

## 講演

# シンポジウム「独仏日憲法裁判——課題と展望」

植野 妙実子\*

## はしがき

「現代議会制の比較法的研究」(2018年度まで代表は植野妙実子、現在代表は佐藤信行)においては、2018年度、「憲法裁判の基礎理論」(当代表は畑尻剛、現在代表は土屋武)とともに「独仏日の憲法裁判——課題と展望」という研究テーマの下に、共同研究助成を獲得して研究活動を行ってきた。まず、2018年7月24日に、ドイツのフライブルク大学のマティアス・イエシュテット教授による「憲法裁判所≠憲法裁判所：フランス憲法院とドイツ連邦憲法裁判所の比較的な観察」をテーマとする講演が行なわれた。その折、日本比較法研究所が、中央大学の協定校であるフランスのエックス・マルセイユ大学から招聘したグザヴィエ・マニョン教授が「フランスにおける憲法院及び憲法裁判についての紹介」を寄稿し、コメンテーターとして参加した。その議論の中では、マニョン教授はとりわけ、フランスにおける憲法裁判導入の遅れと裁判官政治についての歴史的懸念との関係について説明した。

グザヴィエ・マニョン教授は、40歳代後半の新進気鋭の憲法学者であり、保守色の強いエックス・マルセイユ大学の公法学において、新しい風を吹き込んでいる存在である。憲法院・憲法裁判の研究の第一人者であり、現在ルイ・ファヴォール研究所の研究所長として、憲法裁判研究学会

---

\* 名誉研究所員・中央大学名誉教授

を主催している。

2018年7月25日は、グザヴィエ・マニョン教授が「フランスの事後的違憲審査制——その特異な『先決』問題解決のあり方」をテーマに講演を行なった。そこでは、特にフランスで2008年7月の憲法改正により導入された事後的違憲審査制の現状と課題、展望について議論された。事後的違憲審査制と事前的違憲審査制にはそれぞれの役割があり、双方に存在意義があるとのマニョン教授による指摘があった。

これらの講演内容は、マニョン教授による二つのものは比較法雑誌53巻2号（2019年）に、イエシュテット教授によるものは比較法雑誌53巻3号（2019年）に掲載されている。

また同共同研究において、「現代議会制の比較法的研究」は、2018年12月12日にフランスのポー大学からユベール・アルカラス講師（当時、現在はポー大学教授）を招聘して「フランスにおける合憲性優先問題 QPC の動向」をテーマに講演会を開催した。

ユベール・アルカラス講師は、グザヴィエ・マニョン教授と同様に、エックス・マルセイユ大学法学部のルイ・ファヴォール教授の弟子筋にあたり、将来を嘱望されている研究者である。憲法裁判研究の専門家でもあるが、とりわけ、同性婚を含む「結婚の自由」という今日の問題の研究者でもある。講演後の議論においては、確かにフランスの合憲性審査は抽象審査であるが、個々の裁判官の頭の中では、具体的な事例に照らして考えており、その意味で具体的審査といえる、と指摘していたことが印象的であった。この講演内容は比較法雑誌53巻3号（2019年）に掲載されている。

さらに同共同研究においては、2020年1月12日に「独仏日憲法裁判——課題と展望」と題して基調講演を元最高裁判所裁判官である鬼丸かおる氏にお願いしてまとめのシンポジウムを行なった。当日のプログラムは次のようである。

#### シンポジウム『独仏日憲法裁判——課題と展望』

基調講演 「最高裁判所裁判官を終えて考えたこと」 鬼丸かおる（元最高

裁判所裁判官)

報告 「フランスにおける憲法裁判の現状と課題」 植野妙実子（中央大学  
名誉教授）

「ドイツにおける憲法裁判の現状と課題」 畑尻剛（中央大学教授）

「裁判所による憲法審査——カナダの挑戦」 佐藤信行（中央大学教授）

「独仏日の憲法裁判——課題と展望」の共同研究では、当初成果を研究叢書として発刊することを考えていた。しかしながら、長引く新型コロナウイルスの影響で、たびたび緊急事態宣言も出され、対面での打ち合わせや研究会ができなかったことから、ひとまずここに、鬼丸かおる先生の基調講演とフランスの憲法裁判の現状と課題、すなわち進展についての植野の報告を掲載して、まとめにかえることとした。

私は、鬼丸先生とは女性法律家協会と一緒に副会長をさせていただき、親しくお付き合いさせていただいた。ご無理をお願いして講演していただいたことを大変ありがたく思い、あらためてここに感謝を申し上げたい。貴重なお話をうかがえた。また、コロナ禍であったとはいえ、掲載するのが大幅に遅れたことをお詫びしたい。



## 講演

シンポジウム「独仏日憲法裁判——課題と展望」

# 最高裁判所裁判官を終えて考えたこと

Thoughts after Serving as a Supreme Court Justice

鬼丸 かおる\*

ただ今ご紹介にあずかりました鬼丸かおると申します。

実は、同窓会の場で話をするようにと言われて、2日前におよそ法律など知らない人たちの前で裁判所の話をしました。ですから、今日は砕けた話になってしまうかもしれません。一応、レジュメというか自分の話すことは用意しました。ここにご来席の方々は皆さま研究者でいらっしゃるのので、判例の中身はご存じだろうという前提の下に、内情をあまり細かくは言えませんが、一体判例はどのようにして作られていくのかという過程に重点を置いて話をしようと思っています。

私は、ご紹介にあったように、約39年間弁護士をして、6年間最高裁判所（最高裁）にいました。最高裁に行くと裁判官目線になってしまって、今は少し戸惑ってLIXILグループの役員をしている状態です。

## 第1 日本の最高裁判所の役割

日本の最高裁の役割についてです。

多分、世界各国の最高裁の制度は、いろいろな歴史、経過を踏まえて、いろいろな形となっていると思います。

### (1) 裁判の最終審としての役目

日本は、まずここが非常に珍しいと言ってもよいかもしれませんが、連

---

\* 弁護士・元最高裁判所裁判官

邦ではなく単一国家であるという特徴を持ち、そして憲法裁判所がありません。

そこで、最高裁は全国各地の個別の紛争あるいは刑事裁判が、当事者に不満のある限り全て届いてしまう最終審である、という特色があると抽象的には申せません。もちろん、同じ審理方法で3回目の審理を行うところではありません。「法律審」と呼ばれているように、あくまで扱う事件は訴訟法に明記されているとおりの事由しかなく、実際には限定されているのです。しかし、多くの方々はそれを無視して最高裁に上告等してきます。

したがって、最高裁の裁判官というのは、事件数の多い業務ですが、その中にちらほらとある、非常に重要な事件を審査し、憲法解釈や法令の重要な解釈を新たに示す役割を担っています。まず人にはお会いしないくらい、日々書類と格闘していると思います。

ただ、15人の裁判官がいるといっても、長官だけは別です。長官は、生活態様が平の裁判官とは全然違います。長官は、大法廷の裁判長ですが、小法廷の判決にはほとんど関与せずに中身の報告だけを受ける、特異な存在です。皇室・内閣・外国裁判所の関係の行政事務や外交的なことを業務としているのが長官です。その他の14人は、ほとんど裁判に専念しています。

## (2) 司法権代表としての役目

次に、司法権の代表としての役割です。

私は、40年近く弁護士生活をしていて、最高裁で判断が生まれるその背景に裁判官がいるということは、あまり考えたことがありませんでした。自分が弁護士であるのに、生の人間が判決を書いている印象があまりなかったのです。必ず一定の路線のついた判決が下るものだから、上から降って来るものであるかのような認識しかなく、自分の扱う事件と関連のあるところだけ、最高裁の判決をかいつまんで調べるという感じでおりました。

ところが、急に「裁判官になれ」ということになりました。裁判官にな

ったら判決や命令を書く日々になると、漠然と考えていました。閣議決定が発表されたすぐ後に、最高裁には既に友人が行っていて、男性の裁判官なのですが、その男性から電話がありました。「おめでとう」とも「よろしくね」とも言われず、いきなり「女性は服装が大変ですよ」と言う電話でした。「何を言っているのだろう。黒い法服を着てしまえば何も見えなではないか」という印象でいたのですが、実はそれが司法権の代表としての最高裁の役割を示している話でした。それまで女性の弁護士で最高裁の裁判官になった人はいなくて、私が女性弁護士としては最初だったものだから、ドレスコードが伝わってきませんでした。男性はモーニングでよい、しかし女性はそうはいかない、ということを教えてくれたわけなのです。

テレビに映らないのでほとんどご存じない方もいらっしゃるのですが、実は最高裁の裁判官は、年に10回くらい皇室の行事に参加するようになっています。男性はモーニング1着なのですが、女性は、ローブモンタントだとかアフタヌーンドレスだとかロングドレスだとか、いろいろと替えなければいけません。皇室はなぜそのようなことを要求するのか、薄給なのにその中からドレス代を出すのは非常にづらい、という感覚を初めは持っていました。ところが、何回か参加しているうちに、皇室は最高裁を司法権の代表という形で遇していて、内閣・国会・最高裁を並べて扱っているのだとわかり、実は天皇制度が三権分立を陰ながら支えてくださっているのだろうか、という印象を持つようになりました。もっとも最高裁が司法の代表だと言えるかに疑問はあるのですが、検事総長だとも言えないし日本弁護士連合会でもないだろうから、結局最高裁に定着したのだろうと思います。

最高裁には他に司法行政という事務があります。これは結構重たい事務なのですが、今日のテーマとはあまり関係ないと思うので、そのお話は省略します。

## 第2 日本の最高裁判所の最終審の役割——判決・決定の作成過程

次に、最終審としての最高裁の役割です。判決あるいは決定の作成過程をお話しします。多くの先生方はこれもよくご存じなのかもしれませんが。

### (1) 上告・特別抗告等の配てん方法（その1）

上告や特別上告などいろいろありますが、事件の配てんは大体機械的になされています。最高裁が1年で受理する事件は約1万1,000件です。その中に刑事から民事からいろいろなものが入っているわけです。ご存じのように、地方裁判所（地裁）の民事事件・刑事事件は非常に減ってきています。一方、家庭裁判所事件はどんどん増加しています。最高裁の受理事件は、ほぼ1万1,000件のまま高止まりで減らないという状況です。

約1万1,000件をどのように分けていくのか、これが問題です。事件の配てんについてはいろいろなところで聞かれました。一言で言うと、既に申したとおり全く機械的な配てんです。一定の調査官が決まった裁判官を担当するという関係は全くなく、事件ごとに担当の裁判官と担当の調査官とがたまたま組み合わせられるに過ぎません。

ご存じだろと思いますが、事件の配てんを理解していただくために、裁判官や調査官の構成をお話しします。

### (2) 裁判官の構成——裁判官の出身母体と3つの小法廷

まず、裁判官です。

最高裁には3つの小法廷があって、裁判官がそれぞれに5人ずつ属しています。原則として初めに配属された小法廷を替わることはないことになっています。しかし、長官が代わると若干の異動が起きます。

実は、3つの小法廷がそれぞれ1つの裁判所を成すくらい、小法廷ごとに審議の仕方も審議の傾向も違うと言われています。



## 最高裁判所裁判官を終えて考えたこと

私は第二小法廷（二小）に属していたため、他の小法廷のことは伝聞した限りのことしかわからず、他の小法廷がどのような手順などによって処理していたかについては、不正確な可能性がありますことを予め、お断りしておきます。多分、全部を把握しているのが長官と調査官とであると思われれます。横串を刺すように小法廷の全部を把握しているのは、実は調査官です。ある小法廷の裁判官は、隣の別の小法廷で何をやっているのかは全然知りません。このことは裁判官からも時々問題視されました。隣の小法廷で何をやっているのかわからないで同種の事件を審議していて、先に判決を下されてしまうと、後になった小法廷は当然それに従わなければならないが、それはおかしいのではないか、ということを言われました。しかし、隣の法廷で何をやっているのかをいちいち調べるほど余裕時間を持ち合わせていません。それで、その問題はいつも宙づりになって、調査官だけが案件を把握していることになってしまいます。結局、似たような事件はないかを調査官に聞いて判断するしかないのが現状です。

私が所属していた二小は、長官がいる法廷でした。二小は別に偉いわけでも何でもないので。二小のある裁判所の3階のフロアには長官用に広い部屋があります。いわばスイートルームです。お客さまがみえたり、辞令を交付したりするときの続き部屋です。それで、長官は必ず二小に異動することになっています。今の長官も、第一小法廷（一小）にいらしたのですが、二小に引っ越しされました。それで一小に空きができたので人を埋める、という形になっています。そこで手順が変わることが起こります。また、長官だけにはセキュリティーポリス（SP）がつきます。長官のところにいるSPは体が非常に大きいので、このような方が2人常駐できる部屋は他にありません。それで、結局3階の二小に長官が移ることになっています。

裁判官の出身母体は、裁判所法第41条で大枠が決まっています。これもご存じだと思いますが、職業裁判官が6人、検察官が2人、弁護士が4人、学者が1人、行政官つまり官僚や外交官が2人で、1人が定年で退官すると、その裁判官の出身母体から、例えば職業裁判官が退官すれば職業

裁判官の中から、最高裁判事が決まるという形が踏襲されていました。しかし最近その傾向が狂いだしたことに感づいていらっしゃると思います。14人の裁判官も「次は一体誰に決まるのだろう？」とひやひやしています。実は、裁判官は新聞報道で初めて次に来る裁判官が誰なのかがわかる状況で、裁判官会議で決まるものではありません。次に来る方がどのような方なのかが全くわからずに、次々と決められています。

結局最終的にはその人の個性が物を言うと思いますが、やはり出身母体によってある程度の見解が決まるところがあるのは否めないと思います。

どの小法廷にも職業裁判官が2人ずついることになっています。第三小法廷(三小)は、かつては2人の弁護士出身者がいたために非常に議論が活発に行われて、年がら年中、議論していました。ところが、事情があって構成が変わったために最近様子が変わっていると聞いています。二小は、裁判官出身の長官が小法廷の議論に入らないものだから職業裁判官は実質1人です。

### (3) 上告・特別抗告等の配てん方法(その2)

長官が小法廷の事件に関与しないので、行政事件・刑事事件・民事事件の如何を問わず、A, B, C, D……と、残りの14人に順番に事件が配てんされています。重いとか軽いかかということとは全然関係なく、本当に順番に配てんされます。長官だけはその配てんから外されます。それぞれ配てんされた1人が、「主任」と呼ばれていますが、裁判長になります。

ただ、最高裁係属前にその事件に関与したことがあると、その裁判官は回避したり、例えば、高裁段階で審理に関与した裁判官が、最高裁で審理に関与することは忌避事由になりますので、その裁判官は関与することを拒否して、不関与だということで審議にも何にも参加しません。もちろん、裁判長にもなれません。配てんを飛ばしていくことになります。ですから、当然のこととして次の回に2倍来ることになっています。

そのようなことで非常に困るのが、検察官出身の裁判官についてです。検察官出身の方は、おおむね大阪・東京というような大きなところから来

ておられ、当然に刑事事件に詳しいのですが、例えばある刑事事件について最終的な決裁者だった場合は、その事件に関与してはならないことになってしまいます。最初から自主的に関与しないものだから、判決の中に1人欠けているものが、結構多くあると思います。

特に二小は、元々4人構成で、検察官出身者が審理から抜けてしまうと3人になってしまいます。行政官出身者が1人、民事裁判官出身者が1人、そして私のような弁護士出身者が1人で、刑事事件の経験が全くないわけではないのですが、しょっちゅうやっていたわけではない者が担当することになります。

私が在任していた間には、非常に困難な事件がなぜか二小に集中しました。例を挙げましょう。

憲法問題を含んでいたものでは、GPS捜査違法事件です。実は、この事件は私が主任で、大法廷に回したのは第二小法廷でした。

また、先天性ミオパチーといって生まれたときから内臓を含む全ての筋肉が非常に弱く、それで痩せ細っていく病気を持っている子どもを餓死させたことで、親が保護責任者遺棄致死で訴えられて、上告審に係った事件もありました。

そして、「砂川市一家5人死傷事件」と呼ばれていましたが、2台の自動車がいわばカーチェイスをして、一般道を時速160キロメートルといったスピードで走って、赤信号のところに時速110キロメートルを超える速度で突っ込んでいって、青信号で普通に、走って来た一家5人の乗った軽自動車をはね飛ばした、という事件です。ご記憶の方もいらっしゃると思います。4人を即死させ、1人を植物人間にさせています。ぶつけた自動車を運転していた人は、もうしようがないと諦めて、上告しなかったのです。問題は、カーチェイスをしていたもう1台の自動車を運転していた人です。こちらの自動車はぶつけていません。その自動車は逃げてしまったのですが見つかりました。その人も重い罪に問われたものだから、上告したのです。この被告人に対して危険運転致死傷罪が適用できるのか、共謀共同正犯になるのかという、多分刑法学界でもまだ結論が出ていないであ

ろう問題に直面しました。これもたまたま私が主任だったのです。非常に悩みました。学者先生方のどの論文をもってしても、結論が出ませんでした。

さらに、JR福知山線脱線事故の事件です。西日本旅客鉄道の元の会長や社長に刑事責任を問えるのかという、社会的にも非常に関心のある事件でした。

これら全てについて二小の検察官出身裁判官が関与できなかったわけではありませんが、理屈の上では当然ながら、検察官出身者は事件を回避する確率が高く、検察官出身者が関与できないものが次々と舞い込んできて、民事系の人間が3人で頭を抱えて結論を出すことになってしまいました。

その他にも、このような場合が正当防衛だという典型例を示した判決も書いています。それから、死体なき殺人事件もありました。

「このようなときこそ、検察官出身者にいてほしい」と思うときに、全く関わってくれないし聞いてみても返事もしてくれないことがあり、不関与を徹底されます。その対応は当然のことなのですが、たまには示唆くらいしてほしいと、叶わぬ願いをしたものです。

首席調査官は、大法廷事件では全て、調査官のトップを引き受けていました。ですから、大事な事件は首席が必ず把握していたのです。検察官が関与しないことがわかっているため「勘弁してよ」というような事件が舞い込んできましたが、配てんは替えてもらえませんでした。だからといっていい加減に判決するわけにはいかないので、丁寧に調査し検討し、いずれもよい判決が出せたと自負しています。

要するに、裁判官は原則として、得意不得意に全く関係なく、機械的に、順番に裁判長を引き受けることになっています。

#### (4) 調査官の構成

一方、調査官です。これが、ブラックボックスに入っているような感じを受けるところだと思います。

## 最高裁判所裁判官を終えて考えたこと

調査官もやはり機械的に配てんされます。ただ、調査官は日本全国から集められて来る非常に優秀な裁判官だから、当然、地裁で関与していた事件もあります。そのような事件については、自分が調査をすることは絶対にしません。「これは誰々調査官が関与」と、表紙のところに付箋がつけられていて、その人はスルーするようになっています。

調査官が3つの調査官室に分かれていることは、ご存じだと思います。民事事件は知的財産事件と一緒に民事調査官室、行政事件・労働事件は行政調査官室、刑事事件は刑事調査官室、という3つの調査官室になっています。例えば新たに最高裁へ来た事件が行政事件であれば、行政調査官室内で機械的に1, 2, 3, 4……と、調査官ごとに順番に並んでいきます。このように、調査官は3つの塊の中で機械的に配てんされ、裁判官は14人が順番にいくので、当然組み合わせはばらばらになるわけです。調査官が35~40人近くいることはご存じかもしれません。今は刑事事件の数が減って来たので刑事調査官は人員カットの方向にあるようです。したがって、組み合わせは本当に不定なのです。

三十何人の調査官のトップである首席調査官（最高裁裁判官になることが非常に多いのですが）と民事上席調査官と行政上席調査官との3人には事件配てんはなく、刑事上席調査官は事件数が少ないので平の調査官と同じく機械的に配てんされます。したがって、刑事上席調査官も、平の調査官と同様に報告書を作成したり裁判官と打ち合わせをしたりしています。民事上席調査官・行政上席調査官は、平の調査官が作成した報告書に目を通して、その事件を把握し、また、報告書に問題があると書き直しを命じたり修正を入れたりしています。そこで上席調査官が「これは、ちょっと」と思うと、首席調査官に回ります。首席調査官は、報告書を全部読んでいるかどうかはわかりませんが、問題点の大きい全部の事件を把握していたように思います。

最高裁が事件を受理すると、ほとんど機械的に主任の裁判官と調査官とは決まります。「少し問題があるだろうか」という事案は、上席調査官から首席調査官へと相談が届き、上席、首席調査官は問題に精通してしまし

た。

では、一人一人の調査官は、それぞれ勝手に自分の考えで報告書を上げているのでしょうか。聞いてみると、どうもそうではないようです。問題があると思うと、自分の席で大きな声で話すようです。そうすると当然「今のは何？ 何？」という感じで聞いてきて、それがだんだん広まって、やがて部屋全体で論議が発達する、と。問題のあるものは、調査官全員で論点を議論した上で、裁判官に上げる報告書を作ることになっているようです。私も、そのようなことは初めはわからなかったのですが、だんだんと知る所となりました。

結局、実際の記録は調査官の方に行き、私たちのところには、原審の判決、第一審の判決及び上告理由等が添えられて届きます。それまでは記録そのものは調査官が調査のため保有しているので、私たちには、何が来ているのかは、題名と判決内容しかわかりません。主任の裁判官が誰かということもわかりますし、判決に現れた限りの問題点はわかっているのですが、記録の中身は少しもわかりません。調査官が調べた上で初めて、どのような問題があるのかがわかるのです。

#### (5) 持ち回り審議

実は、調査官が読んで「これは特に問題がない」というものがほとんどです。これが「持ち回り審議」と呼ばれるものになります。

持ち回り審議は、裁判官同士が議論することなく、要するに「持ち回り」なのです。朝、登庁すると、机の上に記録が積まれています。不思議なことに、簡単なものから順番に並んでいます。なぜそのようなのかと不思議に思っているのですが、疲れて来るところに重い事案を読むようになっていきます。初めのほうは、ぱっぱと処理するのですが、元気がなくなったところに重たい事件を処理することになります。ともかく、持ち回り審議にしてもらいたいものが、朝、裁判官の机の上に並んでいます。

極端なことを申しますと、スーパーでおにぎり2個を万引きしたというような事件から、家賃を滞納して建物明け渡し請求訴訟を起こされたとい

うような事件までが、件数としては少なからず存在します。

ひどいというか、表紙を読むだけで、すぐに押印したものもあります。例えば、「自分の名前は『天皇』だ。最高裁は国の機関だから、俺の言うことを聞け」つまり「天皇の言うことを聞け」と。これはもう、見ただけで、次の裁判官に回してしまったのですが。〔笑い〕。このような事件も少なからずあります。また、いわゆるマニアが結構あります。このようなものは、時間のロスだと感じ、申し訳ないけれども、ほとんど、上告理由の1～2枚を見て、おしまいにしてしまいます。このようなものは全てが持ち回り審議です。つまり、部屋に記録はあるけれども、「これは、集まって審議しなくてもよい」ということで、判を押して次の裁判官に事件一式を回します。もっともいわゆるマニアだから理由書を読まないとか、名前が変だから無視するのではなく、上告等の理由に当たらないことが即座にわかるという意味ですが。

ただ、持ち回り審議といっても、非常に簡単なようでも、例えばおにぎり2個の万引きであっても、まだスーパーの建物のドアの前にいるような段階ので本当に実行の着手があるのかどうか、ということも場合によってはあります。ただ金額で区別するわけではありません。その事件の性質によっては、侃々諤々になることもあります。刑事事件は特に、実行の着手の点で非常に判断が困難なときがあります。持ち回り審議の中には、金額は大したことがないが実行の着手があったのかどうなのかと、かなり悩むものがあります。持ち回り審議で来たが、これは待って、回していかない、というものを審議事件と同じように端に除いておいて、他の簡単なものを順に判を押して回していました。

持ち回り審議の案件は、私の勝手な推測ですが、平の調査官だけで他に相談しないで報告書を作成し、そして裁判官に提出しているのでしょう。当然のことながら、その報告書は簡単に書かれています。

報告書は、裁判官には主任用に1通しか作られていません。持ち回り事件でも一審から高等裁判所（高裁）までの記録が全部届くので、場合によってはものすごい分量のこともあります。



**(6) 小法廷における期日審議（その1）**

一方、「裁判官が審議室に集まって期日審議を開いてほしい」と調査官が考えた報告書は、裁判官の机の上ではなく書棚に積まれるようになっていました。書棚には記録がたくさんあります。私は、6年間いて、裁判長をせずに逃げ切った事件もありますが、あなたが主任ですとって報告書や記録が書棚に積まれ、分厚いときは、これは大変だと感じました。

期日審議になると、ほとんど間違いなく、上席調査官は事件をよく承知していました。ときには、むしろ首席調査官が積極的に「書いてほしい。ぜひ、これを判決にしたい」という場合もありました。最近は、以前とは違った種類の事件が多く、首席の性格にもよるのでしょうか、そのようなものについては首席がのりのりになってしまって、裁判官をあおる場合もありました。

期日審議の資料は、秘書官が「ここに審議の資料を置いておきます」と言って棚に置いておくのでいつでも読めるのですが、審議の期日は決まっているのでそれより前に読まなければいけません。しかも、判決だけでなく、結局は元の記録を全部読みたい場合もあります。私が担当した中では、刑事事件で、犯行があったかどうかをぜひ見たいと思って、ROMがついてきていたのでディスプレイをずっと見続けた、という事件もありました。そのような場合は、前に記録を見ておいて、審議の日の前には必ず調査官と打ち合わせをし、自分の意見をまとめておいてから期日審議で話すように、皆が努力していたと思います。

**(7) 上告・特別抗告等の配てん方法（その3）**

事件の配てんは「上告」や「上告受理」と言われる事件ばかりではありません。

例えば、刑事事件の勾留状の発付、一審の逮捕や勾留に対する異議、子どもの監護の問題の特別抗告など、1日に数十件単位であります。勾留についてはいきなり飛び込んで来ます。秘書官がトントんとしたかと思うとバンと入ってきて「はんこをお願いします」のような感じで届きます。



## 最高裁判所裁判官を終えて考えたこと

身柄の事件が最近非常に問題になっています。私が弁護士感覚で非常に問題だと思ったことがあります。勾留異議や保釈のような場合だと、実際にはその大本になる記録は本庁にあるのです。上告審の最高裁には、その異議申立書と勾留状しか届きません。ですから、これはひっくり返してよいのではないのかという事情がなかなか見つかりません。これはとても問題だと思っています。「人質司法」などと言われていますが、記録が来ないとわからないので、やはり「下級審の裁判官が、本人に会い、事件の記録を持っていて、身柄を拘束することを決めた」ものをひっくり返す理由を見つけられずそのまま維持してしまうものが多く存在してしまいます。

カルロス・ゴーン日産自動車会長（当時）が一昨年に逮捕、勾留されましたが、それが特別抗告で最高裁に来るのではないかと噂されました。もしそうだと順番からは私たちの二小だと書記官から予告されて、「年末年始は、スタンバイしておいてください。秘書官がすぐに行けるところにいらしてください」と言われていました。元々4人なのですが、1人は外国へ行くことを決めてしまっていたので、残りは3人です。その3人は、自宅に縛られてどこにも行けず、しかも印鑑を握り締めている、というはめになってしまいました。[笑い]。本当に酷なお正月を迎えたのです。実際には特別抗告はありませんでした。ゴーンさんの件が来るだろう前に特別抗告が1つ入ってしまい順番が狂ってしまって、それで解放されたのです。そのくらい機械的に配てんされています。

次に、ご存じの方もいらっしゃるかもしれないのですが、判決の作成過程です。これが一番問題のところだと思います。

### (8) 調査官の調査事務

まず、調査官の役割で、調査官の調査事務と呼ばれるものです。

調査官はおのおの、記録が届くと隅から隅まで読んでいます。持ち回り審議については、報告書とともに「このような判決をしたい」ということで判決案（あるいは、決定で棄却することもあるので決定案）もついて回

ることが大半です。したがって、法曹界の中では、あるいは先生方もそのようにおっしゃっていると思いますが、「調査官判決」という言い方は持ち回り審議についてはそのとおりだろうかと思います。多分裁判官に回ってもその例文で書くしかないといった事案が少なくありません。

では、裁判官は何をしているのでしょうか。「居眠りをしているんじゃない？ 年寄りばかりそろって」という陰口も聞こえるやら聞こえないやらです。裁判官が神経を一番とがらせるのは、持ち回り審議になるものの中で調査官が間違った判断をしているのではないのかということと、審議に回されたものをどのようにしようかということとの、2つです。

持ち回り審議になるものの中で軽いものは、先ほど申したように簡単に回しますが、中には、今までの判例や法令、憲法のどれにも引っかからない、というのでしょうか、書かれたことのない問題を指摘するようなものが持ち回り審議として回ってくることもあるのです。その場合は、誰かが「これは、持ち回りで来たが、審議しよう」と言うと、期日審議になります。そうなると、調査官は、裁判官の人数分の報告書と資料を作ります。その資料は、法令、判例、学説、立法事実の調査です。立法事実の調査が結構重く、多くは昭和20年代の立法当時のものです。このようなものをそろえます。

3つ目の調査官事務は、判決書を作るときの法律上の問題点を調査することです。これは、調査官に頼っているところです。

持ち回り審議で終わった事件については、確かに「調査官判決」と言われてもしょうがないと思っています。しかし、結果的に持ち回り審議で終わっても、実は裁判官が侃々諤々の論議を重ねた上、結局、例文で棄却する事件も結構多いのです。まだ学者が論じていなかったり、学説が定着していないため、司法の役目から考えて司法が判断するのは、時期尚早と考えられるという判断に至るためです。これらは外からはわかりにくいと思いますが、こうした棄却判決に大切な事件が含まれていることもあります。これらを先生方に見つけていただくのが本当は一番大切なところなのだろうと思うのですが、全部をお読みになるのは無理でしょう。そのよう

な微妙な案件は、散々小法廷の裁判官が論議した上で棄却が決まります。

したがって、簡単に言えば、調査官の役割は選択と集中だということになるでしょう。

#### (9) 小法廷における期日審議（その2）

それでは、いざ審議になると、どのようになるのでしょうか。

審議になると、調査官の報告書が来て、一審、二審等の判決の写し、上告理由や受理申立理由書等及び資料が付されます。主任になっている裁判官は、それらの大半は全部を読み、主任としてのメモを作ります。「自分としては、このようところが問題点と考えるので、このようところが論議してほしい」とか、「これは、調査官と全く同じでよいのではないか」とか、場合によっては全く反対のこともあります。

このようなメモをつけて裁判官に回すと、それに賛成の方は何も反論しないで、調査官にもその旨を伝えて、期日を迎えます。ところが、それに反対する意見の方が「反対だ」と期日審議の前に主任に面と向かって言うてしまうと、そこで論議となります。先ほど述べたように二小は4人なので、そこで意見が分かれて2対2に分かれると結論がつかなくなってしまうのです。ですから、何とかうまくしようと思って一生懸命考えます。しかし、やはり言いたいことは言いたいものなので、書類にして期日審議の前に回します。意見を紙に書いて他の裁判官に回すのです。それで終わればよいのですが、結局、書面でもってすごく激しい議論をして、十何回も書類が行ったり来たりして、その揚げ句に問題点が絞られてくる、という場合もありました。三小と二小とは、そのようなことをやっているようです。「紙つぶて」と呼んでいましたが、そのようにして審議していました。一小については、そのようなことをしていたかどうかは聞いていません。

期日審議になると、審議室という部屋で裁判官がラウンドテーブルのようところで自分の意見を言い、他の裁判官が賛同したり、疑問を出したりします。調査官は、その後ろにある細長いテーブルに着いて、記録や資料を山のように持って来て、裁判官の言うことを聞いています。

このようなことをやっていて気がついたのは、選択と集中だということです。

全てを裁判官の目に通していたら、何せ老眼だから、することが遅いのです。動作ものろいし、その上たくさんあるので、多分かつてのように判決が出るまでに何年もかかることになってしまうと思います。

今の状態では、9時～5時の執務時間の中では持ち回りの審議資料を見るだけで精いっぱいです。期日審議事件についてはほとんど、家に持ち帰って記録を読んで検討して、それで期日に備えます。60何歳から70歳までの年寄りが1週間のほとんどがつぶれる仕事をするのは、本当につらいことです。ですので、調査官が分担することもしようがないのだろうと思っています。

私は、時間をもったいないものだから、自分でお弁当を作って持っていました。9時過ぎに裁判所に入ったら、5時になって出るまで自分の席からほとんど動きません。12時過ぎにお弁当を食べて、5歩くらいでお手洗いへ行って、また自分の席に戻る、という生活をしてしまったのです。おかげで足腰がすっかり弱り、非常に後悔しています。少しサボればよかったと感じます。

裁判官が1人ずつ70歳の誕生日の前の日に退官していくものだから、1人ずつ代わっていきます。既に申したように、伝統的に小法廷ごとにやり方が違っていると聞いていますが、新任裁判官が初めて来ると「今まで、このようにやっていたのだ」と教わるので、いつまでも小法廷ごとの習慣が変わらないのだろうと思っていました。

小法廷における期日審議は、前述のとおり小法廷ごとに少し違うと思います。

一小、三小のことは伝聞でしかわかりませんが、二小では、期日が来る前にほとんど読み、場合によっては紙が飛び交い、そして期日には調査官が全く知らないところで、いつの間にか裁判官の結論はほとんどまとまっていることが多いようです。

三小も多分そうだと思います。三小は、激しく言い合いをして、1週間

に1回は弁当を持ち寄って言い合いの会をしていると聞きましたので、もっとやっているのかもしれないと思います。

二小は、そこまでではないのですが、期日審議の後、調査官が引き揚げてから、裁判官4人だけのところで「次の次の審議のことですが」と、担当の調査官の耳に入るはずがないところで、審議をしてしまいます。それから、判決や口頭弁論を開く法廷の後ろに裁判官の控室がありますが、そこで審議をしてしまいます。そこでは暇なものだから、大体、15分くらいは審議の話をしています。秘書官たちは、これを捉えて「おしゃべりタイム」といって、おしゃべりをしているのだと思っていたようです。しかし実は、私たちは、それを「プレ審議」と呼んで、「問題点は、どうこうだね」とか「どう思う?」とかと話して、どうも何人がこのような結論を出しそうだということを期日までに絞り込んでいきました。要は、担当の調査官がいないところで、事件について裁判官で話し合っていました。他の小法廷がどのようなかはわかりません。これは二小の特色なのかもしれません。

#### (10) 小法廷における判決・決定

期日審議は、毎日あるわけではないのですが、多いときには1週間に3件もあることもあるし、何カ月も開かれないこともありました。審議には事件ごとの調査官が立ち会って、裁判官の話すことを片端から速記のように書いていました。

判決案を作るのも調査官の仕事ですが、結局、裁判官が審議期日で話したことをまとめたものが判決になっています。調査官の報告書を読んで結果を簡単に出したように思われています。実際にはその前に調査官のいないところでかなりの論議をして審議の骨子はまとまっているので、審議のときには「このような結論だ」と調査官に知らせるのです。

調査官は自分たちが出した結論と同じであれば比較的書きやすいのですが、反対の意見になってしまうこともあります。そうなると調査官は自分の考えとは違う判決を書かなければいけないので非常につらい、とは聞い

ていました。

私が主任になった労働事件です。

労働基準法と労働者災害補償保険法とは、期日的にはほとんど同時に作られているのですが、立法事実を拝見するとお互いの橋渡しを全くしていない条文があるのです。それは、しなかったのだというよりも、できなかったのだらうと思います。労働側の方、雇い主側の方、どちらも決着を付けないまま、その点を避けて立法したのではないかと思えるということで、国会が両方をなんとなく中途半端に書いてしまったのでしょう。その隙を狙ったような事案が事件として上がってきてしまいました。法律のはざまにある事件です。具体的に申すと、打ち切り補償の問題でした。

そこで出してきた調査官の報告書と判決や何かを調べた結果、私は報告書とは反対の意見になってしまいました。その時には、まともに「反対だ」と言うときと総スカンを食らうだろうと思って、秘書官を使って国会図書館に行ってもらうなどして、いろいろ調べてもらった揚げ句に、調査官を呼んで、「反対の意見になってしまったのだけれども」と、反対の意見を言いました。そうしたところ、裁判官は全員が賛成してくれて、調査官室と全く対立してしまいました。しかし、裁判官の意見は絶対です。調査官には投票権はないので、裁判官が「こうだ」と言ったことはそれに従って書いてもらわなければいけません。それで、自分たちの出した結論とは違う判決下書きを書いてくれました。

この判決については、私も非常に気になりました。一定の影響もあるので、どのように評価されているのだろうか、もしかするとものすごく問題が起こっているのかもしれない、と、気にはなっていたのです。しかし、何せ忙しいので、結局どのような評価がなされているのかは退官してから読むはめになりました。一応無事に終わっているようです。

先ほど申したように二小の場合は4人の裁判官ですが、他の小法廷は5人いるので3対2で結論の出るケースが結構あるのです。しかし、二小の場合は、意見が真っ二つに分かれることは結構ありました。私は就任の時に、そのような状態のど真ん中で着任してしまいました。

これは聞いた話ですが。2対2に分かれた場合には、長官に入ってもらいか大法廷に行くかのどちらかになっているそうです。かなり前のことですが、それに関与した裁判官の言うには「長官に審議に入っていただく、判決は3対2などの形にしたほうがよいのではないかと、ということで長官に声をかけた。そうしたら、長官が『俺に決めさせるのか』と言って一喝した」と。そのような話を聞いています。

確かにそうです。2対2に分かれているところに長官が入って、長官がどちらかに賛成すれば要するに長官の言うとおりにになってしまうわけだから、そのようなことだなと思いました。私が入ったときから、2対2には分かれないうに、2対2に分かれたときは、申し訳ないけれども裁判官1人が定年を迎えるまで塩漬けにしておこう、と。[笑い]。裁判所の結論が出るまで長くなっているのは、一つはそのようなことが原因になっている場合があります。[笑い]。

もう一つは、非常に融和した判決というのでしょうか、調査官・裁判官お互いが半ば妥協するような言葉遣いを選んで、結論はどちらかに寄せる判決をすることもあります。

私が退官する直前に出した判決で、その後また同じような事件が来るだろうかと思って非常に気になっているのですが、性同一性障害の事件がありました。

中身を読むと2対2ではないかと弁護士には散々言われるのですが、結論は棄却です。しかし、言葉の使い方をどのようにするのかに努力して判決を書いているのです。調査官も非常に苦勞して判決文や決定文を書いてくることがあり、裁判官も判決の言葉遣いに妥協するなどして、非常に苦勞します。

審議を何回か開くこともありますし1回で終わってしまうこともありますが、その次に判決文を検討する期日を設けます。これを「案文審議」と言っています。

大体、調査官が案文を起案してきます。そして、期日の前に判決の案文を各小法廷の裁判官全員に配ります。そうすると、調査官が各裁判官に呼



び出されては「ここは、こうしたほうがよい」「ここは、こうするべきである」「ここはどういう意味だ」などと言われ、行ったり来たりして、判決の形がかなり変わることがあります。案文審議の際に相当手直しが入ります。裁判官は皆大体お偉いさんだから、下書きしたものに赤ペンを入れることが大好きな人が多いのです。[笑い]。「赤ペン先生だ」と自分で言っている方が何人かいらっしゃいました。赤ペンを入れることで文章がすっかり変わることがあります。

ですから、判決については「調査官判決」という言い方に少し疑問を感じています。確かに調査官の書いた判決がほぼそのとおりに通ることもありますが、大抵は何回か行ったり来たりして案文が変わっていくことが実際です。案文に手が入った上で、裁判官が最終的に「これでよい」とオーケーしたものが判決として交付されていきます。

ところで、反対意見などの個別意見があると、これには調査官が全く関与しません。

大法廷判決を見ていただくとわかると思いますが、個別意見がぞろぞろとついています。あれは、ほとんど100パーセント、裁判官本人が書いています。司法文書・行政文書にのっっていない字体を直すとか、送り仮名の使い方を直すとか、言葉遣いを直すとか、そのようなことは調査官がしてくれますが、文章はほとんど裁判官が書いたままです。したがって、個別意見については、非常に個性が出て、「なるほど。あの人はこのようなことを書くな」と思うようなことを書いていらっしゃるの、裁判官独自の文章だと考えてよいと思います。多数意見は調査官が下書きをしますが、個別意見は裁判官が自分で書きます。

ある行政官出身の裁判官が個別意見を書こうと思って「自分はこのように思うから、書いてきて」と以前の行政庁のつもりで言うと、「いいえ。意見はご自分でお書きください」と言われて、びっくりしたという人もいました。また、パソコンを使えない裁判官も結構いらっしゃいました。今はいらっしゃらないようですが——あ、1人いるか。[笑い]。ある裁判官は、なんと口述するそうです。テープに吹き込んで、それを意見として秘



書官に書かせるのだそうです。それを読んで「うーん……文章になっていない」と。それでいまだに赤ペンを使うのだそうです。その前には、2人くらいパソコンを使えなくて、全部手書きで、およそ読めない字で〔笑い〕、ぐじゃぐじゃと書いて、秘書官に清書してもらって、それから調査官へ渡す、という方もいらっしたそうです。

ですから、個別意見については裁判官独自の考え方だと思っていただいて結構だと思います。

本当に、これは難行苦行です。先ほど話したように小法廷のときは議論を時間的に重ねているから、大体、自分がどちらに行くのか、つまり多数なのか少数なのかは、かなり前から見当がつかます。ところが、次に話しする大法廷は様子が全く違うのです。

#### (11) 大法廷判決の作成過程

多分、これはあまり知られていないと……。少なくとも私は知りませんでした。

小法廷のようにいろいろ論議をして自分の意見をだんだんまとめていくのだとばかり思って、15人の裁判官の会議に臨んだのです。そうしたら、長官が「そこから意見を言って」と。このように言ってはなんなのですが、今の長官は非常に真面目だから順番に当ててくださるのですが、前の長官は、とてもユーモアがある方で「まず新任の裁判官から言ってください」とか順不同で意見を述べさせたりしました。いきなり、最終意見を求められます。審議するのだらうと思って出たところが、大法廷ではいきなり結論をとということになります。第1回の評議期日で、多数が何人、少数意見が何人、そして意見を書く人が何人と、もう決まってしまう。私は、それが非常にショックでした。後に聞いてみると、弁護士出身の宮崎裕子裁判官もやはりものすごく驚いたと言っていたので、多分、大法廷のこのやり方はあまり知られておらず、論議をしていると思われています。

評議の場で言った意見を変えてはいけないということは、もちろんありません。私は27件の大法廷判決を経験したのですが、1件で1人の方が途

中で意見を変えました。彼のことは皆が許してくれる雰囲気があって許してくれたという感じでした。しかし普通は、第1回の評議で、いきなり「あなたはどう思う？」と聞かれ、そこでもう、賛成・反対、何対何と決まってしまう。

多数意見のほうは、先ほどから申しているように調査官が下書きをしてくれます。ですから、多数意見を採用すると、意見を自分で書く作業はしません。ただ、例えば十何人の方が多数意見を採用となると大変なのです。多数意見で結論が同じでも、理由やニュアンスは異なるところを多数意見案にまとめるわけで、持っていくたびにそれぞれが「こうしろ」と調査官に言うものだから、調査官は汗だくになって、あちこち走り回っています。そして全員の意見をまとめると、あのようになんだか抽象的な判決になってしまうことになります。〔笑い〕。

一方で、個別意見のほうはどうかというと、全くシカトされるのです。多数意見がどのようにまとまっていくのかは、全くなしのつぶてです。調査官は忙し過ぎて、報告もできません。調査官が訪れてくれないのです。多数意見がどのようにまとまるのかがわからないと個別意見も書けない状況が続いて、悶々と、「多数意見がこのように決まったら、こう書こう」というバージョンをいくつも作ってただひたすら待っている状態に陥ります。

反対意見などの個別意見を書くことは本当に孤独な作業です。これは皆さまが同じ思いだと思いますが、忍耐強くて、どなたもこぼしませんでした。個別意見、特に反対意見は、実際には多数意見が決まってからわずか1週間、2週間くらいで書き上げています。バージョンをいくつも作って「このバージョンだ」と思っても、それでもやはり多数意見の言葉をそこに入れて書かなければいけない。2週間と言っても、昼間には持ち回り審議があるから夜と土日だけの2週間なので、時間的には本当に短く、その時間内にまとめなければいけません。

裁判官はいつも神経がぴりぴりしています。私は退官して初めて気がついたのですが、裁判官時代は寝ている間に金縛りに遭って、ベッドから何

回も転げ落ちたのです。退官したら、まあなんとよく寝られることでしょうか。[笑い]。「ああ。結構重荷だったのだな」と、よく思います。自分ではそのようには思っていなかったのですが、今は「なんと眠れることの幸せよ」という感じで過ごしています。

「調査官判決」と呼ばれることには、「判例解説」を調査官が書いていて、その影響も相当あるのだと思います。調査官が「判例解説」を書いているから、判決はその調査官が書いたのではないかと思われるのではないのでしょうか。

「判例解説」に載っているものはほとんどが、もちろん棄却ではなくて判例になっているものです。ですから、それほどスムーズには終わっていません。

調査官が書いているものにはいろいろなタイプがあります。調査官が考えて割合と先走ったことを書いてしまっている「解説」もありますが、これは本当に少数です。期日審議の際に裁判官から「この点は、判決には詳しく書くことができないから、『判例解説』にきちんと書いておいて」と注文がついて調査官が判例解説に書く場合が、結構あります。「判例解説」に書くと決まればよいのですが、判決等のランクが少し下の場合には、「『判例解説』には載らないと思います」となり、「では、『判例時報』や『判例タイムズ』にもっと詳しく書いて」と調査官に頼むのです。あの「解説」はどちらかというと、裁判官が「期日審議の議論の中で判決には書けないことを、書くように」と調査官にお願いして、書かれていることが多いのです。ただ、その区別は見ただけではなかなかかわからないと思います。私が経験した中では、それがほとんどでした。調査官が書いているものをひっくり返したこともありました。特許の事件ですが、前の「判例解説」を少し訂正した方がよいということになったのです。

ここまですら申したように、大法廷と小法廷とでは審議の過程が違います。

初めから大法廷で審議するわけではありません。基本的に、まず、普通のように機械的に小法廷に配てんされます。小法廷で審議をたくさん重ね

て、つまり憲法問題があるとか法令上の問題等があるとかという問題を論議した後に、よくご存じだと思いますが大法廷回付の決定をします。

ところで、回付決定を当然しなければいけない事件とそうではない事件とがありますが、大法廷に行くかどうかは自由裁量的なところもあるようです。例えば私の2件目か3件目の大法廷での事件の夫婦別姓の事件は、結論的には違憲だとはなっていないので、本来なら小法廷で結論を出しても問題はなかったわけです。しかし、上席調査官が「これは、小法廷で意見が分かれています。大法廷に回したらどうだろうか」と、裁判官一人一人に意見を聞いて回り、結論として多数だったようで、大法廷に回りました。

大法廷に回付された後、大法廷で受け入れ審議を開いて受け入れることを了承すると、ここで報道発表になります。そして、大法廷用の報告書が全員の裁判官に配られて、評議が始まります。その報告書なり資料なりを読んで、先ほど申したように結論を第1回の評議で言います。

ここまでお話しした中で気がつかれた先生方も多いと思います。

最初に機械的に配てられた小法廷の裁判官は、もう時間をかけて審議をしているのです。どのようにしようかとかなり論議して、その後に大法廷に回ってきます。ですから、最初に審議した小法廷は非常に詳しく知っていますが他の小法廷にはハンディキャップがあります。夫婦別姓や再婚禁止の問題は、たまたま、女性裁判官は3人ともが別々の立場で詳しく知っていたので論議を割と詳しくわかっていたのです。しかし、その他のものは大体、大法廷に回ってくると最初に審議をした小法廷に引きずられてしまうところがあります。したがって、先生方は最初の小法廷の行方を注目したほうがよいのかもしれません。

私は小法廷でGPS捜査違法事件の主任をしましたが、実はその小法廷の中で、捜査が憲法に決めてある条文のどこから由来したものなのか、刑事訴訟法上の規定のこの意義は一体どのようなものなのか、アメリカの修正条項はどのような過程を経て決まったものなのか、ヨーロッパ各国の憲法の決め方はどのようにになっているのか、というようなことを調査して審

議しています。それから大法廷に回しました。ですので、大法廷の論議をリードしやすかったと感じています。したがって、大法廷の結論は、それを最初に受け入れた小法廷に注目したほうが、何々コートと名付けて性格付けするよりもどんな論議がされたかがわかるのでしょうか。

このように大法廷の判決は小法廷の判決とは少し違う過程を経ていることをわかっていただけると、よいのだらうと思います。

そこで、先生方へのお願いです。最近の憲法論争は——憲法論争というよりは人間そのものの深いところの論争が多いのかもしれませんが——、家庭とは何か、男性とは何か、女性とは何か、というような非常に深いところでの論議が多く上がってきています。それを裁判所が決めるわけにはいきません。ところが、憲法学の先生にしてもそのようなところをあまり論議しておられず、結局裁判官がそのような本質的な議論をリードしていかなければならなくなってしまっています。「これは、やはりおかしい」というのが裁判官の間の感想です。できれば、今話題になっていることをどんどん論議して、どんどん書いてくださると、非常にありがたいと思います。これは私のお願いです。

私は、大法廷での事件に関しては多数意見と同じことがあまりなくて、意見を書いたり、反対だったり、放っておかれて非常に寂しいことが多かったのです。精神がよく無事に——無事にかどうかはわかりませんが——、卒業できたと思います。楽をしようと思えば、多数意見にくみしていれば大体調査官に預けてしまえることになります。憲法に限らず各法廷の判決を読んでいただくと、大体各裁判官の考えが表れているので、面白いものだとわかっていただけるとと思います。

### 第3 日本の最高裁判所の事件数と憲法裁判所の新設の可否

#### (1) 日本の最高裁判所の事件数

地裁や高裁の事件数は減少傾向にあるのですが、最高裁だけは毎年ほとんど変わらず、約1万1,000件あります。これを3つの小法廷で分けるの

で、小法廷1年当たり3,300~3,400件あります。ですから、主任になるのが大体800件になります。したがって、持ち回りであろうと何であろうと、書面との格闘だという感じです。この膨大な事件の処理をするために、持ち回り審議が生み出され、また調書決定の方式が生み出されたのだらうと考えています。

恵庭事件判決について言われているように、最高裁は暗黙のうちにブランドイス・ルール（Brandeis rules）を採用しているのだと思われており、実際にその言葉をはっきりとおっしゃる方も相当数いらっしゃいました。私は、弁護士出身なので「そのようなどこにも書いていないルールなど、よいではないか。はっきりと憲法に踏み込んだほうがよい」という考えを持っていて、憲法の問題へはなかなか踏み込まない歯がゆさが非常にありました。しかし、やはり最高裁としてはブランドイス・ルールを守っていく立場をかたくに堅持しているところがありました。

## （2）憲法裁判所の要否の論議

憲法判断がなかなか出ないので憲法裁判所を作らうという声が絶えず上がっていることは、ご承知のとおりです。

裁判官で「事件数がこのようにたくさんあるのに。憲法裁判所を作ったほうがよい」と言った人は、少なくとも私が聞いた範囲ではいません。憲法裁判所の話題では、どちらかという、憲法裁判所を作らないようにするためなるべく省エネにしよう、と考えていると感じられましたので、多くの裁判官は、憲法裁判所を作らない方向で考えているのだらうと思いました。

確かに、憲法裁判所ができて、個別の事件が起こる前に立法自体が合憲なのか違憲なのかを判断できると、そのこと自体で起こらない訴訟も数多くあると思います。例えば、最近では一連の安保法制に関する訴訟が非常に多くありました。また、国政選挙のたびに議員定数訴訟が提起されます。多分、これらの法律ができてすぐに「この法律は違憲だ」といって提起されれば、当事者も随分楽でしょうし、判断させられてしまう最高裁裁

判官も楽だろうとは思いますが。

しかし、逆に、憲法裁判所があって、そこで既に合憲だという判断が出た場合、今の制度からすると、最高裁はその合憲判断に縛られると思われるので、事実上個別の案件で憲法違反の判断を下せない恐れがあるような気がします。さらに、このように言っては申し訳ないのですが、誰が憲法裁判所の裁判官になるのかは皆目見当のつかないところがあり、憲法裁判所の裁判官の質にもよりますが、個別具体的な場合まで予想が及ぶのだろうか、想像ができるのだろうか、そしてその上で合憲・違憲の判断をするのだろうか、疑問を抱いています。

これは私の勝手な意見です。他の裁判官は具体的に口には出しませんが、多分そのような疑問を抱いているのだろうという雰囲気があります。確かにこの点については誰も具体的にはおっしゃいませんが、恐ろしいまでの数を黙々とこなしているところを見ると、およそ憲法裁判所に賛成だという方はいらっしゃらない、調査官も含めてむしろもっと合理的に判決を出す方向を一生懸命考えている、という感じを受けました。したがって、憲法裁判所は日本には少し合わないのではないかと、私見ですがそのように感じていました。

### (3) カナダ訪問——カナダの最高裁判所における違憲立法審査権

そのような雰囲気の中で、私はたまたまカナダへ出張を命じられました。最高裁の役割の一つに司法を代表することがあり、カナダの裁判所に行ったわけです。カナダ最高裁判所、それから、オタワの地方裁判所、トロントの地方裁判所、トロントの大学など、いろいろなところに行きました。

(写真を提示して)カナダ最高裁判所へ行くと、このような法服を見せてはいただいたのですが、本人たちにこのような格好をしていただく機会はありませんでした。日本とはまるきり違う、赤い服でサンタクローズのような感じの、これが法服なのだそうです。

(次の写真)こちら側にいるのが私です。向こう側が、随行と呼んでい



る優秀な裁判官で、今はもうかなり出世していらっしゃいます。

最高裁判所では、やはりアメリカのように弁論を開きます。私が訪れたのが弁論の開かれる前の日だったものだから、裁判官は神経がぴんと張り詰めていて、とても全員にはお会いできませんでした。

（次の写真）これが応接室で、ここに通されました。

「日本の最高裁から来たのですが」と言ったのですが、荷物チェックがあって、後は自分で行きなさい、とばかりに放り出されたので、「あれ？日本の裁判所と態度が全く違うではないか」と思いました。州の方の最高裁判所だと勘違いされたのです。連邦の最高裁判所と州の最高裁判所とは地位がかなり違っているということで、簡単に扱われたのです。その後に通されたのは最高裁判所の応接室でした。

（次の写真）あそこにずらっと並んでいますが、カナダの公用語は英語とフランス語の2言語なので、どこのドアにも英語とフランス語とが、しかも上下でなく横に並んでいるのです。ドアを「開ける」「閉める」ですら、きちんと並んで書いてあります。

話を聞いてみると——判決も全て英語とフランス語とで書いてある。だから、倍の量になり、判決集は大変な量になってしまう。その上、裁判官にはフランス語のあまり上手ではない方が多い。もちろんフランス語を使ってもよいことになっているので当事者や弁護士がフランス語でしゃべり、裁判官がフランス語をたどたどしくしゃべると「この裁判官は駄目だ。ネーティブにしゃべらない」と言われてしまい、非常に苦勞している——というお話でした。

最高裁判所では基調が赤なのです。法服も赤で、備品の基調も全部赤です。日本は黒が基調なものだから、びっくりという感じでした。さらにびっくりさせられたのは、カナダの最高裁判所には、個別の事件を離れて、法律自体の憲法違反を判断する権利が与えられていることです。（この後、カナダの憲法裁判について発表をすることになっている）佐藤信行先生の話の序奏になってしまい、ごめんなさい。日本と同じように個別の事件を判断するのが原則であると同時に、政府の求めに応じて、法律や法律案そ



## 最高裁判所裁判官を終えて考えたこと

のものについての憲法判断をすることができるという制度（レファレンス制度）が入っているのだそうです。そのような訴訟が今までにどれくらいあったのか、と聞いたら、10件と少しで大した数ではないそうです。それはどのようにするのかと聞いたら、政府の決定に基づき、その代理人としての検察官が「この法令の憲法適合性判断を求める」と最高裁判所に訴えてくるのだそうです。

この制度は、日本にはないのですが、「とてもよい制度だ、面白い」と思って、私も非常に興味を引かれました。ただ、日本の検察官がこの訴訟をするかという点、少し難しいでしょう。制度としては素晴らしいのですが、日本の雰囲気からいうと、なかなか通りにくいでしょうし、最高裁との兼ね合いをどのように考えるのが非常に問題だろうと思いました。

## 第4 日本最高裁判所の司法権の代表の役割

### (1) 海外の裁判所等からの表敬訪問

最高裁は司法権の代表の役割をしているので、私はそれでカナダに行ったわけですが、逆に受け入れる側にもかなりなっています。オランダやアメリカやオーストリアなど、国際司法裁判所などの裁判官を囲んで会食をするような機会にも恵まれました。

詳細は不明なのですが、長官限りで対応される分も相当あると思います。また、私限りで対応した分も相当ありました。フランスの Conseil d'État や台湾の裁判官の訪問を受ける経験もしました。

そのような珍しい経験があるので、これから先の先生方の報告を楽しみにしています。

### (2) 皇室との交流

初めに申したように、実は皇室との交流がしょっちゅうあります。

給料のほとんどがドレス代に消えてしまうのです。それで、「支度金というものはないの?」と、ぶつぶつ文句を言う人がいました。[笑い]。ド

比較法雑誌第55巻第4号(2022)

レスに合わせて靴からかばんからアクセサリから全部要るので、ものすごい金額がかかるのです。〔笑い〕。

今の上皇が天皇の時代に、その招待でいろいろな行事に参加させていただきました。

私は、天皇制度が三権分立を支えているとは夢にも思いませんでした。行ってみると、まず内閣・国会・最高裁の三つが必ず並んでいます。どの行事でも平等に並んでいます。他にこのような場面はないと思います。「三権分立は、実は皇室が支えている」と言うのはおかしいのですが、皇室があること、天皇が象徴であることが日本では三権分立に非常に貢献しているのだなと考えた次第です。

いろいろ細かく話していると切りがありません。時間が過ぎてしまったので、これで終わりにさせていただきたいと思います。

〔拍手〕。

本講演で扱われた主な判決

GPS 捜査違法事件 最大判平29.3.15. 刑集71巻3号13頁

保護責任者遺棄致死事件 最二小判平30.3.19. 刑集72巻1号1頁

砂川市一家5人死傷事件 最二小判平30.10.23. 刑集72巻5号471頁

JR 福知山線脱線事故事件 最二小決平29.6.12. 刑集71巻5号315頁

学校法人専修大学事件 最二小判平27.6.8. 刑集69巻4号1047頁

性同一性障害者特例法の性別取扱い変更事件 最二小決平31.1.23.

判時2421号4頁

マキサカルシトール事件 最二小判平29.3.24. 民集71巻3号359頁

恵庭事件 札幌地判昭和42.3.29. 下刑集9巻3号359頁