

多数意見による反対意見・非論及の憲法問題 ～ 最高裁判所の「すれ違い判決」を巡る考察 ～

小西 洋之（参議院）

1. 報告の趣旨

最高裁判所は、大法廷・小法廷（裁判所法9条1項）ともに合議体により審理・裁判することとされ（憲法79条1項・81条¹、同法9条2項）、各裁判官は評議において意見を述べる義務を負い（同法76条）、裁判は原則として過半数の意見による評決によることとされている（同法77条）。

そして、裁判書においては、「裁判に関与した裁判官がどのような意見をもっていかを知って、国民審査の際の判断の資料とする必要がある」²との立法趣旨により各裁判官の意見を表示しなければならないとされ（同法11条）、さらに意見を表示する際にはその理由を明らかにしなければならないとされている（最高裁判所裁判事務処理規則13条。民事訴訟法253条、刑事訴訟法44条、行政事件訴訟法7条）。

しかし、評議の結果、多数意見と反対意見（多数意見に結論、理由とも反対する少数意見）に分かれた裁判書においては、①反対意見は多数意見の法令解釈・適用等についてそれが不適切である等とする理由を明記して主張しているのに対し、多数意見は反対意見を採らない理由について何ら言及していない例（「すれ違い判決」）が多数認められる。他方、②一部の裁判書においては、多数意見が反対意見を採らない理由について言及している例もある（但し、数的に極僅かなもの）。

こうした裁判書の運用のあり方について、憲法の定める司法権の機能、国民主権（民主的統制）、三権分立の趣旨等の関係から以下に述べるような様々な憲法問題（法の支配のあり方を含む）の指摘を試みるとともに、我が国の「法の発展」等にも関わる重要な課題であることを明らかにし、その対処策等を提言する。

2. 憲法問題等の例

(1) 司法権の機能の確保

各々の最高裁判事は、その良心に従い独立して職権行使することとされている

¹ 最高裁は長官及びその他の判事で「構成」され憲法適合性判断における「終審裁判所」とされていること等から、最高裁においては、合議体ではない「一人の裁判官」による審理・裁判を認めることは憲法上許容されていないと解する。（「3.」(1)参照）

² 最高裁判所事務総局総務局編「裁判所法逐条解説 上巻 一条～三八条」（昭和43年、財団法人法曹会）p.96、第92回帝国議会の政府委員答弁（昭和22年3月22日 貴族院裁判所法案特別委員会会議録p.3）及び第112回国会の政府委員答弁（昭和63年4月20日 衆-決算委員会会議録p.4）同旨。なお、第26回国会の田中耕太郎最高裁長官答弁（昭和32年4月25日 衆-法務委員会会議録p.9）においては、「国民審査の国民の参考」と述べつつ、「強硬なる反対意見者に対して訴訟の促進に貢献」などの独自の見解も披瀝されている。

(憲法 76 条 3 項、司法権の独立)。とすると、例えば、不利益処分を合憲とする多数意見においてそれを違憲とする反対意見がなぜ採用されるべきでないかの理由が示されない裁判書は、反対意見を述べた判事の職権行使の独立が確保された適切な評議や評決がなされたことに疑念が生じ得るものであり、故に、こうした裁判書のあり方は、司法権の人権保障・憲法保障の本来機能が適切に全うされているとの評価に疑義を生じせしめるものではないか。³

更に、国民審査による民主的統制（憲法 79 条）について、罷免を可としないことにより結果的に各々の判事が国民より信任を得ているものと解する場合においては、当該多数意見はこの信任を尊重しそれに応えていない（当該信任への対応責任・説明責任が果たせていない）ものとなるのではないか。⁴

(2) 司法権に対する民主的統制の確保

国民審査制（憲法 79 条）のもとで最高裁の各裁判官の適格性を国民が判断するに当たっては、裁判書を構成する結論（主文）・理由の内容に対する適切な理解が不可欠である。

しかし、（多数意見とは異なる法令解釈・適用等を主張する）反対意見が妥当でないとされていることについての説明が多数意見の中になければ、少なくとも国民において、「なぜ、反対意見と異なる多数意見の結論と理由が正しいのか」、あるいは、「なぜ、反対意見の結論と理由の方が評議の結果として不適切等とされたのか」について理解し⁵、それらの十分な考慮の上に各裁判官の適格性について主権者としての審査を全うすることが出来ない。

従って、当制度を実効あらしめ、司法権に対する民主的統制を適切に確保するためには、多数意見においてそれが誤りであると主張する反対意見を採らない理由が示される必要があるのではないか。

(3) 適正かつ公正な裁判を受ける権利の十全なる保障

① 国民の適正かつ公正な裁判を受ける権利（憲法 32 条、82 条、判例）の保障
のためには、原告・被告等の訴訟当事者はもとより、国民一般においても、多数意見の結論・理由がそれを否定する反対意見との関係において十分に説得的

³ 最高裁事務総局はこの「すれ違い判決」問題に対する小西の質疑に対し、多数意見・反対意見が記された裁判書に全裁判官が「署名」することから、各裁判官がそれぞれの意見を十分な内容と認め「審理を尽くして作成した判決の内容をもって当事者そして国民にその判断の可否を問うている」としているが（平成 29 年 5 月 15 日 参-決算委員会会議録 p. 14）、多数意見の反対意見に対する反論（論駁）がなければそもそもどのように「審理を尽くし」たのかさえ理解は困難であり、事実上の「単純多数決」などの疑念が払拭できないと思われる。

⁴ なお、憲法前文に定める「そもそも国政は、国民の厳粛なる信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」との国民主権・間接民主制（議院内閣制）原理に照らせば、「内閣の指名に基づく天皇の任命」（憲法 6 条）による最高裁長官や「内閣の任命」（憲法 79 条 1 項）による最高裁判事の述べる反対意見について、それが採用されるべきでないとする理由を多数意見の中で示す法的責務が多数意見判事らにはあり、そうした裁判書こそが当該「福利」たり得る、と解することも可能ではないか。

⁵ 「すれ違い判決」においては訴訟当事者（原告・被告）等ですらこれらの事項が理解できないと思われるところ、一般国民が理解できないのは尚更である。

であり、かつ、理解できるものである必要があるのではないか。（裁判書の「説得力」⁶の確保及び「説明責任」⁷の全う）

- ② 加えて、これらの権利の保障のためには、多数意見が、間違っても単純多数決などではなく反対意見の本旨も含めた真摯な検討を踏まえた深い考慮の基に作成される必要があり、多数意見において反対意見を採らない理由を示すことはそのための制度的な保障となる意義があるのではないか⁸。（特に、刑事裁判における冤罪の危険性の徹底排除の必要も含め⁹）

(4) 公平な裁判を受ける権利の十全なる保障

- ① 国民は、「人の生命すら奪うことのある強大な国権の行使」（判例）たる刑事裁判において公平な裁判所の裁判を受ける権利（憲法 37 条）を有するが、ある裁判書では多数意見においてなぜ反対意見を採らないかについて説明しているのに他の裁判書ではそうした説明が行われないことは、原告・被告等の訴訟当事者に対し公平な刑事裁判が行われたとすることは出来ないのではないか。

また、こうした刑事裁判のあり方は、「構成其他において偏頗の惧なき裁判所の裁判」（判例）との「公平な裁判所の裁判」の趣旨との関係でも問題があるのではないか。

- ② この公平性の問題は、民事訴訟や行政事件訴訟の原告・被告等の訴訟当事者においても生じるのではないか。

(5) 三権分立及び違憲立法審査権の適切な運用の確保

我が国の司法権は三権分立並びに法の支配の原理のもと違憲立法審査権を付与されている（憲法 76 条、81 条）。

- ① 法令や処分を違憲とする裁判書において、それを合憲とする反対意見の理由に対しそれを採らないとする理由が多数意見の中で示されなければ、当該裁判書は立法府及び行政府に対する説明責任を果たし得ていないものとして、三権分立及び違憲立法審査権の趣旨を十分に適えたものとは認め難いのではないか。

⁶ 最高裁事務総局は「最高裁判決は…下級裁の裁判の指針となる判例という役割を担っているものでございますので、その重大性に鑑みますと、事案の最終的解決としての適切さや判決としての説得力は極めて重要」（平成 29 年 5 月 15 日 参-決算委員会会議録 p. 14）、「一般論として、裁判書が当事者や国民にとって分かりやすく説得力を有することは重要」（平成 31 年 4 月 22 日 参-決算委員会会議録 p. 15）と述べている。

⁷ 藤田宙靖「最高裁回想録」（有斐閣 2012）p. 5。同 p. 158 項以下においては「判決理由（ないし決定理由）というのは、その事件に対して、その裁判体がどのように考え、どのような理由で主文に示された結論に達したかについての、当事者および国民に向けての情報発信…情報の受け手がこれをどう受け取るかを十分に考えて行わなければ意味が無い」との見解に続いて、「（「全員一致の判決理由・決定理由」の文脈ではあるが）「…裁判官の中にも如何に異なる考え方があって、それらを突き合わせ慎重審議した結果、最終的にはこのような結論になったのだ、ということが、つぶさにわかるような理由を示されてこそ、当事者は、仮に訴訟で負けたとしてもそれなりに納得し、国民もまた裁判所を信用するのだと思う」との見解が示されている。

⁸ 戦後の最高裁の死刑判決で初めて反対意見が付され、かつ、多数意見においてそれを採用すべきでない理由が示されていない光市母子殺害事件の例（平成 24 年 2 月 20 日判決）。

⁹ 戦後の最高裁による冤罪の事例において、当初の有罪とした最高裁判決で反対意見が付されていたものは確認できなかった。

(※例えば、国権の最高機関たる立法府への説明責任の全うに至らないものとなるが、こうした「すれ違い判決の」実例が複数ある。)

- ② 法令や処分を合憲とする裁判書においては、それを違憲とする反対意見に対する多数意見の反論がなければ、特に少数者に関わる人権を始めとする人権保障や憲法保障機能（(1)）はもとより、立法府及び行政府に対する抑制・均衡機能という三権分立及び違憲立法審査権の趣旨を適切に全うできていないとの疑義が生ずるのではないか。¹⁰

(6) 裁判員制度の適正かつ円滑な運用確保

裁判員制度において、裁判員は「事実の認定、法令の適用、刑の量定」について裁判に関与することになっている（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律 6 条）。

この点、終審裁判所たる最高裁判所（憲法 81 条）において、特に死刑判決における量刑基準など、これらの一般的なあり方について可能な限り明確化することが裁判員制度の適正かつ円滑な運用の確保のために必須である。このためにも、多数意見の採用する刑の量定等について異なる見解の主張を行っている反対意見がなぜ採用されるべきでないとされたのか、その理由について多数意見の中で示される必要があるのではないか。¹¹

(7) 司法権に対する国民の理解・信頼

我が国の司法権は、国民主権や法の支配の原理のもと、国民から理解されかつ信頼されるものでなければならない（憲法 82 条等、判例）。そして、それは最高裁が自らの判決等の中でその説明責任を全うすることによって実現されるものである。

すなわち、上記(1)～(7)の事項はこうした司法権に対する国民、国会、行政等の理解と信頼の前提となるものであり、換言すれば、「すれ違い判決」の存在を放置しては司法権に対する国民の信頼の確保等は不十分に止まることとなり、「司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上」（司法制度改革推進法第 2 条）の実現などを十分に果たすことはできないと考えられる。

(8) 「法の発展」に係る問題

法令解釈・適用等が反対意見にも関わらずなぜ多数意見として決せられたかについて、下級審、国民（裁判員を含む）、立法府、行政府、学界等に対し明確に示すことが、人権保障等に寄与するための我が国の「法の発展」に当たり極め

¹⁰ ①、②の論考に関し、最高裁判所事務処理規則 14 条では「第十二条の裁判（小西注：法令等の違憲判決）をしたときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。」とされているが、国民に周知し並びに内閣・国会に送付する以上は説明責任を全うし、かつ、説得力があるものでなければならない。

¹¹ 裁判員裁判のための死刑判決の量刑基準の明確化の必要については、死刑と無期懲役刑で多数意見と反対意見が分かれた刑事裁判（平成 20 年 2 月 20 日判決集刑第 293 号 119 号）における、無期懲役ではなく死刑相当と主張する反対意見の中で、明示に指摘されているところである。

て重要ではないか。
(※特に、判例変更における「後の多数意見となった当初の反対意見の存在」など)

3. 憲法及び裁判所法が求める合議（評議及び評決）の本質に係る憲法問題

(1) 憲法は、最高裁判所について、「その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し」（79条1項）と定め、「終審裁判所」として法律等の憲法適合性を「決定する権限を有する」（81条）としていること等からは、法理として、最高裁においては合議体ではない「一人の裁判官」による審理・裁判を認めることは憲法上許容されていないと解される。

この憲法の趣旨を受け、裁判所法においては「大法廷は、全員の裁判官の、小法廷は、最高裁判所の定める員数の裁判官の合議体とする。」（9条2項）としているところである。

(2) ここで、「合議体」とは二名以上の裁判官で構成されその合議（評議及び評決）¹²によって意思決定される裁判機関をいうものとされ、「合議体でする裁判は、合議体を構成する各裁判官の意見を単純に量的に寄せ集めたものではなく、各裁判官が忌憚なく意見を述べることによって相互にその主観性を払拭し、遂に一個の意見に融合することによって成立するもの¹³」、「評議および評決については、いずれも法律上ないし理論上の準則が存するのであって（注2）、合議体においては、そのような複雑な過程を経て、各裁判官の主観性が捨象された合議体としての客観的な意思が形成されことになるわけであり、単なる多数決原理によって意思が決定されるわけではない¹⁴、「合議体でする裁判は、その裁判所を構成する各裁判官が相協力し、裁判機関たる裁判所の一個の意思表示としてまとめ上げたもの¹⁵」とされている。

(3) また、合議の評議（評決の過程を含む¹⁶）において裁判官が意見を述べる義務（裁判所法76条）に関して、「裁判官が合議体の構成員として職権を行う場合は、何物にも影響されない自己の意見を積極的に述べることによって、合議体としての統一した意思を形成するのに寄与しなければならない。評議に際して意

¹² 「裁判所法逐条解説 上巻 一条～三八条」p. 72

¹³ 「裁判所法逐条解説 下巻 六九条～八三条・附則」p. 76

¹⁴ 「裁判所法逐条解説 上巻 一条～三八条」p. 72。この「（注2）」は同p. 74において「（注2）この点については、とくに、岩松三郎氏「民事裁判における合議」法曹時報一卷二号一項以下参照。」とされている。

元最高裁判事である岩松氏の当該論文では、「合議は、各裁判官の主観性を相互に除去し合うことによって、裁判所としての裁判を客観性あるものたらしめることを目的とする」（p. 11）とか「合議は各裁判官が協力して裁判所としての一個の意思乃至認識を形成することを目的とする。だから合議は単に各裁判官の意見を併列的に集約することではないのである。各裁判官は相協力し、有機的の一体となって、丁度単独制の裁判所において一人の裁判官がその頭脳の中で、或る行動に対する意思決定をなし、或る事物に対する認識を形成するのと同様な思考活動をしなければならないのである」（p. 17）といった記述が見られるところである。

¹⁵ 「裁判所法逐条解説 下巻 六九条～八三条・附則」p. 84

¹⁶ 「「評議」とは、裁判機関たる裁判所（合議体）が係属事件について裁判を行うために、当該合議体を構成する裁判官が意見を交換し、相談することをいい、評決の過程を含む意味で用いられている。」（「裁判所法逐条解説 下巻 六九条～八三条・附則」）p. 80

見を述べないのは、裁判をするという自己の職責を放棄するに等しい。¹⁷⁾とされ、合議の評決については「評議においては、まず、各裁判官がその意見を十分に発表し、意見に相違のあるときは、互いにその意見を交換することが必要であり、…しかし、意見の交換を十分に行なつても、なお、各裁判官の意見が一致しない場合には、…合議体としての裁判所の意見をまとめるため、一定の手段を講ぜざるを得ない。これが「評決」(…)であり、¹⁸⁾とされている。

- (4) 以上のような「合議体の裁判」の属性及びそこから導き出される準則から考えると、憲法及び裁判所法の定める合議体における評議においては、多数意見の見解を有する裁判官においてはそれに反対する裁判官の反対意見たる見解の結論・理由がなぜ不適切等であるのかについて、反対意見裁判官に対して忌憚なくその見解を述べ、十分に意見を交換し、相協力して合議体としての一個の意思表示を纏めることを目指す法的義務を負うこととなる。

とすれば、多数意見裁判官が評議において述べる意見(裁判所法 76 条の「意見」)と多数意見裁判官と反対意見裁判官の見解が一致しないことが確定する評決に際して多数意見裁判官が述べる意見(裁判所法 77 条 1 項の「過半数の意見」の「意見」)は共に、当然に、反対意見裁判官の結論・理由がなぜ不適切等であるかの論理的説明(論駁)を含むものでなければ、憲法及び裁判所法の下合議体制度による審理・裁判の趣旨に反することとなる。

仮に、裁判所法 76 条の多数意見裁判官の意見は反対意見への論駁を必然的に含むが同法 77 条 1 項の多数意見裁判官の意見は当該論駁を含まなくてもよいとすると(=現行の「すれ違い判決」の運用のあり方の一態様と解される)、例えば、「法律を解釈するに際しての裁判官の独立とは、当該裁判官の単なる主観的な信念に従って法を解釈することと同義ではなく、法の客観的な意味をできる限り発見するように努めることを意味している¹⁹⁾」とされているところ、多数意見裁判官が追求すべき「法の客観的な意味」とは「所属する合議体の評議において客観的とされる法の意味」であり、評決前の評議ではこうした法の意味を追求し述べていたにも関わらず、評決時においては(反対意見裁判官を除いた、客観的ではない)法の意味を敢えて追求し述べることとなり、(少なくともこの点においては)上記「単なる主観的な信念に従って法を解釈すること」と実質的に変わらないこととなってしまうと解される。

- (5) よって、結論として、憲法及び裁判所法の定める最高裁の合議体における評議(評決を含む)の法的本質を踏まえると、裁判所法 76 条に基づき多数意見裁判官が述べる義務を負う「意見」と、同法 77 条 1 項において多数意見裁判官が評決の際に述べる「意見」と、同法 11 条において多数意見裁判官が裁判書に表示する「意見」²⁰⁾においては、全て、なぜ反対意見の結論・理由が不適切等であ

¹⁷⁾ 「裁判所法逐条解説 下巻 六九条～八三条・附則」p. 81

¹⁸⁾ 「裁判所法逐条解説 下巻 六九条～八三条・附則」p. 86。なお、同項においては、(議決ではなく)「「評決」という語が特に使用されたのは、「意見を交換しながら」結論を出すということを強調しているものと解し得よう。」としている。

¹⁹⁾ 「裁判所法逐条解説 下巻 六九条～八三条・附則」p. 82

²⁰⁾ 「評議の際に当該裁判官の確定的意見としてのべられたもの」とされている。「裁判所法逐条

るかについての理由が示されなければ憲法及び裁判所法の趣旨に反するものと解される。すなわち、「すれ違い判決」の問題とは、その多数意見が、そもそも憲法及び裁判所法が定める合議（評議及び評決）の趣旨を外れた「意見」に係る職権行使（憲法 76 条 2 項）に及んでしまっている憲法問題と整理することができるものと解される。

なお、このことは当然、反対意見においても多数意見がなぜ不適切等であるかの理由を示さなければそもそも適法な「意見」たり得ないことを意味する。

(参考)

	「すれ違い判決」の 多数意見	憲法・裁判所法上の 多数意見
76 条の評議申述義務の 「意見」	反対意見論駁あり	反対意見論駁あり
77 条 1 項の評決の際の 「意見」	反対意見論駁なし or あり	反対意見論駁あり
11 条の裁判書表示義務の 「意見」	反対意見論駁なし	反対意見論駁あり

※ 76 条意見で論駁なしは評議の趣旨に反し違法（76 条違反）である。また、76 条意見で論駁ありの場合において、「77 条 1 項意見で論駁なし、11 条意見で論駁なし」は 76 条違反であり、「77 条 1 項意見で論駁あり、11 条意見で論駁なし」は 11 条違反である。

なお、これらは全て、裁判官弾劾法 2 条 1 項の弾劾事由「職務上の義務に著しく違反し、又は職務を甚だしく怠ったとき」に該当し得ると解する。

(6) 結局、「すれ違い判決」の実相とは、多数意見裁判官らが 76 条意見及び 77 条 1 項意見で反対意見を適切かつ十分に論駁していない事実上の「単純多数決判決」か、多数意見裁判官らが 76 条意見及び 77 条 1 項意見で反対意見を論駁していたが 11 条意見の際には当該論駁の内容を裁判書に記載しなかった「手抜き判決」のどちらかになるものと考えられる。

(補論) 下級審の裁判書のあり方について

下級裁判所の裁判官には国民審査制度がないことから裁判所法 11 条の裁判書への意見表示義務はなく、同法 75 条の「評議の秘密」の原則に従い、多数意見が反対意見を採らない理由を表示するか否かも含め、どのような裁判書にするかは合議体の裁量に委ねられていると解する。

ただし、下級審の判事が「死刑の多数意見に対して、無罪の心証を持ち反対意見を述べたが合議で死刑が決まり、判決文起草の任を担った」旨を告白している袴田事件の例²¹などを見るに、少なくとも運用においては反対意見の存在とそれを採用しなかった多数意見の理由が記されることを確立することが、（国民審査制を背景とした各裁判官の

解説 上巻 一条～三八条」 p. 72

²¹ 「合議で敗れた無罪心証」（2014 年 3 月 22 日 朝日新聞朝刊）等

意見の表示の必要性とは別の) 人権擁護・憲法保障機関としての裁判所の使命の全う等の観点から必要ではないかと考える。

この場合、裁判所法 75 条 2 項においては「各裁判官の意見及びその多少の数については、この法律に特別の定がない限り、秘密を守らなければならない」とされているところであるが、下級審の裁判書で意見を表示する場合には意見と裁判官との結びつきまで明らかにすることはせず、評議の秘密の原則による忌憚のない意見交換を担保することは可能ではないかと思われる。

4. 対処策

(1) 「すれ違い判決」の問題を確実に解決するためには、「判決等における意見表示は理由を明らかにして行うとともに、多数意見においては反対意見を採用しない理由を示すこと」を措置する裁判所法の改正が必要であると考え。

なお、本改正の内容は最高裁判所事務処理規則の改正によっても措置できるものであり、司法権の独立の趣旨に照らせば、立法措置に依るのではなく、最高裁判所自ら措置を講じるべきものであると考える。²²

1 最高裁の裁判の裁判書に各裁判官の意見を表示するには、理由を明らかにして、これをしなければならないものとする。

2 1の意見の表示において、反対意見が表示されるときは、多数意見においては、反対意見を採用しない理由を示さなければならないものとする。²³

(参考条文)

○ 裁判所法 (抄) 第二編 最高裁判所

第十一条 (裁判官の意見の表示) 裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない。

○ 最高裁判所裁判事務処理規則 (抄)

第十三条 裁判書に各裁判官の意見を表示するには、理由を明らかにして、これをしなければならない。

(3) 運用による改善については、「3.」で論じた司法権としてのあり方そのものが問われている問題であることや、「2.」で論じた重要な憲法問題等との関係においても、各裁判ごとに最高裁の合議体の裁量に委ねるのは適切ではないと解される。

(4) 実際の裁判書の作成のあり方としては、多数意見が自らの結論・理由を述べ

²² 司法権の独立の趣旨からは、立法に依るのではなく、最高裁判所自らの取り組みにより措置すべきであることは言うまでもない。しかし、最高裁判所が本稿「2.」及び「3.」で指摘するところの問題群について、司法権の存立を懸けて真摯に検討し、しかるべき措置を講じない場合は、憲法上至高の価値であるかけがえのない国民の権利・自由並びに憲法が立脚する法の支配の原理を守るため立法権を行使し、裁判所法の改正を行うべきであると考え。

²³ この条文案は骨子レベルのものであり、特に「2」については、立法に依る際にも、最高裁判所規則においてより詳細な規定が措置されるべきと思慮する。

た上で、適宜に反対意見の結論・理由を採るべきでないと考えた理由（論駁）を記せば足りるものとする。

この場合、例えば、反対意見がA、B、Cの見解によって多数意見の結論・理由の論駁を行っている場合は、多数意見裁判官の全員を通じてこれらA、Bの見解に対する共通の論駁があればそれらを多数意見の中に記載し、Cについては各々の多数意見裁判官の論駁が内容として異なるものであれば多数意見の中で各々の裁判官の名前を明示してそれらを記載する等すれば足りるものとする。

5. 最高裁事務総局の見解

(1) 「すれ違い判決」を巡る質疑で示された見解の要旨

- ① 反対意見の内容を踏まえて多数意見をどのようなものにするかというのは、裁判官の裁判事項そのもの。まさに裁判官の判断と責任に委ねられており、裁判官の職権行使の独立の内実そのもの。
- ② 裁判書は、裁判官がその判断と責任の下に独立して職権を行使する中でその説得力の向上に努めるべきもの。
- ③ 最高裁事務総局は、司法行政部門として裁判部門とは独立しており、裁判部門の独立した職権行使、判断作用に影響を与えるということはない。事務総局としては最高裁判決の内容について意見や考えを述べる立場にはない。

(2) これらの見解の帰結及び現行制度のあり方として、最高裁において、憲法や裁判所法に定める司法権の本質に反し、かつ、国民審査における判断に資さないような裁判書を裁判体が繰り返している、誰も判事らにその問題を伝える術がないことになる²⁴。

なお、③については、平成二年に東京及び大阪の高等裁判所・地方裁判所の有志裁判官によって作成された「民事裁判書の新しい様式について」という裁判の手法や裁判書の内容について提言する文献を最高裁事務総局が全国の下級審に配付した事実がある²⁵。

また、平成29年の日弁連の賀詞交換会において、小西は当時の寺田逸郎最高裁長官と以下のやり取りをしており、明らかに最高裁事務総局は小西の質疑内容を（少なくとも）最高裁長官に報告しているものと思われる。

■198-参-決算委員会-5号 平成31年04月22日

○小西洋之君 ……実は、二年前なんです、当時の寺田最高裁長官に日弁連の新年会でお会いして、私、名刺をお渡ししたら、私の名刺を見て、あっ、小西議員ではないですかと、小西議員の国会の会議録を拝読していると、判決文の説明責任は誠に大事なことだと思っておりますと向こうからおっしゃられていましたので、私、びっくりして、あっ、でしたら、ちゃんと

²⁴ 最大で、多数意見・補足意見・意見・反対意見が印も区切りも無いままに延々と続く「日本で一番読みにくい公文書」と評される最高裁の裁判書の裁判当事者や国民審査における問題に関する小西質疑について、参-決算委員会会議録（平成31年4月22日）p.15。

²⁵ 本論点に関する小西質疑について、参-決算委員会会議録（平成31年4月22日）p.14。

反対意見をなぜ採らないか、ちゃんと多数意見の中で触れてくださいというふうにお願いしましたら、いや、いろいろ評議の中ではいろんな意見が出ますからと、いや、いろんな意見が出てもまとめられないわけではないのでお願いをしますというふうにしたんですが、なぜ寺田長官は私の会議録を存在を御存じだったんでしょうか。事務総局が裁判会議、最高裁長官に報告してたんじゃないですか。

○最高裁判所長官代理人（村田斉志君） ……判決をした後などに様々な論評、指摘がされることはございます。学者の方、報道の方、あるいは国会での御議論等されることがございます。これを自ら耳を澄まして、どのような指摘がされているかということも含めて受け止めてお考えになっているというふうにと考えるとございませう。

○小西洋之君 いや、寺田長官があまたある国会会議録の中から私のものだけ見付けるということは多分物理的にあり得ないと思うんですが。（以下、略）

（参考）

■186-参-決算委員会-5号 平成26年04月21日²⁶

○最高裁判所長官代理人（中村慎君） お答えいたします。

最高裁の判決の作成に当たりましては、事件を担当する裁判体におきまして必要な審議を重ね、できる限り全員一致ということを目指すわけですが、その中でもなかなか全員一致に至らないという場合には、多数意見が形成され、その内容を踏まえて反対意見が作られ、その反対意見がどのようなものかということも踏まえた上で、裁判官の判断で必要に応じて多数意見に修正が加えられたり、あるいは補足意見を作成されたりした上で、最終的な審議等を経て、これを一通の判決として、関与した裁判官が全員署名押印して判決が作成されるというふうなのが一般的なプロセスというふうに承知しております。

最高裁判決は司法としての最終的判断でございまして、その重大性に鑑みますと、先生御指摘のとおり、事案の最終的解決としての適切さや判例としての説得力というのは極めて重要なことであるというふうに考えております。ただ、各裁判官がさきに申し上げましたプロセスの中で、当該個別事件の内容に即しまして、反対意見、多数意見を問わず、その内容を吟味して作成しているところでございませう。

このように、反対意見の内容を踏まえて多数意見をどのようなものにするかというのは、裁判官の裁判事項そのものでございませう。それぞれの意見の説示内容や対立する意見への反論の程度を一般的に議論することは極めて困難でございまして、結局のところ、個別の事件で裁判官がその理由としてどのように何を書くのかということに尽きるということでございまして、まさに裁判事項ということでございませう。

我々事務総局というのは司法行政部門でございまして、これは裁判部門とは完全に独立したという形で、裁判部門に影響を与えることというのは万が一でもあってはならないということで行動しているところでございませう。

委員は、事務総局が国民の声を踏まえてそのような規則を作るよう働きかけて実現すべきと

²⁶ 小西は、平成24年4月に最高裁事務総局に対して「すれ違い判決」の問題群と最高裁事務処理規則の改正にて措置すべきではないかとの見解を伝え改善を促したが、それから二年間を経過しても事務総局は大谷直人事務総長（現最高裁長官）の判断として裁判官会議等に報告しないと、また、この間に、最高裁は引き続き「すれ違い判決」を出し続ける事態が生じたため、万やむを得ず国会で取り上げることとしたもの。これまでに計三回、事務総局に質問している。

いうことをおっしゃっていただきたいと思います。司法行政部門が、判決に記載する裁判官の意見における理由の内容や書き方について、御指摘のような形で不足があるということをご前提といたしまして、一定の方向性が相当であるという意見を述べることは、最高裁の裁判官が現に行っている現状のプロセスに対して独立して職権を行使すべき判断作用に対する影響を与えるおそれがあるということで、合理性自体見出せないものと考えておりますし、そのような司法行政上の措置は裁判官の職権行使の独立を侵すおそれがあり、相当でないと考えているところでございます。

■193-参-決算委員会-8号 平成29年05月15日

○最高裁判所長官代理者（中村慎君）（略）

したがいまして、判決に署名する段階におきましては、その内容が多数意見の方が十分でないというふうに考えれば多数意見に更に加筆されるでございましょうし、また、反対意見の方がそれでまだ足りないということであればまた同じようなことをされるということございまして、裁判官は、審理を尽くして作成した判決の内容をもって当事者そして国民にその判断の当否を問うているものでございます。裁判官がその判断と責任の下に独立して職権を行使する中でその説得力の向上に努めるべきものというふうに考えているところでございます。

■198-参-決算委員会-5号 平成31年04月22日

○最高裁判所長官代理者（村田斉志君） 最高裁判所の判決の作成に当たりましては、（略）というふうに承知しております。

こうしたプロセスの中で、裁判官の意見においてどのようにそれを書き表すか、理由を書くかということは、まさに裁判官の判断と責任に委ねられておりまして、裁判官の職権行使の独立の内実そのものであろうというふうに思います。

他方、最高裁事務総局は、司法行政部門といたしまして裁判部門とは独立しております。裁判部門の独立した職権行使、判断作用に影響を与えるということはあってはならないと考えながら行動しておりますので、事務総局としては最高裁判決の内容について意見や考えを述べる立場にはございません。

○最高裁判所長官代理者（村田斉志君） もちろん、一般論として、裁判書が当事者や国民にとって分かりやすく説得力を有することは重要なことだというふうに考えております。

委員御指摘のような方法も含めまして、裁判書をどのように書くべきかということは裁判官の判断と責任に委ねられている事項でございますので、事務総局において裁判書を改善すべきであるといった意見を述べることは裁判官の職権行使の独立に影響を与えるおそれがありますので、相当ではないと考えております。

6. 元最高裁判事の見解

※ 2012年5月24日～26日にヒアリングを実施。（なお、当時、小西は本稿の「3.」の論点を認識するには至っておらず、この度の公募報告セッションの準備の中で初めて認識したものである。この点、「5.」の最高裁事務総局への質疑時も同様。）

(1) 法学者出身判事

- 多数意見の中で反対意見に反論するとなると、その多数意見の中でどう書くか調整することになるがこれは大変なことである。すなわち、①各論点の反論、再反論の調整に非常に手間がかかる、②今の裁判実務の負担のもとで処理できない、③反対意見にはナンセンスな議論もあり無視するしかない（すべき）ものもある（他方、激論を経るような価値あるものもある）といった問題がある。
- 提案の制度改正は、裁判官の職権行使の独立に抵触すると考える。合議とそれによる意見の形成・表明は事案ごとに異なるパターンとなる。それぞれにおける個別的対応として処理する他ない。
- 「多数意見は明確な理由もなく反対意見を採らなかった」として、これを説明責任に欠けるものとして、国民審査で不適格とすればいい。
- 提案の制度改正だと、結論を導き判決を形成するのにいつまでかかるか分からない。なので、補足意見を多く書いてそれにより合議の全体像を明らかにすると言う努力を行っている（行うべきである）。
- 換言すると、多数意見が自らの結論を導くために論じる必要があると考える論点だけで完結して法廷意見を策定していると看做されないように、反対意見が提示している（しかし、多数意見の結論を導くためには必要でない）論点についても補足意見等のなかで取り上げるべきである。
- これまで述べた実務上の課題や補足意見での対応の促進という代替策の存在から、（努力義務を含め）義務付けまでの必要性があるのか疑問ではある。
- 提案の趣旨には賛成する。しかし、制度として実効的ではないと考える。

(2) 裁判官出身判事

- 実質的に見て、反対意見への「言及」に値しない多数意見はある。
- 制度改正の必要性、合理性については、最高裁としては、「今既にやっている。」と答えるだろう。と言うか、むしろ、そう本気で思っているということだろう。
つまり、これは「判決文における説明不足」の問題であって、「多数意見が反対意見に対する言及がゼロ」という認識ではなく、たとえ多数意見における言及が一行であっても、それは「濃いか薄いか」の問題であって、本改正提案は最高裁にしてみれば「中身を濃くしろ」という主張との受け止めになる。
- 「法の発展」に資するという理解は賛成である。
- 本改正案が「裁判官の職権の独立行使」との関係で、憲法の定める司法権の趣旨に抵触するとは考えない。判決文のスタイルは訴訟法や最高裁規則の規律事項であり、本改正案は「判決の中身自体をこうすべき」というものではないから問題はないと考える。
- 本改正案の趣旨には（裁判所法改正という手法も含めて）賛同する。

(3) 弁護士出身判事

- 裁判官の良心、判断のあり方を法や規則で拘束することは三権分立に反する恐れがあると考えている。

- 多数意見の裁判官の反対意見への反論の視点がそれぞれ異なる場合がある（多数意見から反対意見への反論が一致しない場合）。
- やはり、個々の裁判官の独立を侵害すると思う。「多数意見において」とある条文案を「多数意見を構成する裁判官の誰でもいいから反論を付ける」とすれば抵抗が下がるだろう。（＝つまりは補足意見対応）
- 基底にある価値観が異なり、法論理で現すことができないものがある。世界観、思想が分かれるもの（＝最高裁判事の間ではこうしたものをハードケースと言う）であるから法議論では噛み合わせることができない。「社会のあり方についての考えが違う」のだから、これを法議論させるのは不可能を強いることとなる。
他方、「反論できるケース（ハードケースでないもの）」だが、多数意見が反論していないケースは確かにある。
- 裁判官がしっかり論争し（合議ではしっかり議論はしている）、判決の透明性を高めるという趣旨は同感ではある。しかし、これを法律や規則でやることは問題。
なぜなら、反対意見に反論することを嫌とする裁判官がいる場合にそれを強制することになる。つまり、それぞれの裁判官の裁判のあり方に対する考え方の問題である。
- 条文案は、「必要に応じて」・・・「示すものとする」といったところか。（法律の条文中で「示すものとする」は書けないと思うが）
- 「より分かりやすく、理解させやすくするために、最高裁規則において多数意見の説得力を増すため、反対意見があるときは、必要に応じて、・・・示すべきではないか」と、国会質問などで主張するということだと思う。

7. 司法権の独立等との関係

- (1) 多数意見の中で反対意見を採らない理由を示すこととすることを裁判官に義務付けることは、（それが最高裁判所規則に依るものであれ、法律に依るものであれ）裁判官の職権の独立を侵すことにならないかという議論も考えられる。
- (2) これについては、まず「3.」で論じたように、憲法及び裁判所法の下で最高裁の合議体においては、①同法 76 条の評議申述義務の「意見」、②同法 77 条 1 項の評決の際の「意見」、③11 条の裁判書表示義務の「意見」が全て多数意見として反対意見を採らない理由を示さなければならないとの見解に立つ場合は、そもそも多数意見裁判官の意見に当該理由が示されているために職権独立の問題は生じない。
- (3) 他方、(2)の立論に立たない場合においても、反対意見を採らない理由を示すこととすることが、各裁判官の意見に係る自由な判断形成に対して事実上重大な影響を及ぼすとは言えず（評議によって明らかになった事項について意見の中に記載することを求めるに止まる）、裁判官の職権の独立を侵すことにはならないと考えられる。
 また、裁判書に示されるのは各裁判官の最終的な意見に限られ、評議の過程において中間的に述べられた意見を明らかにするわけではないため、評議の秘密ひいては裁判官の職権の独立を侵すことにはならないと考える。
- (4) 更に、上記(2)及び(3)を通じて、そもそも、司法権の独立が保障されている

のは、①三権分立及び法の支配のもと、争訟解決機能を通じて国民の基本的人権の保障を全うすることであり、さらに、②国民審査により最高裁判事は（信任又は罷免されることとなっており、司法権の独立はあくまで国民主権に基盤を置くこととなっており、加えて、③司法権の独立を意義あらしめるためには、裁判当事者を含めた国民や国会、行政などによるその司法作用への信頼が前提となること等から、これらの事項を十全に確保するために不可欠な本改正措置の意義は、司法権の独立のもとに否定されなければならない合理性は見出せない。

（仮に、否定する場合は、「司法権の独立」のためではなく、「司法権の独善」のためとの批判を免れない。）

- (5) なお、以上の立論に立つ時には、裁判書の書き方が憲法 77 条 1 項に規定する「訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項」のいずれかに当たるとしても、同項に規定する事項については「法律をもって規定することが排除されるわけではない」（関内内閣法制局第二部長答弁 第 98 回衆議院法務委員会 昭和 58 年 3 月 4 日）とされていること（判例、通説）も含めて、裁判書の書き方を法律で定めても違憲ではないと考えられる。

8. まとめ ～「すれ違い判決」排除の今日的意義～

- (1) 2018 年 10 月 13 日の日本公法学会第八三回総会後の公募報告セッションでの小西報告、「九条解釈変更及び自衛隊明記改憲の「法理」」。

■報告の概要

- ・ 7.1 閣議決定及び政府答弁に示された限定的な集団的自衛権行使の憲法 9 条適合性に係る内閣の主張の事実関係の分析
- ・ 当該主張が、昭和 47 年政府見解の中に限定的な集団的自衛権行使を許容する歴代政府の 9 条解釈の「基本的な論理」が存在するとの事実と反する虚偽であることの立証
- ・ 自衛隊明記の改憲が当該虚偽によるものとなり憲法 96 条に違反等することの分析 等

- (2) 憲法 9 条の規範が法解釈ですらない不正行為（昭和 47 年政府見解の「外国の武力攻撃」の文言の曲解による論理の捏造）によって改変され、その捏造された要件（武力行使の新三要件）をそのまま条文化しそれに虚偽の憲法適合性の説明を条文解釈として付与した存立危機事態条項の憲法適合性が司法権に問われている。

また、将来において、当該解釈変更の虚偽で再度国民を欺くこととなる自衛隊明記改憲の憲法適合性が国民投票無効訴訟で問われる可能性がある。²⁷

- (3) 「科学」が「非科学」に、「法の支配」が「人の支配」に優位するためには、司法判断が「単純多数決判決」や「手抜き判決」によってなされる危険性を排除し、最高裁判事の職権行使の独立を守るための「制度的保障」が必須。

以上

²⁷ 寺井一弘・伊藤真・小西洋之「平和憲法の破壊は許さない ―なぜいま、憲法に自衛隊を明記してはならないのか」（日本評論社 2019）p. 36 以下を参照。