

記念講演

最高裁判官としての四年間

最高裁判所判事
前亜細亜大学法学部教授

小 貫 芳 信

最高裁判官としての四年間

はじめに

講演要旨

- 一 亜細亜大学との思い出
- 二 多忙な日々
- 三 小法廷ごとの強い独立性
- 四 大法廷判決にかける労力
- 五 近時の最高裁判例の特徴
- 六 昼食会と会議の重要性
- 七 日本の最高裁と諸外国の最高裁との比較
- 八 最高裁の機構と裁判官統制の問題

九 調査官制度

一〇 今後の課題——家庭裁判所における高齢者問題

質疑応答概要

一 法曹界志望の動機

二 学生が法を学ぶ上で注意すべきこと

三 再婚禁止期間の一部違憲判決

四 裁判員制度

はじめに

本稿は、最高裁判所判事小貫芳信先生（前亜細亜大学法学部教授）によるご講演とその後の質疑応答を記録したものである。

平成二八（二〇一六）年は、亜細亜学園創立七五周年であるとともに、亜細亜大学法学部開設五〇周年という記念の年にあたる。これを祝して法学部では、平成二八年六月二一日（火）三時限（午後〇時五〇分から二時二〇分）、最高裁判所から小貫芳信先生を本学武蔵野キャンパス（五号館五二二教室）にお迎えして、法学部生や本学教職員および一般市民を対象に「最高裁判官としての四年間」という演題でご講演をいただいた。約一時間にわたり、普段はなかなか知ることのできない最高裁判所の実情について、実務の貴重なご経験を踏まえたお話を伺うことができたので、先生のお許しを得て、ここにその要旨および質疑応答の概要を紹介する次第である。

小貫芳信先生は、昭和四八（一九七二）年に中央大学大学院法学研究科を修了後、直ちに司法修習を受けられ、



小貫 芳信 先生

昭和五〇（一九七五）年に検事に任官された。当初、東京、札幌、那覇、千葉、福島などの地方検察庁に勤務された後、東京地検公判部長を経て最高検察庁に移られ、公安部長などを歴任された。

そのほかにも、法務省の矯正局長、法務総合研究所長などの要職に就いておられる。そして、平成二二（二〇一〇）年に名古屋高検検事長から東京高検検事長に就任された後、これを最後に退官された。

平成二三（二〇一一）年、亜細亜大学法学部教授にご着任になり、刑法を担当されたが、直後の平成二四（二〇一二）年には最高裁判所判事に任命され、現在も在職中である。先生はいま、重要な職務に携わり大変お忙しい生活を送っておられるが、それにもかかわらず、法学部五〇周年を記念するご講演をお願いしたところご快諾いただいた。心より感謝申し上げます。

講演要旨

一 亜細亜大学との思い出

亜細亜大学のキャンパスに足を踏み入れるのは、四年数カ月ぶりのことである。この間、大学の最寄り駅である武蔵境駅が大幅にリニューアルされたことに月日の経つのを実感しつつも、ムーバスで大学近辺の路線を周遊した際には、昔日の面影に触れ懐かしさが込み上げてきた。

亜細亜大学での在職期間はあまり長くはなかった。しかし、亜細亜大学は今でも非常に身近な大学であり、応援したい大学の第一番目である。テレビで亜細亜大学の名前が出ると、あるいは新聞のスポーツ欄で亜細亜大学の野球部や陸上部が出ると、つい目が行ってしまうほど、今でも非常に愛着がある。今回は、主に法学部の学生が主体なので、それを念頭に「最高裁判官としての四年間」というタイトルでいくつかお話をしたい。実際の最高裁は、検察官や法務省時代に思っていたのとは、少し違うところであった。

二 多忙な日々

まず一点目。最高裁判所判事の毎日は、とても忙しい。毎日、およそ朝八時半頃に自宅を出て、九時二〇分頃に千代田区隼町の皇居の隣の最高裁に到着し、午後五時頃に裁判所を出て帰宅するという生活である。裁判所にいる間は資料を徹底的に読み込み、土日は、資料の一部を自宅へ持ち帰って読まないこと次の仕事に対応できないほどの日々が続いている。

なぜそうなるのか。第一に、難しい憲法論争など複雑な事件があることを別にしても、もともとの事件数が多いいことが忙しさの一つの理由であろう。実際、最高裁判所の二〇一四年の新受件数は七四二二件であるところ、

最高裁判事の数は一五人しかいない。そして、一五人を三つに分け、五人を一ユニットにして第一、第二、第三小法廷を構成していると、七五〇〇件ぐらいの事件を三等分して対応しなければならない。したがって、単純に割ると年間二〇〇〇件を超える割り当て事件数があるのである。

第二に、事件を理解することそれ自体に時間がかかる。すなわち、事件というのはそれぞれの紛争が根っこにあり、命をかけて争っている人たちが必ずいるが、この人たちの争いを紐解いてつぶさに見ていくと、非常に微妙なところがたくさんあって、第三者である弁護士、検察官、裁判官が理解するのに相当時間がかかるのである。また、事件というのは、時間をかければかけるほど事案の真相に迫ることができるという性質を本質的に持っているため、真面目にやりたいと思えば思うほど時間がなくなってくるというのが、最高裁判事の日常として感じていることである。

第三に、事件は一つひとつ別個の個性を持っているということがある。すなわち、裁判というのは事件の顔が一件一件別個なものだから、前に読んだ資料をストレートに利用できるという案件はなく、一つひとつの資料に対峙して見ていかななくてはならない。そのために、非常に時間がかかるのである。

三 小法廷ごとの強い独立性

二点目。一般には最高裁と一括りにされるが、実際の最高裁は、小法廷ごとに仕事をしているところである。最高裁には第一小法廷から第三小法廷があつて、私は第二小法廷に所属しているが、小法廷ごとの独立性がとても強い。最高裁というのは、年に一件あるいは二年に一件という頻度で大法廷判決を書くときは一緒に議論するが、通常の事件では小法廷ごとに議論がなされる。例えば、第二小法廷は毎週月曜と金曜に議論をし、そこでは

徹底した議論がなされるけれども、最高裁全体での議論はそう多いわけではなく、小法廷ごとの仕事が圧倒的に多い。

そこで、同じテーマで小法廷が別々に判決を下すとすると、様相は相当違ってくる。判例を読むときには、誰が書いた判決だろうかと想像をめぐらすことが楽しく読むためのコツである。例えば、まず裁判長は誰だろう、民事の判決であれば、このメンバーの中で民事の専門家は誰だろう、こう見ていくと、だいたいその人の意見が強く反映されており、その人の次の判決を見ると、同じようなスタイルが続く。学者にはなかなか理解されないかもしれないが、このように判決の執筆者にも気を配ることが、判例分析に必要な視点である。

四 大法院にかける労力

三点目。最高裁では、大法院判決が出るまでに大変な労力をかけ努力をするものである。

どんな事件でも、まずは小法廷に係属し、小法廷で事件を揉んでみた結果、憲法問題が生じてくる事案、日本の社会に多大な影響を及ぼす案件、あるいは判例の変更を要する事案などがあると、大法院に回付する決定がなされるが、大法院の会議が開かれ、受け入れとなるまでには、一〇カ月ほどかかってしまうのが通常である。この間、担当の小法廷に対しては厳しい質問が数多く出されるので、相当の準備が必要であり、調査官も普通の事件なら一人が担当するところ、大法院になると三人の調査官が付く。したがって、大法院の判例を読みこなすためには相当の時間をかけ、相当な努力をすることが必要となる。

五 近時の最高裁判例の特徴

四点目。最高裁は、ここ一〇年あるいは五年くらい、先例にあまりとらわれなくなってきつつあり、思っていた以上に柔軟に過去の判例を見直す雰囲気がある。例えば、最近は特に家族法、相続法を中心に、思いきって意見を変えてしまうことも大胆に行いつつある。その具体例として、女性の再婚禁止期間の問題について、女性は離婚してから六カ月間は再婚できないという民法の規定が最高裁大法廷で一部違憲となったことなどが挙げられよう。

六 昼食会と会議の重要性

五点目。最高裁は、一方で小法廷の独立性がありながら、他方で、小法廷の「たこつぽ論」を打破するための集まり——とりわけ、調査官や事務総局の職員、あるいは裁判官同士との会食や会議——が極めて多いところである。なぜかといえば、最高裁の場合、事件の処理については小法廷ごとに独立性、自立性が強く、横の連絡はほとんどないままに一週間が終わってしまうこともしばしばあるが、そのような「たこつぽ」に入ってしまうという弊害を防止するためであろう。

七 日本の最高裁と諸外国の最高裁との比較

以上が、私が最高裁に行つて、この四年間を感じたところである。次に、六点目として、法学部学生に向け、日本の最高裁の特徴について考えさせられたことをお話ししたい。先年、ヨーロッパの裁判官会議にオブザーバーとして参加する機会があったこともあり、諸外国の最高裁と比較しながら説明しよう。

最高裁判所を持たない国はあまりないが、その形態と権限は千差万別である。日本の最高裁と各国の最高裁と

を比べてみると、参考になるものも参考にならないものも両方あるから、外国だから日本よりもすべて優れているとはとても言い難い。日本の制度はどういうものかを正確に理解した上で、外国に対しても伝えていかなければならない。

(一) 唯一の最終審

日本の最高裁の一つ目の特徴として、憲法上、唯一の最終審だという点がある。オーストリアの最高裁判所長官の話によれば、日本の最高裁は権限と権威が大きいかくても、オーストリアの最高裁には権限がないという。

憲法裁判所と最高裁判所が並立している国では、憲法問題が生じてくると、憲法裁判所に諮問しなければならなかったため、自立してすべてのことを判断することができず、司法専門の最高裁の地位は相対的に低くならざるをえないというのである。

(二) 業務の大半を占める通常事件の処理

二つ目の特徴として、通常事件の処理が業務の大半を占めていることが挙げられる。そもそも、先に指摘したように、最高裁の新受件数は毎年七五〇〇件近くあるため、一小法廷あたり二〇〇〇件余りを年間で処理するという重い負担があるが、それは、戦前の大審院の時代から戦後の最高裁に至るまで一貫して求められてきたことである。また、私の所属している第二小法廷は最高裁の長官が所属するところであるが、長官は普通の事件には関与しないため、通常第二小法廷では、この二〇〇〇件余りを四人で処理している。

この点については、アメリカと日本とで大きな違いがある。アメリカは、日本と同様、憲法について最高裁が審理するという点でも三権分立を徹底した国であるが、にもかかわらず、アメリカの最高裁は訴えられた事件をすべて審理するわけではないという点で日本と異なる。すなわち、アメリカでは、サーシオレイライ (certiorari)

という制度に基づき、審理するのに適当だという案件を選んで審理がなされ、日本のように申立てがあれば全件、最高裁で受理するという制度ではないのである。

これに関連して述べると、二〇一六年二月に七九歳で亡くなったアメリカ最高裁のスカリア判事は、その三〇年近くに及ぶ在職中に書いた判決が一〇〇件ほどだそうである。アメリカでは、一年に数件やれば仕事を全うしたと評価されるという点が、日本とは決定的に違うところであろう。

(三) 最高裁の人的構成

三つ目に、裁判官の多数を法律実務家が占めていることが、日本の最高裁判事の人的構成の特徴である。実際、最高裁判事の一人中、裁判官出身が六人、弁護士出身が四人、検事出身が二人、行政官（内閣法制局および厚生労働省）出身が二人、そして学者（慶應義塾大学）出身一人となっている。

なぜこうなったのかはさまざまな理由があつて、時代ごとに分析してみないと正確には論じえないものの、その主たる理由の一つには、実務経験がなければ年間二〇〇〇件という事件処理ができない、とりわけ、調査官が上げてくる資料を読みこなして次々に判断していくのは、実務家の方が便利だからである、ということがあろう。司法制度改革の中でもこの点は問題になり、人数割合を変更しようという意見も強くあつたが、変えることはできなかった。

実は、このように司法エリートが最高裁を牛耳る現象は、最近のアメリカでも見受けられる。かつては、大統領経験者のタフト判事や、カリフォルニアの元知事で、ウォーレン・コートで有名になったウォーレン判事など、多様な人材が最高裁に入ってきていたけれども、最近のアメリカ最高裁の人事を見ると概ね司法官僚であつて、連邦地方裁判所の判事の経験がある判事が圧倒的に多くなつてきた。

(四) 近年の動き

最近、日本の最高裁は、立法の遅れをカバーする役割を強く担わされているようである。すなわち、日本では、立法がなかなか進まないところがあるが、そうした立法の遅れがあったり、なかなか改正できない案件があったりする場合、最高裁判例が先行してしまう場合もある。その好個の事例として、非嫡出子の相続分の問題について、平等原則違反、憲法違反だという判断を最高裁が出したことによって、すぐに民法を改正することになったことや、あるいは先ほど述べた再婚禁止期間一部違憲判決を受けての民法改正なども、最高裁による立法リードの一つである。

しかしながら、このような現状については、日本はあくまでも三権分立の国であり、立法は投票で選ばれた議員の専権事項であることから、最高裁の判事といっても立法はできないため、日本の立法の遅れがあまりにもひどすぎると判断される分野においてのみ、立法促進の判決という手法を取ってきたということに注意しなければならぬ。この点で、日本と例えばアメリカとの違いは大きい。すなわち、いわゆる一票の較差について、アメリカの最高裁は選挙の区割りまで自分でやることができる一方、日本は、いまの選挙のやり方は平等原則に違反するとは判示できても、区割りをこうすべきだとは判示できず、そこがアメリカと日本との違いであって、日本では立法が行うべき最終的な区割りまで踏み込んではいない。

八 最高裁の機構と裁判官統制の問題

さて七点目に、最高裁の機構について述べよう。裁判所を理解するときにはまず念頭に置かれるべきことの一つは、裁判所が、裁判部門と司法行政部門の二つに大きく分かれていることである。最高裁も、下級審と同様、そ

れを束ねているのは裁判官会議であり、長官ではない。最高裁長官といえども、事件の判断には一票しか持つておらず、ほかの一四人が反対すれば何にもできないのである。

最高裁については、しばしば裁判官統制に対する批判が書かれることがある。司法行政部門が裁判部門に、何らかの影響力を行使しているのではないかと推測しているのであろう。しかし、この裁判官統制なるものが何を意味しているのかは、冷静に考える必要がある。

一般には、最高裁の事務総局が裁判官統制をしているとの見解があるようだが、最高裁事務総局の局長は各省庁の局長と比べると、権限の上では大学生と幼稚園児ほどの違いがあつて、最高裁の局長にはほとんど権限がない。それを各省庁と同じように司法行政部門の局長には権限があるという理解で分析を始めると、ピント外れの分析になってしまうだろう。

九 調査官制度

八点目に、調査官制度についてお話ししておきたい。この制度は、アメリカのクラーク制度を参考に、戦後の日本で採用されたものであるが、調査官には、だいたいキャリアが一〇年以上の裁判官が任命され、調査官は、記録を読んで事件を資料化し、それについて一応の検討結果を書いてくるというのが制度の骨子である。

一件でさえも膨大な量——一件につき、ロッカー三本に及ぶ記録もある——のある約七五〇〇件の事件を一五人で処理できる仕組みは、調査官制度にある。すなわち、調査官の仕事は、まず、事件の記録を読んで検討して、その資料化を図るといふ作業から始まり、最高裁では、その資料を読んで、小法廷の裁判官で審理をした方がいいものを選別して、それをもう少し詳しく調べていくというやり方を従前からとってきている。

このように、調査官の役割は非常に重要であるが、反面、最高裁の判事はあまり仕事をしない、最高裁の判決は調査官判決であるという批判が一部には存在する。しかし、調査官の役割が重要だというのはそのとおりだが、判事が調査官の言うとおりになっているとは思わない。審理する案件によって、調査官の結論がひっくり返って、別の結論が出てくるのはよくあることである。

調査官の人数は増加傾向にあるが、調査官は裁判官の中でもとびきり一級の部類に入る優秀な人たちであり、ゆえに、若い裁判官にとって調査官は人気のある仕事である。最近の傾向としては、調査官も女性が多い職場になりつつあるようである。

一〇 今後の課題——家庭裁判所における高齢者問題

最後に、九点目のトピックとして、最高裁ばかりでなく、裁判所全体で抱える今後の一番深刻な問題として、家庭裁判所における高齢者問題がある。実際、近年、成年後見の件数が飛躍的に増大しており、平成元（一九八九）年から平成九（一九九七）年は合計で二万二七二〇件であったものが、平成二〇（二〇〇八）年から平成二六（二〇一四）年では二六万件と、一〇倍以上になっている。また、これには多くの暗数があり、これから成年後見を受けなければいけない人が大幅に増加することが見込まれるため、これを家庭裁判所で処理できるのかというのが今後の裁判所が抱える最大の悩みの一つになっている。これについては、国会で「成年後見制度の利用の促進に関する法律」が成立したこともあり、これから徹底的に議論しなければいけない問題ではないかと思われる。

質疑応答概要

一 法曹界志望の動機

質問…先生はなぜ法曹界に入ろうと思ったのか。

回答…あまりよく考えずに司法試験を受けてしまったため、なかなか答えにくい質問であるが、ただ一つ言えるのは、法律家になって後悔はまったくしていないということ、一生をかけてやるに値する仕事であったということと言える。

二 学生が法を学ぶ上で注意すべきこと

質問…実務を長年担当されてこられた経験から、学生が法を学ぶ際に特に注意すべきことがあれば教えてください。

回答…学生が学ぶべきことは無尽蔵にたくさんあることをまず自覚すべきだ。その中で一番と言われると難しいけれども、実務家に限定されるのであれば、事実を見極める確かな眼を持つことが一番大事であったように思う。

ただ、これをどうやって学ぶかは非常に難しいところがある。学生であれば、法律はどんなものだというイントロダクションから勉強を始めていき、そこでどういう事実が大事かということは、少しずつわかるように教える体系ができてきているわけで、法律の現状がどうなっているかということをまず知っていくことも必要なプロセスだと思う。結論は、先生が教えることを一生懸命勉強してくださいということになるだろう。

三 再婚禁止期間の一部違憲判決

質問・再婚禁止期間の一部違憲判決について、多数意見のほかにも補足意見、意見、反対意見などさまざまな考え方が述べられたが、最高裁の意見をまとめあげていくときに、どのような議論がなされたのか。

回答・大きく分けると二つの意見の分かれがあったと思う。一つは、日本の民法の家族法関係では嫡出推定という規定を設けてあり、この制度が家族法の根幹にあるという理解の仕方をすれば、これを無視する法理論は構築できないというもの（多数意見）。もう一つは、推定は事実上でできればいい話だから、そこにそんなに重きを置く必要はなく、親子関係の判定はいまDNA鑑定でいくらでもできるのだから、推定規定に重要な力点を置く必要はないとするもの（少数意見）。

嫡出推定の制度を重視していこうというのは、親のない子どもをつくりたくないということにある。結論として、再婚の自由は最大限に認めつつも、嫡出推定の制度を現代でも維持すべきだと考えたと、現状の医療などからみて一〇〇日あったらその制度は維持できるのではないかと、ということになる。これが多数意見になった。

この場合、非常に重要なのは、私もそう思って補足意見に与したが、少なくとも現在の医療を基にして、再婚する時点で妊娠していないということが科学的に明らかならば、何日間という制限なく再婚を認めたらどうかというところにある。

この補足意見はどういうことをねらったかというところ、立法化を促し、再婚期間の問題を実質的に解消することであった。例えば、再婚するときに妊娠している人は、「どっちの子かはつきりしないのだから、ちょっと待て」と言われて、「はい」とたぶん言うだろうと思う。他方で、妊娠していないのに「一〇〇日経っていないから婚姻届を受け付けない」と言われることには納得がいかない。ゆえに、「では、妊娠していないことをお医者さん

に証明してもらいなさいよ」と戸籍係から言われて、それを提示したら期間に関係なく婚姻届を受理できるようにする、というのが補足意見の趣旨であった。

そして、実際の立法はどうなったかという点、再婚禁止期間を一〇〇日に短縮することと、補足意見が条文化された。補足意見を条文化すれば、この問題の大半は解消済みということになる。結局、根本的な対立が二つあって、その妥協の産物が補足意見のような位置づけになるのではないか。

四 裁判員制度

質問…裁判員裁判は、最高裁の実務にいまどのように影響を及ぼしているのか。

回答…裁判員裁判という制度改革は、日本人が日本人の意思で選んだ制度改革の中では一番大きな改革の一つであったらうと私は位置づけている。

裁判員裁判は重大な影響を及ぼしている。例えば、いわゆる裁判員法という法律を制定するとともに、刑事訴訟法が大幅に改正された。捜査部門までは手が回らなかったが、少なくとも公判部門だけは急いで変えなければならぬので、公判前整理手続、証拠開示の問題など、多くの制度改革が行われた。残された問題として、捜査部門はどう変わっていくのだろうかということがあるが、可視化の問題、捜査手法の科学化・合理化という課題があり、それに若干手を着けたのが今回の刑事訴訟法の改正であったと私は位置づけている。今回の改正は、表面上は大阪の特捜部が不祥事を起こしたからという形になっているけれども、それだけで見てはいけない。大きな司法制度改革、裁判員制度改革の中でどういうふう位置づけていくかという見方をしておくべき改正であったと思う。その意味では裁判員制度の採用は、多くの刑事訴訟手続、あるいは実体法を含めて、大きな影響を及

ぼしているし、今後も及ぼすと感じている。そういう観点で見えていくと見えてくるものが多いだろう。結局、いまのところはまだ積み残しが少なからずあるけれども、裁判員制度は水平飛行に移りつつあるという感じを受ける。

しかしながら、今後、裁判員制度の盛り上がり方が欠けてくる可能性はある。というのも、この制度を一生懸命成功させようと思っていた裁判官や検事はみんな定年になって退職し、次の世代、三世目がどのようにこの制度を支えていくのか、という問題が出てくるからである。また、裁判員の辞退率が増加していることも今後の課題である。さらに、裁判員を暴力団員が脅迫する問題や、死刑の問題もある。そして、実務的には、裁判員が市民感覚でやった事実認定や量刑を、高等裁判所の裁判官が簡単に変えていいのかという問題も悩ましい。ただし、戦前の陪審制度が失敗したのは上訴を認めなかったためという反省があり、一番の裁判員裁判が合理性を持たなかったり、出来が悪かったりした場合、その裁判官が徹底的に批判されるべきだということは言えても、一番の結論を変えてはいけないということまでは言えないだろうというのが、いまのコンセンサスではないかと私は思っている。

付記

本稿の構成および内容は、先生のご講演およびご発言に基づいたものであるが、本誌への掲載にあたって適宜加筆・修正・編集を行っているため、文責はすべて亜細亜法学編集委員会にある。