HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	7 日本の最高裁判所を踏まえての総括コメント
Author(s)	宍戸, 常寿
Description	憲法裁判における調査官の役割 (The Functions of Law Clerks in the Constitutional Litigation)
Citation	北大法学論集, 66(2), 91[288]-84[295]
Issue Date	2015-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59599
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no2_14.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

日本の最高裁判所を踏まえての総括コメント

宍戸　常寿

1　調査官制度の普遍性と比較の観点

ドイツ・フランス・アメリカ・カナダ・韓国における調査官制度についての報告を踏まえて、日本の最高裁判所を踏まえての総括的なコメントが、筆者に与えられた課題である。

諸報告を聴いてまず感じた印象は、諸国の憲法裁判における調査官制度の役割は、意外にも、「裁判官の命を受けて、事件……の審理及び裁判に関して必要な調査その他他の法律において定める事務をつかさどる」（裁判所法57条２項）とされる日本の最高裁判所調査官のそれとの共通点も多いのではないか、ということである[1]。各国における憲法ないし憲法裁判が果たしている役割から見て、憲法裁判所ないしそれに相当する機関が処理すべき案件が多種多様かつ膨大であり、それ故に憲法裁判所の裁判官等を組織的に補佐する必要性が高く、憲法裁判を支える調査官の存在が不可欠であるという普遍的な現象が、確認できたのではないかと思われる。

こうした普遍的側面を踏まえて、各国における憲法裁判における調査官制度を比較する観点は様々あり得るが、このコメントではさしあたり４点を挙げておきたい[2]。

①調査官の人数　　これは、後述する④との関係とともに、憲法裁判の役割及び憲法裁判所等が処理すべき案件数により規定されるところが大きい。例えば、フランス憲法院のそれは、事務総長及び調査官３名、補助者を加えても10名程度と、相対的に少ないが、これは従来、憲法院が具体的違憲審査を任務としてこなかったことによるものが大きいように思われる。膨大な数の憲法異議を処理しなければならないドイツ連邦憲法裁判所が多数の調査官を抱えているのは、当然といえよう。韓国における憲法研究官の数は、憲法裁判所の機能の充実を図る姿勢の表れとみることができる。日本の最高裁調査官（2013年時点

[1] 調査官制度の概要は、最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説（中巻）』（法曹会、1969年）245頁以下参照。

[2] 日米の比較として、ダニエル・Ｈ・フット（溜箭将之訳）『裁判と社会』（ＮＴＴ出版、2006年）168頁以下参照。

で38名）は、アメリカ・カナダのロークラークと同程度の規模であるが、その処理すべき案件数等から見れば、過重負担にあるといえるのではないか。

②調査官の任期　　アメリカ・カナダのロークラークは原則として１開廷期であるが、ドイツは３～４年、韓国に至っては10年で再任可と、かなりばらつきがある。これは、憲法裁判をはじめ補佐すべき業務内容に関わるものと考えられる。日本の最高裁調査官は平均して３～４年程度と思われ[3]、通常の裁判官人事の一環として異動する。

③調査官の資格･出身経歴　　これも期待される業務内容と密接に関わるが、ロースクール修了直後、すなわち法的トレーニングを受けたばかりの法律家がロークラークとなるアメリカ・カナダと、通常裁判所・行政裁判所の裁判官が大部分を占めるドイツとでは、やはり大きな違いがあるといえる。「下級審で相当の経歴を積んだ判事（まれに判事補）」[4]が任用される点が日本の最高裁調査官の特徴である（後述２）。

④調査官の補佐形態　　日本の最高裁調査官は、フランス憲法院調査官と同じく、一体として裁判所を補佐している点で、アメリカ・カナダのロークラーク及びドイツの調査官が個々の裁判官を補佐するのとは、鋭い対照をなしている。韓国憲法裁判所研究部が専属部と共同部から構成されているのは、ハイブリッド型といえよう。なお、アメリカのロークラークについても、多数の裁量上訴を処理するために、部分的な「プール制度」が採用されている点は興味深い。最高裁調査官室は、首席調査官―民事・刑事・行政の各上席調査官―室長―一般調査官という組織体であるが、「上下の統制は極めて緩やかである」とされる[5]。

２　最高裁調査官制度の特色

次に、各国調査官制度の普遍的側面ないし制度比較の観点を踏まえて、日本の最高裁調査官制度について考えてみたい。まず、この制度を規定しているのが、日本の司法システムと、その頂点にある最高裁それ自体のあり方であるこ

---

[3] 大野正男『弁護士から裁判官へ』（有斐閣、2000年）56頁参照。

[4] 泉徳治『私の最高裁判所論』（日本評論社、2013年）134頁。

[5] 泉・前掲注（４）134頁。なお反対、瀬木比呂志『絶望の裁判所』（講談社現代新書、2014年）31頁以下。

とには、異論はないものと思われる。

付随的違憲審査制の建前から知られるとおり、日本の司法システムは、ドイツ・フランス・韓国のように、憲法裁判所とそれ以外の裁判所系列とが分化しておらず、その意味ではアメリカ・カナダと同じく一元的なシステムである。多くの国で、法律家は専門職能として、社会システム全体の中で他の部分システムから比べて相対的に自立性が強いものと思われるが、日本の場合には、いわゆる法曹一元となっておらず、裁判所ないし裁判官のサブカルチャーが弁護士・検察官のそれからも自立している[6]。

他方、その頂点にある最高裁については、その任命資格は職業裁判官出身者に限られず（裁判所法41条）、現実にも検察官、弁護士、官僚・学者出身者がおり、いわば裁判所の外に開かれた構成となっている。さらに、最高裁の裁判は大法廷と３つの小法廷で行われ（９条）、それぞれの小法廷が同じ機能を持ち、換言すれば小法廷は特別の専門を持たず、ほぼ均等に事件が分配される。最後に、最高裁裁判官は他の国と比べ、高齢で就任し、在任期間も短い。このような全体状況の中、日本の司法システム及び最高裁を実効的に活動させるための必須の要素として、最高裁調査官制度が形成されてきたものとみることができる。

その最大の特徴は、最高裁調査官は、「裁判官以外の裁判所の職員」（裁判所法第４編第２章）として最高裁判所に置かれるとされるにもかかわらず（57条１項）、現実には1949年改正による附則３項により、「最高裁判所は、当分の間、特に必要があるときは、……裁判官をもつて裁判所調査官にそれぞれ充てることができる。」とされて以降、現実には10年以上の経歴を有する職業裁判官が任用されている点であろう。しかも、多くの調査官は判事補任官の段階で事務総局付ないし東京地裁等を初任として、調査官に任用され、その後も司法行政部門あるいは主要な地裁・高裁で重要な裁判実務を担うことになる。中には、調査官室の室長、さらには上席調査官（20年以上の経歴を有する裁判官が任用される）として戻り、最後は、大海に放流された鮭が故郷の川に戻ってくるがごとく、首席調査官等を経て最高裁裁判官に任命される場合もある[7]。このよう

[6] ダニエル・H・フット（溜箭将之訳）『名もない顔もない司法』（ＮＴＴ出版、2007年）122頁以下参照。

[7] 西川伸一『裁判官幹部人事の研究』（五月書房、2010年）36頁以下参照。首席

に、最高裁調査官が裁判官のキャリアシステムにおけるエリートコースの一つとして位置づけられている点が、他の国の調査官制度と比較した際の特色として顕著であるように思われる[8]。

3　最高裁の審理における調査官の役割

裁判機関としての最高裁は「一般法令違反審査機能」と「違憲審査機能」を有するが[9]、最高裁調査官が審理において果たしている機能を、最高裁裁判官経験者の回想等から[10]、概観することにしたい。

戦前の大審院を引き継いだ「一般法令違反審査機能」についていえば、最高裁の膨大な事件（平成25年度の新受事件数は、民事・行政事件が8,131件、刑事事件が3,820件）を、「前捌き的」に「持ち回り審議事件」と「審議事件」をふるい分けることが、調査官の担う重要な機能である[11]。一般上告審機能を最高裁

調査官は、大法廷において上席調査官及び小法廷における担当調査官と審理を担当するが、これはフランス憲法院事務総長が果たしている役割の一部に相当するように思われる。

[8] 西川伸一『日本司法の逆説』（五月書房、2005年）77頁以下、新藤宗幸『司法官僚』（岩波新書、2009年）57頁以下・99頁以下参照。

[9] 泉・前掲注（４）104頁以下参照。

[10] 泉・前掲注（４）134頁以下、大野・前掲注（３）55頁以下、園部・後掲注（12）140頁以下、滝井・後掲注（15）31頁以下、藤田・後掲注（14）62頁以下のほか、次の文献・資料を参照した。奥田昌道『紛争解決と規範創造』（有斐閣、2009年）６頁以下、「鬼丸かおる最高裁判事に聴く」日本女性法律家協会会報52号（2014年）60頁以下、才口千晴「弁護士任官判事を終えて」中央ロー・ジャーナル５巻３号（2008年）６頁以下、田原睦夫「〔講演録〕最高裁生活を振り返って」金融法務事情1978号（2013年）６頁以下、濱田邦夫「これからの最高裁判所の在り方について（前編）」NIBEN Frontier　2007年10月号28頁、深澤武久『法廷に臨む』（信山社、2011年）７頁以下、御厨貴編『園部逸夫オーラル・ヒストリー』（法律文化社、2013年）149頁以下、「特集　元判事・調査官が語る最高裁判所」自由と正義64巻６号（2013年）10頁以下。

[11] 須藤正彦『弁護士から最高裁判所判事へ』（商事法務、2014年）29頁。原田國男「裁判官の余白録　最高裁調査官の仕事」世界2014年８月号229頁は、調査官には「魔術師」タイプ（大変な事件を例文処理で終わらせる）と、「錬金術師」タイプ（判例にはならないような事件を判例に仕上げる）があると指摘するが、興味深い区別である。

に置く別の裁判所（最高裁小法廷）に担わせ、最高裁は違憲審査機能及び判例変更に専念するという機構改革案（1957年）が挫折して以降[12]、最高裁調査官が事実上の「中二階」の役割を果たしているということができる。

調査官には、原則として機械的に事件が配点されるが、田原睦夫によれば、「全く類似の事件が他の小法廷に係ったときに、今は同じ調査官を当てる」、「急ぐ事件、難しい事件は班長格、室長格に割り当てて、サブを入れたりします」等、一定の工夫がなされる場合がある[13]。調査官は事件を一人で調査し、報告書を作成提出するのが通例だが、刑事・行政調査官室については、しばしば全調査官の討論によって慎重な検討を行っているとされる。調査官報告書の提出時期は、首席調査官及び上席調査官がコントロールしている。

調査官報告書は、藤田宙靖の表現によれば、「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……、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[14]。カナダ最高裁判所におけるロークラークの業務について、Leave Memoranda, Bench Memoranda と判決草案の区別があったが、日本の場合は、持ち回り事件では調査官報告書が Memoranda であると同時にそのまま草案でもあるといえよう。これに対して、主任調査官ないし他の裁判官が、持ち回り審議を提案した報告書に対して意見を述べて、審議事件となることも多いとされる。また、調査官報告書と異なる意見を持った裁判官は、審議前に調査官と議論することになるが、滝井繁男はこれを「前哨戦」と呼んでいる[15]。

審議事件の報告書は、持ち回り審議事件のそれよりもやや詳しい[16]。調査官は

---

[12] 園部逸夫『最高裁判所十年』（有斐閣、2001年）190頁以下、笹田栄司『司法の変容と憲法』（有斐閣、2008年）16頁以下。

[13] 田原・前掲注（10）11頁・23頁。

[14] 藤田宙靖『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）64頁。

[15] 滝井繁男『最高裁判所は変わったか』（岩波書店、2009年）33頁。

[16] なお法曹時報誌に掲載され、『最高裁判所判例解説』に収められるいわゆる調査官解説については、園部・前掲注（12）142頁が、裁判体の傍論的意見が記載されることがある点を指摘していたが、滝井・前掲注（15）34頁以下は、「審議

村上朝一最高裁長官時代から評議に参加しているとされるが[17]、裁判官の指示がない限り発言できない。判決書は、審議の結果に基づいて調査官が原案を作成し、主任裁判官及び案文審議による修正を経て、確定していく。先のカナダのロークラークの業務に引きつけて言えば、Bench Memoranda を踏まえて裁判官が審議したところを踏まえて、調査官が草案を用意するといえよう。個別意見への調査官の関与には濃淡があるようだが、現在は裁判官が自分で起案するとされる。なお、最高裁で口頭弁論を開く場合には、裁判長の訴訟指揮についての原案を調査官が作成する[18]。

ロークラークの関与の実態を含め、いわゆる内幕ものが多く出版されているアメリカ連邦最高裁と比べて[19]、日本の最高裁の審議の実態はなお不明確なところが多いが、最高裁裁判官経験者は一致して、調査官が果たす役割を高く評価しつつも、しばしば最高裁に対して向けられる「調査官裁判」との批判は当たらないと述べている。筆者にも、「最高裁の裁判は、裁判官と調査官の共同作業によるもの」[20]という藤田宙靖の指摘が、説得的に感じられる。比較制度的に見れば、フランス憲法院における事務総局・調査局の関与も、これに近いものであろうか。

また、調査官が関与する最高裁判決と、（法律の）専門家が議論しながら意見を一つにまとめた文書を作成する他のプロセスとを比較することは、今後の学際的研究にとって興味深い課題であろう。例えば、行政官庁内部の稟議制[21]

のための資料という性格をもつ調査官報告よりはるかに内容の濃密なものとなって」おり、担当調査官個人の考えによるものにもかかわらず、下級審への影響が大きいことを疑問視しているる。

[17] 新藤・前掲注（８）57頁。

[18] 藤田・前掲注（14）50頁。訴訟進行については、調査官が事前に当事者と打ち合わせをする。さらに、担当調査官が、記者クラブ所属記者への判決概要の説明等を行うこともあるようである。

[19] ボブ・ウッドワード＝スコット・アームストロング（中村保男訳）『ブレザレン』（ＴＢＳブリタニカ、1981年）、ジェフリー・トゥービン（増子久美＝鈴木淑美訳）『ザ・ナイン』（河出書房新社、2013年）等参照。日本の最高裁の審理の実態に迫ったものとして、山口進＝宮地ゆう『最高裁の暗闘』（朝日新書、2011年）がある。

[20] 藤田・前掲注（14）68頁。

[21] 西尾勝『行政学〔新版〕』（有斐閣、2001年）302頁以下参照。

と比較すれば、裁判官が調査官に拘束される度合いは弱いように思われる。あるいは、行政委員会・審議会のように、事務局が文書をまとめることを前提として、会議体構成員が自分の意見をどう盛り込ませるかというプロセスよりも、裁判官は能動的であろう[22]。あるいは、これも部外者にはわかりにくいことであるが、内閣法制局のとりわけ意見事務について、第１部内部での検討が次長、長官を経て固められるプロセスとの比較も、憲法問題あるいは難しい法律問題についての日本的な議論の特質を明らかにする上では有益かもしれない[23]。

４　違憲審査制と最高裁調査官制度

最高裁調査官が違憲審査機能との関係で果たしている役割は、両義的であろうと思われる。調査官制度は、一面において、従来の憲法判例との整合性や、法秩序全体における安定性の観点から、憲法判例の「質」を確保する側面がある。もっとも、泉徳治が指摘するように、調査官報告書は、調査官の業務や調査官室の組織上、「どうしても先例主義、現状維持の傾向になりがち」であり[24]、最高裁判決の「保守的」傾向が調査官制度に帰せられることもある。

他方、最高裁裁判官よりも若い世代の法律家である調査官が、立法事実の変化や学説状況の調査を裁判官の評議に提供することで、憲法判例を進展させている側面も看過できない[25]。しかし、優れた裁判官ではあるが憲法の専門家ではない、いわばジェネラリストの眼鏡に叶う憲法学説が、――そもそも裁判実務に「使える」学説がどれほどあるのかという問題はさておき[26]――、投入さ

---

[22] 森田朗『会議の政治学』（慈学社、2006年）26頁以下・46頁以下参照。

[23] 仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集61巻６号（2011年）2070頁以下参照。

[24] 「識者インタビュー　泉徳治・元最高裁裁判官」山田隆司『最高裁の違憲判決』（光文社新書、2012年）296頁。

[25] 宍戸常寿「最高裁と『違憲審査の活性化』」法律時報82巻４号（2010年）58頁参照。高橋和之「ロースクールを去るにあたっての個人的総括」Oh-Ebashi LPC&Partners Newsletter Vol.21（2014年）４頁は、憲法問題についても「調査官は学説に対し想像以上に目配りしている」と指摘する。

[26] 藤田・前掲注（14）152頁以下、田原睦夫編著『裁判・立法・実務』（有斐閣、2014年）116頁以下参照。なお本稿校正中に、藤田宙靖「〔講演〕司法の使命と役割・学説の使命と役割」北大法学論集第65巻６号（2015年）1727頁以下に接した。

れるという、いわば「憲法の論理」に対する「司法の論理」の優位の善悪ないしバイアスは、考えておく必要があるように思われる。

他方、記録を読み判決を書くといった職業裁判官としてのトレーニングを経ていない研究者等が、現在の制度の下で調査官を務めることは困難である[27]。この点に関連して、泉徳治は、「裁判官としては、各自の意見を形成していくためにその議論の相手となり、文献調査等を補佐する専属調査官が欲しいところ」として、いわば日本版ロークラーク制度の導入を主張する[28]。他方、滝井繁男は、「個人的に補佐してくれる調査官にいてほしいと思ったことはあったが、アメリカ型の制度がよいと思ったことはない」と述べている[29]。この点は、先に述べたとおり、裁判所のキャリアシステムとも関わる問題であるが[30]、裁判官が調査官報告書も踏まえつつ、自分独自の意見を形成し、あるいは多数意見を形成することに資するという目的からは、秘書あるいは事務官制度の柔軟な運用や、韓国の憲法研究員制度、さらにはアミカス・キューリー制度の導入も[31]、選択肢として考えられるところである。より根底的には、最高裁裁判官の業務があまりにも膨大である点に問題の核心が存在しており、この点が解消され、あるいは孤独な業務から解放されて、個々の事件と離れて学界等との意見交換ができるような環境を形成することも重要であるように思われる[32]。

いずれにせよ、最高裁調査官制度は、日本の司法システム、最高裁のあり方の縮図であることを確認して、コメントを閉じることにしたい。

---

[27] 御厨編・前掲注（10）149頁〔園部発言〕。

[28] 泉・前掲注（４）138頁。

[29] 滝井・前掲注（15）33頁。

[30] なお、司法制度改革審議会意見書（2001年）は、地裁・高裁において「法曹有資格者や学識経験者等の人材」を「いわば判事付きの調査官として任用する可能性を含め、調査官制度拡充の方策を検討すべきである」と提言していたが、このような拡充も進んでいない。

[31] 見平典「憲法学と司法政治学の対話」法律時報86巻８号（2014年）98頁参照。

[32] さしあたり伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）７頁以下参照。