

講演会「裁判官倫理の現在」の企画趣旨

日本の多くの裁判官にとって、また、多くの市民にとって、裁判官倫理は幸いにも問題にならない。日本の裁判官は腐敗や汚職に無縁であり、その仕事ぶりについては過労死を心配するものはあっても、怠惰であるとか能力に問題があるとかの非難は聞こえてこない。しかし、だからといって日本の裁判は完璧であり、望むところは何もない、と言えるだろうか。そうでないのならば、いったい何が足りないのか。そして、理想に向けて優秀な裁判官たちはさらに何をなすべきなのであるか。この問いこそ、幸せにも、日本の裁判官が直面している課題である。優れた法システムが、さらによいものなるために裁判官は何をなすべきか。裁判官のベスト・プラクティスを世界に示すこと、これが日本の裁判官の課題である。

この観点から振り返って考えてみよう。世界の裁判官にとって、いま何が課題となっているのだろうか。裁判官倫理といえば、「賄賂を受け取るべからず」、「政治的圧力に屈するべからず」といった「べからず集」をいう、といった想定は通用するのか？ 答えは「否」である。世界の裁判官倫理は、単なる「べからず集」の第1世代から、第3世代の、よりよい裁判に向けて裁判官が何ができるかを問う「自問集」へとすでに展開している。そのような事情を心得ずに世界に向けて裁判官のベスト・プラクティスを発信することはできない。

お招きしたジャクソン判事は第3世代の裁判官倫理誕生の仕掛け人として重要な役割を果たした。第2世代の裁判官倫理綱領を代表する「裁判官の倫理原則 *Ethical Principles for Judges Principes de déontologie judiciaire*」の作成を受け、その運用方針を、原則の具体的適用という実践を通して形成し、さらにドイツのシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の裁判官たちと緊密に協力して第3世代の倫理綱領を生み出すにあたって産婆役を演じた。世界標準の裁判官倫理がどのようなものであり、それがどのような経緯で発展してきたかを語るのにこれ以上ふさわしい人はいない。今回の来日は、ジャクソン判事と協力して裁判官倫理のもつ意義と可能性について、ドイツからモンゴルまで、国際的に啓発しつつある名古屋大学法科大学院の森際康友の要請によるものである。この講演会で解題・通訳を受け持つ森際は、過去数年、フランスの裁判官に注目して裁判官倫理を研究してきた（文部科学省科学研究費補助金基盤研究（B）「裁判官倫理の司法的機能の研究とその法曹教育への適用」）。その理由と成果は、11月末発刊の『判例タイムズ』1251号（文献表を参照）に詳しいが、そのエッセンスを今回の講演会で、アイゼンマン＝トロパール・テーゼで世界的に著名なミシェル・トロパール氏（パリ第10大学名誉教授）が彼の言葉で語ってくれる。

フランスは、わが国とは対照的に司法の独立性が弱く、裁判官の職業倫理がよほど強固でなければ容易に腐敗しうる法システムである。加えて、裁判官は「法の口」とのモンテスキュー以来のイデオロギーがいまでも支配し、建前としては、裁判官は法を解釈せず、ただ適用するのみ、とされている。むしろ裁判実務において法解釈を行わないということもあり得ない。このような極限状況においてこそ、法解釈というものの真の姿が現れる。そのような社会状況で、法解釈の実態をイデオロギーや神話、偏見から自由に、覚めたまなざしで学問的に語り出すのは至難の業である。それ

を成し遂げたトロペール教授に、建前としては行われていないはずの、フランスの裁判官における法解釈実践がなぜ問題なく行われうるのか、その結果、フランスの裁判官がどのような社会的役割を果たすに至っているのか、それを支える職業倫理がどのようなものか、その真髄をわかりやすくお話しいただく。

このような欲張った企画であるが、うまくいったならば、聴衆は、法の実務と理論がその最高峰において共鳴するのを目撃することができよう。それは法科大学院で学ぶ学徒をはじめ、すべての法学徒にインスピレーションをもたらし、大きな励みとなろう。また、それは日本の裁判官をはじめ、すべての法律家が、自らの国際的責任を測定するのに大いに参考となることが期待される。

2007年11月26日

中京大学法科大学院アネックスホールにて

中京大学法科大学院法曹養成研究所長

村 橋 泰 志

愛知法曹倫理研究会代表幹事

森 際 康 友

ジョウジナ・ジャクソン判事略歴

ジョウジナ・ジャクソン判事は、カナダのサスケチュワン州高等裁判所の判事であり、新任判事用プログラム国立司法研修所代表、サスケチュワン州の法改革委員会への司法府委員、国際司法官研修機構の副会長、カナダ上位裁判所裁判官協会の綱紀審査委員会委員を務めている。継続的法曹及び裁判官研修・教育に関して、多様な分野で論文執筆、その範囲は、弁論、裁判官倫理、土地法、刑事法、破産、商法、会社法に及ぶ。非占有型リーエン、建築業者リーエン、執行官法、土地権原実務の分野で多数の著作。

裁判官倫理全国諮問委員会委員・共同議長 (1998-2007)、サスケチュワン州裁判官任命委員会委員長 (2001-2005)、司法行政研究所所長 (2001-2005)、国際女性裁判官協会理事長 (1998-2006)、国立司法研修所副所長 (民事・家族・刑事・陪審分野裁判官教育担当、1998-2004)、カナダ裁判官会議平等委員会議長 (1995-1999)、サスケチュワン法律教育協会会長 (1993-1995)、マクファーソン・レスリー・アンド・タイアーマン法律事務所弁護士 (1988-1991)、カナダ法曹協会サスケチュワン州支部長 (1987)、カナダ統一法会議会長 (1985-88)、登記局長 (1981-1988)、サスケチュワン州裁判所裁判官会議秘書官 (1977-81)。勅撰弁護士 (1991)、サスケチュワン州高等裁判所判事任命 (1991)、サスケチュワン大学レジャイナ校卒 (1973)、サスケチュワン大学ロースクール卒 (1976)。

21世紀は裁判官倫理に何を求めているか

ジョウジナ・R・ジャクソン

私たちが裁判官として行うことはすべて次の目的に奉仕せねばならない。よい、不偏不党の決定を行い、公衆の司法への敬意を保ち、公衆が我々の決定を受け入れるようにすること。公衆が我々の決定を受け入れるようにしたい理由は、すべての紛争が平和的に解決されることを望んでいるからである。私たちは、他の手段による解決を避け、社会の人々が安心できる状態にし、以て、商品の自由な流通、それによる人々の健康と満足の確保、そしてむしろ彼らの自由を保障しようとしているのである。これは多くの学問の境界を横断する数多の概念を過度に単純化した説明ではあるが、このような信念は大英帝国が植民地化し、ある意味で創立したコモンロー国の基本的な信念体系であることは疑いない。これらの国とは、アメリカ合衆国、カナダ、オーストラリアそしてニュージーランドであり、これらの国民がこの目標の実現に大部分成功してきたことは争う余地がない。これらの成功にもかかわらず、これらの国々が、そして今や母国のイギリスが、裁判官のために書かれた倫理原則を用意するという考え方を受け入れようとしている。そこで、どうして、という問題意識が発生する。

話の中身に入る前に、四点だけはっきりさせておきたいことがある。第一点は、ある国民がその裁判官のために書かれた倫理原則を持たないからといって、それは倫理原則を持たないことは意味しないということである。ある国の書かれざる原理に賛成することもあれば反対することもあるが、倫理原則というものを適切に定義したならば、あらゆる国がその裁判官のために書かれていようといまいと倫理的原理を持っていることは明らかである。

第二に、我々誰もが使う「裁判官倫理」という省略表現は誤解を導くものであり、混乱に導きがちである。私たちが実際に議論の対象とするのは、「裁判官がよき、不偏不党の決定を行うのに必要な、期待される行動の原理」であり、それは、「倫理的」要素を含まないこともある。以上の原理の名前があまりにも長いので我々はそれを省略し、「裁判官倫理」というのである。カナダでは、我々は書かれた倫理原則を持っているが、それを「裁判官のための倫理原則」と呼んでいる。オーストラリアとイギリスでは、それは「裁判官の行動のガイド」と呼ばれている。アメリカでは、指導的な文書は「裁判官行動模範規程」と呼ばれている。これらの文書すべてに共通するのは、「裁判官倫理」という表現をごく表面的な使用を除いては、まったく用いないという点である。にもかかわらず、これらの文書は「裁判官倫理」という表現を生み出し、裁判官倫理に関する著作が雨後の竹の子のように現れつつある。

第三点は、これら4カ国における裁判官倫理原則に特徴的なことは、裁判官が公共社会に直接参加することを制限するという点である。国によって程度の差はあるが、裁判官は、自らを指名した政府以外から給与を受け取ることはできない。選挙に出る裁判官によるファンド・レイジング（資金集め）を認めるアメリカを除けば、裁判官はファンド・レイジングを行ってはならない。裁判官は、公の地位に就くことができない。さらに、独立した、不偏不党の司法府と何らかの形で衝突す

るかもしれない目標を持つ慈善団体の理事会メンバーになることすらできない。各種の結社への加盟も制限されている。これらが現在のコモンロー国に共通する性質に結びついた「裁判官のための倫理原則」の特徴である。

第四点は、「規程」という語に関わる。カナダの「裁判官のための倫理原則」においては次の表現が見受けられる。

2 これら言明、原則、およびコメントは勧告的なものである。その目的は、難しい倫理的かつ職業的な問題に直面した裁判官を補助しようとするものであり、公衆が裁判所の役割をよりよく理解できるようにとするものである。それらは、禁じられた行動のリストもしくは規程として用いられてはならず、かつ、用いてはならない。それらは、何が裁判官の不適切行動であるかを定義する基準を設定するものではない。

3 独立した司法府を持つことはすべてのカナダ人の権利である。裁判官は外部からの圧力や影響がなく、かつ誰からも妨害される恐れのない状態で、法と証拠に基づき、誠実にかつ不偏不党の立場で事案を決することができるできねばならず、また、そのように見受けられねばならない。これら言明、原則、およびコメントにおける何事も、いかなる仕方でも司法の独立を制限ないし制約することはできず、またそのような意図は毫もない。そのような制約を行うことは、この文書の本来の目的を否定することを意味する。その目的とは、すべての人が公正で独立した裁判官による平等で不偏不党の司法作用を受ける権利の保護である。

オーストラリアの「裁判官の行動のガイド」においては、これに相当する目標を追求する同様の言葉を見いだすことができる。

この出版物は、いかなる意味でも規程であろうとするものではなく、法規を定めるものでもない。それはことさらに「裁判官倫理」という表現の使用を避けており、ある種の行動を「非倫理的だ」と記述することをも避けている。

イギリスの「裁判官の行動のガイド」においてもこの点は強調されている。

このガイドは、裁判官に問題に関する支援を行おうとするものであり、詳細な規程を定めるものではない。このガイドの目指すところは、裁判官が自ら決定できるようにする原理を打ち立て、以て自らの司法的独立を保持できるようにすることである。

これら三つの文書は、アメリカの「裁判官行動模範規程」と、正反対の性質を持つ。アメリカの規程は次のように述べる。

司法的行動の規程は、裁判官の倫理的行動の基準を打ち立てることを目指している……そのコメント部分は法規を追加的に述べているものではない。テキストが“shall”あるいは“shall not”を用いる時、その義務違反が懲戒処分をもたらすことがある拘束的義務を課することが意図されている。そして“should”あるいは“should not”が用いられている時、そのテキストは奨励的なもので、何が適切な行動で何が適切でないかを言明することを意図してはいるが、裁判官の懲戒に至る拘束的規範としてではない。さらに、“may”が用いられている時、テキストは許容された裁量、あるいは文脈によっては、特定の指示によって規定されていない行動をいう……

最初の三つの文書とアメリカのそれとの相違については多くのことを述べる。一方で、ドイツの裁判官たちが「裁判官倫理の柱 裁判官の行動の倫理に関する反省」と題する文書でそうしたように、「多くの国で既に存在する裁判官倫理規範は、その行動にかかる規程以外の何ものでもない」との判断もあり得る。これは重要な問題ではあるが、ここでは立ち入らない。むしろここで言うておきたいのは「規程」の問題を提起することによって私が狙っていたのは、言語上の霞を取り払うだけでなく、裁判官倫理を研究する際に、実のところ何をしているのかを理解するのに決定的に重要な問題を指し示すことである。その問題とは、書かれた裁判官倫理は、実際のところ司法府がよい司法的決定を行う義務を遂行する際に、それを助けるにせよ足を引っ張るにせよ、どの程度までそうするのか、という問題である。こうして本日の本題に入ることができる。また、私に与えられた課題、21世紀は裁判官倫理に何を求めるか、という問題に答える手だてが整った。

(ここで、一瞬とどまって、申し上げたい。本日のこの話はあなたのために、特にこの大学の学生のためにしたいので、もしこれまで言ったところで私が説明した方がよい点があれば、是非聞いてください。)

どこに向かっていくかをはっきりさせるためには、どこにいたかをはっきりさせねばならない。私はカナダのことが一番わかっているので、私の話のこの部分は、カナダに即してお話ししなければならぬ。

カナダは、概して倫理を大切にす国であり、その司法府はその倫理を反映している。裁判官は、相当成熟した年で初めて指名され、従って長年の弁護士実務を通して、人々がその人となりをよく知らなっている。裁判官は法曹協会、つまり、それ自体が独立し、その倫理規程を運用するローソサイエティーによって規制されている団体の出身である。弁護士は、独立した大学で教育を受ける。その大学は公的私的双方の資金を受け入れる [が、にもかかわらず独立している]。こういったことすべてが何を意味するかというと、裁判官に指名された個人は、非常に質の高い人々であり、独立した司法という憲法原理を容易に受け入れる司法府の一員となるのである。その司法府は民主的答責性にかかるいくつかの規範のもとにあることを除けば完全に独立している。

このような基盤の安定があるにもかかわらず、過去25年の間にカナダでは多くの変動があった。思いつくままにどうことが起こったか、そして「倫理原則」の成立を促し、カナダにおいて裁判官倫理に関してこれからも変動をもたらすであろう事情が何であるのか、私見を述べてみよう。まず、25年前、カナダの司法府はそのほとんどが白人男性からなる均質のものであった。それは、ある定年退官した最高裁判所の裁判官が長をつとめた報告書で、[人口の総体を包み込みうるような] 包括性が欠如している、と厳しく批判された。以来、裁判官の構成を変えるために大きな改革が行われた。

第二に、カナダの「権利および自由章典」がカナダの憲法規範に1982年に加えられた。この章典は、すべてのカナダの裁判官に違憲立法審査権を与える。

第三に、カナダの裁判官は裁判官による和解を全面的に受け入れるに至った。私の州の民事事件の8割は裁判官が弁護士やその依頼者と直接話し合うことによって解決されている。こうして人々は裁判官に直接接触することになるのである。

第四に、社会の教育レベルが上がるにつれて、多くの人々は「裁判まで行くな」という弁護士のアドバイスを受け入れず、逆に自ら代理人を使うことなく本人訴訟を行うことを決意する。本人訴訟には、勝てそうな事件で代理人を雇う費用が高額であるので、やむを得ずする場合もある。司法府はどちらのタイプの本人訴訟を行う本人も同じく尊重せねばならない。このような本人訴訟の存在は、複雑化した社会にとって挑戦となる。

第五に、離婚や婚姻に関する規定の改正、および配偶者と子供の養育費を確保する、国家が運営する徴収システムの創設、さらに養育における父親の役割に関する社会の見方の変動によって、家族法は裁判官の仕事のかなり目立つ部分を占めるようになり、そのための特別裁判所の発展をもたらした。さらに多くの本人訴訟の可能性に道を開いた。

第六に、社会の複雑性は真実発見に関する難しい問題をもたらすに至った。それが原因となって、より多くの裁判官による調査をもたらした。その主立った調査対象としては、汚染された水、公共的資金の不適切な使用、個人に対する誤った有罪判決等々がある。

これらの問題はいずれも、裁判官が公衆の目による点検を、より直接に受けるようになることを帰結した。そして私見では、倫理的行動を統べる規範の正確な中身に対する関心がなぜ高まったかを説明するものと思われる。このような問題群から「裁判官のための倫理原則」が生まれ出たのであり、部分的にはあるがこの文書がなぜ静的なものでないかということの説明をしよう。

カナダでは「裁判官のための倫理原則」は裁判官倫理に関する対話の始めでも終わりでもない。カナダの裁判官は、「倫理原則」のことを、十戒のような不変のものとは考えていない。倫理原則は、カナダ社会における変化と進化の連続の過程での一文書にすぎない。

「裁判官のための倫理原則」には、次のように記されている。

これら言明、原則、およびコメントは、カナダの裁判官に、倫理や専門家としての問題を解決するための指針となるものを提供しようとした何次にもわたる営みのうちの、最新のものである。それは、裁判官が心に抱き、またそれへ向けて努力する高い理想について、

公衆によりよく伝えようとする営みにおける最新のものである。これらは、(ここに具体的な業績名が挙げられている) など、先行した作業を踏まえて、さらに前進した成果である。

テキストの後ろの方では、裁判官諮問委員会の指名が規定されており、「裁判官のための倫理原則」の進化する性質を明示的に承認している。

3. この種の文書は重要で複雑な事柄についてのものなので、決して「終局的言明」とみなすことはできない。 これら言明、原則、およびコメントの出版は裁判官諮問委員会の設立と時を同じくする。この委員会は、裁判官から具体的な質問が寄せられ、それに対する参考意見を述べる。この手続は、この文書で扱われている主題の絶えざる見直しと展開に寄与するだけでなく、まだとりあげていない新たな問題をも提起するものである。より重要なこととして、諮問委員会の存在は指導を求める裁判官には常に支援の手があることを保障する。

「裁判官のための倫理原則」という小冊子は、カナダ司法評議会によって1998年の暮れに承認された。この評議会は、懲戒を受け持つ。1999年には、第一期の裁判官諮問委員会の成員を指名するための手続が制定された。

1999年以来、この諮問委員会は裁判官のために、60以上の正式、あるいは私的そして内密の意見を書いてきており、裁判官の公私にわたるあらゆる生活局面に関して意見を述べてきた。これらの意見は、関係者の特定を可能にするすべての徴表を取り除いた上で、裁判官専用の電子的ネットワーク上で公開されている。

さらに、1999年から、この諮問委員会の活動と手を携えて、倫理原則について、あるいはその周辺にある問題について、研修を行う正式のプログラムが発足した。これは現代生活で裁判官が直面する倫理的ジレンマを解決する手段として構想された。2001年には、カナダの裁判官のための司法研修プログラムや、電子的なマニュアルの作成、およびオンラインの研修コースの開発を担当する国家司法研修所が、倫理の専門家と共同して、問題解決のための枠組み作りを行った。この枠組み自体には特に目新しい点はない。が、それは「何が正しいか」についての内省的で孤独な基準作りということから、より分析的で問題思考的な方法で、裁判官に期待される高い水準について自覚できるような発想へ、と焦点を移しかえた点が有益である。この作業のおかげで、カナダのほとんどすべての裁判所は自ら倫理のプログラムを策定するに至っている。これらのローカルなプログラムに加えて、国家司法研修所は二つの全国規模のプログラムを組織し、現在第三のものを計画中である。新たに指名された裁判官は全員、倫理に関する二つの半日プログラムを受けねばならない。さらに、新任裁判官のためのプログラムは指名の一年後に2週間にわたって行われるが、そのコースのすべてに倫理についての問題関心が埋め込まれている。

最後に、カナダで「裁判官のための倫理原則」をめくり、どういったことが行われているかという絵の画竜点睛ということになるが、来年がちょうどその10周年となる。カナダ司法評議会は「裁

判官のための倫理原則」の再検討を行い、それが今なおカナダ社会の目標に適合的であるかどうかを見直すことが予定されている。

カナダの「裁判官のための倫理原則」は、実はバンガロール原則の誕生を促した。これを機に、焦点をカナダからより広く世界全体で、21世紀にさしあたり展開するだろうと私が考える事柄に焦点を移すこととしよう。

バンガロール原則はこれまた多くの国で倫理の「規程」の制定をもたらした。このような規程を設けた国のリストは大変長く、フィリピン、ウクライナ、そして中国を含む。しかしながら現状ではそもそもカナダの「裁判官のための倫理原則」が生まれた事情というものを世界の人々たちに理解していただいているかどうか確信が持てない。カナダの原則についての誤解は、既にバンガロール原則それ自体に見いだすことができる。バンガロール原則は“shall”という言葉を用いる。さらにコメントはごくわずかで、挙げられた例も少なく、裁判官に対する本当の意味での忠告といったものは見当たらない。つまるところ、バンガロール原則は、あのドイツの「裁判官倫理の柱」が診断したように、単なる規則の言明にすぎない。

司法の進化に関するこのやや失望を呼ぶ側面にもかかわらず、希望はある。バンガロール原則の誕生を促しただけでなく、カナダの経験は世界中で、裁判官の倫理に関する大きな関心を引き起こした。例えば、フランスの国家高等司法研修所の活動、およびそれが生み出した国別裁判官倫理観測所が惹起した関心の輪の拡大がある。また、裁判官倫理とその教育方法は、いくつかの国際会議の主題となってきた。最近では、バルセロナで国際司法研修方法研究機構の第三回会議が催された。アメリカの外においても法学教授や法哲学者たちがこの主題について論文執筆を始めている。日本のような民主主義大国の中でも、何人かの人々がこの問題に関心を示し始めており、より広い範囲での関心を引き起こすことが期待される。

こういった動きを見るにつけ、将来がどのように見えるかいろいろと思いを巡らせ始めているところである。私たちは、裁判官倫理、そしてそれがよい判決を保障するのにいかに役立つか、について大規模の対話を始める直前にあるのでは、と予測する。これまでのところ裁判官倫理については、大は小を兼ねるといった発想である傾向があったように思う。個別事情を見ていくことが必要である。

個別的な国々の裁判官倫理上の問題を考察するにあたって、決定的に重要な第一歩が見過ごされていたのではないかと恐れる。その一歩とは、問題となる国が司法の独立のレベルがどの程度であるかを判断する作業である。ある国が書かれた倫理原則を制定したいのであれば、それには下記のリストからなるような現況調査が必要であるということが次第にわかってきている。すなわち、問題となる国が以下のような事柄について制度的保障を持っているかどうかを問わねばならない。

1. 司法の独立を保障する
2. 継続的司法研修
3. 裁判の公開

4. 決定にあたって理由を述べること
5. 裁判官の免職にあたって、司法の独立を尊重する免官基準がある
6. 司法の独立を尊重する裁判官免職手続がある
7. 裁判官に関わる犯罪として、刑法上規定されるべきこと（裁判官に影響を与えようとする
こと、およびその影響を受けて行動すること）が明確に規定されていること
8. もっとも優秀な人材を採用する方法があること
9. 適切な俸給の水準に達していること
10. 裁判官の給与を定期的に評価し、昇給のための独立した方法があること。

もしある国が最初の7つを整備していないならば、その国は司法改革の目標を不偏不党の司法府を持つために必要なこれらの点に集中しなければならない。継続的司法研修を除けば、以上の7つの制度には費用がかからず、いずれも倫理原則を用いて自らの向上を図ることができる効果的な司法府の礎となるものである。継続的司法研修も裁判官が裁判官のためにあまり費用をかけずに運営することが可能である。

この7つのそれぞれについて、それがなぜ重要であるかについてさらに議論すべきであるが、ここでは第五と第六の点についてのみ触れる。その国は、裁判官の免職基準があり、免職のための手続も整っているのか。これらの問いの考察がここでは最も重要である。というのは、私見では、バンガロール原則が、その焦点が甘くなってしまった理由はこれらの問題を問わなかったためであるから。バンガロール原則に従った国の多くが道に迷ってしまったのも同じことが原因である。バンガロール原則は、よい裁判官によって、よりよい、不偏不党の決定ができることを目的として採用されたのではなかった。逆に、それは弱く、あるいは腐敗した裁判官をコントロールするための代替手段として採用されたのである。もしある国が裁判官免職のための基準と手続を持たなければ、「裁判官のための倫理原則」はその国にはふさわしくない。それどころか、そのような社会にとってはこの原則は悪しきものとなろう。というのは、それはよい裁判官、そうでない裁判官を問わず、それをコントロールするための事実上の手段となってしまうからである。それは、事実を反する悪意の苦情や政府による介入を通して行われ、司法府を弱体化するのである。

最初の7つの制度的保障が備わっていることを前提した場合、次に問題となるのは裁判官指名の方法である。もし裁判官指名の方法が、政府が当事者として法廷に登場したとき、その勝利が約束されているという意味で、司法府と政府の足並みをそろえる帰結をもたらすならば、倫理規則を採用する意味はほとんどない。この場合でも、倫理原則は社会にとって状況を深刻化させることになるだろう。というのは、それは政府が倫理違反を理由とする免職をちらつかせることによって、政府の意思を貫徹するための手段となってしまうからである。にもかかわらず、その国が倫理原則の採用を望むのであれば、それが禁止された行動の規程という体裁をとらないことが肝要である。

報酬に関しては、もし当該国家が裁判官に適切な給与を支払うことが困難な状況にあるにもかかわらず、「裁判官のための倫理原則」を採用したいのであれば、大幅な調整が必要である。裁判官とその家族への官舎の提供、食料や教育の扶助制度などによってその生活を保障するためのあらゆる

る努力が行われ、不偏不党の決定に対するほぼ確実に起こるであろう侵蝕を避けることが必要である。職務専念義務は緩和されねばならないかもしれない。すなわち、裁判官は給与以外の報酬を受け取ることができない、とはいえないかもしれない。たとえば、大学で教えることによって、あるいは、基金から第二の給与を受け取ることを許容しなければならないかもしれない。よい、不偏不党の判決を確保するという目的に鑑み、近代以降のフルタイムの裁判官という発想から一步退き、新たに打ち立てられた国々が当初行ったこと、すなわち独立した法曹協会の中からパートタイムの裁判官を指名することが必要かもしれない。

このようなごく簡単にしか触れることができなかった考えに基づき、私は21世紀が裁判官倫理に何を求めるかという私のビジョンを作り上げつつある。21世紀といっても、さしあたり見通しがきく範囲のことであるが、よい、不偏不党の決定を手に入れるための手段として、裁判官倫理を使い続けることである。それは、公衆が他の紛争解決の方法を避けるための手段として受け入れ、商業上の事柄について確実性をもたらすものとして受け入れるであろう。しかし、[一言で、裁判官倫理といっても] 不磨の原則とか金太郎飴のようなどこを切っても同じであるような規程といったものはこの世界では存在し得ない。今ここ日本で始まりつつある対話は、このことの承認にむけて口火を切るものとなるであろう。改革を進めている国々は、司法の独立のレベルについて厳しく自己評価し、「裁判官のための倫理原則」を採用する前に他の改革に取り組むに至るやもしれぬ。国際的支援を提供する国々は、裁判官の腐敗という問題を解決するための万能薬として裁判官倫理を捉える発想から転換し、継続的司法研修を含む司法部の絶えざる改善を保障する政策群の一部としてその真の役割を承認するに至るであろう。国々は規程の採用で能事終われりとするのではなく、具体的な設例を用いた詳細な対話といった、裁判官にとって真に役に立つものを開発することであろう。これらの国々が採用する「裁判官のための倫理原則」は、それぞれの国が支払うことができる予算の範囲内でできることで、その国が必要とすることに絞り、その伝統を尊重する内容を持つようになろう。「裁判官のための倫理原則」の制定は、よい、不偏不党の決定を確保するための長くかつ継続する議論の一里程にすぎない、とみなされるに至るであろう。

ご静聴ありがとうございます。以上お話ししたこと、あるいはカナダにおける司法行政制度についてご質問があれば喜んで承ります。

ミシェル・トロペール博士略歴

1938年生まれ、1967年にパリ大学で博士論文「フランス憲法史における権力分立」にて博士号取得。この作業をふまえ、その師と共同して提起し、フランス憲法史では通説となった、権力分立についての「アイゼンマン=トロペール・テーゼ」によって一躍脚光を浴びた。各地で学究生活を進め、1978年にパリ第10大学教授。憲法と法理論を講義。1993年には、フランス大学機構の会員に指名される。2006年に名誉教授。

シカゴ大学法科大学院をはじめ、アメリカ各地、その他、イタリア、ドイツ、ベルギー、スペイン、イスラエル、ブラジル、日本、カナダで講演。各種学会・国際学会で要職を務める。上記博士論文を嚆矢に多数の著書、論文を執筆。最近では、博士の思想をめぐるシンポジウムが開かれ、また2006年には博士の退官記念論集も出版された。

アイゼンマン=トロペール・テーゼは、権力分立とは、権力分立論の始祖たるモンテスキューの頃から、立法・司法・行政の3権が厳格に分離され、それぞれ議会、裁判所、政府に専属すべきことを意味したと考えられていたのに対して、モンテスキュー自身はそのような主張はしておらず、むしろ、司法・行政の2権をコントロールする立法権が属する議会に、政府を代表する国王が拒否権をもって参与できること、より一般的には、国王、貴族、市民等、社会の諸勢力の利益が立法過程に公正に代表されることを提唱していたのだ、というもの。また、本日の発表の背景にある博士の現実主義的法解釈理論は、フランスの法現実を踏まえた有力説の一つとなっている。

博士は、専門の憲法や法理論だけでなく、よい意味でのフランス知識人として博覧強記である。一方でユーモアを解し、会話には必ずジョークが出る。暖かい思いやりのある人柄故、九州大学の南野森教授など世界中からその指導を求めて学生が集う。親日家であり、日本人研究者との共同研究にも積極的に参加される。今回の来日は、共同研究者として活躍してきた科研費プロジェクト(基盤研究(B))「裁判官倫理の司法的機能の研究とその法曹教育への適用」(研究代表者・森際康友)の成果発表の場である「裁判官倫理の現在」講演会(2007年11月26日(月)名古屋・中京大学法科大学院)、ならびに国際シンポジウム「裁判官の倫理と役割」(12月1日(土)東京・アルカディア市ヶ谷)等での講演・討論を目的とするものである。

フランスの裁判官にとって法解釈とは何か

ミシェル・トロペール

「フランスの裁判官にとって法解釈とは何か。」森際教授が定式化したこの問題は、きわめて困難な問いである。それはいくつかの意味を持ち得、経験的および規範的問題双方に関わる。すなわち、

- A) フランスの裁判官は実際にどのように法を解釈しているのか
- B) フランスの裁判官は自らの法解釈をどのように描写しているか
- C) フランスの裁判官はどのようにして法を解釈すべきか

この第三の問題は、それ自体異なった仕方で理解しうる。

フランスの裁判官は、フランスの法教説によれば、どのように法解釈すべきか。

フランスの裁判官は、立法者によれば、どのように法解釈すべきか。

C) のもとでまとめられた質問のみが規範的な問いで、我々は裁判官倫理の問題に関心を持っているのであるから、これらの問題のみに関わればよいとも考えられる。しかし、以上挙げたすべての問題は相互に関連しており、さらに重要なことは、それらはすべてフランス法文化における司法府についての一般的な考え方という一般問題に関わっているのである。

私は、「裁判官倫理」という言葉を裁判官が自らの責務を遂行するときに適用すべき様々な道德規範のことではなく、これらの道德規範の基礎をなすメタ規範を指すものとして用いよう。これらのメタ規範は、司法府の機能についての一般的な考え方を反映する。しかしそれらは更に、司法官が行う倫理的な選択を事実上決定する制約をも反映する。

実際、フランスでは（これは他のヨーロッパ諸国についてもいえるのだが）司法府の機能について二つの競合する考え方がある。第一は、啓蒙期以来のものであり、第二は、第二次大戦後、コモン・ローの影響、そして自然法理論復活の影響のもとで発展したものである。それぞれについて説明しよう。

第一

フランスの法文化は大革命以降、裁判官をまったく従属的なものとする見方によって支配されてきた。この見解は、モンテスキューの言うところの権力分立原理から導かれた。モンテスキューによれば、国家の三権のうち、司法府は「ある意味、ゼロである」。なぜなら、裁判官は法の言葉を発声する口にすぎず、規範を意思したり、創造したりすることができないからである。司法府の機能についてのモンテスキューの理論は、ベッカリーアによって広く知れわたることとなった。ベッカリーアは、判決を三段論法になぞらえた初めての人である。この三段論法によれば、法律という意味での法が大前提であり、事実が小前提であり、宣告は単なる結論にすぎないとされる。この二つの前提は、あらかじめ（大前提は立法者によって、小前提は陪審員によって）裁判官に与えられ

ているので、そして結論は論理的に導かれるので、裁判官には裁量の余地はなく、理想的にはロボットによって代替され得るのである。

この見解は、フランス革命時にはほとんどすべての人によって受け容れられた。革命家たちがこの理論に魅力を感じたのは、モンテスキューを愛していたからではなく、それどころか彼らはモンテスキューを排する理由を少なからず持っていた、むしろ、この理論が彼らのニーズを完全に満足させたからである。革命前のフランスでは、裁判所はきわめて強力であり、改革の巨大な障害となっていたことを忘れてはならない。当時の「パーラメント」と呼ばれるものは、現在の立法府とはまったく異なり、国内に複数存在した控訴できる最高の裁判所を意味した。

この機関は、適用しようと思う法を自ら創造する権限を持っており、更に王が発布した立法を拒否する一種の拒否権をも持っていた。実際、主たる法源は裁判官法であった。これは、法律のみによって支配される権利として理解された自由についての新たな考え方と衝突した。この新たな考え方は、法律は一般意思の表現であるので、法律に従うとき、人は自らの意思に従うにすぎないとし[、自律のみが遵法の正当化根拠であり、法律ではなく裁判官の作った法に従うことは他律を意味するとし]たからである。

結果として、1790年、国会は裁判官が一般的な規範を作った場合には重罰に処ずとしてこれを禁じ、裁判官が既存の法律を機械的に適用することしかできないよう制約した。ここでの含意は、明晰かつ完全で一貫したいくつかの法典が発布され、すべての事案において裁判官はこれらの法典の中にぴったり適用すべき法律を見いださう、ということであった。

一貫性ということは、これらの法典には一切矛盾がないということ、完全性ということは、法の欠缺がないということ、そして明晰性は、解釈の必要がないこと、を意味した。これは、あの有名なラテン語の格言“in claris non est interpretandum”（明晰であるものは解釈されてはならない）に従うものである。

法の持つこの第三の性質に着目しよう。革命家たちにとっては、明晰性は二つの理由でぜひとも達成したい理想であった。第一に、明晰性は市民の自由の前提と考えられていた。というのは、もし法が明晰であるならば、誰もが自らの行動の法的帰結が分かるからである。たとえば、刑罰を受けるとか。こうして、人には行動を遂行するか控えるかを選ぶ自由ができる。第二の理由は、法を解釈する権限というのは、結局のところ立法する権限に等しいとする考えであった。従って、解釈は立法者の専権とすべきなのであった。これも有名な格言“ejus est interpretari legem cujus est condere”（法律の解釈は法律の制定者に属す）に基づく。従って裁判官は一切解釈することが禁じられ、その違反は一般的な規範を発布しようと試みることに對する刑罰と同じ刑で罰せられたのである。

にもかかわらず、革命家たちは愚かではなかった。彼らは、裁判官たちが法の適用においてどうしても困難に直面してしまうことは百も承知であった。裁判官が法の解釈を許されなかったならば、裁判官はいくつかの事案において判決を下すことができなくなる、と。他方、解釈することを許したならば、それは一種の立法権を裁判官に与えることを意味するということがわかってきた。このジレンマに対する解決は、抽象的解釈と具体的解釈との区別をすることであった。抽象的解釈だけ

が立法に等しく、従って厳禁された。裁判官が、法律の意味がわかりにくいと思った時には、彼らは立法者に向かって抽象的で一般的な解釈を与えるよう要請することが求められたのである。

しかし、具体的な事案において裁判官が同様の困難に直面したときには、彼らは決定を行う義務があった。しかし、その決定は解釈とはされず、単なる法の適用とされたのである。むしろその決定は常に控訴されうるものであり、それが実際に控訴された場合には、その根拠は誤った解釈ではなく、法の誤った適用とされたのである。最終審は、立法府と並列するものとして設立された破毀審判局であった。破毀審判局は、控訴の最高裁ではなかった。それは、事実を扱うのではなく、法律のみ審理した。それどころか破毀審判局は、事案について自判することなく、単に控訴審の判断を確認するか覆すかだけであった。もし法が誤って適用されたとして覆された場合には、事案は、別の控訴裁判所に移送された。この裁判所は、まったく同様の判断をすることもあり、破毀審判局の判断に背くことができた。この判決もまた控訴可能であったが、更に第三の控訴裁判所が法の正しい適用に関してこれもまた破毀審判局と意見を異にした場合には、法が明晰ではないとの想定を生み出し、解釈の必要があること、すなわち、立法府による立法行為が必要であることを意味した。すなわち、事案は立法府に送られねばならず、それを受けた立法府は抽象的解釈を發布するのである。

従って、司法権なるものは存在しないという理論に誰もが賛成していた。現行の、比較的最近に制定されたフランス憲法ですら、司法「権」という表現は用いておらず、単なる司法的「権威」としか言わないのである。

しかし、ここから裁判官が独立しているべきではないという結論にはならない。それどころか、革命家たちは司法の独立を権力分立の原理そのものによって基礎づけた。もし裁判官が立法府、あるいは行政府から独立していなければ、裁判官は一般的で既存の法を適用するのではなく、すなわち、一般意思を表現するのではなく、立法者あるいは行政府の特殊意思を宣言してしまうことになるのである。すると、市民はもはや自らの行為の法的帰結をあらかじめ知ることはできず、彼らは自らの選択の権利、自由を失うのである。司法府の独立は、その役割の制約と同じ役割を果たす。すなわち、それは市民が一般意思の表現である法律のみに従い、権力の座にたまたま就いていた人間の恣意に振り回されないことを保障するのである。

司法府の役割を制限するこの一般的な考え方は民法典においても存在し、この考え方はつい最近まで支配的であった。民法典には契約の解釈に関してはいくつかの規定があるのに対し、法律の解釈については一つも規定がないのは、これが理由である。この考え方は、司法府の組み立て、裁判官の地位、裁判官による法定意見のスタイル、法源についての教説や、基本権についての基本的な考え方についても数多くの帰結をもたらした。

これは、裁判官倫理にとって何を意味するだろうか。第一、かつもっとも明白な含意は、裁判官は法を解釈してはならず、かつ、解釈することなく法を適用できるとする考えは、まったく維持不可能な主張であり、裁判官の権限を制約するどころか、かえってこれを補強してしまうということである。いうまでもなく、裁判官は法律を解釈しないですますことなどではしない。しかし、彼らが採用するのを余儀なくされる態度というものは次の通りである。法が明晰であるときには解釈

の必要はなく、今適用しようとしている法は明らかにSという意味である。しかし、法が明らかに意味Sを持ち、したがって解釈が不要であるといったもの言いは、それ自体、あきらかに一つの解釈の帰結である。従って、このような考え方は解釈権限を制限するのではなく、解釈がそれ自体として現れるのではなく、常に「適用」として登場し、決して解釈として正当化されることがない故に、解釈権限が拡大してしまうのである。法廷意見もきわめて短く、通常わずか数行であり、しかも常にいつも同じ三段論法の構造をとっている。すなわち、一) 法は、もしAならばBとする、二) 事実Aが起こったと認定する、三) 従ってBである、と。

法実務においては、抽象的解釈と具体的解釈との区別というのは維持できない。なぜなら、下級審の法解釈に基づいた決定が上告され、それが破棄院（この名称は1821年につけられた）で審理されると、破棄院が最初の解釈を承認しようとして反対しようとして、それは最終的な解釈を与えることを意味し、事実上すべての下級審を拘束することになるからである。なぜ事実上そうなるかということ、関係者は他のすべての解釈は破棄院でひっくり返ることを知っているからである。かくして、破棄院の解釈による法がすべての同種事案に適用されることとなり、これはこの解釈が完全に抽象的であるということの意味するのである。

第二に、破棄院が行った解釈は上訴できず、従って新たな立法が行われぬ限り、覆され得ないので、法律は破棄院が述べた通りの意味しか持ち得ないのである。こうして、破棄院の解釈に対抗できるような法の「真の」意味なるものはあり得ないということになる。従って、破棄院は自らの権限を行使する際には破棄院は完全な裁量権を持つことになる。こうして、革命家たちが恐れたことが現実化するようになってしまったのである。破棄院が、立法権を行使してしまったのである。実際、不法行為法の全体は民法典のわずか5条をもとに、19世紀を通じて、破棄院によって創造されたことは周知の事実である。

第三に、この権限は、裁判所には自らの解釈を正当化する義務はなく、かつ、先例によっても拘束されないで、大きく拡張されることになる。

第四に、この権限は、裁判官は自らの意思を表現するのではなく、すなわち判決は自分の政治的ないし道徳的な好みに対応するのではなく、単に既存の法を適用しただけであるとの広く受け入れられている考え方によって補強されるのである。この考えは誤っているにもかかわらず、広く主張されてきた。裁判所の判断は、マックス・ウェーバーが「合理的正統性」と呼んだものを享受しているのである。

にもかかわらず、この巨大な権限は、相当の自制心のもとで行使されてきた。いまや、この自制心の原因について考察する順番である。裁判官が政治的にもあまりにも保守的だとか、（滅多にないことだが）あまりにも進歩的だといった苦情を時には耳にするが、裁判官が専制君主のようだとか、彼らのやっていることは法の保守的あるいは進歩的な適用の枠を超えてしまっている、といった非難が行われぬのはどうしてであろうか。確かに、多くの裁判官は心の底から彼らが法に従属し、単に法を適用しているだけだと信じているのは事実である。この問題を別の角度から定式化してみると、「裁判官はなぜ法に従属する司法府という偽りの見解を表明し、彼らの真の権限がどこまでおよぶかをはっきりを認めるよりよい理論に基づいて行動しないのであろうか。」ということになる。

誰もが思いつく答えは次のようなものであろう。裁判官は、ある倫理を共有し、自らを実際そうであるところの法の主ではなく、実際はそうでないところの法の下僕であるとみなしているからである。これは、確かにその通りであるが、重要なポイントを外している。すなわち、裁判官は特定の法律がなんと言おうと、自ら社会にとって何が一番よいと思うところを行い、正義を実現すべきだといった風に考えることなく、この倫理に従ってしまうのは何故なのか。この問題である。

どの倫理体系を選ぶかということは、論理的には、メタ倫理理論に依存しているが、さらにいくつかの経験的制約をも反映するものである。フランスの裁判官が一樣に同じメタ倫理を奉じているわけではないので、経験的制約の方に焦点を当ててみよう。既に見たように、裁判官が従属する司法の考え方（この考え方は彼らの真の権限を減らすのではなく逆に増加させるものである）を表明する大きな利害を持っているのに加えて、さらに彼らが本気でそれを信ずるようにし向けるいくつかの要因がある。

A. 第一の要因は教育の態様にある。裁判官は19世紀初頭以来、法学校で研修を受け、司法府は従属的なものであるとの支配的イデオロギーを教え込まれてきた。実際、これら法学校は、大学の片隅で技術専門学校として組織され、そこでは批判的思考は重視されなかった。それらはまさに「学校」であり、「学部」ではなかったのである。更に、学生も教授も共に立法者たちと同じ社会層の出身で、立法者の作った法を変えようといった気持ちや、利害はなかったのである。こうして支配的イデオロギーは、常に立法者に従属せよ、というものであった。その理由は、ナポレオンが支配していた頃のように、立法者の方が知性的に優れていると信じられていた場合もあれば、民主主義の時代のように、立法が一般意思を表現するからだと説明されることもあった。この考え方から、法解釈とは立法者意思の発見であるとの方法が帰結した。このテキスト解釈法は、「注釈」と呼ばれることもあった。法律のこのような解釈法は、カトリックが聖書解釈に用いた方法でもあったことは言うておくべきであろう。

B. 第二に、裁判官の採用と昇進の態様がある。これは、常に公務員のそれであった。裁判官の採用は、かつて、そして今も競争試験による。裁判官は、上司によって評価を受け、これらの成績に応じてより高い地位に昇進することができる。最近まで、昇進は司法省によって決められていた。その後、「司法官職高等評議会」が設けられた。この組織は、裁判官の懲戒を行う権限を持つと同時に、その昇進に同意しなければ昇進は有効にならない。この評議会の大半は、投票によって選ばれた裁判官からなる。[これは司法の独立の確保にとって問題ないと思われがちだが、] 評議会は、常に司法大臣の見解と一致するわけではないが、[多くの場合に一致することとなる。なぜなら、] 評議会が存在しているということ自体が、[社会の多数意見が支配する審査を意味するので] 変わった少数意見をもつ裁判官にとって、昇進をきわめて困難にさせるのである。成功するキャリアは、主として支配的な倫理に対して一般的に順応できることに依存 [し、結果として司法省の見解と一致] するのである。

C. 第三の要因は、特殊な制約がなんであるかを決定する、個々の裁判官がおかれた戦略的な状況である。たとえば、下級審の裁判官にとっては、その状況はきわめて簡単である。もし自らの判決を覆されたくなければ、裁判官は自分の属する控訴審および破棄院の判例をしっかりとフォロー

しなければならない。そして、その裁判官のキャリアは自らの判決で覆されたものの比率にも依存するのである。

真の問題は、破棄院自体が自制することである。これは、破棄院の裁判官も支配的なイデオロギーを共有しているといったことだけでなく、さらに破棄院が創造した規範が気に入らなければ、立法府はもちろんのこと、その選出母体ですら常に新たな立法を行うことができるということによる。このようなことはめったに起こらないが、それが起こり得る、という可能性の存在が強力な制約として機能する。このような事情があれば、立法者意思説の中には、立法当時の立法者の意思ではなく、現在の立法者の意思が大切だとする学説が存在するのも説明がつく。

他方、自らの決定が覆される確率がきわめて低い場合でも、最上級審の裁判所はその判例が落ち着いていることの方を好む。原告の性格や事案に関わる状況に応じて判例をまめに変更する場合よりも、より多くの権限を享受できるからである。その理由は、後者の、まめに変える態度をとったならば、裁判所の判断はその事案の当事者を拘束するだけであり、他の市民は事案が異なればそれがこの事案に類似していたとしても裁判所の判断がどうなるか予測できない。他方、裁判所の判例が安定している場合には、市民は将来の事案においても裁判所が同様に決定するであろうと予測することができ、あたかも裁判所が一般的な規範を発布したかのように行動 [し、それは市民が裁判所に大きな権限を与えたことを意味] するからである。

最後に、裁判所が制度的に二つに分かれているということが重要な役割を果たす。19世紀以来、裁判所は二つの体系に分かれて組織されており、二つの最高裁を持つ。一つは、民刑事、そして労働裁判所、商業裁判所の頂点にある破棄院であり、他方は行政裁判所の頂点にあるコンセイユ・デタである。ここ数十年の間に、さらに憲法院、ヨーロッパ司法裁判所、そしてヨーロッパ人権裁判所が加わった。破棄院とコンセイユ・デタはこれまでもある種の事柄をめぐる管轄について互いに競い合ってきた。この場合、事態を安定させるには、一般的で穏便で安定した原理を適用せざるを得ない。憲法院とヨーロッパレベルの裁判所との関係についても同じことがいえる。

第二

第二次世界大戦後、司法府の機能について今ひとつの考え方が登場した。

その理由の一つは、裁判官における「実証主義的な」態度がイタリア、ドイツもしくはフランスにおける権威主義的な体制に効率性をもたらした、少なくとも暴政と全体主義に対する抵抗の欠如をもたらす要因となった、とする感覚である。「実証主義」という言葉は、当時、本稿第一部で述べた考え方を言うのに用いられた。すなわち、法の内容いかんに関わらず、それが法律だからという理由で盲目的に適用する裁判官の態度であり、実定法、特に法律のみが法であるとする態度である。このような態度こそ、反民主的な政府が支配するのをきわめて容易にしたと言われている。

これに対して、裁判官は単に法律を適用するだけでなく基本的な法原理も適用し、法律とこれらの法原理が対立したときには原理の方を優先させるべきである、とする考え方が登場した。この

教説によれば、基本的な法原理は実定法と共に法の一部をなすと捉えるか、あるいは、これこそが真の法であるとされるべきである。たとえばドイツ憲法においては、ゲゼツツ・ウント・レヒト (Gesetz und Recht 法律と正法) が区別され、裁判官は両方を奉じなければならないとされる。フランスでも「実証主義」がヴィシー政権にとって好都合であったとして責められた。

この新たな態度は、多くのヨーロッパ諸国において立法の司法審査を担当する憲法裁判所の設立に行き着いた。(注目すべき例外として、議会主権の原理が今なお支配するイギリスとオランダがあるが。)

しかしながら、このタイプの中央集権化された司法審査は、アメリカのそれとは際だった違いがある。[すべての裁判所に違憲立法審査権があるのではなく、裁判官にはその権限を認めず、そのために設けられた一機関に限って認めるということ...訳者註] その違いは、現存するフランス革命の精神との妥協によるものである。すなわち、裁判官は、一般意思の表現であるところの法律を適用するのみであるとの考え方との妥協である。

新たな考え方が発展した第二の理由は、アメリカ流の法の支配およびアメリカのリーガル・リアリズムの影響である。[これらを通して] ヨーロッパの裁判官たちはアメリカの裁判官が持つ権威と権限について了解し始めたのである。この権限は、長い伝統に基づくものではあるが、さらに裁判官が必然的に裁量権をもち、法創造をするという事実を受け入れることから来ている。19世紀のフランスの裁判官たちと異なって、アメリカのリアリストたちは裁判官の権限を隠蔽することなく、機械的に法律あるいは先例を適用するにすぎないのだといったふりをすることを拒んだのである。この事実の受け容れは、先例の適用は機械的であり得ないので、簡単に正当化することができた。適用されるのは、判決そのものではなく、判決のレイシオ・デシデンダイ (*ratio decidendi* 決定根拠) となった原理なのである。そしてこの原理が配填のあった事案に適用できるかどうかについては議論の余地が大いにあり、従って裁量の余地が大きい。さらに、適用せねばならない法のうちで最も重要なのは憲法であり、それは極めて曖昧で多義的なのである。

もし裁判官が、法律を適用するにすぎないのではなく、規範を創造し、その過程で裁量権を行使するのであれば、その権限を正当化せねばならない。これは一見極めて困難に見える。が、司法裁量の承認と法の支配というのは比較的簡単に組み合わせることができる。最も優れた正当化の一つは、裁判官は法を適用するのであるが、より高次の法を適用する。すなわち、基本的人権の保護を目指した形式および実質的原理からなる法を適用するのである、とするのである。

今日、ヨーロッパの裁判官はますますアメリカに似た状況にある。フランスだけでなく、たとえばイタリアを含む他の国でも、上記のように、法典化された法律を適用せず、またしたこともない行政裁判所が存在する。昔は、行政裁判所なるものは存在せず、適用できる法律もごくわずかであった。行政裁判所は、従って、自ら規範や原理の体系を構築せざるを得ず、現にそうしたのである。今日でも、行政法はほとんど裁判官の創造による法からなる。このような法創造の唯一の正当化事由は、それを「発見」として説明し、アメリカにおけるのとまったく同様に、基本権の保護に向けた書かれざる原理の適用とするほかないのである。

第三の理由は、他のヨーロッパ諸国の法システムと同様に、フランスの国家法システムに対して

も国際法の影響が増加していることに関わる。たとえばフランス憲法は、国際条約および国際条約から導かれた法律（たとえばEUの諸機構による指令や規定、また、ストラスブールの裁判例においてその解釈が示されたヨーロッパ人権条約）が、法律に優先するものとしている。憲法院の1975年に行われたある決定以降は、裁判官は（下級審裁判官ですら）この決定に従い、国際法と矛盾する法律の適用を拒むことができる。これは、明らかに巨大な革命的変動である、特に、今日のフランスにおいてもなお、司法府には違憲立法審査権がないという点を想起すれば。今日では、裁判官はもはや一般意思のもとにあるわけではないのである。

同時に、フランスの裁判官は国際法廷で行われる推論および憲法院のそれに注意しておかねばならないのである。憲法院というと、憲法の機械的な適用をするのが仕事と思われるかもしれないが、実際には競合する諸原理の権衡をとることを自らの仕事と心得ている。

第四の理由は、検察官についての新たな考え方に関わる。伝統的な見方では、検察官は事案の一方当事者である。彼らは裁判官ではなく、彼らを指名し、その行動に関して指令を出すことのできる司法大臣の下にある公務員である。19世紀の間は、検察官が法廷においては重要な役割を果たし、一方で裁判官は行政府によって指名され、昇進を決められていたので、検察官は裁判官をコントロールするための司法大臣の手中にある道具であった。たとえば、検察官は今なお裁判官の執務室があり、法廷があるパレー・ド・ジュスティスに自らの執務室を持っている。さらに、検察官は裁判官と同じように採用され、同じ訓練施設で養成される。刑事事件においては、検察官と「予審判事」はチームを作り、共同して訴追の方針を作り、実施する。従って、彼らは司法大臣よりも裁判官と強い連帯を持つに至り、裁判官のそれと同様の地位そして司法大臣からの独立を標榜しがちである。この傾向は、裁判官と検察官を一つのグループとして取り扱う司法官組合の存在によって強化されてきた。検察官と裁判官は自らを、法を適用するにすぎない者ではなく、正義を実現する司法官の団体として捉える。彼らは、「司法権」を形作り、他の二権とのバランスを行う者たちとして承認を求める（これは既に見たように憲法の受け入れるところではないのであるが）。実際、彼らは他の二権を「政治的」とみなし、自らを「中立」とみなしている。

また実のところ、時には最広義の意味での「裁判官」（すなわち検察官を含む）と、政治家とが衝突してきた。フランスでは、このような衝突は、イタリアにおけるような規模になることも、また同様の帰結を導くこともなかった。周知のようにイタリアでは、裁判官たちによるクリーン・ハンド (*mani pulite*) 作戦が1990年代における政治制度の劇的な変動にとって決定的な要因となったのである。

この新たな考え方によれば、裁判官の役割はもはや機械的なものではなく、正義の実現である。これは様々な方法で実現できる。いくつかのものは伝統的な方法である。しばしば、ある状況には複数の方法が適用可能であり、選択が可能になる。すると、法律の文言を解釈することは常に可能となる。このようにして裁判所は、特定の政策を実行することができる。たとえば、破棄院は最近自らの裁判例が将来の事案のみを拘束するとする運動を始めた。確かに、破棄院は個別の事件の決定を行うだけなのでその決定は原理上、その事件の当事者のみを拘束するのであるが、既に見たように、その決定はすべての同様の状況にある市民が自らの規範としてその行動を調整するので、新

たな規範形成に等しいのである。しかし、この決定は、法律解釈の形で行われるので、その解釈はその法律が施行された日にさかのぼって適用され、拘束してしまう。すなわち、破棄院が実際に判断を下した日より遙か前に遡及するのである。裁判所の判断は、遡及的なのである。むろん、これは長い間知られていたことである。ここで新しく、かつ特に注目すべきことは何かというと、破棄院が自らの決定が一般規範を形成すること、かつそれらが遡及的であること、そしてそれが法の支配の内実を形作る基本的法原則のいくつかに抵触するということをそっと承認したことであり、さらに、一方的にその状況を変更しようと努めていることである。

今ひとつの方法は、立法者に圧力をかけて、よりよい、あるいは異なった立法を行うようにさせることである。特に、裁判官により多くの裁量権を与える立法を、である。最近、裁判官たちと弁護士たちは裁判官の裁量権の範囲を制限しがちであった法律に対するキャンペーンを組織した。

さらに別の方法もある。それは、一方では国際法規を用いて国家法の適用を拒むことであり、さらに逆に規範のヒエラルヒーを用いて、国際法規の適用に抵抗することである。コンセイユ・デタはこの方法を成功裏に実行してきている。コンセイユ・デタは、国際法規は確かに法律に優越するが、書かれざるものを含めて憲法原理には優越しない、とするのである。したがって、国際法規と法律とが抵触するとき、裁判官は時にはその法律が憲法原理に相当すると宣言し、それが国際法規に優越することを可能にすることもある。

言うまでもなく、裁判官が本質的には政治的な強大な権限を事実上行使することを認めたならば、大きな正統性問題が発生する。政治的というのは、決定的な政策の選択を行うことを意味するからである。この問題が発生するのは、裁判官が選挙で選ばれたわけでもなく、人民代表によって指名されたり、コントロールされたりするわけでもないからである。にもかかわらず、この問題は今のところ、注意深く回避されている。司法府の持つ権限が、政治的であることを否定し、それが中立的なものであると主張することによって。

この考え方は制度的なレベルで重要な帰結をもたらすかもしれない。二つだけ挙げておこう。一つは、単なる司法的権威ではなく、実質的な司法権を構成しようという主張である。すなわち、司法官職高等評議会の制度を改訂し、それが行政府から完全に独立な構成を持ち、裁判官の指名と昇進に関する完全な独占権を与えるというものである。二つ目は、この中立的権力のモデルを、選挙で選ばれた専門家たちの領域、すなわち通信、企業競争や金融取引といった分野の規制にあたる政府機関に輸出するということである。

結論

司法府に関する上記二つの考え方は、歴史上、様々なところで現れたり消えたりしてきたが、一方が他方によってとって代わられるといったことは起こっていない。両者は併存しているのである。民法典と法創造禁止の原則は今なお生きている。また、違憲立法審査の禁止も生きている。

実際のところ、この二つの考え方は互いに大きく異なり、多くの点で矛盾するものであるが、第

一の考え方は権限行使をしようとする裁判官にとっては有用なものであり、必要なものですらあるかもしれない。というのは、それは彼らをして中立性の見かけを保つのに役立つ、その中立性とは、裁判官が、それが高次の法であれ、法の単なる適用を行うにすぎず、もしくは文理解釈のみを行うことに存する、との主張を維持するのに役立つからである。さらに、それは「中立的」政策であるとの体裁をとることによってその主張を正統化し、以て、[自らの権限と] 政治家の立法および行政権限との権衡を保つという役割を可能にするのである。

参考文献

座談会「グローバル化時代における裁判官の職業倫理 日仏比較を中心として」『判例タイムズ』1251号(2007年12月1日号)所収

出席者：加藤新太郎・水戸地裁所長(司会)、長谷部恭男・東京大学教授(憲法)、松本恒雄・一橋大学教授(民法)、森際康友・名古屋大学教授(法哲学・法曹倫理)

森際康友編『法曹の倫理』(名古屋大学出版会、2005, モンゴル語訳2006, 2007, 中国語訳 近刊)

長谷部恭男『Interactive 憲法』(有斐閣、2006)

加藤新太郎編『ゼミナール裁判官論』(第一法規、2004)

Ethical Principles for Judges、Principes de déontologie judiciaire (1998)

Saeulen richterlichen Handelns - Gedanken zu einer Ethik richterlichen Verhaltens -
Hrsg. von der Praesidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts, Konstanz
Goerres-Ohde, Mai 2007

《Une théorie réaliste de l'interprétation》(2000)

南野森訳「ミシェル・トロペール論文撰1 リアリズムの解釈理論」

法政研究70巻3号、2003年

《La liberté d'interprétation du juge constitutionnel》(1995)

南野森訳「ミシェル・トロペール論文撰4 憲法裁判官の解釈の自由」

法政研究72巻2号、2005年

《Justice constitutionnelle et démocratie》(1990)

長谷部恭男訳「違憲審査と民主制」日仏法学19号、1995年