

「政治問題の法理」の再検討(二)

——アメリカ合衆国最高裁判例の研究——

諸 根 貞 夫

目 次

序 論

第一章 「政治問題の法理」をめぐる現況

一 「政治問題の法理」の現代的な理解

二 フランクfurter判事に代表される「政治問題の法理」の理解

一 Colegrove v. Green 判決

二 Baker v. Carr 判決の反対意見

三 小 括

〈補論〉

(以上、前号)

第二章 Colegrove v. Green 判決(一九四六年)以前の「政治問題」事件の再検討

第一節 前提的考察

一 問題の整理と課題

二 判例分析の前提

第二節 具体的諸事件の分析(国内的事項)

「政治問題の法理」の再検討(一)(諸根貞夫)

一 訴訟当事者の権利・救済の請求の仕方と「政治問題」

1 Cherokee Nation v. Georgia 判決

11 Mississippi v. Johnson 判決

11 Georgia v. Stanton 判決

四 小括

（以上、本号）

二 訴訟当事者の主張にかかわる特定の憲法条項と「政治問題」

一 逃亡犯罪人引渡しに関する条項

二 共和政体保障条項

三 憲法修正条項

三 一定の総括

終章——Burger Court の動向にも触れよう

一 最近の動向とその評価

二 結論

第二章 Colegrove v. Green 判決（一九四六年）以前の「政治問題」事件の再検討（承前）

第一節 前提的考察

一 問題の整理と課題

（一）本稿の問題意識からすれば、本章の考察は、「政治問題」に関する現代的理論を提示した *Baker v. Carr* 判決^{（一）}

の積極的意義とその問題点とを正しく見ずえることから始めなければならない。

選挙区割問題の司法判断可能性をめぐるフランクファーター判事とブレナン判事の基本的対立は、端的に言えば、当該問題を解決しうるための司法判断基準の存否という点にあったといえよう。しかし、同時に注目すべきは、両者とも共通して、当該基準の存否に関する考慮を「政治問題の法理」の適用可否のレベルで論じていたということである。すなわち、両判事とも、当該司法判断基準の問題を、「政治問題」の成立「要件」ないし「集約的考慮事項」のひとつとみなしていたからである。⁽²⁾しかしながら、前章で示唆したように、司法判断基準の問題は、当該選挙区割事件に含まれている憲法上の争点の实体判断と切り離すことのできない問題であったのである。⁽³⁾

フランクファーター判事の「政治問題の法理」の理解の仕方から考えると、我々は、彼が選挙区割問題に関する憲法上の争点を司法判断不適合的な「政治問題」とみなしていた、と解釈することも可能であるかもしれない。というのは、その「法理」を構成する論理の運びに注目した場合、彼は、自己の信奉する『司法自制の哲学』を出発点として司法審査の原則論（すなわち、全ての問題に対する司法権の自制一般の必要性をその内容とする）を確定し、その一般原則の枠組のなかで、「政治問題の法理」の構造と内容とを構成していくという方法をとっていたように思われるからである。しかし、彼の判決論理をあるがままに分析した場合、彼はその結論を導き出すために次のように述べていたと解釈することもできるのではなからうか。すなわち、彼は、必ずしも、選挙区割問題に関する憲法上の争点自体が司法判断不適合的であると述べていたというのではなく、むしろ、当事者の訴えの利益の問題や当事者によって請求された衡平法上の救済の問題等の、本案判断に対する一定の「障害」(barrier)の存在を示唆しており、ある

いはまた、修正第一四条や連邦議会の権限に関する一定の本案判断の提示をおこなっていた、と。⁽⁴⁾

何故ならば、判決におけるこれらの諸論理が、何故に「政治問題の法理」という独自の質をもつべき、単一的な理論と結合させられることになるのか、その論証が必ずしも十分に明示されていなかったように思われるからである。換言すれば、筆者には、彼の「政治問題の法理」の理解が、彼の司法自制論一般とほとんど区別がつかないほどの理解になっているように思われてならないのである。フランクフーター判事の「政治問題の法理」の理解のなかには、彼の司法自制の哲学が不可欠の主要な媒介項となつて、あれこれの解釈論理を無論証的に当該「法理」の内容へと転化させてしまう『曖昧さ』が伏在していたように思われるのである。

『はじめに司法自制の哲学ありき』とでも称される、「政治問題の法理」に対するそのような接近方法それ自体は、確かに *Baker v. Carr* 判決で否定された。その判決の法廷意見（ブレナン判事）は、すでにみたように、過去の「政治問題」事件の判例の集積のなから、個々の事件で何が問題とされたかを個別的に分析して、そこで追求された司法目的との関連で「政治問題」の機能的要件を定立するという方法をとっていた。なるほど、このような機能的方法は、司法審査権行使の原則論それ故に判断回避の一般の原則論を起点として「政治問題の法理」を構成しようとする方法によつてもたらされる、当該「法理」に関する堂々めぐりの循環論⁽⁵⁾を絶ち切る論理を内包している点で、「法の世界で最も満足のいかない定義・説明しか与えられない言葉」と評されていた「政治問題」の解明にとつて、積極的な意義を有していたといえるであろう。しかし、我々は、「政治問題」に対するこの接近方法の意義を高く評価したとしても、そこで定立されることになった諸要件の構成・内容⁽⁷⁾（これらは「政治問題」の一定の構造と内容を

示唆するものと考えられるのであるが）に注目するや否や、ブレナン判事の意見もフランクfurter判事の意見同様に、包括的な曖昧な理論を提供するにすぎないことに気がつく。ブレナン判事の定立した諸要件の内容の個別的な批判は後の章で触れることとして、ここではさしあたり、その一般的な問題点を指摘しておくことにしたい。⁽⁸⁾

第一に、諸要件の内容から類推してみると、ブレナン判事は、「政治問題」という概念の意味を必ずしも明確に自覚しないで使用しているのではないかということである。すなわち、憲法によって政治部門に与えられている一定の裁量権内の問題という意味で「政治問題」概念を理解しているのか、それとも、政治部門の一定の行為に関して司法審査が可能であるにもかかわらず裁判所に特別な（extraordinary）判断回避が要請されている問題（純理論的には、「政治問題の法理」——もしそのような単一的理論が存在するとすれば——の独自の存在理由は、この点にあるとさえいえる）というレベルで理解しているのか、不明確であるということである。やや別の視角からいえば、裁判所の判断権限の問題と判断義務の問題とを無批判に混同しているふしがあるということである。第二に、なるほど、それぞれの要件の存在がある争点に対する一定の判断回避のための必要な条件であるとしても、しかし逆に、それらが、何故に、特別な判断回避の要請という独自の質をもつべき「政治問題の法理」に特有の要件として理解されなければならないのか、すなわち、例えば、明文上の委任の要件や司法判断基準の欠如という要件等が、自己完結的な解釈論理を示すものとしてではなく、何故に「政治問題の法理」に特有な要件として理解・構成されるべきなのか、そのための十分な理由を提示していないということである。さらにいえば、機能的な方法あるいはケース・バイ・ケースのアプローチを論理的につきつめれば、それは「政治問題の法理」というような単一的理論の崩壊へと結果しないのであろう

か、という視角である。このような根源的問いは、必然的に、過去の「政治問題」事件判決の解釈・評価という課題を我々につきつけてくるであろう。第三に、今述べたこととも関連するのであるが、それらの諸要件がいずれの具体的事件から抽出されているのかが必ずしも明らかではないということである。第四に、そして何よりも、ブレナン判事の挙げる諸要件の内容が、従来の「政治問題」をめぐる諸学説の混乱をそのまま反映した、いわば諸説混合的立場を脱しきれていないことである。

以上のようなことから、ブレナン判事の当該「法理」に対する接近方法の積極的意義は、十分に生かされず、結果的にみれば必ずしもその「法理」の内容と構造を明析化するのに成功していないといわざるをえないのである。従って、*Baker v. Carr* 判決を経てもなお、依然として「政治問題の法理」は一定の混迷状態のなかにあるといわなければならない。

(二) 連邦最高裁判所にもちこまれる憲法問題の多くは、その時々⁽⁹⁾の国論を二分するような政治問題を色濃く反映するものであり、いわば形をかえた政治問題とさえ形容しうるものであるが、しかし周知のように、最高裁が政治部門の一定の行為に積極的な違憲判断を加えた *Dred Scott* 判決や *Steel Seizure Case* 判決等にみられるように、⁽¹⁰⁾ 全ての政治的な憲法問題が最高裁によって「政治問題」と判示されてきたわけではないことに注意すべきである。筆者が他の機会に触れた外交関係に関する事案および最近のヴェトナム戦争をめぐる争訟を⁽¹¹⁾一応別にすると、国内問題については、ごく限られた範囲の争点が「政治問題」と判示されたにすぎないのであるが、それらの事件は次のような歴史的

背景のなかで特徴的に生起していたのである。

すなわち、それらは、独立をして間もない合衆国が西へと領土を拡大していく過程で生じた、州とインディアン部族との争いを扱った事件⁽¹²⁾、また、植民地時代から継続してきた州の憲法を改正しようとする州内の反乱の結果、同一州内に相対立する二つの政府が同時に存在した異常な事態の法的判断をめぐる事件⁽¹³⁾、あるいは、州間の逃亡犯罪人の引渡しをめぐる州間の争いを扱った事件⁽¹⁴⁾、さらに、南北戦争の戦後処理をめぐる連邦と南部諸州との対立抗争を反映した事件⁽¹⁵⁾、また、革新主義という時代思潮に呼応した直接民主制の要求を具体化した州制度と、連邦憲法の是とする共和的政治体制との相克に関する争いが提起された事件⁽¹⁶⁾、そして、ニューディール期における連邦憲法の修正をめぐって、ある州の当該修正条項批准の法的有効性が問題とされた事件⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾、等々である。最後の事件を一応留保すると、これらの国内的な「政治問題」事件が、何らかの形で、アメリカ合衆国の統治構造の特質である連邦制の存在と深く関連していることは無視できないのである。そして、その事件で問われていたことは、当該争点が連邦政府の三権のいずれによって解決されるべきかの論点も含まれるが、直接には最高裁の司法審査権がいかなるレベルまで及びうるかということであつた。誤解を避けるため一言述べておかなければならないが、もとよりこのことは、連邦制にかかわる問題が全て「政治問題」になるということを意味しないのは当然のことである。ただ、訴訟対象事項の視角よりみれば、シャピロ教授の指摘するように⁽¹⁹⁾、「政治問題」事件の大半は、連邦国家というレジームのなかに存在する主権的あるいは準主権的諸団体相互の間の事件として発生していたといっても間違いではないということである。このような理解は、このかぎりでは「政治問題」事件の特質を正当にとらえていると思われるし、また、日本の研究者が比較法

的にアメリカの「政治問題」を考察するうえで無視しえない重要な視角であるといえよう。⁽²⁰⁾

本章が検討の対象とする一九四六年以前の「政治問題」事件の一般的特色は右のようであるが、しかし、これを多少視点をかえて言い直すことも可能であろう。すなわち、当該事件（の争点）においては、特定の憲法条項（連邦制の存在をぬきにしては考えられない条項なのであるが）の裁判規範性の問題が問われていたり⁽²¹⁾、あるいはより直截的な形で一定の法体系の存在そのものが問われていた⁽²²⁾のであって、裁判所に対して私的な権利（利益）の保護が直接的に請求されていたのではなかった⁽²³⁾という理解である。例えば、すでに前章でみたように、Colegrove v. Green⁽²⁴⁾判決においては、訴訟当事者は連邦憲法の修正第十四条を根拠に自己の投票権の侵害の回復すなわち私的権利の保護を裁判所に請求していたと考えられたのであるが、この訴えを「政治問題」とするために、フランクファーター判事が、やがて最高裁の多数意見となるブラック判事の反対意見を向こうにまわして、当該訴えをどうしても私的権利にかかわる訴えでないことの論証をおこなおうとしたのも、前述のような「政治問題」事件判決の一般的傾向を意識してのことにはかならなかった、といえないこともないのである。ただし、選挙区割問題では、判事の間で訴えの本質をめぐって鋭い対立がみられたのも当然のことであったといえよう。このような視角からみれば、選挙区割問題を「政治問題」とみなす立場は、それ以前の「政治問題」事件の立場とはやや趣きを異にするといってもさしつかえないと思われる。従って、Colegrove 判決が「政治問題」の先例的判決としての地位を占めていた時期（Baker 判決に至るまでの時期）の当該「法理」に関する最高裁の扱いに對して、それが個人の自由・財産権の保障等の私的権利をめぐる問題領域にまで拡大適用されるようになっていいると、多くの論者から批判の声があがっていた⁽²⁵⁾のも故なしとしないのである。

市民的自由の保護が益々憲法訴訟上の主要な関心事になるという時代の要請のなかで、最高裁に提起される争点の変化さらには最高裁の役割の変化が一般的に自覚されるにつれて、最高裁の援用する様々な訴訟理論にも一定の変容が迫られるようになったといえるだろう。⁽²⁷⁾そして、このような大局的な流れのなかで、「政治問題の法理」の役割もそれに影響され縮減してきたという認識に立つて、Colegrove 判決から Baker 判決への判例変更の意義を評価し、Baker 判決が当該「法理」の不当な拡大傾向に歯止めをかけようとした判決である、とごく常識的に理解することも可能であろう。しかし筆者はさらに、それにとどまらず、Baker 判決が、前述のような問題点をはらみつつも、「政治問題の法理」の理解に新しい地平をきり拓いた判決として、「政治問題」の現代的意義を再検討するための契機を与えていると理解するのである。

我々は、アメリカにおける「政治問題」を比較法的に考察する場合、その国における連邦制の存在を無視しえないという視角を念頭におきつつ、さらに一步踏みこんで、そのような諸関係のなかの特定の問題・争点が何故に裁判所によって「政治問題」の事件のカテゴリーに加えられてきたのかを、注意深く吟味しなおさなければならぬ。ここでは本来その展開期において「政治問題」という概念が、いかなるコンテキストでまたいかなる意味づけを与えられて使用されていたかを、現代的な問題意識から分析したいと思う。本章で筆者は、Baker 判決の理論的到達点を示すところの「政治問題」に対する接近方法に依拠しつつ、一九四六年以前の「政治問題」事件の内在的論理を再分析することによって、「政治問題」という包括的概念のもとに述べられている諸論理の内容を明らかにし、あえて、「政治問題の法理」という単一的・自己完結的理論の存在の自明性を批判的に検討する作業をおこない、ひとつの問題提

起をしたいと考えている。

(1) 369 U. S. 186 (1962).

(2) プレナン判事の定立した「要件」を簡略化して記述すれば、①憲法明文上の委任②司法判断基準の欠如③非司法的政策判断の必要④対等部門に対する尊敬の必要⑤既存の政治的判断に従う必要性⑥判決による困惑の発生等々である。また、フランクファーター判事は、「政治問題」事件の底流にみられる「集約的考慮事項」(converging considerations)を次のように述べている。すなわち、それらは、「①司法判断に適合する基準が欠如している場合に判断をおこなうべきでないという慎重さ(caution)②疑う余地のない効果的に強行されうる命令(mandate)が存在しない場合には州政府の事項に介入をひかえること③司法過程はその調整に不向きであるのだから、裁判所をして、歴史的に(裁判所以外の)他の機関に委ねられてきた政治的組織体(political organization)に関する広範な係争の調停者たらしめないこと」等の考慮である。See *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186, 289 (1962).

(3) プレナン判事によれば、選挙区割問題は修正第十四条をめぐる争いとして位置づけられ、そして当条項のもとにおける「司法判断基準は十分明らかにされ良く知られてゐる」(*Id.* at 226) ことになる。だがしかし、彼は、本件訴えが共和政体保障条項に依拠して提起されたならば、「無益な」(futile) (*Id.* at 227) 結果に終わる——司法判断に不適合とされるだろうと付け加えている。他方、フランクファーター判事は、上告人の訴えが修正第十四条に根拠をもつものではない——すなわち、「本件は、共和政体保障条項を司法判断不適合たらしめる諸要素を全て含んでいる。実のところ、本件は、違つたラベルのもとで偽装した共和政体保障条項にもとづく訴えである」(*Id.* at 297) と考えていたのである。双方とも、共和政体保障条項に依拠する訴えが「政治問題」を惹起するという点では一致していたから、本件訴えの実体をいかに把握するかという問題は、司法判断適合性の判断にとって重要な論点となるのである。

(4) 拙稿『政治問題の法理』の再検討[] 早稲田法学会誌三〇巻四四七—五七頁参照。

(5) ここにいう循環論とは、「政治問題」は司法過程によつて解決されない事項であり、司法過程によつて解決されない事項は「政治問題」である——という類の論法である。なお、M. SHAPIRO, *LAW AND POLITICS IN THE SUPREME COURT* 175—76 (1964) 参照。

(6) Frank, *Political Questions*, in *SUPREME COURT AND SUPREME LAW* 36 (E. Cahn ed. 1964).

(7) 諸要件の内容については、前註(4)『法学会誌』四三九—四〇頁、なおその要約として前註(2)を見よ。

(9) この問題の抽出は、Henkin, *Is There a "Political Question" Doctrine?*, 85 *Yale L. J.* 597 (1976); Henkin, *Viet-Nam in the Courts of the United States: Political Questions*, 63 *Am. J. Int'l L.* 284 (1969); Henkin, *The Supreme Court, 1976 Term-Forward: On Drawing Lines*, 82 *HARV. L. REV.* 63, 88-92 (1968); Tigar, *Judicial Power, the "Political Question Doctrine" and Foreign Relations*, 17 *U. C. L. A. L. REV.* 1135 (1970); Note, *The Supreme Court, 1968 Term, 83 HARV. L. REV.* 7, 62-77 (1969); M. SHAPIRO, *supra* note 5; Sternstein, *The Justiciability of Confrontation: Executive Secrecy and the Political Question Doctrine*, 16 *ARIZONA L. REV.* 140 (1974); Y. ZENACH, *POLITICAL QUESTIONS IN THE COURTS* ch. VI (1976); C. DUCART, *Modes of Constitutional Interpretation* ch. 5 (1978) 及び廣田晴浩「憲法上之」問題の批判的考察」法律時報臨増『自衛隊裁判』所収十一頁等とを要するところである。

(10) *Dred Scott v. Sandford*, 19 *How.* 393 (1857); *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 *U. S.* 579 (1952)。前者は南北戦争の開始に多大の影響を与えた判決である。黑人奴隷の扱ひを定むる連邦法を違憲であると訴ふたのであり、後者は「朝鮮戦争中にマッカーサー大統領が議会の授權なくして行った民間企業の接収を違憲であると訴ふた」。この他、最高裁が多くの政治的な事件に積極的に関与し一定の法的判断を示して来た事例がある。例えば「連邦銀行設立に関する憲法問題を扱った *Osborn v. Bank of the United States*, 9 *Wheat.* 738 (1824); *McCulloch v. Maryland*, 4 *Wheat.* 316 (1819) 及び、連邦所得税の法的判断を求めた *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 *U. S.* 429 (1895) 及び、幼年労働禁止法を違憲と見た *Hammer v. Dagenhart*, 247 *U. S.* 251 (1918) 及び、ヒートン諸政策を違憲と求めた一連の諸判決（「あつたつ」高柳信一「戦間期における違憲審査制の機能轉換」モローハックの法体論（トマス初期の国家と社会））所収三四三—四六頁参照）や、学校教育における人種差別を違憲と見た *Brown v. Board of Education*, 347 *U. S.* 483 (1954) 等について、連邦選挙運動法の一部に対する違憲判断を示した *Buckley v. Valeo*, 424 *U. S.* 1 (1976) 等々がある。

この一連の判決の存在は、「政治問題」の性格を高度に政治性のある国家行為であると形を説明し、その見解を、かなり一面的な理解であると示すものとして重要である。See, Sharpf, *Judicial Review and Political Question: A Functional Analysis*, 75 *YALE L. J.* 517, 549-55 (1966)。

(11) 以下を、L. HENKIN, *FOREIGN AFFAIRS AND THE CONSTITUTION* (1972); Dickinson, *The Law of Nations as National Law: "Political Questions"*, 104 *U. OF PA. L. REV.* 451 (1966) 参照。また、拙稿「外交事項に関する司法的判斷と『政治問題の法理』の意義」早大大学院法研論集二二二号。

「政治問題の法理」の再検討(上) (諸根貞夫)

- (11) 例えば、A. D'AMATO et al., *THE JUDICIARY AND VIETNAM* (1972) 参照。また、拙稿「ベトナム戦争と裁判所」早大大学院法研論集一八号。
- (12) *Cherokee Nation v. Georgia*, 5 Pet. 1 (1831).
- (13) *Luther v. Borden*, 7 How. 1 (1849).
- (14) *Kentucky v. Dennison*, 24 How. 66 (1861).
- (15) *Mississippi v. Johnson*, 4 Wall. 475 (1867) ; *Georgia v. Stanton*, 6 Wall. 50 (1868) ; *Texas v. White*, 7 Wall. 700 (1869).
- (16) *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 U. S. 118 (1912).
- (17) *Coleman v. Miller*, 307 U. S. 433 (1939).
- (18) なお、ニューディール期の判決では、法律制定過程の問題に関して、連邦最高裁が連邦議会の自律的判断を尊重した事例である *Field v. Clark*, 143 U. S. 649 (1892) を、「政治問題」事件とする立場もある。この事件では、法律案の時点で存在していた文言が、正式に公布された法律のなかでぬけおちていたことが問題とされたのであるが、最高裁は、その法案に対する両院議長の署名があり、大統領も当該法案に署名し、正式に法律として登録・公布している以上、司法権が立法権のそのような過程に介入することはできないと判示したのである。なお、この判決の論理を証拠、法上の原則で説明しようと解釈するものとして、Tigar, *supra* note 8, at 1157—58 を見よ。
- (19) M. Shapiro, *supra* note 5, at 176—80.
- (20) この視角は、日本の統治行為の理論的補強をおこなう目的でアメリカの「政治問題」の比較法的考察の結果を安易に援用する論者に対して、重要な理論的問題を突きつけていると思われる。なおこの点につき、第四三回日本公法学会のシンポジウムにおける高柳信一（東大教授）の発言が貴重である。『公法研究』四一号二一五頁参照。
- ちなみに、アメリカにおいては、連邦制度の維持にとって司法審査制が重要な機能を果たすことを示唆したものとして、次のホームズ判事の見解がある。いわく、「我々が、連邦議会の法律を無効にする権限を失なったとしても合衆国は滅びることはないであろう。しかし、我々が諸州の法律に対してその権限を行使できないならば、連邦は危機に陥ることになると思うのである」 *quoted in* C. H. Pritchett, *THE AMERICAN CONSTITUTION* 123 (3rd ed. 1977) 。
- (21) 例えば、トランス教授の次の指摘を見よ。「それ（政治問題の法理）は、訴訟当事者が裁判官に強行させようとする憲法条項が、事実上、強行可能な権利（enforceable rights）を保障するものとして解釈されるのに役立つかどうかを判断するよう、連邦裁判所に要求するのであ

る」J. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 79 (1978). なおこの見解はいついかなる場合でも後述検討が必要となる点に留意せよ。See also, Dodd, *Judicially Non-enforceable Provisions of Constitutions*, 80 U. of Pa. L. Rev. 54 (1931).

(22) 例えば「シャム王教授は、『裁判所として『政治的』行為を行うのは、基本的に法律の解釈や合憲性審査の必要を意味するのではなく、法律および法体系の存在そのものを意味する』と」M. Shapiro, *supra* note 5, at 180.

(23) 後述三一九頁参照。また、個人の権利保護の問題は、むしろ「裁判所は『政治問題の処理』を援用する傾向がある」という見解は有力である。See, Sharp, *supra* note 9, at 583—84.

(24) 328 U. S. 549 (1946). 44条前掲(4)『政治的処理』四四十一頁を参照。
(25) See, e. g., Frank, *supra* note 6, at 42—43; B. Schwartz, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 153—57 (1955).

(26) 404 U. S. 295, Henkin, *Some Reflections on Current Constitutional Controversy*, 109 U. of Pa. L. Rev. 637 (1961); Cox, *The New Dimensions of Constitutional Adjudication*, 51 WASH. L. REV. 791 (1976); A. Cox, THE ROLE OF THE SUPREME COURT

IN AMERICAN GOVERNMENT (1976) (邦訳「アメリカ合衆国憲法裁判所の役割(東大出版会)」); H. ABRAHAM, FREEDOM AND THE COURT (3rd ed. 1977); Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976) (邦訳「自由と裁判」); 前掲書(23) (standing) の「自由」は、むしろ「自由な行動の自由」を意味するものとする。最近の興味が「自由」の概念にあり、Parker et al.,

Standing and Public Law Remedies, 78 COLUM. L. REV. 771 (1978); Tushnet, *The New Law of Standing: A Plea for Abandonment*, 62 CORNELL L. REV. 663 (1977); Scott, *Standing in Supreme Court—A Functional Analysis*, 86 HARV. L. REV. 645 (1973); Sedler, *Standing, Justiciability, and All That: A Behavioral Analysis*, 25 VANDERBILT L. REV. 479

(1972) など。また「事件性」の要件は、いついかなる場合でも「事件性」の要件は、*The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the “Case or Controversy” Requirement*, 93 HARV. L. REV. 297 (1979) など。この点については、Tushnet, *The*

Sociology of Article III: A Response to Professor Brilmayer, 93 HARV. L. REV. 1698 (1980) を参照せよ。

(28) 前章で指摘したように(前掲(4)『政治的処理』四四四—四四五頁参照)は、Powell v. McCormack, 395 U. S. 486 (1969) は、この「政治的処理」の概念を認めない。See also, Note, *supra* note 8, at 67—68. But see, Jackson, *The Political Question Doctrine: Where*

Does It Stand After Powell v. McCormack, O’Brien v. Brown and Gilligan v. Morgan, 44 COLORADO L. REV. 477 (1973).

確かに「ペーガー・コールマン v. Gilligan v. Morgan, 413 U. S. 1 (1973) 訴訟は、州兵の訓練・指揮体系の同族筋縁を定める能力を

を、多様の論理を援用して司法判断になじまない問題であると判示した。そして、この判決によって、Powell判決で「死滅」したかにみえた「政治問題の法理」が蘇生したとの見方をする者もいる（例えば、藤田泰弘「アメリカ合衆国における『政治問題の原則』とその近況」松務月報二二巻一三三—二四頁）。しかし、この判決の解釈として、当事者の請求の趣旨とのかかわりで衡平法上の救済（前述の訴えのような差止め令）を与えることの是非が論じられていたとする⁽¹⁾ Henkin, *Is There a "Political Question" Doctrine?*, 85 Yale L. J. 597, 619—22 (1976) の主張も無視できない。ちなみに、右と同一の事件に関する損害賠償請求を扱った *Scheuer v. Rhodes*, 416 U. S. 222 (1974) 判決において、バーガー長官は、Ginsburg 判決の判示が、当該損害賠償請求訴訟の司法判断を認めない趣旨ではないと明言し、「州兵に関する全ての問題が司法審査に服さないわけではない」（小林節「アメリカ合衆国における『政治問題』に関する判例の動向と実態」法学研究五三巻三号一〇八頁）ことを示唆したのであった。

二 判例分析の前提

本章での分析をおこなう前提として、少なくとも次の諸点に留意しておく必要がある。

第一に、本章で検討対象になる諸事件はひとつを除いて、憲法の解釈過程が何らかの程度裁判所の法創造機能を具体化する過程であることが顕在化・自覚化される時期以前の、むしろ、司法過程を機械的過程であるとする司法作用の伝統的見解——裁判所は法を創るのではなく単に発見するという見解が支配的であった時期に属しているというところである。

このような伝統的見解はすでにフェデラリスト七八篇のなかでハミルトンによっても述べられていたのであるが、裁判所の見解としてはマシーナル長官が次のように明言していたのである。いわく、「裁判所は法の単なる道具であり、何ごとも意図することはできない。……司法権は裁判官の意思に効果を与える目的で行使されることは決してなく、つねに立法部の意思、すなわち換言すれば、法の意思に効果を与える目的で行使されるのである⁽²⁾」と。また、マ⁽³⁾

ーシャルはこれより先の *Marbury v. Madison* 判決⁽⁴⁾において、「何が法であるかを述べることは司法部の職務であり義務である⁽⁵⁾」と指摘していた。それ故、マーシャルにとつての司法過程とはかなり単純である。つまり、その過程には裁判官の個人的意思など入りこむ余地は全くなく、裁判官は、憲法と訴えられている法律とを比較して、当該法律の適憲性を機械的に判断するだけというのである。司法過程が裁判官の個人的欲求や信念の混入しない機械的な過程であるとする見解は、一九三〇年代の後半に至るまでアメリカの最高裁の支配的見解であり続けたといつても過言ではない⁽⁶⁾。例えば、一九三六年の *United States v. Butler* 判決⁽⁷⁾においてロバーツ判事は、やがて否定されるべきこの伝統的な司法過程觀を次のように謳いあげている。いわく、「憲法は人民によって定立され確立された至高の法である。全ての立法はそれ（憲法）が規定した諸原則に一致しなければならない。議会の立法が憲法の命令に一致しないとして裁判所に適正に訴えられる場合、政府の司法部はただひとつの義務を負う——すなわち、援用されている憲法条文と訴えられている法律とを比べて、後者が前者に適合するか否かを判断することである。裁判所がおこない、あるいはおこなうことのできるのは、当該問題についての熟慮された判断を宣明することだけである。……それ（裁判所）のデリケートな困難な職務は、当該立法が憲法条項に一致しているか、それとも違背しているかを確定宣言することである。それをなし終えた時、裁判所の義務は終了する⁽⁸⁾」と。

しかしながら、周知のように、一九三〇年代にニューディール政策を盛りこんだ各種の社会経済立法が連邦最高裁によつて相次いで違憲と判示されるに至り⁽⁹⁾、司法過程を裁判官の個人的欲求や信念の混入しない機械的過程であると考ええる立場は、「超立法部」とさえ評されていた当時の最高裁の現実的役割をリアルにとらえていないと、厳しく批

判されることになるのである。憲法上の争点の解決は、技術的なテクニクや専門的な知識に加えて、特別の種類の政策的事項の衡量を必要とすることが明白に理解されるようになる。それ故、ある者は、このことから、憲法に関する判決はもはや裁判所に委ねられるべきではない、つまり、法律を違憲であると宣言する裁判所の機能は否定されるべきであるとか、あるいは、多様な技術的方策を援用してその機能を最少限度にまで制約すべきであると結論してしまつたのである。彼らが最も強調したことは、裁判官は法律家としてたとえ有能であつたとしても、憲法上の政策事項を判断する仕事の資格がないこと、この仕事を、人民により直接的責任をもつ政治部門ではなく、裁判所に委ねることは民主主義の原則を侵害することになる、ということだつた。⁽¹⁰⁾すなわち、憲法原則の相対的曖昧さと事実状況の絶対的不確実さとが強く自覚されることによって、憲法判決の過程には必然的に裁判官の個人的偏見が入りこまざるをえないと考えられるに伴い、以前は最高裁の少数派にとどまっていたストーン判事らの見解——「我々（裁判官）の行使する権限に対する唯一の抑制は、我々自身の自己抑制感覚である」⁽¹¹⁾という言明に象徴される見解が、一九三七年のいわゆる「憲法革命」を経て明確に、在朝法曹の支配的見解に転化することになるのである。フランクフアーター判事がこのような見解を唱道する有力な一人であつたことは、いうまでもない。⁽¹²⁾

しかし、本章の判例分析にとって重要なことは、司法過程觀の変容を以上のようにとらえることによって、逆に、フランクフアーター判事の信奉する司法自制論が一定の歴史的段階の歴史的産物であることを正しく認識しておくことである。そして、そのような司法自制論を、通常の司法権限界論と安易に混同しないようにすること、従つて我々が本章で検討しようとする時期の諸判決に不当に拡大させないということである。フランクフアーター流の司法自制

論を、歴史貫通的にとらえてあたかも従来よりアメリカ最高裁の支配的見解であり続けたかのように理解することは、認識の問題として誤りであることを銘記すべきであろう。

第二に、前述の司法過程観の変容の問題とも関連するのであるが、本章の考察時期において裁判所に期待されるいは裁判所が自覚していた役割は、何よりも、「裁判所の職分は個人の権利について判断するだけである」⁽¹³⁾（マール長官）という見解のなかに見出されるということである。この私権保護を中核にする裁判所観従って憲法訴訟観は、現代においてもその意義が高く評価されるべきであるが、もともとアメリカ型の司法審査制の古典的な考え方を表明している⁽¹⁴⁾。さしあたり本章の考察において、私権保護という憲法訴訟のモデルは、「政治問題」事件を分析する際に、いかなるレベルの権利実現が裁判所に求められ、また裁判所がその請求にいかなる形でコミットしてきたかを確定するうえで、重要な視角を与えてくれるだろう。

第三に、個人の権利保障との関連でいえば、連邦政府は、一八六八年の修正第一四条の制定以降にはじめて、州内事項に直接介入できるようになったという点である。この視角は、「政治問題」事件のなかでしばしば問題とされる、州に適用される共和政体保障条項の解釈⁽¹⁵⁾を考える場合無視されえないように思われる。

以上のような前提を踏まえて、第四に、分析する我々の側の問題として重要なことは、いくつかの争点に司法審査が及ばないことを認める法理論は厳密な精査に服させられるべきだということである。換言すれば、トライブ教授のいうように、*Marbury v. Madison* 判決によって「憲法は司法的に宣言されうる法である」という原則が確立されたのであるから、我々としては、「裁判所が独自に解釈しえないような憲法条項が存在するという前提を安易に受け入

れるべきでない」という視角である。⁽¹⁶⁾

第五に、それ故、本章の分析の留意点として、いわゆる「政治問題」事件の分析にあたっても、我々は、「主張される義務が司法的に確認され、その義務違反が司法的に判断されるかどうか、さらには、主張される権利の保護が司法的にかたちづくられるかどうか」という点にまで立ち入った検討をおこなわなければならないであろう。すなわち、それぞれの事件において訴訟当事者が、いかなる憲法条項に依拠し、いかなる権利を主張し（——政治部門のいかなる義務違反を主張し）、また、裁判所に対していかなる権限の行使を求めているか（——いかなる救済を求めているか）等を明確にして、個別的分析がおこなわれなければならないと考えられるのである。⁽¹⁸⁾

さて、次にさうそく具体的な諸事件の検討を始めることにしよう。

- (1) それぞ Coleman v. Miller, 307 U. S. 433 (1939) 判決である。
- (2) ハミルトンはいう、「司法部は剣にも財布にも縁はなく、社会の力も富も左右することはできず、どんな実定的な決定もこれを下すことはできないのである。司法部は、じまるところ力も意思ももたず、ただ判断するにすぎない、といっても誤りではなからう」と。（世界の名著（中央公論社）三三卷四一六頁で依る）
- (3) Osborn v. Bank of the United States, 9 Wheat. 738, 866 (1824).
- (4) 1 Cranch 137 (1803).
- (5) *Id.* at 177.
- (6) See, e. g., A. Mason, *The Supreme Court From Taft to Warren* (revised and enlarged ed. 1968) ; Mason, *Judicial Activism : Old and New*, 55 Va. L. Rev. 385 (1969) ; P. Rosen, *The Supreme Court and Social Science* (1972) ; W. Rumlle, Jr., *American Legal Realism* (1968).

- (7) 297 U. S. 1 (1936).
- (8) *Id.* at 62-63.
- (9) *See, e.g., R. Jackson, 'The Struggle for Judicial Supremacy' ch. IV (1941); B. Wright, 'The Growth of American Constitutional Law' ch. IX (1942).*
- (10) *See, C. Black, 'The People and the Court' 181-82 (1960).*
- (11) 279 U. S. at 79. (Stone, J., dissenting) 但「スーテン判事が、フランクリン判事流の司法自制一般を説くものにならんとし、これに反対され、その違憲性の主張を判断することはないだろう。そのような争点は、裁判所の職分を超えるものとみなされ、かつ政治問題として簡潔に特徴づけられる。かくして、『合衆国は、この連邦内の各州に共和政体を保障する』という憲法(条項)に従ったとしても、最高裁は、特定の州政府が『共和的』であるか否かの判断を要求されることはなく、この問題あるはこの種の問題は、訓練や技巧、裁判所を導く経験の体系によって解決されるのに適していない。そのような問題がどのようなものであるかは、列挙してあげよう。他同様だ、これらの事項にならば、最高裁の英知が自らの境界を定義すべきである」(傍点・諸根)と。Frankfurter, "The Supreme Court", in Felix Frankfurter on the Supreme Court: Extrajudicial Essays on the Court and the Constitution 453 (P. Kurland ed. 1970).
- フランクリン判事流のこの見解(一九三四年執筆)には、新しい司法過程観のなかに「政治問題」を位置付けて説明している点、あるいは最高裁の英知(当然、司法自己抑制の感覚をその中であらわす)を強調している点など、興味深いものがうかがえる。
- (13) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803).
- (14) ちなみに、憲法訴訟のモデルを「古典的な private rights model から現代的な special function model への変貌」から視角を変えて最近の注目すべき論文として「Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 Yale L. J. 1363 (1973)」がある。その他「内部信託」「憲法訴訟の理論と技術」「公法研究三七号所収を参照せよ」。
- (15) 共和政体保障条項に関する研究として、例え「Bonfield, *Baker v. Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government*, 50 Calif. L. Rev. 245 (1962); Bonfield, *The Guarantee Clause of Article IV, Section 4: A 'Political Problem of Law' Revisited*」(諸根貞夫)

Study in Constitutional Desuetude, 46 MINN. L. REV. 513 (1962); W. WIEGER, *THE GUARANTEE CLAUSE OF THE U. S. CONSTITUTION* (1972) が有様である。

(16) L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 72 (1978).

これを裁判所の側からやや異なった形で言い直せば、「裁判所は、『政治的』と称される何らかの行為が憲法上の権能を超えているか否かに關する誠実な (bona fide) 争訟を、『法的訴訟になら』と拒否すべきなら」(Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217 (1962)) とならなければならない。

(17) Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 198 (1962).

(18) 最高裁が、従来から「政治問題の法理」と時々混同されるが本質的にはそれと区別される解釈論理を援用してきたとして、その解釈論理を三類型化して記述している次のヘンキン教授の見解は、本章の判例分析にとっても示唆するところが多いと思われる。すなわち彼はいう、「①訴えられている行為が、連邦憲法によって連邦政府の政治部門に与えられている権限の範囲内にある、それ故その政治部門の行為は裁判所を拘束する法であった。②上告人の主張とは反対に、訴えられている行為は、連邦憲法によって政治部門に与えられている列挙された権限の範囲内(また、州の生来的諸権限の範囲内)にある、かつ、連邦憲法により明示的にあるいはそれから正当に推論されることによって、政治部門に対し禁止されていなかった。そして、訴えられている行為はまた、連邦憲法によって上告人に留保されているいかなる権利も侵犯していなかった。③法的な (legal) 主張が存在し、確かに、憲法の侵害がおこなわれたかもしれないけれども、請求されている救済手段は、衡平法上の救済手段であって、諸般の状況からして健全な裁量行使する衡平法裁判所によって認められないであらう」と Henkin, *Is There a "Political Question" Doctrine?*, 85 YALE L. J. 597, 606 (1976).

前二者の場合、裁判所は司法審査をおこなって、政治部門が当該権限を有しており、憲法がその権限の特定の行使を禁止していないと判断してきたし、また第三の場合、裁判所は司法審査をおこなって当該憲法侵害を認めるが、そこで求められている特定の救済手段を否認するにすぎなかった、というのである。

第二節 具体的諸事件の分析（国内的事項）

一 訴訟当事者の権利・救済の請求の仕方と「政治問題」

1 Cherokee Nation v. Georgia 判決⁽¹⁾

(1) これはマーシャル長官の手になる一八三一年の判決である。連邦政府は、従来から、インディアン部族との間に条約を締結し、インディアンをその庇護のもとにおく政策をとってきた。このような連邦政府の暗黙の支持のもとで、インディアン部族は、それぞれ自分たちの憲法を制定し、独立した政府を設立していた。チェロッキー部族もホウエル条約といわれる条約を結んで「独立国」であると宣言していたのである。ところが、ジョージア州の議会は、当該州内に存するチェロッキー部族の「領土」を自州の管轄にくみ入れ、当部族の憲法・法律の適用を排する旨の法律を制定したのである。そこで、チェロッキー部族は、連邦最高裁に提訴し、当該ジョージア州法が前述ホウエル条約を侵犯するとして、その執行差止めを請求したのである。マーシャルは、まず、チェロッキー部族が連邦最高裁の第一審裁判管轄権の行使を請求しうる適格性を有しているか否かという、本案判断以前の裁判所の管轄権にかかわる争点を判断する。マーシャルはこの争点の判断にあたり連邦憲法の解釈をおこなうのである。結論のみをいえば、チェロッキー部族は連邦政府と条約を締結しうる、いわば「国内的に独立した国家」とでも称される団体ではあるが、「連邦憲法にいう外国ではな」く、それ故、連邦最高裁の第一審裁判管轄権の行使を請求できる当事者適格性を持つものではない、と判断されたのである。⁽²⁾ マーシャルはこの点のみの判断をもってチェロッキー部族の訴えを

門前払いにしていたはずである。

しかし、彼は付加的に、チェロッキー部族の請求する広範な救済（差止命令によるジョージア州法の執行禁止を請求している）の不適切さに言及したのである。この判決が「政治問題」判決といわれるのも、実はこの言及部分があるからにほかならない。マーシャルによれば、結局のところ、チェロッキー部族の請求する救済は、裁判所の助けを借りて、ジョージア州の立法権の行使を禁止させること、そして当該部族の領土の領有を確保することにある、とみなされたのである。それ故、彼はいう、「当該訴状は、我々に対し、ジョージア州の立法部の統制、およびその物理的強制力の行使の禁止を請求するものである。裁判所によるそのような介入の適切性はなほだ疑問であろう。それはあまりにも政治権力（political power）行使の気味があり、司法部の本来の職務の範囲内にはないのである」⁽³⁾と。マーシャルが、個人の権利保護を裁判所の職務と考えていたことを想起すれば、この見解も理解できないことはないだろう。しかし彼は、インディアン問題にかかわる争点の司法判断が不可能であるとは述べていなかったのであって、ただ前述のような広範な救済は司法権によって与えられるべきではないと述べていたのである。

それ故、マーシャルは次のように指摘するのも忘れない。すなわち、「単に権利に関する問題であるならば、それは適正な当事者を伴った適正な事件において、裁判所によっておそく判断されうるかもしれない」⁽⁴⁾と。そして、マーシャルのこの見解は、チェロッキー部族とジョージア州に関する別の事件に適用されることになるのである。

(二) その事件とは、*Worcester v. Georgia* 事件⁽⁵⁾である。チェロッキー部族の領内で活動していた白人宣教師らが、当該領内に対する白人の立入りを禁じたジョージア州法を犯したかどで捕えられ、ジョージア州裁判所により有罪の

宣告をうけていた。彼らはその判決を不満とし、連邦最高裁に誤審令状を申し立てた。彼らは、連邦の対インディアン条約及び連邦法にもとづいて、ジョージア州法の違法性を訴え、救済として、当該州法による有罪判決の無効判断を請求していたのである。

これに対して最高裁のマーシャル長官は、本件の場合、最高裁の管轄権行使を認めただけでなく、およそ次のような積極的判断を示して、ジョージア州裁判所の判決をくつがえしたのである。すなわち、彼は、かなり詳細にインディアン問題に関する歴史的な議論を展開し、ホウプウェル条約によりチェロッキー部族は連邦政府の保護のもとにあること、当該条約及び連邦議会の法律によってジョージア州はチェロッキー部族の領内にその州法を執行することが禁じられていること、合衆国とチェロッキー部族との交易は連邦憲法・法律に従っておこなわれるべきこと、それ故、ジョージア州の当該法律は合衆国とチェロッキー部族間に確立されている関係を侵害することになり、州裁判所の有罪判決は破棄・無効とされるべきであると判断して、当該白人の釈放を命じたのである。⁽⁶⁾ 本件は個人の権利にかかわる争いとして提起され、マーシャルは、その争いに裁断をくだすために、前述 Cherokee 判決では触れられなかったジョージア州とチェロッキー部族との間の法的問題に、明確な司法判断を示したのであった。

(三) インディアン問題は、連邦と州の権限をめぐる問題でもあったのであるが、Worcester 判決においてマーシャルは明確に、当該問題に関する連邦政府の排他的管轄権を認める判断を下したのであった。合衆国と条約を締結しうるようないわば準主権的団体であるチェロッキー部族が、その「主権」「領土」の保全を司法部の判決によって確保しようとする訴えを提起した場合、最高裁は当該訴えに司法的救済を与えることはしなかった。しかし、私的当事者の

権利にかかる争訟で、しかも裁判所の管轄権の範囲内であると認められる争訟において、最高裁は、以前には立入ることをひかえていた「政治問題」そのものの司法的判断を示したのである。最高裁は、合衆国とチェロキー部族との条約を解釈し、当該争訟の私的当事者に一定の司法的救済を与えたのである。これをやや一般的な形に敷衍していえば、インディアン問題をめぐる争訟であっても、争点の提起のされ方いかんによっては——すなわち、適正な当事者が、適正な権利保護を主張し適正な救済を求める場合においては、裁判所による司法判断が可能であることが示されたといえるだろう。

また、*Worcester* 判決について、ジョージア州のインディアン政策に同情を示していたジャクソン大統領が次のように述べたと伝えられている。すなわち、ジョン・マーシャルがその判決を書いたのだから、彼にそれを執行させたらしい、と。⁽⁷⁾ このことは、当該判決の執行が現実的な問題としてかなり困難な状況にあった、換言すれば、その実効性に疑いがあったということを示唆するものである。しかし、逆にこのことは、裁判所が、たとえ政治部門によってその判決が無視されるかもしれないと考えられる状況であっても、あえて司法判断の回避という方策をとらなかったことを示す一例として、重要な意義をもつといわなければならない。⁽⁸⁾

(1) 5 Pet. 1 (1831). この事件の背景等については、C. Post, *The Supreme Court and Political Questions* 27—36 (1986) ; C. HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* 325—32 (1982) 等を見よ。

(2) 5 Pet. at 16—20.

(3) *Id.* at 20. 447. *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186, 215 n. 43 (1962) のブレナン判事の指摘参照。

- (4) 5 Pet. at 20.
- (5) 6 Pet. 515 (1832).
- (6) *Id.* at 560, 561.
- (7) See, W. MURPHY, CONGRESS AND THE COURT 25—26 (1962); H. ABRAHAM, *The Judicial Process* 338 (3rd ed. 1975).
- (8) 判決執行の困難をめぐり面談「政治問題」の意義をいふべきは、その見解の批判を「Sharp, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 YALE L. J. 517, 550 (1966) を見よ。But see, P. STRUM, *The Supreme Court and "Political Questions"* 10 (1974).

二 Mississippi v. Johnson 判決⁽¹⁾

(一) 南北戦争直後、連邦議会は内乱処理の政策を具体化するかなり急進的な法律を制定した。その法律は一般に Reconstruction Acts (再建法) と呼ばれている。その主な内容は以下のようであった。すなわち、南部の反乱州には合法的な州政府が存在しないとして、共和的な州政府が合法的に設立されるまでの間、これら諸州をいくつかの軍政区に分け、それぞれの軍政区を大統領の任命する軍政区司令官の管轄のもとにおくこと、あるいは、これら諸州の人民が合衆国憲法に従って州憲法を制定し、それが連邦議会によって承認され、連邦議会に州の代表を送ることが承認されるまで、当該諸州の政府は仮の暫定的政府にすぎないものとみなされ、連邦政府によっていつでも廃棄・変更・統制されるべきこと、等が規定されていたのである⁽²⁾。

敗北した南部諸州は、連邦裁判所の力でこの法律の適用を阻止しようと、いろいろな形で訴訟を提起したのである。それは、あたかも、戦場での敗北という政治的事実を、司法権の手を借りて帳消しにしようとするものであると

受けとられ、一般には、「政治問題」を提起する争訟と考えられた。南部諸州のいくつかの試みが法廷にもちだされたが、チェイス長官のもとでの最高裁は、当該再建法の合憲性判断についておこなわなかったのである。再建法の合憲性をめぐる問題は、南部諸州が提訴権者となつて当該法律の執行差止めを直接的に争つた事例と、人身保護令状に関する訴訟のなかで争われようとした事例⁽³⁾とに分けられるが、本章では前者の事例の分析をおこなうことにする。

(二) *Mississippi v. Johnson* 判決をみることにしよう。この事案では、ミシシッピ州が、前述の再建法の執行差止めの請求を大統領を被告として提起しうるか、ということが争われていたといえる。ミシシッピ州は、当該再建法が現存のミシシッピ州とその政府を破壊し、また軍政がしかれることによつて州の人民から連邦憲法上の保護が剝奪されることになる主張した。このような主張にもとづく再建法執行差止めの請求を裁判所の側からいえば、本件の争点は、ミシシッピ州によつて違憲であると主張される再建法の執行差止めの命令を、最高裁が大統領に対し発給できるか否かということであつたともいえよう。すなわち、最高裁は、当該再建法の違憲判断には触れずに、「大統領は、差止命令によつて、違憲であると訴えられている連邦議会の法律の執行を禁止されるか⁽⁴⁾」という論点に、争点を限定し判断を加えるのである。最高裁の回答は、ミシシッピ州による当該訴状の提起を否認する（判決主文）というものであつたが、その論理は以下のようである。

まず、大統領の義務を ministerial なものと executive なものと二分して、職務執行令状請求訴訟で問題とされる非裁量的な執行部の義務と対比した場合、本件で当該再建法によつて「大統領に課せられた義務は、いかなる意味でも ministerial ではなく、純粹に executive か、political である」との判断を示して、さらに、最高裁が執行部

の長である大統領にそのような義務の執行を禁じる命令をくだすことは、「大統領の裁量権行使に対する司法部の介入を禁じている一般原則」に反することになると結論するのである。⁽⁵⁾ すなわち、治安判事の任命状の発給が求められた *Marbury v. Madison* 判決と対比した場合、そこにおいては ministerial な義務の執行についての問題が問われていたのであって、「当該法律はひとつの特定の行為の執行を求めており、当該執行は職務執行令状によって要求されうると判示された」⁽⁷⁾ のであり、いうならば、そのような義務は司法的に強行されうると判示されたのであるが、しかし他方、本件の場合、裁判所は、「法律が誠実に執行される」（連邦憲法第二条第三節）ことを監視すべき大統領の executive（広範な裁量の余地がある）な義務の執行を命じるよう求められているのであって、大統領の当該再建法執行以前においては当該義務が特定化されない以上、裁判所は一般的な形で大統領の当該義務執行にかかわる裁量権の問題に介入することはできないというのである。

しかし、最高裁が注意深く次のように述べていることに注目しなければならない。最高裁はいう、「議会は政府の立法部門であり、大統領は執行部門である。いずれの部門も、その行動に際して司法部によって制約されることはできない。しかしながら、両部門の行為は、一旦執行された場合には、適正な事件において裁判所の管轄に服することになるのである」⁽⁸⁾ と。最高裁は、三権分立の建前からすれば、憲法上議会の法律を誠実に執行する立場にある大統領の義務遂行を一般的な形で制約することはできないが、しかし、それが遂行された後においては、「適正な事件」⁽⁹⁾ として裁判所に提起された場合、大統領の特定の義務遂行に関する司法審査が可能であると示唆したのである。⁽⁹⁾ すなわち、本件の場合、再建法をめぐる憲法上の争点そのものが全面的に司法判断になじまないとまでは言い切っていなかったのである。⁽¹⁰⁾

- (1) 4 Wall. 475 (1867).
- (2) この法律に関する重要な争いとして、後に州の「共和政体」をめぐる争点との関連で考察する Texas v. White, 7 Wall. 700 (1869) を指摘しておく。
- (3) リンカーン大統領による人身保護令状の停止を違憲であると判示した Ex parte Milligan, 4 Wall. 2 (1866) 判決。それと一定の公務に就く者に対して以前南部連合に協力しなかった旨の宣誓を義務づける法律を違憲と判示した Cummings v. Missouri, 4 Wall. 277 (1867); Ex parte Garland, 4 Wall. 333 (1867) 兩判決は、南部諸州に軍政を確立した急進的な再建法の合憲性の問題に疑念を生じさせる契機を与えらるゝになった。最高裁の九人の判事のうちの五人が、連邦議会の南部再建政策に反対していることは一般に知られていた。果せるかな、最高裁は、再建法の問題に関するひとつの重大な事件に直面することになる。ミズーリ州の新聞編集者のマッカードルという人物が、ミズーリ州を管轄する軍事政権を批判したかどで逮捕され、軍事委員会military commissionの審理にふされることになった。彼は、人身保護法にもとづき、連邦最高裁に対して連邦憲法上の保護を求めた。最高裁は、上訴 (appeal) を認め、一八六九年三月に当該案件の口答弁論を予定した。しかし、連邦議会は、最高裁が再建法の無効判断をくだすのではないかと恐れ、ジョンソン大統領の拒否権をくつがえして、最高裁の当該案件にかかわる上訴管轄権 (appellate jurisdiction) を廃棄する法律を制定したのである。その結果、最高裁は、再度当該案件を審理しなおして、右法律により上訴管轄権が剝奪され、それ故当該案件は却下されなければならないと判示したのである。Ex parte McCordle, 6 Wall. 318 (1868); 7 Wall. 506 (1869).
- それ故、再建法の憲法判断は、人身保護訴訟のレベルでもついにおこなわれることはなかったのである。この事件については、さしあたり、H. HAINES, THE AMERICAN DOCTRINE OF JUDICIAL SUPREMACY 382—89 (1932); H. ABRAHAM, THE JUDICIAL PROCESS 312—13 (3rd ed. 1975); W. MURPHY, CONGRESS AND THE COURT 38—41 (1962) 参照。
- (4) 4 Wall. at 497.
- (5) *Id.* at 499.
- (6) 1 Cranch 137 (1803).
- (7) 4 Wall. at 499.
- (8) *Id.* at 500.
- (9) 最高裁は、権力分立の原則を援用して、本文のような論旨を展開していると思われるのであるが、さらに、本件に最高裁が介入した場合の

結果の問題についても言及していた。つまりこうである。ミシシッピ州の訴状を受理し、差止命令を認めたとしても、もし大統領がそれに従わない場合、それは裁判所の判決の無力を示すだけであるし、また他方、仮に大統領が差止命令を受け入れ連邦議会の法律の執行を拒否した場合、大統領と議会の間には対立が生じ、議会による大統領の弾劾手続が開始されることになるかもしれない。このような場合、裁判所としては、大統領が裁判所の命令に従った結果危機に陥っている以上、議会の弾劾手続を中止させ大統領を擁護してやらなければならない、というような「奇妙な光景」が現出することにもなりかねない」と (See, *Id.* at 500—01)。

当該判決のこのような判示部分を強調してこの判決の意義を評価するものとして、C. Post, *The Supreme Court and Political Questions* 126 (1986) ; P. STRUM, *The Supreme Court and "Political Questions"* 134—36 (1974) 2482, 2483 Sharp, *Judicial Review and Political Question : A Functional Analysis*, 75 *Yale L. J.* 517, 551 n. 122 (1966) を見よ。

(10) 前註(8)の諸事件およびその判決が現実には惹起せしめた連邦議会の危機の念とそれへの対応策を想起せよ。

三 Georgia v. Stanton 判決⁽¹⁾

ジョージア州は、執行部の長である大統領を被告とすることから生じる前述 *Mississippi* 事件のような困難⁽²⁾を避けるために、本件では、軍務長官のスタントンを被告として、連邦最高裁に再建法の執行停止を求める訴えを提起した。訴えの内容は前述ミシシッピ州のそれとほぼ同じである。

再建法の執行差止めを求めるジョージア州の請求に関して、最高裁は前述の *Cherokee Nation v. Georgia* 判決等⁽³⁾を先例として司法判断のための一般原則を定立する。すなわち、衡平法上の救済は、コモン・ロー上の救済が不適切な場合、あるいは、回避できないような現実的・脅威的な危険が存在する場合にしか認められるべきではないとし、「危険にさらされている権利は、……人身上の権利あるいは財産上の権利でなければならず、コモン・ローあるいは衡平法上の裁判所の管轄権に属さないところの、単なる政治的権利 (political rights) であってはならないのである」

と判示するのである。⁽⁴⁾そしてこの原則が本件に適用されることになる。最高裁の見解によれば、ジョージア州の訴えの本質は、現存する当該州政府を廃棄・無効にする連邦議会の法律の執行差止めを裁判所の力によって実現しようとするところにあるとみなされ、従ってジョージア州は、衡平法上の訴えを提起するために必要とされる「私的な」(private) な利益を主張していないと認定されるのである。最高裁は次のようにいう、「裁判所の権威を援用して保護の求められている諸権利は、……主権・政治的管轄・政府・法人的存在等に関する州の権利である。私的権利あるいは私有財産が侵害されたとか、現実的・脅威的な侵害の危険にあるとかいうことは、裁判所の判断を求める訴えのなかに司法的な形で提起されていない」⁽⁵⁾と。

要するに、最高裁は、再建法の合憲性判断が司法判断になじまないというレベルの判断を示したのではなく、むしろ、衡平法上の救済を求めるジョージア州がその請求をおこなうのに適切な訴えの利益を提起していないと判示したのである。それ故、最高裁は、管轄権の不存在を理由（判決主文）に当該訴状を却下することになる。

(1) 6 Wall. 50 (1868).

(2) しかし、ウォーターゲート事件に関してニクソン大統領を被告とした、最近の United States v. Nixon, 418 U. S. 683(1974) 判決を見よ。See also, *Tigar, Judicial Power, the "Political Question Doctrine" and Foreign Relations*, 17 U. C. L. A. L. Rev. 1135, 1162-63 (1970).

(3) 5 Pet. 1 (1831). 当該判断の他の先例として、Rhode Island v. Massachusetts, 12 Pet. 657 (1838) 判決が指摘されている。この事件は、ロード・アイランド州とマサチューセッツ州の間の領土紛争に関するものである。多数意見は、当該紛争は二州間の領土をめぐる争いであるが財産権上の争いであると認定し、司法判断が可能であると判示した。これに対して、反対意見を書いたトールニ長官は、当該紛争の本質をロー

ド・アイランド州による当該領土の主権と管轄権の回復をねらう争いと理解して、ロード・アイランド州が「政治的権利」を主張していると認定して、司法部の介入は不適切であると述べたのである。トーンは、財産権にかかわる問題が争点である場合、最高裁が、領土紛争をめぐる問題であってもそれを判断する権限をもつことを認めるが、しかし、主権をめぐる問題を判断する管轄権は否定したのである。それ故、興味深いのは、多数意見と反対意見の分岐点が、具体的事件において当事者の訴えの本質をどのように認定・評価するかにかかっていた、ということである。この事件の背景については、C. HAINES et al., *THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT AND POLITICS 1835—1864*, at 261—77 (1957) を見よ。

(4) 6 Wall. at 75—76. 同様に「政治的権利」とは、「選挙権」などの権利をさすものでないことはいうまでもない。

(5) *Id.* at 77.

四 小括

以上の諸判決を日本の論者は「政治問題」(それ故に「統治行為」)の判決として分類・評価することがあるが、しかしその判決論理をつぶさに分析してみると、当該論理は、「直接国家の統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であっても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治責任を負うところの政府、国会等の政治部門……に委ねられているものと解すべきである」(日本の最高裁による「苦米地判決」)——という論理とは、かなり趣を異にしているといわなければならない。すなわち、これまで検討してきた諸判決の論理の特徴を一言で要約すれば、それらは、ある争点の解決が政治部門の手に委ねられるべきことを理由に憲法上の争点の特別な判断回避をおこなっていたというよりも、むしろ、訴訟当事者の請求の仕方(その当事者適格性や当該訴訟の相

手方当事者の性格あるいは請求されている衡平法上の救済の性格）に関する一定の司法判断をおこなっていた、というものである。換言すれば、憲法上の争点そのものは、適正な形で裁判所に提起されれば司法審査に服することがあるということが、完全に否定されてはいなかったのである。このことは、対インディアン条約や再建法の司法判断そのものが不可能であるというのではなく、それ以前の判断として、連邦内の主権的なあるいは準主権的な団体が、自己の主権的な権利（従って、「私的権利」）に對置されて使用されるところの「政治的権利」の回復（救済）を直接司法権に請求しうる適格性に欠ける、ということを示唆していたのである。⁽²⁾これは、衡平法上の救済に関する議論とか当事者適格性に関する議論⁽³⁾とも解しうるのであり、政治部門の行為の合憲性の実体判断そのものを全面的に放棄することを迫る「政治問題の法理」の本来あるべき議論とは、明確に区別されるべきであろう。

(1) 例えば、日本の学者がアメリカの「政治問題」判決を詳細に分析した先駆的な業績である、横田喜三郎・違憲審査（有斐閣）の立場がそうである。

(2) *Cherokee Nation v. Georgia* 判決におけるジョンソン判事の意見をみよう。いわく、「主権的権利の行使に際しては、主権者が自己の正義の唯一の調停者なのである」（5 Pet. 1, 29 (1831)）と。まさに、主権的権利の救済は、司法権力に對置されるべき「政治権力」の場で解決されなければならないというのであろう。従って、当該権利の救済を直接的に請求する争訟は、そもそも「法律上の争訟」とはなりえないというべきなのであろう。

(3) 従来「当事者適格」の概念は多様な論理から構成されてきたとよくわれている。¹この点について、Tigar, *Judicial Power, the "Political Question Doctrine", and Foreign Relations*, 17 U. C. L. A. L. Rev. 1135, 1138 n. 11 (1970) 参照。

しかし「政治問題の法理」の本来の内容が明らかにされた後には、次に「当事者適格性の要件の自由化」を唱える最近の議論 例えば、Tushnet, *The New Law of Standing: A Plea For Abandonment*, 62 CORNELL L. REV. 663 (1977) 等の主張との関連が今後検

討されるべき課題として残されるであろう。ただここでは、日本の「統治行為」の議論のような大雑把な議論が成りたたないということを確
認しておきたい。

(続)