

平成 17 年度 法科大学院（法務研究科）入学試験

# 小論文問題紙

A 日程

平成 17 年 1 月 15 日

10 : 00 ~ 12 : 00 (120 分)

## 注 意 事 項

1. 試験開始の合図があるまで、問題を開いてはいけない。
2. 小論文の問題紙は 1 ページから 6 ページである。
3. 解答用紙は、問題 1 と問題 2 の 2 枚である。解答用紙の追加は認めない。
4. 解答用紙は 2 枚ともかならず提出すること。
5. 監督者の指示に従い、すべての解答用紙に受験番号と氏名を記入すること。
6. 解答はすべて解答用紙の指定された欄に記入すること。
7. 試験終了まで退室してはいけない。

北 海 学 園 大 学

**問題 1** 次の文章を読んで下記の問いに答えなさい。なお、各設問について、解答の冒頭にそれぞれ（問 1）（問 2）を記入して解答すること。（配点 100 点）

裁判官を選挙で選んでみたらどうだろう。

とんでもない、そんなことはできない、といわれそうである。しかし、なぜ、できないのだろうか。司法改革の柱の一つは市民の司法参加である。市民が投票によって裁判官を選べば、市民の意思が直接的なかたちで司法に反映するではないか。

裁判官は選挙になじまない。それが一般の受け止め方であろうか。裁判官の職務は厳正・公正に法を解釈し、適用することである。選挙は裁判官の判断に影響を与え、裁判官の独立性・裁判の中立性を損なうのではないか。それが一般の心配であろう。しかし、選挙で選ばれた裁判官は公正な判断ができないのだろうか。

裁判官を選任する方法には任命制と公選制がある。日本は任命制を採っている。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。」（日本国憲法第 80 条）。では、裁判官を選挙ではなく任命すれば裁判の中立性が保障されるのだろうか。

アメリカでは裁判官の 8 割以上が選挙によって選ばれる。裁判の 4 件のうち 3 件は公選制による裁判官によって裁かれる。連邦国家であるために、アメリカには二つの裁判所制度が並存する。一方に、アメリカ全土にまたがる連邦裁判所制度があり、他方に、50 の州それぞれの州裁判所がある。全訴訟事件の 9 割が州裁判所で処理されている。市民に身近なのは連邦裁判所ではなく州裁判所である。

連邦裁判官は任命制である。「大統領が指名し、上院の助言と承認を得て、これを任命する」（合衆国憲法第 2 編第 2 節 2 項）。連邦裁判官の任期は非行のない限り終身である。その報酬は在職中減ぜられることはない（第 3 編第 1 節）。ところが州裁判官については、50 州のうち 40 州が公選制を採っている。州裁判官の任期は州により、また裁判所の審級によっても違う。短いのは 4 年、長いのは 16 年までである。一般に州裁判官の報酬は連邦裁判官に比べて低い。歴史的に見ると、合衆国建国時、13 州の大部分が任命制を採っていたが、19 世紀の半ば、ジャクソニアン・デモクラシーの時代に、任命される裁判官への市民の不満が高まり、公選制が広がった。州裁判官については市民が投票によって選ぶ、それが当然という考え方が現在でも強いのである。

\*\*\*

ところで、日本の裁判官はどのような手順で、何を基準にして、だれによって選任されているのか。最高裁判所は、どのような手順で裁判官となる「指名した者の名簿」を作る

のか。内閣ではその名簿から何を決め手に裁判官を「任命」するのか。再任されない裁判官はいるのか。再任されない理由は何か。現行の選任方法は、その辺のところは全くといってよいほどわからない。裁判官の選任について、市民はだれからも説明されることがない。市民には何も見えず、聞こえず、発言することができないのである。裁判官にはふさわしい人が選任され、任命された人は良心に従い独立して、法律にのみ拘束され、裁判をするであろう。市民はそう信じるほかないのである。

裁判官は職権をもつ官僚である。裁判所は強固な官僚組織である。裁判所組織の中で、裁判官は指示される任地へ行き、定期的に転勤させられる。また、何かの基準で、その仕事ぶりを評定されて、組織の中で昇進する。こうしたことは裁判官の判断に影響しないのだろうか。

アメリカの裁判官の任命には政治の影響が強く働く。連邦裁判官の候補者名簿は司法省、上院司法委員会、アメリカ法曹協会の委員のあいだで作成される。この選考のプロセスは透明であるとはいえない。その名簿に入るには、法律家としての能力・資質を認められなければならないが、むしろ政治的なコネの方が重要である。州の任命裁判官についても同様である。名簿に入った候補者は、大統領、知事、議員などによる選考、審査を受ける。いずれも選挙された、民意を代表する役職にある者である。大統領や州知事が自分の政見に反対の立場にある人を指名することは、まずない。候補者は議会の厳しい審査にさらされる。合衆国最高裁判事に指名されると、上院の同意を得るための聴聞（confirmation hearing）が大変である。世論が割れている問題、政治的に対立のある論点について、議員の質問をうまく捌かなければならない。上院の同意が得られなかった例が幾つもある。

アメリカの裁判官に転勤はない。また裁判所組織の中で昇進することもない。連邦地方裁判所の裁判官は、その地域に住んでいる、法廷実務の経験をつんだ弁護士の中から選ばれる。連邦控訴裁判所には、法廷実務の経験を問わず、弁護士、政治家、法律教授などが任命される。任命された連邦裁判官は、自分から辞めるといわない限り、終身その裁判所を動かない。

任命された裁判官の中にも上級の裁判所へ移る野心を抱く人はいるだろう。そのために裁判において、上級審の裁判官や政治家の意を迎える判断をしないとはいえない。任命制のもとでは、裁判官の独立性は制度として保障されるが、裁判官が市民に対して説明責任を負うことはない。裁判官は権威をもって職権を行使する。ことに連邦地方裁判所の裁判官は単独で裁判するだけに、一国一城の主である。連邦控訴裁判所は、通常、三人の裁判官が一組になって審理する。もともと控訴裁判所は、地裁裁判官の恣意や独裁をチェックするために設置されたといわれる。地裁裁判官の中には、ときに尊大で自己抑制を欠き、

怠慢であるという批判を招く人がいる。

大多数の州では市民が裁判官を選挙する。州によって選挙の方式はさまざまである。裁判官の選挙を政党抜きで行う州もあれば、候補者が政党の推薦を得て立候補する州もある。政党は信用にかかわるので、不適格な候補者には推薦を与えないだろう。そこで一応の選抜が働くといわれる。ロー・スクールを出て、弁護士資格をもつ人が通常立候補者である。立候補があれば活発な選挙運動が行われ、当選するためには多額の選挙資金がいる。候補者は支持者を集め、選挙資金を集めなければならない。そこは一般の選挙と同じである。ただ裁判官の選挙資金については一層の倫理性が求められる。それだけに規制には工夫が必要である。

現職の裁判官が何かの理由で辞めたり、死亡したりすると、知事が裁判官を任命できる。その空席を埋めた裁判官は、次の選挙で市民の支持を得なければならない。やはり現職が有利で、大抵は選任される結果になる。

裁判官の公選制に対しては、20世紀に入ってから批判が強くなった。すぐれた人が立候補するとは限らず、また選挙が裁判官の公正な判断をゆがめるおそれがある、というのである。こうした批判にこたえて、メリット・プランが提唱され、いくつかの州に広がった。有識者からなる選考委員会に精選した候補者リストを作成させ、その中から知事が裁判官を任命する。任命された裁判官は次の選挙で市民の審査をうける。この方式は州の控訴裁判所や最高裁判所の裁判官を選任するのに使われる。最初にこれを採用した州の名をとってミズーリ方式ともいう。日本の最高裁判所裁判官の国民審査はミズーリ方式に倣ったといわれる。

アメリカでは連邦裁判官が任命、州裁判官の大部分が選挙で選ばれる。この二つの制度を比べる材料にこと欠かない。公選制か任命制か。どちらの方法によれば、より有能で適格な裁判官を選任できるのか。いずれの方法によってもさしたる違いはない、というのが大方の見方である。

\*\*\*

そもそも裁判官の独立とはなにを意味するのであろうか。

「すべての裁判官は、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。」(日本国憲法 76 条 3 項)

選挙で選ばれた現職の裁判官による公選制擁護論がある。ウィスコンシン州最高裁首席判事シャーリィ・S・アブラムスは三度選挙戦を戦い当選した。その経験に基づいて公選制を肯定する。彼女は 1976 年に知事に任命されて州最高裁裁判官に就任、3 年後の選挙に当選して以来、任期が終わる 10 年目ごとの選挙 (1979 年、1989 年、1999 年) に、いずれ

も対立候補を破って当選している。

選挙は政党抜き無党派で行われるが、通常選挙と同じように候補者は選挙運動をする。州内をくまなく回り、警察、消防、弁護士会、医師会、学校関係者、労働組合などのグループの集会に出て、有権者に支持を訴える。選挙の争点はさまざま、裁判官が任期中に下した判決も対立候補による批判の対象になる。

アブラムスン判事は、選挙が裁判官にとっても市民にとっても、重要な学習、教育の機会であるという。裁判官は司法の利用者である市民、訴訟当事者、弁護士が裁判をどのように見ているかを知る。市民は司法の仕組みや裁判官の役割について、裁判官の話聞き、説明を受け、関心を強める。その上で裁判官を選ぶのである。裁判官は選挙の度に、コミュニケーションの大切さを認識し、市民が読んで理解できる判決文を書かねばと決意を新たにするのである。

裁判官は選挙を通じて、市民に法の支配の意味、裁判の仕組み、裁判官の役割を説く。なぜ世論や政治家に支持されない判決を下すことが大切であるかを訴える。司法の中立性・独立性が民主体制にとって、いかに重要であることを知らせるのである。市民は裁判官との会話、討論、選挙運動への参加を通じて、裁判官を知り、司法の独立の意味を考える。

アブラムスン判事は公選制をよしとする理由を次のように述べている。

選挙は裁判官の判断をゆがめるか。裁判官は有権者の意を迎える判決、世論に合わせた判断を下すことはしない。しようとしてもできない。まず、裁判官の責務は、事件の事実、証拠、法に基づいて判断することである。世論によって判断を左右することは、この責務に反する。また、特定の判断が世論に合致するか、反発を招くかは予測できない。上級審の判決は裁判官の間のきびしい議論、合議をへて下される。そこでは法に基づかない考慮は説得力をもたず、排除される。下級審の裁判官の判決にも上級審のチェックが働く。裁判官が世論に合わせて判断することは、不毛のころみに終わる。

公選制は司法の独立を損なうか。同判事は、司法の独立を保障するためにこそ選挙が必要であるという。

裁判官の公選制か任命制かは民主体制のディレンマを現す問題である。選挙による多数に支持された裁判官は少数者の権利を保護できるのか。多数の支持を確かめずに任命された裁判官は職権を振るう正統性（legitimacy）をもつのか。

同判事によれば、皮肉（アイロニー）なことに、選挙が司法の独立を守る。つきつめたところ、司法制度の存立する基盤は、市民の理解と信頼と支持にある。裁判官の独立した判断は、市民の中に裁判への信頼が存在する限りで、その正統性を認められる。市民の支持を欠けば司法は存続しえない。司法の独立は裁判官を守るためではなく、市民を守るた

めにある。裁判官は法に基づいて中正な判断を下すというだけでは足りない。司法の独立が市民を保護するために必要である。裁判官にはそれを市民に説く責任がある。それが裁判官に自明のことであっても、市民にとっては自明ではないというのである。

ところで、公選制の実態を見ると、市民の多くが無関心であり、投票率も低調である（ウィスコンシン州では25%前後）。アブラムスン判事は、それは市民に十分な情報が伝えられていないからであるという。彼女は首席判事として、たえず裁判所を市民に開くためのプログラム（outreach program）、裁判所や裁判についてのハンド・ブックの刊行、配布など、広報活動に努力している。また、選挙に巨額の運動資金がいることも問題である。大口の献金をした支持者が当選した裁判官の法廷に訴訟当事者として現れることもある。彼女は選挙費用を公費でまかなうことを提案している。現行では費用のごく小部分が公費で補助されるにすぎない。

裁判官の公選制には問題が多いが、アブラムスン判事はその利点が欠点を上回るという。裁判官は市民に対して説明責任を負っている。その判決が訴訟当事者である市民と市民のコミュニティに影響を与えるからである。市民には裁判官を選び、適性を欠く裁判官を変える権限がある。公選制擁護の根底には、民主制の基本理念が流れている。市民が主権者であり、市民が司法の権限を正統化する唯一の源である。それは単純明快な民主制の原則である。

日本でも裁判官を選挙で選ぶというのではない。市民の司法参加の原則を明確にしたのである。市民が法の主人である。

（出典：藤倉皓一郎「裁判官を選挙する」時の法令1699号52頁－57頁（平成15年）。なお、問題作成の都合上、原文の一部を変えている。）

**問1** 上記文章の中から、裁判官の「任命制」、「公選制」それぞれの利点あるいは問題点と考えるものをまとめなさい。（40点）

**問2** 上記文章を踏まえ、日本における問題として、裁判官「任命制」の擁護論を展開しなさい。（60点）

## 問題2 (配点 100 点)

80年代後半の好景気の下、正社員になろうと思えばなれるにもかかわらず、パート・アルバイトなどの多様な働き方を自ら進んで選択する人々が「フリーター」として注目を集めた。

しかし、デフレ下で長期的に経済が低迷する中で、雇用環境は厳しくなり、近年では、正社員を希望していてもやむを得ずパート・アルバイトなどになる人が多い。

\*\*\*

近年、失業率が過去最高水準の5%台半ばで推移する中で、とりわけ25歳未満の若年の失業率は10%に近づいており、今後の日本経済を担う若年の就業問題は、極めて重要な課題となっている。従来日本では、日本的雇用慣行の下、学校を卒業するとともに正社員として企業に就職し、同一企業内で技能を蓄積し、退職を迎えるという働き方が典型的な就業形態と認識されてきた。しかし、失業者やパート・アルバイトなどのフリーターが増加しており、若年を取巻く就業環境は、従来の枠組みとは異なったものに変化してきている。(平成15年版『国民生活白書』内閣府による。)

\*\*\*

なお、「国民生活白書」によれば、フリーターを「15～34歳の若年(ただし、学生と主婦を除く)のうち、パート・アルバイト(派遣等を含む)及び働く意志のある無職の人」と定義している。

このようなフリーターについては、肯定的評価と否定的評価が対立している。

これについて、次の(1)(2)の設問に答えなさい。なお、各設問について、解答の冒頭にそれぞれ(1)(2)を記入して解答すること。

- (1) 肯定的評価の立場に立ち、自己の見解をその根拠とともに主張しなさい。
- (2) 否定的評価の立場に立ち、(1)で述べた見解に対して批判・反論しなさい。