

はしがき

現在、日本では、2009年5月の裁判員制度の開設に向けて準備が進んでいる。市民が裁判官と対等な立場で刑事事件を裁くことは、国民が主権者として裁判権を行使することであり、司法制度改革で強調された、統治主体性を国民が自覚する良い機会となると思われる。しかし、国民の間にはなお参加に消極的な者も多く、一部には、「現代の赤紙」だという酷評も聞かれる。たしかに、裁判所が一番熱心に、渋る国民を説得して裁判員になることを勧めるのをみていると、国民が何か国家のために犠牲を強いられているような印象をもつ者が出るのもわかる気がする。しかし、司法参加は、本来、国民が主体的、能動的に司法に参加するものであり、国民はもっとこの制度を喜んでよいはずである。なのに、なぜ、このようなねじれた受け止め方をするのであろうか。

私は、背後に、司法における参加の理念的な位置づけの困難があると考えている。司法は、多数意思の支配する政治から峻別されることで、多数者も少数者も、平等に法の支配の下に置くことが可能となる。もし、司法参加ということで、国民が直接に司法権を行使することになれば、司法の判断が、国民の多数意思に従属するようになるのではないか。この理論的な難点が、制度を設計する際の慎重な姿勢となり、結果として、制約の多い、国民には、権利としての参加よりも、裁判という枠組みが他律的に与えられる中での、義務としての、括弧付きの「参加」となっているのではないかと思われる。

また、この法の支配と司法参加との緊張関係は、憲法訴訟に絡んで、「司法と民主主義」の問題としても議論されてきた。議会が定立した法が憲法に抵触すると考えられる場合、その法を違憲無効とすること、あるいは、憲法に適うように解釈を限定することが、司法の1つの重要な役割であることに

今日疑いを抱く者はいないが、具体的な場合に、この違憲審査権を発動すべきかどうかで意見が大きく異なることは少なくない。それは、問題となっている立法と憲法の規定とをつきあわせて行われる個別の憲法解釈の問題であると同時に、司法がどこまで立法の裁量判断に介入して憲法価値を擁護すべきかという、違憲審査制を構成するメタ規範の問題でもある。

この後者の制度規範に関して、政治から峻別され、国民から超越する司法と、国民の政治意思が貫徹する立法とが対比され、民主主義の評価が問われてくるのである。司法は非民主的な機関だから、民主主義的に決定された立法に明確な違憲性が認められない限り違憲審査は慎重にすべきである。これが、統治体制の基本としての民主主義を尊重しつつ、しかし司法は、この民主主義が行われる政治の場から峻別されなければならないという立場の基本的な考え方である。ただ、同じ峻別の立場に立ちつつ、民主主義が多数支配だからこそ、司法もそこで侵害されるかもしれない少数者の権利を積極的に守っていかなければならないという考え方もある。むしろ規範的な議論としては、日本では、この人権擁護の積極的な役割を司法に期待する議論が多いと思われる。司法制度改革では、これからの「国の形」として、法が社会の血肉と化す、そうした法の支配が行われる社会を展望しようとしているが、そこにもこの期待が込められている。

しかし、この積極的な司法が、本当に司法と政治を峻別した、民主主義の支配を受けない司法でありうるのか、疑問である。積極的な違憲審査が行われるという点で、この法の支配の1つのモデルと考えられるアメリカでは、峻別は維持されていない。たしかに、裁判官の身分保障という点では、日本のようなキャリアシステムを取っていて裁判官が組織の人事権に服する社会と比べて、司法の独立が強く守られているが、しかし、任命の際には、任命権をもつ大統領や任命に同意権をもつ上院の政治的な思惑で裁判官候補者が選任されている。州では、知事の政治的任命に加え、裁判官の選挙や再任審査があり、国民の民主的統制がさらに徹底している。

この積極的な違憲審査が行われるアメリカで、裁判官の選任に国民の政治的な意思が働く仕組みが作られていることは、どのように評価すべきであろうか。アメリカでは、峻別論が想定するような、司法が政治的な多数意思に

支配され、少数者の権利保護の機能を弱めるという事態は存在しないのだろうか。

あらためて、こうした問いかけをしてみると、司法が働く政治的な文脈というものがみえてくる。法の支配を実現するためには、ただ司法が政治から汚染されずに、法に忠実であればよいというものとは違った、司法が積極的に社会に向かって法の正しい解釈として信じるものを押し出していく、その活動を支え、また規制するものが必要なのである。「刀も財布も持たない」司法が、国家の権力や、社会の既成権力に逆らって法の理念を押し出していくためには、司法は国民とともに考え、国民に支持されて、あるべき社会を先取っていかなければならないのであり、それが司法制度改革でいわれた「司法の国民的基盤」である。

ただ、ここでも、この国民的基盤の構築が、今回の制度改革で実際に行われたかという点、残念ながら、十分ではなかったといわざるをえない。裁判所が国民の意見を聞いたり、法廷傍聴の便宜を計らったりする広報活動は積極的に行われるようになったし、判事補の外部研修、弁護士への就職や調停官への就職、さらに付調停の活用、専門委員制度の創設など、裁判所と国民をつなぐパイプを太くする努力も行われている。

しかし、キャリアの裁判官が裁判を行うという仕組みは、そのコアとなる理念とともに不変なものとして維持され、国民の政治を媒介とした司法への働きかけは引き続き周辺化されている。裁判所によって任命され、裁判所の紛争解決機能を補完する調停員がこのパイプ役を代表するとすれば、それと対極にある、国民が、まさに統治主体として、裁判所の内部に入り、あるいは裁判の中心に向けて批判的な活動を行っていく、そうした司法参加もこれからの日本に必要なものではなからうか。

この、やや過激な提案を念頭に、司法制度改革が切り開いた、あるいは開こうとした司法の国民的基盤を考えてみようとしたのが本書である。基礎となったのは、2007年に京都大学法学部で開かれたシンポジウムである（京都大学大学院法学研究科21世紀COE「21世紀型法秩序形成プログラム」）。日本の中だけで考えていると、どうしても現在ある制度の枠組みの中で思考することになり、司法参加のように、司法の公式理念にうまくはめ込むこと

ができない、また日本ではなじみのない制度を構想するうえで制約となることから、アメリカの、それも司法政治学という、現実の裁判を政治的な文脈に置いてその実際の働きを理解する研究を積極的に取り上げてシンポジウムを組織した。最終的に、アメリカから5名、日本から、私を含めて6名が論文を執筆した。分野別でいえば、憲法学4名、司法政治学2名、法社会学3名、政治学1名、日本法1名である。

同じ問題を扱っていても、執筆者の関心は多様で、司法の理念的なあり方をめぐる議論において必ずしも統一的な見解があるわけではない。シンポジウムにおいても、あらためて、日本とアメリカの間に、同じ違憲審査の制度をもっている、制度のあり方、とくに司法と政治との関わりに両極ともいうべき違いがあることが確認された。

ただ、最初は、シンポジウムを組織した私に、なぜ司法に民主主義が必要なのか、日本では、具体的にどんな不都合があって、そのような議論をするのかと質問をしていたアメリカ側の参加者も、討論をしているうちに、この違いの中に、司法が、同じ法の支配という課題を遂行する過程で、法の超越性と経験性、そして司法の独立と答責性という矛盾した要請を2つながら抱えていて、そのバランスの取り方が、社会によって異なることに気がついていった。このある意味で単純な洞察は、しかし法の解釈では、法形式主義に対する法学リアリズムの批判、またそれに対する現代の法的推論の独自性の主張という形で、時代とともに強調点を変えながら方法論的な論争が繰り返されてきたように、法に根源的にあるジレンマを指し示している。

日本で、現在、司法の国民的基盤があらためて問題とされるのも、この法に内在する、利害を超えた超越性と、しかし法が同時に社会の中の有意味な規律であるためにもたなければならない経験性とのジレンマに胚胎している。司法が、法の管理を託された専門家によってのみなされるものであるならば、あえて国民的基盤は必要がないし、むしろ有害でもある。しかし、法のもう1つの経験性を体現するためには、国民からの、司法への不断のインプットが必要である。

日本社会も、市場の規律でも、また理念の面でも、さらに人々の生活意識の面でも、グローバル化の波を受けて現在大きく変容してきている。この時

代の変化の中で、あらためて法秩序のあり方を根源的に問い直し、新たなバランスを求めていくことが今求められている。本書の中で紹介されるアメリカの司法の姿をみて、読者は彼我の違いに驚きを感じると思われるが、それをただ別世界の話として聞くのではなく、足下の日本社会をみて、日本の司法のあり方にももう少し別様の可能性がないのか、一緒に考えていただきたいというのが、本書を編集した私の願いである。

2008年12月

棚瀬孝雄