

ISBN
4-87582-605-2

シリーズ憲法
の論点①「司
法権をめぐる
論点」国立国
会図書館調査
及び立法考査
局2004年9月

調査資料
2004-1-a

司法権をめぐる論点

長谷部 恭男*

2004年9月

現在、両議院に設置された憲法調査会では、日本国憲法についての調査が継続しており、平成17年には最終報告書が提出される予定である。シリーズ「憲法の論点」は、憲法調査会の論議に資するため、国立国会図書館調査及び立法考査局において、多岐にわたる憲法論議の中から幾つかの論点を取り上げ、争点、主要学説及び諸外国の動向等を簡潔にとりまとめたものである。

*東京大学法学部教授

目次

はじめに

- I 裁判所の権限はどこまで及ぶのか
 - 1 司法権概念の伝統的理解
 - 2 司法概念が英米流であることの意味
 - II 裁判所による違憲審査は具体的な法的紛争の存在を前提とするのか
 - 1 司法権の内在的限界
 - 2 法律の定めに基づく裁判所の権限
 - 3 学説による解決の試み
 - III 裁判所の役割は紛争の解決にあるのか、それとも憲法価値の実現にあるのか
 - IV 非訟手続による紛争解決はどのような場合に許されるのか
 - 1 訴訟と非訟
 - 2 裁判の公開とその例外
 - V 陪審制をはじめとする国民の司法参加制度は憲法上許されるのか
 - 1 特別裁判所の禁止と陪審制
 - 2 陪審制の得失
 - 3 「法の支配」の光と影
 - VI 裁判官の良心
- おわりに

要旨

- ① 日本国憲法第76条第1項のいう「司法権」は、伝統的には、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する作用」として理解されてきた。
- ② 日本国憲法は、英米流の司法概念を採用したといわれることがあるが、このことの意味は突き詰めて考えられているとはいいいにくい。とくに、イギリスの憲法学者であるA.V.ダイシーの提唱した「法の支配」の観念は、行政権に対する適切なコントロールが政治過程を通じて十分に確保されることを前提とするものであり、政党システムを通じて行政権と立法権が融合する状況の見られる現代国家にふさわしい司法概念の理解と言い得るか否

か疑問が残る。

- ③ 司法権の伝統的な理解から内在的に導かれるいくつかの限界があると考えられている。しかし、現在の法制度は、伝統的な意味での司法権に属さない事件を処理する権限をも裁判所に与えており、その種の事件を解決する過程で、裁判所は重要な憲法判断を示してきた。こうした実例は、現憲法下において許され得る違憲審査制度の幅について、一定の示唆を与える。
- ④ 訴訟事件については、憲法第82条によって対審および判決の公開が保障されている。しかし、営業の秘密やプライバシー等の、その保護にあたって内容の秘匿性が肝要となる権利がかかわる事件については、公開原則に対する例外を認める論理と方途が、学説等によって探られている。
- ⑤ 陪審制の採用が、日本国憲法の下で許されるか否かについては、裁判官が陪審の評決に拘束されないものである限りで許されるとの理解が、通説の地位を占めてきた。しかし、この通説については、今やさまざまな疑問が提起されている。
- ⑥ 陪審制をはじめとする国民の司法参加には、多様な知識・経験を備える人々が審議に参加することでよりすぐれた結論に達することができること、社会生活の法化の進展による一般国民の法からの疎外に歯止めをかけることなど、いくつかの利点を指摘することができる。
- ⑦ 憲法第76条第3項の規定する「裁判官の良心」については、これを個々の裁判官の主観的良心とする説と、裁判官一般としての客観的良心とする説が対立してきた。しかし、適切な答えは、その中間点にあると考えられる。

はじめに

司法制度の大規模な改革が進行中である。司法制度改革推進本部における検討を踏まえて、すでに、法科大学院を中核とする新たな法曹養成制度が整備され、さらに裁判員制度の導入、行政訴訟制度の改革など、従来の裁判制度のあり方を大きく変貌させるであろう新たな制度改革が進行しつつある。また、裁判所による今までの違憲審査のあり方に対する反省から、憲法裁判所制度を導入する構想も、論議の対象となっている。これらの新たな制度の導入やその構想を検討するにあたっては、そもそもそれが日本国憲法の規定する司法権のあり方とどのような関係に立つのかを明らかにする必要がある。

日本国憲法上の「司法権」の概念は、①裁判所の権限はどこまで及ぶのか、②裁判所による違憲審査は具体的な法的紛争の存在を前提とするのか、③裁判所の役割は紛争の解決にあるのか、それとも憲法価値の実現にあるのか、④非訟手続による紛争の解決はどのような場合に許されるのか、⑤陪審制をはじめとする国民の司法参加の仕組みは憲法上許されるのか等、多くの重要な問題に答えを与える手がかりとされてきた。

本稿は、これらの司法権をめぐる論点につき、従来の学説および実務の到達点を整理し、今後の展望を試みるものである。

I 裁判所の権限はどこまで及ぶのか

1 司法権概念の伝統的理解

憲法第76条第1項は、「すべて司法権は最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定める。司法権につい

ても、他の二権と同様、形式的概念と実質的概念とを区別することができるが、かりに形式的司法概念（裁判所に属する権限）について76条が語っているのだとすると、この条文は単なる同語反復（つまり、「裁判所に属する権限は裁判所に属する」という言明）に帰着する。したがって、同条は実質的意義における司法権を問題にしていると考えざるをえない。

実質的意義における司法権の定義としては、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する作用」との定義が伝統的に受け入れられている¹。

この定義は、法律上の争訟の結論となる具体的法規範は、法学的三段論法によって機械的に導き出されるという伝統的な司法観念に依拠している。たとえば「窃盗犯はすべて懲役10年の刑に処せられねばならない」という一般的法規範を議会が制定し、かつ、Aが窃盗を働いたとの事実が裁判所によって認定された場合、直ちに、Aは懲役10年の刑に処せられるべきであるとの具体的法規範が引き出される。このような意味における司法権は、法の誠実な執行という点では行政作用と異なることはなく、ただ紛争の解決作用であるという点で区別されることになる。裁判官は、議会の制定法を忠実に執行するかわりにその身分を保障され、司法の独立と国民主権とは整合的に理解されることになる。

2 司法概念が英米流であることの意味

司法概念の伝統的な定義の含意に関しては、主に、行政事件の裁判が、憲法第76条に言う司法権に含まれるかという問題が議論されてきた。フランス、ドイツなどの大陸諸国では、伝統的に、行政事件の裁判は司法作用に含まれないものとされ、行政事件については、司法裁判所とは独立の行政裁判所が設営されてきた。日本でも、大日本帝国憲法下では、このような司

1 清宮四郎『憲法I』[第3版] 有斐閣, 1979, p.335; 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』[第3版] 岩波書店, 2002, p.307.

法観念がとられ、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ
 権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ
 法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘ
 キモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラ
 ス」(大日本帝国憲法第61条)との規定によって、
 行政事件の裁判が司法権に含まれない旨が明示
 されていた。これに対して、イギリスやアメリカ
 では、行政事件についても、司法裁判所が管
 轄権を有するという制度が採られてきた。

現行憲法は、この点で、イギリス＝アメリカ
 型の考え方をとったとされており、憲法第76条
 第2項の行政機関による終審裁判の禁止や特別
 裁判所の設置の禁止も、その趣旨を確認したも
 のであると考えられている。現在、行政事件の
 裁判は、司法裁判所が取り扱うこととなってい
 る(行政事件訴訟法)。

もっとも、終審の裁判機関でない限り、行政
 事件を専門に扱う裁判機関を設けることも憲法
 に違反するとはいえない。最高裁の判例によれ
 ば、家庭裁判所も、特殊の人あるいは特殊の事
 件について裁判を行うが、最高裁判所の系列に
 属する下級裁判所であり、憲法が設置を禁ずる
 特別裁判所にはあたらない(最大判昭和31・5・
 30刑集10巻5号756頁)。裁判所法も「行政機関
 が前審として審判することを妨げない」とする
 (同法第3条第2項)。

法律による行政の原理の観点から見ると、行
 政事件が司法作用に含まれないとされると、法
 律による行政権への授権の内容は、最終的にも
 行政権自身が解釈し判断することとなるが、司
 法裁判所が行政事件を処理する場合には、行政
 権が国民を代表する国会の意思を忠実に執行し
 ているか否かを行政権から独立した司法裁判所
 が監督しうることになる。独立の司法裁判所
 の方が国民の権利義務を行政権による違法な侵害
 から擁護する上で適切であるとの判断が、憲法
 の選択の背後にあると考えられる。

もっとも、日本国憲法の採用した司法概念が、
 行政権のコントロールという側面において英米
 流であるということの意味が、どこまで突き詰
 めて考えられたものであるかについては、なお
 検討を要する点がある。行政権との関係で、大
 陸法と異なる英米独自の特徴があるという主
 張から直ちに想起されるのは、19世紀後半から
 20世紀はじめにかけて活躍したイギリスの法
 学者、A.V.ダイシー(1835-1922)の提唱した「法
 の支配the Rule of Law」の観念である²。

19世紀後半におけるイギリス憲法を特徴づけ
 る「法の支配」の内容として、ダイシーは以下
 の三つの原則を示した。第一に、それは、恣意
 的権力の支配の否定、すなわち国民から隠され
 た法ではなく、「正規の法regular law」の絶対
 的優位を意味する。第二に、それはあらゆる人
 が法の前に平等であることを意味する。とりわ
 け、行政機関といえども通常の裁判所において
 通常の方法を適用され、フランスにおけるよう
 な、行政機関にのみ適用され、特別の裁判所によ
 って適用される行政法(droit administratif)が
 存在しないことが強調される。第三に、法の支
 配は、イギリス憲法の内容をなす諸規範が、通
 常の国法、すなわち議会制定法と裁判所の判例
 法とによって構成されていることを意味する。
 つまり、具体的事件において裁判所により適用
 される規範の結果が憲法を構成していること
 になる。

ここでとりわけ問題となるのは、ダイシーの
 という法の支配のうちの第二の原則である。ダイ
 シーは、行政機関のみに適用される法および行
 政事件のみを処理する裁判所の存在は、行政権
 にとって有利な紛争の処理を意味すると考えた
 ようであるが、フランスでの行政法および行政
 判例の発展の経緯をみれば分かる通り、行政裁
 判所の存在が直ちに人民の権利自由の縮減を意
 味するとの主張に、確実な根拠があるわけでは

2 A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Macmillan, 10th ed., 1959), pp.187-205.

ない。

また、私人に対して適用されるのと同様の法を行政権に対して適用することが、果たして行政権に対する適切なコントロールや応答責任 (accountability) の確保につながるか否かも明らかとはいえない。たとえば、一私人であれば、いずれの事業者と取引をするか、また自分自身がどのような活動を行うかについても、原則的には各自の自由に任されているはずであるが、同じような自由を公共団体や行政機関に認めるべきことが自明であるとはいいがたい。この問題を劇的な形で示したのは、私人と同様、政府も法によって明示的に禁じられていないことはこれをなしうろという理由で、内務大臣が電話の盗聴を許可することも禁じられていないとしたイギリス高等法院の *Malone v. Metropolitan Police Commissioner* [1979] Ch. 344判決である³。

行政権に対する法的コントロールに関するダイシー流の理解は、行政権に対する適切なコントロールが政治過程を通じて十分に確保されることを前提とした上で、裁判所による法的コントロールの範囲については、消極的にこれを理解したものであった。したがって、政党政治の発達と行政権の優位という現代国家に顕著にみられる現象のため、政治過程を通じた行政権のコントロールが不十分となっているとすれば、ダイシー流の理解の妥当性も低下すべきこととなるであろう。

もっとも、現在の英国では、法学教育におけるダイシーの権威の低下を反映して、司法による行政権の法的なコントロールが積極的に行われる傾向がある。近年の顕著な例としては、法律の定める犯罪被害者補償制度の実施を内務大臣が怠ったことを違法と判断した貴族院の判決 *R v. Secretary of State for the Home*

Department, ex parte Fire Brigades Union, [1995] 2 AC 513がある。ダイシー流の理解の下では、議会制定法の定める制度の執行をコントロールするのは、裁判所ではなく、議会であったはずである⁴。

II 裁判所による違憲審査は具体的な法的紛争の存在を前提とするのか

1 司法権の内在的限界

前章の冒頭で述べた司法の伝統的な定義から以下のようなさまざまな司法作用の限界が導かれるとされてきた。第一に、法を適用することによっては解決しえない紛争は、法律上の争訟とは言えず、裁判所の審査権は及ばない。宗教上の教義に関する争い（最判昭和56・4・7民集35巻3号443頁〈板まんだら事件〉）、学問の真理性に関する争い（東京地判平成4・12・16判時1472号130頁）などが、このような事項の例として挙げられる。

第二に、行政、立法各機関の自由裁量に属する事項についても、裁判所の審査権は及ばない。裁量が存するという事は、結論を一義的に決定する基準が存在しないということであり、したがって紛争を解決するために適用すべき法がないことになる。いわゆる郵便貯金目減り訴訟で、大阪地方裁判所は、「国政の運営に密接な関係をもつ経済政策の決定は、憲法の定める民主政、三権分立の建前からして、まさに行政府の使命とするところであり、…政府の政治的専門的な自由裁量に委ねられているものと解するのが相当であって、個別的具体的紛争についての法律の解釈適用を目的とし、政治に責任を負う立場にない裁判所の司法的判断には、本質的にも適しない」とした（大阪地判昭和50・10・1判時790号17頁。国賠請求は棄却。控訴審（大

3 本件原告の不服申立てを受けたヨーロッパ人権裁判所は、英国の法制が私生活と通信の秘密を保護するヨーロッパ人権規約第8条に違反するとして (*Malone v. United Kingdom* (1985) 7 EHRR 14)。

4 A.Tomkins, *Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), pp.24-30.

阪高判昭和54・2・26判時924号34頁) および上告審(最判昭和57・7・15判時1053号93頁)はこの結論を維持)。ただし、裁量の枠を越える権限の行使があったか否かについて裁判所の審査権が及ぶのは当然である。

第三に、具体的争訟という対象事項の性格づけからして、抽象的な法律問題についての裁定も、司法権の範囲外である。警察予備隊違憲訴訟に関する最高裁判例は、その趣旨を明らかにしている(最大判昭和27・10・8民集6巻9号783頁)。

2 法律の定めに基づく裁判所の権限

もっとも、こうした司法権の内在的限界に関する議論も、どこまで突き詰めて考えられてきたか、改めて検討を要する点がないわけではない。裁判所法第3条第1項によれば、裁判所は、一切の「法律上の争訟」のほか、「法律において特に定める権限を有する」。ここでいう「法律上の争訟」は、伝統的な司法概念に対応すると考えられてきた。したがって、伝統的な司法の定義にあてはまらない事項であっても、国会は、法律によって裁判所に権限を与えることができる。典型的には、住民訴訟(地方自治法第242条の2)や選挙無効訴訟(公職選挙法第203-205条)のような民衆訴訟や、地方公共団体の議会の権限に関する議会と長との紛争に関する争訟(地方自治法第176条第7項)のような機関訴訟がそれにあたりとされる。民衆訴訟では、当事者の権利義務に関する争いではなく、地方公共団体による公金の支出や選挙事務の執行が法令に適合していたか否かという行政機関の行為の法適合性が争われ、裁判所がそれに対して回答を与える。機関訴訟では、行政機関相互間における権限の存否あるいはその行使に関する紛争を裁判所が解決する。

ところで、伝統的司法概念が司法権の限界を

枠づけるものであるとすると、このような枠外の権限を与えることが憲法第76条に違反しないかが問題となるはずであるが、これを憲法違反だとする議論は聞かれない。また、最高裁判所は、日本国憲法下での違憲審査制を司法裁判所が紛争解決に付随して憲法判断を行う付随的審査制とする一方で、選挙無効訴訟や住民訴訟を解決する過程で重要な憲法判断を行ってきた(たとえば、最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁、最大判昭和52・7・13民集31巻4号533頁)。

このような憲法判断の実例に照らすと、たとえば、現憲法下においても、立法によって最高裁判所に抽象的な法令の違憲審査権限を付与することは可能なのではないかとの疑問が生ずることになる。

3 学説による解決の試み

このように一見したところ、伝統的司法概念の枠を超えるかに見える権限を裁判所に付与することがなぜ許されるのか、とくに、その権限の行使に付随して違憲審査権を行使することがなぜ許されるかについては、学説により、いくつかの説明の試みがなされている。

一つの答え方は、現行法制下における選挙訴訟や住民訴訟は、アメリカ合衆国における司法権の概念からすれば具体的事件性を認められるもので、したがってそこにおける違憲審査も司法権に付随する審査といえるというものである。この考え方からすると、現在法律で認められている客観訴訟(法令の適正な適用を確保して公益を保障するための訴訟)は、実は具体的事件性を備えているかあるいは具体的事件性を「擬制」するに足るだけの実質を備えているからこそ裁判所にその権限を与えることが許されるのであり⁵、この範囲を逸脱した客観訴訟制度を法律で創設し、そのような客観訴訟を解

5 佐藤幸治『現代国家と司法権』有斐閣、1988、p.251.

決する前提として違憲審査を行うことは憲法によって禁止されていることになる。具体的紛争解決の訴えを受けて、それを適正な手続と一貫した法原理とを踏まえて解決することこそが裁判所の責務であるとし、裁判所の法原理機能性を強調する佐藤幸治教授が、裁判所に付与される作用は、①裁判による法原理的決定の形態になじみやすいものでなければならず、②その決定には終局性が保障されねばならない、とするのもこの文脈において理解することが許されよう⁶。

他方、野中俊彦教授は、憲法によって禁止される「抽象的違憲審査」とは、「一般的・抽象的な法規範そのものを直接対象として行われる違憲審査」を指し、現行法上の選挙訴訟や住民訴訟のように法令が処分等の国家行為として具体化された段階においてその合憲性を審査することは、法律上の争訟にあたらぬものでもなお具体的違憲審査といえるとする⁷。

この議論からすると、具体的審査であることと司法権の範囲内にあることとは必ずしも合致しないことになるが、野中教授は、現在法律によって認められている客観訴訟は権力分立原理に照らして、司法権に期待されている役割に基本的に反するものではなく、したがってその範囲内で具体的違憲審査を行うことは、司法権に付随する違憲審査のみを認める立場と矛盾しないと説く⁸。この主張については、法令等の合憲性を一般的に審査する宣言判決制度も⁹、事件性が認められる限りでは司法権の範囲内にあるとされるアメリカの実例をいかに説明するか

という問題が生ずるが、野中教授が宣言判決制度を日本において一般に違憲とするものかは明らかでない。また、訴訟法学上「具体的」争訟という概念は、単に日常言語の意味で「具体的」であるだけではなく、特定の当事者間の権利義務関係の存否という形で当該紛争を定式化しうるかという意味をも含めて使われることが通常であり、野中教授の提唱するように、訴訟法学の言語空間から切り離された形でこの概念の意味を規定することの妥当性が問題となりえよう。かりに日常言語の意味での具体的事件であれば足りるとすると、「具体的事件性」という概念が司法裁判所の権限を有効に限界づける役割を果たしうるか否かが問われることとなる。

これに対して、高橋和之教授は、アメリカ合衆国憲法と異なり、日本国憲法第76条が裁判所に「司法権」を与えるとのみ規定し、裁判所の権限の及ぶ範囲を「事件・争訟」に限定する規定をもたないことを指摘して、日本の裁判所に認められる「司法権」は「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適切な手続の下に、終局的に裁定する作用」一般に及び、必ずしも具体的事件性を発動の要件としないとする¹⁰。この見解からすると、具体的事件性の認められない客観訴訟を裁判所が解決することにもさしたる問題はなく、客観訴訟を解決する前提としての違憲審査も司法権の行使に付随する違憲審査として理解されることになる。

この説からすると、純然たる抽象的違憲審査を最高裁判所が行うことも司法権の範囲内となりうるのではないかとの疑問が生ずるが、高橋

6 同上p.250；佐藤幸治『憲法』[第3版]，青林書院，1995，p.334。佐藤教授によれば、「裁判所は、そこにもちこまれる紛争を契機に、法の客観的意味を探り、それを適用することによってその紛争を解決し、もって法秩序・原理の維持・貫徹をはかることを期待されている受動的な機関であって、その意味で非「政治」的・非「権力」的機関と称しうる性格をもっている（「政治部門」に対して「法原理部門」と呼ぶにふさわしい）」（『憲法』pp.291-292）。

7 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』有斐閣，1995，pp.4，26-27。

8 同上p.28。

9 Declaratory judgmentの訳。当事者が自己の権利義務および法的地位について不安を抱くとき、裁判所が宣言することで権利義務関係や法的地位を明確化する救済方法。保険がカバーする範囲についてしばしば求められることがある。かつては、具体的事件性の有無について争いがあった。

10 高橋和之「司法の観念」樋口陽一編『講座憲法学6 権力の分立(2)』日本評論社，1995，pp.23-24。

教授は、最高裁判所が違憲審査を行う「終審裁判所」であると定める憲法第81条の文言は下級裁判所が違憲審査を行うことを予定しており、したがって、最高裁判所が直接に違憲の申し立てを受け判断を下すことで、違憲審査権を独占することとなる抽象的違憲審査制度は憲法の許すところではないとする¹¹。一つの論点は、高橋教授の文理解釈の背後にあってそれらを統合する「司法権」の実質的理論が、佐藤幸治教授の説など対抗する諸理論に比べてより強い説得力を持つか否かであろう¹²。

かりに、法律によって最高裁判所に抽象的違憲審査権を付与することが憲法に違背しないとしても、国会制定法を根拠とする違憲審査権を行使する裁判所に、積極的にその権限を行使するインセンティブがありうるか否かには、疑問のありうるところであろう。また、違憲審査権を適切に行使するか否かは、審査機関を構成する人員の養成方法や精神風土にも大きく依存するところであり、抽象的な違憲審査を行う機関を設置するとしても、その構成員をいかにリクルートするかが大きな課題となる。

Ⅲ 裁判所の役割は紛争の解決にあるのか、それとも憲法価値の実現にあるのか

伝統的な司法概念の定義は、争訟の解決を司法の役割として措定している。他方で、伝統的司法概念は、争訟の解決にあたって、法の適用と宣言という司法特有の解決の方法を要求している。このいずれの側面に重点を置くかによって、司法に求める役割は異なりうる。

争訟、つまり具体的紛争の解決こそが司法の中心的な役割なのであれば、それをできるかぎ

り効率的・効果的に果たすべきだという考え方が導かれる。かりに、仲裁や調停など、別の手段 (alternative dispute resolution : ADR) の方がより効率的・効果的に紛争を解決することができるのであれば、裁判所の役割はそれに応じて限定されるべきだとの結論も可能である。

他方で、司法の役割はむしろ法の適用と宣言、とりわけ憲法に含まれた価値を公開の審理と公表される理由づけを通じて具体的に実現することにあると考えるならば、狭い意味での紛争解決を超えて、より積極的な役割を裁判所に期待すべきことになる。

学説では、この考え方の対立は、いわゆる制度改革訴訟に対する見方に現れる。1960年代から70年代にかけて、アメリカ合衆国では、制度改革訴訟を通じて人種別学級の是正や刑務所運営の改革など、憲法価値を実地に生かす試みが行われた。たとえば、警察組織内部にはびこる人種差別的な精神や態度が個別の権限行使に広く現れていると考えられる場合、個々の警察官の個別の行為について、その職務執行の違法性にもとづいて責任を問うことは立証が困難である上、制度的・環境的要因が改善されないままでは、結局、問題は根本的に解決されないままとなる。むしろ、裁判所が警察内部に監察制度を設営すべきことを命じた上で、その構成や運営のあり方について積極的な命令 (injunction) を発し、その執行を継続的に監視する体制をとる方が、問題の根本的な解決に資するというわけである¹³。

故芦部信喜教授は、こうした制度改革訴訟のあり方を支持し、狭い意味での紛争の解決機能に裁判所の役割を限定しようとする考え方に批判的であった¹⁴。これに対して、佐藤幸治教授

11 同上pp.33-34.

12 この問題に関する私見については、拙稿「司法権の概念と裁判のあり方」『ジュリスト』1222号、2002.5.1-15, pp.141-142参照。

13 Owen Fiss, *The Law as It Could Be* (New York: New York University Press, 2003), Ch.8. 英米法における injunction は「差止命令」と訳されることが多いが、特定の作為を命ずることもあることに留意が必要である。

14 芦部信喜『司法のあり方と人権』東京大学出版会、1983, pp.110-113.

は、裁判所に「救済」の場面での創造的対応の余地を認めるものの、それはあくまで具体的な権利の判定にもとづくべきものだとし、不明確な権利に依拠して行政・立法の活動領域に裁判所が介入することに、警戒感を示す。制度改革訴訟は、裁判所に対し、個人の権利にもとづかない政策的判断による裁判を要求することになりかねず、裁判所の正統性を掘り崩すことにつながりかねないというわけである¹⁵。

最近のアメリカ合衆国では、政治部門、司法部門ともに、制度改革訴訟に対しては消極的な態度がとられつつあるといわれる¹⁶。もっとも、この問題は、理論的にも実際的にも明快な回答を与えることは困難であり、今後も論争が続くことが予想される。

IV 非訟手続による紛争解決はどのような場合に許されるのか

1 訴訟と非訟

裁判については、憲法第82条で対審と判決の公開が保障されているが、これとの関係で、非公開の簡易な審理で民事紛争を解決する非訟事件手続が、裁判を受ける権利を侵害するものではないかが問題とされることがある。第二次大戦後における家事審判事項の拡大や借地非訟事件の創設に見られるように、現代における社会生活の複雑化にともない、私生活関係に国家が後見的に介入して弾力的に紛争を処理する非訟事件の範囲は拡大する傾向にある（訴訟の非訟化）。判例は、金銭債務臨時調停法にもとづく調停に代わる裁判につき、それが純然たる訴訟事件について非訟手続で当事者の権利義務を確定するものであり、憲法第32条および第82条に反するとした（最大決昭和35・7・6民集14巻

9号1657頁）。他方、家事審判法の定める夫婦同居、婚姻費用の分担、遺産分割に関する審判については、いずれも実体的権利義務を前提とした上でその具体的内容を定めるものであり、実体的権利義務の存否については、別途、訴訟で争いうることを理由に合憲とされている（最大決昭和40・6・30民集19巻4号1089頁、最大決昭和40・6・30民集19巻4号1114頁、最大決昭和41・3・2民集20巻3号360頁）。

しかし、このようなトートロジカルな判例の議論では、いかなる事件について非訟化が許されるかについての基準は得られないうえ、非訟事件によっては紛争を最終的に解決しえないこととなり、非訟手続の効用をそこなうとの批判が可能である。学説上は、実体的権利義務の存否をも含めて公開対審手続によらずに解決しても違憲とはいえない種類の事件が存在することを認めたいうえで、個々の事件の類型ごとに、その性質と内容に応じた最大限の適正な手続を保障する方向で考えるべきだとの見解が支配的である¹⁷。

なお、昭和41年12月の最高裁大法廷決定（最大決昭和41・12・27民集20巻10号2279頁）は、民事上の秩序罰としての過料の裁判は、不服申立ての手続を含めて非訟手続で行っても憲法第82条、第32条に違反しないとした。たとえ過料の裁判の本質が「行政」作用であるとしても、行政事件をも司法権の範囲内とする日本国憲法の下では（前出I 2参照）、直ちにそれに対する不服申立ての裁判を非訟手続で行うことが許されるとすることには論理の飛躍がある¹⁸。同決定を正当化しようとするれば、事件の性質によっては、必ずしも対審を公開する手続をとる必要はなく、事件の類型に応じた適正性・公平性を確保することで足りるとする通説と同

15 前掲佐藤幸治『現代国家と司法権』pp.108-115,127-142.

16 Fiss, supra note 13, pp.244-249.

17 芦部信喜『人権と議会政』有斐閣, 1996, pp.259-279.

18 同決定への入江裁判官反対意見参照。

様の立場をとる必要がある¹⁹。

2 裁判の公開とその例外

憲法第82条は、「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ」と定める一方で、「政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件」を除き、「公の秩序又は善良の風俗」を害するおそれがある場合には、裁判官の全員一致で公開しないことが許される旨を定めている。ここにいう「対審」とは、裁判官の面前で当事者が各自の主張を述べることをいい、民事訴訟の口頭弁論手続、刑事訴訟における公判期日の手続がこれにあたる。いわゆる法廷メモ訴訟で、最高裁は、憲法第82条の趣旨は、「裁判を一般に公開して裁判が公正に行われることを制度として保障し、ひいては裁判に対する国民の信頼を確保しようとするところにある」としている(最大判平成元・3・8民集43巻2号89頁)。

ところで、1で述べた非訟事件に関する支流的学説の対応は、純然たる訴訟事件についても、憲法第82条の定める公開原則を限定的に理解し、非公開で審理しうる場合を拡大して解釈すべきだとの最近の議論の傾向とも通ずるところがある。プライバシーの保護や知的財産権の保護が問題となる訴訟について、こうした解釈や立法論が提唱され、部分的には実現への動きが進んでいることは周知の通りである。

こうした議論は、①第82条第2項前段の定める「公の秩序」の概念を柔軟に解釈して、公開の停止が重要な公共の利益を促進する場合を含めるべきだとの主張、②第82条第2項前段の規定する公開を制限しうる場合の定めは単なる例示に過ぎず、その他にも公開を制限しうる場合

があるとの主張、および③プライバシーや営業秘密は、公開によりかえって侵害されるため、非公開の審理が憲法第32条の保障する権利の実効的保護のために必要となるとの主張に大別される²⁰。①および②説からすれば、公開を制限するためには第82条第2項に基づき、なお裁判官の全員一致の決定が必要であるが、③説は、全裁判官の一致を必ずしも必要としないはずである。なお、②説は第82条第2項前段が公開を制限しうる場合を例示するに過ぎないとするが、非公開としうる場合が無制限に拡大することを防ぐためには、例示の背後にあって、それを正当化する原理が存在することを前提とせざるをえず、結局、②説は①説と議論の実質においてさほど異ならないものとなるはずである。また、③説については、まだ存否の確定していない権利について、その実効的保護を要求する権利なるものを観念しうるのか、また、被告のプライバシーや営業秘密が問題となる場合についても被告の権利を実効的に保護するため非公開の審理を求める権利なるものを観念しうるのかという理論上の困難がある。

訴訟事件について憲法に反することなく審理の公開を制限しうるとする議論の背景には、プライバシーや営業上の秘密等を保護すべきだとの配慮がある一方、専門的訓練を経た職業裁判官は、当事者の利益を尊重しつつ公正無私に審理をすすめるはずだとの前提もあると思われる。理想的な裁判官がほとんど完璧に審理をすすめる、かつそれをすべての人が信頼しているのであれば、裁判を公開することにはほとんど意味がないであろう。公開原則を定める憲法は、そこまでは裁判官を信頼しえないとの立場にたっているはずである。また、裁判は公平に

19 同決定への田中二郎・岩田誠裁判官の補足意見はこうした立場をとる。本決定で反対意見を付した入江裁判官は、夫婦同居義務の審判に関する大法廷決定では補足意見に加わっていたこと、また、夫婦同居義務の審判に関する大法廷決定で意見を付した田中二郎裁判官は、本決定では補足意見に加わっていることに留意が必要である。

20 学説の整理については、笹田栄司「裁判の公開」高橋和之・大石眞編『憲法の争点』[第3版]有斐閣、1999, pp.240-241参照。

行われるのみならず、公平であることが誰にも分かる形で行われる必要がある。そうである以上、公開の制限は、単なるアドホックな利益衡量に基づくものではありえず、真にやむを得ない理由がある場合に必要最小限度で、かつ、第82条第2項前段の示す裁判官の全員一致という要件の下ではじめて許されるべきものと考えられる。

2003年に成立した人事訴訟法は、一定の要件の下に、家事事件の訴訟手続を非公開で行なうこととしたが（同法第22条）、これは、身分関係が当事者等の私生活上の重大な秘密に関わるという事情から、身分関係に関する紛争が公開の場で審理されると当事者が十分な陳述ができないために適正な裁判の遂行のために必要な証拠の収集が阻害されるおそれがあり、そのため身分関係が適正に形成・確認されず、かつ、司法に対する国民の信頼をも揺るがす事態が招来されるおそれがある場合には、裁判を非公開とする真にやむを得ない事情があるとの判断に基づくものと考えられる²¹。前掲の分類でいえば、①のいわゆる公序説をとったものとして整理できるであろう。

なお、前述の法廷メモ訴訟判決によれば、裁判の公開は制度として保障されたものであって、各人が裁判所に対して傍聴することを権利として要求することまでを認めたものではないことはもとより、傍聴人に対して法廷でメモをとることを権利として保障したものでもない。

V 陪審制をはじめとする国民の司法参加制度は憲法上許されるのか

1 特別裁判所の禁止と陪審制

憲法は、特別裁判所を禁止するとともに、行政機関が終審として裁判を行うことも禁止している（第76条第2項）。司法作用を裁判所に統一するとともに、すべての国民に対して裁判の平等と公平をはかる趣旨によるものと、通常、説明されている²²。

特別裁判所とは、特殊の人あるいは特殊の事件について裁判するために、通常裁判所の系列のほかに設けられる裁判機関をいう。大日本帝国憲法下の軍法会議がその例とされる。現憲法下の弾劾裁判所も特別裁判所にあたるが、これは憲法自体が認める例外である。

立法機関が裁判を行うことについては、憲法には明示の禁止はないが、権力分立の趣旨から、議員の資格争訟の裁判のように憲法自体が例外を定めていない限りは、終審としても前審としても、裁判を行うことはできないものと考えられる。

特別裁判所の禁止との関係で、事実認定を一般国民から無作為に抽出された陪審員が行う陪審裁判が、憲法に違反するかが議論されることがある。この問題に関する従来の通説は、裁判官が陪審の評決に拘束されないものであるかぎり陪審制を採用することも許されるというものであるが²³、この立場は大日本帝国憲法下で

21 「民事訴訟法案要綱案第五の四三（一）についての補足説明」『別冊NBL』82号, 2003.7, p.177参照。なお、第159回国会に提出された「裁判所等の一部を改正する法律案」は、特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟における当事者等が、その侵害の有無についての判断の基礎となる事項であって当事者の保有する営業秘密に該当するものについて、当事者本人若しくは法定代理人又は証人として尋問を受ける場合において、裁判所が裁判官の全員一致により、その当事者等が公開の法廷で当該事項について陳述することにより当該営業秘密に基づく当事者の事業活動に著しい支障を生ずることが明らかであることから当該事項について十分な陳述をすることができず、かつ、当該陳述を欠くことにより他の証拠のみによっては当該事項を判断の基礎とすべき特許権又は専用実施権の侵害の有無についての適正な裁判をすることができないと認めるときは、決定で、当該事項の尋問を公開しないで行うことができるものとする特許法の一部改正を提案していた。同法案は2004年6月に成立している。

22 前掲清宮『憲法I』pp.343-344.

23 前掲清宮『憲法I』p.345; 前掲芦部『憲法』pp.325-326.

え行われていた形態の陪審制であれば現憲法下でも許されるはずだという以上の意味を有しているか疑わしい点が残る。

事実認定を陪審員の評議のみにもとづいて行う制度が現在の憲法に一義的に反すると考えるべき理由は乏しいように思われる。日本国憲法は旧憲法第24条と異なり、法律の定める「裁判官」による裁判を受ける権利を保障しているわけではない²⁴、たとえ事実認定が憲法上の司法作用に含まれるとしても、陪審が憲法にいう裁判所の構成要素となりえないというアプリアリな理由があるわけでもない²⁵。日本国憲法は職業裁判官について身分保障の制度を設けているが、これは、いわば「サラリーマン」である職業裁判官については、その身分や給与等について権限ないし影響力を行使しうる政治部門や司法行政部門からの圧力を最小化するための制度が必要となるからである。一般市民から無作為抽出され、したがって政治部門等からの有形無形の圧力を被るおそれのない裁判所構成員であれば、身分保障を云々する必要はそもそもないはずである。たしかに、日本国憲法は、職業裁判官の身分保障について語るだけで国民の司法参加について何も述べていないが、同様に、刑事裁判について国民の司法参加を認めるフランス第五共和制憲法も、裁判官および検察官の身分保障について語るのみで、国民の司法参加については何も述べていない（同憲法第64条以下）。

2 陪審制の得失

もっとも、たとえ陪審制の導入が憲法に違反しないとしても、なぜそうすることが公正・適正な裁判の実現に貢献することになるのかについては、別途議論する必要がある。この問題に

ついてはいくつかの答え方がある。

一つは、フランス革命期に活躍した哲学者であり政治家でもあるコンドルセ（1743-1794）の陪審定理に訴えるものである²⁶。コンドルセの陪審定理によれば、刑事被告人が有罪か無罪かといった二つの選択肢から一つの答えを選ぶ問題について、ある集団のメンバーが正しい選択を選ぶ確率が平均して2分の1をこえており、かつ、各メンバーが独立に投票するならば、その集団が多数決によって正しい答えに到達する確率は、メンバーの数が増すにつれて増大し、極限的には1（100%）に近づく。選択肢が二つのときは、ランダムに（コインを投げるように）答えを出したとしても、50%の確率で正解を得られるはずであるから、公正な手続を通じて十分な事実関係に関する資料を得た上で、陪審員が理性的な審議の上、各自の判断にもとづいて評決に加わったとすれば、多数決で正しい結論に到達する確率は高まるであろう。現実的に可能なかぎりで多数の陪審員からなる陪審が、事実についても法的判断についても、多数決によって裁定すべきだという結論が出てきそうである。有罪であるとの評決に単純多数決ではなく、加重された多数決が要求されるとすれば、それは、刑事罰を加えることには人の権利自由の重大な制約につながるがゆえに慎重な判断が要求されることによって説明されることになるであろう。

しかしながら、理性的な審議の実効可能な陪審の規模にはおのずとかぎりがあるであろうし、複雑な法律問題については、果たして一般市民から無作為抽出された陪審員が、たとえ適切な情報提供と審議の後といえども、50%を超える確率で正しい答えに到達しうるか否かも定かとはいえない。コンドルセの定理を前提とし

24 常本照樹「国民の司法参加と憲法」『ジュリスト』1198号、2001.4.10、p.162.

25 これらの点は、旧憲法下での陪審制の導入に関してすでに議論されていた。三谷太一郎『政治制度としての陪審制』東京大学出版会、2001本論第2章および第3章参照。

26 コンドルセの陪審定理については、さしあたり、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』東京大学出版会、2000第6章以下参照。

たとしても、果たして陪審が正しい答えに到達しうる条件が備わっているか否かは、あらためて検討する必要がある。

もう一つの答え方としては、アリストテレスが『政治学』の中で展開している議論を挙げることができる²⁷。これは、多様な知識・経験を備えた多くの人びとがそれぞれ討議に貢献する会議体は、会議体中のもっとも卓越したメンバーが独力で到達しえたであろう結論よりもさらに優れた結論に到達することができるという議論である。優れた人であっても一人で収集・処理しうる情報には限りがある。これに対して、多数人からなる会議体は、多くの人びとの多様な知識・経験を共有のものとしてプールすることができる。このため、会議体が到達しうる結論は、もっとも卓越したメンバーが到達しうるであろう結論よりも優れた結論となる。

多様な知識・経験が提供されることが、この議論が機能するための必要条件であり、その観点からすれば、一般市民のみからなる陪審制よりは、職業裁判官あるいは少なくとも法律家を含んだ審議体が構成されるべきことになるであろう。司法制度改革審議会意見書が導入を提唱した裁判員制度は、こうした観点からは、積極的に評価されるべきこととなる。

もっとも、複人数からなる会議体が、必ずしも理性的な審議と優れた結論をもたらすとは限らないこともよく知られている。とくに、人が周囲の見解に流されるという広くみられる性向や、同じ傾向の意見を持つ人びとが討議すると全体の意見が過激化に向う「なだれ現象 group polarisation」に留意する必要がある。外界から隔離された場で審議が行われる陪審員や裁判

官の評議では、こうしたなだれ現象が生じやすいはずだとの指摘もある²⁸。アリストテレスの議論を受け入れるとしても、この議論の射程については慎重な検討が必要である。

第三の議論として、国民の司法参加は、それがより公正・適切な裁判をもたらす蓋然性を高めるとはいえなくとも、やはり導入すべきだという別の考え方もありうる。司法制度改革審議会意見書の提示する議論は、そうしたものとして理解することも可能である。つまり、国民が司法の運営に参加するようになれば、司法に対する国民の理解が進み、公共的事柄に対して貢献しようとする意識を高めることもできるという、いわば司法参加の教育効果に着目する議論である。

しかし、司法に対する国民の理解を促進し、公共的事柄に貢献する国民の意識を高めるとするのは、あくまで国民の司法参加の付随的效果であり、しかもこの付随的效果を表立って目標とすることは、むしろその実現を阻害する危険がある²⁹。国民の司法に対する理解が進むのは、あくまで、司法に参加する国民が、客観的な基準に照らして適切といえる裁判を目指して参加するからであろう。正しい裁判に到達しようと努めるからこそ、何が適用されるべき法規なのか、なにが真実に対応した事実の主張なのかを適確に理解しようとする態度が生まれ、その結果、司法に対する理解も深まることになる。これに対して、当初から単に司法に関する見聞を広めようという態度で司法に参加する国民が、司法に対する理解を大いにすすめるとは期待しにくい³⁰。

27 以下の議論については、ジェレミー・ウォルドロン（長谷部恭男・愛敬浩二・谷口功一訳）『立法の復権』岩波書店、2003第5章参照。

28 Cass Sunstein, *Designing Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp.36-37. アメリカにおいて、公務員による人種差別的行為に刑事訴追を通じて対処しようとしても、陪審員に社会一般にはびこる偏見が反映されるため、困難があったとの事情が指摘されることがある (Fiss, supra note 13, p.136)。

29 以下の議論は、Jon Elster, "The Market and the Form," in *Deliberative Democracy*, eds. James Bohman & William Rehg (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), pp.19-25に依拠している。

3 「法の支配」の光と影

国民が法および裁判について理解を深めることが現代社会の重要な課題であることはたしかである。しかしながら、法について一般国民の理解が行き届かなくなることで、法が社会内部で独立のシステムとして発展することの間に、ある種の比例関係があることには、留意する必要がある。この点については、アングロ・サクソン世界の法哲学の基本文献であるH.L.A. ハート(矢崎光圀監訳)『法の概念』みすず書房、1976に、夙に重要な指摘がある³¹。

ハートは、実定法のシステムを、人々がいかに行動すべきかに関する一次レベルのルールと、そうした一次レベルのルールをいかに認定し、紛争をいかに解決すべきかに関する二次レベルのルールによって構成される、つまり二階建てのシステムとして理解する。伝統的な社会では、人々がいかに行動すべきかに関するルールは、当該社会の慣行practiceとして生成し、実践される。そうした慣行は、意図的に変更されたり制定されたりするものではなく、長年の生活実践を通じて徐々に生まれ、徐々に衰えていく。人々は、日々の生活を通じて、また子供への教育を通じて、いかに行動すべきかをいわば直接に心得る機会がある。

しかし、社会生活が複雑化し、道徳観も多様化し、生活環境の変化も激しくなると、社会生活のルールも意図的に設定・変更する必要が生まれてくる。いかに行動すべきかに関するルール(一次レベルのルール)を、たとえば議会制定法によって設定・変更するための二次レベルのルールが生まれ、それとともに、そもそも当該社会で妥当する一次レベルのルールは何かを

認定するための二次レベルのルール、いわゆる「認定のルールthe rule of recognition」が生まれることになる。

これらの二次レベルのルールは、法を適用する機関(典型的には裁判所)の恒常的な構成員(典型的には裁判官)によって共通して受け入れられている慣行(典型的には判例)として生成し、実践されるものである。議会制定法が裁判所における紛争解決にあたってその法源とされるのも、議会制定法を法源とする慣行が、法適用機関の構成員によって受け入れられているからこそである³²。

二次レベルのルールが生成し、存在すること自体、もはや一般の人々が、いかに行動すべきかの社会生活のルールを直接には知り得なくなったことを意味している。一次レベルのルールは、いまや認定のルールにもとづいて何が一次レベルのルールであるかを知る能力を備えた法律専門家(法曹)を通じてしか、知ることができない。とはいえ、社会生活のルールが人々の慣行を通じて生まれるかつての社会にもどることはもはや不可能である。

現代社会に生きる人々は、自分たちが従うべきルールが、自分たちの手を離れているかのように感じているはずである。その理由は、法がシステムとなり、人々が従うべきルールを独自に認定する専門職業集団が存在するためである。法から疎外されたと感ずる人々は、せめて究極の認定のルール、つまり憲法を自分たちの手に取り戻したいと望むかもしれない。しかし、この願いも必ずしもそのまま実現するわけではない。前述した通り、認定のルールは、法適用機関の構成員に共通に受け入れられた慣行とし

30 なお、2004年5月28日に公布された「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」が含む憲法上の論点については、椎橋隆幸・高木俊夫・戸松秀典・長谷部恭男・松尾浩也(司会)「座談会・裁判員制度と日本国憲法」『判例タイムズ』1146号、2004.6.1, p.4以下を参照。

31 ハート(1907-1992)は1952年から1968年まで、オクスフォード大学の法理学講座教授をつとめた。以下、本節の記述については、前掲ウォルドロン『立法の復権』第2章第III節、第IV節参照。

32 ダイシーがイギリス憲法の基本原理の一つとする「国会主権」、つまり、国会制定法がイギリスで最高の効力を持つ法であるという原則も、裁判官が、国会制定法をそのように扱うからこそ成り立ち、存続するものである。

て存在するものだからである。たとえ憲法典のテキストを変更したとしても、そのテキストがいかなる意味を持ち、いかに運用されるかは、結局は、法適用機関の構成員の慣行を通じて定まるといふ側面を持つ。

弁護士をはじめとする法曹の数を拡大し、法の適用・執行制度を強化することは、「法の支配」の進展を押し進める。しかし、「法の支配」の進展は、その影の側面として、一般国民の法からの疎外をも押し進める側面をも持ち得ることは、認識しておく必要がある。前節までで触れた国民の司法参加には、こうした一般国民の法からの疎外の進行を押しとどめる効果を期待することもできるであろう。

VI 裁判官の良心

法の支配と、法律専門家集団の受け入れる慣行との関係を考える一つのきっかけとなるのは、「裁判官の良心」に関する論点である。

裁判が公正に行われるためには、最高裁判所を頂点とする裁判所秩序全体が政治部門から独立していなければならないと共に、個々の裁判官が独立してその職権を行使しうる条件を確保する必要がある。日本国憲法は、個々の裁判官の独立のために第76条第3項と第78条とを定めているが、ここで問題となるのは、そのうち、裁判官の職権の独立について定める第76条第3項である。

憲法第76条第3項によれば、「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」。ここでは、憲法と法律のみが掲げられているが、命令、規則、条例など他の成文法や慣習法にも拘束されることは当然である。

問題は、これらの客観的法規範のみでなく、裁判官は、自己の良心に従って裁判を行うこと

も許されるか否かである。通常は、この問題は、憲法第76条第3項にいう「良心」は、主観的良心か、それとも客観的良心かという形で提示される。

客観的良心説は、裁判官には法の適用義務があり、たとえ法の内容や個別事例の適用が裁判官の個人的良心と衝突するとしても、それを理由として法の適用を拒否することはできないとし、したがって、主観的良心説はとりえないとする³³。

しかしながら、主観的良心説を唱える論者といえども、裁判官の個人的良心と法とが明らかに衝突する場合に、前者を根拠として後者の適用の拒否を主張する者は、存在しないように思われる。主観的良心説とは、法の文言が不明確であったり複数の法が衝突するため、適用すべき法の内容が明らかでない場合、つまり「法の欠缺」がある場合には、紛争解決義務を有する裁判官は、個人の良心に従って裁判を行う必要に迫られると主張するにとどまる。もし、個人の良心と法との間に決定的な対立が生じた場合には、裁判官はむしろ辞職すべきだとされる³⁴。

このような裁判官の主観的良心の限定的な機能を否定するためには、法の欠缺は存在しないと主張するか、あるいは、法の欠缺が存在する場合には「法律上の争訟」がそもそも存在せず、したがって裁判官にはそれを解決する義務もないと主張する必要があるだろう。法律家の間で結論が異なる問題について、およそ「法律上の争訟」が存在しないと主張することは困難であろうから、客観的良心説を貫徹するためには、司法裁量を否定する前者の選択肢がとられることとなるだろう。たとえば、現代の英米圏を代表する法哲学者であるロナルド・ドゥオーキン教授の提唱した「正解テーゼ right answer thesis」を梃子として司法裁量の存在を否定するという議論が

33 前掲清宮『憲法I』pp.357-58.

34 平野龍一『刑事訴訟法』有斐閣, 1958, pp.52-53.

その一つの道である³⁵。

ドゥオーキン教授の「正解テーゼ」は活発な論争をまき起こしたが、誰から見ても「正しい答」がいかにか解決の困難な事案にも存在するという主張を支持する者はきわめて少なく、ドゥオーキン教授自身も現在では、どのような立場から「正解」と考えられる答えが唯一定まるとの見解を維持していない³⁶。

結局のところ、司法裁量の存在、そしてそれを伴う争訟を解決する裁判に拘束力があることを否定しえないという限りでは、主観的良心説に分があるというべきである。しかし、法の欠缺に直面した裁判官に要求されるのは、個人としての主観的良心を展開することではなく、あくまで社会生活の共通の枠組みである法の正常な機能を回復すべく、人々の合意の形成を目指すことだと理解することができる。裁判官としての立場を離れた個人としての良心が、そこで問われるわけではない。その点では、客観的良心説に聞くべきところがあるといえよう。樋口陽一教授が指摘するように³⁷、「司法の独立」とは、政党政治や経済的利害など外部の諸勢力からの独立を意味するにとどまらず、人はそも

そもいかに生きるべきか、あるいはこの世界の意味は何かといった、各裁判官が個人的に抱く包括的な世界観や価値観からの独立をも要求しているということになる。

おわりに

以上、司法権をめぐるさまざまな論点につき、従来の議論の経緯および現在の議論の状況を紹介した。裁判員制度や裁判公開の停止など、具体的な立法によって問題が解決に向って進みつつある論点も存在する一方、独立の憲法裁判所の設置の適否のように、なお憲法論を含めて議論の一層の深まりが求められる論点も存在する。司法ないし裁判に関わる新たな制度を導入する際には、客観的な制度の適否とともに、それを構成する人員の養成やリクルートの方法についても、あわせて慎重な検討が要請されるであろう。

(はせば やすお)

本稿は、筆者が調査及び立法考査局の客員調査員として在職中に執筆したものである。

35 ドゥオーキンは、ニューヨーク大学およびロンドン大学の法理学教授。彼の提唱する「正解テーゼ」によれば、実定法規の文字通りの適用によっては不適切な解決がもたらされるような事案や、実定法規が何を要求しているかがあいまいな事案においても、裁判官には、既存の法体系と可能な限り整合的で、かつ、道徳的に最も優れた政治理論にもとづいて事案を「正しく」解決する義務があり、自らの自由な判断で裁判を下す裁量が存在するわけではない。これに近い考え方として、前掲佐藤幸治『憲法』p.327参照。

36 ドゥオーキン教授の立場の転換点にあたるいわゆる「解釈的転回」については、長谷川晃『解釈と法思考』日本評論社、1996 第4章および第5章参照。

37 樋口陽一『司法の積極性と消極性』勁草書房、1978第7-9章；同『比較の中の日本国憲法』（岩波新書）岩波書店、1979第IV章。

調査資料2004-1-a

シリーズ憲法の論点

①

「司法権をめぐる論点」

平成16年9月30日発行

ISBN 4-87582-605-2

国立国会図書館

調査及び立法考査局

〒100-8924

東京都千代田区永田町1-10-1

電話03(3581)2331

bureau@ndl.go.jp



Research
Materials
2004-1-a
September
2004

Series :
Constitutional
Issues
Arguments
on
Judicial Power

Research and
Legislative
Reference Bureau
National Diet
Library
Tokyo 100-8924
Japan
bureau@ndl.go.jp

Art: Kenji Saito