

◆司会

18時30分の定刻となりましたので、埼玉弁護士会司法問題対策委員会主催「これでいいのか最高裁！？ ドイツ、コスタリカ、韓国との比較を通じて」を開会いたします。開会の挨拶を埼玉弁護士会副会長 黒田典子弁護士、お願いいたします。

◆黒田

こんばんは。埼玉弁護士会の今年度の副会長の黒田典子と申します。平日の夜間にもかかわらず、このようにお集まりいただきまして、誠にありがとうございます。本日のテーマは、ご紹介があったとおり「2019年司法問題シンポジウム、これでいいのか最高裁！？ドイツ、コスタリカ、韓国との比較を通じて」でございます。

「これでいいのか最高裁！？」という、ちょっと最高裁を挑発するような題名で、驚かれた方もいらっしゃるかもしれません。

私は驚きました、というのは嘘ですが、本日のシンポジウムで、詳しいお話がございしますが、日本と同じく第二次世界大戦で同じ敗戦国となったドイツ連邦憲法裁判所は、これまで少なくとも700件、違憲判決が出たそうです。

お隣の韓国では、1800件、1988年に憲法裁判所が発足したばかりですが、…数字を間違えましたでしょうか？大丈夫でしょうか。

ドイツは700件、韓国では1800件以上の違憲判断が出されているそうなのです。この2つの国と比べて日本はどうか。

今の最高裁判所が1947年に発足して以来、これまでの72年間に、違憲、すなわち、憲法違反と判断した場合は、たった10件しかありません。

桜には何の罪もありませんが、「桜を見る会」が大きな話題になっていることを見ても、日本の国会がドイツや韓国と比べて、特別、憲法を遵守してるとはちょっと思えません。やはりそれなのに日本の違憲判決が、たったそれだけです。そうすると、これでいいのか最高裁!?!といわざるを得ない気持ちになってもしかたがないです。

もう1つ、中米コスタリカ共和国を取り上げますが、年間2万件もの憲法訴訟が起こされているそうです。

コスタリカ、名前は聞いたことはありますが、ご存知ですか？軍隊をもたない非武装中立の国です。地球幸福度指数では、何度も1位になったそうです。

それに比べて日本は。去年は54位、そして今年が58位だったようです。

私たち日本国民が不幸せなのは、違憲判決が少ないことが原因の一つかもしれません。

では、いったい、最高裁判所の何が問題なのか、どうしたらよいのでしょうか。

自由と人権の最後の砦、憲法の番人と呼ばれる最高裁を、本来の姿にするために、今日は、皆さんと一緒に学習し、考えていきたいと思えます。

最後まで、よろしく、どうか、お付き合いください。

以上、長くなりましたが、ご挨拶とさせていただきます。

#### ◆司会

次に、司法問題対策委員会の基調報告を行います。

司法問題対策委員会 副委員長 申景秀弁護士、お願いいたします。

#### ◆申景秀弁護士

皆様こんばんは。私は、埼玉弁護士会司法問題対策委員会の、副委員長を務めております、申景秀と申します。本日は、当委員会主催の「これでいいのか最高裁」にお越しいただきありがとうございます。まず私から、基調報告として15分程度の発表をさせていただきます。この後のパネルディスカッションの前提となる部分もさせていただきますので、少しの時間お聞きいただければ幸いです。

当委員会は、司法に関するあらゆる問題を対象に、調査・研究を行っている委員会です。この10年余りの間は、最高裁判所の実態とその改善方策について調査・研究を続けてきました。また、それに関連して、諸外国の裁判所機構や憲法裁判所の調査・研究もしてきました。全国の弁護士会で、このような調査・研究をしている委員会は当委員会だけだと思われま。

このような調査・研究の結果、日本の最高裁を改善するためには、もはや、その機構を抜本的に改革するしかないと考えてようになってきています。

日本の最高裁の問題点として、例えば、具体的な理由を示すことなく、三行ほどの簡単かつ定型の文章で上告を棄却してしまうことが多いことが挙げられます。このような最高裁の判決や決定は、皮肉を込めて「三行半決定」と言われています。ほんとうに、三行、四行しか書かれていないのです。本日の資料に、実際の事件の決定がありますので、参照してください。

三行半判決の多い最高裁は、また、違憲判断についても極めて消極的といわれています。どれくらい少ないかと言うと、法令や処分が憲法に反していると主張された事件について、最高裁は現在まで22件の違憲判断しかだしていません。これに対し諸外国では、例えば、同期間に、ドイツでは600件、アメリカでは900件程度、韓国では1000件以上の違憲判断がされているようです。違憲判断が多ければ良いというわけではありませんが、最高裁の違憲判断の少なさは顕著です。

もう一つの問題点としては、最高裁の考え方は、後進的であり、世界からも批判が多いといわれています。

最近の例では、「同氏強制違憲訴訟」、または「夫婦別姓訴訟」とも言われていますが、これに対する2015年12月の合憲判決があります。

民法750条では、夫婦同氏になることが定められています。2014年統計によると、96.1%の夫婦において、妻が氏を変更しているという実質的な不平等があることがわかっています。それで、夫婦同氏を強制する民法750条は憲法に反するとして、男女5名が損害賠償を求めた事件での判断でした。

原告らの主張は、氏名は個人として尊重される基礎であり、人格の象徴として人格権を構成するものであるから、自己の生来の氏が婚姻後使用できなくなることは人権侵害であるというものでした。

これに対し2015年12月の最高裁判所大法廷判決は、「家族の呼称を一つに定めることには合理性がある」として憲法には違反しないと判断しました。

しかし、この民法750条については、国連の女性差別撤廃委員会からも、法律を改正するよう繰返し勧告がなされています。

最高裁の数少ない意見判断のうち最近のものとしては、在外国民の国政選挙権行使について、その対象を衆参議院の比例代表選挙に限定した公職選挙法が憲法に違反するとしたものがあります。2005年の違憲判決です。

実は、この判決の裏には実に興味深いエピソードがあります。この違憲判断に最高裁調査官として関与した元裁判官が、裁判官を退官した後、「この訴えは理論的な問題があり適法な訴えとして認めることは困難」と考え、そのことを事前に主任の最高裁判事に報告しました。そうしたところ、その報告を受けた最高裁判事らから『ここで憲法判断ができなかったら、国会で憲法裁判所を作ろうという気運に拍車がかかってしまう。何とか憲法判断できる知恵を出せ』と言われた」というものです。

つまり、理屈上は憲法判断せずに終了させることもできたが、最高裁判事らの鶴の一声で違憲判断を出すことになったということのようです。最高裁は、やろうと思えば違憲判断ができるのです。憲法裁判所ができてしまうと、現在は最高裁が独占する憲法判断という大きな権限を喪うことになるので、最高裁判所自身が、そのことを慮っていた、意識していたことを窺わせる話です。

最高裁の機構改革については、憲法裁判所というのが重要なキーワードになります。憲法判断を専門に担う裁判機関があれば、憲法上の諸問題について活発な議論が行われ、重要な違憲判断をしっかりと出してもらうことが期待できます。当委員会で、諸外国の最高裁判所や憲法裁判所についても調査・研究している理由は、ここにあります。

諸外国では、最高裁とは別に、憲法裁判所をおいているところが多いようです。例えば、人口が日本の10分の1にも満たないようなオーストリアは、世界で最も古い1920年設立の憲法裁判所(裁判官14名)をおいています。

その他、ドイツをはじめ、フランス、ハンガリー、チェコ、コスタリカ、韓国などが挙げられます。このうちドイツとコスタリカについては、パネルディスカッションで詳しいお話しが聞けると思います。

私からは、隣国の韓国について少しお話します。韓国には1987年から憲法裁判所が設置されています。韓国憲法裁判所は、今や国会、行政府、最高裁判所と並ぶ重要な国家機関であり、しかも、その中でも国民から最も信頼される機関となって存在感を示しています。何より、積極的に違憲判決をだし続けています。1988年から2010年までの22年間で見ても、合計632件、従前の憲法状況の変更を求める違憲判断をしてきています。

最近では、「墮胎罪」について、憲法に違反するという決定をだしました。韓国の刑法には、日本と同じような墮胎罪の規定があり、妊娠した女性が墮胎した場合、懲役や罰金という刑罰が科されると規定されています。このような刑法の墮胎罪の規定について、韓国憲法裁判所は、妊娠した女性の自己決定権に対する違憲な制限だとする判断を示しました。妊娠した女性が出産するかどうかについて自ら判断する権利を重んじた判断とみられます。墮胎罪には日本でも批判があるところですが、これを憲法違反とした韓国憲法裁判所の画期的な判断といえます（尚、この決定要旨の日本語訳もお手元資料でご覧ください）。

実は、日本でも、最高裁の機構を改革しようという声があがったことが過去にありました。1957年に通称「中二階法案」が国会に提出され、最高裁判所の機構改革が審議されました。この法案は、結局廃案となっていますが、国会に内閣提出法案として上程されたという歴史は重要です。最高裁判所の機構改革ということも決して不可能なことではない、やろうとすればできる事だということを示していると思います。当委員会では、この法案にも着目して、勉強会をしてきました。お手元資料の、埼玉弁護士会司法問題対策委員会活動報告に詳しく記載がありますので、後ほどご確認ください。

最後になりますが、市民・国民が常に司法に対する興味・関心をもち続けないと、裁判所・裁判官は独善的になり、市民・国民が不利益を被ることになることはこれまでの歴史が示しています。實際上最高裁は、「人権保障の最後の砦」としての役割をきちんと果たしているとは到底思えません。そのような現状を打破するには、このような最高裁の機構改革問題について、一人一人の市民のみなさまに興味・関心をもっていただく必要があります。当委員会は、これからも、最高裁の機構改革に関する調査・研究を行い、この問題を世に訴え続けていく所存です。

以上、つたない報告でしたが、私からの報告は以上となります。ご清聴ありがとうございました。

#### ◆司会

これより、パネルディスカッションに入ります。パネラーの先生方、ご登壇ください。パネラーの先生方について、簡単にご紹介させていただきます。伊藤千尋さんは朝日新聞に記者として入社され、サンパウロやバルセロナ、ロサンゼルスなどの支局長を歴任されました。朝日新聞を退社後は、国際問題でジャーナリストとして活躍されております。瀬木比呂志さんは1979年から2012年まで裁判官を務められ、2012年から明治大学法科大学院の教授となりました。著書に司法の構造的批判・分析を行った『絶望の裁判所』〔講談社現代新書〕のほか、小説や数々の専門書を執筆されております。畑尻剛さんは2004年から中央大学法学部教授となられ、現在に至ります。1992年にドイツの連邦憲法裁判所の研究で博士号を取得されたあともドイツの憲法、憲法裁判について研究を続けられ、ドイツの憲法裁判所の研究者の第一人者として衆議院憲法調査会の参考人も務められております。コーディネーターは司法問題対策委員会より委員長、石塚洋一弁護士、委員、下永吉純子弁護士です。それではパネルディスカッションが始まります。

#### ◆下永吉

ではパネラーの皆さま、本日はよろしくお願ひいたします。まず、この今までの基調報告の流れからいきなり唐突に始めてしまいましたが、まず日本の憲法裁判の仕組み、基調報告でも簡単に説明はありましたが、その中身について詳しく伺っていきたいと思います。まず簡単に私のほうから紹介かたがたさせていただきますと、裁判所は皆さまご存じの通り三審制で、地方裁判所、高等裁判所、最高裁判所という仕組みになっています。

最高裁判所は、先ほどの基調報告にもありましたが違憲審査権、つまり憲法判断をするという権限を持っています。日本では通常裁判所とは別に憲法裁判所というものが設置されていません。一方で諸外国では、通常裁判所とは別に憲法裁判所がある国があります。まず畑尻さんにお伺ひしますが、最高裁判所と憲法裁判所、どう違うのかということ、この仕組みの相違点について教えてくださいませんか。

#### ◆畑尻

畑尻です。よろしくお願ひいたします。最初の質問ですが、私、教員ですのでどうしても教科書的というか講義調になってしまうのですが、まず前提として裁判所がある国家行為が憲法に違反するかどうかを判断することを、違憲審査制度（権）あるいは憲法裁判制度（権）といいます。そして、これをどのよう

な裁判所がやるのかということで大別しますと、一般の裁判所、つまり司法裁判所がやるものを司法裁判所（司法審査）型違憲立法審査、そして憲法裁判所など特別な裁判所を作ってそこが違憲立法審査権を行使するのを憲法裁判所型違憲立法審査といいます。司法裁判所型の母国としてはアメリカ合衆国挙げられますので、通常これをアメリカ型といい、憲法裁判所型についてはドイツ（ドイツ・オーストリー）型といいます。では日本国憲法は何型かといいますと、通説・判例は司法裁判所型、アメリカ型を採用しているといいます。つまり、憲法裁判所じゃない司法裁判所が、民事事件、刑事事件そして行政事件を、法を適用して解決するために必要な範囲で、適用すべき法律が憲法に違反しないかどうかを判断するわけです。これを付随問題型違憲立法審査権という言い方もします。つまり主たるの仕事はあくまで刑事、民事、行政事件を解決するために法を適用することですが、その法が違憲・無効であっては適用できませんから、付随的に合憲・有効か違憲・無効かを判断するものです。それに対してドイツの場合は憲法問題

が主たる対象となりますから、付随問題型に対して主要問題型という言い方をします。

今、申しましたように日本の場合、あくまで最高裁判所以下の各裁判所に与えられている司法権を行使するうえで必要な範囲で違憲立法審査権を行使することになります。憲法の講義で、よく学生に違憲立法審査権の根拠条文を挙げよと質問すると81条と答えます。というのは、81条には最高裁判所以下の裁判所はいわゆる違憲立法審査権を持つと書いてありますから。しかし、この答えでは不十分です。というのは、81条の前提に、司法権は最高裁判所以下の裁判所に属するという76条1項があつて、その司法権を行使するうえで付随的にやるわけですから、76条1項と81条、これが正解ということになります。

#### ◆石塚

ありがとうございます。今のお話ですと日本の場合には付随的違憲審査、つまり事件があつてそれを解決するかぎりが必要な範囲になったときに違憲判断をするという、そういうお話でした。一方で、その憲法問題そのものをやるのは別な仕組みがあるというお話でございましたが、そうすると例えば日本では個別的な紛争とは全く関係なく、例えばある法律が憲法〇〇条に違反していると、私は何となくこれは違反してると思うのだと、だからこれは違憲なんじゃないですかっというのを裁判所に問いかけることは国民は権利上できないという、そういうかたちになるのでしょうか。

#### ◆畑尻

それは、その通りだと思います。つまり現行法上はあくまで刑事、民事、行政という具体的な事件がまずあって、その具体的な事件を解決するために必要な範囲で憲法問題を判断する。つまり、ある法律があってその法律をこの事件に適用しなければいけない場合に、その適用する法律が憲法に反するかどうかを判断する、あくまで事件を解決する前提として付随的に判断をするというのが前提です。ですから、そういった事件がないのに判断することは基本的にはしないというのが日本の建前です。そうすると憲法裁判所型を採ればそういった、いわゆる具体的な事件なしに憲法判断することになるのかということ、それほど簡単なことではありません。どうしてかと言いますと、ドイツの場合に連邦憲法裁判所があって、具体的な事件がなくても、ある法律が憲法に違反すると議会の議員や連邦（州）政府などが考えた場合には、憲法裁判所に訴えるという手続きがあります。「抽象的規範統制」といいます。しかし、実際には件数としては少ないのです。発足してから70年近くになりますが受理件数・処理件数は約180件ほどです。180件というといふように多そうですが、国民がその具体的な権利侵害を憲法裁判所に訴える「憲法異議」は、受理件数・処理件数とも22万件以上あります。この22万件というのは、実際はほとんどが、日本と同じように具体的な権利侵害を前提に判断をしていくこととなります。ですから、おっしゃったように、日本の場合は具体的な事件がなければ判断できませんけども、憲法裁判所を作ったら、具体的事件がなくてどんどん判断されるかということではありません。そういう手続きはありますが、それはいろいろ事情があって必ずしもメインではないということです。

#### ◆石塚

ありがとうございます。具体的なドイツの状況とかコスタリカの状況、また、後ほど瀬木先生にアメリカの状況についても多少お話しいただくことになっているのですが、こちらについてはもう少し掘り下げて後ほどということにしたいと思います。

#### ◆下永吉

それでは、今、畑尻さんから日本が付随的審査制、つまり具体的な事件を前提としたということをご説明いただきましたが、日本がその付随的審査制を採用した理由というのはどういったものなのでしょう。また畑尻さんにお伺いしたいと思います。

#### ◆畑尻

これは、もう端的に言って、日本国憲法の制定史に関わってくるわけです。皆

さんご承知のように、日本国憲法はアメリカの影響を強く受けて制定されました。最初のマッカーサー草案の中に違憲立法審査権に関する規定が入っていましたが、そのおおもとは、19世紀の初頭に連邦最高裁判所によって判例上、世界ではじめて認められた、違憲立法審査権、付随的審査制があります。ですからざっくり言えば、アメリカ法の影響、日本国憲法制定過程におけるアメリカ法の影響が要因であるといえると思います。

◆石塚

ありがとうございます。ここまでのところでは日本の憲法裁判の仕組みについて、畑尻先生にお話しいただきました。ではこの話を踏まえて、外国はどうなっているのかなというところに話を進めたいと思います。今日はコスタリカに詳しい、伊藤千尋さんにいらしていただいています。まずコスタリカというと、先ほど当会の黒田副会長のあいさつにもありましたけども、軍隊のない国だとか、サッカーでお互いに試合やってるな、くらいのイメージの方が多いのではないかと思います。私もそういうイメージです。

まず最初に伊藤さんにお聞きしたいのは、コスタリカっていうのはそもそもどういう国なんですかという、ちょっと抽象的な質問で申し訳ないのですが、コスタリカの国の説明をしていただけませんかでしょうか。

◆伊藤

はい。コスタリカに行かれた方は、あまりいらっしゃらないと思いますけど、行ってないですよ。石塚さんも。

◆石塚

行ったことないです。

◆伊藤

アメリカ大陸の真ん中ぐらいにあります。アメリカ大陸は北にアメリカ、カナダがあって、南のほうに南米があります。その間にくびれた所があります。そこにある小さな国なんですね。大きさは北海道の8割程度、つまり北海道より少し小さい、人口500万人。小さな国ですよ。東側がカリブ海、西側が太平洋、両側が海です。海に囲まれている国で、山がち。この辺、日本と似ています。平野は少ない。この国の山には、富士山より高い山があります。産業は農業です。お米じゃなくて、パイナップル、コーヒー、バナナ、そういった熱帯性のものが採れる土地です。言葉はスペイン語です。コスタリカっていう言葉もスペイン語で、Costaは英語で言うCoast、海岸ですね。リカは英語のRich、訳す



と「豊かな海岸」。英語で言うと Coast Rich、それが国名です。なぜこんな国名が付いたかという、コロンブスが第4回目の航海でここに来たときに海から陸を見て、ジャングルがあった。緑が豊かだ、と彼は思った。ここから豊かな海岸と名付けたといわれております。そのあとスペイン人が入植して作ったから、言葉はスペイン語、文化もスペイン系、宗教はカトリック、こういう国です。先ほど平和憲法についておっしゃいました。日本について世界で2番目に平和憲法を作ったのは、この国です。1949年。今から70年前ですよ。でも日本と違って、本当に軍隊をなくした。この辺が日本と全く違うところです。さらに日本と違って、ただ憲法を持つだけではなくて、それを活かしています。平和憲法を持っているだけじゃなくて、平和憲法をかざして世界に平和を輸出してきました。この国で1986年に大統領になったアリアスが当時、戦争をしていた周辺の三つの国を回って三つとも戦争を終わらせました。その功績で彼は翌年、1987年のノーベル平和賞を受賞しました。僕は彼に直接会って聞いたことがあります。なぜそんなことをやったかと聞くと、「わが国は平和憲法を持っている。平和憲法を持っている国は、自分の国だけが平和で満足していいのではない。世界を平和にするのが平和憲法国家の役割だ」と言うのです。こういうことを堂々と政治家が言う国って、いいと思いませんか？うちの国とだいぶ違うじゃないですか。コスタリカは平和憲法だけじゃなくて、憲法全てを活かしています。特に感心するのは人権です。その人権に関わるのが今日の話の憲法廷です。もう一つ言うと、この国は環境でも有名です。世界の環境の先進国です。エコツアー、エコツーリズムが始まったのが、この国です。環境と人間の間を見直そうという機運が世界で初めて起きて、環境にとっても力を入れている。国土の4分の1が国立公園あるいは国定公園で、緑が多い。ジャングルをそのまま残したのではありません。一時は山の森を切ったのです。熱帯雨林の木は、1本売ると10万円で売れ、もうかるのです。だから東南アジアの国々も木を切って売ります。しかし、そうすると森から木がなくなって災害が起こってしまうことに気が付いたコスタリカは、いち早く木を切るのをやめて植林に動き出しました。以来、この国は本当に緑が多い国になった。ちなみに原発ゼロ、資源エネルギー、99パーセントを達成した国でもあります。いいと思いませんか？

◆来場者

素晴らしい、うらやましい。

◆伊藤

うらやましいですね。もう一つ言うと、この国のあいさつ言葉は Pura vida

(プーラ・ビーダ)です。スペイン語で「純粋な人生」という意味です。朝、おはようというときに「純粋な人生」。こんにちほも「純粋な人生」、さようならも「純粋な人生」。いいじゃないですか。こういう国が憲法法廷を持って人権を活かしている、すごく注目すべきことだと僕は思っています。

◆下永吉

伊藤さん、ありがとうございます。コスタリカの説明をいただいたところで、次に本日、皆さまにお配りしている封筒の資料の中に漫画が入っていると思います。これは『週刊金曜日』、2018年6月15日、第1188号に掲載されたものなんですけれども、これにはコスタリカの最高裁判所憲法法廷、この憲法裁判所的な役割をしている憲法法廷というのが最高裁判所の仕組みの中にあるということについて、非常に分かりやすく書かれています。今も申し上げましたけれども、コスタリカでは通常裁判所、その系列なのでしょうが、憲法裁判所としての役割を果たしている最高裁判所憲法法廷というのがある。そして今、伊藤さんのお話にもありました通り、憲法を全てに生かしているということも、ご紹介もありました。ではこの伊藤さんをお願いしたいのですが、この漫画を用いていただいてももちろん結構ですので、実際どのような憲法訴訟がコスタリカの最高裁判所憲法法廷であったのか、具体例などを教えていただけますでしょうか。

◆伊藤

この国の憲法法廷の取材で僕が一番驚いたのが、小学生が憲法違反の訴訟を起こすことです。皆さん、この中で、小学生のとき憲法違反の訴訟を起こした方、いらっしゃいます？ 日本では、考えられない。信じられなかった。この国の最高裁に行って、本当にそんなことがあるのかと聞いたんですね。「本当にやっています。いっぱいあります」と言うのです。どんな例があるのか聞いたら、こんなことを言われました。小学校の脇に空き地があって、そこにごみが大量に捨てられた。風に乗って臭いにおいが教室に漂ってくる。授業に集中できないと思った子どもが、ごみを捨てた業者を憲法違反で訴えた、というんですね。ごみを捨てたぐらいで憲法違反になるのですかって聞いたら、「ごみを捨てたのが悪いのではない。それによって子どもたちの学ぶ権利が侵されたことがいかんのです」と言われました。ああ、なるほどと納得します。ほかにありますかかって聞いたら、校長先生が校庭に車を止めたら遊ぶスペースが少なくなったと、子どもが校長先生を憲法違反で訴えた、と言います。車を止めたぐらいで憲法違反になるんですか、と聞くと、「車を止めたことが悪いではありません。それによって子どもたちの遊ぶ権利が侵されたことがいかんのです」と言われた。

ああ、なるほどと思うじゃないですか。それにしても、なぜ小学生が憲法を知っているのか聞いたんです。そしたら、「小学生が憲法の全てを知っているわけではない。でも一番大切なことを、小学校に入学した直後に全ての子どもたちに教える」と言うのです。それは「人は誰も愛される権利がある」ということ。つまり、基本的人権です。何よりも大切なのが基本的人権だということを、小学校に入学した6歳の子どもに、まず教える、そしてもし自分が愛されていないと思ったら、国や社会があなたを愛するように憲法違反に訴えることができる、ということも習う。子どもは素直ですから、習った通りそのまま憲法違反の訴訟を小学生が起こすというのです。なんか不思議に思いませんか？ 僕は、「ちょっと待ってください。日本で憲法違反の訴訟を起こしたら、お金がかかります。小学生はお小遣いをそんなに持ってない。お金はどうするのですか？」と聞いたたら、「そんなものは要りません」と言うのです。なぜ要らないのか聞いたら、「普通の訴訟は自分の利益のためにやるから当事者がお金払う。でも、憲法違反の訴訟は国のため社会のため、みんなのためにやる。それを、なぜ訴えた人が自腹切らなきゃいけないのですか？」と言われました。思えば、その通りだと思いませんか？ みんなのためにやる訴訟だから、その人が自腹を切る必要がないというのがコスタリカの考え方なんですね。うーん、言われれば、なるほど、その通りだと思いました。子どもでさえこんな訴訟を起こすのなら、大人はもっと起こすだろうと思って聞くと、「1年間に2万件あります」と言うのです。2万件ですよ。例えばどんなのがあるか聞いた中で、一番面白かったのがこれです。おじいさんが薬屋さんに薬を買いに行ったら、その薬がなかった。おじいさんは薬屋さんを憲法違反で訴えたというのです。薬がないぐらいで憲法違反になるのですか？と聞くと「現になってます。判決がもう出ています」というので、判決を見せてもらった。こう書いてありました。「このおじいさんにとって、その薬がなかったら健康で文化的な生活は維持できない。したがって、明白な憲法違反である」。わが日本国憲法の第25条に生存権があるじゃないですか。全て国民は健康で文化的な最低限度の生活を保障されているはずなのに、現実には保障されてない。でも、日本人は訴えない。コスタリカ人は、少しでも憲法違反の状況があると思ったらすぐに訴える。このおじいさんにとって、その薬がなかったら健康な生活は維持できない。当たり前じゃないですか。したがって、おじいさんがごく普通に訴えた。判決は、ごく常識的に憲法違反という判決を下しています。ではどうすればいいかが、そこに書いてありました。判決は、この薬屋さんはこのおじいさんがいつ来てもその薬が置いてあるように、24時間、365日、ちゃんとその薬を置いておきなさいという、しごく当たりの判決なんですね。

次の第二項目目を見て、びっくりしました。こう書いてありました。「このおじ

いさんはコスタリカ中、どこに旅行するかもしれない。したがって、コスタリカの全ての薬屋さんにそのおじいさんの薬がいつも置いてあるように、国は薬事行政をきちんとやるように」という、国に対する命令です。ここまで面倒見るかと思った。おじいさんは、この薬屋さんのことしか言ってないですよ。別にコスタリカ中の薬屋さんのことなんか、言ってないですよ。でも判決はおじいさんの身になって、全ての薬屋さんがそのおじいさんの薬を置いておくようにという判決を下している。ここまで司法が、訴えた人々、つまり市民の立場に立つ。日本の司法と全然違うと石塚さん、思いませんか？

◆石塚

そうですね。日本だと、そこまで求めてないのだから判決には出ないかなって簡単に思ってしまうのですが、それじゃ駄目だっていうことなのではないでしょうか。

◆伊藤

そういうことですね。ここに流れている精神って、いったん憲法に書かれたことは、この社会で実現されていなければならない、ということです。基本的人権、あるいは健康で文化的な生活を保障するといった憲法に書いたことは、この社会に実現されていなければならない。もしそれが実現されていないのであれば、気が付いた人が憲法違反に訴える。憲法違反の訴訟は、そのためにある。それによって、市民の力でこの社会を一步步憲法に近づけていこうというのが、憲法違反の訴訟の意味なのですね。コスタリカに来て初めて憲法違反の訴訟の意味を深く考えました。僕も一応、大学は法学部にいて憲法違反について習ったんだけど、そんな発想は全くなかった。そうか、憲法違反の訴訟は、社会を憲法に近づけるためにあるのだ。そして、それに気付いた市民がやるということは、市民一人一人が憲法を活かす存在なんだということです。日本って、そういう自覚はない。ここで目からうろこが落ちるような思いになったんですね。ああ、もっとあります。もう1個だけ、いいですか。

◆来場者

うん。

◆伊藤

コスタリカで大学生が大統領を憲法違反で訴えて、勝ったことがあります。2003年に、アメリカがイラク戦争を始めました。そのときに当時のブッシュ大統領は、世界のリーダーに呼びかけた。アメリカの戦争を支持してくれと。真っ先に支持したのが日本の小泉首相でした。同じ時に、コスタリカのパチェ

コという大統領も支持すると言った。テロとの戦いに賛成だという意味で彼は言ったのだけれど。それに対して当時コスタリカ大学法学部3年生のロベルト・サモラ君が、たった一人で大統領を憲法違反で訴えました。その判決が1年半後、2004年9月にありました。彼の全面勝利です。わが国は平和憲法を持っている。人権宣言にも賛成している。その国の大統領が、よその国の戦争を支持するなんてあり得ない。したがって大統領がアメリカの戦争を支持するといった発言は、なかったことにする、というのです。さらに、アメリカのホワイトハウスのホームページにコスタリカはアメリカの有志連合だとして載ったことに対して、ホームページからコスタリカの名前を削らせなさい、という判決でした。コスタリカの大統領は判決に従ってアメリカに連絡しました。ホワイトハウスがホームページからコスタリカの名前を削ったという連絡が、当時のパウエル国務長官からコスタリカと、このロベルト君自身にも入った。こういう国ですよ。面白いと思いませんか？

#### ◆石塚

いや、面白いというかすごく積極的と言いますか、非常に市民的な、そういう感覚を感じますね。ところで今回の司法シンポジウムのチラシ、皆さんのお手元に行ってると思うのですがけれども、こちらには四つ写真が載っています。コスタリカの最高裁の憲法部が、左上です。これは伊藤さんから提供いただいたものなのですが、それから、その下がGermany。ちょっとこれ画像が粗いのですが、これがドイツの連邦憲法裁判所です。それから右上が韓国の憲法裁判所。右下が日本ということになっています。コスタリカ以外は埼玉弁護士会司法問題対策委員会の者がたまたま行ったときに撮ってきたものなのですが、これを見ると日本の裁判所だけ妙に閉鎖的に見えます。これ、あえてそれを狙って撮ったわけではないのですが、そういうふうに見えるという写真があると思います。

#### ◆伊藤

この写真を見て思うのは、コスタリカの裁判所はガラス張りです。ほかの国は、みんな石造りで重々しい。それから道路から玄関への距離。コスタリカはすぐですよ。ほかの国は道路から玄関までかなりの道があり、日本の場合は森で隠されているような感じがあります。建物が中身を象徴しているような気がする。

#### ◆下永吉

ちょっと、すいません。いったん、ちょっとこの建物話が出たところでなんですけど。ただこの日本の最高裁、撮影してきたのが実は私でして、灼熱の、も

う四十何度の気温があった真夏の日に撮ってきたので緑もすごいたくさん茂って。本当はもうちょっとうまく正面から、木の邪魔にならない所から撮りたかったんですけど、ちょこっと入ろうとしたら3人の警備員に取り囲まれて、石畳2枚ぐらい踏んだだけですごく怒られながら写真を撮ったんです。ちなみに伊藤さん、コスタリカはこれ、この最高裁判所憲法部、この道路から近いこの建物には誰でも自由に入れるのでしょうか。

◆伊藤

ここに入って訴えをするわけですから、誰でももちろん入れます。訴えをする人はここにトコトコと行って行く。そこに窓口がありますから訴える。いつ行っても大体3、4人ぐらいは訴えをする人が並んでいます。だから拒むどころか、どうぞ入ってくださいという姿勢です。

◆下永吉

もう日本の最高裁判所の、建物どころか表の石畳2枚踏んだだけで怒られた私からすると全く信じられない話ですけれども、今までの伊藤さんのお話からすると随分と利用者である国民にとっての利便性とか、あと権利保障にすごく配慮しているという印象を受けます。逆になぜそういうことができるのか。例えば日本ですと財政上の問題だとか、いろいろ政治上の問題だとかそういう余計なことが入って、思惑とかが入ってきそうなものなんですけど、コスタリカの最高裁憲法部はそういったことは一切、そういう政治的なうんぬんとかそういうことは何も、あまり考えてないのでしょうか。

◆伊藤

財政的とか政治的という発想は、上からの発想ですよ。管理する発想です。なぜ憲法違反の訴訟のための組織があるのかというと、国民の人権を守るためです。つまり下からの発想です。その政治とか財政とかは、政治家が国民を管理しよう、それに当たっては金がない、そういう発想じゃないですか。コスタリカは、人々の人権を生かすためにはどうしたらいいかという発想に立つわけですよ。そこに金を出そう、ということです。ちなみに先ほど軍隊をなくしたと言いましたが、ただ軍隊をなくしただけじゃなくて、軍隊をなくして浮いた軍事費をそっくりそのまま教育費に変えました。こういった発想が、そもそも日本とは全然違う。

◆下永吉

なるほど。ということで、随分とそういう下からの目線でいろいろと捉えてい

るコスタリカ、そして日本はどうもそうではないと。そして最高裁判所も、もう建物のこのビジュアルからしてもそうだし、実際に国民である私も容易に立ち入ることもできないと。

特に、普通の通常裁判所は国民、立ち入ることができますけれども、最高裁判所は容易に立ち入ることすらできないし、かなり秘密に包まれた感じというのが、実務家の私としてはすごくそういう印象を受けているのですが、瀬木さん、お待ちせいたしました。これは、こういった秘密に包まれた感じというイメージ戦略みたいな感じで、これは何か裁判所の意図があってやってる、こういう意図が何かあるのでしょうか。そのあたりについて、教えていただけますでしょうか。

#### ◆瀬木

そうですね。世界にはいろんな国がありますが、コスタリカの今のお話っていうのは随分開かれているというか、ちょっと特別なのかなという気がします。どこの国でも、裁判所というのは、国民からある程度遠いという部分、つまり、権力チェック機構であり同時に権力補完機構でもあるという側面をも持っています。

たとえばアメリカの連邦憲法裁判所にもその両方の側面がありまして、1960年代のウォーレンコート時代なんかには非常にチェック機構という面が強かったのですが、現在はかなり補完のほうへ来ている。

でも、日本の裁判所は、その中でもあまりにも権力補完機構的な側面が強過ぎるんじゃないかというのが、僕の考えです。バランスがあまりにも悪過ぎるのではないか。

外から立ち入りにくいというような点もそうですね。確かに、私が『黒い巨塔 最高裁判所』〔講談社文庫等〕という小説を書いたときに最初と最後に正門の描写をしてるんですけど、あの正門っていうのは、人っ子一人いない非常に広い空間がその奥にあって、そこからは入れないという雰囲気はありますね。実際上は、最高裁判事以外は、そこからは入らない。見学者は入れるんですけども、見学者というかたちでしか入れないと。

で、少し議論を先取りしてみますと、そういう面も含めて、裁判所というのは本来は権力チェック機構として非常に大きな力を持ち得るわけですが、だからこそ、権力の側としては牙を抜いておきたい。その牙を抜いておきたいところから、裁判所が、非常に閉じられた、周囲の世界から隔絶した世界になっているということですね。裁判所の中核にいる人々も、おおむね権力者に近い考え方です。

ですから、それが反映してああいう建物にもなっている。この建物はできた

当時建築家たちの間で非常に評判が悪かったのですね。全く開放性がないというか、要塞（ようさい）みたいな建物なのです。まあ、法律家には自画自賛する人もいますが。

いずれにせよ、最高裁があまり開放的でないということには、そういう非常に深い背景があることは間違いないです。特に、日本の場合には、そのことが言えると思います。

#### ◆石塚

ありがとうございます。最高裁に関しまして、私もちょっと今、思いついたことがあります。埼玉弁護士会では速記録問題対策委員会っていうのがあります。実はこれ、全国で埼玉弁護士会にしかないのです。速記官の養成っていうのは裁判所は今、やめちゃってるんですね。これは政策的にやめてるんです。速記録がなくなってしまうと客観的にこれを記録する人がいないってことになりかねませんので、埼玉弁護士会で速記官の養成を再開してくださいっていうことを運動してまして、毎年、最高裁判所に各年次の会長、副会長とともにわれわれは行くんですけども、必ず最高裁判所では裏口に通されるんですね。裏口に通されて、入った所にすごい小さな部屋があって、そこに無理やり入れられてみたいな感じで、ここで対応してあげますみたいな、もう本当、対応してあげますなんですよ。それで無味乾燥なやりとりして、伝えますとか、いろんなお願いしても上のほうに伝えますみたいな、それで帰す。その次に最高検、行くんですね。最高検行くともうちょっと対応が良くて、一応表門から入れてくれるんですね。表門の脇にある会議室に入れていただいて、恐らくそれなりか地位のある方に対応していただいて、どうしても無味乾燥でってことにはなっちゃうんですけども。瀬木さんのお話とか伺って、少し私、思い出したことがあるので勝手にしゃべってしまいました。

#### ◆畑尻

すいません。一言よろしいでしょうか。

#### ◆石塚

どうぞ。

#### ◆畑尻

今、最高裁判所の建物に関してかなり評判が良くないということなのですが。私、ちょっと最近のエピソードをお話したいと思います。私が所属する「ドイツ憲法判例研究会」という研究グループは、ドイツの憲法研究者、連邦憲法裁



判所の裁判官たちと共同研究を行っていきまして、今年も9月に東京で開催されたシンポジウムのために裁判官を含めてたくさんのドイツ人研究者が来日されました。9月17日、暑い日でしたが、シンポジウム参加者がそろって、最高裁判所を見学しました。正面入り口の階段を上がって建物に入りますと天井の高いすごく広いホール、ロビーというか大きな空間があつてそこから正面に大法廷、小法廷あるという配置です。その大ホールで、最高裁判所の係の方が、実はこの大ホール、何のためにあるかという、ここは人々が自由に集うために作られた、と説明されました。今、たくさんの守衛の方に見守られながら建物に入ったわれわれとしたら、その説明、少し腑に落ちないところがありました。

後日、『美の巨人』というテレビの美術番組があつて、そこで「最高裁判所を作った男」というタイトルで、岡田新一という建築家の方が紹介されているのをたまたま目にする機会がありました。この番組は、その岡田新一氏がどのような気持ちを含めて最高裁判所を作ったのかを解き明かすという趣旨のものでしたが、この大ホールの話も出ました。なぜ岡田氏がこのような大きな空間を作ったかという、古代のヨーロッパでは、森の中の大きな広場でさんさんと光が注ぐ太陽の下で裁判が行われていたという故事・伝説があるそうで、これがどこまで本当かどうか分かりませんが、そういう故事・伝説に則つてそれを建物に反映させた。だから岡田氏自身はそういうかたちで民衆に開かれた、あるいはまさに太陽が注ぐ森の中で裁きが行われるという開かれたイメージで作ったそうです。問題はそれを、今皆さんがおっしゃったようなかたちで、閉鎖的に運用していることです。岡田新一氏が建築家として最高裁判所の建物に込めた意味っていうのは、司法は開かれるべきではないかということではないかと思うのです。そのような運用ができてないってことです。この建物のエピソードは、恐らく今日のシンポジウム全体に共通する問題、つまり制度とそれを運用する人の問題と通底するのではないかと思ったので、あえてちょっとお話ししました。

#### ◆石塚

ありがとうございます。このコスタリカについては今の伊藤千尋さん中心にお話をいただいているとこなんですけど、もう一度瀬木さんと畑尻さんから、コスタリカのところに伊藤さんの話を受けてコスタリカの裁判所に対するイメージ、もしくはそれをさらに日本についてはどう思うのかのあたりを、少しお話しただけだと思います。瀬木さん、お願いできますでしょうか。

#### ◆瀬木

お話を伺って、あまりにも日本の制度と違うし、既成のほかの制度ともかなり違うように思ったので、実際に行ってどういうふうに行っているのか見てみたいなと思いました。

たとえば元裁判官、学者としてふっと思うところは、判決の実現を具体的にどういうふうに行うかということと、それから、それによって利害の衝突する人たちが当然出てくるわけで、その人たちの紛争についてどういうふうに調整をつけていくのかといったようなこと、それが非常に興味のあるところですよ。実際にどういうふうに行っているのか、見てみたいなという気がします。

◆石塚

ありがとうございます。では畑尻さん、お願いします。

◆畑尻

私はコスタリカの話聞いて、エピソードとしては面白い、しかし、日本と簡単に比較できないという感覚があります。コスタリカがこうだからすぐに日本に導入するというのは、それはちょっと難しい。一般的に、一つの非常に興味のあるエピソードとしては素晴らしいけども、それ以上でもそれ以下でもないという印象があるかもしれません。しかしながら、比較憲法では、当然アメリカはアメリカの固有の事情、あるいは日本は日本の固有事情、そしてドイツはドイツの固有事情があって、その個別性だとか特殊性を抜きにして、ドイツではうまくいっているからじゃあこれを採用しよう、アメリカがうまくいっているからこれを取ろうとか、あるいはコスタリカがこうだからこれを取ってこようという議論、これはあまりにも乱暴です。比較憲法で重要なのは、その固有性、個別性の中に普遍的なものを見いだすということです。今日のお話の中でとても私、重要だと思ったのは、これはドイツにも共通するのですが、憲法というものが日常生活の中に生きています。つまり憲法が国家行為を判断するための基準、ルールとして、日常生活の中に根ざしているということです。あとで、なぜドイツでは憲法裁判が活発なのかという問題が出てくるとは思います。もちろん憲法裁判所の裁判官自身の積極性もあるとは思いますが、やっぱりそれを支える国民の積極的な、憲法を基準として国家行為を判断するという行動様式があるという、これは、コスタリカとドイツとは全く違う国ですけども、そこに共通のものがあるという印象を受けました。

◆石塚

ありがとうございます。最後にコスタリカに関してなんですけれども、非常に参考になる、最高裁判所憲法部ですけども、こういう非常に独特な雰囲気を持

つ憲法部ができた歴史的背景が何かあったんでしょかっていうところを最後に伊藤さんにお話しただいて、コスタリカについては終わりにしたいと思います。お願いします。

#### ◆伊藤

その前に、もう一つ。さっき言い忘れたことがあります。訴訟をするとき訴状が必要です。なぜ自分がこういうのを起こすかという書面です。それを小学生はどうするのかと思って、コスタリカの裁判所で聞いてみたんですね。そしたら、そんなもの、ちよろちよろでいいって言うのです。ちよろちよろって、どの程度をちよろちよろって言うのかって聞いたら、今まで一番ちよろちよろだったのは、ビール瓶のラベルをはがしてその裏に書いて出したと言うのです。あるいは朝早くやって来た人がフランスパンを抱えてきたけど、パンを包んでいた紙をちょっと破ってそれに書いて出したと言うのです。そんなもので、いいんですか、と聞くと、「全然構いません。書式なんか、どうでもいい。紙なんか、どうでもいい。言いたいことが伝わればいい」と言うのです。何が書いてあればいいのか聞いたら、その人の名前と訴える相手の名前、何が不満なのかの概要。憲法第何条違反とか、そんなの全然要らない。あとは家の連絡先、これさえ書いてあればいい、と言うのです。これだったら小学生だって書ける。先ほどからちょっと変わった国だと思われるでしょう。でも、これって人類の普遍的なことではないですか。本当に人権を大切にしたいと思ったら、こういう国になるのだろうと僕は思う。人権で大切なことでもう一つ言うと、訴えるときの言葉をどうするか。さっきコスタリカはスペイン語だと言いましたが、別にスペイン語である必要はないのです。例えば僕が日本語で訴えてもいいと言うのです。なにせこの国は、難民を100万人受け入れているのです。世界が今、難民を排除しています。そういう中でこの国は、この10年間で難民を100万人受け入れました。難民っていろんな言葉、話すじゃないですか。そういう人たちがわざわざスペイン語を勉強して出さなきゃいけないとなると、大変です。その人の言葉でいい。翻訳は最高裁判所の中でやるのです。そこまで人権に配慮している。素晴らしいと思うことが現にやられている。だったら日本だって、そういう国になれる。コスタリカは小さな国だからできる、ってよく言いますが、小さな国ができることだったら大きな国はもっとできるじゃないですか。僕はそう思う。こういうことを現にやっている国が同じ地球上にある。だったら、日本もそうやれる、あるいはそういうふう近づけることができると思う。この国が憲法法廷を作ったのは比較的新しく、1989年です。韓国よりあとです。憲法違反の申し立ての仕組みがそれまでばらばらだった。法の統一性が取れてなかったというのが、法律家の間でずっと問題になってい

た。それを一本化し、憲法判断は憲法法廷がやると決めようと合意したのが1980年です。そこから議論を進めて9年後、1989年に憲法を改定し、憲法法廷を導入した。それでどんな効果があったのかを僕は聞いてみた。最高裁長官が、こう言っています。「憲法に含まれている価値や原理を引き出すために、この憲法法廷は創設された」と。一番の役割は、市民が国の機関に対して人権に関する訴えを直接に行えることだと言うのです。最高裁の広報担当が、こう言っています。「人間の尊厳と権利、基本的な人権、基本的な自由を守るため。最高法規としての憲法を保障し、法に頼ろうとする人々を効果的に守る」と。少数派を守り、正義を国の住民全てにもたらし。職権の乱用から市民を守り、憲法の規範を生かす。これが憲法法廷を置いた理由だと言うのです。さらに、この広報官がこうも言った。「憲法裁判所の仕組みを作るまでは、コスタリカでも憲法違反の訴えはとても少なく、憲法違反の事例は数えるほどしかなかった」と。日本と同じなのです。ところが、憲法法廷を置いてから国民が憲法を活用するようになった。「それまではコスタリカでも憲法は、図書館に飾ってあるようなものとしか思われてなかった。国民は憲法を使っていなかった」と言うのです。1989年に憲法裁判所の仕組みを取り入れてから、国民が憲法に目を見開いて使うようになった。だから、これを活用すれば日本でも、国民が憲法を使うようになるかもしれない。少なくともコスタリカではそうなったということ、われわれは頭に入れたほうがいい。そういうチャンスがあるのなら、こういう仕組みを取り入れることが、日本で憲法を市民に根付かせることになる。この国では、外国人でも憲法違反の訴訟を起こせる。外国人が自分の国の言葉でコスタリカの憲法違反の訴訟を起こす。私はこのコスタリカで人権を守られていないと思ったら、自分の国の言葉でそれを主張できる。こういう国が世界に一つぐらいあってほしいと思いませんか？ 実際、あるのです。

#### ◆下永吉

では、コスタリカのいろいろなお話、伊藤さん、どうもありがとうございます。では次にコスタリカを検証したところで、次にドイツにいてみたいと思います。先ほどのお話にもありましたが、ドイツには通常裁判所の系列とは別に憲法裁判所が設置されていると。ではここで畑尻さんに教えていただきたいのですけれども、通常裁判所の系列とは別に憲法裁判所がドイツでなぜ設置されているのでしょうかということについて、お願いします。

#### ◆畑尻

歴史的な背景を簡単に言いますと、やはりナチズムの反省と申しますか、法治国家体制の再建というのが一番大きな要因だと思います。1949年に公布さ

れたドイツの憲法であるボン基本法、その主たる目的の一つは、ナチズム体制の克服です。ですから基本法の冒頭の第一条には「人間の尊厳は不可侵である」と書かれています。つまり、ナチズム体制において人間の尊厳が踏みにじられたという歴史的な経験があって、それを踏まえて戦後の憲法の最初の文章が、「人間の尊厳は不可侵である」ということになります。同じように、やはり1919年、当時、世界で最も民主的であるといわれたワイマール憲法の民主的な制度を総動員してナチズムが台頭し、そして最後は政権を奪ってワイマール憲法を終焉に追い込んでしまったという、そういう経験がありますので、ワイマール憲法のときには「憲法の番人」をしっかりと作らなかったことが問題だという、そういう反省の中でナチズムの克服、法治国家の再建ということを目指してボン基本法が作られ、そしてまた連邦憲法裁判所が作られたのです。したがって、ドイツの連邦憲法裁判所は1951年に活動を開始しましたが、ちょっと遅れてイタリアがそしてそのあとスペインがという形で、憲法裁判所を作った多くの国は、やはりその最大のねらいは、それ以前の不法国家に対する反省の中で法治国家を再建するということだったと思います。1990年代に、東欧革命のあとのポーランドだとか東ヨーロッパ諸国が、あるいはロシアもそうですけども、憲法裁判所を作ったのもそういう意味があると思います。

◆下永吉

ありがとうございます。ここで今日お配りしている封筒の中に入っている資料の中に、大きい紙で表になってるものがあると思います。これは冒頭、基調報告で申景秀弁護士からもご報告ありましたように、この埼玉弁護士会、司法問題対策委員会では、各国の違憲審査機関の調査をして、さまざまな文献を読んでまとめたというのがこの表なんですけど、本日畑尻先生から誤りがあるというご指摘を受けまして、ドイツのところのドイツの任期、これは憲法裁判所の裁判官の任期のところでは12年、括弧、再任可ってこれ書きちゃってるんですけど、再任不可というご指摘をいただきましたので、こっち、ここで訂正をさせていただきます。12年、再任不可ということでした。

◆伊藤

ついでに、いいですか。このコスタリカのところは空白になっているので。

◆石塚

はい。これはちょっと、われわれのほうで調査しきれなかったもので、もしよろしければ。

◆伊藤

コスタリカの補助機構の人数が空白になっていますが、これ 60 人です。で、60 人というと隣のドイツとよく似ていると思われるでしょうけど、コスタリカは人口規模が 500 万です。ドイツは 8000 万人です。人口がドイツよりも格段に少ないコスタリカでもドイツと同じ規模の調査官を置いている。それだけたくさんの調査官を置いているから迅速に審議が済むのです。もう一つ、資格のところも空欄になっていますが、これは 35 歳以上です。法曹資格があって 10 年以上、法律業務の実績があると、こういう人がなれます。

◆石塚

ご指摘、ありがとうございます。われわれとしてもさらに勉強になり、表が完成に近づいてありがたいと思います。それで今、畑尻さんのほうから、憲法裁判所については法治国家の再建ということで、そういう意味合いがあって憲法裁判所が設置されていった、そういうお話がありました。ドイツの憲法裁判所の裁判官というのは、実際のところどういう人たちが裁判官になっているんでしょうか。畑尻さん、お願いします。

◆畑尻

今お手元に開いていただいている表ですけど、連邦憲法裁判所は第 1 法廷と第 2 法廷がそれぞれ独立をして審査をして、双子の裁判所といわれています。第 1 法廷、第 2 法廷がそれぞれ 8 人で 16 人になります。その 16 人の内訳ですが、簡単に言うと、任命手続きとしては、連邦議会と連邦参議会がそれぞれその議員の 3 分の 2 の多数によって選出し、大統領が任命するというかたちになります。したがって特別多数の 3 分の 2 が要りますので、3 分の 1 以上の少数派も憲法裁判所の選出について影響力を行使することができます。実際問題としては政党が支持するとか推薦するとかで、一人一人の裁判官はかなり政党色がはっきりしています。ただ 3 分の 2 必要ですので、全体としてはほぼ連邦議会や連邦参議会の構成比率になっています。簡単に言うと、ドイツの憲法裁判官の政治的中立性は一人一人の政治的中立ではなくて、16 人が全体としては議会の構成とほぼ同じようになるというかたちで確保されるというのが第一です。もちろん各裁判官が特定の政治的な立場から判決を下すということはありません。むしろ政党色が明確なだけにそれだけ判決には強い論理性が求められるのです。具体的にどういう人が選ばれるかといいますと、法律でこの 8 人の中で 3 人ずつ、これはいわゆる職業裁判官でなければいけないという規定があります。憲法裁判所以外にドイツは五つの連邦の裁判所、通常裁判所、行政裁判所、財政裁判所、労働裁判所そして社会裁判所がありますが、その五つの裁判所の裁判

官の中から3人の裁判官が選ばれます。したがって8人から3を引きます残りが5人ですが、この5人のうち4人が、これ第1法廷も第2法廷もそうですが、これがいわゆる教授裁判官、学者裁判官です。つまり前職、現職の大学教授、特に憲法・行政法の先生です。これはドイツの憲法裁判所の大きな特徴です。

#### ◆石塚

ドイツの憲法裁判所には、裁判官のうち半数が現職もしくは元学者の方と。しかも憲法とか行政法を専攻としていたと、そういうお話がありました。翻って日本なんですけれども、日本では内閣が任命するというかたちになっているんですけれども、じゃあ実際問題、どういう人が最高裁の裁判官になっているのか、その構成も含めて畑尻さん、お願いします。

#### ◆畑尻

最高裁判所のホームページ見ますと、15人の裁判官の経歴が載っています。その経歴のどこで線を引くかによって2、3名微妙ですが、ざっくり言いますと15人の裁判官のうちの6名がいわゆる職業裁判官出身です。弁護士出身が3人で、検事が2人、そして官僚が2人、法制局長官であった方と外交官の方です。そして前職が教授だったの方が2人いらっしゃいます。2人とも憲法・行政法ではありません。ついでに申しますと、1947年、最高裁判所が発足してから今年まで、歴代の最高裁判所の判事が、数えますと180名います。その180名のうち、前職が教授だった裁判官は14名です。ですから180の中で14名ですから、これはあまり多いとは思えません。もっと大事だと思うのは、憲法学者がこの中で一人しかいない。つまり180名の中で憲法学者は歴代、伊藤正己先生お一人だけです。ただ伊藤正己先生も東京大学では英米法を講じておられました。180名の中で歴代で一人しか憲法学者出身がいないということは、最高裁判所が、「憲法の番人」と言われていることからみてもしっかり認識しておかなければなりません。

#### ◆石塚

ありがとうございます。今、畑尻さんからは日本における最高裁判所の人的構成、最高裁判所判事の人的構成のお話をいただきました。畑尻さんも少し誰をどう分けて言うかで悩むところが出ていうお話がありました。個人名は出しませんが、ただ実は学者の2名の方のうち1人は、実は弁護士ではないかという話もある方でございます。今それを踏まえてのお話、伺いました。そうすると、今のお話の中で職業裁判官は6名いると、そういうことなんですけれども、ここで瀬木さんにお伺いしますが、日本の最高裁判所の職業裁判官

というのは、どういう人がそこまで、栄華を達するというか出世するんでしょうか。瀬木さんの『絶望の裁判所』からの出典ですが、最高裁判所の事務総局という所がかなり影響力を握っていると、そういう話もあるのですが、このあたりの実情を教えてくださいませんか。

#### ◆瀬木

日本の裁判所の特殊性ですね。これは本当に、先進諸国の中ではほかにあまり例がない。韓国も日本にならったような裁判官システムだったんですが、あまりにも腐敗が激しい、問題が大きいということで、最近法曹一元制度に切り替えました。法曹一元っていうのは、弁護士等を含め法律実務を相当程度・期間やった人の中から裁判官を選ぶという制度です。

日本の場合は裁判官は司法研修所の司法修習生の中から選ぶわけですが、これはもう最高裁の人事局が全て決めていて、その内容は一切明かされていません。そして、そのシステムの中でもだんだん上がっていくというかたちを採ってしまっていて、これ行政官僚と全く同じなんですね。

戦後にアメリカがなぜこれに手を付けなかったか、アメリカの関係者がこの点になぜ気付かなかったのかということは非常に不思議に思われるんですけども、一つには、アメリカ人にとっての「裁判官像」というのがアメリカの裁判官を基準にしてできていたので、日本のことがよく分からなかったということがあると思うんです。もう一つ、日本の裁判所の中には、法律家の間で最初の最高裁判事を選び出すときからいろいろ問題などありまして、「この、ムラの政治みたいなものは非常に恐ろしいものである」ということをアメリカの担当官が言っている。つまり、そのころから制度が非常に不透明だったわけです。

で、一番問題なのはだんだん上がっていくということで、これは裁判官のシステムとしては非常にまずい。つまり、だんだん上がっていくということになると、常に上を向くことになるわけですね。

ほとんどの国がそうだと思いますけれども、ある裁判所に任命されたら、その裁判所でずっとやる、欠員ができたなら適切な人の中から選ぶというのが国際標準。いわゆる下級の裁判所から上級のそれへ移るということも中にはありますが、基本は先のようなもの。

日本のシステムは、これ、相撲の番付と同じなんですよ。下からだんだん上がっていくような、そういう非常に細かい層を作って、それで出世していくというシステム。この出世という言葉自体が、そもそも裁判官には極めてふさわしくない。

ところが日本の最高裁判事というのはそういう出世のシステムを全部くぐっていく人ということになりますので、ある時代からもう、事務総局経験者で、



しかも事務総局の経験が非常に長い人以外はほとんどいないという状況になっていますね。

もう一つ言えることは忖度人事です。最高裁の裁判官の忖度人事というものがあリまして、それぞれの忖度の人をそれぞれの母体が決めてるんですけど、これまた非常に不透明で、能力の審査とかちゃんとやってるのかという批判が多い。その母体に基本的に任されてるわけです。で、私の見るところでは、2000年代以降むしろ悪くなっている。昔は、少なくとも法的能力、といっても形式論理を操作する能力という意味での法的能力、つまり優等生としての資質ということなんですけど、そこは少なくとも一応保障していた。その審査はあったんですが、近年は最高裁長官が自分に近い人を選ぶという傾向が強くて、能力面からしてちょっとどうなのかという事態になっています。実際には日本の最高裁というのは元職業裁判官が中心メンバーですので、そうした人事には非常に疑問があります。

それから各界のメンバーについても、かつてのほうがそれぞれの母体で本当に優れた人を最高裁判事に出そうという機運があった。その中で少なくとも能力の高い、法律の分かる人を出そうとしていましたけれども、今どうなのかということですね。現政権と、あるいは自民党と関係の深いような人がなっているのではないかという批判の出る例さえあります。そういう意味ではこの出世ということが非常に問題で、ここで常に上を向いている人、それから絶対に最高裁にマークされるようなことはしない人、これはもう判決はもちろん論文を書くことまで含めて、そういうことをしないという人しか上がれないというシステム、これは、先進諸国の中では極めてまれです。非常に問題が大きいし、しかも2000年代以降、その問題はむしろ前よりも大きくなっているんじゃないかというふうに私は思っています。

#### ◆石塚

ありがとうございます。今、瀬木さんから職業裁判官の、これは出世というのはおかしいわけですが、裁判官がどうやって出世していくのか、その出世の内容が非常に不健全ではあると、そういうご指摘がありました。ここで畑尻さんに伺いますが、この日本では、いいか悪いかはともかくとして、そのような裁判官の出世システムがあると。ドイツの憲法裁判所の職業裁判官もいらっしやると思うのですが、その方はどうやってそこまでたどり着くということなんでしょうか。瀬木さんがおっしゃった、日本の裁判所のような出世システムの中で上がっていくのでしょうか。

#### ◆畑尻

二つあると思います。憲法裁判所の裁判官に関しては、これは先ほども言いましたが、議会が選びますので、基本的に職業裁判官のピラミッド体系がどうこうっていう、その出世のすごろくで上がるという、そういうことはないと思います。もう一つ、ドイツは連邦制を採っていますので連邦の裁判所と、州、ラントとありますが、州の裁判所は全く別系列で、連邦の裁判官と州の裁判官も別です。80%とか70%は州の裁判官のようですけども、基本的には一つの州で試験を受けて受かると、ほかの州でも採用される可能性があります。そして、ドイツの場合は基本的に公募制です。一つのポストが空きますとそのポストに対して公募します。そして連邦ですと連邦の各大臣、例えば法務大臣や、労働裁判所であれば労働大臣が、裁判官選出委員会と共同して決定します。その裁判官選出委員会は、それぞれの専門分野を所管するラントの大臣と連邦議会によって選出される同じ数の委員で構成されます。ラントの場合、ほぼ基本的には同じです。つまり公募制を採り、そして選出については大臣と議会だったり議会の議員であったり、場合によっては市民がそこに参加するというかたちになります。したがって、いわゆる出世すごろくみたいなかたちで上に上がってあがりという、そういう一元的なシステムをそもそも採っていませんので、瀬木先生がおっしゃったような、出世という感覚はないと思います。その裁判所に行ったら、恐らくそこにずっといて、ほかのポストが空いたらそこに応募したければ応募すると、そういうかたちを採っていると思います。

#### ◆石塚

ありがとうございます。ドイツと日本の最高裁判所もしくは憲法裁判所、もしくは通常裁判所の裁判官についてお話しいただきました。日本では、瀬木さんのおっしゃるように、上ばかり見るというところでヒラメ裁判官なんて話もありますけれども、もう一つ瀬木さんからご指摘があったのは枠の問題、そして出身母体の問題という話がありました。実は先ほど畑尻さんからもお話しいただいたように、少なくとも今の最高裁判所の中で弁護士出身は3名いるということになるわけですけども、実はこのうちの二人の方は極めて大規模な事務所、四大事務所なんてわれわれは言ったりしますけれども、東京で何百人も抱えてるような企業相手の法律事務所の出身の方がなってます。もう一人は何とか学園の関係の方とうわさされてる方ですけども、その3名なんですけれども、こういう大きな企業の顧問弁護士とかだけなってるような状況について、出身母体の問題ではあるんですけども、瀬木さんのほうでその資質だとか能力だとか、その辺について何か、弁護士出身の裁判官について思うところありますか。

01:45:37

◆瀬木

一般論としてですが、昔の話からしますと、私が判事補だったころの人は、ボスのいろいろな勤めてきた人で、判決を書いたりするのはあんまり得意ではないという傾向はありました。あとは性格次第ですね。性格が良ければ当たりもいいけど、性格が悪いと非常に専制的に振る舞うと。残念ながら、いい評価はそれほど聞かなかつたですね。

その後のことを考えてみると、中には非常に優れた人、私が見るところでも尊敬できるような弁護士がなられたっていう例もありますけれども、ごく一般的に言うと、学識、経験、それから広い視野、パースペクティヴやヴィジョン、そういうものを非常によく備えた弁護士がなっているとは必ずしも言いにくいんじゃないかというのが正直なところなんです。この辺は、本当に弁護士、弁護士会にしっかりしてもらいたいと思うところで、弁護士会というのは民の代表でもあるわけですから、そこで選出するのにムラの政治的なことをやってもらっては困ると。誰もが認めるような人で、かつ最高裁の流れにさおさすことのできるような弁護士がなるのでないと、結局、弁護士、弁護士会も全体として国民、市民の信用を得られないんじゃないかと、そういう感じを、私は、正直に言えば持っています。

日本の司法、だんだん良くなってほしいんですけども、私も、元裁判官、今学者、著者として切にそう思うんですけども、そうなっているとは言いにくいような状況がある。

◆石塚

極めて弁護士会に対して厳しいお話をいただいて、ありがとうございます。今日、会場の中には弁護士もたくさんいると思いますので、今後皆さん、一緒に頑張っていきましょうというところがございます。日本の最高裁判所の裁判官の構成や人選について、今のお話を踏まえてお三方から一言ずつだけ、ちょっと時間の問題があるので一言ずつになってしまうんですけど、取りあえず一言いただければと思います。まず畑尻先生をお願いします。

◆畑尻

私は、別に自分が研究者だから研究者がいいとは思いません。それにしても、今言ったように歴代 180 名の中で一人しか憲法学者がいない、違憲立法審査権、憲法を基準に国家行為を判断する権限が 15 人の裁判官に与えられているその裁判官の累計 180 人に一人しか憲法研究者がいないというのは、やはりこれ

はかなり大きな問題であろうと思います。ある最高裁判所の判事がお辞めになったあとで回想録を書いておられて、やはり、各法廷一人ぐらいは憲法学者、公法学者がいてもよいのではないかとおっしゃっています。もと職業裁判官の方の発言だけに一層説得力があります。もちろん学者が入れば良くなるかどうか分かりませんが、入らなければとにかく始まらないと思います。

◆石塚

次に、では伊藤さん、お願いします。

◆伊藤

今のお二人の話を伺って、なぜ最高裁が保守的な判断ばかり下すかが、よく分かります。要するに今の最高裁を構成する裁判官は、今の政治制度、社会制度を維持するための人々がいるわけです。

彼らは、エスタブリッシュをそのまま肯定するために存在している。日本の保守的な仕組みを維持するためにいるのが今の裁判官である、最高裁の裁判官である。だから、そこからは革新的な発想が出てこないということが、よく分かりました。コスタリカの場合で言うと、7人の憲法裁判所の裁判官がいますけど、大半が憲法問題の大学の先生です。元大学の先生あるいは憲法の本を書いている人ばかりで、要するに憲法の専門家です。日本の場合、憲法の専門家でもない人が憲法の判断を下すっておかしいと、単純に僕は今思いました。要するに憲法によって判断を下しているのではなくて、政権に沿った発想で下している、そういう機関にすぎないということがよく分かった、という気がします。

◆石塚

では瀬木さん、お願いします。

◆瀬木

これは下級裁判所もそうですし最高裁もそうですけれども、全体として開かれたかたちで選ばないと。

たとえば、ヨーロッパの、オランダやベルギーのような小国で、法曹一元の本格的な導入と並んでやっていることですが、基本的に、最高裁、裁判所からは一応離れた委員会等を構成して、そこでガラス張りでするということですね。一つは能力の審査であり、もう一つは広い視野とかいろんな、ほかの部分も含めての審査だと思います。

専門家は大切だ、確かにその通りです、憲法裁判所ということになれば憲法学者が入ることは当然だと思います。ただ、専門家だからこその狭さという

ものもあるわけで、やはり全体的に見ているんな意味で視野の広い、また洞察力の深い人、人権感覚があって能力が高い人を選べるようなシステムにしないと。

たとえばアメリカだと、まだアメリカが良かった時代には、議会の審査っていうのは割合きちんとやってたんですね。ところが最近では、トランプ大統領が選んだ人なんかはかなり問題のある例も出てきて、それでも議会で通っちゃって、あまりきちんとした審査ができなくなっています。つまり、政治家に委ねていてもうまくいくというわけではない。

近年私が思うのは、はっきり言って、アメリカもそうですし、ヨーロッパも一つ一つ見ていけばいろいろ問題があって、「今では、はっきりこれをモデルにすればいい」というモデルはあまりないということです。

だから、日本としても、とにかくよく考え、それなりに透明性のあるシステムにして、少なくともいい人が選ばれるようにという最低線を守っていかないと、今のようムラの人事みたいなことをやっていると本当によくない。私も外国のジャーナリストの取材を受けることが時々あるんですけど、日本の司法に対する疑い、疑念というのは海外でも深まってきているようなのです。そこは是正しないとイケないでしょう。

#### ◆下永吉

ありがとうございます。それでは、ちょっとだいぶ時間がなくなってきてしまったんですけども、次の大事なテーマ。今までは最高裁判所のメンバーの問題をお話いただきましたけれども、次には違憲判断の数について教えていただきたいと思います。憲法判断が少ないというのは先ほどの基調報告でもしつつありましたけれども、憲法判断は少ない、そしてさらに違憲判断となると、つまりこの法律そのものが違憲だっていう判断はもっと少ないと。一方でドイツは多いということが基調報告や、あと今日お配りしている先ほどの間違っていたり空白があったりするあの表の中でも分かると思いますが、まずドイツにおいて違憲判断の数が多いという理由や背景について、畑尻さん、教えてくださいませんか。

#### ◆畑尻

大変難しい質問です。その前に、違憲判決が 700 というのはとても多いようですが、これ原文をみますと 700 の規範と書いてあります。ですから 700 の法律が違憲となるということではなく、その法律の中にもいろいろな条文があって、一つの法律のこの部分が違憲となるとほかの法律のこの部分も違憲になるということなので、違憲判決が 700 件あるというのとはちょっと違うということも

念頭に置かなければなりません、それにしても 700 という数字は多いなという気がします。それでは、憲法裁判所が積極的に憲法判断をしている要因は何か、いくつかあると思いますが、やはり最も基本にあるのが、憲法裁判所に対する国民の信頼だと思います。もう何年も前（2012年8月）ですが、ドイツの有力紙、フランクフルターアルゲマイネが、有名な世論調査機関と共同して憲法裁判所に関する意識調査を行いました。そのときに、議会や政府、大統領や欧州委員会などの中であなたは何を最も信頼しますかという問いに対して、最も信頼するというふうに答えた人の割合が最も高かったのが、ドイツの憲法である基本法です。これは 78%でした。それに続くのは連邦憲法裁判所です。これは 75%。つまり、その数字でも明らかなように、ドイツの平均的な人たちは憲法を最も信頼し、その信頼する憲法を現実化している憲法裁判所を信頼していると、こういう図式が見えてきます。この二つの信頼の密接な関係がはっきり出るわけです。憲法裁判所が信頼すべき憲法を現実化している、実現している、特にそこで保障されている基本的人権に関しては、かなり積極的に判断しているということがあるから信頼するわけです。逆に言えばその信頼があるから、かなり大胆な判決を下すこともできるのです。このように憲法に対する信頼の高さ、その信頼の高い憲法を具体的に実現している憲法裁判官に対する信頼の高さ、憲法裁判官が下す判決に対する信頼の高さ、それがまた憲法に対する信頼につながっていくという、そういういわば良い循環というものがあると思います。もちろん、連邦憲法裁判所やその判決についてもいろんな批判がありますが、その積極性の背景にはこのような循環があると思います。

先ほどからコスタリカの話でも出ていますように、国民や市民の憲法に対する信頼の高さ、憲法意識の高さがあって初めて、憲法裁判所は積極的な判決を下すことができるわけです。これは決して憲法学者がたくさんいるから違憲判決が多いということではなりません。もちろんそういう面もあるとは思いますが、一番大きいのはやっぱり、先ほどのコスタリカの例でもそうですが、やはり国民の中に憲法を基準に国家行為を判断するという行動様式というのがあり、それを憲法裁判所がきちっと反映しているということではないでしょうか。

#### ◆下永吉

逆に、ドイツにおいてですけど、違憲判断が多いということについて、逆に問題点や批判とかそういったものはないのでしょうか。畑尻さん、お願いします。

#### ◆畑尻

もちろんあります。私、今かなり積極的・肯定的なことばかり言っています

が、もちろん「やり過ぎである」という批判もあることは確かです。ドイツの正式名称はドイツ連邦共和国とありますが、それをもじってドイツ連邦（憲法裁判所）共和国というふうに言うぐらいに、連邦憲法裁判所が基本法の歩みと軌を一にする形で活動しているのです。これを積極的に評価するか、あるいはやり過ぎだと評価するか、当然意見は分かれますが、先ほど申しましたように、75%の国民は強い信頼を置いているということは、これは厳然としてあります。ただしEUやその構成国の中には連邦憲法裁判所を煙たがるものもあります。EU諸国でいろんな新しい条約やいろんな制度を作ったりしますが、そうすると普通は、各国が持ち帰ってそれぞれ実施しましょうということになるのですが、ドイツのメルケル首相は必ず、国内では連邦憲法裁判所の判断があるのだという言い方するそうです。そうするとEUの幹部は、ここでもう決めたのだからもう連邦憲法裁判所はいいだろうと露骨に嫌な顔をするというエピソードもあるぐらいです。例えばフランスやイギリスは、ドイツとは違う行動様式を取っているようなので、EUやその構成国の中でも連邦憲法裁判所に違和感をもつ国も少なくないようです。逆にそれだけに、国内では、連邦憲法裁判所をドイツが過度にヨーロッパ化しないための最後の「防波堤」だとみる国民も多く、これも連邦憲法裁判所の支持率を上げている要因の一つになっています。

◆下永吉

ありがとうございます。終了予定の時間を過ぎましたが、駆け足で頑張りたいと思います。一方で日本。日本は先ほどもしつこく申し上げてますが、憲法判断そして違憲判断、少ないと。特に私は実務家ですけど、本当に最高裁判所の門戸は狭いと。上告理由とか、上告とかしてもどうせ駄目だよねという気持ちでやってるっていう状況ですけれども、そもそも本当にそれで門戸は狭いと思わせること自体、憲法保障の観点から非常に問題だと思ってるし、思っている実務家の方も多いと思うんです。で、日本の最高裁判所は違憲判断というか、そもそも論、憲法判断に消極的な理由、原因として最高裁判所のマンパワーの数とか、先ほどメンバーの資質の問題については触れていただきましたけれども、数とかマンパワーとか、その点については何か問題はないのでしょうか。瀬木さん、お願いします。

◆瀬木

日本の憲法がどのように機能してきたかっていうことで言いますと、私の見るところでは、憲法は、確かに機能したし意味を持ったけれども、あまり具体化されてはこなかった。飾りとは言わないけれども、指針ですね。行政官等に

対する指針、憲法があるからこれはできないということで抑制されるという、あるいは手続き的に公正にやるという、そういう意味での指針にはなってきた。でも、憲法が実際の国民の生活に生きるという意味では、相当に消極的だったのじゃないか。

その一つの問題として人の問題があります。最高裁の調査官の数からして本格的な憲法判断を積極的に行っていくには足りないですし、そもそも最高裁の裁判官たちがどれだけ憲法に関する感覚があるのか、それから個々の条文の問題なんかをよく理解しているのかという問題がありますね。これは、日本の法律家一般についてもいえることです。

とにかく、憲法判例の数が異様に少ないです。法律、法学、全て司法というのは判例によって発展していくって部分があるのに、そこが薄いわけです。そもそも、構造的な問題として、憲法判断が積極的にできるようなかたちになっていない。それに加えてさきほども申し上げた権力補完機構的な側面が強いので、憲法判断を果敢にかつきめ細かくやろうという機運がいよいよ出てこないということがあります。

#### ◆下永吉

では、続きまして瀬木さんにアメリカのことについてもお聞きしたいんですけども、アメリカでは日本と同じく付随的審査制、最初に出てきたお話の付随的審査制なわけですけども、アメリカにおけるこの憲法判断に対する積極性というのは、日本に比べてどうなんでしょうか。

#### ◆瀬木

これはもうアメリカという国の成り立ちの問題からして、世界でも珍しい、ある意味で憲法くらいしか共通の規範がない国ということが言えます。日本はいろんな意味で伝統的であり保守主義的でもあり、国民全体が非常に言葉本来の意味で保守的です。変えたがらない。それから伝統尊重ということ。

ところがアメリカは新しい国で、非常に進歩主義的、良い意味でも悪い意味でも進歩という概念を信じていて、かつ、常に先頭にいたい。アメリカニズムですね。

でも、社会の基盤になっているのは憲法。そして、憲法は、やはり、人権というような側面では非常によく機能しているというか、生きてきたことは間違いないです。こういう行為は違憲であるかどうかとか、私がこれをやったらどう判断されるかとか、付随的違憲審査制とはいっても、アメリカの場合は、事件性、要するにその個人がどういう権利を侵されたかということ、このことに関する要件が非常にゆるいですから、実際問題としては、連邦最高裁は連邦の



憲法裁判所として機能しています。

ところが、日本の場合は事件性の縛りが極端に厳しい。これも日本の最高裁がそういうふうにしてしまったわけで、おそらく立法時の見解としてはアメリカに近いようなものを考えていたんでしょうけれども、実際には全くそうっていない。

だから日本のような状況で憲法判断を活性化するということになるのと、たとえば、新たに憲法裁判所を作って、そこではこれまでの各国の制度を踏まえてとにかくなるべく理想的なものを作るということくらいしかないかもしれない。もしも今の最高裁を変えて憲法判断を積極的にということになると、まず機構や裁判官の人選という問題から考えなきゃいけないだろうなどは思います。

#### ◆伊藤

ちょっといいですか。僕が朝日新聞のアメリカ特派員をしたとき、アメリカで結構、憲法違反の判断が出ました。記事にも書きました。例えばアメリカでは小学生が授業のときに、星条旗の下に従うというような誓いをします。その中に、「神の国の下に」という言葉がある。その言葉を子どもたち全員に言わせるのは信教の自由に反し憲法に反するという主張をした親がいて、憲法違反の判断が出ました。国民が憲法を使うという点で、アメリカとコスタリカは共通しているし、ドイツも共通している。日本は、国民が憲法を最初から棚上げして、われわれと関係ないと思っている。そのような状況があるかぎり進まないでしょう。

#### ◆石塚

瀬木さん、伊藤さん、ありがとうございます。では最後になるんですけども、お一人お一人がコメントいただきたいと思うんですけども、日本の最高裁判所について提言や要望、このようにしたらいいんじゃないかということがあれば、一言ずついただければと思います。まずは畑尻さん、お願いします。

#### ◆畑尻

先ほどお話した三つの要素の好循環、それに対して先ほどから皆さんが指摘されているように、わが国では、憲法に対する国民の意識あるいは関心の低さ、それを反映する最高裁判所の憲法判断の消極性、その憲法判断の消極性に対する国民の無関心という循環があります。だからそれをどこかで断ち切って、逆の循環にしなければなりません。どこかから反転させなければならぬと思います。

ます。もちろん憲法裁判所をつくれればそれでいいという問題ではありません。私も、1990年代に最高裁判所に憲法問題を専門に扱う法廷（部）を設置して連邦憲法裁判所の手続の一部を導入すべきではないかと提唱したことがあります。これに対しては、いや、首のすげ替えをしてうまくいくなんていうのは思想の退化であって、それは単なる幻想交響曲にすぎないと批判されました。私は、いや、幻想交響曲ではなくて未完成交響曲だ、未完成であったとしても、とにかく新しい制度なり手続を試すべきだと反論しました。具体的に検討もしないで幻想だとか首のすげ替えが悪いといっても状況は変化しないです。もちろん憲法裁判所（部）を作ったからといって積極的に違憲判決がどんどん下されるという保証はないし、逆に合憲判決がどんどん下って、国民の憲法議論を封じてしまう危険もあります。しかしもしそういうかたちで憲法裁判所（部）が合憲判決を下すとなれば、今以上にその憲法裁判の権力性であるとか、裁判所の体制維持機能が露骨なかたちで現れますから、それに対してやっぱり国民から大きな批判が展開される。そのようなかたちで、憲法問題の議論が活性化されるということもあり、そういう活発な憲法議論を裁判所も無視できなくなるように思われます。だからとにかく問題を顕在化させるためのいろいろな試みをしていくということが大事であり、そのときも、例えば憲法裁判所（部）を作ったのだから憲法問題に関しては専門の憲法裁判所にまかせておわりというのではなく、やはり憲法裁判所（部）が判断するとしても、これが最終的な判断ではなく、それを踏まえて今度はどのように対処するのかを考えることが大切です。とにかく消極性の連関を逆転させる起爆剤として制度改革も一案かなと思います。ただし、新しい何かを作ればいいというだけではありません。先ほどから出ていましたけれども、現行の「具体的事件性」という要件を非常に狭く解釈して、今回の安保関連法案もそうですけど、どんどん門前払いをしています。これに対しては、もう少し具体的事件性の要件を緩やかに解することによって現行制度でも、少なくとも憲法判断の土俵に上げることができると思います。これは別に新しい憲法裁判所（部）を作らなくても十分可能です。ですから、現行制度の運用の見直しも、制度改革論と平行して行うことが大事だと思います。そして、違憲審査をより一層活性化するためのさまざまな多元的な試みの中心には、やはり国民の高い憲法意識がなければなりません。

#### ◆石塚

ありがとうございます。すいません。ちょっと会場の問題があるので、一言ずつでお願いいたします。申し訳ございません。次、伊藤さん、今日のシンポジウム踏まえて一言いただけますでしょうか。

◆伊藤

僕は新聞社で社会部の司法担当をやったんです。そのときに日本の裁判所って本当に権威主義だと思った。今日のお話でその理由がよく分かりました、制度化されているのです。われわれ、まず考えなきゃいけないのは、憲法とか法律は誰のためにあるのかということだと思ふのです。今の憲法、法律は、政治家が今の制度を維持するためにある。そういう手段としている。六法全書を開いて条文を見れば、ものすごく分かりにくい。僕は大学で法学部に入ったとき六法全書を買って、なんでこんなに分かりにくいのかと思った。日本の法律って、国民を法律に近づけさせまいというような、そういう書き方ですよ。世界は違いますよ。もう一つ言うと先々週、ドイツに行きました。ベルリンの壁崩壊から30周年の取材で行ったんです。壁が崩壊したその過程を調べていくにつれて、ドイツでもチェコでも市民フォーラムという団体ができた。両方ともフォーラムです。なぜフォーラムという名前を付けたのか、当時のリーダーたちに聞くと、こう言ったんです。みんな、いろいろ意見が違う。でも到達点は同じだ。民主主義、人権、そこに到達するための道筋を考えればいい。みんなが話し合う場だからフォーラム。フォーラムって広場って意味です。そういうふうにな付けたという。これが今のヨーロッパの基盤をつくっている。東欧革命がそうですし、今のEUに至った起点もそうです。その民主主義に向かって私たち国民が自分たちでつくっていくという姿勢、まずここが一番必要だと僕は思います。

◆石塚

では最後に瀬木さん、お願いいたします。

◆瀬木

日本の裁判所をどうすればいいか。どうすれば良くなるか。憲法判断が積極的にされるようになることを含めて。

答えは割合単純でして、たとえばさっき言ったように裁判官選出の在り方を変えればいいんです。法曹一元の本格的導入もそうですが、それをおくとしても、たとえば人事を中立の委員会が透明にやるということにすれば、それだけでも、気分も雰囲気も変わってきますし、なる人も変わってきます。

ただ私、ここ10年くらい司法批判を含め社会の問題、あるいは日本の問題を見てきて思うことは、なかなかその基盤というものが作られにくい。日本にそういうことができる人材がいなかったら、これはいると思うんですけども、そういう人がやりたがるかとかいうことと、それからそういう人が実際にやることのできる位置に押し上げられるかということがあるんです。

そこはやっぱり、最後は国民、市民の問題ですね。結局、憲法を含めて、そしてもっとそれ以前に、基本的な法的・制度的リテラシーの問題というものがあります。その法的・制度的リテラシーが高まって行って、機運というものができないといけない。要するに最後にチェックするのは国民、市民ですから、国民、市民のチェックするという気持ちがしっかりまとまらないと、どういう制度を作ってもそれはまたうまくいかないということになりやすいと思います。

ですから、基本というかーということになるのは、弁護士も含めて、あるいは学者や裁判官等も含めて、あるいはほかの分野の知識人等も含めて、法や制度を、その法的な仕組みを透明にすること、民主主義的にすることの重要性ということ、社会一般がもっとよく認識することじゃないかと思います。近代国家というのは「法の支配」であり、法によって成り立っているのですから。

◆石塚

ありがとうございました。

◆司会

はい。パネラーの先生方、素晴らしい議論をお聞かせいただき、ありがとうございます。パネラーの先生方に皆さま、暖かい拍手をお願いいたします。

※拍手

◆司会

パネラーの先生方が退席されます。これにて埼玉弁護士会、司法問題対策委員会主催『これでいいのか最高裁！？ ドイツ、コスタリカ、韓国との比較を通じて』司法シンポジウムを終了いたします。皆さま、アンケートにご協力ただけますようお願いいたします。アンケートは資料に同封されておりますので、どうぞよろしくようお願いいたします。