HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法の使命と役割・学説の使命と役割
Author(s)	藤田, 宙靖
Citation	北大法学論集, 65(6), 81-106
Issue Date	2015-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/58383
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no6_08.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

講　演

司法の使命と役割・学説の使命と役割

藤田宙靖

Ⅰ　始めに

本日は、北海道大学の皆様にこのような形でお話しできる機会を与えて頂きまして、真に有難うございます。今回の

講演につきましては、この六月に亘理格教授と仙台でお会いする機会がありました時に、教授から、「前々から、最高裁退官後に是非一度札幌に来て話をして頂きたいと考えていた」として、御依頼を受けたものでありますが、その際御希望になった講演テーマが「司法権の使命と役割」というもので、後に更に「学説の使命と役割」という部分が付け足されることになりました。ただ、私自身としましては、退官後既に四年半を過ぎ、その間、こういった関連の話は、もう甚だ多くの機会にして来ましたし、また、それらが、私自身の著書『最高裁回想録』を始めとして、いくつかの文献上において既に公表されていますので【同著の他、それ以後の文献として参照、藤田「裁判とは何か?――最高裁の場合を中心として――」日本臨床麻酔学会誌 Vol.33No.7（2013）、藤田「最高裁判例とは何か」横浜法学二二巻三号、藤田「法解釈学説と最高裁の判断形成」東北ローレビュー Vol.1 等。また、インタビュー「藤田宙靖先生と最高裁」法学教室四〇〇－四〇二号、をも参照されたい】いわばいささか手垢の着いた感を免れないテーマとなってしまっております。従って、実は、正直言って「今更なあ！」という思いが強かったのですが、これを機会に私の考えを更に深めて見ようというようにも考えまして、結局は、こうして本日こちらに罷り来ることと相成りました。とは申しましても、上記のテーマについて、これまで発言して来たことと違う内容の話を準備するだけの能力も余裕もありませんので、本日は、今まで発言して来ましたことに若干の補足を加えながら、ともかくも一時間強の時間を使って、一通りのお話をさせて頂きたいと思います。それで物足りないとお感じになられた向きにつきましては、その後に、かなり余裕を持って質疑応答の時間が設けられているようですので、その際に、現在の私にできる限りの対応はさせて頂きたいと思います。

では、本論に入ります。

Ⅱ　「司法（権）の使命と役割」

一．さてまず、第一のテーマ「司法の使命と役割」ですが、本日これからお話ししますのは、いうまでもなく、専ら、我が国現行法上の司法の問題であって、「およそ司法とは何か」と言った、国家哲学ないし国家学的なお話をしようとするものではありません。また、アメリカ連邦最高裁判所やドイツの連邦憲法裁判所、果てはフランスのコンセイユ・デタ、等に関する話でもありません。日本国憲法は、「すべて司法権は、最高裁判所およ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」と定めていますが（七六条一項）、私が本日取り上げる「司法」ないし「司法権」とは、こうして現行法上最高裁判所を代表とする我が国の裁判所に委ねられた司法権のことであります。従って、本日のテーマは、あるいは「我が国現行法上の裁判所の使命と役割」と言い換えることもできましょう。

私はこれまで、我が国現行の裁判所の役割について見る限り、それは、あくまでも「当事者からの訴えの提起に基づき、当事者の主張する範囲内の事実を前提として、個別的事件における紛争の解決をするところにある」ということを繰り返し申して来ました（先に挙げた諸文献をご覧下さい）、そして、裁判とは何かということについての、このような理解自体は、一般に広く認められたこととして前提して良いと思います。尤も、この「個別的事件における紛争の解決」ということについては、いやしくも近代法治国家を名乗る我が国憲法の下で、国家権力がただ力任せに解決すれば良いということではないのであって、「法による解決」でなければならないというのは当然のことであります【例えば、最高裁で同僚としてご一緒した泉徳治氏は、〝「司法の役割」を一口で言えば、個別の具体的な法律上の紛争（事件）について、正義（法）に適った解決策を提供すること〟であると述べておられます。参照、泉徳治『私の最高裁判所論――憲法の求める司法の役割』（日本評論社二〇一三年）はしがきⅲ－Ⅴ頁】。ここでは、「裁判とは何か」という問についての以上のような考え方のことを、仮に「通念としての裁判」と呼ぶこととしましょう。その内容について、ここで詳細を繰り返すことは致しませんが、それは、基本的に以下のようなことを含んでいます。

(ア)　裁判はまず、「紛争の解決」を究極の目的とするのであって、そこでは「真実の発見」そのものが目的とされるのではありません。裁判は当事者の訴え提起という行動があって初めて始まるので、世の中にどのような不正義があると思っても、訴えが提起されていないのに、裁判官がこれを取り上げて勝手に裁判をするというようなことはできません。また、訴えが提起された場合に、もっと頑張れば良いのにと思ったとしても、訴えが取り下げられてしまったならば、もはや裁判官は裁判を続けることはできません。これは、民事裁判でも刑事裁判でも同じことです（処分権主義、起訴便宜主義）。そのようなものであるからまた、判決の内容も、その裁判に当事者として関与した者の間でのみ、訴訟の対象となった事項（訴訟物）に限り拘束力を持つものとされます（既判力の主観的範囲・客観的範囲）。

更に又、有効な訴えが提起されて裁判が始まったとしても、我が国の場合、裁判所は、当事者がこういった事実があったと言って主張する限りでの事実を前提として判断をすることができるだけであって、裁判所が勝手に当事者が主張していない事実を探し出して、真実はこうであったなどという判断をすることはできないこととされています（弁論主義、起訴状一本主義）。マスコミなどではしばしば、世間を騒がした重大事件で、事件の背景とか真相を徹底的に解明するなどということを、裁判所とりわけ最高裁に期待したりしますが、これはそもそもお門違いということになります。

(イ)　次に、裁判所は、確かに「正義の具現者」ではありますが、それはあくまでも、目の前の具体的な紛争についてこれをどう裁くかという問題の枠内においての「正義」なのであって、例えば、一般的・抽象的な「法の一般原理」とか或いは「憲法の基本理念」を実現するといったこと自体が裁判所の任務であるわけではありません。これは、例えば「憲法の番人」と言われる最高裁についても、基本的には同じことであります。裁判判決において憲法の規定であるとか法の一般原則が引き合いに出されるのも、基本的にはあくまでも、目の前の具体的な事件について「最も適正な解決」をもたらすための一手段であるに過ぎません。すなわち、「憲法の基本的価値」だとか「法の一般原則」の実現自体が自

己目的とされているわけでは決してないのです（まして、対立する学説のいずれかに軍配を挙げること自体が目的であるなどということは、全くありません）。尤も、最高裁は、御承知のように、下級審の法解釈を統一する責務を負っていますし、また、（付随的）違憲立法審査権を担っています。しかしそれも、あくまでも、現に目の前に存在する個別的な事件が、そういう判断をするのに適した事件であるという判断を大前提としてのことであります。例えば、総理大臣が靖国神社に参拝することは憲法の定める政教分離原則に反するとして、総理が参拝したことによって精神的打撃を受けたと主張する者が国家賠償を求めるようなケースがしばしば登場しますが、こういった場合、原告の受けた不快感が、そもそも法的に保護されるべきであるような性質の利益であるとは言えない、という判断がなされれば、果たして総理の参拝行為が政教分離原則に反するか否かといった憲法問題についてまで最高裁が判断する必要は無いわけです（こういった例で、マスコミ等はしばしば「最高裁が憲法判断を回避した」と言って批判しますが、こういった批判は本来筋違いであるということになります。

二．我が国の裁判制度についての以上のような理論的前提、すなわち「通念としての裁判」は、ごく当然のこととして、これまで広く採用されて来たところであると思われますが、これに対して、改めて今回、私に対し「司法権の使命、役割」について話せというのは、如何なる理由からなのでしょうか？　察するにそれはどうも、「このような原理原則論に立っていたのでは（少なくとも我が国の裁判所、とりわけ最高裁の現状の下では）立法府や行政権に対するチェック、延いては国家権力に対する国民の権利保護という面において、裁判所が消極的になり過ぎ、その機能を十分に発揮し得ない（国民の期待に十分応えていない）」という、これまでの裁判所（とりわけ最高裁）のあり方に対する漠然としたマイナス評価があって、それを基にした問題提起がされているのであるように見えます。

御承知のように、従来しばしば、〝日本の最高裁は、民事事件・労働事件においては弱者救済のために意を尽くし、その方向での判例を大胆に形成して来たが、国や地方公共団体の立法・行政活動の違法性を訴えて国民が争うケースにおいてはそうでなく、国民の権利保護の拡大に極めて消極的である〟ということが、公法学者や弁護士の多くから、更には諸外国の学者等によっても指摘されて来ました（参照、藤田『回想録』九九頁）。その原因について、最高裁は立法府・行政府に対して遠慮し過ぎるという不満が昔からあるのに加えて、近時では、我が国の裁判所とりわけ最高裁が民事法・刑事法の思考枠組に囚われ過ぎているからだ、という見方をする向きがあるようです。ここでは、特に、この後者の問題を取り上げて見たいと思います。

憲法事件、行政事件のようないわゆる「公法事件」は、単なる私的個人同士が、自己の私的な利益をめぐって争うという単純なものではなくて、その裁判の帰趨は公益一般や第三者の利益等多くの利益に関わることなのだから、通常の民事・刑事裁判と同じような発想に立った処理がなされるのではいけないのではないか、という考え方は、元々非常に古くからあるもので、これは例えば、そもそも通常裁判所の他に特別の公法裁判所（行政裁判所・憲法裁判所等）を置くべきか否かという問題をめぐって、歴史上様々な議論がなされて来たところでもありました。御承知のように、我が国の場合、その結果が、現行法上の次のような各法規定となって定着せしめられているわけです。

○憲法七六条一項「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」

同二項「特別裁判所はこれを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」

○裁判所法三条一項「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判」する

○行政事件訴訟法七条「行政事件訴訟に関し、この法律に定がない事項については、民事訴訟の例による」等々。

従って、民事・刑事事件と公法事件との間に、言われるような違いがあるとしても、最高裁判所を始めとする我が国

の裁判所として、こういった実定法の枠組み自体を越える判断をすることができないことは、いうまでも無いところであります。そして、こういった枠組み内で、あるべき裁判の形とは何か、ということについて、いわば「社会通念」に基づき形成されて来たのが、先のような「通念としての裁判」であったと言えます。従って、ここでの問題は、この「通念としての裁判」を、「公法事件の固有性」に鑑み、制定法の枠内で果たしてまたどこまで、裁判所自らが修正することができるかにある、ということになります。

ところでこの点、行政事件については既に制定法上、行政事件の固有性に鑑みて「通念としての裁判」に対する多くの例外規定が置かれるところとなっています。例えば、

・「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起」する訴訟であるところの「民衆訴訟」の（限定的な）容認（行政事件訴訟法五条。なお同六条の「機関訴訟」も参照。これらの規定は、従来、上記裁判所法三条一項でいう「法律上の争訟」の例外を定めるものと説明されて来ました。尤も今日では、そういった理解に疑問を挟む向きもあるのですが、この点については、後に触れることがあるかと思います）。

・処分権主義に対する例外としての第三者の（職権）訴訟参加（二二条）

・当事者主義に対する例外としての職権証拠調べ（二四条）

・既判力の主観的範囲に対する例外としての取消判決の第三者効力（三二条）、関係行政機関に対する取消判決の拘束力（三三条）等々がそれです（尤も理論的に正確に言うと、これらが既判力の主観的範囲の拡大と言えるかには、種々議論がありますが、いずれにせよ、行政事件の特殊性に鑑み民事訴訟には無い法的効果が認められているものであるという点では争いはありません）。

・更に平成一六年の改正では、訴訟における当事者間の実質的公平を図る見地から、釈明処分の特則を認める規定が置かれることになりました（行政事件訴訟法二三条の二）。

このようなこともあって、上記のような問題意識からする「通念としての裁判」に対する行政法学の批判意識は、例えば、抗告訴訟の提起を（従来の通説・判例によれば）私人の個別的権利利益が侵害された場合に限っている「処分性」（法三条）及び原告適格（法九条）の要件等について、その範囲拡大を目指すという具体的な問題に向けられて来ました。

これに対して、憲法学においては、問題意識はより広範（あるいは「漠然」？）かつ思い詰めたものであるかのように見えます。そしてそれには、理由が無いわけではないので、何よりもまず、行政法によって規律される行政活動の場合と違い、憲法によって規律される法律そのものの違憲性を争い、直接にその取消しを求めたり無効の確認を求めたりする訴訟というのは、先の「通念としての裁判」を出発点とする限りまず難しく、法律の違憲性は、個別的事件において（行政事件訴訟を含む）民事訴訟或いは刑事訴訟を通し、その前提問題としてしか争うことができない。そして、これらの訴訟においても、先に見たように、法律の違憲性は、当該の紛争を解決するに当たって必要な限りでしか問題とされませんから、いわば、憲法理論並びに憲法学の出番というのは、現実に極く限られてしまうからです。そこで憲法学者は、この事態を何とか変えたいという、いわば一種の苛立ちから、例えば、民事訴訟・刑事訴訟（そして行政事件訴訟）と並び、憲法訴訟という概念を提唱し、その特殊性を主張して来ました。ところが、この「憲法訴訟」の特殊性なるものが、一定の漠然たる気分の問題を越えて、果たして具体的に何を意味するのかについては、今一つ明確でないところがあります。この点について、例えば安念潤司教授は、教授一流の筆法により、「（憲法訴訟論）の致命的な弱点は、実定訴訟法（理論）を殆ど全く顧慮していない点にある」とされ、「これまで目にした限りでは、訴訟法の知識を踏まえた論考に出会った経験は皆無に近い」という熾烈な指摘をしておられます（安念「憲法訴訟論とは何だったか、これ

から何であり得るか」論究ジュリスト二〇一二年春号一三二頁）。門外漢の私にここまでのことをいうことはできないにしても、しかし少なくとも、いわゆる「憲法訴訟論」が、先に見た「通念としての裁判」に現行行政事件訴訟法が加えている修正を越えた何を付け加えようとするものであるのか、現行法（及びそれに基づく最高裁裁判例の考え方）では何が具体的に足りないのか、が明確にならない限りは、いわゆる「憲法訴訟論」なるものが、最高裁を始めとする我が国の裁判所に与える影響は、殆ど皆無であると言って良いと思われます（因みに、この点で、私自身は、「憲法訴訟」という観点が、訴訟上具体的に意味を持ち得るのではないかと思われる一つの例について、後に挙げる「一票の較差訴訟」を廻る論稿において、触れて見ましたので、御関心がおありの向きは、参照して頂きたいと思います。参照、藤田「「一票の較差訴訟」に関する覚書――選挙無効判決の効果について――」法の支配第一七一号八六頁以下）。

三　以上見たのは、「通念としての裁判」が裁判所の使命を「個別的紛争の解決」に制限している点についての不満の一つですが、こういった不満は更に、いわゆる「司法消極主義」ないし「憲法判断への消極性」への不満という形で表明されて来ました。

こういった意味での「司法消極主義」なるものにも、具体的には様々のものがあると思いますが（例えば、「政治的なイッシューに介入することへの消極性」）、ここで取上げるのは、より一般的な問題、すなわち、「最高裁は、違憲判断ができる場合であっても、具体的な事件の解決に不要である場合には、憲法判断に立ち入らない」という意味での消極性です。

こう言った消極性は、一般に「司法（裁判所）の自制」によるものと言われますが、私の見るところ、「裁判所は、具体的紛争の解決に本当に必要である場合でなければ軽々に違憲判断に立ち入るべきではない」という考え方は、裁判所による違憲判断の重みということを大切にすればこその考え方であると思います。つまり、具体的事案の解決に本当

に役立ってこそ、その憲法規範の重みは増すからであって、そうでなければそれは、他に対して、単なる「裁判所のお説教」ともいうべき、上滑りなものにしかならないか、或いは、単に学者の理論的関心を満足させるというだけのものに終わってしまう可能性があるからです。この点については、近時憲法学者の間でも理解が進むようになって来ているようでありまして、付随的違憲審査の意義として、最近私は、以下のような指摘に接しましたが、この指摘は、私の体験に照らしても、まさに当たっているように思われます。

「裁判所の憲法判断が適切なものであるとすれば、それは、法の専門家である裁判官が判断しているからということと共に、具体的な事実に迫られ具体的妥当性と法的な論理とのぎりぎりの調整の中で憲法判断が示されているからではなかろうか」（市川正人「最近の「三段階審査」論をめぐって」法律時報八三巻五号（二〇一一年）一一頁）

また、次のような指摘も、ここでの問題について、一面での真実を突いているものであるように思えます。

「我が国では、もともと私権保護を任務とする司法裁判所が、六〇年かけて漸く憲法の分野にもその任務を達成できるようになったと言えよう。それは付随的司法審査制にふさわしい法発展である、と評価すべきかもしれない」（宍戸常寿・法律時報八二巻四号六〇頁）

これまでの講演・著作等で繰り返し述べて来ましたように、私は、自らの最高裁判事としての体験を踏まえて、裁判官の任務は、「当事者間の具体的紛争において、最も適正な解決を見出すところにある」と考え、その際「最も適正な解決」とは何かと言えば、それはもとより「法に基づく解決」であるべきであるけれども、しかし究極的にはそれは、各裁判官がその良識に基づき判断するものとならざるを得ないし、また裁判制度そのものがそのことを前提として構築されている、という事実を指摘して来ました（この指摘には、近時とりわけ、長谷部恭男教授が賛意を示して下さっているようです。例えば参照、長谷部「権利の機能序説」岩波講座『現代法の動態二』（二〇一〇年）一八頁）。ここでいう「最

も適正な解決」とか「裁判官の良識」とかいうのは、決して、単なる紛争当事者間での利益考量のみをいうものではなく、理論的根拠やその判決がもたらす諸々の効果についての見通し、その他一切の事情を考慮した上での主体的決断ということに他なりません。例えば、この意味での「最も適正な紛争解決」の一環として、最高裁は、厳格に理論的に言えば必ずしも違憲判断を要しないケースにおいて、敢えて違憲判断をすることも決して無いわけではないのです。近時の例では例えば、私が主任裁判官として関与した大法廷の「空知太神社事件判決」（平成二二年一月二〇日判決、民集六四巻一号一頁）がその典型例でした。

【御承知のようにこの事件は、砂川市の市有地が神社の施設のために利用されていた事案で、住民が、これを憲法で定める政教分離規定に違反すると主張して、砂川市長に対し、地方自治法二四二条の二第三号に基づき「怠る事実」（敷地の使用賃借契約を解消し、施設の撤去及び土地の明け渡しを請求することを怠る事実）の確認を求めた住民訴訟でしたが、大法廷（多数意見八名）は、本件利用提供行為は、政教分離原則に反し違憲であると判断した上で、しかし、その違憲・違法状態を解消するためには、原告（被上告人）住民らが必要であると主張する神社施設の撤去及び土地の明け渡し以外にも合理的かつ現実的な手段はあり得ないではない、として、原告（被上告人）勝訴の原審判決を破棄し、事件を原審に差し戻したものでした。

この事件は、本来、砂川市長が市有財産の管理を怠るという事実があったかどうかを廻る地方自治法上の住民訴訟であって、厳密に訴訟法的に言えば、憲法判断をせずとも済む事案でした（つまり、最高裁が採った結論を出すにしても、敢えて「違憲」を言わず「仮に違憲であるとしても、市長の執るべき管理方法は、原告らが主張する神社施設の撤去及び土地の明け渡しの請求に限られるとは言えない」という判断ができた）し、現に、民事裁判官である今井功裁判官は、そういった意見（結果としては反対意見）を書いています。そして、この案件での違憲・合憲の判断は、極めて難しい、

微妙なものでありましたから、最高裁として憲法判断に立ち入らない処理をする誘因は、充分にありました。それにも拘らず、一三人の裁判官が、（違憲・合憲・破棄差し戻しの違いはあれ）積極的に憲法判断を行おうとしたということには、充分注目がなされて良いであろうと思われます。本件において、何故最高裁が憲法判断に立ち入ったかについて、ここで詳細を述べることはできませんが、少なくとも、この種の事案（すなわち、国・公有地上に、純粋な宗教施設であることは明らかであるが、しかしその宗教的色彩は実質上さして濃厚ではない施設が設置されているといった事例）は全国に数多くあると思われ、こういったケースの今後の処理について一定の方向を示すとすれば、この事件は最も適切な例である、と最高裁が考えたこと自体は、否定できないと言って良いでしょう。

四.「通念としての裁判」に対する公法学者の不満として、近年目に見えて強くなりつつあるのは、そこでいう「個別的紛争」の内容に関するものであるように思います。つまり、そこでいう「個別的紛争」は、民事事件や刑事事件をモデルとして想定されているために、「私人の権利・義務を巡る紛争」に限られており、「広く公権力の適法性自体を巡る争い」を排除する結果となっている、そして、それを象徴するのが、従来の学説及び最高裁判例による、裁判所法三条一項でいう「法律上の争訟」という概念についての、極めて狭い解釈である、という訳です。そこで強調されるのは、〝司法の役割として、私権保護・紛争解決に止まらず、政治部門の行為の適法性の統制の側面を強調する見解〟（例えば参照、宍戸常寿「司法のプラグマティーク」法学教室三二二号二〇〇七年二五頁以下。）であり、行政法学においてはこれが、「いまや、民事訴訟モデルに象徴される民事法的発想から脱却し、行政訴訟における「法律上の争訟」性の観念を新たな視点から捉え直す必要がある」（亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」『行政法の新構想Ⅲ』一九頁）という主張となります。なお例えば、「最高裁の司法哲学（あるいは司法権の観念）及び裁判官の構成が、最高裁に期待される多様な機

能に対応するものとなっていない」（佐藤岩夫「最高裁判所は変わったか」法律時報八二巻四号四八頁）という指摘がありますが、この場合の「最高裁に期待される多様な機能」という語も、そういった意味合いのものでありましょう。

私は既に一九八〇年（昭和五五年）に行政法総論の教科書（初版）を世に問うて以来、次のような指摘をしております。

「伝統的な「法律による行政の原理」にあっては、行政の法律適合性を確保することが同時にまた私人の保護に使える所以である、との前提があるのであるが、行政救済法の分野では、…「私人の保護」という要請の方が正面に出て来ることになり、それがむしろ、行政活動の法律適合性の司法審査の可能性を限定する方向に働くことになる。… 行政訴訟が原則として「主観訴訟」としてのみ構築されている、ということは、いわば伝統的な「近代行政救済法の原理」に存する内在的限界なのである」（藤田『新版行政法Ⅰ（総論）』二九五頁）

従って、私から見れば、先のような議論は、私のこの指摘と同じことが、今日正面から取り上げられ議論の対象とされるようになったものであるに他なりません。それ故、これらの指摘には、共感を抱くところも多いのですが、ここではただ、「最高裁の司法哲学」までが問われているので、その関係において、現実の裁判に携わる裁判官の立場から見れば、こういった問題提起については、どう言えるだろうかということにつき、簡単に触れておきたいと思います。

第一に、現行法は、そのこと自体に立法政策上の問題があるか否かは別として、明らかに民事法の基本構造を前提として行政事件訴訟制度を構築しており（同法七条）、ただ、行政事件訴訟の特質に照らして、種々の例外を同法で定めているのは、先に見た通りです。従って、裁判官に「民事法的発想からの脱却」を求めても、そこには自ずから限度があると言わざるを得ず、現実の問題としては、基本的に、これらの例外規定の解釈のレヴェルでどの程度の柔軟性を示せるかという点に帰することとなります。この点、例えば抗告訴訟の対象や原告適格の拡大を巡って、とりわけ近時の最高裁判例に進展がみられることは、周知の通りです。

第二に、「法律上の争訟」が私人の権利・義務に関する争訟以外の紛争を広く含むと言っても、裁判所がどのような訴えを取り上げることができるのか（訴訟類型や訴訟要件の問題）については、（憲法三二条の「裁判を受ける権利」が実質上否定されることにならない限り）法律によって定められることになるのであって、こうして法定された訴訟制度の外に新たな訴訟制度を構築するということは、裁判官にとって、本来その権限を越えるものであるということを、否定することはできません。そういった例が全く無いわけではありませんが（例えば、議院の定数訴訟の例。但し、これも、形の上では既存の訴訟制度を借りたものである）、少なくともそこには、相当程度の無理が働くこともまた、否定できないところです。

説かれるような「民事法的発想からの脱却」を図るためには、このような現実を踏まえた上での考察が必要になろうと思います。

五．ところでいうまでも無く、立法府や行政府に対する裁判所（最高裁）のチェック機能のあり方について語る際には、当然いわばその裏ないし前提として、国民の権利・利益の保護の問題が関連して来ます。先にも触れましたように、従来しばしば、日本の最高裁は、民事事件・労働事件におけるのとは異なり立法府や行政府を相手に国民が争うような訴訟においては、国民の権利保護の拡大につき極めて消極的であるということが、内外の学者・法曹から指摘されて来ました。私はこの点について、過去の例を見るならば、それは確かに否定できない面が無いではないものの、少なくともここ十年来の最高裁判例を見れば、最高裁が「余りにも権力寄り」であるという非難は、必ずしも公平とは言えないと思い、具体的な諸例を挙げて、その旨を指摘して来ました（参照、藤田・回想録七二頁以下、とりわけ、九九頁以下）。そして、この問題について最も重要なのは、次に述べるような事実を踏まえた議論がなされることであろうと思ってい

ます。

例えば、基本的人権の代表例とされる「表現の自由」や「財産権の自由」「営業の自由」等々をとってみても、周知のように、それらが具体的にどのような者により、どのような背景の下どのように行使されるか、といったことは、こういった権利を果たしてまたどの程度保護するかという結論に、大きく影響するわけで、これらの権利と衝突する反対利益との間でどのような調整を行うかということは、個別的事件においては大変微妙な線引きの問題であることを否定できません。そして、最高裁で真に問われるのは、まさにそのような難しいケースなのです。憲法学者は外国法とりわけアメリカ連邦最高裁の判例を拠り所にして、いわゆる「違憲審査基準」なるものを理論的に構築し、日本の最高裁がそれを正面から採用しないことを批判しますが、しかし、最高裁の現場の感覚からすれば、そういった一律の理論的基準（まして外国の判例から抽出された基準）は、個別的な事件に当たって上記のような微妙な線引きをするに当たり、必ずしも有益な（少なくとも決定的な）拠り所とはなり得ない、ということなのだと思います。例えば、いわゆる成田新国際空港事件大法廷判決（平成四年七月一日、民集四六巻五号四三七頁）の調査官解説において、千葉勝美氏は、我が国の最高裁が明確な審査基準論を採用していないことにつき、「（最高裁は）基準を定立して自らこれに縛られることなく、柔軟に対処している」（『最高裁判所判例解説』民事編平成四年度二四二頁）と指摘しています（同氏は更に、近時の判決の中でも、最高裁判事の立場で、その補足意見中同様の指摘をしています。例えば参照、最判平成二四年一二月七日、刑集六六巻一二号一三二七頁――いわゆる「堀越事件判決」）が、これは、まさにこのことを意味しているものと言えましょう。また例えば、最高裁の憲法判断の多くが、最後には結局「諸要素の総合的考慮」としてなされるという事実が批判的に指摘されていますが（高橋和之「憲法判断の思考プロセス――総合判断の手法と分節判断の手法」法曹時報六四巻五号）これもまた、上記のような事実の端的な表現であるに他ならないように思われます。

先にも見ましたように、この線引きを、最高裁判事は究極的に最高裁判事としての自らの「良識」に基づき行っているのであって、その際、その時代毎に、各裁判官は、（少なくとも主観的には）それぞれ、自らが中立公正と考えるところに着地点を見出して来たのであり、一昔二昔前の最高裁であったとしても、少なくとも一方的に個人の権利を無視して来たわけではありません（少なくとも当人にその積りはない）。ましてや、ひたすら政権党・自民党に迎合して来た等というのは、いささか公平を欠く見方ではなかろうかと思います。問題は、過去最高裁の多くの裁判官が「中立・公正」と判断して来たことが、今日そうではないとされること、逆に言えば、今日「中立・公正」ではないとされるものが、過去においては「中立・公正」であると考えられていた原因、言葉を変えて言えば、今昔の裁判官の「良識」のずれの原因はどこにあるのか、ということにあります。私はこれを、先の法学教室の対談で、「裁判官の眼差しの変化」という言葉で説明してみました。

七．ここで「裁判官の眼差し」というのは、裁判に当り、先に見たような意味での線引きをするに際しての、裁判官の目の向け方、目の配り方、視線の深さ、等々を意味します。それは言い変えれば、何をどう捉え、また何をどう評価するかの問題であるとも言え、これが例えば行政庁による行政処分の場合であれば、（行政法学者にはお馴染みの）いわゆる「判断過程の統制・審査」の対象となるような知的営みのことであると言ってもよいかもしれません。更に難しい言葉を使おうと思えば、「裁判官の思考枠組（パラダイム）」とか「裁判官の思惟律」とか、学者が好きそうな言葉が様々に浮かんできます。こういった表現自体はどうでも良いのですが、私が、これを「眼差し」という言葉で捉えるようになったのは、いわば、今まで「当然の正義」あるいは「当然の法理」と考えられて来た事柄に対して、それが全く間違っているというのではないにしても、しかし「ちょっと違った方向からの目を向けることもできるのではないか」という

心の動きを表すのに、この「眼差し」という表現が差し当たり最もしっくりするように思われたからです。

こうは言っても、実は私自身、「裁判官の眼差しの変化」ということの意味を、充分正確に説明することはできないのですが、ここでは、一つの例を引いてみましょう。

私が退官後になってから読んだ文献の中で、強く心を惹かれたものの一つとして、著名な元刑事裁判官であり、最高裁調査官も務められた、木谷明氏の刑事事実認定の在り方についての著作がありました。御承知のように、刑事事件で、被告人が犯人であるか否かを判断するに当たっては、当人が犯人であることについて「合理的な疑いを差し挟む余地が無い程度にまで立証されたか否か」が、その判定基準として用いられて来ています。ところが、果たして「合理的な疑いが残るか否か」ということは、現実には、極めて判断の困難なケースが多く、私自身もまた、裁判官として、その判断には、絶えず苦しめられ、毎回、七転八倒の思いをしたものでした。ところでこの点に関しては、木谷氏が、予てより、次のような主張をしておられます（例えば参照、木谷明『刑事裁判のいのち』（二〇一三年法律文化社）一六頁―一八頁）。「合理的疑いを差し挟む余地が無い程度に証明されたかどうか」とは、「被告人は無実である」という前提から出発し、検察官が提出する証拠を検討する際にも、「犯人らしく見える証拠は提出されているが、本当は被告人は犯人ではないのではないか」という頭でとことん考え抜き、それでも被告人が犯人でないとしたら容易に説明できない事情がある場合（平たい言葉で言えば、「まず絶対に犯人であると考えられる場合」）に有罪と認め、そうでない場合は被告人に無罪を言い渡しなさいという意味である。

ここには、まず「被告人は無実である」という前提から出発するということが述べられていますが、もし裁判所の任務が、何よりも、誤判・冤罪を防ぐところにあるという前提に立つならば、これはごく当然の考え方であるように思えます。ところが、問題は、この前提自体が成り立つかどうかにあるわけで、現に、木谷氏のこの考え方に対しては他方、

同じく刑事裁判官を経験した論者から、現行刑事訴訟法の目的としては「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障を全うしつつ、事案の真相を明らかにする」ということが書かれているのであり（同法一条）、冤罪防止のみでなく、真実発見（真犯人の探究）もまた、重要な事項として挙げられているのであるから、「被告人は無罪であるという前提から出発する」というのは一方的に過ぎる、という批判があります（参照、石井一正・ブックレビュー、判例タイムズ No.1144（2004.5.1））。そして私の乏しい経験に照らして見ても、この後者のような発想に立つ刑事裁判官は、決して少なくない、むしろ多いと言って良いのではないか、という気がします。私は、この批判に対する木谷氏の次のような反論（木谷明「『合理的疑い』の範囲などをめぐって」判例タイムズ No.1151（2004.8.15））が、私がここで言う「裁判官の眼差し」の問題とは何かということの一面を、良く説明しているものであるように思うのです。

「確かに、真犯人と無辜の間には明確な一線がある筈である。しかし、刑事裁判で求められている判断は、「真犯人」と「無辜」との区別ではなく、「真犯人であると認めることに合理的な疑いがあるかどうか」の判断であることを忘れてはならない」（一二頁）。「裁判所に求められているのは、どこかに存在する客観的な正解（書評のいう「狭い道」）を探し出すことではなく、各裁判官が最高裁の全判例や過去の前例を頭に置きながら自分の良心に忠実に、そして、培ってきた知見と常識を駆使して、「どこまでが不合理な疑いでどこからが合理的な疑いなのか」を必死に模索しながら、自分が正しいと信ずる解答を出すことではないか」（一三頁）。そして、このような考え方の背後にあるものとして、同氏は「真犯人を取り逃がす不正義」と「無辜を処罰することの不正義」とは、同じ不正義でも決して同列に論ずることができない、という考え方を繰り返し述べておられるのです（上記同所及び、木谷明『事実認定の適正化』（二〇〇五年法律文化社）二一頁）。

私が木谷氏のこれらの指摘の中で特に関心を抱いたのは、氏が、通常は「冤罪防止か真実発見か」という二元論で問

われて来た問題を、刑事裁判で求められている真の問題は何か、という見地から、問題は、「真犯人」と「無辜」との区別ではなく、「真犯人であると認めることに合理的な疑いがあるかどうか」の判断であると、喝破されている点です。これは、まさに長く裁判の現場におられた方の経験に基づく、肌理の細かい視線であるというべきですが、実は、私自身もまた、退官直前に裁判長を務めたある刑事事件において、（当時は不明にも、木谷氏によるそのような予てからの指摘があることを知らなかったのですが）いわば無我夢中で判断する中、結果的に、木谷氏が強調されるのと同じ視線に立った裁判をやっていたのだ、ということに気が付いたのでした。この事件（「大阪現職刑務官母子殺人放火事件」平成二二年四月二七日第三小法廷判決、刑集六四巻三号二三三頁）は、大阪市内のマンションにおいて、母親（V_1）と幼児（V_2）が殺害され、更に室内に放火された事件で、（V_1）の義父に当たり現職の刑務官である被告人（Y）が犯人として起訴されたのですが、Yは一貫して犯行を否認しました。しかし、一審（大阪地裁）は、状況証拠に基づきYを犯人と認定して、無期懲役を宣告。更に、原審の大阪高裁は、無罪であるとのYの主張を退け、逆に検察官による量刑不当を理由とする控訴を容れて、死刑を宣告しました。これに対して、第三小法廷の多数意見（四名）は、一審及び原審の事実認定につき、審理不尽、重大な事実誤認の疑いがあるとして、両判決を破棄、第一審に事件を差し戻したものです。

この事件の記録を一読したとき、私には、原審のような判断がなされることにも理由が無いではないと思えた一方で、拭えない違和感も残りました。それは、原審が有罪の理由として挙げる状況証拠の一つ一つが、いずれも間接証拠の又間接証拠というべく、問われている犯罪事実とはいささか距離がある事実ばかりであって、仮にYを犯人であると想定してしまえば、確かに矛盾なく説明できる事実であるけれども、逆に「Yが犯人でないとしたら合理的に説明できないかあるいは説明が極めて困難である」といったような事実ではない。もしYが主張するように、冤罪であると仮定して

見るならば、それでも説明がつかないことはないのではないか、という思いがしたからでした。この私の疑問は、一名の裁判官（刑事裁判官）を除き、第三小法廷の皆が支持してくれる結果となって、破棄差し戻しへとなったわけですが、退官後に初めて木谷氏の著作に触れて、改めて、自分がやったことはそういうことであったのか、と認識したわけです。

今見た例は、いわば、「その事案において問われている真の問題は何か」ということについての眼差し如何、ということになりますが、時間の関係でここでは立ち入ることができませんものの、例えば、いわゆる「君が代ピアノ伴奏拒否事件判決」（最三判平成一九年二月二七日、民集六一巻一号二九一頁）における私の反対意見なども、こういった目で改めて見て頂ければ幸いです。

【この事件の多数意見は、本件で君が代ピアノ伴奏を拒否した音楽教師の「思想及び良心」として問題となるのは、専ら当人の「『君が代』が歴史的に果たしてきた役割に対する否定的評価という歴史観ないし世界観それ自体」であると捉えて、本件においてそのような思想及び良心の侵害は認められない、と判断したのですが、私の反対意見では、ここで問題となる当人の「思想及び良心」としては、それに加えて更に「『君が代』の斉唱をめぐり学校の入学式のような公的儀礼の場で、公的機関が、参加者にその意思に反してでも一律に行動すべく強制することに対する否定的評価（従って、また、このような行動に自分は参加してはならないという信念ないし心情）」といった側面が含まれているのであり、また後者の側面こそが、本件では重要なのではないか、という指摘をしたのでした。】

八．「眼差しの変化」とは、とりわけ、定式化し硬直化した概念や思考様式に対し、より肌理の細かい洞察を加えること（例えば「公務員の政治的行為」とは何か――堀越事件判決、「国会の広い裁量」とはなにか――一票の較差事件、「行政財産」の公益性とは何か――呉市学校施設利用事件、獅子島海岸事件、等々）、そういった意味で、硬直化し或いは判断

停止に陥っている思考様式に柔軟性をもたらすこと、を中核とします。そしてそこからまた、マニュアルないし公式の持っている意義とその具体的事案における限界ないし修正の可能性を探ろうという方向が出て参ります。

マニュアルとか公式、そして更に法制度や法概念というものは、現実には無限に多様な社会事象の中に、様々な線引きを行うものでありますから、その過程の中で、実際には関連する多くの要因が、「関連無し」として排除されてしまうということが起こります。例えば、ノルウエイのニール・クリテイという刑事学者が、アメリカ合衆国において刑事犯が著しく増加しているという現象について分析する中で、「（人に広い意味での迷惑・或いは不愉快をもたらすような行為について）あらゆる事柄を斟酌すると二つとして同じ事件というものは無い。そこで、公式の法律では、全てを考慮に入れるわけにはいかなくなり、同様の事件であるとみなされるようにするために、事件をとりまく多くの要因を除去することが必要になってくる（犯罪成立要件の法定――藤田注）。このプロセスが関連性の無い事実の除去であるが、何を関連性なしとするかは価値観の問題であるため、「独断的に決定された非関連性（e.g. 素人にとっては重要と思える意見でも、弁護士から法廷で持ち出してはいけないと言われることが良くある）」が生じる。」（ニルス・クリステイ『人が人を裁くとき』（平松毅・寺澤比奈子訳）有信堂二〇〇六年（一一三頁以下）ということを言っています。そしてクリステイは、こうして考慮に入れる事柄に制限を設けることによって実現される正義（法律の規定、マニュアル等々に定着させられる――藤田注）を「垂直的正義」と呼び、他方で「関連性が無い」として排除された事柄をも個別の事案に基づき十分に考慮することを「水平的正義」と呼んでいるのですが、「眼差しの変化」とはまさに、この意味での「垂直的正義」あるいは「純化された正義」から、「水平的正義」の方にも目を向ける、という意味を持つものであるかも知れません。こういった意味で、私の印象に強く残っている事件として、私が裁判長を務めた平成一六年三月のいわゆる「学資保険訴訟事件判決」（平成一六年三月一六日第三小法廷判決、民事判例集五八巻三号六四七頁）がありますが、

時間の関係で、ここで詳細に立ち入ることは致しません。

【この事件は、生活保護法による保護を受けている者が、その子の高校就学費用に充てる目的で学資保険に加入していたのですが、それが満期となり、満期保険金を受け取ったところ、これが生活保護の減額理由となる「収入」に当たるかどうかが争われたものでした。処分行政庁は、その一部を「収入」と認定して生活保護費の減額保護変更処分をしたのですが、同処分の取消訴訟である本件において、第三小法廷は、「生活保護法の趣旨目的にかなった目的と態様で保護金品等を原資としてされた貯蓄等は、収入認定の対象とすべき資産には当たらない」とし、更に「非保護世帯において、最低限度の生活を維持しつつ、子弟の高等学校就学のための費用を蓄える努力をすることは、同法の趣旨目的に反するものではない」と判示して、同減額保護変更を違法として取消した原審判決（一審は原告の請求棄却）を支持したのでした。】

Ⅱ　学説の役割と機能

上記を踏まえた上で、最後に、二番目のテーマ「学説の役割と機能」に関して、簡単にお話しすることに致します。

一．先に引いたクリステイは、上に引いた文献において他方、「垂直的正義」は、考慮に入れる事柄に制限を設けることにより実現するが、それは、そうしなければ平等が得られないからだ、と言ってもおります。またクリステイは、「純化された正義」として「マニュアルの利点は、その公正さにある。それは何を考慮し、何を考慮の外に置くかを明らかにしている」（ニルス・クリステイーエ『司法改革への警鐘』（寺澤・平松・長岡訳）信山社二〇〇二年一九九頁）という点をも承認しています。実際一般に、「基準」とか「マニュアル」といったものは、一律的な処理をすることによっ

て事案処理に公平性を保とうとするもので、そのことによってまた「予測可能性」をもたらそうというものであります。そもそも「法概念」というもの自体が、そういったものでありますし、裁判には、この意味での一貫性と予測可能性が保たれることが不可欠であるということは、各方面から強調されて来たところでもありました。例えば、先にも見たように、泉徳治元最高裁判事は、先にも見たように、〝「司法の役割」を一口で言えば、個別の具体的な法律上の紛争（事件）について、正義（法）に適った解決策を提供することである〟というところに見ておられるのですが、他方でまた、例えば、〝違憲審査基準をあらかじめ裁判規範として確立しておかないと、安定的な権利擁護が図れない。国民が権利行使について萎縮することにもなりかねない〟（前掲書一六五頁）とも主張されています。また、例えば高橋和之教授が、違憲審査基準のあり方に関し「アドホック・バランシングでは、いわば「出た所勝負」であり、予測可能性が低すぎるから、法的安定性の点から問題」であると言われるのも（高橋「「通常審査」の意味と構造」法律時報八三巻五号一七頁）、まさに同一の問題意識の発現であるに他なりません。

ところで、もし裁判が、私の考えるように、究極的には、個別的紛争解決に際しての各裁判官の「良識」に掛るものであり、そしてまた、裁判官の「眼差し」の柔軟さが要請されるものであるするならば、こうした「基準」ないし「マニュアル」なるものは、そもそも実効性のあるものとして定立し得、また機能し得るのでしょうか？こういった問題意識から、私は、例えば、最高裁自らがそのような基準として設定するものと考えられている「最高裁判例」なるものについて、それは果たして如何なるものであるかを検討して見ました（前記横浜法学掲載論文）。最高裁判例をめぐる問題については、前期法学教室の対談でも触れていますので、ここでは省略することとして、問題は、それではいわゆる「学説」すなわち、法律学とりわけ実定法の解釈学というものは、この点で、果たしてまた如何なる機能を果たし得るのか、ということになります。この点、「全く役に立たない」という考え方も無いではありません。例えば先の安念教授は、

この点についても、極めてシニカルに、法律学なるものは所詮「暇潰しの芸能」であるに過ぎない、という認識から、「憲法訴訟論、憲法学、更には法律学一般も、二一世紀の日本では暇潰しのための一種の芸能として意外な長寿を保つのではないか」と一種揶揄的な評価をされ（前出一三八頁）、また「暇潰しの芸能の伝承者という確乎たる自覚を持つことが、今後の法律学者に強く求められよう」と指摘されます（同一三九頁）。私は、予てより、「学問」と「実務」との違いを明確に区別して考え、時には、「役に立たない学問こそ本当の学問だ」などとうそぶいて参った者でありまして、安念教授のこの指摘には、大いに共感を抱く部分も無いではないのですが、私は教授よりは今少し気が弱く、「暇潰しの芸能」とまで言い切ることはできないでおります。以下に、先に東北ローレビュー Vol.1 の巻頭文で書いたことを、再現しておきましょう。

二．法解釈学説は、もはや裁判、取り分け最高裁における判断形成について、基本的に、その究極の導きの糸ともなり得なければマニュアルとしての機能をも果たし得ないと言えるでしょう。しかしそれは、裁判官の「良識」を如何に適切な「法の言葉」で表現するかについて、重要な支えを与えるものとして機能し得ると思います。これをより詳しく説明すれば、以下の通りです。

『回想録』その他で詳しく論じていますように、最高裁の判断形成過程は、様々な分野の「良識」を代表する一五人の裁判官による「究極の良識」の形成を図る過程でありますが、この「良識」は、その表現に際して、「法の言葉」で語られなければなりません。この意味において、一五人の最高裁裁判官にとって、法概念や法理論を理解しているということは、「究極の良識」を表現するために必要な共通言語を弁えるということなのであり、最高裁判事たるために最低限必要とされる「法律の素養のある」（裁判所法四一条）とはつまり、この共通言語が使えるということを意味する

ものと思います。ある言語を「使える」とは、個々の言葉の意味を知り、そのことによって他人の言おうとすることを理解し、それらを適切に組み合わせて自らの意を他に伝える方法を知り、そして何よりも、そういった手段によって他に伝えるべき充分な内容を持つということであります。このそれぞれにおいて、どの程度の広さ、深さ、明確さを持つかによって、その表現が、他にどれだけの感銘を与え、影響を及ぼすかが大いに異なって来る。同じ日本語を用いながら、文豪あるいは大作家と称される人々が書く文章が庶民に与える感動と影響の度が凡人の場合と異なるのは、ここのところの違いによります。庶民は、文学や哲学が無くとも生きて行くことはできますが、しかし、優れた文学や哲学が人生の質を高めてくれることもまた、大いにあり得ることです。これと同様に、裁判官は、法解釈学説が無くとも、裁判をして行くことができます。一五人の裁判官の中に行政法学者がいなくとも、最高裁は、行政事件について判断を下して行くことが、充分可能なのです。しかし、そこで用いられる「法の言葉」において（言葉を換えて言えば、判断が行われる「言語空間」において）、上記に述べたような意味においてより優れた表現を、学者の言説の中に見出すこともまた可能であるでしょうし、そこに自らの判断の支えを見出すこともまた可能な筈であります。学者は、このような裁判実務における自らの立ち位置を十分弁えた上で、その言語表現能力を磨くべきでありましょうし、また、裁判官は、このような表現に接することに努めることによって、その表現の質を上げることを図るべきであると思います。福田剛久氏というのは、かつて最高裁民事上席調査官の職にあり、私も当時共に多くの仕事をした極めて優秀な裁判官ですが、この人が、「実定法諸分野における実務と学説」という『法律時報』の特集の中で、「日常的な事件処理には実務家の諸説が役立つことが多いが、本当に困難な或いは新しい法律問題に遭遇したときは、学者の所説を頼りにすることになる。優れた学者の所説は、基礎理論を基に体系的な考察がされており、その考察を敷えんすることによって新しい法律問題を解決する糸口が見つかることが多い」と述べています（福田剛久「裁判官から見た実務と学説」法律時報七九巻一号

（二〇〇七年）六九頁）。これは、大変重要な指摘でありますが、その正確な意味は、正に上記のような視野の中で理解されなければならないであろうと思います。