

# 最高裁の「公的正統性」(Public Legitimacy)

——「司法的ステイツマンシップ」論を手がかりに——

坂 田 隆 介\*

## 目 次

はじめに

第一章 「司法的ステイツマンシップ」の状況

第一節 リアリズム法学とプロセス法学

第二節 プロセス法学の限界？

1 「原理に基づく裁判」と「公衆による受容」

2 Regents of the University of California v. Bakke

第三節 「司法的ステイツマンシップ」の状況——弱いジレンマと強いジレンマ——

第二章 「司法的ステイツマンシップ」の概念化

第一節 法の支配と「司法的ステイツマンシップ」

第二節 社会的価値の表明と社会連帯の維持

1 社会的価値の表明

2 社会連帯の維持

第三節 最高裁における「法」と「政治」

1 概念の明確性

2 「法」と「政治」の関係

第四節 小 括

第三章 「司法的ステイツマンシップ」の実例

第一節 Parents Involved in Community School v. Seattle School district No.1

1 事 案

2 ケネディ意見

3 「司法的ステイツマンシップ」の成功

第二節 Gonzales v. Carhart.

1 事 案

2 ケネディ法廷意見

---

\* さかた・りゅうすけ 立命館大学大学院法務研究科助教

3 「司法的ステイツマンシップ」の失敗

第三節 National Federation of Independent v. Sebelius.

1 事 案

2 ロバーツ意見

3 「司法的ステイツマンシップ」の成功？

第四節 「司法的ステイツマンシップ」の実践

おわりに

## はじめに

最高裁判決の分析手法として、法内的観点と法外的観点が図式的に対置されることがある。法学的アプローチと政治学的アプローチと呼んでもよいかもしれない。法学的アプローチからすれば、裁判官は法の支配に基づいて判決を下すのであり、判決を決定付けるのは一般的な原理に基づく推論によるものとされる。これに対して、政治学的アプローチからすれば、判決は法的ルールや法原理よりもむしろ裁判官の政治的イデオロギーに基づいて決定付けられるとされる<sup>1)</sup>。両者は、いずれも最高裁の判決形成という同一の社会事象に焦点を当てているにも拘らず、根本的に異なる観点から分析を行っているため、それぞれの学問的知見の相互作用を期待することは難しい。

しかし、両者に共通しているのは、「裁判官は法に従って判決を決定しているのか」、「いかなる要因が裁判官の判断を決定付けているのか」という問題設定である。法学的アプローチと政治学的アプローチとの関係について、政治学者のステイブン・M・フェルドマンは、最高裁分析の手法

---

1) 法学的アプローチは、かつての古典的法思想に源流を持ち、その後のリアリズム法学による概念法学批判を取り込みつつ、「原理付けられた判断」を強調するプロセス法学がその代表であり、1930年代に台頭し、1950年代に一大潮流となって今日の法学的思考に支配的影響を及ぼしているものと言える。他方、政治学的アプローチは、リアリズム法学にその源流を持ち、プロセス法学の台頭によってリアリズム法学が学問的に凋落した後、1990年代頃から政治学における司法行動研究が高度に精密化した結果、新リアリズム法学と呼ばれる学派として展開してきたものと言える。

として、いずれか一方だけでは不十分であり、いずれもが判決分析にとって有効であると述べる<sup>2)</sup>。フェルドマンによれば、政治的選好は裁判官の解釈の視野の重要な部分を常に規定し、政治は法解釈の必須の部分形成しているため、法と政治は裁判官自身が気付かない程、ともに最高裁判決の中で自然に融合している<sup>3)</sup>。そしてそこで示される意見が何であれ、法的紛争が終局性をもって機械的に解決されることが想定されているという構造的な地位のために、裁判官は、自身の最良の解釈的判断、政治的選好のいずれに従って投票することも許されている。したがって、裁判官はその解釈的判断と政治的判断とにほとんど矛盾を感じることなく判断を下すことができるため、ほとんどの場合、内的観点と外的観点のいずれによっても最高裁判決を有効に説明できるとフェルドマンは指摘している<sup>4)</sup>。

たしかに、フェルドマンの言うように法解釈から政治的選好を排除することは不可能であるかもしれないが、だからといっていずれのアプローチ

---

2) Stephen M. Feldman, *The Role of the Rule of Politics? Harmonizing the Internal and External Views of Supreme Court Decision Making*, 90 *Law & Social Inquiry* 89, 127-129 (2005).

3) フェルドマンは、政治と法の融合は、あくまで分離し続ける水と油ではなく、卵黄と油とが融合するマヨネーズであると比喩する。マヨネーズが、卵黄である、あるいは油であると言うことは、少なくとも部分的に正しく、部分的には誤っている。確かに卵黄でもあり油でもあるが、両者が安定的な融合を形成することによって、それは全く別の何か、つまりマヨネーズとなっているからである。最高裁判決も同じである。それを法であると言うことも、政治であると言うことも、部分的に正しく、部分的に誤っている。最高裁の判決において、法と政治が安定的な融合を形成し、別の何かを作り出す。それが最高裁判決である。政治的イデオロギーは、裁判官の解釈の視野を強く規定するため、政治的選好と解釈的判断とは多くの場合に整合する。Stephen M. Feldman, *Supreme Court Alchemy: Tuning Law and Politics into Mayonnaise*, 12 *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 57, 95-97 (2014).

4) フェルドマンは、これを最高裁の判決形成における「解釈構造理論」(the interpretive-structural theory)と呼び、政治学的アプローチとして近年注目を集めている新制度主義(new institutionalism)を補足するものとして提唱している。新制度主義は、法の内的観点と外的観点を自覚的に結合させようとしているが、法と政治がどのように一体化するかを的確に説明できていないとして、法と政治のマヨネーズ的融合を承認する「解釈構造論」がその助けとなるとフェルドマンはいう。Supra note 2 at 124-29.

も有効であるとするだけでは問題は解決しない。また後述するように、最高裁が最終決定者として権威を保持できるのは、その制度的位置のためではなく、公衆が最高裁を権威ある最終決定者として共同的に受容している限りにおいてである。対立が継続すれば、政治の領域において論争が再燃するであろうし、公衆が判決を受容できなければ法の支配の基盤が失われるであろう。最高裁の「正統性」を長期的に確保するためには、判決形成にあたって、法の支配を実現する責務を負った機関としての規範的な役割論が示されなければならないはずである。

フランスの政治思想家アレクシス・ド・トクヴィルは、著書『アメリカの民主主義』の中で、裁判官のあるべき姿についてこう述べている。

「最高裁裁判官の権限は巨大であるが、しかしそれは意見の力である。裁判官が全能であるのは、人民が法に従うことを承諾する限りにおいてであり、裁判官が何も成し得なくなるのは、人民が法を軽んじるそのときである。ところで、あらゆる権限のうち、意見の力を行使するのが最も難しい。その限界がどこにあるのか厳密に示すことは不可能だからである。それゆえ、連邦裁判官は、良き市民であり教養と誠実さを備えた人間という、あらゆる裁判官に必須の資質だけでなく、ステイツマン (statesman) たる資質をも併せ持たなければならない。時代の精神を読み取り、克服しうる障害に立ち向かう能力をもち、しかも連邦の主権と法の遵守とを裁判官とともに押し流そうとする流れが高まった時には、時代の風潮に背を向ける術も知らねばならない。」<sup>5)</sup>

本稿で扱うのは、トクヴィルの言う裁判官のステイツマン、すなわち「司法的ステイツマンシップ」(Judicial Statesmanship) 論である。従来、司法的ステイツマンといえは、裁判官による様々な政治的配慮の一群を指す茫

---

5) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA 150-51 (J.P. Mayer ed., George Lawrence trans., Doubleday & Co. Anchor Book ed. 1969) (松本礼二訳『アメリカのデモクラシー第一巻(上)』244頁 (岩波書店, 2005年))。

漠たる概念として受け止められてきたが<sup>6)</sup>、本稿では、裁判所の正統性を基礎付けるものとして、「司法的ステイツマンシップ」をより明確な概念として積極的に位置付けようとする最近のアメリカの議論を参照し、違憲審査のあり方を含めた、社会において裁判所が果たすべき役割をめぐる問題を考察する。

日本の憲法学において、司法の正統性として主に論じられてきたのは、いわゆる「反多数者の困難」の問題であり、「司法審査と民主主義」論であった。しかし、本稿が扱う「司法的ステイツマンシップ」論は、法の支配をより根本的なレベルにおいて基礎付ける、裁判所——最高裁に対する公衆による受容という意味での「公的正統性」(public legitimacy)に関わる問題である。激しい価値の対立が渦巻く中で、法の支配を実現し、社会統合を図るためには最高裁はいかなる判決を下すべきか。これが本稿の主題である。

まず、第一章では「司法的ステイツマンシップ」が必要となる状況を概観し、その提唱者の意図を明らかにする。第二章では、「司法的ステイツマンシップ」がどのように概念化されるのか、その内実を明らかにし、それを受けて第三章において「司法的ステイツマンシップ」の実践がいかなる形で現れるのかを具体的な事例を参照しながら検討する。

## 第一章 「司法的ステイツマンシップ」の状況

### 第一節 リアリズム法学とプロセス法学

今日主張されている「司法的ステイツマンシップ」の再評価は、端的に言って、プロセス法学の限界を指摘するところに重点が置かれている。そのため、司法的ステイツマンシップを論じる前提として、プロセス法学について若干の確認をしなければならない。「司法的ステイツマンシップ」を積極的に提唱する論者は、プロセス法学の何を問題視したのであろう

---

6) See, GARY J. JACOBSON, PRAGMATISM, STATESMANSHIP, AND THE SUPREME COURT 119 (1977).

か。

プロセス法学は、リアリズム法学への批判として生まれ、第二次大戦後のアメリカ法学において最も大きな影響を与えた学派である。プロセス法学が批判したリアリズム法学とは、プラグマティズム法学の流れを汲みながら1920年代に生み出され、一般に、古典的法思想の形式主義的な概念法学を批判し、裁判過程の現実をよりリアルに直視することを提唱した一群の法思想をいうとされている<sup>7)</sup>。リアリズム法学によれば、法の現実、裁判官が「勘 (hunch)」——直観や先入観のような無意識的要因や政策的判断という法外的要因——に基づいて結論に到達するものであり、判決理由はその「勘」によって得られた結論の合理化にすぎないとされる<sup>8)</sup>。判決を決定付けるのは抽象的な規範やルールではなく、裁判官個人の政策判断・価値判断にすぎず、判決理由は裁判官の個人的選好を覆い隠すために操作されたものでしかない<sup>9)</sup>。判決分析は、したがって、このような現実を踏まえ、裁判過程に対する社会学的または心理学的な分析を通じて、その実体解明を行わなければならない<sup>10)</sup>。リアリズム法学は、形式的な法理の適用によって自動的に結論が獲得できるという古典的法思想の観念性を批判し、法と社会的事実との関係を実証的に明らかにするために法の分

7) 邦文によるリアリズム法学に関する論考として、岡寄修「リアリズム法学の出現とその背景」明治大学大学院紀要 法学篇18巻2号29-41頁(1981年)、同「アメリカ法思想の一断面——批判的法学とリアリズム法学」明治大学大学院紀要 法学篇24巻2号43-54頁以下(1987年)、岡室悠介「アメリカ憲法理論における「法」と「政治」の相剋：新リアリズム法学を中心に」阪大法学63巻2号449-475頁(2007年)、佐藤正典「アメリカのリアリズム法学」桜美林論考 法・政治・社会 5巻3号27-34頁(2014年)、丸田隆「リアリズム法学の生成と機能に関する一考察——現代アメリカ法社会学との接点を中心に」法と政治29巻1号127-182頁(1978年)、坂東義雄「自由法論の立場からみたリアリズム法学の問題点——H・カンドロヴィッツのリアリズム法学批判」法哲学年報1976巻157-168頁(1977年)など参照。

8) J.C. Hutcheson, *The Judgement Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision*, 14 *Cornell Law Q.*, 274, 285 (1929); 棚瀬孝雄ほか訳『法と現代精神』161-83頁(弘文堂, 1974年)。

9) Jaffe, *Forward to The Supreme Court*, 1950 Term, 65 *Harv. L. Rev.* 107, 110-114 (1951).

10) Llewellyn, *Jurisprudence*, 85-86.

析対象を社会的次元へと拡大し、法の重要な担い手たる裁判所とりわけ個々の具体的な裁判官に対する社会学的・心理学的な研究の必要性を提唱したところに大きな意義があった<sup>11)</sup>。しかし、理性や道徳性及び論理や法規範に対する過度の懐疑のために、リアリズム法学はその後、厳しい批判にさらされる。理性や道徳性への懐疑は民主主義を否定する全体主義への知的先駆とみなされ、ルールに対する過度の懐疑は法の体系性が軽んじられ「法の支配」が失われてしまうと思われたからである<sup>12)</sup>。

このような状況にあって、リアリズム法学の示した洞察を吸収し、そのショックを和らげて同化すべく1930年代半ばに台頭したのがプロセス法学であった<sup>13)</sup>。プロセス法学は、リアリズム法学と同様に判決決定の際に裁判官の個人的な価値先行が反映されることを認めつつ、しかし単なる主観的選好を承認するのではなく、裁判所に要求される独特のプロセスによって裁判官の裁量を制約しようとするものであり、1950年代以降、本格的な展開を見せる<sup>14)</sup>。プロセス法学は、それぞれの政府制度が有する独特のプロセスを強調する。裁判所も立法府も、それぞれの目的や機能に特有のプロセスに従って作動するわけであるが、とくに裁判所は「合理的な説明」(reasonable elaboration)のプロセスに従って判決を下さなくてはならない<sup>15)</sup>。プロセス法学を代表するヘンリー・M・ハートやアルバート・M・サックスによれば、裁判官に必要とされることは、決定の根本にある原理に照らして解決することであり、判決の理由を述べ、詳細かつ一貫した仕方でも説明し、かつ先例との論理的な整合性をもって、適用される法規範と当該判決とを関連付けることである<sup>16)</sup>。とりわけ、ハバート・ウエ

11) 樋口範雄訳『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂、1996年)331-38頁、常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス」北大法学論集31巻2号317-18頁。

12) *Supra* note 2 at 90; 樋口・前掲注(11)323-32頁、常本・前掲注(11)328頁。

13) 樋口・前掲注(11)332頁。

14) *See*, HENLY M. HART & ALBERT SACKS, *THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEM IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW*, at 366-68 (Tentative Edition, 1958).

15) *Id.* 164-68.

16) *Ibid.*

クスラーは、憲法判例における「理由付けられた判断」を、裁判官が準拠すべき「中立性の原則」の要件として定式化した<sup>17)</sup>。ウェクスラーによれば、「中立性の原則」とは、裁判官が政治性を帯びた規範や原理を用いることが一切排除され<sup>18)</sup>、司法過程の主たる構成要素は、正に一般的な原理に基づくものでなければならず、到達する判断に関わる各段階について、判決がもたらす即自的な帰結を完全に超越した分析や根拠に依拠するものでなければならないとするものである<sup>19)</sup>。ここでは、根拠や原理が、法的判断を単なる「強情や意志」から区別するものとして、裁判所を単なる「裸の権力組織」から分かつものとして位置付けられ、法と政治を明確に峻別する思考形式が採用されている<sup>20)</sup>。最高裁は根拠を述べることを要請され、憲法の公平かつ永続的な原理をあらためて認識し、統合し、展開する創造的機能を果たす責務を負っている<sup>21)</sup>。ハートやウェクスラーにとって「根拠」は「法の生命」であった<sup>22)</sup>。

プロセス法学の論者が根拠や原理にこだわるのは、第一に、専門的規範 (professional norms) が法にとって本質的であるという観念にある<sup>23)</sup>。裁判官に判決を導く原理を明示するよう要求することで、公的強制に原理的な正統性を付与するという法の主たる機能を実現しようとする。また論拠を権威的なものとして扱うことで、将来の事件を、過去に明示された論拠に従って判決するよう裁判所に自制を促すこととなり、ひいては今後の法

---

17) Hebert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

18) *Id.*

19) *Id.* at 19.

20) *Id.* at 11.

21) *Id.* at 99.

22) Henry M. Hart, Jr., *The Supreme Court, 1958 Term—Foreword: The Time Chart of the Justice*, 73 *HARV. L. REV.* 84, 125 (1959).

23) Robert C. Post & Neil S. Siegel, *Theorizing the Law/Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin*, 95 *CAL. L. REV.* 1473, at 1476 (2007).

の方向性について信頼できる指針を公衆に示すことにもなる<sup>24)</sup>。第二は、法に権威と正統性 (legitimacy) を与えるためである<sup>25)</sup>。裁判所の判断が個人的に希望する結論に基づいて判決を下す「アドホックな評価」にすぎないのであれば、敗訴者にとって司法権に服する理由は存在しない<sup>26)</sup>。一般的かつ中立的な根拠に基づく裁判であるからこそ、公衆は裁判所を信頼し、判決に自ら進んで従うのである。根拠に基づいた原理の基礎を保持する意見だけが、裁判所の意見によって実行されるべき重要性を有するのであり、裁判官は、理論的にも実践的にも、個人的選好を他者に強要する権限を持つわけではない<sup>27)</sup>。したがって最高裁判決の分析は、裁判官の性格や政治的選考ではなく、むしろ裁判所に現れた問題の客観的な根拠と結論に焦点を当てなければならぬとされる<sup>28)</sup>。

このようにプロセス法学の狙いは、リアリズム法学が行う粗雑な自己達成的な予言——最高裁判決は、常に裁判官の個人的な政治選考や偏見の問題にすぎない——を打破するところにあった<sup>29)</sup>。法の主たる目的は、公的強制を正当化する原理を提供するところであり、裁判官が判決理由を明確に述べることを要求されることによって、法の一貫性が保持される。将来の判決は、過去に明確に示された理由に準拠して下されるため、司法による理由の提示は、重要な解決機能に資するだけでなく、将来の法の方向性について信頼しうる指針を下級審や公衆に提供する。それゆえに理由や原理に忠実であることは、プロセス法学において、一貫性、安定性、予測可能性、透明性の実現と密接に関連するものであり、法の支配にとって本質的なものと位置付けられる。プロセス法学が称賛するこのような諸価値

---

24) *Id.*

25) *Id.* at 1478.

26) *Supra* note 17 at 12; *supra* note 22 at 99.

27) Hart, *supra* note 26 at 99.

28) Paul J. Mishkin, *The Uses of Ambivalence: Reflections on the Supreme Court and the Constitutionality of Affirmative Action*, 131 U.P.A. L. REV. 907, 930 (1983).

29) Paul J. Mishkin, *Prophecy, Realism and the Supreme Court: The Development of Institutional Unity*, 40 A.B.A. J. 680, 682-83 (August 1954).

を、シーゲルは「法の支配の諸価値」と呼ぶ<sup>30)</sup>。

## 第二節 プロセス法学の限界？

### 1 「原理に基づく裁判」と「公衆による受容」

プロセス法学はリアリズム法学の本来的な継承者として、戦後のアメリカ法学の大きな潮流となって現在においてもなお支配的な影響力を有しているが、プロセス法学に対しても諸々の批判がなされてきた。例えば、いかなる価値を明確に述べられた理由によって具体化すべきなのか、どの程度の抽象性あるいは具体性をもって原理を形成すべきなのか、原理が適用される適切な範囲はいかにして確定されるのか、といったものである<sup>31)</sup>。しかし、本稿で特に取り上げたいのは、プロセス法学の有用性を基本的には認めつつも、それだけでは裁判所の正統性を確保するには不十分であると指摘する、ロバート・S・ポストとニール・S・シーゲルらの議論である。

なぜ彼らはプロセス法学における原理に基づく裁判では、裁判所の正統性の基礎付けにとって不十分だと考えるのか。ポストとシーゲルは、「法の支配の諸価値」が極めて重要な社会的価値であることに疑問の余地はないが、しかし、それ以外の法にとっての重要な社会的理念、しかも時として「法の支配の諸価値」と対立する価値が存在すると主張する<sup>32)</sup>。それは、裁判所に対する公衆の受容という意味での「公的正統性」(public legitimacy)を確保することである<sup>33)</sup>。ポストやシーゲルによれば、裁判所が正統性を確保するためには、「法の支配の諸価値」に忠実であるだけでなく、同時に、判決それ自体が公衆によって受容されるものでなければならない。そうでなければ、民主制の基盤を持たず、判決を公衆に強制す

---

30) Niel S. Siegel, *The Virtue of Judicial Statesmanship*, 86 *Texas L. Rev.* 960, at 967 (2008).

31) *Supra* note 23 at 1476.

32) *Id.* at 1477.

33) *Id.*

る独自の権限を持たない裁判所が、権威を保持し続けることは現実問題として不可能だからである。ハートやウェクスラーらのプロセス法学は「法の支配の諸価値」を忠実に追及し、判決が社会にもたらす即時的な帰結を顧みることなく、それを超えた一般的な原理に基づく裁判を要請する<sup>34)</sup>。したがって、プロセス法学にあっては「公的正統性」を法的な意味での考慮要素に含めないため、両者の関係性という問題を承認せず、まして理論化を試みようとし<sup>35)</sup>ない。このようなプロセス法学の態度は、ポストやシーゲルにとって、実体と乖離したイデオロギーでしかなく、裁判所が現実的に直面する深刻なジレンマに対応しようとし<sup>36)</sup>ない不誠実なものだということになる。シーゲルとポストが指摘するプロセス法学の限界は、ここにある<sup>36)</sup>。

ではポストらが述べる、「法の支配の諸価値」と「公的正統性」が緊張関係に立つという状況——プロセス法学の限界——は、具体的にいかなる場合に生じるのであろうか。彼らは、その状況を示す例として、United States v. Nixon 判決<sup>37)</sup>及び Regents of the University of California v. Bakke 判決<sup>38)</sup>が挙げるが、以下では後者の Bakke 判決のみ取り上げることにした。

## 2 Regents of the University of California v. Bakke

この事件は、カリフォルニア州立のデビス医科大学が採用していた入

---

34) *Supra* note 17 at 19.

35) *Supra* note 23 at 1481.

36) この点は、プロセス法学の論者からも指摘されている。プロセス法学の代表的論者の一人であったポウル・j・ミシュキン<sup>37)</sup>は、幾度となくこの緊張関係が持つ難点を取り上げている。ハートとウェクスラーとともに、プロセス法学の代表作の一つである「The Federal Courts and the Federal System」の二版と三版の共同執筆者にも名を連ねている。Paul M. Bator & Paul J. Mishkin & David L. Shapiro & Herbert Wechsler, *THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM* (Second edition Paperback 1981).

37) 418 U.S. 683 (1974).

38) 438 U.S. 265 (1978).

学制度におけるアファーマティブ・アクションについて修正14条の平等保護違反等が争われたものである<sup>39)</sup>。デイビス医科大学は、100人の入学枠のうち少数者（73年度は「経済的・教育的に恵まれない経歴の学生」、74年度は「マイノリティ（黒人、メキシコ系、アジア系、アメリカインディアン）に属する学生」）について16名分の別枠を設定しており、その16名については、一般入試委員会に対して報告を送付し、特別入試委員会で決定した上位の者の入学を認めるという制度を採用していた。この入学制度を争ったのは、デイビス医科大学に入学出願したが2年連続で不合格とされた白人男性アラン・バックキである。16名の別枠制度によって入学が認められた者のうち、彼よりも成績の低い者が含まれていたことから、このような特別な制度がなければ自分は入学できていたはずだとして、デイビス医科大学におけるアファーマティブ・アクションの差止命令（prohibitory injunction）、自らを入学させる命令（mandatory injunction）を求めて州地裁に訴えた。これに対し、デイビス医科大学は、本件のアファーマティブ・アクションは合憲・適法であるとの宣言的判決（declaratory judgment）を求める反訴を提起した。

当時、アファーマティブ・アクションに対していかなる審査基準を適用すべきかについて判例法理が示されていないなかったところ、デイビス大学は、たとえ入学基準として人種を用いたとしても、それが切り離され孤立した少数者に対して蔓延している世代にわたる差別効果を是正することに向けられている場合には、厳格な審査基準は適用されないと主張した<sup>40)</sup>。判決は、1（パウエル）-4（ブレナン、ホホワイト、マーシャル、ブラックマン）-1（スティーブンス、バーガー、レーンキスト、スティークト）に分かれ、複雑な意見分布となったが、解決の手がかりとなるのは、Judgment of the

---

39) 修正14条違反の他、修正14条と同内容の州憲法の条項違反、1964年市民権法第6編違反（連邦から資金助成を受ける事業主体による人種差別の禁止）が主張されていた。

40) Brief for Petitioner, Regents of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) (No.76-811), 1977 WL 189474, at 12.

Court を執筆したパウエル裁判官の意見であった。

パウエル意見は、アファーマティブ・アクションの文脈における人種区分は厳格審査を免れるべきであるとの二分論 (two-class theory) の主張を退け、「いかなる類のものであれ、人種や民族を理由とする区分は本来的に疑わしいものであり、最も厳格な司法審査が要求される」<sup>41)</sup> とした。そして、高等教育における過去の差別に対する救済という論理がアファーマティブ・アクションを正当化することを否定したが、しかしパウエルは全く別の理由をやむにやまれぬ政府利益として承認した。それは「大学の学問の自由に基づいて、アメリカの多くの人々と同様の、多様な理念や道徳的信念に広く触れ合うことのできる学生集団を確保するという利益」<sup>42)</sup> である。ここで言われている高等教育における「多様性」とは、「生徒集団のうち特定の割合が選択された民族集団のメンバーになることが実際に保障されるという単純な意味での民族的多様性を意味するものではない。やむにやまれぬ政府利益を促進する『多様性』とは、より広範な多くの資格や特徴を包含するものであり、人種的背景や民族的背景は、その中において重要な要素ではあるが、まさにその一つにすぎない」<sup>43)</sup>。すなわち、「大学は学生の入学基準として、ある特定の申請者の出願において、人種や民族的な背景が『プラス (plus)』に作用する制度を採用してもよいが、人種が入学枠をめぐって他の申請者との比較を許さないものであってはならない」<sup>44)</sup>。なぜなら後者の場合は、人種に関わりなく各人が個人として尊重される権利 (right to individualized consideration) を否定することになるからである<sup>45)</sup>。したがって、「大学が、個別的に個人として尊重する手続を履践するかぎり、裁判所が大学の過程に介入する理由は存在し

---

41) Bakke, 438 U.S. at 291 (opinion of Powell, J).

42) *Id.* at 312-13.

43) *Id.* at 317.

44) *Id.*

45) *Id.* at 318.

ない」<sup>46)</sup>。ところが、デイビス医科大学のアファーマティブ・アクション措置は、出願者に対して個性に応じた配慮がなされておらず、むしろ人種的少数者の入学に捧げられる16席を明らかに別枠として確保するものであり、機能的にクォータ制度に等しいものといえる。このようにして、平等原則違反となると結論付けた<sup>47)</sup>。

このようなパウエル意見は、法原理に基づく論証として説得的であろうか。ここで示された根拠や原理は一般的にどのように定式化され、あるいは適用されることが可能であろうか。パウエル意見の不明確さを深刻に問うたのは、プロセス法学の代表的な論者、ポール・J・ミシュキンであった。ミシュキンは Bakke 事件における最高裁審理に対して、デイビス医科大学の立場から上記の二分論を主張する書面を作成・提出していたが、パウエル意見を受けて、「もしカリフォルニア州のバークレイ大学が、大学内にアジア系アメリカ人の学生が多過ぎることを理由に、学生集団の多様性を促すために、アジア系アメリカ人の各出願者に対して『マイナス(minus)』を与えたとした場合、パウエル意見に従えばどうなるのであろうか」と疑問を呈する<sup>48)</sup>。この場合、差別的処遇を受けたアジア系アメリカ人の出願者が、修正14条に基づく平等保護の権利を主張できることに疑問の余地はないと思われるが、そうだとすれば、いずれも出願者の人種的背景を決定的な要因とすることなく個別的に考慮される事由としているにもかかわらず、「プラス」と「マイナス」の措置で結論が異なるのはなぜか。法原理の観点から説明しようとするれば、両者の違いは「プラス」の措置が過去の差別の影響を是正するために必要であるという点にしかないとと思われるが、パウエルはこれをやむにやまれぬ利益と認めることを拒絶している<sup>49)</sup>。これはハートやウェクスラーが法の中核的な生命に反する

---

46) *Id.* at 319 n.53.

47) *Id.* at 318.

48) *Supra* note 28 at 925.

49) *Supra* note 23 at 1492.

ものとして非難した「アドホックな評価 (ad hoc evaluation)」そのものではないのかポストとシーゲルも指摘する。そもそも「プラス」を与える制度と、デイビス医科大学の明確な別枠方式とのいずれを採用するかによって、結局のところ入学者選別の結果にどれほどの差が生じるのかという点も疑問である<sup>50)</sup>。「プラス」を与える制度を採用したとしても、人種や民族的な背景をどの程度重視するかが実質的な問題のはずであるが、しかしパウエル意見においては、別枠方式か否かという形式論に極めて重要な意味が与えられている。

なぜ、パウエルはこれ程まで形式を重視し、専門的な論証として不明瞭な意見を構成したのであろうか。ミシュキンによれば、ここに「原理による裁判」と「公衆による受容」——「法の支配の諸価値」と「公的正統性」——との緊張関係、二律背反の状況が生じているという<sup>51)</sup>。Bakke判決の当時、アファーマティブ・アクションの取り扱いがアメリカにおいて最も激しく対立する問題の一つであり、もし何らかの原理に基づく明確な判決を示せば、それに賛同する側と異議を唱える側とに社会を明瞭に分断することになりなかねない状況にあった。極めて論争的な性質を備えた問題であるため、判決が社会にもたらす衝撃もそれに比例して甚大となることは当然予想されていた。パウエル意見は、この文脈の中で捉えなければならぬ。文字通りのクォータ制度にせよ、別枠方式にせよ、明確な数値を用いれば、過去の宗教的、民族的、人種的な差別の象徴主義を呼び起こすおそれがある。そのような契機を入学制度に組み入れてしまえば、過去の人種差別を根絶しようとするあらゆる取組みに対して、潜在的かつ公然とした敵意を増長させ続けるおそれがあった。したがって、学生集団の多様性と言いながら、その割合的な数値を曖昧なままにしておくことは、アファーマティブ・アクションが与える衝撃という観点から、長期的に見て重要な意味があった。パウエル意見が承認する方向に沿って形成さ

---

50) *Id.*

51) *Supra* note 28 at 917-22.

れるアフーマティブ・アクション制度は、その鋭さが削がれたものであるがゆえに、反対派に対する受容可能性を強化させることが期待されていた。別枠方式かどうか、「プラス」方式かどうかという一見不自然な議論は、人種に基づく敵意を悪化させる危険を可及的に排除するという点で重要な役割を担っていたのである。このようにして、パウエル意見は、極めて論争的なアフーマティブ・アクションの合憲性について、広範囲に目配せをしながら、「妥当な」結論を導こうとする奮闘の成果であり、それは大部分成功したものであったとミシュキンは肯定的に評価している。

しかし、プロセス法学の思考を深く内在化させていたミシュキンにとって、*Bakke* 判決はジレンマであった。確かにミシュキンは、専門的論拠の統合性を維持する重要性を承認していたのと同時に、特定の事案においてはそのような統合性を忠実に追求することを上回る利益がありうることも承認していた<sup>52)</sup>。しかし、*Bakke* 判決におけるパウエル意見が偉大な成功だとしても、それを支持するための分析上の適切な原理が存在しなければ、判決の正当化根拠は何に求められるべきか<sup>53)</sup>。原理に基づく正当化を犠牲にして最適な社会的結果を達成しようとするパウエルの選択を無条件に称賛することは、リアリズム法学の粗雑な自己達成的な予言に貢献することになり、プロセス法学が法の要と位置付ける原理を軽視するよう裁判所を支援することになりかねない。他方、判決の帰結を顧みない原理に対する厳格な忠誠は、耐え難い社会的負担——最高裁の正統性の失墜から破滅的な人種の対立に至るまで——をもたらす危険を冒しかねない<sup>54)</sup>。ミシュキンは、このジレンマを解消不能な難問として、最後まで有効な解決策を見いだせないままであった<sup>55)</sup>。

---

52) *Supra* note 23 at 1496.

53) *Supra* note 28 at 930.

54) *Id.* at 929 n.78.

55) ポストらは「裁判所がいかなる目的を追求すべきかを決定するメタ原理が存在しないがために、ミシュキンは解決不能に見えるジレンマに直面してしまった」と述べる。*Supra* note 23 at 1496.

### 第三節 「司法的ステイツマンシップ」の状況

#### —弱いジレンマと強いジレンマ—

しかし、ポストとシーゲルによれば、上記のジレンマが解消不能であるということは誇張であり、いずれも裁判所が「法的に」対応しうる問題であるという。まず、ミシュキンが認識したジレンマを弱い形態と強い形態の二つに分類する。弱い形態のジレンマとは、裁判所が、専門的実践の規範（理由の提示、既に明示された論拠の適用など）よりも、公衆の価値の論理に応答する仕方ですべて判決しようとする場合に生じるものである。それに対して、強い形態のジレンマとは、専門的実践の規範を積極的に否認し掘り崩す方法で、裁判所が公衆の価値の論理を採用しようとする場合に生じるものとされる<sup>56)</sup>。

このうち、弱い形態のジレンマは、専門的実践の規範が自律的に構築されるものではなく、定期的かつ適切に公衆の認識との対話によって形成されるということを示しているにすぎず、そもそもジレンマとみなすべきではないとされる。念頭に置かれているのは、プライバシー権や不快な言論(offensiveness)といった法的基準の形で社会的価値を提示する場合である。このような基準は、それが具体的に適用される場合に初めてその意味が明らかとなるものであり、適用の際には諸々の考慮要素を常に編入することになる。そして、その考慮要素は法の外側からもたらされるものであるため、このような法的基準を用いる判断は、否応なく不明瞭な社会的規範の影響を受けざるをえない。しかし、広く共有された社会的規範に従うことも「法の支配の諸価値」を実現する方法であり、「法の支配の諸価値」を実現する基準の適格性を貶めることにはならない<sup>57)</sup>。要するに、弱いジレンマは専門的規範の構築の仕方の問題であって、専門的規範そのものを積極的に掘り崩すものではないということである。とくに憲法は、国家

---

56) *Id.* at 1497.

57) *Id.* at 1499.

についての最も根本的な価値表明として理解されるものであり、専門家によって独占される法典ではなく、人民自身によって所持され明確にされる一般市民の憲章である<sup>58)</sup>。そのことから必然的に、憲法の番人としての最高裁は、「第一級の法律家」によって体现された専門的な法的論拠に基づいて憲法解釈すべき要請と、万人の前で国家の憲法理念について述べるように憲法解釈すべき必要性との間に常に位置付けられなければならない<sup>59)</sup>。この緊張関係の中にこそ憲法の強さや正統性が存在しているのであって、「もし最高裁が、自律的で明確な専門的論拠の要素のみで形作られた裁判手続を理想主義的に追及して、この緊張関係を放棄するようなことがあれば、憲法の強さや正統性の大部分が失われるであろう」とポストとシーゲルは述べる<sup>60)</sup>。したがって、専門的実践の規範よりも、公衆の価値の論理に応答する仕方では判決しようとする事は「正しい」判決であって、ジレンマとは把握されないというわけである。

問題は、強い形態のジレンマ——積極的に専門的論拠を否認しようとするインセンティブが働く場合——であり、まさに Bakke 判決においてミシュキンが直面した苦悩の状況である。この状況にあって、最高裁はどのように応答すべきか、そしてそれはいかにして正統化されるのか。ポストやシーゲルはこのジレンマを架橋し、法的議論へと導くものが「司法的ステイツマンシップ」であると述べる。彼らの議論の特徴は、「法」と「政治」の関係、あるいは「裁判官」と「社会」という極めて一般的な観点から、社会における法の役割、とりわけ法の重要な担い手としての最高裁の役割をより具体的に位置付けようとする点にある。その意図は、裁判所が自身の正統性を確保するためには、法原理といった純粋な意味での法内的な考慮に限定するだけではなく、社会状況といった法外的な考慮をも

---

58) *Id.* at 1501; *See*, *The Constitution of the United States Was a Layman's Document, Not a Lawyer's Contract* (Sept. 17, 1937), in 6 *THE PUBLIC PAPERS AND ADDRESSES OF FRANKLIN D. ROOSEVELT* 359, 367 (Samuel I. Rosenman ed., 1941).

59) *Supra* note 23 at 1502.

60) *Id.* at 1503.

含めて検討することが必要であり、その限りで判決が「政治的」なものとなることを積極的に承認しようとするところにある。これが彼らの言う「司法的ステイツマンシップ」である。そこで、以下の第二章において、彼らが「司法的ステイツマンシップ」をいかなる根拠に基づいて提唱し、どのように概念化しているのかを確認する。そして「司法的ステイツマンシップ」に対して想定される異論にも言及することで、概念の内実をより明確化したい。その上で第三章では、「司法的ステイツマンシップ」の有効性を検証するために、3つの判決を参照しながら、具体的な有り様を見ることにする。

## 第二章 「司法的ステイツマンシップ」の概念化

「司法的ステイツマンシップ」の概念化を試みるのは、ニール・S・シーゲルである。シーゲルは、これまで「司法的ステイツマンシップ」として語られてきた曖昧な内容を再定義する。彼によれば、「司法的ステイツマンシップ」とは、法的问题に対して専門的論拠の問題として「正しい回答」(the right answer)を追求するだけではなく、法の社会的正統性(the social legitimacy of law)を維持する回答を追求しなければならない裁判官の責務を意味する<sup>61)</sup>。裁判官は、それ自身を正統化する法秩序能力が長期的かつ国家全体に促進されるような仕方で、事案に取り組みなければならないという点がとくに強調されている。それは、第1に、社会状況の変化に応じて社会的価値を表明すること、第2に、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>62)</sup>。この両者——法にとっての前提条件及び目的——の実現を追求する中で、法の支配を実践的に具体化することになるとシーゲルはいうのだが、これらは「法の支配の諸価値」——一貫性、安定性、予測可能性、透明性——に含まれない社会的価値で

---

61) *Supra* note 30 at 979.

62) *Id.*

あり、なおかつ、「法の支配の諸価値」と時に緊張関係に立つものである。それにも拘らず法の目的として資格を与えられるのは、「法の支配の諸価値」に忠実だけでは最高裁の正統性を確保できないという彼の認識に基づいているためである。シーゲルは「司法的ステイツマンシップ」を「裁判官の役割における美德」(a virtue in the role of a judge) と呼び、司法が果たすべき役割の中核的要素をなすものとして擁護する<sup>63)</sup>。

以下では、シーゲルによって定義された「司法的ステイツマンシップ」の内実を確認し、この概念の有する射程・有効性を明らかにしたい。

### 第一節 法の支配と「司法的ステイツマンシップ」

シーゲルは、「司法的ステイツマンシップ」の必要性を、法の支配の政治的基盤から構成する。法の支配は、専断的な国家権力の支配（人の支配）を排斥し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護することを目的とする原理である<sup>64)</sup>。治者と被治者の双方が法によって統制され、法に従って行動することを要請する理念であり、したがって、法は、治者を適切に統制し、被治者の態度を導くに足る合理的 (reasonable) なものでなければならない<sup>65)</sup>。法の支配の実現について、シーゲルが強調する点は、民衆が法を自己のものとして把握し、その規範性を進んで承認する状況の必要性であり、法の支配の実現にとって最大の脅威は、公衆の疎外感だということである。「もし政治共同体の構成員が、長期にわたって法を疎遠なものだと感じるようになれば、法に従う義務感が減退するのは不可避である。あるいは制裁を畏怖して法への遵守が継続されるかもしれないが、しかしそれでは、公衆が『内的観点 (the internal point of view)』から法に関与し続けることは期待できず、特定の方法で行

---

63) *Id.* at 1030.

64) *Id.* at 965; JOSEPH RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, in *THE AUTHORITY OF LAW* 210, 213 (1979).

65) *Supra* note 30 at 965-67.

動する根拠は法の要請によるものとは考えないようにしてしまう<sup>66)</sup>。疎外の結果として、「法は重要であり、重要でなければならない」という、社会に広く普及した想定を掘り崩すこととなる。したがって、法の支配の維持にとって決定的なのは、治者が「法の支配の諸価値」に忠実であり、被治者が自身のものとして承認できない法が生み出されることはない、と被治者たる公衆が確信している状態にある<sup>67)</sup>。

シーゲルの議論は、治者と被治者の信頼関係という民主主義の観念を、裁判所が実現する法の支配の文脈に積極的に位置付けているところに特徴がある。通常、法の支配の原理と民主主義については、市民が立法過程それ自体に参加するという点で、あるいは民主主義プロセス論による司法審査の正当化という点で関連性が指摘されているが、いずれにせよ裁判所は多数者の暴政を防ぐ砦として、制度的に民主主義から切り離されたものとして理解されている<sup>68)</sup>。この点、シーゲルは、裁判所に公衆による支持という契機をあえて組み入れることを提唱しているのである。

これに対しては、裁判所が公衆による支持を志向することは、結局のところ法原理とは全く異質な「多数派の支持」を得ようとする配慮にすぎず、裁判の政治化をもたらすものであって、法の支配と逆行するのではないかという危惧を招くかもしれない。シーゲルやポストらも、基本的に「法の支配の諸価値」に従って判決が下されることが、裁判所の第一義的な役割と考えていることに変わりはない。そのことを前提に、「法の支配の諸価値」への忠誠を司法の役割として貫徹することで却って、公衆による受容という法の支配それ自体の基盤が危うくなる状況——強いジレンマ

---

66) *Id.* at 967; 「内的観点」については、*See*, H.L.A.HART, THE CONCEPT OF LAW at 90 (2d ed. 1994).

67) *Id.* at 967; Carla Hesse & Robert C. Post, Introduction to HUMAN RIGHT IN POLITICAL TRANSITION: GETTYSBURG TO BOSNIA, 646 (Carla Hesse & Robert C. Post eds., 1999). ポストは、法の支配を維持するために不可欠な被治者と治者の関係は、信頼と暗黙の社会的理解を反映する特殊な社会实践によって構成されると指摘している。

68) 芦部信喜『憲法学Ⅰ』(有斐閣, 1992年) 107-108頁, 同『司法のあり方と人権』(東京大学出版会, 1983年) 76頁以下など参照。

の状況——がありうるのではないかと問うているのである。二極的に分裂する価値の対立に直面した際、裁判所がその社会状況を踏まえ、公衆による受容可能性を追求することは、法の支配に逆行するどころか、正にその政治的基盤を強化しようとする試みに他ならない。シーゲルはこのように述べ、その試みが「司法的ステイツマンシップ」の実践としての、社会的価値の表明、そして社会連帯の維持の実現であるという。

## 第二節 社会的価値の表明と社会連帯の維持

### 1 社会的価値の表明

ある問題をめぐって社会の価値が劇的に変容を遂げている（あるいは、遂げつつある）状況において、裁判所は、その社会的価値を自ら表明しなければならない。そして、従来の判例法理を転換し、「法の支配の諸価値」に積極的に背かなければならない。これがシーゲルのいう、「司法的ステイツマンシップ」の実践として要請される「社会的価値の表明」である。その例として、シーゲルはいわゆるロクナー時代の一連の最高裁判決を挙げる。たしかに当時、*Lochner v. New York* 判決<sup>69)</sup>の実体的デュープロセス論に忠実であることは、一貫性、安定性、予測可能性、透明性といった「法の支配の諸価値」に整合するものであったであろうし、最高裁は、ロクナー型の実体的デュープロセス論を再確認する中で、理由提示の規範を含めた、様々な専門的規範に対する忠誠を表明していたといえる。しかし、ロクナー時代が幕を閉じたのは、最高裁が執拗に表明し続ける諸価値——契約の自由の絶対的保障——が国家における政治的合意と深刻な緊張関係に立つようになり、政治部門に対する譲歩を拒み続けることが、裁判所にとって回復しがたい損失を拡大させるという認識が広く共有されるに至ったからである。そのような忠誠は、ニューディール期における憲法危機の時代にあって、最高裁の正統性をむしろ弱体化させるものでしか

---

69) 198 U.S. 45 (1905).

かったといえよう<sup>70)</sup>。

もう一つ、シーゲルは *Brown v. Board of Education of Topeka* 判決<sup>71)</sup>を挙げる。*Brown* 判決は、*Plessy v. Ferguson* 判決<sup>72)</sup>で示された「分離すれども平等」の法理を否定し、教育の重要性を強調して、人種のみを根拠に隔離することによって黒人の生徒に劣等感を植え付け、取り返しのつかない影響を心身に与えるとして、公教育にける強制的な人種差別を違憲と判断した。*Brown* 判決は、人種差別主義者からの猛烈な抵抗に直面したが、人種隔離の撤廃という価値を積極的に表明することで、最終的に憲法上の価値として社会的に形成することに成功した<sup>73)</sup>。*Plessy* 判決への回帰を示唆するような裁判所は、克服不能な正統性の危機に直面せざるをえないほど、今日において *Brown* 判決の正当性に疑問の余地はなくなっている。

冒頭に挙げたように、トクヴィルは裁判官に要求される資質として、「時代の精神を読み取り、克服しうる障害に立ち向かう能力をもち、しかも連邦の主権と法の遵守とを裁判官とともに押し流そうとする流れが高まった時には、時代の風潮に背を向ける術も知らねばならない」<sup>74)</sup>と述べていた。トクヴィルが教えるのは、「時代の精神」を理解する裁判官こそが、その時代における社会的価値を巧みに表明し、憲法をより適切に構築しうるということである<sup>75)</sup>。社会状況は常に変化を続け、社会的価値

---

70) *Supra* note 30 at 971; *See*, Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part Three: The Lesson of *Lochner*, 76 N.Y.U.L.REV. 1383, at 1387 (2001).

71) 347 U.S. 483 (1954).

72) 163 U.S. 537 (1896).

73) 法は社会的価値によって形成されるのと同時に、法それ自身が社会的価値を形成するという意味で、法と社会的価値は常に相互に関連するものと言える。*Supra* note 30 at 974. *See also* Robert C. Post, *The Supreme Court, 2002 Term Forward: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Court, and Law*, 117 HARV. L. REV. 4 (2003).

74) *Supra* note 5.

75) この点につき、シーゲルは、ウッドロー・ウィルソン大統領が「合衆国憲法は単に法律家の文書ではない。それは生命の手段 (a vehicle of life) であり、その精神は常に時代の精神なのである」と述べていたことを指摘している。*Supra* note 30 at 981; *See*, WOODROW WILSON, *CONSTITUTIONAL GOVERNMENT IN THE UNITED STATES* 69 ([1908], paper ed. 1964).

もそれに伴い展開し続ける。「司法的ステイツマンシップ」は裁判官に対して、特定の時代に留まることなく、変化する社会の要請に適應する柔軟性を持ち合わせることを要求する<sup>76)</sup>。シーゲルは、これはちょうどフランクフェーター裁判官が「法が前提としているのは、論理的展開と同様に、社会学的な賢慮である」述べたことと同旨だと指摘する<sup>77)</sup>。

さらに裁判官は、社会的価値の表明を通じて、積極的に価値を形成し洗練させなければならない。フランクフェーターの言葉によれば、「裁判官は、自身の見解を達成する術を利用する構想を備えた人間でなければならない」のであり、問題となっている状況や価値いかんによって、裁判官は断固たる決意をもって特定の価値を権威的に表明する責務を負っている<sup>78)</sup>。ロクナー時代に終止符を打とうとしたことがその実例であり、人種隔離制度の解体に踏み切った Brown 判決も同様である。短期的には社会の分断が予想されるとしても、長期的な「公的正統性」を確保するために、既存の法体制に積極的に介入していくことが必要だと判断した場合、裁判所は積極的に賭けに出なければならない。

これが「司法的ステイツマンシップ」の実践としての「社会的価値の表明」である。

## 2 社会連帯の維持

社会的価値の表明と併せて、法の基本的目的を達成すべく要請とされるのは、状況の変化に応じて社会的結合を維持する責務である<sup>79)</sup>。これは「『共通の運命』についての運命」(the fate of 'a common fate') に対する関

---

76) *Supra* note 30 at 981.

77) *Id.*; See also, e.g., FELIX FRANKFURTER & JAMES M. LANDIS, THE BUSINESS OF THE SUPREME COURT: A STUDY IN THE FEDERAL JUDICIAL SYSTEM 310, 317 (1928).

78) *Supra* note 30, at 987.

79) *Id.* at 979, 985-990.; Alec Stone Sweet, Judicialization and the Construction of Governance, in ON LAW, POLITICS, & JUDICIALIZATION 55, 57 (Martin Shapiro & Alec Stone Sweet eds., 2002).

心を反映するものとして特徴付けられ、社会連帯を維持し、相互尊重の行動をもたらすものとして説明される<sup>80)</sup>。最高裁の役割として、社会が変化し続ける中で、その持続性を維持させることが求められている。社会の持続性を確保するために政治的变化を整序しようとするれば、裁判所は、連帯の問題に関心を向けなければならない、判決に対する社会の反応を予測しなければならない。裁判所を含めた政府アクターによって権威的に表明される価値は、多様な価値観を備えた者たちにとって規範的に承認できるものでなければならない。この責務は、とりわけ社会が文化的に異質で、個人や共同体のアイデンティティをめぐって鋭く対立している状況において重要となる。中絶規制、教育環境における人種の使用、死刑制度、宗教に対して政府が財政支援や象徴的な是認を行うこと、同性愛者の権利、医師による自殺補助などをめぐる争いがそれである<sup>81)</sup>。これらはいずれも、比較不能な価値をめぐる文化対立 (cultural conflict over incommensurable values) であり、一方の価値だけを公的に承認すれば社会をいっそう深く分断することになりかねない性質を有している<sup>82)</sup>。この種の問題に対する回答を迫られるとき、裁判所は、社会状況を踏まえながら、連帯の維持を達成するための意見を構築することが求められる。

社会連帯を維持するために裁判所が状況にいかに対応すべきであるかは、理論的な問題ではなく、事案ごとに問題となっている特定の価値、文脈や判断能力の行使に必然的に依存する。「アイデンティティを決定付ける」対立 (“identity-defining” conflict) と呼べるような深く対立する特定の事案において、明確な勝者もしくは敗者の宣言を回避し、各当事者に部分的な勝利を与える解決策を形成することが適切な場合もあるかもしれない<sup>83)</sup>。あるいは、短期的な社会連帯を犠牲にしても、長期的な社会的連

---

80) *Supra* note 30 at 974; Cass R. Sunstein, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 50 (1999).

81) *Supra* note 30 at 985.

82) *Id.*

83) *Id.* at 975.

帯及び他の重要な諸価値を促進するために、断固たる決断をとることが裁判所にとって適切な場合もあるかもしれない。いずれにせよ、ステイツマンシップを実践する裁判官は、双方の合理的な関心に対して誠実な敬意を払いながら、自身の経験やイデオロギー的なコミットメントから距離を置かなければならない。裁判官は、当事者に対する共感と公平 (sympathy and detachment) とを併せもち、部分ではなく全体について言及するよう努めなければならない<sup>84)</sup>、自身の限界に囚われることなく社会を全体として展望する想像力を涵養することが求められる<sup>85)</sup>。そして、いずれか一方の視点を自身のものとして採用することなく、解消不能な双方の視点から対立を追体験するような仕方でも熟議し、「文化闘争の双方に歩み寄り、少なくともある程度、双方の価値を象徴的かつ現実的に反映する憲法構造を形成しようと試みること」が要求される<sup>86)</sup>。その意味で、「最高裁の第一的な責務は、妥協と調整を見出すことであり、それは確たる明快な原理を宣言することに先立つ」<sup>87)</sup> ものなのである。

この社会的連帯を維持するという任務は、「共存不能だが合理的 (reasonable) な価値の対立」と認められる領域で行われる<sup>88)</sup>。当然であるが、不合理 (unreasonable) で許容 (inadmissible) できない価値——たとえば、人種や性別に基づく社会的隷従を要求するような価値は、調整の対象には含まれない。もちろん、何が「合理的な不一致」といえるのかは論争的な問題であり、その線引きには競合する社会的価値に基づいた規範的判

---

84) *Id.* at 986; See, Anthony T. Kronman, THE LOST LAWYER: FAILING IDEAL PROFESSION 65-87 (1993). クロンマンは、ステイツマンシップについて「政治的討議において必要なことは、共感と公平という対立する態度を結合させる能力、すなわち他者の立場に立つ能力と、その懸念に力を与えている価値や信念にコミットしない状態を維持する能力である」と述べており、シーゲルは多くをクロンマンの主張に依拠している。

85) Siegel, at 986.

86) *Id.*

87) ALEXANDER M. BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT 26 (1975).

88) *Supra* note 30 at 976.

断が必要となる<sup>89)</sup>。社会連帯の維持を図ろうとした先例として、先に見た Bakke 判決におけるパウエル意見が挙げられる。先述の通りパウエル意見は、アフーマティブ・アクションの問題を厳しく指摘しつつも、しかしその存続を承認するものであり、双方の価値に対して慎重な配慮を示しながらもいずれにも完全にコミットせず、社会的価値の表明と社会連帯の維持が追及された好例といえる<sup>90)</sup>。

このように「社会連帯の維持」は「社会的価値の表明」に伴う社会の分断を緩和することを目指すものといえるが、両者は逆説的でありながら相補的な関係に立っている<sup>91)</sup>。このような両者の関係に周到な配慮をしながら、公衆による受容を確保しようとする試みが「司法的ステイツマンシップ」の実践とされる。

### 第三節 最高裁における「法」と「政治」

#### 1 概念の明確性

以上のようなシーゲルの概念化の試みにも拘らず、「司法的ステイツマンシップ」の不明確さは、なお拭い切れたと言うことはできないであろう<sup>92)</sup>。シーゲルはこの点を十分自覚している。「司法的ステイツマンシップ」の説明において、分析上の利便性 (analytical tractability) と一般的な正確さ (overall accuracy) はトレードオフの関係に立つところ、その複雑

---

89) *Id.*

90) また、そのパウエル意見を継承して、グルッタ——判決において示されたオコナー裁判官の意見も、社会連帯の維持を図るべく「司法的ステイツマンシップ」がなされた例として挙げられる。

91) *Supra* note 30 at 976-79.

92) 例えば、「司法的ステイツマンシップ」はあらゆる裁判官が実践しうるものなのか、連邦裁判官に限られるのか、連邦最高裁裁判官に限られるのか。裁判官が適切に「司法的ステイツマンシップ」を実践するのは、あらゆる事件においてなのか、憲法訴訟に限られるのか。「司法的ステイツマンシップ」はあらゆる論争に適切なものか、特定の対立的な事案——個人としての、共同体としてのアイデンティティの問題にかかわるものに限られるのか。いかにして「社会的価値の表明」と「社会連帯の維持」とを調整しつつ実現しうるのか。シーゲルの説明からは必ずしも明らかとは言えない。

な社会的実践が持つ曖昧さを公平に評価するために、後者に重点を置き、一般的な限界を提示することは犠牲にしていると率直に宣言している<sup>93)</sup>。概念化を試みる主眼が、体系的な規範的理論として提唱するところにはなく、あくまで「司法的ステイツマンシップ」の実践が要求される状況の存在を提示するところにあるためである。念頭に置かれているのは、合理的だが相容れない対立が先鋭化している状況、「個人や共同体のアイデンティティの問題をめぐる対立に関わる憲法上の論争に、最高裁が直面する状況」<sup>94)</sup> である。そのような場合には、「① 裁判官の裁量や権限が最大化し、② 判決の社会的重要性が、ステイツマンシップが達成しようとする法の前提条件や目的に対して、最も甚大な（積極的なものであれ、消極的なものであれ）衝撃を与えるうるものであり、③ 『法の支配の諸価値』が、他の公的理念（other public ideals）を追求する中で、最も適切に譲歩さるうる」<sup>95)</sup> からである。このようにシーゲルは、「司法的ステイツマンシップ」の適切さは個別の事案に依存するものであり、それ自体の明確な理論化を想定していないことを認めており<sup>96)</sup>、ステイツマンシップが要求される状況——「法の支配の諸価値」に忠実であるだけでは、法の支配の基盤が危殆化する状況——が存在することを示すことさえできれば、概念化として十分だと考えているようである。

確かに、「司法的ステイツマンシップ」というプラグマティックな実践に対して、理論的な明確性を望むこと自体が、批判として有効ではないように思われる。むしろ問わなければならないことは、司法的判断としてス

93) *Supra* note 30 at 959.

94) *Id.* at 994.

95) *Id.* 最高裁裁判官は司法制度の頂点に位置しているため、広い裁量と権限を有しており、とりわけ、憲法訴訟においては、争われるテキストは広範であり、先例拘束によって課される制約も下級審におけるものより緩やかなものと一般的に解されている。また、アイデンティティを決定付けるような事件であれば、法が権威的に表明する社会的価値について公衆の強い関心を呼ぶであろうし、そのために判決は、深く内在化されている比較不能のコミットメントの間で選択を迫られることになる。

96) *Id.* at 994.

テイツマンの考慮をなすこと自体の是非である。これは社会において裁判所が果たすべき役割に関わる問題であり、司法における「法」と「政治」との関係をめぐる問題である。この点につき、「法」と「政治」を厳格に峻別し、政治的考慮を法的判断から排除することを目指す、ハートやウェクスラーのようなプロセス法学の立場からすれば、「司法的ステイツマンシップ」なる概念は、法的に正当化できない裁判官の行動に対する政治的な追認でしかなく、法にとって有害なものとされることになろう。プロセス法学が提唱する諸価値、「中立性の原則」といった原理に基づく裁判という観点からすれば、裁判官は原理を基礎付ける専門的論拠にのみ基づいて法規範を構築すべきであり、従わなければならないのは、伝統的な法の資源として存在している諸規範——憲法典、憲法典の歴史的理解、重要な法律、先例など——であって、裁判官の役割はステイツマンではありえない。あくまで裁判官の職務は法を解釈適用することにすぎず、それによって法の正統性や法的価値の有効性を適切に維持できると考えられているのである。

このような批判に対して、シーゲルが「司法的ステイツマンシップ」を、法の公的正統性という法の支配の政治的基盤から導いたことは既に見た通りであるが、ポストはさらに「法」と「政治」との関係についてのより一般的な観点から、これを擁護する。「法と政治との峻別はそれ自身が幻想であり、『中立性の原則』を定式化する際に特有の純粋な潔癖性は、単なるイデオロギーでしかなく」、裁判所による政治的考慮は不可避であるばかりか、むしろ期待された職務であると述べる<sup>97)</sup>。

## 2 「法」と「政治」の関係

ポストは、「法」と「政治」の関係を、現代の異質な社会が安定と統制を実現するために必要な、社会統合の包括的なプロセスの部分を担う各領

---

97) Robert C. Post, *Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics*, 98 CAL. L. REV. 1320 at 1348 (2010).

域として把握されるべきだと主張する<sup>98)</sup>。ポストが述べるのは、「法」の領域と「政治」の領域との間で生じる動態的な相互の往復関係である。例えば、ある論争について「政治」が何らかの原理を選択する決断を下し、立法化に成功すれば、「政治」の領域から「法」の領域へと議論の形態が移行する。しかし、その原理の意味について社会に不一致が継続していれば、当該問題をめぐる対立状況は、事実の問題として解消されない。原理に対する推定的な同意が幻想であり、深刻化し続ける対立を収束させるための場を設ける必要があると判断されれば、再び「政治」の形態に巻き込まれていく。このような「法」と「政治」の動態的・弁証的な相互関係は永続的に継続しうるものであり、現代社会における継続的な論争は、「法」と「政治」の健全な往復関係を確立することによってコントロールされているとポストは言う<sup>99)</sup>。この動態的關係は、憲法上の価値が問題となる場合にも当然生じる。そして憲法上の価値は当該政治形態それ自体のアイデンティティや特質に関わる合意を象徴するものであり、それ自体が極めて政治的に論争的な性質を有している<sup>100)</sup>。したがって、憲法上の価値は、いかなる時点についても、裁判所、政治部門、あるいは双方同時に問題とされ、その役割を果たしている。憲法上の価値を法的に明確化することによって、政治による明確化に影響を与えるであろうし、逆もまたしかりである。ポストは、このような憲法と政治との複雑な相互依存関係を「民主的立憲主義」(democratic constitutionalism)と呼び、憲法価値の動態的な実現過程を捉えようとしている<sup>101)</sup>。

---

98) *Id.* at 1343.

99) *Id.* at 1319.

100) 例えば、裁判所が、リプロダクツライツのような憲法上の価値を明確に表明するかもしれないが、政治アクターは司法に対する政治的反動を動員するためにその判決を利用するかもしれない。あるいは、政治アクターが主導して、銃を所持する権利や性的な平等保護の権利のような、特定の憲法上の価値が存在すると提案した後、裁判所が憲法裁判の文脈でそれらの諸価値に法的形式を付与するかもしれない。*Id.* at 1344.

101) *Id.* at 1345; Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Democratic Constitutionalism*, in *The Constitution in 2020 25* (Jack M. Balkin & Reva B. Siegel eds., 2009); Robert C. Post & ↗

憲法上の権利や憲法構造が問題とされる憲法訴訟においては、法制度の観点から、政治形態それ自身のアイデンティティや特徴を基礎付ける価値を明確に表明しなければならない。そういった重要な価値が問題となっている場合に、当該判決がもたらす政治的影響を考慮することは、裁判所にとって珍しいことではない。ポストによれば、裁判所が、政治形態それ自体を定義するほど根本的な諸価値——国家の継続的な憲法上のアイデンティティにとって前提条件となる諸価値——の源泉 (repository) として自身を規定する場合、「司法的ステイツマンシップ」の問題が生じる。「法」と「政治」の動的な関係を前提にすれば、判決は常に政治的討議をもたらす契機を持ち、政治論争や政治活動を駆り立て、情報提供し、導いてゆく。その意味で、裁判所は必然的に政治アクターであるといつてよい。したがって、政治形態や法の支配といった国家のアイデンティティに関わる本質的な諸価値が問題となる場合、「政治」との動的関係、公衆との対話に目を配りながら、政治的支持を効果的に促すような仕方でも意見を構築することが期待されることになる。

このようにして、シーゲルは「法」と「政治」との動的な関係を前提としつつ、裁判所における「政治」的考慮を積極的に肯定する。それは裁判所が、専門的論拠に基づく判断だけではなく、国家の存続を可能ならしめ、政治形態の維持にとって必須の共有された社会的価値の保護者として、政治形態や法の支配の政治的支持を促進する仕方でも意見形成を行う責務を担っているからである。ポストはこれを「倫理の責務」(an ethic of responsibility) と呼ぶ。

シーゲルと同様に、ポストも、判決が社会にもたらす現実のインパクトを問題にしており、「法が、政治形態の安定性を強化するという根本的なコミットメントに関わるものである限り——そしてそれらが法それ自体の相対的な自律性を明確に含むものである限り——、これらの根本的なコ

---

↘Reva B. Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 373 (2007).

ミットメントを無視する方法で裁判官の役割を規定することは、裁判官にとって自殺行為となるであろう」と述べている<sup>102)</sup>。裁判官がこれらのコミットメントの評価を誤れば、結局は政治体制自身によってその誤りを匡正されることになるが、そのコストは深刻な消耗を国家にもたらすという過去の教訓を認識しなければならない。「法」と「政治」の現実の相互関係を把握することは、最も正確に言えば、裁判官が自身の判決形成に対する「責務の倫理」を担わなければならないことを理解することなのである<sup>103)</sup>。

ポストの議論の特徴は、「法」と「政治」を社会統合というプロセスに包摂される領域として把握した上で、同意と不一致という不可避の社会事実を取り扱うという点で共通し、取扱い方が異なるが相互に往復する関係にあるという点から、両者を相対化し、厳格な峻別を退けようとするところにある。シーゲルが、法の支配の政治的基盤としての「公的正統性」を確保するために「司法的ステイツマンシップ」に言及していたのと同様に、ポストも政治形態や法の支配といった国家の存続を可能ならしめる根本的な諸価値をめぐる文脈において「司法的ステイツマンシップ」を論じている。裁判所は、政治形態や法の支配を支える根源的なコミットメントの確保を追求する責務を有しており、「法」と「政治」との動態的な関係抜きに裁判所の役割を捉えることはできないというポストの指摘は、一定の説得力があるように思われる。

#### 第四節 小 括

従来、裁判官のステイツマンシップを正面から提唱していたのは、フランクファーターであったが、しかし、ステイツマンシップとして何を描き、潜在的に対立する多様な相をいかに整合させるのかといったことについて、はっきりと述べていたわけではなく、むしろ司法的ステイツマン

---

102) *Id.* Post, at 1348.

103) *Id.*

シップは、裁判所が政治部門との軋轢を回避するため自己抑制のルールと結び付けて理解されてきた節もある<sup>104)</sup>。あるいは、かつてビッケルによって、現在ではキャス・サンスティンによって司法ミニマリズムとして定式化されている判断回避の技術も、ステイツマンシップとして語ることもできるかもしれない。

しかし、シーゲルは、司法の自己抑制や判断回避を「司法的ステイツマンシップ」の一般論として語ることは不適切であると指摘する<sup>105)</sup>。たしかに、状況によっては司法の自己抑制や、対立の回避がステイツマンシップと評価される場合もあるといえる。たとえば、立法府が根本的な憲法価値が対立しない方法で社会的理念を表明している場合、あるいは、当該社会問題の扱いが難しく、司法の介入によってもたらされる状況が見通せないといった場合がそうである。また、国家が激しく分裂している状況のように、ある時点での司法的介入が分裂化を助長させかねない場合には、さしあたりの対応として対立の回避がステイツマンシップの実践と言いうるかもしれない<sup>106)</sup>。しかし、それは「司法的ステイツマンシップ」が実践された結果でしかなく、「司法的ステイツマンシップ」が常に消極的な司法判断を要請するわけではない。これまで見てきたように、シーゲルやボストのいう「司法的ステイツマンシップ」は、対立を回避するものではなくむしろ承認し、法の「公的正統性」を確保するための積極的な判断を裁判官に要請するものである。ある場合には Brown 判決のように断固たる行動が要求され、ある場合には Bakke 判決のように相互の価値を反映させた法の解釈を通じて、少なくとも統御可能な程度にまで対立を緩和する

---

104) 実際、フランクファーターは司法の自己抑制を強調し、立法府に対する敬讓をステイツマンシップとして論じていた。See, FELIX FRANKFURTER, *The Court and Statesmanship*, in *LAW AND POLITICS: OCCASIONAL PAPERS OF FELIX FRANKFURTER, 1913-1938* at 34 (E. F. Prichard, Jr. & Archibald MacLeish eds., 1939); -289; Note, *Supreme Court Interpretation of Statutes of Avoid Constitutional Decisions*, 53 *Colum. L. Rev.* 633, 644-646 (1953).

105) *Supra* note 30 at 994.

106) *Id.* at 995.

努力が要求される。公衆による制度的基盤を持たないからこそ、公衆の受容を獲得するべく能動的に政治部門ひいては社会に応答する形で、裁判官は意見を執筆しなければならない。

このような「司法的ステイツマンシップ」の実践を、ポストとシーゲルは、裁判官の意見における発話内行為 (an illocutionary act) と発話媒介行為 (a perlocutionary act) との不一致として説明する。意見の内容 (発話内行為) は専門的論拠が命じる規範に反するものであるが、しかし、その意見が有する媒介効果によって、裁判所の「正統性」を獲得しようとする試みが「司法的ステイツマンシップ」であるという。法制度の正統性は、あらゆる政府制度と同様に、公衆による共同的な受容によって構成されており、公衆による共同的な受容は公衆の認識に依存しており、公衆の認識は司法的意見の発話内効果よりも、その媒介効果の産物だとされる<sup>107)</sup>。社会状況の変化に応じて法の規範性を維持し、社会連帯を維持するため、裁判官は自身の意見の発話媒介効果に注意を払わなければならないのである。

シーゲルやポストは、法が、長期的かつ国家全体に対して機能の全てを発揮し、その正統性を維持しなければならないものであるとすれば、「司法的ステイツマンシップ」はアメリカ憲法秩序における司法の役割として必須の要素だと位置付ける。法は、多様な目的を達成しなければならない制度であり、自身の正統性の条件に責任を持たなければならない。したがって「司法的ステイツマンシップ」の実践は、初めから法の支配の内部に位置する問題であり、「裁判官の役割における美德」であり、「責務の倫理」なのである。

### 第三章 「司法的ステイツマンシップ」の実例

これまで Bakke 判決を参照しながら「司法的ステイツマンシップ」の

---

107) *Supra* note 23 at 1507.

概念を確認してきたが、本章ではさらに具体的な事案における実践を確認したい。第一に、アファーマティブ・アクションが問題となった *Parents Involved in Community School v. Seattle School district No.1* 判決、第二に、中絶規制が問題となった *Gonzales v. Carhart* 判決、最後に、医療保険制度が問題となった *National Federation of Independent v. Sebelius* 判決である。いずれも論争的な憲法問題を含み、比較不能な価値が対立する状況において、法それ自身の正統性の資源を維持する方法で、最高裁の応答が求められた事案である。

第一の *Parents Involved* 判決と第二の *Gonzales* 判決ではケネディ意見を取り上げるが、前者は「司法的ステイツマンシップ」の実践例として、第二は失敗例として提示する。最後の *Sebelius* 判決は、ロバーツ長官による「司法的ステイツマンシップ」の実践例として示す。これらの実践例を通じて、「司法的ステイツマンシップ」の有効性の一端を明らかにしたい。

## 第一節 *Parents Involved in Community School v. Seattle School district No.1*

### 1 事 案

*Parents Involved* 事件では、地域社会は生徒入学制度として、裁判所によって命じられていない場合に、どの程度人種を考慮することができるかが問題となった<sup>108)</sup>。ワシントン州シアトル第一学区とケンタッキー州ジェファソン郡が、初等中等学校への生徒の入学に際して、明確な人種類型であれ間接的な考慮であれ、成績と無関係に人種を基準として用いることが、平等保護条項に照らしてどの程度許されるのか、が争われた事案で

---

108) *Parents Involved* 判決に関する解説として、吉田仁美「初等・中等教育における人種差別撤廃」戸松秀典編『続・アメリカ憲法訴訟』236頁以下(有斐閣, 2014年)、溜箭将之「初等中等教育機関における人種統合のゆくえ」大沢秀介ほか編『アメリカ憲法判例の物語』47頁以下(成文堂, 2014年)。

ある。教育委員会は生徒の入学に人種を用いる根拠として、二つの利益を主張していた。一つは、人種的統合学校に付随するとされている、市民的、社会的、教育的な恩恵を保障すること、もう一つは、下級教育における少数派の隔離を解消することである。

最高裁の意見は、4-4-1に分裂し、Bakke 判決のそれを想起させるものであった。相対多数意見を執筆したのがロバーツ長官であり、スカリア、トーマス、アリートが賛同し、ケネディも一部賛同している。ロバーツは、入学の審査に人種を用いることにつき、やむにやまれぬ利益を認めず、シアトルとジェファソン郡が行っていた人種の考慮を違憲であるとした。そして、平等保護について反区分 (anticlassification) の概念を強調し、「人種に基づく差別を終わらせる方法は、人種に基づく差別を終わらせることである」<sup>109)</sup>と述べた。ロバーツが、入学の審査において人種を用いることを広範に禁止する意図を有していることは、明らかに見て取れる。これに対して、ブライアが長文の反対意見を執筆し、スティーブンス、スーター、ギンズバーグが賛同している。ブライアは、人種統合を追求するために人種的区分や人種を考慮する他の形式を採用する入学制度を支持し、本件の制度も合憲と判断した。もっとも、入学審査において人種を用いることができる限界については、特定していない。

## 2 ケネディ意見

その中で、ケネディの意見はいかなるものであったか。ケネディ反対意見は、人種的に統合された学校に強力な承認を送りながら、同時に、人種を基礎に個々の生徒を区分 (classify) する教育委員会の権限をかなりの程度抑制しようとするものであった。ケネディは、やむにやまれぬ利益は、人種隔離 (racial isolation) を回避し、生徒集団の多様性を確保するところにある、この利益は教育委員会が、その裁量と専門性を尽くして追求でき

---

109) Parents Involved, 127 S. Ct. at 2768 (plurality of Roberts, C.J.).

るものであると述べた<sup>110)</sup>。

「特定の学校の生徒集団の構成が、全ての生徒に対する教育の機会均等を提供するという目的を妨げているとの懸念を学校当局が持った場合には、人種による機械的な分類にのみ基づいて個々の生徒を別異に取り扱うものでない限り、一般的な方法でその問題に対応するための人種を考慮した手法を自由に設計することができる<sup>111)</sup>」。そして、「多様な背景や人種からなる生徒の確保という目的は、新設学校の戦略的な立地を含めた他の手段を通じて達成されうる」として、人種統合のために学校が利用できる手法をいくつか例示する。「周辺の人口的要素を踏まえて学区を分ける、特別プログラムへの資金を配分する、目標にされた形で生徒や教師を募集する、在籍者数や成績その他の統計値を人種によって監視する」などがそれある<sup>112)</sup>。

ケネディは、人種を考慮する手法の全てが厳格な審査に服せしめられるとは考えてはいなかったが、しかし同時に、「人種区分の粗雑な制度によって生徒を機械的に割り当てることは、全く別の意味を持つものであって、その場合には法的分析の仕方も変わらざるを得ない<sup>113)</sup>」とも述べている。なぜなら、「そのような制度は、各生徒に対して、自分たちは人種によって規定されていると告げるもの」だからである<sup>114)</sup>。「命令的な人種区分の下で生きることを強えられるのは、アメリカ社会における個人の尊厳と整合しない。政府による人種に基づく区分は、人民に人種類型に基づいて別な方向へ進むことを命じるものであり、新たな不和を引き起こしうる」と警告する<sup>115)</sup>。

---

110) Parents Involved, 127 S. Ct. at 2836 (Breyer, J., dissenting).

111) Parents Involved, 127 S. Ct. at 2792 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in the judgement).

112) *Id.*

113) *Id.*

114) *Id.*

115) *Id.* at 2796-97.

もっとも、ケネディは、入学制度として人種区分の使用を排他的に禁止するわけではない。むしろ「このように採用された人種区分が正当なものとして考慮されるのは、それがやむにやまれぬ政府利益を達成するための最後の手段の場合に限られる」<sup>116)</sup>と述べている。ただし本件では、上記で例示した文面上、人種中立的な手法やその他の手段によって達成しえた事案だとして結論は相対多数意見に同意している。

### 3 「司法的ステイツマンシップ」の成功

以上のようなケネディ意見を、シーゲルは、重要な点で「司法的ステイツマンシップ」を実践したものであると評する。平等保護条項が、誰をいかなる方法で保護するのかをめぐって、対立する当事者の双方が強力に有している道徳的主張を容認したというだけでなく、現実を受容したからである<sup>117)</sup>。シーゲルによれば、ケネディ意見は、「かなりの程度、当事者の視点から相競合する主張を考慮しており、それぞれの主張を退けることもせず、深刻かつ共存不能な価値の対立に関わる論争に対して、偽りの通約性を与えるために当事者の主張を根本的に再構築するということもせず」、両立不能なコミットメントや主張を懸命に考慮しようと奮闘したものであった<sup>118)</sup>。ケネディは、本件における完全な敗北が、双方にとっていかなる意味を有するかをよく理解していた。一方は、人種統合をブラウン判決の不朽の道徳的遺産と捉え、今後もアメリカが自身の希求する国家たらんとするためには、人種や民族を超えた共存共生が決定的に重要であるとの見方をするアメリカ人にとっての意味。他方は、肌の色を考慮しないこと (color-blindness)、あるいは最低限、人種区分を拒絶することが、ブラウン判決の真の遺産であり、誰と関係を持つ (associates with whom) かに拘らずアメリカが希求すべき共同体の具現化であると考えるアメリカ人に

---

116) *Id.* at 2793.

117) *Supra* note 30 at 1007.

118) *Id.* 1008.

とっての意味である。

こうして相対立する理念の正確な認識に則って、ケネディは憲法論を構築した。それは Bakke 判決においてパウエル裁判官がなしたように、「双方が深く有する道徳的主張の正当性を、象徴的にも現実的にも承認した」ものであった。やむにやまれぬ政府利益を、人種統合の促進と人種隔離の緩和に見出し、必要最小限度の手段として、入学審査において人種を考慮する多様な方法が認められることを述べた。ここには、ケネディが理論的にやむにやまれぬと示した政府利益を、事実上達成不能なものとしせないという考慮が明らかに読み取れる。同時に、機械的な人種区分を原則的に退けている点で、政府による市民の人種区分が、共同体や個人にもたらすであろう負担やコストにきわめて敏感であったと言える。ケネディの意図は、人種統合へ向けた積極的な制度設計を基本的には承認しつつ、その制度の鋭さを適切な仕方です鈍らせることにあった。したがって、人種区分に依拠する前に、人種を考慮した他の形態に挑まなければならないというわけである<sup>119)</sup>。

ケネディのステイツマンシップが成功したかどうかは、最終的には裁判所の「公的正統性」を長期的に維持できるかどうかの将来にかかっている。本件について言えば、ケネディ意見が、社会統合の有意水準を地方学区に達成することを許すものとして受け止められるものかどうかである<sup>120)</sup>。それは今後の政治における、そして法における闘争の中で最終的に決定されることになる。いずれにせよ、シーゲルによれば、ケネディ意見は、合理的だが相容れない価値対立の状況にあって、包括的に社会的価値を表明し、社会連帯を維持しようとする点で、ステイツマンの努力として特徴付けられるという。

---

119) 人種を考慮する特定の形態が、人種分裂の阻止という理念にとって望ましくないということを確認している点で、Bakke 判決におけるパウエル意見や、Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003) や Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003) におけるオコナー意見と対照的であるとシーゲルは指摘している。Id. at 1010-11.

120) Id. at 1013.

## 第二節 Gonzales v. Carhart.

### 1 事 案

Parents Involved 判決に対して、「司法的ステイツマンシップ」を完全に失敗したのが、Gonzales v. Carhart 判決においてケネディが執筆した多数意見である。この事件は、2003年一部出生中絶禁止法（The Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003）<sup>121)</sup> が中絶する権利を侵害するものとして争われたものである。この連邦法は、「州際通商または外国通商での内外を問わず、一部出生中絶（a partial-birth abortion）をそれと知りながら行い、よって人の胎児を死亡させた医師は、この法律に基づき、罰金又は2年以下の懲役、もしくはその両方を科せられる」<sup>122)</sup> と規定している。そして、禁止される「一部出生中絶」は「(A) 部分的に生存している胎児を死亡させることを認識しながら、その明白な行為をなす意図をもって、生存している胎児を、頭位の場合は胎児の頭部全体が母体外に出るまで、骨盤位の場合は臍を越えて胎児の胴体の一部が母体外に出るまで、膣外に排出し」かつ「(B) 分娩の完了以外の、部分的に生存している胎児を殺す明白な行為を行うこと」と規定されている<sup>123)</sup>。「一部出生中絶」の禁止は、母体の生命を保護する必要がある場合に適用除外が認められているが、母体の健康を保持するために「一部出生中絶」が必要な場合には適用除外が認められていない<sup>124)</sup>。この母体の健康保持についての適用除外が規定されていない点の合憲性が、本件の主たる問題である。

法廷意見はケネディが執筆し、これにロバーツ、スカリア、トーマス、アリートが賛同し、文面上違憲の主張を退け、2003年一部出生中絶禁止法を合憲判決した。これに対し、ギンズバーグが反対意見を執筆し、これに

---

121) 18U.S.C. §1531 (Supp. IV 2004).

122) *Id.* §1531 (a).

123) *Id.* §1531 (b) (1).

124) *Id.* §1531 (a).

スティーブンス、スーター、ブライアが賛同しており、最高裁は完全なイデオロギーラインで分裂した。

## 2 ケネディ法廷意見

ケネディは、「もしこの法律を無効とした控訴審判決を維持するのであれば、Casey 判決の共同意見の結論にとっての中核的な前提、すなわち政府は胎児の生命を維持・促進する正当かつ実質的な利益を有するという前提を拒絶することになる」と述べ、Casey 判決を判例法理として適用することを宣言する<sup>125)</sup>。Casey 判決は、中絶規制の合憲性の判断枠組みについて、従前の判例法理を実質的に転換し、いわゆる「過度の負担」(undue burden) 基準による審査を打ち出した<sup>126)</sup>。この基準は「法律の目的または効果が、胎児が母体外で生存可能となる前の段階で中絶を望む女性にとって実質的な障害となる場合には、過度の負担が存在することとなり、当該規制は違憲無効となる」<sup>127)</sup> というものであり、本件もこの枠組みに従って判断されている<sup>128)</sup>。

ケネディは、デュープロセス論として、中絶の権利に対してかつてない規制論拠を提示した。「人間の生命に対する尊重は、母の子に対する愛情の絆の中に究極的な表明を見て取れる。本件の法律はこの現実も承認している。中絶を行うかどうかは、困難で悲痛な道徳的判断を迫る。その状況を測る信頼できるデータが存在するわけではないが、異論がない(unexceptionable)と思われるのは、一度は自ら創り育てた胎児の生命を中絶するという選択に対して後悔する女性もいるということである。深刻な

---

125) 127 S. Ct. 1638 (majority opinion).

126) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

127) *Id.* at 877-78.

128) 本件に先立って「一部出生中絶」を禁止するネブラスカ州法の合憲性が争われた *Stenberg v. Carhart* 事件においても、「過度の負担」基準によって審査され、違憲判決が下されていた。 *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000)。なお、アメリカにおける中絶規制に対する判例分析として、小竹聡『「一部出生」の禁止と中絶の権利の将来』大沢秀介ほか編『アメリカ憲法判例の物語』237頁以下(成文堂、2014年)参照。

絶望と尊重の喪失がやってくることもある。」このように中絶規制の根拠の一部を、現代アメリカ社会における女性が果たす役割についての特定の観念（愛情あふれる母）、及び自律的判断を行う女性の能力についての特定の観念（後悔に脆弱な女性）に求めたのである。それに続けて、「感情に支配された判断をする中で、いくらかの医師は、施術に伴うリスクについて要求された説明に留め、使用される手段の正確かつ詳細な開示を好まないかもしれない。……しかしながら、胎児が殺害される方法に関して情報が欠如しているところにこそ、州にとっての正当な関心がある。当該州は、極めて重大な選択に対して、十分な情報提供を確保する利益を有している。中絶を選択したことを悔いるようになる母は、苦悩に満ちた悲しみと深刻な後悔と闘わなければならないことは自明（self-evidence）である。それは事が終わってはじめて、彼女が知らなかったことを知ったときである。未だ生まれていない彼女の子の頭蓋骨を貫き、急成長していた脳を吸引することを医師に許したことをである」<sup>129)</sup>。そして「当該規制及びそれがもたらす規制の必須の効果が、胎児を出生まで維持するよう女性を励ますことになり、後期中絶の絶対数を減少させるというのは、合理的な推論である」<sup>130)</sup>と述べている。

女性の健康に対する規制効果としては、「法による禁止が女性の健康に重大な危険を常にもたらすかどうかについて、医学上の見解が不一致であることが証拠上明らかである」ことを理由に、過度の負担となることを否定している<sup>131)</sup>。本件に先立つ *Stenberg v. Carhart* 判決<sup>132)</sup>において、最高裁は、「相当程度の医学上の根拠（substantial medical authority）が、禁止された特定の中絶方法が女性の健康を危険にさらすという判断を支持している限り」母体の健康保持を理由とする適用除外が必要であると判示して

---

129) 127 S. Ct. 1634.

130) *Id.*

131) 127 S. Ct. 1636.

132) *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

いた<sup>133)</sup>。ところが、ケネディは、そのような「『ゼロ容認』は、医療共同体の一部がその規制の遵守に乗り気でないという場合に、本件のような正当な中絶規制を無効にする」ものであり、「これはあまりに厳格な基準であるため、医療専門業を規制する立法権限（本件では通商条項に基づく）に対して課すことはできない」。そして、「リスクのバランスを含めた、最低限の安全性を考慮することが立法権限の範囲内といえるのは、規制が合理的で正当な目的を追求する場合である。通常の医学的選択が利用可能である場合、単なる利便（mere convenience）がそれらを代替するのに十分であるとは言えない。そして、ある施術が他のものよりも異なるリスクを有するものだとしても、当該州が合理的な規制を課すことが禁じられるわけではない。」と退けている<sup>134)</sup>。

そして、母体の健康保持という緊急事態における適用除外の合憲性については、適用審査による手法が適切であると示唆しながら、当該法律が関連する事例の大部分（in a large fraction of relevant cases）で違憲であるとの証明がなされていないため、母体の健康保持についての除外規定を欠くことは、文面上違憲とはならないと結論付けた。

### 3 「司法的ステイツマンシップ」の失敗

シーゲルは、多数意見となったケネディ意見は、「説明、理由付け、結論の大部分が中絶の問題に対する公衆の感情を激昂させるおそれ」があり、「この問題に関してアメリカに残っていた穏健の精神を退けた」ものであり、「司法的ステイツマンシップ」の実践に完全に失敗した例だとする<sup>135)</sup>。

まずケネディが中絶権の支持者の主張を適切に考慮していないことは、その言葉遣いからも窺い知れるとシーゲルは指摘する。ケネディは、中絶

---

133) *Id.* at 938.

134) 127 S. Ct. 1638.

135) *Supra* note 30 at 1022.

に携わる専門医師を「中絶医師」あるいは「中絶主義者」と繰り返し呼び、中絶に対する明確な敵意を表明していた<sup>136)</sup>。このような振る舞いは、中絶の是非をめぐる強固な不一致がある中でも共同体を維持させるという理念にとって有害なものでしかなく、かつて Parents Involved 判決においてケネディ自身が警告していた「新たな不和」や「腐食的な言説」をもたらすものであるとシーゲルは批判している<sup>137)</sup>。

たしかに、ケネディが Parents Involved 判決で見せたようなステイツマンシップを実践していれば、そのような振る舞いはしなかったはずである。本件訴訟の主たる懸念は、一部出生中絶なる施術方法を禁止することによって、女性の身体的安全性にいかなる影響を与えるものであるかという点にあった。ところが、ケネディ意見は、適用違憲の可能性を除いて、その点をほとんど考慮していない。もしケネディが女性の健康についての懸念を承認していれば、中絶手続を遂行する医者「選好」(preference)や「単なる利便」(mere convenience)として、問題となっている憲法上の論争を単純化・矮小化しようとしなかったはずである。また、「禁止された手続は特定の状況における女性にとって最も安全である」というアメリカ産婦人科学会の立場を信頼できる証拠が支持しているにも拘らず、争われている証拠を単に「文書によって裏付けられた不一致」というように説明することはなかったはずである。さらに、ケネディが女性の健康への配慮を示すものであったならば、適用違憲の可能性を曖昧なまま放置することはなかったはずである。前記の Parents Involved 判決と同じようなステイツマンシップをもって本件を処理していたとすれば、政治的激論を誘発する女性に対するパターンリスティックな理由付けを用いたとも思えない。ケネディ自身が認めているように、中絶後症候群についての確たる科学的根拠は何ら存在しないにも拘らず、ケネディは女性が中絶を選択したことによって悲痛な悔恨に襲われることは「異論のない」(unexcept-

136) 127 S. Ct. 1620, 1625, 1631, 1632, 1635, 1636, 1638.

137) *Supra* note 30 at 1023.; *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914,938 (2000).

tionable) もしくは「自明」(self-evidence) と挑発的に強弁しているにすぎず、何らの説得的な説明を試みようともしていない<sup>138)</sup>。

中絶規制の是非をめぐる論争は、人種隔離制度と比べて、より実体的な道徳的関心、個人のアイデンティティを深いレベルで基礎付ける価値をめぐる対立であり、一般的な法原理に基づいて処理できる類の問題ではない<sup>139)</sup>。Brown 判決と異なり、中絶論争をめぐる両極の見解が将来大きく変化するとは容易に期待できない。このような極めて論争的な性質に鑑みれば、裁判官の特定の見解に拘わりなく、対立を統御可能な水準にまで緩和しようような穏健な方法を探らなければ、中絶に関する憲法論が長期的にその正当性を維持できそうにない。そうであれば、中絶事例において裁判官が実践すべきなのは、「穏健の精神」によって導かれた「司法的ステイツマンシップ」でなければならない<sup>140)</sup>。ところが、最高裁は中絶の施術方法をめぐる議論を、「中絶医師」の「単なる利便」へと矮小化することによって、中絶論争の火に油を注いだ格好になった。

このようにして、中絶規制という多くのアメリカ人にとってアイデンティティを決定付ける対立において、最高裁は共同体の一部のみが有する価値を承認・表明し、他に存在する比較不能なコミットメントを退けた。最高裁は双方の顕著な懸念を象徴的にも現実的にも承認する憲法の形式を構築しなかった。最も過激な反対派の価値を採用・表明したことによって、立法領域、訴訟、政治運動、裁判官の承認審理等の至るところで激しい論争や深刻な対立がもたらされることが予想され、Gonzales 判決が、中絶をめぐる社会的価値の形成として長期的な成功をおさめるということ

138) 中絶後症候群の唯一の証拠として引用したのは、本件訴訟に提出されたアミユカス・ブリーフでしかなかった Brief of Sandra Cano et al. as Amie Curiae Supporting Respondents, *Gonzales v. Carhart*, 127 S. Ct. 1610 (No. 05-380), 2006 WL 1436684.

139) 中絶の強力な反対者が Roe 判決を完全に不当なものとみなし続けることは、ギンズバーグや他の強力な賛成者が Gonzales 判決をそうすることと同じである。

140) *Supra* note 30 at 1027. 「穏健の精神」については、*See, LEARNED HAND, The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization, in THE SPIRIT OF LIBERTY* 155, 164 (3d ed., enlarged 1960).

は考えにくいとシーゲルは指摘する<sup>141)</sup>。

### 第三節 National Federation of Independent v. Sebelius.

#### 1 事 案

最後の例は、2012年に下された医療保険改革法 (the Patient Protection and Affordable Care Act) に対する National Federation of Independent v. Sebelius 判決における、ロバーツ長官の単独意見である。医療保険改革法は、オバマ政権の肝いりで制定が目指された法案であり、ティーパーティー運動などによる強硬な抵抗を受けながらも、妥協を重ね、議会戦術も駆使しながら、共和党からの一票も獲得することなく民主党の投票のみで2010年3月に制定されたものである。法律の内容は極めて複雑多様なものであるが、ここで主として問題とするのは、いわゆる加入強制の義務付け条項の合憲性をめぐる判断である。医療保険改革法における主たる目的は、無保険者数を解消し、高騰する医療費を抑制するためであったが、そのためには逆選択を防止し、医療リスクの低い健康な若年層を保険プールに組み入れなければならない。そこで、全ての国民を対象に何らかの保険に加入することを義務付け、もし保険に加入しない場合は、無保険状態である代償として「ペナルティ」を支払わなければならないと規定された。

---

141) 「ケネディは、立憲民主主義における裁判所は容易に合意を得られるという誤った信念を持っているように見えるときがある。彼の長期的な野心が、アメリカ人が中絶問題に関して知識や理解、ある程度の合意の獲得——より現実的には、安定的な意見の不一致をより少なくすることを促進させるのに役立つある種の『対話』を促進することにあるのであれば、Gonzales 判決におけるステイツマンシップの失敗は明らかになるであろう。ケネディの短期的な目的が何であれ、最高裁のアプローチは強硬な中絶反対の立場をもちや採用しそうでないほとんどの人々にとって長期的に見て説得的でないことが明らかになるであろう。中絶権の擁護者は貶められたと感じ、判決に応答すべく動員をかける可能性があり、今日、ほとんどのイデオロギー性のないアメリカ人は最高裁の意見を活気付けている女性の役割や機関についての前提を受け入れることはないように思われる。懸命な対話とコンセンサスは、相互の尊重と他の合理的な観点から世界を経験しようとする試みを必要とする。残念ながら、本判決はいずれの態度も何ら示すものではない。」*Supra* note 30 at 1030.

このような加入強制の義務付けが、連邦議会の権限範囲に含まれるのかが争われたのが本件訴訟である。すなわち、通商条項、必要かつ適切条項、課税権条項の3つの可能性のうち、いずれによって基礎付けられるのかが問題となった。

加入強制の義務付け条項をめぐる意見構成も、Bakke 判決を彷彿とさせる複雑なものであった。通商条項及び必要かつ適切条項については、1 (ロバーツ単独意見による違憲判断) - 4 (スカリア, ケネディ, トーマス, アリートの共同反対意見による違憲判断) - 4 (ギンズバーグ反対意見による合憲判断。ブライア, ソトマイヨール, ケイガンが同意), そして課税権条項については、5 (ロバーツ法廷意見による合憲判断。ギンズバーグ, ソトマイヨール, ケイガンが同意) - 4 (スカリア, ケネディ, トーマス, アリートの共同反対意見による違憲判断) となった。通商条項及び必要かつ適切条項については、ロバーツとスカリアら合わせて5名が実質的に同じ内容で違憲判断を下しているが、スカリアらがロバーツに対する「反対意見」を執筆したため、多数意見とならず、結局は課税権条項に基づく合憲判断だけが法廷意見として形成されている。ここでは便宜上、通商条項と課税権条項に対する判断のみに絞って検討を行う<sup>142)</sup>。

## 2 ロバーツ意見

通商条項に基づく権限行使の合憲性判断は、「実質的な影響」審査 (substantial effect test) と呼ばれる基準が判例法理として確立していた。これは「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) を及ぼす行為にまで及ぶ<sup>143)</sup>。それは、当該行為自体が州際通商に実質的な影響を与える場

---

142) 2010年医療保険改革法の制定過程・内容及び Sebelius 判決については、拙稿「医療保険改革法とアメリカ憲法(1)」立命館法学356号1121頁, 同「医療保険改革法とアメリカ憲法(2・完)」立命館法学359号75頁参照。

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

合に限定されず、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場合であっても規制権限が及ぶ<sup>144)</sup>」<sup>145)</sup>とするものであり、極めて広範な権限を認めるものであった。これを本件に適用すれば、無保険者のフリーライディングによって医療費が高騰し、それに伴って保険料も増額され、無保険者が増加するという悪循環が全域的に生じていることを考えれば、加入強制の義務付け条項は問題なく合憲と判断されるはずであった。ところが、ロバーツは、通商条項の規制対象は、何らかの「行為」(activity)に限られるのであって、「不作為」(inactivity)に対して規制すること、つまり何もしていない状態の者に一定の「行為」を強制することはできないという「行為／不作為」峻別論を採用した。ロバーツによれば、通商条項に基づく合憲性判断は、第一に「行為／不作為」峻別論に基づき、当該規制が「行為」を対象とするものかどうか問う「行為類型」審査を行い、これを通過して初めて、第二に、「実質的な影響」審査を行う、という二段階で構成される。加入強制の義務付け条項は、無保険状態という「不作為」を規制対象とするものであるため、「行為類型」審査を通過せず、「実質的な影響」の審査を問うまでもなく違憲であると判断した。

他方、課税権条項については、保険に加入しないことによって課される制裁金が「ペナルティ」と規定されているにも拘らず、課税といえるかが争点であった。ロバーツは、法律の文言は決定的な要素ではなく、「ペナルティ」の実態を把握すれば、これは保険に加入することによる課税控除というスキームと認められるとして、加入強制の義務付け条項を課税権条項の下で合憲と判断した。

結論として、ロバーツは医療保険改革法の中核部分であった加入強制の義務付け条項を合憲としたのであるが、その意見には不可解な点が多い。通商条項の下で「行為／不作為」峻別論が議論されたことは先例上一度もないことについては、実は先例も「実質的な影響」審査に先立って「行為

---

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

145) NFIB, opinion of Roberts, at 17.

類型」審査を行っていたが、これまで問題となった事例は全て行為規制に関わるものであったため顕在化しなかっただけであると述べて、先例法理を「再解釈」する形式で峻別論を採用した。峻別論の実質的な根拠は、「もし連邦議会の権限が何もしていない者に『行為』を強制できるとすれば、制限政府の理念は終わりである」という連邦議会の権限拡大に対する警戒である。しかし、先例上、「不作為」を対象とし、「行為」を強制すると思われる規制が問題となった事案について、最高裁は「行為／不作為」峻別論を示唆したことはなく、「実質的な影響」審査のみを適用して合憲と判断してきた。峻別論の根拠を連邦議会の権限拡大の脅威に求めているが、あまりに抽象的で通商条項論から遊離しており説得力を持たない。そもそも「行為」と「不作為」はほとんどの場合に換言可能であり、権限行使を制約する規範として耐えうるものとは思えない。極めて形式的な分析に基づく峻別論は、通商条項の法理論として破綻しており、「法の支配の諸価値」に真っ向から矛盾している。その一方で、課税権条項に至っては「ペナルティ」という規定の形式に拘泥することなく、実態に着目するという極めて実質的な分析に基づいて合憲判断をしている。このようにロバーツ意見には、その内部に分析上の明らかな緊張関係を孕んでおり、なぜ課税権条項で合憲判断を下しながら、あえて通商条項の下で不自然な「行為／不作為」峻別論を採用してまで違憲判断を下したのか、ロバーツは、いかなる思惑で「変節」し、最高裁の意見形成に「介入」したのか。「司法的ステイツマンシップ」が関わるのはこの点である。

### 3 「司法的ステイツマンシップ」の成功？

アメリカでは、これまでも無保険者問題や医療費問題を解消するために、包括的な医療保険制度の創設が幾度となく試みられてきたが、その都度、猛烈な抵抗を受け挫折を重ねてきたという歴史がある。様々な理由が指摘されているが、根本的には、医療は個人の責任に属するものであり、他者の財産をもって賄われるべき性質のものではないという、アメリカに

独特の「自助」「自立」の理念によるところが大きいと言われている<sup>146)</sup>。医療保険改革法の是非は、したがって、将来のアメリカの国家像、アメリカ型福祉国家のあり方をめぐる論争を提起するものであり、それだけに社会を二極的に分断する状況をもたらすものであったといえる。最高裁判決は、この文脈で捉えなければならない。アメリカにおける歴史的偉業に対して、保守対リベラルの完全なイデオロギーラインで違憲判決を下せば、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自らその身を投じることとなり、最高裁の公的正統性や信頼の失墜を招くおそれがあった。このような背景の下で形成されたのがロバーツ意見であった。シーゲルは以下のように述べる。「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った。加入強制の義務付け条項について、違憲派は訴訟に敗れ、勝ち取っ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っていた主たる憲法的、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』というものである。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。これは、高等教育におけるアファーマティブ・アクションに対して最高裁が初めて憲法上の基準を設定した際に、パウエル裁判官が行ったと、まさにポウル・ミシュキンが理解していたことである。Bakke 判決におけるパウエルと同様に、ロバーツは、憲法の意味——一般福祉や個人の自由に対する国家のコミットメントの意味をめぐる激しい対立の渦中であって、社会連帯の維持を促したと考えられる。』<sup>147)</sup>

---

146) 違憲派が唱える「自助」「自立」の理念は、リバタリアン的な「自由」の観念に基礎付けられており、財産権は随意的もしくは匡正的な場合を除き絶対的に保障されており、実質的な平等の理念に基づく再配分を理由とする政府介入を拒絶するというものである。拙稿・前掲注(142)「医療保険改革法(1)」27-35頁参照。

147) 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).

このように、ロバーツが保守派裁判官としての矜持を示しながら、長官として最高裁の「公的正統性」を確保するために専門的論拠の点からは整合しない意見を形成したと評することは、それほど不自然ではないように思われる。「行為／不作為」峻別論を採用することで、違憲派の基本的価値であるリバタリアンの「自由」の理念を承認し、今後の連邦政府の権限拡大を形の上で「牽制」する姿勢を見せつつ、他方で、課税控除という——「行為」を強制しない——スキームである限りにおいて包括的な医療保険制度を承認するという判断を下した。これが歴史的な現代福祉政策に対する「最高裁の応答」である<sup>148)</sup>。

医療保険改革は、その後、制度導入時の混乱を含め、今なお安定しているとは言いが、しかし、保険加入を促進する重要なスキームについて、最高裁は2015年に *King v. Burwell* 判決において合憲判断を下しており<sup>149)</sup>、医療保険改革法は紆余曲折を経つつも確実にアメリカ社会に定着していくことが予想される。そうであれば、ロバーツ意見は強硬な保守派の抵抗を緩和させ、医療保険改革法を長期的に持続させる起点となる役割を果たしたものとして、「司法的ステイツマンシップ」の実践と評価することができるであろう。

---

148) もっとも、シーゲルは、課税権条項による合憲判断を「司法的ステイツマンシップ」として無条件で賞賛することは慎重でなければならないとも述べる。*Id* at 208-09. そもそも「司法的ステイツマンシップ」による説明はあくまで推測にすぎず、実際に意図されていたかどうかも定かではなく、むしろロバーツは本気で「行為／不作為」峻別論を確信している可能性もある。ステイツマンシップといえども、あくまで「司法的」でなければならない。法原理の譲歩にも限界を認めなければならない。「行為／不作為」峻別論の法理論上の不整合は、あまりに甚だしく、そのため本件が「司法的ステイツマンシップ」の状況として適切であったかどうか、言い換えれば、違憲派の主張が「合理的で相容れない価値」として果たして承認に値するものかどうかについて、社会全体の保守化傾向や当時の議論状況を含め、より詳細な検討が必要であると思われる。

149) 576 U.S. \_\_\_\_ (2015).

#### 第四節 「司法的ステイツマンシップ」の実践

3つの事例が示唆することは、シーゲルやポストのいう「司法的ステイツマンシップ」とは、偉大な指導力を持ったカリスマ裁判官ではなく、合理的で相容れない不一致の中で、両極が唱える価値を慎重に配慮しながら、社会連帯を維持しようとするテクノクラートとしての裁判官であるということである。裁判所は、国家機関として政治部門や公衆に対する応答を要求される法的制度であり、時として法を解釈・適用するだけでは済まない役割を社会に対して負っている。それが法の支配を支える基盤——「公的正統性」を確保することである。法の支配の実現には、公衆が法を規範的に遵守する精神を持つことが必要であり、そのためには司法的決定が公衆にとって受容可能なものでなければならない。非民主的機関とはいえ、公衆の価値から隔絶した判断が下されれば、裁判所の権威が失墜することは歴史が示すところである。もちろん、裁判所の正統性は、第一義的には法に準拠した公平な判断者である点に求められるのであって、「法の支配の諸価値」に忠実であることが基本的な責務であることを軽んじてはならない。ポストやシーゲルはこの点を大前提にしながら、しかし「法の支配の諸価値」に忠実であることが、逆説的に裁判所の正統性を掘り崩す状況が存在することを指摘しているのである。裁判所はその権威に依拠する制度であるところ、その基盤をなすのが「公的正統性」であり、それを確保する実践が「司法的ステイツマンシップ」なのである。

アフーマティブ・アクション、中絶規制、福祉国家体制など、個人や国家のアイデンティティを決定付けるような事案においては、法原理一般からの解答を得ることは難しい。原理のレベルで合意することが困難であるし、仮に一定の原理に基づいて判断をすれば、別な価値を信奉する集団にとっては受け入れることができないからである。しかし裁判所は求められれば何らかの形で社会に対して応答しなければならない、かつ社会の分裂を深刻化させないように、誰もがそれを自己が従うべき規範として受容でき

るような意見を構築しなければならない。これは極めて実践的な問題である。社会統合を果たすべく法の支配を実現する機関として、裁判所が担っている「倫理の責務」であり、「司法の役割における美德」である。これを誤れば、最高裁の「公的正統性」は失墜し、社会を分断し、回復しがたい損失を社会全体にもたらすことになりかねない。裁判所は、常に政治部門との間において動態的な相互依存関係を有しており、また公衆との対話の中で司法的決定を形成しなければならない。「司法的ステイツマンシップ」を概念化する狙いは、こういった事態が現実中存在することを正面から認識し、社会学的な視野を含めて裁判所の果たすべき役割を具体的に位置付けようとするところにある。

依然として茫漠たる印象は拭えないが、以上のような「司法的ステイツマンシップ」は、裁判所とりわけ最高裁判所の役割、違憲審査のあり方の問題として、最高裁判決に対する法的分析の一視座として把握すべきものと言えよう。

## おわりに

本稿で扱った「司法的ステイツマンシップ」は、最高裁の長期的な「正統性」を確保するため、裁判官が社会に対して負うべき責務として提唱されているものである。「司法的ステイツマンシップ」とは、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なく、法の社会的正統性を維持できる回答を追求することである<sup>150)</sup>。考慮されているのは、裁判官によって構築される憲法——最高裁の「公的正統性」の条件であり、「公的正統性」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、合理的で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>151)</sup>。

---

150) *Id.* at 207.

151) *Id.*

このような「司法的ステイツマンシップ」は、伝統的な概念法学の観念性を批判したりアリズム法学を積極的に受容しつつ、裁判所の判断に中立性・客観性を持たせようとしたプロセス法学を実質化する試みとして見る事ができるように思われる。ポストやシーゲルは、プロセス法学が信奉する「法の支配の諸価値」——一貫性、公平性、予測可能性、透明性——への忠誠がもたらす限界を指摘していたが、プロセス法学自身、社会的価値への無関心を必ずしも導くわけではないからである。プロセス法学が司法過程の核心的要素として論じる「原理」はそれ自体無内容な概念であり、それに内実を与えるものとして想定されていたのは、憲法の原理についてはその時点における社会の基本的価値についてのコンセンサスであった。プロセス法学の代表的論者として知られるアレクサンダー・ビッケルは、原理として承認しうるものを、アメリカの伝統的理想に基づくものであると、疑問の余地なく国民により共有された価値選択に基づくものに限定していた<sup>152)</sup>。しかし、最高裁は現状のコンセンサスのみに縛り付けられるべきではなく、「最高裁は予見しうる近い将来に一般の支持を得得であろう原理のみを法と宣言すべきである」として、「将来支配的になる意見の形成者になると同時に預言者ともなるべきである」と述べている<sup>153)</sup>。そうしてこそ、「判決の前提となる原理は永続的なものになり、それに基づく判決は国民による受容が期待できると思われたから」<sup>154)</sup>であった。これは、シーゲルが裁判官の責務として、変容する社会状況に応じて社会的価値を表明し、社会連帯を維持しなければならないと述べていたことと、完全にではないかもしれないが、かなりの部分符合するように見える。ポストやシーゲルはプロセス法学の観念性を批判しているが、プロセス法学にあってもコンセンサスによる原理の裏付けを求めているのであ

---

152) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* at 43 (Second ed.1962).

153) *Id.* at 239.

154) 常本・前掲注(11)344頁。

り、そうであれば「司法的ステイツマンシップ」はプロセス法学が追求した「原理」に実質的な内実を与えようとする試みとして位置付けることも不自然でないように思われる。「司法的ステイツマンシップ」論を取り扱うにあたっては、その理論史的な位置付けを、今後より立ち入って検討する必要がある。

最後に「司法的ステイツマンシップ」を論じる意義について確認しておきたい。

第一に、司法が社会において果たす役割を明確に位置付けることである。何度も述べているが、最高裁が権威的な判断者たりえるのは、最終判断者として制度的に位置しているためではなく、公衆が最高裁を最終判断者として受容しているからである。個人や共同体のアイデンティティを決定付ける事案、二極的に対立する社会状況を眼前にしたとき、最高裁の「公的正統性」の難問が前景化する。その際、最高裁は、社会状況を注視し、判決がもたらす政治的影響、社会の反応を予測し、社会統合を維持・実現するための意見を積極的に構築することが求められる。

このことと関連して、第二に、裁判官に対して、様々な事情を総合的に衡量し、国家のあらゆる層にとって受容可能な判断をバランスよく下せる資質が要求されることである。上記で見た Gonzales 判決におけるケネディ意見のように、女性の健康や、女性の自律的判断を尊重することなく、一方的に規制支持派のエモーショナルな価値を全面肯定し、医学的知見を軽んじる態度をとることは、法原理として不適切であるだけでなく、公衆の受容を調達できないという点でも不適切なのである。「公的正統性」を確保するためには、対立的に主張されている両極の価値に対する周到な配慮を示さなければならない。「司法的ステイツマンシップ」の実践とは、結局のところ、事案ごとに諸事情を総合考慮して、あらゆる部分に配慮を示し、それらを承認するバランス感覚を持った判断である。したがって、実にプラグマティックでありながら、同時にテクノクラートとして意見構築 (craft) できる資質が裁判官に要求されることになる。

そして第三に、最高裁判決に対する分析の視野を広げることである。公衆の受容を確保することが最高裁の「正統性」にとって根源的に不可欠であるということを承認することは、「公的正統性」の確保に向けた裁判官の実践を法的な議論に包摂することを意味する。それによって、一見不明瞭とも思えるような判決を、「公的正統性」を模索した結果として適切に評価することも可能となり、最高裁判決を社会的な視点から総合的に評価することを促すと思われる。

第四に、最高裁判決に見て取れる政治性について、「党派性」と「司法的ステイツマンシップ」とを区別することである。「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」の微妙な関係に注目することを要求するものである。この点で単に党派的 (partisanship) なものとは一線を画するものであり、「司法的ステイツマンシップ」は党派的アドバンテージを追求する「低い政治」(low politics)<sup>155)</sup> という意味での政治ではない。したがって、党派的な選好に基づく政治的な判決を、明確に批判しなければならないことには変わりはない。

翻って日本を見れば、本稿で見たような「司法的ステイツマンシップ」は、ほとんど論じられていない。その要因の一つとして、アメリカほど文化的に異質性を持った社会ではないという点が指摘できるであろう。また、日本における最高裁分析として、その制度や裁判官個人に焦点を当てるものがほとんど存在しないという点も指摘できるかもしれない<sup>156)</sup>。裁

---

155) 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).

156) もっとも、最近、最高裁判所の制度的・人的側面から実証的分析・研究を行う動向が見受けられる。市川正人・大久保史郎ほか編『日本の最高裁判所——判決と人・制度の考察』(日本評論社、2015年)、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』(成文堂、2012年) 165-205頁、見平典ほか「憲法学のゆくえ・2-2 [座談会] 憲法学と司法政治学の対

判官個人の資質や選好、裁判所を制度的位置に着目する分析がないということは、最高裁分析として法学的アプローチが主流ということであり、したがってそれは、最高裁の「公的正統性」を追求するという政治的配慮に対して消極的な態度をとることを促す作用をもたらすように思われる。

日本の最高裁判決の中に「司法的ステイツマンシップ」が実践されたと見るべきものがあるとするれば、一つは、1972年の議員定数不均衡事件判決における、合理的期間論や事情判決の法理が挙げられるかもしれない<sup>157)</sup>。選挙権の価値平等という価値を承認しつつ、政治的混乱を回避し、問題解決を政治部門に期待するという手法がそれである。これは司法と政治との動的な関係を示す典型的な事案であり、司法が政治との対話の中で社会的統合を果たそうとしたものと見ることも可能であろう<sup>158)</sup>。また、一連のいわゆる君が代訴訟における君が代の扱い方をめぐる思想・良心の自由に対する間接的制約論、懲戒処分の上限論も、君が代の強制を一定の範囲で承認しつつ、しかし戒告処分に留めることで、教師の自由との一定の折り合いをつけながら、実質的には生徒の平穏な学習環境の確保を促すものとして「司法的ステイツマンシップ」が実践されたものとの評価も可能であろう<sup>159)</sup>。あるいは、最近の最高裁が違憲判決を下す際に用いる立法事実変遷論も「司法的ステイツマンシップ」の実践と言いうるかもしれない<sup>160)</sup>。立法事実変遷論が、先例に与える傷を最小限に留めようとする無理を伴うものであることは否定できないが、しかし、そうであっても時代や社会の変化を理由に社会的価値を表明しており、社会が変容したからや

---

↘話(前篇)～(後篇)法時86巻9号102頁, 10号104頁(2014年), 渡辺康行ほか「憲法学からみた最高裁判所裁判官」(1)～(6)法時87巻4号54頁, 5号116頁, 7号101頁, 8号82頁, 10号74頁(2015年)。

157) 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。

158) 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(三省堂, 2013年)参照。

159) 最三判平成23年6月14日民集65巻4号2148頁。

160) 国籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁), 衆議院議員小選挙区選挙における、いわゆる一人別枠方式の激変緩和措置論(最大判平成23年3月23日民集65巻2号755頁), 非嫡出子相続分違憲判決(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)。

むを得ないという曖昧な言い方に留めることで、反対する保守層の激昂を緩和するという効果があるかもしれない。

もちろん、日本とアメリカでは、社会的背景、司法制度、法曹の資質等の点で大きな違いがあり、安易に比較することには慎重でなければならない。しかし、今後の多様化する現代社会において、対立する様々な諸価値に直面する裁判所が、違憲審査のあり方をめぐる問題として「公的正統性」への配慮を避けて通ることはできないはずである。実際、最近の日本の最高裁の違憲審査権行使の変化の動向に鑑みれば、「司法的ステイツマンシップ」の実践が最高裁にとって重要な課題となることが予想され、今後益々、こうした見地から憲法判例研究をすることが必要となると思われる。その際、憲法判例の分析は、法理論の側面からと同時に、当該事案の社会的文脈、その時点での政治状況、さらには意見を執筆した裁判官個人にも着目した上で行われなければならない。そして裁判官は「司法的ステイツマンシップ」を発揮できる資質を備えた者であることが要請されるところ、現在のような不明瞭な選任手続ではその適格性の担保が十分に期待できるものとは言い難い。このような意味で「司法的ステイツマンシップ」をめぐる議論は、裁判官人事のあり方についても再考を促す契機となるものであろう。

本稿で見た「司法的ステイツマンシップ」論は、裁判所と政治部門との関係だけでなく、国民との関係も踏まえた上で、裁判所が社会に対して担うべき制度的責務及びその遂行の仕方を明らかにしようとする試みであり、今後の判例分析や最高裁判所論を考察するに際して、その一助となるものと思われる。