

# 新たな憲法解釈の誕生

— チャールズ・L・ブラックの議論から —

川 鍋 健\*

はじめに：人民主権論と憲法の創造としての憲法解釈

I 憲法解釈の方法

II 法に従った判断

III 人民主権と違憲審査

IV 新たな憲法解釈の誕生

おわりに：憲法解釈の限界

## はじめに：人民主権論と憲法の創造としての憲法解釈

### 1 日本の人民主権研究の文脈

人民主権について、日本憲法学はこれまで、日本国憲法に定める「主権の存する日本国民」（1条）というときの、「国民」、「主権」の意味内容に関する解釈を行ってきた。その背景には、第二次世界大戦を経て、日本が君主政から民主政へ転換したという社会の変化がある。日本国憲法制定によって、日本はいかなる民主政を目指すか、当時真剣に問われたのである。

しかし、これまでの人民主権に関する研究には、いまを生きる本稿筆者の観点からは、不十分に感じられる点もある。第一に、これまでの研究には代表制の民主化に焦点があり、憲法制定権力論に必ずしも十分に射程が及んでいないものがある<sup>1)</sup>。憲法の制定改廃について主権者国民がなしうることについて考察しなけ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第19巻第2号 2020年7月 ISSN 1347-0388

※ 早稲田大学政治経済学術院講師（任期付）。投稿応募時は、一橋大学大学院法学研究科特任講師（ジュニアフェロー）。博士（法学）、一橋大学、2019年。

本論文は JSPS 科研費 JP19K23152 の助成を受けたものである。

れば、国民主権の研究として体系的ではない。

第二に、憲法制定権力論に射程が及ぶ議論も、事実上憲法制定権力に制約がないことを認める見解<sup>2)</sup>もあるが、万能の憲法制定権力は認めない、とする見解が通説である<sup>3)</sup>。この点は、人々が煽動されて独裁政治に陥ったナチズム・ファシズムへのリアルな恐怖の経験から、万能の憲法制定権力としての主権を容認することに、立憲主義の戦略上極めて慎重だったことが察せられる<sup>4)</sup>。他方、国民に主権があるならば、それが後世の人々の視点からは明らかな誤りだとしても、国民は憲法の制定改廃をいかようにも行うことができ、もしそれが制約されるとすれば、国民が主権者であることそれ自体に伴う制約以外にはありえない。これまでの研究の問題意識には、傾聴すべき賢慮があるが、その結論は、必ずしも国民主権を徹底してはいない。

第三に、日本国憲法はアメリカ合衆国の主導するGHQを中心として起草され、国民主権と同時に、アメリカ流の、裁判所による違憲審査が制度化されたこととの理論的整合性（民主的に構成された代表による政治的決定を違憲無効と判断する法的正当性やその可能な範囲の問題、憲法改正における手続及び改正内容への違憲審査の法的可能性及び正当性の問題など）に関する議論が、人民主権論としては必ずしも進展しなかった<sup>5)</sup>。

- 
- 1) ここでは、杉原泰雄『人民主権の史的展開』、岩波書店、1978年；同『国民主権と国民代表制』、有斐閣、1983年；辻村みよ子『市民主権の可能性』、有信堂高文社、2002年、などを念頭に置いている。
  - 2) たとえば、佐藤幸治『憲法』、第3版、青林書院、1995年、40頁を参照。
  - 3) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』、勁草書房、1973年；芦部信喜『憲法制定権力』、東京大学出版会、1983年。
  - 4) 学説史でこの主張の流れをくむものとして、参照、高見勝利「主権論——その魔力からの解放について——」、法学教室69号、1986年、16頁以下；阪口正二郎『立憲主義と民主主義』、日本評論社、2001年；長谷部恭男「憲法制定権力の消去可能性について」、長谷部恭男ほか編集委員『岩波講座 憲法6 憲法と時間』、岩波書店、2007年、51頁以下。
  - 5) たとえば、松井茂記『司法審査と民主主義』、有斐閣、1991年は、議会制定法に対する裁判所による違憲審査の正当性のみが問題の対象であるし、南野森「憲法改正限界論再考：その意義についての序説」、長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相』、上巻、有斐閣、2013年、123頁以下は、そのような問題の存在を指摘したにとどまる。

## 2 アメリカの人民主権論とイエール学派

本稿筆者は、これらの問題に対する答えを見出すべく、アメリカ憲法学において「人民主権 (popular sovereignty)」の規範概念に基づいて憲法理論を展開する憲法学者たち、特にそのような論者がイエール・ロー・スクールに集中していることから、「イエール学派」とよばれる憲法学者たちの議論を参照してきた。彼らはこれらの問題について、人民主権の観点から答えを出そうとしてきたためである。

イエール学派については、特にブルース・アッカマンやアキル・アマールの憲法改正に関する議論について蓄積がある<sup>6)</sup>。他方で、それらはアッカマンおよびアマールの違憲審査制論というよりは憲法制定権力論を主として検討しており、松井茂記がアマールの違憲審査制論を簡単に紹介しているにとどまる<sup>7)</sup>。また、人民主権論からの裁判所による違憲審査制の正当化を扱う最近のものとして、岡室悠介の業績がある<sup>8)</sup>。こちらは、ジャック・バルキンやリヴァ・シーゲルなど、イエール学派の憲法学者を含むアメリカ憲法学の人民主権論と彼・彼女らの違憲審査制論を論じたものとして注目される。しかしこちらも、人民主権の観点からの憲法制定改廃手続の問題、あるいはそれに対する裁判所による違憲審査の正当性の問題に正面から取り組んだ論文ではない。

これに対し、本稿筆者はイエール学派が人民主権の観点から、特に第二及び第三の問題点に対する応答を示した議論を検討した。より具体的には、まず、人民による主権行使の名に値する憲法の制定改廃手続とは何か、次に、そのような手続を経て成立した憲法の制定改廃には限界があるか、最後に、その限界を保障す

6) 参照、阪口前掲註4)『立憲主義と民主主義』；大江一平「インフォーマルな憲法改正論の展開とその意義：アッカーマン説およびアマー説をめぐる議論を手がかりとして」、関西大学法学ジャーナル74号、2003年、1頁以下；山本龍彦「アメリカにおける『人民主権』論と憲法変動」、全国憲法研究会編『憲法問題28』、三省堂、2017年、45頁以下。この他のものについては、参照、川鍋健「人民の、人民による、人民のための憲法：アキル・リード・アマールの憲法論から」、一橋法学17巻2号、2018年、435頁以下、455頁註70。

7) 松井茂記「ポピュリストの憲法理論——アキル・アマー教授の見解を契機にして」、比較法学45巻2号、2011年、19頁以下。

8) 岡室悠介「憲法における「人民」の位相(1) — (3・完)」、阪大法学66巻1号123頁以下、2号83頁以下(以上2016年)、5号49頁以下(2017年)。

るにあたり、裁判所による違憲審査は関与することができるか、という問題について、イェール学派の憲法学者たち、ブルース・アッカマン、アキル・リード・アマール、ロバート・ポスト、リヴァ・シーゲル、ジャック・バルキン、ジェド・ルーベンフェルドらの議論を検討した<sup>9)</sup>。

そこで得られた結果は、次のようなものである。最初に、アッカマンやアマールの議論の示唆として、憲法典に定める憲法改正手続のほかに、全国民を有権者とする人民投票で過半数の賛成を得て、憲法の制定改廃の発案と承認を行う手続が、人民主権の観点からは必要である。次いで、特にアマールの議論からの示唆として、全国民による単純多数決としての人民投票という憲法制定改廃手続を経ても、その憲法の内容については、人民主権を否定する内容を定めることはできず、また人民主権を標榜する憲法を停止することはできない、人民による将来の憲法改正を禁止することはできない、あるいは選挙や言論の自由といった人民の自己統治を不可能にする憲法の制定改廃は認められない、といった限界がある。

また、アマール、バルキン、ポスト、そしてシーゲルの議論の示唆として、人民主権の観点からの憲法の内容に関する限界は、それが「人民のため (for the People)」であるならば、裁判所による違憲審査を通じても保障されるべきである。ただし、この点は論者によりニュアンスが異なる。例えばアマールは、限界を超える憲法の制定改廃がなされた場合、それを修正する本筋の方法は違憲審査ではなく再度の憲法の制定改廃である、と理解する。一方、バルキンは、裁判所による違憲審査を、国民が憲法の意味とは何かをめぐって争う政治参加の場と捉えて、憲法改正国民投票に準じた法的手続とみなし、憲法改正と同視される憲法解釈の変更によって実現すると理解する。この点は、アマールの主張が最も理にかなっている、と本稿筆者は考える。なぜならば、第一に、裁判所が民主的正当性を有する機関ではなくそれ自体人民でもない、人民のために憲法解釈を行う必然性はない、第二に、確かに裁判所による違憲審査も、人々が憲法の内容の変更に直接アクセスする方法だが、たとえば合衆国憲法1条2節3項の上院議員定数配分規定のように、反民主的であっても解釈では変更できない条文に対して

9) 川鍋健『人民主権と違憲審査：イェール学派の憲法学から』、一橋大学、2019年、博士号取得論文。2020年に公開が予定されている。

は無力である、などのためである。

最後に、人民主権論としてバルキンよりも裁判所による違憲審査に期待をかける見解としてルーベンフェルドの議論を取り上げ批判した。彼によれば、単純多数決による憲法の制定改廃だけではひとりひとりの個人は憲法の体現する価値にコミットメントできない、とし、人民の自己統治のためには、時間をかけてすべての人間にとってそれが憲法だと認識させる特別多数決の手続と、裁判所による違憲審査によるその手続の保障が必要である、とする。

### 3 問題の所在

このようにしてまとめられるイエール学派の人民主権論の構想は、憲法制定改廃手続と裁判所による違憲審査との、二つの経路による人々の政治参加によって、民主主義を実現しようとするものである。他方で、これら二つの経路の強調点はそれぞれの論者によって差異があり、論者によっては、というよりもイエール学派の多数派は、人民主権の実現を後者、すなわち裁判所による違憲審査にかなりの程度期待している。そして、その中でも特に突き抜けたバルキンの議論のように、違憲審査の憲法改正との同視可能性までもが主張されている。

別の言い方をすると、アメリカでは、裁判所の違憲審査を通じた憲法解釈の動態は、憲法それ自体の動態であり、しかもそれは、主権者国民の意思と捉えるべき側面がある、ということである。ここで問われるべきことは二つある。一つは、憲法解釈の動態が憲法それ自体の動態となることはあり得るか、であり、もう一つは、その動態が裁判所による違憲審査を通じて展開されるとき、なぜそれが主権者国民の意思表明とみなしうるか、である。これらのことには、理論的には先に見た通りの応答があるが、そのような応答が提出される社会的、歴史的背景が、本稿の問題関心である。

このことを考察するために、本稿では、そのような現代のイエール学派の議論と類似し、ときには自らの議論の淵源の一つとして語られる<sup>10)</sup>、アメリカの憲法学者チャールズ・L・ブラック (Charles L. Black, Jr.) の議論に焦点を当て、

10) See, e.g., Jack M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 YALE L. J. 2313, 2315, n. 2 (1997); Akhil Reed Amar, *Intratextualism*, 112 HARV. L. REV. 747, 790-91 (1999).

分析、検討を行う<sup>11)</sup>。彼の議論は、ごく大まかにまとめるならば、まず、憲法条文の全体的な関係性に着目してその解釈の自由度の高さを強調し、その解釈については、司法権を人民から授けられた裁判所が主導すべきことを指摘する。そして、裁判所が憲法解釈を行うにあたっては、市井の人々が訴訟を通じて展開する憲法解釈が参照され、判決に影響を及ぼし、結果として人々が国の政治の方向性を決める手段の一つとなる、というものである。このような彼の議論は、1950年代以来の合衆国市民の権利運動（Civil Rights Movement）などの市民運動が訴訟運動を通じて展開されたことを背景としているが、本稿はその議論の検討を通じて、裁判所による違憲審査が人民主権の実現にいかに関与し、あるいは必要と考えられてきたかを明らかにする。加えて、このような彼の議論に対してなされた批判を参照し、裁判所による違憲審査を人民主権実現手段の一つとするこの問題点についても考察する。最後に、彼の議論から得られる人民主権論の示唆からする裁判所による違憲審査制への分析視角から眺めてみると、憲法解釈の方法と限界についていかなることを論じることができるかについて、議論を展開する。

## I 憲法解釈の方法

### 1 憲法の構造に着目した憲法解釈の方法

ブラックの議論において著名なものの一つが、憲法解釈方法論である。かれに

---

11) チャールズ・L・ブラック（Charles L. Black, Jr., 1915-2001）はアメリカの憲法学者。コロンビア・ロー・スクールおよびイェール・ロー・スクールで憲法担当教授として教鞭をとった。また、のちに紹介するように、1950年代以降70年代頃まで、NAACP（全国有色人種地位向上協会）などでの人種差別関連訴訟の弁護活動に積極的に従事したことも知られている。

彼の議論を検討した日本語文献として、次のものを参照した。野坂泰司『『司法審査と民主制』の一考察（3）』、国家学会雑誌97巻5・6号、1984年、68頁以下、82-101頁；奥平康弘『『無名の権利』の保障——C・L・ブラックの修正9条論によせて』、樋口陽一、野中俊彦編集代表『憲法学の展望』、有斐閣、1991年；駒村圭吾「チャールズ・ブラック」、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、2010年、3頁以下。また、ブラックの為人について、参照、奥平康弘「ひとの風景——ある身辺雑記」、法律時報62巻8号、1990年、60頁以下。

よれば、憲法の解釈は、憲法の構造と条文の関係性から推論される<sup>12)</sup>。

まず、憲法の構造に着目するアプローチに関して、彼はいくつかの判例を検討して、そのことを論証する。そのうちの一つは、キャリントン対ラッシュ合衆国最高裁判決である<sup>13)</sup>。本判決では、軍人の投票権を制限するテキサス (Texas) 州憲法の合衆国憲法に対する合憲性が問題となった<sup>14)</sup>。ポッター・ステュワート (Potter Stewart) 判事の執筆した多数意見は、合衆国憲法修正 14 条 1 節に定める平等保護条項を適用して、投票権付与に関する州の権限を承認しつつ、州憲法の規定が修正 14 条に違反する不合理な差別となっており、違憲と判断した<sup>15)</sup>。これに対し、ブラックは、多数意見と同様州憲法の規定を違憲と考えるが、理由付けは異なり、特定の合衆国憲法の条文ではなく、「連邦制による結合の構造、そして合衆国政府の州政府に対する関係」<sup>16)</sup>のためにそう考える。

ブラックがそう立論する背景には、かれが、ある憲法条文の存在、不存在が、憲法解釈を決定するのではない、と考えているということがある。キャリントン判決になぞらえれば、修正 14 条がなければ、州が、合衆国の軍務に就いているために軍人の投票権を奪うことができる、とは、かれによれば考えられない。その考えに関して、ブラックは、かつて第 4 代合衆国最高裁長官のジョン・マーシャル (John Marshall) が執筆したマカロック対メリーランド州合衆国最高裁判決<sup>17)</sup>法廷意見を参照する<sup>18)</sup>。同判決は、合衆国議会の立法により設立された私

12) CHARLES L. BLACK, JR., *STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW*, OX BOW PRESS, 7 (1983). 初刷は、1969年に Louisiana University Press から出版されている。

13) *Carrington v. Rash*, 380 U.S. 89 (1965).

14) 「合衆国の軍あるいはそれを構成する部門の構成員、あるいは合衆国の軍務についている者は、軍の構成員である限り、彼あるいは彼女がその職務に就いた当時居住していた郡においてのみ投票できる」。TEX. CONST. of 1876, art. VI, §2 (amended 1954), cited in *Carrington v. Rash*, *supra* note 13, 90, fn. 1. See also, <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/CN/htm/CN.6.htm>. 本件原告は、テキサス州エル・パソ (El Paso) に居住して隣州ニュー・メキシコ (New Mexico) 州ホワイト・サンズ (White Sands) で合衆国陸軍の任務に従事していたが、最初に軍務に従事したのがアラバマ (Alabama) 州であったので、事実上テキサス州における投票権行使が不可能であった。Carrington v. Rash, *supra* note 13, 89-91.

15) *Id.*, 96.

16) Black, *supra* note 12, 11.

営銀行である連邦免許銀行 (national bank)<sup>19)</sup>について、その設立の合憲性と、連邦免許銀行に対する州による課税の違憲性を判示したものとして知られている。

まず、連邦免許銀行設立の合憲性について、マーシャルは、合憲性の根拠を合衆国議会の立法権限の性格に求めた。すなわち、合衆国憲法6条2項にしたがって、合衆国憲法および合衆国議会の定める連邦法は国の最高法規 (the supreme law of the land) であり、しかも、合衆国憲法1条8節に定める立法権限は例示列挙なので、合衆国議会は「黙示的権限 (implied power)」を行使できる<sup>20)</sup>。そしてその権限行使が、立法目的を実現するに<sup>はんちゆう</sup>あたり必要である (necessary) かぎり、合憲であり、連邦免許銀行の設立はその<sup>はんちゆう</sup>範疇にある<sup>21)</sup>。

ここで重要であるのは、合衆国憲法1条8節18項、いわゆる「必要かつ適切 (necessary and proper)」条項<sup>22)</sup>を主たる根拠とはせずに、連邦免許銀行設立の合憲性を導いたことである。マーシャルは、合衆国議会の立法権限をすくなくとも合衆国憲法の規定の文字通りの意味より広く承認し、しかしその広範な権限の枠として、「必要かつ適切」条項を参照している。ブラックはこの点を強調して、「マーシャルは『必要かつ適切』条項を、その制約的な力をめぐる法廷での論争に応答するかたちでのみ扱っている。かれは『必要かつ適切』条項を合衆国政府の権限を拡張する条項だとはまったく見ようとしていない。ただ、第一に、同条項は政府権限を制約していないこと、そして第二に、マーシャルの見解によれば『必要かつ適切』条項がなくとも、合衆国憲法1条8節のほかの条項によってま

17) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819). 本判決及びその前史については、参照、木南敦『通商条項と合衆国憲法』、東京大学出版会、1995年、27-58頁。

18) *Black*, *supra* note 12, 13-15.

19) 「合衆国の銀行法に基づき設立され、銀行業を行う銀行のこと」。参照、田中英夫編集代表『英米法辞典』、東京大学出版会、1991年、575頁。

20) *McCulloch v. Maryland*, *supra* note 17, 405-6.

21) *Id.*, 413-15, 421-25.

22) 合衆国憲法1条8節 (合衆国議会の立法権限について) 18項「上記の (17項までの：引用者) 権限、およびこの憲法により合衆国政府またはその各部門もしくは公務員に対し付与された他の一切の権限を執行するために、必要かつ適切なすべての法律を制定すること」。参照、野坂泰司訳「アメリカ合衆国憲法」、初宿正典、辻村みよ子編『新解説世界憲法集』、第4版、三省堂、2017年、80頁。傍線は引用者による。また、参照、木南前掲註17)、25-27頁。

まったく疑いの余地のないものとなっている立法権限の問題から、疑問を取り除くために、『必要かつ適切』条項が挿入されたのかもしれない、ということにのみ、かれはコミットしているに過ぎない<sup>23)</sup>という。

つぎに、連邦免許銀行に対する州の課税の違憲性について、マーシャルは、連邦免許銀行設立が合憲である以上、それは、いわば「合衆国議会による実質的意味の合衆国憲法の運用 (the operations of the constitutional laws enacted by Congress)」であると考ええる。それゆえ、これに対し州が課税権を行使することは、合衆国憲法の最高法規性を前提にすれば、下位にある州がその上位にある合衆国の憲法を阻害しており、無効である<sup>24)</sup>。

この点について、ブラックが指摘するのは、ここでマーシャルが言う合衆国憲法の最高法規性というのが、合衆国憲法6条2項第1文<sup>25)</sup>に定めるいわゆる最高法規条項の文字通りの意味以上のものを含意する、ということである。ブラックに言わせれば、「合衆国憲法6条の最高法規条項にその結論の根拠を見出すことはできる (し、マーシャルもときにはそうしているかに見える) が、それは必ずしも満足な理論的根拠とはいえない。というのは、6条は合衆国の法であれば最高法規であると宣言していると同時に、その法に実体的意味を詰め込もうとするものではないからである」。むしろ、マーシャルの法廷意見を支える根拠は、「合衆国政府と州政府との間に保障された地位にかかわる関係、すなわち合衆国の至高性という構造的な推論」である<sup>26)</sup>。

このような説明は、彼の教える学生にとって理解困難なものであるという<sup>27)</sup>が、それは、なまじアメリカ憲法の知識をかじった者にも、それだけ聞いたのでは、理解困難である。なぜなら、続く6条2項第2文は、「各州の裁判官は、各州の憲法または法律中に反対の定めある場合といえども、これに拘束される」、

23) Black, *supra* note 12, 14. 傍点は原文イタリック。

24) *McCulloch v. Maryland*, *supra* note 17, 436-37. 引用は、*id.*, 436.

25) 「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律、及び合衆国の権限に基づいて締結されまた将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である」。野坂訳前掲註 22, 85頁。傍線は引用者による。

26) Black, *supra* note 12, 14-15. 引用は、いずれも、*id.*, 15. また、この論点については、参照、樋口範雄『アメリカ憲法』、弘文堂、2011年、173頁。

27) Black, *supra* note 12, 14.

とするからである<sup>28)</sup>。この条文は一見して、立法に関して合衆国が州に対して優越することを条文で明示しているのではないか。そうだとすれば、なぜあえて条文を根拠としないのか。

この点について、ブラックの答えは、合衆国最高裁がそのように考えてきたから、つまり、合衆国が州に対して優越する根拠を憲法条文ではなく憲法の構造的推論から導いてきたから、というものである。彼はこの点に関して、克蘭ドール対ネヴァダ州合衆国最高裁判決<sup>29)</sup>を参照する<sup>30)</sup>。この事案では、ネヴァダ州の州外への移動者に対する課税の合憲性が争われたが、サミュエル・F・ミラー (Samuel F. Miller) 裁判官による法廷意見は、当該課税を違憲とした。それによれば、当該課税は専占 (preemption) の観点から合衆国議会の権限である州際通商規制権限<sup>31)</sup>を侵害せず、また、合衆国憲法が定めた州の権限に対する制限<sup>32)</sup>にも反しないが、合衆国政府による合衆国憲法の運用を妨げ、違憲である。そのような課税を認めることは、たとえば、合衆国政府が合法に戦争を開始して陸軍を鉄道で輸送するためには、州を横断することについて州に逐一意向を伺わなければならないということを認めるようなものだからである<sup>33)</sup>。そして、そのような課税の違憲性は、マカロック判決が先例として既に判断を示した、とした<sup>34)</sup>。ブラックは、この議論に対し、合衆国最高裁が伝統的に合衆国政府と州政府との優劣関係を合衆国憲法の構造から推論してきた根拠と見る。

また、ブラックは、このような構造的推論から、合衆国市民の権利を合衆国最高裁が承認していることも重視する<sup>35)</sup>。克蘭ドール判決では、当該課税によって、合衆国市民が合衆国政府に対して何がしか主張するために政府所在地まで移動する自由、あるいは商取引のために他州へと移動する自由を制約することも問題視した<sup>36)</sup>。これらの権利は、修正14条1節に定める合衆国市民の特権に含

28) 野坂訳、前掲註22)、85頁。

29) *Crandall v. Nevada*, 73 U.S. (6 Wall.) 35 (1868).

30) Black, *supra* note 12, 15-17.

31) U.S. CONST., art. I, §8, cl. 3.

32) *Id.*, §10, cl. 2.

33) *Crandall v. Nevada*, *supra* note 29, 44.

34) *Id.*, 46.

35) Black, *supra* note 12, 15.

まれると指摘される<sup>37)</sup>が、克蘭ドール判決は、修正 14 条成立前の判決であり、特に条文上の根拠を挙げずに「合衆国政府が設立された目的を無にすることなどできないはずの州に、この権利を妨げる権限などない」と判断した<sup>38)</sup>。

このように、ブラックは、合衆国憲法の特定の条文ではなく構造に着目して憲法解釈を行うことを提案し、しかもそれは伝統的な裁判所の解釈方法とも合致する、という。

## 2 憲法の条文の関係性に着目した憲法解釈の方法

ここまでのブラックの議論は、合衆国憲法に陰に陽に通底する、合衆国と州の縦の構造から推論される憲法解釈の方法についてだった。それでは、これと対比される横の関係、つまり合衆国憲法自体の複数の条文の整合的理解についてはどうか。

この問題の考察にあたって彼が参照するのは、ブリュワー対ホクシー第 46 学区判決<sup>39)</sup>である<sup>40)</sup>。本判決は、第 8 巡回区連邦控訴裁判所のジョセフ・ウィリアム・ウッドロー (Joseph William Woodrough) 判事により執筆された、いわゆるリトル・ロック事件<sup>41)</sup>の前史にあたる事案であり、公教育における人種別学廃止に関わるものである。判決によれば、アーカンソー (Arkansas) 州ローレンス (Lawrence) 郡のホクシー第 46 学区教育委員会は、人種別学を違憲とするブラウン判決が合衆国最高裁により下された後<sup>42)</sup>、州政府が公教育において

36) *Crandall v. Nevada*, *supra* note 29, 44.

37) *See*, JACK M. BALKIN, *LIVING ORIGINALISM*, HARVARD U. PR., 209 (2011).

38) *Crandall v. Nevada*, *supra* note 29, 44.

39) *Brewer v. Hoxie School District No. 46*, 238 F. 2d 91 (8<sup>th</sup> Cir. 1956).

40) *Black*, *supra* note 12, 17-19.

41) 公教育における人種別学を違憲と判断したブラウン対教育委員会合衆国最高裁判決 (*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)) 後に、州知事がこれを拒否して、従来コーカサス系アメリカ人の通学する学校に登校しようとしたアフリカ系アメリカ人学生に対して州軍を用いて阻止しようとしたため、当時の合衆国大統領であったドワイト・D・アイゼンハワー (Dwight D. Eisenhower) が合衆国軍を派遣して通学を実現しよう事態に介入した事件。登校しようとしたアフリカ系アメリカ人の人数に因んで、Little Rock Nine と呼ばれる。See, <https://www.britannica.com/topic/Little-Rock-Nine>.

42) *Brown v. Board of Education*, *supra* note 41; *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 1955.

人種別学を廃止する立法を行うのを待たずに、人種共学を行うことを決定した。その際彼らが主張した法的根拠は合衆国憲法6条2項の最高法規条項を前提とした合衆国憲法6条3項に定める州の行政官の宣誓に基づく憲法擁護義務<sup>43)</sup>であった。

この決定は当初は生徒やその地域の人々に受け入れられたが、次第に共学化を妨害する動き<sup>44)</sup>が広まったため、前記教育委員会が構成員であるホクシー第46学区名でそれらに対する差止を求める訴えが提起された。

本件で問題となった論点の一つは、そもそも本件に連邦裁判所の裁判管轄(jurisdiction)が及ぶか、というものであった<sup>45)</sup>が、憲法解釈方法論の観点からブラックが本件について注目したのは、裁判所が差止を認めた理由についてである。

先に述べたとおり、差止を求めた原告が依拠したのは、合衆国憲法6条の憲法擁護義務であった。他方、ブラウン判決以後も、アーカンソー州はこれに抵抗する姿勢を示し、州法により人種共学を違法化していた<sup>46)</sup>。これを背景に、被告側は、「原告側が合衆国憲法修正14条を擁護し従い、学校運営にあたり法の平等保護を実現する憲法上の義務を負うのと同様に、被告側にも、その義務の実施にあたって誤った介入を行うことから自由である合衆国憲法上の権利がある」<sup>47)</sup>と主張した。彼らからみれば、ブラウン判決は何も、各州でどのようにあるいはどの程度人種共学を進めるか指示しておらず、その州の人々の決定に委ねているのだから<sup>48)</sup>、ホクシー第46学区教育委員会のようなやり方は、その州の人々の意

---

43) 合衆国憲法6条3項「州のすべての行政官及び司法官は、宣誓または確約によって、この憲法を支持する義務を負う」。野坂訳、前掲註22)、85頁。傍線は引用者による。

44) 原審にあたる Hoxie School District No. 46 v. Brewer, 135 F. Supp. 296 (E.D. Ark. 1955), 298 では、プロパガンダ文書の配布、名誉毀損的言論、学校の管理する財産に対する不法侵害、子どもたちの登校を妨害するピケの設置、保護者に対する子どもたちの退学の勸奨などが認定されている。

45) 裁判管轄という論点は、ブラックがのちに取り組んだ課題の一つである。この点についてはⅡを参照。

46) Brewer v. Hoxie School District No. 46, *supra* note 39, 93.

47) *Id.*, 95.

48) ブラウン判決が人種別学支持派にとってもある意味都合の良いものであった、というブラウン判決の両義性については、参照、駒村前掲註11)、7-12頁。

見を無視した強引で違法なものだ、というわけである。

この論点に関し、判決は、原告側を支持して次のように判示した。

前出のブラウン判決及びそれに伴う諸判決において、合衆国最高裁は公教育における人種別学は法の平等保護の否定であると認定した。公教育を施す州は、人種差別なしに、平等を基礎として、それを行わなければならない。(中略) 人種別学訴訟において合衆国最高裁が宣言した諸原則は、本件原告をも拘束する。(中略) 原告らは、合衆国憲法に従う義務のもとにある。合衆国憲法6条2項を参照。原告らは、合衆国憲法を擁護する宣誓ないし確証により拘束され、その義務を心に留めている。そのことは、原告らが、そのような憲法上課された義務の遂行に対して直接ないし穏やかなたちでなされる妨害から自由である合衆国憲法上の権利を有する、ということを必然的に導く。<sup>49)</sup>

ここに見られる判決の論理の特徴について、次のことが言える。第一に、合衆国最高裁の人種共学に関する合衆国憲法修正14条解釈について、合衆国最高裁の憲法解釈は、合衆国憲法である、とされる。第二に、その解釈に基づく人種共学の忠実な実行は合衆国憲法6条2項の最高法規条項に依拠する、とし、そのような憲法としての憲法解釈は、解釈された修正14条とは異なる条文である最高法規条項の解釈においても最高法規たる憲法として通用すると理解される。第三に、最高法規条項と公務就任宣誓に基づく憲法擁護義務とから、憲法擁護を實踐する権利が派生的に解釈される。

ブラックは、このうち特に第三の問題について、判決の論理を好意的に参照する。その理由をブラックは次のように述べる。

私は、構造と関係から理由づけをする方法をよいと考えたい。とりわけ、方法がうまくいくことによって、意味、さらに言えば現代的ないし実践的意味

---

49) Brewer v. Hoxie School District No. 46, *supra* note 39, 99.

が取れるのでなければならぬので、私はそれをよいと考える。明示された条文に依拠する方法でも、一般的な用語に関して行うならば、十分に正当な解釈の道具立てを用いればしばしば意味が取れるかもしれないし、まったくそのようなことがないとはおそらく言えない。しかし、明示された条文に依拠する方法では、その方法で意味が取れる保証がそれ自体からはまったく出てこない。なぜならば、裁判所は、もはや何の意味もない誰かのかつて言ったことによって拘束される存在として、いつも現れ、あるいは自らをそういうものとして捉えさえするかもしれないからである。他方で、ホクシー学区事件においては、その結論を正当化するには、連邦と州の関係の性格において、人々は合衆国憲法上の権利を補おうとする州の公務員を妨害することは禁止されている、と主張するほかなかった。私はこれは、大いに道理にかなった示唆だと思う。<sup>50)</sup>

ここで注意すべきは、ブラックは、連邦と州とに関わる構造からのみによっては、本判決を説明していない、ということである。その構造を前提としつつ、合衆国憲法の条文から、州の公務員が有する合衆国憲法上の権利を解釈したことを、肯定的に評価するのである。

ここに読み取れるブラックの問題意識は、憲法条文にこだわった解釈では、その成立過程で議論された憲法の意味如何に関わるしがらみのせいで、かえって現代の憲法問題を理にかなったやり方で解決することができなくなる、というものである。このようなブラックの態度は、憲法解釈の方法をめぐるいわゆる憲法制定者の原意にこだわる原意主義か、社会の要請に応える憲法解釈がなされなければならないとする生ける憲法論かについての論争のスペクトラムを用いれば、後者に属するものと見える<sup>51)</sup>。

しかしながら、ここで一つの疑問が浮かぶ。それは、仮に憲法解釈が現代社会の要請に応えるべきものであるとして、その解釈を担うのはなぜ裁判所であるべ

---

50) Black, *supra* note 12, 22.

51) この論争については、川鍋健「テキスト解釈とその目的」、一橋法学16巻1号、2016年を参照。

きか、というものである。この点について、ブラックは、裁判所であるべきだと主張し、そのことが当時の学界において強く批判された。そしてそれにも関わらず、ブラックはその学説を修正することはなかった。

それはなぜか。次章では、この論点についての論争の応酬について概観し、その意義を探究する。

## II 法に従った判断

ブラックの議論のうち、憲法解釈方法論と並んで著名であるのが、裁判所による違憲審査制の擁護、特に前出のブラウン判決に象徴されるような、当時の合衆国最高裁長官のアール・ウォレン (Earl Warren) の名を冠してウォレン・コートと称される違憲判断積極主義の擁護である。しかもその理由は非常に独特であり、人民のためだ、と彼はいう。その主張は、彼と同時代に隆盛したいわゆるリーガル・プロセス学派 (プロセス法学)<sup>52</sup>と厳しい緊張関係に立つものだったが、本章では、それでも彼がそう主張した理由について、歴史的、ないし社会的背景も踏まえながら分析し、その意義を検討する。

### 1 法に従った判断

ブラックが抱えた問題意識は、憲法解釈は社会の要請に応えるものであるべきだ、というものだった。これに関連して、彼は、一般の人々にとって、法が、しばしば正義 (justice) を達成する手段というよりも、その障害として感じられる場合があることを指摘する。たとえば、法律家からすれば、訴訟遂行に時間がかかり判決がいつ確定するのか分からないのでは不合理なので、上訴を行うことを通知する期限が定められる。しかし、一般の人からすれば、その期限を1日でも過ぎてしまうと、その訴訟に関して裁判所が本案審理をすることに意義があっても、訴訟が終了してしまう、ということが恣意的に感じられる。あるいは、アメリカの訴訟手続が伝統的に当事者主義を採用するために、裁判官の職権に基づくトライアル (trial) 前の強制的な証拠開示ができず、判決の内容が法律家の技量次第になってしまい、訴訟において正しさ (right) を冷静に追求することが困

難になっている。またあるいは、訴状の記載は簡潔で平易であることが求められるが、そのことでかえって事案の詳細がわからず、訴訟の展望がはっきりしない。それゆえ、ブラックの目には、これらのことと訴訟費用の高騰が相まって、「法に必要な要素としての正義」の実現が訴訟においては阻害されていると映る<sup>53)54)</sup>。

そのことを踏まえて、ブラックは法、あるいはその具体的な現れである法律家による解釈や運用の積み重ねが、今を生きる人々にとって、必ずしも受け入れ可能なものではない場合がある、と指摘する。そして、次のような問いを彼は提示

---

52) 野坂泰司は、ブルース・A・アッカマンの議論を引いて、プロセス法学について、次のように述べている。「彼らは、正しい法的決定 (sound legal decision-making) は単なる(法律家の：引用者) 心理的成熟の所産ではなく、法律家が、自分自身を一定の社会的役割の担当者と認め、かつ彼の役割をリーガル・プロセスにおける他の役割担当者のそれを整合せしめるよう訓練されることによってのみ達成されるものと考えた。したがって、必要な心理的成熟をえた裁判官であれば、紛争解決に最良であると思われるいかなる判決でも当事者に課すことができる、というわけではない」。参照、野坂泰司「『司法審査と民主制』の一考察(4・未完)」、国家学会雑誌97巻9・10号、1984年、70頁以下、72頁。See also, Bruce A. Ackerman, *Law and the Modern Mind by Jerome Frank* (Book Review), 103 DAEDALUS 119, especially 123 (1974)。つまり、後述するブラックの議論とは異なり、望ましい実体的価値が違憲審査を通じて表明されることにコミットするのではなく、裁判所の制度的限界を踏まえてその矩を守った判断をすることにコミットするのである。

リーガル・プロセス学派=プロセス法学と、それが形成されるに至る歴史の概観について、参照、常本樹樹「司法審査とリーガル・プロセス——アメリカでの司法の機能に関する理論的發展——」、北大法学論集31巻2号、1980年、301頁以下、特に326頁以下；椎名智彦「プロセス法学再訪——その意義と背景」、青森中央学院大学研究紀要16号、2011年、17頁以下；山本龍彦「最高裁のなかの〈アメリカ〉——憲法的二次ルールとしての権限配分」、石川健治、山本龍彦、泉徳治編『憲法訴訟の十字路口——実務と学知の間』、弘文堂、2019年、169頁以下。また、制定法解釈史との関連でこの論点を扱うものとして、参照、福永実「アメリカにおける制定法解釈と立法資料(1) — (7・未完)」、広島法学38巻3号(2015年)—41巻1号(2017年)、特に、(2)、39巻1号(2015年)、194頁以下；(3)、39巻2号(2015年)、264頁以下。

53) Charles L. Black, Jr., *Changing (and Unchanging) Faces of Law*, in CHARLES L. BLACK, JR., *THE OCCASIONS OF JUSTICE*, THE MACMILLAN COMPANY, 1963 (初出は、YALE REV., AUTUMN 1961), 5-6, 12, 14。引用は、*id.*, 14。なお、現在のアメリカの民事訴訟におけるトライアル前の証拠開示手続は、むしろ「正当理由なく開示を拒否すると強力な制裁が裁判所によって科されることになっているため、嫌がる当事者を弁護士が説得してでも開示を実行している状況にある」、と言われる。参照、浅香吉幹『アメリカ民事手続法』、第3版、2016年、81頁。また、訴状の記載については、参照、田中編集代表前掲註19)、173頁。

する。

法は、正しさに関する裁判官の感覚にまったく関連せずに、権威ある判例と条文のみを根拠として、論証上は法的に有効な結論を導くために、まったく専門的に理由付けを行う、といったものではない。(本論文が執筆された：引用者註) 1961年の我々は、自ら問いかけねばならない。「もしそれが法ではないなら、では何なのか。法に従って判断するとはどういうことか。どうすれば、この概念は、批判に耐えうるものとなるか」。<sup>55)</sup>

ブラックは、この問いに答えるように、ハーヴァード・ロー・スクール (Harvard Law School) で例年行われる、合衆国最高裁判事を務めたオリヴァー・ウェンデル・ホームズ (Oliver Wendell Holmes) の名を冠した伝統と権威あるホームズ講座 (The Holmes Lectures) での1979年の講演を一冊の本にまとめている。『法に従った判断 (Decision According to Law)』である<sup>56)</sup>。内容は、ごく簡単にまとめれば、憲法解釈を含む裁判所あるいは裁判官の判断は、良かれ悪しかれ誰も反対しないような、そういう意味で中立的なものではあり得ず、その

---

54) 訴訟の実務、ということに関連して、ブラックは、前述のブラック判決等人種差別的法的救済を求める訴訟を中心に、弁護活動に従事したことが知られている。参照、駒村前掲註11)、7-12頁。See also, Louis H. Pollak, *Charles L. Black, Jr. and Civil Rights*, 111 YALE L. J. 1905 (2002). また、次の判例に関する資料にブラック執筆部分があった。詳細は割愛するが次の通りである。NAACP v. Alabama, 360 U.S. 240 (1959) (Petition); Randolph v. Virginia, 374 U.S. 97 (1963) (Petition); Blow v. North Carolina, 379 U.S. 684 (1965) (Petition); Nashville I-40 Steering Committee v. Ellington, 387 F. 2d 179 (6<sup>th</sup> Cir. 1967) (cert. denied, 390 U.S. 921 (1968)) (Petition); Rogers v. Loether, 415 U.S. 189 (1972) (Petition, Petitioner's Brief, Reply Brief). ブラックの著作の特定については、Gale社のTHE MAKING OF MODERN LAW: U.S. SUPREME COURT RECORDS AND BRIEFS, 1832-1978, GALE MOML PRINT EDITIONSを参照した。

加えて、著作権は不明だが、彼がOf Counselとして携わった事件として、いわゆる囚われの聴衆 (captive audience) 問題が争われた、Public Utilities Comm'n v. Pollak, 343 U.S. 451 (1952) がある。See, Black, *infra* note 64, 39. See also, Charles L. Black Jr., *He Cannot Choose but Hear: The Plight of Captive Auditor*, 53 COLUM L. REV. 960 (1953).

55) Black, *supra* note 53, 15.

56) CHARLES L. BLACK, JR., DECISION ACCORDING TO LAW: THE 1979 HOLMES LECTURES, W. W. NORTON & COMPANY, 1981. *Id.*, 35は、前註引用箇所を引用している。

ことを認識した上で、その判断を民主主義にそぐうように統制するにはどのような方策を採るべきか、という問題に答えたものである。

具体的に見てみよう。最初に、ブラックは、アメリカの裁判所による違憲審査制が、合衆国最高裁を憲法解釈の終局的権限とし、裁判所にそのような強い権限を与える点で、アメリカの政治形態を他国とは異なる独特のものと理解する。そして特に連邦裁判所について、判事は終身制であるため、民主主義との関連で問題となりうる、との認識を持っている<sup>57)</sup>。

違憲審査制と民主主義が理念的に衝突する、というとき、それを回避する一つの手法は、先に少し見た原意主義のように、成文憲法の文理解釈ないし制憲者の意図によって裁判官の判断を拘束して統制する、というものが考えられる。しかし、先に見たように、ブラックはそれでは社会の要請に応じた憲法解釈を生み出すことはできない、と考えている。その考えをブラックはさらに敷衍し、憲法解釈において議会と裁判所が異なる考えを持つとき、裁判官の憲法解釈は憲法上の裁量のもとに、議会に服従しないものとして、自由になされるべきか、ということの問題提起する<sup>58)</sup>。

この問題について、ブラックが検討するのが、合衆国憲法修正9条を通じた人権の拡張解釈の是非である<sup>59)</sup>。修正9条は、「この憲法に一定の権利を列挙したことをもって、人民の保有する他の諸権利を否定しまたは軽視したものと解釈してはならない」と定める<sup>60)</sup>。彼は、この文言について、他の条文に列挙された権利とは異なってここでいう権利が具体的になにかについては語ってはいないが、それは存在する、ということを強調する<sup>61)</sup>。そして、彼は、合衆国憲法の構造と関係から推論される解釈として、そのような、合衆国憲法には列挙されていないが憲法上保障されるべき権利は、修正9条上の権利として保障されるべきである、という<sup>62)</sup>。しかも、何が修正9条上の権利かを終局的に判断するかについ

---

57) *Id.*, 12.

58) *Id.*, 42-43.

59) 奥平前掲註11)は、これを検討したものである。

60) 野坂訳前掲註22)、87頁。

61) BLACK, *supra* note 56, 46.

62) *Id.*, 48.

ては、法令の憲法適合性に関する終局的な判断権が連邦法上合衆国最高裁にあり、合衆国最高裁の憲法解釈が合衆国議会の解釈に優越する<sup>63)</sup>。つまり、人権の拡張解釈は可能であり、それは議会とは対立しても、合衆国最高裁の判断によって行なってよい、というのである。

#### A 修正9条の拡張解釈

その理由づけについて、ブラックは様々な場面でもう少し詳しく語っている。まず、修正9条を通じた憲法上保障される人権の拡張解釈について、ブラックは、既に1970年の段階で執筆していた<sup>64)</sup>。それによれば、まず彼が念頭に置いているのは、女性の中絶する権利を承認したグリズウォルド対コネティカット州合衆国最高裁判決<sup>65)</sup>の正当性であり、合衆国憲法には、中絶を禁止してはならないと読み取れる条文は存在しないことを指摘する<sup>66)</sup>。他方で、条文に明示されない憲法上の権利について、彼によれば、裁判所は多く認めてきた<sup>67)</sup>。

加えて、合衆国最高裁は、修正14条1節の適正過程条項を通じて、修正1条から10条までの人権条項について、合衆国政府のみならず州政府も保障すべきとは解してこなかったが、同時に、州政府がそれらについてみだりに侵害することができるとは考えられない、とブラックは指摘する<sup>68)</sup>。そう解釈しなければ、

63) *Id.*, 77-78.

64) Charles L. Black, Jr., *The Unfinished Business of the Warren Court*, 46 WASH. L. REV. 3 (1970).

65) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

66) Black, *supra* note 64, 33.

67) この点は前章でも確認したが、*id.* は、それとは異なる例を示している。①共産党旗を振る行為の処罰に適用された州法について、その振る行為が言論であり、合衆国憲法修正14条1節に定める州法に関する適正過程 (due process) 条項上保護される自由の範疇にあることを根拠の一つとして違憲と判断した *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931)。②法律上の義務違反に対する制裁として没収 (forfeiture) をされた物に所有者がその旨を記した文書を添付することを要求した連邦法について、それが刑事上のものでなくとも、強制的である以上、刑事上の捜索や押収と同様に取り扱われるべきであり、不合理な捜索押収を禁じた合衆国憲法修正4条、自己負罪拒否特権を定めた同修正5条 (つまり没収されたと自ら文書を作成することが、そのような没収にあうべきことをしたと自ら告白していることになる) に違反するとした *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886)。

わざわざ州に法の適正過程を要求する意味はないからである。そしてそうであれば、そこにはある種の人権保護があることになる<sup>69)</sup>。

このある種の人権保護、ということについて、ブラックが参照するのはグリズウォルド判決のハーラン判事の同意意見である<sup>70)</sup>。法廷意見は、適正過程条項を適用して合衆国憲法上明示してある人権との関連で、プライバシーの権利の一つとして中絶の権利を認めたが、ハーランは結論を支持しつつこの理由づけに反対した。なぜならば、この理由づけによれば憲法上明示されない権利の保障は、それが条文上明示される権利とのつながりによってしかなされえず、射程が限定される、と考えるからである。むしろ、ハーランからすれば、適正過程条項違反として問われるべきは、「自由の秩序 (ordered liberty) の概念に含意される基本的な諸価値を侵害する」<sup>71)</sup>かどうかである。

このハーラン同意意見の示唆は、憲法上明示されない権利が、明示される権利とのつながりがなくとも、それと同様に保障されるべき場合がありうる、ということである。そしてブラックは、この示唆を体現するのが、さきに見た修正9条だ、という。それはいわば、数学の用語でいう存在証明 (existence proof) であり、明示されていなくとも司法により保護されるべき憲法上の人権がある、ということ修正9条の文言は示している、という<sup>72)</sup>。

## B 合衆国最高裁の終局的な憲法解釈権

次に、憲法の拡張解釈を行う終局的な権限が裁判所にある、とする点について。

---

68) これを保障すべき、と主張するに至ったいわゆる組み込み (incorporation) 理論については、川鍋前掲註6)、449頁以下参照。

69) Black, *supra* note 64, 34.

70) Black, *supra* note 64, 36, citing *Griswold v. Connecticut*, *supra* note 65, 499 (Harlan, J., concurring).

71) *Id.*, 500.

72) Black, *supra* note 64, 36-39. なお、グリズウォルド判決には、修正9条に依拠した憲法解釈を展開したアーサー・ゴールドバーグ (Arthur Goldberg) 判事同意意見がある (*Griswold v. Connecticut*, *supra* note 65, 486 (Goldberg, J. concurring)) が、ブラックは、ゴールドバーグ同意意見が修正9条の州に対する適用可能性を正面から認めるわけではないことを批判している。See, Black, *supra* note 64, 46-47, citing *Griswold v. Connecticut*, *supra* note 65, 492-93 (Goldberg, J. concurring).

まず、ブラックが『法に従った判断』の中で強調するのは、合衆国憲法および連邦法としての裁判所法 (Judiciary Act) の規定ぶりと、合衆国最高裁の州 (州法および州裁判所の判断) に対する違憲審査の正当性である。この点は、前章でもいくらか見たが、合衆国最高裁がブラックのいう構造的推論から憲法解釈を展開し、州に対し違憲審査を行うことは合衆国憲法および連邦法による合衆国最高裁への授権によっても正当化される、ということである。彼が参照するのは、まず、さきに見た合衆国憲法 6 条 2 項の最高法規条項であり、合衆国最高裁を含め連邦裁判所の判事は合衆国憲法を最高法規として扱わねばならない、という<sup>73)</sup>。加えて、この条項を受けて合衆国議会は 1789 年裁判所法を制定し、その 25 節において、「条約あるいは連邦の制定法ないし権限行使の効力に疑義があり、その効力を無効とする決定が、州の最も権威ある司法裁判所ないしエクイティ裁判所の訴訟において、最終的な判決あるいは命令となったとしても、誤審令状 (writ of error) に基づき合衆国最高裁は再審査の上、原審の破棄差戻しあるいは上告を棄却しうる」と定めたことを指摘する<sup>74)</sup>。この趣旨は現代までも続いており<sup>75)</sup>、これらのことから、ブラックはまず、州の合衆国憲法の解釈に対して、合衆国最高裁の憲法判断の優越を認める<sup>76)</sup>。

続けて、ブラックは、合衆国議会に対する関係について考察を進める。この点に関して彼が参照するのは、性差別に関する事例である。フロンティアロ対リチャードスン合衆国最高裁判決<sup>77)</sup>では、空軍の尉官である原告女性の基礎控除お

73) BLACK, *supra* note 56, 35-36. もっとも、この理解にも、ブラックは構造的推論を働かせている。なぜならば、文字通りに理解すれば、本条項の名宛人は連邦裁判所の判事ではなく、各州の裁判所の判事に見えるからである。前掲註 25) に示した 6 条 2 項第 1 文に続けて、第 2 文は、「各州の裁判官は、各州の憲法または法律中に反対の定めある場合といえども、これに拘束される」とする (野坂訳前掲註 22)、85 頁)。この点について、ブラックは、いまだかつて著名な合衆国最高裁判事や憲法学者は州法に対する違憲審査の正当性を自明のものとして扱ってきたことを強調する。BLACK, *supra* note 56, 34-35. この点については後述する。

74) *Id.*, 36, citing the Judiciary Act of 1789, § 25, 1 Stat. 85.

75) BLACK, *supra* note 56, 36, citing 28 U.S.C. § 1257 (1948) (current version at 102 Stat. 662 (1988)).

76) BLACK, *supra* note 56, 36-37.

77) *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973). 本判決の評釈として、参照、抜山映子「判評」、アメリカ法 1975 年 1 号、107 頁以下。

よび手当について、男性の場合その配偶者は当然に被扶養者とされるのに、女性の場合その配偶者が実際に生活費の半額以上を扶養されていることを立証しなければならない、とする連邦法の合憲性が争われた。ウィリアム・J・ブレンナン (William J. Brennan) 判事の執筆した相対多数意見は、それまでの判例や、人種のみならず性別についても雇用差別を禁じた1964年合衆国市民の権利に関する法律<sup>78)</sup>などの連邦法の制定、そして、当時性差別を禁じる平等権修正 (Equal Rights Amendment) が合衆国議会両院の3分の2の特別多数で合衆国憲法5条により修正発議された<sup>79)</sup>ことに鑑みて、性に基づく別異取り扱い、人種の場合と同様に、「疑わしい分類 (suspect classification)」であり厳格審査に服するとした。

ブラックは、この判断手法が、それが人種差別の場合にも用いられたならばどれほど良かったか、と嘆息まじりにではあるが、正当な手法であると認める<sup>80)81)</sup>。そして、ここでの合衆国議会の制定法に対する違憲審査について、次のように述べる。

ここには、あらゆる類の困難があるかもしれない。しかしそれらは、(性差別は禁じられるという：引用者) 全国的なコンセンサスについての実質的な証拠の欠如に由来するのでもなければ、このコンセンサスの性質に関する裁判所と議会の対立に由来するのでもない。フロンティアロ事件のような問題が生じたのは、ある特定の条文が、合衆国議会がその用いることのできるもっとも厳粛な方法で公式に表明した、より一般的な倫理的判断に明白に反する、という事態が生じて、数多くの議会制定法の観点から、変則的に審査されたためである。<sup>82)</sup>

---

78) The Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §§ 2000e-2 (a), (b), (c).

79) この修正発議は結果として可決されなかったが、その社会的影響は大きかったと言われる。この点については、参照、川鍋健「人民のための違憲審査：ポストとシーゲルの民主的立憲主義について」、一橋法学17巻3号、2018年、534頁以下。

80) BLACK, *supra* note 56, 74-75.

81) この、嘆息まじりに、というのは、もしこのような手法を採用すれば、人種別学を違憲としたブラウン判決 (前掲註41) は、当然下されるべき判決だったからである。ブラウン判決をめぐるこの論点については、後述する。

つまり、合衆国最高裁が違憲審査を通じて連邦法を無効とするのは、例えば性差別禁止という、総体としての連邦法の体現する価値の首尾一貫性を保ち、あるいは合衆国憲法修正手続を通じて示された合衆国議会の特別な意思を合衆国最高裁が参照するためだ、ということである。

加えて、すぐ前に見た合衆国最高裁の州に対する違憲審査を通じて、合衆国最高裁は連邦法に対する違憲審査を行うことができる、とブラックは述べる<sup>83)</sup>。なぜならば、合衆国最高裁は、合衆国憲法及び連邦法により、違憲審査を通じて州法を合憲とし、あるいは州裁判所の合衆国憲法以下の法律解釈を認め、結果として合衆国議会制定法や合衆国議会の憲法解釈を否定することが認められるからである。

### C 合衆国最高裁に対する民主的統制の方法

ブラックのここまでの主張だけでは、憲法解釈について、民主的正統性の弱い裁判所が決定権を握る、ということになる。しかし、先ほど見たように、ブラックは違憲審査と民主主義との相克という問題がないとは考えない。そして、民主的政治過程から違憲審査制を統制する手段として、ブラックは合衆国議会制定法による合衆国最高裁を含む連邦裁判所の裁判管轄権の規律を提案する<sup>84)</sup>。合衆国最高裁の憲法解釈は終局的だが、そのように授権したのは合衆国議会である。それゆえ、合衆国議会はそのような授権をしないこともできるし、裁判所の判断に不満があれば、合衆国議会に訴えかけたり、選挙を通じて、合衆国議会に裁判管轄権を制限させることもできる、と彼は主張する。

## 2 批判

ブラックの以上のような議論には、様々な観点から批判がなされており、それは日本でも紹介されているが、それは次のようなものである<sup>85)</sup>。

82) *Id.*, 75.

83) BLACK, *supra* note 56, 77-78.

84) *Id.*, 18, 37-39. また、野坂前掲註 11)、85 頁脚注 31 (92 頁) は、ブラックのこの主張の前史として、Charles L. Black, Jr., *The Presidency and Congress*, 32 WASH L. REV. 841, 846-47 (1975) を紹介している。

A ブラックが言うように裁判所が判断しなければならない理由がない

まず、ブラックは、修正9条を代表的な例として、合衆国憲法の構造的解釈を合衆国最高裁が行うことができる、と主張しているが、そうしなければならない、ということの理由を示していない、という批判がある。このような批判を展開するのは、キャス・R・サンステイン (Cass R. Sunstein) である<sup>86)</sup>。

サンステインが批判したのは、ブラックが修正9条の議論とともに構造的解釈を展開した公教育における人種別学禁止に関する修正14条解釈であり、特に、それを具体的に検討した論文「人種別学に関する諸判決の適法性」である<sup>87)</sup>。それは、これまで見てきた議論と同様であり、まず公教育における人種別学問題が州法により生じており、前記ブラウン判決を筆頭に、合衆国最高裁の違憲審査は当然及ぶ。加えて、修正14条は人種差別禁止を具体化したのが、その原意は人種別学を禁止すべき差別とは考えなかったと言われるが、ブラックの生きた20世紀には、もはや人種別学は特定人種を劣等扱いする、いわば身分秩序におけるカースト差別と人々に考えられ、憲法が標榜する人種差別禁止に反して違憲だ、というものだった<sup>88)</sup>。

サンステインは、ブラックの反カーストの主張の現代的意義や、人種別学の法的性格を解釈するためにその社会的な意味をも考察したことを肯定的に評価する<sup>89)</sup>。一方、修正14条はやはり人種別学禁止までは含まず、ブラックは修正14

---

85) 以下で紹介する他に、ブラックの憲法解釈方法が合衆国憲法に関わる憲法理論や歴史を十分に参照しないことを批判した、William Van Alstyne, *Slouching toward Bethlehem with the Ninth Amendment*, 91 YALE L. J. 207 (1981)、及び、歴史を参照すると、修正9条は人権の存在証明ではなく憲法解釈のルールを定めたに過ぎない、とする Russell L. Caplan, *Charles Black's Rediscovery of the Ninth Amendment, and What He Found There*, 80 MICH. L. REV. 656 (1982) を紹介する、奥平前掲註11)、515頁脚注11 (518-20頁) がある。

86) Cass R. Sunstein, *Black on Brown*, 90 VA. L. REV. 1649 (2004)。また、この批判を紹介するものとして、駒村前掲註11)、16-20頁がある。

87) BLACK, *supra* note 56, 13-16, 32-34; Charles L. Black, Jr, *The Lawfulness of the Segregation Decisions*, 69 YALE L. J. 421 (1960)。

88) 修正14条の原意について、ブラックはアレクサンダー・M・ビッケル (Alexander M. Bickel) の議論を参照している。*Id.*, 423, citing Alexander M. Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decisions*, 69 HARV. L. REV. 1 (1955)。この議論を含め、人種別学の原意に関する議論については、参照、川鍋前掲註51)、183-85頁。

条の平等を過度に強固に解釈しており、ブラックが正しいと考えるそのことのみを根拠とした解釈を、さも条文がそう語っているかのように、展開している、と批判する<sup>90)</sup>。

また、サンステインは、ブラックが裁判所の能力を過大評価していることも批判する。裁判所が憲法解釈を誤る可能性は否定し得ないし、政治問題の法理を典型として、その法理に呼応するように、裁判所ではなく民主的政治過程としての議会が憲法解釈を行うべき、と裁判所が考えてきた場面は、少なくない、と考えるからである<sup>91)</sup>。

B 裁判所の司法権力に対する民主的統制の議論が不十分であり、違憲審査の反民主主義的性格を克服できていない<sup>92)</sup>

関連して、ブラックの議論が、裁判所の司法権力を民主的に統制するという点について十分な配慮を示していない、と批判されている。

まず、ブラックが、ここまでの彼の行論とはまた別に、裁判所による違憲審査権保持の正当性が、合衆国の人民がそのような制度を受容してきた歴史的経緯も根拠とする、と述べている<sup>93)</sup>ことに批判がある。裁判所による違憲審査制の反民主的性格に人々が抵抗したことはあったし、大きく見積もってもそれに対して

89) Sunstein, *supra* note 86, 1655-56. また、参照、駒村前掲註 11)、18-20 頁。

90) Sunstein, *supra* note 86, 1658-61.

91) *Id.*, 1661-64. ただし、ここで彼が「政治問題の法理」ということについて何か具体的に検討しているわけではなく、選挙資金規制法制の合憲性を審査した *McConnell v. Federal Election Comm'n*, 540 U.S. 93 (2003)、及び男性のみの徴兵制の合憲性を審査した *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981) を政治問題の法理に呼応している例として挙げるのみである。特に、前者については法廷意見が長大かつ執筆者が分かれており、具体的に誰のどの執筆部分が政治問題の法理と呼応していると考えているかはつきりしない。政治問題の法理については、比較的最近のものとして、参照、大林啓吾「政治問題の法理のゆくえ」、法學研究：法律・政治・社会（慶應義塾大学法学研究会）87 巻 2 号、2014 年、197 頁以下。See also, Ron Park, *Is the Political Question Doctrine Jurisdictional or Prudential?*, 6 U.C. IRVINE L. REV. 255 (2016).

92) ここで紹介する議論については、特に野坂前掲註 11) を参照した。

93) CHARLES L. BLACK, JR., *THE PEOPLE AND THE COURT: JUDICIAL REVIEW IN A DEMOCRACY*, THE MACMILLAN COMPANY, 183 (1960). 本書の叙述については、さらに後述する。

賛成とも反対とも言っていないというだけのことだ、と考えるためである<sup>94)</sup>。

民主主義の実践に関する歴史的経緯からの正当化が困難であるとする、実質的な問題は、ブラックのいう議会による裁判管轄権の統制が、現実的に裁判所を民主的に統制する手段として有効かどうかにかかってくる<sup>95)</sup>。この論点に関しては、野坂泰司によって詳細な文献の紹介と検討がなされている<sup>96)</sup>。そこでは、合衆国最高裁の裁判管轄権を合衆国議会が縮減することの正当性は、判例学説ともにはっきりせず、実践例も1802年の1801年裁判所法廃止及び1868年の合衆国最高裁への上訴を禁止する連邦法の成立しかない、とされる。それゆえ野坂は、議会による裁判管轄権の民主的統制の実効性に懐疑的である。

### C ブラックの意識した、ブラックとは異なる議論

それぞれの当事者たちが、その議論をブラックへと明示的に批判として向けたわけではないが、ここまでの議論について、問題意識を共有しながらも、結論がブラック自らとは異なるものとして意識したものがある。それは、ハーバート・ウェクスラー (Herbert Wechsler) の論文「憲法の中立的な諸原理へ向けて」と、ジョン・ハート・イリイ (John Hart Ely) の著書『民主主義とその不信』である<sup>97)</sup>。

まず、ウェクスラーの議論について。彼の議論は、ブラックとは異なり、前記

---

94) この趣旨の議論としては、Leonard W. Levy, *Judicial Review, History, and Democracy: An Introduction* 1 (LEONARD W. LEVY ED., JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT: SELECTED ESSAYS, HARPER & ROW (1967)), 30-31; Clifton McCleskey, *Judicial Review in a Democracy: A Dissenting Opinion*, 3 Hous. L. Rev. 354, 362 (1966) があり、野坂前掲註 11)、82 頁脚注 5 (429-30 頁) がこれらを肯定的に紹介している。

95) ブラックは、裁判所を民主的に統制する手段としては、実はこれに限らず、憲法修正や合衆国最高裁の定員に対する統制も提案している。これに対しては、それぞれ、野坂前掲註 11)、84-85、86-87 頁による批判がある。この点については後述する。

96) 野坂前掲註 11)、85-86 頁を参照。

97) BLACK, *supra* note 56, 31, note 17, citing Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959); JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW*, HARVARD U. PR. (1980) 前者とブラックとの関係については、参照、野坂前掲註 52)、83 頁。また、後者の邦訳として、佐藤幸治、松井茂記訳『民主主義と司法審査』、成文堂、1990 年がある。

ブラウン判決を理論的に正当化するのは困難である、という主張として知られる。彼は違憲審査制について、ブラックと同様の観点から承認する<sup>98)</sup>が、その審査基準の定立には、「適切な中立性ないし一般性」<sup>99)</sup>が必要であり、裁判所が憲法解釈を含め判断を下すには法的な理由づけが十分になされねばならない、という。そして、そのために必要な手法は、ブラックの議論と類似して、「我々自身の物とは全く異なる問題で1世紀も昔の合意によって固定された限界としての、いわば法の支配の限界を宣明するものとしてではなくて、憲法条項が体现する特別な諸価値の確認として」憲法解釈がなされるべきである、という<sup>100)</sup>。

ところが、この観点から、合衆国最高裁の下したブラウン判決の正当化は困難である、とウェクスラーは述べる。まず、ブラウン判決は、その実質において、修正14条における平等の意味を従来よりも強く解釈して、公教育における人種別学を違憲と判断したが、文面上は、従来人種別学の前提となっていた、各人種に等しい施設を提供しさえすれば合憲、というプレッシー対ファーガソン合衆国最高裁判決<sup>101)</sup>のいわゆる分離すれども平等 (separate but equal) 法理を否定しなかった<sup>102)</sup>。ウェクスラーはこの点について、むしろより一般的に、人種別学が少数者に対する平等の否定だと認めれば良かった、と述べている<sup>103)</sup>。そして同時に、そのような一般的な法原理の定立は困難であるとも表明する。なぜならば、法的な性差別が認定される理由が、例えば女性が性差別と感じるから、ということだけで決まる事態と同様に、人種別学の不平等性が、平等が否定されたと感じる一方当事者の考えのみによって、決定されざるを得ない、と考えるからである<sup>104)</sup>。

次に、イリイの議論について。イリイの議論は、ブラックと同様に、修正9条

98) Wechsler, *supra* note 97, 9.

99) *Id.*, 15.

100) *Id.*, 19.

101) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

102) この論点については、参照、川鍋前掲註51)、180頁。

103) Wechsler, *supra* note 97, 33.

104) *Id.*, 33-34. もっとも、*Id.*, 34-35は、結社の自由 (freedom of association、ブラックの議論とウェクスラーの議論とを対比する駒村前掲註11)、13頁は「一緒にいる自由」と訳している)の観点からのブラウン判決の正当化可能性を模索している。

が権利の存在証明であることを承認しつつ、その保障主体が、ブラックとは異なり、州でもある、と主張する。彼によれば、修正9条は修正5条の適正過程条項と一対のものであり、前者が権利を、後者が法の形成プロセスを扱ったものと解する<sup>105)</sup>。そのような理解は、イリイが通説として扱うヒューゴー・ブラック合衆国最高裁判事の言説とは異なるにもかかわらず、建国の父であるジェームス・マディソン (James Madison) がそう理解していた、とイリイはいう<sup>106)</sup>。

ここまでであれば、ブラックの議論と類似しているといえるが、イリイのいう権利の性質が、ブラックの議論とは異なっている。彼によれば、修正9条で保障されるのは「最初の8つの憲法修正で列挙されたことをもって否定され軽視されるものでもないのは、他の類の権利の存在、すなわちいまだ憲法上の、少なくとも合衆国憲法上のものと言える段階にはない権利である」<sup>107)</sup>。それゆえ、既に明示されている憲法上の権利ではない権利について、合衆国最高裁以外にも合衆国議会、州議会、司法裁判所によって、あるいは州憲法を通じて州民が独自に、それら権利の創設、保障を定めることができる、というのである<sup>108)</sup>。

### Ⅲ 人民主権と違憲審査

以上の批判、異論にもかかわらず、ブラックの議論は、少なくとも合衆国憲法下では、民主主義と裁判所による違憲審査制との相克という問題に関して、ある程度説得的に展開されているように見える。そしてそのような印象は、特に彼の著書、『人民と裁判所』<sup>109)</sup>で展開された議論を参照すると、一際強く感じられる。

---

105) Ely, *supra* note 97, 34.

106) *Id.*, 34-36, citing *Griswold v. Connecticut*, *supra* note 65, 520 (Black, J., dissenting); JAMES MADISON (GAILLARD HUNT ED.), WRITINGS OF JAMES MADISON, 9 VOLS., VOL. 5, 271-272 (1904) (<https://oll.libertyfund.org/titles/madison-the-writings-vol-5-1787-1790>).

107) Ely, *supra* note 97, 36. 傍点は原文イタリック。

108) *Id.*, 37. もしこの点が、合衆国最高裁によってその他の主体の判断を覆せるならば、イリイとブラックの議論は同じということになるが、果たしてそうなのか、ブラック自身も判断しかねたようである。See, Black, *supra* note 56, 44, n. 47.

109) BLACK, *supra* note 93.

以下では、その内容を示した上で、そのような印象を抱く理由を示す。

## 1 州に対する違憲審査の自明性

前述したように、ブラックの議論の特徴は、州に対して合衆国最高裁が違憲審査を行う権限を有することを当然の前提とする点にある。そして『人民と裁判所』では、同様にそのことを強調しながら<sup>110)</sup>、合衆国最高裁が州による合衆国憲法からの逸脱を抑制する役割を担ってきたという歴史的経緯も指摘する<sup>111)</sup>。しかもそれは、ブラックとは異なって、合衆国最高裁が違憲審査権を行使することについては謙抑的であるべきだとする違憲審査消極主義の論者、ジェームス・ブラッドリー・セイヤー (James Bradley Thayer) も、認めていることだった、とブラックは指摘する<sup>112)</sup>。

## 2 裁判所による違憲審査が担う、統治の正統化 (legitimation)

また、ブラックの『人民と裁判所』の最も特徴的な主張は、一人一人の市民が訴え出て、法令が自ら考えるところの憲法に合致していないのではないか、と主張し、その主張が吟味される場として、裁判所による違憲審査が重要だ、というものである。ブラックはこのことを、統治の正統化 (legitimation of a government) と呼ぶ<sup>113)</sup>。それは、例えばイギリスとは違って、統治の権限を合衆国憲法が制限しているから生じる論点であり、しかも合衆国憲法の文言は解釈が多様になされうる抽象的なものだから、統治を担う政府の解釈が、その反対者からしばしば批判に晒される、とブラックはいう<sup>114)</sup>。

110) *Id.*, 23-24.

111) *Id.*, 150.

112) *Id.*, 199, citing James Bradley Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 154-55 (1893). この論点については、阪口正二郎「セイヤーの司法の自己抑制論再考」、聖学院大学総合研究所紀要 51 号、2012 年、13 頁以下が、Mark Tushnet, *Thayer's Target: Judicial Review or Democracy?*, 88 NW. U. L. REV. 9 (1993) の議論に依拠して、紹介している。ちなみに、マーク・トゥッシュネットは、自らの議論を修正論的 (revisionist) という (*id.*, 11) が、ブラックのセイヤーを参照する仕方を見ると、果たしてそうなのかはよくわからない。

113) BLACK, *supra* note 93, 36-37.

114) *Id.*, 40-41, 52, 107.

もし、政府が自らの解釈を正しいと信じて、多くの批判にもかかわらず強行すれば、それは政府と人民との深刻な対立をもたらしかねないことになる<sup>115)</sup>。しかし実際は、完璧ではないにせよ、合衆国の歴史においてそのような対立は、合衆国最高裁による違憲審査制によって調停されてきた、とブラックは考える。合衆国最高裁は、政治過程から独立して、先例を踏まえた理由づけで、その決定により不利益を受ける側にとってもその決定の過程はあとうかぎり公正だったと言えるような決定を下してきた、と彼は見るからである<sup>116)</sup>。

加えて、裁判所による違憲審査制は、人民が定めた合衆国憲法の所産であり、統治の正統性を求める人民の欲求を満たすものであり、そうでなければならぬ、とブラックはいう<sup>117)</sup>。人民は、合衆国憲法を頂点とする法を通じて、権力を制限することによって統治を行うとしたからであり、それゆえ、法を司る裁判所が、この役割を担うべきだ、と彼は考える<sup>118)</sup>。そしてそうであれば、裁判所の判断は、ときに政治過程の判断とは異なり、こと憲法解釈に関しては、単に司法的ではなく政治的な性格を持たざるを得ない、ともいう<sup>119)</sup>。従って、ブラックにとっては、政治問題の法理で裁判所が判断を回避するとしてきた問題も、法的問題として裁判所が判断できる、ということになる<sup>120)</sup>。

### 3 裁判所に対する民主的統制

このような議論は、合衆国最高裁以下の連邦裁判所に非常に強い権限を認めるものである。それはブラックが、そのような権限を人民が合衆国憲法により与えたからだ、と見るから<sup>121)</sup>だが、それは同時に、合衆国憲法5条に定める憲法修正手続によって裁判所による違憲審査を廃止できる、ということも、反面として

---

115) *Id.*, 42-43.

116) *Id.*, 49-51.

117) *Id.*, 117.

118) *Id.*, 118.

119) *Id.*

120) *Id.*

121) しかも、人民が、その意思からも離れて裁判所が判断することを承認したのであり、仮に裁判所がそのような判断を行っても、民主主義の原理には反しない、とまで彼はいう。*Id.*, 181.

認めることを意味する<sup>122)</sup>。ブラックは、先に見た合衆国議会による裁判管轄権の制限、及び合衆国議会による合衆国最高裁判事の定員に関する統制<sup>123)</sup>と合わせて、合衆国最高裁に対する民主的統制のあり方を提案する。

野坂泰司は、このような議論について、「ブラックが提示した制度的なコントロールが、實際上、最高裁を『人民の意思』に服せしめるという効果をもっているかどうかは疑問である」と批判する。合衆国憲法5条の憲法修正手続が、その要件の厳しさゆえに憲法修正を困難にしており、裁判官の定員への統制も実現しないことが多かったためである<sup>124)</sup>。この点、確かに、ブラックの提案した方策だけで、合衆国最高裁に対する民主的統制が十分か、という関心は共有する。特に、合衆国憲法の修正手続の非常に強い硬性性は、かえって民主主義を損なっている可能性があり、合衆国最高裁が人民主権あるいは民主主義の観点から違憲判断積極主義に出る正当性を怪しくさせている<sup>125)</sup>。他方、野坂が単に民主的統制として十分かどうかだけでなく、民主的統制自体が裁判所の司法権力を統制する手段として実効的か、という関心からもブラックを批判する<sup>126)</sup>ことには、次の疑問がある。

野坂が詳細に示しているように、実はアメリカでは、合衆国憲法修正による合衆国最高裁の判例変更も、合衆国議会による裁判管轄権制限も、あるいは、合衆国最高裁判事の定員に関する統制も、その多寡の評価はともかく、実現されている<sup>127)</sup>。これらの実践は、アメリカにおいては、実効的かどうかに関係なく民主的に有効であり、特に憲法修正が実現した判例変更は、憲法を制定した主権者人民の意思に準ずるものとして、尊重されるべきである。

問題は、これほど広く、主権者人民、あるいは民主的政治過程が司法部に権限を認めることをどう評価するか、である。先に見たように、ブラックが裁判所の

122) *Id.*, 184.

123) *Id.*, 186.

124) 野坂前掲註11)、85-87頁。

125) 参照、川鍋前掲註6)、250頁。

126) 「裁判所に対する『人民によるコントロール』が必ずしも実効的な手段ではないとすれば、我々は、このような(ブラックの議論のような:引用者)『正当化』論に満足するわけにはいかないであろう」。野坂前掲註11)、87頁。

127) 前掲論文、85-87頁。

違憲審査権について主に依拠するのは、合衆国憲法の規定ぶりを受けた合衆国議会制定法<sup>128)</sup>である。このことについて、民主主義あるいは人民主権の観点から批判するのは確かに難しいように思われる。なぜならば、それが民主的決定の結果だからであり、もしその内容に不満があるなら、ブラックがいうように、民主的政治過程に訴えて、そのような法律の廃止を求めるか、憲法修正せよという他ない。かえって、広範な違憲審査権を付与されているにもかかわらず違憲審査を誠実に実行しなければ、民主的ではない、ということになる。

それゆえ民主主義、あるいは人民主権は採用し得ない、というのであれば、論理は一貫している。しかし、野坂のブラックへの批判に通底する問題意識は、「最高裁が『立法部の第三院』の非難を蒙ることなく民主制に貢献しうるためには、最高裁が自らの固有の制度的限界に配慮しつつ行動することは不可欠の要件である」、というものである<sup>129)</sup>。ブラックの観点からすると、このような問題設定がそもそもおかしい、ということにならないだろうか。というのも、ここで論じられるべきは、民主制に抗してもなお、合衆国最高裁を立憲的に統制し、司法権力を抑制すべきだ、ということだからである<sup>130)</sup>。ブラックの見方からすれば、アメリカの民主制は、合衆国最高裁が広範な違憲審査権を持つように解釈しうる憲法や法律しか制定し得ず、それが今日まで継続している歴史的経緯は、そのような広範な権限の民主的正統性があるとも言わないが、ないとも言わない。むしろ、少なくともアメリカでは、民主主義を徹底することを民主制は明示的には選択していない、とブラックは主張するように思われる。

#### 小括：アメリカ合衆国人民の選択と実践

ブラックが、自らの主張について象徴的に述べているように、アメリカの歴史においては、「裁判所が、合衆国議会とともに、人民を代表する」<sup>131)</sup>。というのは、ここまで見た通り、アメリカにおいて主権者人民が合衆国憲法を選択し、ま

---

128) 脚注 74、75 を参照。

129) 野坂前掲註 11)、98 頁。傍点は引用者による。

130) それゆえ、司法それ自体による違憲審査権行使の抑制が、問題となるのである。

131) BLACK, *supra* note 93, 209.

た、主権者人民が政府の行為について批判を行う手段として、裁判所による違憲審査制が合衆国憲法から導かれるからである。

特に重要であるのは、ブラック流の違憲判断積極主義を肯定するような違憲審査制擁護論は、主権者人民の選択の結果であること、あるいは柔軟な条文解釈の方法から導かれる結論の妥当性のみから立論されてはいないことである。むしろ、彼が強調したのは、彼の訴訟に携わった経験に基づくと思われる、裁判所による違憲審査制を通じた一般市民による統治に対する監視である。アメリカにおいて主権者である一人一人の市民は民主的政治過程に対する統制のみによって、統治を民主的に正統化しているのではない。むしろ、一旦民主的政治過程を通過して成立した法でも、その内容に関してこれまでのより重要な民主的決定と齟齬を来さない内容かどうか、という意味での民主的観点からの妥当性について、裁判所による違憲審査制を通じて、統治を民主的に正統化するのである。

もっとも、議会と裁判所が人民を代表する、ということは、同時に、議会も裁判所も人民それ自体ではないことも意味する。それゆえ、繰り返しになるが、ブラックは裁判所による違憲審査制の憲法修正による廃止可能性についても言及するのである。

ただ、一つだけ疑問に思うのは、主権者人民は、その民主主義に相反するような裁判所による違憲審査制をそもそも採用しえるのか、である。この点は、あるところではブラックは裁判所による違憲審査が民主主義に反していない、と試みたり<sup>132)</sup>、逆に反してもよいと試みたりしている<sup>133)</sup>ところに、いささかの理論的な不誠実さを感じないではない。結局、ブラックの議論の成否は、現実には、彼のいう「統治の正統化」が裁判所による違憲審査制によって実現されているか、あるいは一般市民が実現されていると感じているか、ということにかかってくる。そして、ブラック自身はアメリカにおいて訴訟実務に関わることを通じて、「統治の正統化」は実現されていると考えただろうが、それは時代状況に応じて、絶えず批判的に検討すべきだろう。

さて、これらの議論を展開したブラックは、晩年、憲法上明示されない権利に

---

132) *Id.*, 181.

133) *Id.*, 179-180.

関する憲法解釈と方法について、集大成となる著作を発表した。次章では、この著作について検討を加える。

## IV 新たな憲法解釈の誕生

ブラックは、『新たな自由の誕生』という著書を、亡くなる4年前に出版している<sup>134)</sup>。本書での議論は、基本的にはこれまでの議論と同じく、合衆国最高裁の広い違憲審査権に基づく違憲判断積極主義の擁護と、構造的推論に基づく条文の広い解釈の正当化を展開している。他方、重要な彼の議論の展開として、裁判所のコモン・ロー形成の手法を解釈方法に導入し、また、新たな自由の具体的な例としての生存権についての解釈による導出を行なっている。以下では、これらについてその内容を明らかにし検討する。

### 1 憲法解釈のコモン・ローのアプローチ

ブラックは、これまでの構造的推論に基づく憲法解釈方法に加えて、コモン・ローの手法、ということも主張するようになった。彼は具体的な例として、合衆国憲法修正3条に関する問題を論じる。

合衆国憲法修正3条は、「平時においては、所有者の同意を得ない限り、何人の家屋にも兵士を舎営させてはならない。戦時においても、法律の定める方法による場合のほか、同様とする」、と定める<sup>135)</sup>。これについて、兵士 (soldier) ではなく水兵 (sailor) や文官であればこの条文の適用はないのか、あるいは、所有者からテナントとして賃借りしている者の同意は不要としていいのか、ということが問題になる。そして現実には、修正3条の具体的文言と「非常に強い関連を持つもの (preponderantly relevant respects)」として、それらの問題が合理的に解決されるように同条が適用されるべきだ、ということになる。そしてこの

---

134) CHARLES L. BLACK, JR., *THE NEW BIRTH OF FREEDOM: HUMAN RIGHTS, NAMED & UNNAMED*, WITH A NEW FOREWORD BY PHILIP CHASE BOBBITT, YALE U. PR., 1999 (初版は1997年に出版されている)。

135) 野坂訳前掲註22)、86頁。

手法は、条文の典型的な適用例とそうではない例との間の差異を認めるかどうか、という問題についてコモン・ローが伝統的に採用してきた手法だ、とブラックは見る<sup>136)</sup>。つまり、ある条文の解釈について極めて厳格なもののみを採用しなければならない、ということは、単に不合理でありうるだけでなく、アメリカの法解釈の伝統からしても、まちがっている、ということである。

## 2 生存権の解釈

もう一つ、本書の特徴は、憲法上明示されない権利の一つとして、生存権を挙げることにある。ブラックは、個別の法の源泉となっているような、アメリカ人民にとってのすべての正統な権力行使の源として1776年独立宣言を挙げ、その法規範性を主張する<sup>137)</sup>。そして、そこで認められた生命、自由、幸福の追求が権利として不可侵であり、それゆえ人民の安全と幸福の追求とを保障することが政府の目的である、とする<sup>138)</sup>。

これに加え、ここまでのブラックの議論として見てきた修正9条、あるいは、「一般の福祉」の増進を目的とした合衆国憲法前文、それを受けての合衆国議会の権限であることを踏まえると、そこには、「憲法上の『生きていること』についての正義』 (*constitutional justice of livelihood*) の条文上の基礎」がある、とブラックはいう<sup>139)</sup>。そして、「この基礎の喪失を、我々は『貧困』と呼んでいるが、それは圧倒的に、全人類にとって、われわれの知るなかでは最も共通して、冷酷で、頑強な、幸福の追求の障害である」、とする<sup>140)</sup>。しかも、ブラックによれば、これを救済するために、合衆国憲法を構造的に推論して、合衆国議会が、大統領、連邦裁判所裁判官、そして合衆国議会議員の報酬を合理的かつ具体的に決定するように、合衆国市民が「生きていること」のための金額を決定することは法的に可能である。それは、大統領、連邦裁判所裁判官、合衆国議会議員の報酬額の決定についても明示する条文はなく、合衆国憲法1条9節7項で定める歳

136) BLACK, *supra* note 134, 19-20.

137) *Id.*, 8-9.

138) *Id.*, 131.

139) *Id.*, 132.

140) *Id.*, 133.

出が合衆国議会の法律で定める歳出予算 (Consequence of Appropriations made by Law) によらねばならないことを根拠とすることと同様、と彼が考えるからである<sup>141)</sup>。すなわち、報酬額をゼロ、あるいは明らかに不合理な金額としない限り、合衆国議会の裁量によるのと同様に、合衆国議会は合衆国市民が「生きていること」のために国費を支出すべきだし、それをゼロ、あるいは明らかに不合理な金額とするのは憲法違反だ、というのである<sup>142)</sup>。

このような解釈に対しては、本書が刊行され、ブラック没後に開催されたその業績に関するシンポジウムで、憲法史に基づく条文解釈の観点から反対が表明されている<sup>143)</sup>。他方で、有力な憲法学者が、ブラックの憲法解釈方法に対する支持<sup>144)</sup>、第一次的な生存権保障主体を修正14条解釈の観点から州とするが生存権の保障を合衆国憲法上認めることへの支持<sup>145)</sup>、人種間平等と言論の自由の問題における財産権制限を正当化する憲法判例の観点の生存権の問題への応用可能性の示唆<sup>146)</sup>を表明していることも確かである。そして本稿冒頭で見たブラックの議論の継受の状況<sup>147)</sup>を見ると、あながち「少なからぬファンを依然として惹きつけながらも、ブラックは、(中略)『孤立』を深めていった」、とも言えない<sup>148)</sup>のではないか、というのが率直な印象である。

---

141) *Id.*, 136-37.

142) この議論について本書刊行前に展開したものとして、*see*, Charles L. Black, Jr., *Further Reflections on the Constitutional Justice of Livelihood*, 86 COLUM. L. REV. 1103 (1986).

143) 歴史的に合衆国人民が生存権を合衆国憲法上の権利としたことはないとするものとして、*see*, William E. Forbath, *Lincoln, the Declaration, and the "Grisly Undying Corpse of State's Rights": History, Memory, and Imagination in the Constitution of A Southern Liberal*, 92 GEO L. J. 709 (2004). また、Peller and Tushnet, *infra* note 146, 798 も、現代憲法学の通説においてブラックの解釈を支持するものはない、という。

144) Michael C. Dorf, *Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity*, 92 GEO. L. J. 833 (2004).

145) Robin West, *Response to State Action and a New Birth of Freedom*, 92 GEO L. J. 819 (2004).

146) Gary Peller and Mark Tushnet, *State Action and a New Birth of Freedom*, 92 GEO L. J. 779 (2004).

147) 脚注10を参照。

148) 駒村前掲註11)、27頁。そしてそのような状況は、同書同頁が「彼の戦略はもっと評価されてもよい」とすることと、符合する。

### 3 憲法条文の行間と人民の意思

ここまで見る限り、ブラック自身の議論は、何か抽象的な全体としての合衆国憲法から解釈を導いてはいない。むしろ条文を根拠としながら、その条文と他の条文とのいわば行間を読むことで、その条文が保障すべき意味内容を明らかにしようとするものである。それゆえ、マイケル・C・ドーフ (Michael C. Dorf) がブラックの議論を我田引水的にホーリズム (holism) と呼ぶ<sup>149)</sup>のは、因果が逆のように思われる。何か全体があることを前提に条文が配置される、それゆえ解釈にとって条文はほとんど意味をなさないのではなく、ブラックの議論の場合条文が全体を示唆するので、条文の存在が重要である<sup>150)</sup>。また、ブラックの議論がホーリズム的であるということについて、アマールの議論<sup>151)</sup>を傍証として用いるのだが、アマールはブラックの議論が通常のホーリズムとは異なることを示しているし、むしろホーリズムの多義性を示すもので、ドーフ流のホーリズムを必ずしも支持してはいない<sup>152)</sup>。

しかし、まさにそのような理解が展開される状況に、ブラックの議論への懐疑が一体何なのか、ということも垣間見える。一体ブラックの解釈をいつ人民が採択したのか、ということをして万人に異論なく受け入れることのできるようには、展開されてはいないのではないだろうか<sup>153)</sup>。

この疑問について、一つの解答は、主権者人民の定めた憲法条文は元来解釈の幅があるものとして選びとられており、その解釈は一定の条件の下で自由になされる、というものである。これについてはアマールのような議論が典型であり、憲法改正手続について単純多数決の国民投票を原則とすることで、憲法解釈の一定の幅を認めても主権者人民の意思に反しない、と彼は主張する<sup>154)</sup>。あるいは、アメリカに限って言えば、合衆国憲法5条が国民投票による憲法改正手続を用意

149) Dorf, *supra* note 144, 835-36.

150) むしろ、印象としては、ドーフのホーリズムはプロセス法学に近い。前掲註 52) を参照。

151) Amar, *supra* note 10.

152) *Id.*, 797, n. 197.

153) 先に見た、サンステインや野坂の批判も、ここに焦点があるように思われる。そして、同じ批判が、アマールやバルキンにも、向かうことになるはずである。

していないので、選挙が国民投票の代わりであり、そこで現行憲法の解釈に対する人民の支持不支持が明らかになる、という、ブルース・アッカマンの人民主権論がある<sup>155)</sup>。この主張は、憲法改正手続に国民投票が規定されていないことを逆手にとるものであり、ブラックの議論を補強するものにアメリカではなるかもしれない。ただし、ブラック自身は、憲法改正手続の民主性に関して業績があるが、それほどのことを考えていたかどうかはわからない<sup>156)</sup>。

## おわりに：憲法解釈の限界

ブラックのここまで見てきた議論、すなわち条文の構造と関係に基づく憲法解釈方法、人民主権に依拠した違憲判断積極主義を含む違憲審査制の擁護について、日本に対する示唆はいくつかある。

まず、ブラックの議論の示唆は、主権者人民の定めた憲法だけが裁判所による違憲審査制の民主的な根拠となっているわけではない、ということである。むしろ、現実の訴訟運動への従事の経験を背景に、一般市民が違憲審査制を通じて統治を監視するというところに着目したことが、重要である。もちろん、この点については、異論も多く考えられる。アメリカにしても日本にしても、いわゆる違憲審査制の合一化傾向の指摘もあるが、抽象的違憲審査制を採用しているわけではない。それゆえ、誰もが少しでも疑問に感じたら法令の憲法適合性を問うて裁判所に出訴できるわけではない<sup>157)</sup>。

また、日本において政治運動が訴訟運動として展開されるということも、アメリカの合衆国市民の権利運動ほど、めばしいものがあるわけでもない。それ故、違憲審査制を通じて一般市民が統治を監視することに一定の限界が存在し

---

154) つまり、ある憲法解釈を気に入らなければ、いつでも主権者人民が最も民主的な手続によってこれを否定できる、逆に否定されなければ、その解釈に主権者人民の黙示の同意がある、ということである。参照、川鍋前掲註6)、250頁。

155) BRUCE A. ACKERMAN, *WE THE PEOPLE*, 3 VOLS., HARVARD U. PR. (1991, 1998, 2014)

156) Charles L. Black, Jr., *The Proposed Amendment of Article V: A Threatened Disaster*, 72 *YALE L. J.* 957 (1963).

ているのは確かである。しかし、近年は日本でも平等に関する運動が訴訟運動を通じて積極的に展開されているし、日本において将来的に違憲審査制が国民による統治に対する監視手段として活用される展望は開かれている<sup>158)</sup><sup>159)</sup>。

しかし同時に、ブラックのような合衆国最高裁に対する信頼と同じものが、日本の最高裁にあるだろうか、ということが問われなければならない。そして現状は、在外国民選挙権訴訟及び国籍法違憲判決などを若干の例外として、最高裁は、日本国憲法 81 条のような包括的な違憲審査権を憲法により付与されているにもかかわらず、十分な違憲判断を行ってはいないのではないだろうか。

最高裁による違憲審査の積極的な面については、ブラックもその評価を受ける

157) 違憲審査制の合一化傾向について、概説的な説明としては、参照、辻村みよ子『比較憲法』第 3 版、岩波書店、2018 年、190-91 頁。アメリカについては、松井茂記『『国民訴訟』の可能性について』、村上武則、高橋明彦、松本和彦編『高田敏先生古稀記念論集 法治国家の展開と現代的構成』、法律文化社、2007 年、351 頁以下が、原告適格要件の緩和や伝統的に日本とは異なる主観訴訟と客観訴訟の区分のために、少なくとも日本ほどの付随的違憲審査制の運用にはなっていない、と指摘する。

また、ドイツの抽象的違憲審査制では大半が個人の基本権侵害に対する憲法異議である。参照、鈴木秀美「ドイツ連邦憲法裁判所——制度とその運用」、法曹時報 71 卷 7 号、2019 年、1 頁以下、7 頁。加えて、ドイツでも「誰もが少しでも疑問に感じたら法令の憲法適合性を問うて裁判所に訴出できるわけではない」。参照、ドイツ連邦共和国基本法 93 条 1 項 2 号（いわゆる抽象的規範統制に関わる連邦憲法裁判所の裁判管轄権と連邦議会への提訴権付与、初宿正典訳「ドイツ連邦共和国基本法」、初宿、辻村編前掲註 22）、177 頁以下、208 頁）；鈴木前掲論文、6 頁；畑尻剛、工藤達朗編『ドイツの憲法裁判——連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』、第 2 版、中央大学出版部、2013 年、399 頁以下（森保憲執筆）。しかしながらこれをもって、抽象的違憲審査制は一般的に、あるいは理念的に、国民からの法令に対する客観的な違憲の訴えを認めない、とは見るべきではない。それは濫訴の抑制との比較衡量のもとに決定されるべき憲法政策の問題だからである。

158) この点は、仮に主観訴訟に徹した、いわば完全な付随的違憲審査制であっても、「違憲審査制が国民による統治に対する監視手段として活用され」うる。主観的権利を定めた憲法条文は、同時に客観法原則も示すし、主観的権利に関する裁判所の解釈は、具体的紛争解決のための個別的効力しか持たないにしても、その解釈を変更しない限り事実上政府を拘束するからである。後述する生存権解釈との関連で主観的権利と客観法原則の関係を論究するものとして、参照、高橋和之「生存権の法的性格論を読み直す——客観法と主観的権利を区別する視点から——」、明治大学法科大学院論集 12 号、2013 年、1 頁以下、2 頁。

159) もっとも、抽象的か付随的か、という問いを立てる必要はないかにも見える。権力分立、司法権の概念の観点からの問題はあるにせよ、国民が政府の法令および解釈に基づく運用について違憲の異議申立てをする客観訴訟の類型を立法すれば、それで済むからである。しかし、そのような立法が違憲審査制の性格に影響を与えることも確かであり、抽象的か付随的かという問いは、なお重要であるように思う。

こともあるリーガル・リアリズム（リアリズム法学<sup>160</sup>）の系譜に連なる裁判官の政治的責任（judicial statesmanship、あるいは「司法的ステイツマンシップ」）論からの、坂田隆介の分析がある。それによれば、「ある問題をめぐって社会の価値が変容を遂げつつある状況において、一定の社会的価値を積極的に表明することを自らの責務と捉えた」場合には、立法事実の変遷というかたちで裁判所が積極的に憲法判断を行うとし、その典型として、在外国民選挙権判決や国籍法違憲判決などを挙げる<sup>161</sup>。

他方、消極的な面では、それらの判決以外について、日本の最高裁が、ブラックとは対立するリーガル・プロセス学派（あるいは「プロセス法学」。一定の権限配分を前提にその枠組みの中で可能な判断を行うべきだ、とする）的な思考に立って、憲法判断を下してきたと整理されるような事態がある<sup>162</sup>。そして特に問題が顕著に現れるのは、ブラックの議論との関連では、生存権についてである。

---

160) リアリズム法学は、論者によってその時期に差異があるものの、概ね1920-40年代の憲法学である。それは、「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」。坂田後掲註161、「最高裁の『公的正統性』」、56頁。そこでは、法とは既に存在するものとして裁判官により発見適用されるものではなく、むしろ裁判官がそのうちに持つ心理に基づいて価値選択し、創造するものである。参照、鶴飼信成『現代アメリカ法学』、日本評論新社、1954年；藤倉皓一郎「アメリカ・リアリズム法学の一側面」、1965年度法哲学年報、1966年、177頁以下；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・カントロヴィッツのリアリズム法学批判」、1976年度法哲学年報、1977年、157頁以下；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（関西学院大学）29巻1号、1978年、127頁以下；常本前掲註52）、303頁以下；岡嵯修「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編第18集、1981年、29頁以下；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編、第24集、1987年、24頁以下；岡室悠介「アメリカ憲法理論における『法』と『政治』の相克：新リアリズム法学を中心に」、阪大法学63巻2号、2013年、193頁以下；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、2014年、27頁以下。

このリーガル・リアリズムの考え方とブラックの近似性から、駒村前掲註11）、16-17頁は、Sunstein, *supra* note 86, 1664やAvian Soifer, *Charles L. Black, Jr.: Commitment, Connection, and the Ceaseless Quest for Justice*, 7 ASIAN-PACIFIC LAW AND POLICY JOURNAL 1, 13 (2006)を参照しながら、「実定法の虚構性をひたすら告発し、ともすればシニカルに流れるリアリズムとは異なり、ブラックのそれは、テキストに立脚し、司法積極主義のクレームと一体化したリアリズム法学」であるとする。

明文規定がなくとも適切な生活保障のための金額の決定まで可能ならば、明文規定を持つ日本国憲法の場合、裁判所が違憲審査によりその金額設定の合理性に関してまで積極的に判断することは可能であるばかりでなく義務ですらある。その観点からは、広範な立法裁量を生存権保障に関して認め続けている<sup>163)</sup>日本の最高裁は、十分な違憲審査を行っているとは言えない、ということになりそうである<sup>164)</sup>。

今回本稿は、ブラックの議論に焦点を当て、その魅力を感じつつ議論を立てたが、その妥当性を検証するには、これだけでは不十分であると考えている。今後、さらに彼とは対立するリーガル・プロセス学派の論者、特にしばしばブラックとの対比でその特徴が語られることの多いアレクサンダー・M・ビッケル (Alexander M. Bickel)<sup>165)</sup>の検討を今後行い、それらの比較を通じて検証したいと考えている。

次に、ブラックの議論の示唆として、人民の決定した条文の構造的推論から、憲法の全体像が浮かび上がってくるはずだ、ということが挙げられる。この点について日本に対する示唆として感じるのは、日本国憲法9条解釈に関する問題についてである。近時、様々な文脈から、9条解釈について、通説的な自衛権の完

161) 坂田隆介「最高裁と『司法的ステイツマンシップ』論——立法事実変遷論と司法的救済を手がかりに——」、立命館法学 366号、2016年、1頁以下。引用は、10頁。また、アメリカの議論を紹介するものとして、坂田隆介「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——」、立命館法学 361号、2015年、51頁以下がある。ただし、坂田がニール・S・シーゲル (Neil S. Siegel) やロバート・C・ポスト (Robert C. Post) に依拠して、比較的広範な判例を「裁判官の政治的責任」論で説明することは疑問である。坂田「最高裁の『公的正統性』」、72頁の依拠する Neil S. Siegel, *The Virtue of Judicial Statesmanship*, 86 TEXAS L. REV. 959, 972-74 (2008) は、ブラウン判決が示した人種別学禁止を社会的価値の積極的表明としており、修正14条から人種別学禁止を導くことに非常に強い抵抗があったがえてそれをやった、と説明するものではないか。そしてそれは、坂田のもう一人依拠するポストの議論についても同様と考える。参照、川鍋前掲註79)、536頁。それゆえ、仮にこの概念を用いるとしても、司法裁量として他にもとりうる手段があるのに、あえて行った判断を事後的かつ例外的に正当化しうるものに狭く限るべきである、と考える。それゆえ本稿では、坂田とは異なり、立法不作為に対する国家賠償法上の違法性まで認めた在外国民選挙権判決と、救済手段として国籍付与を選択した国籍法違憲判決だけを挙げている。

162) 山本前掲註52)、230頁以下。

163) 前掲書、236-37頁。

全放棄以外にも解釈が可能であると指摘されている<sup>166)</sup>。しかし、占領下の憲法制定、あるいは主権者国民の憲法改正発議権が憲法に定められていないという問題はありますが、主権者国民が9条を変更するために憲法改正を求めることはなかったことを鑑みると、9条解釈において他の条項を踏まえることで、9条の体現する平和観を後退させるべき理由はない。それゆえ、すくなくとも、13条との関

---

164) 生存権の法的性格については様々議論がなされている。最近の議論状況については、参照、高橋前掲註158)；尾形健編『福祉権保障の現代的展開』、日本評論社、2018年；棟居快行「権利としての生存権再考——生存権 ver2=合理的配慮請求権を生存権に逆輸入する試み」、障害法3号、2019年、25頁以下。これに関して、最高裁が食管法判決（最大判1948年9月29日、刑集2巻10号1235頁）で採用したとされるプログラム規定説のみならず、「社会権保障は、政治過程を通じた制度構築と、その具体的適用にあたっての専門技術的判断とを必要としている」ので、その不在について訴訟で争えず、不備についても広範な立法裁量を認めてしまう、いわゆる抽象的権利説にも、「『国民』による社会権保障制度構築という国民主権や法治主義からの視点が欠落している」点で問題がある。参照、高田篤「生存権の省察——高田敏教授の『具体的権利説』をめぐって」、村上ほか編、前掲註157)、132頁以下、引用は152頁。もっとも、いわゆる具体的権利説に依拠しても、生活保障の合理的価額の具体的な設定まで政府の義務とする（その結果として、裁判所が単なる最低生活保障以上の合理的な生活保障の価額を認定し、生活保障制度が現に給付する価額の不足分を給付するよう判決することができる）わけではない。参照、棟居快行「生存権の具体的権利性」、同『憲法学再論』、信山社、2001年、348頁以下（初出は、長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』、日本評論社、1995年）；藤井樹也『「権利」の発想転換』、成文堂、1998年、404頁以下。

主権者国民の定めた条文を重視した解釈により人権保障を充実させるべき、とする立場からは、生存権規定が存在することは当然、生活保障制度の存在のみならず充実を求めている、と読むべきである。この点、少数説かつ租税法からの議論ではあるが、参照、北野弘久『憲法と税財政』、三省堂、1983年、253頁以下、特に257頁以下。また、社会国家原理規定が現に定められていることを根拠として、最低生活保障を政府の義務とする最近のドイツ憲法学からの議論として、参照、松本奈津希「生存権の自由権的側面による最低生活保障：ドイツ連邦憲法裁判所の判例を素材として」、一橋法学17巻1号、2018年、65頁以下。

165) Charles L. Black Jr., *Alexander Mordecai Bickel*, 84 YALE L. J. 199 (1974).

166) さしあたり、9条の抽象的合理性を強調して、自衛隊による個別の自衛権行使までを認めようとする長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』、筑摩書房、2004年がある。また、日本国憲法13条との関連で個別の自衛権までを正当化する旧政府解釈を援用し、あるいは、長谷部恭男『憲法とは何か』、岩波書店、2014年、18-19頁を引用して、憲法改正を経ずとも立法で環境権等の新しい権利を憲法上保障するのは可能、とするような、いわばコスト・ベネフィットの観点から憲法改正不要論を説くことが、同時に、違憲であるはずの自衛隊に関する政府の立法を正当化し、あるいは国民が自衛隊の存在を容認していることを前提にしている、という Satoshi Yokodaido, *Constitutional Stability in Japan not due to Popular Approval*, 20 GERMAN L. J. 263, especially, 271, 279-80, 282 (2019) を参照。

連から国家組織による個別的自衛権を導出する議論には疑問がある。それは個人の自衛権の根拠にはなり得るが、自衛隊による個別的自衛権行使という方法を国家が採用すべき根拠を積極的には提供していないからである。むしろ、戦争放棄と戦力不保持を定める9条の存在が、たとえ自衛権行使のためであっても、組織的有形力を国家が保有することはできないことを推論させる<sup>167)</sup>。

最後に、条文解釈の幅の広さを指摘したことがブラックの議論の示唆では必ずしもないことも重要である。むしろ、彼の議論の示唆は、より合理的で多くの人々が受け入れ可能な選択肢がありえ、時代や社会における人々の状況に応じてそちらに憲法解釈を変えることが許される、というものである。つまり、条文解釈の幅の広さはその時々の人々の求めに応じた条文解釈の正解を追求するために語られているに過ぎない。憲法はいかようにも解釈できる、と言っているのではないのである<sup>168)</sup>。それゆえ、その条文解釈の幅の広さの結果として語られる解釈とその根底にある思想が批判的に検討されねばならない、ということが、本当のブラックの議論の示唆である。そうすることによって初めて、リーガル・リアリズムがしばしばそうしたと言われるように、客観中立を装って語られる憲法解

167) ただし、警察予備隊令による警察予備隊の組織と、国連安保理決議に基づいて派遣される国連軍への警察予備隊の編入、ということについては、9条の存在にもかかわらず、合憲であったかもしれない。この発想は、警察予備隊の組織に携わった後藤田正晴の考えに近いものである。参照、後藤田正晴（政策研究院政策情報プロジェクト監修）『情と理：後藤田正晴回顧録』上、1998年、104頁以下。つまり、日本国憲法は戦後国際連合を中心とした安全保障体制に入り、それによって憲法にいう国際平和は実現されるのだから、日本という国家が自ら安全保障のための戦力を持つ必要はない。しかし、国連がいざ国連軍を組織する、という段になって、人員を提供するとすれば、派遣国での戦後処理における治安警察活動などへ既存の警察組織などから出さざるを得なくなり、それでは国内の治安維持に支障が出る恐れがある。だから、警察力の予備という目的において、警察予備隊を組織するのだ、と。

もちろん、現実には軍同様の編成がなされており、その実態を見なければ易々と合憲と判断するわけにはいかない。参照、C.O.E. オーラル・政策研究プロジェクト「海原治オーラルヒストリー〈上巻〉」<http://www3.grips.ac.jp/~oralreport/viewfile?id=100024&file=1>、175頁以下。しかし、日本が戦力を捨ててもなお安全保障を維持することが可能であると考えたことは、当時としては必ずしも極端な理想主義に基づいているわけではない、ということは知られてよい。

168) 立論も違えば、結論も異なりうるが、問題意識を共有するものとして、参照、蟻川恒正「憲法を解釈する権力」、山元一、只野雅人、蟻川恒正、中林暁生編『憲法の普遍性と歴史性 辻村みよ子先生古稀記念論集』、日本評論社、2019年、25頁以下。

積に対して、その政治性を明らかにして吟味した上で、そういう政治性にコミットすることが妥当であるのかどうか、判断できるようになるだろう。政治的でない憲法解釈など、およそあり得ないのだから<sup>169)</sup>。

---

169) 前掲註119)を参照。