

## 「傍聴人に聞こえない証人尋問」 国家賠償請求事件 —最高裁判所決定を受けて—

吉田秀康

法学セミナー2015年11月号（以下、単に法学セミナー11月号ともいう。）の9頁から57頁までにかけて、「『傍聴人に聞こえない証人尋問』国家賠償請求事件——橋大学ロースクール人権クリニック」と題する論文を発表する機会を得た。

一橋大ロースクールの人権クリニックでは、4回にわたって「傍聴人に聞こえない証人尋問」国家賠償請求事件（以下、塚田国賠事件とする）を題材に取り上げて内容を検討しており、同事件の代理人弁護士の筆者及び小杉公一弁護士や原告本人の塚田育恵弁護士は第4回クリニックに出席した。

法学セミナー11月号の論文は、筆者は第1回から第3回クリニックには参加しておらず、その部分については大学院生のメモやレジュメを参考にしたものであり、また、内容の一部、特に最高裁判例の検討の部分は、クリニックでは議論されなかった内容も相当含まれているものであって、必ずしも人権クリニックの実際の議論を再現したものではなかったが、筆者としては、できるだけ人権クリニックの雰囲気や壊さないように、同クリニックにおける塚田国賠事件の検討状況を再現するよう心掛けたものであった。

そのため、あまりに人権クリニックでの議論とかけ離れすぎた内容を法学セミナー11月号の論文で述べることは不適切と思われたことから、最高裁判所改革や裁判官改革については、十分に筆者の考えを述べる事ができなかった部分があった。

そこで、法学セミナー11月号44頁から55頁の論述に若干の加除訂正を加えた上、新たに加筆して本稿を述べることにする。今回新たに加筆した箇

所は、5、6、7、9、10、11、12、13、14、16、17、18、19、22、25、26、27、28、29、30、31、32、33、37及び38項である。

## 最高裁判所決定

最高裁判所第一小法廷平成26年11月27日決定

### 第1 主文

- 1 本件上告を棄却する。
- 2 本件を上告審として受理しない。
- 3 上告費用及び申立費用は上告人兼申立人の負担とする。

### 第2 理由

#### 1 上告について

民事事件について最高裁判所に上告をすることが許されるのは、民訴法312条1項又は2項所定の場合に限られるところ、本件上告理由は、違憲をいうが、その実質は事実誤認若しくは単なる法令違反を主張するもの又はその前提を欠くものであって、明らかに上記各項に規定する事由に該当しない。

#### 2 上告受理申立てについて

本件申立ての理由によれば、本件は、民訴法318条1項により受理すべきものとは認められない。

### 1 違憲をいうがその実質は事実誤認若しくは単なる法令違反の主張との判断について

阪口教授：実は、この事案を人権クリニックで取り上げて検討している最中に、最高裁から上告棄却の決定が出されました。この決定を受けて、弁護士の方々は、どのような感想を持ったのですか。

吉田（弁護士）：私は、まさか、こんな早く最高裁が判断するとは考えていませんでした。弁護団の中でも、誰も、このような事態は想定していませんでした。驚いたというか、呆れたというか、啞然としたという感じ

でした。上告趣意書を提出してから2ヶ月強、上告審記録受理通知が平成26年10月10日で、決定が同年11月17日ですから、審理期間は僅か1ヶ月と17日に過ぎません。

小杉（弁護士）：憲法違反は、民事事件（民訴法312条1項）でも刑事事件（刑訴法405条1号）でも上告理由となっているため、弁護士は、憲法違反を理由として上告します。ただ、実は本当に憲法違反が問題となっている事案は少なく、上告理由を整えるために憲法違反を主張しているのが大半というのが実情でしょう。それが、最高裁の仕事を増やしている元凶といわれていることも承知しています。ところが、塚田国賠事件は、ストレートに憲法違反が問題となっており、私自身、長年の弁護士生活の中で、ここまで憲法違反で直球勝負できる事件は初めてでした。仮に、最高裁が上告を棄却するとしても、憲法について何らかの判断をするだろうと考えていました。上告受理申立理由が「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」と定められていることから（民訴法318条1項）、裁判長の措置が刑訴法違反であることを主張しましたが、本件が、刑訴法違反だけに止まる事案ではなく、憲法違反にも該当することは明らかです。

塚田（原告）：私も、最高裁は、何らかの憲法判断をするだろうと期待していました。こんなに早く上告棄却の決定が出るなんて、一体どうなっているの？と思いました。憲法82条1項の主張、憲法21条1項の主張が、「違憲といいながら、その実質が事実誤認か単なる法令違反の主張である」との結論は、どう考えても理解できません。全く納得できません。

大学院生 A：私達も、この結論には本当に驚きました。本件の主張が違憲の主張ではないということが、全く理解できませんでした。

吉田（弁護士）：阪口先生、渡辺先生、本件の主張が、違憲の主張ではなくて、事実誤認の主張や単なる法令違反の主張なのでしょうか？

阪口教授：私にも、この主張が憲法違反の主張以外には理解できません。

渡辺教授：私も同じ考えです。もっとも最高裁も文字通り事実誤認や単

なる法令違反の主張だと考えているわけではなく、上告棄却の決定をするためにはそう書かざるを得ないということなのでしょう。

## 2 欠前提というのはどういうことなの？

嘉多山（大学院生・弁護士）：本件が、違憲を主張しているが、「その前提となる事実が認められない」、すなわち欠前提となる可能性はないのでしょうか。原告は、証人尋問のほとんどの部分が聞き取れず証言内容が分からなかったと主張していますが、相当程度の部分が聞き取れていて、証言内容がかなりの程度理解できたという事実認定になっていないのでしょうか。

阪口教授：欠前提の判断とは、どのようなことなのですか。

嘉多山（大学院生・弁護士）：「憲法違反の主張は、事実上又は法律上の前提を置いていることが多い」のですが、「この事実の主張又は証拠を欠くときは、不適法な上告理由といわねばならない」とされており、「実務上、このような前提を欠くことを欠前提と呼んでいる」とされています<sup>1</sup>。

吉田（弁護士）：既に述べましたが、国側は、事実関係について具体的な事実は主張しておらず、単に不知と認否し、立証は一切しませんでした<sup>2</sup>。当日の法廷の状況などに関する証拠は、原告が本件当日に作成した2通の確定日付付きの報告書、その後原告が作成した詳細な陳述書、傍聴席にいた傍聴人1人の陳述書だけでした。地裁判決では、原告の主張どおりの事実が認定されています。

塚田（原告）：東京地裁は、午前中の尋問について、「法廷内のスピーカーから聞こえてくる証人の証言の音量が小さかったため、原告は、証人の証言を断片的にしか聞き取ることができなかった。しかし、原告は、証人の証言のうちの相当部分について、検察官の質問及び証言の復唱などから、証人の証言内容を推測することができた」と認定し、原告が昼休みに書記官室を訪れ、裁判所職員に対し、「証人の証言が傍聴席ではほとんど聞こえないため、証人の証言が傍聴席においても聞こえるような措置を講じるよう本件事件の担当書記官に伝えて欲しいと述べた」と認定し、午後

の尋問については、「証人の声が午前中よりも、やや大きくなったように感じたものの証人の証言の聞こえ方は午前と変わりなく、また、弁護人の質問から証言内容を推測することが難しかったので、むしろ午前よりも証人の証言を理解できない部分が多くなった」と認定しています。高裁は、事実認定に関して全く判断しておらず、地裁判決の事実認定が前提となっています。したがって、証人の声が聞こえていたと事実認定されたため、欠前提となったということはないと思います。

嘉多山（大学院生・弁護士）：ただ、証人の証言が聞こえなくなった原因に関する事実関係が良く分からない。例えば、証人の声が原告には聞こえなかったものの、その原因がはっきりとしなかったので、国家賠償法上の違法か否かが良く分からない、さらに故意なのか過失なのかも分からないので、違憲を主張する前提を欠くという可能性はあるのでしょうか。

吉田（弁護士）：証人の声が原告に聞こえなくなった原因の事実関係ははっきりとしないという点は、そのとおりでと思います。先ほどの渡辺先生のご指摘のとおりです<sup>3</sup>。しかし、仮に、それが原因で欠前提となつたとすれば、弁護士としては、許し難いことです。そもそも、民訴法は、証拠の採否について、どのように定めていますか。

### 3 証拠の採否も事実認定も裁判所が自由裁量で判断できるんだ

大学院生 B：民訴法181条1項は、「裁判所は、当事者が申し出た証拠で必要でないとするものは、取り調べることを要しない」と規定し、証拠の採否は裁判所の取調べの必要性の判断に委ねられている、すなわち、裁判所の自由裁量に委ねられるとしています。

吉田（弁護士）：もちろん、その裁量は、適切に行われなければなりません。そして、十分な心証を得ている場合には、その事実に関する他の証拠方法を取り調べる必要はないとされています。次に、事実認定の規定はどうですか。

大学院生 B：民訴法247条は、「裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁

論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」と規定し、自由心証主義を採用しています。自由心証主義とは、裁判所が判決の基礎となる事実を認定するにあたり、当該審理にあらわれた一切の資料に基づいて、裁判官が自由な判断により心証形成を行うことができるとする原則です。

吉田（弁護士）心証形成に役立つ証拠の取捨選択も証拠の証明力の評価も、裁判官が自由に判断できます。もっとも、裁判官の自由裁量に委ねられているとしても、事実認定は論理則、経験則に従って、客観的かつ合理的なものでなければならないとされています。ところで、法定証拠主義ということを知っていますか。

大学院生B：法定証拠主義とは、証拠方法及証拠能力や証明力についてあらかじめ法定し、裁判官の事実認定における判断を拘束しようとするものです。歴史的には、法定証拠主義が採用されていたこともあったと聞いています。

吉田（弁護士）：裁判官の資質・能力が不十分または不揃いであるときには、裁判官の判断が無責任かつ独断的・恣意的なものになるおそれがあるため、それを抑制するために法定証拠主義が採用されていました。自由心証主義が採用された背景には、裁判官に対する全面的な信頼があります。

小杉（弁護士）：証拠の採否の裁量は適切に行わねばならないとされ、また、事実認定の裁量も論理則、経験則に従って、客観的かつ合理的なものでなければならないとされているものの、実際には、いわばブラックボックスであって、外部からは裁量が適切に行われたか否かを判断することは難しいといわねばなりません。したがって、裁判官が、その信頼を悪用して自由裁量を濫用しようと思えば、事実認定は、いかようにでもできることになります。

吉田（弁護士）：東京地裁も東京高裁も、裁判官が自由裁量を濫用した典型例と思います。そもそも、証人尋問の際に証人の声が聞こえなくなった原因は裁判所側の事情であり、傍聴人である原告にはおよそ分からない

ことです。ですから、この法廷を主宰した裁判長を証人として請求したのですが、東京地裁も東京高裁も不必要として認めませんでした。このように、裁判所は、一方で原告の立証の機会を奪ったのです。にもかかわらず、東京地裁は、先ほど述べたように、他方で、証言が傍聴席においても証言が聞こえるような措置を講じてもらいたい旨の原告の申入れを、裁判長がことさら無視し特段の措置を講じなかったと認めるに足りる証拠はないとして、立証不十分と判断しました。東京高裁も、この東京地裁の事実認定をそのまま追認しました。最高裁も、違法性や故意過失についての立証不十分を理由として欠前提と判断しているのかも知れません。

塚田（原告）：裁判官に対する信頼を逆手に取って、証拠の採否も事実認定も裁判官が自由にできることを悪用すれば、裁判官は自分の思いどおりの結論を導くことができます。

吉田（弁護士）：仮に、東京地裁も東京高裁も、このような意図で原告が請求した裁判長の証人請求を却下したのであれば、それは、もはや裁判の名に値しないものです。暗黒裁判というべきでしょう。裁判官を信頼して、裁判官に対して証拠の採否や事実認定について自由裁量を認めたことが間違いということになってしまいます。

#### 4 このような最高裁判決は裁判に理由を付したとはいえないよね

大学院生C：ところで、上告を棄却する最高裁の決定は、いつも、このような内容なのでしょうか。この決定では、上告理由に該当しないので上告を棄却したことは分かるのですが、上告理由に該当しない理由が、何なのか全く分かりません。上告理由が、事実誤認だからなのか、単なる法令違反なのか、それとも欠前提なのかが分からないのですが。

吉田（弁護士）：良いところに気がついてくれましたね。実は、最高裁の上告棄却決定は、スタンプで押したように、この表現です。実質的に、上告が棄却された理由が全く分からない状態なのです。「三行半判決」といわれている問題です。

阪口教授：そもそも、どうして、裁判には理由を書かなければならないのかな。

大学院生 F：刑訴法44条1項は、裁判に理由を付さなければならぬと規定しています。理由として、第1に、裁判という裁判機関の意思表示・判断が恣意によるものでなく、合理的・客観的な根拠に基づくものであることを担保すること、第2に、裁判を受ける当事者・訴訟関係者の納得を得ること、又はその批判を待つことのためにも必要であること、第3に、不服申立があった場合の上訴審における審査の手掛かりを提供し、その審査を適切・円滑に行わせるために必要であること、そして第4に、裁判の公開性という見地から、具体的な事件において、法の適正・妥当な行使がされていることを一般的に明示する面も有することがあると解される<sup>4</sup>とされています。ただ、刑訴法44条2項は、上訴を許さない決定又は命令には、理由を付することを要しないと規定しており、この場合は、先ほどの第3の理由が失われ、さらに、訴訟経済を考慮したためと説明されています。

大学院生 B：民訴法235条は、判決書には、主文や事実の他に理由を記載しなければならないと規定しています。判決書作成の目的は、既判力、執行力、形成力の及ぶ範囲を明らかにするとともに、訴訟当事者に対しその主張・証拠についての裁判所の判断および判断経過を知らせ、上訴審に対しては判決の当否の審査を容易にすることにある。また、裁判官にとっては自己の判断を客観視させうる点でも意味があり、かつ、一般国民に対しては具体的事件を通じ法の内容を明らかにするとともに、判断内容を示すことによって裁判所の公正を保障する機能をも有するものであるとされています<sup>5</sup>。

小杉（弁護士）：このように、民事事件でも刑事事件でも、様々な理由によって判決に理由を書かなければならないとされています。にもかかわらず、上告棄却の決定には、上告理由に該当しないと形式的な理由は書いているものの、実質的な理由は書いていません。最高裁は上告審であり不服申立ができないので、その点では理由を書く必要がないかも知れませんが、



先の述べたそれ以外の様々な理由は、最高裁判決でも同様に該当します。

吉田（弁護士）：地裁と高裁は、通常、一定の判断過程を判決で示しています。本件でも、地裁も高裁も、極めて不適切な内容でも一応の理由を書いています。だからこそ、人権クリニックで、批判的に検討することができたのです。その意味では、最高裁が、もっとも法の趣旨に反しているといえるでしょう。実質的に検討しているのであれば、簡単な理由を書くぐらいのことはできるはずです。最高裁が過重負担で多忙ということは、実質的な理由を書かないことを正当化するものではありません。最高裁は、少なくとも1～2頁の簡単なものでも良いので、実質的な理由を書くべきです。また、簡単でも上告棄却の理由を明らかにすることは、無駄な上告の件数を抑えることに繋がるとの意見もあります。

塚田（原告）：そもそも、裁判所は三権の一つの公権力であり、判決は公権力の行使に該当します。国民主権の観点から考えると、公権力は、その活動について、国民の批判にさらされる必要があるはずですが。そのためには、裁判所は、自らが行った判断内容や判断過程を、国民に明らかにする必要があります。にもかかわらず、その司法権のトップにある最高裁が、自ら行っている裁判に実質的な理由すら書いていないということは、最高裁自身、自らが行っていることが公権力の行使であることの意識の薄さを如実に現していると思います。

吉田（弁護士）：行政情報については、その公開と国民への説明責任（アカウンタビリティ）の徹底ということがいわれています。国民への説明責任という点は、行政情報のみに求められるものではなく、公権力の活動の全てについて、国民への説明責任があるというべきであり、司法も例外ではないはずですが。平成13年6月12日に内閣に提出された司法制度改革審議会意見書にも、「司法がその求められている役割をいかに遂行するためには、国民の広い支持と理解が必要である。政治改革・行政改革を通じて政治部門の統治能力の質が向上するに伴い、政治部門の国民に対する説明責任も重くなる。同様に、司法部門も、司法権の独立に意を用いつ

つも、国民に対する説明責任の要請に応え、国民的基盤を確立しなければならない。司法は、その行動が、国民にとって、見えやすく、分かりやすく、頼りがいのあるものであって、初めてその役割を十全に果たすことができるのである」とされています<sup>6</sup>。最高裁の対応は、司法制度改革審議会の意見にも反することは明らかです。

渡辺教授：上告棄却の決定に理由を付すべきではないかについては、最高裁でも問題は意識されているようです。例えば、可部恒雄裁判官は、首席調査官時代に、調査官に対し、定型文言による上告棄却でもそこに当該事件の個性を表現する一言を付け加えるべきである、と話していたとのことです。また、最高裁裁判官としてもそれを実践していたようです<sup>7</sup>。そのほうがよいとは最高裁も考えているのですが、負担が重すぎてなかなか実践できないということなのでしょう。

## 5 最高裁はどうやって実質的に審理するか否かを決めているの？

大学院生 E：弁護士の方先生方に質問なのですが、どうして、本件は、こんなに早く上告棄却の決定が出たのですか。

吉田（弁護士）：結局、最高裁は、本件について、実質的には何らの検討もしていないのだと思います。

阪口教授：最高裁は、どのような方法で、実質的に内容を検討することなく簡単に上告棄却の決定を出す事案と、相応の検討をする事案とを分けているのかな。

嘉多山（大学院生・弁護士）：私は、一度、元裁判官で最高裁調査官をした経験のある方のインタビューをしたことがあります。

阪口教授：その内容を話してもらえますか。

嘉多山（大学院生・弁護士）：はい。刑事事件についてですが、最高裁では、調査官が、上告趣意書をバツと読んで、難易度によって粗選別をするそうです。憲法違反などと主張していても、最高裁では事実誤認は取り上げないので基本的には事実誤認の主張は×、量刑不当の主張は△、重

要な法律問題を含んでいる事件や判例になりそうな事件、あるいは事実認定でもかなり微妙と思われる事件には○、超特大の事件や極めて難しい法律問題を含んだ事件は◎を付けるそうです。×事件と△事件が圧倒的に多く、7、8割以上になると思われるそうです<sup>8</sup>。

吉田（弁護士）：調査官の粗選別の段階では、ダブルチェックはないのですか。

嘉多山（大学院生・弁護士）：この段階では、ダブルチェックはありません。その後、◎、○、△と×のグループ毎に、各調査官に事件が配点されて、調査官が報告書を作成し、報告書が担当裁判官に提出されますが、その際、裁判官は、粗選別の意見には拘束はされません。調査官の報告書で、裁判官の審議が必要との意見を書いた場合には、すべて審議になりますが、問題にならない旨の意見を書いた場合には、大半はそのまま書面決裁で終わり、たまに引っかかって審議にまわることもありますが<sup>9</sup>。

吉田（弁護士）：元最高裁裁判官によれば、「記録は必ず調査官が下読みして、その意見を付して主任裁判官に回付するが、その仕方に民刑とも二種類ある。一つは、担当調査官が、原判決に問題ありとか、重要な問題点を含むとか、社会的に著名な重大事件で特に慎重な考慮を必要とするとか判断した場合に、審議事件の印をつけて回付してくるものである。この場合、別綴記録は各裁判官毎に配布される。これを主任裁判官が精読した上、前任裁判官に届け出て審議期日が決まる。他は、調査官が、原判決に全く問題はなく、上告理由なしとするものであって、持廻り審議事件としての印をつけて回付してくる。この場合、別綴記録は一部しかなく、承認の時はその表紙に押印して次順位の裁判官に回付し、構成裁判官全員が印を押せば審議終了となって、判決あるいは決定の作成手続に入る」とされています<sup>10</sup>。また、別の元最高裁裁判官によれば、「最高裁判事として在任した7年半の間に、総計1万4724件の上告（及び上告受理申立て）事件に関与した。…そのうち8122件が民事及び行政事件であり、残りが刑事事件である。そして、その中で、持ち回り審議による決定処理ではなく、5人

の裁判官の合議に掛かったいわゆる『審議事件』は、ほぼ5ないし6パーセントを占める」とされており、<sup>11</sup>「『持ち回り審議事件』と評議室での審議の対象となる事件との振り分けは、まず担当調査官が行う<sup>12</sup>」、「持ち回り審議については、専ら各裁判官がそれぞれの裁判官室で記録の検討・押印決済を行う<sup>13</sup>」、「主任裁判官がまず目を通して、これは改めて合議をするまでも無く上告棄却（あるいは上告不受理）の決定で済む、と判断したならば、一件書類中の押印欄に自分の印鑑をついて、次の裁判官に回し、以下各裁判官が同様の処理をして行く、という形の『持ち回り審議』で一件落着となる<sup>14</sup>」とされています。「調査官の報告書というのは、その事件についての担当調査官が、一審以来の全記録に目を通した上で（裁判官自身は、通常のケースでは、一審・二審の口頭弁論調査だとか証拠類といった原資料に目を通すことは無い。そんな時間はとても無いからである）、その事件の事実関係、当事者の主張、一審や二審の判断の内容、等を要領良く紹介し、最高裁で判断するに当たっての問題点、先例の有無及びあるとしたらその内容、問題となる論点についての学説・判例、等々について整理・紹介をした上で、調査官自身は、この事件について、どのような判断をしたら良いと思うかを、述べたものである<sup>15</sup>」ので、「私の場合にも、個々の事案の具体的な検討に当たっては、まず調査官報告書を読むことから始め、それを通じて、事件全体の概要を頭に入れてから、一審判決、原審判決等を読む、という手順で作業を行った<sup>16</sup>」とされています。

大学院生 E：いずれも、ほぼ同じ内容ですね。そうすると、大半の事案は、最高裁では実質的に内容が検討されないのですね。

吉田（弁護士）：平成23年7月8日に公表された第4回目の「裁判の迅速化に係る検証結果の報告書」の「V 最高裁判所における訴訟事件の概況」によれば、平成22年は、民事事件では、総数のうち98.7%が上告棄却決定か却下決定で終局しており、そのうち78.1%が審理期間が3ヶ月以内に終局しています<sup>17</sup>。平成25年7月12日に公表された第5回目の検証結果の報告書によれば、平成24年は、民事事件では、総数のうち98.2%が上告棄

却決定や却下決定で終局し、そのうち53.1%が審理期間が3ヶ月以内に終局しており<sup>18</sup>、平成27年7月10日に公表された第6回目の検証結果の報告書によれば、平成26年は、民事事件では、総数のうち98.8%が上告棄却決定や却下決定で終局し、そのうち51.7%が審理期間が3ヶ月以内に終局しています<sup>19</sup>。したがって、審理期間が3ヶ月以内で終局している事件は、持ち回り審議の書面決済だけで終わっていると考えられます。

## 6 最高裁が実質的に審理するか否かを調査官が実質的に決めるのは適切なものか？

大学院生 A：そうなんですか。最高裁の裁判官ではなくて、調査官が実質的に選別作業を行っているのですね。調査官は裁判官なのですか。

小杉（弁護士）：そうです。首席調査官や上席調査官は別として、調査官は、キャリア・システムとして裁判官に任官して、15年程度の経歴の人とされています。

吉田（弁護士）：最高裁には極めて多数の事件が上告されるため、裁判官自身が、全ての事件の記録を読んで審理することは不可能な状況です。そこで、訴訟法に定められた上告の要件を満たさない事案をスクリーニングし、裁判官は、残った最高裁で審理する必要性が高い事案に労力を傾注するようにしているとされています。

大学院生 F：最高裁として判断すべきか否かという判断は、裁判官ではなく調査官が中心となって判断しているのですね。そんな重要な役割を調査官が行っていることを、私は、今日初めて知りました。一般の国民の方は、最高裁が、そのようなシステムで事件を選別していることを知っているのでしょうか。

小杉（弁護士）：弁護士以外の一般の方は、ほとんど知らないでしょうね。

大学院生 F：最高裁が判断を示すか否かを決めることは、最高裁において、どのような判断をするのかということと同じくらい重要なことだと思います。そのような判断に最高裁裁判官の関与が少ないということは、最

高裁が本来要請されている責務を果たすという点で適切なのでしょうか。なんだか疑問を感じます。

小杉（弁護士）：「調査官判決」といわれている問題です。主任裁判官は、調査官が作成した報告書を読むだけで、上告理由書や上告受理申立理由書を読むことなく、持ち回り審議事件とするか否かを判断しているのではないのか。また、実質的に調査官と主任裁判官の一存で、事実上処理が決まっているのではないかという問題です。

吉田（弁護士）：確かに、現在の15名の最高裁裁判官の人数では、裁判官において、最高裁が判断するか否かを定めることが不可能なのであれば、そもそも、その人数が適切かどうかという議論をすべきです。また、調査官にも一定の役割を与えるとしても、調査官に与えられる権限の範囲は、どの程度であるべきなのかについても検討すべきかも知れませんね。

小杉（弁護士）：なお、先程の統計の審理期間とは、上告審記録受理から上告審終局までの期間とされており、本件では、上告審に記録が到着した通知が平成26年10月10日で、上告棄却の決定は同年11月27日となっていますから、審理期間は、わずか1ヶ月と17日間に過ぎません。あまりにも短い期間といえます。本件は、調査官の粗選別の段階で、上告理由には該当せず上告棄却すべきとの意見が付いて×がついたと思われます。さらに、主任裁判官において、まともに上告理由書を読んで検討したのかについても多大な疑問を感じます。

塚田（原告）：いずれにせよ、本件は、真正面から憲法問題を取り上げているにもかかわらず、最高裁としては、憲法違反に名を借りて上告しているに過ぎず審議するにも値しない、すなわち、検討する価値もないと判断したのであって、どう考えても納得できませんし、そのような最高裁の考えが正当とは到底考えられません。

## 7 調査官の実際の職務の内容は法律で定められているの？

大学院生 D：最高裁として判断すべきか否かという判断を、最高裁の裁

判官ではなく調査官が行うという仕組みは、法律で定められているのですか。

吉田（弁護士）：いいえ。そのようなことを規定している法律はありません。裁判所法57条1項は、「最高裁判所、各高等裁判所及び各地方裁判所に裁判所調査官を置く」と規定し、同条2項は、「裁判所調査官は、裁判官の命を受けて、事件（地方裁判所においては、知的財産又は租税に関する事件に限る。）の審理及び裁判に関して必要な調査その他の法律において定める事務をつかさどる」と規定されていますが、最高裁の調査官の具体的な仕事の内容を定めている法律はないと思います。

大学院生 D：民事訴訟法や刑事訴訟法で訴訟手続が詳細に定められており、私達はそれを勉強しているところですが、上訴の部分までは、なかなか手が回らない状態です（笑）。ただ、上告審の審理方法や、実際の事件処理の方法が法律で定められていないのは適切なのでしょうか。上告理由は訴訟法に規定されていますが、最高裁が、どのような手続によって審理を行っているのか、手続としてどのような方法で上告理由の有無を判断しているのかについても、法律で定めて広く国民に周知する必要があるのではないのでしょうか。

吉田（弁護士）：訴訟に関する手続なのですから、最高裁が規則制定権に基づいて規則を制定することができます。しかし、このような調査官の活動については、明確に規則で規定されているわけでもないようです。私が調べた限りでは分かりませんでした。

大学院生 D：法律でも規則でも定められていないのですか。

吉田（弁護士）：最終審である最高裁における活動が、法律や規則にも定められていない形で行われていることは、司法権の活動を、国民がチェックするという観点から考えると、やはり問題があると思います。そもそも、司法権を掌る裁判所は、公権力を行使する機関なのですから、その活動は、国民主権の観点から考えると国民によりチェックを受ける立場にあるはずです。しかし、裁判官は、自らがこのような立場にあることの認識が極めて薄いのではないのでしょうか。だからこそ、最高裁が規則制定

権を有しているにもかかわらず、最高裁における実務的な作業について、国民が、それを分かるような形で定めることもしていないのではないのでしょうか。

大学院生 D：そのような規定は、規則制定権により最高裁が定めるべきなのかな。

吉田（弁護士）：最高裁に規則制定権が認められた趣旨は、裁判所の独立性を確保するという点と、訴訟手続等の技術的なことは国会ではなく裁判所が定めた方が実際的という点からとされています。司法権による公権力行使を国民がチェックするという国民主権の観点からすると、国会により法律で定めるべきではないのでしょうか。

## 8 調書判決とはどのようなものなの

嘉多山（大学院生・弁護士）：ところで、本件では、調書判決という形で上告が棄却されているのですが、調書判決となった理由は、何なのでしょう。

吉田（弁護士）：この点については全く分かりません。また、最高裁は、どの位の割合で、調書判決で上告棄却の決定をしているのかも分かりません。

大学院生 E：調書判決というのは、何なのですか。

吉田（弁護士）：私も、今回の上告棄却決定が調書判決だったことから、少し調べました。調書判決について、平成8年より前には、民訴法や民訴規則には規定がありませんでした。刑訴規則219条には、「地方裁判所又は簡易裁判所においては、上訴の申立てがない場合には、裁判所書記官に判決主文並びに罪となるべき事実の要旨及び適用した罰条を判決の宣告をした公判期日の調書の末尾に記載させ、これをもって判決書に代えることができる」と規定され、調書判決が認められていました。判決書を簡素化する趣旨から認められたものであり、実際に自白事件の有罪判決について用いられているとされています。<sup>20</sup>したがって、問題点がなく、争いのな



い事件では、調書判決が採用されていると思われます。平成8年の民訴法改正の際に、民訴法254条において、被告が口頭弁論において原告の主張した事実を争わず、その他何らの防御の方法をも提出しないなどの場合において、原告の請求を認容するときは、判決書原本に基づかずに判決の言い渡しができるとして調書判決の制度が導入されました<sup>21</sup>。さらに、平成16年の民訴規則の改正により、民訴規則50条の2で「最高裁判所が決定をする場合において、相当と認めるときは、決定書の作成に代えて、決定の内容を調書に記載させることができる」と規定され、最高裁にも調書決定の制度が採用されました。「調書決定の制度の採用は、最高裁判所の事務の円滑な遂行およびその機能の一層の充実を図る趣旨で採用されたものであり、対象事件に限定はなく、最高裁判所の決定手続により終局する事件は全て含まれる。具体的な事件において調書決定の方式を採用するか、決定書を作成するかは、その事件を担当する裁判体の判断にゆだねられているが、調書決定は、基本的に決定の理由が定型的・類型的な場合に適合する方式である」とされています<sup>22</sup>。判決書の作成の省力化のための制度であり、基本的には、問題点がなく、争いのない事件について、調書判決が行われていると考えられます。

大学院生D：そうすると、最高裁は、本件は、およそ問題点がなく、争いのない事件と判断したということなののでしょうか。

吉田（弁護士）：多分、そうなのでしょう。しかし、本件が憲法上の問題点がない事案と判断すること自体、最高裁の憲法や人権にする意識の低さを如実に現しています。

## 9 国家賠償法上の損害は権利を侵害された場合に限られるわけではないんだ

吉田（弁護士）：これまでは、塚田国賠事件の憲法上の問題点について議論してきたのですが、国家賠償法上の問題点について触れたいと思います。実は、地裁判決も高裁判決も、本来判断すべき国家賠償法上の問題点

について、何らの判断もしないまま過ごしてしまったということがありました。

大学院生 D：どういうことですか。

吉田（弁護士）：一つ質問です。民法上の不法行為と国家賠償請求とは、どこが異なっているのでしょうか。

大学院生 D：不法行為を行ったのが一般の私人の場合は、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求となりますが、不法行為を行ったのが国や地方公共団体の場合は、国家賠償請求となります。

吉田（弁護士）：それでは、例えば、無料券をもらって映画館で映画を見ていたところ、「あなたの母親が危篤に陥ったので、病院に行きなさい」と嘘をつかれて、映画を見るのを中断した場合に、法的な請求が可能でしょうか。

大学院生 D：その相手に対して、民法上の不法行為に基づき損害賠償請求ができると思います。もっとも、金額がどの程度になるのかは分かりませんが。

吉田（弁護士）：このとき、憲法上の映画を見る権利を侵害されたと主張しますか。

大学院生 D：そこまでは主張しないと思います。

吉田（弁護士）：それでは、映画を見ていたのではなく、先ほどの事案のように、裁判を傍聴していたところ、「あなたの母親が危篤に陥ったので、病院に行きなさい」と嘘をつかれて、傍聴を中断した場合は、どうでしょうか。

大学院生 D：その場合も、やはり民法上の不法行為に基づき損害賠償請求ができると思います。

吉田（弁護士）：それでは、裁判を傍聴していたところ、公権力によって、傍聴を妨害された場合には、どうなりますか。

大学院生 D：そうか。国家賠償が認められることになると思います。

吉田（弁護士）：そもそも、国家賠償法上の損害は、法的権利が侵害さ

れた場合にしか認められないのでしたか。

大学院生 D：法的権利が侵害された場合に限らず、法律上保護される利益が侵害された場合であっても認められると解されています。民法の不法行為の場合と同様です。

塚田（原告）：国家賠償訴訟を提起すると、国は、しばしば、原告には保護されるべき権利がないなどと主張します。しかし、原告に権利が認められないとしても、法律上保護される利益があり、それが侵害されれば、国家賠償責任は認められるはずです。そして、傍聴の自由というかどうかは別にして、公開裁判の原則によって認められた傍聴人として裁判を傍聴することが、まさか、法的に保護される利益ではないとはいえないでしょう。

吉田（弁護士）：このように、仮に、裁判の公開が制度的保障に過ぎないとしても、傍聴人が裁判を傍聴できることは法律上保護される利益に該当することは明らかなと考えます。そして、裁判を傍聴するという法律上保護される利益が、裁判所という公権力によって妨害されたのであれば、当然、国家賠償責任は認められるはずです。

大学院生 A：レベタ事件では、どうなっていたのですか。

小杉（弁護士）：レベタ事件の判例解説によれば、「傍聴人がメモを取ることを妨害されたことにより侵害され得る私法上の利益について明示してないが、…（中略）…これを被侵害利益として損害賠償の対象になるというものであろう」としています。メモを取る行為が損害賠償の対象になるのであれば、その前提である見聞行為である「傍聴の自由」が侵害された場合にも損害賠償の対象になるはず<sup>23</sup>です。弁護団としては、レベタ判決を前提とすれば、少なくとも、原告には、法律上保護される利益があると考えていました。

吉田（弁護士）：にもかかわらず、塚田国賠事件では、地裁判決でも高裁判決でも、原告には、裁判を傍聴する権利はないと述べただけで、原告に法律上保護される利益があるか否かについて、何も判断を示さないまま、原告の請求を棄却してしまいました。

大学院生 E：えっ。そうなんですか。どうして、そのようなことが起こったのでしょうか。

吉田（弁護士）：この点の原因は、良く分かりません。ただ、一般論ですが、法律実務家は、我々弁護士もそうですが、裁判官も、実は、民事事件や刑事事件と比較すると、行政事件については、さほど詳しくないということがいえるのではないのでしょうか。東京地裁のような大規模な裁判所には行政部があり、行政事件は行政部が対応しているのですが、国家賠償請求は、行政訴訟には分類されておらず一般の民事事件として取り扱われており、通常部に配点されています。これが原因の一つかも知れません。

## 10 国家賠償法上の違法とはどういう場合なのかな

阪口教授：国家賠償請求の話になったので、国家賠償請求に関して質問です。レベタ事件判決では、一般的にメモを採取する行為を禁止した措置は、合理的根拠を欠いた法廷警察権の行使として「情報を摂取する自由」を侵害したとしながらも、国家賠償法上違法ではないとしました。この点について、弁護団では、どのように考えていたのですか。

塚田（原告）：裁判官の裁判が国家賠償法上違法とされるのは、「当該裁判官が違法又は不当な目的をもつて裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする<sup>24</sup>」とされています。いわゆる、違法限定説を採用したとされています。ただ、レベタ事件判決では、この昭和57年の最高裁判決は引用していません。それは、レベタ事件が、裁判官の裁判に対するものではないからと考えられます。

吉田（弁護士）：レベタ事件判決は、裁判長による法廷警察権の行使について、「裁判長の措置は、それが法廷警察権の目的、範囲を著しく逸脱し、又はその方法が甚だしく不当であるなどの特段の事情のない限り、国家賠償法1条1項の規定にいう違法な公権力の行使ということはできないものと解するのが相当である」と判示しました。この判断も、違法限定説

に立っていると理解されています。

小杉（弁護士）：裁判官の行為が違法であるとして、国家賠償が認められる場合は、極めて限定されており、弁護士としても、この点についての判断は、どうなるか分からないという意見が多かったのは事実です。

吉田（弁護士）：しかし、憲法82条1項の裁判公開の原則を知らない裁判官はいません。本件では、裁判長が、刑訴法が定める遮への措置とビデオリンク方式を併用して証人尋問を行い、傍聴人が証人の姿を見えないようにした上、証人の声をほとんど聞こえない状態にしてしまったのですから、このような裁判長の措置は、憲法82条1項による傍聴の自由を侵害し、また、憲法21条1項による情報を摂取する自由を侵害した違憲なものです。さらに、刑訴法の規定は遮へい措置やビデオリンク方式を採用しても、視覚制限と同時に聴覚制限を行うことは認めていないと考えられることから、刑訴法に反する違法な措置でもあるということになります。裁判長が訴訟指揮権や法廷警察権を有しているとしても、裁判長が裁量によって、違憲な措置や違法な措置を講じることを許容しているとは考えられません。

塚田（原告）：そもそも、裁判長に裁判を非公開にする裁量権があるわけはありません。

吉田（弁護士）：本件は、裁判長が付与された権限の趣旨に明らかに背いて、訴訟指揮権や法廷警察権を行使したというべきものです。したがって、「裁判長が付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別な事情」が認められる場合であって、裁判長の措置は、国家賠償法上も違法であると考えます。ただ、本件では、既に述べたように、<sup>25</sup>裁判長は、法廷に在廷する各傍聴人に対して証人の音声<sup>25</sup>を聞こえる状態にすべき作為義務を負わないとか、裁判長は、原告主張の責務は負わないと判断し、およそ、本件裁判長の行為は違法でないと判断したことから、このような特別な事情の有無の議論に入ることもありませんでした。

## 11 本件で国家賠償法上の故意過失は認められるの

吉田（弁護士）：なお、国家賠償が認められるためには、故意過失が求められています。先程お話したように、<sup>26</sup> 遮へい措置やビデオリンク方式によって証人尋問をする際に、傍聴席の最後列でも、証人の証言する音声聞き取れるように準備するようマニュアルに定められているのですから、裁判長が、傍聴人が証人が証言する声をほとんど聞き取れない法廷を主宰したことは、少なくとも書記官が十分な準備をせず、裁判長においてそれを見逃したのですから、裁判長には過失が認められるはずです。

小杉（弁護士）：さらに、塚田先生は、昼休みに書記官室を訪ねて、事務官に対して、傍聴席では午前中の証人尋問は証人の声がほとんど聞こえないので、午後は聞こえるようにしてもらいたいと要望を伝えています。事務官は、書記官に伝えますと答えました。したがって、この要望は、事務官から担当書記官に伝えられ、当然、その法廷を主宰する裁判長に伝えられているはずです。にもかかわらず、午後の証人尋問の際も、証人の声がほとんど聞こえないという状態に変化はなかったのですから、どう考えても、午後の法廷の証人尋問については、裁判長の過失が認められます。

塚田（原告）：わざわざ、午前中の状況を伝えに書記官室に行き、その改善を求めたのに、それを無視するなんてあんまりです。

## 12 国家賠償請求訴訟における裁判所の立場はどういうものなのかな

吉田（弁護士）：ところで、私は、行政法については不勉強なのですが、塚田国賠事件を通じて、国家賠償訴訟についての立証責任などについて、色々と考えました。私法においては、私的自治が原則により規律されていますし、一般の民事事件では、裁判所は私的自治の枠内における私人間の紛争を解決するのですから、裁判所は、中立で公正公平な立場に立って、その紛争について判断することが求められていると考えられます。しかし、行政訴訟や国家賠償訴訟については、裁判所が求められていることは異なっているのではないのでしょうか。

大学院生 A：それはどういうことでしょうか。

吉田（弁護士）：憲法は、権力分立制度を採用しており、公権力を立法、行政、司法の三権に分離し、さらに、これらの公権力同士が相互に抑制均衡し、公権力が暴走して国民の人権を侵害しないようにするという統治のシステムを採用しています。そうだとすると、司法権である裁判所は、立法府が行った立法や立法を行わなかったという立法不作為について、また、行政府が行った各種の処分や規制権限を行使しなかったことについて、それが違憲か否かや違法か否かをチェックする役割が憲法上与えられているのであって、一般の民事訴訟の場合と同様に、中立で公正公平な立場に立って、判断をすれば良いという立場には立っていないのではないのでしょうか。

大学院生 A：裁判所は、中立で公正公平な立場で判断すれば良いのではないのですか。

吉田（弁護士）：裁判所はア priori に中立で公正公平な機関であると考えられていると思いますが、本当にそうなのでしょうか。裁判所は、公権力を行使する機関として、憲法上、他の公権力を抑制する役割を与えられているのですから、一般の民事事件とは異なり、対立法府、対行政に対しては、超然として中立で公正公平な立場に立って判断するだけでは不十分だと考えるべきです。平成11年以降の司法制度改革において、「司法の行政に対するチェック機能の強化」ということが検討されましたが、例えば「司法の私的自治の領域に対するチェック機能の強化」ということは検討されていません。行政と私的自治の領域とでは、憲法上、司法に対して与えられている役割が異なっており、対行政、対立法に対しては、裁判所は、それらの公権力の活動をチェックすることが求められているのですから、国家賠償請求という形で訴訟になった場合には、少なくとも、一部分の法律要件の証明責任は、チェックを受ける立場にある行政側や立法側にあるとすべきではないのでしょうか。

### 13 国家賠償請求訴訟における証明責任はどのように考えるべきなのか

阪口教授：証明責任とは、どのようなものなのか。

大学院生 B：証明責任とは、ある事実について、ノンリケット、すなわち真偽不明の状態となった場合には、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生が認められないことになる当事者の一方が負担する危険や不利益とされています。

吉田（弁護士）：国家賠償請求訴訟の立証責任の転換については、司法制度改革においても、「司法の行政に対するチェック機能の強化」として検討の俎上に乗りました。しかし、その後の平成16年に行政事件訴訟法が一部改正されましたが、国家賠償法については、特に改正はされませんでした。国家賠償法は、公務員の不法行為等による被害者の救済の観点から民法の不法行為制度の特別法として立法されたものだから、証明責任の分配は、民事訴訟の場合と同様に考えれば良いとされたものと思われます。

小杉（弁護士）：しかし、国家賠償法は、被害者の救済という機能だけではなく、過去の非違行為に対する制裁的な機能や将来における公務執行の適法性を担保する機能（適法性統制機能）も持っていると考えられています。また、我が国の行政事件訴訟は損害を償うものではないことから、国家賠償訴訟は行政訴訟制度を補完するものといえます。さらに、行政訴訟、とりわけ取消訴訟の要件は極めて厳格に判断されており、必ずしも被害者救済のための有効な手段となっていなかったことから、最後の権利救済の手段として国家賠償訴訟が利用され、多くの事件が国家賠償訴訟という形で訴えられている状況にあるといわれています。したがって、国家賠償法が民法の不法行為制度の特別法だからという理由で、証明責任の分配を民法と同様に考えなければならないとするのは、必ずしも妥当ではないと考えます。さらに、国民と行政庁との間には証拠の偏在の問題もあると考えられています。

吉田（弁護士）：証明責任の分配については、通説判例は、法律要件分類説を採用しています。法律要件分類説は、自己に有利な法律効果の発生



を主張する側が、その事実について証明責任を負うとされています。国家賠償請求では、国家賠償が認められる要件については原告に証明責任があるので、ある事実が真偽不明な場合には、原告に不利益な判断がなされることになります。逆に言えば、公権力にとって有利な判断がなされることになります。これでは、訴訟法の立証上の技術的な理由を根拠として、公権力に有利に解決をすることになってしまい、憲法が要請する抑制均衡のシステムによって、裁判所による国会や内閣の活動のチェックを十分に果たすことができていないと思います。少なくとも、原告においては、加害行為が存在することを立証すれば足り、違法であることまで立証する必要はなく、その行為の適法性は被告である国が証明責任を負っていると考えべきでしょう。

小杉（弁護士）：民事訴訟の不法行為に基づく損害賠償請求事件でも、経験則を用いて、ある前提事実から故意過失や因果関係の存在を認定する手法が用いられて、当事者間の実質的公平を図ることが、現在においても実務上行われているため、証明責任の転換を図る必要はないという考えもありますね。

吉田（弁護士）：しかし、そのような考えは妥当ではないと考えます。そもそも、司法改革で「司法の行政に対するチェック機能の強化」が検討されたのは、行政庁に対する信頼などによって、訴訟の一方当事者として国民と対等・平等であるべきはずの行政庁に色々な点で優越的地位を認められており、しかも、裁判所による運用により事態を改善することは期待し難いことなどの状況があったからでした。現在においても、専門家である行政庁が間違ったことはしないだろうという行政に対する信頼感、国家賠償訴訟の原告は国の行為に対していちゃもんを付けているだけで本件も濫訴ではないかという先入観や、被告の行政庁の担当者も同じ国家公務員であるという親近感などが理由と思われるが、被告に対してシンパシーを持って被告に肩入れしている裁判官が多いなどとされています。先ほどお話しした東京高裁の裁判長の態度も<sup>27</sup>、まさに、それに該当するものでしょ

う。そのような状況の下で、裁判官の自由心証の下における事実認定の手法で、原告と行政庁との間で実質的公平が図られるとは考え難いと思います。明確に証明責任の転換を図ることが必要不可欠だと思います。

塚田（原告）：そのように考えれば、本件でも、証人尋問の際の証人の声がほとんど聞こえなかったということを原告において立証できれば、国において、それが適法であることを立証しなければならないことになると思います。そうすると、違法や過失の立証が不十分で事実関係が良く分からないということを理由として、最高裁が欠前提と判断することはできなくなると思います。

吉田（弁護士）：当事者の公平、証拠との距離、立証の難易等の観点から考えても、国家賠償法の証明責任について、原告は加害行為が存在することを立証すれば足り、被告において、その行為の適法性や故意過失がないことを立証すべきと考えても何ら不合理ではないと思われます。本件をみれば分かるように、その行為が適法か違法かに関する証拠は、専ら被告側が持っており、また、被告側において、それらの証拠を使えば立証活動も容易に行えることが分かります。

#### 14 法律実務家は憲法事件・行政事件はあまり詳しくない？

吉田（弁護士）：なお、最高裁裁判官は、民事刑事の実務には精通しているが、憲法事件には必ずしも通じていないとの指摘があります<sup>28</sup>。確かに、そのような面があるのではないのでしょうか。それは、最高裁裁判官のみならず、下級審裁判官も同様でしょうし、弁護士についても同じことがいえると思います。さらに言えば、行政事件についても、同様のことがいえるのではないのでしょうか。

大学院生B：それは、どういうことなのですか。

吉田（弁護士）：法律実務家にとっては、民事事件や刑事事件は、日常茶飯事で取り扱う内容であって慣れ親しんだものであるし、それぞれの分野で勉強もしているところです。これは裁判官も同様だと思います。それ

に比べて、憲法事件は、私の経験でも殆どありませんでしたし、総数も少ないことは明らかだと思います。最近になって、判例時報で「法曹実務にとっての近代立憲主義」という特集が組まれました<sup>29</sup>。実は、法曹実務家にとって、憲法という法律はさほど得意ではなく、まだまだ不勉強ということを現しているように思います。そして、行政事件についても、憲法事件よりは件数は多いと考えられますが、民事事件や刑事事件と比較すると、憲法事件と同じような傾向があると思われます。

阪口教授：実際の事件の件数はどうなっているのですか。

吉田（弁護士）：行政事件の新受件数は、平成22年は上告事件は471件、上告受理事件は503件、平成24年は上告事件399件、上告受理事件は471件、平成26年は上告事件は470件、上告受理事件は528件となっています。ちなみに、民事事件の新受件数は、平成22年は上告事件は2036件、上告受理事件は2485件、平成24年は上告事件は2256件、上告受理事件は2843件、平成26年は、上告事件は1957件、上告受理事件は2527件となっています。なお、刑事事件の新受件数は、平成22年は2192件、平成24年は2189件、平成26年は1906件となっています<sup>30</sup>。もっとも、国家賠償事件は、民事事件の中に含まれています。

小杉（弁護士）確かに、法律実務家は、憲法や行政法については、民事事件、刑事事件と比べると、勉強不足の感があるように思います。

吉田（弁護士）：大規模裁判所には行政部がありますし、最高裁には上席調査官として民事・刑事と並んで行政もありますから、裁判所においては、相応に行政事件にも対応していると思われます。それでも、民事事件や刑事事件と比較すると、層の薄さは否めないのではないのでしょうか。実際に、塚田国賠事件の地裁判決と高裁判決は、到底行政事件に詳しい裁判官が判断したとは思われません。最高裁には、現在、15名の裁判官がいますが、出身別に分けられていて、学者枠として1名の枠があるとされています。学者の最高裁裁判官は、実務家の層が薄い公法系の分野の研究者が適任ではないのでしょうか。これまでも、比較的、公法系の研究者が学者枠

として最高裁裁判官に就任していましたが、この点については適切な対応だったと思います。そして、個人的には、常に、一人の公法系の研究者が最高裁裁判官となっていた方が良いように思いますが、いかがでしょうか。そのためには、学者枠を増やす必要があるのかも知れませんね。

## 15 最高裁判所の現状はどうなっているのかな？

吉田（弁護士）：話をもとに戻したいと思います。最高裁は、本件のように、本来取り上げるべき憲法問題が含まれる事案を取り上げなかったということ、また、最高裁だけが、実質的に何らの理由を述べることなく三行半判決を出し続けていることなどの状況を見ると、そもそも、最高裁は適切に機能しているのかという疑問が生じます。

大学院生 A：でも、最高裁の裁判官は15名しかいないですよ。このような少人数では、行えることが限られてしまうのではないですか。

大学院生 E：最高裁の裁判官の人数が15名なのは、いつからなのかなあ。

弁護士 A：日本国憲法が制定された時から変わっていません。

大学院生 B：最高裁はとても忙しいといわれていますが、どうして、そのような状況になったのですか。

吉田（弁護士）：日本国憲法が制定された際、それまでの大審院と比較して、多様な機能を負うことになったからとされています。日本国憲法によって、最高裁は違憲審査機能を持つことになり、また、重要な法解釈の統一という法律審としての機能を大審院から引き継ぎました。さらに、それまでは行政府内で行われていた行政事件も担当することになり、加えて、裁量によってですが、一部の刑事事件については事実審としての機能も持っている状態です。

大学院生 E：飛躍的に最高裁の機能が増えたんだ。

吉田（弁護士）：ところで、大審院には何人の裁判官がいたのか知っていますか。

大学院生 C：え～。全く分かりません。最高裁になって大審院より仕事

「傍聴人に聞こえない証人尋問」国家賠償請求事件～最高裁判所決定を受けて～

が増えて、裁判官が15名となったのだから、15人よりは少なくても10人くらいなのかしら。

吉田（弁護士）：私も、塚田国賠事件で上告棄却となった後、最高裁について調べたときに分かったのですが、実は大審院の裁判官は50名くらいいたそうです。

大学院生 ABC：えっ！？ そんなに多かったのですか。

吉田（弁護士）：私も、それを知った時には驚きました。大審院時代は約50名の裁判官によって、当時の大審院が担っていた法律審の機能を果たしていたのです。そうすると、現在の最高裁が多様な機能を担っていることから考えると、最高裁の裁判官数が少な過ぎることは明らかだと思います。

大学院生 C：それはそうですね。

## 16 戦後直後には最高裁判所の機構改革の議論があった

大学院生 D：これまで、最高裁の裁判官の数を増やそうとか、最高裁の機能を再検討したことはなかったのですか。

吉田（弁護士）：昭和27年には、最高裁の1年間の新受件数が1万件を超え、未済件数が7700件に達したことから、その後数年間にわたり、本格的に最高裁の機構改革について議論がされたようです。

大学院生 D：その結果、どうなったのですか。

吉田（弁護士）：日弁連の意見書が発表され、それが議論の切っ掛けになり、国会に法案まで提出されたのですが、最高裁、法務省、日弁連の意見が対立し、最終的に廃案となりました。また、数年後には最高裁の未済件数が大幅に減少したことから、その後、最高裁の機構改革の議論は下火になったといわれています。

大学院生 D：その際の議論はどのようなものだったのですか。

吉田（弁護士）：様々な意見があったようですが、いずれも違憲審査に関与する裁判官の数を減らして10名以下とし、民事・刑事・行政事件の上告審の裁判官を大幅に増員して、例えば30名以上にするという内容だった

ようです。<sup>31</sup>

### 17 上告理由の制限をして最高裁の過重負担を軽減しようとしたことがあった…でもダメだった

大学院生 E：その後は、最高裁の機構改革の議論はされなかったのですか。

吉田（弁護士）：その後も、最高裁が機能していないのではないかと、特に、最高裁に求められている違憲審査機能が適切に行使されていない、司法消極主義に過ぎるという議論は常にありました。このような状況に陥った原因は様々なものがあるとされていますが、憲法違反を主張しながらも、実質的には法令違反を主張しているに過ぎない事件、すなわち、上告審、法律審としての判断を求める事案が多すぎ、最高裁はその事件処理に忙殺され、違憲審査機能を果たせていないといわれていました。

小杉（弁護士）：そこで、平成8年に民訴法の改正が行われました。平成8年より前の民訴法は、「憲法違反のほか、広く原判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反が上告理由として規定されて」いましたが、「最高裁判所が、憲法問題や重要な意義を有する法令解釈の問題について速やかな判断を示し、その本来の職責を十分に果たすことができるようにするため」に、「上告理由を憲法違反と法令違反のうち重大な手続法違反」に制限しました。<sup>32</sup>平成8年の民訴法改正より前の最高裁の状況については、「裁判官の処理能力を遥かに超えており、すでに危機的な状況にある」と表現されていました。<sup>33</sup>

大学院生 E：その結果、上告される事件数は減ったのですか。

吉田（弁護士）：いいえ。それどころか、現在では、平成8年当時より増えている状況です。最高裁自身、平成23年の時点で、「上告受理申立事件の件数のみをみても、平成22年においては、現行民事訴訟法（筆者注：平成8年改正民訴法）施行前の上告事件の件数を超えている上、これに加えて、現行民事訴訟法施行後の上告事件の件数も、施行直後の平成10年及び平成11年は減少傾向にあったものの、平成12年には増加に転じ、平成22

年においても依然として高水準」にあるとし、「現行民事訴訟法の趣旨にかなっていないのではないかと考えられる」としています<sup>34</sup>。そして、平成27年7月、最高裁は、第6回の「検証結果の報告書」を公表しましたが、平成26年の上告受理申立事件と上告事件の新受件数は、平成22年の数字とほぼ同じ水準でした<sup>35</sup>。なお、上告事件のうち8割程度は、上告受理申立ても行っている状況です<sup>36</sup>。

大学院生 E：そうすると、現在でも、平成8年ころと同様に、最高裁は処理能力を超えており、危機的状況にあるとされた状況に変化はないのですね。

## 18 最高裁は機構改革しなければダメだよね

大学院生 B：この状況について、最高裁は、どのように考えているのかなあ。

吉田（弁護士）：最高裁は、「上告事件の大半が決定により棄却されている上、上告受理事件も、その大半が上告不受理決定により終局していること等に照らすと、最高裁判所における力の相当程度が、真に重要な法律問題を含まない上告事件や、単なる認定非難をいうものにすぎず重要な法律問題を含まない上告受理事件の処理に割かれている可能性があるようにも思われる」とし、これらの状況からして、最高裁が「真に重要な法律問題を含む事件の審理を迅速に行うことに困難が生じる可能性も否定できないように思われる」としています<sup>37</sup>。

塚田（原告）：最高裁の分析では、本件であっても、「真に重要な法律問題を含まない上告事件や、単なる認定非難をいうものにすぎず重要な法律問題を含まない上告受理事件」に分類されており、最高裁のこの現状分析も、必ずしも適切でない可能性もあると思います。本件のように、上告事件として判断すべき事件や上告受理すべき事件を、新受件数が多すぎて処理しきれないとして、最高裁としての判断を示すことなく処理している事案も多数ある可能性が非常に高いと思います。

大学院生 B：そうだとすると、最高裁として、このような認識を持っているのなら、最高裁は、このような状況を変えるために、何らかの行動は取ったのでしょうか。

吉田（弁護士）：上告理由の制限を行った平成8年の民訴法の改正後は、具体的には何らの対応を行っていないとあって良いでしょう。平成11年以降、司法制度改革が行われて、知的財産高等裁判所が設置され、刑事裁判では裁判員制度が創設され、法科大学院制度・新司法試験の導入、法テラス・公設事務所の設置等様々な改革が行われました。司法制度改革審議会の意見書では、「憲法は、国会、内閣と並んで、裁判所を三権分立ないし抑制・均衡システムの一翼を担うにふさわしいものとすべく、民事事件、刑事事件についての裁判権のほか行政事件の裁判権をも司法権に含ませ、更に違憲立法審査権を裁判所に付与した（81条）。裁判所は、これらの権限の行使を通じて、国民の権利・自由の保障を最終的に担保し、憲法を頂点とする法秩序を維持することを期待されたのである。裁判所がこの期待に応えてきたかについては、必ずしも十分なものではなかったという評価も少なくない<sup>38</sup>」とし、最高裁が司法消極主義であったとの認識を示しています。そして、「違憲立法審査制度については、この制度が必ずしも十分に機能しないところがあったとすれば、種々の背景事情が考えられるが、違憲立法審査権行使の最終裁判所である最高裁判所が極めて多くの上告事件を抱え、例えばアメリカ連邦最高裁判所と違って、憲法問題に取り組む態勢をとりにくいという事情を指摘しえよう。上告事件数をどの程度絞り込めるか、大法廷と小法廷の関係を見直し、大法廷が主導権をとって憲法問題等重大事件に専念できる態勢がとれないか、等々が検討に値しよう<sup>39</sup>」とされています。にもかかわらず、最高裁判所の機構改革については、司法制度改革でも全く手をつけられないまま現在に至っています。

大学院生 E：じゃあ、平成8年の民訴法改正から約20年間、ずっと放置されてきたままなんですね。なんだか無責任な対応のような気がするなあ。

吉田（弁護士）：最高裁判所の機構改革は、必要不可欠です。憲法問題



として取り上げて判断すべき本件さえも、憲法判断を回避しています。司法消極主義に対しては様々な評価があるでしょうが、いずれにせよ、最高裁が憲法問題や重要な法律問題が含まれた事件に十分に力を注げるような態勢を作り上げることが必要です。

## 19 国民のニーズに合わせた形で最高裁の機構改革をしないとダメだよね

大学院生 C：そのための方法として、最高裁への上告制限をするという形で、最高裁が処理すべき事件数を減少させるべきなのでしょうか。

吉田（弁護士）：私個人としては、現在の状況以上に最高裁が上告制限をして、上告される事件数を減少させることは反対です。平成8年に民法を改正して、上告制限を試みましたが、結局は、その効果は全くなかったといって良いでしょう。このことは、何を意味しているのでしょうか。私は、最高裁には、法律審として上告審として、一般の民事・刑事・行政事件の最終審としての判断が期待されている、すなわち、このようなニーズが国民にあることを示していると思います。

大学院生 B：でも、最高裁の機能について、国民のニーズの有無によって決めて良いのでしょうか。

吉田（弁護士）：単に、ニーズがあるということだけで決めるべき問題ではないかも知れません。ただ、最高裁の在り方として、現在の最高裁の裁判官数で処理できる程度の事件数に受理事件数を減少させるべきという考え方は、本末転倒です。最高裁がどうあるべきかは、司法のあり方、日本がどのような国家を目指すのかということの関連で検討されるべきものです。司法制度改革審議会意見書では、「21世紀の我が国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う国家への過度の意依存体質から脱却し、自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められている。国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、国民が、自律性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加することが期待される」とし、「司法

がその機能を十全に果たすためには、国民からの幅広い支持と理解を得て、その国民的基盤が確立されることが不可欠<sup>40</sup>としています。そして、司法制度改革は、「我が国の司法がその役割を十全に果たすことができるようにし、もって自由かつ公正な社会の形成に資することを目標として行われるべきものである」とされ、「第一に、『国民の期待に応える司法制度』とするため、司法法制度をより利用しやすく、分かりやすく、頼りがいあるものとする」とし、「民事司法については、国民が利用者として容易に司法へアクセスすることができ、多様なニーズに応じた適正・迅速かつ実効的な救済が得られるような制度の改革が必要である<sup>41</sup>」としています。

大学院生 A：そのような趣旨によって、その後の司法制度改革が行われたのですね。

小杉（弁護士）：司法制度改革によって創設・設置された具体的な制度についての評価には様々なものがありますが、この総論部分については、さほどの異論はないように思われます。

吉田（弁護士）：意見書で述べている「国民の多様なニーズに応じた適正・迅速かつ実効的な救済が得られるような制度」とは、裁判外の紛争解決手段（ADR）の拡充・活性化を指しているのですが、司法制度改革が目指した国民に対する司法サービスの向上という視点から考えれば、国民のニーズを無視して、最高裁の機構改革を考えることはできないはずです。国民のニーズに合わせた形で最高裁の機構を再構築すべきです。そのためには、どのような制度・機構とするのかについては様々な意見があると思いますが、少なくとも、上告審の機能を十全に果たすべく、大幅な裁判官の増員は不可欠であり異論はないと思います。

渡辺教授：最高裁の改革については、これまでもいろいろな提案がありました。しかし、最もささやかにみえる、各裁判官専属の調査官（ロークラーク）を一人でも配置するという提案<sup>42</sup>でさえ、仮に最高裁がそれを採用したとしても、実現はそう簡単ではないようです。裁判所は独立を手に

入れた代わりに政治家の後ろ盾もなく財務省と予算折衝しなければならなくなった、という事情があるためです。弁護士さん方からの支援も必要なのではないかと思えます。

## 20 最高裁が実質的に検討しなかった理由は何だったのか

阪口教授：さて、最高裁は、本件について憲法判断をしませんでした。その原因は何だったのでしょうか。

塚田（原告）：私としても、最高裁に、この点を尋ねたい気持ちで一杯です。

吉田（弁護士）：これまでの議論で明らかなように、地裁判決や高裁判決は、原告の主張に対して誠実に応答したものではありません。原告の主張を曲解し、それに対して判断しているに過ぎないものです。賢明で優秀な最高裁の裁判官や調査官は、当然、この点に気がつき、原告の主張する内容を理解したはずです。そうだとすると、憲法判断をしたくなかったからということになると思います。

大学院生 E：憲法判断をしたくなかった理由とは何なのかなあ。

大学院生 C：憲法論に入ってしまうと、憲法違反であることを認めざるを得なくなるため、それを回避したということでしょうか。

大学院生 F：憲法や法律を守るべき裁判官が、憲法違反を行ったことを、裁判所として認めたくないということなのかな。確かに、違法な訴訟指揮を行ったというのと、憲法違反の訴訟指揮をしたのとでは、大きな違いがあると思います。

塚田（原告）：レペタ事件では、最終的には、国家賠償法上の請求は認めませんでしたし、一律にメモを取る行為を禁止した裁判長の措置についても、合理的根拠を欠いた法廷警察権の行使であるとか、配慮を欠いていたとは述べていますが、違憲とも違法とも述べていません。ところが、本件では、裁判長の措置は、遮へい措置とビデオリンク方式を併用した証人尋問としては刑訴法に違反して違法となりますし、さらに、憲法違反と

なってしまうことから、上告棄却との判断をすることによって、それを避けたということのように思えます。

吉田（弁護士）：日本の裁判官はキャリア・システムが採用されています。また、刑事裁判官の数は、民事裁判官の数より少ない状況ですから、本件のさいたま地裁の裁判長は、刑事裁判官であれば、誰でも知っていると思われますし、裁判官出身の最高裁判官も調査官も、皆、この裁判官のことを知っていると思います。

大学院生D：仮に、そうだとすると、裁判所は、身内を庇ったということになってしまいます。そんな、アンフェアなことが許されるのでしょうか。

## 21 自分が行ったことについて自分が適切に判断できるのかな

吉田（弁護士）：レバタ事件と比較すると、本件は全国的な問題ではないでしょう。レバタ事件当時、日本中の裁判所で傍聴席でメモを取ることは一律禁止とされていたため、最高裁としては、傍聴制度全体の問題として対応する必要があったと思います。ところが、日本中のほとんどの裁判所では、目で見て耳で聞こえる状況で審理が行われており、遮へい措置とビデオリンク方式の併用という形の証人尋問の数は、証人尋問全体の数からすると多いとはいえ、本件は、その際に、偶々一人の裁判長が行った措置に過ぎないので、最高裁として、取り上げる必要がないと考えたのかも知れません。

大学院生F：しかし、憲法違反の事実が存在したにもかかわらず、最高裁に、その事案を取り上げるか否かを裁量によって決める権限があるとは考えられません。民訴法325条は、上告理由があるときは、上告裁判所は、原判決を破棄「しなければならない」と規定されており、「することができる」とは規定されていません。

小杉（弁護士）：最高裁は、結局は、この高裁判決を認容しました。最高裁の機能としては、違憲審査機能の他に最終審として誤った高裁判決を是正する機能があるはずです。最高裁は、本来行うべき職務を放棄してし

まった、あるいは、暴走してしまったといえるのではないのでしょうか。しばしば、議員定数不均衡の問題について、裁判所が違憲状態であるとの判断を下しても、国会において、なかなか抜本的な改革ができないことについて、自らを律することは難しいなどと言われていました。しかし、それは国会のみにいえることではなく、裁判所にも同様に言えるような気がします。裁判所も、少なくとも、裁判所自らのことについては、冷静に判断する能力がないということを表しているように思います。

吉田（弁護士）：自らの行為について、自らが適切に判断できるかという根源的な問題もあるように思います。権力分立に関して、「権力が法に服するという意味での法の支配を実現するためには、第一に、権力が自己の服すべき法を自ら制定するということであってはならず、さらに、第二に、法に服したかどうかの最終的な判断件は、法に服すべき本人に与えられてはならない。服すべき法は、自己の意思では自由にならないものとして予め存在していなければならず、その法を守ったかどうかは、第三者によって判断されるべきなのである。ここに、法を制定する権力（立法権）と法を執行する権力（執行権）、そして、その執行の法適合性を判断する権力（裁判権）が分離されてくる理由の一つがある」とされています<sup>44</sup>。本件は、裁判所という公権力が行ったことについて、裁判所が、その行為の法適合性を判断していることとなります。裁判所のみが、立法・行政・司法の三権の公権力の中で、自ら行ったことについてまで、法適合性を判断できるシステムになっているのです。

大学院生 E：これまで、このようなことが問題とされたことはなかったのですか。

塚田（原告）：特に、なかったように思います。そもそも、裁判所が不公平な判断をするはずはない、裁判所とは、「公平な第三者」の立場で判断すると信じられており、これまで、それを疑ってこなかったようにも思います。

吉田（弁護士）：司法制度改革審議会の意見書には、司法の役割につい

て、「法の支配の理念に基づき、すべての当事者を対等の地位に置き、公平な第三者が適正かつ透明な手続により公正な法的ルール・原理に基づいて判断を示す」ことが求められているとされています<sup>45</sup>。しかし、このような地裁、高裁、最高裁の判断をみると、裁判所が「公平な第三者」なのであろうかという疑念が生じてきます。そもそも、アприオリに、所与の前提として、裁判所は「公平な第三者」と考えること自体が適切なのかということにもなりかねません。

塚田（原告）：それこそ、最高裁自身が、司法に対する信頼を失墜させ、司法に対する国民的基盤の確立を妨げることを行っているのではないのでしょうか。裁判所が、裁判官のミスを認めたくないという目先の利益を求めることによって、より大きなものを失うことになったように思います。このような裁判所の判断が続けば、そもそも、裁判所や裁判官を相手方とする紛争については、現在の裁判所には、その適法性や違憲性を判断する資格がないという意見が出てきても不思議はないですよ。

吉田（弁護士）：翻って考えてみると、裁判所が「公平な第三者」でないことは、過去にもあったことですよ。我が国でも戦前の一時期には、裁判所は「公平な第三者」ではなく、政治犯に対して密室裁判を行っていたことがあります。欧米諸外国でも、歴史的には、裁判所が「公平な第三者」でなかったことがあったとされています。現在でも、裁判所が「公平な第三者」とは考えられていない国々が多数あるといわれています。裁判所が「公平な第三者」であるということを、もう一度考え直す必要があるのかも知れません。裁判所が「公平な第三者」であることを担保するための制度を考える必要があるのではないのでしょうか。

## 22 紛争処理の形態は様々な方法が考えられる

大学院生 F：でも、裁判所や裁判官を相手方とする紛争について、裁判所以外に、紛争の適法性や違憲性を判断する機関はあるのですか。

吉田（弁護士）：憲法を前提とすると、最終的な適法性や違憲性の判断

は、最高裁判所で行わなければならないでしょう。しかし、現在でも、下級裁判所には一定の事件の審判などに限って権限を持っている裁判所がありますよね。

大学院生 F：家庭裁判所のことですか。

吉田（弁護士）：はい。司法制度改革によって、知的財産高等裁判所も設置されました。もっとも、知的財産高等裁判所は、東京高等裁判所の特別の支部という形のようなようです。また、大規模な裁判所には、一定の事件を専門に扱う専門部もあります。例えば、行政部や商事部や保全部や労働部などです。

大学院生 B：そのような部があるということも聞いたことがあります。

吉田（弁護士）：例えば、裁判所や裁判官を相手方とする紛争については、下級裁判所として、このような特殊な裁判所や特別の専門部が、適法性や違憲性を判断するということは、憲法上、不可能ではないと思います。そして、その特殊な裁判所や特別の専門部の裁判官は、例えば、弁護士の非常勤裁判官が担当するとか、その事件に関してのみ指定された弁護士が非常勤裁判官として、裁判官の職務を遂行するという方法も考えられると思います。

小杉（弁護士）：現在、検察審査会法が改正され、平成21年から、検察官が不起訴処分にした事件について、検察審査会が起訴議決をした場合には、検察官ではなく、弁護士の中から指定弁護士が指定され、その指定弁護士が公訴提起とその後の公訴維持の検察官の職務を行うことになっています。また、公務員職権濫用罪や特別公務員暴行陵虐罪などについて、検察官が不起訴処分をした際、告訴人・告発人は、裁判所に付審判請求をすることができ、裁判所が付審判決定をした場合には、公訴提起があったものとみなされ、弁護士の中から指定弁護士が指定され、指定弁護士が、その後の公訴維持の検察官の職務を行うことになっています。

大学院生 E：指定弁護士については、最近、新聞に出ていました。

吉田（弁護士）：検察官の職務は常に検察官のみが行う、裁判官の職務

は常に裁判官のみが行うと考える必要はないのかも知れませんね。

### 23 司法の根幹部分についての最高裁の判断はより保守化している

大学院生 F：近年、最高裁は、在外邦人選挙権剥奪違法確認訴訟<sup>46</sup>、婚外子国籍取得訴訟<sup>47</sup>、非嫡出子相続訴訟<sup>48</sup>で違憲判決を下しました。平成27年12月16日には、民法733条1項の再婚禁止期間につき100日を超える部分について違憲判決を下しました。また、刑事事件では、殺人・放火事件で、高裁段階で死刑判決が下された事件で事実誤認を理由として破棄差し戻し判決を出したり<sup>49</sup>、痴漢事件で事実誤認を理由として無罪判決を出しています<sup>50</sup>。にもかかわらず、どうして、本件では、このような結果になったのでしょうか。

小杉（弁護士）：また、最近、最高裁は、原々審が認めた保釈や勾留請求却下を原審が変更したことについて、原判決を破棄するという決定を出しています<sup>51</sup>ね。

吉田（弁護士）：最高裁は、極端な司法消極主義から脱しつつあるのかも知れません。また、司法という一定の枠組みの中では、下級審の裁判官の手続違反や判断の誤りについては、従前と比較すると、積極的に指摘するようになってきたと思います。しかし、司法権の根幹にかかわる部分においては、従前とほとんど変化していない、それどころか、本件で見られるように、より保守的になってきた、より官僚主義化した、より他者からの批判を受け付けなくなってきたと考えられます。少なくとも、裁判の公開という司法の根本的な問題については、最高裁を含めた裁判所の対応は、平成元年のレパタ事件判決から大きく後退したことは確かです。

### 24 極端な司法消極主義と裁判官の官僚主義の弊害が本件の原因だ

大学院生 A：裁判所が、憲法判断を回避したり、憲法違反の主張を認めなかった、根本的な原因は何なのでしょう。

吉田（弁護士）：私は、極端な司法消極主義と裁判官の官僚主義の弊害



だと考えています。

大学院生 A：先程の司法改革審議会意見書でも触れられていましたが、現在の最高裁は司法消極主義だということは良く聞いています。

吉田（弁護士）：現在の最高裁が司法消極主義であるとの評価については、異論はないでしょう。司法消極主義となった理由としては、様々な点が指摘されています。先程議論したように、最高裁に係属する事件数が多すぎて過重負担であることがあります。さらに、内閣法制局等の事前審査により法令のチェックがなされていること、とるに足らない違憲理由が多く、裁判官のうちで憲法的な主張を軽視する気持ちが強くなること、現在の裁判所制度が統一的なヒエラルヒーを形成する一元的な制度であること、日本の精神的風土として「和」の精神が尊重され、三権分立の中で立法部や行政部の判断をできるだけ尊重しようとする体質があること、法律家、特に実務法律家は、一般的に法的安定の確保を目的とし、既成事実を尊重し原状変更を好まないこと、裁判官は、ドイツ流の明確な概念構成、緻密な理論構造を好み、憲法判断に親近性を感じないこと、理想的な裁判官像として「顔の無い裁判官」が求められていると思われること、最高裁裁判官は民事刑事の実務には精通しているが、憲法事件には必ずしも通じておらず、かえって憲法問題は「お荷物」と解されているのではないかということなどです。<sup>52</sup>

大学院生 A：様々な理由が考えられるのですね。

吉田（弁護士）：司法消極主義の最も大きな原因と考えられる最高裁の過重負担については、最高裁の機構改革を行って対応すべきであることは、先程述べたところです。また、最高裁裁判官は必ずしも憲法事件に通じていないという点も、先程述べたとおりです。そして、これらの司法消極主義の様々な理由のうち、最高裁の過重負担と内閣法制局等の法令チェック、さらに、最高裁裁判官が必ずしも憲法に詳しくないことを除くと、実はその殆どは裁判官の意識や発想に根ざしているということに気がつきます。裁判官は憲法的な主張を軽視する気持ちが強くなるという点、

現在の裁判所制度が一元的な制度という点、「和」の精神が尊重され、立法部や行政部の判断をできるだけ尊重しようとする体質があるという点、実務法律家は、一般的に法的安定の確保を目的とし、既成事実を尊重し原状変更を好まないという点、裁判官は、ドイツ流の明確な概念構成、緻密な理論構造を好み、憲法判断に親近性を感じないという点、理想的な裁判官像として「顔の無い裁判官」が求められていると思われるという点は、いずれも、裁判官の意識や発想の問題と集約することができるのではないのでしょうか。

大学院生 A：裁判官は、どのような意識や発想を持っているのでしょうか。

吉田（弁護士）：私は、最高裁の裁判官に限らず、裁判官の中で、特に職位・階位が高い裁判官の中には「日の丸を背負っている」という意識・感覚を持っている人が相当数いるのではないかと考えています。自らの判断によって、日本やその業界が変わるかも知れない、日本の治安状況が悪化するかもしれないという意識、また、逆に、自分が日本やその業界を動かしている、自分が日本の治安を守っているという意識・自負があるのではないかと考えています。このような意識は、「公平で中立的な第三者」の立場と矛盾する場面が出てくると思います。必要以上に現状変更に抑制的になったり、また、行政庁の立場と類似した発想を持つことにより、行政庁の判断を尊重することに繋がるように思います。

小杉（弁護士）：また、「日の丸を背負っている」という意識とは逆ですが、裁判官自身が、公権力を行使していることに対する意識や謙虚さがないことを挙げるができると思います。多数の案件を判決や和解という形で処理するという日常を繰り返していると、自らが公権力を行使しているという感覚を失ってしまい、麻痺してしまう。裁判という形の公権力を行使し、それが間違った場合には、国民の権利や自由を侵害することに繋がるという意識が希薄となっているのではないのでしょうか。

吉田（弁護士）：このような状態に陥ることの最大の原因は、裁判官が、裁判官としての立場しか知らない、裁かれる立場に立ったことがない

ことが、その一因と思われます。いずせにせよ、裁判官の意識の問題があると思われます。そして、裁判官の意識の中には官僚主義の弊害という問題があると思います。

## 25 官僚制ってどんなことなのかな

大学院生C：官僚主義の弊害とは、どのようなことなんですか。

吉田（弁護士）：官僚制の検討・分析に大きな影響を与えたのはマックス・ウェーバーとされています。マックス・ウェーバーは、官僚制を最も合理的な支配形態としています。その理由は、規則によって業務を遂行することにより、大量の業務を個人的な判断に左右されずに、画一的、持続的に処理できること、明確で合理的な分業と専門家による業務遂行によって、高度で正確、効率的、継続的な行政が可能となること、役割が階級で整然と決まり、権限が上下に分配されて、上位者が下位者を統制することにより、一元的な秩序が形成され組織が安定化すること、文書による伝達により、必要事項を漏れなく正確な指示ができること、資格に基づく採用や昇進、身分や年功に応じた俸給、身分保障などにより、恣意的な降格や解任を排除し、職務への献身、組織への忠誠心、連帯感が生じること、没主観的で誠実な業務を執行することにより、個人的・感情的な要素を排除し、能率的で公正さが保障されることなどとされています。そして、官僚制は、比較的規模の大きい集団や組織における管理・支配のシステムであり、行政府だけでなく、企業、労働組合、政党等の組織にもみられるとされています。<sup>53</sup>なお、官僚制を検討する際は、行政府の官僚が念頭において述べられています。

塚田（原告）：日本の裁判所はキャリア・システムを採っています。マックス・ウェーバーが述べるころの官僚制に該当します。

大学院生B：キャリア・システムとは、どんな制度なのですか。

吉田（弁護士）：キャリア・システムとは、一般的には、公務を生涯の職業として保障する制度と説明されています。主として行政庁の公務員に

ついて、現代国家においては行政機能の拡大と行政内容の複雑化・専門化が生じたため、行政の安定的・継続的な運営のためには、専門的知識と能力を備えた公務員が必要となったことから、キャリア・システムが必要とされたとされています。日本の裁判官制度は、公選制ではなく任命制となっており、しかも、法曹資格を取得した後に弁護士や検察官などの他の法律職に就くことなく、はじめから裁判官に任命され、裁判所の組織の中で養成され、順次昇進、昇給するシステムになっており、これをキャリア・システムと呼んでいます。

大学院生B：ところで、官僚制とは、マックス・ウェーバーが述べたように良いことばかりなのですか。

## 26 官僚主義の弊害って何なの？

吉田（弁護士）：官僚制には逆機能があるとされています。この点を指摘した代表的な人がロバート・キング・マートンです。マートンは、官僚制には、画一的で公正な執行のために規則に基づいて業務を行っているにもかかわらず、目的と手段が転倒して規則の遵守が絶対的となり、規則万能の形式主義や杓子定規で融通のきかない対応となったり、前例踏襲の保守的傾向となったり、創意工夫が欠如し、また、新奇なものに対する抵抗が生じたりすること、官僚組織内においては、組織への忠誠心や連帯感情により、官僚組織の存在意義が自己保存や自己肥大に傾く傾向があり、身内に対しては情緒的な同調や規則の解釈を歪曲することがあり、また、全体の利益より自らが所属する組織の利益が優先され「省益あって国益なし」といわれるようなセクショナリズムとなること、また、傲慢な態度をとったり、秘密主義に陥ることなどがあるとされています。<sup>54</sup>

大学院生B：マックス・ウェーバーとマートンが述べている内容は、全く逆ですね。どのように評価すれば良いのでしょうか。

吉田（弁護士）：結局、マックス・ウェーバーとマートンが述べていることは、いわばコインの表と裏の関係にあり、いずれも官僚制の特徴を述

べているものと評価されたり、マックス・ウェーバーは官僚制の理念型を述べたのであり、マートンは官僚制の現実的なモデルを述べたものと評価されたりしています。いずれにせよ、官僚制の逆機能については、それを克服するよう努力する必要があるとされています。

大学院生 B：そのことと、本件とは、どのような関係にあるのですか。

吉田（弁護士）：本件は、まさに、官僚制の逆機能で述べた自己保存やセクショナリズムの典型ではないかと思います。裁判官が違憲、違法なことを行つたと判断したくないために、地裁と高裁では、原告の主張をねじ曲げて解釈して憲法違反ではないと判断し、最高裁は、上告棄却・上告不受理として憲法判断や法律判断を回避する方法で、高裁の判断を追認しました。目先の同僚の裁判官が違憲・違法なことを行つたと判断したくないために、本来、裁判所に求められている「公平で中立な立場」での適正な判断も、違憲審査権の行使もしなかったのです。省益あって国益なしと同じではないでしょうか。

大学院生 B：そのとおりだとすれば、重大な問題ですね。

吉田（弁護士）：官僚主義の弊害は、極めて根深いものがあると思います。なぜなら、その組織の中にいる者は、自らの発想がその弊害に基づくということに気がつかないことが多いからです。また、それに気がついたとしても、自らの立場を変えたくないという発想から、敢えて、自らが持っている特権的な立場を放棄しようとは考えないからです。

## 27 司法制度改革では裁判官改革は行われなかったの？

吉田（弁護士）：このように考えると、裁判官改革をして、裁判官の官僚主義の弊害を除去する必要があると思います。司法制度改革審議会意見書も、「制度を活かすもの、それは間違いなく人である」と述べているところ<sup>55</sup>です。

大学院生 C：司法制度改革では、裁判官改革は行われなかったのですか。司法制度改革では、私が学んでいる法科大学院が設置されるなど法曹

養成制度が改革され、司法試験も新しい制度となり、法曹人口も大幅に増やされたと聞いています。

吉田（弁護士）：司法制度改革では、裁判官改革も行われました。裁判官の給源の多様化・多元化として弁護士任官の推進、非常勤裁判官制度、判事補の弁護士職務等の他職経験制度が導入されました。

小杉（弁護士）：しかし、弁護士任官制度によって弁護士から任官した裁判官の数は、裁判官全体の人数からすると極めて僅かな人数に過ぎません。弁護士等他職経験をする期間は原則として僅か2年間に過ぎず、職務経験をする人数も、裁判官全体の人数からすると僅かな人数に過ぎない状況です。また、非常勤裁判官制度は、任期が2年の民事調停官と家事調停官で、判決手続を担当するものではありません。

大学院生C：それ以外にはないのですか。

小杉（弁護士）：さらに、裁判官の任用手続の見直しとして下級裁判所裁判官指名諮問委員会が設置され、裁判官の人事評価制度の透明性・客観性の確保として下級裁判所の裁判官に対する人事評価制度が公式に導入されました。

吉田（弁護士）：下級裁判所裁判官指名諮問委員会の設置や裁判官の人事評価制度の導入については、裁判官の人事の客観化・透明化を目指すものとして一定の評価をすべきだと思います。また、今後、同委員会や人事評価制度が適正に運用されていくことを監視する必要があると思います。

大学院生C：これらの制度によって、裁判官の官僚主義の弊害を除去することができるのですか。

吉田（弁護士）：いいえ。これらの制度は、いずれも裁判所内部における裁判官の任用や昇進・昇給の際の手続や基準を定めたものに過ぎず、キャリア・システム内での改善策です。裁判官の任用手続にせよ人事評価にせよ、裁判所内部の司法行政に関わる事項であって、最終的には、最高裁判所が権限を持っているものです。仮に、その権限の一部を分権して別組織の委員会等に権限を委譲しても、最終的には、最高裁判所以外の組織

がこれらの権限を持つことは考えられないでしょう。そのため、これらの制度は、運用次第によっては、最高裁により、以前より自由に任官や再任拒否ができるようになったとの評価もあり<sup>56</sup>、かえって最高裁による裁判官の支配が強化され、裁判官の官僚化がより進行する危険もあるとも考えられます。したがって、これらの制度は、直截に官僚主義の弊害の除去には繋がらないと考えられます。より抜本的な裁判官改革が必要です。

## 28 司法制度改革の裁判官改革の議論はどのようなものだったの？

吉田（弁護士）：司法制度改革審議会の裁判官改革の議論は、必ずしも、現在の裁判官制度の問題点を直視しているものではなかったように思います。司法制度改革審議会では、現在の裁判官のキャリア・システムについて、評価する意見と評価しない意見との間で激しく様々な議論がなされました。ただ、突き詰めれば、官僚制に関するマックス・ウェーバーとマーソンの議論と同様で、結局は、キャリア・システムという官僚制の利点と欠点の両面を述べていたに過ぎないと評価できると思います。

大学院生 D：それは、どういうことですか。

吉田（弁護士）：例えば、現行のキャリア・システムにも、公正・廉潔、職業的訓練等のメリットがあるとの意見、世論調査の結果等を見ても、裁判の公平性・信頼性については、高く評価されているとの意見などは、まさに、官僚制の利点を述べているものです。現行のキャリア・システムでは、人材が育てられておらず、経済社会の変革に裁判がついて行っていないとの意見、裁かれる立場の経験のない者が裁かれる者に共感を持っていないとの意見、キャリア・システムの裁判官は立身出世に対する関心が強く、上を向いて裁判をする傾向に陥りやすいとの意見、政治的中立性の名の下に、個人の裁判官を組織の中に封じ込め、あるいは統制し、その独立性を侵していると感じられ、キャリア・システムの現状が裁判官の独立に不当な影響を及ぼしているのではないかとの意見などは、裁判所の判断が、前例踏襲の保守的傾向となっていたり、新奇なものに対する抵抗

が生じているのではないかと評価できると思いますし、また、裁判所の判断や裁判官の態度が傲慢なものとなっていると評価できると思います。結局、官僚主義の弊害を述べていると評価できるのではないのでしょうか。

大学院生 D：司法制度改革審議会では、どのような議論がなされたのですか。

吉田（弁護士）：司法制度改革審議会では、キャリア・システムか法曹一元かについては、諸外国の制度が法曹一元を採用している国とキャリア・システムを採用している国が相半ばしているという現状からすると、キャリア・システムが本来的に良くない制度とはいえないという意見など様々な意見が述べられました。キャリア・システムか法曹一元かと二律背反と捉えるべきではないとされ、結局、法曹一元論は棚上げされた形になり、その後の議論は、裁判官の任用手続や人事評価の点を除き、判事に任命される前の問題しか焦点が充てられず、判事補制度や特例判事補制度の議論に限られてしまい、そして、それで終わってしまいました。

大学院生 D：どうして、それ以上の議論にならなかったのですか。

吉田（弁護士）：このような議論になったのは、裁判所法42条1項に、「判事は、10年以上、判事補、検察官、弁護士などの法律職に在った者の中から任命する」と規定されていること、キャリア・システムか法曹一元かという議論が判事の任命の際の議論であったことなどが原因と思われます。また、キャリア・システムか法曹一元化かの議論の溝は深く、司法制度改革審議会としても、現在のキャリア・システムを解体して、一気に法曹一元に向かうことまでは想定していなかったということかも知れません。いずれにせよ、少し筋違いの方向へ議論が展開したのではないかと考えています。キャリア・システムを評価しない意見が述べている内容は、判事に任命される入口の際の問題だけではなく、判事に任命された後の問題も含まれていたと思われます。裁判官の官僚主義の弊害の克服という観点から考えると、判事になる前の判事補制度だけではなく、判事になった後のことも含めて検討すべきものです。したがって、裁判官全体に



対する改革が必要だと考えます。

## 29 最高裁は意図的に裁判官の官僚化を推進しているのかな

大学院生 B：裁判官の官僚主義の弊害の克服ということですが、最高裁は、意図的に、裁判官の人事や様々な施策を通じて、裁判官を支配して官僚主義を強化しようとしているのでしょうか。

吉田（弁護士）：現在の最高裁が、意図的に官僚主義を推進しているかどうかは明らかではありません。意図的に官僚主義を強化することまでは考えていないかも知れません。

小杉（弁護士）：歴史的には、意図的に、最高裁が官僚制を強化している時代があったとされています。昭和45年ころには、青年法律家協会（以下、青法協といいます。）に加入していた裁判官のうち多数の裁判官が青法協を退会したということがありました。さらに、昭和46年には、宮本康昭裁判官に対して、最高裁が再任を拒否しました。当時、最高裁が、任官拒否を含めた様々な人事上の不利益な取り扱いや、また、逆に人事上の有利な取り計らいをするなどして、青法協からの脱会工作をしていたとされています。

吉田（弁護士）：しかし、現在、最高裁が、意図的に官僚主義を推進していないのであれば、さらに、事態は深刻ということができるでしょう。

大学院生 B：どうしてですか。

吉田（弁護士）：既に述べたように、本件では、地裁、高裁さらに最高裁と、原告の請求を認めないという点では、一貫しており、ブレがありませんでした。そうだとすると、純粋無垢で優秀なエリートが裁判官に任官し、キャリア・システムの中で長年にわたって裁判所の組織の中で過ごすうちに、自然に、官僚主義の弊害が身に染みついたということになります。また、昭和の時代の裁判官と比較すると、現在の平成の時代では、権力的な発想を持っている裁判官の数は少なくなっているように思います。にもかかわらず、本件ではこの結果です。ますます、裁判官改革が、

特に裁判官の意識改革が必要だと思います。

### 30 どのような方法で裁判官改革を行うの？ 法曹一元しか方法はないの？

大学院生B：どのような方法で裁判官改革を行うのですか。法曹一元を実現するという方法なのですか。

吉田（弁護士）：私は、最終的には法曹一元を目指すべきと考えます。ただ、個人的には、現在の日本のシステムと法曹一元はあまりに制度が違いすぎて、我が国における法曹一元については、具体的なイメージが湧かないというのが正直なところだと思います。そして、法曹一元を実現するにしても、現在のキャリア・システムから移行するためには、その前提として様々な制度を準備する必要があると思われ、前提条件の整備にも相当長い年月が必要と思われと思います。したがって、裁判官のキャリア・システムが問題の根源であるとしても、二者択一的にキャリア・システムか法曹一元というのは短絡的ではないでしょうか。法曹一元には至らなくても、その前段階として、キャリア・システムを前提とした制度であっても、まだまだ、裁判官改革ができる余地は残っていると思います。

小杉（弁護士）：近年に法曹一元となった例として、オランダと韓国があると聞いています<sup>57</sup>。日本において、これらの国の例は参考にならないのでしょうか。

吉田（弁護士）：オランダや韓国の法曹一元への過程を分析・検討し、日本の法曹一元運動の参考にすることは必要なことだと思います。しかし、韓国やオランダを例にして、即座に、日本においても、法曹一元を実現できるとするのは、なかなか難しいのではないかと思います。

大学院生B：どうしてですか。

吉田（弁護士）：オランダは、もともと国家体制としても司法制度も中央集権ではないとされています。それと比較して、日本は正反対で、非常に中央集権的な政治体制であると思われと思いますし、また、国民の意識としても、中央集権的な意識が強く、必ずしも地方分権という意識は根付いてい

ないのではないかと思います。また、韓国の場合は、裁判所に対する大きな社会的不満を背景として、大統領の政治的決断で、法曹一元化への途を進んできたと考えられます。なお、現在の韓国の司法制度は、日本の司法制度より進んだものとなり、日本として見習うべきとの指摘もされていますね。

大学院生 B：それぞれの国には、それぞれの特徴があるのですね。

吉田（弁護士）：私が危惧するのは、法曹一元のみを主張することは、かえって、現在の問題のある裁判官制度を、結局は、そのまま温存してしまうことに繋がってしまうという現実があるからです。

大学院生 B：どういうことですか。

吉田（弁護士）：法曹一元が、弁護士会の意向だけで実現できるものではないことは明らかで、裁判所や法務省とも協力して制度を設計していく必要があります。ところが、現在の最高裁判所も法務省も、法曹一元については、積極的に評価しているとは考えられません。このような状況の下で、弁護士会のみが、いくら声高に法曹一元のみを叫んだところで、実現が厳しく、現状変更はできないこととなります。現状変更ができないということは、結果としては、問題のある裁判官制度を、そのままの状態で、現状維持を継続することに資することになってしまいます。勿論、法曹一元に向けて、様々な研究をしたり、法曹一元を具体化すべく工程を考えたり、法曹一元を前提とした様々な制度について検討することは必要不可欠ですが、他方において、キャリア・システムを前提としながらも、様々な改革案を示さなければならぬと考えます。

### 31 キャリア・システムを前提としても裁判官改革の方法は色々ある

大学院生 E：キャリア・システムを前提とした改革として、具体的には、どのような方法があるのですか。

吉田（弁護士）：特別な特効薬があるというわけではありませんが、次のように考えます。まず、官僚主義の弊害の克服という観点から考える

と、司法制度改革審議会でも議論された、裁く立場ではなく裁かれる立場を経験すべきとの意見は、極めて適切なものと思います。要するに、生涯にわたって同じ立場に属するのではなく、異なる立場に身を置くことが必要ということです。特に、正反対の立場に立つということは重要でしょう。その点で他職経験の制度には大きな意義があると思います。司法改革審議会の中で、「弁護士は一つのテリトリーの中でしか仕事をしないが、裁判官は多種多様な事件を取り扱っており、現場の裁判官は一生懸命その職務に精励しているのに、なぜ『常識がない』、『世間知らず』などと批判を受けるのか、強い疑問を持っている」という意見が述べられました。裁判官の立場しか経験のない方の意見のように思われました。このような方こそ、一度は裁判官と違う立場に立つ必要があると思いますし、他職を経験すると、物事の考え方がガラッと変わったりするように思われます。

大学院生 E：他職のうちには法務省も含まれるのですか。

吉田（弁護士）：官僚主義の克服という観点から考えると、他職経験の他職には、同じ官僚組織である法務省や検察庁を含むべきではないと考えるべきです。現在でも、法務省の訟務検事の半数以上は裁判所からの出向であり、既に裁判官の人事の一つのポストとして扱われて、キャリア・システムの中の昇進や人事異動の一部になっているからです。

大学院生 E：他職経験ですが、どの程度の期間、他職を経験するのですか。

吉田（弁護士）：司法制度改革審議会の他職経験の議論で、1年や2年程度ではお客様扱いされるだけで、本当の意味での他職経験とならないとの意見も適切なものでしょう。裁判官と異なる立場に身を置くということは、お客様ではなく、少なくとも、その立場で一人前とまではいかなくても、ある程度の仕事は一人でこなせるようになることが必要と考えられます。最低限3～4年程度の期間が必要と思われます。

大学院生 D：現在でも、判事になる前の判事補では、2年間の他職経験が行われているのですよね。

吉田（弁護士）：このような経験は一度だけ積めば十分ということには

ならないはずですが。官僚主義の弊害は、長期間、同じ組織の中に身を置いていることによって生ずるものです。したがって、他職経験は、判事補さえ経験すれば良いというものではなく、判事になっても同様のはずですが。それより、判事になってから、一旦他の立場に身を置くということが、より重要かも知れません。判事に任命されたとしても、10年後に再任する際の条件として、判事補の場合と同様に、最低限3～4年程度の他職経験を経ていることを求めるべきです。

大学院生 E：現在の他職経験制度は、希望者が行っているのですか。

吉田（弁護士）：そうだと思います。ですから、このような他職経験を義務化する、または義務化しないとしても、義務化と同程度の運用をすることが必要と思います。なぜなら、他職経験が、人事上不利益な扱いとならないためには、全員が経験する必要がありますし、官僚主義の弊害の克服という観点からは、すべからく全ての裁判官が他職を経験する必要があると考えられるからです。他職経験制度により、裁判官が違う環境で違う仕事をして新たな社会的経験を積むことは、広い視野を持ち、柔軟な思考を身に付ける契機になると思われます。司法制度改革審議会の意見書では、21世紀の法曹に必要な資質として「豊かな人間性や感受性、幅広い教養と専門的知識、柔軟な思考力、説得・交渉の能力等の基本的資質に加えて、社会や人間関係に対する洞察力、人権感覚、先端的法分野や外国法の知見、国際的視野と語学力等<sup>58</sup>」とされていますが、他職経験がこのような資質の習得に資することは間違いのないはずですが。それ以外にも、まだ、様々な方策が考えられ得るのではないのでしょうか。

大学院生 E：どのような方策ですか。

吉田（弁護士）：他職経験以外で、司法に裁判官以外の者を関与させるという趣旨では、非常勤裁判官制度を現在の民事調停官や家事調停官以外に広げるという方法もあるかも知れません。もっとも、仮に、弁護士を判決手続に関与させるとしても、訴訟運営の方法や判決書の書き方などについて、一定程度のトレーニングは必要と思われるため、簡単にはいかない

かも知れませんが。

### 32 裁判官の身分保障との関係で問題はないのかな

大学院生 B：でも、憲法78条により裁判官は身分保障されており、憲法79条6項及び80条2項には、「この報酬は、在任中、これを減額することができない」と定められ、裁判官の報酬も保障されています。判事補・判事の他職経験の義務化は、この点で問題はないのでしょうか。

吉田（弁護士）：私は問題はないと考えています。ところで、裁判官の給与が減額されたことがあるのを知っていますか。

大学院生 D：えっ。そんなことがあったのですか。

吉田（弁護士）：平成17年、国家財政が悪化したことを理由として公務員の給与が減額された際、裁判官の給与も減額されたことがありました。一見すると、憲法に違反するようにも思えますよね。しかし、裁判官の身分保障も、身分保障の一環としての報酬の保障も、立法府や行政府から独立して、また、裁判所内部でも独立して、裁判官が職務を行えることを側面から支える制度です。この時は、国家の財政状況が悪化し、すべての公務員の報酬を減額したのであり、裁判官の職務の独立を脅かすおそれはないと考えられたものと解されます<sup>59</sup>。裁判官の身分保障を定めた憲法78条は、一旦裁判官に任命されたならば、定年に至るまで裁判官の地位にいることを保障していると解さねばならないものではないと考えます。なぜなら、裁判官の身分保障は、我が国の状況や法曹全体の状況を見無視して、裁判官のみが、特権的に、安穩として裁判官の仕事を続けることを保障するものではないはずで

大学院生 D：憲法80条1項は「再任されることができる」と規定されており、同条との関係で問題はないのでしょうか。

吉田（弁護士）：憲法80条1項の解釈として、裁判官には身分継続の原則があると考えると、判事の再任の際に、他職経験を義務付けることが、問題になるかも知れません。しかし、最高裁は、判事の再任は任命と同様

に任命権者の自由裁量によると考えているとされていますので、判事の再任に際して、このような条件を付けたとしても、裁判官の身分保障には反しないと考えられます。

塚田（原告）：司法制度改革の中の法曹養成制度改革により、法曹人口は大幅に増大し、そのテンポは緩やかになったものの、現在でも増大し続けています。そのため、法曹の一つである弁護士の世界は大きな変化が現れており、経済的に厳しい状況にある弁護士が急増しています。しかし、だからといって、弁護士が行うべき社会的役割や職責に変化はありません。裁判官の他職経験の義務化により、仮に、その者が得られる収入が減少したとしても、だからといって、裁判官の職務に変化はないはずですし、また、裁判官の職務の独立が害されるとは思われません。

吉田（弁護士）：特に弁護士人口が増加したため、若手弁護士の経済的な状況が極めて悪化したことなどが原因と考えられますが、法曹を志望する者が減って法科大学院の受験者数も激減し、さらに法学部の不人気にも繋がっているといわれています。このような状況は、弁護士のみならず裁判官も含めた法曹全体の問題と捉えなければならないものです。上澄みの優秀な者を判事補として任命し、キャリア・システムの中で判事としての職務を全うできるように養成すれば、裁判所の運営としては問題はないと考えたのであれば、それこそ官僚主義の弊害そのものでしょう。弁護士の社会的な役割や価値が低下すれば、当然、全体としての法曹の社会的役割や価値が低下することは避けられず、このような考えは、「省益あって国益なし」の弊の極みでしょう。

### 33 官僚主義の弊害は完全に払拭できるのかな

大学院生B：でも、このような裁判官改革をしても、官僚制自体は残りますよね。問題は解決しないのではないですか。

吉田（弁護士）：制度としての官僚制には、マックス・ウェーバーが述べる利点があることは認めるべきでしょう。行政の公務員のみならず、

上場企業などの株式会社など大規模な組織の運営には、官僚制的なシステムを取らざるを得ないと思います。官僚主義の弊害は、多数人の組織を運営することに必然的に付きまとうものと考えられますから、仮に法曹一元を実現したとしても、その運営如何によっては、官僚制の弊害が発生することはあり得ると思います。法曹一元が実現されれば何もかも上手くいくのではなく、法曹一元となっても多数の裁判官の管理、そして裁判官の人事ということは避けておれないことです。

大学院生 F：官僚主義の弊害は、裁判官だけが問題となるのでしょうか。

吉田（弁護士）：そうではありません。検察庁も弁護士会も多数人の組織ですから、官僚主義の弊害はあり得ると思われまして、現にそのような弊害は生じているようにも思います。ただ、裁判官は公権力を行使して最終的な判断を下す立場にあり、さらに後程説明しますが、裁判所は、国民からの統制がほとんど効かない組織であり、かつ、三権の他の立法府や行政府からの抑制均衡もほとんど効かない組織ですから、裁判官については、この問題が大きくクローズアップされると考えられます。

大学院生 C：裁判官改革は、簡単にいくものなのですか。

吉田（弁護士）：裁判官改革については、抵抗が強いと思われまして。改革は痛みを伴いますから。しかし、司法制度改革審議会意見書の内閣への提出に当たったの会長談話では、「改革はすべからく何らかの形での痛みを伴うものであって、それを怖れていては未来への可能性に満ちた社会を築くことは到底おぼつかない」と述べられています。この決意をもって、裁判官改革を行う必要があります。

大学院生 C：今説明されたような裁判官改革を行えば、とりあえずは十分なんですか。

吉田（弁護士）：それだけでは十分ではないと考えています。それでは、もう一度、裁判所というものを考えたいと思います。



### 34 裁判所は最も国民による是正が取られにくい公権力なんだ

吉田（弁護士）：ところで、最高裁の判断が間違っていた場合、それを是正できるのでしょうか。

大学院生 A：最高裁は最終審ですから、不服申立ができません。仮に、最高裁の判断が間違っていたとしても、それを是正することはできません。

吉田（弁護士）：それでは、裁判所が、憲法が想定している司法権としての役割を果たさなくなった場合、どのようにして、それを改めさせることができるのでしょうか。

大学院生 A：憲法は、権力分立によって、公権力同士は相互に抑制均衡が取られて、それぞれの公権力の行使が恣意的にならないようなシステムになっているはずです。

大学院生 D：国民主権の観点からは、すべての公権力の活動は、国民によって監視され、その公権力の行使が恣意的になった場合には、最終的には国民によって、それを食い止める手段がなければならないはずだね。

大学院生 E：裁判所は、三権のうちで最も国民から遠い存在じゃないかな。国会は、構成員の議員は国民による選挙で選ばれるし、内閣は、議院内閣制を採用した場合には、最も多くの国民の意思を反映した政党が内閣の首班となり、大統領制の場合は、行政府のトップを国民が選挙によって選ぶんだよね。国会も内閣も国民に権力の源泉があるといえるよね。

大学院生 F：裁判官は、国民により選ばれるという制度ではありません。逆に、立法や行政の政治部門と対比して、司法権は、多数決の横暴から個人の人権や自由を守るために存在しており、一般世論がストレートに作用されないことが求められているとされています。

大学院生 B：直接的に、国民が、司法に対して働きかける方法として、最高裁判所裁判官の国民審査制度があるんじゃない。

大学院生 C：でも、国民審査制は、有効に機能していないよね。

大学院生 D：裁判員制度によって、国民の司法参加が認められたよね。

大学院生 F：でも、裁判員制度は、具体的な刑事事件の事実認定と刑の

量定に裁判官とともに裁判員も関与するというもので（裁判員法6条1項）、裁判所の活動全般や運営に国民が関与するものではないよ。

吉田（弁護士）：いずれにせよ、裁判所は、公権力の中で、最も国民による是正が取られない機関、最も国民から批判されない機関ということができません。

### 35 裁判所は最も権力分立の抑制均衡が働かない公権力なんだ

吉田（弁護士）：次に、権力分立の関係ですが、国会と内閣との抑制均衡は、どのように図られていますか。

大学院生C：国会は、立法権、条約締結の承認権、内閣総理大臣の指名権を通じて内閣の活動をチェックすることができ、内閣は、衆議院の解散権、国会への議案の提出などを通じて国会に対して働きかけができます。

吉田（弁護士）：国会と内閣は、多数の方法によって抑制均衡が図られていますね。裁判所と内閣との関係は、どうでしょうか。

大学院生A：裁判所に対する内閣による抑制均衡の手段としては、最高裁長官の指名権、最高裁判事の任命権や下級裁判所裁判官の任命権があります。

吉田（弁護士）：ただ、この手段によって、内閣が最高裁の人事を自由に決めてしまうと、司法権に政治が介入し、司法権の独立を害し好ましくないとされています。実際、これまでは、内閣がこの手段により、露骨に最高裁の人事に介入したことはないとされています。次に、裁判所と国会との関係はどうでしょうか。

大学院生B：国会による裁判所に対する抑制均衡の手段としては、弾劾裁判所の設置があります。憲法64条によれば、罷免事由があるとして訴追を受けた裁判官を裁判するための裁判所で、各議院の議員によって構成されています。

小杉（弁護士）：人事の関係では、内閣や国会は、裁判所に対して働きかける権限を持っているのですが、裁判所の公権力の行使自体を抑制する

ような方法で裁判所に働きかけて、相互に抑制均衡を図る権限は持っていません。例外として、行政事件訴訟法25条1項の内閣総理大臣の異議の制度があるだけと思われます。このように、裁判所は、公権力の中で、最も権力分立の抑制均衡が働いていない機関とすることができます。

吉田（弁護士）：このように、裁判所は、公権力の中で、最も国民による是正が取られない機関であると同時に、立法、行政、司法の三権の中で、最も権力分立の抑制均衡が働いていない機関とすることができます。したがって、裁判所内において、裁判官が官僚主義の弊害に陥らないようにチェックする、すなわち、裁判所・裁判官が自らを律する必要があると思います。一般論としては、裁判官は優秀です。しかし、優秀だから間違いを犯さない、優秀だから独善的にならないということにはなりません。権力は、腐敗し墮落する。これが立憲主義のバックボーンにある考えです。したがって、公権力については、常に腐敗・墮落の傾向がないかをチェックしておく必要があるのです。

### 36 訴訟法は裁判所による公権力の暴走を抑止する手段なんだ

吉田（弁護士）：ただ、国会が訴訟に関する立法を行うことは、裁判所に対する抑制と位置づけることができるのではないのでしょうか。

大学院生 E：それは、どういうことでしょうか。

吉田（弁護士）：訴訟手続が定められていなければ、裁判所は、勝手気ままに恣意的な訴訟遂行ができますが、法律によって訴訟手続が定められていることにより、裁判所の活動の行き過ぎや暴走を防ぐことができます。憲法31条は、特に刑事手続については、国会が制定する法律で規定しなければならないとしており、裁判所は、国会が定めた法律に従って訴訟を進めていかねばなりません。また、最高裁の規則制定権で、訴訟手続について規則を定めることができますが、規則と法律で内容が一致しない場合には、少なくとも刑事手続については、憲法31条により法律が優先すると解されています。

大学院生 E：民事事件の手続については、憲法上このような要請がないのは、どうしてなのかな。

大学院生 F：刑事裁判は、被告人の立場の国民に対して刑罰権を実現する手続ですが、刑罰自体は極めて大きな人権侵害で、場合によっては生命すら剥奪するものです。捜査は、被告人の人身の自由やプライバシーの権利を侵害することもあります。刑罰権行使の濫用を防止し、人権を保障するために憲法31条が定められたのであり、一般には、捜査機関の人権侵害から、国民の自由を保全しようとしたと説明されています。

小杉（弁護士）：しかし、捜査機関だけではなく、裁判所も、刑罰権を実現する手続に関与する公権力です。刑訴法によって、手続面から裁判所の活動が制約され、その結果、裁判所は恣意的な訴訟運営はできなくなっているのです。

吉田（弁護士）：立憲主義の観点からも、このように考えられると思います。立憲主義とは、憲法の規定によって公権力の行使を制限し、ひいては国民の人権を保障するというものです。そして、法律は憲法の下位規範であることは疑いありません。そうすると、法律を解釈するに際しては、憲法の条文や趣旨に沿って解釈すべき、憲法適合的解釈をすべきということになります。そうであれば、法律も憲法と同様に、公権力の行使を制限し、国民の人権保障に資するために存在していると考えられるはずですが。そうすると、訴訟手続を定めている訴訟法は、裁判所による公権力の行使を制限する規定、言い換えれば、裁判所が手続面において、恣意的な独善的な訴訟運営を行うことを防止するための規定と考えることができます。このように考えると、訴訟法について、様々な点で新たな考え方や解釈ができるのではないのでしょうか。民訴法も刑訴法も、第一審の手続については詳細に規定されていますが、控訴・上告、抗告や再審の手続については、極めて概括的にしか規定されていません。被告人の人権保障や当事者の手続保障という観点から考えて、適切ではないとの疑問も生じると思います。

### 37 どのようにすれば裁判所の権力の濫用を避けることができるのかな？

吉田（弁護士）：話を元に戻しますと、裁判所は、公権力の中で、最も国民による是正が取られない機関であると同時に、立法、行政、司法の三権の中で、最も権力分立の抑制均衡が働いていない機関ということができません。

大学院生 E：そうすると、裁判所の権力の濫用を避ける方法としては、国民による是正も期待できないし、立法府や行政府からの抑制も期待できないということになりますね。どうすれば良いのでしょうか。

吉田（弁護士）：全くの個人的な考えですが、裁判所の権力の濫用という事態が発生するのを避けるためには、結局は、裁判所自身が、自らを律するしかないと思います。自らを律するということは、権限の行使を控えるという意味ではなく、常に自己改革を続けるということです。考え方や思考が固定化し停滞すると、そこに傲りが生じ、権力の腐敗の芽が発生し、官僚主義の弊害に陥り権力が濫用されてしまうと思います。そうならないように、裁判所は、自覚的に、自ら自己改革のための不断的努力をしなければならぬと考えます。それ以外には方法はないと思います。「内からの裁判所改革・裁判官改革」が必要ということです。

大学院生 B：そういえば、官僚主義の弊害の克服について、行政庁の公務員に関しては、どのような方策が採られているのですか。

吉田（弁護士）：一般には、民衆による行政統制と官僚制内部のチェックということがいわれています。民衆の行政統制とは、民衆によって行政庁が行った内容についてチェックすることで、例えば、市民からの苦情の申立てがあった場合に、弁護士や市民の代表者によって構成される地方公共団体の委員会が、その審査を行うという形のもので、公的オンブズマンといわれているものです。行政庁の行った内容自体をチェックするものですから、これを裁判所に当てはめると、判決等で明らかになった裁判所の判断自体をチェックすることになり、裁判官の職務の独立に影響を与えかねないため、裁判所に同様の制度を導入するのは適切とは思われません。

そうすると、残るのは官僚制内部のチェック、すなわち、裁判所内において、官僚主義の弊害が生じないようにチェックする、裁判所自体による自律しかないと思います。

38 裁判所自らが検証したり自己点検・評価することが考えられるのでは

大学院生 F：裁判所による自律や自己改革は期待できるのでしょうか。

吉田（弁護士）：現在に至るまで、このような裁判所の立場を踏まえて、自覚的に、裁判所による自律や自己改革は行われてきたことはなかったように思いますし、少なくとも、その努力は不十分だったと思います。これまで、毎年、憲法記念日などで最高裁長官の談話が発表されていますが、それまでの裁判所の活動に対して、概ね肯定的な見解が述べられていることから窺われます。以前、町田顯最高裁長官が、新任裁判官の辞令交付式で「ヒラメ裁判官はいらない。神髄は自分の信念を貫くことにある」と述べたという有名な話がありますが、これも若手裁判官に対して、裁判官の存在意義を説いたというものであり、当時の裁判官の現状が必ずしも適切でないことを前提としたものではありません。

大学院生 A：裁判所の自己改革について具体的な方法があるのでしょうか。

吉田（弁護士）：確かに、精神論で自己改革の努力といっても、実効性はないでしょう。一定の制度を考える必要があると思います。

大学院生 A：どのような制度が考えられますか。

吉田（弁護士）：十分に検討した訳ではないのですが、検証や自己点検・評価ということが考えられるように思います。例えば、裁判所自体が、裁判所の活動について検証して報告書を公表するという方法が考えられます。平成15年に裁判の迅速化に関する法律が施行され、最高裁は、その後2年ごとに、「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書」を公表してきました。最高裁、高裁、地裁及び家裁の新受件数や審理期間のデータ等が掲載され、さらに、審理期間が長期化する原因や背景事情等を分析・検討したものです。また、裁判員裁判は、3年後に実施状況を検証すること

になっており、最高裁でも法務省でも、裁判員裁判の実施状況の検証作業を行いました。例えば、最高裁の機構改革を行った後、数年おきに最高裁の事件処理状況について検討を加え、当初の予定どおりに最高裁が機能を果たしうる状況であるか否かを検証することが考えられると思います。

大学院生 B：自己点検・評価という方法はどのようなものなのですか。

吉田（弁護士）：自己点検・評価とは、自分自身で点検・評価してその内容を報告し、場合によっては、さらに報告した先から評価を受け、今後の業務遂行に役立てるというものです。例えば、大学や法科大学院は、教育水準の向上や活性化に努めるなどのために、自らが教育研究活動などの状況について自己点検し、現状を正確に把握・認識した上、その結果を踏まえて、優れている点や改善点などの自己評価を行い、それを報告するということを行っています。また、例えば、複数の地方公共団体においては、男女平等参画社会実現のためなど一定の目的を達成するために、地方公共団体の各部署において、業務執行がその目的の趣旨を踏まえたものか否かを自己評価し（一次評価）、その結果を委員会や審議会に提出し、さらに、委員会や審議会において各部署の自己評価の内容を評価する（二次評価）ということを行っています。この委員会や審議会は、その地方公共団体の委員会や審議会が多いと思いますが、外部の機関ということもあり得るかも知れません。委員会や審議会の構成員は、地方公共団体の構成員ではなく市民や有識者など外部の者で構成されています。例えば、裁判官改革を行った後、数年毎に、各裁判官に対して、自らの良心に従って判断しうる環境にあるのか否かなど執務環境や執務の状況について、自己評価したりアンケートに答えてもらうなどし、それを、裁判所内の委員会または裁判所外の機関に対して報告させ、その報告内容について、委員会や外部機関が再評価するということが考えられると思います。委員会や外部機関が再評価した際、何らかの提言を行うこともあり得ます。なお、この場合の委員会や外部機関の構成員は、裁判官ではなく外部の者で構成されることが必要です。また、具体的に誰がどのような自己点検・評価をし、ア

ンケートにどのように答えたのかについては、それが司法行政上不利に扱われないようにするため、最高裁や裁判所の幹部の者には知らされないようにする必要がありますでしょう。このような自己点検・評価を行うこと自体によって、裁判官自身が、官僚主義の弊害に陥らないようにとの戒めになるとも思われます。もっとも、裁判官の職務の独立の観点から、裁判官が行った判決の内容について自己点検・評価を求めることはできないと思います。もっとも、自己点検・評価という手法が、どれほどの実効性を持つものかは明らかでないかも知れません。しかし、何らかの制度が必要ですし、初めての試みであるとするれば、それを活かす方向で工夫を重ねることが重要ではないでしょうか。まだ、他にも色々な方法が考えられるのではないのでしょうか。

### 39 結局は司法制度改革で改革されなかった部分が原因か？

阪口教授：そろそろ、まとめに入りましょうか。

塚田（原告）：裁判所は、公権力の中で、最も国民による是正が取られない機関であると同時に、立法、行政、司法の三権の中で、最も権力分立の抑制均衡が働いていない機関です。我が国は国民主権を採用しているのですから、裁判所はこのような特質を持っている公権力だからこそ、国民に対して、裁判所が行っている公権力の行使に関する情報を積極的に開示し、国民からの批判を仰ぐ努力をしなければならないはずです。今後も、「傍聴の自由」が軽視されたり無視されることがあってはならないと思います。

吉田（弁護士）：平成11年以降の司法制度改革は、「今後、ますます複雑・多様化する我が国社会においては司法機能の充実が不可欠となることを深く認識するとともに、国民に身近で利用しやすく、その期待と信頼に応えうる司法制度を実現すべきとの視点」<sup>60</sup>で行われ、「司法制度の意義に対する国民の理解を深め、司法制度をより確かな国民的基盤に立たしめること」<sup>61</sup>を根本的な課題としているものでした。しかも、『この国のかた



ち』の再構築に関わる一連の諸制度（筆者注：政治改革、行政改革、地方分権推進、規制緩和などの経済構造改革等の諸改革）の『最後のかなめ』として位置付けられるべきもの<sup>62</sup>』として行われたもので、当時の小泉内閣で閣議決定までされたものでした。

小杉（弁護士）：国民に対する裁判情報の開示として、現在、最高裁は、インターネット上で判決を公表していますが、実際の審理の状況の情報開示の方法は、傍聴という方法しかありません。

吉田（弁護士）：ところが、塚田国賠事件においては、傍聴人が証人尋問の内容をほとんど聞くことができない場合であっても、違憲でもなく違法でもない判断しました。司法制度改革以前から存在した、裁判の公開原則に基づく傍聴という形での国民による裁判の監視というシステムを有名無実とするような判断を、最高裁は追認したのです。最高裁のインターネットのホームページでは、「見学・傍聴案内」のページまであるにもかかわらずです。このような最高裁の態度は、憲法の理念、司法制度の理念や閣議決定に真っ向から逆行するものです。

小杉（弁護士）：訴訟法は、裁判には理由を付して、国民が、裁判内容が合理的であり恣意的なものでないことをチェックできるようにしています。にもかかわらず、最高裁の上告棄却の決定は、実質的な理由が分からないもので、最高裁の判断内容の合理性はチェックできません。いくらでも恣意的な判断ができる素地があります。判決内容についてさえ、最も国民に対して情報開示をしていないのは最高裁であり、法律の定めを骨抜きにしているのは最高裁とさえいえるのではないのでしょうか。

吉田（弁護士）：さらに、地裁、高裁、最高裁と、国民に対する裁判情報の開示の意味を持つ傍聴人の「傍聴の自由」を軽視し続けたました。結局、裁判官の官僚主義の弊害が、原因と思われます。司法制度改革では、最高裁の機構改革は全く手つかずのままで終わり、裁判官改革について、結局、お茶を濁した程度で終わりました。司法制度改革が始まって15年以上が経過しましたが、司法制度改革の際に実質的に放置したままの最高裁

の機構改革、裁判官改革がなされなかったことが、本件のような事態を引き起こした原因の一つで、しかも根本的な原因ではないでしょうか。

渡辺教授：司法制度改革では、裁判官制度について、下級裁判所裁判官指名諮問委員会が設けられたり、裁判官人事評価制度の改革がなされたりしました。そうした改革についての評価は分かれています、さらに検討を続ける必要があることは広く意識されていると思います。しかし、本件のような事態を引き起こした原因を、そうした大きな状況に求めることには、飛躍があるように感じました。これに対し、裁判所は自らのことについて「公平な第三者」の立場で判断できるのかという疑問はもっともだと思いますので、この訴訟を契機として何らかの制度改革提案をするのであれば、そこに絞った方がインパクトをもつのではないかと考えます。

#### 40 本件の反省点について

阪口教授：話しが色々な方向に行ってしまいましたが、最後に、原告ご本人と代理人の先生に質問します。本件は、このような形で終わったことについて、反省点はあるでしょうか。

塚田（原告）：私としては、正直に、反省点がないかと聞かれても、分からないとしか言いようがないのです。本当に、訴訟の進行について、何らかの問題があったとは考えられないのです。

吉田（弁護士）：反省すべき点は、裁判官と最高裁を信用しすぎたことです。私が見知っている裁判官は、優秀であり、熱心に職務に取り組んでおり、本件でも、そのような対応をしてくれると思っていました。敢えて、原告の主張を曲解し、その曲解した主張は認められないと判断するなど、あってはならないことです。しかも、原告の主張にとって必要不可欠な裁判長の証人請求を認めず、原告の立証の途を閉ざしました。最高裁は、キャリア・システムによる裁判官以外の裁判官もいることから、さすがに、もう少しまともな憲法判断をするものと期待していましたが、憲法問題を検討することなく、上告棄却の決定を下しました。

「傍聴人に聞こえない証人尋問」国家賠償請求事件～最高裁判所決定を受けて～

阪口教授：訴訟の進行状況が、今、地裁判決の前の段階であれば、結論が変わったかもしれないね（笑）。

吉田（弁護士）：本当にそう思います（笑）。もっと研究し、もっと内外にアピールしておけば、結論が変わったかも知れないですね。どうして、もっと早く、先生達にお会いできなかったのかなあ（笑）。

註

- 1 香城敏磨「上告理由としての憲法違反」『刑事訴訟法の構造』（信山社、2005年）486頁
- 2 拙稿法学セミナー11月号33頁
- 3 前掲拙稿法学セミナー11月号35頁
- 4 河上和雄（ほか編著）『大コンメンタル刑事訴訟法（第二版）』第1巻（青林書院、2013年）510頁以下、中山善房執筆部分
- 5 兼子一（ほか編著）『条解民事訴訟法（第2版）』（弘文堂、平成23年）1400頁
- 6 司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—』8頁。以下、単に「意見書」ともいう。
- 7 泉徳治「可部恒雄さんの思い出」判例時報2135号（2012年）4頁
- 8 木谷明・聞き手山田隆司、嘉多山宗『「無罪」を見抜く—裁判官・木谷明の生き方』（岩波書店、2013年）134、137頁
- 9 前掲木谷135、139、147頁
- 10 大野正男『弁護士から裁判官へ—最高裁判事の生活と意見』（岩波書店、2000年）17頁
- 11 藤田宙靖『最高裁回想録：学者判事の七年半』（有斐閣、2012年）70、71頁
- 12 前掲藤田45頁
- 13 前掲藤田42頁
- 14 前掲藤田63頁
- 15 前掲藤田64頁
- 16 前掲藤田67頁
- 17 最高裁判所『裁判の迅速化に係る検証結果の報告書（第4回）』208頁。以下、単に「検証結果の報告書」ともいう。
- 18 「検証結果の報告書（第5回）」217頁

- 19 「検証結果の報告書（第6回）」208頁
- 20 河上和雄（ほか編著）『大コンメンタール刑事訴訟法（第2版）』第8巻（青林書院、2011年）116頁以下、中谷雄二郎執筆部分
- 21 秋山幹男（ほか編著）『コンメンタール民事訴訟法V』（日本評論社、2012年）199頁
- 22 秋山幹男（ほか編著）『コンメンタール民事訴訟法II（第2版）』（日本評論社、2006年）529頁
- 23 最高裁判所判例解説刑事篇平成元年度版67頁
- 24 最高裁判所第二小法廷昭和57年3月12日判決（芦別事件）、民集36巻3号329頁
- 25 前掲拙稿法学セミナー11月号36、40頁
- 26 前掲拙稿法学セミナー11月号29、30頁
- 27 前掲拙稿法学セミナー11月号41頁
- 28 戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」法曹時報51巻5号（1999年）19頁
- 29 判例時報2275号（2016年）3頁
- 30 前掲「検証結果の報告書（第4回）」205、222、238頁、前掲「検証結果の報告書（第5回）」215、222、231頁、前掲「検証結果の報告書（第6回）」207、210、213頁
- 31 笹田栄司『裁判制度—やわらかな司法の試み』（信山社、1997年）38頁以下
- 32 法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』（商事法務研究会、平成8年）341～343頁
- 33 三宅省三（ほか編著）『民事訴訟法体系—理論と実務—第4巻』（青林書院、平成9年）49頁
- 34 前掲「検証結果の報告書（第4回）」235頁
- 35 前掲「検証結果の報告書（第6回）」207頁
- 36 前掲「検証結果の報告書（第4回）」205頁
- 37 前掲「検証結果の報告書（第4回）」235頁
- 38 前掲意見書6頁
- 39 前掲意見書6頁
- 40 前掲意見書101頁
- 41 前掲意見書9頁
- 42 泉徳治『私の最高裁判所論』（日本評論社、2013年）138頁
- 43 拙稿法学セミナー11月号36～43頁、特に37、38、41頁

「傍聴人に聞こえない証人尋問」国家賠償請求事件～最高裁判所決定を受けて～

- 44 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ（第5版）』（有斐閣、平成24年）34頁
- 45 前掲意見書5頁
- 46 平成17年9月14日最高裁大法廷判決・民集59巻7号2087頁
- 47 平成20年6月4日最高裁大法廷判決・民集62巻6号1367頁
- 48 平成25年9月5日最高裁大法廷判決・民集67巻6号1320頁
- 49 平成22年4月27日最高裁第三小法廷判決・刑集64巻3号233頁
- 50 平成21年4月14日最高裁第三小法廷判決・刑集63巻4号331頁
- 51 保釈について、平成26年11月18日最高裁第一小法廷決定・刑集68巻9号1020頁、  
勾留請求却下について、平成26年11月17日最高裁第一小法廷決定・裁判集刑事315  
号183頁
- 52 中谷実『日本における司法消極主義と積極主義』（劉草書房、2015年）25頁以下
- 53 マックス・ウェーバー『支配の社会学』世良晃志郎訳者（創文社、昭和35年）33  
頁以下
- 54 ロバート・キング・マートン『社会理論と社会構造』森東吾他訳（みすず書房、  
1961年）179頁以下
- 55 前掲意見書56頁
- 56 新藤宗幸『司法官僚―裁判所の権力者たち』（岩波書店、2009年）141頁、瀬木比  
呂志『絶望の裁判所』（講談社、2014年）99頁
- 57 斎藤浩「法曹一元の裁判所と最高裁」市川正人（ほか編著）『日本の最高裁判  
所』（日本評論社、2015年）337頁以下
- 58 前掲意見書56頁
- 59 青柳幸一『憲法』（尚学社、2015年）361頁
- 60 前掲意見書1頁
- 61 前掲意見書3頁
- 62 前掲意見書3頁