



Title	司法優越主義の限界と対話理論の可能性 : アメリカ憲法学における議論を手掛かりに
Author(s)	鈴木, 繁元
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第14753号
Issue Date	2022-03-24
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k14753
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/86191
Type	doctoral thesis
File Information	Shigemoto_Suzuki.pdf



北海道大学大学院法学研究科
博士（法学）学位申請論文

司法優越主義の限界と対話理論の可能性
—アメリカ憲法学における議論を手掛かりに—

北海道大学大学院法学研究科
法学政治学専攻
鈴木 繁元

【目次】

序章：本論文の問題意識と構成

第1節：問題の所在

第2節：比較対象としてのアメリカ

第3節：本論文の目的

第4節：本論文の構成

第1章：アメリカにおける司法優越主義

第1節：マーベリ判決の神話？

第2節：ジェファソニアン・デモクラシーと連邦最高裁

——党派的对立と司法優越主義——

第3節：州と連邦の対立における司法優越主義 ——垂直方向への優越性——

第4節：ドレッド・スコット判決へ

第5節：南北戦争後における連邦最高裁の権威性

第1款：再建期における連邦最高裁と政治部門の関係性

第2款：連邦最高裁の支持者 ——Gilded Ageにおける司法優越主義——

第6節：小括

第2章：司法優越主義の正当化議論

第1節：司法部における望ましい法的帰結の導出 ——原理への着目と司法優越主義——

第1款：1950年代におけるターニングポイント ——法と政治の間で——

第2款：Post-Wechsler ——アメリカにおける主流派憲法理論と司法優越主義——

第2節：司法部の制度的立ち位置への着目 ——「確定」機能の担い手として——

第1款：憲法・権威・確定

第2款：なぜ連邦最高裁か？

第3款：議論の整理

第3節：小括

第3章：司法優越主義の神話

第1節：司法部の憲法解釈に対する反抗事例

第1款：女性の権利

第2款：宗教的自由に関する諸事例

(1) ゴビティス判決からバーネット判決へ

(2) ゴールドマン判決と議会の対応

第3款：日系人収容に関する事例

- (1)連邦最高裁による過ち
- (2)政治部門の動向
- (3)70年越しの否定 ——Trump v. Hawaii——

第2節：司法優越主義の政治的構築

- 第1款：公立学校における人種間隔離問題
- 第2款：人工妊娠中絶問題 ——Roe v. Wadeをめぐるポリティクス——
- 第3款：大統領における政治的動機と司法優越主義
——ホイットントンによる整理——

第3節：小括

第4章：対話理論の生成と発展

第1節：カナダにおける対話理論について

- 第1款：前提 ——違憲審査制の類型について——
- 第2款：対話理論の制度的基盤
- 第3款：対話理論の理論的な前提 ——違憲審査の民主的正当性と対話理論——

第2節：アメリカにおける対話理論について

- 第1款：対話理論の萌芽 ——反多数者主義の難点・司法の最終性——
- 第2款：不可避的な営為としての対話
——フリードマンによる実証的研究を素材に——
- 第3款：対話における戦略性——司法優越主義の維持と対話——

第3節：小括

終章：総括と結論 ——「対話理論」の新たな可能性とさらなる展開へ向けて——

- 第1節：比較法的研究のまとめと結論
- 第2節：我が国への示唆と今後の課題

序章：本論文の問題意識と構成

第1節：問題の所在

これまでの日本国憲法の研究においては、最高裁判所を中心とした司法部の判決の分析がその中心的な論題として位置づけられてきた。そして、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」(憲法 81 条)という規定の下、我が国においては「司法権の優越」が想定され、そのような「司法権の優越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」¹であった。すなわち、裁判所による憲法解釈の最終性を措定するという憲法秩序イメージが、我が国においては一般的であることを指摘することができる²。その卑近な例としては、違憲判決の効力論を挙げることができよう。我が国の学説においては、一般的効力説と個別的効力説の対立を軸として、違憲判決の効力に関する議論がなされてきた。例えば佐藤幸治は、最高裁の違憲判断につき、違憲とされた法令を廃止するような効果(「強い効力」)と、立法部に対して法令の改廃を求め、執行部に対し当該法令の執行を控えることを要請するという「弱い効力」に区別する³。そして、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」であるとして、個別的効力説の立場から「最高裁の違憲判断には実質的な一般的効力が認められる」⁴とする立場を採用するのである。このような立場は「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」⁵であり、かかる最高裁における憲法保障機能により、立法部および執行部に対して、違憲判決への何らかの措置を要請するものである。佐藤の説示に代表されるように、我が国においては、個別的効力説に立ちつつも立法部と執行部は司法部の憲法判断を尊重することが期待されているという立場が通説的地位を占めていると評価することができる⁶。

しかしながら、このように司法部の憲法判断に優越的地位を認めることは、違憲審査権の

¹ 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣、2011年)155頁。

² 高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店、2017年)331頁、川岸令和「違憲裁判の影響力——司法の優位についての覚書」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣、2012年)112頁、野坂泰司「違憲判断の効力と憲法判例の拘束力」判例時報 2463号(2021年)102頁。

³ 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1989年)340頁。

⁴ 野坂・前掲注 2)101頁。

⁵ 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、1984年)220頁。

⁶ 大林啓吾「判決の余韻」千葉大法学論集第 33 卷 1 号(2018年)133頁。参照、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)109頁以下。

行使が消極的であるという、我が国の学界における最高裁に対する「枕詞のような」⁷評価との関係性において問題を抱える。この点については中村睦男が、違憲判決の効力論についての論文末尾において端的に指摘する。

違憲立法審査権は、司法部の憲法判断と立法府の適切な対応で完結することを考えると、司法部は立法府の対応を予測することが必要であるが、日本の最高裁判所は立法府の対応を配慮し過ぎて、憲法判断に慎重になっていると考える⁸。

また戸松秀典は、立法部と司法部の関係性を論じる文脈において、「最高裁判所は、憲法の番人であり、憲法問題の最終的審判者だといわれる……日本では、一方で、最高裁判所は自己の憲法判断が最終的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」⁹になっていることを指摘する。ここにおいて指摘されていることは、最高裁を憲法の意味についての最終的な判断者として措定するだけでは、違憲審査の活性化には必ずしも直結しないという一面における事実であると位置づけることができる。

翻って(元)実務家たちによる言及を概観する。公務員の争議行為に関する先例の変更が問題となった全農林警職法事件判決においては、田中二郎ほか 5 裁判官による意見が以下のように述べる。

最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、その理由づけ自体がもつ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得することにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもちうるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定をはかるためには、憲法判例の変更は軽々にこれを行なうべきものではなく、その時機および方法について慎重を期し、その内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とする(略)¹⁰

ここにおいて垣間見ることができるのは、憲法の意味についての最終的判断者として措定されてきたはずの最高裁が、先例の変更という局面において「他の国家機関や国民一般」に対する権威の保持を、その判断における考慮要素とせねばならないことである¹¹。また、この点に関連して、近年学界において注目されているのは、千葉勝美元最高裁判事が、「①憲法が保障する基本的人権の擁護を使命とする司法部の役割についての考え方」「②三権分立

⁷ 市川正人『司法審査の理論と現実』(日本評論社、2020年)3頁。

⁸ 中村睦男『人権の法理と統治過程』(信山社、2021年)492頁〔初出：2005年〕。

⁹ 戸松秀典『立法裁量論』(有斐閣、1993年)342頁。

¹⁰ 最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。

¹¹ 参照、南野森「憲法解釈の変更可能性について」法学教室330号(2008年)32-33頁。

の下での対立法府、対行政府との緊張関係を踏まえた司法部の違憲立法審査権の在りようについての理解」「③様々な意見が錯綜し価値観の対立が大きな社会的・政治的テーマについて、その憲法判断が将来の我が国社会をどのような姿に導くことになるのかを念頭に置きつつ、国民全体の認識を探り、司法部がいつの時点で、どのような形で乗り出すべきか、それが、多くの国民の理解と信頼を勝ち得ることになるのかについての情勢の分析」といった「司法部の立ち位置」¹²論を提示している点であろう。千葉が「憲法判断に際してもっとも重視」¹³する要素として提示する「司法部の立ち位置」論は、政治部門、国民との関係性における最高裁の憲法判断の正統化の必要性について言及するものである。換言するならば、「司法部の立ち位置」論とは、「司法部の権威をいかにして確立するかという司法政策論であり、政策的思考の表現」¹⁴であると位置づけることができる。ここにおいて、千葉における「司法部の立ち位置」論と、「他の国家機関や国民一般」に対する権威の保持を最高裁による憲法判断における考慮要素として自覚する全農林警職法事件判決の田中二郎ほか 5 裁判官意見における問題関心との共通点を見出すことができる。

しかしながら、このような政治部門からの批判や、広く国民一般の評価に晒される可能性に対して、最高裁自身が「用意と身構え」¹⁵をする必要性につき、学説と実務ではその受け止め方に差があったように思われる。裁判所は憲法原理に従った明確な線引きをするべきであり、その点において「司法部の立ち位置」論は、無用な政治的配慮を持ち込むがゆえに、結果的に最高裁の憲法判断の意義や説得力を失わせるとする、学説の側における「司法部の立ち位置」論の受け止め方はその一例である¹⁶。何よりも、「戦後憲法のアメリカ的影響を示す象徴的条文」¹⁷と理解される憲法 81 条が、最高裁に対して「終局的な違憲の確定権限」¹⁸

¹² 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線 その先に見ていた世界』（有斐閣、2019年）ii頁。

¹³ 村山健太郎「法令の合憲性審査の思考様式」山本龍彦＝横大道聡編著『憲法学の現在地』（日本評論社、2020年）98頁。

¹⁴ 村山・前掲注13）98頁。

¹⁵ 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣、1970年）11頁。

¹⁶ 山元一「司法制度改革20年と司法・憲法訴訟」憲法研究7号（2020年）28頁。

また高橋和之は、政治部門と最高裁が対立するような事態においては、最高裁が圧倒的に国民に支持されることを想定している。「国民に支持してもらえればいいわけで、政治部門が無視したらどっちに味方してくれるかの話ですね。最高裁がそういう判決を書けば、圧倒的に最高裁が支持されると思う。……国民も最高裁を支持すると思います。」高橋和之＝毛利透「憲法学の現在をどう見るか」憲法研究5号（2019年）20-21頁。

¹⁷ 芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）426頁〔駒村圭吾執筆部分〕。

¹⁸ 高橋・前掲注2）331頁。参照、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1973年）189頁。

を付与したと解されてきた点——いわば、「憲法の最高性の保障と司法機関の間に不即不離の関係」¹⁹が認められてきたこと——は、最高裁が憲法解釈において最終的権威を有することについては所与の前提とされ、これまで我が国において十分には論じられてこなかった要因の一つであろう²⁰。

第2節：比較対象としてのアメリカ

それでは、我が国の最高裁と異なり、人種別学制度や人工妊娠中絶など、社会を二分するような憲法上の問題の解決にこれまで乗り出してきた連邦最高裁を有するアメリカにおける議論状況は、どのようなものであろうか。第1節で述べたように、我が国においては、「米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもつて規定したという点において特徴を有する」²¹憲法81条の下、最高裁が憲法解釈における最終的権威を有するという理解が存在しているといえる。対して、司法審査制についての明文規定を持たぬアメリカにおいても、憲法解釈における最終的権威は連邦最高裁が有するという考え方——すなわち司法優越主義(Judicial Supremacy)²²——は、社会や学界において広く受容されてきたと

¹⁹ 山崎友也『憲法の最高法規性と基本権』（信山社、2019年）7頁。

²⁰ 日本国憲法の具体的な条文と司法優越主義の関係性につき、例えば高橋和之は、憲法81条こそが最高裁の憲法判断に他の部門を拘束する「特別の効果」を付与する条文であるという立場をとる。すなわち、「最高裁がある国家行為を違憲であると判断した場合には、違憲であることが最終的に確認・確定されるのであり、他の国家機関はその判断に異を唱えることができないという効果」が憲法81条によって付与されるとする立場である。高橋・前掲注2)332頁。また野坂泰司は、憲法98条1項が憲法の最高法規性及び憲法に反する国家行為の無効を定めていること、そして憲法81条が法令についての違憲審査権限が「終審」として最高裁判所に付与されていることを定めていることを踏まえ、「わが国においては、最高裁が憲法の有権解釈を画定し憲法問題を最終的に判定する権限を有することについては憲法上些かも疑問を差し挟む余地はない」と主張する。野坂・前掲注2)102頁。

²¹ 最大判昭和23年7月7日刑集2巻8号801頁。

²² 司法優越主義の定義については、フェルドマン(Brian M. Feldman)が詳細な分析を試みている。彼は、司法優越主義は「弱い形式」と「強い形式」の二つに区分できるとする。Brian M. Feldman, *Evaluating Public Endorsement of the Weak and Strong Forms of Judicial Supremacy*, 89 VA. L. REV. 979 (2003). それによれば、「弱い形式」の司法優越主義が、すべての政府における部門が特定の事件において連邦最高裁の憲法解釈を受容することを要請するのに対し、「強い形式」の司法優越主義は、連邦最高裁の憲法解釈に一般的な拘束力を付与することを要請するものである。アメリカにおける司法優越主義は、基本的には後者の意味において用いられることが多く、後述のクーパー判決において連邦最高裁が宣明した司法優越主義も、後者の意味において用いられている(参照、佐藤・前掲注

評価することができる²³。司法優越主義こそ、「司法的憲法保障制の母国とも言うべきアメリカ合衆国」²⁴の特徴の一つともいうべきものであろう。その象徴的な判決としてしばしば引用されるのが、1958年の Cooper v. Aaron である²⁵。同判決は、人種別学制度という極めて政治的な問題を扱うに際し、Marbury v. Madison²⁶を引用しつつ、連邦最高裁の憲法解釈こそが至高であるとして司法優越主義を高らかに宣言したものとして理解される。

こうした連邦最高裁における司法優越主義的な傾向は、1980年代におけるレーンキスト・コートに至り加速するのであるが、かような司法部における「司法優越主義の理論への依存」²⁷とも評される状況は、とりわけ80年代以降の憲法学界において批判の対象となった。例えば、レーガン政権の司法長官であったミース(Edwin Meese III)による演説に端を発するディパートメンタリズムが²⁸、三権による同格な憲法解釈権限を主張し、司法優越主義を否定したことなどが挙げられる²⁹。このような立場を採用する論者は、連邦最高裁によって司法優越主義の根拠と位置付けられていたマーベリ判決の再解釈を含め、ジェファソン、ジャクソン、リンカーン、ルーズベルト等における連邦最高裁に対する反抗の歴史の分析を通じて、司法優越主義に対する批判を強めていた。すなわち、司法部、とりわけ連邦最高裁の憲法解釈における権威性に関する議論の活性化が、80年代からのアメリカ憲法学界においては見られたのである。このような議論においては、司法部、政治部門、さらには人民も含めた多様な憲法解釈主体によるダイナミックな憲法秩序形成が想定され、その有り様はしばしば「対話(Dialogue)」という用語によって理論化されてきた。

3)304-305頁)。本論文においても、後者の意味で用いることとする。

²³ Scott E. Gant, *Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution*, 24 Hastings Const. L.Q. 359, 364(1997).

²⁴ 高柳賢三『司法権の優位〔増訂版〕』(有斐閣、1958年)1頁。

²⁵ 358 U.S. 1 (1958).

²⁶ 5 U.S.(1 Cranch)137(1803).

²⁷ Sanford Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either*, 38 WAKE Forest L. REV. 553, 571(2003).

²⁸ Edwin Meese III, *The Law of the Constitution*, 61 TUL. L. REV. 979(1987).

²⁹ ディパートメンタリズム対司法優越主義という議論の構図については、すでに安西文雄「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、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——」帝京法学第25巻2号(2008年)103頁以下等において検討がなされている。なお、とりわけアメリカのリベラル派の憲法学者からは、人民にこそ憲法解釈の最終的権限が付与されるべきであるとの主張もなされている。LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW*(Oxford University Press, 2004).

司法部と政治部門、さらには人民の間における対話という構想は、近年我が国においても、カナダを主たる準拠国として注目されるに至る³⁰。しかしながらアメリカ憲法学においても、早くから「対話」というダイナミックな憲法秩序を構想する理論が提唱されていた³¹。すなわち、司法審査制は反多数者支配的な勢力 (counter-majoritarian force) であり、「アメリカの民主主義における逸脱した制度」³²であると評したビッケル(Alexander M. Bickel)の議論の核心は、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。民主主義と司法審査の緊張関係にあつて、連邦最高裁はいかなる役割を果たすべきかを論ずるに際し、彼は司法部と政治部門の「継続的な対話(continuing colloquy)」という相互関係を重要視するに至る³³。その後、法形成主体相互の協働的な関係性を重視するという理論的特徴を有するリーガル・プロセス学派の代表格たるビッケルの理論は、ディパートメントアリズムを提唱する論者達によっても、盛んに参照されることとなる。それまでの司法優越主義的な理論に対して、執行部や立法部の憲法解釈への注目を促しつつ、三権による動態的な憲法秩序形成を提示するという、ある種の視座転換を志向する論者達は、司法部の機能的特質、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の思考に共通点

³⁰ 参照、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(三省堂、2013年)。

³¹ 我が国においても、ダイナミックな憲法秩序形成を構想する議論は近年活発化してきている。その代表例としては、佐々木雅寿による「対話的違憲審査の理論」のほか、土井真一による研究がある。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というモデルを提唱する。すなわち、日本国憲法における付随的違憲審査制の下、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提供するものである。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。また、司法政治学からは、見平典の業績を挙げることができる。見平の研究は、主として20世紀半ば以降の連邦最高裁、並びに政治部門の動向に関する分析を通じて、積極的な違憲審査制の運用がなされた政治的、社会的な背景や過程を解明することを試みるものである。それによれば、違憲審査制が機能するためには、裁判所における規範的・政治的・実務的資源が十分に存在すること、そして、裁判官の価値観や司法哲学の性質が重要な要因である。同研究は、これまで我が国において十分になされてこなかった違憲審査制の運用の政治学的分析により、違憲審査制の活性化に向けた制度構築に示唆を与えるものである。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)。

³² ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 18(2nd ed, 1986).

³³ *Id.* at 240. なお、多くのアメリカの憲法学者は dialogue という語を用いるが、Bickel は colloquy という語を用いる。本論文においては、双方に「対話」という訳語を用いる。

を見出し、対話という構想を共有するに至る³⁴。このような、各アクターによる憲法解釈の相互的な関係に着目する対話理論は、民主制における違憲審査制の在り方を論じる立場から、現実の憲法政治において連邦最高裁が果たしている役割について実証的に分析する立場まで、様々な視点から議論がなされてきた。そしてその過程においては、司法優越主義の規範的な妥当性、連邦最高裁の有する権威性に対する政治的・社会的制約についての実証的な分析、さらには司法優越主義の政治的・社会的な限界を踏まえた憲法判断の在り方等についての議論もまた、活発になされてきたのである。

第3節：本論文の目的

我が国では、アメリカにおける議論を紹介・検討する形で、司法審査の民主的正当性という「司法審査制の根本問題」³⁵についての議論が、これまで重厚に論じられてきた³⁶。そこでは、「民主的な出自を持たぬ裁判所が、司法審査によって民主的政治部門の決定を覆すことは、民主主義に抵触する」³⁷のではないかという問いに対し、例えば *United States v. Carolene Products Co.*³⁸に付された脚注4から派生した二重の基準論等を参照しつつ、違憲審査制がその存在意義を発揮する場面が掲げられてきた³⁹。しかしながら、このような司法審査の民主的正当性という問題と「密接に結び付いた」⁴⁰はずであり「最高裁の役割を支える最も特徴的で重要な観念」⁴¹である司法優越主義については、第1節で述べた通り、従来我が国においてはあまり語られてこなかった。すなわち、民主制における司法審査(judicial review)の在り方についての理論的な蓄積は十分にみられるものの、司法優越主義(judicial supremacy)についての理論的検討が、我が国においては十分になされてきたわけではない。

³⁴ Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 VA. L. REV. 83(1998); Michael Stokes Paulsen, *The Merryman Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation*, 15 CARDOZO L. REV. 81 (1993).

³⁵ 野坂泰司「「司法審査と民主制」の一考察(一)」国家学会雑誌第95巻7・8号(1982年)2頁。

³⁶ 代表的な業績としては、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991年)、市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望II』(有斐閣、1998年)281頁以下、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年)などを参照。

³⁷ 金澤孝「憲法理論の新局面——反多数派支配主義という難点(Countermajoritarian Difficulty)からの解放に向けて——」法律時報第79巻4号(2007年)83頁。

³⁸ 304 U.S. 144 (1938).

³⁹ 松井茂記『二重の基準論』(有斐閣、1994年)。

⁴⁰ 松井・前掲注36)514頁。

⁴¹ 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、1981年)161頁。

これに対してアメリカでは、司法審査と民主制に関する議論とともに、司法優越主義に関する議論も精力的になされてきた。そこにおいては、歴史上、司法優越主義が否定された事例が多々あること、司法部の憲法判断は「そのみでは法を固定することはできず、その他の部門との綱引きの中で法が絶えず生成変更されていくプロセスの一コマに過ぎない」⁴²ことが、アメリカにおける憲法政治の事例から抽出されることが強調される。つまり、連邦最高裁の憲法解釈が政治部門や人民との関係において權威性を有し、それゆえに、その判断に最終性が認められるということは、アメリカにおいては有力な見解ではあるが、それは必ずしも歴史上自明のことではなかった。このことは、連邦最高裁の憲法解釈の權威性を強調する文脈で引用される⁴³、ヒューズ(Charles Evans Hughes)による以下の言明からも明らかであろう。

我々は憲法の下にある。しかし、憲法とは、裁判官がこれが憲法だというものにほかならない。そして司法は、憲法の下にある我々の自由と財産の保護手段である。私は、裁判所に対するいかなる直接的な攻撃も、いかなる間接的な攻撃も見たくない。

……司法に行政上の諸問題——これらの問題は、公衆がじれったさを感じやすいのであり、これらの問題に関しては、人民は自らに直接責任を負う行政府に処理させることを主張するであろう——の責任を負わせることよりも、司法の独立と尊敬に対する狡猾な攻撃となるものはないのである⁴⁴。

この言明こそ、裁判官が、連邦最高裁の制度的な脆弱さを理解し、また連邦最高裁が実際には何をなし得るかについての限界を理解していたことを表すものである。憲法上の権利の保障が有意義であるためには、「何よりも政治アクターも憲法という規範に拘束されること、そしてその憲法の意味を確定するのは裁判所であるということが、当の政治アクターを含めて共同体の一定数以上の人びとに受け入れられていなければならない」ということ、すなわち「司法の優位の承認」⁴⁵がなければならないという川岸令和による指摘は、司法部の權威が政治との関係性において把握されなければならない現実を示したものと評価することができる。つまり、司法優越主義という規範的な主張の維持には、政治部門や人民による「司

⁴² 大石和彦「憲法裁判における原理と政治(一)——合衆国最高裁判決 *Roe v. Wade* がもたらしたもの——」法学第 61 卷 3 号(1997 年)515 頁。

⁴³ 樋口陽一『憲法 I』(青林書院、1998 年)395 頁。

⁴⁴ Charles Evans Hughes, *Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907 in Addresses and papers of Charles Evans Hughes, governor of New York, 1906-1908*, 133, 139-140.

⁴⁵ 川岸令和「リベラル・デモクラシーと裁判所——違憲審査の活性化に向けて」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』(日本評論社、2017 年)409 頁。

法の優位の承認」という裏付けが必要な局面が存在することを、川岸は示唆しているのである。

まさに、奴隷制や人種別学制度、人工妊娠中絶をめぐる連邦最高裁における経験は、司法部の憲法判断の積極化が、時として政治部門や人民によるバックラッシュを招き、結果として「司法の優位の承認」がなされない場合が存在することを示すものであったと評価することができる。川岸による指摘は、現実における司法優越主義の脆弱さを認識しつつ、司法部が民主制において人権保障機能・憲法保障機能を十分に果たすことの困難さを示すものであり、法と政治の間の「尾根づたいとしての違憲審査」⁴⁶という一面の事実をも表していると解することができる。そして、このような問題認識は、冒頭で示したように、我が国の最高裁においても一定程度共有されていると見ることができよう。

以上を踏まえ、本論文では、アメリカ憲法学における議論を参照しつつ、司法優越主義という概念の内実、歴史的側面、成立条件等に着目して分析を進める。そして、上記で示した政治的・社会的な実情を踏まえた上で、政治部門や人民との関係を念頭に置きつつ、我が国の違憲審査制が、人権保障・憲法保障機能においてより実効的な制度たりうるための方策を探るための理論的基盤を築くことを目的とする。

第4節：本論文の構成

本論文は以下の順に論述を進める。第1章では、本論文の主題の一つである司法優越主義が、アメリカにおいて、いかにして支配的な見解となっていったのかを、建国初期までさかのぼり、州や連邦の各部門といった裁判所外のアクターと連邦最高裁の関係性をも念頭に置きつつ検討する。

第2章においては、司法優越主義の規範的な正当化議論を検討する。具体的には、司法優越主義と第二次大戦後のアメリカにおいて主流となった憲法理論との親和性、及び80年代以降のディパートメンタリズムに対する反論として提起された司法優越主義の擁護議論を検討する。

第3章では、現実の憲法政治における司法優越主義の揺らぎを検討する。具体的には、司法部の憲法判断が政治部門や人民との関係性において維持されなかった事例、そして司法優越主義が政治部門によって構築された事例を検討する。かかる作業を通じて、司法優越主義が現実においては維持が困難な局面が存在すること、そして、司法部の行動が政治的に制約される局面の存在が示される。すなわち、現実の政治状況において司法部がいかなる制度的な役割を果たしているのかについて分析することで、規範論としては支配的な地位を占める司法優越主義の実相を明らかにすることが、第3章の目的となる。

第4章は、実証的側面における司法優越主義の限界を踏まえた上での理論構築について検討する。ここで主題となるのは、序章においても指摘した対話理論である。対話理論は各

⁴⁶ 樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、1988年）170頁。

憲法解釈アクターによるダイナミックな憲法解釈モデルを提示するものである。しかしながら、すでに我が国においても詳細な分析がなされているカナダの対話治論と、本論文において着目するアメリカの対話理論とでは、その制度的基盤及び理論的前提において大きく異なる点が存在する。さらにはアメリカの対話理論についても、理論的前提、そして対話における規範的側面及び実証的側面をどの程度重視するかという点において分岐が見られる。従って本論文においては、カナダ及びアメリカの対話理論をこれらの差異に着目しつつ検討することにより、同理論の明確化を図る。このような作業を通じて、司法部の権威を政治部門や人民との関係における対話内において理解し、対話というプロセスを通じて司法部が憲法的価値を実現するための具体的方策を見出すための理論的な示唆を獲得することを試みる。

これら検討を踏まえ、最後に本論文の総括と結論を提示する。

第1章：アメリカにおける司法優越主義

第1節：マーベリ判決の神話？

連邦最高裁判事の選任過程における佳境が、上院司法委員会(Senate Committee the Judiciary)において判事候補者本人を迎えて行われる公聴会であることは言を俟たない¹。ここでは、判事候補者による論文やこれまで関与した判決、判事自身の司法哲学やロイヤーとしての資質が問われることとなる。この点は、とりわけ連邦最高裁人事についての党派的对立が高まる傾向のある昨今においては²、アメリカのみならず我が国でも注目されている点であろう。しかしながら、特に1980年代後半の公聴会において、司法優越主義に関する問題が「スパイスを加えて」³いたことに着目される機会は、これまで我が国においてはあまりなかったのではなかろうか。

例えばレーンキスト(William H. Rehnquist)は、議会や大統領は、憲法上の問題に関する連邦最高裁の判決を遵守する責務を有するか否かについて、マーベリ判決を引き合いに出しつつ問われた際、「私はそう考える」と返答している⁴。これに対し、スカリア(Antonin Scalia)は、マーベリ判決の意味について議論することには消極的であった。すなわち、マーベリ判決が大統領と議会に連邦最高裁の憲法解釈を常に遵守することを要請しているということに同意するか否かを問われた際、スカリアは、同判決が「アメリカ法における大きな柱」であることは肯定しつつも、マーベリ判決が上記のような意味を有する判決か否かについて議論することを避けているのである⁵。

¹ 公聴会制度に関する近時の論稿として、見平典「最高裁判所裁判官の選任のあり方 アメリカにおける公聴会制度の運用をめぐる議論と実態」憲法研究7号(2020年)41頁以下を参照。また、連邦裁判官の選任手続きについては、高井裕之「アメリカにおける連邦裁判官選任手続きの一側面——裁判官の適格性とは何か——」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配：佐藤幸治先生古稀記念論文集 上巻』(成文堂、2008年)171頁以下を参照。

² 詳しくは、会沢恒「連邦の裁判所制度と裁判管轄、上訴制度」大林啓吾編『アメリカの憲法訴訟手続』(成文堂、2020年)1頁以下を参照。

³ Louis Fisher, *The Curious Belief in Judicial Supremacy*, 25 Suffolk U. L. REV. 85, 85 (1991).

⁴ *Nomination of Justice William Hubbs Rehnquist: Hearings Before the Senate Comm. on the Judiciary*, 99th Cong., 2d Sess. 187(1986).

⁵ *Nomination of Judge Antonin Scalia: Hearings Before the Senate Comm. on the Judiciary*, 99th Cong., 2d Sess. 33(1986). フィシャー(Louis Fisher)はこの点につき、スカリアの返答は、憲法上の問題に対する連邦最高裁の排他的で最終的な権威の否定であるとの評価をする。Fisher, *supra* note 3, at 86.

またケネディ (Anthony M. Kennedy) の公聴会におけるやり取りについても注目に値する。議論において注目されたのは、彼が第 9 巡回区連邦高裁の判事を務めていた 1982 年になされたスピーチの内容であった。彼はスピーチにおいて、「憲法は、そのもっとも重大な側面のいくつかにおいて、司法部がそれを承認するか否かに関わらず、政治部門が形成したものである」⁶と表明していたため、司法部における憲法判断の最終性についてのケネディの立場が問題となった。以下ではケネディとスペクター上院議員 (Arlen Specter) のやり取りを紹介する。

スペクター；連邦最高裁が最後の言葉 (final word) を有しているとしたら、それはどうであろうか？

ケネディ；仮に明日の朝、連邦最高裁が突然の、予想外の展開において *New York v. Sullivan* を覆すとする……私がその判断は憲法上間違っていると考え、それを変えるための立法を望むと、あなた (スペクター) は立法者として言えるだろうか？ 私はできると考えるし、そうするべきとも考えている。

……

スペクター；あなた (ケネディ) が提案している仮説においては、特定の区分の著作物に対して、新聞社が免責されるような立法があるかもしれない。

ケネディ；しかし、あなた (スペクター) は上院の議場に立って、私がこの法案を提出するのは、私の考えにおいては、合衆国連邦最高裁は 180 度間違っていると宣言しようと私は考える。そうすることで、あなた (スペクター) は自身の義務を果たしていることになるかと私は考えている⁷。

このようなケネディによる言明は、三権それぞれが独立して憲法を解釈する権限を有するとするディパートメンタリズムの立場を採用するものと評価される⁸。また、レーンキストやスカリアに対する問いにおいても見られるように、アメリカにおける司法優越主義はしばしばマーベリ判決との関係において語られてきた点も指摘しなければならない。すなわち、「今日において、もっとも洗練され、輝かしく、そして野心的な司法審査の法理の正当化根拠の一つ」であり、かつ「アメリカの立憲主義の要であり、今日の連邦最高裁において繰り返し行使される司法審査の広範な権限の基盤」⁹たるマーベリ判決は、合衆国憲法に

⁶ *Nomination of Anthony M. Kennedy to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Senate Comm. on the Judiciary, 100th Cong., 1st Sess. 221 (1987).*

⁷ *Id.* at 222-223.

⁸ Fisher, *supra* note 3, at 87.

⁹ Robert J. Reinstein & Mark C. Rahdert, *Reconstructing Marbury*, 57 ARK. L. REV. 729,

において明文化されていない司法審査を制度的に確立した判決として、アメリカのみならず我が国においても、ほぼ例外なく取り上げられてきた。そして、同判決における有名な一節である「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義務である」¹⁰という部分は、司法優越主義を根拠づける連邦最高裁の宣明であるとして、たびたび引用されてきた。連邦最高裁も 1958 年の Cooper v. Aaron¹¹以降、いずれもマーベリ判決の上記記述を引用しつつ、憲法を解釈する最終的な権限が連邦最高裁自身にあることを示してきたのである¹²。

このクーパー判決こそ、司法優越主義にとっての金字塔的な判決としてこれまで扱われてきたのであるが、同判決におけるマーベリ判決の引用で注目すべきは、憲法を解釈する責務が連邦最高裁のみであることを宣言したことである。それが以下の部分である。

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」であると言及しつつ、「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」と宣明したのである。この判決は、憲法を詳説す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、当連邦最高裁及び国家によって尊重されてきたのである¹³。

ところで、クーパー判決において連邦最高裁が宣言した司法優越主義に対しては、多くの批判が学界においてなされている。そこにおいては、クーパー判決が司法優越主義を宣明するために引用したマーベリ判決が、そもそも連邦最高裁の最終的な憲法解釈権限を宣明したものであるとする立場に対する疑問が提起されていることが多い¹⁴。例えば、ディパートメントリズムを提唱する代表的論者であるポウルセン(Michael Stokes Paulsen)は、マーベリ判決におけるマーシャル(John Marshall)の立場は、司法優越主義を基礎付けるものではなく、むしろ成文憲法が「優越的で至高な法(superior paramount law)」であることを示すものであるとする¹⁵。またクリントン(Robert Lowry Clinton)は、マーベリ判決が(1)アメリ

729(2005).

¹⁰ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177(1803).

¹¹ 358 U.S. 1(1958).

¹² 大林啓吾「政治問題の法理のゆくえ」法学研究第 87 巻 2 号(2014 年)229-231 頁。

¹³ 358 U.S. at 18.

¹⁴ Sanford Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either*, 38 WAKE Forest L. REV. 553 (2003).

¹⁵ ポウルセン(Michael Stokes Paulsen)は、ザ・フェデラリスト第 78 編におけるハミルト

カにおける司法審査制を確立したこと、(2)司法審査権限により、連邦最高裁は憲法上の問題について最終的な解釈を提出することができる、とする二つの一般的な見解を分析する。その結論として、彼は、これら二つの見解はいずれも「全くの誤り」であり、「マーベリの神話」であるとまで言い切っている¹⁶。

しかし、連邦最高裁が司法優越主義の象徴的存在としてマーベリ判決を引用することに「実証的な根拠がない」¹⁷のであれば、その対抗的議論としてディパートメンタリズムが有力に説かれるまでに一般的に承認されるようになった司法優越主義は、どのような過程を経てアメリカに根付いていったのであろうか。「我々の歴史の中で、ほとんどのアメリカ人は、連邦最高裁を憲法の究極の解釈者と見なしてきた」¹⁸という言明における「我々の歴史」とは何か。そして、連邦最高裁の憲法解釈の権威性を政治部門や人民はどのように受容していったのであろうか。フリードマン(Barry Friedman)とデラネイ(Erin F. Delaney)によれば、19世紀と20世紀の変わり目にかけて、アメリカの憲法学者は司法優越主義という言葉

ン(Alexander Hamilton)の立場も、司法優越主義を示唆するものではないとする。Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 Geo L.J. 217(1994). 同様に、人民立憲主義を採用する論者としてカテゴライズされるクレイマー(Larry D. Kramer)も、マーベリ判決が司法優越主義の発露ではないことを指摘している。Larry D. Kramer, *Marbury Retreat from Judicial Supremacy*, 20 CONST. COMMENTARY 205(2003).

¹⁶ See, ROBERT LOWRY CLINTON, *MARBURY V. MADISON AND JUDICIAL REVIEW* 126(University Press of Kansas, 1989). なお、マーベリ判決に対する批判を検討する論稿として、参照、勝田卓也「マーベリ判決の神話」法学新報第119巻9号(2013年)149頁以下。勝田は、「マーベリ判決は、判決が下されてからおよそ1世紀後に、判決を政治的に利用しようとした人々によって神話化されたものなのである」とする(同151頁)。本論文においては、マーベリ判決の意義を問い直す作業を直接的に行うものではない。しかし同判決が、いかなる部門が憲法解釈における最終的な権威を保持するのかという憲法学の一大論点に大きな影響力を有するものであること、また、同判決が司法優越主義を宣明したものではないという理解が、アメリカにおいて有力に説かれているという現状を、ここでは確認しておきたい。なお、その背景にある政治的状况を含め、マーベリ判決の意義を問い直す試み、またそのようなアメリカの議論を紹介する邦語文献として、勝田による論稿のほか、岸野薫「マーベリ判決における法と政治の相剋(一)(二・完)」法学論叢第159巻2号(2006年)63頁以下、同第159巻3号(2006年)55頁以下、原口佳誠「マーシャル・コートと法の支配 違憲審査制と最高裁判所の原型」戒能通弘編『法の支配のヒストリー』(ナカニシヤ出版、2018年)125頁以下などがある。

¹⁷ 勝田・前掲注16)190頁。

¹⁸ H. Jefferson Powell, *Enslaved to Judicial Supremacy?*, 106 HARV. L. REV. 1197, 1197 (1993).

用いるようになったようであるが¹⁹、同時代における司法審査や司法部の独立の議論の伸長に比して、司法優越主義の高まりとその維持について明確に理論化した研究は、さほど多くはない²⁰。本章では、司法優越主義に関する通史的な著作を主たる素材としつつ、連邦最高裁の憲法解釈が、政治部門や人民にどのように扱われてきたのかにスポットライトを当てることで、アメリカにおける司法優越主義の定着過程の一側面を明らかにすることを試みる。

第2節：ジェファソニアン・デモクラシーと連邦最高裁

——党派的对立と司法優越主義——

ジェファソン(Thomas Jefferson)によって「1800年の革命」とも称された、アメリカ史上初めての政権交代は、連邦最高裁と政治部門における権力構図をも一変させるものであった。1800年の選挙によって権力の座から追われることとなった連邦派にとって、共和派に対抗するための最後の希望となったのが、司法部であった。新大統領の就任は翌年3月4日であったが、連邦派のアダムズ大統領(John Adams)はそれまでの在任期間を利用して、できる限りの連邦裁判所裁判官を任命することで、連邦派側の勢力を司法部に根付かせることを試みた。アダムズの下で国務長官の職にあったマーシャルを連邦最高裁の首席裁判官に任命するとともに、1801年裁判所法(Judiciary Act)を制定することにより、連邦裁判所のポストを拡充、また同法制定直後にはワシントン特別区を組織する法律を制定し、42人の治安判事(justice of the peace)の職を新設する等は、そのような試みの具体的内容として挙げることができよう。あまりにも性急に、アダムズが連邦派で判事の職を埋めていったことは、後に「Midnight Judges」などとも揶揄されるが、かかるレーム・ダック・セッションにおける政治的な色合いの極めて強い裁判官任命こそ、マーベリ判決を生み出す要因でもあった。すなわち、こうした連邦派の党略的な行動によって治安判事に任命される予定であったマーベリが任命状の発行を求めて提訴したのが、同判決に至る経緯である。

連邦派による、上記のような党略に基づいた行動に対し、ジェファソンをはじめとする共和派が反感を抱いたことは言うまでもない。とりわけジェファソンにおける司法優越主義に対する否定的な見解は、現代においてもディパートメンタリズムの代表的事例として取り上げられる²¹。また、人民立憲主義についても、「ジェファソンの理論を現代に継ぐ」²²学

¹⁹ Barry Friedman & Erin F. Delaney, *Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, 111 Colum. L. Rev. 1137, 1143(2011).

²⁰ *Id.*

²¹ Paulsen, *supra* note 15, at 255-257.

²² 岸野薫「トマス・ジェファソンと自己統治の観念——ポピュリズム憲法理論の一断面——」大石眞ほか編『各国憲法の統合と差異 初宿正典先生還暦記念論文集』(成文堂、2010年)42頁。

説として位置づけられる。ジェファソンは以下のような見解を表明する。

扇動法の有効性を判断するのは、裁判官に委ねられているとあなたは考えているようである。しかし憲法は、執行部が彼らのために決定する以上に、彼らに執行部のために決定する権利を付与してはいない。両者は、それぞれに与えられた行動の領域内において、対等に独立している。……裁判官自身の行動の領域だけでなく、立法部と執行部の行動の領域にも適用される、どのような法律が合憲で、どのような法律がそうでないかを決定する権利を裁判官に与えるという意見は、司法部を専制的な部門にするものである²³。

このようなジェファソンの見解は、「民主主義を平定するための唯一の防波堤として、司法部を見ていた」²⁴連邦派に対する痛烈な批判として評価することができる。彼の発想は、三権は憲法解釈において対等であり、各々の領域においては各部門独自の最終的な憲法解釈権限が認められるべきであるとするものである²⁵。

とりわけ、司法部の判断の在り方についての連邦派と共和派の対立については、マーベリ判決以後も終結することはなかった²⁶。すなわち、連邦派の裁判官の行動の背後には、人民から権限を奪うための陰謀が見え隠れしていた²⁷、他方において共和派は、司法部が憲法解釈において優越的地位を占めることに危機感を覚え、その芽を摘み取ろうとしていた²⁸。簡潔にまとめるならば、ネルソン(William E. Nelson)が指摘するように、共和派は「人民の意思に基いて問題を解決することを模索」し、連邦派は「確定した法の原理に基づいて問題を解決しようとしていた」²⁹のである。

同時期における連邦の司法部に関する論争を過熱させた出来事の一つとして、例えばチ

²³ Letter from Thomas Jefferson to Mrs. John Adams (Sept. 11, 1804) *in* 11 Writings of Thomas Jefferson 49, 50-51(1907).

²⁴ Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N.Y.U. L. Rev. 333, 358(1998).

²⁵ 参照、田中英夫『アメリカ法の歴史 上』(東京大学出版会、1968年)215-216頁。

²⁶ Larry D. Kramer, *When Lawyers Do History*, 72 GEO. Wash. L. REV. 387, 418-419(2003).

²⁷ Friedman, *supra* note 24, at 358.

²⁸ 例えば、ガイルズ(William B. Giles)は、連邦の見解は「すべての公的機関が人民に対して責任を負うという、憲法の基本原理を破壊することに直結する」ものであり、「政府のすべての部門に対する最終的な検閲と統制の権限を有し、国民に対して責任を有しない、恒久的な部門を設立する」ことであると批判する。11 *Annals of Cong.* 602(1802).

²⁹ William E. Nelson, *The Eighteenth-Century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence*, 76 Mich. L. Rev. 893, 928-929(1978).

ェイス(Samuel Chase)の弾劾を挙げることができる。共和派は、連邦最高裁の裁判官の地位にありつつも、その裁判にあたって政治的・党派的な言動が多かったチェイスにつき、裁判所の構成を改めることを目的として弾劾を試みた。上院の弾劾決議においては、15対19という僅差で弾劾訴追は棄却されたものの、共和派によるチェイス解任の試みは、司法部に対する大胆かつ直接的な攻撃の一つでもあった³⁰。それと同時に、連邦派の判事の党派的な活動は、人民の意思に対する反多数者主義的な行動であるとする共和派による批判を招くものでもあった³¹。

また、マーシャル・コートの歴史における「汚点」³²とも評される、アーロン・バー(Aaron Bar)が叛逆罪に問われた事件も、司法部を舞台とした連邦派と共和派の党派的対立の一つとして挙げることができる³³。この事件は、かつて自身の下で副大統領の地位にあったバーを、ジェファソンが南西部の州独立運動と結びつけて有罪にしようとしたことに端を発する。結果として、バーは無罪であり釈放されることとした判断が下された。しかし、同判決で争点となったバーの行為が叛逆に相当するかについてのマーシャルの判断は、党派的な色彩の濃いものであったと評される³⁴。ガイルズは、このようなマーシャルの判断を評して曰く、「このテーマに関する司法の意見は、政治的な日差しの中で掲げられたときにその色を変える、可変的な絹のようなものだ」と私は学んだ³⁵と痛烈に批判している。連邦派が、同判決を裁判官の独立した権限を防護するものであるとして歓迎する一方で、共和派は司法部における党派的行動に対する批判を強めていったのである。例えば共和派は、成功こそしなかったものの、上院と下院の共同決議を条件として裁判官を解任できるようにすることや、裁判官の任期に制限を設けるといった内容の憲法修正案を提案するに至ったのである。

この時代における連邦司法部は、政治的危機が発生する度に批判にさらされていた。フリードマンは、一連の批判を、ジェファソニアン・デモクラシーとも称される人民の意思を重要視する政治思想と関連付けて論じる。それによれば、1800年の選挙における共和派の勝利は、「民主制の勝利であり、政治における人民の関与の時代の絶頂」³⁶であった。人民による政治参加の帰結としての「1800年の革命」によって権力を握った共和派は、「人民の意思」

³⁰ 参照、田中・前掲注25)192-193頁。

³¹ Friedman, *supra* note 24, at 363-368.

³² EDWARD S. CORWIN, JOHN MARSHALL AND THE CONSTITUTION 111(Yale University Press, 1919).

³³ United States v. Burr, 25 F. Cas. 30(CCD Va. 1807).

³⁴ 参照、田中・前掲注25)198-199頁。

³⁵ Letter from Joseph Story to Samuel P.P. Fay (Feb. 13,1808), *in* 1 Life and Letters of Joseph Story, Associate Justice of the Supreme Court of the United States, and Dane Professor of Law at Harvard University 157, 159(1851).

³⁶ Friedman *supra* note 24, at 371.

を持ち出すことによって、連邦最高裁を議会に従わせようとしたのである。連邦派による司法部が、実際に人民(多数派)の意思を阻害したか否かについて、結論を出すのは容易ではない。しかし、司法と政治の関係性がアメリカでどのように発展していくのか未だ定かではない時代においては、人民の意思に対する司法部による干渉の脅威の存在だけで、反多数者主義的な批判を引き起こすには十分だったのである³⁷。

上記のような司法部に対する不信は、ジェファソンの見解においても見て取ることができる。彼は当初、司法部の手による法的な抑制機能を重視する書簡をマディソンに送付するなどしていたが³⁸、事態が進展するにつれて、司法部に対する猛烈な不信を抱くようになる。すなわち、「アメリカの司法部は、連合体の基盤を崩すために、常に地下で働いている土木工兵や炭鉱夫の精鋭部隊」³⁹であると表明し、司法部に対する警戒感を示したのである。

ここにおいて問題となるのが司法優越主義である。すなわち問題となったのは、連邦最高裁が下した憲法解釈が連邦の他部門や州政府等、事件の当事者を越えた各部門をどこまで拘束することができるのかということであった。それは、ジェファソンによる以下の見解にも表れている。

(裁判官はすべての憲法問題の最終的な裁定者であるという見解に対し)憲法は、そのような単一の法廷を設置していない。それは、いかなる部門の手に委ねようとも、時間と党派の腐敗によって、その構成員が専制君主になることを知っているからである⁴⁰。

ジェファソンはこのように、司法部における党派性、そしてそれに対する民主的な統制の不在等にかんがみ、憲法解釈における最終的な権限を司法部に託すことは認められないとし、その代替的手段として、三権における同格的な憲法解釈権限を主張するのである⁴¹。すなわち、当時の共和派にとっての懸念は、司法審査(judicial review)の存在ではなく、その拘束力の及ぶ範囲の問題(judicial supremacy)であったといえよう⁴²。

1800年代前半における連邦司法部を巡る闘争において特徴的であったのは、司法部にお

³⁷ *Id.* at 373.

³⁸ Letter from Thomas Jefferson to James Madison (Mar. 15, 1789) *in* 7 Writings of Thomas Jefferson 309(1907).

³⁹ Letter From Thomas Jefferson to Thomas Ritchie (Dec. 25, 1820) *in* 15 Writings of Thomas Jefferson 295, 297(1907).

⁴⁰ Letter from Thomas Jefferson to William Charles Jarvis (Sept. 28, 1820) *in* 15 Writings of Thomas Jefferson 276, 277(1907).

⁴¹ 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——」帝京法学第25巻2号(2008年)106-107頁。

⁴² *See*, Friedman *supra* note 24, at 375.

ける高度な政治性であった。それゆえに、憲法の解釈が党派的な偏見なしに行われるという確信は全く存在しなかった。フリードマンが主張するように、確かにジェファソニアン・デモクラシーの時代は「ポピュリストの時代」⁴³でもあった。しかし、チェイスの弾劾やアロン・バーの裁判に代表されるように、問題の性質上、共和派が許容できる範囲を超えた権限が、連邦派の牙城たる司法部に付与される危険性があった。それゆえに、司法優越主義に対する警戒感が、この時代において高まりを見せていたのである。

第3節：州と連邦の対立における司法優越主義

——垂直方向への優越性——

1803年のマーベリ判決において連邦法を違憲と判断したマーシャル・コートは、ドレッド・スコット判決に至るまでの数十年間、奴隷制に関する判断を除いて、アメリカを二分するような政治的に重要な問題の解決を求められることはほとんどなかった⁴⁴。それはすなわち、南北戦争前の連邦最高裁は、党派的な立場が確立されているような合衆国憲法上の問題に介入することはほとんどなく、連邦法における技術的な問題や土地の問題といった、政治的な論争がほぼ生じないような争点についての判断がほとんどであったがゆえに、政治的にはそれほど重要な存在とはみなされなかったことを意味する⁴⁵。この時代の連邦最高裁において中心的に取り上げられていた問題は、連邦と州の権限争いという、権力の「縦の分割」⁴⁶に関するものであった。連邦最高裁は、「連邦政府と各州政府の間の調整を計る機関として」⁴⁷、換言するならば、連邦制度におけるアンパイヤとしての役割を担っていたのである⁴⁸。

それでは、州法の領域における連邦最高裁の動向はどのようなものであっただろうか。マーシャル・コートはドレッド・スコット判決に至るまで連邦法に対する違憲判決は下さなかったのに対し、州法の審査は積極的に行っていた。連邦政府の権限の強化と州権の抑制を図るべく、連邦最高裁は、とりわけ連邦議会の権限の範囲に関する著名な判断を次々と下していくこととなる。最も著名な事例としては、連邦政府の権限の性質について判断した

⁴³ *Id.* at 381.

⁴⁴ Mark A. Graber, *Naked Land Transfers and American Constitutional Development*, 53 VAND. L. REV. 71, 116(2000).

⁴⁵ *Id.* at 117.

⁴⁶ 岸野薫「アンテベラム期における経済規制と裁判所の役割」毛利透ほか編『初宿正典先生古稀祝賀 比較憲法学の現状と展望』（成文堂、2018年）58頁。

⁴⁷ 西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察(一)——その歴史的発展過程と機能的分析——」*広島法学*第3巻1号(1979年)103頁。

⁴⁸ BENJAMIN F. WRIGHT, *THE GROWTH OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 54(Henry Holt, 1942).

McCulloch v. Maryland⁴⁹を挙げることができる。この事例は、メリーランド州が連邦議会によって設置された合衆国銀行に州税を課そうとしたことに端を発する。本件においては、連邦議会に合衆国銀行の設立権限があるかという問題と、州が合衆国銀行に課税することはできるかという問題が扱われた。法廷意見は、合衆国憲法第1条8節18項が連邦議会の権限を列挙した上で「権限を行使するために、必要かつ適切なすべての法律を制定する権限」を連邦議会に付与していることを足掛かりとして、連邦議会の権限は合衆国憲法において明示的に付与されたものに限られず、憲法によって連邦政府が設立された目的に照らして黙示的にも付与されると判断し、連邦議会が規制しうる領域を広く解した。そして、合衆国銀行に対するメリーランド州による課税については、本件において州による課税を有効とするならば、それは連邦を至高とする代わりに州を至高とする結果を招くこととなり、およそ連邦の全ての活動に対する州による課税を可能にするものであり、合衆国憲法に反すると判示した。すなわち、「課税する権限は、破壊する権限を含む。破壊する権限は想像する権限を破るものであり、これを無意味なものとするのである」⁵⁰と。

連邦議会の州際通商権限についての先例としては、1824年のGibbons v. Ogden⁵¹を挙げることができる。ニューヨーク州議会はリビングストン(Robert R. Livingston)とフルトン(Robert Fulton)に、州の領域内における蒸気船の運航の独占権を付与する法律を制定した。二人から独占権を譲り受けたオグデン(Aaron Ogden)が、ギボンズ(Thomas Gibbons)が開始した船舶の運航の差し止めを求めたというのが、本件の経緯である。マーシャルによる法廷意見は、完全な州の中における通商に関する規制は州自らが立法するものであり、中央政府の権限は直接には及ばないとした。しかし、連邦の州際通商に関する規制権限は、各州の境界線のみならず州内にも及ぶとして、最終的には連邦議会の州際通商規制の権限を広く認め、ニューヨーク州法は無効であると判示した。

このような連邦最高裁の反州権的な動きに対し、司法部を規律するための数多くの提案が連邦議会においてはなされた。最も有名なのは、州の立法につき、連邦裁判所が連邦に委任された権限と抵触すると考えるものを無効として取り扱う権限を認めるJudiciary Act第25条の廃止の試みであろう。当時の連邦最高裁に関する言説の中には、州の権限について判断する最高裁の権威性を否定するものが散見されるが、それは当時激しい対立を巻き起こした州権に関する論争にも関連する。連邦の統治に対する州における主権の存在を主張する論者の中心にあったのは、「協約(compact)」理論であった。すなわち、州権を重視する論者は、州は合衆国憲法の協約の当事者であるとする理論を採用し、この協約によって創りだされた政府の司法部によっては、州の行為は判断されえないとした。そのような立場の例

⁴⁹ 17 U.S. (4 Wheat.) 316(1819).

⁵⁰ *Id.* at 431. マッカロック判決については、木南敦『通商条項と合衆国憲法』(東京大学出版会、1995年)25頁以下も参照。

⁵¹ 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

として、「今や、憲法は主権を有する独立した州間の協約であり、共通の優位性を持たないという立場を確立したのである。そして必然的に、州が締結した協約に反しているかどうかを最終的に決定するための州の権限を超えるような法廷は存在し得ない。その結果、協約の当事者として、州の介入を必要とするほど重要な問題については、最終的に州自身が決定しなければならないのである。」⁵²というヘイン上院議員(Robert Y. Hayne)の言説を挙げることができる。すなわちヘインは、協約という理論に依拠しつつ、連邦最高裁が州の主権について判断する権威性を否定したのであった。合衆国憲法を州の協約とみなす考え方に立脚するがゆえに、中央政府の一部門にすぎない連邦最高裁を、合衆国憲法という協約を創出した各当事者よりも高位に位置づけることは誤りであった。同様の考え方は、当時の有力な州権論者であった⁵³、カルフーン(John C. Calhoun)の見解においても見て取ることができる⁵⁴。

それでは、州権を重視する立場から連邦最高裁の優越性を否定する理論が盛んに提唱されていたことと関連して、州の連邦最高裁に対する姿勢はどのようなものであったか。この点について以下では概観することとする。簡単にまとめるならば、連邦最高裁に対する州の典型的な姿勢は反抗的なものであった⁵⁵。著名な事例としては、ジョージア州に関連する二つの判決を挙げることができる。一つ目は、1831年の *Cherokee Nation v. Georgia* である⁵⁶。この事例は、チェロキー族がチェロキー・ネーションの設立を宣言したことに端を発する。このチェロキー・ネーションの領土の大半が属するジョージア州は、1829年当時、チェロキー族の土地についての主権を主張する法律を制定していた。1831年の事例においてジョージア州は、チェロキー族の一人を他のチェロキー族を殺害した罪で州法に基づき州裁判所に起訴することで、チェロキー族に対する主権を主張した。連邦最高裁が、ジョージア州の行為が *federal treaty* に反するか否かを審査するためにこの事件を管轄すると、州はこれに反抗して、ワシントンにおける審理の前に逮捕されていたコーン・タッセル(Corn Tassels)を処刑した。その後、連邦最高裁は、チェロキー・ネーションとして連邦の裁判所に救済を求めることはできないとして、訴えを却下することとなる⁵⁷。

二つ目の事例は、1832年の *Worcester v. Georgia* である⁵⁸。この事件は、チェロキー族

⁵² Friedman, *supra* note 24, at 393-394.

⁵³ 岸野薫「南北戦争・再建期における「ひとつの人民」の形成に関する覚書」曾我部真裕＝赤坂幸一編『大石真先生還暦記念 憲法改革の理念と展開 下巻』(信山社、2012年)849頁。

⁵⁴ 参照、田中・前掲注25)324-341頁。

⁵⁵ Friedman, *supra* note 24, at 395.

⁵⁶ 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831).

⁵⁷ *Id.* at 16-18. See, 1 CHARLES WARREN, THE SUPREME COURT IN UNITED STATES HISTORY, 1789-1835 745-751 (2d ed, 1926).

⁵⁸ 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

の土地に居住する白人に対し、ジョージア州からライセンスを取得することを義務付ける新たな法律に違反したとして、二人のキリスト教宣教師が州警察によって逮捕されたことに端を発する⁵⁹。宣教師らは州法の無効を主張して提訴した。連邦最高裁は、ジョージア州裁判所による有罪判決を破棄し、当該州法は無効であるとする判決を下した。このような連邦最高裁の判断に対しては、後述するようなジャクソン大統領による反発のみならず、ジョージア州においても判決を無視することについて明確な意思表示が見られた⁶⁰。ジョージア州は、連邦最高裁の判決を無視し、宣教師らの釈放を拒絶したのである。州の反抗的な行為は、州に対する連邦最高裁の管轄権を否定することに基づいていることは明らかであった。例えば、当時のギルマー州知事(George R. Gilmer)は、もし令状を執行しようとするならば、それに対してはあらゆる手段をもって抵抗すると宣言し、連邦最高裁が司法権限を行使しようとするならば、それは州政府の完全な消滅、あるいは、連邦の平和と繁栄にとって致命的な帰結をもたらすと警告した⁶¹。まさしく、ギルマーは連邦最高裁の権威性を否定する立場を採用したといえよう⁶²。1830年代初頭におけるジョージア州と連邦の争いは、州と連邦という縦の関係において司法部の権威性が問題となった——すなわち、連邦最高裁の決定を州が遵守しないという状況が生じた——象徴的な事例であった。

当時の州権論、そして具体的事例における州の連邦に対する反発に対し、州権論と対立する見解はどのようなものであつただろうか。アメリカ史上もっとも有名な論争の一つであるハインとウェブスターによる1830年の論争において、ウェブスター(Daniel Webster)は以下のような立論によって連邦司法部を擁護する。すなわち、合衆国憲法第6条の最高法規条項と司法権を付与する合衆国憲法第3条を併せて考えれば、問題は解決するとウェブスターは主張するのである。それによれば、「この憲法、およびこれに準拠して制定される合衆国の法律、ならびに合衆国の権限にもとづいて締結された、または将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。すべての州の裁判官は、州の憲法または法律に反対の定めがある場合でも、これらのものに拘束される」⁶³という憲法の規定は、合衆国憲法および法律が至高の存在であることを宣言したものである。そして、誰がこのような合衆国の憲法および法律と州法の抵触を判断するかについては、第3条がその役割を連邦司法部に委ねていることによって、答えがすでに付与されているとする。この二つの規定こそが連邦制の「アーチの要」であり、これらがあつてこそその憲法なのである。もしこれら規定がなければ、

⁵⁹ 1 Warren, *supra* note 57, at 753-761.

⁶⁰ *Id.* at 753-754. See, Michael J. Klarman, *How Great were the Great Marshall Court Decisions*, 87 VA. L. REV. 1111, 1175-1176(2001).

⁶¹ 1 Warren, *supra* note 57, at 733.

⁶² Friedman, *supra* note 24, at 395-396.

⁶³ 邦訳はアメリカンセンターJAPANによるものである。以下も同様。

<https://americancenterjapan.com/aboutusa/laws/2566/> (最終閲覧：2021年12月22日)

それは単に「邦による連合(Confederacy)」であるとする⁶⁴。このようなウェブスターの理論は、「人民の意思たる憲法により、連邦政府の権限に関する解釈権は連邦最高裁に委ねられて」⁶⁵いることを示すものであり、協約理論に対置するものとして位置づけることができる。

上記においては、連邦最高裁の動向とそれに対するジョージア州の反抗、そして当時における理論的基盤を概観した。以下においては、法執行の実働部隊たる連邦の執行部の動向を検討する。ジャクソン大統領(Andrew Jackson)による連邦最高裁の判決に対する拒否や不執行が、司法優越主義を否定する代表的な歴史的事例としての位置づけを獲得していることは言うまでもない。しかしフリードマンによれば、ジャクソンにおける司法優越主義に対する否定的立場は、かなり複雑な性質を有するものであった⁶⁶。すなわち、連邦制に関する問題において窮地に陥ったとき、ジャクソンは連邦最高裁を支持する側に立っていたのである。例えば、ウースター判決後にジャクソンが「ジョン・マーシャルが判決を下した。今、彼にそれを執行してもらおう」⁶⁷と発言したとされるエピソードは、彼が連邦最高裁の下した判決についての不執行を宣言したものであるとしてあまりにも有名である。ジャクソン自身が連邦の州に対する介入という状況にシンパシーを抱いていなかったことも確かであろう。しかし、ジョージア州のいずれの事例においても、執行部が判決を実施する現実的な能力があったか否かという疑問が生じうる⁶⁸。すなわち、当時未だ不安定であった連邦制の下で、ジョージア州の事例において連邦が州に介入することは、連邦を危機に陥れる虞を有するものであり、ジャクソンが現実的に判決を執行することは困難だった可能性が考えられる⁶⁹。このような可能性を考えると、上記で紹介したジャクソンのエピソードは、当時の連邦制の維持に鑑みて現実的に困難な判決の執行を、「政治部門に丸投げされてはたまらない」⁷⁰という彼の立場を表したものとも読むことができる。つまり 1830 年代初期の段階において、大統領がジョージア州に対してウースター判決の判決に従うよう強制しないことには、理由が存在したのである⁷¹。

ジャクソンによる、司法優越主義に反対する最も有名なメッセージは、合衆国銀行に関するものであろう。メリーランド州ボルチモアに支店を出した合衆国銀行に対し、州が当該銀

⁶⁴ ウェブスターの提唱する理論について参照、田中・前掲注 25)330-332 頁。

⁶⁵ 岸野・前掲注 53)851 頁。

⁶⁶ Friedman, *supra* note 24, at 398.

⁶⁷ 1 Warren, *supra* note 57, at 759.

⁶⁸ Friedman, *supra* note 24, at 400.

⁶⁹ また、当時の民主党員の多くは、チェロキーに関する訴訟そのものがジャクソンの政敵による策略であると考えていたようである。1 Warren, *supra* note 57, at 735, 760.

⁷⁰ 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?」桐蔭法学第 13 卷 1 号(2006 年) 138 頁。

⁷¹ Klarman, *supra* note 60, at 1176.

行に課税しようとしたことに端を発するマッカロック判決では、合衆国銀行の設立を認めた連邦法が合憲とされ、連邦議会が国立銀行を設立する権限が認められた。その後の連邦議会による合衆国銀行の再認可の機会に、ジャクソンは拒否権を発動したのであるが、彼は、拒否権に付随したメッセージ(Veto Message)において、憲法の最終的な解釈権限が連邦最高裁にあることを否定している。

連邦最高裁の意見がこの法案の根拠となっているものの全領域を包含していたとしても、その意見は政府の対等な部門を統制するべきではない。議会、大統領、連邦最高裁はそれぞれが憲法に関する独自の見解に基づいて行動しなければならない。……

裁判官の意見が連邦議会に対して権威をもつものではないことは、連邦議会の意見が裁判官に対し権威をもつものではないことと同じであるし、かかる点において、大統領は双方から独立している。それゆえに、連邦議会や大統領が自身の立法上の能力において行動している際に、連邦最高裁の権威がそれを統制することは許容されないのであり、連邦最高裁はその理由づけの力に値するほどの影響力のみが認められるべきなのである⁷²。

このようなジャクソンの立場は、司法優越主義を否定し、三権における同格の憲法解釈権限を主張するものと解されてきた。しかしフリードマンによれば、この拒否権付きメッセージの性質をもってしても、ジャクソンの立場は複雑性を有するものであった。たしかにジャクソンは、連邦最高裁の憲法解釈が議会や大統領に優越することを否定したのであるが、とりわけ「連合(Union)」に関する問題においては、連邦最高裁の役割を正面から支持せざるを得なかった⁷³。ジャクソンがこのような二面性を保持せざるを得なかった理由は、彼がnullification(実施拒否)⁷⁴に強硬に反対していたことに求めることができる。とりわけ南部のサウスカロライナ州における危機は、連邦最高裁を取り巻く政治的状況を大きく変容させるものであった。

事の発端は、1828年にアダムス大統領(John Adams)の政権下において成立した関税法である。主として軽工業を産業の進んだヨーロッパから保護するために導入された高関税は、主たる収入源を綿花とする南部にとっては、ほとんど恩恵の対象とはならないものであった。このような高関税はジャクソン政権下における1832年の関税法改正においても残存し、南部の人々の不満もまた、依然として残ることとなった。1832年のサウスカロライナ州民大会では、連邦の法律が州において効力を有するためには州の同意が必要であること、連邦法による関税の徴収はサウスカロライナ州を拘束するものではないこと、そして場合によ

⁷² Andrew Jackson, Veto Message (July 10, 1832) *in* 3 *Compilation of the Messages and Papers of the Presidents* 1139, 1145 (1897).

⁷³ Friedman, *supra* note 24, at 402.

⁷⁴ 「Nullification」の邦訳は、田中・前掲注 25)327 頁による。

っては、サウスカロライナ州が連邦から離脱することもあり得る旨が宣言され、さらには武力の行使をも予告するような挙に出たのである⁷⁵。

このようなサウスカロライナ州の動向に対して、ジャクソンは強く反対の立場をとった。彼は、実施拒否と連邦からの離脱は合衆国憲法に反するものであると表明し、サウスカロライナ州に連邦法を遵守させるべく、軍事力を行使する準備があると脅迫した⁷⁶。注目すべきは、ジャクソンの反実施拒否の宣言が憲法制度における連邦最高裁の役割を強く擁護していた点であろう。すなわち、実施拒否の合憲性を否定して連邦の永続性を宣言した際、ジャクソンは、連邦最高裁を憲法の意味についての最終的な裁定者として措定したのである⁷⁷。彼は 1832 年の宣言において、「合衆国憲法は、司法権が、連邦の制定法に基づいて発生する事件にまで及ぶこと、そのような法律、憲法、そして条約は州憲法や州法に優位することを宣言している」⁷⁸ということを示している。

さらに明瞭にジャクソンの立場が表明されているのは、1837 年の辞任演説であろう。「違憲または圧迫的な法が連邦議会を通過することは間違いないが……それらが司法部の権威の及ぶ範囲内であれば、救済策は容易かつ平和的である……」⁷⁹という部分がそれである。1832 年に突如として訪れた危機において、連邦最高裁が憲法の意味の最終的な決定者としての役割を果たすことは、サウスカロライナ州による実施拒否の試みに否定的な人々にとっては最善の手段のように思われたのである⁸⁰。ジャクソン自身、完全に協約理論を否定していたわけではなく、上記で概観したように、合衆国銀行を巡る論争においては連邦に権力が集中することに否定的な立場を採用した。それにもかかわらず、連邦に訪れた危機において、彼は州に対する「垂直的な(vertical)」司法優越主義を援用せざるをえなかったのである⁸¹。連邦最高裁の立場から考えるに、サウスカロライナ州における実施拒否と連邦からの離脱を宣言したことは、司法部の判断の権威性を高める機会でもあったとも解することができる。クラーマンが述べるように、政治部門が憲法の意味についての最終的な決定者としての連邦最高裁を歓迎することとなった 1833 年初頭において、連邦司法部は実施拒否に関す

⁷⁵ Friedman & Delaney, *supra* note 19, at 1156.

⁷⁶ Friedman, *supra* note 24, at 403.

⁷⁷ Klarman, *supra* note 60, at 1179.

⁷⁸ Andrew Jackson, Proclamation (Dec. 10, 1832) *in* 2 JAMES D. RICHARDSON, A COMPILATION OF THE MESSAGES AND PAPERS OF THE PRESIDENTS: 1789-1902 647(1905).

⁷⁹ Andrew Jackson, Farewell Address (Mar. 4, 1837) *in* 4 Compilation of the Messages and Papers of the Presidents 1511, 1516(1897).

⁸⁰ *See*, 1 Warren, *supra* note 57, at 775-776.

⁸¹ *See*, Friedman & Delaney, *supra* note 19, at 1155-1157.

る論争の「大きな勝者」⁸²となったと評価しうるのである。

第4節；ドレッド・スコット判決へ

本節では、1857年に下されたドレッド・スコット判決⁸³を中心に扱う。同判決は、「連邦最高裁史上における最も残虐な行い」⁸⁴というアイスグルーバー(Christopher L. Eisgruber)の評価の通り、アメリカ史上における連邦最高裁の大きな過ちの一つとして位置づけることができる。同判決における連邦最高裁が、少なくともいくつかの重要な点において憲法解釈をほとんど議論の余地もなく誤っていたことは、多くの人々が同意するところであろう⁸⁵。それと同時に、同判決に対するリンカーン大統領(Abraham Lincoln)の対応は、ディパートメンタリズムの歴史的事例として著名であり、司法優越主義に否定的な立場をとる論者から必ずと言って良いほど引用されている点が注目される⁸⁶。

まず、ドレッド・スコット判決が下される前の連邦最高裁を取り巻く政治的状况から概観する。ウォーレン(Charles Warren)によれば、1848年から49年において、連邦最高裁は人民からの信頼という点において、その頂点に達していた⁸⁷。また、1844年の大統領選挙で民主党が勝利したことは、トーニー(Roger B. Taney)率いる連邦最高裁の追い風となった。すなわち、「最高裁判所が政治的部門(立法部・執行部)と同じ社会観と政治的信条を有するという事態が、相当期間継続」⁸⁸したのが、1840年代後半の政治的・社会的状況だったのである。ウォーレンによれば、「首席裁判官のトーニーに対する古い党派的な理由による反感はほとんど消え、スワード(William H. Seward)のような激的な反奴隷の上院議員でさえ、トーニーに対し「司法部の長官としてのあなたに対し、アメリカの人民と同様に、高い敬意を抱いている」とする手紙を送付している。議会の連邦最高裁に対する攻撃はほとんど完全に終わり、マーシャルが首席裁判官だった時代の最後の20年において形成された、連邦最高裁の最も重要な管轄権をなくするという企図は、今や忘れ去られ断念されたかのように見

⁸² Klarman, *supra* note 60, at 1180.

⁸³ Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. (19 How.) 393(1857).

⁸⁴ Christopher L. Eisgruber, *Dred Again: Originalism's Forgotten Past*, 10 Const. COMMENT. 37, 41(1993).

⁸⁵ Michael Stokes Paulsen, *Lincoln and Judicial Authority*, 83 Notre Dame L. Rev. 1227, 1228(2008).

⁸⁶ See, Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83, 88-89(1998); Edwin III Meese, *Law of the Constitution*, 61 Tul. L. Rev. 979, 985-986.

⁸⁷ 2 CHARLES WARREN, THE SUPREME COURT IN UNITED STATES HISTORY 1836-1918 206(2d ed, 1926).

⁸⁸ 田中・前掲注 25)447 頁。

えた。」⁸⁹というのが当時の連邦最高裁を取り巻く状況であった。

奴隷制を巡る問題は、連邦最高裁を再び党派的な論争に関わらせるトピックでもあった。しかし、政治的な混乱を招く恐れのある奴隷制を扱うことは、政治部門にとっても厄介な問題でもあった。グレーバー(Mark A. Graber)は、ドレッド・スコット判決は政治的に困難な問題を、政治部門が連邦最高裁に転嫁した一例として位置づけることができるとする。それによれば、19世紀半ばのアメリカにおいては、米墨戦争によって獲得した領土における奴隷制の扱いをめぐる論争が勃発していた。奴隷制に関する政治的対立の激化に伴い、連邦の政治指導者たちは、奴隷問題について解決する権限は政治部門には存しないと主張することで、かかる党派的な衝突に、連邦の政治部門として介入することを回避しようとした⁹⁰。すなわち、ここにおいて提起された憲法上の問題は、連邦最高裁において決着されなければならないという立場を採用したのである⁹¹。オレゴン、カリフォルニア、ニューメキシコのテリトリに関する上院の Select Committee による 1848 年の報告書は、奴隷制に関する問題を政治部門から取り除くために、いかにして司法部の権威に訴えるかを示すものであった。より詳細に述べるならば、同報告書は連邦議会に対し、メキシコから割譲される領土には奴隷制を認めないことを領土割譲に必要な費用支出の条件とする附属条項(Wilmot Proviso)の通過を拒否することを要請し、代わりに、奴隷問題に関する連邦司法部の審査を容易にするような立法をなすことを主張していたのである。このような連邦の政治部門の指導者たちの企図により、連邦司法部は「反奴隷制と奴隷制の支持、そして人民主権の政治を選択することに責任を有する国家機関」⁹²となったのであった。また、1857年に大統領に就任したブキャナン(James Buchanan)は、その就任演説において、奴隷制は司法的な問題であって、合衆国最高裁判所に正統にも帰属する問題であると宣言している⁹³。

こうして連邦最高裁は、他の部門や人民からの攻撃を招き、自身の評価を落としかねない判決へと突き進むことになる。ドレッド・スコット判決は、司法部の権威に危機をもたらすものであった⁹⁴。判決における要点は、以下の二つである。第一は、原告の黒人スコットは

⁸⁹ 2 Warren, *supra* note 87, at 206.

⁹⁰ Mark A. Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 Stud. Am. Pol. Dev. 35, 47(1993).

⁹¹ 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)66-68頁、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』(有斐閣、2011年)43-44頁。

⁹² Graber, *supra* note 90, at 48.

⁹³ 連邦最高裁は、ブキャナンの要請によってドレッド・スコット判決における憲法判断に踏み切ったという背景事情を、グレーバーは指摘する。Mark A. Graber, *Dred Scott as a Centrist Decision*, 83 N.C. L. REV. 1229, 1237(2005).

⁹⁴ Paulsen, *supra* note 85, at 1227.

合衆国市民ではないがゆえに、連邦裁判所の管轄権は否定されるとした点である。つまり、黒人は合衆国憲法にいう「citizen」には区分されず、連邦最高裁は本件については、審理はできないとしたのである。第二に、傍論として、ミズーリ互譲法もイリノイ州法もスコットに自由を付与することはできないとした点である。原告側は連邦議会に対し、テリトリにおいて立法をなす権限を付与する憲法第 4 条 3 節 2 項に依拠するが、この規定によって付与された権限は、当時合衆国に属していたテリトリに限定されるのであり、その後外国政府から取得したテリトリには関係がないとする。そして、合衆国憲法制定後に取得されたテリトリにつき、それが州として加入するか否かは連邦議会の裁量に属する問題であるが、そこにおける市民の権利を保護する役割は裁判所にある。財産権は第 5 修正において保障されているところ、ミズーリ互譲法は奴隷所有者における、奴隷という財産の所有権を制約するものであり、奴隷所有権を超えるような権限は連邦議会には付与されていない。それゆえに、当時の領土内でミズーリより南(北緯 36 度 30 分以南)には奴隷州は作らないとしたミズーリ互譲法は違憲無効であると判断した。さらに、原告のスコットは奴隷州であるミズーリから自由州であるイリノイ州に移り、さらにミズーリに奴隷として移ったが、彼の地位を決めるのは自由州たるイリノイの州法ではなく、ミズーリ州法であると判断したのである。

こうして連邦最高裁は、1803 年のマーベリ判決以来 54 年ぶりに連邦法に対する違憲判決を下した。しかしその判断は、南北における政治的対立の激化を招くこととなる。連邦最高裁が奴隷制について判断を下せば奴隷問題は解決されるであろうという予測は、崩れ去ったのである。同判決が南部諸州の離脱の直接的な要因となったか否かについては様々な評価が成立しうるが、ともかくも、連邦最高裁が奴隷問題を最終的に解決することができなかったことは確かであろう。本節冒頭で述べたように、本判決に対するリンカーンの反目は、司法優越主義との関係性において幾度となく言及されてきた。彼の著名な就任演説の一節は、司法優越主義を否定する文脈において、その後広く引用されることとなる。

率直な市民は、人民の全体に影響を与える重要な問題について、政府の政策が連邦最高裁の判決によって不可逆的に固定されたのならば……人民は自らの統治者であることをやめ、その限りにおいて、實際上自らの政府を、あの高位の裁判所に手渡すこととなるであろう⁹⁵。

このようにリンカーンは宣言し、ドレッド・スコットに反対する立場を表明した。ただし彼は、司法部の判決の個別的効力までを否定することはなく、あくまでその一般的な効力に否

⁹⁵ Abraham Lincoln, First Inaugural Address(Mar. 4, 1861) *in* 4 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN 268(Rutgers University Press, 1953).

なおリンカーンの演説については、高木八尺・斎藤光訳『リンカーン演説集』(岩波書店、2011 年)も参照。

定的見解を示していたことには留意する必要がある。すなわち彼は、人民や連邦議会、大統領を拘束するような「政治的ルールとして」⁹⁶ドレッド・スコット判決を受容することには反対していたのである。換言するならば、リンカーンはこの判決の当事者に対する拘束力を認めた一方で、連邦最高裁の判決は、将来の事例において人民を拘束することはできないとする立場を表明したのであった。つまりリンカーンの立場は、連邦最高裁による違憲審査は尊重するが、「場合によっては先例としての価値を有しないと判断することも許容される」⁹⁷といったものであった。この点において、彼は自らの立場を、政敵であったダグラス上院議員(Stephen A. Douglas)の主張と区別して論じる。

(ダグラスは) あるテリトリの人々が奴隷制を排除することを禁じる決定に固執する。それは彼が、それ自体正しいことであると言明するがゆえではなく、裁判所によって決せられたからである……彼にとって、裁判所の決定は「主はこう仰せられる」なのである……彼はその価値ゆえに裁判所にコミットするのではなく、それが「主はこう仰せられる」であるがゆえにコミットするのである⁹⁸。

しかしリンカーンは、本当に司法優越主義に挑戦的であったのだろうか。この点についてフリードマンは、懐疑的な見解を提示する⁹⁹。すなわち、ドレッド・スコット判決に多くの人が憤慨している間においても、連邦最高裁の役割はアメリカにおける民主制の基盤となりつつあったというのである。つまり、連邦最高裁に対する「徹底した反抗は、次第に許容されなくなっていく」¹⁰⁰のである。このような状況において、ドレッド・スコット判決に反対の立場をとる人々の困難は、以下のスワードによる演説においても垣間見ることができる。

連邦最高裁判所は、一人の人間が他の人間を所有することができるということ、そして偽りの悪質な財産の不可侵性を保障しなければならないという原理を受け入れるように、アメリカの人々に命じようとしている。アメリカの人々は、これほどまでに憲法に反し、これほどまでに忌まわしい原理を受け入れることはできないし、これからも受け入れないであろう……裁判所を後退させよう。裁判所が後退するかどうかにかかわらず、我々は

⁹⁶ 3 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN 255((R. Basler ed. 1953).

⁹⁷ 大沢秀介『アメリカの司法と政治』(成文堂、2016年)109頁。

⁹⁸ Friedman, *supra* note 24, at 426.

⁹⁹ See, BARRY FRIEDMAN, THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION 105-136(Farrar, Straus and Giroux, 2009).

¹⁰⁰ *Id.* at 119.

裁判所を再編成し、それによって裁判所の政治的感情や慣習を改革し、憲法や法の性質と調和させなければならない。そうすることにより、我々は、我々自身の正当な権威を取り戻すだけでなく、市民や国家自体のかけがえのない多くの権利がその公平性とその知恵に依存していることから、その高位の法廷自体を本来あるべき地位に回復させることができるであろう¹⁰¹。

つまり、ドレッド・スコット判決をどのように扱うべきかという問題に対しては、連邦最高裁の権威性に真っ向から反対するのではなく、裁判所の構成自体を再編成するという解決策が、当時盛んに論じられていたのである¹⁰²。一例を挙げるならば、南部の人々や奴隷所有者が連邦最高裁において不均衡な数を占めていたことへの解決策として、判事ポストについての地理的な配分方法を採用することが提案されたりもしていた¹⁰³。リンカーンに関しても、彼が望んでいたのは、アメリカの人民がドレッド・スコット判決を覆すような裁判官を指名するであろう大統領を選出することであった。これは今日において、連邦最高裁の判決を変えるための正当な手法として広く認識されているような方法と、さして変わらないものであった¹⁰⁴。アメリカの民主制における連邦最高裁の地位が無視できないレベルになっていたからこそ、特定の判決に反対する人々は、連邦最高裁の再編成等によって、司法部の権威との直接対決を避けつつ判例変更の途を探し出す必要があることを理解し始めていたのである¹⁰⁵。

第5節：南北戦争後における連邦最高裁の権威性

第1款：再建期における連邦最高裁と政治部門の関係性

第1款では、主として再建期における連邦議会及び最高裁の動向に着目しつつ、南北戦争後の司法部の優越性の在り方について概観する¹⁰⁶。1861年、サウスカロライナ州のサムタ要塞における軍事衝突をきっかけとして始まった戦争は、以後4年間にわたって続き、南北あわせておよそ60万人が戦死した。南北戦争はアメリカの政治・社会を大きく変容させる出来事であったが、それは連邦最高裁も例外ではなかった。南北戦争前、連邦最高裁が

¹⁰¹ Cong. Globe, 35th Cong., 1st Sess. 943 (1858).

¹⁰² See, Friedman, *supra* note 24, at 429-430.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ Friedman, *supra* note 99, at 118.

¹⁰⁵ Friedman, *supra* note 24, at 431. フリードマンはこのような状況を、「優越性の回避 (Ducking Supremacy)」と呼称する。

¹⁰⁶ 再建期とは、南北戦争終結から連邦軍の南部撤収までの期間(1865-1877年)を指す。参照、岡山裕『アメリカ二大政党制の確立——再建期における戦後体制との形成と共和党』(東京大学出版会、2005年)。

マーベリ判決とドレッド・スコット判決というわずか二つの事例において連邦法を違憲と判断していたのに対し、ポストベルム期における連邦最高裁はこれまでにない頻度で違憲判決を下すようになった¹⁰⁷。

在任中に裁判官の過半を任命する機会を得たリンカーンによって、大幅に再構成された連邦最高裁による南北戦争後の二つの判断は、連邦議会をして最高裁における再建政策への支持を疑わしめるものであった¹⁰⁸。すなわち、Ex parte Milligan¹⁰⁹において連邦最高裁は、戦時中であっても敵による現実の侵略という事態がなく、通常裁判所が開廷されている場合において、軍法会議は民間人を審理することはできないし、連邦議会にはそのような軍法会議についての憲法上の権限は存しないと判断した。また Ex parte Garland¹¹⁰では、戦時中に連邦議会が定めた、一定の職業に就く際に宣誓を要求する法律が問題となった。1861年に制定された法律は、1865年にはその対象が拡大された。本件で宣誓を拒否したのは、宣誓の対象となった職業たる弁護士業に従事するガーランドであったが、連邦最高裁は同法を違憲無効と判断した。一つ目の判決は、当時連邦議会によって練られていた再建過程における軍の使用計画に大きな打撃を与えるものとして認識され¹¹¹、二つ目の判決についても、連邦議会の再建政策を阻害するものとして、とりわけ共和党の急進派からの激しい非難の対象となった¹¹²。これら二つの事例は、「第二・第三のドレッド・スコット判決」¹¹³とも称されるものであったが、この後の事例においては、連邦最高裁は議会との全面的な対立を避けるべく、再建法の是非について判断することは回避するようになっていく¹¹⁴。例えば、連邦議会が係争中の事件に関する管轄権を裁判所から奪う法案を成立させ、Ex parte McCordle¹¹⁵において、連邦最高裁が議会の動向に賛同したことは¹¹⁶、当時の連邦最高裁と

¹⁰⁷ Hepburn v. Griswold, 75 U.S. (8 Wall.)603(1870); Legal Tender Cases, 79 U.S. (12 Wall.)457(1871); United States v. Klein, 80 U.S. (13 Wall.)128(1872).

¹⁰⁸ Friedman & Delaney, *supra* note 19, at 1157.

¹⁰⁹ 71 U.S. (4 Wall.) 2(1866).

¹¹⁰ 71 U.S. (4 Wall.) 333(1866).

¹¹¹ See, 2 Warren, *supra* note 87, at 374, 423; Friedman, *supra* note 99, at 127.

¹¹² See, 2 Warren, *supra* note 87, at 451- 454.

¹¹³ David P. Currie, *Constitution in the Supreme Court: Civil War and Reconstruction, 1865-1873*, 51 U. CHI. L. REV. 131, 144(1984).

¹¹⁴ ROBERT A. BURT, *THE CONSTITUTION IN CONFLICT* 205(Belknap Press, 1992). 参照、田中英夫『英米法研究2 デュープロセス』(東京大学出版会、1987年)132-149頁。

¹¹⁵ 74 U.S. 506(1869).

¹¹⁶ *Id.* at 515.

議会の関係性を象徴する一例として挙げることができる¹¹⁷。

それでは、当時の連邦議会の動向はどのようなものであったのだろうか。ここでは第14修正の成立過程と、「1877年の妥協(The Compromise of 1877)」と呼ばれる大統領選挙を巡る危機という二つの事例に着目する。

まず、一連の南北戦争修正条項の一つである、第14修正の成立過程に着目する。連邦最高裁の権威に対する議会の態度はいかに表明されているかにつき、第14修正の成立過程の議論は注目に値する¹¹⁸。当時の連邦議会で圧倒的な多数を占めていた共和党は、南北戦争前における、リンカーンとダグラスの論争やリンカーン大統領就任演説でのドレッド・スコット判決への抵抗の表明に代表されるように、司法優越主義に対する反対を一つのスローガンとしていた。それゆえ、連邦議会において提起された第14修正が、憲法解釈における連邦最高裁の最終的権威を支持していたことは、共和党にとっては皮肉なことでもあった。すなわち、第14修正の起草者にとって、南北戦争という衝撃的な経験は、「より深刻な性質を有する敵対的行為」¹¹⁹や、「武力による革命」¹²⁰を回避するために連邦最高裁にアンパイヤ的な役割を担わせることこそが、唯一の制度的手段であるとするマーシャルやトニーの警告を確証させるものであった¹²¹。ビングム(John A. Bingham)によって起草され、下院に提出された改正案は「合衆国議会は、それぞれの州の市民に他の各州の市民が有するすべての特権及び免除を保障するために必要かつ適切な法律を制定する権限を有する」¹²²という内容であった。この改正案は新たな権限を連邦議会に付与するものであったが、各州に対しself-executingな制限を課していないものであり、修正案に明記された権利を恒久的に確保するものとは見なされなかった¹²³。さらに、将来的に連邦議会における勢力図が変化した際

¹¹⁷ See, Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, 91 GEO. L.J. 1(2002).

¹¹⁸ 第14修正の制定過程については、田中・前掲注114)117-131頁のほか、松澤幸太郎「合衆国憲法修正第一四条の原意——市民権との関連で——」筑波法政30号(2001年)93頁以下、君島東彦「アメリカ合衆国憲法第一四修正の意味——「合衆国-州-個人」構造と人権保護——」早稲田法学会誌43号(1993年)101頁以下、木南敦「合衆国憲法修正一四條五項に基づく議会の立法——裁判所の憲法、議会の憲法、人民の憲法——」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集(上)』(成文堂、2008年)131頁以下などを参照。

¹¹⁹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.)316, 401(1819).

¹²⁰ *Ableman v. Booth*, 62 U.S. (4 How.)506, 521(1859).

¹²¹ Burt, *supra* note 114, at 206.

¹²² Cong. Globe, 39th Cong., 1st Sess. 1034(1866).

¹²³ John Harrison, *Reconstructing the Privileges or Immunities Clause*, 101 YALE L.J. 1385, 1408(1992).

において、法律によって共和党の当時における勝利が覆されることに対する危機感も存在していた¹²⁴。こうした懸念により、連邦議会はその目線を連邦最高裁へと向けることとなる。1866年4月に改めて提出された改正案(第14修正1節)は、「いかなる州も、合衆国市民の特権または免除を制約する法律を制定し、または実施してはならない。いかなる州も、法の適正な過程によらずに、何人からもその生命、自由または財産を奪ってはならない。いかなる州も、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定してはならない。」という内容であったが、これは「南北戦争の戦場において勝ち取った原理についての、州と連邦議会双方からの防護者」¹²⁵として、連邦最高裁を措定するものであった。そのような意図は、後に大統領となるガーフィールド (James A. Garfield) の演説においても垣間見ることができる。

我らは、かように偉大で善良な(平等という)原理を、政争の手の届かないところ、いかなる政党の陰謀や策略の手の届かないところに引き上げ、穏やかな空に、そして憲法という永遠の大空に固定することを提案するものである¹²⁶。

もちろん、ドレッド・スコット判決がもたらした惨劇を彼らは忘れたわけではなかった。しかし、南北戦争の傷が未だ癒えない最中、「政治的な対立を超越したいという願望は、その実現不可能性に対する現実的な理解よりも強かった」¹²⁷のである。すなわち、当時の連邦最高裁には、政治的対立を解決するための超越的存在として役割が期待されていたのである。

このように、再建期の最重要課題であった憲法修正条項の成立過程において、将来における連邦最高裁の役割が強調されていたのである。しかしながら、第14修正の起草者は無条件に司法部の権威に依存することを表明したわけではなかった。それはビンガムにおける、連邦最高裁が議会の多数派に反するような判断を下すことへの懸念を表明した言明からも見て取ることができる¹²⁸。そして、司法部における管轄権をはく奪するという手段が、連邦最高裁を統制するのに十分でなければ、彼はさらに懲罰的な手段が考えられるとした。

このようにして侮辱され、反抗された人民は、さらなる憲法修正を実現することで、しもべが主君の上に立つことはないことを示すしかない……法廷そのものを廃止することで

¹²⁴ Burt, *supra* note 114, at 207.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ Cong. Globe, 39th Cong., 1st Sess. 2462(1866).

¹²⁷ Burt, *supra* note 114, at 208.

¹²⁸ 「裁判所における当初の管轄権は……憲法によって制限されなければならない……もし、議会の構成員が、連邦最高裁の不当な介入を少しでも危惧するのであれば……すべての事例における上訴管轄権を一挙に撤廃」するという言明である。Cong. Globe, 39th Cong., 2d Sess. 502(1867).

篡奪者を消滅させることにより、司法権限の篡奪に対抗するのである¹²⁹。

将来の連邦議会において、現在の共和党の勝利が覆されることを防ぐべく、憲法解釈における連邦最高裁の権威性を承認したすぐ後に、憲法修正案の主たる起草者が上記のような司法部に対する脅しを表明したことは、まさに司法部の権威に対する「両面性(ambivalence)」¹³⁰と評価することができるものであった。ドレッド・スコット判決の再来とも危惧された、前述の *Ex parte Milligan* が下されたのは、この一か月前であった。同判決は、南部諸州の立法部が第 14 修正の批准に参加する資格について連邦最高裁が疑義を呈する可能性を、ビンガムたちに示唆するものでもあった¹³¹。また、*Ex parte McCordle* の前に奪われた連邦最高裁の管轄権は、当初は連邦裁判所を使って再建を支援しようとする試みとして付与されたものであったことも、当時の連邦議会が司法優越主義に対する態度を政治的な文脈によって使い分けていたことを示すものであろう¹³²。

再建期における、司法優越主義との関係で言及するべきもう一つの事例が、「1877 年の妥協(The Compromise of 1877)」と呼ばれる、大統領の選任をめぐる危機である¹³³。共和党のヘイズ(Rutherford B. Hayes)と民主党のティルドン(Samuel J. Tilden)の間で争われた 1876 年の大統領選挙は、一般投票においてはティルドンの獲得した票数が多かったものの、4 つの州(フロリダ、サウスカロライナ、ルイジアナ、オレゴン)からの選挙人票の扱いが問題となった。対応を協議するべく、連邦議会に選挙委員会が組織されることとなった。問題はその構成であるが、15 人のメンバーのうち 5 人は上院(共和党が 3 人、民主党が 2 人)、5 人は下院(民主党が 3 人、共和党が 2 人)とされ、残りの 5 人のメンバーは連邦最高裁から選出されるとした。さらに、連邦最高裁からのメンバーは、それぞれ任命時の大統領の政党に応じて 2 名ずつが選出され、この 4 人が 5 人目のメンバーを選出するといった措置が取られた。こうしたプロセスを経て、5 人目の連邦最高裁からのメンバーとして選出されたのが、

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Burt, *supra* note 114, at 208.

¹³¹ ERIC FONER, RECONSTRUCTION: AMERICA'S UNFINISHED REVOLUTION, 1873-1877 272(New York : Harper & Row, 1988).

¹³² Friedman, *supra* note 117, at 46. ある民主党議員は共和党に対し、管轄権のはく奪に関する議論において、1867 年の制定法は「あなた方自身が創りだした必要性から生じたのだ」と述べている。Cong. Globe, 40th Cong., 2d Sess. 2167(1868) (statement of Democratic Rep. Woodward).

¹³³ 「1877 年の妥協」については、岡山裕「アメリカ合衆国大統領選挙危機にみる法と政治の交錯：1876-1877 年の事例を中心に」アメリカ法 2001-II 号(2001 年)309 頁以下が詳しい。

当時「最も民主党の信頼を集めていた」¹³⁴ブラッドリー(Joseph P. Bradley)であった。

このようにして組織された選挙委員会では、あらゆる論争的な問題について党派に沿った投票行動が行われ、ブラッドリーは共和党と歩調を合わせる傾向にあった。4つの州についての表決では、いずれも8対7で共和党のヘイズの勝利と判断された。こうしてヘイズは、連邦最高裁の判事によって直接的に選出された大統領という、アメリカの歴史上においても特異な地位を占めることとなったのである。ただし、問題はここで解決することなかった。結果に不満を有する民主党側は、ヘイズの選出を認める見返りを求め、大統領就任の承認と引き換えに南部からの連邦軍の撤退、南部の交通網の回復等を約する「1877年の妥協」が生まれたのであった。

本節における問題関心との関係で注目すべきは、ブラッドリーの党派的な行動に対する評価である。彼の投票行動は、すぐに激しい非難にさらされることとなった。彼自身は、自らの行動が党派的な思考に基づくものではなかったと弁明するが¹³⁵、1876年当時の危機においては、最高裁判事を含む委員のメンバーが党派的に行動することは折込済みであった¹³⁶。それは、彼の起用はそもそも、二大政党のいずれからも距離を置いていると見られていたデイヴィス(David Davis)の選挙委員就任拒否に伴う代替的手段であったことから伺える¹³⁷。それにもかかわらず、大統領選任をめぐる党派的对立の危機において、連邦最高裁判事こそが、かかる危機の平和的解決に資すると考えられていたのである。

バート(Robert A. Burt)は、この1876年から1877年にかけての危機は、司法優越主義にとっても重要な出来事であったと指摘する。すなわち、連邦最高裁こそが、党派的・政治的な衝突の頂点に立つという信念が、この時期において生じていたとするのである¹³⁸。南北戦争という惨禍を経験したアメリカにおいて、民主党の一党支配が確立しつつあり、且つ党派的な対立が激化する南部の各州が係争点となった1876年の危機につき、その平和的解決は連邦最高裁に委ねられたのである。未だ政治的情勢において予断を許さぬ再建期において、「もしアメリカが……社会的な衝突の平和的解決を約束できる連邦最高裁を有していなかったならば、それを発明しなければならなかった」¹³⁹のである¹⁴⁰。

¹³⁴ 岡山・前掲注 133)319 頁。

¹³⁵ Burt, *supra* note 114, at 222.

¹³⁶ 岡山・前掲注 133)323 頁。

¹³⁷ デイヴィスの選挙委員就任拒否とブラッドリーの任命の経緯については、岡山・前掲注 133)317-320 頁を参照。

¹³⁸ Burt, *supra* note 114, at 223.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ 連邦最高裁が大統領選任に関与するという状況は、ブッシュ(George W. Bush)とゴア(Albert A. Gore Jr.)によって争われた2000年の大統領選挙において再び現れることとなる。フロリダ州の票の再集計が問題となった Bush v. Gore(531 U.S. 98 (2000))における

第2款：連邦最高裁の支持者——Gilded Ageにおける司法優越主義——

第1款においては、再建期における連邦最高裁の権威性の在り方を、主として政治部門との関係性に着目しつつ検討した。対して第2款では、アメリカ産業界と連邦最高裁の関係性について検討することとする。

メイグス(William M. Meigs)は、1885年に著された論文において、司法優越主義について以下のように述べる。すなわち、「AとBの間の訴訟における裁判所の判決が、すべての人びとと、政府のすべての部門について、憲法に関する大きな問題を最終的かつ永久的に解決するという考えは、ほとんど不条理としか思えない」¹⁴¹と。しかし彼は続けて、司法優越主義というものが「一般的に受容された見解」¹⁴²であり、司法優越主義に反対を唱えるような議論は、ほとんど耳を傾けてもらえないであろうことを指摘する¹⁴³。メイグスによって表明された、かような司法優越主義に対するアメリカにおける広範な受容につき、フリードマンが着目するのが、Gilded Ageにおける司法部に対する産業界の支持という要素である。彼によれば、この時期における連邦最高裁は、「権力を有する人々のニーズに応える判決を

ブライヤー(Steven Breyer)による反対意見は、1877年の危機を参照しつつ、以下のように述べる。「もちろん大統領の選出は国家の基盤的な重要事項である。しかしその重要性は政治的なものであり、法的なものではない。また、当裁判所は、選挙の結果を左右するような、本筋から離れた法的紛争を不必要に解決しようとする誘惑に抵抗すべきである。」(531 U.S. at 153.)そして、1877年における大統領選任過程への連邦最高裁の関与と、本件におけるフロリダの投票結果の再集計という問題を対比させたのち、「結局のところ、このような高度に政治的な問題について、判断が割れるという外形は、連邦最高裁それ自体にある公的な信頼を弱めるリスクを抱える。この信頼は公的な宝である。それは何年もかけてゆっくりと築き上げられたものであり、南北戦争や人種の分離という悲劇はその傷である。それは基本的自由や法の支配それ自体を防護するための絶え間ない努力という極めて重要な要素である。……我々は、自傷行為——連邦最高裁だけでなく国家をも傷つける——のリスクを有しているのである」(531 U.S. at 157-158.)すなわちブライヤーは、1876年にブラッドリーが党派的理由で非難を浴びたことを挙げたうえで、本件における連邦最高裁は同じ轍を踏むべきではないとして、反対を表明したのである。ブライヤーが指摘するところの、連邦最高裁に対する「公的な信頼」こそが司法部の優越性の脆弱性と深く関連するものであると本論文は捉えるが、詳しくは第4章において論じることとする。

¹⁴¹ William M. Meigs, *The Relation of the Judiciary to the Constitution*, 19 AM. L. REV. 177, 198(1885).

¹⁴² *Id.* at 191.

¹⁴³ 19世紀後半における司法部の権威の高まりについては、パートも同様の指摘をしている。Burt, *supra* note 114, at 237.

下すことで、アメリカの舞台の中心に立つことができた」¹⁴⁴のであった。

南北戦争後の重工業・金融の発展に伴い、アメリカ経済は急速な成長を遂げることとなる。そして、このような経済成長の本格化は、当然のことながら、全国的な市場の拡大、産業の集中、運輸・通信ネットワークの拡充等による産業構造の変革をもたらすものであった。このような状況にあって、州政府は州における人民の利益を保護するための様々な法律を制定していった。例えば、資本の自由な流れを妨げたり州間貿易を制限すること、あるいは債務の放棄を定める法律、抵当の差し押さえに直面した州民を保護するための法律がそれに該当する。これに対して産業界側は、州の干渉を受けない全国的に統合された国内市場を求めていた¹⁴⁵。それゆえに、各州によって異なる規制や、州による保護主義的な法律は、とりわけ鉄道会社をはじめとする産業界においては大きな障壁となっていた。

1776年の *Munn v. Illinois*¹⁴⁶は、そのような州と産業界の対立の最中において下された。グレインジャー運動と呼ばれる、1870年代アメリカ中西部で発生した農民運動は、鉄道運賃や揚穀期の使用料の規制などを州政府に求めるものであり、いわば農民の協働組合組織による大企業の独占的な地位に対する反抗であった。このような運動において制定されたグレインジャー立法の一つが、本事案において問題となったシカゴ市の穀物倉庫の保管料規制を定めたイリノイ州法であった。結論から言うならば、連邦最高裁は州の経済規制立法につき合憲と判断した。州法に基づく経済規制については、「立法部による権限濫用からの保護のためには、人民は裁判所ではなく投票所に赴くべきである」¹⁴⁷として、公共の利益に影響する事業については、当然に州による規制を受けるものとする立場を採用したのである¹⁴⁸。

マン判決における連邦最高裁のこのような態度は、産業界の意向とは正反対のものであった。すなわち同判決は、敵対する州の規制に対処するために連邦最高裁を味方につけることができるか否かにつき、産業界に疑念を抱かせるものであった¹⁴⁹。彼らは、連邦最高裁判事に産業界にとって都合のよい裁判官が選任されることを望み¹⁵⁰、当時上院と大統領職に

¹⁴⁴ Friedman, *supra* note 99, at 137.

¹⁴⁵ Friedman & Delaney, *supra* note 19, at 1159.

¹⁴⁶ 94 U.S. 113 (1877).

¹⁴⁷ *Id.* at 134.

¹⁴⁸ 西村・前掲注 47)105 頁、常本照樹「「経済・社会立法」と司法審査(一) ——アメリカにおける「合理性の基準」に関する一考察——」北大法学論集第 35 巻 1 号(1984 年)30 頁。

¹⁴⁹ Friedman, *supra* note 99, at 155.

¹⁵⁰ Howard Gillman, *How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*, 96 Am. Pol. Sci. Rev. 511, 513 (2002).

において優勢な地位を占めていた共和党との結びつきを強めていった。そのような動きの一つとして、ガーフィールド大統領(James A. Garfield)によるマシューズ (Stanley Matthews) の指名がある。マシューズ判事の就任は最終的に承認されたとはいえ、一度は上院において鉄道業界との緊密な関係性ゆえに拒否されたことは、当時における産業界の影響力を示す一例であろう¹⁵¹。

ガーフィールドが大統領に就任して数年後、連邦最高裁は企業の利益と財産を守るべく、経済規制に関する州法を無効にしていった¹⁵²。1886年の *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*¹⁵³では、州際を超える鉄道の運賃規制に関するイリノイ州法が問題となったが、連邦最高裁は同規制が州際通商条項に反し違憲であると判断した。それによれば、このような規制は全国的な規制がふさわしいのであり、合衆国議会において制定されるべきであるとして、以下のように判示した。すなわち、州際通商について、鉄道会社に重い罰則を強いる規定を、イリノイ州を含むいくつかの州を通過する長距離輸送に適用するのは明らかに不当であり、このような不当性につき「連邦議会は、すべての州および鉄道会社の利益を広く見渡し、公正かつ公平な規制を定めるのに適しているがゆえに、州際通商を規制する権限を連邦議会に委ねるといふ憲法条項の価値を示すものである」¹⁵⁴と。また1890年の *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railway Company v. Minnesota*¹⁵⁵では、行政委員会に鉄道運賃等を決定する最終的権限を付与したミネソタ州法の合憲性が争われた。連邦最高裁は、「鉄道会社による輸送料金の妥当性の問題は、極めて司法的な審査対象となる問題なのであり、その決定にはデュー・プロセスについての判断を要する」¹⁵⁶として、州法は違憲であると判断した。つまり、行政委員会による鉄道運賃の決定についても司法審査の対象となることを同判決は示したものであり、この点において、公共の利益に影響する事業についての運賃規制は州の立法部の判断が尊重されるとしたマン判決は覆されたと評価しうるものである¹⁵⁷。

ここにおいて産業界は、共和党及び連邦最高裁との結びつきを利用することによって、目的を達したのである¹⁵⁸。換言するならば、19世紀後半における司法部の権威の高まりは、州の規制から産業界の利益を保護するために要請されたものでもあったとも見ることができるのである。連邦最高裁の側から見れば、政治的な支持者のニーズに合致した判決を

¹⁵¹ See, 2 Warren, *supra* note 87, at 623.

¹⁵² Friedman, *supra* note 99, at 160.

¹⁵³ 118 U.S. 557 (1886).

¹⁵⁴ *Id.* at 576-577.

¹⁵⁵ 134 U.S. 418(1890).

¹⁵⁶ *Id.* at 458.

¹⁵⁷ *Id.* at 462. 参照、西村・前掲注 47)106 頁。

¹⁵⁸ Friedman & Delaney, *supra* note 19, at 1162.

下すことにより、最高裁はアメリカ社会における権威性を高めることに成功したとも評価しうる。すなわち、この時期における連邦最高裁ほど、「民主政における強力な同盟者を保持した裁判所は存在しなかった」¹⁵⁹のである。

第6節：小括

本章は、建国初期から19世紀後半にかけての連邦最高裁の動向と、それに対する連邦の政治部門、州政府、さらには人民の反応等の検討を通じて、司法優越主義のアメリカにおける台頭の過程を素描した。

本章の内容をまとめると以下ようになる。第2節で検討したジェファソンの時代においては、連邦派と共和派の対立が激烈であり、当時の連邦最高裁が党派的な偏見なしに憲法解釈をするという確信は全くなかった。それゆえに、連邦最高裁が憲法解釈において優越性を有することは、その党派性ゆえに危険視されていた。

第3節では、司法優越主義と連邦制との関係性を検討した。当時の連邦最高裁は、州法に対して積極的に判断を下し、連邦議会の権限の範囲を画定するような著名な判断を次々と生み出していった。このような状況にあつて、とりわけ州の権限を重視する立場からは、連邦最高裁の優越性を否定するような動きも見られた。連邦と州という対立関係の渦中にあつて、ディパートメンタリズムの典型例として引用されるジャクソンの司法優越主義に対する否定的見解は、複雑性を有するものであった。彼は、合衆国銀行の再認可における Veto Message を発する一方で、当時未だ脆弱であった連邦制を維持するためには、州に対する連邦最高裁の優越性を援用せざるを得ない状況に置かれていたのである。連邦最高裁の立場から見れば、サウスカロライナ州における危機に代表される連邦と州の対立は、憲法の意味を決定する最終的な裁定者としての司法部を浮上させるものでもあった。

第4節ではドレッド・スコット判決と、同判決に対するリンカーンの抵抗を検討した。リンカーンが、就任演説をはじめとして、ドレッド・スコット判決に反対の立場をとっていたことは著名である。しかしながら、そのころまでに連邦最高裁がアメリカの統治過程における役割を増大させていたため、リンカーンは司法部の権威との直接対決を望んではいなかったことも、第4節の分析からは指摘することができる。

第5節及び第6節において概観した南北戦争後の状況においては、連邦最高裁の同盟者が司法優越主義との関係で重要な役割を果たしたことを指摘することができる。第14修正の成立過程の議論においては、連邦最高裁こそが政治的対立を超越した判断を下すべき政府機関であると措定された。また、「1877年の妥協」において、党派的・政治的な対立が頂点に達したとき、その解決は連邦最高裁に委ねられたのである。まさに「複雑な統治システ

¹⁵⁹ Miguel Schor, *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY* 93 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018).

ムによって生じる紛争のアンパイヤ」¹⁶⁰としての役割が、この時代の連邦最高裁には託されたのであった。当時急速に発展しつつあった産業界との結びつきも併せて、19世紀後半における司法優越主義の定着においては、裁判所外のアクターと連邦最高裁の同盟関係という要素を無視することはできない。

本章では、「司法優越主義の世界」¹⁶¹としてのアメリカの基盤が築かれる過程を、建国初期から19世紀後半に至るまでの各事例を検討することによって析出することを試みた。もちろん、司法部の権威性が、政治部門や人民に対して、いつ、どの程度定着したかを定量的に計測することは困難を極める作業であり、またそのような作業は本論文の意図するところではない。しかしながら、少なくとも、マーベリ判決以来司法優越主義がアメリカにおいて確立したという記述——すなわち、「連邦司法部こそが最高であるという基本的な原理」が「憲法制度の恒久的かつ不可欠な特徴として、当連邦最高裁及び国家によって尊重されてきた」¹⁶²というクーパー判決における言明——は、アメリカの憲法政治の歴史から見ると、不正確な点を含むものである。そして、司法優越主義のアメリカにおける受容という現象においては、連邦制度内在的な、州と連邦政府の間の対立状況における連邦最高裁の役割、そして、政治部門や産業界といった司法部の支持者の存在を無視することはできないという点は指摘することができるだろう。

¹⁶⁰ 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）162頁。

¹⁶¹ Friedman & Delaney, *supra* note 19, at 1138.

¹⁶² 358 U.S. at 18.

第2章：司法優越主義の正当化議論

第1章では、アメリカにおける司法優越主義の在り方を、建国間もない時期から19世紀後半に至るまで、それぞれの時代における裁判所内外の事象と関連させつつ概観した。翻って本章においては、20世紀半ばからのアメリカにおける主要な憲法学説に着目し、そこにおける司法優越主義の正当化議論を追うこととする。

第1章冒頭で指摘したように、司法優越主義は、19世紀の終わりから20世紀の始まり頃にかけて、アメリカの法学界において頻繁に論じられるようになった¹。そしてこの司法優越主義は、時を経て20世紀後半、一躍論争の中心となるのである。すなわち、司法部・立法部・執行部は「憲法典」に忠実でなければならず、三権それぞれが同等の憲法解釈権限を有すると主張するミース(Edwin Meese III)の演説に端を発し²、それまでのアメリカ憲法学において伏在していた議論が一気に花開くこととなったのである。ミースの立場に同調する議論もありながらも、激しい批判が巻き起こったことは、司法優越主義がそれまでのアメリカ法学界において、ある程度定着した概念であったことを一面において示しているといえよう。同時にこのような議論状況は、司法優越主義の規範的側面に対する評価、また、なぜ司法優越主義がアメリカにおいて固定化されているのか、司法優越主義の理論的な魅力とは何であるかといった議論に代表されるような、司法優越主義についての再評価の機会をもたらすものであった。すなわちミースの議論は、レーガン政権における保守的な憲法解釈の志向という党派性と深く関連するものであったにせよ、連邦最高裁の憲法解釈の権威性に対する議論をアメリカにおいて活性化させたという点において、極めて意義のある問題提起であったと評価することができる。

これに加え、20世紀後半における司法優越主義に対する挑戦的な議論の高まりの一つの要因としては、レーンキスト・コートにおける保守的な判断傾向を挙げなければならない。ウォーレン・コートは、ブラウン判決に代表されるように、少数者の権利保護という方向性のもと社会改革を実現してきたと評価されてきた。フィス(Owen Fiss)の言葉を借りるならば、ウォーレン・コートは「その願望において、また時にはその帰結においても、ほとんど革命的な憲法改革のプログラムをもたらした」³のである。連邦最高裁における社会改革実現の能力に対する、ある種の「信仰」⁴は、ウォーレン・コート以降であっても、特にリベラル派の憲法学者の間において根付いていた。まさしくウォーレン・コートは、「その後の

¹ Barry Friedman & Erin F. Delaney, *Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, 111 Colum. L. Rev. 1137, 1143(2011).

² Edwin Meese III, *The Law of the Constitution*, 61 TUL. L. REV. 971(1987).

³ Owen Fiss, *A Life Lived Twice*, 100 Yale L. J. 1117, 1118(1991).

⁴ 阪口正二郎「違憲審査制と「二つ」の世紀末」ジュリスト 1192号(2001年)185頁。

世代の憲法学者の経験を規定する傾向」⁵を有していたのである。このような強烈的な性質を有するウォーレン・コートとしばしば対置されるのが、2005年まで続いたレーンキスト・コートにおける、とりわけ1990年代以降の保守的な姿勢である。レーンキスト・コートは、特に州に対する連邦の権限規制が問題となる領域で積極的に違憲判決を出す一方で、個人の自由に関する強い保護からの退却姿勢をも見せていた⁶。州際通商条項に基づく連邦法に関する領域での積極的な判断の例としては、例えば性暴力の被害者に対して民事上の救済を付与する連邦法に対する違憲判断や⁷、学校近辺における銃所持を禁じる連邦法に対する違憲判断⁸等を挙げることができる。このような連邦最高裁における保守的傾向を有する積極主義は、同じく保守的傾向を有するレーガン以来の共和党政権による連邦最高裁人事と「軸を一にしている」⁹ものであり、「司法審査が一つの政党の利益を促進するために行きされる」¹⁰とも評されるものであった。このような連邦最高裁の変容は、それまで主流であった憲法理論を破壊し、焦点の変更を促すに足るものであった¹¹。すなわち、保守的な傾向にあった連邦最高裁について司法の積極性を語ることは、「ウォーレン・コートの残像の中で生きてきた」¹²アメリカの戦後憲法理論にとっては、——とりわけリベラル派の憲法学者においては¹³——「ある種の自己破壊的行為」¹⁴ともなりうるものだったのである。

こうした連邦最高裁の動向に対する、リベラル派に属する憲法学者からのリアクションの一つとしては、「人民立憲主義(Popular Constitutionalism)」を挙げることができる¹⁵。人

⁵ Keith E. Whittington, *Herbert Wechsler's Complain and the Revival of Grand Constitutional Theory*, 34 U. RICH. L. REV. 509, 514(2000).

⁶ Michael Kent Curtis, *Judicial Review and Populism*, 38 WAKE Forest L. REV. 313, 318-319(2003).

⁷ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598(2000).

⁸ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549(1995).

⁹ 会沢恒「司法積極主義——その多面性および憲法理論との連関」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)304頁。

¹⁰ Curtis, *supra* note 6, at 319.

¹¹ See, Sanford Levinson, *The Audience for Constitutional Meta-Theory (or, Why and to Whom, Do I Write the Things I Do?)*, 63 U. COLO. L. REV. 389, 403-07(1992).

¹² Mark V. Tushnet, *Constitutional Scholarship: What's Next?*, 5 CONST. COMMENTARY 28, 28(1988).

¹³ See, Ronald K. Collins & David M. Skover, *The Future of Liberal Legal Scholarship*, 87 Mich. L. Rev. 189(1988).

¹⁴ 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？」桐蔭法学第12巻1号(2005年)93頁。

¹⁵ LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (Oxford University Press, 2004). 人

民立憲主義とは、簡潔にまとめるならば、憲法の最終的解釈権限が連邦最高裁にあることを否定し、憲法解釈を人民の手に取り戻すことを主張する立場である¹⁶。このような立場に属する憲法学者は、連邦最高裁による憲法保障に失望を覚え、その主たる関心を連邦議会や人民といった裁判所外のアクターへと移すこととなる。ここにおいて、「憲法典をいかに解釈すべきか、司法的な正統性はどのようにすれば維持することができるのか」¹⁷というウォーレン・コート以降のアメリカ憲法学の主流派の問題意識のもと、それまで埋没していたはずの、「憲法をだれが解釈すべきか」という問題が再浮上¹⁸することとなったのである。そこでは、ミースの主張に端を発するディパートメンタリズムの興隆と合わせて、憲法解釈の担い手に焦点が当てられ、司法優越主義に対する批判的な議論が展開されることとなったのである。

第2章において検討するのは、かようなアメリカ憲法学における「制度論的転回」¹⁹とも称される議論状況における司法優越主義の扱いである。詳述するならば、人民立憲主義やディパートメンタリズムを採用する論者が、それぞれの理論を補強する歴史的的事象や理論的な利点を挙げつつ批判の対象とした司法優越主義は、「制度論的転回」の前後においていかにして正当化されてきたのかにつき、その学説の積み重なりの一断面を、本章においては検討することとする。第1節では、主として司法部の判断の実体的な中身に着目しつつ司法

民立憲主義を紹介する邦語文献としては、木下智史「合衆国におけるポピュリスト的立憲主義の展開と民主主義観の変容」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』（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、金澤孝「人民利権主義論と反多数派主義の難題への示唆」早稲田法学会誌57号（2007年）49頁以下、岡室悠介「憲法における「人民」の位相(一)(二)(三・完)——合衆国における人民立憲主義論を素材として」阪大法学第66巻1号（2016年）124頁以下、同66巻2号（2016年）387頁以下、同66巻5号（2017年）921頁以下などを参照。

¹⁶ もっとも、「人民立憲主義」に属すると言われる論者においても、司法審査に対する見方等において様々な立場が乱立している点には注意が必要である。See, James E. Fleming, *Judicial Review without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously outside the Courts*, 73 Fordham L. Rev. 1377, 1378-1379 (2005).

¹⁷ Whittington, *supra* note 5, at 510.

¹⁸ ここで「再浮上」としたのは、憲法解釈の主体についての問題意識は、1950年代以降の主流派の憲法理論と並行して存在していたからである。この点について指摘する論稿として、山本龍彦「統治論」としての遺伝子プライバシー論——専門職集団による規範定立と司法審査(覚書)——」慶應法学18号（2011年）45頁以下を参照。

¹⁹ 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——」民商法雑誌第140巻1号（2009年）36頁以下、同第140巻2号（2009年）197頁以下。

優越主義を正当化する議論を追いかける。ここでは、1950年代以降の憲法学説と関連させつつ、戦後憲法学における主流派とも評される理論において、司法優越主義がいかなる要素であったのかについて検討する。第2節においては、司法部の具体的な判断の内容からは独立して²⁰、その制度的な立ち位置を司法優越主義の論拠とする議論を²¹、司法部の憲法解釈の権威性が問題となる局面において頻繁に引用されるシャウアー(Frederick Schauer)とアレクサンダー(Larry Alexander)の理論を中心に分析・検討することとする。

第1節：司法部における望ましい法的帰結の導出

——原理への着目と司法優越主義——

連邦最高裁は、それを強く主張した。ロースクールのケースブックでは、暗黙の裡にそれが真実であるとみなす。大衆紙はそれを前提とする。司法優越主義が公に問題視されると、著名な法学者や論説家、エリート弁護士がこぞって司法優越主義を擁護したのである²²。

上記の言明は、20世紀中期から後半にかけての、アメリカにおける司法優越主義の定着を評したホイットントン(Keith E. Whittington)によるものである。言うまでもなく、上記言明における「それ」とは、司法優越主義を指し示すものであるが、同様の指摘は、その著書において司法優越主義を痛烈に批判したクレイマー(Larry D. Kramer)によってもなされている²³。すなわち、クレイマーによれば、「今日において、裁判官・法律家・政治家、そして一般市民は、記述的な問題として、司法優越主義の原則を受容しており、当然のこととして想定していると言ってもよい。」²⁴というのが当時のアメリカにおける議論状況であった。もちろん同時期においては、ディパートメンタリズムや人民立憲主義といった、司法優越主義を否定しつつ、政治部門や人民の憲法解釈権限を強調する学説も勃興しつつあったが、依然として司法優越主義はアメリカにおいて定着した概念であったことを、上記のホイットントンやクレイマーの言明は示すものであるといえよう。

しかしながら、アメリカにおいて「埋め込まれた」²⁵はずの司法優越主義が、連邦最高裁

²⁰ Frederick Schauer, *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*, 92 Calif. L. Rev. 1045, 1048(2004).

²¹ See, Keith E. Whittington, *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 N.C. L. Rev. 773 (2002).

²² *Id.* at 777.

²³ See, Kramer *supra* note 15.

²⁴ Larry D. Kramer, *We the Court*, Foreword to *The Supreme Court*, 2000 Term, 115 Harv. L. Rev. 4, 6-7(2001).

²⁵ Scott E. Gant, *Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution*,

における「切り札として」提起されるのは、1958年のクーパー判決まで待たねばならなかった。同判決において連邦最高裁は、マーベリ判決において司法優越主義が宣明されたこと、そして、司法優越主義はマーベリ判決以来アメリカにおいて存在し続けることを明示的に宣言するに至る。第1章で検討したように、これらクーパー判決における言明は、実質的な根拠に欠ける面があったことは否定できない²⁶。このように、連邦最高裁が司法優越主義を明示的に宣言したのは20世紀中期であり、その歴史的な根拠の脆弱さについても多くの批判がなされている。それにもかかわらず、司法優越主義という前提は多くの学者に支持されていることも指摘されている²⁷。本節においては、司法優越主義のアメリカ憲法学説への定着という現象に着目しつつ、これら学説と、司法部の判断の実体面に依拠した司法優越主義の正当化という側面の関係性を浮上させることを試みる。

第1款：1950年代におけるターニングポイント ——法と政治の間で——

一世紀の間、連邦最高裁とのあらゆる論争は、人民政府と司法優越主義との間の基本的な不一致を回避することに終始してきた。いかなる影響力ある連邦最高裁の批判も、最高裁自体を破壊したりその権限を損なうような提案をすることはなかったし、連邦最高裁を統制するに望ましい方式を提案することは誰もできなかった。アメリカの指導者は誰も、司法部による抑制なしに民主制を危険にさらすことを、いまだ望んだことはない。そのため、これまでと同様に、司法の過剰性に対する闘争は、連邦最高裁の誤りを正すことを裁判官自身に委ねることに終始しているのである²⁸。

上記の記述は、ロバート・H・ジャクソン(Robert H. Jackson)による「ニューディール法廷闘争の報告書」²⁹として編まれた書物の冒頭に登場するものである。「ニューディール立法に対する裁判所の無効宣告が遂には裁判所自らの首を締めることになったのではないか

24 Hastings Const. L.Q. 359, 362(1997).

²⁶ 例えばレヴィンソン(Sanford Levinson)は、表面的な宣明の力によって、「歴史的な真実」がねつ造されたと批判する。Sanford Levinson, *Bush v. Gore and the French Revolution: A Tentative List of Some Early Lessons*, 65 Law & Contemp. Probs. 7, 27(2002).

²⁷ Gant, *supra* note 25, at 363.

²⁸ ROBERT H. JACKSON, THE STRUGGLE FOR JUDICIAL SUPREMACY A STUDY OF A CRISIS IN AMERICAN POWER POLITICS vii(A. A. Knopf, 1941).

²⁹ 蟻川恒正『憲法的思惟 アメリカ憲法における「自然」と「知識」』(岩波書店、2016年)1頁。

という事実の力によって、ニューディール違憲判決を批判するという手法」³⁰を採用するジャクソンによる著作は、ジェファソンやジャクソンによる連邦最高裁の権威の否定、*Ex parte Merryman*³¹におけるリンカーンによる裁判所の令状の無視といった、司法部と立法部、執行部の軋轢の歴史の中に、ルーズベルトによるコート・パッキングプランを位置づけ、それが「この国の歴史の中に繰り返し現れる一つの典型的な事態」³²であったことを浮かび上がらせている。ルーズベルト政権と連邦最高裁の間の闘争は、積極主義的な司法部は政治部門による攻撃によって傷つきやすいという政治的な教訓を付与するものであった。まさに、「政策の分野において、リスクを冒して自らの威信を損なうことで、我らの自由を守る能力が損なわれる可能性がある」³³ことを、コート・パッキングプランを巡る政治と司法の闘争は示したといえよう。上記のジャクソンによる記述が示すように、人民政府と司法優越主義の間には、「基本的な不一致」が存在し、かかる不一致は、連邦最高裁の正統性に関する深刻な問題——すなわち、連邦最高裁の正統性の脆さ——を呼び起こすものであった。

憲法学者のホイットントン³⁴は、ルーズベルトによるコート・パッキングプランが合衆国憲法をめぐる歴史において改めて浮かび上がらせた上記の問題についての探究こそが、1950年代以降の主流派とみなされる憲法理論家たちの関心事項であったことを指摘する。すなわち、彼は、タシュネットによって著された『TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS: 憲法を裁判所から取り上げる』³⁴の書評³⁵において、1950年代以降におけるアメリカ憲法学の主流派の問題とは、「裁判官の問題、つまりはいかにして憲法を解釈するのか、そしていかにして司法の正統性を保つのか」という問題であった³⁶とする。彼によれば、現代的なアメリカ憲法理論は、その起源を1950年代後半に有するものであり、その問題意識は1954年に下された *Brown v. Board of Education*³⁷に触発されたものである³⁸。すなわち、ブラウン判決は、当時の憲法学者が重視していた二つのコミットメントに、基本的な問題を投げかけるものであった。一つは、上記で挙げたように、政治部門と対峙する連邦最高裁の正統性の脆さである。もう一つは、「法及び法を宣明する司法部の本質的な

³⁰ 蟻川・前掲注 29)2 頁。

³¹ 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861).

³² 蟻川・前掲注 29)3 頁。

³³ Jackson, *supra* note 28, at 323-324.

³⁴ MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS*(Princeton University Press, 1999).

³⁵ See, Whittington, *supra* note 5.

³⁶ *Id.* at 510.

³⁷ 347 U.S. 483(1954).

³⁸ Whittington, *supra* note 5, at 512.

特徴とは、しっかりとした理由づけ(sound reasoning)」³⁹であるということだった。かように、裁判による決定はしっかりとした理由づけに基づくものでなければならないこと、そしてそのような特徴こそが裁判所の正統性を基礎付けるものである⁴⁰とする立場は⁴¹、ルーズベルトによる連邦最高裁の攻撃の口実となったもの——すなわち、裁判官の個人的価値観を憲法に読み込むことや、司法的選択における恣意⁴²——に対し、当時の理論家が一定の歯止めをかけることを企図したものであったともいえよう。「裁判官が、自身の社会的問題への関わりを、裁判所による理屈の通った分析を受容する領域に限定するべきである」⁴³とし、さらに「合理的な判断を司法部と他の統治部門との別個の機能を自覚することと同視」⁴⁴することを試みたリーガル・プロセス学派は、まさにそのような試みの一つであった。

第2款：Post-Wechsler ——アメリカにおける主流派憲法理論と司法優越主義——

ここでリーガル・プロセス学派について、簡単な整理を行うこととする⁴⁵。ハート(Henry

³⁹ See, NEIL DUXBURY, PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE 258-59(Oxford University Press, 1995).

⁴⁰ *Id.* at 258-260.

⁴¹ このような主張自体は、アメリカにおいて古くからなされているものである。例えばマーシャルは、マーベリ判決において「裁判所の権限は、もっぱら個人の権利について決定することである。.... その性質上政治的な問題は、この法廷では決してなされない。」として、法の問題と政治の問題を鋭く分かつことによって連邦最高裁を攻撃から守ったのである。Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 170 (1803)。マーシャルによるマーベリ判決における記述からは、法と政治が明確に区分され、裁判官はその知識や気質に基づき、立法部とは全く異なった方法において法の宣明という営為に従事するという想定がなされていることを読み取ることができる。See, Whittington, *supra* note 21, at 809-810.

⁴² ジャクソンによれば、ルーズベルトによる攻撃は「機関それ自体についてではなく、権力の濫用とみなされるものについてであった。」Jackson, *supra* note 28, at xiii.

⁴³ G. EDWARD WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION : PROFILES OF LEADING AMERICAN JUDGES 293(Oxford University Press, 1976).

⁴⁴ *Id.* at 252.

⁴⁵ 脚注にて引用する文献のほかにリーガル・プロセス学派の主張を扱う文献として、田中英夫＝谷川久「"Legal Process"——アメリカにおける立法学の一つのかたち——(一)(二・完)」ジュリスト 225号(1961年)6頁以下、ジュリスト 227号(1961年)15頁以下、高見勝利「「より良き立法」へのプロジェクト：ハート＝サックス〈The Legal Process〉再読」井田良＝松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』(ナカニシヤ出版、2014年)21頁以下、山本龍彦「最高裁の中の〈アメリカ〉——憲法的二次ルールとしての権限配分」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路 実務と学知のあいだ』(弘文堂、2019年)169頁以下、椎名智彦「現代アメリカ法におけるプロセス的視座の諸相」青森法政論叢 18号

M. Hart, Jr.)とサックス(Albert Sacks)によって1958年に著された「プロセス法学のマイルストーンともいふべき」⁴⁶「THE LEGAL PROCESS」⁴⁷は、当時のアメリカのロースクールにおける主要な教材となっていた。1950年代には、アメリカ法学界において広く受容されるに至ったリーガル・プロセスは、「ホームズ判事の形式主義法学批判に始まりリアリズム法学に至る、それまでに先行したアメリカ法学の成果を織り込んだ一つの集大成としての性格」⁴⁸を有するものであった。1905年のLochner v. New York⁴⁹に代表される憲法解釈観は「形式主義」と呼称され、法の当該具体的事件への適用とは、予め法条項中において定められた意味の機械的な適用にほかならないと論じるものであったが⁵⁰、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台頭したのが、リアリズム法学である。ホームズ(Oliver W. Holmes)を「思想的源流に戴く」⁵¹リアリズム法学は、裁判官の判決形成においては、一般的な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見解を採用するものであった。このようリアリズム法学の立場を継受しつつ、——すなわち、「裁判官による法形成の認識というリアリズムの基本的成果自体は原則として受容しつつ」⁵²——適切な判決を形成するために裁判官がなすべきこととは何かという問題に取り組んだのが、リーガル・プロセス学派であった。彼らの根底には、「アメリカの民主主義における逸脱した制度」⁵³としての司法審査をいかに正当化するかという問題意識が存在していた。その特徴としては、裁判所・立法部・執行部・私人を法形成の主体と観念し、これら法形成主体相互の協調的關係のもと、それぞれの制度的適性(institutional competence)に応じて、

(2017年)1頁以下などを参照。

⁴⁶ 常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス ——アメリカでの司法の機能に関する理論的發展」北大法学論集第31巻2号(1980年)737頁。

⁴⁷ See, HENRY M. HART, JR. AND ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS : BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (Eskridge & Frickey eds, Foundation Press, 1994). 同書は、1994年にエスキリッジ(William N. Eskridge, Jr.)とフリッキー(Philip P. Frickey)によって復刊されたものである。

⁴⁸ 藤谷武史「「より良き立法」の制度論的基礎・序説 ——アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究7号(2010年)167頁。

⁴⁹ 198 U.S. 45 (1905).

⁵⁰ 参照、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991年)53-55頁。

⁵¹ 椎名智彦「岐路に立つ法の支配」戒能通弘編『法の支配のヒストリー』(ナカニシヤ出版、2018年)246頁。

⁵² 常本・前掲注46)734頁。

⁵³ ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH : THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 18(2d ed. 1986).

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を挙げることができる。その中で、政治部門と対比されるべき司法過程の機能的特質として要請されるのが、「reasoned elaboration」であった。

上記のリーガル・プロセス学派の代表格として挙げられるのが、ウェクスラー(Herbert Wechsler)であろう⁵⁴。ホイットンソンは前述の書評論文において、1950年代以降の主流派憲法学の探究の対象が、連邦最高裁による「合衆国憲法の解釈を嚮導するための一般的に受容される理論を開発する」⁵⁵ことにあったということを論じ、ウェクスラーの研究を中心に位置づけている⁵⁶。ウェクスラーの探究を、かような地位に押し上げたものは、1959年にハーバード・ロー・レビュー誌上に⁵⁷ブラウン判決批判⁵⁸として掲載された「憲法の中立的な原理に向けて(Toward Neutral Principles of Constitutional Law)」⁵⁹であった⁶⁰。

ウェクスラーによる同論文は、前年度のホームズ記念講義(Homes Lecture)におけるハンド(Learned Hand)の所説⁶¹——すなわち、憲法が問題となる事例における司法権は、憲法典の文言上の特定の明確な条項を執行すること以上に及ぶものではないとして、連邦最高裁がブラウン判決において、「第三の議会」⁶²としての役割を引き受けたことに対する懐疑的見解の表明——に対する反論という形式をとる。ウェクスラーによるブラウン判決批判の

⁵⁴ 参照、常本・前掲注 46)735-739 頁。

⁵⁵ Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N.Y.U. L. REV. 1, 1(1998).

⁵⁶ ホイットンソンは、ウェクスラー以降の憲法理論を「ウェクスラー後の憲法理論(post-Wechslerian constitutional theory)」とカテゴライズする。Whittington, *supra* note 5, at 515.

⁵⁷ ハーバード・ロー・レビュー誌の序言(Foreword)は、1950年代のリーガル・プロセス学派における主要なフォーラムとなっていた。参照、常本・前掲注 46)735 頁。

⁵⁸ See, William E. Nelson, *Brown v. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism*, 48 St. Louis U. L.J. 795 (2004).

⁵⁹ See, Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV.L. REV. 1(1959).

⁶⁰ ウェクスラーの憲法理論については、松井・前掲注 50)90-92 頁、常本・前掲注 46)739-740 頁、西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察(二) ——その歴史的発展過程と機能的分析——」*広島法学*第 3 卷 3 号(1979 年)59-61 頁、野坂泰司「「司法審査と民主制」の一考察(四)」*国家学会雑誌*第 97 卷 9・10 号(1984 年)666-675 頁、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論(二) ——憲法訴訟における事実解釈の研究——」*国家学会雑誌*第 107 卷 7・8 号(1994 年)683-692 頁などを参照。

⁶¹ LEARNED HAND, THE BILL OF RIGHTS: THE OLIVER WENDELL HOLMES LECTURES (Harvard University Press, 1958).

⁶² *Id.* at 55.

要諦は、同判決の帰結ではなく「法廷意見のリーズニング」⁶³にある⁶⁴。すなわち、彼によるブラウン判決の分析の帰結としては、「判決が、本当に事実に依るものであったとは考え難い」のであり、仮に「人種別学が、原理的に、それが向けられている少数者への平等な取り扱いの否定である」⁶⁵という見解に判決が基づいているとすれば、それはウェクスラーにとっては批判の対象となり得る立場であった⁶⁶。ウェクスラーにとって重要であったのは「問題の性質ではなく、裁判所によって正当に付与される回答の性質」⁶⁷であり、裁判所は「中立的原理」⁶⁸に基づいた価値の選択をしなければならないのである。以下、やや長くなるが引用する。

裁判所は、事件が適切に係属した場合、それが価値選択に関係するものであっても、——否応なく含むものであるが——憲法条項に照らして他の部門の行為を審査する権限と義務の双方を有する。しかしながら、それをなす際に、裁判所はむき出しの権力機関とは異なって機能するように拘束されている。すなわち、法を司る裁判所として参画するのである。このことは、どのようにしてかような類の決定が、何らかの法的な性質を有すると主張することができるのかに向き合うことを要請する。私が思うに、その答えは主として、裁判所の判断が完全に原理づけられたものであること、あるいはそうあることを義務付けられていることにある。私の念頭にある意味における原理づけられた判断とは、事件におけるすべての問題について理由づけられており、その一般性と中立性において、関連するあらゆる現下の帰結を超越するものである。政府の他の部門や州の部門の価値選択を覆すための、かような類の十分な理由づけがない場合、それら価値選択は当然のことながら存続しなければならない⁶⁹。

ウェクスラー曰く、「それらが競合する価値あるいは願望の選択」⁷⁰であるという意味において、憲法判断をなす裁判所は不可避免的に「政治的な」問題に直面せざるを得ない。しかし、このような場面においてアドホックな判断をなすことは、裁判所がむき出しの権力機関(naked power organ)として機能することを可能にしてしまうものであり、そのような帰結

⁶³ Wechsler, *supra* note 59, at 32.

⁶⁴ Nelson, *supra* note 58, at 826.

⁶⁵ Wechsler, *supra* note 59, at 33.

⁶⁶ *See*, Nelson, *supra* note 58, at 827.

⁶⁷ *Id.* at 15.

⁶⁸ *Id.* at 17.

⁶⁹ *Id.* at 19.

⁷⁰ *Id.* at 15.

は「我々の立憲主義における最も根深い問題である」⁷¹と指摘する。憲法判断が不可避的に政治性を帯びるからこそ、裁判所は政治部門とは異なる司法部固有の機能として、原理に基づいた判断をしなければならないのである。そして、ウェクスラーにとってのブラウン判決とは、「提示された解決が ad hoc な判断にすぎないという意味において、政治的なものと評価される」⁷²のであり、それゆえに、同判決は中立的原理の要請を満たすものではないという評価が下されることとなる。

このようにウェクスラーは、憲法上の問題について、アドホックな判断でその帰結を重視することと、中立的原理によって判断が基礎付けられていることを対比的に論じ、まさに後者こそが「法を司る裁判所」において固有のものであるとするのである。そして、このような理由(reasons)を付すことができない場合は、連邦政府における政治部門や州の価値選択が存続しなければならないと論ずるものである。ウェクスラーの憲法理論における課題は、民主制における司法審査の正当化の要請に対応するべく、司法部が「むき出しの権力機関」としてではなく、「法を司る裁判所」として機能する方法を説明することにあつたといえよう。ホイットントンによれば、ウェクスラーのかような試みは、まさに「ウェクスラー後」の憲法理論を規定することとなった。すなわち、「ウェクスラー後」の現代憲法理論の多くによると、「原理づけられた理由づけ」は「裁判所が独占的に保持するもの」⁷³となったのである。ウェクスラー自身、政治において原理が用いられる際は、「支配的な感情がその時々要求する結果に関連して、主に道具的な役割を果たしている」⁷⁴のであり、そこにおいて原理は「恣意的に操作される道具に成り下がっている」⁷⁵と評価する。そのような政治に対して、司法過程こそが原理づけられた理由づけをなす機関として存在するのである。すなわち、原理の宣明こそが裁判所の重要な機能の一つであり、正統性を基礎付けるものとされたのである⁷⁶。このように、司法部とそれ以外の政府の部門を、原理づけられた理由づけをなすか否かで区分する見解は、ハート(Henry M. Hart, Jr)⁷⁷やビッケル(Alexander M. Bickel)、そして、のちのドゥオーキン(Ronald Dworkin)⁷⁸の研究においても垣間見ることができる

⁷¹ *Id.* at 12.

⁷² 岡野誠樹「憲法-訴訟-法 —— 違憲審査と訴訟構造の交錯—— (一)」国家学会雑誌第133巻1・2号(2020年)105頁。

⁷³ Whittington, *supra* note 5, at 515.

⁷⁴ Wechsler, *supra* note 59, at 14.

⁷⁵ *Id.* at 15.

⁷⁶ Duxbury, *supra* note 39, at 258-259.

⁷⁷ Henry M. Hart, Jr., *The Time Chart of the Justices-Foreword*, 73 HARV. L. REV. 84, 99 (1959).

⁷⁸ RONALD M. DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION*(Oxford University Press, 1996).

79. かくして、「立法部を「利益集団政治のフォーラム(forums of interest group politics)」、裁判所を『原理』のフォーラム(forums of “principle”)」と捉える、アメリカにおける一つの有力な傾向⁸⁰を見て取ることができるのである。そしてホイットントン、「ウェクスラー後」においてとりわけ支配的となった、「立法部を支配する便宜に関する考慮と司法部を支配する原理に関する考慮の間の明確な区分」⁸¹にこそ、司法優越主義のルーツが存すると論ずるのである⁸²。

司法部における原理の宣明という実体的な側面に依拠した司法優越主義の正当化は、ドゥオーキンの所論においてさらに顕著である。「司法優越主義の熱狂的な支持者」⁸³とも評されるドゥオーキンによる法理論は、司法過程を政治過程と対比させることにより、裁判所は憲法と人民を人民自身から防護するべきであるという含意を有する「原理のフォーラム」としての司法部の性質を強調する。

(政治過程)は、一つの問題を中心に形成された政治的な連合体によって支配されており、議員を買収したり脅迫したりして、自分たちの思い通りに投票させるために、圧力団体のおなじみの戦術を使用する。自由の精神に重要であるとハンド判事が考えた偉大な道徳的議論は決して始まらない。また、通常政治は、すべての強力な集団が不満を抱かないように、彼らが望むものを十分に与えるような政治的妥協を志向する。そして、道徳的な原理に基づく理由づけられた議論が、そのような妥協の一部になることはほとんどないし、友好的になることもない⁸⁴。

これに対する司法過程について、ドゥオーキンは以下のように評する。

私たちは、いくつかの問題を権力政治のバトルグラウンドから原理のフォーラムに呼び

79 その他に、例えばフィスも、立法部は制度的にもイデオロギー的にも憲法の意味の探究には不向きであり、その時々人民の選好に傾きがちであることを指摘し、司法部との相違を強調する。See, Owen Fiss, *The Supreme Court 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 10 (1980).

80 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988年)58頁。

81 Whittington, *supra* note 21, at 810.

82 ただし注41で紹介したように、司法部と立法部の相違点を原理の宣明に見出す議論は、アメリカにおいては、マーベリ判決以来なされてきたものであることには留意すべきである。

83 Mark A. Graber, *Judicial Supremacy Revisited: Independent Constitutional Authority in American Constitutional Law and Practice*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 1549, 1551 (2017).

84 Dworkin, *supra* note 78, at 344-345.

出す機関を有する。それは、個人と社会の間の最も深い、最も基盤的な対立が、いつか、どこかで、最終的に、正義の問題になるという期待を抱かせるものである。私はそれを宗教とも予言とも呼ばず、法と呼ぶのである⁸⁵。

ドゥオーキンの議論においては、上記のように、権力政治が行われるフォーラムと「原理のフォーラム」による「二元的な法秩序形成観が構築」⁸⁶されている。そして、アメリカの憲法秩序では司法部のみが「原理のフォーラム」として機能し、「権力政治のバトルグラウンド」の喧騒から離れて、「正義の問題」にフォーカスすることができるのである。ポスト(Robert C. Post)による、「裁判所が憲法について、非司法部門の信念や価値観から断固として独立したものと理解する限り、裁判所はその権限を独占的な特権のように容易に行行使する」⁸⁷という指摘は、「原理のフォーラム」としての裁判所と政治との隔絶を説く立場と、司法優越主義の結びつきを評したものであるといえる。ドゥオーキン自身も、最良の機関の構造とは、民主主義の条件とは何かという本質的に道徳的な問題に対する最良の答えを生み出し、その条件についての安定した遵守を確保するために最もよく予測されたものであるとし、「我々の裁判官が最終的な解釈権を持ち、彼らが権利章典を原理の構造であると理解していることを、アメリカの憲法実践の最も端的な解釈が示す」のであれば、「このような読み方に抵抗して、多数派の哲学に適合するような読み方にこだわる理由はない」⁸⁸という立場を表明している。そして現実において、裁判所が憲法を解釈する最終的な権威を有するべきであるとする「実践は定着している」⁸⁹とするのである。

ただし、リーガル・プロセス学派に属する論者によってしばしば言及される「原理」については、その意味は一義的に定まるものではないことには留意しなければならない。簡単にまとめるならば、ウェクスラーにおいては、憲法上の判断が一般性・中立性に基礎づけられていることを要請し、その対極にあるアドホックな判断こそが立憲主義にとっての脅威とされていた。換言するならば、彼の議論は「原理」の内実についての定義を厚くするものではなかった⁹⁰。この点についてドゥオーキンの議論は、「原理」を、公正・正義などの道徳的

⁸⁵ RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 71(Harvard University Press, 1985). 同書の邦訳としては、森村進・鳥澤円訳『原理の問題 A Matter of Principle』(岩波書店、2012年)がある。

⁸⁶ 山本=大林・前掲注14)95頁。

⁸⁷ Robert C. Post, *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 6-7(2003).

⁸⁸ Dworkin, *supra* note 85, at 34-35.

⁸⁹ *Id.* at 12.

⁹⁰ この点については、野坂泰司による以下の記述が参考になる。すなわち「何が「法的な重要性をもつ諸原理」であるかは、中立的原理の要求から一義的に導かれるものではな

な要因によって個人や団体の権利を規定しているがために遵守されるべき基準であるとして、その定義を厚く行うものであることが指摘できる⁹¹。

しかしながら、裁判所における「原理」の宣明者としての地位に着目する見解は、人民の選好を集約し、それによって政策を執り行う政治部門と、原理に基づく決定を行う司法部とを「分断的に把握」⁹²することで、両者の判断の相違を浮かび上がらせるという意義を有する。「ウェクスラー後」とも評される、アメリカにおける 50 年代以降の主流派の憲法理論が、裁判官がいかにして憲法を解釈するのか、そしていかにして司法部の正統性を維持するのかを探究⁹³するに際して着目した重要な点の一つが、裁判所における原理づけられた判断という特徴であった。このような制度的な特性によってこそ、司法部が憲法解釈において優越的地位を占めるのであり⁹⁴、とりわけドゥオーキンの所説においては、その点が強調されていると評価することができる。この点において、実体的に望ましい法的帰結を導出する司法部の能力を論ずることと、司法優越主義の理論的根拠の結びつきを見て取ることができるのである。

第 2 節：司法部の制度的立ち位置への着目 —— 「確定」機能の担い手として——

1997 年に下された *City of Boerne v. Flores*⁹⁵は、連邦最高裁による、裁判所を憲法典の唯一の番人として措定する「司法的憲法(Juricentric Constitution)」⁹⁶とも称される態度の表れ

く、結局のところ、裁判官自身によって決定されなければならない事柄であると思われる。その意味において、中立的原理の要求は、適正な憲法判決のための一つの「最小限の標識」(minimal criterion)——裁判官に対する方法的枠づけ——であって、それ自体は、「実体的内容の源泉を供給しない」といえよう」という記述である。野坂・前掲注 60)668-669 頁。

⁹¹ RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 22-23(1978). 山本龍彦はアメリカ憲法理論における「原理」観について、ウェクスラーに代表される 50 年代の見解とドゥオーキンに代表される 70 年代の見解を対比的に論じる。参照、山本龍彦「法原理機関説」の内実についての覚書——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学第 14 巻 1 号(2007 年)121-124 頁。また、ウェクスラー、ビックル、ドゥオーキンの「原理」観の違いについて論じるものとして、佐藤・前掲注 80)59-66 頁を参照。

⁹² 松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回(一) ——近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として——」民商法雑誌第 140 巻 1 号(2009 年)55 頁。

⁹³ Whittington, *supra* note 5, at 510.

⁹⁴ ERWIN CHEMERINSKY, INTERPRETING THE CONSTITUTION 81 - 105(Praeger,1987).

⁹⁵ 521 U.S. 507(1997).

⁹⁶ Robert C. Post; Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 Ind. L.J. 1, 2(2003).

であると評され、学界において大きな反響を呼ぶものとなった⁹⁷。1963年の *Sherbert v. Verner*⁹⁸は、信教の自由に対して実質的な負担を課す場合、やむにやまれぬ利益(compelling state interest)によって正当化されなければ合憲とはならないと判示し、信教の自由に対して手厚い保障を付与した⁹⁹。このシャーバートテストについて、連邦最高裁は 1990年の *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith*¹⁰⁰において、宗教的行為に負担が生じる場合であっても、それが一般的に適用される中立的法律(neutral law of general applicability)による付随的効果であるときは、信教の自由を侵害するとはみなされないとして、その理論的な枠組みを変更させることとなる¹⁰¹。1993年に連邦議会が制定した信教の自由回復法(Religious Freedom Restoration Act; RFRA)は、変更の対象となったシャーバートテストを回復させるものであった。バーニー判決では、RFRAの州に適用される部分が連邦議会における第14修正5節に基づく権限の逸脱に相当するか否かが争われた。ケネディ(Anthony Kennedy)による法廷意見は、第14修正5節に基づく連邦議会の権限は、実質的な権限ではなく救済的な権限であると措定し、本件におけるRFRAは連邦議会における救済的な権限を逸脱するものであり、同法律の州に適用される部分は違憲であると判示したが、本節との関係において注目すべきは、その末尾における言明である。すなわち、「我々の国家経験は、政府の各部門が憲法および他の部門の適切な行為や決定を尊重している場合に、憲法は最良にも保持されることを教示するものである。連邦最高裁が憲法を解釈するとき、それは司法部門の領域の範囲内においてなされたものであり、何が法であるかを語ることは、司法部の責務である。政府における政治部門の行為が、既に司法部がなした憲法解釈に反している場合、後続の事件及び争訟において、連邦最高裁は、先例拘束を含む確立された原理に基づき、その先例を適切なものとして扱わなければならない、そうでない行為は予期しえない。宗教回復法(RFRA)は、ここに挙がっているような事件及び争訟を統制するために設計されている。しかし、ここで引き合いに出された連邦法の規定は連邦議会の権威を逸脱しており、それはRFRAではなく連邦最高裁の先例が統制しなければな

⁹⁷ バーニー判決を巡っては、ウィリアム・アンド・メアリー大学ロースクールにてシンポジウムも開催されている。See, Erwin Chemerinsky, *The Religious Freedom Restoration Act is a Constitutional Expansion of Rights*, 39 WM. & MARY L. REV. 601(1998).

⁹⁸ 374 U.S. 398(1963).

⁹⁹ See, Robert D. Kamenshine, *Scrapping Strict Review in Free Exercise Cases*, 4 CONST. COMMENT, 147(1987).

¹⁰⁰ 494 U.S. 872 (1990).

¹⁰¹ 連邦最高裁における判例法理の変遷についての詳細な分析については、安西文雄「信教の自由——アメリカにおける展開とわが国への示唆」山本龍彦＝大林啓吾編『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』(弘文堂、2018年)147頁以下などを参照。

らない」¹⁰²という部分である。あまりにも有名な、「何が法であるかを語るのは司法部の責務である」というマーベリ判決のフレーズを引用しつつ連邦最高裁が述べたことは、端的に言えば、司法優越主義の宣明であったと評価することができる。

このような、司法優越主義における重要な局面の到来と時を同じくして、憲法学者のシャウアー¹⁰³とアレクサンダーの共著論文は公表された。同論文は、著者の言葉を借りるならば、彼らにおける司法優越主義やクーパー判決、バーニー判決の理解は誤っていると考える論者の「主要なターゲットとなった」¹⁰⁴。本節においては、かかる激しい批判の対象となった論文を中心として、今日に至るまで司法優越主義の代表的な擁護論者としてしばしば引用されるシャウアーの議論を検討の対象とする。

第1款：憲法・権威・確定

ディパートメンタリズムの嚆矢とも評される、ミースによるチュレーン大学での講演は、すぐさま激しい批判にさらされることとなった。すなわち、司法優越主義を拒絶することは、法の秩序に混沌をもたらすものであるとする批判であったり¹⁰⁵、あらゆる公務員の見解が法となるがゆえに、法の支配の危機を招くものであるといった批判がなされた¹⁰⁶。ミースの主張における党派性に対する批判もさることながら、三権における対等な憲法解釈権限を認める彼の議論に対しては、憲法解釈に無秩序がもたらされるという懸念が示されたのである。

このように、司法部以外の部門における対等な憲法解釈権限を認めることに対する批判は、ミース以前のアメリカの歴史においても存在した。例を挙げるならば、連邦最高裁における、憲法問題を解決することへの「とてつもない責任」を強調した *McCulloch v. Maryland*¹⁰⁷におけるマーシャルの言明がそれに該当しよう。マーシャルが危惧していたのは、憲法解釈の主体が多すぎて、自らの主張を妥協せずに主張し、合衆国の分裂や内戦に発

¹⁰² 521 U.S. at 536-537.

¹⁰³ シャウアーの憲法理論についての包括的な紹介としては、奈須祐治「フレデリック・シャウアー 合衆国憲法解釈におけるルールの意義」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像 理論家編』（尚学社、2010年）99頁以下を参照。

¹⁰⁴ Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 Const. COMMENT. 455, 458(2000).

¹⁰⁵ Howard Kurtz, *Meese's View on Court Rulings Assailed, Defended*, WASH. POST, Oct. 24, 1986, at A12.

¹⁰⁶ Stuart Taylor, *Liberties Union Denounces Meese*, N.Y. TIMES, Oct. 24, 1986, at A17, col.1.

¹⁰⁷ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

展する可能性であった¹⁰⁸。すなわち、同判決において俎上に上がった、合衆国銀行設立法案の合憲性という重大論点については、「平和的に決定されなければ、敵対的な立法の原因となり、おそらくは、ヨリ深刻な性質の敵意の源泉となるだろう」¹⁰⁹と懸念を表明したのである。当時における、憲法についての州ごとに異なった解釈という側面は、憲法解釈における無秩序さという一面を特に顕著に示したものであるといえよう。19世紀前半におけるアメリカを代表する政治家であったウェブスター(Daniel Webster)も「連合の権限を、一つの解釈ではなく、13あるいは24の解釈に従属させることほどにばかげたことがあるだろうか。すべての人によって設立され、すべての人に責任を持ち、すべての人のために決定する権限を持つ一つの法廷の代わりに、憲法上の問題は、それぞれが自身のことについて自由に判断し、他の判断を尊重する義務を負わない24の人民による主体に委ねられるべきなのであるか。」¹¹⁰という懸念を表明していた。ウェブスターにとっての司法優越主義とは、法の支配の保持に資するものであり、また、憲法上の無秩序を防ぐためのものであるとすることであった。そして彼は、このような憲法解釈における無秩序状態が存在するのならば、連邦政府の存立それ自体も危うくなるという危機感を抱いていたのである。

シャウアーとアレクサンダーが1997年公表の論文及びそれに対する批判に応答した2000年の論文において提唱した司法優越主義の擁護論は、マーシャルやウェブスターと同様に、憲法解釈における無秩序さの出現を懸念する立場に属するものである。彼らの議論において注目すべき点とは、法の確定機能、すなわち何がなされるべきかを権威的に確定する法の機能を重視している点である。彼らの議論は、クーパー判決において表明された司法優越主義を、法の確定機能という視点から「無条件に」¹¹¹擁護するものであり、この点において、「連邦最高裁の決定に従う民主的な政府の義務についての学術的な議論を再活性化」¹¹²させるものであったと評価することができる。

彼らの議論において、法の重要な機能とは、「何がなされるべきかを権威的に確定する」¹¹³ことであった。すなわち、法の内実がいかなるものであろうとも——すなわち、実体的な価値とは独立して——、とある問題を法によって権威的に確定することは、人々の行為を調整し、あらゆる種類の協働的行為を誘発するものであるとする¹¹⁴。つまり、たとえその内容

¹⁰⁸ See *id.* at 400-01.

¹⁰⁹ *Id.* at 401.

¹¹⁰ 21st Cong., 1st sess.(1830).

¹¹¹ Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359, 1362 (1997).

¹¹² Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83, 84(1998).

¹¹³ Alexander & Schauer, *supra* note 111, at 1371.

¹¹⁴ *Id.*

が誤っているように見えたとしても法に従う理由とは、法が多様な実体的見解や相互に排他的な利益等を調整する能力を有しているからなのである¹¹⁵。

このような確定機能が重要視される例として、彼らは財産や契約に関する権利が問題となる場面を挙げているが、権威的な確定という機能は立憲主義との関係においても重要な要素であるとする。例えば、言論の自由のルールに関する不確実性は、憲法上保障された言論に対する過剰な抑止効果を生み出す可能性がある。それゆえに、十分に確定された(well-settled)ものの最良とは言えない言論の自由に関するルールは、十分に確定されていないがより優れた言論の自由に関するルールよりも、確定されたルールがもたらす信頼性とそれゆえに抑制されえない言論の存在ゆえに、好ましいものとなるのである¹¹⁶。

こうして彼らは、法の確定機能という一般的な議論と憲法の解釈権限の問題を結びつける。すなわち、「何をすべきかを権威的に決定し、個々の公務員の利己的で戦略的な行動を一般的利益のために調整すること」¹¹⁷は、憲法の重要な機能でもあるのである。アレクサンダーとシャウアーによれば、アメリカ合衆国において単一の成文憲法が創出されたのは、まさに、人民や政府における各公務員が多様で実体的な見解を異にする問題において、統一的な判断を下すことに資するがゆえなのであった。しかしながら、彼らによれば、憲法が何を意味するかについて多用な見解が乱立する限り、その機能は十分に果たされえず、憲法における確定機能に望ましくない程度の不安定さをもたらすこととなる。このように、憲法について多用な解釈が成立しうる場合においては、単一で権威的な解釈者を創造する「前憲法的規範(preconstitutional norm)」¹¹⁸が必要になるとする。そのひとつの可能性として彼らが挙げるのが、憲法についての単一で権威的な解釈者として連邦最高裁を措定することである。もちろん、前憲法的規範としては、司法優越主義の代わりに三権に対等に憲法解釈権限を認めるディパートメンタリズム的な見解もあり得るわけである。しかしながら彼らは、そのような選択は「解釈上の無秩序」¹¹⁹を招くものであり、彼らが最重要視する憲法における確定機能を真剣に考慮していないものであると評価する¹²⁰。シャウアーとアレクサンダーはこの点を重視し、かような「プロテスタント的な」¹²¹憲法解釈の考え方を否定し、

¹¹⁵ *Id.* at 1374.

¹¹⁶ *Id.* at 1373.

¹¹⁷ *Id.* at 1376.

¹¹⁸ *Id.* at 1377.

¹¹⁹ *Id.* at 1379.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ ここでいう「プロテスタント」とは、合衆国憲法の解釈において連邦最高裁にその最終的権威を認める「憲法のカソリシズム的理解」と、憲法解釈における正統性を連邦最高裁のみならず個々の人民にまで認める「憲法のプロテスタント的理解」を対比させるレヴィンソン (Sanford Levinson) の議論からの引用である。See, SANFORD LEVINSON,

司法優越主義を支持するのである。すなわち、連邦最高裁による憲法解釈が、最高裁自身が解釈する憲法からかい離しているかもしれないという事実にもかかわらず、最終的な憲法解釈権限の定立という点を最重要視し、他の部門は連邦最高裁の憲法解釈に従う義務があると主張するものである。

第2款：なぜ連邦最高裁か？

上記で述べたように、アレクサンダーとシャウアーの議論では、憲法における確定機能が最重要視されている。しかし、憲法における確定機能を働かせるためには単一の権威的な憲法解釈者が必要であるとして、それがなぜ連邦最高裁なのであろうか。この点につき、権威的な確定を担う機関として連邦最高裁が立法部や執行部に比して優れている点として彼らが列挙するのが、連邦最高裁における政治からの相対的な独立性という特徴¹²²、そして、司法部が先例を重視する機関であるがゆえに¹²³、政治部門よりも持続的に憲法上の問題を確定させることができるという点、憲法上の問題を司法部に提起するための確立された手続の存在、さらには判決という形式で憲法判断を提示するといった点である。これら利点により、政治部門よりも権威的な確定に資するという連邦最高裁の制度的優位性を、彼らは導出するのである¹²⁴。

しかしながら、その後シャウアーは、憲法解釈における優越性を有する連邦最高裁の地位について、従来とはやや異なった観点からその正当化を試みているように思われる。それによれば、憲法解釈における司法部の優越性は、司法部の能力に関する過度に理想的な見解ゆえではないし、また他部門や人民の意思決定についての能力の不足によるものでもない。むしろ、合理的かつ善意の政策であっても、それに対する外部的な制約は、憲法規範自体の外部的な性質に付随する当然の帰結であるとするのである¹²⁵。換言するならば、シャウアーは、司法部の判断がその理由づけや法的帰結において説得力を有するがゆえに政治部門の憲法

CONSTITUTIONAL FAITH 18-53 (Princeton University Press, 1988). なお、レヴィンソンの憲法理論に関する邦語文献として、中川律「サンフォード・レヴィンソン：合衆国市民にとっての憲法の意味の探究者」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、蟻川恒正『憲法解釈権力』(勁草書房、2020年)87頁以下などを参照。

¹²² Larry Alexander & Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 *Const. COMMENT.* 455, 476(2000).

¹²³ See, ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 138-139(Princeton U. Press, 1997).

¹²⁴ Alexander & Schauer *supra* note 122, at 477. See, Mark Tushnet, *Two Versions of Judicial Supremacy*, 39 *WM. & MARY L. REV.* 945, 954-956(1998).

¹²⁵ See, Schauer, *supra* note 20.

判断に優越しているとするのではなく、外的な見地からの公正な抑制機能という司法部の制度的な役割に着目し、連邦最高裁の憲法解釈の優越性を認めるものである。

シャウアーはまず、連邦最高裁の憲法上の役割についての要点を抑えるために、いくつかの先例に着目する。これら先例は、愚かな立法部や執行部の行為を覆す、賢明な連邦最高裁判事という図式ではなく、賢明で良識のある立法部や執行部(あるいは、州の裁判所)の第一階の決定についての第二階の抑制の重要性を示すものであるとする¹²⁶。まず、その事例として挙げられているのは *Palmore v. Sidoti*¹²⁷ である。この事例は、フロリダ州在住の白人夫婦が離婚したのち、その子どもの監護権が母親に付与されたところ、後に母親が黒人男性と結婚し、同棲を始めたことに端を発する。元夫は、夫婦の人種が異なることを理由として、子どもの監護権を自身に渡すよう要求した。法廷意見では、1984年当時のアメリカにおいて、異なった人種間の子どもが社会においていかなる影響を被るかについても言及されている。すなわち、「1984年における、人種的に混合された家庭が子どもたちにどんな問題をもたらすとしても、それは1917年における住居の統合がもたらすと考えられていた圧力と同様に、憲法上の権利の否定を支持するものではない」¹²⁸ とした。つまり、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抑圧やストレスにさらされる虞が、ここでは考慮されているのである。連邦最高裁はそれでもなお、子どもの監護権者の決定において人種を考慮に入れることは第14修正の平等条項に照らして許容されない旨を判示した。すなわち、「人種的偏見の影響は、それがいかに現実的であったとしても、人種的な区分によって乳児をその親権者として適切であると認められる実の母親の親権から外すことを正当化することはできない」¹²⁹ し、「憲法はそのような影響を統制下に置くことはできないが、それを許容することもない」¹³⁰ 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、問題の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はなかったとしても、人種に基づく監護権決定は平等条項に照らし許容されるべきではないとしたのである。ここにおいて、州裁判所が「子どもの利益」という観点から一階の決定をなしたのに対し、連邦最高裁が、長期的な観点——すなわち、人種的な区分——から第二階の抑制を施したという構図が見て取れることをシャウアーは指摘するのである。つまり、州裁判所が「子どもの利益」という短期的な利益に資する判断

¹²⁶ *See id.* at 1051.

¹²⁷ 466 U.S. 429 (1984).

¹²⁸ *Id.* at 434.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.* at 433.

をしたとしても、人種が疑わしい区分である以上、本件において人種を判断の要素として使用することは、人種差別を反映している場合と同様に、そうでない場合においても許されるものではないと判断したものと評価することができるのである¹³¹。

またシャウアーは、健全な政策決定に対する第二階の抑制の機能を明白に表している事例として、第1修正に関する事例を取り上げている¹³²。その例として挙げられている、「表現の自由の勝利のひとつ」¹³³とも評される *Brandenburg v. Ohio*¹³⁴は、オハイオ州の刑事サンディカリズム法によって、白人への抑圧に対する報復を主張する KKK の指導者が起訴された事案である。同事例において連邦最高裁は、第1修正は暴力行動の「唱導」を州が処罰することにつき、かかる唱導が不法な行為を煽動したり生み出したりすることに向けられており、かつ、そのような行為を煽動したり生み出す可能性がある場合を除いて認めていない旨を判示した。ヘイトスピーチ規制に目を向けると、例えば *R.A.V. v. City of St. Paul*¹³⁵ は、ミネソタ州セントポール市の条例に基づき、アフリカ系アメリカ人の家の庭に燃えた十字架を放り込んだ未成年者が起訴された事案である。本件上告人の R.A.V. は、当該市条例が内容規制であるがゆえに第1修正の下で文面上無効であると主張したのに対し、スカリア(Antonin G. Scalia)による法廷意見は当該市条例を違憲と判断した。法廷意見は、当該市条例に基づく規制が、表現の内容に基づき規制であると認定した上で、当該市条例が市のやむにやまれぬ利益を実現するために合理的に必要であるか否かを審査する¹³⁶。そして、「例えば、特別に扱われる話題に限定されない条例は、同様に有益な効果を有するだろう。実際に、内容の制限によって独自に実現されるただ一つの利益は、このように選ばれた特定の偏見に対する市議会の特別な敵意を表明することという利益である。それはまさに、第1修正の禁ずるところである。」¹³⁷と判示した。

このほかにも、連邦最高裁による第二階の抑制の事例として、R.A.V.判決と同様に十字架の燃焼行為が問題となった *Virginia v. Black*¹³⁸や、暴力的な内容のビデオゲームに関する規制が問題となった *Brown v. Entertainment Merchants Association*¹³⁹などをシャウアーは挙

¹³¹ Schauer, *supra* note 20, at 1052.

¹³² Frederick Schauer, *The Annoying Constitution: Implications for the Allocation of Interpretive Authority*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 1689, 1698(2017).

¹³³ 川岸令和「比較衡量論——憲法上の権利の理解の深化に向けて」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)109頁。

¹³⁴ 395 U.S. 444(1969).

¹³⁵ 505 U.S. 377(1992).

¹³⁶ *Id.* at 395-396.

¹³⁷ *Id.* at 396.

¹³⁸ 538 U.S. 343 (2003).

¹³⁹ 564 U.S. 786 (2011).

げる¹⁴⁰。これら事例においては、表現者やメッセージを発する者を制約する側のアクターは、「歴史や第 1 修正の理論において特に主役を演ずる、反対意見を抑圧したり権力を誇示する公務員」¹⁴¹ではなかった。むしろ彼らは、一般福祉を増大させることを模索したり、特定の層が被った損害に対応することを模索したり、特定の行為や政策を通じてそれらを実現させようとしていたのである。これらの事例において連邦最高裁は、誠実で善意の政策決定者による第一階の政策決定を制約していたということである。すなわち、上記の事例においては、権力欲のある政策決定者の悪意ある行為が無効とされたのではない。むしろ、善良な人々が合理的な短期的決定をすることによって、重要で長期的な第二階の価値 (second-order values) が侵害されることを防ぐために、政府の行為は無効とされたとシャウアーは説くのである¹⁴²。このように、政治部門による政策決定が、連邦最高裁の第二階の抑制によって無効化されるような事例のことを、シャウアーは「消極的憲法 (negative Constitution)」と呼称する。かような機能は、悪意ある政治部門による不誠実な政策決定に対する抑制ではなく、むしろ、善良な民主的政策決定に対する抑制にフォーカスするものであるとまとめることができよう。

この「消極的憲法」の執行においてシャウアーが重視するのは、外部的な抑制の存在である。すなわち、多数派による短期的な欲望に対して、長期的な利益を守るために、外部の監視役を設置することが必要であるとするのである。これは、「何人も自らの理由について判断してはならない (nemo debet esse iudex in propria sua causa)」¹⁴³という自然的正義の大原則に通ずる「制度設計 (institutional design)」でもある。このような外部的抑制の重要性は、とりわけ人民の支持をあまり得られず、制度的にも軽視された利益の保護において、特に明らかである。シャウアーが例として挙げているのは、Unites States v. Carolene Products Co.¹⁴⁴の脚注 4 における「分断され孤立した個人」のみならず、無神論者や国旗を燃やす者、児童ポルノ製作者など多岐にわたる¹⁴⁵。彼らの権利保護においてこそ、多数派から距離を置いた連邦最高裁という外部の監視役の果たす役割が重要となるのである。すなわち、短期的な価値を希求するような政策を実施するに際し、政治部門は自身に対して公正な視点からの抑制機能を働かせることができない。換言するならば、自身を抑制し、その営為の障壁となるような憲法条項を解釈する主体は、概してそのような障害・抑制を除去する解釈をしようことが多い¹⁴⁶。政治部門が自らの政策的選好に対して自己抑制——すなわち、

¹⁴⁰ Schauer, *supra* note 132, at 1698.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² Schauer, *supra* note 20, at 1055.

¹⁴³ *Id.* at 1057.

¹⁴⁴ 304 U.S. 144(1938).

¹⁴⁵ Schauer, *supra* note 20, at 1058.

¹⁴⁶ Schauer, *supra* note 132, at 1709-1710.

Annoying(煩わしい)な抑制——をかけることなどおよそ期待しえないがゆえに、政治部門からの外部性を有する連邦最高裁を第二階の抑制を課す主体として措定せざるを得ないのである。この意味において、連邦最高裁の憲法解釈の優越性は正当化されるというのがシャウアーの立場である。換言するならば、シャウアーは司法部の判断の実体的な内容が政治部門や人民のそれに比して優れているがゆえに司法優越主義を正当化しているのではなく、憲法における制度的な位置づけに着目しつつ司法優越主義を擁護する立場を採用していると評価することができるのである。

第3款：議論の整理

シャウアー(とアレクサンダー)の議論は、誰が憲法の解釈をするのかという問題に対し、司法部における確定機能を重要視することで、司法優越主義の正当化を試みるものであった。彼らの議論の特徴は、社会的・法的な安定性を生み出す確定機能こそが憲法における重要な要素であり、その任に司法部があたるのが最も適していることを、司法部における政治的な独立性、司法部が先例を重視する機関であるということ、憲法上の問題を司法部に提起するための確立されたプロセスの存在、さらには判決という形式で憲法判断を提示するといった特徴によって示すことで、司法優越主義を擁護する点であった。このように、彼らの議論は、①確定機能の重視②確定機能の担い手として司法部(連邦最高裁)を指名、という構造になっていたといえる。

また、彼らの議論においては、憲法の権威的な解釈者の措定という問題は、憲法それ自体に先行するものでもあった。それは彼らが論文において、司法優越主義、あるいはディパートメンタリズムを「前憲法的規範」と表現していることからもうかがえる。すなわち、憲法の権威的な解釈者に関する問題は、「憲法そのものから答えを導き出せる問題」¹⁴⁷ではないし、「権威的な解釈者を明白に特定している成文憲法さえ、誰が「その」条項の権威的な解釈者であるべきかについての前憲法的な理解に依拠しうる」¹⁴⁸のであり、とりわけ合衆国憲法のように権威的な憲法解釈者を明示していない場合においては、かかる前憲法的規範に関する探究が重要な課題となるのである。それゆえに彼らは、自分たちの探究は「実証的あるいは歴史的なもの」¹⁴⁹ではなく、規範的なものであることを宣言した上で、合衆国憲法の起草者や憲法典そのものが司法優越主義を採用していないということを明示する。すなわち、司法優越主義は歴史上あるいはテキストにおける根拠を有するものではないという批判自体は受容するのである。

上記の主張は、主としてディパートメンタリズムを主張する論者からの激しい批判を巻き起こすものであった。例えば、サイドマン(Louis M. Seidman)は確定議論に注目しつつ、

¹⁴⁷ Alexander & Schauer, *supra* note 122, at 459.

¹⁴⁸ Alexander & Schauer, *supra* note 111, at 1369.

¹⁴⁹ Alexander & Schauer *supra* note 122, at 464.

社会における政治的対立に最終的な決着をつけてしまうことは、むしろ共同体の脅威となる可能性があることに言及する。そして、政治において確定した問題を不確定にすることこそが憲法の核心的な役割であり、こうすることで永続的な政治的敗者を生み出さない制度となることを主張する¹⁵⁰。またデビンス(Neal Devins)とフィシャー(Louis Fisher)は、連邦最高裁を何が法であるかを判断する権威的な機関として措定することは、むしろ司法部の権威を維持するための脆弱な基盤を破壊しかねないと批判する。すなわち、司法部の判断が受容されるか否かは政治部門や社会の動向によって左右されるため、それにもかかわらず司法部による権威的な確定を重視することは、政治的な不均衡を生み出し、判決が政治部門の嗜好に合わせて転化させられる「憲法の軽視」¹⁵¹という状況を生み出しかねないとするのである。また、連邦最高裁に憲法上の問題の権威的な確定を担わせることについては、司法部の能力上において確定が不可能な領域が存在することや、そもそも連邦最高裁判事の任命やその判断において多数派主義的・政治的な色彩は色濃くならざるを得ないというホイットントンによる批判も注目に値する¹⁵²。

本節において、もう一つ指摘しなければならないことは、シャウアーの議論自体においても、その関心の変遷を見て取ることができるという点である。すなわち、シャウアーの従来の議論においては、何が法であるかを権威的に決定する司法部の確定機能が最重要視されていたのに対し、最近の彼の議論においては、政治部門による第一階の政策決定に対する第二階の抑制を課す機能、換言するならば、司法部における権力統制という機能の重視¹⁵³へとその関心が遷移していると考えられる。2017年の論文において、司法優越主義は、従来の議論で重視されていた確定機能という積極的な側面のみならず、政治部門に対する第二階の抑制という消極的な側面からも正当化されうるとしている¹⁵⁴。それによれば、上記で論じたような第二階の抑制がいかに解釈され執行されるか否かについてこそ、憲法の解釈権限に関する中心的な問題が生じる場面であるとする¹⁵⁵。連邦議会や大統領、あるいは州政府は、自身の権限に対する制限を狭く解し、自身に付与された権限を広く解する傾向にあるからこそ、そのような部門からの外部性を有する連邦最高裁が、他部門の第一階の政策決定を抑制するのに最も適しているのである。すなわち、連邦最高裁を憲法解釈における優越的地位

¹⁵⁰ LOUIS MICHAEL SEIDMAN, *OUR UNSETTLED CONSTITUTION*(Yale University Press, 2001). サイドマンにおける憲法上の不確定理論について参照、阪口正二郎「アメリカ憲法学とニューディール」樋口陽一ほか編著『国家と自由 憲法学の可能性』(日本評論社 2004年)25-28頁。

¹⁵¹ Devins & Fisher, *supra* note 112, at 91.

¹⁵² See, Whittington, *supra* note 21, at 786-808.

¹⁵³ 大林啓吾「判決の余韻」千葉大学法学論集第33巻1号(2018年)139頁。

¹⁵⁴ Schauer, *supra* note 132, at 1711.

¹⁵⁵ *Id.* at 1699-1700.

に置くことは、連邦最高裁の判断自体の質ゆえでもなく、また第二階の抑制という観点から、連邦最高裁が「最も良い判断」を下すからでもない。むしろ、政治部門が自身の権限の抑制者として機能することはおよそ期待しえないがゆえに、セカンド・ベストの選択肢として司法優越主義を選択せざるをえないのである。この点においてこそ、二階の抑制という機能に重点を置く司法優越主義の正当化議論は消極的な性質のものであると評価することができるのであり、従来のアレクサンダーとシャウアーの議論とは、ややその趣を異にする点である。しかしながら、司法優越主義に対する積極的な正当化か、あるいは消極的な正当化かという相違点はあるものの、司法部の判断の実体的な内容からは独立して司法優越主義の正当化を試みている点においては一貫しており、この点こそがアレクサンダーとシャウアーにおける司法優越主義の正当化議論の特徴的な点であるといえよう。

第3節：小括

以上本章では、アメリカにおける司法優越主義を擁護する代表的な議論を、大きく二つに分けて検討してきた。第1節においては、戦後アメリカにおける主流派たる憲法理論と司法優越主義の関係性を分析した。そこでは、裁判所の主たる役割を原理のフォーラムと措定し、かような司法部の制度的特質の強調と司法優越主義を結びつける学説の存在を取り上げた。このような傾向がもっとも強いとされるのが、「司法優越主義の熱狂的支持者」とも称されるドウオーキンである。レーンキスト率いる連邦最高裁が、憲法解釈における司法の優越性を宣言し始めたことは、「問題を権力政治の闘争の場から原理のフォーラム」へ引き出すという役割を明確に司法部が受容したということであり、「裁判官のみが難解な憲法事件における「正解」を発見できるとするドウオーキン理論」の勝利であるとまで評価されることとなる¹⁵⁶。

第2節では、ディパートメンタリズム対司法優越主義という議論状況がアメリカの学界において出現した後に公表された、シャウアーとアレクサンダーの議論を分析した。法における確定機能を重視する立場を採用する彼らの議論は、かかる権威的な確定機能の担い手として司法部(連邦最高裁)を指名する。なぜならば、政治部門は自らの行為を公正な視点から抑制することはできないのであり、政治的に独立し制度的に外部に位置する司法部による二階の抑制が、政治部門の自己抑制よりも権力統制という面において優れているからである。この点において彼らの議論は、司法部の判断の実体面における優位性、あるいは司法的判断の正しさゆえに司法優越主義を展開するのではなく、その判断内容からは独立した司法優越主義の正当化を試みていると捉えることができる¹⁵⁷。

¹⁵⁶ Robert C. Post, *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 6(2003).

¹⁵⁷ このような見解は、バーニー判決の法廷意見においても垣間見ることができる。曰く「もしも議会が第14修正の意味を変えることによって自らの権限を定義することができ

ここまで、第1章においては建国初期から19世紀終盤に至るまでの司法優越主義の動向を概観し、さらに本章においては、20世紀中盤以降の学説における司法優越主義の正当化議論を追ってきた。本章冒頭で指摘した通り、この司法優越主義をめぐる議論が1980年代後半より活性化したのであるが、その背景としては、ミースによる演説やレーンキスト・コートにおける司法優越主義の宣明といった、現実の憲法政治における主要アクターの動向が関係していることは指摘することができよう。こうして、ディパートメンタリズムと司法優越主義は、それぞれ「有力な先例と論客とを擁し、歴史事象の説明や現下の実践的争点をめぐって、対抗」¹⁵⁸するようになったのである。

ところで、司法優越主義がアメリカにおいて支配的な地位を獲得するに至ったことは、本章において触れたとおりであるが、司法優越主義を批判する代表的論者であるフィシャー(Louis Fisher)は、司法優越主義がアメリカにおいて占める地位は「神話の地位」¹⁵⁹にすぎないと批判する。「神話」という呼称に含まれた意図を敷衍するならば、それは、実証的な基盤がないにもかかわらず、憲法学者や裁判官、あるいは人民の間で司法優越主義が継続的に力を持っていたことに対する疑問であろう。

フィシャーが指摘するまでもなく、司法優越主義が実証的な側面において抱える困難性は、アメリカの憲法学者によって早くから指摘されていた。代表的な論者としては、ディパートメンタリズムを唱える論者によって盛んに引用されるビックル(Alexander M. Bickel)を挙げることができる。彼の代表的著作である「The Least Dangerous Branch(最も危険の少ない部門)」の第2版に序文を寄せたウェリントン(Harry H. Wellington)は、リンカーン大統領の言葉を引用しつつ、「最も危険の少ない部門」において、ビックルは究極的には最終性の問題を考慮していた。連邦最高裁の判断したことは、「政治的ルールとして」最終的なのではなく、人民が選挙において統制を及ぼす機関や公務員によって受容されて初めて最終的なのである。ほとんどの憲法学者は、このようなビックルの複雑な憲法理論の側面を考察してきていない。最終性の問題が出発点として据えられるならば、学究の方向性は変わることになるであろう」¹⁶⁰と述べる。さらに遡るならば、司法の抑制論で著名な論者であり、

るならば、もはや憲法は優越的で恒久的な法とはなりえないのだ」(521 U.S. at 529)と。すなわち、連邦最高裁の役割は、政治部門の特定の行為が憲法条項に反する場合に生じる権限の濫用を防止することのみにあるのではなく、政治部門が憲法の意味を自身で再定義することによって、権力の抑制そのものが解体されてしまうことを防ぐことにあるのである。

¹⁵⁸ 蟻川・前掲注121)24頁。

¹⁵⁹ LOUIS FISHER, RECONSIDERING JUDICIAL FINALITY: WHY THE SUPREME COURT IS NOT THE LAST WORD ON THE CONSTITUTION xii (University Press of Kansas, 2019).

¹⁶⁰ Bickel, *supra* note 53, at xii.

「ビッケルの司法観にも影響を及ぼした」¹⁶¹とされるフランクファータ(Felix Frankfurter)は、「もっとも弱い統治機関」である司法部の「権威と権力を守る」ことをその司法哲学の本質的要素としていた¹⁶²。政治部門や公衆が、司法部の憲法解釈にどのような反応を示すのか、これらアクターに対して司法部がその権威性を維持していくためには、どのようにふるまうべきかという問題意識が、彼らの理論には伏在していたといえよう。そして、アメリカの歴史において、司法部の憲法解釈が政治部門や人民によって覆されてしまった事例、あるいは反発を受けた事例の多さとそのインパクトの大きさが、彼らの学説には色濃く反映されていたとも考えられる¹⁶³。フランクファータやビッケル、さらには彼らの理論に親和的な学説を提唱する論者については第4章で取り上げる。次章では、その前段階的な作業として、アメリカにおいて司法部の憲法解釈の優越性が否定された事例、そして、司法部以外の部門によって司法優越主義が政治的に「構築」された事例を概観・検討することとする。

¹⁶¹ 大林啓吾「アレクサンダー・ビッケル アメリカの立憲構造を明らかにした夭折の天才」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像 理論家編』（尚学社、2010年）35頁。

¹⁶² 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）33頁。

¹⁶³ 参照、田中英夫「合衆国最高裁判所による違憲立法審査権の行使をめぐる論議について」公法研究 38号(1976年)15頁。

第3章：司法優越主義の神話

前章では、司法優越主義という立場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、かかる立場が憲法解釈における連邦最高裁の制度的な優越性を語っていたことのみならず、アメリカにおける主要な学説群とも極めて親和的なものであったことが示された。アメリカにおいて、司法優越主義が学界や裁判所、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、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²、戦後アメリカ憲法学を席卷した学説群において司法優越主義が内蔵されていた点にも見出すことができる。

加えて、第2章でも指摘した通り、保守的な立場を採用しつつも多くの違憲判決を出し、「保守的司法積極主義(conservative judicial activism)」³とも称されたレーンキスト・コートが、司法優越主義的な立場を鮮明にしていたことも特筆に値する。例えば、信教の自由回復法の合憲性が問題となった *City of Boerne v. Flores*⁴において、ケネディ(Anthony Kennedy)による法廷意見は、マーベリ判決を引用しつつ以下のように述べる。

我々の国家経験は、政府の各部門が憲法および他の部門の適切な行為や決定を尊重している場合に、憲法は最良にも保持されることを教示するものである。連邦最高裁が憲法を解釈するとき、それは司法部門の領域の範囲内においてなされたものであり、何が法であるかを語ることは、司法部の責務である。政府における政治部門の行為が、既に司法部がなした憲法解釈に反している場合、後続の事件及び争訟において、連邦最高裁は、先例拘束を含む確立された原理に基づき、その先例を適切なものとして扱わなければならない。そうでない行為は予期しえない。宗教回復法(RFRA)は、ここに挙げられているような事件及び争訟を統制するために設計されている。しかし、ここで引き合いに出された連邦法の規定は連邦議会の権威を逸脱しており、それは RFRA ではなく連邦最高裁の先例が統制しなければならない⁵。

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

² See, ARCHIBALD COX, *THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT*(Oxford University Press, 1976).

³ See, Ernest A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 *U.COLO. L. REV.* 1139(2002); Erwin Chemerinsky, *Understanding the Rehnquist Court: An Admiring Reply to Professor Merrill*, 47 *ST. LOUIS U. L.J.* 659, 675 (2003).

⁴ 521 U.S. 507(1997).

⁵ *Id.* at 535-536.

このように、法廷意見はマーベリ判決を引用しつつ、憲法解釈という営為は司法部の領分に属するものであり⁶、それに反する政治部門の憲法解釈は許容されないとした。同判決は、連邦最高裁における司法優越主義の典型例としてしばしば参照されるが⁷、それまでのウォーレン・コートやバーガー・コートが、マーベリ判決を州に対する連邦最高裁の優越性を示すために使用したのに対し、レーンキスト・コートは他の連邦の部門に対する優越性を示すために使用している点が注目される⁸。ポスト(Robert C. Post)は、ウォーレン・コートに法の帝国を拡大するよう要請し続けてきた者達にとって、このようなレーンキストの司法優越主義(「うぬぼれ(self-assurance)」)は、「ほろ苦い勝利」をもたらす結果となったと評する⁹。すなわち、前章で言及したように、「問題を権力政治の闘争の場から原理のフォーラム」へ引き出すという役割を明確に司法部が受容したということであり、「裁判官のみが難解な憲法事件における「正解」を発見できるとするドゥオーキン理論」¹⁰が勝利を得たということ、レーンキスト・コートの傾向からは読み取ることができるのである。

しかしながら、アメリカ憲法の歴史は、ケネディ法廷意見における司法優越主義に関する一般化を支持するものではない。もちろん、連邦最高裁の憲法解釈の権威性は、自明のものではないにせよ、歴史的に積み上げられてきたものではある。しかし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政治部門や州政府、さらには公衆からの反抗に遭遇してきた。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。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、司法優越主義は政治的に構築されてきたとも捉える研究も精力的になされてきた。これら研究は、実証的な分析をもとに、アメリカにおける司法優越主義は完全なもので

⁶ RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 71 (Harvard University Press, 1985).

⁷ 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」立教法学第 63 号(2003 年)61 頁以下。アメリカの憲法学者トライブ(Lawrence H. Tribe)は、バーニー判決は、連邦最高裁における憲法上の「思い上がり」と、憲法解釈を独占するという姿勢の表れであると評する。Laurence H. Tribe, *eroG v. hsuB: Through the Looking Glass*, in *Bush v. Gore: THE QUESTION OF LEGITIMACY* 39, 62(Bruce Ackerman ed., 2002).

⁸ Rachel E. Barkow, *More Supreme than Court - The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 Colum. L. Rev. 237, 301-302(2002).

⁹ Robert C. Post, *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 6(2003).

¹⁰ 山本龍彦「「法原理機関説」の内実についての覚書 ——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学第 14 卷 1 号(2007 年)127 頁。

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、司法優越主義の現実的な側面を知る上で注目に値する¹¹。以下においては、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」¹²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。具体的には、連邦最高裁による司法判断が連邦議会や大統領によって覆された著名な事例をいくつか検討した後(第1節)¹³、司法優越主義が政治部門によって構築された事例(第2節)を論じることとする。

第1節：司法部の憲法解釈に対する反抗事例

第1款：女性の権利

20世紀初頭の連邦最高裁は、女性の平等な権利ではなく、女性の男性に対する劣位性を前提とするなど、極めて前時代的な認識を保持していた。例えば、オレゴン州の婦人労働時間の規制の合憲性が争われた1908年の *Muller v. Oregon*¹⁴は、女性の保護の必要性を理由に同規制は合憲と判断したものであるが、ブリューワー(David Brewer)は、「歴史を振り返ると、女性は常に男性に依存していたことがわかる」¹⁵「女性の性格や生活習慣の中には、これらの権利を完全に主張することを妨げるものが存在する」¹⁶と述べている。1923年の *Adkins v. Children's Hospital*¹⁷は、女性の保護立法はもはや完全に正当化できるものではないとしたものの、*Radice v. New York*¹⁸においては、大都市において午後10時から午前6時までの間に女性が労働することを禁ずるニューヨーク州法を支持した。20世紀半ばになっても、連邦最高裁における女性の権利に対する態度は、1700年代の価値観から、ほとんど進歩していないようにも思われた¹⁹。連邦最高裁において、性に基づく区別が違憲と判断さ

¹¹ KEITH E. WHITTINGTON, POLITICAL FOUNDATION OF JUDICIAL SUPREMACY; THE PRESIDENCY, THE SUPREME COURT, AND CONSTITUTIONAL LEADERSHIP IN U.S. HISTORY(Princeton University Press, 2007).

¹² 斎藤眞＝中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』(福村出版、1998年)377頁。

¹³ なお、ジェファソンやジャクソン、さらにはリンカーンといった大統領は、しばしば司法優越主義に否定的な立場を採用した。これらはいずれも司法優越主義が現実の政治において否定された著名な事例であるが、詳しくは第1章を参照。

¹⁴ 208 U.S. 412(1908).

¹⁵ *Id.* at 421.

¹⁶ *Id.* at 422.

¹⁷ 261 U.S. 525(1923).

¹⁸ 264 U.S. 292(1924).

¹⁹ LOUIS FISHER, RECONSIDERING JUDICIAL FINALITY; WHY THE SUPREME COURT IS NOT THE LAST WORD ON THE CONSTITUTION 68(University Press of

れるのは、遺産執行者としての資格に関して男性を優遇するアイダホ州法が問題となった *Reed v. Reed*²⁰まで待たなければならなかった。

このような司法部の態度に対するフラストレーションは、連邦議会をして性差別を禁止する憲法修正 (Equal Rights Amendment : ERA) の議論に向かわしめることとなった²¹。男女平等憲法修正案は、連邦議会を通過して州による承認の段階まで進み、最終的には憲法修正の要件を満たすのに 3 州足りず、1982 年に不成立に終わった。一連の連邦議会における議論において、例えば、憲法修正の牽引役の一人であったグリフィス (Martha Griffiths) 下院議員は以下のように述べる。

これは性別間の争いでもなければ、連邦議会と女性との争いでもない。連邦議会と州議会は女性を支持するものである。これは合衆国最高裁判所との争いである²²。

(憲法修正の目的は) 最高裁に対し、「起きろ！今は 20 世紀だ」と宣明することである²³。

憲法修正案が連邦議会を通過したことを含め、議会の動きは連邦最高裁に対しても大きなインパクトを与えるものであった。一般的に連邦最高裁は、政治部門からの多数派の圧力についての抑制として機能するが、女性の権利に関する議論において、連邦最高裁は政治部門によって承認された政策に注意を払うこととなった。この後、1970 年代において、連邦最高裁はデュープロセス条項と平等保護条項に反するとして、性差別的な州法及び連邦法に違憲判断を下していくこととなる。

近時の事例では、*Ledbetter v. Good Tire & Rubber Co.*²⁴が注目に値する。同判決は、市

Kansas, 2019).

また、ジョンソン (John D. Johnson, Jr.) とナップ (Charles L. Knapp) は、連邦最高裁に対し、「概して、性差別の領域におけるアメリカの判事のパフォーマンスは、簡潔に言えば貧弱なものから忌まわしいものまで様々である」と手厳しい評価を下している。John D. Johnson, Jr., & Charles L. Knapp, *Sex Discrimination by Law: A Study in Judicial Perspective*, 46 N.Y.U. L. Rev. 675, 676 (1971).

²⁰ 404 U.S. 71 (1971).

²¹ Fisher, *supra* note 19, at 69.

²² 116 Cong. Rec. 27999, 28036 (1970).

²³ *Id.* at 35323.

²⁴ 550 U.S. 618 (2007). レッドベター判決は、後述のように、市民権法第 7 編及び 1963 年賃金平等法をめぐる訴訟である。しかしながら、判決に対する議会の対応、さらには少数意見が政治部門に与えるインパクトを含め、連邦最高裁による司法判断の最終性という問題についての注目すべき事案であると考えられるため、特にここで取り上げることと

民的権利に関する 1964 年法(Civil Rights Act of 1964)の第 7 編(Title VII)および 1963 年賃金平等法(Equal Pay Act of 1963)をめぐる訴訟であり、賃金差別の違法性について争われた。アリート(Samuel Anthony Alito, Jr.)による法廷意見は、被用者は当該違法行為が生じてから 180 日以内に平等雇用機会委員会(Equal Employment Opportunity Commission: EEOC)に不服申し立てをしなければならないという規定により、過去の差別的取扱いに基づく訴訟を維持することはできないとした原審の判断を支持した。同判決で注目されるのはギンズバーグ(Ruth Bader Ginsburg)によって執筆された反対意見である。それによれば、原告のレッドベターのエリアマネージャーとしての給与は、男性のそれとの間に不均衡を生じさせるものであり、期間内に原告が不服申し立てをしなかった点については、給与情報が原告に与えられていなかったこと、さらには初めの賃金差別が控えめなものであったとしても、時が経つにつれてその差別は拡大していくことを指摘した。法廷意見は、僅かずつ増大するもののその差別を疑うのは時が経過してからであるという「賃金差別の一般的な性質を見過ごす」²⁵ものであり、「これら帰結に対する連邦最高裁の賛意は、連邦議会が第 7 編において企図した、職場における差別に対する強固な保護とは全く異なるものである」²⁶とギンズバーグは主張する。そして、「連邦最高裁が第 7 編における広範な救済目的と矛盾するような狭い解釈を行ったのは、この事例が初めてではない」「再びボールは議会の側にある。……議会は連邦最高裁のこの第 7 編に関する貧相な解釈を是正することができる」²⁷とした。つまり、反対意見を通じて、ギンズバーグは議会による判決の是正を促し、連邦最高裁による司法判断が必ずしも最後の言葉ではないことを示したと評価することができる。

このような判決が 2007 年に下されたのに対し、例えばケネディ(Ted Kennedy)上院議員は、連邦最高裁の判決は第 7 編の「核心的な保護を破壊するものである」²⁸と反応した。そして同年 7 月、下院は司法部の判決を覆すべく、リリーレッドベター公正賃金支払法案(Lilly Ledbetter Fair Pay Act)についての議論を開始した。下院を 225 対 199 で通過した法案は、上院におけるフィリバスター(議事妨害)に遭ったものの、最終的にはオバマ大統領就任後の 2009 年に法改正は達成されることとなった。原告であったレッドベターが民主党大会にも呼ばれるほど、法案の是非は 2008 年の大統領選における一大トピックとなった²⁹。この事

する。なお、他部門との関係性における少数意見の意義については、大林啓吾「判決の余韻」千葉大学法学論集第 33 巻 1 号(2018 年)153 頁以下も参照。

²⁵ *Id.* at 645.

²⁶ *Id.* at 660.

²⁷ *Id.* at 661.

²⁸ 153 Cong. Rec. 14530(2007).

²⁹ Lani Guinier, *Beyond Legislatures: Social Movements, Social Change, and the Possibilities of Demosprudence - Courting the People Demosprudence and the Law/Politics Divide*, 89 B.U. L. REV. 539, 542 (2009).

例は、連邦議会が最高裁判決を法改正という形で覆し、多数派に対する少数派の権利保障という本来司法部が担うべき役割を、政治部門が代わりに果たしたものであると評価することができる。

第2款：宗教的自由に関する諸事例

(1) ゴビティス判決からバーネット判決へ

1940年6月、連邦最高裁は8対1の大差で、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宣言した³⁰。そのわずか3年後のバーネット判決³¹において、連邦最高裁は6対3で判例変更をするに至った。3年という短期間のうちに判例変更に至った事実については、ゴビティス判決のフランクファータ(Felix Frankfurter)による合憲判断と、一人反対意見を書いたストーン(Harlan F. Stone)の違憲判断を対比させ、「ストーンによる初期の反対意見が、3年を経て裁判所の多数を制することとなった」³²とも評されることとなる。この判例変更の要因については、様々な説明が試みられてきた。例えば、この間における連邦最高裁判事の顔ぶれの変化や、戦争に対する一般的な不安感の強弱を挙げる論者もいるだろう³³。しかし、ここで注目するのは、ゴビティス判決が判例変更に至るまでの、公衆や政治部門における連邦最高裁に対する反発である。このような点に着目すると、1940年の連邦最高裁判決は、憲法の意味について最後の言葉を提供するものではなかったことが明らかとなる。

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、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³⁴。その上で、「国家の団結の促進」³⁵を「偉大な共通の目的」³⁶「法的価値の階層において、何よりも劣ることのない利益」³⁷と表現し、「国家の統合(national unity)は国家の安全

³⁰ *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586(1940).

³¹ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624(1943).

³² 蟻川恒正『憲法的思惟 アメリカ憲法における「自然」と「知識」』(岩波書店、2016年)20頁。

³³ 参照、蟻川・前掲注32)147頁。

³⁴ 310 U.S. at 591.

³⁵ *Id.* at 595.

³⁶ *Id.* at 593.

³⁷ *Id.* at 595.

保障の基礎である」³⁸として、まさに「国旗こそが我らの国家の統合の象徴なのである」³⁹と結論付けたのである⁴⁰。

ゴビティス判決に対する裁判所外からの反応は、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、フランクファーターも創設にかかわった *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」と、連邦最高裁が「戦争のヒステリーの犠牲者となる」ことの危険性を訴えた⁴¹。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⁴²。また学界の評価につき、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承認する論稿を見つけることはできなかったとする⁴³。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。

国旗敬礼に関する国家的な論争においては、政治部門の動向も見逃すことはできない。1942年に成立した連邦法は、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⁴⁴。司法省においては、この立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⁴⁵、議会によって宣言された宗教的自由の基準に従うように、自治体に要請することを求めるメモランダムを連邦検察官に送付した。このメモランダムでは、宗教的自由の名の下に、州および各自治体の職員における不起訴を連邦政府が奨励している点において、特に注目される⁴⁶。

このようなバックラッシュのさなかにおいて、ブラック(Hugo Black)、マーフィー(Frank

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* at 596.

⁴⁰ フランクファーターによる法廷意見につき、金井光生「国旗敬礼強制事件判決における＜シンボルイズム＞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ー裁判官」行政社会論集第22巻3号(2010年)131頁以下も参照。

⁴¹ “Frankfurter v. Stone,” *The New Republic*. Vol. 102, pp.843-844(June 24, 1940).

⁴² Francis H. Heller, *A Turning Point for Religious Liberty*, 29 VA. L. REV. 440, 452-453(1943).

⁴³ *Id.* at 451.

⁴⁴ 56 Stat. 380, sec. 7(1942).

⁴⁵ See, Victor W. Rotnem and F. G. Folson, Jr., *Recent Restrictions Upon Religious Liberty*, 36 Am. Pol. Sci. Rev. 1053(1942).

⁴⁶ Robert L. Tsai, *Reconsidering Gobitis: An Exercise in Presidential Leadership*, 86 Wash. U. L. REV. 363, 409-413(2008).

Murphy)、ダグラス(William O. Douglas)は1942年のJones v. Opelika⁴⁷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。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政府形態は、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」⁴⁸と宣言したのである。

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⁴⁹。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、1943年のバーネット判決は6対3で1940年の判決を覆すこととなった。ジャクソンによる、宗教的自由に関する感動的な判決は、学説の側からも非常に高い評価を受けているが⁵⁰、彼は、権利章典の目的は「政治的論争の変遷から特定の主題を撤回し、それらを多数派や政府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」⁵¹とした。さらに、「生命、自由、財産、自由な言論、礼拝や集会の自由、その他基盤的な権利は、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」⁵²と続ける。まさに、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、ジャクソンは高らかに宣言したのである。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年における、宗教的自由を定義しようという連邦最高裁の試みは、公衆や政治部門のバックラッシュによって、わずか3年間しか維持することができなかったのである。

⁴⁷ 316 U.S. 584(1942).

⁴⁸ *Id.* at 623-624.

⁴⁹ 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、彼らがエホバの証人に関する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* 95, 104 (Mark Tushnet ed., 2005).

⁵⁰ コックス(Archibald Cox)は、「合衆国憲法第1修正の保護するものが、表現の自由にとどまることなく、精神の自由そのものであるということを、これほどまでに明白に認知した判決はほかにない。」と評価している。ARCHIBALD COX, *THE COURT AND THE CONSTITUTION* 198(Houghton Mifflin, 1987).

⁵¹ 319 U.S. at 638.

⁵² *Id.*

(2) ゴールドマン判決と議会の対応

宗教的自由に関して、政治部門と司法部の相互関係が問題となった事例として次に挙げられるのが、1986年の *Goldman v. Weinberger*⁵³ と連邦議会の対応である。本件の原告となったゴールドマン(Simcha Goldman)はアメリカ空軍の大尉であり、またユダヤ教の正統派でもあり、勤務中はユダヤ教の民族衣装である Yarmulke を着用していた。約3年半の間、彼は何の問題もなく Yarmulke を着用していたが、1981年5月、空軍はゴールドマンに対し、勤務中の Yarmulke 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 Yarmulke も着用することを妨げない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 Yarmulke の着用を禁ずることは、第1修正に反するとした⁵⁴。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」⁵⁵とした。

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で必要とされる Yarmulke 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⁵⁶。すなわち連邦最高裁は、標準化された制服を軍人に着用させることは、「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したのである。法廷意見は、軍に関係して生じた憲法問題については積極的に介入しないとする、軍事的必要性のドクトリン(the necessity doctrine)を採用したと評価される⁵⁷。

なお、ブレナン(William J. Brennan)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に対する軽率な敬讓を支持し、憲法の原理的な説明者として、そして個人の自由の防護者として」⁵⁸の役割を放棄するものであると、厳しく断じた。その上で、宗教的自由の防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、宗教的少数者の人権保

⁵³ 475 U.S. 503(1986).

⁵⁴ *Goldman v. Secretary of Defense*, 553 F. Supp. 12(D.D.C. 1981).

⁵⁵ *Goldman v. Secretary of Defense*, 734 F.2d 1531, 1532(D.C. Cir. 1984).

⁵⁶ *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503(1986).

⁵⁷ See, Richard G. Vinet, *Goldman v. Weinberger: Judicial Deference to Military Judgment in Matters of Religious Accommodation of Servicemembers*, 36 NAVAL L. REV. 257 (1986); Dwight H. Sullivan, *The Congressional Response to Goldman v. Weinberger*, 121 MIL. L. REV. 125 (1988).

⁵⁸ 475 U.S. at 514.

障としての役割を果たさなかった多数意見を厳しく批判し、かか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後、「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」⁵⁹として、権利保障の問題を立法部門に委ねるという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、議会はどのような反応を示していたのであろうか。前提として、合衆国憲法の第1条8節14項は「陸海軍の統帥及び規律に関する規則を制定する権限」を連邦議会の立法権限の一つとして列挙している。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、*Yarmulke* 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ような、適切・保守的で控えめな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⁶⁰。上記修正案は、結局上院で否決されたものの⁶¹、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で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⁶²。

上記のように、宗教的自由に関する領域においては、連邦最高裁が政治部門や公衆からの反発を受けて、わずか3年での判例変更を強いられたり、議会が連邦最高裁の判決に対抗するような立法を行う、あるいは、少数者の人権保障についての責任を、連邦最高裁のみで負うのではなく、連邦議会と共有する形を採用するといった例がみられる。すなわち、宗教的自由に関する事例を見ると、後のバーニー判決で連邦最高裁が宣明した司法優越主義は、連邦最高裁の歴史において貫徹されてきたわけではないといえよう。

第3款：日系人収容に関する事例

歴代の連邦最高裁判例のランキングにおいて、ワーストグループを形成するものとしては、*Dred Scott v. Sandford*⁶³、*Plessy v. Ferguson*⁶⁴はもちろんのこと、第二次大戦中の日系

⁵⁹ *Id.* at 524.

⁶⁰ H.R. 4428, 99th Cong., 2d Sess. § 502, 132 Cong. Rec. H7126-92 (daily ed. Sept. 18, 1986).

⁶¹ 議論の過程においては、共和党のゴールドウォーター(Barry Goldwater)の強硬な反対意見があった。132 Cong. Rec. 19802(1986).

⁶² 1986年の上院議員選挙後、法案の賛成派と反対派の勢力図が入れ替わったことが、上院における方針転換を招いたとする見解がある。Vinet, *supra* note 57, at 145.

⁶³ 60 U.S. 393(1856).

⁶⁴ 163 U.S. 537(1896).

人収容が問題となった *Korematsu v. United States*⁶⁵を挙げることができるだろう⁶⁶。とくにここで取り上げるのは、このアメリカ憲法史上における最悪の判決とも評されるコレマツ判決⁶⁷とその後長きに渡る司法部の判断の誤りの継続、それに対する政治部門の動向である。

(1)連邦最高裁による過ち

日系人の強制収容が連邦最高裁において最初に問題となった 1943 年の *Hirabayashi v. United States*⁶⁸は、ゴードン・ヒラバヤシが夜間外出禁止令に違反したとして起訴されたことに端を発する。連邦最高裁は全員一致で政府を支持し、ストーンによる法廷意見は、「夜間外出禁止令を定めるのは議会と執行機関の憲法上の権限内のことであり、軍司令官によるその発布は、立法権限のいかなる非合法的な委任にも関連しない」⁶⁹のであり、現在の状況ゆえに⁷⁰、大統領と議会が決定したことの「賢明さを裁判所が検討」したり、「大統領と議会の判断を置き換えたりすることはない」⁷¹として、政治部門側の判断に敬讓することにより、夜間外出禁止令を合憲とした。

続いて 1944 年のコレマツ判決では、日系人への強制収容命令の合憲性が問題となった。ブラックによる法廷意見は、連邦最高裁は政治部門が決したことには敬讓するべきであるという「ヒラバヤシ判決で宣言された原理に照らし、西海岸から日本人を祖先とする者達を排除するための議会と執行部門の戦争権限を超えるものであると結論付けることはできない」⁷²として、本件収容命令を支持した。すなわち、「単一の人種集団の市民的権利を縮小す

⁶⁵ 323 U.S. 214(1944).

⁶⁶ Jeffrey W. Stempel, *The Worst Supreme Court Case Ever - Identifying, Assessing, and Exploring Low Moments of the High Court*, 12 NEV. L.J. 516, 519 (2012).

⁶⁷ See, Eugene Gressman, *Korematsu: A Me'lange of Military Imperatives*, 68 Law & Contemp. Probs. 15(2005); Erwin Chemerinsky, *Korematsu v. United States: A Tragedy Hopefully Never to Be Repeated*, 39 PEPP. L. REV. 163 (2011).

⁶⁸ 320 U.S. 81(1943).

⁶⁹ *Id.* at 92.

⁷⁰ アイロンズ(Peter Irons)は、ロバーツ、リーズ、マーフィー、ダグラス、ルートリッジの各判事は、デウィット(John L. DeWitt)による命令の合法性とその憲法上の基盤について深刻な疑いを表明していたものの、連邦最高裁における、戦時中に団結を維持するべきであるとの懸念が、ストーンの意見を全員一致にすることとなったと主張する。

PETER IRONS, *JUSTICE AT WAR: THE SROEY OF THE JAPANESE AMERICAN INTERNMENT CASES* 250(University of California Press, 1983).

⁷¹ *Id.* at 93.

⁷² 323 U.S. at 217-218.

るすべての法的制約は、直ちに疑わしいものとなる。これは、そのような制約のすべてが違憲であると述べるものではない。ここで述べられているのは、裁判所はそれらを最も厳しい審査に服させなければならないということである」⁷³とした。すなわち法廷意見は、厳格審査の適用を示唆しながらも、戦時という特殊な状況を考慮することで⁷⁴、きわめて敬讓的な審査を行ったものであると評価することができる。

ヒラバヤシ判決とコレマツ判決において、連邦最高裁は大統領権限に対する独立した抑制機能行使することに失敗していた。1945年の段階で、ロストウ(Eugene V. Rostow)は一連の日系アメリカ人に関する判決に対する鋭い批判を行っている。ロストウは、個人の不正義及び累積的で不吉な類の根深い社会的な不適応が、連邦最高裁の判断によって生み出されることが予測されるとした⁷⁵。彼は、連邦最高裁は「軍事的決定に関する司法審査の領域と方法という、当該事案における主要な問題は存在しないとすることを選択」し、戦争政策に関する政府の方針を覆すリスクを回避したものの、「軍事的権限に関する社会的な統制を弱めることとなった」⁷⁶と評価する。こうした連邦最高裁の態度は、人種的な少数派集団についての「危険な人種的神話」⁷⁷を受容し、さらにはその支持に威信を付与するものであった。

またウォーレン(Earl Warren)は、1962年の論文において、ヒラバヤシ判決とコレマツ判決を評して曰く、これら判決は「最高裁が、軍事的な必要性の程度についての執行部による説明を拒否する立ち位置にないということをも単に結論づける、いくつかの状況が存在することを劇的に示す」⁷⁸のものであったとする。すなわち、戦時中のような危機の時代においては、司法部は政治部門から独立した対等な部門として機能することはできなかったことを示唆するものである。さらに続けて「連邦最高裁がしばしば、この領域において行動しなければならないという制限の帰結は、他の政府の部門は、彼らが採用する特定の行為が、憲法と合致しているか否かを決定する第一の責任を負わなければならないということである」⁷⁹と述べる。ウォーレンによるこのような主張は、戦時中のような特別な時期において軍事的権限が憲法上問題となったときであっても、連邦最高裁が常に信頼性と説得性を有する権威的な判断を下すことは期待されないことを示唆しているといえよう。

⁷³ *Id.* at 216. 本判決は、連邦最高裁が「疑わしい区分(suspect classification)」という言葉を使用した初めての事例であるとされる。Chemerinsky, *supra* note 67, at 168.

⁷⁴ *Id.* at 219. 「苦難は戦争の一部であり、戦争は苦難の集合体である。」

⁷⁵ Eugene V. Rostow, *The Japanese American Cases—A Disaster*, 54 YALE L.J. 489, 489 (1945).

⁷⁶ *Id.* at 503.

⁷⁷ *Id.* at 504.

⁷⁸ Earl Warren, *The Bill of Rights and the Military*, 37 N.Y.U. L. REV. 181, 192 (1962).

⁷⁹ *Id.*

(2)政治部門の動向

上記のようにコレマツ判決は、判決が出された当初より、その信用性を疑われてきた。政治部門の側でも、日系人収容をめぐる連邦最高裁の判断の危うさは認識されていた。例えば1976年2月20日、当時のフォード(Gerald Ford)大統領は、第二次大戦中の日系人の扱いについて謝罪する旨の宣言を出した。その中でフォードは、ルーズベルトによる執行命令は、「忠誠なアメリカ人を引き離す」⁸⁰結果を生じさせ、彼らのような忠誠なアメリカ人に対する立ち退き及び拘留は誤りであったことを認めた。連邦議会の側においても、連邦最高裁の過ちは認識されていた。1971年、連邦議会は「連邦議会による立法のある場合を除き」⁸¹何人も拘留されえないことを規定した、非拘留法(Non-Detention Act)を制定した。また1980年には、当時の事実を集積し、ルーズベルトの執行命令によってなされた過ちを検証するための委員会(戦時中における民間人の移住及び拘留に関する委員会)が設置された⁸²。1982年に公開された委員会によるレポート⁸³は、大統領による執行命令は軍事的な必要性によって正当化されるものではなかったこと、また、執行命令に続く拘留についても軍事的な状況の分析によってなされたものではなかったことを示した。すなわち、当時の措置は軍事的必要性に基づくものではなく、人種的な偏見に基づくものであったとの判断を示したものである。このような委員会の判断に応答するべく、連邦議会は1988年に立法を制定した。その冒頭においては、日系アメリカ人に対する「根本的な不正義」⁸⁴と彼らに対する謝罪を表明し、再発防止のために、強制的な収容について公衆に周知させるための公教育基金設置を規定している。すなわち、Trump v. Hawaii⁸⁵において、連邦最高裁がコレマツ判決の過ちを公式に認めるより以前に、連邦の政治部門は判決を否定する行動に出ているのである。

(3)70年越しの否定 ——Trump v. Hawaii——

このような悪名高き判決について、司法部門はその後いかなる是正措置を講じたのであろうか。この点で注目されるのは、前述の2018年のTrump v. Hawaiiである。本判決においては、2017年9月に出された第三次入国禁止令(トラベル・バン)は法律による授権の範囲内か否か、また、入国禁止令は宗教上の差別に基づくものか否かが問題となった。ロバーツ(John G. Roberts)による法廷意見は、本件命令は法律の授権の範囲を逸脱するものではな

⁸⁰ Proclamation 4417, 41 Fed. Reg. 7741(1976).

⁸¹ Non-Detention Act, 18 U.S.C. § 4001 (1971).

⁸² 94 Stat. 964(1980).

⁸³ Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians, Personal Justice Denied(1982).

⁸⁴ Public Law 100-383, 102 Stat. 903(1988).

⁸⁵ 138 S. Ct. at 2392 (2018).

いと判断した。また、入国に関する問題は主権の問題であり、司法審査の範囲は極めて限定されるとして、本件命令が安全保障を理由としていたか否かを審査するという緩やかな基準により、政府は合理的基準の審査を生き残るための十分な国家安全保障上の正当化を明らかにしてきたとして、その合理性を認めた。これが *Trump v. Hawaii* の概要であるが、本判決において注目すべきは、法廷意見が最後にコレマツ判決に言及している点であろう⁸⁶。法廷意見は、反対意見がコレマツ判決に言及している点について、本件とコレマツ判決は関係がないとした。その上で、「反対意見におけるコレマツ判決への言及は、連邦最高裁に、何がすでに明らかであるかを表明させる機会を提供する。コレマツ判決は、判決が出されたその日において、深く誤ったものであって、裁判所の歴史において覆されてきて、そして明白にも、「憲法の下における法においては、居場所がない」⁸⁷」⁸⁸として、長らく学界においてもアンチ・カノン(反正典)とされてきた先例を⁸⁹、連邦最高裁として初めて否定することとなった。

コレマツ判決に対する否定的な動きは、上記で見てきたように、大統領の宣言や議会の委員会、あるいは連邦法においても見て取ることができる。*Trump v. Hawaii* において、最高裁は70年以上の時を経てコレマツ判決を否定することになった。しかしながら、このことは同時に、アンチ・カノンとも称される先例について、連邦最高裁が法的あるいは憲法上の価値がないと明示することなく何十年も放置する可能性があるという問題をも提起することとなった。法廷意見は「裁判所の歴史において」コレマツ判決は覆されたと述べるが、それはむしろ、大統領や連邦議会においてこそ達成されてきたと評価することもできるだろう⁹⁰。日系アメリカ人の強制収用を巡る問題は、「合衆国の制度は司法の最終性ではなく、根本的価値に関する憲法上の対話に依拠」⁹¹していることを、一面において示していると評価することができる。

⁸⁶ 政府側はコレマツ判決を持ち出してはいない。 See, Robert S. Chang, *Whitewashing Precedent: From the Chinese Exclusion Case to Korematsu to the Muslim Travel Ban Cases*, 68 CASE W. RES. L. REV. 1183(2018).

⁸⁷ 328 U. S., at 248(Jackson J., dissenting).

⁸⁸ 138 S. Ct. at 2423.

⁸⁹ Jamal Greene, *Is Korematsu Good Law?*, 128 YALE L.J. F. 629(2019).

⁹⁰ ソトマイヨール判事(Sonia M. Sotomayor)による反対意見も、「コレマツ判決以来、我が国はその卑劣な遺産を過去のものとするために多くをなしてきた」として、その例として議会立法を挙げている。その上で、「今日の最高裁が、コレマツ判決を最終的に覆すという重要な一步を踏み出し、「判決が出されたその日において、深く誤ったものであった」と非難した。この恥ずべき先例に対する公式の否定は賞賛すべきものであり、遅くに失したものである」と述べてる。138 S. Ct. at 2448(Sotomayor J., dissenting).

⁹¹ Fisher, *supra* note 19, at 180.

第2節：司法優越主義の政治的構築

第1節では、アメリカ憲法史において、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司法部の憲法判断を変えてしまった事例を紹介した。ここからは、後のレーンキスト・コートの司法優越主義の宣明とは裏腹に、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を垣間見ることができる。

たしかに実証的な観点からは、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は数多く存在することが明らかとなる。他方において、第1章及び第2章において指摘した通り、司法優越主義がアメリカ社会において大きな地位を築いていることも否定できない。このことは、ミース司法長官がディパートメンタリズムの嚆矢とも評価される演説を行った後、連邦最高裁の判決こそが国家の最高法規(the law of the land)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うかがえる。そこでは、法の支配や立憲主義を防護する役割は、最終的には連邦最高裁に存するのであり、過去の事例を根拠に連邦最高裁の最終的な憲法解釈権限を否定することは、結局のところこれらを否定し無秩序を招くという懸念が存在していたといえよう。一般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、司法優越主義はある程度浸透していたといえる⁹²。

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対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節においても若干言及した。司法優越主義への対抗の典型例としてしばしば引用される、ジャクソニアン・デモクラシーにおけるマッカロック判決の転覆であったり、レーガン政権期におけるミース司法長官の演説といった、政治部門における司法部の権威に対する挑戦は、「当時の大統領が直面していた特定の政治的文脈や、政治的課題において彼らを位置づけることによって、ヨリ明快に理解することができる」⁹³のである。ディパートメンタリズムと司法優越主義に関する議論が開いた1980年代後半から90年代にかけてより以前に、このような司法部と政治部門の協調的關係に着目しつつ、実証的な研

⁹² 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すると指摘する。Thomas W. Merrill, *Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments*, 15 *CARDOZO L. REV.* 43, 46 (1993).

⁹³ Whittington, *supra* note 11, at 49.

究を加えた論者として、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⁹⁴。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」⁹⁵というのがダールの主張であった。

このような実証的検証に基づき、政治部門と司法部の強制的関係性に着目する研究は、アメリカにおいては1990年代になって再評価の対象となるが、その系譜にホイットン研究も位置付けることができる。彼が着目するのは、アメリカにおいて定着したと思われる司法優越主義と、その構築において政治部門が果たした役割である。彼は主として大統領や連邦議会の動向に着目し、上記で言及したような司法優越主義に反抗するような行動がある一方で、司法部の権威性を強調するような行動も歴史上存在したことを強調する。つまりホイットンは、アメリカ社会において主流た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」⁹⁶たる憲法を語らせることによって、大統領や連邦議会の側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⁹⁷。第2節では、上記のホイットンの議論を、アメリカにおいて政治的・社会的に大きな論争となった人種別学制度と人工妊娠中絶という憲法上の問題にスポットライトを当てつつ、検討することとする。

第1款：公立学校における人種間隔離に関する問題

人種分離教育を違憲と断じた1954年のBrown v. Board of Education⁹⁸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、反多数者主義的でヒロイックな連邦最高裁イ

⁹⁴ Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 279 (1957). ダールの実証的研究については、我が国の憲法学においても、芦部信喜が早くから着目していた。芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、1981年)141頁以下を参照。

⁹⁵ *Id.* at 294.

⁹⁶ 柳瀬孝雄「司法制度改革と市民の法主体性——主権/人権の二元的克服に向けて」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)28頁。

⁹⁷ GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 420 (2d ed. 2008).

⁹⁸ 347 U.S. 483(1954).

メージの典型例としてしばしば語られる点については、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を侵害しないと判断した、悪名高きプレッシー判決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、その司法部に対する影響について注目する業績は数多く存在するが⁹⁹、ここで着目するのは、ブラウン判決を生み出すこととなった政治的要因についてである。つまり、政治部門の側が、政治のアリーナにおいて分断を生み出しうるような政治的問題を解決するために司法優越主義を援用し、さらには連邦最高裁の判決の拘束力を指摘することにより、人種分離制度という憲法上の問題を政治のアリーナから除去することを目論んだというのである¹⁰⁰。

1940年代後半、トルーマン(Harry S. Truman)大統領および連邦議会の民主党は、人種差別問題という喫緊の課題を抱えていた。外交的な背景としては、当時の冷戦の激化の中、民主主義陣営の中心的存在として自由と民主主義を標榜するアメリカが、ソ連を中心とする共産主義諸国に対峙する上で、自国において深刻な人種差別問題を抱えていたことは、アキレス腱となりうるものであった¹⁰¹。また国内的な情勢に目を向ければ、第二次大戦における黒人の貢献があったこと、ニューディール連合における黒人勢力の影響力が大きくなっていったことなども重要な要素として挙げるができる。選挙戦略の面から見ても、人種差別の解消は、民主党にとって非常に重要な課題となっていた。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。例えば、1947年の時点において、公民権に関する合衆国委員会(the United States Commission on Civil Rights)を設立したり、二つの大統領令によって公正雇用委員会を設置し、雇用における差別を禁止し、さらには米軍における人種統合を命じるといった行動がその具体例である。しかしながら、連邦法制定による立法的解決は、すぐに大きな困難に直面することとなった。というのも、公民権につ

⁹⁹ 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)(二)——憲法訴訟における事実解釈の研究——」国家学会雑誌第106巻7・8号(1993年)1頁以下、同第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)」国家学会雑誌第133巻1・2号(2020年)69頁以下などを参照。

¹⁰⁰ Mark A. Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35, 44 (1993).

¹⁰¹ Mary L. Dudziak, *Desegregation as a Cold War Imperative*, 41 Stan. L. Rev. 61(1988). また、ソ連が反米プロパガンダとして、アメリカにおける人種差別問題を取り上げており、それがブラウン判決に影響を与えていたとする研究がある。MARY L. DUDZIAK, *COLD WAR CIVIL RIGHTS: RACE AND THE IMAGE OF AMERICAN DEMOCRACY*(Princeton University Press, 2011).

いての問題は、民主党における南部白人層と、更にリベラルな北部の支持層を分断するような政治的問題であったからである。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したり¹⁰²、1948年の大統領選挙では、当時サウスカロライナ州知事の職にあった、ストローム・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¹⁰³。このような経緯の長期的な帰結としては、「公民権に対する政治的な積極主義は、選挙において実質的な危険性を有するものである」¹⁰⁴というものであった。すなわち、人種差別問題をめぐって、民主党内で分裂が発生する事態にまで及んでしまったのである¹⁰⁵。

ここに至って連邦最高裁は、脆弱な政党の連合を克服するための、そして政党に望まれるような成果を出すための戦略的で潜在的なリソースとなりうる存在となった。すなわち、政治から一定の独立を保つ司法部は、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となっていくたのである。具体例を挙げるならば、司法部は、住居における人種分離的な約款が問題となった *Shelley v. Kraemer*¹⁰⁶をはじめとした事案において、アミカス・ブリーフの提出や口頭弁論の参加を通じて、人種差別に対する連邦最高裁の積極的審査を促進していた¹⁰⁷。また、トルーマン後の民主党の大統領選候補として、二度の大統領選で落選することとなるスティーブソン(Adlai Stevenson)も、連邦最高裁の行動と法令遵守の顕著な記録が、政治アリーナ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。すなわち、ジム・クロウの終焉については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、その達成については容易ならざる政治的状况にあり、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、当時の政治部門において存在したのである。

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、アイゼンアワー大統領(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ものの、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

¹⁰² STEVEN SHULL, AMERICAN CIVIL RIGHTS POLICY FROM TRUMAN TO CLINTON: THE ROLE OF PRESIDENTIAL LEADERSHIP 35(M.E. Sharpe, 1999).

¹⁰³ Whittington, *supra* note 11, at 144.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ 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).

¹⁰⁶ 334 U.S 1(1948).

¹⁰⁷ 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頁を参照。

高裁の決定に従う」¹⁰⁸として、司法優越主義に訴えることで、人民に判決を遵守するよう促した¹⁰⁹。ところが、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について問われたとき、「連邦最高裁は、いかなる政権の下にもない」¹¹⁰と否定的立場を表明した。すなわち、人種隔離政策を終了する負担を連邦最高裁に移行するというのが大統領側の戦略であり、司法の優越性は、政治的プロセスでは解決できないほど顕著で分裂的な対立を解決するための代替的なフォーラムを提供する役割を果たしたといえよう。

人種別学に関する司法優越主義の政治的構築を検討するに際しては、*Cooper v. Aaron*¹¹¹をめぐる経緯も見逃すことはできない。1957年、アーカンソー州リトルロックのセントラル高校における人種別学廃止を命じる裁判所命令の執行を、フォーバス(Orbal Faubus)州知事が州兵を動員して阻止を試み、最終的にはアイゼンアワー大統領が連邦軍の空挺団を派遣することで鎮静化に至ったという事件が発生した¹¹²。同判決は、こ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る。このような状況下、連邦最高裁はマーベリ判決を引用しつつ、以下のような著名な言明に至る。

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」であると言及しつつ、「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。この判決は憲法を詳説するにおいて、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、当連邦最高裁及び国家によって尊重されてきたのである¹¹³。

このようにして連邦最高裁は、司法優越主義を高らかに宣言したのである。同判決は、当時

¹⁰⁸ Dwight D. Eisenhower, *The President's News Conference of May 19, 1954*, 1954 PUB. PAPERS 489, 491-92 (1960)).

¹⁰⁹ ただしアイゼンアワーは、私的な場においては、「ブラウン判決が南部の進展を少なくとも15年間遅らせることを確信」していると述べていた。勝田・前掲注99)201頁。

¹¹⁰ Dwight D. Eisenhower, *The President's News Conference of May 19, 1954*, in *Public Papers of the Presidents of the United States: Dwight D. Eisenhower, 1953-1960/61* (Washington, DC: Government Printing Office, 1958-1961), 1954, 491, 492.

¹¹¹ 358 U.S. 1(1958).

¹¹² Daniel A. Farber, *The Supreme Court and the Rule of Law: Cooper v. Aaron Revisited*, 1982 U. Ill. L. Rev. 387, 390-396 (1982).

¹¹³ 358 U.S. at 18.

のウォーレン・コートと司法優越主義を結びつける重要な契機となったのであるが、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。この点については、大統領という連邦政府におけるもっとも重要なアクターの一つが、すでに連邦軍の空挺団をリトルロックに派遣していたという事実が重要である¹¹⁴。また、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¹¹⁵。アイゼンアワーにおける連邦最高裁の支持——それは大統領自身の政治的利害も関係していた——という特殊な事情は、1963年まで人種別学制度に対する判断を避けてきた連邦最高裁の唯一つの例外として¹¹⁶、そして司法優越主義の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優越主義に関する大胆な主張を展開する、またとない機会だったのである¹¹⁷。

第2款：人工妊娠中絶問題 ——Roe v. Wade をめぐるポリティクス——

1973年のRoe v. Wade¹¹⁸は、連邦最高裁が人工妊娠中絶問題について憲法レベルにおいて回答を付与した判決として、非常に強いインパクトを有するものであった。現に、判決から40年以上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、人工妊娠中絶問題に関する積極的審査を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」¹¹⁹ものと受け取られてきた。

他方、政治部門に目を向けると、人工妊娠中絶問題について連邦の政策決定者たちは、か

¹¹⁴ リトルロック事件について、アイゼンアワーは以下のように言及する。「憲法を解釈する連邦最高裁の責務と権威は、きわめて明白である。……我々の個人的権利と自由の基盤は、大統領および執行部門が、連邦最高裁の判決を実行に移すことを支持し保障するという確信に依拠するものである。」 Dwight Eisenhower, Radio and Television Address to the American People on the Situation in Little Rock, 689, 692 (Sept. 24, 1957).

¹¹⁵ 山本龍彦＝大林啓吾「司法審査論の新地平(一)」桐蔭法学第12巻1号(2005年)112 - 117頁、勝田卓也「マーベリ判決の神話」法学新報第119巻9・10号(2013年)184 - 190頁。

¹¹⁶ MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY 325(Oxford University Press, 2004).

¹¹⁷ Whittington, *supra* note 11, at 149.

¹¹⁸ 410 U.S. 113 (1973).

¹¹⁹ 見平・前掲注107)104頁。

かる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。ロー判決が下される 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。ギャロップ社による 1972 年秋(ロー判決の 6 か月前)の調査によれば、64%もの人々が個人の選択の問題として中絶を支持していたのである¹²⁰。また、1960 年代後半からロー判決が下される年までにかけて、選択擁護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¹²¹。このような世論の動向には、60 年代に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が深刻化する中で、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の社会問題化、同時期における女性の権利運動の高まりなどが背景として挙げられよう。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¹²²。

他方において政治過程は、人工妊娠中絶に反対する勢力によるロビー活動の強い影響下にもあり¹²³、結果として、連邦議会においては上記のような公衆の意見の変化を十分に反映することができなかった。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¹²⁴。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 60 年代の終わりまでに、そのような構図は急速に分解されていく。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きたものの、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¹²⁵。民主党においては、ジェンダーロールや性的な実践の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で分裂することとなる

¹²⁰ GEORGE H. GALLUP, *THE GALLUP POLL: PUBLIC OPINION 1972-1977*, 54(1978).

¹²¹ 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 M. 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。BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION* 297(Farrar, Strauss and Giroux, 2009).

¹²² Corinna Barrett Lain, *Upside-down Judicial Review*, 101 GEO. L.J. 113 (2012).

¹²³ Corinna Barrett Lain, *Soft Supremacy*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 1609, 1682(2017). とりわけ、人工妊娠中絶を殺人であると断ずるカソリックの影響力が強かったといわれる。

¹²⁴ Graber, *supra* note 100, at 55.

¹²⁵ *Id.*

126. 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。連邦の政治部門が、党派における横断的な圧力に直面し、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、最善の方策は何もしないことであり、独立した部門たる連邦最高裁の権威性を利用することでもあった¹²⁷。

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た。例えば、フォード大統領は、「私は就任時の宣誓により、大統領として、連邦最高裁が解釈する憲法を擁護する義務を負っている」¹²⁸と宣言している。ロー判決後、初の大統領選で当選したカーター(James E. Carter)は、人工妊娠中絶の問題により民主党が分極化するにつれて、同問題について明確なスタンスをとることができなくなっていった¹²⁹。自らが熱心なエバンジェリカルでもあったカーターは、大統領選挙戦でも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¹³⁰。これに対して当時の民主党の重鎮達は、人工妊娠中絶に関する連邦最高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、1980年には、彼は連邦最高裁に敬讓的な立場を採用することを表明した。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、私の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」¹³¹とした。このように、カーターの人工妊娠中絶問題に対する態度は、司法優越主義を援用することにより、問題を政治のアリーナから除去し、最終的解決を連邦最高裁に委ねるものであったと評価することができよう。すなわち、政治部門においては、

¹²⁶ *Id.* また、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——」法学第 61 卷 4 号(1997 年)50-62 頁も参照。

¹²⁷ ロー判決前日のニューヨークタイムズ紙の見出しは、「アボーション法の反対は議会において勢力を伸ばす。しかし、多くの議員は連邦最高裁が問題を解決することを望む」というものであった。William E. Farrell, *Opponents of the Abortion Law Gather Strength in Legislature: But Many Lawmakers Would Prefer to Let the Courts Settle Controversy*, N.Y. TIMES, Jan. 26, 1970, at 19.

¹²⁸ NEAL DEVINS, SHAPING CONSTITUTIONAL VALUES: ELECTED GOVERNMENT, THE SUPREME COURT, AND THE ABORTION DEBATE 99(Johns Hopkins University Press, 1996).

¹²⁹ Whittington, *supra* note 11, at 66.

¹³⁰ 見平・前掲注 107)107 頁。

¹³¹ Jimmy Carter, *The Public Papers of the Presidents of the United States: Jimmy Carter, 1980-81*, 2354(Government Printing Office, 1982).

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り、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存在する場合があるということを指摘できる¹³²。

第3款：大統領における政治的動機と司法優越主義 ——ホイットントンによる整理——

政治部門から独立した司法部による積極的な憲法判断は、時の民主的機関の利益に反してなされるという見方が一般的であろう。このような見方に反して、上記のホイットントンやグレーバーによる研究は、とりわけ政治的な連合が交差的な圧力に直面している場合に¹³³、連邦最高裁は政治部門による後押しを受けることを示唆するものである。換言するならば、彼らによる研究は、司法優越主義が民主的機関の政治的利益によって構築される局面が存在することを示す研究であると評価することができる。すなわち、しばしば司法優越主義は政治的な「招待」によって構築されるのであり、その実態は司法部の「反乱」¹³⁴ではない。

ところで、前述のホイットントンは、その著書において、政治部門が自己の利益の追求のために司法優越主義を定立することを、「司法優越主義の政治的基盤(Political foundation of judicial supremacy)」と捉える。そして、特に大統領の側において、既存の憲法秩序に挑戦していくことに大きな政治的利害がかかり、かつ、そこに政治的な資源を投入できる場合とそうでない場合を区分し、双方の時期において、司法優越主義が政治指導者にとっていかなる意味を有するのかを詳細に論じている。それによれば、大統領が自身の憲法解釈上の権威を最大化しようとする場合、当該大統領は、それまで継承された憲法秩序を「再構成(reconstruct)」する立場を採用している。しかし、より多くの場合においては、支配的な制度と協調的であれ敵対的であれ、既存の確立された憲法秩序内にて政権を運用することとなる。このような場合においては、大統領は連邦最高裁と解釈上の営為を分担することを強いられ、司法部の権威に敬讓する多くの理由を有することとなるのである。

前者の局面を、ホイットントンは「再編成：Reconstruction」と呼称するが、この局面においては、憲法の意味を決定する連邦最高裁の権威は非常に脆弱なものとなる。なぜならば、憲法秩序の「再編成」を目論む大統領が、国家の遺産と将来に関する彼ら自身のビジョンを憲法に刻印し、彼らの政治的プロジェクトを達成するために、連邦最高裁の憲法解釈に反抗的な立場を採用するからである¹³⁵。このような、過去の憲法秩序に挑戦する大統領

¹³² See, 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 (2005).

¹³³ *Id.* at 591-593.

¹³⁴ Whittington, *supra* note 11, at 294.

¹³⁵ *Id.* at 286.

(Reconstructive Presidents)として列挙されるのが、ジャクソンや、リンカーン、ルーズベルト、レーガンといった、ディパートメンタリズムの有力な先例としてしばしば引用される面々である。このような過去の憲法秩序への挑戦は、憲法の意味を「政治化(politicize)」することを大統領に強いるものであり、その結果として、過去の憲法秩序に挑戦的な大統領は司法優越主義を否定し、連邦最高裁こそが憲法の意味の最終的裁定者であるという観念を否定するのである。

ただしこのような事例は、アメリカの歴史においては少数派に属する。「再編成」の局面以外のノーマルな政治状況における大統領は、既存の憲法秩序を作り替えることよりも、継承された政治的秩序を運営していくことに注力する。彼らにとっては、自身の政治的連合をまとめ、そのアジェンダを特定し前進させること自体、十分挑戦的なことなのである。このような状況において、憲法の意味を宣言する連邦最高裁の権威は、政治的指導者における責任と義務からの「猶予」を確保することになる。すなわち、このような大統領の政治的状況は、大統領自らの憲法解釈の権威を制限し、司法部における憲法解釈の権威を主張する機会を創出することになるのである。大統領と提携した連邦最高裁は、政治部門の側における支配的な政治的連合の憲法上のコミットメントを明確化することを期待され、その限りにおいて、連邦最高裁は大統領にとっては重要な政治的資源となりうるのである¹³⁶。

このようにホイットニントンは、司法優越主義が否定されるときとそうでないときを区分し、そこには政治部門、とりわけ大統領における政治的動機が伏在している点に注目している。結論としては、「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優越主義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のである」¹³⁷とする。すなわち、憲法解釈の権威性というものは、「動的であり、政治上競争的なものである」¹³⁸というのが彼の主張のあらましである。

第3節：小括

第3章においては、アメリカにおいて広範な同意を得ているはずの司法優越主義が否定されてきた歴史を概観してきた。その歴史をさらに細分化するならば、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、実質的に覆されてしまった事例があり、また、論争的な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い、わずかな期間で判例変更を余儀なくされた事例があった。これら事例の中においては、必ずしも多数派主義的な政治部門によって少数派の憲法上の権利が篡奪されるという構図ではなく、連邦最高裁の判決を立法的に覆す、あるいは大統領令によって覆すことによって、結果的に少数派の

¹³⁶ *Id.* at 24.

¹³⁷ *Id.* at 27.

¹³⁸ *Id.*

人権保障に資するというような構図が存在していたことを確認した。さらに、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、司法優越主義が連邦における政治指導者によって擬制せられた歴史が存在することを、ホイットントンやグレーバーといった実証的研究を重視する立場に着目することにより析出した。ヨリ単純化するならば、本章で取り上げた各事例は、政治部門が強く反対する憲法判断を、連邦最高裁が独力で実施することに失敗した事例と、連邦最高裁が憲法解釈において優越的地位を享受しているように見えても、それは司法部の外側からの協力ゆえに成立していたという事例であったと評価することができよう。経験的な側面から言えば、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、さらには公衆が司法判断を受容するか否かに大きく依存する局面が存在するのである。すなわち、「司法優越主義の実践は、司法の優越の議論における言説を支配する剛直さと強靱性の描写には、ほとんど類似しない」¹³⁹のである。

このような歴史的な事例の分析を通して、例えばファロン(Richard H. Fallon)は、実証的な分析を踏まれば、アメリカの憲法制度は純粋な司法優越主義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はなされているという認識が適切であると指摘する¹⁴⁰。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の重要性を認識しつつも、そこには他の部門や公衆との関係性において限界が生じざるを得ないことを主張するものである。

これに加えて指摘しうるのは、アメリカにおける憲法解釈をめぐる複合的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。しばしば、「法は裁判所が決するのである」という主張は、司法のヘゲモニーに挑戦する者を「無法者」と非難するために用いられてきた。また、アメリカの法制度はしばしば、対話や理性的な議論による意見の競争を犠牲にして、連邦最高裁に対する不健全な崇拜——レヴィンソン(Sanford Levinson)の言葉を借りるならば、司法フェティシズム——に陥っているとも評される¹⁴¹。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

¹³⁹ Lain, *supra* note 123, at 1688.

¹⁴⁰ 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 (Princeton University Press, 1988).

¹⁴¹ Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 *Geo L.J.* 217, 344(1994); 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).

部門がそれに反応するといった、憲法の意味を決する動的なプロセスの有り様を示すものでもあるといえよう。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、司法部と政治部門との相補的な関係における、人権保障の実現過程を探究することが重要であることを示唆するものである。この点については、ビッケル(Alexander M. Bickel)の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、まず政治機関、そして最終的には人民の同意と協力を必要とする¹⁴²。

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。すなわち司法優越主義とは、「重要な側面において、協力的な実践であり、政治部門や人民自身とのパートナーシップにおいて、最高裁を巻き込むものであることを示唆するもの」¹⁴³なのである。

このように司法優越主義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見られる特徴である¹⁴⁴。そして、このように現実における司法優越主義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。司法部の判断に関していえば、対話という用語は、司法審査が一般的に言われているよりもはるかに相互依存的で双方向的なものであることを強調するものである¹⁴⁵。

アメリカ憲法学における議論において、対話理論は、異なる立場の論者によって言及されてきた。例えば、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司法審査を捉える立場は、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

¹⁴² ALEXANDER M. BICKEL, *THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS* 90(Harper & Row, 1978).

¹⁴³ Lain, *supra* note 123, at 1644. See, Reva B. Siegel, *Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective*, 150 U. PA. L. REV. 297, 351 (2001).

¹⁴⁴ See, Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83(1998); Paulsen *supra* note 141.

¹⁴⁵ Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. Rev. 577, 653(1993).

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ことである。「一方における社会的同意と多数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根本的な緊張」¹⁴⁶を考察したビッケルは、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」過程であると記述している¹⁴⁷。「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たビッケルが、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、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。彼は、ビッケルの言う「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。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(ex ante)」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(ex post)」的な要素を強調するものである¹⁴⁸。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と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¹⁴⁹。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性に着目する研究が挙げられる¹⁵⁰。

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と、政治部門や公衆との関係性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が指摘できよう。加えて、我が国の学説との関係性から言えば、

¹⁴⁶ Edward A. Purcell Jr., *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution*, 11 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 521, 535(1976).

¹⁴⁷ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 240, 244(2nd ed. 1986).

¹⁴⁸ Schor, *supra* note 1, at 88.

¹⁴⁹ Mark Tushnet, *Dialogic Judicial Review*, 61 ARK. L. REV. 205, 209(2009).

¹⁵⁰ See, Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 373(2007).

佐々木雅寿によって我が国に紹介されたカナダの対話理論¹⁵¹は、「対話的違憲審査の理論」¹⁵²として、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。しかし、「多くの国の憲法学説に影響を与えて」¹⁵³いとされるカナダの憲法理論は、その理論的背景や具体的内実も含め、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を見逃すことはできない¹⁵⁴。我が国において対話理論を語るに際し、「概念の広範性・不明確性は否めず、論者によって含意するものが異なる状況も見られ」¹⁵⁵という批判が生じる理由の一つとして、カナダとアメリカにおける対話理論の相違に加え、アメリカの対話理論も多種多様であり、その射程も広範であることが挙げられよう。このような状況を踏まえると、司法優越主義の現実的側面を重視した上で対話理論を提唱する論者が、対話をどのように捉えていたのか、その理論的前提は何か、また対話において司法部が果たすべき役割とは何かと言う問いに対し、アメリカ憲法学の視点から分析を加えることには一定の意義があると考えられる。そこで次章においては、アメリカにおける対話理論の生成と発展について概観、検討することで、同理論の整理を試み、さらに司法優越主義の政策的な制約を認識したうえで、他部門との憲法秩序形成における司法部の具体的アプローチの在り方を探ることとする。

¹⁵¹ 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌第54巻1号(2007年)15頁以下。

¹⁵² 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(三省堂、2013年)。

¹⁵³ 佐々木・前掲注152)8頁。

¹⁵⁴ 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。

¹⁵⁵ 川崎政司=大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望——法形成をめぐる政治と法』(尚学社、2016年)39頁〔川崎政司執筆部分〕。

第4章：対話理論の生成と発展

本章においては、アメリカにおける「対話(Dialogue)」理論を中心に扱うこととする。「アメリカの立憲主義において深く浸透することとなった」司法優越主義という「規範的な信念」¹は、前章においてその一部を示したように、アメリカの歴史を振り返れば常に維持されてきたわけではなかった。すなわち、連邦最高裁の憲法解釈は、時に政治部門による抵抗を受け、また時には政治部門との同盟関係の下で形成されてきた側面があったことは否定できない。こうしたアメリカにおける憲法実践は、立法部や執行部における司法部との対等な憲法解釈権限を主張し、連邦最高裁の憲法判断に他部門は拘束されないと主張するディパートメンタリズムを、実証的側面において補強するものであった。

本論文において繰り返し指摘した通り、ディパートメンタリズムは司法優越主義を否定する議論であるが、このディパートメンタリズムと並んで、アメリカにおいてしばしば提唱されるのが対話理論である²。対話理論に関しては、佐々木雅寿がカナダの学説と判例を参照しつつ、我が国の憲法典及び憲法実践に適合的な「対話的違憲審査の理論」を提唱しており³、日本の憲法学界においてもこれまで盛んに議論がなされてきた⁴。佐々木が主に参照す

¹ Miguel Schor, *Constitutional dialogue and judicial supremacy* in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY 88(Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018).

² See e.g., LOUIS FISHER, *CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS*(Princeton University Press, 1988); Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83(1998); Dan T. Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, 42 WM. & MARY L. REV. 1575(2001); Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 Geo L.J. 217(1994).

³ カナダの対話理論については、佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』(有斐閣、1995年)、同「カナダ憲法における人権保障の特徴」ジュリスト 1244号(2003年)196頁以下、同「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌第54巻1号(2007年)15頁以下などを参照。「対話的違憲審査の理論」については、佐々木雅寿「対話的違憲審査の理論——法の支配と憲法的対話の融合——」新世代法政策学研究 19号(2013年)1頁以下、同「対話的違憲審査 最高裁判所と政治部門との対話」論究ジュリスト 12号(2015年)206頁以下、同『対話的違憲審査の理論』(三省堂、2013年)などを参照。

⁴ 「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、尾形健「権利保障と憲法的協働 政治部門・社会領域と司法府との「対話」をめぐる」公法研究 78号(2016年)201頁以下、大河内美紀「Our "Settled" Constitution」論究ジュリスト 28号(2019年)129頁以下、曾我部真裕「違憲審査と「対話」」法学教室 480号(2020年)50頁以下などを参照。なお、「対話的違憲審査の理論」の前において公表された

るカナダにおける議論につき、1997年にホッグ(Peter M. Hogg)とバッシュェル(Allison A. Bushell)によって公表された論文は、司法部と立法部の間における憲法上の人権に関する対話を提唱し、その内実や制度的基盤などを詳細に分析することで、違憲審査制の反民主性という批判に対する反論を試みるものであった⁵。彼らによって提唱された対話理論は、その後カナダのみならず、とりわけコモンウェルス諸国の議論においても注目されるに至る。そして、今や対話理論は比較憲法学上の注目論点の一つとなりつつある⁶。

アメリカにおいても、対話理論は主要な憲法学者によって提唱されてきた。その有り様につき、例えばマルツ(Earl M. Maltz)は、1988年の段階において、対話理論は当時急速に学界において注目を集めていた旨を指摘している⁷。マルツが、司法部と政治部門の相互関係への着目が最も明確に表明されている学説の一つと評価するのが、ビッケル(Alexander M. Bickel)による以下の言明である。

連邦最高裁の重要な判決のほとんどは、裁判所と人民およびその代表的部門との間の会話の始まりである。それらは決して、最初から対等な立場での会話であるわけではない。裁判所は、たとえ限定的であっても、何かすぐに行動を起こすという点において強みを有する。しかし、それらは会話であり、連邦最高裁が国家の法を定めると述べることは、ある事例における複雑な一連の出来事に続く最終的な帰結を述べることであり、また別の場合には、それはスピーチの一形態でしかないのである⁸。

ビッケルがその著書において問うたのが、政府が原理を実現していくプロセス、換言するならば、司法部・立法部・執行部、そして人民が「憲法を創りあげていくという動態のプロセス」⁹の在り方であったことは、既に我が国における先行研究も指摘しているところでは

我が国における対話に関する業績については、戸松秀典『立法裁量論』(有斐閣、1993年)などを参照。

⁵ Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, 35 Osgoode HALL L. J. 75(1997).

⁶ Scott Stephenson, *Is the Commonwealth's Approach to Rights Constitutionalism Exportable?*, 17 INT. J. CONST. LAW 884(2019).

⁷ Earl M. Maltz, *The Supreme Court and the Quality of Political Dialogue*, 5 Const. COMMENT. 375, 375(1988).

⁸ ALEXANDER M. BICKEL, *THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS* 177(Harper & Row, 1970).

⁹ 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)38頁。

ある。後にウェリントン(Harry H. Wellington)が「最も危険の少ない部門(The Least Dangerous Branch)」の第2版序文において指摘するように、ビッケルの関心は連邦最高裁の判断の終局性にあった¹⁰。すなわち、連邦最高裁の判断は、そのみにおいて「政治的ルールとして」終局的なのではなく、人民やその代表的機関による受容によって終局的となることを、ビッケルの憲法理論は強調するものである¹¹。かような司法部の判断の最終性という問題関心の下、ビッケルにおける「動態的憲法観」は、三権及び人民の間における「対話の統治パラダイムを意図」¹²していたと評価することができる。

このようなビッケルの理論的な関心事は、その後ディパートメンタリズムを主張する論者にも継承されていくこととなる¹³。例えばそれは、ディパートメンタリズムの代表的な論者たるポウルセン(Michael Stokes Paulsen)が、「憲法解釈のせめぎ合いの結果、憲法典の意味は単一の神託によってではなく、異なる見方を有する解釈者によって促進される競合的な見地の相互作用によって決定されるという、分散型で動態的な憲法解釈モデルが生じた」¹⁴と述べていることから推察される。

このように、アメリカにおいても対話理論は早い時期から論じられており、その代表例としてビッケルやディパートメンタリズムの主要な提唱者たちを位置づけることができる。しかしながら、各論者の主張する対話理論がいかなる理論的な前提に立脚するのか、規範的な議論を展開するのか否か、そして司法優越主義についていかなる立場を採用するのか等、その議論は多方面に分岐するものでもある。前章の末尾でも引用した通り、川崎政司は、我が国における対話理論に関する議論状況につき、「対話」というレトリックには、建設的・協調的な意味合いが含まれているようにも感じられるが……その概念の広範性・不明確性は否めず、論者によって含意するものが異なるような状況もみられる。「対話」は、分析概

¹⁰ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* xii(2d ed. 1986).

¹¹ このようなビッケルの主張の代表例として、以下の言明を挙げることができる。「連邦最高裁の判決は、普遍的な規範として提示されるうるが、実際には、それらは広く賛同を得ることで初めて規範となる。それらは、それ自体の力において、訴訟の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等しく拘束されるという見込みを実現するために、連邦最高裁の判断は、まず政治機関、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。」 Bickel, *supra* note 8, at 90.

¹² 大林・前掲注9)52頁。

¹³ See, Fisher, *supra* note 2, at 230, 273; Devins & Fisher, *supra* note 2, at 104-106; Corinna Barrett Lain, *Soft Supremacy*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 1609, 1659-1664(2017).

¹⁴ Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 Geo L.J. 217, 222(1994). 言うまでもなく、同論文のタイトルはビッケルの著書「最も危険の少ない部門」をもじったものである。

念や望ましさを込めたものとして用いるのであればともかく、規範概念として用いることについては、その根拠も含めて不明確であるといわざるを得ないように思われる¹⁵と評価する。同様に大林啓吾も、その曖昧さを含め対話の抱える理論的な課題を指摘するが¹⁶、我が国における対話理論に対する批判的な評価は、基本的にはアメリカの議論においても妥当しうるものであるといえよう。例えば、レビー(Jacob T. Levy)が指摘するように、アメリカにおける対話及びディパートメンタリズムは、「法理や完全に発展した理論よりも明確性に欠けるものである」¹⁷とも評価されうるものである。

ある時期のアメリカ憲法学界における「流行」¹⁸ともなった対話理論は、三権及び人民の相互関係に着目するという点においては、おおよその一致を見るものの¹⁹、その具体的な中身においては、論者ごとに異なった特徴を有するものであるといえよう。したがって本章においては、上記に挙げた批判への応答の一部として、学説の変遷及び理論的基盤を含め、アメリカにおける対話理論の明確化とその特徴の顕在化を試みることにする²⁰。その際、我が国の主要な先行研究である「対話的違憲審査の理論」の準拠国であり、また、近時の比較憲法学における対話理論の興隆において重要な地位を占めるカナダの議論を無視することはできない。そこで第1節においては、まずはカナダにおける主要な対話理論を簡単に検討することにより、アメリカの対話理論との関係性及び両者の相違を明らかにすることを試みる²¹。

¹⁵ 川崎政司＝大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望——法形成をめぐる政治と法』(尚学社、2016年)39頁〔川崎政司執筆部分〕。

¹⁶ 大林啓吾「判決の余韻」千葉大学法学論集第33巻1号(2018年)132頁。

¹⁷ Jacob T. Levy, *Departmentalism and Dialogue*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUE; RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 72(Geffrey Sigalet et al. eds., 2019).

¹⁸ Robert F. Nagel, *Political Pressure and Judging in Constitutional Cases*, 61 U. COLO. L. REV. 685, 700(1990).

¹⁹ Levy, *supra* note 17, at 72.

²⁰ アメリカにおける対話理論は、断片的ではあるが、我が国の先行研究においても度々言及がなされてきた。主だったものとしては、尾形・前掲注4)のほか、新井誠「議会と裁判所の憲法解釈をめぐる一考察」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法』(尚学社、2013年)190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)などを挙げることができる。なお、ビックルの憲法理論に関する検討の過程において、野坂泰司「司法審査と民主制」の一考察(四) 国家学会雑誌第97巻9・10号(1984年)102-116頁、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論(二)——憲法訴訟における事実解釈の研究——」国家学会雑誌第107巻7・8号(1994年)54-67頁などにおいても、対話に関する記述が見られる。

²¹ ただし、カナダの対話理論を体系的かつ包括的に論じる作業は本論文においては行わない。あくまでアメリカの議論との比較で有用な限りにおいて、カナダの対話理論を、その

第1節：カナダにおける対話理論について

第1款：前提 ——違憲審査制の類型について——

アメリカの対話理論とカナダの対話理論を論ずる前提として、まず指摘しなければならないことは、両国が採用する違憲審査制の類型の相違である。まずはこの点について簡単に概観することとする。近年の比較憲法学において、各国の違憲審査制について議論する際に、憲法判断の効力という観点からそのカテゴライズを試みる研究が注目されている。すなわち、従来の議論においては、「①誰が立法を違憲と判断するか(審査の主体)、②どのような文脈で違憲と判断するか」²²という観点から、ヨーロッパ型の抽象的違憲審査制とアメリカに代表される付随的違憲審査制を中心としたカテゴライズが主としてなされてきた。これに対し、憲法判断の効力に着目する新たな類型論は、違憲審査制を「強い形式(strong-form)」と「弱い形式(weak-form)」という区別を採用する²³。その代表的論者として挙げられるのがタシュネット(Mark V. Tushnet)である²⁴。彼によれば、アメリカに代表される「強い形式」の違憲審査制は、最高裁がある立法について違憲と判断した場合、当該立法は具体的な事案において法的な効力を否定され、先例拘束性によって下級裁判所も当該立法の法的な効力を否定する²⁵。さらに他の政治部門との関係性においても、最高裁の憲法解釈は拘束力を有する²⁶。すなわち、最高裁判所による憲法判断は最終的なものとなるのである。

このような「強い形式」の違憲審査に対して、20世紀後半になって出現したのが「弱い形式」の違憲審査制であった²⁷。この形式の違憲審査制は、立法が憲法規範に反すると判断

制度的・理論的基盤という側面から概観することとする。

²² 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。

²³ 村山は、こうした新たな違憲審査制の類型論が比較憲法学において用いられるようになった背景として、第一に比較憲法学における比較対象国の拡大、第二にとりわけイギリス連邦諸国において、新たに違憲審査制を導入する国が増加したことを挙げる。参照、村山・前掲注22)117-118頁。

²⁴ MARK V. TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (Princeton University Press, 2008).

²⁵ Mark V. Tushnet, *The Rise of Weak-form Judicial Review*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 321 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon, eds., 2011).

²⁶ Mark Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, 101 *MICH. L. REV.* 2781, 2784 (2003).

²⁷ タシュネットによれば、「弱い形式」の違憲審査制を区別したのは、比較憲法学者のガードバウム(Stephen Gardbaum)であった。See, STEPHEN GARDBAUM, *THE NEW*

する裁判所の権限と、そのような判断を示した司法部に立法部が対応できる何らかのメカニズムを組み合わせたものであるとタシュネットは定義する²⁸。そして、そのような形式の違憲審査制においても、立法の違憲性を単に宣言するのか、それとも当該立法を暫定的に停止するのかといった司法権の性質、あるいは、問題となっている法律の再制定や修正などの立法上の対応の形態によって多様な類型があり得るとする²⁹。これら組み合わせにより「弱い形式」の違憲審査制はさらに細分化されるのであるが、その中でも最も強いタイプの典型国として挙げられているのがカナダである³⁰。すなわち、1982年カナダ人権憲章第33条1項は、「連邦議会ないし州立法部は、連邦議会の法律ないし州立法部の法律において、憲章第2条ないし第7条から第15条の規定にもかかわらず、その法律ないしその一つの条項が適用されると明示的に宣言することができる」と定める。この第33条1項こそカナダにおける「弱い違憲審査制」の特徴であり、また、権利の執行を政治的に行うイギリス流の実践と、権利の執行を司法的に行うアメリカ的な実践との間の溝を埋めようとするものであり、比較憲法学的にも注目に値する憲法条項であると評価される³¹。すなわち、かかる条項によって最高裁は違憲判断をなし得るが、それを受けた連邦及び州の立法部は、違憲判断に関わらず、当該法律の効力をそのまま認めるという措置を採ることができるようになるのである³²。さらに言うならば、かかる条項を以てカナダは、司法部こそが憲法の意味を最終的に決定しなければならないというアメリカ合衆国最高裁判所における結論を受け入れることを拒絶したとも評価することができるのである。

このような類型の違憲審査制のメリットとして挙げられるのが、司法部と立法部の間でなされる対話である。すなわち対話は、司法部が立法部に憲法条項に関する自らの理解を伝え、立法部が自らの理解に基づいて最終的な行動を採ることを許容するものである³³。つま

COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM: THEORY AND PRACTICE
(Cambridge University Press, 2013).

²⁸ Tushnet, *supra* note 25, at 322.

²⁹ *Id.*

³⁰ タシュネットは、「弱い形式」の違憲審査制の中でも、最も弱いタイプの違憲審査制を採用する国としてはニュージーランドを、中間程度の弱さの制度を採用する国としてはイギリスを代表例として挙げている。参照、吉田俊弘＝横大道聡「どのように憲法を守るのか」法学教室 455号(2018年)76頁以下。

³¹ Miguel Schor, *Squaring the Circle: Democratizing Judicial Review and the Counter-Constitutional Difficulty*, 16 MINN. J. INT'L L. 61,101(2007).

³² 参照、佐藤信行「カナダにおける憲法改正とカナダ権利自由憲章33条 ケベック問題との関係を念頭に」憲法理論研究会編『“危機の時代”と憲法』(敬文堂、2005年)195頁以下。

³³ Tushnet, *supra* note 25, at 326.

り、「弱い形式」の違憲審査制の下では、制度上、立法部が司法部の違憲判決に対抗しうる手段が付与されることにより、憲法解釈における最終的な決定権限が立法部に留保される局面が生じることとなる。またこれにより、違憲審査の反民主的な性格という、憲法学における重大な懸念が緩和される可能性が生じることとなる。

上記で述べたように、アメリカに代表される「強い形式」の違憲審査制とカナダに代表される「弱い形式」の違憲審査制は、憲法判断の効力という側面において区別されうる。ただし、カナダ憲法の特徴の一つである第 33 条は、その活用に抵抗する政治的風潮ゆえに³⁴、条文の重要性自体が「相対的に低くなっている」³⁵という現実是指摘せねばならない。それゆえに、ガードバウムをはじめとした比較憲法学者が、第 33 条は憲法上の大きな発明であり、コモンウェルス諸国の中で、憲法解釈についての議会と司法優越主義の間における中間的な方策を見出そうとする流行の一端にカナダの憲法制度は位置づけられると評価するのに対し³⁶、タシュネットは、現実の問題として第 33 条が使われることはほとんどないため、結局のところカナダの最高裁は憲法解釈において至高の地位を占めることになると批判する³⁷。

このように、現実の運用面から、カナダの「弱い形式」の違憲審査制を特徴づける条項の存在意義については否定的見解も有力に唱えられている。それでは、カナダにおいて対話理論を提唱する論者たちは、第 33 条のほかに、いかなる制度的な基盤を根拠として対話理論を展開したのであろうか。この点について次に検討することとする。

第 2 款：対話理論の制度的基盤

以下においては、カナダの対話理論における制度的な基盤について概観する。カナダにおいて最高裁が法律を違憲であると判断した場合、立法部における対応方法としては以下の四つが想定される。すなわち、第一に裁判所の判決を維持して法律を無効とすること、第二に司法部が適した憲法上の欠陥を修復する法律を所定の期間内に制定すること、第三に人権憲章第 33 条に基づいて、法律が違憲である判断されたにもかかわらず有効と宣言すること、そして第四に、人権憲章第 1 条の基づき、「自由で民主的な社会において明確に正当化できる合理的な制限」であると主張して、司法部による違憲判決に反するような法律を再

³⁴ Hogg & Bushell, *supra* note 5, at 83.

³⁵ 佐々木・前掲注 3)「対話的違憲審査の理論——法の支配と憲法的対話の融合——」6 頁。

³⁶ Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707, 760(2001).

³⁷ Mark V. Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and Democracy-Based Worries*, 38 WAKE FOREST L. REV. 813, 832-833(2003).

度制定するという方法である³⁸。第一と第二の場合は、立法部は司法部の判断に服従していることとなり、人権憲章の意味について最高裁がラスト・ワードを有することとなる。また、第三の人権憲章第 33 条は、第 1 款で論じたように、現実の憲法秩序形成においてはその重要性は相対的に低い。すなわち、カナダにおいて憲法上の対話の可能性を開くのは、第四の人権憲章第 1 条であると位置づけることができる。

カナダにおける対話理論の主要な論者であるホッグとバッシュルは、対話について以下のように定義する。すなわち、対話とは、「人権憲章違反に基づいて法律を無効と断ずる判決に続く、立法権を有する立法部による何らかの行為」³⁹がなされる場合のことを指し示す。また司法部による判決が、立法部によって覆されたり、修正、あるいは回避されることに対して議論が開かれている場合、最高裁と立法部の間の関係性を対話とみなすことは、意義のあることであると述べる。そして、対話を促進する制度的基盤の一つとして、人権憲章第 1 条を挙げ、同条文の下における対話の在り方について、その具体像を提示する。それによれば、1986 年の *R. v. Oakes*⁴⁰において、カナダ最高裁は、人権憲章上の権利についての法律による制約の合憲性判断について四つの審査基準を定立した。それが(1)法律が重要な目的を希求しなければならないこと、(2)法律が立法目的と合理的に関連していなければならないこと、(3)法律による人権制約は必要最小限度でなければならないこと、(4)法律はそれが適用される対象に対して、不均衡に厳しい影響を与えてはならない、という四つである。

ホッグとバッシュルによれば、人権憲章第 1 条に関する先例を見てみると、これまで問題となったほとんどすべての法律は(1)(2)(4)の審査基準を満たしており、論争的なのは(3)、すなわち人権制約につき最小限の制約であるか否かを審査する基準についてであった⁴¹。それゆえに、ある法律が違憲と判断された場合、それは当該法律が憲章上の権利の制約を最小限にする手段を採用しなかったことをほとんど常に意味する。それゆえに、立法目的はそのままに、立法の手段をより制限的でない新しい法律を立法部が再制定することにより、当該法律は人権憲章第 1 条の下で正当化されることとなる⁴²。

こうした人権憲章第 1 条の下での立法部と司法部の対話の事例をいくつか示した後、ホッグとバッシュルは以下のような一般化を試みる。すなわち、(1)法律が憲章上の権利を侵害する、(2)法律は重要な目的を希求していた、(3)法律は、立法目的を達成するために必要な以上に憲章上の権利を制限するものであった、というものである。ホッグとバッシュルが提示する各事例において、法律の違憲性は、重要な目的を実質的に達成しつつも、憲章上の

³⁸ Levy, *supra* note 17, at 74.

³⁹ Hogg & Bushell, *supra* note 5, at 82.

⁴⁰ [1986] 1 S.C.R. 103.

⁴¹ Hogg & Bushell, *supra* note 5, at 85.

⁴² *Id.* なお、佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開 「オークス・テスト (Oakes Test)」 の内容と含意」北大法学論集第 63 巻 2 号(2012 年)1 頁以下も参照。

権利をより尊重した新たな法律を再制定することで修正することができるものであった。そして、新たな法律は、裁判所が人権制約についての最小限度の手段についての審査基準をどのように分析したかを考慮する必要があるといのである⁴³。このように、二人の主張によれば、人権憲章第1条はカナダにおける「人権憲章の下での対話の主要な道具」⁴⁴と解されるのである⁴⁵。

こうした人権憲章における制度的な特徴は、カナダとアメリカの対話理論が、そのバックグラウンドにおいて異なることを示唆するものである。すなわち、カナダにおける対話は、立法部と司法部の間の「明白で、行ったり来たりする機関上のテニスマッチ」⁴⁶とも評されるような、「比例原則によって整序された、合理的で協調的なものであることが理想」⁴⁷とされており、また短期間で終了することが想定されている。これに対し、アメリカのような「強い形式」の違憲審査制を採用し、かつ対話を促進する制度的な特徴もないシステムの下での対話理論は、とりわけ人工妊娠中絶や同性婚といった論争的な課題において、司法部の憲法判断に対する政治部門の対応のみならず、公衆・人民がいかに関心するのにも着目する⁴⁸。このような公衆をも巻き込んだ憲法上の対話は、短期間で対話が終了することを必ずしも想定しておらず、またカナダのように制度的に整序されているわけではなく、その分政治的色彩をより色濃く反映するといった、より闘争的な特徴を有するのである⁴⁹。以上、対話を促進する制度的な特徴の有無に伴う、カナダとアメリカの対話理論の相違を簡単に確認した。翻って以下においては、対話の理論的な前提について検討することとする。

⁴³ *Id.* at 87.

⁴⁴ 佐々木・前掲注3)「対話的違憲審査の理論——法の支配と憲法的対話の融合——」6頁。佐々木は、人権憲章第1条の下においては、具体的事案における最高裁の違憲判断に法的拘束力が伴うことから、カナダにおける対話の「主要形態」は「強い型の違憲審査における対話」とであると評価する(同8頁)。この点は、注37で記したタシュネットによるカナダ対話理論に対する評価とも整合的である。

⁴⁵ ホッグとバッシュルは、人権憲章第33条と第1条のほかに、対話についての制度的基盤として、人権憲章7条、第8条、第9条、第12条における制限付き権利(Qualified Charter rights)の規定、人権憲章第15条1項における平等権を列挙する。Hogg & Bushell, *supra* note 5, at 87-91.

⁴⁶ Levy, *supra* note 17, at 77.

⁴⁷ 村山・前掲注22)121頁。

⁴⁸ Schor, *supra* note 1, at 87.

⁴⁹ カナダの対話理論につき、ショアーは人権憲章第33条を、憲法問題における公衆の動員に対する「防波堤」と評する。そして同条項の意義を、カナダにおける社会と裁判所の関係性において位置づけることを試みる。Schor, *supra* note 31, at 105.

第3款：対話理論の理論的な前提 —— 違憲審査の民主的正当性と対話理論 ——

再びホッグとバッシュルの論文に着目する。同論文は冒頭において、人権憲章の下における違憲審査は反民主的であるとする批判に対する反論として、対話理論を位置づけている⁵⁰。それによれば、広範かつ曖昧な文言を有する憲法の解釈において、裁判官は広範な裁量を有するのであり、解釈の過程で裁判官の選好が反映されるのは避けられないとする。まさにこの問題は、アメリカ連邦最高裁のヒューズ判事による「我々は憲法の下にあるが、憲法は裁判官がこれだと宣言したものである」という著名な言明によって最も良く表されているものである⁵¹。このような状況において、ホッグとバッシュルは、人権憲章の下での違憲審査を「国家の政治に対する拒否権」⁵²と捉えるのではなく、社会全体における利益のための立法部と司法部の対話の始まりと捉える。そして彼らは、立法部が裁判所の判決を受けて制定した法律につき、この文脈における対話の一形態とみなす。そして、現実の憲法秩序形成に目を向けると、カナダにおいては実際にこれまで対話がなされてきたことを主張するのである。すなわち彼らにおける対話理論は、民主的正当性に基づく人権憲章への批判に対する応答と位置付けられるのである⁵³。

違憲審査の民主的正当性という批判に対する応答として対話理論を唱える立場は、ローチ(Kent Roach)においても同様である。彼によれば、「対話型司法審査(Dialogic judicial review)」とは、司法部による憲法判断と、その判断を通常法律によって修正・否定することを組み合わせたものである⁵⁴。そしてカナダ人権憲章は、権利や自由の扱い方につき、裁判所や議会、社会の間での対話を促進することで、司法優越主義と立法優越主義の両方の危険性を回避してきたとする。この点において、「対話型司法審査」は、民主制における司法審査の問題について新たな境地を開いたとローチは主張するのである。彼が対話理論において最も重視するのは、やはり、人権憲章上の権利につき、立法部が合理的な制限を正当化することができる旨を定める人権憲章第1条である。すなわちローチによれば、人権憲章第1条こそが、立法部に対し「裁判所の判決に対応し、裁判所が認めた原理からの文脈上の逸脱を正当化する手段」⁵⁵を付与するものであった。このように、カナダにおける対話理論を代表する論者たちの中心にあったのは、司法審査の民主的正当性に対する懸念であり、かかる懸念に対する応答として、立法部は司法部の判決に対して対応する余地を有してい

⁵⁰ Hogg & Bushell, *supra* note 5, at 76-77.

⁵¹ *Id.* at 77.

⁵² Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 N.Y.U. L. Rev. 469, 469(1981).

⁵³ Hogg & Bushell, *supra* note 5, at 80, 105.

⁵⁴ Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R.56 (2d)49, 56(2004).

⁵⁵ KENT ROACH, *THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE* 7(Irwin Law Inc., 2001).

るとい主張(=対話理論)は位置づけられるのである⁵⁶。

アメリカの憲法学界においてビックルがもたらした、司法審査における「反多数者主義の難点(the counter-majoritarian difficulty)」という定式化は、その後のアメリカ憲法学界を枠づける概念となり、今日もなお主要な関心事であり続けている。このような難問への解答を導き出そうとする試みは、「弱い形式」の違憲審査制を採用したカナダにおいても同様に見られたのであった。ショアーによれば、ロックナー期という忌まわしき記憶に代表される、強力な裁判所が民主主義を損なうというアメリカにおける経験から、カナダにおける人権憲章の採用時における議論は多くを学んでいた⁵⁷。人権憲章を採用しつつも、立法部が違憲判決を拒絶することを可能にする憲章第 33 条がカナダにおいて採用されたのは、憲法上の人権規定を導入しつつも司法優越主義を否定するという妥協の帰結でもあった⁵⁸。

カナダの学界に目を転じれば、人権憲章がカナダ最高裁を「アメリカ化する」ことへの疑問——すなわち、強力な司法部が民主的決定への脅威となること——は、カナダ憲法理論においても根強かった⁵⁹。ホッグやバッシュル、そしてローチといった著名な論者によって提唱された対話理論は、違憲審査の民主的正当性に関する議論における打開策の一つとして提唱されたものである。すなわち、人権憲章の解釈において、司法部と立法部の間にはほとんど対等な関係性が存在するのであり、それゆえに、対話理論の帰結は、司法部が民主的な部門に対する大きな脅威となることではない。むしろ、対話理論によれば、違憲審査の民主的正当性に関する懸念は「維持されない」か、少なくとも「大きく減少する」のである⁶⁰。

このように、カナダにおける著名な対話理論の前提には、違憲審査の民主的正当性という問題への応答という理論的関心が存在すると評価しうるものである。同理論は、カナダにおいて、「違憲審査の民主的正当性に関する議論に新たな地平を開拓」⁶¹するものであった。我が国における先行研究との関係について付言するならば、上記で概観したホッグやバッシュル、そしてローチといった論者の対話理論を参照する「対話的違憲審査の理論」も⁶²、日本の従来議論における問題点の一つとして「違憲審査と民主主義との緊張関係が過度に

⁵⁶ Rosalind Dixon, *Constitutional 'Dialogue' & Deference in CONSTITUTIONAL DIALOGUE; RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS* 165(Geffrey Sigalet et al. eds., 2019).

⁵⁷ Schor, *supra* note 1, at 87.

⁵⁸ 憲章第 33 条の起草段階において、ロックナー判決は悪しき事例として重要視されていた。See, Sujit Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, 2 INT'L J. CONST. L. 1, 43-48(2004).

⁵⁹ Schor, *supra* note 1, at 90.

⁶⁰ Hogg & Bushell, *supra* note 5, at 80, 105.

⁶¹ 佐々木・前掲注 3)「カナダにおける裁判所と立法府の対話」46 頁。

⁶² 参照、佐々木・前掲注 3)『対話的違憲審査の理論』6-8 頁、242-243 頁。

強調される傾向があり、その結果、最高裁が国会の判断を尊重し、違憲判決を出すことに消極的になることを正当化する議論状況⁶³が存在したことを挙げている。この点において、「対話的違憲審査の理論」は、その理論的前提をカナダにおける主要な対話理論と共有するものと評価することができる。違憲審査と民主主義との緊張関係を、対話理論を論ずる前提とするか否かについては、アメリカの議論においては分岐が見られる。この点については後述する。本節では、①カナダにおける主要な対話理論においては、違憲審査の民主的正当性という問題状況が前提とされていること、②我が国における「対話的違憲審査の理論」もカナダと同様の理論的前提に立脚していること、③かような理論的前提の有無は、アメリカにおける対話理論とカナダの議論を比較するにおいて有用であること、の三つを指摘するととどめることとする。

第2節：アメリカにおける対話理論について

本節では、アメリカにおける対話理論を取り扱う。「対話(dialogue)」という用語自体は、しばしば様々な論者によって、時に比喩的に用いられることもあった。しかしながら、本章冒頭で引用したマルツによる言明が示すように、アメリカにおける対話理論は80年代において急速かつ体系的に論じられるようになってきた⁶⁴。その代表例としては、例えばフィッシャー(Louis Fisher)による業績を挙げることができるが⁶⁵、本節との関係において注目すべきは、対話理論(あるいはそれに類似した学説)は80年代以前にもアメリカにおいて存在していたということである⁶⁶。例えばロストウ(Eugene V. Rostow)は、司法審査と民主主義の関係性について論じた1952年の論文において、以下のように述べる。

アメリカにおける公衆の意見の形成過程は、議会、大統領、報道機関、政党、学者、圧力団体など、多くの参加者によってなされる継続的なものである。裁判所による問題の議論や広範な原理の宣言は、アメリカの政策が形成される共同体の経験のうちにおいて、重要な要素となっている。連邦最高裁はとりわけ教育的機関なのであり、裁判官は必然的に、重要な国家的セミナーの教師となるのである。過去15年間の衝突にもかかわらず、連邦最高裁の機関としての威信は高く、裁判所の判事たちは、力強い声で発言しているのである⁶⁷。

⁶³ 佐々木・前掲注3)『対話的違憲審査の理論』5頁。

⁶⁴ See, Maltz, *supra* note 7, at 375.

⁶⁵ See, Fisher, *supra* note 2.

⁶⁶ Maltz, *supra* note 7, at 375.

⁶⁷ Eugene V. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 HARV. L. REV. 193, 208(1952).

このようにロストウは、裁判所による判断を公衆における意見形成の過程に位置づけ、この過程における「教育的機関」としての連邦最高裁の役割を措定する。このようなロストウの見解は、憲法判断は連邦最高裁による判決によって完結するのではなく、連邦のみならず州の政治部門や、広く公衆における意見の形成を経て確定されることを示唆するものである。さらに言えば、彼の見解は、法形成主体相互の協調的な関係を重視し、各法形成主体はその制度的適性に依拠して、社会における紛争を解決するべきであるとするプロセス的思考方法とも親和的である。「対話的司法審査は、立法部や執行部と比較した際の、裁判所において特有な性質に関心を持つリーガル・プロセスの伝統に由来している」⁶⁸というローチによる指摘は、アメリカにおける対話理論の理論的系譜の一端を指し示すものであるといえよう。本章冒頭でも引用したビッケルは、司法審査がアメリカの統治体制における「反多数支配的な勢力(counter-majoritarian force)」⁶⁹であり、「アメリカ民主制において逸脱した制度」⁷⁰と位置づけ、「民主のプロセスを弱める傾向を有する」⁷¹という前提を措定する。このような前提に立ったうえで、司法部が民主制においていかなる役割を果たすべきか⁷²、換言するならば、いかに「司法優越主義と民主制理論との間における厳密で一般的な調和を達成」⁷³させることができるかについての探究こそが、ビッケルの問題関心の一つであった。

このような性質を有するビッケルの理論は、カナダにおける主要な対話理論をはじめとして、その後の対話理論の提唱者に多大なる影響を与えることとなった⁷⁴。すなわち、対話理論は、憲法の意味に関する決定がどのような制度的プロセスを経て行われるかに焦点を当てるものであり、また、司法部と他のアクターとの間で憲法の意味が共有され、練り上げられていくことを示唆する。同時に対話理論は、憲法解釈において司法部以外のアクターが重要な役割を果たしていることを認識するものであり、「反多数者主義の難点」という問題を緩和しうるポテンシャルをも秘めたものであった。

本節の目的は対話理論とリーガル・プロセス⁷⁵、あるいはビッケルの憲法理論との親和性

⁶⁸ Roach, *supra* note 54, at 69.

⁶⁹ Bickel, *supra* note 10, at 16.

⁷⁰ *Id.* at 18.

⁷¹ *Id.* at 21.

⁷² 「政策決定を伴う可能性があり(実際においてそうしなければならない)、立法機能や執行機能とは異なる機能で、裁判所の能力に特に適しており、裁判所が引き受けなければ他においては行われまいであろう機能を探さなければならない」*Id.* at 24.

⁷³ Bickel, *supra* note 8, at 34.

⁷⁴ Roach, *supra* note 54, at 68-69.

⁷⁵ なお、対話理論とリーガル・プロセス、さらにはディパートメンタリズムの関係性を指摘するものとして、山本龍彦「最高裁のなかの〈アメリカ〉——憲法的二次ルールとしての権限配分」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路口 実務と学知のあいだ』(弘文堂、2019

を指摘すること自体にあるわけではない。ここで注目すべきは、反民主的な違憲審査という理論的前提——あるいは、ビッケルの述べるところの「反多数者主義の難点」——とその後のアメリカにおける対話理論との関係性である。本論文において指摘してきたように、ビッケルの憲法理論はその後のアメリカにおける対話理論の提唱者によって度々引用されることとなる。それは、彼の著作における「政治的機関及び社会との継続的対話(continuing colloquy)」、「原理は、一方的ではなく相補的に発展する」⁷⁶といった記述によるところも大きいと思われる。

しかしながら、アメリカにおける対話理論を論じるに際しては、そもそも「反多数者主義の難点」というアメリカ憲法学における難問を理論的な前提としない対話理論も有力に説かれていることを指摘せねばならない。このような立場は、政府の決定によって意思が代表される多数派が存在し、司法部の決定はその多数派の意思に優先され、最終性を有するという前提自体を否定するのである。つまり、司法部と政治部門の相互関係、あるいは公衆における意見形成の動向についての実証的な分析によれば、裁判所には様々な制度的・政治的制約が存在することが露わになるのであり、とりわけ国家的な注目を集める憲法上の問題に関して、連邦最高裁が最終的な判断を下すことはほとんどないとするのである。以下においては、そのような立場に立脚する学説の特徴及びそこから得られる示唆を顕在化させるためにも、まず「反多数者主義の難点」を前提としつつ対話を論じ、司法部の果たすべき役割を探究した業績につき検討することとする。

第1款：対話理論の萌芽 ——反多数者主義の難点・司法の最終性——

まずはビッケルの憲法理論を検討する。ビッケルの憲法理論が「三権が憲法を創りあげていくという動的プロセスに着目」⁷⁷しており、「マクロ的観点から統治のあり方」⁷⁸を検討したものであることは先に述べたとおりである。このようなビッケルの憲法理論における特徴は、後に対話理論やディパートメンタリズムを提唱する論者たちに示唆を与えるものであったが、そもそもビッケルはいかなる目的をもって、この「動的プロセス」に着目したのであろうか。この点を以下において敷衍する。

「反多数支配的な勢力」たる裁判所を、「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と、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」⁷⁹の下、いかにアメリカの民主制に適合させるかという議論の焦点において、ビッケルが着目したのは、統

年)217頁を参照。

⁷⁶ Bickel, *supra* note 10, at 240, 244.

⁷⁷ 大林・前掲注9)38頁。

⁷⁸ 大林・前掲注9)43頁。

⁷⁹ Edward A. Purcell Jr., *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution*, 11 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 521, 535(1976).

治において裁判所が果たすべき役割にあった。ビッケルによれば、統治の活動には二つの局面が存在する。一つが、即時的で実際的な効果を意図する局面であり、もう一つが、我々がヨリ一般的で恒久的な利益を有する価値に関する局面である⁸⁰。すなわち、政府においては「その時々を考えられる目先の物質的なニーズだけでなく、ある種の永続的な価値(enduring values)にも仕えなければならない」⁸¹局面が存在するのである。そして、このような価値は出来合い(ready-made)で存在するのではなく、関連する適用において、継続的に引き出され、宣言され、そして理解されなければならない。

ここで問題となるのは、政府のどの機関が、このような価値の宣明者かつ保障者となるべきかということであった。ここにおいてビッケルは、便宜(expediency)に基づいて行動する立法部と、「永続的な価値」の宣明者かつ保障者としての司法部の役割を区別する。彼は、しばしば便宜に基づいて行動する立法部は、上記のような永続的な価値の宣明者としては不適格であるとする。これに対して裁判所は、「立法部や執行部が保持しない原理に関する問題を扱う一定の能力を有する」⁸²のであり、裁判官は統治の目的を追求するために、学究における方法に従うだけの余裕や訓練、そして独立的地位を有するし、そうすべきなのである。このような司法部の能力こそが、社会における永続的な価値を明らかにする上で重要であるとビッケルは説く⁸³。「アメリカ民主制において逸脱した制度」⁸⁴であり、「民主的プロセスを弱める傾向を有する」⁸⁵はずの司法部は、政府が一定の「永続的な価値」に仕える局面においてこそ、これらの価値を宣明し保障する機関として——そして、「永続的な価値」に奉仕するという意味において「偉大で高度に効果的な教育的機関」として——指定されるのである⁸⁶。つまり、ビッケルの理想とするところの統治は、民主的機関のみでは不十分なのである。それは、ビッケルがセイヤー(James B. Thayer)を引用しつつ司法審査と民主主義を論じている記述からも読み取ることができる。

立法部は、(司法審査が表明する立法部への)不信に次第に慣れ、徐々にそれを正当化し始

⁸⁰ Bickel, *supra* note 10, at 24.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.* at 25.

⁸³ *Id.* at 26.

⁸⁴ *Id.* at 18.

⁸⁵ *Id.* at 21.

⁸⁶ ただし後年のビッケルは、裁判所に要請される役割について、事故の考えを修正しているように思われる。曰く「私は、多くの事例において、永続的な価値を展開する連邦最高裁の能力に疑念を抱くようになった。それゆえに、司法優越主義が社会政策の広範な領域において作動しうるし、黙認されうるということにも疑念を抱くようになったのである」と。Bickel, *supra* note 8, at 99. なお、野坂・前掲注20)688-697頁も参照。

め、裁判所に対する問題へと転化しつつ、憲法上の抑制——まさにこれらの制約の程度に関して——を考慮しなくなった。悪いことに、立法部は憲法上なしうることであれば何でもできるのではないかと、無神経にも思い込む癖をつけてしまうのである。それはまるで、尊敬や公正な取り扱い、一般的な誠実さが立法部の探究とは関係がないかのようである。人民は全体として、人民自身が立法部に送り出す人間に関して、注意を払わなくなっている。人民は、個人的な重要事項を任せられないような人物に喜んで投票し、裁判所が彼らによる立法行為を無効にすることは、あまりにも多い。そして、この数少ない賢明な裁判所の紳士たちが、より直接的な人民の代表者から人民自身を守ってくれる準備ができていることを、人民は歓迎するのである。司法審査権の行使は、不可避的に、深刻な害悪を招くことになることを忘れてはならない。つまり、立法部の過ちの是正は外部からなされるのであり、人民は、通常の方法で問題を解決し、自らの誤りを正すことから得られる政治的経験や道徳的教育、刺激を失ってしまうのである⁸⁷。

すなわち、司法審査が民主主義にもたらす害悪を述べる文脈において、同時に、立法部における不賢慮さや憲法上の抑制が機能しない局面の存在を明示するセイヤーの主張を引用することにより、ビッケルは「政府が正統性を有するためには、民主政だけでは不十分であることを示唆」⁸⁸しているのである。

ビッケルは、アメリカの統治が「原理づけられた自己統治(principled self-government)」であるというパラドックスに基づいていることを強調した。自己統治とは、政策決定の重荷を、通常は選挙によって選出された部門が担い、裁判所と対立した場合において、最終的には前者が打ち勝つことを意味する。「原理づけられた」とは、統治はある種類の基盤的な価値観を尊重すべきであるということの意味するのである。連邦最高裁の特別な役割とは、それを詳しく説明し、必要に応じて擁護することなのである⁸⁹。

では、アメリカの統治が「原理づけられた自己統治」であり、かかる要請に応じて、裁判所は永続的な価値の宣明者であり保障者であることがビッケル理論において想定されているとして、それはいかに発現されるべきなのであろうか。この点について、ビッケルが提唱するのが、「消極の美德 (The Passive Virtues)」⁹⁰という手法である。つまり、連邦最高裁が憲法上の問題について決定をなす際には、原理とは相反するような立法を無効にしうるし、原理に一致する立法として正当化もすることができるが、第三の道として、そのどちら

⁸⁷ JAMES BRADLEY THAYER, JOHN MARSHALL 103-104(Houghton, Mifflin, 1901).

⁸⁸ 大林・前掲注9)40頁。

⁸⁹ Purcell, *supra* note 79, at 522-523.

⁹⁰ Alexander M. Bickel, *Foreword: The Passive Virtues*, 75 HARV. L. REV. 40 (1961).

もしないという手法も採りうるとするのである。連邦最高裁は、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といった手続的な手法を駆使して、原理に直接的に踏み込むことなく事件を処理する。そうすることで、原理についての実質的な内容に踏みこむことなく、立法部や執行部に対し、原理の問題について再考を促すことが可能になるのである。マクロ的な観点から言うならば、「消極の美德」という手法を用いることにより、裁判所は「民主的政治過程のためにできるだけ広範な活動の場を確保しつつ、他方で、もし政治過程のある行為が正当な憲法原理を逸脱したときにはこれを抑制する権能を保持できる」⁹¹のである。そしてビッケルは同時に、時として暴力的なまでの政治的なバックラッシュが、司法判断を敗北に追い込むであろうことも認識していた⁹²。この点「消極の美德」とは、裁判官が潜在的な政治的バックラッシュから自身を守るために、物議を醸すような微妙な憲法問題につき、その実体的な判断への関与を減らすことを可能にするものでもあった。

連邦最高裁はしばしば、他の部門による最も錯綜とした原理に関する問題の検討を促し、政治部門を対話や「応答的読解(responsive readings)」に関与させるのである。また、政治部門の側から対話が始まることもあり、それはあまり丁寧でない場合もある。我らの政府は個別の機関で構成されているが、政府全体として実効的たりうるかは、それらの機関が互いに関与しているかどうか……その親密さに依存しているのである⁹³。

すなわち、「原理づけられた自己統治」という要請の下、「反多数支配的な勢力」としての裁判所には、「永続的な価値」の宣明者かつ保障者としての役割が期待されるのである。そこにおいて裁判所は、「消極の美德」によって政治部門との正面からの衝突を避けつつ、原理を実現するための「対話」を他の部門と行うことをビッケルは想定するのである。ビッケルにおける動態的プロセス、あるいは対話の志向とは、かように、統治における原理の実現と密接に結びついたものであったと評価することができる。

ビッケルの憲法理論の遺産は、その後のアメリカにおける、原理という問題に関連して対話理論を論ずる立場に継承されることとなる⁹⁴。例えばペリー(Michael Perry)は、その著書

⁹¹ 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」北大法学論集第31巻2号(1980年)741頁。

⁹² See, Bickel, *supra* note 10, at 244-272. 該当箇所においてビッケルは、ブラウン判決に対する南部の反発と、政治的なバックラッシュを弱める司法部における戦略を論じている。

⁹³ *Id.* at 261.

⁹⁴ See, Stanley Ingber, *Judging Without Judgment: Constitutional Irrelevancies and the Demise of Dialogue*, 46 RUTGERS L. REV. 1473(1994); JOHN AGRESTO, THE SUPREME COURT AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY(Cornell University Press,

において、ビッケルを引用しつつ連邦最高裁と他の部門との間における憲法的対話に言及する。ペリーによれば、特に人権に関する事例における司法部による憲法上の政策形成に好意的な憲法研究書は、裁判所による非解釈的審査と選挙を通じて責任を負う機関による政策形成との「弁証法的な(dialectical)関係性」を把握しようとする言葉であふれている⁹⁵。すなわち、それは、本節冒頭で引用したロストウによる連邦最高裁と政治部門や公衆の相補的關係性を記述する言葉であったり、「連邦最高裁を孤立し、自立した、あるいは自己完結的な機関として扱うことは、健全な評価とはなりえない。それは、複雑で相互に依存する統治の仕組みの一単位であり、そこから切り離すことはできないのである。」⁹⁶というジャクソン(Robert Jackson)の言葉に代表される。ペリーはこのような試みの一つとして、ビッケルの業績を位置づける。すなわち、ビッケルは「社会は、現実的な行動の中で耳を傾けられなかったかもしれない、最も重要な原理の問題に注意を向けさせる裁判官の能力を評価している」⁹⁷と述べる。そして特にペリーが言うところの「弁証法的な関係性」につき、本章冒頭で示したビッケルによる記述が問題となる。繰り返しとなるが引用する。

連邦最高裁の重要な判決のほとんどは、裁判所と人民およびその代表的部門との間の会話(conversations)の始まりである。それらは決して、最初から対等な立場での会話であるわけではない。裁判所は、たとえ限定的であっても、何かすぐに行動を起こすという点で強みを有する。しかし、それらは会話であり、連邦最高裁が国家の法を定めると述べることは、ある事例における、複雑な一連の出来事に続く最終的な帰結を述べることであり、また別の場合には、それはスピーチの一形態でしかないのである。普遍化された判決の実効性は、同意と運用に依存するのである⁹⁸。

1984); MICHAEL J. PERRY, THE CONSTITUTION, THE COURT AND HUMAN RIGHTS: AN INQUIRY INTO THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL POLICYMAKING BY THE JUDICIARY (Yale University Press, 1986); PAUL R. DIMOND, THE SUPREME COURT AND JUDICIAL CHOICE: THE ROLE OF PROVISIONAL REVIEW IN A DEMOCRACY (University of Michigan Press, 1989).

⁹⁵ Perry, *supra* note 94, at 112. なおペリーの憲法理論については、大林文敏「アメリカにおける司法的政策形成論の一考察」『憲法訴訟と人権の理論 芦部信喜先生還暦記念』(有斐閣、1985年)65頁以下、芦部信喜監訳『憲法・裁判所・人権』(東京大学出版会、1987年)などを参照。

⁹⁶ ROBERT H. JACKSON, THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN SYSTEM OF GOVERNMENT 2(Harvard University Press, 1955).

⁹⁷ Bickel, *supra* note 8, at 177.

⁹⁸ *Id.* at 91.

ペリーが自身の憲法理論において前提としているのは、「人権に関する事例における、司法部による憲法上の政策形成の擁護に成功するための、十分ではなくとも必要な条件とは、政治的・道徳的な問題には正しい答えが存在するということ」⁹⁹である。このような前提の下、司法部と選挙によって選出された部門間における対話(あるいは、ペリーの言うところの「弁証法的な関係性」)から、ヨリ良い道徳が生じるであろうことをペリーは論じている¹⁰⁰。すなわち彼は、執行部や立法部は、根本的な政治的・道徳的問題において「彼らの特定の有権者の大多数において確立された道徳的な慣習に迎合する傾向」¹⁰¹を有すると評する。これに対して、制度的な比較の問題として、政治的に独立した連邦司法部は、確立された道徳的な慣習を反射的かつ機械的に参照する傾向のある政治的プロセスよりも、正しい答えの方向へと社会を導く可能性を有するとする¹⁰²。ただし、このように司法部を評しつつも、「連邦最高裁は誤りうる機関である……連邦最高裁は誤った予言をする可能性がある。もし連邦最高裁が道徳的な成長の道具として機能するのならば、それは道徳的な後退の道具としてもまた機能しうるのである。」¹⁰³と評価し、裁判官が時として過ちを犯すことをも認める。こうしてペリーは、「連邦最高裁と他の政府における部門との間の憲法的対話——すなわち、裁判所と政治との間の、微妙で弁証法的な相互作用——の中から現れるものは、対話なしで現れるものよりもはるかに自己批判的な政治的道徳である。それゆえに、ヨリ成熟した政治的道徳になりやすいのである」¹⁰⁴として、連邦最高裁と政治部門の対話によってこそ、政治的道徳につき、ヨリ正しい答えが見出されるとするのである¹⁰⁵。

このように、ペリーの憲法理論においては、非民主的な部門たる司法部と政治部門の間における対話によってこそ、アメリカ社会における政治的・道徳的問題に対する正しい答えの付与を追求することができるとされているのである。すなわち、政治的・道徳的問題における正しい答えを追求するための手段として、ペリーの提唱する憲法的対話を位置づけることができる。

第2款：不可避的な営為としての対話 ——フリードマンによる実証的研究を素材に——

ビックルによる「反多数者主義の難点」という定式化が、その後のアメリカにおける憲法

⁹⁹ Perry, *supra* note 94, at x.

¹⁰⁰ 松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991年)380頁。

¹⁰¹ Perry, *supra* note 94, at 100.

¹⁰² *Id.* at 102.

¹⁰³ *Id.* at 115.

¹⁰⁴ *Id.* at 113.

¹⁰⁵ See, Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts*, 38 WAKE Forest L. REV. 635 (2003).

学者による論争の中心となっていたことは言を俟たない¹⁰⁶。この「反多数者主義の難点」こそが、アメリカ民主制における巨大なパラドックスであり、司法審査に対する憲法学者における違和感の源泉でもあった¹⁰⁷。ビッケルやペリーにおける対話理論も、このようなパラドックスにおいて、司法部が果たすべき役割の模索の一環として位置づけることができる。

これに対し、特に 1990 年代から、「反多数者主義の難点」は、そもそも存在しないという立場を採る研究が精力的に展開されてきた¹⁰⁸。つまり、従来の「反多数者主義の難点」を前提とする規範的な憲法理論は、代表的機関が多数者主義的であり司法部は反多数者主義的であることを想定するが、実証的な分析を踏まえると、理論上は多数者主義的であったはずの代表的機関が「実際においては最も多数者主義的ではなく」、そして、「理論上は最も反多数者主義的であると考えられてきた」司法部が「実際上は最も反多数者主義的ではない」¹⁰⁹ことを、これら研究は示すのである。このような試みは、例えばフリードマン(Barry Friedman)¹¹⁰やクラーマン(Michael J. Klarman)¹¹¹、グレーバー(Mark A. Graber)¹¹²といった著名な憲法学者によって展開されてきたが、本節においては特に、フリードマンによる対話理論に着目する¹¹³。フリードマンによって展開される対話理論は、裁判所がいかなる判断を下すべきかを論ずるのではなく、裁判所が実際の憲法制度においてどのように違憲審査を運用しているのかという実証的な視点に立つ点に特色を有する¹¹⁴。それによれば、現にアメ

¹⁰⁶ Bickel, *supra* note 10, at 16-17.

¹⁰⁷ See, David S. Law, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, 97 GEO. L.J. 723, 727(2009).

¹⁰⁸ 山本龍彦「司法審査の多数者主義的性格に関する覚書 —— 「逆さまの司法審査」論を素材に——」判例時報 2398 号(2019 年)3 頁。

¹⁰⁹ See, Corinna Barrett Lain, *Upside-down Judicial Review*, 101 GEO. L.J. 113, 116(2012). レインはこれを「逆さまの司法審査(Upside-down Judicial Review)」と呼称する。

¹¹⁰ BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE : HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION* (Farrar, Straus and Giroux, 2009). 本書の紹介として、勝田卓也「世論と対話する最高裁」アメリカ法 2011- I 号(2011 年)182 頁以下がある。

¹¹¹ Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review*, 85 GEO. L. J. 491(1997).

¹¹² Mark A. Graber, *Constitutional Politics and Constitutional Theory: A Misunderstood and Neglected Relationship*, 27 Law & Soc. Inquiry. 309 (2002).

¹¹³ キング(Jeff King)は、フリードマンの著作をアメリカにおける対話理論の代表的著作として挙げる。キングによれば、フリードマンの対話理論は不当に軽視されてきた。Jeff King, *Dialogue, Finality and Legality*, in *CONSTITUTIONAL DIALOGUE; RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS* 188(Geffrey Sigalet et al. eds., 2019).

¹¹⁴ See, Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CIN. L. REV. 1257 (2004).

リカに行われている憲法解釈のプロセスとは、選挙によって責任を負った部門と責任を負わない裁判所——言い換えるならば、民主的な正当性を有する部門と民主的な正当性を有しない部門——を対立させるものではない。むしろこのプロセスは、執行部、立法部、司法部の三つの部門すべてを統合(integrate)するものと結論付けることができるとする¹¹⁵。そして、この憲法解釈における対話には、社会におけるあらゆるアクターが参画しており、裁判所はそこで独自の役割を現に果たしているとする。すなわちフリードマンは、アメリカ憲法学における常識ともなった「反多数者主義の難点」は、現実における憲法制度の運用を的確に描写したものではなく、誤った前提に立脚するものであると批判する。そして、より正確な憲法制度の運用の理解として、「対話」を構想するのである。ここにおいて、ビックルやペリーをはじめとした論者における対話理論との決定的な差異を見て取ることができる。以下、順を追ってフリードマンにおける対話理論を検討する。

フリードマンは、「反多数者主義の難点」という命題に対する批判から論を進める。彼によれば、反多数者主義の難点は、その前提からして不正確な事実認識に基づくものであることが、実証的な研究からは明らかになるとする¹¹⁶。政治過程につき、彼が疑義を呈するのは、政治部門が多数者の意思を代表するという前提である。例えば彼が引用する公共選択論に関する業績は、政治部門が多数者の意思を代表するという前提に疑義を呈するものである¹¹⁷。そして、現実の政治過程においては、本来の多数者の意思ではなく、一部の利益集団の政策的選好のみが反映されている可能性が高いことについても言及する¹¹⁸。つまり、政治過程においては、利益が拡散した本来の多数派に比して、より凝集的な利益集団——すなわち、特定の 이슈に政治的資源を集中的に投下できる集団——の影響力が大きいというのである。これによれば、特定可能な多数者の意思が存在することを想定してきた「反多数者主義の難点」という命題が、正確にアメリカの政治過程を描写できているかどうかにつき、大きな疑義が生じることとなる。

対して、司法過程についてはどうか。「反多数者主義の難点」は、選挙による民主的責任を負わない裁判官が、現に多数派の意思を覆すがゆえに、司法審査と民主主義の対立状況が生じるとする。つまり「反多数者主義の難点」は、裁判官が立法部や執行部による行為を無効と判断する場合、その判決は最終的なものであることを想定しており、そうであるからこ

¹¹⁵ Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. Rev. 577, 580(1993). フリードマンの憲法理論を検討する邦語文献としては、金澤孝「憲法理論の新局面——反多数派支配主義という難点(Countermajoritarian Difficulty)からの解放に向けて」法律時報第79巻4号(2007年)83頁以下、武田芳樹「反多数派主義の難点を超えて(2・完)——政治学と憲法学の対話——」早稲田大学大学院法研論集127号(2008年)75頁以下などがある。

¹¹⁶ *Id.* at 628-653.

¹¹⁷ *Id.* at 639.

¹¹⁸ *Id.* at 641.

そ、司法部による判決が多数派の意思を覆す役割を果たすという前提に基づいているのである¹¹⁹。フリードマンはこの点についても疑義を呈する。すなわち、連邦最高裁による判決は事件限りにおいては最終的であるものの、Cooper v. Aaron¹²⁰が宣明するような、憲法上の問題にラスト・ワードを付与するものではないと主張するのである。例えば、連邦最高裁における象徴的な判決の一つである Roe v. Wade¹²¹は、人工妊娠中絶を巡るアメリカにおける論争を終結させるものではなかった。今日に至るまで、各州においてはロー判決に抵抗するあらゆる立法が制定し、幾度も連邦最高裁にてその合憲性が争われてきた。司法優越主義の典型例であるクーパー判決でさえ、人種別学制度という問題の解決にラスト・ワードを付与することはかなわず、判決後も各地域において人種別学制度は維持されていたのである¹²²。

フリードマンは、このような司法の最終性の欠如は、憲法典の文言の広範さの必然的な帰結であるとする¹²³。憲法典の文言が、多様な解釈に対して開かれているからこそ、ある時に提示された憲法典の解釈は、現在や未来において受容されない可能性がある。しかしながら、憲法典の解釈が時代や社会の変容に応じて変化するということは、憲法典自体の性質から言えば「健全であり不可避的」¹²⁴なのであり、「現に」憲法典の解釈の過程は静態的ではなく、動態的なものになっているとする。すなわち「反多数者主義の難点」という命題は、司法の最終性という静態的な憲法解釈の捉え方を前提としているのであり、このような前提は、現実において憲法解釈が有している、政治部門や人民を含めた動態的なプロセスを正確に認識できていないとフリードマンは批判するのである。

こうしてフリードマンは、アメリカの憲法制度の動態性をより正確に理解するための構想として——そして、「反多数者主義の難点」という命題に代わる構想として¹²⁵——対話理論に行き着く。フリードマンは自身の対話理論の具体的内容について以下のように述べる。

(対話という)用語は、司法審査が、一般的に記述されるよりもはるかに相互依存的で相互作用的なものであることを強調する。憲法は、超然とした裁判官が自らの意思を人民に押し付けることによって解釈されるのではない。むしろ憲法解釈とは、裁判官と政治との間

¹¹⁹ *Id.* at 643.

¹²⁰ 358 U.S. 1 (1958).

¹²¹ 410 U.S. 113 (1973).

¹²² James S. Liebman, *Desegregating Politics "All-Out" School Desegregation Explained*, 90 COLUM. L. REV. 1463, 1465-79 (1990).

¹²³ Friedman, *supra* note 115, at 649.

¹²⁴ *Id.* at 652.

¹²⁵ 武田・前掲注 115)79 頁。

の緻密な議論なのである¹²⁶。

前述のように、彼は憲法解釈における司法の最終性を前提としない。むしろ、連邦最高裁の判決は、人工妊娠中絶を巡る論争におけるロー判決がそうであったように、連邦の政治部門や州政府、さらには人民を含めた社会全体における憲法上の論争を促すための「触媒(catalyst)」として、現に機能していると主張する。注意すべきは、彼は対話理論を、それまでの多くの憲法理論と同様に司法審査の「あるべき論」として語っているのではない。彼の提唱する対話とは、現実の社会において司法審査がいかんして作用するかに着目する記述レベルのものである¹²⁷。「反多数者主義の難点」という命題との関係性で捉えるならば、フリードマンの主張は、従来の「司法審査のグランドセオリーのあり方がゆがんでいること」¹²⁸を記述レベルにおいて指摘したものであると評価することができる。

こうした性質を有するフリードマンの対話理論は、憲法解釈の動態的プロセスにおける司法部の役割に着目する。一つはもちろん、憲法の意味を語るスピーカーとしての役割である。もう一つが、憲法上の論争を形成し、促進するという役割である¹²⁹。すなわち、連邦最高裁は、対話において、憲法条項について独自の解釈を表明することで、憲法の意味についての各アクターによる様々な見解を統合して、継続的な社会的議論を積極的に誘導し、促進するという役割を担っているのである。連邦最高裁による憲法判断が下されると、それをめぐって広く社会的な議論が喚起される。時間が経ち、判決に対する人民や政治部門の支持が十分に得られなければ、判決を覆すような立法が制定されたり新たな訴訟が提起されたりして、憲法に関する議論が活性化する。司法審査は、憲法の意味についての社会的な議論を促進する機能を、一面において果たしているとフリードマンは理解するのである。

上記で指摘したように、フリードマンの対話理論は、現に司法審査がアメリカ社会においてどのように作用しているかに着目するものであり、記述レベルの議論にとどまる。フリードマンは、規範理論によって裁判官を拘束することを想定せず、むしろ裁判官は、彼らを取り巻く政治的状況によって、その判断を抑制されているとする¹³⁰。この点において彼の議論

¹²⁶ Friedman, *supra* note 115, at 653.

¹²⁷ *Id.* at 671. See, Christine Bateup, *The Dialogic Promise - Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71 BROOK. L. REV. 1157-1168(2006).

¹²⁸ 金澤・前掲注 115)87 頁。

¹²⁹ Friedman, *supra* note 115, at 668.

¹³⁰ Symposium, *Positive Political Theory and Public Law*, 80 GEO. L.J. 457 (1992); Barry Friedman, *The Politics of Judicial Review*, 84 TEX. L. REV. 257, 258(2005). こうした見解は、かつてダール(Robert A. Dahl)が提唱した「連邦最高裁判事の過半数の意見は、アメリカにおける法形成者の多数派において主流である見解と長い間一致を見ないことは決してない」という主張とも共通する。ROBERT A. DAHL, DEMOCRACY AND ITS

は、連邦最高裁が憲法解釈において最終性を有することを否定し、「反多数者主義の難点」の前提そのものを覆した点において意義を有する。しかしながら、金澤孝が指摘するように、「司法審査のあるべき論に対してどのような変更を求めるのか、あるいは求めないのか」¹³¹という点につき、彼の議論は未解明な点を残すと評価しうる。また、実証的分析によって対話を不可避的な営為と捉えるフリードマンの議論は¹³²、司法審査と民主主義の対立関係を前提として、原理の実現や政治的・道徳的問題における正しい答えの追求といった文脈において対話を語るビックルやペリーをはじめとする論者とは異なるということも、ここで指摘しておく。

フリードマンの対話理論に関してもう一つ指摘すべきことは、人民の役割の強調という特徴である。前述のように、彼の記述的な対話理論は、司法部と立法部、執行部のみならず公衆における憲法論議をも重要な契機としている。この点は、彼の2009年の著書における記述によく表れている。

司法審査について最も重要なことは……判決に公衆がいかにして反応するかである。これは、歴史が教える最も重要な教訓である。司法審査において重要なことは、裁判官が判決を下すときではなく、裁判官が判決を下した後起こる。裁判官は憲法の意味について最終的な決定を下さない。むしろ、憲法がその意味を持つようになるのは、司法部による判決→公衆の反応→司法部による再度の判決という対話的なプロセスを経てのことなのである¹³³。

すなわちフリードマンは、裁判所とアメリカの人民との間の対話を通じて、憲法はその意味を整えられるということを主張するものである。彼の対話理論は、裁判所が多数者の意思を覆す能力があるというアメリカの憲法理論に存在する前提自体に疑問を投げかける。そして、従来のように民主主義との対立関係において司法審査を捉えるのではなく、民主主義との「共生」¹³⁴という関係性において司法審査を捉えるものであると位置づけることができる。

CRITICS 190(Yale University Press, 1989). See also, MARK TUSHNET, RED, WHITE, AND BLUE: A CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL LAW 169-170(Harvard University Press, 1988). またマクロフスキー(Robert G. McCloskey)は、「公衆の要求が明確に反映されているにもかかわらず、裁判所が長い間それをものともしない事例はほとんどない」とも言及する。ROBERT G. MCCLOSKEY & SANFORD LEVINSON, THE AMERICAN SUPREME COURT 208-209 (2d ed. 1994).

¹³¹ 金澤・前掲注 115)88 頁。

¹³² Devins & Fisher, *supra* note 2, at 104.

¹³³ Friedman, *supra* note 110, at 381-382.

¹³⁴ 勝田・前掲注 110)189 頁。

つまり、現実において、裁判所と公衆、政治部門は、「反多数者主義の難点」が示唆するような敵対関係ではなく、「自覚的なパートナー」¹³⁵であると捉えるのである。

第3款：対話における戦略性 ——司法優越主義の維持と対話——

第2款で検討対象としたフリードマンの議論は、連邦最高裁が憲法解釈において最終性を有しないこと、そして、現にアメリカの憲法秩序においては、司法部と政治部門、さらには公衆をも巻き込んだ憲法の意味についての対話がなされていることを記述レベルにおいて示すものであった。本論文の問題関心及び本節第1款との関係性でいえば、実証的な分析によって司法優越主義が実際には貫徹されない場面を示したこと、そして違憲審査の民主的正当性という理論的前提とは異なった地平から対話理論の構築を試みた点が注目される。また、司法部と政治部門のみならず、公衆(人民)というアクターが憲法の意味の探究をめぐる対話において果たす役割について強調した点も、フリードマンの対話理論の特徴の一つといえよう。彼の理論に代表される、司法審査に関する実証的な探究の試みは、裁判官が直面する政治における様々な制度的制約を明らかにし、司法部と政治部門がどのように相互に影響し合うのか、また、政治や統治構造における特徴が憲法上の法理の生成と発展にどのように影響するのかに焦点を当てることで、現実にアメリカにおいて作動する憲法解釈をめぐる動態のプロセスを明らかにした点において意義を有する。

このような実証的な探究は、対話において司法部がいかなる憲法判断を下すべきかという論点に対しては、どのような示唆を与えうるのだろうか。この点につき、バルキン(Jack M. Balkin)は以下のように述べる。

規範的な憲法理論を提唱する者は、連邦最高裁が何をしているかに注意を払わなければならない。なぜならそれは、彼らが説明し、正当化しようとするものの材料を形成するからである。しかし、連邦最高裁判事や、より重要なことには、連邦最高裁による成果全体が、現代の規範的な憲法理論による指図にほとんど注意を払っていないように見える。それゆえに、規範的な憲法理論の提唱者たちは、自分たちの試みにほとんど気づかない連邦最高裁の営為を、合理的に再構築しようと試み続けているのである¹³⁶。

司法部がなすことが合理的に可能であることとは何かを理解しない限り、司法部に何を合理的に期待できるかを知ることにはできないのである。そしてこのことは、司法部の意思決定を形成する力を理解することを意味する。”Is”は“ought”を含意するものではない

¹³⁵ Sanford Levinson, *Courts as Participants in “Dialogue”: A View from American States*, 59 *Kansas L. Rev.* 791, 793(2011).

¹³⁶ Jack M. Balkin, *What Brown Teaches Us about Constitutional Theory*, 90 *Va. L. Rev.* 1537, 1575(2004).

が、“ought”は“can”を含意するのである¹³⁷。

バルキンによる上記の指摘は、規範理論を構築するうえでの、司法部における政治的な制約という現実を考慮することの重要性を訴えるものである。換言するならば、「実証的な研究成果と規範理論を架橋する必要性」¹³⁸をバルキンは主張していると評価することができよう。これまで検討してきたように、規範的な側面と実証的な側面が交錯するという性質を有する対話理論においては、まさにこの点が問題となる¹³⁹。第1章及び第3章でその断片を検討したように、過去の憲法判例とその後の政治部門や人民の動向を鑑みるに、「反多数者主義の難点」においては当然の前提とされてきた司法優越主義が、実際においては維持することが困難な場合が存在することは、憲法上の対話に参加する司法部の判断に対し、いかなる示唆を与えるのだろうか¹⁴⁰。すなわち、裁判所外からの政治的・社会的な制約に向き合いつつ、司法部はどのような憲法判断を下すべきなのであろうか。この点について、最後に検討する。

政治部門やその後景にある公衆との関係において、いかにして「最も弱い統治機関」である司法部の「権威と権力を守る」¹⁴¹のかという問題は、アメリカにおいて古くから認識されていた。例えばトクヴィルは、司法権は「巨大だが、それは世論の力である。民衆が法を尊重している限り、裁判官は万能であるが、民衆の法の無視や侮辱に対しては無力」¹⁴²であるということを知っていた。連邦最高裁がどのような意思表示をするのかは、「世論の支持に全面的に依存」しているのであり、それなしには「裁判官は無力」¹⁴³であることは、例えば司法の自制論者がその論拠として強調する実際的な理由の一つとしても位置付けられてきた¹⁴⁴。

¹³⁷ *Id.* at 1576.

¹³⁸ 武田・前掲注 115)89 頁。

¹³⁹ カナダにおける対話理論に対しても、司法審査に関する規範的な内容が欠落しているという批判は有力になされている。See, Roach, *supra* note 54, at 67-75.

¹⁴⁰ レインは、理論的には連邦最高裁が憲法を解釈する最終的権威を有するはずが、現実においては、司法優越主義は否定されるか、人民とその代表的機関が受容する範囲でのみ最終的なものとなるに止まると述べる。レインは特に後者の状況を「穏健な優越主義(Soft Supremacy)」と呼称する。See, Lain, *supra* note 13.

¹⁴¹ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年)33頁。

¹⁴² 1 ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA 151(Phillips Bradley eds., 1951).

¹⁴³ PHILIP B. KURLAND, POLITICS, THE CONSTITUTION, AND THE WARREN COURT 201(University of Chicago Press, 1970).

¹⁴⁴ 芦部・前掲注 141)33頁、田中英夫「合衆国最高裁判所による違憲立法審査権の行使を

連邦最高裁において、かような問題が顕在化した実例の一つとして挙げることができるのが、Planned Parenthood v. Casey であろう¹⁴⁵。この判決は、レーガン及びブッシュ大統領の任期において判事の顔ぶれが変わっていたにもかかわらず、連邦最高裁がロー判決の根幹部分を維持する判断を下し¹⁴⁶、5対4の評決によって、ペンシルヴェニア州法が定める複合的中絶規制のうち、一部を合憲、一部を違憲と判断したものである¹⁴⁷。同判決におけるオコナー、ケネディ、スーター各判事による共同意見は以下のように述べる。

連邦最高裁の力とは、その正統性にある。この正統性とは、国家の法が何を意味し、何を要請しているかを決定するのに適した司法部であると、人民が受け入れることによって示される、実体と認識の産物である……連邦最高裁は、社会的・政治的圧力との妥協としてではなく、連邦最高裁が宣明した通りに真に原理づけられたものとして、人民がその判決を受容することができるように宣明し行動するよう注意せねばならない。このように、連邦最高裁の正統性は、彼らの原理に基づいた特徴が人民に受容されるような十分な説得力のある状況下において、法的に原理づけられた判決を形成することにかかっているのである¹⁴⁸。

そうであるならば、ケーシー判決当時は、ロー判決を覆すにふさわしい社会状況と言えたのであろうか。連邦最高裁の答えは否であった。

人工妊娠中絶問題について新たな社会的コンセンサスが形成されているかどうかにかかわらず、その分裂性は1973年当時と変わらず、判決を覆そうとする圧力は、判決を維持しようとする圧力と同様に、ますます強まっている。現在の状況下でロー判決における本質的な判断を覆すような判断を下すことは、仮に判決に誤りが存在したとしても、その誤りに対処するために、連邦最高裁の正統性と人民における法の支配へのコミットメントに多大で不必要な損害を与えることになる。それゆえに、ロー判決の最初の決定の本質部

めぐる論議について」公法研究 38号(1976年)15頁。

¹⁴⁵ 505 U.S. 833(1992).

¹⁴⁶ *Id.* at 846.

¹⁴⁷ なお、ケーシー判決に至るまでの連邦最高裁を取り巻く政治状況については、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」法学第61巻4号(1997年)668頁以下、黒澤修一郎「*Roe* 判決とバックラッシュ・テーゼ(2・完)」島大法学第62巻1号(2018年)55頁以下、小竹聡『アメリカ合衆国における妊娠中絶の法と政治』(日本評論社、2021年)328頁以下などを参照。

¹⁴⁸ 505 U.S. at 865-866.

分を守ることが不可欠であり、今日、我々はそうするのである¹⁴⁹。

該当部分から読み取れることは、連邦最高裁の判断が原理に基づくものでなければならぬというリーガル・プロセス以来の司法部の憲法判断の正当化要素はもちろんのこと、そのような原理に基づいた判決が人民によって受容されることによってこそ、連邦最高裁の正統性は基礎付けられるということである。そして、当時のアメリカにおける人口妊娠中絶をめぐる激しい論争、連邦の政治部門の保守化という背景にあって、連邦最高裁がロー判決を変更することは、司法部が政治的圧力に屈したことを意味するものであり、それゆえに連邦最高裁の人民に対する「権威ないしは正統性を掘り崩す」¹⁵⁰「多大で不必要な危険性」が存すると判断されたのである。ゆえに、「Roe v. Wade の本質的な判示は維持され、今一度再確認されるべきである」¹⁵¹という回答が付与されたのであった。

上記の例は、まさにフリードマンが主張するような、連邦最高裁を取り囲む政治的・社会的制約の一端を示すものであるといえよう。連邦最高裁は、とりわけ人工妊娠中絶のような国家的論争を巻き起こす憲法上の問題において、政治的・社会的な制約と向き合いつつ、「原理に基づく判断」を下す機関としての権威性ないし正統性を維持していかなければならぬのである。このような制約に向き合った司法理論を具体的に展開する論者の一人として、ここではギンズバーグ(Ruth B. Ginsburg)の所論を検討する。「原理の樹立というよりも戦略的要素を重視する傾向」¹⁵²を有するとも評される彼女の司法理論もまた、司法部と他の部門、人民との対話に着目する。それによれば、裁判官は、独自に法理を形成するのではなく「我々の民主制において相互に関与する役割」を果たすものであり、「他の国家機関や人民との間の対話に参加」¹⁵³する。ギンズバーグがこのような対話を提唱する背景にあるのは、ロー判決における連邦最高裁の失敗である。すなわち、テキサス州法を違憲と判断したロー判決が、もし仮にそこで踏みとどまり、いわゆる三期間枠組を提示することがなかったのであれば、その後約 20 年にわたる国家的大論争を連邦最高裁が煽ることはなかったのでは

¹⁴⁹ *Id.* at 869.

¹⁵⁰ 大石・前掲注 147)708 頁。

¹⁵¹ 505 U.S. at 846.

¹⁵² 大石和彦「憲法裁判における原理と政治(三・完) 合衆国最高裁判決 Roe v. Wade がもたらしたもの」法学第 67 巻 3 号(1998 年)432 頁。See, Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N.C. L. REV. 375(1985). なお、ギンズバーグの司法理論についての邦語文献としては、尾形健「ルースベアダー・ギンズバーグ 憲法的価値の実現と協働的営為」山本龍彦=大林啓吾編『アメリカ憲法の群像 裁判官編』(尚学社、2020 年)322 頁以下を参照。

¹⁵³ Ruth Bader Ginsburg, *Speaking in a Judicial Voice*, 67 N.Y.U. L. REV. 1185, 1198(1992).

ないのかと疑問を呈するのである¹⁵⁴。「徹底的で詳細なロー判決の意見は、プロライフ運動の流れを刺激し、連邦議会や州議会での反動をも招くものであった」¹⁵⁵のであり、ここからは、連邦最高裁による法理の急速な形成は、政治部門や公衆からの反発を招くことが明らかになるのである。

それでは、連邦最高裁がロー判決の轍を踏まないために採るべき方策とは何か。ギンズバーグは、ロー判決とは対照的に、対話という観点から評価される事例として性差別に関する一連の判決を挙げつつ、この点につき詳述する。それによれば、1970年代まで、女性は連邦最高裁において性差別関連の訴訟で違憲判決を勝ち取ることができなかった¹⁵⁶。しかし、1971年から1982年にかけて、連邦最高裁は、デュープロセスや平等保護条項に反するとして、性差別的な一連の州法や連邦法を違憲と判断し始めた¹⁵⁷。この背景事情としては、当時における女性の社会進出の拡大であったり、市民権運動やフェミニズム運動の発展などが挙げられる。しかし、ギンズバーグが重視するのは、一部の州において維持されていた時代遅れとなっていた州法は別として、労働者の配偶者あるいは家族への社会保険給付と関連する事例においては、連邦最高裁は立法を完全否定することなく、むしろ、政治部門との対話を開始しようとしていた点であった。すなわち、立法部において女性の特別な扱いが正当化されるのであれば——つまり、女性が直面する社会的・経済的なバイアスないし不利益ゆえの補償的な立法であるならば——「立法部が移動するための回廊を残す」¹⁵⁸。しかし、立法部の採用する区別は、洗練されており、また救済のために採用されなければならず、「女性(あるいは男性)の生き方」¹⁵⁹についての偏見に基づくものであってはならない。つまり、ボールは司法部から立法部に投げ返されたのである。この点につきギンズバーグは、「連邦最高裁は謙抑的に意見を書き、それは大きな哲学を進めるものではなかった。しかし、かつて慣習的であった性別に基づく区別の再検討を立法部に要請することにより、連邦最高裁は、法や規制が「変化した世界に追い付く」ことを確保する助けとなったのである」¹⁶⁰と評する。人工妊娠中絶と性差別という憲法上の問題の、アメリカ社会における位置づけの

¹⁵⁴ *Id.* at 1199.

¹⁵⁵ Ginsburg, *supra* note 153, at 381.

¹⁵⁶ 言うまでもなく、転換点となった判決は、*Reed v. Reed*(404 U.S. 71(1971))である。

¹⁵⁷ *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677(1973); *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7(1975); *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522(1975); *Duren v. Missouri*, 439 U.S. 357(1979); *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U.S. 455(1981); *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718(1982).

¹⁵⁸ Ginsburg, *supra* note 153, at 1204.

¹⁵⁹ Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Benign Classification in the Context of Sex*, 10 Conn. L. Rev. 813, 823 (1978).

¹⁶⁰ Ginsburg, *supra* note 153, at 1204-1205.

相違は勘案する必要があるものの、連邦最高裁の採るべき方策は、社会や政治の動向と無関係に法理を打ち立てることではなく、むしろ政治部門や社会との対話において議論を喚起しつつ、漸進的に憲法的価値の実現を図ることであるとギンズバーグは主張するのである¹⁶¹。

政治部門や公衆のバックラッシュという司法部の権威に対する危機における、裁判官による憲法判断の在り方につき、ギンズバーグはガンサー(Gerald Gunther)の言葉を引用しつつ以下のように述べる。

良い裁判官とは、公平で公正なのであり、自身の能力の限界、さらには我々の憲法上の構想に端を発する限界に注意を払うものである。そして、間に立ってのみ行動するの必要性を感じることは、裁判官を些末な、あるいは機械的な役割に追いやることを意味するのではなく、むしろ創造的で重要な司法的貢献のための最も責任ある余地を与えるものであると認識する裁判官である¹⁶²。

この点において、ギンズバーグの司法理論は、説得するための名声を有するが、判決を執行するための力を有さず、さらには自己保存の意思をも有する司法部が、憲法的価値の実現に寄与するための方策を示すものであると評価することができる¹⁶³。すなわち、ギンズバーグ

¹⁶¹ ギンズバーグの司法理論に関連して、マセード(Stephen Macedo)は、人工妊娠中絶をめぐる論争と、*Obergefell v. Hodges*(576 U.S. 644 (2015))に至るまでの同性婚論争を対比させつつ、連邦最高裁の役割は、ドゥオーキンが強調するような、政治に原理を注入することにあるのではないとする。むしろ連邦最高裁の役割は、同性婚論争につき、激しく、持続的で、広範な政治的動員が行われた後に重要かつ最終的な決定を下すことにあったとマセードは主張するのである。Stephen Macedo, *'All's Well That Ends Well?; Same-Sex Marriage and Constitutional Dialogue in CONSTITUTIONAL DIALOGUE; RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS* 364(Geffrey Sigalet et al. eds., 2019). 同様にシーゲル(Reva B. Siegel)も、連邦最高裁は婚姻に関する論争を終局的に解決することはできないが、司法的な介入は、同性婚問題に関するアメリカ社会における議論を規律することはできると述べる。See, Reva B. Siegel, *Community in Conflict: Same-Sex Marriage and Backlash*, 64 UCLA L. REV. 1728, 1746-1750(2017).

¹⁶² Ginsburg, *supra* note 153, at 1209.

¹⁶³ 司法部における戦略性という視点は、エスクリッジ(William N. Eskridge Jr.)とフリッキー(Philip P. Frickey)の研究においても垣間見ることができる。「THE LEGAL PROCESS」の公刊時の編者としても知られる二人による研究は、同学派の「復興」とも位置づけられうるものであるが、その研究において注目すべきは、連邦最高裁の行動における戦略性を重視する点にある。すなわち彼らは、立法部や執行部、司法部がそれぞれの制度的能力に応じて、相互的な協働によって法形成に関与していくというリーガル・プロ

の主張する対話とは、司法部の権威性という観点における、連邦最高裁に対する政治的・社会的な制約を自覚しつつも、他方において、司法部が憲法的価値の実現に寄与していくための、政治部門や公衆を相手とする戦略に基礎づけられるのである¹⁶⁴。

第3節：小括

以上本章においては、カナダにおける対話理論の検討を交えつつ、アメリカの対話理論のいくつかの大きな潮流を検討してきた。本章冒頭で述べたように、「対話」は一時期のアメリカ憲法学界におけるトレンドともなったのであり、また、単に対話を「ほのめかす」¹⁶⁵よ

セス学派以来の伝統を受け継ぎつつも、実証的な政治理論を取り入れつつ、各部門が相互関係の中で「公共の利益に関するそれぞれのビジョンを推進しよう」とする有り様に注目したのである。つまり二人による研究においては、フリードマンの対話理論において強調されるような実証的分析と伝統的なリーガル・プロセス学派の融合が図られており、司法部を含めた各部門における政治的な制約を明らかにすることが意図されていたといえる。そして、このような政治的な制約を自覚することにより、司法部及び政治部門が、憲法上の対話においていかに議論を形成し、また、自らの意見を他部門の反応に合わせて適合させたり修正したりするのかという戦略性を顕在化させることを試みたのである。See, William N. Eskridge Jr. & Philip P. Frickey, *Foreword: Law as Equilibrium*, 108 HARV. L. REV. 26(1994). 参照、大石・前掲注 152)433 頁以下。なお、リーガル・プロセス学派の1990年代における「復興」については、山本龍彦「法原理機関説」の内実についての覚書——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学第14巻1号(2007年)105頁、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頁以下も参照。

¹⁶⁴ ギンズバーグの戦略的な対話理論を含め、対話において司法部が採用すべき具体的な方法のさらなる検討は今後の課題であるが、この点については、カラブレシ(Guido Calabresi)による、いかなる立法部と司法部における判断の組み合わせが人権保障に最も適しているかについて検討した論文が示唆的である。例えば、憲法上の問題についての立法部の意図が不明確である場合、裁判所は制定法の解釈や立法事実の変更可能性等を示すことにより、基本的権利を侵害する可能性のある制定法につき、立法部の再確認を求めることができるとする。つまり、このような手法における裁判所の判決は、基本的権利についての暫定的な定義を提供するにとどまるものであり、他方において立法部の懈怠を正し、その憲法上の説明責任を果たすことを要請する機能を有するものと位置付けられるのである。カラブレシは、このような手法につき、「消極的美徳」を意識しつつ「ビジュアル的アプローチ」と呼称する。Guido Calabresi, *Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HARV. L. REV. 80, 103-108(1991). また、武田・前掲注 115)87-89 頁も参照。

¹⁶⁵ Friedman, *supra* note 115, at 653.

うな研究も存在する。こうした状況において、「対話」という用語のみを手掛かりとして、対話理論の全容を把握することは困難な作業ではある。かような議論状況において、まず本章は、アメリカの議論につき、特に対話理論を論じる際のスタンスに着目して分析を試みた。それによれば、大きく分けて①民主制における反多数者主義的な勢力としての司法部は、いかにしてその役割を果たすべきかという探究(違憲審査の民主的正当性に対する疑念の緩和¹⁶⁶)、②「反多数者主義の難点」はその前提——すなわち、憲法解釈における司法の最終性——において誤っていることを実証的な分析により示し、対話が現になされていることを示すという探究、③司法優越主義が維持されえない状況が存在するという実際的な理由を踏まえて、司法部が対話においてどのような役割を果たせるのかについての探究、があり得ることを指摘した。また、アメリカの対話理論は、統治における原理の実現や政治的・道徳的問題における正しい答えの追求といった観点から規範的に論じられることもあれば(第2節第1款)、記述レベルにおいて現に対話がなされていることを示す研究(第2節第2款)、あるいは裁判所外からの政治的・社会的な制約に向き合いつつ、司法部はどのような憲法判断を下すべきかを論ずるものまで(第2節第3款)、規範理論あるいは記述理論にどれほど比重を置くかという観点からも分類することができる。このように、アメリカの憲法学界において一定の地位を築き上げた対話理論は、その内実において多様性を有するものであるが、反多数者主義の困難や司法優越主義をどのように捉えたうえで理論構築をするのか、あるいは規範理論と記述理論のいずれに比重を置くのかという観点からその明確化が一定程度可能となる。

同時に、とりわけ上記③の類型について、過去の憲法事例の分析に基づき、規範理論としての司法優越主義を、現実の憲法秩序において常に維持することは困難であるということ、あるいは司法優越主義が政治的に構築されている局面が存在することを自覚したうえで対話を把握する立場があり得ることが、カナダにおいて主流である対話理論及び我が国における先行研究との相違点としては注目すべき点である。この点については、「違憲審査の民主的正当性に関する議論に新たな地平を開拓」¹⁶⁷するという対話理論から、憲法解釈における司法部の権威性の維持という観点からの対話の把握という視座転換の可能性をも示唆するものである。すなわち対話理論は、連邦最高裁に対する政治的・社会的な制約を自覚しつつも、他方において司法部が憲法的価値の実現に寄与していくための、政治部門や公衆を相手とする戦略としても有用であることを指摘することができる。

さらにアメリカの対話理論における特徴の一つとしては、対話における公衆というアクターの存在の大きさを挙げることができる¹⁶⁸。すなわち、カナダの対話理論が、主に司法部

¹⁶⁶ 曾我部真裕は、「違憲審査の民主的正統性への対応」こそが対話理論の狙いの1つであると捉える。曾我部・前掲注4)56頁。

¹⁶⁷ 佐々木・前掲注3)「カナダにおける裁判所と立法府の対話」46頁。

¹⁶⁸ Schor, *supra* note 1, at 87.

の判決に対する立法部の対応に着目するのに対し、アメリカの対話理論は公衆が判決にどのように反応するのかにも着目するものである。それゆえに、政治部門のみならず、公衆をも司法部の対話の相手方として捉えるという性質を有するのである¹⁶⁹。とりわけ論争的な憲法上の問題において、連邦最高裁が権威的な憲法解釈権者たりうるのは、「最終判断者として制度的に位置しているためではなく、公衆が最高裁を最終判断者として受容している」¹⁷⁰からであり、それゆえに、特に本章で検討した実証的な性格を有する対話理論は、公衆が連邦最高裁の判断を最終的な憲法判断として受容する可能性に着目する。すなわち、剣や財布も持たない司法部は、政治部門との関係性はもちろんのこと、連邦最高裁の憲法判断が受容されるような社会状況が存在するか否かについても気を配らなければならないのである¹⁷¹。さらに、対話における戦略的側面について付言するならば、連邦最高裁の下す判断に対しては、上記のような現実における司法審査の役割の限界を考慮したうえで、政治や社会の動向と無関係な憲法判断ではなく、時として公衆の議論を喚起し社会の変化を促すような、憲法的価値の実現に向けた漸進性が要請される。つまり、政治部門及び公衆との関係性において司法優越主義は限界を有するのであり、かような限界を自覚した上で、連邦最高裁が人権保障機関としての役割を果たすための方策として、対話理論は有用であることを指摘することができる¹⁷²。

¹⁶⁹ ただし、カナダにおける私人の訴訟参加手続と憲法的対話の関係性を検討する論稿につき、佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査の参加手続(憲法裁判におけるアミカスキュリイの意義)」北大法学論集第70巻5号(2020年)928頁以下を参照。佐々木によれば、憲法問題は裁判所と政治部門、さらには当事者以外の私人も参加する憲法的対話によって適切に対応されるという考え方が、カナダにおいても近年提唱されている。

¹⁷⁰ 坂田隆介「最高裁の「公的正統性」(Public Legitimacy)——「司法的ステイツマンシップ」論を手がかりに——」立命館法学361号(2015年)104頁。

¹⁷¹ 参照、大林啓吾「至高の判決と判決の思考——アメリカの同性婚訴訟を素材として」法学セミナー800号(2021年)14頁以下。

¹⁷² 例えば、同性婚を禁止する州法に対して違憲判決を下した *Obergefell v. Hodges*(575 U.S. 644(2015))にしても、2015年当時の連邦最高裁の判断は、「長きにわたる民主的な対話を統合し、結実させたものである」という評価がなされている。Macedo, *supra* note 161, at 365. すなわち、同性婚の是非に関するアメリカの世論は、2011年ごろに過半数を占めるようになり、2015年当時はおよそ6割が、同性婚が法的に認められるべきとする立場を採用していた。また各州の状況を見ると、2004年にマサチューセッツ州が初めて同性婚を容認して以降、同性婚容認州が急速に増大していった。このような、同性婚を全米レベルで認める連邦最高裁の判断の権威性が受容される可能性の高い社会状況下において、オーバゲフェル判決は下されたのである。そして、このような社会状況の創出にあっては、連邦最高裁自身が果たした役割も大きいとされる。すなわち、90年代より同性婚を巡る問題は州裁判所レベルにおいて多くの訴訟が提起され、上記のマサチューセッツ州最高

裁の判断に至り、同性婚を巡る社会運動は盛り上がりを見せることとなる。2013年の *United States v. Windsor*(570 U. S. 744(2013))は、婚姻防衛法(DOMA)につき、同性婚の承認の是非は州に留保されており、それゆえに州で認められた婚姻に対する連邦法による差別的な介入は違憲であるという判断を下した。同判決は、同性愛者が婚姻する権利を正面から認めるものではなかった。しかしながら、同性婚は州政府の問題であるとする立場を採用することにより、やや慎重な方法で社会変化を促したのである。まさしくオーバージェフェル判決は、「単に世論が変わったからではなく、裁判所をめぐる闘争が世論を変え、新しい憲法理解が形成」された帰結でもあった。Siegel, *supra* note 161, at 1731. なお、同性婚をめぐる社会的な論争の動態につき、法社会学の観点から検討した業績として、小泉明子『同性婚論争 「家族」をめぐるアメリカの文化戦争』(慶應義塾大学出版会、2020年)を参照。

終章：総括と結論

——「対話理論」の新たな可能性とさらなる展開へ向けて——

第1節：比較法的研究のまとめと結論

本論文では全4章にわたって、アメリカにおける司法優越主義、並びに対話理論に関する議論を分析・検討してきた。以下では、本論文の総括とそこから得られる知見を示す。

まず本論文は、司法優越主義のアメリカにおける定着やその理論的背景に検討を加えた点に、その特色を有する。司法優越主義が、代表民主制や権力分立の観点から見て望ましいのか否かという理論的な問題関心、あるいは、司法優越主義はアメリカにおける現実の憲法秩序において成立しうるのか否かという実際的な問題関心の下、有力な歴史的事象や実践的な問題を論拠として挙げつつ、連邦最高裁の憲法解釈の優越性に対して疑義を呈する議論が、これまでアメリカにおいてはなされてきた。本論文の第1章から第3章までの検討からは、マーベリ判決が「何が法であるのかを語るのは、断固として司法部の職分であり、責務である」と宣明して以降、司法優越主義が確固としてアメリカの憲法秩序に根を下ろしたのではないことを示した。むしろ、連邦の政治部門や州政府といった裁判所外のアクターをも交えた憲法政治の積み重ねによって根付いていったものであること、また、時の連邦最高裁における憲法判断の傾向といった要素に司法優越主義をめぐる議論は枠づけられてきたこと、そして、とりわけ第二次大戦後のアメリカにおける有力な憲法学説とも結びつき、連邦最高裁が憲法解釈における最終的権威を有するという立場は、アメリカにおいて主流となっていたことが明らかとなった。

司法部における原理の宣明という制度的能力の重視や、憲法問題に関する確定機能の重視という観点において規範的な憲法理論として魅力を保持するものであり、それゆえに司法優越主義は、アメリカの法学界において広く承認されるに至る。しかしながら、現実の憲法秩序においては、必ずしも司法優越主義が常に維持されてきたわけではないこと、また論争的な憲法問題においては、政治部門の側によって司法部の権威が構築される局面があり得ることも、司法部と政治部門、人民との関係性の検討から明らかとなる。ここからは、司法部が「最も弱い統治機関」¹であるがゆえに、政治や公衆との相互関係において語られなければならないことが示唆されるのである。すなわち、司法部が憲法解釈において権威的であるためには、「憲法の意味を確定するのは裁判所であるということが、当の政治アクターを含めて共同体の一定数以上の人びとに受け入れられていなければならない」²のである。司法優越主義を維持するべきという立場に立脚するにしても、司法優越主義を否定するデ

¹ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（1973年、有斐閣）33頁。

² 川岸令和「リベラル・デモクラシーと裁判所——違憲審査の活性化に向けて」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017年）409頁。

イパートメンタリズム的な立場に立脚するにしても、司法優越主義の規範的意義はもちろんのこと、現実の憲法秩序において連邦最高裁の判決が政治部門や人民にどのように受容され、あるいは反抗されてきたのか、それに対して連邦最高裁は憲法判断をどのように変容させていったのかを分析する必要がある。我が国における問題状況に引き付けるならば、千葉勝美が最高裁における憲法解釈のポイントとして定式化した「司法部の立ち位置」の第三の要素(「様々な意見が錯綜し価値観の対立が大きな社会的・政治的テーマについて、その憲法判断が将来の我が国社会をどのような姿に導くことになるのかを念頭に置きつつ、国民全体の認識を探り、司法部がいつの時点で、どのような形で乗り出すべきか、それが、多くの国民の理解と信頼を勝ちうるようになるのかについての情勢の分析等に関する考え方」³⁾は、まさに、いかにして司法部の権威を確立させるかについての(元)実務家の関心の表れと位置付けることができる。問題は、このような実務における需要に、学説がいかに応えるかである⁴⁾。

本論文の第二の特色としては、アメリカにおける対話理論についての包括的な分析を行った点である。しばしば司法優越主義を否定する論者によって言及される対話理論は、憲法の意味は連邦最高裁の判断によって確定されるのではなく、政治部門や公衆を含めた相互作用の中で形成されていくことを強調する。対話理論については、我が国において既に体系的な紹介がなされているカナダを含め、比較憲法学において近年注目が集まっているが、その理論的前提や、いかなるアクターを対話の主要な参加者とするのか、またいかなる目的で対話を提唱するのかにおいて多様な立場がありうることを指摘した。とりわけ、本論文が着目したカナダの対話理論とアメリカの対話理論の比較においては、前者では人権憲章第1条や33条といった制度的な基盤を有し「比例原則によって整序された」⁵⁾司法部と立法部の対話が想定されるのに対し、後者は対話の制度的な基盤を有さず、司法部と立法部のみならず公衆をも対話の主要アクターとして措定する。そしてアメリカの対話理論においては、司法部と立法部のみならず、公衆も対話の主要アクターとなることが想定される⁶⁾。

³⁾ 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線 その先に見ていた世界』(有斐閣、2019年)ii頁。

⁴⁾ この点につき高橋和之は、学説は、憲法規範上の正統性を考慮して得られた結論を「さらに国民の支持という事実上の正統性を考慮して修正することなど考えない」とする。そして千葉による上記言明こそが、「理論を「弄ぶ」ことと、「決定」を行うことの重圧の違い」であり「裁判官と学者の最大の違い」であると整理する。高橋和之「書評」判例時報2437号(2020年)113頁。

⁵⁾ 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)121頁。

⁶⁾ See, Jacob T. Levy, *Departmentalism and Dialogue*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUE; RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 74-78(Geffrey Sigalet et al. eds., 2019).

司法審査と民主主義という規範的な議論に対するアプローチという点においても、対話理論はそれぞれ異なったスタンスをとりうる。カナダにおける主要な対話理論は、司法審査における「反多数者主義の難点」という理論的前提を措定した上で論じられる。これに対して、アメリカにおいてはそのような文脈における対話理論はもちろんのこと、むしろ、司法審査と民主主義の融和的關係性の描写としても対話が論じられている点をも指摘することができる。そして、実証的には司法優越主義が維持しえない局面が存在することを踏まえ、公衆や政治部門との関係性において、司法部はいかにしてその權威性を維持していくべきかという戦略的な問題関心の下、公衆や政治部門における判決の受容の可能性、あるいは漸進的な憲法的価値の実現のための方策として、対話が論じられる可能性があることも示した。換言するならば、司法優越主義あるいは議会優越主義でもなく、司法部と立法部の対話の中において違憲審査制を把握するカナダの議論とは異なり⁷、そもそも司法優越主義が維持されるか否かという問題状況の把握の下、対話理論が構築される可能性をもアメリカにおける議論は示唆するものである。すなわち、対話というモデルは、司法審査が反民主的であるという批判に対する応答という規範的な観点からも、司法優越主義の維持という実証的な観点からも有用であることを指摘することができる。

第4章で分析の対象としたアメリカの対話理論を類型化するならば、以下のようなになる。すなわち対話理論は、大きく分けて①「反多数者主義的な勢力」としての司法部は、いかにして民主制においてその役割を果たすべきかという探究(つまり、違憲審査の民主的正當性という問題状況への対応)、②「反多数者主義の難点」はその前提において誤っていることを実証的な分析により示し、対話が現になされていることを示すという探究、③司法優越主義が維持されえない状況が存在するという実証的な理由を踏まえて、司法部が対話においてどのような役割を果たせるのかという戦略的要素を重視した探究、があり得る。そして、これら類型を含むアメリカの対話理論における特徴としては、政治部門のみならず公衆をも司法部の対話の相手として想定する点が挙げられる。さらに本論文は、こうした公衆をも巻き込んだダイナミックな憲法秩序において、政治部門や社会との対話において議論を喚起しつつ、漸進的に憲法的価値の実現を図ることも、司法優越主義の維持という実証的な観点からは有意義であると捉えるものである。

第2節：我が国への示唆と今後の課題

こうして本論文においては、司法優越主義という我が国においては所与の前提とされてきた議論の再検討から出発することにより、司法部の權威は政治部門や公衆による判決の受容、あるいはそれらによる支持に一定程度依存しているという現実的な側面を析出した。さらに、このような現実面における司法部の權威の維持のための方策としても、対話

⁷ See, Miguel Schor, *Squaring the Circle: Democratizing Judicial Review and the Counter-Constitutional Difficulty*, 16 MINN. J. INT'L L. 61, 98-107(2007).

理論は位置づけられることを指摘するに至った。

つまり本論文は、司法優越主義を理論的な前提としたうえで違憲審査の民主的正当性という問題状況への対応を志向する類型の対話理論⁸とは視点を変え、むしろ、世論・国民の多数派や政治部門の判断に抵抗することが困難な司法部が⁹、その権威性を保ちつつ人権保障機関としての役割を果たすための方策という側面にも、対話理論の可能性を見出すものである。換言するならば、司法部による憲法判断が「基本的には政治部門なり国民なりに受け入れられるのだ、それを尊重しなければならないのだという、ある種の規範的な共通理解があるという前提」¹⁰を基本的には共有しつつも、かかる「共通理解」が現実において覆されうること、そして「共通理解」を維持するための手法として対話理論は再構成されうることを本論文は示すものである。こうした政治及び社会と司法部の関係性の実情を踏まえた上でこそ、「裁判所に対して「本来期待しえぬものを期待する誤謬や本来要求すべきものを要求しない誤謬」¹¹を犯さずに、民主制における違憲審査の行使の在り方についての議論を発展させることができるのではなかろうか¹²。繰り返しになるが、本論文において指摘するのは、対話理論を従来のごとく違憲審査の民主的正当性という地平において論ずるのみならず、司法部の権威の維持という観点において捉えなおすことにより、裁判所の違憲審査による人権保障・憲法保障の実現のためのより現実的な手法を提供しうる可能性である¹³。

しかしながら本論文においては、司法優越主義及び対話理論に関する一般的・抽象的なレベルの議論の分析にとどまった。そのため、個別具体的な論点・事例において、本論文における理論的検討がいかなる示唆を与えるのか、また、とりわけ対話理論については、司法部

⁸ 「対話的違憲審査の理論」はこのような類型に属すると考えられる。参照、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）9-10頁。

⁹ 市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020年）112頁。

¹⁰ 「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)226頁〔川岸令和発言〕。

¹¹ 市川・前掲注9)101頁。

¹² 第4章で言及したように、バルキン(Jack M. Balkin)はこの点につき、「我々は、司法部には何が合理的に考えて可能であるかを理解しない限り、その機関に何を期待することができるかを知ることはできない」と指摘する。Jack M. Balkin, *What Brown Teaches Us about Constitutional Theory*, 90 Va. L. Rev. 1537,1576(2004).

¹³ その意味で、冒頭で引用した中村睦男による言明(「違憲立法審査権は、司法部の憲法判断と立法府の適切な対応で完結することを考えると、司法部は立法府の対応を予測することが必要であるが、日本の最高裁判所は立法府の対応を配慮し過ぎて、憲法判断に慎重になっていると考える」)は、本論文の立場からすれば、司法部の権威の維持という考慮要素が最高裁の憲法判断に占める重大さを端的に指摘するものであると評価することができる。中村睦男『人権の法理と統治過程』（信山社、2021年）492頁〔初出：2005年〕。

において対話を促進するための具体的な手法といった各論的分析を十分に行うことができなかった。ゆえにこれらは今後筆者に課せられた課題として位置づけられる。また、我が国への示唆という点に関しても、抽象的かつ試論的なものにとどまった。それでもなお、本研究の今後の発展の可能性を、我が国における近時の議論に引き付けつつ、以下において提示することを試みる。

近年の最高裁に見られる傾向として、社会状況の変化や国民意識の変化を違憲判決と結びつける論理が採用されていることは、本論文との関係においては注目に値する¹⁴。こうした手法については、最高裁による国民意識の変化の把握があいまいであることや、そこで語られる「国民」像の不明確さ、あるいは裁判所よりも国会の方が国民の意識を掬い上げるのに適した機関であるといった批判がすでになされている¹⁵。国民の意識や社会状況の変化を違憲の理由とすることは、上記のように法理論として難を抱えるものではあるが、司法部の憲法判断における自己の権威性の維持という要素を強調する本論文の立場からは、こうした最高裁による国民との関係における憲法判断の正統性の探究は、不可避的なものとして位置づけられる¹⁶。そうであるならば、次になすべき作業は、最高裁が公衆や他の国家機関との相互作用という広いコンテキストにおいて、「判決の受容可能性を高め」¹⁷のための手法を採用することを承認しつつも、いかにしてかような解釈手法を、法理論として枠づけることができるか——すなわち、国民の意識をどの程度、また、いかにして憲法判断に反映させるのか、あるいは、いかにして国民における憲法論議を喚起し、その規範意識を変容させ

¹⁴ その代表的な事例としては、国籍法違憲判決(最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁)、非嫡出子相続分不平等違憲決定(最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁)、再婚禁止期間規定違憲判決(最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁)などが挙げられる。なお、社会状況の変化・国民の意識の変容と、憲法判断の関係性について検討する先行研究は多岐にわたるが、ここでは毛利透「国民意識の変化と憲法解釈」法律時報第 91 卷 5 号(2019 年)38 頁以下、櫻井智章「時の変化——社会状況の変化は違憲の理由になるか？」大林啓吾＝柴田憲司編著『憲法判例のエニグマ』(成文堂、2018 年)141 頁以下を挙げておく。

¹⁵ 櫻井・前掲注 14)155 頁、藤田宙靖＝中林暁生「学者と裁判官としての藤田宙靖」憲法研究 7 号(2020 年)38-40 頁。

¹⁶ 山元一は、「「国民」との関係による憲法判断の正統性の必要性の強調は、ポジティブな意味を持って語られる政治部門と司法の「対話」を実質的には司法の一方的な自己拘束の強化、無限後退(＝萎縮)という結果を帰着させてしまうおそれが大きいといわざるをえない」として、国民との関係における憲法判断の正統性の探究に懐疑的な見解を示す。山元一「司法制度改革 20 年と司法・憲法訴訟」憲法研究 7 号(2020 年)28-29 頁。

¹⁷ 坂田隆介「最高裁と「司法的ステイツマンシップ」論——立法事実変遷論と司法的救済を手がかりに——」立命館法学 366 号(2016 年)451 頁。

る判断を下すか¹⁸——につき、我が国における議論を再構成することであろう。第4章で論じたように、カナダにおける対話理論は、主として司法部と立法部の対話を想定する。ここでは、立法部と司法部の間の「明白で、行ったり来たりする機関上のテニスマッチ」¹⁹とも評されるような、比較的整序された対話が想定されていた。それに対して、アメリカにおける対話理論においては、政治部門だけではなく公衆をも対話の主体とする議論がなされており、議論の射程がカナダよりも広い。「憲法判例の活性化にもかかわらず最高裁の論理に対する批判が割と強くなっている」²⁰要因の一つともされる、国民意識の変化によって憲法判断を基礎付けるという手法は、アメリカ型の対話理論からはどのように評価されるのか、またその発展可能性の有無を探ることは、今後の課題の一つとして位置づけられる。

以上の指摘は、現段階における試論であり、今後さらなる検討が必要である。ひとまず本論文は、司法優越主義における歴史的・理論的な背景およびその限界を明らかにしたこと、それを踏まえた上で、対話理論の新たな可能性を析出したことをもって成果と位置づけ、残された課題の解明については他日を期すこととする。

¹⁸ この点につき坂田隆介は、「憲法上の要請に基づく一定の社会的価値の形成・実現を促すべく、統計上顕著な結果を得られない場合であっても、今後の社会を方向づけるという決意を込めて、社会状況の変化に言及し、積極的に価値表明するという手法は必ずしも否定すべきものではない」として肯定的な評価を下す。坂田・前掲注17)450頁。

¹⁹ Levy, *supra* note 6, at 77.

²⁰ 「座談会 憲法学の75年」論究ジュリスト36号(2021年)7頁〔毛利透発言〕。