SURE 静岡大学学術リポジトリ
Shizuoka University REpository

司法制度改革審議会「中間報告」の憲法論的検討

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-05 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 小沢, 隆一 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008679

論説

司法制度改革審議会「中間報告」の憲法論的検討

小沢隆一

はじめに
一、「司法制度改革の基本理念」について
二、「公共性の空間」と司法
三、司法と国民
おわりに

はじめに

二〇〇〇年一一月二〇日、一九九九年七月から開催されてきた司法制度改革審議会（以下、審議会と略）が、「審議会として意見の一致をみた改革の大きな方向性、今後の議論に当たっての改革の視点や具体的方策の検討の方向」をまとめた

「中間報告」を発表した。これによって、「二一世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割」（司法制度改革審議会設置法二条一項）を審議会がどのように構想しているかが、とりあえず明らかにされたわけである。

中間報告は、改革の基本理念を語るなかで次のように述べている。「我が国は、…この国が豊かな創造性とエネルギーを取り戻すために、政治改革、行政改革、地方分権推進、規制緩和等の経済構造改革等を構想・具体化し、既に実施に移しつつある。当審議会は、これら一連の諸改革の根底に流れる基本的な考え方を受けつぎ、『論点整理』（一九九九年一二月二一日の審議会第九回会議で策定―引用者注）において、『国民一人ひとりが、統治客体意識から脱却し、自律的でかつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画していくことが、二一世紀のこの国の発展を支える基盤であるという認識を共有する』ことを確認するとともに、『今般の司法制度改革はその最後のかなめとも言うべきものである』と位置づけたところである」。

かくして、この間の政治改革、行政改革、地方分権、規制緩和等の経済構造改革等一連の諸改革の「根底に流れる基本的な考え方を受けつぎ」、「その最後のかなめ」とする位置づけが軸になる以上、司法改革の憲法論的検討は、これら諸改革、とりわけその新自由主義的政策理念についての検討を踏まえてなされなければならない。[1] また、あわせて、これらの改革の中に込められた権力集中的・権威主義的性格と司法改革との内的関連も問われるべきである。とはいえ、ここでは、それらを詳論する余裕はない。これら諸改革についてのおおまかな検討と私の評価は、別途論じているので、それを参照していただくとして、[2] 本稿では、中間報告のなかで展開されている憲法論、すなわち司法改革の基本理念における憲法、司法権のとらえ方を検討し、それらと関係する限りで報告が示す司法制度改革の具体的方策にも言及する。

なお、「年間三〇〇〇人程度の新規法曹の確保を目指す」とする中間報告が「法曹の人的基盤の拡充」策の目玉としている法科大学院構想も、法曹養成制度という面だけでなく、学問の自由、大学の自治という憲法原理に関わる重要な問題を孕んでいる。この問題は、この間の「教育改革」や国立大学の独立行政法人化の動きとも関連するものであり、これらの憲法

論的検討は、別の機会に譲る。(3)

一、「司法制度改革の基本理念」について

（一）中間報告の歴史認識

中間報告は、その「二、今般の司法制度改革の基本的理念と方向」のなかで、明治以降の歴史認識とそれに基づく司法改革の意義づけを次のように述べている。

「民法典の編さんから一〇〇年、憲法制定から五〇年の今この時に当たって、司法に豊かな活力を吹き込むための根本的な制度改革が、行政改革等に続く『この国のかたち』の再構築の一つの支柱として課題設定されたのはなぜであろうか。それは、まさに、近代の幕開け以来、一三〇年にわたってこの国が背負い続けてきた課題、すなわち、法の精神、法の支配がこの国の血肉と化し、『この国のかたち』となるために、一体何をなさなければならないのか、そして、憲法制定から五〇年を経た今、個人の尊重（憲法第一三条）と国民主権（同前文、第一条）が真の意味において実現されるために何が必要とされているのか、これらの根本的課題を我々国民一人ひとりが改めて直視し、それに取り組むことなく、二一世紀社会の展望を開くことが困難であることが痛感されているからにほかならない」。

しかし、統治原理も、法の内容も、それゆえに法の精神も、法の支配の担い手も異なる明治憲法下の体制と日本国憲法の下での体制とをこのようにひとくくりにして課題設定することは、日本国憲法の制定と戦後改革の意義をあいまいにするものである。また、日本国憲法の下で、その基本原理や法の支配の実現を阻んできたものの明確化と正確な把握を困難にする

枠組みといえる。日本国憲法と戦後改革によって成立した「この国のかたち」、すなわち国民主権、平和主義、社会権も含む基本的人権の保障、裁判官の職権の独立と司法権の独立・民主化、行政裁判・国賠を含む司法権と裁判を受ける権利の保障、違憲立法審査制の導入、弁護士の自治と独立の確立などによって構成されているそれに基づく司法のあり方がどのようなものであったのかを「原点」に据えようという問題意識、あるいはそれらの定着・未定着のありよう、その原因等を厳密に検証しようという姿勢、中間報告にはこれらが総じて希薄というほかない。(4)

（二）「個人の尊重と国民主権」の実現という課題設定

前述の引用からもうかがえるように、中間報告は、日本国憲法が示す「この国のかたち」を、「個人の尊重と国民主権」によって表現しようとしている。しかし、これは、憲法が規定する豊かな内容を全体として包括する表現としては、十分とはいえない。もともと、個人の尊重ないし個人の尊厳と国民主権原理とを直截に結びつけるこのような理解は、佐藤幸治審議会会長の「持論」である。そこで、以下では、佐藤会長の個人的著作を分析、検討する中から、このような理解のもつ意味を明らかにしてみたい。参照した文献の主なものは、次の通りである。

①佐藤幸治「個人の尊厳と国民主権」佐藤・中村睦男・野中俊彦編『ファンダメンタル憲法』（有斐閣・一九九四年）、以下佐藤①とする。

②同「権力分立／法治国家」樋口陽一編『講座憲法学五　権力の分立【一】』（日本評論社・一九九四年）、以下佐藤②とする。

③同『憲法』第三版（青林書院・一九九五年）、以下佐藤③とする。

④同「自由の法秩序」佐藤・初宿正典・大石眞編『憲法五〇年の展望Ⅱ　自由と秩序』（有斐閣・一九九八年）、以下佐藤④

とする。

佐藤は、憲法一三条が規定する「幸福追求権」を「各人が〝自己の生の作者である〟ということを内実とする」ととらえ、これを「人格的自律権」と呼ぶ。この人格的自律権は、「自由を基礎としつつもう少し広く自己支配ないし自己決定といったより積極的なものと解すべきもの」とされている。[5] そして、「こうした考え方は、国民主権の意味理解についても当然に関係してくる」[6]とし、「主権が国民に存する」ことの意味を「国民が憲法制定権力の主体であること」ととらえた上で、次のように論じる。「『人格的自律権』の観念を導入する憲法典の定立は、国民各人の自律権が尊重される〝良き社会〟の形成発展という長期的視野に立って国民自らが『自己拘束』なすという意味をもち、憲法典の永続的妥当性の根拠もかかる各人の自律権の尊重・実現の可能性に存する」[7]。「主権すなわち憲法制定権の主体たる国民は、憲法という国政に関する基本的ルールを定立することによって自らを制度化し、定立後はそのルールの持続的承認、意味の確定・拡充、必要があればルールの改正という行為を通じて活動することになる」[8]。このようにして、憲法典の定立は、「国家の自己制限ではなく、憲法制定権力者たる国民の自己制限ということになる」[9]とされる。

このような国民、主権、憲法典の、そしてそれら相互の関連のとらえ方は、次の点で問題を孕んでいるように思われる。

第一に、個々的には人権の主体であると同時に総体として主権の主体とされる「国民」の把握のし方として、「人格的自律権」を基軸にすることの問題性である。近代以降の人権原理の基本に「個人の尊厳」の原理がすえられる（べき）ことは、確かにその通りである。しかし、この「個人の尊厳」原理は、個人の自由、自己支配、自己決定へと収斂していくものとしてではなく、広く社会権等も含めた多様な人権全体を包括する原理としてとらえられるべきものである。個人の尊厳を守り、実現しようとする場合、個人の自由が確保されるだけでは足りず、権利の集団的、協同的行使、権利擁護に向けての共同と連帯が必要とされ、そのなかから「国家からの自由」という枠に収まらない権利（「国家への自由」や「国家による自由」）が生成・発展してくるし、きている。このことに着目するならば、「個人の尊厳」原理は、自由権、社会権、参政権など諸

人権のトータルな保障と行使を通じて貫徹されるものとして把握されるべきであり、主権主体としての「国民」を観念するさいの基礎には、そのような人間像が据えられなければならない。さもなければ、「国民」は、現代において現実に生きる人々の一部のみを範型にして表象しているとのそしりを免れない。「人格的自律権」を基軸に構成された人間像は、今日の経済戦略である規制緩和政策を正当化する際の人間像と親和性をもっているように思われるが、これは、日本国憲法の諸人権規定が総体として想定する人間像とは、かなりの隔たりを有するものと言わねばならない。

第二は、「人格的自律権」にせよ何にせよ人々が人権を有するということと、その総体としての国民が主権を有するということとの「関係」の把握のし方の問題である。佐藤によれば、「自らの生の作者」としての個人が「人格的自律権」という権利を有するということと、「各人の自律的生を可能ならしめる〝物語（narrative）〟の表現としての憲法典」を共有する過去・現在・将来の国民が「憲法制定権力」という意味での主権を有するということとが、アナロジーをもって語られている。[10] この「国民の主権＝憲法制定権力」というとらえ方自体の問題性については後にふれるが、人権主体としての国民と主権主体としての国民のこのような単純な接合、類推には、大いに疑問がある。

「人格的自律権」にせよ他の権利にせよ、個人の人権は、市民社会における人々の生活にその基盤を持ち、その内容や構造は、市民社会の変容に規定されつつ変化・発展する。ある人が人権を有するとか、人権の主体であるという場合は、そこで想定されている権利へのとりわけ国家などによる侵害、その制限に対する禁止的・抗議的意味が当然含まれているが、同時に、市民社会に生活の場をもつ人間として、その権利を用い、これを実体化することで、生活を豊かにし市民社会のあり方そのものを自らの力で変えていく主体としての人間が想定されている。[11] 人間の人権主体性は、かくして市民社会における人々の生活、そこでの要求と正義感情、それに基づく社会関係の形成に実体的根拠をもって成立するものである。（特に「新しい人権」の生成過程などは、そのことを端的に物語る）。

一方、国民が主権の主体であるという場合、状況設定は異なる。私は、とりあえず、次のような多様な次元で、国民は主

権主体としての性格を有していると考える。まず、国民が市民社会内部で、その市民的・政治的権利（表現の自由、知る権利、結社の自由等）を行使して政治的意思の交流、形成を行う次元。これは、市民社会すなわち人権の世界での活動であるが、同時に主権の最も原初的・基底的な行使として見なされうるものである。[12] このことが基盤となって、国民は、請願、代表の選出とその監視（場合によってはその罷免）、あるいは法の定立（現行憲法と実定法の下では、とりあえず憲法改正と地方特別法制定の際の投票に限られているが）など狭義の「参政権」を行使する。憲法学説によって国民主権の「権力的」ないし「実体的」契機として把握されてきたものは、主権者が総体として行為することで一定の法的効果をもつ帰結が生じるこれらの局面においてである（もっとも、上述の活動のどれに主権の発動を見出すかは、学説によって区々であるが）。ただし、これらの場合にも、その内容に着目すれば、国家権力との関係において、①権力機関を創り出す行為、②権力機関に要求を提出しあるいはその担い手の責任を追及する行為、③権力機関の提起に呼応して決定を下す行為など、様々である。以上の市民社会内での活動と権力の創出、権力行使への参加の総体が、主権主体による政治的権利の行使ととらえることができる。[13] ようするに、国民が主権者であるということの意義は、これらからなる多層的、多面的、動態的な形で把握されなければならない。そして、その際の最も基底的かつ根源的な層とは、市民社会の公共圏で展開される人々の政治的実践である。

このことは、主権主体とされる国民には、社会科学的な意味においては、なお権力の実体は帰属していない、という事実への着目が必要であることを意味する。国民の主権主体性を論じることの意味は、現実には権力の帰属主体ではない国民になお権力が帰属すべきであるという規範的要請をどのように、またどこまで構成しうるかということにある。[14] 憲法による国民の主権主体性規定の性格がこのようなものであるとすれば、それは、人権の主体を論ずる場合のそれとは、単純なアナロジーを許すものではないことが、了解されよう。自己の「物語」の作者としての憲法制定権者という国民の主権主体性の把握は、このアナロジーを通して、法的に主権主体とされるものと現実の権力機関とそれを掌握するものとの他者性について

の認識を希薄化させるものといえる。

第三は、「主権＝憲法制定権力」論の問題性である。

まず、前記のように多面的な性格をもち、多様な形で権力機関と関係をもって発現する国民の主権ないし主権者性を、憲法制定権者という性格に限局して見出すことは、狭すぎると言わねばならない。もっとも、佐藤は、「今日国民主権は単一の次元においてのみ捉えるべきではなく、複数の次元を包摂する全体像において把握されるべきものと思われる。すなわち、国民主権には、大別して、憲法を定立し統治の正当性を根拠づけるという側面と、実定憲法の存在を前提としてその憲法上の構成原理としての側面とがあり、後者はさらに、国家の統治制度の民主化に関する側面と公開討論の場（forum）の確保に関する側面とを包含するものと解すべきである」とも述べている[15]ので、これらの記述の限りでは、国民は、憲法制定や改正の局面だけでなく、日常的な政治監視の過程で主権者性を発揮するものと想定されているかのようである。しかし、佐藤は、「統治制度の民主化の要請」に基づいて組織される有権者団としての国民の意思、その意思に基づいて組織される国家機関の意思は、「憲法制定権力者としての国民意思そのものではないのであって、絶対性を主張することはできない」とする。あるいは、「公開討論の場の確保の要請」から導かれる「集会・結社の自由、いわゆる『知る権利』を包摂する表現の自由」を手段として形成される「世論」も、「憲法制定権力者としての国民の意思そのものと目されるべきでない」とする[16]。憲法改正の際の国民投票によって示された有権者団の意思と、選挙の際の有権者団の意思、あるいは世論などでは、その法的効果からしてもともと異なるのであるから、このようにことさらに区別することに、どのような意味が込められているのであろうか。その趣旨は、必ずしも明確ではないが、国民の日常的な政治活動、政治参加を主権者としての活動それ自体とはとらえないことで、先述の主権の多次元的把握の意義はかえって減殺されてしまっているように思われる。

次に、国民が「主権＝憲法制定権力」者であるということの実体的意味についてである。佐藤は、「主権すなわち憲法制定権の主体たる国民は、憲法という国政に関する基本的ルールを定立することによって自らを制度化し、定立後はそのルー

ルの持続的承認、意味の確定・拡充、必要があればルールの改正という行為を通じて活動する」[17]としている。ただし、かかる意味での主権＝憲法制定権力の主体としての国民は、佐藤によれば、次のように理解されている。「国民主権は、まず、主権という属性をもった国家の統治のあり方の根源にかかわる憲法を制定しかつ支える権力ないし権威が国民にあることを意味する。この場合の国民は、憲法を制定した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民をも包摂した統一体としての国民である。したがって、この場合の国民は、基本的には、それ自体として国家の具体的な意思決定を行いうる存在ではない。換言すれば、雑然とした国民の全体を一つの観念で把握し、そこに一つの意思があると想定し（あるいはこれを一般意思と呼んでもよい）、その意思に国家の合法性の体系を成立せしめる窮極の正当性の根拠をみるのである」[18]。このような理解からすれば、佐藤によって「憲法という国政に関する基本的ルールを定立することによって自らを制度化し、定立後はそのルールの持続的承認、意味の確定・拡充、必要があればルールの改正という行為を通じて活動する」とされる国民は、「活動する」というその表現のニュアンスとは裏腹に、観念的に把握された存在であって、政治的実体をともなう活動的主体としては想定されてはいないようである。しかし、そうだとすれば、一方で、「憲法を制定した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民をも包摂した統一体」というすぐれて抽象的なものとされながら、他方で、憲法改正という局面においては「有権者団」という政治的実体をもって国民が把握されることの整合性が問われなければならない[19]。

二、「公共性の空間」と司法

中間報告は、「司法に期待される役割」のなかで、「『公共性の空間』の再構築と司法の役割」について語っている。ここでは、「公共性の空間」で何がイメージされているのか、司法によるその再構築とは何のことなのかが、問われなければな

らない。

（一）政治部門の「公共性」のとらえ方

司法による「公共性の空間」の再構築を論ずる前提として、中間報告が政治部門の「公共性」をどのようにとらえているかが、問題となる。報告は、政治部門と司法を次のように対比して述べる。

「国会と内閣は、国民の政治的統合を図りつつ、国民の政治的支持を背景に内外の諸課題に積極果敢に取り組み、法律の定立・執行をなすことを期待される（かかる意味において国会・内閣は「政治部門」と呼ばれる。）のに対し、裁判所（「司法部門」）は、そこに持ち込まれる具体的事件（争訟）を契機に、法の正しい解釈適用を通じて当該事件（争訟）を適正に解決し、もって法の維持・形成を図ることを期待される受動的存在であるという違いがある」。

「政治部門にあっては、多数決原理を背景に政策をまとめ、最終的に法律という形で将来に向って規範を定立し執行をすることを通じて秩序形成を図ろうとするのに対し、司法部門にあっては、具体的事件（争訟）の提起を受けて、当事者の主張に最大限配慮しつつ、当該具体的事実関係と法原理に基づきこれを適正に解決することを通じて秩序・形成を図ろうとするところに特徴がある」。

ここで描かれている政治部門は、それが市民社会のなかに多元的に存在する民意を選挙を通じて政治に反映させるという面が軽視されているように思われる。また、「国民の政治的統合」を図り、多数の支持を背景に政策課題を遂行していくという言い方は、政治の世界における多数決原理を過度に強調しすぎているように思われる。この間の「政治改革」・「行政改革」、すなわち衆議院・参議院の選挙制度改革、国会改革（「国会審議の活性化および政治主導の政策決定システムの確立に関する法律」の制定）、内閣総理大臣と内閣の指導性の強化を唱った内閣法改正と中央省庁再編などは、こうした多数意思

を背景にした与党＝内閣による政策の迅速な遂行を謳い文句にして行われたが、これらの結果として実際に現れている事態は、選挙における民意反映の歪みの拡大、与党による強引な国会運営（それは特に与野党の合意形成の努力を軽視しての選挙制度の改定という場面で現れた）、国会審議の形骸化と内閣に対する統制機能の低下（導入された「党首討論」の時間―クェスチョン・タイム―などは審議の活性化と国民への明確な争点提示にはほど遠い）などであり、政治部門における民主主義の実現、とりわけ国民による政治のコントロールは、大いに損なわれている。

また、「多数決原理を背景に政策をまとめ、最終的に法律という形で将来に向って規範を定立し執行をすることを通じて秩序形成を図」るという政治部門のとらえ方によれば、法の定立は端的に政策の実現であるということになり、人権保障を前提とする正義の具体化という要素が立法から抜け落ちることになる。「法の政策化」が、社会科学的な認識の問題としてではなく、立法活動を支える理念として語られているのである。前述のように中間報告は、そのような政治部門との対比で、司法部門に「法の正しい解釈適用」を通じて「法の維持・形成」が期待されると位置づけるが、しかし、そもそも「法の支配」の理念は、政治部門が活動する場面でも、それらが人権と民主主義の理念の具体化となるよう尊重されなければならない。さもなければ、政治部門は、人権制限的立法の歯止めとなる内在的契機を失うことになる。中間報告からは、人権保障をことさらに司法部門の役割とする理解がそこここに滲み出ているが[20]、裁判の根拠となる法律自体が人権原理に背離するものとなれば、裁判における人権保障や「法の支配」の実現が、どうして期待できるであろうか。

例えば、中間報告は、「自律的個人を基礎とする社会にあっては、不透明な行政的事前規制が廃され、個人や企業等の活動の自由が拡大し、個人や企業等はより主体的、積極的にその社会経済的生活関係を形成していくことが期待されることになるが、その前提として必要なのは、予測可能で透明性が高く公正なルールの設定、ルール違反に対する適切なチェック、それによって害を被った者に対する適切な救済である」と述べる。しかし、個人と企業、あるいは大企業と個人事業者が法的に対峙する場合と、その時の力関係の違いを直視しなければならない。ところが、現実の力関係の違う個人と企業、とり

わけ大企業との法的争いが、「法の下においてはいかなる者も平等、対等であるという法の支配の理念」に基づいて判断され、その結果、弱者に不利な結果がもたらされても、それは司法が「すべての国民を平等・対等の地位に置き、公平な第三者が適正な手続を経て公正かつ透明な法的ルール、原理に基づいて判断を示」した結果なのであって、「法の支配」の名において甘受せよとされる。報告のいう「自律的個人を基礎とする社会」とは、そういう社会なのである。企業とりわけ大企業による優越的地位を利用した不公正な行為を規制する法と法理が規制緩和によって解除されてしまった後の、「法の支配」とは権利救済の上で大きな限界を課せられることになる。(21)

（二）司法の「公共性」について

それでは、中間報告は、司法の「公共性」については、どのような意味においてとらえているのであろうか。前述のような「『活力』があり『行き過ぎ』もありうる政治部門」というとらえ方や規制緩和の推進を前提にして、それらとの関係において構想しようとするならば、司法の「公共性」とは、本来、政治部門の活動から国民の権利を守ることや、「個人や企業の活動の自由」による弊害からの権利の擁護にあるといわねばならないだろう。そして、その目的を達するためには、司法には、「自由」の実質的保障や「公正」ないし「平等」の確保といった理念がむしろ必要とされよう。(22) しかし、報告における司法の公共性は、そのようなものとしてはとらえられていない。報告がいう「法の支配の理念」とは、前述のように「法の下においてはいかなる者も平等、対等である」という形式的なものにとどまっている。

報告によれば、司法が、政治部門と並んで、「公共性の空間」を支える柱となるのは、次のことによるものとされている。

「国民の権利、自由の主張は、単なる私的利益に係るものとだけ受け止められるべきではない。裁判過程などにおいて適正な権利、自由の主張がなされ、違法行為の是正や権利救済が図られることは、それ自体が公共的価値の実現という側面を

有する。また、公正な手続の下での適正かつ迅速な刑罰権の実現を通じて、ルール違反行為に対して的確な対処がなされるということが、自由かつ公正な社会を維持していく上で不可欠であることは、論をまたない」。

婉曲な言い回しで、国民の権利、自由の実現がストレートに司法における公共性だとする表現は避けられている。また、刑事裁判における公共性は、究極的には「刑罰権の実現」、「自由かつ公正な社会」すなわち秩序の「維持」にあるとされている。このように、司法における「公共性」は、市民社会の権利要求を受け止めて正義の実現を果たすことよりも、国家的な見地からする「秩序の形成」と関わって語られているのである。

中間報告のなかの「国民の期待に応える刑事司法の在り方」において展開されている刑事司法の改革構想では、刑事裁判の迅速化、裁判所の訴訟指揮権の実効性確保、公判の充実・迅速化が強調されている。そのためには、「訴訟当事者（検察官、弁護士）と裁判所が、基本的な信頼関係の下に、互いに協力し支え合っていく姿勢を持つことが不可欠の前提であ」ると語られ、「第一審の審理期間や公判期日の開廷間隔の法定化」も（「その実効性に対する疑問や被告人側の防御権への影響についての懸念」もあるとの留保がつけられながらも）、「検討」するとされている。また、「公的費用による被疑者弁護制度」についても、「弁護人の援助を受ける権利を実効的に担保する」として、その導入の方向で検討するとしているが、「運営主体やその組織構成、運営主体に対する監督などの検討に当たっては、公的資金を投入するにふさわしいものとする」として、この制度の弁護士会による管理の否定と「公営化」が目指されている。総じて、刑事司法の領域では、裁判の迅速化[23]によって被告人の防御権が制限され、弁護活動の制限によって被疑者・被告人の弁護人の援助を受ける権利がむしろ縮小するおそれがある。

他方、政治部門の活動から国民の権利を守ることを使命とする司法は、違憲立法審査や行政事件訴訟による立法・行政へのチェック機能を高めなければならない。しかし、この点への配慮は、審議会での審議においては、なお十分とは言えない。中間報告は、「裁判所は、統治構造の中で三権の一翼を担い、司法権の行使を通じて、抑制・均衡の統治体系を維持し、国

民の権利自由を保障するという重要な役割を持っている。行政訴訟制度や違憲立法審査制度の在り方について、従来、様々な議論がなされてきたところであるが、二一世紀に向けて『この国のかたち』の再構築を図る中で、行政・立法に対する司法のチェック機能を充実する方策について検討する課題が残されている」と述べる。行政訴訟については、最終報告までに検討がなされるようであるが、他の検討課題と比較すれば、その扱いは格段に低い。違憲立法審査制については、その「不活性」について問題とする気配すらない。これらの面でも、報告は、司法の公共性を権利保障に求める志向が弱いといわざるをえない。

三、司法と国民

中間報告は、司法と国民の関係をどのように把握しているであろうか。

（一）司法と国民を隔てるもの

報告は、「国民主権の下にあっては、すべての国家作用は国民の意思に基づいて行われる理であり、裁判所も、権力分立の一翼を担い、国民主権の実現のための一環としての性格を持っている」と述べる。しかし、ここからは、司法がどのような意味で国民の意思に基づいて行われるのか判然としない。後に見るように、報告は、国民主権原理と国民の司法参加を（「関連」はするが）「区別」できるものとしている節がある。このような観点から、何故に、裁判という国家作用が「国民の意思に基づいて行われる理」が導かれるのか、理解に苦しむところがある。

報告は一方で次のように述べる。「政治部門の場合は、国民の直接的な権限の付託に基づく強い民主的正当性を背景に活動するのに対し、司法部門の場合は、国民からの権限の付託はより間接的であり、むしろ、裁判官の職権行使の独立、司法府の独立の意義が重視される」。選任や解任の方法とそこでの民主的コントロールの度合いの違いを「権限の付託」の直接性・間接性と同定することが適切か否か問題は残るが、政治部門としての議会と内閣が対国民、対議会「責任」（その意味での民意への「従属」）の概念を軸として成立しているのと異なり、司法部門が、「裁判官の職権行使の独立、司法府の独立」を原理としているのは、その通りである。しかし、そのような司法部門が、なお「国民主権の実現のための一環」たりうるのは、何故にであろうか。それは、司法部門の内部において法律家が独立した存在として遇され、その組織が構成員の民主的な自治によって担われることによって、法律家が市民の要求を語る口となる条件が形成され、それを前提として司法過程が市民社会の権利要求を直接に受け止めて法＝正義に基づいて活動することによってである。そのためには、司法部内の人事権を梃子にした官僚的統制は排斥されなければならないし、裁判官や弁護士の内部における自治が確立していなければならない。

ところが、中間報告は、現在の司法の問題点の最大のものが裁判官に対する官僚的統制にあることについては、一切ふれようとしない。[24] それどころが、中間報告の原案にはあった「裁判官制度の改革」の項目冒頭における次のような下りを一部の委員の強硬な反対によって削除したりしている。[25]

「現行の裁判官制度に関しては、判事の給源が、司法修習を終えた直後に任命され、裁判所組織内部で言わば『純粋培養』される判事補に事実上一本化されていることを主たる原因として、裁判官の社会的経験や人間的成熟の不足、閉鎖性、社会常識にそぐわない形式論理的判断によって裁判が行われているのではないかなどの問題点を指摘する意見が見られる。また、同時に、裁判官の任命について、その候補者の指名に至る過程が不透明で、国民の意思を反映し得るものとなっていないことから、司法の国民的基盤の脆弱化を招く要因の一つとなっているのではないかとの問題点や、裁判官の人事制度について、

その基準や手続が透明性や客観性に乏しく、裁判所組織内部に官僚的な裁判官の階層制や序列が生じていること、あるいは、人事評価、昇給、異動等の人事管理などが原因となって、裁判官の萎縮を招き、その十分な独立が保たれていないのではないかとの問題点を指摘する意見も見られる[26]」。

この部分は、結局、報告からは、現行の判事補制度を中心とするいわゆるキャリアシステムの長所を指摘する意見があったという指摘といっしょに削除されているが、これによって、現在の司法の問題点が広く国民に知らされることが妨げられたと言えよう。こうした「意見」についてどう見るかという点を国民に提起する役割を、審議会は本来負っていたはずである。また、報告には、弁護士自治の制限につながりかねない指摘も散見され、今後の審議の中でどのような提起がなされてくるか、注視しなければならない。

（二）国民の司法参加

中間報告において現行の裁判所と裁判官制度の問題状況への検討視座が弱いという点は、報告が「人的基盤の拡充」、「制度的基盤の整備」と並ぶ司法制度改革の三つ目の柱とする「国民的基盤の確立」のとらえ方にも如実に現れている。報告は、国民の司法参加拡充の必要性について次のように述べる。

「二一世紀の我が国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う国家への過度の依存体質から脱却し、自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められており、国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、『公』を担う国民が、自律性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加（関与）できるよう司法参加を拡充する必要がある」。

ここでは、国民の統治客体意識、国家への依存体質からの脱却は、その司法参加の目的であると同時に条件とされている。

しかし、このような国民の司法参加の意義づけは、狭くかつ権威主義的と言わざるを得ない。国民の司法参加拡充の中核をなすと思われる陪審制についてみても、その導入の意義は、一般に例えば「①国民主権原理の徹底、②司法の権力性に対する対抗装置、③形骸化している刑事裁判の改善、④冤罪・誤判の防止、⑤行政・国賠・労働事件の閉塞状況の打開、⑥司法の国民的基盤の確保、⑦裁判への市民常識の導入、⑧市民教育」[27]などという具合に多様に語られている。このこととの対比で見ると、報告における国民の司法参加の意義は、裁判の改善よりも、先のような意味での国民の「改造」に重点がある。また、「国民の意識が変わらなければ導入できない」という含みの、読みようによっては導入消極論ともとれる論理がそこでは展開されているのである。

実は、このような「国民の司法参加」の位置づけの伏線は、中間報告の原案と定稿の対比から読みとることができる。

「現在、我が国では、司法の中核をなす訴訟手続そのものへの参加はかなり限定的であり、『論点整理』において、『司法を国民により身近で開かれたものとし、また司法に国民の多元的な価値観や専門知識を取り入れるべく、欧米諸国で採用されているような陪審・参審制度などについても、その歴史的・文化的な背景事情や制度的・実際的な諸条件に留意しつつ、導入の当否を検討すべきである』と指摘したところである。

そもそも、司法は、独立の保障の下に、法に従い、多数意見に基づいて行われる立法・行政をチェックし、国民の権利・自由を保護するという機能を有しており、政治部門とは、民意によるコントロールという点において、やや趣を異にする。したがって、憲法が採用する国民主権の原理から直ちに国民の司法権行使（訴訟手続）への参加が導かれるわけではない。

しかし、[裁判の過程が、より国民に開かれたものとなり→国家への過度の依存体質から脱却し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められる国民が、裁判の過程に参加（関与）し]、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されることに[なれば→なることによって]、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤（民主的正統性）を得ることができるようになるのであり、このような意味において、訴訟手続への国民参加は国民主権の

原理と関連する。『論点整理』が、司法を国民により身近で開かれたものとし、また司法に国民の多元的な価値観や専門知識を取り入れるべく、陪審・参審制度などについて導入の当否を検討すべきであるとしているのは、このような趣旨に［基づく→よる］ものである」。

（傍線部は、定稿で削除された部分。［　］内は、定稿における原案からの修正箇所）

このように、中間報告の原案では、国民の司法参加は、国民主権原理から「直接導かれるわけではない」としつつ「関連する」としていた。傍線部は、陪審制導入論に押されて削除されたようであるが、残された「訴訟手続への国民参加」と「国民主権の原理」が「関連する」という表現は、もともとは、この「直接導かれるわけではない」という論理との対応関係の中に置かれていたことに留意しなければならない。また、国民の参加は、裁判の権力性への対抗、統制という観点からではなく、「多元的な価値観や専門知識」を取り入れる点に主眼がおかれて論じられている。今後の議論の展開次第では、陪審制にたいする消極論が強くなる可能性があることに注意すべきである。(28)

おわりに

以上、審議会の「中間報告」で語られている憲法論は、その人権概念の狭さ、国民主権概念の抽象性とその権力的視座からの構成、司法の公共性の形式的理解と権力的「秩序」的発想からの把握、司法を国民から遠ざけている最大の原因としての司法官僚制という問題把握の欠如、司法への国民参加の基礎づけの不明確さと裁判のコントロールという視点の弱さなどの点で、日本の司法の現状を憲法の原理を実現する方向で真に改革する上での基礎づけとはなりえないものと思われる。それどころか、政治改革や行政改革、規制緩和等の経済構造改革など一連の反憲法的「改革」の「最後のかなめ」として、よ

り大きな「改革」（＝憲法改革）の呼び水になることすら想定される。[29] 七月に予定されている「最終報告」とそれと前後するであろう司法制度改革の具体的な方策の策定が、上記の点を克服して憲法原理に立ち返ったものとなりうるかどうかは、日本国憲法の原理そのものの行く末をも左右する重要な争点である。

（1）中間報告が次のように述べるあたりは、新自由主義の時代把握をベースにしていることが、濃厚に見てとれる。

「我々日本国民は、新しい憲法下の統治構造と法制度を背景に、比類のない飛躍的経済発展を遂げ、国際社会において経済大国として確固たる地位を占めるに至ったが、二〇世紀を終わろうとしている今、膨大な財政赤字と経済的諸困難を抱え、ある種の社会的閉塞感にさいなまれているように思われる。こうした状況を将来した原因については、様々な見方があり得るであろう。しかしながら、憲法のよって立つ個人の尊重と国民主権の趣旨が必ずしも徹底せず、むしろ従前の統治客体意識と横並び的、集団主義的意識を背景に国家（行政）に過度に依存しがちな体質が持続する中で、様々な国家規制や因習が社会を覆い、社会が著しく画一化、固定化してしまったこと、そして、いわゆる各省割拠主義的な行政体制が持続する中で、内外の時代環境の変容に対応する柔軟かつ力強い国政の運用が阻害されてきたことに主要な原因があることは否定しがたいであろう」。

かかる現状認識は、小渕元首相の私的諮問機関、経済戦略会議の答申「日本経済再生への戦略」（一九九九年二月二六日）のそれとうり二つである。例えば、同答申は、次のように述べる。「規制、保護や横並び体質、護送船団方式に象徴される過度に平等・公平を重んじる日本型社会システムが公的部門の肥大化・非効率化や資源配分の歪みをもたらしている」（日刊工業新聞特別取材班編『経済戦略会議報告　樋口レポート』（日刊工業新聞社・一九九九年）二〇八頁）。日本の戦後を「過度に平等・公平」な社会と描き出すこのような議論についても、別途検討が必要とされる。新自由主義戦略のなかでの司法改革の位置づけについては、以下参照、小田中聰樹『人身の自由の存在構造』（信山社・一九九九年）三三八頁以下、久保田穣「市場経済推進の司法改革の問題性」法律時

報七二巻一号（二〇〇〇年一月）、渡辺治「新自由主義戦略としての司法改革・大学改革」法律時報七二巻一二号（二〇〇〇年一一月）。

（2）小沢隆一『現代日本の法―「改革」を問う』（法律文化社・二〇〇〇年）参照。

（3）とりあえず以下参照、小沢前掲書一二〇頁以下、同「大学・法学教育から見たロースクールの問題」法と民主主義三四二号（一九九九年一〇月）、立山紘毅「大学自治の憲法論・再論」法の科学二九号（二〇〇〇年）、青木宏治「大学の危機論と教育改革・大学自治」同上、「特集　現代日本社会と大学・司法改革の展望」法律時報七二巻一二号。

（4）この点は、一九九九年一二月二一日の第九回審議会で策定された「司法制度改革に向けて―論点整理」から一貫して引き継がれた問題点である。これについては、以下参照、小田中聰樹「司法制度審議会の思想と論理―『論点整理』についての批判的覚書―」梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集（編集代表浅田和茂他）『刑事・少年司法の再生』（現代人文社・二〇〇〇年）。なお、以下も参照、今関源成「『法の支配』と憲法学」法律時報七三巻一号（二〇〇一年一月）二八頁。

（5）佐藤①七頁参照。

（6）同上。

（7）同上一〇頁。

（8）同上一一頁。同旨、佐藤④五九―六〇頁参照。

（9）佐藤②三〇頁。

（10）佐藤①一一頁。

（11）奥平康弘が、「『人権』論は、超実定法的あるいは実定法挑戦的な性格の強い、その意味では政治要求的、イデオロギー的な風味をともなう観念であると言えよう。……けれども、このように解したからといって、『人権』と実定法の関係が断ち切れるわけではない。『人権』論は、実定法の足らざる部分を衝き、実定法を豊富にし活性化する効果をもつ。『人権』論は、実定法と一種独特な緊

張関係を保ちつつ、これに対してある種の影響を与えるところに意味がある」（奥平『憲法Ⅲ　憲法が保障する権利』（有斐閣・一九九三年）二〇頁）という場合、市民社会における人権とその観念の意味や機能への着眼がなされているといえる。また、市民社会と人権、私法秩序と憲法をめぐっては、以下が興味深い論点を提示する。星野英一・樋口陽一「特別対談　社会の基本法と国家の基本法」ジュリスト二九二号（二〇〇一年一月）。

(12) 浦部法穂は次のように述べる。「主権者としての国民の意思は、選挙や国民投票といったものによってのみ表されるものではなく、むしろ、より直接的には、種々の表現行為（集団行動を含む）として表明されるものである。この点をぬきにして『国民主権』の権力的契機を語るのは、適切とは思われない」浦部『全訂　憲法学教室』（日本評論社・二〇〇〇年）四七六頁。また、樋口陽一の次のような指摘も重要である。「いま、女性や未成年を排除することができないときに＜peuple＞は、文字通りの意味で国民『みんな』と理解するのが、私の立場である。『人民』の範囲をつまるところ投票権者に―それをできるだけ拡大するにしても―限定するか、『みんな』にまで広げるかは、投票権の行使を典型とする制度論のレベルにはのぼってこない『民衆』の統治への影響力を『主権』の名において主張できる範囲を、どこまで広げるか、という意味を持つだろう（たとえば、選挙権者以外のものの集団街頭行進を、『主権者の意思表示』としてとらえることができるかどうか）」（樋口『憲法Ⅰ』（青林書院・一九九八年）八二―三頁）。なお、次も参照、毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口編『講座憲法学1　憲法と憲法学』（日本評論社・一九九五年）。

(13) 森英樹は次のように述べる。「政治的権利を、政治社会とその公権力の編成・運用・改廃の全過程を担う『市民』の権利と解すると（私の理解によれば、かかる「権利」は、国民の主権ないしは主権的権利である―引用者挿入）、その中には、①選挙権、②被選挙権ないし公務就任権、③請願権、④政治的表現の自由、⑤国家賠償請求権が含まれるとともに、日本国憲法には規定されていないが、近代憲法理念上の窮極の権利たる『抵抗権』も接点をもつことになる」浦部法穂・大久保史郎・森『現代憲法講義1［講義編］』第二版（法律文化社・一九九七年）二一二―三頁。

(14) 影山日出弥『憲法の基礎理論』（勁草書房・一九七五年）一三五頁、和田進『国民代表原理と選挙制度』（法律文化社・一九九五年）

一八頁、参照。

(15) 佐藤③九八－九頁。

(16) 佐藤③一〇〇－一〇一頁参照。

(17) 佐藤①一一頁。

(18) 佐藤③九九頁。

(19) 憲法改正案への投票の際の有権者団としての国民、選挙の際の国民、その基本的人権を行使しつつ「公論」を形成する国民は、国民主権原理もとで統一的に把握されるべきものである。憲法制定権力を軸にしながら現実には権力作用の一部である憲法改正を包摂して国民主権概念を構成し、憲法改正の局面において国民の主権者性が最も顕著に発現すると論ずるのは、国民主権論の権力の側からする再構成といえるのではないか。なお、以下参照、小沢「『国家改造』と『司法改革』の憲法論」法律時報七二巻一号（二〇〇〇年一月）。

(20) 例えば、報告は、「活力のある政治部門の行き過ぎを是正する上で、人権保障を核とする憲法を頂点とする法秩序の維持、貫徹に直接的責任を負う司法（法曹）の役割が一層大きくなる」と述べるが、「人権保障を核とする憲法を頂点とする法秩序の維持、貫徹」は、すべての国家権力の義務であり、政治部門なら「活力」による「行き過ぎ」で踏み越えることがあるのだ、ととらえること自体が、人権保障と憲法遵守の意義を軽視するものである。

(21) このことは、市民の権利擁護的法律の解体を促す「規制緩和」の推進と一体のものとしての司法改革が「法の支配の実現」を理念として掲げていることの根本的な問題性である。この点については、以下参照、本間重紀「統治戦略の新たな段階と対抗軸－競争社会と『司法改革』」法と民主主義三三九号（一九九九年五月）、平田和一「『司法改革』と行政訴訟」法律時報七二巻一号、渡辺治前掲論文。

(22) 企業の経済活動の自由を拡大する規制緩和型立法が政治的多数の意思によって生み出されてくる状況を想定する以上、司法の役割

はこの点にこそ求められてしかるべきである。ところが、中間報告や「論点整理」で述べられている「法の支配」論は、この点への配慮を示さない。司法の意義については、次の点の確認から出発すべきである。「法＝権利＝正義は三位一体のものであり、その実現が、司法の基本的任務である。そうであるとするならば、司法固有の存在理由は、市場の経済法則を公的に制御することにこそある。なぜならば市場経済の原理は、社会的強者の競争原理であるのに対し、法とか権利（人権）は、本来的に競争社会のぎせい者である社会的弱者のためのものであるからである。……多数決支配の欠陥を是正するのが、立法・行政と異なる司法の存在意義である。それゆえ、司法がマイナーの人たちやその社会集団の権利、さらに根本的には諸個人の権利・利益を保証することが司法固有の役割りなのである」渡辺洋三・江藤价泰・小田中聰樹『日本の裁判』（岩波書店・一九九五年）二九〇－一頁（渡辺執筆部分）。

(23) 刑事裁判の迅速化に関わっては、刑事手続における人権保障の意義を没却する筋違いの「国民の信頼」を持ち出して、それを主張している点が問題とされなければならない。中間報告は、次のように述べる。「刑事裁判の実情を見ると、通常の事件についてはおおむね迅速に審理がなされているものの、国民が注目する特異重大な事件にあっては、第一審の審理だけでも相当の長期間を要するものが珍しくなく、こうした刑事裁判の遅延は国民の刑事司法全体に対する信頼を傷つける一因となっていることから、刑事裁判の充実・迅速化を図るための方策を検討すべきである」。しかし、事件と被害者の数が多く事案自体も複雑な「特異重大な事件」の裁判の促進を「国民の注目」のゆえに正当化すること、そしてそれを刑事裁判全体の迅速化に結びつけることは、何重にも論理が飛躍しており、刑事手続における人権保障の意義を踏まえないものといわざるを得ない。反人権的「民意」の要請を理由に裁判官の独立や裁判における人権保障を枠づけようとする論理構造は、一九七〇年前後の「司法の危機」を創り出した最高裁のそれと同じであるが、また近年の刑事法制改革では、その点の強調が顕著である。これについては、以下参照、小沢『現代日本の法』七五頁以下。

(24) 報告は、現在の日本の司法の問題を、①「行政中心、中央の『官』中心」の政治・社会、②「日本の国民になお色濃く残る統治客

体意識」、③司法を支える法曹とりわけ弁護士の総数の少なさ、④法曹の協調的連携の不十分さ、⑤司法制度全体が国民にとって分かりにくく利用しやすいものでなかったこと、として挙げている。ここからわかるように、報告は、現行司法制度の問題状況を、あげて、国民の側の態度・意識、弁護士のあり方に求めており、司法部内（裁判官、検察官）の官僚制の弊害として把握する意識が欠如している。

(25) 静岡新聞二〇〇〇年一一月一四日付「司法制度改革審　中間報告案二三〇カ所修正　裁判官の問題点は一ページ削除　委員から手直し要求」参照。

(26) この問題を指摘する最近のものとして以下参照、日本裁判官ネットワーク『裁判官は訴える！私たちの大疑問』（講談社・一九九九年）、小林克美「裾野から見た裁判官人事の問題点」月刊司法改革一〇号（二〇〇〇年七月）四一ページ以下。

(27) 常本照樹「司法権―権力性と国民参加」公法研究五七号（一九九五年）七一―二頁。なお、以下も参照、棟居快行「陪審制の憲法問題―司法権の独立を中心として」成城法学六一号（二〇〇〇年）。

(28) 中間報告は、とりあえず、「陪審・参審制度にも見られるように、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、訴訟手続において裁判内容の決定に主体的、実質的に関与していくことは、司法をより身近で開かれたものとし、裁判内容に社会常識を反映させて、司法に対する信頼を確保するなどの見地からも、必要であると考える」という点について「合意」したとされているが、結論としては、「今後、欧米諸国の陪審・参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国の制度にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」としており、どのような帰結になるか不分明なまとめになっている。

(29) 芹川洋一『憲法改革』（日本経済新聞社・二〇〇〇年）参照。