

Title	司法権について
Sub Title	Zum Justizbegriff
Author	筑間, 正泰(Chikuma, Masayoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2005
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.78, No.3 (2005. 3) ,p.35- 78
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20050328-0035">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20050328-0035</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 司法権について

筑 間 正 泰

はじめに

一 日本国憲法第六章の章名が「司法」である理由

二 司法と裁判の異同

三 形式的な意味での司法権の内容

四 司法権の分類及び分類することの意義

おわりに

はじめに

司法権について

既に「司法権」については、「司法権についての覚書」<sup>(1)</sup>「司法権についての覚書再論」<sup>(2)</sup>の中で論じてきた。上梓後、講義していく中で幾つかの点を論じておけばよかったと思う点が出てきた。例えば、①何故に現行憲法では権限配分規定が必要なのか、②憲法上、内閣の組織は官名で規定されているのに、裁判官の構成は何故に官名で規定されていないのか、③憲法九九条は「國務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員」という順になっている

のであるが、何故に「国会議員、国務大臣、裁判官その他の公務員」という順でないのか、④行政事件訴訟法の「機関訴訟」の例を上げて機関訴訟の検討ができていなかったこと、⑤違憲審査権について論じなかったこと等である。

更に、「司法権についての覚書再論」の一番最後のところで、「方法論を確立することが求められている<sup>(3)</sup>」として論文を締めくくっているのであるが、その当時はまだ明確に方法論を確立したという確信を持つに至っていなかったのである。その後、方法論として、縦軸に、①意義、②目的、③手段、④効果を考え、横軸に③の手段のところ題名、編立て、編名、章立て、章名、節立て、節名、款立て、款名、目立て、目名、条文の順序及び言葉の順序で考えていくことであると確信するに至ったのである。憲法を例にとるならば、意義は、人權及び統治に関する法をいい、目的は、権力を抑制し個人の尊重を核とする自由を保障することであり、目的実現の手段として、憲法法規を定めることであり、その結果、本来的效果である目的実現のほか付随的效果が達成されるのである。そして、手段としての憲法法規には、形式的な意味での憲法、すなわち「日本国憲法」と名の付された憲法<sup>(6)</sup>と「日本国憲法」と名の付されていない実質的な意味での憲法があり、形式的な意味での憲法は、「憲法典」と言われるように法典の形式で規定されているのである。「典」とは、法則を意味する。例えば、辞典は、「ことば典」であり、したがって、日本語であれば「あ、い、う、え、お」順に組織的に配列し編纂するのが一般であり、事典、すなわち「こと典」であれば、事柄を「あ、い、う、え、お」順に組織的に配列し編纂するのが一般であり、字典、すなわち「漢字典」であれば、部首を基準にして字数の少ないものから多いものの順等に組織的に配列し編纂するのである。その目的は、万人が使い易いようにするためである。そうすると、法典とは、「法規典」であり、万人が使いやすいようにししかも誤りを犯さないようにするために法規を組織的に配列し編纂しているのである。したがって、法律を見る場合、題名、編立て、編名、章立て、章名、節立て、節名、款立て、款

名、目立て、目名、条文の順序及び言葉の順序で見えていくことが求められるのである。もちろん法典形式になっていないものであってもこの方法論を維持していくことが求められることは言うまでもない。例えば、恩赦法一条は、憲法七三条七号、七条六号に基づいて、「大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権については、この法律の定めるところによる。」とし、この言葉の順序に従って恩赦法二条以下が規定されているのである。

以上は、法典について述べたのであるが、論文の場合でも当てはまるのである。例えば、法条競合の意義は、文字通り、法律で定めた条項の競合をいい、これを論ずる目的は、評価の適正化にある。その目的実現の手段として法条競合の意義から考えて条文相互の関係を見ていくのである。その結果、法条競合の現象形式として、特別関係、吸収関係、補充関係及び択一関係が見出されることになるのである。<sup>(8)</sup>

以上のように、私の法学方法論を明確にし得たものと確信するのであるが、以上の見方はあくまでも静的なものである。ちなみに動的には、目的を立ててそれを実現するための戦略を構築し、その目的を達するために当面の目標を立てて戦術を構築し、現実には戦闘することである。その際、義、すなわち公益を図ることを忘れてはならないのである。<sup>(9)</sup>

以上のような理由で、本稿は、「司法権についての覚書再論」を補充する意味での論文でもあるから、「章立て」は、ほぼ「司法権についての覚書再論」に従うことにし、オーバーラップするところは極力エッセンスにとどめたいと思う。

一 日本国憲法第六章の章名が「司法」である理由

権力は、立法、行政、司法に分かたれ、これを権限行使という面から言うと、立法権、すなわち法を定立する

権利、行政権、すなわちその法に基づいて政を執行<sup>(8)</sup>する権利と司法権、すなわち法を司る、国語的に言えば、法を職務として行い、法を管理する権利に分かれる<sup>(9)</sup>。このように権利という場合、権利は権限行使をする主体と不可分であり、その主体は、現行憲法上、国会、内閣、裁判所であるが、「はじめに」で述べたように、現行憲法が「第四章 国会」「第五章 内閣」「第六章 司法」という順序で規定しているから、国会、内閣、裁判所という順序が大切なのである。

ところで、憲法は「章立て」になっているが、「第四章 国会」であり、「第五章 内閣」であり、「第六章 司法」である。何故に、第六章の章名が、「司法」であって、「裁判所」でないのだろうか。学説のほとんどがこの章名を一顧だにしない中で、佐藤功教授だけが、「第六章の章名は『司法』とされているが、『裁判所』とした方が体裁上一貫するというべきであろう<sup>(10)</sup>」とされているに過ぎないのである。この理由を訊ねる場合、現行憲法は、帝国憲法七三条により帝国憲法の改正によっているから、帝国憲法の中味を検討することである。このいわゆる明治憲法ないし夏島憲法<sup>(11)</sup>又は夏嶋憲法<sup>(12)</sup>下では、天皇主権であるから、天皇に統治権があり(明治憲法四条)、天皇が立法権を行い(明治憲法五条)、天皇が法の執行を命じ(明治憲法六条)、「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」(傍点―筆者)(明治憲法五七条一項)のであった。そういう中で、「第三章 帝国議會」であり、「第四章 國務大臣及枢密顧問」であり、「第六章 司法」とされているのである。そうすると、当時は、内閣は超然内閣であったから、「第四章 國務大臣及枢密顧問」は手がかりとはならず、その手がかりは、「第三章 帝国議會」である。そこで、その中味を見ていくと、天皇主権であったから、明治憲法三三条でまず帝国議會は貴族院衆議院の両院を以て成立するものとし、明治憲法三四条は貴族院の組織を規定し、次いで明治憲法三五条は、衆議院の組織について規定しているのである。このように明治憲法三三条ないし三五条は、天皇主権であったから、貴族院及び衆議院の言葉の順序ないし条文の順序が大切であることを教えているが、そこから判る

ことは、主体を章名とした場合、主体の構成、組織を明示することが求められているのである。この論法で、もし「第五章」の章名を「裁判所」としたら、裁判所の構成、組織を憲法に明示しなければならないことになる筈である。そうすると、明治憲法下では、通常裁判所は、区裁判所、地方裁判所、控訴院及び大審院（裁判所構成法一条）からなっていたから、それらの裁判所の構成、組織まで憲法で謳わなければならなかった筈である。そうすると憲法は煩瑣にならざるを得ないことになる。それを避けるため及び司法裁判所と行政裁判所とを区別するためと同時に我が国は島国であることから、同胞による裁判も期待できるので、裁判所の役割ないしは機能に着眼して、章名を「司法」としたものと考えるのである。こうして明治憲法五七条は、一項で「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」（傍点―筆者）とし、二項で、「裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」として、裁判所の構成を「裁判所構成法」に委ねることができたのである。

こうして、現行憲法の章立て、章名になったものと考えているのであるが、現行憲法では天皇主権から国民主権に変わり、しかも天皇は日本国の象徴であり日本国民統合の象徴になった（憲法一条）ので、権限配分規定を設けなければならなくなったのである。そこで、「第四章 国会」では、国民主権であることを明示する意味で、「国会は、国権の最高機関であつて」とし、しかも「国の唯一の立法機関である」として、憲法四一条に権限配分規定を置いたのである。次いで、憲法四二条は「国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する。」として、構成の規定を置いているのであるが、この場合も衆議院及び参議院の順序に気を付けなければならないのである。なぜならば、現行憲法下では天皇主権から国民主権に変わったから、任期制をとる参議院と異なつて、何時でも解散することによつて民意を問うことができる衆議院が優位することになったからである。次いで、憲法四三条は、両議院の組織について規定しているのである。

次に、「第五章 内閣」であるが、権限配分規定を置かなければならないので、まず、憲法六五条で、「行政権

は、内閣に属する。」としているのである。ところで、内閣は、一つしかないもので、内閣の構成の定めはないが、組織に関する定めが、憲法六六条に規定されているのである。憲法六六条一項は、「内閣は、法律の定めるところにより、その首長たる内閣総理大臣及びその他の國務大臣でこれを組織する。」(傍点―筆者)としている。ここで注意しなければならないことは、憲法六六条二項の場合とは異なって、「その他の國務大臣」の前に「及び」という並列的接続詞が入っていることである。その理由は、内閣総理大臣とその他の國務大臣とは、任命の形式が違うからである。すなわち、内閣総理大臣は、憲法六条一項で「天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する。」のであり、「その他の國務大臣」は、憲法六八条一項で、内閣総理大臣が、國務大臣を任命し、同条二項で罷免することができることとされているからである。更に、「及び」が入っているということは、内閣の組織が「内閣総理大臣」と官名である「その他の國務大臣」からなっているということである。その理由は、憲法三条で、「天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ。」とされ、憲法六六条三項で、「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ。」として議院内閣制が採られているので、責任主体を明確にするために憲法上、内閣の組織が官名で規定されたものと考えられる。このように、憲法六六条一項の國務大臣は、憲法が認めた官名であって「法律の定める官吏」ではないから、憲法七条五項で、「國務大臣及び法律の定めるその他の官吏の任免並びに全権委任状及び大使及び行使の信任状を認証すること。」(傍点―筆者)として、「及び」という並列的接続詞を入れているのであり、したがって、國務大臣の任免の認証は、憲法が認めた認証になる。したがって、内閣法には國務大臣の任免の認証の規定は置かれていないのである。次に、憲法六六条二項であるが、「内閣総理大臣その他の國務大臣は、文民でなければならぬ。」とされ、同条一項と異なって「及び」という並列的接続詞が使われていない。したがって、内閣総理大臣はその他の國務大臣の例示ということになるので、同条二項でいう國務大臣は、内閣総理大臣を含めた総

称としての國務大臣ということになる。こうして、憲法及びその他の法律の中に國務大臣という言葉が出てきた場合、官名としての國務大臣か総称としての國務大臣かに気を付けて見ていくことが求められるのである。例えば、憲法九十九条は、「天皇又は摂政及び、國務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」(傍点―筆者)としているが、ここでの國務大臣は、総称としての國務大臣である。なお、ここで注意すべき点が三つある。一つは「及び」という並列的接続詞が使われているので、「天皇又は摂政」は公務員の例示ではないということである。もう一つは、「國務大臣、国会議員、裁判官」が公務員の例示として上げられているが、これらは、国家公務員法上、特別職とされるべきものである。特別職とされるものは、①国家公務員法が適用されるのであるが、身分保障を厚くしなければならない場合か、②国家公務員法の適用がない場合である。ちなみに、(一般職及び特別職)二条三項一号に内閣総理大臣、二号に國務大臣が上げられているが、ここでの國務大臣はもちろん官名としての國務大臣である。同条同項九号が「就任について選挙によることを必要とし、あるいは国会の両院又は一院の議決又は同意によることを必要とする職員」としているのが、国会議員がこれに入り、同条同項一三号で「裁判官及び、その他の裁判所職員」(傍点―筆者)が上げられているからである。なお、同条同項一三号で「及び」という並列的接続詞が入っているのは、裁判官は身分保障を厚くしなければならないからであり、しかもその身分保障が憲法上のものだからである。三つ目は、「國務大臣、国会議員、裁判官」の順序になっていて、「国会議員、國務大臣、裁判官」という順序になっていないことである。「第四章 国会」「第五章 内閣」「第六章 司法」という順序から行くと、「国会議員、國務大臣、裁判官」となるべき筈であるが、憲法九十九条が「國務大臣、国会議員、裁判官」としたのは、憲法三条で「天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ。」とされているから、「天皇又は摂政」と総称としての國務大臣は密接に結びついており、したがって、「天皇又は摂政」に引っ張られる形で、「國務大臣、

国会議員、裁判官」という順序になったものと思うのである（なお、憲法一〇三条参照）。なお、国家公務員法二条三項一号で、内閣総理大臣が最初に来て、次いで同法同条同項二号で国務大臣が来ているのは、国家公務員法が、一条二項にあるように、「この法律は、もつぱら日本国憲法第七三条にいう官吏に関する事務を掌理する基準を定めるものである。」からである。いずれにせよ、国家公務員法二条三項の一号、二号、九号、一三号の順序は、憲法九九条の順序に沿っているのである。

最後に、「第六章 司法」であるが、この章名としての司法は、形式的な意味での司法であり、裁判所がなす一切の権利が含まれる。このように、現行憲法「第六章」の章名を「裁判所」としなかったから、裁判所の構成ないし組織を他の法律、すなわち裁判所法に委ねることができたことになったのである。いずれにせよ、権限配分規定を憲法に置かなければならないから、憲法七六条一項は、「すべて、司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」（傍点―筆者）としているのである。この規定の意味するところは、まず、「すべて」としているので、司法権の主体は最高裁判所及び法律で定めるところにより設置する下級裁判所に限られ、これらの裁判所に繋がらない特別裁判所を設置することは許されないことになる。そこで、憲法七六条一項を受けて、二項前段は、「特別裁判所は、これを設置することができない。」とした。そこで、もし行政機関が終審として裁判を行うことができるとすると、行政機関は特別裁判所ということになってしまうので、同条同項後段は、「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」としたのである。したがって、行政機関が、前審として裁判を行う場合は、特別裁判所にならず、同条一項の司法権の担い手である裁判所に繋がることになるから、許されることになるのである。そこで、裁判所法三条（裁判所の権限）二項は「前項の規定は、行政機関が前審として審判することを妨げない。」としているのである。

ところで、憲法七六条一項によれば、最高裁判所は、法律が定めたものではなく、憲法が直接設置した裁判所

ということになる。したがって、最高裁判所の構成だけは憲法で謳わなければならず、憲法七九条一項は、「最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律で定める員数のその他の裁判官で構成し、その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。」(傍点―筆者)として、最高裁判所の構成を規定している。この憲法七九条一項が、「及び……その他の裁判官」として、「及び」という並列的接続詞を入れたのは、「その長たる裁判官」と「その他の裁判官」とは、任命形式が異なるからである。すなわち、「その長たる裁判官」は、憲法六条二項で、「天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。」としているからである。このように、最高裁判所は、「その長たる裁判官」と「その他の裁判官」から構成されているが、それらの裁判官の名称は、親玉である裁判官か親玉でない裁判官かということであって、官名ではないのである。その理由は、内閣と異なつて、裁判所の場合、憲法上、責任主体を明確にする必要がなかったからであると思うのである。このように最高裁判所の構成だけは、官名ではないが憲法に謳われているので、裁判所法には最高裁判所の構成の定めはなく、最高裁判所の組織、すなわち、事務総局(裁判所法一三条)、司法研修所(同法一四条)、裁判所職員総合研修所(同法二四条の二)、最高裁判所図書館(同法一四条の三)並びに下級裁判所の構成(裁判所法一五条、二三条、三一条の二、三二条。なお、簡易裁判所だけは、簡易裁判所判事しかないもので、内見出しを「構成」としないで「裁判官」としている)及び組織(裁判所法二二条、二二条、三〇条、三一条の二、三一条の五)は、裁判所法に委ねることができたのである。したがって、憲法上、裁判官は、「その長たる裁判官」、「その他の裁判官」、「下級裁判所の裁判官」(憲法八〇条一項、二項)とされ、それらを併せて、憲法七六条三項は、「すべて裁判官」としているのである。このように裁判官は、憲法上、官名で謳う必要がなかったことから、裁判官の官名は、裁判所法に委ねられることになる。そこで、裁判所法五条は、見出しを「裁判官」とし、一項で、「その長たる裁判官」を最高裁判所長官とし、「その他の裁判官」を最高裁判所判事とし、二項で、下級裁判所の裁判官は、高等裁判所の長たる

裁判官を高等裁判所長官とし、その他の裁判官を判事、判事補及び簡易裁判所判事とし、下級裁判所の構成は、官名である裁判官で規定されているのである。なお、立法者が付けた見出しには、裁判所法のように「××条」の下に付けられた内見出しと刑法や民事訴訟法等のように右肩に付けられた外見出しがある。最近の立法は、すべて外見出しである。この見出しの付け方の相違は、内見出しの場合は、すべての条文に見出しが付けられるのに対し、外見出しの場合は、見出しが前の条文と共通する場合、例えば刑法七条の二、民法二四四条等のように、後の見出しが省略されるのである。このように、憲法上、裁判官の任命又は罷免が官名で規定されていないので、裁判所法で官名で規定することが求められることになる。そこで、裁判所法三九条は、見出しを「最高裁判所の裁判官の任免」とし、同条一項は、「最高裁判所長官は、内閣の指名に基いて、天皇がこれを任命する。」とし、同条二項は、「最高裁判所判事は、内閣でこれを任命する。」とし、同条三項は、「最高裁判所判事の任免は、天皇がこれを認証する。」としているのである。したがって、最高裁判所判事の任免の認証は、憲法七条五号の「法律の定める官吏の任免……を認証すること。」に入るのである。更に、憲法七九条二項ないし四項は、アメリカのミズーリ州の憲法草案を参考にして、最高裁判所の裁判官の国民審査を導入しているので、裁判所法三九条四項は、最高裁判所長官及び最高裁判所判事という官名で、国民審査に付される旨を規定しているのである。もちろん、この国民審査は国民主権の表れであることは言うまでもないところである。次いで、憲法八〇条が下級裁判所の裁判官の任命、任期について規定しているので、裁判所法四〇条は、見出しを「下級裁判所の裁判官の任免」とし、官名という観点から、一項で、「高等裁判所長官、判事、判事補及び簡易裁判所判事は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。」とし、二項で、「高等裁判所長官の任免の認証は、天皇がこれを認証する。」とし、三項で一項の裁判官の任期、再任を規定しているのである。なお、最高裁判所の裁判官は、官名と職名が一致しているので「補職」ということはないが、下級裁判所の裁判官は、官名と

職名が一致しないので、裁判所法四七条は、内見出しを「補職」として、「下級裁判所の裁判官の職は、最高裁判所がこれを補する。」としているのである。

## 二 司法と裁判の異同

明治憲法下では、大審院以下の司法裁判所とこれと独立した一審且つ終審の行政裁判所を有する、二元主義を採用していた（明治憲法六一條）が、日本国憲法の下においては、アメリカ法の強い影響の下に、現行憲法七六條一項は「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」として、一元制の裁判制度を採ることにした。そこで、「一元制の裁判所制度の下においては裁判権と司法権はほぼ重複する観念となるため、厳密な使い分けを必要としない。」<sup>(13)</sup>とか、「司法と裁判とは、歴史的に異なる意味に用いられたこともあるが、日本国憲法に関するかぎり、両者をとくに区別する必要はない。」<sup>(14)</sup>との主張が見られるのである。しかしながら、現行憲法上、「司法」という言葉には、憲法学者が認める通り、形式的な意味での司法権と実質的な意味での司法権があり、形式的な意味での司法権には、実質的な意味での司法権のほか、規則制定権、憲法七八條の狭義の分限の裁判のほか懲戒の裁判も含まれ、また下級裁判所の裁判官の指名権、違憲審査権も含まれるので、にわかに「司法と裁判とは、……日本国憲法の解釈に関するかぎり、両者をとくに区別する必要はない。」とは言えないと思うのである。

ともかく、解釈論を展開するに当たっては、「司法」という言葉がどこで使われ、「裁判」という言葉がどこで使われているか拾った上で、検討すべきものと考ええる。「司法」という言葉は、憲法三三條及び三五條二項では「司法官憲」とされ、第六章の章名では、「司法」とされ、憲法七六條一項では「司法権」とされ、憲法七七條一

項では「司法事務処理」とされている。思うに、「司法官憲」とは、司法権の担い手である裁判所ないしは裁判官という意味であり、「第六章 司法」は裁判所がなす一切の権限であり、憲法七六条一項の「司法権」とは、後述するように「法律上の争訟を裁判する権限」を指すが、それはすべて最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属するとされており、「司法事務処理」とは、司法権の担い手である裁判所の事務処理という意味であるから、「司法」という言葉は、他の二権、すなわち立法権及び行政権との関連で使われているのである。それに対して、「裁判」という言葉は、憲法三二条、三七条一項、四〇条、五五条、六四条一項、七六条二項、七八条、八二条一項に使われているが、いずれも裁判手続の意味で使われているのである。したがって、憲法七八条を受けて設けられている「裁判官分限法」第一条では、内見出しが「裁判手続」とされているのであり、しかも憲法五五条の議員の資格争訟の裁判は、両議院がするのであり、憲法六四条一項の「裁判官の弾劾」は、国会が弾劾裁判所を設けて裁判するのであり、憲法七六条二項後段の反対解釈により、行政機関も前審として審判、すなわち裁判を行うのである(裁判所法三条二項参照)。

こうして、「司法」とは、他の二権との関連で使われる言葉であり、「裁判」という言葉は、手続に着眼するときに使われる言葉であるから、現行憲法の解釈上、「司法」と「裁判」は、厳格に区別して使われるべきものと考えるのである。こうして、憲法三四条に依拠して制定されている人身保護法一条が「この法律は、基本的人権を保障する日本国憲法の精神に従い、国民をして、現に、不当に奪われている人身の自由を、司法裁判により、迅速、且つ、容易に回復せしめることを目的とする。」(傍点―筆者)の「司法裁判」は、司法権の担い手である裁判所の裁判によりという解釈を容易に導くことができることになるのである。いずれにせよ、「言葉」は、「こと」の「は」と言われ、「こと」は心、すなわち主観を表し、「は」とは、端、すなわち客観を表すのである。したがって、言葉とは、実体、すなわち、ありのままを表すべきであり、しかも出来事を表すべきものなので、事

物に即した言葉を使うべきであり、現行憲法もそれを配慮して、「司法」と「裁判」とに使い分けをしているものと考えるのである。

### 三 形式的な意味での司法権の内容

憲法「第六章 司法」でいう司法は、形式的な意味での司法権である「司法」を指すので、その意味での司法権は、裁判所がなす一切の権限を指すが、三権の分立と抑制・均衡ということから、憲法「第六章 司法」では、二権との関係で不可欠なものが取り上げられているのである。そこで、以下、条文の順序に従って、形式的な意味での司法権の内容をなすもの、すなわちⅠ「法律上の争訟」の裁判、Ⅱ 規則制定権、Ⅲ 裁判官の懲戒処分を含む広義の分限の裁判、Ⅳ 下級裁判所の裁判官の指名権及びⅤ 違憲審査権を取り上げて検討していくことにする。

#### Ⅰ 「法律上の争訟」の裁判

「法律上の争訟」を裁判する権を指して、憲法学者は、実質的な意味での司法権と言っている。判例によれば、法律上の争訟の意味について、「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つて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決できるものに限られる<sup>(15)</sup>」、としている。この定義に、異論はないのであるが、前述したように、言葉は事物に即した言葉が使われている筈であるから、すなわち、言葉は体を表している筈である。したがって、定義をする場合、私は、言葉に即した定義をするべきものと考えている。すなわち、「法律上の」ものであるから、①法律を適用し、「訟」であるから、②対立当事者が公開で言い合う、「争」であ

るから、③具体的争いであつて、それが裁判に親しむものであるから、④裁判によつて終局的解決に親しむものをいうものと考ええる。このように、「法律上の争訟」は、四つの要件からなるのであるが、このうちの三つの要件は、判決三段論法の要件に当てはまる。判決三段論法とは、大前提が法規範であり、小前提が認定された事実であり、結論が主文であり、既判力は、原則としてその主文に生ずる（民訴法一一四条（既判力の範囲））から、法律上の争訟の要件のうち、①の要件、③の要件及び④の要件が判決三段論法に当てはまるのである。後は、法律上の争訟の内在的要件である②の対立当事者が公開で言い合うということであるが、それについては、憲法八二条が、一項で「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ。」とし、二項で「裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件の対審は、常にこれを公開しなければならない。」とし、この条項によつて法律上の争訟の内在的要請が賄われるものとなつてゐるのである。なお、刑事訴訟では、判決を宣告する場合、刑事訴訟規則三五条二項前段によれば、主文及び理由を朗読することが求められるが、理由をすべて朗読すると審理を非公開にした理由が失われるから、それに備えて、同規則三五条二項後段は、「又は主文の朗読と同時に理由の要旨を告げなければならぬ。」（傍点―筆者）としてゐるのである。もちろん、副次的に、この規定は理由が膨大な場合に要旨を告げる場合にも機能することは言うまでもない。

ところで、憲法三二条が、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」（傍点―筆者）としてゐるのは、何人でも裁判所に裁判を請求できるという意味である。したがつて、憲法三二条の裁判を受ける権利は、何人でも裁判所に裁判を請求できる「法律上の争訟」の裁判を受ける権利があるということを目指すものと考えべきである。したがつて、前述したように法律上の争訟の内在的要請として、公開の裁判が要請されるから、憲

法三二条と憲法八二条は対<sup>(16)</sup>になっていることである。

なお、被告人の裁判を受ける権利であるが、被告人は、刑事責任ありとして公訴を提起され、裁判確定するまでの者をいう。したがって、形式裁判である管轄違いの判決であれ（刑訴法三一九条）、実体裁判である有罪・無罪の裁判（刑訴法三三三三条ないし三三六条）であれ、形式的実体裁判である免訴の判決であれ（刑訴法三三七条）、形式裁判である公訴棄却の裁判（刑訴法三三八条、三三九条）であれ、裁判がなければ被告人は訴訟から開放されないものである。したがって、被告人が訴訟から開放されるためには、いかなる形式の裁判であっても、被告人にとっては本来の案件の裁判、すなわち「本案の裁判」となる（刑訴法一八五条）のであり、このように被告人は裁判によって訴訟から解放して貰う権利があるという意味で、被告人には裁判を受ける権利があるのである。<sup>(18)</sup>なお、刑訴法一八七条には、裁判によらないで訴訟手続が終了する場合があります。裁判に於いて訴訟手続が終了する場合は、上訴等を取り下げると原裁判が確定するに至るので、上訴等の取り下げに對する裁判をする必要がないという意味である。なお、この公判の裁判の順序は極めて大切であることは言うまでもないのであるが、有罪の裁判と無罪の裁判の順序が、憲法と刑事訴訟法では逆になっていることに注意すべきである。すなわち、憲法では人權の保障という観点から、同法三九条が、無罪に次いで当然無効の裁判も含むので有罪とは明示されていないが、「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」という順序になっているのである。これに對して、刑事訴訟法では、同法一条が「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人的基本的人權の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用實現することを目的とする。」として、刑事訴訟法の目的を刑罰權の實現にあるとしているので、有罪の裁判のうち、まず刑の言い渡し<sup>(17)</sup>の裁判について規定し（刑訴法三三三三条）、次いで刑の免除について規定し（刑訴法三三四条）、次いで有罪の裁判の理由を規定し（刑訴法三三五条）、次いで無罪（刑訴法三三六条）について規定する順

序になつてゐるのである。

こうして、「法律上の争訟」の意義及び憲法三二条及び八二条の關係は明確になつたと思つのであるが、問題は、憲法七六条一項の「司法権」が何故に「法律上の争訟を裁判する権」を指すのかである。学説上、二説の対立がある。少数説は、形式的な意味の司法権を指す<sup>(19)</sup>といひ、通説は、実質的な意味での司法権を指すもの<sup>(20)</sup>としてゐる。私も、通説が妥当であると考えゐる。その理由の第一は、憲法七六条一項は、権限配分規定であること、その他の権利は、後述する規則制定権（憲法七七条）、裁判官の狹義の分限の裁判及び懲戒の裁判（憲法七八条）、下級裁判所の裁判官の指名権（憲法八〇条一項）、違憲審査権（憲法八一条）として規定されているからである。その理由の第二は、憲法七六条一項が、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」とし、同条二項前段で、「特別裁判所は、これを設置することはできない。」とし、同条二項後段で「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」（傍点―筆者）としてゐるから、行政機関も、前審として裁判するのであれば、特別裁判所にならないことになる。したがつて、裁判所法三条二項が「前項の規定は、行政機関が前審として審判することを妨げない。」として、行政機関が法律上の争訟の裁判を行うことを予定しているからである。このように、審級制度を予定した規定を置いた上で、憲法七六条三項が、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」（傍点―筆者）として、裁判官の独立を規定しているからである。すなわち、すべて裁判官は、裁判官の良心に従つて職権を行使するのであり、この憲法、すなわち形式的な意味の憲法である日本国憲法及び合憲法性の推定の働く法規範にのみ拘束されるとして、法律上の争訟の要件である①の「法律を適用し」の要件を満たしているからである。

こうして、憲法七六条一項の「司法権」は、法律上の争訟を裁判する権を指すことになる。そうすると、法律上の争訟を取り扱う民事訴訟法及び行政事件訴訟法七条に（この法律に定めがない事項）として、「行政事件訴

訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」としているから、もちろん行政事件訴訟法も含め並びに刑事訴訟法も審級制度をとっているから、憲法七六条一項が「最高」「下級」としたのは、最高裁判所は、審級関係の上で最上級の裁判所でもあるという意味が導かれるのである。なお、後述するように、「法律上の争訟」を裁判する裁判所は、裁判機関としての裁判所であることは言うまでもない。

## II 規則制定権

規則制定権は、イギリスで誕生し、アメリカに導入されたものであり、これらの英米法にならって、現行憲法七七条に導入されたものである。この規則制定権は、司法権の担い手である裁判所の立法権であるから、司法立法とも言うべきものである。このような規則制定権が最高裁判所に与えられたのは、一方では、司法府の内部の諸事項について、最高裁判所に自主立法権を認めて、司法府の自主性を徹底して、他の二権の干渉を排除するためと、他方において、裁判等に関する手続的・技術的・細目的事項については、立法府において果たしてどの程度に妥当に考慮されるかは疑問であるばかりか、事態の推移に応じて随時、規定を改正するといったことは法律については望むべくもなく、そこで、裁判等の手続的・技術的・細目的な事項については、裁判所自体の専門的知識と経験とを尊重すべきものとの考えたことによるのである。

こうして、この目的を達するために憲法七七条が設けられているのである。その中味は「最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する。」である。これらのうち、「訴訟に関する手続」に関する事項の規則は、民事訴訟規則とか刑事訴訟規則等と言われるもので、訴訟関係人を拘束する。「弁護士に関する事項」についての規則のうち、弁護士自治に委ねられたものについては、最高裁判所は、規則を定めることは許されない。したがって、弁護士に関する事項につい

ての規則は、平成一〇年現在、「外国弁護士資格者承認等規則」、「外国弁護士資格者選考委員会規則等を廃止する規則」しかないのである。これに対して、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項に関する規則には、「最高裁判所裁判事務処理規則」のように訴訟関係人に関するものと同然たる内部規律が存在する。このように訴訟関係人に関する規則等は、訴訟関係人となる検察官も拘束されることになるので、憲法七七条二項は、「検察官は、最高裁判所の定める規則に従はなければならない。」とする注意規定を置いているのである。

ところで、訴訟関係人を拘束する規則と純然たる内部規律である規則の区別につき、最高裁判所は、昭和二二年九月一九日、「裁判所公文方式規則」を公布し、その二条で「最高裁判所規則の公布は、官報を以てこれを公布する。」としていたが、最高裁判所裁判官会議は、昭和二二年一〇月二四日に公布を要しない規則を「規程」とする決議をしているのである。これは、行政立法法である「法規命令」と「行政規則」に相当するものである。この間の事情については、「押取物等取扱規程」(昭和三五年五月三二日裁判所規程昭和三五年六月六日官報)のように「官庁報告」という形で、官報に掲載されるものがあり、そこで、私は、最高裁判所の広報課に照会した。これに対して、平成二年四月一七日、当時の最高裁判所事務総局広報課長、安浪亮介裁判官から次のような回答を得ることができ、再々度改めてここに感謝申し上げる次第である。すなわち、「規則の公布は、裁判所公文方式規則第二条により官報に掲載することによって行うことになっているが、昭和二二年一〇月二四日、最高裁判所裁判官会議は公布しない規則を規程とすることを決議している。したがって、規則は、官報の『最高裁判規則』という事項欄に掲載されて公布されるが、規程は同欄に掲載されない。しかし、規程のうち、一般に周知しておくことが妥当であると思われるものについては、最高裁判所の裁量により、官報の『官庁報告』という掲載事項欄に掲載を依頼している。照会の規程についてもこのような判断から、官報に報告として掲載を依頼したものである。」という公文書を頂いたのである。なお、裁判所法四五条(簡易裁判所判事の選考命令)二項は、「簡易裁判所

判事選考委員会に関する規程は、最高裁判所がこれを定める。」(傍点―筆者)として、「規程」という言葉を使っているが、これは一般的な意味における「定め」の意味である。なぜならば、同法一項が「多年司法事務にたずさわり、その他簡易裁判所判事の職務に必要な学識経験のある者は、前条第一項に掲げる者に該当しないときでも、簡易裁判所判事選考委員会の選考を経て、簡易裁判所判事に任命されることができる。」としているので、この規則は名宛人に向けられたものでなければならぬからである。そこで、この規則は、「簡易裁判所判事選考規則」とされているのである。

なお、憲法七十七条三項は、「最高裁判所は、下級裁判所に関する規則を定める権限を、下級裁判所に委任することができる。」としている。

こうして、規則制定権の本来の目的が達せられるほか、司法府の独立が図られるのである。なお、規則制定権は司法立法であるから、それを担当する裁判所は、裁判機関としての裁判所ではなく、司法行政権の主体である裁判所である。したがって、最高裁判所は、司法行政権の上で最上級の裁判所という意味を有するのである。

### III 広義の分限の裁判、すなわち法律上の争訟にあらざるものの裁判

明治憲法五八条二項は、「裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ処分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラル、コトナシ」として、裁判官の懲戒の処分も刑法の宣告の場合と同様に裁判によることを予定し、裁判官は終身官であると予定した上で、同条三項は、「懲戒ノ条規ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」とし、明治二三年法律六八号で「判事懲戒法」が定められている。それによると、「第一章 総則」第一条で、懲戒は懲戒裁判所の裁判によるものとし、「第二章 懲罰」第二条で「第一 譴責 第二 減俸 第三 転所 第四 停職 第五 免職」としていた。これに対して、現行憲法七八条は、「裁判官は、裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合

を除いては、公の弾劾によらなければ罷免されない。裁判官の懲戒処分は、行政機関がこれを行ふことはできない。」とした。これらは、裁判官の身分保障の規定であるが、その中味を検討することにする。まず第一に「裁判官は、裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合」は、罷免することができるのであるが、これは身分を限るものであるから、これを私は、狭義の分限事由というのがよいと考える。第二に、権力の分立、抑制・均衡から、明治憲法下の懲戒の処分のうち、免職に当たる罷免は、公の弾劾によるものとしている。そこで、憲法六四条一項は「国会は、罷免の訴追を受けた裁判官を裁判するため、両議院の議員で組織する弾劾裁判所を設ける。」とし、同条二項は、「弾劾に関する事項は、法律でこれを定める。」とし、それを受けて裁判官弾劾法が設けられている。その第二条、(弾劾による罷免の事由)は、一号で「職務上の義務に著しく違反し、又は職務を甚だしく怠つたとき。」(傍点―筆者)とし、二号で「その他職務の内外を問わず、裁判官としての威信を著しく失うべき非行があつたとき。」(傍点―筆者)としている。なお、傍点を付した弾劾事由は価値的なものであるから、法律上の争訟といふことができる。そこで、裁判所法三条、(裁判所の権限)一項は、「裁判所は、日本国憲法に定めのある場合を除いて、一切の法律上の争訟を裁判し」(傍点―筆者)としているのである。この日本国憲法に定めがある場合とは、前述した裁判官の弾劾の裁判のほか憲法五五条の議員の資格争訟の裁判である。いずれにしろ、現行憲法上、裁判官を懲戒処分として罷免することは許されず、又、憲法七九条六項は「最高裁判所の裁判官は、すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。」とし、憲法八〇条二項も「下級裁判所の裁判官は、すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。」としているが、これは、懲戒処分として減給することは許されないという趣旨である。したがって、物価変動による一律の減給はもとより許されるのである。このように、裁判官の懲戒処分として、やってはならないことが重い順に憲法上規定されているから、減給を超える「停

職」もちろん許されない。なお、最高裁判所の裁判官については、国民審査により罷免することができることは、前述した通りである。そこで、裁判所法四八条は、(身分の保障)として「裁判官は、公の弾劾又は国民の審査に関する法律による場合及び別に法律で定めるところにより心身の故障のために職務を執ることができないと裁判された場合を除いては、その意思に反して、免官、転官、転所、職務の停止又は報酬の減額をされることはない。」(傍点―筆者)とされているのである。ここでも「はじめに」で触れたように、条文の順序及び言葉の順序が大切であることを教えているのである。

なお、分限と懲戒の相違は、一般論として言うところ、分限は身分保障を前提にし、懲戒は身分保障を前提にしていない。すなわち「心身の故障のため職務を執ることができない」という分限事由は、非行を理由に身分を限るものではないから、これを理由にして罷免されても退職金が貰えるのである。これに対して、懲戒は、「懲らしめ、戒める」ことであるから、懲戒処分として免職された場合、退職金が貰えないのである。ちなみに、国家公務員法は「第三章 官職の基準」とし、その「第六節 分限、懲戒及び保障(七四条―九五条)」とし、「第一款 分限」とし、「第一目 降任、休職、免職等(七五条―八一条)」とし、「第二目 定年(八一条の二―八一条の六)」とし、「第二款 懲戒(八二条―八五条)」としているが、同法八二条(懲戒の場合)一項は、「職員が、次の各号のいずれかに該当する場合には、これに対し懲戒処分として免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる。」として、懲戒処分を重い順に規定しているのである。これに対して、地方公務員法は、「第三章 職員に適用される基準」第五節 分限及び懲戒(二七条―二九条の二)」として分限に関する規定を二七条から二八条の六に規定した上で、二九条に(懲戒)を規定し、二九条の二に(適用除外)を規定し、同法二九条一項は「職員が次の各号のいずれかに該当する場合には、これに対し懲戒処分として戒告、減給、停職又は免職の処分をすることができる。」として、懲戒処分を軽い順に規定しているのである。何故に、国家公務員法と地

方公務員法とでは懲戒処分<sup>1</sup>の順序が逆になっているのであろうか。私は、本来は、地方公務員法のように軽い順から公務員に働きかけていくのが筋であると考えるが、国家公務員法が懲戒処分を重い順に規定したのは、憲法が裁判官の懲戒処分としてやってはならないものを重い順に規定したから、それに引<sup>2</sup>張られたものと考えるのである。なぜならば、国家公務員法一条(この法律の目的及び効力)二項が「この法律は、もっぱら日本国憲法第七三条にいう官吏に関する事務を掌理する基準を定めるものである。」とされているので、「裁判官及び、その他の裁判所職員」(傍点―筆者)には、国家公務員法の適用がない。そこで、「裁判官及び、その他の裁判所職員」(傍点―筆者)は同法二条(一般職及び特別職)三項十三号で特別職とされているのである。しかも「及び」という並列的接続詞が使われているのは、裁判官の身分保障が、憲法上のものであることを配慮しているからである。そうすると「その他の裁判所職員」にはそのような配慮は要らないことになる。そこで、昭和二六年に制定された「裁判所職員臨時措置法」は、「裁判官及び裁判官の秘書官以外の裁判所職員の……分限、懲戒……に関する事項については、他の法律に特別の定めのあるものを除くほか、当分の間、次に掲げる法律の規定を準用する。」として、「その他の裁判所職員」のうち、裁判官の秘書官を除く裁判所職員には、国家公務員法の分限、懲戒の規定が準用されるものとしていっているのである。と言うことは、「裁判官及び裁判官の秘書官」のうち、「裁判官」の懲戒処分は憲法に定めがあるが、「裁判官の秘書官」の分限及び懲戒に関しては、どこにも規定がないということになる。このように「裁判官の秘書官」の分限及び懲戒に関する規定が何故ないのかというと、裁判所法五四条(最高裁判所の裁判官の秘書官)二項が「最高裁判所長官秘書官は、最高裁判所判事秘書官は、最高裁判所判事の命を受けて、機密に関する事務を掌る。」としており、裁判所法五六条の五(高等裁判所長官秘書官)二項が「高等裁判所長官秘書官は、高等裁判所長官の命を受けて、機密に関する事務をつかさどる。」としているので、裁判官とその裁判官秘書官はいわば一体であり、したがって、裁判所秘書官が、その任に耐えな

いときは、更迭すれば足りるからであると思う。いずれにせよ、裁判官の懲戒処分としてならないものが憲法上重い順に書いてあるから、それにならって「裁判官及び裁判官の秘書官以外の裁判所職員」の懲戒処分も重い順になるべきであり、これに引つ張られて国家公務員法八二条の懲戒処分が重い順に規定されたものと考えるのである。

以上検討したところから判るように、裁判官の懲戒処分として許されるものは、「戒告」以下のものに限られることになる。したがって、裁判官分限法二条（懲戒）は、「裁判官の懲戒は、戒告又は一万円以下の過料とする。」とされているのであり、裁判官の懲戒処分は、身分保障を前提にしているのである。したがって、「心身の故障のために職務を執ることができないと裁判された場合」を狭義の分限とすれば、懲戒処分が懲らしめ戒めるという性格を有するものの裁判官の懲戒処分は、身分保障を前提にするので、狭義の分限と同じ性質を有することになる。そこで、狭義の分限と懲戒処分を併せて広義の分限というのがよいと思うのである。そこで、裁判官分限法三条（裁判権）一項は、「各高等裁判所は、その管轄区域内の地方裁判所、家庭裁判所及び簡易裁判所の裁判に係る第一条第一項の裁判及び前条の懲戒に関する事件（以下、分限事件という。）について裁判権を有する。」（傍点―筆者）としているのである。

次に、憲法七八条により裁判官の懲戒処分は行政機関はできないのであるが、この行政機関は何を指すのであろうか。もちろん行政府が裁判官の懲戒処分をすることができないことは言うまでもないが、前述したように、裁判所には裁判機関として裁判所と司法行政権の主体としての裁判所があり、このうち司法行政権の主体としての裁判所は、司法行政を担当するものであるから、その職務内容は行政機関の職務に相当することになり、この意味の裁判所が裁判官の懲戒処分を担当することは許されない。したがって、裁判官の懲戒処分は、裁判機関としての裁判所が担当しなければならないから、裁判官の懲戒処分は、「裁判」によらなければならないのである。

したがって、裁判所法四九条は（懲戒）として、「裁判官は、職務上の義務に違反し、若しくは職務を怠り、又は品位を辱める行状があつたときは、別に法律で定めるところにより裁判によつて懲戒される。」（傍点―筆者）としているのである。そして、別に定める法律として、「裁判官分限法」があるのである。ところで、懲戒事由は、裁判官の弾劾事由（裁判官弾劾法二条）と異なつて、「著しく」とか「甚だしく」という価値的概念が付いていないので、法律上の争訟とは言えないばかりか、誰も心身の故障のため職務を執ることができないかどうかの公開の裁判を求める者はいないばかりか、懲戒作用は行政作用に属するものであるから、広義の分限の裁判、すなわち狭義の分限の裁判及び懲戒の裁判は、後述する人事官の弾劾の裁判とは異なつて、非公開で行われるのである。

なお、明治憲法五八条二項の「刑法の宣告」に当たるものについては、裁判所法四六条は（任命の欠格事由）として、「他の法律の定めるところにより一般の官吏に任命されることができない者の外、左の各号の一に該当する者は、これを裁判官に任命することができない。」とし、一号に「禁錮以上の刑に処せられた者」としているものであり、懲戒処分に至らない者については、裁判所法「第六編 司法行政」八〇条（司法行政の監督）で「注意処分」「嚴重注意処分」として処理されるのである。

最後に、明治憲法下にあつては、裁判官は終身官であつたが、現行憲法七九条五項は、「最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に、退官する。」（傍点―筆者）とし、八〇条一項は「下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を十年とし、再任されることができる。但し、法律の定める年齢に達した時には、退官する。」（傍点―筆者）として、現行法上、裁判官にも定年制が敷かれたのである。ここで、注意しなければならないことは、最高裁判所の裁判官の場合には、「時に」とされて「は」がなく、下級裁判所裁判官の場合には「時には」として、「は」が入っていることである。

その理由は、「本文」か「但書」の違いであるが、面白可笑しく言えば、最高裁判所の裁判官は定年が七〇年であるから、定年退官後は、もはや裁判官に就任する途はないが、下級裁判所の裁判官の場合は、定年七〇年の簡易裁判所判事を除き、定年は六五年であるから、退官後もまだ裁判官への途が残されているからである（裁判所法五〇条（定年））。この定年というのも分限であるから、私は、「心身の故障のために職務をとることができない」と裁判された場合」の分限を狭義の分限といい、それに「懲戒処分」を併せて広義の分限といい、それに「定年」を併せて、最広義の分限というのがよいと考えている。これらの場合も、「はじめに」で述べたように、言葉の順序及び条文の順序が大切であり、狭義の分限事由（憲法七八条前段）、懲戒（憲法七八条後段）、定年（憲法七九条五項、八〇条一項但書）の順序になっているのである。なお、法文が作られる場合、人の行為によるものが最初に来るのであり、時の経過によるものは後に来ることを忘れてはならないと思うのである。例えば、民法総則は、時効を最後の章の「第六章 時効」としてしているのであり、連帯債務の絶対的効力でも（連帯債務者の一人の時効の完成）民法四三九条が一番後に来ているのであり、刑法でも同じである。すなわち、刑法は、「第一編 総則」とし、第一章から第六章に「刑に関する規定」を置き、第七章から第十三章に掛けて「処断に関する規定」を置いているが、時の経過に関する規定は、「刑に関する規定」のうち、「第六章 刑の時効及び刑の消滅」とされているのである。刑事訴訟法も同様で、三三七条の免訴事由として「時効が完成したとき。」が、免訴事由の一番最後に来ているのである。なお、刑法の時効は、「刑の時効」であるが、刑訴法で時効という時効は、「第二編 第一審」「第二章 公訴」の中に規定された「時効」であるから、刑訴法で時効と規定してある場合はすべて公訴時効を指すのであり、刑の時効と公訴時効を併せて刑事時効というのである。

#### IV 下級裁判所の裁判官の指名権——狭義の司法行政権

憲法八〇条一項本文は、「下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によって、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を十年とし、再任されることができ。」として、最高裁判所に「下級裁判所の裁判官の指名権」があることを規定している。この指名権は、もとより、本来の司法行政に属するものであり、司法行政に入る司法立法である規則制定権と区別する意味で、狭義の司法行政と言うことにしたのであるが、この場合の裁判所は、もちろん司法行政権の主体としての裁判所である。したがって、最高裁判所は、司法行政の上で最上級の裁判所である。なお、憲法は、狭義の司法行政に属するものとして「下級裁判所の裁判官の指名」についてしか規定していないが、それは、権力の分立と抑制・均衡という観点から重要なものだけを規定したのである。なお、下級裁判所の裁判官には、任期制が採られているが、これは前述した最高裁判所裁判官の国民審査に代わるものである。

#### V 違憲審査権

憲法八一条は、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」(傍点―筆者)としている。この憲法八一条は、憲法九八条一項が「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」とし、憲法九九条が、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」としているので、それを担保する砦として、最高裁判所を違憲審査の終審裁判所としたものである。したがって、司法府の処分も条約も違憲審査の対象になることは言うまでもないのである。

問題は、この違憲審査権が、憲法裁判所型の違憲審査権かアメリカ型の違憲審査権かである。私は、アメリカ型の事件に付随した付随的違憲審査権であると思うのである。その理由は以下に述べる通りである。憲法七六条一項の「司法権」は、実質的な意味での司法権、すなわち、法律上の争訟を裁判する権をいうのである。そうすると、法律上の争訟を取り扱う民事訴訟法は、「第二編 第一審の訴訟手続」とし、「第三編 上訴」として審級制度を採っており、行政事件訴訟法は、七条が、「この法律に定めがない事項」として、「行政事件訴訟に關し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」としているので、法律上の争訟である「抗告訴訟及び当事者訴訟」のほか、法律上の争訟でない「民衆訴訟及び機関訴訟」も審級制度に従うことになるのである。その他、刑事訴訟法も「第二編 第一審」とし、「第三編 上訴」としているので、刑事訴訟法も審級制度を採っていることになる。なお、民事訴訟法が「第二編 第一審の訴訟手続」とし、刑事訴訟法が「第二編 第一審」としているのは、民事訴訟では「捜査」は必要ないが、刑事訴訟では「捜査」が不可欠であり、しかも起訴後の捜査も許さなければならぬから、「第二編 第一審」とし、「第一章 捜査」とし、「第二章 公訴」、「第三章 公判」としているのである。「第二編 第一審」がこのような順序になっているから、「捜査」は、公訴を提起し、公訴の遂行維持を目的とするのである。したがって、既に述べたところであるが、憲法七六条一項が「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」(傍点―筆者)としているところから、最高裁判所は、憲法が直接設置した裁判所という意味であるばかりか、審級関係の上で最上級の裁判所という性格を有するのである。そうすると、憲法八一条が「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」として、前審を予定した規定をしているので、「下級裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する前審裁判所である。」ということになる。このような解釈が許される理由は、憲法七六条二項後段

が「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」として、その反対解釈により、行政機関は前審としてなら、裁判できるということである。したがって、裁判所法三条（裁判所の権限）二項は、「前項の規定は、行政機関が前審として審判することを妨げない。」としており、「終審」という言葉は、「前審」を予定した言葉だからである。いずれにせよ、終審及び前審と言われる裁判所は、裁判機関としての裁判所であり、したがって、最高裁判所は、違憲審査につき終審裁判所という性格を有するので、「憲法の番人」と言われるのである。もう一つの理由は、憲法七六条三項が「すべて、裁判官は、その良心に従ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」（傍点―筆者）とし、憲法九九条が「……裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」（傍点―筆者）としているから、下級裁判所も前審として違憲審査できるものと考えなければならないからである。

こうして、下級裁判所も前審として違憲審査できることが導き出されたが、下級裁判所は、事実審裁判所である（民訴法三二一条、刑訴法三八二条参照）。そうすると、下級裁判所の違憲審査は、自ずと事実審裁判所としての違憲審査になる。すなわち、事件に付随して違憲審査がなされるということである。そうすると、論理的に最高裁判所の違憲審査も事件に付随した違憲審査権でなければならないことになる。したがって、我が国の違憲審査権は、憲法裁判所型の違憲審査権ではなく、アメリカ型、すなわち司法権の一貫としてなされる付随的違憲審査権でなければならないのである。

要するに、①憲法八一条の違憲審査の規定は、「第六章 司法」の中に規定されていること、②憲法八一条の解釈により、事実審裁判所である下級裁判所も前審として違憲審査ができること、このような解釈を支える憲法七六条三項及び九九条があること、③こうして、憲法八一条は、審級制度の中で違憲審査がなされることになるから、違憲審査だけのための手続が設けられていないこと、④これらを受けて、裁判所法七条は、審級管轄とし

て、(イ) 上告及び(ロ) 訴訟法において特に定める抗告を管轄できるものとし、審級制度をとる民事訴訟法は、「第三編 上訴」「第二章 上告」とし、同法三一一条に上告の理由、同法三二七条に特別上告を規定し、更に「第三章 抗告」として、同法三三〇条に再抗告を規定し、同法三三六条に特別抗告を規定し、刑事訴訟法は、「第三編 上訴」「第三章 上告」として、同法四〇五条に上告申立ての理由、更に「抗告」として、同法四三三条以下に特別抗告を規定していることを考えると、我が国の違憲審査権は、司法裁判権の一貫として行使されるアメリカ型の付随的違憲審査権、すなわち事件に付随した違憲審査権であると言わなければならないのである。こうして、我が国の違憲審査権は、事件に付随して行使されるものであるから、その違憲判断の効力は個別効力説に従って理解されなければならないことになると思うのである。したがって、それが違憲法令審査であれば、法律の執行を阻止する意味で、内閣に伝えられ、更に立法院に伝えられ、立法院がそれに対応した措置をとることが期待されるのである。ちなみに、最高裁判所裁判事務処理規則一四条は、「第一二条（法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判をするには、八人以上の裁判官の意見が一致しなければならない。）の裁判をしたときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。」としているのである。

そして、通常、この違憲判決の形態として、いわゆる法令違憲といわゆる適用違憲の判決があるが、これについては、前述した判決三段論法を想起するのとよりよく理解できるのではないかと思うのである。

なお、民事訴訟法も刑事訴訟法も審級制度を採っているが、審級管轄は裁判所の構成と直接関係を有することから、裁判所法に規定されている。又、事物管轄、すなわち事件の種類、軽重による第一審の管轄（刑法三条、四条、八条、一〇条、一一條）も裁判所の構成と直接関係を有することから、裁判所法に規定されているが、控訴事件、上告事件、抗告事件等も事件の種類による管轄であるから、事物管轄の性質を具有する。したがって、裁

判所法一六条及び二四条は、事物管轄と審級管轄を並べて規定しているのである。そこから、第一審の事物管轄を狭義の事物管轄といい、審級管轄を併せて広義の事物管轄<sup>(2)</sup>ということがある。これに対して、土地管轄の原因は民事訴訟、刑事訴訟で異なり、しかも土地管轄は、裁判所の構成と直接関係を有しないから、各訴訟法に規定されているのである。

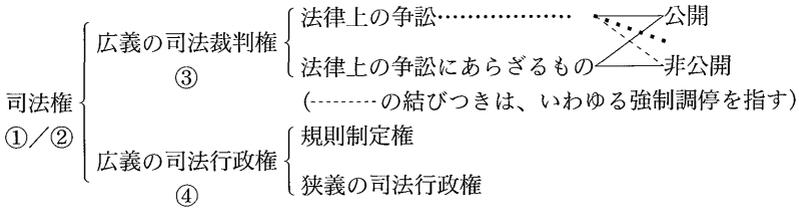
なお、民事訴訟法は、上告理由並びに再抗告及び特別抗告理由を「憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること」(民事訴訟法三二二条、三二七条、三三〇条、三三六条)とし、刑事訴訟法は、それらの理由を「憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること」としているが、このように民事訴訟法と刑事訴訟法で「憲法の違反」と「憲法解釈の誤り」の言葉の順序が逆になっているのは何故であろうか。思うに、憲法が三一条から四〇条に掛けて、主として刑事に関する詳細な規定を置いているから、刑事の場合には民事の場合と異なって、憲法の解釈の誤りの前に憲法の違反が感得できることが多いからだと思うのである。なお、前述した最高裁判所の性格を纏めておくと、最高裁判所は、①憲法が直接設置した裁判所であり、②審級関係の上で最上級の裁判所であり、③司法行政の上で最上級の裁判所であり、④違憲審査の上で終審裁判所である。

#### 四 司法権の分類及び分類することの意義

前章で、形式的な意味での司法権の内容、すなわち、I 法律上の争訟を裁判する権である実質的な意味での司法権、II 規則制定権、III 広義の分限の裁判、すなわち法律上の争訟にあらざるものの裁判、IV 下級裁判所の裁判官の指名権、V 違憲審査権の検討をした。これらは、いずれも三権の分立と均衡・抑制という観点から規定されたものにすぎないが、これによって、裁判所法三条(裁判所の権限)一項「裁判所は、日本国憲法に特別の定の

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。」の内容が明確になるのである。すなわち憲法と法律とは異なるから「裁判所は、憲法五五条の議員の資格争訟の裁判及び憲法六四条の裁判官の弾劾の裁判を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、憲法が認める規則制定権、広義の分限の裁判、下級裁判所の裁判官の指名権及び違憲審査権を当然に前提にした上で、その他法律において特に定める権限を有する。」ことになるのである。

それでは、この司法権の分類をどうするかということであるが、前述したように、権利は主体と切り離すことができないから、それを踏まえて分類することが求められる。なお、二章で司法と裁判の異同を検討したのであるが、司法は他の二権との関係から使われる言葉であり、裁判は手続に着眼して使われる言葉であった。したがって、司法権の担い手である裁判所の裁判を司法裁判権と言うことにする。又、司法権の担い手である裁判所の行政を指して司法行政権と言うべきである。そして、司法裁判権に含まれるものは、「法律上の争訟を裁判する権」と「法律上の争訟にあらざるものの裁判をする権」であるが、それらに付随して違憲審査権が行使されるのである。そして、既に検討したところから明らかなように、法律上の争訟は、その内在的要請として、公開の連続で裁判することが求められるのであり、法律上の争訟にあらざるものは原則として非公開で裁判することが求められるから、この組み合わせを考えるとよいと思うのである。なお、私が、「法律上の争訟にあらざるものの裁判」という言葉を使って「非訟」という言葉を使わなかったのは、広義の分限の裁判事件は民訴で言われる非訟事件に入らないし、その他少年の保護事件（少年法二四条）の審判も非訟事件に入らないからである。そこで、民訴の学者が言う非訟事件及び非訟事件に入らないものも含む意味で、「法律上の争訟にあらざるものの裁判」という言葉を使ったのである。なお、裁判所法七条、一六条、二四条及び三三条が内見出しをいずれも（裁判権）（もちろん、この裁判権は、裁判管轄権の意味である）とし、同法三一条の三が内見出しを（裁判権その他の権



限)(傍点+筆者)としているのは、同条一項一号に非訟事件に入るものがあり、三号に非訟事件には入らないが法律上の争訟にあらざるものの裁判があるからである。なお、現行法の下では、家庭裁判所は民事でも「人事訴訟法(平成一五年法律第九号)で定める人事訴訟の第一審の裁判」の管轄権を有することになり、これまでの「少年法第三十七条第一項に掲げる罪に係る訴訟の第一審の裁判」を含めて、法律上の争訟を裁判する権が家庭裁判所に与えられることになった。なお、裁判所法三十一条の三第一項に二号が追加されたから、これまでの二号、三号が三号、四号と繰り下がることになった。したがって、裁判所法三十三条一項二号の括弧書の(第三十一条の三第一項第三号の訴訟を除く。)は、(第三十一条の三第一項第四号の訴訟を除く。)とならなければならないので、これは、もちろん立法の過誤である。次に、裁判所が担当する行政も司法権の担い手である裁判所の行政であるから、これを司法行政と言うのがよいということも前述した。なお、裁判所法もこれらに関する規定の内見出しを「司法行政事務」としている(裁判所法二二条、二〇条、二九条、三一条の五、三七条)。そして、その中には、規則制定権のようにいわば司法立法のほかに下級裁判所の裁判官の指名権のように純然たる司法行政もあるので、後者の司法行政を狭義の司法行政というのがよいということも前述した。

そこで、以上の事柄を図示すると、上掲となる。

このように、分類したことの意義は、次の通りである。

(1) この分類したことの第一の意義は、司法権の担い手である裁判所の意義を明確にし得たことである。すなわち、③の裁判所は、裁判機関として裁判所であり、この意味の裁

裁判所は、多く訴訟法に出てくることから、訴訟法学者は、訴訟上の意味における裁判所と言うことがある。この意味に当たる裁判所として、憲法七六条一項、八一条、八二条の二でいう裁判所がそれであり、裁判所法では、同法九条、一八条、二六条、三一条の四、三五条でいう裁判所がそれであり、後の多くは、民事訴訟法、刑事訴訟法等に出てくる裁判所である。次に④の裁判所は、司法行政権の主体としての裁判所であり、権限行使ができるのは官庁であるから（民訴法四条六項及び「国の利害に係る訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律」一条参照）、この意味の裁判所を「官庁としての裁判所」と言うことがある。憲法七七条、八〇条一項でいう裁判所及び最高裁判所というのがそれであり、裁判所法では、同法一二条、二〇条、二九条、三一条の五、八〇条等という裁判所がそれである。この司法行政権の主体としての裁判所は、原則として、裁判官会議である（裁判所法一二条、二〇条、二九条、三一条の五）が、簡易裁判所では、一般に会議体を組織できないから、裁判所法三七条は、「各簡易裁判所の司法行政事務は、簡易裁判所の裁判官が、一人のときは、その裁判官が、二人以上のときは、最高裁判所の指名する一人の裁判官がこれを掌理する。」としているのである。これに対して、形式的な意味での司法権の担い手である①の裁判所は、広義の司法裁判権及び広義の司法行政権の担い手ということになるが、その裁判所の例としては、裁判所法三条の内見出しの裁判所、同条一項の裁判所がそれである。又、民訴法二五条の「その裁判官の所属する裁判所」、刑訴法二三条一項の「その裁判官所属の裁判所」もそれである。その意味は、その裁判官所属の裁判所、すなわち後述する国法上の裁判所が裁判機関の裁判所となつてという意味である。最後に、形式的意味での裁判所の担い手である②の裁判所は、裁判所法五三条一項等のように裁判官だけでなく裁判所職員全体を含めて言ったり、裁判所法六九条一項のように裁判所の施設を指している場合もあり、この意味の裁判所は、何等権限を有せず、広義の司法裁判権分配の単位となり、広義の司法行政権の単位になるに過ぎない。そこで、この意味の裁判所を官署としての裁判所という。そして、この②の官署としての裁判

所と④官庁としての裁判所は、主として裁判所法に出てくる裁判所であるから、③の訴訟法上の意味における裁判所と区別する意味で、国法上の意味における裁判所と言われることがあるのである。

(2) 司法権分類の第二の意義は、「法律上の争訟」と「法律上の争訟にあらざるもの」の区分をし、手続、すなわち公開、非公開との組み合わせを考え、四通りの結びつきを検討する場を提供することができたことである。その四通りとは、(イ)「法律上の争訟―公開」、(ロ)「法律上の争訟―非公開」、(ハ)「法律上の争訟にあらざるもの―非公開」、(ニ)「法律上の争訟にあらざるもの―公開」である。

私は、「法律上の争訟」と「法律上の争訟にあらざるもの」の区別は、実定法によるものと考えているが、法律上の争訟は、前述した通り、その内在的要請として、公開の裁判で処理することが求められるのであり、その結びつきが(イ)の「法律上の争訟―公開」の場合である。

次に、法律上の争訟にあらざるものは、「対立当事者が公開で言い合う」ものでないから、原則として、公開で裁判することは許されず、それが(ハ)の「法律上の争訟にあらざるもの―非公開」の結びつきの場合である。次に、法律上の争訟ではないにも関わらず、後述する外在的な理由で公開の裁判をすることが要求されるもの、すなわち、(ニ)の「法律上の争訟にあらざるもの―公開」と結びつく場合がある。この場合を考えるに当たって、行政事件訴訟法を取り上げるのがよいと思う。行政事件訴訟法は、平成一六年に一部改正がなされ、改正法は平成一七年四月一日から施行されることになった。改正のポイントにつき、宇賀克也教授が要領よく纏められている。それによると、「(1) 救済範囲の拡大、①取消訴訟の原告適格の実質的拡大、②義務付け訴訟の法定、③差止訴訟の法定、④当事者訴訟の一類型として確認訴訟の明記、(2) 審理の充実・促進、(3) 行政訴訟を利用しやすく分かりやすくするための仕組み、①抗告訴訟の被告適格の行政庁主義から行政主体主義への変更、②抗告訴訟の管轄裁判所の拡大、③取消訴訟の出訴期間の延長、(4) 仮の救済制度の拡充、①執行停止の要件の

緩和、②仮の義務づけ制度の創設、③仮の差止め制度の創設」である。<sup>(22)</sup>

ところで、行政事件訴訟の類型は、「行政事件訴訟法二条が、(行政事件訴訟) という外見出しを立てて、「この法律において『行政事件訴訟』とは、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟をいう。」として、頻度並びに国民及び住民にとって密接なものかどうかの配慮をして並べている。

このうち、(抗告訴訟) は、行政事件訴訟法三条一項によると、「この法律において『抗告訴訟』とは、行政庁の公権力に関する不服の訴訟をいう。」とされている。法治国家論、すなわち今日、国家の統治は、憲法及び法律に基づく統治でなければならぬから、行政庁、すなわち行政権の担い手である庁、すなわち行政官庁及び地方公共団体の機関の公権力行使は、憲法及び法律に基づくものでなければならぬ。したがって、「抗告訴訟」は、法律上の争訟である。したがって、抗告訴訟は、法律上の争訟の内在的要請として、公開の裁判で処理しなければならず、しかも法律上の争訟は行政庁の公権力行使に不服のある者ならば誰でも提訴できるから、主観訴訟とも言われるのである。このように、抗告訴訟は、誰でも提訴できるから、憲法三二条が保障するものであり、しかも法律上の争訟は公開の裁判で処理しなければならないという内在的要請があるから、抗告訴訟は、憲法八二条の「裁判の公開」の保障を受けることになるのである。そして、行政事件訴訟法七条も、「この法律に定めがない事項」として、「行政事件訴訟に關し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」として、抗告訴訟は法律上も裁判の公開が要求されているのである。

なお、行政事件訴訟法は、「第二章 抗告訴訟」として、「第一節 取消訴訟」としては、同法三条二項の「処分取消しの訴え」及び同条三項の「裁決取消しの訴え」はこの「第一節 取消訴訟」の中で処理され、同条四項の「無効等確認の訴え」及び同条五項の「不作為の違法確認の訴え」並びに今回の一部改正で拡張された同条六項の「義務付けの訴え」及び同条七項の「差止めの訴え」は、「第二節 その他の抗告訴訟」の中で処理

されるものとされている。

次に、「当事者訴訟」は、行政事件訴訟法四条によると、「この法律において『当事者訴訟』とは、当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟をいう。」とされている。法律関係とは、主体と主体との法規範的關係をいい、その当事者の一方を被告とする訴訟が当事者訴訟であるから、当事者訴訟は法律上の争訟であり、主観訴訟と言われるのである。いずれにせよ、「当事者訴訟」も法律上の争訟であるから、誰でも提訴でき、したがって、憲法三二条の裁判を受ける権利の保障が働くほか、法律上の争訟の内在的要請として、憲法八二条の公開の裁判の保障を受け、更に法律上も行政事件訴訟法七条により、裁判の公開が求められるのである。

それに対して、「民衆訴訟」は、行政事件訴訟法五条によると、「この法律において『民衆訴訟』とは、国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の利益にかかわらない資格で提起するものをいう。」とされているから、民衆訴訟は、提訴権者の主観的利益を基礎にして提起するものではないので、これは客観訴訟であり、法律上の争訟ではないことになる。このように、民衆訴訟は、提訴権者の主観的利益を基礎にして提起するものではないから、この類型の訴訟は、憲法三二条の裁判を受ける権利によって保障されるものではなく、公開の裁判で処理する内在的要請もないことになる。民衆訴訟の例としては、選挙の効力に関する訴訟（公職選挙法二〇三条ないし二〇五条）、当選の効力に関する訴訟（公職選挙法二〇七条）、住民訴訟（地方自治法二四二条の二）等がある。

更に、機関訴訟は、行政事件訴訟法六条によると、「この法律において『機関訴訟』とは、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟をいう。」ので、これも客観訴訟であ

り、法律上の争訟ではない。要するに、機関訴訟は、機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争をいうから、機関訴訟は、憲法三二条の裁判を受ける権利とは無関係であり、したがって、この類型の訴訟も公開の裁判で処理する内在的要請もないことになる。機関訴訟の例を三つ挙げておきたい。一つは、地方自治法一七六条七項の訴訟である。<sup>(23)</sup>私は、方法論として、横軸に題名、編立て、編名、章立て、章名、節立て、節名、款立て、款名、目立て、目名、条文の順序、言葉の順序の大切さを説いて来たが、地方自治法一七六条は、「第二編 地方公共団体」第七章 執行機関「第二節 普通地方公共団体の長」第四款 議会との関係」の中に規定され、この「第四款 議会との関係」という款名から、地方自治法一七六条が機関訴訟であることが判るのである。二つ目は、地方自治法二五一条の五(国の関与に関する訴えの提起)であるが、「第二編 普通地方公共団体」第一章 国と普通地方公共団体との関係及び普通地方公共団体相互間の関係「第二節 国と普通地方公共団体との関係並びに普通地方公共団体相互間及び普通地方公共団体の機関相互間の紛争処理」第五款 普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与に関する訴え」の中に規定され、やはり、地方自治法二五一条の五が規定されている標題から、それが機関訴訟であることが判るように規定されているのである。三つ目は、国家公務員法九条の(人事官の弾劾)の場合である。国家公務員法は、「第二章 中央人事行政機関」とし、同法三条で、人事院を内閣の所轄の下に人事院を置くものとし、同法四条で職員として人事院は人事官で組織されるものとし、更に同法五条で人事官は両議院の同意を経て、内閣が任命し、人事官の任免は、天皇が認証し、同法六条は人事官は任命後最高裁判所長官の面前において、宣誓書に署名してからでなければ、その職務を行ってはならないとされているのである。その弾劾による罷免は、同法八条一項二号が「国会の訴追に基き、公開の弾劾手続により罷免を可とすると決定された場合」とし、弾劾事由として、同条二項一号は「心身の故障のため、職務の遂行に堪えないこと」、同条二項二号は「職務上の義務に違反し、その他人事官たるに適しない非行があること」

として、裁判官の広義の分限事由に相当するものが上げられている。そして、同法九条は、(人事官の弾劾)として、一項は、「人事官の弾劾の裁判は、最高裁判所において行う。」とされているのである。したがって、人事官の弾劾の裁判は、法律上の争訟ではないにも関わらず、「弾劾」として公開で行うことを法律が要求し、しかも任命が両議院の同意を経て、内閣が任命し、職務は最高裁判所長官の面前で宣誓書に署名してからでなければ行つてはならないとされているから、人事官の弾劾の裁判は、機関訴訟の例によるのであり(人事官弾劾裁判手続規則一条)、しかも裁判は、最高裁判所長官が常に在廷する大法廷で行われるのである(人事官弾劾裁判手続規則二条)。

いずれにせよ、「民衆訴訟」及び「機関訴訟」も国民ないしは住民とつて重大な関心事であるから、行政事件訴訟法七条は、外見出しを(この法律に定めがない事項)として、「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」(傍点―筆者)として、「民衆訴訟」及び「機関訴訟」も憲法上の要請ではないが、法律上裁判の公開を要求しているのである。

こうして、「民衆訴訟」及び「機関訴訟」は、(三)の「法律上の争訟にあらざるもの―公開」の結びつきの一つということができるのである。その他、この結びつきの場合で、憲法が要請するものとしては、憲法三四条の拘禁理由の開示があり、これを受けて刑事訴訟法八二条以下に勾留理由の開示の規定が置かれている。また、境界確定の訴えや共有物の分割訴訟も法律上の争訟ではないが、例えば、どのように分割されるかは当事者にとつて重大なばかりか、その債権者にとつても極めて重大な関心事であるから、民法二六〇条は、債権者に共有物の分割への参加を認めているのであり、訴訟になれば、もちろん公開の裁判で処理されることになるが、債権者は民事訴訟法四七条の独立当事者参加で対処することになっているのである。このような境界確定の訴えや分割訴訟は、民事訴訟法学の上では、形式的形成訴訟と言われているのである。この類型に属する訴訟として、商法二

六七条の株主代表訴訟がある。

最後に、以上検討して来たところから明らかなように、憲法三二条は法律上の争訟の裁判を受ける権利であり、法律上の争訟は、その内在的要請として、憲法上、公開の裁判で処理しなければならないことになる。したがって、(ロ)の法律上の争訟―非公開の結びつきの場合は、憲法上、許されないことになるのである。そこで、昭和六年以来認められてきた(ロ)の「法律上の争訟―非公開」の類型に入る「いわゆる強制調停」は違憲である。最高裁判所大法廷は判示した(最大決昭和三五年七月六日民集一四卷九号一六五七頁)。そこで、民事訴訟法の学者は、この判例は法律上の争訟でありさえすればすべて公開の裁判でやるという趣旨ではなく、事件の性質・内容に相応しい審理方式による裁判もあり得るという意味であり、この問題を「訴訟事件の非訟化」<sup>(24)</sup>の問題として取り上げ、その場合であっても法律上の争訟にあらざるものと同じ手続で審理するのではなくして、非訟化に当たっても限界があるものとされ、いわば第三の手続(図の……)としてそれがどうあるべきか模索されることになるのである。例えば、借地借家法四二条がその例である。このように考えると、訴訟事件でありながら、その限界はあるものの非訟化されるものがあるのであり、法律上の争訟であれば裁判を拒絶できないとする憲法三二条の中に右に述べた「いわば民訴の第三の波と言われる手続」の裁判も含まれるものと考えなければならぬことになる。すなわち、「公開・対審の手続によらずに権利義務の存否を含めて終局的解決を図つても違憲ではないような事件の存在を積極的に認めるとともに、手続態様についても訴訟手続か非訟手続かという二分思考を排し、憲法三二条の要請は、各々の事件の類型なり性質・内容に適合した審理方式による裁判を求める権利を国民に保障するにある」<sup>(25)</sup>ということになるのである。

(3) 司法権の分類をした第三の意義は、受命裁判官及び裁判所書記官が出張尋問に行くときの旅行命令権者は、裁判機関としての裁判所であるが、その際に携帯していく荷物が重いことから、裁判所事務官が随行するときは、

司法行政権の主体としての裁判所が旅行命令権者になることも示し得たことになるものと考ええる。

(4) 事件の配点は、司法行政事務に属するので、地方裁判所のいわゆる本庁と支部間、あるいは支部相互間の事件の回付は、訴訟上の手続ではなく、この回付の措置に対しては、当事者は、訴訟法に準拠する不服を申し立てることはできない(最決昭和四四年三月二五日刑集二三卷三号二二二頁) こと等も説明することが容易になったものと考ええる。

おわりに

以上、我が方法論、縦軸に意義、目的、手段、効果を考え、手段のところを横軸に題名、編立て、編名、章立て、章名、節立て、節名、款立て、款名、目立て、目名、条文の順序及び言葉の順序という順序で考えていくべきであるという視点の下に、三度び「司法権」について挑戦した。そういうわけで、一章では、「日本国憲法第六章の章名が『司法』である理由」を取り上げ、もしこの場合の章名を「裁判所」としたならば、裁判所の構成・組織までも憲法で謳わなければならず、そうすると現行憲法下では、最高裁判所、その下に下級裁判所があり、それらの構成・組織まで憲法で謳うと憲法が煩瑣になるばかりか、司法裁判所と行政裁判所の区別も要らなくなり、更に我が国では同胞による裁判が期待できるから、裁判所は何をするところかという観点から、「司法」とされたことを明らかにした。ただ最高裁判所だけは憲法が直接設置した裁判所であるから、官名ではないが、「長たる裁判官及び法律で定める員数のその他の裁判官」で構成されるものとし、その結果、裁判所法には最高裁判所の構成については規定が置かれていないことも明らかにした。第二章では、司法と裁判の異同を明らかにし、第四章の司法権の分類につなげることができた。すなわち、司法という言葉は、他の二権との関係で使われ

る言葉であり、裁判は手続に着眼するときに使われる言葉であるから、司法権の担い手である裁判所の裁判を指して司法裁判権といい、司法権の担い手である裁判所の規則制定権及び下級裁判所の裁判官の指名権は行政に属することから、司法行政権という柱を立てることに役立ったのである。その結果、裁判所には、裁判機関としての裁判所、司法行政権の主体としての裁判所、この両者の裁判所が有する権能を併せて形式的な意味の司法権と言うが、形式的意味での司法権の担い手である裁判所があることを明示し得たばかりか、この形式的意味での司法権の担い手である裁判所、すなわち官署としての裁判所の位置づけも明確にし得たものと考えている。三章では、その形式的意味での司法権の内容をほぼ逐条的に解説をし、四章の司法権の分類及び分類することの意義につなげることができたものと考えている。その中で、(イ) 法律上の争訟―公開、(ロ) 法律上の争訟―非公開、(ハ) 法律上の争訟にあらざるもの―非公開、(ニ) 法律上の争訟にあらざるもの―公開の結びつきにつき、行政事件訴訟法の抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟等を例にして詳細に検討を加えた。

思うに、首都大学の初代学長 西澤潤一先生が、先年、広島大学教育センターでの講演「大学改革と創造性」の冒頭で、「創造とは、当たり前前のことに気が付くことである」と喝破されたが、本論文は当たり前前を当たり前前に書いただけである。しかも、本稿は、これまでやってきたことを積み上げただけであり、その意味で「積たか小こ以い大だい」<sup>(26)</sup>に過ぎないのである。ただ、小さいことを積み上げてこのような論文になったのであるが、アジア刑政財団現理事長の敷田稔先生が言われたように、その場合、部分システムとトータルシステムが齟齬するものであつてはならないのである。いずれにせよ、恩師をはじめ注<sup>(23)</sup>に書いたように澤田竹治郎先生等の諸先輩、同僚等のお陰でこの論文を一応終えることになったが、今までやって来たことがここに収斂して来ているように思われるのである。すなわち、箱根の強羅に強羅公園があり、そこに「鈍翁・三溪・耳庵の茶室」(益田孝・原三溪・松永安左エ門)、「白雲洞茶苑」があり、その茶室に益田鈍翁が揮毫された掛け軸が掛かっていたが、

そこには「萬古目前境界」と書かれており、私は、今、過去やってきたことがすべて目前にあるような心境にあるのである。

法学の筆者が、憲法学者でないことを省みず、本稿は、司法権について私見を並び立て、失敗をおそれず挑戦したものであり、大方のご海容を乞う次第である。

- (1) 筑間正泰・「司法権についての覚書」慶應法学会篇『慶應義塾大学法学部法律学科開設百周年記念論文集』（慶應通信、一九九〇）三四三頁以下所収。
- (2) 筑間正泰・「司法権についての覚書再論」広島法学二二巻四号（一九九八）一頁以下。
- (3) 筑間正泰・前掲再論三九頁。
- (4) 筑間正泰・「私の法学方法論―刑法を中心にして―」『中谷瑾子先生傘寿祝賀 21世紀における刑事規制のゆくえ』（現代法律出版、二〇〇三）一〇四頁以下所収。
- (5) 粕谷友介・向井久了・矢島基美編『憲法（第二版）』（青林書院、二〇〇三）一七頁。
- (6) 公布文に「これ」とあり、憲法前文に二箇所、「この憲法」とあり、憲法四条一項、一一條、一二條、五六條二項、五九條一項、七三條六号、七六條三項、八二條二項、九六條一項、二項、九七條、九八條一項、九九條、一〇〇條一項、二項、一〇一條、一〇二條、一〇三條には、「この憲法」とある。
- (7) 筑間正泰・前掲「私の法学方法論―刑法を中心にして―」一〇四頁、同・「身分犯の共犯について」斎藤誠二先生古稀記念『現代刑事法学の現実と展望』（信山社、二〇〇三）三八六頁、同・「詐欺罪、背任罪及び横領罪」広島法学二〇巻一号（一九九六）五頁以下。法条競合の捉え方としてやや狭いのであるが、大嶋一泰教授が、『刑法総論講義』（信山社、二〇〇四）五〇六頁で、「罰条相互の適用関係に関する問題を扱う『法条競合』は犯罪の単・複の問題ではない。」と明言されているのは、特筆に値すると思う。
- (8) 洪沢栄一・『論語と算盤』（国書刊行会、一九九二）参照。又、原三溪翁は、扁額で「唯義有耳」と揮毫されている。

- (9) 諸橋轍次『渡辺未吾』鎌田正『米山寅太郎著』新漢和辞典（大修館書店、二〇〇二）一六〇頁。
- (10) 佐藤功・『憲法（下）』〔新版〕（有斐閣、一九八四）六一七頁。
- (11) 楠山永雄・『ぶらり金沢散歩道 歴史・伝説・民話を歩く』（金沢郷土史愛好会、二〇〇三）二二四頁で、「草案は伊藤博文が中心となり、井上毅、伊東巳代治、金子堅太郎らが横須賀・夏島で起草した。そのため夏島憲法とも呼ばれている。」とされている。なお、「明治憲法起草遺跡記念碑」が建立されているが、同・二一七頁で、「建設された記念碑は、基石を七十六個の御影石で組み、底辺のタテ・ヨコを二十二尺二寸一分一厘（約六m七十三cm）とした。これは憲法七十六条と、憲法発布の日・二十二年二月十一日にちなんでいる。」と紹介されている。すなわち、憲法発布の日は雪であった（田山花袋・『東京の三十年』（岩波書店、一九八二）二七頁）明治二十二年二月一日であったからである。その他、杉山高藏・『金沢の今昔』（再判）（フタミデザイン、一九九八）一六〇頁。
- (12) 神奈川県立金沢文庫編・『目でみる近代の金沢』（神奈川県立金沢文庫、二〇〇三）四〇頁。
- (13) 滝沢正・『フランス法』（三省堂、二〇〇〇）一七五頁。
- (14) 芦部信喜『高橋和之補訂』『憲法第三版』（岩波書店、二〇〇四）三〇八頁。
- (15) 最判昭和五六年四月七日民集三五卷三号四四三頁。
- (16) 最大判昭和三五年七月六日民集一四卷九号一六五七頁。
- (17) 筑間正泰・『免訴の判決』広島法学七巻四号（一九八四）三四頁、四六頁以下。
- (18) 筑間正泰・『現行刑事訴訟の再診断——公判の裁判を中心に——』ジュリスト一一四八号（一九九九）一一四頁以下。
- (19) 林田和博・『司法権の範囲』清宮四郎『佐藤功編』『憲法講座4』（有斐閣、一九七六）二頁。
- (20) 佐藤孝治・『憲法（第三版）』（青林書院、一九九六）二九三頁等。
- (21) 下村三郎・『第三章 裁判所（その二）——裁判所の権限』団藤重光編『法律実務講座刑事編第一巻』（有斐閣、一九五三）八一頁。
- (22) 宇賀克也・『改正行政事件訴訟法——改正法の要点と逐条解説——』（青林書院、二〇〇四）四頁以下。
- (23) 沢田竹治郎・田中真次・田中二郎・雄川一郎・園部逸夫・『行政事件訴訟法の十年（座談会）行政裁判所の回顧』

- ジュリスト五二七号(一九七三)一〇八頁。なお、私事で恐縮であるが、私は、母と兄弟で澤田竹治郎先生が七八歳の時、ご自宅にお訪ねしたことがあり、それ以来、澤田竹治郎先生のような人になりたいと希いねがい、生きてきたのである。幸い、元最高裁判所判事 園部逸夫先生が、「連続公開講演会『司法制度のゆくえ』【第8回・完】行政訴訟改革」Justist 一二八一号(二〇〇四)六九頁以下で、澤田竹治郎先生は、気骨のある先生であり、最後の行政裁判所長官で、初代の最高裁判所判事であり、先生が九〇歳を超えておられるときにご自宅で自彊術の手ほどきを受けられたこと、岸田劉生先生を自宅で世話されたこともある方であると紹介されており、感慨一入である。なお、澤田竹治郎先生のこと、岸田劉生全集(岩波書店、一九七九—一九八〇)全一〇巻の中に二一四箇所出てくるのであり、又岸田麗子著『父岸田劉生』(中央公論新社、二〇〇一)一七六頁等にも出てくるのである。その中で、「自彊術」のことも書かれており、そのお陰で園部逸夫先生のご紹介で、小生は、現在「自彊術」をし、今それを日課としている。
- (24) 小島武司・「非訟化の限界について」中央大学八十周年記念論文集法学部(中央大学、一九六五)二九九頁以下、鈴木正裕・「訴訟と非訟」小山昇ほか編『演習民事訴訟法(上)』(青林書院新社、一九七三)一九頁以下、林屋礼二・「訴訟事件の非訟化」と裁判を受ける権利」吉川大二郎追悼論集『手続法の理論と実践上巻』(法律文化社、一九八〇)六六頁以下等。
- (25) 中野貞一郎・「民事裁判と憲法」講座民事訴訟①『民事紛争と訴訟』(弘文堂、一九八四)二頁、芦部信喜・「第五章 裁判を受ける権利」同編『憲法Ⅲ人権(2)』(有斐閣、一九八一)三一六頁等。
- (26) 三戸岡道夫・『二宮金次郎の一生』(栄光出版社、二〇〇五)三四頁。