

Title	セイヤーの司法の自己抑制論再考
Author(s)	阪口, 正二郎
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.51, 2012.1 : 13-45
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=4209
Rights	



聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository and academic archiVE

セイヤーの司法の自己抑制論再考

阪口 正二郎

1 はじめに——アメリカにおける「司法審査と民主政」という論点

第二次世界大戦後制定された日本国憲法は、八一条において、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と定め、裁判所による違憲審査制¹ 司法審査制を導入した。司法審査制への注目は、現在、グローバルなレベルで広がっている。カナダの比較憲法学者のハーシュルは、「議会による立憲主義」から「司法による立憲主義」へと向かう最近の動向を「司法支配制(juristocracy)」への移行と形容しているくらいである。^①

アメリカは世界で最も早く司法審査制という意味での裁判所による違憲審査制を確立した国である。近代立憲主義は、多数者によっても侵しえない「人権」というものを核心に組み込んだ原理であるが、ヨーロッパにおいて司法審査制が一般化するのには第二次世界大戦以降のことであり、それ以前においては、多数者によっても侵しえない「人権」は多数者の代表である議会によって保障するというシステム² 議会による立憲主義」が採用されていた。しかし、「議会による立憲主義」が一般的な趨勢であった一八〇三年に、アメリカでは、憲法の明文規定を欠くにもかかわらず、

Marbury v. Madison 事件の判決⁽²⁾において連邦最高裁自らが司法審査制を持つ旨宣言した。このようにアメリカにおいて司法審査制は二〇〇年を超える運用の歴史——ただし、Marbury v. Madison 事件以降、約五〇年間、連邦最高裁が司法審査権を行使して違憲としたのは主として州法であつて、連邦議会の制定した法律ではなかった。次に連邦最高裁が違憲審査権を行使して連邦議会の制定した法律を違憲としたのは、奴隷は合衆国市民ではないと判断したこと、悪名高い一八五七年の Dred Scott v. Sandford 判決⁽³⁾であることには注意を要する——を有している。

しかしながら、アメリカにおける司法審査制の運用の歴史における際立った特徴は、司法審査制は民主主義と矛盾しないのか、民主主義の下で司法審査はいかにして正当化可能かという論点が、司法審査制を採用した他の国家以上に論じられてきたことである。アドラーとドルフは、「Marbury v. Madison 判決の批判者たちは、永い間、司法審査は多数決主義的な民主政を妨げるとの異議を申し立ててきた」と指摘している。また、フリードマンによれば、「歴史を通じて、司法審査に対する主たる不満は、司法審査は人民が自らを統治する権利を侵害する、というものであつた」⁽⁴⁾。自国の司法審査制に対してその民主的正統性を問題にするアメリカにあつては、司法審査制のグローバル化に対して懸念を表明する動きがあつても驚くには値しない。実際、たとえば、ボークは、「世界的な裁判官たちによる支配」という副題を冠した最近の著書において、「まずまず、西洋諸国の人民が自らを支配する権限は弱まつており、自分たちが生活する道徳的環境を選択する能力はどんどん減少している」⁽⁶⁾と述べている。

アメリカにおいて、二〇一五〇年の間、この論点は司法審査の「反多数決主義という難点 (countermajoritarian difficulty)」として論じられてきた。この「反多数決主義という難点」という有名な定式は、イェール大学の憲法学者のアレクザンダー・ビッケルによるものである。ビッケルは、一九六二年に著した著作『最も危険ではない部門 (The Least Dangerous Branch)』において、「根本的な難点は、司法審査はわれわれのシステムにおいて反多数決主義的な勢力であるということである。……連邦最高裁が立法府の制定した法律や選挙で選ばれた執行権の行為を違憲だと宣言する

時、それは今日存在する人民の代表の意思を妨げるのであり、連邦最高裁は支配している多数者に代わって統制を及ぼしているのではなく、支配している多数者に対抗して統制を及ぼしているのである。神秘的な意味合いなどなく、それがまさに現に生じていることである。……それこそが、司法審査は反民主的であるという批判がなされる理由である」、アメリカの民主政システムの「いかなる複雑さも、司法審査はアメリカの民主政において逸脱した制度であるという本質的な事実を変更するものではない」とした。⁽⁷⁾この「反多数主義という難点」という定式によつて、ビッケルは「司法審査に関する論争の条件を設定した」と言われ、また「ビッケルが『最も危険ではない部門』を刊行して以降、反多数主義という難点は憲法理論に深く刻印された」と言われている。⁽⁸⁾現在では、この司法審査の「反多数主義という難点」は「半世紀以上もの間、憲法理論を衝き動かしてきたパラダイム」と言われるほど、アメリカ憲法学において支配的な論点となっている。⁽¹²⁾

しかしながら、フリードマン自身が、「歴史的な事柄としては、憲法学が憑りつかれてきた司法審査の反多数主義性という問題は、常にわれわれと共にあつたわけではない」と述べているように、アメリカにおけるこの論点をそのコンテキストの中に位置づけて正確に理解する必要がある。本稿は、司法審査の正統性が現在のような形で問題にされるようになった起源を Lochner 期に位置づけると同時に、そこではじめてまとまった形で提示されたジェームス・セイヤールの司法の自己抑制論を読み直してみようとする試みである。本稿の結論をあらかじめ示しておけば、伝統的な評価とは異なつて、セイヤールの議論は、Lochner 判決を批判するものでもなければ、Lochner 判決が覆された後のポスト Lochner 期の司法審査理論を示すものでもないということである。

2 Lochner の「悪夢」

司法審査制を採用したとしても、司法審査の機能は多様である。ビッケルによれば、違憲審査制としての司法審査制は、三つの機能を果たしうる⁽¹⁴⁾。第一は、問題となった法令を違憲と判断する機能である。第二は、法令を合憲と判断する機能である。第一の機能が立法権や行政権の行為を抑制する (checking) 機能であるのに対して、第二の機能は立法権や行政権の行為を正統化する (legitimizing) 機能である⁽¹⁵⁾。これに対してビッケルが注目した第三の機能が、彼が「受動的徳 (passive virtues)」と呼んだ、合憲、違憲、その何れの判断もしないという機能である。こうした機能を司法審査が果たしうることを前提として、司法権が司法審査権限を積極的に行使すべきか、それとも立法権や行政権の行為に敬讓 (deference) を払って謙抑的、消極的に行使すべきか、という司法積極主義と司法消極主義が問題になる。長谷部恭男が指摘しているように、「司法消極主義あるいは司法積極主義という概念は、司法部の側に、積極的または消極的に、審査権限を行使する裁量の幅の存することを含意している」⁽¹⁷⁾。

アメリカにおいて、司法審査と民主主義の関係が、司法審査の「反多数決主義という難点」という形で論じられ、司法積極主義と消極主義が問題にされるようになった何よりも大きな契機は、いわゆる Lochner 期にある。ここで Lochner 期とは、一八九〇年代後半から一九三七年までを指す。フリードマンは、「公共の論争において、司法審査の反多数決主義性という問題が大きく論じられるようになったのは、……ポピュリスト・プログレッシブ期においてのことである」⁽¹⁸⁾と指摘しているが、ポピュリスト・プログレッシブ期と Lochner 期は重なっている。また、ソロブは、「連邦最高裁は他の政策決定者の判断を『後から批判したり (second-guess)』、自己の判断によって『差し替えたり

(substitute)』すべからずではなく、また政策もしくは法の『賢明さ(wisdom)』について判断すべきではない」という原理を「敬讓原理(deference principle)⁽¹⁹⁾」と呼んでいるが、「法と政策の区別の現れとしての敬讓原理が司法審査の中核的な原理として祀られるようになったのはLochner期が衰退して以降のことである⁽²⁰⁾」と指摘している。

一九世紀末から二〇世紀初頭のアメリカは、資本主義の危機の時代であり、政府は労働者の最低賃金や最大労働時間を定める形で経済的弱者を保護するための経済市場への介入を積極的に行い始めた。しかし、当時の連邦最高裁は、こうした社会経済立法を違憲と判断することが多かった。連邦最高裁が社会経済立法を違憲とする主たる根拠は二つあった。一つは、こうした規制立法が連邦議会によってなされる場合に、それは憲法第一条によって連邦議会に与えられた権限の範囲を逸脱しているというものであった。これは、連邦政府と州政府の間での権限分配に基づくものである。もともとそれぞれが主権を有する州の連合体であるアメリカ合衆国——だから合州国とも呼ばれる——においては、州の権限は強く、連邦政府と州政府の権限の分配の問題は合衆国憲法制定以来常に争われてきた。徐々に連邦政府の権限が拡大し、南北戦争後ではじめて州政府を名宛人とする——「再建修正」と呼ばれる——修正一三条、一四条、一五条が制定された後も、まだこの論点は未決着であった。もう一つは、こうした規制立法が連邦議会や州議会によってなされる場合に、当該立法は「契約の自由(liberty of contract)」を保障する修正五条や修正一四条のデュー・プロセス条項に反するというものであった。修正五条や一四条のデュー・プロセス条項を素直に読めばこれは手続の適正さを求めるものであっても、実体の適正さまで求めるものと読むことは容易ではない。また、仮に実体の適正さまで求められるとしても、「契約の自由」は憲法の明文において保障されている権利ではない。しかし、当時の連邦最高裁は修正一四条の「自由」という文言のうちには「契約の自由」が含まれるとし、修正一四条第一節は実体の適正さまで求めるものだとした上で、使用者と労働者との関係は互いに「契約の自由」を有する対等な関係にあり、政府が最大労働時間や最低賃金を法によって規制することは「契約の自由」に反するとした。

その典型が、一九〇五年に下された *Lochner v. New York* 判決⁽²⁴⁾であった。この判決の名前をとって憲法学においてこの時期は *Lochner* 期と呼ばれる。この事件で問題になったのはパン職人の労働時間を週六〇時間に制限するニューヨーク法の合憲性であった。ペックマン判事の法廷意見は、「自らの仕事に関して契約をなす一般的権利は合衆国憲法修正一四条によって個人に保障された自由の一部である⁽²⁵⁾」として「契約の自由」を憲法上の権利だと位置付けている。ただし、しばしば誤解されがちであるが、法廷意見は必ずしも「契約の自由」を絶対的な保障を受ける権利と位置付けているわけではない。法廷意見は、「財産も自由も、州によるポリス・パワーの行使によって課される合理的な条件にしたがつてのみ保有されるのであり、そうした条件に対してまで修正一四条は干渉するものではない⁽²⁶⁾」と述べている。問題は、「雇用者と被雇用者の間で契約をなす権利を必然的に制約する」当該州法が、「州によるポリス・パワーの合理的な行使⁽²⁴⁾」と言えるかどうかである。そのように問題を設定した上で法廷意見は、結論として、パン職人の場合、「労働時間を規制しないと、公衆の健康や被雇用者の健康に対して具体的な危険性がある」とは言えず、「当法廷は、そうした法は、ポリス・パワーの行使だとして制定されており、公衆の健康や被雇用者の健康に関連するものだとして置けるものの、ポリス・パワーの範囲を逸脱しており、したがつて違憲であると考え⁽²⁵⁾」と述べている。これに対してハーラン、ホワイト、デイの三人の判事は、当該州法は州による合理的なポリス・パワーの行使だとする反対意見を書いている。

またホームズ判事の著名な反対意見は、「私がそれに賛成するか反対するかは、多数者が自分たちの意見を法に具現する権利とは何の関係もないと強く信じる⁽²⁶⁾」と述べ、多数意見は、自分たちのイデオロギー——しかも、ホームズによれば、それは「国民の大部分が支持してはいない経済理論⁽²⁷⁾」である——を憲法典を解釈する際に読み込んでいる点で誤っているとするものである。ホームズによれば、「憲法典は、パターナリズムであろうが、州の市民に関する有機体的な関係論であろうが、レッセ・フェールであろうが、何らか特定の経済理論を具現しようと意図されたものではない

い。憲法典は、根本的に異なつた見解を有している人民のために制定されたものであり、ある種の見解を自然で馴染み深いと考えたり、あるいはそれを新奇でショッキングなものときえ考えたりするというたまたまの偶然が、そうした見解を具現した制定法が合衆国憲法典と矛盾するかどうかという問題に対するわれわれの判断を左右してはならない⁽²⁸⁾。このホームズ判事の反対意見は、司法消極主義の一つの現れであると同時に、Lochner期の最高裁はレッセ・フェールというイデオロギーを体現するコートであつたという典型的な理解を表すものであつた。

このLochner判決のころから司法審査制に対する批判が目立つようになった。たとえば、ロスコー・パウンドは、一九〇五年に、「われわれの法システムに対する人民の不満は増大しつつあり」、「司法審査は百害あつて一利なし⁽²⁹⁾」と人民は感じつつあるとの警告を発したし、一九一五年にウィルソン大統領の下で設置された合衆国労使関係委員会が一九一五年に取りまとめた報告書は裁判所から違憲立法審査権を剥奪すべきだとしている⁽³⁰⁾。また、一八九六年から一九二四年までの大統領選挙においても、司法審査制の是非が争点となつた。

この後、連邦最高裁は、福祉国家へと向かう時代の流れに抗する形で司法審査を行使したために、「連邦最高裁に対する怒りと不満は一九三〇年代半ばに頂点に達した⁽³¹⁾」。大恐慌後の危機を克服すべくルーズヴェルト大統領が推進したニューディール立法に対しても、連邦最高裁が違憲判決を下したために、一九三六年の大統領選挙に圧勝して再選されたルーズヴェルト大統領は、一九三七年に、七〇歳以上の最高裁判事がいる場合、連邦最高裁の判事の数が最大一五名に達するまで大統領が新たに指名することができるとする、いわゆる「コート・パッキング・プラン」を連邦議会に提案する。ルーズヴェルトにとつて憲法を改正するという方法もあつたが、合衆国憲法は硬性憲法であり、改正は容易ではなく、時間がかかる。また、そもそもルーズヴェルトは、問題は合衆国憲法ではなく連邦最高裁——特に「四騎士」と呼ばれる頑強な保守派の四名の裁判官の存在——にあると考えていた。そこでルーズヴェルトは、連邦最高裁を標的として、ニューディール政策を支持するような裁判官を連邦最高裁に送り込むことで、連邦最高裁を自分色に染めよう

としたわけである。

しかし、さすがに「司法権の独立」を脅かすルーズヴェルトのこのプランは、そうした形で強権を発動するルーズヴェルトの姿勢にヒトラーの影を感じさせたこともあって、連邦議会において否決された。他方で、連邦最高裁もちょうどこの時期に——「コート・パッキング・プラン」の影響かどうかについては争いがあるものの——社会経済立法に對するそれまでの態度を変更し、ニューディール政策を合憲とする方向に転換した。その端緒が、女性の最低賃金規制を合憲とした *West Coast Hotel Co. v. Parrish* 判決⁽³³⁾であった。この判決は、女性の最低賃金規制を定めた制定法は、「契約の自由」を侵害するとして一九二三年の *Adkins v. Children's Hospital* 判決⁽³⁴⁾を僅差ながら覆して、合憲とした。この判決はそれまで保守派に与っていたロバーツ判事がリベラル派に寝返ったために五対四の僅差で下された合憲判決であった。そのためロバーツ判事の寝返りは「九人（合衆国連邦最高裁は九名の裁判官によって構成されているので、「連邦最高裁」あるいは、あえて「司法審査制」と訳してもいい——引用者）を救うのの間に合った寝返り」と形容されることがある。これを皮切りに連邦最高裁は、ニューディール立法を次々と合憲とする判決を下した⁽³⁵⁾。憲法改正ではなく連邦最高裁自らが法理を変更することによって、福祉国家を可能にしたわけである。

「法律家は、この時期の多くのコントラヴァーシャルな判決のうちで最も悪名が高い判決の名前を援用して、単に『ロクナナー』と呼⁽³⁶⁾ぶ、あるいは「*Lochner v. New York* 判決は、仮にそうした賞があるとすれば、過去一〇〇年間に於いて最も広範に罵倒された判決としての賞を得られるだろう」と呼ばれるほど、悪名高い判決である。イリイが「憲法上不適切であることは普遍的に認められてきた⁽³⁸⁾」と述べているように、この判決が誤った判決であるということについては、リベラル、保守の違いを超えて、かなり広範な合意が存在する。ソロブは、「一八九九年から一九三七年までの連邦最高裁の判例を示す *Lochner* 期は、長い間、憲法の伝説に刻み込まれてきた。この伝説は、*Lochner* 期を憲法判例という大河小説における最も暗い章とみなしている⁽³⁹⁾」と指摘している。*Lochner* 判決が誤りであるとすれば、それは

繰り返されてはならない。Lochner 判決は、憲法学の世界において、「憲法がそのように解釈されるべきではなく、裁判官がそのように振る舞うべきではないことを示す例」となる判例として anti-canon としての地位を確立している⁽⁴⁰⁾。実際、アメリカ憲法において、「Lochnerizing」とか「Lochnerization」という表現が存在している⁽⁴¹⁾。この表現は、ある判例や学説に対して、それを批判する目的で差し向けられる表現であるが、しかし、これを差し向けられた側はたまったものではなく、いかに自己の立場が Lochner 判決とは異なるかの立証責任を負わされることになるのが通例である。「Lochner 判決は誤りではない」と開き直った応答ができる者はごく稀である。それほど、アメリカにおいて、Lochner 判決は忌み嫌われていると言っても過言ではない。

このように、現在のアメリカ合衆国の憲法学において忌み嫌われている Lochner 判決であるが、しかし、「Lochner 判決に関する批判について驚くべきことは、……なぜ Lochner 判決は誤っていたのかという点についてコンセンサスが存在しないことである⁽⁴²⁾」と指摘されていることである。ストラウスによれば、今日の憲法学において Lochner 判決が誤っていた理由については、①裁判所が憲法の明文にない権利を執行したこと、②裁判所が誤った衡量をなしたことⅡ契約の自由は憲法上の権利ではあるが、社会福祉立法を違憲にできるほど重視されるべきではなかった、③契約の自由は憲法上の権利ではあるが、それは裁判所ではなく立法府によってのみ執行されるべきであった、④コモン・ロー上の権利である契約の自由を前政治的なものとして扱ったこと、など様々な理由が挙げられている。しかし、これらの理由の何れもコンセンサスを得ているわけではない⁽⁴³⁾。Lochner 判決が誤った判決であるということについて幅広いコンセンサスが存在すること、といった Lochner 判決の問題はどこにあるのかという点についてのコンセンサスの欠如は、現在のアメリカ憲法学において際立ったコントラストをなしていると言っても過言ではない。

3 セイヤーをめぐる謎

しかし、少なくとも、一九三〇年代後半から一九四〇年代初頭にかけての間、Lochner 判決の誤りは、司法権が積極的に違憲審査権を行使したことにあるとする見解が最も有力であった。それどころか、Lochnerization ≡ 司法積極主義という定式は、少なくとも一九六〇年代くらいまでアメリカ憲法学を支配していたように思われる⁽⁴⁴⁾。

おそらく、アメリカにおいて司法積極主義に関する評価が決定的に変わる契機になったのは黒人と白人の人種別学を違憲と判断した一九五四年の Brown v. Board of Education 判決である⁽⁴⁵⁾。この判決は、それが下された時点では、裁判官にとつて「イージー・ケース」ではなかったし⁽⁴⁶⁾、学界においても判決の当否をめぐつて激しい論争が展開された。しかし、それにもかかわらず、今日、この判決は Lochner 判決とは対照的に icon としての地位を確立している。「連邦の——引用者）裁判官の職につこうとする者が、Brown における最高裁判決の正統性に公然と疑いを差し挟みでもしようものなら、その者は今日上院による承認を期待することはおよそ不可能である⁽⁴⁷⁾」とまで言われている。学界においても、ブラウン判決を誤った判決とする憲法理論は、「その信頼性が深刻に疑われる⁽⁴⁸⁾」か、そもそも「公正な聴聞の機会を得られることはないだろう⁽⁴⁹⁾」と言われる状況がある。このように、Brown 判決は、保守、リベラルを問わず、今日のアメリカ憲法学において——少なくとも結果的には——「正しい」判決としての地位を確立している。しかし、まさに Brown 判決こそは司法積極主義の代名詞として理解されてきた判決である。こうした状況にあつては、たとえば、Lochner 判決の問題が、司法積極主義にあると考える立場は、そのレジピとして司法消極主義を説くとしても、Brown 判決をどう正当化するのが厳しく問われることになる。Lochner 判決の影に怯えながら、Brown 判決を正当化する

理論を構築すること、これがビッケルの世代——Anti-Lochner 世代——の憲法学者が直面した問題である。⁽⁵⁰⁾ ビッケルのようなりべラル派の憲法学者にとつて、平等というりべラル派の価値を積極的に推進するウォーレン・コートに対して、「連邦最高裁が現に行っていることを愛しながらも、連邦最高裁がそれを行っているとこの事実は憎むべきことであつた」⁽⁵¹⁾。

ともあれ、少なくとも一九三〇年代後半から一九四〇年代初頭にかけて、Lochner 判決の問題点は、何よりも司法積極主義にあつたとする見解が支配的であつた。その結果、Lochner から学ぶべき教訓は司法の自己抑制 (judicial restraint) ないし敬讓を払った審査 (judicial deference) であるとの考え方が有力に主張された。

セイガーが「司法の自己抑制というテーゼの重要な知的源泉である」⁽⁵²⁾と述べているように、アメリカにおいて、司法積極主義を正当化する理論の起源は、ジェームズ・セイヤーの理論に求められるのが一般的である。アメリカにおいて司法積極主義が論じられる際に、必ずといっていいほど参照されるのが、セイヤーが一八九三年に『ハーバード・ロー・レビュー』に発表した「アメリカ憲法法理の起源と範囲」⁽⁵³⁾と題する論文である。このセイヤーの論文は、司法の自己抑制を自己の司法哲学の中心に据えるフラン克福ーター判事が、アメリカ憲法に関する著作物の一つ選べと言われれば、これを選ぶと答えた論文⁽⁵⁴⁾として有名である。「フラン克福ーターはジェームズ・ブラッドリー・セイヤーが以前に明らかにした思想を常に支持してきた」⁽⁵⁵⁾とか、「フラン克福ーターは、憲法における最終的な権威としてセイヤーを引用することに倦むことがなかつた」⁽⁵⁶⁾と言われるように、フラン克福ーターは判事として連邦最高裁においてセイヤーの司法の自己抑制論を展開した。⁽⁵⁷⁾ 他方で、フラン克福ーターの司法積極主義を批判し、ウォーレン・コートの司法積極主義を擁護したブラックは、一九六〇年に出版した書物において、「司法権の英知のアルファでありオメガとして『司法の自己抑制』を説く論者たち」を「司法審査制に対する主たる脅威」⁽⁵⁸⁾として認定した上で、「繰り返しされ、発展させられてきたセイヤーの見解が、現在では、司法審査を弱体化させるまでに至る絶え間ない学問的、そして場合

によつては裁判所の圧力の根拠を形成してきた」と述べて、セイヤー理論を攻撃したことで知られている。⁽⁵⁹⁾

このように、セイヤーの論文は、アメリカ憲法学において「古典」⁽⁶⁰⁾と形容される地位を占めている。それにもかかわらず、アメリカ憲法学におけるセイヤーの業績、中でもこの一八九三年論文に対する今日の取扱いは、微妙であるように思われる。もちろん、一方では、「古典」と言われるほどの論文を書いたセイヤーにふさわしい取扱いがある。一九八六年に、アメリカ憲法史において、はじめて『アメリカ憲法百科事典』が出版されたが、この事典はセイヤーを項目として立てて取り扱っている。項目を執筆したハワード・ディーンは、「セイヤーが、憲法研究にとつて重要なのは、セイヤーが司法の自己抑制、すなわち違憲であると申し立てられた立法に対する敬讓を強力に主張したことに⁽⁶¹⁾あり」と指摘している。こうした形での百科事典はそれ以後出版されていない。アメリカ憲法を勉強しようとする人間にとつて、とりあえず何か調べようとする時に最も便利なのは、オックスフォード・コンパニオン・シリーズの一環として一九九二年に出版された*The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*であるが、⁽⁶²⁾ここでもきちんとセイヤーについて項目が立てられている。項目を執筆したウィリアム・ヴィーセックは、先のセイヤーの論文を挙げ、それを「司法審査の再検討を試みた最初の学問的試みの一つ」と位置付け、「セイヤーは司法の自己抑制を要求した主張として最も記憶に留められるべきである」としている。⁽⁶³⁾また、一九九三年には『ノース・ウエスタン大学ロー・レビュー』誌が、著名な法学者を集めてセイヤーを取り上げたシンポジウムの成果を公刊している。このシンポジウムは、セイヤーの「百周年」を記念したものである。しかし、セイヤーが生まれたのは一八三二年であり、彼が亡くなったのは一九〇二年である。このシンポジウムは、セイヤーの「生涯」も「没後」も記念するものではない。セイヤーについて、一九九三年に「百周年」を問題にするとすれば、それはまさに、セイヤーが一八九三年に執筆した先の論文のゆえに他ならない。

しかし、他方で、現在のアメリカ憲法学において、セイヤーの位置付けが恐ろしく低いこともまた事実である。実

際、先に言及した『ノース・ウェスタン大学ロー・レビュー』に掲載された論文において、アメリカにおいて著名な法史学者のホワイトは、論文の冒頭において、「セイヤーは、これまでのところ、学者の関心を大きな形でひいてはこなかった⁽⁶⁴⁾」と論じている。セイヤーと親交があつたホームズやブランドイスはもちろん、彼と同時代を生きた憲法学者のトーマス・クリーイ、そしてセイヤーを師と仰ぐフランクファーターやハンドについては伝記がある。セイヤーの業績、当時の学者や裁判官、知識人などとの興味深い人間関係——ここには、セイヤーの妻の叔父であるRalph Waldo Emerson との関係も含まれる——を考えれば、セイヤーについての本格的な伝記があつても不思議ではないが、それは存在しない⁽⁶⁵⁾。また、アメリカ憲法学において、フランクファーターやハンドなどを除けば、セイヤーの議論が肯定的に援用されることは、つい最近に至るまで稀であることも事実である。

4 セイヤーの自己抑制論の極端さ

では、なぜセイヤーの自己抑制論は永らく省みられてこなかったのだろうか。もちろん、セイヤーの自己抑制論があまり省みられることがなかった原因を、その理論の極端さや、前述したように、Brown 判決後、司法消極主義自体が急速に人気を失つたことに求めるのが最も自然であろう。

セイヤーの論文「アメリカ憲法原理の起源と範囲」を有名にしたのは、セイヤー自身は「ルール・オブ・アドミニニストレーション (rule of administration)⁽⁶⁶⁾」と呼び、後にビッケルが「明白な誤りの原則 (rule of the clear mistake)⁽⁶⁷⁾」と形容した原則である。これは、立法府の制定した法律は、「憲法に違反していることがあまりにも明白で合理的な疑いを差し挟む余地がない場合でない限り無効である」とは宣言されない⁽⁶⁸⁾という原則である。セイヤーはこの原則について詳

述している。少し長いが該当部分を引用しておこう。「もしも裁判所の義務が、実際には、憲法と（違憲であると）非難された法律のテキストの意味を単に、またありのままに確かめ、そして学問的な問題として、裁判所の判断として両者が対立するかどうかを決定することにあるのであれば、確かに、それは、広範な公共的な考慮に関わる重要な事項を扱う高尚で重要な職責であるが、しかし、それでは裁判所が現実にも果たしている機能を単純化しすぎることになる。この点を確認した上でなお、結局のところ、裁判所は法律を無効にできるのかどうかという問題——これが決定的に重要な問題である——が残されている。裁判所は、それを単に当然のこととして、すなわち、正当かつ正しい解釈に基づけば法律は違憲であると結論したからという理由で法律を無効にできるわけではない。それこそが、裁判所が設けたルール・オブ・アドミニストレーションの重要性である。裁判所が、立法府の制定した法律を無効にできるのは、立法を制定する権限を有する人々が、単に誤りを犯したというだけでなく、——合理的な疑いを差し挟む余地もないほど——明白な誤りを犯した場合に限られる。それが、裁判所が法律の合憲性を審査する際の義務の基準である。すなわち、それが、——単に裁判所自身の合憲性に関する判断だけでなく、憲法典によつて判断をなすことを義務付けられている裁判所以外の他の部門が何をなしてよいのかということに関する裁判所の結論に関しても——適用されるべきテストである。このルールは、重大で複雑で、常に拡大してゆく統治の必要性に配慮し、ある個人または集団にとつては違憲であるのみなされる多くのことが、他の人々にとつては合理的に考えてそうではないと判断されることを認識するものである。このルールは、憲法典は異なつた複数の解釈がありうることを認識するものである。つまり、このルールは、選択と判断には一定の幅があり、そこに選択の余地のあることを認めるものである。すなわち、このルールは、そうした場合に、憲法典が立法府に対して何らか一つの特定の見解を強いるものではなく、選択の余地を残していることを認めるものである。そしてこのルールは、合理的な選択であればどのようなものであれ、合憲だと認めるものである」⁽⁶⁹⁾。

セイヤーの議論の核心にあるのは、立法府は自らの行為が憲法典に反するかどうか確認する責任を有しており、裁判

所はこれに軽々しく干渉すべきではない、という考え方である。セイヤーによれば、「この権限——法律を制定する権限だけでなく憲法典を解釈する権限——を付与されているのは立法府である。……解釈する第一次的権限のようにこれほど重大な権限が付与されている場合、その権限が与えられている機関が現実になした決定はそれに応じた尊重に値することは明白である⁽⁷⁰⁾。では、議会が第一次的な解釈権限を有するとして、裁判所は議会の判断をどのように尊重すべきなのか。セイヤーは、「明白な誤りの原則」を説く際にクーリィを引用して、「立法府の構成員は、彼の判断によれば違憲である法案に反対する票を投じる。しかし、後に裁判官として配置され、彼の反対にもかかわらず立法府によって制定された法律が事件として彼の前に来れば、彼のその法律に対する見解が何ら変化していないにもかかわらず、その法律を合憲だと宣言することが裁判官としての彼の義務であると判断しても当然である⁽⁷¹⁾」としている。またセイヤーは、「たしかに、議会の権限の行使が合理的で、それが憲法に反していないかどうかを決めるのは裁判官である。しかし、そうした場合に、司法権が判断すべき問題は二次的なものであることが想起されるべきである。何をなすべきか、何が合理的であるかということに関する立法府の決定は、裁判官と同じ義務を共有した上でなされるものでもないし、何が賢明で合理的な立法であるかという点に関する裁判官の考え方に適合している必要はない。司法権がなすべきことは、それが、立法府の合理的な行為といえるかどうかを決定することである⁽⁷²⁾」と述べている。さらに「合理的な疑い」についても、セイヤーは「司法権が、ここで述べたようなテスト、すなわち立法府が合理的に考えることは何かといったテストを適用する場合には、徳、感覚、有能な知識を、立法府が有しているという前提が常に想起されねばならない。公共的な事柄に関わる事項は、その種の慣例と前提のもとに進められねばならない……裁判官が法律を無効にする場合、それは裁判官が陪審の評決を覆すのと同様に、適切な説示を受けた団体を前提にしなければならぬ……裁判官が語るべき合理的な疑いとは、自己の能力を目の前の問題に適用する能力を有し、適切な指示を受けた人々の心に浮かぶような疑いである⁽⁷³⁾」と述べている。

このようにセイヤーの理論は、憲法典の規範の範囲と裁判所がそれを執行する範囲は異なっていることを主張するもので、⁽⁷⁴⁾ 裁判所はそのごく一部しか執行すべきではなく、後は議会にその執行を委ねるべきで、議会の判断が「合理的な疑い」を差し挟む余地がないほど明らかに違憲である場合に限りて違憲とすべきだというものである。こうしたセイヤーの司法の自己抑制論は、それが示す立法府への敬讓の度合いにおいても、またそれが、連邦憲法に関する立法府の解釈が問題になる場合には、均なみ適用されるという範囲の広さにおいても、際立っており、他に類を見ないものであるように見える。

5 セイヤーとLochner

そのため、「セイヤーの論文は、Lochner 期を特徴付けるものだ」とされる、『法の適正な手続』といったきちん定義されていない憲法の文言に基づく攻撃的な司法審査に対する異議申し立てだと伝統的に理解されてきた⁽⁷⁵⁾と形容されるように、アメリカにおいて、セイヤーの論文はLochner 判決を批判するものであり、セイヤーが論文で示した司法の自己抑制論は、ポストLochner 期の司法の自己抑制論を導いたのだとする理解が伝統的な理解であるように思われる。しかし、先に見たように、アメリカ憲法学において、セイヤーの論文は「古典」とされ極めて有名なものではあるが、決してこれまで一般的に肯定的に引用されることはない論文である。先の「伝統的な理解」を額面どおりに受けとるべきではない。「伝統的な理解」には修正ないし限定が必要である。

第一に加えられるべき修正は、はたしてセイヤーは、Lochner 期の最高裁のありようにどれだけ批判的であったのかという点に関わる。この点に関する修正は、タシュネットによって——偶像破壊的なほど——なされている。タシュ

ネットは、先に言及したセイヤー論文百周年を記念するシンポジウムに寄せた論稿において、伝統的なセイヤー評価を修正するために、二つの疑問を提起している。第一は、セイヤー論文が執筆された年に関わる。タシユネットによれば、セイヤー論文が執筆されたのは一八九三年であり、Lochner判決に先立つこと一二年前であり、それだけでなく連邦最高裁が契約の自由を根拠にはじめて州の制定法を違憲と判断したのは一八九七年のAllgeyer v. Louisiana⁽⁷⁶⁾においてのことである。その意味でセイヤーの論文は、Lochner期を射程には入れていない。しかしながら、これは決定的ではない。なぜなら、セイヤーの論文を批判する論者においても、そのことは、おそらく折込済みだからである。問題は、セイヤーの論文が、アメリカ憲法学において、どのように受け止められてきたかにある。この点で示唆的なのは、一九六六年に『司法審査と民主政』という書物を著し、司法消極主義を批判したハワード・デイーンが、書物の中で、「セイヤーの、司法権が自己抑制のルールに執着すべきであるとの嘆願は、レッセ・フェールの社会的・経済的な予測が驚くほど流行りつつある中でなされた」と指摘していることである。デイーンが示すセイヤー論文の読み方は、セイヤーの論文はレッセ・フェール哲学を批判するための——先駆的な——試みであるというものである。

しかし、タシユネットは、ここでより重要な疑問を提起している。タシユネットの第二の疑問は、そもそもセイヤーの自己抑制論はLochner判決を批判するものになっていないのではないかというものである。この点は、決定的に重要である。なぜなら、タシユネットが指摘しているように、セイヤーの論文は、Lochner判決自体を批判する論理を有していないからである。セイヤーは、論文の末尾近くにおいて、「われわれが考察してきたルールが適用されないか、あるいは共通のルールとは異なったルールが適用される場合がある」と述べて、自己の議論の適用される射程を限定している。セイヤーによれば、「明白な誤りの原則」が適用されるのは「裁判所が同格の部門の行為の合憲性について判断を下す場合（傍点は引用者）⁽⁷⁷⁾」のみである。つまり、セイヤーの自己抑制論が適用されるのは、連邦最高裁が連邦議会の制定した法律の合憲性や連邦執行権の行為の合憲性を判断するか、あるいは州裁判所が州議会の制定した法律の合

憲性や州知事の行為の合憲性を判断する場合に限られており、Lochner 判決の場合のように、連邦最高裁が州議会の制定した法律の合憲性を判断する場合には適用されないのである。このようにセイヤー論文は Lochner 判決自体を批判できる構造にはなっていない。これに対してセイヤーの弟子のハンドが Lochner 判決から三年後の一九〇八年に執筆した論稿は、司法の自己抑制論を説くものであったが、それは Lochner 判決を正面から批判する内容になっている⁽⁸⁰⁾。タシュネットは、セイヤー自身の政治的コミットメントがどのようなものであったかは分からないが、少なくともセイヤーは当時の社会政策に好意的ではなかったと指摘している⁽⁸¹⁾。では、なぜセイヤーは自己抑制論を説いたのか。タシュネットの見立ては、「セイヤーは改革立法への反対をより有効なものにしようとした。改革立法を無効にするのに誤って司法審査に頼ることを放棄させて、改革立法に反対する人々が、人民が最初は魅了されるかもしれない法律に反対するように『われら人民』を動員しよう」と試み、裁判所においてよりはしほしほ勝利を得やすい場で最終的に勝てるようにしようとした⁽⁸²⁾」というものである。このタシュネットの見立てによれば、セイヤーは社会経済立法を支持するために司法の自己抑制論を説いたのではなく、逆に社会経済立法に反対するために司法の自己抑制論を説いたことになる。この点でタシュネットのセイヤー評価は偶像破壊的である。筆者は、勉強不足でタシュネットのセイヤー評価を判断する能力を十分に有していないが——タシュネット自身も参照しているように——セイヤーは、司法の自己抑制論を展開した先の著名な論文に先立つ二年前の一八九一年にイギリスの雑誌に「アメリカの裁判官と労働の利益」と題する論稿を寄せており、そこで、わざわざ、アメリカには他の国にはない司法審査の制度があるが、裁判官は資本家の味方であるからその点に気をつけるべきだとする、当時、革新主義の経済学者として有名であった Richard T. Ely の指摘に「反論し」、「アメリカにおいて思慮深い人々の間で主として常に懸念されているのは、裁判官が『人民大衆』の願望に、過小どころか過剰に配慮してきたことであつた⁽⁸⁴⁾」と指摘していることは紛れもない事実である。この一文は、少なくとも、セイヤーが当時の社会経済立法を支持する動きに批判的であつたことを示している。また、セイヤーが「明白な誤りの原則」を司

法権が同格の部門の行為の合憲性を審査する場合に限定し、連邦最高裁が州議会の制定した法律を審査する場合にはより厳格な審査の余地があることを認めていたことは、南北戦争を経験したセイヤーの主たる関心が、連邦政府優位のアメリカの統治構造を支持することにあつたことを示している可能性がある⁽⁸⁵⁾。

6 セイヤーの議論と Lochner 後の司法審査論

第二に加えられるべき修正は、セイヤーの自己抑制論は、Lochner 期の司法審査のありようを覆し「憲法革命」後有力となった司法審査論のモデルを提供していたのかという点に関わる。

たしかに、アメリカ合衆国の憲法判例において、Lochner からポストLochner への転換点となったのは、先に見た、West Coast Hotel Co. v. Parrish 判決⁽⁸⁶⁾であることは間違いない。しかし、この判決の要点は、司法の自己抑制論も含めて、司法審査の方法論にはない。ヒューズ長官が執筆した法廷意見はもっぱら自由の実体論を語るものである。法廷意見は、「契約の自由」の絶対性を否定し、それが合理的なポリス・パワーの制約に服することを明示し、ポリス・パワーの行使は適切な立法目的と合理的な関係を有し、恣意的で差別的でなければデュー・プロセス条項に違反するものではなく、しかも、「交渉力において対等な地位になく、したがって生活できるだけの賃金をもらえないことに対して比較的防禦力が弱い労働者クラスを搾取することは、彼らの健康と福祉を害するだけでなく、彼らを支えるために社会に直接の負担を課すことになる。労働者が賃金として失つたものを納税者が税金で支払うよう求められるからである。……社会は良心的でない使用者のために補助金に与えることを義務付けられているわけでない⁽⁸⁷⁾」とするものである。

Lochner 後の司法審査のあるべき姿を示そうとしたのは、この判決ではなく、連邦最高裁が翌年に下した United

Sates v. Carolene Productas Co. 判決⁽⁸⁸⁾である。この判決において主たる争点になったのは、脱脂乳に植物性脂肪を加えた調整ミルクの州際通商を禁じる連邦法が、連邦議会の州際通商規制権限を逸脱した権限の行使なのかどうかと、修正五条のデュー・プロセス条項に反する権限の行使なのかどうかであった。この判決におけるストーン判事の法廷意見は、West Coast Hotel v. Parrish 判決とは対照的に、司法審査の行使の仕方により力点をおいたものである。周知のように、この法廷意見を有名にしたのは、判決本文ではなく、何気なく挿入された脚注4である。この脚注4は、「合憲性の推定原則がより狭くしか作用しない領域があるかもしれない」と述べた上で、例外的に司法積極主義が妥当するかもしれない領域として、①「立法が、最初の修正一〇カ条による禁止の場合——それらの条項が修正一四条のうちに含まれる（すなわち、それらが州政府にも適用される——引用者）場合も同様に考えられる——のように、憲法典による特定の禁止に文面上含まれると思われる」場合、②「望ましくない立法の廃止をもたらさしめるものと通常は期待できる政治過程を制限する立法」の場合、③「少数者を保護するものと通常は信頼しうる政治過程の作用を著しく傷つけるような、個々のそれと簡単に識別可能で、かつ他から孤立した少数者 (discrete and insular minorities) に対する偏見 (prejudice)」が存在しており、立法がそのような少数者に向けている場合、という三つの領域を挙げた⁽⁸⁹⁾。この脚注4こそ、後に「二重の基準」論ないしは「優越的自由」論と呼ばれる議論に結実するものである。それゆえにこの脚注は、「裁判官と政府のその他の機関の関係を秩序付けた偉大で現代的な憲章」⁽⁹⁰⁾であるとか、「憲法においてもっとも祝福された脚注」、「憲法において最も有名な脚注」と評されることになる。

脚注を含むこの判決とセイヤーの議論には連続性がなく、むしろ断絶がある。第一に、そもそも、この脚注4自体が、合憲性の推定原則という意味での司法の自己抑制が及ぶ領域を限定する可能性を示した点で、セイヤーの自己抑制論を限定することになる。そのことはよく知られている。本稿は、この点を問題にしようとするものではない。本稿が注目するのは、ソロブが「大半の学者にとって、Carolene Products 判決において議論する価値がある唯一の側面は有

名な脚注4にあるかもしれないが、意見全体が、敬讓原理の意味に關してだけでなく、事実と憲法解釈の關係に關しても深い意味を有する文書である⁽⁹⁵⁾と指摘しているように、ストーン判事の法廷意見が語る司法の自己抑制論は、セイヤーの自己抑制論とは質的に異なっていることである。たしかにストーンの法廷意見は、何度か「合憲性の推定⁽⁹⁶⁾」に言及している。「合憲性の推定」原則は、司法の自己抑制を表すものとして有名である。しかし、この判決においてストーンが示す「合憲性の推定」とは、立法事実の推定である。実際、ストーン判事の法廷意見は、この有名な脚注を付した本文において、「通常の商取引に影響を及ぼす規制立法は、認識されるか、もしくは一般に仮定される事実に照らして、それが立法者の知識と経験における何らか合理的な根拠に基づいているとの推定を排除するような性格を持つものでない限り、立法府の判断を支持するような事実の存在が推定される⁽⁹⁷⁾」と述べている。わが国では、芦部信喜以来、司法の自己抑制⁽⁹⁸⁾⇨合憲性の推定原則⇨立法事実の推定原則という公式が成立しているが、これはアメリカにおいても同様である。しかし、セイヤーが説いた司法の自己抑制とは、立法事実⁽⁹⁹⁾に關する敬讓ではなく、立法府がなす憲法解釈⁽¹⁰⁰⁾に對する敬讓である。セイヤー自身は、「合憲性の推定」という言葉を用いてはいないが、仮に彼がそれを用いるとすれば、それは立法府の制定した法律を支える立法事実の合憲性の推定ではなく、あくまで立法府はそれを合憲な法律であると解釈していたということに對する推定を意味することになる。どちらがよりラディカルかという問いを立てるとは可能だが、ここではそれをしない。要は、セイヤーが説いた司法の自己抑制論は、ストーンが、領域は限定される可能性を示しつつも妥当する領域があると説いた司法の自己抑制論とは、およそ異なつたものであつたということである。

セイヤーの司法の自己抑制論は、かくしてアメリカ憲法学において葬り去られたといつてもいいだろう。セイヤーが世紀末に説いた司法の自己抑制論は、Caroline 判決によつてその妥当する範囲が限定されただけではない。その議論の内容自体が巧妙に変更されたのである。また、立法府がなす憲法解釈に對する敬讓という意味でのセイヤーの敬讓論

は現在の連邦最高裁によって完全に斥けられる。モナハンによれば、「連邦最高裁も専門家も。決定的な問題が憲法典のテキストの意味に関わる場合には、司法権の義務は、敬讓ではなく独立した判断をなすことだと見なしてきており、司法権の義務に関するそうした特定の考え方はわれわれの憲法秩序において現在では深く根付いている」⁽⁹⁹⁾。

セイヤーの議論の評価に関して加えられるべき第三の修正は、セイヤーが自己抑制論を説いた根拠に関わる。通常、司法の自己抑制論を主張する論者が主たる根拠として挙げるのは、①司法審査の非民主性、②司法権の能力の欠如、の両方ないし何れか一方である⁽¹⁰⁰⁾。セイヤーの論文には、②に関する主張はあまり見当たらない。セイヤーが、司法の自己抑制論を展開する際に、重視したのは②ではなく①である⁽¹⁰¹⁾。セイヤーが、「明白な誤りの原則」という意味での自己抑制論の正当化事由として挙げたのは二つの理由である。第一は、歴史的正当化である。「私は新しい法理を述べているのではなく、すでに承認されている法理をより正確かつ正しい形で再述しているだけである」⁽¹⁰²⁾と述べているように、セイヤーは、さまざまな判決や裁判官の意見を引用して、「明白な誤りの原則」が伝統的な法理であることを強調している⁽¹⁰³⁾。第二は、実質的理由であり、これは論文の最後尾部分で展開されている。そこでセイヤーが展開しているのは、ある種の民主主義論である。しかし、セイヤーが積極的な司法審査は民主政の観点から見て問題があるとした理由は、ビッケルが問題にした司法審査の「反多数決主義という難点」という問題関心とはかなり異なっていることに注意すべきである。

ビッケルもそれほど現実の立法府の機能に高い評価を与えていたわけではないが、セイヤーもその点では変わりはない。セイヤーは、「われわれが立法機関においてしばしば見かける人々は、教育を欠いており、御しがたく、思慮が足りず、無能である」⁽¹⁰⁴⁾と辛辣な評価を加えている。それにもかかわらず、セイヤーは、「立法府が合理的に考えることが何であるかを決めるのに、ここで述べたようなテストを司法権が適用するに際しては、立法府には、徳、感覚、十分な知識が備わっていることが前提にされねばならない、ということが念入りに想起されねばならない。公共的な事項に関

わる行為は、常にその種の慣例と前提に基づいて行われなければならない⁽¹⁰⁶⁾とする。

この理由が明らかにされるのは、セイヤーの論文の最後尾においてのことである。少し長いが引用しておく。セイヤーは次のように述べる。「憲法に関するわれわれの法理は、立法府の関心を、正義と正しきに関わる問題からそらし、立法府の関心を、憲法典は何を許容するのかという問題や単なる合法性の問題に集中させることは事実である。しかも、より厄介なことに、合法性の問題に関してすら、立法府は責任をほとんど自覚しない。彼らは、自分たちがたとえ誤つていても、裁判所が誤りを正してくれるはずだ、と言う。ここまで私が述べてきたことが正しいのだとすれば、われわれのシステムが、立法府に残しており、残しておかねばならない功罪の範囲がいかに広いかということと、司法権の明確な限界を、人民に現在よりも強く考えさせることが改革のための安全かつ最上の方法である。それによつてはじめて本来責任を負うべき人民にその責任の所在を自覚させることができる。憲法典における数多くの詳細な禁止規定による立法権の抑制や縮小は、政府を小さくしたり、無能にしたりすることによつては決して達成されることはなかった。裁判所の権力によつて人民を破滅から救えるようなシステムはそもそも存在しない。われわれ自身を護る保障は裁判所以外の場所にあるのである⁽¹⁰⁶⁾」。このように、セイヤーは、論文の末尾において、立法府でも裁判所でもなく主権者である人民に対して主権者としての自覚を取り戻すよう求めている。「人民よ、主権者たれ」というのがこの論文の最も重要なメッセージなのである。ここには、原則として、立法府の方が裁判所より民主的正統性を有するはずだとする主張は存在しない。セイヤーの民主主義論はそうした類のものではない。

7 結びに代えて——ポピュリズム憲法学とセイヤー復興

本稿が見てきたように、セイヤーの自己抑制論に関しては多くの神話がつきまとい、それだけ——過大評価も過小評価も含めて——誤解を受けている。セイヤーの議論について「神話」を破壊する必要がある。しかし、現在のアメリカにおいて、セイヤーの司法の自己抑制論は再び注目を集めていることも忘れてはならない。現在、アメリカ憲法学で有力となりつつあるポピュリズムに属する——それ自体は決して一枚岩ではないことに注意すべきではある——憲法学者たちの間で、セイヤーを参照しようとする動きが目立っている。本稿の視点からすれば、これは了解可能となるだけではなく、彼らがセイヤーの議論を参照する文脈を明らかにすることで、ポピュリズム憲法学の主張がどこにあるのかを考える有力な手がかりを提供してくれるように思える。彼らのセイヤー参照は、主として関連する二つの文脈でなされているからである。

第一に、彼らがセイヤーを引用するのは、司法審査の弊害を指摘する文脈においてである。典型は、タシユネットである。⁽¹⁰⁶⁾ タシユネットは、『裁判所から憲法典を奪い取る』というラディカルなタイトルを冠した書物を著して有名だが、その書物において彼が、セイヤーの議論を参照しているのは、まさに「司法審査の過剰 (judicial overhang) が立法者をして憲法問題を考察することから目を背けることを可能にさせている」ということを強調する文脈においてのことである。言うまでもなく、これはセイヤーが積極主義的な司法審査がもたらす弊害を強調すると同時に、「人民よ、主権者たれ」という自覚を促すべく議論を展開したことに対応している。

もう一つは、憲法典の解釈に関して、裁判所の解釈は立法権、行政権の解釈に関して優位するという意味での「司法

権の優位 (judicial supremacy) を攻撃する文脈である。ここでもタシユネットの議論を見ておこう。タシユネットは、先に述べた意味での「司法権の優位」を認める司法審査を「強い形の司法審査」と呼び、それを認めない司法審査を「弱い形の司法審査」と呼び、比較憲法の知見を利用して、ニュージーランドやカナダの例を挙げて、決して「強い形の司法審査」が唯一の司法審査のモデルではないとする⁽¹⁰⁾。タシユネットは、アメリカにおいては、「強い形の司法審査」が連邦最高裁においても、人々の理解においても支配的な司法審査の形態であることを承認しつつ、それでもなおこれを攻撃したものとしてセイヤー論文を引用している⁽¹¹⁾。これこそは、まさにセイヤーが説いた自己抑制論が、現在、支配的な自己抑制論のように、裁判所による立法事実に関する敬讓を説くものではなく、裁判所による立法府のなした憲法解釈に対する敬讓を説く、よりラディカルな自己抑制論であったことを認識した上で、それもなお——まさに確立された伝統に対する挑戦として——セイヤーの選択を肯定しようとするものである。現在、アメリカにおいて、永い間支配的であった「司法権の優位」論に疑問を提示する向きは少なくともない⁽¹²⁾。セイヤーは、「司法権の優位」に対する挑戦を挑み、この闘いに破れた。現在のアメリカ憲法学において、ポピュリズム憲法学はこの壁を乗り越えようとしているように思われる。

注

(一) RAN HIRSCHL, TOWARDS JURITOCRACY: THE ORIGIN AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (Harvard U. Pr., 2004). ハーシユルの議論について、阪口正二郎「上昇する期待と下降する期待——『司法支配制』の評価をめぐる」柵瀬

- 孝雄編『司法の国民的基盤——日米の司法政治と司法理論』（日本評論社、二〇〇九年）六五頁以下。
- (2) 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- (3) 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
- (4) Matthew D. Adler & Michael C. Dorf, *Constitutional Existence Conditions and Judicial Review*, 89 VA. L. REV. 1105, 1106 (2003).
- (5) BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION* (Farrar, Straus and Giroux, 2009), at 5.
- (6) ROBERT H. BORK, *COERCING VIRTUE: THE WORLDWIDE RULE OF JUDGES* (AEI Press, 2003), at 1.
- (7) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (Bobbs-Merrill, 1962), at 16–18.
- (8) Matthew D. Adler, *Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Countermajoritarian Difficulty*, 145 U. PA. L. REV. 759, 760 (1997).
- (9) Kenneth Ward, *The Countermajoritarian Difficulty and Legal Realist Perspective of Law: The Place of Law in Contemporary Constitutional Theory*, 18 J.L. & POL. 851, 854 (2002).
- (10) ビッケルに関しては、わが国における研究としては、野坂泰司『司法審査と民主制』の一考察(四)「国家学会雑誌九七巻九・一〇号(一九八四年)七〇頁、特に八九―一一一頁、大林啓吾「アレクサンダー・ビッケル」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像 理論家編』(尚学社、二〇一〇年)三三頁以下が詳しい。
- (11) Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 YALE L. J. 153, 157 (2002).
- (12) この論点を検討した代表的なものとして、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、一九九一年)、松井茂記『二重の基盤論』(有斐閣、一九九四年)、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、二〇〇一年)などがある。また最近のものとして、大河内美紀『司法審査の正当性』について問うこと、辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社、二〇一一年)四六一頁がある。
- (13) Friedman, *supra* note 11, at 157.

- (14) BICKEL, *supra* note 7, at 69.
- (15) *Id.* at 29. この司法審査の正統化機能に対する注意を喚起したのは、周知の如くに CHARLES L. BLACK, THE PEOPLE AND THE COURT: JUDICIAL REVIEW IN A DEMOCRACY (Reprinted in 1977 by Greenwood Pr., originally published in 1960 by The Macmillan Company), at 34 et seq. である。
- (16) BICKEL, *supra* note 7, at 111.
- (17) 長谷部恭男「司法消極主義と積極主義」高橋和之・大石眞編『憲法の争点(第三版)』(有斐閣、一九九九年)二四七頁、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店、一九九九年)六二頁。
- (18) Friedman, *supra* note 11, at 157.
- (19) Daniel J. Solove, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*, 84 IOWA L. REV. 941, 943 (1999).
- (20) *Id.* at 949.
- (21) 198 U.S. 45 (1905).
- (22) *Id.* at 53.
- (23) *Id.*
- (24) *Id.*
- (25) *Id.* at 61.
- (26) *Id.* at 75 (Holmes, J., dissenting).
- (27) *Id.*
- (28) *Id.* at 75-76.
- (29) Roscoe Pound, *Do We Need a Philosophy of Law?*, 5 COLUM. L. REV. 339, 344 (1905).
- (30) この報告書については、阪口正二郎「第一次大戦前の合衆国における表現の自由と憲法学(一)」社会科学研究四三巻四号(一九九一年)六九-七五頁を参照されたい。
- (31) RICHARD H. FALLON, JR., THE DYNAMIC CONSTITUTION: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (Cambridge U. Pr., 2004), at 84. 平地秀哉・福嶋敏明・宮下紘・中川律訳『アメリカ憲法への招待』(三省堂、二〇一〇年)八八頁。

- (32) ハの埃どころいせ、やんせたり、Richard D. Friedman, *Switching Time and Other Thought Experiments: The Hughes Court and Constitutional Transformation*, 142 U. PA. L. REV. 1891 (1994); BARRY CUSHMAN, *RETHINKING THE NEW DEAL COURT: THE STRUCTURE OF A CONSTITUTIONAL REVOLUTION* (Oxford U. Pr., 1998) を参照せよたご。
- (33) 300 U.S. 379 (1937).
- (34) 261 U.S. 525 (1923).
- (35) *See, e.g.*, *Wright v. Vinton Branch*, 300 U.S. 440 (1937); *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Co.*, 301 U.S. 1 (1937); *Stewart Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937); *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 659 (1937).
- (36) FRIEDMAN, *supra* note 5, at 167.
- (37) David A. Strauss, *Why Was Lochner Wrong?*, 70 U. CHI. L. REV. 373 (2003).
- (38) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (Harvard U. Pr., 1980), at 14.
- (39) Solove, *supra* note 19, at 949.
- (40) *See*, Jack M. Balkin, “*Wrong the Day It Was Decided*”: *Lochner and Constitutional Historicism*, 85 B.U.L. REV. 677 (2000); Richard A. Primus, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, 48 DUKE L. J. 243 (1998).
- (41) 最もこの表現を有谷にすすむのに貢献したのが、女性の妊娠中絶する権利を、明示的にチュー・プロセス条項の「自由」に位置付けた、*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) に対して「ロッキナー化」ではなごのかとごう批判をなごした John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920 (1973) を見よ。
- (42) Strauss, *supra* note 37, at 374.
- (43) *Id.*
- (44) Balkin, *supra* note 40, at 688.
- (45) 347 U.S. 483 (1954).
- (46) 判決に在る最の最高裁内閣の「高藤、どころい、やんせたり、RICHARD KLUGER, *SIMPLE JUSTICE: THE HISTORY OF BROWN v. BOARD OF EDUCATION AND BLACK AMERICA'S STRUGGLE FOR EQUALITY* (Vintage Books, 1975), at 582–699.
- (47) ROBERT A. BURT, *THE CONSTITUTION IN CONFLICT* (Harvard U.Pr., 1992), at 13.

- (87) Michael W. McConnell, *Originalism and Desegregation Decisions*, 81 VA. L. REV. 947, 952, (1995).
- (88) Richard A. Posner, *Bork and Beethoven*, 42 STAN. L. REV. 1365, 1374 (1990).
- (89) See, Martin Shapiro, *Fathers and Sons: The Court, the Commentators, and the Search for Values*, in THE BURGER COURT: THE COUNTERREVOLUTION THAT WASN'T (VINCENT BLASI ed., Yale U. Pr., 1983), at 218–220; Robert A. Burt, *Alex Bickel's Law School and Ours*, 104 YALE L. J. 1853, 1863 (1995).
- (90) Shapiro, *supra* note 50, at 219.
- (91) LAWRENCE G. SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE (Yale U. Pr., 2004), at 89.
- (92) James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 17 (1893).
- (93) HARLAN B. PHILLIPS (ed.), FELIX FRANKFURTER REMINISCES (Reynal & Company, 1960), at 299.
- (94) MELVIN I. UROFSKY, FELIX FRANKFURTER: JUDICIAL RESTRAINT AND INDIVIDUAL LIBERTIES (Wayne Publishers, 1991), at 31.
- (95) H.N. HIRSH, THE ENIGMA OF FELIX FRANKFURTER (Basic Books, 1981), at 128.
- (96) ヤマヤーが司法権極主義と与えた影響について、Wallace Mendelson, *The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter*, 31 VAND. L. REV. 71 (1978) を参照のこと。ノウは、ホームズが、このセイヤーの論文を受領した社状の中で、「私は心からあなたの論文に同意する。あなたの論文は、私が他の裁判官の何人かと意見を異にした憲法問題についての私のアプローチが暗に示していた見解を明確にしてくれる」と記していること指摘している。
- Mark DeWolfe Howe, *Introduction*, in JAMES BRADLEY THAYER, OLIVER WENDELL HOLMES, & FELIX FRANKFURTER ON JOHN MARSHALL (MARK DEWOLFE HOWE ed., Univ. of Chicago Pr., 1967), at xi.
- (97) BLACK, *supra* note 15, at 191.
- (98) *Id.* at 193.
- (99) FRIEDMAN, *supra* note 5, at 191; PAUL W. KAHN, LEGITIMACY AND HISTORY: SELF-GOVERNMENT IN AMERICAN CONSTITUTIONAL THEORY (Yale U. Pr., 1992), at 85.
- (100) Howard E. Dean, *Thayer, James Bradley*, in 4 ENCYCLOPEDIA OF THE AMERICAN CONSTITUTION (LEONARD W. LEVY et al. eds., Macmillan, 1986), at 1884–1885.

- (62) William M. Wiecek, *Thayer, James Bradley*, in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (KERMIT HALL et al. eds., Oxford U. Pr., 1992), at 869.
- (63) Symposium, *One Hundred Years of Judicial Review: The Thayer Centennial Symposium*, 88 NW. U. L. REV. 1 (1993).
- (64) G. Edward White, *Revisiting James Bradley Thayer*, 88 NW. U. L. REV. 48 (1993).
- (65) 米のノーン・ウェストマン大学ロー・スクールのセイヤー・シンがシムソン教授 Jay Hook, *A Brief Life of James Bradley Thayer*, 88 NW. U. L. REV. 1 (1993) より引用。この短評は掲載された。
- (66) Thayer, *supra* note 53, at 144.
- (67) BICKEL, *supra* note 7, at 35.
- (68) Thayer, *supra* note 53, at 140 (quoting Commonwealth v. Smith, 4 Binn, 117 (Pa.1811)).
- (69) *Id.* at 143–144.
- (70) *Id.* at 136.
- (71) *Id.* at 144 (quoting THOMAS M. COOLEY, A TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS WHICH REST UPON THE LEGISLATIVE POWER OF THE STATE OF THE AMERICAN UNION (6th ed., Little Brown, 1890), at 68).
- (72) *Id.* at 148.
- (73) *Id.* at 149.
- (74) SAGER, *supra* note 52, at 89.
- (75) Mark Tushnet, *Thayer's Target: Judicial Review or Democracy?*, 88 NW. U. L. REV. 9 (1993).
- (76) 165 U.S. 578 (1897).
- (77) HOWARD E. DEAN, JUDICIAL REVIEW AND DEMOCRACY (Random House, 1966), at 113.
- (78) Thayer, *supra* note 53, at 153.
- (79) *Id.*
- (80) Learned Hand, *Due Process of Law and the Eight-Hour Day*, 21 HARV. L. REV. 495 (1908). この論文は GERALD GUNTHER, LEARNED HAND: THE MAN AND THE JUDGE (Knopf, 1994), at 118–123 に載っている。これは、この論文の再録である。

いては、野坂泰司『司法審査と民主制』の一考察(二)「国家学会雑誌九六卷九・一〇号(一九八三年)一一八一―二九頁が詳しい。セイヤーとハンドの自己抑制論が異なるものでもなく、むしろ一致する。see, Edward A. Purcell, Jr., *Learned Hand: The Jurisprudential Trajectory of an Old Progressive*, 43 BUFF. L. REV. 873, 884–896 (1995).

- (18) Tushnet, *supra* note 75, at 11–14.
- (20) *Id.* at 24–25.
- (23) *Id.* at 13 and n. 21.
- (24) James B. Thayer, *American Judge and the Interest of Labor*, 5 Q. J. OF ECON. 503, 505 (1891).
- (25) Purcell, *supra* note 80, at 889.
- (26) 300 U.S. 379 (1937).
- (27) *Id.* at 399. きのこ「この点は同判決が覆した *Adkins v. Children's Hospital* 判決が、「合計額が、提供されるサービスの公正な価格を上回る限りにおいて、それは使用者から強制的に金銭を取りたてて、その状態について使用者が特段の責任もない部分的には貧しい人の援助に使うことになり、それゆえ、誰かが負担すべきだとすれば、それは社会全体であるはずの負担を使用者に恣意的に負わせることとなる」として「たのと対照的である」。261 U.S. 525, 557–58 (1923)。このメースラインの変更に一九三七年の革命の意味を見出しているのが CASS R. SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* (Harv. U. Pr., 1993), at 40–67である。このサンステインの議論について、詳しくは、阪口正二郎「アメリカ憲法学とニューディール再考」樋口・森・高見・辻村編『国家と自由——憲法学の可能性』(日本評論社、二〇〇四年)一五頁以下参照。
- (28) 304 U.S. 144 (1938).
- (29) *Id.* at 152–153 n.4.
- (30) Owen M. Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term—Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 6 (1979).
- (31) Lewis P. Powell Jr., *Carolene Products Revisited*, 82 COLUM. L. REV. 1087 (1982).
- (32) Felix Gilman, *The Famous Footnote Four: A History of the Carolene Products Footnote*, 46 S. TEX. L. REV. 163, 165 (2004).
- (33) Solove, *supra* note 19, at 990.
- (34) 304 U.S. 148, 152 n.4.

- (95) *Id.* at 152.
- (96) 芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」同『憲法訴訟の理論』(有斐閣、一九七三年)一一七頁以下、芦部信喜「憲法訴訟における司法消極主義」同『司法のあり方と人権』(東京大学出版会、一九八三年)一頁以下。
- (97) F. Andrew Hessick, *Rethinking the Presumption of Constitutionality*, 85 NOTRE DAME L. REV. 1447 (2010).
- (98) *Id.* at 1455–1461; Solove, *supra* note 19, at 991–992.
- (99) Henry P. Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 COLUM. L. REV. 1, 9 (1983).
- (100) See, Solove, *supra* note 19, at 1003–1009; Hessick, *supra* note 97, at 1461; Paul Horwitz, *Three Faces of Deference*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1063, 1078–1090.
- (101) KAHN, *supra* note 60, at 85.
- (102) Thayer, *supra* note 53, at 155.
- (103) *Id.* at 145–152. へのセイヤーの歴史的正当化を批判しつつあるのみ、BLACK, *supra* note 15, at 195–203 による。
- (104) *Id.* at 149.
- (105) *Id.*
- (106) *Id.* at 155–56.
- (107) ポピュリズム憲法学については、阪口正二郎「アメリカ憲法学における民主主義論の動向と立憲主義の動揺」憲法問題一三号(二〇〇二年)一一二頁、塚田哲之「合衆国における『市民的公共圏』と憲法裁判」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』(日本評論社、二〇〇三年)一八三頁、木下智史「グローバル化の中のアメリカ立憲主義」阪口正二郎編『岩波講座憲法5 グローバル化と憲法』(岩波書店、二〇〇七年)一五五頁、松井茂記『ポピュリスティック立憲主義』をめぐって阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』(成文堂、二〇〇七年)三五三頁などを参照されたい。
- (108) タシユネットのポピュリズム論については、松井・同三五九–三六三頁、平地秀哉『理にかなった多元性』と司法審査」早稲田法学七八巻四号(二〇〇三年)一五三頁、大河内美紀「マーク・タシユネット」駒村・山本・大林・前掲注(10)一七九頁などが詳しい。
- (109) MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (Princeton U. Pr., 1999), at 58.

- (㉑) MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (Princeton U. Pr., 2008).
- (㉒) *Id.* at 16.
- (㉓) *See, e.g.,* Rachel E. Barkow, *More Supreme Than Court?: The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 COLUM. L. REV. 237 (2002); Brian M. Feldman, *Evaluating Public Endorsement of the Weak and Strong Forms of Judicial Supremacy*, 89 VA. L. REV. 979 (2003).