

日米の最高裁判所の比較*

田 中 和 夫

法学会から何か法律について講演するようにとの依頼を受けた。私は英米法を専門とする者であるが、今回の講演は、これから法学を学ぼうとする学生を主な対象とするように考えられるので、英米法の専門的な話をするのは適当でないと考えて、「日米の最高裁判所の比較」について述べることにした。

さて、アメリカの最高裁判所といっても、アメリカ合衆国には、連邦にも各州にもそれぞれ独立した裁判所の組織があるのであって、これから話をするアメリカの最高裁判所とは、アメリカの連邦最高裁判所のことである。

いうまでもなく、わが国には従来ドイツ式の法律制度が行なわれていたところへ、アメリカ式（一部はイギリス式）の新憲法が制定された。裁判所についても、最上級の裁判所は、単にその名称が大審院から最高裁判所と変わったのみではなく、兼子一氏のことばをもってすれば（兼子一「裁判法」新版 p. 135）、「本質的に異なる性格」をもち、その権限が非常に大きくなった。その最も重要なのは、裁判所が法律に対しても違憲審査権をもつことになったことである。いいかえると最高裁判所が有権的憲法解釈権をもつことになった。この司法的違憲立法審査制度も、アメリカに倣ったものである。

もっとも、新憲法の裁判所に関する制度が、すべてアメリカに倣ったものであるわけではない。たとえば、憲法80条1項は「下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によって、内閣でこれを任命する」と定めているが、アメリカ連邦では、下級裁判所の裁判官も最高裁判所の裁判官と同様に、大統領が指名し上院の承認を得て大統領が任命するのであって、その任命に最高裁

*本稿は昭和55年5月28日獨協大学法学会で行なった講演の原稿である。

判所が関与することはない。

日米最高裁判所の比較ということになると、問題は多くあるが、本日はそのうち若干の問題をとりあげて、次の順序で述べる。(1)裁判所の構成(裁判官が何人というような問題)、(2)裁判官の選任方法、(3)裁判の手續に関する問題の一つとして、裁判の外部への発表の形式(意見の表示の問題)、(4)裁判の実体に関する問題の一つとして、司法権限の範囲、司法権限でどうということまでできるかを、議員定数配分の規定を違憲と判断した場合について、述べる。

1 裁判所の構成

わが最高裁判所は、15名の裁判官より成り、その全員で裁判に当る場合を大法廷といい(定足数は9名)、大法廷として裁判するのは、合憲性についての判断を必要とする事件その他重要な事件に限られる。通常の事件は小法廷で裁判する。小法廷とは15名の裁判官を5名宛に分け、その5名で——もつとも定足数を3名としているから、5名ないし3名で——裁判するのが小法廷である。

アメリカの連邦最高裁判所は、9名の裁判官から成り、常に全員で裁判する。もつとも定足数を6名としているから、9名ないし6名ということになるが、わが国の呼び方を使えば、すべての事件を大法廷で裁判することになる。

わが国では15名の裁判官のうち、その長たる裁判官を最高裁判所長官という。これに対してアメリカでは長たる裁判官を、首席裁判官(Chief Justice)という。給与についていうと、わが国では長官が月額150万円、それ以外の裁判官即ち最高裁判所判事は月額113万円、長官は他の裁判官より約40%多い。これに対しアメリカでは1969年までは首席裁判官は年\$40,000、その他の裁判官即ち associate justice(陪席裁判官)は年\$39,500であり、首席裁判官は他の裁判官より僅かに年\$500、即ち約1.3%多いのみであった。1969年の改訂で首席裁判官が年\$62,500、他の裁判官は年\$60,000となったが、それでも首席裁判官は他の裁判官より4%あまり多いに過ぎない。その後も給与の改訂が行なわれたであろうが、いずれにしる首席裁判官とその他の裁判官との給与の差は僅かである。

裁判に当っては、長官もその他の裁判官も同じ一票しか持たないが、わが最

高裁判所長官は他の裁判官よりも給与で40%多く、しかも長官は原則として大法廷事件にしか関与しない。そして現在は大法廷事件は大阪空港騒音事件唯1件ということである。もっとも長官も時には小法廷事件をも担当することであるが、その数はそんなに多くはないであろう。その他では、長官は多分司法行政事務に精励しているのであろう。わが国では、裁判所の制度も行政官僚的発想に基づいているといえる。

アメリカ連邦最高裁判所では、前述のようにすべての事件を全員で処理する。従って首席裁判官も他の裁判官と同等又はそれ以上に裁判に関与する。首席裁判官も、他の裁判官と同じく1票をもつのみではあるが、合議に当っては首席裁判官が最初に意見を述べ、他の裁判官はその後で順次先任順に意見を述べることになっているので、すぐれた首席裁判官は事実上裁判の結果に大きな影響力をもつことになるのである。なお、票決に当っては、意見の陳述と逆に首席裁判官が最後に vote することになる。

2 裁判官の選任

最高裁判所は、法律についてのみでなく憲法についても有権的最高解釈権をもっており、国民の権利義務が法的に最終決着がつけられるところであるから、その裁判官の人選は非常に重要な問題である。

わが国の最高裁判所の裁判官は15名であるが、今年になってから4名の裁判官が任命された。最高裁判所の裁判官の人選については、ジャーナリストも注目しており、本年2月16日の朝日新聞は、「国民不在の最高裁人事」という表題の、編集委員野村二郎氏の署名入りの記事を載せている。

憲法の規定によれば、最高裁判所長官は内閣の指名に基いて天皇が任命し（6条2項）、長官以外の最高裁判所裁判官は内閣でこれを任命する（79条1項）ことになっていて、いずれもその人選の権限は内閣にある。これに関して、前述の野村二郎氏は本年4月28日の朝日新聞の「人物拝見」という欄で服部最高裁長官についての記事の中で、「最高裁判事の人事（については）……内閣に任命権があるものの、長官には慣例上、首相に意見を述べる権利がある」と書いている。

この慣例について、野村氏が2月16日の記事で書いているところによれば、田中耕太郎二代目長官は内閣の人事権を尊重していたが、三代目の横田喜三郎長官は池田首相に「長官の意向をくんでほしい」と絶えず要望していた、ということである。そういうことでこの慣例ができ上がったのであろうが、決定権はあくまで内閣にあり、下級裁判所の裁判官についてのように、最高裁判所に指名権があるわけではない。同記事にもあるように、佐藤首相がある裁判官を自分の一存で選び任命したこともある、ということである。

野村氏の2月の記事の表題は、前述のように、「国民不在の最高裁人事」となっているが、この点本文では、「しかし、最高裁判事の人選は依然、政府と一部の法曹関係者によってのみ進められ、その意味で『国民不在』の形である。……日弁連などでは、政府の恣意的な任命を防ぎ『民意』を反映させるため、『任命諮問委員会』のような制度の設置を提唱している」と述べている。任命諮問委員会は、昭和22年に最初の最高裁裁判官15名を選任する場合に設けられたが、その際には任命諮問委員会の委員の選任等についても問題があり、1回きりで廃止された。任命諮問委員会の設置によって果して民意を反映できるかは、必ずしも明らかではない。アメリカでは民意によって人選しようとして、多くの州で裁判官を公選にしたが、よい結果を得ることができず、それらの州の中で、いわゆるミズリー・プラン（その説明は省略）といわれる新しい選任方法を採用するようになった州が、相当増加している。わが国には、最高裁裁判官について国民審査で解任するという方法が設けられているが（憲法79条2項乃至4項）、この制度が十分に機能するかどうかは疑問である。

それらのことはさておき、最高裁裁判官の人選について重大なことは、15名のうち何名は裁判官からというような枠が事実上設けられている、ということである。その枠は大体、裁判官から5名、弁護士から5名、その他から5名というのである。もっとも最近では、裁判官から6名、弁護士から4名、その他から5名となっている。しかもその弁護士の4名をさらに細分化して、東京弁護士会・第一東京弁護士会・第二東京弁護士会からそれぞれ1名、他の弁護士会（大阪弁護士会、名古屋弁護士会等）から1名ということになっており、その他からの5名も、検察官から2名、他の3名は、大学教授から1名または2

名、外交官から1名または0名、ほんとはにその他（たとえば内閣法制局長官等）から1名または0名、ということになっているとのことである。

こういうように枠がきまっているとすると、裁判官出身の人が定年近くになると最高裁で後任候補者の人選をすとか、検察官出身の裁判官が定年近くになると、法務省事務当局と検察官出身の最高裁裁判官とで相談して後任者の人選をすとか、弁護士出身の裁判官が定年近くになると、日本弁護士連合会で候補者をきめて最高裁長官や内閣に働きかける、というようなことが実際に行なわれているようである。日本弁護士連合会は数名を推薦するようであるが、定年となる裁判官の出身弁護士会がどこであるかによって、本命が誰であるかはおのずから明らかとなる。野村氏が、前述のように、「人選が政府と一部の法曹関係者によってのみ進められ」といっているのは、おそらくこういうことを指すのであろう。

推薦通りに任命する必要はないとしても、枠がきまっている以上、その推薦によって事実上相当影響を受けることは否定できず、細かい枠の中でこういう方法で人選して、果して常に最良の人物を集めることができるであろうか。さらにこういうように枠をきめて人選すると、選ばれるのは、どうしても裁判官・検察官・弁護士のうちでの上位の者・年輩者ということになり、その他の人についてもそれらと均衡を保つために、どうしても年輩者が選ばれることになる。そうすると最高裁の裁判官は年輩者のみとなり、また定年制（70歳）との関係で在任期間が短かく、最高裁の裁判官がしばしば変るということになる。

裁判所法41条は「最高裁判所の裁判官は、識見の高い、法律の素養のある年令40年以上の者の中からこれを任命し」と規定しているが、一番若くして任命されたのは51歳7ヶ月であり、今までに合計78名任命されているが、そのうち60歳未満で任命されたのは上記の人を含めて4名のようなのである（上記の人のほかは57歳、58歳、59歳）。40歳代の任命は、まだない。

元東大教授で最高裁判事となり、定年を待たずに辞任された田中二郎氏は、法学セミナー増刊「最高裁判所」（昭52年）に載っている座談会の記事の中で（p. 64）、「高令の人がいてもいいんです。しかし、やっぱり若い人も入るべきです。バランスのとれた年令構成が、裁判を促進していく上からいっても、ま

た公正な判断をする、柔軟なものの考え方をするという点からいっても、非常に大事なことじゃないかとかねがね思っておりまして、私がやめますときにもそのことを長官に意見として述べたんです」といっている。

アメリカの連邦最高裁判所の裁判官の選任について述べよう。前に述べたように、その選任方法は、大統領が指名し、上院の承認を得て大統領が任命するのである。違憲立法審査権との関係で、連邦最高裁判所の裁判官の選任は大統領の最も重要な人事であるとされている。なお連邦の裁判官は、身分が保障され、定年制もなく終身官である。

第二次大戦後、連邦裁判所の裁判官について、大統領の指名前に、その意を受けて司法長官からアメリカ弁護士協会 (A.B.A.) にその候補者が裁判官として適格であるかどうかの意見を聞くということが始められ (もとより大統領はその意見に拘束されるのではない)、Eisenhower 大統領はその意見を比較的尊重するようになり、最高裁の裁判官についても意見を求めるようになった。しかし Nixon 大統領のとき、最高裁の裁判官2名の欠員補充のために6名の候補者につき意見を求めたところ、その中の Nixon 意中の2名について不適格という答をし、しかもその情報が事前に外部に洩れたので、Nixon 大統領は以後 A.B.A. の意見を徴することをやめたということである。

A.B.A. の意見を徴するか否かは自由であり、意見を徴してもそれに拘束されるわけではないが、大統領の指名に対する上院の承認は憲法に定められた任命の要件である。そして時には、この承認を得られないこともある。Johnson 大統領のときに、Warren 首席裁判官の後任として陪審裁判官の Fortas を首席裁判官に指名、陪審裁判官 Fortas の後任としてある人を指名して、上院の承認を求めたが、その承諾が得られる見通しがなくなったので、Fortas が大統領に辞退の申出をし、大統領がこの二つの指名を撤回したことがある。また Nixon 大統領が、1968年ある連邦控訴裁判所の首席裁判官を最高裁判所の陪席裁判官に指名したが、上院で 55:45 で承認が否決され、さらに 1970 年にも Nixon 大統領が最高裁判所の陪席裁判官に指名した他の連邦控訴裁判所裁判官の承認が、上院で 51:45 で否定されている。

アメリカでは、このように時に上院の承認拒否ということは起りうるが、裁

日米の最高裁判所の比較

判官から何名弁護士から何名というような枠は全然なく、大統領が自由に適当と信じる人物を最高裁判官に指名し——上院の承認を得て——任命する。1947年即ちわが最高裁ができた年以後に任命された連邦最高裁裁判官は16名であるが、Warren はカリフォルニア州の知事から、Goldberg は労働長官から任命されている。この期間は大学教授からは1人も任命されていない。裁判官から最も多く、半数の8人であり（州裁判所の裁判官からを含む）、法務省の役人から4人（長官1人、なおその4人のうちの1人は前に裁判官）、弁護士からは2人である。

年令からいうと、40歳代4人、50歳代8人、60歳代4人であり、最も若く任命されたのはStewart 43歳である。Stewart の任命は1958年であるから、既に21年か22年在職し、まだ64歳か65歳というわけである。定年がないから、現在70歳以上の裁判官が5人いる。前述の田中二郎氏のいわれるのは、こういうことを望まれてのことであろう。

高年令で任命すると、殊にわが国では70歳という定年があるため在职期間が短かく、任命の数が多くなる。昭和22年（1947年）以後、前述のようにアメリカでは16名の新任であるが、わが国では78名、最初の15名を引いても63名の新任である。定員がアメリカは9名であるのに対してわが国は15名であるから、63名の5分の3と計算すると38名である。退職新任の数が、わが国が2倍か2倍半近いということになる。

わが国では33年間に最高裁裁判官に総計78名任命されているが、アメリカ連邦では190年間に101名任命されたのみである。わが国の長官は現代9代目ということであるが、アメリカ連邦最高裁の首席裁判官は——約6倍の年数を経ているのに——現在15代である。わが国の長官は第4代以後すべて、最高裁判事からの昇任であるが、アメリカでは15名の首席裁判官のうち陪席裁判官からの昇任は、唯2名である。わが国では、こういうところにも、行政官僚的発想があらわれているのであろうか。

3 意見の表示

わが国では従来、合議体が裁判する場合にたとえそれが多数決でできたの

であっても、外部には一つの理由のみが発表されることになっていて、現在でも高等裁判所以下についてはその通りである。即ち、裁判所法75条2項後段は、「(裁判の)評議の経過並びに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」と規定している。そしてその特別の定として、同法11条が最高裁判所について、「裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない」と定めている。

この点について、兼子一氏(「裁判法(新版)」p. 152)は、次のように説明している。下級裁判所については、「(評議の内容、各裁判官の意見)が外部に洩れると気兼ねして自由な意見の発表が妨げられるおそれがあるとか、裁判官の間に意見の不一致のあることを示すことは、裁判の権威を損うとかの理由に基づくものである」とし、「しかし、英米系の裁判では、数人制の場合も合議制というより、数人の裁判官の各別の裁判を束ねたものであるとの観念があって、各自の意見が表示される建前がとられ、特に少数意見が発表される例になっている。そこで、最高裁判所だけは、これに倣って、硝子張りで各自の意見を公表させ、その責任を明確にすることによって、国民も裁判官の傾向や能力を判断して国民審査の資料にもできるし、また判例の動向を卜する手がかりにもなるようにしようとしたのである」といっている。

従来のがわが国の制度では、裁判の合議制の場合に匿名性を好むのに対し、英米では合議制の場合にも各裁判官が自己の意見を外部に発表し、その責任を外部にも明らかにすることになっている。評議した場合にその評議の内容は勿論秘密にすべきであるが、各裁判官の最終的な意見は外部に発表することになっている。わが国でも最高裁判所については、国民審査との関係で、どうしても各裁判官の意見を外部に発表しなければならないとして、英米に倣って例外を規定したのであろう。

ところが現実には、個々の裁判官の意見は殆んど表示されていない。最高裁判所の多くの判決は全員一致の裁判であり、その場合には、「よって、何法何条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決(又は決定)する」と書かれている。反対意見がある場合にも、「この判決は、裁判官甲の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである」と書き、その反対意見

日米の最高裁判所の比較

のみが裁判官の名を明らかにして発表されるのである。個別的意見には、最高裁の慣行上「反対意見」「補足意見」「意見」の三種があるが（単に意見とは、結論は多数意見と同じであるが理由づけが異なる場合である）、これらについても複数の裁判官が同じ意見であれば、「裁判官甲、乙、丙の反対意見は次の通りである」と、匿名になるのである。複数の者が満足できる一つの意見となると、各裁判官の個性、能力、識見があらわれない、場合によっては無味乾燥でさえある文章となりかねない。

こういう意見の表示方法では、ある裁判官がすべての事件において多数意見または共同の反対意見・補足意見・意見に属しておれば、その裁判官の個別意見が全然現われなくなることになる。裁判官の国民審査に対しても、十分な資料を提供しないということになる。

一体どの程度裁判官の個別意見が発表されているのかを、昭和53年度の最高裁判所判例集（32巻）について調べてみた（いうまでもなく、最高裁判所判例集には最高裁判所の判例の一部が登載されているのみなので、そこに登載されていない裁判に個別意見があるかも知れないが）。最高裁判所判例集32巻に登載されている事件数は、民事53件、刑事40件、計93件である。そのうち全員一致の意見のみが表示されているのが、77件である。15名の裁判官（10月11月に新任された3名を除く）のうち、個別意見を表示している裁判官が8名、共同意見に名を連ねただけの裁判官が3名、全然名前のでて来ない裁判官が4名となっている。

アメリカの連邦最高裁判所のことを述べよう。兼子氏は「英米では、合議制というよりも数人の裁判官の各別の裁判を束ねたものである」といっているが、イギリスにおいては正にその通りである。判決の結果は、その各裁判官の結論の多数決でできる。アメリカでは、合議の結果全員一致の見解または多数の一致した見解ができれば、その中の1人の裁判官がその見解を代表して、その名前を明示して「法廷意見」(Opinion of the Court)を書く。そして反対意見の裁判官、その他自分の個別意見を表示したい裁判官が、法廷意見の後にその意見を書く。全く同じ反対意見・同意意見の裁判官が数人いる場合にも、そのうちの1人が個人名を明らかにして反対意見・同意意見を書き、他の裁判官は

それに同意の旨を表示する。即ち裁判官の意見はすべて個人名を明らかにして表示し、匿名の意見がないのが原則である。

ただし、理由が非常に簡単明白である場合には *Per Curiam* (=by the Court) として、裁判官の名前を示さずに簡単に判決の理由を述べる。また例外的に、多くの裁判官の意見がばらばらで、多数の代表意見というものが考えられない場合には、簡単に判決の結果を明らかにするために *Per Curiam* として匿名で意見を書き、その後各裁判官が個別的にその意見を表示することがあり、また判決の言渡が緊急を要し、法律的意见を整然とした文章として書く暇のないときに *Per Curiam* の判決をした例もある。

上記の「*法廷意見*」を執筆する裁判官は、全員一致の場合は首席裁判官が全裁判官のうちから、多数決の場合、首席裁判官が多数派に属するときは首席裁判官が多数派の裁判官のうちから、首席裁判官が少数派に属するときは多数派中の先任陪席裁判官が多数派の裁判官のうちから、指名する（もちろん自分を指名してもよい）。このような方法をとるから、各裁判官の書く*法廷意見*の数は大体平均され、自己の名を明らかにした意見を全然表示しない裁判官など生じることはない。1977年開廷期（1977年10月から1978年6月）に言渡された判決の総数は135件、そのうち *Per Curiam* の判決は6件、*法廷意見*はすべての裁判官が1人当り12乃至16執筆している。

わが裁判所法は、最高裁判所では裁判書に各裁判官がその意見を表示しなければならないと規定し、それは英米の制度に倣ったものであるが、その実態はわが国とアメリカとは非常に異なる。わが国の最高裁判所の裁判書は、アメリカの連邦最高裁判所のそれに比較すれば、すべてが *Per Curiam* の裁判書であるということになる。匿名を好むかどうかの違いである。

4 司法権限の範囲

司法権限の範囲、すなわち司法権の行使として裁判所がどういうことができるかについての見解が、わが国の最高裁判所とアメリカの連邦最高裁判所とは相当異なっている。このことを議員定数不均衡の問題を例にとって述べることにする。

日米の最高裁判所の比較

(1) この問題に関するわが最高裁判所の判決で、最高裁判所判例集に登載されたものとして、昭和39年2月5日の大法廷判決（民集18巻2号270頁）と昭和51年4月14日の大法廷判決（民集30巻3号323頁）とがある。

昭和39年の判決の事件では、昭和37年7月に行なわれた参議院議員選挙の地方区について、鳥取県選挙区における1票の価値は東京都選挙区におけるその4.088倍に該当する——換言すると、選挙区別の議員1人あたりの有権者数が鳥取県と東京都とは1対4.088である（この時の選挙では鳥取県が最少で東京都が最多）——として、東京都の有権者が東京都選挙管理委員会委員長を被告として、これは国民を不平等に取扱うものであって憲法14条の「国民はすべて法の下に平等である」という規定に違反するから、右選挙は無効であると主張して、「（右）東京都選挙区選出議員選挙を無効とする」との判決を求めた。これに対して最高裁判所は「（この）ような程度ではなお立法政策の当否の問題に止り、違憲問題を生ずるとは認められない」とし、請求を棄却した原審判決を是認した。なお、この判決は議員定数不均衡の問題は司法審査の対象となることを前提としているが、この判決の中で斎藤裁判官は、議員定数配分の問題は司法解決に適しない問題であるという個別意見を述べている。

昭和51年の判決の事件は、昭和47年12月に行なわれた衆議院議員選挙について、千葉県第1区の選挙人が千葉県選挙管理委員会を被告として、選挙区別の議員1人あたりの有権者数は、その最も少ない兵庫県第5区と本件千葉県第1区との比は1対4.81（最も多い大阪府第3区との比は1対4.99、千葉県第1区は二番目に多い）となっていて、その不均衡は憲法上許容できる限界を超え、公職選挙法の選挙区割及び各選挙区の議員定数を定めた規定は、憲法14条に違反するから、その規定に基づいて行なわれた「千葉県第1区における本選挙を無効とする」という判決を求めて、訴を提起した。原審は、右配分規定はこの程度では違憲ではないとしたが、最高裁判所は、「本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、憲法の選挙権の平等の要求に違反し、違憲と断ぜられるべきものであったというべきである」とし（判決は兵庫県第5区と——千葉県第1区ではなく——大阪府第3区とを比較の対象として論じている）、定数配分の規定は「不可分の一体をなすと考えられるから、右配分規定は、単に憲法に違反

する不平等を招来している部分のみでなく、全体として違憲の瑕疵を帯びるものと解すべきである」とした。

しかしこの判決は、当該選挙を無効とはせず、主文において「上告人の請求を棄却する。ただし、昭和47年12月10日に行われた衆議院議員選挙は、違法である」と宣言するに止めた。そしてそうする理由として、判決は次のようにしている（p. 250）。「右規定及びこれに基づく選挙を当然に無効であると解した場合、これによって憲法に適合する状態が直ちにもたらされるわけではなく、かえって、右選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかったこととなる結果、すでに右議員によって組織された衆議院の議決を経たうえで成立した法律等の効力にも問題が生じ、また、今後における衆議院の活動が不可能となり、前記規定を憲法に適合するように改正することさえもできなくなるという明らかに憲法の所期しない結果を生ずるのである。それ故、右のような解釈をとるべきでないことは、極めて明らかである。」そして、「本件選挙は憲法に違反する議員定数配分規定に基づいて行われた点において違法である旨を判示するにとどめ、選挙自体はこれを無効としないこととするのが、相当である」といって、いわゆる「事情判決」をしたのである。

実際には、最高裁判所がこの判決をした昭和51年4月には、昭和47年当時の公職選挙法の選挙区割及び各選挙区における議員定数の規定が、昭和50年法律63号によって既に改正されていて、——千葉県第1区が第1区と第4区に、大阪府第3区も第3区と第7区に分けられ、いずれも従来議員定数が4名であったのが合計7名に増加していて——、その後は衆議院議員選挙が行なわれても、この判決によって違憲とされた規定による選挙が行なわれるという事態が生じない、ことになっていた。もしそういう改正がなされない間に、議員の任期が満了または解散が行なわれたとすると、どうなるであろうか。総選挙は行なわざるを得ず、その総選挙は違憲とされた区割で行なわざるを得ないであろう。それに対して選挙無効訴訟が提起されたときは、またもや本件におけるような「事情判決」をせざるを得ないであろう。判決は、国会に是正を勧告するという意味しか持ち得ないことになる。国会がその勧告に従わないときは、違憲の規定がそのまま事実上効力を持続することとなり、そこに司法権限の限界があ

るということになる。

(2) アメリカに移ろう。アメリカで、議員定数不均衡の問題が司法審査の対象となることが、連邦最高裁判所によって確定されたのは、*Baker v. Carr*, 1962 (昭和37年) によってである。(この判決において、反対意見の *Frankfurter* 裁判官は、議員定数の問題は政治問題、即ち司法審査に適しない問題であると述べ、前述の昭和39年のわが最高裁判所の判決における斎藤裁判官の意見はこの *Frankfurter* 裁判官の見解を引用している。)

そして、やがて“one man, one vote”の原理が確立する。連邦最高裁判所がその根拠とする連邦憲法の規定は、連邦と州とによって異なる。州については、修正14条1節の「州は何人に対しても法律の平等な保護を拒否してはならない」という規定を根拠とし、州の上下両院に適用があるとする。連邦については、——上院議員は連邦憲法の規定により各州2名で、議員総数の3分の1ずつが2年ごとに改選されることになっているので、定数不均衡の問題は生ぜず——下院議員についてのみ問題となり、連邦憲法1条2節1項の「各州人民が2年ごとに選出する議員で組織する」という規定を根拠とする(各州に数学的に配分された数の議員の選出について、区割をきめた州法律の合憲性が問題となる)。どの程度で“one man, one vote”の原理に違反することになるかの判定は、個々の場合に異なるが、一院で1対1.15他の院で1対1.21が合憲であるとされた例、一院で1対1.30他の院で1対1.41が違憲とされた例がある。最近はもう少し緩和されているようであるが、わが国より遙かに厳格である。

アメリカでは、議員定数の不均衡(アメリカでは殆んどが小選挙区制であるから、選挙区割の不均衡といった方が適切かと思うが、わが国について述べたのと同じように議員定数の不均衡とよぶことにする)を主張して訴を提起するにも、現議員を選んだ選挙の無効を主張したのみでは、わが最高裁判所の昭和51年の判決のような結果になることを恐れてか、または次の選挙が不均衡な区割の下で行なわれないようにすることが重要であると考えてか、多分双方の理由によって、州務長官その他選挙関係の公務員を被告として、次のような請求の趣旨の訴を提起する。すなわち、(a)現行の区割規定が連邦憲法違反であることを宣言し、かつ(b)次期議員の選挙をその違憲の規定によって施行することを

禁止する——或は、次期議員の選挙を、州全域を一選挙区として施行するか、もしくは国勢調査の結果を数学的に適用して定めた各選挙区から選出する方法によって施行することを命ずる（Baker事件）、等の——判決を求めるというような請求の趣旨の訴を提起するのである。

Baker 事件の判決で連邦最高裁判所は、この問題は司法審査に適する問題であるとした上で、「憲法上の権利の侵害が認定された場合には、（連邦）地方裁判所が（それに対する）救済方法を形作ることができるであろうことを、……疑うべき何等の理由をも、われわれは持っていない、ということ述べるに止める」といって、この問題を司法審査に適しない問題であるとした原審（三人構成の連邦地方裁判所）の判決を破棄し、事件を原審に差戻した。

また、他の事件で連邦最高裁判所は、「ひとたび州議会議員の配分表が違憲であると認定されたときは、裁判所は、その後の選挙がその無効な配分表の下で行なわれることがないように保障する適当な行動をとるべきであり、そうしないことが正当化されるのは例外的な場合である。しかし、次の選挙が差し迫っていて、州の選挙機構が既に活動を開始しているような一定の事情の下においては、たとえ現存の配分表が無効と認定されたとしても衡平の考慮によって、裁判所が……その無効の効果を直ちに生じさせる救済の付与を差し控えることが正当化されることがある。すぐさま救済を与えるかそれを差し控えるかについては、裁判所は……（諸般の事情）を考慮すべきであり、さらに一般の衡平法の原理に基づいて行動し、かつそれに頼るべきである」といっている。

衡平法の原理ということについて説明するのは後廻しにして、連邦最高裁判所の指導の下に、実際にどういう措置を採っているか（どういう内容の判決をしているか）について述べる。

裁判所も、もとより、選挙区割を定めるのは本来立法部（州議会）の権限であることを認め、できるだけその権限を尊重する。従って、区割の法律が違憲であると判定しても、それを憲法の要求に合致するように改めるべき機会を、立法部に与える。そのために、次の選挙が近づいている場合——すなわちそれまでに区割法を改める日数がないと判断した場合——には、次の選挙はその違憲と判定した区割法で実施することを許し、但し次の次の選挙を同法で実施す

ることを禁止すると判決し、次の選挙で選ばれた議員で構成する議会で新たな区割法を制定すべきことを求める、という方法が採られることがある。ところが、新たに制定された区割法も、裁判所が違憲と断ぜざる得ないこともしばしば生じ、裁判所がどこまで我慢するかはその時の事情による。

そういうことの起らないように、何年何月までに新たな合憲と判断しうる区割法を制定すべし——その時期を経過すれば裁判所が自ら区割法を制定する——と命ずることがある。また違憲の区割法で次の選挙を実施することを許すが、その新議員で構成する議会の権限を新たな区割法の制定に限定し、その議員の任期を僅かに3月弱と定めた例もあり、次の選挙が迫っている場合に、違憲と判定した現行法による選挙の実施を禁止し、現在の議員の任期を次の次の選挙期まで延長させ、その間に新たな区割法を制定すべしとした例もある。

このように立法部の区割法制定権限は尊重するが、やむを得ないと判断した場合には、裁判所が暫定的にはあるが自ら区割法を制定する。我慢に我慢を重ねても、違憲の状態を無為にいつまでも続けさせることは、法を守るべき裁判所としてはできない、とするのである。その場合には裁判所は、当事者双方から区割案を提出させ、それらおよび議会に提出された法案等を参考として、自ら区割を定めそれによって選挙を行うべきことを命ずるのであって、その場合には判決の中で、それは議会が裁判所の合憲と判断する区割法を制定するまでの暫定的なものであることを、明らかにする。

いかに暫定的であるとはいえ、裁判所が選挙区割を定めてそれによる選挙の施行を命ずるといふ如きことは、わが国の通常考え方からいえば、明らかに司法権が立法権を侵害することになるであろう。また裁判所が議員の任期を短縮したり伸長したりすることも、驚くべき越権行為と考えられるであろう。田中二郎氏に「司法権の限界」という論文（この論文は同名の著書の中に再録されている）がある。それには「特に行政権との関係」という副題がついているが、その中で、「司法は過去のある時点における事実関係について何が正しい法であるかを宣言する個別具体的な作用である」とし、「行政に関する行政庁の第一次的判断権は、行政権のために留保されなければならない」と強く主張されている（著書 pp. 17, 32, 40）。立法権との関係においても同様に、すな

わち、司法権が立法部の制定した法律の有効無効と判断することはできるとしても、司法権が、立法部の第一次的判断（すなわち立法）なしに、自らそれに代って立法するが如きことは、たとえ暫定的であっても許されないということになるであろう。そしてそれがわが国における通説であると思う。ところがアメリカでは、そういうことができるとしているのであって、司法権限の範囲・限界についての考えが、わが国とアメリカとは大いに異なっているのである。

(3) 連邦最高裁判所は、前述のように、そういう判決をするに当って「衡平法の原理」ということばを使っている。

衡平法 (equity) とは、14世紀中頃から従来の法 (コモン・ロー) に対立してできて来た判例法である。裁判所ではコモン・ローを適用して裁判していたが、時代が進むにつれて、コモン・ローが権利と認めていない利益についても、国民が法律上の保護を与えるべきだと考えるようになってきた (その最も重要なのは信託受益者の利益)。ところが裁判所は先例を踏襲して裁判する結果、そういう利益を保護しなかったため、国民が行政機関 (大法官) に特に恩恵的に保護してほしいと請願し、大法官が当該事件の具体的事情によって例外的に保護を与えたことに始まる。やがて同様の事情があれば同様の保護を与えるようになり、そうなる法といえるようになり、それが衡平法である。また大法官のその機能も裁判所というに値することになり、大法官裁判所・衡平法裁判所と呼ぶことになった。現在では、イギリスでもアメリカの連邦および多くの州でも、本来の裁判所 (コモン・ロー裁判所) と衡平法裁判所とが統合され、その裁判所がコモン・ローと衡平法との双方を適用して裁判する権限をもっているのである。

さて、上記の場合の「衡平法の原理」とは、何を指しているのかは必ずしも明確ではないが、まず考えられるのは、“Equity suffers not a right without a remedy.” (「衡平法は権利を救済なしに放置しておかない」) とか、“Equity will not suffer a wrong without a remedy.” (「衡平法は不正を救済なしに放置しておかない」) という衡平法の原理である。この right とか wrong とかは、本来はコモン・ローではまだ認められていないが、社会の要請上保護すべきであると考えられる利益または抑制すべきであると考えられる行為と解

すべきであるが、同時にコモン・ロー上既に認められている権利または違法行為ではあるが、コモン・ローではそれに対する十分な保護または抑制の方法（救済方法）がない場合をも含むのである。たとえば、土地の売買契約が締結されたが、売主がその土地を引渡さない場合、コモン・ローでは買主が売主に対して契約違反を理由に損害賠償を請求できるだけで、土地そのものの引渡の請求は認められなかった。それでは買主に対する十分な救済にならないので、衡平法ではその土地の引渡を命ずる裁判をするようになったのである。

選挙区割の法律の規定を憲法違反と判断しながら、——それを無効としそれに基づく選挙を無効としたのでは憲法の所期しない結果を生ずるので、そうすることはできず———どうすることもできないという状態をそのままに放置しておくというようなことは、衡平法は我慢できないのである。衡平法の権限をも行使する裁判所は、その状態を匡正する手段を講ずる。そして衡平法上の保護・匡正の手段は、その目的を達し得るように自由に定めることができるのである。

なお、衡平法上の救済方法は裁量的である。一般には救済を与える事案であっても、当該事件の具体的事情から救済を与えない方が正義に合すると判断すれば、救済を与えないこともできる。わが最高裁判所の前述のいわゆる「事情判決」も、衡平法的であるということもできる。アメリカで、違憲と判断した区割法に、無効の効果を与えることを一時延期して、近づいた次の選挙をその区割法によって行なわせるのも、この衡平法の裁量的性質に基づくものである。

衡平法の原理によって行動するとしても、裁判所が立法部の行動に干渉できるとするのは、三権分立の原理に反するのではないかとの疑問が生ずるであろう。しかし同じく三権分立といっても、その具体的内容は国によって異なる。英米における「法の支配」の原理によれば、何が法であるかを最終的に決定し、法に適合するように救済を与えるのが司法権限であり、そのアメリカで発展したところによれば、立法部といえども法に支配されるのであって、アメリカはそういう強い意味における「司法国家」なのである。

(4) 司法積極主義・司法消極主義ということばがある。その意味必ずしも一定していないようであるが、ここでは、裁判官が政治部門殊に立法部に敬意

を表し、立法部が制定した法律は、できる限りこれを尊重し違憲とすることを躊躇する態度を司法消極主義、そうでなくて、裁判官が立法部の制定した法律に対しても、遠慮することなくその違憲合憲を判断する態度を司法積極主義ということにする。

上に述べたアメリカ連邦最高裁判所の態度は、その意味で司法積極主義である。議員定数配分の問題についてこういう方向に進み出したのは、1962年の *Baker v. Carr* からであり、それは Warren 首席裁判官 (C. J. 1953-69) の下においてである。Warren Court は、公立学校における白人と黒人との共学について、既に1954年以来上に述べたと同様の態度を採っており、また刑事被告人・被疑者の人権の保障についても司法積極主義を採った。Warren Court は自らの理想をかかげて、積極的な社会改革の担い手となって、新しい法解釈に基づく裁判を続けて来た。Warren を首席裁判官に任命した Eisenhower 大統領は、大統領をやめる前、Warren の任命は「自分がした最大のいまましい馬鹿な誤りであった」といったということであるが、学者の間にも Warren Court の行き方に批判的な見解も少なくない。しかし、その樹立した判例法・憲法の解釈は、多少の修正を受けることがあっても、今後も続くことであろう。

最高裁判所は憲法・法律の有権的解釈権をもっているのであるから、その裁判官の多数の考え如何によって憲法・法律の内容が実質的に現実に変わっていくことを否定することはできない。それ故に最高裁判所裁判官に誰を選任するかは、極めて重大な事項である。それを、細かな枠をきめて、検察官出身者の後任であるから検察官を、何弁護士会出身者の後任であるからその弁護士会からというような方法で、果して最良の人選ができるであろうか。