HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	＜法のクレオール＞と主体的法形成の研究へのアプローチ (2) : 憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって : 現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性
Author(s)	會澤, 恒
Citation	北大法学論集, 58(4), 490 [2118]-453 [2081]
Issue Date	2007-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/30250
Type	bulletin (article)
Note	研究ノート
File Information	58(4)_490-453.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究へのアプローチ（２）

目　次

司法を通しての法形成と法文化の地平の融合・覚書
今井弘道
憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって
――現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性――
會澤　恒

憲法裁判におけるトランスナショナルなソースの参照をめぐって

――現代アメリカ法思考の開放性と閉鎖性――

會澤　恒

Ⅰ．はじめに

21世紀に入ってから、アメリカ合衆国最高裁判所が、国内問題に関する憲法判断にあたって、海外の法実行や国際的な法源へと言及したことが彼の地で注目を集めた。そしてこれを契機として、このような参照が許されるか、許されるとすればその条件は何かが論争となっている。本稿はアメリカの裁判所内外におけるこの議論の一端を紹介するものである。

ここで、本稿の紹介する議論の対象を確認しておく。

まず、本稿で取り扱うのは国内事件における国内的論点をめぐる憲法裁判である。論者によっては国内的問題と国際的問題との連続性が強調される場合もある[1]

[1] *See, e.g.*, Harold Hongju Koh, *International Law as Part of our Law*, 98 Am. J.

が、本稿では差し当たり両者を区別して、国際的なアスペクトを含む裁判については考察の範囲から外し[2]、専ら国内的な問題に関する憲法判断に検討対象を限定する。

「法源」の概念を広くとれば、本稿で取り扱う問題も法源論の一部ということとなろう。しかし、Ⅲ.Ａで見るように、賛成／容認論者も、参照されている国外の法実行・法的言明に裁判所は拘束されていないことを前提としている。論争の争点は、それでもなお、外国法や国際法を検討の材料として用いてよいかということである。参照対象が法的拘束力を持つものではないということを確認するため、本稿では「法源」と呼ぶことを避け、より中立的に「ソース」[3]、「典拠」、「参照（の対象）」などと呼ぶこととする。

また、参照の対象についてであるが、「国際的 international な」法的言明と言っても、本稿で取り扱う論争においては、①条約に代表される、狭義の国際（公）法（international (public) law）上の規範に必ずしも限定されない[4]。②外国の立法例や裁判所による（それぞれの国内問題に関する）裁判例その他の法実行に対しても言及がなされることがある。すなわち、アメリカ合衆国との関係において「国内的 domestic」であると言いうるものではない、そうした意味でアメリカの“外部”に属するあらゆる法的ソースの参照が問題となっており、①②両者の間に取り扱いの差異を設けようという態度はあまり見られない。ただし、②のみについて特に明示的に議論する場合には「外国の foreign」ソースあるいは「比較法上の comparative」ソースなどと言われることがある。また、①狭義の国際法との混同を避け、①②両者を包含することを明示する場合には、「トランスナショナル transnational な」という語が使われることもある[5]。本稿においては、「国際的」という語は①狭義の国際法上の対象に限定せず、②（アメリカから見て）外国の（それぞれの国内問題に関する）ソースも含む広い語

Int'l L. 43 (2004).

[2] *Cf.* Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 520-521 (2004) ; Sarah H. Cleveland, *Our International Constitution*, 31 Yale J. Int'l L. 1, 6-7 (2006).

[3] もっとも、英語で“source of law”とはまさしく「法源」を意味するが。

[4] しかも、条約のようないわゆるハード・ローに必ずしも限定されず、いわゆるソフトー・ローも含まれる。

[5] “Transjudicialism”という（造）語もある。*See, e.g.,* American Justice for Americans [sic] Citizens Act, *infra* note 111, 2005 H.R. 1658 §2(5)-(7).

として取り扱う。①狭義の国際法が特に問題となる場合にはその旨明示する。文脈によっては誤解を避けるために①②の両者を包含するという広い意味で「トランスナショナルな」という語を使用することがある。

以下、第Ⅱ節ではトランスナショナルなソースを参照した近時の代表的な裁判例を紹介する。第Ⅲ節は論争における争点を概観する。第Ⅳ節はこの論争のさらなる検討から得られるべき示唆について触れる。

Ⅱ．裁判例

アメリカにおける法律問題をめぐる論争がしばしばそうであるように、本稿の主題である国際的なソースをめぐる論争もまた、裁判所――ここでは連邦最高裁――の具体的な判決を契機としてなされている。本節では、連邦最高裁が国際的なソースを参照し、それについて議論をしている、そしてそれ故に論争の焦点となっている近時の主要な判決を紹介する。

A． Lawrence v. Texas 判決[6]

2003年のLawrence v. Texas判決は、本格的な論争の引き金を引いた判決である。テキサス州法は「人が、同性の他者と倒錯した性交渉に従事」することを犯罪として刑事的に禁止していた[7]。別件の通報に基づいてLawrence（男性）の住居に踏み込んだカウンティ警察の警察官は、同人とGarner（男性）とが性的行為に及んでいることを発見した。両名は成人であり、一方の住居という私的空間における、同意に基づく行為であった。逮捕され、一晩拘禁され、治安判事の下で有罪判決を受けたため、両名は合衆国憲法修正14条のデュー・プロセス条項[8]の

---

[6] 539 U.S. 558(2003). 日本語での紹介・検討として、根本猛「実体的適正手続の新たな射程――いわゆるソドミー法をめぐって――Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558(2003)」静岡大学法政研究9巻4号184頁（2005年）、篠原光児「ソドミー法と同性愛者の権利 Lawrence v. Texas, 539 U.S. _, 123 S.Ct. 2472(2003)」アメリカ法2004-1号69頁、藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲とされた事例――Lawrence v. Texas, _U.S. _, 123 S.Ct. 2742(2003)」ジュリスト1255号142頁（2003年）参照。

[7] Tex. Penal Code Ann. §21.06(a)(2003).

[8] U.S. Const. amend. XIV, §1（「…州は、何ぴとからも、法の適正な過程によら

違反等を主張した。

同様の論点については、1986年の Bowers v. Hardwick 判決[9]が合憲判断を下していた。Lawrence 判決の法廷意見は Bowers 判決を明示的に覆し、違憲判断をしている。[10]

ａ．法廷意見（Kennedy 執筆）

法廷意見はそれまでの判例法を概観した[11]上で、Bowers 判決を検討する。同判決はそもそも問題を不適切に定式化したとし、同判決の依拠した、同性愛行為の禁止に関する歴史理解は誇張されており疑問の余地があると主張する。[12]

さらに、Bowers 判決における Burger 同意意見が西洋文明の歴史とユダヤ－キリスト的道徳・倫理基準に言及していることに対して、この問題にとって特に関連性の深いのは最近半世紀の法と伝統のはずであるが、そこでは、成人の私的領域における性の問題に関する決定について、実体的な保護が与えられてきている、と批判する。そして、このことに関する（Bowers 判決時点における）アメリカ国内における具体的な動きが摘示される[13]。[14]

さて、本稿の主題との関係では、この批判の延長として、Bowers 判決の Burger 同意意見では近時のヨーロッパの動きが念頭に置かれていない、と指摘されている。すなわち、まず、イギリスにおいて、1963年に同性愛行為を処

ずに、その生命、自由または財産を奪ってはならない。[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law…」). 以下、合衆国憲法の訳は全て田中英夫編集代表『BASIC 英米法辞典』（東大出版、1993年）による。

[9] 478 U.S. 186 (1986).

[10] ここで紹介する法廷意見、Scalia 反対意見のほか、O'Connor がもっぱら平等保護条項に依拠する結果同意意見（539 U.S. at 579）を、Scalia 反対意見にも参加する Thomas が、本件で問題となった立法は愚かなものだとしつつ、それを覆す憲法上の根拠がないとする反対意見（*id.* at 605）を著している。

[11] *Id.* at 564-566.

[12] *Id.* at 566-571.

[13] ALI, Model Penal Code §213.2, Comment 2, p 372 (1980) 及びこれに従ったイリノイ州他の動きを指摘する Cato Institute のアミカス・ブリーフに言及する。539 U.S. at 572.

[14] *Id.* at 571-573.

罰する法の廃止が議会に対して提言され、10年後に実際に廃止されたことを挙げる[15]。さらに、同意に基づく同性愛行為を禁止する法は欧州人権条約の下で無効であると判断した、Bowers 判決より５年前の欧州人権裁判所の判断を摘示し、この判断は欧州評議会構成国（当時で21カ国、判決時で45カ国）において拘束力を持つ以上、Burger の見解は不適切だとする[16]。

さらに法廷意見は、アメリカ国内における州・連邦双方における動きを指摘して、Bowers 判決の判断の不適切さを強調している[17]。加えて、本件の州法がもたらすスティグマ効果も大きいことも指摘される[18]。

その上で再び、欧州人権裁判所のその後の判決[19]及び国際的人権擁護団体が共同で提出したアミカス・ブリーフ[20]に言及する形で間接的に諸外国の状況を

---

[15] *Id.* at 572-573（citing The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution（1963）and Sexual Offences Act 1967, §1）.

[16] 539 U.S. at 573（citing Dudgeon v United Kingdom, 45 Eur. Ct. H. R.（1981）P 52）. Kennedy は判決言い渡しの際、欧州人権裁判所の判例に対して合衆国裁判所が言及することの重要性を強調したとされる。Cleveland, *supra* note 2, at 2, n.2.

[17] Bowers 判決で問題となったような法を持つ州が減少し、存置している州においてもあまり執行されないこと、Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey 判決（505 U.S. 833（1992））におけるデュー・プロセス条項の下での実体的自由の保護の確認、Romer v. Evans 判決（517 U.S. 620（1996））における平等保護条項の下での性的志向に基づく差別立法の規制、学説による批判や州憲法解釈に当たって州裁判所がなした判断、といった諸点が挙げられている。539 U.S. at 573-575，576.

[18] *Id.* at 575-576.

[19] P. G. & J. H. v United Kingdom, App. No. 00044787/98, P 56（Eur. Ct. H. R.，Sept. 25, 2001）; Modinos v Cyprus, 259 Eur. Ct. H. R.（1993）; Norris v Ireland, 142 Eur. Ct. H. R.（1988）.

[20] Brief for Mary Robinson et al. as *Amici Curiae* in Support of Petitioners, Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558（2003）（No. 02-102），2003 WL 164151（on file with author）. 筆頭アミカスの Mary Robinson は前国連人権高等弁務官、さらにアムネスティ・インターナショナル、ヒューマン・ライツ・ウォッチなどが参加している。*Id.* at 1.

参照して、Bowers 判決の判断は外国でも従われていないと指摘している[21]。その上で、

> 他の多くの国々で、本件において申立人〔筆者注：被告人〕の求める権利は人間の自由の不可欠の部分として受容されつつある。我が国において、個人の選択の制約についての政府の利益が、いくらかなりともヨリ正当ないし緊急であるとの主張はない。[22]

と述べる。

以上の検討の後、本判決の事案の範囲に判断の射程を限定した上で、明示的に Bowers 判決を覆している[23]。

法廷意見の最後は、次の判示によって締めくくられている。

> もし第５修正や第14修正の各デュー・プロセス条項を描き、承認した人々が、多方面にわたる自由の構成要素について知悉していたとすれば、それらはヨリ特定的であったであろう。〔だが、〕彼らはこうした洞察を持っていると仮定はしなかった。むしろ、時代〔の制約〕が一定の真理を見えなくさせることがあり、一時は必要かつ適切であると考えられていた法が実は抑圧にのみ資すると、後の世代が気付くことがあることを、彼らは理解していた。憲法が生き続けるにあたって（As the Constitution endures）、全ての世代の人々は、自らのヨリ大いなる自由の追求に際して、憲法の原理を援用することができる。[24]

破棄、差し戻し。

b．Scalia 反対意見[25]

Scalia は、法廷意見が先例拘束性原理の適用において一貫しておらず不適切

---

[21] 539 U.S. at 576-577.

[22] *Id.* at 577.

[23] *Id.* at 578.

[24] *Id.* at 578-579.

[25] *Id.* at 586（Scalia, J., dissenting）. Rehnquist、 Thomas 同調。

な判例変更をしていると――いささか八つ当たり気味にCasey判決を引き合いに出して――批判した[26]後、同性愛行為をなす権利というものは「〔アメリカの〕伝統と歴史に深く根ざした」ものではなく、Bowers判決当時の実体的デュー・プロセスをめぐる法状態からするとBowers判決は誤っていない、と主張する[27]。その文脈で、法廷意見が最近の動きに依拠していることに対し、次のように反駁している：

> 一定の行為についていくつかの州が刑事制裁を軽減ないし廃止したからといって、憲法上の権利（Constitutional entitlements）が発生するものではない。ましてや、外国（foreign nations）がある行為を非犯罪化したからといって、〔権利が〕生起するというようなことは――法廷意見はそのように信じているようであるが――ない。Bowers判決の多数意見は「我々がヨリ広い文明と共有する価値」には決して依拠しておらず、むしろ、同性愛行為の権利というものは「この国の歴史と伝統に深く根付いて」はいないという根拠に基づいて、そうした権利を認めなかったのである。Bowers判決の合理性基準に基づく判示も同様に、「ヨリ広い文明」の諸見解へのいかなる依拠をも有していない。従って、こうした外国の見解についての法廷意見の議論（〔そこでは〕もちろん、ソドミーの刑事的禁止を維持してきている多くの国々を無視している）は無意味な傍論である。だが、危険な傍論である。と言うのも、「この裁判所は、外国のムードや流行やファッションを、アメリカ人に対して押し付けるべきではない」からである。[28]

さらに、本件で問題となっている立法の目的を正当なものと認めないことはあらゆる道徳立法を認めないことになること[29]、法廷意見のような判断は司法部が文化戦争（culture war）に（しかも必ずしも「メインストリーム」では

---

[26] *Id.* at 586-592.
[27] *Id.* at 592-598.
[28] *Id.* at 598 (internal citations omitted).
[29] *Id.* at 599.

ない側で）介入することになること[30] [31]もまた、主張されている。

Ｂ．死刑

合衆国憲法修正８条は「過大な額の保釈金を要求し、または過重な罰金を科してはならない。また残酷で異常な刑罰を科してはならない。」[32]と規定するが、果たして死刑は「残酷で異常な刑罰」に当たるのか。この問いに対して、1976年の Gregg v. Georgia 判決[33]は、死刑それ自体は合憲であることを確認した。しかし、同日に下された今一つの判決がノース・カロライナ州の死刑制度を違憲とした[34]ように、如何なる死刑制度／死刑宣告であれば「残酷で異常な刑罰」に当たらず合憲となるのかという問題群は、むしろ Gregg 判決によって発生したと言える。

その後の判例においては死刑を科す手続に焦点が当たる事例が多いが、死刑を科す対象についても連邦憲法上の実体的な制約が課されることがある[35]。さらに、「対象」と言う場合、死刑を科しうる犯罪行為が問題となることもあるが[36]、近時、死刑を科しうる被告人の範囲を実体的に制約する判決が続き、しかもその中で国際的なソースに言及されている。そのうちの代表的なものを以下で紹介する。

---

[30] *Id.* at 602-605.

[31] この点については、志田陽子『文化戦争と憲法理論：アイデンティティの相剋と模索』（法律文化社、2006年）参照。

[32] U.S. CONST. amend. Ⅷ(“Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”).

[33] 428 U.S. 153(1976). 差し当たり、金原恭子「Gregg v. Georgia 死刑の合憲性」藤倉皓一郎他編『英米判例百選』（第三版、有斐閣、1996年）118頁参照。

[34] Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280(1976).

[35] 2000年頃までの状況について、岩田太「合衆国における刑事陪審の現代的役割（三、四）――死刑陪審の量刑裁量をめぐって」法協119巻１号１頁、３号450頁（2002年）参照。判例の概観として、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅰ――残虐で異常な刑罰、公平な陪審裁判――』（成文堂、2006年）、特に25～29頁、115～194頁参照。

[36] *See, e.g.*, Enmund v. Florida, 458 U.S. 782(1982) ; Coker v. Georgia, 433 U.S. 584(1977).

1．Atkins v. Virginia 判決[37]

Lawrence 判決と時期は前後するが、2002年の Atkins 判決は、犯罪行為をなした精神遅滞（知的障害）者（people mentally retarded）[38]に対して死刑を科すことを、違憲と判断した。

この問題に関しては、1989年の Penry v. Lynaugh 判決[39]が合憲判断を下していた。しかし本件は、とりわけ Penry 判決以降の各州政府の対応に着目し、状況が変化したとして、第８修正関連事件で審査の指針とされている「成熟しつつある社会の進歩を示す、品位の発展的な基準 evolving standard of decency that mark the progress of a maturing society」[40]の適用として、違憲判断に転じたものである。

a．法廷意見（Stevens 執筆）

法廷意見がまず着目するのが、Penry 判決以降の各州政府の動向である。Penry 判決に前後する状況を瞥見した後、Penry 判決の後に十数州が、精神遅滞者に対する死刑の執行を禁ずる立法を行ったり、中断されていた死刑を復活する際に精神遅滞者を除外したりした事実を挙げる。しかも、単なるその数よりは、変化の方向性が精神遅滞者に死刑を科さない方向で一貫していることを重視している。さらに、こうした立法が各州立法部の圧倒的多数に支持されたこと、新規の立法がなされていない州の中には数十年にわたって死刑が執行されていないことからそもそも新規立法の必要性の乏しい州もあること、それ以外の州でも Penry 判決以降実際に精神遅滞者に対して死刑が執行されたのは５件に過ぎないこと、を指摘する。こうした点を踏まえて、犯罪行為を行った精神遅滞者は一般の犯罪者よりもカテゴリカルに有責性が低く、精神遅滞者に

---

37 536 U.S. 304 (2002). 日本語での紹介として、岩田太「精神遅滞者に対する死刑の合憲性――合衆国における死刑制度の揺れ（Atkins v. Virginia, 122 S. Ct. 2242, 70 U.S.L.W. 4548 (2002)）」ジュリスト1237号233頁（2003年）参照。

38 現在の法令用語では、英語の“mental retardation”に相当する用語は「知的障害」であるが（例えば、知的障害者福祉法・昭和35年法律第37号参照）、本稿では原語の表現に近づける意味で「精神遅滞」と訳出する。

39 492 U.S. 302 (1989).

40 Trop v. Dulles 判決 (356 U.S. 86, 101 (1958)) で打ち出されて以来、裁判所はこの基準を参照している。

対する死刑執行は真に unusual であり、それに反対する国民的コンセンサス（national consensus）が発展してきた、と評価される。[41]

さて、本稿の主題との関係では、この部分に付された注21で、各州の動向以外の要素に追加的に言及する中で、国際的な状況も挙げられている。

> さらなる証拠によると、かかる立法判断はヨリ広い社会的及び専門家間のコンセンサスを反映したものであることが明らかになる。〔ここで専門家による指摘に言及し、アメリカ心理学会のアミカス・ブリーフ等を引用している。続けて宗教界の見解に言及し、合衆国カトリック協議会他のアミカス・ブリーフを引用している。〕さらに、国際社会（world community）においては、精神遅滞者によってなされた犯罪に対して死刑を科すことは、圧倒的に非とされている。 Brief for The European Union as *Amicus Curiae* in *McCarver v. North Carolina*, O. T. 2001, No. 00-8727, p. 4. 最後に、世論調査によれば、精神遅滞者を処刑することが不正であるとのコンセンサスが、たとえ死刑を支持する者であっても、アメリカ人の間に幅広く存することが示されている。 R. Bonner & S. Rimer, Executing the Mentally Retarded Even as Laws Begin to Shift, N. Y. Times, Aug. 7, 2000, p. A1; App. B to Brief for AAMR as *Amicus Curiae* in *McCarver v. North Carolina*, O. T. 2001, No. 00-8727... これらの要素は決して決定的なものではないが、これらが立法に関する証拠と一貫していることは、この論点に取り組んできた人々の間でコンセンサスが存在するという当裁判所の結論に、さらなるサポートを提供している。 See *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 830, 831, 101 L. Ed. 2d 702, 108 S. Ct. 2687, n.31 (1988) （「尊重に足る専門家の団体、英米の伝統を共有する他の国々、西欧のコミュニティの主要なメンバー」の見解について検討）[42]。[43]

さらに、死刑に関する最高裁の判例法も、精神遅滞者に対してはカテゴリカ

---

41 536 U.S. at 313-316.

42 *Infra* note 58

43 536 U.S. at 316, n.21.

ルに死刑を科すべきではないとする立法部の判断と一貫した、2つの理由を提供しているとする。すなわち第一に、精神遅滞者に対する死刑執行は、応報と抑止というその目的に資するところはないから無目的かつ不必要な苦痛を与えるものとして違憲の刑罰となる、と評価する。第二に、精神遅滞の結果として、刑事司法手続における手続保障が不十分になる虞があることが指摘される。[44]

こうした検討を経て、法廷意見は、精神遅滞者に対する死刑という刑罰は過剰なものであり、精神遅滞者の生命を剥奪するという州の権能に対して連邦憲法は実体的な制約を課している、と結論している。[45]

b． Rehnquist 反対意見[46]

Rehnquist は、法廷意見による各州立法の評価を批判するとともに、前述のように外国法・専門家団体・宗教団体・世論調査に法廷意見が依拠していることを欠陥だとして、独自に反対意見を著している。そうしたソースが憲法問題に対して関連性を有するとの前提には先例上根拠がほとんどないし、連邦制の考慮からすると、現代におけるアメリカの品位の基準の判断にあたっては立法と陪審による法適用のみが判断材料とされるべきだ、とする。

> …それぞれの市民に対する刑罰についての他の国々の見解が、いかに当裁判所の究極的な判断に対してサポートを提供するのか、私には理解できない。品位の発展的な基準に関する結論を補強するために、当裁判所の先例の中には「国際的な意見の状況」を参照したものがあるのは事実だが、その後当裁判所は、第8修正法理における第一の必要条件である、当該実務が我らが人民によって受容されていることの立証に、他国の量刑実務が資することがある、という考えを明示的に否定した。*Stanford*, 492 U.S. at 369, n. 1（アメリカ（人）の／アメリカ的な品位の概念 *American* conception of decency が決定的であることを強調）[47]。

---

44 *Id.* at 317-321.

45 *Id.* at 321.

46 *Id.* at 321 (Rehnquist, C.J., dissenting). Scalia、 Thomas 同調。

47 *Infra* note 59.

> Stanford 判決の理由付けは適切であり、法廷意見はこれを疑問視するいかなる根拠も提示していない。当裁判所が探究しているのは国民的コンセンサスの証拠であるのだから、他の国々の視点といったものは端的に関連性を有しない。〔実際にそうしたものに言及している〕Thompson、Enmund[48]、Coker[49]、Trop といった諸判決も反対のことを示唆するものではない。Thompson、Enmund、Coker 各判決は、他国の量刑選択が密接な関連があるとするための典拠として、Trop 判決の相対多数意見における国際法のむき出しの引用に依拠する。しかし、Trop 判決の相対多数意見――当裁判所の少数の見解しか示さないものである――は自らの参照について何らの説明を提供していない。そして、そうした議論は Stanford 判決において確実に拒絶された以上、この見解を復活させる理由はない。[50]

さらに、世論調査や専門家団体・宗教団体の見解は立法部が採用しなければ無関係だし、仮に参照しうるとしても、世論調査が適切に行われたかの情報はない、ともしている。[51]

c． Scalia 反対意見[52]

Scalia による反対意見は、法廷意見が各州の動向から「国民的コンセンサス」を導いている議論に対して詳細な批判を加えた[53]上で、その部分の最後に次のような皮肉に満ちた判示を付け加えている。

> だが、「国民的コンセンサス」をでっち上げている法廷意見のこの上なく内容の乏しい努力については、（相応しくも脚注へと格下げされているが、）詰め合わせられた専門家団体・宗教団体、いわゆる「国

---

[48] *Supra* note 36.

[49] *Supra* note 36.

[50] *Id*. at 324-325 (internal citations omitted except *Stanford*) (emphasis in original).

[51] *Id.* at 325-328.

[52] *Id.* at 337 (Scalia, J., dissenting). Rehnquist、 Thomas 同調。

[53] *Id.* at 341-347.

> 際社会」そして世論調査への回答者の諸見解が表彰されねばなるまい。専門家団体・宗教団体の見解や世論調査の結果が関連性を持たないという〔Rehnquist〕の意見に、私も同意する。同様に関連性を持たないのは、「国際社会」――そこでの正義の観念は（幸いにも）我が国民のものと同じであるとは限らない――の実務である。「当裁判所が解釈しようとしているのは、アメリカ合衆国憲法（a Constitution for the United States of America）であることを、我々は決して忘れてはならない…我ら自身の人民の間にまずは確立したコンセンサスがない場合には、他の国々（other nations）の見解は、どれほど啓蒙的であるとこの裁判所の裁判官が考えたとしても、憲法を通じてアメリカ人に押し付けられることがあってはならない。」[54]

さらに、法廷意見が精神遅滞者に対して死刑を加えるべきでないとする規範的検討についても反論を加えている[55]。

2． Roper v. Simmons 判決[56]

2005年の Roper v. Simmons 判決も、死刑の対象となる被告人のカテゴリをめぐる事件である。 Penry 判決[57]に先立つ1988年の Thompson v. Oklahoma 判

---

[54] *Id.* at 347-48, quoting *Thompson, infra* note 58, 487 U.S. 815 at 868-869, n.4 (Scalia, J., dissenting).

[55] 536 U.S. at 348-352.

[56] 543 U.S. 551(2005). 日本語での紹介・検討として、杉本一敏「少年に対する死刑と合衆国憲法修正８条の『残虐で異常な刑罰』の禁止――Roper v. Simmons, 543 U.S. 551(2005)――」比較法学40巻３号152頁（2007年）、勝田卓也「18歳未満の少年を死刑に処することが第８修正に違反するとした米国最高裁判決――Roper v. Simmons, 543 U.S. 551(2005)」大阪市大法学雑誌52巻４号824頁（2006年）、岩田太「Roper v. Simmon, 543 U.S. 551, 125 S.Ct. 1183(2005)――従来の判例を覆し、17歳以下の少年に対する死刑が合衆国憲法第８修正の禁止する『残酷かつ異常な』刑罰にあたるとした事例」アメリカ法2005-2号368頁、門田成人「『進展する品位の水準』原理と修正第８条（１～未完）――Roper v. Simmons 事件判決をめぐって――」神戸学院法学35巻３号631頁（2005年）参照。

[57] *Supra* note 39.

決[58]は犯行時に15歳以下であった被告人に対する死刑を「残酷で異常な刑罰」であるとして違憲としたが、翌年の Penry 判決と同日の Stanford v. Kentucky 判決[59]は犯行時16歳・17歳の被告人に対する死刑については合憲と判断した。ところが、 Penry 判決が Atkins 判決によって実質的に覆されたと言える状態になったため、それとパラレルな Stanford 判決の主題である15歳を超える少年について、改めて問題となったのが本件である。[60]

トランスナショナルなソースの参照についても、議論の進展を受けて、各裁判官ともページを費やしてがっぷり四つに組んだ詳細な意見を公表している。

ａ．法廷意見（Kennedy 執筆）

法廷意見は Atkins 判決とパラレルな構成を採る。すなわち、まずは Stanford 判決以来の各州の動向を検討し、 Atkins 判決における精神遅滞者の場合と同様に、少年犯罪者に対する死刑を制限する動きを指摘する。精神遅滞者の場合と異なり、その制限のペースは相対的に緩慢だが、重要なのは変化の方向の一貫性であるとしてこの点に重要性を認めない。[61]

この部分に関連して、国際人権規約に触れられている。批准に際してアメリカ合衆国政府が、少年犯罪者に対する死刑を禁ずる第６条５号[62]に留保を付した点を州政府側は指摘して、少年犯罪者の死刑に反対する国民的コンセンサスは存在しないと主張した。しかし法廷意見は、留保が通過した後に５州が少年犯罪者に対する死刑を廃止した事実及び連邦議会自身が1994年連邦死刑法で少

---

58 487 U.S. 815(1988).

59 492 U.S. 361(1989).

60 なお、ここで問題になっている死刑は英語では“juvenile death penalty”などと表現されるが、これは、本文でも述べたように、犯行時に（例えば）17歳の少年であった被告人に対して死刑を科しうるかという問いである。すなわち、公判時ないし執行時には既に成年に達している場合もあるが――むしろそれが通常であろうが――本件も Stanford 事件もそのような事案である――、本稿では便宜上「少年犯罪者／未成年犯罪者に対する死刑（執行）」と言う。

61 543 U.S. at 564-567.

62 「死刑は、十八歳未満の者が行った犯罪について科してはならず、また、妊娠中の女子に対して執行してはならない。」以下、条約の訳は全て外務省公定訳による。

年犯罪者に対しては死刑を科さないとした事実を捉えて、州側のこの主張は最低限の意味しかないとする。

引き続いて法廷意見は、成熟性の欠如と責任感の未発達、周囲からの影響の受け易さ、人格の可塑性といった少年の特徴を指摘して、少年を最悪の犯罪者と分類する如何なる結論も疑わしいものになるとする。少年犯罪者の有責性が限定されたものであることから、応報と抑止という刑罰の正当化根拠は成人と同様には適用できず、第８修正の下で、18歳という線を引いて、それを下回る少年犯罪者に対する死刑が禁止されていると結論する。[63]

さて、本稿の主題との関連では、法廷意見は以下のように検討を続ける。

> 18歳未満の犯罪者に対する制裁として、死刑は不相応であるとの当裁判所の結論については、世界の中でアメリカ合衆国が、少年に対する死刑に対して公的な是認を与え続けている唯一の国であるという、際立った現実の中に確証を見出すことができる。第８修正を解釈するという任務は当裁判所の責任であり続ける以上、この現実によってコントロールされるということはない。だが、遅くとも当裁判所の Trop 判決[64]の時期以降、「残酷で異常な刑罰」を禁ずる第８修正の解釈にとって指針を与える（instructive）ものとして、当裁判所は外国の法や国際的な典拠に言及してきた。[65]

その上で Atkins 判決その他の第８修正関連の判決を引用する[66]とともに、児童の権利に関する条約37条[67]等の国際的な合意について検討している[68]。（児

---

[63] 543 U.S. at 569-575.

[64] *Supra* note 40.

[65] 543 U.S. at 575.

[66] *Id.* at 575-576（citing *Atkins*, *supra* note 37, *Thompson*, *supra* note 58, *Enmund*, *supra* note 36, *Coker*, *supra* note 36）.

[67] 「締約国は、次のことを確保する。(a)いかなる児童も、拷問又は他の残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けないこと。死刑又は釈放の可能性がない終身刑は、十八歳未満の者が行った犯罪について科さないこと。〔後略〕」

[68] 543 U.S. at 576.

童の権利に関する条約は、アメリカとソマリア以外の全ての国が批准していることも指摘されている。）引き続いて、近年、未成年者に対して死刑を執行した国々――しばしばアメリカが人権状況について批判している国々であるのが示唆的である――を挙げる。

> 1990年以降、アメリカ合衆国以外で未成年者に対して死刑を執行したのは、イラン、パキスタン、サウジアラビア、イエメン、ナイジェリア、コンゴ民主共和国、中国の７カ国のみである。それ以降、これら各国も、未成年者に対する死刑を廃止したり、そうした実務を公式に否認してきている。要するに、今や合衆国は、未成年者に対する死刑に反対してきた世界において孤立しているのである。[69]

次に法廷意見が「歴史的な関係及び第８修正それ自体の起源に照らして特に関連性を有する」[70]として参照するのは、イギリスの経験である。現在においてはイギリスでも死刑は完全に廃止されているが、少年犯罪者に対する死刑についてはそれより数十年前に廃止されていた。このことを捉えて、未成年者に対する死刑は特別なものとの観念があったと指摘する。[71]

以上を踏まえて、法廷意見は国際的なソースを参照する部分を次のように締めくくる。

> …少年犯罪者に対する死刑に反対する国際的見解は圧倒的であると、当裁判所が認めることも適当であろう。国際社会の見解は、当裁判所の帰結をコントロールするものではないが、当裁判所自身の結論に対して、尊重に足る、重要な確証を提供する。
> 代々にわたって、合衆国憲法は、アメリカの人々の高い尊敬と…崇拝すら獲得するようになった。この文書は、連邦制…といった、アメリカの経験に独自の、革新的な原則を規定し、またそれらに基づいている。こうした原理と権利保障はアメリカ的経験の中核であり、我々の

---

69 *Id.* at 577.

70 *Id.* at 577.

71 *Id.* at 577-578.

> 現在における自己規定と国民的（国家的 national）アイデンティティにとって本質的なものである。そうだとすれば、それが我ら自身のものと認識しているということは、我々が合衆国憲法を誇りに思う最低限の理由とはならない。他の国々や人々による一定の基本的権利の明示的な肯定が、我々自身の自由の伝統の枠内において同一の権利の中核性を端的に強調するということを認めることが、合衆国憲法に対する我々の忠誠やその起源に対する誇りを減ずるものではない。[72]

そして、Simmons に対する死刑を退けたミズーリ最高裁の判断を支持した。

b． Stevens 同意意見[73]

Stevens が 1 段落のみの短い同意意見を付している。本稿の主題である外国法の参照について直接に言及するものではないが、その背後にある解釈態度を明らかにしている。すなわち、仮に第 8 修正の意味が条項の採択時に固定されるものであるとすれば、7 歳の子どもの死刑をも全く妨げるものではない。しかし、第 8 修正の解釈指針である「品位の発展的な基準」は今やそのような読み方を許さない。

> コモンローの伝統においては、発展（進化 evolution）のペースは議論に開かれた問題である。しかし、合衆国憲法の理解が時とともに変化していくということは、John Marshall がそのテクストに息を吹き込んで以来、確立している。例えば Alexander Hamilton といった当時の偉大な法律家が今日、我々とともに裁判に当たったとすれば、Kennedy 裁判官の法廷意見に同調したであろう。[74]

c． O'Connor 反対意見[75]

O'Connor は、近時の各州の動向は国民的コンセンサスの存在の証拠として

---

[72] *Id.* at 578.

[73] *Id.* at 587 (Stevens, J., concurring). Ginsburg 同調。

[74] *Ibid.*

[75] *Id.* at 587 (O'Connor, J., dissenting).

は不十分であるとする。O'Connor によればかかる事情は Atkins 判決でも同様であったが、それとは独立の、罪刑均衡についての道徳的議論が同判決では決定的だったとする[76]。本件では同様の道徳的議論はできないが故に、少年犯罪者に対する死刑が第８修正上、禁止されているとはいえないと判断している[77]。

O'Connor は、国際的なソースの利用について、興味深い判示をしている。彼女も、アメリカ以外の国が18歳未満の被告人に対して死刑を科していることがほとんどないことは「疑問の余地がない」[78]と認める。だが、

> 未成年者に対する死刑に反対する真の国民的コンセンサスは未だ形成されていないと信ずるが故に、そして法廷意見の道徳的均衡性に関する議論が、年齢に基づくカテゴリカルな憲法的ルールを正当化するとは信じないが故に、法廷意見の言うところの国際的コンセンサスに対して、結論を確証する役割を与えることはできない。要するに、国際的コンセンサス（an international consensus）の証拠は、現在において第８修正はあらゆる事件における17歳の殺人者に対する死刑を禁止してはいない、という私の結論を左右するものではない。
>
> それにもかかわらず、当裁判所の第８修正関連法理に外国法や国際法の占める場所はない、との Scalia 裁判官の主張に、私は同意しない。半世紀近くにわたって、最高裁は、品位の発展的な基準の評価に関連性のあるものとして、外国法や国際法を一貫して参照してきた。…当裁判所がずっと判示してきたように、第８修正はその意味を文明社会の成熟しつつある価値から直接に引き出してきているという、同条の独特の性質が、かかる審査には反映されている。明らかにアメリカ法は多くの点について特色あるものである。これは合衆国憲法の特定の条項やその解釈の歴史がそのように指示する場合に限らない。だが、人間の尊厳に関するこの国の発展しつつある理解は、間違いなく、他の国々において有力な価値から完全に断絶してはいないし、それらと本質的に合致しないということもない。むしろ逆に、国内における価

[76] *Id.* at 590-593.

[77] *Id.* at 593-604.

[78] *Id.* at 604.

> 値と国際的なそれとの間で一致が見出されたとしても、我々は驚くべきではないだろう。とりわけ国際社会が、特定の形態の刑罰が基本的人権と合致しないと――国際法あるいは個々の国々の国内法に表明される形で――明確な合意に達成している場合はそうである。少なくとも、この種の国際的コンセンサスの存在は、アメリカにおける調和的かつ真のコンセンサスの合理性の確証に資することができる。しかしながら、本件においてはそのような国内的コンセンサスは提示されておらず、他の点においてグローバルなコンセンサスが近年現出しているとしても、この基本的な事実を左右することはない。[79]

この判示は、トランスナショナルなソースの利用のあり方について、ある態度を示していると言える。後に検討する。

d． Scalia 反対意見[80]

法廷意見がそうであることに対応して、Scalia の反対意見も Atkins 判決とパラレルの構成を採る。すなわち、各州の動向から国民的コンセンサスを導く難を指摘し[81]、少年の特性に基づく法廷意見の道徳的判断を、民主的でないし、そのような判断の根拠も薄弱であるとする[82]。

その上で、議論の深化を反映して、国際的なソースの参照について微に入り細を穿った批判を展開する。

> 今日の法廷意見の判断にとって我々自身の市民の見解は本質的に関連性がない一方で、他の国々といわゆる国際社会の見解は中心的な話題となっている。[83]

まず指摘されるのは、児童の権利に関する条約をアメリカ合衆国は批准して

---

79 *Id.* at 604-605 (internal citations omitted).
80 *Id.* at 607 (Scalia, J., dissenting). Rehnquist、 Thomas 同調。
81 *Id.* at 608-615.
82 *Id.* at 615-622.
83 *Id.* at 622.

いないこと、国際人権規約の批准にあたって留保を付していることである。条約締結権能は大統領と上院が有しているし、だとするとこれらの事情は、少年犯罪者の死刑に反対する国民的コンセンサスの不存在か、むしろ逆のコンセンサスの存在を示すとする。また、児童の権利条約37条は釈放の可能性のない終身刑もまた少年犯罪者に対して禁じている[84]ことから、これを死刑と同様に取り扱わないことは平仄が合わないとも指摘する。[85]

また、少年犯罪者への死刑を認めないとされる諸国についての、法廷意見による評価の仕方も批判される。諸外国――極めて専制的な政治体制かも知れないし、司法システムが十分な能力を持っていなかったり政治システムに従属していたりするかも知れない――が、少年犯罪者への死刑を禁ずるルールに実際に従っているかは確認されていない。またそうした国々が、アメリカでは認められない死刑制度――特に、一定の犯罪類型に対して如何なる減軽事由も認めず必要的に死刑を科す制度[86]――を持っている可能性もある。そうした国々で少年犯罪者に対する死刑を一律に廃止するのは意味があるかもしれないが、アメリカでは量刑判断者――典型的には陪審――が、あらゆる事情を考慮して個別的に判断している、との差異の存在を指摘する。[87]

そもそもアメリカ法と他の国々の法とは多くの点で異なっているので、アメリカ法が他国の法と調和すべきとの法廷意見の議論の前提は拒絶されるべきだ、とも主張される。その上で、違法収集証拠排除則については他国では（イギリスやカナダといった英米法系の国々でも）アメリカとは異なった判例法が展開されていること、逆に政教分離や妊娠中絶の領域では連邦最高裁は他国が採用しているヨリ緩やかな対応に従っていないことが摘示される。[88]

法廷意見によるイギリスの状況への参照も批判される。確かにアメリカとイギリスは共通の歴史を有しているし、憲法テクストの解釈にあたって18世紀のイギリス法もしばしば参照される「が、最高裁は――誤っていると考えるが――以前より第８修正について純粋な原意主義的アプローチを拒絶してきている

---

84 前注67。

85 543 U.S. at 622-623.

86 これは Woodson 判決（*supra* note 34）が違憲と判断している。

87 543 U.S. at 623-624.

88 *Id.* at 624-626.

し、それは明らかに、今日、法廷意見が採用しているアプローチでもない。」[89] そこで問題とされているのは、現在のアメリカの品位の水準であるが、その判断に際して、独立戦争から数世紀が経過し、ヨーロッパ統合の影響を強く受けている現代イギリスの状況を参照するのは理解し難い、とする。[90]

> 裁判所は、これら全ての事柄〔筆者注：外国法と異なるアメリカ法の諸領域〕を外国人の見解に照らして再検討する意欲を表明するか、あるいはその判断の論理的な基礎の一部として外国人の見解を提示することを止めるべきであろう。自身の思考と一致する場合には外国法を援用し、さもなければ無視するのは、論理に基づく判断ではなく、詭弁である。[91]

また、O'Connor の意見に対しても批判が加えられている。憲法条項の意味が時代によって変化するとはテクストから読み取れないこと、国際的コンセンサスがアメリカにおける調和的かつ真のコンセンサスの合理性の確証に資するとするが、非合理性を示すこともできる場合でなければ、そうしたことは言えないこと（「アメリカの原理は自らのものであるか、あるいは世界に従うかのいずれかであって、両方ではあり得ない」[92]）、また、O'Connor は国内的コンセンサスが見出せないので本件では外国法を参照する必要はないとするが、彼女は国内的コンセンサスがなくとも裁判官独自の判断の可能性を認める以上、そうした裁判官が外国法に影響されないとは言えないこと、を指摘する。[93]

その上でこの部分を締めくくって、次のように述べる。法廷意見は外国法の参照が合衆国憲法への忠誠や誇りを減ずるものではないとするが、

> 「他の国々や人々」による是認によってアメリカの原則に対する我々のコミットメントを強化すべきだなどとは、（そこから論理的に導き

---

89 *Id.* at 626.

90 *Id.* at 626-627. もしそうするのであれば、アメリカは二重の危険の禁止法理や陪審審理の保障も緩めねばならないだろう、と言う。 *Ibid.*

91 *Id.* at 627.

92 *Id.* at 627, n. 9.

93 *Ibid.*

> 出されることである）「他の国々や人々」による批難によってそうしたコミットメントを弱めるべきだとは言えないと同様に、私は信じない。だがヨリ重要なことだが、法廷意見の言明は端的に本件で行われたことを誤って記述している。今日、外国のソースが引用されたのは、合衆国憲法への我々の「忠誠」や「その起源への誇り」や「自らの〔アメリカ的〕伝統」を強調するためではない。むしろ逆に、12人の市民からなる陪審に対し、特定の事件において、未熟さ（youth）が死刑を差し控えるべき根拠となるかを判断させるという、数世紀にわたるアメリカ的実務――関連する州では現在でも多くの州で行われている実務――を覆すために引用されたのである。これら外国のソースが、退けるのではなく、肯定するものは、世界が如何にあるべきかの裁判官自身の観念であり、アメリカにおいても今後そうであるべきとのその命令（diktat）である。外国法の詳細な議論の重要性を控えめに見せようとする最後の試みは説得的ではない。外国による是認を「認めること（“Acknowledgment”）」は、裁判所の判断の基礎の一部でない限り、その法的意見に占める場所はない――それは、今日、まさしく誇示されているものなのである。[94]

そして最後に、Stanford 判決に従わなかった原審たるミズーリ州最高裁を放置したこと、時に応じて憲法解釈を変えることを批判して、意見を閉じている。[95]

Ⅲ．議論の争点

第Ⅱ節で紹介したような、判決中での国際的なソースの参照をめぐっては、連邦最高裁の裁判官たちがその判決の中で論争しているだけでなく、裁判外の講演等においてもその是非をめぐる言明を行っており、“場外乱闘”のような様相も呈している[96]他、学説等でも賛否が激しく議論されている。本稿でその

---

[94] *Id.* at 628.

[95] *Id.* at 628-630.

[96] *See, e.g.*, Justice Ruth Bader Ginsburg, Keynote Address Program, *“A Decent Respect to the Opinions of [Human] Kind”: The Value of a Comparative Perspective*

全体について網羅的に検討することはできず、他日を期したいが、以下、いくつかの論点について若干の整理を試みる。

A．賛成／容認論の基本的立場

1．理論的主張

賛成／容認論の基本的な立場として確認すべきは、トランスナショナルなソースの利用はもっぱら説得的典拠（説得的権威 persuasive authority）としての利用であって、その法言説に拘束されるものではない（拘束的典拠／拘束的権威 binding authority ではない）という了解は、当然の前提とされていることである[97]。このことは、第Ⅱ節で検討した判決の中で実際に参照している裁判官も明示的に言及している[98]。その意味で、主権の作用としての内国裁判所の自律的な判断は確保されている――少なくとも、タテマエ上確保している外観は維持している――ことは前提である。ある論者はこのような態度を、追従でも拒絶でもない“engagement”として、肯定的に評価している[99]。

---

in Constitutional Adjudication, 99 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 351 (2005) [hereinafter Ginsburg 2005] ; Ruth Bader Ginsburg, *Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, 22 YALE L. & POL'Y REV. 329 [hereinafter Ginsburg 2004] ; Justice Antonin Scalia, *Keynote Address Before the Ninety-Eighth Annual Meeting of the American Society of International Law: Foreign Legal Authority in the Federal Courts*, 98 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 305 (2004); Justice Stephen Breyer, *Keynote Address Before the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Society of International Law*, 97 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 265 (2003); Justice Sandra Day O'Connor, *Keynote Address Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law*, 96 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 348 (2002). 文献によると他にも例えば大学主催の講演会等での発言もあるようであるが、典拠を確認できなかった。

[97] Austen L. Parrish, *Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Courts Use of Foreign Law*, 2007 U. ILL. L. REV 637, 649-650 (2007); Mark Tushnet, *When is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy Over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law*, 90 MINN. L. REV. 1275, 1276, 1284-1287 (2006). *But see* Cleveland, *supra* note 2, at 92-93.

[98] 前注43、65、79の本文参照。

[99] Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005).

最も端的な賛成／容認論の主張は、国際的な典拠の参照は裁判所に判断のための情報をヨリ多く提供する、と言うことである。国際社会を構成する各国が、アメリカと同様の経験をし、同様の問題に直面してきたのだとすれば、それに対する個々の対応や、その積み重ねとしての知恵から学びうるものがあるはずだ、とするのである。[100]

こうした考え方には、かかる情報が判断に際して有用であり、有意義であり、関連性がある、という想定が前提としてある。ここで問題となっているのは憲法の解釈であるが、憲法解釈に際しても、新しい経験に基づく知見と知恵とが有用である、と想定していることになる。賛成／容認論者は、時代の状況に即した憲法解釈という憲法解釈方法論を前提としている。[101]このことは、Roper 判決の Stevens 同意意見が特に強調することでもある[102]。

さらに進んで、トランスナショナルなソースの参照を通じて、グローバルな司法部間の対話／会話に参加し、グローバルな法の発展（特に人権分野におけるそれ）へと参与することに価値を見出し[103]、さらには協調的に作用するトランスナショナルな法システムの創成まで構想する論者もいる[104]。このとき、

---

[100] Ginsburg は他から学ばないとすれば「敗者 loser」「より粗悪 poorer」になるとすら言う。 Ginsburg 2005, *supra* note 96, at 351; Ginsburg 2004, *supra* note 96, at 329. *See also* Robert P. Alford, *In Search of a Theory for Constitutional Comparativism*, 52 UCLAL. Rev. 639, 692-703 (2005) ; Jackson, *supra* note 99, at 116-117; Breyer, *supra* note 96, at 266; O'Connor, *supra* note 96, at 350. Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern* Ius Gentium, 119 Harv. L. Rev. 129(2005) は、このようなアプローチをローマ法におけるアプローチからのアナロジーとして「現代型万民法 modern *ius gentium*」と呼ぶ。 Eric A. Posner & Cass R. Sunstain, *The Law of Other States*, 59 Stan. L. Rev. 131 (2006)は、広範囲の情報を参照する有用性をコンドルセの陪審定理を援用して論じる。

[101] 但し、これは、賛成／容認論の必要条件ではあっても十分条件ではない。また、このことが第８修正（の「品位の発展的な基準」法理）に特殊な問題なのかどうか（前注64～66、79の本文参照）という問いについても留保しておく。

[102] 前注73～74の本文参照。前注24の本文も参照。 *See also* Scalia, *supra* note 96, at 308.

[103] *See, e.g.*, Koh, *supra* note 1, at 55, 56; O'Connor, *supra* note 96, at 352. *See also* Vicki C. Jackson, *Narratives of Federalism of Continuities and Comparative Constitutional Experience*, 51 Duke L. J. 223, 262-263, n.180, n.182 (2001).

[104] *See, e.g.*, Rex D. Glensy, *Which Countries Count?*: Lawrence v. Texas *and the*

そうしたグローバルな法発展におけるアメリカの「リーダーシップ」が強調されることもある[105]。

また――これは比較法一般に言われることでもあるが――、外国法の参照が自らの（法）システムの特色をより深く認識することにつながる、との理由も挙げられる[106]。

2．参照の作法

ここで、Roper 判決に示された O'Connor の見解を検討する。彼女の意見は、国内におけるコンセンサスを見出し得ない以上、国際的なソースの参照は意味をなさない、とするものである。別の言い方をすれば、国際的な情報を利用するためには、国内の論拠に基づいて一応の結論が導かれていることを要求していることになる。

そしてこうした態度は、Roper 判決の法廷意見を含む多数派も共有していると考えられる。第Ⅱ節では各判決の理由付けの流れをやや詳しく紹介した。Roper 判決において最も明確に現れているが、同判決は①アメリカ国内の動向の検討、②これとは一応切り離された、第 8 修正の法理論的検討ないし道徳的・倫理的判断、③国際的動向の検討、という 3 本柱がこの順番で構成されており、そして①・②において一応の結論に到達した上で、さらにそれを補強するために③トランスナショナルな典拠に言及している。こうした構成は国際的なソースを参照するために国内的論拠に基づいて一応の結論が導かれている必要があるとの態度を表しており、国際的なソースはあくまでも裁判所の結論を「確証 confirm」するために参照されるというのはそうした意味である。Atkins 判決でも本文で検討されているのは①・②の要素であり、③の要素は注に落ちているが、③の要素が基本的に Roper 判決と同様の位置づけがなされているという点では違いはない。Lawrence 判決においてはこのような構造はやや崩れているが、これは、Bowers 判決における「西洋文明の歴史とユダヤ－キリスト的道徳・倫理基準」への言及に反駁していることから来るものだと言えよう。

Selection of Foreign Persuasive Authority, 45 VA J. INT'L L. 357, 397-398（2001）; Koh, *supra* note 1, at 53-54; Breyer, *supra* note 96, at 267.

105 *See, e.g.*, Jackson, *supra* note 99, at 121-122.

106 *See, e.g.*, *id.* at 117; Jackson, *supra* note 103, at 257-258.

法廷意見がアメリカ国内の動向を（も）強調していることは、やはり確認しておきたい。

これが現在、合衆国最高裁が採用している外国法の参照の作法である。もっとも、裁判所が本当に、国内的検討に基づいた結論の専ら「確証」のために、国際的ソースを参照しているのか、むしろ前者が弱いが故に後者に依拠しているのではないか、という批判は可能であるし、正当であろう[107]。しかし少なくとも、多数派がそのような「外観」を確保しようとしてはいる、ということは指摘しておく。[108]

もちろんこれは、考えうる唯一のアプローチではない。例えば、通常のコモンローにおいては、当該法域に従うべき先例のない、オープンな（first impression の）論点が裁判所に持ち込まれた場合こそが、他法域の法を参照する最も有用な局面である。しかし、本稿で主題としている状況では、国内で決まっていないから外国の有力な見解に従う、などとはしていない。あるいは、他法域を参照しつつ、それとは異なる法域内の状況を指摘して区別する、ということもしていない。そうした意味で、問題となっている国際的なソースの参照は、いささか特殊な形の参照である。

Ｂ．反対論の基本的立場

１．政治的な動き

前提ないし背景事情として注意すべきなのは、反対論はしばしば政治的には保守の陣営から提出されていることである。第Ⅱ節で紹介した裁判例においても、反対論を展開するのは保守派の論客である Rehnquist であり、Scalia であった。すなわち、理論的・原理的批判の体裁をとっていたとしても、実際の批判の動機はそれぞれの事件ないし争点についての裁判所の結論に対する不同意な

---

[107] *See* Ernest A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 154-155 (2005). 杉本・前掲注56・165頁、勝田・前掲注56・841～842頁も参照。

[108] *See also* Calabresi & Zimdahl, *infra* note 129, at 899-903. 本稿では、最近話題の Lawrence、 Atkins、 Roper 各判決に焦点を当てたため、本文のような暫定的な結論をしている。これは、Calabresi & Zimdahl が「論理的補強（援軍）」と呼ぶ類型に属するが、 Calabresi & Zimdahl は歴史的には他の類型も存在することを指摘している。それらの検討は他日に委ねたい。

いし不満にあるのではないか、ということを割り引いて考える必要がある[109]。実際、議論のきっかけであり焦点でもある第Ⅱ節の諸判決は、それぞれ同性愛者の権利を擁護し、あるいは死刑の利用を限定するすなわち犯罪対策に制限を加えるというものであり、いずれも保守の立場からは後退と位置づけうるものであった。(そしてScaliaは、外国の法実行が保守派の立場を支持するであろう政教分離や妊娠中絶の分野では外国法が参照されないことに苛立つのである。[110])

本稿の主題は、法の世界――広い意味で、すなわち司法部や法曹界、法の学界――を超えて、政治の世界でも議論されている。その中でも主要な動きとして、憲法解釈方法に関する法案や議会決議案が各種提出されている。例えば、2005年4月にテキサス州選出の共和党下院議員Ron Paulによって提出された「アメリカ市民のためのアメリカ的司法・法」案は

> 合衆国最高裁判所および連邦下級裁判所は、合衆国憲法を解釈し適用する司法権の行使に際し、国際機関または外国政府の、憲法、法、行政規則、執行命令、指令、政策または司法決定を援用してはならない。但し、合衆国憲法の起草者によって依拠されたイギリスの憲法ならびにコモンローおよびその他の法源についてはこの限りでない。[111]

と規定する。これは下院司法委員会に係属していたが、2006年の選挙に伴って会期が終結したため廃案となった。2006年選挙の結果である第110議会においては、同様の法案は本稿執筆時点で提出されていない。また、2005年3月に提出された「2005年憲法回復法」案は、憲法解釈にあたって同様の指針を示した上で、弾劾についても規定している[112]。

---

[109] 無論、同様のことは賛成／容認論の側にも言えるかも知れない。

[110] 前注88の本文参照。前注26の本文も参照。

[111] American Justice for Americans [sic] Citizens Act, 2005 H.R. 1658, §3. 7名が共同提案者として名を連ねている。この法案は、前年に同じくPaulによって第108議会に提出されたが2004年選挙に伴う会期終結のために廃案となった法案（American Justice for American Citizens Act, 2004 H.R. 4118.）と同一である。

[112] Constitution Restoration Act of 2005, 2005 H.R. 1070; 2005 S. 520. 下院法案はアラバマ州選出共和党議員Aderholtが提出し、50名が共同提案者として名

また、フロリダ州選出の共和党下院議員 Tom Feeney は、憲法解釈に関する議院決議案を提出している。これは、

> 下院の了解として次のように決議する：外国の機関による宣言、法、判決については、合衆国憲法のオリジナルの意味の理解について情報を与えるのではない限り、全体であっても一部分であっても、合衆国憲法の意味に関する司法的解釈の基礎とされるべきではない。[113]

と宣言しようとする[114]。本稿執筆時点で下院司法委員会に係属中である。[115]

さらに、周知の通り2005年夏から2006年初頭にかけて、連邦最高裁裁判官の交代があったが、国際的なソースの参照の問題は上院による裁判官の承認の際にも話題となった。Roberts も Alito も消極的な見解を表明している（但し、若干ニュアンスは異なっている）。[116]

を連ねている。上院法案は同じくアラバマ州選出共和党議員 Shelby 提出で、９名が共同提案者として名を連ねている。各院の司法委員会に係属したまま廃案となった点、第110議会では同様の法案は提出されていない点は「アメリカ市民のためのアメリカ的司法・法」案と同様である。類似の法案が第108議会に提出されていた点も同様である。 *See* Constitution Restoration Act of 2004, 2004 S. 2323; 2004 S. 2082; 2004 H.R. 3799.

113 2007 H. Res. 372.

114 49名が共同提案者として名を連ねている。これは、2005年に同じく Feeney が提出したが、2006年の選挙に伴って会期が終結したため廃案となった決議案（2005 H. Res. 97.）と同一の文言である。これもまた、2004年に提出された決議案（2004 H. Res. 568.）の文言を若干手直ししたものであり、さらに遡ると2003年にも同趣旨の決議案が提出されている（2003 H. Res. 446）。

115 なお、第109議会においては2005年に上院でも、ほぼ同一の文言の決議案がテキサス州選出の共和党上院議員 Cornyn によって提出されたが（2005 S. Res. 92）、上院司法委員会に係属したまま廃案となった。第110議会に入ってからは上院では同様の決議案は本稿執筆時点で提出されていない。

116 *See, e.g.*, Adam Liptak & Adam Nagourney, *Judge Alito the Witness Proves a Powerful Match For Senate Questioners*, N. Y. TIMES, Jan. 11, 2006; *On Eminent Domain, Supreme Court Workload, End of Life and Consistency*, N. Y. TIMES, Sep. 15, 2005; 'I Believe That No One Is Above the Law Under Our System,' N. Y. TIMES, Sep. 14, 2005.

2．理論的立場

最も原理的な反対論の論拠は、国際的なソースは合衆国憲法の解釈にあたって関連性がない（irrelevant）、とするものである。最高裁における反対派の最右翼である Scalia は憲法解釈方法論において原意主義を採ることでも有名だが、その立場からは、トランスナショナルな典拠を拒絶するのは論理的帰結である[117]。原意主義においては採択時に憲法制定者が憲法テクストに与えた意味が決定的権威を持つとされるとされる[118]以上、現代の・他の国の法実行に関する情報は、端的に無意味・無関係だ、ということになる。[119]このような了解は前述の議会に提出された法案・決議案にも現れているものである。

関連して、反対論者はアメリカ（の法／歴史／文化／伝統／価値／…）の特殊性・独自性を強調するのも特徴的である[120]。これを政治文化論的な観点から位置づければ、アメリカ例外主義が内向きに表出した排外主義の系譜に属すると言える[121]。さらにこれは、外交における孤立主義の伝統とも連なっているとも言えるだろう[122]。

また、反対論の立場から、賛成／容認論の根拠への批判もなされている。まず、内国裁判所の自律性を確保しつつ、説得的典拠としてトランスナショナルなソースを参照しているのだとの容認論者の主張に対しては、裁判所が実際に行っている利用はそのようなものではない、と批判される。説得的典拠として参照するのだとすれば、当該参照対象が「説得的」であることが重要なはずだが、実際には対象たる外国裁判例等の理由付けに関心が払われることはほとん

---

117 但し、十分条件ではあるが必要条件ではない。

118 原意主義については、差し当たり、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）第３章参照。

119 前注46～50、54、88～94の本文参照。 *See also* Alford, *supra* note 100, at 645-658; Ginsburg 2005, *supra* note 96, at 355-356; Michael D. Ramsey, *International Materials and Domestic Rights: Reflections on* Atkins *and* Lawrence, 98 Am. J. Int'l L. 69, 73-74 (2004).

120 同前。前注28の本文も参照。 *See also* Tushnet, *supra* note 97, 1289-1292; Scalia, *supra* note 96, at 310.

121 排外主義については、古矢旬『アメリカニズム――「普遍国家」のナショナリズム』（東京大学出版会、2002年）特に12～16頁参照。

122 差し当たり、西崎文子『アメリカ外交とは何か――歴史の中の自画像』（岩波書店、2004年）特に21～36頁参照。

どなく、もっぱら結論のみに注意が向けられている。その上で、特定の――すなわち裁判所の結論と合致する――立場を採る外国法域を並べ挙げているのであって、そうだとするともっぱら「数合わせ nose-counting」のために国際的なソースを利用しているではないか、とするのである。特にこの問題は、アメリカ国内の動向において、裁判所が否定しようとする立場を採る法域が必ずしも少数とは言えない数、存在する場合、すなわち裁判所の立場を支持する法域が国内において圧倒的多数とまでは言えない場合、後者に外国法域を加える形で前者を不当に過小に見せようとしているのだ、という形で顕著になる。[123]

このことをさらに質的な側面に投影すれば、アメリカ国内の多数の意見に対して、それとは異なる見解を――「国際社会の見解」という回路を通じて――押し付けることになる、との批判に連なる[124]。西欧等、民主主義や自由主義の伝統を共有する国であったとしても、民主主義のヴァージョンには多様なものがありうるのであって、そこで重視されている価値はアメリカ的価値とは異なるものかも知れない、と強調するのである。近時は裁判官同士の国際交流も盛んであるが、そうした回路を通じて連邦最高裁の裁判官が西欧等の裁判官から影響を受け、（文化人類学に言う）「文化変容 acculturation」を起こしているのではないか――もっと口悪く言えば「洗脳」されたのではないか――との声もある[125] [126]。

---

[123] *See, e.g.*, Young, *supra* note 107, at 149-156. *See also* Jackson, *supra* note 103, at 247-251.

[124] *See, e.g.*, Young, *supra* note 107, at 161-163. 阪口正二郎「立憲主義のグローバル化とアメリカ」ジュリスト1289号35頁（2005年）、特に40～41頁も参照。国内的コンセンサスを認定した後に「確証」として国際的ソースを参照するアプローチ（Ⅲ．Ａ．２参照）は、この問題を解消ないし緩和するための方策だと位置づけることができる。 *See* Roger P. Alford, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, 98 Am J. Int'l L. 57 (2004).

[125] Young, *supra* note 107, at 156-158. そこで Steven G. Calabresi & David C. Presser, *Reintroducing Circuit Riding: A Timely Proposal*, 90 Minn. L. Rev. 1386 (2006)は、夏季休廷期間中に裁判官がヨーロッパへ旅行する余裕を与える替わりとして、最高裁裁判官による巡回裁判（の復活）を提案する。

[126] もっとも、反対論者の最右翼である Scalia もよく外国を旅行する人物である。 *Cf.* McCreary County, Ky. v. ACLU of Ky., 545 U.S. 844, 886-887 (2005) (Scalia, J., dissenting). Antonin Scalia （会沢恒訳）「憲法と宗教――憲法解釈方

C．新規？

トランスナショナルなソースの参照を批判する陣営（とりわけ政治的・社会的アクター）から、かかる実務は最近になって――すなわちLawrence判決になって――突如始められたことであって、先例に基礎付けることができない、との批判が出されることがある。例えば、前述の「アメリカ市民のためのアメリカ的司法・法」案は、その立法事実として「Atkins v. Virginia判決およびLawrence v. Texas判決において、合衆国最高裁判所は、“transjudicialism”と呼ばれる新しい解釈技法を援用して、アメリカのコモンローの伝統と相反する個人の『憲法的』権利を認定した」ことを挙げている[127]。これに対し賛成／容認派からは、以前からの外国法等への言及の例を摘示することになる[128]。

この論点については、Calabresiらが、独立期から21世紀に至るまでの連邦最高裁による外国法の参照を網羅的に検討している[129]。この研究によると、最高裁は独立直後以来、継続的に外国法を参照してきており、その中にはDred Scott判決[130]やReynolds v. United States判決[131]、Muller v. Oregon判決[132]といった歴史的な著名判決も含まれる。但し同研究は、参照の頻度は時代が下るにつれて頻繁になっている、とも評価する[133]。しかも、裁判官の間でもまた、外国法の参照をめぐって論争があることが、遅くとも1820年代以来、19世紀には判例集中に現れていることを指摘する。国際的ソースの参照が新規／新奇か、古くからあるかという問いについては、この研究を初めとする同様の指摘によって決着がついたと言えよう。もっともこのことから直ちに、外国法の参照が容

法論の一事例として〔含質疑応答〕」北大法学論集55巻4号1784頁（2004年）も参照。

[127] American Justice for Americans [sic] Citizens Act, *supra* note 111, 2005 H.R. 1658, §2(5). *See also* Ramsey, *supra* note 119, at 71-72.

[128] *See, e.g.*, Cleveland, *supra* note 2; Glensy, *supra* note 104, at 361-397.

[129] Steven G. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Count and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 WM& MARY L. REV. 743 (2005). 但し、Calabresi自身は保守派の憲法学者と評してよい。

[130] Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393(1857).

[131] 98 U.S. 145(1878).

[132] 208 U.S. 412(1908).

[133] もっとも私見によれば、このことは裁判所全体の事件処理量の変遷と関連

認されるべきだとの論を導き出せるかは――少なくとも、紛争類型・論点・参照対象等、いかなる状況においてもそのように言えるかは――また別問題である。

D．外交権限と権力分立原理

以下、各論ないし制度論に属する幾つかの論点についても触れる。

まず、狭義の国際法源、特に条約等を参照する場合の問題として、反対論の立場から、権力分立原理と抵触するないし緊張関係に立つとの批判が提出されることがある。すなわち、条約締結を含む外交権限は政治部門――特に大統領と議会上院――に委ねられている[134]のであって、司法部がそこに関与すべきではない、との指摘である。

もっとも、この種の議論も方向性が真逆の２種類のものがあることに注意が必要である。一方で、司法部が政治部門の権能を侵害するのではないかとの議論がある。これは特に、ある条約に合衆国が所定の手続を経て加盟していない場合、あるいは加盟している場合であっても留保を付している場合に顕著である。そのような場合において、そうした条約を参照して憲法解釈を行うのは、司法部が憲法解釈の名の下に憲法上予定されていない回路を通じて国際法上の規範をアメリカに持ち込むことになる、と指摘するのである。[135]

他方、政治部門が司法部の権能を侵害するのではないかとの議論もある。すなわち、憲法の有権的解釈というのは司法部の権能であるはずなのに、その判断に当たって政治部門が左右できる条約等を持ち込むのだとすれば、司法部の憲法解釈権能が歪む、との指摘である。[136]

E．一貫性

裁判所が外国法を参照している法分野と、参照しない法分野とがあって、そ

付けないと確実に言えないと思われる。

[134] *See* U.S. CONST. art. Ⅱ, §2, cl. 2（「大統領は、上院の助言と承認を得て、条約を締結する権限を有する：ただし、この場合には、上院の出席議員の３分の２の賛成を要する…」）。

[135] 例えば、前注85の本文参照。 *See also* Young, *supra* note 107, at 163-165. *Cf.* Cleveland, *supra* note 2, at 115-122.

[136] Alford, *supra* note 124, at 61-64.

の間に一貫性がないことも、反対論者は問題にする[137]。例えばⅡ.Bで見た死刑を含む罪刑の均衡性に関する論点についてはTrop判決[138]以来の蓄積があるのに対し[139]、Scaliaも指摘する通り、政教分離や妊娠中絶についてはアメリカの判例法は世界的にも厳格な立場を維持している[140]。

これについて、賛成／容認論からは、個人の権利の保障を拡大する場合にもっぱらトランスナショナルなソースを参照するのだ、などとされる場合もある[141]。が、これまでの議論が主として特定の判決を焦点にしてきたこともあり、特にアメリカの外部のほうが権利保障に消極的な場合も射程に含めた、一貫した包括的な応答は未だなされていないように思われる。[142]

F．比較対象の選択

参照対象となる外国法の選択も、批判の対象である。反対論者に言わせれば、裁判所による外国法の参照は選択的で恣意的であり、自らの結論をサポートするもののみを参照して、そうでないものを無視している、とされる[143]。そして、いずれの外国法を採り上げるかのガイドラインは、ない。他方、ガイドラインがないとすると、あらゆる外国法が参照される（べき）ことになるが、そうすると反民主的な、あるいは非アメリカ的な価値を持つ法域もまた、参照され（得）ることになってしまう、とも批判される。[144]

これに対し賛成論者は、比較可能性と適切な比較方法についての一貫した理

---

137 *See, e.g., id.* at 67-69; Ramsey, *supra* note 119, at 76-77, 81; Scalia, *supra* note 96, at 309.

138 *Supra* note 40.

139 特に、前注64～66、79の本文参照

140 前注88の本文参照。

141 *Cf.* Alford, *supra* note 124, at 67.

142 *See* Tushnet, *supra* note 97, at 1280-1285. *Cf.* Cleveland, *supra* note 2, at 108-113; Jackson, *supra* note 103, at 268-271.

143 「ソドミーの刑事的禁止を維持してきている多くの国々を無視している」とのLawrence判決におけるScaliaの批判もこれに属するだろう。前注28の本文参照。 *See also* Ramsey, *supra* note 119, at 72-75, 81; Scalia, *supra* note 96, at 309.

144 但し、前段と後段は若干の緊張関係に立つと思われるが、あまり意識はされていないようである。

論を主張ないし提案することになるわけだが[145]、未だ安定的な枠組みの提示には至っていないというのが適切な評価だろう。[146]

G．裁判所の能力

アメリカの外部の状況を参照するに当たっては、関連する情報を収集する裁判所の能力も問題になる。反対論の立場からは、裁判所は外国一般についても外国法についても――それらは極めて多様であり得、それぞれ独自の歴史・文化・伝統・背景・論理を有しているであろう――情報を収集する能力に欠けている、と批判されるのである。[147]

これに対して賛成／容認論者は、かかる問題は専門家を活用することで解決し得る、と反論する[148]。アメリカにおける裁判ではしばしば自然科学・社会科学等の専門家がその知見を提供し、裁判所もそれに依拠して判断している。そうであるとすれば、外国（法）の専門家が、当事者（代理人）の Brandeis ブリーフを通じて、あるいは専門家証人として、あるいは法廷助言者として、関連する情報を提供することは大いにあってよい。実際、その嚆矢として名高い Muller 事件の Brandeis ブリーフは外国法の情報も含んでいたのであり、裁判所もそれに依拠して判決しているのである[149]。

しかしそうした専門家の利用の主張に対しては、反対論者から――E 項・F 項の問題とも係わる――再反論が提出されている。すなわち、Brandeis ブリーフや専門家証人は、当然、一方当事者が裁判所に送り込む情報源であるし、法廷助言者も通常は一方当事者に肩入れする形で裁判所に登場する。そうだとすると、そうした情報源の提示する外国の法情報というのは提示側に有利になるような形のものであり、従ってしばしば偏っていたり恣意的に選択的であったりする（あるいは少なくともそうした虞がある）、との指摘である。中でも皮

---

145 *See, e.g.*, Glensy, *supra* note 104, at 401-440.

146 *See also* Tushnet, *supra* note 97, at 1280-1285.

147 *See, e.g.*, Young, *supra* note 107, at 165-167; Ramsey, *supra* note 119, at 78-79.

148 *See, e.g.*, Glensy, *supra* note 104, at 409-410. *See also* Tushnet, *supra* note 97, at 1294-1302.

149 *Supra* note 132, 208 U.S. at 419; *see also* Calabresi & Zimdahl, *supra* note 129, at 822-825.

肉なのがLawrence事件におけるアミカス・ブリーフに対するAlfordの批判[150]であろう。Lawrence判決の法廷意見の依拠するアミカス・ブリーフは各国において同性愛者の権利が確保されつつあることを強調するわけであるが[151]、このブリーフを提出した当の人権NGOが、別の媒体では世界における同性愛者の迫害を批判していることを、Alfordは指摘している。

Ⅳ．若干の示唆

本稿で紹介したアメリカにおける議論から、どのような教訓を引き出すことができるであろうか。筆者は3つのレベルないし領域において示唆を得られると考えている。詳細な検討は他日に譲らざるを得ない以上、現時点ではむしろ今後の検討課題を挙げる程度しかできないが、若干の見通しを示しておく。

Ａ．アメリカ理解の観点から

第一に、アメリカ研究ないしアメリカ理解の視点における示唆である。とりわけ反対論に顕著であるが、この論争はアメリカ自身によるその特殊性・独自性の自己認識を具体的に示している一局面であると言える。反対論は特殊性・独自性を強調することでトランスナショナルなソースを参照すべきではないとの帰結を導く。これに対して、賛成／容認論は逆に外の世界への相対的な感受性（receptivity）を示していると評価できる場合もあるが、注意すべきは、必ずしもそうではない言説も散見されることである。「世界の潮流」と平仄が合っていることを以ってアメリカのあり方の普遍性を確認できると判示[152]や、かかる参照を通じて人権の分野でのアメリカの「リーダーシップ」を発揮すべきであるとの議論[153]を見ると、そこにあるのは、外からの批判に照らして自己改革を行っていこうという態度よりは、自らの理念的卓越性は所与であるとのアメリカ観である。そうであるとすれば、反対論も賛成／容認論もアメリカ中心主義という点では共通するのであり、それが内向きに表出するか外向きに表

150 Alford, *supra* note 124, at 64-67.
151 前注20～22とその本文参照。
152 Ⅲ．Ａ．2参照。
153 前注105及びその本文参照。

出するかの差異に過ぎない、という位置づけも可能であろう。

B.（憲）法理論の観点から

第二に、(憲) 法理論の視点における示唆である。憲法解釈方法論における（狭義の）原意主義が反対論の十分条件である――必要条件ではないにせよ――というのは前述の通りである[154]。他方、賛成／容認論は、現在の社会の現実に対応した形で憲法解釈がなされるべきだとの考え方を前提としている、とも指摘した[155]。すなわち、本稿で紹介した論争は、現代における憲法解釈に対する基本的な立場の違いが、具体的な局面で現れているものだと位置づけ得る。

さらに言えば、これは法それ自体の基本的な考え方の違いを反映しているものでもある。原意主義とパラレルな法観は、法を権力発動のヒエラルキーとして理解する考え方である。これに対して、人々の間の争論のフォーラムとして法を理解すれば、法はより柔軟に時代に応じて変化していくものと観念することになる。

こうした解釈態度の差は、英米法における法思考の二つのパターンとその中での憲法解釈の特殊性を反映していると位置づけることができる。すなわち、英米法における法的思考においては、一方で裁判所自らがそのイニシアチブで法を発展させていくコモンロー型の思考があり、他方で立法部が採択したテクストの意味を明らかにすることに専ら努める制定法適用型の思考がある。憲法判断においては、憲法テクストの解釈という点においては後者と共通する性質を持つが、他方、立法部に縛られずに司法部独自が判断するという点においては前者と共通する性質を持つ。憲法判断にはこうしたハイブリッドな性質があり、その中でどの要素を強調するかによって解釈態度が決まってくる。そして、原理的な反対論も有力ではあるが、裁判所の多数派はトランスナショナルなソースの参照を許容している点に、アメリカ型憲法思考におけるコモンロー的要素の重要性が確認できる[156]。

---

154 Ⅲ.B.2 参照。

155 Ⅲ.A.1 参照。

156 *See* Ginsburg 2004, *supra* note 96, at 332-336.

C．比較法方法論の観点から

日本において比較法が盛んであるというのは、日本の法学界の当然の認識であろう。しかし、本稿で紹介したアメリカにおける議論は、日本においては必ずしも問題とならない論点が（も）争われているが故に、日本における比較法のあり方に関する暗黙の前提について、再認識ないし再検討する材料を提供しているように思われる。

1．比較法のフォーラム

より具体的には、まず、比較法の行われる場、フォーラムについてである。日本の学界は――少なくともこれまでは――、実定法学の研究者も含めて、比較法・外国法を参照することを当然のように行ってきた。また、立法に際しても、法典継受期はもちろん外国の法典を元に法典編纂がなされたし、現在においても、立法を行う場合に外国の状況を調査することは様々なレベルで行われている。

これに対し、裁判所の判決の中で外国の法事象に対して言及されることは、少なくとも最近では、あまり見られない[157]。むしろ、当事者がそれぞれ外国（アメリカと西ドイツ）の法状況に言及した鑑定意見書を提出したのに対して、裁判所が「外国の法制度あるいは外国の判例解説等は、我国の法律の解釈適用に際して参考となるに過ぎない」と一蹴した例もあるという[158]。

このことは、大陸法系に属し、テクスト解釈をその基本的な方法とする日本の司法からすれば、当然との評価もできるかも知れない。これはアメリカにおける論争における反対論者の基本的な立場[159]と軌を一にする。しかし、アメリカにおける論争も、憲法というテクストの解釈にあたってのトランスナショナルなソースの利用可能性を問題にしているのであり、そこで賛成／容認論が有力に議論され、実践もなされている以上、かかる理由付けで事足れりとは言えない。特に、法典解釈であっても外国のソースを参照することに意義がある局面というのは、（憲法の人権条項や民法の90条、709条のように）法文のテク

---

157 最近の例として、名誉毀損法におけるいわゆる配信サービスの抗弁の可否をめぐる最二小判平成14年３月８日・裁判所時報1311号１頁における梶谷裁判官の反対意見参照。

158 東京高決平成２年５月11日。五十嵐清教授の指摘による。なお、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）155頁・注17参照。

159 Ⅲ．Ｂ．２参照。

スト自体が抽象的であり、「解釈」の名の下で、実質的な法創造が要求されるような場面である。アメリカにおいても同様の局面が議論されている。そうだとすれば、思考の材料として外国のソースを排除すべき理由があるとすればそれは何故なのか、積極的な論証がなされなければならないだろう。

２．比較対象

比較法方法論との関連で示唆が得られる次の論点は比較対象についてである。日本の比較法・外国法研究の対象としては、古くからはドイツ・フランス・イギリス、戦後にアメリカをもっぱら対象とし、最近になって東アジア諸国がこれに加わった[160]。これは、法継受の母法国であるという理由で、あるいは文化的基盤及び西洋列強との距離感の共通性という理由で、一応の説明は可能であろう。しかし、アメリカの論争でいかなる法域を比較対象とするか、その基準としてはどのようなものが考えられるかの議論[161]を見ると、こうした理由付けは必ずしも十分ではないように思われる。特に、ここに挙げていない対象を排除する理由付けは必ずしもなされていない。また、アメリカの反対論者の中には、母法国であっても、法継受時の状況を検討するならばともかく、それ以降については異なった歴史を歩んでいる以上見る必要はない、との議論すらあるのであり[162]、そうだとすると法継受母法国だからという理由付けは必ずしも十分ではないことが確認できよう。

＊　＊　＊

本稿で採り上げた問題は、現地アメリカでも決着を見ていないし、本稿での分析・検討も不十分である。さらなる検討のための論点整理であるとの性格を確認して、本稿を閉じることとする。

---

160 例えば、『法律時報』誌の毎年12月の「学界回顧」特集に「アジア法」の項目が登場したのは1992年のことである。

161 Ⅲ．Ｆ参照。

162 前注90の本文参照。