

# 司法審査論の新地平（一）——法原理機関説へのレクイエム？

山本 龍彦  
大林 啓吾

## 目次

### 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） 中央多数派とブラウン事件との連動——法原理機関説の手続的限界

#### （四） 政治部門による権利保障——法原理機関説の結果的限界

#### （五） 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（以上本号）

四 南北戦争期

五 ニューディール期

六 レーンキストコート期

七 終わりに

## 一 はじめに

いかに二冊の本がある。一冊は、ドゥオーキン (Ronald Dworkin) が一九七七年に著した『Taking Rights Seriously (権利論)<sup>(1)</sup>』であり、もう一冊は、タシュネット (Mark Tushnet) が一九九九年に著した『Taking the Constitution Away from the Courts (脱司法的憲法論)<sup>(2)</sup>』である。

無論、両者はきわめて対照的である。前者において「Take」する客体は「権利」であり、その主体は裁判所である。他方、後者において「Take」する客体は「憲法」であり、その主体はむしろ連邦議会を始めとする政治部門である。タシュネット (Mark Tushnet) において重要なのは、いかに憲法を裁判所の手から取り戻すか、なのである。

ドゥオーキン理論の影響を強く受けた日本の憲法学説の多くは、前者の見解に親和的で、後者の見解にはある種の違和感を感じるかもしれない。しかしながら、とりわけ二〇〇〇年の Bush v. Gore 連邦最高裁判決を経験した現在のアメリカの憲法学界では、その反応はむしろ正反対のものとなりつつある。ブッシュ (George W. Bush) 大統領と共に歩む保守的な連邦最高裁判所には、かつてドゥオーキンが抱いたような「権利を真剣に捉える」機関という役割をものはや期待し得ないからである。現在のレーンキストコートを前提とする限り、裁判所に多くを期待すること、ウォー

レンコートの残像を見つつ司法の積極性を語ることは、自由と平等を重視するリベラル派にとつてある種の自己破壊的行為ともなりうるのである<sup>(4)</sup>。

そこで最近のアメリカの憲法学界は、司法審査の正当化理論に関して一つの大きな転換期を迎えているといつてよい<sup>(5)</sup>。タシユネットの見解が主流になりつつあるとはいえないまでも、政治的にはリベラル派に属する多くの憲法学者が、彼のようなアプローチに一定の共感を覚えつつあるのである<sup>(7)</sup>。こうした流れの中で、裁判所の法原理機関性を説くドゥオーキン流の規範的<sup>(6)</sup>な(normative)司法審査論を、歴史的あるいは記述的<sup>(8)</sup>に(descriptive)に批判しようという試みが注目されている<sup>(8)</sup>。過去から現在までを通史的に振り返ることで、これまで見失つてきた「何か」、すなわち「権利保障の担い手は裁判所だけではなかった」ことを認識し、現在の閉塞的状况を打破しようとするのである。

そして、かようなアプローチは、以下に挙げる三つの点で、司法審査論を新たな地平へと誘うものといえる。第一に、アメリカにおける裁判所が、実体的な法原理というよりも、むしろ政治的多数派の影響を強く受けてきた<sup>(9)</sup>ことを記述することによって、司法審査が「反多数者主義(counter-majoritarian)」であることに由来する難題を軽減する可能性を有している点である<sup>(9)</sup>。第二に、裁判所が、これまで少数派の権利保障に必ずしも熱心ではなかったという<sup>(9)</sup>ことを記述することによって、権利保障の重要なトピクスとして政治部門を捉え直す契機となりうるという点である。第三に、裁判所が、法原理機関説と関連しうる司法優越主義的立場を政治部門に対して貫徹しえなかったということ<sup>(9)</sup>を記述することによって、裁判所だけでなく三権が同等に権利保障について役割を担い<sup>(9)</sup>るのではないかという議論を提示する点である<sup>(10)</sup>。

本稿は、いま述べた司法審査に対する記述論的アプローチを、「司法審査論の新地平」と位置付けた上で、アッカーマン(Bruce Ackerman)・バルキン(Jack M. Balkin)・クラークン(Michael J. Klarman)・クレーマー(Larry D.

Kranet) 等の見解を紹介し、それに若干の検討を加えようとするものである。もともと、このようなアプローチを紹介するに当たっては、当然以下のような注意が必要である。第一に、ドウオーキンのような法原理機関説が、あくまで「規範」的観点からなされたものであるとすれば、かかる「記述」的批判がどこまで有効なものたりうるかは、それ自体議論の対象となるからである。実際、アメリカ憲法学界における最近の力点は、ドルフ (Michael C. Dorf) の業績を参照するまでもなく、むしろ規範的憲法理論と記述的憲法理論との「架橋」という作業に向けられていると言っても過言ではあるまい。<sup>(12)</sup> もともと、本稿では記述的作業に重点を置くため、この議論に深く立ち入って検討するつもりはない。だが、最後 (次号) に記述的アプローチの意義を検討する際に、これについても触れながら若干の考察を行う予定である。

第二に、アメリカにおける司法審査権行使の歴史を記述し、検討することが、どこまで日本の憲法学にとって有意義なのかは自明ではないという点である。<sup>(13)</sup> ただ、日本における司法審査の正当化をめぐる議論が、ドウオーキンの影響を受けつつ「プロセスから原理へ」移行しているという長谷部恭男教授の指摘を踏まえれば、<sup>(14)</sup> アメリカにおける法原理機関説ないし、それと密接に関連する司法優越主義の動揺を参照することは決して無意味ではないと思われる。

以上述べてきたような問題意識を前提として、本稿はつぎの順序で検討を進めていく。まず、本稿の中心ともなりうるウォーレンコートの記述を行う。つぎに、多大な政治的影響を受けながら、司法審査権をはじめ様々な重要判決を下してきたマーシャルコートを取り上げる。そして、アメリカ有史以来最大の危機であった南北戦争期、さらに経済的荒波が打ち寄せた時代を切り切るために三権が交錯したニューディール期を筆致する。最後に、本稿の問題意識を先鋭に映し出したレーンキストコートの時代を記述し、記述的アプローチを行うことの意義を提示したいと思う。

さて、このような論述を進めるにあたり、本稿が批判的検討を加える「法原理機関説」ないし「司法優越主義」の射程を明確にしておく必要がある。まず、本稿が前提とする法原理機関説とは、初期ドゥオーキンが『權利論』において示した裁判所モデルを念頭に置きつつ、以下の二つの特徴を有するものとする<sup>15</sup>。

第一に、裁判所は、「政策（policy）」を扱う政治部門とは区別され<sup>16</sup>、「正義や公正その他の道德的要因がこれを要請するから故に遵守さるべき規準」である「原理（principle）」を扱う機関とされる。このような理解によれば、「政治フォーラム」と「法原理フォーラム」としての裁判所」による二元的な法秩序形成観が構築され<sup>17</sup>、裁判所は、原理マターについては基本的に司法外部の政治的影響を受けずに判断を下すことになる（以下、これを「法原理機関説の手続的側面」と呼ぶ）。本稿ではこの手続的側面を、主に裁判所の政治性の問題として論じていくことにする<sup>18</sup>。

第二に、裁判官は、「超人的な技能、学識、忍耐、洞察力をもつ法律家」——ドゥオーキンはこれをギリシア神話に登場するハーキュリーズと擬える——を擬制され、「制度的素材」に埋め込まれた原理の体系との「インテグリティ（integrity）」を維持しながら、「いかなるハード・ケースについても、正しい原理とその帰結を見出すことができる」ものとされる<sup>19</sup>。したがって、「平等な尊重と配慮への権利」は、主として孤独な「神話的裁判官」を通じて司法過程において確定され<sup>20</sup>、実現されることを期待される（以下、これを「法原理機関説の結果的側面」と呼ぶ<sup>21</sup>）。

つぎに、本稿が前提とする司法優越主義について述べておく。本稿でいう司法優越主義とは、司法判断に他の政府機関——すなわち政治部門——が一般的に拘束されることをいう。つまり、司法優越主義の射程は連邦最高裁の判決が当該個別的事件に限定されず、一般的効力をもちうることを主張しているのである。こうした司法優越主義の背景には、「裁判所が中心となって法原理的問題を決定する」という前提、すなわち「法が何であるかを決定するのは裁判所である」という思想があり、司法が最終的な憲法解釈権限を有するという論理構造をとっている。いかなる理由

で司法優越主義が主張されるかについては議論のあるところであるが、本稿では歴史的事実に基づき、司法優越主義を採用してこなかった、あるいは司法優越主義を唱えても結果的に成功しなかった、ということを書述することを主な目的とするため、司法優越主義の規範的意義などについては若干の検討を行うにとどまる。それでは、以下本論に入っていくことにしよう。

## 二 ウォーレンコート期——ブラウン判決を中心に

### (一) 総説

アメリカにおける司法審査権行使の実践を歴史的に記述するという本稿の目的に従えば、本来、一八〇三年の *Marbury v. Madison* 連邦最高裁判決<sup>(23)</sup>から検討を始めるのが筋かもしれない。しかし、本稿が批判的検討を加える対象が法原理機関説ないし司法優越主義であるのなら、それらがもつばら正当化しようとしてきたウォーレンコートについてまず検討することが有益であるように思える。ウォーレンコートでさえ、現実には政治的多数派の影響を受け、また、必ずしも人種の少数派の権利を保護したものではなく、さらに司法優越的でもなかったとすれば、皮肉にも、それら両説に対し大きなインパクトを与えることになる。実際、クラーマンやバルキン、さらにはフリードマン (Barry Friedman)、ポウ (Lucas A. Powe) 等による最近の試みは、そのような趣旨に基づくものと理解される<sup>(25)</sup>。

本章では、まず、ウォーレンコートの代表的な判決である一九五四年の *Brown v. Board of Education* 連邦最高裁判決<sup>(26)</sup>をめぐる評価について簡単に回顧し、クラーマン等の試みがこれまでの議論の中でどのように位置付けられるのかを

確認しておく。その後、本稿の問題関心に従って、以下の三つの試みを行うことにしたい。

第一に、ブラウン判決が、冷戦期における外交エリート、クラーマンの言葉を使えば「中央の多数派」の影響を強く受けながら下されたとする見解を紹介し、法原理機関としての裁判所論の「手続的」限界、裁判所の政治性、あるいは裁判所の多数者主義的性格に関する問題提起を行う。

第二に、黒人の市民権保障に対して果たしたブラウン判決の限定的役割を指摘することで、法原理機関としての裁判所論の「結果的」限界、あるいは司法的リベリズム論の限界を問う。先述のように、ドウオーキン理論等が擁護しようとしたブラウン判決が、そもそも少数派の権利保障に対してほとんど意味をなさなかったというクラーマン等の指摘は、アメリカの憲法理論家を少なからず動揺させるものとなる。

第三に、ブラウン判決が、政治部門、とりわけ南部の州政府の不服従をもたらしたという意味で、連邦最高裁の語った「法」が「最高法（supreme law）」として確定したわけではなかったこと、さらに長期的にみれば、ウォーレンコートにおける政治原理は、後の共和党政権によって、多かれ少なかれ骨抜きにされてきたことを指摘し、司法優越主義に対する若干の問題提起を行うことにする。

## （二）ブラウン判決に対する評価の推移

本節では、まず、ブラウン判決をめぐる評価の推移について簡単に振り返り、クラーマン等の議論の位置付けについて確認しておく。

周知の通り、ブラウン事件とは、州法により規定された人種別学制度（segregation）の存在を理由に、近隣の白人（公

立) 学校への入学を拒否された黒人児童が、平等を保障する連邦憲法第一四修正を根拠に、その入学許可を求めて争った事件である。ウォーレンの手による全員一致の法廷意見は、一八九六年の *Plessy v. Ferguson* 連邦最高裁判決以降確立していた「分離すれども平等 (separate but equal)」の法理を、少なくとも教育場面において覆し、公立学校における人種別学制度を違憲と判断するものであった。<sup>(28)</sup>

まず、かかる判決は、連邦最高裁が多数者の意思に抗って少数派の権利を保障したものとして、その理由付けの質はどうあれ、リベラル派にとって長く賞賛の対象とされてきた。当初は若干の批判もみられたものの<sup>(29)</sup>、多くのリベラル派は、ブラウン判決を市民権 (civil rights) の「勇敢で、重要で、正しい (correct) 判決」として看做したのである。<sup>(30)</sup> 例えばバス (*Bak* Bus) は、ウォーレンのような裁判官を、アメリカ社会における必要な革命の「予期せぬ英雄」として迎え入れたし、クルーガー (Richard Kluger) の物語理論も、「政治部門が取り組むことのない、あるいはできないであろう緊急の必要性に应对する裁判官というイメージ」をもって、「ブラウン判決をアメリカの法的発展の産物」として好意的に捉えた。<sup>(31)</sup> バルキンは、このような、ある意味において結果志向的な評価の結果、リベラル派によるその後の「憲法解釈に関する真剣な規範的理論のほとんどすべて」が、「ブラウン判決に適合するように構築される」(「傍点、筆者」という事態を招いたと指摘している。<sup>(32)</sup> 言うまでもなく、バルキンにとって、そのような議論の一つが初期ドウオーキンの法原理機関説とされる。

さて、このような「ブラウン判決に向けたリベラル派の賛辞」に対しては、保守派による批判はもちろん、「政治的には「むしろ」左派と見られる修正主義者 (revisionist)」からも疑問が投げかけられるようになる。<sup>(33)</sup> 例えば、フリーマン (Alan Freeman) やローゼンバーグ (Gerald Rosenberg) は、比較的早い段階で、①従来の学者及びメディアが、黒人の自由獲得闘争に対するブラウン判決の重要性をあまりに誇張してきた (exaggerate) こと、②ブラウン事件を



はじめとする訴訟戦略が、実は「非生産的なもの」であったこと、③したがって、ブラウンは、むしろ進歩的アジェンダを後退させてきた可能性があることを指摘していたのである。<sup>(25)</sup>

本章で主に取り上げるクラーマンやバルキン等の見解は、いま述べた修正主義の流れを汲むものとして捉えることができる。ただ、近年のレーンキストコートの保守化、あるいは過度の司法優越主義を経験した彼らは、従来の修正主義の業績を踏まえつつ、それをより洗練させた形で提示する必要があった。先述のように、ブラウン判決あるいはウォーレンコートそれ自体を正当化する司法的リベリズム理論に終止符を打つ必要性は、より高いものとなっていたからである。そこで彼らは、右に挙げた修正主義の見解が有するラディカルさを中和し、裁判所の役割に関する議論を見直すことになる。この点、ダドチュック (Mary L. Dudziak) は、クラーマン等の見解が、ローゼンバークほど裁判所を「悪党 (villain)」扱いしているわけではないという意味で、それをクルーガーとローゼンバークの中間に位置する議論として捉えている。<sup>(26)</sup> 彼らの議論では、確かに、ブラウン判決は従来のリベラル派が考えていたような市民権運動の「英雄 (hero)」ではないが、一九六四年市民権法の制定に間接的な影響力を行使したものと解されるからである。

以下では、ブラウン判決五〇周年を期に一層の注目が集まる彼らの議論を、<sup>(27)</sup> 本稿の問題関心に従って紹介し、随時、簡単な検討を加えていくことにしたい。

### （三） 中央多数派とブラウン事件との運動——法原理機関説の手続的境界

#### 1 中央の多数派 (national majority)

ここでは、まず、第二次世界大戦及びそれに引き続く冷戦構造という文脈の中で、ブラウン事件を理解しようとするクラーマン、バルキン等の見解を素材に、法原理機関説の「手続的」限界——裁判所の意思決定プロセスに対する政治の影響——について検討してみたい。そこで彼らの議論の基軸となるのは、冷戦期における中央の外交エリートにおけるアメリカの利益を損ね、第三世界の発展途上国に対し、アメリカの貧困なイメージを植えつけるきまりの悪いもの」になっており、「人種別学制度は、自由と平等に関するアメリカの約束が、実は上辺だけのものであった」という格好の議論をソ連に提供するものになりえた」という事実である<sup>(38)</sup>。

ダドチュエックの言葉を借りれば、「合衆国における人種問題は、〔外交政策上〕潜在的なアキレス腱」になっており、当時の政治的多数派は、ジム・クロウを継続させるといふより、むしろジム・クロウの終焉を強く望んでいた、さらに言えば、その終焉を国家的に「不可避なもの」と捉えていたという事実である<sup>(39)</sup>。クラーマン等は、このような歴史的事実に基づき、ブラウン判決をはじめとするウォーレンコート期の判決が、当時の政治的多数派に対抗していたのではなく、実際にはそれと連動していたということを描出しようと試みるのである。実際、クラーマンによれば、さらに遡って、既に第二次大戦そのものが、人種別学制度に対するアメリカ国民のイメージを大きく変え、とりわけ白人アメリカ人の人種をめぐる理解にある種の再考を促す契機となっていたとされる<sup>(40)</sup>。なぜなら、人種隔離政策は、第二次大戦の相手である「ヒットラーの信条 (Hitler's creed)」を内在しているものであったからである<sup>(41)</sup>。

このように、クラーマン、バルキン等は、ブラウン判決が下される一九五四年までに、政治的多数派が、既に「ジム・クロウが誤りである」という考えを有するに至っていたこと、一九五〇年代の初めには、「多くのアメリカ人にとって、

ジム・クロウの終焉は避けられないものと見られるようになっていた」ということを明らかにしようとする。<sup>(42)</sup>後に詳述するが、ポウは、より直裁に、ウォーレンコートが連邦議会と連携し、冷戦期リベラリズムの支配的な政治的価値を促進することに尽力したことを指摘している。<sup>(43)</sup>さらにバルキンによれば、このような多数派の「感覚 (sense)」が、これまでの先例法理（「分離すれども平等」）を変更する動機付けをウォーレンコートに与えることになったという。<sup>(44)</sup>もつとも、仮に政治的多数派がジム・クロウの終焉について一定のコンセンサスを得ていたのだとすれば、なぜ連邦法を制定することによってそれを実現できなかったのかという疑問が残る。しかし、バルキンは、この点につき、「中央の多数派」と、「局地的多数派 (regional majority)」とを区別することで説明している。すなわち、これまで述べてきたように、「中央の多数派」にとっては、黒人の市民権保障はもはや当然の課題となっていたが、南部の「局地的多数派」にとっては、未だ容易には受容できない提案でありえたというわけである。この結果、「ニューデール連合」においてとりわけ重要な存在であった南部選出の連邦議会議員の反対によって、連邦議会における市民権法の制定は阻止されることになるのである。<sup>(45)</sup>

## 2 トルーマン大統領とブラウン判決

しかしながら、先述のように、冷戦構造下における「中央の多数派」にとって、ジム・クロウの終焉が重要かつ緊急の課題であるのならば、連邦法制定以外の手段でこれを達成しなければならないことになる。クラーマンやバルキンによれば、そこで政治的多数派が「協働」を訴えたのが連邦最高裁なのである。以下、この点を明らかにするために、「中央の多数派」の要ともいえるべきトルーマン (Harry S. Truman) 大統領の政策と連邦最高裁との関係について

時系列的に述べていきたい。

まず、トルーマン大統領は、①一九四七年の時点で既に、将来の市民権立法の青写真を検討する「市民権に関する合衆国委員会 (the United States Commission on Civil Rights)」を設立している。そして、②一九四八年、連邦議会に対し、司法省内に恒久的な市民権部門を設置する等の提案を含んだ市民権に関する最初の大統領メッセージを伝えている。それらは、事実上プレッシー判決を覆そうとするものであったと指摘されている。<sup>(46)</sup>③さらに、彼の市民権法案が連邦議会において尻つぼんだ後、二つの大統領命令を出している。一つは、合衆国市民局を監視する公正雇用委員会を設置するもの、もう一つは、統合参謀本部 (the Joint Chiefs of Staff) の反対にもかかわらず、米軍における人種統合を命じるものであった。なお、一九四八年、市民権関連の要求を包含した党綱領をもって、大統領選挙に立候補し、勝利を収めている。<sup>(47)</sup>

このように見ると、確かに中央の政治的多数派の行動の内に、既にブラウン判決の萌芽を看取することができよう。ただ、クラーマンの指摘にもあるように、政治多数派と連邦最高裁との密接な関係を示す最も重要な証拠は、一九五〇年の三つの事件 (Henderson v. United States<sup>(48)</sup>, McLaurin v. Oklahoma State Regents<sup>(49)</sup>, Sweat v. Painter<sup>(50)</sup>) における上訴趣意書 (brief) なし法廷助言者 (Amicus Curiae) としての意見書 (memorandum) の中にある。その中で、トルーマン政権下の司法省は、連邦最高裁に対し、プレッシー判決を覆すように要請しているのである。以下はクラーマンからの引用である。

「トルーマン政権は、プレッシー判決を覆すことを迫るために、これら三つの事案に介入した。その中で、人種的变化が冷戦期において不可欠であることを嘆願したのである。司法省は、連邦最高裁に対して以下のように説得した。『人種的隔離 (segregation) が終焉しない限り、世界の面前で、我々の民主政は手痛い一撃 (serious blow) を受ける

ことになるであろう』。このように、……一九五〇年の人種関連事件の全三つにおける連邦最高裁判事の全員一致は、……冷戦期における緊急性（the Cold War imperative）にあると考えるのが最も妥当である。トルーマンに任命されたヴァインソン判事、バートン判事、クラーク判事をしてミントン判事は、滅多に市民権訴訟の側につくことはなかった。市民権のための彼らの偉大な配慮を「最もよく」説明するのは、人種改革に関する冷戦期の議論に対する感受性（sensitivity）であつたのである」（傍点、筆者）<sup>31</sup>。

この点、バルキンも、「ウォーレンコートは連邦議会と連携し、冷戦期リベラリズムにおける支配的な政治的価値観を促進するのを助けた」と指摘している。<sup>32</sup>

### 3 アウトライヤー抑圧モデル

これまでの議論を踏まえれば、ブラウン判決は、一定の政治的影響の下で、とりわけ「中央の多数派」の意向に沿うかたちで下された判決であつたと見ることもできる。繰り返しになるが、連邦最高裁が多数派の意思に抗つた「象徴」として評価されてきたウォーレンコートでさえ、実は中央の政治的多数派の影響を受けてきたというのである。実際、フリードマンは、ブラウン判決に対する当時の批判は、それが「反多数者主義的」だとして、多数者の側からなされたものではなく、むしろそれがあまりに「多数者主義的」であるとして、少数者の観点から、すなわち州（特に南部諸州）の権利保護の観点からなされたものがほとんどであつたと指摘している。<sup>33</sup>

ところで、最近、クラーマンは、こうした研究業績を踏まえて、司法審査の「アウトライヤー抑圧（suppression-of-outliers）モデル」を提唱している。<sup>34</sup> すなわち、司法審査権を行使する裁判所は、「少数派を多数派の抑圧から保護する

英雄」のではなく、むしろ、中央多数派の価値を、アウトライヤー（周辺者）——ブラウン事件の文脈では南部の白人——に対して押し付ける（suppress）役割を果たしているというのである。このような司法審査モデルの評価はまた別の機会に譲るとして、ここでは、少なくとも記述的に、法原理機関説の手続的限界や、司法審査の「多数者主義」的性格を確認しておくことが重要であろう。バルキンは、仮にブラウン判決が人種的小多数派の権利保障に何らかの貢献を果たしたとしても、それは、少数派の利益が、冷戦構造を切り抜けようとする多数派の利益と運よく一致したからに過ぎないと指摘している<sup>(35)</sup>。

本節では、最後に、このようなウォーレンコートの政治性をさらに裏付ける可能性があるダドチェックの指摘を紹介しておく。ダドチェックの見解とは、ブラウン判決を冷戦構造の文脈で語ることに賛同したうえで、さらに、同判決の外交的あるいは政治的利用について指摘するものである。すなわち、「アメリカの外交官からすれば、ブラウン判決それ自体を、アメリカのレイシズムが合衆国の外交関係に対して与えてきた損害を填補するために必要な膏藥であると看做していた」ために、実際に同判決は、「アメリカの声（Voice of America）プログラム」や国務省の計画など、外交政策上有効に使われることになったというのである。特にダドチェックは、インドのアメリカ情報局が、新聞紙上で、ブラウン判決を「市民としての完全な平等に向けたアメリカ黒人のしつかりとした足取りを刻むもう一つのマイルストーン」として宣伝していることを紹介している<sup>(36)</sup>。

さらに、ダドチェックは、「アール・ウォーレンが、アメリカの民主政を海外に広めるとりわけ効果的な特使（emissary）」であり、任命権者であるアイゼンハワー（Dwight D. Eisenhower）大統領の政策を影ながら実現していたことを示唆している<sup>(37)</sup>。この点、彼女は、ウォーレンが、一九五六年、ソ連と覇権を争っていたインドを訪問したことを挙げ、この旅行がインドの司法制度の視察などではなく、より政治的な意義を有していたと述べている。実際、

この訪問は、アイゼンハワー大統領とインドの首相ジャワハル・ナルー（Jawaharlal Nehru）との会談が失敗に終わった直後に行われたものであり、また、ウォーレンをインドに送ったのは、当時の国務大臣ダレス（John Foster Dulles）であり、アイゼンハワー大統領であった。<sup>(38)</sup> もちろん、この歴史的事実をどう評価するのは議論の余地があるが、連邦最高裁が「中央多数派」と共に歩むというクラーマンやバルキンの議論を補強する一つの状況証拠にはなりうるであろう。<sup>(39)</sup>

#### （四）政治部門による権利保障——法原理機関説の結果的境界

さて、次に、黒人の市民権を保障したのは、ブラウン判決をはじめとするウォーレンコートの諸判決ではなく、実際には政治部門、とりわけブラウン判決から一〇年が経った後に制定された一九六四年の市民権法であったとする見解を紹介し、<sup>(40)</sup> 裁判所が権利を実現するという法原理機関モデルに対して若干の問題提起を行うことにしたい。以下、クラーマン等のアプローチに従い、ブラウン判決が与えた社会的インパクトについて検討を加える。

##### 1 北部・西部の諸州に対する限定的効果

まず、クラーマンは、ブラウン判決が北部諸州に与えたインパクトについて分析する。それによれば、北部の少なからぬ州は、一九五四年にブラウン判決が出される以前に、第二次大戦によって生じた社会的・政治的背景に応答するかたちで、学校における人種的統合政策（desegregation）を既に開始していたと指摘する。<sup>(41)</sup> 例えばニュージャージー

州は、既に一九四七年に人種別学制度を禁止する州憲法の修正を行っており、分離を継続する地区への補助金凍結を行うなど、同修正を積極的に実施するための知事命令もいくつか出されていた。その他、クラーマンは、イリノイ州の例なども挙げ、これらの州では「ブラウン判決の出される一九五〇年代初期までに、公的に援助される人種別学制度はほとんど消滅」させており、「学校における人種統合が、連邦最高裁による命令なしでも起っていた」ことを推測させると述べている。<sup>②</sup>

また、西部諸州においても、特にアリゾナ州、ニューメキシコ州、カンザス州、ワイオミング州では、既に人種別学制度の設定を地方の裁量的選択（ローカル・オプション）としており、ブラウン判決以前に「人種的統合を根絶し始めていた」とする。一九五二年に裁量的選択制度を立法により導入したアリゾナ州を見ると、高校における別学制度をもともと有していなかったトゥーソン市が、ブラウン判決以前に小学校における別学制度を廃止したし、黒人生徒が一五%を占めていたフェニックス市でも、一九五三年以降、黒人が隣の学校区の学校へ通学することが許されていた。クラーマンによれば、ブラウン事件の被告であるカンザス州トベカ市でさえ、判決の出される八ヶ月前に、学校における人種統合計画を採択していたという。<sup>③</sup>確かに、ブラウン事件の口頭弁論において、州側弁護士は「カンザス州における別学制度を無効とする結果はそれほど深刻なものではない」ことを認めていたし、バートン判事のローークは、「連邦最高裁の命令が、『彼らに対してほとんど効果を有しないか、あるいはまったく効果を有しない』ということを経験して予測していた」のである。<sup>④</sup>

さらにバルキンによれば、全米における二七の州が、既に人種別学制度を事実上廃止しており、ブラウン判決の時点で人種別学制度を有していたのは、コロンビア特別区と、一七の州に過ぎないと指摘している。このような分析を前提とする限り、北部及び西部諸州における人種別学制度の廃止に関して、ブラウン判決が果たした役割はそれほど



実質的なものではないということになる。ブラウン判決が仮に存在しなかったとしても、それぞれの地域的特性に合わせて、人種的統合が実践されていた可能性も否定できない。また、これらの州に対する連邦最高裁の影響を認めるとしても、それは、「単に〔統合〕プロセスを加速させたに過ぎない」ということにもなるであろう。<sup>(65)</sup>

このような北部及び南部の状況を踏まえつつ、なおウオーレンコートの権利保障機能を認めるのであれば、ブラウン判決が、北部・西部以外の南部諸州において実質的なインパクトを有している必要がある。ただ、いうまでもなく、クラーマン、バルキンの分析はかかる結論に好意的ではない。ブラウン判決が南部諸州に対して与えたものは、黒人の市民権の実効的保障ではなく、より直接的には白人による「大規模な抵抗 (massive resistance)」だったからである。以下、この点について検討する。

## 2 南部における暴力の誘発——ブラウン判決の間接的効果

周知のように、公立学校における人種別学制度を違憲としたブラウン判決には、人種統合の具体的な実施方法について述べ、具体的な救済方法について判断した一九五五年の *Brown v. Board of Education of Topeka* 連邦最高裁判決がある。<sup>(66)</sup>しかし、かかるブラウンⅡ判決の存在にもかかわらず、南部において人種統合が効率的に進んだわけではなかった。判決中に示された「可及的速やか (with all deliberate speed)」という文言は、反対する南部諸州に、実施に関する一定の裁量を与えたものと看做され、南部では同判決を回避するために可能なことは何でもされたとも指摘されている。<sup>(67)</sup>例えば、いくつかの州議会では、公立学校制度そのものを廃止したり、人種別学制度に賛同する私立学校に公共施設を売却することなどの対抗手段が採られた。<sup>(68)</sup>ただ、クラーマンやバルキンにとって重要なのは、そのような

「脱法行為」ではなく、むしろ南部白人による「暴力 (violence)」に基づく抵抗であった。例えば、一九五七年九月、アーカンソー州で起きたリトルロック事件も、その代表的な一つであろう。この事件は、リトルロック市セントラル高校の人種別学制度廃止を命ずる裁判所命令の実施を、当時のフォーバス (Orval Faubus) 知事が州兵 (National Guard) を動員して阻止しようとし、最終的にはアイゼンハワー大統領による連邦軍空挺団の派遣でようやく沈静化するに至った事件である。

しかし、クラーマン等にとって、より重要な「暴力的抵抗」とされるのは、一九六三年、アラバマ州バーミングハムで起きたブル・コナー ("Bull" Connor) 事件である。<sup>(9)</sup> ルーサー・キング牧師最後の演説にも登場するこの事件は、アラバマ州バーミングハムの公安委員長 (the Public Safety Commissioner) であったブル・コナーが、非武装かつ非暴力的な市民権デモの参加者を、警察犬と消火ホースを用いて四散させたという事件である。彼らにとってこの事件が特に重要なのは、その光景がテレビを通して全国放送され、白人を中心とする多数派を辱め、彼らの自己理解に重要な影響を与えたという点にある。

このような放送は、「アメリカは」自由と人権が特に尊重されている特別な国である」という多数派の積極的な自己理解に強く訴えかけ——皮肉にも人種差別主義者・コナーの思惑とはまったく逆に——多数派の意見を市民権保障へと向かわせる契機になったというのである。<sup>(10)</sup> 実際、この事件を受け、ニューヨーク州選出のジャヴィッツ上院議員は、「この暴力により、…国全体が深く傷つき、ぞつとし、辱められた」と述べ、また、上院のマンスフィールド (Mansfield) 院内総務も、アラバマ州の暴動は「国民としての我々を大いに辱めるものである」と宣言している。<sup>(11)</sup> クラーマンの指摘によれば、この事件によって『ショックを受けた (horrified)』選挙民に触発され、連邦議会議員は市民権立法についてようやく語り始めることになったという。<sup>(12)</sup>

このように、クラーマンやバルキンにとって、ブル・コナー事件の翌年に市民権法（一九六四年）が制定され、さらにその翌年に投票権法（一九六五年）が制定されたのは決して偶然ではない。一九六四年市民権法は、健康・教育・福祉省（the Department of Health, Education and Welfare）に、人種別学制度を採る校区から連邦補助金を打ち切る権限を付与したものであり、いうまでもなく、南部における人種統合を実質的に推進した重要な立法である。<sup>(25)</sup>

さらにバルキンは、一九六四年の市民権法制定を契機に、ブラウンⅡ判決以降、消極的であった連邦裁判所における人種統合政策への関与が再活性化されることになったと指摘している。<sup>(26)</sup> この点については後述する。

### 3 法原理機関？

クラーマンは、このような歴史的検証を踏まえて、「南部における学校の人種統合の直接的原動力になったのは、ブラウン判決ではなく、明らかに一九六四年市民権法である」と結論付けている。<sup>(26)</sup> すなわち、ブラウン判決をはじめとするウォーレンコートの諸判決が、黒人の市民権を実質的に保障したのではなく、究極的には政治部門がその役割を果たしたというのである。<sup>(27)</sup> もっとも、ブラウン判決が少数派の権利保障にまったく意味をなさなかったというのは言い過ぎかもしれない。バーンシュタイン（David E. Bernstein）は、ブラウン判決が南部の人種別学制度を直ちに廃止することはなかったとしても、黒人学校に対する補助金の増加など、教育政策における重要な変化をもたらし、学校における人種統合政策のコストを最小化する役割を果たしてきたと指摘している。<sup>(28)</sup>

他方で、クラーマンの評価はより冷笑的なものである。クラーマンによれば、ブラウン判決が黒人の市民権保障に果たした最大の役割は、「暴力」を生み出したことであるとされる。要するに、「ブラウン判決による南部政治の根本

的改革 (radicalization) によつてもたらされた暴力」が、最終的に一九六四年市民権法を導出したという意味において、ブラウン判決の効果を認めるのである。<sup>(29)</sup> このような理解によれば、ブラウン判決は「白人の抵抗」という社会的文脈を媒介に、少数派の権利保障に間接的な影響力を行使したということになる。ダドチェックにより「抵抗テーゼ (backlash thesis)」と名付けられたこの見解は、確かに先述したローゼンバーグ等の見解と同様にブラウン判決を「過小評価」するものであるかもしれない。<sup>(30)</sup> バーシュタインが指摘するように、ブラウン判決に効果がなかったとすれば、なぜ南部白人はそれに抵抗する必要があったのか。このように、クラーマンやバルキンの議論に対しては、今後多くの批判が予想される。しかし、彼らの議論が、権利は主として司法フォーラムの法原理的判断によつて保障されるとする法原理機関説を記述レベルで動揺させることはほぼ間違いないと思われる。

## (五) 司法優越主義に関する検討

最後に、本稿における三番目の問題関心である「司法優越主義」との関連について若干の検討を加えておく。まず、いうまでもなく、司法的リベリズムの論者からすれば、ウォーレンコートは「司法優越主義」が最善に機能した重要な一期間ということになる。少数派の市民権保障に消極的な政治部門に対して司法府が優越し、司法府が発した「法」が他の機関に対して指導的役割を果たしてきたというのがその論拠である。既に法原理機関説に対する歴史的検討において、このような見解の記述論的限界が明らかにされたと思うが、ここでは特に、ウォーレンコートの機関的優越性 (ここでは州の諸機関に対する優越性も含む) について検討していきたい。

## 1 クーパー判決

さて、ウォーレンコートが「司法優越主義」と関連付けられる一つの重要な契機として、一九五八年の *Cooper v. Aaron* 連邦最高裁判決がある。<sup>(81)</sup> この事件は、先述のリトルロック事件によって人種統合プランの履行が遅延することを憂慮したリトルロック市教育委員会が、混乱が沈静化するまで当該プランの履行を延期することを要求したものである。連邦地裁は、教育委員会が直面している現実の問題を無視することはできず、黒人児童の権利は、教育制度をスムーズに機能させるという公の利益と比較衡量されなければならないと述べ、教育委員会の遅延要求を認めた。<sup>(82)</sup> しかし、この判断は後の第八回控訴裁判所で覆され、裁量上告が認められたのが本件事案である。

ここで連邦最高裁は、全員一致で、しかも一定の激しさ (*vehemence*) をもって、廃止プランの続行を指示した。判決はその理由として、①州の諸機関がどのような行動を採ろうと、第一四修正上の禁止は、平等保護を否定する州の全行為に及ぶこと、<sup>(83)</sup> ②入学時に人種に基づいて差別されないという子どもの憲法的権利は、州立法府・行政府・裁判所によって直接的に無効とされないばかりか、人種別学制度を維持するための回避手段によって、間接的に無効化されることもないことなどを挙げている。<sup>(84)</sup> しかし、より重要なのは、州側が、アーカンソー州知事及び立法府はブラウン事件の当事者ではなく、必ずしも同判決に拘束されないと主張したのに対し、連邦最高裁がマーベリー判決を引用しながら、以下のように応答したことである。

「憲法第六条〔最高法規〕は、憲法典を『この国の最高法 (supreme law)』とするものである。一八〇三年、首席判事マーシャルは、かの有名なマーベリー事件において、全員一致の法廷のために語り、憲法典を『国家の基本的かつ卓越的な法』として参照しながら、以下のように宣言している。すなわち、『何が法かを語るの、は、明らかに司法

府、の職分 (province) であり、義務である』。この判決は、連邦司法部が憲法を註解 (exposition) するうえで最高であるという基本原理を宣言したのであり、この原理は、我々の憲法システムの恒久的かつ不可欠な特徴として、この連邦最高裁及び国家によって尊重されてきたのである<sup>(85)</sup> (傍点、筆者)。

連邦最高裁は、このようにマーベリー判決におけるマーシャル (John Marshall) 首席判事の言葉を引き、ブラウン判決において連邦最高裁が表明した憲法解釈こそが「この国の最高法」であり、州に対しても拘束力を有すると述べたのである<sup>(86)</sup>。タシュネットが指摘するように、クーパー判決における当該箇所が、ウォーレンコートと司法優越主義的イメージを結び付けているものと理解される<sup>(87)</sup>。

確かに、この文言を見る限りにおいては、暴動による人種統合命令の「すり抜け (circumvent)」を何としても許すまいとする強面の裁判官像がイメージされる。したがって、仮にこのイメージが歴史的事実と符号するのであれば、なるほどウォーレンコートは司法優越主義を裏付ける一時代と評価されよう。しかし、逆にこのイメージが歴史的事実と一致しないのであれば、ウォーレンコートの機関的優越性は一転して疑わしいものとなる。以下では、このような問題関心に従い、クーパー判決における「司法優越主義」と実態とのギャップについて検討してみたい。

## 2 ウォーレンコートの機関的劣位

### (1) 人種統合政策に対する連邦最高裁の撤退戦略

クラーマンの指摘によれば、ブラウンⅡ判決 (一九五五年) 以降、連邦最高裁は「さらなる人種的論争 (racial

controversy)を回避するため」に、ブル・コナー事件などにより多数派の人種的感情が変化する一九六三年頃まで、人種統合政策の領域から撤退してきたという。<sup>(88)</sup>このようなテーゼを確認するために、ここではまず、人種別学制度とは直接関係しない、異人種間結婚禁止法 (antimiscegenation law) 及び陪審員の人種的差別的選別の問題を争った事案について検討し、連邦最高裁が州裁判所にさへ劣位していた可能性について論ずる。もちろん、本稿における司法優越主義の批判的検討は、連邦政府レベルにおける政治部門と司法府の対立に主眼を置くものであるため、州政府による抵抗までも含めると混乱する可能性がある。しかしながら、連邦最高裁が判決を一般的レベルで実現できなかった点を広く捉えると、州政府による抵抗についても触れておく必要があるだろう。

まず、ヴァージニア州の異人種間結婚禁止法の違憲性について争った一九五五年の *Naim v. Naim* 連邦最高裁判決<sup>(89)</sup>は、以下の三つの局面において注目される。第一に、連邦最高裁は、それが権利上訴 (appeals) によって持ち込まれたために、裁量上告によって移送されたその他の異人種間結婚禁止法の事例のように、管轄を拒否することができなかった。したがって、人種統合政策への「撤退戦略」貫徹することができず、ロークラーク等の健闘も空しく、実体的な審査に入らざるをえなかった。<sup>(90)</sup>第二に、それでもなお人種的紛争を激化させないために、フランクファーター (Frankfurter) 判事の提案によって、同法を支持したヴァージニア州上訴裁判所へ差し戻すという判断が採られた。ただ、その判断には事実審に戻せという指示が付された。本件は、事実関係を明確にすることで、憲法判断を回避できる可能性があったからである。しかしながら、ヴァージニア州上訴裁判所は、①事実関係が不明確とはいえないこと、②州法には追加的証拠の収集のために本件のような場合に事実審に差し戻すことを認める規定が存在しないことを理由に、連邦最高裁の指示に従うことを拒否したのである。第三に、そこで本件は再び連邦最高裁へと上訴されたが、連邦最高裁は、本件が連邦上の問題を欠いていることを理由に、今度は当該上訴を認めなかった。このように見ると、

連邦最高裁判事の多数派は、「人種的紛争の火を焚きつけるよりも、好戦的な州裁判官の手によって辱めを受ける方を選んだ」と指摘されても無理はないかもしれない<sup>(21)</sup>。

さらに、ジョージア州の人種的差別的な陪審員選別プロセスの下で死刑を宣告された者の上訴を認めた一九五五年の *Williams v. Georgia* 連邦最高裁判決<sup>(22)</sup>でも、ナウム事件と同様の経緯をたどった。フランクファーター判事による法廷意見は、州によって下された死刑宣告を覆すことはせず、新たな事実審 (*new trial*) を開くことを強く指示しながらも、事案をジョージア州裁判所へと差し戻したのである。しかし、州裁判所は、連邦最高裁が本件の管轄を主張すること、州の留保権限を規定する第一〇修正に違反したとし、当初の死刑判決をそのまま維持した。当然、ウィリアムスは裁量上告を求めたが、九人の全ての連邦最高裁判事はこれを認めなかった。クラーマンによれば、少なくとも「ブラック判事は、〔連邦最高裁が〕ジョージア州〔裁判所〕に戦いを挑むことで憲法危機が起ることを危惧した」と指摘している<sup>(23)</sup>。

このように見ると、ウォーレン率いる連邦最高裁は、人種問題に関して好戦的な州裁判所の不服従をある意味で黙認しており、少なくともナウム事件及びウィリアムス事件においては、州裁判所に対する機能的優位性を維持していないように思われる。クーパー判決で見られた「強面」がウォーレンコートの真の姿なのか、あるいは、人種的紛争の激化に怯える「臆病者 (*craven*)」がその真の姿なのか、改めて問題とされうるのである。

クラーマンによれば、連邦最高裁は、「リトルロック・ケースというたった一つの例外を除いて」、学校の人種統合の問題についても撤退戦略を維持してきたという。この問題に関して司法審査を求める多くの当事者がいたのにもかかわらず、連邦最高裁はその審査を常に拒否してきたというのである<sup>(24)</sup>。この点について、クラーマンは以下のように指摘している。「連邦最高裁判事が、政治部門から、それ〔人種統合〕を支持するという何らかのサインを受け取るまで、



この問題に対して口を噤む<sup>つぐ</sup>ということを決定していたのは明らかである<sup>(95)</sup>。この指摘を踏まえれば、連邦最高裁自身が、実際には、権利保障の実現につき政治部門の裁量を広く認めていたということになる。

以下では、このような問題関心から、政治部門がブラウン判決に対してどのように反応したのかをみていきたい。

## （2）政治部門の反応

まず、ブラウン判決に対する大統領の反応であるが、アイゼンハワー大統領は、ブラウンⅡ判決が漸進的な人種統合の進展を命じたものと判断し——仮にその進展が外交政策上要求されているとしても——ほぼ一貫して地方主体の穏当な制度改革を唱道してきた。この点で注目されるのは、彼が人種統合政策に関する連邦政府の役割を基本的に否定してきたことである。例えば、一九五六年、アイゼンハワー政権は、市民権運動の指導者による要請にもかかわらず、テネシー州クリントン市、アラバマ州タスカルーサ市等における局地的抵抗に対して、統合命令を実施すること拒否している。クラーマンによると、このとき彼は、NAACP（有色人種地位向上全国協会）の指導者と、クックス・クランとを道徳的に同等なものと看做し、その両者を「極端な者（extremists）」として批判したとされる。また、アイゼンハワー大統領は、個人的に、「ブラウン判決は『少なくとも一五年間の南部における進歩を遅らせる』愚かな判決であった」と考えていた<sup>(96)</sup>のである。

また、黒人の権利闘争に首を突っ込むことに実質的な利益を見出せずにいた連邦議会も、大統領と同様、連邦最高裁を支持するものではなかった。「一九五〇年代を通して、リベラルな連邦議会議員は、…ブラウン判決がこの国の法である<sup>(97)</sup>ということを積極的に肯定する象徴的声明を通してこなかった」（傍点、筆者）。この点、確かに、連邦議会

は一九五七年に市民権法を制定させているが、同法は投票権だけをカバーするもので、実際にはあまり効果のない「生ぬるい」ものであったと指摘されている。その後の一九六四年市民権法の内容となる、司法長官による人種統合訴訟の提起は、法案段階で削除されており、また、統合を達成した校区に対する財政支援策も見送られたからである。無論、これらの積極的施策が実現するには、ブル・コナー事件等による「選挙民」の態度転換を待たなければならない。このように考えると、連邦議会及び大統領——すなわち政治部門——は、多数派が市民権保障の方向へと傾く一九六三年頃までは、ブラウン判決において連邦最高裁が語った「最高法」に独自の解釈を加え、その判決の効力を事実上コントロールしていた可能性がある。ただ、以上のように解した場合、アイゼンハワー大統領が連邦軍をもってフォード知事の暴挙を抑えた先述のリトルロック事件及び、「司法優越」を高らかに宣言したクーバー判決をどのように理解するのが問題となろう。

この点、クーバー判決をめぐる以下の二つの特殊事情を考慮に入れる必要があるように思われる。第一に、リトルロック事件に連邦政府が介入したとしても、それは「人種統合命令に対する露骨な反抗 (the blatant defiance)」が起きた後であるという事実である。すなわち、アイゼンハワー大統領自らが明示している通り、リトルロックへの連邦軍派遣は、あくまでも州兵も巻き込んだ例外的な暴動を沈静化すること、あるいは連邦司法制度を正常化することを目的としたものであり、人種的統合を実施するためになされた連邦権限の行使ではないと解される<sup>(98)</sup>。

第二に、クーバー判決は、その他の人種別学制度をめぐる訴訟とまったく異なり、アメリカの一都市に連邦軍を派遣させた大統領の行為を正当化するという政治的意味合いを有していたことが挙げられる。仮に、クーバー判決において州側の遅延要求を容認する判決を出していれば、リトルロックに敢えて軍事介入した大統領の面目は潰れていたであろう。また逆に、事実上州側に制裁を加える判決を下せば、ブラウン判決に対する大統領の後ろ盾が得られるか

かもしれない<sup>(9)</sup>。連邦最高裁がそこまでの算段を行っていたのかは不明であるが、クーパー判決が積極的な姿勢を打ち出した背景に、連邦最高裁の利害と政治部門の利害とが本件においては偶々符号していたという事実を挙げることは許されるように思われる。

このようにみれば、「司法優越主義」を表明したクーパー判決は、当時のウォーレンコートにおいて例外的な事案であったと解することもできる。ポストとシーゲル (Robert C. Post & Reva B. Siegel) によれば、このように政治部門の顔色をうかがうウォーレンコートの消極的態度は、司法権そのものの社会学的正統性を維持するものとして、あるいは、憲法実現における政治部門と司法府との協働を担保するものとして、むしろ積極的に評価されることになるが、当時のN A A C Pからは激しい批判を受けている<sup>(10)</sup>。実際、クーパー判決で見せた連邦最高裁の「強面」は、その後再び影を潜めているのである。先に軽く触れた通り、確かに連邦最高裁は、政治部門が態度を転換させた一九六三年以降、学校における人種統合政策に再び首を突っ込むのであるが、このことは逆に、政治部門の実質的な支持なく連邦最高裁が積極的に司法審査することの困難性、すなわち司法優越主義の限界を意味しているようにも思われるのである。

## 2 長期的な法的不確定性——法の栄枯盛衰

もともと、一〇年のタイム・ラグがあるとはいえ、表面的にみれば、一九六四年市民権法は、ブラウン判決において連邦最高裁が語った「最高法」を具体化したものと見ることも可能である。このようにみる限りでは、ウォーレンコート期の「司法優越主義」が完全に否定されたわけではないであろう。そこで最後に、一九六四年市民権法の趣旨、

すなわちブラウン判決で語られた「法」が、その後の保守政治の中にいかに変化してきたかを簡単に検討してみたい。仮にその「法」が保守という政治色によって塗り替えられたとすれば、司法優越主義に対するまた別の問題提起を行うことができるであろう。

まず、この点で重要と思われるのが、一九六八年の大統領選挙である。この選挙において、共和党のニクソン(Richard Nixon)とウォレス(George Wallace)は、六〇年代の混乱と、白人特権の損失によって不満を持っていた白人に訴えた。そして彼らは、人種統合、強制バス通学、ウォーレンコートの諸判決を批判し、「法と秩序」の回復を主張したのである。この結果、「ニクソンの南部戦略は、伝統的な白人特権が消え去ったように感じた南部の白人の支持」を引きつけ、次に続く三〇年間に渡る共和党支配を基礎付けることになったといえる。<sup>(9)</sup> バルキンによれば、この共和党の勝利こそ、その後、保守の政治原理が司法的に刻印(entrench)されていく先触れであり、ブラウン判決の意味を根本的に変化する契機と看做されることになる。すなわち、ニクソン大統領が三人の連邦最高裁判事——ブラックマン(Harry A. Blackman)・パウエル(Lewis F. Powell)・そしてレーンキスト(William H. Rehnquist)——と一人の首席判事——バーガー(Warren Earl Burger)——を任命することによって、ブラウン判決の意味が換骨変換されていったのである。<sup>(10)</sup> 例えば、Washington v. Davis<sup>(11)</sup> 連邦最高裁判決が下された一九七四年までには、ブラウン判決の意味は、トペカ市教育委員会が、「分類の明らかな意図」を持ち、分離しようとする「故意」を有していたというように読み換わっていた。すなわち、デービス判決において、「事実上の分離は、ブラウンの原理、平等保護条項のどちらにも抵触するものではない」と判断されたのである。バルキンは、このデービス判決によるブラウン判決の再構成が、九〇年代のアメリカにおける再分離を加速させたと指摘している。<sup>(12)</sup>

このように見れば、ブラウン判決の中でウォーレンコートの語った「法」は、後の政治、とりわけ大統領による任

命権の行使によつてその意味を変えたと評価することもできる。<sup>(8)</sup> もつとも、現在のレーンキストコートも、いわゆるアフアーマティブ・アクション関連の訴訟を見る限り、黒人に「とどめの一撃」を刺していない。<sup>(9)</sup> このことは、レーンキストコートの語った「法」が、さらにその後の政治部門によつて変化される可能性を示しているように思える。この点については後で詳述する。

### 三 マーシャルコート期

それでは、つぎに司法審査の祖と呼ばれるマーベリー判決を検討することにしよう。マーベリー判決は上述のブラウン判決から一氣に建国初期まで遡ることになるが、それは現在まできわめて強いインパクトを残している。つぎの文章はそれを物語るものである。

「……今日、マーベリー判決は、最も洗練された、輝かしい、野心的な司法審査の法理の正当化根拠の一つとみなされて」おり、かつそれは「アメリカを含む世界中でアメリカ立憲主義のかなめとされ、今もつて繰り返行使される司法審査の広範な権限のための礎とされている」。<sup>(10)</sup>

このような表現は必ずしもおおげさなものではなく、とりわけ法律家あるいは憲法学者の間ではそれ以上のインパクトを有するものといつても過言ではない。ただし、「マーベリー判決が最も有名な連邦最高裁の判決の一つであるとしても、それはまた最も批判され、誤解を受けている判決の一つでもある」。<sup>(11)</sup> つまり、きわめてインパクトの強い歴史的事例であるがゆえに、当該判決を根拠にして様々な議論——ときには恣意的に利用されるものも少なくないが——を引き起こす誘引となっているのである。

こうした事態を引き起こした理由の一つとして、いかなる機関が主導的に人権保障を担うのか、いかなる機関が最終的な憲法解釈の権威となりうるのか、といった憲法学にとって本質的な議論に対して本判決がしばしば多大な影響力を有していることが挙げられる。というのは、本判決の解釈如何によって司法優越主義を提唱することができるか否か、という議論の重要な論拠となりうるからである。しかしながら、「司法審査はアメリカ憲法において最も論争のある一つであり続けている<sup>(9)</sup>。」といわれるように、マーベリー判決をめぐる憲法学の議論は未だ決着がつかどころか、混乱を深めているように思われる。

本章は、こういった状況に対して、歴史の実証に基づく議論を累積していくことによって新たな視点を提示することを問題意識として持つものである。そこで、マーベリー判決を中心としたマーシャルコートの歴史的背景を紐解きながら、それがいかに政治的性格を帯びていたかを実証し、さらに、それが法原理機関としての裁判所や司法優越主義のあらわれであったかどうかを検証してみようと思う。

## (一) マーシャルコートと政治性

マーシャルコートは、フェデラリスト (Federalists) とリパブリカン (Republican) との政治的対立を基にみていくと、それがいかに政治的影響を受け、政治的意図に基づいて判断されていたかがわかる。ここでは、マーシャルコートが政治的状况に応じて態度が変化していく様を考察することにする。

### 1 マーベリー判決の政治性——政治的影響と政治的意図

まず、マーベリー判決がいかにか政治的であつたかを検証してみよう。<sup>(10)</sup> ここでいう政治性とは、当時の複雑な政治的背景によって、マーシャル判事が政治的意図に基づいて判決を下していったことをいう。マーベリー判決の政治性については、「フェデラリスツであるマーシャル判事がリパブリカンに対抗するための権限を保持するために司法審査権を行使したもの」とこれまでいわれてきた。<sup>(11)</sup> このときの政治背景を説明しながら事件の展開を追うことにする。

一八〇〇年初頭のアメリカは、連邦の権限の拡大をはかるフェデラリスツと州の権限の保持を唱えるリパブリカンが対立していた。そして、一八〇〇年の選挙<sup>(12)</sup>において、リパブリカンであるジェファースン(Thomas Jefferson)が次期大統領に決定した。これに対して、選挙前の大統領はフェデラリスツであるアダムズ(John Adams)大統領であり、彼はフェデラリスツの勢力を温存する何らかの対策を思慮した。そこでアダムズ大統領が考え出した方法は、翌年三月の大統領職の任期終了までに、できる限り多くの連邦裁判官を任命し、フェデラリスツの勢力を温存しておこうというものであった。<sup>(13)</sup> そこで、フェデラリスツが連邦議会の多数を占めているうちに、連邦議会に働きかけて新たに四二名分の裁判官職を創設する法律を制定した。アダムズは早速フェデラリスツの息のかかった者らを指名し、上院の承認を得た。ところが、マーシャル国務長官(兼連邦最高裁長官)が任命状を発行しないまま、大統領交代の日がきてしまったのである。

そして、ジェファースン大統領はフェデラリスツの連邦判事によって司法府が運営されることを嫌い、新たに任命された連邦判事に任命状を発行しないという態度にでた。そこで、新たに連邦判事に就任する予定であつたマーベリーが任命状の発行を求めて提訴したのが本件である。本件においてマーシャル判事が自ら法廷意見を執筆し、マーベリーが就任権を有するか、有するとすれば裁判所によって救済されるか、などの審査を行い、その結果マーベリーは就

任権を有し、救済を受けることができるとした。しかしながら、続く一七八九年裁判所法一三条の審査に移ると、判旨の流れは一転する。すなわち、本件が連邦最高裁に係属することになった根拠法律である裁判所法一三条は、憲法が定めている事項以外に、第一審管轄権が連邦最高裁へ係属することができるとしているため違憲であるとし、本件訴訟を棄却したのである。<sup>(15)</sup> この結果、マーベリーは本件によって連邦判事となることはできなくなったが、その一方で連邦最高裁は司法審査権を有することになった。<sup>(16)</sup>

さて、こうした複雑な政治的背景からなるマーベリー判決に対しては、フェデラリスツであるマーシャル判事が司法府に勢力を残そうとして行ったものであるという評価が大勢を占める。<sup>(17)</sup> つまり、リパブリカンが大統領および議会において優勢となったため、マーシャル判事は司法府をこれに対する防波堤とすべく、司法審査権を行使したとするのである。<sup>(18)</sup> このとき、判事就任を要求したフェデラリスツのマーベリーを敗訴させる形をとったが、これには就任させる裁判所命令を発しても政治部門を支配するリパブリカンがこれを無視する可能性があった。<sup>(19)</sup> そのため、それよりはむしろマーベリーを敗訴させておいて、司法府には司法審査権があるということを確立しておくという道をとったと解するのである。<sup>(20)</sup>

## 2 もう一つのマーベリー判決?——スチュアート判決

もっとも、最近では上述のような政治的意図について、他の理由でマーベリー判決が政治的であったことを例証する見解が注目されている。<sup>(21)</sup> レビンソン・バルキン (Sanford Levinson and Jack M. Balkin) は一八〇三年の *Stuart v. Laird* 連邦最高裁判決を取り上げて、新たな議論を提唱している。<sup>(22)</sup> マーベリー判決の一週間後に下されたスチュアート判決



とは次のような事件である。先述のように、一八〇〇年の選挙によってフェデラリスツは連邦議会において多数派の地位を消失した。そのため、フェデラリスツが多数を占めているうちに、連邦議会は任期終了間際の一八〇一年二月、一八〇一年裁判所法を制定した（以下F法）。当時、連邦最高裁判事は連邦高裁判事としての役割も果たしていた。そこで、本法制定により、連邦最高裁判事の負担軽減のために連邦高裁の判事を新たに創設した。ところが、リパブリカンはこのフェデラリスツによる勢力拡大とみなし、一八〇一年三月から連邦議会において優勢となったことを背景に、新たに一八〇二年裁判所法を制定したのである（以下R法）。このR法によって、F法で連邦高裁判事として任命された判事は解任されることになった。そこで、R法は、①連邦高裁判事としての地位を失わしてしまうこと、②憲法第三条によって保障される連邦高裁判事の終身性を侵害すること、③マーベリー判決において連邦議会は連邦最高裁の第一審管轄権を定めることができないと判示されたことを考慮するとR法は司法府を侵害すること、などが違憲であるとして訴えが提起され、連邦最高裁まで持ち込まれた。ところが、連邦最高裁の審理においてマーシャル判事は自らを忌避した。そして連邦最高裁は、このような憲法上の争点に触れずに、「連邦議会が下級裁判所を創設する権限を有する」とだけ述べて、棄却してしまった。

これについてレビンソン・バルキン<sup>(12)</sup>は、マーシャル判事がスチュアート判決においては自己を忌避し、マーベリー判決を審査したことが政治的であつたと指摘する。というのは、マーベリー判決においてマーシャル判事は前国務大臣としてマーベリーの任命手続を行っており、スチュアート判決よりも深く事件に関与しているのである。それにもかかわらず、マーシャル判事はマーベリー判決を手がけ、スチュアート判決を忌避した。両判決が類似の争点を含んでいたにもかかわらず、である。レビンソン・バルキンは、マーシャル判事がこのような態度をとった理由として、マーベリー判決で司法審査権を確立した以上、これ以上リパブリカンへの刺激を避けるため、スチュアート判決では

自己を忌避したことが考えられるというのである。マーシャル判事がとりわけ気にしていたのがリパブリカンらによるフェデラリスツ裁判官の弾劾であつた。実際、マーベリー判決の係争中に、ジェファースンがニューハンプシャー州のピカリング(John Pickering)判事を弾劾にかけようとして下院に調査させていたという事実がある。<sup>(15)</sup>

また、彼らはこうした見解の例証として、両判決ともにリパブリカンよりの判決結果となつてゐることを指摘する。<sup>(16)</sup>当時、マーベリー判決によつて司法審査権を確立したとはいえ、リパブリカンが大統領および連邦議會を占めてゐることを考えると予断を許さない状況にあつた。そのため、リパブリカンが司法の判決に従わない可能性だけでなく、司法へのさらなる攻撃が予想されたのである。そこで、これを回避するために、マーベリー判決とのインテグリティを犠牲にして両判決ともにリパブリカンよりの判決となつたというのである。というのも、連邦最高裁の第一審管轄権を限定的に捉え、その負担の増大を拒絶したマーベリー判決の論理に従えば、連邦最高裁判事の負担を再び増やすことになる。R法は本来違憲とされて然るべきと解されるからである。実際、このような対応によつて司法府がようやく安定をみせるのはチェイス(Samuel Chase)判事が弾劾を逃れてからであり、その後のマーシャルコートはそれまでの態度とはうってかわつて、積極的にリパブリカンに対抗する判決を下していくことになる。

### 3 チェイス判事の弾劾回避の意義——司法府の安定へ

上述のように、当時はフェデラリスツとリパブリカンの対立が激しく、ともするとフェデラリスツであるマーシャルが長官を務める司法府はリパブリカンによる攻撃の対象とされるおそれが十分にあつた。そこでマーシャル判事は、マーベリー判決において司法審査権を確保した上で、マーベリーの訴えを棄却し、かつスチュアート判決においても

原告の訴えを棄却して、リパブリカン側の顔を立てた。

しかしながら、マーベリーおよびスチュアート判決後もフェデラリスツとリパブリカンの衝突は完全に終結したわけではなく、司法府のあり方をめぐってフェデラリスツとリパブリカンの対立は続いた。<sup>(16)</sup> フェデラリスツは司法府の人民からの独立を唱え、他方リパブリカンは司法府を立法府に従属させようとしたからである。<sup>(17)</sup> その対立はチェイス判事が弾劾にかけられたときに再び激化する。リパブリカンは裁判において自己の見解を表明するフェデラリスツのチェイス判事を弾劾にかけ、司法府が立法府に従属することを証明しようとしたのである。

チェイス判事はワシントン大統領によって連邦最高裁判事に任命されており、フェデラリスツの一員とされる。チェイス判事の弾劾事由はいくつかあるのであるが、この中には、メリーランド州の事実審で、F法の廃止に反対する意見を陪審員に説示したことも入っていた。<sup>(18)</sup> 前述のように、F法はフェデラリスツが多数を占める連邦議会で成立した法律である。したがって、チェイス判事は自らの政治的信条を裁判に持ち込んでいたことから、弾劾にかけられてしまったのである。これに対してフェデラリスツは、弾劾事由は刑事犯罪に限定されるべきであるとして対抗したが、リパブリカンは政治的犯罪も含まれるとして反論した。両者の議論は決着をみないまま、下院でチェイス判事の弾劾決議が可決され、上院の判断を待つことになった。

こうして弾劾にかけられたチェイス判事であったが、一八〇五年二月の上院の弾劾決議ではわずか四票という僅差で否決された。<sup>(19)</sup> いかなる問題まで弾劾事由となるかについては今でも論争のあるところだが、このときはまだ建国もない時期であり、チェイス判事の弾劾のように、刑事犯罪を犯していない者に対してまで罷免してしまうということにはリパブリカンの中でも総意がとれなかったのである。もつとも、バート(Robert A. Burt)は弾劾が可決されなかった理由としてジェファースンの弾劾成立に対する非協力性を挙げる。<sup>(20)</sup> バートによれば、この弾劾はリパブリカンの目

論みであったことは間違いないが、その中にジェファースンは含まれていなかったというのである。というのは、ジェファースンはマーベリー判決の結果に納得し、それ以降、司法を脅威としてみなさなくなっており、これ以上の攻撃を望まなかった。そのため、リパブリカンによるチェイス判事の弾劾裁判の際も、ジェファースンはそれを後押しせず、チェイス判事は僅差で弾劾を受けずに済んだと解するのである。こうしてみると、マーシャル判事がマーベリー判決やスチュアート判決でリパブリカンの顔を立てておいたことは無駄ではなかったことになる。

さて、チェイス判事の弾劾が否決されたことにより、マーシャルコートの政治性がこれまでとは違った形であらわれてくることになる。つまり、これまで判決結果においてリパブリカンへ配慮してきた態度が、これ以降一変するのである。

#### 4 マーシャルコートの変容——マーシャル判事の逆襲

チェイス判事の弾劾回避によって、ようやくマーシャル判事はこれ以上直接的に司法が攻撃されることはないことを確信し始める。<sup>(10)</sup> 政治部門による司法への直接的攻撃は弾劾を除けば、憲法上の権限は存在しない。そこで、マーシャル判事はフェデラリスツとしての立場から判決を下していくようになる。

マーベリー事件は上述のように、きわめて政治性を帯びたもので、その判決結果も政治的配慮に基づく結果であった。もともと、マーシャルコートとしてみた場合、その政治性はこれだけにとどまらない。フェデラリスツとされるマーシャル判事は、マーベリー判決によって司法審査権を確保したことによって、リパブリカンと対立する判決を下していくのである。その代表例として、一八〇七年の *United States v. Burr* 連邦高裁判決<sup>(11)</sup>と一八一九年の *McCulloch v.*

Maryland 連邦最高裁判決が挙げられる。<sup>(15)</sup>

バー判決とは、副大統領<sup>(16)</sup>であるアーロン・バー (Aaron Burr) が反逆罪に問われた事件である。ジェファースン大統領は政治的に対立しているバーを一八〇六年の反乱関与の罪で有罪にしようとした。そして、この事件が連邦高裁に係属したのだが、このときの裁判長がマーシャル判事であった。バーは自らの無実を証明するため、独立戦争時代からの友人であったウィルキンソン (James Wilkinson) からジェファースン大統領宛ての二通の手紙の提出を要求した。というのは、バーの友人であったはずのウィルキンソンが、バーが反乱部隊に加わっていたとする手紙をジェファースンに送り、これが有罪を裏付ける重要な証拠の一部とされていたからである。これに対してマーシャル判事はバーの主張を認めて提出を命じた。このとき、一通については開示されたが、もう一通についてはジェファースンが開示を拒絶した。これに対してマーシャル判事は、ジェファースンの拒絶を認める代わりに政府側を敗訴させ、バーを無罪にするという判決を下したのである。

このようなマーシャル判事の態度は、チェイス判事の弾劾が否決される以前とは別人である。それ以前とはうってかわって積極的にリパブリカンに対抗しているのである。まさに、これはマーシャル判事の政治的思惑が働きはじめて証拠であろう。

このバー判決と同様、マーシャル判事がフェデラリスツの態度を貫いた判決としてマカロック判決がある。マカロック判決は周知のように連邦銀行の合憲性が争われた事件である。一八〇七年にメリーランド州に支店を出した連邦銀行に対して当州が課税をかけようとして、連邦銀行の合憲性が争われることになったのである。ジェファースンやマディソン (James Madison) らリパブリカンは、連邦の権限が強まることを嫌っていたため、連邦銀行の設立に反対であった<sup>(17)</sup>。このため、チェイス判事弾劾否決以降、ことごとくジェファースンらリパブリカンと対立してきたマーシャル判

事が、連邦最高裁判事としていかなる判断を行うのかが注目された。そして、マーシャル判事は自ら法廷意見を執筆し、連邦銀行の合憲性を認め、連邦議会の権限の拡大を認めたのである。

このように、マーシャルコートはつねに政治的文脈の中で判断を下していた可能性がある。マーベリー判決において司法審査権を確保しつつも、リパブリカンとの正面衝突を避け続け、チェイス判事の弾劾否決によって司法の危険性が少なくなるやいなや、バー判決やマカロック判決など、その後の判決においてリパブリカンへの敵意をむき出しにして対抗し始めたのである。また、本稿の問題関心との関連でいえば、こうした政治性は、いわゆる法原理機関説の手続的限界に当たる可能性があるといえよう。

## (二) 非・法原理機関性

それでは次に、マーベリー判決が法原理機関としての裁判所を確立しえたのかを検討してみよう。結論を先取りして言えば、本件はそもそも人権保障を対象とした事例ではない。<sup>(18)</sup> もともと、マーベリー判決を法原理機関説に馴染むものとしてみることも不可能ではない。そこで、法原理機関説として構成できるかどうかを検討してみよう。<sup>(19)</sup>

### 1 法原理機関説からみるマーベリー判決

本件を法原理機関としてのあらわれとしてみなすことができるとすれば、次の三点のような理由が考えられる。第一に、判決文中には、法原理機関としての裁判所の役割が宣言されている部分があることである。<sup>(20)</sup> マーシャル判事は、

「個人が侵害を受けた場合にはいつでも法の保護を求めることができる権利があることが市民の自由の本質である。」とした。さらに、これに続くマーシャル判事の判決文をみると、イギリスにおいても裁判所は権利救済機関として機能してきたことに触れ、裁判所が権利救済を果たさなければ法の支配は実現されないと述べている。このことから、マーシャル判事は裁判所を権利救済機関として捉え、それがコモローとしての伝統に基づくものであると考えていたと解しうる。

第二に、判決文においてマーシャル判事がマーベリーの職務就任要求を「法的権利」(legal right)と記述している部分があり、職務就任権を権利として扱っていることが挙げられる。これは、本件が権利の問題を扱っているとみなす根拠となろう。

第三に、結果的にはマーベリーが敗訴したが、マーベリーの職務就任権自体は判決の中で確認されているのだから権利を認めていることに変わりなく、法原理機関としての役割を果たしているという主張が考えられる。このことから、本件が権利救済を果たそうとしていたことがうかがえる。

しかしながら、マーベリー判決の背景をみると、こうした主張の限界がみえてくる。本件は、そもそもマーベリー本人でさえ、任命状の発行がそれほど重要な問題であるとは考えていなかったといわれる。<sup>(4)</sup>というのは、マーベリー判決は任命状を求めるにあたって連邦最高裁へ直接訴えを提起することはできないとされただけであって、マーベリーがどうしても裁判官職を得たいのであれば、改めて連邦地裁に訴えを提起することができたのである。しかし、マーベリーはこれ以上訴訟を続けようとしなかった。そのため、マーベリーの訴訟は任命状の交付以外に目的があったのではないかと推測されてこよう。また、マーベリーは、フェデリスツの仲間から、これ以上ジェファーソンを刺激するのは得策ではなく、頑強に任命状の発行を求めるのではなく、マーシャル判事の英断を待とうという助言を

受けていたといわれている<sup>(44)</sup>。こうした事実から、マーベリーは権利救済目的で訴訟を提起したというよりも、リパブリカンに対抗する意図をもって本件訴訟を提起したことがうかがえよう。こうしてみると、マーベリーが裁判所を権利救済機関とみなして救済を求め、マーシャル判事がこれを受けてモンローからの伝統として裁判所が権利救済を行ったとする法原理機関説の主張は受け入れがたいものとなってくる。このため、本件をもって権利の問題とし、裁判所を権利救済機関としてみなすことには無理があるように思われる。

さらにいえば、仮に権利の問題であるとしても、結果として、マーベリー判決においてマーベリーの権利救済はなされなかったのである。判決結果としてその権利が否定されているため、本件をもって裁判所が法原理機関であるという裏付けにはならないといえる。とすれば、マーベリー判決による司法審査の確立は、少なくともこの時点では人権保障にあったとはいえず、法原理機関としての裁判所の確立はなされていなかったことになる。

これに対する反論として、結果的にはマーベリーが敗訴したが、マーベリーの職務就任権自体は判決の中で確認されているのだから権利を認めていることに変わりなく、法原理機関としての役割を果たしているという主張も考えられる。しかしながら、①結果として権利が守られなかったことや、②リパブリカンに対抗するために司法審査を確立することに重点が置かれ、権利保障についてはそれほど熱心でなかったことなどを考慮すると、やはり本件をもって裁判所を法原理機関としてみなすことは困難であろう。

## 2 法原理機関説に対する実証的批判——クラーマンの見解

また、クラーマンは、「マーベリー判決において連邦最高裁が初めて行使した司法審査は我々が今日理解している



ものよりもきわめて制限的なものであった。」<sup>(14)</sup>と述べ、司法審査の限定的性格から法原理機関説を批判している。クラーマンによれば、当時、その法律が明確に違憲である場合にのみ裁判所は違憲の判決を下すことができ、理性ある人々がその法律の合憲性について見解を異にしている場合には裁判所はその法律を合憲としなければならないという見解が有力であり、マーシャル判事もそのように考えていたというのである。<sup>(15)</sup>クラーマンはその証拠として、一七八〇年代から一七九〇年代にかけて州裁判所によって行使された司法審査がこういった理解の下で行われていたということを挙げている。<sup>(16)</sup>例えば、陪審制の制限的利用に対する違憲判決などがそれに該当する。クラーマンはこれをマーベリー判決に当てはめ、当該判決は連邦最高裁の第一審管轄権をめぐる手続的問題であり、その違憲性が明確に理解できた事案ということになる。そして、司法審査が可能となるのはこのような手続的問題であるとし、合理的市民の間で不一致がみられる実体的問題については司法審査を行使できないとするのである。例えば、中絶や人種差別といったような原理的問題について一致が見られない場合は司法審査の限界を越えていることになるのである。<sup>(17)</sup>この結果、クラーマンはマーベリー判決における司法審査は原理的問題に対応することを意図して下されたものではないと結論付けている。

こうしたクラーマンの見解は、当時の見解を基にしてマーベリー判決の意図を探り、裁判所の法原理機関性を実証的に否定しているという点において評価できる。ただし、その当時の見解の紹介が若干簡潔にまとめられすぎているように思われる。そこで、最後に当時の憲法観や司法審査観を詳細に検討しているスノーウィス(Sylvia Snowiss)の議論をみることにしよう。

### 3 マーシャルコートと法原理機関性——スノーウィスの見解

スノーウイスの見解は詳細な法制史を検討しているという点以外にも、マーシャルコートに焦点を当てて考えるところが興味深い。スノーウイスは、マーベリー判決の法制史的流れを追いながら、マーベリー判決とマカロック判決を比較し、両者で司法審査の行使理由が異なっていたことを指摘する。その上で、マーシャルコートの司法審査に関する変遷を説き、ドウオーキンの法原理機関説が両判決を基にしているというのである。以下、スノーウイスの議論をみてみよう。<sup>(19)</sup>

スノーウイスによれば、マーベリー判決の結果は権利保障ではなく、それ以前に行われた立法に対する司法権の対抗事例の繰り返しでしかなかったという。<sup>(20)</sup>連邦国家として成立したばかりの当時のアメリカでは、まだ国家として不安定な状況にあったため、憲法典を基に結束して安定した連邦国家を構築していこうという意図があった。こうした状況の下、リパブリカンら州権派は立法院、すなわち法律によって人民主権の実現をはかろうとしたのである。こうした動きに対して、フェデラリスツらは憲法典を重視することによって法律との差別化をはかり、これに対抗しようと考えていたというのである。

スノーウイスによると、その口火を切ったのは、後に連邦最高裁判事となるアイアデル (James Iredell) であったという。<sup>(21)</sup>アイアデルが連邦最高裁判事になる四年前に行った主張がノースカロライナ州代表として制憲会議に出席したスペイト (Richard Spaight) に送った手紙に綴られており、その内容は、ハミルトン (Alexander Hamilton) の『フェデラリスト第七八編』や一七九五年の *Lessee v. Dorrance* 連邦最高裁判決<sup>(22)</sup>でも繰り返されている。そして、マーベリー判決はこうした言述の繰り返しにすぎなかったというのである。

アイアデルはイギリス憲法とアメリカ憲法の比較を行いながら、両者の相違を条文の有無に求める。<sup>(23)</sup>周知のように、

成文憲法典を持たないイギリス憲法では、条文が存在するわけではなく、憲法習律や法律からなっているといわれている。他方、アメリカ憲法は条文で定められており、各権力機関を拘束する内容のものとなっている。こうした条文の有無が重要な相違点となつてあらわれてくるのが、憲法の位置付けであるという。アメリカ憲法は政府機関を拘束していることから、通常の法における最高の法ではなく、最高法規（supreme binding law）なのである。一方、イギリス憲法は条文が存在せず、法律も最高法規となりうることから、最高の通常法（supreme ordinary law）にすぎないことになる。こうした憲法の位置付けの相違は司法審査権の有無という問題にもつながり、アメリカのような最高法規という意味の憲法であれば権力機関の上にあり、それぞれを拘束することから司法審査権が存在し、イギリスのように最高の通常法という意味であれば、権力機関を拘束する司法審査権は存在しないことになるのである。アイアデルのこうした見解は、『フェデラリスト第七八編』や一七九五年のレッシー判決を経て、マーベリー判決にそのまま受け継がれることになる。

すなわち、『フェデラリスト第七八編』でハミルトンは、「裁判所の完全なる独立は、権力を制限する憲法にとって、とりわけ欠くことのできないものである。……つまり、憲法の明白な趣旨に反する一切の立法行為を無効であると宣言するのが裁判所の義務なのである。」と述べ、憲法典の重要性とそれを守る司法の義務というアイアデルの言述を繰り返している。

くわえて、レッシー判決においてパターンソン（William Paterson）判事の法廷意見は、「イギリスには、可視的、現実的、確定的、憲法典あるいは基本法が存在しないために法律は審査されない。アメリカでは各州が厳密な形にまとめられた憲法典を有する。」と述べ、ここでもアイアデルの復唱が行われているのである。

こうした流れを受けて、マーベリー判決でも憲法典の最高法規性とそれを各権が遵守しなければならないことに触

れ、そこから司法審査権が導き出されたと考えるのである。こういった一連の流れを踏まえて、スノーウイスはマーベリー判決が権利保障を目的としたものではなく、連邦の結束の重要性から、憲法典の遵守というところにも焦点が当てられてきたことを示しているというのである。

さて、スノーウイスはマーベリー判決をこのように位置付けた上で、マカロック判決におけるマーシャル判事の変容に言及する。マカロック判決においてマーシャル判事は、マーベリー判決のような憲法典保護というテキスト重視の解釈から、憲法典の本質や性格といった一般原理を持ち出して、連邦議会の権限を広範に認める判決論理を導き出す。こうしてマーシャル判事は、マーベリー判決とは異なり、原理といった抽象的なマジックワードを持ち出して、憲法を緩やかに解し始めたのである<sup>(19)</sup>。

このようにみると、第一に、マーシャルコートは権利保障を念頭において判決を下してきたのではないことがわかる。そして第二に、マカロック判決での原理解釈への変容はこれまでの解釈と異なるため、インテグリティにも反していることから法原理機関たる役割を果たしてきたと位置付けることは困難であることがわかんといえよう<sup>(20)</sup>。

### (三) 司法優越主義の否定

最後に、マーベリー判決と司法優越主義との関係を見ることにしよう。一部の判決や学説はマーベリー判決を司法優越主義のあらわれであるとみなす傾向がある<sup>(21)</sup>。彼らが根拠とするマーシャル判事の言述は、ほとんどの場合、「何が法であるのかを決定するのは司法の役割である」という部分である<sup>(22)</sup>。しかしながら、マーベリー判決において司法優越主義を明示した発言は見当たらない<sup>(23)</sup>。くわえて、マーベリー判決後しばらくの間、マーベリー判決は違憲の法律

を宣言する権威の事例とさえみなされておらず、単に連邦最高裁の第一審管轄権と任命状の問題として扱われていたにすぎなかったといわれる<sup>(15)</sup>。

ここでは、①マーベリー判決が司法優越主義の考えを示しているか、②マーシャルコートの判決は他権によって倒覆(override)されなかったか、③州の政府機関に対してはどうだったか、について検討することしよう。

# 1 マーベリー判決と司法優越主義の関係

マーベリー判決の一部分をもつて司法優越主義の表れとみなす見解に対してバートは、マーベリー判決において司法の優越が宣言された箇所はなく、それどころか判決内容と政治的背景を斟酌すれば、司法優越主義をとっていないということになるとする<sup>(16)</sup>。バートによれば、マーベリー判決が司法優越主義のあらわれではなく、むしろマーシャル判事自身が司法優越主義に懐疑的であり、マーベリー判決は司法の自己防衛のための政治的調整であつたにすぎないというのである<sup>(16)</sup>。

バートはまず、マーベリー判決によつて違憲とされた部分、すなわち連邦議会が新たに連邦最高裁への管轄権を設定することができないとされたことを取り上げる<sup>(16)</sup>。これにより、どちらかといえば三権の中で陽を浴びてこなかった連邦最高裁が大統領や連邦議会と同等の機関であるところまで押し上げられたとするのである。そして、この判決を司法の優越ではなく、司法の同等性であるという根拠として、司法機関の自己防衛を挙げている。

また、クレーマーも同様に、マーベリー判決が司法優越主義をあらわしたわけではないと主張している<sup>(16)</sup>。クレーマーによると、制憲時、司法審査は違憲な州法を取り締まることを目的とするだけで、連邦政府の違憲行為に対しては大

統領拒否権や両院制によって対応することが意図されていた<sup>(88)</sup>。そのため、憲法典では、憲法を遵守しなければならない機関は裁判所よりもむしろ大統領や連邦議会に託された。もともと、裁判所も他権の憲法違反をチェックするという意味での憲法遵守義務を果たさなければならない。それが、司法審査という形で顕現し、これを実際に明らかにしたのがマーベリー判決であった。したがって、当時の背景をかんがみると、司法審査は当時の三権の憲法遵守義務という観点から正当化されるというのである。そうなると、司法審査権は、三権がそれぞれ有する憲法遵守手段の一つということになり、それが最終的決定となるとはいえないことになる。クレーマーはこうした結論がマーベリー判決からうかがえるとする。マーベリー判決の司法審査の論理は、憲法は最高法規であってこれに反する法は無効であるというものであり、政府機関が憲法によって拘束されるということを述べた。つまり、「裁判所が法の意味を決定する」という意味は、法が裁定・適用される段階で、それが憲法に違反するかどうかを判断する権限が裁判所にあるといっているにすぎず、司法の決定が最終であるとはいっていない。したがって、本判決は三権が憲法に拘束されることをあらわしているだけであって、司法の解釈が最も優先するということをあらわしたことはならないといっているのである。このように、バートやクレーマーは、判決内容の論理から、マーベリー判決が司法優越主義の発露ではなかったことを唱えている。

## 2 ジャクソン大統領による司法優越主義の否定①——マカロック判決の倒覆

さて、こうしたバートやクレーマーの主張は、マカロック判決で合憲性が認められた連邦銀行が再認可されようとしたときに現実問題として顕現することになる。連邦議会がマカロック判決の後押しを受けて連邦銀行を再認可しよ

うとしたとき、ときの大統領は民主党のジャクソン (Andrew Jackson) 大統領であった。ジャクソン大統領は民主権に基づいて連邦政府への権力集中を嫌い、俗にジャクソニアンデモクラシー (Jacksonian democracy) とまで呼ばれるような存在である。このような政治的信条の持主であるジャクソン大統領にとって連邦銀行は好ましからぬ存在であった。そのため、ジャクソン大統領は連邦銀行の再認可に拒否権を行使して、これを拒絶したのである。<sup>(10)</sup> ジャクソン大統領の拒否権行使によって、連邦銀行の再認可は失敗に終わってしまった。このときのジャクソン大統領の拒否権にはメッセージが付いており、それによると、「連邦議会の意見が判事に対して優越するわけではないのと同様に、判事の意見は議会に優越する権威を有するわけではなく、その意味で大統領も連邦議会および司法の両方から独立しているのである。」とし、大統領はマカロック判決に拘束されないことを宣言している。<sup>(11)</sup>

この事例は、司法の判断が必ずしも最終的であるわけではなく、三権は同等の憲法解釈顕現を有するということを実証したものといえる。

### 3 ジャクソン大統領による司法優越主義の否定②——ウースター判決の不執行と司法ミニマリズム

上記のようなジャクソン大統領の司法府に対する抵抗は、拒否権という形で対抗しているため、積極的対抗ということが出来る。他方、そうではなく、判決の不執行という形で司法に対抗している事例がある。インディアン<sup>(12)</sup>の居住問題をめぐり Worcester v. Georgia<sup>(13)</sup> 連邦最高裁判決である。この事件は、チェロキー族の有する土地に対して規制（居住政策）を行うジョージア州法の有効性が争われたものであった。こうしたジョージア州法に反対する何人かの牧師が州の居住許可を得ずにチェロキー (Cherokee) 族居住区域に留まったため、州警察によって逮捕されてしまった。こ

れに対して、牧師らは州法の無効を求めて提訴した。本件を審理したマーシャル判事は、チェロキー族は主権を失っているわけではなく、外国関係を処理する権限は連邦にあって、当該州法はこれに反して無効であるとし、逮捕された牧師らの釈放を求める判決を下した。

ところが、これに対してジャクソン大統領は反発した<sup>(17)</sup>。ジャクソン大統領は連邦が州に介入することを嫌っていたという政治信条的な理由のほかに、当時未だ安定した連邦政府が確立していたわけではなく、このような形で連邦が州に介入することは連邦制を危うくするという現実的危機感があつたのである。そのため、ジャクソン大統領は本判決を受けて、「ジョン・マーシャルが自ら判決を下したのだから、今から彼にそれを執行してもらおうじゃないか」といった発言をしたという<sup>(18)</sup>。当時のジャクソン大統領にとって、このような判決の執行を州に対して行うことが政策的・現実的に困難な上、それを政治部門に丸投げされてはたまらないといった心境がこの言葉にあらわれているといえるだろう。実際、ジャクソン大統領は当判決を執行しようとせず、結局、本件は州の反発を受けたまま、現実に履行されなかつたのである。つまり、ジャクソン大統領が判決を執行しなかつたことが司法の判決に対する拒絶であり、ここでも司法優越主義が結果的に成功しなかつたことをあらわしているといえよう。

さらに、この事例を司法ミニマリズム (judicial minimalism)<sup>(19)</sup> の観点から捉えて司法優越主義に対抗する議論がみられる<sup>(20)</sup>。司法ミニマリズムとは、近年の連邦最高裁の傾向にそつたものであり、司法は解決困難な原理的問題を熟議するために政治過程や市民に投げかける役割を担うことをいう<sup>(21)</sup>。

こうした司法ミニマリズムは司法の判決が最終的に他権を拘束せず、政治部門に投げかけることから、司法優越主義ではないといえる<sup>(22)</sup>。クラコフ (Sarah Krakoff) は、一連のチェロキー族に関する判決<sup>(23)</sup>がこうした司法ミニマリズムに該当するものである<sup>(24)</sup>。とりわけ、ウースター判決では、インディアンを植民地化することに対抗することは司法



の能力を越えているとしながらも、司法が植民地化を推進することはあつてはならないとし、連邦議会に植民地化の程度を明らかにせよという責務を課するという判断を行った。クラコフによると、これが司法ミニマリズムのあらわれであり、結局は政治部門へ判断が委ねられたとするのである。

#### 4 州政府による司法優越主義の否定

さらに、このウースター判決は、連邦政府機関同士の権威の争い——水平的権力分立——とは異なるが、連邦政府と州政府との争い——垂直的権力分立——における司法優越主義が否定された一つの事例としてみるができる。ウースター判決に抵抗したのはジャクソン大統領だけではない。本判決に対して最初に抵抗の意をあらわしたのはジョージア州政府であり、州は牧師らの釈放を拒絶したのである。<sup>(10)</sup> ジャクソン大統領の司法府に対する対抗は、こうした州の抵抗に対して判決を強制的に執行しなかったという点で、州政府の一次的抵抗に次ぐ、二次的な抵抗といえる。したがって、ウースター判決に最も抵抗したのは州政府であつたのである。

もつとも、先述のように、本稿の司法優越主義に対する議論は連邦政府機関内における事例を中心に扱うものであるため、このような州に対する連邦司法の優越とは問題領域が異なるといえる。しかしながら、連邦最高裁の決定を州政府が遵守しないという事態は、結果的に司法優越主義が成功しなかったということである。さらに付け加えると、本章との関連でみれば、マーシャル判事がフェデラリスツであつたことを考慮に入れなければならない。チェイス判事弾劾否決後、すっかり勢いに乗つたマーシャルコートはマカロック判決を筆頭に、州に対して様々な連邦の権限を拡大する判決を下し始めていたが、こうしたマーシャルコートに対して対抗したのは大統領や連邦議会といった連邦

の政府機関だけではなく、むしろリパブリカンを後ろ盾とする州政府の対抗のほう(18)が激しかったのである。

このように、マーシャルコートの判決は、結果的に司法優越主義がとられたとは言い難い。それは、マーベリー判決の論理をみてもそうであるし、その後のマーシャルコートの判決に対する政治部門の対応も司法優越主義を否定している結果となっているのである。

## 【注】

- (1) RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977).
- (2) MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM COURTS (1999).
- (3) Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).
- (4) 同様の指摘は、既に阪口教授によってなされている。阪口正二郎「違憲審制と『二つ』の世紀末」ジュリ第一一九二号(二〇〇一年)一八五頁。やうに Michael Kent Curtis, *Judicial Review: Blessing or Curse? or Both? A Symposium in Commemoration of the Bicentennial of Marbury v. Madison: Judicial Review and Populism*, 38 WAKE FOREST L. REV. 313, 318-319 (2003). (レーンキストコートは)「……個人の自由の強い保護からの退却をも示唆している。これらの判決には、陪審の歴史的役割を阻害し、パブリックフォーラムを抑制し、LSDの実験として服用させた結果破滅的被害を受けた軍人の救済を否定し、警察署長が誤って常習窃盗団の一人に含んでしまった者の手続的デュープロセスを否定し、最近では連邦公務員はしばしば権利章典における自由の侵害によって訴えられうるとしたビレン法理への敵愾心を示した。……最近の連邦最高裁の傾向は、司法審査は一政党の利益を促進するために行使され、進歩派あるいはポピュリストが司法審査に対して懐疑的になるという、暗黒の時代をもたらすものである」。
- (5) Frank B. Cross, *Institution and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 CORNELL L. REV. 1529, 1531 (2000). こうした司法審査への批判はリベラル派だけでなく、保守派からの批判も増加しており、司法よりも政治部門のほう(19)が権利章典の実行性に優れているという議論が少なくなる。

- (9) James E. Fleming, *Judicial Review without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, 73 *FORDHAM L. REV.* 1377, 1378 (2005). フロニング (James E. Fleming) によると、最近「このようなりベラル憲法学の流れがあり、その中でタシエネットの見解は「人民立憲主義 (popular constitutionalism)」というカテゴリーに該当するといふ。
- (7) Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?*, 38 *WAKE FOREST L. REV.* 635, 637 (2003).「有力な法学者——とりわけタシエネットやウォルドロン——は最近のそのような司法による統治——とりわけアメリカンスタイルの司法審査——が人民による民主的統治を圧倒しておりきわめて重大な問題となっている」と主張している」。政治部門による憲法解釈を重視する論者として、他に「アッカマン、バルキン、レヴィンソン (Sanford Levinson)」、フリードマン (Barry Friedman)、『クレイマー』がある。Robert C. Post and Reva B. Siegel, *Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Poliocentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act*, 112 *YALE L. J.* 1943, 1982, n.123 (2003).
- (8) Kenneth Ward, *The Counter-Majoritarian Difficulty and Legal Realist Perspectives of Law: The Place of Law in Contemporary Constitutional Theory*, 18 *J. L. & POLITICS* 851, 875 (2002). 例えは「これまで」の「……規範的議論は憲法学者の職分を越えているように思われる」というワード (Kenneth Ward) の指摘がある。
- (9) 阪口教授は、「反多数決主義的」な司法審査を正当化する「旧くて新しい」戦略として、「司法審査それ自体は言われるほど反多数決主義的ではない」ということを「記述的レビュー」で論証するダール (Robert A. Dahl) 的なアプローチが存在しているとす。さらに阪口教授は、「最近、ダールのテーゼに再び着目し、そのテーゼが妥当する可能性を、ウォーレンコートはおろかレーンキースコートまである程度射程に入れた形で探ろうとする研究がなされてきている」と指摘している。坂口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、二〇〇一年）二九頁。同様の指摘は、Jack M. Balkin, *What Brown Teaches Us About Constitutional Theory*, 90 *VA. L. REV.* 1537, 1538 (2004). 本稿で検討するのは、このような司法審査理論に対する記述論的アプローチである。なお、ダールのアプローチを紹介するものとして、大沢秀介『アメリカの司法と政治講義ノート』（成文堂、二〇〇三年）一八一—一八三頁。なお、ダールのアプローチは、Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 *J. Pub. L.* 279 (1957) に始まる。

- (10) 法原理機関説と司法優越主義とが、憲法の（政治からの）「自律性」を媒介に結びつくとを指摘するものに「Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 114 Harv. L. Rev. 4, 6-7 (2003). なお「三権が同等に権利保障を行うことについては、安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立憲法学十六号六一頁（二〇〇三年）。安西教授の論稿はこうした示唆を与える先駆的業績である。」
- (11) Michael C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, 85 Geo. L.J. 1765 (1997). 「しかしながら、穩健的原意主義者と同様に非原意主義者も憲法の規範的説明と記述的説明との間にあるギャップにでくわしてしまふ。……本稿は原意的意味の理論的説明と憲法上の事実との間にあるギャップを狭める様々なアプローチを検討するものである」。
- (12) Jack M. Balkin and Sanford Levinson, *Legal Historicism and Legal Academics: The Rule of Law Professors in the Wake of Bush v. Gore*, 90 Geo. L.J. 173 (2001)
- (13) もっとも、ドルフは規範的正当化の無用性から記述的側面に焦点を当てるポビット (Philip Bobbit) の理論を評価しながらも、ポビット理論の矛盾点をつきながら「そうした正当化がなければ、その記述は単なる記述で終わってしまう。」という鋭い批評を行っている。Dorf, *supra* note 11, at 1788-1794.
- (14) 長谷部恭男「権力への懷疑」(日本評論社、一九九一年)一〇二——一五頁。長谷部教授は、「芦部憲法訴訟論」の基礎が、「民主過程論」から「原理に基づく裁判」へと転換しつつあることを指摘し、「裁判所による実質的価値選択を認める後者の議論は、法によって守るべき価値は客観的に認識しようとする〔芦部〕教授の法理論とよりよく整合するように思われる」と述べている。
- (15) 本稿が、「初期」ドゥオーキンの見解であることを強調するのは、特に『法の帝国』以降のドゥオーキンが、法解釈にあたって裁判所と共同体との連関を重視し、二元的な法秩序形成観を放棄するようになったからである。このような傾向を指摘するものとして、小泉良幸『リベラルな共同体』(勁草書房、二〇〇二年)一三四頁、巻末矢紀「憲法の動態と静態(二)——R・ドゥオーキン法理論の『連続戦略』をてがかりとして——」国家学会雑誌第一一七巻七・八号七五八頁以下(二

〇〇四年) 参照。

- (16) 「政策」とは、「社会のある種の経済的、政治的、社会的特徴の改善といった一定の到達目標を提示するタイプの規準」であるとされる。Dworkin, *supra* note 1, at 22. 邦訳として、ロナルド・ドウオーキン著・木下毅、小林公、野坂泰司訳『權利論』(木鐸社、一九八六年) 一五頁。

- (17) このような二元論は、佐藤幸治教授の見解の中にも強く見られる。例えば、佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ』(有斐閣、一九九八年) 六二一―六六頁。

- (18) さらに、クラーマンやバルキンが指摘するように、仮にアメリカ連邦最高裁が、これまで「中央の多数派」の政治的見解に強く影響され、またそれにしがたってきたのだとすれば、司法審査の「反多数主義的問題」について、新たな視座が提供される可能性もある。

- (19) 長谷部・前掲注(14) 一〇九頁。

- (20) See Frank I. Michelman, *The Supreme Courts 1985 Term*——Foreword: *Traces of Self-Government*, 100 Harv. L. Rev. 4, 65-67 (1986). なお、初期ドウオーキン理論に対するマイクルマンの評価については、山本龍彦「憲法の『変遷』と討議民主主義——『法生成』に関するマイクルマンの議論を素材に——」法学政治学論究六一号(二〇〇四年)二六四―二六五頁。
- (21) 政策的決定は「考慮さるべき様々な利害関係を正確に表現することを目的とする」政治部門を通じてなされるのに対し、原理的決定は、政治ないし選挙から独立した常勤の道徳的哲學家である裁判官の方がより正しく(right)行うことができるという理解されるからである。Dworkin, *supra* note 1, at 85. 邦訳・一〇二頁。

- (22) Larry Alexander and Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 Harv. L. Rev. 1359, 1380 (1997). なお、司法優越主義の代表的論者であるアレキサンダー・シャウアー(Larry Alexander and Frederick Schauer)の唱える司法優越主義の目的について一応触れておくと、憲法を法として確保するための主な理由は確定性または安定性の達成であり、一時期の多数の支配から逃れることであることから、確定性または安定性が司法優越主義の目的であるという。

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

- (24) この点、長谷部教授は以下のように指摘している。「ドウオーキンが、既存の判例を重視するいわば現状維持的なテーゼを、その論理的困難にもかかわらずあえて提唱している背景には、ウォーレンコート期に下された連邦最高裁のリベラルな判例原理を、その後の保守派の攻撃から擁護し、それにもとづく憲法判断を『正解』として支持しようとする実践的意図があると考えられる」。長谷部・前掲注(14)一一〇頁。
- (25) クラマンの試みとして、MICHAEL J. KLAMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS (2004), バルキンの試みとしては、Balkin, *supra* note 9, ㉞㉞㉞; LUCAS A. POWE, THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS 490-91, 493-94 (2000); Barry Friedman, *The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 YALE L. J. 153, 175 (2002).
- (26) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
- (27) *Id.* at 487. なおこの事件の解説として、藤倉皓一郎「公立学校における人種別学制度の違憲性」英米判例百選〔第三版〕六二頁(一九九六年)。
- (28) *Id.* at 495-496.
- (29) ブラウン判決が下された当初、リベラル派からの批判がなかったわけではない。ブラウン判決が、①第一四修正のオリジナルの理解に関する「疑わしい(dubious)解釈」とったこと、②人種隔離の合憲性をひたすらに維持してきた先例の価値を正面から攻撃するものであったこと、③自らの法的結論を支持するために、「人形テスト」という社会心理学的証拠に頼ったことは、法的エリートの「嘲笑」を招いただけでなく、当時のリベラル派にロックナー期における「司法積極主義」を想起させ、「民主政プロセスの転覆」をも危惧させることにもなったのである。Michael J. Klarman, *Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History*, 89 CAL. L. REV. 1721 (2001)
- (30) David E. Bernstein and Ilya Somin, *Judicial Power and Civil Rights Reconsidered: From Jim Crow to Civil Rights*, 114 YALE L. J. 591, 593 (2004).
- (31) See generally Jack Bass, *UNLIKELY HEROES* (1981).
- (32) クルーガーの評価として、Mary L. Dudziak, *The Court and Social Context in Civil Rights History*, 72 U. CHI. L. REV. 429,

- 431(2005). クルーガーの議論について RICHARD KLUGER, SIMPLE JUSTICE: THE HISTORY OF BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND BLACK AMERICA'S STRUGGLE FOR EQUALITY (1975).
- (33) Balkin, *supra* note 9, at 1537.
- (34) Bernstein and Somin, *supra* note 30, at 593.
- (35) Alan Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 MINN. L. REV. 1049, 1051(1978). GERALD ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 70-71(1991).  
ローヤンベークの見解については、大沢・前掲注(9)一五九―一六一頁参照。
- (36) Dudziak, *supra* note 32, at 432.
- (37) WHAT BROWN V. BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID (Jack M. Balkin ed., 2002).
- (38) Balkin, *supra* note 9, at 1540.
- (39) Dudziak, *supra* note 32, at 437.
- (40) KLARMAN, *supra* note 25, at 445.
- (41) マーク・ティッシュネット「MARK TUSHNET, MAKING CIVIL RIGHTS LAW: THURGOOD MARSHALL AND THE SUPREME COURT 142 (1994).
- (42) Balkin, *supra* note 9, at 1540.
- (43) Powe, *supra* note 25, at 490-94. マークのこのような見解を紹介するものに、塚田哲之「ウォーレン・コートをめぐる最近の議論について」福井大学教育学部紀要Ⅲ(社会科学)五四(一九九八年)二三頁。
- (44) Balkin, *supra* note 9, at 1540.
- (45) *Id.* at 1541.
- (46) *Id.* at 1547.
- (47) *See id.*
- (48) Henderson v. United States, 339 U.S. 816 (1950).

- (49) *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950).
- (50) *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).
- (51) *KLARMAN*, *supra* note 25, at 210.
- (52) *Balkin*, *supra* note 9, at 1539. もともと、ウォーレンが首席判事に任命されたのは一九五三年であるから、クラーマンが重視する一九五〇年の三つの事件には直接関わっていない。
- (53) *Friedman*, *supra* note 25, at 175.
- (54) *See e.g., Klarman*, *supra* note 29, at 1749.
- (55) バルキンが「このような事実から、「裁判所は少数派を保護するが、それは多数派が望んだ方法においてである」という教訓を導出している。さらにバルキンは、少数派の権利保障にとって最も効果的な方法は、「少数派の権利を保護することが多数派にとっても利益となり、多数派が敬愛する価値によっても要求され、多数派の積極的な自己イメージを維持するためにも必要であるということ」を証明すること」であると述べている。 *Balkin*, *supra* note 9, at 1551, 1553.
- (56) *Dudziak*, *supra* note 32, at 450.
- (57) *Id.* at 451.
- (58) *Id.* さらにダドチェックは、ソ連とのイデオロギー闘争を支援することによって、連邦最高裁がアメリカ民主主義を守ることに一役買ったこと、その意味で、連邦最高裁は民主主義を「抑制した」というよりも、「促進した」と見ることができるとなどを指摘している。 *Id.* at 453.
- (59) ダドチェックの議論を前提とすれば、これまで謎とされてきたウォーレンの行動原理がいくらか説明されるかもしれない。かつて「共和党」の知事であったウォーレンは、一方においてリベラルな判決を下しつつも、他方において、やはりアイゼンハワー大統領の政策を推進していたものと捉えられるからである。
- (60) *See, e.g., TUSHNET*, *supra* note 2.
- (61) 第二次大戦によって生じた社会的・政治的な背景として、クラーマンは、以下の七つを挙げている。①多くのアメリカ



カ人が、ヒットラーの人種政策によって、彼ら自身の人種的態度を再考することになったこと、②いわゆる軍需産業の工場が、黒人の生活レベルを向上させたこと、③黒人の北部都市へ移住が起こり、彼らの政治的影響力を増大させたこと（特に、再選のために票を必要とする北部政治家に対する影響力が増大したこと）、④戦争から帰還した黒人が、もはや劣ったアメリカ人と扱われることを拒否するようになったこと、⑤戦後のソ連との冷戦が、他国と自国との民主主義の違いをアメリカ人に実感させることになったこと、⑥ニューディールと戦争による政府権限の拡大が、市民権法を実施するための政府の能力を向上させたこと、⑦高速道路・飛行機・ラジオ・テレビの普及が、一部の白人を啓蒙し、リベラルへと転向させたことである。この点については *Dudziak, supra note 32, at 437*.

(62) *Klarman, supra note 25, at 344*.

(63) *Id.* at 344-345.

(64) *Id.*

(65) *Id.* at 344.

(66) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

(67) *Dudziak, supra note 32, at 441*.

(68) この点については、例えば、M・L・ベネディクト著・常本照樹訳『アメリカ憲法史』一九〇頁（北海道大学図書刊行会、一九九四年）参照。

(69) 実にクラーマンは、一五頁もの紙面を割いてブル・コナー事件を検討している。*Klarman, supra note 25, at 428-442*.

(70) 彼の本名は Theophilus Eugene Connor であり、「ブル」は俗称である。

(71) *Balkin, supra note 9, at 1554*. もちろん、「[結果的に]市民権立法を鼓舞した蛮行」に関わった人物はブル・コナーだけではない。クラーマンは、その他、アリゾナ州知事のバターソン (J. Patterson)、ミシシッピ州知事のバーネット (R. Barnett)、アラバマ州知事のウォレス (G. Wallace) などを挙げている。*Klarman, supra note 25, at 428*.

(72) *Id.* at 432.

- (73) *Id.*
- (74) さらに同法は、連邦政府が、人種別学制度を採る校区を相手に訴訟を提起することを可能とした。大沢・前掲注(9)一六五頁参照。
- (75) Balkin, *supra* note 9, at 1549.
- (76) KLARMAN, *supra* note 25, at 363.
- (77) See e.g., TUSHNET, *supra* note 2, at 145-46. 最高裁による学校の人種統合命令が、その実現につき、どれほど政治部門の積極的サポートを必要としたかにについては、See Robert C. Post and Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 Ind. L. J. 1, 27-31 (2003).
- (78) Bernstein and Somn, *supra* note 30, at 597.
- (79) KLARMAN, *supra* note 25, at 442.
- (80) もっとも、クラーマンは、連邦最高裁の限定的役割を必ずしも消極的に捉えているわけではない。例えば、彼は、「もしブラウン判決がなかったら、市民権運動家は同じ暴力に直面していたであろうか?」という問いをたて、「誰も確実に『その答え』を知ることとはできない」と断ったうえで、なお、「仮にブラウン判決がなければ、学校における人種統合は、一九五〇年代において緊急のイシューにはならなかったであろう」と述べている。*Id.* at 442.
- (81) TUSHNET, *supra* note 2, at 7-8.
- (82) Cooper, 358 U.S. at 4-5.
- (83) *Id.* at 17.
- (84) *Id.*
- (85) *Id.* at 18.
- (86) 松井茂記『アメリカ憲法入門』八九—九〇頁(有斐閣、二〇〇四年)参照。
- (87) TUSHNET, *supra* note 2, at 7-8.

- (88) KLARMAN, *supra* note 25, at 321.
- (89) Naim v. Naim, 350 U.S. 985 (1956).
- (90) KLARMAN, *supra* note 25, at 321-22.
- (91) *Id.* at 323.
- (92) Williams v. Georgia, 349 U.S. 375 (1955).
- (93) KLARMAN, *supra* note 25, at 324. その後、直ちにウィリアムスの死刑が執行されている。
- (94) *Id.*
- (95) *Id.*
- (96) *Id.* at 325.
- (97) *Id.*
- (98) *Id.* at 333.
- (99) Post & Siegel, *supra* note 7, at 2031-32. NAACPによる批判については、KLARMAN, *supra* note 25, at 329.
- (100) *Id.* at 329.
- (101) Balkin, *supra* note 9, at 1554-55.
- (102) バルキンは、「平等保護に関する現代法を考える上で最も重要と思われる事案の多くは、ニクソンにより任命された四人の連邦最高裁判事が現実的な違いを出し始めた一九七〇年から一九七八年までの間に出生されている」と指摘している。その例として、都市の人種統合政策を、白人が住む郊外へと拡大させることを一定の条件の下で拒否した *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717(1974) や、困窮した学校区へ割り振られた少数派生徒は、平等な教育的資金を求める権利を持たない(教育は連邦の憲法上の権利ではない)とした *San Antonio Indep. Sch. Dis. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1(1973) などを挙げている。両判決とも、五対四で判断が分かれ、ニクソン大統領による被任命者が多数派を形成し、「ウォーレン・コートの残留者」ともいうべき、ホワイト (Byron R. White)・ダグラス (William O. Douglas)・ブレンナン (William J. Brennan,

- に、マーシャル (Thurgood Marshall) が反対派を構成した。なお、この期間に、連邦最高裁は以下のことを行ったとされる。①ステイト・アクション法理の範囲を制限した、②平等保護の事案に関して、「意思の (intent) 基準」を設定した (後に、差別された側に、相手が自らを侵害しようとする故意的な意思を立証することを要求するようになるが)、③過去の差別を矯正するために意図された人種配慮的な努力に憲法的制限を課した、④貧困者を援助するための憲法的保護の範囲を制限した、⑤貧困者に対する差別を憲法的に疑わしいものではないとした。Balkin, *supra* note 9, at 155-56.
- (103) *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). 本件は、コロンビア特別区における、人種的に不均衡な警察官採用が問題とされた事例である。この連邦最高裁は、差別的意図が存在しないことを理由に、合憲との判断を下した。
- (104) Balkin, *supra* note 9, at 1566.
- (105) 大統領の任命権と「憲法カノン」の変遷との連関を説く見解として、Jack M. Balkin and Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 Va. L. Rev. 1045 (2001); Bruce A. Ackerman, *Transformative Appointments*, 101 Harv. L. Rev. 1164 (1988).
- (106) Balkin, *supra* note 9, at 1566-67. See *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). なお、同様の指摘は、Klarman, *supra* note 29, at 1763-64.
- (107) Robert J. Reinstein and Mark C. Randert, *Reconstructing Marbury*, 57 Ark. L. Rev. 729 (2005).
- (108) *Id.* at 731.
- (109) Sakrishna B. Prakash and John C. Yoo, *Questions for the Critics of Judicial Review*, 72 Geo. Wash. L. Rev. 354 (2003).
- (110) Christopher L. Eisgruber, *Marbury, Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment*, 89 Va. L. Rev. 1203 (2003). 「ブーリー判決において、マーシャルは法的といふよりも政治的と思われるようなやり方、少なくとも後知恵的という点においてで司法審査権を行使した」。
- (111) マーベリー判決を政治的背景と絡めて説明している主な邦語文献として、阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 (上)』(PHP 研究所、二〇〇四年) 九六一―三三二頁、大越康夫『アメリカ連邦最高裁判所』三五一―三九頁、畑博行『*Marbury v.*

Madison 違憲立法審査制の成立」英米判例百選〔第三版〕四頁、同「アメリカ合衆国司法部の軌跡（第一回）違憲立法審査制の成立—マーベリー対マディソン事件の検討を中心に—」判例タイムズ六〇一号二頁（一九八六年）、参照。

- (112) 一八〇〇年の選挙は、大統領選挙と連邦議会の選挙の両方において、これまで大統領および連邦議会における地位が逆転したという点で、しばしば「一八〇〇年の革命」(revolution of 1800)と呼ばれる。とりわけ、フェデラリスツの下院の議席数は六四議席から三六議席へと急減している。今村浩・三好陽編著『巨大国家権力の分散と統合—現代アメリカの政治制度—』（東信堂、一九九七年）三〇〇頁参照。

- (113) 当時、大統領選挙が行われてから、次の大統領に交代するまでの引継ぎ期間 (lame duck) が数ヶ月あった。このため、アダムズ大統領はこの期間の間出来る限りフェデラリスツの裁判官を任命しておこうとしたのである。

- (114) Edward A. Hartnett, *Marbury's Errors?: Not the King's Bench*, 20 CONST. COMMENTARY 283, 287 (2003). ハートネット (Edward A. Hartnett) によると、マーシャル判事はマーベリー判決を審理するにあたって裁判所法一三条の問題を取り上げる必要なく、あえて憲法問題を踏み込んだとは思えないという批判が強いという。

- (115) Daniel Farber, *Judicial Review and Its Alternatives: An American Tale*, 38 WAKE FOREST L. REV. 415, 421-422 (2003). 一般には、このようにマーベリー判決が司法審査の萌芽とされているが、ファーバー (Daniel Farber) のように「一七八〇年代初頭から、いくつかのアメリカの裁判所は法律を違憲として無効にし始めていた」という指摘もある。

- (116) Robert F. Nagel, *Marbury v. Madison and Modern Judicial Review*, 38 WAKE FOREST L. REV. 613 (2003).

- (117) Patrick O. Gudridge, *The Office of the Oath*, 20 CONST. COMMENTARY 387, 388 (2003). グッドリッジ (Patrick O. Gudridge) によれば、マーシャル判事は司法の憲法解釈が政治的となることに躊躇なかったという。

- (118) Louise Weinberg, *Our Marbury*, 89 VA. L. REV. 1235, 1238 (2003).

- (119) William E. Nelson, *The Eighteenth Century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence*, 76 MICH. L. REV. 893 (1978). なお、このようにマーベリー判決が政治的であったとする見解に対しては、ネルソン (William E. Nelson) のような反論もある。ネルソンによれば、マーシャル判事は政治と法の領域を分けて考えており、司法が憲法を守るとしたこ

とが法律の領域であるとし、マーベリーに任命状を与えるか否かは政治的領域の問題であるとして、両者を区別している。たというのである。

- (120) Larry Alexander, *Constitutional Rules, Constitutional Standards, and Constitutional Settlement: Marbury v. Madison and the Case for Judicial Supremacy*, 20 CONST. COMMENTARY 369 (2003). アレキサンダー (Larry Alexander) は、「なぜマーベリーは下級審からではなく連邦最高裁へ直接訴えたのか？」など、これまで十分に検討されてこなかった様々な観点からマーベリー判決を考察するところが望ましいといふ。

- (121) Stuart v. Laird, 5 U.S. 299 (1803).

- (122) Sanford Levinson and Jack M. Balkin, *Marbury at 200: A Bicentennial Celebration of Marbury v. Madison: Marbury as History: What Are the Facts of Marbury v. Madison?*, 20 CONST. COMMENTARY 255 (2003).

- (123) *Id.* at 260-261.

- (124) Larry D. Kramer, *The Pace and Cause of Change*, 37 J. MARSHALL L. REV. 357, 368 (2004).

- (125) *Id.* at 261-262.

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

- (127) Keith E. Whittington, *CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION* 61 (1999).

- (128) *Id.* at 21.

- (129) *Id.* at 20.

- (130) 憲法第二条第四節は、「反逆罪や収賄罪のほかに、重大な犯罪または非行が弾劾事由に当たると規定しているが、その範囲はさだかではない。」

- (131) Robert A. Burt, *The Constitution in Conflict* 131 (1992).

- (132) Whittington, *supra* note 127, at 65-71. ウィットニントン (Keith E. Whittington) は、「チェイス判事の弾劾否決はそれ自体の結果をみるのではなく、それによって司法がどのようになったかに注目すべきであるとする。」

- (133) United States v. Burr, 25 F. Cas. 30 (CCD Va. 1807).
- (134) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).
- (135) L.A. Powe, Jr., *The Politics of American Judicial Review: Reflections on the Marshall, Warren, and Rehnquist Courts*, 38 WAKE FOREST L. REV. 697, 706 (2003).
- (136) 当時は、憲法第二一条第一節三項の手続きに沿って副大統領が選出されていた。それに従うと、大統領の次に選挙人の得票を得た者が副大統領となるため、大統領の対立候補が副大統領となることになってしまった。ジェファースン大統領とバー副大統領はまさにこの事例である。両者の対立が問題となったため、修正第二一条（一八〇四年）によって修正され、現在のようないくつかの選出制度になっている。
- (137) 田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（東京大学出版会、一九六八年）一三八頁。
- (138) Bradford R. Clark, *Unitary Judicial Review*, 72 GEO. WASH. L. REV. 319, 334-335 (2003). 法律に対する司法審査には、人権侵害を行う法律に対するものと、連邦議会の権限超越の法律に対するものとの二種類あり、司法審査を行ったからといって人権侵害に対する救済となるわけではない。
- (139) Larry D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term: Foreword: We the Court*, 115 HARV. L. REV. 4, 124 (2001). なお、クレイマーはこの時期にすでに、裁判所を人権保障の機関としてみるアメリカ法学が成立していたとする。例えば、クレイマーはタッカー (St. George Tucker) やマディソンなどを挙げ、さらにはジェファースンでさえ司法審査には消極的であったが司法を人権保障のチェック機関として考えていたという。ただし、同時期に實際上、裁判所が人権保障の役割を担っていないかたとも指摘している。
- (140) Dawson M. Douglas, *The Rhetorical Uses of Marbury v. Madison: The Emergence of a "Great Case"*, 38 WAKE FOREST L. REV. 375, 411-412 (2003).
- (141) Marbury v. Madison, 5 U.S. at 163.
- (142) Samuel R. Olken, *The Ironies of Marbury v. Madison and John Marshall's Judicial Statesmanship*, 37 MARSHALL L. REV. 391, 436

(2004).

- (143) Sanford Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either*, 38 WAKE FOREST L. REV. 553, 559 (2003).
- (144) *Id.* at 559-560.
- (145) Oiken, *supra* note 142, at 436.
- (146) Michael J. Klarman, *How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions?*, 87 VA. L. REV. 1111, 1120 (2001). なお、クラーマンの本論文については、勝田卓也「マーシャル・コート再考 How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions?」〔二〇〇二—〕アメリカ法三五三頁で内容が紹介されている。
- (147) *Id.* at 1121.
- (148) *See, e.g.,* Bayard v. Singleton, 1 N.C.(Mart.) 42 (1787).
- (149) Klarman, *supra* note 146, at 1122-1123.
- (150) Sylvia Snowiss, *The Marbury of 1803 and the Modern Marbury*, 20 CONST. COMMENTARY 231 (2003).
- (151) Sylvia Snowiss, *Text and Principle in John Marshall's Constitutional Law: The Cases of Marbury and McCulloch*, 31 J. MARSHALL L. REV. 973 (2000).
- (152) *Id.* at 979.
- (153) Lessee v. Dorrance, 2 U.S. 304 (1795).
- (154) Snowiss, *supra* note 151, at 981.
- (155) 斎藤眞・中野勝郎編訳『ザ・フェデラリスト』(岩波文庫、一九九九年)三四二頁。
- (156) Robert Lowry Clinton, *Classical Legal Naturalism and the Politics of John Marshall's Constitutional Jurisprudence*, 33 J. MARSHALL L. REV. 935, 960-961 (2000). もっとも、これに対してクリントン(Robert Lowry Clinton)はマーベリー判決をテキスト解釈的に捉える通説的な見方は誤りで、マーベリー判決におけるテキスト解釈は部分的であつたにすぎないという。



だが、それでもマーベリー判決において重要部分となる裁判所法一三条の解釈（合憲性）がテキスト的だということには同意している。

- (157) Thomas C. Grey, *Judicial Review and Legal Pragmatism*, 38 WAKE FOREST L. REV. 473, 487-488 (2003). グレイ (Thomas C. Grey) もマーベリー判決がマカロック判決で形式主義から機能主義に変容したと述べている。

- (158) Snowiss, *supra* note 150, at 251-254. さらに、スノーウィスの見解によれば、マーシャル判事のこのような変容がドゥオーキンの理論構築に影響を与えているという。すなわち、ドゥオーキンは、マーベリー判決における司法審査の法理とマカロック判決における原理重視の法理を混ぜ合わせて、道徳原理を創設し、個人の権利を守るための司法審査という概念を構築したのではないかとスノーウィスは推測するのである。しかしながら、このような方法は、①マーベリー判決とマカロック判決は接合しているわけではないこと、②マカロックが原理解釈を行っているといってもそれは権利の問題ではないこと、③マーシャルコートの判決において道徳原理が出現していないこと、などの事実と反するといえる。少なくとも、マーシャルコートの展開を見る限り、結果として、ドゥオーキンの意図するような裁判所は創設されていなかったと考えられる。

- (159) Gary Lawson, *Interpretive Equality as a Structural Imperative (or "Pucker up and Settle This!")*, 20 CONST. COMMENTARY 379 (2003). ローンン (Gary Lawson) によれば、まじめな学徒はマーベリー判決が司法と三権との同等性を示したものと理解するが、不真面目な学徒はマーベリー判決が司法優越主義を示したものとして理解してしまうという。つまり、マーベリー判決は複雑であるため、詳細かつ正確に読まなければ誤った理解をしてしまうのである。

- (160) See, e.g., Cooper v. Aaron, 358 U.S. at 18. 「この判決（マーベリー判決）は連邦司法の憲法解釈が最高であるという基本原理を宣言したものであろう……」° See also James Etienne Viator, *Marbury and History: What Do We Really Know about What Really Happened?*, 37 R.J.T. 329, 332 (2003). 「……法律の専門家はマーベリー判決が司法優越主義を導いたとして仰々しく扱っている」°

- (161) Reinstein and Rabderf, *supra* note 107, at 731.

- (162) Michael W. McConnell, *The Story of Marbury v. Madison: Making Defeat Look Like Victory*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES 13, 30 (Michael C. Dorf ed., 2004).
- (163) Charles F. Hobson, *John Marshall, the Mandamus Case, and the Judiciary Crisis, 1801-1803*, 72 GEO. WASH. L. REV. 289 (2003).
- (164) Burt, *supra* note 131, at 105.
- (165) *Id.*
- (166) *Id.* at 119.
- (167) Larry D. Kramer, *Marbury Retreat from Judicial Supremacy*, 20 CONST. COMMENTARY 205 (2003).
- (168) 当時の一七八七年の制憲会議でも司法審査は重視されなかった。
- (169) なお、アメリカ政治学においてもジャクソンニアンデモクラシーはアンティフェデラリスツの流れの一つとして位置付けられるようである。古矢旬『アメリカニズム』（東京大学出版会、二〇〇二年）六〇頁。
- (170) Louis Fisher, CONSTITUTIONAL CONFLICTS BETWEEN CONGRESS AND THE PRESIDENT 55 (4th ed. 1997).
- (171) Larry D. Kramer, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW 189 (2004).
- (172) Worcester v. Georgia, 31 U.S. 515 (1832).
- (173) 他の事例にも連邦最高裁の判決に州が対抗した事例が散見されるが、それらは州裁判所判決に対する連邦最高裁の管轄権の可否を争った事例であり、本稿の論点から若干ずれる問題である。
- (174) Michael C. Dorf, *Putting the People back in "We the People"*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES 1, 3 (Michael C. Dorf ed., 2004).
- (175) ジャクソン大統領の言述に「*we the people*」 *see id.* n.25.
- (176) See Cass Sunstein, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON SUPREME COURT 3-72 (1999).
- (177) Sarah Krakoff, *Undoing Indian Law One Case at a Time: Judicial Minimalism and Tribal Sovereignty*, 50 AM. U. L. REV. 1177 (2001).
- (178) SUNSTEIN, *supra* note 176, at 61-71. それは手続的側面と実体的側面に分かれ、実体的側面とは政治的熟議過程の核心的価値を指し、手続的側面とはその熟議を促進するための手続をいう。

- (179) Fleming, *supra* note 6, at 1378-1379.
- (180) Johnson v. M. Intosh, 21 U.S. 543 (1823); Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S. 1 (1831); Worcester v. Georgia.
- (181) Krakoff, *supra* note 177, at 1254.
- (182) 上のとき抵抗したのは州知事および州裁判所であった。
- (183) See e.g., Martin v. Hunter's Lessee, 14 U.S. 304 (1816); Cohens v. Virginia, 19 U.S. 506 (1821). 前者の判決において、連邦最高裁は州裁判所に対する控訴管轄権を有することを前提とした判決を下したが、これに対して州裁判所が判決結果に従うことを拒否した。このため、後者の判決において、連邦最高裁は州裁判所判決に対する控訴管轄権を有するという判断を下し、連邦司法の州に対する権限を拡大している。
- (184) R. Kent Newmyer, *John Marshall, McCulloch v. Maryland, and the Southern States, Rights Tradition*, 33 J. MARSHALL L. REV. 875, 876 (2000).

（やまもと たつひこ・桐蔭横浜大学法学部専任講師）  
 （おおばやし けいご・慶應義塾大学大学院後期博士課程）