

司法修習生給費制廃止違憲訴訟をめぐる 若干の考察

高 橋 洋

はじめに

- 1 給費制廃止違憲訴訟の論点
 - 2 憲法による給費制の保障について
 - 3 法曹の尊厳と無給修習
 - 4 職業選択の自由と給費制廃止
 - 5 立法裁量をめぐって
 - 6 平等原則違反をめぐって
 - 7 「内在的制約」論をめぐって
- まとめにかえて

はじめに

本稿は、2017年9月以降に出された、司法修習生への給与の支給（以下「給費制」という）の廃止の違憲性を争う訴訟の諸判決を検討する。これらの判決・決定には以下のものがある（2020年5月29日現在）。

- ① 東京地裁判決2017年9月27日（原告：新65期司法修習生。LEX/DB 文献番号25448991。判決の引用は同データベースによる。以下同じ。）
- ② 広島地裁判決2017年9月27日（原告：新65期司法修習生。25547822。）
- ③ 大分地裁判決2017年9月29日（原告：67期司法修習生。25448976。）
- ④ 福岡地裁判決2017年10月17日（原告：新65期司法修習生。25449053。）

- ⑤ 名古屋地裁判決2017年12月20日（原告：新65期司法修習生。25449211。）
- ⑥ 熊本地裁判決2018年4月16日（原告：66期司法修習生。25560135。）
- ⑦ 東京高裁判決2018年5月16日（①判決の控訴審判決。25561067。）
- ⑧ 福岡高裁判決2018年9月28日（③判決の控訴審判決。25561582。）
- ⑨ 広島高裁判決2018年10月10日（②判決の控訴審判決。25561635。）
- ⑩ 札幌地裁判決2019年4月11日（原告：66期司法修習生。25570265。）
- ⑪ 福岡高裁判決2019年5月10日（⑥判決の控訴審判決。25563109。）
- ⑫ 名古屋高裁判決2019年5月30日（⑤判決の控訴審判決。25563358。）
- ⑬ 最高裁二小決定2019年7月10日（⑦、⑧、⑨判決の上告審決定。25564054～5。）
- ⑭ 福岡高裁判決2019年9月19日（④判決の控訴審判決。25564366。）
- ⑮ 最高裁一小決定2020年1月30日（⑪判決の上告審決定。判例集未登載。）

これらの訴訟で原告たちが主張したのは、戦後の法曹養成制度において長きにわたって続けられてきた司法修習生への給費制を、2004（平16）年の裁判所法改正によって廃止したことが違憲無効だということである。しかし、給費制について定めた憲法の条文は存在しないから、直接にその違憲性を問うことは困難である。さらに、給費制というのは、法曹制度全体の中での、その一部としての法曹養成制度、さらにその養成制度の一部としての司法修習制度、そしてその中の一部としての給費制（ないし無給制）という、階層秩序的な制度のいわば末端に属するものであるから、その違憲性を考える場合には、様々な制度・規定を複合的に考察することが要求される。ただし、制度の末端の問題だとしても、その当事者にとっては自らの生活を維持するための資金をどこに求めるかという切実な問題であるから、その重要性は言うまでもない。そうした点を踏まえつつ、法曹制度全体の中での給費制廃止が評価されなければならない。

上記の訴訟では、いずれも原告側敗訴の判決・決定が言い渡されてい

る。その理由づけには大差はなく、以下ではそうした判決の中で最初に言い渡された東京地裁の判決を主に取り上げ、そこに内在する問題点を検討していきたいと思う。

1 給費制廃止違憲訴訟の論点

まず、原告側が主張し、東京地裁が争点としてまとめたことを参考にして整理すると、次のような憲法上の論点が考えられる。

㊦ 制度として給費制が憲法上保障されているか。換言すれば、国が法曹の養成を義務づけられ、またその養成課程の費用を、その課程にある者の生活費を含めて負担するように義務づけられているか。

㊧ 憲法13条に関連して、給費制廃止によって、司法修習生からその尊厳にふさわしい待遇が奪われ、その人格的利益が失われたのではないか。

㊨ 憲法14条1項に関連して、司法修習の期によって給費を受けられた者、受けられなかった者、受けられるようになった者の違いが存在するが、それは不合理な差別の禁止に反しないか。それと同時に、他の公的教育機関、養成機関にある者で給費を受けている者との違いが存在するが、それもまた平等原則違反とならないか。

㊩ 憲法22条1項に関連して、司法修習が、法曹という職種を選択する者にとって、不相応な障害となって、その選択の自由を実質的に奪っていないか。また、修習地の指定等が居住移転の自由を侵害していないか。

㊪ 憲法25条に関連して、修習専念義務が健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を阻害する制度として、生存権の自由権的側面の侵害となっていないか。あるいはそうした義務を負わされた者に健康で文化的な最低限度の生活営む権利を実質的に保障する給費制度が必要ではないか。

㊫ 憲法27条1項に関連して、修習の実態が労務の提供にあたり、それにふさわしい対価の支払いが必要なのではないか。

これらを縦軸の論点とすると、そこに共通して存在する論点、つまり横

軸の論点が存在する。すなわち、被告国側によって主張され、少なからぬ裁判所によって採用された特有の論点である。それは、(a) 立法裁量論であり、(b) 「自己選択論」とも言うべきものであり、そして (c) 内在的制約論である。

以下、順次これまでの裁判例と照らし合わせながら検討していきたい。

2 憲法による給費制の保障について

(1) 戦後の統一修習とセットになった給費制が憲法上保障されたものであるか

まず、㊦の論点であるが、東京地裁は、この点を「争点 1」の「(1) 給費制が憲法上保障された制度であるかについて」として取り上げ、次のように原告の主張を整理した上で、さらに以下のように述べる。

「原告らは、大日本帝国憲法下の反省を踏まえ、司法権の実質化を実現するための憲法上の国による法曹養成義務の具体的実現として、統一司法修習制度及び給費制が位置付けられること、司法修習生が負う修習専念義務及び公務員に準じて種々の制約を受ける身分・地位の反面として給費制が位置付けられること、法曹に関しては憲法上報酬保障がされており、それが司法修習生にも妥当することから、給費制が憲法上導かれるところ、これが、憲法の附属法典たる昭和 22 年裁判所法によって具体化され、憲法上保障された制度であると主張する。」

「イ しかし、憲法は、明文上、司法権に関する規定に加え、法曹の存在を予定した規定を設けているものの、給費制、司法修習の方法や在り方など法曹養成制度の在り方については何ら定めていない。

確かに、前記認定事実 (1) のとおり、戦前の司法権の劣後の反省を踏まえ、現行憲法は、司法権、立法権、行政権の三権を分立させることにより、三権相互に権力を抑制し、均衡させて、憲法の謳う国民主権、平和主義及び基本的人権の尊重を実現しようとしていると解されるのであって、このこと

からすれば、憲法は、明文で定めたその普遍的価値の実現のために、国に対し、かかる三権分立の趣旨を実効的なものとするべく、司法権が実効的に機能するために必要な司法権の担い手である法曹を養成することを要請していると解される。

一方で、上記普遍的価値の実現のために国が上記要請に応じて具体的にいかなる法曹をどのように養成すべきかなど、司法権が三権分立の下で実効的に機能するための必要かつ適切な法曹養成の在り方は、時代の変化とともに変化する必要がある、かつ、実際にも変化するものであり、一義的に定まるものではないから、原告ら主張に係る給費制を前提とした法曹養成制度まで憲法上要請していると解することはできず、憲法は、それぞれの時代毎に社会の要請に応える形でその制度設計を立法に委ねているものと解される。

ウ したがって、原告らが主張するような歴史的経緯により、統一司法修習制度及び給費制が昭和22年裁判所法により定められたとしても、それにより創設された給費制は、立法府が当時の社会情勢を踏まえてその制度設計をした結果であり、これが憲法上保障されたものであるということとはできない。」

まず東京地裁が原告側の主張として取り上げたのは、給費制の歴史的な形成とその憲法秩序での位置づけの問題である。こうしたそもそもの出発点での議論からして、大きな問題があるように思われる。東京地裁は、原告側の主張を引きながらも、憲法が「給費制、司法修習の方法や在り方など法曹養成制度の在り方については何ら定めていない」ことの確認から始める。そしてたしかに「憲法は、明文で定めたその普遍的価値の実現のために、国に対し、かかる三権分立の趣旨を実効的なものとするべく、司法権が実効的に機能するために必要な司法権の担い手である法曹を養成することを要請している」し、さらに「それぞれの時代毎に社会の要請に応え」なければならないという枠組みを認めるのであるが、すぐにそうした「要請」の具体化の段階では、これをあげて立法に委ねるというように後退してしまう。そして、東京地裁は戦後の昭和22年裁判所法による「統一司法修習制度及び給費制」の評価を与えることもせず、それは、「立法府

が当時の社会情勢を踏まえてその制度設計をした」結果にすぎず、憲法上保障されたものにあらずとした。つまり単なる法律上の制度であるから、法律の改正によって廃止することもできる、ということである。しかし、一度できあがり、長い間運用されてきた制度を改正するにはそれなりの慎重な検討が必要であろう。それは憲法に適合的であったのかどうか、当時の社会情勢と現在のそれとがどう違い、統一修習制度は残しつつ、給費制だけは廃止するという必要性乃至合理性がどれだけあったのか、ことは多くの修習生の生活を直撃する大きな問題であっただけに、裁判所としても慎重に審査すべきであったと言わざるを得ない。

(2) 修習専念義務から給費制が導かれるか

続いて東京地裁は次のように言う。

「現行憲法制定後の司法修習制度において、司法修習生に課された修習専念義務は、立法により創設された法曹養成制度の本質から導かれた結果であって、かかる結果からさかのぼって給費制が憲法上保障されていると言うことはできない。

また、修習専念義務を課すことによって、その反面で司法修習生の諸権利が制約されることについては、法曹の重要性及び司法修習の意義に照らせば、違憲の疑いが生じる余地はなく、権利の制約に対して何らかの対応を執るべきか否かも立法府に委ねられた制度設計上の問題であり、これを給費制という制度で保障すべきことまで憲法上要求されているとはいえない。」

上記(1)のように、東京地裁は、現行修習制度における給費制については、立法上の選択肢の一つにすぎず、これを廃止しても憲法上の問題は生じないとしたのであるが、新たに立法された修習専念義務については、「法曹養成制度の本質から導かれた結果」であるという、極めて過大な評価を与えた。これが第2の問題点である。それによって「司法修習生の諸

権利が制約されることについて」も、それに対応することは立法府の制度設計に委ねられていて、憲法上の問題ではないとして、修習専念義務と給費制を切り離したのである。

原告側の主張は、筆者の理解によれば、給費制があるという前提から法曹養成制度の制度設計が始まるわけではなく、今日のような、学部(卒業)→法科大学院(修了)→司法試験合格→司法修習(二回試験合格)→判検事任官、弁護士実務開始、という全体的な制度設計の中で、司法修習段階に給費制が組み込まれていなければ制度としての合理性がなく、憲法上の諸要請を充たしていないではないか、というものである。法曹養成課程に司法研修所での修習が組み込まれておらず、アメリカのようにロースクールを修了して各州の司法試験に合格すればすぐにローファームに勤めるか、即開業するなどして実務をスタートする、という制度であれば、そもそも修習期の生活費用をどう支弁するかなど問題とならない。ところが日本では、アメリカにはない司法修習制度があり、一定の実務研修の機会が設けられており、これを經由して最終試験に合格しなければならないことになっている。しかもそこでは修習専念義務が課せられており、収入のある仕事に就けない仕組みになっている。こうした制度全体の設計思想が問題となっているのであり、それが憲法上の様々な要請を踏みにじっているのではないか、という問題である。個別の制度をひとつひとつ個別に取りだして違憲性を審査するなら、憲法の明文の規定があるなどの場合でなければそれを違憲と評価することはむずかしいであろう。しかし、制度の個別部品は全体の中で有機的に機能しなければならないのであり、一つ一つの部品は精巧でも、全体への適合性が問われる。そうした制度全体の検討が不可欠であると思われる。

この修習専念義務については、東京地裁は、前述のように「法曹養成制度の本質から導かれた結果」とするのであるが、この点については、「法曹養成制度の本質」とは何なのか、そこからどのようにして修習専念義務が出てくるのか、なんらの説明もない⁽¹⁾。しかも、それによって司法研修生

の諸権利が制約されることを認めながら、それについても「法曹の重要性及び司法修習の意義」から「違憲の疑いが生じる余地はな」と結論づけたが、法曹の重要性及び司法修習の意義についての説明もない。それが、修習専念義務を結論づけるのであれば、さらにそうした「法曹の重要性及び司法修習の意義」及び修習専念義務から給費制が出てこなければ辻褃が合わないことになるのではなかろうか。たとえ立法府に制度設計が委ねられているとしても、裁判所は司法権の視点からこれを検証する責任がある。修習専念義務を課すことは、すなわち収入の途を断たれることを意味するのであって、そのことに対する配慮がないということは、極めて問題である。

3 法曹の尊厳と無給修習

ここからは、個別の憲法上の権利との関係で東京地裁判決を考えていくこととしたい。原告側が主張した人権は多岐に及ぶが、法曹の尊厳に関わる問題、職業としての法曹の問題、そして平等について取り上げる。

(1) 東京地裁判決における憲法13条論

まず憲法13条について、東京地裁は、原告側の主張を2点に整理する。一つは、「司法修習生には、憲法13条が保障する幸福追求権の一態様として、無給ないし事実上の借金強制を受けることなく、経済的生活的に安定した状況で安心して司法修習に取り組む権利として、本件権利が具体的に保障されている」ということであり、これは、「司法権を担う法曹となるために司法修習に取り組むという公的価値をも含む人格権として保障される」という主張である。もう一つは、憲法29条3項と連結させて、13条が「公の利益のための特別犠牲に対し損失補償を求める権利を保障する」とし、国が「無給ないし事実上の借金強制下での司法修習への専念を余儀なくさせた」ことを特別の犠牲にとらえ、その損失補償を請求するものであ

る。

これに対して同地裁は、前者については「司法修習が法曹となるために原則として必要となる過程であること、法曹が憲法上明記された司法権を担う存在であることを踏まえても、憲法13条が法曹となるための司法修習を受けるときに給費を受ける権利を認めたものであると解することはできず、原告ら主張の権利を保障したものであるとは解されない」として、ほとんど理由を示さずに否定し、また後者についても「損失補償を求める権利が幸福追求権の侵害により発生するとは考えにくく、また、原告ら主張の公の利益のための特別犠牲が存在するとも認められない」とした。

（2）尊厳保障条項としての憲法13条

憲法13条をめぐるっては、筆者はもう少し別の観点が必要なのではないかと考える。それは、憲法13条が個人の尊厳 Dignity を保障していることと関わる。

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定している。ここには、尊厳という概念は書き込まれていないが、「個人を尊重する」とは、各個人の個性を尊重することであるとともに、各個人の尊厳を保護するということを意味する。

尊厳の一部である「名誉」は、すでに旧憲法下においても刑事法上の法益、民事法上の法益として、いわゆる人格権の一部として保護されてきた。しかし、それは「高貴なる者」の名誉であり、古代、中世の身分社会の伝統を引き継ぐものであった。それらは名誉だけではなく、「自尊心、誇り、気概、矜持等」として、人格の最深部を構成するものとして大事にされてきた。しかし、そうした「高貴なる者」の「尊厳」は、逆に奴隷の尊厳、有色人種の尊厳、貧者の尊厳、女性の尊厳、大衆の尊厳を否定し、それらを貶めることによって成り立ってきたものであった。近代市民革命

は、そうした身分制的な、序列的な尊厳を否定し、市民・民衆の尊厳を勝ちとるための闘いであったと言うこともできる。しかし、市民革命は自由と平等を掲げたが、全ての人に尊厳をもたらさず、そうした課題は今日まで積み残されることになった。とはいえ、二度の戦争の経験とその間のファシズムやナチズム、ミリタリズムの狂気の教訓として、それらがまさに人間の尊厳を踏みこじってきたことを踏まえ、多くの国際文書や人権宣言、そして各国憲法に「尊厳保障」が規定されることとなった。日本国憲法もその一つである。日本国憲法は尊厳という用語自体は24条に明記されているにとどまるが、しかし、個人の尊重という13条の規定が個人の尊厳の保障をその核心としていることについては、広く認められているとい⁽²⁾てよい。このように、尊厳保障が人権の要として自覚されるようになったのであるが、我が国において、尊厳保障がどのような実体的・手続的保障を含意するのか、主観的権利としての内容として保護請求権をも含むのか、そしてまた客観的的制度保障まで及ぶのか、など議論は未だ端緒にとどまる。しかし、最近のメディアなどでは「尊厳」という言葉があふれてい⁽³⁾るように思われる。このことは、世の中に尊厳の破壊事象が頻発している⁽³⁾ということを反映している。憲法学はこのことに対して応えていかなければならないであろう。

(3) 「尊厳」の捉え方

尊厳と一口に言っても、その内容については、その根拠も含めて、様々な議論のあるところである。⁽⁴⁾大きく分ければ、一方では、かつての高い官職者や軍人など、高貴なる者の尊厳が否定され、あらゆる者に人間でありさえすれば認められるものとしての尊厳が一般的、普遍的に認められるようになった、という見解があり、他方で、そうした高貴なる者の尊厳が、これまで身分の低さ故に認められてこなかった者にも認められるようになった、⁽⁵⁾という考え方があ⁽⁵⁾る。

後者の場合、市民の身分・位階の高まりとともに、かつては高位公職者

や軍人の属性と考えられてきた「尊厳」が、それらに固有なものではなく、一般市民にも認められるものとして普遍化されたと考えるものである。その場合には、「尊厳」は高貴なる者の尊厳の内容を保持したまま、一般市民も名誉やそれに伴う様々な処遇を要求するものとなりうる。前者の場合には、尊厳は高貴な身分との結びつきを失って、「人間の尊厳」として、人間でありさえすれば誰にでも認められるものとして、また平等な「尊厳」として全ての者に保障されるのである。しかし、それだけにその内容は核心的な、最小限のものにとどまらざるを得ないであろうが、他方、そうであるが故に、それは「切り札としての人権」ともなりえよう。

とはいえ、人を個人として尊重するのであれば、尊重されるべき「尊厳」の内容は、一人一人違いうる。それぞれの個性を尊重し、そのアイデンティティを尊重することこそ、まさに「尊厳」を守ることである。であるとすれば、「尊厳」は普遍的で一通りだけの「人間の尊厳」だけが存在するのではなく、まさに人間の数だけの「尊厳」の有り様があると理解すべきであろう。各個人には、そのアイデンティティが尊重され、またその個人が持つ「名誉、名誉感情、自尊心、誇り、気概、矜持等」が守られなければならないのである。もちろんそれが法的保護に値するものであるかどうかは慎重に吟味されなければならないが、そのことが肯定されるなら、最大限の尊重が必要である。

上記の「尊厳」の内容は、多分に主観的、精神的、観念的なものであるが、それらはまた、個人に対してなされる待遇と密接な関連を有する。市民革命期において、勃興してきた市民階級は、彼らが王権や貴族によって支配される対象であることに我慢がならなかったのである。国家の政治に参与することこそ、彼らの「尊厳」を充たすのに必要なことであった。つまり、各人には各人にふさわしい待遇が与えられること、そこに「尊厳」の保護の請求権的側面がある。そして、市民階級が権力行使に参加すること、あるいはそれを掌握することを要求したように、そこでの市民の「尊厳」は、まさに貴族のそれと同等なものへと上昇したのだといえよう。⁽⁶⁾

そのような、それぞれにふさわしい待遇を求める「尊厳」の実現要求は、個人の「尊厳」とはいえ、共通の身分、共通の職業、そして広く共通の属性にしたがって、集団（コオル Corps）としての共通の「尊厳」要求となりうる。⁽⁷⁾それはたとえば民族としての「尊厳」要求として表れるなら、それは民族自決権あるいは民族的アイデンティティの尊重要求となって表れるであろう。また、たとえば同性婚を求める同性愛の人々にとって、異性愛の人々と同様の婚姻をなすことがその「尊厳」を充たすことになるのであり、いわゆる「パートナーシップ制度」では、充たされない人々がでてくるのは必然である。

そのような集団的アイデンティティを持つものとして法曹を考⁽⁸⁾えることができる。ジェレミー・ウォルドロンは、「裁判官の尊厳」を語っているが、法曹一元を視野に入れるならば、かかる尊厳を裁判官に限る必要はないように思われる。

（４） 法曹の尊厳

法曹は、憲法上の存在であり、そして司法権の主体となり（裁判官）、あるいは公訴権を独占し（検察官）、もしくは訴訟当事者の代理人・弁護人となる資格を独占する（弁護士）という、重要な職務を遂行する者である。司法権は国の三権の一部を構成し、場合によっては人からその生命・自由・財産を奪うことができるという、究極の権力を行使する。したがって、その行使に与る法曹は、まさに高い職業身分といって差し支えないものと思われる。とすれば、その待遇には一定の配慮があって当然である。しかも、本件の事案は、それまで有給で従事していた司法修習が無給になるという、待遇の劣化が問題となったものである。このような待遇の劣化は、裁判官の報酬が「在任中、これを減額することができない」とされている、その憲法80条2項の条文を引くまでもなく、極めて慎重な配慮と十分な理由づけを要求するものである。もちろん、80条2項は個別の裁判官にのみ適用されるものであって、検察官や弁護士、ましてや司法修習生

には適用がなく、さらに制度変更による給与廃止には適用がないと考える余地がないわけではない。しかしこうした規定の趣旨は、個別裁判官のみではなく、司法制度全般、法曹全般に及ぼすべきであろうと思われる。個別の裁判官が報酬の減額に怯えてその独立した職権の行使に影響がすることを防ぐべくこの規定が置かれたとすれば、それは司法権全体の独立についても言えるからである。

そしてこのような待遇の劣化は、司法官試補に与えられていた奏任官待遇や司法修習生への給与支給を法曹の尊厳へのあるべき当然の配慮と考えれば、まさに法曹への尊厳を貶める制度改変なのであり、法曹全体として、政治権力による侮辱ととらえて対処すべき問題に他ならない。そうしなかつた裁判所、そして検察庁は、自らの矜持を捨てたと思われても仕方がないのである。それとも、そのようなものは元からなかつたのであろうか。⁽⁹⁾

4 職業選択の自由と給費制廃止

(1) 憲法22条1項をめぐる

原告側は、憲法22条1項に関連して次のような主張を行った。

「法曹となるには、司法修習を経る必要があり、その間、修習専念義務等による制約とともに、実務修習配属指定地及び埼玉県和光市所在の司法研修所での各修習に伴う居住移転の制約を受けるものであり、憲法22条1項が保障する権利が制約される。／これらの権利制約自体は、憲法上導かれる国の司法権確立義務の履行としての司法修習の本質から導かれる制約として合憲であることは疑う余地がないものの、これらの制約により、司法修習生は経済的自立ができないのであるから、法曹となる職業選択の過程である司法修習において、何らの経済的補償がなければ、経済的事情による法曹となる職業選択の制約が生じることとなる。これは、法曹となる職業選択の権利の重要性との対比から許容されないことはもちろんのこと、憲法上明記された司法

権を担う法曹を養成するという国の司法権確立義務及び司法修習の本質にも反するのであるから、上記制約等を前提とする司法修習においては、経済的
事情によって法曹になることを断念することのないように、実務修習地の指
定に伴う転居に要する費用を含め、十分に司法修習に専念できる経済的補償
を求める権利として本件権利が保障されている。」

これに対して、東京地裁は、次のように述べた。

「原告らの主張は、その実質において、前記アで説示した権利の主張と同様
であるところ、憲法22条1項の定める職業選択の自由が、自らが選択した職
業になるための必須の過程について、給費を受領しながら行うことができる
ことまで保障したものであるとは解されないから、原告らの主張は採用でき
ない。

また、実務修習地の指定に伴う転居費用等が生じることについても、分野
別実務修習自体が、司法修習の本質上必要なものであり、自ら選択した職業
になるための必須の過程であって、同項が、原告らが自らその費用を負担す
ることなく司法修習を行うことができることまで保障したものと解されな
いから、原告らの主張は採用できない」。

ある職業を選択しようとするとき、様々な制約が課されることがある。
職業が社会的分業の一環として営まれ、他者との関係が生ずることは必然
であるから、関係する他者の利益を害さぬよう、一定の資格が求められ、
また場合によっては許可を必要とすることもあり得ることは言うまでもな
い。こうした職業に関する直接的な規制が憲法上問題となりうることは、
明白である。しかし、職業選択の自由の阻害は、こうした直接的規制にと
どまるわけではない。たとえば資格の取得に高額のコストがかかり、それを
支弁することのできる者が限られるような場合、あるいは当該職業の活動
が制限され、そこから得られる収入が生計を維持するに足りないような低

額にとどまり、資格取得に要する費用との間でバランスがとれない場合なども、実質的にその職業の選択を困難とする。もちろん職業によって必要とされる専門的知識や技術には違いがあり、またその職業活動が関係する他者に及ぼす影響も様々であるから、場合によっては極めて高度な資格を要することがあることも当然である。そうした場合に、その職業が社会的に必要とされる度合いが高いものであればあるほど、その選択が多くの人に開かれること、すなわちその能力の養成課程が広く開かれる必要があると思われるが、そのためには最低限、親や自身の経済的な能力によって養成課程に入ることができない人のないような制度設計が求められる。

そうした観点から見ると、法曹が憲法上の存在であり、司法権の行使に直接間接に関わり、国の権力行使の中枢に位置するという、単なる経済的意味での職業を超えた存在であることも考えれば、新65期から70期までの司法修習生の置かれた状況は、上述の要請を充たさないものであったと言わざるを得ない。そうでなくとも法科大学院での勉強に要する費用も大きな負担であり、しかも日本の場合には奨学金が極めて限られており、多くの者が「奨学金」という名のローンを利用せざるを得ない状況であることを考えれば、司法試験合格後にも給与を支給せずさらに借金を余儀なくさせると言うことは、結局裕福な階層の出身者しか法曹になれなくなるという、基本的な批判に耐えられないであろう。

(2) 「自ら選択」論をめぐる

東京地裁の理由づけの特徴の一つが、上記下線部で言われている「自ら選択した」という論理である。⁽¹¹⁾端的に言えば、「司法修習生になることは国が強制したのではなく、給費制がないことが気に入らないのであれば、ならなければいいではないか、それを承知で司法修習生になったのだから文句を言うな、法曹になりたいのであれば文句を言うな」ということであろう。これと同様の問題が、たとえば著名な剣道受講拒否事件で論点の一つとなった。すなわち、宗教上の理由で必修科目であった剣道の受講

を拒否し、代替措置を求めた生徒に対して、そうした代替措置をとることをせず、原級留置処分から退学処分に至った神戸市立工業高専の措置が問題となった事例である。学校側は、剣道が必修であることを当該生徒が知っていた上で入学したことをとらえて、学校側に代替措置をとる義務がないことを主張した。これに対して最高裁は、「被上告人が、自らの自由意思により、必修である体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択したことを理由に、先にみたような著しい不利益を被上告人に与えることが当然に許容されることになるものでもない」（最二小判1996（平8）年3月8日。28010410。）として、この主張を却げた。このいわゆる「素人受けする俗論」ともいわれるような議論は、大きな問題を含んでいる。⁽¹²⁾すなわち、基本権の放棄という問題である。それは、本人の同意がある場合に、基本権侵害が正当化される、もしくは侵害がないものとして扱われうるか、ということである。もちろん本件の場合には、訴訟が起こされているのであるから、当時の修習生が給費制の廃止に基本的に同意していなかったことは明らかである。しかし、2004年の裁判所法改正の時点では、給費制の廃止、貸与制への移行という制度改正は成り立っていたし、その施行が延期されたとはいえ、自分たちの期には実施されるということは想定内であったと言ってよい。したがって、そのことも含めて原告たちは「自ら選択」した上で法科大学院に入学して修了し、そして司法試験を受けて合格して司法修習生になったのである。しかし、原告たちが法曹を目指したときに他に代わりうる選択肢があったであろうか。他に現実的な途はなかったのであり、だとすれば「自ら選択」したからといって、その制度の一部の違憲を主張することができない、あるいは違憲性が阻却されるというようにいうことは現実的ではない。さらにいえば、憲法13条が「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定する以上、国は「自ら選択」したということを、抗弁として主張することは許されないといわなければならない。

5 立法裁量をめぐって

立法裁量については、東京地裁は特に「立法裁量について」という項を立てて論じている。そこでは、次のような判示がなされている。すなわち、

「確かに、平等原則違反、立法の合理性を支える事情の変化、制度的保障における核心内容の侵害等において、立法裁量の逸脱に対して裁判所の違憲審査権が及ぶものではあり、立法裁量は立法過程における判断過程も含めて違憲であるか否かが判断の対象となる。

しかし、本件では、給費制ないし本件権利が憲法上保障されていると解することができないことは、前記説示したとおりであって、給費制ないし本件権利が憲法上保障されていることを前提とする原告らの主張は、その前提を欠く。

また、立法裁量に委ねられている事項について、立法府がその裁量権を逸脱した場合には違法の事態が生じ得るものの、原告ら主張の違憲の問題になるか否かは、給費制ないし本件権利が憲法上保障されていることが前提であり、この点でも原告らの主張はその前提を欠くというべきである。」

ここでは、東京地裁は、立法裁量が全く司法審査の埒外になるわけではなく、「平等原則違反、立法の合理性を支える事情の変化、制度的保障における核心内容の侵害等」については、違憲審査権が及ぶことを肯定したということである。しかし、そうした違憲審査は、「給費制ないし本件権利が憲法上保障されていることが前提」とされ、本件は「その前提を欠く」がゆえに、そもそも立法裁量の審査をするまでもない、というのが地裁判決の趣旨である。すなわち、裁量の逸脱ないし濫用についての審査をすることもせず、また東京高裁もこうした判断をただ追認⁽¹³⁾している。

立法裁量というと、いかにも国会の裁量判断が、国会議員自身によって

自由になされたかのような印象を与えるが、実際にはそうではないことは言うまでもない。その立法過程では、主管省庁の下で立法作業が行われ、審議会等を通じての意見調整が行われることは周知のことである。前述のように本件においても、内閣に司法制度改革審議会が設置され、その後、同様に内閣に司法改革推進本部が置かれ、さらにその下に法曹養成検討会が設置されて具体的な検討を行ってきたところである。そうした経緯で成立する法律は当然裁判所の違憲立法審査権に服するわけであるが、そうした立法過程に最高裁判所や検察庁が関与しているとなると、話は複雑になる。本件においても、たとえば第21回検討会には、最高裁判所事務総局審議官の小池裕判事（現最高裁判官）が出席し、「裁判所としては、司法修習を運営するという立場からも、また、優れた法曹あるいは裁判官を確保するという立場からも、この制度（給費制・引用者注）があることは極めて有益であったと考えているわけでございます」としつつ、次のように述べている。すなわち、

「現在の給費制度を見直すという御意見が各方面で聞かれ、この検討会でも御指摘があるところでございますが、修習に専念するためには、やはり、給費制が採ってきたものと同じ趣旨に立つ経済支援を講ずる必要と政策合理性があると考えられるわけでございます。その経済支援の方法でございますが、2つの観点があります。1つは、まず司法修習という高度の実務専門教育を無償で提供するというところでございます。一部には授業料を取ったらいという御指摘もあるわけでございますが、やはり授業料と基本教材は無償、そしてまた修習地を移動する経費なども手当するということが不可欠であります。2つ目は、修習期間中の生活保障ということでございますが、これは先ほど事務局からの説明にもありましたけれども、やはり修習生が確実に修習に専念するために必要な水準の額を貸与することが必要ですし、修習過程が必須のプロセスと規定されていることから、無利息として、返還を始める時期、方法についても一定の配慮をすることが必要不可欠であると考えているわけでございます。

最高裁判所の基本的な考え方は以上のとおりでございまして、政策的に貸与制に切り替える合理性というのは考え方としてはあり得ると考えているところでございます。ただ、この問題は、私どもとしては、これまで恩恵をこうむってきた立場でございまして、やはり国民的見地から検討するという意味で、検討会において是非深い御議論をいただければと考える次第でございます。」

こうした発言が、給費制の廃止、貸与制の導入を最高裁として認めている、ととらえられることは当然であろう。そのような場合に、裁判所、とりわけ下級裁判所がどのような審査権の行使が可能なのか、極めて深刻な問題を提起している。

6 平等原則違反をめぐる

平等原則違反（憲法14条1項違反）について、原告側は、(i) 新64期司法修習生との差別、(ii) 現行65期司法修習生との差別、(iii) 裁判所書記官研修生との差別、(iv) 給費制が一部復活した71期以降の司法修習生との差別、ないし原告らに対して遡って支給する措置をとらなかったことの立法不作為の違法・違憲を主張した。しかし、これらの点についても、東京地裁判決は原告側の主張を容れなかった。

(i) まず新64期との比較であるが、新64期は、原告らの1期前に司法試験に合格して司法修習生になった者であり、この1期の差が、従前の給費制の適用を受けられるかどうかを分けることになった。この時点で給費制を打ち切ることには合理性があるかどうかが問題であるが、結果として新64期司法修習生は給与額だけで月額20万4200円が支給されたのに対して、原告らはこれが0円になった。司法修習生になった経緯は全く変わらず、司法修習生として課せられている義務も変わらず、受けている研修も全く変わらないのに、その生活費を支給されている者とそうでない者との差別

はいかにして合理的と評価され得るのか。東京地裁は、前項で「平等原則違反」については違憲審査権が及ぶことを認めたわけであるが、実際に平等原則違反が主張された場面では、立法「裁量を前提に判断されるべきである」とするのである。そして、その裁量の経過を、給費制の廃止をめぐる議論の流れとして追っている。いわく、

「本件改正に向けた議論では、司法試験合格者数を給費制導入時から大幅に増加することを計画していた中で、〔1〕国家公務員でない司法修習生に給与を支給するという極めて異例である給費制の説明が困難であるとの指摘、〔2〕個人が法曹資格を取得するための司法修習において、受益と負担の観点から必要経費は司法修習生が負担すべきとの指摘、〔3〕給費制は法曹人口が希少だった時期に導入されたものであるが、法曹人口に係る情勢は大きく変化しているとの指摘などとともに、司法制度改革全体に対する国費の投入のバランスなどの財政面での制約があることも理由として、給費制を廃止すべきとの意見が出され、そういった意見が給費制を廃止して貸与制に移行するとの意見に集約されていった。」

こうした議論の流れは一見するとそれなりの理由がありそうに思えるが、そうではない。たとえば、「〔1〕国家公務員でない司法修習生に給与を支給するという極めて異例である給費制の説明が困難であるとの指摘」があったことが第一に挙げられているが、前述のように、給費制は60年余りの歴史を刻んできたのであり、その間ずっと「給費制の説明が困難」であったのであろうか。予算が審議されるたびに給費制が問題になってきたのであろうか。そもそも「国家公務員でない司法修習生」というが、このような修習は、もともと戦前の司法官試補という官吏待遇を受けてきた者に対してなされてきたものであって、戦後、法曹の重要性にかんがみ、弁護士試補の修習を吸収する形で司法修習がスタートしたのであり、判・検事になるもの、弁護士になるものに一元的な修習を施すところにその眼目があったのである。その場合に、その身分として司法修習生という特殊

な身分を創設したわけであるが、これを特別公務員としても何の問題もないであろう。ただ形式面で公務員と区別したことを取り上げて給費制廃止の根拠とするのは、まさに歴史的経緯を無視した、本末転倒の議論に他ならない⁽¹⁴⁾。

2番目に挙げられているのは、「〔2〕個人が法曹資格を取得するための司法修習において、受益と負担の観点から必要経費は司法修習生が負担すべきとの指摘」である。前述のように、戦前は高等文官試験の司法科試験に合格することによって官吏として採用され、あるいは弁護士になることができた。最終的には第二回試験に合格することが条件であるとはいえ、これはいわゆる解除条件であり、すでに司法試験合格によって法曹の一部として司法修習生が遇されるべきことは、前稿で述べたところである⁽¹⁵⁾。それはさておき、「受益と負担」の観点から受益者が必要経費を負担せよという考え方は、いわゆる受益者負担論が下敷きにある。これは、まさに法曹が憲法上の存在であり、国民に対して法の支配あるいは法治国家たることを保障する主体としての公的な存在であることを、全く無視した議論である。法曹になって「稼ぐ」ことが司法修習生の目的であり、そうしたものでしかない、という見方もあろう。昨今の法曹の有り様を見てみると、そのような見方がもっともと思わせられることも少なくない⁽¹⁶⁾。しかし、そのような私的利益を追求する主体として法曹を想定し、それに合わせて制度設計をすることは、これもまた本末転倒であって、合理性がないと言わざるを得ない。そうした自己の私益のために権限を行使する、あるいは時の権力者に阿って国民を抑圧する法曹、私利に邁進する法曹は、批判の対象でこそあれ、憲法が前提とする法曹ではないのである。

第三に、「〔3〕給費制は法曹人口が希少だった時期に導入されたものであるが、法曹人口に係る情勢は大きく変化しているとの指摘」が挙げられている。これも理解に苦しむところである。法曹人口が希少で増やす必要があるから、給費制が維持されてきたというのであれば、今回の司法制度改革でも法曹人口の拡大は掲げられていた。そうした課題については、現

在でも変わっていないはずであり、単なる印象論を立法裁量の合理性をはかる根拠とすべきではない。理由づけがなされていればよいというものではなく、その理由づけに合理的な根拠があるのかどうかを裁判所は検討しなければならない。また、「希少」という意味が、支給対象が少なく、財政的に負担が少なかったから実施されてきたということを含意しているのであれば、それはそれとして実証されなければならない。戦後すぐの財政難の時代であっても、給費制が実施されたのは、財政の問題を超える支給の必然性があったからに他ならないと考えるしかなかろう。

さらにそうした根拠のはっきりしない言説をそのままに受け入れている点で同様であるのが、次の「司法制度改革全体に対する国費の投入のバランスなどの財政面での制約があること」という理由づけである。確かに財政については財政民主主義がいわれ、議会在が決定するというのが憲法上の原則である。しかし、国会が決めればいかなる歳入歳出予算でも憲法上問題がない、というわけではないことも明らかである。生存権に基づく生活保障は「健康で文化的な最低限度の生活」を維持でないものであってはならないし、公務員への給与支給は、みずからが定めた各種基準に則って行われなければならない。新64期から新65期への交代に際して、それまで適用されていた給与基準を全廃することの「財政面でのバランス」が、抽象的にではなく、具体的にその正当性を問われなければならないのである。ことは、2000人に及ぶ法曹の生活を左右する問題である。その検討が⁽¹⁷⁾尽くされていないと言わざるを得ない。

こうしてみると、東京地裁の立法裁量の審査は、単に立法の流れを追いかけているだけで、その合理性については何らの検証も経ていないと言わざるを得ない。司法修習生への「修習資金」の貸与制が、他のローンよりも条件がよいことは確かであろう。しかし、それが「司法修習期間中の生活の基盤を確保するのに合理的な内容」とであると評価することについては、借りる者との感覚のずれを感じざるを得ない。教育ローンを「奨学金」と称する我が国のことであるから、生活資金として借金をしろという

ことに何のおかしさも感じない、それどころか「合理的」とするのも宜なるかな、であろうか。

そして新64期と新65期とで給費の有無で差が生じたわけであるが、東京地裁は単に「これは実施時期に関する差異であつて、その差異には合理的理由がないとはいえない」と述べるのみである。たとえば消費税増税の実施時期については、時期による差別は基本的に生じない。だれもが同じ税率を適用されるからである。⁽¹⁸⁾ また、様々な給付制度が創設・廃止を繰り返しているが、受給資格者がいなくなったり、より充実した別の制度が整備されたりしたなど、制度を維持する必要性が消失したというような、合理的な判断を基にしたものであれば、格別の問題は生じないであろう。しかし、司法修習生給費制の場合には、そのような事情はなく、かえって貸与金制度を作って穴埋めする必要があつたのであり、実施時期的にも、その時点で廃止する合理性は見当たらないのである。

(ii) このような年を単位とする制度改正による受益の格差については、これが現行65期との差になるともっとひどくなる。すなわち、現行65期は、旧司法試験の最後の試験に合格して司法修習生となつたものであるが、その修習時期が新65期と重なっており、両者が同じ修習を受けていた時期もあつた。つまり、この現行65期と新65期との実施時期が重なっており、実施時期の違いでは説明がつかないからである。こうして同じ教室で同じ内容を学んでいる修習生の片方には給費がなされ、他方には給費がないという、この差はおよそ合理性の余地のない差別としか言いようがない。ところが、これについて東京地裁は次のように述べて、その差別的扱いを正当化する。すなわち、

「現行65期生は、本来、本件改正により、給費制が廃止されて司法修習に臨むはずであつたものの、平成22年改正法によって給費制下で司法修習を開始した者である」ところ、「平成22年改正法は、給費制について更なる議論が必要であるとの認識の下に成立したものであり、同法による給費制の延長に合

理性が認められるのであるから、同法によって原告らと現行65期生とに差異が生じた点につき合理的理由がないとはいえない。

平成22年法による給費制の延長には合理性があるが、そこから再延長しなかったことにも合理性があるという結論なのであるが、その論証は理解しにくい。「更なる議論」はどうなったのであろうか。その結果としての新65期司法修習生との差はどのようにその合理性が審査されたのであろうか。「合理性」とは、単に理屈がつけられているというにとどまらず、他者が納得するような根拠付けや論理性がなければならぬ。そうした合理性には欠けているように思われる。判決は「給費制から貸与制へと移行しようという過渡期において、その司法修習の開始時期の違いによって、差異が生じる結果となったこと」を挙げているが、まさにその「移行」の合理性が問われているということ、そしてその移行期に、同じ時期に修習を受けながら、金銭的に重大な差が生じていることは、単に移行期の問題で片方は運が悪かったでは済まされない問題であろう。

もう一点、判決は次のように言う。

「現行65期生は、法科大学院を経由せずに旧司法試験に合格した者である一方で、新65期生は、法科大学院を経て新司法試験に合格した者であるところ、前記認定事実（3）のとおり、司法制度改革においては、法科大学院の創設等にも国費を投入しているという観点からしても、現行65期生は、法科大学院を経由していないという点で、一部間接的にも国費による経済的支援を受けていないといえるから、新65期生とはその置かれた状況が異なるものといえ、同列に論じる基礎に欠けると考えられる」。

これは事実を逆に描こうとするものである。新65期生は、法科大学院を経て司法試験を受験した者であるが、その際に学費を負担しているのであり、また時間的な負担も大きい。また前期修習にあたる裁判実務などを法科大学院で対価を払って勉強しているのであるが、それを現行65期生は給

費を受けながら無料で修習を受けているのであって、負担が大きいのは新65期生の方であることは明らかであろう。

(iii) さらに原告側が主張しているのは、裁判所書記官研修生との差別である。裁判所書記官になるには、まず裁判所事務官になり、その後部内の裁判所職員総合研修所入所試験に合格し、その後1年ないし2年の研修を経て書記官に任命されるわけであるが、この研修期間中も給与を支給される。この差について、東京地裁は、次のように述べて、平等原則に反しない、とした。すなわち

「裁判所書記官研修生は、・・現に裁判所職員としての身分を有し、将来、裁判所書記官として裁判所における職務に就くことが予定されているのに対し、司法修習生は、国家公務員としての身分を有せず、司法修習修了後も法曹三者のいずれになるかが未定であるという地位にあり、将来、司法修習の実施主体である国の事務に就くことが予定されているわけではないという点で両者に差異があり、給与の有無もかかる差異に基づくものであるといえる」。

しかし、たとえば非公務員型の独立行政法人の職員は公務員ではないが、公務員であったときと仕事が変わったわけではなく、国家公務員の身分のあるなしは多分に形式的側面が強い。司法修習生もかつては国家公務員に準じる地位といわれたが、前述のようにたとえば特別職国家公務員としてもほとんど問題はないのである。また前述したように、判事補と検事は司法修習を修了したものから採用するのが基本であり、未定であるというだけであって、一部の者が公務員となることは予定されている。そうなると、司法研修生の多くの部分を占める弁護士となる者をどう評価するかということになる。弁護士が憲法上の存在であり、法曹として我が国の法治主義を担う重要な存在であることを考えれば、身分的には公務員ではなくとも、その存在が憲法上不可欠な者として、また国選弁護人等の職務を

行う者として、それは裁判所書記官に勝るとも劣らない公的性格を有するのである。そうした職に就くことが予定されている者であることを考えれば、書記官研修生との差別には合理的理由はないといわざるを得ない。平等審査がなされる場合、当事者は異なる者であるから、そこに違いがあるのは当然である。この違いが本質的なものではなく、差別的取扱いを導く違いとして十分な理由とならないものが平等原則違反の差別である。そうした非本質的な違いを誇大視し、本質的な同質性を無視ないし軽視して、本来あってはならない不平等を合理的なものとして認めることは許されないとえよう。

司法権の外部でも、公務員に対して研修期間を与え、あるいは教育機関にある学生に給与を支払う例は多々存在する。総合職国家公務員に対する在外研修がそうであるし、また防衛大学校をはじめ、防衛医科大学校、海上保安大学校、航空保安大学校、気象大学校等の省庁大学校などがある。これらの大学校では、入学と同時に公務員の身分（特別職あるいは一般職）が与えられ、授業料無料の他、一定額の給与が与えられる。こうした省庁に附属する大学校では、各省庁の専門職を育てるという目的で教育が行われているが、内容としては、これら大学校の方が通常の大学に近いカリキュラムで講義が行われているから、司法修習の方がより実務に近いと思われる。要するに、国家に必要な人材を養成するという目的で設置された研修機関で給与を支給されない方が例外的であり、その例外が平等原則に反するかどうかは、厳格に審査されなければならない。

(iv) 71期生以降の司法修習生に給費制が一部復活したの対し、原告らには何らの法改正もなかったことについて、原告らは法改正の不作为が国家賠償法上違法となる旨の主張を行った。これについて東京地裁は、国会議員の立法行為または立法不作为が国賠法1条1項の規定上違法となるかどうかの要件について、これまでの最高裁の判例（在外邦人選挙権訴訟2005（平17）年9月14日大法廷判決及び精神的投票困難者国賠訴訟2006（平18）年7月13日第一小法廷判決）を引いて、厳格な要件を肯定した上、さらに、

給費制ないし給費を受ける権利が憲法によって保障されたものではないとして、それ以上に不平等の問題に触れることなく、原告側主張を退けた。

この給費制の一部復活は、たった数年前の給費制廃止がいかに不合理であったかを如実に示すものであるが、そうしたことは立法裁量の審査に際して、ほとんど考慮されていない。

7 「内在的制約」論をめぐって

この事件では、被告国側は、多くの論点において、人権の「内在的制約」なる主張を繰り返していた。東京地裁は、この主張を容れず「本質的制約」としていることは前述したが、いくつの地裁判決がこの用語を使用している。修習専念義務等の「司法修習に伴う制約は、自らの意思で司法修習生となることを選択したことに伴う内在的制約」というのがそれである。広島地裁は、「修習専念義務が課され、兼業禁止等により経済活動が制約されること、実務修習地への居住移転に伴う生活上の負担を受ける場合があること、給費制の廃止により修習中において必要な生活費等を自ら負担する必要があること」を、「内在的制約」としているのであるが、ここでは二つ問題を指摘しておきたい。一つは、いうまでもなく、「内在的制約」という言い方であるが、これは憲法学では通常「他者加害原理」を表す。つまり「自由は他人を害しないすべてをなし得ることに存する」（1789年フランス人権宣言4条1文・『人権宣言集』岩波文庫による）ということであって、他者を害する行為はたとえそれが自由権に基づくものであっても制約されうる、という考え方である。しかし、司法修習に伴う制約は、そうした他者を害する行為を禁止するものではない。たとえば、修習中に副業に就こうとも、他者の利益を害するわけではない。したがって、これは本件訴訟の一連の判決の中で共通に用いられている、独特の用法である。端的に言えば（意図的な？）「誤用」である。もう一つは、「内在的制約」ということは、「外在的な制約」では説明がつかない、ということ

であろう。法曹になるということが、高い社会的地位と高収入を目指した、個人的な目的であることを強調すれば、「臨床教育課程」における自費による支弁は当然という話になるが、そうすると、それは公共のためではない、ということになるから、公務員の職務専念義務を言い換えたような、修習専念義務の強制はなり立たなくなるのである。また、居住移転の自由の制約については、たとえば自衛隊法55条は「自衛官は、防衛省令で定めるところに従い、防衛大臣が指定する場所に居住しなければならない」と規定するが、これについては「国民が自ら志願して自衛官のような職業を選択した結果、その職務の特殊性によって居住場所に制限を加えられる場合、職務の性質と居住・移転の自由の制限との間に合理的関連があれば合憲と解される⁽¹⁹⁾」とされている。しかし、それは職務の必要性に基づくものであって、「自衛官のような職業を選択した結果」であることを強調する必要は全くない。大事なのは「職務の性質と居住・移転の自由の制限との間に合理的関連」がなければならないということである。また、その制限に伴う負担が補償されるというところに合憲性の一つの根拠がある。司法修習が「臨床教育課程」とすれば、こうした要件を充たすのは困難である。現行裁判所法は「住居給付金、移転給付金」の給付を定める(同67条の2)が、新65期～70期の司法修習生はすべて自己負担であったのであり、その負担は過大であったと言わざるを得ない。

まとめにかえて

本件は、将来それなりの社会的地位と収入とが相当の確度で予想されている者が、その資格を取得するに際して、1年間、学生同様に無給で修習に励まなければならない、という制度変更をどうとらえるかという、法曹とは無縁な(?)市民から見れば、まるで瑣末な話のように見えるかもしれない。しかし、そこには多くの重大な問題が伏在しているように思われる。そのうちのいくつかを取り上げて論じてみたものの、まだまだ端緒に

しかすぎず、到底論じ尽くせたわけではない。とはいえ、法曹の矜持をかなぐり捨てたかのような事象が目には余るほどの日本の状況にあって、この問題を考えることが重要であろうと考えた次第である。矜持、つまり尊厳を放棄したところでは、公共的職務に対する責任感、義務感も消失し、自己の保身と「出世」願望しか残らないのではなかろうか。そのような法曹を育てるような養成過程は、日本国憲法と両立しないであろう。ことは司法修習生に対する給費制の問題にとどまらないのであり、その意味でも司法制度改革は、再検討されるべきであろう。立憲主義は、とりわけ法曹に依るところ、大だからである。

- (1) この文章の前には、「前記前提事実（1）ア及び前記認定事実（1）イ、（2）アのとおり」とされ、事実の引用があるのであるが、それらの事実からどのような思考過程を経て「本質」なるものが引き出されたのかが明示されていないから、単なる主観的な断定の域を出ず、裁判所としての説明責任を果たしているようには見えない。たとえば、「前記前提事実（1）ア」は、「昭和22年4月16日に成立し、同年5月3日に施行された裁判所法（昭和22年法律第59号。以下「昭和22年裁判所法」といい、特段の記載のない場合には平成29年法律第23号による改正後の裁判所法をいう。）により、裁判官、検察官、弁護士いずれになるかを問わず、最高裁判所（以下「最高裁」という。）に司法修習生として採用された全ての者に司法修習を行う司法修習制度が開始された。給費制はこのときから本件改正法で廃止されるまで継続された（以下、司法修習制度について、特に裁判官、検察官、弁護士の司法修習が分離されずに統一して行われる制度であることを指す場合には、「統一司法修習制度」という。）。

法曹資格は、昭和22年裁判所法以降、原則として、司法試験の合格後に司法修習を経なければ取得できないものとされ、司法修習は法曹三者になる者全員に対して制度として課され、司法修習生は、司法修習に専念し法曹として必要な素養を身につける必要があるところ、司法修習期間中、司法研修所長及び実務修習の配属庁会の長の監督の下、司法修習に専念すべき義務（以下「修習専念義務」という。）を負い、最高裁の許可なく兼業や兼職をすることが禁止され、違反した場合には司法修習生を罷免されることがあり（裁判所法68条）、その場合には法曹資格が取得できないこととされた。」（下線は筆者による。以下同じ。）というものであるが、これは修習専念義務が制度化されたということだけを述べているだけであり、司法修習の本質が何であり、そこからどのような論理的必然性を経て修習専念義務が出てくるのかは明らかではない。

さらに、「前記認定事実（1）イ」とは、次のような記述である。すなわち、「現行憲法下、日本では、人権弾圧を抑止できなかった戦前の司法制度の反省を踏まえ、司法の民主化を含む司法制度改革が行われた（甲 A8）。／（改行。以下同じ。）戦後の司法制度改革における司法制度改革審議会や臨時司法制度改革準備協議会、臨時法制調査会・司法法制審議会等の議論の中では、裁判所と検事局との分離、行政裁判所の廃止、司法権の独立などの司法制度そのものの議論に加えて、昭和22年裁判所法の新設に当たって、裁判官、検事と弁護士を区別しないで国がその養成に当たること、裁判官や検事を弁護士から登用すること、裁判官や検事となる者も弁護士の実務修習をさせることなど、法曹養成に関する議論もされた。臨時司法制度改革準備協議会における法曹養成に関する議論において、司法官試補と弁護士試補の区別をなくして統一して修習させることの意見が出てからは、統一司法修習制度に対する特段の異論もなく、司法修習生に給料を支給することに対しても、特段の異論がなかった。かかる議論の途中では、司法修習生を2級官吏としてみなして、裁判所、検察庁及び弁護士の事務を取り扱うことができる旨の案も出たが、最終的には司法修習生の法的地位については明記されなかった。（甲 A8 ないし 10、乙42、44）／昭和22年裁判所法は、昭和22年4月16日に可決され、同年5月3日に施行された。同法の制定時、司法修習に関しては、司法修習生は高等試験司法科試験に合格した者の中から最高裁がこれを命ずるとされていたが、その後、昭和24年法律第177号により、司法修習生は司法試験に合格した者の中から最高裁がこれを命ずることとされた。（争いのない事実）」これもまた、統一司法修習制度が導入されたいきさつが述べられているのであるが、司法官試補や弁護士試補制度の本質に関わる議論に踏み込まず、司法修習生への給料支給に特段の異論がなかったことが指摘されているにとどまる。

そして3番目が「前記認定事実（2）ア」であるが、ここでは、「司法修習は、司法制度を担う法曹に必須の課程として国家によって運営されており、司法修習の内容も法曹に必要な能力を養成するために高度に専門的であることや、司法修習が、臨床教育課程として、実際の法律実務活動の中で行われるものであり、実際の法曹と同様に中立公正な立場を維持したり、利益相反活動を避けたりする必要があることなどから必要とされるものであって、修習専念義務は、このような司法修習制度の本質から求められるものとされている（甲 A17、19、22、23、26、乙1、26、39、41）。」とされている。それでも司法修習制度の「本質」が何なのか、直接の解答は与えられていない。現行司法修習の特徴は色々指摘されているが、そのうちのどれが、この制度にとってなくてはならないという意味での本質にあたるのか、きちんと裁判所は説明すべきである。「高度に専門的」であるとするとなぜ職務専念義務が生ずるのか、はっきりしない。臨床教育課程であるとしても、それがなぜ職務専念義務に結びつくのか、それも説明不足である。裁判所は、臨床教育課程にある者は本質的に職務専念義務を課せられているというなら、そのような例を示して、その例と司法修習生との同質性を証明した上で、論証を進めるべきである。

思うに、司法修習の本質は、それが公的任務を担う法曹の実務研修課程だということであろう。理論的な学修は、基本的に法科大学院が担い、その理論を十分に身につけているということは、司法試験によって試されているのである。その上で必要な実務研修をその者を使用する者が、その業務の一部として施すのが世の中の常識ではあるまいか。いわゆる OJT (オン・ザ・ジョブ・トレーニング) を、研修を受ける者に給与も支給せず、しかも修習(研修?) 専念義務と称して、収入の途を断ち、研修のみに従事させるような企業は(もしそれが企業であれば)、まさしく「反社会的」企業というに値する。弁護士は誰にも雇われないではないかという反論はあり得るが、しかし弁護士も憲法上の公的任務をも担う職種であり、その部分について国が研修の機会をその費用で行うということは全くおかしなことではない。そればかりか、法曹は、立憲主義、法治主義を維持し、発展させるという重要な公的任務を担う存在であるということについて異論はないものと思われる。弁護士は、その就業形態は基本的に独立した自営業であるが、弁護士となる者についても公的負担で修習が施されることについては問題がないと言えよう。但しその意味では、いわゆるインハウスローヤーと呼ばれる、特定企業に雇用されて弁護士活動を行う者、あるいは公共団体に公務員として勤務する弁護士については、その雇用主が研修費用を(事後的に)負担することも、あり得る選択肢であろう。

- (2) 最高裁判所が「尊厳」をどのように理解しているかはともかく、13条が個人の尊厳を保障していることは、昭和20年代、30年代の多くの判例が認めている。そのリーディング・ケースが、1948(昭23)年3月24日の大法廷判決である(LEX/DB 27760013)。芦部信喜『憲法』(岩波書店)は、近代憲法は自由の基礎法であり、この「自由の観念は、自然権の思想に基づく。この自然権を実定化した人権規定は、憲法の中核を構成する『根本規範』であり、この根本規範を支える核心的価値が人間の人格不可侵の原則(個人の尊厳の原則)である」ことを指摘する。この考え方では、尊厳は自由を保障するにとどまるように思われるが、ドイツにおける「人間の尊厳」の保障(ドイツ基本法1条1項)の理解としては、単なる防御権(自由)のみならず、請求権の側面を持つことが論じられている。
- (3) 俗に言う××ハラスメントとは、すなわち尊厳への攻撃である。Cf. James Q. Whitman, *Human Dignity in Europe and the United States: The Social Foundations*, in Georg Nolte (ed.) *European and US Constitutionalism*, 2005, p. 108.
- (4) 尊厳については、さしあたり玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理—人間の尊厳条項の規範的意義と動態—』(尚学社、2013年)所収の諸論文を参照されたい。
- (5) こうしたジェレミー・ウォルドロンの方針については、さしあたり蟻川恒正『尊厳と身分』(石川健治編『学問/政治/憲法—連環と緊張』(岩波書店、2014年)所収。後に蟻川『尊厳と身分』(岩波書店、2016年)所収。)を参照されたい。
- (6) 尊厳の保障に、「尊厳ある存在として処遇を求める個人の権利」を認める見解として、渡辺・宍戸・松本・工藤『憲法 I』(日本評論社、2016年)116頁以下(松

本和彦執筆) 参照。

- (7) 蟻川前掲書『尊厳と身分』(注 5) 54頁参照。なお、樋口陽一「“Corps としての司法”と立憲主義」(『憲法近代知の復権へ』東京大学出版会、2002年所収) 136頁以下もまた参照。
- (8) 蟻川前掲書『尊厳と身分』(注 6) 16～21頁、54頁参照。蟻川教授の取り上げるウォルドロンは、尊厳と法の関係を重視する。法が侮辱に対して保護を与えるだけでなく、法の形式的要件が「普通の人 ordinary people」の「尊厳」を守っているという。つまり、人は法生活において、法を自己に適用(自己適用 self-application)しており、法の基準にしたがって行動するよう、自己に命令をなすのであるが、この自己命令 self-command は、「人の繊細な理解力と規範対応力とを与件にしていると解される限り『本質的に貴族的』なもの」であり、そして、ウォルドロンは、こうした「法生活が示すのは、普通の人々が時に裁判官の尊厳を有することができるということ」だとするといっている。こうした「普通の人」が「裁判官の尊厳」を有することこそ、高貴なる者の尊厳の「普遍化」である。—ここでは、裁判官に尊厳が認められるということが前提とされていることにも注意が必要である。—ただし、蟻川教授は、二つの点でウォルドロンの考え方に留保を加える。一つは、上記のような「繊細な理解力と規範対応力」を「普通の人」が持っているかどうか、「立憲主義の『法システム』の期待する行為を行う意思と能力を有している」かどうかの一般的証明が必要なはずだ、ということであり、もう一つは、高貴なる者の尊厳が「個人の尊厳」となったとき、高貴なる者の尊厳が内在させていた、「社会公共のための義務の履行」(ノブレス・オブリジュ) はどうなるのか、ということである。後者は、「憲法上の『権利』が社会公共のための『義務』を尽くす目的で行使されるべきものであるという命題を正当づける理論仮説としての一面があり、この命題は「取扱いを誤れば極めて危険な帰結となる主張を含んでいる」という懸念である。
- (9) ただし、このように法曹の尊厳を強調することは、法曹を特権化し、国民から遊離したところに置けというわけではもちろんない。最近(2020年) 検察庁法を改正して検察官の定年を延長すると同時に、幹部検察官の定年を内閣の判断で延長できるようにしようとする政府の動きに対して、国民から強い批判の声が上がったが、一部には、問題は端緒となった東京高検検事長某の定年を延長したことであって、内閣が検察庁に影響力を行使できるということ自体は、民主主義の観点から見て当然だという声があった。検察が独走したら大変ではないかという理由であるが、しかし、政府が検察を従えて独裁化することの方が重大な危険を含むと言わなければならない。内閣は国民の選挙によって選ばれる国会議員が選ぶのだから心配はない、ということであろうが、民主主義の名において、立憲主義・法治主義が崩壊させられた経験は、人類は何度もしてきたのではないだろうか。もとより、裁判所や検察庁が独走することを抑える手立ては別途考えなければならない。その意味でも、最高裁判官の国民審査は、制度改正を含めて検討し直さなければならない

であろう。

- (10) そうした観点から見れば、法曹になることは、単に職業選択の自由の問題ではなく、まさに参政権的な意味を持っているということである。
- (11) 25条に関連しては、次のような記述がある。25条が「自らが選択した職業になるために必須の過程における生活のための費用まで保障したものであるとも解することはできない」とされ、また27条1項に関連しては、「司法修習は、原告らが自ら選択した法曹という職業になるために受ける必須の教育課程であって、原告らが何らかの公務を提供するものではないから、司法修習生に『労務の提供』はなく、司法修習生が憲法27条1項の『勤労』をする者であるとはいえない、「司法修習は、自ら選択した法曹という職業になるために受ける必須の臨床教育課程にすぎず、業務上の指揮監督を受けているのではないと認められる」、「法曹の養成が憲法上課された国の義務であるとしても、法曹となろうとする者が自らの意思で司法修習生となるのであるから、自己の教育のための司法修習であり、司法修習に従事することが国に対する労務の提供であるということとはできない」という調子である。
- (12) ピエロート／シュリンク／キングレーン／ポッシャー『現代ドイツ基本権(第31版)』(永田／倉田／丸山訳、法律文化社、2019年)によれば、ドイツにおいては、基本権の放棄が認容される場合とそうでない場合が区別されている。「基本権が、主に人格の発展の自由のためのものである場合には、放棄の認容の推定が働く。これに反して、基本権が政治的意思形成のプロセスにとって重要であるときには、放棄は認められない可能性が高くなる。1条1項の人間の尊厳および人間の尊厳の内容を含むその他の基本権については放棄することができない」(同書、欄外番号158、55頁)。そしてこの人間の尊厳に関わる場合であるが、ドイツの基本法1条1項2文が、「これ(人間の尊厳)を尊重し、かつ、これを保護することが、すべての国家権力に義務づけられている」と規定していることはよく知られている。日本国憲法13条が「尊重」を言うにとどまっているのと比較すると、前者が国家に人間の尊厳保護義務を課していることがわかる。そこから、人間の尊厳を阻害するような私人間の法的行為は無効とされうるし、また、人間の尊厳を阻害するような営業行為が不許可となることもありうる。そしてそれらの場合に、実際に人間の尊厳を阻害される者の同意が前提となっている場合でも、国家が後見的に介入することが許される場合がある。それが「自分自身からの尊厳保護(Würdeschutz gegen sich selbst)」という問題である。よく知られた例が、ピープ・ショーに出演するという女性がそのことに同意していても、その催し物が客観的に見て人間の尊厳を毀損するならば、許可申請は拒否されたとした、連邦行政裁判所判決(BVerwGE 64、274-280)の事案である。この判決自体は、人間の尊厳を客観化し、当事者の同意があっても様々な基本権主体の行為に国家が介入する余地を広く認めたものとして、あまり評判が芳しくないようである。(この点については、さしあたり、玉蟲前掲書(註4)117頁以下を参照されたい。)たしかに人間の尊厳の核心には自己決定があり、それが客観化された人間の尊厳によって制限されることは背理であるよ

うにも思える。しかし、ときおりその自己決定が自己責任論と結びついて、人間の尊厳の客観的内容に反する行為を外部から強制する圧力を免罪することになる場合もありうることに注意が必要であろう。たとえば、生活保護申請の場で、「まだ若いだから風俗で稼いだらどうか」と言われたという例や、最近の某（いわゆる）お笑い芸人による「(コロナ) 明けたら、なかなかのかわいい人が短期間ですけれども、美人さんがお嬢（風俗店に勤務する女性）やります」という、ラジオ番組での発言など、そうした方向への女性の「自己決定」を迫る、あるいは当然視する傾向があることは否めないであろう。それを、本人が同意したのだからとか、本人が決めたこと、として放置できるだろうか。そうした人間の尊厳に反する（ここでは自己の自尊心や名誉感情、あるいは一定の尊敬に充ちた待遇を受けたいと思う感情等）職種や営業が存在すれば、それに従事せざるを得ない人が出てくるのである。「自分自身からの尊厳保護」というのは、そこでなされた同意や自己決定が、本当に本人の自由意思で、十分に考えた上でなされたということが前提となる議論であるが、そうした前提自体が多くの場合には疑わしいであろうし、また仮に例外的にそうした前提を充たす者がいたとしても、その存在をもって、人間の尊厳に反すると「社会通念的に」思われる営業を認めてよいのかは、極めて疑わしいように思われる。「自分自身からの尊厳保護」はまた、ある特定時点での「自分自身」から、「将来の自分自身の尊厳」を保護することもありうるのである。

同様のことが無給の司法修習にも言えるように思われる。当事者が自らが選択したにせよ、違憲な制度は違憲であることに変わりはない。

- (13) 立法裁量については、拙稿「立法裁量論に関する一考察」愛知学院大学論叢法学研究第57巻3・4号49頁以下で論じたところである。
- (14) ただし、公務員という身分でないことによって、自由な修習がなされてきたという議論もありうるであろう。しかし、公務員であることによって自由な修習が失われるという考え方も短絡的であるように思われる。
- (15) 拙稿「司法修習生の身分と給費制（の廃止）についての憲法的考察」愛知学院大学法学部同窓会『法学論集』第五巻所収。
- (16) 司法修習に給費がなされず、大学の学部、法科大学院に多額の学費がかかり、そうした費用を回収しようとするれば、そうならざるを得ないという面があることは否定できない。まさにそうした国民にとって益をもたらさない法曹を養成するために税金が使われているということであれば、「国民の理解」を得るのはむずかしいであろう。本件の一連の判決もそうした例を加えることになったのではあるまいか。
- (17) 財政ということで言えば、たとえば第18回法曹養成検討会（2003年7月14日）で事務局（片岡参事官）によって示されたところによれば、「司法修習生が年間3,000人となった場合に、給費制を維持し、司法修習生一人当たり年間300万円程度の給費を支給することにすれば、司法修習生の給費に要する予算だけでも年間90億円、単純計算で300万円×3,000人で年間90億円が必要となりまして、これだけ

でも現在の予算に比して約30億円の増額が必要となる」ということであった。しかし、結局司法試験合格者の数は66期生の2102名を最大として、それ以上に増えることもなく、これだけで必要と見積もられた30億円は不要となっている。そればかりか、第18回検討会の開かれた2003年の翌年、2004年の旧試験の合格者は1480名余であり、しかもこの期の修習期間は1年半であるから、単純に計算しても 1480×300 万円 $\times 1.5 = 66.6$ 億円となり、最高でも旧試験の合格者の多かった時期よりも少ない額で済む計算である。結局、給費制を廃止することによって、予算は毎年60億円浮くことになったのであり、このことは当時の司法制度改革が、司法修習生の犠牲の上に成り立っていたということの意味する。結局、同検討会では、日弁連からの強い反対論をおさえ、「給費制を廃止するというものではございませんが、やはり貸与制への移行についても、いろいろと検討した結果、貸与制への移行という結論となることも選択肢として十分あり得るという前提で検討を進めていただくというようにしないと、今後事務局だけではなくて、ほかの関係機関との調整も難しいと思いますので、この検討会といたしましては、給費制に固執するのではなく、貸与制への移行も含めて弾力的に検討する」(同検討会：田中成明座長発言)としながら、次の第19回法曹養成検討会(2003年9月9日)では、事務局から「事務局の作業スケジュールとしましては、司法修習生の給費制を貸与制に移行するための法案を、次の通常国会に提出するべく準備を行いたいと考えております。もちろん、先ほど申し上げましたように、関係機関にも話合いに応じていただいた上で、具体的制度設計をして話を詰めていく、あるいはこの検討会で御議論いただくということが大前提でございますが、スケジュールとしましては、次の通常国会に向けて準備を行いたいと考えている」(片岡参事官)との発言がなされた。この後、田中座長より「具体的に検討を進めてよろしゅうございますでしょうか。当然そうなるという趣旨ではなくて、この前も話しましたように、いろいろな選択肢の1つとしては、そういうことも視野に入れてトータルな設計をしなければなりませんし、ほかの案件に影響を及ぼしていくということになりますと、やはり検討会の姿勢としてはいかがかと思しますので、事務局の方で具体的に案を検討していただいて、その具体的な検討の内容の当否についてここで更に議論をいただくということに段階を進めるという形でよろしゅうございますでしょうか。」という発言があり、貸与制の具体的な案を事務局が作成し、それをもとに引き続き検討する、ということとされた。しかし、第20回検討会(12月9日)では、川野辺充子委員(最高検検事)から「今回の司法制度改革の、また法曹人口を飛躍的に増やすという目的の1つである、あまりもうからない分野に弁護士としてやっていくという人たちを育てる土壤ができないのではないか。その問題は、単に償還免除だけ認めればいいという問題ではないように思うのです。ということで、具体的な数字といっても、なかなか分からないのかもしれませんが、大体どんな負担になって、どういうふうに戻済していけばいいのだというようなところがもうちょっと分からないのかなという気がするのですけれども」という、給費制か貸与制かを議論するための材料の提供

が求められたが、田中座長からは、「従来どおり給費制を続けるか、貸与制への移行を検討するかどうかという選択肢の議論を続けていくと、タイムリミットになってしまうので、もう一步進めて、諸般の事情から見てやむを得ないとして、どういふ制度設計が考えられるかということを検討していただくということを御了解いただきたい」とされ、強引に「前回よりは少し方向性が出たと理解させていただきたいと思います」というまとめがなされた。さらに第21回（2004年2月6日）でも、同じ川野辺委員から、「貸与制に移行するかどうかということは、まだ皆さんの合意が得られていないと思うのです。貸与制も選択肢の1つとして考えていきましょうと、その場合に仮に貸与制になるとすれば、こういう問題点があるのではないかということを検討するということだったと思うのですけれども」という発言があったが、田中座長からは、「この前は、貸与制に移行することにして、その場合、その具体的な在り方について、事務局の方で法曹三者と話し合っていたかどうかという話だったと思うので、選択肢の1つにすぎないということではなかったと思います。それよりはもう少し強く言っていたと思います。」という曖昧な表現で、給費制廃止、貸与制導入の路線が規定路線化されていくのである。

(18) ここでは、所得階層別に総所得に占める消費税の実質税率に差が出、結局低所得層の方が税率が高いという問題はさておく。

(19) 野中・中村・高橋・高見『憲法Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2012年）451頁。