

〈講演〉

法の支配の日米比較

カール・F・グッドマン

天野淑子・中村孝一郎（訳）

はじめに

司法制度改革審議会の意見書によると、審議会の見解は、法の支配を社会に深く根付かせるために、日本の司法制度および法曹制度のある部分について改革をしようというものです。本日の講演の目的は、法の支配のアプローチが日米で異なっている法分野について、皆様と共に考えていきたいということです。これから検討する問題は、憲法を擁護する司法制度の役割と、立憲主義的な統治システムについてです。また、正当に選出された議員によってなされた立法は、たとえ多くの公衆がその立法に含まれる価値やそこで実現される価値を拒絶しているように思われるとしても、有効なものとなることを保障する司法制度の役割についてです。

一 立憲主義的統治システムと裁判所の役割

1 法の支配と司法審査

法の支配が根付いている社会 (Rule of Law Society) において、司法制度の機能の一つは、法の支配を擁護し、社会の価値として法の支配を押し進めていくことです。どのようにして憲法上の特権や権利を保護するかについて、それぞれの立憲国家はそれぞれの考え方を持っています。ある国では、というよりほとんどの大陸法系の国々では、憲法上の問題を裁決する権限を有する専門の憲法裁判所を設置しています。裁判所の判断は、それぞれの国によって異なる効果をもたらす。このように、ある国では憲法裁判所の判断は政治部門への単なる勧告でしかないのですが、別の国ではその判断が拘束力あるものとみなされています。アメリカでは、訴訟当事者間での現実の法律上の争訟において問題が現実化したときに、司法部門がその通常の機能の一部として法律の合憲性についての決定をするのですが、このようなアメリカの制度は多少珍しいもので少数派といえます。アメリカの制度の下では、法律の合憲性についての判断は通常の司法機能の一部であり、その判断は訴訟の当事者に拘束力を持ちます。たとえ一方当事者が政府自身であっても拘束力を持ちます。このような司法審査という権限は、合衆国憲法のどこにも規定されていません。しかし、法の支配が根付いているアメリカの社会の性質から導かれるのです。

そこで、かの有名なマーベリー対マディソン判決^(I)（以下、マーベリー判決という）において、マーシャル首席裁判官は、裁判所にとっての通常の司法的機能についての単純な言明として、司法審査制を明らかにしています。論理は明快です。法律問題を解決し、法律上の争点に対して判決を下すのは司法部門の仕事であるということです。つまり、最高法規であるにしても憲法は法であり、その法を解釈し、政府の諸活動がこの最高法規をいつ侵害したのか、ある

いは本当に侵害したのかを判断するのが裁判所の役割であるといえます。それゆえ、もしも連邦議会が、最高法規である憲法を侵害するような法律を制定したと思われるときは、連邦議会の活動自体が最高法規である憲法を侵害したということでは違法 (unlawful) なのです。連邦議会が、憲法を侵害するような行為をしたかどうかというこの問題は法律問題であり、憲法という法が侵害されたか否かという問題なのです。法律問題を解決するのが裁判所つまり司法システムの役割です。裁判所制度は、連邦議会の活動が憲法を侵害しているかどうか、法に反しているかどうかについて判決する権限を持っているのです。マーベリー判決は法の支配に関する判決なのです。それは、政府の政治部門の活動であつてさえも、最高法規である憲法の規定に従わなければならないと命じているからです。また、法の解釈適用をする部門である独立した司法部門に、合憲性つまり適法性について必要な法的判断をする権限を与えているからです。

日本国憲法のアメリカ側の起草者達は、もちろん最高法規及び司法審査という概念を意識していましたから、日本国憲法にこの二つの概念を取り入れたのです。しかし、最高法規という考え方は、アメリカのように、連邦政府と同様に州政府が主権的な権限を有し、またそれ故に法律制定権をもつ場合に必要な概念ですから、日本で取り入れられたのは興味深いことです。アメリカの制度の下では、最高法規条項というのは憲法を含む連邦法が州法に優越することを確認するために必要とされています。しかし、日本は連邦制の国ではないわけで、日本の唯一の主権は中央政府にあります。このように、憲法が最高法規であることを宣言した条項は、アメリカと同様の機能は果たし得ないのです。アメリカでは最高法規条項が、連邦法と州法のどちらが事態を収集するかを決める機能をもちますが、日本ではそれと同じ機能はもたないのです。日本国憲法における最高法規条項の意味するところは、憲法は他の全ての法に優越するという意味であり、かくして憲法に抵触する法律は無効であり、取消しうべきもの (null and void) であると

いうことです。

このような理解は、裁判所に与えられた司法審査権と一致します。立法府の行為を再検討するという意味での司法審査は、憲法が最高法規であり、他の全ての政府の活動は憲法に一致しなければならぬ、というときにのみ意味があります。そして、憲法の最高法規性と裁判所による司法審査権というこの二つの概念は、互いに作用しあつて、アメリカがマーベリー判決の下で示したのと同じような権限を日本の最高裁判所に与えることになります。

2 日本における司法審査の実態

特筆すべきは、アメリカの裁判所はこのマーベリー判決を連邦政府及び州政府のどちらの法律にも適用することを躊躇していない点です。最高裁判所は毎年、その司法審査権によって、いくつもの法律を違憲と判断しています。これに関して、裁判所は、連邦政府であるか州政府であるかにはあまりウエイトをおいていません。もともと、訟務長官（最高裁判所に係属中の訴訟に関する連邦政府側のスポークスマン）の主張には裁判所も注意を払って聞いているようですが、しかし、これは司法省の長年の名譽に敬意を払っているだけのことなのです。日本では実態は異なっているようです。五〇年以上前に憲法が制定されて以来、わずか五、六件の訴訟においてしか違憲判決を下していません。しかもこれらの訴訟に關しても、例えば尊屬殺人重罰規定違憲判決や共有林の分割制限を定めた森林法共有林分割制限規定違憲判決の⁽³⁾ように、訴訟当事者にとっては重要であつたとしても、自由主義社会あるいは民主主義的統治という概念にとつての基本原則であるとはいえないような、あまり重要な判決とはいえないものです。これらの訴訟は、与党や国会によって支持されて制定された法律に関するものではないからです。尊屬殺人重罰規定違憲判決も共有林分割制限規定違憲判決も、憲法制定以前に可決された法律に関するものです。同じように、最近の最高裁判決が国家賠⁽⁴⁾

償の限定を許す郵便法の一部を否定しました。これも共有林分割制限規定違憲判決と同様に、戦前の法律を否定したもののなのです。また、広島⁽⁵⁾の薬事法違憲判決は、政府提出法案ではなくて数少ない議員提出法案による法律に関するものでした。そして、重大な争点がある場合でも、裁判所の判断が政府の行為を覆すという結果をもたらさないということがあります。ここで重要な裁判例として、二つの選挙権に関する判決があります。この判決で最高裁判所は非常に重要なところで何もすることなく、自らが憲法違反であると認定した政府の行為を覆すことに失敗したのです。最高裁判所は「事情判決」を下して、立法府に問題の解決を委ねたのです（この立法府こそ、違法な選挙で選出されたと私は思うのですが）。実際、最上級の裁判所が政府の行為を違憲としながら、その裁判所が違法に選ばれた国会議員を職務にとどめる決定を下し、そのような不適切に構成された機関に問題を解決させているとき、アグレッシブな法の支配が根付いた社会を支持する人々にとしてみると、判決は一体何だったのかと疑問に思うでしょう。

社会の道徳規範 (mores) が何であるかを決定する場合、日本の裁判所は、憲法で示された規範よりも社会規範 (societal norms) についての自らの見解に依拠することを好むようです。例えば憲法は、性差別は違法であると明言しています。それなのに、雇用者側による性差別的な雇用形態によって受けた損害の賠償を求めて提訴した女性達は、そのような賠償を否認されたのです。その理由は、一九五〇―六〇年代においては、女性がそのようなシステムによって雇用されることは公序良俗に違反しないと裁判所が判断したからです。公序良俗が何を求めているのかということとを定義するために、法の支配でありまさに最高法規である憲法や憲法上の規範 (rule) といったものに言及するといった試みは全くなされていません。判決の根拠を法すなわち憲法におくというよりも、むしろ裁判所は公序良俗についての裁判所自身の見解を用いてこのような判決に至ったのです。

日本の最高裁判所は、アメリカと比較して、立法府の活動を非常に尊重してきたし、現在も尊重しているというこ

とを指摘しておきましょう。日本では、合憲性の問題が生じたとき、最高裁判所は選挙で選ばれた立法府に敬意を払って譲歩しているようです。他方、アメリカでは、連邦最高裁判所は誰にも譲歩しないし、どのような法主体にも譲歩しないのです。法律の合憲性を問う問題が生じたとき、むしろそのような問題はもっぱら裁判所の領域の問題であると捉えています。このような連邦最高裁判所のアプローチは、法の支配についての連邦最高裁判所の姿勢によって決定されているということを指摘しておきましょう。

もちろん歴史的に見れば、憲法制定から五〇年を経た日本の最高裁判所のアプローチが、合衆国憲法採択から五〇年後の連邦最高裁判所のアプローチと際だって異なっているとはいえません。マーベリー判決は、アメリカの歴史の中でかなり早い時期（一八〇三年）に出されましたが、この判決は一九世紀の最初の半世紀間は、かなり控えめに援用されてきました。そして、たとえ援用された場合でも、政治部門はあまり関心を払いませんでした。アメリカにおいて、連邦最高裁判所の権限が非常に尊重されるようになったために、政治部門が裁判所の意見を拒否できず、連邦最高裁判所が定義したとおり法に従わざるをえなくなったのはかなり最近になってからのことなのです。このように、法の支配が根付いた社会になるには、成熟するまでに時間を要します。民主的な制度が発展してマーベリー判決が法となつてから五〇年ではない日本の裁判所が、はたしてマーベリー判決の下での二〇〇年の経験をもった裁判所と同じような役割を果たすことができると期待することはできないのです。

二 議会制定法の解釈適用における裁判所の役割

憲法に関わりなく制定法が適用される分野においても、連邦最高裁判所はまさに法の支配の根付いた社会の制度だといえます。連邦最高裁判所は、法律が適用される領域における自らの役割について、連邦議会が適法かつ合憲的な

方法で立法した場合は、法令に含まれている連邦議会の意図（または憲法に含まれる法律上の擬制される意図）の適用であると考えています。連邦議会がすべきだったことや社会が連邦議会に期待していたことについて、その見解を代弁することは連邦最高裁判所の役割ではありません。むしろ、連邦議会は法律制定権限を合衆国憲法の下で与えられているのだから、連邦最高裁判所の任務は、そのような権限の付与を認めたり、連邦議会の合憲的な意思を實行したりすることです。また、連邦議会に関する社会の道德規範について、裁判所自身の意思や見解を押しつけたりすることは、連邦最高裁判所の任務ではありません。確かに、連邦最高裁判所が連邦議会の問題の解決方法に同意しようがしまいが、あるいは連邦最高裁判所が公衆の大多数は議会に同意していると感じていようが反対していると感じていようが、このことは正しいのです。

日本では多少違ったルールがあるように思われます。例えば建築基準法は、市当局に対して、建築許可申請を認めるか認めないかの判断にわずか二〇日間の猶予しか与えていません。そこで、住民がビル建設に反対していたり、建築主と住民が互いに話し合って問題を解決すべきだと市当局が考えるとき、裁判所は誠実にことを進めるための話し合いを認め、建築確認の留保を市当局に許しています。このように、法令をわきにおくような権限つまり建築基準法を無視するような権限が許されているだけでなく、それが要請される場合もあるようです。なぜなら、このようなやり方が社会の常識や道德規範と一致すると裁判所が考えるからです。社会の常識や道德規範についてのこのような理解は、裁判所自身によって認められているのであって、立法府により制定された法令の文言に依拠しているのではないのです。事実、その道德規範は、法令や最高法規であるはずの憲法とも非常に異なることもあるのです。

実例はたくさんあります。例えば、民法典は契約自由の原則をうたっていますが、契約の双方か一方の当事者が契約違反をしているときであっても、他方の当事者が契約に基づいて権利を履行することは社会のモラルに反すると裁

判所が考えるとき、これは認められません。あるニュース・レポーターが寝過ごしてしまつて仕事をすっぱかしてしまつた場合、このレポーターをクビにすることは適切ではないのです。なぜなら、彼は謝罪しているし、ルーム・メイトが起こしてやらなかつたからです（でも、なぜ目覚まし時計を使わないのでしょうか？）。ともかくも裁判所の見解は、契約上は処罰が認められるとしても処罰はあまりに重すぎるといふのです。そうすると契約上の権利とは一体何なのでしょう？ 賃貸借期間が満了した後には、自分の所有物を返却してもらつたという家主の契約上の権利とは一体何なのでしょう？ ここでもまた、社会の考えていることが正しいのだという裁判所の見解に屈服しなければならぬのです。新たに改正された借地借家法が、期間の定めのある賃貸借契約については家主に自分の所有物を返却するよう求めることを許しているのですが、しかし裁判所が立法府に同意しているかどうかをチェックするために、同改正法は注意深く監視されなければならぬでしょう。また、商品の販売契約を守らなかつた販売業者との契約を取り消すためには、どのような契約法上の権利が会社側にはあるでしょうか？ 契約書自体が実際に規定している内容ではなくて、それが許されるべきかどうかについての社会の見方を尊重する裁判所の見解如何によつて、あるときは認められ、またあるときは認められないのです。

それぞれのシステムの基礎をなす概念が、アメリカの裁判所と日本の裁判所とのアプローチの違いを説明しています。日本では、アメリカよりも慣習 (custom) が多く用いられます。また日本の裁判所は、アメリカの裁判所よりも事柄の背景 (context) を重要視します。従つて、日本では契約上の権利を含む諸権利は、いつ権利が行使されるべきかについて当事者双方が認識した状況下で行使されなければならないのです。これは、契約書が作成されたときに何が存在したかということよりも非常に異なる状況であるかもしれませぬ。アメリカでは、契約書にサインされ、当事者の状況によつて契約が変更されないとすると、権利が与えられます。しかし日本では、事柄の背景をより重要視しま

す。従って、日本の裁判所はアメリカの裁判所よりも道徳的見地からの実体的正義 (substantive justice) を実現することに大きな関心があるのです。アメリカの裁判所は、不合理な結果をもたらすかもしれない状況下で作成された法律であっても、その法律を適用してもよいと思っています。アメリカの裁判所が手続上の正義の虜になっているのに比べて、日本の裁判所は手続に関してほとんど関心がなく、もっぱら道徳的見地からの実体的正義に大きな関心があるのです。

このような日本の考え方を、どのようにしてもっと法の支配が根付いた社会に移行していくかということは、司法制度改革審議会の意見書を実行する上での大きな難題となるでしょう。しかし、日本社会のもっと多くの場面で法の支配を実現していくには、日本以外の国々を見てみるのがいいでしょう。そうすれば、日本法の基本的概念が、先進諸国の概念といかに異なっているかをもっと理解するのに役立つでしょう。そして、日本がもっと法の支配が根付いた社会へと移行するために、何らかの調整が必要かどうかを知るのにも役立つでしょう。また、日本以外の社会でも日本の目を通して自国の基本的原則を見てみるのが望まれます。法の支配が根付いている社会においても、日本の概念つまり事柄の背景とか道徳的見地からの実体的正義といったものをもっと利用できるかどうかを検証することが望まれます。

むすびにかえて

最後に、日本の司法制度は、その法体系 (jurisprudence) に憲法をどのように適用していくのかをもっと真剣に検討する必要があります。法の支配が根付いた社会の基本として、司法部門は独立した憲法の番人でなければなりません。憲法の下で国民の権利を守らなければならないのです。このことは、法の支配が根付いた社会によって無理やり司法

積極主義を強いるという意味ではありません。最高裁判所には、実際に起こっている事件を処理するための時間を与えて、審理予定事件表を管理するためのもつと大きな権限が与えられるべきだと私は考えます（この点に関しては改正民事訴訟法が非常に役立つでしょう）。

質疑応答

△質問一▽

「我が国にも欧米と同様の法制度が存在するにもかかわらず、いまだ法の支配の感覚が我々市民に根付いていないと思われまます。アメリカでは、どのようにして法の支配の感覚を市民に根付かせてきたのか教えてください。」（法学部教員・宗田貴行）

△回答一▽

「もちろんアメリカの歴史は日本とは異なります。建国以来ずっと、法律がアメリカ社会の本質的な要素でした。アメリカでは、連邦最高裁判所を含むあらゆるレベルの司法部門が、他の部門の様々な活動を禁止する働きをしており、その結果、司法部門は他の部門からの独立を確立しています。このことを公衆は望ましいこととみていますし、私は、このことが司法部門は法の支配の支持者 (supporter) であるという公衆の認識を高めていると思います。さらに、アメリカの裁判所制度は、法律上の問題の救済手段として、費用のかからない比較的迅速な方法であると考えられています。他方、非常に複雑であるためにここで検討することはできませんが、日本では法律上の問題の救済はたいてい裁判外で行われます。このことは、法の支配が社会に根付くかどうかに影響を与えますが、司法制度改革審議会によ

って提案されている幾つかの改革によって改められることと思います。」

△質問二▽

「アメリカ以外の社会（日本を含めて）においても、法の専門家集団が存在し、また彼らのなかで法的な考え方が共有されてきたと思われれます。先生のおっしゃる『法の支配』とは、法的な考え方が専門家達の範囲を超えて一般の人々に広く浸透していることと理解してよいでしょうか？」（法学部教員・林智良）

△回答二▽

「法の支配という概念は、単に専門家や公衆の双方によって法的思考がなされるという以上のものです。むしろ、確立された諸原理 (established principles) に基づいて問題を解決するのに用いられる、分かりやすい法システムをもっているかという重要事項に関わるものです。この確立された諸原理というのは、公衆に利用可能であり、独立した司法部門によって専門的かつ一貫した方法で適用されており、しかもその規準は各場面で適用される法の基本原理と一致するように行政権限をコントロールするために政府に対しても適用されるというものです。」

△質問三▽

「アメリカ以外にも、例えばオーストラリアなど多民族・多元的社会は存在していると思われれますが、何故、他ならぬアメリカにおいて『法の支配』が抜きんでて確立したのでしょうか？」（法学部教員・林智良）

△回答三▽

「法の支配が、他の国々よりもアメリカでよりしっかりと確立したという質問の前提に同意すべきかどうかは分かり

ません。法の支配は、イギリスで十分に確立されており、すでに長い時間を経ています。アメリカ、オーストラリア、カナダ、ニュージーランドのように、イギリスが強力に植民地化した国々においては、いろんな点で法の支配はよりしっかりと確立されるようになったようです。しかし、ナポレオン法典つまりローマ法典の影響を受けた国々において強力な法の支配が見られるのも事実です。明らかなのは、自由な経済システムと同様に成熟した民主主義や民主的伝統のある国々で、法の支配が強力に根付いているということです。問題は、法の支配を発展させ強固にするにあたって、はたして民主主義と自由なシステムのどちらが最初に来るのかという点です。この両者は、多くの点において相互関係を有していると思いますし、また、イギリスでの民主主義の発展（後にアメリカへ運ばれ、ある意味でその後フランス革命に繋がったのですが）が、コモンローシステムの採用から生じた法の支配という原理 (philosophy) の採用に結びついたのだと思います。」

△質問四▽

「私の専門は憲法なのですが、大学生の頃からずっと疑問に思っていたことを質問させていただきたいと思います。先生が法の支配を示した判決としてあげられたマーベリー判決は、通常の法律も憲法もどちらも特定の具体的な事件に適用されるべき法として理解され、そしてどちらもが事件に適用されそれらが相容れないときには憲法が支配するのだと⁽⁶⁾思っているものと思われ⁽⁶⁾ます。しかし日本においては、ほとんどの市民及び法律家が憲法を特別な法であると理解しているように思います。つまり実際に事件に適用される法は議会制定法や条例などであって、もちろんそれらは憲法に違反してはいけ⁽⁷⁾ないわけですが、法律等の合憲性というのは法律を事件に適用するための前提問題であり、憲法が直接具体的に特定の事件に適用されることはない⁽⁷⁾と考えられているようなのです。そのために日本の裁判所は

具体的な事件を離れて法律と憲法とを比べるという方法でもって法律の合憲性を審査してしまっています。先ほど申し上げましたように、マーベリー判決によると、アメリカではそのような合憲性の審査方法は一般的ではないと思われれます。なぜアメリカでは事件に対して直接適用される法として憲法を観念することができているのでしょうか？」

（法学部教員・中村孝一郎）

△回答四▽

「日本とアメリカにおける司法審査のアプローチの違いには次の八つの理由があります。

① 司法制度固有の役割に関して大陸法系の国々とコモンロー系の国々との間には基本的な違いがあります。コモンローは『ボトムアップ』システムであり、ここでは法的ルールは個々人によって起こされた訴訟から生じます。その結果、法は訴訟を起こす人々から支配するルールへとヒエラルヒーをそれ自体で発展させるのです。他方、大陸法においては、法は『ボトムダウン』です。法はナポレオンやモーセ、ユスティニアヌスなどのような法典制定者によってつくられ、その後には裁判官によって人々に適用されるのです。このボトムダウンは、政府が法すなわち法典を作りその後には公衆にその法を与えるという事実に見出せます。そのようなシステムにおいては、裁判官は『法創造者』よりむしろ『法発見者』です。しかもその法は裁判官ではない他の人によって作られたものであり、公衆そして裁判官に下げ渡されたものなのです。そのようなシステムの下での裁判官はボトムアップの法創造システムにおける裁判官に比べて、法を下げ渡す支配的権力によって下げ渡された法を裁判官が覆すという概念にはなじみません。コモンローシステム及び大陸法システムの性質に絡んで次のような事実もあります。コモンローにおいて裁判官は法創造者であり、従って法を創造する役割になじんでおり、またそれに苦痛を感じないということです。法を創造するということは、もはや現代の状況には適用できない古い法的ルールが法創造者すなわち裁判官によって取り替えられる必要

があり、それ故に法が時代遅れでもはや裁判官によって適用され得ないと考えられるようになったときには覆されてもよいということの意味します。他方、大陸法国の裁判官は、法を創造したり破棄したりする権限を持っていません。大陸法国の裁判官は裁判官ではない他の者によって作られた適用可能な規範を見つけ、義務を負っています。そのような状況において、選挙で選ばれた立法者という法創造者に対する姿勢が、大陸法国の裁判官はコモンロー国の裁判官とは異なる傾向にあります。選挙で選ばれた公職者の決定に対するこの敬意のために、法創造者がしたことがそれ自体で違法であるという判断を裁判所が下すことを、アメリカの裁判所よりもより少なくしているのです。

② アメリカでは、裁判官は、長いキャリアと特に成功をおさめる法的キャリアを経た後に連邦レベルで任命されます。日本では、裁判官は学校卒業後すぐに任官されます。アメリカでは、任官された裁判官たちは弁護士 (Practitioner) の経験があることから、彼らは自分の仕事に就いたときにおそらくは法が違憲であり無効とされるべきであるという議論をしてきたでしょう。彼らは違憲性を議論してきたので、日本の裁判官に比べて法が違憲であるという議論に苦痛を感じないのです。同じように、彼らの『積極主義的な』経歴 (政治的な行動も含めて) のために、アメリカの連邦の裁判官は、『動議提出者かつ攪拌者』つまり現状に反対し哲学を押しつけたがる人々であると扱われます。そのような人々は、彼らが司法部門に任官されても変わることはないし、それゆえに彼らは日本の裁判官に比べて違憲判断をすることに苦痛を感じないのです。さらにそのような積極主義的な人々は、司法部門への任官が自分の積極主義的な見解をあきらめ単に他の人々がいうことに従わなければならないことを意味するならば、快く任官を受け入れることはまずないでしょう。

③ 日本の裁判官は、他の官僚的公職者 (先輩裁判官―記者) から彼らの裁判技術を学んだ司法官僚制度の一部です。官僚制度の中で、彼らの前に歩んできた人々 (先輩裁判官―記者) は滅多に法を違憲と宣言することはないので、

新しい裁判官も同様の基本的な自己抑制を教えられます。アメリカの裁判官は官僚制度の一部ではないし、彼らの訓練の一部として敬意を払うことも学びません。

④ 裁判官（とりわけ最高裁の裁判官）の在職期間は、アメリカと日本において重大な違いがあります。合衆国最高裁の裁判官は『非行なき限り』という期間（合衆国憲法三条一項―訳者）任官されています。これは事実上、終身の任官を意味します。合衆国最高裁の裁判官は概して比較的若くして任命されるという事実とあわせてとらえると、合衆国最高裁の裁判官は長きに渡って連邦最高裁にとどまり、最上級裁判所における司法哲学を発展させることになります。長く裁判官で居続けているこの在任期間は、彼らの司法哲学を効果的なものにします。もしそれが、法を違憲と宣言することを意味するとすれば、なお効果的なのです。日本の最高裁の裁判官は高齢になって任命されるので、高等裁判所の裁判官とは違った役割である最上級裁判所の裁判官としての哲学を発展させるほどの時間的余裕がないのです。さらに、七〇歳という定年退官限度ギリギリの高齢で裁判官を任命することによって、支配的なエリート層（与党や政府の立法部門や執行部門の指導者たち）は、アグレッシブな司法審査の主張者ではないというお墨付きの記録でもって多くの裁判官を任命することができます。そして裁判官たちが定年に達したとしてしばしば裁判官を代えることによって、政治的エリート層は、たとえある裁判官が斬新な司法審査的立場をとるに至ったとしても、他の裁判官がその裁判官と同じ見解になるまで影響を与えるほど長くは最高裁に在籍しないようにしておくことは確実にできるのです。

⑤ 日本の裁判官は、執行部門（Executive Branch）の一員として働くことがあります（アメリカの法律家や裁判官なら、司法の独立という概念や権力分立に矛盾すると思われる状況です）。執行府において、これらの裁判官は、政府提出法案が合憲であるかどうかについて、自らの意見を表明するために呼ばれます。従って、政府提出法案が成立す

るときには、司法府のメンバーがすでにその法律が合憲であるという意見を表明していたということが想定されるのです。そこで法律の合憲性が後に争われたとき、すでに司法府が当該法律の有効性を宣言しているということは公表されてはいないけれども現実の想定である以上、争う側はこれを覆さなければならぬこととなります。執行府に配属された裁判官は司法府において高く評価されており、そのことが、裁判官たちが後の訴訟で自分の同僚の見解に異議を唱えることをより難しくしているのです。

⑥ 日本における基本法としては六つの法が挙げられています。アメリカにおいては、基本法はたった一つ憲法だけです。さらに日本では、基本法の間で衝突があれば、『特別法は一般法に優先する』というのが一般的な法的ルールです。そこで、訴訟に商業上の問題が含まれていれば、商法は民法に優位します。しかし、憲法は最高法規であるといわれているものの、六法のうちではもつとも一般的な法です。それゆえに、一般理論の下では、憲法は立法府の可決したより特別な諸法を超えた優位性を取得する資格を与えられないでいます。一般法ではあるがそれにも拘わらず最高法規であるということと、特別法が支配するという概念との衝突によって、憲法は他の法律が従う最高法規であるというよりも六つの一般法の一つであるとして扱われることになるのです。

⑦ 歴史的にみても、最高裁が違憲性に基づいて法律を積極的に覆すという積極主義は、アメリカにおいても比較的最近のことです。法制度としての最高裁は、公衆の目から見ると、従われるべき機関であると位置づけた比較的最近の歴史上重要な出来事から、そのもつとも偉大な強さを見出したのかもしれませんが。たとえば非常に人気があった大統領のフランクリン・D・ルーズベルトが、ニューディール立法の合憲性についての最高裁の判断を変えるために、数名の裁判官を補足することで『最高裁を抱き込む』ことを試みた（コート・パッキング・プラン）とき、公衆は最高裁保護に団結しました。またその後、一九五〇年代、いわゆるマッカーサー時代の間、最高裁は個人の権利を擁護

するもつとも強力な政府の制度でもありません。すなわち一九五〇年代、六〇年代において、最高裁こそが、ほとんどのアメリカ人の支持した革命であるアメリカの市民的権利革命の先頭に立ったのです。この歴史的な出来事は、第二次世界大戦中になされた極端な執行府の行為（もつとも注目すべきは日本人や日系人の拘禁に関する事件でした）を違憲として打倒することができなかったのは重大な誤りであったという最高裁自身の認識と相まって、たとえ連邦議会や州議会によって可決された法律が違憲であると宣言することを意味したとしても、最高裁が憲法の領域において適切であると信じることをするために、公衆の委任を最高裁に与えたのでした。日本の最高裁は、これと同じような歴史は持っていない。

⑧ 最後に、日米の両社会における法の支配の性質があります。アメリカにおいては、州及び合衆国を形成する人々がこの合衆国憲法を採択しました。憲法の『契約』的性質は、法の支配に従うことを国家的な命令とします。この契約すなわち合衆国憲法が実施されなければそのときには『何がアメリカ連邦主義システムの基礎なのか』という問題を生じさせます。日本の憲法はアメリカの占領軍によって起草されたものです。それは、他の五つの基本的な法律が、日本の人々や日本社会にとって必要とされていると日本が考えたからではなく、むしろ西洋勢力やロシアから日本に強いられた不平等条約によって奪われた主権を取り戻すために採択されたのと同じようなものです。日本の公衆は、憲法が今あるような状態で幸せであるかもしれません。しかし日本における基本的な諸法へのこのような外国からの影響は、裁判官達がこれらの法が日本の慣習や道徳規範と衝突すると感じたとき、これらの諸法を適用する方法についての司法部門の哲学的見解におそらく影響を与えるでしょう。』

〔原題〕 The Rule of Law in Japan and the US—a comparison of some issues

「講演者紹介」 Carl F. Goodman 教授は、司法省及び連邦行政会議に勤務後、ジョージタウン大学及びブルックリン法科大学院の非常勤教授を経て、広島大学法学部教授を務め、現在は弁護士。ただし本講演時には、東京大学法学部客員教授（フルブライト奨学金）として来日中。本稿は、二〇〇三年七月三日、奈良産業大学法学部法学会主催により開催された、Goodman 教授の同題講演のもととなった基調ペーパーの邦訳です。なお、より深い理解のために Goodman 教授による次の著書を参照下さい。CARL F. GOODMAN, THE RULE OF LAW IN JAPAN—A COMPARATIVE ANALYSIS (2003).

- (1) *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 21. Ed. 60 (1803)
- (2) 最大判一九七三年四月四日刑集二七卷三二二六五頁。
- (3) 最大判一九八七年四月二二日民集四一巻三三〇四〇八頁。
- (4) 最大判二〇〇二年九月一日民集五六巻七号一四三九頁。
- (5) 最大判一九七五年四月二〇日民集二九巻四号五七二頁。
- (6) *Marbury v. Madison*, *supra* note 1, at 177-178. 「何が法であるかを示すのは断固として司法機関の活動領域であり義務である。ルールを特定の事件に適用する者は必然的にそのルールを解説及び解釈しなければならない。もし二つの法が互いに相容れないなら裁判所はどちらかの実施を決めなければならない。そして、もし法律が憲法に反してさらに法律と憲法の両方が特定の事件に適用されるならば、その結果として裁判所は憲法を無視して法律に従わせるかあるいは法律を無視して憲法に従わせるかを決めなければならない。すなわち裁判所はこれらの相容れないルールのどちらがその事件を支配するのかを決定するのだ。これは司法の義務のまさに本質である。もしそのときに裁判所が憲法を尊重し憲法が通常の立法の行為より優越しているのであれば、そのような通常の法律ではなくて憲法がそれら両方に適用される事件を支配しなければならない。」
- (7) もちろん例外はあります。憲法二九条三項の公用収用条項については、この憲法条項に基づいて直接公的機関に補償請求できると解されており、具体的な特定の事件に直接適用される法と考えられています。最大判一九六八年一月二七日刑集二二巻一一号一四〇二頁参照。