

# 医療保険改革法とアメリカ憲法（2・完）

坂 田 隆 介\*

## 目 次

### はじめに

### 第1章 医療保険改革法とアメリカ型福祉国家

#### 第1節 アメリカ型福祉国家と医療保険制度

- 1 アメリカ型福祉国家の理念
- 2 アメリカ医療保険制度の基本構造
- 3 医療保険改革法の概要と特徴

#### 第2節 加入強制の義務付け条項をめぐる議論

- 1 審議過程における議論
- 2 不運のリバタリアニズム——tough lack libertarianism
- 3 加入強制の義務付けと「侵害原理」

#### 第3節 医療保険改革法と最高裁

（以上、356号）

### 第2章 医療保険改革法違憲訴訟

#### 第1節 下級審の動き

#### 第2節 最高裁判決

- 1 通商条項
- 2 必要かつ適切条項
- 3 課税権条項

#### 第3節 ロバーツ意見への疑問

### 第3章 加入強制の義務付け条項と最高裁

#### 第1節 加入強制の義務付けと通商条項

- 1 判例法理と加入強制の義務付け条項
- 2 「行為／不作為」峻別論
- 3 実体的デュープロセス論と「行為／不作為」峻別論
- 4 「行為／不作為」峻別論と通商条項

#### 第2節 加入強制の義務付け条項と必要かつ適切条項

- 1 判例法理と加入強制の義務付け条項

---

\* さかた・りゅうすけ 立命館大学大学院法務研究科助教

- 2 付隨的権限の法理
- 3 付隨的権限の法理と必要かつ適切条項
- 第3節 小括
- 第4章 最高裁とアメリカ型福祉国家
  - 第1節 ロバーツの憲法解釈
    - 1 ロバーツによる「介入」
    - 2 最高裁とその制度的正当性
    - 3 小括
  - 第2節 アメリカ憲法と福祉国家
    - 1 最高裁によるアメリカ型福祉国家観
    - 2 医療ケアに対する権利
- 終わりに

(以上、本号)

## 第2章 医療保険改革法違憲訴訟

### 第1節 下級審の動き

2010年3月23日、オバマ大統領の署名により医療保険改革法が成立した直後に、違憲訴訟が続々と提起され、裁判闘争が開始された<sup>106)</sup>。

一連の訴訟における主たる論点は、主に① 差止禁止法 (Anti-Injunction Act) の適用の可否<sup>107)</sup>、そして② 加入強制の義務付け条項が通商条項に基づく権限行使として認められるか、③ 必要かつ適切条項に基づく権限行使として認められるか、④ 課税権限の行使として認められるか、⑤ メディケイド拡大は支出条項に基づく権限行使として認められるか、さらに、⑥ 仮にいずれかの条項が違憲とされる場合の違憲部分の可分性が問題となった。いずれも重大な問題を提起するものであるが、本稿で

106) 最初の訴訟は26州の司法長官並びに知事らによって提起された。Florida ex rel. Bondi v. U. S. Department of Health & Human Services 780 F. Supp. 2d 1256 (N.D. Fla. 2011).

107) 納税を免れることを目的とする訴訟を禁止する法律。「申告納税もしくは租税徴収の「抑制」を目的と訴訟は、いかなる者であれ提起することはできない。」と規定されており、租税訴訟は、内国債入庁に対して一旦納税した後、還付請求の形で提起しなければならならず、当事者適格を欠くものとして実体審査を受けるまでもなく訴訟が退けられる。26 U.S.C. § 7421 (a) (2003 & Supp. IV 2010).

は、特に加入強制の義務付け条項の合憲性に絞って検討を行う。

無保険者によるコスト転嫁や逆選択の問題は、アメリカ全体を通じて生じており単独の州内にとどまる問題ではないため、加入強制の義務付けは、① 通商条項（1条8節3項）に基づく権限行使として、あるいは、② 保険会社への規制目的を達成するための必要かつ適切条項（1条8節18項）に基づく権限行使として、容易に認められると連邦政府は想定していた。

ところが注目された最初の司法判断は、2010年10月、ヴァージニア州北部地区連邦地裁において、なんと加入強制の義務付け条項を違憲とする判決であった<sup>108)</sup>。続く2011年1月にはフロリダ州北部地区連邦地裁において、強制加入の義務付け条項を違憲とするだけでなく、医療保険改革法を全体として違憲無効という、さらに衝撃的な判決が下された<sup>109)</sup>。いずれも違憲判決の論拠を「行為／不作為」峻別論に求めており、保守派論客によって提唱された新たな通商条項解釈が司法判断を形成したことで、医療保険改革法をめぐる本格的な憲法論争が巻き起こった<sup>110)</sup>。結局、下級審段階で最終的な憲法判断が示されたのは6件あり、そのうち加入強制の義

---

108) Virginia ex rel. Cuccinelli v. Sebelius, 728 F. Supp. 2d 768, 788 (E.D. Va. 2010). 「もし政府の理論に従えば、連邦議会は一定の間隔でブロッコリーを購入し消費することを市民に要求できることになるだろう。」と判示された。下級審の包括的な検証として、葛西まゆこ「『福祉国家』と憲法解釈——アメリカにおける医療保険改革をめぐる論争を手がかりに——」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法——理論的対話の試み——』（尚学社、2013年）152頁以下参照。

109) Supra note 106.

110) もっとも、2011年3月以来、医療保険改革法に対する違憲訴訟は少なくとも27件に達していたが、その多くが反差止法に基づき原告適格と成熟性といった手続的の理由によって退けられている。例えば、New Jersey Physicians Inc. v. Obama, 757 F. Supp. 2d 502 (D.N.J. 2010), aff'd, 653 F.3d 234 (3d Cir. 2011); Baldwin v. Sibelius, No. 1033, 2010 WL 3418436 (S.D. Cal. Aug. 27, 2010), aff'd, 653 F.3d 877 (9th Cir. 2011); Taitz v. Obama, 707 F. Supp. 2d (D.D.C. 2011), Wilson Huhu, Constitutionality of the patient Protection and Affordable Care Act Under the Commerce Clause and Necessary and Proper Clause, 32 J. LEGAL MED. 139, 142 n.17 (2011).

務付け条項の違憲判決が 3 件、合憲判決が 3 件であった<sup>111)</sup>。

なお、地裁段階で一致していたことは、加入強制の義務付け条項が、個別の人権規定（修正第 5 条の実体的デュープロセス条項<sup>112)</sup>に基づく「加入強制されない自由」）を何ら侵害するものではないこと、及び課税権条項によって基礎付けられるものではないことであった。また、最初の違憲判決において、州政府がメディケイド拡大や医療エクスチェンジを実施するなど主要な役割を担うことが要求されている点について、修正 10 条違反であるとの原告の主張が退けられている<sup>113)</sup>。いずれにせよ加入強制の義務付けをめぐる主たる争点は、通商条項及び必要かつ適切条項に絞られた。

地裁判決のうち、合憲判断の Thomas More Law Center 判決が第 6 巡回区連邦控訴裁判所に控訴され、2011 年 6 月に合憲判断が維持されている<sup>114)</sup>。また、全部無効の違憲判断を下したフロリダ地裁判決は第 11 巡回区控訴裁判所に上訴され、2011 年 8 月、違憲判断を維持する判断が下されたが、他の条項と分離可能であるとして全部無効判決は覆された<sup>115)</sup>。違憲判断の Virginia ex rel. Cuccinelli 判決及び合憲判断の Liberty University 判決は第 4 巡回区連邦控訴裁判所へ控訴されたが、2011 年 9 月、手続的な

---

111) 合憲判決は、Mead v. Holder, 766 F. Supp. 2d 16,43 (D.D.C. Feb.22, 2011), Liberty Univ., Inc. v. Geithner, 753 F. Supp. 2d 611, 649 (W.D. Va. Nov. 30, 2010), Thomas More Law Ctr. v. Obama, 720 F. Supp. 2d 882, 895 (E.D. Mich. Dec. 22, 2010)。違憲判決は、上記の Florida ex rel. Bondi 判決及び Cuccinelli 判決、Goudy-Bachman v. U.S. Department of Health & Human Services, 811 F. Supp. 2d 1086, 1089-1111 (M.D. Pa. 2011)。

112) U.S. Const. amend. V.

113) 716 F. Supp. 2d at 1154, 1156, 1161. 医療保険改革法は、医療保険エクスチェンジを開設するかどうか、どのように開設するかどうかについて州政府に極めて柔軟な裁量を委ねている。PPACA §1311, 42 U.S.C.A.; id. §18031; §1321, 42 U.S.C.A. §18041; id. §1332, 42 U.S.C.A. §18052。また、州政府がメディケイドプログラムの実施継続を選択した場合、メディケイド拡大を要求されるが、メディケイドプログラムから撤退することは法的に州政府の任意に委ねられている。

114) Thomas More Law Center v. Obama, 651 F.3d 529, 549 (6th Cir. 2011).

115) Florida ex rel. Bondi v. United States Department of Health and Human Services, 648 F. 3d 1235, 1328 (11th Cir. 2011).

理由によって訴訟が退けられている<sup>116)</sup>。さらに、合憲判断の Mead v. Holder 判決は、コロンビア特別区巡回控訴裁判所に上訴され Seven Sky v. Holder と事件名を変え、2011年11月、控訴裁判所によって原審と同じく合憲判断が維持されている<sup>117)</sup>。

以上の通り、連邦控訴審判決は3件下されており、合憲判断が2件、違憲判断は第11巡回控訴審の1件であった<sup>118)</sup>。最高裁が、2011年11月、第11巡回控訴審判決に対する裁量上訴を認めたため、医療保険改革法は最高裁の審判を受けることとなった。

## 第2節 最高裁判決

最高裁は、2012年6月 National Federation of Independent Business v. Sebelius 判決において、加入強制の義務付け条項について、通商条項及び必要かつ適切条項によっては正当化できないが、課税権限の行使として合憲であると判示した(ただし、後述の通り法廷意見が構成できたのは課税権限行使として合憲とする部分に限定されている)。以下ではまず判決を概観し、それぞれの意見と従来の判例法理との整合性について検討した上で、最高裁判決とアメリカ的福祉国家論との関係について分析を試みる<sup>119)</sup>。

116) Virginia ex rel. 判決は、加入強制の義務付け条項が適用されるのは、州政府に対してではなく個人であることから、州政府は異議を申立てる原告適格を有さないと判断された 656 F.3d at 253 (4th Cir. 2011)。他方、Liberty University 判決は、本件訴訟が差止禁止法によって禁止されている租税回避の訴訟にあたるため原告適格を欠くと判断された。No. 10-2347, 2011 U.S. App. LEXIS 18618 (4th Cir. Sept. 8, 2011)。

117) Susan Seven-Sky v. Holder, 661 F.3d 1 (D.C Cir. 2011)。

118) 地裁段階の判決のうち、3つ合憲判断は全て民主党指名の裁判官によって下されたのと同様に、3つの違憲判断は全て共和党指名の裁判官によって下されていた。これに対し、連邦高裁においては、第6巡回控訴裁判所及びコロンビア特別区巡回控訴裁判所の判事が、ともに共和党指名の保守派裁判官であったにも拘わらず、加入強制の義務付けに対する違憲論には何ら根拠が見出せないとして合憲判断を下していたことが注目される。

119) 最高裁判決の分析については、木南敦「最近の判例 National Federation of independent Business v. Sebelius, 132 S. Ct. 2566 (2010)—The Patient Protection and Affordable Care Act と合衆国議会の立法権限の範囲」アメリカ法2013-1号（2013年）133頁、尾形健「社会的正義と憲法——アメリカ合衆国における近時の動向から」月報司法書士502巻2013↗

## 1 通商条項

医療保険に加入しなかった場合に一定のペナルティを課すという規制が、通商条項に基づく権限行使として認められるのか。これが医療保険改革法における主たる争点であり、裁判官の意見は完全に「分裂」した。

### (1) ロバーツ単独意見

ロバーツは、通商条項の判例法理を以下の通り確認する。

「州際通商に対する議会権限は、州と州との間の通商規制に限定されず、州際通商に対して実質的な影響（substantial effect）を及ぼす行為に拡大されている<sup>120)</sup>。さらに、連邦議会の権限は、それ自体が州際通商に実質的な影響を与える行為規制に限定されず、他の同種の行為が集積される場合にのみ実質的な影響を与える行為規制にも拡大されている<sup>121)</sup>。」<sup>122)</sup>

この広範な権限を用いて様々な方法で必要な規制がなされてきたが、連邦議会は通商行為に携わっていない者に対して、望まない商品の購入を強制する権限を行使しようとしたことは一度もなく、強制加入の義務付け条項は保険加入を強制するという前例のない規制であるため、改めて検討しなければならない。憲法の規定が示しているのは、規制権限は「規制される何か（something to be regulated）」が既に存在することを前提にしている、という自然な理解である。通商条項の権限範囲を拡大的に解釈してきた先例も、通商規制権限を「行為」（activity）に及ぶものとして一貫して説明しており、先例を引用する際、「行為」という文言を回避することはほぼ不可能である。

加入強制の義務付け条項は、存在する通商行為（existing commercial activity）を規制するものではなく、むしろ商品を購入しないことが州際通商に影響を与えるという理由で、商品を購入すること（通商行為への参

---

→年12月号（2013年）4-10頁、樋口範雄「医療保険改革合憲判決」アメリカ法判例百選（2012年）34-35頁、葛西・前掲注(108)170-175頁参照。

120) United States v. Darby, 312 U.S. 100, 118-119 (1941).

121) Wickard v. Filburn, 317 U. S. 111, 127-128 (1942).

122) NFIB, opinion of Roberts, at 17.

加）を強制するものである。「何もしないこと（doing nothing）」だけを理由に規制を容認すれば、個人が潜在的に行う無数の判断を連邦規制の範囲に取り込むことになり、連邦議会に個人に特定の判断を強制する権限を与えることになってしまう<sup>123)</sup>。人々は、自己にとって適切であり、また社会にとって適切なことであっても、自身の理由に基づいてそれを行わないことがしばしばある。そして、その不作為が州際通商に実質的な影響を直ちに及ぼすこともありうる。例えば、健康的な食事をしない者は無保険者の数をはるかに上回っており、その食習慣が原因で何らかの疾病を患えば、無保険者以上に医療コストを上昇させていると言えるため、無保険者と同様のコスト転嫁問題が生じている<sup>124)</sup>。政府の論理にしたがえば、連邦議会は、すべての者に野菜の購入を命じることによりダイエット計画の実施が可能になる。これを認めることは、市民の不作為を規制する特権を連邦議会に与えることになり、市民と連邦政府との関係を根本的に覆すことになる。起草者たちは、連邦議会に通商行為を規制する権限を与えたのであって、通商行為を強制する権限を与えたわけではない。そして200年以上にわたり、われわれの先例と連邦議会は、この理解に従ってきた。今ここで、この理解から離れる理由はない<sup>125)</sup>。先例が承認してきたのは、「行為の類型」（class of activities）を規制する権限であり<sup>126)</sup>、行為に携わらない者を規制する権限ではない。

このように、ロバーツは先例解釈の確認という形式によって、「行為／不作為」峻別論という新たな基準を明示した。

また、連邦政府が「医療ケア市場における行為」というフレーズを繰り返し使用して、無保険状態の「行為」性を主張していたのに対し<sup>127)</sup>、ロバーツは、「市場における行為」というフレーズを用いるだけで、規制さ

---

123) *Id.* at 21.

124) *Id.* at 22.

125) *Id.* at 24.

126) *Gonzales v. Raich*, 545 U. S. 1, 17 (2005).

127) Brief for Unites States at 7, 18, 34, 50.

れるほとんどの者が現時点で医療ケアに関する何らの通商行為にも携わっていないという事実を覆い隠すことはできず、この事実こそが集団としての無保険者を規制しようとする連邦政府の努力にとって致命的なのである、と述べてこれを退けた。

そしてロバーツは、加入強制の義務付け条項によって主に影響を受ける者が、重大な医療ケアを必要とする見込みがなく、医療ケア以外に支出の優先事項を持つような健康な若年層であることも併せて強調している<sup>128)</sup>。ロバーツによれば、この条項が標的にしている集団は、その「行為」ではなく「不作為」が決定的な特徴を持つ集団である。この点につき連邦政府は、医療ケアは誰もが必ず消費するものであるため、議会は将来の行動を予測して規制することができると主張した<sup>129)</sup>。しかしロバーツは、先例は通商に現在携わっていない者を規制するために行為それ自体を予測することを連邦議会に認めたことは一度もなく、いずれも既に存在する経済的行為に関わるものであったと述べて、退けた。

さらに、医療保険と医療ケア支出が本質的に統合されており、保険加入の選択を含めて一体として評価すべきであるという連邦政府の主張<sup>130)</sup>に対しても、医療保険と医療ケア消費がどんなに本質的に統合されていようと、医療保険に対する規制が医療ケア消費に対する規制になるわけではないとして、これもあっさりと退けた<sup>131)</sup>。

以上のことから、加入強制の義務付け条項は、通商行為を行わないと判断したことを理由に個人を通商行為に強制参加させるものであり、州際通商に対する実質的な影響の検討に立ち入ることなく、違憲判断を下した<sup>132)</sup>。

これに対し、ギンズバーグ反対意見およびスカリアら共同反対意見が付

---

128) *Supra* note at 25.

129) Tr. of Oral Arg. 109 (Mar. 27, 2012).

130) *Supra* note 127 at 41.

131) *Id.* at 27.

132) *Idem*.

された。共同反対意見は、通商条項に基づく権限行使として違憲とする結論はロバーツと同じである。では共同反対意見は、何に対して「反対」したのであろうか。

（2）共同反対意見（スカリア、ケネディ、トーマス、アリート）

共同反対意見によれば、「合憲論がはらむ主たる問題は、加入強制の義務付け条項が医療ケアサービスや財を獲得する者に対する適用に限定されない」という点にある<sup>133)</sup>。医療ケアを獲得しようとしている者は「行為」に携わっているが、そうでない者は何ら「行為」に従事しておらず「不作為」にすぎない。そのような「不作為」の者を含めて適用される点が問題だと指摘している。つまり、共同反対意見の違憲論もロバーツ意見と実質的に異なるところはない。

共同反対意見も、通商条項の権限範囲に含まれるためには、通商に影響を及ぼす「行為」がなければならず、単に通商に参加していないというだけでは足りないとする<sup>134)</sup>。全ての者がいつか通商に参加するというだけで通商権限に包摂されてしまうことになれば、制限的政府の理念は終わりである<sup>135)</sup>。先例は全て通商行為に関わるものであり、それを超えて連邦議会が栽培や信用取引の強制を可能にすれば、連邦権限を事実上全てのものに拡大することになってしまう。

医療ケア市場が本質的に普遍的な参加を伴うという連邦政府の主張に対しては、若年者は医療市場に参加していないし、人生の後半に強制保険によってカバーされる財やサービスを消費する者を参加者として定義することはできない、と退けた。「そのような市場参加者の定義は前例がないし、もしそれが連邦権限の行使の根拠となれば、原理的な限界は存在しないことになってしまう」と述べ<sup>136)</sup>、ロバーツと同様に連邦議会の権限行使に

---

133) NFIB, dissenting, at 11.

134) *Id.* at 13.

135) *Id.* at 12.

136) *Id.* at 11.

に対する強い警戒を表明する。加入強制の義務付け条項が憲法規範にとって脅威なのは、あらゆる私的行為（行為をしないことも含めた）を連邦統制に服せしめ、憲法による政府権限の分割を効果的に破壊する拡大解釈を通商条項に与えるからである。

かくして、「加入強制の義務付け条項の合憲性を擁護する理論は、個人と連邦政府との間の一般的に認められた関係を改めることになる。」として、ロバーツと同様に通商条項に基づく権限行使としては認められないと違憲判断を下した。

(3) ギンズバーグ反対意見（ソトマイヨール、ブライア、ケイガン同意）

ロバーツ単独意見およびスカリア反対意見が、「行為／不作為」峻別論に立って違憲としたのに対し、ギンズバーグ反対意見は従来の枠組みに従って合憲と判断した。

ギンズバーグは、通商条項についての先例法理を以下の通り整理する。第1に、連邦議会は、州際通商に実質的な影響を与える経済的行為を規制する権限を有する。したがって、地域的行為であっても全体として見た時に、当該経済的行為が州際通商に実質的な影響を与えるものであれば、通商条項に基づく規制権限が及ぶことになる。第2に、経済的及び社会的立法の合憲性審査において、最高裁は連邦議会に対して大きく敬讓しなければならず、したがって必要となる判断は次の二点に限られる。(1) 当該規制行為が州際通商に実質的な影響を与えるという結論に対して、連邦議会が「合理的な根拠」を有しているかどうか。そして(2)「選択された規制手段と規制目的との間に合理的な関連性」が存在するかどうか、である。その際、最高裁は審査対象の法律の合憲性を推定し、違憲無効とすることができるのは関連性の不存在が「明白に示された」場合に限られる<sup>137)</sup>。

まず(1)について、ギンズバーグは、無保険者が集団として州際通商に実質的な影響を与えることにつき、「合理的な根拠」が疑いなく認められると判断した。すなわち、無保険者は、医療ケアの商品やサービスを毎年数

---

137) NFIB, opinion of Ginsburg, at 15.

十億ドル消費しており、それらを幅広く提供、販売、供給する主体は、地域的であれ全国的であれ州間をまたぐ至る所で営業活動を行う企業である。無保険者の中には自州を離れて緊急医療を受ける者もいれば、病気を患った際に医療の前払いをしない患者に対しても良質な医療を施す隣の州に移動する者もいる。無保険者は州をまたいで医療ケア市場に関わっており、その費用も膨大な額に上っている。そしてより重要なことは、その消費のかなりの部分が、他の消費者に費用転嫁されることで市場価格を高騰させ、市場の効果と持続可能性を減退させているというフリーライディング問題が生じていることである。このような州際通商に対して広範囲に及ぶ効果を考えれば、医療保険に加入しないという選択は、「何もしないこと (doing nothing)」とは言えない。むしろそれは、通商条項に基づき連邦議会が取り組むべき経済的行為である<sup>138)</sup>。

次に(2)の規制目的と規制手段の関連性について、加入強制の義務付けという手段は、無保険者によって引き起こされる混乱から医療ケア市場を保護するという目的との間に「合理的な関連性」が認められると判断した。その理由は、医療保険の未加入者に対してペナルティ支払を要求することによって、医療保険に加入する強力なインセンティブを付与しており、このインセンティブは、連邦議会が信じているように多数の無保険者を削減し、併せて無保険者が全国的医療ケア市場に及ぼす悪影響を緩和させるものと言えるからである<sup>139)</sup>。

さらにギンズバーグは、加入強制を義務付ける以外の方法では規制目的を達成できないということも重ねて説明している。もし仮に医療ケアを直ちに必要とする者だけに保険加入を強制すれば、保険会社は法外な保険料を請求するであろうし、それを阻止するために保険料率を地域料率とするよう義務付けられれば、保険会社は逆選択に耐えられず営業から撤退することにもなりかねない。したがって医療ケア市場を保護するためには、医

---

138) *Id.* at 16.

139) *Id.* at 17.

療保険加入の義務付けを包括的に規制しなければならないのである。

以上の通り、ギンズバーグは先例法理に従って検討を行い、加入強制の義務付け条項を通商条項に基づく権限行使として合憲と判断した。

## 2 必要かつ適切条項

ある規制が列挙権限を文言通り読めば導けないものであっても、列挙権限の行使目的を達成するために「必要かつ適切」な手段であると評価されれば、この条項に基づく権限行使として合憲とされる。必要かつ適切条項に基づく権限行使として認められるためには、それに先立つ列挙権限の行使が必要となるが、本件におけるそれは、通商条項に基づく保険会社に対する規制であった。第 1 章で述べたように、医療保険改革法は、保険加入を促すために保険会社に対して既往歴に基づく契約拒否を禁止するなどの各種規制を課しているが、それだけでは逆選択の問題は解消されないため、無保険者に医療保険に加入する動機付けとして加入強制の義務付け条項が適切かつ必要である。政府は概ねこのように述べ、通商条項とは別に、必要かつ適切条項を論拠とした<sup>140)</sup>。ここでの争点は、第 1 に、医療保険改革法の保険会社に対する各種規制が通商条項の権限の範囲内に含まれるのか、第 2 に、含まれるとすれば加入強制の義務付け条項が保険会社の規制のために「必要かつ適切」な手段であるのか、という 2 点である。

まず、第 1 の点について争いは存在せず、違憲論者も保険会社に対する規制が通商条項に基づく権限行使の範囲内であることを前提に、第 2 の点についてのみ主張を行っていた。それは、通商条項に基づく保険会社規制を合憲と判断した 1944 年の *United States v. South-Eastern Underwriters as's7n* 判決<sup>141)</sup> が存在するため、仮に「行為／不作為」峻別論に立ったと

---

140) Brief for Unites States 24.

141) *Unites States v. South-Eastern underwriters association as's7n* 322 U.S. 533, 64 S. Ct. 1162, 88 L.Ed.1440. サウス・イースタン保険会社が、独断的かつ非競争的保険料率を決定・維持することで州際の取引や通商を支配しようと共謀したこと、及び特定の州間における同じ保険商品について取引や通商を独占しようと共謀したことを理由に起訴された事案。↗

しても、保険会社は正に保険営業という行為に積極的に従事しているのであり、違憲とすることは不可能であったためである。

したがって問題は、加入強制の義務付け条項が、保険会社に対する経済的規制の包括的スキームの不可欠な部分であるとして、「必要かつ適切」な手段と言えるのか、という第2の点に絞られた。

#### (1) ロバーツ単独意見

ロバーツは、加入強制の義務付け条項は、保険会社規制にとって「必要」だとしても「適切」な手段とは言えないとして違憲判断を下した。

必要かつ適切条項は、列挙権限に付随し、その効果的な実施に役立つ規定を制定する権限を連邦議会に与えている<sup>142)</sup>。しかし、それは列挙された特定の権限を越えて、あらゆる「巨大な実体的かつ独立の権限」(great substantive and independent powers) を行使する資格を与えるものではない。むしろこの条項は、列挙権限の実施を遂行する手段が、授与された権限に含まれていることを明らかにするための宣言に過ぎないものである。これまで最高裁は、規制が「必要である」という連邦議会の判断に極めて敬讓的な姿勢を示してきたが<sup>143)</sup>、同時に、法律を違憲と宣言する責務も果たしてきた。違憲と宣言される法律は、「憲法により設立された政府構造を掘り崩す法律」(laws that undermine the structure of

---

▲法廷意見を執筆したストーン長官は、「通商条項の目的は、全国的利益にとって有益だと見なされる州政府の通商規制に対して立法する消極的な権限だけではなく、州の境界を越えて複数の州の人々に影響を与える取引に関して立法する権限、もしくは限定的な地域管轄を持つ個別の州政府によっては統制不能な状況を統制する権限を含む積極的な権限を連邦議会に与えるものだ」と述べた。そして、通商条項解釈における最高裁の基本的応答は、州間の交換を規制する権限は連邦議会に委ねられていることを確認することであり、州と州との境界をまたいで営業を行う保険会社は、通商条項に基づく規制権限に含まれる、と判断して、保険会社に対する規制を合憲と判決した。

142) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

143) ロバーツは、Comstock 判決が、McCulloch 判決を引用して、当該規制が権限の有益な行使にとって、便利か、有用かあるいは助けとなるものであれば合憲判決を下してきたことを確認している。

government established by the Constitution) である<sup>144)</sup>。そのような法律は、「憲法のテキストや精神と一致」しないものであり、連邦議会の列挙権限を「実施するのに適切な手段」とは言えず、「単なる侵害行為として扱われても仕方のない行為」である<sup>145)</sup>。

必要かつ適切条項に基づいて合憲判断をしてきた先例は、列挙権限に派生し、列挙権限に役立つ権限行使に関わるものであったが、加入強制の義務付け条項は、列挙権限の行使にとって必須の根拠を創設するという並外れた能力を連邦議会に付与するものである。これは通商規制権限の行使に対して「狭い範囲のもの」でも、「付隨的なもの」でもなく、そのような必要かつ適切条項の概念は、むしろ連邦権限を実質的に拡大する機能を果たすものである。そうなると、もはや連邦議会の権限は、連邦規制の範囲に自ら参入する者に対する通商条項に基づく規制に限定されず、それどころか、連邦議会はその権限の本来的な境界から歩み出て、規制権限の外側にいる者すらその範囲に取り込むことになりかねない。したがって加入強制の義務付け条項は、医療保険改革にとって「必要」であるとしても、改革を効果的に実施する手段として「適切」とはいえない。

またロバーツは、*Gonzales v. Raich* 判決<sup>146)</sup>との事案の違いを説明する。*Raich* 判決ではマリファナ所持や栽培を禁止する連邦規制が合憲と判断されたものであるが、これはマリファナが交換可能な商品であり、あらゆるマリファナが州際市場を容易に流通しうるという性質ゆえであるのに対し、加入強制の義務付け条項は、医療保険へ加入しないことによる実質的な影響を規制する法律として合憲判断されることができないのと同様に、医療保険改革の「必要かつ適切」な構成要素として合憲と判断されることもできないと結論付けた。

---

144) *Supra* note 122, at 28.

145) *Id.* at 28-29. *McCulloch* 判決においてマーシャル長官が述べた規範部分の文言を引用しながら、通商条項における「行為／不作為」峻別論と同様に、必要かつ適切条項の先例を確認するという手法を用いて新たな制限を課している。

146) *Supra* note 126.

これに対して、通商条項と同様にギンズバーグ反対意見及びスカリアら共同反対意見が付されている。

(2) 共同反対意見（スカリア、ケネディ、トマス、アリート）

共同反対意見は、ロバーツ意見と同様に、必要かつ適切条項によつても加入強制の義務付け条項は違憲とした。

連邦議会が州際市場に参加させるために州際市場から最も離れた人々に對してさえ権限を及ぼし、命令することができるとすれば、通商条項は無制約な権限の源泉となり、「その貪欲な顎が、老若男女を問わず、地位の貴賤を問わず、聖俗を問わず、誰をも容赦しない恐るべき怪物」と化す。通商条項の外延について最高裁が強調してきたことは、州際市場やその参加者に對して直接的に作用しない規制を慎重に審査する必要性であった。先例の教訓によれば、必要かつ適切条項が通商条項を補完する場合であつても、規制目的を達成するために役立つことを何でもできる自由裁量権を連邦議会が持つものではない<sup>147)</sup>。とりわけ *United States v. Lopez* 判決<sup>148)</sup>及び *United States v. Morrison* 判決<sup>149)</sup>によれば、必要かつ適切条項の範囲を逸脱するのは、連邦議会が州の主権を直接的に侵害する場合だけではなく、「列挙（したがって制限的）権限の背景的原理（the background principle of enumerated (and hence limited) federal power）を侵害した場合」である。

経済的行為の強制を承認すれば、連邦権限の拡大を新たに広範な領域へと導くことになる。それは通商条項をして、経済行為を強制する一般的権限規定へと変換させてしまうほどの無限定な領域であつて、「憲法の規定や精神と一致」するものではない。

このように、共同反対意見はロバーツ意見と同様に「憲法の規定や精神と一致」するものではないと結論付けているものの、ロバーツのように

---

147) *Supra* note 133, at 9.

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

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

「必要」と「適切」とを区別することなく違憲判断を導いている。

また共同反対意見も、Raich 判決との違いを強調し、マリファナの州際移送に対する禁止を効果的に実施するための唯一の実践的手段であった点で、本件とは事案が異なると指摘している<sup>150)</sup>。

(3) ギンズバーグ反対意見 (ソトマイヨール、ブライア、ケイガン同意)

これに対し、ギンズバーグが反対意見において、必要かつ適切条項の下で合憲論を展開している。

ギンズバーグは、当該規制立法が「必要かつ適切」かどうかを、「経済的行為に対する、より大きな規制の本質的部分といえるかどうか」という基準によって判断する<sup>151)</sup>。本質的かどうかは「当該規制がなければ、規制スキームそれ自体が掘り崩されてしまうおそれがある」かどうかで決せられる<sup>152)</sup>。このようにギンズバーグは、ロバーツやスカリアら共同反対意見のように、Raich 判決と本件とを区別せず、従前の先例の枠組みに従い検討を行った。

医療保険改革法制定の目的の一つに、保険会社が既往歴を持つ者に対して高額保険料を請求したり、保険契約を拒否するといったアンダーライティングを禁止することがあった。しかし、保険会社に既往歴に基づく対応を禁止するだけでは、上記の目的は達成できない。無保険者に加入強制が義務付けられる限りで、保険会社に対する規制は意図された通りに機能できる。かくして加入強制の義務付け条項は、経済的活動に対する、より大きな規制（契約拒否の禁止や地域料率の設定）の本質的部分を構成しており、これがなければ規制スキームは掘り崩されてしまうと言える。よって、加入強制の義務付けは、契約拒否の禁止や地域料率の設定といった、

---

150) 共同反対意見は、例えば、保険加入しなかった者が後になって医療保険制度に参入する際に、課徴金に服せしめること、あるいは、医療保険の加入者に付与される所得税控除を拒絶することによって、保険料を抑制し、保険会社の収益性を確保するという規制スキームの目的が達成されると主張する。Supra note 132 at 10.

151) Supra note 137 at 32.

152) *Idem.*

通商条項に基づく正当な目的を達成する手段として、目的と合理的な関連性を有している。

ギンズバーグはこのように述べ、必要かつ適切条項によっても加入強制の義務付け条項は合憲であると判断した。

### 3 課税権条項

最後の論点は、加入強制の義務付け条項が課税条項（1条8節1項）に基づく権限行使として認められるか、すなわち医療保険に加入をしなかった者に対して課せられるペナルティが課税にあたるのかという点である。この論拠の難点は、法律上無保険者に課せられる支払義務が「ペナルティ（penalty）」という文言で規定されていたことであった。制定過程を通じて、オバマ大統領自身が国民に対し改革法によって増税は一切しないと強調し、連邦議会も「ペナルティ」を税ではないと繰り返し説明していたことから、それにも拘わらず、「ペナルティ」を「課税」と解釈できるのかが争点であった。

以下の通りロバーツ意見に4人の裁判官が同意しており、通商条項や必要かつ適切条項と異なり、法廷意見の形成に成功している。

（1）ロバーツ法廷意見（ギンズバーグ、ブライア、ソトマイヨール、ケーガン同意）

前記の通りロバーツは、加入強制の義務付け条項を通商条項及び必要かつ適切条項の権限行使として違憲無効と判断した。しかしながら、「もし法律に可能な2つの解釈があり、その一つが憲法違反という場合、裁判所はそうでない方を採用すべきであるということは確立している」<sup>153)</sup>ところ、上記のとおり強制加入の義務付けは通商条項の下で違憲となるため、「未加入者に対する課税」という、もう一方の主張が合理的な解釈かどうかを検討しなければならない<sup>154)</sup>と述べ、結論として課税権の行使として

---

153) *Supra* note 122 at 31.

154) *Id.* at 32.

合憲判決を下した。

「課税」該当性の判断にとって、法律の文言 (label) は決定的な要素ではないし、連邦議会の声明に当該規制の法的意味が拘束されるわけでもない。重要なことは、当該規制がもたらす実質的効果が「課税」と評価できるかどうかにある。このように述べ、加入強制に従わなかった場合に課せられる「ペナルティ」が、「課税」としての実質を備えたものかどうかを、先例を引用しつつ特徴を指摘しながら、「ペナルティ」は「課税」であるとの結論を導いた。

#### ア 税との共通性

まず医療保険改革法が規定する「ペナルティ」は、「納税者」が確定申告を申請する際に歳入庁に支払われ<sup>155)</sup>、世帯収入が歳入法で定められた閾値を下回るために連邦所得税の納税義務がない者に対しては支払義務が適用されない<sup>156)</sup>。そして「ペナルティ」の支払額は、課税可能な所得、扶養家族の数、連結税申告といった納税者にとってお馴染みの要素で決定される<sup>157)</sup>。さらに、支払要件は歳入法によって認定されるが、その方法は「税と同じ方法で」ある。この手続は、あらゆる税（少なくとも政府の歳入を産出する税）に本質的な特徴であり<sup>158)</sup>、「ペナルティ」は課税と極めて共通した性質を有している。

#### イ 「ペナルティ」という文言

文言の選択は、ある徵収が連邦議会の課税権限に含まれるかどうかを左右せず、最高裁の先例は文言に拘束されない立場を表明しており<sup>159)</sup>、課税と規定されていない徵収であっても、課税権に基づき合憲判断を行って

---

155) 26 U.S.C. §5000A (b).

156) 26 U.S.C. §5000A (e) (2).

157) 26 U.S.C. §§5000A(b), (c) (2), (c) (4).

158) 共同支払責任（ペナルティ支払）によって約40億ドルの歳入が見込まれていた。CBO, Payments of Penalties for Being Uninsured Under the Patient Protection and Affordable Care Act (Apr.30, 2010); In Selected CBO Publications Related to Health Care Legislation, 2009-2010, p. 7 (rev.2010).

159) George, 259 U.S. at 20, Drexel Furniture, 259 U.S. at 38.

きた。「ペナルティ」が連邦議会の課税権の範囲内かどうかは、強制徴収の文言ではなく、その実質や適用から審査されるものである<sup>160)</sup>。例えばDorexel Furniture 判決において最高裁は、児童労働者の雇用に対するいわゆる課税の3つの実質的な特徴に焦点を当てていた。そこでは第1に、当該課税は極めて重い負担（企業純利益の10%）を、どんな軽微な違反であれ、子どもを雇用した者に課していた。第2に、当該課税は、未成年労働者を故意に雇用した者に対してのみ課されていた。そのような故意要件が刑罰的法律の典型であるのは、連邦議会は多くの場合、意図的に法を侵した者のみの处罚を望んでいるからである。第3に、この「課税」を部分的に執行するのは労働省であるが、労働省は労働法違反に対して制裁を科す責務を担う機関であり、歳入を徴収する機関ではない。ロバーツは、これと同様の分析が、「ペナルティ」が課税かどうかの結論を示唆するとして、具体的な検討に進む。

第1に、ほとんどのアメリカ人にとって、「ペナルティ」の額は、通常の医療保険の保険料額を下回るであろうし、決して上回ることはない。医療保険に加入するよりも共同支払責任を履行する多くの場合に合理的な経済的選択となるかもしれない。第2に、加入強制の義務付けは、故意要件を何ら含んでいない。加入しないことが犯罪であれば、犯罪規定に固有の故意要件が規定されているはずである。第3に、共同支払責任の徴収は、通常の徴収手段を通じて歳入庁が行うこと以外、想定されていない<sup>161)</sup>。

#### ウ 刑事制裁と税の区別

さらに刑事制裁と税との区別として、これまで最高裁は「もし刑罰の概念が何かを意味するのであれば、それは違法な行為または不作為に対する制裁を意味する」と説明してきた<sup>162)</sup>。強制加入の義務付け条項は、明ら

---

160) *Baily v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922).

161) *Supra* note 122 at 35-36.

162) *United States v. Reorganized CF&I Fabricators of Utah, Inc.*, 518 U.S. 213, 224↗

かに医療保険加入の誘導を目的としているが、無保険でいることを違法と宣言するものと解される必然性はなく、歳入庁への支払を要求すること以上に、何ら否定的な法的結果を付与するものではない<sup>163)</sup>。連邦予算委員会によれば、毎年400万人の人々が保険加入よりも歳入庁への支払を選択すると見込まれていたが、連邦議会が、そのような大規模な未加入者の存在に悩まされず法を制定したということは、400万人の無法者を生み出すと想定していなかったことを示唆している<sup>164)</sup>。かくして「ペナルティ」は、医療保険への未加入を合法的に選択した市民に対して、共同の支払責任として税を課したものである<sup>165)</sup>。

#### エ 不作為と課税との関係

ロバーツは、通商条項に基づいて「不作為」を規制できないという判断と平仄を合わせるために、「不作為」に対して課税できるのかという問題を以下のように論じている。第1に（これが最も重要な点であるが）、個人が不作為を通じて課税を免れ得るということを憲法が保障していないことは明らかである。通商条項に基づく規制と異なり、課税条項を用いて何かの購入を促すことは新奇なことではなく、課税による誘因は、例えば住居の購入や専門教育の獲得に関して行われている。その意味で、加入強制の義務付け条項を課税権に基づき合憲と判断することは、新たな連邦権限の承認を意味しない。

第2に、行為に影響を及ぼすために課税権を用いる連邦議会の権限は、無制限ではないということである。最高裁は、いわゆる課税の特質が刑罰化していく延長線上に、いつしか課税がその本質的特徴を喪失し、規制と制裁の特徴を備えた純粋な刑罰となる時点が到来すると述べてきた。本件は、その境界を越える事案ではないということにすぎない。

---

162) (1996); *United States v. La Franca*, 282 U.S. 568, 572 (1931).

163) *Supra* note 122 at 37.

164) *Id.* at 37.

165) *Id.* at 38.

第3に、連邦議会の課税権は通商規制権限よりも大きいが、課税権限は通商規制権限と同程度の統制機能を連邦議会に付与するものではない。通商規制権限は、個人に対して直接的に命令を科し、違反者を刑事的制裁に服せしめることもできる。それに対して、課税権限は、連邦歳入庁に対する納税を要求することに限定されており、それを越えるものではない。もし適切に納税されれば、政府がそれを越えて個人を強制する権限や、まして処罰する権限は何ら存在しない。強制徴収が個人に与える深刻な負担（とくに規制目的によって動機付けられた課税）を軽視するわけではないが、それでも税の賦課は、特定の行動をするかしないかについての合法的な選択の余地を個人に委ねるものである。

#### オ 結 論

「特定の個人が健康保険に加入しないために経済的制裁を支払うという医療保険改革法の要件は、合理的に税として特徴付けることができる。憲法がそのような税を認めており、それを禁止したり、その賢明さや公正さに判断を下すことは我々の役割ではない。」このように付言した上で、加入強制の義務付け条項を、課税権条項に基づく権限行使として合憲判断した。

#### （2）共同反対意見（スカリア、ケネディ、トーマス、アリート）

これに対して、共同反対意見は、以下のように述べる。

我々の先例において、税と刑罰は相互に排他的である。問題は、連邦議会が税として構成する権限を有していたかどうかではなく、実際に税として構成したかどうかにある。税は、政府の援助を提供するためになされる出資である。これに対して刑罰は、違法行為の制裁として法律によって科される強制徴収である。そのため、問題は、ここでの強制徴収が、法の違反を理由に課されるかどうかというきわめて単純なものである。加入強制の義務付けを規定する 5000A 条は、「適用可能な個人は、最低補償規定に基づき加入しなければならない」と規定する。そして、その直後に「適用可能な個人が、(a)節の要件に従わなかった場合、これによってペナルティ

を科される」と規定されている。さらに、5000A 条に関するいくつかの連邦議会の立法判断は、法的要件を明らかにし、単なる課税権ではなく規制的権限の表明を規定している。

したがって、「ペナルティ」と規定されている以上、課税権条項に基づく権限行使とは言えないと判断した。

### 第 3 節 ロバーツ意見への疑問

以上の通り、注目を集めた通商条項の判断については、ロバーツの単独意見にとどまり、結局は法廷意見として形成されていない。新たな解釈が 5 裁判官の意見として現れたにも拘らず、である。

そもそも、なぜロバーツは「行為／不作為」峻別論を採用したのであろうか。この峻別論は通商条項解釈として適切なのか。必要かつ適切条項における解釈の根拠は何であったのか。前二者で違憲と判断しながら、なぜ課税権限の行使として合憲と判断したのか。課税権限に基づき合憲と判断するのであれば、あえて通商条項や必要かつ適切条項に言及する必要はなかったのではないか。ロバーツの憲法解釈には疑問が噴出するが、もしこれらの疑問に法理論上、整合的な回答を得ることが不可能であるとすれば、ロバーツは一体何にこだわったのかが問われなければならない。

以下では、通商条項及び必要かつ適切条項について、とくにロバーツの憲法解釈に焦点を当てて検討を行う。まず、ロバーツの行った解釈が先例法理や憲法理論に照らして、整合的に説明できないことを確認する。それを前提に、ロバーツの示した対応が、従来のアメリカ的福祉国家観の枠組みに照らしていかに位置付けられ、今後の現代福祉国家的政策と憲法との関係がいかなるものとして設定されることになるのかにつき検討を行いたい。

## 第3章 加入強制の義務付け条項と最高裁

### 第1節 加入強制の義務付けと通商条項

#### 1 判例法理と加入強制の義務付け条項

通商条項の解釈をめぐっては、 *McCulluch v. Maryland* 判決においてマーシャル長官が広く議会の権限を承認して以来、 南北戦争、 経済の発展、 恐慌、 ニューディール期など時代と共に糺余曲折を経て今日に至っている。 ニューディール期、 最高裁は形式的な判断基準を適用することで通商条項の権限範囲を限定的に解釈していたが、 ルーズベルト大統領による、 いわゆる最高裁囲い込み計画（Court-Packing Plan）を契機に、 大きく転換を果たし、 通商条項に基づく権限行使を広く承認する判決を下すようになった<sup>166)</sup>。 本判決に至るまでの判例法理は、 レーンキスト・コートにおける1995年 *United States v. Lopez* 判決、 2000年 *United States v. Morrison* 判決、 そして2005年 *Gonzales v. Raich* 判決といった一連の判決によって確立されていた。 それは、 ロバーツが確認していた通り、 州内の行為であっても州際通商に対して実質的な影響を持つ経済的行為であれば、 連邦議会は規制できるという、 いわゆる「実質的な影響」審査である。 その具体的な判断枠組みについては、 ギンズバーグが確認した通りの敬讓的な司法審査をもって足りるものと理解されていた。

この従来の判例法理に従えば、 加入強制の義務付け条項はギンズバーグが詳細に説明したように、 問題なく通商条項の権限範囲に含まれるものと言えるはずであった。 ところが、 ロバーツ及びスカラリアら共同反対意見は、「行為／不作為」峻別論を採用して、 違憲判断を下した。「行為／不作為」峻別論は、 第1章で見たように保守派研究者ランディ・バーネットに

---

166) 通商条項に関する包括的な分析として、 木南敦『通商条項と合衆国憲法』（東京大学出版会・1995）。 また、 辻雄一郎「連邦主義と州際通商条項——少数者という視点から——」（関西大学法学論集59巻3・4号（2009）105-142頁も参照。

よって考案されたものであり、多くの支持者を得て最高裁に到達したものであるが、果たしてこの峻別論は憲法解釈として、いかに評価すべきであろうか。

## 2 「行為／不作為」 峻別論

### (1) バーネットによる「行為／不作為」 峻別論

バーネットによれば、憲法は公共的原意 (original public meaning) に従って解釈されなければならない<sup>167)</sup>。それによると「通商」の中核的意味は、輸送を含めた製品の取引や交換であり、商業的性質を有することが必要とされる。州間の「交換」をいくら拡大解釈しても、対象が物であれ、人であれ、メッセージであれ、それが何らかの往復 (communication) を伴うものに限定される。それゆえ、ニューディール期以来、連邦議会の規制権限を広く承認してきたとされている先例は、通商条項の問題ではありえず、必要かつ適切条項の適用問題であったと位置付ける<sup>168)</sup>。「実質的な影響」審査を必要かつ適切条項の解釈論と捉えるかどうかの違いはあれ、ここまで従来の通説と実質的に異なるところはない。問題はここからである。バーネットは、現在の判例法理の下で規制が合憲とされるためには、① 法によって規制を受ける「行為の類型」 (class of activity) が存在するのか、そして② その「行為の類型」が経済的な性質か、非経済的な性質かを審査しなければならないと述べる<sup>169)</sup>。これが、バーネットの考案した「行為の類型」審査を必要とする「行為／不作為」 峻別論である。バーネットによれば、これまで明示的には検討されていないものの、判例法理にはこの「行為の類型」審査が内在しており、実は当然の前提として審査が行われていた。先例が実質的な影響だけを審査して

---

167) Randy E. Barnett, RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY (2005); COMMANDERING THE PEOPLE: WHY THE INDIVIDUAL HEALTH INSURANCE MANDATE IS UNCONSTITUTIONAL, New York University Journal of Law & Liberty Vol.5 581, 583-587 (2010).

168) *Id.* COMMANDERING at. 604.

169) *Idem.*

いた（ように見える）のは、連邦規制がすべて「行為」に関わるものであったため、「行為の類型」審査が争点として浮上しなかったという偶然の事情にすぎない。たとえば、先例で問題とされた製鋼・製ゴム行為<sup>170)</sup>、材木の製造<sup>171)</sup>、小麦の生産<sup>172)</sup>、ホテル<sup>173)</sup>やレストラン<sup>174)</sup>の経営行為、銃の所持行為<sup>175)</sup>、性的動機による暴行の実行行為<sup>176)</sup>、マリファナの栽培行為<sup>177)</sup>などは全て明らかに「行為」に関わるものであった。その意味で、本件のように「行為」を強制する権限は、連邦議会によってもかつて主張されたことはないし、まして最高裁によって正当化されたことがなく、文字通り前例のない事態である<sup>178)</sup>。このように、「実質的な影響」審査は、規制対象が「不作為」ではないことが認められた次の段階に位置付けられ、当該規制が「不作為」を対象とするものであると判断される場合には、違憲の結論をもって合憲性審査は直ちに終了する。この「不作為」を規制対象から類型的に排除するという点が、「行為／不作為」峻別論の核心部分である。

では、この「行為／不作為」峻別論はいかなる根拠に基づいて主張されたのか。バーネットが強調するのは、何もしていない「不作為」状態の市民に対し、何らかの「行為」を強制する権限を連邦政府に認めてしまえば、政府の権限に制限がなくなり個人の自由にとって極めて危険な先行きとなってしまうという「危惧」である<sup>179)</sup>。バーネットによれば、個人が

---

170) NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937).

171) United States v. Darby, 312 U.S. 100 (1941).

172) *Supra* note 121.

173) Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States, 379 U.S. 241 (1964).

174) Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964).

175) *Supra* note 148.

176) *Supra* note 149.

177) *Supra* note 146.

178) Randy E. Barnett, *Turning Citizens into Subjects; Why the Health Insurance Mandate is Unconstitutional*, 62, *Mercer Law Review* at 606 (2011).

179) *Id.* at 607.

責任を負わなければならぬのは自身の行為に対してのみであって、不作為のために制裁を科せられることは何らかの先行する責務が存在しない限りありえない<sup>180)</sup>。政府の規制目的の達成にとって有用であるという理由だけで、市民が何らかの行為を強制されることが認められれば、それは連邦政府が望むことを何でもできるような「一般的な連邦規制権限 (general federal police power)」を保持することを意味し、連邦政府とアメリカ市民との関係は根本的に転覆し、もはやアメリカ市民は連邦政府の「奴隸」となる。これは *McCulluch v. Maryland* 判決におけるマーシャル長官の言葉によれば、「憲法の文言や精神と一致」しない不適切なものであり、かくしてアメリカ社会を危険な先行きへと導くものであって許されない<sup>181)</sup>。

このような「政府は行為を強制できない」という命題の裏側に、「行為を強制されない自由」が想定されていることは明らかである。ここで表明されているのは、個人の自由に対する強烈なコミットメントであり、「行為／不作為」峻別論は、市民の「行為を強制されない自由」が絶対的に保障されるという想定を基礎にしている。この「行為を強制されない自由」は憲法上いかなる根拠で保障されているのであろうか。この点、ロバーツ意見や共同反対意見が曖昧な言及にとどまっていたのに対し、バーネットは明確である。バーネットが着目するのは、修正第10条である。修正第10条は「この憲法によって合衆国に委譲されていない権限は、それぞれの州政府または人民に留保される」<sup>182)</sup>と規定されており、連邦政府による州主権 (state sovereignty) の侵害を排除する規定として機能してきたが、バーネットによれば、権限の留保は州政府に限定されるものではなく、州主権が人民の主権に由来する以上、市民も州と同様の主権を保持してい

---

180) Barnet, *supra* note 167 COMMANDERING at 637.

181) バーネットが *McCulloch* 判決を引用するのは、必要かつ適切条項の適用問題だと考えているからである。

182) U.S. Const. amend.X.

る<sup>183)</sup>。かつて最高裁が「連邦制の下で、主権が政府機関に委譲される一方で、主権それ自体は人民に残存しており、政府は人民によって人民のために存在し活動することになる」と判示した<sup>184)</sup>ことも論拠にしつつ<sup>185)</sup>、「州政府への強制が修正第10条の『規定』や『憲法の精神』に基づき不適切な連邦権限の行使を意味するのであれば、人民への強制も同様に不適切とならないだろうか。言い換えると、州政府の立法府や執行府に対する強制（commandeering）が州主権を不適切に侵害するのであれば、人民に対する強制も市民の主権（popular sovereignty）に対する不適切な侵害とならないだろうか」<sup>186)</sup>と主張する。バーネットにとって「行為を強制されない自由」は、単なる自由ではなく市民としての主権に基づく権限（power）なのである。だからこそ「行為」の強制を容認することは、市民を主権者ではなく政府の奴隸に貶めることを意味し、市民と連邦政府との関係を根本的に覆すことになるとの結論に至るわけである<sup>187)</sup>。

## （2）「行為／不作為」峻別論と「個人の自由」

加入強制の義務付け条項に対する違憲論が「個人の自由」の保護に動機付けられている点は、多くの論者が指摘するところである。たとえば、ジェディディアン・ポーディとニール・S・シーゲルは、「加入強制の義務付け条項に対する反論が特徴的に用いる言説は、主たる憲法上の懸念が連邦権限の無制限の拡大ではないことを示唆している。違憲論はむしろ、加入強制の義務付け条項が個人の権利——経済的自由を侵害しているというものである。より明確にいえば、加入強制の義務付け条項は、医療保険

183) *Supra* note 181, at 626-627.

184) *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 370 (1886) (Matthews, J.).

185) Barnett, *supra* note 166 COMMANDERING at 617.

186) *Id.* at 629.

187) なお、バーネットの憲法解釈によれば、「行為／不作為」峻別論は必要かつ適切条項の問題に収斂されるのだが、あえて判例の枠組みに対応させると、通商条項の問題としての峻別論は「実質的な影響」審査に内在された形で、必要かつ適切条項の問題としては「適切」審査の問題として現れることになろう。実際、ロバーツ意見や共同反対意見ではこのように処理されている。

の加入を拒否する権利の侵害である。その主張を具体化する何らか権利があるとすれば、それは実体的デュープロセスに基づくロクナー型の契約自由であると思われる。より正確にいえば、あらゆる強制的契約からの自由に対するロクナー・コートへのコミットメントである」と指摘している<sup>188)</sup>。最初の違憲判決を下したヴァージニア東地区連邦地裁も、「この紛争の本質は、単に保険会社に対する営業規制や普遍的な医療保険保障の制度設計の問題ではなく、参加を選択する個人の権利についての問題である」と率直に指摘している<sup>189)</sup>。また、ギンズバーグも「州際通商に参加し、もしくは影響を及ぼす自発的な積極的行為がない限り、個人を通商条項規制に服せしめることはできないという峻別論の見解は、むしろデュープロセス条項を暗示させる個人の自由への関心を表明している。」と述べ、「行為／不作為」峻別論を採用した裁判官に対し、「デュープロセス条項が自由の利益を保障しているという解釈に抵抗を示しながら<sup>190)</sup>、その保護を通商条項に埋め込むことに意欲的なのは問題である」とその不自然さを批判している<sup>191)</sup>。同様に、マーク・A・ホールは、バーネットが修正10条を根拠として峻別論を主張することに対して、「修正第10条を通じてそのような権利を承認すれば、連邦議会による（州政府ではなく）規制から経済的自由を保護する連邦型ロクナー方式を構成することは明らかである。この保護の形式は、実体的デュープロセスに酷似しており、それはスカリアを含めた他の裁判官が拒絶しているものである」<sup>192)</sup>と指摘している。

マーサ・ミノウが適切に評価しているように、「共同反対意見が示した

188) *Supra* note 84 at 377; *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

189) *Supra* note 109.

190) *See McDonald v. Chicago*, 561 U.S. (2010); *Albright v. Oliver*, 510 U.S 266, 275 (1994).

191) ギンズバーグ「上告人は、実体的デュープロセスに何らかの議論を担わせることを放棄しており、加入強制の義務付け条項がデュープロセス条項を侵害しないということは既に認めている。」*Supra* note 137.

192) Mark A. Hall, *Commerce Clause Challenge to Health Care Reform*, vol.159, University of Pennsylvania L. REV. at 1285, 1859-1861 (2011).

個人の自由についての懸念は、通商条項（または必要かつ適切条項）の中に規定によって具体化されていない保護を読み込んだ」<sup>193)</sup> ものであり、「行為／不作為」峻別論は、通商条項に「個人の自由」を持ち込むことで意図的に解釈が歪められた産物であった。しかも、ここで主張された「個人の自由」は、政府介入を類型的に排除する極めて強力な「自由」であり、その実質は福祉政策に対する財産権侵害を類型的に拒絶するだけでなく、フリーライディングすら正当化する「不幸のリバタリアニズム」とも言うべき自由觀に基礎付けられたものある。しかし、この主張に最も適合的な憲法論が実体的デュープロセス論のはずであるところ、訴訟において「医療保険に強制的に加入させられない自由」や「財産支出を強制されない自由」といった主張はほとんど展開されていない。言い換えると、アメリカ的福祉国家に特有の自助・自立の理念は、実体的な憲法上の「自由」そのものとして主張されていない。なぜ「自由」の主張が通商条項を介して行われなければならなかつたのであろうか。

### 3 実体的デュープロセス論と「行為／不作為」峻別論

一連の訴訟において下級審で実体的デュープロセス論が取り扱われたのは、フロリダ北地区連邦地方裁判所の訴訟だけである。しかし、同裁判所は、Lochner 判決に言及しつつ、「実体的デュープロセスの主張は、1930年半ばのニューディール立法に先立つ数年、すなわちデュープロセス条項が経済的権利や経済的自由に及ぶと解釈されていた時代の最高裁の諸判決に支持を求めるものである」<sup>194)</sup> と述べ、「たしかに、政府から一人で放つておいてもらう自由に対する利益は存在する。我々は、自身の生活の選択を行う自由を大事に有している。そこには、医療サービスに関して何を購入すべきであるかという選択も含まれる。しかし、それは『基本的権利』

---

193) Martha Minow, *Affordable Convergence: "reasonable interpretation" and the Affordable Care Act*, 126 HARV. L. REV. at 117, 130 (2012).

194) *Supra* note 76 at 1161.

と言えるであろうか。最高裁がそうであると示唆したことは、少なくとも未だない。それがこの国の法の現状であり、これを拡大することは一地方裁判所の役割ではない」と判示し、「行為を強制されない自由」が「基本的権利」にあたらないことを明言している。その後、控訴審段階では実体的デュープロセス論は放棄され、司法判断を受けることはなかった。

契約しない自由の法理を象徴する先例は、先程から言及している *Lochner v. New York* 判決である。*Lochner* 判決において最高裁は、パン製造業の労働者の労働時間の上限を規制する州法が修正第14条で保護された「契約の自由」を侵害するとして違憲判決を下した。たしかに最高裁は、憲法が経済的自由を保障していることを一般的に否定していないが、現在の最高裁は、*Lochner* 型の経済的実体的デュープロセス論を事实上既に放棄しており、その司法審査は極めて敬謙的な（あるいは放棄的ですらある）最小限の合理性の基準で行われるため、「契約の自由」は政府権限に対する制限としてはほぼ機能していない。実際、1937年に女性労働者の最低賃金法を合憲と判断した *West Coast Hotel Co. v. Parish* 判決<sup>195)</sup>以降、経済規制を実体的デュープロセス違反とした判決は存在せず、現在の最高裁は明らかに *Lochner* 判決の立場にはない<sup>196)</sup>。

「医療保険への加入を強制されない自由」に関して、最も重要な先例は、おそらく *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts* 判決<sup>197)</sup>であると言われている。これは、天然痘の強制予防接種プログラムを規定した州法を、州政府の規制権限の有効な行使として合憲判決を下したものである。最高裁は、上告人が主張した「強制的予防接種プログラムは、不合理、独

---

195) *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 U.S. 379, 391 (1937).

196) Richard A. Primus, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, 48 Duke L.J. 243, 244 (1998). リチャードは、ロクナー判決は形式的に覆されていないが、結論を導くオーソリティとして一度も引用されていないという事実が、ロクナー判決への依拠が自殺的ではないとしても、いかに的外れな努力であるかが憲法関係者の間でよく理解されていることを示す証左であると述べている。

197) *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts* 197 U.S.11 (1905).

断的かつ圧政的であり、したがって全ての者が、各々が最良と考える方法で身体と健康をケアする自由の本来的権利と適合しない<sup>198)</sup>」という違憲論を退け、強制予防接種プログラムを合憲と判決した。これに対し、医療保険への加入強制の義務付けは、身体の完全性といった権利に何ら影響するものではなく、まして何かを接種することや特定の活動を行うことを強要するものでもない。せいぜい財産支出を要求される契約の自由の問題である<sup>199)</sup>。そうすると、Lochner 判決が実質的に放棄された今日にあっては、強制的予防接種よりも明らかに侵害的でない医療保険の加入強制が、実体的デュープロセス論の下で違憲とされる可能性は極めて低いと言わざるを得ない<sup>200)</sup>。要するに、現在の判例法理を前提にすれば、ロクナー型の経済的実体的デュープロセス論に基づく医療保険に加入しない自由の主張は、司法的な実現可能性が極めて乏しいと言わざるを得ず、その脆弱性ゆえに、加入強制の義務付け条項に対する違憲論のほとんどが、連邦制をめぐる議論に流れ込んだといえる<sup>201)</sup>。

以上のような判例法理による説明とは別に、より実践的な状況が実体的

---

198) *Id* at 26.

199) Neil S. Siegel, Four Constitutional Limits That the Minimum Coverage Provision Respects, Vol.27 Constitutional Commentary (2011), at 600; *supra* note 83, at 380; Andrew Koppelman, Bad News for Mail Robbers: The Obvious Constitutionality of Health Care Reform, *The Yale L.J. online* (2011), at 22-23.

200) Jamal Greene, The Missing Due Process Argument, in Nathaniel Persily, Gillian Metzger, & Trevor Morrison, eds., *The Health Care Case: The Supreme Court's and Its Implications* (2013) at 97-98. もっとも、グリーンは、Jacobson 判決を医療保険改革法と区別することも可能であると指摘する。第 1 に、切迫した必要性、コスト転嫁と比較しようのない重大な州の利益、害悪防止のために密接な手段として設計されているという事案の相違。第 2 に、Jacobson 判決が出されたのは、Lochner 時代にも拘らず、女性に対する出産育児の強制、避妊具使用の強制、精神遜滞者に対する人施術の強制などが合憲であることに異論のない時代であって、自律的決定に関わるいかなる実体的デュープロセス判決も、*Griswold v. Connecticut* 判決やその後の現代的判例法に直面するまで、満足に理論的な分析が行われていない時代であったということである。

201) *Id.* Greene at 91, 96-97; Siegel, *supra* note 198 at 601; Peter J. Smith, Federalism, Lochner, and The Individual Mandate, Vol.91 *Boston University L. Rev.* at 1737-1746 (2011).

デュープロセス論を展開することを困難にさせたということも指摘できる<sup>202)</sup>。一つは、共和党ミット・ロムニーがかつてマサチューセッツ州知事時代に果たした役割である。第 1 章で述べたように、ロムニーは州知事として、マサチューセッツ州の抱える無保険者問題や医療費高騰問題を解消するため、医療保険改革に強力なイニシアティブを發揮し、民主党との超党派的合意を取りまとめ、いわゆるロムニーケアと呼ばれる医療保険改革法の制定に結びつけた<sup>203)</sup>。今般の医療保険改革法はロムニーケアをほぼそのままモデルにして制定されていたため、もし本件訴訟で修正第 5 条に基づく実体的デュープロセス論を根拠に、加入強制の義務付け条項の違憲性を主張すれば、同時にロムニーケアの違憲性を主張することになりうる<sup>204)</sup>。したがって、本件の違憲訴訟を提起していた団体や個人は、多くがロムニーを支持する共和党の保守派層であったことから<sup>205)</sup>、実体的デュープロセス論の放棄は、ロムニーケア擁護論者にとって重要な選択であったと考えられる。

あるいは、実体的デュープロセス論を主張するためには、中絶の権利を承認した先例に依拠しなければならないという点も考えられる<sup>206)</sup>。リバタリアンからすれば実体的デュープロセス論は、まさに自由を主張する論拠として適合的であるが、中絶の権利に抵抗する保守層にとっては、直ちに賛同を示せない主張である。共和党内にはこのような社会的保守層とリバタリアンとが混在しており、違憲訴訟を有効に推進するために両者の利害を調和させる手段として、通商条項に基づく違憲論が選択されたと考えられる。

いずれにせよ、実体的デュープロセス論を選択すれば、強制加入の義務

---

202) *Id. Greene*, at 99.

203) Star, *supra* note 16, at 163-173.

204) *Supra* note 83, at 378-379.

205) 実際、控訴段階における実体的デュープロセス論の放棄と、共和党の予備選挙戦の開始とがほぼ時期的に同じであった。Greene, *supra* note 201, at 101.

206) *Id.* at 92, 99-102.

付けがプロッコリー購入の強制と同様であるという説明をはるかに凌ぐ難題が待ち受けていることは明らかであった。その意味で、「行為／不作為」峻別論は、行き場を失った「自由の主張」が通商条項や必要かつ適切条項に流れ込み、それが解釈という体裁を装って現れたものであり、人権論として個人の自由を主張することなく、しかし「自由」の主張が持つ扇情的な影響力に支援を求める巧みな企図であったと言えよう。連邦制度とは無関係のリバタリアニズムが背後に透けて見えているのは、そのためである。

#### 4 「行為／不作為」峻別論と通商条項

##### (1) 「行為／不作為」峻別論の問題点

結論から言って、バーネットによる「行為／不作為」峻別論は、憲法解釈論として不適切と言うほかない。

まず修正第10条では、文言上「権利 (rights)」ではなく「権限 (powers)」と規定されており、保険加入しない自由を「権限」とみなすのは不自然である。そして同条は、明らかに州政府の権限について規定するものであり、個人の権利について言及するものではない<sup>207)</sup>。最高裁も、銃規制をめぐる2008年 *District of Columbia v. Heller* 判決において、修正10条から個人の権利を導くことを否定している<sup>208)</sup>。

また、「行為を強制されない自由」を「行為／不作為」峻別論という形で通商条項解釈に取り込むことは、これまで判例が拒絶し続けてきたロクナーワードの経済的実体的デュープロセス論の復活を裏口から認めるものというだけでなく、自由の根拠が「主権」に基礎付けられているという説明によって、通商条項を介してより強度の「自由」が保障するものとなつていい

---

207) *Supra* note 194, at 1825-1826.

208) スカリア執筆の多数意見は、修正10条が「集合的に行動する市民に言及していることは明らかであり、それは権限の行使や留保を問題としているのであって、権利ではない。」と述べ、修正10条に基づく個人の権利保障を明確に退けていた。*District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 579-580 (2008).

る。結果として、政府利益との調整に服さない強力な「自由」が創設されており、「自由」が通商条項へ配置転換される以上の意味を有している<sup>209)</sup>。

先例が通商条項の規制対象を「行為」と言及してきた点については、峻別論が主張する「不作為」と峻別する意味での「行為」が意図されていたわけではなく、単に規制権限が及ぶ対象を確定するための記述的な方法として「行為」と述べられていたにすぎないというべきである。また、通商条項には「外国との通商及び州際の通商、及びインディアン部族との通商を規制すること」(第1条第8節第3項)と規定されているが、その文言上、「行為」と「不作為」を峻別する要請は読み取れない。コロンビア巡回控訴裁判所が指摘するように<sup>210)</sup>、憲法制定時に通商条項の「規制すること」は、とりわけ「行為を要求すること」を意味していたのであって、何らかの行為を行うよう強制することは何ら排除されるものではない。たとえば、Wickard 判決において最高裁は、酪農経営者が自家消費のための小麦を市場からの購入を強制することについて、通商に対する規制手段として合憲判決を下している。さらに「行為」か「不作為」かは、概して語義上の問題にすぎず、ほとんどの場合に換言可能である。保険会社の提供する医療保険に加入しないという選択は、自家保険を選択するという積極的な「行為」であり、加入強制の義務付けは「自家保険市場における行為」を規制しているとも説明可能である<sup>211)</sup>。したがって「行為／不作為」峻別論は、規範としての役割を適切に果たすものとは言えない。

以上の通り「行為／不作為」峻別論は、先例に全く根拠を持たないばかりか、解釈論としても欠陥を有しており、理論的に到底支持できるもので

---

209) *Supra* note 194, at 1825; Smith, *supra* note 202, at 1745-46.

210) *Supra* note 117, at 16.

211) Wickard 判決で問題となった小麦作付けの規制は、小麦の過剰生産という行為を規制しているのか、市場から小麦を購入しないという不作為を規制しているのか、いずれであろうか。ギンズバーグは、最高裁の分析は、どちらかといえば後者に重点があったように思われる」と述べている。

はない。

## （2）通商条項の解釈論——コレクティブ・アクション問題——

そもそも通商条項の権限範囲に際して決定的なことは、Lopez 判決や Morrison 判決において、レーンキスト長官が指摘した「何が真に全国的な問題で、何が真に地域的な問題であるか」の区別であり、この境界線をどこに、いかなる方法で確定するのかという実質的な判断である。ニール・S・シーゲルによれば、その重要な手掛かりは、現在のアメリカ憲法が、かつての連合規約（Articles of Confederation）の機能不全を克服するために制定された歴史的背景に求めることができるという<sup>212)</sup>。

連合規約の時代のアメリカは、13の邦が独自に主権的権限を維持したまま形成された緩やかな連合体であり、各邦はそれぞれが独自に他の邦との経済的竞争から自邦を保護し、他国との戦争から自らの邦を防衛することに務めていた。そのため、各邦で、他の邦に対する差別的な通商規制が横行し、通商への阻害効果がアメリカ全域に波及した。肝心の連合政府は、通商規制権限や課税権限を持たない極めて限定的な政府として設計されており、適切な対応を執れずにいた。連合を維持するためには、連合政府は財源を各邦に要求しなければならないのだが、各邦は進んでこれに協力せず、むしろ他の邦の寄与にフリーライディングするところが後を絶たなかつた<sup>213)</sup>。結果として、アメリカ全体の経済活動は停滞し、軍事力の弱体化を招き、連合としての統一性が危機に陥った。もはや個別の邦による対応では解決不能な状況であり、全域的な統制が急務であることは明らかであったが、連合規約下における連合議会にその能力は期待できない状態

212) Robert D. Cooter & Neil S. Siegel, Collective Action Federalism: A General Theory of Article I, Section 8, Vol. 63 Stanford L. Rev. at. 115, 159-167(Dec. 2010) ; Neil S. Siegel, Free Riding on Benevolence: Collective Action Federalism and The Minimum Coverage Provision, vol. 75 Law and Contemporary Problems. at 29, 43-74 (No.3 2012). なお、コレクティブ・アクション理論に関する紹介として、柴田直子「“Collective Action 理論”に基づく連邦・州の役割分担」アメリカ法2013-2号（2013年）320-324頁参照。

213) *Id.* Cooter & Siegel at 121-24; *Id.* Siegel, at 43-44.

であった<sup>214)</sup>。

このように、ある邦から他の邦へ活動の効果が波及する際、個々の邦にとっては合理的な活動が国家全体にとっては不合理な結果をもたらすために、単独では解決できず、全般的な視点からの対応が必要となる問題群を、シーゲルは「コレクティブ・アクション問題」(collective action problem) と呼ぶ<sup>215)</sup>。憲法制定会議の主眼は連合規約の下で対応できなかつたコレクティブ・アクション問題を解決することにあり、その方策としてより包括的な政府組織を設立することが目指された<sup>216)</sup>。1787年5月にフィラデルフィアで開催された憲法制定会議において、ヴァージニア代表団が提示した新たな憲法草案には、「単独の州によっては不完全で、合衆国の調和が独自の州法によって侵害されるあらゆる場合」に対して立法を行う権限を連邦議会に与えるという条項が含まれていた<sup>217)</sup>。この文言は、各邦が直面していたコレクティブ・アクション問題に対応する必要性を明確に理解しているものである。制定議会はこれを採用し、この主旨に従つて起草するように細目委員会に命じ、細目委員会はこれを受けて草案に若干の修正を加え、現在のアメリカ憲法の第1条第8節と非常に良く似た列挙権限規定を起草した<sup>218)</sup>。連合規約と比べて劇的な変革であったにも拘

---

214) See, JACK N. RAVOKE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION at 24-28, 47-48, 102-08, 167-68, 188-89 (1996).

215) Cooter & Siegel, *supra* note 213, at 144-158; See, e.g., Siegel, *supra* note 213, at 44-45; *Idem*, Distinguishing the “truly national” from the “truly local”: customary allocation, commercial activity, and collective action, Vol.62 Duke Law Journal at 797 (2012); *Idem*, Four Constitutional Limits that the Minimum Coverage Provision Respects, Vol. 27 Constitutional Commentary at 591 (2011); *Idem*, Collective Action Federalism and Its Discontents, Vol. 91 Texas L. REV at 1936 (2013).

216) See, James Madison, Vices of the Political System of the United States, in JAMES MADISON: WRITINGS at 69, 78-79 (Jack N. Ravoke ed., 1999).

217) 2 THE RECORD OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, at 131-32 (Max Frrand ed., rev. ed. 1966).

218) *Idem*.

わらず、制定会議において異論なく承認され現在のアメリカ憲法が成立した<sup>219)</sup>。シーゲルは、「単独の州によっては不完全で、合衆国の調和が独自の州法によって侵害されるあらゆる場合に対して立法を行う権限を連邦議会に与える」という一般的な原理と、憲法第1条第8節に込められた権限とは密接な関連性を有しており、そのことを制定会議に参加した代表たちは明らかに理解していたはずだと指摘する<sup>220)</sup>。

州政府が単独では対応できない場合に限って連邦議会が立法すべきというこの理念は、「補完性の原理」(the principle of subsidiarity)とも呼ばれる<sup>221)</sup>。補完性の原理とは、中央政府の権限は補完的機能を果たすべきであって、それは極めて差し迫った事態やより地域的な水準では果たせない任務に限定されるというものである<sup>222)</sup>。コペルマンは、州間における競争は、時に「底辺への競争」と呼ばれる州単独の地方的統制によっては解決できない問題を引き起こすため、このような事態を解決するために連邦政府が創設されたということを強調する。連邦政府の役割は、州政府が単独で対応できない問題が生じた場合に権限行使することにあり、その意味で、アメリカ憲法は州政府も連邦政府のいずれも対応できない問題が生じる状況を回避するという基本的な理念に則って制定されたものだといえ

219) Robert L. Stern, *That Commerce Which Concerns More States Than One*, 47 HARV. L. REV. at 1335, 1340 (1934).

220) シーゲルによれば、第1条第8節に列挙された18の条項は、そのほとんどがコレクティブラクション問題に関わるものであり、たとえば1項及び10項から16項は、共同の防衛の提供、郵便網の整備、知的財産権の保護に関連する外部性を取り込む権限が与えられ、3項から6項は、州際市場の運営を阻害する障害に対応する権限である。Siegel, *supra* note 213 at 45; Cooter & Siegel, *supra* note 213, at 144-50.

221) Koppelman, *supra* note 65, at 64-67. その根拠は、市民自身の生活にかかわる決定は、比較的小さな規模の地域的共同体によって行われる方が市民にとって適切であって、遠く離れた中央官僚組織による決定は、それに比べて不適切であるというところにある。地域が異なればそれぞれ独自の地域的選好があり、この多様性を調整するには地域的統制によるのが適切であるというわけである。

222) *Idem.*

る<sup>223)</sup>。

したがって通商条項の権限範囲に関して決定的なのは、当該問題が州政府単独では解決することが不十分で不適切な性質を有するかどうか、つまりコレクティブ・アクションを必要とする性質のものかどうかという点にある。Lopez 判決によって定式化された「実質的な影響」審査は、コレクティブ・アクションの判断基準として必ずしも十分ではないが、上記の背景的原理を踏まえた運用によって、連邦政府の適切な役割を導くことが可能であると思われる<sup>224)</sup>。

コレクティブ・アクションの観点から本件を的確に分析しているのは、ギンズバーグである。やや長いが引用する。

「各州は、自身で無保険者問題を解決することはできない。社会保障給付と同様に、普遍的な医療制度は、単独の州で実施されれば、各地の困窮者や被扶養者を引き寄せるからである。本法廷に提出されたアミュカス・キュリエによれば、2009年の時点で、マサチューセッツ州の緊急治療室を、州外に住む数千の無保険者が訪れている<sup>225)</sup>。普遍的な医療制度を備えた州に疾病患者が流入すれば医療費支出が増加し、その費用を賄うために州は増税しなければならず、民間医療保険会社は保険料を増額しなけれ

---

223) ジャック・バルキンは「権限の列挙は、補完性の原理を退けたものではなく、それを具體化した規定である」と指摘する。Jack M. Balkin, *Living Originalism* at 145 (Blelknap Press of Harvard Univ. Press 2011)。またロバート・ステイン教授も「起草者は、州政府によっても連邦政府によっても規制できない通商行為が存在することを想定していなかつたし、いかなる社会的機関や政府機関を通じても全く解決できないアメリカ市民の存在を想定していたわけでもない」と指摘する。Supra note 218, at 1335 (1934)。

224) たとえば、Lopez 判決で問題となった銃器所持規制は州政府が独自に規制すれば対応できる類の問題ということも可能であって、連邦政府の規制が要求される場面ではない。Morrison 判決における性的暴行への救済立法も同様である。これらに対し、Raich 判決のマリファナ規制については、医療目的とそれ以外とを区別して規制することが事实上不可能であり、その市場は州の境界を容易にまたいで存在するという性質から、ある州でマリファナ使用が例外的に認められてしまえば、他の州の規制が意味を成さないという事情がある。したがって、マリファナ規制は州単独による対応によっては不適切な結果を招く事象であって連邦政府の権限行使が要求される場面ということになる。

225) *Brief for Commonwealth of Massachusetts as amicus Curiae in No. 11-398*, at 15.

ばならない。そうなれば、高額な税金や高騰した保険料のために、保険会社や健康な人々がその州から退出しようとする。かくして単独で医療保険改革を実施する州は、近隣の州や競争関係にある州に比べて、自身を経済的に不利な立場に追い込む危険を冒すことになる<sup>226)</sup>。このような危険に直面すれば、無保険者問題を解決することが全ての州の最優先事項であるとしても、各州がこの問題に対処するイニシアティブを取るとは考えられない。連邦議会の介入が必要とされたのは、このコレクティブ・アクションの難局（the collective action impasse）を克服するためであった。」<sup>227)</sup>

ギンズバーグ反対意見は、無保険者問題がコレクティブ・アクション問題であることを認識した上で「実質的な影響」審査を適用しており、極めて説得的なものと言える。

「不作為」と「行為」の峻別は通商条項の背景的原理と何ら関係のないものであり<sup>228)</sup>、通商条項の解釈として有害である。峻別論に従えば、いかなる深刻なコレクティブ・アクション問題が生じていても、当該規制対象が「不作為」と認定される限り、放置することを憲法が要請していることになる。この結論が、連邦政府が設立された意義と整合しないことは明らかであろう<sup>229)</sup>。

## 第2節 加入強制の義務付け条項と必要かつ適切条項

### 1 判例法理と加入強制の義務付け条項

加入強制の義務付け条項の合憲性をめぐっては、通商条項における「行為／不作為」峻別論が注目を集めていたが、実は加入強制の合憲性を基礎

226) Brief for Health Care for All, Inc., et al. as Amici Curiae in No. 11-398 at 4.

227) *Supra* note 137 at 7-8.

228) Siegel, *supra* note 214 at 30.

229) 峻別論者は政府による解決が不可能な事態が生じることは不可避であって、むしろその状況を積極的に肯定している。バーネットは、連邦政府が解決すべき何らかの共通問題が存在することを否定し、むしろ政府権限の消失が人間の自由にとって常に適切であると確信しており、政府による解決不能な問題は、バーネットにとって憲法の欠陥ではないのである。

付ける最も強力な根拠は、必要かつ適切条項であった。

必要かつ適切条項の解釈を決定付けたのは、1891年 *McCulloch v. Maryland* 判決である。*McCulloch* 事件では、課税徴収権限、政府資金借入の権限、通商規制権限等を実施する手段として、連邦議会が連邦銀行を設立することが「必要かつ適切」であるかどうかが問題となった<sup>230)</sup>。マーシャル長官は「必要かつ適切」を緩やかに解し、連邦議会に広い権限を承認した。すなわち「正当な目的で、目的が憲法の範囲内にあり、そして手段が適切で、目的と明らかに適合しており、憲法によって禁止されておらず、憲法の規定と精神に一致している限り、連邦議会の権限行使は合憲である」という審査基準を示し、列挙権限と合理的な関連性を有していると認められる限り規制手段を選択できることが判例上確立された。このことは、2000年 *United States v. Comstock* 判決<sup>231)</sup>において踏襲されている<sup>232)</sup>。

これに従えば、ギンズバーグ反対意見で述べられている通り、加入強制の義務付け条項は保険会社に対する規制スキームの本質的要素なのであって<sup>233)</sup>、規制目的と合理的な関連性を有していることは容易に肯定できる

---

230) *Supra* note 142 at 407. その他の主たる権限として戦争の宣言及び遂行の権限（第1条第8節第11項）、陸軍・海軍を設置維持する権限（第1条第8節）など。

231) 連邦刑務所に刑期満了後なお危険性が残存する精神疾患の性犯罪者について、民事拘禁を認める連邦法が問題とされた連邦刑務所を設営する権限が通商条項に基づいて認められることから、この民事拘禁を認める連邦法が「必要かつ適切」と言えるのかが問題となつた。*United States v. Comstock*, 130 S. Ct. 1949, 1956 (2010).

232) 「必要かつ適切」かどうかは、「当該連邦法が、憲法上の列挙権限の実施と合理的な関連性を有する手段であるかどうかを審査する。……そして、手段の選択は、主に連邦議会の判断に委ねられている。選択された手段が、目的実現のために現実に適合しているとみなすことができれば、必要性の程度、目的を達成する程度、選択された手段と達成される目的との関連性の密接性といったことは、連邦議会の判断事項でしかない。」と述べた。*Id.* at 1956.

233) 共同反対意見は、加入強制の義務付け条項の違憲部分の可分性を否定し、医療保険改革法を全体として違憲無効と判断したが、その可分性論についての判示部分において「加入強制の義務付け条項がなければ、他の主要な諸規定が連邦議会が意図したように機能しないことに疑いはない。違憲部分が存在しなければ、他の主要な諸規定は、患者、医療ケ

はずである<sup>234)</sup>。

ところが、ロバーツ及びスカリアらは違憲と判断した。その論拠は、ロバーツは、加入強制の義務付け条項は通商条項の実施にとって「狭い範囲」の権限行使でも、「付隨的な」権限行使でもなく、むしろ連邦権限を実質的に拡大する機能を果たしているため、憲法により設立された政府構造を掘り崩すものだからだという<sup>235)</sup>。他方、スカリアらは、加入強制の義務付け条項が「広範な新たな領域へと導く連邦権限の拡大を意味しており、それは経済行為を強制する一般的権限規定へと通商条項を変換させてしまうほどの無限定な領域である」と述べるにとどまっている<sup>236)</sup>。

ロバーツ意見及び共同反対意見のいずれも、確立された判例法理を覆す意図はないという意思表明をしている点は、通商条項における「行為／不作為」峻別論と同様であるが、いずれも合理的関連性の審査という従来の判例法理との関係は不明なままである。

## 2 付隨的権限の法理

この謎めいた違憲論を理解する手がかりとなるのが、主にゲイリー・ロウソンとデイビッド・B・コペルが提唱していた、いわゆる「付隨的権限の法理（doctrine of principals and incidents）」である<sup>237)</sup>。彼らによると、

---

アコムユニティ、連邦財政に対して予期せぬ負荷の恐るべきリスクを課すことになるであろう。その状況は、『共同支払責任』を備えた医療保険改革法と明らかに抵触するし、国家を脅威にさらすものであり、連邦議会害としていなかったものである。」と述べ、加入強制の義務付け条項が医療保険改革法にとって不可欠の要素であることを認めている。

*Supra* note 133, at 55-56.

234) この点につき、コペルマンは、先例法理に基づけば加入強制の義務付け条項の合憲性は、4文で説明できるという。すなわち、医療保険は通商である。連邦議会は医療保険を規制できる。したがって、連邦議会は既往症に基づく差別的取り扱いを禁止できる。必要かつ適切条項によれば、連邦議会は、当該規制を効果的にするために用いることのできる手段を決定できる。Koppelman, *supra* note 65, at 67.

235) *Supra* note 122 at 28-29.

236) *Supra* note 133 at 9.

237) Gary Lawson & David B. Kopel, Bad News for Professor Koppelman: The ↗

必要かつ適切条項の原意を探求すれば、必要かつ適切条項は18世紀における代理法理 (agency law) から導かれる規範に立脚するものであり、加入強制の義務付け条項は、この代理法理を侵害しているため違憲であるという<sup>238)</sup>。代理法理とは、代理人の基本的義務は授与された権限の範囲内でのみ活動することであり、もし授権範囲について明確な限定がない場合は、授与された権限を執行するのに付隨的もしくは默示的な一定の権限を有するにとどまるというものだとされる<sup>239)</sup>。代理法理は憲法創設期における法的・経済的活動に中核的なものとして18世紀のアメリカ人にとって広く共有されており、これが18世紀後半には「必要かつ適切」な権限として一般的に定式化された<sup>240)</sup>。したがって、「必要かつ適切」という文言を採用している以上、この条項には代理法理の規範つまり付隨的権限の法理が取り込まれていることは明らかであるという<sup>241)</sup>。これによれば、必要かつ適切条項に基づいて制定された法律は、第 1 に列挙権限の目的を達成するために付隨的に行使されたものであること、第 2 に、列挙権限の目的を達成するために重要もしくは慣習的なものであること、第 3 に、一般的な受託者の義務に適合するものであることを満たさなければならない<sup>242)</sup>。このうち第 2 の要件が「必要」にあたり、第 3 の要件が「適切」にあたるというのだが、重要なことは、「必要」かつ「適切」かどうかを審査するに先立って、第 1 の「付隨的権限の要件」が充足されなければならないという点である。そして、付隨的権限の行使というためには、必要かつ適切条項に基づき行使される権限が、主たる権限よりも重要でない——より価

---

238) incidental Unconstitutionality of the Individual Mandate, 121 Yale L.J. ONLINE (2011), at 270, <http://yalelawjournal.org/2011/11/08/lawson&kopel.html>; Robert G. Natelson, The Legal Origins of the Necessary and Proper Clause, *The Origins of the Necessary and Proper Clause* at 60-68 (CAMBRIDGE 2010).

239) Lawson & Kopel, *supra* note 237, at 270.

240) *Idem.*

241) Natelson, *supra* note 237 at 52-68, 92-99.

242) *Id. at 84-93.*

242) Lawson & Kopel, *supra* note 237, at 270.

値の低い（less worthy）、またはより威厳のない（less dignified）——ものであること、つまり、主たる権限に必然的に依存し、当然に関連し、随伴するものでなければならないとされる<sup>243)</sup>。

McCulloch 判決において、マーシャルは「法人設立の権限は主権に属する権限であるが、戦争遂行の権限・課税権・通商規制権限のような他の権限に付随する権限として尊かれるものである。したがって、法人設立の権限は、他の権限を達成する手段として使用することが許されない、巨大な実質的かつ独立の権限ではない。」<sup>244)</sup>「法人の設立が、明確に授与された権限に付随するものではないと理解される何ら十分な理由は存在しない。」と判示していた<sup>245)</sup>。ロウソンとコペルは、この「巨大な実質的かつ独立の権限」や「付随する権限」という部分を捉えて、マーシャル長官は付隨的権限の法理を採用していたと主張する。これはちょうどバーネットによる「行為／不作為」峻別論が、先例の「行為」という文言に着目して、実質的な影響審査に先立って「行為の類型」審査が実は要求されているという主張によく似た手法である。

加入強制の義務付け条項について、ロウソンとコペルは、「他の私的当事者から商品を購入するよう強制する権限は、通商規制権限よりも『価値の低い』ものでもなく、より実体的でない権限でもない。」「通商行為を強制する権限は、通商行為を規制する主たる権限に対して、単に付隨するものとして随伴するものではない。したがって、加入強制の義務付け条項が連邦権限を実施する手段として、重要または慣習的（『必要』）かどうか、及び受託者として適正（『適切』）かどうかを分析する必要はない。そのような分析が要求されるのは、付隨的権限を取り扱う場合に限られる」と述べている<sup>246)</sup>。ロバーツ意見が、この「付隨的権限の法理」に依拠してい

---

243) *Idem.*

244) *Supra* note 142, at 411.

245) *Id.* at 412.

246) Lawson & Kopel, *supra* note 237 at 270.

ることは明らかであろう。他方、スカリアら共同反対意見は依然としてその論旨が判然としないが、実質的にはロバーツと同様に「付隨的権限の法理」を採用したものと思われる。

### 3 付隨的権限の法理と必要かつ適切条項

「付隨的権限の法理」の問題は、主たる権限よりも「価値」が低いかどうかをどのように判断するのかが明らかでないところにある。ロバーツは「巨大な実質的かつ独立の権限」と「より小さな権限」との区別をいかに判断するのかという問題を何ら説明しておらず、その曖昧さが将来の裁判所にとって有害であるとギンズバーグは批判している<sup>247)</sup>。そもそも「付隨的権限の法理」の淵源とされる代理法理は、財産法や企業法という私的活動に適用される法理であって、政府の権限行使という全く異なる状況に適用できるかどうかが疑問である。必要かつ適切条項が代理法理に支配される根拠を、「必要」「適切」という文言が選択されたということや、当時の人々に広く共有された知見であったというだけで説明することは、憲法解釈論として説得力に乏しい。仮に代理法理を採用するとしても、McCloch 判決当時の議論においてでさえ、憲法第 1 条に対して付隨的権限の法理をいかに適用するかについて極めて不明確であった以上、現代における適用方法を知ることはいっそう困難であると批判されている<sup>248)</sup>。

より問題なのは、「付隨的権限の法理」に忠実に従えば、アメリカにおける現行の法制度が大規模に破壊されかねないという点にある。現実の連邦議会は、列挙権限よりも明らかに小さくないと思われる権限を現実には行使している。たとえば、移民の規制や外国人を排除するという疑いよ

247) 「連邦法の合憲性を裁判官が判決する際、連邦議会が行使した権限が『独立の権限』であったのか、『派生的な』権限でしかなかったのか、あるいは用いられた権限が『実質的なもの』であったのか、単に『付隨的なもの』でしかなかったのか、をどのように決定するのであろうか。」「長官が下級裁判所に提示する指針は、事実上、『それを見れば判断できる』というものでしかない」と批判する。Supra note 137, at 31.

248) Supra note 42 at 114-115.

うのない連邦議会の権限は「統一的な帰化の規則を確立する」権限（1条第8節第4項）から単に派生するものとは言えず、「巨大な実体的かつ独立の権限」の行使のように思える<sup>249)</sup>。また、通商権限は、大気汚染や水質汚染を規制する権限を必然的に伴わないし、典型的に州の境界を越えて実施される証券や不良医薬品の販売も同様である<sup>250)</sup>。さらに、憲法定期及びその後長らく、土地収用の権限は連邦議会が行使できない巨大な権限であることは当然のこととされていたが、今や定期的に行使されている権限となっている<sup>251)</sup>。

このように必要かつ適切条項の解釈として「付隨的権限の法理」を採用することに対して批判が向けられているが、しかし本質的な問題は、通商条項に基づく権限範囲の解釈に収斂されるように思われる。「付隨的権限の法理」の論者が加入強制の義務付け条項を違憲とするのは、それが経済的「行為」の強制にあたることを根拠にしており、通商条項の解釈として「行為／不作為」峻別論が前提にされているからである。ロバーツ及びスカリアらは、通商条項において「行為／不作為」峻別論を媒介にして「個人の自由」を問題とし、必要かつ適切条項においては「付隨的権限の法理」を媒介に——「行為／不作為」峻別論を取り込む形で——いわば二重の媒介を通じて「個人の自由」を問題としていたと評価できる。こうして必要かつ適切条項という強力な障害を、バーネットが「行為／不作為」峻別論を必要かつ適切条項の解釈論そのものとして展開することで回避したのに対し、ロウソン及びコペルは「付隨的権限の法理」によって「行為／不作為」峻別論を取り込むことで回避していた。したがって、論証の形式が異なるだけで、必要かつ適切条項でも実質的に問題とされていたことは通商条項と同じく「個人の自由」の問題であったことに変わりはない。その意味で、付隨的権限の法理も「不運のリバタリアニズム」である。

---

249) *Idem.*

250) *Idem.*

251) *Idem.*

必要かつ適切条項をいかに解釈すべきかという問題は、通商条項の箇所で述べたことがそのまま妥当する。連邦議会の権限を不当に限定することのないよう、従来の判例法理に従い、合理的関連性の審査をもって判断すべきである。

### 第3節 小括

アメリカ型福祉国家の在り方が、個人の「自由」をめぐって鋭い対立を生み、憲法に基づいた議論が華々しく展開される一方で、肝心の憲法訴訟においては「自由」——アメリカ型福祉国家にとって決定的な「自助」「自立」の理念——そのものを正面から問題とすることが困難だという点は、興味深い現象である。この状況を背景に、バーネットは先例が一切問題にしてこなかった「行為／不作為」峻別論を、「先例解釈」として導いてみせた。この峻別論こそが、反対派が主張する「アメリカ人の選択の自由」論、あるいは「自助」「自立」の理念そのものであった。何度も繰り返しているように、本件では連邦議会の権限範囲いかんという憲法上の論点を装いつつ、実体は「個人の選択の自由」が争われており、したがってまさにアメリカ型福祉国家の在り方が特殊アメリカ的な形式で問われていた。結局のところ、ロバーツ及びスカリアらは、実体的デュープロセス論では展開できない「自由」論を、「行為／不作為」峻別論を通商条項の解釈として、「付隨的権限の法理」を必要かつ適切条項の解釈として翻訳したのである。しかしながら、上記の解釈論は先例から大きく逸脱するばかりか、連邦議会の存在意義を根底から覆しかねないものであって、憲法解釈を不当に歪めるものであることは既に述べた通りである。

では福祉的政策に対する最高裁による応答という観点から見たときに、本判決をどのように評価すべきであろうか。既に見てきた通り、医療保険改革法は、激しい利害やイデオロギー対立が渦巻く中でようやく成し遂げられた（それが暫定的で穩健的なものであるにせよ）歴史的成果であって、アメリカ的福祉国家の現段階の象徴ともいえる重大な立法である。し

かも、法案の成立は、議会戦術や政治的戦略を駆使して妥協と譲歩を重ねながらも、共和党の支持者が皆無という（しかも民主党内部の反対も招きつつ）完全な党派ラインで達成されたものであったため、イデオロギー的に駆り立てられた違憲論に対して、最高裁と政治との距離とも関わって、いかなる判決が下されるのかにつき大きな関心が寄せられていた<sup>252)</sup>。その意味で、憲法論を通じた最高裁の応答が、アメリカ的福祉国家という文脈の上にいかに位置付けられるのかという社会的意味を抜きに、最高裁判決を評価することはできない。次章では、基本的には党派ラインで対立しながら、しかしロバーツによって複雑な意見分布の様相を呈することになった「最高裁の応答」を、いかなるものとして評価すべきかを検討する。

## 第4章 最高裁とアメリカ型福祉国家

### 第1節 ロバーツの憲法解釈

#### 1 ロバーツによる「介入」

3日間に及んだ6時間を超える異例の口頭弁論の段階で、リベラル派の裁判官（ギンズバーグ、ブライア、ソトライヨール、ケーガン）は違憲派の弁論に積極的に介入し、保守派の裁判官（ロバーツ、スカリア、ケネディ、アリート）もその鏡写しのように政府の弁論に積極的に介入しており、リベラル派と保守派の裁判官がすでに明白な態度を示していた。リベラル派と保守派のラインで完全に分裂した違憲判決が下されることは当初から予想されていたため、ロバーツによる課税条項の合憲判断は予想外であった。なぜロバーツは課税権条項で合憲としながら、通商条項及び必要かつ適切条項で違憲無効と判断したのであろうか。そもそも、課税条項で

---

252) See, Bryan J. Leitch, *Where Law Meets Politics: Freedom of Contract, Federalism, and the Fight Over Health Care*, Vol. XXVII, *Journal of Law & Politics* at 179, 226-237 (2011); vol.75 *Law and Contemporary Problems*, at i-235 (No.3 2012).

合憲とするのであれば、通商条項や必要かつ適切条項の検討は不要ではなかったか。ロバーツは、加入強制の義務付け条項は、課税として解釈するよりも保険加入を命じていると解釈する方がより自然であるため、課税条項に先立って検討する必要があったと説明している<sup>253)</sup>。しかし、このような「古典的憲法判断回避」(classical avoidance) は、もはや最高裁の採用するところではなく、現在では憲法問題を回避する場合には可能な法解釈を端的に選択する手法が採用されており、ロバーツの説明は明らかに不自然である<sup>254)</sup>。また、ロバーツ意見は、その内部に分析上の明らかな緊張関係を孕んでいる点を指摘できる。通商条項及び必要かつ適切条項において極めて形式主義的な判断に終始していたのに対し、課税条項においては「ペナルティ」という文言に拘泥せず、その機能や性質に着目して極めて実質的な判断を行った点に、ロバーツの解釈手法における「変節」が際立っている。

このような「変節」を憲法解釈論上、整合的に説明することは困難であり、ロバーツは何らかの思惑をもって保守派とリベラル派の対立に「介入」を行ったと見るべきであろう。そうであれば、解釈論上の整合性を犠牲にしてまで、ロバーツは何を達成しようとしたのであろうか。

## 2 最高裁とその制度的正当性

### (1) 制度的責務

ギリアン・E・メツガーは、この分析上の緊張関係は、ロバーツが相反する二つの最高裁としての制度的責務 (Institutionalism) を果たそうとした結果だと説明する<sup>255)</sup>。それは、一方で最高裁を政治的闘争から超然と

---

253) *Supra* note 122 at 31.

254) Gillian E. Metzger & Trevor W. Morrison, The Presumption of Constitutionality and the individual mandate, 81 FORDHAM L. REV. at 1715, 1717-1724 (2013); Gillian E. Metzger, To Tax, To Spend, To Regulate, HARV. L. REV. at 93 (2012); Adrian Vermeule, Saving Constructions, 85 GEO. L.J. 1945, 1949 (1997).

255) *Id.* Metzger, at 85, 87-95.

した存在として維持する責務と、しかし他方で憲法解釈における最高裁の優位を確保する責務である<sup>256)</sup>。このことは、本判決におけるロバーツ意見の以下の宣言に示されている。

「最高裁の裁判官に与えられているのは、法を解釈する権限であって、裁判官は政策判断を行う専門家でもなく、その特権を有しているわけでもない。政策判断を委任されているのは、公選された国家の指導者たちであり、もし市民からの信任を失えば職を追放されてしまう者たちである。その政治的選択の結果から市民を保護することは、最高裁の役割ではない。……しかしながら、政策問題に対する最高裁の敬讓は、法の問題を放棄することにはならない。かくして、連邦議会の政策判断に対する尊重は、憲法が慎重に構築している連邦権限に対する抑制を放棄するところまで拡大することはありえない。連邦権限に対する制限を執行することが、最高裁の責務なのである。」<sup>257)</sup>

ロバーツが正当化しようとした最高裁のあり方は、中立的な憲法原理の執行者という像であり、一方で政治部門の政策判断に可能な限りの敬讓を示しつつも、しかし同時に、根本的な憲法原理の実現には譲歩しないという責務を持った制度体である。オバマが再選を目指す大統領選挙を控えた2012年6月に違憲無効の判決を、完全な党派ラインに分裂して下すことになれば、最高裁が極めて政治的イデオロギーに支配されているとの印象を公衆に与え、かつ政治的闘争の渦中に最高裁自らその身を投じることとなり、その制度的正当性や信頼の失墜を招くおそれが十分あった。したがって、ロバーツによる介入の意図が、医療保険改革法の核心部分につき、完全な党派的ラインによる違憲無効判決の回避にあったとみることは不自然ではない。

伝えられるところによれば、2010年3月に最高裁における口頭弁論が終結した時点では、ロバーツは保守派4人の裁判官と共に、少なくとも加入

---

256) *Id.* at 85, 87-88.

257) *Supra* note 122 at 6.

強制の義務付け条項は無効とする立場であったが、後になって態度を変え、課税権条項でリベラル派に乗ったと言われている<sup>258)</sup>。ロバーツは、長官として最高裁における自らの主導的役割を強く自覚しており、最高裁が民衆からどのように受け止められるのかを常に意識し、メディア報道に注意を払っていた<sup>259)</sup>。口頭弁論が終結し、およそ 6 週間を経てロバーツが違憲判決の起案を始めたころ外部の圧力が高まり始め、5 月に入ると加入強制の義務付け条項を違憲にした場合、最高裁にとってもロバーツの評価にとってもいかに打撃となるのかを警告する報道記事が頻出し、この頃にはロバーツが動搖していたことは保守派から見ても明らかであった<sup>260)</sup>。やがてロバーツは、通商条項で違憲、課税条項で合憲という揺るぎない結論に至る<sup>261)</sup>。そして最高裁としての統一性を図るため、ロバーツは保守派に対して通商条項の部分だけでも賛同するように説得を試みたが、ロバーツの変節に激怒した保守派裁判官たちは、その全員がロバーツ意見を完全拒絶し、共同で独自の「反対意見」を執筆したと報道されている<sup>262)</sup>。

---

258) Jan Crawford, Roberts switched views to uphold health care law, CBS News July1, 2012.

3月の口頭弁論の時点では、加入強制の義務付け条項について勝負は決まっており、残された問題は、違憲部分の可分性とメディケイドの拡大であったと言われている。

259) *Id.* トーマスのような保守派裁判官は、裁判所外からの影響を受けることやリベラル派の圧力を嫌って、係属中は意図的に裁判所に関する報道を避けている。

260) *Id.* もっとも、このようにロバーツがリベラル派の圧力に敗れ、オバマ大統領に屈服したという見解を否定する見方もある。むしろ、ロバーツは、加入強制の義務付け条項が憲法の限界を超えているとする先例上の基盤は何ら存在しない状況において、画期的な医療保険改革法に無効判決を下す歴史的重大性を理解していたのだという指摘もされている。

261) *Id.* ロバーツの変節に対して、ケネディが態度を改めるよう執拗な説得が行われたにもかかわらず、ロバーツは頑なにそれに応じることはなかった。

262) *Id.* ロバーツ意見が 6 月 1 日に提出され、反対意見がそれに応答する形で同 15 日に提出されている。保守派の反対意見は、元々はロバーツ意見であったものでもなく、まさに保守派（主にケネディとスカラリア）が共同して執筆した「反対意見」であったと言われている。その「反対意見」は、ロバーツ意見に一切言及されることなく書かれているところ、これは意図的なものであって、もはや医療保険改革法についてロバーツと議論もしたくないという保守派の意思表明であったとも言われている。

ロバーツの「介入」や「変節」が違憲判断の回避にあつたとすれば、そもそもなぜロバーツはあえて通商条項や必要かつ適切条項の下で違憲判断を下したのか。ここに現われているのが、保守派裁判官としてのロバーツの顔である。ロバーツは、そのリバタリアン的発想から、加入強制の義務付け条項は通商条項及び必要かつ適切条項に基づく権限を逸脱しており、その限界を確定することが最高裁の役割であると確信していた。そのため、通商条項及び必要かつ適切条項に基づいて合憲と判断することは、決して譲ることのできない一線であった。しかし、連邦議会の権限を過度に抑制すれば、かえって最高裁の制度的正当性に疑問が投げかけられ、抑制と敬讓の均衡を失する危険がある。かくして、ロバーツの「介入」は、保守派リバタリアン的裁判官としての役割と、最高裁長官としての役割とが同居するために生じた「難題」に対する回答であったというわけである。

## （2） 収斂もしくは法的クラフトマンシップ

ロバーツ意見は単なる妥協的判断であろうか。マーサ・ミノウは、単なる妥協の産物ではなく、深刻な政治的対立を超えてその解消を試みる、分析的な「収斂（convergence）」であったと評価する<sup>263)</sup>。

ロバーツ意見は、保守派には通商条項の権限を逸脱するという成果を与える、リベラル派には課税権によって合憲であるという成果を与えた。また法の主たる部分は合憲と判決しながらも、通商条項に基づく違憲論に新たな根拠を提示しており、さらに最高裁自身は本件のような違憲訴訟を調整する新たな権限を獲得した。そこには、憲法上の制限の執行、個人の自由

263) Martha Minow, *Affordable Convergence: "Reasonable Interpretation" and The Affordable Care Act*, HARV. L. REV. at 145 (2012)。ミノウ教授は、妥協と収斂とを厳格に区別する。妥協は、取引や双方向的な交換であって、政治や契約交渉の場で多用されるが、司法上の分析や判断の過程で現れることはほとんどないという。収斂は、取引的な交渉ではなく、対立する見解がある点で部分的に重なる場合に生じるものだという。妥協は、取引決定であって分析ではない。そのため、原理や規範の文脈つまり法律や憲法を解釈する際、妥協をすることは、原理に対する必須の技能や傾倒を放棄することの暗示である。ミノウ教授によれば、まさにこの理由でロバーツ意見には何らの妥協が見て取れないのだと説明する。

の保護、連邦議会の役割への尊重、最高裁が自由と制限的な政府権限を危険にさらすことの抑制といったことに対するコミットメントが採用されている。ミノウによれば、ロバーツ意見は、それ自体として何らかの決定的な世界観を表明せず、包摂的で、あらゆる者にとって有用で、多様な見解に好意的な、包容力のある意見と評価できるという<sup>264)</sup>。ロバーツは、価値の対立が渦巻く中で、いずれか一つを選択したわけでも、これら間で一致点を模索する妥協をしたわけでもなく、むしろこれらの配慮の全てを反映させ、分裂する政治的討議を超越し、第三の道に打って出たというわけである。ロバーツ意見が分析上の一貫性を欠くのは、ロバーツ自身が、本件訴訟は特定の実体的見解を示すことで解決できるものではないと見立てていたからだ、という。

このような振る舞いを、ミノウは「収斂」であると同時に「法的クラフトマンシップ (legal craftsmanship)」とも呼ぶ<sup>265)</sup>。法的クラフトマンシップは、必然的に導かれるものでもなければ、何らかの事物によって導かれるものでもなく、明確な意図を持った裁判官による選択的行為である。法的クラフトマンシップは、「最高裁自身の権限行使は必要であるが、同時に民主的責任を負かしかねない」<sup>266)</sup> ということを念頭に置きながら、最高裁の独特の仕方による議論を通じて機能する<sup>267)</sup>。国家を二分する論

---

264) *Id.* at 146. たとえば、連邦政府を個人や州にとって侵害の脅威として考える者、個人の自由を至上の価値と考える者、改革を憂慮すべき事象と考える者、経済的かつ確率的な論証を法的分析にとって重要でないと考える者、文脈から離れる法律規定の厳格解釈を望ましいと考える者、歴史的文脈を根本的な原理やテキストより重要でないと考える者などである。他方、複雑な経済的・社会問題に連邦政府による対応が必要であると考える者、改革は不可避であると考える者、経済的かつ確率的な論証を賢明であると考える者、法律規定の文脈的で機能的な解釈が決定的であると考える者、歴史認識を謙虚かつ不可欠なものと考える者などである。

265) *Idem.*

266) Alexander M. Bickel, THE LEAST DANGEROUS BRANCH, at 16-32 (2d ed., Yale Univ. Press 1986) (1962).

267) *Supra* note 263, at 148.

争的な問題に取り組む判決は、最高裁が機能する上で必要な敬意を奪うことにもなりかねない。第三の道にとって決定的なことは、競合する憲法価値と規定や概念についての複数の意味を承認しながら、かつ全体的な文脈・状況を踏まえた上で、「最高裁の役割」という構想に基づき判断を形成していく点にある。安易な政治的予測に抵抗することによって、第三の道は対立する見解を収斂させ、司法に対する敬意を復活させることができるとミノウは述べる。

### (3) 司法的ステイツマンシップ

ミノウの「収斂」や「法的クラフトマンシップ」論と良く似た説明として、ニール・S・シーゲルの「司法的ステイツマンシップ (judicial statesmanship)」論と呼ばれるものがある。シーゲルによれば、裁判官は、重大な事案について時に「司法的ステイツマンシップ」の実践によって応答することがあるという。それは、専門的論証の問題として法的問題に「正しい回答」のみを追求するだけではなく、法の社会的正当性を維持できる回答を追求することである<sup>268)</sup>。考慮されているのは、裁判官によって構築される憲法の公的正当性の条件である。そして憲法の公的正当性の維持にとって必要なことは、社会状況の変化に応じて社会的諸価値を表明する司法的見解を形成し、合理的だが相容れない不一致の中で社会連帯を維持することである<sup>269)</sup>。司法的ステイツマンシップは、たしかに政治的な判断ではあるが、しかしそれは法の支配の政治的基盤を確保しようとする試みという意味で「政治的」なのであって、それは法の支配を可能にする「信頼」の微妙な関係への注目を要求するものである。この点で単に党派的 (partisanship) なものとは決定的に異なり、司法的ステイツマンシッ

---

268) Neil S. Sigel, *More Law Than Politics*, Gillian Metzger & Trevor Morrison, eds., *The Health Care Case: The Supreme Court's and Its Implications at 207* (2013). *See, generally*, Siegel, *The Virtue of Judicial Statesmanship*, 86 Tex. L. Rev. 959 (2008).

269) *Id.* *More Law Than Politics*, at 207.

は党派的アドバンテージを追求する「低い政治」(low politics)<sup>270)</sup> ではないとされる。

シーゲルは、ロバーツ意見に見て取れる司法的ステイツマンシップを以下の通り説明する。「ロバーツは、合憲派及び違憲派が期待した半分も与えなかつた。加入強制の義務付け条項について、違憲派は訴訟に敗れ、勝ち取つたものは将来大きな役割を果たすとは思われない連邦政府の通商権限に対する制限であった。しかし、ロバーツは違憲派が行つてゐた主たる憲法的、道徳的、象徴的主張を承認した。連邦議会は、よりよく規制するために市民を通商行為に入るよう強制することはできない。ロバーツが意図していたかどうかに拘わらず、ロバーツは双方の真摯な道徳上の信念を部分的に承認した。」<sup>271)</sup>

もっとも、法の内的視点からすればロバーツの通商条項や必要かつ適切条項の解釈を承認できないことに変わりはない。そのことを前提にした上で、なおロバーツ意見の一部を擁護しようとする場合には、最も説得的な手段を提供するものが司法的ステイツマンシップであろうということにとどまる。司法的ステイツマンシップは、ロバーツの振る舞いによつてもたらされる状況を、あくまで法の外側から説明するものにすぎず、法理論的にその判断を正当化するものではないことに注意を要する<sup>272)</sup>。

#### (4) リバタリアン的抵抗

以上の議論に対して、そもそもロバーツ意見には緊張関係や矛盾はなく、実は分析的に一貫しておりそれは密接に関連しているという見解がある。ロバーツ意見の全体を通じて現われてゐるのは、選択と誘因を支持し、政府による強制的手段を排除するリバタリアン的抵抗へのコミット

---

270) 裁判官が政治的に見解を追求する「高度の政治」(high politics) と裁判官が党派的便宜を追求する「低い政治」(low politics) の議論については、Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 Va. L. Rev. 1045 (2001).

271) *Supra* note 268, *More Law Than Politics*, at 207.

272) *Id.* at 208.

メントであるという<sup>273)</sup>。これは、上記の「制度主義的責務」論を展開したメツガーによる説明であり、メツガーによればロバーツ意見を「制度的責務」とは別に「リバタリアン的抵抗」という視点から分析することが可能であるという。

通商条項における「行為／不作為」峻別論は、既に見てきた通り、まさにリバタリアニズムを象徴する「精巧な」理論であった。通商条項に基づく権限行使は、市民に対する直接規制という形式で行われるため、リバタリアニズムからすれば断固抵抗すべき対象となる。これは必要かつ適切条項についても同様である。ところが、メツガーによれば、課税条項に基づく権限行使となれば話が違ってくる。「ペナルティ」が課税ということになれば、このスキームは税額控除として制度設計されたことになる。そうなれば、医療保険に加入するか否かは個人の意思に委ねられ、「ペナルティ」は税額控除として個人の選択を動機付ける誘引としての機能するにすぎない。ロバーツは、選択と誘因とに基礎付けられた間接的な規制としての税額控除スキームである限りにおいて承認したのであって、そこには規制的強制に対するリバタリアン的抵抗が一貫しており、分析上の緊張関係は存在しないと説明される<sup>274)</sup>。

もっとも、税額控除という手法が誘因にとどまる間接的な規制というのは、強制加入と比較される限りの評価であることに注意を要する。課税はリバタリアンにとって財産権侵害そのものとして原則的に排除されるべき政府介入のはずであり、本件のような医療保険制度に関わる課税の場合は尚更である。したがって、リバタリアニズムによって貫かれているという説明だけでロバーツの変節を説明することはできない。この点についてメツガーは、自ら立てた「制度的責務」及び「リバタリアン的抵抗」という二つの視点からロバーツ意見を説明することが、いずれも正しく、ロバーツ意見において「制度的責務」及び「リバタリアン的抵抗」がそれぞれ役

---

273) Metzger, *supra* note 254 at 85, 104-112.

274) *Idem*.

割を果たしていると述べる<sup>275)</sup>。ロバーツ意見は、明らかに最高裁を守ろうとする努力であったが、同時に強制的規制よりも間接的で任意的手段に対する選好も明らかに反映している<sup>276)</sup>。つまり、「制度的責務」と「リバタリアン的抵抗」との均衡を図ることが、ロバーツが自身に課した課題であり、その回答がロバーツ意見で示された「介入」として現れたということであろう。

### 3 小 括

以上の通り、ロバーツが何にこだわったのかという問題については、最高裁の「正当性」を守ろうとしたという見方でほぼ一致している<sup>277)</sup>。ロバーツは保守であって、生涯にわたる共和党員であり、オバマ大統領に対して何ら好意を抱いているわけでもない。そのロバーツが目指したのは、最高裁長官としての二つの目的——自身の理念的判断を強要するだけなく、国家の紛争に対する権威ある最終調停者としての最高裁の位置を維持すること——であった<sup>278)</sup>。ロバーツは単に自身の政治的理念ではなく、長官として、最高裁の制度的利益を守らなければならないと判断したのである<sup>279)</sup>。

そのようなロバーツの狙いとは別の問題として、最後に、歴史的な現代福祉立法に対する「最高裁の応答」という文脈において、本件判決がいかなる意義を持つものとして評価されるべきかにつき若干の検討を行いたい。

---

275) *Id.* at 112.

276) 後者の側面が、保守派の「強制加入の義務付けの闘争には敗れたが、しかし憲法上の闘争には勝利した」という判決評価を基礎づけている。リベラル派でさえ、この評価に賛同し判決に対する懸念を示す者もいる。

277) ただし、それと同じように強調されるべきなのは、ロバーツが通商条項及び必要かつ適切条項においてリバタリアン的抵抗を明示したということである。

278) Jeffrey Toobin, THE OATH: The Obama White House and The Supreme Court, at 285-286 (Anchor 2013).

279) *Idem.* したがって、スカリアのような大統領に対峙する剣闘士としての裁判官像は、ロバーツを狼狽させることになる、とトービンは指摘している。

## 第2節 アメリカ憲法と福祉国家

### 1 最高裁によるアメリカ型福祉国家観

最高裁は、ロバーツの変節によって、通商条項及び必要かつ適切条項に基づく規制としては許されず、課税権に基づく誘因であれば許されると応答した。もっとも、加入強制の義務付け条項自体、本来的に「強制」ではないため、課税控除のスキームとして説明することに何ら不自然なところはなく、最高裁判決が医療保険改革法にもたらす法的な影響は、加入強制の義務付け条項に関して言えば皆無に等しい。通商条項か課税条項かという問題は、医療保険改革法との関係では根拠規定をどこに見るのかという技術的問題に過ぎないと言うこともできる。

もっとも、課税条項に基づく合憲判決によって最高裁がいかなる福祉国家観を表明したかは別問題である。まず、医療保険制度改革のこれ以上の進展を阻止しようという意図が明らかに見て取れる。最高裁判決によって、医療保険加入について直接的規制に基づく制度設計が、今後は不可能であることが宣言された。無保険者の解消は喫緊の課題であるが、しかしそうであっても連邦政府としては直接的な介入はできず、課税制度による誘因によって任意の選択を促すことが限度であるという境界を設定した。加入強制の義務付け条項自体が個人の選択を重視した設計であったにも拘らず、最高裁はあえて課税権条項によってのみ合憲と宣言することで、「個人の自由」をさらに尊重する方向性を明確にした。これは、従来の自由主義レジームの延長線上に位置付けられる判断であって、「自助」「自立」の理念を基礎とするアメリカ的福祉国家を維持・確認するものといえる。

そして最高裁が「行為／不作為」峻別論の採用によって、コレクティブ・アクション問題への連邦政府による対応を著しく困難なものとしてしまった点は重大である。コレクティブ・アクション問題の代表的な一つに「底辺への競争」(race to the bottom) がある。「底辺への競争」は、様々な領域で生じうるものであるが、一つの典型例として、ギンズバーグ反対

意見において言及されていた、いわゆる「福祉の磁石」(welfare magnet)の問題が指摘されている。「福祉の磁石」とは、所得の再分配政策を手厚く行う地域があれば、他の地域から人口が流れ込むことでその地域の財政を逼迫すると想定される現象をいう。この「福祉の磁石」のために、結局はどの地域も福祉政策を実施拡大する動機付けを持たなくなり、他の地域への転嫁を期待し続けるという事態が福祉領域における「底辺への競争」である。福祉政策をコレクティブ・アクション問題の一つとして把握すれば、通商条項はそれを扱う限りにおいて福祉国家条項の役割を実質的に果たす可能性を秘めている。ところが「行為／不作為」峻別論に従えば、コレクティブ・アクションが必要であっても、当該規制対象が「不作為」と認定されれば、通商条項によって直接規制することはできず、あくまで個別的な州政府による対応を基本に、連邦政府はせいぜい課税による誘因・促進のような間接的な規制スキームの設計にとどまることが要請される。

これが最高裁の示した連邦政府の役割である。また本稿で取り扱うことができなかつたが、メディケイド拡大に関して州が賛同しなければ従来の補助金を引き揚げるという運用の限りで違憲とした判断に州政府の権限を尊重する姿勢が見て取れる。したがって、最高裁の示したアメリカ的福祉国家観は、個人の「自助」「自立」を基本理念とする自由主義レジームを維持し、それを基軸にしながら福祉政策の大部分を州政府の主体的役割に委ねるという分権的システムを支持するものであると言えよう。これが歴史的な現代福祉立法に対する「最高裁の応答」であった<sup>280)</sup>。

ただし、「行為／不作為」峻別論は、多数意見を形成できておらず厳密な意味で最高裁の採用するところではない。また、既に検討したように

---

280) 深刻なのは、通商条項よりもむしろ必要かつ適切条項における違憲判断かもしれない。必要かつ適切条項は、極めて広範な議会権限を支えるものとして機能してきたものであるが、ロバーツ意見と共同反対意見は曖昧な判示のまま、ただ連邦議会の権限が拡大するということを根拠に付隨的権限の法理を用いて違憲判断を行った。付隨的権限の法理が今後も用いられるとすれば、その判断基準の不明確さゆえに、恣意的な運用がなされ連邦議会の権限行使が不当に抑制される危険がある。

「行為」と「不作為」との峻別が語義上の問題にすぎないということは、見方を変えれば、ほとんどの規制対象を評価次第で「行為」と判断できることを意味している。しかも峻別論を主張した裁判官の全員が、通商条項の先例を一切覆すものではないと明言していることを併せ考えると、「行為／不作為」峻別論がもたらす影響は実は穩当なものかもしれないという推論も十分成り立つ。最高裁は「行為／不作為」峻別論を文面通り採用すること念頭に置いておらず、むしろある特定の領域において違憲判決を下す場合にのみ選択的に持ち出すのではないか、という推論である。それが、いつ、どのような場合であるかは定かではないが、少なくとも指摘できることは、もし再び「行為／不作為」峻別論が判例上現れることになれば、その時こそ最高裁の制度的正当性が危機に瀕する状況であろうということである。

## 2 医療ケアに対する権利

最高裁が示したアメリカ的福祉国家観が限定的なものであれ、医療保険改革法を合憲と判断したことには、市民の医療ケアに対する権利という観点からすれば大きな意味がある。加入強制の義務付け条項をめぐる論争は、主として「保険加入させられる者」の立場から展開されてきたが、「保険加入を希望する者」の立場からすれば「医療保険に加入する権利」が問題となる。医療保険への加入保障は、直接的には保険会社に対する規制によって実現されるものではあるが、それが有効に機能するためには加入強制の義務付け条項が制度上不可欠であり、その意味で「加入させられない個人の自由」の問題は、他者の「希望する医療保険に加入する権利」の保障と表裏の関係にある。この「医療保険に加入する権利」につき、エドワード・ルービンは、憲法の理念から導かれる積極的権利であって医療保険改革法の制定によって権利として宣言されたものだと指摘する<sup>281)</sup>。

---

281) Edward Rubin, The Affordable Care Act, the Constitutional Meaning of Statutes, and The Emerging Doctrine of Positive Rights, William and Mary L. Rev. Vol.53: 1639, ↗

積極的権利とは、消極的権利と異なり政府の積極的な関与を請求するものであるが、アメリカ憲法は積極的権利そのものを明文で保障しておらず、一般的にも憲法上の権利として承認されていない。しかし、ルービンは、憲法制定過程、独立宣言、憲法序文、修正14条などを考慮すれば、憲法が積極的権利を保障していると解することは十分可能であると主張する<sup>282)</sup>。その上で、積極的権利の保障における立法府と司法府との協働関係 (partnership) の重要性を指摘する。すなわち憲法は、自由と平等、そして強力な連邦政府の創設を理念とする目的的文書であり、それは時の経過とともに生じる社会状況の変化によって明らかになるということを踏まえて、立法府は憲法解釈を行い、憲法の目的を実現するべく法律を制定する。したがって福祉立法は、憲法が保障する積極的権利の立法府による具体化に他ならない。その際、裁判所に期待されることは、政治部門と共有する憲法の目的を実施する方法に配慮し、憲法解釈を導く目的を明らかにするための有益な存在として政治部門をみなすことである<sup>283)</sup>。政治部門は、絶えず変化する社会状況を踏まえ、憲法の目的を実現しうる方法を裁判所に情報提供することを通じて、裁判所の憲法解釈に影響を与え、裁判所はそれを受けた最終的解釈者として憲法判断を下すことになる<sup>284)</sup>。

---

▲1701-1715 (2012).

282) *Id.* 1684-1692; See also, Akhil Reed Amar, The Lawfulness of Health-Care Reform, Public Law Working Paper No. 228 (June 1, 2011) <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1856506](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1856506)> (Visited March 25, 2015)

283) *Id.* 1664.

284) 同様の指摘として尾形・前掲注(105)139-170頁。尾形教授によれば、生存権実現のために裁判所には、二つの「協働」が要求されるという。第一に、憲法制定関係者およびこれまでの憲法実践との「協働」であり、第二に、政治部門との「協働」である。ルービンが指摘する協働 (partnership) は、この第二の「協働」に相当するものと思われる。「司法によって憲法25条それ自体の意義を完全に実現することは困難であるとしても、それを具体化する制度創設が政治部門によってなされたとき、裁判所は、同条の趣旨から逸脱するような裁量権行使を統制すべく、これら政策遂行を統御する。この場合、裁判所は、基本的には、政治部門が進むべき途を開きつつ、しかしそれが憲法25条にかかる趣旨を十分考慮しないときは、その裁量権行使を批判すべき地位にあるのであって、いわばそこでは政治部門との対話の回路を開きつつ司法的統制をなすのである。」同145頁。

ルービンが指摘する立法府と司法府との協働関係は、福祉に対する権利保障という観点にとって重要な意味を有している。とりわけ生存権規定のないアメリカにあっては、福祉に対する権利保障は全て実定法に委ねられており、それ自体を憲法問題として扱うことは想定されていない。しかし実定法によって福祉に対する何らかの権利が具体化されていれば、それを最終的に実現するのは司法府の役割となる。積極的権利は、立法府の憲法解釈に基づく立法によって具体化され、それを司法府が尊重しながら、憲法解釈の最終権威者として司法判断を下すことによって確立される。ルービンは、このような立法府と司法府との協働行為によって積極的権利という憲法価値が実現されていくものであるため、制定法が果たす憲法解釈としての役割が非常に重要な位置を占めるという<sup>285)</sup>。その意味で、本件訴訟は単なる党派的熱狂による闘争というだけではなく、正に立法府と司法府との協働によって医療ケアに対する権利（より正確には医療保険に加入する権利）が具体化される過程そのものであったと言える<sup>286)</sup>。福祉国家理念につき正面から憲法論として展開されることはなかったとしても、医療保険改革法をめぐる論争は、アメリカ憲法の枠組みの下で特殊アメリカ的な形式によって、アメリカ型福祉国家が形成される一つの過程であった。その結果は、加入強制の義務付け条項の合憲判断であり、実質的には医療保険に加入する権利の形成である。ただし、将来の制度設計について一定の指向性を示唆しながら、限定含みの司法判断であったことは既に述べた通りである。

## 終わりに

医療保険改革法をめぐる議論では、訴訟上も学説上も福祉国家に関わる

---

285) *Supra* note 281, at 1693-1700.

286) 尾形・前掲注(119)も参照。

議論がそれ自体として行われたわけではない<sup>287)</sup>。しかし、アメリカにおける極めて重要な現代福祉政策と位置付けられる立法である以上、憲法解釈を通じてアメリカ的福祉国家の在り方が問われていたとみるべきである。それは生存権規定が存在しないアメリカ憲法の状況において、本質的には連邦政府による個人の選択への介入がどこまで許容されるのかという問題が争われており、初めから個人の自由と社会共同の責任とをめぐる争いであった。そして実体的権利条項に託すことのできない自由の主張が、連邦制に関する通商条項や必要かつ適切条項などの解釈論に変換される形で展開されたというのが実態である。

最高裁は上記の憲法条項解釈を通じて、現代的福祉政策の合憲性を判断した。選択の自由を極めて重視する形で、最高裁として許容可能な医療保険制度の境界を引いた。これまでの医療保険制度をめぐる議論を踏まえて、「自助」「自立」を基本理念とするアメリカ的福祉国家の基本線を維持し、少なくとも言葉通りの「強制加入医療保険」はアメリカでは憲法上不可能であるという立場を明らかにした。

ただ、そもそも医療保険改革法は、クリントン政権の挫折を教訓にして、個人の自由に配慮した形で制度設計された、極めて穩当な「加入強制の義務付け」であった。しかも、「加入強制の義務付け」は元々保守派の発案に基づくものであり、直接的にはマサチューセッツ州のいわゆるロムニーケアがモデルとなっているにも拘わらず、共和党からは強硬な反対論が噴出した。反対派としては裁判所を巻き込んだ形で違憲論を主張する以上、単なる党利的主張だけでは社会に説得力を持って訴えかけることはできず、社会的に受容可能な理論的メッセージを発信しなければならなかつた。その反対派が共有するアメリカ的福祉国家の在り方についての直觀を「見事に」憲法論として体現させたのが、バーネットによる「行為／不作為」峻別論であった。

現代的福祉政策は、その性質上、他者への再配分を行うために個人の自

---

287) 葛西・前掲注(108)166項。

由を制約するものであり、自由との根本的な緊張関係を否定することはできない。アメリカ憲法は福祉国家条項を持たず、憲法上、直ちに福祉政策が要請されるわけではないために、既存の憲法条項の解釈を通じた——迂遠な——対応が求められざるをえず、無保険者や医療費高騰の問題は、人民にとって死活的な問題であるにも拘わらず、アメリカ憲法では直ちに対応できない。現代的政策に直ちに対応できず、仮に対応しうるとしても多くの論争を誘発するこの状況は、現代的福祉政策とアメリカ憲法との軋轢である。今回の医療保険改革法をめぐる憲法訴訟は、まさにその象徴的事象であった。この点につきバルキンは、医療保険改革法の制定は、社会契約の性質を大きく変革するものであり、したがって裁判所に要求されていたことは、その変革を正当化し、その変革が古代の憲法（ancient Constitution）と調和することを保障することであったと指摘する<sup>288)</sup>。バルキンは、裁判所による「正当化」や「承認」は、政治部門に対する追従ではなく、新たな基本原則を設定することだと指摘する。裁判所による正当化は、政府ができないことを確立することによって、政府ができるることを確立することを意味する<sup>289)</sup>。別の見方をすれば、このような迂遠な事態は、自由と福祉政策との関係つまり福祉政策の正当性を常に正面から問い合わせ続けるという実践とみることができる<sup>290)</sup>。医療保険改革法は、政治部門がアメリカ型福祉国家を構築しようと試み、アメリカ社会契約の規定を変更しようと試みたのに対し、最高裁はこれを正当なものと承認しながら、しかし将来の政策に対して新たな基本原則を設定することで応答した。このようにバルキンは、本件の最高裁を全体としてアメリカ憲法制度

288) Jack M. Balkin, The Court Affirms the Social Contract, in Nathaniel Persily, Gillian Metzger, & Trevor Morrison, eds., *The Health Care Case: The Supreme Court's and Its Implications* at 11, 11-12 (2013).

289) *Id.* at 11-12.

290) 葛西・前掲注(108)。葛西教授は、「憲法の文言に固執した ACA をめぐる論争は既に強制加入の健康保険制度を有するわが国にとっては奇妙なものに思える点もあるが、司法が政治を憲法の枠組みで真摯に捉えようとする廉直な試みとしては評価に値するものである。」と述べている。

における連邦裁判所としての伝統的機能を遂行したものと評価している<sup>291)</sup>。

とはいっても、医療保険改革法が保守派の着想であったことは、やはり軽視すべきではない。医療保険改革法をめぐる一連の論争は、アメリカ社会全体の保守化傾向を反映していることは明らかであって、その政治的変容を抜きにアメリカ的価値理念の対立という枠組みを過度に強調することは慎重でなければならない<sup>292)</sup>。少なくとも医療保険制度に現れたアメリカ的福祉国家の在り方をより詳細に分析するには、そのような政治的状況の位相が変容した背景を含めて、——とくに、ニューディール期以降の——アメリカ社会全体の流れの中に今回の論争を位置付ける必要がある。

このような福祉政策に対するアメリカにおける率直な反応を分析することは、生存権規定を備えた日本国憲法下における福祉政策の在り方について、改めて問い合わせ契機となるであろう。生存権規定の基本理念はいかなるものであるか、その自覚的な問い合わせ直しそが、立法府と司法府との協働関係を通じて行われる憲法解釈の実践についての指針であり、今後の日本の福祉国家体制を検証する指針である。上記のルービンによる積極的権利論は、日本の議論に引き直せば抽象的権利の具体化という問題である。医療保険改革法によって医療保険に加入する権利が具体化され、それを裁判所が承認することで、その保障が実現された。このように社会保障立法を立法府による憲法解釈の具体化として把握し、それに応答するものとしての裁判所による司法審査という図式をより明確化することによって、生存権保障に向けて立法府と司法府との役割に連続性を持たせ、動態的に生存権保障の実現を描くことができる。

そして日本国憲法には、アメリカ憲法のような現代福祉政策との軋轢は存在しない。そうであればこそ、憲法25条が持つ福祉国家理念を実現する

---

291) *Supra* note 288, at 15.

292) 共和党的政治的変容を検証するものとして、天野・前掲注(10)オバマの医療改革 203-219頁。

ため、正面から日本型福祉国家の在り方を問うてていくことが憲法の役割であり、立法府及び裁判所に課せられた制度上の責務である。福祉国家的政策と憲法との関係をいかに位置付けるべきか、福祉国家政策がいかに実現されてゆくべきか、あるいは「自助」「自立」の理念と憲法25条との関係も含め、立法規範としての憲法25条の福祉国家理念のあり方について、再考する機会を提供する素材の一つとして、本件訴訟を捉えることができるものと思われる。