HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法の優越をめぐる法と政治（５） ： アメリカにおける議論を手掛かりとして
Author(s)	鈴木, 繁元
Citation	北大法学論集, 76(1-2), 291-313
Issue Date	2025-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/95797
Type	departmental bulletin paper
File Information	07_Suzuki_lawreview_76_1_2.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

司法の優越をめぐる法と政治（５）

―― アメリカにおける議論を手掛かりとして ――

鈴　木　繁　元

目　　次

序章：違憲審査制と司法の優越　〔以上、73巻５号〕
第１章：アメリカにおける司法の優越　〔以上、74巻１号〕
第２章：司法の優越の正当化議論　〔以上、74巻２号〕
第３章：司法の優越の揺らぎ　〔以上、74巻４・５・６号〕
第４章：アメリカにおける対話理論の生成と発展
　第１節：比較対象としてのカナダ
　　第１款：違憲審査制の類型論
　　――「弱い形式」の違憲審査と「強い形式」の違憲審査――
　　第２款：カナダにおける対話理論の制度的基盤
　　第３款：カナダにおける対話理論と違憲審査の民主的正当性
　第２節：アメリカにおける対話理論
　　第１款：対話理論の萌芽――規範的議論としての対話――
　　〔以上、本号〕
　　第２款：実証的分析から見た対話
　　第３款：対話における戦略性――司法の優越の維持と対話――
　第３節：小括
結論と今後の課題

第４章：アメリカにおける対話理論の生成と発展

前章では、「規範的な信念」[1]としてアメリカで浸透したはずの司法の優越には、政治部門や人民との関係で実際的限界が生じていたことを指摘した。以上を踏まえ、本章では、アメリカにおける「対話（Dialogue）」理論の検討を通じて、司法部が、他部門や人民との相互関係において憲法秩序形成に参与するための具体的アプローチの在り方について考察を行うこととする。

対話理論については、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[2]、日本の憲法学界においてもこれまで活発な議論がなされてきた[3]。我が国以外にも目を向けると、1997年にカナダの憲法学者であるホッグ（Peter M. Hogg）とバッシェル（Allison A. Bushell）によって

---

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

[2] カナダの対話理論については、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54巻１号（2007年）15頁以下を参照。「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』（三省堂、2013年）、同「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頁以下などを参照。

[3] 「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」をめぐって」公法研究78号（2016年）201頁以下、曽我部真裕「違憲審査と「対話」」法学教室480号（2020年）50頁以下、橋本基弘「参議院定数不均衡問題をめぐる最高裁大法廷令和２年11月18日判決について（一）（二）――裁判所と国会、国民との対話――」法学新報128巻３・４号（2021年）107頁以下、同128巻５・６号（2021年）１頁以下、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、岡野誠樹「司法にとっての「社会」の変容と違憲審査「活性化」のゆくえ」論究ジュリスト38号（2022年）63頁以下、大河内美紀「Our "Settled" Constitution」山本龍彦編著『日本国憲法のアイデンティティ』（有斐閣、2023年）117頁以下、山羽祥貴「憲法訴訟と民主政――動態的秩序理解からの一素描」YOLJ-L2303010（2023年４月26日公開）などを参照。

公表された論文を契機として一躍注目された対話理論は[4]、カナダのみならず、イギリス、あるいは本章で着目するアメリカにおいても、精力的に議論がなされてきた[5]。

アメリカにおける対話理論の有り様について、例えばマルツ（Earl M. Maltz）は、すでに1988年の論文において、対話理論が当時の学界において注目を集めていた旨を指摘している[6]。とりわけマルツは、ビックル（Alexander M. Bickel）の著書に言及しつつ[7]、彼の理論においては、司法部と政治部門の相互関係が明確に表明されていると評する[8]。またカナダの憲法学者ローチ（Kent Roach）も、ビックルこそが、立法部と司法部の対話に関する理論の創始者であると評価する[9]。

かように、アメリカの対話理論において重要な地位を占めると思われるビックルが問うたのは、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・執行部が「憲法を創りあげていくという動態的プロセス」[10]の在り方であった。また、ウェリントン（Harry H.

---

[4] *See* 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).

[5] イギリスの対話理論について、岩切大地「イギリス人権法における議会と裁判所との憲法的対話」法政論叢44巻２号（2008年）112頁以下、上田健介「人権法による「法」と「政治」の関係の変容――不適合宣言・適合解釈・対話理論」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』（2016年、尚学社）151頁以下を参照。

[6] Earl M. Maltz, *The Supreme Court and the Quality of Political Dialogue*, 5 CONST. COMMENT. 375, 375 (1988).

[7] *See* ALEXANDER M. BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS 91 (1970).

[8] Maltz, *supra* note 6, at 377.

[9] Kent Roach, *A Dialogue about Principle and a Principled Dialogue: Justice Iacobucci's Substantive Approach to Dialogue*, 57 U. TORONTO L.J. 449, 452 (2007). *See also* Kent Roach, *Dialogic Remedy*, 17 INT'L J. CONST. L. 860, 866 (2019).

[10] 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）

Wellington）による「最も危険の少ない部門（The Least Dangerous Branch）」の第２版序文によれば、ビックルが究極的に関心を持ったのは、連邦最高裁の判断の終局性にある[11]。すなわちビックルの憲法理論は、連邦最高裁の判断が、それのみにおいて「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こそ終局的となることを、強調するものであった[12]。かような、司法部の判断の最終性に関する問題関心のもと、ビックルは、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」[13]していたとも評価される。

ビックルにおける問題意識は、その後、ディパートメンタリズムを主張する論者にも引き継がれていく[14]。このことは、例えば、ディパートメンタリズムの代表的な論者であるポウルセン（Michael Stokes Paulsen）が、司法部や政治部門による憲法の「解釈のせめぎ合いの帰結とは、憲法の意味（……）が、単一の神託によってではなく、異なる視点を持つ解釈者によって促進され、競合する視点の相互作用によって

38頁。

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

[12] このようなビックルの主張の例として、以下の言明が挙げられる。「連邦最高裁の判決は、普遍的な規範として提示されうるが、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、まず政治的機関、そして最終的には人民の同意と協力を必要とするのである。」Bickel, *supra* note 7, at 90.

[13] 大林・前掲注10）52頁。

[14] *See e.g.*, LOUIS FISHER, CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS (1988); Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 GEO L.J. 217 (1994)；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).

決定されるという、分散的でダイナミックな憲法解釈モデルである」[15]と述べていることからも推察されよう。

このように、アメリカにおいても、対話理論については活発な議論がなされており、その代表例として、ビックルや彼の議論に影響を受けたディパートメンタリズム論者たちを挙げることができる。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、いかなる規範的な含意があるのか、そして司法の優越についていかなる立場を採用するのか等において、その議論は多方面に分岐するものであった[16]。すなわち、レビー（Jacob T. Levy）が指摘するように、アメリカにおける対話理論や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]とも評価されるのである。

アメリカ憲法学における対話理論は、憲法秩序形成における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、上記のように、その理論的前提や規範的な含意の有無等において、多様性を有する。そこで本章においては、諸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[18]。かような分析を踏まえたうえで、司法部が、司法の優越の実

---

[15] Paulsen, *supra* note 14, at 222. なお、対話理論とディパートメンタリズムの関係については、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義――憲法解釈の最終的権威をめぐって」帝京法学25巻２号（2008年）134-135頁も参照。

[16] 我が国における対話理論に関する議論状況について、川崎政司は「「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」と、やや否定的な見解を提示する。川﨑＝大沢・前掲注５）39頁〔川崎政司執筆〕。関連して、大林啓吾「判決の余韻」千葉大学法学論集33巻１号（2018年）132頁注15も参照。

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

[18] アメリカにおける対話理論に言及する我が国の先行研究として、尾形・前

際的限界を踏まえつつ、他部門や人民との相互関係において憲法秩序形成に参与するための対話の在り方について、検討を加えることとする。

第１節では、まず、近時の国際的な対話理論の興隆において重要な地位を占め、かつ、我が国における重要な先行研究である「対話的違憲審査の理論」の基盤である、カナダの対話理論を簡単に検討する。これによって、アメリカとカナダの対話理論の関係性及び両者の類似点や相違点を明らかにすることを試みる[19]。このような検討を踏まえつつ、第２節では、アメリカにおける対話理論に関する規範的議論と実証的議論を分析する。その上で、司法の優越を維持するうえで有用となりうる、対話理論における戦略性について検討する。

第１節：比較対象としてのカナダ

第１款：違憲審査制の類型論

――「弱い形式」の違憲審査と「強い形式」の違憲審査――

アメリカとカナダの対話理論を論ずる前提として、それぞれが採用する違憲審査制の類型について概観する。

20世紀終盤以降、比較憲法学の領域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（審査の文脈）」[20]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分類が、主としてなされてきた。これに対して、憲法判断の効力に着目する新たな類型論は、違憲審査制について「強い形式（strong-form）」と「弱

掲注３）、村山・前掲注３）のほか、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』（有斐閣、2011年）なども参照。

[19] 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、その制度的・理論的基盤という側面から概観することとする。

[20] 村山・前掲注３）117頁。

い形式（weak-form）」という区別を採用する[21]。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[22]。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、最高裁がある法律について違憲と判断した場合、当該法律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法律の法的な効力を否定するという形式を採用する[23]。さらに他の政治部門との関係においても、最高裁の憲法判断は、少なくとも短期的・中期的には拘束力を有する[24]。すなわち、「強い形式」の違憲審査制においては、最高裁判所による憲法判断は最終的なものとなることが、基本的には前提とされるのである。

これに対して、20世紀終盤に発明された「弱い形式」の違憲審査制は、「法律が憲法規範に反すると判断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の組み合わせ」[25]と定義される。そして、そのような形式の違憲審査制においても、法律の違憲性を単に宣言するのか、それとも当該法律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[26]。いずれにせよ、「弱い形式」の違憲審査制においては、司法部によ

---

[21] 村山健太郎は、「強い形式」と「弱い形式」という違憲審査制の類型論が比較憲法学において議論さ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３）117-118頁。

[22] *See* MARK V. TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS : JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2008). なお、横大道聡＝吉田俊弘『憲法のリテラシー』（有斐閣、2022年）135頁も参照。

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

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

[25] Tushnet, *supra* note 23, at 322.

[26] *Id.*

る憲法判断は最終的なものとならず、立法部はこれを覆すことが想定されるのである。

この「弱い形式」の違憲審査制の典型国として挙げられるのが、カナダである[27]。すなわち、カナダ人権憲章33条１項は、「連邦議会または州立法部は、連邦議会の法律または州立法部の法律において、憲章２条または７条から15条の規定にもかかわらず、その法律または一つの条項が適用されることを、明示的に宣言することができる」と定める。かかる条項の導入により、カナダは、司法部が憲法の意味を最終的に決定する制度とは異なった違憲審査制の類型を採用したものと評価される[28]。換言するならば、カナダの違憲審査制モデルは、「司法審査と司法の優越が、一体である必要はない」[29]ことを示すものと解されよう。

このような類型の違憲審査制の利点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、司法部が立法部に対して憲法条項に関する自らの理解を伝え、これに対して立法部もまた憲法条項に関する自らの理解に基づいて反応し、最終的な行動を採ることを許容するものである[30]。つまり、「弱い形式」の違憲審査制のもとでは、制度上、立法部が司法部の違憲判決に対抗する手段が付与されることにより、憲法判断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。これにより、違憲審査の反民主的な性質は緩

---

[27] タシュネットによれば、「弱い形式」の違憲審査制はさらに、①最も弱いタイプ②中間程度に弱いタイプ③最も強いタイプの３つに分類され、カナダは③の典型国に位置付けられる。その理由としてタシュネットは、カナダでは、違憲な法律の効力を停止する権限が裁判所に付与されているものの、人権憲章33条により、連邦議会や州立法部は、通常の立法措置によって違憲判決を拒絶できることを挙げている。*Id.* at 323-325.

[28] ガードバウム（Stephen Gardbaum）は、人権憲章33条について、「民主的な政治制度における権利保障の新たな概念に、制度的な基盤を付与するもの」であり、アメリカ型の司法の優越に代わる魅力的な選択肢であると評価する。Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707, 724 (2001).

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

[30] Tushnet, *supra* note 23, at 326.

和されうる。

上記で述べたように、新たな違憲審査制の類型論によれば、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、区別される。そして、人権憲章33条は、カナダにおける「弱い形式」の違憲審査制を特徴づける条文と位置付けられる。ただし同条文は、その使用に抵抗するような「政治的風潮」ゆえに[31]、その重要性自体が「相対的に低くなっている」[32]とされる。それゆえに、現実の憲法実務において人権憲章33条が使われることはほとんどない以上、結果としてカナダの最高裁は、憲法解釈において至高の地位を占めることになるのではないか、との指摘も存在する[33]。

このように、現実の運用面に鑑み、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、人権憲章33条のほかに、いかなる制度的な基盤を根拠として同理論を展開したのであろうか。

第２款：カナダにおける対話理論の制度的基盤

以下では、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。レビーによれば、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、立法部の対応方法としては以下の四つが考えられる[34]。第一に最高裁の判決を維持して法律を無効とすること、第二に最高裁が適示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33条に基づいて、法律が違憲と判断されたにもかかわらず有効であると宣言すること、そして第四に、人権憲章１条に基づき、合理的で論証可能な正当性があるとの主張のもと、違憲判決に反するよう

---

[31] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 83.

[32] 佐々木・前掲注２）「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。

[33] 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).

[34] Levy, *supra* note 17, at 74.

な法律を再度制定するという方法である。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になり、人権憲章の解釈について最高裁が最終性を有することとなる。また、第三の手法である人権憲章33条は、第１款で論じたように、カナダでの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。すなわちレビーによれば、カナダにおける憲法上の対話の可能性を開くのは、第四の手法である人権憲章１条であると解される[35]。

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、「人権憲章違反に基づいて法律を無効と判断する判決に続く、立法部による何らかの行為」[36]がなされることを指すと定義する。また、「司法部による判決が、立法部によって覆され、修正され、あるいは回避されることに対して開かれている場合、最高裁と立法部の間の関係を対話とみなすことは、有意義である」[37]と述べる。その上で彼らは、違憲審査が、「人権憲章における個人主義的価値観と共同体全体の利益のための社会的・経済的政策の達成とを、いかに調和させるのが最善であるか、という対話の始まり」[38]であることを指摘する。

そしてホッグとバッシュルは、対話を促進するための制度的基盤の一つとして、人権憲章１条を挙げ、同条文のもとにおける対話の在り方について、その具体像を提示している。それによれば、1986年のR. v. Oakes[39]において、カナダの最高裁は、人権憲章上の権利に関する法律による制約の合憲性判断につき、四つの審査基準を示した。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、不均衡に厳しい影響を与えてはならないこと、の四つで

[35] *Id.* at 75. 佐々木・前掲注２）「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、村山・前掲注３）121頁も参照。

[36] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 82.

[37] *Id.* at 79.

[38] *Id.* at 105.

[39] [1986] 1 S.C.R. 103.

ある。ホッグとバッシュルによれば、人権憲章１条に関する先例に照らすと、これまで問題となったほとんどの法律は（1）（2）（4）の審査基準を満たしており、論争の中心となるのは、（3）の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[40]。それゆえ、ある法律が人権憲章に反すると判断されたならば、「それはほとんどの場合、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のみを意味する」[41]のである。そして司法部は、なぜ当該法律が人権憲章１条の基準を満たさないのかを説明し、立法部は、より制限的でない新しい立法手段を講じることにより[42]、当該法律は１条のもとで正当化されることとなる[43]。

同様に、憲章１条をカナダにおける対話の要と位置付けるローチによれば、同条は「最高裁が人権憲章において見出す権利の合理的な制限を正当化することを、立法部に対して許容する」[44]ものであるとする。それゆえに、同条は「最高裁の判断に対応するとともに、最高裁が認識する原理からの逸脱を正当化する手段を立法部に提供するものである」[45]と指摘する。このように、憲章１条は、「人権憲章の下での対話の主要な道具」[46]と解されるのである[47]。

---

[40] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 84-85.

[41] *Id.* at 85.

[42] ホッグとバッシュルによれば、最高裁によって無効と判断された法律の違憲性は、人権憲章を尊重しつつも、重要な立法目的を実質的に達成するための新たな法律の制定によって修正できるとする。またその場合、「最高裁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、立法部は考慮しなければならない」とする。*Id.* at 87.

[43] *Id.* at 85. 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63巻２号（2012年）356頁以下も参照。

[44] KENT ROACH, THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE 7 (2016).

[45] *Id.*

[46] 佐々木・前掲注２）「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。

[47] なお、ホッグとバッシュルは、人権憲章33条と１条のほかに、対話理論の

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の相違点を示すものである。この点についてレビーは、とりわけ対話の行き詰まりが生じたとき、カナダとアメリカでは、その解決手法において大きな差異が生じるとする[48]。すなわち、カナダにおける対話は、人権憲章１条や33条といった対話の制度的基盤の存在を背景とした、立法部と司法部の間で明白な往復のやり取りが存在し[49]、かつそのやり取りは、「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」[50]とされている。

これに対して、アメリカのように「強い形式」の違憲審査制を採用し、政治部門が司法判断に対応するための制度的基盤が用意されていない場合、対話理論は、特に人工妊娠中絶や同性婚といった論争的な憲法上の問題において、司法部の憲法判断に対する政治部門の対応のみならず、公衆がいかに判決に反応するのかにも着目する[51]。つまりアメリカにおいては、司法部と政治部門のみならず、公衆についても、対話の重要なアクターとして位置付けられることになる。そして、このような公衆をも巻き込んだ憲法上の対話は、選挙や連邦最高裁判事の指名などの過程も経て、比較的長期間にわたって行われることが想定される[52]。

以上、憲法上の対話を促進する制度的な特徴に着目しつつ、カナダとアメリカの対話理論の相違点を概観した。第３款では、カナダの対話理論における規範的な前提について検討する。

第３款：カナダにおける対話理論と違憲審査の民主的正当性

再びホッグとバッシュルの論文に着目する。同論文はその冒頭において、人権憲章のもとでの違憲審査は反民主的であるとする批判に対する

制度的基盤として、人権憲章７条、８条、９条、12条における制限付き権利（Qualified Charter rights）の規定、人権憲章15条１項における平等権を列挙する。Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 87–91.

[48] Levy, *supra* note 17, at 73.

[49] *Id.* at 77.

[50] 村山・前掲注３）121頁。

[51] Schor, *supra* note 1, at 87.

[52] Levy, *supra* note 17, at 73, 77.

反論として、対話理論を位置づけている[53]。それによれば、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」[54]とする。そして、この問題は、ヒューズ連邦最高裁判事による「我々は憲法のもとにあるが、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明されているものである、と指摘する[55]。このような状況において、ホッグとバッシュルは、人権憲章のもとでの違憲審査を「国家の政治に対する拒否権」[56]と捉えるのではなく、憲章の個人主義的価値観と、社会的・経済的政策の達成を調和させるための、立法部と司法部の間の対話の始まりと捉える[57]。そして、現実の憲法秩序形成に目を向けつつ、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指摘する。これらカナダ憲法における構造的特徴と、最高裁に対する立法部の実際の対応に目を向けると、カナダにおける司法の民主的正当性に対する懸念は、「維持できない」か、少なくとも「大幅に減少する」ことを、彼らは主張するのである[58]。

違憲審査の民主的正当性という文脈からの批判に対する応答として対話理論を唱える立場は、ローチについても同様である。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が、立法部によって修正・否定されることが憲法上予定されている制度を指す[59]。カナダ人権憲章は、その制度設計において、民主的に選任されていない裁判官に最終性を付与する司法の優越も、民主的に選任された政治部門に最終性を付与する議会の優越も回避し、各アクター間での民主的対話を構築し促進するという新たな地平を開いた、とローチは評

---

[53] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 76-77.

[54] *Id.* at 77.

[55] *Id.*

[56] Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 N.Y.U. L REV. 469, 469 (1981).

[57] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 105.

[58] *Id.* at 80, 105. *See also* Rosalind Dixon, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference*, 47 OSGOODE HALL L.J. 235, 238 (2009).

[59] Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R. (2d) 49, 55 (2004).

価する[60]。

アメリカの憲法学界においてビックルが定式化した、司法審査における「反多数者主義の難点（the counter-majoritarian difficulty）」は、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。ショアーによれば、カナダにおける人権憲章制定時の議論は、ロックナー期に代表される、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多くを学んでいたことを示唆するものでもあった[61]。さらに、人権憲章がカナダ最高裁を「アメリカ化する」ことへの疑念――すなわち、司法の優越を背景とした強力な司法部が民主主義の脅威となること――は、カナダ憲法理論においても存在していた[62]。かような議論状況において、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る対話理論は、違憲審査の民主的正当性に関する議論に対する打開策として提唱されたものと位置付けられる[63]。すなわち対話理論によれば、人権憲章の解釈において、司法部と立法部は双方ともに最終性を有さず、ほとんど対等な関係性が存在するのであり、それゆえに、司法部は民主主義に対する大きな脅威とはならない。

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、規範的な関心事項が存在すると解される。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」するものであり、少なくとも「違憲審査の民主的正当性に対する疑念をかなりの程度和らげること」[64]を可能にした[65]。これに対してアメリカにおいては、違憲審査と民主主義の緊

---

[60] Roach, *supra* note 44, at 7.

[61] Schor, *supra* note 1, at 87.

[62] *Id.* at 90.

[63] Rosalind Dixon, *Constitutional 'Dialogue' and Deference* in CONSTITUTIONAL DIALOGUE; RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 165（Geffrey Sigalet et al. eds., 2019）. *See also* Dixon, *supra* note 58, at 238.

[64] 佐々木・前掲注２）『対話的違憲審査の理論』８頁。

[65] カナダ対話理論の影響を受ける「対話的違憲審査の理論」についても、同理

張関係を、対話理論の理論的な前提とするか否かについて立場が分かれるが、この点については後述する。

第２節：アメリカにおける対話理論

本節では、アメリカにおける対話理論を取り扱う。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、体系的に論じられるようになってきたとされる[66]。その代表例としては、例えばフィシャー（Louis Fisher）による業績を挙げることができるが[67]、本節との関係において指摘するべきは、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。例えばロストウ（Eugene V. Rostow）は、司法審査と民主主義の関係について論じた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。裁判所によってなされる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機関（educational body）であり、裁判官は必然的に、重要な国家的セミナーにおける教師と位置付けられる。[68]

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

論は「従来指摘されてきた違憲審査の民主的正当性に関する疑義をかなりの程度軽減し、違憲審査権の行使を今以上に積極的にすることを正当化する理論」と位置付けられている。佐々木・前掲注２）『対話的違憲審査の理論』215頁。なお、曽我部・前掲注３）56頁も参照。

[66] *See* Maltz, *supra* note 6, at 375.

[67] *See* Fisher, *supra* note 14.

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

のプロセスの中に位置づけ、そのような過程における「教育機関」として、連邦最高裁の役割を位置づける。このような見解は、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。

さらに言えば、かような見解は、法形成主体相互の協調的な関係を重視し、それぞれの法形成主体は制度的適性に応じて、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性を有するものである。この点において、「対話的司法審査は、立法部や執行部と比較した時の、裁判所において特有な性質に関心を寄せるリーガル・プロセスの伝統に由来している」[69]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と解される[70]。

前述のビックルの研究における主たる関心事の一つは、「反多数支配的な勢力（counter-majoritarian force）」[71]であり、「アメリカ民主制において逸脱した制度」[72]である司法審査が、「民主的プロセスを弱める傾向を有する」[73]という前提のもと、民主制においていかなる役割を果たすべきかの探究[74]にあった。このようなビックルの問題意識は、第1節で検討した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[75]。すなわち、対話

---

[69] Roach, *supra* note 59, at 69.

[70] 関連して、リーガル・プロセスと「対話的違憲審査論」、さらにはディパートメンタリズムとの「一定の共通性」に言及する業績として、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：実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）217頁注123を参照。

[71] Bickel, *supra* note 11, at 16.

[72] *Id.* at 18.

[73] *Id.* at 21.

[74] 「政策決定を伴う可能性があり（実際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ないであろう機能を探さなければならない」というビックルの指摘を参照。*Id.* at 24.

[75] *See* Roach, *supra* note 59, at 68-69.

理論は、憲法の意味に関する決定がどのような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も示唆する。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に着目するものであり、司法審査における「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。

しかしながらアメリカでは、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には、注意を払う必要がある。すなわち、このような立場は、司法部の決定は政治部門における多数派の意思に優先され、その憲法判断が最終性を有する、という前提自体を否定するのである。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着目する実証的な分析によれば、司法部には様々な制度的・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ことを指摘するものである。第１款においては、上記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の前段階の作業として、「反多数者主義の難点」を前提としつつ、司法部と政治部門、そして公衆の間における対話を論じ、司法部の果たすべき役割を探究した業績について検討することとする。

第１款：対話理論の萌芽――規範的議論としての対話――

まずはビックルの憲法理論を検討する。前述のように、ビックルの憲法理論は「三権が憲法を創りあげていくという動態的プロセスに着目」[76]しつつ、「マクロ的観点から統治のあり方を検討」[77]したものであった。そして、彼が最も関心を持っていたのは、連邦最高裁の判断の終局性にあった[78]。このようなビック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に示唆を与えるものであっ

[76] 大林・前掲注10）38頁。
[77] 大林・前掲注10）43頁。
[78] Bickel, *supra* note 11, at xii.

たが、そもそもビックルはいかなる目的をもって、司法部と政治部門、さらには人民の間における憲法秩序形成の「動態的プロセス」に着目したのであろうか。

「反多数支配的な勢力」たる司法部を、「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]のもと、いかにしてアメリカ民主制に適合させるかという問題において、ビックルが着目したのは、統治全体において司法部が果たすべき役割にあった。ビックルによれば、統治の諸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、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「その時々に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]局面が存在するというのである。問題となるのは、「政府におけるいかなる機関が、このような価値の宣明者かつ保障者となるべきか」[82]ということであった。

ここにおいてビックルは、「便宜（expediency）」に基づいて行動する立法部と、「永続的な価値」の宣明者としての司法部の役割を区別する。つまり彼は、短期的な結果を求める圧力が強く作用し、それゆえに、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」[83]として、司法部こそが原理の宣明者として適格性を有するとする。

そして、このような司法部固有の能力こそが、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、ビックルは説く[84]。「アメリカ民

---

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

[80] Bickel, *supra* note 11, at 24.

[81] *Id.*

[82] *Id.*

[83] *Id.* at 25.

[84] *Id.* at 26.

主制において逸脱した制度」[85]であり、「民主的プロセスを弱める傾向を有する」[86]とまで評される司法部は、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する機関として――そして「偉大で高度に効果的な教育機関」[87]として――その役割を果たすべきとされるのである[88]。

このように、ビックルによれば、統治の一局面において政府が仕えるべき「永続的な価値」の宣明者として、司法部は、民主制において固有の役割を有するとされる。アメリカの統治が全体として「原理づけられた自己統治（principled self-government）」[89]であるべきという観点からは、基本的には民主的な部門の決定が司法部の決定に優位するべきであるものの、基盤的な諸価値は尊重されなければならない[90]。そして、「原理づけられた」とは、かかる諸価値を政府が尊重するべきであることを意味し、特に連邦最高裁における固有の役割は、かかる諸価値を説明し、必要があれば防護することにあった[91]。

では、政治部門とは区別された機能として、司法部は「原理づけられた」判断をするべきであるとして、それは、いついかなる手法によってなされるべきであるのか。この点についてビックルが提唱するのが、「消極の美徳（The Passive Virtues）」[92]という手法である。彼によれば、連

---

[85] *Id.* at 18.

[86] *Id.* at 21.

[87] *Id.* at 26.

[88] ただし、ビックルは後年、「永続的な価値」の宣明という司法部の役割について否定的見解を示している。「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。そしてそれゆえに、司法の優越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」というビックルの指摘を参照。Bickel, *supra* note 7, at 99. なお、野坂泰司「「司法審査と民主制」の一考察（四）」国家学会雑誌97巻９・10号（1984年）676-677頁も参照。

[89] ALEXANDER M. BICKEL, POLITICS AND THE WARREN COURT ix (1973).

[90] Purcell, *supra* note 79, at 522.

[91] *Id.* at 522-523.

[92] *See* Alexander M. Bickel, *Foreword: The Passive Virtues*, 75 HARV. L. REV.

邦最高裁が憲法上の問題について決定をなす際に、原理とは相反するような立法を無効にすることができるし、原理に一致する立法として正当化することもできるが、第三の選択として、そのどちらもしない、という手法も採りうるとする[93]。これにより、司法部は「原理を放棄することなく、政治部門の行為の余地を残す」[94]ことができる、とビックルは指摘する。この第三の選択の具体的方策として、連邦最高裁は、例えば事件・争訟性やスタンディング、成熟性、裁量的上訴、政治問題の法理などの手法を駆使して、原理についての実体的な判断を行うことなく、立法部や執行部に対し、原理の問題について「再考するように促す」[95]ことが可能になるのである[96]。

ビックルによれば、この「消極の美徳」という手法を用いることにより、司法部は「民主的政治過程のためにできるだけ広汎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チェックする権能を保持できる」[97]のである。そしてビックルは同時に、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[98]。この点「消極の美徳」とは、裁判官が政治的バックラッシュから自身を守るために、物議を醸すような論争的な憲法問題につき、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[99]。すなわち、「原理づけられた自己統治」という要請のもと、「永続的な価値」の宣明者としての司法部は、「消極の美徳」によって政治部門との正面からの衝突を避けつつ、

---

40 (1961).

93 Bickel. *supra* note 11, at 69.

94 *Id*. at 71.

95 大林・前掲注10) 43頁。

96 *See* Bickel, *supra* note 11, at 111–198.

97 常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス：アメリカでの司法の機能に関する理論的発展」北大法学論集31巻２号 (1980年) 741頁。

98 *See* Bickel, *supra* note 11, at 244–272.

99 Erin F. Delaney, *Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective*, 66 DUKE L.J. 1,16 (2016). なお、長谷部恭男『続・Interactive 憲法』(有斐閣、2011年) 222頁も参照。

原理を実現するための「対話」を他の部門と行うことを、ビックルは想定するのである。ビックルにおける「動態的プロセス」――あるいは対話――の志向とは[100]、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される。

ビックルによって提唱された憲法理論の一部は、その後のアメリカにおける対話理論の提唱者にも継承されることとなる[101]。例えばペリー（Michael J. Perry）は、その著書において、ビックルを引用しつつ、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、とりわけ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研究書は、裁判所による非解釈的審査（noninterpretive review）[102]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ことを指摘する[103]。彼によれば、それは、ロストウによる連邦最高裁と

---

[100]「連邦最高裁はしばしば、他の部門による最も錯綜した原理に関する問題の検討を促し、かれらを対話や「応答的読解」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。我々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。」というビックルの指摘を参照。Bickel, *supra* note 11, at 261.

[101] *See e.g.,* MICHAEL J. PERRY, THE CONSTITUTION, THE COURT AND HUMAN RIGHTS: AN INQUIRY INTO THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL POLICYMAKING BY THE JUDICIARY (1982); JOHN AGRESTO, THE SUPREME COURT AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (1984).

[102] ペリーの定義によれば、非解釈的審査とは「選挙を通じて責任を負っている統治部門の公務員による政策選択を、裁判所自身が形成した政策選択に置き換えること」である。これに対して解釈的審査（interpretive review）とは、「裁判所自身による政策選択をせず、ただ制憲者によって法典化された政策選択を防護すること」と定義される。Perry, *supra* note 101, at 7.

[103] *Id.* at 112. なおペリーの憲法理論に関する邦語文献として、大林文敏「アメリカにおける司法的政策形成論の一考察――M・ペリーの憲法的政策形成論を中心として――」『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、M・J・ペリイ（芦部信喜監訳）『憲法・裁判所・人権』（東京大学出版会、1987年）を参照。

政治部門や公衆との相補的関係に関する記述であったり、「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、健全な評価ではない。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」[104]というジャクソン（Robert Jackson）の学説などに代表される。ペリーはこのような学説の一つとして、ビックルの業績を位置づける。ペリーは、ビックルが「社会は、実利的な営為の最中で聞き流されたかもしれない、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も高く評価している」[105]と指摘していることに着目する。そして特に、ペリーが言うところの「弁証法的な関係性」について問題となるのが[106]、以下のビックルによる言明である。

> 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。[107]

ペリーが自身の憲法理論において前提としているのは、「人権に関する事案における、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は、政治的・道徳的な問題には正しい答

---

[104] ROBERT H. JACKSON, THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN SYSTEM OF GOVERNMENT 2 (1955).

[105] Bickel, *supra* note 7, at 177.

[106] Perry, *supra* note 101, at 113.

[107] Bickel, *supra* note 7, at 91.

えが存在するということ」[108]であった。このような前提のもと、司法部と政治部門の間における対話――あるいは「弁証法的な関係性」――から、より良い道徳が生じるであろうことをペリーは論じるのである[109]。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「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」[110]を有すると評する。対して、政治部門から独立した司法部については、「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」[111]として、裁判官が時として過ちを犯すことを認めつつ、確立された道徳的慣習を反射的かつ機械的に参照する傾向のある政治過程よりも、正しい答えの方向へと社会を導く可能性を有すると評価する。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、対話無しで現れるものよりもはるかに自己批判的な政治・道徳であり、それゆえに、ヨリ成熟した政治・道徳になりやすいのである」[112]として、連邦最高裁と政治部門の憲法的対話によってこそ、政治的・道徳的問題に正しい答えが見出されるとするのである[113]。

このように、ペリーの憲法理論においては、司法部と政治部門の間における憲法的対話によってこそ、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を追求することができるという点が、強調されているのである。すなわち、ペリーの提唱する、司法部と政治部門の憲法的対話は、政治的・道徳的問題に対する正しい答えを追求するための手段として、位置づけることができると考えられる。

※　本研究はJSPS科研費23K12359の助成を受けたものである。

---

[108] Perry, *supra* note 101, at x.

[109] 松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）380頁。

[110] Perry, *supra* note 101, at 100.

[111] *Id.* at 115.

[112] *Id.* at 113.

[113] *See* Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts*, 38 WAKE FOREST L. REV. 635, 676-677 (2003) .