

# 裁判官の選定罷免について： 司法の民主的責任に関する日米比較・序説<sup>＊</sup>

川 鍋 健<sup>\*</sup>

## 1. はじめに：司法の民主的責任

### (1) 日本における裁判官の選定罷免手続と、それ に対する問題意識

日本国憲法 15 条 1 項は、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」と定める。この条文は、「公務員が公務に継続的に参与する者の総称であることから、本条は必ずしも公務員のすべてを有権者が直接に任命または選挙すべきことを意味するわけではない」とされ、公務員を広義に把握しつつも、すべての公務員の選定罷免権を国民に保障するものではない（長谷部【42】216-19 頁、引用は 217 頁（長谷部恭男執筆））。実際、「公務員」に包含されると考えられる裁判官について、日本国憲法は別途規定している。まず、任命手続については、最高裁判所（以下、最高裁）長官については 6 条 2 項（内閣の指名に基づく天皇による任命）、その他の最高裁裁判官については 79 条 1 項（内閣による任命）、下級裁判所裁判官については 80 条 1 項（最高裁の指名した者の名簿により内閣が任命、10 年の任期ごとに再任を決定）がある。次いで、罷免手続については、64 条 1 項及び 78 条（すべての裁判官について非違行為を行った場合の弾劾裁判）、79 条 3 項（最高裁裁判官に対する国民審査）を規定している。裁判官の選定罷免にかかわる日本国憲法の規定は、権力分立の観点から司法権ないし 81 条に定める裁判所の違憲審査権に対する抑制均衡を目指すものと考えられる。しかし同時に、選挙された国会議員から互選される内閣総理

大臣を中心とする内閣による指名、任命、また国会での弾劾裁判による裁判官の罷免手続、そして特に最高裁裁判官についての国民審査の手続は、裁判官という職に対する民主的統制の趣旨を定めてもいる、と理解できる。

このように考えるとき、裁判官にもなんらかの民主的責任が生じると考えられるが、それはどのようなものであろうか。まず、国会や内閣など、民主的政治過程に対しては、それらが任命や罷免の手続に与るといっても、その政治的意図やそれに基づく憲法を含む法解釈を裁判官がそのまま受容することではない。裁判官の独立を定めた日本国憲法 76 条 3 項はその趣旨である、と解される（蟻川【3】、4-5 章；伊藤【6】；清宮【18】357-58 頁；小粥【19】第 6 章；曾我部【26】；団藤【31】第 1 章第 1 節、および第 2 節第 1 款；名雪【34】；長谷部【38】；長谷部【39】、補論 I；長谷部【40】、第 12 章；長谷部【41】、第 9 章；樋口【47】、488-91 頁；平野【49】；南野【53】など）し、いくら選定罷免に与るといっても、その政治的選好に専ら従って裁判官を選定罷免はできないという制限は、最高裁作成の名簿による下級審裁判官任命、非違行為を根拠とする弾劾裁判、弾劾裁判所法 19 条に規定される弾劾裁判の裁判員の独立ということからも見てとれる<sup>(1)</sup>。ただ、最高裁裁判官については、国民審査の有権者たる国民には、そのような制限があるものとは見えない。というのは、憲法制定権者としての主権者人民とは国民投票ないし選挙の有権者団と同視されるというアメリカの人民主権論を日本でも採用すべきである、という立場（川鍋【15】<sup>(2)</sup>）からは、国民審査の有権者としての国民が日本国憲法にいう主権者と同視可能である、ということばかりが理由ではな

<sup>\*</sup> 早稲田大学政治経済学術院講師（任期付）。博士（法学）、修士（法学）、一橋大学。学士（法学）、東北大学。

い。国民審査に言及する日本国憲法 79 条に前述のような制限を示す規定がなく、これを受けた国民審査の手続を定める現行の最高裁判所裁判官国民審査法<sup>(3)</sup>も同様であるからである。これは日本国憲法における国民審査制が基本的には解職制と解釈されていることに由来すると考えられる<sup>(4)</sup>。

国民審査においては、最高裁裁判官は直接、国民に対してその職務遂行について責任を負っており、もしそれが国民の意に沿わない、と判断されれば、罷免されなければならない。しかし実際には、国民審査はそのようには機能していない。国民の最高裁裁判官への関心が薄いことが原因であり（フット【30】、102-103 頁）、国民審査により罷免された裁判官はいない。

このような、国民審査制が解職制として十分に機能していないことを前提とする理解に対しては、「罷免例がないのは、内閣が任命した裁判官の活動に国民が大きな不満を覚えていない帰結に過ぎず、国民審査制の『機能』が停止している状態とまで断定はできない」との反論があるかもしれない<sup>(5)</sup>。実際、国民審査制が十分に機能していることを前提にした元最高裁裁判官の言説がある<sup>(6)</sup>。この点は、国民審査制の機能をどう見るか、ということによって考え方が変わりうる。というのは、国民審査制には解職制という「本来的機能」のほかに、一定数の国民から×、すなわち罷免を可とする投票がなされることで最高裁裁判官の内省を促す「派生的機能」（笹田【21】、38 頁）、あるいは、最高裁裁判官任命の事後審査や「適任者について民意を背景にその地位を強化するという機能」（浦部【7】、372 頁）もある、と考える余地があるからである。もし、そのような機能も国民審査に認めるならば、罷免例がないことが国民審査制の機能不全を示すことには必ずしもならないことになるだろう。

しかしながら、このような理解には、異論がある。というのは、国民審査制の「本来的機能」である解職制は「派生的機能」によって代替されるべきものではないということである。これらの議論を展開する論者は、解職制という「本来的機能」が働かないことを前提に「派生的機能」を議論している（笹田【21】、38 頁）が、ならば、「本来的機能」が働くように制度を構想するのが筋である。むしろ、穿った見方をすれば、「派生的機能」

を論じる論者には、制憲議会における国民審査制導入に対する消極的評価を共有し、「本来的機能」をできる限り脱色するためにする議論として「派生的機能」を論じているきらいがある（笹田【21】、38-40 頁は制憲議会の国民審査制採用を消極的なものとみ、制度改革の提案としては「派生的機能」に主眼を置いている）。価値判断の問題として、そのような選択をすることは否定しない。しかし、それは国民が不適格だと判断した場合には最高裁裁判官は罷免されなければならない、という要請を実質的には無にするものであり、わたしの立場からすれば問題がある。

以上のような国民審査の機能不全からは、3つの問題が生じると考えられる。まず、最高裁の権力濫用の危険である。司法権は他の各権と比べてその政治的性格が薄いといわれるが、それでも国家権力の一翼である。特に、前述したように民主的政治過程による裁判所への統制手段が限られることを考えれば、国民審査は司法権に対する重要な監視機会であり、これを逸すれば多くの人々が不合理と考える法解釈を最高裁が展開しても拒否できない。

次に、民主的政治過程の担当者は、選挙を通じて国民から直接、間接に選出されるが、それは政治全般の担当者を選出するという性格が強く、必ずしも特定の法律制定や法解釈を採用することを理由に選ばれるわけではない。このとき、民主的政治過程は、特定の法律制定や法解釈の実現について、国民の多数と異なる意向を持つ場合がある。ここで念頭に置く近時の例は、夫婦別氏問題である。いわゆる選択的夫婦別氏制度導入について、各種世論調査は導入賛成が過半数を占め、内閣府の世論調査でも導入賛成が3～4割、婚姻前の氏を通称として法律により公認する立場と合わせ5～6割で推移している<sup>(7)†</sup>。

もし国民が長期に渡り、特定の法律制定や法解釈の採用を求めていることが明らかであり、憲法もこれを許容するにもかかわらず、民主的政治過程がそれらを不当に怠った場合、裁判所は違憲審査を通じて介入する余地がある。しかし、現実にはこのようなことが起こっても、国民審査が十分に機能しなければ、最高裁は国民に対して責任を果たす必要がないので、民主的政治過程に是正を求めるインセンティブもない。むしろ、任命手続に

においては内閣からの裁判官人事への不当な統制が働くおそれがあり<sup>(8)</sup>、民主的政治過程の意向に背くような立法不作為の認定や法解釈の採用を不当に避けるインセンティブが働くおそれが高い。

このことと関連して、3つ目に、最高裁が判決を通じて民主的政治過程の立法とその運用を不当に権威づけしてしまう危険がある。日本の違憲審査制は歴史的に、合憲判断積極主義であり、憲法判断を行うのに消極的であったわけではない（樋口【45】、183-84頁）。そのような状況で前述のようなおそれがある場合、民主的政治過程が決定したことそれ自体を根拠として、裁判所が違憲審査制を通じて安易に法令を合憲判断するなどして正当化してしまうことも考えられる。その結果、裁判所が民主的政治過程といわば結託して、国民の多くが望まない法令制定や法令解釈を国民に押し付ける可能性がある。

## (2) アメリカの憲法実践と日本の問題状況への示唆

以上のようなわたしの問題意識は、伝統的な憲法学のそれとはずれている。つまり、裁判官の任期は10年だが、実際は官僚制として再任が原則であり、しかし再任について憲法80条1項に基づく指名名簿作成者たる最高裁が恣意的に決定できることが問題だったからである（樋口【45】、173-82頁）<sup>(9)</sup>。そこでは、80条1項が一見前提としている内閣や国民審査を通じた裁判官人事への民主的統制がないまま最高裁が裁判官人事を恣意的に行うことの問題が扱われていた。

もっとも、そのような論調は、必ずしも裁判官人事に対する民主的統制が好ましいものではない、という認識を前提とするものでもあった。というのも、前述の「派生的機能」の議論に加えて、10年の任期ごとに裁判官再任を全面的に審査して必要に応じて大規模に入れ替えるには、いわゆる法曹一元制度を前提にする必要があるし、「任命＝10年任期制による国民からの間接的な制度的コントロールを定めたものと解することは、76条3項によって要請されている裁判官の職権の独立を弱くしすぎる」、と考えられたからである（樋口【47】504-506頁。引用は、506頁）。

しかし、わたしの見る限り、裁判官人事をとりまく状況は変容してきている。(1)で示した問題

が現実にあるばかりでなく、最高裁裁判官の人事については、任命権を持つ内閣が暗黙裡に介入している、ということが報道されていることがある<sup>(10)</sup>。これらのことは、官僚制によって担保される裁判所とそれによって担われる違憲審査制、というモデルが、現実には機能しないのではないか、との懸念を抱かせる。むしろ、国民審査を適正に運用することによって裁判所の民主的正当性を確固たるものとすると同時に、裁判所が違憲審査制を通じて適正に国政を監視し、不当な権力行使に加担することがないように主権者国民が統制する、といういわば民主的責任モデルを目指すべき時期に来ているのではないか。

ただ、このような法体系を目指すべきだ、と提案するためには、裁判所の人事制度にとどまらず、法曹制度、裁判制度など検討すべき課題が多い。それゆえ本稿では、このような関心からまずは、裁判所の任免制度を眺めたとき、どのような課題を見出し、提案を行うことができるか、という点に限定して、議論を立ててみたい。

また、司法が民主的であるべきだという命題については、小田中聰樹の「民主的裁判官」論と問題意識を共有する。ただ、本稿での民主的責任モデルは小田中の議論とは異なっている。というのは、小田中が裁判官は「社会的多数者の利益」としての国民の利益に則した判断をすべきとした（小田中【10】、16頁）が、その判断基準が明確ではない。むしろ、多数者という言葉の裏で少数者の人権擁護を導入しているきらいがあり、樋口陽一がこの主張に対して問題にしたことの一つはこれであると思われる（樋口【46】、15-16頁。なお、小田中【10】は、樋口【45】の書評として執筆された）。わたしは、この点は、真に実質的な運用がなされている国民審査を経た最高裁裁判官の判断が「『社会的多数者の利益』としての国民の利益に則した判断」である、と考える。言い換えれば、裁判官はその良心に従って独立して法を解釈し裁判を行い、その判断を行なったことについて国民を説得できるものであるべきであり、その機会が国民審査などであるべきだ、ということである。

このような観点から、日本の裁判官任免制度にとって参照することが有益であると思われるのが、アメリカの裁判官任免制度である。アメリカでは、

連邦の裁判官と州の裁判官とで選定罷免の方法は異なっており、それぞれの性格の重要な違いを示唆するが、同時に、その根底に通底している問題意識である裁判官への民主的統制の必要、という問題意識も見えてとることができる。2. では、アメリカの制度的実践を参照し、その意義を考察する。

## 2. 裁判官の民主的責任に関する アメリカの実践の意義

アメリカの裁判官任免に関する実践としては、連邦と州とで相当異なっている。ごく大まかに言えば、任命について前者は大統領の指名と連邦議会上院の承認による任命、後者は選挙及びそれに準じた制度による選任、罷免について前者は弾劾裁判による罷免、後者は州民審査等の手続による罷免である。

これらの違いについては、裁判官の選定罷免が選挙及びその類似のものによるかどうかに伴って、裁判官に対する民主的統制の度合いの違いと、それに伴うメリットとデメリットの勘案をみてとることができる。その一方で、両者には共通して、裁判官の人事に関する情報を一般国民にも共有可能なかたちで行われるべきだ、という裁判官の民主的責任の要請に基づく運用がなされていると見られることもできる。

以下では、連邦及び州の裁判官任免制度を参照し、その違いと共通点について詳述する。

### (I) 連邦裁判官の任免<sup>(1)(2)</sup>

#### A 連邦裁判官の任命

##### (i) 条文と概要

連邦の裁判官は、基本的に連邦憲法 3 条に規定される裁判官として、同 2 条 2 節 2 項に従って任命される（同条項の制定過程について、Yates [88], pp. 1057-60）。同条項によれば、合衆国大統領が指名し、連邦議会上院の助言と承認により任命される。助言と承認は、本会議の単純多数決によるが、それに先立ち上院司法委員会で調査、審査、本会議への上程の可否に関する議決がなされる。裁判官候補者の調査は大統領の指名段階でも司法省によりなされ、全米法曹協会（ABA）

の裁判官の格付けが参照されていた。しかし特定団体が裁判官指名に重大な影響を与えることは公正でない、としてジョージ・W・ブッシュ（George W. Bush）政権でその格付けの利用が停止された。以降共和党政権は保守系法律家団体のフェデラリスト協会（Federalist Society）の評価を参照したが、バラク・オバマ（Barack Obama）政権はABAの評価を重視したとされる（Epstein and Segal [69], p. 22；大沢 [8], 303, 305-306 頁）。

ただし、下級裁判官（magistrate judge）、破産裁判官（bankruptcy judge）などの連邦地裁に属する一部裁判官、租税裁判所（Tax Court）などその性質上合衆国憲法 3 条ではなく同 1 条に基づき設置される裁判所の裁判官について、連邦の裁判官であるにもかかわらず合衆国憲法 3 条にいう裁判官としては扱われないものがある。この場合、連邦地裁裁判官の指名などにより任命される（田中 [29], 96-98, 123-25 頁；Resnik [80], pp. 601-602；Wilson [87], pp. 101-106）。論者によって整理は異なるが、次のことが共通している。すなわち、被指名者が法律家としての素養を有しているか、有しているとしてその思想傾向と大統領及び上院多数派（最高裁裁判官の場合）ないし裁判官が担当する予定の地域の上院議員（その他の連邦裁判官の場合）の思想傾向との近接性があるかを調べる、ということである（浅香 [2], 132 頁；大沢 [8], 298-301 頁；Morris [77], pp. 867-81；Ross [82], pp. 122-66）。

##### (ii) 上院司法委員会公聴会（以下について特に見平 [56], 738-44 頁と、その参考文献を参照）

裁判官候補者を調査、審査する手段として実施される上院司法委員会公聴会は、現在では当然のごとく行われている。特に連邦最高裁裁判官候補者の中継放送は国民に注目されるが、この慣行の成立過程は複雑である。連邦最高裁裁判官候補者について、1816 年の上院司法委員会設立後、南北戦争前後まで、全てではないがたびたび上院司法委員会に候補者についての諮問が上院本会議の議決前になされるようになり、その後上院司法委員会への諮問は常態化した（Collins and Ringhand [68], p. 129）。ただ、公聴会の実施はごく例外的なものにとどまり、1873 年のジョージ・

ウィリアムス (George Williams) の最高裁長官への任命 (公聴会是非公開), 1916 年のルイス・ブランドイス (Louis Brandeis) の裁判官への任命, 1922 年のピアス・バトラー (Pierce Butler) の裁判官への任命にかかわる公聴会の実施があるばかりだった。加えて, ウィリアムスの場合は司法長官としての司法省の資金の私的流用問題を審議するため, バトラーの場合はミネソタ大学理事時代の行為について審議するため, と, 目的が限定された。この過程で, ウィリアムスの指名は撤回された。ブランドイスの場合は, 人民の裁判官との評価の高かった彼に対する保守派からの反対, 及び反ユダヤ主義者からの反対という政治的な理由によったが, ブランドイスは証言を拒否した (Collins and Ringhand [64], pp. 129-30)。

候補者本人による証言については, 1925 年のハーラン・F・ストーン (Harlan F. Stone) 裁判官の任命時を皮切りに, フェリックス・フランクファーター (Felix Frankfurter, 1939 年), ウィリアム・O・ダグラス (William O. Douglas), フランク・マーフィ (Frank Murphy, 以上 1940 年), ロバート・H・ジャクソン (Robert H. Jackson, 1941 年) らが行った (Ross [77], pp. 116-17; *id.*, p. 117, note 28)。ただ, ストーンやフランクファーターの場合は連邦最高裁の判例形成に関わる法的見解についての質疑は行われず, ダグラスやマーフィはあくまで自発的に上院を訪れる, という形式だった。シャーマン・ミントン (Sherman Minton, 1949 年) 裁判官の場合には, 公聴会での証言を拒否すらしている (見平 [56], 739-41 頁; Ross [81], pp. 118-19)。

もっとも, 1937 年に任命されたヒューゴー・ブラック (Hugo Black) 裁判官について, 彼が上院議員だったことを理由に公聴会を省略した結果, 任命後に判明した彼の白人至上主義団体クー・クラックス・クラン (Ku Klux Klan) への参加を見抜けなかったことが世論から批判を浴びた。このことが, フランクファーター以降の公聴会における候補者による証言実施に繋がった側面がある (見平 [56], 741 頁; Collins and Ringhand [68], pp. 130-31)。また, 公教育における人種別学を違憲と判断したブラウン対教育委員会合衆国最高裁判決<sup>(13)</sup>以降, 合衆国最高裁の政治的影響力の強さが認識され, その人事に対する上院

の関心も高まった結果, 現行の公聴会制度の慣行が, 1955 年のジョン・マーシャル・ハーラン (John Marshall Harlan) 裁判官任命以降に確立された (見平 [56], 742 頁; Collins and Ringhand [68], p. 132; Ross [81], p. 119)。

このように上院司法委員会公聴会は最高裁裁判官の資質, 及び政治的傾向性を一般国民にも明らかにする役割を担うべきものとして運用されているが, 現在ではそのことを原因とする「イデオロギー的任命」の問題が指摘される (見平 [56], 745-55 頁; 紙谷 [11], 243-47 頁)。特にロナルド・レーガン (Ronald Reagan) 共和党政権以降, 連邦最高裁の憲法解釈の政治的影響力に注目して, 政権に近い憲法観を持つ人物を連邦最高裁裁判官に任命する慣行が, 保守派, リベラル派ともに続いている。その結果, 裁判官の意見がその裁判官を指名, 任命した党派と一致し, 裁判官の間での討議を経た妥協, あるいは裁判官の意見の変更が見られなくなった。このことは, 裁判官の多数を得れば連邦最高裁の憲法解釈を支配できることを意味し, 後述する裁判官の罷免が困難であることと相まって, 連邦最高裁裁判官の任命手続が熾烈な政治闘争の場と化す原因ともなっている。

他方, このようなイデオロギー的任命はあくまで裁判官任命者に関わるものであり, 現実の裁判官は, その政治的選好ではなく法的な議論に基づいてリベラル, 保守両派で共同して判決を下しているという指摘もある。たとえばそれは, 合衆国憲法修正 1 条により保障される信教の自由を根拠として, 同性カップルのウェディング・ケーキ作成を拒否できるかが争われたマスターピース・ケーキショップ対コロラド州市民の権利委員会判決<sup>(14)</sup>に関わる。判決は作成拒否を認めたが, 作成拒否は憲法で保障される宗教行為の自由であり, 性的志向に基づく差別を禁じる州法の適用を免除すべきだ, という原告の主張とは異なり, 差別を認定する過程が原告の信仰に対して敵対的だったことを根拠とした<sup>(15)</sup>。判決の結論について, 確かに, 作成拒否を容認したという点で, 同性婚に反対する保守派に親和的であり, 従来のリベラルな権利保障の論理を用いて保守派がリベラルな権利保障を掘り崩す「修正 1 条の武器化」, 「修正 1 条のロックナー化」との批判がある<sup>(16)</sup>。一方, 判決は当時中間派とされたアンソニー・ケネディ

(Anthony Kennedy) 裁判官により執筆され、保守派裁判官のほか、リベラル派と目されるスティーブン・ブライヤー (Stephen Breyer)、イリーナ・ケイガン (Elena Kagan) 両裁判官も同調した<sup>17)</sup>。この点について、判決が差別禁止法を定める際の指針を示し、原則としては差別禁止法を宗教に優越させる論理を、リベラル、保守派双方が納得しうるものとして示している、と理解することができるかもしれない (森口 【60】、151 頁。また、参照、森口 【59】)。

この点は、連邦最高裁裁判官の動きのどこに力点を置くかで結論は変わるように思われる。わたしとしては、連邦最高裁裁判官がイデオロギー的に動かない場面もあるが、中絶問題などイデオロギー対立が激しい場面での裁判官同士の厳しい対立<sup>18)†††</sup>を見ると、イデオロギー的任命は現実には起こり、弊害も生じている、というのが率直な印象である。

(iii) 上院への礼譲 (以下について浅香 【2】、132 頁；大沢 【8】、302 頁；Epstein and Segal 【69】、pp. 75-78 を参照)

上院司法委員会は、裁判官候補者を本会議において議決すべきかどうかについての議決を行うが、このとき、大統領の指名に対する事実上の拒否権を行使することがある。上院への礼譲 (senatorial courtesy) と呼ばれ、伝統的に連邦下級裁判官候補者の指名に対して、その候補者が担当する予定の州の、大統領と同じ政党に属する上院議員が反対する場合、ブルー・スリップ (blue slip) という書類を上院司法委員会に提出する。これがなされると、上院司法委員会において議決が棚上げされる。もっとも、現在では連邦控訴裁判所裁判官候補者については上院議員のこのような特権は認められておらず、あくまで大統領がその意向を尊重するにとどまるとされる。

## B 連邦裁判官の罷免

### (i) 条文と概要

連邦裁判官は、原則、合衆国憲法 3 条 1 節により、終身制であり、弾劾によらなければ罷免されない、という強い身分保障がなされる。ただし、前述した合衆国憲法 3 条によらない連邦裁判官もいる、という事情で、連邦裁判官であっても任期

制のものも存在する。弾劾は裁判官に限らず、連邦の文官一般についてなされうることが規定され (合衆国憲法 2 条 4 節)、訴追権限を下院に (同 1 条 2 節 5 項)、裁判権限を上院に (同 1 条 3 節 6 項) 授権している。下院による訴追は単純多数決によりなされる一方、上院による有罪評決は出席議員の 3 分の 2 の賛成によりなされる (同 1 条 3 節 6 項)。通常の刑事裁判について陪審裁判を受ける権利が保障されている一方で、弾劾はその例外とされる (同 3 条 2 節 3 項)。

これまで弾劾の実施件数が少なく<sup>19)</sup>、弾劾の理由も「叛逆罪、収賄罪その他の重罪または軽罪」 (同 2 条 4 節) と曖昧であり、連邦裁判官については、何が弾劾によって有罪と評決すべき「非行」 (同 3 条 2 節 1 項) にあたるかは、定説が形成されているとはいえない<sup>20)</sup>。ただし、連邦裁判官の罷免については、1980 年代のハリー・E・クレイボーン (Harry E. Claiborne)、アルシー・L・ヘイスティングス (Alcee L. Hastings)、ウォルター・L・ニクソン (Walter L. Nixon) の 3 裁判官への弾劾罷免事件が近年の重要な先例になっている (土屋 【33】、14-21 頁；Gerhardt 【70】、pp. 42-48)。

### (ii) 弾劾裁判の先例

これらの事件では、弾劾裁判以前に収賄の罪等で裁判官が刑事被告人となり、クレイボーン、ニクソンには有罪判決、ヘイスティングスには陪審による無罪評決が下されている<sup>21)</sup>。また、クレイボーンについては連邦議会下院が弾劾訴追を主導したが、ヘイスティングス、ニクソンについては、その後、1980 年司法協議会改革及び裁判官の非行及び不能に関する法律 (Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act<sup>22)</sup>、浅香 【2】、136 頁；土屋 【33】、第 3 章；柳瀬 【62】、293 頁註 57；Gerhardt 【70】、pp. 102-104 を参照) に基づき、彼らの所属した地裁を管轄する巡回区控訴裁判所に設置された特別調査委員会 (同巡回区の控訴裁及び地裁裁判官からなる) の調査がなされた。その結果、弾劾による罷免が相当との報告が巡回区司法協議会<sup>23)</sup>に対してなされ同司法協議会は弾劾推奨を決定、更に弾劾訴追権者である連邦議会下院への弾劾訴追勧告権者である全米司法会議 (Judicial Conference of the United

States)<sup>24)</sup>もこれを認めた。これを受け、下院は審議の上弾劾訴追を行った<sup>25)</sup>。

いくつかの論点がある<sup>26)</sup>が、ここでとりあげるのは、弾劾裁判について、憲法上連邦議会に専権を与えられているはずが、実は連邦裁判官団の主導で特定の連邦裁判官を罷免に導くことも可能となることの是非である。前記 1980 年法は、特別調査委員会設置を求める申し立ては誰でも行うことができる<sup>27)</sup>。その意味では、連邦裁判官に対する懲戒に国民が参加することを認める制度でもあり、そのことが強調された運用であるならば、連邦裁判官の民主的責任を確保する制度として肯定できる面がある(土屋【33】、61-62 頁)。しかし実際には、ヘイスティングスについては裁判官による申し立て、調査、及び弾劾訴追勧告<sup>28)</sup>、ニクソンについて裁判官による調査及び弾劾訴追勧告<sup>29)</sup>がなされている。

この点をめぐっては、司法行政の一環としての弾劾に至らない非違行為に対する懲戒制度と理解し、権力分立の観点から連邦議会の弾劾権限を侵害せず、裁判官の独立と司法組織の統一性(judicial integrity)のバランスが取られる限りで許容される、という議論も示されている(Gerhardt【70】、pp.102-104)。一方で、司法行政を超えて、憲法の認めていない裁判所による、裁判官への司法権行使に至っている、との批判もある(Baker【63】、p.1120)。

このことに関連して、裁判所の刑事裁判における判断がそのまま弾劾裁判における判断を決しかねない、という問題がある。連邦議会下院は弾劾訴追において、裁判所において有罪判決が下されたことを安易に根拠として調査を簡素化した(Gerhardt【70】、p.44)。また、3つのいずれの弾劾裁判にも上院議員から複数人を選んで委員会を組織し、弾劾裁判のための証拠調べを行わせることを定めた上院弾劾裁判規則 11 条が適用された<sup>30)</sup>。これは弾劾裁判における証拠調べの効率化を図ったものとされるが、委員会の特定メンバーによる証拠調べで上院全体の心証が形成され、上院が弾劾裁判を行う専権を有するという観点から問題がある(土屋【33】、30-32 頁; Gerhardt【70】、pp.45-46)ばかりではなく、特定メンバーが適格的と考えれば裁判所の刑事裁判における判断に用いられた証拠を弾劾裁判の証拠として流用でき

てしまう問題がある(Gerhardt【70】、pp.46-47)。弾劾手続において裁判所を活用してはならない憲法上の根拠はない、との議論もある(Black and Bobbitt【66】、pp.55-56)が、上院が他の憲法上の機関から独立した判断を下すべきであるとすれば、証拠を流用するにしても票決を行う各上院議員がその可否を判断すべきで、やはり問題のある手続と思われる。

## C 小括

連邦裁判官の任免については、任命において上院司法委員会公聴会などによる裁判官候補者の調査と情報の可視化、罷免において裁判官の懲戒、弾劾への国民の参加可能性の保障など、裁判官に対する一定の民主的統制を及ぼす制度的配慮がなされている。他方で、上院司法委員会公聴会がイデオロギー闘争の場として過熱するという問題、逆に裁判官の懲戒、弾劾が裁判官団主導で行われることの問題も同時にある、ということがわかる。これらのことから、裁判官の任命と罷免双方の手続において国民の裁判官に対する監視手段がどうあるべきか、という問いを見出すことができる。

## (2) 州裁判官の任免

### A 州裁判官の任命

#### (i) 任命の方法

州裁判官の任命方法は、州によって異なっている。党派的選挙(partisan election)、非党派的選挙(nonpartisan election)、任用制(merit selection)、任命制(appointment)に大別される。選挙制は、候補者の所属政党を明らかにするかどうかで基本的には区別されるが、最初の任命にあたっては党派的選挙を行うが、任期満了にあたってはその裁判官を信任するかどうかの選挙を行う、という信任選挙(retention election)を行う州もある。任用制は、州知事の任命により組織された委員会が候補者リストを作成し、そこから知事が裁判官を任命する。任命制は州知事あるいは州議会が直接裁判官を任命する。それぞれの類型の中にさらに小類型があったり、いくつかの類型を組み合わせていたり、といったことが行われている<sup>31)</sup>。

ただし州裁判官選挙について、州裁判官の任命のうち少なくとも 3 分の 1 は欠員の補充としてま

ず任命され、その後選挙を行う、とか、1980-95年に行われた州最高裁裁判官選挙の48%は対立候補のない選挙だったとも言われる（Schotland [84], pp. 853-54）。任期は州及び裁判官種ごとに異なり、ロード・アイランド州最高裁裁判官のように終身制のものもある（Wilson [87], pp. 132-42; Schotland [83], pp. 154-55）。

## （ii）歴史的経緯

歴史的には、独立前後の時期に立法部による任命、連邦憲法制定前後の時期に州知事による任命が多く採用された。その後、19世紀に裁判官公選制が多く導入されるようになったが、20世紀の革新主義時代には裁判官選挙の問題点が認識され、任用制（その先駆けとなったミズーリの例からミズーリ・プランとも呼ばれる）が導入されることになった（以上につき、浅香 [2], 140-41頁；木南 [17], 103-22頁；原口 [43], 30-33頁）。

また、独立当初から現代に至るまで、裁判官の任命方法は州憲法に規定することが通例である（重村 [24], 177-85頁）。それは、主権者人民が憲法制定により政府の権力抑制を目指す、いわゆる人民立憲主義（popular constitutionalism）的な態度に由来する（木南 [17], 107頁）<sup>32</sup>、とか、アンドリュー・ジャクスン（Andrew Jackson）が合衆国大統領の時期（いわゆるジャクスニアン・デモクラシー期）に人民による統治、司法の主権者人民に対する責任が強調された結果である（田中 [28], 349-57頁）、といったことがいわれる。

また、多くの州が州民投票による憲法改正手続を用意しているところ、裁判官選挙制を廃止して任用制を採用するにあたって州民投票が実施されている（Hyde [74]）、という点は、制度の民主的正当性という観点から興味深い。というのも、民主的な手続を通じて民主的な制度を廃止することにしたからである。アメリカには、権力分立を通じた民主制の抑制を企図した合衆国憲法を主権者である人民が定めた、という矛盾がある（川鍋 [13], 85-90頁）が、それと同じ構図が、ここでも見てとれる。

## （iii）裁判官選挙制に伴う問題

裁判官選挙制については、政治家の選挙の場合と同様に、選挙の腐敗、あるいは不正に関する問

題が生じる。連邦裁判官任命について前述したのと同様に、州裁判官任命に対してもイデオロギー闘争、あるいは政治闘争の過熱が見られ、その結果として裁判官選挙費用が増大し、また利益集団により大量の資金が裁判官選挙に流入している。たとえば、選挙費用の増大については、アラバマ州で判決の争点をめぐって裁判官選挙が過熱した結果選挙費用が1986-96年の10年間に7.76倍となったり、オハイオ州最高裁裁判官選挙では1980年には10万ドルの選挙費用だったのが6年後には280万ドルに増加した（Champagne [67], pp. 1395-1398）。利益集団による大量の資金流入については、2000年のオハイオ州裁判官選挙である利益集団が300万ドルを費やし、1996年ネブラスカ州最高裁裁判官信任選挙では20万ドル、1998年カリフォルニア州最高裁裁判官信任選挙では2人の裁判官のために200万ドルが落選運動を行なった利益集団により費やされ、また、1990年フロリダ州最高裁長官選挙では長官の再任のために30万ドルの資金が集められた（Champagne [67], pp. 1404-1406）。加えて、広告に対しても利益集団により多額の費用が使われている。たとえば、ミシガン州における企業及び医師会を母体として、全米不法行為法改革協会（the American Tort Reform Association）という全国規模の企業側の利益団体とも繋がりのあるM-Lawと呼ばれる利益団体が、1996年のミシガン州裁判官選挙でテレビ広告に31万1千ドル、ラジオ広告に4万6千ドルを費やしている（Champagne [67], pp. 1398-99）。

これらのことから、裁判官選挙における選挙資金規制が問題となる。アメリカでは、政治家の選挙における資金規制とその合憲性について連邦最高裁の判断がある。そこでは、特定候補者への寄付ではなく、特定候補者からは独立して、法人の一般会計から政党や団体などに選挙資金を拠出することは政治的言論にあたり、修正1条に定める言論の自由として保護され、それへの規制を厳格審査の結果違憲無効と判断した<sup>33</sup>。

これに対し、裁判官選挙については、選挙期間の言論の自由について従来候補者の公正中立の観点からなされていた規制を違憲とするなど、政治家の選挙と同視する規律が判例によりなされている<sup>34</sup>一方、異なる規律もなされている。それによ



れば、特定団体から多額の寄付を受けた裁判官については、憲法上要請される裁判の適正過程に關する先例に基づく客観的、合理的基準からみて、偏見に基づいて判断する恐れがあり、その特定団体関係者の関わる訴訟において裁判官忌避を求めることができる<sup>(35)</sup>。その場合、裁判所の判決に対する特定団体関係者の影響力を実質的に削ぐことができる。

ケネディ裁判官執筆の法廷意見は、寄付行為をもって必ずしも裁判官忌避を要求できるわけではなく、本判決の例外性を強調した<sup>(36)</sup>。しかし、ジョン・ロバーツ（John Roberts）長官執筆の反対意見<sup>(37)</sup>は、判断基準の不明瞭さなど 40 項目にわたる疑問点を挙げ、本件だけ例外的に裁判官忌避を認めることはできない、とした。この点は、前述した選挙資金規制違憲判決前夜とはいえ、その採用した特定候補者への寄付と特定候補者とは独立した政治団体への資金拠出との区別、という考え方によらず、一定以上の金額を選挙で受けた者がその資金を拠出した者を裁く、ということを法廷意見は問題視した、と考えられる（Karlan [75], pp. 91-92）。

## B 州裁判官の罷免

### (i) 罷免の方法

罷免の方法も州ごとに異なっている。前提となる勤務評定（法条文上の根拠がある場合もある）について、信任選挙州の場合にはその結果が公表され、一部の非党派の選挙州、多くの任命制州で行われている。裁判官の振る舞いについては、州の最終審裁判所が監視ないし調査し、あるいは独立の委員会が組織されて調査の上懲戒あるいは除籍を勧奨することがある。この場合、問題となった裁判官は州の最終審裁判所に訴訟を提起する権利がある。また、定年（retirement）については強制的なものと勧奨的なものがあり、70-75 歳でこれを迎える。職務遂行不能、あるいは非違行為を行なった裁判官は、弾劾、リコール、州議会決議などにより罷免される（以上につき、浅香 [2], 144-45 頁；Wilson [87], p. 142)<sup>(38)</sup>。

### (ii) 州民審査について<sup>(39)</sup>

州民投票による罷免、すなわち州民審査制度（州民が罷免を発案するものとしてのリコールと

は異なる。この点は後述する）は、州裁判官選挙制の弊害に対する改革としての裁判官任用制とほぼ一連のものとして導入された。20 世紀初頭の革新主義及び工業化の進展した時代にあつて、法規や先例の形式的当てはめによるのではなく、その時々々の社会の求めに応じた適切な法的紛争の解決を一つの目的とした法学者たち<sup>(40)</sup>からは、裁判官選挙制がその敵視の対象だった。単にその執筆する判決が保守的である（Pound [79], p. 7）、というばかりではなくその資質が問題視された（Hall [71], pp. 40-42）。加えて、前述したように伝統的に裁判官選挙では裁判官の公正中立の観点から選挙活動が規制される結果、有権者が十分に裁判官候補者の情報を得ることができないまま投票せざるを得ず、そのことが有権者の裁判官に対する関心を減じる結果にもつながってきた（Hyde [73], p. 763）。

そのような文脈での任用制の導入は、裁判官の資質の確保の目的を達成する一方で、公職を選挙で選ぶべきだという民主的正当性の理念からはその分遠ざからねばならなくなった。当時の当事者たちは、そのことを受けとめてか、ミズーリ・プラン導入前夜にあつて、カリフォルニア州が任用制に準じた任命制の採用とともに、従来の裁判官リコール制に加えて定期的な州民審査制を導入し、また、全米法曹協会は任用制とともに定期的な州民審査を導入することを裁判官選挙制の代替案として決議した（田中 [29], 389-91 頁；Hyde [73], pp. 763-64）。

ミズーリ・プランでは、任用制にあつて、裁判官、互選された法律家、知事の任命した一般市民からなる候補者リスト作成委員会を組織した（詳細については、田中 [29], 391-92 頁；Hyde [73], p. 764）。複数の候補者のなかから州知事が任命し、1 年の職務従事後、直近の州議会議員総選挙の際に行われる州民審査で罷免されなければ、通常の任期に入る（Hyde [73], p. 764)<sup>(41)</sup>。州知事は、選出された候補者から任命することになるが、その任命にあつては、党派的なバランスを考慮することもあるようである（Hunter [72], p. 130)<sup>(42)</sup>。

## C 小括

州裁判官の任免をめぐるのは、連邦裁判官の場

合と比べてより直接的に、その民主的正当性を意識した裁判官選挙制や、州民審査制が採用されている。他方で、特に任命にあたっての裁判官選挙制には、特定の利益団体に都合の良い、あるいは裁判官としては資質に乏しい人物が裁判官に就任してしまうことの問題も認識され、制度改革が行われてきた。

任用制がいまなお全国規模で統一的に実施されていないことは、なおアメリカの法伝統において、裁判官に対する民主的統制が選挙以外によるのでは不十分である、との考えも根強いのではないかと推測される。ただ、前述した通り、選挙を行えば、裁判官についての情報が適切に人々に届き、裁判官選任について適切な判断を人々が行えるわけではない、ということも確かである。この点について、ミズーリ・プランにおいて、まず任用のための委員会における候補者情報が、一般市民から選ばれた委員には知られるということはあっても、どの程度の情報をどの時点で一般市民が得ることができるのか、また、州民審査の段階で一般市民はどの程度裁判官についての情報を得ることができるのかなど、判然としない点もあった。

また、州民審査制が裁判官リコール制、すなわち本来の解職制と併存している、ということは日本国憲法との重要な違いである。この点は、本来の州民審査制は解職制とは異なりその補助手段の位置づけだったことを考えると、日本国憲法における国民審査制も同様に解職制とは異なるものとして解釈すべきだ、と一方では主張されうる。しかしながら、解職制が日本国憲法上別途規定されているわけではないなかでの国民審査制であるので、従来の通説、判例のように国民審査制を解職制を含むと解することには人民主権の観点から合理性がある、とも言える。

州民審査における情報発信と州民によるその収集の現実、そして、州民審査制と解職制の併存とその示唆についてはさらに今後調査を続けたい。

### 3. おわりに： 日本国憲法をどう解釈すべきか

#### (1) 民主的責任と情報：アメリカの日本における 裁判官の選定罷免への示唆

ここまで見てきたアメリカの裁判官任免のあり方からは、日本における裁判官の選定罷免のあり方を考える上で、いくつかの示唆を得ることができると考える。まず、裁判官もなんらかの形で国民に対して答責すべき公職である、という点である。憲法理論の問題としては、裁判官が選挙されないゆえに違憲審査制は反民主的だ、とする議論が続いてきた（Bickel【65】）。しかし、これに対しては、違憲審査制による究極の少数者としての個人の権利保護を最重要視する立憲主義の民主主義に対する優位性が、アメリカの憲法理論を踏まえて日本の文脈についても議論されている（阪口【20】）。この点については、憲法の制度的、実践的な問題としては、裁判官が民主的答責性をまったく顧慮しない存在ではない、ということが強調されるべきである。むしろ、個人の権利保護を最重要視するような判断を行う裁判官に対しても、それが望ましいものとして民主的な審査を通じて一般市民が信任することが、裁判官が違憲判断を行う理論的正当性を裏付けることになる、とわたしは考えている。もちろんそのことで、「個人の権利保護を最重要視するような判断を行う裁判官」を信任しない一般国民が多数になる危険を否定はしない。しかし、そのような危険を顧みても、なお、個人の権利保護を裁判官の独断によってしか正当化できない事態は、司法の独裁というより大きな危険を招く。

わたしは、選挙によって裁判官を選ぶ、ということについては、憲法改正をも射程に入れた憲法政策の問題としては一つの選択肢として考慮してもよい、と考える。どのような制度を憲法で構築するかについて、決定権を有するのは主権者人民にはかならず、また、裁判官選挙制は人民主権の原理にも合致するからである。

裁判所は裁判する権力としての一定の民主的信頼を歴史的には有している。人民の定めた日本国憲法は、大日本帝国憲法から引き続いて司法権が

裁判所に委ねられることを規定し、その運用が続いてきた。特に、下級審の判決においては、裁判官の独立を背景として優れた（憲法解釈を含む）判断を展開するものがあつた（樋口，山内，辻村，蟻川【48】）し、刑事手続において優れた人権感覚を発揮した裁判官もいた（木谷【16】）。これらのことをみれば、しばしば日本では裁判官の独立や刑事手続の保障が十分でないことについて強く批判がなされるのは周知であるものの、そして人民主権論ならば人民裁判が論理的には筋であるにもかかわらず、裁判所が司法権を持つことはなお信頼に値する。

しかしながら、違憲審査をする権力については、特に最高裁判所の合憲判断積極主義と政治過程に対する過剰な敬讓によって、その民主的信頼が毀損されるに至っていることが疑われている（川鍋【15】，163 頁）。裁判官選挙制は、違憲審査権が国民のために行使され、違憲審査制が民主的信頼を勝ち取るためには、本当は必要なものとする。

しかし、いずれにせよ、日本国憲法は裁判官選挙制度を採用してはいない。ただ、日本国憲法の採用する最高裁裁判官の選定罷免制度はアメリカの任用制にやはり近似している<sup>43)</sup>。制度趣旨としては、日本の最高裁裁判官は任命にあたって法律家および国民の視点からその資質について問題がないとみなされ、その職務を通じて国民に対して責任を負い、必要の場合は罷免されねばならない。

また、下級審裁判官については、一定の党派性を持っていることのみをもって裁判官の資質が疑われ、罷免や不信任につながるわけではない、ということがある。連邦最高裁をはじめとする連邦の裁判官の党派性を典型視することはできないし、州における非党派の選挙制はその問題意識から出ているものと考えられるが、一貫して問題となっているのは、その党派性が裁判官の汚職や腐敗につながる場合に限られる。アメリカにもマッカーシズム、レッド・パージの問題があつたとはいえ、日本の最高裁が裁判官再任問題などで裁判官の特定の、党派性あるいはそれにすら満たない傾向性の排除を図ってきたこと、その理由説明も不尽であつたこととは対照的であるように見える。

加えて、アメリカからの示唆として重要であるのは、裁判官に関する情報の流通である。この点については、アメリカの場合には、任命にあつ

ての公聴会にしろ、裁判官選挙における選挙運動にしろ、むしろその過剰が問題となるべきだろうが、日本の場合には、明らかに裁判官に関する情報が少ない。本稿の観点からは、裁判官がその資質と法解釈について、肯定するにせよ否定するにせよ、国民から適切に評価がなされるべきであると考え、国民は裁判官について判断する材料を持たず、関心を払うことができない状態に置かれている、と考える。

さらに、実際には、これらのような事情は、1. はじめに、で言及した国民審査制の「派生的機能」と呼ばれる議論についても、十分に機能しえない社会的条件として日本の状況の背後にはあるのではない。特に、任命の事後審査や最高裁裁判官の地位の民主的正当化の機能を論じる場合に、これらの事情から、そのような機能を読み込めるような制度の運用になっているようには思われない。

## (2) 民主的責任モデルへの転換の提案

2000 年代初頭の司法制度改革では、法曹養成制度としての法科大学院制度や裁判員裁判制度の導入など、多岐にわたる改革がなされたが、裁判官の選定についても改革がなされている（司法制度改革審議会【25】；丸島【52】）。従来あつた弁護士任官制度の推進に加えて、下級裁判所の裁判官については、アメリカの任用制に類似した機関の設置が求められ、下級裁判所裁判官指名諮問委員会が組織された（司法制度改革審議会【25】，III，第 5，1.-2.；笹田【22】，49 頁）<sup>44)</sup>。裁判官の人事評価についても基準の客観化が求められ、裁判官の人事評価に関する規則の制定へとつながつた（司法制度改革審議会【25】，III，第 5，3.；笹田【22】，49-50 頁）<sup>45)</sup>。なお、笹田【22】，52 頁は、司法制度改革審議会【25】，第 5，2.において、指名過程に国民の意思を反映させることとした趣旨が十分に反映されていないとする。しかし、国民の意思を厳密に解するならば、それは国民投票を原則とすべきだが、日本国憲法 80 条 1 項はそれを予定していないし、笹田も理解しているように、司法制度改革審議会【25】の趣旨は指名のための情報の十分な収集である。委員会の構成などの改善可能性はあるが、ここでの解釈の問題として国民の意思の反映を厳密に捉えるべき理由はない。また、裁判は国民投票によるのではないのだ

から、司法制度改革審議会【25】、IV、第1で裁判員裁判を国民の司法参加として位置づけることには違和感がある（たとえば、参照、柳瀬【61】）。

その一方で、不十分に思われるのは裁判官の情報公開、そして国民審査についてである。まず、裁判官の情報公開について、たとえば、どのような事件にどの裁判官が担当するか、といった情報は、裁判所でも掲載している<sup>(46)</sup>が、裁判官の一覧が一般市民の情報公開請求の結果<sup>(47)</sup>に頼られていたり、最高裁判決の法廷意見を典型に、どのような裁判官がどのような判決を下したのか十分にはわからない状態が長年続いている。確かに、個別の判決の事情によっては、プライバシー保護などの観点から公開すべきでない情報が存在しうることは否定しないし、いわゆる調査官解説や法学者による解説もあるが、それ自体判決の主旨を示していることは保証されず、また、専門家向けのものであって、一般国民に馴染みのあるものではない。国民にとって裁判官の情報が著しく調達しにくく、わかりにくいものになっていることは明らかである。裁判所には公的機関として、裁判官について公開すべき個人情報、あるいは、たとえばすでに裁判所ホームページ上では各種判例を検索すると、裁判例情報の一つとして、判示事項と裁判要旨が示され判決の要旨がまとめられるなどの取り組みがすすめられている<sup>(48)</sup>ものの、重要判決について裁判所あるいは意見を執筆した裁判官の見解をよりわかりやすく要約したものをこれまで以上に国民へ向けて積極的に情報発信、アウトリーチしてほしい。

さらに、このような情報公開に対する裁判所の消極姿勢が、国民審査の不活性につながっている<sup>(49)</sup>。国民審査にあたっては、公報によりその略歴や信条等が参考情報として付されるが、それがどれだけ一般国民に届いているかということばかりではなく、顔写真を載せるなどの対応すら司法制度改革以後であった（西川【35】、第5章第2節）。

この点についても議論されている（たとえば、市川【4】；今関【5】；笹田【23】）が、日本では最高裁裁判官のみが国民審査に付される、ということ considering すると、国民審査にあたって最高裁裁判官に対する公聴会を実施する制度を法律や規則で定める、というのは一つの選択肢になるのではないか。国民審査のための情報提供手段の具体化

として憲法は許容すると考えられる。政策的にも、罷免の可否の段階で用いることで、任命の段階における場合と比べてより具体的な裁判官の業績に基づいて、イデオロギー闘争をアメリカと比べて比較的抑制したかたちで証言を得ることができるのではないかと考えられる。というのも、任命の際にはまさしく党派的利益が主として関わり、任命権者にとって都合のいい者を任命しようとするので闘争は激化すると考えられるが、罷免の場合には、罷免したからといって代わりに任命権者にとってより都合のいい者を必ずしも任命できるわけではないからである。そして特に日本の場合、国民審査でイデオロギー闘争を展開してまで最高裁裁判官を罷免しようとするインセンティブは低い、と考えられる。最高裁裁判官の構成は法曹三者からバランスをとって選出する、あるいは最高裁が内々に裁判官候補として推薦する慣例、また、裁判所法<sup>(50)</sup>41条に定める最高裁裁判官年齢及び資格要件（特に10人は判事以上の裁判官とすること）と憲法に定める最高裁裁判官の70歳定年制という人事上の制約もあるからである。

#### [注]

- (1) 弾劾裁判所法については、1947年法律第137号を参照。
- (2) 「憲法制定権者としての主権者人民は国民投票ないし選挙の有権者団と同視される」ということについて、特に念頭に置いているのは、アメリカの憲法学者、ブルース・アッカマン（Bruce Ackerman）、およびアキル・リード・アマル（Akhil Reed Amar）の議論である。川鍋【15】、156-61頁。これに対し、憲法制定権力論をめぐっては、究極の少数者としての個人の権利の擁護としての立憲主義を重視する立場から、憲法制定権力と実定憲法上の主権ないしその主体である国民とを結びつけることが否定的に論じられることが日本では多い。この点に関する議論状況とその評価について、川鍋【15】、163頁。
- (3) 1947年法律第136号。
- (4) 学説及び判例の概況については、参照、辻村【32】、449-51頁および名雪【34】、47-54頁以下。大まかには、解職（リコール）制と一元的にとらえる学説（たとえば、参照、宮沢【57】、642頁）があり、判例もこの立場をとる（最大判1952年2月20日、民集6巻2号122頁）。他方、79条それ自体は解職制ではなく、内閣の任命行為に対する信任ないし完結確定とみる学説（たとえば、大須賀【9】、34-49頁）があるが、これでは国民審査を受ける前の裁判官の身分を説明できな

- いとされる。最後に、解職制と信任ないし任命の事後審査双方の性格を有するとする学説がある（たとえば、信任について参照、清宮【18】、349 頁。任命の事後審査について参照、法学協会【51】、1176 頁）。解職制を否定する見解はほぼ支持されていない状況である。
- (5) 本稿査読審査員 1 審査報告書（2021 年 11 月 24 日）、2 頁。
  - (6) 「罷免にならず「ほっとした」元最高裁判官 千葉勝美さんが語る国民審査」<https://news.yahoo.co.jp/articles/531c3bd75bc138b245cef47eb66efd77ccf6011d>。
  - (7) 朝日新聞：<https://www.asahi.com/articles/ASN1W65V0N1WUZPS002.html>、時事通信：<https://www.jiji.com/jc/article?k=2021011500849&g=pol>、日本経済新聞：<https://www.nikkei.com/article/DGKKZO70425360Z20C21A3PE8000/>、内閣府の世論調査 <http://www.moj.go.jp/content/001271412.pdf>。
  - (8) 本文(2)で後述するように、日本の憲法学は、この危険を認識した結果、民主的政治過程に対抗する官僚制としての裁判所制度に期待した側面がある。
  - (9) 本書の執筆経緯の一つには、1970 年代のいわゆる青法協問題（青年法律家協会に属する司法修習生の裁判官任官、および裁判官の再任を最高裁が拒否した）があるが、経緯に関する当事者の記録として、参照、宮本【58】。
  - (10) 「学術会議任命拒否、最高裁でも人事圧力」、毎日新聞 2020 年 11 月 13 日、<https://mainichi.jp/articles/20201113/ddm/005/010/088000c>。
  - (11) 以下の記述について、言及したもののほか、会沢【1】、高井【27】、見平【54】、見平【55】を参照。
  - (12) 合衆国憲法の条文は、野坂泰司訳、「アメリカ合衆国憲法（1788 年）」、初宿正典、辻村みよ子編、『新解説世界憲法集』、第 5 版、三省堂、2020 年、70-85 頁を参照、引用した。
  - (13) *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954)。
  - (14) *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719 (2018)。
  - (15) *Id.*, 1729-32。
  - (16) 修正 1 条の武器化、ロックナード化については、たとえば、Sepper【86】。また、参照、福嶋【50】。
  - (17) *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, *supra* note (14), 1722。
  - (18) 中絶問題をめぐっては、中絶する憲法上の権利を承認したロー対ウェイド連邦最高裁判決（*Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973)）を事実上放棄したとみられる判決が下された。参照、*Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U. S. \_\_\_\_ (2021)。
  - (19) 上院のウェブサイトによれば、弾劾訴追された公職者は 21 件、うち裁判官は 15 件、有罪判決 8 件、罷免 7 件である。<https://www.senate.gov/about/powers-procedures/impeachment/impeachment-list.htm>。
  - (20) 論じられる対象が大統領その他の公職者を念頭に置いたものが多く、裁判官を同様に議論するのは困難に感じる。たとえば、Black and Bobbitt【66】、pp. 26-37（単なる失政（maladministration）ではないが、刑事法上の罪よりも広く、連邦憲法 1 条 8 節 11 項の連邦議会の宣戦権行使に基づかない大統領の軍事行動など、明らかに間違った行為が弾劾対象である）。ただし、イングランドの先例や憲法制定会議の議論から汚職や権限濫用などに限定され、また「重罪または軽罪」と「非行」の無関連を指摘する議論として、参照、Berger【64】、ch. 2。
  - (21) *United States v. Claiborne*, 765 F. 2d 784 (9<sup>th</sup> Cir. 1985), cert. denied, 475 U. S. 1120 (1986); *In Re Request for Access to Grand Jury Materials Grand Juryno.* 81-1, Miami appeal of Judge Alcee L. Hastings, 833 F.2d 1438 (11<sup>th</sup> Cir.1987), 1439; *Nixon v. United States*, 816 F. 2d 1022 (5<sup>th</sup> Cir. 1987), cert. denied, 484 U. S.1026 (1988)。
  - (22) 28 U. S. C. §372(c) (1980)。
  - (23) 司法協議会は、巡回区控訴裁判所長を長として構成される司法行政機関で、ここでの関連では、裁判官が高齢などにより職務遂行が不能であると判断される場合に、大統領に対して新たな裁判官の指名を求める権限を付与されている。28 U. S. C. §372(b) (1948)。
  - (24) 全米司法会議は連邦最高裁長官を長として構成される司法行政機関で、ここでの関連では、弾劾訴追勧告権限を有する。28 U. S. C. §372(c)(7)(b) (1980)。
  - (25) ヘイスティングスについて、134 Cong. Rec.-H. 20221 (August 3, 1988)。ニクソンについて、135 Cong. Rec.-H. 8815 (May 10, 1989)。
  - (26) 刑事裁判と弾劾裁判を行うことによる二重処罰の禁止原則（連邦憲法修正 5 条）との抵触如何の問題、刑事訴訟において連邦大陪審に提出された記録の連邦議会下院への開示の可否、弾劾裁判に対する司法審査の可能性等興味深い論点が多い。参照、土屋【33】、第 3 章。これらについての詳細な検討は別稿を期したい。
  - (27) 28 U. S. C. §372(c)(1) (1980)。
  - (28) *In Re Request for Access*, *supra* note (21), 1439。
  - (29) Report of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States, March 15, 1988, [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/reports\\_of\\_the\\_proceedings\\_1988-03\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/reports_of_the_proceedings_1988-03_0.pdf), pp. 40-42。特別委員会設置申立者については確認できなかった。
  - (30) Rule XI Resolution, 1934 (73 CONG. REC.-S. 9016 (May 17, 1934)); Impeachment Rules, 1986 (<https://www.senate.gov/about/resources/pdf/1986-senates-impeachment-rules.pdf>)。邦訳として、土屋【33】、27-28 頁。
  - (31) 州最高裁については次の通り。党派的選挙州：アラ

バマ、イリノイ、ルイジアナ、ニュー・メキシコ、ペンシルヴェニア、テキサス、ウェスト・ヴァージニア（7州）。うち、アラバマ、ルイジアナ、テキサス、ウェスト・ヴァージニアは再選を認める。また、イリノイ、ニュー・メキシコ、ペンシルヴェニアでは信任選挙（retention election）を行う。

非党派の選挙州：ジョージア、アイダホ、ミネソタ、ネヴァダ、オハイオ、オレゴン、ワシントン、アーカンソー、ケンタッキー、ミシガン、ミシシッピ、モンタナ、ノース・キャロライナ、ノース・ダコタ、ウィスコンシン（15州）。

任用制州：アリゾナ、フロリダ、カンザス、ネブラスカ、オクラホマ、ヴァーモント、コネティカット、アイオワ、サウス・ダコタ、テネシー、ワイオミング、アラスカ、コロラド、ハワイ、インディアナ、メリーランド、ユタ、デラウェア、ミズーリ、ロード・アイランド（20州）。

任命制州：カリフォルニア、メイン、マサチューセッツ、ニュー・ハンプシャー、ニュー・ジャージー、ニュー・ヨーク（以上知事による任命）、サウス・キャロライナ、ヴァージニア（以上州議会による任命）（8州）。

以上につき、Wilson【87】，pp.132-42。また、2004年時点で、全州裁判官のうち89%が何らかの選挙により選ばれ、うち、州の最高裁判所、控訴裁判所等の上訴裁判所裁判官の60%、第1審裁判所裁判官の80%が対立候補の出現しうる選挙で選ばれる。信任選挙のみの者は上訴裁判所の26%、第1審裁判所の9%である。Schotland【85】，p.1105；木南【17】，100頁。

- (32) 木南【17】，107頁は、Kramer【76】などの理解を踏まえながら、特に独立期前後、議会の専横への抑制手段の一つとして、裁判所の独立が主権者邦民の定める憲法に位置づけられ、そのなかで裁判官の任命方法も憲法に定められたと理解する。ただ、人民立憲主義については、主権者人民が憲法制定を通じて権力を統制すること、また憲法解釈をめぐる連邦最高裁に対する主権者合衆国人民の優位を念頭に置いた議論であることからすると、州憲法に規定するとはいえ州民が州裁判所を選挙により直接統制することを通時的に射程に入れた議論ではないようにも感じる。人民立憲主義については、参照、川鍋【13】，第3章。

- (33) Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U. S. 110 (2010)。この判旨に対しては、たとえばPost【78】は、本判決までの歴史的経緯を踏まえて、判決が選挙不正の禁止の根拠であり、修正1条の言論の自由も前提とする選挙の統一性（electoral integrity）が多額の企業献金により侵害されるという観点を無視していると批判する。

- (34) Republican Party of Minnesota v. White, 535 U. S. 765 (2002); Williams-Yulee v. Florida Bar, 575 U. S.

433 (2015)。前者について、重村【24】，187-88頁；原口【43】，37-39頁；Karlán【75】，pp.85-89。後者について、重村【24】，188-91頁。もっとも、連邦最高裁が当初から一貫してそのような態度をとっていたわけではない、との指摘もある。Karlán【75】，pp.82-83は、ルイジアナ州最高裁裁判官選挙において人口比例の原則を満たさない選挙区選挙を行うことの合憲性をWells v. Edwards, 409 U. S. 1095 (1973)の法廷意見（匿名判決per curiam, 法廷意見は省略されている）が承認したことに対するバイロン・ホワイト（Byron White）裁判官反対意見（*id.*, 1095-98, ダグラス、及びサーグッド・マーシャル（Thurgood Marshall）裁判官が同調）を取り上げ、連邦最高裁は裁判官選挙と他の選挙との違いを従来は認めていた、とする。この点については浅香【2】，142頁；同頁註12も参照。

- (35) Caperton v. A. T. Massey Coal Co., 556 U. S. 868, 876-882, 884 (2009)。また、参照、原口【43】，52-60頁；原口【44】。

- (36) Caperton v. A. T. Massey Coal Co., *supra* note (36), 884。

- (37) *Id.*, 890 (Roberts C. J. dissenting)。アントニン・スカリア（Antonin Scalia）、クラレンス・トマス（Clarence Thomas）、サミュエル・アリート（Samuel Alito）各裁判官が同調した。

- (38) また、州における近時の住民参加型裁判官懲戒制度について参照、土屋【33】，第4章。

- (39) 以下については、やや古いものの、比較的少ない州民審査に関する国内外の文献の中で日本の国民審査との対照も念頭においたなお重要な研究業績であるため、特に田中【29】の参考文献を参照した。ただ、書誌情報の詳細がわからないものもあり、本稿でも引用した引用文献の頁数等の書誌情報はそれとはずれている。

- (40) ここで念頭に置いているのは、社会学的法学、プラグマティズム法学、あるいはリアリズム法学といった概念で紹介されてきた裁判官、法学者たちである。これらの分類については、川鍋【14】，684頁脚註160所掲の参考文献を参照。

- (41) 現在もこの制度は維持されている。MO. CONST. art. V, §25(a); *id.*, (b)。

- (42) ただ、選挙に関わる当事者としてはそのような党派的配慮を行わなくとも裁判官の資質には問題ない、とする。

- (43) 田中【29】は、日米の実践上の乖離を指摘しつつ（435頁）、日本国憲法79条の歴史的文脈に州民審査を位置付ける（405頁）。また、フット【30】，88-94頁も参照。

- (44) 規則としては、下級裁判所裁判官指名委員会規則（最高裁判所規則第6号，2003年）が制定されている。もっとも弁護士任官については、以前から再活用が進められていたとされる。兼子、竹下【12】，230頁註2

- (233-35 頁)。
- (45) 規則としては、裁判官の人事評価に関する規則（最高裁判所規則第 1 号，2004 年）が制定されている。
- (46) たとえば，<https://www.courts.go.jp/tokyo/saiban/tanto/index.html>。
- (47) その集積として，参照，<https://www.yamanaka-law.jp/cont11/main.html>。また，この資料を活用した研究として，参照，西川【36】。
- (48) <https://www.courts.go.jp/index.html>。
- (49) 司法制度改革審議会【25】においても，この点は十分な提案がなされなかった。参照，笹田【22】，22 頁。
- (50) 1947 年法律第 59 号。

## [参考文献]

### 日本語文献

- 【1】 会沢恒，「連邦の裁判所制度と裁判管轄，上訴制度」，大林啓吾編，『アメリカの憲法訴訟制度』，成文堂，2020 年，1-24 頁。
- 【2】 浅香吉幹，『現代アメリカの司法』，東京大学出版会，1999 年。
- 【3】 蟻川恒正，『憲法解釈権力』，勁草書房，2019 年。
- 【4】 市川正人，「最高裁判所審理の現状と課題」，市川正人，大久保史郎，斎藤浩，渡辺千原編，『日本の最高裁判所：判決と人・制度の考察』，日本評論社，2015 年，200-15 頁。
- 【5】 今関源成，「最高裁判官の任命慣行の問題点」，ジュリスト 1400 号，2010 年 5 月，27-35 頁。
- 【6】 伊藤正己，「裁判官の良心」，法の支配 20 号，1971 年 2 月，56-62 頁。
- 【7】 浦部法穂，『憲法学教室』，第 3 版，日本評論社，2016 年。
- 【8】 大沢秀介，『アメリカの司法と政治』，成文堂，2016 年。
- 【9】 大須賀明，「裁判官の再任と身分保障」，池田政章，守屋克彦編，『裁判官の身分保障』，勁草書房，1972 年，34-49 頁。
- 【10】 小田中聡樹，「伝統的裁判官像か民主的裁判官像か：樋口陽一著『比較のなかの日本国憲法』に対する若干の疑問」，社会科学の方法 13 巻 5 号，1980 年 5 月，11-16 頁。
- 【11】 紙谷雅子，「最高裁判官任命の意味」，比較法学 51 巻 2 号，2017 年 12 月，237-49 頁。
- 【12】 兼子一，竹下守夫，『裁判法』，第 4 版，有斐閣，2000 年。
- 【13】 川鍋健，『人民主権と違憲審査』，一橋大学，博士号取得論文，2019 年。
- 【14】 川鍋健，「新たな憲法解釈の誕生：チャールズ・L・ブラックの議論から」，一橋法学 19 巻 2 号，2020 年 7 月，645-88 頁。
- 【15】 川鍋健，「アメリカ憲法学における人民主権論と

- 日本憲法学への示唆」，憲法研究 8 号，2021 年 5 月，155-66 頁。
- 【16】 木谷明（山田隆司，嘉多山宗聞き手・編『「無罪」を見抜く：裁判官・木谷明の生き方』，岩波書店，2020 年。
- 【17】 木南敦，「アメリカの代表民主政と裁判官選挙」，紀平英作編，『アメリカ民主主義の過去と現在』，ミネルヴァ書房，2008 年，99-126 頁。
- 【18】 清宮四郎，『憲法 I』，第 3 版，有斐閣，1979 年。
- 【19】 小粥太郎，『民法学の行方』，商事法務，2008 年。
- 【20】 阪口正二郎，『立憲主義と民主主義』，日本評論社，2001 年。
- 【21】 笹田栄司，「最高裁判所裁判官の国民審査」，笹田栄司，亘理格，菅原郁夫編『司法制度の現在と未来：しなやかな紛争解決システムを目指して』，信山社，2000 年，35-40 頁。
- 【22】 笹田栄司，『司法の変容と憲法』，有斐閣，2008 年。
- 【23】 笹田栄司，「最高裁判所の構造分析：二重の役割」を担う裁判所の宿命」，判例時報 2471 号，2021 年 4 月，148-60 頁。
- 【24】 重村博美，「アメリカ諸州における裁判官選任方法と裁判官の役割」，近畿大学法学 65 巻 2 号，2017 年，175-203 頁。
- 【25】 司法制度改革審議会，「司法制度改革審議会意見書」，2001 年。
- 【26】 曾我部真裕，「司法の独立についての覚書」，全国憲法研究会編，『日本国憲法の継承と発展』，三省堂，2015 年，240-54 頁。
- 【27】 高井裕之，「アメリカにおける連邦裁判官選任手続の一側面：裁判官の適格性とは何か」，初宿正典，米沢広一，松井茂記，市川正人，土井真一編，『国民主権と法の支配：佐藤幸治先生古稀記念論文集』，上巻，成文堂，2008 年，171-93 頁。
- 【28】 田中英夫，『アメリカ法の歴史 上』，東京大学出版会，1968 年。
- 【29】 田中英夫，『英米の司法：裁判所・法律家』，東京大学出版会，1973 年。
- 【30】 ダニエル・フット（溜箭将之訳），『名もない顔もない司法』，NTT 出版，2007 年。
- 【31】 団藤重光，『実践の法理と法理の実践』，創文社，1986 年。
- 【32】 辻村みよ子，『憲法』，第 7 版，日本評論社，2021 年。
- 【33】 土屋孝次，『アメリカ連邦議会と裁判官規律制度の展開：司法権の独立とアカウンタビリティの均衡を目指して』，有信堂高文社，2008 年。
- 【34】 名雪健二，「司法権の独立：解釈論を中心として」，東洋法学 40 巻 1 号，1996 年 7 月，33 頁以下。
- 【35】 西川伸一，『最高裁判官国民審査の実証的研究：「もう一つの参政権」の復権をめざして』，五月書

- 房, 2012 年。
- 【36】 西川伸一,『裁判官幹部人事の研究:「経歴的資源」を手がかりとして』, 増補改訂版, 五月書房新社, 2020 年。
- 【37】 野坂泰司訳,「アメリカ合衆国憲法 (1788 年)」, 初宿正典, 辻村みよ子編『新解説世界憲法集』第 5 版, 三省堂, 2020 年, 70-85 頁。
- 【38】 長谷部恭男,「法秩序の構造と裁判官の良心」, 学習院大学法学部研究年報 22 号, 1987 年, 1-22 頁。
- 【39】 長谷部恭男,『権力への懐疑: 憲法学のメタ理論』, 日本評論社, 1991 年。
- 【40】 長谷部恭男,『憲法の円環』, 岩波書店, 2013 年。
- 【41】 長谷部恭男,『比較不能な価値の迷路: リベラル・デモクラシーの憲法理論』, 増補新装版, 東京大学出版会, 2018 年。
- 【42】 長谷部恭男編,『注釈日本国憲法 (2) 国民の権利及び義務 (1)』, 有斐閣, 2017 年。
- 【43】 原口佳誠,「アメリカにおける裁判官公選制とデュ・プロセス」, 比較法学 45 巻 3 号, 2012 年 3 月, 29-71 頁。
- 【44】 原口佳誠,「判批」, 比較法学 44 巻 3 号, 2011 年 3 月, 162-67 頁。
- 【45】 樋口陽一,『比較のなかの日本国憲法』, 岩波書店, 1979 年。
- 【46】 樋口陽一,「『政治的多数派』および『社会的多数者』と裁判官」, 社会科学の方法 13 巻 8 号, 1980 年 8 月, 11-16 頁。
- 【47】 樋口陽一,『憲法 I』, 青林書院, 1998 年。
- 【48】 樋口陽一, 山内敏弘, 辻村みよ子, 蟻川恒正『新版憲法判例を読み直す: 下級審からのアプローチ』, 日本評論社, 2011 年。
- 【49】 平野龍一,「裁判官の客観的良心」, ジュリスト 480 号, 1971 年 6 月, 83-86 頁。
- 【50】 福岡敏明,「アメリカにおける憲法裁判の現在」, 憲法理論研究会編,『憲法の可能性』, 敬文堂, 2019 年, 21-33 頁。
- 【51】 法学協会編,『註解日本国憲法』, 下巻, 有斐閣, 1954 年。
- 【52】 丸島俊介,「司法改革の歴史を辿り未来を展望する: 改革の歴史的意義と現段階/社会の変動と司法改革の今後」, 法社会学 86 号, 2020 年 3 月, 7-27 頁。
- 【53】 南野森,「司法の独立と裁判官の良心」, ジュリスト 1400 号, 2010 年 5 月, 11-18 頁。
- 【54】 見平典,「最高裁判所裁判官選任過程: 日本とアメリカにおける近年の動向とその評価」, 市川正人, 大久保史郎, 斎藤浩, 渡辺千原編,『現代日本の司法: 「司法制度改革」以降の人と制度』, 日本評論社, 2020 年, 298-320 頁。
- 【55】 見平典,「最高裁判所裁判官の選任のあり方: アメリカにおける公聴会制度の運用をめぐる議論と実態」, 憲法研究 7 号, 信山社, 2020 年 11 月, 41-59 頁。
- 【56】 見平典,「アメリカ連邦最高裁判所裁判官選任過程の歴史的展開」, 立命館法学 393・394 号, 2020 年, 736-59 頁。
- 【57】 宮沢俊義 (芦部信喜補訂),『全訂日本国憲法』, 日本評論社, 1978 年。
- 【58】 宮本康昭,「裁判官の身分保障と再任制度: 再任を拒否された者から」, 池田政章, 守屋克彦編,『裁判官の身分保障』, 勁草書房, 1972 年, 284-93 頁。
- 【59】 森口千弘,「宗教への敵意: Smith テストと Masterpiece Cakeshop 判決」, 同志社法学 72 巻 4 号, 2020 年 10 月, 1089-1115 頁。
- 【60】 森口千弘,「信教の自由と反差別法」, 桧垣伸次, 奈須祐治編,『ヘイトスピーチ規制の最前線と法理の考察』, 法律文化社, 2021 年, 137-156 頁。
- 【61】 柳瀬昇,「民主的司法のディレンマと裁判員制度の意義」, 法社会学 72 号, 2010 年 3 月, 167-82 頁。
- 【62】 柳瀬昇,「アメリカ合衆国における弾劾されるべき罪の意義について」, 小谷順子, 新井誠, 山本龍彦, 葛西まゆこ, 大林啓吾編,『現代アメリカの司法と憲法: 理論的対話の試み』, 尚学社, 2013 年, 278-302 頁。

#### 英語文献

- 【63】 Baker, Lynn A., “Note: Unnecessary and Improper: The Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980,” *Yale Law Journal*, Vol. 94, Issue 5, April 1985, pp. 1117-1143.
- 【64】 Berger, Raoul, *Impeachment*, Harvard University Press, 1973.
- 【65】 Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed., Yale University Press, 1986.
- 【66】 Black, Jr., Charles L., and Bobbitt, Philip, *Impeachment: A Handbook*, New Edition, Yale University Press, 2018.
- 【67】 Champagne, Anthony, “Interest Groups and Judicial Elections,” *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 34, Issue 4, June 2001, pp. 1391-1410.
- 【68】 Collins, Jr., Paul M., and Ringhand, Lori A., “The Institutionalization of Supreme Court Confirmation Hearings,” *Law & Social Inquiry*, Vol. 41, Issue 1, Winter 2016, pp. 126-151.
- 【69】 Epstein, Lee and Segal, Jeffrey A., *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments*, Oxford University Press, 2005.
- 【70】 Gerhardt, Michael J., *The Federal Impeachment Process: A Constitutional and Historical Analysis*, 3<sup>rd</sup> edn., The University of Chicago Press, 2019.
- 【71】 Hall, James Parker, “The Selection, Tenure and Retirement of Judges,” *Journal of the American Judi-*



- capture Society, Vol. 3, Issue 2, August 1919, pp. 37-51.
- 【72】 Hunter, Elmo B., "A Missouri Judge Views Judicial Selection and Tenure," *Journal of the American Judicature Society*, Vol. 48, Issue 7, December 1964, pp. 126-132.
- 【73】 Hyde, Laurance M., "Selection and Tenure of Judges," *American Bar Association Journal*, Vol. 27, 1941, pp. 763-765.
- 【74】 Hyde, Laurance M., "Missouri Plan for Selection and Tenure of Judges," *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 39, Issue 3, 1948, pp. 277-287.
- 【75】 Karlan, Pamela S., "Electing Judges, Judging Elections, and the Lessons of Caperton," *Harvard Law Review*, Vol. 123, Issue 1, November 2009, pp. 80-103.
- 【76】 Kramer, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004.
- 【77】 Morris, Madeline, "The Grammar of Advice and Consent: Senate Confirmation of Supreme Court Nominees," *Drake Law Review*, Vol. 38, Issue 4, 1988, pp. 863-888.
- 【78】 Post, Robert C., *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014.
- 【79】 Pound, Roscoe, *The Spirit of the Common Law*, Routledge, 2017.
- 【80】 Resnik, Judith, "Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure," *Cardozo Law Review*, Vol. 26, Issue 2, January 2005, pp. 579-658.
- 【81】 Ross, William G., "The Questioning of Supreme Court Nominees at Senate Confirmation Hearings: Proposals for Accommodating the Needs of the Senate and Ameliorating the Fears of the Nominees," *Tulsa Law Review* Vol. 62, Issue 1, 1987, pp. 109-174.
- 【82】 Ross, William G., "The Questioning of Lower Federal Court Nominees at Senate Confirmation Hearings," *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 10, Issue 1, December 2001, pp. 119-176.
- 【83】 Schotland, Roy A., "Comment," *Law and Contemporary Problems*, Vol. 61, Issue 3, Summer 1998, pp. 149-156.
- 【84】 Schotland, Roy A., "Financing Judicial Elections 2000: Change and Challenge," *Law Review of Michigan State University Detroit College of Law*, Vol. 2001, Issue 3, Fall 2001, pp. 849-900.
- 【85】 Schotland, Roy A., "New Challenges to States' Judicial Selection," *Georgetown Law Journal*, Vol. 95, Issue 4, April 2007, pp. 1077-1106.
- 【86】 Sepper, Elizabeth, "Free Exercise Lochnerism," *Columbia Law Review*, Vol. 115, Issue 6, October 2015, pp. 1453-1520.
- 【87】 Wilson, Steven Harmon, ed., *The U. S. Justice System: An Encyclopedia*, 3vols., ABC-CLIO, 2012.
- 【88】 Yates, Jeff and Gillespie, William, "Supreme Court Power Play: Assessing the Appropriate Role of the Senate in the Confirmation Process," *Washington & Lee Law Review*, Vol. 58, Issue 3, Summer 2001, pp. 1053-1072.

#### 【文末脚注】

- † 本稿は JSPS 科研費 JP22K13824（若手研究）の助成を受けた研究成果の一部である。
- †† 本稿の査読・掲載決定後に、内閣府「家族の法制に関する世論調査」(2021 年 12 月～2022 年 1 月実施)に接した。https://survey.gov-online.go.jp/r03/r03-kazoku/index.html この調査について、過去の内閣府の選択的夫婦別氏制度に関する調査とは異なり、いわゆる通称使用の法制化を選択肢として新たに追加した結果、現在の夫婦同氏制への支持が全体の 27%、同氏制を維持したうえで通称使用を法制化すべきとするのが 42%、選択的夫婦別氏制の導入への支持が 29%となった。過去の調査と異なるため単純比較はできないが現状の夫婦同氏制を変更すべきと考える人々は多い、と考えられる。
- ††† 本稿査読・掲載決定後に、憲法上の中絶する権利を承認したロー対ウェイド連邦最高裁判決 (Roe v. Wade, 410U.S.113 (1973)) を正面から判例変更する、中絶する権利を否定する判決が下された。Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597U.S. \_\_\_\_ (2022)
- †††† 本稿出版直前の 2022 年 8 月 1 日、川岸令和先生が逝去された。これまでのわたしの研究に、陰に陽にご支援下さった先生の霊前に本稿を捧げたい。