

デイヴィッド・S・ロー*
「日本の最高裁が違憲立法審査に
消極的なのはなぜか」

西 川 伸 一

《論文要旨》

日本の最高裁は違憲立法審査にきわめて消極的だった。本稿は、その理由に関する様々な歴史的、文化的、政治的、そして制度的説明を批判的に検討し、その活性化の途を探るものである。

まず、文化的説明としては次のものがある。最高裁は行政府の官僚と同様の「官」の文化や日本社会の保守的傾向を共有している。日本社会では、対立は忌避され和が求められる一方、宗教的あるいは哲学的な軸が明確ではない、など。ただ、このような説明は、裁判官個人の選択の役割を軽視し、裁判官からその判決に対する責任を免除することになってしまう。

次に、歴史的説明をみてみよう。明治時代の遺産、とりわけ裁判官が「二流の官僚」だという意識が今日まで及んでいる。違憲立法審査は日本の裁判官にとって「外来種の移植」だった。冷戦の重圧にさらされていた日本の支配層は、親米政権の存続を望んでいた、等々。しかしこれらでは、最高裁が時折示すリベラルな姿勢を説明することはできない。また、個人の行動を歴史の産物とみるのには無理がある。

第3に、政治的説明である。それによれば、違憲立法審査に対する政治的制約として、外部からの制約と自己抑制とが考えられる。前者の場合、それはだれからなのか、後者の場合はなぜそうするのかが問われなければならない。前者については、保守政権が保守的な最高裁裁判官を指名・任命してきたという主張がある。しかし、最高裁自身があらかじめそうした人物しか候補にしないとみることでもできる。後者については、最高裁が民主主義の規範を尊重しているからというよりも、戦略的に自己抑制を選んでるといえよう。

第4に、制度的説明は、内閣法制局による法案の事前審査が事実上の違憲立法審査になっている、判検交流が裁判官に「政府寄りの態度」を修得させている、などという。とはいえ、最高裁は内閣法制局をまったく顧慮しておらず、最高裁裁判官

のうち判検交流経験者はごくわずかである。むしろ、司法官僚制の内部統制によって、構造的に保守的裁判官が出世面で優遇されていることが大きい。そして、彼らが最高裁事務総局入りして、保守的な最高裁裁判官の人選に大きな影響力を発揮するのである。

それでは、司法官僚制の支配を断ち切り、違憲立法審査に積極的になるにはどうすればよいか。必ずしもキャリア裁判官ではない最高裁調査官を最高裁裁判官個々に割り当てる、憲法問題に精通する学者を最低でも各小法廷に一人ずつは入れる、さらには最高裁裁判官候補者を絞り込むための制度的メカニズムを作り出すことなどが考えられる。

キーワード：違憲立法審査，憲法，司法行動，日本の最高裁，司法組織，司法改革

目 次

- I. 序 論
- II. 文化的説明
 - A. 「官」の文化
 - B. 日本の政治文化のメインストリーム
 - C. 公然たる対立の文化的忌避
 - D. 日本社会の軸なき特徴
- III. 歴史的説明
 - A. 戦後に続く明治時代の遺産
 - B. 「二流の官僚」としての裁判官
 - C. 違憲立法審査の外来的な性格
 - D. 冷戦の影響
- IV. 政治的説明
 - A. 違憲立法審査に対する政治的制約：外圧なのか自己抑制なのか
 - B. 外部からの抑制：任命手続を通じた政府の影響
 - C. 自己抑制：規範的か戦略的か
- V. 制度的説明
 - A. 内閣法制局による事前審査
 - B. 司法部と法務省の人事交流の影響
 - C. 司法部の官僚制的構造と内部規律
- VI. 結 論：司法官僚制の支配を断ち切る

I. 序論

日本の最高裁判所は、いくつかの意味で違憲立法審査に消極的だったと特徴づけることができる。すなわち、最高裁が政府の行動に異議を差し挟むことはほとんどなかった。そのため、政府権力に対して司法が憲法上の制約を守らせることは、理論的にはともかく現実にはかなり困難であった。また、違憲立法審査権が実際に行使されたまれな場合であっても、きわめて些末な事例を除けば、最高裁が政府にその判決に従った立法措置を実際に講じさせることができるかは、疑わしいのである。最高裁は発足して60年以上になるが、その間に、最高裁が法令を違憲無効としたのはわずか8件にすぎない⁽¹⁾。それゆえ、日本の最高裁は違憲立法審査権行使の面では、「世界で最も保守的で慎重な最高裁」と言われ続けてきた⁽²⁾。対照的に、日本の最高裁より若干遅れて発足したドイツの連邦憲法裁判所の場合、すでに600件以上の法律を違憲無効としており⁽³⁾、日本とほぼ同じ規模の訴訟を抱えるアメリカの連邦最高裁判所⁽⁴⁾は、同じ期間におよそ900件の法律を違憲無効としてきた⁽⁵⁾。さらに悪いことに、日本の最高裁が一定の政治的あるいはイデオロギー的意味をもつ立法を違憲無効とした一領域⁽⁶⁾——すなわち衆議院議員定数不均衡訴訟⁽⁷⁾——においては、政府は数十年にわたって最高裁判決を無視してきた⁽⁸⁾。

日本の最高裁が違憲立法審査にこれほど消極的だったのはなぜか。本稿は、これに関する様々な歴史的、文化的、政治的、そして制度的説明を批判的に検討していく。それらの説明の中には、司法部を自民党長期政権のイデオロギー的同盟者ないしは奉仕者として描くものもある⁽⁹⁾。あるいは、司法部の行動は政府もしくは国民、またはその両方の要望に対する、極端な服従の産物であるとの説明もなされている⁽¹⁰⁾。さらに別の説明によれば、うっかり見

落とされがちな理由から、司法部は憲法上疑問の余地のある多くの法律と対決せずに済んでただけだという⁽¹¹⁾。これらの主張の中には、日本の憲法訴訟に関するこれまでの学術文献でおなじみのものもある。あるいはそうではなくて、私が滞日中に行った研究者との意見交換や、(元)裁判官および官僚へのオフレコのインタビューの中で表明されたものもある⁽¹²⁾。そして本稿は、次のことを主張して結ばれる。すなわち、日本の最高裁が違憲立法審査に消極的にみえるのは、人員と財源を司法官僚制に頼り切るのを改める制度改革が行われなためである、と。さらに本稿はいくつかの改革案を提示して、それらが最高裁の制度改革にどれほど効果があるかを探ることにする。

II. 文化的説明

A. 「官」の文化

政府の役人すなわち「官」は特徴的な物の見方を共有し、裁判官すなわち「法廷の役人」も例外ではないとしばしば主張されてきた⁽¹³⁾。この共有された物の見方とは、さらに言えば、単なる党派性、すなわち伝統的な左右対立のイデオロギーとは必ずしも一致しない。私がインタビューした(元)裁判官の中には、日本の戦後期を通じて長く与党であった自民党に対する嫌悪感を隠さない者もいた。彼らは自民党を無能とは言わないまでも、腐敗しているとみている。しかしながら同時に、彼らは自民党に感謝の念も抱いている。というのも、自民党が安定の維持に努めることを義務に感じて、少なくとも過去においては、戦後日本の経済的奇跡をもたらした行政官僚たちのやることに口出ししなかったからである。研究者もまた、日本の裁判官はその地位によって、責任と抑制の意識を吹き込まれていると主張してきた⁽¹⁴⁾。

なるほど、日本の多くの裁判官はこのように考えているのかもしれない。しかし、この主張には誇張がある。日本の最高裁は必ずしもそのような方針

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

に従ってきたわけではない。たとえば、横田正俊最高裁長官のリーダーシップの下、最高裁は1960年代末に労働側に有利な判決を言い渡した。そのことは保守層の怒りを引き起こすとともに、官公労のストを禁圧しようとした政府の企てを挫いた⁽¹⁵⁾。当時、自民党は労働組合との激しい政治闘争のさなかにあった。労働組合は共産党および社会党の支持基盤であった。最高裁が路線を転換したのは、横田の後継長官に保守的な石田和外が任命され、さらに幾人かの保守的な最高裁判事が任命されてからのことであった⁽¹⁶⁾。戦後日本の針路をめぐる労使間の大闘争に際して、最高裁が当初は自民党に抗おうとしたのである。このことは、裁判所が必ずしも政府に従順な態度をとるとは限らないことを示している。

B. 日本の政治文化のメインストリーム

次のような主張もなされよう。すなわち、最高裁が違憲立法審査にこれほどまでに保守的なのは、単に日本社会が保守的であり、最高裁裁判官はその社会の一員でありその感覚を共有しているからであるにすぎないと。最高裁の行動は、日本社会の主流にある考え方や価値観を具体化しているにすぎないと指摘する裁判官たちもいる。日本の憲法学者——政治的には革新的な傾向にある——からの常に声高な批判にもかかわらず、おそらく最高裁は現実には世論と「いくらか一致している」のかもしれない⁽¹⁷⁾。

多くの裁判官は真剣にこう信じているのだろう。自分たちの行動は日本社会の主流にある考え方を反映しているにすぎないのだと。もちろん、裁判官は彼らが属する社会の価値観を反映するように行動している。にもかかわらず、最高裁の保守主義はそれほど単純には説明できないのではないか。私がインタビューした人びとのうち、何人かは次のような一見矛盾する見解を述べた。すなわち、ある（元）最高裁判事が指摘したように、日本の裁判官は「日常生活や政治から切り離され」「ふつうの人びととのつながる機会がない」

というわけだ⁽¹⁸⁾。であれば、「切り離され」「つながりのない」裁判官の行動が、世論の主流をなす考え方に共感した結果だとは説明しにくい。同様に、最高裁に持ち込まれるほとんどすべての憲法上の要求をはねつけるほど、日本の政治文化が保守的であるとも考えられない。他の国ぐにと同様に、憲法訴訟の原告の中には、きわめて同情を集める人びとも時にはいるのである。たとえば、自衛官護国神社合祀訴訟の原告はそれにあたる。自衛官の夫を殉職で失ったキリスト教徒の妻が、護国神社に夫を合祀したことは信教の自由を侵害し、政教分離原則にも違反すると訴えた。だが、最高裁はこの妻の訴えを退け、敗訴が確定してしまった⁽¹⁹⁾。結局のところ、日本の裁判官は政治的主流派に同調して振る舞っているにすぎないことが事実だとしても、そのことは次の問題に十分答えていないのではないか。つまり、彼らは憲法の番人たる地位にあるのに、なぜそれらしく、政治的主流派の感情を逆なですることをほとんどしないのか。他の国ぐにの裁判官はもっとしばしばそれを平然とやっているのだが。

C. 公然たる対立の文化的忌避

最高裁が違憲立法審査に消極的なことに対して、和という概念がよく用いられる。その言葉は正確には翻訳しづらいが、調和的な共存という日本の理想をほぼ指しているよう⁽²⁰⁾。このために、日本人が対立を避ける一つのやり方は、言葉を文字どおりには受け止めないようにすることである。そして、裁判官がまさにそのようなやり方で行動するのは、一見して明白な憲法上の文言に直面した場合である。ある（元）最高裁判事によれば、最高裁が日本国憲法の平和条項である憲法9条を厳格に適用しないのは⁽²¹⁾、法的原则とその適用に関するきわめて日本的な処理の仕方の産物だという。つまり、日本人が「まさに信じているのは言葉のもつ力であって、表明された言葉の文字どおりの意味ではない」のだ⁽²²⁾。もう一人の（元）最高裁判事は証拠を挙

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

げて、そのような態度は司法部において慎重に教え込まれると述べた。この（元）最高裁判事による説明は以下のとおりである。自分が司法研修所——司法試験に合格した全員に司法修習を実施する機関であり、裁判官、弁護士、検察官いずれになる者もこの司法修習を受けることになる⁽²³⁾——の教官であったときには、裁判官志望の修習生に、公平さ以上に調和と和解が大事なのだと指導した。彼の言葉によれば、「他者とのコミュニケーションが最も重要なのです。なにが真実かはその次のことです」。

最高裁が違憲立法審査に消極的なことを和に基づいて説明することには、いくつかの理由から疑問の余地がある。第一に、文化的規範を引き合いに出すことは、裁判官が彼ら自身の行動に対する責任を文化全般に転嫁するやり方である。憲法に規定された権利が正当であると主張するのを犠牲にして、現状維持を支持し波風を立てるのを避けるのを裁判官が選択することは、まさに選択である。そして、それは文化的規範の遵守という問題に矮小化できない選択である。文化はそのような選択を命じるものではない。日本の裁判官は、アメリカの裁判官と同様に、文化的慣習の奴隷ではない。むしろ、保守派が和の概念を引き合いに出すと思われるのは、現状維持がすでに好みに合っているからこそなのだ。ある日本の法学者が指摘したように、エリートが和の概念を引き合いの出すのは、他者が自分たちに公然と異を唱えないようにするためである⁽²⁵⁾。和に固執することは、意見の相違を拒否することに等しく、従って現状維持をあがめるに等しい。それゆえ、意見の相違に対して和の概念に訴えることは、保守派にとっては都合がよく、また自己の利益に役立つことになる。まさに彼らが権力を握っているのであるから。反対に、共産党ならば権力の外にとどまる限り、そのようなことはしないだろう。

第二に、和の多様性を大ざっぱに文化的に説明してしまうことは、不正確な、あるいは時代遅れのステレオタイプに依拠することになりかねない。研究者たちが繰り返し述べてきたように、日本の政治は対立の不在あるいは調

和への強い志向によって特徴づけられるほど単純なものではない。そのことは、日本の労使関係と日米安保条約をめぐる1960年代に生じた対立の広がりや激しさに明らかに示されている⁽²⁶⁾。あるいは、成田空港建設反対のために地元農民が行った長年にわたる物理的抵抗をみてもよくわかる⁽²⁷⁾。「日本人」についてのステレオタイプに主に依拠する文化的説明は、多少疑ってかかればならない。この説明はややもすれば、行動を説明するのではなく、日本人の行動は特殊だからだと片付けてしまいかねない。

第三に、文化的説明に頼ることは循環論法に陥る恐れがあり、それが答えを与える以上の疑問を引き起こす。文化は行動の原因であるばかりか結果でもあるのだ。どちらかと言えば、行動を説明するのは文化ではなく、むしろ文化を規定するのが行動なのだ。文化的規範あるいは合意が行動を後押しすると述べることは、なぜ人びとが規範あるいは合意に従い、それを無視したり破棄したりしないのかという問題にまったく答えていない。文化的なものや次第に理解されるようになる行動のパターンは、それ自体で形を変えやすくまた状況依存的なものである。たとえば、20世紀初頭には、日本の雇い主は自分たちの労働者がアメリカの労働者と比べて、怠惰で浪費的で不実であると批判することができた⁽²⁸⁾。いま同じことが、日本の文化的特徴についてあてはまるかといえば疑わしい。

D. 日本社会の軸なき特徴

次のような主張もまたなされるであろう。すなわち、憲法問題について絶対的なあるいは主義に裏付けられた立場を、裁判官が明確に打ち出すのに不可欠な宗教的あるいは哲学的基盤が、日本の文化には欠けている、と。この点で、日本は軸のない社会と特徴づけられるかもしれない。それが意味するところは、行動についての規範的規制が、拘束的な道徳的原理、あるいはより高度のないしは超越的な真理の要求に基づいていないということである⁽²⁹⁾。

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

日本社会はキリスト教社会でもなければ、カント学派的な社会でもないし、道徳的絶対主義に傾いているわけでもない。実際に、日本社会において正しい行動への道案内になるものは、合意と地位の関係であって、権威のあるテキスト——聖書であれ憲法であれ——からこつこつ集められたタイプのより高度な真理ではない⁽³⁰⁾。

日本には政治的リベラリズムを産んだものとははっきり異なる社会的条件があり、儒教の遺産もある。そこに、日本の社会的および政治的な思考方法の特徴をめぐる上述の説明は根拠づけられる。西欧のリベラルな政治思想は、カトリックとプロテスタントの数世紀にわたる宗教対立の、高い代償を支払って得られた教訓を反映している。それに呼応して、非和協的な信念をもつ人びとの平和的共存のための一連の政治的および法的制度やメカニズムが、リベラリズムという知的環境の下で発達した⁽³¹⁾。宗教的合意が不可能であることに基づいて構築された政治システムは、合意を政治的決定作成の基礎とはみなさない。しかしながら、日本にはかなりの勢力をなす宗教的、エスニック的、あるいは言語的少数派が存在しないために、次のことは驚くに当たらない。すなわち、ほとんどの他の自由民主主義諸国よりも日本社会では、合意がより達成可能であるばかりか、より大きな重みをもつのである⁽³²⁾。

より高度な真理についての感覚がないこと、およびそれに付随してヒエラルヒーと合意を重視することには、以下のような政治的および法的な含意がある。すなわち一方で、日本の裁判所には、もしそれが多数派あるいは政府の要求に抵抗したい場合に依拠する道徳的あるいは知的遺産がほとんどないのである。信心深さと道徳的絶対主義——さらにそれとともに、拘束的な戒律あるいは聖書という概念——がないので、裁判官はきわめて法実証主義的な大陸法的伝統に抵抗するための基盤をほとんど持っていない⁽³³⁾。他方で、その同じ法実証主義的な大陸法的伝統が裁判官の役割について狭い概念しかもたないので、法規範の創造に関して言えば、裁判所は国会や内閣より低い

扱いを必ず受けることになる⁽³⁴⁾。

この種の主張と一致して、ある（元）最高裁判事がいみじくも指摘したところによれば、最高裁の憲法解釈のやり方は、実際に日本の宗教的および道徳的遺産に深く影響されているのかもしれないのである⁽³⁵⁾。なぜ最高裁が国会の定数配分の領域で政府に大きな裁量権を繰り返し許しているのかを説明するにあたって、彼は次のように述べた。すなわち、参政権などの文脈で「平等」は日本人にとっては「絶対的でなく相対的な」概念であるのに対して、キリスト教徒や仏教徒は、格差についてより厳格な「平等についてのより絶対的な概念」に同意すると⁽³⁶⁾。

たとえ、このような高度に抽象的な文化的伝統が裁判官の行動に関連があるとしても、そのような伝統が、最高裁が違憲立法審査に消極的なことを十分に説明しうるとは考えられない。違憲立法審査を支持する全世界的な合意がますます形成されつつあり⁽³⁷⁾、どこでも法的政治的言説において「権利の語り」があふれている⁽³⁸⁾ことからすれば、日本の最高裁が違憲立法審査にほとんど消極的だったのは適切な規範的基盤がなかったためだ、と主張することはますます困難になっている。もし日本の最高裁裁判官が他国の最高裁と同じ熱意をもって憲法の番人としての役割を受け入れてこなかったとすれば、その理由は、彼らがそれを受け入れないことを選択したからであって、日本社会の軸のない性格が彼らにそうさせているわけではない。文化的伝統が司法行動にどのように影響を及ぼすかは、次のような「権力をもつ者による選択」の行使を反映している。すなわち「どの伝統を維持しどれを捨てるか、さらには選ばれた伝統をいかに維持し涵養するか、これらをめぐる選択を行い、その選択を実行する権力」である⁽³⁹⁾。日本の司法行動を文化的に説明することは、個人的な選択の役割を司法的政策形成から除外し、日本の裁判官からその判決に対する責任を免除することになってしまう。

Ⅲ. 歴史的説明

A. 戦後に続く明治時代の遺産

(元)裁判官の中には、日本の司法部の今日の保守主義を一部は明治時代の遺産だとみる者もいる⁽⁴⁰⁾。明治憲法下で、日本の裁判官は法務省〔訳注：正しくは司法省〕の指導と統制の下にあり、それに従って慎重で保守的で官僚的に行動した。日本国憲法は司法部を外部統制から解放し、司法の独立について様々なアメリカ式の保障を定めた⁽⁴¹⁾。それでも、行政部の官僚たちとは異なり、旧体制の裁判官たちは戦後の公職追放を免れた⁽⁴²⁾。それに代わる、司法部の司法省からの解放は権力の真空をもたらしたが、それを埋めたのは結局、戦前から居座り続けた保守的な裁判官たちであった。ある批判的な裁判官によれば、「守旧派」は一時的に影響力を失ったが、まもなく司法研修所の支配権、つまりは新人裁判官の養成と採用をめぐる支配権を握ることで息を吹き返した⁽⁴³⁾。このことを言い換えれば、司法部が保守的に行動するのは、ようやく手に入れた制度的自律性を固守するためである、ということだ。つまり、司法部を運営する裁判官はその自律性をきわめて重んじるので、政府を敵に回したり司法部への政治的干渉を招いたりすることが起こらないよう細心の注意を払うのである⁽⁴⁴⁾。

にもかかわらず、なぜ日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのかについて、この説明だけではとてもすべてを言い尽くしていない。問題は保守派が司法部の支配権を一時的に確かに失ったという事実にある。最高裁の今日の行動が明治時代の遺産を反映しているというために、まず説明しなければならないのは、この遺産がつぶされたあといかにして再建されたかである。宮澤節生が指摘したように、保守派が司法部の支配権を再び獲得できたのは政治的介入があったおかげであるとすれば、最高裁の行動を真に説明するのは

政治的介入であって、明治時代の影響ではない。そうではなくて、司法部の貴重な独立を危険にさらす恐れが最高裁を自制させているとすれば、こう問われなければならない。何が最高裁を促してリベラルな幕間のあとその恐れを再び発見させたのか、あるいは実際のところ、最高裁はいったいなぜ当初はその恐れを克服したのか。

B. 「二流の官僚」としての裁判官

最高裁が違憲立法審査に消極的なことに関連する説明は、日本の裁判官が歴史的に、行政部あるいは立法部に敢然と立ち向かう意思も能力も欠いた「二流の官僚」であったというものである。ある（元）最高裁判事の言葉によれば、司法部は歴史的に日本官僚制の二流メンバーだった。すなわち「えり抜きのエリートはトップにまで登りつめたが、概して裁判官は二流の官僚止まりだった」⁽⁴⁶⁾。日本の最高裁裁判官が日本の司法部の力量と度胸をあざけるのを耳にすることは驚くべきことかもしれない。だが、こうした見方は矢口洪一元最高裁長官の見方を単に繰り返しているにすぎない。司法部の質と威信を高めたとしばしば称えられる矢口は、2006年に死去する直前にこうした感情を吐露した。

皆さんは、戦後の裁判所をご覧になって、「違憲立法審査権をもっと行使すべきだ」とおっしゃるけれども、今まで二流の官庁だったものが、急速にそんな権限をもらっても、できやしないですよ。しかし、これからは「闘う司法」でなければ駄目です。それが今後の司法だと思う⁽⁴⁷⁾。

日本の裁判官は「二流の官僚」であるがゆえに臆病であるという意見に矢口は賛成したのだろうかとか具体的に問われたとき、ある（元）最高裁判事は「たぶんそうだろう」⁽⁴⁸⁾と述べ、もう一人の職業裁判官出身の（元）最高裁

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

判事は「半分はそうだ」⁽⁴⁹⁾と答えた。インタビューを受けた裁判官の中には、司法部におけるキャリアの威信と魅力は過去数十年にわたって上昇してきたと述べる者もいた。しかしながら全員が意見の一致をみたのは、歴史的にみて日本の一流大学をトップで卒業した人びとは必ずしも司法部に入ることを望まなかったということである⁽⁵⁰⁾。ここ数十年間でみると、ベスト・アンド・ブライティストたちは行政官庁や一流企業に職を求めたのである。民間企業では、彼らは新日鉄、東京海上、さらには三菱銀行のような会社を選んだ。行政官庁では、大蔵省、外務省、そして戦後は通産省（現在の経産省）や農水省に入った。一方、これらの「残り」が司法部に行ったのだ⁽⁵¹⁾。戦前には司法省が司法部を支配していたので、司法部の威信は確かに高いものではなかった。こうしてみると、次のような裁判官像が浮かび上がる。すなわち、行政官庁のエリート官僚たちが立案し国会がろくに吟味もせず成立させた法律に異議を唱えることができず、あるいはその意思をもたない、そうした裁判官たちである。

日本の裁判官が「二流の官僚」であるという見解は、幾人かの研究者が描いてきた司法部についての叙述と矛盾するように思われる。しかもとりわけ、そこでは学歴からみてエリート主義的な司法部の特徴が、しばしば強調されてきたのである⁽⁵²⁾。多くの研究者が指摘してきたように、司法部は歴史的に一流大学の卒業生を多く受け入れてきた⁽⁵³⁾。だが有意な相違が、超一流の大学の間さえ存在する。東大と京大はともに多くの裁判官を輩出している超一流の大学である。それでも東大の方が京大より上にみられている⁽⁵⁴⁾。しかしながら、司法部では京大の存在感は、東大のそれよりはるかに大きいのである⁽⁵⁵⁾。京大は東大に劣らず超一流大学であるにもかかわらず、京大の卒業生は行政官庁における出世競争において、東大の卒業生に比べて不利な立場に甘んじてきたといえるかもしれない。ある元裁判官が指摘するところでは、この「ちょっと格下」であるという意識によって、京大の卒業生は司法部に

おける出世を目指してきたのかもしれない。司法部では、京大の卒業生は行政官庁における少しだけ格下扱いされることからくる後ろめたさを、あまり感じなかったのかもしれない⁽⁵⁶⁾。そのような自己選択は、自己を強める潜在力につながる。つまり、OB組織が将来の京大卒業生の任官と出世を後押しするのである（だが、このシンポジウム〔訳注：後述の訳者解説にあるワシントン大学で2010年に開催されたシンポジウムを指す〕へのラムザイヤー教授の寄稿が示しているように、学閥は結局のところ現実の生産性を説明するものではないのかもしれない⁽⁵⁷⁾）。一方で、少なくとも京大に匹敵する格をもつと一般に考えられているいくつかの大学——とりわけ慶應と早稲田——は、ずっと最高裁に卒業生を一人も出せずにきた。これはインタビューを受けた複数の裁判官が、注目すべきであり常識では考えられないとみなした事実である。

インタビューを受けた裁判官と研究者のうちの幾人かは、司法部におけるキャリアの威信と魅力は、戦後とりわけ矢口コートの下で高まったと答えた。ある（元）最高裁判事の指摘によれば、裁判官の地位は低いという矢口の見解は、矢口自身の世代の裁判官には心当たりのあることだが、「古い思考様式」を反映したものである⁽⁵⁸⁾。確かに、二流の官僚制の遺産を多少でも払拭するために、戦後改革によって裁判官はすべての国家公務員の中で最高の報酬を受け取るようになった⁽⁵⁹⁾。それでも、周知のとおり、裁判所は慢性的に人員不足で、優秀な新人裁判官をリクルートすることはきわめて困難である。実際に、インタビューを受けた裁判官のうち裁判官人事に携わった経験のある者は、新人のリクルートが最も骨の折れる仕事だったと口をそろえる。そして、彼らはとりわけ、民間企業の待遇のよさが有能な新人裁判官の採用をどれほど困難にしていることかとおぼした。その一方で、インタビューを受けた研究者の中には、次のように推測する者もいた。すなわち、司法試験を突破できる少数のエリートにとって魅力的な就業機会が広範にあることを前

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

提にすれば、職業裁判官の道を自ら選ぶ者はきわめて保守的であり、性格的にリスクをとりたがらないのではないかと。

ほとんどの大陸法系諸国と同様に、日本もキャリアシステムをとっているために、有能で精力的な裁判官をさらにリクルートしにくくしている⁽⁶⁰⁾。日本の裁判官の圧倒的大部分は、司法研修所での司法修習を終了してすぐに法廷に配属される。彼らには民間企業で初任給を得る機会がないのだ。日本の裁判官の出世コースは年功序列的であるので、通常裁判官の65歳という定年年齢（最高裁判官は70歳）を勘案すれば、司法部の最高職位に到達したい裁判官にとっては、若い年齢で任官することが不可欠になる⁽⁶¹⁾。その結果、任官希望者は経済的な豊かさを取るか裁判官としてのキャリアを取るかをめぐって、アメリカや他の英米法系諸国における同じ立場の者より、はるかに厳しい選択に直面している。英米法系諸国の裁判官は、しばしばすでに経済的に自立した者たちなのである。

職業裁判官は英米法系諸国の裁判官に比べて、単に経済的に恵まれていないばかりではない。英米法系諸国では、裁判官はふつう裁判所入りする前に、民間企業あるいは公務員（あるいはその両方）ですでに充実したキャリアを重ね、従って、ゆるぎない自信、経験、そして個人的名声を有しているのである。対照的に、司法研修所を出てすぐに裁判官の道に進んだ日本の裁判官は、そのような資質を十分には備えていないように思われる。自分自身職業裁判官だったある（元）最高裁判事は、なぜ日本の裁判官が政府の判断に代わって自分自身の判断を示すことに躊躇するのかを説明するにあたって、この事実を示唆した。彼の指摘によれば、司法研修所を出たばかりの若い裁判官は次のように自問しなければならないという。なぜだれもが——行政部のきわめて優秀で経験豊富な官僚たちであっても——自分のいうことをきかなければならないのかと⁽⁶²⁾。その（元）最高裁判事はこう付け加える。ある若い裁判官が「世界を変える」ことを望んだとしても、その裁判官は「世界を

変えるために行動する前に強力な証拠を手に入れるように訓練」されることだろう⁽⁶³⁾。

C. 違憲立法審査の外来的な性格

次のようなことがこれまで指摘されてきた。すなわち、歴史的にみて最高裁が違憲立法審査にきわめて消極的であったのは、違憲立法審査が一般的な日本の裁判官の視点からすれば「外来種の移植」だったからだ⁽⁶⁴⁾。日本国憲法を通じて、司法の至高性の感覚を教え込もうとしたアメリカの占領当局の努力にもかかわらず、日本の裁判官は法律に違憲判断をすることにどうしても慣れなかった。ある（元）最高裁判事は次のような見解だった。違憲立法審査と司法の至高性の概念はしばらくしてのち、国民と裁判官双方の間でようやく定着したのであり、従って最高裁がもっと違憲立法審査に積極的になるのはまだ先のことではないか⁽⁶⁵⁾。

にもかかわらず、この説明にはあまり説得力がない。違憲立法審査を日本よりも遅く導入した国々の中には、ずっと短期間のうちにはるかに劇的な成果を上げている国もある。たとえば、カナダでは1982年になってようやく英領北アメリカ法が改正されて1982年憲法が公布された。これ以前には、議会主権が理論と実践双方において支配的であり、カナダが継承したイギリスの法的伝統には違憲立法審査の先例はなかった⁽⁶⁶⁾。しかしながら、ほとんどすぐに、カナダ最高裁は日本の最高裁をはるかに凌駕するペースで、重要な法律に違憲判決を言い渡しはじめた⁽⁶⁷⁾。ずっと顕著なのはフランスの場合である。フランスは裁判官統治という考え方に対する広範かつ長年にわたる敵意を背景として、日本より10年遅れて限定的な違憲立法審査制度を採用した⁽⁶⁸⁾。日本と同様に、フランスでは大陸法的伝統によって裁判官の法作成の役割は最小限にとどめられている一方で⁽⁶⁹⁾、エリート行政官庁が法案の事前審査を行っている。その事前審査は少なくとも理論的には、その後の様々

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」
な違憲立法審査の必要性を軽減することを期待されている⁽⁷⁰⁾。にもかかわらず、フランスの憲法院はそれが審査した法律の3分の1以上について、憲法上の問題点を指摘した⁽⁷¹⁾。

D. 冷戦の影響

注目に値するもう一つの歴史的説明は冷戦の影響である。健康で文化的な最低限度の生活⁽⁷²⁾ および労働者の団結権と団体交渉権を明文で保障し⁽⁷³⁾、明確な平和主義を掲げた⁽⁷⁴⁾ 日本国憲法は、冷戦によって日米両国の市民的自由に制約が課せられる以前の、ニューディール期のリベラリズムの最後の記念碑とみなされるかもしれない。インタビューを受けた何人かが主張したように、なるほど次のことは疑いない。すなわち、日本の多くの統治エリートは、共産主義の進出を抑えることが国家の存続にとって重要な問題であると感じており、とりわけ多くの裁判官は、このために憲法上の権利の厳格な行使を犠牲にするのはやむをえないと考えていたのかもしれない。アメリカの連邦最高裁はマッカーシーイズムと赤狩りに屈したとしばしば言われている⁽⁷⁵⁾。だが、共産主義の脅威は、どちらかと言えば日本でより明白であった。日本はソ連、中国、そして北朝鮮を隣国として抱えるという危険な状況に置かれていたのである。

ある（元）最高裁判事が強調するところによれば、多くのベテラン裁判官が行政部のエリート官僚とともに懸念していたことは、共産主義の拡散であった。国内的には、共産党が積極的で強力な労働運動と強い結びつきをもって⁽⁷⁶⁾。日本の周辺は資本主義と民主主義にとってますます非友好的な地域になっていた。中国と北朝鮮は共産党が支配するところとなった。韓国と台湾は民主的といっても、それは名目上にすぎなかった。タイにはクーデターが絶えなかった。一方、1980年代に入って、日本のエリートは日本の親民政権に浸透しそれを打倒しようとする強力なソ連と対峙していると自覚し

た⁽⁷⁷⁾。冷戦の期間を通じて、日本の司法部はイデオロギー的に一枚岩的ではなかった。司法部は平和擁護勢力と社会党員を抱えていた。しかしながら、これらに該当する裁判官は司法部内の権力闘争において幅をきかせることはなかった⁽⁷⁸⁾。

日本の憲法判決に対する冷戦の影響は、参政権と表現の自由の領域でもっとも大きかったのかもしれない。農村から都市部への大規模な人口移動のために、日本の国会では議員定数の不均衡がますますはなはだしくなった。さらにこの定数不均衡は都市部に対して農村部に利するものだった。農村部の選挙区はたいてい保守的であり、自民党の支持基盤であった。それに対して、都市部は革新勢力の牙城であり不穏な状態に陥りやすかった⁽⁷⁹⁾。ある（元）最高裁判事の指摘によれば、政治的「安定」の名の下に、一票の価値の不平等は放置しても定数不均衡のおかげで自民党政権を維持することを、自民党は「国民によって許されて」いたという⁽⁸⁰⁾。これとは対照的に、労働基本権と表現の自由をめぐる訴訟は注目され左右激突の場であった。上席調査官として最高裁の注目された訴訟に携わった、行政法にくわしいある有力な裁判官はこう打ち明けた。自分は自ら担当した表現の自由と情宣活動をめぐる訴訟の原告に同情する気にはならなかった。というのも、原告が全員共産党員だったからだ⁽⁸¹⁾。

「二流の官僚制」という説明と同様に、最高裁の保守主義についての冷戦に基づく地政学的説明も、少なくとも真理の一端を含む興味深い説明であるが、同時に明らかに全体を説明し尽くすものではない。なるほど冷戦は最高裁の憲法判決の重要な部分を説明するのに役立つにせよ、冷戦はすでに終わってしまっている。日本における冷戦の終結を最も劇的に強調したのは、次の事実であろう。1993年〔訳注：正しくは1994年〕に自民党は社会党委員長を首相に担いで政権復帰を果たしたのである⁽⁸²⁾。アメリカ連邦最高裁は、マッカーシーイズムの時代を過ぎて、よりリベラルな立場を取った。共産主義の

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

まことしやかな脅威が消滅したからには、なぜ日本の最高裁も同様の立場を取り得なかったのか。

冷戦を根拠にした主張に関する——日本の司法部の保守主義に関する歴史的説明に関しても同様に——もう一つの問題点は、きわめて単純なことだが、司法部は常に保守的に行動したわけではなかったということである。最高裁が発足した1947年に、社会党の片山哲を首相とした内閣は15人の最高裁裁判官を指名・任命した。三淵忠彦初代最高裁長官が在任中の3年間には、最高裁は幾分リベラルな傾向を示した⁽⁸³⁾。その後、1960年代末の横田正俊最高裁長官の下、最高裁は労働事件に関して画期的な判決を言い渡した。その判決は、公共企業体の労働者がストに参加した廉で刑事告発されるのを免じて、社会党の影響力が強い官公労組合の力を大いに鼓舞し、保守派の怒りを買ったのである⁽⁸⁴⁾。冷戦の重圧も司法部の「二流の官僚制」と言われる位置づけも、このリベラルな幕間を説明することはできない。さらに言えば、それらではいかに急速かつ劇的にこれらの幕間が終わりを迎えたのかを説明できない。

歴史的および文化的説明を全体的に疑っている理由もあると言わなければならない。個人の行動を集合的な規範あるいは集団的な歴史の産物として説明することは、個人の選択、および集団の行動それ自体が個人の選択の産物としてはっきりいえるものを見落とすことになる⁽⁸⁵⁾。日本の裁判官はとりわけ、彼らが抵抗できない社会的ないしは歴史的ナラティブにあって、考えないロボットではなく、無力な将棋の駒でもない。そうではなくて、彼らはあまりにも合理的で世間慣れしすぎているのだ。彼らが他の知的水準の高い人びとと同様に、過去のしきたりや古くさい思考方法を批判的に吟味できるまさにそのために、より革新的な立場を取ろうとした裁判官は多くいたし、さらにはそのような最高裁裁判官さえ存在してきた。問題はなぜこうした大胆な人びとが幅をきかせてこなかったかである。歴史と文化は彼らがいかに冷

遇されてきたかを示してくれるかもしれない。しかし歴史は運命ではない。そして文化は政治的行動の原因であると同様に結果でもあるのだ。

IV. 政治的説明

A. 違憲立法審査に対する政治的制約：外圧なのか自己抑制なのか

きわめて分別のある実直な人でさえも、最高裁による憲法判決はある意味で政治的であることを否定しえない。司法政治と選挙政治の関係はよくわからなくても、裁判所は数十年にわたって保守党支配と共存してきたのだから、少なくとも幾分は保守的に行動しがちであることは自明であろう。規範的観点からしてさえ、きわめて抽象的な言葉で書かれた憲法の条文を解釈するにあたっては、裁判所が政治過程と選挙結果にある程度の敬意を示すことは、健全ではないかもしれないが当然である。もちろん、憲法の条文は国政にとって潜在的に深い含意を持っている。従って、問題は政治が日本での違憲立法審査権の行使を抑制してきたかどうかではなく、いかにしてそうしてきたのか、である。

特に二つの問題が尋ねられなければならない。第一に、抑制が他の政治的アクターによって課されるからには、だれがその抑制を課すのかである。第二に、最高裁が抑制を自己に課すからには、その理由は何かである。他から課される抑制と自己で課す抑制の区別は、当然ながら人為的なものだ。裁判所が自己抑制を選ぶのは、ひとえにそうしなければ他のアクターによって抑制をかけられてしまうとわかっているからだ。確かに、政治的アクターの立場からすれば、裁判所を統制するには裁判所が自己統制してくれるのが一番好都合であろう。このやり方なら、司法の独立を建前上は犠牲にすることなく統制することができる。にもかかわらず、抑制の自他を区別するのは、そうしなければ手に負えないテーマを議論するにあたって有益だからである。

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

だれが最高裁を抑制するかという問題に関しては、とりわけ二つの候補が挙げられる。政府と国民自身である。最高裁は政府の要求に応えるのか、国民のそれに応えるのか、あるいはこれら二つの組み合わせに応えるのか。フランク・アパムがラムザイヤー＝ラスムセンとヘイリーの間の長期にわたる論争を鋭く見抜いたように、実は双方とも「保守的な政治的価値観」が日本の司法行動を支配しているとみる点では意見が一致しているのだ⁽⁸⁶⁾。それに代わって、双方で意見の一致をみない点は、「だれが最終的な主人なのか」である⁽⁸⁷⁾。ヘイリーの見解では、司法部は一般国民の価値を共有し⁽⁸⁸⁾、国民の信頼をつなぎ留めることで政府の党派的な野心から自身を守っている⁽⁸⁹⁾。国民はといえば「中道右派的政策を圧倒的に支持する」⁽⁹⁰⁾。従って、裁判所の保守主義を最終的に推し進めるのは、国民感情なのだ。対照的に、ラムザイヤー＝ラスムセンの見解では、保守政治家たちは数十年にわたって、裁判官の任命という影響力のあるやり方を用いて最高裁を従わせてきたという⁽⁹¹⁾。

ほかならぬこの意見の不一致は、言葉の軽蔑的な意味で学究的なものにすぎないと反論されるかもしれない。というのも、政治家自身は国民によって選ばれるのであり、その結果一方に従うことは他方に従うことになるのだ。しかしながら、問題は二人の主人は互いに対立しうるし、対立しているということだ。選挙で選ばれた政府の行動は、国民の多数派の要求を必ずしも反映するわけではない。たとえば、憲法9条⁽⁹²⁾の解釈に関して、ある(元)最高裁判事はこう説明した。最高裁は一方での世論と、他方での政府見解および主要な同盟国からの外交的圧力の板挟みになることを重々承知している⁽⁹³⁾。世論の大多数は現在のところ憲法9条改正に反対である⁽⁹⁴⁾。しかし、憲法9条の希釈化は自民党結党以来、自民党の綱領の中心的な項目であったし、いまでは民主党の綱領〔訳注：民主党には綱領はなく、結党時にはそれに代わる「私たちの基本理念」を発表している〕の一部にもなっている。その背景には、アメリカが日本に自国およびその周辺の安全保障により大きな

責任を果たすよう圧力をかけてきたことがある⁽⁹⁵⁾。この（元）最高裁判事の指摘によれば、最高裁は双方の陣営が擁する力量を承知しているまきのそのために、憲法9条という危ない橋を渡るのを自身が躊躇してきただけでなく、下級裁判所にもそうするのを抑止してきた⁽⁹⁶⁾。言い換えれば、最高裁の対応は二つの対立する勢力を仲介したり、それらの間の中道を進んだりすることではなく、むしろなんらかの立場を取るのを完全に避けることだった。その結果、政府は望む政策を自由に遂行することができたのである。最高裁の行動はまた次のことも示唆している。つまり、最高裁が世論にも政府にも配慮しているようにみえることは、対立する両陣営のどちらにとってもメリットになるかもしれないのだ。

第二の問題に関しては、明らかに最高裁は違憲立法審査にきわめて謙抑的であり、とりわけ政治的に微妙な問題が含まれる場合はそうである⁽⁹⁷⁾。しかし、最高裁が謙抑的である理由は謙抑的である事実と比べてはるかに明らかではない。最高裁が謙抑的であるのは、世論あるいは政府と対立することはその制度的自律性を危うくすると恐れているためなのか。積極的に違憲立法審査権を行使しても、政府が言うことを聞かないというやっかいな事態になるのを、最高裁は懸念しているためなのか。あるいは、最高裁が法律に違憲判決を出したがるのではないのは、民主的手続きを誠実かつ規範的に尊重しようとしているからなのか。残念ながら、社会学者ならばだれでも証言するように、動機を確定することは難しい。動機は直接的に観察可能な経験的な現象ではないのだ。そして、様々な動機が同じ行動からしばしば推論されうる。

たとえば、ある（元）最高裁判事の次のような意見を考えてみよう。すなわち、最高裁が憲法訴訟を「政治的」とみなすのは、最高裁裁判官が「国民感情」に沿うように判決を決める圧力を感じるという意味だというのだ⁽⁹⁸⁾。この意見は、なぜ最高裁が「国民感情」に応じるのかという問題に答えていない。最高裁裁判官が「国民感情」に注意を払うのは、彼らが規範的あるいは

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

はイデオロギー的にみて、そうすることが正しいと考えているためなのか。世論を無視すると最高裁あるいは司法部の組織的利害が脅かされると彼らが恐れているためなのか。あるいは、彼らが友人や隣人と意見が食い違うのを単に避けただけなのか。最高裁が世論に従うことを観察するだけでは、その背景にある動機が何に起因しているのかという重要な論点が明らかにならない。

第IV章B節は外部からの抑制の可能性、とりわけ違憲立法審査がまねなのは政府が任命権を行使して最高裁を抑えてきたからだという主張を検討する。第IV章C節は自己抑制の問題、もっとはっきり言えば、最高裁の自己抑制がその性格として原理原則的なものなのか、戦略的なものなのかに焦点を当てる。

B. 外部からの抑制：任命手続を通じた政府の影響力

日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか。それは数十年間にわたって保守政権が保守的な最高裁裁判官を指名・任命してきたからだ。こうみるのが政治的説明としてはわかりやすい。他国と同様に日本でも、政府がその政策に裁判所が異議を唱えないようにしようと思えば、イデオロギー的に親和的な裁判官を任命すればよい。ラムザイヤー＝ラスムセンの主張によれば、「日本の最高裁が自民党を支持する理由は単純である。すなわち、戦後期のほとんどにわたって、彼らはその都度自民党政権によって任用されてきたからだ」⁽⁹⁹⁾。

これに対してヘイリーは、政府が最高裁裁判官の人選に際して何らかの重要な役割を果たすという考え、さらには政府がイデオロギー的見地から最高裁裁判官候補者を選別しているという考えに強く反論する⁽¹⁰⁰⁾。ヘイリーの主張によれば、最高裁裁判官を人選するにあたっての首相の果たす役割は、天皇のそれと同様にきわめて形式的であり⁽¹⁰¹⁾、実際には首相は最高裁長官

から首相になされる推薦者に形式上の賛成を与えているにすぎない。最高裁長官はそれに先だって、最高裁の事務部門である事務総局の幹部裁判官から、候補者の選定について助言を受けているのだ。ヘイリーがとりわけ強調するのは、だれが空席となる最高裁裁判官のポストを埋めるかについて、首相が最高裁長官の推薦を拒否したことはこれまでないということである⁽¹⁰²⁾。彼が描くように、日本の司法部は政府から実質的に完全に自立している官僚制であり、「注意深く保守的な」幹部裁判官の指導の下、自分たち自身でやっていくことを任されているのだ⁽¹⁰³⁾。

なるほど、日本の最高裁は保守的官僚制の一部であるが⁽¹⁰⁴⁾、それは決して、任命過程を通じた政治的操作に影響されないというわけではない。政府が最高裁の構成を決めるにあたって、いくつかの仕組みがある。これら仕組みのうちの一つ、そして一つでしかないものが、最高裁長官の推薦を拒否できるという首相の権限である。その権限はそれが実際に行使されているかどうかにかかわらず、選考過程を強く拘束している。最高裁長官の推薦する候補者が首相によってあからさまに拒否されてしまう、あるいは最高裁長官のもつ非公式の推薦権が大いにないがしろにされてしまう、こうした事態は最高裁長官としてはあまり愉快なことではあるまい。だとすれば、最高裁長官は第一順位にイデオロギー的に受け入れがたい候補者を推さないよう注意を払うだろう⁽¹⁰⁵⁾。これがわかっているからこそ、首相は最高裁長官が推薦してくる候補者を「十分に吟味せずとも安心して承認する」ことができるのだ⁽¹⁰⁶⁾。司法部の指導層が政府のイデオロギーをすでに共有しているならば、政府が司法部の推薦する候補者を精査することは、ほとんど不要になる。ひとたび、イデオロギー的に信頼できる指導層が成立すれば、司法部はその厳格な内部統制を通じて、イデオロギー的な一貫性を常に確保することができ、政府からのあからさまな干渉を招かずにすむのである⁽¹⁰⁷⁾。

しかしながら実際には、首相が拒否権を行使するかもしれないという脅威

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

は、次の事実によって形だけのものになっている。すなわち、最高裁長官が了解を求めるために首相に候補者名を提出するかなり以前に、政府は候補者を拒否する機会をもっているのである。実のところ、いくつかのケースでは、司法部ではなく政府が候補者の最初の選考に責任を負っているのである。この責任とは、最高裁裁判官のポストを様々な選出母体に割り当てるという長年にわたる慣行に由来するものだ⁽¹⁰⁸⁾。最高裁長官と事務総長が候補者を選ぶのは、職業裁判官に割り当てられる6つの最高裁裁判官ポストと、さらに法律学の学識経験者に通常充てられる1ポストのみであって⁽¹⁰⁹⁾、残りの8つのポストになると彼らは最初の選考過程では関与することはない。実際に、これら8ポストのうちの2ポストはたいていは検察官出身者が就き⁽¹¹⁰⁾、さらに2ポストは行政官僚出身者が就くことになる⁽¹¹¹⁾。

最後になったが決して軽視できないことがある。すなわち、選考過程が舞台裏での相談と合意形成——根回し⁽¹¹²⁾とよばれる日本的な決定作成のやり方——に強く依存することによって、最高裁長官が政権に気に入られる候補者しか推薦しないことが、微妙だが効果的に担保されているのだ⁽¹¹³⁾。人選に携わったことのある（元）最高裁判事が明らかにしているように、最高裁長官の首相への推薦は

単なる最終段階にすぎず、そこでは最高裁長官が推薦する前に、候補者は首相官邸によってすでに審査済みなのである。〔中略〕官房長官は候補者をめぐって事務総長と交渉する。そして事務総長は最高裁長官によって任命され、最高裁長官の腹心として働く。首相と最高裁長官のこれら主要な側近がお互いに満足のいく結論に到達したあとによろしく、最高裁長官は首相に彼の（事前に承認されている）推薦者を伝えるのである⁽¹¹⁴⁾。

従って、首相が最高裁長官の推薦を機械的に受け入れていることから、最高裁裁判官の指名・任命が政治的統制から免れていると推論することは明らかに間違っている。官邸によってすでに審査された候補者に対して首相が拒否権を行使しないのは、それがまったく余計なことだからだ。加えて、首相がそんなことをすれば、思慮深いどころか注目を集め当惑を誘うことになってしまう。

C. 自己抑制：規範的か戦略的か

私がインタビューした幾人かの（元）最高裁判事は、最高裁が違憲立法審査に消極的なのは、内閣と国会の意向には従うべきだという司法部の側にある規範的な義務感のためだとした。この種の主張は、違憲立法審査についてのいわゆる「反多数派支配主義のジレンマ」をめぐる果てしなく蒸し返されてきた議論から、アメリカの読者にはたしかによく知られている⁽¹¹⁵⁾。しかしながら、そのような主張の理論的根拠は、アメリカの連邦最高裁に比べて、日本の最高裁の場合は決して強くない。しばしば次のように主張される。アメリカ連邦最高裁の裁判官は、非公選であり民主的正当性に欠けているがゆえに、立法部に従うべきだと。対照的に、日本の最高裁裁判官は憲法に従って就任直後とその後10年の間隔で国民審査にかけられる⁽¹¹⁶⁾。しかもその最高裁が司法部を著しく統制している。従って、たとえ国民審査が実際には形骸化しているにせよ⁽¹¹⁷⁾、少なくとも理論的には、日本の最高裁裁判官はアメリカの連邦最高裁裁判官にはない直接選挙的な正当性をある程度は有している。

日本の最高裁が違憲判決を言い渡さないのは、民主主義を尊重しているためなのだ。こうした主張はきっと無理なく受け入れられよう。というのも、この主張は日本の最高裁が違憲立法審査権の行使に臆病なのは、理にかなったものと説明するからだ。しかし、日本の最高裁が政府にたてつかないこと

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

には強力な实际的で戦略的な理由があるというのもまた事実である。棚瀬孝雄は次のように適切に指摘する。裁判官は政府に従わなければならないという主張は「規範的言説」であるかもしれない。だが、その主張はまたちょうどまい具合に「彼らの戦略的選択と分かちがたく結びついている」⁽¹¹⁸⁾。すべての裁判所同様に、日本の最高裁は財力も強制力もないという弱点を抱えている。そのことが戦略的選択肢の幅を狭めている⁽¹¹⁹⁾。しかも、日本の裁判所はアメリカの裁判所よりその有する強制的手段がはるかに少なく、従ってはるかに不安定な地位にある。すなわち、日本の裁判所には法廷侮辱罪を発動する権限がなく、証拠開示を命じたりあるいはディスクロージャーを強制したりする権限もほとんどないに等しい。さらには、日本の裁判所は訴訟当事者に対する一種の継続的管轄権を行使しない。これがあれば、裁判所は訴訟当事者に判決を長期にわたって遵守させることができるのだが⁽¹²⁰⁾。

日本の最高裁はその意思を内閣あるいは国会に課する明白な手段をもたないことを自覚しているだけでなく、ずっとその実態をさらしてきたのである。たとえば、日本の最高裁は一般の殺人より尊属殺人を重罰にしている刑法の規定を違憲とした。このとき、自民党が多数を占める国会はこの判決に大いに不満で、数十年にわたってその判決に対応しなかったし、刑法改正にも乗り出さなかった⁽¹²¹⁾。あるいは最高裁は数十年にわたって、国会の定数不均衡は違憲の水準に達していると主張してきた。ところが、自民党は最高裁が示した基準をみだす定数是正をいまだに行っていない⁽¹²²⁾。最高裁には国会や行政部に判決を強制的に遵守させる、ないしはそのように促すいかなる手段があるか。こう尋ねられると、ある（元）最高裁判事はいとも簡単にこう応じた。「われわれにはなにもない」⁽¹²³⁾と。もう一人の（元）最高裁判事は最高裁の違憲立法審査権を伝家の宝刀にたとえた。すなわち、刀は鞘に収められており実際には使われない。というのも、もし使われたら、刀は実際にはなまくらであることがばれてしまい、従って刀がそもそも持っていたかも

知れない価値をすべて台無しにしてしまうからだ⁽¹²⁴⁾。しかし、最高裁がその無力さを強調されるのを恐れて自己抑制しているのだと、すべての関係者が同意しているわけではない。ある（元）最高裁判事の見立てはこうである。最高裁はその判決に対する国会の不作為にしばしば「失望」させられているが、最高裁の保守主義は立法部および行政部の反応を予想しての戦略的打算というよりも、最高裁それ自体の法廷構成に究極的には関係している⁽¹²⁵⁾。

最高裁が違憲立法審査に消極的なのは司法部の自己抑制のためである。こうとらえる限りでは、原理原則的な観点よりもむしろ戦略的な観点にその理由を求めるべきではないだろうか。様々な訴訟に対して司法部の対処が一貫していないことは、この点を示唆していよう。フランク・アパンはこのシンポジウムに提出したペーパーで、その非一貫性を強調している⁽¹²⁶⁾。アパンの主張によれば、一方では日本の裁判所は「積極的役割」を果たしてきた。すなわち、民法の一般条項を拡大解釈して、企業経営者を規制し女性と労働者に対して政府が望んだよりも保護的なやり方で離婚の規定を修正したのである⁽¹²⁷⁾。この「立法部への不服従」は、日本の裁判官が民主的立法過程を忠実に尊重して法律に違憲判決を言い渡さないという通念とはかけ離れている⁽¹²⁸⁾。他方では、アパンが認めているように、違憲立法審査権の行使に関して言えば、日本の裁判所が「司法積極主義」だと非難することは明らかにできない⁽¹²⁹⁾。しかしながら、司法部が組織防衛のために戦略的に行動しているとみるならば、これほどまでに首尾一貫していなくてもちっとも不思議ではない。政府がもつ政策立案の権限を制限するより、政府が無効にできるやり方で私的行為を規制した方が、司法部にとっては波風が立たず、従って危険を冒さないで済む。公共の福祉のために、血も涙もない企業や浮気にうつつをぬかす夫を懲らしめる政策を採用することと、日本国家の手を縛ろうとすることは、まったくの別物である。

V. 制度的説明

A. 内閣法制局による事前審査

日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なことについて、もう一つ別の説明が可能である。すなわち、それは司法部以外のある機関が政府の行動の合憲性を担保する責任を負っているということだ。一部の研究者は、とりわけ内閣法制局の存在を最高裁が法律に違憲判決をめたに出さない理由として指摘する。フランスの統治エリート機関であるコンセイユ・デタにならって、内閣法制局は政府立法の立案と審査に責任を負ってきた⁽¹³⁰⁾。それはまぎれもなく権威と影響力を兼ね備えた役所であり、80人前後のエリート官僚が内閣法制局参事官として他省庁から一時的に出向してくるのである〔訳注：内閣法制局の定員は77人であり、そのうち内閣法制局参事官は兼職者を除き24人を越えることができない〕。彼らのほとんどは法務に関する豊富な専門知識をもっている⁽¹³¹⁾。常時、内閣法制局参事官のおよそ10%は裁判官や弁護士出身者である⁽¹³²⁾〔訳注：弁護士出身者はいない〕。さらに、内閣法制局の幹部経験者はしばしば最高裁判事に任命される。その場合、彼らの多くには裁判官としての経験がない。内閣法制局への出向期間はたいてい3年〔訳注：正しくは5年〕ほどであり、この出向はたとえその者に法曹経験がなくても、ゆくゆくは最高裁判事に任命されるかもしれないエリートコースに乗ったことを意味する⁽¹³³⁾。

研究者や裁判官の中には、次のように主張する者もいる。内閣法制局が政府立法を法案の段階で入念かつ専門的に事前審査するので、最高裁は法律となったその成果物に憲法に矛盾する瑕疵をみつけたことはほとんどありえないと⁽¹³⁴⁾。さらに、多くの（元）内閣法制局参事官自身が裁判官であるという事実によって、裁判所にとって許容可能な範囲を想定する内閣法制局の

力量がまさに高められる。実際のところ、内閣法制局と司法部の結びつきのあり方を前提にすれば、当然ながら、最高裁判事が以前に自分が内閣法制局参事官として審査にかかわった法律の合憲性を左右する立場に置かれることもあったのである。

とはいえ、内閣法制局による事前審査がきわめて徹底的で効果的なので、最高裁は実質的になにもすることがないと考えることは、あまりに楽天的である。その点で、内閣法制局とフランスのコンセイユ・デタを比較することは有益である。内閣法制局と同様に、コンセイユ・デタは超エリートが集まる有能できわめて尊重される組織であり、法案の事前審査を行い、法案の合憲性について影響力のある助言を与える⁽¹³⁵⁾。コンセイユ・デタは長きにわたって存続し、並外れた評判を得ている。それにもかかわらず、日本の最高裁がもっと長い期間に言い渡してきたより、はるかに重要な法律にはるかに高い頻度で違憲判決をフランスの憲法院は言い渡してきた⁽¹³⁶⁾。もちろん、法案の憲法上の瑕疵を精査する技量において、内閣法制局がコンセイユ・デタよりはるかに勝っているわけではない。

内閣法制局の審査が最高裁に対して、たとえあるとしても、大きな影響力があるかどうかもまた疑わしい。内閣法制局が成立法案のおよそ80%を審査していることを前提にすれば⁽¹³⁷⁾、内閣法制局の予防的な仕事は「悪法」が制定される数を減らす役割を果たしているはずである。しかしながら、内閣法制局が司法部から敬意をもたれているとは思えない。ある(元)最高裁判事は、最高裁が法律への違憲判決を躊躇するのは、単にそれが内閣法制局によって審査されたものだからだと指摘するのは「あまりに極端である」とみなした⁽¹³⁸⁾。もう一人の(元)最高裁判事は、内閣法制局の審査は最高裁に「何らの影響ももたらさない」とよりあけすけに語った⁽¹³⁹⁾。同様に、最高裁調査官は内閣法制局にほとんど注意を払っていないようだ。私がインタビューした最高裁調査官は例外なく次のような立場であった。すなわち、彼

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

らおよび彼らの部下の調査官は、内閣法制局であれ他のいかなる行政官庁であれ、それらの主張をほとんどあるいは全く斟酌していないのである。

それにもかかわらず、憲法から逸脱した法律が制定されるのを避ける内閣法制局参事官によって、違憲立法審査がほとんど過剰になされているのではないかと考えることはやや行き過ぎとしても、内閣法制局は疑いなく、最高裁もまたその一部である政治的生態系〔訳注：自然界の生態系において各動物が循環的な役割を果たしてそのシステムを維持しているように、政治システムにおいても各アクターが独立しつつも相互にシステム維持的な役割を果たしている様をこうよんでいる。筆者からの2012年7月2日付メールによる〕の重要な部分であり、最高裁の行動を完全に理解するには欠かせないのではないか。とりわけ、内閣法制局のおかげで、最高裁は憲法9条の解釈と運用をめぐる潜在的な困難を回避することができたと考えられる。さもなければ、最高裁は降りかかる政治対立の矢面に立たされる羽目になったはずである。近年、内閣法制局はその憲法9条解釈を堅持しようとしていることに対して、自民党からの圧力にさらされてきた。内閣法制局の9条解釈があるために、政府は思いどおりの解釈をできずにきたのである⁽¹⁴⁰⁾。内閣法制局は憲法9条解釈を確立させ、さらにその姿勢にゆらぎはない。それが日本の防衛力増強を目指すこれまでの動きに対する避雷針として役立ってきた。この事実は、最高裁が憲法9条問題を扱う際に最高裁にかかる潜在的圧力をおそらく軽減してきたことであろう。

B. 司法部と法務省の人事交流の影響

日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なことについて、さらにもう一つの説明がある。それは日本の裁判官と検察官の密接な関係に関するものである。内閣法制局よりも、法務省ははるかに定期的に司法部との人事交流を行っている。判検交流として知られる人事慣行の下で、日本の裁判官のおよそ20

％はその在職中に法務省のあるポストに勤務する⁽¹⁴¹⁾。判検交流で法務省に出向することは、裁判所に再び戻った際の裁判官の出世の見込みを高めるものである⁽¹⁴²⁾。一方、司法部に出向した検察官は、希望する任地の大規模庁で恵まれた待遇を受けることになる⁽¹⁴³⁾。検察官もまた最高裁裁判官ポストの慣例的な配分に預かっている。どの時代をとっても、最高裁裁判官のうちたいてい2名は検察官出身者である⁽¹⁴⁴⁾。この数には判検交流で検察官勤務の経験をもつ裁判官は含まれない。

以下の二つの理由から、最高裁の法務省との結びつきは、違憲立法審査へのきわめて保守的なアプローチを助長していると考えられる。第一の理由は、法務省が民法典と刑法典を立案する役所であるという事実と関係する。民法典と刑法典は、裁判所が解釈し適用することを求められる実定法の重要な部分を構成する。仮に裁判官が訟務検事としての出向期間に、同僚だった法務省の官僚によって、あるいはおそらく実際にはその裁判官自身によって立案された法律を支持する傾向を示すとしても、驚くに値しない⁽¹⁴⁵⁾。第二の理由は、検察官としての経験は裁判官をより保守的で政府寄りにする効果を持つかもしれないということだ。判検交流の慣行は、当該の裁判官が法廷に戻ったときに、彼らの行動に影響を及ぼす「政府寄りの態度」を修得する機会になっているとして批判されてきた⁽¹⁴⁶⁾。

しかしながら、たとえ検察官としての経験が裁判官をより保守的にしているとしても、司法部の法務省との密接な関係がとりわけ最高裁の保守主義を十分説明しているとはいえない。なるほど最高裁判事となった検察官は保守的だとの評判を得てきたが、それでも彼らは最高裁の構成メンバーからしてほんの少数派にすぎない。最高裁の裁判官15人のうち、わずかに二人が検察官出身者であり、現在の最高裁裁判官で職業裁判官出身の6人のうち、たった一人しか判検交流の経験をもっていない⁽¹⁴⁷⁾。

C. 司法部の官僚制的構造と内部規律

一部の研究者は、日本の下級裁判所裁判官の保守主義について、次のような単純だが強力な説明を行ってきた。すなわち、司法部は強く統制された官僚制であり、そのトップを占める裁判官は保守的であり、これらトップの司法官僚は同質的な保守的な裁判官をひいきにし、反対にリベラルなさもなければ異端的な裁判官は左遷ポストに追いやると⁽¹⁴⁸⁾。とりわけ、ラムザイヤー教授とラスムセン教授は、中道左派の政治グループに属する、あるいは政治的に微妙な憲法問題に関して政府にたてついた職業裁判官が、その後どのような経歴をたどったかについて統計的な証拠を集めた。それによれば、出身大学や判決の生産性のような要素をコントロールしても、そのような裁判官はあまり望ましくない任地のたいして重要でない裁判所に勤務し、昇給のスピードも遅い傾向にあるという⁽¹⁴⁹⁾。

下級裁判所裁判官は保守的官僚制の意のままである。こうした主張は、彼らが保守政権に対して違憲立法審査権を行使したがることの説明としては、きわめてもっともらしい。しかし、それはなぜ最高裁もまたその権限を行使しないのかをほとんど説明していない⁽¹⁵⁰⁾。下級裁判所裁判官にはきわめてびたりと当てはまる賞罰の論理は、最高裁の裁判官には当てはまらない。司法部の頂点にすでに達してしまったので、最高裁の裁判官には事務総局によって栄転ないしは左遷させられるのではないかと思ひ煩う必要はない。確かに、少なくとも理論的には、彼ら最高裁裁判官は事務総局を監督し指導する責任を負っている。最高裁判事となれば、狙いうる唯一つの経歴上のゴールは、最高裁長官への昇格である⁽¹⁵¹⁾。とはいえ、その動機は有意な期間に有意な数の最高裁判事に、大きな影響を及ぼしたとは思われない。実際には、職業裁判官出身者のみが最高裁長官への昇格を望み得るのであり⁽¹⁵²⁾、いつであれその条件を満たす5人くらいの最高裁判事のうち、何人かはすでに定

年年齢に近いと、その候補からは外れざるを得ない⁽¹⁵³⁾。

そこで、最高裁の行動を説明するために、ラムザイヤーとラスムセンは、最高裁裁判官の指名・任命に対する自民党の決定的な支配を強調する。彼らの主張によれば、最高裁が保守的なのは「ほとんどの裁判官が自民党に任命された」という「単純な理由」のためである⁽¹⁵⁴⁾。しかしながら、この説明の難点を強いて挙げれば、これが最高裁の保守的傾向と下級裁判所の保守的傾向を、異なる説明⁽¹⁵⁵⁾が必要な本質的に別個の現象として描いていることである。しかし、実際には両者の保守的傾向は深く絡み合っているのである。たとえば、ラムザイヤーとラスムセン自身が示す統計的証拠によれば、保守的裁判官の方が事務総局の重要ポストに任じられがちである⁽¹⁵⁶⁾。さらに彼らは、こうして事務総局入りした高級幹部が、最高裁裁判官候補者の審査と選抜にもかなり責任を負っていると指摘する。すなわち、保守的裁判官は最高裁を含む司法部の高級ポストに同じ傾向の裁判官を配置する傾向にあるということだ。政策選好を共有する後輩の裁判官を引き上げることは、その裁判官自身の政策選好を促進することでもある。このように、最高裁裁判官候補者を選ぶ裁判官自身が保守的であることによって、最高裁もまた保守的にならざるを得ない。とはいえ、ラムザイヤーとラスムセンはこの結びつきを明確には指摘していない。彼らはその代わりに、最高裁の保守主義の原因を、イデオロギー的に合わない候補者を出せば首相は任命を拒否しかねない点に求めている。

彼らとは対照的に、制度的要因こそが最高裁のイデオロギー的傾向を司法官僚制のそれと結びつけていると強調する研究者もいる。その指摘によれば、司法官僚制は保守的裁判官の出世を助長する。その結果、彼ら保守的裁判官自身が同様の傾向をもつ最高裁裁判官候補者を選抜することになるのだ⁽¹⁵⁷⁾。私自身の見解は宮澤教授、オブライエン教授などの見解とおおよそ一致するもので、最高裁の行動は司法部の内部組織と最高裁が直面する政治環境の間

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

の相互作用の産物だ、というものである⁽¹⁵⁸⁾。最高裁の法廷構成と最高裁裁判官を取り囲む資源と誘因は、以下の制度的構造によって直接的にも間接的にも形成されている。すなわち、その制度的構造とは、服従を確保し逸脱を抑圧するきわめて効果的な手段を、行政ポストにある幹部裁判官に与えるものだ。形式的には最高裁の一部局にすぎない事務総局の影響力は、最高裁の法廷構成にも及んでいる。事務総局は、最高裁裁判官 15 ポストのうち 6 ポストを補充するために、職業裁判官の中から適任者を選び出す責任を負っている⁽¹⁵⁹⁾。それだけでなく、事務総局はまた調査官を完全に支配している。最高裁は、1年に1万件以上にもものぼる上告事件をさばくのに、彼ら調査官なしではまったくやっていけないのだ⁽¹⁶⁰⁾。換言すれば、最高裁は事務総局を指揮するが、弦を弾いているのは事務総局なのである。

このように、司法行政と人事に関する権限が最高裁長官の指導下の事務総局に集中していることは、新政権が最高裁をイデオロギー的に方向転換しようとする際に十分に留意しなければならない。この権限集中のために、現在の民主党政権が最高裁をよりリベラルにすることを望んでも、とりうる手立では現職の最高裁長官を交代させるのに数年間待つ以外にはほとんどなさそうだ。最高裁長官はたいていの場合、60歳代半ばになってようやく任命され、70歳に定年退職するのだから、政府としては長くても4、5年待てば最高裁長官を交代させることができる⁽¹⁶¹⁾。しかしながら、反対に民主党がある理由から最高裁長官を交代させることができなければ、民主党は任命のメカニズムなどを通じて最高裁に影響をおそらく及ぼせなくなろう。

民主党にとっての問題は、自民党がこれらの可能性をすでに見越していたように思われることだ。来るべき選挙で敗北が予想される政権が、馬が合う裁判官を任命することで影響力を残そうとするのはおなじみの戦略である。新政権はその裁判官をすぐには交代させることはできない⁽¹⁶²⁾。日本では、絶大な権限が最高裁長官の手に握られている。そのため、この種の戦略に沿っ

たきわめて効果的な方法は、イデオロギー的に信頼でき、まだ若くて次に政権を担うときまで在任できる最高裁長官を指名することである。総選挙で大敗北が予想された自民党政権は、異例の若さで竹崎博允を最高裁長官にした。これは偶然の一致なのだろうか⁽¹⁶³⁾。最高裁判官が定年までに勤務する平均期間はたった5年半⁽¹⁶⁴⁾である。しかも最高裁長官はほぼ決まってすでに最高裁判事となっている職業裁判官出身者から選ばれるので、最高裁長官は定年まで2年から4年を残すのみで、それ以上勤務することはまずない⁽¹⁶⁵⁾。しかしながら、竹崎は任命時点で最高裁判事ではなく、定年まで6年以上を残していた⁽¹⁶⁶⁾。最高裁長官がふるうと一般に考えられている最高裁判事任命に対する影響力を竹崎が行使すると仮定しよう。そうなると、竹崎の任命によって、民主党政権が最高裁の法廷構成と行動を変えることは、少なくとも短期的ないし中期的にはむずかしくなっていると云わざるを得ない。

VI. 結 論：司法官僚制の支配を断ち切る

日本の最高裁がこれまで長らく違憲立法審査をきわめて保守的に扱ってきたという事実は、結局のところ驚くに値しない。裁判所が政治的環境からまったく無縁でいられると考えなければ、数十年にわたる中道右派の自民党政権が最高裁の行動にさほど影響を及ぼさなかったと考えることは非現実的である。さらに、政権がしばらく多少左よりになったとしても、司法部がその方針にどの程度従うかは明らかではない。長い目で見れば、最高裁は政権の左旋回が続けばその効果に最終的には屈せざるを得ない。しかし短期的には、従来のやり方に固執する司法部の傾向は過小評価されるべきではない。すでに指摘したように、最高裁をすぐにも変革しようと思っても、そこには一時的にせよやっかない障害が立ちだかっているのだ。すなわち、自民党は下野する直前に、次に政権担当するときまで在任可能なまだ若い最高裁長官

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

を起用した。これは、単純だが効果的に影響力を残すことができる戦略を自民党がちょうどまい具合に採用したことを意味する⁽¹⁶⁷⁾。

しかしながら、最高裁が違憲立法審査に急には積極的にならないと思われる、より持続的かつ構造的な理由がある。それは、最高裁が人事と資源に対して階層制的官僚制に大きく依存している点である⁽¹⁶⁸⁾。官僚組織として、日本の司法部は性格的にも制度設計の点からも、政策について政府に異議を唱えるには適していない。ミリアム・ダマシュカが指摘するように、形態と機能は共生的である。すなわち、司法部が特定の方法で組織されているという事実は、ほかよりある機能を遂行するのに適しているということだ。日本の司法部はとりわけ、ダマシュカが「階層制的に」組織された司法部とよぶもので、「紛争解決」よりは「政策遂行」に適している⁽¹⁶⁹⁾。同調を確保し逸脱を処罰するために、過剰なまでの内部機構を抱える指導部に、大きな権限が集中している。この事実によって、指導部は政府の政策の伝達と実行にとっての安定的で予測可能な機構になっている。

反対に、そのような性格をもつ組織であれば、権威を無視する、あるいは政策的な事柄に関して独自の判断を行う、といったことへの強い志向を育むとは考えられないし、そんなことは許容されもしないだろう。だが、裁判所が違憲立法審査の責任を果たすとすれば、保持しなければならないのは、まさにこれらの属性なのである。伝統的思考を体現している司法官僚の要求に従うことを植えつける組織のあり方は、違憲立法審査には決して結びつかない。というのも、違憲立法審査とは、政権担当者の要求を実行するよりもむしろ、それを精査し覆すことを必然的に伴うからである。

最高裁が建前上は司法官僚制を監督しているからといって、最高裁が司法官僚制から独立しているわけではない。むしろ、かなりの程度まで、最高裁を文字どおり形作っているのはまさに司法官僚制なのである。日本の司法部を国家の政策執行部門——一貫性、規律、さらには権力を行使する人びとの

感情への忠誠によって特徴づけられるもの——とは別のものに変えるためには、GHQが1946年に憲法制定過程に介入したことより以上に思い切った外科手術を必要とするだろう。1946年当時、GHQが介入したことで、公式的には司法部は司法省から解放されたが、その根本的性格はほとんど変えられなかった。

憲法原理よりも従順と正統派的信念を重んじる保守的で、純粹培養される司法官僚制から、違憲立法審査権の行使を解放するには、いくつかのやり方がある。違憲立法審査権は、通常の裁判所とは別個の特別の憲法裁判所に与えられるべきだと指摘してきた研究者もいる⁽¹⁷⁰⁾。これは多くの他の大陸法系諸国がとってきたやり方で、実際のところ、一般的管轄権をもつ裁判所に依存するというアメリカ型のやり方よりグローバルにみてよりふつうのやり方である⁽¹⁷¹⁾。しかしながら、違憲立法審査権を活発に行使させるために別の裁判所をつくることは、必要でも十分でもない。通常の裁判所から公式に独立した別の裁判所を創設するかどうかにかかわらず、改革を成功させるために目指すべきなのは、違憲立法審査権を活用するために必要とされる人員と資源に対する権限を、司法官僚制から剝奪することである。

理論的には、司法官僚制の重苦しい影響力は、特別の憲法裁判所を創設するのではなく、既存の最高裁を改革することによって取り除くことができよう。取り組むべき第一の問題は、最高裁が利用可能な資源に対する司法官僚制の支配という問題である。すでに説明したように、最高裁裁判官は最高裁調査官に大きく依存している。彼らは前例遵守に汲々としており、事務総局に首根っこを抑えられている。最高裁調査官を個々の最高裁裁判官に割り振れという泉徳治元最高裁判事の提案は、この問題を明らかに改善するであろう。これによって最高裁裁判官は、司法官僚制が維持するのに必死である法的な正統派的信念に疑義を唱え挑戦するのに必要な資源を与えられるのである⁽¹⁷²⁾。確かに、調査官を選抜するにあたっての事務総局の役割を完全に無

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

きものにし、最高裁裁判官に必ずしもキャリア裁判官ではない調査官を選ばせることができれば、事態はより進むであろう。そのような改革は、最高裁裁判官に官僚制の価値と選好ではなくて、彼ら自身の価値と選好を反映する調査官を人選する機会を与えるだろう。

取り組まれるべき第二の問題は、最高裁の法廷構成をめぐる問題である。泉元判事が指摘するように、常に少なくとも3人の憲法学ないしは公法学の研究者が任命されるようになれば——三つの各小法廷に一人ずつ——、最高裁は憲法問題についての専門知識を豊富に共有できるようになり、そのような問題が「活発に議論される」⁽¹⁷³⁾ ようになるだろう。公法学の研究者が議論の質と量を高めるといふ泉元判事の見解は、さらに経験的証拠によって支持される。すなわち、法学者出身である最高裁判事は補足意見や反対意見をつけることがきわめて多い。この事実が裏付けるように、法学教授には知的独立性について折り紙付きの実績があるのだ⁽¹⁷⁴⁾。さらにこう付け加えてもよい。そのような専門知識も議論も欠いている現状では、微妙な憲法問題を最高裁調査官が実際にさばけるとは思えない。彼らが司法官僚制によって選ばれたのは、先例を忠実に守るからなのだ⁽¹⁷⁵⁾。

しかしながら、最高裁裁判官候補者を人選する責任が依然として司法官僚制の手中にあるのならば、公法学者のうちから何人かの最高裁判事が任命されることは、ほとんどありえないかもしれない。一般的に知られているように、弁護士の最高裁判事任命は日本各地の単位弁護士会の推薦に基づいて進められている⁽¹⁷⁶⁾。その一方で、一つしかない法学教授枠の人選に関して言えば、司法官僚制を縛る類似の制度的あるいは手続き的制約は存在しない⁽¹⁷⁷⁾。それゆえ、実際問題として、司法官僚制はその選択の幅はどれであれ、彼らが見つめ出しうるうちで最も保守的な法学者を自由に人選できる。

従って、必要となるのは、最高裁裁判官候補者を絞り込むための制度的メカニズムを作り出すことである。それはかなりあるいは完全に最高裁長官と

事務総長から独立していなければならない。内閣は候補者を選考する独立した権限をもっていなければならない。この方針に沿って、泉元判事は裁判官、検察官、弁護士、および学者からなる「選考委員会」の設置を提案する。これが最高裁裁判官の指名・任命にあたって内閣に助言する責任をもつのである⁽¹⁷⁸⁾。選考システムがこのように包括的に再編されることは、いくつかの理由で望ましい。とりわけ、そうなれば最高裁の法廷構成に対する司法官僚制支配を断ち切ることにつながるのだ。もちろん、委員会のメンバー自身が最高裁長官あるいは事務総長によって選ばれるのではなく、裁判官と検察官がその委員会を牛耳らないことが条件ではあるが。

独立した選考委員会の設置があまりに急進的だとすれば、より漸進的な方法としては、法学教授の選考過程をすでに定着している弁護士からの候補者選考と同様に制度化することだろう。つまり、候補者の人選を法学者の組織あるいはロースクールのコンソーシアムに委ねるのである。日弁連傘下の有力な単位弁護士会のそれぞれは、最高裁裁判官の出身分野別割当てからみて自分たちから最高裁判事が出せると考えている。それとちょうど同じように⁽¹⁷⁹⁾、日本の有力なロースクールもその割当てに基づいて、最高裁判事を事実上出せる仕組みをつくってみてはどうだろうか。実際に、ロースクールないし法学教授の権威ある学術団体なら、自らのイニシアチブでそのような仕組みを実現させることに貢献できるだろう。最高裁判事に最もふさわしい候補者のリストを自ら公表すれば、その団体は司法部になんらかの影響を及ぼしえるだろう。というのも、司法部は批判あるいは不同意を避けるために、そのリストから候補者を選ぶようになるからである。この種の推薦はその実効性を確保するために公式に拘束的である必要は必ずしもないであろう。候補者リストに登載されていない候補者を選ぶことは、専門家の合意をあいまいな理由で無視し、それに代わって最高裁判事を露骨に政治的ないしイデオロギー的な理由で選んだことを自白しているに等しいからだ。そして、だれ

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

にきいても、日本のベテラン裁判官はどうみられるかをとても気にするのだ。

《注》

* ワシントン大学（セントルイス）法学政治学教授，国立台湾大学法律学院客員教授・フルブライト研究員，ニューヨーク大学客員法科大学院研究員。B.A., M.A., Ph.D. (スタンフォード大学), J.D. (ハーバード大学法科大学院), B.C.L. (オックスフォード大学ヨーロッパおよび比較法)。本稿の基礎をなす調査研究は，慶應義塾大学法学部客員准教授として滞日した2008年に実施された。その際，外交問題評議会（CFR）が授与し日立が拠出する国際関係フェロシップ（IAF）から多大な研究資金の援助を受けた。ただし，本稿で表明される見解はまったく私個人のものであり，これら研究資金の拠出元とは無関係である。本稿は日本の数え切れない協力者の気配りと支援なしには完成しなかった。彼らの多くは匿名を条件に協力してくれたので，ここで氏名を明かすことはできない。それでも，氏名を明かすことができる次の方々には謝意を表したい。田村治朗，ジェリー・マクリン，そして大沢秀介の各氏には慶應義塾大学でたいへんお世話になった。白井紀久，関根みず奈，そして竹村恭輔の各氏は，研究助手そして通訳として骨身を惜しまず協力していただいた。チエン・チン・リン氏の細部まで行き届いた編集作業にはたいへん助けられた。さらに，松井茂記教授と宮澤節生教授にはその該博な知識から有益な示唆をいただいたばかりか，本稿に不可欠な関係者インタビューの調整に骨を折っていただいた。最後に，フランク・アバムおよびワシントン大学（セントルイス）法科大学院で開かれた国際シンポジウム「日本の最高裁における意思決定過程」（2010年9月10・11日）の参加者各位から寄せられた有意義な指摘とコメントに感謝する次第である。

- (1) See David S. Law, *The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan*, 87 TEX. L. REV. 1545, 1547 (2009); Shigenori Matsui, *Why Is the Japanese Supreme Court So Conservative?*, 88 WASH. U. L. REV. 1375, 1388-92 (2011). さらに，行政活動に関しても日本の最高裁は違憲無効としないのを常としてきた。See *id.* at 1392-95.
- (2) DAVID BEATTY, *CONSTITUTIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE* 121 (1995).
- (3) See *Germany's Constitutional Court: Judgment Days*, *ECONOMIST*, Mar. 28, 2009, at 59 (ドイツの連邦最高裁は1951年に発足して以来，611件の法律を違憲無効としてきた)。

- (4) See Law, *supra* note 1, at 1577 & nn. 191-92 (アメリカの連邦最高裁も日本の最高裁も概して1年間におよそ1万件の訴訟を抱えている)。
- (5) 1953年から2009年まででみると、アメリカ連邦最高裁は262件の連邦法、566件の州法、さらに68件の条例を違憲無効とした。See Harold Spaeth et al., *2010 Release 02*, THE SUPREME COURT DATABASE, <http://scdb.wustl.edu/data.php?s=2> (Aug. 26, 2010) (違憲無効を測定する変数「UNCON (違憲)」を用いている)。連邦最高裁判事を個々にみると、何人かはその扱う法令の半分以上に違憲無効であるとの票を投じている。See Frank B. Cross & Stefanie A. Lindquist, *The Scientific Study of Judicial Activism*, 91 MINN. L. REV. 1752, 1774-76 & tbls. 1, 2 (2007) (法令の違憲訴訟をめぐる、バーガー長官時代およびレンクィスト長官時代における連邦最高裁判事の投票記録を要約する)。
- (6) See Law, *supra* note 1, at 1547 (「日本の最高裁が法令違憲としたまれでしばしばあいまいな条文規定」を要約している); Matsui, *supra* note 1, at 1388-92 (日本の最高裁が法令違憲とした個々の事例を示し、それら最高裁の違憲判決が「重要な政治的含意」をもつことはまれであったと指摘する)。このシンポジウムに提出された報告原稿において、ヘイリー教授は別の結論に達している。すなわち、彼がとりわけ強調するには、日本の最高裁がアメリカやヨーロッパの最高裁に比べて、立法部や行政部に対してより謙抑的であると特徴づけるのは正確とはいえず、日本の最高裁は実際には「アメリカ連邦最高裁よりもかなり『リベラル』ないしは『リバータリアンの』な判決を言い渡してきた」のである。John O. Haley, *Constitutional Adjudication in Japan: History and Social Context, Legislative Structures, and Judicial Values*, 88 WASH. U. L. REV. 1467, 1470 (2011)。日本の最高裁は場合によってはアメリカの連邦最高裁よりも「かなり『リベラル』ないしは『リバータリアンの』な」傾向を示してきた。こう主張する根拠として、彼が挙げるのは薬事法薬局距離制限規定をめぐる違憲判決であり、さらには郵便法免責規定をめぐる違憲判決である。See *id.* とはいえ、違憲立法審査権の行使によって政府を困らせるような事態はできるだけ避けたい。仮にもしこういう目標を日本の最高裁が自らに意識的に課していたとするならば、かなりあいまいでさして重要でないこれら二つの条文規定でさえ、違憲無効とすることに最高裁は相当苦慮したことだろうに。ましてや、これらの訴訟は、日本の最高裁が保守的ではないと主張する論拠につながるのだろうか。薬事法薬局距離制限訴訟が『リベラル』ないしは『リバータリアンの』であると特徴づけられるとして、その唯一の意味は、ロックナー判決とそこに示された経済的自由に対する反動的な支持に縮図的に示された意

- 味においてである。See *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (パン屋の労働時間をめぐる規制は、契約の自由を侵害し違憲無効であると判示した)。
- (7) たとえば次をみよ。最高裁 1985 年 7 月 17 日, 民集 39 卷 1100 頁 (金尾対広島県選挙管理委員会), 最高裁 1976 年 4 月 14 日, 民集 30 卷 223 頁 (黒川対千葉県選挙管理委員会)。
- (8) 黒川訴訟で許容された範囲内で日本の国会が衆院の議員定数不均衡を長年放置してきたことに対して, 最高裁は一連の訴訟において, 定数配分が依然として違憲状態であると繰り返し警告してきた。しかし, 最高裁は是正を命じることは一貫して避けてきた。See, e.g., William Somers Bailey, *Reducing Malapportionment in Japan's Electoral Districts: The Supreme Court Must Act*, 6 PAC. RIM L. & POL'Y J. 169, 178-81, 184 (1997) (黒川訴訟に続く議員定数不均衡訴訟をめぐる最高裁判決とそれに対する国会の相変わらずの不作為を論じる); Law, *supra* note 1, at 1547-48 & n. 11; Shigenori Matsui, *The Reapportionment Cases in Japan: Constitutional Law, Politics, and the Japanese Supreme Court*, 33 OSAKA U. L. REV. 17, 30-36, 40-42 (1986) (議員定数不均衡訴訟をめぐる最高裁判決に応じようとし「国会の相変わらずの不作為」に対する, 多くの裁判官ならびに識者の「深い挫折感」を指摘する); *Court Contradictory on Vote Disparity*, JAPAN TIMES, Nov. 18, 2010, available at <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20101118a1.html> (参議院の議員定数の合憲性をめぐって対立する二つの東京高裁判決を述べ, 投票価値の不均衡が 2007 年の参院選以降現実に拡大していることを指摘する)。さらに, 議員定数不均衡は政府が裁判所の違憲判決に対して非協力的であった唯一の案件ではない。See Law, *supra* note 1, at 1587 & n. 257 (最高裁の尊属殺重罰規定違憲判決 (最高裁 1973 年 4 月 4 日, 刑集 27 卷 365 頁) に従って, 国会が刑法の規定を変更するまで, ほぼ 20 年かかったと指摘する); Craig Martin, *Rule of Law Comes Under Fire: Government Response to High Court Ruling on SDF Operations in Iraq*, JAPAN TIMES, May 3, 2008, available at <http://search.japantimes.co.jp/print/eo20080503a1.html> (イラクへの自衛隊機派遣は憲法 9 条違反であるとしたが, 原告の損害賠償請求はおきまりの理由から退けた名古屋高裁判決を無視して, 派遣継続を表明した政府の姿勢を記述する)。
- (9) See *infra* Parts IV. A-IV. B.
- (10) See *infra* Parts IV. A & IV. C.
- (11) See *infra* Part V. A (内閣法制局が法律案の事前審査を厳格に行っているので, 違憲立法審査権は行使されずに済んでいるという主張を論じる)。
- (12) 筆者が行った匿名を条件としたインタビューの対象者は, 次のような人びと
- (213)

であった。7人の(元)最高裁判事, 2人の最高裁調査官(より正確には調査担当の裁判官) *see* Masako Kamiya, “Chosakan”: *Research Judges Toiling at the Stone Fortress*, 88 WASH. U. L. REV. 1601 (2011), さらに4人の(元)下級裁判所裁判官である。そのうち2人は宮本康昭と安倍晴彦であり, 彼らはいずれも司法官僚制に公然と立ち向かった。 *see* Law, *supra* note 1, at 1557 n. 63, 1559, そして, 彼らは実名を出すことに同意してくれた。 *Washington University Law Review* 誌は匿名を条件としたインタビューの内容が事実であるかどうか確かめようがないので, それらインタビューからの引用の正確さについては, 筆者がすべての責任を引き受ける。

- (13) *See* John O. Haley, *The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy, and the Public Trust*, in LAW IN JAPAN: A TURNING POINT 99, 126-27 (Daniel H. Foote ed., 2007); 東京で行われた明治大学の西川伸一教授へのインタビュー(2008年8月20日)。
- (14) *See, e.g.*, HIROSHI ITOH, THE SUPREME COURT AND BENIGN ELITE DEMOCRACY IN JAPAN 280 (2010); Haley, *supra* note 13, at 127-28.
- (15) *See* Law, *supra* note 1, at 1592-93; Matsui, *supra* note 1, at 1400-04; Setsuo Miyazawa, *Administrative Control of Japanese Judges*, 25 KOBE U. L. REV. 45, 58 (1991); Lawrence Repeta, *Reserved Seats on Japan's Supreme Court*, 88 WASH. U. L. REV. 1713, 1728-29 (2011).
- (16) *See* Law, *supra* note 1, at 1592-93; Matsui, *supra* note 1, at 1400-04; Miyazawa, *supra* note 15, at 57-58; Repeta, *supra* note 15, at 1735-39.
- (17) 東京で行われた棚瀬孝雄中央大学法科大学院教授へのインタビュー(2008年6月26日); *see also, e.g.*, Haley, *supra* note 6, at 1471 (自民党が支配した戦後政治を「日本国民が中道右派の政策を圧倒的に支持している」証拠として引く)。
- (18) E (元)最高裁判事とのインタビュー(日付は明かさない)。
- (19) 最高裁判所1988年6月1日, 民集第42巻277頁(自衛官合祀訴訟); *see* DAVID M. O'BRIEN WITH YASUO OHKOSHI, TO DREAM OF DREAMS: RELIGIOUS FREEDOM AND CONSTITUTIONAL POLITICS IN POST-WAR JAPAN 142-78 (1996).
- (20) *See, e.g.*, Hideo Chikusa, *Japanese Supreme Court — Its Institution and Background*, 52 SMU L. REV. 1719, 1724 (1999) (日本社会があまりに過密であることが, 対立と公然たる反対は避けたいという動機を涵養していると論じ, 訴訟では調停と和解が好まれるのはこの考え方から来ていると指摘する); Shigenori Matsui, *A Comment Upon the Role of the Judiciary in Japan*, 35

OSAKA U. L. REV. 17, 26 (1988) (『「一味和合」という仏教の概念、己を社会に捧げることによって調和を達成するという主張」は、「権利と個人についての西欧的概念」を日本社会にとっては「なじみのない」ものにして」と記述し、そのとらえ方を拒否する)。

- (21) 日本国憲法 9 条; *see infra* notes 92-96 and accompanying text.
- (22) E (元) 最高裁判事とのインタビュー, *supra* note 18. 字句どおりの解釈をこうして回避することは単に日本の文化ばかりでなく、日本語それ自体にも根ざしていると主張されてきた。日本語の文字は多様な意味を含んでおり、オブライエン教授によれば「話された言葉は文脈に従って意味を変える」のであり、「日本人はあまり正確でないことを期待している」O'BRIEN, *supra* note 19, at 29. 加えて、文化の問題として、「間接的であいまいな態度を取るほうが、丁寧に尊敬すべきものとみなされる」*Id.* at 30. 彼が主張するには、その結果、日本人は「法的文書についてあいまいで融通無碍で裁量的に用いることに寛容なのである」*Id.*
- (23) *See* Law, *supra* note 1, at 1552.
- (24) 東京で行われた A (元) 最高裁判事とのインタビュー (日付は明かさない)。
- (25) 東京で行われた紙谷雅子学習院大学法科大学院教授とのインタビュー (2008 年 6 月 27 日)。
- (26) *See* J. PATRICK BOYD & RICHARD J. SAMUELS, NINE LIVES?: THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REFORM IN JAPAN 23-25 (2005) (1960 年の日米安保改定反対運動の盛り上がり論じられる。この運動は「日本の戦後史における最大の大量運動」をもたらし、ついには岸首相を辞任に追い込んだのである); MASUMI JUNNOSUKE, CONTEMPORARY POLITICS IN JAPAN 361-66 (Lonny E. Carlile trans., 1995) (戦後最大の労働争議である 1960 年 3 月の三井三池闘争を論じる); John O. Haley, *Waging War: Japan's Constitutional Constraints*, 14 CONST. F. 18, 23-28 (2005) (日本の防衛施設の合憲性をめぐる長引く訴訟と司法部内部での権力闘争を記述する); *supra* notes 15-16 and accompanying text (官公労働者のスト権をめぐって政治的に争われた問題に関する最高裁の立場の変遷を論じる)。日本の大企業の全国組織である経団連は炭鉱企業に協力した一方、全国各地から労働者がやって来てピケを張り、それは 2 万人規模に達した。ストに入って 2 ヶ月して、三井が炭鉱の操業を再開しようとしたとき、1 万人もの警官隊と 1 万 5000 人の労働組合員が対決した。See MASUMI [訳注：原文は JUNNOSUKE], *supra*, at 365.
- (27) *See* DAVID E. APTER & NAGAYO SAWA, AGAINST THE STATE:
- (215)

POLITICS AND SOCIAL PROTEST IN JAPAN 79-109 (1984) (とりわけ、要塞化した地下道、バリケード、および人間の排泄物で埋め尽くされた濠の建設と、空港用地の取用に反対する農民と過激派による管制塔の武力占拠を記述する)。

- (28) ジェラルド・カーチスは東芝の創業者である小林作太郎にまつわるうってつけの話を紹介している。1908年にアメリカを訪れた小林は、アメリカの労働者の職業倫理と会社への忠誠心に深く心を動かされた。これに対して、小林がそれまで日本で相手にしてきたのは、頑固で不実で融通の利かない労働者であった。日米の労働者を比較して、うちひしがれた小林は日本の労働者についてこう語った。「彼らになにかを教えることは、猫に念仏を唱えるのを教えるようなものだ」GERALD L. CURTIS, *THE LOGIC OF JAPANESE POLITICS: LEADERS, INSTITUTIONS, AND THE LIMITS OF CHANGE* 12 (1999). 小林はまた、アメリカ人が日本人とちがって、その給与を貯蓄しているのを称賛した。See *id.* カーチスが観察しているように、「アメリカ人はいまや先進国の中で最低の貯蓄率であり、日本人は貯蓄しすぎであると批判されている」*Id.*
- (29) この見方はもともとステイヴン・ギヴンスに負っている。ジョン・ヘイリーはこのシンポジウムへの報告原稿で同様の指摘をしている。See Haley, *supra* note 6, at 1471 (「普遍的に正しい道徳的責務に対する信念が、日本人の間には共通して相対的に欠如している」ことを確認し、「東アジアの法的伝統が「自然法」の概念、ないしは法と道徳の間の概念的結びつきを決して発展させなかった」と述べる)。
- (30) See *id.* at 1471 (「先験的規範ではなく共同体の規範が重要である」と主張する)。
- (31) See, e.g., RUSSELL HARDIN, *LIBERALISM, CONSTITUTIONALISM, AND DEMOCRACY* 1 (1999) (「政治的リベラリズムには、いくつかの信仰様式は禁圧されるべきだという宗教的要求への代案として案出された一面がある」と指摘する)。
- (32) このことは、日本社会が全く同質的であることを示すものではない。日本には確かに程度の差こそあれ差別されているマイノリティが存在している。たとえば歴史的に迫害されてきた部落民、アイヌや琉球民族のような先住民、さらには在日中国人・在日コリアンの子孫である。しかしながら、これまでのところ、そのようなグループは大規模な社会対立を引き起こしたり続けたりすることはできなかったのである。
- (33) See Saïd Amir Arjomand, *Constitutions and the Struggle for Political Order: A Study in the Modernization of Political Traditions*, 33 ARCHIVES

EUROPÉENES DE SOCIOLOGIE 39, 43-44 (1992) (不可侵の人権という概念は「キリスト教によって導入された正義の超越」とキリスト教神学がもたらした自然法の定着を前提としてしていると指摘する); *id.* at 53 (歴史的事実として、伝統的な日本の規範的秩序には「世界宗教の神聖な法」が欠けているため、「人がつくった法と超越法の間の緊張感」が不在であると述べる)。

- (34) *See supra* note 69 and accompanying text (大陸法の伝統は法作成における裁判官の役割を重くみるのではなく、「裁判官を過小評価し立法者を称賛する」傾向にあることを指摘する)。
- (35) 東京で行われた D (元) 最高裁判事とのインタビュー (日付は明かさない)。
- (36) *Id.*
- (37) *See* David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CALIF. L. REV. (forthcoming 2011) (違憲立法審査が世界的に認められつつあることを実証する)。
- (38) *See, e.g.*, MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICALDISCOURSE 11-12 (1991) (「第二次大戦終結以来、『権利』はあらゆるところで国民の意味についての文化的枠組みの中に入って来た。(中略) 世界中で、政治的言説は権利、普遍的、不可譲、不可侵という言葉をますます持つようになっていく」)。
- (39) FRANK K. UPHAM, LAW AND SOCIAL CHANGE IN POSTWAR JAPAN 221 (1987)。
- (40) たとえば, B (元) 最高裁判事とのインタビュー (日付は明かさない)。(そこで彼は、最高裁は「保守的な」戦前の体制と「完全に手を切る」ことはできずにきたと述べた); 東京で行われた安倍晴彦弁護士 (元裁判官) とのインタビュー (2008 年 7 月 16 日); 東京で行われた大出良知東京経済大学教授とのインタビュー (2008 年 8 月 6 日) による。
- (41) *See* Haley, *supra* note 13, at 117-19.
- (42) *See* Miyazawa, *supra* note 15, at 57; sources cited *supra* note 40.
- (43) 安倍晴彦とのインタビュー, *supra* note 40; *see* Miyazawa, *supra* note 15, at 57 (日本の法学教育に対する戦後の変化は「より自立心のあるリベラルな裁判官を司法部にもたらした」が、それに続く変化は「1968 年前後の政治状況を反映して、保守的裁判官に支配権を取り戻させた」と述べる)。
- (44) 東京で行われた戸松秀典学習院大学法科大学院教授とのインタビュー (2008 年 7 月 17 日)。
- (45) *See* Miyazawa, *supra* note 15, at 57-59 (現在の「行政支配のシステム」が「戦前の組織文化の遺産」を反映しているという主張は、[この] 遺産に (中略)

新たな表紙をつけることを可能にした政治的要因の影響を受けていると述べ、司法部の右旋回の原因を最高裁のリベラル路線を改めたい「保守政治家からの圧力」の結果である石田和外長官の任命に求める。

- (46) Interview with Justice D, *supra* note 35; *see also* ITOH, *supra* note 14, at 31 (フランス, ドイツ, および日本のような大陸法系の職業裁判官は, 立法部あるいは行政部の官僚と対抗しようという「力と技量をしばしば欠いている」というルイ・ファヴォールの主張を引く)。
- (47) 三宅伸吾『市場と法』282頁(日経新聞社, 2007年)(矢口長官の発言を引く)。この発言の本稿における英訳は, ある元最高裁判事が口頭で訳してくれたものを書き写したものである〔訳注: 和訳にあたっては, 三宅著の該当箇所を転写した〕。
- (48) 東京で行われたB(元)最高裁判事とのインタビュー(日付は明かさない)。
- (49) 東京で行われたG(元)最高裁判事とのインタビュー(日付は明かさない)。
- (50) Interview with Justice A, *supra* note 24; Interview with Justice B, *supra* note 48; Interview with Justice D, *supra* note 35.
- (51) Interview with Justice D, *supra* note 35.
- (52) Haley, *supra* note 13, at 109, 115.
- (53) *Id.* at 108; Setsuo Miyazawa, *Legal Education and the Reproduction of the Elite in Japan*, 1 *ASIAN-PAC. L. & POL'Y J.* 1, 22-24 (2000).
- (54) *See* Miyazawa, *supra* note 53, at 23; J. Mark Ramseyer, *Do School Cliques Dominate Japanese Bureaucracies?: Evidence from Supreme Court Appointments*, 88 *WASH. U. L. REV.* 1681, 1683 (2011) (東大はほとんどあらゆる学問領域で傑出しているが, 京大は二番手にランクされると記述する)。
- (55) Miyazawa, *supra* note 53, at 23.
- (56) Interview with Haruhiko Abe, *supra* note 40.
- (57) *See* Ramseyer, *supra* note 54, at 1682 (司法部における京大卒業生に対する優遇について, 唯一の「弱い」統計的証拠を提示する)。
- (58) Interview with Justice A, *supra* note 24.
- (59) *See* Miyazawa, *supra* note 53, at 22.
- (60) *See* Law, *supra* note 1, at 1551-59 (司法修習から任用さらには最高裁への出世に至る日本の裁判官のキャリアパスを記述する); David S. Law, *How to Rig the Federal Courts*, 99 *GEO. L. J.* 779, 798 & n.69 (2011) (日本, チリ, フランス, そしてイタリアをキャリアシステムの採用国として挙げる)。
- (61) *See* Law, *supra* note 1, at 1552 n. 26.
- (62) Interview with Justice G, *supra* note 49.

- (63) *Id.*
- (64) Interview with Justice A, *supra* note 24; *see also* Matsui, *supra* note 1, at 1400 (最高裁発足当初の最高裁裁判官が違憲立法審査に不案内であったことが、現在の最高裁の「受動主義」の「根本原因」だと記し、初期の最高裁裁判官が傾倒していた「ドイツの積極司法」には憲法審査の「伝統はなかった」と述べる).
- (65) *See* Interview with Justice A, *supra* note 24.
- (66) *See* JEFFREY GOLDSWORTHY, PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: CONTEMPORARY DEBATES 79 (2010) (カナダはある程度議会主権の原理を依然として保っていると指摘する。すなわち、権利および自由に関するカナダ憲章にみられるほとんどの権利について、立法部による破棄を考慮に入れた憲法規定がある).
- (67) *See* F. L. MORTON & RAINER KNOPFF, THE CHARTER REVOLUTION & THE COURT PARTY 30 (2000).
- (68) *See* ALEC STONE, THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS IN FRANCE: THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 23 (1992) (フランスにおける違憲立法審査に対する敵意が「政治生活をおおう支配的なイデオロギー的ドグマ」だと特徴づける; *id.* at 39-40 (アメリカ型の違憲立法審査は司法の統治だとするエドゥアル・ランベールの「信じられないほどの影響」を記す)。つい最近まで、フランスには個人が法律の合憲性に異議を唱える司法上の仕組みはなかった。そのような異議申し立てができたのは、あるカテゴリーに属する政府の役人のみであった。しかもそれは当該法律の公布以前に限られていた。 *See* Gerald L. Neuman, *Anti-Ashwander: Constitutional Litigation as a First Resort in France*, 43 NYU J. INT'L L. & POL. 15, 15-22 (2010) (憲法院の権限に関する当初の制限と2010年に施行された「予備的審査手続き」を記す。「予備的審査手続き」とは、一般の訴訟人によって提訴される憲法問題を裁くことを憲法院に可能にするものである)。
- (69) *See* JOHN HENRY MERRYMAN & ROGELIO PÉREZ-PERDOMO, THE CIVIL LAW TRADITION: AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEMS OF EUROPE AND LATIN AMERICA 56 (3d ed. 2007) (大陸法系伝統の重要な特徴 — たとえば、「法実証主義」、権力分立のドグマ的取扱い、さらには「成文法化のイデオロギー」— 「これらすべては、裁判官の価値をおとしめ、立法者の価値を高める」と述べる)。
- (70) *See infra* Part V. A (日本の内閣法制局とフランスのコンセイユ・デタを比

較する)。

- (71) See STONE, *supra* note 68, at 121 tbl. 5. 1 (1974年から1987年までで、憲法院は審査した92の法律のうち49を無効としあるいは削除したと記す); Raphaël Franck, *Judicial Independence Under a Divided Polity: A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959-2006*, 25 J. L. ECON. & ORG. 262, 265 (2008) (1959年から2006年までで、憲法院は審査した317件の法律と条約のうち124件に違憲の判断をしたことを示す)。左翼政権の場合、憲法院ははるかに積極的になる。See *id.* at 265-67 (憲法院は左翼政権の時代に審査した209件の法律と条約のうちの97件を無効にしたと指摘する)。1981年の1月から3月の間だけでも、憲法院は新たな社会党政権が定めた10件の主要な改革案のうち5件を却下した。See F. L. Morton, *Judicial Review in France: A Comparative Analysis*, 36 AM. J. COMP. L. 89, 94-95 (1988)。
- (72) 日本国憲法25条1項(「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」)。
- (73) 日本国憲法28条1項(「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する」)。
- (74) 日本国憲法9条。
- (75) See, e.g., *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)。
- (76) See Interview with Justice D, *supra* note 35。
- (77) See *id.*
- (78) See *id.*
- (79) See GERALD L. CURTIS, THE JAPANESE WAY OF POLITICS 19-20 (1988) (「1960年代末まで」日本では「都市部の激しい異議申し立て運動が行われ、野党に支えられた革新自治体が次々に誕生した」と指摘する); ETHAN SCHEINER, DEMOCRACY WITHOUT COMPETITION IN JAPAN: OPPOSITION FAILURE IN A ONE-PARTY DOMINANT STATE 57-58, 162-63 (2006) (自民党が地方と農村の支持に支えられていたことを論じ、地方に有利な定数不均衡によって「定数は正が行われぬ限りは、おそらく自民党はそれだけで過半数の議席を維持することができよう」と述べる); Yoshio Sugimoto, *Quantitative Characteristics of Popular Disturbances in Post-Occupation Japan (1952-1960)*, 37 J. ASIAN STUD. 273, 278, 281 (1978) (「労働組合が一般大衆の不満の先頭に立っていた」ことを統計的に示す。「太平洋ベルト地帯」でそれは顕著であった)。
- (80) Interview with Justice D, *supra* note 35。

- (81) 東京で行われた匿名を条件としたインタビュー（2008年6月27日）（当該裁判官との部外秘の会話を記す）。
- (82) See CURTIS, *supra* note 28, at 21-22, 195-96（村山富市社会党委員長が自民党との連立で首相になった政治的駆け引きを描く）。
- (83) See Interview with Haruhiko Abe, *supra* note 40; Shigenori Matsui, *The History of the Japanese Supreme Court* 6-8 (June 14, 2008) (unpublished manuscript) (on file with the author)（このプラカード事件を含む、三淵長官の下での最高裁判決について論じる）。
- (84) See *supra* notes 15, 26 and accompanying text.
- (85) See *supra* notes 28, 37-39 and accompanying text.
- (86) Frank K. Upham, *Political Lackeys or Faithful Public Servants? Two Views of the Japanese Judiciary*, 30 LAW & SOC. INQUIRY 421, 447 (2005).
- (87) *Id.* at 446.
- (88) See Haley, *supra* note 6, at 1485.
- (89) See Haley, *supra* note 13, at 127-28; Upham, *supra* note 86, at 446.
- (90) See Haley, *supra* note 6, at 1471.
- (91) See J. Mark Ramseyer & Eric B. Rasmusen, *Why Are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?*, 95 AM. POL. SCI. REV. 331, 333 (2001); Upham, *supra* note 86, at 446.
- (92) 日本国憲法9条（「武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては」放棄し、とりわけ「陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない」と規定する）。
- (93) See Interview with Justice E, *supra* note 18.
- (94) See Editorial, *The Constitution Today*, ASAHI SHIMBUN & INT'L HERALD TRIBUNE (Tokyo), May 5, 2008（『朝日新聞』が実施した世論調査によれば、回答者の66%が憲法9条改正に反対したと報じる）。
- (95) See BOYD & SAMUELS, *supra* note 26, at 17-19, 21（自民党内の改憲派の歴史と再軍備を迫るアメリカの対日圧力の行使を記述する）。
- (96) See Haley, *supra* note 26, at 24-27（憲法9条を伴う訴訟は理論的にのみ司法判断が可能だとする最高裁による統治行為論の採用を記述する）。
- (97) See, e.g., HIDENORI TOMATSU, KENPŌ SOSHO [CONSTITUTIONAL LITIGATION] 429 (2d ed. 2008)（最高裁はたとえば憲法9条を含むような「政治的に微妙な訴訟」に巻き込まれないようにしていると述べる）; Interview with Justice E, *supra* note 18（次のような指摘をする。最高裁が憲法9条をめぐる訴訟を回避してきたのは「政治的判断」を反映するものである。そ

して、日本の裁判官は全般的に「政治ぎらい」だが、一定の憲法訴訟については国民感情に照らして、憲法訴訟に関する「きわめて政治的な判決」を言い渡すほかないのだ); *supra* notes 92-96 and accompanying text (憲法9条をめぐる論争を論じる).

- (98) Interview with Justice E, *supra* note 18.
- (99) Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 91, at 331; *see also* J. MARK RAMSEYER & ERIC B. RASMUSEN, MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE: THE POLITICAL ECONOMY OF JUDGING IN JAPAN 126 (2003) (自民党の指導者たちは「自民党びいきの者しか最高裁判事に任用しない」と主張する); J. MARK RAMSEYER & FRANCIS MCCALL ROSENBLUTH, JAPAN'S POLITICAL MARKETPLACE 178 (1993) (「日本の裁判官は自民党という主人の代理人である」と主張する).
- (100) *See* Haley, *supra* note 13, at 109 (日本では「最高裁判事任命に対して党派のあるいは政治的影響力が働いていない」ことを賞賛する); *see also* David M. O'Brien & Yasuo Ohkoshi, *Stifling Judicial Independence from Within: The Japanese Judiciary*, in JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE AGE OF DEMOCRACY: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD 37, 59 (Peter H. Russell & David M. O'Brien eds., 2001) (「最高裁判事の任命は最高裁長官と最高裁事務総長の推薦によるところが大きい。下級裁判所裁判官は自民党ないしはその他の政党の代理人というよりは、地家裁所長・高裁長官と事務総長の代理人である」).
- (101) 国事行為として、日本国憲法は天皇が「内閣の指名に基いて」最高裁判所長官を任命すると規定している。日本国憲法6条2項。一方、長官以外の最高裁判事を任命する権限は内閣に直接与えられている。日本国憲法79条1項。
- (102) *See* Haley, *supra* note 13, at 106-07.
- (103) *Id.* at 125; *see id.* at 114 (日本の裁判官は「個別の訴訟に関しても司法部の構成に関しても、他のいかなる先進諸国の裁判官よりも政治的干渉から高い独立性を保持している」と述べる); *id.* at 126 (日本の司法部を「世界に類例をみない自律的に治められた官僚機構」とよぶ).
- (104) *See* Interview with Justice E, *supra* note 18 (最高裁は「まさにもうひとつの官僚組織」であると悲しそうに述べた).
- (105) *See* RAMSEYER & RASMUSEN, *supra* note 99, at 63 (最高裁判事候補者を選ぶ責任を負う裁判官たちは、「首相が同意すると彼らにはわかっている候補者しか実際には推薦してこなかった」と主張する).
- (106) Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 91, at 333.

- (107) See Law, *supra* note 60, at 804-05 (日本の司法部は「生涯にわたる選抜と専門化の過程および恐るべき内部規律のしくみの組み合わせのおかげで」、「政策の安定性」あるいは時代を超えた一貫性と予測可能性によって特徴づけられると主張する)。
- (108) See Law, *supra* note 1, at 1564-72 (現行の最高裁裁判官ポストの配分について述べる); Repeta, *supra* note 15, at 1716-39 (最高裁の「指定席」システムの展開と巧妙な扱いについて記述する)。
- (109) See Law, *supra* note 1, at 1556-64, 1572-74.
- (110) See *id.* at 1565.
- (111) See *id.* at 1571-72; *infra* Part V. A (内閣法制局について述べる)。日弁連は残る4つの最高裁裁判官枠に充てる弁護士を推薦する。See Law, *supra* note 1, at 1566-69; Repeta, *supra* note 15, at 1737-39.
- (112) See Seki, *infra* note 130, at 185-86 (法案の事前審査にあって内閣法制局がいかに根回しを用いているかについて述べる)。
- (113) See Law, *supra* note 1, at 1550-51.
- (114) *Id.* at 1550-51. 事務総長の経歴を持つA(元)最高裁判事は次のように詳述する。官房長官と事務総長の交渉に先だって、実質的な議論が官房副長官と事務総局人事局長との間でなされる。これらすべては、最高裁長官が首相に最終的な候補者リストを儀式的に提示するための段取りとなる。See *id.* at 1551; Interview with Justice G, *supra* note 49.
- (115) See ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 16-22 (2d ed. 1986); David S. Law, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, 97 *GEO. L. J.* 723, 727-30 (2009) (現代の憲法論における反多数派支配主義のジレンマの重要性を指摘し、違憲立法審査は反多数派支配主義的であるという経験的前提に対する学界内での批判の高まりを記述する)。
- (116) 日本国憲法79条2項(「最高裁判所の裁判官の任命は、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10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、その後も同様とする」)。しかしながら、実際には国民審査が10年ごとに実施されるといっても、それは形骸化している。というのも、ほとんどの最高裁裁判官が任命されるのは、定年まで10年もない年齢になってからだからである。See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 100, at 53-54.
- (117) See Tokuji Izumi, *Concerning the Japanese Public's Evaluation of Supreme Court Justices*, 88 *WASH. U. L. REV.* 1769 (2011) (国民が最高裁についてほ

とんど知らないという理由で、国民審査の価値と有効性を疑問視する)。

- (118) Interview with Takao Tanase, *supra* note 17.
- (119) THE FEDERALIST No. 78, at 433 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961) (「司法部は(中略)強制力も財力ももたないし、社会を強くするわけでも豊かにするわけでもない。そして積極的な解決策はまったく提示しえない。あるのは力でも意思でもなく、判決だけだということが妥当かもしれない。そして最終的には、その判決の有効性に対してさえ行政部の助力に頼らざるを得ないのだ」)。
- (120) See Haley, *supra* note 6, at 1484 (「法令を遵守させるための継続的管轄権」と「法廷侮辱罪を通じた強制力を行使する」英米法系の裁判官の権限を、ヨーロッパや日本の裁判官のより制限された権限と対比する); Matsui, *supra* note 1, at 1413-16 (とりわけ日本の司法部に法廷侮辱罪を発動する権限がないことを指摘する); 東京で行われたテンプル大学マット・ウィルソン教授とのインタビュー(2008年6月20日)(このとき、教授は日本の裁判所には証拠開示権限が制限されている点を強調した)。
- (121) See ITOH, *supra* note 14, at 148-49; *supra* note 8 and accompanying text.
- (122) See *supra* notes 6-8 and accompanying text.
- (123) Interview with Justice D, *supra* note 35.
- (124) Interview with Justice E, *supra* note 18.
- (125) Interview with Justice B, *supra* note 48.
- (126) See Frank K. Upham, *Stealth Activism: Norm Formation by Japanese Courts*, 88 WASH. U. L. REV. 1493 (2011).
- (127) *Id.* at 1493-94; see *id.* at 1499-1500 (住友セメント訴訟における、労働基準法の文言の解釈でみせた最高裁の騎士道的な取扱いを論じる); *id.* at 1502 (一般条項が設けられている意味は、条文をそのまま厳格に適用してしまうと、その法律の目的と一致しない結果に至る場合に、裁判所が一般条項に依拠して正義を実現できるようにするためであって、「根本的な規範を確立する権限を一時的にせよ立法部に代わって裁判所に与える」ためではないと述べる)。
- (128) *Id.* at 1498. にもかかわらず、日本の裁判所は民主的過程にある種の敬意を表しているが、アメリカの裁判所にはそれがないと主張できよう。アバンの見解によれば、日本の裁判所には「規範を公然と変えたい」とする意図と、「事前審査を済ませた後に法律を政治過程で作用させたいとする意図」が、——おそらく好意的に——バランスよく共存している。*Id.* at 1504. 彼の主張を口語的に言い換えれば、司法積極主義のアメリカ的ブランドは、立法部に最後の言葉ではなく最初の言葉を与える一方、その日本のブランドは立法部に必ずしも

最初の言葉ではなく、最後の言葉を与える。アバン自身はそうは言ってはいないけれども、日本版司法積極主義は民主的立法作成により大きな敬意を表しているといえよう。というのも、日本では、立法部は司法部の見解を受け入れることも拒むことも自由であり、司法部の対応に煩わされないからである。

- (129) *Id.* at 1494.
- (130) 西川伸一『立法の中枢 知られざる官庁・内閣法制局』（2000年）をみよ。
Yasuo Hasebe, *The Supreme Court of Japan: Its Adjudication on Electoral Systems and Economic Freedoms*, 5 INT'L J. CONST. L. 296, 298-99 (2007); Mamoru Seki, *The Drafting Process for Cabinet Bills*, 19 L. IN JAPAN 168 (Daniel H. Foote trans., 1986); Richard J. Samuels, *Politics, Security Policy, and Japan's Cabinet Legislation Bureau: Who Elected These Guys, Anyway?* (Japan Policy Research Inst. Working Paper No. 99, 2004), available at <http://www.jpri.org/publications/workingpapers/wp99.html>.
- (131) See NISHIKAWA, *supra* note 130.
- (132) See *id.*
- (133) See *id.* 職業裁判官ではない元内閣法制局長官は、以下で論じるように、元検察官に事実上割り当てられている二つの最高裁裁判官ポストのうちの一つをたいていは占めることになる。
- (134) See, e.g., *id.*; Hideo Chikusa, *Japanese Supreme Court — Its Institution and Background*, 52 SMU L. REV. 1719, 1725-26 (1999); Hasebe, *supra* note 130, at 298.
- (135) See L. NEVILLE BROWN & JOHN S. BELL, *FRENCH ADMINISTRATIVE LAW* 14-24 (5th ed. 1998).
- (136) See *supra* notes 68-71 and accompanying text (憲法院の歴史、憲法院が立法を無効にしてきた比率、さらにはそれが無効にしてきた立法の重要性を論じる)。政策への影響力の点で日本の最高裁が決して太刀打ちできないほどの権限を憲法院がみせつけた事例は、産業及び金融部門の国有化という社会党の大統領ミッテランの看板経済政策を1981年に無効としたことである。See STONE, *supra* note 68, at 158-62.
- (137) See Interview with Shinichi Nishikawa, *supra* note 13. 内閣法制局は議員立法を審査しない。
- (138) Interview with Justice B, *supra* note 48.
- (139) 東京で行われたC(元)最高裁判事とのインタビュー(日付は明かさない)。
- (140) See Samuels, *supra* note 130; see also NISHIKAWA, *supra* note 130 (内閣法制局は政治的圧力の下、憲法9条解釈を「担当する」むずかしさに直面し

てきたと指摘する)。

- (141) See Miyazawa, *supra* note 15, at 50-51.
- (142) See *id.* at 50.
- (143) See *id.*
- (144) “Presecutor”は法務省に勤務する法曹の英訳である。しかし、それは日本語でいうところの検事あるいは訟務検事のおそらく拙い訳語であろう。実際には、日本の検察官は行政の様々な分野における政府の弁護人である。アメリカ司法省の法律家のように、彼らは行政訴訟において国側を代表する。ところがアメリカとは違って、彼らは立法作業にも深く関わっている。
- (145) See Hasebe, *supra* note 130, at 298-300.
- (146) Miyazawa, *supra* note 15, at 51. このような見方は、司法官僚制自身の行動によってその妥当性が裏付けられているのではないかと思われる。宮澤節生が述べているように、事務総局は訟務検事の経験がある判事を、政府に有利な判決を出してくれることを最高裁が望んでいる微妙な訴訟に、意図的に割当てているのではないかと考えたくなるのである。See *id.* at 51-52.
- (147) See *Justices of the Supreme Court*, SUPREME COURT OF JAPAN, <http://www.courts.go.jp/english/justices/index.html> (last visited May 13, 2011). 本稿執筆の時点で、最も新しく任命された最高裁裁判官は寺田逸郎である。たまたま寺田は法務省での勤務経験をもつ最高裁で唯一の職業裁判官である。See *id.*
- (148) See RAMSEYER & RASMUSEN, *supra* note 99, at 17-25; Law, *supra* note 1, at 1551-64 (日本の裁判官のリクルートおよび昇進の実態を記述する); Miyazawa, *supra* note 15, at 57-59; Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 99, at 333-34; Upham, *supra* note 86, at 453 (「大陸法系の官僚的司法制度に比較的詳しい読者でさえ、日本の司法官僚制の人事管理と硬直的な統制には驚かされるだろう」と述べる)。
- (149) See RAMSEYER & RASMUSEN, *supra* note 99, at 26-43; Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 99, at 338-41.
- (150) See O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 100, at 39 (ラムザイヤーとその共著者は「下級裁判所のみを取り上げて、かなり奇妙なことだが、最高裁の作用には関心を示していない」と批判する)。
- (151) See Law, *supra* note 1, at 1550-51, 1589-92 (最高裁長官を単なる「同輩中の首席」以上にしている独特の司法行政権限を記述する)。
- (152) See *id.* at 1522-23 n. 25. 現長官の竹崎博允は、最高裁長官は現職の最高裁判事の中から選ばれるという一般的なルールに従わずに昇格したまれな例外で

ある。See *id.* at 1569 n. 148.

- (153) 最高裁裁判官に任命される職業裁判官は定年まで平均して7年勤務する。See Law, *supra* note 1, at 1575. ここ数十年で、最高裁長官はほぼ決まって、最高裁判事を2~3年務めた職業裁判官がのぼりつめていた。このことよって、最高裁長官になると他の最高裁判事より定年年齢により近づくことになる。See *id.* at 1522-23 & n. 25. 現長官の竹崎博允はふつうより若い64歳で任命された。従って、彼は定年までほぼ6年間務めることができる。See *Justices of the Supreme Court: Takesaki, Hironobu*, SUPREME COURT OF JAPAN, <http://www.courts.go.jp/english/justices/takesaki.html> (last visited May 30, 2011). もっと一般的な任命例は竹崎の前任の島田仁郎である。彼は68歳になる直前に最高裁長官に昇格した。それゆえその地位にわずか2年しかとどまることができなかった。同様に、島田の前任の町田顕の場合、長官として4年在任した。
- (154) RAMSEYER & RASMUSEN, *supra* note 99, at 63.
- (155) See RAMSEYER & RASMUSEN, *supra* note 99, at 63 (あたかも別個の現象を指摘するかのよう、「ほんとうに問題なのは最高裁の保守主義ではなく、下級裁判所の保守主義なのである」と述べる)。
- (156) See Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 99, at 339 (憲法9条あるいは定数不均衡訴訟で違憲判決を言い渡した裁判官が、その後事務総局に異動することはほとんどないことを統計的に示す)。
- (157) See, e.g., Miyazawa, *supra* note 15, at 59 (事務総局の司法官僚は「立法部および行政部の支配的な政治的グループの見解」を共有し、「類似の考え方もつ裁判官を事務総局や他の裁判官を統制するその他の重要な地位に就け」「互いに他をより高い地位へ昇進させている」と論じる); O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 100, at 44-48 (最高裁長官と事務総長は、人事や最高裁判事の任命に大きな力を持ち、「あまりに自律的」あるいは「あまりにリベラル」な裁判官を冷遇していると論じる)。
- (158) See Law, *supra* note 1, at 1587; Miyazawa, *supra* note 15, at 59; O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 100, at 59 (「司法官僚制の政治、選挙結果、および統治インフラの方が、日本国憲法に謳われた諸々の保障よりも、司法の独立——制度的独立と裁判官の独立の双方——を確立するにあたって、および違憲立法審査権の行使にあたって、きわめて重要である」)。
- (159) See Law, *supra* note 1, at 1557-64 (最高裁裁判官にまで至る裁判官のキャリアパスを事務総局がいかにコントロールしているかを記述する)。その上、最高裁の法廷構成に対する事務総局の影響力は次第に強まりこそすれ、弱まる

ことはなかった。というもの、最高裁ポストの弁護士への割当数が減らされ、職業裁判官への割当数が増やされたからである。See Repeta, *supra* note 15, at 1735-39 (この割当数の再配分が最高裁を、意図はどうあれ、右旋回させたと指摘する); Interview with Justice B, *supra* note 48 (割当数の再配分は実際には最高裁に対する保守的統制を強化することを意図していたと指摘する)。

- (160) See Law, *supra* note 1, at 1577.
- (161) See *supra* note 153 and accompanying text.
- (162) See, e.g., TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES 22-30 (2003) (次の選挙で政権の座を失うことを恐れる現政権が、将来の敵対的政権の要求を拒みそれに抵抗することができる司法部を作り上げることで、そのような将来に対して自分でまさに保険をかけることができるという「政治的保険」命題を提示する); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM 11-16 (2004) (間近に権力の喪失を覚悟した支配エリートは、自分たちと同じ見解をもつ司法部を作り上げることで、自身の指導権を保とうとする「指導権確保命題」を提示する); GORDON S. WOOD, EMPIRE OF LIBERTY: A HISTORY OF THE EARLY REPUBLIC, 1789-1815, at 418-20 (2009) (フェデラリストが1880年の選挙での大敗北に、司法部に新しいポストをつくり大量のいわゆる「深夜裁判官」を任命することで対処したと記す); Ramseyer & Rasmusen, *supra* note 91, at 333 (政権与党にとって、現職最高裁裁判官によるイデオロギー的ゆらぎの問題を極小化するために、定年年齢に近い最高裁裁判官を任命することが最適の戦略であると指摘する。しかし、政権与党がまもなく下野することが予想される場合には、比較的若い最高裁裁判官が選ばれるようである。その裁判官は経験を積むうちに立場の予測がしにくくなるかもしれないが、それでも長く在職するため前政権の影響を残しておくのだ)。
- (163) 自民党が竹崎博允を最高裁長官に選ぶ際に慣例を破った時点で、自民党はほぼ支配を続けてきたこの50年以上で、未曾有の規模の破局的な選挙結果に明らかに向かっていた。See *Japan's Crashing Economy: Cold Medicine*, ECONOMIST, Feb. 19, 2009, at 44 (総選挙が間近に迫っていたときの自民党政権の支持率は10%を下回っていたと報じる)。
- (164) See Law, *supra* note 1, at 1574.
- (165) See *supra* note 153 and accompanying text.
- (166) See *supra* notes 152-53 and accompanying text.
- (167) See *supra* notes 162-65 and accompanying text (竹崎長官任命をめぐる

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

政治的環境と竹崎がいかに従来のしきたりからはずれた候補者かを論じる).

- (168) MIRJAN R. DAMAŠKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS 182-201 (1986).
- (169) *Id.* at 11-12, 94-96.
- (170) *See* Matsui, *supra* note 1, at 1416-19 (憲法裁判所を別に創設するという提案が日本でなされてきたことを論じる).
- (171) *See* Alec Stone Sweet, *Constitutions and Judicial Power*, in COMP. POL. 217, 223-24 & tbl. 9.1 (Daniele Caramani ed., 2008) (違憲立法審査について「ヨーロッパ・モデル」を採用してきた諸国は85か国あり、「アメリカ・モデル」を採用してきた53か国より多く、さらに36か国は両モデルの混合モデルかその他の独自で分類不能のやり方を取っていると紹介する).
- (172) *See* Izumi, *supra* note 117, at 1779.
- (173) *Id.* at 1778.
- (174) *See* O'Brien & Ohkoshi, *supra* note 100, at 57-58.
- (175) *See* Law, *supra* note 1, at 1581.
- (176) *See id.* at 1566-68.
- (177) *See id.* at 1572-74 (法学者の中から候補者を選ぶ過程を「その場しのぎで定式化されておらず、事実上のルールもその過程を導く共通認識もない」と特徴づけている).
- (178) Izumi, *supra* note 117, at 1778.
- (179) *See* Law, *supra* note 1, at 1567.

訳者解説

本稿は、David S. Law (2011), “Why Has Judicial Review Failed in Japan?,” *Washington University Law Review*, Volume 88, Number 6, pp. 1425-1466 の全訳である。筆者のデイヴィッド・S・ローは、注*にもあるとおり、ワシントン大学 (Washington University in St. Louis) 法学・政治学教授を務めている。また、本稿の原文は <http://lawreview.wustl.edu/in-print/why-has-judicial-review-failed-in-japan/> からダウンロードする

ことができる。

2年前にも私は、ロー教授の論文「保守的最高裁の解剖——日本の司法を審査する」を訳出している（『政経論叢』第79巻第1・2号、2010年）。本稿はその続編として位置づけられよう。前稿と同じく本稿も日本の研究者の共有財産にもしたいと考え、ロー教授に邦訳を申し出てご快諾をいただいた。これまた前稿同様の拙い訳文で、かえってロー教授の労作に泥を塗ることにならないかと心配している。

訳出にあたって、原文の疑問箇所についてはロー教授に直接メールで照会した。いつでも素早い回答をいただき恐縮した次第である。とはいえ、訳文のすべての責任はもちろん訳者にある。要旨は原文にないため訳者が作成した。キーワードも原文にはなく、ロー教授ご自身から提示してもらった。原文における些末な事実誤認については、割注を設けて訳注として訂正を挿入した。

ところで、前稿の訳業を進めている最中に、ロー教授から所属先のワシントン大学ロースクールで、日本の最高裁をテーマとした国際シンポジウムを開催するので参加しないかとお誘いを受けた。こんな「誘惑」はめったにないので、身の程もわきまえず、参加させていただくことにした。

このシンポジウムは、「日本の最高裁の意思決定過程（Decision Making on the Japanese Supreme Court）」と題して、2010年9月10-11日の日程で行われた。訳文中に出てくる「このシンポジウム」とはこれを指している。その参加者の予稿論文を、シンポジウムでの議論を踏まえ各参加者がリライトしたものが、*Washington University Law Review*, Volume 88, Number 6として2011年に刊行されたわけである。

さて、冒頭の要旨でも記したように、本稿は日本の最高裁が違憲立法審査に消極的な理由を歴史、文化、政治、さらには制度の観点から考察している。

歴史や文化を持ち出すことは一見もっともらしい説明にはなるが、それで

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

は裁判官個人が選択した責任の所在があいまいになる。本稿のこの指摘は的を射ていよう。もちろん、彼らの選択の背景には歴史なり文化なりが横たわっているが、裁判は明確に裁判官個人の行動なのである。となれば、最高裁の違憲立法審査に対する消極性、言い換えれば最高裁の保守性は、どこにその原因を求めればよいのか。

政治的説明が一つの答えを提供する。保守政権が受け入れ可能な程度に保守的な人物しか、最高裁裁判官の候補者になりえなかったのである。保守政権がそれを明確に望んだのか、あるいは最高裁がそれを付度して「無難な」候補者しか推薦しなかったのかは、時代によって異なるし、議論のあるところでもあるが。さらに制度的観点として、最高裁事務局を頂点とした司法官僚制がそこに関与していることが挙げられる。その統制下では、保守的裁判官が出世する構造が組み上がっている。そして、彼らが最高裁事務局入りして、最高裁裁判官の人選に大きな影響力を発揮する、すなわち保守的な人物を選ぶのである。本文にあるとおり、ロー教授はこの制度的説明を支持する。

それでは、違憲立法審査を活性化するにはどうすればよいのか。ロー教授は具体的な提言をいくつか行っている。その詳細は本文に委ねるが、ここでも繰り返しておきたいのは次の点である。すなわち、最高裁裁判官 15 ポストのうち学者に割り当てられる枠について、候補者の選考過程を明確にするよう彼は主張するのだ。

最高裁裁判官 15 ポストは、出身分野ごとにその配分数が事実上決まっている。それは各「既得権集団」の「株」のような存在といえる。それだけに各「既得権集団」の人選過程はおおむね「制度化」されているのである。ところが、この学者枠だけは選考過程がブラックボックスと化している。別の言い方をすれば、時の政権や事務局の「恣意」が働きやすいと考えられる。これを透明化することは、違憲立法審査からみて小さなことのように、実は

大きな突破口になろう。

ついでながら、先のシンポジウムには泉徳治、藤田宙靖の両元最高裁判事も報告者を務めた。とりわけ、最高裁の保守的性格をめぐっては藤田元判事が強い異議を述べたのであった。彼が提出した予稿ペーパーには「最高裁が法令を違憲無効とした例が数字（中略）の上で著しく少ないということから直ちに、最高裁が違憲立法審査に消極的であり、従ってまた人権の保護に対して消極的であるという結論を導くのは、少なくとも著しい飛躍である」と書かれている。

このペーパーは、藤田宙靖『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）115-124頁に収められているので、本稿と併読すればより多面的な理解が得られよう。シンポジウムでもこの争点は熱い議論となった。余談ではあるが、その休憩時間にたまたま私がロー教授とバスルームで出くわした際、彼が“exciting!”と叫んだのをよく覚えている。本稿は日本の最高裁の違憲立法審査に関するまさに“exciting!”な業績であろう。日本政治の入り組んだ事情にまで目配りするロー教授の筆致には、羨望を通り越して嘆息するほかなかった。

2日にわたる研究会の終了後、秋晴れの中、ロー教授ご夫妻からワシントン大学の美しいキャンパスを案内していただいたことは、本当に楽しい思い出となっている。その夕べに、本文にもしばしば登場するヘイリー教授（John Haley；現在、ヴァンダービルト大学教授）のワシントン大学退職記念パーティーに同席させていただき、ヘイリー教授からお声かけいただいたことも感銘深く忘れられない。

ちなみに、ロー教授の最新の研究成果は、2012年5月3日の『朝日新聞』で取り上げられている。彼は共同研究者とともに、成文化された世界のすべての憲法188か国分をデータ化し分析した。その結果、日本国憲法は現存する憲法の中で「最高齢」であるにもかかわらず、今でも不朽の先進性を備えていることが明らかになったという。

デイヴィッド・S・ロー「日本の最高裁が違憲立法審査に消極的なのはなぜか」

そして、記事の最後は彼の次のコメントで結ばれている。「日本の憲法が変わらずにきた最大の理由は、国民の自主的な支持が強固だったから。経済発展と平和の維持に貢献してきた成功モデル。それをあえて変更する政争の道を選ばなかったのは、日本人の賢明さではないでしょうか」。この言葉に、私たちは憲法に自虐的であってはならないと教えられた。