

## この紋所が目に入らぬか

——裁判官は、過失があってもなぜ責任を免れるのか——

専修大学今村法律研究室長 矢澤 昇治

司法とは、いかなる目的を達するためにあるのか。裁判とは、誰のために行われるのか。そして、裁判官とは、一体何をやる人達なのか。裁判官は、国民が眼を凝らして裁判を注視していることに気付いているか。

私は、2003年の暮れにとある事件を先輩諸氏とともに受任した。その事件に関して、幾つかの疑問が脳裏に焼き付いて離れないので、この小稿でそれらを問うことにする。

### 1 事案の概要と被告国の反論

ことは、被疑者以外の第三者方に対する搜索差押許可状の請求に基づく令状発付に係る裁判官の責任についてである。問題とされる本件の事案を一般化すれば、以下のようなものである。原告の主張するところによれば、そもそも被疑事件自体が存在しないにもかかわらず、被疑事件に関連して搜索差押えを行うために、第三者と被疑者との具体的かつ明確な関連性がなく、第三者方に被疑事件に具体的に関係する押収物の存在する具体的かつ明白な状況もないのに、各別令状主義に反する、第三者方への搜索差押令許可状が請求された。無論、公安2課による、このような令状請求自体は違法のはずである。ところが、東京簡易裁判所の令状裁判官は、刑訴法102条〔搜索〕、222条の要件が存在しないにもかかわらず、その令状を発付した。典型的な盲判と思しき令状発付の事例である。

このような原告の主張に対する、被告国の反論と訴訟行為は、ふるっているのであるが、それは以下の三点である。

まず、第一に、被告国は、裁判官のなした行為について何一つとして具体的な摘示をしてないのみならず、その立証が皆無であるということである。被告国は、当

該被疑事実と請求者から提出された資料を検討した結果、第三者が被疑者と被疑事実と十分関連性があり、被疑者と第三者は相互に密接に関連していることをもって、本件令状の発付行為が適法であると繰り返して主張する。ところが、本件令状請求に当たって、請求者である捜査官から令状裁判官に提出された資料に関する書証は、被告国から何一つとして法廷に提出されなかった。つまり、被告国は、令状裁判官がこれこれの資料から「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況がある」かどうかを検討・判断したことの立証を何一つとして行わないのである。

第二に、被告国は、搜索差押令状の発付に対して不服ある者には、準抗告という不服申立手続があり、その手続を踏むことなく国家賠償請求することは許されず、国賠請求が認められるためには、発付が当該不服申立手続において違法と判断された場合に限定されるという。これが、弁論の機会が与えられながら有罪が確定した刑事裁判につき確定判決を言い渡した裁判官の違法性を問うた事案に対する東京地裁昭和41年9月28日判決（判時464号21頁）を引用した国の主張である。本件について考慮するために引用判決がどのような意味があるのか。ただただ、啞然とするばかりである。

第三に、刑事手続に先行して、民事訴訟において、犯罪行為の不存在等を理由に捜査機関または裁判官による嫌疑の有無ないしこれを前提とする行為に対し、その違法性を主張し、国賠請求することは許されないという。ここでも、被告国は、東京高裁平成元年1月24日判決（判時1304号92頁）を引用するが、誠にお粗末な筋違いな話、すり替え論である。この引用判例の事案では、指名手配された被疑者の家族が、被疑者にアリバイが存在するとして逮捕状を発付した裁判官の行為に対して国賠請求をしたものである。これに対して、本件では、被疑事件とは無関係の第三者の立場にある者に対する令状発付の違法性を問題としているからである。

## 2 東京地裁の判旨：おきまりの常套句

原告らが、本件において、東京簡易裁判所裁判官が搜索差押許可状を発付したことには、違法がある旨主張したことに対する東京地方裁判所の判断は、おきまりの文言であった。

すなわち、「裁判官がその職務の追行又はその権限として行った搜索差押許可状

の発付が国家賠償法1条1項の適用上違法となるには、単に発付につき刑事訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在するというだけでは足りず、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したと認め得るような特別の事情があることを必要とすると解するのが相当である。

これに対し、原告らは、裁判官が付与された権限の趣旨に明らかに背いてその職務権限を行行使したものと認められるような特別の事情とは、裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をした場合などという現実にはほとんどありえないような場合に限るのは相当ではない旨主張する。

しかし、搜索差押許可状の発付は、争訟の裁判には当たらないとしても、裁判官がその権限行使として独立して事実認定をし、法律を適用して判断を行う点では争訟の裁判と異なることなく、裁判官の独立性確保の必要性や上訴制度の存在、自由心証主義、法令解釈の相対性等の裁判制度の特質については同様の性質を有するのであるから、前記のような特別の事情がない限り違法とはならないと解すべきであり、原告らの主張は採用することができない。

第一、搜索差押許可状の発付について、裁判官が付与された権限の趣旨に明らかに背いてその職務権限を行行使したものと認められるような特別の事情を認めるに足りる証拠はない。

したがって、捜査官の請求に対して搜索差押許可状を発付した東京簡易裁判所裁判官の行為をもって国家賠償法1条1項の適用上違法であると認めることはできない。」とした（ゴチックは、筆者）（東京地裁平成18年6月30日判決、判例集未登載）。

「被告国の裁判官に国賠法上の責任はない」との被告国の主張そして本判決の判旨は、まさしく、最高裁昭和57年3月12日第2小法廷判決の「違法または不法な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したと認め得るような特別の事情があることを必要とする」に依拠するものと云わざるをえない（民集36巻3号329頁、判時1053号84頁）。

### 3 裁判官が責任を問われる場合とは、なぜ「違法または不法な目的」をもって裁判するなどの場合に限定されるのか：違法性限定説に対する根本疑問

裁判官の責任が認められるためには、なぜ、「違法または不法な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したと認め得るような特別の事情があることを必要とする」のであろうか。これを検討することが、本稿の核心的問題である。以下では、国民からの素朴な疑問である、二点について検討する。

#### 1. 国賠法1条1項の明文規定と司法による立法行為の可否

##### ア 明文規定の存在

国賠法1条1項は、「国または公共団体の公権力の行使にあたる公務員が、その職務を行うについて、故意または過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国または公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と定める。そもそも、この規定は、戦前において、絶対主義国家体制の強力な権力服従関係のもとに、裁判官を含む官吏の違法行為により国民の人権がないがしろにされた猛省に基づき、憲法17条の「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときには、法律で定めるところにより、国または公共団体に、その賠償を求めることができる」との規定を具体化するために、国家無問答責の原理の放棄を明文化し、さらに、国賠法1条にその趣旨を明文化したものである。法律の初学者でも、この経緯や趣旨は容易に理解することができる。そして、国民も、そのように確信していたのである。

##### イ 無過失賠償責任の方法への運用を説く学説

また、学説においても、古崎慶長氏のように、国賠法の規定を解釈するにあたり、公務員の客観的事実の認識の誤りについての過失に関し、指導的判例として、最判昭和43年6月27日（民集33巻6号1339頁）を取り上げ、昭和29年10月頃の登記官の書類審査で、登記済証にある昭和22年9月6日頃の官制と庁印の真偽を調査する義務があるとするもので、登記官に対し、非常に重い審査義

務を課す最高裁判所の態度は、公務員には一般人以上の高度の注意義務が課せられているとするものであり、被害者救済の見地から、この厳しい判例の姿勢は崩されてはならないし、これが、判例の主流となるよう実務は心掛けるべきであるとする。

しかし、古崎氏は云う。判例は、過失の認定について、必ずしもこのように厳格でないことは残念なことであるとして、「不法行為について、無過失賠償責任立法の必要性が叫ばれているのであり、国家賠償も、その例外ではない。とはいっても、国会が、そうたやすく国家賠償法を改正して「故意・過失」の要件を削除するとは考えられない。そうならば、われわれは、同法1条を無過失賠償責任の方向に運用することに熱心でなければなるまい。前述の最判昭和43年の判例のように、過失の認定に厳格であることも、その一方法であるが、被害者（原告）の立証の負担を軽減するためには、「一応の推定（prima facie）の理論」を採用する必要がある」と（『国家賠償法の理論』（有斐閣，1980）8～9頁）。

#### ウ 争訟の裁判と国賠責任に関する学説

では、昭和57年最高裁判決が下される当時における争訟の裁判と国賠責任に関する学説の全体的状況は、どのようなものであるか。

裁判官の職務行為に国賠法が適用されるか否かについて適用肯定説、適用否定説、適用制限説がある。さらに適用肯定説を前提に従うとしても、違法性の判断基準としては、①結果違法説：この説は、無罪判決が確定すれば、逮捕、勾留、起訴、有罪判決等は違法となるが、被告側において、逮捕、拘留、起訴、有罪判決等の合理性を立証すれば、逮捕、勾留、起訴、有罪判決等は正当性を取得し、違法性を阻却するとする、②職務行為基準説：裁判官の証拠の評価、法令の解釈適用には、事柄の性質上見解の相違としかいいようのない場合がある。結果違法説はこのことを否定することになり不合理である。すなわち、裁判官の行なう証拠の取捨選択は、当該担当裁判官の自由心証にまかされている。ということは、当該裁判官にこれに関する広い裁量を与えられており、その裁量の逸脱つまり経験則、論理則に違反した不合理な場合にはじめて違法の問題が生じることになるとする説、③違法性限定説：違法性限定説は、職務行為基

準説の一種の修正であるが、裁判において認定判断の誤りがあったとしても、それは直ちに国家賠償法上も違法ということにはならず、担当裁判官の悪意（害意）による事実誤認又は法令解釈の歪曲等があるような場合にのみ同法上違法となるとする説である（学説の一覧については、大藤敏「裁判に関する国家賠償」『現代民事裁判の課題』（新日本法規，1991）参照）。

国民からすると、これらの学説はどのように理解できるであろうか。違法性限定説に対しては、以下のような率直な疑問を感じざるをえないのではあるまいか。例えば、冤罪事件であるにもかかわらず、経験則、採証拠の原則を無視したり、これを見損じ、逸脱して有罪判決、特に死刑判決を下した裁判官まで、その職務行為につき悪意がなければ違法性がないとすることには、どうしても納得がいかないということである。

そもそも裁判において、違法または不法な目的、また、悪意をもっている裁判官などは、およそ裁判官足りえようか。これは、裁判官による犯罪行為を構成するレベルに属する事柄である。国賠法の成立の経緯や立法趣旨は、裁判官に過失ある場合や裁判官そのものをその対象外であるとするようなものでなかったことを再確認すべきである（古崎『国家賠償法』（有斐閣，1971）7頁以下）。

エ 裁判官の解釈により、国賠法1条の明記する過失が違法性でなくなるという魔法（マジック）

私は、西村宏一判事が、裁判官の職務活動に対する国賠請求の許容性と国賠法上の違法性について言及し、裁判官による悪意の事実認定または法令解釈の歪曲ある場合に違法性を限定することを説く（「裁判官の職務活動と国家賠償」判タ150号（1963）84頁）ことに、根本的な疑問を覚えた。

確かに、ドイツ法のように、争訟事件の判決について裁判官に職務違背があっても、それが刑法上処罰されるような場合でなければ、国は賠償責任を負わないものと法文上規定されているとすれば、話は別である。しかし、わが国の事情は同一ではないのである。どうして法状況の異なるドイツ法と同一の議論ができるのであろうか。

国賠法1条1項の文言である「故意又は過失によって違法に」の解釈において、例えば、過失の認定を厳格に評価する余地があると云う解釈論であれば、

法学部の学生も法科大学院の院生も容易に首肯できる所説であると思われる。しかし、明文規定に反して、過失（無論、重大な過失も含めて）ある場合を、解釈論で全面的に除外するのは、魔法、いや、まやかしでしかありえない。なぜ、どのように解釈すると、裁判を担当する裁判官が自らの責任が問われる場合を排除し、限定できるのであろうか（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997）120頁以下参照）。国民からすれば、「裁判官による、自らのためのお手盛りの解釈」といわざるをえない。不可思議なことにも、この学説に学者達が左袒し、そして、多くの裁判官、そして最高裁までがこれを支持するに至るのである。

#### オ 立法により免責を確立する訴外国の例

裁判官の職務行為の違法を理由として、国家賠償が許容されるか否かについては、諸外国の法制においても議論の存するところである。その議論の内容は、裁判官の独立、判決の既判力、上訴制度等を考慮することであって、その結果として裁判の違法に基づく国家賠償請求や裁判官個人への損害賠償請求につき、特別立法や判例上特別の取扱がなされている。

例えば、イギリスでは、古くより、上位裁判所の裁判官がその管轄権の範囲内で司法的機能を行行使した場合には、裁判官は一切民事責任を追及されないという司法免責の法理が認められており、国王訴追手続法（Crown Proceedings Act）により国家責任が認められるに至った際も、裁判官の職務行為に関しては適用が除外された。

アメリカ合衆国においても、裁判官を絶対的に免責するコモンローの原則が継受され、連邦不法行為請求権法のもとにおいても、裁判官の職務行為が不法行為となることを理由として合衆国に損害賠償請求をすることはできないと解されている。

さらに、ドイツにおいては、民法839条2項が、裁判官は、判決に際し職務義務に違反した場合には、その加害が犯罪となり、刑事処分を受けるときに限り、損害賠償責任を負う旨を定める。そして、連邦の国家責任について定めるボン基本法34条は、民法839条による公務員責任を代位したものと一般に解され、判決の違法を理由として職務責任としての国家責任を追及することは著しく制限されているという（古崎『国家賠償法』21頁以下、277頁以下、宇賀『国家

補償法』114頁以下)。

これらの比較法上の有り様を散見すると、国民からは、国の司法行為、裁判官の責任を問えないとすることが不可欠であるとすれば、そのためには、立法上で対応をなし、その旨を明文化すればよいのであって、国賠法の明文規定に反して、司法免責の法理を実現するために、裁判所が法解釈により立法行為をすることは、「けしからん」「とんでもないこと」と云わざるをえないのである。

#### カ 最高裁による違法性限定説の採用

司法行為の違法性が問われ、結果違法説が採用された少ない判決例としては、八丈島老女殺人事件国賠訴訟に一番判決がある(八丈島事件については、上田誠吉=後藤昌次郎『誤った裁判』(岩波新書、1960)1頁以下)。この判決では、裁判官の判断が経験則、採証の原則を著しく逸脱したと認められる場合、換言すれば、通常の裁判官であれば、当時の資料および状況の下において、その任意性・信憑性を認めることは決してなかったであろうと考えられる場合に限り、過失が認められるとする(東京地判昭和44年3月11日判時551号3頁)。国賠法の規定に準拠した明晰な判決である。

そして、最高裁57年3月12日判決が下されるのである。本件は、確定した民事判決が、担当裁判官の故意、過失による法令適用の誤りがある誤判であるとして敗訴判決を受けた上告人が国賠訴訟を提起したものである。最高裁の判決要旨は、「裁判官がした争訟の裁判につき国家賠償法1条1項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が肯定されるためには、右裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在するだけでは足りず、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする。」というのである。

かくして、最高裁平成元年3月8日大法廷判決(民集43巻2号89頁、判時1299号42頁)や弘前大学教授夫人殺害事件無罪国賠訴訟の最高裁平成2年7月20日判決(民集44巻5号938頁)(弘前事件については、例えば、鎌田慧『血痕』(文藝春秋、1978)が違法性限定説を採用して以降、ほとんどの裁判例は、これに従っている(国賠訴訟実務研究会編『国家賠償法の理論と実務』(三協法規、2000)94頁



以下、園部逸夫 = 西塾章監修『国家賠償法』（青林書院，1997）163頁）。

しかし、これらの判決を目の前にして、国民は、当然のことながら叫ぶかも知れない。裁判官が故意又は不当な目的を有する場合などは極めてまれであり、そもそも令状発付など裁判官により密室でなされる作業における違法性を立証することは極めて困難であるから、もはや国の責任を問うことができないと。そして、国賠法は、誰のために、何のために存在するのかと。

いわゆる弘前事件において、那須隆さんが、事件以来42年、再審請求以来20年、国賠請求以来13年、自分の全人生を賭けた長期間の裁判につき、最高裁判平成2年7月20日判決は、賠償請求を棄却することにより終止符を打った。これが、最高裁判所裁判官を含む司法の責任に関する、現在まで続いているわが国の司法そして国家の姿である。司法は自らも含めて、那須さんの冤罪に係る責任を誰も何も取らせないで済ましたのである。国賠法は、どこにいつてしまったのか。

この判決に対して、那須隆さん自身もその手記の中で、「この不当な裁判に真実は復讐する。必ず真実は復讐する。」と述べている（田中輝和『血痕鑑定と刑事裁判』（東北大学出版会，2002）221頁以下）。

1946年2月のアメリカ合衆国イリノイ州議会に目を移そう。例えば、かのジョー・マイチェクとテオドール・マーチンキヴィッチ事件において、イリノイ州議会が、ジョーの服役後12年後に、特別法令を制定し、2万4千ドルの不当拘束に対する補償金を与えたことが対比されなければならない（ジェローム・フランク／バーバラ・フランク（兒島武郎訳）『無罪』（日本評論社，1960）16頁）。わが国では、国賠法という法律が存在しながら、司法（最高裁判所）が明文規定に反する解釈により、司法と国家の責任を全面的に否定しているのである。

## 2. 違法性限定説に合理性は、存在するか。

### ア 村上敬一判事の解説

まず、最高裁昭和57年3月12日判決に関する村上判事の解説を引用する。

「裁判官が裁判をするに当たって遵守すべきどのような行為規範に違背したとき国家賠償責任の要件としての裁判の違法という要件を充足することになる

かは、同法の趣旨と理念に基づいて検討されるべきことであって、事実認定若しくは法令の解釈適用又はその過程において担当裁判官に訴訟法規、論理法則・採証法則・経験則への違背があり、あるいは裁量・自由心証の範囲の逸脱するなどの職務上遵守すべき基準への違背があったとしても、それが直ちに国家賠償法上の違法を来たすものと解することはできないものといわなければならない。

すなわち、訴訟法規は、適正かつ迅速な裁判を実現するため、訴訟の過程を一連の手續として構築し、その各段階において裁判所ないし裁判官に対して種々の行為義務、不行為義務を課しているほか、一般的に証拠の採否、取捨選択、証拠の評価について採証法則・経験則に則って自由な心証に基づいて事実を認定し、これに法令又はそれを論理則に従って合理的に解釈したところを適用して、事案を処理すべき職務上の義務を課している。さらに、法は、よりよき裁判の実現を確保するための制度として上訴制度、再審制度を設けて、ある裁判を不服とする者にこれらに訴える途を開く一方で、無限に正当な解決を求めて争訟を繰り返すことの許されない法的紛争の公権的解決方法としては、上級審の判断を最終的に正当なものとして、一定の裁判に終局性及び確定性の効果を付与しているのである。」(『最高裁判所判例解説』(民事編昭和五七年度)213頁以下)。

#### イ 違法性限定説を妥当とする根拠

この学説の根拠としては、①裁判の本質から生ずる、裁判の終局性と完結性と上訴・再審制度の存在、②良心に従った裁判と裁判官の独立の保障、③裁判行為の相対的性格(自由心証主義)が指摘されている。しかし、これらは、果たして、過失ある裁判官によりなされた司法行為の責任を免除する根拠となりうるであろうか。以下では、根拠とされるこれらについて、順次、批判的検討を加えることにする。

#### ウ 裁判の終局性と完結性と上訴・再審制度の存在

例えば、かつて西村宏一判事は、「国家の意思として確定した裁判を、再び司法機関をして審査せしめることを許容するというのは、それは確定裁判の内容と異なる内容の裁判のありうることを前提とするものであり、法的安定の基

礎である確定力制度の自殺ではなからうか」と言及された（前掲論文84頁）。

この言及に対しては、以下のように反論したい。下級審において、無実の者に対して有罪判決がなされたとしても、被告人の上訴に基づいて、上級裁判所がその判決も間違いなく取り消すであろうか。国民は、そのように願い、そのように信じている。まだ、「上級裁判所の神話」が存在する。しかし、刑事事件において、被告人に不利益となり、有罪判決を下されうる証拠を警察が捏造したり、また、検察官が被告人に有利な証拠を提出しないときに、上級裁判所は、その事態に刮目し、被告人の無罪に向けて傾注しているであろうか。遺憾ながら、過去に続発した冤罪事件の数と内容、そして、各審級における裁判所の判断、再審請求の結果としての無罪判決を一瞥しただけでも、この神話は崩壊していると云わざるをえない。少なくとも、わが国では、上級審の判決が上位に置かれているとしても、上級審の判断が真実を反映した判断となるわけではない。

したがって、裁判官は誤りを犯すものであり、たとえ、審級という屋上屋を重ねたとしても、誤判を救済するためにやはり再審制度は不可欠である。西村判事の説くように、国家の意思として確定した裁判を、再び司法機関をして審査せしめることを許容することが、法的安定の基礎である確定力制度の自殺であるとすれば、再審制度も無用であるはずである。

そして、そもそも、国賠法は国家の無問責を否定し、司法に誤りがあれば、それに賠償で答える制度を構築したのである。裁判官の職務行為、裁判にも誤りがあることを大前提としているのである。立法論として、国賠法の対象から司法、特に裁判官を除外すべきであるという主張であれば、それも一理ある議論といえるが、国会が制定した立法を、解釈論で復古にするために、「法的安定の基礎である確定力制度」の基づき、たとえ誤判であっても制度を維持する必要があり、その犠牲を国民に甘受せよとの立論は横暴に過ぎるといわざるをえない。

#### エ 良心に従った裁判と裁判官の独立の保障

次の論拠は、良心に従った裁判と裁判官の独立の保障である。憲法76条3項は、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及

び法律にのみ拘束される」と定める。これは司法権の独立の原則を裁判官の独立の面から謳ったものである。憲法は、さらに、裁判官の身分保障という側面からもこの原則を確保したものである。しかしながら、憲法76条3項にいう裁判官の良心とは、無論裁判官個人の良心ではなく、裁判官としての職業上の良心、公平無私の精神である。すなわち、裁判官は、あくまでも日本国「憲法と法律」により体现されるわが国の法体系全体と個々の法規定に見られる客観的原理に基づいて裁判することが求められるのである（伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995）576頁以下）。これが、良心に従った裁判の本旨である。

故に、国民は、違法性限定説の主張論者に対して、次のように詰問するであろう。国賠法1条1項は、裁判官を含む公務員に故意ある場合のみならず過失ある場合も国賠責任を肯定することを明示している。にもかかわらず、裁判官がこれに反する解釈をなすことにより、裁判官自らの責任を軽減することを認めることは、良心に従った裁判としているとはいえないのではないかと。

次に、裁判の本質に由来する制約の根拠が、裁判官の独立の保障の必要性に求められる。理由のある主張であると評価できようか。

そもそも、裁判の本質が何であるか、どのように理解されているかは定かでない。雲を掴むような本質論を前提にすることは適切ではない（古崎『国家賠償法』283頁以下）。したがって、より具体的に検討することが望ましい。憲法76条3項は、裁判官が独立してその職権を行うことを定める。伊藤正己元最高裁判事が記述するように、裁判官の独立した職権とは、個々の具体的な事件を担当する裁判官が、司法部の外からはもとより司法部の内部においてもいかなる命令・指示・圧力を加えられることなく独立して裁判することを意味するのである。司法権の内部において加えられた圧力の具体例としては、吹田黙禱事件、平賀書簡問題さらには宮本康昭判事の再任拒否問題などが知られているところである。

では、いわゆる裁判批判は、裁判の独立を侵害することであるか。否とすべきである。国民やマスコミによる裁判所や裁判への言論活動等により影響を及ぼそうとすることは、公権力が司法に圧力を加えることと全く別次元の事項であり、犯罪を構成する手段を用いることのない限り、認められてしかるべき

である。

ところが、現実はそのようでない。松川事件では、石坂修一仙台高等裁判所長官が鈴木裁判長を推薦したことをかの廣津和郎が批判をなし、これに対して、熊谷弘判事が公開質問状を出したことも生々しい出来事であった。家永三郎氏は、田中耕太郎最高裁長官の訓辞に対して、国民が裁判を批判する権利と義務をもつとされたのも十分な説得力がある（戒能通孝編『日本の裁判』（法律文化社、1956））。そして、衝撃的であったのは、八海事件に関する正木ひろし弁護士の『裁判官』の執筆とそれに対する担当裁判官藤崎峻氏とでなされた論争であった（正木ひろし「裁判官」『正木ひろし著作集Ⅱ』（三省堂、1983）所収）。藤崎氏は、「ジャーナリズムが筆を揃えて、冤罪、無罪を論じ、容赦なく批判したとしたら、事実上裁判官の判断の自由を妨げ、場合によっては、判決の内容に影響を及ぼすことも、全然ないとは云えない」（『八海事件』（一粒社、1956））として、裁判の独立への侵害であると論難した（『証拠』（一粒社、1957））。確かに、ジャーナリズムの重要性は、かのドレフェス事件においても、良く知られたことである（大佛次郎『ドレフェス事件』（天壽閣版、1946））。しかし、マスコミがドレフェスの冤罪を助長したことが事実であったとしても、裁判官の職務の独立への侵害にならなかったことは、歴史の証明する所である。

国民からすれば、裁判、裁判官、裁判所ならびに司法に対して、目を凝らすのはあまりにも当然である。そして、裁判批判にとどまらず、例えば、冤罪により、逮捕、勾留、有罪（死刑）判決ならび拘置された人々からすれば、公権力の行使に関する国家賠償を求めることこそ国賠法の本旨である（古崎『国家賠償法』288頁以下）。

したがって、裁判官の独立は、裁判官の違法性を限定する根拠とする理由とはなりえない。

さらに、英米法上の「司法免責権」の法理を紹介し、「裁判官のあらゆる職務上の行為について、裁判官を法廷に喚問し、その行為の合理性ないし心証形成過程まで、公開の法廷における審理の対象となりうる可能性を認めて放置しておくことが妥当であるとは思わない」として、主として裁判官の独立の原則の側面から、わが国の国家賠償法の解釈として又は立法措置により何かの適用

制限が設けられる必要がある旨が説かれている（西迫雄「司法免責権」兼子還暦『裁判法の諸問題（上巻）』（有斐閣，1969）107頁）。「司法免責権」の法理を紹介することにも意味があり，司法制度上これを導入する必要があるれば，その立法措置の必要を説くべきであろう。国賠法が存在しているにもかかわらず，司法免責を認める立法がなされないで，それを国家賠償法の解釈により実現しようとするのは，暴挙といわざるをえない。裁判官諸氏は，法解釈をして明文規定に反する結論を引き出すこと，これが「裁判官の独立」であると理解されているのであろうか。

#### オ 裁判行為の相対的性格（自由心証主義）

自由心証主義は，その心証の程度や制約について，民事事件と刑事事件で同一であるわけでない。本稿では，刑事事件における自由心証主義を念頭に入れて論ずることとする。結論として，この原則が存在するが故に，裁判官は，過失（重大な過失）ある場合にも，当該裁判について常にその責任を免れると主張することは，この原則を曲解するものといわざるをえない。

周知のように，法定証拠主義は，証拠の多くが自白であった時代に採用されていた原則であるが，自白中心＝拷問裁判に帰着することとなり，近代以降批判を招くに至った。そして，自由心証主義は，人間の理性を信頼におく人間主義（合理主義）が背景にあり，生成したものである。この自由心証主義は，合理的心証主義であり，裁判官が証拠の信用力も要証事実の証拠価値も全て裁判官の自由に委ねられているわけではない。わが国の刑訴法では，証拠の自由な評価とはいえども，犯罪事実を認定するためには「合理的な疑いを超える程度の確信」が必要である。また，裁判官には，対象たる証拠の範囲は制限されている。英米法における「制限された自由心証主義」と呼ばれる所以である。したがって，厳格な「証拠」の評価だけが問題となるのであり，その評価は，無論，経験則や経験法則に従ったものでなければならない（田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣，1996））。

裁判行為の相対性といっても，その相対性の範囲は，経験則や経験法則に従った合理的心証主義の妥当する限りのものであって，裁判官による裁判行為の正当性や妥当性は，他日，他者によっても検証可能なものである。その結果，

経験則や経験法則に反し誤判であると判明した場合まで、裁判官の責任を問わないとする理由は見あたらない。

さらに追記すべきは、近年における“自由”心証主義を巡る動向である。科学的な証拠が真実判定機能に寄与する程度が上昇すればする程に、その証明力をもって事実認定の合理性な疑いをこえる評価も期待される。そして、自由心証主義は、裁判官による「自由」な評価よりも誤判防止のために「正しい」事実認定の工夫に関心が集中しているということである（田宮・前掲書299頁注2，庭山英雄『自由心証主義』（学陽書房，1978）75頁以下）。

次に、裁判の相対性の内容として、法令解釈における裁判官の相対性が指摘される。裁判官は、一般的に証拠の採否、取捨選択、証拠の評価について採証法則・経験則に則って自由な心証に基づいて事実を認定し、これに法令又はそれを論理則に従って合理的に解釈したところを適用して、事案を処理すべきであることに、異論を挟むことは何一つない。司法が正しさを具現し、裁判官がより良き裁判をすためには、不可欠な要請であろう。しかし、裁判官の良心のところ論じたように、だからといって、国賠法上明文規定が存在しているにもかかわらず、それに公然と反する解釈をなすことは、法解釈の枠を逸脱するものであり、法解釈とは言い得ないであろう。既に、裁判官は良心から解離し、法令解釈を歪曲し、自己の責任逃れを正当化するためではないか、との疑念さえ覚えるのである。

それでも、このように法を解釈したとしても裁判の本旨に適うものであり、重大な過失ある裁判官であっても国賠法の対象外だと、最高裁判所判決は断言しているのである。

カ 国賠法1条の規定が現行のままである限り、違法性限定説に合理性は存しない。ふと、那須さんのお母さん、那須とみさんの言葉を思い出した。「あたまのよいひとは。恐ろしいものだ」。

#### 4 紋所としての最高裁昭和57年判決

- (1) 裁判官の責任を制限する最高裁昭和57年判決は、その悪しき影響を及ぼしつつある。とにかく、「裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、

裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別の事情が」なければ、裁判官は問責されない。その結果、令状主義の理念から、令状発付裁判官の無問責性を藉口し、令状請求した検察官や警察官の責任を問わないとする下級審判決が現れているので、ここで、その一例をとりあげる。

- (2) この判例とは、福岡高裁平成17年9月27日判決である。事案は、省略せざるをえないが、不起訴処分を受けた元被疑者が、不起訴処分後に、逮捕・勾留による身柄拘束が検察官と検察官による共同不法行為に当たるとして提起した国賠訴訟において、その身柄拘束は、裁判官の令状発付によるものであり、捜査官の令状請求の違法性は限定されるとして、請求を棄却したものである（判例タイムズ1208号111頁）。

国賠法の本旨を完全に破壊し、司法に携わる者の保身をなすための論理構成が手に取るように見ることができる。

判決は、云う。

「控訴人が、まず第1事件の被疑者として逮捕・勾留され、さらに引き続いて、第2事件の被疑者として逮捕・勾留されたことにより、通算して44日にもわたって身柄を拘束されたというのも、ひとえに令状担当裁判官が各事件について逮捕状及び勾留状発付の要件が備わっていると判断して各令状を発付したからにはほかならない。この場合において、警察官の逮捕状請求、検察官の勾留請求は、せいぜい逮捕・勾留の契機になったにすぎず、それ自体が自己完結的な効力を有するわけではないことは明らかである。

そうすると、控訴人に対する上記のような身柄拘束が違法なものであるという前提のもとに、その責任を専ら逮捕状請求及び勾留請求をした警察官及び検察官に帰せしめようとする控訴人の主張は、これをそのまま受け止めるとすれば、いささか筋違いのように思われる。違法な逮捕・勾留の責任を負うべきは誤った判断をして当該令状を発付した令状担当裁判官にほかならない筈だからである。

もっとも、以下のように、令状請求をした警察官や検察官の責任が問われる場合がないではない。令状担当裁判官と警察官及び検察官とが互いに意を通じ



た上で、犯罪の嫌疑がない者について、警察官において逮捕状を請求し、これを受けて同裁判官が逮捕状を発付して、逮捕し、さらに検察官において勾留請求をし、同裁判官が勾留状を発付して、勾留したというような場合には、当該裁判官のみならず警察官及び検察官もまた責任を免れないことは当然である。

また、客観的・合理的に観察すれば、犯罪の嫌疑があるとはいえない場合であるのに、警察官及び検察官において、犯罪の嫌疑があるとされる方向の資料を捏造し、或いは、犯罪の嫌疑がないとする方向に作用する重要な資料を隠匿するなどした上で、逮捕状を請求し、勾留請求をすることによって、令状担当裁判官の判断を誤らせた結果、違法な逮捕・勾留がなされたという場合には、専ら警察官及び検察官がその責任を負うべきである。

さらに、資料の捏造、隠匿というまでには至らなくとも、捜査を通じて収集した資料の吟味や令状請求に当たって裁判官に提供すべき資料の取捨選択において重大な過誤を犯した結果、同様に令状担当裁判官の判断を誤らせてしまったという場合においてもまた警察官や検察官の責任が問われなければならない。何故なら、令状主義といい、令状担当裁判官の判断が加えられるとはいっても、あくまでも請求者である警察官や検察官の提供した資料に基づいてのことであり、しかも極力迅速な判断が求められていることからして、判断の正確性には自ずから限界があることは明らかであり、そうであれば、令状担当裁判官をして誤って令状を発付せしめるようなことのないように、請求者である警察官や検察官の側において、令状請求をするかどうか、また請求をするとして、令状担当裁判官に提供すべき資料をいかに取捨選択するかについて、ある意味では客観的な立場から慎重に検討し、判断することが求められるものというべきだからである」(一部省略：ゴチックは、筆者)。

- (3) 本判決は、令状主義の理念からすれば、違法な逮捕・勾留の責任を負うべきは誤った判断をして当該令状を発付した令状担当裁判官にほかならない、と述べて、警察官の逮捕状請求、検察官の勾留請求は、せいぜい逮捕・勾留の契機になったにすぎないという。また、それ自体が自己完結的な効力を有するわけではないとする。

最高裁と本判決の論理を展開すれば、次のようになる、裁判官は、令状発付

につき過失があり、違法な逮捕・勾留の結果を引き起こしたとしても違法性は認められず、責任がない。そして、警察官の逮捕状請求、検察官の勾留請求は、令状を發布する契機にすぎないのであり、それ自体で独自の法的な効力を持たないのであり、違法性の判断対象にならない。捜査官や検察官の令状請求の違法性の判断が、裁判官の責任に吸収されたかのようなようであり、捜査官や検察官の責任の判断についても、かの違法性限定説が妥当するかのような説示である。

国民が国賠法に期待することは、捜査官や検察官が令状を請求するための資料を捏造、隠匿したときは当然のこと、くわえて、捜査を通じて収集した資料の吟味や令状請求に当たって、裁判官に提供すべき資料の取捨選択において、過失（重大な過誤ではない）により、令状担当裁判官の判断を誤らせたという場合においても、警察官や検察官の責任が問われなければならない、ということである。

- (4) 逮捕状の請求、逮捕後の検察官の勾留およびその延長の請求、裁判官による逮捕状の発付、勾留および勾留延長の決定をしたことに対する国賠請求についての最近の判決として、福島地裁平成17年6月14日判決（判時1923号85頁）がある。しかし、本判決は、前掲の最高裁昭和57年判決、平成元年3月8日大法院判決を踏襲したにすぎない。

## 5 裁判官の人間性の鈍麻を見抜くために

ここでは、国賠法上、過失があっても裁判官に違法性は認められず責任がないとする違法性限定説を対象とし、昭和57年の最高裁判決を錦か葵のいずれでも構わないが、それを紋所として、国民の身体的自由、思想及び良心の自由ならびに財産権に対して重大な損害を与えている司法のあり方を検討し批判する。

裁判官も人間であるが故に、病気に罹患すれば、医師の診断と治療・手術にわが身を委ねざるをえない。われわれは、職業的な専門家である医師の人間性を信じて疑わない。ところが、ときとして、医師の中には、優秀な手術や治療の対価として高額の報酬を求めたり、先進的な医療の確立を目指して患者を治験に利用し売名行為を得ようとしたり、その結果として、とある役職を得ることに専念し患者の気持ちなど意に介しない者も見られるのである。このような医師に身をまかせざるを得

ないとすれば、悲劇が待っているだけであり、死に至らないだけで運が良かったと云わざるをえない。

しかし、国民もこのような専門家である医師の医療技術の未熟さに加えて、その人間性の貧困さ（鈍麻）を見抜くことができる。こうして、法律の世界においても、医師には苛酷であるやもしれないが、その医療過誤につき責任を問うことが不断に行われている。無論、故意・過失のいずれの場合でも、違法性は認められている。

ところが、本稿で取り上げた裁判官達は、国賠法上故意または過失であれば違法性を認め、国や地方公共団体に対して賠償責任を認めているにもかかわらず、裁判という魔法により、これを否定する挙に出たのである。最高裁のリーディング・ケースというお墨付きを手に入れた裁判所、裁判官、そして最近では、捜査官や検察官までもその御零れを手に入れようとしていることも散見された。数々の専門家の責任が問われるなかで、裁判官だけがその誤判についても、何ら責任を負わなくてもよいというのは、国民としては到底理解しがたい。

国民は、裁判官個人の責任を求めているわけでない。司法というシステムの中で誤判であるので、冤罪であるか否かにかかわらず、不当な身柄の拘束を受けた者が国と公共団体に対して賠償を求めただけのことである。

松田道雄医師の言葉を紹介して、本稿を閉じることにする。

「人間というものは、そうゆう立場に追い込まれると、それ以外に行動しにくいという心理をもった動物であるということを、現在の裁判の機構はどの程度に勘定にいられているのだろうか。そのような心理から過誤がおりうるということにたいする安全装置は何かと問いたくなる。

裁判はもっぱら理性の判断という「場」で行わるべきものであろうが、人間は理性的にだけ行動するものではない。チェルヌイシェフスキーのいうように「冷静に熟慮のうえ合理的になされるのは些細なことだけである」

重大であればあるだけ人間の判断は理性から遠ざかる。一部の法律家が裁判の進行中に一般の国民が政治的に裁判をとりあげるのはいくつかの理由があるのは、裁判官を苦しい立場に追いこむなど善意の忠告をしているように思える。

しかし、国民としては裁判官が過誤をおかさない保障が十分にあたえられていな

いとなれば、やはり先にいったように庶民の目が光っていることを知らせて、裁判官の良心が、その目の光のなかにある人間性を感じて、つねに覚醒していてくれることをのぞむより仕方がない。医者としての経験から私はそう思うのである」（「人命をとりあつかうもの」『日本の裁判』（法律文化社、1956）所収79～80頁）。