HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法の優越をめぐる法と政治（４）：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(4・5・6), 269-298
Issue Date	2024-03-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/91424
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_74_4・5・6_06_Suzuki.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

司法の優越をめぐる法と政治（４）

―― 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　（以上、74巻２号）
第３章：司法の優越の揺らぎ
　第１節：司法の優越が否定された事例
　　第１款：大統領による反抗事例
　　第２款：連邦議会による反抗事例
　　第３款：公衆による反抗事例
　第２節：司法の優越の政治的構築
　　第１款：人種別学制度と司法の優越
　　第２款：ロー判決と司法の優越
　第３節：小括――司法の優越の限界――　（以上、本号）
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３章：司法の優越の揺らぎ

前章においては、司法の優越を規範的に評価する学説の検討を行った。この作業を通じて、司法の優越が、アメリカにおける主要な学説群とも親和的なものであったことを示した。アメリカにおいて司法の優越が学界や司法部、更には社会においても広く受容され、定着するに至っ

た[1]理由は、連邦最高裁を至高の憲法解釈者として措定することにより、統治システムの安定を図るという機能的な点のみならず、戦後アメリカ憲法学を席巻した学説群において、司法の優越がその前提として内蔵されていた点にも見出すことができよう。

このようなアメリカにおける司法の優越が、連邦最高裁の判決において表明されたものとして最も著名であるのが、Cooper v. Aaron[2]である。すなわち、ブレナン（William Brennan）によって主導された法廷意見において[3]、連邦最高裁こそが、憲法が何を語るかについての究極的な解釈者であることが宣明されたのである。かかる宣明については、連邦最高裁こそが憲法が何を規定しているのかを決定する責任を負っており、いったん連邦最高裁の憲法解釈が下されれば、それは国家の法となり、訴訟における当事者以外もその解釈に拘束されると理解される[4]。

しかしながら、このような規範理論としての司法の優越は、アメリカにおける憲法政治の歴史において常に支持されるものではなかった。すなわち司法の優越は、アメリカにおいて支配的な規範理論ではありつつも、それが貫徹されなかった事例も少なくはなかったのである。アメリカの歴史を振り返れば、多くの事例において、連邦最高裁の憲法判断は、連邦の執行部や立法部、さらには州政府や公衆からの反抗に遭遇してきた[5]。例えば、第１章で言及したジェファソン（Thomas Jefferson）やジャ

---

[1] Miguel Schor, *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy,* in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY 87 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018).

[2] 358 U.S. 1 (1958).

[3] Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958,* 68 GEO. L.J. 1, 79 (1979).

[4] このようなクーパー判決における連邦最高裁の宣言は、ビックル（Alexander M. Bickel）によって、以下のように評される。「連邦最高裁は国家の法を定める権限を与えられており、市民はそれを無批判に受け入れなければならない。たとえ間違っていたとしても、連邦最高裁のみが憲法の名の下に宣言をするがゆえに、それが定めるものはすべて正しい。」ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 264 (2d ed. 1986).

[5] KEITH E. WHITTINGTON, POLITICAL FOUNDATION OF JUDICIAL

クソン（Andrew Jackson）、リンカーン（Abraham Lincoln）といった歴代の大統領に関する各事例がそうであるように[6]、憲法の究極的解釈者としての連邦最高裁の地位が揺らいだ事例、そして憲法解釈者としての政治部門の対等な地位が強調された事例もまた、数多く存在するのである[7]。さらには、論争的な憲法上の問題の解決を政治部門が司法部に託すことによって、司法の優越が政治的に構築されてきたと捉える研究も、アメリカにおいては精力的になされてきた。これら研究は、実証的な分析を基盤としつつ、アメリカにおける司法の優越は完全なものでも安定的なものでもなく、政治部門の動機に依存する面が大きいことを強調するものであり、司法の優越の現実的な側面を知る上で注目に値する[8]。

本章においては、憲法の究極的解釈者としての司法部のイメージとは正反対の、「剣も財布も持たない」司法部が、政治部門や公衆との相互関係の構築に苦心する有り様の一端を示す。いわば、司法の優越について、規範的側面からのみならず、実証的側面からも分析を試みるというのが本章の趣旨となる。具体的には、第１節において、連邦最高裁の判決に対する反抗の代表的事例を、①大統領による反抗、②連邦議会による反抗、③公衆による反抗、に分けて検討・分析を行う。第２節においては、人種別学制度や人工妊娠中絶といった、アメリカにおける論争的な憲法上の問題を素材として、司法の優越が連邦の他部門によって構築された事例を検討・分析することとする。

SUPREMACY; THE PRESIDENCY, THE SUPREME COURT, AND CONSTITUTIONAL LEADERSHIP IN U.S. HISTORY 15 (2007).

[6] *See,* John Yoo, *Judicial Supremacy Has Its Limits,* 20 TEXAS REVIEW OF LAW & POLITICS 1 (2015).

[7] こうした憲法上の事例を網羅的にまとめたものが、フィシャー（Louis Fisher）による業績である。*See,* LOUIS FISHER, RECONSIDERING JUDICIAL FINALITY; WHY THE SUPREME COURT IS NOT THE LAST WORD ON THE CONSTITUTION (2019).

[8] *See,* Whittington, *supra* note 5.

第１節：司法の優越が否定された事例

第１款：大統領による反抗事例

連邦最高裁の憲法判断は、しばしば大統領による反抗に遭遇してきた。このような各大統領における連邦最高裁に対する反抗は、しばしばディパートメンタリズムを主張する論者により、その理論を正当化する歴史的事実として強調されてきた[9]。そして、ディパートメンタリズムを主張する論者の中でも、大統領には司法部と対等な憲法解釈権限が存することを強力に主張する論者として、ポウルセン（Michael Stokes Paulsen）を挙げることができる。彼は、ザ・フェデラリストやMarbury v. Madison[10]などを論拠としつつ、大統領における独立した憲法解釈権限を擁護する[11]。そして彼は、大統領が連邦最高裁の判決を拒否する権限を、Ex parte Merryman[12]より、Merryman Powerと呼称する[13]。このメリーマン判決こそが、連邦最高裁の判決の執行を大統領が拒否し、司法の優越が否定された典型例として位置付けることができるものである[14]。同判決は、戦時下における軍事権限の範囲を初めて示した事例であり、そして何よりも、Dred Scott v. Sandford[15]とともに、大統領と連邦最高裁の憲法解釈が衝突した事例として象徴的な地位を占めてきたの

---

[9] *See,* NEAL DEVINS & LOUIS FIHSER, THE DEMOCRATIC CONSTITUTION (2d ed. 2015).

[10] 5 U.S.137 (1803).

[11] Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is,* 83 GEO L.J. 217, 228 (1994).

[12] 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861).

[13] *See,* Michael Stokes Paulsen, *The Merryman Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation,* 15 CARDOZO L. REV. 81 (1993).

[14] ポウルセンは、執行部の憲法解釈が他部門と衝突する場合を４つの局面に分けて説明する。すなわち（1）憲法上の根拠に基づく恩赦権限と拒否権限の発動局面、（2）執行部が違憲であるとみなした制定法の不執行、（3）特定の訴訟の文脈外で司法部が明示した法的ルールに対する不承諾、（4）司法部が出した判決の不執行、の４つである。メリーマン判決に対するリンカーン大統領の反応は（4）のカテゴリーに該当する。Paulsen, *supra* note 11, at 263-264.

[15] 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

である[16]。

まずは、メリーマン判決に至るまでのプロセスと判決の内容を概観する。事件の当事者は、メリーマン（John Merryman）というメリーランド州における分離派の人物であった。当時、南北境界線に接するメリーランド州においては分離独立運動が盛んに行われており、メリーマンもそれら運動に参加し、橋の爆破や電線の破壊活動等に従事していた。このようなメリーランド州における動乱に対応するべく、リンカーンは、スコット将軍（Winfield Scott）に対し、人身保護令状の停止を委任する命令を発出した。その最中において逮捕された一人が、メリーマンであった。これに対して、メリーマン側が、当時の連邦最高裁首席判事であったトーニー（Roger Taney）に人身保護令状を請求したのが本件の端緒となる。

このようなメリーマン側の請求に対し、トーニーは人身保護令状を発行した。しかしながら、メリーマンを拘束する軍は、これを無視するという挙に出た。すなわち、連邦の執行部が司法部による判断に反抗するという事態が発生したのである。かような局面において、トーニーは、大統領が連邦最高裁の命令を実行する憲法上の義務を有し、独自の憲法解釈権限を有しないことを主張したのである[17]。すなわち、「大統領が保持する唯一の権力は、……「法律が誠実に執行されるよう留意する」ことを要請する憲法規定に記載された権限及び責務である。……大統領は、憲法によってその責務が割り当てられている政府の対等な部門によって解釈され、裁定された通りに、それらが誠実に実行されるよう留意しなければならないのである。このように、司法の権威が執行部の援助なしには打ち勝つことができないほど強力な力によって抵抗された場合、司法の権威を援助することが大統領の義務とされている。しかし、この場合、大統領は司法の権威に従属するのであり、司法部がその手続きを執行し、判決を実施することを援助するのである。」[18]と。

---

[16] Seth Barrett Tillman, *Ex Parte Merryman: Myth, History, and Scholarship,* 224 MIL. L. REV. 481, 481 (2016).

[17] Paulsen, *supra* note 11, at 279.

[18] 17 F. Cas. at 149.

メリーマン判決における争点の一つは、人身保護令状の停止に関する憲法条項である憲法１条９節２項の解釈問題であった。すなわち、この条項を根拠として、執行部にも人身保護令状の停止をする権限が存するか否かが問われていたのである。しかしながら、本論文との関係において重要な論点として位置付けられるのが、司法部の憲法解釈は誤りであるという立場を採用する大統領が、司法部の命令を執行する憲法上の義務を有するか否か、という問題であった[19]。トーニーはこの論点について、大統領は連邦最高裁の憲法解釈に従属するとして、司法の優越を宣言したのである[20]。

それでは、メリーマン判決に対するリンカーンの対応はどのようなものであったか。リンカーンは、メリーマンの釈放を拒否したうえで、1861年４月、メリーマン判決に対する自身の見解を連邦議会に示した[21]。そこにおいて彼は、憲法は、反乱の発生などの公共の安全がそれを必要とするとき、人身保護令状の特権の停止を明確に認めていると述べた。そして、人身保護令状の特権の停止について定める憲法条項は、誰がその権限の行使主体であるかについて明示していないとする[22]。なぜならば、かかる憲法条項は、「明らかに危険な緊急事態のために起草されたものであり、起草者が、議会――反乱によってその召集が妨害される可能性が高いが――が招集されるまでの間、あらゆる局面において、危険な事態を成り行きに任せることを意図したとは考えられない。」[23]からである、と。すなわち、人身保護令状の停止が必要となる緊急事態において、召集に時間のかかる連邦議会ではなく、大統領がその権限を行使できるように、憲法はかかる権限の行使主体を明示しなかったと主張した

---

[19] Paulsen, *supra* note 13, at 92.

[20] *Id.* at 93.

[21] Jeffery D. Jackson, *The Power to Suspend Habeas Corpus: An Answer from the Arguments Surrounding Ex Parte Merryman,* 34 U. BALT. L. REV. 11, 20 (2004).

[22] Paulsen, *supra* note 13, at 95.

[23] 4 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN, 431 (R. Basler ed., 1953).

のである[24]。こうしてリンカーンは、戦時における最高司令官として、人身保護令状の執行を拒否することを宣言した。

このように、メリーマン判決をめぐる対立は、憲法解釈権限をめぐる連邦の部門間の争いとして捉えることができる。すなわち、大統領であるリンカーンが、連邦最高裁による判決を無視し、司法の優越が否定された事例として位置付けられるのである。

第２款：連邦議会による反抗事例

（1）　宗教的被服の着用と連邦議会

連邦議会による反抗事例として、まず挙げられるのが、宗教的被服の着用が宗教の自由に関連して問題となった1986年のGoldman v. Weinberger[25]と、それに対する連邦議会の反応である。本件の原告となったユダヤ教徒であるゴールドマン（Simcha Goldman）は、アメリカ空軍の大尉であり、勤務中はユダヤ教の民族衣装であるヤルムルケ（Yarmulke）を着用していた。1981年５月、空軍はゴールドマンに対し、勤務中のヤルムルケ着用は空軍規則に反するものであり、もしも着用を続けた場合は軍法会議にかけられる恐れがある旨を通達した。訴訟においてゴールドマンは、制服着用中にヤルムルケを着用することを国防長官及び空軍長官に要求した。連邦地裁は、空軍の規則を適用することでヤルムルケの着用を禁ずることは、第１修正に反するとした[26]。これに対し、D.C. 巡回区連邦控訴裁判所は、「統一性という空軍の関心事の特殊な性質により、規則の厳格な施行が許容される」[27]とする判断を下した。

これをうけた1986年の連邦最高裁判決は、第１修正は、たとえその効果がゴールドマンの宗教的信条により必要とされるヤルムルケの着用を制限するものであっても、ゴールドマンに規則を適用することを禁止するものではないと判断した。すなわち、標準化された制服を軍人に着用

---

[24] 山本龍彦＝大林啓吾「司法審査論の新地平（二・完）法原理機関説へのレクイエム？」桐蔭法学13巻１号（2006年）14頁。

[25] 475 U.S. 503 (1986).

[26] Goldman v. Secretary of Defense, 530 F. Supp. 12 (D.D.C. 1981).

[27] Goldman v. Secretary of Defense, 734 F.2d 1531, 1532 (D.C. Cir. 1984).

させることは、集団全体の使命のために個人の選好やアイデンティティを従属させることを促進する、という空軍側の主張――つまりは、統一性や階級、規律や服従などの価値の重視――は、規則を正当化するに十分であると、連邦最高裁は判断したのである。

なお、ブレナンはその反対意見において、法廷意見は、「軍事的必要性という根拠のない主張への軽率な敬譲を支持し、憲法の主要な解釈者として、そして個人の自由の防護者として」[28]の役割を放棄するものであると、厳しく批判した。その上で、宗教の自由の擁護者としての責任は、連邦司法部のみにあるのではなく、州政府や他の連邦の部門にも共有されるものであると論じる。ブレナンはこのように人権保障機関としての役割を果たすことができなかった多数意見を厳しく批判しつつ、宗教的少数者の人権を保護する役割は司法部のみならず他の部門も果たすべきものであると論じた。そして、「最高裁と軍は、軍人の憲法上の権利を拒否することとなった。連邦議会がこの過ちを是正することを我々は望まなければならない」[29]として、憲法上の権利保障を立法部門に委ねる判断を示したのである。

このような連邦最高裁の判断に対して、連邦議会はどのような反応を示したのであろうか。連邦最高裁の判決から２週間以内に、軍人が制服以外の被服を着用することを認める法案が議会に提出された。同法案は、ヤルムルケの事例にとどまらず、軍の構成員による軍務の遂行を著しく妨害しない限度での宗教的被服の着用を認めるものであった。下院軍事委員会は、この提案を若干修正したものを1987年の国防総省権限法案の条項として採用し、下院に報告した[30]。上記修正案は、結局上院で否決されたものの、翌年、同様に、軍務を妨げない限りにおいて、制服着用中であっても適切かつ保守的な宗教的被服の着用を認める法案が下院に提出され、最終的には上院も通過することとなった。すなわち、ここでは連邦議会は、連邦最高裁の判決に対抗する法律を制定したと評価する

[28] 475 U.S. at 514.

[29] *Id.* at 524.

[30] Fisher, *supra* note 7, at 160.

ことができる[31]。

(2)　連邦最高裁の変遷と宗教の自由回復法

連邦議会と連邦最高裁の対立事例として次に取り上げるのが、宗教の自由の解釈における審査基準をめぐる争いである。連邦最高裁は、1990年の Employment Division v. Smith[32]において、それまでの先例を覆し、宗教の自由に関する憲法解釈を大きく転換することとなった。これに対して連邦議会は、1993年、宗教の自由回復法（Religious Freedom Restoration Act：以下 RFRA とする）を制定することで、スミス判決に対抗した。すなわち、この RFRA は、直前のスミス判決における憲法解釈と対立するものであり、連邦最高裁における「何が法であるかを語る」権威に対する、連邦議会による真っ向からの挑戦と評価することのできるものであった[33]。

まずは、RFRA 制定に至るまでの、連邦最高裁における判断の変遷を概観する。アメリカ合衆国憲法は第１修正において、「連邦議会は国教を樹立する法律や自由な宗教活動を禁止する法律を制定してはならない。」と定める。このうち後半部分の宗教の自由を定める部分の解釈が問題となったのが、一連の最高裁判決である。かかる宗教の自由条項の解釈において、一つのターニングポイントとなったのが、1963年の Sherbert v. Verner[34]であった。この判決において連邦最高裁は、いわゆるシャーバート・テストと呼ばれる審査基準を定立するに至る。同判決では、宗教上の理由で土曜日に働くことができない人の失業手当の受給資格が問題となった。連邦最高裁は、宗教上の教えに従うことによって失業した人間に対する失業手当の受給拒否は、宗教の戒律に従って失業手当を失うか、他方では仕事を維持するために宗教の戒律のひとつを放棄するかの選択を迫るものであり、宗教の自由に対して実質的な負担

---

[31] *Id.*

[32] 494 U.S. 872 (1990).

[33] Neal Devins, *How Not to Challenge the Court,* 39 WM. & MARY L. REV. 645, 651 (1998).

[34] 374 U.S. 398 (1963).

を課すものであること、かような制約においては、政府の「やむにやまれぬ利益」が必要であるとの審査基準を示した。つまり、宗教を狙い撃ちしていなくとも、宗教的行為に実質的な負担を強いる規定は、政府側における「やむにやまれぬ利益」によって正当化されなければならないという厳格な審査に付されることが、シャーバート判決において宣明されたのである。

このシャーバート・テストと呼ばれる審査基準は、失業給付手当に関する事例において、確立したものとなっていたが[35]、それを転換させたのが、前述のスミス判決である[36]。同事例は、ネイティブ・アメリカンであるスミスが、オレゴン州法においてその使用が禁じられていた、ペヨーテという幻覚剤を宗教的儀式において用いたところ、診療所の職を解雇され、さらに、職務に関する非行によって解雇されたことを理由として、失業補償給付の請求も拒否されたことに端を発する。連邦最高裁は、宗教の自由の制約が、「一般的に適用可能であり、他の点では有効な規定の付随的効果に過ぎない場合」[37]は、第１修正には反しないと判示した。その上で、当該州法は、特定の宗教をターゲットとするものではないと判断した。つまり、規制が特定の宗教を狙い撃ちするものでなければ、それは宗教の自由の侵害を構成するものではないとして、規制の形式面に着目するアプローチを採用したのである[38]。これは、一般的に適用される規制であっても、それが宗教的行為に実質的な負担を課す行為であれば厳格な審査に付すというシャーバート・テストから、宗教の自由の保障範囲を狭く解する方向への転換と解することができる。

---

[35] 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）610-611頁。

[36] 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）153頁。

[37] 494 U.S. at 878.

[38] このように、規制の形式面に着目するアプローチを、「形式的中立性（formal neutrality）」と呼び、規制が生み出す実質的な負担に着目するアプローチを、「実質的中立性（substantive neutrality）」と呼ぶ。Douglas Laycock, *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality toward Religion,* 39 DEPAUL L. REV. 993, 999-1006 (1990).

このような連邦最高裁における宗教の自由に関する判断の転換は、あらゆる宗教団体や公民権団体の反発を生み出すこととなった[39]。彼らは、スミス判決は、宗教の自由という憲法上の権利に対する根本的な攻撃であるとみなしたのである。かような社会運動は、全米福音派協会(National Association of Evangelicals) やアメリカ自由人権協会(American Civil Liberties Union)などのグループから支援を受けつつ、立法的な解決を求めるようになった。このような運動の興隆を受けて、連邦議会は RFRA 制定に向けて動き出すこととなる。

RFRA は、1993年、上下両院を圧倒的多数で通過し、成立することとなった。同法は、宗教の自由の保障範囲をスミス判決以前の状態に戻すことを意図するものであった。すなわち同法によれば、政府側が、宗教活動に対して課する負担が「もっとも制限の少ない方法」で「やむにやまれぬ利益」を促進することを証明できない限り、宗教活動に「実質的な負担」を課することを禁じる。換言するならば、RFRA はスミス判決が否定した宗教の自由条項の解釈を採用したのであった[40]。ここにおいて、宗教の自由に関する、連邦議会と連邦最高裁の憲法解釈が、一時的に対立するという構図が現出したのである[41]。

第３款：公衆による反抗事例

次に、連邦最高裁に対する、公衆による反抗事例を検討する。

1940年、連邦最高裁は Minersville School District v. Gobitis[42]において、第１修正は国旗敬礼を拒否した小学生のエホバの証人二人の処罰を妨げるものではないことを、８対１の大差で宣言した。しかしながら、そのわずか３年後の West Virginia State Board of Education v.

---

[39] Robert F. Drinan & Jennifer I. Huffman, *The Religious Freedom Restoration Act: A Legislative History,* 10 J. L. & RELIGION 531, 532 (1993).

[40] Michael W. McConnell, *Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores,* 111 HARV. L. REV. 153, 161 (1997).

[41] 安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立教法学63号（2003年）67頁。

[42] 310 U.S. 586 (1940).

Barnette[43]において、連邦最高裁は６対３で判例変更をするに至る。このわずかな期間における判例変更において注目するべきは、公衆による連邦最高裁の憲法判断に対する反発である[44]。

1940年に下されたゴビティス判決は、二人のエホバの証人の信者が、偽りの偶像に敬意を払うことで自分たちの精神的地位が脅かされるという理由で、公立学校の式典において、アメリカ国旗への敬礼を拒否したことに端を発する。フランクファータによる法廷意見は、この問題は「良心の自由」と「国家の結合を保護するための権威」という「相反する主張」に直面するものであると論じた[45]。その上で、「国家の統合（national unity）は国家の安全保障の基礎である」[46]として、「国旗こそが我らの国家の統合の象徴なのである」[47]と宣言する[48]。結論として連邦最高裁は、国旗への敬礼を拒否する生徒たちに対して敬礼を強制することは、第１修正に反しないと判断したのであった。

ゴビティス判決に対する司法部外からの反応は、手厳しいものとなった。新聞は、連邦最高裁は憲法上の自由を侵害し、人々のヒステリーに屈したと批判した。例えば The New Republic は、ヒトラーに対抗するためにヒトラーの哲学を採用することの危険性を訴え、連邦最高裁の判決に対して厳しい批判を加えた[49]。その他にも、当時の多くの新聞や大衆紙は、こぞって連邦最高裁の判断を批判していた[50]。また判決に対す

---

[43] 319 U.S. 624 (1943).

[44] *See,* Devis & Fisher, *supra* note 9, at 3; Lawrence G. Sager, *The Incorrigible Constitution,* 65 N.Y.U. L. REV. 893, 929 (1990).

[45] 310 U.S. at 591.

[46] *Id.*

[47] *Id.* at 596.

[48] フランクファータによる法廷意見につき、金井光生「国旗敬礼強制拒否事件判決における＜シンボリズム＞に関する覚書――Gobitis 判決（1940年）と Barnette 判決（1943年）の媒介者にしてホームズ裁判官の鬼子としてのフランクファータ裁判官」行政社会論集22巻３号（2010年）131頁以下も参照。

[49] BARRY FRIEDMAN, THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION 241 (2009).

[50] Francis H. Heller, *A Turning Point for Religious Liberty,* 29 VA. L. REV.

る学界の評価につき、ヘラー（Francis H. Heller）は、当時のロー・レビューにおいて、ゴビティス判決を明確に肯定する論稿を見つけることはできなかったとする[51]。このようにゴビティス判決は、国旗敬礼に関する国家的な論争を招き、公衆からの激しいバックラッシュに遭遇することとなったのである[52]。

また、国旗敬礼に関する国家的な論争においては、公衆による反発に加えて、政治部門の動向も見逃すことはできない。例えば連邦議会が1942年に可決した、アメリカ国旗の掲揚と使用に関する制定法は、ゴビティス判決における憲法上の原理に反旗を翻す内容であった。すなわちこの連邦法は、国旗敬礼についての厳格な執行に反対し、より簡素化を要請する内容を含んでいたのである[53]。司法省に関しても、新たに制定された連邦法がゴビティス判決に反することを認識していたようであるが[54]、連邦議会の動きに追随することとなる[55]。

このような連邦最高裁に対するバックラッシュの最中にあって、ブラック（Hugo Black）、マーフィー（Frank Murphy）、ダグラス（William O. Douglas）の各判事は1942年の Jones v. Opelika[56]において、公式にゴビティス判決における反省を表明することとなる。すなわち、「我々はゴビティス判決の意見に参加した。今こそ、我々がこの事例もまた誤った判断であったと信じていることを述べる適切な機会であると考える。確かに、歴史的な権利章典の下で機能している我々の民主的な統治形態は、少数派の宗教的見解がいかに不人気で異端であったとしても、それを受け入れる高い責任を負っているのである」[57]と宣言したのである。

440, 452-453 (1943).

[51] *Id.* at 451.

[52] Friedman, *supra* note 49, at 241.

[53] Devins & Fisher, *supra* note 9, at 274.

[54] *See,* Victor W. Rotnem and F. G. Folson, Jr., *Recent Restrictions Upon Religious Liberty,* 36 AM. POL. SCI. REV. 1053, 1064 (1942).

[55] Robert L. Tsai, *Reconsidering Gobitis: An Exercise in Presidential Leadership,* 86 WASH. U. L. REV. 363, 409-413 (2008).

[56] 316 U.S. 584 (1942).

[57] *Id.* at 623-624.

政治部門や公衆による判決に対するバックラッシュは、僅か３年後における判例変更を促すこととなった[58]。ゴビティス判決の多数派を構成した二人の判事に代わってルートリッジ（Wiley B. Rutledge）とジャクソン（Robert H. Jackson）が登用された後の連邦最高裁は、1943年のバーネット判決においてゴビティス判決を覆すこととなった。バーネット判決においてジャクソンは、権利章典の目的は、「政治的論争の変遷から特定の主題を引き離し、それらを多数派や役人の手の届かないところに置き、裁判所によって適用される法原理としてそれらを確立することである」[59]とする。さらに、「生命、自由、財産、自由な言論、礼拝や集会の自由、その他基盤となる権利は、投票に服するものではない。それらは、いかなる選挙の結果にも依拠しない」[60]と続ける。すなわち、かかる領域における法的問題こそ、政治部門ではなく司法部によって決せられるべきであることを、ジャクソンは宣言したのである。しかしながら、連邦最高裁の憲法判断の権威性という観点において、国旗敬礼に関する論争の経緯に鑑みれば、ジャクソンの宣言はそれまでの最高裁の言葉の実態を反映したものであるとは言えない。すなわち、1940年の判決における連邦最高裁の権威は、公衆や政治部門からのバックラッシュによって、結果として３年間しか維持することができなかったのである[61]。

---

[58] グレーバー（Mark A. Graber）は、ルーズベルト大統領によるゴビティス判決後のジャクソンとルートリッジの最高裁判事への任命には、彼らが連邦最高裁の判断に重大な懸念を表明していたという要素が大きく働いていた可能性を指摘する。Mark Graber, *Counter-Stories: Maintaining and Expanding Civil Liberties in Wartime,* in THE CONSTITUTION IN WARTIME: BEYOND ALARMISM AND COMPLACENCY 104 (Mark Tushnet ed., 2005).

[59] 319 U.S. at 638.

[60] *Id.*

[61] 連邦最高裁の判例変更につき、セイガー（Lawrence G. Sager）は、ゴビティス判決後のナチス・ドイツの暴虐を契機として、アメリカにおいて、国旗敬礼の強制が憲法に反するというコンセンサスが形成された可能性を提示する。そして、このような見解によれば、連邦最高裁はバーネット判決において、単に「社会における大転換に追随」したにすぎないと述べる。Sager, *supra* note 44, at 930.

第２節：司法の優越の政治的構築

第１節では、アメリカの憲法史において、連邦最高裁の憲法判断が政治部門によって覆された事例、あるいは、司法部の外からの影響力が、連邦最高裁に憲法判断の変更を強いた事例を概観した。ここからは、後のレーンキスト・コートにおける司法の優越の宣明とは裏腹に、剣も財布もない司法部が、政治部門や公衆からのバックラッシュにさらされてきた歴史の一端を垣間見ることができる。

第１節で示したように、アメリカにおける憲法史を遡ると、連邦最高裁における憲法解釈の優越性が否定された事例が一定数存在することが明らかとなる。他方、第１章及び第２章において指摘した通り、司法の優越がアメリカの司法界や学界において一定程度浸透していることも否定できない。このことは、ミース（Edwin Meese Ⅲ）が「ディパートメンタリズムの嚆矢」[62]とも評価される演説[63]を行った後、連邦最高裁の判決こそが国家の最高法規であり、また、そのような最高法規に対する政治部門や公衆の不服従は、アメリカの憲法制度の基盤を揺るがすものであるとの激しい批判が巻き起こったことからも明らかである[64]。そこでは、過去の事例を根拠として、連邦最高裁の最終的な憲法解釈権限を否定することは、法の支配や立憲主義を否定することを意味し、憲法解釈における無秩序状態を招くという懸念が存在していたといえよう。公衆に目を向けても、例えば1987年のワシントン・ポストの記事によれば、世論調査において約６割が、連邦最高裁こそが憲法解釈における最終的権威を有していると回答しており、ここからも、司法の優越はかなりの程度浸透していたと評価することができる[65]。

---

[62] 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って――」帝京法学25巻２号（2008年）117頁。

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

[64] 拙稿「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――」北大法学論集74巻２号（2023年）144頁を参照。

[65] Ruth Marcus, Constitution Confuses Most Americans, The Washington Post, Feb. 15, 1987, at A13. メリル（Thomas W. Merrill）も、執行部が司法部の判断に

ところで、連邦最高裁の憲法判断が、それが政治的・社会的に大きな論点に関する判断であればあるほど、憲法判断に至るまでの過程における政治部門の役割を見過ごすことはできない。この点は、第１章においても若干言及した。すなわち、司法の優越が否定された典型例としてしばしば引用される、ジャクソン大統領による連邦最高裁に対する反抗や、リンカーンによるドレッド・スコット判決の否定といった事例は、「当時の大統領が直面していた特定の政治的文脈や政治的課題の中に彼らを位置づけることで、より明快に理解することができる」[66]のである。

ディパートメンタリズムと司法の優越に関する議論が、アメリカにおいて花開くより以前に、このような司法部と政治部門の関係に着目しつつ、実証的な研究を加えた論者としては、ダール（Robert A. Dahl）を挙げることができる。彼の主張の要点は、連邦最高裁はその当時の政治部門における支配的な勢力の援助なしには、連邦政府における政策過程に影響を与えることはできない、というものであった[67]。すなわち、「連邦最高裁の主要な役割とは、勝利を得た連合の基盤的な政策について正統性を付与することである。……おそらく、連邦最高裁は、その行為が政治指導者によって抱かれる明示・黙示の一連の広汎な規範と一致し、それを補強する場合においてのみ成功しうる」[68]のである。

このような実証的検証に基づいて、司法の優越とその背後にある政治的基盤の存在に着目する研究の系譜に、本節にて中心的に扱うホイッティントンやグレーバーの研究を位置付けることができる[69]。彼らが着目するのは、アメリカにおいて、広く定着したと思われる司法の優越と、その構築において政治部門が果たした役割である。彼らは、主として大

従う法的な義務を有するという点については、広範な支持が存在していたと指摘する。Thomas W. Merrill, *Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments,* 15 CARDOZO L. REV. 43, 46 (1993).

[66] Whittington, *supra* note 5, at 49.

[67] Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker,* 6 J. PUB. L. 279 (1957).

[68] *Id.* at 294.

[69] Mark A. Graber, *Judicial Supremacy and the Structure of Partisan Conflict,* 50 IND. L. REV. 141, 154 (2016).

統領や連邦議会の動向に着目しつつ、政治部門における司法の優越に対する反抗も存在する一方で、政治部門自身が司法部の権威性を強調するような事例も、歴史上存在したことを強調する。つまり彼らは、アメリカ社会において権威ある地位を獲得した連邦最高裁に「アメリカ国民が絶対的な信頼を置き、忠誠を誓う統治の基本法」[70]たる憲法を語らせることによって、自身では解決困難な政治的課題を解決するという、政治部門側の動機が存在する局面を顕在化させたのである。このような手法は、政策決定者の側において、特定の政策に対する立場を明確にできない内部的・外部的事情がある場合には、特に有用であるといえる[71]。第２節では、司法の優越が政治部門によって構築された局面を、人種別学制度と人工妊娠中絶という憲法上の問題に着目しつつ、検討することとする。

第１款：人種別学制度と司法の優越

人種別学制度を違憲と断じた1954年の Brown v. Board of Education[72]が、ウォーレン・コートの司法積極主義の代表として、そして、反多数者主義的で少数者の人権を保護する連邦最高裁イメージの典型例として語られることについては、言を俟たない。すなわち、鉄道における人種分離制度が第14修正の平等保護条項に反しないと判断した、悪名高き Plessy v. Ferguson[73]からおよそ半世紀を経て、「分離すれども平等」法理の先例たる同判決とは反対の結論を、ウォーレン・コートは提示することとなった。プレッシー判決からブラウン判決に至るまでのアメリカ社会における状況の変化と、その連邦司法部に対する影響に注目する業績は数多く存在するが[74]、ここで着目するのは、ブラウン判決を生み出

---

[70] 柳瀬孝雄「司法制度改革と市民の法主体性 主権／人権の二元論克服に向けて」柳瀬孝雄編『司法の国民的基盤 日米の司法政治と司法理論』（日本評論社、2009年）27頁。

[71] GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 420 (2d ed. 2008).

[72] 347 U.S. 483 (1954).

[73] 163 U.S. 537 (1896).

[74] この点に関する先行業績として、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論（一）

すこととなった政治的要因である。つまり実証的研究によれば、政治部門の側が連邦最高裁の判決の拘束力を強調することにより、人種別学制度という憲法上の問題を、政治の場ではなく司法の場で決定させることを目論んだというのである[75]。

第２次世界大戦後、トルーマン（Harry S. Truman）および連邦議会における民主党にとって、人種差別は無視することができない政治問題として浮上することとなる。その対外的な背景としては、当時の冷戦激化の中、民主主義陣営の中心として、自由と民主主義を標榜するアメリカの政治的イデオロギーの存在が挙げられる。すなわち、自由と民主主義を標榜するはずのアメリカが、国内において人種差別問題を抱えていることは、自国の国際的なイメージを失墜させるものでもあった[76]。また国内の情勢に目を向ければ、第二次大戦における黒人の貢献や、ニューディール連合における黒人勢力の存在なども、重要な要素として挙げることができる。つまり、選挙戦略の面から見ても、人種差別の解消は、民主党にとって極めて重要な課題となっていたのである[77]。

このような背景もあって、トルーマンは、人種差別問題の解決に向けて動き出すが、立法による解決は大きな困難に直面することとなった。というのも、公民権に関する問題は、民主党にとって、南部の白人民主党と、よりリベラルな北部民主党の対立を招き、既存の議会における連合を分断しかねない性質を有するものであったからである[78]。その証左として、上院においては、南部選出の議員によるフィリバスターが発生

（二）――憲法訴訟における事実解釈の研究――」国家学会雑誌106巻7･8号（1993年）１頁以下、同107巻7･8号（1994年）１頁以下、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』（有斐閣、2011年）、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）69頁以下などを参照。

[75] Mark A. Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary,* 7 STUD. AM. POL. DEV. 35, 44 (1993).

[76] Mary L. Dudziak, *Desegregation as a Cold War Imperative,* 41 STAN. L. RRV. 61, 62 (1988).

[77] *Id.* at 79.

[78] Whittington, *supra* note 5, at 144.

したり[79]、1948年の大統領選挙では、サーモンド（Strom Thurmond）率いるディクシークラット（Dixiecrat）が、最終的に39人もの大統領選挙人を獲得したことなどが挙げられる[80]。このような経緯からして、「公民権に対する政治的な積極主義は、選挙における実質的な危険性を招くものである」[81]と評価しうるものであった。すなわち、人種差別問題をめぐって、民主党内が分裂しかねない状態となってしまったのである[82]。

かような事態に至り、連邦最高裁は、政党における連合の脆弱性を克服するための、そして政党に望まれるような成果を出すための、戦略的な資源として注目されることとなる。すなわち、政治から一定の独立を保つ司法部は、政党の構成員や支持者から嫌悪される行動から政策決定者が距離をとることを可能にする存在であったのである。具体例を挙げるならば、司法省は、Shelley v. Kraemer[83]をはじめとした事案において、アミカス・ブリーフの提出等を通じて、人種差別に対する連邦最高裁の積極的な審査を後押ししていく[84]。また、スティーブンソン（Adlai Stevenson）も、連邦最高裁の行動と法令遵守の顕著な記録が、政治の場から人種差別問題を取り除くことを望んでいたと述べている[85]。すなわち、ジム・クロウの終焉について、当時の政治的多数派の間では一定のコンセンサスがありながら、それを達成させることが著しく困難な政治的状況にあり、その打破のために連邦最高裁の権威性を利用しようとした意図が、当時の連邦の政治部門において存在したといえよう。

---

[79] STEVEN SHULL, AMERICAN CIVIL RIGHTS POLICY FROM TRUMAN TO CLINTON: THE ROLE OF PRESIDENTIAL LEADERSHIP 35 (1999).

[80] Whittington, *supra* note 5, at 144.

[81] *Id*.

[82] Keith E. Whittington, *"Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court,* 99 AM. POL. SCI. REV. 583, 592-593 (2005).

[83] 334 U.S 1 (1948).

[84] Graber, *supra* note 75, at 63. また、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス――現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景――』（成文堂、2012年）89-90頁も参照。

[85] Whittington, *supra* note 5, at 145.

このような政治部門の連邦最高裁に対する態度は、トルーマン政権後においても継続することとなる。ブラウン判決が出されたのちに、アイゼンアワー（Dwight D. Eisenhower）は、ブラウン判決に対する支持を直接表明することとはなかった。しかしながら判決後、彼は、「最高裁は語った。私はこの国における憲法上のプロセスを支持することを誓う。そして私は最高裁の決定に従う」[86]として、司法の優越を援用することで、人民に判決を遵守するよう促した。その上で、連邦最高裁が政治的に独立していることを強調することで、ブラウン判決が共和党政権下において下されたことの政治的意味合いを薄めようともしたのである[87]。すなわち、人種隔離政策を終了する責任を、連邦最高裁に転嫁するというのが大統領側の戦略であり、ここにおいて司法の優越は、政治過程における対立を解消するための代替的な場を提供する役割を果たしたといえよう。

人種別学制度に関連する司法の優越の政治的構築については、クーパー判決も見逃すことはできない。

まずは、同判決に至るまでの経緯を概観する。事件の舞台となったアーカンソー州リトルロックは、人種別学制度に対しては比較的穏健であり、人種的暴力の歴史もほとんどないような地域であった[88]。ところが、アーカンソー州知事であったフォーバス（Orbal Faubus）は、セントラル高校での人種差別撤廃計画の実施を阻止するべく、州兵を派遣した。すなわちフォーバスは、公共の秩序維持を建前として、人種統合を実力行使によって阻止するという挙に出たのである。そしてこの行動は、教育委員会は人種統合プランを進めるべしという連邦地裁の命令と、明白に抵触するものであった[89]。この混乱は、最終的にはアイゼンアワーが連邦軍を派遣することで、沈静化することになる。

---

[86] Dwight D. Eisenhower, Public Papers of the Presidents of the United States: Dwight D. Eisenhower, 1954, 491(1960).

[87] Whittington, *supra* note 5, at 146.

[88] Daniel A. Farber, *The Supreme Court and the Rule of Law: Cooper v. Aaron Revisited,* 1982 U. Ill. L. REV. 387, 392 (1982).

[89] *Id.* at 394.

その後、混乱から生じた圧力に耐えることができなかったリトルロックの教育委員会は、人種統合プランの実施を遅らせるべく、連邦地裁に提訴することとなる。これに対して連邦地裁は、リトルロックにおける人種統合プランに対する反発を考慮しつつ、教育委員会の遅延要求を受容した。この判断が控訴審において覆され、裁量上訴が認められることとなった。

クーパー判決は、上記のように、州レベルの政治家が、ブラウン判決――つまりは、連邦最高裁の憲法判断の権威――に公然と反抗的な姿勢を採っている最中において下されることとなった。連邦最高裁はマーベリ判決を引用しつつ、以下のように言明する。

> 憲法第６条は、憲法典を「この国の最高法規」とする。1803年、マーシャル首席判事は、全員一致の法廷のために、かの有名な Marbury v. Madison において、憲法典は「国家の基本的かつ至高の法」であると言い及びつつ、「何が法であるかを語るのは、断固として司法部の職分であり、責務である」と宣明するのである。この判決は憲法を語るにおいて、連邦司法部こそが最高であるという基本的な原理を宣明したものであり、かかる原理は、我々の憲法制度の恒久的かつ不可欠な特徴として、連邦最高裁及び国家によって尊重されてきたのである[90]。

このようにして連邦最高裁は、司法の優越を高らかに宣言することとなる。同判決は、当時のウォーレン・コートと司法の優越を結びつける重要な契機となるものであったが、問題は、なぜ連邦最高裁がこのような強気な態度を採ることができたかにある。この点についても、司法部以外の部門の支持という要素が注目に値する。当時、「憲法の意味を決定するに際しての連邦最高裁の優越性に関する、もっとも傑出した擁護者」[91]とも評すべき存在が、アイゼンアワーであった。すなわち彼は、

---

[90] 358 U.S. at 18.

[91] Christopher W. Schmidt, *Cooper v. Aaron and Judicial Supremacy,* 41 UALR L. REV. 255, 267 (2019).

個人的見解としてはブラウン判決に深い憂慮を示していたものの[92]、自身の政治的利益を守るために、公的には、憲法解釈における司法の優越を受容する姿勢を示していたのである[93]。さらにリトルロックの教育委員会も、ブラウン判決における連邦最高裁の憲法判断の権威を、「渋々ながらにせよ」[94]容認する立場を採っていた。すなわち、クーパー判決は、大統領や教育委員会といったアクターの支持が十分に期待できる段階において下された判決である、という見方もできるのである[95]。とりわけ、アイゼンアワーにおける連邦最高裁に対する支持という特殊な事情が、司法の優越を連邦最高裁が宣明した象徴的な事例としてのクーパー判決を生み出したといえよう。そして、連邦最高裁の側からしてみれば、クーパー判決こそが、司法の優越に関する大胆な主張を展開する、またとない機会だった[96]。つまり、同判決においては、「他の有力な政治的アクターの支持が期待できる状況で」[97]司法の優越が宣明されたとも見ることができるのである。

第２款：ロー判決と司法の優越

1973年に下された Roe v. Wade[98]は、連邦最高裁が、人工妊娠中絶問題について回答を付与した判決として、アメリカ社会に非常に強いインパクトをもたらした。実際、判決から約50年経過した現在においても、ロー判決の維持・変更を巡る議論は、司法部内にとどまることなく、大統領選の争点としても一大トピックとして取り上げられるほどである。そして、1973年を起点とする、人工妊娠中絶問題に関する積極的審査を

---

[92] *See,* Whittington, *supra* note 5, at 145-149.

[93] リトルロックをめぐる騒乱に際して、アイゼンアワーは、連邦最高裁における憲法を解釈する責務と権威に言及しつつ、連邦最高裁の判決を執行する大統領の責務についても強調している。*Id.* at 148.

[94] 勝田卓也「マーベリ判決の神話」法学新報119巻９・10号（2013年）185頁。

[95] 勝田・前掲注94）184-190頁、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）112-117頁。

[96] Whittington, *supra* note 5, at 149.

[97] 勝田・前掲注94）186頁。

[98] 410 U.S. 113 (1973).

維持する連邦最高裁の態度は、「政治部門の意向を介さない現代の連邦最高裁の傾向を象徴する」[99]とも評されるものであった。

まず公衆の動向に目を向けると、ロー判決が下された1973年前後において、選択的中絶を認めるとする世論は、次第に多数派を形成しつつあった。例えば、ギャロップ社による1972年の調査によれば、多数派の人々が、個人の選択の問題として人工妊娠中絶を支持していたのである[100]。また、1960年代後半からロー判決が下される年にかけて、プロ・チョイス派の公衆における支持率は、およそ30パーセントも上昇していることを統計データは示している[101]。このような世論の動向の背景には、60年代におけるサリドマイド禍や風疹の流行、障がいを持つ胎児の増加といった問題の深刻化の最中において、中絶を求める女性が増えていたこと、貧困層の女性をターゲットとした闇中絶の横行とそれに伴う犠牲の増加、同時期における女性の権利運動の高まりなどがある[102]。すなわちロー判決は、全国的な多数派における、人工妊娠中絶の権利を認めるべきという一般的な感覚に沿った判断だったとも見ることができるのである。

他方、連邦の政策決定者は、人工妊娠中絶問題が連邦における政治過程のアジェンダになることを避けてきたという側面も見逃すことはできない。すなわち、上記のような、人工妊娠中絶に関する世論の変遷がありつつも、当時の連邦の政策決定者は、人工妊娠中絶が連邦の政治過程において中心的な論題とならないように努めていたのである[103]。

---

[99] 見平・前掲注84）104頁。

[100] Corinna Barrett Lain, *Upside-down Judicial Review*, 101 GEO. L.J. 113, 135 (2012).

[101] *See,* David G. Barnum, *The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period,* 47 J. POL. 652, 659 (1985). ロー判決を執筆したブラックマン（Harry Blackmun）は、1972年のワシントン・ポスト紙に掲載された、選択的中絶に対する支持率が非常に高いことを伝える記事を、ロー判決のファイルに収めていたという。Friedman, *supra* note 49, at 297.

[102] Lain, *supra* note 100, at 135-139.

[103] Graber, *supra* note 75, at 55.

20世紀半ばにおいて、共和党と民主党は、経済活動への積極的介入の是非、公共事業の振興や手厚い社会保障の可否等、主に経済的な面において論争を交わしてきた。しかしながら、1960年代の終わりまでに、そのような構図は急速に崩れていく。すなわち、これら主要政党は、引き続きニューディールの遺産を巡って分割されていたものの、投票者の関心は、法と秩序、人種、あるいは生活の様式へとむけられるようになった[104]。とりわけ民主党においては、ジェンダー・ロールに関する新しい理解に引き付けられたリベラル層と、そのような動きに反発する伝統主義者とが分裂することとなる[105]。すなわち、アメリカ社会において当時広範になされていた人工妊娠中絶を巡る論争を、連邦議会において中心的に取り上げることは、政党における政治的連合の維持そのものに対する脅威ともなり得るものであった。このように、連邦議会が党派を分断しかねない圧力に直面し、特定の政治問題において一方の立場を採用することのコストがあまりにも高い場合、最善の方策は連邦最高裁の権威性を利用することでもあった。

ロー判決後の政治部門も、人工妊娠中絶問題が連邦レベルにおいて中心的な争点とすることを避け続けていた。連邦議会は引き続き、人工妊娠中絶問題に関する判断を司法部に任せるという方針を崩すことはなかった。例えば、人工妊娠中絶に関する連邦最高裁の管轄権を縮小しようとするプロ・ライフ派の議員の画策を、議会の多数派は阻止し続けていたのである[106]。

また、ロー判決後、初の大統領選で当選したカーター（James E. Carter）は、大統領選挙戦中は自身の宗教的な保守性を売りにしており、人工妊娠中絶についても「個人的には」反対の立場を表明していた[107]。これに対して当時の民主党の指導者達は、人工妊娠中絶に関する連邦最高

---

[104] *Id.*

[105] *Id.*

[106] *Id.* at 56.

[107] 見平・前掲注84）107頁。カーター自身、熱心な「エバンジェルカル」であり、それを大統領選当時においても「売り」にしていたとされる。大石和彦「憲法裁判における原理と政治（二）――合衆国最高裁判決 Roe v. Wade がもたらしたもの――」法学61巻４号（1997年）56頁。

裁の立場にコミットしている状況であった。このような状況を踏まえ、彼は連邦最高裁に敬譲的な立場を採用することを表明する。すなわち、「私は、個人的には中絶に反対する」が「連邦最高裁によって解釈された憲法を擁護する宣誓を大統領として行っており、それゆえに、もし連邦最高裁が人工妊娠中絶問題やその他の繊細な問題につき、私と正反対の見解を採ったとしても、私は私の宣誓と大統領としての義務に従い、連邦最高裁の判決を実行しなければならない」[108]と宣言したのである。すなわち、カーターの人工妊娠中絶問題に対する態度もまた、司法の優越を援用することにより、問題を政治の場から除去し、最終的解決を司法の場に委ねるものであったと評価することができよう。つまり、政治部門においては、連邦最高裁の権限を強化し、その拘束的な権威を強調することによって、党派的に解決に乗り出すのが困難な政治的問題を、自らの責任から遠ざける動機が存在する局面があるということを指摘することができる[109]。人工妊娠中絶は、まさにこのような動機を政治部門に生じさせた憲法問題だったのである。

上記で取り上げた人種別学制度や人工妊娠中絶は、連邦の政治部門が、自らの政治的利益を守るために、司法の優越を利用した事例として位置付けることができる。つまり司法の優越は、連邦最高裁によって自律的に宣言され維持されるというよりも、政治部門の政治的動機によって構築される局面が存在する。そしてそのような局面は、政治部門における分断を招きかねないような憲法上の問題が顕在化した時に訪れるのである。すなわち、「憲法を解釈する司法部の権威は完全なものでもなく、安定的でもない。他の政治部門が司法の優越を認識する独自の動機を有するがゆえに、司法部は、解釈上の優越性を維持することが可能になる」[110]のである。

---

[108] Jimmy Carter, Public Papers of the Presidents of the United States: Jimmy Carter, 1980-81, 2354 (1982).

[109] *See,* Whittington, *supra* note 82.

[110] Whittington, *supra* note 5, at 27.

第３節：小括――司法の優越の限界――

第３章においては、まず、アメリカにおいて広く受容されたはずの司法の優越が、政治部門や公衆による反抗に遭遇した事例を検討した。そこでは、連邦最高裁の憲法判断に反するような政治部門の行為によって、実質的にその判断が覆されてしまった事例があり、また、論争的な憲法問題に関する連邦最高裁の判決が、政治部門や公衆の反発に遭遇し、わずかな期間で判例変更を余儀なくされた事例が存在することを示した。そして、ホイッティントンやグレーバーといった実証的検証を重視する立場に着目することにより、アメリカを二分するような憲法上の問題に政治的な決着をつけるために、司法の優越が連邦の政治指導者によって構築された歴史が存在することを析出した。すなわち、実証的側面から言えば、連邦最高裁が憲法解釈において最終的権威を握ることができるか否かは、連邦議会や大統領といった連邦における政治部門が、司法の優越を受容するか否かに大きく依存する局面が存在するといえよう。

これら事例の分析に関連して、ファロン（Richard H. Fallon）は、実証的な分析を踏まえれば、アメリカの憲法制度は純粋な司法の優越を採用するものではなく、「政治的に構築された境界」内において司法審査がなされている、という認識が適切であると指摘する[111]。すなわちファロンは、アメリカの憲法制度における連邦最高裁の役割の重要性、さらにはその憲法解釈における権威性を認識しつつも、他の部門や公衆との関係において、その権威性には限界が生じざるを得ないことを主張するものであろう。

これに加えて注目すべきは、アメリカにおける憲法解釈をめぐる多様なアクターの存在である。すなわち、歴史を振り返れば、合衆国の法及び憲法に関する適切な解釈に関する各部門間、そして時には公衆を交えた論争が繰り返されてきた点を指摘しうる。アメリカの法制度はしばし

---

[111] Richard H. Fallon, *Judicial Supremacy, Departmentalism, and the Rule of Law in a Populist Age,* 96 TEX. L. REV. 487, 491 (2018). 同様の指摘はフィシャーによってもなされている。LOUIS FISHER, CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS 244 (1988).

ば、連邦最高裁に対する「不健全な崇拝」に陥っているとも評される[112]。しかしながら、上記において列挙した事例は、むしろ、連邦最高裁の判決を受けて公衆及び政治部門がそれに反応するといった、憲法の意味を決する動態的なプロセスの有り様を示すものであるともいえよう。このことは、裁判所の判断のみにおいて人権保障や憲法上の価値の実現が完結するものではなく、司法部と政治部門、そして時には公衆との相互関係における、憲法的価値の実現過程を探究することの重要性を示唆するものである。この点については、ビックルによる以下の記述が参考になる。

> 連邦最高裁の判決は、普遍的な規範として提示されるかもしれない。しかし実際には、それらは広く同意を得たときのみ規範となるのである。それらは、訴訟当事者以外の誰も拘束することはない。同様の立場にある他のすべての人々が、同様に拘束されるという誓約を実現するために、連邦最高裁の判断は、まず政治的機関、そして最終的には人民の同意と協力を必要とするのである[113]。

まさに、アメリカの憲法史を振り返れば、剣も財布もない連邦最高裁の憲法解釈の優越性には、政治部門や公衆の対抗的措置によって一定程度の限界が生じてきたのである。むしろ、司法の優越とは、「重要な側面において、連邦最高裁が代表部門や人民自身とパートナーシップを組み、協働すること」[114]と評価しうるのである。

このように司法の優越の現実的側面を重視する立場は、憲法解釈における三権の対等性を唱えるディパートメンタリズムを主張する論者にも

---

[112] Paulsen, *supra* note 11, at 344; Sanford Levinson, *Tiers of Scrutiny-From Strict Through Rational Bases-and the Future of Interests: Commentary on Fiss and Linde,* 55 ALB. L. REV. 745, 746-47 (1992).

[113] ALEXANDER M. BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS 90 (1978).

[114] Reva B. Siegel, *Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective,* 150 U. PA. L. REV. 297, 351 (2001).

見られる特徴である[115]。そして、このように司法の優越の限界を指摘する見解によって、しばしば言及される理論が、「対話（Dialogue）」である。すなわち、連邦最高裁の憲法解釈は、憲法の意味についての最終的な判断ではなく、連邦最高裁、議会、大統領、さらには公衆の間で憲法解釈をめぐる対話がなされるという主張である。このように、対話という語は、憲法解釈は連邦最高裁のみによって行われるのではなく、司法部と政治部門や人民との緻密な議論において形成されるものであることを示唆する[116]。

アメリカ憲法学において、この対話理論は、異なる立場の論者によって、これまで言及されてきた。例えば、司法審査を民主制における逸脱若しくは反多数者主義的な実践として捉える立場は、対話的な側面を強調することにより、司法審査と民主制の緊張関係を緩和することを志向する。つまり、もし裁判所が憲法の意味について、公衆や政治部門との対話に従事するならば、司法審査は反民主的であるという主張はその力を失うという結論が導かれる。例えば、著書において、「一方における社会的同意と多数支配の維持の必要性と、他方における憲法上の司法審査の実践との間の根本的な緊張」[117]を考察したビックルは、裁判所は「政治機関や社会全体との継続的な対話（continuing colloquy）」に従事しており、それは、憲法上の原理が「一方的に完成するのではなく会話的に進化する」過程であると記述する[118]。

このようにビックルが、「反多数者主義の難点」なる問題を克服し、司法審査と民主主義をいかにして調和させるかを論じ、政府が原理を実現するプロセスを対話と表現しているのに対して、フリードマン（Barry Friedman）のように、司法部が多数者の意思に反するような行動をとるという想定自体に疑念を抱く立場も存在する。すなわちフリードマン

---

[115] *See,* Paulsen, *supra* note 11, at 222; Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability,* 84 VA. L. REV. 83 (1998).

[116] Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review,* 91 MICH. L. REV. 577, 653 (1993).

[117] Edward A. Purcell Jr., *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution,* 11 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 521, 535 (1976).

[118] Bickel, *supra* note 4, at 244.

は、ビックルの想定する「反多数者主義の難点」なる前提は誤りであるとする立場から出発して、連邦最高裁の判決とそれに対する公衆や政治部門の反応を実証的に検証することにより、アメリカの憲法制度における対話的なプロセスを析出することを試みる。つまり、アメリカにおいては、現に対話がなされていることを実証的に検証したのが、フリードマンの研究であると位置づけることができる。このように、対話を論じる前提において、アメリカにおける議論は多種多様であることが指摘できよう。

また、ショアー（Miguel Schor）によれば、アメリカにおける対話理論は、連邦最高裁が民主主義的な傾向に従順であることを経験的に確立するために、二つのアプローチを採用しているとする。彼の整理によれば、一つは、連邦最高裁人事といった「事前」のメカニズムの役割に着目し、もう一つは、司法部の判断に対する政治的な反応といった「事後」的な要素を強調するものである[119]。前者の例としては、連邦最高裁人事により、連邦最高裁の見解はその当時の多数派を形成する政治的連合の政策からは、それほど逸脱することができないとするダールの研究が挙げられる[120]。また、後者の代表例としては、連邦最高裁はその判断において、他部門の選好を考慮に入れなければならない戦略的な部門であることを主張する研究や、憲法上の権利を巡る政治的・社会的な動向と司法部の判断の関係に着目する研究が挙げられる[121]。

このように、アメリカにおける対話理論は、憲法の意味について語る連邦最高裁の権威――すなわち司法の優越――と、政治部門や公衆との関係に着目するものであるが、その理論的な前提や、着眼点、切り口において多種多様であることを指摘することができる[122]。そこで次章にお

---

[119] Schor, *supra* note 1, at 88.

[120] *See,* Dahl, *supra* note 67.

[121] *See,* Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash,* 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373 (2007).

[122] 我が国においては、カナダの対話理論に影響を受けた「対話的違憲審査の理論」が、憲法判断に消極的であると評される日本の最高裁に対し、積極主義への転換を促す理論の一つとして、近時注目されている。〔佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）。〕しかし、我が国を含め、多くの国に理

いては、アメリカにおける対話理論の生成と発展について検討・分析することで、同理論の整理を試みる。続いて、対話理論に着目しつつ、司法の優越に生じる実際的限界を認識したうえで、司法部が他部門との憲法秩序形成に参与するための具体的アプローチの在り方について検討を加えることとする。

論的な影響を与えているとされるカナダの対話理論は、その理論的背景や具体的内容も含め、アメリカにおける対話理論とは大きく異なる点があることも見逃すことはできない。〔村山健太郎「違憲審査制の類型論と違憲審査の活性化」論究ジュリスト36号（2021年）117頁以下。〕カナダとアメリカの対話理論の類似点、相違点については、次章において検討を加えることとする。