の「要請」とか「同意」とかが介在するかたちで、終末期医療が進行していく場合と、医師が、家族の意向と無関係に、独断で終末期医療の処置をやり遂げる場合との区別・・・・国保京北病院の事案（後出②）だけが、後者に属します。

③　医師が最終的に起訴され、刑事裁判が始まる場合と、問題の事案がひとまず警察から検察へと書類送検されたものの、熟慮の末、検察によって不起訴の措置が決断されることに成る場合、との区別・・・・警察が、事情聴取を開始し、捜査に着手しましたが、しかし、法的な側面で事件性がそれほど濃厚ではないと判断して（実は、それ以外にも色々な事情も隠れているはずですが）、地検への書類送検を自主的に見送ることに成った場合は、問題の事案と正式の司法との接点は、生じてきません。　「書類送検」という行為がなければ、司法の最前線に位置する検察は、動かないからです。　さて、タテマエ論（制度論）からしますと、起訴と不起訴の間には、法的な扱いの上で、雲泥の差がありますが、しかし、ホンネ論（実質論）からしますと、結果において不起訴の処分が検察によって選びとられても、それまでの間、被疑者（医師）には厳しい運命が待ちかまえているのです。　その人が、仕事から干され（診療させて貰えず）、また、「推定有罪」のはびこるこの日本で、マスコミの餌食にされるだけではなく、いわゆる「マスコミ法廷」において勝手に断罪されてしまうことも、あります。つまり、その医師の名声（かなりの場合、問題の医師は評判のよい人物です！）が、当局から身辺を探られることにより、地に落ちてしまうからです。　いったん落ち目になった人に対する「バッシング」が

どれほど強烈であるかは、日本では、誰でも承知しているところですね。　さて、書類送検から不起訴処分の決定までには、普通一年以上は掛るのですが、有罪率九九％以上の実績を誇る日本検察によって起訴されて、公開の法廷に引きだされるかもしれない、と怯えながら長い日々を過ごすのは、被疑者には大変なことでしょう。　それに加えて、医療に絡む事案では、警察が公式に事情聴取や捜査を始めてから、先の書類送検の措置を取ることを決断するまでの期間は、普通の事件の場合に比べて、かなり長いので、その間の不安や緊張も、相当なものに成ってくるはずです。　「射水市民病院の事案」（後出⑤）のケースでは、新聞報道が二〇〇六年になされてから、不起訴処分が下されるまでに、実に三年以上も掛っています。　七人もの患者に関係する終末期医療が対象と成っている事件であっただけに、それには確かにやむを得ないところもありますが、一般に、警察にマークされ始めてから、不起訴処分に辿りつくまでには、かなりの日時が必要ですね。その計三年の間、問題の医師は、針のむしろに座らされていたことでしょう。

このように、何か重要な問題が浮上してきて、警察からマークされた人物にとっては、デメリットばかりが目に付きますが、それは、やはり、やむをえないことですね。　冷たい言いかたで、申訳ありませんが。　一方、もう少し視野を広げて考えてみますと、社会的には、プラス面も、確かにあります。　それは、巷で秘かに囁かれている医師の不適切な終末期医療に対する各方面からの不信の念や不満の声に対応して、よりよい治療ルールを作りあげるために、警察当局が、医療という「聖域」へと一歩足を踏みだすことにより、世間にきちんと問題提起をするきっかけが、得られることです。　一人の人を唯罰するのではなくて、将来に向かって、医師が罰せられることなしに終末期治療に励める環境の在りかたを、検察の起訴行動に対応じて、司法（裁判）の側から、具体的な事案に即して、示してみせる、というのは、とても建設的な試みだからです。　実際のところ、このような司法の動きに対応するようにして、医療サイドからも、司法の網に掛けられずに済むような、いわば「合法的な」治療の在りかたを真剣に模索する動きも、見えてきました。　結果的には、後述する「ガイドラインの策定」が、その成果の一つと成りました。

ここで、今までに殆んど表には知られることがなかった、当局の動きを、ご紹介しておきましょう。　後にかなり詳しく分析する「射水市民病院事件」と、「和歌山県立医大付属病院紀北分院事件」のケースでは、それぞれの県警本部は、地方検察庁へと一件書類を送る措置を取る（書類送検をする）際に、「厳重な処罰は求めるものではない。」とか、「刑事処分を求めない。」、とかいったニュアンスの意思表示を当局にしていることが報道で伝えられているのですが、見方によれば、唯一、起訴権限を保有する検察当局に対して、控え目ながら、警察が注文を付けるこの行動には、とても興味深いところがありますね。もちろん、タテマエ的には、その際、検察は「聞きおく」だけのクールな対応をしていたでしょうが、おそらく、ホンネ的には、第一次捜査機関である警察の姿勢を受けとめて（あるいは、尊重して）、不起訴処分を打ちだすことに到ったのかもしれません。　「刑法」という

強行法規が実際的に運用される刑事裁判（刑事司法）の世界には、警察・検察・裁判所という三つの、お上の組織が微妙に絡みあうところが各所に散在しているのですが、私たちは、幸いにも、ここで、その一端をのぞき見ることが出来たことに成ります。

④　いわゆる「安楽死」絡みの問題で終末期治療の責任を問われた人（医師）は、このジャンルの分野での責任追及に限定すれば、有罪判決が出ても、実刑には成らず、執行猶予の処分に止めて貰っています。「執行猶予」というのは、有罪（たとえば、懲役三年）であるけれども、執行猶予（たとえば、五年のもの）ということで、刑の執行を猶予して貰う、という、深みのある制裁措置です。　有罪判決を受けた被告人（医師）が社会復帰するのにも好都合な要素が、ここに見てとれますね。

（４）（ａ）それでは、先の「終末期治療と医事法」という書物の九頁に掲載されている「終末期医療における医師の行為が法的に問題にされたケース」の「一覧表」を引用しながら、それに、少しだけ、筆者なりのコメントを付けていくことにします。　なお、この表に反映されている事案は、二〇一三年段階のものです。　その後にも、重要な裁判事案などが発生している可能性は、あります。　ここで、念のために申しそえますと、終末期治療を含む医師・医療組織の行為が法的責任を問われる事案は、かなりの数、存在します。　この事案からは離れて、一般的に申しますと、治療に名を借りて殺人のような非道な行動に出る医師が存在することが、最悪のケースでしょう。　その他に、医師の重大な過失が問われるケースは、かなりあります。　以上は刑事責任についての話なのですが、他方で、民事責任のことに成ると、医療過誤などに関する民事訴訟は無数にある、と表現しても、決して言いすぎには成らないでしょう。　日本では、これまで、いわば密室での犯罪行為（刑法上問題に成る行為）・不法行為（民法上の不法行為）は、現場情報（たとえば、患者のカルテ）が外部に知らされないので、内部告発（たとえば、看護師からのもの）でもなければ、捜査当局は、とても追及に着手することが出来ませんでした。　しかし、今や、医療も聖域ではなくなっています。　医師は、契約に従って専門的な治療を行なう義務を負う人、という位置づけに成りますので、故意はもちろんのこと、過失（重大な過失の場合に限られますが）も、許されないのです。　これは冷ややかなタテマエですが、この際、私たちが医療行為の法的側面を自覚しておくのは、何かとお役にたつことでしょう。

（ｂ）以下に、事案の発生場所――事案の発生日など――医師の行動の性質――事実関係において問題視されるポイント――終末期治療をめぐる患者の意思――刑事責任の追及過程、の順序で記述していきましょう。
①　［東海大学医学部付属病院の事案］・・・・一九九一年――治療行為の中止・積極的安楽死――点滴・カテーテルなどを外す処置をした後に、薬剤を注射する――患者の意思はないが、家族の要請は存在

する――一九九五年、殺人のかどで、有罪判決を受ける（懲役二年・執行猶予二年：第一審の地裁の段階で確定）
②　［国保京北病院の事案］・・・・一九九六年――積極的安楽死――薬剤を点滴投与する――患者の意思も、家族の同意もない（医師のみの判断によって処置がなされる）――一九九七年四月に、殺人容疑で、地検に書類送検される：同年一二月に、不起訴処分が下される(その理由とされているのは､点滴投与された筋弛緩剤が致死量を大幅に下まわっていた事実が判明したことである)
③　［川崎協同病院の事案］・・・・一九九八年――治療行為の中止・積極的安楽死――気管内チューブを抜きとり、その後、薬剤を投与する――患者の意思はないが、チューブの抜管については、家族の要請がある――二〇〇五年、殺人のかどで、地裁で有罪判決を受ける（懲役三年・執行猶予五年）：二〇〇七年、高裁で有罪判決を受ける（懲役一年六月・執行猶予三年へと減刑）：二〇〇九年、最高裁で上告は棄却される―確定）
④　［道立羽幌病院の事案］・・・・二〇〇四年――治療行為の中止――脳死状態と判断して、人工呼吸器を取外す――患者の意思はないが、家族の同意が存在する――二〇〇五年に、殺人容疑で、地検に書類送検される：その時点における記者会見で、県警は「厳重な処罰を求めるものではない。」と表明する――二〇〇六年に不起訴処分が下される
⑤　［射水市民病院の事案］・・・・二〇〇〇年～二〇〇五年（二〇〇六年に報道されて､事件が表沙汰になる）――治療行為の中止――計七名の患者の人工呼吸器を取外す――患者の意思はないが、家族の希望が存在する――二〇〇八年に､殺人容疑で､地検に書類送検される：県警は、記者会見で「厳重な処罰を求めるものではない。」と表明する：二〇〇九年に不起訴処分が下される
⑥　［和歌山県立医科大学付属病院記北分院の事案］・・・・二〇〇六年――治療行為の中止――脳死状態と判断して、人工呼吸器を取外す――二〇〇七年に殺人容疑で書類送検される：県警は、送検時に、「刑事処分を求めない。」という意見書を付ける：同年一二月に不起訴処分が下される

（５）先の（４）の一覧表のトップに位置する、いわゆる「東海大学安楽死事件」をめぐる判決において、「尊厳死」というものに初めて法的な定義づけがなされ、また、尊厳死が容認される要件が明確にされました。　この判決は、それ以後の尊厳死問題の検討のためのスタート地点と成っています。

（６）二〇一三年に、これまで、人の終末をめぐる微妙な問題を解きほぐす作業に真剣に取りくむ実績を積んできた「日本尊厳死協会」が、二〇〇七年刊行の旧版に続くかたちで、「新・私が決める尊厳死―『不治かつ末期』の具体的提案」を出版しましたので、先のリストにある各種の事実データの意味するところを読みこむために必要な知識を、ここから引きだしていくことに致します。

まず、「終末期」について見てみましょう。　日本尊厳死協会が発行している「尊厳死の宣言書（リビング・ウィル）」（それを協会に登録している人の数は、一二万人以上です）には、「終末期」を「不治でありかつ死が迫っていたり、生命維持装置の装着無しでは生存できない状態に陥った場合」という理解に則って、起案がなされています。「不治（治ることがない）と末期的状態（死が近くにある）」の要件は、医学的に見ても、感覚的に見ても、かなりの幅のある内容のものです。患者及びその人を支える人々（たとえば、家族）の主観的・主体的な、治療過程の受けとめかたと、外から患者を見ている、さまざまなジャンルの人々の客観的・傍観者的な受けとめかたとの間には、いつも距離があるでしょう。　それは仕方のないことですね。　身近にいる人でも、「一日でも長く生きていてほしい。」と願う一方で、「早く楽にさせてあげたい。」という心の声に、気持が揺れうごくことが、正直言って、あります。　私事ですが、筆者も、「長い間ありがとう。」というだけの、とても複雑な気持で、苦労した母を見おくりました。生前の母の強い意思に従って、完全な延命治療はして貰わずに、です。私たちはよい医師に恵まれましたから、そのような経過はごく自然な姿なのでした。
イギリスでは、日本の尊厳死協会よりも位の高い政府委員会の公式の見解として、「終末期の病状とは、一二カ月以内に患者が死を迎える見込みがあり、段階的に進行する不可逆な状態」という解釈を打ちだしていますし、アメリカでは、統一法の中に、「終末期の状態とは、主治医の意見によって生命維持装置を用いなければ、比較的短時間のうちに死を迎える不治かつ不可逆な状態」という趣旨の規定を置いています。　それから、日本では、二〇一〇年に、「尊厳死法制化を考える議員連盟」が「終末期医療における患者の意思尊重に関する法律案」を公表するところまで、来ています。　その案には、「終末期」を「患者が、傷病について行い得る全ての適切な医療上の措置（栄養補給の処置その他の生命を維持するための措置を含む）を受けた場合であっても、回復の可能性がなく、かつ、死期が間近であると判定された状態にある期間」と規定されています。　しかし、当然のことですが、「不治」と「末期」の判断は、病理的にも、感覚的にも、それほど簡単なことではありません。　何しろ、「生きること」も「死ぬこと」も、優れて哲学的な観念・想念でありまして（「脳死」について、そのことをぜひお考えください）、人それぞれの想い・思いや、「生」と「死」へのスタンスには、多様な形がありますので、ひょっとすると、堅苦しい法律の介入する余地など、あまりないのかもしれません。

（７）ここで、日本尊厳死協会による二つの定義をご紹介しましょう。①　「安楽死とは注射や毒物で人為的に死期を早めるもの」と、　②「尊厳死は延命措置を中止し自然の摂理に従い安らかな死を迎えること」（前掲書・二四頁）が、これらです。　なお、この協会は、尊厳死を容認する姿勢を取っていますが、しかし、安楽死の方は、容認しておりません。　この区別は、とても重要です。　因みに、いくつかの国および法王庁は、尊厳死は認めていますが、安楽死の方は、認め

ていません。　安楽死を認めているのは、オランダを始めとするベネルクス三国（ベルギー・オランダ・ルクセンブルク）と、アメリカのオレゴン州とワシントン州だけ、ということです。　この日本では、「尊厳死」にとどまらずに、「安楽死」の段階にまで進んでいきますと、今のところ、警察・検察が動きだす可能性がありますので、「尊厳死」の枠を超える成り行きには到らないでしょうが、将来的には、また違った流れに成ってくるかもしれません。

（８）日本尊厳死協会の提唱する「尊厳死」の要件の中核には、「患者本人が、延命措置が開始されないこと、および、その措置が中止されることを最終的に決定する」という点が、あります。「もし本人の意思が明らかではない場合には、家族の意思から本人の意思を忖度する」点も、先のルールを補足するものと成っています。

（９）日本医師会や日本尊厳死協会は、それぞれに、終末期医療に関するガイドラインを提示していましたが、二〇〇七年に、お上である厚生労働省は「終末期医治療の決定プロセスに関するガイドライン」を公表しました。　ここでの「決定プロセス」論は、いわば「ホンネ論＝手続論」に過ぎないものでして、「安楽死・尊厳死本質論」という「タテマエ論」にまでは到底たどり着けないものでしたが、それは、終末期医療の本質論に本格的に立ちむかうには、まだ機が熟していない以上、やむを得ないことですね。　さて、その骨子は、「インフォームド・コンセント（主治医による十分な説明と患者の同意）に基づく患者本人の意思決定を基本とする。」、「患者の意思確認ができない、いくつかのケースにおいては、多専門職種からなる医療ケアチームが慎重に判断する。」、「生命を短縮させる意図をもつ積極的安楽死は、このガイドラインの適用範囲には含まれない。」です。

（１０）日本医師会が作成したガイドラインには、一歩踏みこんだ、興味深い「後記」が見えます。　それは、「医師がガイドライン通りに対処すれば、刑事上、民事上の責任を医師が問われることに成らないようにする法的な体制が必要である。」といった趣旨のものです。　法世界では、このような「免責条項」は簡単には認められませんが（「免責」というのは「例外を特に認める。」ということですから、「例外は厳格・厳密に審査する。」との基本ルールに則って認定がなされるからです）、ここには、医療行為という「聖域」に刑事責任追及の手が及んだ事態に鋭く反応する医療関係者の率直な気持・願い（ホンネ）がストレートに現われていて、興味深いですね。　彼らは、「犯罪に成らない行動基準を国家が明確に示すべきである。」、つまり、「どこまでやってよいのか、を決めてほしい」という、極く真っ当な要望をしているのです。　ところで、免責システムは強度のタテマエですが、それに対置されるホンネ（運用）に当たるものは、以下のよう状況です。　当局（第一次的には警察、最終的には検察）は、ガイドラインに則ってそれなりにきちんと医療行為が取りおこなわれていれば（また、それに止まらずに、延命措置の実施を公表するか、それに関する情報を開示するかの措置を取っていれば）、医療関係者を参考人と

して呼びつけたり、病院に立入りをしたりして、医療の具体的な実態を調査する行動に出ることや、更に進んで捜査を実施することを、事実上差しひかえる、という事実上の成り行きです。 そのような訳で、すでに、「安楽死」と「延命治療」という、人の生死にストレートに関わる大問題に対する刑事的対応（書類送検・起訴・有罪判決）を、いくつかの事案に関して、世間（とりわけ医療関係者）に公式に示す措置をやり遂げた司法当局は、「終末期治療」の社会的ルールの策定に対して大きく貢献をしたものと見てよいように思われます。 このように、司法というものは、過去の非行・不正を処罰するだけではなく、よりよい未来への道筋を付けるための案内人の役割も演ずることが、あるのです。 もちろん、司法は、これからも、終末期医療が適切・妥当な道を踏みはずすような事例には、強い関心を持って臨むことでしょう。 マスコミは、「終末期医療（ターミナル・ケア）」をめぐる微妙な問題（たとえば、末期的な病状の患者や、長期間にわたって難病に苦しんでいる患者を、人権面でどのように配慮していくか、の問題）について、これからも、取材を続けていくでしょうから、私たち国民は、当事者でなくても、そのような奥行きの深い問題に関して、それなりに情報を手にいれることが出来るはずです。

（１１）二〇一四年六月六日に、「正」と「死」の最前線部門を担当する医師たちの組織である、「日本救急医学会」と「日本集中治療学会」と「日本循環器学会」は、「救急・集中治療における終末期医療に関する提言（指針）」を、共同でまとめました。 これまでの本編の記述と係わりのある「人工呼吸器の取外し」も、処置の選択肢に入っています。 これは、二〇〇七年に「日本救急医学会」が公表していた指針をが土台として編みあげられた作品です。 それによりますと、「延命治療中止」への流れのポイントは、以下のように設定されています。 ① 終末期判定の条件・・・不可逆的な全脳機能不全があること、さらに行うべき治療方法がなく、近いうちに死亡することが予測されること、などの状況の存在が必要とされます。 ② 意思確認・・・複数の医師と看護師らで構成される医療チームが、「患者本人」の意思（書面による、意思の事前表示のケースを含みます）を確認するか、あるいは、それが不可能なときには、家族らの総意としての意思を確認するか、の方法により行なうものとします。 ③ 治療中止の態様・・・人工呼吸器や人工心肺装置の取外しや、呼吸器の設定や昇圧薬の投与量の変更や、水分・栄養補給の減量または終了などが、行なわれます。
このような手順を踏んで、終末期医療が粛々と行われて、その事実が警察の耳に届いたとき、警察を含む「当局」がどのような動きに出るかは、今のところ、予測不可能です。 それでも、大勢の人や組織がその「処置」に公式に関わっている、という情況は、それなりに、その処置の「適正性」・「正当性」・「合理性」を物語るものと成ってくれるかもしれません。 いずれにしましても、ここ当分の間は、手探り状態が続くことでしょう。

本論　　同意の深層―射水市民病院（富山市）における終末期医療事案を手がかりとして

（Ａ）事件の発端

（１）二〇〇六年三月二五日に、ある意味では衝撃的な「事件」が、新聞で報道されます。　終末期の病状にある多数の患者が、多年にわたって、人工呼吸器の取外しにより死亡に到っていた事実が明るみに出たからです。　問題の舞台と成った病院の外科部長は、二〇〇〇年秋から二〇〇五年の間に、五〇才台から九〇才台の計七人（男性四人・女性三人）の患者から、それぞれ、自身と看護師と家族の立会の下で、人工呼吸器を取外し、患者に死に導いたのです。　八件目に当たる「人工呼吸器の取外し」予定を知った看護師長がそのことを病院長に報告したことが、「事件」化のきっかけと伝えられています。　この行動は、今はやりの「内部告発」に属するものなのかもしれません。　このようなことは、病棟内で医師（外科部長）が絶対的な地位を誇っていたかつての時代には、あまり見られない現象でしょうね。　色々と裏事情があったのではないか、筆者は推測しています。

（２）さて、殆んどの人が、自宅で息を引きとるのではなく、設備の整った機関で終末医療を受ける、というのが最近の傾向ですが、そこでも、もちろん、死はどんどん迫ってきます。　医師は、その職責上、手を尽して救命治療に当たりますが、極く末期的な段階では、命を繋ぐための延命治療しか、出来ません。　科学技術の発達によって、人工呼吸や、血液・栄養の補給をきちんと行なうことが可能に成ってきたので、人が医療装置によって辛うじて生きている、といった状態は、かなりの時間、維持することが出来ます。　患者に意識が保たれている状態がある内はまだよいのですが、やがて人は機械によって生かされているだけのものに、成ってしまいます。　このようなとき、自然の流れに身を任せ、時にすべてを預ける、という幕引きは、もちろんありますが、しかし、患者の家族は、身内の姿を日々見て、生きることの苦しみからその人を解きはなってあげたい、といった思いにも襲われます。　とりわけ、患者が、生前に、「過度の延命治療など、受けたくない。」と語っていたりしますと、なおさらそのように成りましょう。　現在では、医師、患者及びその家族の心情を察して、一方的・独断的に、患者の死を早めてあげる、などという「慈悲殺」のようなものは、さすがに見られないのですが（そうは言っても、この類のものが秘かに実行されているとも、囁かれています）、それでも、患者本人やその家族と了解＝同意・合意が成りたてば、一定の情況の下で、担当医師が何らかの手を打つことは、ありえるでしょう。　ヴェテランの医師なら、なおさらそうです。　この日本で「名医」とか「立派な先生」とかの評判を持つ医師の中には、そのようなタイプの方々も混じっているのではないでしょうか。
ところで、生命の源である人工呼吸器を取外してしまう、世にも恐ろしい処置を患者に施すことについてイニシヤティヴを取るのは、医師か患者側か、どちらでしょう。　タテマエ的には、患者側の「お願い

します。」の一言が決定的なきっかけに成るのでしょうが、ホンネ的には、医師の所作・振舞が、そのような決定的な発言を自然に引きよせるのではないかと、思えます。　その辺りの言葉の遣りとりや心の動きは、いわゆる「阿吽の呼吸」が取りしきる世界の出来事で、法的論理などの立ちいれるフィールドではありません。　本編のタイトルに見える「同意の深層」という言いまわしは、部分的にはこの辺りのことと関わっています。

（３）それでは、生命維持装置の筆頭である人工呼吸器を取外す、という外科部長の行動は、各方面にどのように受けとめられたのでしょうか。　当の外科部長は、「尊厳死である。」と説明していたとも伝えられているのですが、病院長に問いただされて、「倫理的に問題があった。」ことを認めたそうです。　つまり、管理者としての病院長には、それが問題のある処置である、と厳しく受けとめられたのです。病院長はもちろん医師ですが、この医師と現場の医師（外科部長）との見解の違いでそのような経過に成るというよりも、法的責任も含む最終責任を取らされる地位にある、管理者としての病院長が、そのような成り行きに対する批判の姿勢を取らせたのでしょう（元々両者の間には対立があったため、との声も、漏れてきますが）。　その流れの中で、病院長は、とりあえず、「救命目的でいったん取りつけた人工呼吸器は、心（心臓）停止の時点まで取外さないこと」という、暫定的なルールを、設定していました。
一方、この「事件」を伝えるマスメディアの論調には、過去の前例も引きあいに出しながら、これを、立派な「殺人」である、とするものから、「安楽死」や「尊厳死」と位置付けるものまで、さまざまなレヴェルのものが、あります。　警察としては、ひとまず、「殺人容疑」で動き始めることに成りました。

（Ｂ）同意の諸相

（１）ところで、「同意」というポイントは、終末期の治療行為を取りおこなう際に重要な役割を演ずるのですが、この「事件」の経過が不幸なものであった、と筆者に思われる点は、問題の発端になった八件目の「人工呼吸器取外し」の予定下にある患者の家族が、マスメディアに、「外科部長から、取外しに関して同意を求められたこともなく、同意もしていない。」と話していたことです。　もし本当にそうなら、このような医師の処置は、人道的にも、法的にも、大変なことで、「同意があった。」として行動に出た外科部長の責任が問われるのは、まず間違いないでしょう。　その後、事態は、予想外の展開を見せました。　患者の家族は、後に成って、「実は取外しに同意していた。」と発言したのです。　しかし、その同意は、口頭のものでしかなく、書類で明らかに証明されているものでは、ありませんでした。　ここが、問題なのです。　ところで、欧米の法先進国では、一般に、「同意が存在した。」という扱いにするには、自筆の署名が、恐らく必要と成ってくるはずです。　口頭の同意では、後に成って、トラブルが発生して、少なくとも民事の訴訟沙汰に到る可能性は、あるでしょう。

そこで有責判決を受けたりしますと、賠償金額は億単位のものに成ります。　しかし、私たちの国では、渦中の外科部長の言葉の通り、「医師と家族の信頼関係が成りたっている中で、徐々に人工呼吸器外しの方向に進んでいった。」ので、「同意書を取る、といったことは、機械的で、嫌だった。」というような流れに成っていくのです。　このように、「同意」というのは、決して簡明なものではありません。　そこには、同意の「闇」のようなものも、介在することがあるでしょう。

（２）さて、「同意」というのは、ラテン語の＜ｃｏｎｓｅｎｓｕｓ＞（コーンセーンスス）に当たる言葉です。　ここから派生した＜ｃｏｎｓｅｎｓｕｓ＞という英語は、すでに「コンセンサス（合意・意見の合致）」という立派な日本語に成っていますね。　一方、＜ｃｏｎｓｅｎｓｕｓ＞というラテン語名詞の元と成っている＜ｃｏｎｓｅｎｔｉｏ＞［（私は）同意する］と繋がりのある＜ｃｏｎｓｅｎｔ＞という英語は、最近では、ときには、「セカンド・オピニオン」（患者が、現在掛っている医師とは別の医師から医学的見解を得ること）と組みあわさったかたちの「インフォームド・コンセント（ｉｎｆｏｒｍｅｄ　ｃｏｎｓｅｎｔ）」という表現で、日本人によく知られた社会概念へと昇格を果たしました。　つまり、これは、「まず、医師が、とりわけ手術などの重大な治療行為に臨むに当たり、それに先だって、患者本人や家族などの前で、患者に対して医師団が提案している具体的な治療法全般、とりわけその危険度（デメリット及びリスク）や予後（術後の展開）に関して率直に情報を開示して、患者側に十分な医学的説明を行ない、そして、これによって情報を与えられた（インフォームド）患者側が、医師団の具体的な提案に同意すること（コンセント）」といった意味あいの言葉です。　日本では、この英語表現に、「説明に基づく承諾」とか、「説明と同意」とか、「説明合意」とかの訳が当てられていますが、しかし、筆者としては、「納得（なっとく）合意」といった俗っぽい訳を付けてみたい、前から考えています。　筆者流の「タテマエ・ホンネ論」からすれば、「説明」はタテマエであって、「納得」はホンネなのですが、何よりも大切なのは、患者が納得する心境に到ること（現実的な結果としてのホンネ）なのです。　ただ形式的に患者が説明を受けるだけでは、いくらセカンド・オピニオンの助けを借りるとしても、医師団からの、短時間の説明を理解することなど、まず不可能です。　何しろ、病に追いつめられている患者は、精神状態が普通ではなくて、理解力もうんと落ちてしまっていますから、なおさらのことです。　私ごとですが、ある怖い病気で患者と成った筆者は、妻がインターネットを駆使して数百件もの情報を集めてくれていましたので、術前のドクターのご説明はよく頭に入りましたが、それでも、「少し話が違うのでは？」といった気持に成ったことを、今も覚えています。　いずれに致しましても、手術後のトラブルの発生を回避するために、「これでちゃんと説明しておきましたよ。　いいですね。」という実績を残しておく、ということだけでは、話は「タテマエ倒れ」に終わるのではないでしょうか。　しかし、実際問題として、「本当に納得する」境地まで到達するのは、殆ど不可能です。　私たちとしては、「聞けるところまで、聞けた。　もうそ

れでよい。」という位のことで、とりあえず満足するしか、ありませんね。　それでも、昔に比べれば、事情は決定的によい方向へと変わりました。　「説明・解説」から「納得・了解」を経て、「同意・合意」に到る、という道筋は、とても素晴らしく、理に適っていますが、どのようなプロセスを辿るとしても、患者・家族が最終段階の「同意」のところに辿りつくまでには、かなりの時間が必要です。

ところで、「メディカル・パターナリズム（ｍｅｄｉｃａｌ　ｐａｔｅｒｎａｌｉｓｍ）」という表現がありますが、これには、「医療父権主義」という日本語が当てられています。　その英語に見えている＜ｐａｔｅｒ（パテル）＞の部分は、ラテン語でして、「父」　―厳密には、一家の家長（ｐａｔｅｒｆａｍｉｌｉａｓ）―　を意味します。　この概念は、「すべてを見通している、慈悲深い父親のような医師（強い立場にある人）が、子供のような位置に置かれている患者（弱い立場にある人）のために、一生懸命考えてやり、自身のイニシヤティヴにより、自身が最善と考えている治療を一方的に押しすすめるものとする。」といった辺りの空気＝雰囲気を言いあらわしていると思われるのですが、この類いのものが、日本には、ほんの少し前まで存在していました。　このような環境の下では、患者などの「同意」のようなものが重要な意味を持つことは、あまりないでしょう。

余談ですが、「パターナリズム」と言えば、とても興味深い話があります。　これは、先の瀬木氏の「絶望の裁判所」の一八〇頁に記されていることです。　二〇〇三年に日本で開催された国際シンポジウムにおいて公式コメンテイター―を務めた日本のある裁判官（この人は、日本の裁判所当局のスポークスマン的な人物で、裁判官の代表のようにして、発言したとのことです）は、瀬木氏によれば、以下のような趣旨の「コメント」を会議で行なったそうです。　「裁判官のパターナリズムのどこが悪いのか？　当事者の中には今でも大岡越前や遠山の金さんのようなタイプを求める人もいる。　日本の社会は、言葉や建前とは違って、自己責任や自立には消極的であり、本音では公権力のパターナリズムを求めている。　また、裁判官がその職権を濫用しているといったことはまずないと思う。」　瀬木氏のまとめを引用すれば、「日本の大衆は本音では自己責任や自立からは遠く、お上が面倒をみてくれることをこそ望んでいる。」というように成ります。「パターナリズム」は、「父親が、その権利・権威、更には義務・責務、に基いて、後見人のようにして、子供の面倒を見てやる」ことを意味していますが、刑事裁判の領域の話と成れば、犯罪者として国家から追及を受けている被告人の面倒を、親のようにして、見てやる、ということニュアンスのものに成ってくるでしょう。　それから、江戸時代の話として、お奉行が、お白州の場で、犯人に対して父親のように接する、といった、柔らかい雰囲気が見えてくることも、先の説明と繋がってくるところも、ありますね。　ところで、先の記述は、「裁判官の精神構造の病理」を論ずる氏独特の分析の内の、「慢心、虚栄」の項目（以下の③）に収められている表現です。　「私には、裁判官として当然備えていなければならない謙虚さを欠く疑いがあるもののように感じられる。」（一八〇頁）というように、著者は記しています。　その他の八つの項目についても、ここで、ぜひとも、御紹介し

ておかなければなりません（一七四頁以下）。　①　一枚岩の世界、内面性の欠如、内面のもろさ、　②　エゴイズム、自己中心性、他者の不在、共感と想像力の欠如、　③　慢心、虚栄、　④　嫉妬、　⑤　人格的な未熟さ、幼児性、　⑥　建前論、表の顔と裏の顔の使い分け、　⑦　自己規制、抑圧、　⑧　知的怠慢、　⑨　家庭の価値意識。　氏によれば、以上のような「病理」は、「一般的な問題、最大公約数的な問題であり、裁判官のすべてにそのような問題があるとはいわない。しかし、かなりの数の裁判官に、（以上のような：引用者注）いびつな、ゆがんだ精神構造という問題があることは、私の経験からしても、否定できないと思う。」（一七四頁」という恐るべき総括に成ります。裁判実務にまったく経験がなく、法廷を見たこともない筆者は、このような分析に対して、正直なところ、ジュリストの一人として、恐怖さえも、感じていますし、「本当にそうなのだろうか」という疑問も、確かにあります。　筆者は、裁判官すべてが立派な人士である、とまでは思いませんが、裁判官一般が、もっと「ましな」パーソナリティーであることを、今も信じています。　それでも、各方面から、裁判官の「マイナス・イメージ」が　―おそらく、誇張や誤解もあって―さまざまに振りまかれているのも、否定できない事実ですので、この機会に、それらを、筆者流に、順不同で羅列してみましょう。　「人並みの常識が欠けている」、「世間知らず」、「社会的正義の意味を知らない」、「傲慢さ」、「尊大な態度を取る」、「過剰な超エリート意識」、「思い上がり」、「慢心」、「権威主義者」、「お役所的」、「独善的」、「出世欲にとりつかれている」、「上の権威に弱く、判例や前例に捉われやすい」などなどが、それです。
ところで、氏の読みによりますと、「修習生、すなわち一種の学生がすぐに裁判官になる、それも、きわめて問題の大きい日本型キャリアシステムの裁判官になることによって、本来であれば社会生活の中で矯正されていくはずの個人的な欠点が、矯正されるどころか逆に増幅されていくことによる問題という側面が大きいのではないかと考える。」（一九〇頁以下）ということに成ります。　もし現代の日本にあっても、「医療におけるパターナリズム」と「裁判におけるパターナリズム」がまだ勢力を温存しているとすれば、人間の身体の病理に対応する技術としての「医療」と、人間の行動の病理に対応する技術としての「裁判」という、物事を正しくよい方向へと導いていく「両輪」には、「きしみ」・「ひずみ」・「ゆがみ」、「前近代性」、「不条理な色合い」が、依然としてまとわりついていることにも成りますね。　私たち現代人には、今後これらを克服していくことが必要とされるのではないでしょうか。

（３）さて、話題は再び医療問題に戻ります。　欧米の法先進国の場合よりも遥かに遅れて生じてきたことなのですが、現在の日本には、ようやく以下に述べるような状況が、生まれてきています。

①　患者は、自己決定（自身のことについて自身が主体的に判断した上で決めること）の権利＝地位を、保有しています。　医師を選ぶことも、治療・治療法全般についても、です。

② 自己決定にはいくつかの法的要素がまとわりいていますが、その法的要素の第一として、患者が、医療のサーヴィスを受ける際、契約の一方の当事者と成り、しかも、ホンネ上ではともかくとして、タテマエ上では、患者と医師が対等の位置関係に置かれることが、挙げられます。 そして、その第二として、患者の権利が侵害されるような事態に成れば、民事問題として見た場合、治療過程で契約違反ないしは不法行為が介在したことを根拠として、巨額の損害賠償を求める行動を裁判所に対して起す地位が、患者側に保障されています。 医療訴訟・医事訴訟と総称されているものが、それです。 以上の点は、私人が動く場合のことに関係しますが、私人の手から離れたところで(もちろん、私人がお上に向かっていろいろな意味で「告発」をすることにより、それに対して多少のインパクトを与えることは出来ますが)、たとえば、そういった告発をきっかけにして、「安楽死殺人」のかどで、捜査当局が刑事責任の追及に乗りだしてくることも、あります。「私」よりも「公」が恐れられているこの日本では、当局(第一次的には、警察、第二次的には、検察)が動き始めることは、社会全般にも、また、とりわけ、医療関係者にも、大きな衝撃を与えます。 日本のマスコミには、とても律儀なところがありまして、医療をめぐるトラブルにつきましても、熱心にに報道してくれますので、一病院での「不祥事」でも、すぐに全日本的な話題とされていくのです。 医療の管理者(たとえば、病院長)は、マスコミの「餌食」にされないように、いつも気を引きしめていることでしょう。

③ 各種の生活習慣病の場合の治療方法とは異なって、終末期治療にについては、実際のところ、治療の選択肢はそれほど残されていないのですが、それでも、私たちは、インターネットを駆使して得られた詳細な情報のお陰で、当事者として、病気のことはそれなりによく勉強した上で、医師に対して自身の望むところを打ちだせるように成ってきました。 たとえば、切開手術(ピンポイントの切開方法が、このところ急速に発達してきています)、薬物(その最たるものは抗がん剤です)投与、ホルモン投与、放射線の照射、の内のどの方法によるのか、といった中核的な問題につきましては、患者も自身の希望を申しのべることが出来ます。 以上の話は患者についてのものですが、家族サイドにも、それなりの発言権があるでしょう。 つまり、患者の当事者意識や権利意識が高まってきているのが、現代の最先端の医療現場における状況なのです。 お医者さんには、大変な時代が到来したものですね。 医術以外の諸々の事柄についても、エキスパートに成らなければいけないからです。

④ これまでの話は、法的状況をめぐるものですが、一方、現代においては、色々な意味で「弱い」患者は、自意識とプライドを備えた「強い」人物としての顔も部分的には持つように成ってきたのではないでしょうか。 このような話が「きれいごと」であって、タテマエ論に過ぎないことは、一カ月の入院生活を送った筆者が十分に心得ている

ことなのですが、それでも、このように記すことによって、頑張っている患者の方々に、心からのールを送りたいと思っています。

⑤　医療を取りまく状況が大きく変わっていく流れに成っている現代にあっては、患者の声に耳を傾けず、強圧的な態度に出る医師、知識をひけらかし、患者を見下すような医師、セカンド・オピニオンを嫌う医師などが、誰にも認められないのは、当然のことです。　彼らは「よくないドクター」だからです。　しかし、「よい先生」も、今となっては警戒されることに成るのではないでしょうか。　患者の身になって考えてくれる人、慈悲深い人、人情に溢れた人、一生懸命やってくれる人、任せられる人でも、ときには、「ボタンの掛けちがえ」、や、「一方的な思いこみ」や、「勇み足」によって患者を傷つけることも、ない訳ではないからです。

⑥　話は飛びます。　先のパターナリズムについてですが、古代ローマの家長は、人間の歴史上、最も鮮明な「家長」イメージを持つボス、と位置づけて差しつかえないでしょう。　彼は、「家長権（ｐａｔｒｉａ　ｐｏｔｅｓｔａｓ）」という、メリハリの利いた、強大な権力(その中には、家族を殺害する権利さえも、含まれています）を、法制上(タテマエ上)保有していますが、しかし、ホンネでは(実際には)、彼は、慈悲心に溢れた一家の主（あるじ）なのです。　筆者個人は、パターナリズムという言葉の背後には、古代ローマの影が長く伸びてきているのではないかと、秘かに感じています。

⑦　引きつづき、「同意・合意」について考えてみましょう。　これには実に色々な形があります。　最もしっかりしたものは、証人（公的な性格を備えた公証人が、その中でも、飛びきり位が高いのです）の立会いの下で、両当事者が、対面しながら、関係者間で合意に至った事柄を、法の専門家のアドヴァイスも受けながら、正式の書面にしておく、といったスタイルのものですが、それより下の段階には、さまざまなヴァリエーションが、展開しています。　その内で、最も軟らかく、ルースなタイプは、第三者が立ちあうこともなく、ただ口頭で合意・同意が成りたったとされてしまうケースでしょう。　その中でも、合意・同意が、両当事者間で、明確に、しっかりしたかたちで成りたっていた場合はまだよい方ですが、ときには、一方が合意・同意を求めているのに、他方がはっきりとした対応を示さず、何となくその場の雰囲気で合意・同意が成立してしまったようなかっこうに成ることも、あります。　これよりも更に微妙なのは、合意・同意の可能性を互いが探りあう、といった儀式さえも欠けたけた状態で、一方が一方的にどんどんとアクションを起こしたり、事態を押しすすめたりして、他方がそれに抵抗することが出来ない、また、敢えて抵抗しない、といった既成事実先行型になるケースです。　それでも、日本のような、牧歌的な雰囲気もある、ファジーな色合いのある国においては、こういった成り行きに到ることも、実際には、少なくないでしょう。　このような局面では、強い人（経済的に豊かな人、色々な意味においてゆとりを持っている人、強気な性格の人）が、弱い人（経

済的に恵まれていない人、知識を十分には持っていない人、色々な意味において追いつめられている人、弱気な性格の人）に対して、結果的に優位に立つことに成るでしょう。

⑧ここで、急に俗っぽい話を展開することにさせて頂きますが、この日本では、同意・合意の動作の中核にある「イエス（はい）。」と「ノー（いいえ）。」という受け答えの間にも、色々と微妙な要素が伏在しています。　その昔、お育ちのよい女性は、滅多なことでは「はい。」とは言ってくれませんでした。　わが京の都では、日常の局面でも、「お断りさせて頂きます。」と言うべきところ、「考えさせて頂きます。」とか言って、相手方の攻勢をスルリと交わす術も発達していますが、ここでは、「はい。」（ポジティヴ）」系の表現が、「いいえ。」（ネガティヴ）系の表現の代わりを、ちゃんとしているのですね。　巷のことわざに、「嫌よ嫌よは、イエスなり。」という意味深長な言いまわしがあったのですが、「イエス。」と言うことが、自己責任を負担することの始まりになるので、賢明な女性は、身を守るために、「私にはその気がなかったのに・・。」という形（タテマエ）を設定して、防御線を張っているのでしょうか。　恋愛・性愛の世界では、このように、「イエス。」と「ノー。」は、しばしば混戦状態に成ります。「あなたなんか、大嫌い！」は、「あなた大好き！」とは、紙一重ですね。

⑨　「たけしのＴＶタックル」というのは、昔から筆者の大好きなテレビ番組ですが、ここでは、議論　―とりわけ、「ホンネ」論―　の格闘が、毎回激しく展開されています（この手のディベート番組は、最近に成って、他局においても増えてきましたが、それでも、本家の優位は殆んど揺るぎませんね）。　日本では、公の場でも、私の場でも、「ノー。」と言いきるのは、はしたない、と受けとめられがちですので、持ってまわった表現により、否定的なニュアンスをそれとなく伝えるテクニックが、色々なところで、しきりに駆使されるのですが、たけし氏とそのバイプレーヤーたちとの巧みなリードの下に、この番組に登場するレギュラーや準レギュラーの面々は、殆んど例外なく、「ノー。」と声高に叫ぶことで、自己主張が出来るキャラの持ち主です（その中でも、何やら泥くさい感じのする森永氏の「それは違いますよ。」で始まる発言は、一番面白いですね）。「ノーの言えない日本人」が「ノーの言える日本人」に変身していくのは、日本の近代化に必要なことかもしれませんが、「ファジー」という玄妙な感覚を磨いてきた（？）私たち日本人は、このような、「イエス。」か「ノー。」かの、単純すぎる二項対比スタイルには、必ずしも満足しないでしょう。　争いに黒白を付けることを誇りにしてきた裁判官たちでさえも、このごろでは、クロでもシロでもないグレー（灰色）のゾーンにもそれなりに目配りをしながら最終判断を出し始めているように、筆者個人には感じられるのですが（簡易裁判所での民事調停とは趣の違う「訴訟上の和解」の場では、このことが特によく当てはまります）、これは、ひょっとすると、日本人本来の姿への回帰現象の表われなのかもしれない、などと筆者は思ったりもしています。

⑩　「今日は大学の講義に出ないのですか？」と聞かれると、「はい、今日は出ません。」と人が答えるのが、普通の会話表現ですね（因みに、「今日は大学の講義に出るのですか？」の問いに成ると、「いいえ、出ません。」という答えが、「はい、出ます。」という答えの他にあります）。　筆者の知る限りでは、一般に、欧米系の言語では、「いいえ、今日は出ません。」風に、ダブルの否定表現に成っています。筆者は、日本でどうしてこのような受け答えが生まれてくるのか、昔から不思議に思っていました。　ここで、一つの思いつきを記してみましょう。　「講義に出るのですか？」というポジティヴ系の聞きかたではなくて、「出ないんですか？」というネガティヴ系の、いくらか非難・批判のニュアンスも籠められた問いかけが背後にある、といった微妙な雰囲気を敏感に感じとって、「はい、そうなんです。」といった辺りの表現が無意識に出てしまうのではないでしょうか。「いいえ。」よりも、「はい。」の方が、波風が立たないのですね。　因みに、近代欧米語の元祖にあたるラテン語には、英語の＜ｙｅｓ＞・＜ｎｏ＞にそのまま対応するような言葉は存在しないように、思います。　疑問文に見える動詞の部分を否定型にして、用いるだけです。実にさっぱりしていますね（もっとも、昨今の日本の若い人たちは、「はい。」も「いいえ。」も先に立てないで、「出ます。」・「出ません。」とだけ言うようです）。　＜Ｅｓｔｎｅ　ｉｎｔｕｓ　？　Ｎｏｎ　ｅｓｔ　．＞［彼は家の中にいますか？　いません。］の文章では、＜ｅｓｔ［いる：英語の＜ｉｓ＞］＞がその動詞の部分です。

⑪　それでは、「イエス。」の言葉も、「ノー。」の言葉も発せられないところでは、そもそも合意・同意といったものは、成りたたないのでしょうか。　必ずしもそうとは言いきれません。「黙示の合意」とか「推定的同意」とかいった曖昧なものが持ちだされてくることも、あるからです。　重症の患者にそもそも意思が存在しないときとか、それがちゃんとあっても外部にそれを伝えることが出来ない状態に置かれているときとか、その人の意思が何とか読みとれるようなデータが書面などで残されているときとかには、その人の意思を推測して、合意・同意の成立に漕ぎつけようとする力学が働くことも、あります。患者に代わって、その家族が、人工呼吸器の取外しへと最終決定をするような事態も、ときには生じてくるのです。

⑫　ここで、一般論としてお聞き頂きたいことが、あります。　検察官は、被疑者・被告人に対して、自らの組みたてた有責＝有罪の構図を受けいれるよう、強力に迫っていくのが普通のプロセスですが、このことは、ごく緩やかな意味においては、被疑者・被告人に対して、検察官自身が描いた筋書き（ストーリー）に合意・同意するよう、圧力を掛けることを意味します。　そのような局面で、沈黙したままでいる人は、「必ずしも自白している訳でもないが、犯行を否認していない、というのが真実である。」といった扱いを受け、また、「沈黙は自白である。」とか、「否認しない者は是認する。」というような決めつけかたも、されます。　ところで、既に示したように、パターナ

リスティックな動きに流れがちな医師は、患者側が医師を信頼している状況の下では、患者側から、明確な反対・拒絶の意思表示のない限り、合意・同意が存在したものとして、人工呼吸器を取外す、という最終措置を取ることを選択する場合も、少なくないのです。　このとき、「阿吽の呼吸」という日本独特の（？）空気が流れますが、これは相当な曲者なのです。　「合意・同意」とかいう概念は、人が社会生活を営む上で、法的な行動のバックボーンに成っている仕組みなのですが、法　―とりわけ物流に関する法ルール―　を古代国家のことにしては高度にまで磨きあげたローマ法は、次に示すような法文命題を備えています。　これは、ローマ特有の事情に基づいて、ウルピアーヌス（後二世紀）という法学者が自身の「告示注解」という書物に記していた学問的な命題が、そのまま、後六世紀に編纂された「学説彙纂」という法典部門に収められているものです。

⑬　ここで、そのローマ法の法文を紹介しましょう。　「合意（ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ）という言葉は、互いに渉議しあう人々が、ある事柄を約定したり和解したりするために合意する（ｃｏｎｓｅｎｔｉｕｎｔ）際の対象すべてに関連しているので、一般的なものである。　なぜならば、さまざまな場所から唯一つの場所へ集まってきたり、やってきたりする人々が＜ｃｏｎｖｅｎｉｏ＞（出会う）と言われるように、そのように、心のさまざまな動きから発して、唯一つのことへと同意する　―つまり唯一つの考えに到る―　人々も、＜ｃｏｎｖｅｎｉｏ＞と言われるからである。　ところで、合意という名称は、ペディウス（法学者）が、いかなる契約も、いかなる債務関係も、それが物の交付によって発生するのであれ、あるいは、文言を発するによって発生するのであれ、とにかく、合意（ｃｏｎｖｅｎｔｉｏ）を伴わない場合は、無効である、と明確に言明するほど、それほど、一般的なものである。　実際のところ、言葉により発生する問答契約でさえも、同意（ｃｏｎｓｅｎｓｕｓ）を備えていなければ、無効なのである。」（Ｕｌｐ．Ｄ．２，１４，１，３）
この命題は、ローマ法学者にしてはそれなりに明晰に、「合意」の重要性を指摘してくれているものです。　そうは言っても、合意が、それとして、単独で、法システム全体に中で尊重される待遇を受けられるように成るまでには、かなりの時間の経過が必要でした。　しかも、同意に法的効力を与える、というタテマエと、その合意が実行されないときに、裁判に持ちこんでまでも、主張を貫くことが出来る、というホンネを分けて考えてみた場合、ローマ法では、限られた類型の契約についてしか、合意に「訴求力・訴求性」という武器を与えないのが原則でしたから（例外はもちろん存在します）、現代の場合のように、「合意なら、どのようなものでも、守られるべきである―つまり、裁判の手段に訴えてでも、合意を守らせるようにする」という段階にまでは、進んでいませんでした。　ホンネ部門の対応につきましては、まだまだ不十分な点があったのです。

⑭　そうは言っても、ローマで、意思の合致　―つまり、合意―　が人と人を繋ぐ契約という重要な法律関係の軸に成っている現象が、存

在することは、いくら強調しても強調し過ぎることには成りません。ところで、ローマの「契約」には、最終段階で、以下のような種別が成りたっています。
（ａ）要物契約・・・・消費貸借、無償の寄託、使用貸借、質入れなど。物の交付と合意とが揃わないと、契約は成立しません。
（ｂ）言語契約・・・・問答契約、嫁資の言明、労務約束など。　合意が所定の文言を利用して表明されなければ、契約は成立しません。
（ｃ）「文書契約」・・・・債権者が、自身の出納簿に、債務者に対する支払い記帳（負担記入）を実行することによって成立しますが、合意は、文書を作成する行為と合わさるときに、初めて、目に見えるものと成ります。
（ｄ）これら三つの複合型の契約類型の場合とは異なって、物の給付もなく、また、何らの形式行為も必要とせずに、とにかく、方式（タテマエ）に捉われずに、意思の合致（合意）（ホンネ）があること、それだけで、ちゃんと成立してくるのが、「諾成契約」です。　売買、賃約（賃貸借、雇傭、請負）、組合、委任といった、経済的にも、社会的にも重要な類型が、このグループに属します。　当時、第一級の通商国家であったローマでは、この諾成契約は、契約の花形でした。何と言っても、合意だけで、すべてＯＫだからです。　ローマ法が長い時間を掛けて到達したこの技術水準は、そのまま、近代法へと受けつがれていくのです。

⑮　二〇〇六年に、富山市射水市立病院において終末期治療に当たっていた医師が、それまでの七件の実績（治療先例）に従って、粛々と人工呼吸器を取外そうとした行動の発覚がきっかけになって､その後、数年にわたって、医学界や法学界ではもちろんのこと、その他の世界において、多くの議論が戦わされてきました。　彼の処置は、結果的には、医学界や法学界、また一般社会に、大きな一石を投じたことに成ります。　「安楽死」という積極的な医療行為による「死」や、「尊厳死」という消極的な医療行為によって引きおこされる「死」についての情報は、病にある人や、将来、病に直面する宿命を持った、それ以外に多数の人々によって共有されるものと、成りました。　この事件につきましては、幸いにも、不起訴処分が下されたことによって、裁判で争われるような生々しい事案にまでは到らなかったのですが、それでも、この経過は、「事件」の発覚から、検察による不起訴処分の決断に至るまでの三年以上の月日の間に、日本の人々が、自分のことのようにして、「生」と「死」の問題に向きあうきっかけを与えてくれたのです。
「人の命の終わりを決めるのは誰か」（タテマエ論）、と、「それはどのような手続＝手順で決められ、実行されていくのか」（ホンネ論）という鋭い問いかけは、あの、臓器移植と密接に絡む「脳死」問題についても、なされるものですが、「死」というものに常に向かいあって生きている私たちに、これらの疑問や問題提起は、重い課題を投げかけています。

（Ｃ）尊厳死への取組

（１）さて、終末期治療がとり行なわれる過程では、微妙な局面が次々に訪れるのですが、ここで、私たちが、自己の意思に基づいて、自力で、そういった治療がなされることを回避しようとする行動を取る際の助けとなる「尊厳死」の問題について、考えてみましょう。　尊厳死をシステマティックに考えていくときに、とてもメリハリの利いたシステムの存在が、念頭に浮かびます。　それは「リヴィング・ウィル（ｌｉｖｉｎｇ　ｗｉｌｌ）」というものです。　これには、二手の訳が存在しています。　簡単で判りやすいのが、「生前の意思（意志）」です。　それから、恐らく原義である硬い表現が、「生きている内に発効する遺言書」です。　英語の＜ｗｉｌｌ＞には、「意思・意思」（いわばホンネ）と、「遺言書」（いわばタテマエ）という意味がある関係で、このような二つの訳しかたが、生まれてくるのです。遺言書というものにあまり馴染んでいない私たち日本人としては、「生前の意思」と捉えて頂く方が、合理的でしょう。　更に進んで、これを「尊厳死の宣言書」としてしまえば、明快で、しかも、ポイントを抑えた訳に成りますね。

（２）「日本尊厳死協会」が、「延命治療中止の意思表明」用のひな型文案を用意してくれています。　「私の傷病が不治で、死が迫っている場合、延命治療はお断りします。」が、その一例です。　申込者は、自ら作成した、そのような趣旨の文章に署名捺印して、年会費三千円などを支払いますと、その意思表明は、登録番号付きで、協会に保存され、本人及び近親者のために、登録証のコピーが送られてきます。もちろん、そのように人の手を借りたりはしないで、ご自身で、たとえば、「一カ月にわたって植物状態に成ったら、生命維持装置を外して下さい。」というようなスタイルによって、病状に応じて、また、心境の変化に合わせて、その都度内容を書きかえた文書を身近な人に託しておくことも、もちろん、可能です。　この辺りの状況は、人が、公証人役場で、いわば正式・公式の遺言書を作成する、というやりかたの他に、自筆遺言書を自身の好きなところで書きあげておくことが制度上認められている状況と、似たようなものですね。　ただ、自筆の「リヴィング・ウィル」には、信用性（たとえば、患者がそれを本当に記したのか、という点）に少し欠けるところがどうしても付きまといますので、これをそのまま医師に示しても、医師が、それを受けて、問題の終末期治療の最終行為に直ちに踏みきるかどうかについて、多少のためらいが生ずるケースも、あるかもしれません。　その点では、協会のものの方は、書類そのものに信頼性が備わっていますので、安心ですね。　それに、この協会は、延命行為中止に踏みきってくれない医師に対しては、患者本人の意思を尊重するよう、働きかけもしてくれる、ということです（もっとも、この点につきましては、受け手の担当医師の医療観・人生観次第で、対応や結果は大きく変わってくるでしょうが）、何事につけてもキチンとした仕組みを設けなければ気が済まないアメリカ人の許では、カリフォルニア州の「自然死法」の場合のように、そのリヴィング・ウィルに法的な効果までも認めてしまうケースも、あります。　また、問題のリヴィング・ウィルと、

「医療代理人」（認知症に罹っている人に付けられる成年後見人のような役割を果たしてくれる人物）の指名をセットにしたかたちの、「事前指示書」の制度を用いることを認めているところも、あります。　後者の方は、患者本人の意思が不明確であったり、状況が変化したりしてきても、患者の心情を理解しているその代理人が事態をリードしてくれる点に、大きなメリットがありますね。
ここで、日本のこととして考えた場合、尊厳死協会への登録まではやらないとしても、身内や知人の中から、そのような代理人の役割を果たしてくれる人物と契約（委任契約）を結んで、いざというときの備え、準備をしておくことも、不可能という訳ではないのですが、私たち日本人は、法律的な物事に巻きこまれることを極度に警戒しますし、近親者の側からのクレームも珍しくないので、いっそのこと、経費は掛ってしまいますが、医療問題に強いところを売りものにしている弁護士を何とか探しだして、中立・公正・冷静な「世話人」になって貰う方が、スッキリしますね。　医師側も、弁護士が相手なら、プロフェッショナル同士ということで、心を開いてくれるかもしれません。何しろ、今回の「事件」が大きな問題を引きおこしたために、担当医師が、何もしないで、ただじっと死を見守るぐらいのことならともかく、「人工呼吸器を抜管する」というアクティヴな行為に出ることには、何かとためらいの心が、その医師の許に生ずることも、あるからです。　そういった対応を、非難されるような態度である、とまで言いきることなど、普通では、私たちには、まず出来ないでしょう。

（３）以上の話は、患者本人が「人間としての尊厳性を保った状況の下で［ｗｉｔｈ　ｄｉｇｎｉｔｙ］」、「自然な死」を迎えることを自己決定した、という事実を家族が素直に受けいれているケースに関係しますが、死というものが、去っていく人（患者）を看取り、見送る人々との共同の、人生最大の出来事＝儀式である以上は、去っていく人が尊厳死で納得していても、家族の中には、延命治療を望む人が出てくることも、決して少なくはありません。　家族それぞれに、ちゃんとした理由もあることが、多いからです。　こういったときには、患者の立派な自己決定権の行使を尊重しながら、それを直ちには受けいれることが出来ない家族の一員の心情を、少しづつほぐしていくしか、よい方法はありませんね。　やがて、時が事態を解決してくれます。　尊厳死を決断していた患者その人も、きっとその日が来るのを待っていてくれることでしょう。

（４）私たちの身近には、色々な形の死の姿が見えていますが、次のような場合なら、読者の方々はどうされるでしょうか。　「遠く離れたところにある、『私』の実家の近所の病院に入院中の父の容体が急変し、父は危篤状態に陥りました。　『私』が病院に辿りつくまでには、父の命は持たないでしょう。　それでも、人工呼吸器を装着すれば、しばらくの間、生命が維持される可能性が、あります。　『私』は、高令の父には、長い間、会っていません。　『生きている内に、父に会いたい！』と心から思いました。　父は、日ごろから、口癖のように、『何事も、自然に任せるのが、いちばんよい。』と言っていまし

た。　そういうとき、『私』は、人工呼吸器による延命を希望しませんでした。　患者の身近にいた母も妹も、そのような成り行きに異存はなかったのです。」　これは実話ですが、筆者も、長い間闘病した母をこのようにして遠くから見送りました。
日本の尊厳死というものは、ここに見られるとおり、土俗的で、緩やかで、穏やかなかたちのものです。　「いい加減」ですが、実は「よい加減」なのです。　これまでは、日本では、よくも悪くも、医療　―とりわけ終末期医療―　は色々な意味におけるホンネに任せっきりの聖域でしたが、今や、これは、タテマエがギシギシと音を立てる世界へと変質してきました。　筆者としては、ここが、少しでもホンネがの生きのこり、生かされる、日本的な優しい世界であり続けてほしい、と念願しています。

（Ｄ）古代ローマにおける医療

（１）古代ギリシアに比べれば文化的後進国であった古代ローマに、「医師」というものが登場してきたのは、前三世紀のころのことのようです。　それまでは、薬草学の知識を生かした民間療法が幅を利かせていたようですが、その当時、先進国ギリシアで医療に携っていた人々が、ローマのギリシア征服の結果として、捕虜としてローマへと、多数、連れてこられたのが、ローマにおける医療の始まり、と考えられます。　彼らは、故郷のギリシア世界では、それなりの社会的ステイタスを保有してきたのでしょうが、しかし、敗戦国の市民の運命に従って、ローマでは奴隷の身分に落とされたままでいるか、あるいは、幸いにも、そこから暫くして解放されて被解放奴隷（半市民）と成っているか、の別はあるにしても、彼ら外国人系の医師のステイタスは、ローマではあまり高いものには成りませんでした。　それでも、あのカエサル（シーザー）は、前一世紀に、彼ら医療従事者に立派なローマ市民権を特に付与してやった、と伝えられていますから、共和政も末期の頃に成ると、彼らの法的・社会的な地位は、かなり高まってきたことでしょう。　後四世紀の段階では、ローマ市内の一四の地区それぞれに、公共的な役割を引きうけるかたちで、医師が配置されるように成っていますから、その頃のローマの医療水準は、かなりのものに成っていたはずです。　ところで、「医は仁術」と受けとめられた時代が日本にあったことからも知られるように、ローマのハイ・クラスの能力を持つ医師は、法律家や弁論家などの場合と同じように、タテマエ上は無償でサーヴィスを提供するかたちを取っていました。　もちろん、実質的には（ホンネでは）、お礼に相当するものは、ちゃんと貰っていたはずです。　一方、中級から下級のクラスに属する医師は、ローマ法上の「請負」のような契約形式の一つによりながら、対価を受けとる代わりに医療サーヴィスを提供していたでしょう。　なお、ここの請負は、有償契約のタイプですが、先の無償のサーヴィス提供は、準委任という無償契約のタイプです。

（２）ここで、珍しく、医師の法的責任を明らかにしてくれているローマ法の学説法文を、紹介しておきましょう。　「確かに、医師には、

患者の死という結末について責を負わされるべきではないが、それでも、医師自身が未熟さのために引きおこしたことについては、責を負わされるべきである。　それは、危険な状態にある人々を欺く者の不法行為が、人の弱さを口実として、問われないで済まされる、ということは、あってはならないからである。」（Ｕｌｐ．Ｄ．１，１８，６，７）　ローマでは、刑法が未発達であったために、これは、民事的な問題に関係する法文と思われます。　具体的には、これは、アクィーリウス法という、立派な「不法行為規制法」の取りしきる民事訴訟の世界での話に属することでしょう。　このルールは、もちろん市民の治療に絡む事案についてのものですが、その他に、市民の大切な財産である奴隷などに治療を施す医師に対して民事責任が問われるケースも、かなりの数あったのではないかと思われます。

二〇一四年六月三〇日

研究者人生五五年における区切りの日に

妻への感謝を籠めて

「*ローマの語り部*」　柴　田　光　蔵

（完）