

## 伝統的司法権概念の問題性

南野, 森  
九州大学 : 教授

<https://hdl.handle.net/2324/7432822>

---

出版情報 : 法学セミナー. 65 (12), pp.6-11, 2020-12. Nippon Hyoronsha  
バージョン :  
権利関係 : The pdf file cannot be copied and printed due to the publisher's policy.



# 伝統的司法権概念の問題性

九州大学教授 南野 森

## はじめに

そもそも「司法権」とは何か。立法権、行政権と並び「三権分立」とか、あるいは「司法の独立」が重要であるとか、さらには、司法権を担うのは「裁判所」だということくらいは、高校までの知識で多くの読者に共有されているだろう。しかし、法律学は定義にこだわる学問である。改めて司法権の定義は何かと聞かれたら、読者はどう答えるだろうか。高校までの知識では、うまく答えられないのではないだろうか。

コロナ禍における司法のあり方を問うというアクチュアルな課題を扱う本特集の冒頭で、本稿は、その前提として、そもそも司法権とは何かを改めて考えることにしたい。司法権と裁判権は同じなのか。裁判には民事裁判もあれば刑事裁判もあるし、さらには憲法裁判や行政裁判などと呼ばれるものもあるが、それらの関係はどのようなのか。「人質司法」とか「日本の司法は中世並み」などの批判や、「司法の闇」とか「揺れる司法」といったスクランダラスな謂いも世にはある。「名もない顔もない司法」とか、日本の違憲審査制は消極的すぎるなどとも言われる（ギンズバーグ判事の死去を契機とする一連の報道に接すると、アメリ

カと日本の最高裁のさまざまな面での違いを強く意識せざるをえないだろう）。司法権・裁判所をめぐることは、重要論点が目白押しであり、したがってさまざまな観点からの検討が可能であり必要でもあるが、ここでは、ごく限られた観点からの理論的な問題を取り上げるにとどめる。

## 1 伝統的な司法権概念

もともと「司法」や「司法権」という言葉が近代日本でどのように創り出され、用いられてきたか、あるいは旧憲法時代の「司法権」がいかなる概念であったかといった、それ自体興味深くそして重要な問題については、本特集中の山口論文が解き明かしてくれるはずであるので、ここでは、まず、現憲法がその第6章のタイトルや76条1項などで用いる「司法」や「司法権」という概念について、戦後の憲法学がほぼ一致して1つの定義を受け入れてきたことの指摘から始めよう。

戦後憲法学の統治機構論分野における最初のいちばん標準的な体系書となった、清宮四郎『憲法I』（有斐閣法律学全集、初版は1957年）による定義がそれである。清宮は、「司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用をいう」<sup>1)</sup>と定義

1) 清宮四郎『憲法I〔第3版〕』（有斐閣、1979年）335頁。現在の通説的見解を代表する芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）347頁にも、同じ定義がそのまま紹介されている。ただし芦部は、この定義に続けて「これをより厳密に定義すれば」として、「当事者間に、具体的事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用」と言える、と述べる。芦部によるこの厳密なバージョンの定義は、田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957年）40頁におけるそれとほとんど同一である。

した。このように定義されると、直ちに「具体的な争訟」とは何かが問題にされなければならないはずである。もちろん、厳密に言えば「法を適用し、宣言する」とはどういうことであるか、「裁定」とは何を意味するのか、「国家の作用」とは何か、も順に明らかにされなければ清宮による司法の定義の意義が十分明らかにされたことにはならないはずであるが、それでも、この清宮の定義において「具体的な争訟」が最も重要な（あるいは、それだけでは最も意味の不明確な）概念であることには異論はないであろう。

そして学説においては、「具体的な争訟」の説明が、憲法の解釈としてよりはむしろ裁判所法という法律の解釈として展開されてきたことに注意しておきたい<sup>2)</sup>。すなわち、裁判所法3条1項が、「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」と定めているのを受け、この規定が、憲法の「趣旨を確認したものである」<sup>3)</sup>とか、あるいは「趣旨を明確にしたにとどまり」「新しい権限を与えたものではない」<sup>4)</sup>とされ、具体的な争訟とは要するに法律上の争訟のことである、という理解が一般化するのである。つまり、《司法権＝具体的な争訟＝法律上の争訟》という等式の成立である。

続いて、「法律上の争訟」の意義が、早くから判例によって「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」であって（事件性の要件）かつそれが「法律の適用によつて終局

的に解決し得べきもの」（終局性または法律性の要件）とされた<sup>5)</sup>ことにより、《憲法76条の司法権＝具体的な争訟＝裁判所法3条の法律上の争訟＝判例の定式（事件性＋終局性）》という「通説的見解の長い等式」<sup>6)</sup>が早々に成立し、そしてそれが一般に受け入れられることになった<sup>7)</sup>。

しかし、このような伝統的な司法権概念には、さまざまな疑問を呈することができる。

## 2 代表的な問題例

伝統的司法権概念をめぐる理論的問題点の代表的なものとしては、行政訴訟・客観訴訟（さらには非訟事件）と司法権との関係をどう捉えるかという問題や、抽象的違憲審査の位置づけをめぐる問題などを挙げることができる（前者については別稿で比較的詳しく検討した<sup>8)</sup>ので、ここではごく簡単に概要を示しておくことにとどめる）。

いずれも、憲法学の基礎概念を改めて根本的に考えてみる必要性を示唆する問題であり、読者には、教科書に書いてある定義をそのまま暗記すればそれで学修が済んだなどとは、ゆめゆめ思わないでほしい。

### (1) 行政訴訟・客観訴訟

旧憲法下では、行政訴訟は司法権の対象とはされていなかった。つまり、《司法権＝民事・刑事の裁判》であった。もちろん、現在の読者のなかには今さら行政訴訟が司法権に含まれないなどと

2) 南野森「司法権の概念」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点(第2版)』(有斐閣、2009年)169-190頁〔初出2006年〕の171頁を参照。

3) 清宮・前掲注1) 335頁。

4) 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年)593頁。

5) 最初期のものとして、最三判昭和28・11・17行集4巻11号2760頁〔教育勅語失効確認決議事件〕。その後の最高裁判例における事件性の要件と終局性の要件を並べる定式の繰り返しや微細な差異については、南野・前掲注2) 172頁脚注4を参照。また、判例における「司法権」概念の詳細な分析・検討を行う最新の研究として、笹田栄司「裁判制度のパラダイムシフト——過去と未来をつなぐ憲法上の10のテーマ(2)/判例に現れた『司法権』の批判的検討——『純然たる訴訟事件』の墨守？」判例時報2450・2451合併号(2020年)267-278頁がある。

6) 南野・前掲注2) 178頁。

7) たとえば芦部・前掲注1)は、『『具体的な争訟』という要件は、具体的事件性(または事件性)の要件と言われることも多い。裁判所法3条の『一切の法律上の争訟』も同じ意味である。判例は、『法律上の争訟』の意味について……』として、本文に述べた「事件性の要件」と「終局性の要件」とを列挙している(349-350頁)。以上の点につき、南野・前掲注2)のとくに171-178頁を参照。また、その後憲法学説に広まった『『司法権』＝『法律上の争訟』＝『主観訴訟』のトリアーデ』という表現については、石川健治「トポスとしての権利侵害論——司法権の自己同一性との関連で」法学教室327号(2007年)48-55頁を参照。

8) 南野・前掲注2)の参照を乞う。

考える者はいないだろうし、学説・実務においてもことは同様である。現憲法下の司法権概念は、行政訴訟をその対象に含むものとなった<sup>9)</sup>。学説は、行政訴訟を司法裁判所ではなく行政裁判所の管轄とすることを定めていた旧憲法の規定(旧61条)に相当する規定が現憲法にはないことや、現憲法の76条2項(行政機関による終審裁判の禁止)や81条(「一切の」「処分」が違憲審査の対象となる)の存在を根拠として、「大陸型の司法から英米型の司法への転換」を認め、行政訴訟が司法権の対象に含まれることになったとする(ただし、司法概念のいわば大転換を学説も実務もそろって受け入れながら、「民事事件とはその性格を異にする行政事件という観念を前提とする」<sup>10)</sup>ことで、行政訴訟に固有のさまざまな司法権の限界がいまだに存在する点には、注意が必要である)。

他方で、行政訴訟のうちのいわゆる客観訴訟(民衆訴訟と機関訴訟)の位置づけについては、憲法解釈上、必ずしも学説において議論が十分に深められ理論的に整理が済んでいると言える状況には依然としてない。通説的見解においては、客観訴訟を扱う権能は司法権ではないとされ、それが、裁判所法3条1項の「その他法律において特に定める権限」として裁判所に与えられていると説明されるのであるが、伝統的な司法権概念を前提とする伝統的な学説が、司法権でも立法権でもない国家権力を行政権と観念する「控除説」を採

用してきたことを踏まえるならば、そこには、司法権でないはずの権限がなぜ法律によって裁判所に与えられるのか、それは憲法上の権力分立を法律レベルで変更することになるのではないかという、実は容易には解決しえない論点が含まれていることを読者には知っておいてほしい<sup>11)</sup>。

## (2) 抽象的違憲審査

また、伝統的な定義においては、そもそもなぜ司法権が「具体的な争訟」についてのものに限定されるのか。なぜ、「抽象的な争訟」——まさきに読者の頭に浮かぶものとして、「抽象的違憲審査」(すなわち、特定の法令・条文や公権力の行為・処分などがそれとして憲法に適合するか否かを、現実の法的紛争の有無とは関係なく審査するもの)があるだろう——は司法権の対象ではないとされるのか。戦後の憲法学説においては、この問題がいわば置き去りにされたまま、ただちに「具体的な争訟」とは何かの説明されるのが普通であった<sup>12)</sup>。先に述べた《司法権＝具体的争訟＝法律上の争訟＝主観訴訟(判例の定式)》という長い等式のうち、その最左辺《司法権＝具体的争訟》についての論証不足という問題である。

抽象的違憲審査が日本の現行法制度上否定されるのは、違憲審査が司法権に付随して行われるものであるからとか、違憲審査制度を定める憲法81条が司法について定める憲法第6章のなかにある

9) 戦前の清宮は、司法権の定義を「そのいわゆる『実質的』意義においては、民事刑事の裁判を意味し、その本質は、国家が具体的な事件につき法を適用しこれを宣言するに存す」(清宮四郎「法の定立、適用、執行」同『国家作用の理論』(有斐閣、1968年)23頁〔初出1931年〕)としていたが、戦後、上述した「具体的な争訟について……」という定義に変更した。この変更について、「いわゆる大陸型の司法から英米型の司法への転換が、定義の上で図られたもの」と指摘するものとして、宍戸常寿ほか編著『戦後憲法学の70年を語る——高橋和之・高見勝利憲法学との対話』(日本評論社、2020年)183頁〔高見勝利発言〕。なお、戦前の通説を代表した美濃部達吉が、戦後も、新憲法の司法権は「旧憲法(57条)の司法権と同じ意味即ち民事及び刑事の裁判のみを意味する」と主張していた(美濃部達吉『新憲法の基本原理』(国立書院、1947年)166頁) ことについて、南野・前掲注2)174頁。

10) 藤田宙靖『『司法』の概念と行政訴訟』同『行政法の基礎理論(上巻)』(有斐閣、2005年)222頁〔初出1978年〕。

11) 最近の簡潔な解説として、毛利透「客観訴訟と司法権」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第2版〕』(日本評論社、2020年)180-186頁。

12) 学説のこのような対応は、最高裁が戦後の早い段階で、「司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする」(最大判昭和27・10・8民集6巻9号783頁〔警察予備隊訴訟〕)と——ここでもそのことの根拠を十分に説明することのないままに——断定して以来、判例・実務において、抽象的な審査を裁判所が行うことは(法定された客観訴訟を除き)一貫して否定されてきたことと軌を一にしている。この点は、佐藤幸治『日本国憲法論(第2版)』(成文堂、2020年)が、「判例、そして〔通説〕のような理解の根拠は、何か。実は、その点は必ずしも明瞭ではない。」と述べる(631頁)とおりである。ただし、最近、当時の田中耕太郎最高裁長官の見解や学説状況等を検討するなら「『最高裁判所が憲法裁判的機能を保持し抽象的違憲審査権を行使する』可能性は、1955年当時、否定されていなかった」とする研究が公表された(笹田栄司「裁判制度のパラダイムシフト——過去と未来をつなぐ憲法上の10のテーマ(1)/制度の導入及び定着過程における違憲審査制のデザイン」判例時報2438号〔2020年〕14-26頁)。

からといった、よく挙げられる抽象的違憲審査否定論の根拠は、そもそも司法権が具体的な争訟を対象とするものに限定されるという定義を前提としているからこそ言えるはずのものであって、その前提を疑う者にとっては、たんなる結論先取り、あるいは循環論法でしかない可能性がある。

大陸型司法から英米型司法への転換という指摘も、それ自体はたしかにその通りであるとしても、それが違憲審査の司法権に対する「付随性」（抽象的違憲審査の導入不可能性）を強調ないし論証する文脈で語られるとき、そもそも違憲審査制についての定めを憲法上もたない（にもかかわらず積極的に違憲審査を行っている）アメリカと第81条という違憲審査制度を定める明文規定をもつ（にもかかわらず違憲審査の消極性が指摘され続ける）日本との大きな差異に着目するならば、はたしてどれほどの意味があるのか疑わしい。

違憲審査制を定める規定が司法の章に置かれているのだからそのような違憲審査制は司法に付随したものであるはずだ、という論理の流れは、もちろんそれとしてあり得るものではあるけれど、むしろ逆に、違憲審査制を定める規定が司法の章にあるのだからそのような司法の概念は（違憲審査制を定める規定をもたないアメリカ憲法の司法の概念とは異なり）もともと違憲審査制の存在を含んだものとして観念されるべきものであるはずだ、という論理もまた可能なのではないだろうか。

近年の学説では、日本の違憲審査制を積極化・活性化する必要があるというほぼ共通した問題意識のもと、たとえばドイツ憲法裁判所の「具体的

規範統制」<sup>13)</sup>に類似した制度の導入（最高裁に「上告部」と「憲法部」を創設し、それぞれの担当裁判官を分離する）<sup>14)</sup>や、最高裁に憲法判断や判例変更等に集中させるべく通常の上告事件を担当する「特別高裁」を東西2か所に設置する<sup>15)</sup>など、いくつもの具体的な制度改正が提案されてきた。それでも、これらの学説は、伝統的司法権概念を前提としたうえで、これらの制度設計が必ずしもそれとは矛盾しないという一線を堅持したままの、抽象的違憲審査のいわば控えめな導入論（「最高裁憲法部」設置論）もしくはあくまでも付随的違憲審査制を維持したうえでの違憲審査活性化論（「特別高裁」設置論）に止まっている<sup>16)</sup>。

これに対して、いわば正面からの抽象的違憲審査導入論をつとに現憲法制定時に主張していたのが佐々木惣一であるが、彼の、「この問題は、わが国の現行憲法たる日本国憲法の規定に依って判断すべき問題である」、「この問題自身は、裁判所法や訴訟法やの法理の問題ではないのであって、全く憲法の法理の問題である」、「外国の憲法に如何なる定めがあるとしても、それは決してわが国におけるこの問題の解釈の根拠とはならない」といった主張<sup>17)</sup>は、残念ながら、その後の憲法学説の展開には大きな影響を残し得なかった<sup>18)</sup>。

抽象的違憲審査制度を日本に導入することが望ましいか否かという政策論への賛否とは別に、それがどのような法改正を行えばできるのか——憲法改正をも必要とするのか否か——という解釈論は、長らく、清宮四郎の定義の呪縛から自由ではなかったのである。

13) ドイツの「具体的規範統制」は、「具体的」という名称で呼ばれてはいるが、あらゆる裁判所が、審理中の具体的事件に適用される法律（連邦法または州法）が違憲であると確信する場合に、いったん審理を停止し、当該法律の合憲性について憲法裁判所の判断を求める制度であり、憲法問題の移送を受けた憲法裁判所の審査は、もともとの具体的事件とは切り離され抽象的に行われる。

14) 畑尻剛『憲法裁判研究序説』（尚学社、1988年）、畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題——選択肢の一つとしての憲法裁判所」公法研究63号（2001年）110-123頁を参照。

15) 笹田栄司「違憲審査活性化は最高裁改革で」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』（日本経済新聞社、2000年）148-166頁、笹田栄司『司法の変容と憲法』（有斐閣、2008年）を参照。

16) 最高裁発足後まもない時期の日弁連による制度改革構想をはじめとし、その他の「違憲審査制をめぐる各種構想」を整理したものとして、国立国会図書館調査及び立法考査局＝河島太郎「違憲審査制の論点（改訂版）——基本情報シリーズ23」（2016年）35-42頁を参照。そのほか、さらに近時の違憲審査活性化論については、南野森「違憲審査制」宍戸常寿＝林知更編『総点検 日本国憲法の70年』（岩波書店、2018年）242-251頁を参照。また、曾我部真裕「付随的審査制の意義」法学教室475号（2020年）54-62頁も参照。

### 3 近年の論争

以上のように、伝統的な司法権概念を多くの学説が確固たる前提として受け入れたため、理論的に重要であるはずのいくつかの問題が未解明のままに残されてきた。このような状況は、しかしながら、近年徐々に揺らぎ始めているとも言える。司法権概念をめぐる論争が、学界において活発化しているのである。

たとえば、《司法権＝具体的争訟＝法律上の争訟＝判例の定式》という伝統的定義の長い等式をそのまま維持したのでは少なくとも客観訴訟をうまく位置づけることが困難であるという問題については、長らく、佐藤幸治による初期の指摘<sup>17)</sup>を除くと「通説においては、全く検討されておらず、それどころか問題そのものほとんど自覚されていない<sup>20)</sup>と評される状況であったが、その後、司法権概念を再検討する議論が学界において活発化していくなかで、客観訴訟の位置づけが正面から議論されるようになってきた。この点についても別稿で比較的詳しく検討した<sup>21)</sup>ので、ここではごく簡単に述べるにとどめたい。

上述の長い等式を前提としようで客観訴訟の合憲性を根拠づけようとする論者の代表格が佐藤

幸治であるとする、この等式を否定したうえでそうする論者の代表格は高橋和之である。前者は、客観訴訟は司法権の対象には含まれないものの裁判所の管轄とすることも憲法には反しないと主張<sup>22)</sup>であり、後者は、長い等式のうち《司法権＝具体的争訟》という最左辺を否定することにより、客観訴訟は新たに定義し直された司法権の対象に含まれるとする主張である<sup>23)</sup>。そして後者の立場からすると、前者の主張では「憲法が行った権限配分を法律により変更する」ことがなぜ可能となるのかについての説明がなされていない、と批判されることになる<sup>24)</sup>。

そして高橋は、司法権を「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適切な手続の下に、終局的に裁定する作用」と定義する<sup>25)</sup>が、この定義に対する批判も多く提出されており、議論は依然として進行中である。高橋自身も、批判に応答しながら更なる検討を続けているようであり<sup>26)</sup>、今後の展開が注目される。

また、抽象的違憲審査の源流とも言える近代ドイツにおいて、それは「憲法規範の解釈をめぐる国家機関相互の争いの拡大版として構想されたものであった」ことを踏まえるならば、機関訴訟としてまとめられる「憲法規定の解釈・適用につい

17) 佐々木惣一「国家行為の純粹合憲性に対する最高裁判所の決定権」同『憲法学論文選一』（有斐閣、1956年）139-181頁〔初出1955年〕の142頁（旧字体・旧仮名遣いを改めた）。制憲議会における佐々木惣一貴族院議員と金森徳次郎憲法担当國務大臣とのやりとりについては、ごく簡単にではあるが、高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、2017年）14-15頁を参照。

18) 比較的近年の重要な例外の1つが、通説の見解が「法律によって抽象的審査権を〔裁判所に〕付与することもまた、憲法上の規定がない以上許されない、と解している」点について、「事件性の観念を中心としたこのような通説的理解は、あまりにも硬直的にすぎないかという疑問がある」とする、戸波江二「国の関与しない違憲判決？」法学教室166号（1994年）59-64頁である（引用部分は62頁）。

19) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）4頁〔初出1981年〕を参照。

20) 野坂泰司「憲法と司法権——憲法上の司法権の捉え方をめぐって」法学教室246号（2001年）42-49頁の43頁。

21) 南野・前掲注2）178-184頁の参照を乞う。

22) ただし、高橋・前掲注17）34頁脚注7は、「佐藤教授が客観訴訟を司法権の範囲内のものと考えているのか、範囲外のものと考えているのかは、実ははっきりしない」と言う。この点について、最新の体系書である佐藤・前掲注12）637頁は、「憲法76条1項にいう『司法権』はまずは『核』にあたるものを指す」としつつ、「裁判所が自らの職責と考えるものや立法府が政策的に裁判所に求めた裁判作用が『中間領域』を形成」し、それらも、「訴訟の実体（対決性や現実の司法判断適合の争訟の存在など）をともなっている限り、結果的には憲法にいう『司法権』に含まれ、ひいては裁判所法にいう『一切の法律上の争訟』とみなすこともできるのではないか」とする。

23) 高橋と同様、長い等式の一部を否定することで客観訴訟の合憲性を位置づけようとする論者に、野坂泰司（前掲注20）がいる。高橋が《司法権≠具体的争訟＝法律上の争訟》とするのに対し、野坂は《司法権＝具体的争訟≠法律上の争訟》とすることなど、詳細は、南野・前掲注2）181頁以下を参照。

24) 高橋・前掲注17）34-35頁を参照。

25) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』（有斐閣、2020年）433頁。

ての国家機関相互の利益に関わる争いや国または地方公共団体の間の利益に関わる争い」こそ『憲法争訟 (Verfassungsstreitigkeit)』と呼ばれ、憲法裁判権の核心に位置づけられてきた」ものであって、それを抜きにして抽象的違憲審査制の導入を議論することは「少なくとも憲法裁判権の内在的論理に忠実ではない」とする宍戸常寿の指摘<sup>27)</sup>にも、ここでひと言触れておこう。

憲法の解釈をめぐり、内閣と国会 (の一部) あるいは国と地方公共団体との間に争いが生じることはままあるが、そのような争いに法的に決着を付けることは、そのような手続が特に定められていない場合、裁判所の消極的な姿勢もあり<sup>28)</sup>、なかなか困難である。もちろん、常に「法廷で決着を付ける」ことが望ましいか否かは別問題であるとしても、これらの争いが裁判所で裁定されないということは、要するに最終的には憲法解釈が「数の力」で——それが生々しければ「民主主義的に」と言ってもよい——決着を付けられることを意味する点には注意が必要である。そのような政治のあり方は、民主政治ではあっても立憲政治ではないかもしれないし、多数による支配ではあっても法による支配ではないかもしれない。戦後ドイツにおいて、機関訴訟を憲法裁判所の権限として認めることで「法治国家の完成」<sup>29)</sup>をみたとの評価がなされることに引き寄せて言えば、伝統的司法権概念のもとで抽象的違憲審査が否定され、そして本来その前提にあるはずの機関訴訟もごく例外的にしか認められてこなかった日本は、いまだ「法治国家の完成」に至っていないとさえ言うるかもしれないのである。

宍戸の重要な問題提起からすでに10余年が経つものの、この点をめぐる学説の検討はいまだ深まっていない。ここでも、今後の展開が期待される。

## おわりに

「憲法が定める司法権概念の本質的内容を法律上の用語によって説明することは、規範レベルの上下関係からして適切とはいえない。『司法権とは、法律上の争訟を解決する権限のことをいう』というような答えは、少なくとも説明不十分である。」<sup>30)</sup>

本稿では、伝統的司法権概念のかかえる理論的問題の指摘に終始したが、もちろん、司法権・裁判所をめぐる問題・課題はそれに止まらない。

たとえば、権力分立のなかで司法権の独立をどう考えるかは、アメリカにおける最高裁 (判事の任命) をめぐる政治的対立をみても、きわめて重要であることが容易に想像できるであろう。日本においても、司法の独立をめぐる重大で危機的な状況が少なくとも過去には存在した<sup>31)</sup>。アメリカほどではないにせよ、違憲審査の活性化が多かれ少なかれ政治的な対立や分断をもたらしがちであることは、改めて言うまでもない。理論的に司法権概念をどう構成するべきかという問題も、そして現実の司法権のあり方をどう構想するかという問題<sup>32)</sup>も、ともに、困難ではあるがきわめて重要な課題である。

読者のなかから、この課題に挑戦し、学説や実務を大きく動かすような研究者が将来登場すれば、小論の筆者としてこれにまさる喜びはない。

(みなみの・しげる)

26) この定義は、もともと高橋和之「司法の観念」同『現代立憲主義の制度構想』(有斐閣、2006年) 141-163頁〔初出1995年〕で示されたが、その後、高橋・前掲注17)において、「適法な提訴を待って、適正な手続により法の解釈・適用を終局的に確定し、実効的救済を与える作用」と修正された(49頁)。しかし、その後、高橋・前掲注25)においては、当初の定義が維持されている。その間の高橋の司法権定義をめぐる高橋自身と3人の論者による興味深いやりとりとして、宍戸ほか・前掲注9) 173頁以下(2017年10月収録)がある。

27) 宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室322号(2007年) 24-32頁の30頁。

28) その典型が、内閣による衆議院解散の是非をめぐる苦米地訴訟(最大判昭和35・6・8民集14巻7号1206頁)において最高裁判所が採用した「統治行為論」である。

29) 宍戸常寿・前掲注27) 31頁。

30) 毛利・前掲注11) 180頁。

31) 南野森「司法の独立と裁判官の良心」ジュリスト1400号(2010年) 11-18頁の参照を乞う。

32) ひとつの論点整理資料として、衆議院憲法審査会事務局「憲法に関する主な論点(第6章 司法)に関する参考資料」(2013年)がある。