

## コメント

# 合衆国最高裁判所による基本権保障と少数派保護

——大統領権限の抑制の観点から——

原 口 佳 誠

### 1 序論

本稿は、合衆国最高裁判所による少数派の基本権保障の役割を概観する。最高裁による少数派の基本権保障を実効化する要因として、本稿では特に、裁判所の人的構成、政治部門との協働と世論の關係に絞り、その上で、トランプ大統領の具体的な政策と発言に触れ、基本権保障の行方を論じた。

### 2 合衆国最高裁判所による基本権保障

#### (1) 司法審査制と少数派の基本権保障

合衆国最高裁判所の裁判官は、大統領による指名と、連邦議会上院による助言と承認により任命される<sup>(1)</sup>。それゆえ、実質的にみて直接人民に選出される政治部門（連邦議会・大統領）に比して最高裁の民主的正統性は不十分であり、最高裁が政治部門による立法その他の行為を無効としうる司法審査制は、本来的に反民主的性格を内包すると考えられてきた。この、いわゆる反多数派支配主義の難点<sup>(2)</sup>の問題を解決し、司法審査制を正当化することが、アメリカ憲法学の長年にわたる難題であり続けている。憲法学の学説は、例えば、憲法における政治的プロセスの保障として<sup>(3)</sup>、あるいは憲法の道徳的読解の帰結として<sup>(4)</sup>、司法審査権の行使を正当化し、少数派の基本権を保護する枠組みを理論的に擁護しようと試みてきた。

---

(1) U.S. CONST. art. II, §2, cl. 2.

(2) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* 16 (2d ed. 1986).

(3) See JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980).

## (2) 少数派の基本権保障を実効化する要因

### 1) 裁判官の構成

合衆国最高裁による憲法判例は、英米法の特質として、先例との類推に基づき発展する。そのため、憲法判例は、短期的な社会変化にアドホックに対応した形式で発展するのではなく、一定の訴訟の枠組みのもとで、先例との論理一貫性をふまえ、ある程度の自律性をもって形成されてゆくことになる<sup>(5)</sup>。

もっとも、憲法の条項は一般的・抽象的に規定されており、必ずしも一定の事件に対して一義的解釈がなされるとは限らない。確かに、憲法判例は先例に依拠しており、あたかも裁判官が連鎖小説 (chain novel)<sup>(6)</sup>を紡いでゆくかのように形成され、のちに判決を執筆する裁判官の選択と自由を規律する。しかし現実的には、判例法の著しい発展により、膨大な先例からどの先例を取捨選択して法的判断を導くかという点で裁判官に広範な自由裁量が残されるケースも少なくない。そのため、先例拘束は裁判官のイデオロギーに対する決定的な制約要因とはならず、緩やかな制約要因にとどまる<sup>(7)</sup>。憲法判例の形成で裁判官のイデオロギーが果たす役割は一定程度残されており、それゆえ裁判所における裁判官の構成が重要といえる。

ただし、裁判官は任命時のイデオロギーに基づき行動することが多いが、その党派ラインは連邦議会の議員や大統領のように明確なものではない。裁判官は、既述のように、一義的には法の原理と先例に従うからであり、裁判官は政治家ではないからである。

少数派保護の視点からは、裁判官の構成において人種的・ジェンダー的少数派を包含させて多様性を実現することが重要な要素といわれる。例えば、裁判官の合議体に女性の裁判官が存在することにより、その合議体が女性の権利擁護により積極的になるという研究<sup>(8)</sup>や、非白人の裁判官が合議体に加わること

(4) RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 2-11 (1996).

(5) 法の自律性の分析として、拙稿「社会科学としての法理論創造の意義と可能性—ローレンス・M. フリードマンの学説分析を通じて」曾根威彦・樹梨能生編『法実務、法理論、基礎法学の再定位』(日本評論社、2009) 95, 99-102頁。

(6) See, *supra* note 4, at 228-38.

(7) See Stefanie A. Lindquist & Frank B. Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, 80 N.Y.U. L. REV. 1156 (2005).

でアフターマティブ・アクションの諸政策を支持する判決が増加する、等の研究<sup>(9)</sup>がある。連邦裁判所における人種的・ジェンダー的少数派の裁判官は未だ多くないが、その存在が裁判所全体の合議を変化させ、少数派の基本権保障の潮流を生み出す一助となる。オバマ大統領が合衆国最高裁判官に2名の女性裁判官（ソトマイヨール、ケイガン各裁判官）を指名し任命につなげたことは、少数派の基本権擁護にとって少なからぬ意味をもつものであった<sup>(10)</sup>。

## 2) 政治部門との協働

最高裁の判例法形成は、その執行のために、最終的には政治部門との協働を必要不可欠とする。それゆえ、最高裁にとって政治部門との決定的な対立は非現実的であり、歴史的にみても概ね協働関係が構築されてきた<sup>(11)</sup>。

## 3) 世論

合衆国最高裁判所の歴史からみれば、最高裁による違憲判決のほとんどは、世論の主流と長期的にみても一致している。司法審査制は、基本的には全国的世論を追認・強化し、州ないし地方の一部の特殊な意思を排除することで確立されており、全国的世論に反した司法単独主義的（judicial unilateralism）な判決<sup>(12)</sup>は、結果的に手痛いバックラッシュに遭った。そのため、最高裁は、全国的世論に即した判例法を、より穏健に、かつ慎重に形成している<sup>(13)</sup>。2005年のシラキュース大学による調査によれば、最高裁が多数派の圧制から少数派の基本権を保障し、司法の独立を確保するという役割につき、73%もの世論の支持があったとされる<sup>(14)</sup>。連邦政府において、最高裁が他の政治部門よりも遙

(8) Sean Farhang & Gregory Wawro, *Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation Under Panel Decision Making*, 20 J.L. ECON. & ORG. 299, 320 (2004).

(9) Jonathan P. Kistellec, *Racial Diversity and Judicial Influence on Appellate Courts*, AM. J. POL. SCI. 167, 178 (2012).

(10) See Kevin R. Johnson, *How Political Ideology Undermines Racial and Gender Diversity: The Prospects for Diversity in the Trump Years*, 17 WIS. L. REV. 345 (2017).

(11) 最高裁の政治部門との協働につき、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』（有斐閣、2011）、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス—現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景』（成文堂、2012）等。

(12) See, e.g., *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) and *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

(13) JEFFERY ROSEN, *THE MOST DEMOCRATIC BRANCH: HOW THE COURTS SERVE AMERICA* 3, 30 (2006).

かに高い支持率を維持してきたことも、最高裁による司法審査と全国的世論との間の良好かつ密接な関係を裏付けている<sup>(15)</sup>。

### 3 トランプ大統領の政策<sup>(16)</sup>

#### (1) 裁判官任命

大統領が行う最も重要な職務のひとつが、合衆国最高裁判所裁判官の指名である。トランプ大統領は、保守派のゴースッチ候補者 (Neil Gorsuch) を最高裁裁判官に指名し、連邦議会上院により任命された。

同裁判官は、連邦議会上院の司法委員会における聴聞において原意主義的な憲法解釈の立場を明らかにしつつも、個別具体的な論点に対して態度は明らかにせず、憲法と法および先例に従うことを繰り返して述べた。しかし、同裁判官は、保守系法律家団体のフェデラリスト協会が推薦したことからも明らかであるように、保守派に属するといわれる<sup>(17)</sup>。

合衆国最高裁の裁判官の構成は、保守化の傾向が顕著である。とりわけ1980年代から90年代前半にかけて確固とした保守的イデオロギーをもつ共和党政権が継続し、その期間の裁判官任命を通じて、党派的エントレンチメントと形容すべき頑強な保守ブロックが形成された<sup>(18)</sup>。2016年、オバマ大統領はスカリア裁判官の後任としてガーランド候補者 (Merrick Garland) を指名したことで、リベラル派の裁判官が過半数を占める可能性が生じた。しかし、共和党に占められた連邦議会上院は、司法委員会による聴聞さえ開催せず、その後トランプ大統領の誕生によりゴースッチ裁判官が任命されたことにより、保守的構成 (ロバーツ首席裁判官、トーマス、ケネディ、アリート、ゴースッチ各裁判官)

(14) *Id.* at xi–xii.

(15) ギャラップ社調べ。連邦政府における三権の内、司法権に対して信頼を置くか、という質問に対して、1973年5月から2016年9月まで、司法権はほぼ一貫して6割以上の高い支持を得ている。http://www.gallup.com/poll/4732/supreme-court.aspx. (last visited June 30, 2017).

(16) 事例の一部について、See John Yoo, *Executive Power Run Amok*, N.Y. TIMES Feb 6, 2017, at A21. See also Erwin Chemerinsky, *Donald Trump Is on the Wrong Side of the Law*, L.A. DAILY NEWS July 20, 2016, at A10.

(17) 本号紙谷論文参照。

(18) See Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045 (2001). 分析として、金澤孝『『新しい憲法秩序』なるものの一考察』早稲田法学会誌58巻1号 (2007) 107頁以下。

が堅持されることになった。リベラル派のギンズバーグ裁判官は84歳、ブライヤー裁判官は78歳、中道保守派のケネディ裁判官は80歳であり（2017年6月現在）、やがて生じる裁判官職の空席をトランプ大統領が指名すれば、保守化傾向は一層加速することが予測される。このように最高裁判所が過度に保守的な偏りをみせることは、少数派の基本権の擁護にとっては望ましい状態とはいえ、全国的世論を反映したバランスの取れた構成ともならないであろう。

なお、連邦裁判所の裁判官任命の全体を俯瞰すると、2009年のオバマ政権誕生時点では、54の裁判官職の指名権があり、オバマ大統領は、人種的・ジェンダー的多様性の確保に相当に成功したといわれる。一方、トランプ大統領は、オバマ政権からみてほぼ倍増の103の裁判官職の指名権を有していたが、白人男性のゴースッチを最高裁判官に指名したことが象徴するように、全体として、人種的・ジェンダー的多様性における後退傾向がうかがえる<sup>(19)</sup>。

## (2) 入国禁止令

トランプ大統領は、イスラム教徒が多数派を占める6カ国からの入国を制限する大統領令13780号を発し、これに対して、連邦地方裁判所と同控訴裁判所は差止を行った。合衆国最高裁は、その差止を一部解除し、2017年秋以降の最高裁による最終決定までの間に入国が認められるためには、米国と「真正な関係」がなければならないとした<sup>(20)</sup>。

原審における差止処分では、この大統領令がイスラム教徒を排除する目的により国教樹立条項に違反すると判示されており<sup>(21)</sup>、大統領の権限を抑制し、少数派の基本権を保障する意義をもつものであった。

一方、最高裁は、さしあたり、この大統領令の差止処分を「真正な関係」の証明がある者に限定して解除したが、これは大統領令が目的とする国家の安全と、実際に不利益を受ける6カ国の出身者（少数派）の利益との間のバランスをとり、政治部門との一定の協働を図ったとみることもできる。最高裁判決に沿って修正された國務省のガイドラインに対して、現時点の世論は支持しているようである<sup>(22)</sup>が、今後の判例形成を慎重に注視する必要がある。

(19) See Philip Rucker & Robert Barnes, *Trump to Inherit More Than 100 Court Vacancies, Plans to Reshape Judiciary*, WASH. POST Dec. 25, 2016.

(20) *Trump v. Int'l Refugee Assistance Project*, 2017 U.S. LEXIS 4266. 詳細は本号の宮川論文・中村論文参照。

(21) *Int'l Refugee Assistance Project v. Trump*, 857 F. 3d 554, 2017 U.S. App. LEXIS 9109 (4th Cir. Md. May 25, 2017).

### (3) 大統領の発言

#### 1) 司法の独立

トランプ大統領は、上記の入国禁止令に対して連邦裁判所の差止めが相次いだことを受けて、ツイッターで「いわゆる裁判官 (so-called judge)」は政策の理解能力を欠くという軽侮を込めた批判を次々と行った。

また、トランプ大統領は、就任前に不動産セミナー (通称・トランプ大学) を開催していたが、その詐欺的商法により、連邦地方裁判所で集団訴訟が提起された。そこで、同裁判所で事件を担当していたキュリエル (Gonzalo Curiel) 裁判官に対して、メキシコ系移民を出自にもつ裁判官であることから訴訟担当を回避すべきであると発言した。しかし、裁判官の人種・民族などの出自はそもそも事件の回避事由にあらず、これは大統領の不当な司法介入であると同時に、人種差別的発言でもあった<sup>(23)</sup>。

#### 2) 対外政策

トランプ大統領は、メキシコ国境に長大な壁を建設し、メキシコ製品に関税をかけることを選挙公約していた。しかし、伝統的にはこれらの行為は連邦議会の権限に属し、大統領権限ではない。

#### 3) 言論の自由

言論の自由に対する圧力として、トランプ政権にとって好ましくない「偽ニュース」の記事に対し、名誉毀損法の立法により多額の賠償金を得ると発言した。しかし、名誉毀損法は連邦法でなく州法が規律するものであり、大統領は、合衆国憲法第1修正に関する最高裁の解釈を変更できない。

さらに、大統領選への批判行動として学生が国旗焼却活動を行ったことに対し、市民権剥奪か禁錮を刑罰として科すべきと発言した。だが、市民権を奪う刑罰は禁じられており、国旗を燃やす行為は憲法上の権利として最高裁に認められている<sup>(24)</sup>。

(22) 国務省のガイドラインに対し、回答者の60%が賛成、28%が反対であった。http://www.politico.com/story/2017/07/05/trump-travel-ban-poll-voters-240215 (last visited July 5, 2017).

(23) Alan Rappeport, *That Judge Attacked by Donald Trump? He's Faced a Lot Worse*, N.Y. TIMES June 4, 2016, at A12.

(24) See *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) and *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

#### 4) 大統領の発言と分極化するアメリカ社会

これら的大統領の発言は、憲法の軽視と無理解、ポピュリズムと差別にもとづいている。実際には、その発言のほとんどは、憲法・制定法・判例に鑑みて実現がおよそ困難であり、アメリカ法における法の支配の強韌性<sup>(25)</sup>を示している。

しかし、法の支配をめぐる潜在的な問題は、国民の代表である大統領が自ら率先し、言論の自由や平等権などの基本権を軽んずる発言を繰り返すという社会的事実である。2016年の大統領選以降、アメリカにおける憎悪犯罪グループの活動件数が増加していること<sup>(26)</sup>は、おそらく大統領の一連の差別的発言と無関係ではない。

分極化が進むアメリカ社会において、大統領自らがその分断と対立を煽動し続けることは、結果として、政治における自律した国民の熟議と、少数派の権利擁護、および法の支配の基盤を掘り崩しているといえる。

### 5 結論

トクヴィル (Alexis de Tocqueville, 1805-59) は、多数派の専制を緩和する手段とのひとつとして、法律家の存在の重要性を挙げ<sup>(27)</sup>、その存在は「民主主義の過ちに対する最も強力な防波堤」<sup>(28)</sup>であるとした。実際に合衆国最高裁判所の歴史を振り返れば、最高裁は政治部門と協働しつつ、司法審査権を行使して少数派の基本権保障を行い、国民の信頼を醸成してきた。

しかし、アメリカの政治と社会がイデオロギーと格差で分極化し、連邦政府自体への信頼も乏しくなるなかで、トランプ大統領はむしろその対立と不信を煽り、差別的な政策形成と暴力的な発言を繰り返すことで支持の拡大ないし保持に努めている。

合衆国最高裁は、このような大統領の行動に対して、憲法判例で形成された少数派の基本権保障の枠組みを用いて抑制をかけることができる。しかし最高

(25) 本号中村論文参照。

(26) 南部貧困法センター (SPLC) 調べ。2015年から16年にかけて、憎悪犯罪は892件から917件に増加した。 <https://www.splcenter.org/hate-map> (last visited June 30, 2017)。

(27) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA (Harvey Mansfield and Delba Winthrop trans., 2000) 250, 260-62.

(28) *Id.* at 251.

裁は、長期的にみれば、政治部門と協働し、全国的世論と合致した行動をとらざるをえない。それゆえ、アメリカの世論が、感情よりも理性を、差別よりも平等を、排除よりも包摂を、社会の分断よりも統合を選択してその原点に立ち戻らない限り、最高裁による少数派の基本権保障の試みは困難を伴うであろう。アメリカの法の支配は、合衆国最高裁をはじめとする司法と法律家によって培われてきたが、その基層では、専制を警戒して権利と自由を重んずるアメリカ国民の良識によって支えられてきたからである。

(付記) 本研究は、司法協会ならびに横浜学術教育振興財団の研究助成成果の一部である。