

日本司法の非リアリズムについて

—— 弁護士50年に想う ——

弁護士 原 後 山 治

〔解題〕

研究科長 小野寺 規夫

本稿は、平成16年9月17日に、「ローヤリング」の講義の一環としてもたれた、「先輩法曹に聞く」の時間に行われた講演の記録である。

原後山治先生は、大正15年1月1日に和歌山県でお生まれになり、昭和26年に東京大学法学部政治学科をご卒業、昭和29年3月に司法修習を終えられ、その年の4月に弁護士登録をされている。

爾後、弁護士一筋に勤められ、今日最も著名な弁護士のひとりとしてご活躍中である。

周知のとおり、最近では、いわゆるADRによる紛争解決にも力を注がれておられる。

なお、本講演の実現に際しては第二東京弁護士会の広田富男弁護士のお力添えをいただいた。

1 はじめに

今年（2004年）で弁護士開業50年になる。なにはともあれ大して悪いことも良いこともせずに50年を過ぎたことに、いささかの感慨がある。私の50年の弁護士歴は、一言で尽くせば、「裁判は苦く、仲裁は楽しい」ということになる

が、裁判の苦さは、考えてみると、それは日本の弁護士も裁判官もともに発想が極めて抽象的であって、事件の事実関係の本当の意味を把握しないまま、法律構成要件をあてはめて、簡単に結論を出して、実体に合わない判断をするということにあるように思われる。

2 プラハ訪問

今年の夏の暮れ、私はチェコの首都プラハを3日間にわたり訪ねた。その直接のきっかけは、高木佳子弁護士から頂いた「プラハの春」(春江一也著、集英社)を読んだことであるが、この「プラハの春」には衝撃的な感動を受けた。「プラハの春」はご承知のとおり、チェコスロバキア共産党第一書記のドフチェクが改革運動を推進しようとした、いわゆる「プラハの春」の改革運動に対し、ソ連が突如チェコスロバキアに侵入してこれを弾圧し、ドフチェクを連れ去り、その改革をつぶしてしまったこと、そして後にはベルリンの壁の陥落とともに、「ビロード革命」といわれる平和的な方法でソビエト支配を排除したのであるが、このプラハの春の抵抗の仕方は武力でなく、侵入してきたソビエト兵に親しげに呼びかける形で抵抗し、その中で青年2人が焼身自殺を行った。それが今プラハのヴァツラフ広場に記念として写真なども残されているので、私は、この2人の焼身自殺の現場を見たいと思ったわけである。この中欧の人たちが、ヒットラーの6年の支配とそれに続くスターリンによる13年間の弾圧圧制の中で、どのように苦心して抵抗運動を続けたか。その厳しさを考えると、これに比較して、日本の左翼あるいは右翼の運動そのものがいかにチャチであったかを思い知ったわけである。私は東大時代にバーナードショーから、「20歳になって коммуニストにならない奴はハートがない。30歳でもなお коммуニストでいる奴はヘッドがない。」と冷やかされたような時代に生きたので、 коммуニズムというコインの表側がヒューマニズムであり、裏側がマルキシズムであるという風に信じて東大共産党に入ったのであるが、その運動ぶ

りはまことにチャチなもので、私はまもなく共産党を去ったのであった。そのようなささやかな経験に照らしてチェコの抵抗運動を見ると、まことに見事なものであって、この見事なものをこの目で見たいと思ってプラハへ行ったわけである。チェコにおける抵抗運動を見ると、まことにリアリズムそのものであって、観念的空想的な独りよがりの運動は一切なく、実に緻密でリアルな闘争を展開したのである。

3 子規のリアリズム

このリアリズムという点では、日本の明治以降の歴史を考えるとよい。司馬遼太郎全講演（5）（朝日文庫、249頁）に紹介されている正岡子規のことであるが、子規は「瓶にさす藤の花房短ければたたみの上にとどかざりけり」という歌を書いて、これが子規のリアリズムを表すものとして司馬遼太郎は紹介している。この歌などは、私も若いころ読んで、これが歌になるのかと思ったほどの平凡さであるが、こういう子規のような、当たり前のことを当たり前に見るというリアリズムが、日露戦争の後までつづいていれば、日本の歴史は大きく違ったものになったと思う。

日露戦争のときには、司馬遼太郎の「坂の上の雲」によれば、秋山好古という騎兵隊長は、ロシアとの戦いの際に馬を降りて馬を隠したうえで機関銃で対戦したという、まことにリアルな戦い方をした。また、秋山真之は、最大の金をかけた最新鋭の軍艦を使って、例の丁字戦法というリアルな戦法でロシア連合艦隊を撃滅した。少なくとも日露戦争までは、このようなリアルな戦術ないし生き方を日本の政治もしたのだが、日露戦争で勝った結果の戦史の編纂にあたって、担当者を左遷したうえで、將軍たちの意のままになる人に、將軍たちの嘘と誇張とを戦史に書かせ、要するに日本が勝ったのは精神力であるという言い方でこの偽りの戦史を作り、日本の精神力が機械に勝るという誤った考えを流布し、そのうえに立って日本の軍国主義を強めていった。ノモハン事件で

はソビエトの膨大な軍事力に立ち向える兵器もなしに、徹底的敗戦を重ねたのを、陸軍および満州軍が覆い隠したままで、満州事変から敗戦に至るといふ、まことに精神主義の愚かさを露呈したのである。

4 日本の司法の非リアリズム

私は、このような日本の軍国主義の非リアリズムというものは、日本の司法にも現れていると思う。私の長い弁護士経験の中で、いくつかその例を挙げてみる。

債務1億9000万円の連帯保証事件。これは、親友から頼まれて白紙の借用証書、金額の記載のない借用証書に連帯保証人として署名した事件だが、私の事務所の若い弁護士はこの事件を見て、「この白紙の借用証書に連帯保証したのは判例上勝てません。」といきなり私に言った。私は、「そうではない。事件はすぐれて個性のあるものだから、なぜ1億9000万円を貸すことになったかを徹底的に調べなさい。決して判例や学説を先にもってきて考えてはいけない。すべての判例・学説を忘れたうえで、謙虚に事実にあたりなさい。」と言って、徹底的に事実にあたらせた。その際に出発点となるのは、一体まだ若い青年で、ある会社の社長であるとはいへ、その青年が、債務者が個人的な親友関係であるというだけで、1億9000万円もの負債の保証人として責任をとる覚悟ができるだろうかを疑ってかかるべきで、そこを疑って、そんなことはありえないという目で見れば事案はわかってくる。そういう風に、構成要件という形からものを考えることをやめて、真摯に事実を徹底的に洗いあげれば、この1億9000万円というのは、本当にいざとなれば保証人として支払うという意味では決してなくて、貸す側が「決して連帯保証を問うことはないけれども、会社の都合上そういう書類に一応署名してくれ。」と言ったにすぎないという事実が出てくる。徹底的にその件を立証した結果、この裁判の1審では、合意の取り消しや合意の要素の錯誤による無効などという理屈ではなくて、そもそも合意

が成立しなかったという、こちらの主張を裁判所が全面的に入れて、勝訴したのだが、問題は第2審の裁判官の和解の態度である。右陪席裁判官はいきなりこちらに対して、「2審の裁判官は1審の裁判官と意見が違います。そこで1億9000万円のうち1億円を払いませんか。」と持ち出し、その理由を聞いても説明しない。こういう裁判官の和解の態度で、私たちは強い圧迫を感じた。というのは、もし控訴審で負けるとすると、この社長は責任上会社にいられなくなり、会社は重大な経済的危機に陥るという事情にあった。そこでさんざん考えた上で、やむなく8000万円を払って和解した。

こういう事案は、もし仲裁制度が行われていて、仲裁にかけられていれば、もっと具体的にお互いの立場を理解しあったうえで、連帯保証のハンコ代として1000万円程度払えば済んだ事件だと思う。

世の裁判というものは、今の例のような、100点か0点かを簡単に判断したり、和解についても真実を具体的に追究せずに、法律に事実を当てはめる形で構成要件該当性だけで判断するケースが多い。これは日本の裁判におけるリアリズムの無さを示している。

もう一つ、リアリズムの無い例を挙げておく。

日本の田舎で看護婦さんが結婚し、勤めをしながら家計を維持するため最大の努力をし、夫婦仲も円満であったところ、夫が請負業を始めたことから旅館の女将と不倫に陥り、その不倫の現場を相手の夫に発見されて、その女が子供2人と共に家から叩き出されるということがあった。責任を感じた夫は、逆にその不倫の女を我が家に引き入れようとして、こちらの本妻を暴力をふるって3週間の怪我を負わせて叩き出したうえ、不倫の女とその子供を家に引き入れた、というケースである。それについてこちら側で相談した弁護士は、不倫の相手に対し、夫への離婚訴訟とともに不法行為として訴訟を起こせば、慰謝料が高いので相手の女が手を引くであろうと判断した。若い弁護士がそのことを本人に提案した結果、裁判への理解の無い妻は何もわからずにそれに同調して、不倫の女と夫に対して訴訟を起こしたところ、離婚を前提とする訴訟だか

ら、たちまち相手は喜んで離婚に応じて、金銭上の解決をしようという和解にもちこんだ。妻は金銭で離婚する気は全くないので、訴えを取り下げたところ、逆に先方から訴えられ、訴えを受けた裁判所は、一度妻から離婚訴訟を起こしたという事実をとらえて、2人の間は破綻していたということで、離婚を認めた。それについて私のところへ控訴審を頼んできたので、私の方は、結婚以来の事情をつぶさに本人の陳述等で立証したうえで、夫婦間にはまったく破綻の事実はなく、夫が浮気していた間も性的関係を持ち、妻は夫の多少の浮気くらいで悋気を起こしてはいけないという気持ちで辛抱していたのであるから夫婦間には「破綻」はないという事実を徹底的に立証した結果、2審の裁判長は証拠調べのすぐ後に和解を勧告し、担当の若い裁判官は金銭上の解決を勧告したが、こちらが断って、結論としては、夫は離婚請求を取り下げる、ただ不貞の相手を子供連れで家庭に入れているので、これを追い出すことは事実上不可能であることを前提に、やむをえず夫との別居は承知する、ただし別居用の家の購入のため、1300万円を慰謝料として出させることにした。こちらには2人子供がいるので、その子供たちをこちらへ引き取り、同居することもできるようにするという趣旨で、家を一軒買うだけの金を出させて和解したのである。

それで事件は終わっていたところ、再び13年後に同じ夫の代理人から離婚請求があった。その離婚理由として、最高裁の破綻主義による離婚容認の判決を引用した。この最高裁判決は、離婚の要件として、子供が幼くないこと、また妻が経済力があること、及び社会的に苛酷と思われる事情がないこと、この3つの要件を満たせば離婚を認めるというものである。夫の側は、本件では、13年経って子供も一人前になり、妻も生活力があることを理由に、この最高裁判決を引用して裁判を再度起こしてきたわけだが、こちらについて弁護士が極めて誠実で、私もそれに協力して十分な主張をした結果、一審の裁判官は離婚請求を棄却した。控訴審になって、私にも代理人になることを求めてきたので私も加わった。控訴審の第1回でただちに結審のうえ、裁判長が、もし離婚したければ相当な条件の用意をしなければだめだとわざわざ念押しをして、結審後の

和解勧告をした。

この事案の最初の第一審における処理は、日本の裁判官および弁護士がいかに事実を丁寧に見るといふことをしないかの適例である。また、特にこのような間違った第一審の離婚認容判決のために、妻は13年間に渡って苦しみを背負い続けたということについては、日本の司法制度関係者としては、特別に深い反省をしなければならないという事案である。

次に、神戸のA少年事件。この少年は最近釈放されたことを伝えられているが、例の酒鬼薔薇という名で、校庭の門に首をのせたという事件である。

この事件では、父親が1億400万円の損害賠償訴訟を起こしたところ、裁判所は最初和解勧告をして、2回目に被告代理人が出てこないと、和解は不成立とみて、ただちに1億400万円認容の判決を書いた。しかし、このような事件は損害賠償で終るものではなく、原告の被害者の父親は事案の真相を知りたくて裁判を出した、と述べている。裁判所は、この場合、まさに問われるべきものは現代文明だという認識のもとに、事件の真相を解明したうえで、和解をなんとかまとめるための努力をすべきにも関わらず、一切それらをしなかった。これは裁判所の職責をまったく怠っているとしか言いようがない。

これに類似の事件として、ちょうどこの事件の20年前、いわゆる「隣人訴訟」として1983年2月に津地裁が判決した事件がある。この事件も、預けた子供がちょっとした隙に溺死したということをとらえて、被害者側が2800余万円の訴訟を起こし、裁判所は5年間放置したうえで、526万円余を支払えという判決を書き、これに対して世論は、子供を預った人に対して、そのような被害者からの請求をするのは間違っているということで、多数の批判文書が寄せられ、当時世間を騒がせた。これについては、竜崎喜助弁護士が「裁判をめぐる市民と弁護士」(1983年9月1日 判例タイムズNo.500)で詳細な分析と批判をしている。これは今読んでもその通りの立派な解説だが、このような解説、世論があったにもかかわらず、20年後に神戸地裁は同じような判決を書いた。要するに裁判所は判決製造機的な役割しかしていないという、この日本の司法の

現状について、本当の意味で司法関係者は反省しなければならないと思う。

もう1つ、新しくできた仲裁法付則3条のことを付けて加えておく。

仲裁法は平成15年に法律第138号として公布されたものであるが、その附則第3条は、消費者と事業者との間に成立した事前の仲裁合意に関する特例として、消費者はあらかじめの仲裁合意は解除できると規定している。私はこの問題を批判するために、朝日新聞平成14年12月5日朝刊に「私の視点」を書いた。要するに、私が29年間にわたって中央建設工事紛争審査会で扱った多数の請負契約事件では、弱い請負会社が強い施主個人のために、家が完成しても代金を払ってもらえず、困らされているというようなケースがあった。ところが、一般的に消費者は弱く、事業家は強く、そして事業家は自分の好きな仲裁機関を作って自分に有利な仲裁をやるかもしれないという前提で、消費者・事業者間の事前の仲裁合意は無効とするという説が消費者運動の側から出された。むしろ、こういう問題は消費者契約法の条文4条・10条で解決するべきで、手続法である「仲裁法」の中に契約の有効無効についての実体上の規定を設けることは反対である、という意見を第二東京弁護士会仲裁センターや中央建設工事紛争審査会多数説も出した。立案者の司法制度改革推進本部は、無効説を抑える意味で取消説に変えて仲裁法付則3条として、但し、「当分の間」という条件つきで成立させたという事情がある。

こういう立法の経過、それから日本の消費者運動はきわめて観念的かつドグマ的であって、紛争の実情をみない議論が日本の立法および司法に悪影響を与えていることを深く反省すべきだと考える。

5 おわりに

私がプラハに行って、あのプラハの人たちの緻密で辛抱強く充実した抵抗ぶりを見たうえで、顧みて、日本の司法関係者の1人として、そのような地道な事実を大切にす紛争処理をしなければならない、と心に誓いなおしたわけである。