

司法審査論の新地平（二）——法原理機関説へのレクイエム？

山本龍彦
大林啓吾

一 はじめに

二 ウォーレンコート期——ブラウン判決を中心に

（一） 総説

（二） ブラウン判決に対する評価の推移

（三） 政治部門による権利保障——法原理機関説の結果的限界

（四） 司法優越主義に関する検討

三 マーシャルコート期

（一） マーシャルコートと政治性

（二） 非・法原理機関性

（三） 司法優越主義の否定（以上一二卷一号）

四 南北戦争期

（一） 司法優越主義の欠如——判決に対する敵視と無視（以上本号）

五 ニューデイル期

六 記述的アプローチの意義

七 終わりに

四 南北戦争期

マーシャル (John Marshall) 判事は、長官として約三四年間に渡って司法府の舵を取り、マーシャルコートとして後世に名を残した。そのマーシャルコートは、政治的状况に応じてたくみに態度を変え、後半になると積極的に連邦よりの判断を下し続けたのは先述のとおりである。さて、このマーシャルコートに取って代わったのが、トーニー (Roger B. Taney) 判事率いるトーニーコートである。トーニー判事はジャクソン (Andrew Jackson) 大統領によって任命されたことから推測されるように、⁽¹⁾ マーシャル判事とは政治観が異なっていた。⁽²⁾ このため、トーニーコートは州権よりの判断を下していくことになる。⁽³⁾ ところが、一九世紀に入ると、奴隷問題が重大な問題として顕現し始め、それを基因としてアメリカが分裂へと進み始める。⁽⁴⁾ これに対してトーニーコートはできる限りその問題への接触を避けようと試みるのであるが、最終的には司法府もその渦中へ引きずり込まれることになる。そして、トーニーコートは苦渋の選択を迫られることになるのである。すなわち、一八五七年の *Dred Scott v. Sandford* 連邦最高裁判決⁽⁵⁾ である。

本章では、まず、南北戦争の引き金ともなったこのドレッドスコット判決からみていくことにしよう。⁽⁶⁾ ドレッドスコット判決に対する法的評価は、ほぼ一般的にマイナス評価であるといつてよい。⁽⁷⁾ たとえば、アイズグルーバー (Christopher L. Eisgruber) は、「連邦最高裁の歴史の中で最も非道な判決⁽⁸⁾」であると酷評している。ポールゼン (Michael

Stokes Paulsen) も、ドレッドスコット判決をこれまでのワースト憲法判例の筆頭に挙げて⁹⁾いる。このように、ドレッドスコット判決は悪名高い (infamous) 判決として鳴り響いているのであるが、その理由は何であろうか。

もちろん、それは、本件が黒人を奴隷とみなし、一般市民と区別した点であろう。たとえ、当時の政治的・社会的状況を考慮し、財産権の保障を重視した上での判断であったとしても、人を人として扱わないことの正当化理由にはなり難い。まして、法原理機関の期待を寄せられる司法府がそれとは真逆の判断を行ったことは、後々まで語り継がれることとなる。ペリー (Michael J. Perry) をして、司法判断に「通常の立憲的または道徳的状态が欠けている場合、立法府または執行府 (あるいはその両方) が司法府に敬讓しないことが適切となりうるかもしれない。」¹⁰⁾と云わしめる所以である。ドレッドスコット判決は、市民の政治的権利に対する「最も危険性の少ない機関」 (the least dangerous branch) としての司法府¹¹⁾に、大きな疑義を呈することとなった。

また、ドレッドスコット判決は、政治的影響を大きく受けている。ドレッドスコット判決は、ブキャナン (James Buchanan) 大統領の要請によって憲法判断に踏み切ったという背景があるためである¹²⁾。そして、判決結果については、連邦最高裁は南北の分裂を避けるために人権保障を犠牲にしたという批判がこれまでなされてきた。くわえて、フェデラリズムに関する政治的思惑も影響している。マーシャルコートによって展開してきた連邦よりの政治的志向がトリーコートによって州権よりに変えられた。こうした政治的志向の変化が、ドレッドスコット判決においても反映されているのである¹³⁾。

さらに、ドレッドスコット判決は、後に執行府によって司法判断が覆されたケースの一つであるという点においても重要である。ドレッドスコット判決が下された後、リンカーン (Abraham Lincoln) 大統領は奴隷解放を行っているからである。

このように、ドレッドスコット判決は、本稿の関心事項である司法府の法原理機関性・非政治性・司法優越主義について、いずれをも否定する力を有しているといえる。もつとも、本稿の記述的性格という点を考慮して、ドレッドスコット判決の道徳性や規範性などに触れることは避け、ここでは司法優越主義の否定の側面にのみ焦点を当てて考察していくことにする。¹⁴⁾

(二) 司法優越主義の欠如

1 ドレッドスコット判決の解釈

(1) 事件の背景——北部の連邦派と南部の州権派の対立

それでは、ドレッドスコット判決の内容を確認してから、司法優越主義の否定に照準を当てていくことにしよう。周知のように、ドレッドスコット判決は、南北分裂の危機のさなか、黒人を奴隷として認めた判決である。ただし、その経緯はかなり複雑であるため、当時の奴隷をめぐる状況からみることにする。

建国以前から、アメリカでは奴隷制度が認められていた。もつとも、南北間で奴隷に関する認識や扱いがかなり異なっていた。¹⁵⁾ というのも、南北間には、土地、気候、殖民過程、産業形態等の顕著な相違があり、それが価値観や社会状況における違いをもたらしていたからである。その中で、農園を中心に発展してきた南部にとって、奴隷は欠かせない存在となっていた。

このため、南北間である程度妥協が必要な以上、奴隷制度についても妥協がなされることになる。とりわけ、建国後しばらくの間は、外国に対して一致して対応しなければならぬ状況等があったことから、奴隷問題をめぐって重大な対立を迎えることを意図的に避けてきた。しかしながら、外交関係の危機的状況が落ち着き始めると、国内問題に目が向けられ始め、その中で奴隷問題が議論の的になる。そして、北部では奴隷解放運動が高まっていった。それに加えて、一九世紀になって領土の拡大や州への昇格が増え始めると、奴隷問題の対立に拍車をかけた。なぜなら、新たな領土が奴隷州となるか自由州となるかで、南北の優劣に重大な影響をもたらすからである。多くの議論をかもした上で成立した一八二〇年の「ミズーリの妥協」(Missouri Compromise)¹⁶も絶対的なものではなく、きわめて危うい状況にあった。北部は連邦として統一的に奴隷廃止を目指し、南部はそれに対して州権の独立性を唱えて対立したのである。

こういった事態の中で、司法府がこの問題に踏み込むこととなったのがドレッドスコット判決である。ドレッドスコット (Dred Scott) はヴァージニア州で生まれた奴隷で、ミズーリ州、イリノイ州、ウィスコンシン領と渡り歩いた¹⁷。そして、ドレッドスコットは二人目の主人の夫人から暴行されたとして不法行為に基づき損害賠償請求訴訟をミズーリ州高裁に提起する。ドレッドスコットは、自由州であるイリノイ州に移った時点で自由人となり、もはや奴隷ではなくなったと考えた。そこで、自由人であればこうした損害賠償請求を求める権利があるのであって、その判断の過程で裁判所に自由になったかどうかの判断を求めたのである。ミズーリ州高裁では訴えが認められたものの、その後の南北関係の悪化からミズーリ州最高裁はそれを認めなかった。

その後、サンフォード (John F. A. Sandford) に売却されたドレッドスコットは、サンフォードがニューヨーク州に住んでいることから、州際間の問題として連邦の裁判所に訴えを提起した¹⁸。下級審で敗訴したため、連邦最高裁まで上つ

てきたのが一八五七年のドレッドスコット連邦最高裁判決である。当初、数ある訴訟の一つとしてしか見られていなかったこの訴訟が、南北間の緊張とともに、大きな注目を浴びるようになる。さらに、可能な限りこの問題に介入しようとしなかった連邦最高裁に対し、次期大統領に就任が決まっていたブキャナン大統領は憲法判断を求めた。

(2) 幻の先例

さて、連邦最高裁の判決に入る前に、黒人に裁判管轄権を与えるかどうかが判断された「幻の先例」をみておこう。この事件は判例集未搭載のものであるため、正式な裁判記録は残っておらず、新聞紙上の記録しか確認できない。これが「幻」という所以である。

クラウス (Stanton D. Krauss) は、その事例として *Elkay v. Moss & Ives* 連邦高裁判決を挙げる⁽²⁾。エルキー判決とは、奴隷が民事裁判を提起してそれが認められた事件である。一七八六年、自由黒人であるエルキー (Peter Elkay) は二人の娘を奴隷としてアイヴズ (John Ives) とモス (Joel Moss) に連れて行かれてしまった。一八七三年、エルキーは二人の娘を取り戻すため民事訴訟を提起し、二人の娘が自由黒人であることを主張するとともに、不法行為に基づく損害賠償請求を行った。これに対して被告側は、二人の娘はいずれも奴隷であり、不法行為に当たらないとして抗弁した。これについてコネティカット地区の連邦高裁は、二人の娘が自由黒人であることを確認した上で、被告らに二五〇ドルの賠償金を払うように命じたのである。

この事件の記述は、いずれも新聞によるものであり、法的記述の面で不十分な点があることが否めない。しかし、クラウスによれば、この事例が建国初期の事例であることが重要であるという。すなわち、建国初期の事例は原意に

近いものと位置付けられるため、後の問題に影響を与えるというのである。そして、裁判所は黒人も市民として取り扱ひ、裁判管轄権を認めていたのだから、連邦最高裁も原意としてこれを尊重すべきであると主張するのである。

(3) 連邦最高裁の判断——司法府による奴隷判断

それでは、連邦最高裁はこの先例を尊重したのだろうか。答えは否である。判決結果は、七対二で、ドレッドスコットの敗北に終わった。⁽²²⁾ トーニー判事による法廷意見は、黒人はアメリカ市民ではないことからそもそも裁判所に訴えることができないとして本件の管轄権を否定した。つまり、連邦最高裁は本件を審理することができないと述べたのである。本来であればこの時点で司法判断は終わるはずなのであるが、マーベリー判決同様、連邦最高裁はその他の憲法問題についても判断を下す。本件ではさらに政治部門から判断を求められていたこともあつて、トーニー判事はミズーリ互譲法の合憲性についても判断したのである。

法廷意見は、ドレッドスコットはイリノイ州で自由になったとしても、ミズーリに戻った時点で奴隷に戻ったとする。⁽²³⁾ そして、ウイスコンシン領で自由になったという点については、そもそも連邦議会は新たな領土に関する決定権を有するかどうか疑問のあるところであり、新しい領土に関して規定したミズーリ互譲法はその権限の範囲を越えている可能性がある。きわめつけは、それによって奴隷という財産権を侵害することはできず、ウイスコンシン領に持ち込んだ奴隷を自由人にすることは財産権の没収であつて、修正第五条に反して違憲であるとしたのである。⁽²⁴⁾

こうして連邦最高裁は、マーベリー判決以来五四年ぶりに連邦法の違憲判決を下したのである。しかも判決内容は二〇〇頁以上にのぼっている。このうち、法廷意見が占める割合は五〇頁ほどであり、残りの頁は判事全員が個別に

同意意見または反対意見を述べて費やしている⁽²⁵⁾。これをみると、本件がいかに司法府内においても議論をかもしていたかが推測される。その中で、とりわけ注目されるのが、ネルソン (Samuel Nelson) 判事の同意意見とキャンベル (John A. Campbell) 判事の同意意見である⁽²⁶⁾。トニー判事の法廷意見は奴隷の位置付けについて言及することでミズーリ法の違憲を導き出しているが、ネルソン判事やキャンベル判事の同意意見は奴隷制の是非に言及しないままミズーリ法の違憲性を判示しているからである。

ネルソン判事の同意意見によると、本件は準拠法の観点から判断すべきであり、そうすることでミズーリ州の法律が優先することになるという⁽²⁷⁾。すなわち、いかなる州も自己の領域における排他的主権を有するのであって、他の州または国であっても、そこに居住する者や財産を拘束することはできず、ドレッドスコットがミズーリ州にいる以上、ミズーリ州の法律に拘束されるのである。キャンベル判事の同意意見も、ミズーリ州内の問題であるとし、ドレッドスコットの主張を取り上げるか否かについてもミズーリ州の裁量に委ねられるという⁽²⁸⁾。

これらの同意意見は、結果的にはドレッドスコットを奴隷として位置付けることになる。だが、奴隷制の是非には触れずに、準拠法のみに基づいて判断することによって法廷意見と同様の結論を導き出している。つまり、奴隷制の是非に言及しなくても、同様の結論を導くことができたのである。

したがって、トニー判事はわざわざ奴隷の憲法上の地位についてまで言及したが、司法府内でそのような一般問題について司法府が解決しようとするので一致していたとは言いがたい⁽²⁹⁾。つまり、この判決によって、必ずしも司法府が奴隷問題を一般的レベルで解決しようとしていたとはいえず、その帰結として司法優越主義が意図されていたとは言いがたいのである。こうした推測は、つぎに述べる B・フリードマン (Barry Friedman) の議論によって裏付けられることとなる。

(4) 司法優越主義論の欠如——B・フリードマンの解釈

B・フリードマンは、司法府の反多数決主義的性格を歴史的に検証し、いかなるときにその問題が生じるかを考察しており、その中でドレッドスコット判決も扱っている。B・フリードマンによれば、反多数決主義の顕現には四つの要因があるという。⁽³¹⁾ すなわち、①司法判断が多数派の「人民」(the People)と乖離している程度、②その判断が行われたときに公的関心が人民立憲主義(popular constitutionalism)に向いていたかどうか、③そのとき司法の憲法解釈の確定性に信頼があったかどうか、④その判断が司法優越主義の時代に下されたかどうか、である。これらの要素を考慮して、その判決が反多数決主義の難点を構成するか否かが判断できるといっているのである。

こうしてB・フリードマンは、いくつかの判決にこうした基準を当てはめながら、ドレッドスコット判決についても検討している。B・フリードマンによると、ドレッドスコット判決は反多数決主義の問題が少なかった事例であるという。⁽³²⁾

その理由はこうである。ドレッドスコット判決が下された当時、それが反多数決主義になるという意識はなく、人民立憲主義も萌芽していなかった。くわえて、司法が憲法を変えることができないという形式主義(formalism)が欠如していた。さらに、当時は司法優越主義がほとんどなかった。司法府は、多数・反多数という意識や司法優越主義という見解に基づいたわけではなく、国のまとまりのために判断したのである。これらの要因があったことを示す例証として、ドレッドスコット判決に対する反多数決主義の批判が少なかったことが挙げられるという。

また、B・フリードマンの解釈を後押しするものとして、そもそも法廷意見が司法優越主義を想定していなかった

ともいえる言述部分があることも注目すべきである。法廷意見はいかなる者がアメリカ市民であるかについて、「その問題の決定は政治的または立法政策上の問題である。……この問題を考えるにあたって、州が権限の範囲内で定める市民権や合衆国の構成員としての市民権を我々が制限することはできない。」⁽¹³⁾と述べているのである。

B・フリードマンの指摘するように司法優越主義の意図がなかったとすれば、そもそもドレッドスコット判決によって司法府が奴隷問題を一般的レベルで解決したということにならない。つまり、個別的効力は有するとしても、司法府が奴隷問題を一般的に解決し、政治部門を拘束するということにはならないのである。実際、政治部門もドレッドスコット判決が一般的レベルの効力を有するとは考えず、それを倒伏していくことになる。それでは、いよいよその記述に入っていくことにしよう。

(5) ドレッドスコット判決の倒伏——司法判断に対するリンカーン大統領の見解

「連邦最高裁はドレッドスコット判決によって奴隷問題が解決したと考えていたかもしれないが、判決は逆の結果をもたらすこととなった⁽¹⁴⁾」。ドレッドスコット判決は、リンカーン大統領によって覆されるのである。正確に言えば、リンカーン大統領の就任演説——南北戦争——奴隷解放宣言——北軍の勝利——憲法修正——市民権法というプロセスを経て、ドレッドスコット判決が徐々に覆されていく。ただし、ここでは司法優越主義の否定に焦点を当てていることから、リンカーン大統領、すなわち執行府によるドレッドスコット判決の倒伏を考察することにする。

ここで注目されるのが、リンカーン大統領の就任演説である。リンカーン大統領は、ドレッドスコット判決の効力を認めた上で、つぎのように述べた。「率直な市民であれば、もし人民全体に影響を与える重要な政府の政策が連邦

最高裁の決定によって不可逆的に固定されてしまつたら、……人民は、自ら治者となるために、事実上信託した政府を高位の裁判所の手に委ねることをしなくなるだろうと、いわざるをえない³⁶⁾」。

リンカーン大統領が判決の効力を認めながらもこうした発言を行った趣旨は、司法判断の個別的効力を認めつつ、その一般的効力については否定的な見方をしていた表れといえる。ポールゼンはかかる言述につき、リンカーン大統領は判決を受け入れるとしながらも、第二のドレッドスコット判決が再来するのを阻止し、ドレッドスコット判決が先例とならないように決心したものであると解釈する³⁷⁾。つまり、ドレッドスコット判決自体の効力は認めるが、それが最終的な決定になるわけではなく、今後執行府としてはこれに対抗していくという姿勢を明らかにしたものであるというのである。

これについてファーバー(Daniel Farber)も、同様の指摘を行っている。ファーバーによると、このような大統領の発言が大統領権限に基づいてドレッドスコット判決を無視することを意図していたのであれば、それは憲法問題を惹起することになる。だが、そうでなければ、ドレッドスコット判決によって奴隷の問題が終結するわけではないことを表した点が重要となってくる³⁸⁾。つまり、リンカーン大統領の発言によって、ドレッドスコット判決には法的効力があるが、これによって議論が終結したわけではなく、司法判断が一般的解決となつたわけではないのである。そうであるとすれば、仮に法廷意見が司法優越主義を意図していたとしても、それは司法府の一人よがりの発言に過ぎないということとなってくる。こうしてみると、いみじくもサイドマン(Louis Michael Seidman)が指摘するように³⁹⁾、ドレッドスコット判決は司法府が確定しえないものを確定しようとして失敗した例の一つとして位置付けられることになるのである⁴⁰⁾。

さて、いずれにしてもドレッドスコット判決はその後の南北戦争を経て、リンカーン大統領の奴隷解放宣言によつ

て形式上完全に覆され、その後の再建期および憲法修正を経て実質的に倒伏されていった。こうした事実をもってシャーウィン (Emily Sherwin) は、本件が司法優越主義論者にとって重大な欠点になるとい⁴³う。シャーウィンは、司法優越主義論者が本件を例外的事項として片付けようとしていることを指摘しつつ、司法優越主義にとってそういった事例の存在が致命的であることを示唆する。というのも、司法優越主義はすべての事例において司法が優越することを唱えるものであるため、一つの事例でも覆されてしまうと、その議論が成り立たなくなってしまうからである。

2 政治部門による人身保護令状および忠誠宣誓違憲判決の無視

このように、ドレッドスコット判決は、司法優越主義が否定された代表例といえる。もともと、南北戦争期における司法優越主義の否定的事例はドレッドスコット判決に限られるわけではない。つぎに、南北戦争中および戦争後において、司法優越主義が否定された事例をみることにしよう。

(1) 執行府による人身保護令状の無視——メリーマン判決

まずは、南北戦争中の事例である一八六一年の *Ex Parte Merryman* 判決⁴⁴を取り上げよう。メリーマン判決は、執行府による人身保護令状の停止が争われた事件である。当事者は、メリーマン (John Merryman) というメリーランド州の反連邦派の人物である。当時、メリーランド州は南北境界線に接する州であり、北部に対する抵抗勢力が存在していた。メリーマンもその一人で、ボルティモア地区の暴動に乗じて橋梁爆破や電線切断に参加していた。リンカーン

大統領はこうした勢力を反乱分子とみなし、未然に反乱行動を防ぐために予防拘禁を行い始めた。この予防拘禁施策で拘束された一人が、メリーマンである。かれは、深夜二時頃、自宅で就寝中のところを軍事警察に踏み込まれて連行され、拘禁された。弁護士の請求があつたにもかかわらず、その罪状は必ずしも明らかにされず、いつまで拘束されるのかも不明なままであつた。このため、メリーマンが人身保護令状を求めたのが本件である。

メリーマンの訴えは連邦高裁で認められ、人身保護令状が発行された。当時、連邦最高裁判事と連邦高裁判事を兼ねていたトニー判事がこれを認めたのである。しかしながら、執行府はこれを無視するという態度に出た。すなわち、執行府は司法判断にまつたく従わなかつたのである。このため、トニー判事は本件において人身保護令状を無視するのは違憲であるとの判決文を書くという、異例の措置をとつた。

争点となつたのは、執行府が単独で人身保護令状を停止することができるのかという問題であつた。⁴⁵ 人身保護令状の停止に関する憲法上の規定は、第一条第九節第二項である。しかし、この権限を行使する主体が明記されていなかったため、執行府が人身保護令状を停止する余地が残されていたのである。これについてトニー判事は、憲法条文の構造に着目しながら、執行府は単独で人身保護令状を停止できないとした。憲法は立法府の権限を第一条で規定している。したがって、人身保護令状の停止に関する規定が憲法第一条に配置されている以上、それは立法府の権限であると述べたのである。

さらにトニー判事は、執行府の権限が市民の自由と与える脅威について触れる。⁴⁶ 市民の自由に影響を及ぼす可能性のある執行府の権限については、憲法上執行府に与えられるという明文規定が必要であり、くわえて、戦争宣言のように、立法府の抑制がかけられていることが必要である。ところが、人身保護令状の停止は市民の自由に深く関与することに加え、明文で執行府に与えられているわけではない。さらに、仮に執行府が人身保護令状を停止する権限

を持つているとしても、これには立法府による制限がかけられなければならない。

そして、執行府がとりうる最後の解釈方法として、「誠実な法の執行」があるという。⁽⁴⁷⁾しかしながら、単独で人身保護令状を停止することは立法府の権限の篡奪にあたることから、法の誠実な執行による正当化もなしえないとした。

ところが、このような司法判断に対しても執行府は無視し、それどころか、リンカーン大統領は反論にうってでる。⁽⁴⁸⁾リンカーン大統領は、メリーマン判決の不当性に関するメッセージを連邦議会へ送りつけたのである。それによると、緊急時においては大統領が軍総司令官としての権限を行使することができる。その場合、人身保護令状を停止する裁量をも有することになる。すなわち、緊急時においては、通常の司法過程を経ずに、公共の安全のために拘束することができるのである。ところが、このような緊急時に連邦議会の承認を待っていては、それに対応することができない。このため、憲法はわざと主体を明記しなかった。つまり、人身保護令状の停止が必要になるのは緊急時であり、それに対応すべく、大統領がその権限を行使する余地を残しておいたのである。さらに、トニー判事が言及している法の誠実な執行の問題は、執行行為の行われる前に、その授權や適切性が問題とされるものである。ところが、これはそのような問題ではない。これは、連邦制の維持という法全体の問題であって、それが執行されなければ、平和を維持することができるわけがないのである。

リンカーンはこのようにメリーマン判決に反発し、その判決を無視したのであった。さらに、司法長官ベイツ (Edward Bates) は、いかなる機関が人身保護令状停止の権限を有するかについて憲法は曖昧であるため、大統領の憲法解釈を司法府の憲法解釈によって拘束することはできないという文書を連邦議会に送りつけた。⁽⁴⁹⁾

このような態度は、まさに司法優越主義を否定する見解の表れである。もともと、ベイツの意見表明と同日、メリーマンは拘束を解かれて大陪審へ送られたため、司法府側もこれ以上この問題を蒸し返さなかった。

その後、リンカーンは連邦議会に働きかけて人身保護令状停止の授權を迫り、一八六三年には立法に成功した。リンカーン大統領はそれを基に何千人もの市民を拘束することになった。

こうしてみると、人身保護令状の停止権限をめぐる争いは、必ずしもいずれかの機関が優越したとは言い難いかもしれない。おそらく、三権が共同して憲法構築したというのが適切な表現であろう。しかし、メリーマンを解放したのは判決に従ったわけではない点や、執行府が司法判断に拘束されないことを明言していた点、そしてリンカーン大統領の働きかけによって立法が成立した点を見ると、少なくとも司法優越主義は否定されていたことがわかる。

(2) ロッキアン的解釈による正当化

さて、このような政治部門による態度は、いかなる根拠から生じるのであろうか。とりわけ、これらのケースにおいては、司法判断の個別的効力でさえ否定していることに留意しなければならぬ。司法優越主義を否定するといっても、個別的効力までも否定する見解は少ない。「司法優越主義に対する不一致があるといつても、ほとんどの者はある点については一致している。すなわち、その判断の是非はともかくとして、大統領は個別的事件に関して司法府の判断を履行しなければならないのである」⁽³⁰⁾。また、「司法優越主義を否定するのであれば、一般的効力のみ否定し、個別的効力まで否定する必要はない。司法判断がつねに一般的問題を解決し、他権を拘束するという点を否定すればいいだけだからである。

これについては、リンカーン大統領がロッキアン的解釈をとっていたことを示唆するファーバーの指摘が有益である。ファーバーによると、リンカーン大統領は、ロックが法に反してまでも公益のために行動する執行府の権限と呼

んできた特権を念頭に置いていたという⁽⁵¹⁾。そして、この特権は立憲主義に調和しないが憲法典に埋め込まれている内在的なものであるというのである。このような解釈を受けてレーナー (Craig S. Lerner) は、そもそも憲法起草者らはこうした事態を考慮しておらず、リンカーン大統領はむしろ憲法をそうした体制に移行させることで憲法典を守つたと主張する⁽⁵²⁾。つまり、これらは憲法典の生存をかけるきわめて例外的な場合に実施された措置というのである。

こうした解釈と先述したリンカーン大統領の言述を重ねると、リンカーン大統領は必ずしも司法判断の個別的効力までも否定する意図はなく、メリーマン判決に対する執行府の対応は憲法典の生存をかけた例外的な場合にのみなされたものであると考えられる。

(3) ミズーリ州憲法の違憲判断——カミングス判決

つぎに、場面を変えて南北戦争後の事例をみることにしよう。ここでは、連邦再建のために制定された忠誠宣誓の合憲性が問題となった。

一八六五年四月のリー將軍 (Robert E. Lee) の降伏によって南北戦争は終わりを告げた。しかし、南北戦争が終了したといっても、それによって状況が落ち着いたわけではなかった。むしろ、その後の再建をめぐる三権の争いは熾烈をきわめることとなる。そうした中、なんとか連邦制の再建を果たそうとしてとられた施策の一つが、忠誠宣誓である。すなわち、一定の公的活動者に対して連邦への忠誠を宣言させることで、再建を心理的に促進すると同時に、なお不安定な状況にあった事態を打開すべくさらなる分裂危機を防ごうとしたのである。こうした試みは連邦政府だけでなく、一部の州政府にもみられた。

このうち、ミズーリ州憲法が制定した忠誠宣言規定が問題となったのが一八六七七年の *Cummings v. The State of Missouri* 連邦最高裁判決である。ミズーリ州の憲法は、教師や牧師等の一定の公的活動を行う者に対して忠誠宣誓を課し、新たに職につく者についてはその就任時、以前からその職に従事している者に対しても修正憲法施行後六〇日以内に忠誠宣誓を行うように強制した。これに対し、ローマカソリック教会のある牧師はこれを拒否したため、五〇ドルの罰金を科され、それを納めるまで監獄に収容された。このため、この牧師がミズーリ州憲法の忠誠宣言規定が連邦憲法による刑事手続の保障を侵害しているとして訴訟を提起したのが本件である。

フィールド (Stephen J. Field) 判事による法廷意見は、当該規定による処罰は、①遡及処罰 (ex post facto) の禁止および②私権剥奪法 (bill of attainder) の禁止に反するとして違憲判決を下した。それによると、まず、従来からその職に従事していた者に対して宣誓を課し、それを行わなかった者を処罰することが遡及処罰となるため、①に反する。つぎに、一定の職業の者に対してのみ宣誓を課すことが②に反する。そして、司法手続を経ずに罰則を科すことも②に反するとしたのである。

フィールド判事は、最後に、こうした忠誠宣誓規定が建国当初から憲法上の権利を侵害するものとして認識されていたことを引き合いに出して締めくくっている。一七八三年の平和条約の後、ニューヨークで過去の行為を罰する手段として宣誓が用いられていた。これに対して、憲法起草者の一人であるハミルトンが疑義を呈していたことをフィールド判事は取り上げ、つぎのように述べた。「我々はかれの残したこの問題に関する文書を引用することになろう。そこには、かれの卓越した能力があふれている。かれは、宣誓が罪を押し付けているだけでなく、革命によって確保された人民の権利や自由に関するあらゆる憲法上の保障を侵害することになることを明らかにしたのである」。

(4) 連邦審査法の違憲判断——ガーラント判決

この事件と同日、連邦法の忠誠宣誓規定に関する違憲判断も下された。Ex Parte Garland 連邦最高裁判決⁵⁷である。南北戦争最中の一八六二年、連邦議会は連邦の結束力を保つためにほとんどの公務員に忠誠宣誓義務を課す法律を制定した。さらに、戦争終了を間近に控えた一八六五年一月には、当該法律の対象を弁護士や裁判官にも適用を拡大した。ところが、既に弁護士として認められていたガーランド (A. H. Garland) 弁護士はこれを拒絶した。本来、この時点で罰則を科されるはずであったが、ジョンソン (Andrew Johnson) 大統領は忠誠宣誓を行えば南北戦争時の反乱に参加した罪も含めて恩赦を与える旨を伝えた。しかしながら、ガーランドは当該法律の違憲性を唱えて提訴したのである。

ガーランドの主張は、つぎのような二段がまえの戦法であった。すなわち、①当該法律が違憲であること、②仮に違憲でなくても大統領の恩赦によって忠誠宣誓の強制から赦免されること、を主張したのである。ガーランドとしては、たとえ①の憲法違反の訴えが退けられても、②で裁判所が実質的な救済をはかるのではないかという、いかにも弁護士らしい戦略にでたのである。

ところが、連邦最高裁は、このガーランドの戦略的期待をある意味裏切ることとなる。連邦最高裁は、ガーランドの主張を二つとも受け入れ、忠誠宣誓規定を違憲および無効とした上、大統領の恩赦により宣誓が免除されるとしたのである。

カミングス判決同様、本件においてもフィールド判事が法廷意見の筆をとった⁵⁸。それによると、まず当該宣誓規定の違憲性については、同日のカミングス判決と同様の理由で違憲となるとする。本件とカミングス判決との違いは、規制立法が州法か連邦法かといった違いだけであって、本件においても遡及処罰の禁止および私権剥奪の禁止に反す

るとしたのである。これだけで原告の救済ができないわけではないだろうが、本件には恩赦が絡んでいる。このため、宣誓規定が憲法上の刑事手続に反して違憲であるとしても、大統領が恩赦を利用して宣誓の強制を試みているため、これについても救済措置をとる必要がある。そこで法廷意見は大統領の恩赦権についても言及し、つぎのような技巧を用いて救済をはかった。

フィールド判事は、大統領の恩赦権が絶対的な性格を有し、立法院による統制に服さないものであることを確認する。それどころか、恩赦権の範囲は有罪判決の事前・事後を問わないとして司法府の判断にも拘束されないことを示し、恩赦権の強さに敬服するかのような姿勢をとったのである。

ところがこうした判示には伏線が用意されてあった。⁹⁹ 翻って本件を顧みると、ガーランドに与えられた恩赦は反乱に関するすべての罪とされている。一方で、恩赦の条件として宣誓が付けられている。これを合わせて考えてみると、恩赦を与えるにもかかわらず、宣誓という罰則を科さなければならぬことになる。つまり、実質的に恩赦が達成されないことになるのである。このような結果を導いてしまうような形で当該宣誓規定の適用は、立法院の権限の範囲を越えているとしたのである。

(5) 立法院による不服従——再建法の制定

このように、連邦最高裁は連邦法と州法のいずれの形式においても、忠誠宣誓を違憲とした。しかしながら、この判例法理は忠誠宣誓をめぐる問題に終止符を打ったわけではなく、むしろこの問題は再建法を中心にして三権三つ巴の争いに発展していく。再建期は、穏健派のジョンソン大統領、共和党過激派・穏健派が入り混じる連邦議会の多数

派、そして再建法⁽⁶⁰⁾をめぐる意見が分かれる連邦最高裁、といったようにきわめて混沌とした時期であった。その中で、共和党過激派が主導となつて連邦議会が再建法を成立させようと試みた⁽⁶¹⁾。これに対して穩健派のジョンソン大統領は、恩赦を用いながら執行府主導で南部との調整をはかりたいと考え、拒否権を行使した⁽⁶²⁾。だが、立法院は三分の二を得て再可決し、拒否権を乗り越えて再建法を成立させたのである⁽⁶³⁾。これらは、執行府と立法院の対立であるが、後の修正過程で司法部への対抗姿勢も現れることとなる。すなわち、再建法の中に忠誠宣誓規定を設けられていくからである。このため、司法部の判断についても立法院が乗り越えていたことになる。

忠誠宣誓規定の内容はこうである。一八六七年の規定では、公務員のうち、大統領によつてその罪を明らかにされた者は、忠誠宣誓をしなければならぬとされ、それに従わなかった場合には懲役または罰金に処されることとされた⁽⁶⁴⁾。さらに、一八六八年には、反乱に参加した者は忠誠宣誓をしなければならぬという規定も追加され、より再建目的にそつた形で規定されたのである⁽⁶⁵⁾。

もつとも、カミングス判決やガーランド判決における法律と違ふ点が二つある。その一つは、両判決は遡及処罰の禁止や私権剥奪法の禁止に反するとして刑事手続の問題で違憲となつたが、再建法は両判決における法律ほどこうした刑事手続の問題を惹起していないようにみえる点である。もう一つは、両判決のときの法律が公的職業という広範な者を対象としていたのに対し、再建法は犯罪を犯した者または反乱に参加した者に対象を限定している点である。

しかし、前者については、過去の犯罪について忠誠宣誓で対応している点など、遡及処罰の禁止違反の可能性がある。なお、このような法律は思想強制を行っているため、修正第一条違反の疑いが強い。むしろ、両判決で修正第一条の問題が取り上げられなかった方が問題であつたといえる。後者については結局忠誠宣誓を強制している点に変わりはない。したがつて、立法院は再建法により、司法の判断に従わなかつたといえるのである。

以上の事例は、いずれも司法優越主義を否定している事例である。南北戦争期が混乱期であるとはいえ、司法優越主義が否定された点についてはきわめて明確なのである。それでは、つぎに、司法府が法原理機関として機能しなかった事例をみることにしよう。

【注】

- (1) トーニー判事は、州権派のジャクソン大統領によって任命された。また、この時期から多くの州権よりの連邦最高裁判事が任命されている。M・L・ベネディクト著・常本照樹訳『アメリカ憲法史』七六頁（北海道大学図書刊行会、一九九四年）。
- (2) 大越康夫『アメリカ連邦最高裁判所』三九頁（二〇〇二年）。
- (3) 田中英夫『アメリカ法の歴史』三七七頁（東京大学出版会、一九六八年）。
- (4) RICHARD H. FALLON, JR., THE DYNAMIC CONSTITUTION: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTION 20 (2004), さらに、分裂の危機が近づくにつれて、司法府も不安定になっていった。
- (5) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).
- (6) 安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立教法学第六三号六一頁（二〇〇三年）。安西文雄教授は、一八〇三年に下されたマーベリー判決以降、司法優越主義に問するいくつかの事例のうち、最初にドレッドスコット判決とそれに対する執行府の態度が挙げられるとしている。
- (7) Mark A. Graber, *Desperately Ducking Slavery: Dred Scott and Contemporary Constitutional Theory*, 14 CONST. COMMENTARY 271 (1997).
- (8) Christopher L. Eisgruber, *Dred Again: Originalism's Forgotten Past*, 10 CONST. COMMENT. 37, 41 (1993).
- (9) Michael Stokes Paulsen, *The Worst Constitutional Decision of All Time*, 78 NORRE DAME L. REV. 995, 1001 (2003).
- (10) Michael J. Perry, *What Is "the Constitution" ? (and Other Fundamental Questions)*, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL

FOUNDATIONS 99, 123 (Larry Alexander ed., 1998).

(11) フェデラリスト七八編のハミルトン (Alexander Hamilton) の言述である。「……司法府は、その機能の性格からして、つねに憲法の政治的権利に対して最も危険性の少ない存在である」。See THE FEDERALIST PAPERS No.78, at 464 (Alexander Hamilton)(Clinton Rossiter ed., 2003).

(12) Mark A. Graber, *Dred Scott as a Centrist Decision*, 83 N. C. L. Rev. 1229, 1237 (2005).

(13) Alfred L. Brophy, *Let Us Go Back and Stand Upon the Constitution: Federal-State Relations in Scott v. Sanford*, 90 COLUM. L. Rev. 192, 193 (1990).

(14) なお、前号では、「司法府の政治性——法原理機関の否定——司法優越主義の否定」の順で検討してきたが、南北戦争期では、史的推移の複雑性等の問題による記述上の都合から、司法優越主義の否定から始めることにする。

(15) 田中・前掲注(3)、四一六—四二九頁。

(16) ミズーリ州がアメリカの州となる際に、北部と南部がその地位(奴隷州か自由州か)をめぐる激しく対立した。このため、妥協案として「ミズーリの妥協」が成立し、妥協的解決をはかった。その内容を簡潔に言えば、ミズーリ州を奴隷州として認める代わりに、この年以降に新しい州が合衆国に加えられる場合には、北緯36度30分以北であれば「自由州」として、それ以南であれば「奴隷州」とする、というものであった。

(17) CHARLES FRIED, *SAVING WHAT THE LAW IS* 172 (2004).

(18) Christopher L. Eisgruber, *The Story of Dred Scott: Originalism's Forgotten Past*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES 151, 155 (Michael C. Dorf ed., 2004).

(19) *Id.* at 156.

(20) JOHN ROOPER, *THE AMERICAN CIVIL WAR* I 351 (2000). ブキャナン大統領は、大統領就任演説で連邦最高裁に係争中の事件によって奴隷問題が解決されるだろうと述べている。このことから、ブキャナン大統領は司法府に諮っていたことがうかがえる。

- (21) Stanton D. Krauss, *New Evidence That Dred Scott Was Wrong About Whether Free Blacks Could Count for the Purposes of Federal Diversity Jurisdiction*, 37 CONN. L. REV. 25 (2004).
- (22) 判決結果は「トニーによる法廷意見に、ウェイン (James M. Wayne)、ネルソン、キャンベル、ダニエル (Peter V. Daniel)、カートン (John Catron)、グリアー (Robert C. Grier) が同意し、カーティス (Benjamin R. Curtis) とブクリーン (John McLean) が反対した。しかし、その判断に至るまづには紆余曲折があり、当初はトニー、ウェイン、ダニエル、カーティスらが同意見で、その他が反対していたが、その後の政治部門からの働きかけ等によって、最終的にこのような結果になったという事実がヴィシユネスキー (John S. Vishneski) によって赤裸々に語られてゐる。John S. Vishneski III, *What the Court Decided in Dred Scott v. Sandford*, 32 AM. J. LEGAL HIST. 373 (1998).
- (23) *Id.* at 452.
- (24) *Id.* at 449-450.
- (25) Paul Finkelman, *The Dred Scott Case, Slavery and the Politics of Law*, 20 HAMLINEL. REV. 1,4 (1996). 「連邦最高裁の九人の判事それぞれが意見を書くというのは南北戦争以前にはなかったことであり初めての出来事である」。
- (26) Mark W. Janis, *Dred Scott and International Law*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 763 (2005). シヤニス (Mark W. Janis) は「印した判断方法が国際私法の準拠法則と国際公法の奴隷制の禁止を念頭に置いたものであるという」。
- (27) *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. at 457-469 (Nelson, J., concurring).
- (28) *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. at 493-518 (Campbell, J., concurring).
- (29) Kenneth S. Gallant, *A Stideling Glance at Infamy: Constitutional Interpretation in Dred Scott*, 12 OKLA. CITY U. L. REV. 795, 805 (1987). 「トレットスコット判決は、連邦最高裁における解釈手法や解釈の源に関する一致が得られていないことを表したといえる」。
- (30) Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N. Y. U. L. REV. 333 (1998).

- (31) *Id.* at 341.
- (32) *Id.* at 413-433.
- (33) *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. at 405.
- (34) こうしてみると、トニー判事は、本件において奴隷に関する司法府の解釈を個別的効力というレベルで示しただけであって、それに一般的効力をもたせようとしたわけではないことになろう。
- (35) ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW* 561 (2001).
- (36) ROBER, *supra* note 20, at 571.
- (37) Paulsen, *supra* note 9, at 1033.
- (38) DANIEL FARBER, *LINCOLN'S CONSTITUTION* 187-188 (2003).
- (39) LOUIS MICHAEL SEIDMAN, *OUR UNSETTLED CONSTITUTION: A NEW DEFENSE OF CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* 96 (2001).
- (40) なお、阪口正二郎教授による過去の評釈がサイドマンの見解を端的に物語っている。「……サイドマンによれば、憲法の役割が自由で多様な社会で必然的に生じる政治的対立を前提としたうえで公正な共同体を維持することであるというのは正しいが、そのためにメタ・レヴェルで政治的対立に決着をつけることを目指すべき理論を構想してきた伝統的な憲法学の営為は、不可能なことを要求していると同時に、有害ですらある」。阪口正二郎「アメリカ憲法学とニューディール再考」『国家と自由——憲法学の可能性』二六頁（日本評論社、二〇〇四年）。
- (41) J. G. RANDALL AND DAVID DONALD, *THE CIVIL WAR AND RECONSTRUCTION* 379 (1961). リンカーン大統領は、南北戦争のさなか、一八六三年一月一日に、南部の奴隷は永久に自由であるという宣言を行っている。
- (42) JOHN CHANNING BRIGGS, *LINCOLN'S SPEECHES* 297-327 (2005). なお、リンカーン大統領の政治的信条は憲法起草者の原意に依拠しているところが多いという指摘がある。リンカーン大統領が原意に基づいていたとすれば、原意主義が司法優越主義に対抗する要素が含まれていることの一つの例証となろう。
- (43) Emily Sherwin, *Ducking Dred Scott: A Response to Alexander and Schauer*, 15 *CONST. COMMENTARY* 65 (1998).

- (44) Ex Parte Merryman, 17 F. Cas. 144 (1861).
- (45) *Id.* at 148.
- (46) *Id.* at 148-149.
- (47) *Id.* at 149-150.
- (48) Jeffrey D. Jackson, *The Power to Suspend Habeas Corpus: An Answer from the Arguments Surrounding Ex Parte Merryman*, 34 U. BALT. L. REV. 11, 20-21 (2004).
- (49) *Id.* at 21.
- (50) FARBER, *supra* note 38, at 188.
- (51) *Id.* at 128.
- (52) Craig S. Lerner, *Saving the Constitution: Lincoln, Secession, and the Price of Union*, 102 MICH. L. REV. 1263, 1294 (2004)(reviewing DANIEL FARBER, LINCOLN'S CONSTITUTION (2003)).
- (53) 一八六五年に憲法が修正され、当該規定が盛り込まれた。ミズーリ州憲法第二条第六節は、ミズーリ州憲法への忠誠を誓う際の言葉についてまで詳細に規定し、さらに第一四節で罰則についても規定している。
- (54) Cummings v. The State of Missouri, 71 U.S. 277 (1867).
- (55) *Id.* at 316-332.
- (56) *Id.* at 330.
- (57) Ex Parte Garland, 71 U.S. 333 (1867).
- (58) *Id.* at 374.
- (59) *Id.* at 381.
- (60) Gabriel J. Chin, *The Constitutionality of Federal Regulation of Suffrage During Reconstruction*, 82 N. C. L. REV. 1581 (2004), 再建法という場合、軍事再建法、軍事再建法の修正、施行法、の3つを指し、それらをまとめて再建法という。See Act of

Mar. 2, 1867, ch.153, 14 Stat. 428, amended by Act of Mar. 23, 1867, ch. 6, 15 Stat. 2, amended by Act of July 19, 1867, ch. 30, 15 Stat. 14, amended by Act of Mar. 11, 1868, 15 Stat. 41.

(19) RANDALL AND DONALD, *supra* note 41, at 570. ショーンソン大統領は穩健的な考えをもっていただけで、必ずしも再建に消極的であったわけではないが、過激派からすれば、ショーンソン大統領の再建案がリンカーン大統領の意思を継ぐ気であったのか疑わしいと映ったかもしれない。

(20) Norman W. Spaulding, *The Discourse of Law in Time of War: Politics and Professionalism During the Civil War and Reconstruction*, 46 WM. & MARY L. REV. 2001, 2077 (2005). 「……ショーンソンは「スタンベリー(Henry Stanbery)司法長官の強力な援助により、立法府の再建に抵抗するためあらゆる権限を行使した。」というスポールディング(Norman W. Spaulding)の指摘を踏まえると、執行府側がかなり反発していた様子がかがえる。

(21) EDWARD McPHERSON, *THE POLITICAL HISTORY OF THE UNITED STATES OF AMERICA DURING THE PERIOD OF RECONSTRUCTION* 64-84 (1972). ショーンソン大統領が再建法に対して拒否権を行使したのは一度だけではない。再建法が何度か修正され、複数からなるため、個別に何回も拒否権を行使している。

(64) John Harrison, *The Lawfulness of the Reconstruction Amendments*, 68 U. CHI. L. REV. 375, 404 (2001).

(65) Act of Mar. 2, 1867, ch. 153, 1968 THE STATUTES AT LARGE, CREATES, AND PROCLAMATIONS, OF THE UNITED STATES OF AMERICA 14.

(66) Act of July 11, 1868, ch.139, 1969 THE STATUTES AT LARGE, CREATES, AND PROCLAMATIONS, OF THE UNITED STATES OF AMERICA 15.

(やまもと たつひこ・本学法学部専任講師)
 (おおばやし けいご・慶応義塾大学大学院後期博士課程)