

〔論 説〕

最高裁判所の裁判官任命のあるべき姿と 国民審査の改善方策について

早稲田大学大学院法務研究科（平成17年4月入学）

畑 山 暢

序 章 テーマ選定の理由

第1章 最高裁裁判官の任命と国民審査の現状

- 1 任命
- 2 国民審査
- 3 外国の諸制度

第2章 最高裁裁判官の任命と審査にかかわる諸問題

- 1 密室での決定による恣意的人事の危険性
- 2 高齢化、既得権益化による活力の低下
- 3 構成比率の固定化、アンバランス
- 4 国民意思と直結しない国民審査システム

第3章 最高裁裁判官選任等に関する改革の動き（執筆時点では出されている改革の方向、
提言）

- 1 裁判官の任命についての動き
- 2 国民審査
- 3 改革の現状評価

第4章 最高裁裁判官のあるべき姿

- 1 最高裁判所の役割
- 2 凍結精子による出生についての死後認知訴訟について
- 3 今後、最高裁裁判官として求められる資質

第5章 最高裁裁判官選任と民主的統制についての方策の提言

- 1 司法制度改革の方向性に沿った視点
- 2 方策を提言するにあたっての前提と枠組み
- 3 とるべき方策

おわりに

序章 テーマ選定の理由

～司法制度改革における最高裁判所裁判官選任過程等見直しの重要性

現在実施されている司法制度改革では、多方面にわたる改革が進行している。ただ、制度という器をいくら変革したとしても、制度を運営・運用するのは結局それらの制度に携わる人たちであるから、改革の成否の鍵を握るのは、個々の関係者の意識、あるいはその総体からなる組織風土といったものである。そのことは、私自身がかつて地域づくりや自治体経営に対するコンサルティング及び、立法作業のサポートに従事してきた経験からも強く感じる。

そして、組織の構成員の意識や組織風土の変化を実現するためには、その組織や制度の頂点に立つリーダー層に求められる役割がもっとも大きい。

そのような意味で、司法制度改革としては、司法制度の頂点に立つ最高裁判所長官（以下、本文中では「最高裁長官」とする）および各判事の個性や意識が非常に重要となってくる。

そこで、司法制度改革にあたっては最高裁判所裁判官（以下、本文中では「最高裁裁判官」とする）の選任過程・審査方法についての検証と議論が必要不可欠である。にもかかわらず、最高裁裁判官の選任過程・審査方法については、『司法制度改革審議会意見書』（平成13年6月12日、以下『意見書』とする）で以下の2点の方向性が示されるにとどまっている。

- ・最高裁判所裁判官の地位の重要性に配慮しつつ、その選任過程について透明性・客観性を確保するための適正な措置を検討すべきである。
- ・最高裁判所裁判官の国民審査制度について、国民による実質的な判断が可能となるよう審査対象裁判官に係る情報開示の充実に努めるなど制度の実効化を図る措置を検討すべきである。

また、この『意見書』を受け、この指針の具体化を目指した政府のフォローアップ作業においても議論がまとまらず、具体的かつ明確な方向性を示す

ことは出来なかった。

しかし、国民に身近な司法制度というのは、最高裁裁判官に対する国民の親しみや信頼を抜きにしては語れないはずである。すなわち、最高裁裁判官に関する制度改革は、『意見書』では「Ⅲ 司法制度を支える法曹の在り方」で述べられているが、それは法曹の在り方にとどまるのではなく、最高裁についても「国民的基盤の確立」をおこなうことによって、「国民の期待に応える司法制度」を実現することにつなげる、という文脈でとらえられるべきである。

さらに『意見書』に即して述べるなら、「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」（『意見書』8頁）のであり、「裁判所は、民事事件、刑事事件についての裁判権、行政事件の裁判権、さらには違憲立法審査権を付与され、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」（『意見書』6頁）しており、このような司法制度改革の理念の全体像を実現する一環として最高裁裁判官の選任等のあり方についても検討されなければならない。その制度改革は避けて通ることはできない。

本論文では、『意見書』の問題認識に焦点をあてて最高裁裁判官の選任過程や国民審査のあり方について分析・検討した上で、『意見書』の方向に即し具体的な方策を提示するとともに、『意見書』に基づく改革の進展状況についての私見、さらには最高裁の本質論に照らし、『意見書』の内容から一歩踏み込んだ提言をおこなうこととする¹⁾。

1) 本稿は、民間シンクタンク・国会議員政策担当秘書を経た著者が早稲田大学大学院法務研究在学中に、平成17年度「司法制度論」（1年次選択必修科目、梶嶋裕之助教授担当）において、司法制度改革に関連する論題を設定し作成したレポートを、加筆修正したものである。

第1章 最高裁裁判官の任命と国民審査の現状

1 任命

(1) 憲法、法律上の規定

最高裁長官は、内閣の指名に基づいて天皇が任命し、最高裁判事は内閣が任命する（憲法6条2項、79条1項）。ただし、ともに実質的任命権者は内閣である。そして最高裁判所の判事は14名であり（裁判所法5条3項）、長官をあわせた計15名の裁判官で最高裁判所が構成されている。

裁判所法41条により、最高裁裁判官は、識見の高い、法律の素養のある年齢40年以上の者の中からこれを任命することとされており、また、そのうち少なくとも10人は、①高裁長官または判事を10年以上務めた者、②高裁長官、判事、簡易裁判所判事、検察官、弁護士、法律学の教授等で通算20年以上務めた者のいずれかであることが必要であると定められている。

ただその任命の方法などについては、一切法令上の規定がない。

(2) 最高裁発足時の任命委員会

最高裁発足当時の裁判所法39条4項には、内閣は最高裁裁判官の指名、任命を行うにつき、裁判官任命諮問委員会に諮問すべき旨の規定があり、発足時の15名の最高裁裁判官の指名、任命は、同条の定める裁判官任命諮問委員会に対する諮問、答申を経てなされた。

吉田内閣の下ではじめられた任命作業は、総選挙を経て片山内閣に引き継がれ、15名の委員からなる同委員会が昭和22年7月28日に30名の候補者を答申し、内閣は右答申に基づき同年8月4日に初代の最高裁裁判官を任命した。

答申を受けた政府は、候補者30名から15名を選任するにあたり、①憲法その他各般の法律、行政訴訟関係、国際法関係の権威者を網羅する、②裁判官（検察官を含む）、弁護士、学識経験者の三者の間に大体5名ずつの比率で均衡を得る、③年齢も同一年齢にかたよって多数が時を同じくして70歳定年に達する事態を避ける、²⁾ などの方針を立てたとされる。

その結果、第1回任命の最高裁裁判官の構成は、裁判官4、検察官1、弁護士5、学識経験者5（ただし、この中には裁判官出身ではあるが他の経歴をもつ三淵忠彦、雷山積一の両氏が含まれる）という構成になった。そしてその年齢構成は53歳から67歳までで、平均年齢は59.4歳、50歳代の者が過半数を占めていた。

しかし、この制度は「内閣の責任を不明確にする」「一時に15名の裁判官を選ぶような場合には適切だが、一人二人を補充するような場合には不適切である」などの理由で、昭和23年1月の裁判所法改正の際に廃止された。

(3) 現在の最高裁裁判官の構成

平成18年11月11日現在の最高裁裁判官の氏名、出身、任命時年齢は以下の通りである。

	氏名	出身	任命時年齢
長官	島田 仁郎	裁判官	63
判事	横尾 和子	行政官 (旧厚生省)	60
判事	上田 豊三	裁判官	64
判事	藤田 宙靖	学者	62
判事	甲斐中辰夫	検察官	62
判事	泉 徳治	裁判官	63
判事	才口 千晴	弁護士	65
判事	津野 修	行政官 (内閣法制局)	65
判事	今井 功	裁判官	65
判事	中川 了滋	弁護士	65
判事	堀籠 幸男	裁判官	64
判事	古田 佑紀	検察官	63

2) 日本弁護士連合会編『最高裁判所』119頁以下。

3) 赤沢敬之「最高裁裁判官任命諮問委員会－司法の民主化のために」法民140号16頁以下(1979)。

4) 小田中聰樹「最高裁判所は人権の誓か」渡辺洋三ほか『日本の裁判』170頁以下(岩波書店, 1995)。

判事	那須 弘平	弁護士	64
判事	涌井 紀夫	裁判官	64
判事	田原 睦夫	弁護士	63

参照：5)6)

執筆時点では裁判官出身者が6名、弁護士が4名、その他の学識経験者として、検察官2名、行政官2名、学者が1名という構成になっており、また任官時の年齢は平均63.5歳で、全員が60歳代での任官となっている。

(4) 現在の任命の仕組み

最高裁裁判官任命にいたる選考過程は秘密にされている。実際には、最高裁長官やその直属下にある事務総局関係者、検察・法務当局の首脳部やそのOB、長老弁護士などの手によって秘密裡にインフォーマルなかたちで人選がおこなわれてきたとされる⁷⁾。

そして、平成14年7月5日の司法制度改革推進本部第5回会合で内閣が明らかにしたところによると、以下のように運用がおこなわれていることが公になった⁸⁾。

- ・最高裁裁判官の任命は、最高裁長官の意見を聞いたうえで、内閣として閣議決定する。
- ・最高裁長官に意見を聞くのは、最高裁の運営の実情を踏まえたものとなるよう人事の万全を期すため慣例としておこなっている。
- ・最高裁長官の意見は、一般的には、出身分野、候補者複数名と最適候補者に関するものである。

5) 野村二郎『日本の裁判史を読む辞典』7頁以下（自由国民社、2004）。

6) 最高裁判所ホームページ <http://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibankan/index.html>（2006年11月11日アクセス）。

7) 小田中・前掲注4）173頁。

8) 齊藤友嘉ほか『司法制度改革概説4 裁判所法等改正一括法／弁護士法』288頁（商事法務、2005）。

- ・候補者については、(ア) 主として裁判官、弁護士、検察官の場合は、最高裁長官から複数候補者について提示を受け、(イ) 行政、外交を含む学識経験者については、原則内閣官房で候補者を選考し、いずれの場合も内閣総理大臣の判断を仰いだうえて閣議決定する。
- ・その際、最高裁裁判官は国民審査をうける重い地位であることに鑑み、極力客観的かつ公正な見地から人選している。
- ・現在の最高裁裁判官の出身分野は、最高裁の使命、扱っている事件の内容などを総合的に勘案した結果のもの。

2 国民審査

(1) 法律上の規定

裁判官は、裁判により、心身の故障のために執務を執ることができないと決定された場合を除いては、公の弾劾によらなければ罷免されず、また裁判官の懲戒処分は行政機関がこれを行うことはできないとされている（憲法78条）。しかし、特に最高裁裁判官については、国民審査の制度があり、その任命について国民の審査に付され、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は罷免される（憲法79条2項、3項、4項）。この制度は、最高裁判所の地位と権能（とくに違憲審査権）の重要性にかんがみ、アメリカのミズーリ州などでおこなわれていた制度⁹⁾にならって定められ、裁判官の選任に対して民主的コントロールを及ぼすことを目的としている。

この国民審査のための法律として、「最高裁判所裁判官国民審査法」が定められている。この法律では、15条1項で「審査人は、投票所において、罷免を可とする裁判官については、投票用紙の当該裁判官に対する記載欄に自ら×の記号を記載し、罷免を可としない裁判官については、投票用紙の当該裁判官に対する記載欄に何等の記載をしないで、これを投票箱にいれなければならない。」とされ、また32条で「罷免を可とする投票の総数が罷免を可

9) 芦部信喜『憲法 第三版』321頁（岩波書店、2002）。

としない投票の数より多い裁判官は、罷免を可とされたものとする。」とされている。

本制度に関する唯一の最高裁判決（最大判昭和27年2月20日民集6巻2号122頁）は、この国民審査の性格を一種の解職制度とみて、裁判官の任命を完成させるか否かを問うべきものではないとした。¹⁰⁾

(2) これまでの実績

これまでの国民審査の結果をみると罷免された者はいない。罷免を可とする投票の比率が最も低かったのが第1回（昭和24年）で平均4.40%、最も高かったのが第12回（昭和55年）で平均14.37%である。また、これまでで最も罷免を可とする投票が多かった裁判官は第9回（昭和47年）の下田武三判事¹¹⁾（15.17%）である。

また近年は、罷免を可とする投票の率は概ね低下傾向にあり、第18回（平成12年）では、10.29%から8.66%の間に分布しており平均9.40%、第19回（平成15年）は7.29%から6.59%の間に分布しており、平均6.90%であったが、第20回（平成17年）は7.63%から8.02%の間に分布しており、平均7.82%と若干上昇した。

各回において、罷免を可とする投票の率が最高だった裁判官と最低だった裁判官の差をみると、上記の下田判事に対する審査があった第9回など一部例外を除き、第15回までは、1ポイント余りの値が続いてきた。しかしここ最近の5回のうち4回は差が1ポイントを下回っており、特に直近の第20回（平成17年）は最高値と最低値の差がわずか0.39ポイントとなっており、各裁判官の差がほとんどみられない。

10) 室井力「最高裁判所裁判官国民審査制度」憲法研究所編『最高裁判所にかんする研究』41頁以下（法律文化社、1968）。

11) 日本民主法律家協会司法制度委員会『全裁判官経歴総覧 改訂新版』472頁以下（公人社、1990）。

3 外国の諸制度

(1) 各国の最高裁のしくみと裁判官の任命方法¹²⁾¹³⁾

●米国

米国は付随的違憲審査制をとっており、特別の憲法裁判所を設けず、通常の裁判所が具体的な訴訟事件を前提としてその手続の中で、原則としてその訴訟に必要な限りにおいて違憲審査権を行使する。

連邦最高裁判所を構成する9人の裁判官は、大統領が指名し、上院の助言と同意を得て任命する。法曹資格は憲法上要求されていないが、事実上は絶対的条件となっている。

上院は承認するにあたり、司法委員会が厳密な資格審査をし、それに合格することが求められる。審査は、大統領により指名された本人が同委員会公聴会に出席し、議員の質問に答えながら行われる。質問は、法律解釈論、法律家としての活動歴、私行上の言動まで徹底的にただされ、連邦最高裁判所の適格性が審査される。その上で、司法委員会および上院本会議で指名についての賛否が多数決で決せられる¹⁴⁾。現在に至るまで、歴代大統領によって指名された者のうち26人が上院の承認を得られなかった¹⁵⁾。

●ドイツ

ドイツでは憲法裁判制がとられており、通常の裁判所と区別した特別の憲法裁判所を設け、具体的な争訟事件を離れて抽象的に法令その他の国家行為の違憲審査を行う権限をこれに与えている。

この連邦憲法裁判所を構成する16人の裁判官は、連邦議会及び連邦参議院が半数ずつ選出し、大統領が形式的に任命する。

連邦憲法裁判所には、法律に対する抽象的違憲審査の権限や個別的基本権侵害にかかわる具体的違憲審査の権限などきわめて強大な権限が与えられているため、党派比例的な選出方法に基づいて選任され、裁判所の構成が政治

12) 齊藤ほか・前掲注8) 290頁以下。

13) 野中俊彦ほか『憲法II（第3版）』252頁以下〔野中〕（有斐閣，2001）。

14) 野村二郎『日本の裁判官』236頁以下（早稲田経営出版，1992）。

15) 大越康夫『アメリカ連邦最高裁判所』92頁以下（東信堂，2002）。

的に偏らないような配慮が憲法上なされている。

そして、任命資格としては、40歳以上の法曹資格および連邦議会の被選挙権を有することが必要である。また2つある法廷（各8人で構成）のそれぞれについて3人以上は、連邦の通常裁判所などの裁判官を3年以上勤めたキャリア裁判官から選ぶ必要がある。そのキャリア裁判官の他は、大学（法学）教授や各州の法務大臣から任命されることが多い。

●フランス

フランスでは、司法裁判所系統の最上級裁判所（破棄院）と行政裁判所系統の最上級裁判所（コンセユ・デク）のほかに、憲法院が違憲審査権を与えられ、抽象的審査をおこなう。¹⁶⁾

この憲法院の構成メンバー9名は、大統領、国民議会議長、上院議長が3名ずつ任命し、3年ごとに3名ずつが交代して、更新が図られる。任命は任命権者の自由な選択に委ねられており、公務就任能力以外のいかなる資格要件も要求されておらず、また年齢の定めもない。このような点から完全な政治任用であり、当初は政治的機関による違憲審査の代表例とされ狭義の違憲審査制とみなされなかったが、近年は憲法裁判所的な性質の機関へと発展し人権問題に関する判決も数多く出しているとされる。¹⁷⁾

歴代憲法院委員の8割が法律専門家（弁護士、大学教授、高級官僚、裁判官など）であるが、政治家や企業家が任命されることもある。

(2) 最高裁裁判官に対する国民審査

米国では、裁判官の任命にあたって17州でメリットプランと呼ばれる方式が導入されている。これは選考委員会が作成した候補者リストの中から知事が裁判官を任命するものであり、任命された裁判官は一定期間を経過してか

16) 司法制度改革推進本部法曹制度検討会「第11回議事録」での勝山教子氏報告、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/seido/dai11/11gijiroku.html> (2006年11月11日アクセス)。

17) 中村睦男「世界の憲法裁判所—フランス憲法院」『法学セミナー増刊 今日最高裁判所—原点と視点』225頁以下（日本評論社、1988）。

ら、市民による投票によって信任されなければならないとされる。¹⁸⁾

しかし、国家レベルの最高裁裁判官について比較法的にみると、任命された裁判官に対する信任制度としては、わが国最高裁裁判官の国民審査制度は「極めて特徴的」で「外国にあまりない」制度だとされている。¹⁹⁾

第2章 最高裁裁判官の任命と審査にかかわる諸課題

1 密室での決定による恣意的人事の危険性

現在の最高裁長官と判事の任命システムの最大の問題は、人選が密室の中で進められることである。最高裁の内部でも、そのときの長官を中心に、ごく一部の人が関与するだけである。最高裁裁判官の人事については、政府に任命権があるため最高裁に最終的な決定権は存せず、司法行政権の行使としてのキャリア裁判官の人事と異なり最高裁裁判官15人からなる裁判官会議に諮られる案件でもない。²⁰⁾ 選考過程の一切が明らかにされず、それを事後的にチェックする仕組みがない。

その結果、政治との癒着や政治的な意図を持った恣意的人事が行われる危険性がある。それが端的に現れたのが、石田長官時代の判事交代により公務員労働争議の判例変更がおこなわれた件である。

全通東京中郵事件判決（最大判昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁）および都教組事件判決（最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁）では、公務員の争議禁止・処罰規定を限定解釈し、争議行為をおこなった公務員を無罪にする方向が形成されていた。しかし、それらの判決が与党自民党から「偏向裁判」とレッテルを貼られるなか、昭和44年1月に就任した石田和外長官が、リベ

18) 藤倉皓一郎「司法の在り方—アメリカ法の視点から」司研111号5頁。

19) 司法制度改革推進本部法曹制度検討会「第11回議事録」での浅香吉幹氏報告、
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/seido/dai11/11gijiroku.html>
(2006年11月11日アクセス)。

20) 朝日新聞「孤高の王国」取材班『孤高の王国 裁判所—司法の現場から』275頁（朝日新聞社、1991）。

ラル派と目される最高裁裁判官の定年を期に次々と保守派に切り替える人事をおこなった。その結果、石田長官就任後に交代した11名の判事の内訳が、交代前のリベラル派7名・保守派4名から、リベラル派2名・保守派9名へと大きく変化したとされる。²¹⁾

この人事により、最高裁の保守派とリベラル派の構成が逆転し、全農林警職法事件判決（最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁）では、8対7の僅差ながら、限定解釈を否定し、公務員の争議行為の全面禁止と刑事制裁を認める方向へと判例を転換させることに成功したとされる。²²⁾

2 高齢化、既得権益化による活力の低下

米国では平成17年、連邦最高裁判事の辞任に伴う新判事の人選が大きな政治問題になったが、わが国の最高裁裁判官は、その交代が大きな話題になるほど国民に知られてもいないし、親しまれてもいない。その原因のひとつとして、最高裁裁判官の任命に関して年を追って官僚色が強まり、司法界の年功序列による名譽職の色合いが濃くなってきたことが指摘されている。²³⁾

現実には、第1章で述べたように、現在の最高裁裁判官はすべて60歳代の任命であり、硬直化、老齢化した人選であると断じて差し支えないであろう。これでは社会の多様な価値観やライフスタイルの変化への対応が困難であると考えられる。また、本稿執筆時における米国連邦最高裁の判事は任命時に43歳から60歳であった。²⁴⁾これと比較して、日本の最高裁判事が任命時にすでに高齢である点特徴的であることがうかがえる。

また最高裁裁判官のポストが各分野の法曹、官僚の「あがりポスト」として認識されることにより、真に意欲がある人材が最高裁に送り込まれること

21) 山本祐司『最高裁物語（下）』114頁以下（日本評論社、1994）。

22) 西川伸一『日本司法の逆説—最高裁事務総局の「裁判しない裁判官」たち』137頁以下（五月書房、2005）。

23) 朝日新聞「孤高の王国」取材班・前掲注20）149ページ以下。

24) 米国最高裁判所ホームページ <http://www.supremecourtus.gov/about/biographiescurrent.pdf>（2006年10月31日アクセス）。

がなく、最高裁の活力低下につながっている懸念がある。

昭和41年から7年間にわたって最高裁裁判官を務めた色川幸太郎氏は、退官後に「法廷意見に反対するいわゆる少数意見、および結論は法廷意見と同じで理由だけを異にするところの意見などが減少している事実」を気になることとして指摘した上で、「裁判官15名が和気藹々たる雰囲気の中にあることはもとより結構だが、それが万一無原則の仲好しクラブとなりおわって、事なかれのマアア主義に墮落しては一大事である」と述べている。²⁵⁾ 有為で意欲ある人材を送り込むシステムになっていないことがこの一因ではないかと考えられる。

3 構成比率の固定化、アンバランス

政府内部で秘密裡にインフォーマルな形で人選がおこなわれてきたため、「憲法の番人」「人権の砦」たるべき最高裁判所裁判官としてふさわしい識見や人格の持ち主であるかどうかという観点とは異質の、党派的、派閥的、人脈的な観点が入り込む余地が大きく、現に裁判官・検察官・行政官優位の、²⁶⁾ とりわけ裁判官優位のゆがんだ人的構成が生じていることが指摘されている。

現在の裁判官の構成は、裁判官出身6名、検察官出身2名、行政官出身2名、弁護士出身4名、学者出身1名という構成である。裁判官、検察官、行政官OBで計10人を占めるが、果たしてこれでよいのであろうか。

それを具体的問題に即して検討することとする。以下は、国政選挙における一票の格差により参政権の平等権侵害が問題になった近年の最高裁大法廷判決での判断を一覧にしたものだが、裁判官の出身による判断の相違が明確に表れていることが読み取れる。

すなわち、裁判官出身者は平成16年判決の泉判事の反対意見を除けばすべて合憲判断であり、検察官、行政官、学者の出身者も合憲判断を下している。

25) 色川幸太郎「最高裁40周年に思うこと・言いたいこと—凛然たる判決を」『法学セミナー増刊 今日最高裁判所—原点と視点』15頁以下（日本評論社、1988）。

26) 小田中・前掲注4）173頁。

近年の国政選挙定数格差大法廷判決の判断の内訳

平成11年衆議院定数格差			平成12年参議院定数格差			平成16年参議院定数格差		
最大判平11・11・10 民集53巻8号144頁			最大判平12・9・6 民集54巻7号1997頁			最大判平16・1・14 民集58巻1号56頁		
裁判官名	出身	結論	裁判官名	出身	結論	裁判官名	出身	結論
山口 繁	裁判官	合憲	山口 繁	裁判官	合憲	町田 原	裁判官	合憲
金谷 利廣	裁判官	〃	金谷 利廣	裁判官	〃	金谷 利廣	裁判官	〃
北川 弘治	裁判官	〃	北川 弘治	裁判官	〃	北川 弘治	裁判官	〃
小野 幹雄	裁判官	〃	小野 幹雄	裁判官	〃	上田 豊三	裁判官	〃
千種 秀夫	裁判官	〃	千種 秀夫	裁判官	〃	島田 仁郎	裁判官	〃
亀山 継夫	検察官	〃	亀山 継夫	検察官	〃	亀山 継夫	検察官	合憲※
井嶋 一友	検察官	〃	井嶋 一友	検察官	〃	甲斐中辰夫	検察官	合憲※
奥田 昌道	学者	〃	奥田 昌道	学者	〃	藤田 宙靖	学者	合憲※
藤井 正雄	裁判官	〃	藤井 正雄	裁判官	〃	横尾 和子	行政官	合憲※
			大出 竣郎	行政官	〃			
福田 博	外交官	違憲	福田 博	外交官	違憲	福田 博	外交官	違憲
梶谷 玄	弁護士	〃	梶谷 玄	弁護士	〃	梶谷 玄	弁護士	〃
河合 伸一	弁護士	〃	河合 伸一	弁護士	〃	深澤 武久	弁護士	〃
遠藤 光男	弁護士	〃	遠藤 光男	弁護士	〃	濱田 邦夫	弁護士	〃
元原 利文	弁護士	〃	元原 利文	弁護士	〃	滝井 繁男	弁護士	〃
						泉 徳治	裁判官	〃

注) 判決文は14人の記載

※但し今後の不作為は違憲の疑い

違憲判断を主に行っているのは弁護士出身者に限られている。

いわゆる官出身者の最高裁裁判官が、立法府に対して厳しい判決を出しにくい現実があり、結果として最高裁が国民の権利侵害を防ぐ「砦」としての機能を果たしていないのではないかと考えられる。

4 国民意思と直結しない国民審査システム

最高裁裁判官の国民審査が形骸化していると従来から重ねて指摘されている。すなわち、第1章で述べたように、一度も罷免された者がいないということにとどまらず、各回において、罷免を可とする票(×票)の率が各裁判官を比較してさほど異ならない点、また名簿の筆頭に記載された裁判官が総じて×票が多く、名簿の下に記載される者ほどそれが減少していくという結

果からすると、有権者がほとんど実質的な判断をしていないことがうかがえるのである。

(1) 有権者意思の反映を困難にする投票方式

前記の通り、国民審査の投票方式は、罷免をするべきだと考えた場合に×印をつけるが、何もつけなければ信任とみなされる。しかし、この方式が有権者の意思を正確に反映しているのかどうか疑問が呈される。

なぜなら、投票用紙を受け取ってしまえば有権者は棄権の意思表示をすることが困難なくみになっているからである。

すなわち第一に、棄権が事実上難しいことである。総選挙投票を終えると自動的に、機械的に国民審査用紙が手渡され、明示的、積極的に棄権の意思表示をしない限り、投票せざるを得ないしくみになっている。第二に、複数の裁判官名が同一の用紙に記載されているため、裁判官ごとに投票・棄権の意思表示ができないしくみとなっていることである。

この点につき、前掲昭和27年判決は、国民審査制度が単なる解職制度であることを理由に現行方式を是認している。

しかし国民審査制度は、憲法が明記しているように、内閣による任命の事後審査の制度であって、不適格者を罷免する単なる解職（リコール）の制度ではない。もし単なるリコールの制度であるとすれば、任命直後に（一度も裁判に関与することなしに）国民審査に付されることはありえないはずである。判例・通説は解職制度と解するが、ただ任命後第一回の国民審査がなされる裁判官については、内閣の任命を国民が確認²⁷⁾の意味も審査に含まれていると解するのが妥当である。

このことからすると、国民審査制度は単なる解職制度でない²⁷⁾と解すべきである。

(2) 判断材料の不足

27) 芦部・前掲注9) 231頁。

また、国民審査の実効性については、有権者に対する判断材料提供が不十分なまま、投票を余儀なくされている点が問題であるという指摘が従来からなされている。投票数日前に審査公報が配布され、また最近は全国紙が審査対象の裁判官に質問を出し回答を掲載しながら評価の素材を提供するなどしているが、それでも充分とはいえない。

その結果、国民の関心をますます遠ざける結果となり審査が形骸化している。それは、直近の第20回（平成17年）の国民審査において、裁判官別の「罷免を可とする率」の差が、これまでの国民審査のなかで最も小さくなり、たった0.39ポイントにすぎなかったことにあらわれている。実質的に国民は何も審査していないのと同視できよう。

従来最高裁は個々の裁判官の情報開示について極めて消極的であり、後述するように、最近ようやく改善の兆しがみられるものの、まだまだ不十分である。国民審査の重要性に鑑みると、審査の実効性を担保するための十分な情報開示が求められる。

(3) 10年毎の国民審査規定の空洞化

近年、任命された最高裁裁判官はすべて60歳以上の任官である。そして最高裁裁判官の定年は裁判所法50条で70歳と定められているから、10年毎に経るべき国民審査は、各裁判官につき1回のみに限られることになる。すなわち最高裁裁判官は、任官後初めて行われる総選挙の際の国民審査を1回のみ受ければ定年までは身分を保証される。これでは、定期的に最高裁裁判官を国民審査に付すことにより民主的コントロールを及ぼそうとした憲法の趣旨を全うできない。

第3章 最高裁裁判官選任等に関する改革の動き

(執筆時点で見られている改革の方向、提言)

裁判官の任命と国民審査については、司法制度改革審議会に先立ってあるいは前後して、いくつかの提案や法改正の動きがあるのでそれを概観する。

1 裁判官の任命についての動き

(1) 最高裁判官任命諮問委員会制度の立法化

日弁連は、昭和48年5月26日の定時総会において、「内閣は、最高裁判所裁判官任命諮問委員会を設けてこれに諮問するなど、指名および任命の公正を期し、国民の負託に応えるべきである。」との趣旨の決議を満場一致で採択するとともに、最高裁判所裁判官任命諮問委員会制度の立法化を図るべく法案策定作業に取り組み、昭和49年9月に法案を公表した。この法案は、裁判所法の一部改正により、内閣に最高裁判所裁判官任命諮問委員会の諮問を経ることを義務付け、特別法により衆参両院議長、最高裁長官、日弁連会長、検事総長ならびに裁判官、弁護士、学識経験者各5名の計20名をもって組織する同委員会を設置しようとするものであった。

これについては、第87国会に社会党提案として日弁連の右法案とほぼ同趣旨の最高裁判所裁判官任命諮問委員会設置法案が提出されたが、廃案に終わ²⁸⁾っている。

(2) 最高裁判所裁判官候補者聴聞会設置の提案

日本民主法律家協会は平成元年に「最高裁判事任命制度を考える懇談会」を立ち上げ、その懇談会が「最高裁判官候補者聴聞会法要綱案」を作成している。

この内容は、内閣が最高裁判官の任命にあたり候補者を定めたときは、その氏名と選考過程を国会に報告し、それを受けて国会はその候補者に対して聴聞会を開くというものである。これは米国における連邦最高裁判事についての上院の聴聞会制度を参考にしたものであるが、わが国の憲法上、最高裁判官の任命権が内閣にあることから、米国のように承認権まで与えるものではない。したがって、仮にその候補者が聴聞会での応答に失敗し、その適格性に疑問符がついたとしても、内閣はその氏名を撤回せず、そのまま任命することができるため内閣の任命権を侵害することにはならない、とさ

28) 日本弁護士連合会編『最高裁判所』119頁以下（日本評論社、1980）。

れる。²⁹⁾

(3) 司法制度改革審議会意見書を受けた実務的な改革の動向

司法制度改革審議会意見書を受け、司法制度改革推進本部では法曹制度検討会を中心に議論がおこなわれた。そこでは、最高裁裁判官の選任手続に関する諸外国の制度について調査した上で、第11回から第14回にわたり意見交換をおこなったが、意見を集約することができず、その検討内容を整理したものとして、座長により、各委員の発言内容を適宜項目別に要約・整理した「議事録整理メモ」が取りまとめられるにとどまった。その議論の過程では、概ね以下のように意見が分かれている。

まず、最高裁裁判官の選任過程の透明性・客観性を重視し、法曹だけでなく国民の代表も入った形での任命諮問委員会を作るべき、との積極論があった。それに対し、違憲審査権とは別の上告審の機能を最高裁が有しており最高裁裁判官には実務的・専門的判断が求められることからすると、任命委員会の制度設計は困難であるとする消極論があった。さらに、現状が好ましいとはいえないとしても、選任過程を検討するにあたっては、最高裁のありかた、機能全体から議論する必要がある、との意見もあった。³⁰⁾ 残念ながら、以上のように見解が多様であるため、改革が円滑に進展する見通しは立っていないといえよう。

(4) 選任過程についての内閣による情報公開の動向

司法制度改革推進本部第5回顧問会議（平成14年7月5日）において、内閣官房より、「平成14年6月の最高裁判事の任命時から、最高裁裁判官の内定後に官房長官記者会見で、可能な範囲で選考過程、選考理由を明らかにする。（なお候補者を含め具体的な人選の過程は公表しない）」との説明がなされた。

ただ、その後の裁判官任命の際に行われた官房長官記者会見の要旨を確認

29) 高橋利明「最高裁裁判官の任命にあたって聴聞会を」法民248号51頁以下（1990）。

30) 齊藤ほか・前掲注8）204頁以下。

したところ³¹⁾、選考過程や選考理由が十分に明らかにされたとは評価できないと考えられる。すなわち、官房長官は、それぞれの任命時の記者会見において、各裁判官の経歴（歴任した役職）をいくつかあげたあとに、「人格・識見ともに優れているので最高裁判事として適任である」と述べているに過ぎない。また町田長官の指名の際には「裁判官として、また司法行政の経験者として裁判所のあらゆる問題に通暁するとともに、人格、識見、指導力に優れた方である」「司法制度改革の推進の必要性について認識を共有しており、最高裁長官として適任である」と述べているに過ぎない。このような状況では、選任過程の透明化には程遠いといわざるをえない。

(5) 日弁連の改革の動き

日弁連では、弁護士出身の最高裁裁判官が退官する場合には、日弁連会長が委員長となった推薦諮問委員会を設けて協議し、推薦してきたが、事実上は東京の3つの弁護士会と大阪・神戸の弁護士会とが推薦権を独占し、その推薦決定の過程は、全国の弁護士会員にはわからない非民主的なしくみとなっていた。このことに対する反省の上にたち、全国の弁護士会から推薦できるようにすること、推薦諮問委員会は推薦された者から直接に所見を聞いたうえで投票により推薦者を決定するとともに、その経過と推薦理由とを会内に明らかにすること、最高裁裁判官の任命後に国民に対し推薦理由を公表することなどの改善を加えることになり、平成5年の2名の弁護士出身裁判官の任命に際してこの改善策が実施³²⁾に移された。

また、平成13年7月には候補者の推薦基準として、①憲法の理念に徹し、広く国民的視野に立ち、高潔な人格を備えた人、②弁護士としての活動及び弁護士会での活動によって培われた市民的感覚と基本的人権擁護ならびに司法改革への熱意が具体的に感得される人、③他の分野出身の裁判官に伍して

31) 司法制度改革推進本部法曹制度検討会第12回参考配布資料「最高裁裁判官の人事（閣議決定）に関する内閣官房長官の記者会見要旨」http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/seido/dai12/12siryou_sh3.pdf（2005年8月13日アクセス）。

32) 小田中・前掲注4）173頁以下。

粘り強く説得的議論が展開できる学識、識見と少数意見も含めてそれを表現できる積極性がみられる人、という3つの基準を明確にした。³³⁾

2 国民審査

(1) 最高裁長官についての国民審査要求の動き

最高裁長官が最高裁判所のつかさどる司法行政に対しての責任者でもあること等の理由から、最高裁判所長官に対してはあらためて国民の信を問うべきとの考え方がある。日弁連は、昭和47年2月28日に、「最高裁判事として国民審査に付された最高裁裁判官が、審査に付されたときから10年を経過しない間に最高裁長官に任命された場合、その後の衆議院議員総選挙の際、あらためて当該長官への任命を国民審査に付すべきである」との意見書を発表した。

(2) 衆参憲法調査会等の動向

衆参の憲法調査会や一部の政党で、現行の国民審査制度の見直しが議論されている。

●衆議院憲法調査会での議論

衆議院憲法調査会『衆議院憲法調査会報告書』（平成17年4月）では以下のように述べられており、国民審査制度の見直しや、任命を国会での承認事項とするもの、参議院での審査実施など様々な意見が出されている。

最高裁判所裁判官の国民審査制度については、同制度が形骸化していることから、これを廃止した上で、①国政選挙と別の機会を設け、国民の意思が明確となるほかの方法で投票すべきであるとする意見、②最高裁判所裁判官を国会承認人事とすべきであるとする意見、③参議院に最高裁判所裁判官の適性審査機関を設けるべきであるとする意見など、最高裁判所の

33) 司法制度改革推進本部法曹制度検討会第12回配布資料「資料1 日弁連最高裁判所裁判官推薦諮問委員会に関する資料」http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentou-kai/seido/dai12/12siryou_n2.pdf (2006年11月11日アクセス)。

裁判官の新しい審査方法に関する意見が述べられた。なお、裁判官の政治的中立性を考慮しつつ、適格性を民主的に審査する制度を慎重に検討すべきであるとする意見も述べられた。

これに対して、最高裁判所裁判官の国民審査制度は最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であるため特に認められたという制度の趣旨や戦後最高裁判所の人事を決定する委員会が定着しなかったこと等の歴史的経緯からその見直しに慎重な意見、国民審査の判断材料となる裁判官の情報をより積極的に国民に開示していくべきであるとする意見が述べられた。

●参議院憲法調査会の議論

参議院憲法調査会『日本国憲法に関する調査報告書』（平成17年4月）では、以下のように各意見が列挙されているが、衆議院と比較して、参議院に審査機関が行われた場合の要件や問題点についてより詳しく検討されている点が特徴的である。

- ・ 党の新憲法起草小委員会の検討（平成17年）においては、現行の国民審査制度は、有効に機能しているか疑わしいため、これを改めるとしている（自由民主党）
- ・ 党の論点整理（平成16年）は、最高裁裁判官の国民審査制度は廃止し、廃止後の適格性審査の制度については更に検討を行うことについて異論がなかったとしている（自由民主党）
- ・ 有権者全体が裁判の偏向を判断することは難しいので、最高裁裁判官の国民審査制度は廃止し、代わりに参議院に審査機関をつくってはどうか。政治情勢により簡単に弾劾されることのないよう、3分の2を必要とするなどしてはどうか
- ・ 国民審査制が充分機能しているとは思えず、充実した情報公開が成されていない現状の下でこの制度を維持する意味があるか疑問
- ・ 最高裁裁判官の国民審査の実効性には疑問を持つが、仮に参議院が裁判官の適格性を審査すると、例えば、参議院の定数不均衡判決のような判決が出た場合、その裁判官を不適格としてしまうおそれもあり政治とも

距離を置くべき
などの意見が出された。

●自由民主党の新憲法草案

平成17年8月1日に公表された自由民主党の新憲法草案では、国民審査について「最高裁判所の裁判官は、その任命後、法律の定めるところにより、国民の審査を受けなければならない。」とする改正案が示されている。これは、現行憲法第79条2項が「その任命後、初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し」と規定し、また同条3項が「投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される」と規定し、憲法上国民審査について一定程度手続が定められていることと比較すると、規定の抽象度が高く法律への委任の範囲が広がられている。この点からすると、少なくとも現行の国民審査制度の何らかの見直しを目指していると解することができる。

(3) 最高裁判官の情報開示の動き

司法制度改革審議会の審議過程で最高裁判官に関する情報を国民に広く提供すべきとの指摘を受け、最高裁も情報開示を進めている。

まず、平成13年2月から、最高裁ホームページにおいて「最高裁の裁判官の紹介」のコーナーを新たに設け、各裁判官について、写真を掲載するほか、経歴、信条・趣味などを紹介している。また、裁判所の広報誌「司法の窓」(年2回発行)には、最高裁判所裁判官が執筆したエッセイを掲載している。最近数回発行分の「司法の窓」はホームページ上でも閲覧可能となった。

さらに、審査公報の改善も少しずつ進められてきた。平成15年7月24日に「最高裁判所裁判官国民審査法施行令の一部を改正する政令」が公布され、それまで審査公報の掲載事項は字数千字を超えることができないものとされていたが、この字数制限が撤廃された。また同年8月27日に最高裁判所裁判官審査公報発行規程の一部が改正され、これまで、審査公報には写真を使用

することができないとされていたが、この制限が撤廃された。そして、平成15年11月9日に行われた国民審査から、裁判官の写真が掲載された新しい様式の審査公報が用いられた。

3 改革の現状評価

以上からみると、意見書の方向が一部について実現されていると見ることもできる。しかし『意見書』を受けた最高裁裁判官選任の方法は実質上、従来とほとんど変化しておらず、またその他情報開示の面における最高裁や関係機関の改革に向けた取り組みも大きく進展したとは認められない。

そこで、最高裁裁判官の人選や審査のあり方は果たしてこのままでいいのか、この程度の改革で司法制度改革が目指す方向に沿った最高裁の役割を果たすべき人材を供給できるのであろうか、疑問を抱かざるを得ない。

その点について、次章で若干詳細に検討する。

第4章 最高裁裁判官のあるべき姿

1 最高裁判所の役割

最高裁の最大の役割は違憲審査権（憲法81条）であろう。もちろん上告審裁判所としての機能や司法行政機能も担うのであるが、やはり憲法の誓としての機能が最重要と位置づけられる。ドイツやフランスは独立の違憲審査機関を有し、米国の連邦最高裁でも裁量上訴制を採用することにより重要な事件に限って審理することとしており、³⁴⁾ 実質的には憲法裁判を重視している。このように立憲民主主義国家においては、いうまでもなく違憲審査権は最重要の機能のひとつとして位置づけられている。

ここで、違憲審査権の目的は、憲法価値を擁護するということである。日本国憲法の価値の根源は「個人の尊厳」であり、これをさらに敷衍するならば「他人の権利や公共の福祉を害しない限り、個人の価値観や生き方を最大

34) 前掲注18)。

限に尊重する。多数派の価値観を押しつけてはいけない」ということに他ならない。しかし、果たしてこのようなスタンスに最高裁の裁判官は立っているのだろうか。

確かに、近時、最高裁において、行政訴訟における原告適格の拡大や、選挙権が重要視される傾向があるなど、国民の権利保障に資するような判断が増加している。

しかし前述の選挙権の定数格差に関しても、平成18年10月4日に参議院定数不均衡について新たな最高裁大法廷判決が出されたが、そこで画期的な違憲判断はまだみられなかった。このように、必ずしも最高裁が国民の多種多様な価値観、国民の憲法上の権利の重要性をうけとめて憲法的な判断をしてはいないと私は考える。そして、その一例として、ごく最近の判決を紹介する。

2 凍結精子による出生についての死後認知訴訟について

平成18年9月4日に最高裁第二小法廷で出された判決は、裁判官全員一致で、凍結精子による出生について父親の死後の認知請求を認めないという判断を下し（二裁判官の補足意見あり）、認知請求を認める二審判決を破棄した。³⁵⁾

その判断の是非はともかく、私が注目したのは、国民の価値観を二分するような問題について、本件における憲法的な価値をどのように考えるかという点が、判決の中で浮き彫りにならなかったということである。

すなわち、判決は、認知に関する民法の法制が「少なくとも死後懐胎子と死亡した父との間の親子関係を想定していないことは明らかである」から、「死後懐胎子と死亡した父との関係は、上記法制が定める法律上の親子関係における基本的な法律関係が生ずる余地がない」とあっさり結論を出した。

本件では原告は、憲法13条の幸福追求権に基づく認知請求権を主張してきた。これに対し判決は、憲法上の問題には全く触れず「原告の認知請求権は現在の法制では保護されないから、あとは立法によって解決されるべき問題

35) 最判平成18年9月4日裁時1419号2頁。

である」との趣旨であっさりと棄却している。

このように最高裁は本件で、民法制定時と現在では立法事実がかなり変化していること、すなわち生殖医療技術および国民の意識が大きく変わっていることについて十分な議論をせず、生殖医療が発達していなかった時代に制定された法律規定が先にありきで結論を出したのである。

しかし本件事案で本質的に問われていたのは、少数派の立場に置かれており、生殖医療によって子どもを生みたいと願う両親およびそれによって生まれた子の利益をいかに保護するのかという憲法問題である。すなわち、技術革新や国民の意識変化に法整備が追いついていない問題について、自然血縁的な親子関係が存在し、夫婦間で同意が得られている場合において、かつ親族の反対もなく、また代理母のように他人の権利侵害のおそれもまったくないときに、生まれてくる子の尊厳や、親の自己決定権という憲法価値をどのように考えるのか、という憲法的な価値判断が最高裁に問われていたのである。

それにもかかわらず判決は、子の利益は重大ではないとしていわば門前で切り、憲法上の詳細な議論に基づく慎重な判断を加えずにあっさり認知請求を棄却している。本件で、親である当事者が国に対して何を望んだのか、子が享受する権利・利益が何であるのか、それらが憲法上保護に値するのかしないのか、という議論を詳細におこなってはいない。

ただ本判決において、滝井裁判官、今井裁判官がそれぞれ補足意見を出している点は率直に評価できよう。この二名の裁判官は、基本的に判決の立場に立ちつつ、滝井裁判官は「子にとって戸籍の父欄が空欄のままであることの社会的不利益は決して小さくはないし、子が出自を知ることへの配慮も必要である」と当事者の利益に配慮しており、また今井裁判官は「どのような要件の下に父子関係を認めるのか、認めるとすればこの父子関係にどのような効果を与えるのが相当であるかについて、十分な検討が行われ、これをふまえた法整備がされることが必要である。……生殖補助医療の技術の進歩の速度が著しいことにかんがみると、早期の法制度の整備が望まれる」と法律整備による父子関係の認定の余地を認めている。

しかし、これらの見解もあくまで法律の枠内での保護のみを念頭に置くにとどまるものであり、私は、本件ではさらにすすんで、憲法の目指している少数派の価値観・新しい価値観の尊重とそれらを主張するものの権利保護という観点でとらえるべきであると考えている。

本判決で裁判官全員一致により認知請求を認めなかった根底には、「冷凍精子を使った、夫の死後の生殖医療など自然出産からかけ離れており到底認められない」という特定の価値観を多数の最高裁判官が抱えていることが存するように思われる。しかし、それはあくまでひとつの価値観に過ぎないのである。自然に反するからだめだとするなら、中絶や生殖医療を全面禁止にすべきなのか、どこまでなら認められどの程度がだめなのかという線引きが難しいのではないかという問題が生じる。

もっとも私も、際限なく進化する様相をみせる生殖医療技術に伴う様々な問題をすべて放置してもよいとは考えておらず、何らかの歯止めは必要であると感じる。ただその一方で、子どもを生み育てるというのは人間の生物たる本質的欲求、根源的欲求に基づく行為であり、国家がその実現を強く援助し保護すべき性質のものである。何とかして子どもを持ちたいという親の切実な思いと、それを達成するために取った行動が、たとえ現時点で多数派に容認されないものだとしても、法律家としては、それを簡単に切り捨てるのではなく、具体的な事情を勘案して当事者を救済できないのかを真摯に検討するべきである。

とするなら、本件においても、認知に関する民法の現行規定を杓子定規に解釈するのではなく、立法事実の変化および少数派の尊重という視点をふまえ、夫死亡後の生殖医療という親の行動及びその子の福祉が憲法上保護に値するのか、という点を詳細に検討することこそが最高裁の裁判官に問われていたのではないだろうか。

そのような意味で、本件を検討する上でおそらく真二つに分かれるような価値観のうち、判決と異なる少数派の価値観にまで深く考えを至らせて、憲法問題として議論した裁判官が一人もいなかったことを私は残念に思う。

この判決ひとつをとってみても、現在の最高裁の裁判官の多くは固定的な

価値観にとらわれているため、時代に伴って移り変わる社会事情、技術革新、国民の価値観の変化に必ずしも対応しきれていないのではないかと疑わざるを得ないのである。

3 今後、最高裁裁判官として求められる資質

(1) 憲法価値の擁護者

国民が求めているのは、最高裁が憲法判断を下すことだけではない。国民の多様な価値観が衝突するような問題について、最高裁の中で憲法的な議論をすることにより、国民に判断材料を与え、国民の間での議論の深化を促すことも最高裁裁判官に求められる重要な役割であろう。

国民の間で価値観が大きく分かれ、かつ憲法価値に関わるような問題については、立法府や政策立案担当者、専門家だけに議論をゆだねるのではなく、まさに国民が自ら議論し合意形成をしていくべきである。

そのための議論の素材を与えるための役割を最高裁の判決は有しているものであり、これに関わる最高裁裁判官は、純粋な法曹出身の年配者だけでは足りない。むしろ憲法問題についていえば、法律的な思考や法的知識が事の本質を見誤らせる場合さえあるといえよう。

各裁判官の違憲審査権に対するスタンスを知る手がかりとして、平成17年の国民審査における審査公報をみても、審査対象の6人の裁判官のうち、最高裁の最終審としての役割に言及した裁判官は4人にのぼったのに対し、違憲審査権について触れた裁判官は1人のみにとどまった。

しかし、違憲審査権を有する最高裁裁判官として、憲法や憲法的価値観の擁護者であるという自覚を更に強く持つべきであり、その上で、審査公報その他の機会をとらえて、自らの憲法観をもっと国民に強く訴えて国民の理解と支持を獲るように努力すべきであると私は考える。

(2) 今後、最高裁裁判官として有すべき資質

今後の社会の動向等に鑑みると、最高裁裁判官としては以下のような資質を有するべきと考える。

① 柔軟性

技術革新、国際化、情報化、少子高齢化などにより、社会経済や国民生活のみならず、国民のライフスタイルや価値観までもが加速度的に急速に変化しつつある。最高裁の裁判官にはこれらの時代の変化をふまえて、適切な判断ができるよう、様々な環境変化や国民のニーズ・価値観の変化に対応できる柔軟な思考力と感性が当然求められよう。

また、上記のように社会の変化が今後さらに急激に進む結果、憲法や法律の規定整備が間に合わず、法規範が実態にそぐわない場面が増加すると考えられる。そこで、最高裁においては事案の重大性、当事者の権利救済の必要性、紛争解決の必要性を勘案して、憲法や法律の規定を字句とおりに解釈する能力のみならず、むしろ、憲法がまさに目指しているもの、すなわち憲法価値の実現を解釈指針として事案を判断する柔軟性が求められる。

② 意欲

複雑で解決が難しい事案については、たとえ他の裁判官と判断・結論が同じでも思考プロセスが全く同じということは通常ありえないだろう。最高裁裁判官は多数意見に与する場合も、補足意見を精力的に書いて、最高裁の考え方の幅の広さを国民または下級審等に対して示すべきである。

③ 発信力

最高裁裁判官は、国民が最高裁の判決を注目していることを意識し、あるいは国民全体に最高裁の考えが伝わるよう、平易な表現を工夫して判決文を作ることも必要である

最高裁裁判官はこれまで、在任中は判決文以外では「黙して語らず」を貫くというのが基本的なスタイルであったように思われる。しかし今後、国民と共にある司法の実現に向けて、判決時のみならず、国民審査の際には審査公報などの手段により、最高裁の一員として自らの見識やスタンスを明確に国民に伝えるよう努めることが望ましい。

第5章 最高裁裁判官選任と民主的統制についての方策の提言

1 司法制度改革の方向性に沿った視点

最高裁裁判官選任とその民主的統制については、司法制度改革の3本柱である「国民の期待に応える司法制度の構築（制度的基盤の整備）」、「司法制度を支える法曹の在り方（人的基盤の拡充）」、「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」に資するものでなければならない。そこでこれらを踏まえた上で、第3章で検討した課題を解決するための方策提言の視点として、以下の3点がとくに重要であると私は考える。

- ① 国民の多様なニーズ、価値観の変化に応えられるような裁判官の選任
- ② 国民的基盤を担保するための実効的な民主的統制
- ③ 国民の信頼、納得が得られるような透明性の確保

以下、3つの視点の内容を述べる。

① 国民の期待に応えられるような裁判官の選任

国民の期待に応えるためには、多様なバックグラウンドによる幅広い年齢層の裁判官構成が最高裁に望まれる。

●法曹一元

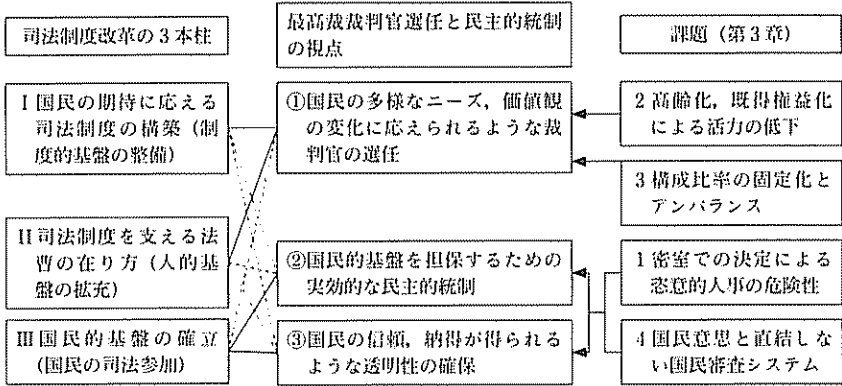
最高裁裁判官は、特に、裁判官キャリア制度における最終到達点となっている。最高裁裁判官のうち法曹出身者の「定員枠」について実質的に候補者提案権を有する最高裁長官は歴代ほぼすべて裁判官出身者で占められている。このことに照らすと、このキャリア制度が存続する限り、裁判官出身者からの任命を減少させることは現実的に難しいとも考えられる。そこで、法曹一元制度の導入を急ぎ、裁判官自身のキャリアの多様化を図るべきである。

●法曹界以外からの人材供給

上記のように人材の流動化は、法曹界内部でも必要だが、国民のニーズや意識・価値観を汲み取るためには、むしろ法曹界以外からの人材導入が必要不可欠である。

平成16年に始まったばかりの法科大学院制度による法曹養成が定着すれば、

図 最高裁裁判官選任とその民主的統制の視点の抽出



——— : 関連が強いもの
 : 関連があるもの

やがては法曹が法科大学院出身者によって占められ、それによる人材の多様化が進むと考えられる。すなわち法科大学院出身者が増加してくると、様々な職業経験、あるいは他学部で学んだ法律以外の専門知識を有する多種多様な人材が法曹の供給源となる。ただこの点は、法科大学院への多種多様な人材の入学が継続するということが大前提であり、仮に法科大学院制度がその理念にそぐわない形に変容してしまうならば法曹の人材の多様化が実現されない。したがって、この点は法科大学院制度が今後成功に向かうのかどうかにかかっている。

また法曹のキャリアを全く持たない者の任命についても、学者や行政官出身者にとどまらず、最高裁裁判官にふさわしい見識と法的素養を兼ね備えた人材を発掘し、その人数を拡大していくことも重要である。

● 年齢構成の多様化

裁判所法上では、最高裁裁判官の任命資格は40歳以上となっており、法律家についてはこの他に20年以上の経験との要件が加えられている。したがって、法律家であったとしても、40歳代半ばからの任命、任官は現行法上も理論的に可能である。しかし実際には裁判官、弁護士(各弁護士会の役員)、検察

官のキャリアの最終到達点となっており、60歳台での任官が現在の慣例となっている。この点、最高裁が最終審の役割を担う以上、判決に権威と重みが必要であるという意味で年配者が裁判官になるべきとの考えもあろう。

しかし、技術革新が急激に進展し、社会が高度情報化する中で、社会経済のみならず、国民のライフスタイルや価値観についても世代間格差が顕著になりつつある。また、高い経済成長が望めない中で、巨額の財政赤字にみられるように世代間の利害関係の対立がこれから顕在化する可能性もある。これまで日本社会は年功序列社会であり、年配者が発言力や決定権をもってきたため、これまでなされてきた社会的な意思決定が必ずしも全世代の価値観や利害を代弁し集約しているとはいえない。また前述のように世代による価値観の隔絶、新しい少数派の価値観を理解することも最高裁裁判官にとって重要であろう。そこで、現在のような60歳代のみの裁判官で構成される最高裁は将来にわたっても望ましいものであるとはいえない。40歳代、50歳代の者を含めて多様な世代の者を任命すべきであると考ええる。

② 国民的基盤を担保するための実効的な民主的統制

国民のための司法を実現するためには国民的基盤が必要である。具体的には、選任や罷免の場面で、国民のチェックが実効的に機能することが重要である。そのためには、事前審査と事後審査それぞれにおいてより効果を高める方策を検討するとともに、それらの機能分担と連携が必要となる。

●事前審査：候補者選定および承認手続の創設

任命時には、かつて日弁連などにより提案されてきた第三者機関における候補者選定手続や国会における裁判官予定者承認手続により、恣意的な任命を防止し、民主的統制を図ることが望ましい。またこれらの手続の過程で様々な情報が開示されることが、以下③で述べる透明性の確保に資する。

●事後審査：国民審査手続の実効化

国民審査は、最高裁裁判官を国民的基盤に直結させる役割を担っているにもかかわらず、現状ではほとんど実効性がない。そこで、国民審査を実効性あるものとする方策を検討することは必要不可欠である。

ただし現在、憲法上規定されている事項、例えば審査のタイミングや実施

間隔について改正する場合には、その内容を法律に委任すべきではない。なぜならその時点における政権の恣意に基づき法改正により最高裁裁判官の制度的身分保障が揺らぐことは危険であり、そのような危険を避けるためにこのような身分保障に直結する事項については憲法上明確に規定しておくべきであるからである。

また、上記のように任命過程における審査が充実した時点においては、内閣の任命を確認するという意義を国民審査に持たせる必要性が乏しいので、国民審査は解職（リコール）の役割に徹するべきであろう。

③ 国民の信頼、納得が得られるような透明性の確保

最高裁の裁判官の任命についても出来る限りの情報開示、透明化を図ることにより最高裁の裁判官に対する国民の信頼、納得を得るよう努めることが必要である。

そのためには内閣や最高裁が自ら、裁判官任命の過程を明らかにすることがありうるが、これまでの内閣や最高裁の姿勢をみると従来以上のさらなる努力を期待することは難しいとも考えられる。そこで第三者機関による推薦、承認という仕組みを整備し、その過程を通じて、最高裁裁判官予定者の資質や、見識、憲法観などを国民に対して明らかにすることが必要となる。

2 方策を提言するにあたっての前提と枠組み

前章で述べた最高裁裁判官のあるべき姿を実現するためには、『意見書』に述べられた司法制度改革の方針を前提とした上で、それにとどまらず、本論文で検討した課題をふまえ、また各機関でこれまで検討されてきた改革内容を参考として今後の方策を一步踏み込んで検討する。

その際には、最高裁のあるべき姿すなわち本質論を念頭に置くことは避けられない。そのように最高裁の本質論から議論するとそれは必然的に憲法改正を視野に入れざるを得ないが、国会では数年来、活発に憲法改正論議がされており、憲法改正も全く非現実的な議論ともいえない。

そこで、本論文の提言としては、提言内容を以下のように3段階のスキームに分けて考える。

- ・短期的方策：『意見書』の方針に沿った運用面の改善方策
- ・中期的方策：『意見書』の方針からさらに一步踏み込んだ法改正により実現すべき方策
- ・長期的方策：『意見書』の方針にとらわれず抜本的に最高裁判所のあり方を見直すことを含め、憲法改正が必要となる方策

3 とるべき方策

(1) 短期的方策

『意見書』の方針に沿った方策で、かつ法改正の必要がなく運用面で改善をすることが出来るものとして以下のようなものがあげられる。

●最高裁のあり方

日弁連の裁判官候補者評価基準を参考に、内閣でも評価基準を明確にしたうえで、司法制度改革に真に前向きな者、特に若くて意欲ある40歳代、50歳代を積極的に選任するように務めることにより、最高裁の活性化を図ることが必要である。

●任命過程

かつて日弁連が提案した「任命諮問委員会」のような、候補者選定に関する第三者機関を内閣が設置し、その第三者機関の意見、評価をふまえて裁判官を任命してその結果を開示することは法律を改正するまでもなく可能である。

●国民審査

最高裁判所およびその各裁判官においては、国民審査の際に積極的に情報発信、情報開示をおこなうことにより国民に審査の判断材料を提供するように努力すべきであろう。現在の審査公報などに掲載される所信は、前述のように最上級裁判所の裁判官としての役割に言及しているものは多いが、違憲審査権に対する心構えや憲法観が述べられておらず充分ではない。特にその点について、裁判官はインターネットなど他のメディアを必要に応じ補足的に用いるなどの方法により充実すべきである。

(2) 中期的方策

次に、『意見書』の方針に沿い、かつその方針からさらに一步踏み込んでより実効性ある具体的な方策を提言する。ただこれらは法改正が必要となるため、中期的な目標となる。

●最高裁のあり方

現在の出身比率の枠を取り払うことが重要である。その場合の具体的な目標値としては、現在裁判官、行政官、検察官の各出身者が計10人であり全体の3分の2を占めるが、これを7人程度（過半数を占めない数）とすべきである。その上で、在野的な立場でかつ法的知識・見識がある者（例えば企業法務経験者や司法担当ジャーナリストなど）を任命し、弁護士や学者とあわせて過半数を占めるように改革すべきである。

そのために、裁判法41条を改正し、最高裁裁判官15人のうち法律家が10人必要とされる現行の要件を緩和すべきである。

●任命過程

法改正により、裁判官任命予定者に対して参議院などでの聴聞会を開催することを義務付ける。これにより多様な観点から裁判官の資質のチェックをおこない、民主的統制を図るとともに、任命過程の透明化を図るべきである。

●国民審査

最高裁判所裁判官国民審査法を改正し、国民審査の投票方法を、現在の×のみを記入する方式から、○×で記入する方式に変更すべきである。これにより、各裁判官別に対する罷免の意思表示（第1回の審査の場合は内閣の任命に対する確認または拒否の意思表示を含むと解される）を明確におこなうことができ、国民審査の実効性が高まる。

(3) 長期的方策

さらに、司法制度改革を貫徹するために最高裁裁判官のあり方を本質から見直すべきという私見に基づき、その方策を『意見書』の内容にこだわらず提言する。これらは憲法改正が必要となる事項が含まれたものであり長期的目標とする。

●最高裁のあり方

憲法改正の際には、フランスやドイツのように、違憲審査権を有する憲法

裁判所の機能と通常裁判所の最上級審の機能の分離をすることの是非を検討すべきである。違憲審査権を貫徹するためには分離が望ましいと考える。そして分離した場合、憲法裁判所と通常裁判所の最上級審との役割分担を明確にするために、憲法裁判所の裁判官には多種多様な人材が任命されるよう配慮されるべきである。また、憲法裁判所の通常裁判所からの独立性を担保するために、特に憲法裁判所の長についてはキャリア裁判官出身者以外から任命する旨を憲法上規定するという方策も考える。その基準としては例えば「通算20年以上の期間にわたり裁判官の職にあった者を除く」とすることなどが考えられる。これは、憲法裁判所の長は裁判官キャリア制度の頂点ではないということを示す意義があり、また目指すべき法曹一元制度の誘因ともなりうる。

●任命過程

民主的統制を機能させるために、憲法改正により、上記憲法裁判所裁判官の任命を米国にならって参議院の承認事項とする。これより、参議院において承認の前提として審議が行われる中で、選任の理由や憲法裁判所裁判官としての見識等に関する事項が綿密に審査され、より厳密な事前チェックが可能になる。また、この機会に憲法裁判所の各裁判官に関する様々な情報を国民が知ることになり、裁判官に対する国民の理解や親しみが増し、信頼感の強化につながるという派生効果も期待される。

●国民審査

まず、国民審査の実効性を図るために、憲法改正により、現在は在任10年毎に行われている審査を5年毎に行うよう短縮する。確かに5年は短きに失し裁判官の身分を不安定にしてしまう弊害が大きいという異論もあろう。しかし、現行の10年間という期間も、審査をする国民の側にとってみれば長すぎると考えられる。なぜなら過去10年間に各裁判官が下した判決を各有権者が思い出してその当否を検討して罷免の可否を判断することは非常に困難であるからであり、このことが国民審査制の実効性を低下させるひとつの要因となっている。

また、2、3年に一度行われることが多い衆議院議員総選挙の機会のみで

は各裁判官について5年毎に国民審査を実施することが困難である。そこで国民審査を衆議院議員総選挙時のみならず参議院議員選挙時にも併せて実施できるように憲法改正を行う。

また任命過程における審査を参議院等で厳密に行うことができれば、現行手続で規定されている任命後初めて行われる衆議院総選挙の際の審査は、さほど有意義とはいえない。そこで、そのタイミングでの国民審査については廃止することとする。これらの方策により、最高裁裁判官は任命後ほぼ5年毎に審査を受けることとなる。ただ、65歳以上の者が任命された場合には、70歳定年制を維持する限り国民審査を受ける機会がなくなり国民審査制を設けた趣旨にそぐわないので、少なくとも1回は国民審査を受けるよう内閣は出来る限り60歳代前半までの者を任命することが望ましい。

そして最高裁の裁判官構成を現在より若年に幅を広げることを前提として、最高裁裁判官について規定された現在の定年制(裁判所法50条)に加え、最長15年の任期制限を導入し憲法に規定する。この点について、任期制限ではなく逆に米国のような終身制とする改革の方向もありうる。しかし本論文のこれまでの分析検討をふまえると、日本においては、最高裁における議論を活性化し多様な価値観を考慮に入れるという方向が望ましい。だとするなら、若手を積極的に任命した場合は、これと併せて任期を制限することにより、一定期間で裁判官の入れ替わりが発生しメンバーが固定化しないような制度設計をすべきである。

これらの方策を併せて実施すれば、各裁判官が通常受ける国民審査は任期中に1回ないし2回となるため、さほど身分を不安定にすることにはつながらないと考える。また、タイミングとしても任命後、在任期間5年を越えた時点および10年を超えた時点以後に行われる国政選挙の際に国民審査を受けることになるが、このことは、定期的に最高裁裁判官に対して民主的な統制をするという国民審査制度の趣旨に合致すると考えられる。

おわりに

本論文では、最高裁裁判官の任命過程や国民審査の制度論を中心に、最高裁のあり方や最高裁裁判官のあるべき姿にいたるまで、非常におこがましくも忌憚なく持論をのべさせていただいた。まったく未熟で稚拙な議論であるので、関係者各位の批判を待ちたい。

ただ私は、司法制度の改革にむけて、法曹関係者がそれぞれの立場で日々真摯な取り組みを重ねておられることに敬意を表しつつ、いわば「国民のための司法」実現という司法制度改革の目標が果たして達成されるのか危惧している。

すなわち、本論文の根底にあるのは、司法が抜本的に変わるべきであるということについての法曹界の関係者の意識改革がまだ不十分であるのではないかと、さらに法曹界で一丸となって取り組むべきなのではないかという問題意識である。

確かに本論文のテーマとしてとりあげた最高裁裁判官任命の問題は、その最終的な任命権が内閣に存する点からすると、司法や法曹界だけの努力には限界があるようにも思える。しかし、最高裁自らが意識改革を行うことにより、現在より多様な人材が最高裁裁判官に任命されるよう内閣に対し参考意見を述べること、候補者選定の基準や理由を明確にするなど、運用の改善をおこなうことによって任命過程の透明化をさらに図ることは現時点においても充分可能である。

また本論文のテーマにとどまらず司法制度改革全体に目を転じると、裁判員制度への具体的対応や弁護士過疎解消、日本司法支援センターへの弁護士の協力体制など、国民本位の司法制度改革について司法、法曹がさらに取り組み改善すべき課題は山積している。

司法がこれまでさほど外圧を受けず、ある種の独善や権威とエリート意識で守られてきた事実は否定できない。しかし、今後社会が成熟化する中で司法も、もはや顧客志向を無視するわけにはいかず、国民と同じ目線で制度を

改善し運用していくべきであり、そのために一層の自己改革と研鑽が求められるのである。

もちろん、それは法曹の卵たるべき我々法科大学院の学生もしかりである。我々は従来とは異なる新しい法曹養成制度の下で法律家になるのであり、国民のニーズに応えられる法曹にならなければならないが、私自身その自覚がまだ充分ではないと反省することがしばしばある。また、前述のように法科大学院制度が成功するか否かは最高裁のあり方にも影響する。そこで、最高裁、法務省、文部科学省などが、国民のための司法とは何かという観点から、法曹養成についても従来とは発想を大きく転換することが必要不可欠であろう。法科大学院の学生自らの研鑽のみならず、これらの関係機関の協力がなければ、法科大学院制度を成功に導くことはできないであろう。

司法制度も究極的に国民のためにあるものであるから、司法の独善や旧弊にとらわれるのではなく、その時代時代の国民のニーズに即したものでなければならぬはずである。

その端的な例として、本論文のテーマについて執筆したものである。

末筆ながら、本論文の執筆にあたりアドバイスをいただいた早稲田大学大学院法務研究科の柁嶋裕之助教授、ならびに拙稿の発表の機会を与えていただいた *Law&Practice* 編集委員の方々に心より謝意を申し上げる。