



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	憲法解釈の最終性をめぐって：動態的憲法秩序形成に関する序論的考察
Author(s)	鈴木, 繁元
Citation	北大法政ジャーナル, 26, 131-164
Issue Date	2019-12-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76268
Type	departmental bulletin paper
File Information	HokudaiHouseiJournal_26_05_Suzuki.pdf



憲法解釈の最終性をめぐって

—動態的憲法秩序形成に関する序論的考察—

すず き しげ もと
鈴 木 繁 元

目 次

序章 問題設定	133
第1節 アメリカにおける議論状況	133
第2節 日本における議論状況	134
第1款 従来の議論 —違憲判決の効力論を例として—	134
第2款 動態的憲法秩序形成に向けて	135
第3節 問題意識と構成	136
第1章 憲法解釈における対等性	137
第1節 ミースの主張	137
第2節 政治的背景	139
第3節 ミース見解に対する支持	140
第1款 レヴィンソン	
— “protestant” understanding of Constitution—	140
第2款 ポウルセン —同格性の仮定論—	141
第2章 司法優越主義の擁護 —シャウアーの理論を素材に—	144
第1節 法の確定機能、2階の抑制	144
第1款 「確定 (settlement)」機能の重視	144
第2款 「2階の抑制」 —司法府の果たすべき役割—	145
第2節 The Annoying Constitution —司法優越主義に関する消極的主張—	147
第3章 ディパートメントリズムの理論的位置づけ	148
第1節 ビックル理論の遺産？	
—デビンスとフィシャーの議論を素材に—	149
第2節 プロセス法学的司法審査観からの示唆	
—ビックル理論を中心に—	150
第1款 リーガル・プロセス学派 —「原理」への着目—	150
第2款 ビックル —The Passive Virtues—	151

第3節 小括	151
第4章 展望	152
第1節 司法の活性化議論との関連性	152
第1款 司法の抑制理論の転換	152
第2款 「司法の最終性」という視角	153
第2節 「憲法解釈の主体」という視点 —Who interprets?—	154
第1款 政治部門の憲法解釈	154
第2款 立法府の憲法解釈の再定位？	155
結びに代えて	156

序章 問題設定

第1節 アメリカにおける議論状況

本稿は、アメリカ憲法学における「ディパートメンタリズム (departmentalism)」という立場の検討を中心に、司法府の憲法解釈の権威性という問題、並びに憲法解釈の「主体」という問題について、理論的な考察を試みるものである。

まず、アメリカにおける議論状況を概観する。ディパートメンタリズムとは、憲法典の解釈は司法府だけでなく、三権が同等にその解釈権限を有するという立場である¹。このような立場においては、憲法制定者が執行府、立法府、司法府のそれぞれに憲法解釈権限を付与したと理解する。すなわち、ディパートメンタリズムはその帰結として、司法府に対して、常に憲法の最終的解釈権限が付与されるわけではないということを含意する立場である。

ディパートメンタリズムを採用する代表的な人物が、レーガン政権の司法長官であったエドウィン・ミース (Edwin Meese III) である。1986年10月21日、ミースはチュレーン大学で行った講演においてその詳細を述べている²。彼はまず、裁判官のみが憲法解釈に従事しているという制度の正当性に疑義を呈する。そのうえで、憲法解釈という営みが最高裁、議会、そして大統領によって分割されるべきであることを述べる。すなわち、「憲法典によって形成され権限を付与された、政府における三つの対等な部門は、その公的機能の実施において、憲法を解釈する義務を有する」、それゆえに、「憲法解釈は最高裁のみの営為ではなく、政府のすべての部門の営為なのである」³と述べるのである。

このようなミースの議論は、アメリカ国内の世論及び学界に対し、大きなインパクトを与えるものであった。しかしながら、憲法解釈における司法府の優越性に対する疑義は、必ずしもミースの議論によってはじめて顕在化したわけではなく、彼の国において違憲立法審査権を確立した *Marbury v. Madison* 連邦最高裁判決⁴、さらには

ザ・フェデラリストに関する議論にまで遡るものであった。

1980年代、とりわけレーンキスト・コート以降のアメリカ憲法学界においては、ディパートメンタリズムと、司法府こそが憲法解釈において最終的な権威を有するとする司法優越主義 (Judicial Supremacy)⁵との対立が先鋭化してきている⁶。その要因の一つとしては、レーンキスト・コートが保守的な立場を採用しながらも、極めて多くの違憲判決を出し、「保守的司法積極主義 (conservative judicial activism)」⁷とも称される態度を示していたことが挙げられる。そのような、最高裁における司法優越的ともとれる態度に対し、保守派の法律家達の間では、大統領や議会といった政治部門の憲法解釈も司法府の憲法解釈と同等に扱うべきとする論調が高まった⁸。他方、リベラル派の法律家の間でも、司法審査を通じた憲法保障への期待は次第に薄らいでいくといった事態が生じた⁹。ウォーレン・コートによる、一連のリベラルな思想に基づく積極的な司法審査を通じた憲法理念の実現への期待を裏切られた彼らの一部は、「人民立憲主義論 (Popular Constitutionalism)」と呼ばれる理論を提唱するようになった¹⁰。例えばタシュネット (Mark Tushnet) は、その著書¹¹において、立法府や執行府の決定に対し、司法府が無効を宣言する権威の排除を主張し、市民の憲法解釈に最終的な権威を認めているのである。

このように、ディパートメンタリズムのさきがけとなったのは、レーガン政権における保守派の法律家であったが、リベラル派の法律家の一部からも、司法府の憲法解釈の最終的権威に対して疑義を呈する者が出現する。両者は立場こそ違えど、司法優越主義、すなわち連邦最高裁の判決に最終的権威を付与することに対する懐疑的な見方において、共通していたといえる¹²。

それまでのアメリカ憲法学界においては、広く一般的に司法優越主義が受容されてきたものの、近年においては少なからぬ研究者がこのディパートメンタリズムという立場を採用し始め、いわゆ

る憲法解釈の権威性に関する議論が活発に行われている¹³。また、具体的なディパートメンタリズムの内実においても、判決の個別事件への拘束力さえも否定する議論から、各部門の専権領域の確定を模索する議論まで存在し、ディパートメンタリズムを採用しているとされる論者の間においても、その議論は活況を呈しているといえよう¹⁴。

第2節 日本における議論状況

以上がレーンキスト・コート以降のアメリカにおける議論状況である。翻って我が国の議論状況を概観する。まず、我が国における戦後憲法学の主要な分析対象は、最高裁判所を中心とする、裁判所の憲法解釈であったことは言を俟たない。大沢秀介によれば、「司法権の優越の思想から導き出される司法国家の理想の下で、中心たる地位を占めるべきものとされたのは、司法権の頂点に立ち、最終的に憲法判断を下す権限を与えられた最高裁判所」であり、この最高裁は「憲法価値の具体的実現という重責を担わされてきた」¹⁵のである。このような「憲法価値の具体的実現」を担う最高裁判所の判決をめぐる、憲法解釈をめぐる学説と判決の比較検討や違憲審査基準が、これまで詳細に論じられてきた。そこでは必然的に、検討の対象は司法府の憲法解釈に集中し、司法府以外の憲法解釈主体に着目する研究、及び他部門との関係性についての研究は、従来中心的には論じられてこなかった¹⁶。むしろ、憲法価値の実現の主要な担い手は最高裁判所を中心とした司法府であり、そこにおける積極的な違憲審査権の行使こそが憲法保障に資するという見方のもと¹⁷、司法積極主義の構築のための議論が構築されてきた経緯を見て取ることができる。

第1款 従来の議論 ―違憲判決の効力論を例として―

上記のように、分析対象が裁判所の憲法解釈に集中してきた我が国において、憲法解釈における部門相互の関係性について従来から存在した議論が、違憲判決の効力論である。すなわち、最高裁

によって違憲と判断された法律は、当該事件についてのみ、その適用を否定され排除されるとする個別的効力説と、最高裁によって違憲と判断された法律は、当該具体的訴訟事件を超えて、一般的にその効力を失うとする一般的効力説の対立構造が、従来から見られた。これに対し、「個別的効力説+ α 説」¹⁸と呼ばれる学説がある。すなわち、我が国の憲法学においては個別的効力説が通説的地位を占めるものの、その多くが「立法権、行政権は違憲判決を尊重してその法令を廃止するであろうし、その廃止に至るまで、行政府は、その執行を自制するであろう」¹⁹といった札讓期待説を採用するものであり²⁰、したがって、純粋な個別的効力ではなく、それに付加する形で政治部門に違憲判決の拘束力を及ぼす方途が模索されてきたといえる。このような議論状況においては、「違憲判決の効力をめぐる議論の焦点が、そもそもは最高裁の違憲判決に対して立法府、行政府がどのような態度を採ることが憲法上要請されているかという点にあった」²¹ということが言えよう。

このような「個別的効力説+ α 説」につき、佐藤幸治は、個別的効力説において、立法府や行政府に対する違憲判決の拘束力を導出するに際し、問題となっているのは、なぜそのような「立法府や行政府のとるべき態度」が憲法上要請されているのかという点にあるとする²²。この点につき、佐藤は、違憲判決の「効力」の問題として扱うべきという立場を採る。すなわち、「効力」を法令集からの除去効果を認めるような「強い効力」と、立法府に対して法律の改廃を求め、行政府に対し当該法律の執行を控えることを要請するといった「弱い効力」に区別し²³、個別的効力説において念頭に置かれているのは、後者の「弱い効力」であるとする。そのうえで、「付随的審査制といっても、多かれ少なかれ当該訴訟事件の解決ということを超えて、憲法保障機能を伴うもの」²⁴であり、それゆえに、立法府や執行府は司法府の違憲判決に対し、何らかの措置をとることを要請されていることを導出するのである。すなわち、佐藤の主張においては、最高裁における「憲法保

障機能」から、立法府あるいは執行府に対する拘束力が導かれる。

これに対し野中俊彦は、違憲判決の効力論につき、「憲法は最高裁の法令違憲の判断に、個別的効力を超える一般的効力を要求していると解すべきか否か」²⁵という問題を措定したうえで、最高裁の違憲判決の直接的な法的効力とは別に、「法律は一般的性格を持つから、法律自体の違憲判断はそれを手続的に限定してみても、実体的違憲判断はその手続きを超えて、観念的には一般的性格を有することを否定できず」そこで改めて「憲法98条1項を思い起こす必要が出てくる」²⁶とし、憲法98条1項においては、「違憲の法律は本来存在してはならないという一般的命題」が引き出されており、最高裁によって違憲と判断された法律は、いわばその違憲性が客観的に明白な法律ということができ、その法律は本来存在すべきではないのだから各国家機関においてそれを排除することが、憲法98条1項の規定の趣旨にかなう道であるとする²⁷。すなわち、野中の主張においては、憲法98条1項の憲法の最高法規性において、憲法とはすなわち最高裁の言葉であると措定したうえで、憲法と同視される最高裁の違憲判決によって憲法違反とされた法律の後始末につき、国会であれば法律の改廃、内閣については法執行の差し控えを要請している。

このように、「違憲判決の効力論」という領域においては、最高裁の違憲判決に対する立法府や執行府の対応が、なぜ憲法上要請されるのかが検討されてきた。そして、「憲法保障機能」を担うべき最高裁の役割、憲法98条の最高法規性等からその要請を導き出すという説が有力であったが、これら学説においても前提となっているのは、「司法権の優越の思想」²⁸であったことは指摘できよう。

第2款 動態的憲法秩序形成に向けて

これに対し、近年の学説では、司法府以外の主体による憲法解釈についても注目されるようになってきた。そのような学説の代表格として挙げら

れるのが、土井真一による、憲法秩序に関する動態的な視座に立つ考察²⁹、そして佐々木雅寿による対話的違憲審査理論である³⁰。後者の理論は、憲法上の人権保障は、最高裁と立法府、執行府の「対話」による相互作用により実現するというものである。すなわち、従来型の議論は最高裁において違憲審査が完結するという「静止画」によって憲法保障を捉えていたのに対し、対話的違憲審査理論は、人権保障は最高裁の憲法解釈によって完結するものではなく、最高裁の憲法解釈と、立法および法執行の実働部隊たる立法府・執行府の「対話」によってこそ実現するものであり、憲法保障の過程を「動画」として捉えている点において特徴的である³¹。また、土井は、憲法解釈権限をある機関に排他的に帰属させるのではなく、「憲法解釈自体を動態的な統合と均衡のプロセスの中で形成させる」³²というモデルを提唱している。すなわち、ここにおいても、日本国憲法における付随的違憲審査制のもと、憲法解釈は最高裁と政治部門の相互的な活動というプロセスを通じて生成されていくという動態的な視座を見て取ることができる³³。

また、集団的自衛権の行使容認に関連して、内閣法制局の憲法解釈が一躍注目されるようになったことも記憶に新しい³⁴。

しかしながら、このような議論状況においても、司法府を憲法解釈における最終的権威と捉える立場については、従来から変化がないように見受けられる³⁵。すなわち、司法府こそが憲法解釈の主要な担い手であると考えられてきた日本の議論状況においては、日本国憲法では最高裁判所に最終的な有権解釈権限が付与されているということが所与の前提とされており、例えば樋口陽一は、ヒューズ判事の言葉³⁶を引用しながら、司法審査制において保障される「憲法」は、違憲審査機関としての最高裁判所によって解釈を施された限りでの憲法に他ならないと論じる³⁷。このような、憲法解釈における最終的な権威は司法府に存するという考え方は、憲法解釈における動態性が注目されるようになって、なお堅持されている

と言えよう。

これに対し、ディパートメンタリズムにおいては、司法府の憲法解釈の優越性は否定される。すなわち、司法府、政治部門、そして人民の間における憲法解釈の動態性を強調する理論は、「最終的な憲法判断を行うものは誰か」という根本問題に対する挑戦でもあった³⁸。ここにおいて、アメリカと日本の議論状況においては、少なからぬ相違点が存する。つまり、ディパートメンタリズムは、対話的違憲審査理論等との親和性を一方において有するものの、司法の優越を否定するという点において、我が国における従来の憲法観とは対立する面が少なからず存するという点である。

第3節 問題意識と構成

上記のように、アメリカと日本の議論状況においては、少なからぬ相違点が存在し、ゆえに、ディパートメンタリズムが我が国の憲法学における前提的思考との矛盾をはらんでいることを承知の上で、本稿があえて当該理論を分析対象とする理由は以下のとおりである。

三権における憲法解釈権限の存在を観念するディパートメンタリズムにおいては、司法府における憲法解釈の優越性というものが、一面において否定されるという帰結が導出される。ここにおいて、「司法の最終性 (judicial finality)」という問題領域が浮上する。

このような問題は、我が国における違憲審査制の在り方にも関わるものである。しかしながら、我が国においては「最高裁判所の憲法解釈が必要に応じてすぐ示されることのない日本では、憲法の公権的解釈については、法案を準備する内閣（及び合憲性の判断も含め事前の法令審査に当たる内閣法制局）と内閣提案の法律を審議する国会に責任があるかの如くであり、その解釈には一種の公定力（つまり、事件に付随して最高裁判所の最終的解釈がされるまでの公の通用力がある）があるのではないと思われる」³⁹とも評される制度の運用状況が存在する。このような状況において、最高裁の憲法解釈の最終性が問題となる事

態、すなわち司法府の憲法判断に対する、政治部門等からの「バックラッシュ」⁴⁰のような問題が、アメリカにおいて観測されるような顕著な事例としては発生してこなかったことも、かかる問題領域につき「これまでの日本の学説の議論状況を振り返ると、この論争点はあまり論じられてこなかった」⁴¹要因であろうかと思われる。ディパートメンタリズム理論の分析を通じて、憲法解釈の最終性について検討することは、最高裁判所における違憲審査の活性化を含めて、現状、そして将来的な違憲審査制度の在り方について、一つの視角を提供し、動態的な憲法秩序を形成する上で重要な示唆を与えうる。より具体的に述べるならば、司法府が憲法解釈において積極的であるか、あるいは消極的であるかという問題と、司法優越主義が貫徹されるべきか、それとも三権に対等な憲法解釈権限を認めるというディパートメンタリズム的な方途を採用するのかという問題は、密接に関連するのである。我が国においては、新井誠が指摘するように、「裁判所が公権的な憲法解釈について主たる役割を担うことが暗黙のうちに了解」⁴²されてきた一方で、司法の憲法判断が政治部門との相互作用下においてどのように扱われるのか⁴³、換言するならば憲法解釈における諸機関の相互性が語られる中において、いずれの憲法解釈が最優先されるべきか、という論点に関しては、前述のように、あまり論じられてこなかった。

さらに付言するならば、上記のように、ディパートメンタリズムは、司法優越主義の批判という観点から、政治部門との関係性における司法府の在り方を探る理論であるが、それと同時に、憲法秩序形成における立法府、執行府の役割についても検討を加える理論でもある。すなわち、司法府を憲法解釈の主体として政治部門との相互関係を論じるのみならず、政治部門をも憲法解釈の主体と想定する理論であるという特徴を有する。

本稿は、ディパートメンタリズム理論の考察を通じて我が国の憲法秩序の在り方を探るための序論的考察に相当する。さしあたり本稿においては、憲法解釈における権力部門間の関係論におい

て、司法府の憲法解釈の権威性はいかに扱われるべき概念なのかを、ディパートメンタリズムという視角から考察するべく、1980年代からの大まかな議論の流れを追いつつ紹介、検討する。そしてディパートメンタリズムが、我が国における司法の活性化議論、あるいは動態的憲法秩序形成とどのように関連するのかを明らかにすることを試みる。

さらに第二の問題意識として、憲法解釈の主体という視点がある。前述のように、我が国の憲法学においては、司法府の憲法解釈が主たる分析対象とされてきた。その結果、憲法秩序における、立法府や執行府といった政治部門の果たす役割に関して、これまで体系的な分析がなされてきたとは、必ずしも言えない。ゆえに、ディパートメンタリズムの分析により、憲法解釈において司法府以外の部門が果たすべき役割、その形成プロセスに光を当てることを試みる。

本稿は以下の構成をとる。第1章では、ディパートメンタリズムと司法優越主義の論争の端緒となった、レーガン政権において司法長官の職にあったミースの主張、及びその主張の政治的背景について概観する。次に、ミースによるディパートメンタリズムの主張に関し、ザ・フェデラリストやマーベリー判決といった建国期及び違憲立法審査権の創設期における議論から正当化を試みる学説を、主にボウルセン（Michael Stokes Paulsen）の議論に依拠しつつ概観する。次に第2章では、司法優越主義を擁護する立場から、ディパートメンタリズムにおける三権の対等性を批判し、司法府における確定性や2階の抑制という役割を強調するシャウアー（Frederick Schauer）の議論を紹介、検討する。第3章においては、三権における憲法解釈の対等性という理論が我が国に付与しうる示唆を導くための予備的作業として、部門間の相互性や「対話」を強調するデビンス（Neal Devins）とフィシャー（Louis Fisher）の議論を検討する。そして、二人の議論において度々引用されるビッケル（Alexander M. Bickel）の議論を手掛かりに、アメリカ憲法学におけるディパートメンタリ

ズムの理論的位置づけについて検討する。最後に、第4章において、我が国の制度設計、及び理論の展開状況を念頭に置きつつ、本稿で検討してきた三権の憲法解釈の対等性という立場が我が国の憲法学及び現実の憲法秩序に与える意義についてまとめる。

第1章 憲法解釈における対等性

第1節 ミースの主張

まずは、レーガン政権で司法長官を務めたミースの主張の骨子を確認する。学界やジャーナリスト等幅広い層からの反響を呼んだ彼の主張は、主に二つの講演においてなされたものであった。その一つは、1985年のアメリカ法律家協会（American Bar Association；以下ABA）大会講演である⁴⁴。この講演において、ミースはそれまでの最高裁における新しい権利や権限の創設を、憲法起草者の原意や法の支配に反するものであり、裁判官の政治的な傾向に基づく恣意的な判断であると批判した。そして、憲法解釈は原意（original intent）に基づくべきであり、「我々の関連する訴訟においては、ただひとつの解釈の基準として、憲法の原意を回復していく」⁴⁵として、原意主義こそがレーガン政権の憲法解釈手法であることを宣言した。原意主義という解釈手法が、レーガン大統領の下で、「[はじめて政治権力と結びついた]⁴⁶点において、上記のミースの発言は政治的にも注目に値するものであるが、彼の後における発言との関係で特筆すべきは、裁判所の憲法解釈と成文憲法自体が区別されるべきものであると論じられている点である。すなわち、成文憲法は最高裁の判事さえも拘束する国家の基本法であるとして、「裁判官が宣言するものとしてのみ把握される憲法は、本当の意味における憲法ではない」⁴⁷という彼の発言は、この翌年、のちに「ディパートメンタリズムの嚆矢」⁴⁸と評されるチュレーン大学における講演とも密接な関連性を有するものである。

前述のチュレーン大学における講演⁴⁹におい

て、ミースはレーガン政権の公式の憲法解釈手法としての原意主義に付随する理論としてのディパートメンタリズムを初めて主張した。ミースは、手始めに「憲法典 (the Constitution)」と「憲法 (constitutional law)」を別々に定義する。前者は成文文書として、「国家の最高法 (the supreme Law of the Land)」たる性質を有するものであり、憲法修正のみによってその内容を変えることができるものであるとする。これに対して後者の「憲法 (constitutional law)」は、事件及び争訟の解決において、憲法条項・法理に関して、最高裁が語ったものである。すなわち、ミースの語るどころの「憲法 (constitutional law)」とは、「最高裁の判決から構成される法の総体である」⁵⁰といえよう。そして、このような最高裁が語るどころの「憲法 (constitutional law)」は、訴訟における当事者を拘束し、執行部門にその執行を強いるものであるが、「未来永劫すべての人民と政府の各部門を拘束するような、国家の最高法を創出するものではない」⁵¹として、最高裁が宣言する「憲法 (constitutional law)」は「国家の最高法」としての性質を有しないと論ずる。

このように、ミースは成文文書としての憲法典と最高裁の憲法判断を区別すべきことを主張するが⁵²、彼はこのような区別が歴史上出現した例として、Dred Scott連邦最高裁判決⁵³をめぐる論争を挙げている。周知のとおり、ドレッドスコット判決において、最高裁は白人が奴隷を所有する権利は憲法によって確立されたものであると宣言した。例えば、当時合衆国上院議員であったダグラス (Stephen Douglas) は以下のように述べる。

「司法府の決定が最終判断となることは、司法の根本に存する原理である。……かかる判決はすべての良き市民を拘束する。」⁵⁴

「憲法は、あらゆる憲法上の問題を決する最終手段として最高裁を創り出した。そして、最高裁の判決がなされたとき、それらは国家の法となるのである」⁵⁵

このように、最高裁による憲法上の判断を権威的であり、最終的なものであると論じる立場がある一方で、ドレッドスコット判決は最高裁の判断が執行府によって実質的に覆された事例としても重要である⁵⁶。ミースが注目するのは、リンカーン大統領の演説である。リンカーンは、最高裁の判断は当事者に対する限りにおいて効力を有するとしながらも、それを政治的ルールとして受け入れることを拒否し、次のように述べた。

「すべての人民に影響を与えるような重要な問題についての政府の政策が、最高裁の判決によって取消不能の形で修正されるべきであるならば、人民は自らの統治者となるために、實際上承認した彼ら自身の政府を高位の裁判所の手に委ねることをしなくなるであろう」⁵⁷

このような論争は、憲法典と最高裁の判決の区別に関する重要な含意を理解する一助となるとミースは述べる。すなわち、最高裁による憲法上の判断が憲法それ自体とは同一視されず、成文憲法が我々を拘束するのと同様の拘束力を有するものではない場合、市民としての我々は、最高裁の判決に対抗することができるというのである。このような、最高裁の憲法判断が成文憲法それ自体と同一視されず、したがって人民及び他部門は最高裁の憲法判断をラスト・ワードとして受容する必要はないという主張から、ミースは「憲法典の解釈は最高裁のみならず、政府のすべての部門の営為である」⁵⁸という主張を導出する。このような憲法典と最高裁の判決の区別から、ミースは司法府、立法府、執行府の対等な憲法解釈権限を導き出したのであった。

続いてミースは、Cooper v. Aaron連邦最高裁判決⁵⁹によって示された司法優越主義的な立場を批判する。この事件は、公立学校における人種別学制度を違憲であるとしたBrown v. Board of Education連邦最高裁判決⁶⁰に従って命じられた人種差別撤廃に関する裁判所命令に対し、アーカンソー州知事や同州議会が、同命令に従うことを拒

んだことに端を発するが、クーパー判決は連邦最高裁が司法優越主義を採用した例としてしばしば引き合いに出される。すなわち、クーパー判決がマーベリー判決を引用しながら「憲法第6条は、憲法典を『この国の最高の法（supreme law）』とするものである」と言明し、マーシャル判事の言葉として「『何が法であるかを語るのは、断固として司法の職分であり責務である』。この判決は、連邦司法府が憲法を提示するうえで最高であるという基本原理を宣言したのであり、この原理は、我々の憲法制度の恒久的かつ不可欠な特徴として、この連邦最高裁及び国家によって尊重されてきたのである」⁶¹と宣言した部分である。ミースは、このような最高裁の立場は、憲法典と最高裁の判決を同一視している点において誤りであるとする。つまり、あくまで政府の各部門が拘束されるのは憲法典なのであり、この憲法典の解釈権限は最高裁のみならず、三権に対等に付与されているとするのがミースの立場であった。

第2節 政治的背景

一連のミースの主張や憲法観は、その背景に政治的意図があったことは否定できない。1970年代までの最高裁が、公民権、人工妊娠中絶といった領域においてリベラルな判決を立て続けに出したことに對し⁶²、保守派の法律家たちは反発を強めていった。一方において、レーガン政権もまた、保守的な政策・法執行の実現のためには、法曹界において多数派を占めるリベラル層と対峙していかなければならなかった。このようなイデオロギー対立を背景に、レーガン政権は司法人事において、徹底して保守派の法律家を送り込むことを企図したのである⁶³。ABAを中心としたリベラル層が多数を占めるアメリカ法曹界において、レーガン政権が人材の拠り所としたのは、フェデラリスト・ソサイエティ（The Federalist Society for Law and Public Policy Studies；以下FS）であった。FSは、1982年にロースクール内の学生組織として結成され、設立当初からボーク（Robert Bork）やスカリア（Antonin Scalia）といった保

守派の法律家が顧問として参与している団体であった⁶⁴。彼らのような保守派の大物法律家とのコネクションを駆使し、FSは、保守的な政策の実現を標榜するレーガン政権の司法省において、重要な地位を占めるに至った⁶⁵。例えば、イェール大学のFS支部の創立者であったキャラブレシ（Steven Calabresi）は、ミース司法長官の下で司法長官特別補佐官として司法省法律顧問室に採用され、後に大統領の法解釈の対外的な強化を企図した⁶⁶、署名時声明（Signing Statements）の積極的利用に大きな影響を与えた⁶⁷。保守という立場の共通から、レーガン政権において「保守的エリート」⁶⁸とも評される地位を占めるようになったFSの会員は、原意主義を公式の憲法解釈手法とする政権において、この後重要な役割を果たしていくことになる。

このような保守派の法律家たちがレーガン政権において果たした大きな役割が、上述の署名時声明の改革であった。署名時声明とは、一般的には「法案に署名する際に、その法に関する大統領の見解として公式に記録される声明」⁶⁹とされている。それまでの裁判所による恣意的な法解釈を制限し、大統領の法解釈権限拡大のためにレーガン政権の法律家が注目したのが、署名時声明であった。例えばキャラブレシは、1985年8月23日にミースに対して提出したメモにおいて、積極主義の裁判所における恣意的な法解釈を制限するべく、「立法過程の不可欠な参加者としての大統領」が法案の内容と合憲性についての解釈を署名時声明によって明らかにし、もって司法積極主義を抑制するべきであると主張した⁷⁰。レーガン以前の大統領においては、署名時声明を修辭的に利用してきたのに対し、レーガン政権においては、このような大統領の署名時声明の制度化、すなわち憲法解釈における大統領のプレゼンスを高めるという目的のもと、制度改革が推し進められていたこと、そしてその正当化理論として、大統領には裁判所と同等な憲法解釈権限があるとするディパーメントメンタリズムが提唱されていたのである⁷¹。

このように、ミースを中心とする保守派の法律

家達は、それまでの最高裁における司法積極主義を抑制し、保守的な政策を実現する目的で、原意に基づく憲法解釈、それに付随して、三権において対等な憲法解釈権限を強調していったのであった。しばしば「ディパートメンタリズムの嚆矢」と評されるミースの演説は、原意主義と密接な関係を有すること、そして極めて政治的な意図が伏在していたことを、ここでは確認しておく。

第3節 ミース見解に対する支持

ミースの立場は、大きな波紋を広げるものであった。例えば、ABAの会長であるトーマス（Eugene C. Thomas）は、最高裁の判決は国家の最高法（the law of the land）であり、そのような最高法に対する公務員や市民の不服従は、制度の基盤を揺るがすものであると主張した⁷²。また、トライブ（Laurence. H. Tribe）は、ミースの立場は、立法者や公務員それぞれの見解が法と同一化してしまうがゆえに、法の支配に対する重大な危機を招くと批判している⁷³。ミースに対する批判の多くに共通するのが、ミースの主張は「無秩序を招く」「法の支配と相反するものである」という趣旨であった⁷⁴。

他方、ミースの主張を擁護する見解も、政治的立場の垣根を超えて存在した。ここでは、人民立憲主義論者の一人として知られるレヴィンソン（Sanford V. Levinson）の主張と、保守派の憲法学者の一人として知られ、OLC（Office of Legal Counsel；法律顧問局）への勤務経験もあるポウルセンの見解を確認、検討する。

第1款 レヴィンソン—“protestant” understanding of Constitution—

レヴィンソンにおけるミース講演の評価について紹介する前に、彼の憲法理論の思想的背景について確認する。彼の憲法理論の特徴は、憲法解釈におけるカトリシズムとプロテスタンティズムの区分にある⁷⁵。すなわち、彼は、憲法解釈権限を有する機関あるいは主体について、裁判所だけでなく、およそ憲法解釈に関わるすべての個人の解

釈に正当性を認める立場を「解釈主体におけるプロテスタンティズム」、対して、連邦最高裁を終局的な解釈機関とする、まさにクーパー判決において示されたような立場を「解釈主体におけるカトリシズム」と区分する。このような区分を前提に、レヴィンソンは、「市民宗教」としての憲法の側面を強調する立場から、司法エリートによる憲法の独善的支配につながりかねない「司法優越主義＝カトリシズム」を批判し、最高裁による一元的な憲法解釈に対抗する「プロテスタント的」憲法理解を支持する。いわば、憲法の意味内容について、各アクター・人民の間で論争が生じ、その中からいくつかの意味内容が生き残る、という「立憲制度における動的な特徴」⁷⁶を重視する立場をレヴィンソンは支持したのである。

このような立場から、レヴィンソンは、ミースの主張における「プロテスタント的」契機を支持する⁷⁷。レヴィンソンによれば、ミースに対する批判は、三権に対等な憲法解釈権限を認めることによる無秩序に対する潜在的危険性への言及がなされているという点において共通点を有する⁷⁸。例えば、前述のように、トーマスは、最高裁の判決こそが国家の法であり、公務員や市民は自由に不服従することはできないし、そのような不服従は、我々の制度の基盤を揺るがすものであると述べている。また、トライブも法の支配に対する深刻な脅威としてミースの見解を取り上げているが、レヴィンソンはこれら批判に共通する問題点として、法の支配と、法が要請していることに関する特定の機関の理解に対する服従とを同一視している点を挙げる⁷⁹。

レヴィンソンはさらに論を進めて、司法院という単一の機関の憲法理解に対する服従と法の支配が同一視されることにより、人民の憲法に対する論争が失われていくことを危惧する。彼はフランクファーター（Felix Frankfurter）の所論を引用しつつ、「最高裁による政治過程における精力的な妨害行為は、憲法典というものは、司法院のみが解説しうる政治的難問に対する回答であるということ」を市民に教示することにより、民主制にお

ける教育的過程を台無しにするものである」⁸⁰と述べる。すなわちレヴィンソンは、クーバー判決のように最高裁に排他的憲法解釈権限を認める立場をとることは、司法エリートによる統治を正当化することと同義であり、左派と目される人々がミースの演説をいち早く批判したことはエリートイズムを認めるという点で皮肉であると論ずる⁸¹。

レヴィンソンはこのように、人民及び各部門の多様な憲法解釈を許容する、憲法上のプロテストантиズムという立場から、連邦最高裁における排他的な憲法解釈権限という憲法上のカトリシズムを批判する。しばしば人民立憲主義者と目され、保守派のミースとは本来的には対立する立場にあるレヴィンソンからもディパートメンタリズムに対する擁護論が出たことは、司法優越主義との対立という点において保守、リベラルに共通点が存在したことを示しているといえよう。

第2款 ポウルセン —同格性の仮定論—

続いて、ポウルセンの主張を概観する。クーバー判決以降、最高裁は繰り返し、最高裁の判決こそが「国家の最高法」であり、他の部門はそれに拘束されるという立場をとり続けてきた。例えば、Powell v. McCormack連邦最高裁判決では、「最高裁においては、憲法の究極的な解釈者としての責務を有する」⁸²と判示され、さらには、United States v. Nixon連邦最高裁判決において、最高裁は「憲法の究極的な解釈者としての最高裁の責務」⁸³を宣言した。また、レーンキスト・コートと司法優越主義を結びつける判決としてしばしば引用されるのが、Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey連邦最高裁判決⁸⁴とCity of Boerne v. Flores連邦最高裁判決⁸⁵である。ケーシー判決においては、ペンシルベニア州議会において制定された1988年と1989年の中絶規正法改正の合憲性が争われた。注目すべきは、同判決がその判旨において、司法優越主義的立場を宣言した点にある。すなわち、「個人の特性と同様に、最高裁の正当性は、自然ともたらさねばならない。ゆえに、法の支配に従って生きるこ

とを望む人民の特徴であらねばならない。そのような人民としての彼ら自身の信念は、憲法上の事件を決し、他のいかなる部門にも先立って憲法上の理想を論ずる権限を付与された最高裁についての彼らの理解と、容易に分離可能なものではない」⁸⁶として、国家的な論争における最高裁の役割を強調し、アメリカ人民と彼らの理想の特性を定義づけるものとして、司法優越主義を位置づけた⁸⁷。

バーニー判決においては、信教の自由回復法 (the Religious Freedom Restoration Act of 1993.) の合憲性につき、修正14条5節に連邦議会が違反したか否かが争点の一つとなった。

同判決の法廷意見は、マーベリー判決を引用しつつ、「何が法であるかを語る義務」を有する連邦最高裁こそが、憲法を宣言する権威を排他的に有していることを述べている。すなわち、「我々の国家における経験は、憲法は、政府機関それぞれが憲法と他部門の適切な行動と決定を尊重するとき、最良にも保持されるということを教示するものである。最高裁が憲法を解釈する際、それは何が法であるかを宣言する責務を含む、司法府の領域の範囲内での営為なのである。政治部門の行為が、司法府がすでに憲法を解釈したことに反している場合、最高裁は後の事件において、先例拘束性等の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想しえない」⁸⁸と。

このような最高裁の司法審査観に異議を唱えた論者の一人が、ポウルセンである。ポウルセンの主張は、大まかには以下のようにまとめることができる。すなわち、マーベリー判決における有名な言明である、「何が法であるかを語る」権限は、連邦政府の特定の機関に対して特別に委託されたのではなく、各部門の機能に付随する権限である。そして、裁判所は、「事件」及び「争訟」を決定するという責務に付随して法を解釈しているのであり、それと同様に、執行府においても、法が誠実に執行されるように配慮する責務を果たす過程において法を解釈する。それゆえに、執行府における法解釈権限は、最高裁を含め他の部

門の解釈から独立して行使されるべきであると主張するのである。換言するならば、執行府は、最高裁の判決や議会の立法に対する完全なる法律上の審査権限を有し、場合によってはそれらの執行を拒否することもできるとするのである⁸⁹。ポウルセンは、このような執行府の権限を、Ex parte Merryman⁹⁰より、Merryman Powerと称する⁹¹。Ex parte Merrymanは、南北戦争のさなか、メリーランド州居住の反連邦派ジョン・メリーマン（John Merryman）が、メリーランド州で軍司令官によって逮捕され、マックヘンリー要塞に拘束されたことに端を発する。これに対し、メリーマンは人身保護令状の発給を求めた。これに応じたトニー判事（Roger B. Taney）は、メリーマンの拘束は違法であるとして人身保護令状を発行したものの、リンカーン大統領の令状停止措置によって、その受理を拒絶されたという顛末であるが、同事件はまさに、司法府の判決を執行府が執行することを拒否した事例であった⁹²。執行府の自律的な法解釈が現出し、司法優越主義が否定された、アメリカ憲法の歴史上もっとも有名な例を引き合いに出して、彼は司法審査と同格な（coordinate）、執行府における法律上の審査権限の存在を主張したのであった⁹³。

このように、ポウルセンは、法を解釈する権限は司法府、立法府、そして執行府の三権が対等に有しているとする「同格性の仮定（coordinate postulate）」論を主張し、その前提として、司法府における憲法解釈権限の存在と司法優越主義を同一視することを批判するのである。彼は、この「同格性の仮定」論の立場から、従来の最高裁判決において、憲法解釈における司法府の優越性の論拠とされてきたマーベリー判決におけるマーシャル判事の論理を再評価することを試みる。

前述のように、ポウルセンは、法を解釈する権限は、国家の特定の部門に列挙された権限ではなく、むしろ特定の委任された権限の行使のために「付随的に」生じた権限であるとする⁹⁴。すなわち、連邦最高裁が連邦法や憲法を解釈する権限は、憲法第3条にいう「事件」や「争訟」を決する

際の不可避的な権限であり、司法府固有かつ排他的に付与された権限ではないことを強調する⁹⁵。そしてポウルセンは、このような論理はマーシャル判事の有名な言明「何が法であるかを語ることは、断固として司法の職分であり責務である」に親和的であると述べる。マーシャルが司法審査を導き出すに際し、大前提として措定したのが「憲法に反する立法は無効である」⁹⁶というものであった。マーシャルは憲法の成文性に依拠しつつ、政府の権限を特定し、制限するという成文憲法の理論は、このような政府に対する制限が強制可能でなければならないことを示唆している。そして、それゆえに、成文憲法の理論は、憲法自体が、憲法に反する立法に優越するという「優越的で至高な法（superior paramount law）」であることを要請していることを導き出したのであった。

司法審査の導出のために、第二段階の前提としてマーシャルが措定したのが、「司法府は法を解釈する権威を有する」というものである。しかしながら、この前提部として引用される「何が法であるかを語ることは、断固として司法の職分であり責務である。」という有名な一節の後に続く文章は、しばしば無視される。すなわち、「特定の事件に法を適用するものは、必然的に、かかる法を解釈しなければならない」⁹⁷という部分において、マーシャルは、法解釈権限は司法府に排他的に承認されたものではなく、裁判所の職務に必然的に付随するものであることを述べているのである。

これら前提から、マーシャルは司法審査を導出する。すなわち、憲法は一般法に優位し、裁判所は法解釈権限を有することから、「そのような一般法ではなく、憲法こそが一般法と憲法双方が適用される事件を決しなければならない」⁹⁸と結論付けた。

ポウルセンは、このようなマーシャルの論理は、司法府における法解釈の優越性を基礎づけるものではないと指摘する。すなわち、裁判所が法解釈権限を有するということは、どの憲法解釈アクターが優位するべきかという問いに対して解答を付与するものではないと主張するのである⁹⁹。

マーシャルが述べるように、裁判所に憲法を含めた法解釈権限が存するとしても、そこからは裁判所の解釈が他部門の解釈に優越するという結論は導かれるものではない。つまり、マーシャルの司法審査権の導出論において、裁判所の憲法解釈権限と、その解釈権限の他部門に対する優越性は同一視されていない¹⁰⁰というのが、ここにおけるポウルセンの主張である。

他方において、マーシャルは、議会に解釈上の優越性を付与することは議会に対する憲法上の制約を無意味にし、成文憲法に反するという¹⁰¹。すなわち、ここにおけるマーシャルの主張は、成文憲法の思想と単一の部門に解釈上の優越性、つまりは「真の法制定者となる権限」¹⁰²を付与することは両立せず、裁判所は議会の憲法解釈によって拘束されえないというものであった。ところが、この理屈は裁判所にも同様にあてはまるものである。つまり、裁判所に解釈上の優越性を付与することは、彼らに「真の法制定者となる権限」を付与することになり、成文憲法の理論、そして権力分立の原理に反するのである¹⁰³。

このように、マーシャルの主張における論理は、裁判所が議会の憲法解釈によって拘束されえないのと同様に、立法府や執行府といった政治部門も裁判所の法解釈によって拘束されえないという結論をも支持するものであった¹⁰⁴。

ポウルセンはさらに論を進め、マーシャルの「司法府は法を解釈する権威を有する」という前提は、執行府にも当てはまるものであるとして、司法府の法解釈権限が、その職務である事件及び争訟の解決に必然的に付随するものであるとするならば、執行府も法を執行する際に「法を事実適用」するのであり、その職務に必然的に付随する限度で法解釈権限を有すると主張する¹⁰⁵。すなわち、執行府は、司法府の判決や議会の立法に関して法律上の審査権限を行使しうるし、執行府の憲法上の権限が関係している限りにおいて、司法府による判決や議会による立法に効果を付与することをも拒否しうるというのである。ポウルセンは、このように、司法優越の否定及びその対抗概

念として司法府、立法府、そして執行府における同格な憲法解釈権限を、マーシャルにおける憲法構造に依拠した論理から読み取るのである。

彼は同様に、ザ・フェデラリスト第78編からも司法優越主義の否定及び各部門における同格的な憲法解釈権限を読み取る。第78編は、司法府における他部門を攻撃する権限の不足を指摘し、判決の執行においてさえも執行府について完全に依存すると述べる¹⁰⁶。そして、このような司法府の弱さゆえに、裁判官の独立性を強化し、終身制と賃金保障の必要性を訴えるものである。このような第78編の要旨は、明らかに建国期における反連邦派への反論として企図されたものであったとポウルセンは論ずる。すなわち、当時の反連邦派は、司法審査の創設と司法優越主義を「不適切にも」¹⁰⁷同一視していたがゆえに、他部門によって抑制されえない全能の司法権限を観念していた。それは以下の叙述においても見て取ることができる。

「最高裁の意見は法的効力を有する。なぜならば、最高裁の誤謬を正したり、その判決を統制する権限は、憲法上付与されていないからである。最高裁から先は、いかなる上訴も存在しない。……立法府は、この裁判所の判決を無視することはできない。なぜならば、裁判所は最終手段として決定することを、憲法によって権威づけられているからである」¹⁰⁸

このような反連邦派の反論に対し、第78編は、司法府固有の弱さについて指摘し、その判決を執行することさえも他部門に依存しなければならないことを指摘しているのである。

ポウルセンは、ハミルトンの第78編における主張は、マーベリー判決におけるマーシャルの構造的な主張と同一であると論ずる¹⁰⁹。すなわち、ハミルトンの主張の第一段階として、「委任された権限に基づくいかなる行為も、その権限が行使される基礎となっている委任状の趣旨に反する限り無効である。それゆえに、いかなる立法行為も憲法に違反する限り有効たりえない」¹¹⁰を挙げ、この

主張はマーシャルの「憲法に反する立法は無効である」という前提と同一であるとする。第二段階の主張としての、ハミルトンの「法の解釈は、裁判所の適切かつ特有の領域である」¹¹¹という言説は、マーシャルの「何が法であるかを語ることは司法部の職分かつ責務である」と同一のものであった。すなわち、両者は、法解釈は裁判所の職務に不可欠な営為であるがゆえに、そして憲法は至高の法であるがゆえに、憲法と一般法の対立においては優越する義務と効力を有する方が優先されるべきであると結論づけ、憲法の優位性を導き出したのである。そこにおいては、「何が法であるかを語ることは」は裁判所の排他的な領域であることは語られてはいない。

このように、両者の主張構造は司法審査の導出において類似しており、その最終的な結論においても、各部門は憲法を通じて人民に従属し、権限の範囲を決定する優越的権限を有しないという、同格的な立場に立っていたものと考えられる。そもそも、第78編は、上述のように、司法審査と司法の優越を同一視して他部門によって抑制されない最高裁の権威性を批判する反連邦派に対する反論を意図しており¹¹²、司法審査の権限は「司法権が立法権に対して有している斧では決してない。ただ、人民の権力こそが双方に対して優位に立つべきことを意味しているに過ぎない」¹¹³ということを主張しているのである。こうした事情からも、ハミルトンが司法府の憲法解釈の優越性を意図していなかったことが読み取れるのである。

以上のようなマーベリー判決及びザ・フェデラリストにおける言明を手掛かりに、ポウルセンは、自身の見解が決してラディカルなものではなく、むしろ建国期及び司法審査制度の確立期における憲法上の見解と一貫するものであることを主張する¹¹⁴。こうしたポウルセンの見解に依るならば、クーバー判決以来、連邦最高裁が度々マーベリー判決を拠り所として、憲法解釈における司法府の優越的権限を唱えてきたことは、必ずしも確立された理論たりえないということを示すことになろう。「何が法であるかを語る」という「他の

統治権限や個人の権利の構成及び範囲を効果的に決する」¹¹⁵権限は、あらゆる問題を決定する最終的な権威を有するような単一の部門——すなわち連邦最高裁——に帰属するものではなく、対等な三つの部門に分配されるべきであり、このような多様な憲法解釈主体間における競争的な見解による相互作用を観念する、ダイナミックなモデルをポウルセンは提示しているのである¹¹⁶。彼は、アメリカの法制度は、司法フェティシズムとも称される極度の裁判所崇拜に陥っていると指摘し¹¹⁷、司法優越主義を批判する。そして、代替的なモデルとして同格的な憲法解釈観を提示することで、執行府や立法府といった政治部門の憲法解釈についても、司法府の憲法解釈に対抗しうるものとして積極的意味を付与したのである。

第2章 司法優越主義の擁護 —シャウアーの理論を素材に—

ここまで、ディパートメンタリズムを唱える論者の主張を概観してきた。他方において、ミースの演説後の学界、マス・メディアにおける反応が示す通り、三権、又は人民に対等な憲法解釈権限を認めることは、解釈上の無秩序を招くものであり、法の支配に反するものであるとの評価も存在した。そのような立場から、三権における対等な憲法解釈権限を否定し、司法優越主義を擁護するのが、シャウアーである。以下では、シャウアーが「法の確定性」や「2階の抑制」といった概念を用いて、司法府が憲法解釈の最終的権威を有することの合理性を説いていることを確認し、かかる学説の検討を行う。

第1節 法の確定機能、2階の抑制

第1款 「確定 (settlement)」機能の重視

シャウアーが、政府の各部門それぞれに憲法解釈権限が存し、それらは対等で非終局的なものであるとするディパートメンタリズム理論を否定する要因としては、彼が憲法における「確定 (settlement)」機能を重視していることを挙げ

ることができる。例えば人工妊娠中絶、人種差別といった論争的な問題を「確定」することは立憲主義における重要な要素であり、このような問題の「確定」は、自身の解釈が他者を拘束するような権威を有する解釈者の存在によってのみ達成され、そのような役割に関しては、最高裁が最も適任であるとする¹¹⁸。

まず、シャウアーが法の最も重要な機能であるとするのが、「何がなされるべきかについて権威的に確定する」¹¹⁹機能である。すなわち財産や契約、通商の安全は、その善し悪しにかかわらず、確定されたルールが存在に依存しているのであり、このようなルールの確定によって社会の安定性が達成されるというのである¹²⁰。そして、法の確定機能は、当然に憲法にも妥当する。シャウアーによれば、憲法が論争的な問題において権威的な確定機能を有することは、目に見えるような不一致の範囲を減少させるのに効果的である。すなわち、憲法に関する多様な解釈が乱立するとき、最高裁の憲法解釈が権威的かつ至高であるという「前憲法的規範 (preconstitutional norm)」により、いずれの解釈が適切か判断されなければならないとする¹²¹。

このように、シャウアーにおいては、いずれの解釈がより適切であるかという実体的判断と、憲法の確定機能による安定化 (stability) の問題は区別され、法及び憲法の最も重要な機能は「確定」機能にこそあるとされる。シャウアーはこのような観点から、最高裁の憲法解釈はすべての公務員を拘束し、非司法部門の憲法忠誠義務は、最高裁によって解釈された憲法への忠誠義務と同一視するべきであるとする、クーパー判決における司法優越主義の宣言を支持する。すなわち、法や憲法が有する意味を、権威として単一の解釈者の解釈を打ち立て、以て論争を確定させることを重視するシャウアーの議論と、最高裁の憲法解釈の至高性を高らかに宣言したクーパー判決との親和性が、ここにおいて示されているといえる。そして、レヴィンソンの主張するような、憲法解釈における「プロテスタンティズム」は、「解釈上の

無秩序」を招くものであると批判するのである¹²²。

第2款 「2階の抑制」 —司法府の果たすべき役割—

上記のように、シャウアーは、憲法の意味の最終的な確定を単一の機関、すなわち最高裁に委託し、憲法を「固定化 (entrenchment)」¹²³することを主張する。では、なぜ憲法の「固定化」は、政治部門ではなく最高裁がなすべき営為であるのか。このような問題は、司法府以外の政府部門が、彼らが誤りであると信ずる司法府の憲法解釈になぜ従わなければならないのかという問題に置き換えることができる。この点につき、シャウアーが司法府の役割として特に強調するのが、政治部門の1階の政策決定に対し、「2階の抑制 (second-order constraints)」¹²⁴を課すことである。すなわち、政治部門がなす、自らやその支持者の選好に基づく1階の政策決定に対し、そのような短期的な政策追求においてはしばしば無視されるような長期的価値を保護するような抑制 (2階の抑制) を政治部門に対して課するのが、政治部門からの外部性 (externality) を有する司法府の役割であるというのである¹²⁵。

そのような2階の抑制の例としてシャウアーが特に挙げているのが、*Palmore v. Sidoti*連邦最高裁判決¹²⁶である。この事件は、フロリダ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、同棲を始めたことに端を発する。元の夫は、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。判決では、1983年のアメリカ合衆国において、異なった人種間の子どもの社会においていかなる影響を被るかについても言及されている。詳述すると、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、人種の異なったカップルの間の子どものが、同じ人種のカップルの間に生まれた子どもに比して、より抑圧やストレスにさらされる恐れが考慮されているのである¹²⁷。し

かし、最高裁はそれでもなお、子どもの監護権者決定において人種を考慮に入れることは修正14条の平等条項に照らし、許容されない旨判示した。すなわち、人種的偏見の影響は、幼児における母親の監護権を取り去るという人種的区分を正当化しえないし、「憲法はそのような影響をコントロール下に置くことはできないが、それを許容することもない」¹²⁸と判断したのである。州裁判所が、子どもの利益を重視して父親に監護権を付与することを決定したのに対し、連邦最高裁は、たとえそのような決定が子どもの利益を最大化するものであったとしても、そして問題解決において「人種」という要素を使用することが、人種差別を反映しているものでなかったとしても、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¹²⁹。ここにおいて、州裁判所が「子どもの利益」という観点から1階の決定をなしたのに対し、最高裁が、より長期的な観点から2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のである。

そのほかに、2階の抑制が課されてきた領域としてシャウアーが強調するのが、修正1条の言論の自由に関する領域である¹³⁰。例えば、*Brandenburg v. Ohio*連邦最高裁判決¹³¹がその例として挙げられる。同判決において連邦最高裁は、暴力の唱道を州が処罰することは、それが差し迫った違法行為を扇動することを対象としており、かつ、そうした行為が招来されるかなりの可能性がある場合に限られるとした。その他にも、アフリカン・アメリカ人を脅迫する目的での十字架の焼却行為が問題となった事例¹³²、ナチスによるユダヤ人虐殺の生存者に対する脅迫を目的としたネオ・ナチの集会が問題となった事例¹³³等をシャウアーは列挙している。これらの事例においては、表現者及び彼らによるメッセージを制限する側は、決して表現行為に対して抑圧的であったわけではなかった。むしろ、彼らは一般的な利益を増幅させ、あるいは特定の集団による特定の加害行為に対するリアクションをとることを企図していたのであった。にもかかわらず、良識を有し、規制対象が絞り込

まれ、かつ効果的な政策であっても、修正1条は2階の抑制としてそのような政策の実施を禁止するとシャウアーは主張するのである¹³⁴。

上記の事例から明らかであるように、2階の抑制を課される側の政治部門（あるいは州裁判所）は、彼ら自身の権限を乱用ないし増大させようとしたわけではなく、むしろ、これらの主体は誠実かつ善良な政策決定者であり、かつ良質な1階の政策決定をなすものであった¹³⁵。このように、政治部門による1階の政策決定が、2階の抑制という長期的価値を重視したルールにより無効化されるような事例は、「消極的憲法（Negative Constitution）」¹³⁶と呼ばれる。この「Negative Constitution」は、粗悪な政策決定と同様に、誠実かつ善良な政策決定をもターゲットとする抑制機能であり、最も素晴らしい民主的決定に対する抑制として機能することが想定されている。

ところで、シャウアーの理論においては、最高裁は国家の政策決定等に積極的に参与することはない。つまり憲法は、人民が政策や原理についての最も重要な決定の大部分を形成するための主要なフォーラムとして機能するものではないことを、シャウアーは主張するのである¹³⁷。例えばレヴィンソンによれば、憲法とはアメリカの市民宗教であり¹³⁸、我々が誰であるか、そして我々は何を望むかを定義づけ、形成するものであった。すなわち、憲法とは、我々の願望に関する熟慮や対話のフォーラムとして位置づけられてきたとシャウアーは指摘する¹³⁹。このような憲法理解においては、司法優越主義に対する懐疑的見解が必然的に付随する。なぜならば、憲法がそれほどに人民の中心に位置するものであり、かつ、国家のアイデンティティ形成や変革についての媒体として機能するのであれば、そのような憲法を裁判官の手に委ねることは「民主的統治それ自体の放棄」¹⁴⁰に繋がりがねないことだからである。

しかしながら、このような従来の憲法理解と一線を画する理論をシャウアーは提唱する。それが「The Modest Constitution（謙抑的な憲法）」である。すなわち、公共的な政策についての方針決

定においては「謙抑的な」憲法は「傍観者」にすぎないのであり、そのような方針決定は、より公共的で代表的な、そして熟慮のフォーラムにおいて形成されるべきであるとするのである¹⁴¹。他方において、このような「謙抑的な」憲法は、United States v. Carolene Products Co.連邦最高裁判決¹⁴²の脚注4にいうような「分離され、かつ孤立した少数派」のように、構造的に多数派によって代表されえない個人の保護の局面において顕著な役割を果たすのであり、そのような局面においてこそ、良い政策を希求する善良な市民に対する外部的チェックが機能するべきであるとするのである¹⁴³。このように、シャウアーにおける「謙抑的な」憲法は、政治部門に対する2階の抑制という営為にのみフォーカスされ、その限りにおいて司法府に優越的な憲法解釈権限が委託されるべきであるとする。つまり、シャウアーは司法府が憲法解釈における優越性を有する領域は、「分離され、かつ孤立した少数派」の保護のような、政治部門に対する2階の抑制を機能させるべき局面に限定されるべきであるとするのである。すなわち、最高裁が政治部門からの外部性を有しており、立法府や執行府による1階の政策選好においてはしばしば無視される少数派の権利保護に適していることから、シャウアーは司法府の憲法解釈の優越性を導き出すのであるが、そのような憲法解釈上の優越性が機能する場面は、「謙抑的な」憲法という概念によって極めて限定されているといえることができるであろう。

第2節 The Annoying Constitution —司法優越主義に関する消極的主張—

以上検討したように、シャウアーは一貫して司法優越主義を擁護する立場からの主張を繰り返しているが、最近の論稿においても興味深い主張をしている¹⁴⁴。シャウアーは2017年の論稿において、司法府の憲法解釈上の優越は、権威的な確定の観点のみならず、政治部門による自己の憲法上の抑制原理の執行または解釈を排除するという消極的な観点からも正当化されうると論じている。

すなわち、司法の優越性が出現するのは、裁判所固有の優越性ゆえでもなく、また、道徳的、政治的、法的、そして憲法上の不調和において、裁判所は価値のある確定機能をなすのに適しているからでもない。むしろ、司法の優越性の代替手段が、政治部門に対し、彼らがそれをなすことをおよそ期待できないような営為を課すがゆえに司法の優越性は立ち現れるのである、とシャウアーは指摘する¹⁴⁵。

シャウアーは、それまでの主張と同様に、司法府が政治部門に課す2階の抑制を重要視する。すなわち、憲法により付与される安定性が、短期的には利益になるが、長期的にはマイナスに働きうる政策を排除すること、もしくは憲法の機能を保つことが価値のある長期的な利益となりうる、という理由から、憲法は良い政策を追求する、賢明かつ最良の政治部門に抑制を課すのである。その例として挙げられるのが、第1節第2款で列挙したような事例である。これらは、少なくとも政治部門における短期的な価値ある行動ないし政策を無効にするような抑制であり、それらの多くが政策決定者にとってAnnoyingなものになりうるというのである¹⁴⁶。

このような憲法上の2階の抑制が、どのように解釈され、そして執行されるべきかという点につき、憲法解釈の権威についての中心的な問題が生じる。すなわち、誰が憲法のテキストを解釈し、2階の抑制を課するのかという問題に対応する議論として、ディパートメンタリズムは位置づけられるのである。シャウアーは、今日におけるディパートメンタリズムの提唱者は、より制約されない執行府が望ましく、逆に司法府は誤った実体的判断をなすと主張していることを指摘する¹⁴⁷。しかしながら、ディパートメンタリズムや人民立憲主義のように、憲法解釈における司法の優越を否定する立場は、外部的なルールの執行メカニズムを有していない点において、致命的な欠陥があることを指摘する。すなわち、シャウアーにおいては、立法府や執行府といった政治部門が、自らの政策にとって「煩わしい」抑制を自ら課すこと—

一つまは1階の政策選好に対する自己抑制——は期待できないという立場をとるのである¹⁴⁸。

以上のように、シャウアーは政治部門による1階の政策選好に対する外的な抑制システムとして司法府を重要視するが、対して執行府や立法府による憲法解釈の問題点として「動機づけられた推論 (motivated reasoning)」を挙げる。これは「何人も自らが関与する事件の裁判官になることはできない——*nemo debet esse iudex in propria causa*——」という命題とも関係するが¹⁴⁹、法律および憲法の解釈主体自身の権限を制限するような条項を解釈する際において、彼ら自身の権限についての解釈者による選好と相容れないような抑制を組織的に取り除くような解釈を生み出す、という事態が予想されることをシャウアーは指摘する。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、えてしてそのような障害・抑制を除去する解釈をしがちであるということである¹⁵⁰。すなわち、政治部門自体を抑制するために設けられた憲法条項を政治部門自身が解釈する際に、およそ自己抑制的な解釈は望むべくもなく、彼ら自身の1階の政策選好と親和的な解釈がなされる危険性があることが指摘されているといえよう。このような予測に基づくのならば、政治部門を抑制するために憲法を解釈する主体、すなわち2階の抑制を課す主体は、政治部門の外側に位置する司法府においてほかにはないのである。この意味において、政治部門にとってAnnoyingな抑制を司る裁判所という評価は、司法判断における「確定」機能とは対照的に、裁判所の憲法解釈自体の質に着目するものではなく、概して司法優越主義に関する消極的な支持と評価することができよう¹⁵¹。

第3章 ディパートメンタリズムの理論的位置づけ

ところで、ディパートメンタリズムは三権における憲法解釈の対等性を謳う理論ではあるが、その主眼あるいは主たる論点は、憲法解釈における

司法の最終性の是非であることは、これまでの議論からも明らかであろうと思われる。このような司法の最終性に対する疑義もまた、ミース以前においても存在していたのである。その代表格として挙げられるのが、リーガル・プロセス理論の代表的論者として名高いビッケルである¹⁵²。彼の代表作である「The Least Dangerous Branch (最も危険の少ない部門)」の第2版の序文を著したウェリントン (Harry H. Wellington) によれば、ビッケルが「最も危険の少ない部門」において最も問題としていたことは、司法の最終性についてであった¹⁵³。

ビッケルは、司法審査制を「我々の制度における反多数支配的な勢力 (counter-majoritarian force)」¹⁵⁴あるいは、「アメリカの民主主義における逸脱した制度」¹⁵⁵と評したが、彼の議論の核心は、そのように反多数支配的な司法審査制をいかにしてアメリカの民主制と調和させるかにあった。そのような民主制と司法審査の緊張関係にあって、最高裁はいかなる役割をいかに果たすべきかを論ずるに際し、彼の議論は司法府と政治部門の相互の関係性を重要視していくのである。このようなビッケル理論の特徴において、ディパートメンタリズムの正当化契機を見出したのが、前述のポウルセンであり、後述するデビンスとフィシャーであった。すなわち、ポウルセンにおいては、彼のディパートメンタリズムに関する前述の論文のタイトル (The Most Dangerous Branch) が、ビッケルの代表的著作のタイトルのオマージュであることもさることながら、自身の見解が司法優越主義に異議を唱えた数多くの学説に依拠するものであり、その一人にビッケルがいることを明言している¹⁵⁶。また、デビンスとフィシャーは、最高裁の憲法解釈における優越性を批判し、政治部門を含めた憲法秩序を提唱するに際し、ビッケルにおける「動態的憲法観」¹⁵⁷に共通性を見出している¹⁵⁸。以下においては、司法優越主義を否定し、政治部門と司法府との「対話」を提唱するデビンスとフィシャーの議論を素材に、ディパートメンタリズムとビッケルに代表されるプロセス

法学的司法審査理論の関連性を検討し、アメリカ憲法学におけるディパートメンタリズムの理論的位置づけについて探ることとする¹⁵⁹。

第1節 ビックル理論の遺産？ ―デビンスとフィシャーの議論を素材に―

本節においては、ディパートメンタリズムの理論的位置づけを検討する端緒として、デビンスとフィシャーの所論について概観する¹⁶⁰。彼らの主張は、ビックルの著書「最も危険の少ない部門」を引用しつつ、憲法秩序における政治的プロセスの重要性を強調している点において特徴的である。二人はまず、ディパートメンタリズムは「解釈上の無秩序」を招き、憲法解釈における司法の優越的権限こそが憲法を防護する唯一の手段であるとするシャウアーの主張¹⁶¹を批判する。すなわち、何が法であるかを権威的に確定する機関として司法府を措定するシャウアーのような議論は、政治的な安定性構築に対する解答にはなりえないし、むしろ政治的な不均衡を生み出し、司法権を維持するための脆弱な基盤を破壊しかねないものであるというのである¹⁶²。つまり、シャウアーが主張するような「権威的な確定」や「安定性」の促進を法の主要な役割であると措定したとしても、裁判所はその判決を実際に執行する権力なくして、「人民がその判決を受容することを許容するような方法で判決を宣言するように注意を払わなければならない」¹⁶³のである。このような実態において、最高裁の決定を最終的であるとみなしたとしても、政治部門は、それら判決を彼らの政策的嗜好に合わせて転化させることができるというのである。デビンスとフィシャーは、このような現象を「憲法の周縁化（marginalization of the Constitution）」と呼称する¹⁶⁴。そのうえで、政治的な安定性の促進は、シャウアーが主張するような司法府による権威的な確定ではなく、民主政治および人民との相互的な関係性が重要であると主張するのである。すなわち、「安定性とは、人民及びすべての統治部門が関与する、相互作用的なプロセスを通してのみ達成されるものなのであ

る」¹⁶⁵と。

このように、デビンスとフィシャーは、最高裁における憲法解釈の優越性によっては「権威的な確定」や「安定性」を構築することはできず、かえって政治部門による「憲法の周縁化」を招くと説く。そして、司法の優越性の代替手段として、裁判所、政治部門、人民の間における対話が必要であると主張するのである。すなわち、彼ら二人の主張するモデルにおいては、憲法上の政策決定や複雑な社会政策上の問題は、司法府を含む統治システム及び人民が組み込まれた一連のプロセスによって解決されることが志向されている。二人は以下のように述べる。

「特殊な利益集団による圧力が、異なった方法によって裁判所及び政治部門に影響を与えるがゆえに、異なった政策成果についてのコスト及び利益に関する広範な考慮は、政府全体の政策決定プロセスによって達成される。このような理由によって、裁判所と政治部門は、憲法上の価値を形成するに際し、双方ともに積極主義者であるべきなのである」

「感情的な批判や高度に分極化した問題は、完全主義で、時に凝り固まった司法府による宣言を通じてよりも、中道的な解決を生み出すような政治的妥協によるほうが、最良の解決へと結実するのである」¹⁶⁶

二人によれば、司法優越主義はおおよそ機能しがたい解決方法を提示するものであり¹⁶⁷、政治的な現実性と憲法上の価値は、三権による対等なる構築（coordinate construction）¹⁶⁸によって最良にも解決されるのである。換言するならば、ビックルの言う「政治機関及び社会との絶え間ない対話（continuing colloquy）」における「一方的ではなく相補的」¹⁶⁹な関係性によってこそ、憲法上の原理は最良にも展開するのである。

第2節 プロセス法学的司法審査観からの示唆 — ビッケル理論を中心に—

上記で検討したように、デビンスとフィシャーの学説においては、社会政策上の問題が裁判所のみならず立法府、執行府といった多様なアクター間の「対話」によって解決されることが望ましいとされており、部門間の相互的な関係性が重要視されていると言えよう。このような、司法府、立法府、執行府の関係における動態性を論ずるにあたり、ビッケルの動態的憲法観が頻繁に持ち出されるようになったのである¹⁷⁰。

しかしながら、上記のようにビッケル理論とディパートメンタリズムの重なりが指摘されていることをもって、ビッケルに代表されるプロセス法学的司法審査観とディパートメンタリズムの理論的關係性が十分に説明されたとはいえない。そこで、本節においては、ビッケルを含めたリーガル・プロセス学派の理論的核心を確認し、さらには、彼がいかなる意図をもって上記のような動態的憲法観を採用したのかについて検討を加えることとしたい。

第1款 リーガル・プロセス学派 —「原理」への 着目—

リーガル・プロセス理論とは、簡潔に言うならば「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」¹⁷¹を有する理論である。Lochner v. New York連邦最高裁判決¹⁷²に代表される形式主義的な憲法解釈観は、法の当該具体的事件への適用とは、予め条文中において定められた意味の機械的な適用に他ならないと論じた。すなわち、「憲法解釈はあくまで条文の意味の客観的・没価値的な発見」¹⁷³であり、「法」と「政治」は明確に分離されることを説いた。このような機械的・形式的司法観を前提とする形式法学に対する批判として、リアリズム法学が台頭する。リアリスト達は、判決形成において裁判官の主観的判断を排除することはできないし、そのような主観的判断を判決に

おける形式的・演繹的論理を以て隠ぺいすることへの批判を表明した¹⁷⁴。すなわち、裁判官の判決形成においては、一般的原理やルールなど存在せず、むしろそれらは、政策的利益への考慮、あるい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のが彼らの見解であった。

このように、それまでの形式主義的な司法観を批判し、裁判官による法形成の契機を強調するリアリズム法学の立場を継受しつつ、なおリアリストの主張に批判的立場を採り、「判決形成の際のポジティブな指針の模索」¹⁷⁵に挑戦したのが、リーガル・プロセス学派と呼ばれる法理論家達であった。彼らの根底には、「アメリカの民主主義における逸脱した制度」¹⁷⁶たる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。そのような正当化理論を構築するに際し、彼らの議論は「裁判所の制度的特質ないし限界を強調」¹⁷⁷している点において特徴的であるといえよう。すなわち、裁判所、立法府、執行府、私人を法形成主体と観念し、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である。このような視点において、裁判所が果たすべき役割として彼らが強調するのが、reasoned elaboration (理屈の通った入念な説明)¹⁷⁸である。その趣旨は、法規範の形成において裁判所にふさわしい役割とは、関連する社会的利益に関する自らの価値判断ではなく、合理的な説明によって導出されるような判断をすること¹⁷⁹、換言するならば、「他の確立された法適用との「一貫性」を保ち、法の根底にある「政策」、「目的」ないし「原理」を明晰化し展開すること」¹⁸⁰であると主張したのである。このように、立法府や執行府といった政治部門と対比されるべき司法過程の機能的特質を、reasoned elaborationを基軸とした原理 (principles) の追求に求めた点において、リーガル・プロセス学派の基本的な一致が見られる¹⁸¹。原理を司る裁判所という、リーガル・プロセス学派の主張の中心的要素を確認したうえで、その代

表的論者であるビックルの議論について次に検討する。

第2款 ビックル —The Passive Virtues—

上記のような、reasoned elaborationなる概念を基軸とする、政治過程と区別される司法過程が果たすべき役割論は、その後ウェクスラー（Herbert Wechsler）による「中立的原理」¹⁸²論等によりその理論的な発展が試みられた。そのような系譜に連なるのが、ビックルの業績である。彼の議論における中心的課題は、「司法審査制とは、我々の制度における反多数支配的な勢力である」¹⁸³という言葉に的確にも表明されているように、「一方における社会的な同意や多数派支配の維持の必要性和、他方における憲法上の司法審査の実践との間の基盤的な緊張」¹⁸⁴に関する探究にあった。

このような理論的基軸のもと、「反多数支配的な勢力」たる裁判所をいかにアメリカ民主制に適合せしめるかにつきビックルが着目したのも、やはり「原理」の実現にあった。すなわち、ウェクスラーが述べるように、司法審査とは「我々の社会における一定の恒久的価値を宣言し、そして適用する原理づけられた過程」¹⁸⁵なのであり、最高裁は「絶え間のない適用が可能な真の原理に基づいて行動しなければならない」¹⁸⁶、つまり、「一般の原理に基づいてのみ憲法上の問題を決定」¹⁸⁷しなければならないのである。ここにおいて、しばしば便宜（expediency）に基づいて行動する立法府と、原理に基づいて行動する司法府の役割分担を論じ、「永続的な価値」の「宣明者かつ保障者」としての役割を有する裁判所¹⁸⁸の役割分担を見出しているのである。

次に、裁判所がいかに原理を宣明すべきかについてという問題につきビックルが提唱するのが、「消極の美德（The Passive Virtues）」¹⁸⁹なる手法である。すなわち、最高裁が憲法上の問題について決定を下す際に、原理とは相反するような立法を無効にもしうるし、原理に一致する立法として「正当化」もしうるが、最高裁の採用すべき道は第三の道、つまりはそのどちらもしないとい

う手法であると論ずるのである¹⁹⁰。最高裁は、例えば事件・争訟性や当事者適格、成熟性、裁量的上訴、政治問題の法理などを駆使して、原理に直接的に踏み込むことなく、事件を処理することで「時期尚早な、あるいは不適切な憲法問題への裁判所の介入を防ぐことができる」¹⁹¹のであり、立法府や執行府等の政治部門に対し、原理の問題について再考を促すことができるというのがビックルの主張であった。

ここにおいて、デビンスやフィシャー、ポウルセン等のディパートメンタリズム論者が依拠するような、ビックル理論における動態的憲法観が顕在化する。すなわち、「消極の美德」というテクニックを用いることによって、原理の宣明者としての最高裁の制度的な役割を枠づけ、それによって政治部門との衝突を避けつつ、「他権の複雑な原理を取り上げ、それらを対話に引き出し、応答させる」¹⁹²という相互的な関係性をビックルは構想していたと思われる¹⁹³。換言するならば、「政治部門及び社会との継続的対話」¹⁹⁴という、原理を実現するためのプロセスをビックルは強調していたのである。

第3節 小括

以上概観したようなビックル理論と、後のディパートメンタリズム論者の主張の親和性を簡潔にまとめると以下のようなになる。すなわち、ビックルは、それまでのリーガル・プロセス学派の理論家と同様に、法形成過程における裁判所の機能的特質、つまりは原理の宣明者としての裁判所の役割の強調に至った。そのような原理の宣明をいかにすべきかにつき、その本質において反多数支配的な勢力である裁判所は、「消極の美德」というテクニックを用いつつ、原理の相互的な発展を目的として政治部門との継続的対話をなすべきであるというのが、ビックルの思い描く動態的憲法観である。憲法解釈における司法の優越性を否定し、三権における対等な憲法解釈を謳うディパートメンタリズムの提唱者は、憲法上の問題をいかに解決するかにつき、しばしば「対話」¹⁹⁵や「解

積上の綱引き」¹⁹⁶といったモデルを提示してきた。三権相互の関係性による憲法秩序の形成という動態的なモデルを指定する点において、ディパートメンタリズムとリーガル・プロセス学派の代表格たるビックルの理論には親和性があるというべきであろう。

しかしながら、ビックルにおいて重視されていたのは、それまでのリーガル・プロセス学派と同様に、裁判所による原理の実現であった。すなわちビックルは、原理の内容について、「合理的で、かつ争いのない、共有された価値選択に依拠したものが合憲である」¹⁹⁷と述べる。彼は、「消極の美德」という原理の実現手法、そして原理の内実として、国民的コンセンサスに限定されない将来的に得られるであろう原理をも観念することにより、司法過程のあるべき姿を導出しようと試みたのである。

ところで、ウィットントン (Keith E. Whittington) によれば、司法優越主義とは、立法府を支配する便宜に関する考慮と司法府を支配する原理に関する考慮の間の明確な区分に端を発するものである¹⁹⁸。コーウィン (Edward S. Corwin) が述べるように、「法は発見されるというより創造されるもの」¹⁹⁹であり、立法府が、単に便宜に関する考慮に基づいて行動するのに対し、「司法府は先例や論理、言葉に関する繊細な意味、そして彼ら自身の道徳的帰結に関する知覚によって統制される」²⁰⁰のである。このようなテーゼは20世紀初頭のリアリズム法学を経て、ウェクスラー、ハート、ウェリントン、そしてビックルといったリーガル・プロセス学派の理論家達へと継受されていった²⁰¹。望ましい法的帰結の導出のために、便宜を扱う立法府と区別して「原理のフォーラム」たる司法府を観念することは、司法優越主義の理論的根拠となりうるというのが、ここにおけるウィットントンの主張である。したがって、リーガル・プロセス学派の理論的特徴が、司法過程が実現すべき原理への着目に見いだされるのであれば、彼らにおける司法過程観とディパートメンタリズム論者が想定するそれとは、必ずしも一致しないといえ

よう。

しかしながら、法形成過程において、司法府、立法府、執行府、私人といった法形成における多様な主体を想定し、それぞれの制度的適性に応じた役割のもと、各法形成機関との協調的・相互的な関係性を重視するといったリーガル・プロセス学派における理論的特徴は、ディパートメンタリズムにおける三権の憲法解釈の相互的な関係性、あるいは「対話」といった憲法秩序における動態性を重視する立場に親和的であるといえる。ここにおいて、それまでの司法優越主義的な理論に対し、執行府や立法府の憲法解釈への注目を促すというある種の視座転換を志向するディパートメンタリズム論者が、司法府の機能的特質、制度的な役割に着目するリーガル・プロセス学派におけるプロセス的思考に共通点を見出し、三権による動態的秩序形成というダイナミックなモデルの理論的基盤を提示するという試みが、ビックル理論への依拠という形になって表面化したといえるのではなかろうか。

第4章 展望

以上述べてきたように、本稿の主たる考察対象であるディパートメンタリズムは、なるほどその端緒としては、それまでの司法積極主義的な最高裁を抑制しようという意図から生じた、極めて政治色の強い憲法観であった。しかしながら、その理論的な基盤には、合衆国憲法の起草者意図、民主制における司法審査の正当性の模索といった、アメリカ憲法学界を席卷してきた中心的論点が伏在していたことが指摘できよう。

以上を踏まえ、本稿が我が国の憲法学に与える理論的な示唆、並びに今後の展望について最後に述べることとする。

第1節 司法の活性化議論との関連性

第1款 司法の抑制理論の転換

昨今の日本憲法学における中心的論題の一つが、違憲審査の活性化に存するというのは、衆目

の一致するところであろう²⁰²。すなわち、法令違憲判決の少なさ等の理由から、最高裁は司法消極主義的であり、人権保障、憲法秩序の保障を満足には遂行していないことが度々指摘されてきた。我が国においては、最高裁の憲法判断の活性化に向けた違憲審査基準論の構築、あるいは制度構築に関する議論²⁰³が盛んであるのに対し、ディパートメンタリズムとは、そもそもは司法積極主義的なウォーレン・コート、バーガー・コートへのけん制として保守派の法律家が提唱した理論であった。このように、ディパートメンタリズムの理論的な淵源を考慮すると、我が国における最高裁の現状、および議論状況には逆行する議論であるようにも思われる。しかし他方において、本稿において紹介したポウルセンやデビンス、フィシャーといった面々の主張は、必ずしも司法府の消極主義的な態度を促すものでもない。それは、デビンスとフィシャーの論文における以下の記述からも読み取ることができる。

「特殊な利益集団による圧力が、異なった方法によって裁判所及び政治部門に影響を与えるがゆえに、異なった政策成果についてのコスト及び利益に関する広範な考慮は、政府全体の政策決定プロセスによって達成される。このような理由によって、裁判所と政治部門は、憲法上の価値を形成するに際し、双方ともに積極主義者であるべきなのである」

「感情的な批判や高度に分極化した問題は、完全主義で、時に凝り固まった司法府による宣言を通じてよりも、中道的な解決を生み出すような政治的妥協によるほうが、最良の解決へと結実するのである」²⁰⁴

加えて、ポウルセンも「解釈上の綱引き」²⁰⁵という言葉で、三権におけるダイナミックな憲法秩序形成というモデルが提示されている。彼の議論においても、対等な三つの憲法解釈主体間における競争的な見解による相互作用が強調されていた。すなわち、そこで重視されているのは、憲法解釈

主体相互における「継続的対話」であり、そのような動態的なモデルにおいて否定されるべきは、あくまで司法府における優越的な憲法解釈権限であり、司法府が常に謙抑的であることをも要請するものではない。むしろ、憲法秩序形成の一翼を担う部門として、司法府においても政治部門との「継続的対話」への参画もまたディパートメンタリズムからは要請されるのである。このようなディパートメンタリズムの理論的特徴からして、単に司法抑制理論としてのみ同理論を捉えることは、必ずしも適切な理解ではないといえよう。

第2款 「司法の最終性」という視角

上記で述べたように、憲法判断に消極的な我が国の最高裁に対し、アメリカにおいては、司法府こそが憲法の最終的解釈権限を有するとの宣言に対する反発として、ディパートメンタリズムあるいは人民立憲主義といった、最高裁以外の憲法解釈主体の意義を強調する理論が勃興したという事情がある。いわば、司法の優越的地位に対する反発が生じる前提として、最高裁が憲法判断に積極的であるという状況がアメリカにおいては存在し、ここにおいて我が国の最高裁を取り巻く状況との差異を見て取ることができる。

ところで、かつて入江俊郎は、統治行為論につき、「現在認められている三権分立の下における司法権には、それが政治の領域と対決した場合に、政治の必要と妥当の為に、さもなければ踏み込みうる領域であるに拘わらず、踏み込み得ないとされる領域があるということになるのである」²⁰⁶と主張した。ここにおいて入江は、政治の領域と裁判所が対決するようなケースに司法が「踏み込む」ことの危険を警戒していると蟻川恒正は指摘する²⁰⁷。このような入江の主張からは、政治部門との対決事例において、「財布も剣も持たない」国家機関たる最高裁が政治的敗北を喫することへの危機感ゆえに「当の最高裁自身が、自らの憲法判断を国政上最終的なものとは考えていない」²⁰⁸ことを見て取ることができる。すなわち、最高裁が憲法判断を積極的になすということは、極端な事

例としては、「政治の裁判化や裁判の政治化を招きうるといふ危険性」²⁰⁹を引き受けなければならないことを意味し、そうであるならば、違憲審査の活性化が憲法解釈における司法府の權威性の否定という事象につながりうる可能性をも秘めているのである²¹⁰。

また、最高裁の憲法判断手法における一つの特徴として、制定法の合憲解釈による、政治部門に対する憲法上の統制が挙げられる。換言するならば、「時として制定法を大胆に限定ないし拡大解釈することで、制定法を違憲とすることなく、立法府に統制を及ぼす」²¹¹という手法である。Krotoszynskiが、このような最高裁の態度について端的に指摘している。

「日本の最高裁判所は、部門間の衝突を回避したがっており、限定解釈の使用は、特定の立法に関する無効の宣言を必要とすることなく憲法上の制約を執行するための利便性ある手段を提供しているのである。最高裁判所の動機は、ひそかな立法権の行使ではなく、最高裁判所の裁判官がホブソンの選択とみなすもの、すなわち、憲法上の原理を放棄するか、もしくは政治部門の権限に直接異議を唱えるかという選択自体を回避することにあるのである」²¹²

要するに、日本の最高裁は、制定法について明確に違憲と宣言することで生じる立法府との摩擦を回避するという動機を有しており、かといって憲法上の原理自体を放棄するという選択をすることもなく、いわばその中道である制定法の合憲解釈という手法を通じて、間接的に政治部門を統制してきたというのである。

アメリカにおける司法優越主義とディパートメンタリズムに関する論争、そして入江やKrotoszynskiの指摘が示すように、司法府が憲法解釈において積極的であるか、あるいは消極的であるかという問題と、司法優越主義が貫徹されるべきか、それとも三権に対等な憲法解釈権限を認めるというディパートメンタリズム的な方途を採

用するのかという問題は、密接に関連する。すなわち、「違憲審査の活性化は、政治の裁判化や裁判の政治家を招きうるといふ危険性を引き受けつつ、政治との緊張関係のなかで、追求され実現される」²¹³のであり、そうであるならば、違憲審査の活性化論議において、なお憲法問題の最終的決着者としての司法府の地位は保たれうるのか、もしくは保たれるべきなのかという問題が顕在化するのである²¹⁴。ここにおいて、司法府における最終性を前提としないディパートメンタリズムにおける違憲審査制理解が、今後の「司法部の立ち位置」²¹⁵を探る際に解明すべき問題点を現出させているといえよう。

第2節 「憲法解釈の主体」という視点 —Who interprets?—

第1款 政治部門の憲法解釈

ディパートメンタリズムが提起する問題として、司法の最終性に関する議論と同様に重要な点は、「誰が解釈するのか」、すなわち憲法解釈の主体に関する議論であろう。冒頭で述べたように、いうまでもなく、日本の憲法学において憲法解釈の主体として観念されてきたのは、最高裁判所を中心とする司法府であり、従来の憲法解釈論において決定的に重要視されてきたのは、裁判所が司法審査をなすにあたって「いかに憲法を解釈すべきか」という問題であった²¹⁶。そのような、憲法解釈に関しては専ら裁判所の憲法解釈が念頭に置かれてきたという事情はアメリカにおいても同様であるが²¹⁷、とりわけディパートメンタリズムにおける大統領や立法府の解釈権限を強調する議論は、憲法解釈の主体についての検討の必要性を顕在化させるものである²¹⁸。すなわち、「複数の統治機構の活動を通して、時間軸の中で形成されていくと捉える憲法解釈の動態的視座」²¹⁹に立って憲法秩序を考察する場合、各部門の相互性もさることながら、立法府や執行府といった政治部門の解釈に従った憲法秩序に目を向けることが必要不可欠となろう。野坂泰司によれば、最高裁による憲法解釈が頻繁になされるわけではないという

我が国の現状、及びそもそもすべての問題が憲法訴訟として持ち込まれるわけではないというある意味当然の理由から、憲法上の争点に関して、立法府や執行府の憲法解釈に従った憲法秩序が形成されている。すなわち、最高裁における憲法訴訟を通じて形成される憲法秩序は領域的に限られたものであり、政治部門の解釈に従った憲法秩序は真剣に受け止められるべきであるというのである²²⁰。このように、最高裁において憲法判断が頻繁になされるわけではなく、とりわけ第3章を除く憲法規定の解釈が「事実上国会・内閣の解釈に委ねられている」²²¹以上、少なくとも「最高裁判所の有権解釈が下されるまでの間」²²²は、執行府や立法府といった政治部門の憲法解釈が「国家の最高法」となっている領域が、現状の憲法秩序の過半を占めていることもまた事実であろう²²³。

このように、我が国の憲法秩序において執行府や立法府の果たす役割が大きいことに比して、従来の憲法学は、憲法の終局的な解釈権限を有するのは最高裁判所であるとの前提のもと、その主たる分析対象は司法府による憲法解釈であると捉えてきた。無論、実効的な人権保障、あるいは憲法価値の実現において司法府の果たすべき役割は大であるが、現状において、政治部門の憲法解釈権限を前提とした制度的視点からの分析は、そのプレゼンスの大きさに比した場合、十分になされているとはいいがたい²²⁴。ディパートメンタリズムは、抑制と均衡システムのもと、司法の優越性を前提としない、憲法解釈主体間における動態的なプロセスを志向する理論であるが、同時に、憲法解釈機関としての執行府・立法府が国政秩序形成において果たすべき役割、あるいはあるべき憲法解釈の在り方について分析することを促す理論でもある²²⁵。

第2款 立法府の憲法解釈の再定位？

上記においては、憲法解釈の「主体」という問題に光を当てるのがディパートメンタリズム理論であり、その理論的示唆として、執行府・立法府の国政秩序形成における位置づけを把握するこ

とが不可欠であることを述べた。いわば、今まで「必ずしも十分に行われてこなかった」²²⁶制度的視点に立った考察を喚起するものであるが、これに対し、従来論じられてきた問題における視座転換を促す可能性について、最後に俯瞰したい。

高見勝利は、憲法訴訟論において語られる立法裁量や合憲性の推定、司法の自己制限や司法消極主義といった概念は、一つのあるべき理想的な立法者像を前提にして成り立っていると指摘する²²⁷。すなわち、最高裁が上記のような手法を採用する前提として、立法府の憲法解釈の重要性を「裏で」認めているというのである²²⁸。また、戸松秀典は、立法裁量は「裁判所が法律の合憲性の審査を求められたとき、立法府の政策判断に敬意を払い、法律の目的や目的達成のための手段に詮索を加えたり裁判所独自の判断を示すことを控える」²²⁹という一種の裁判法理であると論じ、あくまで立法府の裁量事項か否かを判断する主体を裁判所と措定する²³⁰。そして、法令の合憲性判断へと帰着する立法裁量という手法は、逆に言えば立法府の政策決定を正当化するという意味をも有すると論ずる²³¹。すなわち、立法裁量という手法を用いることによる、立法府の正当化という機能から、司法権による政策形成機能を論ずることができるというのである²³²。

さて、上記の分析にかんがみるに、立法府の憲法解釈の重要性を「裏から」認めるような従来の学説や最高裁判例において、ディパートメンタリズム類似の思考を看取することができる。つまり、司法府を憲法解釈の主体と措定したうえで、立法裁量、あるいは統治行為論等の手法中において、いわばビルト・インされた状態で立法府の憲法解釈が読み込まれてきたという面を指摘することができるのではなからうか。しかしながら、裁判所を憲法解釈の主体として措定したうえで、立法裁量や統治行為論といった手法を論ずることは、政治部門の憲法解釈を十分に顕在化させるには至らない。統治行為論によって司法権の踏み込みうる領域を限界づけたり、ある事柄につき立法府の広い裁量に委ねたうえで、例外的に限界を超

えた場合にのみ違憲とするという手法において、実際に立法府や執行府がいかなる憲法解釈をなすのかについては不明確な点が必然的に残存する。ディパートメンタリズムは、従来司法府を主体として論じられてきた上記問題を、解釈の主体という観点から考察し、必ずしも明確化されてこなかった政治部門の憲法解釈を明確化させるという理論的意義を提示するものである²³³。

結びに代えて

以上、80年代のアメリカにおいて勃興したディパートメンタリズムの概要を粗描した。しかしながら、ディパートメンタリズムを我が国の憲法解釈論にどのように適合させるか、換言するならば、いかなるディパートメンタリズムのモデルが我が国の憲法秩序に適合的かにつき、本稿は解答を付与するに至っていない²³⁴。さらには、執行府や立法府の憲法解釈の在り方についても、詳細に論じることはできなかった。その他、ディパートメンタリズムが法の支配といかなる関係にあるのか²³⁵等についても、さらなる探究が必要であろう。積み残した課題は多岐にわたるが、それらを今後の課題として認識しつつ、その考察については他日を期す。

「『何が法であるかを語るのは、断固として司法の職分であり責務である。』この判決は、連邦司法府が憲法を提示するうえで最高であるという基本原理を宣言したのであり、この原理は、我々の憲法制度の恒久的かつ不可欠な特徴として、この連邦最高裁及び国家によって尊重されてきたのである」という部分である。Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 18(1958).

⁶ See, Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*(Princeton University Press, 1988); Sanford Levinson, *Could Meese Be Right This Time?*, 61 TUL. L. REV. 1071(1987); Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 GEO. L.J. 217(1994).

⁷ Ernest A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. COLO. L. REV. 1139(2002).

⁸ See, Louis fisher and Neal Devins, *Political Dynamics of Constitutional Law*(4th ed.2006).

⁹ 岡室悠介「憲法における「人民」の位相—合衆国における人民立憲主義論を素材として（一）」阪大法学66 巻1 号（2016 年）130 頁。参照、阪口正二郎「アメリカ憲法学とニューディール再考」『国家と自由—憲法学の可能性』（日本評論社、2004 年）17 頁以下。

¹⁰ See, Larry D. Kramer, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW*(Oxford University Press, 2004). E. Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*, 2004 U. ILL. L. REV. 673, 674(2004).

¹¹ Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*(Princeton University Press, 1999). 人民立憲主義に関する論稿として、岡室・前掲注9) のほか、参照、岡室悠介「憲法における「人民」の位相—合衆国における人民立憲主義論を素材として（二）（三・完）」阪大法学66 巻2号（2016年）387頁以下、阪大法学66巻5号（2017年）921頁以下、木下智史「合衆

¹ ディパートメンタリズムに関する邦語文献として、参照、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）104頁以下。

² Edwin Meese III, *The Law of the Constitution*, 61 TUL. L. REV. 979(1987).

³ *Id.* at985-986.

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137(1803).

⁵ 司法優越主義の典型的な例としては、しばしば後述のCooper v. Aaron連邦最高裁判決が挙げられる。すなわち、「憲法第6条は、憲法典を『この国の最高の法（supreme law）』とするものである」と言明し、マーシャル判事の言葉として

- 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」をめぐって」阿部照哉喜寿記念『現代社会における国家と法』（成文堂、2007年）353頁以下など。
- ¹² See, Frederick Schauer, *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*, 92.CALIF. L.REV.1045(2004).
- ¹³ 2016年の2月19日と20日にWilliam & Mary Law School において、Judicial Supremacy v. Departmentalism と題するシンポジウムが開催されている。（<https://law.wm.edu/news/stories/2016/feb.-19-20-judicial-supremacy-v.-departmentalism.php> 2019年5月25日閲覧）
- ¹⁴ 参照、大林・前掲注1）121-127頁。
- ¹⁵ 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、2011年）155頁。
- ¹⁶ 例外的な論稿として、参照、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）61頁以下、野坂泰司「憲法解釈の理論と課題」公法研究66号（2004年）1頁以下など。
- ¹⁷ 参照、土井真一「違憲審査制と最高裁の活性化—法の支配と違憲審査制」論究ジュリスト2号（2012年）160頁以下。
- ¹⁸ 佐藤美由紀「『違憲判決の効力』論の変遷」杏林社会科学第19巻3号（2003年）31頁。
- ¹⁹ 橋本公巨『憲法』（青林書院、1972年）574頁。
- ²⁰ 佐藤幸治「違憲判決の効力」『現代国家と司法権』（有斐閣、1989年）306頁。
- ²¹ 大沢秀介「法令違憲判決の効力」高橋和之＝大石眞編『憲法の争点（第3版）』（有斐閣、1999年）251頁。
- ²² 佐藤・前掲注20）339頁。
- ²³ 佐藤・前掲注20）340頁。
- ²⁴ 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）220頁。
- ²⁵ 野中俊彦「判決の効力」芦部信喜編『講座憲法訴訟3』（有斐閣、1987年）117頁。
- ²⁶ 野中・前掲注25）121頁。
- ²⁷ 野中・前掲注25）122頁。
- ²⁸ 大沢・前掲注15）155頁。
- ²⁹ 参照、土井真一「憲法判例と憲法学説」公法研究66号（2004年）130頁以下。
- ³⁰ 参照、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）。
- ³¹ 参照、佐々木雅寿「最高裁判所と政治部門との対話—対話的違憲審査の理論」論究ジュリスト12号（2015年）206頁。
- ³² 土井・前掲注29）133頁。
- ³³ 参照、土井真一「憲法判断の在り方—違憲審査の範囲及び違憲判断の方法を中心に」ジュリスト1400号（2010年）59頁。土井は、最高裁における憲法判断あるいは権利救済の手法につき、「基本的人権をはじめとする憲法的価値と善き政策の調和が、最高裁判所の違憲審査権のみによって実現し得るものではなく、憲法上の機関相互における対話が必要であることを物語っている。裁判所は、法の維持と権利の保障を司る法原理部門であるが、それと同時に、その任務の遂行を通じて、統治機構全体において実現されるべき憲法政治の担い手でもある」と述べる。
- ³⁴ 内閣法制局の憲法上の位置づけにつき、参照、横大道聡「執行府の憲法解釈機関としてのOLCと内閣法制局」研究論文集—教育系・文系の九州地区国立大学連携論文5巻1号（2011年）1頁以下、藤田宙靖「覚え書き—集团的自衛権の行使容認をめぐる違憲論議について」自治研究92巻2号（2016年）3頁以下。
- ³⁵ 参照、佐々木雅寿「対話的違憲審査の理論」新世代法政策学研究19号（2013年）6-9頁、「日本国憲法研究 座談会」論究ジュリスト12号（2015年）234頁、横大道聡「大統領の憲法解釈—アメリカ合衆国におけるSigning Statementsを巡る論争を中心に—」鹿児島大学教育学部研究紀要人文・社会科学編59巻（2008年）124頁。
- ³⁶ Larry Alexander and Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110

HARV. L. REV. 1359, 1387(1997).

³⁷ 樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、1998年）395頁。

³⁸ See, Harry H. Wellington, *foreword* of THE LEAST DANGEROUS BRANCH at xii(1962).

³⁹ 園部逸夫『最高裁判所十年—私の見たこと考えたこと』（有斐閣、2001年）241頁。

⁴⁰ 参照、「日本国憲法研究座談会—対話的違憲審査」論究ジュリスト12号（2015年）218頁以下。

⁴¹ 安西・前掲注16）68頁。

⁴² 新井誠「議会と裁判所の憲法解釈に関する一考察」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）192頁。

⁴³ 参照、土井・前掲注33）59頁。

⁴⁴ “Speech before the American Bar Association,” in Steven Calabresi ed., *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, 47 - 54(2007).

⁴⁵ *Id.* at 54.

⁴⁶ 梅川健「レーガン政権における大統領権力の拡大—保守的法律家の憲法解釈と署名見解の制度化—」『年報政治学2011 - I』（2011年）264頁。原意主義に関する業績は枚挙に遑がないが、さしあたり代表的なものとして、参照、大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成—合衆国における原意主義論争を素材として—』（日本評論社、2010年）、土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義—幸福追求権解釈への予備的考察をかねて—（一）（二）（三）（四）」法学論叢131巻1号（1992年）1頁以下、131巻3号（1992年）1頁以下、131巻5号（1992年）1頁以下、131巻6号（1992年）1頁以下、野坂泰司「憲法解釈における原意主義（上）（下）」ジュリスト926号（1989年）78頁以下、ジュリスト927号（1989年）81頁以下。

⁴⁷ Calabresi, *supra* note 44, at 53.

⁴⁸ 大林・前掲注1）117頁。

⁴⁹ Meese, *supra* note 2, at 981.

⁵⁰ *Id.* at 982.

⁵¹ *Id.* at 983.

⁵² このような区分は、フランクファーターによ

ってもなされている。すなわち、「憲法適合性に関する究極の試金石は憲法それ自体であり、我々が憲法について語るものではないのである。」Graves v. O’Keefe, 306 U. S. 466, 491-492(1939) (Frankfurter, J., concurring).

⁵³ Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. 393(1856).

⁵⁴ 3 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN 142-143(1953).

⁵⁵ *Id.* at 243.

⁵⁶ 山本龍彦＝大林啓吾「司法審査論の新天地（二・完）」桐蔭法学13巻1号（2006年）3頁。

⁵⁷ Abraham Lincoln, First Inaugural Address(Mar. 4, 1861).

⁵⁸ Meese, *supra* note 2, at 985.

⁵⁹ 358 U.S. 1(1958).

⁶⁰ 347 U.S. 483 (1954).

⁶¹ Cooper, 358 U.S. at 18.

⁶² その代表格が、Roe v. Wade 連邦最高裁判決である。410 U.S. 113(1973).

⁶³ 岡山裕「イデオロギー政治の変容と連邦司法人事—共和党政権の人事戦略の「転換」を中心に」五十嵐武士＝久保文明編『アメリカ現代政治の構図：イデオロギー対立とそのゆくえ』（東京大学出版会、2009年）231頁。

⁶⁴ 岡山・前掲注63）234頁。

⁶⁵ Steven M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement: THE BATTLE FOR CONTROL OF THE LAW*, 140-142(Princeton University Press2008).

⁶⁶ 梅川・前掲注46）257頁。

⁶⁷ キャラブレシは、ミースのチュレーン大学における講演の際も、重要な役割を果たしている。See, Steven G. Calabresi, *Caesarism, Departmentalism, and Professor Paulsen*, 83 MINN. L. REV. 1425(1999). レーガン政権による署名時声明の制度化について、参照、梅川健『大統領が変えるアメリカ三権分立—署名時声明をめぐる議会との攻防—』（東京大学出版会、2015年）。

⁶⁸ Teles, *supra* note 65, at 142. Sidney Blumenthal,

“Quest for Lasting Power: A New Generation is Being Nurtured To Garry the Banner for the Right,” *Washington Post*, September 25, 1985.

⁶⁹ 横大道・前掲注35) 92頁。

⁷⁰ 梅川・前掲注46) 260頁。See, Memorandum from Steven Calabresi and John Harrison to Edwin Meese, Presidential Signing Statements(Aug. 23 1985).

⁷¹ 梅川は、大統領による法解釈や法の不執行の宣言が盛り込まれている場合は「実質的署名時声明」、それ以外を「修辭的署名時声明」と分類する。「実質的署名時声明」の内容につきさらに敷衍すると、具体的な条文もしくは立法の一部に対して違憲性を明確に述べている場合、または憲法上の問題を指摘している場合、当該立法が過去の最高裁の憲法判断に触れていると指摘している場合、当該立法の特定の条文について、解釈を施すと明言している場合が「実質的署名時声明」に分類されとする。参照、梅川・前掲注67) 215-218頁。

⁷² Stuart Taylor, *Liberties Union Denounces Meese*, N.Y. TIMES, Oct. 24, 1986, at A17, col.1.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Mark Tushnet, *The Supreme Court, the Supreme Law of the Land, and Attorney General Meese: a Comment*, 61 TUL. L. REV. 1017, 1017(1987).

⁷⁵ See, Sanford Levinson, *Constitutional faith* (Princeton University Press, 1998). レヴィンソンについては、参照、岡室・前掲注11) 阪大法学66巻2号(2016年) 387頁以下、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究者」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。

⁷⁶ 岡室・前掲注11) 阪大法学66巻2号(2016年) 395頁。

⁷⁷ Levinson, *supra* note 6, at 1071.

⁷⁸ *Id.* at 1077.

⁷⁹ *Id.* at 1076.

⁸⁰ *Id.* at 1077.

⁸¹ *Id.* at 1078.

⁸² 395 U.S. 486, 549(1969).

⁸³ 418 U.S. 683, 704(1974).

⁸⁴ 505 U.S. 833 (1992). なお、同判決の解説として、高井裕之「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(2)」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012年) 98頁以下。

⁸⁵ 521 U.S. 507(1997). 同判決に関する邦語文献として、安西・前掲注16) のほか、宮原均「連邦議会の立法権限」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012年) 10頁以下。

⁸⁶ *Id.* at 868.

⁸⁷ Daniel A. Farber, *Judicial Supremacy Today: The Importance of Being Final*, 20 CONST COMMENTARY 359, 359(2003).

⁸⁸ Boerne, 521 U.S. at 535-536.

⁸⁹ Paulsen, *supra* note 6, at 221-222.

⁹⁰ *Ex parte Merryman*, 17 Fed. Cas. 144(1861).

⁹¹ See, Michael Stokes Paulsen, *The Merryman Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation*, 15 CARDOZO L. REV. 81 (1993)

⁹² Paulsen, *supra* note 6, at 276.

⁹³ 同事件において、司法長官ベイツ(Edward Bates)は、大統領に対する司法府の優越を批判するに際し、各部門間の同格性を説く。すなわち、「三つの部門のうちの一つに、自身の権限の内実及び他部門の権限の内実について決定することを許容するのであれば、その部門は政府組織全体を統制することができる。……我々の政府を同格な三部門に分割した起草者たちは、部門間における諍いを裁定し、各部門をその領域内に留めおくといった、裁定者としての地位を創出しなかった。」See, 10 Op. Att'y Gen. 74, 76 (1861).

⁹⁴ Paulsen, *supra* note 6, at 241.

⁹⁵ トライブも「連邦司法部は、何が法であるかを宣言する権威に関する憲法上の承認、もしくは他部門に比してより優れた憲法上の能力ゆえに

かかる権限を推定しているわけではない。むしろ、法解釈権限は、憲法第3条における『事件及び争訟』を決するために、連邦司法部に付与された権威に『付随する』ものである。」と述べる。See, Laurence. H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 722(Foundation Press, 2000).

⁹⁶ Marbury, 5 U.S. at 177.

⁹⁷ *Id.* at 177.

⁹⁸ *Id.* at 178.

⁹⁹ Paulsen, *supra* note 6, at 243.

¹⁰⁰ *Id.* at 220.

¹⁰¹ Marbury, 5 U.S. at 177-178.

¹⁰² Paulsen, *supra* note 6, at 244.

¹⁰³ *Id.* at 244-245.

¹⁰⁴ ビックル (Alexander M. Bickel) は、一般法が憲法に違反しているかを決する権限が誰に付与されるべきかという問題について、マーシャルが結論を出すことを避けていることを指摘したうえで、「かかる問題を立法府に丸投げすることは、彼ら自身の権限が制限されるべきものに、制限を創設させることを許容することを意味する。しかし、憲法は立法府のみの権限を制限しているわけではなく、裁判所についても同様にその権限に制限を課しているものであり、それゆえに、裁判所に制限を創設させることを許容するのは、等しく不合理なことなのである。裁判所は選挙によって選出されたのではないから、さらに不合理であるともいえよう。」と述べる。すなわち、マーシャルは憲法解釈における司法の優越ではなく、すべての部門における同格的な審査権限を証明したと主張するのである。See, Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 3-4(Yale University Press, 1962).

¹⁰⁵ Paulsen, *supra* note 6, at 244.

¹⁰⁶ THE FEDERALIST No. 78, at 394.

¹⁰⁷ Paulsen, *supra* note 6, at 246.

¹⁰⁸ *Essays of Brutus*, No. XI, *reprinted in* 2 HERBERT J. STORING, THE COMPLETE

ANTI-FEDERALIST, § 2.9.138.

¹⁰⁹ Paulsen, *supra* note 6, at 248.

¹¹⁰ THE FEDERALIST No. 78, at 395.

¹¹¹ *Id.* at 395.

¹¹² Paulsen, *supra* note 6, at 246-247.

¹¹³ THE FEDERALIST No. 78, at 395.

¹¹⁴ Paulsen, *supra* note 6, at 221.

¹¹⁵ *Id.* at 220.

¹¹⁶ *Id.* at 222.

¹¹⁷ *Id.* at 344. See, 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, 746-747 (1992).

¹¹⁸ Alexander; Schauer, *supra* note 36, at, 1359.

¹¹⁹ *Id.* at 1371.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.* at 1377.

¹²² *Id.* at 1379.

¹²³ *Id.* at 1380.

¹²⁴ *Id.* at 1381. See, Frederick Schauer, *Ambivalence about the Law*, 49 ARIZ. L. REV. 11(2007).

¹²⁵ シャウアーが提唱する2階の抑制は、H.L.A. ハートにおける一次的ルールと二次的ルールの区分に親和的である。Schauer, *supra* note 12, at 1046 n2. See, H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 79-99(2d ed. Oxford University Press, 1994).

¹²⁶ 466 U.S. 429 (1984).

¹²⁷ See, *Id.* at 431-434.

¹²⁸ *Id.* at 429.

¹²⁹ Schauer, *supra* note 12, at 1052.

¹³⁰ See, Frederick Schauer, *The Annoying Constitution: Implications for the Allocation of Interpretive Authority*, 58 WM. & MARY L. REV. 1689, 1698-1699(2017).

¹³¹ 395 U.S. 444(1969).

¹³² *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 347-348(2003); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 396(1992).

¹³³ *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197(7th Cir. 1978).

¹³⁴ See, Schauer *supra* note 130, at 1699.

¹³⁵ Schauer, *supra* note 12, at 1054-1055.

¹³⁶ *Id.* at 1051-1059.

¹³⁷ *Id.* at 1064.

¹³⁸ See, Levinson, *supra* note 75.

¹³⁹ Schauer, *supra* note 12, at 1064.

¹⁴⁰ *Id.* at 1065.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² 304 U.S. 144(1938).

¹⁴³ Schauer, *supra* note 12, at 1066.

¹⁴⁴ See, Schauer, *supra* note 130.

¹⁴⁵ *Id.* at 1691.

¹⁴⁶ *Id.* at 1699.

¹⁴⁷ *Id.* at 1702. See, Saikrishna Prakash & John Yoo, *Against Interpretive Supremacy*, 103 MICH. L. REV. 1539, 1541-1542(2005). Robert C. Post, *The Supreme Court, 2002 Term- Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 111 HARV. L. REV. 4, 8(2003).

¹⁴⁸ Schauer, *supra* note 130, at 1704.

¹⁴⁹ 裁判所についても、このような命題との関わりを免れえないという指摘につき、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1973年）190頁。また、参照、林知更「憲法と立憲主義」『憲法学の現代的論点（第2版）』（有斐閣、2009年）67頁。

¹⁵⁰ Schauer, *supra* note 130, at 1709-1710.

¹⁵¹ See, Schauer, *supra* note 130, at 1711-1712.

¹⁵² 参照、松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）92-96頁、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発展—」北大法学論集31巻2号（1980年）340-341頁、野坂泰司「「司法審査と民主制」の一考察（四）」国家學會雑誌97巻9・10号（1984年）89-111頁。

¹⁵³ Wellington, *supra* note 38, at xii. 「本書において、ビッケルは究極的には最終性の問題に関心を持った。最高裁の判決は、人民が選挙を通じて党勢を及ぼす機関及び公務員によって受容さ

れるに至るまで、「政治的規範」としては最終的ではないのである。……もし最終性の問題が出発点として据えられるのならば、学界における研究方向も変化しうる。」また、参照、木下・前掲注11）298頁。

¹⁵⁴ Bickel, *supra* note 104, at 16.

¹⁵⁵ *Id.* at 18.

¹⁵⁶ Paulsen, *supra* note 6, at 225.

¹⁵⁷ 参照、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）33頁以下。

¹⁵⁸ See, Neal Devins; Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 VA. L. REV. 83(1998).

¹⁵⁹ レンキスト・コートの保守化を契機として、かつてのリーガル・プロセス学派が1990年代より「復興」しつつあるとの指摘がある。エスクリッジ（William N. Eskridge）とフリッキー（Phillip P. Frickey）によれば、ウォーレン・コートやバーガー・コートに比して、レンキスト・コートは憲法上の権利の拡充や防護において消極的であった。それゆえに、議会をはじめとした政治部門による権利拡大ないし立法解釈といった手法により、最高裁の憲法判断の消極性によって生じた間隙を埋める必要性が出てきたのである。このような状況において、リーガル・プロセス理論の「復興」が志向されるようになったというのである。William N. Eskridge; Phillip P. Frickey, *Foreword: Law as Equilibrium*, 108 HARV. L. REV. 26, 27(1994). 二人によれば、レンキスト・コートにおける憲法判断の消極化傾向において、最高裁のみならず、三権がそれぞれにおいて憲法価値を実現する必要性が高まったというのである。同様の指摘はポスト（Robert C. Post）とシーゲル（Reva B. Siegel）の論稿においても確認できる。See, Robert C. Post; Reva B. Siegel, *Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the*

Family and Medical Leave Act, 112 YALE. L.J. 1943(2003). また、リーガル・プロセス理論の「復興」とディパートメントリズムの親和性を指摘するものとして、山本龍彦「「法原理機関説」の内実についての覚書」桐蔭法学14巻1号(2007年) 138頁注106)。なお、リーガル・プロセス理論の「復興」に関する邦語文献として、参照、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。

¹⁶⁰ See, Devins; Fisher, *supra* note 158.

¹⁶¹ See, Alexander; Schauer, *supra* note 36.

¹⁶² Devins; Fisher, *supra* note 158, at 84-85.

¹⁶³ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 865(1992).

¹⁶⁴ Devins; Fisher, *supra* note 158, at 91.

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.* at 105.

¹⁶⁷ See, Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and Idea of Progress* 99(Harper & Row, 1970).

¹⁶⁸ See, Fisher, *supra* note 6, at 231.

¹⁶⁹ Bickel, *supra* note 104, at 240, 244.

¹⁷⁰ デビンスとフィシャーの他に、三権の「対話」を主張する代表的論者として、ここではフリードマン (Barry Friedman) を挙げておく。See, Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH.L. REV. 577 (1993)

¹⁷¹ 藤谷武史「「より良き立法」の制度的基礎・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。

¹⁷² 198 U.S. 45(1905).

¹⁷³ 松井・前掲注152) 54頁。

¹⁷⁴ 常本・前掲注152) 318頁。

¹⁷⁵ 常本・前掲注152) 334頁。

¹⁷⁶ Bickel, *supra* note 104, at 18.

¹⁷⁷ 野坂・前掲注152) 71頁。

¹⁷⁸ See, Henry M. Hart, jr.; Albert M. Sacks, *THE LEGAL PROCESS: Basic Problems in the Making and Application of Law*, at

145-150(William N. Eskridge; Phillip P. Frickey eds., tent. ed. Foundation Press, 1994)(1958).

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ 野坂・前掲注152) 74頁。

¹⁸¹ Keith E. Whittington, *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 N.C.L.REV.773, 810-811(2002).

¹⁸² H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 74 HARV. L. REV. 1(1959).

¹⁸³ Bickel, *supra* note 104, at 16.

¹⁸⁴ Edward A. Jr. Purcell, *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution*, 11 Harv. C.R.-C.L. L. REV. 521, 535 (1976).

¹⁸⁵ Bickel, *supra* note 104, at 58.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Id.* at 247.

¹⁸⁸ 野坂・前掲注152) 90頁。

¹⁸⁹ Bickel, *supra* note 104, at 111-198.

¹⁹⁰ *Id.* at 69.

¹⁹¹ 常本・前掲注152) 344頁。

¹⁹² Bickel, *supra* note 104, at 261.

¹⁹³ Devins; Fisher, *supra* note 158, at 97. デビンスとフィシャーによれば、ビックルにおける消極の美德という構想は、「裁判所は民主的正当性に欠け、公衆や政府における他部門との間の、犠牲の大きい衝突を回避する必要性を有する」という事実を反映するものである。

¹⁹⁴ Bickel, *supra* note 104, at 240. See, Devins; Fisher, *supra* note 158, at 106.

¹⁹⁵ See, Devins; Fisher, *supra* note 158. Friedman, *supra* note 170. Stephen L. Carter, *The Morgan "Power" and the Forced Reconsideration of Constitutional Decisions*, 53 U. CHI. L. REV. 819(1986).

¹⁹⁶ Paulsen, *supra* note 6, at 222.

¹⁹⁷ Bickel, *supra* note 104, at 43.

¹⁹⁸ Whittington, *supra* note 181, at 810.

¹⁹⁹ Edward S. Corwin, *THE DOCTRINE OF JUDICIAL REVIEW* 64(Princeton University Press, 1914).

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ Whittington, *supra* note 181, at 811.

²⁰² 代表的な業績として、参照、笹田栄司『司法の変容と憲法』（有斐閣、2001年）、宍戸常寿「最高裁と「違憲審査の活性化」」法律時報82巻4号（2010年）57頁以下、土井・前掲注17）160頁以下。

²⁰³ 参照、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）、笹田栄司「統治構造において司法権が果たすべき役割—違憲審査活性化の複眼的検討」判例時報2369号（2018年）3頁以下。

²⁰⁴ Devins; Fisher, *supra* note 158, at 105.

²⁰⁵ Paulsen, *supra* note 6, at 222.

²⁰⁶ 入江俊郎「統治行為」公法研究13号（1955年）91頁。加えて入江は、「権力分立の主眼点は、その三権がばらばらの三権ではなく、互にcheckとbalanceを保ちながら互に働き合って、一個の主権の作用を完成せんとする点にあるといえる。……一切の国家作用をcheckとbalanceとで互に相交渉しあう三権のいづれかに分属せしめて終局的に割り切ってしまうことが、却って三権分立を認めた趣旨に反すると認められるような事項は、わたくしは、解釈上、三権のいづれにも属せず、結局それは国民に留保された事項と考えるべきではないかと思う。」と述べている。このような入江の主張は、まさに司法府における憲法解釈の最終性を否定するディパートメンタリズムに類似する思考であるといえよう。

²⁰⁷ 蟻川恒正「「憲法の番人」に関する考察」法律時報88巻5号（2012年）14頁。

²⁰⁸ 蟻川・前掲注207）12頁。

²⁰⁹ 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）405頁。

²¹⁰ 司法府における憲法解釈の最終性を想定しない違憲審査制を論ずるものとして、横大道聡「ど

のように憲法を守るのか」法学教室455号（2018年）80頁。

²¹¹ 阪口正二郎「司法支配制と日本の特殊な違憲審査制」浦田一郎ほか編『立憲平和主義と憲法理論』（法律文化社、2010年）209頁。同様の主張として、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999年）75頁。

²¹² Ronald J. Krotoszynski, Jr, THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE FREEDOM OF SPEECH 177(New York University Press, 2006).

²¹³ 川岸・前掲注209）424頁。

²¹⁴ この点戸松秀典は、「最高裁判所は自己の憲法判断が最終であることを過大に感じとりその判断を示すことにあまりに慎重となり、他方で、国会は、違憲判決の重さを重視しすぎて、きわめて迅速な応諾をするか、応諾しないで放置するという極端な対応形態を生みだしている」と述べ、憲法問題の最終的決着者としての司法府の地位が、立法府と司法府の相互作用の阻害要因となる可能性を示唆する。戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣、1993年）342頁。

²¹⁵ 千葉勝美『違憲審査』（有斐閣、2017年）iii頁。

²¹⁶ 参照、松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007年）70頁。

²¹⁷ 参照、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（有斐閣、1991年）162頁、松井茂記「憲法「解釈」の意味」阪大法学144号（1987年）54頁。

²¹⁸ 憲法解釈における「主体」に関する問題意識を共有する論者として、内野正幸や野坂泰司のほか、遠藤比呂通が挙げられる。すなわち、遠藤は、判例理論の分析に際して、「憲法典の解釈において裁判官が行う、具体的事件での憲法解釈は、どの程度重視されるべきものなのか、学説と裁判官の憲法解釈の関係、国家機関の他の部門の憲法解釈との関係はどのように考えるべきか」という問題群を浮かび上がらせている。参照、遠藤比呂通「憲法的救済法への試み（一）—基本的人権の法的含意—」国家學會雑誌101巻

11・12号（1988年）2頁。なお、憲法解釈における制度的側面に着目するものとして、参照、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回（一）（二・完）—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）36頁以下、140巻2号（2009年）61頁以下。

²¹⁹ 土井・前掲注29）131頁。参照、土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法—憲法適合的解釈と一部合憲判決の位置付け」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）266-267頁。

²²⁰ 参照、野坂・前掲注16）18-23頁。

²²¹ 宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室322号（2007年）31頁。

²²² 野坂・前掲注16）21頁。

²²³ 「質的には最高裁の憲法解釈が重要であるが、量的には、政治部門（議会・行政府）による憲法解釈の方が、——最高裁が異なった解釈を示さない限り現実を支配する力をもっているという意味で——大きな位置を占めている」という内野正幸の指摘がある。内野・前掲注217）161頁。

²²⁴ このような問題意識を共有する論稿として、参照、横大道・前掲注34）、内野正幸「政府の憲法解釈の位置づけ」法律時報75巻2号（2003年）92頁以下。

²²⁵ 憲法9条の政府解釈（内閣法制局の憲法解釈）につき、詳細な分析を施している論者として長谷部恭男が挙げられる。長谷部によれば、ジョセフ・ラズ（Joseph Raz）の言う「機能する憲法」を発するという機能を現に果たしている限りにおいて、最高裁判所は憲法解釈における最終的な有権解釈機関であるとする。このように、当該部門の憲法解釈が条文に代わって権威として機能する点において、内閣法制局の解釈も「機能する憲法」の重要な要素であるとする。このような理由から、長谷部は「機能する有権解釈」として政府の活動を制約してきた従前の解釈を、十分な理由なく変更することを批

判しているのである。参照、長谷部恭男「藤田宙靖教授の「覚え書き」について」『憲法の理性（増補新装版）』（有斐閣、2016年）237-241頁。

²²⁶ 野坂・前掲注16）18頁。

²²⁷ 高見勝利「あるべき立法者像と立法のありかた」公法研究47号（1985年）96頁。

²²⁸ 内野・前掲注217）164頁。

²²⁹ 戸松・前掲注214）3頁。

²³⁰ 戸松・前掲注214）4頁。

²³¹ 戸松・前掲注214）15頁。

²³² 戸松・前掲注214）15頁、347頁。なお、司法の政策形成機能を肯定する論稿として、参照、芦部信喜「司法審査制の理念と機能」『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）3頁以下。

²³³ 同様の指摘として、「日本国憲法のアイデンティティ—憲法のアイデンティティを求めて」論究ジュリスト24号（2018年）181頁〔大河内発言〕。

²³⁴ アメリカにおいては、各政府部門の専権領域を巡る議論が盛んである。See, Christopher L. Eisgruber, *The Most Competent Branches: A Response to Professor Paulsen*, 83 GEO. L. J. 347(1994). Dawn E. Johnsen, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 105(2004).

²³⁵ See, Richard H. Jr. Fallon, *Judicial Supremacy, Departmentalism, and the Rule of Law in a Populist Age*, 96 TEX. L. REV. 487 (2018).

（すずき しげもと 北海道大学大学院法学研究科 修了）