

司法審査権の一側面

— 1910年代における篡奪理論を中心にして —

釜 田 泰 介

1. はじめに

アメリカ合衆国においては、司法権の優位性とまでいわれているところの司法審査権の行使が連邦最高裁判所によって制憲以来一貫して行われていることは周知の事実である。同時に、他方においては、憲法制定者は司法審査権を連邦最高裁判所に付与する意図があったかどうかという、いわゆる「制憲者の意図」をめぐる論争が存在し、その中で制憲者の意図を否定する理論と肯定する理論が展開されている。これはすなわち司法審査権の憲法的根拠の有無をめぐる議論の存在である。

一方において、實際上司法審査権が行使されていながら、他方においては同権限の行使と並行して制憲者の意図をめぐる論争が存続しているという、この一見論理的に矛盾する現象は何を意味しているのか。以下これについて一考を試みるのが本稿の目的である。

本論に移る前に本稿でとりあつかう問題の範囲を明確にしておきたい。

(1) 取扱う時期は19世紀であり、そして考察の対象とするのはマーシャル、¹⁾ トーニー、²⁾ チェイス、³⁾ ウェイト、⁴⁾ フラー⁵⁾ 各最高裁判所首席判事の下における司法審査権の行使過程である。その理由は本稿で特に問題としたい司法審査権否定論が20世紀初頭、すなわち1910年

前後に現われてくるので、その発生原因を19世紀最高裁の動向に求めたからである。

(2) また、ここで問題とする司法審査権は主に連邦法審査権の行使である。一般に司法審査権の行使という場合、その内容は連邦法審査と州法審査に分れる。従って司法審査権限の憲法的根拠を否定する論も連邦法審査に対するものと州法審査に対するものが存在しているわけであるが、ここでは州法審査そのものにはふれず、問題を連邦法審査をめぐることに限定したい。ただ連邦法審査の問題をより明確にする限度内においてのみ州法審査権行使にもふれることにする。

(3) また本稿では19世紀における連邦法審査過程のうち違憲判決のみを考察の対象とした。

以上三点を前置きして本論に移る。

2. 篡奪理論 (Usurpation Theory)

— その論点 —

すでに指摘したごとく、1910年前後に一連の最高裁判所批判論文が出現する。これは一般に篡奪理論と呼ばれているものであり、この期における代表者としてはノースカロライナ州最高裁首席判事クラーク、⁶⁾ ディキンソン法科大学長トリケット、⁷⁾ ニューヨークの法曹ボーディン、⁸⁾ ロウ、⁹⁾ の4人を挙げることができる。

1) John Marshall 在職 1801-1835.

2) Roger B. Taney 在職 1836-1864.

3) Salmon P. Chase 在職 1864-1873.

4) Morrison R. Waite 在職 1874-1888.

5) Melville Weston Fuller 在職 1888-1910.

6) Chief Justice Walter Clark of North Carolina.

7) Dean Willian Trickett of the Dickinson Law School.

8) L. B. Boudin of the New York Bar.

9) Gilbert Roe of the New York Bar.

これらの論者は大要次のような理論構成により、司法審査権の憲法的根拠を否定するのである。

第一は、連邦憲法制定前においては、ほんの少数の州においてのみ、裁判所が、裁判所は議会の法律を違憲と判決することができるという意見を表明したにすぎない。そしてこれはそれ以前に存在していなかった全く新しい原理であったので国民の強い非難を被ったとするのである。¹⁰⁾これは要するに、違憲の法律の適用を拒絶する権限は司法部に固有のものと一般にみなされていなかった¹¹⁾ということである。このように第一の理由は制憲会議前における世論の評価からするものである。

第二は制憲会議構成員の司法審査権に対する意見の評価でありそれは大要次のようなものである。

まず、彼らは「同会議構成員中5～6名の者が法律審査権は一般司法権の一部であると考えていた。そして3～4名の者が反対意見をもっていた。」¹²⁾と指摘する。ここまでの主張をもとにすれば、5～6対3～4という比率で司法審査権賛成者が多数を占めていたとも考えられるわけであるが、彼らは次に「憲法制定会議メンバー中、このように賛否の意見を述べた者以外の者（すなわち沈黙していた者）40数名を、この問題に関して同じ比率で分けられるとは思えない。」¹³⁾と述べ、そして「もしも残りの者の沈黙からなんらかの結論が引き出されうるとしたら、それはむしろ、残りの者はこのような前例のない司法権限は当憲法中に読みとることはできないと考えていた。」¹⁴⁾とすべきであると主張する。

第三の理由として、前述第二の推論を証明するものとして「制憲会議において、連邦立法改定権限を連邦判事に付与しようという提案が4

回もなされ、全部否決された。」¹⁵⁾と述べさらに、

第四として、前述第二の推論をより裏付ける理由として、「もしも制憲会議がこのような権限を裁判所に与えていたならば同会議は裁判所によるこの権限の行使を最終的なもの従って審査できないものとはしなかったであろう。というのは、同会議は大統領の拒否権（これは明文でもって付与されたものであるけれども）を覆す権限を連邦議会に与えた。これは最終的には立法権をとおして語られる国民の意思が統治すべきであることを示したのである。従ってもしも同会議が裁判所がこのような権限を行使すると考えていたならば司法行為を審査する権限を連邦議会に与えていたであろう。」¹⁶⁾と主張する。

以上第一から第四の理由（すなわち、大別すると制憲会議前の世論の評価と制憲会議構成員の意見の評価）により、彼らは司法審査権は明文でもって付与されていないのみならず制憲者が黙示でもって付与したと考えることもできないという結論に達するのである。そしてこの結論に立脚して次のような最高裁判所批判を行う。すなわち「最高裁判所が連邦議会の法律を無効と宣告する権限があるものとしてとった行為を憲法上よりみるにそれを根拠づけるものは明文でもってしてはもちろんのこと、黙示でもってしても憲法中には一行も存在していなかったのである。」¹⁷⁾と。

以上が篡奪理論の骨子である。

3. 篡奪理論 —その特質—

この理論はいかなる特質をそなえていたか。まず第一に、この理論は、この理論の出現以前においてみられるところの、司法審査権の憲法的根拠をめぐる論争との対比においていかなる特質をそなえているかを検討してみたい。

19世紀における司法審査権否定論は、憲法に対し厳密なる文言分析（Textual analysis）を

10) Charles A. Beard, *The Supreme Court and the Constitution* (Englewood Cliffs, N. J., 1962) p. 45.

11) 12) 13) 14) 15) *Ibid.*, p. 45.

16) 17) Beard, *Ibid.*, p. 39.

加えることにより、司法審査権に関する明文規定の欠如を指摘するものであった。この見解はギブソン判事 (Justice Gibson of the Pennsylvania Supreme Court) の次の言によく代表されていると思う。彼は1825年 *Eakin v. Raub* 事件¹⁸⁾において反対意見を述べる過程で次のように述べている。「憲法と立法部のもっている立法権とが衝突するという事態は起りうるであろう。しかしこのような事態が裁判所によって解決されるということは正当といえるのだろうか。もしも言えるとするれば、司法部は立法部の手続きを改め、そしてその誤ちを正すための特殊な機関でなければならないであろう。だが、われわれは憲法のどの箇所にこの誇高き司法部の優位性を探し出すことができるのか…。」¹⁹⁾と。これは正に司法審査権限に関する規定の欠如を理由として違憲立法審査権限の司法部付与性を否認した見解といえるのである。

これに対して賛成論者は憲法典を文脈分析 (Contextual Analysis) をもって吟味することにより、司法審査権の根拠を「憲法の一般的性格」、憲法六条二節 (連邦優位条項)、三条二節 (裁判管轄権条項) から論理的に起ってくるとしていた。²⁰⁾この派の代表者としてはケント (James Kent)、ストーリー (Joseph Story) ポマロイ (John N. Pomeroy) 等を挙げることができる。²¹⁾以上、19世紀における対立は、憲法条文を文脈によって分析し論理的に違憲立法審査権限の最高裁判所付与性を証明する派と、憲法の文言を厳密に分析することにより司法審査権についての規定の不存在を主張する派との対立であった。両者を便宜上論理解釈派と文理解釈派と呼ぶならば、19世紀における対立は憲法解釈方法からくる対立であったといえる

のである。解釈方法に起因する対立であったために両派ともこれ以上に相手を説得し、理論的に打ち破ることが不可能な状態にあったわけである。これが19世紀において賛否両派がおちいていたジレンマである。このような状況の中で現われてきた篡奪理論は次のような特質をもっていたといえる。まず第一は、篡奪理論の採った方法論の新しさである。すなわち当理論は19世紀においてみられた前述の文言分析又は文脈分析という方法をとらず、憲法の起草過程分析 (the drafting process analysis) という全く新しい方法論を用いることにより制憲者の意図を明らかにしたのである。第二は、この新しい方法論が、19世紀における対立が陥っていたジレンマを打破しもって論争を一步前進させることになったということである。すなわち、篡奪理論は憲法起草過程分析の結果、文理解釈をもってする司法審査権否定論の正しさを証明したのである。これはいいかえれば否定論が法解釈という段階においてはどうしても打破できないところの論理解釈をもってする肯定論の誤りを指摘したというべきであろう。論理解釈の結論、即ち司法審査権は明文ではなく黙示をもって付与されているとする理論を打破する唯一の方法は、制憲者の意図の反対性を証明することであったのであり、それを実行したところにこの篡奪理論の論争史上における意義が存在しているのである。この理論が契機となり論争が進展する点については後に述べる。

以上述べてきたことは19世紀における学説の流れの中でとらえてみた篡奪論の特質である。19世紀における司法審査権肯定論との関連において篡奪論の特質を全面的に把握するには学説だけでなく篡奪理論が批判の対象としたところの最高裁判所の見解を検討してみなければならない。また19世紀全体の論争としてはむしろこの最高裁判所の見解の方が前述した学説上の解釈よりも先行しているのである。従ってわが国における従来の研究も、合衆国における司法審査権の起源を論ずる場合、それを1803年のマーベリー事件に求めるのが通例であり、当時の学

18) 12 *Sergeant and Rawle* (Pennsylvania Supreme Court) 330. (1825)

19) *Eakin v. Raub* 12 *Sergeant and Rawle* 330.

20) 21) Alan F. Westin, "Charles Beard and American debate over Judicial Review, 1790-1960" Introduction to Charles A. Beard, *The Supreme Court and the Constitution*, p. 12.

説に求めるものはなかったのである。そこで本論においては、最高裁判所自身の司法審査権に対する見解を従来の日本におけるマーベリー事件のとらえ方を吟味するという角度から検討してみたい。

わが国においてなされている司法審査権のとらえ方は「アメリカの違憲立法審査制度は成文の憲法の規定で明記されたものではなく、周知のように1803年のマーベリー対マディソンによって確立されたのである。」²²⁾というものが通常である。しかしこの説に関して問題とすべきは「確立された」とは一体いかなる意味であるのかということである。明文規定によらず、また憲法の修正によらず1803年の判決により確立したとはいかなる意味か。①1803年に初めて同権限が行使されたということの意味するのか。②それとも1803年の事件を契機として同権限の行使が国民の承認を得たということの意味するのか。このような点を念頭において以下最高裁判所の見解を吟味する。

マーベリー判決前の最高裁判決を調べてみると1790年から1800年までの10年間に憲法問題を含む事件に対する判決は六つを数えるのみである。²³⁾この数少ない判決のうちには連邦法並びに州法の適憲性を判断したものが含まれている。従ってこれらは最高裁判所が実質上違憲立法審査権限を行使した初期の事例とみなすべきである。²⁴⁾故にこのことからして1803年に初めて司

法審査権限が行使されたといえないのである。

ではこれらの判例と、司法審査制確立の判例とされる1803年のマーベリー判決との間にはいかなる相違点があるのか。

初期の事例の中で最高裁判所が司法審査権についていかに考えていたかを概観すると、まず1796年のヒルトン事件²⁵⁾ (Hylton v. United States) をあげることができる。この事件は1794年のある連邦法が憲法一条八節一項に反するか否かが問題となり最高裁は合憲の判断を下したものであるが、この判決においては同裁判所は違憲審査権そのものについては何ら言及していない。従って同権限について憲法上よりしていかに考えていたかを当判決より知ることはこの段階では不可能である。

次に1798年のカルダー事件²⁶⁾ (Calder v. Bull) を挙げることができる。この事件はあるコネティカット州法が憲法一条十節一項(事後法禁止)に反するか否かが問題となり最高裁は合憲の判決を下したものである。その判決において原告側の「連邦政府あるいは州政府のいかなる法律も合衆国憲法に反するものは無効である。又、当法廷はこのような法律を無効と宣告する権限をもっている。」²⁷⁾という主張に対し次のように答えている。「もしも連邦議会又は州議会のなんらかの法律が憲法条項を侵犯するならばそれは疑いもなく無効である。だが法律を無効と宣告する権限は微妙にして恐るべき性格をもっているので裁判所は明白かつ緊急な事例以外においては、この権限に決して頼らないであろう。」²⁸⁾これはすなわち司法審査権は明らかに司法部にあるけれども、その権限行使の結果として違憲判決を下すということは明白かつ緊急の場合だけであるということのべているのである。しかし合憲判決を含めての司法審査権行使の憲法的根拠についてはなんら立入っ

22) 伊藤正巳『司法権の優越』(日本評論社,1952)p.18.
高柳賢三『司法権の優位』(有斐閣,1965)p.17.
鶴飼信成「アメリカにおける司法審査制の成立」
(『季刊法学』4)p.624.

佐藤幸治「司法審査とデモクラシー」(『法学論叢』76巻3号)p.1.

23) Hayburn's Case (1792). Chisholmes v. Georgia (1793). Hylton v. U. S. (1796). Hollingsworth v. Virginia (1798). Calder v. Bull (1798). Cooper v. Telfair (1800). Charles G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, (New York, 1959) p. 172.

24) Robert K. Carr, *The Supreme Court and Judicial Review* (New York, 1942) p. 57.

25) 3 Dall. 171, 1 L. Ed. 556 (1796).

26)~28) 3 Dall. 386. 1 L. Ed.648 (1798).

て触れていないのである。このような傾向は1800年のクーパー事件²⁹⁾ (Cooper v. Telfair)における判決により一層明白に見ることができる。すなわち当判決に於て、チェース判事は「憲法の禁止条項に直接反する州議会の法律は全て無効であると主張されているけれども、しかし依然としてそれを無効と宣告する権限はどこに存在するのかという問題が未解決である。最高裁判所が連邦議会の法律を違憲無効と宣告できるのだという意見は確かに一般の見解であり、又、当法廷の全員が明白に認めるものであり、又、巡回裁判所で幾人かの判事が個々に認めている見解である。しかしこの点に関する最高裁判所自身の判決が存在していないのである。しかし私自身は制憲当時の事情を考えるとにより右のような権限は最高裁に与えられたものであるとする一般感情に同意する次第である。」³⁰⁾と述べているのである。

以上の考察よりしてこの期の特徴として次の点を指摘できると思う。①当時の最高裁判所は違憲立法審査権は最高裁判所に付与されたという確信をもっていた。②しかしこの確信を積極的に憲法解釈を通して、又は憲法起草過程を分析することにより証明する作業を欠いていた点である。その理由としては、いずれも合憲判決であったため、これらの判断を下す前提条件としての違憲立法審査権限の司法部専属性について、憲法上証明する必要がなかった³¹⁾ということが考えられる。

1803年のマーベリー判決は右に述べてきたような流れの中で下されたのである。当判決を従来の判決傾向と対比すると次の点にその特質が存している。①マーベリー判決は最初の連邦法違憲判決であった。②当判決においてはある連

邦法が憲法に違反しているということを宣告しただけでなく、最高裁判所は違憲判決を下す権限が何故最高裁にあるかを憲法解釈を通して根拠づけたのである。すなわち、従来確信の段階に終っていた司法審査権の正当化を憲法上証明したわけである。ここに当判決の画期的特長があるのである。いかえるならば司法審査権が1803年のマーベリー判決により確立したという場合の確立とは、この事件において当権限がはじめて使用されたということではなく、司法審査権の憲法的根拠づけがはじめてなされたということなのである。この解釈が国民の支持を得たか否かという点に関しては後述するとしてここでは次にマーベリー判決の論理構成についてふれてみることにする。

マーベリー判決中、違憲立法審査過程の部分は三つのことがらについて論及している部分より構成されている。①第一は最高裁判所に対して職務行令状を発する権限を付与している1789年の裁判所法13条の適憲性審査であり、②第二は憲法違反法律の効力についてであり、③第三は違憲立法審査権限の司法部専属性についてである。

本稿では第三の部分だけふれることにする。法律を違憲無効と宣告する権限がなぜ司法部にあるかを理論づけるために、マーシャルはまず、次のような仮説を立て、次にそれを憲法解釈をもって証明するという方法をとる。その仮説は司法部の任務について述べる過程で定立される。

「何が法律であるかを述べるのは断然、司法部門の仕事であり任務である。規則を特別な事件に適用する人々は必然的に解釈しなければならない。もしも二つの法律がお互に衝突するとすれば裁判所は各々の働きについて決定しなければならない。従ってもしも法律が憲法に反しているならば、又、もしも法律と憲法との両方がある事件に適用されるとすれば、それゆえに裁判所は憲法を無視して法律に従ってその事件を解決するか、又は法律を無視して憲法に従ってその事件を解決するかしなければならないで

29) 4 Dall. 14.

30) Haines, *op. cit.*, p. 189.

31) Charles A. Beard, "The Supreme Court—Usurper or Grantee?" *Political Science Quarterly*, Vol. 27 (1912), pp. 1-35.
Robert G. McCloskey ed. *Essays in Constitutional Law* (New York, 1957), p. 51.

あろう。又、裁判所はこれらの衝突している規則のどちらがこの事件を解決するかを決めなければならない。これは司法任務の正に本質である。」³²⁾とまず述べた後、次にマーシャルは「もしも裁判所が憲法を重んずべきであり、そして憲法が議会の普通の法律より優っているとすれば、このような普通の法律でなく、憲法こそがこれらの両規範が適用されるところの事件を解決しなければならないだろう。」³³⁾とするのである。すなわちマーシャルの見解は法律の解釈権をもっている裁判所は相互に抵触する二つのルールに直面した場合にそのうちのどちらを適用するかを決定しなければならない。その二つの規則が憲法と法律である場合には判事はどちらに拘束されるべきなのか。もし憲法に拘束されるとすれば、その場合には裁判所に憲法上憲法遵守の義務が課されているということと、いまひとつには憲法は議会法に優越する規範であるということが憲法上規定されていなければならない、ということである。そこで彼は次に、裁判所は憲法を重んずべきかということ、憲法と法律との関係について三つの条文を検討する。

第一に憲法三条二節一項「合衆国の司法権はこの憲法に基づいて発生する……すべての事件におよぶ」を次のように解釈する。「司法権を行使するに際して憲法は吟味されるべきでない」と述べることはこの権限を付与した人々の意思でありうるだろうか。又、この憲法の下でもち上ってくる事件は、この憲法条文を調べることなしに解決されるべきだということはこの権限を与えた人々の意思といえるだろうか。いずれも途方もないことなのでいえない。従ってこの憲法の下でもちあがってくる事件においては憲法は判事によって吟味されなければならないのである。」³⁴⁾

これらについてマーシャルは次のように例証する。「憲法一条九節五項には『各州から輸出

される物品には租税或は関税を賦課することができない。』と規定されている。今もしも綿、タバコ、小麦の輸出に対し関税が課せられたとしよう。そしてそれを回復するために訴訟が起されたと仮定してみよう。このような事件において判事たちは憲法には目をつぶり法律をのみ見るべきだろうか。」³⁵⁾また、「憲法は『権利剥奪法或は遡及処罰法は制定されてはならない』(一条九節三項)と定めている。しかし、もしもこのような法案が通過され、そしてその下である人が訴追されたとすれば裁判所は憲法が保護しようとしているところのこれらの被害者に死刑を言いわたさねばならないのか。」³⁶⁾「憲法は『何人も、同一の犯行に対する2人の証人の証言があるか、或は公開の法廷における自白によるのでなければ、叛逆罪の宣告を受けることがない』(三条三節一項)と述べている。ここでは、この憲法の文言は特に裁判所に対して述べられているもので、それは裁判所が破ってはならない証拠法の原則を直接規定しているのである。もしも立法部がその規則を変更し、そして有罪にするためには1人の証人または法廷外の自白で十分であると述べたとすれば憲法の原則はこの立法部の法律に従わなければならないのだろうか。」³⁷⁾これらの例証の後に彼は次のように結ぶ、「これらのことからして憲法制定者は憲法を立法部を治めるためのルールと同様に司法部を治めるためのルールとすることを予期していたことが判明する。」³⁸⁾と。

次に憲法六条三項「合衆国並びに各州のすべての司法官は、宣誓あるいは確約により、この憲法を支持すべき義務を負う。」を解釈して「もしも憲法が判事を支配するルールでなく、またもしも憲法が判事に対して閉じられていて、従ってそれを判事は吟味することができないとすれば、何故に判事は合衆国憲法に従って

35)~37) 1. Cranch 179. 以下憲法の訳文は斎藤真訳「アメリカ合衆国憲法」(『世界憲法集』岩波書店 pp. 23-51) による。

38) 1 Cranch 179-180.

32).33) Marbury v. Madison 1. Cranch 179.

34) 1. Cranch 179.

彼の任務を履行することを誓うのか。このような状況下で宣誓義務を規定したり宣誓したりすることは犯罪にも等しいことである。」³⁹⁾と主張するのである。

以上、マーシャルは二条文により裁判所の憲法遵守義務を証明したのである。

ついで彼は憲法六条二項「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律……は国の最高法である。」に言及して「何が国土の最高法規であるかを述べるに際して、まず第一に憲法それ自身が記述されている。ついで合衆国の法律一般ではなく、憲法に準拠して作られる法律のみがこの地位を占めることになっている。」⁴⁰⁾と述べ、もって法律に対する憲法の優位性を証明するのである。

以上三つの憲法条文を調べることにより、マーシャルは彼の立てた設問の前半すなわち「裁判所は憲法を尊重すべきであり、そして憲法は議会の普通の法律より優っている」ということを憲法上証明したのである。従って裁判所は彼が司法部の本質的任務として指摘した法規解釈権の行使に際しては憲法適用が優先するということを証明したわけである。いいかえれば、彼は違憲立法審査権限の裁判所付与は前述の三条文中に黙示されているのだとしたわけである。そして、ここへいたる論理の展開は次のようなものといえる。①憲法制定者はこれらの条文をもってこの憲法を司法部を治めるためのルールとしようとしていた。②司法部を治めるためのルールとは逆にいえば判事は憲法遵守の義務があるということであり、③または、憲法遵守義務があるということは、すなわち憲法に反している法律を排除する義務があるということであり、④違憲法律の排除義務ありとはその前提として違憲立法審査義務を負わされているということなのであろう。これは正に文脈分析をもってした司法審査権の根拠づけとすることができるのである。

1803年以後、最高裁はこの問題に対していかなる態度をとったか。

マーベリー事件後、19世紀に最高裁によって下された連邦法違憲判決は24件あるが、この中において最高裁はマーシャルの論理を再検討するような意見をなんら述べていないのである。いいかえればマーベリー判決後、最高裁は連邦法審査権の憲法的根拠に関する問題に対しては沈黙を守り、ただそこには司法審査権の行使過程が存続するだけである。このことは外部からの批判にもかかわらず最高裁内部においてはマーシャルの論理の正当性を認める見解が存在しつづけたということを示しているのである。連邦法審査権行使過程の背後にあった最高裁判所の見解はこのようなものであった。

以上、本節における考察を通して、19世紀においてなされていた司法審査権の憲法的基礎づけはそれを黙示権限とすることであったことが判明した。この見解は最高裁判所自身により、また当時の代表的法学者の学説においても採られていたものであり、いわば19世紀の通説であったわけである。従って篡奪理論はこの通説の理論的根拠を根本的にくつがえす作業をやったということができるのである。

4. 篡奪理論 一発生理由一

マーベリー判決後、1世紀も経てからなぜこのような理論が出現するに至ったのか。以下そのことについて考えてみたい。篡奪理論の発生理由として次の五つのことが考えられる。

第一は司法審査権に関する明文規定が憲法上欠如しているということである。憲法六条二項は「憲法に準拠して制定される合衆国の法律は国の最高法規である」と定めているが、この規定から当然もち上る問題は、連邦議会の法律が憲法に準拠して定立されたか否かの判定を誰が行うのかということである。連邦制を採用している関係上、まずその判定は連邦政府と州政府のどちらが行うのかに答えねばならない。かりにその判定権が連邦政府にあるとすれば、次

39) 1 Cranch 180.

40) 1 Cranch 180.

に連邦政府中のどの機関にその権限があるのか、に答えねばならない。また逆に州政府にその権限ありとすれば州政府のどの機関にあるのかに答えねばならない。しかし憲法はこれらの問題に対しなんら明文規定をもって答えていないのである。

第二はマーシャルの論理のもつ説得力の希薄性である。前述したごとく、マーシャルは司法審査権の憲法上の根拠を判事の憲法遵守義務に求めた。しかし憲法遵守の義務はひとり判事のみ課された義務でなく憲法六条三項によればすべての議員、すべての行政官にも負わされているのである。従って憲法遵守義務という観点からだけでは司法部だけが違憲立法審査権限をもっているということにはならないのである。⁴¹⁾

第三はマーベリー判決後、最高裁判所がこの問題に関し沈黙を守ったということである。

第四は19世紀前半においては2つを数えるのみであった連邦法違憲判決が19世紀後半になってから23件を数えるまでに増加したということである。

第五は、制憲会議は秘密会議であったためその記録物が保管されていず従って会議での討議状況は従来不明であったが、1840年同会議メンバーの1人マデイソンの筆記録が出版されるに至り、その後は司法審査権の問題について歴史的探究が可能になってきたということである。

以上五つの要因が考えられるが、恐らくは1, 2, 3の要因が4の要因により再び問題となり、それを解明する手段として5の要素が使われたとみるべきであろう。要するにこの5つの要因のうちでは、第4の要因、すなわち連邦法違憲判決数の増加、が最も重要な位置を占めているのだと思う。ではなぜ第4の要因が篡奪理論を引き出すだけの重要性をそなえているといえるのか。これは単なる数の増加だけでは説明のつかない問題ではないのか。すなわち数の増加に加えるに判決の内容がマーベリー事件と

その後のものでは相違しているのではないのか。従って19世紀後半の連邦法違憲判決は最高裁判所をして何かマーベリー判決の場合とは別の機能を果させる可能性をその中に秘めていたのではなかろうか。この究明においては最高裁判所による権限行使の事実とそれに対する権限そのものを否定する論理の展開との関係を説明しえないのではないだろうか。そこで次に、篡奪理論が出現するまでに下された連邦法違憲判決の内容を検討することにする。

19世紀において最高裁判所は25件の連邦法違憲判決を下している。それらは違憲と判定された法律の内容からして4つに分類できる。

第1類は立法内容が最高裁判所の権限に関するもので3件ある。

① *Marbury v. Madison*⁴²⁾ (1803)

当事件においては職務執行令状を発する権限を最高裁判所に付与している1789年の裁判所法13条の適憲性が問題となり、最高裁判所は憲法3条2節「①全権大使その他の外交使節および領事に関する事件、②および1州が一方の当事者たるすべての事件については、最高裁判所は第1審管轄権を有する。前項に述べたその他の事件については、最高裁判所は……上訴審の裁判管轄権を有する。」の下で当条項を審査し違憲の判定を下した。違憲の判定は次のような論理構成によりなされた。(マーシャルの意見) 「肯定の文言は、しばしば肯定されているもの以外のもを否定する機能を果す。このような事例においては肯定されているもの以外のものに対しては否定または排他的意味が与えられなければならない。……従って、前述の条項中(憲3-2)に列記してある以外に最高裁判所が第1審管轄権を有する事項は存在しない。…故に、当法廷が職務執行令状を発することができるためにはそれが上訴管轄権の行使であるということか、またはそれが上訴管轄権行使を可能にするのに必要なものであるということのどちらかが示されねばならない。……上訴管轄権

41) Carr *op.cit.*, pp. 64-65.

42) 1 Cranch 137 (1803).

の本質的標準はすでに起された原因で訴訟をすすめることを改めたり訂正したりすることであってその原因を創り出すことではない。従って職務執行令状は裁判所に対して向けられるかもしれないが、ある文書の手渡しを求めて、一官吏にこのような令状を発することは実際においては、その文書に対する第1審訴訟を確認するのも同じことである。従ってそれは上訴審に属しているのではなく第1審に属している。故に……職務執行令状発送権は憲法により保証されていない権限である。」⁴³⁾

② *Gordon v. United States*⁴⁴⁾ (1865)

1863年改正請求裁判所法は訴訟額が3,000ドルを越える事件においては最高裁判所に上訴を許すと規定した。これに対し、最高裁は「この憲法の下では当法廷は請求裁判所の判決に対し上訴管轄権を行使することはできない。」と判決した。理由としては同法14条中の必然的黙示により行政部門の長に請求裁判所の全判決を修正する権限が与えられているから、このことが最高裁判所の上訴管轄権行使を否認するとしているだけでそれ以上に意見を述べていない。

③ *The Alica*⁴⁵⁾ (1869)

1864年6月30日の連邦議会法は巡回裁判所に係属中の戦時捕獲物事件訴訟は最高裁判所に移送してよいと規定した。首席判事チェイスが法廷意見を「この憲法の下では当裁判所は戦時捕獲物事件においては上訴管轄権のみを行使することができる。上訴管轄権は必然的に上訴がなされたところの下級裁判所の判決又は命令を含む。しかしこの事件においては巡回裁判所にこのような命令、判決が存在していなかったし、また地方裁判所に上訴がなされうるような判決が存在していなかった。移送を規定することにより、憲法によって許可されていない管轄権を当裁判所に与えるところみが不注意にもなされた。」と述べ違憲の判決を下した。

第二類は立法内容が大統領の権限に関するもので2件ある。

① *United States v. Klein*⁴⁶⁾ (1872)

1870年7月12日法は大統領の恩赦権の効果を制限しようとしているから違憲無効。

② *Ex Parte Garland*⁴⁷⁾ (1867)

1865年1月の法律は大統領の恩赦権に不当に干渉するものとされた。

第三類は立法内容が連邦議会の権限に関するもので11件ある。

① *United States v. Dewitt*⁴⁸⁾ (1870)

1867年3月2日の *The Income Revenue Act* の29条は華氏110度以下で可燃するペトルリウム性の油を売りたる者は軽罪とされ罰金、微役に処せられると規定した。

右のような油を州の境界内で売ったことによる当事件において最高裁判所は、連邦議会には州の境界内での通商を規制する権限があるか否かを問題にし次のように判断した。

憲法1条8節3項の通商規制権は外国、各州間、インディアン部落との通商に限定されるのであって州内通商に対する干渉権を否定している。

憲法1条8節18項(必要かつ適当条項)下における課税権行使のための手段であるという主張は妥当でない。

右法律は州内の通商に干渉しているから州の境界内では適用できない。

② *Collector v. Day*⁴⁹⁾ (1871)

州判事の給料に課税することを規定している連邦所得税法が問題になったもので、最高裁の判断は、州判事の給料に連邦所得税を課すことは州のもっている裁判所維持の権利に干渉するものであるから憲法違反である、というものであった。

43) 1 Cranch 174-175.

44) 2 Wall. 561.

45) 7 Wall. 571.

46) 13 Wall. 178.

47) 4 Wall. 333.

48) 9 Wall. 41.

49) 11 Wall. 113.

③ United States v. Railroad Co.,⁵⁰⁾ (1873)

1864年6月30日の Internal Revenue Act の122条は金銭を貸借している会社はその元利合計に5パーセントの税を支払うべしと規定した。本件ではボルティモア市がボルティモア・オハイオ鉄道会社に金を貸しつけたので支払われるべき税は市の税金の上に課すことになった。

(判決) 市は州主権の一部を行使しているものであるから連邦税を免除される。

④ United States v. Reese⁵¹⁾ (1876)

1870年5月31日の連邦議会議法は州(又は地方の)の選挙管理人が、市民が選挙人としての資格を与えられることを妨害したり、又、選挙人資格を正当に与えられている市民の投票の受理を拒絶した場合には罰するむねを規定した。

これに対する最高裁の判断は「州選挙における連邦議会の権限は修正15条の下で明確に限定されている。しかるにこの法律の規定は人種、体色、或は過去における服役の状態にもとづく違法な差別に対する罰に限定されていないから、修正15条によって付与された権限を越えている。」というものであった。

⑤ United States v. Fox⁵²⁾ (1878)

修正法律5132条9節は「破産者自身の申請にもとづいて破産手続が開始される者で、この手続開始前3ヶ月以内に、詐欺的色彩、取引遂行の装い、通常取引過程における取引の下に、詐欺の意図をもって、他人より信用にもとづいて商品又は動産を得た者は3年以下の微役に処せられる。」と規定した。

(判決) 「修正法律5132条9節に規定されている行為はその行為が犯されるところの州にのみ関係する事項である。この条項は破産の予期中で犯される行為に限定されていないからこれは連邦の関与事項ではない。」

⑥ Trade Mark Cases⁵³⁾ (1879)

1876年8月の連邦議会議法は、合衆国の制定法に従って登録された商標を詐欺的使用、売却、偽造する者を罰金、微役に処すと規定した。

(判決) 商標規制に関する条項は、連邦議会に付与された明文権限のうちに含まれていないから無効である。また、右の規定は外国、州間との通商における商標の使用に限定されていないから、憲法1条8節18項にもとづく通商規制の権限内に含まれるものでもない。

⑦ United States v. Harris⁵⁴⁾ (1883)

修正法律5519条は、州又は領地において、人に対し法の平等な保護を拒否しようとする者(私人)を罰するむね規定した。

最高裁はこの条項は、私人の行為にもっぱら関係しているが故に無効であると判決した。すなわち、南北戦争の結果たる修正条項は州の行為により干渉された権利に適用されるとしたのである。

⑧ Civil Rights Cases⁵⁵⁾ (1883)

1875年の公民権法は、旅館の宿泊設備、公衆運輸機関、劇場、その他の公共の娯楽施設の完全かつ平等な享有を全ての人種、全ての体色の市民に保障するむね規定した後、これらの権利を他人に対し拒むことを連邦犯罪とし、その者を罰金、微役に処すと規定した。最高裁は修正14条を「当修正条項で禁止されていることは特別な性格をそなえた州の行為である。個人の権利を個人が侵害することについては当修正条項の関知するところではない。……同修正条項は州立法の領域内にあることがらに関して立法する権限を連邦議会に与えていない。……同項は連邦議会に個人の権利を規制する国内法典を創設する権限を与えていない。ただ州の法律、行動が同修正条項に特記されている基本的諸権利を転覆する場合にそなえて救済の方法を規定しているにすぎない。」と解釈し、もって公民権法を違憲とした。

50) 17 Wall. 322.

51) 92 U. S. 214.

52) 95 U. S. 670.

53) 100 U. S. 82.

54) 106 U. S. 629.

55) 109 U. S. 3.

⑨ Baldwin v. Franks⁵⁶⁾ (1887)

修正法律5519条は、合衆国の条約によって一州内にいる外国人に対し保障されている権利を彼らから奪おうとした者を処罰するとしているが故に無効と判決された。判決理由は合衆国対ハリス事件と同じ。

⑩ Hepburn v. Griswold⁵⁷⁾ (1870)

1862年と1863年の連邦議会法は、合衆国紙幣を合衆国内での公私をとわず全ての負債支払における法定通貨とすると規定した。(最高裁の判断)信用貨幣を法定通貨とする権限は憲法により明文をもって連邦議会に付与された権限でないし、また憲法1条8節の下における正当な黙示権限でもないからこの法律は違憲である。

⑪ Pollock v. Farmers Loan and Trust Co.,⁵⁸⁾ (1895)

1894年の連邦税法は、不動産賃料または物的不動産権から引き出される所得に課税することを規定した。

最高裁は、この条項は憲法1条2節にいう直接税である。この法律は人口に従って州の間に配分されるという要件を満していないから憲法違反であると判決した。

第四類 立法内容が人権に関するもので、10件ある。

① Scott v. Sandford⁵⁹⁾ (1857)

本件においては1820年3月2日のミズリー設立法第8条「ルイジアナの名称の下にフランスから合衆国に譲渡された領地のうち北緯36度30分以上の全地域においては本法令によって定められた州に含まれる土地を除き、奴隷制および強制労働は当該者が正式に有罪の判決を受けて服役している以外には本法によって永久に禁止

される。」は修正5条の正当手続条項を犯していると判定された。(判決)「単にある者が合衆国の特定の領地に来、あるいは財産を持って来たということだけで……合衆国の市民からその自由または財産を奪うような連邦議会法に対してはデュー・プロセス・ローという榮譽を与えることはできない。」(修正5条違反事件)

② Ex Parte Garland⁶⁰⁾ (1867)

1865年1月24日の連邦議会法は合衆国裁判所の法廷弁護士は就任に際し宣誓すべきことを規定した。(判決)この法律の通過前に連邦裁判所で開業することを認められていた者に適用さるべく明示された限りにおいてこの法律は私権剥奪法並びに事後法であるから無効。(憲法1条9節3項「私権剥奪法、事後法の禁止」違反事件)

③ Reichart v. Felps⁶¹⁾ (1868)

1788年大陸会議の下で確認された土地に対する権原(Patent to Land)を連邦議会は変更できない。

④ The Justices v. Murray⁶²⁾ (1870)

1863年3月3日法5条は陪審によって審理された訴訟で州裁判所による判決の後、事実と法律に関し再審を求めて合衆国巡回裁判所へ事件を移送することを規定した。(判決)このような移送はコモン・ローの手続でない故に修正7条「陪審により審理された事実は普通法の規則によるほか合衆国のいずれの裁判所でも再審されることはない」違反。

⑤ Boyd v. United States⁶³⁾ (1886)

修正4条「不合理な逮捕捜索禁止」、5条「自己に不利益な供述を強要されない」違反事件。

⑥ Callan v. Wilson⁶⁴⁾ (1888)

憲法3条2節3項「陪審による審理」違反事件。

56) 120 U. S. 678,

57) 8 Wall. 603.

58) 157 U. S. 429.

59) 19 How. 393.

「ミズーリ州設立法」(『原典アメリカ史』岩波書店第3巻 p. 172) .

田中英夫「Dred Scott Case」(『英米判例百選』有斐閣 p. 103) .

60) 4 Wall. 333.

61) 6 Wall. 160.

62) 9 Wall. 274.

63) 116 U. S. 540.

64) 127 U. S. 540.

⑦ *Counselman v. Hitchcock*⁶⁵⁾ (1892)

修正5条「自己帰罪条項」違反

⑧ *Monongahela Navigation Co. v. United States*⁶⁶⁾ (1893)

修正5条「正当なる賠償」違反

⑨ *Wong Wing v. United States*⁶⁷⁾ (1896)

修正5条「大陪審による告発」、修正6条「小陪審による公の裁判」違反

⑩ *Kirby v. United States*⁶⁸⁾ (1899)

修正6条「自己に不利な証人との対審」違反。

以上のように分類できるわけであるが、この四類は各々いかなる意味をそこに示しているのか。ここではこれを連邦政府における権力配分原理の観点に立って考えてみたい。

合衆国憲法の採用している権力配分原理の重点はその機能の配分にのみあるのではなくして三部門の独立性にあると思う。⁶⁹⁾いいかえれば三部門に与えられた権限の独立性にあるのである。そこからして各部門の独立性を維持するためには各部門に対していかなる権限が付与されているかを判定する作業が必要になってくるわけで以上の違憲判決は正にその作業の結果なのである。

各部門の権限判定という点から考えると4つに分類された判決は各々次のような意味をもっているのである。

まず第1類3件の判決内容をみるとこれはいずれも連邦議会が新たに最高裁に付与しようとした裁判管轄権を拒否したものである。従ってこれらは最高裁判所自らが、自己に付与されている裁判管轄権限の範囲を判定し、もって自己の部門の独立性を保持したものであることができる。ただ判決の結果としては自己の権限を縮小することになっているから最高裁の権限抑制

の事例ということもできる。

次に第2類は、いずれも大統領の恩赦権に対する干渉を排除したものである。従って大統領に対して付与されている権限を判定しもってその部門の独立性を保持した事例といえるが、この事件は後の第4類にも属しているので行政部門独自の権限判定をした事例はなかったといってもよいようである。

次に第3類、第4類の計21件は連邦議会に付与された権限を判定したもので、そのうち前者の大半は修正第10条の解釈を通して連邦議会に委任されず州に留保されている権限の判定を行ったものであり、後者は広い意味での権利章典である1条9節、3条2節2項と修正4条～7条の解釈を通して連邦議会に対し禁止されている権限の判定を行ったものといえる。

以上、違憲判決の分析から判明したことは合衆国の法律が憲法に準拠して制定されたか否かの判定の多くは実は連邦議会に付与されている権限と付与されていない権限の間に一線を引くという困難な作業であったということである。この作業は当然に議会の独立性に干渉する性格をもつものであるからその結果として議会権力の独立性に対しどこまで司法部の干渉を許すかという問題が起ってくるのである。

広い意味においては第1類から第4類までの違憲判決全体が議会のもっている立法権限に対する干渉であるわけだが、干渉した結果の及び方により各々は異っているわけである。第1類に属するものは、その権限の拒絶は拒絶した司法部自身にその効果の及ぶものであるから何らそこに他の部門の独立性を侵害するという事態は生ずる余地がなく従って論争の起る余地を蔵していないわけである。1803年の第1回違憲判決は正にこのような司法部の権限抑制判決であったわけである。従って当時、当事件は司法審査権行使の事例としてはあまり注目をひいていないのである。⁷⁰⁾

65) 142 U. S. 547.

66) 148 U. S. 312.

67) 163 U. S. 228.

68) 174 U. S. 47.

69) Edward S. Corwin and Jack W. Peltason, *Understanding the Constitution* (New York, 1963) pp. 32-33.

70) Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, Vol. 1 (Boston, 1926) pp. 231-268.

これに対して19世紀後半から増えてくる第3類の違憲判決は、議会に対して付与された列挙権限の内容を判定することにより、時にはその権限自体を否定し、また時にはその権限の州への留保性を宣告するわけであるからその判決の効果は正に議会権力に及ぶものであったのである。誰かが議会権力の範囲の判定をしなければならぬわけであるがそれを憲法上最高裁が行うということに必然性がないので、そこに第3類のような違憲判決が生じてきた場合にはこのような判決を下す権限そのものを疑問視し、否定する批判が生じてくるのである。

5. む す び

最後に、篡奪理論発生後の問題に少しふれ、次に最初に提起したところの司法審査権限の實質的行使とその権限自体をめぐる論争との並存状況について考えることにする。

これらの篡奪理論に対しては反論が存在している。いいかえれば篡奪論発生直後の、新たな形の司法審査権肯定論が現われてくるのである。それはピアードが1912年の彼の論文⁷¹⁾並びに著書⁷²⁾で展開したものである。彼はその中において篡奪論者と同じように憲法起草過程分析を行うことによって制憲者の大多数は司法審査権は当然に一般司法権の中に含まれると考えていたということを証明し、もって篡奪論者とは逆の結論、すなわち司法審査権は憲法上明文規定を欠いているけれども憲法中に黙示されているということに到達するのである。このピアード理論は19世紀に存在した通説であるところの文脈分析をもってする黙示権限の理論に新たな理論的根拠を与えることになったのである。そしてこの肯定論の出現は篡奪理論により攻撃されていたところの司法審査権行使の存続を可能にする新たな理論的根拠になるのである。ここで司法審査権をめぐる論争史に目を向けるならば、ピアードの最高裁判所擁護論が現われる

に至って、19世紀においてみられた文理解釈対論理解釈の対立は篡奪理論対篡奪否定論の対立へと変化するのである。すなわち、19世紀においては憲法解釈の対立であったものが、20世紀初頭からは憲法解釈の対立に憲法起草過程解釈の対立が加わってくるのである。

ここではじめに提起した問題に立ち返って、そのうちでまず司法審査権の行使とそれを支持する理論の展開される理由を考えてみたい。

本稿であつた篡奪理論が発生してくる20世紀初頭、連邦法審査権の果す機能についていかに評価されていたかをみると、それは次のホームズの言によく表明されている。「たとえわれわれが連邦法を無効と宣告する権限を失うとしても合衆国が消滅するとは思わない。しかしもしもわれわれが各州の法律に関してこの宣言をすることができなくなれば連邦は危機に瀕するであろう。」⁷³⁾と。簡単にこの命題について検討したい。

19世紀を通して最高裁判所により下された違憲判決を連邦法違憲判決と州法違憲判決とに分けるとその数の比は二十五件対二百数十件⁷⁴⁾となる。違憲判決数の上からのみ判断するならば、司法審査権がいかに多く州法審査のために使われたかが判明し、したがってホームズのような評価も成立つと思えるが、数少い連邦法審査の内容を検討するならばホームズの前半の命題は当を得ていないというべきではないか。

すなわち、前述の連邦法違憲判決分析により明らかになったように、最高裁判所は連邦法審査権の行使を通して第一には州法審査過程における同じ機能、つまり連邦政府と州政府との間の権限配分問題の判定者という連邦制度維持のために不可決の機能を果し、第二には権利章

71) 註31参照。

72) 註10参照。

73) Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers* (1920) pp. 295-296; Quoted in Corwin and Peltason, *op. cit.*, p. 37.

74) Benjamin F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law* (Chicago, 1967) pp. 77, 86, 108.

典の解釈を通して基本的人権の守護者としての機能を果していたのである。この二つの機能はいずれも憲法の志向していた連邦国家維持のために不可欠のものであるから、従って前記ホームズの命題の前半は、むしろ「もしもわれわれが連邦法を無効と宣告する権限を失うならば、憲法の志向している連邦国家としてのアメリカは危機に瀕するであろう。」といいかえるべきであろう。このような連邦制度維持の機能が連邦法審査権の示す積極面として司法審査権肯定論を支える理由となっていたのだと思う。

しかし、この積極面にもかかわらず、やはり連邦法審査権の議会権力に対し干渉する面は否定しがたいものであり、そしてこのような干渉権を最高裁がもっていることへの不満、疑問が存在する限り、司法審査権否定論も同時に存在しうる地盤をもっているのである。要するに連邦法審査権というものがこのような二面性をそなえている限り、同権限をめぐる賛否両論は並存しつづけるのである。

では最高裁判所による実質上の権限行使という事実の中で右のような論争はいかなる意義をもっているのであろうか。ウェスティンの次の言はそれについての的確に答えていると思う。「最高裁判所は憲法制定会議においてなんら意図されていないが、権限を行使しているのかどうかということとはくり返し論議されるべき問題である。なぜなら、この問題は自由社会のもっている中心的問題、すなわち多数決原理と少

数者の権利との関係の問題、貴族政治の価値と民主政治の価値との調和の問題、法と政治との関係の問題、連邦制度内における権限配分の問題を引き起こすからである。この論争は最高裁判所がこの権限を行使するに際して持つところの分別を中心にしてなされるべきであるがしかし同時にまた論争は制憲者の意図にも立ちかえるべきである。われわれがこれらのことがらを論ずることを止めるとき、われわれはわれわれの制度のダイナミックさを無視することになるであろう。そして私はこの問題を強いて歴史上の事実に関することがらとしないで次のようないささか幸福な幻想を抱くのである。それは憲法制定者は熟慮の結果、制憲会議の司法審査に関する記録を、不明瞭な論争をまきおこすようなものとしておき、もって以後いつまでもアメリカ国民がこの権限を決して当然のものともみなさないようにしておいたのである。」⁷⁵⁾

アメリカ国民が司法審査を決して当然のものともみなさないで権限そのものをめぐる論争を存続させていくことが最高裁判所をして同権限の行使を慎重ならしめる一要因になっているのではなかろうか。すなわち、9人の終身裁判官をもって構成されかつ憲法上に国民による審査の制度を欠いている連邦最高裁判所を抑制していくものは正にこの論争の存在といえるのではないかと思う。

75) Westin, *op. cit.*; Beard, *op. cit.*, pp. 33-34.