

裁判官の良心の論証作法

小川, 亮
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/26243>

出版情報 : 学生法政論集. 7, pp.51-69, 2013-03-26. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

裁判官の良心の論証作法

小 川 亮

目 次

はじめに

第1章 これまでの学説の問題点

第2章 特権説の検討

おわりに

はじめに

日本国憲法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ない、この憲法及び法律にのみ拘束される。」と規定している。この「良心」の解釈について学説は、19条の「良心」と同様だとする主観的良心説と、「裁判官としての良心」だとする客観的良心説に分かれて争ってきた。しかし近時、この対立を乗り越えた新たな学説である特権説が提唱されている。特権説の特徴は、解釈方法論上の論点という従来の学説とは大きく異なる論拠によって76条3項の問題を論じている点である。76条3項の解釈と解釈方法論上の論点はどのように関係するのだろうか。そしてそれについて語った特権説は76条3項の学説としてどのような評価を与えられるべきだろうか。これらを明らかにするため、本稿は以下の構成を採る。

まず第1章では、主観的良心説と客観的良心説という学説の分類が適切ではないことを指摘する。そして、76条3項の「良心」と「憲法及び法律」のあり得る関係を網羅的に考察することで、76条3項の帰結は、裁判官の客観的法内容に対する確知可能性、それを前提とした司法の独立を達成するための方法、の2点に対する考え方で決まることを主張する。次に第2章では、解釈方法論上の論点に触れているという点で他の学説より前進している特権説を紹介・検討する。結果として、特権説も76条3項の解釈を主張する学説としては十全でなく、更に検討すべき点が残されていることが示されるだろう。

なお、本稿の目的は「裁判官の良心」の理解の内容について新たな学説を提示することにはない。むしろ、新たな学説を提示するための枠組みを提示することが本稿の最大の目的である。そのことによって、本稿が、「裁判官の良心」の学説・論争を一層有益なものにするだけでなく、憲法理論一般においてとかく見過ごされがちな、しかしあらゆる局面において根本的に重要なものとならざるを得ない解釈方法論上の問題と、理論と実益の関係について考察することの重要性を明示することに資することを願っている。

第1章 これまでの学説の問題点

第1節 憲法76条3項の位置付け

なぜ憲法は司法の独立を保障するのだろうか。一つは、司法が他の機関の干渉を受けてその機関に都合のよい判決を出し、国民の権利を蔑ろにすることを避けるためだろう¹。もう一つ考えられる目的は、「公平な裁判所」の理念を保つというものである。裁判官が他の機関に影響されているようでは、その判決を中立的なものとして信頼できない。司法が信頼を失えば、国民が司法の判決に従わないという状況にも至りうる。この状況を防ぐため、少なくとも外見上は、裁判官は憲法及び法律にのみ従い他のものには従わないように振る舞うべきである。

権利保護と「公正らしさ」の確保という2つの司法の独立の目的は、相互に対立し得る。前者は司法が職権の行使に際して他のものから影響を受けないことを要請するが、後者は司法が職権の行使に際して他のものから影響を受けていないという外見を要請する。他のものから影響を受けていないという外見を作出するために個々の裁判官に影響を与えるべき（と最高裁によって評価された）状況は、吹田黙禱事件という形で実際に生じている。

憲法76条3項は「裁判官の職権行使の独立」について定めたものであって、この二律背反たりうる目的のどちらにも奉仕するものと位置づけられる。というのも、裁判官は良心に従いながらも「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」のであるから、裁判官は職権行使の際に、中立的だとされる「憲法及び法律」以外には従わないことになっているからだ。その結果として、裁判官が実際に憲法及び法律以外には従わないことが前者の目的に、従わない外見を作出することが後者の目的に資することになる。

このように目的についてアンビバレントな性質を持つ76条3項をどのように解釈するべきなのか。次節では、まずこれまで76条3項の解釈学説として提示されてきた主観的良心説と客観的良心説について検討する。

第2節 主観的良心説と客観的良心説

76条3項の「裁判官の良心」の解釈については、憲法19条の「良心」と同一に解する主観的良心説と、19条の「良心」とは別に解し、裁判官の客観的良心、その職務上の良心とみる客観的良心説の2つの学説が対立してきたとされている²。しかし実は、主観的良心説と客観的良心説というのはいわばカテゴリーの名前であって、それぞれの分類に属して提唱される学説は多岐にわたる。この分類は76条3項の「良心」が19条の「良心」と同一か否か、という点のみに注目して学説を分けており、76条3項の「憲法及び法律」についての解

¹ 芦部信喜『憲法[第5版]』（岩波書店、2011）347頁。

² 芹沢奇ほか編『新基本法コンメンタール 憲法』（笹田栄司）（日本評論社、2011）406頁。

積や、客観的良心説における良心の内容については全く触れていないから当然である。その結果、客観的良心説に分類される学説と主観的良心説に分類される学説の間でも、「良心」の解釈以外の76条3項の論点を含めた学説全体の帰結は同じになることがある³。その例として、主観的良心説の論者の代表たる平野龍一の学説⁴と、客観的良心説の論者の代表たる佐藤幸治⁵の学説を紹介する。

1 平野龍一の主観的良心説

平野龍一は「良心に二つはない」と、19条の「良心」と76条3項の「良心」を同一とする主観的良心説を採る⁶。そして「法は単なる枠であるにとどまらず、客観的内容を持つ」とし、裁判官はその法に拘束されるとする。しかし、その「内容は自明ではない」がゆえに、それが「何かを判断する場合には、事実上裁判官個人の思想や人格が多かれ少なかれは入り込む」とするのである⁷。

「良心」の解釈については、19条の「良心」と76条3項の「良心」を「正しいと思ったことを正しいとする」ことだと捉える。そして「良心に従ひ」とは、裁判官に「他からの圧力が無いのに、裁判官が自分自分を欺くこと」を防ぐために裁判官に対して「自らが正しいと思ったことを正しいとしろ」と命じたものだと解する⁸。

このように、平野は法が客観的内容を持つことを前提としてその発見を追求すべきだとし、その際に裁判官個人の思想や人格が影響することを認めている。そして、裁判官はその追求の結果に従うべきだという要請を「良心」の意味として解釈するのである。

2 佐藤幸治の客観的良心説

佐藤幸治は、76条3項の「良心」の意味について「19条の『良心』と同じく、裁判官個人の主観的良心とする立場（A説）、および19条の『良心』とは異なり、裁判官としての客観的良心ないし裁判官の職業倫理とする立場（B説）、の2つのうけとめ方がある。」と学説を分類する。そして「近代司法にあっては、裁判官の主観的良心はいかなる意味でも法源そのものたりえず、裁判官が、幾つかの解釈可能性の中から、可及的に法の客観的意味と思われるところを探求し、それに従って裁判すべき職責を果たすことが前提とされていることを理由に、B説を妥当とする⁹。

³ この点は団藤重光が夙に指摘している。団藤重光「裁判官の良心」団藤重光ほか監修『刑事裁判の課題』（有斐閣、1972）29-30頁。

⁴ 平野龍一「裁判官の客観的良心」ジュリスト480号（1971）83-86頁。

⁵ 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995）327-328頁。

⁶ 平野・前掲註(4) 83頁。

⁷ 平野・前掲註(4) 84頁。

⁸ 平野・前掲註(4) 85頁。

⁹ 佐藤・前掲註(5) 327頁。この記述によると、佐藤はA説（主観的良心説）が主観的良心を法源として認める学説だと考えていたようだが、そのように主張する学説は日本には見当たらない。長谷部恭

さらに「このことは、法規定を参酌するだけでは唯一の結論が明示されないようないわゆるハード・ケースにおいても同様であって、その場合、裁判官は自己の主観的良心に従って裁量的に決定してよいということではなく、裁判官はあくまで法規定を含む全法体系の客観的原理を探求し、そこから帰結されるところに従って裁判すべきものである。」¹⁰と述べる。そして、76条3項の意義については、「裁判官に対してとくに明確な職業的自覚をもつことを求めた」¹¹ものだと解する。この「職業的自覚」の内容は定かではないが「裁判官は、客観的原理を探求してその帰結に従うべきだ」ということを指すとしても差支えないだろう。

このように、佐藤は客観的良心説と思われるB説に立って、裁判官は法の客観的意味を探求するという態度を採るべきであり、76条3項はそれを裁判官に要請するものだと主張している¹²。

こうしてみると両説は、明示的には主張していないものの、法の客観的内容が存在するとしてもそれを確知出来ないことを前提としている点、それでも裁判官は客観的内容を追求すべきとする点、の2つにおいて共通しているように見える。また、「良心」については、上記の認識に基づく裁判官の自律的な行動を要請するものとして解釈しているようである。

これはどのように、76条3項の目的たる権利保護と「公正らしさ」の確保に貢献するのだろうか。「良心」の理解に関して、両説と同様の帰結を導き出す横川敏雄は「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つてこそ、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」と述べている¹³。すなわち、多様な裁判官が切磋琢磨することで裁判所全体の質が高まり、時代に流されず法の客観的内容を追求することができる。それによってこそ正当な権利保護が可能になり、しかも裁

男「法秩序の構造と裁判官の良心」学習院大学研究年報22巻（1987）1頁も同旨。

¹⁰ 佐藤・前掲註(5) 327頁。

¹¹ 佐藤・前掲註(5) 328頁。

¹² 長谷部は佐藤説が裁判官に正解を探求する義務があると主張するに留まらず「法の欠缺は存在しないとするか、あるいは法の欠缺が存在する以上、法律上の争訟にはあたらず、従って裁判官にはそれを解決する義務もない、とのきわめて強い主張を」していると解する。その理由は「正解が存在しない場合もあるとすれば、その種の状況について裁判所の審査権を系統的に否定するのでない限り、裁判所が主観的良心に従って事案を解決することを認めざるを得ないから」だとする（長谷部恭男「ハード・ケースと裁判官の良心」『権力への懐疑——憲法学のメタ理論——』（日本評論社、1991）228頁）。しかし、佐藤が主観的良心説を採らずに客観的良心説を採るのは、主観的良心説が良心を法源として認めるものだという理解を前提として、その点に対する否定的評価を理由としており、判決に対する裁判官の主観の影響を排除すべきことを理由に客観的良心説を採っているわけではない。むしろ、佐藤が「探求」などの語を注意深く用いていることからすると、その際に裁判官の主観が影響することを認めているとも解釈できる。

¹³ 横川敏雄「裁判官の良心と倫理——裁判官としての体験と実感を基礎にした、問題へのアプローチ——」ジュリスト487号（1971）36頁。

判所がそのようにあることによって「公正らしさ」も確保できるというわけである。

このように、司法の独立の目的たる権利保護と公平な裁判所の理念の保持のためには裁判官の多様性を保持すべきとする立場を甲説と呼ぶことにする。

それに対して、司法の独立の目的を達成するためには裁判官の主観によって判決が変わってはならないという認識を前提に、裁判官の主観は一樣であるべきとする見解もある。これを乙説とする。この説は、1970年の憲法記念日の前日である5月2日に行われた記者会見で表明された、当時の最高裁判所長官石田和外の談話（いわゆる「石田談話」）に代表される。1970年5月3日付毎日新聞を引用して、石田談話を紹介する。

3 石田和外の主観的良心説

石田は「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』の使いわけはむずかしいだろう。」と主観的良心説を採りながら、「裁判官はあくまで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。」とする。すなわち、裁判官を没個性的な人物とすることで、国民の「公平な裁判所の理念」に対する信頼を保持しようとしているのである。これは、乙説の典型であると言える。

こうしてみると、平野説と石田説は同様に主観的良心説に立つにもかかわらず、その帰結は真逆である。それに対して、平野説と佐藤説は、主観的良心説と客観的良心説という従来の分類からすれば別の学説であるにもかかわらず、同じ帰結になっている。このことから分かるように、主観的良心説と客観的良心説という分類だけでは、76条3項の目的である司法の独立に対して本条がどのような役割を果たすのか、あるいは果たすべきなのかを考察することが出来ない¹⁴。

そこで、次節においては、主観的良心説と客観的良心説という分類をあえて採用せず、76条3項のありうる解釈とその帰結を網羅的に考察する¹⁵。それによって、76条3項の帰

¹⁴ 同様に、「客観的良心説と主観的良心説の対置による判例・学説の分析が有効でない」と考え、法が裁判官を拘束し得るか、という点などについて検討するものとして、小粥太郎「裁判官の良心」法学71巻5号1-29頁。この論考は上で提示した論点について論じているので、本来は充分検討に値するものであるが、紙幅の都合により割愛する。

¹⁵ 主観的良心説と客観的良心説の分類を保持しながら、それらに含まれる多くの学説を詳細に分析し裁判所の「公正らしさ」と「裁判官の良心」の関係について考察したものとして、荻屋昌志「『裁判官の良心』についての一考察(1)」龍谷法学40巻4号(2008)208-248頁、同「『裁判官の良心』についての一考察(2)・完」龍谷法学42巻3号(2010)217-271頁。

結を決定する要素は何かを検証する。

第3節 「良心」と「憲法及び法律」の関係

憲法76条3項において主な解釈の対象となっているのは、「良心」と「憲法及び法律」の関係である¹⁶。裁判官は「良心に従ひ」職権を行使するが、同時に「憲法及び法律」にのみ拘束される。仮に「良心」と「憲法及び法律」が別の内容を持って対立するとすれば、どのように処理すべきなのだろうか。また、対立しないとすれば、「良心」と「憲法及び法律」はどのような関係にあるのだろうか。この点は76条3項のありうる解釈について考えるために避けては通れない点である。これらの関係を分析することで76条3項について語る者がどのような論点について検討しなければならないかを明らかにする。

1 「良心」と「憲法及び法律」が対立すると考える場合

まず、「良心」と「憲法及び法律」が対立するための必要条件として、「良心」と「憲法及び法律」が別の内容を持ち得ることが挙げられる。例えば清宮四郎のように、「良心」を「裁判官が適用する法のうちに客観的に存在する心意・精神」とであると捉えれば、「裁判官は『憲法及び法律にのみ拘束され』、それらを忠実に守るにすぎないことになり、『良心に従ひ』という文言に特別の意味はなくなる」¹⁷。つまり、「良心」の内容が「憲法及び法律」によって決定されるために対立は生じ得ないのである。逆に、憲法や法律の内容について客観的内容は存在せず裁判官がそれを自由に決定出来るか、客観的内容が存在するとしてもそれを裁判官が確知出来ないが故に裁判官が主観的に法の内容を決定する必要があると考えれば、「良心」の内容が何であれ「良心」に従って決定される「憲法及び法律」の内容は「良心」の内容と対立しないように決定されるであろう。

これらの例から分かるように、「良心」と「憲法及び法律」が対立するためには、①「良心」の内容は「裁判官は法の客観的内容を適用すべきである」というような内容のものではない¹⁸、②憲法や法律は唯一の客観的内容を持つ、③裁判官はそれを確知することが出来る、という3つの条件を満たす必要がある。この3つの条件を満たす説を α 説と呼ぶことにする。

α 説においては、「良心」と「憲法及び法律」が対立する可能性が有るが、対立した場合はどちらを優越させるべきなのか。これを「良心」だと考えると、「憲法及び法律」以外のものに法源としての地位——場合によっては最高法規としての地位——を認めることに

¹⁶ 以下で「良心」と括弧つきで表わす「良心」は、憲法76条3項の「良心」という単語を指す。他の文言についても同様である。

¹⁷ 清宮四郎『憲法I [第3版]』（有斐閣、1979）357-358頁。

¹⁸ 学説では、①の条件を満たす場合、76条3項の「良心」は19条の「良心」と同一だと考える場合が多い。これが主観的良心説である。逆に、①を満たさない場合は、典型的な客観的良心説となる。

なるが、これは裁判官は法を適用するものであるという裁判官と法に対する一般的な理解に反するであろう。76条3項の目的に照らしても、裁判所の「公正らしさ」を著しく損なうという欠点を持つ。このような説を採ることは出来ない。主観的良心説の中に「良心」を法源として認めるものがない所以である。

したがって、 α 説においては「良心」と「憲法及び法律」が対立した場合にも「憲法及び法律」が優越することになる。よって、 α 説の想定する裁判官は常に「憲法及び法律」の客観的内容を機械的に適用すべきであり、「良心」については特別な意義はないことになる。

この説を前提にすると、司法の「公正らしさ」を保つためには、裁判官の私的側面の統制により裁判官を没個性化・画一化させることが有効となる。裁判官の個性と判決の繋がりは実際には全くないのであるが、それを国民から疑われないために裁判官個人も中立的であることが要請されるのである。 α 説は乙説に属するものといえよう。

2 「良心」と「憲法及び法律」が対立しないと考える場合

この場合、①、②、③の条件のいずれかが否定されることになる。

(1) ①が否定されると考える場合

まず、①が否定されると考えた場合には、裁判官は法の客観的内容を適用すべきであることになる。このとき、法の客観的内容を適用するためには法の客観的内容が存在する必要があるので、②は肯定される。しかし、③は肯定・否定どちらの立場もあり得る。③を肯定すれば、裁判官は常に機械的に法の客観的内容を適用すべきということになり、 α 説と同様の帰結、すなわち乙説になる。清宮の学説はこの説として位置づけられる¹⁹。

それに対して、③が否定されると、裁判官は法の客観的内容を確知することは出来ないが、それが存在する以上それにたどり着くように努力すべきということになる。この説を β 説とする。 β 説では、追及の際に裁判官の主観が影響するので、判決は裁判官の主観に影響されることになる。これを前提とすると、裁判官が法の客観的内容へたどり着く方法について2つの考え方があり得る。

1つ目は、法の客観的内容は一つなのだからそれを目指す裁判官の主観に統一すべきだという考え方である。これを $\beta-1$ 説とする。 $\beta-1$ 説は乙説に属する。

2つ目の考え方は、「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」²⁰だとするものである。これを $\beta-2$ 説とする。 $\beta-2$ 説は甲説に属する。

¹⁹ 清宮・前掲註(17)。

²⁰ 横川・前掲註(13)。

(2) ②が否定されると考える場合

②が否定されると考えた場合には、①は肯定され、③は否定されなければならない。法の客観的内容が存在しないと考える以上、それを追及することやそれが確知出来るかどうかを考えることは無意味だからだ。

この説においては、裁判官がその主観によって決定するまで法の内容は存在しないことになる。このとき、裁判官の法の決定に対する統制について2つの態度がありうる。1つ目は、相対的に善い法の内容と相対的に悪い法の内容が存在し得ると考え、裁判官はより善い法の内容の決定を追及すべきとする立場である。この説をγ説と呼ぶことにする。

それに対して、客観的な価値は存在しないと考える価値相対主義に基づけば、裁判官が法の内容を決定するときの指針も全く存在しないことになる。しかし、この考えの前提となる価値相対主義自体は内在的に自己論駁的である。なぜなら、社会的な議論の文脈で価値相対主義に基づく主張をすることは、価値相対主義に基づく主張に客観的な価値を認めていることを意味することになるからだ。すなわち、価値相対主義に基づく主張そのものが、客観的価値を認めないという価値相対主義に矛盾するのである。よって、価値相対主義は矛盾を孕むが故に採ることが出来ないから、価値相対主義に基づくこの説も採ることができない²¹。

そこで、γ説について検討する。γ説においては、法の客観的内容は存在しないがより善い解釈の内容は存在し、裁判官はそれを目指して法の内容を創造することになる²²。この説では、裁判官の主観が直接に判決に影響を及ぼす。それを前提としてよりよい解釈を

²¹ 価値相対主義に対して、本文中で挙げた点の他に根本的な批判を行うものとして、井上達夫『共生の作法』(創文社、1986) 10-22頁。

²² これは、「ある規範が法としての地位にあるかどうかの判断に道徳は関係が無い」という法実証主義のテーゼに反するという批判をうける可能性がある。なぜなら、解釈者が法をゼロから作り出す際には最も「善い」法を作り出すことになるが、その「善い」と言う判断には、例えば「このように考えた方が正義に適う」というような道徳的判断も必然的に含まれるはずだからである。もちろん、どのような正義の基準を採るか採らないか、あるいは「正義」と表現される基準を「善い」かどうかの基準に含めるか含めないかは、裁判官個人によって違い得る。しかし、それらの判断全てが「より善い」解釈のためにされることを考えると、やはりこの意味での道徳的判断からは逃れることが出来ない。このように考えると、客観的法内容が存在しないと考える場合の「在る法」は全て「在るべき法」であるともいえるから、法実証主義者からは批判されるところである。

しかし、この点のみについて論ずる意味は無いといえる。なぜなら、法実証主義の上記のテーゼは評価や創造から離れた規範の存在を前提としているが、法の客観的内容が存在しないとする立場からはそもそも解釈から離れた規範の存在自体が否認されるため、解釈以前の規範について、それが「在る法」かそれとも「在るべき法」かについて語ることは出来ないからである。したがって、解釈以前の規範について「在る法」と「在るべき法」の区別しうることを前提とした上記の批判は無意味である。この点について不満が有る場合は、客観的法内容の存否について争う必要があるだろう。客観的法内容が存在しないと主張する例であるトロペールの理論については、本稿第2章第1節参照。また、法実証主義と法・道徳の分離についてH. L. A. ハート(上山友一・松浦好治訳)「実証主義と法・道徳分離論」『法学・哲学論集』(みすず書房、1990) 59-102頁。

探求する方法について、法の客観的内容を探求するのと同じく2つの考え方があり得る。

1つ目は、β-1説と同じく、より善い解釈の内容は一つだからそれを目指す裁判官の主観や判決もなるべく同じになるべきであるという考え方である。この説をγ-1説とする。γ-1説は乙説に属する。

また、β-2説と同じく、より善い解釈を目指すために裁判官の多様性を確保すべきという考え方もありうる。これをγ-2説と呼ぶ。γ-2説は甲説に属する。

(3) ③が否定されると考える場合

ここまでの検討において、③が否定され、①が肯定、②が否定されるのはγ説、①が否定、②が肯定されるのがβ説であった。それでは、③が否定され、①、②が肯定される場合についてはどうなるか。

この説とβ説との違いは、この説では「良心」の内容を「裁判官は法の客観的内容を適用すべきである」と解する必要がないので、「良心」に他の特別な意義を与えることが可能である点のみである。法の客観的内容が存在すると考えた場合にそれを裁判官が追及すべきことは、憲法76条3項の「良心に従ひ」がそれを命じていると解釈しなくとも当然の理だからだ。これをΔ説と呼ぶ。

ここまでの検討で、①、②、③、それぞれの条件の肯定・否定と、その帰結たる甲説・乙説の関係を網羅的に考察することができた。以下の表が、条件①、②、③と各説の関係をまとめたものである。

① 「良心」の意義	② 客観的法内容の存否	③ 確知可能性	学説の名称	帰結
○	○	○	α	乙
×	○	○	α	乙
×	○	×	β	甲・乙
○	×	×	γ	甲・乙
○	○	×	Δ ≐ β	甲・乙

この表を見ると①が○か×かによって、帰結が乙のみか、甲・乙の両方がありうるかは変化しないことが分かる。すなわち、①が○か×かは76条全体の解釈の帰結と関係しない。①の条件は文言解釈の問題であるから、論じる必要が無ければそれを省くことが出来る。

そこで、①の条件を省くと表は以下のようになる。

② 客観的法内容の存否	③ 確知可能性	学説の名称	帰結
○	○	α	乙
○	×	β	甲・乙
×	×	γ	甲・乙

この表から分かるように、甲説を主張するためには、③を否定しなければならない。言い換えると、76条3項が判決の画一化や裁判官の没個性化を望んでおらず、それらの多様性を保持すべきことを命じていると主張するためには、法の客観的内容の不存在か、存在したとしてもそれを確知できないという主張をしなければならない。更に、③を否定してもそれだけで自動的に甲説に繋がるわけではない。裁判官が目指すべきものを良く目指すためには、裁判官の主観を画一化する乙説でなく、多様性を保持する甲説が妥当であることを論証しなければならない。

なお、法の客観的内容が存在すると仮定してもそれを確知出来ないだろうという主張は一見自明だが、裁判官は常に唯一の「正解」を発見できるとするドゥオーキンのような論者がいる限り立証責任を免れない²³。

小括

この章での検討の結果をまとめると、「良心」の内容によって76条3項の解釈の帰結は決定されない。むしろ、法に客観的内容が存在するか、それを裁判官が確知できるか、という解釈方法論上の論点、そして解釈方法論上の論点に対する見解を前提とすると司法の独立を確保するためには裁判官の主観を統一すべきか多様化すべきか、という点に対する見解が解釈の帰結を決定している。

このような考えからすると、今までの学説は上記の論点を軽視しすぎていた。上に紹介した平野と佐藤の学説も、引用したように法の客観的存在やその確知不可能性については前提としているだけで、なぜそういえるのかを論じてはいない。だが、それでは裁判官が何をどのように追求すべきかを説得的に示すことができないので、甲説や乙説という76条

²³ ドゥオーキンの主張とそれに対する批判については、長谷部・前掲註(12)。

3項の解釈の帰結も説得力をもったものとして提示することができない。結局、これらの論点に触れなければ、76条3項についての解釈学説として説得力を持つことは出来ないのである。

結論として、従来の学説はこれらの論点について全く触れてこなかったために、その帰結に賛同しない者に対する説得力は強くなかったと評価せざるを得ない。しかし、そのような学説状況から一歩進んで、解釈方法論上の論点について明示的に検討した学説がある。南野森の特権説である。

第2章 特権説の検討

第1節 特権説の概要

特権説は、76条3項の解釈学説として南野森によって主張された学説である²⁴。その主張を一言でまとめると「76条3項は裁判官に対していわば『良心の自由』を特権的に保障したもの」²⁵というものになる。「良心」の意味については、『良心に従ひ』とは、憲法が裁判官に対して良心に従うことを命じているのではなく——したがって裁判官が従うべき良心は主観的なそれか客観的なそれかという解釈論ではなく——、憲法が裁判官に対して良心に従うことを許している、と（あえて）解釈する」と述べている。つまり、「良心」の意味を云々するのではなく、「良心に従ひ」という文言が全体として裁判官に「良心の自由」を特権的に保障するものである、と解釈するわけである²⁶。

南野は、この特権説を主張する理由が2つ存在するとする。1つ目は「裁判官であれ誰であれ、およそ法解釈は解釈者の主観によって行われるものであるという、いわば解釈方法論上の認識」である。この認識によれば、76条3項の「この憲法及び法律にのみ拘束される」とは「裁判官が自己の良心に従ってこれが『この憲法及び法律』であると考えるところのものにだけ拘束される」ことを定めていることになるとする。そして「そこでの『良心』は、それぞれの裁判官が有する個人的な良心であって、主観的な良心にほかならない」ことになると主張している²⁷。

2つ目は「日本の司法のあり方に対する現状認識と問題意識」すなわち「裁判所内の『司法官僚』による下級審裁判官に対する統制」による過度の拘束から逃れることを目指すという「いわば政策論的なもの」である²⁸。だが、裁判官の良心の自由を保護することそれ

²⁴ 南野森「司法の独立と裁判官の良心」ジュリスト1400号（2010）11-18頁（以下、「良心」とする）。さらに、南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 [第2班]』（有斐閣、2009）3-25頁も参照（以下、「憲法」とする）。

²⁵ 南野「良心」・前掲註(24)14頁。

²⁶ 南野「良心」・前掲註(24)14-18頁。

²⁷ 南野「良心」・前掲註(24)14頁。

²⁸ 南野「良心」・前掲註(24)14頁。

自体は76条3項によらずとも、19条で十分に保護されているはずである。それにもかかわらず、76条3項が19条に重ねて裁判官の良心の自由を保障すると解釈することに何らかの意義が認められるとしたら、それはその保障が司法の独立の目的に適うという意義であろう。このように考えると、特権説の第一の目的である裁判官の良心の自由の保護は、裁判官に自由を保障することそれ自体の価値を理由とするものではない。むしろ、裁判官の良心の自由の保護が多様な裁判官の存在に繋がり、その多様性が正当な権利保護や「公正らしさ」の確保に資すること、すなわち司法の独立の目的に資することにその正当性を支えられていると解すべきである。したがって、特権説は甲説に属する。

特権説が甲説に属するとすれば、第1章の検討によると、南野は法の客観的内容の不存在か、存在してもそれを確知出来ないという主張をすべきことになる。上記のように、特権説は法の客観的内容の不存在を主張するという道を選んでいるが、それはどのような根拠によるものだろうか。以下で紹介する。

第2節 特権説の「解釈方法論上の認識」²⁹

南野による法の客観的内容が存在しないとの主張は、フランスの法理論家ミシェル・トロペールの理論³⁰を基礎とするものである³¹。よって、まずはトロペールの主張の内容を南野の整理に従って紹介する。

法の客観的内容の存否という観点から考えた際に、トロペールの理論の核心となる主張は「憲法を適用する任にある機関＝憲法の有権解釈機関が解釈するより以前に存在するのは憲法規範ではなく、たんなる憲法条文であって、そのような解釈を通じてはじめて憲法テキストの意味＝憲法規範が生成される、そしてそのような解釈とは認識の作用ではなく意思の作用であって法的には自由である」³²とする。ここでいう「法的な自由」とは、ある機関が「それが等しく法的に有効なくつもの行動のなかから選択を行いうる」状態であって、「たとえその選択が実際には常に決定要因（政治や財政、評判などあらゆる種類の制約。特定の決定をさせる状況・理由。）の産物であるとしても法的に自由であると言える」³³

²⁹ この項では、トロペールの理論の基本部分しか紹介しないが、南野はそれを更に発展させた理論を構築している。詳細については、南野「憲法」・前掲注(24)のほか、南野森「憲法慣習論から——ルネ・カピタン再読——」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、2004）665-686頁、南野森「『憲法』の概念——それを考えることの意味」『岩波講座憲法6 憲法と時間』（岩波書店、2007）27-50頁を参照。

³⁰ 参照、ミシェル・トロペール（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）167-188頁。

³¹ 南野「憲法」・前掲注(24)4-15頁。

³² 南野「憲法」・前掲注(24)7頁。

³³ ミシェル・トロペール（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）72頁。ただし括弧内筆者。

とされる。

この主張を、「有権解釈機関が自由な解釈を行うことによって…与えられた意味が唯一法的に妥当するものとしての効力をもつ」ということだと考えると、南野の指摘するとおり「常識的な考え方」であるといえる³⁴。有権解釈機関（日本では最高裁）の解釈が自由であることは、裁判官が判決を出すのを実力行使で誰も止められないことを考えると当然であり、また、裁判所の解釈がどのようなものであってもその解釈のみが法的に効力を持つものだとされていることには疑いがないからだ。

しかし、長谷部は、ウィトゲンシュタインのパラドックスに基づいてトロペール理論に根本的な批判を加える³⁵。そこで、長谷部の批判が妥当なものかどうかについて検討する。

1 ウィトゲンシュタインのパラドックス

ウィトゲンシュタインのパラドックスとは、以下のようなものである³⁶。

たとえば算術で使われる+の記号の意味を生徒に教えるために、まず、1からはじまる自然数の列（1, 2, 3, 4, …）の各数に+2の操作を加えた列を作らせてみるとする。教師が、3, 4, 5, 6, と例を示し、同じようにあとを続けるようにいうと、生徒は7, 8, 9, 11, 12, と続ける。教師が9の次は10であると注意すると、生徒は+nの記号は、10になるまではnを加え、10からはnに1を加えた数を加え、20からはnに2を加えた数を加える操作を意味すると思っていたと答えたでしょう。このような+の解釈は、教師の与えた模範例からして当然に誤りといえるであろうか。

（中略）

ウィトゲンシュタインは、このパラドックスを以下のように定式化する。「規則によってはいかなる行動も確定できない。いかなる行動もその規則と適合する〔よう解釈できる〕から」。そして「何であれその規則と適合しうるということは、何であれその規則に違反しうるということでもある」。そうであれば、「そこには適合も違反も存在しない」³⁷。

つまり、いかなる規則にも無数の多様な解釈が可能であり、ある規則と適合する行動が何かが、その規則によって確定されることはあり得ない。いかなる行動も、その規則の何らかの解釈には合致するからである。このため、もっとも厳密な算術の記号から日常用語にいたるまで、記号やことばの意味を十分に確定する規則はありえないというこ

³⁴ 南野「憲法」・前掲注(24) 12頁。

³⁵ 長谷部恭男「制定法の解釈と立法者意思」『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000）113-119頁。

³⁶ ここで紹介する事例は、ウィトゲンシュタインやクリプキによって示されたものを、長谷部がアレンジしたものである。長谷部・前掲註(1) 114-115頁。

³⁷ L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Blackwell, 1976), s. 201 (筆者未読)。[]内は長谷部による補充。

とになる。

このパラドックスを、長谷部は以下のように定置する³⁸。

彼（ウィトゲンシュタイン）の描くパラドックスが生じるというのは単なる「誤解」である。この誤解が生ずるのは、あらゆる意味の理解は解釈を必要とすると考えるからである。

（中略）

前述のパラドックスが真正のものだとすれば、言葉の意味を理解することは本来不可能であり、ことばの意味なるものは個々人のそれぞれ勝手な思い込みとなる。逆にいえば、そもそもことばの意味の理解が可能だとすれば、それは、解釈を前提としないことばの意味の理解が可能だからと考えざるをえない。

このパラドックスはトロペールの解釈理論に対する批判となりうる。すなわち、長谷部によればトロペールは「あらゆるテキストの理解は解釈を要するという前提」³⁹をとっているが、ウィトゲンシュタインのパラドックスから得られるとされる教訓は、まさにこの点を否定するものだからである。しかし、長谷部のこのような批判は本当に当たっているのだろうか。

2 トロペールの理論が言語哲学上の主張を含まない場合

上記で紹介したトロペールの理論は、ひとまずは裁判官の「法的な自由」を主張するものである。その理論が「あらゆるテキストの理解は解釈を要するという前提」を採用の必然性は必ずしもない。すなわち、裁判官が解釈の結果生み出した判決の解釈については、解釈を必要としないと考えても、トロペールの理論とは矛盾しないのである。むしろ、言葉の意味を「決定要因」の一種であると捉えて、トロペール理論の中にその位置付けを与えること可能である。したがって、トロペールの理論を「法的な自由」を主張するものだと限定的に捉えれば、長谷部の批判は当たらない。

3 トロペールの理論が言語哲学上の主張を含む場合

他方で、長谷部の主張するように、トロペールの理論は「あらゆるテキストの理解は解釈を要する」という言語哲学上の主張に基づく可能性がある。この場合、トロペールはウィトゲンシュタインのパラドックスを真正のものとして捉えていることになろう。しかし、

³⁸ 長谷部・前掲註(35) 116-117頁。括弧内筆者。

³⁹ 長谷部・前掲註(35) 116頁。

そもそもトロペールの理論がそのようなものだとしたら、ただ単にそうであるということ
を指摘しても、それは批判として機能しない。

この指摘が批判として機能するためには「ウィトゲンシュタインのパラドックスが真正
のものであってはならない」という前提が必要である。長谷部が、その前提が成り立つと
主張する根拠は、ウィトゲンシュタインのパラドックスを真正のものだとすれば「ことば
の意味なるものは人々の勝手な思い込みとなる」ことに求められるようである。しかし、
それはトロペール理論の当然の帰結、いわばその一内容だから、この考えがもたらす不合
理性を立証しなければ上記の批判は論点先取の誹りを免れない⁴⁰。そして、長谷部はその
点については論じていないようだ。結局、トロペール理論に対する上記の指摘はあくまで
指摘に留まると考えざるを得ない⁴¹。

したがって、筆者はトロペールの理論に対する長谷部の批判は当たっていない、もしくは
十全なものではないと考えている。よって、本稿では、解釈は自由だとするトロペール
の理論とそれを支持する南野の考えは基本的には支持することが出来るものであるといえ
る。第1章の検討で得られた類型に当てはめると、これはγ-2説に当たる。

ところで、特権説は主観的良心説及び客観的良心説を乗り越えるものとして提唱されて
いるが、本当にそのような地位を獲得できているだろうか。この点を次節で検討する。

第3節 特権説は主観的良心節か

この章の最初で紹介したように、南野は法解釈の主観性を理由に76条3項は「裁判官が
自己の良心に従って独立してこれが『この憲法及び法律』であると考えてころのものに
だけ拘束される、ということを決めていることになる」として、「そこでの『良心』は、そ
れぞれの裁判官が有する個人的な良心であって、主観的な良心にほかならない」と主張す
る⁴²。

この「『良心』は、それぞれの裁判官が有する個人的な良心」だとする部分だけを見ると、
特権説は主観的良心説に属するかのようである。ある論稿も「『裁判官の良心』について、
学説上は、憲法19条の『良心』と同一に解し、裁判官個人の主観的良心と同一に解する説
と、19条の『良心』とは別に解し、裁判官の客観的良心、その職務上の良心とみる客観的

⁴⁰ ウィトゲンシュタインのパラドックスを真正なものだと認めたクリプキは、規則の適用が「正しい」と
いう評価は、規則の適用の結果について「自分自身が与えるであろう答えと同じ答えを与え」たとき
に評価として与えられるとする。すなわち、クリプキにおいては、規則が「正しい」という判断は、
あくまで主観的なものに留まっている。参照、ソール・A・クリプキ（黒崎宏訳）『ウィトゲンシュタ
インのパラドックス』（産業図書、1983）175頁以下。

⁴¹ ウィトゲンシュタインのパラドックスに関する議論を含む、法解釈や法命題に関する詳細な分析・検
討として大屋雄裕『法解釈の言語哲学——クリプキから根源的規約主義へ』（勁草書房、2006）。

⁴² 南野「良心」・前掲註(24) 14頁。

良心説の対立があるが、客観的良心説が通説である（これに対し、南野森・百選Ⅱ〔第5版〕405頁⁴³は「特権説」を主張する）。⁴⁴としているが、「これ」を「通説たる客観的良心説」だと捉えれば、特権説は主観的良心説に属すると考えているようにも解釈できる。

しかし、南野は特権説が「裁判官が従うべき良心は主観的なそれか客観的なそれかという解釈論ではな⁴⁵い、と述べている。それでは、上記の「そこでの『良心』は…主観的な良心にほかならない」とする主張はどのように解するべきか。

これを理解するためには、76条3項の「良心」の解釈と、実際に法解釈を行うときに裁判官が通常の意味の「良心」に従っているかどうかは、別の問題であるという認識が必要である。すなわち、「良心」と表現した際に「良心」が指し示すものは、76条3項の文言である「良心」と、通常の意味で私たちが持っている「良心」の両方が有り得るのである。これを前提とすると、上記の南野の文章にある「良心」は後者を指していることが分かるであろう。ここで南野が主張しているのは単に、法解釈は主観的なものであり法解釈主体の個性に影響される、ということのみである。76条3項の「良心」の解釈についてはなにも述べていない。やはり、特権説を主観的良心説あるいは客観的良心説であるとするのは失当である。

このように考えると、特権説は76条3項の「良心」の解釈について可能性を残した学説であると言える。なぜ南野はこのような余地を残したのだろうか。76条3項の「良心」に、例えば平野のように「正しいことを正しいとする」というような、特権説に適合的な解釈を与えることも不可能ではない。「良心」に意味を与えない必然性はあったのか。

第4節 特権説は、「第3の道」⁴⁶であるべきか

南野が「あえて」⁴⁷特権説を主観的良心説でも客観的良心説でもないものとして提示したのは、おそらく、主観的良心説と客観的良心説に対する批判を回避するためであろう。南野は、主観的良心説に対する批判として「裁判官の主観的良心と法の価値体系との対立を事前に防ぐべく、特定の『思想・信条の持ち主であることを裁判官の条件とみるような謬論と結びつくおそれ』⁴⁸がある」という野中の批判を引用し、これについて「客観的良心説が、76条3項の良心を、およそ裁判官たる者が一様に持つべき何らかの特定の良心を意味すると考えている場合には、そのまま、そのような客観的良心説にもあてはまると言

⁴³ 南野「良心」・前掲註(24) 14頁と同一の記述がある。

⁴⁴ 芹沢ほか・前掲註(2) 406頁〔笹田栄司執筆部分〕。

⁴⁵ 南野「良心」・前掲註(24) 14頁。

⁴⁶ 南野「良心」・前掲註(24) 12頁。

⁴⁷ 南野「良心」・前掲註(24) 14頁。

⁴⁸ 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ〔第4版〕』（有斐閣、2006）231頁〔野中俊彦執筆部分〕。

わなければならない」⁴⁹と評している。すなわち、南野によれば、主観的良心説・客観的良心説の双方とも、特定の「思想・信条の持ち主であることを裁判官の条件とみるような謬論と結びつくおそれ」がある、と言えるのである。

この点についての南野、そして野中の指摘はある意味で正しい。すなわち、主観的良心説・客観的良心説は、特定の思想・信条の持ち主であることを裁判官の条件とみることに結び付きうる。しかし、なぜこれが「謬論」であるといえるのだろうか。また、なぜそれに結び付く可能性が批判になるのだろうか。

1 乙説は謬論か

乙説は裁判官の主観をある条件によって統制するものであるから、野中が謬論と呼ぶものに含まれるであろう。しかし、裁判官が法を適用する機械であることによるのみ「公正らしさ」が保たれるとする主張それ自体は、素朴な考えとして充分あり得るものである。特に、第1章の②（法の客観的内容の存在）と③（法の客観的内容の確知可能性）を肯定する論者にとってはそう考えるほかない。そのような立場をとらないとしても、第1章第3節で検討したとおり76条3項の帰結として乙説を導くことは可能である。乙説を否定し甲説を肯定するためには、第1章の結論として得られたとおり、③を否定する主張に加えて、法の客観的内容あるいはより善い解釈を目指すためには個性の異なる裁判官の切磋琢磨が必要で、それによってこそ「公正らしさ」も保たれるという甲説に実益がある旨の主張を行わなければならない。

とかく、大きな組織において大きな権限をもち、それ故に大きな責任を負う者は保守的になりがちである。裁判官の任用に関して大きな権限を持つ者も例外ではない。したがって、石田談話において当時最高裁判所長官であった石田が、素朴であるが故に大衆に受け入れられやすい乙説を採ったのは、いわば制度的な帰結であるといえる。76条3項の帰結を甲説だと考える論者は、制度的に乙説を採り易い最高裁判所長官を改説させる倫理的責任を負うことになる。したがって、甲説の支持者は、上記の主張を特に明示的に行わなければならないのである。

2 「おそれ」は批判か

野中は、乙説に結び付く「おそれ」を理由に主観的良心説を批判する。しかし、第1章で検討し、南野も指摘したように、その「おそれ」は主観的良心説・客観的良心説のどちらにも認められる。この事実は、この「おそれ」は主観的良心説・客観的良心説に内在する問題ではないことを端的に示していると言えよう。76条3項の帰結として乙説に行きつくのは、「良心」をある意味で解釈した結果ではなく、帰結として乙説を妥当とする考え方

⁴⁹ 南野「良心」・前掲註(24) 13頁。

それ自体からくるものである。したがって、甲説を明示的に主張するものであれば、乙説につながる「おそれ」を問題にする必要はない。よって、南野がこの「おそれ」を理由に主観的良心説・客観的良心説を回避しているとすれば、それは理由のないことになるであろう。

結論として、甲説を明示的に主張していれば、主観的良心説・客観的良心説のどちらを採っても問題はない。したがって、特権説についても76条3項の「良心」に特定の意味を与えることで、特権説を補強出来るのであればそうすべきだと言える。だが、「第3の道」をあえて選ぶことには、客観的良心説と主観的良心説と言う二分法に囚われて来た従来の学説に対する警鐘という利益が認められる。その意味で、特権説が「第3の道」を選んだことは支持できる。

しかし、特権説の主張は「憲法上——「要求」されているというよりはむしろ——許容されている」⁵⁰とするものである。したがって、特権説を採ったとしても、裁判官の姿勢によっては乙説の指向する状況になってしまう可能性もある。これは南野の期するところではないだろう⁵¹。そこで、「第3の道」を採りながら乙説を憲法解釈として提示することは出来ないだろうか。もしこれが可能であれば、「第3の道」を採って従来の学説の二分法に警鐘を鳴らしながら、甲説をより良く主張することが可能である。そこで、この点について以下で若干の検討を行う。

第5節 「要求」する特権説

南野が、裁判官が上司の命令に従わず自らの良心にのみ従うことに対する76条3項の態度を「要求」ではなく「許容」と表現する理由は、これを76条3項の要求と考えると、裁判官は「何らかの良心にしたがうべきである」⁵²ということになるので、主観的良心説・客観的良心説のどちらをも否定する南野からすれば「要求」と表現できない、と考えているからのようである。

しかし、特に「良心」の語にその要求の意味を持たせずとも、「良心」の内容を特定せずに「良心に従ひ」という語が全体としてそれを要求していると説明することも可能である。実際に、南野も「良心に従ひ」の語句を「許容」するものとして解釈している⁵³。よって、これを「要求」と表現したとしても何らかの「良心」の存在を前提することにはならないと考える。したがって、特権説は76条3項が上記の裁判官の態度を「要求」している、と解すべきだということになる。

⁵⁰ 南野「良心」・前掲注(24) 14頁。

⁵¹ 南野も、この点については自覚的である。南野「良心」・前掲注(24) 18頁参照。

⁵² 南野「良心」・前掲注(24) 18頁。

⁵³ 南野「良心」・前掲注(24) 14頁。

このように、特権説はいくつか検討すべき点を残しているように見える。その中でも、第4節の1で指摘した、南野の解釈方法論上の論点から76条3項の解釈の帰結としてなぜ甲説が適当であると言えるのかを論じていない点については、乙説を支持する論者に対しての説得力を特権説が持つために更なる検討が待たれるところである。

おわりに

本稿の検討は、特権説も含めたこれまでの学説は重要な点についての論証を未だ行なっておらず説得力に欠けると言わざるを得ない、という結論に達した。だがその中でも、特権説が解釈方法論上の論点に言及したことは学説の一定の進歩を示していると言えよう。これからの76条3項の学説には、解釈方法論上の論点を余すことなく論じるとともに、その帰結として判明した目指すべきものを裁判官が追求するためには甲説と乙説のどちらが適当か、という理論と実益の関係についての主張を明確に行うことが求められる。それによってのみ、学説は一つの完結したものとして最高裁判所長官を「改説」させる力を持ち得るであろう。