

論 説

「裁判官の良心」についての一考察 (2)・完

萩 屋 昌 志

はじめに

- 1 「公正らしさ論」と「裁判官の良心」とのかかわり
 - (1) 石田談話と「公正らしさ論」
 - (2) 石田談話と「裁判官の良心」
 - (3) 「裁判官の良心」についての2つの考え方
- 2 裁判官の良心をめぐる議論—石田談話以前—
 - (1) 団藤による「客観的良心説」の提示
 - (2) 客観的良心説の展開
 - (3) 客観的良心説に批判的な考え方
 - (4) 主観的良心説
- 3 主観的良心説・客観的良心説の展開—石田談話以後—
 - (1) 平野龍一の考え方
 - (2) 横川敏雄の主観的良心説
 - (3) 団藤重光の「改説」(以上40巻4号)
- 4 石田談話への反応—2人の憲法学者の見解—
 - (1) 小林直樹の見解
 - (2) 樋口陽一の見解
- 5 若干の考察
 - (1) 「裁判官の良心」をどのように理解するか
 - (2) 客観的良心説と主観的良心説
 - (3) 裁判内容の多様性
 - (4) 裁判官としての法解釈と学者としての法解釈(以上本号)

4 石田談話への反応—2人の憲法学者の見解—

1章 (1) で指摘したように、石田談話は、裁判官の良心をその「思想」や「世界観」とみて、しかも、裁判官の「思想」や「世界観」が裁判の内

容に直結する可能性があるとする中で、裁判官として望ましくない思想があることを示唆するものであった。石田談話が発表された直後には、同談話を批判する諸論文があいついで発表されたが¹、以下では、これらのうち、小林直樹と樋口陽一（いずれも憲法学者）の見解をとりあげる。いずれの論文も、本稿の問題関心である「裁判官の良心」をどのように考えるべきかという観点からの検討が、考察の主要な柱とされているからである。以下では、小林と樋口の見解を紹介し、2章および3章でみてきた「裁判官の良心」をめぐる諸見解との関連にも留意しながら、それぞれについて若干の検討を行う。

（1）小林直樹の見解

小林は、石田談話の直後に発表された論文「裁判官の任務と良心」²において、まず、つぎのような問題関心を示す。すなわち、「司法の危機」（1章（2）を参照）にみまわれた執筆当時において、裁判官は、「日本社会を分断する政治的イデオロギーの亀裂を反映して、裁判所（および裁判官）の中立性がそもそも成立つかどうか」というような問題と、裁判所内部の「官僚化」³の問題とがクロスする平面で、その「良心」のありようが問われているという問題関心である⁴。このような問題関心から、小林は、裁判官の任務・職責や、裁判官の理念像と関連付けながら、「裁判官の良心」の問題を考察する。

小林によれば、裁判官の任務は、第一に、法による裁判を通じて、法秩序の維持に奉仕する点にある。すなわち、民事訴訟、刑事訴訟のいずれの場合であっても、裁判官は、第三者的な立場から、当事者のどちらの側にもかたよらない客観的な判断を下すこと（裁判の公正さ）が裁判を成り立たせる前提となる⁵。第二に、裁判官は、人民の人権保障という任務を負う。すなわち、法の支配の下で「法を司る」裁判官にとって、法の最高位にある憲法の魂である人権章典こそ、もっとも重要な判断枠組となる⁶。

第三に、裁判官の任務（法の解釈・適用）を遂行する過程においては、直観や価値観が大きな役割を果たすが、社会の変動期に柔軟な思考が要求されるときには、裁判官の古い価値観に結びついた「直観」に安易に依拠されては困る。さらに、洞察力や認識の狭さなどのために問題の意味が把握されないような場合には、裁判官の判断は的はずれになったり、ゆがんだものとなる。これらの点から、裁判官にふさわしい資質や要件が求められる⁷。

裁判官に望まれる最小限度の資質・要件として、小林は、「公正」（正義感や節度やバランスの精神などを含む）と「英知」（客観的な認識力や論理的な分析力のほか、人間生活に関する洞察力を含む）とを挙げ、それぞれについて、裁判官の職業倫理や「良心」との関連を念頭において考察をする。まず、「公正」については、つぎのような考えを示す⁸。裁判官の「公正さ」は、常識的には、偏りのない無私の立場ということができる。このような意味での公正さの担保を、裁判官の心構えといった道徳的要求に帰着させないためには、「裁判内容を」「歴史の審判」や、同時代の国民の批判にさらすことが考えられる。そのための制度的な裏うちとしては、「裁判の公開」と、言論の自由を媒介とした判決の批判（学問的な検討だけでなく、関心があるすべての国民の理性的な批判）がある。裁判の公正に関しては、さらに、「政治的中立性」の要求が論議を生じさせる⁹。政治的な「中立」の名において支配的勢力の要求に応じたり、体制イデオロギーへの随順を裁判官に求めたりすることは、公正をはなはだしく損なうからである。

裁判官に求められる「英知」の内容については、つぎのようにいう¹⁰。第一に、裁判においては、法概念の規定、事実の整理、法規への事実の当てはめが行われるので、裁判官には法律学的知識に加えて分析能力が求められる。第二に、単なる知識の集積では得られないような、人の内面にまで入って理解できる能力（人間理解、同感能力）が要求される。第三

に、法にかかわる社会的諸価値の意味、それらをめぐるイデオロギーや利害の対立などの社会現象を理解し、そこに生じる法的紛争の意義を見定める洞察力が必要である¹¹。このような「英知」のトレーニングのためには、裁判官のありようは広く社会に開かれていなければならない。この点において日本の裁判官は、「公正さ」のため、社会的交際を自制しすぎて、社会との接触による人間認識の深化の機会を閉ざしているようにみえる¹²。しかし、「社会の『影響』を恐れて、そこからの情報や批判を遮断することは、悪しき独善をはぐくむだけであって、英知の鍛錬の機会を閉ざすことになる」^{13・14}。

裁判官に要求される資質である「公正」と関連させながら、小林は、「裁判官の良心」については、つぎのような考え方を示す。まず、小林は、執筆当時の憲法学の主要な注釈書・教科書¹⁵の大部分が、「裁判官の良心」について客観的良心説をとっていたことを示しながら、自らも客観的良心説の立場をとる。すなわち、裁判官個人の政治的・宗教的・道徳的その他の思想や信念によって法の解釈・適用がなされるのでは、統一的な法秩序は成り立たないし、裁かれる側からすると不安定である。「人ではなくて法が支配する」という原則からすると、裁判の公正さを守るために、かれ〔裁判官〕自身の主観的な信念を抑制することが求められ、それが「裁判官としての・客観的な良心」ということになる。司法権の独立も、これとの関連で、裁判官が権力その他のあらゆる社会的力から独立しているだけでなく、自己の主観的信仰や思想からも「独立」していなければならないことを意味する。このようにみると、裁判官の職業倫理としての「公正」や「法の支配」を守る要求が、「裁判官の良心」の理解として「裁判官の客観的良心」を導くことになるのであり、これは、裁判官の「独立」を別な側面から述べたことにほかならない¹⁶。なお、小林自身は裁判官の「主観的良心」という表現はしていないが、ここで小林がいう「裁判官個人の政治的・宗教的・道徳的その他の思想や信念」とか、「かれ〔裁判官〕自

身の主観的な信念」、「自己〔裁判官自身〕の主観的信仰や思想」とは、いずれも、主観的良心説のいう「裁判官個人の良心」をさすとみてよいであろう¹⁷。

ところで、小林によれば、このように理解された「裁判官の良心」（客観的良心）は、「枠」のある良心—「憲法および法律」もしくは「客観的な法」の枠であって、裁判官の個人としての良心〔思想や信念など〕がこの枠からはみ出るときには、それを抑制するようなもの—ということもできる。このような「枠」の拡がりや弾力性の問題（たとえば、法の「枠」の中でどの程度の選択の自由が認められるのかという問題や、裁判官の個人としての良心と「枠」としての法との衝突は、どのようにして処理されるかという問題）に対しては、小林はつぎのようにいう¹⁸。前者の問題については、抽象的法規には一般的に解釈可能性の幅があるので、裁判官は、自分の良心（思想や信念）に従って、その中での選択をなすことができるとする。つぎに、裁判官の個人的良心と法律とが衝突する場合には、憲法の基本価値をその裁判官の「良心」（思想や信念）において信奉する場合には、違憲審査権の行使において、これらの法律に服することなく、「独立」の地位からそれらの違憲無効を宣言することができる。これに対して、裁判官が憲法の基本価値に同調し得ない場合には、その裁判官の思想や信念が法秩序の価値体系と相容れないことになるので、この衝突の解決は裁判官職を辞すことに求めるほかない。

「裁判官の良心」についての以上のような考えに基づいて、小林は、「裁判官の良心」についての石田談話（「裁判官が従うべき『良心』とは全人格であり、世界観と裁判の場での『良心』の使いわけはむずかしいだろう」と述べた部分。1章（1）を参照）に対して、つぎのような趣旨の批判をする。裁判官は、裁判の場において、法や現実と自分の思想（主観的な良心）との間のギャップや対立といった緊張関係のなかに常時立たされ、自分の主観的な思想を職業的良心（客観的な良心）で抑制する苦しみを味

わう。これに対して、石田談話のいうように、裁判官の全人格・世界観としての「良心」（主観的良心）と裁判の場での「良心」とが一元的に理解され、両者の使い分けが不可能（あるいは不要）とするときには、法と裁判官の主観的な良心との間の上記のようなギャップや対立がない（したがって、裁判官の主観的な思想を抑制する必要がない）ことになる。しかし、これは、自分の思想や世界観を放棄するか、または始めからこれをもととしない限り不可能である¹⁹。

以上に紹介した小林の見解は、その問題関心から明らかなように、石田談話ないし「司法の危機」を契機に発表されたものであり、とくに石田談話を強く意識した立論が随所にみられることからすると²⁰、激しいイデオロギーの対立がみられたこの当時の政治的・社会的な文脈のなかで考察されるべきものであろうが、このような考察は、本稿の問題関心からははずれるものとなる。そこで以下においては、本稿の2章と3章で紹介した「裁判官の良心」をめぐる諸議論の流れのなかでもつ意義に留意しつつ、小林の見解を分析する。

まず、小林は、統一的な、あるいは安定的な（この意味において公正な）法の解釈・適用という観点から、裁判官は、その主観的な信念や思想（裁判官の「主観的な良心」）を抑制することが求められるとする。この観点は、小林が、「裁判官の良心」について、客観的良心説の立場をとることの主要な根拠とするものである。そしてこの観点は、本稿でのこれまでの検討からすると、客観的良心説が、法秩序や司法の「客観性」や、法の「客観的な解釈」を重視しているところと共通するといえる²¹。もっとも、その一方で、小林は、裁判官は、自分の良心（思想や信念）にしたがい、法規の解釈可能性の幅の中での選択をすることができることは認めている。ただし、選択の幅の程度には言及していない。しかし、上述のように、小林は、裁判官の任務との関連で、「社会の変動期に柔軟な思考が要求されるときには、裁判官の古い価値観に結びついた『直観』に安易に

依拠されては困る」とし、さらに、裁判官に求められる資質としての「英知」を養うには、裁判官のありようは広く社会に開かれていなければならないとしている点などからみると、法規の解釈可能性の幅については、特に社会変動期においては比較的広く認めようとしているものと思われる²²。そして、法規の解釈可能性の幅という点においては、「裁判官の良心」について主観的良心説をとる横川が、「人格・個性を背景にした、各裁判官における、ある程度の意識、考え方の相違は、むしろ全体としての裁判所の健全化のために必要なことである」とし（3章（2）を参照）、あるいは、主観的良心説に親和的な考え方を示す改説後の団藤が、「裁判官として客観的に法を解釈するといっても、裁判官各自に自分の立場というものはあるから、客観的といってもある程度相対的なものである。このことが、判例を進めていくうえで大きな働きをもつのではないか」として、判例による法の発展の余地を積極的に求めること（3章（3）を参照）と比較して、実質的な違いはそれほどないように思われる。

そうだとすると、「法解釈の客観性」にどのような「幅」をもたせるか（いいかえると、「法解釈の客観性」を肯定しつつ、法解釈の内容にどの程度の柔軟性を認めるか。小林の表現によれば、法規の解釈可能性にどのような幅を認めるか）については、「裁判官の良心」として「客観的な良心」を想定するのか（小林）、それとも、「主観的な良心」を想定するのか（横川、改説後の団藤）という違いは、かならずしも決定的な決め手にはならないといえるであろう。このことは、「裁判官の良心」についての客観的良心説と主観的良心説との違いが相対的なものでしかないことを示唆する（この点は、5章（2）で改めて検討する）。

つぎに、小林は、裁判官が、「裁判官としての客観的な良心」に従って裁判を行うことにより、権力その他の社会的力から独立しているだけでなく、自分の主観的な信仰や思想からも「独立」していなければならないとする。これは、別の角度からみれば、客観的良心説をとることは、裁判官

の独立を、その裁判官のいわば「内心」の面からも担保するという意義をもつことを意味する。この点については、かつてはむしろ、客観的良心説に対して、裁判官の独立を侵害するおそれがあるという側面からの批判がなされていたことが指摘されるべきである。たとえば、執筆当時は東京地方裁判所判事であった石井は、主観的良心説をとりつつ、裁判官の「客観的な良心」に「具体的な特定の内容」を与えることになると、裁判官は法の拘束を受けるだけでなく、特定の内容を持った良心の拘束をも受けることになり、このことによって裁判官の独立が侵されるとの指摘をしていた（2章（4）bを参照）。これに対して、小林は、客観的良心説をとりながら、前述の通り、法規の解釈可能性の幅を比較的広く認めることによって²³、むしろ、裁判官は、権力や社会的な力から独立するだけでなく、自分の信仰や思想からも独立を保つことができるとする。このように、裁判官の独立の確保ないし保障は、法の解釈可能性の幅を広く認めるならば、小林のように、「裁判官の良心」として客観的良心説をとることによっても説明できるということが出来る。そうだとすると、このことも、客観的良心説と主観的良心説との違いが相対的なものでしかないことを示唆する（5章（2）を参照）。

石田談話（1章（1）を参照）に対しては、小林は、裁判官の「全人格」や「世界観」と裁判の場での「良心」とを一元的に把握することの危険性を指摘する。すなわち、小林によれば、裁判官といえども自分の主観的な思想や世界観をもつかぎり、それらと法や現実との間のギャップや対立があるのが通常であり、これを職業的な良心（裁判官としての・客観的な良心）で抑制する苦しみを味わう。これに対して、石田談話がいうように、両者を一元的に理解するならば、両者のギャップや対立がないことになるが、これは、裁判官個人の思想や世界観を放棄しない限り不可能だという。小林のこの指摘は、石田談話のように、裁判官の「全人格」や「世界観」を裁判の場での「良心」に直截に結びつけることは、「裁判官の良心」

(石田の理解によれば裁判官の「全人格」ないし「世界観」)を、一定の内容をもった法や現実に沿うようなものに統制する危険性をもつことを示唆するものといえることができる。

(2) 樋口陽一の見解

石田談話の直後に、小林と同じく憲法学者の樋口は、その論文「法の解釈における解釈者の立場と裁判官の思想・良心の自由」²⁴において、司法の危機(1章(2)を参照)は、法の解釈者の思想・良心の自由を問題とするものであり、法の解釈者としての裁判官に対する関係では、その独立を問題とするものであるととらえて、石田談話に言及しながら論を進めていく²⁵。

まず、樋口は、議論の前提として、裁判において行われる「法の解釈」と「事実認定」を、つぎのような営みと理解する。「法の解釈・・・は、・・・所与の法源を素材として一定の事案に法的解釈をあたえようとする法創造作用であり、そのようなものとして解釈者の立場によって規定づけられているところの、実践的意欲の作用である。そのような意味で、法解釈者は、自己の解釈について実践的な責任を負わなければならない」²⁶。法の解釈とならんで裁判を構成する「事実認定」も、無限の「事実」の連鎖のなかから認識者の観点にとってrelevantである諸事実をとりだす作用であるが、事実認定については、反証によって黒白をつけることができるのに対して、法解釈は反証のテストによっては決着がつかない。したがって、たとえば、ある法解釈を「偏向」よばわりして誹謗する場合には²⁷、上述のように法解釈が解釈者の立場によって規定されるものである以上、解釈者の立場そのものが直截にとりあげられることになる²⁸。

このように、「法の解釈」が解釈者の立場によって規定されることには、つぎのような意義が認められる²⁹。法の解釈が解釈者の立場によって規定されるものであるからこそ、〔法解釈者である〕裁判官には、まさしく裁

判官であるがゆえに、思想・良心の自由が保障されなければならない、裁判官の思想・良心への枠づけを許さない保障としての裁判官の独立が確保されなければならないという意義である。行政官も法解釈を行うが、行政においては、政治の場において形成された意思の執行であることから、政治部門に基礎をおく行政首长によって法の解釈が事前に統一されるので、個々の行政官は、行政官として法解釈を行う場面では、他者の設定した立場に従う。これに対して裁判は、政治的部門における多数意思に対する少数者の権利の保障に、その本質的な意義がある³⁰。それゆえに、裁判官は、法解釈を行うにあたって、政治部門の設定した解釈の立場に拘束されてはならないのであって、法の解釈の統一は上訴制度を通してなされうるととどまる。そして上述の通り、解釈者の立場なしに法の解釈を行うことは不可能である以上、〔法の解釈者である〕裁判官は、自分の立場にもとづいて法の解釈をしなければならない。したがって、裁判官は、本来の職権行使の場面において、思想・良心の自由を有しなければならない^{31・32}。

このように樋口は、「法の解釈が、解釈者の立場によって規定されるものである」からこそ、「法の解釈者としての裁判官は、まさしく裁判官であるがゆえに、思想・良心の自由を有しなければならない」とするのであるが、この前後のつながりは、かならずしも明らかであるとはいえない。もっとも、樋口がいう解釈者の「立場」というものを、たとえば、解釈者の「世界観」や「思想」と置きかえるならば、法の解釈・適用の際には、その裁判官の「世界観」や「思想」が決定的な役割を果たすことになるし、しかも、その際に、「独立してその職権を行」うとすれば（憲法76条3項）、法の解釈・適用の際に決定的な役割を果たす裁判官の思想・良心について、その自由が保障されなければ、独立した職権行使＝法の解釈・適用がなされえないことになる、ということではできるであろう。

いずれにしても、樋口によれば、法の解釈が解釈者の立場によって規定されるがゆえに、裁判官は、裁判官としての職権行使の場面において、思

想・良心の自由が保障されなければならないことになる。これに対して、石田談話(1章(1)を参照)は、「裁判官が従うべき『良心』とは全人格であり、世界観と裁判の場での『良心』の使い分けはむずかしいだろう」という裁判観をテコとして、裁判官がいだいている良心=世界観=全人格への統制をひきだしている³³。このように、石田談話は、「裁判官の良心」をその「全人格」と考え、「世界観と裁判の場での『良心』との使い分けはむずかしい」とするが、「裁判官の良心」と裁判との関係についてのこのような理解は、一樋口がいう「解釈者の立場」を、上述の通り、その「世界観」や「思想」と置きかえることができるならば、「法の解釈が解釈者〔ここでは裁判官〕の立場によって規定される」とする法解釈についての樋口の理解に共通するところがある。いずれの理解においても、「裁判官の良心」(世界観、思想)が法解釈ないし裁判内容に直截に反映される可能性があるからである。

このように、法解釈についての樋口の見解と石田談話とは、「裁判官の良心」=裁判官の思想・世界観と裁判(法の解釈)との結びつきを認める点で共通するが、「法の解釈が解釈者の立場によって規定されるがゆえに、裁判官には思想・良心の自由が保障されなければならない」とする樋口とは異なって、石田談話においては、「裁判官の良心」への統制の可能性が示唆されるのである。樋口によれば、石田談話のもつ「危険性」は、つぎのように整理することができる³⁴。石田談話がいうように、「裁判官の良心」をその裁判官の「全人格」と等置し、裁判官の「全人格」がその裁判官の行う裁判内容に反映されうるとするならば、裁判の批判などを通じて、裁判官の「全人格=思想を詮索し、えりごのみしうる」ことになる。しかも、「〔裁判官として好ましくない〕思想を持っている裁判官に、それ(思想)に関連する裁判をしてもらいたくないのが国民大多数の意見と思う」(1章(1)の石田談話より引用)というように、裁判官の思想をえりごのみするのは「国民の大多数」だとすると、今日の社会では、特定の政

治勢力の主張にすぎないものが「国民」の名において貫徹されていることにかんがみれば、このような「えりごのみ」は、結局のところ、特定の政治勢力によってなされることになるともいえる。このようにして、特定の政治勢力が「国民」の名において裁判官の全人格を詮索し、えりごのみすることによって、「裁判官を悪しき意味での政治の渦中に投げこみ、さまざまな政治勢力からの果てしのない踏み絵に道をひらくことにならざるをえない」^{35・36}ことになり、裁判官の良心＝全人格・思想が、特定の政治勢力によって望ましいものに統制される危険が生じることになるのである。

これに対して、法の解釈が解釈者の立場によって規定されるという樋口の理解においては、法の解釈には、「解釈の枠」という意味での一定の限界があるので、石田談話が示唆するところとは異なり、裁判は、裁判官がいただいている世界像〔全人格＝良心〕を吐露するようなものとはならない。「〔裁判で行われる〕法解釈は、・・・所定の法源との適合性を擬制し、そのことによって自己の解釈の他人に対する説得力をつよめながら行われ」る。このような擬制操作によって法源の規束性が機能するのであり、この規束性の効果範囲が解釈の枠にほかならない。したがって、法の解釈においては、〔石田談話の示唆するところとは異なって〕解釈者のいさぐ価値観、「全人格」が貫徹しているわけではない。そのうえ、裁判官の法解釈については、解釈学説以上に、その枠は狭いものである。というのは、裁判官も国家権力の一手段であるから、裁判官が實際上選択を自由に行うことができる範囲は、より自由な解釈を欲する人々の見解からみてそうであってほしいと思われるより狭いからである³⁷。とりわけ下級裁判所の法解釈は、上級審によって受容されうるものであろうとすることから、上級審が示した法解釈によって枠づけられてくる。このように、「裁判官が自己の解釈論上の立場を本来的に表出するような判決を書く可能性」じたい、人が思うよりも限定されているのである。まして、自己の理想とする世界像を吐露して法源を公然と離れるような解釈は、・・・上級審の事実

上かつ間接の拘束に服する下級審においては、実際問題としては生じえないであろう」³⁸。裁判官の行う「法の解釈」をこのように考えるならば、石田談話が示唆するように、裁判官の「全人格」や「世界観」が裁判の内容に直截に反映されるようなことは、およそ考えられないのである。

このように、樋口によれば、石田談話には二つの問題がある。第一に、石田談話は、職権行使の場面で思想・良心の自由が保障されなければならない裁判官を、政治的多数派が、「国民」の名のもとで統制する契機を含んでいるという点である。第二に、石田談話で示された裁判観は、「裁判官の良心」をその「全人格」や「世界観」と等置し、そのことによって、裁判官の「全人格」や「世界観」が裁判の内容に直截に反映されうるといふ含意をもつ点において、特異なものであるという点である。なぜ特異なものであるかという点、上述のように、樋口によれば、裁判官も国家権力の一手段であるという意味において、裁判官の法解釈は解釈学説以上に狭いものであるし、下級裁判所の法解釈は、上級審が示した解釈によって枠づけられることからすると、裁判は、裁判官の世界像を直截に吐露するものとはならないからである。

ところで、樋口がこの論文でいう法の解釈の「枠」や、裁判官による法解釈の枠の「狭さ」は、明確に示されているとはいえない。ただ、法の解釈の「枠」を論じるうえで、樋口が基本的に依拠したとみられる考え方（「それぞれの場合に法の解釈が解釈者によって異なりうるといっても、もちろん、それには一定のワクがあるであろう。一つの解釈は、それ自身、論理的・一貫性をもったものでなければならぬ、また、解釈されるところの法規と憲法を頂点とする全法体系とに対して論理的に矛盾しないものであることが説明されうるのでなければならぬ」³⁹）や、「裁判官の法解釈は、解釈学説以上にその枠は狭い」という樋口の理解にてらすならば、樋口のいう法の解釈の枠の「狭さ」は、結局のところ、「裁判官の良心」をめぐる議論のなかで、客観的良心説が、「法の客観的な解釈」というこ

とばで考えている法解釈の「枠」と、ほぼ等しいと考えられる⁴⁰。さらに樋口が、「裁判官の法解釈は、解釈学説以上にその枠は狭い」とする点においては、主観的良心説に親和的な立場をとる団藤（改説後）が、「自分の純然たる個人の学説としてはこう思う、しかし・・・、国家機関たる裁判官として法を解釈するということになれば、自分の説はやや控え目にして、むしろこういうふうな解釈をとるといようなニュアンスが出てくるのではないか」として、同一人物であっても、学者としての法解釈と裁判官としての法解釈とでは、異なることがあると述べたところ⁴¹に通じるように思われる（学者としての法解釈と裁判官としての法解釈については、5章（4）を参照）。もっとも、樋口は、すでに紹介したように、「裁判は、政治的部門における多数意思に対する少数者の権利の保障に本質的な意義がある」としており、この点からすると、樋口は、法解釈の「枠」のはめかたとして、「多数意思に対する少数者の権利の保障」という一定の方向性をもたせており、ここに樋口説の特徴がある。

なお、樋口は、「裁判官の良心」について主観的良心説と客観的良心説のいずれの立場をとるのかについては明言していない。「法の解釈は解釈者の立場に規定される」ものであり、それだからこそ、「裁判官の思想・良心の自由が保障されなければならない」としていることからすると、「裁判官の良心」にその裁判官の思想や世界観を読み込むという意味で、主観的良心説をとるとみることできる。しかし、他方において、主観的良心説のひとつの典型である石田談話に批判的な態度をとっていることや、「これまでの一般的見解は、『裁判官の良心』を、『客観的な、裁判官としての良心』・・・というふうに解してきた」⁴²として、石田談話に示されたような、「裁判官の良心」をその「全人格」とする見解を「特異」なものとするところからすると、すくなくとも客観的良心説に親和的であるか⁴³、あるいは、主観的良心説をとりながら、裁判官の職務に着目すると、裁判が主観化することはないとする石井の考え方（2章（4）bを参照）と

ほぼ等しいということができる。

- 1 石田談話に対する批判的な諸論文については、1章注7（龍谷法学40巻4号217頁）を参照。
- 2 ジュリスト469号（1971年）117頁。
- 3 ここにいう裁判所ないし司法部の「官僚化」の意味内容は必ずしも明確ではないが、文脈から推測するならば、小林は、1960年代末から70年代初めにかけての「司法の危機」の時期に、最高裁判所が、裁判所に対する外部からの干渉に対して毅然とした対応をとらなかったことが、こうした「官僚化」の現れであるにとらえていたように思われる。「司法の危機」とそれに対する最高裁判所の対応については、樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』（1979年・岩波書店）164～168頁などを参照。
- 4 小林「裁判官の任務と良心」ジュリュリト469号117頁。小林によれば、全体としての裁判官にとって、「裁判官の良心」が問題になるのは、価値および秩序の変動期であり、執筆当時の「司法の危機」の時期は、終戦直後と同様に、まさにこのような意味での価値の変動期と考えられる（117～118頁）。この時期に小林が「裁判官の良心」を論じたことの背景のひとつには、このような時代認識があるのである。
- 5 小林「裁判官の任務と良心」118頁。
- 6 小林「裁判官の任務と良心」119頁。
- 7 小林「裁判官の任務と良心」120頁。
- 8 小林「裁判官の任務と良心」121～122頁。
- 9 裁判の公正に関連して政治的中立への要請の問題をとりあげたのは、小林が、石田最高裁判所長官（談話の発表された1970年当時）談話において、「・・・裁判官は政治的に中立でなければならない。ある色彩を持つような政治的活動をする団体に密接な関係を持つと、その人の裁判は公正であっても、世間からは『ああいう人だからそういう結論が出た』と思われる。極端にいうと、人との日常のまじわりも、非常に親密になることはつつしむべきだと思う。・・・」と述べられたこと（石田談話の内容については、1章（1）を参照）を強く意識していたためと思われる。

石田談話においては、裁判官は「政治的に中立であること」が求められており、そのため、裁判官が「政治的活動をする団体」に密接な関係をもつことが、裁判の公正に対する疑念を生じさせるものとして否定的にとらえられている。石田談話の当時は、すくなくとも石田をはじめとする「司法行政当局者」にとっては、当時の若手裁判官が多く所属していた青年法律家協会が、このような「政治的活動をする団体」にあたると考えられていた。この点について石田は、最高裁判所長官退官後のインタビューで、つぎのように述べている。「青法協〔青年法律家協会〕は、青法協だけではないですね。外部の勢力に結びつ

いていく。そういう団体には、裁判官はモラルとして所属すべきでない。・・・」(野村二郎「法曹あゝの頃」法学セミナー279号(1978年)30頁)。そして、1960年代の末頃に、雑誌「全貌」などの「右翼的ジャーナリズム」や、財界誌、自由民主党の機関誌「自由新報」などは、青年法律家協会に属する裁判官と日本共産党との結びつきや、「偏向裁判」との結びつきを批判する記事を公表していた(青年法律家協会に所属する裁判官に対するこうした批判などを契機にした「司法の危機」については、小田中聡樹『現代司法の構造と思想』(1973年・日本評論社)121～142頁などを参照)。

このように、青年法律家協会に対する批判が政権政党の機関誌などで批判されていた当時に、司法行政当局が「政治的中立性」を求めることによって、裁判官が「政治的活動をする団体」(青年法律家協会)に所属することに対して消極的な態度を示すことは、政治的な「中立」の名において、支配的勢力(政権政党の自由民主党や財界など)の要求に応じることになるので、結果として、裁判の「公正」をはなはだしく損なうと小林は考えたものと思われる。

10 小林「裁判官の任務と良心」123～124頁。

11 このような洞察力が必要であるとされたのは、小林の執筆当時は、政治的には、いわゆる東西冷戦のさなかであり、激しいイデオロギー対立を背景にした政治的色彩の強い事件が裁判所に多く持ち込まれていたことを反映するものであるといえよう。

12 一般的にいて、日本の裁判官が社会的な接触を行うことに慎重であることは、たとえば、(裁判官の政治的中立への要請との関連であるが)先に引用した石田談話において、「・・・裁判官は政治的に中立でなければならない。・・・極端にいうと、人との日常のまじわりも、非常に親密になることはつつしむべきだと思う。・・・」と述べられているところにも、端的に表現されているように思われる。

岡文夫「野鳥の会に自由に入りたい」日本裁判官ネットワーク『裁判官は訴える!』(1999年・講談社)111頁以下は、日本の裁判官が、裁判所法によって「積極的に政治運動をすること」が禁じられていること(裁52条1号)との関係で、社会的な活動を行うことに対してきわめて慎重であることを、具体的なエピソードに基づいて論じており、本文で紹介した小林の指摘を裏付けるものとして興味深い。

13 小林「裁判官の任務と良心」124頁。

14 本稿の文脈からは離れるが、裁判官が他からの「影響」を受けて人として成長することの大切さについては、執筆当時に大阪高等裁判所判事であった伊東武是のつぎのような指摘が示唆に富む(伊東武是「寺西裁判官問題をめぐり『政治的中立』を考える」日本裁判官ネットワーク・前掲書237～242頁)。伊東は、裁判官と「世間」などとの関係について、つぎのようにいう。主体的に自らが選んで学ぶ限りの「影響」は人生に避けがたく、この点は裁判官でも基本的には同じであって、「職業人である前に、まず一人の人間として、世間を知

り、人間に通じた一市民でなければなりません」。「世間を知り人間に通じて人事万端に常識（できれば見識）を備えた裁判官が育つためには、一市民としてのできるだけ伸びやかな行動・交際の方が保障されなければなりません。そうでなければ、官僚世界の狭い見だけが影響を与え続けます」（裁判官ネットワーク・前掲書237～239頁）。

伊東のこのような指摘は、小林が、裁判官に望まれる資質である「英知」のトレーニングのためには、裁判官は広く社会に開かれていなければならないとしたところとほぼ重なる。

- 15 佐藤功『ポケット注釈全書 憲法』（1955年・有斐閣）455頁など。現在においても、憲法学上は、客観的良心説をとるものが多数であることについては、1章（3）（龍谷法学40巻4号215頁）を参照。
- 16 小林「裁判官の任務と良心」124～125頁。
- 17 小林は、憲法学者の佐藤功が、注釈書において、「裁判官の良心」とは、「それぞれの裁判官個人の主観的良心（思想・世界観・人生観等）を意味するのではなく、裁判官としての良心を意味する」と述べた箇所などを引用しつつ、こうした「学界通説の解釈は、大筋として誤ってはいないとおもう」としており（小林「裁判官の任務と良心」124頁）、この点からみても、裁判官の主観的な「良心」を、その思想や世界観と同視していたことがうかがわれる。

「裁判官の良心」の理解のしかたについては、このように一定の実体的な内容をもつものだけでなく、「心構え」の次元で理解するものもあることについては、5章（1）aを参照。

- 18 小林「裁判官の任務と良心」125～126頁。
- 19 小林「裁判官の任務と良心」126頁。
- 20 この点については、注9および12を参照。
- 21 たとえば、2章（1）で紹介した団藤の見解や（龍谷法学40巻4号219頁）、2章（2）で紹介した斎藤の見解（龍谷法学40巻4号221頁）を参照。
- 22 この点については、一般的な比較は困難であるが、「裁判官の良心」について、同じ客観的良心説をとる論者の中でも違いがあるように思われる。たとえば、2章（2）で紹介した斎藤も、事実認定や法令の解釈などにおいて裁判官の主観が働いている（この意味において小林がいう「解釈の幅」がある）ことを認めつつ、「裁判官は、・・・全体としての司法機構の一端を担いつつ法の支配を行っている」こと、あるいは「個々の裁判官は、一つの司法機構の一端を担っている」ことを強調するところからすると（龍谷法学40巻4号222頁）、法の解釈において裁判官が行う選択の幅には一定の限界があると考えている。そうだとすると、斎藤によれば、事実認定や法令の解釈などにおいて裁判官の主観が働く余地のない選択の「幅」は、かなり狭く解されているように思われる。
- 23 このように、客観的良心説をとりながら、法規の解釈可能性の幅を比較的緩やかに解することにより、裁判官の「客観的な良心」に「具体的な特定の内容」を与えるといった、客観的良心説に対して石井が指摘するような窮屈な拘

束から、裁判官は、すくなくとも心理的には解放されるといえよう。

- 24 法学セミナー186号（1971年）2頁以下（以下、「法の解釈における解釈者の立場」とよぶ。この論文は、後に、樋口陽一『司法の積極性と消極性』（1978年・勁草書房）166頁以下に収められた）。
- 25 司法の危機、ないし石田談話を契機とした樋口のこの時期の論文としては、さらに、「裁判官の『憲法忠誠』と『価値中立』」池田政章＝守屋克彦編『裁判官の身分保障』（1972年・勁草書房）90頁以下があるが、本文で紹介する「法の解釈における解釈者の立場」のほうが、より直截に石田談話をとりあげつつ、石田談話との関係で「裁判官の良心」や裁判官の独立の問題を論じていると考えられるため、本稿においては、石田談話について論じる樋口の論文としては、もっぱら「法の解釈における解釈者の立場」を取りあげることにした。
- 26 樋口「法の解釈における解釈者の立場」2頁。
- 27 樋口は、「法解釈を『偏向』よばわりして誹謗する」というように一般化したかたちで叙述しているが、本論文の問題関心や執筆の時期にかんがみると、こうした法解釈の「偏向」批判は、直截には、1960年代の末頃に、雑誌「全貌」などの「右翼的ジャーナリズム」や財界誌および自由民主党の機関誌「自由新報」などが行った「偏向裁判」批判を念頭に置くものと考えられる。1960年代末の「偏向裁判」批判については、前掲注9、および、小田中聡樹『現代司法の構造と思想』（1973年・日本評論社）121～142頁などを参照。
- 28 樋口「法の解釈における解釈者の立場」2～3頁。
- 29 樋口「法の解釈における解釈者の立場」3～4頁。
- 30 このように、樋口は、裁判の本質的な意義として、政治的部門における多数意思に対する少数者の権利の保障を挙げるが、これは、小林が、裁判官の任務として挙げた人権保障ないし擁護にほぼ重なるものと思われる。
- 31 樋口「法の解釈における解釈者の立場」3頁。
- 32 裁判官が、裁判官としての職務を遂行する場合に、思想・良心の自由を有しなければならないことについては、さらに、樋口・前掲注25論文「裁判官の『憲法忠誠』と『価値中立』」・池田＝守屋編『裁判官の身分保障』92～93頁を参照。
- 33 樋口「法の解釈における解釈者の立場」5頁。
- 34 樋口「法の解釈における解釈者の立場」5頁。
- 35 樋口は、前掲注25論文「裁判官の『憲法忠誠』と『価値中立』」においても、石田談話の中で示されたような裁判観によれば、裁判官の思想が、「国民」の名において、政治的多数派から枠づけられる危険性があることを指摘している。樋口による指摘の概要はつぎのようなものである（池田＝守屋編『裁判官の身分保障』98～99頁）。石田談話は、「裁判を受ける人にとってみれば、明らかにそういう思想〔道義的には裁判官として好ましくない思想、憲法に否定的な思想〕を持っている裁判官に、それ（思想）に関連する裁判をしてもらいたくないのが国民大多數の意見であると思う」として、「憲法」を基準にして裁判官

の思想を選別する主体として「裁判を受ける人」を挙げている。「裁判を受ける人」〔国民〕が裁判官を選ぶ仕組みはありうるが（たとえばアメリカの裁判官公選制）、日本はそのような仕組みをとっていない。そのような制度のもとで裁判官の思想を選別する主体として「裁判を受ける人」、あるいは「国民」の意思が採用される場合には、議会やそれに基礎をおく内閣など政治部門に表明される「国民」多数派の意思によって裁判官の思想を枠づけることになってゆく危険が大きい。

- 36 のちに樋口は、司法権と「国民」との関係について、つぎのような指摘をしている。司法権に注文を出す「国民」は多種多様である。現実の社会関係が複雑多様化してくる今日においては、司法権に対して「国民」が求めるものも多様化し、相互に矛盾することもある。「それだけに、司法権は、そういうさまざまな『国民』や『世論』から距離をとり、具体的事案の性質に即して専門合理的見地をつらぬくことによってこそ、存在意義を全うすることができるはずである」と（樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』（1979年・岩波書店）190～191頁）。ここで樋口が、司法権が「国民」や「世論」から距離をとることによってその存在意義を全うするとしたのは、「国民」の多様な要求が相互矛盾する可能性があるため、これらの要求に同時に応じることができないというだけでなく、前注および本文で指摘したように、「国民」の名において政治的多数派が裁判官の思想を枠づける危険性があるという認識にもよるものと思われる。

司法権と「国民」との関係についての樋口のこの見解の発表などを契機にして、刑事訴訟法学者の小田中聡樹と樋口との間で、裁判官像をめぐる論争が展開された。この論争は、「裁判官の良心」をめぐる議論を検討することによって裁判官像を考察するための手がかりをえるという本稿の問題関心からみても興味深いものであるが、本稿では、とりあげることができなかった（この論争については、小田中聡樹『続現代司法の構造と司法』（1981年・日本評論社）226～235頁、樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』（1988年・法律文化社）67～77頁、小田中『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（1995年・日本評論社）30～35頁を参照。この論争を論評するものとして、小栗実「最高裁による裁判官統制をめぐる」法律時報59巻（1987年）9号46頁を参照）。

- 37 ここで樋口は、民法学者の広中俊雄が、「ある場合に複数の解釈が存在するとはいえ、現実に裁判官が法の解釈をするとき、論理的に可能なワクのなかで彼はどの解釈でも自由に選択するであろうと一般的にいうことは、必ずしも妥当でないだろう」として引用したラスキ（Laski）の文章に依拠している（広中俊雄『法と裁判』（1971年・東京大学出版会）47頁）。

- 38 樋口「法の解釈における解釈者の立場」6頁。

- 39 広中・前掲書注37 46頁。

- 40 2章（2）で紹介した斎藤の見解（龍谷法学40巻4号220～223頁）を参照。

- 41 3章（3）で紹介した改説後の団藤の見解（龍谷法学40巻4号241頁）を参照。

団藤は、裁判官として法解釈をする場合には自分の学説はやや控え目にするという意味で、学者の立場からの法解釈よりも、裁判官の立場からの法解釈のほうが、その「枠」が狭いととらえているということができよう。裁判官の法解釈と学者の法解釈との違いについての団藤の考え方は、5章(4)bで改めて紹介する。

42 樋口「法の解釈における解釈者の立場」4頁。

43 樋口の立場が客観的良心説に親和的であることについては、樋口＝栗城・前掲書注36 55～58頁を参照。ここで樋口は、「法の解釈は論理的一貫性をもたなければならない、法体型全体に対して論理的に矛盾しないものであることが説明されなければならない」という意味での、法解釈者にとってのワク(枠)に服することが、裁判官としての客観的良心にほかならないとする(58頁、53頁)。

5 若干の考察

本稿2章以下においては、「裁判官の良心」についての主要な考え方を、主観的良心説・客観的良心説の展開やその理論的な深化に着目しながら紹介してきた。本章においては、これをふまえた若干の考察を行うことによって、「裁判官の良心」をめぐる戦後の議論から、「裁判官像」の問題を考えるうえでどのような示唆をえることができるかを検討することにした。まず(1)においては、論者によって「裁判官の良心」の位置づけの点で微妙なズレが認められることがあることにかんがみて、「裁判官の良心」をどのような次元のものと理解するかについての本稿の基本的な立場を確認する。つぎに(2)においては、「裁判官の良心」をめぐる議論が深化するにつれて、客観的良心説と主観的良心説との間の相違は相対的なものでしかなく、重要なのはむしろ、裁判内容の多様性に対してどのような態度をとるかということになってきていることを示す。さらに(3)においては、(2)での考察を受けて、裁判内容の多様性についての各論者の考え方の相違を、できるかぎり各論者が前提としている裁判官像と結びつけることに留意しながら明らかにし、最後に、(4)において、学者が行う法解釈と裁判官が行う法解釈とを対比させる考え方を紹介して、(3)でとり

あげた裁判内容の多様性の問題を考えるにあたってのひとつの視点をえることにしたい。以上のような考察を通じて、今後、裁判官像の問題を論じうえでの示唆をえることが、本章のねらいである。

(1) 「裁判官の良心」をどのように理解するか

本稿でのこれまでの考察から、「裁判官の良心」をどのように理解するかについては、論者の間でかなりの相違がみられた。細かなニュアンスの違いを度外視するならば、それらは、「裁判官の良心」を、裁判を行ううえでの「心構え」の次元でとらえるものと、「心構え」ととどまらずに、一定の思想内容を伴った実体的なものにとらえるものとに大別することができる。以下では便宜的に、前者のように理解された「裁判官の良心」を「心構え」としての良心、後者のように理解された「裁判官の良心」を実体的な良心とよぶことにする。

a 「心構え」としての良心

執筆当時は、大阪地方裁判所判事であった佐々木哲蔵は、「裁判官の良心」を、法規範の科学的研究や論理法則・経験法則を忠実に守るといった意味において、裁判官としての職務を行ううえでの「心構え」の問題ととらえる(2章(3)を参照)¹。佐々木は、憲法19条にいう良心が個人的良心を指すのに対して、憲法76条3項の良心は、これとは別の裁判官としての良心であるとするが(憲法19条にいう良心と「裁判官の良心」とを区別する意味において、佐々木は客観的良心説に立つともいえるが)、他方において、「裁判官の良心」にひとつの内容をもたせる「客観的良心」を考えうえで、日本の裁判官はすべて特定の世界観をもつべきであり、これに反するものは日本の裁判官である資格がないという考え方(ここまで極端ではないとしても、裁判官として好ましくない思想があることを認める石田談話にも通じる考え方)に対しては、否定的な態度をとる(2章(3)

を参照)²。このように、「裁判官の良心」を「心構え」の次元でとらえる佐々木の理解は、「裁判官の良心」に特定の内容を含ませようとする客観的良心説への否定的な評価を基礎とするものといえる。

ところで、「法規範の科学研究や論理法則・経験法則を忠実に守る」といった「心構え」で各裁判官が裁判行為を行う場合には、各裁判官によってたつ「科学研究や論理法則・経験法則」にしたがった法解釈や事実認定は、多様なものになる可能性があるであろう。このように、「裁判官の良心」についての佐々木の考え方は、裁判内容の多様性を積極的に認めるといった側面があると考えられる。裁判内容の多様性を強調する考え方については、裁判官像の問題と関連づけて、(3) bであらためて紹介することにする。

以上のように、佐々木は、客観的良心説には否定的な態度をとるが、「裁判官の良心」は、裁判官としての良心であるとして、その個人的良心とは区別した。これに対して平野龍一は、良心にふたつはないという考え方を出発点として、「裁判官の良心」とは裁判官個人の良心であるという主観的良心説の立場をとりながら、「裁判の良心」を一種の「心構え」の次元で把握する。その論理はつぎのようなものである(3章(1)を参照)³。思想と良心とは異なるものである。思想は「何が正しいか、何が善いことかという考え」であり、良心は「〔思想によって〕正しいと思ったことを正しいとすること」であって、憲法76条3項にいう「良心」は、この意味に理解される。

「良心」についての平野のこのような考え方によれば、ある条文について、裁判官個人の「思想」に基づいて、どのような内容の解釈が正しい解釈であるかが決められれば、その「正しい」解釈にしたがった裁判をすることが、その裁判官の「良心」にしたがうことになるであろう⁴。そうだとすると、「その裁判官が正しいと考えた解釈にしたがって裁判を行うことにする」という意味での、その裁判官の「心構え」が、平野が考える

「裁判官の良心」なのである。

ところで、裁判官の「思想」と「良心」とを区別する平野の考え方によれば、裁判官の「思想」によって正しいとされる法解釈の内容は、法解釈を行う裁判官の思想内容ごとにきわめて多様なものになるように思われるが、そうではない。というのは、すでに3章(1)で指摘したように⁵、裁判官は、法に拘束され、法を適用する義務があるから、「国民の多数が納得するような」法の客観的な解釈をすることが求められているからである。平野のいう法の客観的な解釈は、裁判官の個人としての思想ないし法解釈と、裁判官としての法解釈とがどのような関係にたつかという問題を考えるうえで示唆的である。この問題については、(3) および (4) であらためて検討する。

「裁判官の良心」を、その「心構え」の次元で把握していると理解できるものとして、さらに、横川敏雄の見解がある(3章(2)を参照)⁶。執筆当時は宇都宮地方裁判所長であった横川は、「裁判官の良心」ということばを、「良心的に」といった普通に用いられる次元のことばとして理解しようとする。横川によれば、「良心的に」とは、「・・・欠点だらけの不完全な人間が、・・・静かに自己内奥の声にきき、これに恥じないよう誠実に生きること」を意味する。そのような「良心的な」裁判官が行う決断(裁判)は、「彼の生活、生活上・職務上の経験、・・・を基礎に、裁判官という職、これに伴う倫理、事件の特色・・・等あらゆることを考慮し、悩みに悩んだ末静かに自己内奥の声にきいて、最後に最善と信ずるところに従って下されるもの」である。

このように、横川は、良心を「自己の内奥の声」と同視するのであり、「内奥の声」は、その人の個性に応じた実体的な内容をともなうものとする。したがって、この意味では、横川のいう「裁判官の良心」は実体的な内容をもつものということができる。しかし、他方で、「良心的に」とは、横川がいうように、「自己内奥の声」にきいて最善と信じることにした

がって裁判を下すことであるとする、横川によれば、実体的な内容をともなった「自己内奥の声」（その裁判官の思想や世界観とおきかえることができるであろう）にきいて誠実に行動するといった「心構え」あるいは「心がけ」の次元において、「裁判官の良心」が理解されているということもできるように思われる。

b 実体的な良心

客観的良心説は、「法の客観的な解釈」という観点から、法解釈を行う裁判官の「良心」に特定の内容をもたせることになり、裁判官の世界観を統制するものであるとの批判が、客観的良心説に批判的な論者の側からなされることがある⁷⁾。もっとも、実際に、客観的良心説の論者が、「裁判官の良心」に特定の内容をもたせようとするものであるかどうかは、かならずしも明らかではない。たとえば比較的早い時期に客観的良心説を唱えた斎藤朔郎は、官僚機構のひとつである司法機構の一端を担う裁判官は、法の予測可能性、裁判基準の形式的正義性などの観点から、多義的要素を含んだ「裁判官の個人的良心の活躍」をできるかぎり排除することに努力しなければならないとして、憲法76条3項にいう「良心」の内容は、客観的良心でなければならないとする（2章（2）を参照）⁸⁾。しかし斎藤のこの叙述だけからは、ここにいう客観的良心が特定の実体的な内容をもったものであるとするのか、それとも、たとえば、法の予測可能性や裁判基準の形式的正義性をつねに念頭に置いて裁判に臨むといった「心構え」にすぎないものとするのかは、かならずしも明らかとはいえない。

執筆当時、東京地方裁判所判事であった石井良三は、「裁判官の良心」について主観的良心説に立つが、「裁判官の良心」は実体的な内容をもつものと理解している。石井は、ある行為が公共の福祉（憲法12条など）に適合するかどうかを「裁判官の良心」にてらして裁判官が判断する場面を念頭において、つぎのようにいう（2章（4）を参照）⁹⁾。ある行為が公共（龍法 '10）42 - 3, 240（827）

の福祉に適合するかどうかを判定する基準は社会通念であるが、「裁判官が何が社会通念に合するかを判断する場合には、・・・これがそうだ、とささやきかける自分自身の内心の声に従って終局的な判断をくだす外ない」。このように、石井によれば、「これが社会通念に適合する」とささやきかける裁判官の「内心の声」が「裁判官の良心」である。

石井によれば、このように理解された「裁判官の良心」は、たとえば、「憲法及び法律に従ってひたすらに正義を求めようとする清純な信条」といった、実体的な内容を伴わないもの—憲法、法律に従うとか、正義を求めるという、本稿でいう「心構え」の次元のもの—ではない。なぜなら、このような「心構え」は、裁判官が憲法および法律に拘束される（憲法76条3項）ことの当然の帰結だからである。石井によれば、「裁判官の良心」はこのような「心構え」の次元のものではなく、何が実体法の精神に最もよくかなうかを「裁判官に指示する当該裁判官の内心の作用」なのである¹⁰。このように、石井は、「裁判官の良心」を、法の解釈を裁判官に指示するその裁判官の「内心の声」ないし「内心の作用」ととらえているのであり、こうした「内心の声」「内心の作用」は、具体的な内容をもつ法解釈を指示するという意味において、実体的な内容を伴ったものということができる。

c 「心構え」としての良心か実体的な良心か

これまでの検討から、「裁判官の良心」をめぐるのは、これを客観的なものととらえるか主観的なものととらえるかという—従来明示的にとりあげられてきた—議論とは別に、これを、たとえば「法規範の科学的研究や論理法則・経験法則を忠実に守る」（佐々木）とか、「正しいと思ったことを正しいとすること」（平野）というように、「心構え」の次元でとらえるか、裁判官の「内心の声」として、その裁判官が行う法解釈・事実認定などを具体的に指示する実体的な内容を伴うものととらえるか（石井）と

いった、「裁判官の良心」の位置づけについての考え方の相違が認められる。

ちなみに、「良心」のこのような位置づけの違いは、これまでの検討からも示唆されるように、その論者が、「裁判官の良心」について客観的良心説をとるか主観的良心説をとるかには、直接の関連性がない。たとえば、「裁判官の良心」は裁判官個人の良心であるとして、主観的良心説をとる平野は、思想と良心とを分ける立場から、「裁判官の良心」を「心構え」の次元でとらえた (a)。平野と同様に、石井も「裁判官の良心」を主観的なものとするが、これは、単に「心構え」の次元にとどまるものではなく、何が法であるかをささやきかける裁判官の「内心の声」であり、法解釈そのものを導くという意味では、実体的な内容を伴うものと理解しているものと考えることができた (b)。このように、「裁判官の良心」を主観的にとらえる論者の間においても、「良心」の位置づけについては違いがみられるのである。

それでは、「裁判官の良心」は、どちらの次元のものとして位置づけることが適切であろうか。本稿はこの問題を本格的に考察することを目的とするものではないし、この問題の考察を十分に行うためには、たとえば、倫理学の基本的な素養が必要になるものと思われ、そうだとすると、筆者の力の到底及ぶところではないが、さしあたっては、つぎのように考えている。

「裁判官の良心」にいう「良心」を、横川がいうように、「良心的に」、あるいは「良心に恥じないように」という一般的な用語とみることから出発するならば (a)、平野のように「思想」と「良心」とを区別して、「良心」を「心構え」の次元でとらえるほうが適切であるように思われる。なぜなら、ある裁判官がその思想や世界観などにてらして、その裁判官にとって正しい（あるいは妥当である）と思われる法解釈をしたときに、その法解釈の内容に沿った裁判をすることが「良心的な」裁判であり、外部

からの批判や影響などに配慮して、不本意ながら裁判内容を変えるようなことはないという意味において、その裁判は、その裁判官の「良心に恥じないような」裁判ということができるからである。このように理解される「良心」は、「思想」や「世界観」（あるいは、石井がいうような「裁判官の内心の声」—bを参照）のように特定の内容を伴ったものではなく、その裁判官の「思想」や「世界観」にてらして正しい、あるいは妥当であると信じる内容の裁判を行うといった、その裁判官の「心構え」を意味するものといえるであろう。

憲法76条3項は、「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」として、裁判官がその「良心」に従うことと、憲法および法律に拘束されることを分けて規定していることも、「裁判官の良心」についてのこのような理解のしかたに矛盾しないように思われる¹¹。

(2) 客観的良心説と主観的良心説

客観的良心説は、典型的には、法の客観的な解釈（改説前の団藤。2章(1)を参照）とか、法の予測可能性（齋藤。2章(2)を参照）を強調することによって、それに照らして法解釈や事実認定などを行う「裁判官の良心」（法解釈のよりどころになるという意味では、本章(1)bにいう実体的な良心といえる）は、裁判官としての「客観的な良心」であるとする。他方、主観的良心説は、典型的には、「裁判官の良心」は、なにが法であるかをささやきかけるその裁判官の内心の声として（ここにいう内心の声も、法解釈のよりどころになるという意味では、本章(1)bにいう実体的な良心といえる）、主観的なものととらえる¹²。

このように理解された客観的良心説は、「裁判官の良心」にひとつの内容をもたせるものであって、裁判官の法解釈や世界観を統制するものであるとか¹³、裁判官は「この憲法及び法律にのみ拘束される」（憲法76条3項）

ことからすると、裁判官の独立を侵すものであるという趣旨の批判¹⁴を受けた。他方、主観的良心説は、客観的なものであるべき司法が主観的なものになるとか¹⁵、法の予測可能性の観点から、「裁判官の個人的良心の活躍」というような、多義的要素を多分に含んだものを、能う限り排除することに努力しなければならない¹⁶という指摘を受けた。しかし、これらの議論は、「裁判官の良心」のあり方が意識的に議論されはじめた時期のものであって、その後の議論によって、両者の違いは相対的なものになってきたように思われる。このことを、a客観的良心説と裁判官の独立という観点と、b主観的良心説と裁判の客観性という観点から、以下に示すことにする。

a 客観的良心説と裁判官の独立

上述の通り、客観的良心説は、「裁判官の良心」に特定の内容をもたせるものであって、裁判官の独立を侵害するという批判を受けることがあったが、小林直樹は、「裁判官の良心」についての客観的良心説の立場から、このような批判に対して、つぎのように論じている¹⁷。裁判官個人の思想や信念によって自由に法の解釈や適用がなされるのでは、統一的な法秩序は成り立たないし、裁かれる身からすると不安定である。さらに、「人でなくて法が支配する」原則からすれば、裁判の公正さを守るために、裁判官の主観的な信念を抑制することが求められ、それこそが「裁判官としての・客観的な良心」である。これは、裁判官が自己の主観的信仰や思想から「独立」していることを意味する。さらに、裁判官は、法の解釈可能性の枠の中で、個人としての良心や法感情に従って選択をすることができる。さらに、法律のレベルで、法と裁判官の個人としての「良心」とが相容れない場合¹⁸には、違憲審査権によって、裁判官は「独立」の地位から法令の無効を宣言できる。

このように、小林は、客観的良心説に立ち、「人でなくて法が支配する」

原則からは、裁判官が自分の信仰や思想から「独立」することが必要であると説く一方で（対内的な独立）、法の解釈可能性の枠の中での選択や違憲審査権行使の局面においては、自分の良心（法解釈のよりどころという意味では、「実体的な良心」といえる。本章（1）bを参照）に依拠することで、裁判官は、立法部や支配的な政治勢力からも「独立」することができるのである（対外的な独立）。

b 主観的良心説と裁判の客観性

主観的良心説に立つ石井良三は、「裁判官の良心」を主観的なものと考ええると法的安定が乱されるという批判に対して、つぎのようにいう。法的安定は、審級制度と判例法によって図られるのが常道であって、客観的良心の名において「裁判官の良心」を定式化することによって強行されるべきではないと¹⁹。

石井の見解より後に主観的良心説を本格的に展開した平野龍一は、裁判官は法に拘束され、裁判官の法解釈は、国民の多数が納得するであろうようなものという意味で、本来客観的に決まるべきものであるから、裁判内容がその裁判官の主観に左右されることは避けられるとする²⁰。

さらに、平野と同時期に横川敏雄は、主観的良心説に立ちながらも、法の解釈について真に良心的であれば、偏狭、独善とみられるようなことは容易に起こりえないとする。なぜなら、裁判官の考え方が法令の規定と異なる場合でも、その裁判官の立場は、「自身の良心に恥じないものとして、相当の客観性・妥当性を主張するものでなければならないし」²¹、「・・・裁判官の職にあるものは、ある法規をいかに好ましくなくとも、良心的に考えてそれを違憲無効と解することができず、かつ、法の論理・解釈の限度を超えないかぎり納得する結論がえられない場合には、法への忠誠という倫理観・義務感から、結局その法規を適用せざるをえない」²²からである。横川のこのような考え方は、裁判官がその内心の声に従って裁判

するとしても、裁判の客観性への要請や、法への忠誠という倫理観・義務感により、裁判が主観化することはないと主張するものと解することができる。

c 客観的良心説と主観的良心説の「相対性」

以上から、客観的良心説と主観的良心説それぞれの主張内容は、議論が深まるにつれて、相対的なものになってきたといえることができるように思われる。客観的良心説がとられる場合でも、法解釈の場面での裁判官の自由な選択を認める考え方がある（aに紹介した小林の見解を参照）一方で、主観的良心説がとられる場合でも、裁判官が行う法解釈・事実認定の客観性は重視されている（bに紹介した平野や横川の見解を参照）。そして改説後の団藤は、両説の内容が相互に接近してきたことを反映するかのようになり、自分の見解は客観的良心説でも主観的良心説でもない述べるに至っている²³。団藤が、このように、「裁判官の良心」について中間的な考え方をとったのは、「裁判官の良心」をめぐる議論の展開にかんがみると、純粋なかたちでは客観的良心説も主観的良心説も成り立ちえないことを示唆しているように思われる²⁴。そればかりではなく、本章（1）で指摘したとおり、「裁判官の良心」について客観的良心説がとられるか主観的良心説がとられるかは別の次元において、裁判官の「良心」を実体的内容ともなった「裁判のよりどころ」とみるか、「心構え」の問題とみるかといった違いが、特に主観的良心説をとる論者の間にみられたのであり、このような違いは、「裁判官の良心」をめぐる議論をいたずらに錯綜させることになるように思われる。

以上の点にかんがみると、「裁判官の良心」を客観的に理解するか主観的に理解するかに焦点をあてて裁判や裁判官のあり方についての議論を行っても、それほど実りのある成果をえられるものとは思われない。「裁判官の良心」をめぐる諸説についての筆者のこれまでの検討からすると、

論者の間での主張内容に違いがみられるのは、むしろ、裁判の内容についてどの程度の多様性を認めるかという点にあり、この点での違いは、「裁判官の良心」として客観的良心説をとるか主観的良心説をとるかということとを反映しているということもできるが、それだけではなく、論者が前提としている裁判官像の違いを反映するという面がある。そうだとすると、裁判内容の多様性という観点から「裁判官の良心」をめぐる議論を検討することは、「裁判官の良心」をめぐる議論から、「裁判官像」の観点から最高裁判所の司法行政を考察するための示唆をえるという、本稿の問題関心に沿うように思われる。そこで、項を改めて (3) においては、「裁判官の良心」についての諸説が、裁判の多様性についてどのような考え方を示しているかを紹介することにした。

(3) 裁判内容の多様性

a 裁判の統一性・等質性を強調する考え方—国の機関としての裁判官像

i 客観的良心説にみる裁判官像

客観的良心説は、法解釈の客観性や法の予測可能性を強調する²⁵。このような観点からすると、類似する事例における裁判内容については、担当する裁判官や裁判所ごとのばらつきができるだけ少ないことが望ましい—この意味において、裁判の多様性に対しては消極的な態度がとられる—ことになるであろう。客観的良心説をとる斎藤朔郎が、司法においては、「裁判官の個人的良心というような多義的要素を多分に含んだものを、能う限り排除することに努力しなければならない」²⁶としたのは、まさに、裁判の多様性への消極的な態度を表明したものである。

裁判の多様性へのこのような消極的な考え方の前提にあるのは、「裁判官は官僚機構のひとつである司法機構の一端を担っている」という一種の裁判官像であると思われる²⁷。このような裁判官像は、「裁判官の良心」についてのものではないが、たとえば、裁判官に対する最高裁判所判例の拘

東力を説いた中野次雄（元大阪高等裁判所長官。執筆当時は、司法研修所教官であった）のつぎのような考え方の中にも認めることができる。「全国にはきわめて多数の裁判官がいて、それぞれ裁判をしている。ところで、裁判を受ける者の側からいえば、どの裁判官にあたっても同じ裁判がなされるのでなければ不公平になる。・・・いや、当事者間の不公平ということだけではない。裁判というものは国の作用であり、国の意思表示であって、裁判官は個人としてではなく、国の機関という立場においてこれを行うのだから、裁判は本来だれがそれを担当しようと同じであるべき性質のものなのである。このことは、行政作用の場合に、担当者がだれであろうとも、行政の窓口での取り扱いはずねに一樣でなければならないのと全く同じことである」^{28・29}。

ここにおいて中野は、裁判はだれがそれを担当しようと同じであるべき性質であるとする理由として、裁判は国の作用であり、国の意思表示であって、裁判官は個人としてではなく国の機関という立場において裁判を行うという点をあげている。裁判官の職務の性質についてのこのような理解は、上述のように、客観的良心説をとる斎藤が、その根拠のひとつとして、裁判官は官僚機構のひとつである司法機構の一端をになっている点を挙げていることに共通する³⁰。裁判官の職務の性質についてのこのような考え方は、裁判官を、国の機関、あるいは、官僚機構の担い手とする見方（国の機関としての裁判官像）を前提とする考え方であるといえるであろう。

中野は、大阪高等裁判所長官経験者であり、一般に、高等裁判所長官というポストは、最高裁判所の司法行政³¹における基本的な施策を各地域の裁判所単位で実施するうえで重要な機能を果たすと考えられることからすると³²、中野が示した裁判観（裁判はだれがそれを担当しても同じであるべき性質である）や、裁判官像（裁判官は国の機関という立場において裁判を行う）は、最高裁判所の司法行政当局者の考え方に近いものというこ
（龍法 '10）42 - 3, 248（835）

とができるであろう。

ii 「21世紀の司法制度を考える」にみる裁判イメージ

最高裁判所が、どのような裁判官像を念頭において、裁判官人事（採用、異動、昇任、昇給など）³³や判事・判事補研修³⁴などの司法行政を実施しているかを外部からうかがい知することは困難であるが、その手がかりとなるひとつの資料として、最高裁判所「21世紀の司法制度を考える」³⁵を挙げることができる（以下、「21世紀」と略称する）。「21世紀」は、1999年12月8日に開催された第8回司法制度改革審議会³⁶に提出されたものであり、同文書の副題（司法制度改革に関する裁判所の基本的な考え方）からも分かるように、司法制度改革についての最高裁判所のこの時期の基本的な立場を知るうえで有意義な資料のひとつであるといえる。以下に、「21世紀」のうち、日本の裁判（とくに民事裁判）の特徴を指摘している箇所を紹介する。裁判所の運営についての最高裁判所の基本的立場が、この箇所に特に顕著にあらわれており、これは、客観的良心説や中野が前提とする裁判官像に共通するところがあると考えられるからである。

日本において近代的な司法制度が創設されてから既に100年以上が経過し、この間に、日本の歴史的、社会的風土の中で独自の法文化が形成され、日本の司法制度は、諸外国と異なる独自の特徴を備えるに至っている。日本の社会は、諸外国と比べるとかなり同質的であり、国家機構も連邦と州といった二重構造を採っていないというような背景もあり、「我が国の司法制度は、かなり統一的な構造となっている。さらに、我が国社会の平等志向を反映して、司法制度の運用における等質性の要請は極めて強い」。「このため、司法運営に当たっては、全国的に統一された制度のもとで、等質な司法サービスを提供し、等しく公正な裁判を実現することが重視されている」³⁷。

以上に紹介した箇所で、最高裁判所は、「司法制度の運用における等質

性の要請は極めて強く、このために、「司法運営に当たっては、統一された制度のもとで、等質な司法サービスを提供し、等しく公正な裁判を実現することが重視されている」としているが、この点に、日本の司法制度ないし裁判制度を運営するうえでの最高裁判所の基本的な立場が示されていると思われる。そして、このように、「統一された制度運営」や、「等質な司法サービスの提供」を重視する基本的な立場は、客観的良心説をとる斎藤がいう「法および裁判の基準の形式的統一性」³⁸に通じるところがあるし、最高裁判所がいう「等質な司法サービス」が、具体的には、たとえば、「類似の事例であれば、どの裁判官が事件を担当しても、同じような内容の裁判がなされるべきこと」を意味するならば、これは、上述の通り、中野が、「裁判は本来だれがそれを担当しようと同じであるべき性質のものなのである」としているのと、基本的に同じ趣旨であるということができであろう。

このように、「21世紀」は、「裁判官の良心」についての最高裁判所の基本的な立場を示すものではないし、司法行政を行ううえで最高裁判所が念頭においている裁判官像を示すものでもないが、「統一的な制度運営」や「等質な司法サービスの提供」を重視する点において、客観的良心説や判例の拘束力についての中野の考え方と共通するということができる³⁹。

b 裁判の多様性を強調する考え方—主体的な個人としての裁判官像

aで指摘したように、客観的良心説は、裁判の統一性ないし等質性を重視する傾向にあるということができる⁴⁰。これに対して、主観的良心説ないしこれに親和的な考え方は、裁判の多様性を重視する傾向にあるということができる。たとえば、執筆当時、大阪地方裁判所判事であった佐々木哲蔵⁴¹は、客観的良心説を批判する立場から、日本の裁判官はすべて特定の世界観をもつべきであり、これに反するもの、あるいはこれに懐疑的なものは日本の裁判官たる資格がないという考え方⁴²は、「裁判官の法解釈、

その世界観を統制する全体主義的な考え方であって、少なくともこれは自由主義的民主主義を標榜する日本憲法の認めないところ」であるとする⁴³。

「裁判官の良心」をより主観的・主体的にとらえる石井良三（執筆当時は、東京地方裁判所判事であった）は、「裁判官の良心」を主体的なものと理解することに対しては、法的安定をみだすとの批判がなされうとしつつ、法的安定は審級制度と判例法によって図られうるのが常道であって、客観的良心の名において「裁判官の良心」を定型化することによって強行されるべきではないとする⁴⁴。このように、石井は、「裁判官の良心」を実体的な内容をともなったものと理解したうえで（この点については、(1) bを参照）、客観的良心説は、この意味での「裁判官の良心」に特定の内容を要求することで、裁判官の思想を統制するという危険性をともなうことになること、および、主観的良心説をとり裁判官の思想に統制を行わないことで、裁判内容が多様化する（石井の表現によれば「法的安定」が害される）ことへの懸念に対しては、上訴制度による裁判内容の統一の可能性を示している。

裁判内容の多様性に対して、より明確に肯定的な態度を示すのは、横川敏雄である（執筆当時は、宇都宮地方裁判所長であった）。横川によれば、裁判は、「・・・彼〔裁判官〕の生活、生活上、職務上の経験、その間に養われた考え方・見識を基礎に、裁判官という職、これに伴う倫理、事件の特色・・・等あらゆることを考慮し、悩みに悩んだ末静かに自己内奥の声にきいて、最後に最善と信ずるところに従って下されるもの」であるから、裁判には多かれ少なかれ担当裁判官の個性が反映されるものになる。しかし、「・・・人格・個性を背景にした、各裁判官における、ある程度の意識、考え方の相違は、むしろ全体としての裁判所の健全化のため必要なことであって、かようなバラエティーがあってこそ、激動する時代に処してその方向をあやまらず、かえって一般の信頼もつなぐことができると思われる」⁴⁵。このように、横川は、「裁判官の良心」についての主観的良

心説の立場から⁴⁶、裁判には担当裁判官の個性が反映されるが、各裁判官の考え方の相違は、裁判所の健全化のために必要なことであるとして、これを積極的にとらえている。横川のいう「全体としての裁判所の健全化」の意味内容は明確ではないが、文脈から推測すると、たとえば、先例がないような新しいタイプの事件が裁判所に多数もちこまれるような場合に、それぞれの担当裁判官が個性を発揮して多様な内容の裁判を行い、上訴などを通じてこれらの多様な内容の裁判が一定の方向のものに収れんすることで、新しいタイプの事件に裁判所全体として適切に対処することが可能になるといった、裁判所ないし裁判のダイナミズムが意味されているものと思われる⁴⁷。

以上、佐々木、石井、横川と、いずれも執筆当時は現役の裁判官であり、裁判の多様性への積極的な評価も、訴訟の現場での具体的な経験や悩みなどに裏打ちされたものといえるであろう。さらに、刑事法研究者である団藤も、裁判官の主体性の観点から、裁判官による法創造を積極的に認めている。団藤の考え方はつぎのようなものである⁴⁸。日本国憲法は、個々の裁判官に力点を置いて、その「良心」⁴⁹を中核とする裁判官の全人格を裁判官独立の根底におくものである。このように、憲法の解釈として裁判官の主体性を前面に押し出すことは、裁判官による主体的な法創造を積極的に認めることでもある。法や司法は「客観的であるべき」ではあるが、裁判官の主体性を前面に押し出す考え方からすれば、法解釈について、客観的内容を「与えられた」ものとして認めるのではなく、客観的であることを「課せられた」ものと考えなければならないのであって、ここに、「裁判官による主体的な法創造のみとめられる根本の理由がある」とする。さらに、団藤は、この考え方が示されたのと同時期に行われた座談会において、「裁判官として客観的に法を解釈するといっても、裁判官各自に自分の立場というものはあるから、客観的といってもある程度まで相対的なものである。このことが、判例を進めていくうえで大きな働きをも

つのではないか」という趣旨の発言をしている⁵⁰。

このように、団藤は、裁判官による法解釈は客観的であることを「課せられたもの」としつつ、裁判官の主体性を肯定することによって、裁判官による「法創造」や判例の発展について、積極的な態度を示しているのである。このように、裁判官の主体性を積極的に肯定することは、上述のように、「個々の裁判官に力点をおいて、裁判官の全人格を裁判官の独立の根底におく」という、日本国憲法が保障する裁判官の独立についての団藤の理解を前提とするものである。

以上の検討から、裁判内容の多様性に対して積極的な態度を示す考え方は、かならずしも明示しているわけではないが、日本国憲法は、裁判官の独立を保障するにあたって、裁判官の主体性を前面に押し出しているという理解（団藤）を基礎として、「悩みに悩んだ末静かに自己内奥の声にきいて」（横川）、「主体的な法創造」（団藤）を行うといった、主体的な個人としての裁判官像を想定しているものであるように思われる。

(4) 裁判官としての法解釈と学者としての法解釈

(3) で分析したように、「裁判官の良心」について客観的良心説をとるものは、裁判の統一性ないし等質性を強調し（(3) a）、主観的良心説（あるいは、「裁判官の良心」を主観的なものとみる考え方）をとるものは、裁判の多様性を強調する傾向にあるといえ（(3) b）、このような相違は、それぞれが前提とする裁判官像の違い（国の機関としての裁判官像か主体的な個人としての裁判官像か）を反映するものということができた。

もっとも、(2) cで指摘したように、客観的良心説と主観的良心説の主張内容は接近しているといえる。すなわち、客観的良心説においても、裁判官の主体性は認めているし、主観的良心説においても、裁判の客観性そのものを否定するわけではない。この点からすると、裁判の統一性・等質性を強調するか、多様性を強調するかは、相対的なものでしかない（ある

いはニュアンスの違いでしかない)ということもできるであろう。そうだとすると、現実の裁判の場面を念頭に置く場合には、裁判の統一性・等質性への要請と、裁判の多様性への要請とのバランスをどのように図るかという問題のほうが、「裁判官の良心」を客観的なものとみるか主観的なものとみるかよりも、実際上は、より重要になるように思われる。

ところで、裁判の統一性・等質性への要請と、裁判の多様性への要請とをどのように調整するかという問題に関しては、現役の裁判官である瀬木比呂志と、元最高裁判所判事で刑事法学者の団藤重光が、興味深い観点を提示しており、この両者の見解は、裁判官像の問題を考えるうえでも示唆に富むように思われる。そこで、最後に、この両者の見解を紹介し若干の検討を行うことを通じて、ふたつの要請間のバランスのありかたや、裁判官像の問題を考えるうえでの示唆をえることにしたい。

a 論文の「オリジナリティー」と判例の「中庸を得た安定性と客観性」

瀬木比呂志(執筆当時は、東京地方裁判所判事であった)は、下級審の裁判官が特定の論点に関して新しい判断をすることがどのような場合に適切であるかを、①最高裁判所判例がなく、下級審判例が分かれている場合、②最高裁判所判例がなく、下級審判例が一応定まっている場合、および、③最高裁判所判例がある場合のそれぞれについて検討したうえでつぎのように述べて、下級審の裁判が判例の発展に関わることに對して、積極的な立場を示している。「判例が硬直し、発展性を失うことは、一種の司法の老化現象ともいえ、望ましいことではない。やみくもに新しければよいというのではないが、判例の柔軟性、発展性は、その安定性とならんで重要なことであるとする」「〔下級審判例に〕何らかの新しい動きがなければ、判例の発展もまたありえないであろう」⁵¹、「新たな判断、パイオニア的な判断を行うことは、裁判官のやりがいでもあり、一種の知的な喜びでもあると思う」⁵²。

しかし、他方で、瀬木は、「判例は論文とは異なるのであるから、個々の裁判官の思想や価値観⁵³が生のままでは直截露骨に現れている判例はどうかということも思う……。論文や書物の場合にはオリジナリティーが非常に重要であるが、判例の場合には、やはり、基本的には中庸を得た安定性と客観性が重要なのではないかというのが、筆者が長年の民事裁判官経験から得た実感であり、また、実務家、研究者の一般的な意見でもあると思う」⁵⁴という。ここにおいて瀬木は、論文についてはオリジナリティーが重要であるのに対して、判例には中庸をえた安定性・客観性が重要であるという理由から、判例に裁判官の思想や価値観（ここにいう「裁判官の思想や価値観」とは、本章(1)bにいう実体的な内容をともなった「裁判官の良心」ともいえる）が直截現れていることに対しては否定的な態度をとる。

論文と判例、いいかえると、学者が行う法解釈と、裁判官が行う法解釈との間のこのような相違—前者はオリジナリティーを重視し、後者は中庸をえた安定性・客観性を重視する—についての瀬木の指摘は、瀬木自身が裁判官としての長い経験をもつかたわら、個人として多くの研究論文⁵⁵を執筆してきたことからすると、裁判の統一性・等質性への要請と多様性への要請とのバランスの問題を考えるうえで、極めて示唆に富む。ただ、瀬木が提示した論文についての「オリジナリティー」、判例についての「中庸をえた安定性・客観性」という観点は、すくなくとも本稿で引用した文献で示されたかぎりでは、一般論・抽象論の次元にとどまるし、なぜ、判例については「中庸をえた安定性・客観性」が重要になるのかについては、「長年の民事裁判官経験から得た実感であ」とするだけであって、その理由付けがかならずしも明確に示されているわけではない。

ところで、本稿でしばしば「裁判官の良心」についてのその考え方を紹介してきた(2章(1)および3章(3))を参照)刑事法学者の団藤重光は、最高裁判所判事であった経験をもふまえながら、実務上の体系と個人の学

問的体系との相違、あるいは、裁判官としての良心と学者としての良心との相違という観点から、裁判官の行う法解釈や「裁判官の良心」の特徴を論じている。団藤が示したこれらの観点は、瀬木のいう論文の「オリジナリティー」や、判例の「中庸をえた安定性・客観性」とは、具体的にはどのようなものかを考えるうえで参考になるし、そればかりではなく、裁判の統一性・等質性への要請と、多様性への要請とのバランスを考えるうえでも、示唆に富むと思われる。そこで、つぎにbにおいて、実務上の体系と個人の学問的体系の相違、あるいは、学者としての良心と裁判官としての良心の違いについての団藤の考え方を紹介し、cにおいて、瀬木がいう論文の「オリジナリティー」や、判例の「中庸をえた安定性・客観性」という観点と団藤の考え方を関連づけながら、裁判の統一性・等質性への要請と多様性への要請のバランスのとりかたについて、若干の検討をすることにした。

b 実務上の体系と個人の学問的体系

団藤重光は、裁判官の政治的中立をめぐってなされた座談会において、つぎのような発言をしている⁵⁶。憲法76条の良心は裁判官としての良心である。これは、憲法19条の良心と無縁のものではなく、基本的人権として保障される個人の良心を基底として、その広がりとしていろいろの良心—裁判官的良心、学者的良心、芸術家的良心など—がある。そのようにみると、学者としての良心からある解釈をする場合と、裁判官としての良心からある解釈をする場合とでは〔同一人物であっても〕ニュアンスの違いがあるのではないか。「例えば、私〔団藤〕がもし裁判官になったとすると、私が学説上個人として主張しているところの見解をはたしてそのまま裁判の中ですとるかどうかが。自分の純然たる個人の学説としてはこう思う、しかしそれは自分の学者としての主張であって、国家機関たる裁判官として法を解釈するということになれば、自分の説はやや控え目にして、むしろこ

ういうふうな解釈をとるとというようなニュアンスが出てくるのではないか」。

ここに紹介した団藤の発言は、東京大学教授であった時期のものであり、しかも引用箇所から分かるように、あくまでも、自分が裁判官になったと仮定したうえでのものである。このようなこともあり、団藤の発言は、同一人であっても学者としての法解釈と裁判官としての法解釈とがニュアンスを異にする可能性があることを指摘してはいるが、どのような理由からどのように異なってくるのかを具体的に示すものではない。

その後、団藤は、最高裁判所判事に任命され、1974年から83年までその職にあった。団藤は、最高裁判所判事退官後に、その経験に基づいて、自分が担当した事件に即して、学者としての意見と裁判官としての意見とが異なる例を具体的に示している。それはつぎのようなものである⁵⁷。かつて最高裁判所は、大法廷判決で、著しい遅延が認められた刑事事件（高田事件）において免訴を言い渡した⁵⁸。団藤が当時の最高裁判所第一小法廷を構成する判事として担当した事件⁵⁹においても、被告人の責任ではなしに、手続の著しい遅延があった。しかし、団藤によれば、高田事件で最高裁判所大法廷が示した基準⁶⁰でいうと、この事件について免訴の判断をすることはむずかしい。かといって、判例を変更して基準を多少でもゆるめるということは、実際問題として見込がない。このようなことから、団藤は、「高田事件の基準でやれるものは免訴でいく、その基準にはやや及ばないが、手続は打ち切るべきだという場合は公訴棄却でいく。これならば、判例〔高田事件についての最高裁判所大法廷昭和47年12月20日判決〕の枠組みの中におさまる」と考えて、団藤がかかわった上記事件の最高裁判所判決の反対意見を書いた⁶¹。これが、この事件についての裁判官としての団藤の意見だとすると、学者としての団藤の意見は、この事件についても、以前から免訴説で一貫していた。

この例にみられるように、団藤が、裁判官としての意見と学者としての

意見とが異なる場合があるとしたことの基礎には、実務と学問との間の方法的な違いについての、団藤のつぎのような認識がある。「・・・実務というものも、実務としての—もっと緩やかなものではありませんが—大きな体系をもっているのです。それは、最高裁判所の判例を根幹とし、下級審の裁判例あるいは昔の大審院判例等を含めた広い意味の判例と、それに、実務のしきたりとが結びついて、一つの体系をなしているわけです。それは、学者が個人として持つ体系とはむろん違うものでして、実務家として裁判をやるときには、必ずこの実務上の体系の下で裁判をするわけで、そこにまず、自分個人の学問的体系との間に性質上の違いが出てくるのです」⁶²。さらに、別の箇所において、団藤は、裁判官的良心と学者的良心の違いを、両者の職業上の性質の違いに関連づけてつぎのように述べる。「・・・第一に、裁判官的良心は、国家的機構としての司法部の一員として司法過程に活動するところの良心であり、裁判官としての職責を果たすという立場から良心の声をきくのである。ところが法学者の良心にはこうした制約は全然存在しない。国家や法を否定することも、法学者としての立場とすこしも矛盾するものではない。第二に、法学者は自己の正しいと信じる見解を学界に説得するために、必要に応じて、多少とも過度の強調をすることはすこしもさしつかえない。はげしい論争の際には、それはしばしばみられることであり、それは学者的良心の現れとみられることがすくなくない。このばあいには、本人は、その主張がただちに判例にそのまま採用されることを念頭に置いているとはかぎらないのであって、その意味では、主張の主体性—主観性がより正面に立ち現れ、客観性は背後にひそむことになる。・・・したがって、また、法学者が裁判官になったばあい、あるいは裁判官が法学者になったばあいに、同一人であろうとも、見解に相違が出て来る可能性があるのは当然であって、そのことは本人の良心の弱さを物語るものではなく、むしろ良心の強さと鋭さを示すものにはかならない」⁶³。

多少引用が長くなったが、瀬木が示した論文の「オリジナリティー」や、判例の「中庸をえた安定性・客観性」(aを参照)と関連づけるならば、裁判官としての意見と学者としての意見の違い、あるいは裁判官の良心と学者的良心の違いについての団藤の考えは、つぎのように整理できるであろう。ある者が裁判官として裁判をするときには、最高裁判所の判例を根幹とした判例・裁判例と、実務のしきたりとかからなる「実務上の体系」のもとで裁判をするのであり、さらに、裁判官は、国家的機構としての司法部の一員として司法過程に活動する立場から「良心」の声を聞くのである。他方において、学者が個人としてもつ学問的体系は、「実務上の体系」とは異なるし、学者は、「国家的機構としての司法部の一員として司法過程に活動する立場から『良心』の声を聞く」といった制約を受けることなく、自分が正しいと信じる見解を自由に展開するのであり、自分の主張がただちに判例に採用されることを念頭におくとはかぎらない。団藤のいう「実務上の体系」に従い、国家機構の一員として司法過程に活動する裁判官による裁判の蓄積としての判例は、瀬木がいうような「中庸をえた安定性・客観性」をともなうものとなるであろうし、学者が自分の学問的体系に基づいて、国家機構の一員としての裁判官が受けるような制約もなく発表する論文に、瀬木のいう「オリジナリティー」が認められることは当然であろう。

そうだとすると、実務上の体系と個人の学問的体系についての団藤の考え方は、論文の「オリジナリティー」や、判例の「中庸をえた安定性・客観性」についての瀬木の考え方を、学者としての経験と最高裁判所判事としての経験とに基づいて、結果的にふえんする内容をもつということができるであろう。

c 裁判の統一性・等質性への要請と多様性への要請との調整

以上に紹介した瀬木と団藤の見解、および、本章でのこれまでの考察か

ら、裁判の統一性・等質性への要請と多様性への要請との調整の問題に関して、さらには、裁判官像の問題に関して、どのような示唆がえられるであろうか。

まず、繰り返し指摘することになるが、本章でのこれまでの考察からいえるのは、「裁判官の良心」について客観的良心説をとる論者は、裁判の統一性・等質性への要請を強調する傾向にあり、主観的良心説をとる論者は、裁判の多様性を強調する傾向にあると考えられるということである（(3) aおよびbを参照）。ただし、これは、あくまでも、一般的な傾向にすぎず、本章での考察からは、つぎの二点を指摘することができる。

第一に、客観的良心説と主観的良心説の主張内容は接近しつつあり、両説の違いは相対的なものでしかないことからすると（(2) cを参照）、一般的にいて、裁判の統一性・等質性への要請と裁判の多様性への要請は、調整が可能ではないかということが示唆されることである。

第二に、実際にも、同じ論者の主張内容からみても、ふたつの要請は相対立するものではなく、むしろ調整される可能性をもつことが示唆されるということである。たとえば、団藤は、日本国憲法は全体としての司法権ではなく個々の裁判官に力点を置いており、裁判官の主体性を前面に押し出しているという理解から、裁判官による主体的な法創造を積極的にみとめる一方で⁶⁴、裁判官は、国家的機構としての司法部の一員であり、「実務上の体系」にしたがうので、裁判官の法解釈は、学者の法解釈に比べると、一定の制約があることを認めている（bを参照）。団藤のこのような指摘は、裁判の多様性への要請（主体性をそなえた裁判官像を基礎とする）と、裁判の統一性・等質性への要請（国家的機構としての司法部の一員としての裁判官像を基礎とする）とは、相対立する関係にあるのではなく、むしろ、具体的な裁判の場面において、両者の調整がつねに求められることを示唆する。

元最高裁判所判事の泉徳治（現在は弁護士）は、近時、朝日新聞のイン（龍法 '10）42 - 3, 260（847）

タビューにおいて、裁判官出身の最高裁判所判事は（泉自身も裁判官出身の最高裁判事であったのだが）、違憲と判断したり、個別意見を書いたりすることが少ないと指摘されているが、という趣旨の記者の質問に対して、つぎのように応じている⁶⁵。「日本に『和をもって貴しとなす』という言葉があるように、裁判官の間では伝統的に、自分の個性を出さないで判断するのがよいと考えられてきました。これまでの判例の枠の中で答えを出すことが、法的な安定性、公平性につながるという考えが根強いのです。しかし、新しい社会的な問題が起きたとき、従来の判例では解決できないこともあります。常識に照らして、あるいは時代の流れに従って『抽象的な法律の条文を具体化していく』のが裁判官の仕事だと考えています」。このように、泉は、裁判官の間では、「これまでの判例の枠の中で答えを出すことが、法的な安定性、公平性につながるという考え方が根強い」とするが、これは、たとえば、瀬木のいう「判例の中庸をえた安定性、客観性」に通じる—日本の裁判官一般にひろくみられる—考え方であるといえる。しかし、他方において、瀬木が、「判例の柔軟性、発展性はその安定性とならんで重要なことである」とするように（aを参照）、泉も、「時代の流れに従って『抽象的な法律の条文を具体化していく』」ことで、「新しい社会的な問題」の解決を図るべきことを示唆している。瀬木や泉のこのような指摘の中にも、一方で判例の安定性を尊重しつつ、他方において積極的に判例の発展（団藤の表現によれば、「裁判官による主体的な法創造」）を図るべきであるという、裁判官の職務のあり方に対する基本的な考え方を読み取ることができる。

さらに、憲法学者の小林直樹も、「裁判官の良心」については客観的良心説をとり、統一的な、あるいは安定的な法の解釈・適用の重要性を主張しながら、社会の変動期に柔軟な思考が要求されるときには、裁判官の古い価値観に結びついた「直観」に安易に依拠されては困るのであり、裁判官のありようは広く社会に開かれていなければならないとしている（4章

(1)を参照)。小林のこのような指摘も、見方をかえれば、裁判の統一性・等質性（統一的な、あるいは安定的な法の解釈・適用）への要請と、裁判の多様性（裁判官の柔軟な思考を前提とする）への要請との調整が、具体的な裁判の場面において必要とされることを示唆するものと思われる。

以上、いくつかの論者の議論において、裁判の統一性・等質性への要請と裁判の多様性への要請とが調整されうることが示唆されることを示した。ところで、このように両要請間の調整が必要であり、かつ調整が可能であるということは、視点を変えるならば、両要請の基礎にあると考えられる裁判官像—裁判の統一性・等質性への要請の基礎にあると考えられる国家機関としての裁判官像と（(3) aを参照）、裁判の多様性への要請の基礎にあると考えられる主体的な個人としての裁判官像（(3) bを参照）—も、必ずしも矛盾対立する関係にあるのではなく、同じ裁判官の内面において調整が可能になることを示唆するものであるともいえるであろう。たとえば、憲法学者の樋口陽一は、裁判官も国家権力の一手段であるという理由から、裁判官の法解釈は解釈学説より狭いとしつつ（裁判官の法解釈についての樋口のこのような理解は、国家機関としての裁判官像に通じる）、法解釈が解釈者の立場によって規定されるが故に、裁判官が独立して職権を行使するには（憲法76条3項）、裁判官の思想・良心の自由が保障されなければならないとする（法解釈者としての裁判官の独立と思想・良心の自由についてのこのような理解は、主体的な個人としての裁判官像に通じる。以上、樋口の見解については、4章（2）を参照）。樋口のこのような指摘は、二つの裁判官像が、必ずしも矛盾対立する関係にあるものではないことを示唆するように思われる。

そうだとすると、今後は、たとえば、裁判官による主体的な法創造⁶⁶と、団藤のいう「実務上の体系」⁶⁷の内容やその根拠などを理論的に掘り下げて考察し、このことを通じて、裁判の統一性・等質性への要請と、裁判の多様性への要請との調整のありかたを具体的に考察することが、裁判官像（龍法 '10）42 - 3, 262（849）

の研究をすすめるうえでも重要になると思われる。本稿は、このような理論的課題の所在を指摘するにとどまった。今後は、このような課題をみすえながら、最高裁判所の司法行政の問題に対して、裁判官像の観点からより具体的なアプローチを行うことを試みたい。

- 1 本稿 (1) 龍谷法学40巻4号 (2008年) 223～224頁。
- 2 もっとも、「裁判官の良心」についての佐々木の見解は、石田談話 (1970年) 以前に発表されたものであるから (佐々木哲蔵「裁判する心」法律時報26巻7号は、1954年に発表された)、石田談話を批判の対象にするわけではない。
- 3 本稿 (1) 龍谷法学40巻4号233頁。
- 4 たとえば、憲法9条の解釈として、「自衛のための戦力を持ったほうがよいかどうか」は思想の問題であり、〔その裁判官の思想に基づいて〕法が「自衛のための戦力も許されない」という内容のものと解釈した場合にそれにしたがうのが「良心」であり、そのような解釈をしたにもかかわらず、〔自衛のための戦力を持つことが〕「許される」と判決したときに、その裁判官の「良心」に反することになるのである (平野龍一「裁判官の客観的良心」ジュリスト480号 (1971年) 85頁)。
- 5 本稿 (1) 龍谷法学40巻4号234頁。
- 6 本稿 (1) 龍谷法学40巻4号235～237頁。
- 7 佐々木哲蔵「裁判する心」法律時報26巻7号 (1954年) 60頁を参照。石井良三「公共の福祉と裁判官の良心」法曹時報11巻7号 (1959年) 26頁においても、同様の批判がなされている。
- 8 本稿 (1) 龍谷法学40巻4号222頁。
- 9 本稿 (1) 龍谷法学40巻4号227頁。
- 10 本稿 (1) 龍谷法学40巻4号227～228頁。
- 11 思想・世界観と良心とを区別する筆者の立場からは、裁判官の思想や世界観に基づいて解釈された「この憲法及び法律」にのみ拘束される (いいかえると、その裁判官の思想や世界観に基づいて「正しい」、あるいは、「妥当である」とされた解釈内容にしたがった裁判を行うという意味で、「この憲法及び法律に拘束される」) ことが、「その良心に従ひ独立してその職権を行」う、すなわち「良心的に」裁判を行うことになるというように、憲法76条3項を解釈するのである。

小林秀雄は、「良心」と題する評論において、道徳や思想と良心とを区別し、良心は感情、あるいは一種の感受性であって、外部から近づくことができない個人的、主観的で曖昧なものにとらえている (小林秀雄「良心」同『考えるヒント』(1974年・文春文庫) 53～59頁)。小林の評論は、いわゆる嘘発見器についての批判的な検討を通じて示されているものであって、本稿の文脈とは全く

異なるが、小林による思想と良心との区別は、「裁判官の良心」の問題を考慮するうえにおいても示唆に富む。

- 12 ここにいう客観的良心説、主観的良心説の主張内容は、典型的なものとして示したのであり、実際には論者ごとにかなりニュアンスの相違がある。客観的良心説、主観的良心説の具体的な主張内容については、2章および3章（本稿（1）龍谷法学40巻4号219～248頁）を参照。
- 13 佐々木哲蔵「裁判する心」法律時報26巻7号（1954年）61頁（本稿（1）龍谷法学40巻4号224頁）。なお、客観的良心説自身が、本文で批判されている点をその主張内容に含んでいるかについては、疑問である。このことは、すでに本章（1）bで指摘した。
- 14 石井良三「公共の福祉と裁判官の良心」法曹時報11巻7号（1959年）26頁（本稿（1）龍谷法学40巻4号227～228頁）。
- 15 「裁判官と良心」（コラム「ジュリスト手帖」）ジュリスト8号（1953年）11頁（本稿（1）龍谷法学40巻4号219頁）。
- 16 斎藤朔郎「裁判官の良心」ジュリスト68号（1954年）17頁（本稿（1）龍谷法学40巻4号222頁）。
- 17 小林「裁判官の任務と良心」ジュリスト469号（1971年）124～126頁（小林の見解については、4章（1）で紹介した）。
- 18 このように、小林は、「良心」を、本章（1）bにいう「実体的な良心」の次元で理解しているために、法と「良心」（裁判官の思想や世界観）とが相容れない場合というような問題設定をする。これに対して、3章（1）および本章（1）aで紹介した平野のように、「思想」（正しい、善いことについての考え）と「良心」（正しいことを正しいとすること。一種の心構えとみることができるとを区別するならば、法と「思想」とが相容れないことはあるとしても、一定の実体的内容をもつ法と心構えとしての「良心」とが相容れないというようなことはありえない。ある法について、法解釈をする裁判官の「思想」によってある内容の解釈が「正しい」とされたとすると、そのような「正しい」内容の法解釈に従うことが、その裁判官の「良心」に沿うことになるからである（もっとも、その裁判官の「思想」によって「正しい」とされた内容の法解釈にあえて従わないことによって、その裁判官の「良心」に反する裁判をすることはありうるであろうが）。
- 19 石井・前掲注14論文29頁（本稿（1）龍谷法学40巻4号228頁）。
- 20 平野龍一「裁判官の客観的良心」ジュリスト480号（1971年）84頁（本稿（1）龍谷法学40巻4号232～233頁）。
- 21 横川敏雄「裁判官の良心と倫理」ジュリスト487号（1971年）41頁（本稿（1）龍谷法学40巻4号236頁）。
- 22 横川・ジュリスト487号42頁（本稿（1）龍谷法学40巻4号236頁）。
- 23 3章（3）（本稿（1）龍谷法学40巻4号239頁）を参照。
- 24 このこととの関係では、団藤は、「裁判官の良心」を純粹に主観的にみると、

裁判が主観化する危険があるし、各人の主観的良心を離れた純然たる客観的良心は、「比喩的な意味においてしか考えられないのではないか」という考え方を示していることが示唆的である。団藤のこの指摘については、3章 (3) (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号240頁) を参照。

なお、長谷部恭男は、裁判官の法適用義務の根拠としての「承認のルール」(H.L.A. Hart) の観念の検討や、裁判官が法的言明を行うにあたって道徳的原理による正当化を行うかどうかについてのJ.RazとH.L.A. Hartとの論争の検討などを通して、客観的良心説と主観的良心説との相違はほとんど消滅することを指摘している。長谷部恭男「法秩序の構造と裁判官の良心」学習院大学法学部研究年報22 (1987年) 1~22頁。長谷部のこのような指摘は、「裁判官の良心」についての客観的良心説と主観的良心説の間の相対性を、本稿とは全く別のアプローチから示すものといえるであろう。

- 25 改説前の団藤も、法秩序が客観的なものであるように、司法も客観的でなければならないから、「憲法76条第3項の『良心』というのは、裁判官としての—あるいは裁判官としてもつべき—良心の意味に解すべきである」とした(「裁判官と良心」(コラム「ジュリスト手帖」)ジュリスト8号 (1953年) 11頁)。
- 26 斎藤朔郎「裁判官の良心」ジュリスト68号 (1954年) 17頁 (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号222頁)。「裁判官の良心」の理解についての団藤の改説については、3章 (3) (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号239~240頁) を参照。
- 27 たとえば、本文で紹介した斎藤は、このような裁判官像を前提としている (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号222頁を参照)。
- 28 中野次雄編『判例とその読み方』(1986年・有斐閣) 19頁。
- 29 ここにおいて中野は、「だれが担当しようと同じ内容であるべき」である点において、裁判と行政作用とを同列に扱っている。もっとも、他方において、裁判官独立の原則から、裁判は事前の統一になじまないという点で、裁判は行政とは異なるという指摘をしていることは留意すべきである。中野編・前掲書 19頁。
- 30 前掲・注26を参照。
- 31 司法行政は、たとえば、つぎのように理解することができる。「司法機関である裁判所の人的物的施設を設営管理していく作用が、司法行政である。裁判官その他の裁判所の職員の任免、配置、監督、庁舎等の建設、報酬、給料、事務費等の支弁などがこれに属する」兼子一＝竹下守夫『裁判法〔第4版〕』(1999年・有斐閣) 126頁。
このような司法行政権は、日本国憲法のもとでは、司法権の独立の観点から、最高裁判所を頂点とした裁判所に専属するものと考えられる。これを前提として、裁判所法は、司法行政の監督権について、「最高裁判所は、最高裁判所の職員並びに下級裁判所及びその職員を監督する (裁判所法80条1号)」と規定している。
- 32 高等裁判所が司法行政事務を行うのは、高等裁判所の裁判官会議の議による

ものとし、高等裁判所長官がこれを総括する（裁判所法20条1項）。各高等裁判所は、その高等裁判所の職員ならびに管轄区域内の下級裁判所（地方裁判所、家庭裁判所および簡易裁判所）および職員を監督する（同80条2号）。

- 33 裁判所法によれば、高等裁判所長官、判事、判事補、および簡易裁判所判事は、最高裁判所の指名した者の名簿によって、内閣でこれを任命するとされているが（裁判所法40条1項。憲法80条1項も参照）、実際には、ほぼ最高裁判所の指名通りに内閣による任命がなされているといわれている。

以上は、抽象的な裁判官の地位としての「官」の指名・任命権限であるが、これとは別に、裁判官の補職（特定の裁判所の裁判官である地位としての「職」につけること）の問題がある。たとえば、高等裁判所長官に任命された者を東京高等裁判所長官につけ、判事に任命された者を東京地方裁判所判事につけるということである。裁判所法47条は、「下級裁判所の裁判官の職は、最高裁判所がこれを補する」として、このような補職の権限も最高裁判所にあるとした（最高裁判所事務総局総務局『裁判所法逐条解説（中巻）』（1969年・法曹会）103～105頁）。

このように、最高裁判所は、裁判官の指名・任命や補職といった人事権を法律上掌握しているといえる。

- 34 裁判官の研究および修養などのため、最高裁判所のもとに司法研修所が設置されている（裁判所法14条）。司法研修所における裁判官の研究および修養も（本文での表現によれば、「研修」）、このことによって個々の裁判官の資質や能力の充実・向上がはかられうという意味では、裁判官という「裁判所の人的施設の設営作用」のひとつ（したがって、司法行政作用のひとつ。前掲注31を参照）ということができるであろう。日本の判事補研修の現状と問題点、および改善のための提言については、浅見宣義『裁判所改革のこころ』（2004年・現代人文社）59～113頁（第2章「21世紀の裁判官を育てるために」）を参照。

- 35 「21世紀の司法制度を考える」は、判例時報1695号（2000年）3頁以下にその全文が掲載されている。

- 36 司法制度改革審議会は、21世紀の日本において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、司法制度への国民の関与、法曹の機能の充実強化その他の司法制度の改革などのために必要な施策について調査審議することを目的として（司法制度改革審議会設置法2条）、1999年7月27日に内閣（当時の首相は小渕恵三）のもとに設置され、約2年間にわたって審議を行った。その成果は、司法制度改革審議会意見書として、2001年6月21日に内閣に提出された（同意見書提出時の首相は小泉純一郎）。同意見書については、たとえば、つぎの文献を参照。特集「審議会『最終意見書』を読む」月刊司法改革23号（2001年）34～61頁、特集「司法制度改革審議会意見書をめぐって」ジュリスト1208号（2001年）10～242頁。

- 37 判例時報1695号6頁。

- 38 斎藤・前掲注26論文17頁。

39 佐藤岩夫「司法の＜統一性＞と＜非統一性 (Uneinheitlichkeit) ＞」法社会学53号 (2000年) 146頁以下は、「21世紀」で指摘された司法の統一性・等質性を、ドイツとの比較の観点から分析する。佐藤によれば、司法の統一性ないし等質性を強調する考え方は、「21世紀」が指摘するように、日本の社会のあり方に規定されているというよりは、司法のあり方や裁判官としての心構えに関する基本的な考え方—佐藤のことばでいえば司法観—に大きな影響を受けている。したがって、「21世紀」にいわれているような司法の統一性・等質性は、裁判所自身の司法観によって意図的に創造されたものである。そうだとすると、これとは別の司法観—たとえばドイツに認められるような、非統一的司法観—によって、司法をつくりかえることも可能である。

佐藤のこのような考察は、裁判の統一性・等質性への要請と裁判の多様性への要請との調整という、本章 (4) でとりあげる問題を考えるうえで、示唆に富む。

40 「裁判官の良心」について客観的良心説に親和的な考え方を示している樋口陽一も、裁判官も国家権力の一手段であるという理解から、裁判官が行う法解釈は、解釈学説以上に、その枠は狭いという (樋口陽一「法の解釈における解釈者の立場」法学セミナー186号 (1971年) 6頁)。「裁判官の良心」についての樋口の見解は、4章 (2) で紹介した。

41 「裁判官の良心」についての佐々木の見解は、2章 (3) (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号223～225頁) で既に紹介した。

42 佐々木はこのような考え方を「裁判官の良心」についての客観的良心説とみるようであるが、佐々木の見解発表当時 (1954年) はともかく、今日においては、このような素朴な客観的良心説をとる論者はないと思われる。この点については、本章 (2) cを参照。

43 佐々木哲蔵「裁判する心」法律時報26巻7号61頁 (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号224頁)。

44 石井良三「公共の福祉と裁判官の良心」法曹時報11巻7号 (1959年) 29頁 (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号228頁)。

45 横川敏雄「裁判官の良心と倫理」ジュリスト487号 (1971年) 36頁 (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号236～237頁)。

46 横川は、「裁判官の良心」を、自己内奥の声と結びつけて理解しており、これは、「裁判官の良心」をその裁判官の個性と結びつけて主観的にみることを意味しており、そうだとすると、主観的良心説をとるものと考えられる。

47 「激動する時代に処してその方向をあやまらず」と横川がいうのは、たとえば、こうした裁判のダイナミズムが意味されているのではないと思われる。

48 団藤重光「裁判官の良心」同『実践の法理と法理の実践』(1986年・有斐閣) 20～21頁 (本稿 (1) 龍谷法学40巻4号240～241頁)。

49 団藤は、「各人の内奥の声である主観的良心を離れた、いわば純然たる客観

の良心」は、「国民の良心」とか「法の良心」というような比喩的意味においてしか考えられないとしており（団藤重光「裁判官の良心」同『実践の法理と法理の実践』16～17頁）、この意味において「裁判官の良心」を客観的なものとは考えない。そして、「裁判官の良心」を個人の良心（憲法19条）と同じものとするのはいきすぎであるが、前者は後者を基底とする意味では両者は関連性をもつとする（座談会「裁判官の政治的中立」ジュリスト453号（1970年）30頁、32～33頁）。このように、団藤は、「裁判官の良心」を主観的なものととらえている。

50 座談会・ジュリスト453号32頁。

51 瀬木比呂志『民事訴訟実務と制度の焦点』（2006年・判例タイムズ社）322～325頁。

52 瀬木『民事訴訟の実務と制度の焦点』326頁。

53 「裁判官の良心」に実体的な内容をもたせ、このような意味での「裁判官の良心」にてらして事実認定や法解釈を行うという考え方（本章（1）bの考え方）によれば、瀬木のいう裁判官の思想や価値観は、「裁判官の良心」（実体的な内容をともなう良心）を意味することになる。

54 瀬木『民事訴訟の実務と制度の焦点』325～326頁。このように、論文とは異なり、判例の場合には、中庸を得た安定性と客観性とは重要であるとする瀬木の指摘は、裁判官による法の客観的な解釈についての平野龍一の見解—裁判官の思想によって正しいとされる法解釈は、その裁判官の思想内容ごとにきわめて多様になるように思われるが、そうではない。なぜなら、裁判官は法に拘束され法を適用する義務があるから、国民の多数が納得するような法の客観的な解釈をすることが求められているからである—に通じるものといえる（裁判官による法の客観的な解釈についての平野の見解については、本章（1）aを参照）。

55 瀬木の研究業績は、本稿で引用したもののほか、たとえばつぎのような書物としてまとめられている。瀬木比呂志『民事裁判実務と理論の架橋』（2007年・判例タイムズ社）

56 座談会「裁判官の政治的中立」ジュリスト453号30頁。

57 「団藤重光先生に聞く〔第4回〕」（聞き手 井上正仁）法学教室60号（1985年）13～14頁。

58 最高裁判所昭和47年12月20日判決 刑集26巻10号631頁

59 最高裁判所昭和50年8月6日判決 刑集29巻7号393頁

60 高田事件において、最高裁判所（大法廷）は、刑事事件において、憲法37条1項の保障する迅速な裁判を受ける権利が侵害された場合には、判決で免訴の言渡しをするのが相当であるという内容の判断をした際に、つぎのような判断基準を示した（最高裁判所刑事判例集26巻10号635～636頁）。「・・・具体的刑事事件における審理の遅延が右の保障条項〔憲法37条1項が、「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」

と定めていることを意味する。以下の引用中に「右の保障条項」とされる場合にも同じ意味で用いられている〕に反する事態に至っているか否かは、遅延の期間のみによって一律に判断されるべきではなく、遅延の原因と理由などを勘案して、それ（ママ）遅延がやむをえないものと認められないかどうか、これにより右の保障条項がまもうとしている諸利益がどの程度実際に害せられているかなど諸般の状況を総合的に判断して決せられなければならないのであって、たとえば、事件の複雑なために、結果として審理に長年月を要した場合などはこれに該当しないことももちろんであり、さらに被告人の逃亡、出廷拒否または審理引延しなど遅延の主たる原因が被告人側にあった場合には、被告人が迅速な裁判をうける権利を自ら放棄したものと認めるべきであって、たとえその審理に長年月を要したとしても、迅速な裁判をうける被告人の権利が侵害されたということとはできない。

このように、高田事件最高裁判所大法廷判決においては、「遅延の期間や遅延の原因・理由などからみて遅延がやむをえないものと認められないかどうかや、憲法37条1項がまもうとしている諸利益が侵害されている程度などを総合的に判断して、判決で免訴の言渡しをするがどうかを決する」といった判断基準（なお、上記引用部分のうち「たとえば」以下は、審理に時間がかかった場合でも、迅速な裁判を受ける被告人の権利が侵害されたとはいえない事情を例示しているものと解される）が示されているといえる（別冊ジュリスト148『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』（1998年）127頁〔白取祐司〕、同174『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』（126頁〔荒木伸惟〕を参照）。

- 61 この事件において、最高裁判所（第一小法廷）は、裁判所側の事情によって審理が遅延したことは認めたが、被告人側が審理促進を求める積極的な態度を示さなかったこと、本件遅延の状況からすると被告人の防禦権の行使に特に障害を生じたものと認められないことなどから、最高裁判所が高田事件において示した（注60で紹介した「判断基準」を参照）ほどに異常な事態に立ち至ったとはいえないことは明らかであるとして、本件の場合には審理を打ち切ることは適当とはいえないとした（最高裁判所刑事判例集29巻7号397～398頁）。

これに対して、団藤は、本件の審理経過をみると審理の遅延について被告人側の責に帰せられるべき事由がないこと、および、本件における審理の遅延は迅速な裁判という憲法の要請に反することなどから、本件における公訴の提起が後発的に無効になったものとして、刑事訴訟法338条4号（同号は、公訴提起の手續がその規定に違反したため無効であるときには、判決で公訴を棄却しなければならない旨の定めをしている）によって一免訴の判決ではなく一公訴棄却の判決を言い渡すべきものと考えた（最高裁判所刑事判例集29巻7号402～403頁）。ここから示唆されるように、団藤は、本件における訴訟遅延は、高田事件の基準にてらすと免訴とされる程度には至っていないが、いずれにしても手續は打ち切るべきだとして、刑事訴訟法338条4号を根拠にして公訴棄却の判決をするという考え方を示したのである。

62 「団藤重光先生に聞く〔第4回〕」法学教室60号13頁。

63 団藤重光『法学入門』（1973年・筑摩書房）320頁。本書は、団藤が最高裁判所判事に就任する前に執筆され、出版されたものであるが、ここで示された「裁判官の良心」と「学者的良心」との違いについての考え方は、最高裁判所判事としての経験を経た後も変化がなかったといえる。この点については、団藤重光『実践の法理と法理の実践』（1986年・有斐閣）39～44頁（第一章「裁判官論」第二節「学者と裁判官」第一款「学者的良心と裁判官的良心」）、同『法学の基礎』（1996年・有斐閣）360頁注7を参照。

憲法学者の樋口は、4章（2）で紹介したように、法の解釈には、「解釈の枠」（所定の法源との整合性を擬制することによって、自分の行った解釈が他人に対して説得力をもたせることを内容とする）という一定の限界があるだけでなく、裁判官の法解釈は、〔学者が行う〕解釈学説以上に、解釈の枠が狭いという。というのは、裁判官も国家権力の一手段であるから、法解釈を行ううえで裁判官が自由に選択を行うことができる範囲は、より自由な解釈を欲する人々の見解からみてそうであってほしいと思われるよりも狭いからである。このように、裁判官の職務の性質（国家権力の一手段であること）から、学者の法解釈と比べて、裁判官の法解釈には、一定の制約があるとする樋口の考え方は、本文で示した団藤の考え方と共通するといえる。

1980年1月19日に、最高裁判所判事に任命された伊藤正己は、団藤と同様に、学者（最高裁判所判事任命当時、東京大学教授であった）としての経験と裁判官としての経験とに基づいて、学者的思考と裁判官的思考との間の相違について、つぎのような指摘をしている（伊藤正己『裁判官と学者の間』（1993年・有斐閣）23～42頁）。第一に、学者の関心は一般的理論の定立に向けられるのに対して、裁判官は、具体的事案の適正な解決を一般的理論の提示に優先させるという思考方法をとる。第二に、学説においては理論的整合性を尊重する傾向が強いので、現実と妥協して理論を歪めることは排斥されるが、裁判における理論的整合性は、つぎの三つの場合に問題になる。①法の各領域の基本的な論点（民法における不動産所有権の移転時期をめぐる論点、刑法における主観主義と客観主義との対立など）については確定判例が存在することが多いので、具体的事件においては確定判例を前提として判断することになり、この場合に、確定判例と個別の判断との理論的整合性が求められる。②先例に拘束されるケースではないが、事案がこれに近似するケースなので、複数の可能な解釈があるときは、その中から先例と整合する解釈を選択するために、その事案解決の理論的な基礎付けとしてすぐれたものよりも、先例と結びつけやすい解釈をとる結果になる。③裁判官自身が過去に関与した事件との整合性が問題になる場合には、後の事件についても整合する立場をとることに固執するよりも、具体的事案に対する適正妥当な解決を与えることが重要であるから、理論的整合性を理由にして具体的妥当性を捨てることは論外である。

さらに伊藤は、視点をかえて、最高裁判所の判事として事件を処理するとき

に、学者的思考からすると、判例を過度に尊重しているように感じる場合としてつぎのふたつの例を示す（伊藤・同書56～62頁）。第一に、最高裁判所判例集に登載された判例のうち、判決要旨以外の部分でも、後の判決でこれを変更することは判例変更になり、小法廷ではなしえない（裁判所法10条3号によれば、憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するときには、小法廷では裁判をすることができない）と考えられてしまう場合である。第二に、最高裁判所判例集ではなく裁判集（裁判所の内部資料的な刊行物であり、それに登載されたもののうち注目される判例は、判例時報や判例タイムズに掲載されることがある）に登載される最高裁判所判決は、判例としての拘束力が弱いと考えられているにもかかわらず、判例として最高裁判所の判断を指導することになるため、それと異なる判断をするには大法廷によらざるをえないとされる場合である。

学者的思考と裁判官的思考との間の伊藤が指摘するこのような違いは、団藤が指摘する学者による法解釈と裁判官による法解釈との間の違いを、よりふえんして分析するものといえるし、団藤がいう「実務上の体系」を、伊藤自身の最高裁判所判事としての経験に基づいて、より具体的に提示するという面があり、きわめて興味深い。

- 64 3章 (3)（龍谷法学40巻4号240～241頁）、および本章 (3) bを参照。
- 65 2009年8月22日付朝日新聞朝刊「オピニオン 異議あり」欄
- 66 近時、子粥太郎は、裁判官が法に拘束される意味と根拠、および、裁判官が法に拘束されながら判例や法律から自由になる方策を検討し、このことを通じて、憲法76条3項にいう「裁判官の良心」が裁判官に対してもつ意義を考察している（子粥太郎『民法学の行方』（2008年・商事法務）第6章 裁判官の良心（同書147～183頁））。子粥のこのような考察は、裁判の多様性、あるいは裁判官による法創造の可能性を考えるうえで示唆するところがある。
- 67 注63で紹介した、学者的思考と裁判官的思考との間の相違についての伊藤正巳の考え方は、団藤のいう「実務上の体系」を、より掘り下げて検討するための適切な素材を提供するものである（伊藤正巳・前掲書23～42頁および、56～62頁。さらに、最高裁判所の判例が裁判官を事実上拘束する諸側面についての伊藤・前掲書43～54頁における分析も示唆的である）。