

裁判官論の一つの課題

—— 統・国民参加と司法 ——

小 栗 実

一 は じ め に

筆者は、昨年刊行された『現代国家と参加（公法学研究²）』（法律文化社）の中で、「憲法論からみた、権力への『参加』」と題して「司法にたいする参加」にかんする研究動向を紹介した。⁽¹⁾とくに「国民参加と司法」という論点については、日本国憲法が制定された直後ともいえる一九五〇年代のはじめから「裁判官の独立」と「司法にたいする国民参加」の二つの理念が対抗関係として把握されてきたことを紹介した。その論点は検察審査会・陪審・参審などの具体的な司法参加の制度の採用をめぐる賛否についてもあらわされていた。

そして、「国民参加と司法」をめぐる検討の一つの素材として、小田中聡樹氏と樋口陽一氏との間の論争⁽²⁾——裁判官像論争とよばれている——に注目した。その論争への注目点は、「司法にたいする参加論のいくつかの前提、すなわち参加の対象・目的・方法などを社会科学的に検討・分析する素材がここに含まれている」と考えた点にあった。言いかえると、「国民参加と司法」というテーマを考えるにあたって、憲法解釈論としてでなく、「科学としての憲法学」が研究の前提として

踏まえておかなくてはならない、いくつかの論点がここに示されている、と考えた。

その一つの論点は「現代の司法の現状を人権擁護の視点からどう認識するのか」にあるとし、小田中・樋口両氏それぞれ、司法にたいする現状認識のキーポイントを引用した。そして「日本の司法の将来にとって今何がいちばん大切な」という問いに対する両氏のそれぞれの政策提言・方向性の指摘のちがいを考えてみた。

しかし、前の小論では、紙数の関係という技術的な理由からもあるが、それにもまして十分に論点を整理しきれていない、という内容上の理由で、中途半端な研究動向の紹介になってしまった。そこで、続編として、もうすこし論点整理を試してみよう、というのが、この小論の目的である。

一九六〇年代後半から七〇年代はじめにかけて急速に展開した、最高裁による裁判官統制および司法全体にたいする統制—それを「司法の反動化」と名づけることが適当であるかどうかは別にして—は、裁判官にとって、そして司法全体にとって、どのような効果をもたらしたか？ それは裁判および裁判官を、この時期を前後して、どう変えたのか？

そして、裁判および裁判官の変化の針が、人権を擁護する方向とは逆の方向を向きつつあるとしたら、人権の擁護・発展を課題の一つとする民主主義憲法学は、司法のこうした現状の改革のために、それにたいする対抗軸をどこにおくべきか。いわば、人権の擁護・発展にとって有益な「あるべき裁判官」としての像、「あるべき司法」としての像をどのように設定するのか。

さらに司法の改革にとって、はたして、主権者としての国民はどのようななかかわり方をもつべきなのか。反対方向からいうと、裁判官や司法全体は、主権者としての国民にたいしてどのような態度でのぞむべきなのか。この「裁判官像論争」を私はこのような問題設定としてうけとめた。

(この研究ノートは、一九八五年三月・民主主義科学者協会法律部会合宿・憲法分科会で報告し、それにたいする討論をふまえて、書かれたものである。なお未消化の論点ばかりであるが、自分の今後の研究のステップと考えて、掲載させ

ていただいた。」

二 裁判官の思想を枠づける支配的なイデオロギーはなにか―「政治的裁判官像」と「中立的裁判官像」―

「司法の反動化」以後、裁判官にたいする管理・統制が、日本国憲法の歴史のなかでかつてなく強まっていることは、おそらく民主主義的な憲法学者にとって共通の認識であろう。それでは、そうした管理・統制は、「裁判官像」についてのどのようなイデオロギーとして展開されているのか。樋口・小田中両氏の論争の一つの論点はここにある。というのは、この支配的な「裁判官像」イデオロギーにたいして、どういう「あるべき裁判官像」を対置するのか、というきわめて実践的な課題意識が背景にあるからである。

樋口氏は、「裁判官像」についての現在の支配的イデオロギーの典型を、石田和外最高裁判所長官（当時）の一九七〇年五月二日の記者会見で示された、裁判官についての見解にもとめている。⁽³⁾そこでの石田談話は、「司法の政治化に対する歯止めになっていた…『裁判を受ける人』『国民』によるえり好みや許さないという『雑音』峻拒の観点」をとり払い「これまでの裁判観を文字どおり根底からくつがえすものだった」と評価されている。そして、氏はこの石田談話の論理によれば「裁判官は、『裁判を受ける人』『国民』によって―『右』からであれ―『左』からであれ―『思想』『良心』『全人格』『世界観』をたえず詮索され、踏絵を強いられることになる」と指摘して、この論理は「『司法の政治化』へと、とめどなくのめりこんでいく論理を含んでいる」と批判した。

石田長官後の最高裁で、この論理がどう受けつがれたのか、について、「私にはわからない」としつつ「幸い、七九年四月二日、服部新長官は…『司法の政治化』に歯止めをかける伝統的な裁判観に立つことを示している」と一応の評価を与えてはいるが、氏にとって、現在の裁判官にとっての最大の問題が、なおこの「司法の政治化」という事態であるという認識に変わりはない。言いかえると「石田談話に見られるような新しい政治的裁判官像」⁽⁴⁾に、現在の裁判官にたいす

る管理・統制の支配的なイデオロギーをみているのである。

このような認識にたいして、小田中氏は次のような批判をおこなった。「しかし、樋口氏が問題視するような司法の現象を直接的に生みだしてきた政府、与党および司法行政当局の行動や措置を支え正当化してきたのは、憲法忠誠主義に義務づけられた政治的裁判官像のイデオロギーではなく、価値中立、憲法中立、政治的中立に義務づけられた中立的裁判官像のイデオロギー⁽⁵⁾だったのでないだろうか」。その論拠を小田中氏は、石田談話に先立って最高裁判所の公式見解として出された岸盛一最高裁判所事務総長談話（一九七〇年四月八日）にもとめている。小田中氏によれば樋口氏のいう「政治的裁判官像」は「むしろ中立的裁判官像のイデオロギーを補充し強化するものとして意味をもっていた」ととらえるべき、ということになる。それでは「何故、憲法忠誠主義に義務づけられた政治的裁判官像が支配権力側にとつての主要なイデオロギーになりえないのか」という問いにたいして、小田中氏は「それは、わが国では憲法が支配権力側による支配のイデオロギーとなりえないという、憲法と民主主義をめぐる特殊な事情があるから」と説明する。

このようにして、現在の裁判官像の支配的なイデオロギーについて、一方は「政治的裁判官像」、他方は「中立的裁判官像」をそれぞれ想定する。

ただ小田中氏のいう「憲法と民主主義をめぐる特殊な事象」の文脈でいわれている「憲法」と、樋口氏のいう「憲法」への忠誠」の文脈でいわれている「憲法」とでは、樋口氏が注意ぶかくカッコをつけているように、意味がちがっていることに注意しなくてはならない。樋口氏のいう「憲法」とは「日本の現実をそのまま憲法の名において肯定し正当化できるように、そういう『憲法』なのである」。言いかえると、最高裁判所長官が正当化しうる現実、もつと直截にいえば、現在の体制こそ、そこでの「憲法」である。それにたいして、小田中氏のいう「憲法」とは、人権価値・平和主義原理を意味する憲法である。たしかに、現在のわが国では小田中氏のいう意味での「憲法」は支配のイデオロギーたりえない。が、樋口氏の問題提起は、最高裁判所長官が正当と考える「憲法」つまり体制への迎合を一人ひとりの裁判官に強制する

状況が、現在のわが国の裁判官の回りに起こっているのではないか、というものだった。

樋口氏は、この七〇年代の新しい裁判観を「新派的裁判観」と名づけ、「旧派的裁判観」と対照させている。そしてこの「旧派的裁判観」においては、裁判官の思想の枠づけにおいて「中立」イデオロギーが重要なはたらきをする、と指摘している。そこでは、小田中氏の「中立的裁判官像」の論拠ともなっている一九七〇年四月八日の事務総長談話がやはり論拠となっている。そうした裁判官像をあらわす文章として最も典型的なものは、樋口氏も引用する、田中耕太郎最高裁判所長官の次のような発言（一九五五年五月二六日、長官・所長会同にて）であろう。「あらゆる社会的勢力とくにジャーナリズムその他一般社会の方面からくる各種の圧力に対し裁判官が毅然として独立を維持しなければならない」。いわば、裁判官について、司法外の「圧力」からの「独立」を旨とすべし、としたのである。

このような「中立的裁判官像」は、今なお裁判官の思想の枠づけにおける支配的なイデオロギーであるのか、それとも「政治的裁判官像」という「新派」のイデオロギーにとってかわられてしまったのか。

ここで、若干の私見をのべることになるのだが、樋口氏のとらえ方として、「旧派的裁判観」「新派的裁判観」という名称が与えられているため、前者から後者への歴史的な展開があった、と理解しがちであるが、樋口氏のこの二つの裁判観の定式は、けっして裁判観の歴史的な展開についての分析道具というのではなく、戦後の支配的な裁判観の典型の析出に向けられている定式ではないだろうか。

そう考えてくると、「中立的裁判官像」から「政治的裁判官像」へ、という図式で理解すべきではなくて、この二つの裁判官像は、司法の実態の問題状況の中で、その時点、その局面での裁判官をめぐる問題性を析出する概念装置として理解すべきではなからうか。

だとすると、現在の司法内部の裁判官統制・管理の強化が急速にすすみ、裁判所内部における思想統制という問題性に注目して、最高裁そして政府・与党のもとめる裁判官像を「政治的裁判官像」ととらえることは、不当であるとは思えな

いし、現在の司法の問題性をなるべく描き出していると思われる。

ただし、「政治的裁判官像」が小田中氏の前提とする、その「提唱者の主観の面においても、現実のイデオロギー的な機能の面においても」はたして現在支配的になっているか、については議論が必要であろう。樋口氏が「政治的中立」と「憲法忠誠」の二つの観念が論理的には両立しがたいことを強調していることでわかるように、あくまでその主張は論理的次元で考えられている。実際には裁判官の主観の面においては、その二つの観念が混在していることがしばしばであるだろうし、現実のイデオロギー機能という点でも同様であろう。その意味で、小田中氏が、この二つのイデオロギーの關係について「憲法忠誠」のイデオロギーは「政治的中立」のイデオロギーを補充し強化するもの、といっているのは、この混在を前提としているからである。樋口氏の議論は、あくまで「両立しがたい」論理の次元でたてられているのであって、現実の機能を問題とする小田中氏の議論と土俵がことなっているのではないだろうか。

とすると、現在の裁判官の支配的なイデオロギーは何か、と問うて、樋口氏の主張する「政治的裁判官像」か、それとも小田中氏の主張する「中立的裁判官像」か、という二者択一の問題のたて方自体が不正確であって、多様なイデオロギー的機能の分析の次元で論じているのか（小田中説）、それとも論理に着目し、現在の司法の問題性との関連で、そのイデオロギーの特殊性の析出の次元で論じているのか（樋口説）をひとまず区別して、問題をたてなくてはならないのではないか、と思われる。

小田中説の論じている議論の土俵で、私たちにとって分析の一つの応用問題を考えてみよう。最近、出版された雑誌の中で、佐藤文哉氏（東京地方裁判所判事）は「裁判官の心構え」という論文⁹を⁹発表している。この中に次のような一節がある。「裁判は国の判断作用であり、裁判官は国の機関として裁判を行うのであるから、誰がそれを担当しても同じような判断が示されるようになっていくべきはずのものだ」「少なくとも法律問題については、最高裁判所による統一をまつまでもなく、最初から、どの裁判官が事件を担当しても、同じ問題については同じ判断が出るようになっていくことが理

想とされているのであり、裁判官は、そのための努力を怠つてはならないといえるであろう。「具体的には、最高裁判所の判例がある問題については判例を目安に、それが無い問題については裁判官仲間の通説的見解といったものを想定し、自分の考えがそれからかけ離れていないかを考えながら執務すべきだということになろう。」

この裁判官の見解をけつして支配的なイデオロギーとして考えるわけではないが、中堅のエリート裁判官として、現在の裁判官の一般的な発想を物語っているように思われる。

この裁判官の発想の基底に「裁判官の独立」の観念があることは否定できない。「裁判官仲間の通説的見解を想定したり、他の裁判官の意見を参考にすることは、司法権の独立とは関係がないし、事件担当裁判官の発意に基づく限りにおいては、裁判官の独立とも矛盾しないと考えられる」とのべていることからもうかがえるように、「司法権の独立」の観念、樋口・小田中両氏のいう「中立」イデオロギーが、この裁判官の発想に色濃く反映している。

しかし、同時に注目したいのは、最高裁判例の積極的受け入れ、あるいは裁判官の通説的見解の想定に示される、裁判官にたいする特定の思想・見解の受容の勧めがのべられていることである。これを「多数意思の機械的執行⁽¹⁰⁾判決の自動販売機⁽¹⁰⁾」⁽¹¹⁾と言いかどうかはともかく、「司法の反動化」後の最高裁判所や裁判官の「通説的見解」とはいかなるものかについて思いをやるべきとき、この発想は、樋口氏の指摘した「日本の現実をそのまま憲法の名において肯定し正当化できるような⁽¹¹⁾」、⁽¹¹⁾「憲法」つまり現在の体制・体制の支持する見解の是認につながってはいまいか。あるいは、石田長官のいった「憲法を是認し、憲法にそった考え方」あるいは「現憲法が期待している姿」に類似してはいないか。

こうした発想の評価について、小田中氏のいうように、「中立」イデオロギーを「補充し強化するもの」であつて「主要なイデオロギー」ではない、という評価に異論はない。ただ、裁判官の発想において、「統一」された国家意思へと、裁判所の意思を統合させていくような傾向がよまつていのではないか、という視点をもたなくてはならないと考える。樋口氏が典型として析出したような「政治的裁判官像」が、現実には、様々の複雑な様相を呈しながらも、傾向として徐々

にあらわれつつあるのではないか。最近の判決動向について言われている「裁判所が個々のケース・バイ・ケースの判断からはみ出して、全般的な政策決定の機能をかなり果たしてきているのではないか」との指摘は、裁判官のこうした変化とどのような関係にあるのか。最近の判決動向との関係でも、この「裁判官像論争」の論点は、重要な分析の視角として意義深いものがあると思われる。科学的な憲法学にとつての裁判官論の一つの課題がここにあるのではないだろうか。

三 対置される「あるべき裁判官像」

前章で、裁判官の思想を枠づける支配的なイデオロギーをどうとらえるかという論点をとり上げた。それでは、この支配的なイデオロギーにたいして、いかなる「裁判官像」を対置すべきか。この課題は、民主主義憲法学に要請されている実践的課題の一つと位置づけてよからう。支配的なイデオロギーはなにか、という問題は、「科学としての憲法学」の科学的な認識の対象であるが、それにたいして、この支配的イデオロギーに対抗すべき「裁判官像」はなにか、という問題は、論者それぞれの、現在の司法についての現状認識をふまえての、実践的な提言の性格をもっている。樋口・小田中両氏の提言はまさにそのような意味を有していた。

樋口氏の提言は、一言でいえば、「伝統的裁判官像」の理念の再生、といつてよい。この「伝統的裁判官像」はあくまで理念であつて、現実の存在として、歴史的に存在していたことを意味しない。それは歴史的に「伝統的」と言うものではなく、近代立憲主義の理念にてらして「伝統的」なのである。

樋口氏は次のようにいう。「今の日本の司法権ことに最高裁には、まさにここで言う意味での官僚制の一面としての専門性、合理性、そして外部に対する自律性の回復こそが求められている、と私は考える。」⁽¹³⁾

「政治的裁判官像」への傾斜を、現在の裁判官についてのイデオロギーにみてとつた樋口氏は、現在の司法の状況について「日本の現在の司法についても、独善よりは癒着こそを何よりも警戒しなければならぬ」と説く。だからこそ、政

治との「癒着」に対抗する「裁判官像」は「日本国憲法という新しい基本価値のうえに（位置づけなおされる）伝統的な専門合理的・自律的な裁判官像」⁽¹⁵⁾であり、「裁判官としての重い責任に堪える思想・良心の自由の陶冶を確保し、またそれによって確保される」⁽¹⁶⁾裁判官こそが期待されている、と説く。そして、現実の存在として、青年法律家協会や裁判官懇話会の裁判官たちの試みは、そのような「裁判官像」に基礎をもっていた、と高く評価するのである。

樋口氏のこの「伝統的裁判官像」の再生という問題提起は、裁判官の、自己のありようを直接に論じたがゆえに、現実の裁判官たちにとっては、きわめて受け入れやすい実践的な問題提起となった。

それに対して「中立的裁判官像に対する民主主義的な対抗概念」⁽¹⁷⁾として「民主的裁判官像」を提起するのが、小田中氏である。それでは、小田中氏の「民主的裁判官像」とは一体どのようなものなのか。

「裁判官は、この要求（『国民の日々の生活の中で生起するなまなましい要求』であり、それこそ『人権』と考えられている―引用者）に真摯に耳を傾け、国民と国家との間の、また国民と国民との間の紛争、利益衝突の実態をしっかりと把握し、真の国民の利益は何かを見極める作業をまず行わなければならない。私は、裁判官がこの作業を国民の立場に立つて誠実に丹念に行うべきであるということをやによりもまず強く主張したのであり、その意味で裁判官像らの中心的理念は『国民に開かれ』『国民と連帯し』『国民的基盤に立つ』姿勢（これを民主的というなら、正に『民主的裁判官像』）であるべきだと主張したい。」⁽¹⁸⁾

ここでは「国民の立場に立つ」ということの意味が議論のキーポイントである。「国民の立場に立つ」中味を明確にしないかぎり「国民」という概念のもつイデオロギー的機能を警戒する樋口氏にたいして、さほど説得的ではない。小田中氏の「国民の立場に立つ」という意味は、小田中氏の現代日本についての「憲法が支配権力側による支配のイデオロギーとなりえないという、憲法と民主主義をめぐる特殊な状況」⁽¹⁹⁾が前提になっている。支配権力側と国民との対抗の中で、「国民の側に立つ」とは、まさに憲法と民主主義を基礎にして裁判官は裁判をおこなう、ということであり、その意味では、

樋口氏のいう「日本国憲法という新しい基本価値」の上に立つ裁判官像とほぼ類似する内容をもつ。

しかも、国民との関係で裁判官がもつべき主体性について、小田中氏は次のようにのべている。「裁判官に望まれるのは、根拠のある理性的な国民の批判、説得に対して広く耳を傾け撰取する態度、識見であるというべきである。そして、このような態度、識見は裁判官が『国民的基盤に立つ』真の意味での主体性、内的独立（良心の独立）を備えているときにのみ期待できるのであり、このような裁判官によってこそ歴史の評価に堪え得る適正な価値選択が行われるのである。」⁽²⁰⁾この主張は、以下に引用する「国民」と裁判官との関係についての樋口氏の主張と共通することがわかる。「まず裁判官が『国民』や『世論』から距離をとるべきだといっても、『国民』や『世論』による裁判への監視や批判が不要——ましてや有害だ——ということを意味しないことを弁明しておきたい。私は、そうした監視や批判が必要だと考えており、ただしその際に個々の裁判官の主体性が完全に確保されていなければならない、と考えるのである。」⁽²¹⁾

このように、両者の見解をぬきだしてみると、二人の提唱のちがいは「伝統的裁判官像」か「民主的裁判官像」かに注目するよりも、むしろ、両者の主張の力点の置き方のちがいを考慮しつつ、両者の主張の共通点に注目すべきだ、と私は考える。樋口氏は「裁判官の主体性」に、小田中氏は「国民の立場にたって」に力点がおかれている。しかし、両者においては、裁判官の、国民からの「独立」——樋口氏のいう「旧派的裁判観」——の観念はともに拒否されており、基本的人権の尊重を高く掲げる日本国憲法の価値の上になつて、その憲法が認める思想・信条の自由にもとづいて、主体的に、政府などの時の権力や最高裁当局からも独立して判断をおこない、その判決について、専門家としての責任を持つ裁判官という像は共通しているように思われる。また小田中氏のいう裁判官の「歴史的、社会的責任の自覚性」の提唱は、樋口氏の「自分が価値選択をしているのだという自覚をはっきりともつたうえで『歴史の審判』に堪えるような選択に可及的にかづいてゆく」という謙虚な使命感をもつた裁判官像⁽²²⁾の提唱に共通する。ここには、判決の実践的な性格を意識しつつ、「その良心に従い独立してその職権を行い、この憲法及び法律にのみ拘束される」（憲法第七六条第三項）裁判官の姿が共

通して、浮かび上がってきている。この裁判官像は、前に引用した、現実のエリート裁判官の「心構え」とは全くことなっている。「心構え」にあった国家機関の一コマとしての裁判官の姿ではなく、まさに対国家権力との関係でつねに緊張関係をもつ、主体的な裁判官の姿である。

『あるべき裁判官像』とはどういうものか、また、裁判官に求められる資質、素養とは何か、それを不断に追い求めることが要求されていることをつよく意識し、「国民の信頼に応え得る裁判官になるためには、私達一人一人がお互いに切磋琢磨し、自主的に研さんを積み重ねること」を決意する、現実の少なからぬ裁判官の姿に、この「あるべき裁判官像」を重ね合わせることは十分に可能であるだろう。それを「伝統的裁判官像」の再生とよぶか、「民主的裁判官像」の創出とよぶかは、この裁判官像に具体的に即してみるかぎりでは、それほど違いはないように思われる。

この「裁判官像論争」を踏まえて、二つの「裁判官像」のちがいに力点を置いて論ずるより、むしろ、二つの像の共通性にこめられている、日本国憲法の価値の上に基礎づけられた裁判官の主体的な態度への、現実的な模索の方向を明らかにしていくことが、今後の民主主義憲法学の課題になっていくのではないだろうか。

四 「司法にたいする国民のコントロール」をめぐって

前章で、「裁判官像」の実質のイメージの次元ではそれほど両者に違いはないのではないかと書いた。そのことは、裁判官自体に即して、裁判官に求められる素養、識見についていう限りで、という前提つきだった。しかし、国民の働きかけに目を移して、国民による裁判官のコントロールについていうと、「伝統的裁判官像」においては消極的に、「民主的裁判官像」においては積極的に位置づけられている。そのことは、樋口氏によって、極めて問題提起的に示された次のことばからもうかがえる。「日本の司法の将来にとって今何が一番大切か、ということについては、ひとそれぞれに見解があるだろう。おそらく多くの識者たちは、裁判官に対し、何よりもまず『司法官僚性』の枠をふみやぶって『国民』に対

しより開かれた姿勢をとることを、要望するだろう。だが、私はそれにはくみしない。⁽²⁴⁾「私は、他方でそうした現状を批判するひとびとに対しても批判的見地をもっている。……『国民』の名において司法にあまり多くのものを期待あるいは要求し、または司法にあまり多くの利用価値を求めてはならない。」⁽²⁵⁾「裁判官の解釈者としての立場に対する司法行政上の枠づけに対抗する批判の論理として、しばしば、裁判官に対する『民主的統制』という主張がもち出されるのであるが、このフォーミュラが無規定に使われることに、われわれはじゅうぶん警戒する必要がある」⁽²⁶⁾

こうした問題提起は、ともすると裁判官にたいする「民主的統制」をほぼ通説的に考えていた私たちにとって、裁判官論の新しい一つの課題の提示という意味で、知的な刺激を与えるものであった。

樋口氏は、この論点をよりふかめるために、『国民主権』と『裁判』の關係について⁽²⁷⁾論じている。

ここでは、第一に、国民による直接間接のコントロールを否定しないものとして「裁判の独立」を考ふる所一彦氏の主張が批判されている。樋口氏の論点は、① たしかに、裁判官の公選による国民の直接のコントロールは、それ自体裁判の独立と矛盾するものではなく、歴史的にも、フランス革命期の憲法に明文化されている。しかし、それは、変革期だったからこそ、新しい民主主義的正当性原理によって裁判の独立を支えるものとして、国民によるコントロールが考えられた。② 変革期とことなる、法体系確立後の時代においては、このコントロールは、選挙の場合での政党の活動を媒介として、政治部門の他権力からの独立とは反対の方向に作用する可能性の方が大きい。③ 国民による裁判官公選のような「制度的なコントロール」とは別の、裁判批判のような「非制度的なコントロール」は、民主主義社会の裁判にとつての不可欠の大前提であるが、裁判官個人の主体的なあり方をぬきにすると、人事を含む司法行政権をもつ最高裁判所が、一定の「世論」を背景にして、個々の裁判官に一定内容の「モラル」を要求するときには、「国民による非制度的なコントロール」の名で、裁判の独立が骨抜きにされてゆくおそれが大きい。

第二に、「『国民』の名において司法にあまりに多くのものを期待あるいは要求」することへの批判として、「司法オプティ

「ミズム」の成立の要件が検討されていることが注目される。「われわれは『ノモスのクラチア』によりかかる司法オプティミズムに単純に満足することはできないのであつて、司法オプティミズムが成り立つためには、実は一定の条件が必要ではなくて、リアルな目をむけなければならぬはずである。」⁽²⁸⁾そして、その条件が多かれ少なかれ充たされるには、現実の社会的背景がある。この司法オプティミズムを成立させる一定の社会的背景があるアメリカとは、「議院内閣制の統治機構のもとで、相対的に規律のかたい与党が多年にわたつて立法府と行政府を一手に掌握し、唯一の『民意』の表明としてたちあらわれているわが国の場合」⁽²⁹⁾客観的条件がことなつてゐる。

樋口氏のこのような主張の背景には、「主権」概念を放棄して、对国家との関係で緊張関係をもつ「人権」概念をとるべし、との提唱とも共通する、「国民」や「世論」の概念のはたすイデオロギー機能をたいする警戒があらわれてゐる。

この論争での、「権力側がもちだす『国民』なるものの実体、そのイデオロギー性を批判し、それにたいし真の社会的多数者の利益を『国民』の利益として対置する作業こそ必要とされるのである」という小田中氏の批判に対して「司法の領域については、私は、『社会的多数者』からも『距離を取るべきだ』という点まで含めて、『国民主権』のシンボルにはいさう警戒的である。」⁽³¹⁾とこたへてゐる。そこでは「真の社会的多数者」ならば欲すべきは、このことと一定の実質的価値内容——一般的にいえば人権ということになる——が問題になつてゐる⁽³²⁾（傍点は樋口氏による）のだから、それを人権という実質的価値としてくみかえて提示し、裁判官をそれによつて拘束する、というのが樋口氏の立論である。

この両者の違いは、科学的な認識上の差異ではなくて、実践におけるイデオロギーのはたす役割についての態度のちがいに起因する。私たちが、「国民による司法の民主的統制」をいふばあひ、変革の主体としての国民の理念が根底にある。実践上の態度として、この変革の主体となるはずの国民にたいしての働きかけとして、この定式を使用することはしばしばある。そして、私は、一定の意味でその有効性をみとめてゐる。しかし、そこで注意しなくてはならないのは、その定式を主張するさいに、主張者それ自身が、そのイデオロギーのもつ二面的な機能をふまえて、正確な現状認識の中で一つ

ひとつの実践に対応しなくてはならないことだ、と思う。私が先に司法にたいする「国民参加」を論じたさい、「国民参加」には、その概念の機能として二面性がある。司法に民衆的な契機をあたえることによって司法そのものを国民と結びつけていく機能と、『国民』の名によって支配を正当化することによって、権力支配をいっそう強化する機能である⁽³³⁾とべて、この両面性をふまえて、今後議論されなくてはならない、としたことはそのような意味であった。

樋口氏のいうように「相対的に規律のかたい与党が……唯一の『民意』の表明としてたちあらわれているわが国」において、たしかに支配の側からの『民意』形成がイデオロギーとして機能している。しかし、そのような『民意』に対抗する、もう一つの民意もまた現実にはわが国においては存在する。そのもう一つの民意を、司法の現状の変革にむけて、意識化・理論化する課題も民主主義憲法学の重要な任務となるであろう。そのさい、民主主義憲法学は、国民に「司法にたいする民主的統制」を働きかける行為の実践的な有効性について、たえず、支配の側からのイデオロギー的な攻撃についての現状認識を冷静にすすめるながら、検討し対応していかなくてはならない。現代司法をめぐる問題は、国民を民主主義と憲法の側に獲得するのか、それとも支配の側に国民がとりこまれるか、のイデオロギー的な闘争の様相をまさに示している。

注

- (1) 拙稿「憲法論からみた、権力への『参加』」長谷川正安編『現代国家と参加—公法学研究2—』(一九八四年・法律文化社)
- (2) 樋口陽一『比較の中の日本国憲法』(一九八〇年・岩波新書)(以下文献①として引用する)に載せられた「政治的裁判官像と伝統的裁判官像—『西洋』を考へながら日本を見る—」に反論する、小田中聡樹「伝統的裁判官像か民主的裁判官像か」「社会科学の方法」一三二号・一九八〇年五月号、(以下文献②として引用する)が発表されたことが論争のはじまりである。樋口氏は「政治的多数派」および「社会的多数者」と裁判官「社会科学の方法」一三五号・一九八〇年九月号(以下文献③として引用する)で批判にこたえる論文を発表した。この論争論文は「法と民主主義」一五七号「特集・今日の裁判官像」にまとめて再録されている。

- (3) 樋口・文献①、一八一頁以下。
- (4) 前掲・一九四頁。
- (5) 小田中・文献②、ただし引用は『統・現代司法の構造と思想』（一九八一年・日本評論社）から、二二六頁以下。
- (6) 小田中・文献②、二二九頁。
- (7) 樋口陽一「裁判官の『憲法忠誠』と『価値中立』」所収・同『司法の積極性と消極性』（一九七八年・勁草書房）（以下文献④として引用する）一八八頁。
- (8) 樋口・文献④、一五五頁。
- (9) 佐藤文哉「裁判官の心構え」『法学セミナー増刊・総合特集シリーズ二七・現代の裁判』（一九八四年・日本評論社）七七頁以下。この特集についての書評（『法と民主主義』一九四号・五〇頁）の中で、久保田穰氏は「国家司法論ともいうべき裁判思想の表明」として、この論文を位置づけている。
- (10) 樋口・文献④、一七二頁。
- (11) 樋口・文献①、一七九頁。
- (12) 保木本一郎の「座談会」判例回顧と展望」（法律時報五七卷二号六頁）での発言。
- (13) 樋口・文献①、一九一頁。
- (14) 樋口・文献③、一六頁。
- (15) 樋口・文献①、一九三頁。
- (16) 樋口・文献④、一七二頁。
- (17) 小田中・文献②、二三〇頁。
- (18) 小田中聡樹「裁判官論の課題」所収・外尾健一・広中俊雄・樋口陽一編『人権と司法』（一九八四年・勁草書房）（以下文献⑤として引用する）三三七―三三八頁。
- (19) 小田中・文献②、二二九頁。
- (20) 小田中・文献⑤、三四〇頁。
- (21) 樋口・文献③、一五頁。
- (22) 樋口・文献④、一九一頁。

- (23) いずれも全国裁判官懇話会での発言より引用（判例時報一〇六九号一〇頁）。
- (24) 樋口・文献①、一九〇頁。
- (25) 樋口・文献①、一九四—一九五頁。
- (26) 樋口・文献④、一七九頁。
- (27) 樋口陽一「『国民主権』と『裁判』の関係についての覚書」所収・鴨良弼先生古稀祝賀論集「刑事裁判の理論」（日本評論社・一九七九年）一九—三六頁。
- (28) 前掲論文・三〇頁。
- (29) 前掲論文・三九頁。
- (30) 小田中・文献②、二三三頁。
- (31) 樋口・文献③、一六頁。
- (32) 樋口・文献③、一六頁。
- (33) 前掲拙稿・三三一頁。