



Title	司法の優越をめぐる法と政治（3）：アメリカにおける議論を手掛かりとして
Author(s)	鈴木, 繁元
Citation	北大法学論集, 74(2), 129-158
Issue Date	2023-07-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/90231
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_74_2_04_Suzuki.pdf



[Instructions for use](#)

司法の優越をめぐる法と政治（3）

—— アメリカにおける議論を手掛かりとして ——

鈴木 繁 元

目 次

序章：違憲審査制と司法の優越	(以上、73巻5号)
第1章：アメリカにおける司法の優越	(以上、74巻1号)
第2章：司法の優越の正当化議論	
第1節：司法の優越の実体的正当化	
第1款：法と政治の区分と司法の優越	
第2款：原理への着目	
第2節：「確定」機能の担い手	
第1款：憲法・権威・確定	
第2款：なぜ連邦最高裁か	
第3款：議論の整理	
第3節：小括——「神話」としての司法の優越？	(以上、本号)
第3章：司法の優越の揺らぎ	
第4章：アメリカにおける対話理論の生成と発展	
結論と今後の課題	

第2章：司法の優越の正当化議論

ウォーレン・コートは、1958年の *Cooper v. Aaron*¹ において、連邦最高裁が憲法の究極の解釈者であること、さらには、司法の優越が

¹ 358 U.S. 1 (1958).

Marbury v. Madison²以来アメリカにおいて存在し続けることを明示的に宣言するに至る。そして、「近時の司法優越主義の端緒」³とも評されるウォーレン・コート期以降、連邦最高裁は、自らの憲法解釈こそが「国家の最高法」である旨を度々主張するようになる⁴。そのような傾向がとりわけ顕著であると評価されるのが、レーンキスト・コートであった⁵。レーンキスト・コートは、1997年の City of Boerne v. Flores⁶に代表されるように、とりわけ第14修正5節の下での連邦議会の権限との対抗関係において、司法の優越に言及しつつ、あたかも連邦最高裁が排他的な憲法解釈権限を有するかのような判断を下していった⁷。ポスト (Robert C. Post) とシーゲル (Reva B. Siegel) は、このような連邦最高裁の態度を「司法中心的憲法 (Juricentric Constitution)」⁸と評するが、連邦最高裁における司法の優越の強調は、学界においてもまた、大きな反響を呼ぶものであった⁹。

² 5 U.S. 137 (1803).

³ 大河内美紀「Our “Settled” Constitution」論究ジュリスト28号 (2019年) 130頁注11。See, William E. Nelson, *Brown v. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism*, 48 ST. LOUIS U. L.J. 795, 797 (2004).

⁴ Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 210-11 (1962); Powell v. McCormack, 395 U.S. 486, 549 (1969); United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 704 (1974); Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 868 (1992).

⁵ 大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる——」帝京法学25巻2号 (2008年) 103頁以下を参照。またグレーバー (Mark A. Graber) は、とくにレーンキスト・コートとロバーツ・コートは、司法の優越を前面に押し出す傾向にあると指摘する。Mark A. Graber, *Judicial Supremacy Revisited: Independent Constitutional Authority in American Constitutional Law and Practice*, 58 WM. & MARY L. REV. 1549, 1553 (2017).

⁶ 521 U.S. 507 (1997).

⁷ City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 529 (1997); Kimel v. Fla. Bd. of Regents, 528 U.S. 62, 81 (2000); Univ. of Ala. v. Garrett, 531 U.S. 356, 365 (2001).

⁸ Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 IND. L.J. 1, 2 (2003).

⁹ See, Erwin Chemerinsky, *The Religious Freedom Restoration Act is a Constitutional Expansion of Rights*, 39 WM. & MARY L. REV. 601 (1998).

さらに、司法の優越はアメリカの憲法学界においても、広く規範論として受容されるに至る¹⁰。たとえばホイットントン (Keith E. Whittington) は、ロースクールのケースブック、大衆紙、法学者や連邦最高裁までもが、司法の優越を支持していることを指摘する¹¹。またポウルセン (Michael Stokes Paulsen) は、「我々の世代は、司法の優越という思考に慣れており、司法部の判断が最終的なものであり、他のすべてのアクターを拘束するものだと思い込んでいる」¹²として、司法の優越が憲法学者の間で浸透していることを指摘している¹³。この点につき、市民的自由や平等の保護という方向性のもと社会改革を実現し、「社会関係の形成・政治関係における違憲審査制と裁判所の位置付けを飛躍的に高めた」¹⁴ウォーレン・コートが存在が、とりわけリベラル派の法学者において司法の優越を浸透させる一助となったと主張するクレイマー (Larry D. Kramer) の説示を踏まえるならば¹⁵、リベラルなウォーレン・コートによる司法の優越の宣明が、その後のアメリカにおける学説を一定程度枠づけることになったとも評価しうる。

本章では、かようにアメリカの憲法学界において受容されるに至った司法の優越に、いかなる規範的意義が認められるのかについて探る。第1節では、主として司法部の判断の実体面に着目しつつ、司法の優越を正当化する議論を追う。第2節においては、司法部の実体的な判断内容

¹⁰ Scott E. Gant, *Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution*, 24 HASTINGS CONST. L.Q. 359, 363 (1997).

¹¹ Keith E. Whittington, *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 N.C. L. REV. 773, 777 (2002).

¹² Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 GEO L.J. 217, 298 (1994).

¹³ ただし80年代以降のアメリカにおいては、人民立憲主義やディパートメントリズムなど、司法の優越に対抗する理論も蓄積されつつある。

¹⁴ 木下智史「立憲主義の原型と変容——アメリカ合衆国の議論を素材として——」公法研究80号(2018年)6頁。

¹⁵ LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW 223 (2004). なお、新井誠「議会と裁判所の憲法解釈をめぐる一考察」小谷順子ほか編『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)198頁も参照。

からは独立して¹⁶、統治機構における連邦最高裁の制度的な立ち位置を司法の優越の論拠として重要視する議論を検討することとする。

第1節：司法の優越の実体的正当化

第1款：法と政治の区分と司法の優越

レーンキスト・コートは、「マーベリ判決以来、連邦最高裁は憲法条項の究極の解釈者であり続けている」とする言明に代表されるように¹⁷、連邦最高裁こそが憲法解釈における最終的権威を有するとする姿勢が顕著であった。それと同時に、レーンキスト・コートにおいて顕著であったのが、その保守的な判断傾向である。すなわち、レーンキスト・コートは、保守的司法積極主義と称されるほどに¹⁸、とりわけ州に対する連邦の権限規制が問題となる領域で積極的に違憲判決を下す一方で、個人の自由に対する保護からの退却姿勢をも見せていたのである¹⁹。

かようなレーンキスト・コートにおける積極的な違憲判断の傾向につき、ポストは、ドゥオーキン (Ronald Dworkin) を引用しつつ、連邦最高裁は、憲法上の問題を「権力政治の戦場から原理のフォーラムに引きずり出すという使命を明確に受容し」²⁰たと評する。そして、保守的な連邦最高裁における、あらゆる憲法問題を最終的に解決するという「うぬぼれ」は、かつてのようにリベラルな方向での積極的な違憲判断を期待した人々の期待を裏切るものであったことをも指摘する²¹。すなわち、「権力政治の戦場」から自律して、「原理のフォーラム」として最終的な

¹⁶ Frederick Schauer, *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*, 92 CALIF. L. REV. 1045, 1048 (2004).

¹⁷ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616-617 n.7 (2000).

¹⁸ See, Ernest A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. COLO. L. REV. 1139 (2002).

¹⁹ Michael Kent Curtis, *Judicial Review and Populism*, 38 WAKE FOREST L. REV. 313, 318-319 (2003).

²⁰ RONALD DWORIKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 71 (1985).

²¹ See, Robert C. Post, *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 HARV. L. REV. 4, 6 (2003).

憲法判断を下すべき機関であるはずの連邦最高裁が、その判断傾向において保守的であったことは、特にリベラルな憲法学者が意図せざる帰結でもあったのである²²。

ポストが、司法の優越を宣明しつつ積極的な違憲判断を下す連邦最高裁を評価する過程で言及した、「原理のフォーラム」としての裁判所の地位こそが、司法の優越を実体的に正当化する際に、しばしば強調されるものである。例えばホイットントンとは、司法の優越は、便宜的な考慮を行う政治部門（特に立法部）と、「原理」に基づく判断をなす司法部の区別に根差すものであると主張する²³。すなわち、「論理と推論に基づいて判決に到達することを約束する唯一の機関であるという点」²⁴こそが、司法部の制度的特質であること、そしてそのような特質こそが司法部の正当性を基礎付けるものであるとする立場は²⁵、「アメリカの歴史に深いルーツを有するもの」²⁶であり、ウェクスラー（Herbert Wechsler）

²² こうした連邦最高裁の動向に対する、リベラル派憲法学者からのリアクションの一つとして、人民立憲主義を挙げることができる。人民立憲主義を紹介する邦語文献としては、木下智史「合衆国におけるポピュリスト的立憲主義の展開と民主主義観の変容」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義観の変容と憲法学』（日本評論社、2016年）282頁以下、松井茂記「「ポピュリスト的立憲主義」をめぐる」佐藤幸治ほか編『現代社会における国家と法 阿部照哉先生喜寿記念論文集』（成文堂、2007年）353頁以下、金澤孝「人民立憲主義論（Popular Constitutionalism）と反多数派支配主義の難題（The Counter-Majoritarian Difficulty）への示唆」早稲田法学会誌57号（2007年）49頁以下、岡室悠介「憲法における「人民」の位相（一）（二）（三・完）——合衆国における人民立憲主義論を素材として」阪大法学66巻1号（2016年）123頁以下、同66巻2号（2016年）83頁以下、同66巻5号（2017年）49頁以下、川鍋健「人民のための違憲審査——ポストとシーゲルの民主的立憲主義論について——」一橋法学17巻3号（2018年）521頁以下などを参照。

²³ Whittington, *supra* note 11, at 809.

²⁴ ERWIN CHERMERINSKY, INTERPRETING THE CONSTITUTION 89 (1987).

²⁵ NEIL DUXBURY, PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE 258-260 (1995).

²⁶ Whittington, *supra* note 11, at 809. ホイットントンによれば、政治と法を鋭く分ち、「原理」に基づく判断を下す機関として司法部を把握する理解

やビッケル（Alexander M. Bickel）といったリーガル・プロセス学派、さらには「司法の優越の熱狂的支持者」²⁷たるドウオーキンに継受されていったものであった。特にホイットントンが、1950年代以降のアメリカ主流派憲法理論をけん引したと評する、リーガル・プロセス学派の代表的論者たるウェクスラーは²⁸、原理に基づく推論こそが、裁判所を「裸の権力機関」²⁹たる政治部門と分かち制度上の特質であり、司法部に固有の機能であることを強調する論者であった。

第2款：原理への着目

ウェクスラーの議論を検討する前に、リーガル・プロセス学派について簡単な整理を行うこととする³⁰。ハート（Henry M. Hart, Jr.）とサククス（Albert Sacks）によって1958年に著された「プロセス法学のマイル

は、Marbury v. Madison にまでさかのぼる。すなわち、マーシャル（John Marshall）は、「裁判所の任務は、あくまでも個人の権利について判断すること」であるとして、本質的に政治的な問題は、裁判所は決して扱うことができない旨を宣言していたのである。5 U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803).

²⁷ Graber, *supra* note 5, at 1551.

²⁸ See, Keith E. Whittington, *Herbert Wechsler's Complain and the Revival of Grand Constitutional Theory*, 34 U. RICH. L. REV. 509 (2000).

²⁹ Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV.L. REV. 1, 12 (1959).

³⁰ リーガル・プロセス学派については、脚注で引用する文献のほかに、田中英夫＝谷川久「"Legal Process"——アメリカにおける立法学の一つのかたち——（一）（二・完）」*ジュリスト*225号（1961年）6頁以下、同227号（1961年）15頁以下、高見勝利「「より良き立法」へのプロジェクト：ハート＝サククス〈The Legal Process〉再読」井田良＝松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（ナカニシヤ出版、2014年）21頁以下、山本龍彦「最高裁の中の〈アメリカ〉——憲法的二次ルールとしての権限配分」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路 実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）169頁以下、椎名智彦「現代アメリカ法におけるプロセス的視座の諸相」*青森法政論叢*18号（2017年）1頁以下などを参照。

ストーンともいふべき³¹「THE LEGAL PROCESS」³²は、当時のアメリカのロースクールにおける主要な教材となっていた³³。1950年代には、アメリカ法学界において広く受容されるに至ったリーガル・プロセス学派は、「ホームズ判事の形式主義法学批判に始まりリアリズム法学に至る、それまでに先行したアメリカ法学の成果を織り込んだ一つの集大成としての性格」³⁴を有するものであった。すなわち、Lochner v. New York³⁵に象徴される憲法解釈観は、形式主義と呼称され、法の当該具体的事件への適用とは、あらかじめ法条項において定められた意味の機械的な適用にほかならないと論じるものであったが³⁶、このような機械的・形式的司法観を前提とする形式主義法学に対する批判として台頭したのが、リアリズム法学であった。ホームズ判事 (Oliver W. Holmes) を「思想的源流に戴く」³⁷リアリズム法学は、裁判官の判決形成における、一般的な原理やルールなどの不確定性を指摘し、むしろそれらは、裁判官の主観的な基準を正当化するための道具でしかないという見解を採用するものであった³⁸。このようリアリズム法学の立場を継受しつつ、——すなわち、「裁判官による法形成の認識というリアリズムの基本的成果自体は原則として受容しつつ」³⁹——適切な判決を形成するために裁

³¹ 常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス ——アメリカでの司法の機能に関する理論的發展——」北大法学論集31巻2号(1980年)737頁。

³² See, HENRY M. HART, JR. AND ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (Eskridge & Frickey eds, 1994). 同書は、エスクリッジ (William N. Eskridge, Jr.) とフリッキー (Philip P. Frickey) によって復刊されたものである。

³³ 椎名・前掲注30) 2頁。

³⁴ 藤谷武史「[より良き立法]の制度論的基礎・序説 ——アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号(2010年)167頁。

³⁵ 198 U.S. 45 (1905).

³⁶ 松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991年)53-55頁。

³⁷ 椎名智彦「岐路に立つ法の支配」戒能通弘編『法の支配のヒストリー』(ナカニシヤ出版、2018年)246頁。

³⁸ G. Edward White, *The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change*, 59 VA. L. REV. 279, 281 (1973).

³⁹ 常本・前掲注31) 734頁。

判官がなすべきこととは何かという問題に取り組んだのが、リーガル・プロセス学派であった。彼らの根底には、「アメリカの民主制における逸脱した制度」⁴⁰としての司法審査をいかに正当化するか、という問題意識が存在していた。その特徴としては、裁判所・立法部・執行部・私人を法形成の主体と観念し、これら法形成主体相互の協調的關係のもと、それぞれの制度的適性 (institutional competence) に応じて、社会における問題・紛争を解決するべく行動するべきであるとする、プロセス的な思考方法が挙げられる。その中で、政治部門と対置されるべき司法過程の機能的特質として要請されるのが、緻密な理由付け (reasoned elaboration) であった。

このリーガル・プロセス学派の代表格として挙げられるのが、ウェクスラーである⁴¹。ホイットンソンは、1950年代以降の主流派憲法理論の探究の対象が、連邦最高裁による「合衆国憲法の解釈を嚮導するための一般的に受容される理論を形成する」⁴²ことにあったということを指摘し、ウェクスラーの研究をその中心に位置づける⁴³。ウェクスラーの探究をかような地位に押し上げたものは、ハーバード・ロー・レビュー誌上にブラウン判決批判として掲載された、「憲法の中立的な原理に向けて (Toward Neutral Principles of Constitutional Law)」であった⁴⁴。

⁴⁰ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH : THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 18 (2d ed. 1986).

⁴¹ 参照、常本・前掲注31) 735-739頁。

⁴² Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N.Y.U. L. REV. 1, 1 (1998).

⁴³ ホイットンソンは、ウェクスラー以降の憲法理論を「ウェクスラー後の憲法理論 (post-Wechslerian constitutional theory)」とカテゴライズする。Whittington, *supra* note 28, at 515.

⁴⁴ ウェクスラーの憲法理論については、松井・前掲注36) 90-92頁、常本・前掲注31)739-740頁、西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察(二)——その歴史的発展過程と機能的分析——」*広島法学* 3巻3号(1979年) 59-61頁、野坂泰司「司法審査と民主制」の一考察(四) *国家学会雑誌* 97巻9・10号(1984年) 666-675頁、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論(二)——憲法訴訟における事実解釈の研究——」*国家学会雑誌* 107巻7・8号(1994年) 683-705頁などを参照。

ウェクスラーの論文は、ブラウン判決批判として著名な⁴⁵、前年度のホームズ記念講義におけるハンド (Learned Hand) の所説⁴⁶に対する応答という形式をとる。ウェクスラーによる、同論文におけるブラウン判決批判の要諦は、判決の帰結ではなく「法廷意見の理由付け」⁴⁷にあった⁴⁸。すなわち、彼にとって重要であったのは、「問題の性質ではなく、裁判所によって正当に付与される回答の性質」⁴⁹であり、裁判所は「中立的原理」⁵⁰に基づいた価値の選択をしなければならないのである。

裁判所は、事件が適切に係属した場合、それが価値選択に関係するものであっても、——否応なく含むものであるが——憲法条項に照らして他の部門の行為を審査する権限と責務の双方を有する。しかしながら、それをなす際に、裁判所はむき出しの権力機関とは異なって機能するように拘束されている。すなわち、法を司る裁判所として参画するのである。このことは、どのようにしてかような類の決定が、何らかの法的な性質を有すると主張することができるのかに向き合うことを要請する。私が思うに、その答えは主として、裁判所の判断が完全に原理づけられたものであること、あるいはそうあることを義務付けられていることにある。私の考える、原理づけられた判断とは、事件におけるすべての問題について理由づけられたものであり、その一般性と中立性において、関連するあらゆる現下の帰結を超越するものである。政府の他の部門や州の部門の価値選択を覆すための、かような類の十分な理由づけがない場合、それら部門による価値選択は、当然のことながら存続しなければならない。⁵¹

⁴⁵ Nelson, *supra* note 3, at 825.

⁴⁶ See, LEARNED HAND, THE BILL OF RIGHTS: THE OLIVER WENDELL HOLMES LECTURES (1958).

⁴⁷ Wechsler, *supra* note 29, at 32.

⁴⁸ Nelson, *supra* note 3, at 826.

⁴⁹ Wechsler, *supra* note 29, at 15.

⁵⁰ *Id.* at 17.

⁵¹ *Id.* at 19.

ウェクスラー曰く、「それらが競合する価値あるいは願望の選択」⁵²であるという意味において、裁判所は憲法判断をなす際に、不可避免的に「政治的な」問題に直面せざるを得ない。しかし、このような局面においてアドホックな判断をなすことは、裁判所がむき出しの権力機関（naked power organ）として機能することを可能にしてしまうものであり、そのような帰結は「我々の立憲主義における最も根深い問題である」⁵³と指摘する。すなわち、憲法判断が不可避免的に政治性を帯びるからこそ、裁判所は政治部門とは異なる司法部固有の機能として、原理に基づいた判断をしなければならないのである。そして、ウェクスラーにとってのブラウン判決とは、「提示された解決が ad hoc な判断にすぎないという意味において、政治的なものと評価されることになる」⁵⁴のであり、それゆえに、同判決に対しては、中立的原理の要請を満たすものではないという評価が下されることとなる⁵⁵。

このようにウェクスラーは、憲法上の問題について、アドホックな判断でその帰結を重視することと、中立的原理によって判断が基礎付けられていることを対比的に論じ、後者こそが、政治部門と区別される「法を司る裁判所」において、固有の役割であるべきことを強調する。彼にとって、「司法過程の主要な構成要素とは、まさに、それが真に原理に基づくものでなければならない」⁵⁶からこそ、司法部はその機能において、政治部門とは区別されるのである。このように、ウェクスラーの憲法理論における課題は、民主制における司法審査の正当化の要請に対応するべく、司法部が「むき出しの権力機関」としてではなく、「法を司る裁判所」として機能する方法を説明することにあつたといえよう。

ホイットントンによれば、ウェクスラーのかような試みは、「ウエ

⁵² *Id.* at 15.

⁵³ *Id.* at 12.

⁵⁴ 岡野誠樹「憲法－訴訟－法 ——違憲審査と訴訟構造の交錯——（一）」国家学会雑誌133巻1・2号（2020年）105頁。

⁵⁵ ブラウン判決が中立的原理の要請を満たすものではないと批判した点にこそ、ウェクスラーの論文が論争を呼んだ主たる原因があつた。参照、常本・前掲注31）739頁。

⁵⁶ Wechsler, *supra* note 29, at 15.

クスラー後」の憲法理論を枠づけるものであった。すなわち、「ウエクスラー後」の主流派憲法理論の多くにおいて、原理に基づく推論 (principled reasoning) は「裁判所の専権事項」⁵⁷とみなされるようになった。そして、原理の宣明こそが裁判の重要な機能の一つであり、民主制における司法部の正当性を基礎付けるものとされたのである⁵⁸。このように、司法部とそれ以外の政府の部門を、原理に基づく推論をなすか否かで区分する見解は、ハート (Henry M. Hart, Jr)⁵⁹やビックル、そして、のちのドゥオーキン⁶⁰の研究においても継受された⁶¹。ここにおいて、政治部門 (特に立法部) を「利益集団政治のフォーラム (forums of interest group politics)」、裁判所を『「原理」のフォーラム (forums of “principle”)』と捉える、「アメリカにおける一つの有力な傾向」⁶²を見て取ることができるのである。そしてホイットントンは、「ウエクスラー後」においてとりわけ支配的となった、「立法部を支配する便宜に関する考慮と司法部を支配する原理に関する考慮の間の明確な区分」⁶³にこそ、司法の優越の規範的正当化のルーツを見出すのである。

司法部における原理の宣明という、実体面における司法の優越の規範的正当化議論は、ドゥオーキンにおいてさらに顕著である。すなわち、「司法の優越の熱狂的な支持者」⁶⁴とも評されるドゥオーキンは、司法過程を政治過程と対比させ、裁判所は、憲法と人民を人民自身から防護す

⁵⁷ Whittington, *supra* note 28, at 515.

⁵⁸ Duxbury, *supra* note 25, at 258-259.

⁵⁹ Henry M. Hart, Jr., *The Time Chart of the Justices-Foreword*, 73 HARV. L. REV. 84, 99 (1959).

⁶⁰ See, RONALD M. DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* (1996).

⁶¹ フィス (Owen Fiss) も、立法部は制度的にもイデオロギー的にも憲法の意味の探究には不向きであり、その時々の人々の選好に傾きがちであることを指摘し、司法部との相違を強調する。Owen Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 10 (1979).

⁶² 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988年) 58頁。

⁶³ Whittington, *supra* note 11, at 810.

⁶⁴ Graber, *supra* note 5, at 1551.

るべきであると述べ、「原理のフォーラム」としての司法部の性質を強調する。

（政治過程）は、一つの問題を中心に形成された政治的な連合体によって支配されており、議員を買収したり脅迫したりして、自分たちの思い通りに投票させるために、圧力団体のおなじみの戦術を使用する。自由の精神にとって重要であるとハンド判事が考えた偉大な道徳的議論は、決して始まることはない。また、通常の政治は、すべての強力な集団が不満を抱かないように、彼らが望むものを十分に与えるような政治的妥協を志向する。そして、道徳的な原理に基づく理由づけられた議論が、そのような妥協の一部になることはほとんどないし、友好的になることもない。⁶⁵

これに対する司法過程について、ドゥオーキンは以下のように論ずる。

私たちは、いくつかの問題を権力政治の戦場から原理のフォーラムに呼び出す機関を有する。それは、個人と社会の間の最も深い、最も基盤的な対立が、いつか、どこかで、最終的に、正義の問題になるという期待を抱かせるものである。私はそれを宗教とも予言とも呼ばず、法と呼ぶのである。⁶⁶

ドゥオーキンの議論においては、上記のように、権力政治が行われるフォーラムたる政治過程と「原理のフォーラム」たる司法過程による「二元的な法秩序形成観が構築」⁶⁷されている。そして、アメリカの憲法秩序では、司法部のみが「原理のフォーラム」として機能し、「権力政治の闘争の場」の喧騒から離れて、「正義の問題」にフォーカスすることができるのである。

⁶⁵ Dworkin, *supra* note 60, at 344-345.

⁶⁶ Dworkin, *supra* note 20, at 71.

⁶⁷ 山本龍彦＝大林啓吾「司法審査論の新地平（一）法原理機関説へのレクイエム？」桐蔭法学12巻1号（2005年）95頁。

上記で概観したように、原理の宣明者としての裁判所の地位に着目する見解は⁶⁸、人民の選好を集約し、それによって政策を執り行う政治部門と、原理に基づく決定を行う司法部とを「分断的に把握」⁶⁹することで、両者の判断の相違を浮かび上がらせるという特徴を有する。「ウェクスラー後」とも評される、アメリカにおける50年代以降の主流派の憲法理論が、裁判官がいかにして憲法を解釈するのか、そして、いかにして民主制における司法部の正当性を維持するのかということを探究⁷⁰するに際して着目した点の一つが、裁判所における原理づけられた判断という特徴であった。すなわち、政治から一定の距離を有し、人民の選好によってその判断を左右されず、「原理の問題を取り扱う一定の能力を有する」⁷¹ことこそが、裁判所における固有の機能であり、この点において政治部門とは区別されること、かような能力においてこそ、民主制における司法審査は正当化されうるとしたのであった。そして、「原理」の宣明という制度的な特質ゆえに、裁判所が憲法解釈において優越的地位

⁶⁸ ただし、リーガル・プロセス学派に属する論者によってしばしば言及される「原理」については、その意味は一義的に定まるものではないことには留意しなければならない。例えば、ウェクスラーにおいては、憲法上の判断が一般性・中立性に基礎づけられていることを要請し、その対極にあるアドホックな判断こそが立憲主義にとっての脅威とされていた。換言するならば、彼の議論は、「原理」の内実についての定義を厚く行うものではなかった。これに対してドゥオーキンの議論は、「原理」を、公正・正義などの道徳的な要因によって個人や団体の権利を規定しているがために遵守されるべき基準であるとして、その定義を厚く行うものであることが指摘されている。この点について、山本龍彦は、アメリカ憲法理論における「原理」観について、ウェクスラーに代表される50年代の見解とドゥオーキンに代表される70年代の見解を対比的に論じている。参照、山本龍彦「法原理機関説」の内実についての覚書——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学14巻1号（2007年）121-124頁。なお、ウェクスラー、ビッケル、ドゥオーキンの各論者が「原理」に込めた意味の相違について論じるものとして、佐藤・前掲注62）59-66頁も参照。

⁶⁹ 松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回（一）——近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として——」民商法雑誌140巻1号（2009年）55頁。

⁷⁰ Whittington, *supra* note 28, at 510.

⁷¹ Bickel, *supra* note 40, at 25.

を占めるとされるのである⁷²。この点において、「実体的に望ましい法的帰結を導出する」⁷³司法部の能力を論ずることと、司法の優越の理論的根拠の結びつきを見て取ることができよう⁷⁴。

第2節：「確定」機能の担い手

本章冒頭で述べたように、1997年に下されたバーニー判決は、連邦最高裁による、裁判所を憲法典の唯一の番人と想定する「司法中心的憲法（Juricentric Constitution）」⁷⁵とも称される態度の表れであると評され、とくに同判決における司法の優越の宣明は、学界において反響を呼ぶものとなった。

同判決では、信教の自由回復法（Religious Freedom Restoration Act: RFRA）の州に適用される部分が、連邦議会における第14修正5節に基づく権限の逸脱に相当するか否かが争われた⁷⁶。ケネディ（Anthony Kennedy）による法廷意見は、第14修正5節に基づく連邦議会の権限は、実質的な権限ではなく救済的な権限であると措定し、本件におけるRFRAは連邦議会における救済的権限を逸脱するものであり、同法の州に適用される部分は違憲であると判示した。本論文との関係で注目すべきは、その末尾における言明である。すなわち、「我々の国家における経験は、政府の各部門が憲法および他の部門の適切な行為や決定を尊

⁷² See, Chemerinsky, *supra* note 24, at 81-105.

⁷³ Whittington, *supra* note 11, at 809.

⁷⁴ クレイマーは、ウォーレン・コート期後に司法の優越が学界において規範論として支配的になった要因の一つとして、民主制への不信を挙げる。すなわち、第二次大戦後、ナチズムや共産主義の台頭といった経験を踏まえ、民主制を利益集団による自己利益の追求の場とみなす見解が広まった。クレイマーは、このような民主制への不信は、「原理のフォーラム」としての裁判所への期待を高めることになったと主張するのである。Kramer, *supra* note 15, at 221-222.

⁷⁵ Post & Siegel, *supra* note 8, at 2.

⁷⁶ なお、連邦最高裁における判例法理の変遷については、安西文雄「信教の自由——アメリカにおける展開とわが国への示唆」山本龍彦＝大林啓吾編『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂、2018年）147頁以下などを参照。

重している場合に、憲法は最良にも保持されることを教示するものである。連邦最高裁が憲法を解釈するとき、それは司法部門の領域の範囲内においてなされたものであり、何が法であるかを語ることは、司法部の責務である。政府における政治部門の行為が、既に司法部がなした憲法解釈に反している場合、後続の事件及び争訟において、連邦最高裁は、先例拘束を含む確立された原理に基づき、その先例を適切なものとして扱わなければならない、そうでない行為は予期しえない。RFRAは、ここに挙がっているような事件及び争訟を統制するために設計されている。しかし、ここで引き合いに出された連邦法の規定は連邦議会の権威を逸脱しており、それはRFRAではなく連邦最高裁の先例が統制しなければならない。』⁷⁷という部分である。ここにおいて連邦最高裁は、マーベリ判決を引用しつつ「何が法であるかを語ることは、司法部の責務である」と述べ、司法の優越を宣明することとなった。すなわち連邦最高裁は、第14修正の解釈において、議会よりも司法部の方がその能力において適していることを宣言し、「クーパー判決以来、最も裁判官中心的な憲法観を採用」⁷⁸することとなったのである。

このような、司法の優越の「最高潮」⁷⁹とも評される重要な局面と同時期に、シャウアー (Frederick Schauer)⁸⁰とアレクサンダー (Larry Alexander) による共著論文は公表された⁸¹。同論文は、司法の優越を法の確定機能という視点から「無条件に」⁸²擁護するものであり、学界における激しい

⁷⁷ 521 U.S. at 535-536.

⁷⁸ Michael W. McConnell, *Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores*, 111 HARV. L. REV. 153, 163 (1997).

⁷⁹ Robert F. Nagel, *Judicial Supremacy and the Settlement Function*, 39 WM. & MARY L. REV. 849, 850 (1998).

⁸⁰ シャウアーの憲法理論の紹介として、奈須祐治「フレデリック・シャウアー合衆国憲法解釈におけるルールの意味」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像理論家編』(尚学社、2010年) 99頁以下を参照。

⁸¹ Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359 (1997).

⁸² *Id.* at 1362.

論争の的となるものであった⁸³。第2節においては、かように司法の優越の擁護論者として著名である、シャウアーとアレクサンダーの議論を検討の対象とする。

第1款：憲法・権威・確定

「ディパートメンタリズムの嚆矢」⁸⁴とも評される、当時の司法長官であったミース (Edwin Meese III) によるチュレーン大学での講演は⁸⁵、すぐさま激しい批判にさらされることとなった⁸⁶。例えばそれは、司法の優越を拒絶することは、法の秩序に混沌をもたらすものであるとする批判であったり、あらゆる公務員の見解が法となるがゆえに、法の支配の危機を招くものであるといった批判であった⁸⁷。すなわち、ミースの主張における党派性に対する批判もさることながら、三権における対等な憲法解釈権限を認める彼の議論に対しては、憲法解釈に無秩序がもたらされるという懸念が示されていたのである。

このような、司法部以外の部門における対等な憲法解釈権限を認めることに対する批判は、ミースによる司法の優越批判以前においても存在していた。例えば、連邦最高裁における、憲法問題を解決することへの責任を強調した *McCulloch v. Maryland*⁸⁸ におけるマーシャル (John Marshall) の言明がそれに該当しよう。マーシャルが危惧していたのは、

⁸³ Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 CONST. COMMENT. 455, 458 (2000). デビンス (Neal Devins) とフィシャー (Louis Fisher) は、彼ら二人の議論が「連邦最高裁の決定に従う人民政府の義務についての学術的な議論を再活性化」させるものであったと評する。 Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 VA. L. REV. 83, 84 (1998).

⁸⁴ 大林・前掲注5) 117頁。

⁸⁵ See, Edwin Meese III, *The Law of the Constitution*, 61 TUL. L. REV. 979 (1987).

⁸⁶ See, Robert F. Nagel, *Comment on Democratic Constitutionalism*, 61 TUL. L. REV. 1027 (1987).

⁸⁷ Stuart Taylor, *Liberties Union Denounces Meese*, N.Y. TIMES, Oct. 24, 1986, at A17, col.1.

⁸⁸ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

憲法解釈の主体が多すぎて、それら主体が自らの主張を妥協せずに主張し、合衆国の分裂や内戦に発展する可能性であった。すなわち彼は、同判決において俎上に上がった合衆国銀行設立法案の合憲性という重大論点について、「平和的に決定されなければ、敵対的な立法の原因となり、おそらくは、より深刻な性質の敵意の源泉となるだろう」⁸⁹と懸念を表明したのである。つまりは、憲法についてそれぞれの州が異なった解釈をするという事態が、憲法解釈における無秩序さを生み出す可能性を、マーシャルの言明は示すものであるといえよう。19世紀前半における州権論争で著名なウェブスタ (Daniel Webster) も、「連合の権限を、一つの解釈ではなく、13あるいは24の解釈に従属させることほどにばかげたことがあるだろうか。すべての人によって設立され、すべての人に責任を持ち、すべての人のために決定する権限を有する一つの法廷ではなく、憲法上の問題は、それぞれが自身のことについて自由に判断し、他の判断を尊重する義務を負わない24の人民による主体に委ねられるべきなのであるか。」⁹⁰と懸念を表明する。すなわち、ウェブスタにとっての司法の優越とは、法の支配の維持に資するものであり、また、憲法上の無秩序を防ぐためのものであるとするものであった。そして彼は、このような憲法解釈における無秩序状態が存在するのならば、連邦政府の存立それ自体も危うくなるという危機感を抱いていたのである。

シャウアーとアレクサンダーが、1997年公表の論文及びそれに対する批判に応答した2000年の論文⁹¹において提唱した司法の優越の擁護論は、マーシャルやウェブスタのような、憲法解釈における無秩序さの出現を懸念する立場に通じるものである。彼らの議論において注目すべきは、法の確定機能を重視している点である。シャウアーとアレクサンダーによれば、法の重要な機能とは、「何がなされるべきかを権威的に確定する」⁹²ことであった。すなわち、法の内実がいかなるものであろうとも——実体的な価値とは独立して——、とある問題を法によって権威的

⁸⁹ *Id.* at 400-401.

⁹⁰ 6 REG. DEB. 78 (1830).

⁹¹ *See*, Alexander & Schauer, *supra* note 83.

⁹² Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1371.

に確定することは、人々の行為を調整し、あらゆる種類の協働的行為を誘発するものであるとする⁹³。つまり、彼らによれば、たとえその内容が誤っているように見えたとしても、法に従う理由とは、法が多様な実体的見解や相互に排他的な利益等を調整する能力を有しているからなのである⁹⁴。

このような確定機能が重要視される例として、シャウアーとアレクサンダーは財産や契約に関する権利が問題となる局面を列挙しているが、権威的な確定という機能は立憲主義との関係においても重要な要素であるとする。例えば、言論の自由のルールに関する不確実性は、憲法上保障された言論に対する過剰な抑止効果を生み出す可能性がある。それゆえに、彼らによれば、十分に確定されてはいるものの、最良とは言えない言論の自由に関するルールは、十分に確定されていないものの、より優れた言論の自由に関するルールよりも、確定されたルールがもたらす信頼性とそれゆえに抑制されえない言論の存在ゆえに、好ましいものとなるのである⁹⁵。

こうして彼らは、法の確定機能という一般的な議論と憲法の解釈権限の問題を結びつける。すなわち、「何をすべきかを権威的に決定し、個々の公務員の利己的で戦略的な行動を一般的利益のために調整すること」⁹⁶は、憲法の重要な機能でもあると主張するのである。シャウアーとアレクサンダーによれば、アメリカ合衆国において単一の成文憲法が創出されたのは、人民や政府の構成員が多様な見解を有する問題において、統一的な判断を下すことに資するがゆえなのであった。

しかしながら、彼らによれば、憲法が何を意味するかについて多様な見解が乱立する限り、憲法の機能は十分に果たされず、憲法における確定機能に望ましくない程度不安定さをもたらすこととなる。このように、憲法について多様な解釈が成立しうる場合においては、単一で権威

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.* at 1374.

⁹⁵ *Id.* at 1373.

⁹⁶ *Id.* at 1376.

的な解釈者を創造する「前憲法的規範 (preconstitutional norm)」⁹⁷が必要になるとする。そのひとつの可能性として彼らが提唱するのが、憲法についての単一で権威的な解釈者として連邦最高裁を措定することである。もちろん、前憲法的規範としては、司法の優越の代替案として、三権に対等に憲法解釈権限を認めるディパートメンタリズムを採用する可能性もあり得る。しかしながら彼らは、そのような選択は「解釈上の無秩序」⁹⁸を招くものであり、彼らが最重要視する憲法における確定機能を真剣に考慮していないものであると評価する⁹⁹。シャウアーとアレクサンダーはこの点を重視し、「プロテスタント的な」¹⁰⁰憲法解釈の考え方を否定し、司法の優越を支持するのである。すなわち彼らは、連邦最高裁による憲法解釈が、解釈の対象である憲法典からかい離するかもしれないという可能性にもかかわらず、最終的な憲法解釈権限の定立という点を最重要視し、他の部門は連邦最高裁の憲法解釈に従う義務があると主張するのである。

第2款：なぜ連邦最高裁か

上記のように、シャウアーとアレクサンダーの議論では、憲法における確定機能が重要視されている。しかし、憲法における確定機能には単一の権威的な憲法解釈者が必要であるとして、それがなぜ司法部（とくに連邦最高裁）なのであろうか。この点につき、権威的な確定機能を担

⁹⁷ *Id.* at 1377.

⁹⁸ *Id.* at 1379.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ ここでいう「プロテスタント」とは、合衆国憲法の解釈において連邦最高裁にその最終的権威を認める「憲法のカソリシズム的理解」と、憲法解釈における正統性を連邦最高裁のみならず個々の人民にまで認める「憲法のプロテスタント的理解」を対比させるレヴィンソン (Sanford Levinson) の議論からの引用である。See, SANFORD LEVINSON, CONSTITUTIONAL FAITH(1988). なお、レヴィンソンの憲法理論の紹介として、中川律「サンフォード・レヴィンソン 合衆国市民にとっての憲法の意味の探求者」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像 理論家編』(尚学社、2010年) 202頁以下、蟻川恒正『憲法解釈権力』(勁草書房、2020年) 87頁以下などを参照。

う機関として、司法部が立法部や執行部に比して優れている点として彼らが列挙するのが、政治部門は自身の権限を自ら抑制するのに不適格であること¹⁰¹、先例拘束性により、司法部の判断に安定性が見込めること¹⁰²、憲法は多数派勢力の暴走を制御する機関として司法部を設計していること、などである¹⁰³。これらの司法部における特徴から、憲法上の問題についての権威的な確定という点における連邦最高裁の制度的優位性を、彼らは導出するのである¹⁰⁴。

しかしながら、その後シャウアーは、憲法解釈における優越性を有する連邦最高裁の地位について、従来とはやや異なった視点から、その理論的補強を試みているように思われる。それによれば、憲法解釈における司法部の優越性は、司法部の能力に関する過度に理想的な見解ゆえではないし、また他部門や人民の意思決定についての能力の不足によるものでもない。むしろ、合理的かつ善意の政策であっても、それに対する外部的な制約は、憲法規範自体の外部的な性質に付随する当然の帰結であるとするのである¹⁰⁵。換言するならば、シャウアーは、司法部の判断が、その理由づけや法的帰結において説得力を有するがゆえに政治部門の憲法判断に優越しているとするのではなく、外的な見地からの公正な抑制機能という司法部の制度的な役割に着目し、司法の優越の擁護論を展開しているといえよう。

シャウアーはまず、連邦最高裁の憲法上の役割についての要点を把握するために、いくつかの先例に着目する。これら先例は、愚かな立法部や執行部の行為を覆す、賢明な連邦最高裁という図式ではなく、賢明で良識のある立法部や執行部（あるいは、州裁判所）の第一階の決定についての、連邦最高裁による第二階の抑制の重要性を示すものであるとされる¹⁰⁶。

¹⁰¹ Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1377-1378 n.80.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.* at 1387.

¹⁰⁴ See, Mark Tushnet, *Two Versions of Judicial Supremacy*, 39 WM. & MARY L. REV. 945, 954-956 (1998).

¹⁰⁵ See, Schauer, *supra* note 16.

¹⁰⁶ *Id.* at 1051.

まず、その例として挙げられているのは、親権を争う裁判において、親が異なる人種と再婚することによって子どもに及ぼし得る影響を考慮することは、憲法上許容されない旨を判示した *Palmore v. Sidoti*¹⁰⁷である。この事例は、フロリダ州在住の白人夫婦が離婚したのち、その子どもの監護権が母親に付与されたところ、後に母親が黒人男性と結婚し、同居を始めたことに端を発する。それに対し元夫は、夫婦の人種が異なることを理由として、子どもの監護権を自身に渡すよう要求した。

州裁判所は、人種が混在する家庭に子どもが留まることは、子どもに対して有害な影響を及ぼすと判断し、子どもの父親に監護権を付与することを決定した¹⁰⁸。これに対して連邦最高裁は、当時のアメリカにおいて、異なった人種間の子どもが社会においていかなる影響を被るかについても言及しつつ¹⁰⁹、それでもなお、子どもの監護権者の決定において人種を考慮に入れることは、第14修正の平等条項に照らして許容されない旨を判示した。すなわち、「人種的偏見の影響は、それがいかに現実的であったとしても、人種的な区分によって、乳児をその親権者として適切であると認められる実の母親の親権から外すことを正当化することはできない」¹¹⁰し、「憲法はそのような影響を統制下に置くことはできないが、それを許容することもない」¹¹¹と判断したのである。つまり連邦最高裁は、子どもの利益を最大化する決定であっても、そして、問題の解決において人種という要素に着目することが、人種差別を反映しているものではなかったとしても、人種に基づく監護権決定は、平等条項に照らし許容されるべきではないとしたのである。ここにおいて、州裁判所が「子どもの利益」という観点から一階の決定をなしたのに対し、連邦最高裁が、長期的な観点——すなわち、人種的な区分——から第二階の抑制を施したという構図が見て取れることを、シャウアーは指摘する

¹⁰⁷ 466 U.S. 429 (1984).

¹⁰⁸ この点につきシャウアーは、異なった人種間の結婚が誤っていたためではなく、当時の社会においてそれを誤りであると信ずる人々が多数派であったことに鑑みた判断であった可能性を指摘する。Schauer, *supra* note 16, at 1052.

¹⁰⁹ 466 U.S. at 434.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.* at 433.

のである。つまり、州裁判所が「子どもの利益」という短期的な利益に資する判断をしたとしても、人種が疑わしい区分である以上、本件において人種を判断の要素として使用することは、人種差別を反映している場合と同様に、そうでない場合においても許容されるものではないと、連邦最高裁が判断したと評価することができるのである¹¹²。

またシャウアーは、健全な政策決定に対する第二階の抑制機能が表れている事例として、第1修正に関する諸事例を取り上げる¹¹³。例えば *Brandenburg v. Ohio*¹¹⁴において連邦最高裁は、暴力行為の唱道を州が処罰するには、かかる唱道が差し迫った違法な行動を煽動することを要するとして、州による規制は違憲であると判断した。あるいは、ミネソタ州セントポール市の条例に基づき、アフリカ系アメリカ人の家の庭に燃えた十字架を放り込んだ未成年者が起訴されたことに端を発する *R.A.V. v. City of St. Paul*¹¹⁵において、同判決の法廷意見は、当該市条例に基づく規制が表現の内容に基づく規制であると認定した上で、当該市条例が市のやむにやまれぬ利益を実現するために合理的に必要であるかを審査する¹¹⁶。そして、「例えば、特別に扱われる話題に限定されない条例は、同様に有益な効果を有するだろう。実際に、内容の制限によって独自に実現されるただ一つの利益は、このように選ばれた特定の偏見に対する市議会の特別な敵意を表明することという利益である。それはまさに、第1修正の禁ずるところである。」¹¹⁷と判示した。このほかにも、連邦最高裁による第二階の抑制の事例として、*R.A.V.* 判決と同様に十字架の燃焼行為が問題となった *Virginia v. Black*¹¹⁸や、暴力的な内容のビデオゲームに関する規制が問題となった *Brown v. Entertainment*

¹¹² Schauer, *supra* note 16, at 1052.

¹¹³ Frederick Schauer, *The Annoying Constitution: Implications for the Allocation of Interpretive Authority*, 58 WM. & MARY L. REV 1689, 1698 (2017).

¹¹⁴ 395 U.S. 444 (1969).

¹¹⁵ 505 U.S. 377 (1992).

¹¹⁶ *Id.* at 395-396.

¹¹⁷ *Id.* at 396.

¹¹⁸ 538 U.S. 343 (2003).

Merchants Association¹¹⁹などをシャウアーは挙げる¹²⁰。

シャウアーによれば、上記の第1修正に関する事例においては、表現者やメッセージを発する者を制約する側のアクターは、「第1修正の歴史や理論において特に主役を演ずる、反対意見を抑圧したり権力を誇示する公務員」¹²¹ではなかった。むしろ彼らは、一般福祉を増大させることを模索したり、特定の層が被る被害に対応することを模索する、責任ある立法部、執行部、あるいは法執行部門の一員であった¹²²。つまり、これらの事例において連邦最高裁は、誠実で善意の政策決定者による第一階の政策決定を抑制していたということである。すなわち、第二階の抑制機能が問題となる事例においては、権力欲のある政策決定者による悪意ある行為が無効とされたわけではない。むしろ、善良な人々が合理的な短期的決定をすることによって、重要で長期的な第二階の価値(second-order values)が侵されることを防ぐために、第一階の政策決定は無効とされたとシャウアーは説くのである¹²³。このように、政治部門による政策決定が、連邦最高裁の第二階の抑制によって無効化されるような事例のことを、シャウアーは「消極的憲法(The Negative Constitution)」と呼称する¹²⁴。かような機能は、悪意ある政治部門による不誠実な政策決定に対する抑制ではなく、むしろ、善良な政策決定に対する抑制にフォーカスするものであると指摘することができよう。

この「消極的憲法」の執行においてシャウアーが重視するのは、外部的な抑制の存在である。すなわち、多数派による短期的な欲望に対して、長期的な利益を守るために、外部の監視役を設置することが必要であるとするのである。換言するならば、「何人も自身の事件について裁定してはならない(nemo debet esse iudex in propria sua causa)」のである¹²⁵。このような外部的抑制の重要性は、とりわけ多数派による支持を

¹¹⁹ 564 U.S. 786 (2011).

¹²⁰ Schauer, *supra* note 113, at 1698.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*

¹²³ Schauer, *supra* note 16, at 1055.

¹²⁴ *Id.* at 1051.

¹²⁵ *Id.* at 1057.

あまり得られず、制度的にも軽視された利益の保護において、特に明らかになるとされる。その例としてシャウアーが挙げているのは、*Unites States v. Carolene Products Co.*¹²⁶の脚注4における「分断され孤立した個人」のみならず、無神論者や国旗を燃やす者、児童ポルノ製作者など多岐にわたる¹²⁷。彼らの権利保護においてこそ、多数派勢力から距離を置いた、連邦最高裁という外部の監視役の果たす役割が重要となるのである。すなわち、短期的な価値の実現を優先する政策を実施するに際し、多数派の支配する政治部門は、自身に対して公正な視点からの抑制機能を働かせることができない。換言するならば、自身を抑制し、その営為の障壁となるような憲法条項を解釈する主体は、概してそのような障害・抑制を除去する解釈をしてしまうことが多い¹²⁸。政治部門が自らの政策的選好に対して自己抑制——すなわち、煩わしい（Annoying）抑制——をかけることなどおおよそ期待しえないがゆえに、政治部門からの一定の自律性を有する連邦最高裁を、第二階の抑制を課す主体として措定せざるを得ないのである。かかる意味において、連邦最高裁の憲法解釈の優越性は正当化されるというのがシャウアーの立場である。換言するならば、シャウアーは、司法部の判断の実体的な内容が政治部門や人民のそれに比して優れているがゆえに司法の優越を正当化しているのではなく、統治機構における連邦最高裁の制度的な位置づけに着目しつつ、司法の優越を擁護する立場を採用していると評価することができるのである。

第3款：議論の整理

シャウアー（とアレクサンダー）の議論は、誰が憲法の解釈をするのかという問題に対し、連邦最高裁における確定機能を重要視するアプローチを採用することで、司法の優越の正当化を試みるものであった。彼らの議論の特徴は、法的な安定性を生み出す確定こそが憲法における重要な機能であること、この確定機能は、その解釈が他のすべての解釈

¹²⁶ 304 U.S. 144 (1938).

¹²⁷ Schauer, *supra* note 16, at 1058.

¹²⁸ Schauer, *supra* note 113, at 1709-1710.

を拘束する権威ある解釈者を持つことによって達成されること、さらに連邦最高裁こそがこの役割を最もよく果たすことができると示した点であった。そして、連邦最高裁が憲法の最終解釈者となることは、司法部が多数派による暴走を抑制する機関として位置付けられること、政治部門における権力の自己抑制機能の不存在、さらには司法部における先例拘束性の存在から正当化されるとする¹²⁹。

シャウアー（とアレクサンダー）による所論は、学界において激しい批判を巻き起こすものであった。例えば、サイドマン（Louis M. Seidman）は確定議論に注目しつつ、社会における政治的対立に最終的な決着をつけてしまうことは、むしろ共同体の脅威となる可能性があることに言及する¹³⁰。またデビンス（Neal Devins）とフィシャー（Louis Fisher）は、憲法の条文や構造、起草者意図、歴史的経験からは、司法の優越を導き出すことはできないことを指摘する¹³¹。さらに、連邦最高裁を何が法であるかを判断する権威的な機関として位置付けることは、むしろ司法部の権威を維持するための脆弱な基盤を破壊しかねないと批判する。すなわち、連邦最高裁の判断が受容されるか否かは、政治部門や社会の動向によって左右されるため、それにもかかわらず司法部による権威的な確定を重視することは、政治的な不均衡を生み出し、判決が政治部門の嗜好に合わせて転化させられる「憲法の周縁化」¹³²という状況を生み出しかねないとするのである。また、連邦最高裁に憲法上の問題の権威的な確定を担わせることについては、司法部の能力上、確定が不可能な領域が存在することや、そもそも連邦最高裁判事の任命やその判断において多数派主義的・政治的な色彩は色濃くならざるを得ないというホイットントンによる批判も注目に値する¹³³。

¹²⁹ Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1377-1378 n.80.

¹³⁰ See, LOUIS MICHAEL SEIDMAN, OUR UNSETTLED CONSTITUTION (2001).

¹³¹ この点について、アレクサンダーとシャウアーは、彼らの研究が、憲法条項や、連邦最高裁をめぐる歴史に基づくものではなく、あくまで規範的な試みであることを強調する。Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1370.

¹³² Devins & Fisher, *supra* note 83, at 91.

¹³³ See, Whittington, *supra* note 11, at 786-808.

本節において、もう一つ指摘しなければならないことは、シャウアーの議論自体においても、その関心の変遷を見て取ることができるという点である。すなわち、シャウアーの従来議論においては、何が法であるかを権威的に決定する連邦最高裁の確定機能が重要視されていた。これに対し、それ以降の議論においては、政治部門による第一階の政策決定に対して第二階の抑制を課す機能、換言するならば、司法部における権力統制という機能の重視¹³⁴へと議論の重点が移行していると考えられる。すなわち、例えば2017年の論文においてシャウアーは、司法の優越は、従来議論で重視されていた確定機能という積極的な側面のみならず、政治部門に対する第二階の抑制という消極的な側面からも正当化されうるとしている¹³⁵。それによれば、第二階の抑制がいかに解釈され執行されるかについてこそ、憲法の解釈権限に関する中心的な問題が生じる¹³⁶。そして、連邦議会や大統領、あるいは州政府は、自身の権限に対する制限を狭く解し、自身に付与された権限を広く解する傾向にあるからこそ、そのような部門から外部性を有する連邦最高裁が、他部門の第一階の政策決定を抑制するのに最も適しているとされるのである。すなわち、連邦最高裁を憲法解釈における優越的地位に置くことは、連邦最高裁の判断自体の質ゆえではなく、あるいは、第二階の抑制という観点から連邦最高裁が最も良い判断を下すからでもない。むしろ、政治部門が自身の権限の抑制者として機能することはおよそ期待しえないがゆえに、セカンド・ベストの選択肢として、司法の優越を選択せざるをえないのである。この点において、第二階の抑制という機能に重点を置く司法の優越の正当化議論は、消極的な性質のものであると評価することができるのである。しかしながら、司法の優越に対する積極的な正当化か、あるいは消極的な正当化かという相違点はあるものの、司法部の判断の実体面からは独立して、司法の優越の正当化を試みている点において、シャウアー（とアレクサンダー）の議論は一貫しており、この点こそが彼らにおける司法の優越の正当化議論の特徴的な点であるといえよう。

¹³⁴ 大林啓吾「判決の余韻」千葉大学法学論集33巻1号（2018年）138-139頁。

¹³⁵ Schauer, *supra* note 113, at 1711.

¹³⁶ *Id.* at 1699-1700.

第3節：小括——「神話」としての司法の優越？

本章では、アメリカにおける、規範論としての司法の優越を正当化する議論を、大きく二つに分けて検討してきた。第1節においては、20世紀中盤のアメリカにおける主流派たる憲法理論と司法の優越の関係に目を配りつつ、「原理のフォーラム」としての司法部の役割の強調と司法の優越を結びつける学説を取り上げた。このような傾向がもっとも強いとされるのが、「司法の優越の熱狂的支持者」¹³⁷とも称されるドゥオーキンであった。司法部は、原理を宣明する機関としての制度的特質を有するのであり、人民の選好に基づき、便宜を考慮する判断を下す政治部門（とくに立法部）と区別される。この点にこそ、憲法の解釈における司法部の優越性に関する規範的正当化のルーツを見出すことができる¹³⁸とするのが、ホイットントンの見立てであった。

第2節では、確定機能に着目するシャウアーとアレクサンダーの議論を分析した。彼らは、「何がなされるべきかを権威的に確定する」¹³⁹機能が立憲主義の重要な要素であることを強調し、かかる確定機能の担い手として司法部（とくに連邦最高裁）が適任であることを主張する。なぜならば、政治部門は自らの行為を公正な視点から抑制することはできないのであり、政治的に独立し、制度的に外部に位置する司法部による第二階の抑制が、政治部門の自己抑制よりも、権力統制という面において優れているからである。彼らの議論は、司法部の判断の実体面における優位性、あるいは司法的判断の正しさゆえではなく、その判断内容からは独立した論拠に基づき、司法の優越の正当化を試みている点に特徴がある¹⁴⁰。

¹³⁷ Graber, *supra* note 5, at 1551.

¹³⁸ 参照、山本＝大林・前掲注67) 142頁注10。

¹³⁹ Alexander & Schauer, *supra* note 81, at 1371.

¹⁴⁰ このような見解は、バーニー判決の法廷意見においても見ることができる。曰く「もしも議会が第14修正の意味を変えることによって自らの権限を定義することができるならば、もはや憲法は優越的で恒久的な法とはなりえない。」と。521 U.S. at 529. すなわち、連邦最高裁は、自身の役割が、政治部門の特定の行為が憲法条項に反する場合に生じる権限の濫用を防止することのみにあるので

ここまで、第1章においては建国初期から19世紀末に至るまでの司法の優越の動向を追ひ、さらに本章においては、学説における司法の優越の正当化議論を追ってきた。本章冒頭で指摘したように、司法の優越は規範論としてもアメリカの憲法学界、さらには連邦最高裁において受容されるに至った。そして、司法の優越をめぐる議論は、司法長官ミースによる演説やレーンキスト・コートにおける保守的傾向等、現実の政治アクター、連邦最高裁の動向を反映し、1980年代後半より活況を呈することとなる。かような議論状況において、ディパートメンタリズムや人民立憲主義、そして司法の優越の擁護理論は、それぞれ「有力な先例と論客とを擁し、歴史事象の説明や現下の実践的争点をめぐって、対抗し合って」¹⁴¹きた。

しかしながら、はたしてアメリカにおける司法の優越は、ディパートメンタリズムや人民立憲主義の激しい批判対象となるほどに、現実において厳然たる規範として存立していたのであろうか¹⁴²。この点につき、例えばフィシャーは、司法の優越がアメリカにおいて占める地位は「神話の地位」¹⁴³にすぎないと批判する。フィシャーの言説における、「神話」という表現に含まれた意図を敷衍するならば、それは、実証的な基盤がないにもかかわらず、憲法学者や裁判官、あるいは人民の間で司法の優越が継続的に力を持っていたことに対する疑問であろう。

フィシャーが指摘するまでもなく、司法の優越が実証的な側面において抱える困難性は、アメリカにおいても早くから指摘されていた。代表的な論者としては、ディパートメンタリズムを唱える論者によって盛ん

はなく、政治部門が憲法の意味を自身で再定義することによって、権力の抑制そのものが解体されてしまうことを防ぐことにあると述べたのである。

¹⁴¹ 蟻川・前掲注100) 24頁。

¹⁴² See, Corinna Barrett Lain, *Soft Supremacy*, 58 WM. & MARY L. REV. 1609 (2017). なお、川岸令和「リベラル・デモクラシーと裁判所——違憲審査の活性化に向けて」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017年）409頁も参照。

¹⁴³ LOUIS FISHER, RECONSIDERING JUDICIAL FINALITY: WHY THE SUPREME COURT IS NOT THE LAST WORD ON THE CONSTITUTION xii (2019).

に引用されるビッケルを挙げることができる。彼の代表的著作である「The Least Dangerous Branch (最も危険の少ない部門)」の第2版に序文を寄せたウェリントン(Harry H. Wellington)は、リンカーン(Abraham Lincoln)の言葉を引用しつつ、「最も危険の少ない部門」において、ビッケルは究極的には最終性の問題を考慮していた。連邦最高裁の判断したことは、「政治的ルールとして」最終的なのではなく、人民が選挙において統制を及ぼす機関や公務員によって受容されて初めて最終的なのである。ほとんどの憲法学者は、このようなビッケルの複雑な憲法理論の側面を考察してきていない。最終性の問題が出発点として据えられるならば、学究の方向性は変わることになるであろう。¹⁴⁴と述べる。さらに遡るならば、司法の抑制論の著名な論者であり、「ビッケルの司法観にも影響を及ぼした」¹⁴⁵とされるフランクファータ(Felix Frankfurter)は、芦部信喜によれば、「もっとも弱い統治機関」である司法部の「権威と権力を守る」ことを、その司法哲学の本質的要素としていた¹⁴⁶。すなわち、政治部門や公衆が、連邦最高裁の憲法解釈にどのような反応を示すのか、これらアクターに対して連邦最高裁がその権威性を維持していくためには、どのようにふるまうべきかという問題意識が、彼らには伏在していたといえよう¹⁴⁷。そして、アメリカの歴史において、連邦最高裁の憲法解釈が政治部門や人民によって覆されてしまった事例、あるいは連邦最高裁の権威性が否定されることのインパクトの大きさが、彼らの学説にも反映されていたとも考えられる。ビッケルやフランクファータ、さらには彼らの理論に親和的な学説を提唱する論者については第4章で取り上げるが、次章においてはその前段階的な作業として、アメリカにおいて連邦最高裁の憲法解釈の優越性が否定された事例、そして、裁判所外のアクターによって司法の優越が「構築」された事例を検討することで、

¹⁴⁴ Bickel, *supra* note 40, at xii.

¹⁴⁵ 大林啓吾「アレクサンダー・ビッケル アメリカの立憲構造を明らかにした夭折の天才」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像 理論家編』(尚学社、2010年) 35頁。

¹⁴⁶ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年) 33頁。

¹⁴⁷ 参照、田中英夫「合衆国最高裁判所による違憲立法審査権の行使をめぐる論議について」公法研究38号(1976年) 15頁、芦部・前掲注146) 33頁。

司法の優越が現実において厳然たる規範として存立していたか否かを探究することとする。