慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「違憲」な法律の執行義務と擁護義務 : DOMAをめぐる政治と憲法
Sub Title	Are there duties to execute and defend "unconstitutional" laws?: constitutional politics concerning DOMA in the United States
Author	横大道, 聡(Yokodaido, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.2 (2014. 2) ,p.505- 560
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小林節教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0505

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「違憲」な法律の執行義務と擁護義務

――DOMAをめぐる政治と憲法――

横大道聡

Ⅰ　同性婚とアメリカ
㈠　Windsor 判決
㈡　もう一つの憲法問題
Ⅱ　大統領が「違憲」と考える法律の執行について
㈠　学説の議論状況
㈡　執行府の見解――中道的立場
Ⅲ　大統領が「違憲」と考える法律の擁護について
㈠　執行拒否と擁護拒否との関係
㈡　擁護拒否の歴史的実践例
㈢　批判論――メルツァーの議論
㈣　擁護論――ジョンセンの議論
㈤　擁護拒否と司法判断適合性
Ⅳ　日本への示唆――むすびにかえて
㈠　日本における問題の所在
㈡　動態的・多元的憲法秩序という視座

Ⅰ　同性婚とアメリカ

二〇一三年六月二七日、United States v. Windsor 連邦最高裁判決[1]において、五対四の僅差ながら、連邦の法

令における「婚姻（marriage）という語は、一人の男性と一人の女性との間の、夫と妻としての法的結合（legal union）を意味し、配偶者（spouse）という語は、異なった性別の夫または妻のみを指す」と定義する婚姻防衛法[2]（Defense of Marriage Act, DOMA）三条に対して、違憲判決が下された[3]。

(1) Windsor 判決

1．事実の概要　ニューヨーク州は、二〇〇七年にカナダのオンタリオ州で合法的に同性婚したニューヨーク州在住のエディス・ウィンザー（Edith Windsor）とセア・スパイヤー（Thea Spyer）の婚姻の効力を承認していた。二〇〇九年、スパイヤーは、全財産をウィンザーに残して死亡したため、ウィンザーは、連邦法に基づき[4]、生存配偶者（surviving spouse）に対する連邦財産税の控除を求めたが、連邦の法令における婚姻（marriage）を男女間に限定して定義するDOMA三条により、これが認められなかった。そこでウィンザーは、内国歳入庁に既定額を納税したうえで、その払戻しを求めたが、これが拒否されたため、DOMA三条は合衆国憲法修正五条の平等条項に違反するとして訴訟を提起した[5]。

2．法廷意見　法廷意見を執筆したケネディ（Anthony M. Kennedy）判事（ギンズバーグ（Ruth Bader Ginsburg）、ブライヤー（Stephen G. Breyer）、ソトマイヨール（Sonia Sotomayor）、ケイガン（Elena Kagan）判事が同調）は、DOMAの合憲性の論点に関して、大要、次のように論じた（番号と傍点は筆者）。

①DOMAの合憲性を考える出発点は、かつては想定すらされなかった同性婚につき、近年、それを認めないことは不正義であるとの認識に至ったいくつかの州において合法的な婚姻と認められたという事実を背景に、DOMAという連邦法の構想、目的そして効果を検討することである[6]。

②歴史と伝統によれば、婚姻の定義や規制を行う権限は各州が有するとされてきた。連邦議会もまた、連邦の政策推進のために、個別の法律（discrete statutes）により、婚姻や家族に関する規制等を定めることができるが、[7] ＤＯＭＡは、一〇〇〇以上の連邦法令[8]の全領域に適用される点で、それら個別の法律とは区別される。さらにＤＯＭＡは、同性婚を認める諸州が保護しようとする集団（class of person）に対して向けられ、適用されるものである。したがって、かような連邦による介入の合憲性を判断するためには、婚姻に関する州の権限の範囲について、歴史と伝統の問題として考察する必要がある。[9]

③婚姻に関する州の権限にも憲法上の権利規定による限界が当然に存する。[10] しかし、「家庭内関係の規制」は、「従来から事実上排他的に州の権限の範囲とみなされてきた」。[11] 婚姻の承認は、州民に適用される家庭内関係に関する州法の核心部分であり、婚姻の定義は、そうした家庭内の事項に関する州の広い規制権限の根本（foundation）である。[12] 婚姻について定める州の責任の重要性は、建国の時期にまでさかのぼることが可能である。

④ＤＯＭＡは、長年にわたって確立してきたこの考え方を否定するものである。しかし本事案では、連邦による州の権限への介入が違憲か否かを決定する必要はない。なぜならば、本事案と密接に関連する問題は、連邦主義の原理ではなく、婚姻関係を定義する州の権限の問題だからである。[13]

⑤同性婚を認めるという州の決定は、同性愛者に対し、尊厳と計り知れない意味をもつ地位（the dignity and status of immense important）を付与する。婚姻関係について定義するという、州に対して歴史的に認められた本質的な権限を、州がこのような仕方で行使するとき、それは当該コミュニティにおける同性愛集団を公認し、尊厳を認め、保護を強化するものである。[14] ＤＯＭＡは、その範囲の広範さゆえに、州に対して認められてきたこれらの権限行使から逸脱するものなのである。

⑥連邦政府は、州が承認し保護しようとした集団を、全く逆の目的――制約を課すためという目的――のための区分として用いている。したがって本事案で連邦最高裁に判断が求められている問題とは、ＤＯＭＡの結果として生じる損害（injury）と侮蔑（indignity）が、修正五条によって保障される自由の本質的部分を損なわせるものであるかどう

かである。[15]

⑦ニューヨーク州の決定は疑う余地なく、連邦制のもとでの州権の適切な行使である。婚姻関係を定義し規制するという州の利益は、憲法上の保障を受けるものであるが、このような理解は、婚姻が法令上の利益の対象を定めるための単なる分類にとどまるものではない、という理解から導出される。ニューヨーク州は、同性愛者の結合（bond）に対してさらなる保護と尊厳を付与しようとしたのであり、同性カップルに与えられた法的地位は、二人の親密な関係の法的承認をはるかに超えるもの、すなわち、両者の関係は他の婚姻と同様、当該コミュニティにおいて尊厳を受けるに価すると州が考えているということを意味する。これは、婚姻制度の根本に対する、熟慮に基づくコミュニティの考え方と、平等の意味についての発展的理解を反映している。[16]

⑧ＤＯＭＡは、ニューヨーク州がまさに保護しようとした集団を害しようとする法律であり、デュープロセスおよび平等保護の原理に違反する。憲法が保障する平等が「最小限意味しなければならないことは、政治的に主流ではないグループを害しようという議会の剝き出しの欲求は、当該グループの別異取扱いを正当化しない」[17]ということである。法が不適切な敵意または目的のものであるかどうか、とりわけ「普通でない特徴（unusual character）に対する差別」[18]の場合は、特に注意深く審査しなければならない。そしてＤＯＭＡは、このテストをパスできない。[19]

⑨ＤＯＭＡは、州の権限に属すると伝統的に考えられてきた婚姻領域からの「異例の逸脱（unusual deviation）」であり、それによって同性婚カップルから連邦法上の利益や責任を奪うものである。これは、当該法の目的と効果が当該集団の不承認であるということを示す強力な証拠である。このような目的と実際上の効果は、同性婚カップルに損害を与え、異なった地位に置き、そしてスティグマを押し付けるものである。[20]

⑩ＤＯＭＡ制定の経緯とその文言は、州が州権を行使して同性婚に与えた平等な尊厳（equal dignity）への連邦の介入が、単なる付随的効果ではないことを示している。ＤＯＭＡの制定過程ではホモセクシャルに対する道徳的不承認が表明されていたし、[21]婚姻防衛法という名前自体がそれを体現している。ＤＯＭＡの目的は、同性婚を承認しようとする州に対し、同性婚という結合形態を連邦法上の「二級の結婚（second-class marriages）」として扱おうというもの

である。それが「DOMAの本質」[22]であり、修正五条のもと、最も深刻な問題を提起するものである。

⑪DOMAの実際の適用は、この目的を追認（confirm）する。ニューヨーク州は同性婚を認めることで、不平等を排除しようとした。連邦議会はその目的を挫くため、連邦の法令全体に及ぶDOMAを制定した。DOMAは不平等を合衆国法典全体に書き込んだのである。そしてDOMAの主要な効果は、州が認めた婚姻形態の一部を特定し、不平等に扱うことである。その主要な目的は、不平等を課すことに存しているのであり、他の理由のためではない。[23]

⑫責任は、権利と同様、人の尊厳と純一性を高める。そしてDOMAは、州法の下で婚姻したカップルから、尊厳と責任を奪うよう企図された法である。一つの州のなかに矛盾する二つの婚姻体制を創設することで、DOMAは、州が承認し保護することが適切であるとした個人間の基本的関係の安定性や予測可能性を損なわせるのである。DOMAは、州が認めた同性婚の重要性を公私にわたって損なわせるのであり、それは、憲法が保障する道徳的・性的選択を卑しめるのである。[24]

⑬DOMAのもとで同性婚カップルは、目に見えるかたちで利益や権利、特権を失い、様々な負担を被ることになる。[25]それにとどまらず、DOMAの主要な目的とそれが不可避的にもたらす効果が、合法的な同性婚をした人の品位を傷つけようとするものであることは十分すぎるほど明らかである。[26]

(二) もう一つの憲法問題

周知のようにアメリカでは同性婚の是非をめぐって熾烈な対立がある。[27]そして近年、同性婚を禁止する州法や州憲法、そしてDOMAの合憲性をめぐって多くの訴訟が提起されているという状況にあった。[28]そうしたなかで本判決は、――ややわかりにくいが――同性婚を承認するという選択をした州の決定[29]を否定するような仕方での連邦法の介入は、州が同性愛者に付与しようとした地位や尊厳などを損なわせるがゆえに修正五条に違反する、という立場を採用し、同性婚を承認するか否かを州に留保した。つまり、同性愛者の「婚姻する権利」を認めたわけではない。そのため、判決の射程は限定されるものの、画期的判決であることは疑いなく、アメリカのみな

らず、日本でも詳細な研究対象となるべき判決である。

しかしＤＯＭＡの合憲性をめぐる論争の過程では、もう一つの重要な憲法上の問題が浮上していた。それは、オバマ政権がＤＯＭＡを執行するが、訴訟においてＤＯＭＡの合憲性を擁護しないと決定したことに関わる。[30]

1．ＤＯＭＡの擁護拒否　本事案が連邦地裁に係属中の二〇一一年二月二三日、ホルダー（Eric H. Holder, Jr.）司法長官[31]は、ＤＯＭＡ三条は、州法のもとで合法に婚姻した同性カップルに適用される限りにおいて修正五条の平等条項に抵触する違憲な法律であるから、係争中の訴訟において同法を擁護しないようにオバマ大統領から指示を受けた旨をベイナー（John Boehner）下院議長宛てに書簡で報告した[32]（以下、ホルダー書簡と記す）。その具体的内容は、大要、次のとおりである（番号と傍点は筆者）。

①性的指向に基づく差別が合理性の審査（rational basis review）に服するのか、それよりも高められた審査（some form of heightened scrutiny）に服するのかについて、最高裁は直接述べていない。これまで執行府は、前者の審査基準を採用した先例を有する連邦裁判所に係属した事案では、その先例に従ってきた。[33] しかし、現在係争中の二つの訴訟[34]が係属する法域では、審査基準についての拘束的先例が存在しないため、執行府としてこの問題についての態度決定をする必要がある。

②そこで、関連する最高裁の判例等を検討し執行府として熟議を重ねた結果、大統領と私は、性的指向に基づく差別には高められた審査が適用されるべきであり、ＤＯＭＡ三条にこの基準を適用した場合、同規定は違憲であるという結論に至った。それは次の理由による。

③最高裁判例は、高められた審査が適用されるかどうかを判断するに際して、⑴問題のグループが歴史的に差別されてきたか、⑵差別される個人は、切り離されたグループに属しているという明白で不変または顕著な特徴を示しているか、⑶当該グループが少数者または政治的力のないグループか、⑷当該グループを切り離す特徴は、正当な政策目的

と関連性を有しているかどうか、または当該個人の社会に対する行為もしくは寄与と関連性を有しているかどうか、といった諸要素を検討してきた。[35] そして、これらの要素はいずれも、性的指向に基づく差別に対して高められた審査を適用すべきことを示唆する。

④高められた審査のもとでは、区別が「重要な政府利益に実質的に関連するもの」であることが必要である。[36] そして、区別の「正当化理由は、現実のものでなければならず、訴訟に対応するために事後的に仮定ないし創出した理由であってはならない」。[37] そうすると、高められた審査のもとでDOMA三条を擁護するためには、現実の連邦議会における同条項の立法目的を探る必要があるが、現実の連邦議会における審議状況を見ると、同性愛に対するステレオタイプの偏見が散見される。

⑤大統領は、我々の勧告を含め多様な要素を慎重に検討した結果、性的指向に基づく区別は高められた審査に服すること、そしてこの審査のもとでDOMA三条は、同性婚に適用される限りにおいて違憲である、という結論に至った。そして大統領は、司法省に対し、現在係属中の二つの訴訟において、同規定を擁護しないように指示した。

⑥他方で大統領は、司法省に対し、議会が同規定を廃止するまで、あるいは裁判所によって同規定は違憲であると明確に判断されるまで、合衆国憲法の誠実執行条項（二条三節一項）に照らし、同規定を執行し続けるように指示した。これは、議会の立法権を尊重するとともに、裁判所が提起された憲法訴訟の最終的な判定者であることを尊重した行動である。

⑦これまで司法省は、議会が適正に制定した法律につき、それを擁護する合理的な議論（reasonable argument）が可能である場合には擁護してきたという伝統がある。しかしながら司法省には、「専門的にみて責任ある議論（professionally responsible arguments）」が可能である場合でも、法律を擁護しなかったという伝統も存する。そのひとつが、(1)「すべてのもっともらしい議論（every plausible argument）」が「合理的」とは思われないという稀有（rare）な場合であり、もうひとつが、(2)大統領が問題となっている法律は違憲であると結論づけた場合[38]である。

以上の論拠に基づき、司法省は、現在係争中の二件の訴訟を担当する連邦地裁に執行府としての立場を伝えるよう指示するとともに、ＤＯＭＡの合憲性が争われている他の裁判所にもその旨を伝えるよう指示したのである。

2．連邦議会の対応　予想に違わず、このオバマ政権の対応は一部から大きな反発を招いた。[39] ホルダー書簡の名宛人の下院議長ベイナーは、「超党派法律諮問会議（Bipartisan Legal Advisory Group, ＢＬＡＧ）」を招集した。[40] ＢＬＡＧとは、下院議長、多数党院内総務、多数党院内幹事、少数党院内総務、少数党院内幹事の五名により構成され、下院法律顧問局（Office of General Counsel）に対して、下院のために法的行動をとるように指示する権限を持つ委員会（panel）である。[41] ＢＬＡＧは、三対二でＤＯＭＡ三条の合憲性を擁護するために訴訟に介入する旨を評決し――賛成の三票は共和党議員、反対の二票は民主党議員だった――[42]、Ｇ・Ｗ・ブッシュ（George W. Bush）政権時に訟務長官を務めたクレメント（Paul Clement）を雇い、本件訴訟に関与することとなった。[43] 訴訟の結末――ＤＯＭＡの合憲性――については、既に述べたとおりである。

3．問題の所在と本稿の目的　以上に瞥見したＤＯＭＡをめぐるアメリカ政治のダイナミズムのなかで浮上した憲法上の論点は、①大統領には自身が「違憲」と考える法律を執行する義務があるのか否か、②大統領には自身が「違憲」と考える法律を訴訟において擁護する義務があるのか否か、③関連して、今回のＤＯＭＡに対するオバマ政権の対応のように、大統領が「違憲」と考える法律を執行しつつも、訴訟において擁護を拒否するという対応、ハク（Aziz Z. Huq）の言葉を借りて別言すれば、「執行段階と訴訟段階のギャップ[44]（enforcement-litigation gap）」を憲法上どのように評価するか、という論点である。本稿は、主に②と③の論点について検討しようとするものである。

まず、大統領が「違憲」と考える法律を執行する義務の有無について、学説と政府の立場を見ることにするが（Ⅱ）、この論点については以前に検討したことがあるので、[45] 本稿では概観にとどめたい。次に、Ⅱの検討を踏ま

えたうえで、大統領が「違憲」と考える法律を訴訟において擁護する義務の有無について、その歴史的実践と学説の議論状況を見ていく（Ⅲ）。そして最後に、本稿で取り上げたアメリカの議論が日本に対して与える示唆について言及することにしたい（Ⅳ）。

Ⅱ　大統領が「違憲」と考える法律の執行について

Ⅱでは、そもそも大統領は、自身が「違憲」と考える法律を執行する憲法上の義務を負っているのか、という論点について概観する。まず、それを執行する義務があるとする説と執行する義務はないとする説を主張する論者を取り上げ、その問題点を指摘する（㈠）。そのうえで、執行府が現実に採用している中道的な立場を取り上げる（㈡）。

㈠　学説の議論状況

1．執行する義務　「違憲」な法律を執行する義務があるとする代表的論者が、メイ（Christopher N. May）である。メイによると、法律の執行拒否は、イギリスにおいて一六八九年の「権利章典（Bill of Rights）」で否定された国王大権（Royal Prerogative）のリバイバルに等しいものである。そして、合衆国憲法の制憲者らがイギリスの権利章典をめぐる状況を熟知していたことからすれば、「……大統領は、法律が忠実に執行されることに留意」すると定めた合衆国憲法二条三節一項の誠実執行条項は、国王大権に等しい権限を大統領が行使することを否定したものと解釈すべきであり、したがって、たとえ大統領が法律を違憲であると考えていたとしても、それを執行しなければならない、と論じている。[46]

2．執行しない義務　他方、「違憲」な法律を執行しない義務があるとする論者として、たとえばプラカシュ（Saikrishna Bangalore Prakash）を挙げることができる。プラカシュは、①合衆国憲法に反する法令は無効であるから、合衆国憲法は違憲な法律を執行する権限を大統領に与えていない、②合衆国憲法二条一節八項が大統領に対して「私は、合衆国大統領の職務を誠実に執行し、全力を尽くして、合衆国憲法を維持し、保護し、擁護することを厳粛に誓う（または確約する）」という宣誓または確約を、職務の遂行を開始する前に求めている、③誠実執行条項および合衆国憲法六条二項が定める最高法規条項により、大統領は違憲な法律ではなく憲法に従う義務があること等に照らし、大統領は「違憲」と考える法律に直面した際にはそれを執行しない義務があると論じている。[47]

3．両説の問題点　しかし、両説ともに極端かつ一方的であり、カテゴリカルに過ぎるように見受けられる。[48] ここでは、主にメルツァー（Daniel J. Meltzer）の議論を参考にしながら、両説の問題点を見ていこう。[49]

まず、「執行する義務説」に対しては、①明らかに憲法と矛盾・対立する法律に対しても執行義務があるとすることは、誠実執行条項とむしろ矛盾するのではないか、②現実の司法省の実践と合致していない、③連邦議会は司法長官に対し、(1)執行府が制定法の執行を控えると決定した場合、(2)当該条項を擁護しないと決定した場合、(3)当該規定の合憲性にマイナスの影響を与える裁判所の判決に上訴しないと決めた場合などにつき、その旨を議会に対して報告するように規定する連邦法[50]――ＤＯＭＡの擁護拒否を下院議長に報告した際の根拠条文――を制定していることを踏まえると、議会は、執行府による法律の執行拒否や擁護拒否を黙示的に認めているのではないかという疑問が生じる。[51] さらに、④「執行する義務説」は、基本的に大統領の独立した憲法解釈権を否定する前提に立つが、すべての憲法解釈をめぐる問題を裁判所が判断することはありえないという事実に照らすと、かかる前提が成立するか疑わしい。[52]

他方、「執行しない義務説」に対しては、①そもそもの問題は、問題となっている法律が違憲かどうかについて、誰の判断を優越させるべきかであって、一律に大統領が違憲と考える法律について執行義務を免除することは、大統領をして憲法の意味の判断者にしてしまうのではないか、②合衆国憲法六条三項は、上下院議員、衆議院、合衆国および州の行政官ならびに司法官にも、憲法を支持し擁護する義務を課している。そのため、憲法二条一節八項の宣誓条項を理由に、大統領が「違憲」と考える法律を執行しない義務を導出するとなると、大統領以下すべての公務員も、自身が「違憲」と考える法律を執行しない義務があることになるのではないか、③理論上はともかく、現実に執行府が他権から独立して包括的な憲法解釈を行うことを想定困難である、といった問題点を指摘できる。[53] さらに、④「執行しない義務説」は、大統領は独立した憲法解釈権限を有しているという前提のうえに成り立つ議論であるが、この前提を貫徹した場合に生じうる弊害――たとえば、論理的には具体的な事件における司法判断の執行拒否も可能となるなど、他権の憲法解釈を尊重しなくなるといった弊害――を踏まえると、果たして憲法がそのような前提に立つといえるかどうか疑問が残る。[54]

(二) 執行府の見解――中道的立場

結局、「執行する義務説」も、「執行しない義務説」も極論（absolutist view）であり、にわかには賛同できないように思われる。[55] そこで参考になるのが、実務を支配する見解であるとともに、両説の中道的な立場でもある司法省の見解である。

司法省の見解は、クリントン（Bill Clinton）政権時に司法省法律顧問局[56]（Office of Legal Counsel for the United States Department of Justice, OLC）の局長を務めたデリンジャー（Walter Dellinger）の名義で一九九四年に作成された「違憲な法律の執行を拒否する大統領の権限」と題されたメモ[57]（以下、デリンジャー・メモと記す）にお

いて示されている。[58] 以下、その内容を見ていこう。

1．判例と歴史的実践から　デリンジャー・メモは、その冒頭で、「大統領が違憲と信じる法律につき、大統領が執行しなくともよい状況が存在する」ということは「議論の余地がない」という。その理由は、第一に、判例がこれを認めていることである。すなわち、古くは、大統領の罷免権を制約する連邦法――大統領の拒否権を乗り越えて成立した連邦法――は違憲であるとして、大統領が当該連邦法を無視して郵便局長を罷免したことが問題となった一九二六年の Myers v. United States 連邦最高裁判決[59]において、連邦最高裁は、法律を無視した大統領の行為を咎めることなく、当該法律を違憲と判断している。また近年、一九九一年の Freytag v. Commissioner 連邦最高裁判決[60]では、大統領には大統領の権限を侵害する法律を拒否する権限のみならず、それが違憲である場合には無視する権限があると述べたスカリア（Antonin Scalia）判事の一部同意・結論同意意見に四名が賛同している。[61] さらに、一九五二年の Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 連邦最高裁判決[62]のジャクソン（Robert. H. Jackson）判事同意意見において、法律の規定とは異なった行動をとる大統領の権限が存することが認められている。[63] 第二に、現実の執行府の実践とも一致しており、司法長官、ＯＬＣが作成した数々の意見（Opinions）でもこの立場が採用されてきた、という。[64]

2．執行義務の有無の場合分け　こうしてデリンジャーは、大統領はいかなる場合に違憲と考える法律の執行を拒否できるのかについての考察に進んでいく（番号は原文、傍点は筆者）。

①大統領の執行府と権限は憲法によって創設され、憲法の拘束を受けるのであり、大統領はその範囲内で行動することが求められる。大統領には、憲法を含む「法（laws）」に従う義務があり、このことは、憲法二条三節一項の誠実執行条項、憲法二条八節一項の宣誓条項に反映されている。

②大統領が「違憲」と考える法律案が連邦議会で審議中であれば、迅速に違憲部分を明らかにし、懸念を連邦議会に伝え、その改善を求めるべきであるが、実際には、違憲の疑いのある法律案が連邦議会を通過し、大統領に提出される場合もある。

③大統領は、連邦議会を通過した法律の合憲性を推定すべきであるが、明らかに違憲と思われる場合も存する。そのような場合、当該法律が合憲かどうかについて、大統領は独立した判断をすることが可能であるし、判断すべきである。かかる判断に際して大統領は、連邦議会が当該法律を合憲と考えて通過させたものであるという事実に多大な敬譲を示すべきであり、また、可能であれば、憲法上の問題を避けるような憲法適合的解釈を行うべきである。

④法律の合憲性をめぐる連邦議会と大統領の対立を解決するに際して、連邦最高裁が「特別の役割（special role）」を果たす。すなわち、一般論としていえば、連邦最高裁が当該法律を合憲と判断するであろうと大統領が考える場合には、大統領は、自身の判断が最高裁と一致しないとしても当該法律を執行すべきである。他方、大統領が問題となっている法律を違憲であると考え、最高裁もそのように判断するであろうと大統領が考える場合には、大統領には当該法律の執行を拒否する権限が認められる。

⑤大統領の独立した判断の結果、法律が違憲であるという結論に至った場合、大統領は当該法律を執行するか否かの判断をしなければならない。執行するか否かを判断するに際しては、執行することにより生じる、関連する個人の権利に及ぶ影響、執行府の憲法上の権限に対して与える影響についての慎重な衡量を経なければならない。また、連邦最高裁が当該法律の合憲性を審査する機会が存する可能性もまた、執行するか否かの判断に関連する要素である。

⑥大統領には、執行府に憲法上与えられた権限を侵害する違憲な規定に抗する重大な責任（enhanced responsibility）がある。そのような法律であると大統領が考える場合には、連邦最高裁が大統領とは異なる考えを採るであろうと大統領が信じる場合を除き、自身の執行府を擁護し、当該法律に従わない権限を有する。なぜならば、仮に大統領が執行拒否をしないとなると、当該法律の合憲性を連邦最高裁が審査する機会が失われてしまい、結果、執行権に対する違憲な制限が容認され固定化されてしまいかねないからである。もっとも、問題が司法判断に適さない場合もある。

そして司法がどのように判断するのかを考慮する手掛かりが大統領に与えられていないような場合、大統領は自らの責任において、執行府に与えられた憲法上の権限を守らなければならない。一九二六年の Myers v. United States 連邦最高裁判決[65]がこの場合に該当するため、参照に値する。[66]

⑦以上の分析は、問題となる法律に大統領が署名したという事実があったとしても変わらない。憲法の文言は、誰が法律案に署名したかによる区別を設けていないのであり、権利放棄（waiver）ないし禁反言（estoppel）の原則とのアナロジーはこの文脈では成立しない。さらにいえば、アイゼンハワー大統領以降のすべての大統領は、法律案への署名に際して、違憲な規定の執行を拒否する旨を述べる署名声明[67]（signing statements）を出すのが通例となっている。[68]また、一九八三年の INS v. Chadha 連邦最高裁判決[69]において、「憲法上の見地から異議ある部分を含む法律を大統領が承認することは珍しいことではない」と述べられている。[70]

こうしてデリンジャーは、「違憲」な法律に直面した場合、一定の場合には執行拒否も許されると考えるべきであるという中道的な立場を採用している。先に述べたように、ここで示された見解が実務を支配する見解であるとともに、学説上も基本的に支持されている立場であると思われる。[71]

そうすると次に検討を要する問題は、この立場と「擁護拒否」との関係である。

Ⅲ　大統領が「違憲」と考える法律の擁護について

Ⅱでは、大統領が「違憲」と考える法律の執行拒否について見てきたが、Ⅲでは、大統領が「違憲」と考える法律について、それを訴訟において擁護する義務を負うのか否かという論点、さらに、大統領が「違憲」と考える法律を執行しつつも訴訟においてその擁護を拒否するという対応――ＤＯＭＡに対してオバマ政権が採った対

応――の是非について考察する。なお、この問題を考察するに際しては、訟務長官の役割論[72]も重要であるが[73]、本稿では紙幅の都合上、この論点についての考察は差し控えることにしたい[74]。

まず、Ⅱで検討した「執行義務」との関連を踏まえながら、大統領が違憲と考える法律を擁護する義務の有無について考察し（一）、実際に擁護拒否が行われた例を取り上げながら、一義的に擁護義務の有無を論じることはできず、個別具体的な判断が必要であるとする立場を採用する（二）。そのうえで、今回のオバマ政権によるDOMA擁護拒否の是非を論じる有力な論者の議論を取り上げたうえ（三、四）、擁護拒否と司法判断適合性という論点にも言及することにしたい（五）。

（一）執行拒否と擁護拒否との関係

1．解釈上の統合失調症？

先に大統領が「違憲」と考える法律を執行する義務に関する学説の立場を見たが（Ⅱ（一）1、2）、当該法律を執行する義務があるとすれば擁護する義務もあるはずであり、逆に、執行しない義務があるとすれば擁護しない義務があるはず、というのが素直な思考の流れであろう[75]。たとえばプラカシュは、デビンス（Neal Devins）との共著論文において、「大統領が違憲と考える連邦法を擁護する義務は存在しない」し、「そうした法律を執行する義務も存在しない」と論じている[76]。別の論者も、執行するが擁護しないという対応は、憲法二条により大統領に課された憲法尊重擁護義務よりも権力分立を優先させるものであり、順序があべこべの議論であると批判している[77]。

このような見地からすると、DOMAを執行するが訴訟において擁護しないというオバマ政権の対応は、ある論者の立場を借りていえば、「解釈論上の統合失調症[78]」であると捉えられても致し方ないようにも思われる。

2．執行拒否と擁護拒否の相違

しかしながら、執行拒否と擁護拒否との間には見逃せない違いも存する。

この点につき、ジョンセン（Down Johnsen）は、大統領が「違憲」と考える法律が制定された場合、議会が当該規定を自発的に廃止するというのが最も望ましいが、これが期待できない場合には、執行拒否よりも擁護拒否のほうが憲法的に望ましい道筋であるという。[79] ①ＤＯＭＡのように、該当者から何らかの利益を奪う法律を執行拒否する場合、そこに何らの権利侵害も存しないことになるため、当該法律に関する司法判断の道が閉ざされてしまうのに対し、執行するが擁護しない場合には、司法判断の途が開かれる、②内密に行うことが可能である執行拒否とは異なり、擁護拒否の場合、公開裁判の場において当事者が擁護を拒否したことについての主張を展開するため、透明性が保証される、というのがその理由である。[80]

別の論者は、執行拒否よりも、執行したうえで擁護を拒否するという選択のほうが、議会との関係で権力分立の原理を尊重する手法であると指摘する。①擁護拒否の場合は、執行府による法制定と捉えられることを回避できる、②法律を執行することで、象徴的とはいえ、議会に対する敬議の姿勢を示している、③議会に当該法律を擁護する機会を提供している、というのがその理由である。[81] そして司法との関係でも、擁護拒否は、①司法判断の機会を確保し、②裁判所に多様な見解に触れる機会を提供するとして、執行拒否よりも司法を尊重する手法であると指摘している。[82] 要するに、「執行段階と擁護段階のギャップ」戦略は、「大統領は法律の執行を通じてその効力を認めつつ、議会に同法を擁護する機会を与え、とりわけ裁判所に対して、同法の合憲性について大統領が抱いている懸念を伝えることができる」[83] 手法であり、「政府の三つの部門間の生産的な憲法的対話を促進させるという有益な効果を有する」[84] というのである。[85]

このように、執行拒否と擁護拒否との間に相違があるとすれば、必ずしも両者を同一に扱わなければならないわけではないことになる。また、Ⅱで論じたように、大統領が「違憲」と考える法律につき、それを執行する義務があるという説も、逆に執行しない義務があるとする説も、どちらも極論であり、執行府は基本的に両者の中

道的な立場――デリンジャー・メモの立場――を採用していることを鑑みれば、一見するともっともらしく聞こえる「解釈論上の統合失調症」という批判は、擁護拒否に対する致命的な批判とはなりえないように思われる。

(二) 擁護拒否の歴史的実践例

さらに、「訴訟において合憲性が問題となっている法律の擁護という問題は、法律の執行拒否の問題とは別個ではあるが密接に関連しており、一般的に執行府は、執行拒否の場合と概ね同じ基準に従ってきた」[86]と指摘されるように、これまで、執行拒否に関するデリンジャー・メモに近い立場から擁護拒否がなされてきたという事実[87]もまた、「解釈上の統合失調症」という批判を退ける有力な根拠になるように思われる。

それでは、擁護拒否の歴史的実践例としてどのようなものが存在しているのだろうか。ここではメルツァーによる整理を中心に、どのような場合に擁護拒否がなされてきたのかを見ていくことにしよう[88]。

メルツァーによると、次の三つの場面で、法律の執行拒否の実践が見られるという。

1. 法律を擁護する合理的な議論を展開できない場合　第一に、法律を擁護する「もっともらしい（colorable）議論」ないし「合理的な議論」を展開できない場面であり、メルツァー曰く、これが「最も一般的な根拠[89]」である。この場面は、ホルダー書簡が、「『専門的にみて責任ある議論』が可能である場合でも、それを支える『すべてのもっともらしい議論』が『合理的』とは思われない稀有な場合」と述べたものと概ね一致するといってよい。

この場合の具体例として、二〇〇〇年のDickerson v. United States連邦最高裁判決[90]を挙げることができる。一九六六年のMiranda v. Arizona連邦最高裁判決[91]により、いわゆるミランダ警告が憲法上要求されるようになったにもかかわらず、その二年後、任意の自白であればミランダ警告は必要ないとする連邦法が規定された。

当該規定は違憲であるという立場を採用したクリントン政権は、その合憲性が争点となった訴訟の過程で、同規定の擁護を拒否する旨を議会に通告した。[92] 訟務長官も、連邦最高裁において同法を擁護することを拒否したため、連邦最高裁は、同法の合憲性を主張させるアミカス・キュリィを任命するなどして審理し、[93] 最終的に同規定を違憲と判断している。

メルツァーは、いかなる議論が「もっともらしい」かは、議論の余地があるものの、この場面での擁護拒否は近年の政権が一貫して支持してきた立場であり、議論を引き起こすことはほとんどないと評する。[94] ワクスマンも、最高裁が下した判決と明らかに矛盾する法律で、先例を覆すこと以外に合憲性を主張できないような法律は、例外的に擁護しなくてもよいと述べているが、その例として前記の Dickerson 判決を挙げている――ワクスマンは本判決時の訟務長官である――ことから、同趣旨の指摘であるといえよう。[95]

2．権力分立上の問題　第二に、権力分立に関係する事案の場面である。[96] これは、前述したデリンジャー・メモにおいて、とりわけ大統領に憲法上与えられた権限を制限するような法律に対して、大統領はその執行を拒否する強い責任があるとされていたこと（Ⅱ〔1〕2の⑥）と関わる場面である。この場合の具体例として、States v. Lovett 連邦最高裁判決[97] を挙げることができる。

一九四三年、連邦議会は、第二次世界大戦の遂行に必要不可欠な緊急予算法案（Urgent Deficiency Appropriations Act of 1943）を提出したが、その法案には、非米活動委員会（Committee of Un-American Activities）によって共産主義者と疑われた三名の政府職員への給与支払いを禁止するという「付属条項（rider）」が付されていた。F・D・ルーズヴェルト（Franklin Delano Roosevelt）大統領は、戦争遂行のために法案を通す必要があったために法案に署名したが、当該条項は愚かで差別的であり違憲であると批判する署名声明を行った。そして法律制定後、この規定を執行して給与をストップさせたが、当該政府職員らから訴訟を提起された際、司法長官に

当該法律を擁護せずに攻撃する側につくよう指示し、これを受けた訟務長官は、当該規定は権力分立原則と私権剝奪法禁止規定（合衆国憲法一条九節三項）に抵触するため違憲であるとするブリーフを連邦最高裁に提出した。そして最終的に当該規定は連邦最高裁で違憲と判断されている。メルツァーは、このような場合は擁護拒否をすることが必要であると評価している。[98]

また、議会拒否権（legislative veto）に関する一九八三年のINS v. Chadha連邦最高裁判決[99]もこの場合に該当する。[100] 移民帰化局（Immigration and Naturalization Service, INS）が移民国籍法に基づいて外国人の退去強制の停止決定をしたところ、下院が同法に基づき、退去強制の停止を拒否する旨の決定を行ったため、INSはこれに従い当該外国人の退去を命じた。これに対して訴訟が提起されたわけであるが、INSと司法省の法律家は、この議会拒否権を認める当該規定は違憲であるとして擁護を拒否した。訴訟では連邦議会の法律顧問が司法省の代わりに弁護活動を行ったが、[101] 連邦最高裁は七対二で同規定を違憲と判断している。

3．それ以外の場合　第三に、法律を擁護する「もっともらしい議論」が展開可能であり、かつ、執行権を侵害する内容の法律ではないにもかかわらず、その擁護を拒否する場合、すなわち、前述した第一、第二の場合に該当しないが擁護拒否するという場面である。[102] これに該当する事例としてメルツァーが挙げるのが、一九九七年のMetro Broadcasting Inc. v. FCC連邦最高裁判決[103]である。[104]

この事件では、放送免許付与に際してマイノリティを優先するというFCCの方針の合憲性が問題となったのであるが、訟務長官代理を務めた――現在の連邦最高裁長官――ロバーツ（John Roberts）は、当該措置は違憲であると最高裁で主張したため、司法省からの授権を受けて、独立機関であるFCCが自らこの方針の合憲性を擁護することになった。[105] 結果、連邦最高裁は五対四という僅差ながら、当該方針は合憲であると判断している。[106]

その他、訴訟には至らなかった事例であるが、HIV感染者を軍隊から排除するよう求める連邦法の規定をめ

ぐる政治動向も、擁護拒否に関係する事例として重要である。一九九六年国防授権法（National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1996）において、ＨＩＶ感染者の除隊を規定する付属条項が挿入されていた。予算割当法案ということもあり、クリントン大統領は当該法案に署名をしたが、当該規定は平等条項に抵触し違憲であるという署名声明を発した[107]。その署名声明においてクリントン大統領は、当該規定を執行するが、訴訟になった際には擁護しないと述べ、その場合には連邦議会が自ら同法の合憲性を擁護するように求めた。結局、連邦議会が当該条項の発効前に自発的に廃止したため、訴訟には至らなかったが、この一連の出来事もまた、擁護拒否に関わる具体例として挙げることが許されよう[108]。

メルツァーは、擁護拒否が特に問題となるのはこの第三の場面であるという。なぜならば、第一、第二の場面に該当しないときには、執行府は、法律を違憲と考えたとしてもそれを擁護する場合のほうが多く、擁護拒否をした事案は「極めて例外的（extraordinary unusual）」だからである。

4．ＤＯＭＡ執行拒否の位置づけ　以上のように、大統領が「違憲」と考える法律の擁護拒否が認められる場面が存在していることも踏まえるのならば、擁護義務の有無を憲法の規定から一義的に導くのではなく、執行拒否の是非と同様に、多様な要素を勘案しながら判断すべき問題であると思われる。そうだとすると、ＤＯＭＡの擁護拒否について個別具体的にその是非を判断することが必要となる。

それでは、ＤＯＭＡの擁護拒否は前記の三つの場面のどれに該当するだろうか。この点、メルツァーは、ＤＯＭＡの擁護拒否を、「極めて例外的」と評した第三の場面の問題と位置づけている[109]。ジョンセンもまた、第三の場合の一つとして取り上げられていた一九九六年国防授権法に関する事例について、ホルダー書簡で述べられていた、合憲性が疑われる法律を擁護しなくてもよい場合か否かを判断するための二つの要件――法律の合憲性を擁護するための「合理的な議論」ができない場合と、法律が執行権を侵害する場合――を満たさないものの、極

めて例外的に法律の擁護を拒否したことが適切であった事案と位置づけるとともに、これが「DOMAの問題と最も関連する先例」であると評価している。[110]

それでは、そのように位置づけられたDOMAの擁護拒否は、果たして正当化することが可能なのだろうか。この点について、大統領が「違憲」と考える法律を擁護する義務があるか否かは、憲法から一義的な結論が導き出せる問題ではなく、多様な考慮を必要とする「判断の問題（matter of judgment）」であるという立場を共有しつつも、[111] 結論的に袂を分かつことになる二人の論者――すでに本稿で何度も登場しているメルツァーとジョンセン――の議論を見ていくことにしたい。

㈢ 批判論――メルツァーの議論

メルツァーは、諸事情を十分に考慮するのならば、執行府はDOMAを擁護すべきであるという結論に至るとする。メルツァーが考慮すべきとした「諸事情」とは、大要、次のとおりである。

1．連邦議会による擁護の限界　第一に、連邦議会による擁護は執行府による擁護の完全な代打とはならない、という事情である。執行府が擁護拒否をするのならば、連邦議会が代わりに擁護すればよいし、そうすべきであるという議論がありうるものの、[112] ①特に下級裁判所の判断に際しては――ブランダス・ブリーフに象徴されるように――政府側の規制利益の重要性の有無が重要となってくるが、これを連邦議会（またはその一院）だけで立証できるかどうか疑問の余地があること、②政府と訴訟当事者が「懸案の法律は違憲である」という見解で一致している場合、そこに連邦議会が関与したとしても、裁判所としては両当事者の主張のみに依拠して結論を出す可能性が低くないこと、③連邦議会が法律を擁護するために訴訟に介入できるのは、それぞれの院の手続を経て介入が認められた場合のみということ――Windsor 判決では、下院において三対二でかろうじて認められ

た（Ⅰ㈡2）――、すなわち、議会としての擁護ができない場合もありうる、[113] というのがその論拠である。

2．執行府の継続性と一貫性　第二に、機関としての継続性・一貫性を踏まえる必要という事情である。DOMAについていえば、司法省が承認し、クリントン大統領が署名して成立した法律であり、訴訟になった際、G・W・ブッシュ政権下でも、当初のオバマ政権下でも擁護されてきた。それにもかかわらず、その立場を変更して擁護を拒否するとなると、現政権は法律の合憲性を擁護するか否かを政策的選好に基づいて決めていると捉えられかねない。[114] ホルダー書簡がDOMAの合憲性を擁護しない理由を詳しく説明したのは、これを避けようとしたためであるが、メルツァーは、DOMAを擁護するための「専門的にみて責任ある議論が合理的ではない」ことの理由が説明されていないため、説得力を欠いていると批判している。[115]

そして、このように執行府が立場変更をするとなると、執行府内外で軋轢が生じる可能性もある。内部での軋轢とは、①司法省のリーダーシップと、個人的見解を脇に置いて法律の擁護を担当してきた法律家（career lawyers）との軋轢、②執行府内部が必ずしも一枚岩でないにもかかわらず、その意思統一のための説得作業をショートカットすることによって生じる軋轢、である。[116] 外部との軋轢とは、①司法省が政治的に活動していると裁判所によって理解されることによって生じる信頼の低下、②連邦議会を説得して法律の廃止や修正を求めるという正規ルートをバイパスした「憲法という切り札を切る」ことによって、議会の支持を失い、かえって当該法律が長く存続する危険性が生じる懸念、③関連して、大統領の任命のみならず上院の承認が求められる司法省の要職の任命プロセスが政治化してしまうこと、などである。[117]

3．友誼的訴訟？　他方、執行府が真剣に擁護しないのではないかという懸念もある。DOMAに関する訴訟についていえば、ホルダー書簡が出される前において司法省は、議会が主張していたDOMA制定により得られる利益のうち、「効果的な子育て」と「出産の奨励」という利益に基づいてDOMAを擁護することを拒否し

ていたため、執行府によるDOMAの擁護は不十分であったという批判がなされていた。[118] これは、シュトラウス（Peter Strauss）が指摘するように、友誼的訴訟（friendly suit）のようになる危険である。[119]

しかし、この懸念についてメルツァーは、大統領が憲法上の懸念を示した法律が訴訟となった事案において、その合憲性を主張する司法省の主張が一部ではあるが認められた事例[120]や、自分自身の実務経験を取り上げ、かかる懸念を誇張すべきではないと反論している。[121] そして、DOMAの擁護についてメルツァーは、DOMA制定当時の状況からの変化を踏まえれば、司法省が採用した擁護方法よりも、当時の立法記録で示されていた制定目的に依拠した擁護方法のほうが妥当であったとは言えず、かかる訴訟戦術の変化が必ずしもシュトラウスらの懸念を裏付けることにはならないと論じている。[122]

4．一般的見地からの判断　メルツァーは、以上の個別的な検討には異論も予想されることを認めつつも、「しかし私は、より一般的見地からの議論に移ることにしたい。なぜならば、最も重要な問題は、議会制定法の執行や拒否を拒否する裁量がかなりの程度認められるのだと各政権が自認するような統治体制が、果たして魅力的かどうか、である」[123]と述べ、大要、次のように論じる。

今回のDOMAの擁護拒否が憲法上容認されるのならば、今後、これが先例となって同じようなことをする政権が出現する可能性が極めて高い。さらに、これが理論レベルにまで及ぶ可能性もある。たとえば、一九八八年にレーガン（Ronald Reagan）政権下において、ミース（Edwin Mease, Ⅲ）司法長官率いる司法省の法政策局（Office of Legal Policy）が作成した『憲法訴訟のガイドライン』[124]では、「政府の法律家は、憲法の『原意（original meaning）』のみに依拠して憲法上の議論を展開すべきである」[125]とされていたが、このことを踏まえると、将来の政権が法律の執行拒否や擁護拒否を、原意主義という憲法理論に基づいて行う可能性が生じる。[126] とりわけDOMAの擁護拒否は、擁護拒否が認められうる前述した二つの場面――法律を擁護する合理的な議論を展開できない

場面と、権力分立が関係する場面――のどちらにも当てはまらない場面であるため、これが先例となった場合にもたらされる影響は計り知れない。[127]

こうしてメルツァーは、「政権ごとの考え方の多様性」という単純ではあるが重要な理由に照らすのならば、かような統治体制は決して魅力的とはいえない、と結論づけ、[128] その見地からＤＯＭＡをめぐるオバマ政権の対応を否定的に評価するのである。

㈣ 擁護論――ジョンセンの議論

これに対して、メルツァーと同じく、個別具体的な判断によって擁護拒否の妥当性を判断すべきという立場を採用しながらも、結論的にＤＯＭＡをめぐるオバマ政権の対応を肯定的に評価して支持する代表的な論者が、ジョンセンである。ジョンセンは、「法律を擁護する強い推定を働かせるべきであるとするメルツァーの分析の多くに賛成する」[129]としつつも、続けて、「メルツァーの立場は私がこれまで執筆してきたことや経験してきたこととも一致するものである。しかし、私は彼の結論には反対する」[130]と述べている。それではどのようにしてジョンセンは、メルツァーとは正反対の結論に至ったのだろうか。

1．ジョンセンの基本的立場　まず、ジョンセンが「これまで執筆してきた」という立場を確認しておこう。ジョンセンは、憲法は三権を同等の機関としているというだけでなく、三権が協同して憲法解釈に従事する役割を期待していると捉え、ここから、他権に憲法上割り当てられた職務や機能を尊重し擁護する義務と、よりよい憲法解釈と解釈のプロセスとを維持し促進するという義務を導出し、他権の憲法解釈に従うか否かについても、この観点から文脈に依拠したかたちで判断すべき問題であるとする「機能的ディパートメンタリズム（functional depertmentalism）」という憲法解釈の立場を採用している。[131]

このようなジョンセンの立場は、執行拒否に関する前記のデリンジャー・メモで示された立場とおおむね一致するといってよい。デリンジャー・メモが、OLC在籍時[132]のジョンセンの関与のもとで作成されたという事実に照らせば、ある意味で当然であろう[133]。そしてジョンセンは、このアプローチを、擁護拒否の文脈にも応用しようと試みるのである。

それでは、具体的にどのようにしてDOMAの擁護拒否を擁護するのだろうか。ジョンセンは、これまで司法省は、執行府が違憲と考える法律であってもその合憲性を訴訟で擁護してきたが、例外的に、①法律の合憲性を擁護するための「合理的な議論」を展開できない場合、②法律が執行権を侵害する場合には、当該法律を擁護してこなかったということを確認したうえで[134]、この一般的な判断基準は、議会の立法権、そして司法が憲法解釈に果たす「特別な役割」を尊重するものであるとともに、執行府が憲法の意味をめぐる討議に有効に参加することを容認するものであって妥当な見解であるという認識に立つ。そして、一見するとDOMAはこの両者のどちらにもあてはまらないように見えるが、子細に検討すれば、①のヴァリエーションの一つに該当するため、擁護拒否を正当化することができるとする[135]。

2．DOMA擁護拒否の機能的分析　前述のようにジョンセンは、執行拒否の文脈において、機能的ディパートメンタリズムという立場に立ち、その可否を機能的に分析して判断するという立場を採用していたのであるが、かかる分析は、より穏当な対応である擁護拒否にも示唆を与えてくれるという。曰く、「私にとって、機能的、文脈依拠的な分析は、理論として適切であり、歴史的実践にも合致し、実際問題としても極めて重要（vital）な分析である[136]」。そしてこの見地から、ホルダー書簡の分析を試みている。

ジョンセンによると、擁護拒否の可否を判断するに際しては、執行府にDOMAの合憲性を擁護させることが有する「意味」を考える必要がある。なぜならば、いかなる審査基準を用いて平等違反か否かを判断するかは、

単なるテクニカルな問題にとどまらず、他の法律やあらゆるレベルでの国家行為の命運をも左右するほどの「意味」、さらには訴訟における合憲性擁護の方法（Ⅰ㈡1の④）にも影響を及ぼすほどの「意味」を持つ重大な問題だからである。そして、ホルダー書簡にも示されていたように、執行府は立法記録に基づき、ＤＯＭＡが同性愛者に対する偏見に基づいて制定されたものであることを認識しているため、「現実の目的」に依拠した場合には、高められた審査をクリアすることは不可能である。[137] 他方、執行拒否を正当化するために求められる要件は、これよりも低いハードル、すなわち、擁護のための「合理的な議論」ができるか否かであり、ＤＯＭＡを擁護する「合理的な議論」であれば展開できないこともない。なぜならば、高められた審査をクリアするための「合理的な議論」を展開することが不可能だとしても、ＤＯＭＡは高められた審査ではなく合理性審査に服するものであるということを正当化する「合理的な議論」であれば展開できる可能性は存しているからである。それゆえにホルダー書簡は、ＤＯＭＡは合理性審査に服するべきであるとする「専門的にみて責任ある議論（professionally responsible arguments）」は展開可能であるが、その議論は、「合理的（reasonable）」ではない、というやや複雑な議論構成をとることで、今回の事例は擁護拒否が容認される「法律の合憲性を擁護するための『合理的な議論』ができない場合」に該当すると論じた、というのがジョンセンの分析である。

3．メルツァーとの認識の相違　先に述べたように、メルツァーがＤＯＭＡをめぐる政府の措置に異論を唱えた最大の理由は、今回のオバマ政権の対応が広く一般化され、今後それを踏襲しようとする政権が出現することへの懸念であった。[138] この懸念についてジョンセンは、ＤＯＭＡの例外的性格を正しく評価すれば、杞憂に終わるとする。

ジョンセンによると、ＤＯＭＡの例外的性格とは、それが平等保護条項の根本的意味内容に関わる歴史的に重大な事案類型に属する、ということである、ホルダー書簡は、今回の対応が特定の法律の擁護にとどまらず、執

行府が性的指向に基づく差別をどのように考えるか、に関わることを十分に認識していた。すなわち、DOMAを擁護するということは、①性的指向に基づく差別は司法的保護に値しない、②性的指向は可変的である、③LGBTは司法的保護を必要としないだけの十分な政治力を有している、④性的指向に基づく区別は社会的に正当な目的に関連している、といったことを意味することを十分に認識していた、というのである。[139] DOMAに対するオバマ政権の対応を、このような広い文脈のなかに位置づけたときに意味することは、「性的指向に基づく差別の憲法上の位置づけという、現代の市民権に関する問題群のなかで決定的に重要な問題について、大統領が正しいと信じることを公衆そして裁判所に伝えることを選んだ」[140]ということである。こうしてジョンセンは、「合衆国全土から選出された単一の代表として、大統領は、合衆国における平等の意味という、格別の重要性を有する歴史的な憲法的対話への参加者なのである」[141]と述べ、オバマ政権の対応を肯定的に評価するのである。[142]

㈤ 擁護拒否と司法判断適合性

メルツァーやジョンセンらのように、個別具体的な事情の考察を通じて擁護拒否の妥当性を判断するとなれば、考察によって導かれた結論が異なることは不可避である。そしてその結論の妥当性は、展開された議論の説得力に依拠する。この点、私見では、本稿Ⅰで瞥見したDOMAの合憲性をめぐる実体的判断の論理――すなわち、DOMAを単に「身分」や「権利義務」の問題としてではなく、「尊厳」の問題として捉えたこと[143]（Ⅰ㈠2の⑤以下）――との関連で、DOMAの擁護拒否の含意を評価するジョンセンの議論に説得力があるように思われるが、メルツァーの「執行・擁護拒否の状態化」という懸念にも十分な理由があることは否定できない。

それでは、メルツァーの懸念を払拭することは可能であろうか。その一つの可能性は裁判所による統制である。[144] これは、ホルダー書簡において、DOMAの擁護拒否は「議会の立法権を尊重するとともに、裁判所が提起され

た憲法訴訟の最終的な判定者であることを尊重した行動」であると述べられていたこと（Ⅰ㈡1の⑥）に関わる。[145] そしてこれは、Windsor 判決において、ＤＯＭＡの合憲性の論点と並んで、相応の紙幅を割いて検討されていた論点でもあった。

1．論点の所在――訴訟当事者の欠如？　仮にＤＯＭＡの執行がなされないとなれば、ＤＯＭＡ三条により本来受けられないはずであった連邦法上の税制優遇措置を同性婚者が享受できることになる。この場合、法益侵害を受けた私的当事者（injured private party）は存在しないため、原則として、連邦の支出が違法であるという合衆国市民や納税者の訴えには適格が認められない。[146] それゆえ、ＤＯＭＡを執行することで同性婚者の法益侵害状況を創出して司法判断適合性（justiciability）を確保したともいえる。[147]

しかしながら他方で、連邦法上、特段の定めがない限り、司法長官の指揮下で司法省職員が訴訟において合衆国を代表する旨が定められているため、[148] そもそもＢＬＡＧが合衆国を代表してＤＯＭＡの合憲性を擁護する立場にないのではないかという疑問が生じる。[149] この疑問が妥当であるとすれば、オバマ政権の「執行段階と訴訟段階のギャップ」戦略は、「議会の立法権を尊重するとともに、裁判所が提起された憲法訴訟の最終的な判定者であることを尊重した行動」とは言えない可能性が生じる。Windsor 判決で問題となったのは、まさにこの論点であった。

この点について Windsor 判決における両当事者は、政府およびＢＬＡＧに当事者適格が認められるとする立場を採用していた。そのため連邦最高裁は、ハーバード大学のジャクソン（Vicki Jackson）をアミカス・キュリィに任命し、上訴審裁判所は本件のような状況下では裁判権を有しないという立場の議論を展開させる意見書[150] を提出させるという措置を採って、この論点の検討を行った。[151]

連邦最高裁の指名を受けたジャクソンは、本件の状況下ではもはや対立・対審（adverse）が存在していない

ため、連邦高裁は却下（dismiss）すべきであり、連邦最高裁も裁量上告を受理して審理を進めるべきではないと論じたのであるが、[152]法廷意見はジャクソンの議論を採用しなかった。[153]それは大要、次の理由による。

2．Windsor 判決における議論　まず、憲法三条が要求する当事者適格は、①事実上の損害（injury in fact）、②因果関係（causal connection between the injury and the conduct complained of）、③司法による是正可能性、という三つの要件を満たす場合に認められるというのが判例法理であるが、[154]本事案では、控訴・上告審ともに、この要件を満たしている。[155]第一に、裁判所が税の払戻しを財務省に命令することにより、個人が納税を命令された場合と同様に、政府に「現実かつ直接の損害」が生じていると評価できること。[156]第二に、議会拒否権に関する一九八三年の INS v. Chadha 判決[157]において、本件と同様、法律の規定が違憲であると原告・被告（政府）双方が同意している状況下にあったにもかかわらず、憲法三条の「事件性および争訟性」の存在が認められていたことがその理由である。[158]

しかし法廷意見は、引き続き「司法裁量上の当事者適格（prudential standing）」についても考察しなければならないという。なぜならば、執行府がウィンザー側の法的主張に同意している状況においては、「真の、真剣な、重大な争訟」ではなく「友好的で、非対審的な手続」となり、結果、立法過程で敗北した当事者が当該制定法の合憲性を審査させるために事件を裁判所に持ち込むに等しいことになりかねないからである。[159]したがって、仮に憲法三条の当事者適格要件が連邦最高裁の司法管轄を認めるとしても、司法裁量上の考慮によって、「困難な憲法上の争点を照らしだすために裁判所が大きく依拠する、当事者による争点の提示を明確にするための具体的な対審性（adverseness）」が求められる、というのである。[160][161]

さて、本件を審理するか否かに関する裁量上の考慮要素の一つが、アミカス・キュリィが法律の合憲性を擁護するために訴訟に参加していることによって、「対審による争点の提示」がどこまで保障されているといえるか、

である。[162] この点はChadha 判決においても問題になったが、「連邦控裁が上下院からのブリーフを受理することで適切にも対審性の困難をクリアした」[163]。そして、Chadha 判決のような処理の仕方は決して異常な事態ではない[164]。本事案では、ＢＬＡＧの弁護人がＤＯＭＡ三条の合憲性を論証するための実質的な議論を展開し、明確な対審による争点の提示がなされているため、裁量上の考慮は杞憂に終わる。逆に、仮に裁量上の考慮によって本事案の上訴を受理すべきではないということになれば、下級審レベルでのＤＯＭＡをめぐる訴訟が、何らのガイドラインが与えられないまま、増加の一途をたどることになる[165]。

こうして法廷意見は、ＤＯＭＡが一〇〇〇以上の連邦法令に影響を及ぼすものであることを踏まえると、かような「普通でなく切迫した状況（in these unusual and urgent circumstances）においては」、「裁量・政策的（prudential）」という言葉が示すのは、連邦最高裁に司法管轄を認め、その責任を適切に果たすことである」と結論づけるのである[166]。

3．Windsor 判決における留保　もっとも法廷意見は、「この結論は一般的な事案において（in ordinary cases）も何ら問題なく妥当するものではない[167]」として注意を喚起し、「司法管轄に関する当裁判所の判断は、裁量上の根拠に基づいて当該紛争を却下するよう求める議論が実体を欠くということを意味しない、ということを強調する必要がある[168]」として、次のように述べる。

> 執行府が議会に対して当該法律の修正や廃止を求めるよりも、司法の場で当該法律の合憲性を争うことのほうが当然に適切である、ということを本判決は示唆するものではない。仮に困難な憲法上の問題が生じた際、連邦最高裁にルーティーン作業として照会（referred）されるとなれば、政治過程のインテグリティが損なわれてしまう。しかし、本事案はそのようなルーティーンの事案ではない。そして、ＢＬＡＧによる十分な法律の擁護により、連邦政府および数万

の人々にとって直接的な重要性を有する本案（merits）に関する問題を、裁量上の理由によってあいまいにするという事態を避けることを可能としている。かかる状況は、当裁判所が本案に関する判断に進むことを支持するのである。[169]

4．議論の整理　このWindsor判決の立場からすると、オバマ政権の対応を「議会の立法権を尊重するとともに、裁判所が提起された憲法訴訟の最終的な判定者であることを尊重した行動」であると位置づけたホルダー書簡の立場は、一応妥当であると評価できそうである。そして、例外的にではあれ、Windsor判決において司法裁量上の考慮によって司法判断適合性を承認したことは、メルツァーが憂慮した「執行・擁護拒否の常態化」の懸念をある程度払拭するとともに、オバマ政権の対応を肯定的に評価する要素となりうるように思われる。

しかし、連邦最高裁は擁護拒否の常態化に極めて警戒的であり、その例外的性格を強調することを忘れていない。それゆえ、必ずしも執行拒否という手法が「議会の立法権を尊重するとともに、裁判所が提起された憲法訴訟の最終的な判定者であることを尊重した行動」となるわけではないということに注意が必要である。[170]

Ⅳ　日本への示唆――むすびにかえて

以上本稿では、オバマ政権によるDOMAに対する対応を素材に、執行府が「違憲」と考える法律に直面した場合に生じる論点について考察を行ってきた。いうまでもなく、アメリカの議論がそのまま日本に妥当するわけではないし、本稿が取り上げた論点――特にⅢ㈤で検討した司法判断適合性に関わる論点――は、特殊アメリカ的な要素も多い。しかしながら以上の議論は、日本の憲法学にとっても何らかの示唆を与えてくれるように思われる。最後に簡単ながらそれを指摘することで、本稿のむすびとしたい。

(一) 日本における問題の所在

まず「執行拒否」について、日本では、内閣が違憲であると考えたとしても、最高裁による違憲判決が出ていない限り、国会において有効に成立した法律の執行を拒否することは許されないとする立場が通説といってよい。[171] 政府の憲法解釈の担い手たる内閣法制局も、「……憲法七三条の一号には法律を誠実に執行するということが内閣の職務として掲げられております。いやしくも国会を通過して成立した法律に対して行政府である内閣が、それに対して違憲の疑いがあるとか、あるいは若干疑いがあるからその執行を怠るとか、あるいは拒否するというようなことは内閣の立場として許されません」[172]と述べ、この立場を採用している。[173]

1．死刑問題　しかしながら、日本においても法律の違憲性を理由とした執行拒否が主題化しうる場面がないわけではない。死刑執行をめぐる問題がその代表例である。最高裁では、死刑制度は憲法三一条、三六条等に違反しないとした一九四八年の大法廷判決[174]が確立した判例として君臨しており、この判決等を引用しながら、死刑制度違憲論を退けるのが通例になっている。そして、刑訴法四七五条二項は、死刑執行の命令につき、「判決確定の日から六箇月以内にこれをしなければならない」と定めており、文言上、裁量の余地が与えられていない。しかし実際には、六か月以内に法務大臣から死刑執行命令（刑訴法四七五条一項）が出されることはほとんどないこと、死刑に対する個人的・政治的な立場を理由に死刑執行命令を拒否した法務大臣が存在していたこと、機械的に死刑執行をすべきだと主張した法務大臣に対して激しい批判が展開されたことは、周知の事実であろう。本来、こうした対応には「法律による行政」との関係で問題が残るはずであり、[175] それを正当化するには、「違憲」な法律の執行拒否の是非という論点――さらには、誰が「違憲」と判断するのかという論点――の検討も必要ではないかと思われる。[176]

2．集団的自衛権　別の例も挙げてみよう。周知のように日本政府は、憲法九条のもとで集団的自衛権は認

められないという立場を採用してきた。[177] このような状況下で、仮に国会が議員立法により「集団的自衛権の行使を認める法律」を制定した場合、内閣は当該法律を執行する義務を負うことになるのだろうか。これを問う質問主意書[178]に対し、内閣は答弁書[179]で次のように答えている。

> お尋ねは、仮定に係る問題であるが、憲法の規定の解釈に密接な関係のある内容を含む議員の提案に係る立法については、一般論として次のように考えている。
>
> すなわち、憲法の規定の解釈に密接な関係のある内容を含む法案であれば、成立に至るまでの国会の審議の過程で、当該法案の前提となる憲法の規定の解釈に関し、当該規定の文言、趣旨との整合性、当該規定の立案者の意図、立案の背景となった社会情勢、さらには国会において積み重ねられてきた当該規定の解釈をめぐる議論との関係等について十分な議論が行われ、これらの点につき国民に十分説明された上で当該法律が成立することとなると考えられ、また、その過程で、議院内閣制の下、法律の執行に当たる政府の意見も十分に聴取されることが期待される。政府としては、国会が制定した法律について、これを誠実に執行することは当然である（傍点は引用者）。

集団的自衛権に関する従来の政府解釈変更を試みようとしている昨今の状況[180]を踏まえれば、このような法律が成立する可能性は十分にある。その場合、内閣には当該法律を執行する憲法上の義務があるといえるだろうか。この論点は、日本においても内閣が「違憲」と考える法律の執行拒否という問題を考える必要性を示唆するとともに、「国会の憲法解釈による政府の憲法解釈の変更可能性」という論点も併せて提起しているように思われる。[181]

3．擁護拒否

次に擁護拒否についてである。ジョンセンらが指摘していたように、執行拒否よりも執行するが擁護拒否するという対応のほうが、他権との関係で憲法上望ましいとすれば、[182] そして日本でも、執行府が「違憲」と考える法律の執行拒否が問題となりうるとすれば、理論上の問題にとどまる可能性が極めて高いこと

は承知しつつも、擁護拒否に一定の意義を認める余地が残されているかもしれない。

管見の限りではあるが、日本では、アメリカで見られたＤＯＭＡの擁護拒否と比肩しうるような実践例は見当たらない。あえて挙げるとすれば、ハンセン病国賠訴訟熊本地裁判決[183]に対する控訴断念の事例であろうか。政府自身、控訴断念を「極めて異例の判断」[184]と評したこの事例は、周知のように、小泉純一郎総理の政治判断でなされたものである[185]。政府は控訴を断念したものの、平成一三年五月二五日の閣議決定に基づいて声明を出し、熊本地裁判決の論理自体を批判している[186]。そのため、擁護拒否とは必ずしもいえないが、下級審の違憲判決に上訴をしないということは、下級審とはいえ当該違憲判決が確定するのであるから、その有する意味は小さくない。法務大臣または法務大臣の指揮のもとで「国を当事者又は参加人とする訴訟」がなされる日本において（国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律）、果たしてそのような政治判断がどこまで許されるのかは一応論点となろう[187]。

㈡　動態的・多元的憲法秩序という視座

より広い見地からアメリカの議論を見たとき、それが示しているのは、憲法の意味内容をめぐる討議が、制憲時の一回的・静態的な決定から離れて動態的に、そして最高裁のみならず議会や執行府も憲法解釈の討議に加わるという意味で多元的に、展開されているという憲政の現実である[188]。

日本においても近年、特に比較憲法学的な知見を踏まえて、裁判所の憲法解釈の政治性[189]や、政治部門の行う憲法解釈のあるべき姿[190]、三権の憲法解釈権の関係[191]、三権共同による憲法構築[192]、対話というメタファーのもとで違憲審査を把握しようという試み[193]など、動態的・多元的憲法秩序観に基づいた、あるいは親和的な研究が盛んに行われているように見受けられるが、思えば、小林節教授が研究されてきた「政治問題の法理」（統治行為論）は、ま

さにこうした視座と密接に関係する問題であった。「法典自体が高度に抽象的な憲法は、実際には、多くの意見の対立の中に運用されている。そして、このことが、私が憲法学に強い関心を抱く原因となったのであるが、その結果、憲法における政治と法の関係が複雑かつ重要な課題を提供していることを知った。そして、それが、憲法と政治の問題が明白に現れる統治行為論を私が研究するきっかけとなった」[194]と小林教授が述べているとおりである。

そうだとすれば、動態的・多元的憲法秩序観に基づいた、あるいは親和的な観点からの研究が、小林教授の研究業績から得られる示唆は少なくないはずである。その意味でも小林教授の研究は今もなお色褪せない輝きを放っている。

（1） United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013). 本判決については、宍戸常寿「合衆国最高裁の同性婚判決について」法学教室三九六号（二〇一三年）一五八－一六一頁、井樋三枝子「同性婚に関する2つの合衆国最高裁判決」外国の立法二五六巻二号（二〇一三年）等を参照。

（2） Pub. L. No. 104-199, §§ 3(a), 110 Stat. 2419, 2419 (1996) (codified at 1 U.S.C. §§ 7 (2006)). 同法の成立経緯と概要については、小泉明子「家族の価値（family values）とはなにか（二・完）――宗教右派と同性婚」法学論叢一七〇巻二号（二〇一一年）六七－六九頁、石田若菜「同性婚と異性婚における法的保護の平等――近時の婚姻防衛法（Defense of Marriage Act）違憲判決を素材として」比較法雑誌四六巻三号（二〇一二年）三一六－三二〇頁等を参照。

（3） DOMAは三つの条から成る法律であるが、一条はタイトル規定なので、実質は二つの条から成る。本事案では問題となっていないが、二条の内容とその問題点につき詳細は、ヘルマ・ヒル・ケイ（棚村政行訳）「抵触法における同性婚――提案されている婚姻擁護法についての検討」『小野幸二教授還暦記念論文集二一世紀の民法』（法学書院、一九九六年）八三一頁、小泉明子「婚姻のポリティクス（二・完）――アメリカの同性婚訴訟を中心に」民商法雑誌

一三七巻三号（二〇〇七年）三七－四〇頁、孫ピヤワン「アメリカ抵触法における婚姻擁護法（the Defense of Marriage Act）の意義」早稲田大学大学院法研論集一三五号（二〇一〇年）一五一頁等を参照。

（4） 26 U.S.C. § 2056(a).

（5） 連邦地裁判決（Windsor v. United States, 833 F. Supp. 2d 394 (S.D.N.Y., 2012)）、連邦控裁判決（Windsor v. United States, 699 F.3d 169 (2d Cir. 2012)）はともに、ＤＯＭＡ三条を合衆国憲法修正五条違反であるとして違憲判決を下している。

（6） *Windsor*, 133 S. Ct. at 2689.

（7） *Id.* at 2689-2690. ここで法廷意見が例として挙げた連邦法は、移民としての資格を得るためになされた偽装結婚の効力を否定する 8 U.S.C. § 1186(a)(1)、そして、社会保障を享受するための収入をベースとした基準を定めるにあたり、州の立場如何にかかわらず、コモンロー上の婚姻を容認する 42 U.S.C. § 1382c(d)(2) である。

（8） 行政活動検査院（General Accounting Office, GAO）の報告書によると、二〇〇四年段階で、婚姻関係に付随したり、婚姻を条件として付与されたりする権利、利益、特権について定める連邦の法令上の規定は、一一三八あるという。GAO, D. Shah, *Defense of Marriage Act: Update to Prior Report* 1 (GAO-04-353R, 2004), *available at* 〈http://www.gao.gov/assets/100/92441.pdf〉.

（9） *Windsor*, 133 S. Ct. at 2690-2691.

（10） その例として法廷意見が挙げた判決は、Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967) である。

（11） Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 404 (1975).

（12） *Windsor*, 133 S. Ct. at 2691-2692.

（13） *Id.* at 2692.

（14） *Id.*

（15） *Id.*

（16） *Id.* at 2692-2693.

（17） Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528, 534-535 (1973).

(18) Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 633 (1996).
(19) *Windsor*, 133 S. Ct. at 2693.
(20) *Id.*
(21) H.R. Rep. No. 104-664, at 12-13, 16 (1996), *available at* 〈http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-104hrpt664/pdf/CRPT-104hrpt664.pdf〉.
(22) *Windsor*, 133 S. Ct. at 2693.
(23) *Id.* at 2694.
(24) *Id.* さらに、同性カップルに育てられている子どもに対する悪影響も指摘している。
(25) 具体例については、*see Id.* at 2694-2695.
(26) *Id.* at 2695-2696.
(27) *See, e.g.*, William N. Eskridge, Jr., *A History of Same-Sex Marriage*, 79 VA. L. REV. 1483 (1993); Joseph Landau, *Symposium: Defense of Marriage Act: Law, Policy, and the Future of Marriage: Foreword*, 81 FORDHAM L. REV. 537 (2012). 邦語文献も多いが、全体像として、ジョージ・チョーンシー（上杉富之・村上隆則訳）『同性婚――ゲイの権利をめぐるアメリカ現代史』（明石書店、二〇〇六年）、小泉明子「家族の価値（family values）とはなにか（一）――宗教右派と同性婚」法学論叢一七〇巻一号（二〇一一年）六二頁、小泉・前掲注(3)六五頁等を参照。
(28) 概観として、駒村圭吾「同性婚論争とアメリカ」新井誠ほか編『地域に学ぶ憲法演習』（日本評論社、二〇一一年）二九四頁を参照。DOMAをめぐる下級審の動向については、石田・前掲注(2)三二一－三三六頁、小泉明子「婚姻のポリティクス（一）――アメリカの同性婚訴訟を中心に」民商法雑誌一三七巻二号（二〇〇七年）一五一頁等を参照。
(29) 同性婚に関する各州の動向については、井樋三枝子「アメリカの州における同性婚法制定の動向」外国の立法二五〇号（二〇一二年）五頁等を参照。なお、全米州議会議員連盟（National Conference of State Legislatures）のウェブサイトによると、本稿執筆時の二〇一三年八月段階では、一三州とコロンビア特別区において同性婚が合法化されている一方、二九州では州憲法、六州では州法において、婚姻を男女間に限定する規定が置かれているという。

ただし後者に属する州においても、婚姻とは別の形態により、同性カップルに何らかの利益を付与する州も少なくないようである。〈http://www.ncsl.org/issues-research/human-services/same-sex-marriage-overview.aspx〉.

(30) このようにオバマ政権はＤＯＭＡを執行したわけであるが、他方で、様々な仕方で同性カップルに対して――法規定の解釈に際して「家族」「パートナー」という言葉を用いたり、法執行に際して裁量が認められる場合には裁量を行使するなどして――連邦上の待遇改善に向けた取組みをしていたという事実を見逃すべきではない。この点につき詳細は、*see* Joseph Landau, *DOMA and Presidential Discretion: Interpreting and Enforcing Federal Law*, 81 Fordham L. Rev. 619 (2012)。

(31) ホルダーの人物紹介として、高畑英一郎「[法務行政]『ひとつのアメリカ』推進のパートナー」法学セミナー六六三号（二〇一〇年）一九頁を参照。

(32) *Letter from the Attorney General to Congress on Litigation Involving the Defense of Marriage Act* (Feb. 23, 2011), *available at* 〈http://www.justice.gov/opa/pr/2011/February/11-ag-223.html〉.

これは、司法長官が法律の違憲性を理由に執行や擁護をしない等の場合には、その旨を議会に報告しなければならない旨を定める、28 USC § 530D に基づいてなされた報告である。

(33) *See, e.g.*, Gill v. Office of Personal Management, 699 F. Supp. 2d 374 (D. Mass. 2010).

(34) その二つの判決はいずれも後にＤＯＭＡ三条を違憲とした。一つは、Pederson v. Office Pers. Mgmt., 881 F. Supp. 2d 294 (D. Conn. 2012) であり、もう一つが Windsor 事件の地裁判決である Windsor v. United States, 833 F. Supp. 2d 394 (S.D.N.Y. 2012) である。

(35) その根拠として引用された判決は、Bowen v. Gilliard, 483, U.S. 587, 602-603 (1987) と、City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432, 441-442 (1985) である。

(36) その根拠として引用された判決は、Clark v. Jeter, 486 U.S. 456, 461 (1988) である。

(37) その根拠として引用された判決は、United States v. Virginia, 518 U.S. 515, 533, 535-536 (1996) である。

(38) ホルダー書簡は、その具体例を挙げていない。しかし、(2)の根拠としてホルダー書簡は、訟務長官（Solicitor General）経験者のワクスマン（Seth P. Waxman）が執筆した論文を引用している。*See* Seth P. Waxman,

Defending Congress, 79 N.C.L. Rev. 1073, 1083 (2001). そのワクスマン論文は、(2)の場合の例として、Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990)を挙げている。この判決については、Ⅲ(一)3を参照。

(39) たとえば、下院司法委員会は、ホルダー書簡が出された後、直ちに委員長名でこれを非難する声明を出している。Press Release, U.S. House of Representatives Committee on the Judiciary, Smith: *DOJ Has a Responsibility to Defend DOMA* (Feb. 23, 2011), *available at* 〈http://judiciary.house.gov/news/2011/feb/110223DOMA.html〉.

(40) Press Release, *Statement by John Boehner (R-West Chester) Regarding the Defense of Marriage Act* (Mar. 4, 2011), *available at* 〈http://boehner.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=227399〉.

(41) *Id. See also* Rule of the House of Representatives for the 113th Cong. R. II. 8 (2013).

(42) Press Release, *Representative Nancy Pelosi, Pelosi Letter to Speaker Boehner on House Counsel Defense of DOMA* (Mar. 11, 2011), *available at* 〈http://pelosi.house.gov/news/press-releases/2011/03/pelosi-letter-to-speaker-boehner-on-house-counsel-defense-of-doma.shtml〉.

(43) Carrie Johnson, *Attorney General Holder Backs Paul Clement on DOMA Defense*, NPR (Apr. 26, 2011), *available at* 〈http://www.npr.org/blogs/itsallpolitics/2011/04/26/135744243/attorney-general-holder-backs-paul-clement-on-doma-defense〉. このような経緯に関連する憲法問題については、Ⅲ(五)で後述する。

(44) Aziz Z. Huq, *Enforcing (But Not Defending) "Unconstitutional" Laws*, 98 Va. L. Rev. 1001, 1005 (2012).

(45) 横大道聡「大統領の憲法解釈——アメリカ合衆国におけるSigning Statementsを巡る論争を中心に」研究論文集二巻一号（二〇〇八年）二五－三二頁。

(46) Christopher N. May, Presidential Defiance of "Unconstitutional" Law: Reviving the Royal Prerogative 9-38 (1998).

(47) Saikrishna Bangalore Prakash, *The Executive's Duty to Disregard Unconstitutional Law*, 96 Geo. L.J. 1615, 1616-1617, 1629-1631 (2008). プラカシュに賛同する者として、Robert J. Delahunty, *The Obama Administration's Decisions to Enforce, but Not Defend*, §3, 106 NW. U. L. Rev. Colloquy 69, 71 (2012). *See also* Michael B. Rappaport, *The Unconstitutionality of "Signing and Not-enforcing"*, 16 WM. & Mary Bill Rts. 113 (2007).

(48) Huq, *supra* note 44, at 1009, 1036-1046.

(49) Daniel J. Meltzer, *Executive Defense of Congressional Acts*, 61 Duke L. J. 1183 (2012). ちなみにメルツァーは、オバマ政権のもとで、二〇〇九年から二〇一〇年までホワイトハウス法律顧問首席代理（Principal Deputy White House Counsel）を、その後、インテリジェンス諮問委員会（Intelligence Advisory Board）の委員およびインテリジェンス監視委員会（Intelligence Oversight Board）の委員を現在まで務めている（二〇一三年には後者の委員会の委員長に任命されている）〈http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/10578/Meltzer〉。

(50) 28 U.S.C. § 530D.

(51) Meltzer, *supra* note 49 at 1194-1195. *See also*, Parker Rider-Longmaid, *Comment: Take Care That the Laws be Faithfully Litigated*, 161 U. Pa. L. Rev. 291, 300-301 (2012).

(52) Huq, *supra* note 44, at 1037-1041.

(53) Meltzer, *supra* note 49 at 1195-1197.

(54) David A. Strauss, *Presidential Interpretation of the Constitution*, 15 Cardozo L. Rev. 113, 122-127 (1993). *See also* Huq, *supra* note 44, at 1041-1046.

(55) *See generally* Dawn E. Johnsen, *Presidential Non-Enforcement of Constitutionally Objectionable Statutes*, 63 Law & Contemp. Prob. 7, 9-12 (2000). 横大道・前掲注(45)二九－三二頁も参照。

(56) ＯＬＣの組織・職務・機能につき詳細は、横大道聡「執行府の憲法解釈機関としてのＯＬＣと内閣法制局――動態的憲法秩序の一断面〔補訂版〕」研究論文集五巻一号（二〇一一年）一四－三〇頁を参照。

(57) Memorandum from Walter Dellinger, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, to the Honorable Abner J. Mikva, Counsel to the President, *Presidential Authority to Decline to Execute Unconstitutional Statutes* (Nov. 2, 1994), *available at* 〈http://www.usdoj.gov/olc/nonexcut.htm〉.

(58) 横大道・前掲注(45)二九－三〇頁も参照。

(59) Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926).

(60) Freytag v. Commissioner, 501 U.S. 868 (1991).

(61) *Id.* at 906 (Scalia, J., concurring in part and concurring in the judgment).

(62) Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

(63) *Id.* at 635-638 (Jackson, J., concurring).

(64) デリンジャー・メモは、付属資料として複数の意見を添付している。そのうちの一つが、一九八〇年に当時の司法長官チビレッティ（Benjamin R. Civiletti）が作成した、*The Attorney General's Duty to Defend and Enforce Constitutionally Objectionable Legislation*, 4 Op. O.L.C. 55 (1980) である。この文書は、前述した Myers 判決を、「大統領に憲法上課される義務は、大統領に対して違憲な法律の執行を求めるものではないし、当該法律が裁判所によって違憲と判断されるまで、一時的に執行するように求めるものでもない、と判断した」事例であると位置づけている。

(65) Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926).

(66) *See The Attorney General's Duty to Defend and Enforce Constitutionally Objectionable Legislation* 4A Op. O.L.C. 55, 59 (1980).

(67) 署名声明につき詳細は、横大道・前掲注(45)、横大道聡「政府の憲法解釈――アメリカにおける近年の憲法実践から」比較憲法学研究二三号（二〇一一年）一四九頁、梅川健「レーガン政権における大統領権力の拡大――保守的法律家の憲法解釈と署名見解の制度化」日本政治学会編『年報政治学二〇一一-Ⅰ　政治における忠誠と倫理の理念化』（木鐸社、二〇一一年）二四七頁を参照。

(68) デリンジャーは、一九九三年に作成したＯＬＣメモランダムにおいて、憲法上の疑義に基づいて法律の規定の執行を拒否する署名声明は「妥当かつ合理的な大統領の権限行使である」としている。Memorandum from Walter Dellinger, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, to Bernard N. Nussbaum, Counsel to the President, *The Legal Significance of Presidential Signing Statements* (Nov. 3 1993). このメモランダムの詳細については、横大道・前掲注(45)一一-一二頁を参照。

(69) INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

(70) *Id.* at 942 n. 13.

(71) 横大道・前掲注(45)三二-三三頁。

(72) 訟務長官の職務は、合衆国の利害に関わる事件について、最高裁における上訴と訴訟の遂行、弁論を行うことである。28 C.F.R. 0.20.

(73) たとえばある論文は、オバマ政権のＤＯＭＡ擁護拒否について、「この決定の最も驚くべきことはおそらく、当時の訟務長官代理のニール・キャティル（Neal Katyal）がかかる『非擁護』に異を唱えたにもかかわらず、大統領と司法長官が決定を下したことである」と述べている。*Development in the Law, Presidential Authority*, 125 HARV. L. REV. 2057, 2114 (2012). 訟務長官の役割論の観点からオバマ政権の対応を批判するものとして、*see* Charles Fried, *The Solicitor General's Office, Tradition and Conviction*, 81 FORDHAM L. REV. 549 (2012).

(74) この論点について、邦語文献ではとりわけ、北見宏介「政府の訴訟活動における期間利益と公共利益（四）（五）——司法省による『合衆国の利益』の実現をめぐって」北大法学論集五九巻四号（二〇〇八年）一七六三頁、五九巻六号（二〇〇八年）二九四九頁を参照。

(75) Huq, *supra* note 44, at 1036.

(76) Neal Devins & Saikrishna Prakash, *The Indefensible Duty to Defend*, 112 COLM. L. REV. 507 (2012).

(77) Stacy Pepper, *The Defenseless Marriage Act: The Legitimacy of President Obama's Refusal to Defend DOMA* § 3, 24 STAN. L. & POL'Y REV. 1, 20-23 (2013).

(78) Abner S. Greene, *Interpretive Schizophrenia: How Congressional Standing Can Solve the Enforce-But-Not-Defend Problem*, 81 FORDHAM L. REV. 577, 578 (2012).

(79) Dawn Johnsen, *The Obama Administration's Decision to Defend Constitutional Equality rather than the Defense of Marriage Act*, 81 FORDHAM L. REV. 599, 609-610 (2012).

(80) *Id.* at 610-611.

(81) Rider-Longmaid, *supra* note 51, at 306-307.

(82) *Id.* at 307-309.

(83) *Id.* at 307. 同趣旨の指摘として、*see* Waxman, *supra* note 38, at 1078 n. 14.

(84) *Id.* at 312. 他方、大統領の擁護拒否を他機関への敬譲とみることに批判的な見解として、*see* Pepper, *supra* note

77, at 30-34.

(85) さらに、民主的正統性を有する大統領による支持により、裁判所が違憲判決を出す際に生じる「反多数決主義の難点」を一定程度回避できる、というメリットも指摘できるかもしれない。この点については、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、二〇一二年）七〇-七一、八二頁を参照。

(86) Johnsen, *supra* note 79, at 603 (emphasis added).

(87) 司法省による擁護拒否の実例を詳細にリストアップするものとして、*see* Devins & Prakash, *supra* note 76 at 559-566.

(88) Meltzer, *supra* note 49 at 1198-1205. *See also* Huq, *supra* note 44, at 1016-1021.

(89) Meltzer, *supra* note 49 at 1198. *see also* Johnsen, *supra* note 79 at 603-604.

(90) Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000).

(91) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

(92) United States v. Dickerson, 166 F.3d 667, 682 (1998).

(93) *Dickerson*, 530 U.S. at 441-442. なお、このような対応については、後掲注(151)および(162)も参照。

(94) Meltzer, *supra* note 49, at 1199.

(95) Waxman, *supra* note 38, at 1085-1088. ワクスマンによると、このパターンは、制定当時は合憲と思われていたものの、後の連邦最高裁判決により、その合憲性を維持することができなくなった場合が多いという（*Id.* at 1086）。もっともワクスマンは、時には先例の変更も求める場合があるとして、Henderson v. United States, 339 U.S. 816 (1950) において、「分離すれども平等」を合憲としたPressy v. Farguson, 163 U.S. 537 (1896) を覆すように求めた例を挙げている（at 1087）。

(96) Meltzer, *supra* note 49, at 1199-1201. *See also* Johnsen, *supra* note 79, at 603-604.

(97) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

(98) Meltzer, *supra* note 49, at 1201.

(99) INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

(100) Huq, *supra* note 44, at 1018-1020.

(101) *Id.* at 1019.

(102) Meltzer, *supra* note 49, at 1202-1205.

(103) Metro Broadcasting Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990).

(104) 前掲注(38)で指摘したように、ホルダー書簡が、「大統領が問題となっている法律は違憲であると結論づけた場合」に法律の擁護拒否が可能となると述べた際に引用したワクスマンの論文では、この場面の具体例として、Metro Broadcasting, Inc. 判決が挙げられていた。Waxman, *supra* note 38, at 1083. このことに照らすと、ホルダー書簡はこの第三の場面を想定していたといえるだろう。

(105) ただし、この事例は執行府内部における憲法解釈の相違と捉えうる点で、ＤＯＭＡのように執行府として擁護を拒否する場合とは異なるという点には留意が必要である。*See* Huq, *supra* note 44, at 1031-1034. ハクは、このパターンの具体例として、Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976), Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988) を挙げている。

(106) なお、本判決の立場は、一九九五年に下されたAdarand Constructors, Inc v. Pena, 515 U.S. 220 (1995) で事実上覆されている。

(107) Statement on Signing the National Defense Authorization Act of Fiscal Year 1996, *available at* 〈http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=52387〉.

(108) Huq, *supra* note 44, at 1020-1021.

(109) Meltzer, *supra* note 49, at 1204-1205. なお、関連する論点として、合衆国が訴訟当事者ではないが、連邦法の合憲性が訴訟で争点となっている場合において、合衆国とりわけ司法省が当該法律の違憲性を主張するアミカス意見書を提出することの是非がある。連邦最高裁判所規則（Supreme Court Rule）では、アミカス意見書の提出には、当事者の合意を得るか、最高裁の許可が必要であるが（S. Ct. R. 37.2(a)(b), 37.3(a)(b)）、訟務長官に限り、許可なく単独で提出することが認められている（S. Ct. R. 37.4）。さらに、最高裁の側から、訟務長官に対してアミカス意見書の提出を求める場合も多いという。北見（四）・前掲注(74)一八一三頁。この例としてメルツァーは、Brown v. Board

of Education, 347 U.S. 483 (1954) において、司法省が人種別学の違憲性を主張するアミカス意見書を作成した事例を挙げている。メルツァーは、このような仕方での訴訟参加と、合衆国が訴訟当時者となった場合に法律の違憲性を主張する場合とを区別することは困難であるが、前者もまた「極めて稀」であると位置づけている。Meltzer, *supra* note 49 at 1206-1208. Brown 判決に至るまでの政治部門の行動については、見平・前掲注(85)八六－九四頁を参照。同書はその他にも、司法省のアミカス・キュリィとしての訴訟参加が司法積極主義に与えた影響を随所で指摘している（たとえば、一〇〇－一〇三、一六〇－一六一頁など）。

ちなみに連邦法上、政府が訴訟当事者とはなっていないものの、公益に影響する連邦法の合憲性が争点となっている訴訟の場合には、訴訟への介入が認められる。28 U.S.C. § 2403(a). 日本の場合については、後掲注（187）を参照。

(110) Johnsen, *supra* note 79, at 608-609.

(111) Meltzer, *supra* note 49, at 1209, 1235; Johnsen, *supra* note 79, at 603.

(112) 上院の場合、連邦法により、議会に憲法上与えられた権限や責任が関係する係争中の訴訟に対し、上院決議に基づいて、上院法律顧問局（Office of Senate Legal Counsel）がアミカス・キュリィとして介入できる旨定められている。2 U.S.C. § 288e(a). 下院の場合、連邦法ではなく下院規則（House Rule）により、下院法律顧問局が訴訟に介入できる旨定められている（前掲注(41)参照）。また、議員個人として、アミカス書面を作成する場合もある。詳細については、Amanda Frost, *Congress in Court*, 59 UCLA L. Rev. 914, 942-947 (2012). フロスト（Amanda Frost）によると、上下院の法律顧問が訴訟に参加することはそれほど多くないが（*Id.* at 945）、ハク曰く、「異例というわけではない」。Huq, *supra* note 44, at 1029.

(113) Meltzer, *supra* note 49 at 1209-1213. さらに、④訴訟が各地で多数提起された場合など、連邦議会による擁護では対応しきれない可能性があることも、その理由に挙げている。*Id.* at 1213 n. 138. なお、こうした事情も踏まえつつ、訴訟においてより多くの議会関与を認めるべきだと論じるものとして、Frost, *supra* note 112.

(114) Meltzer, *supra* note 49 at 1213-1214.

(115) *Id.* at 1214-1217. このホルダー書簡の立場は、展開される議論の「合理性」の有無を大統領の主観的判断に依拠させることを意味することになると指摘するものとして、*see, Development in the Law*, *supra* note 73, at 2132.

(116) Meltzer, *supra* note 49, at 1217-1218.

(117) *Id.* at 1218-1220. なお、ホルダー書簡を受けてギングリッチ（Newt Gingrich）上院議員が、司法省部局の予算を返還（refund）させるべきとか、大統領を弾劾すべきと述べたと報じられている。*See e.g.*, Paul Bedard, *Newt Gingrich: Obama Could Be Impeached Over Gay Marriage Reversal*, US NEWS, Feb. 25, 2011.

(118) *See, e.g.*, Lynn D. Wardle, *Section Three of the Defense of Marriage Act: Deciding, Democracy, and the Constitution*, 58 DRAKE L. REV. 951, 970 (2010).

(119) Peter L. Strauss, *The President and Choices Not to Enforce*, 63 LAW & COMTEMP. PROBS, 107, 119-120 (2000).

(120) ここでメルツァーが挙げる事例は、Oregon v. Mitchell, 400 U.S. 112 (1970) と、McConnell v. FEC, 540 U.S. 93 (2003) である（Meltzer, *supra* note 49, at 1225-1227）。

(121) Meltzer, *supra* note 49, at 1224-1225.

(122) *Id.* at 1225-1227.

(123) *Id.* at 1228 (emphasis added).

(124) Office of Legal Policy, U.S. Department of Justice, Guidelines on Constitutional Litigation (Feb. 19, 1988), *available at* 〈http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=pur1.32754077977712;view=1up;seq=2〉.

(125) *Id.* at 3.

(126) メルツァーは、同報告書において、避妊具の使用規制に関する Griswold v. Connecticut 判決（381 U.S. 479 (1965)）も、中絶規制に関する Roe v. Wade 判決（410 U.S. 113 (1973)）も、ミランダ警告に関する Miranda v. Arizona 判決（384 U.S. 436 (1966)）も、すべて誤っているとされていることに（*Id.* at 3, 10-11, 44）注意を喚起している。Meltzer, *supra* note 49, at 1228-1229.

(127) *Id.* at 1228-1232. なお、執行府の憲法解釈を補佐するＯＬＣは、最良の法的アドバイスや意見文書を作成するための方針について述べたメモランダム（Memorandum from David J. Barron, acting Assistant Attorney General, to attorneys of the office, *Re: Best Practices for OLC Legal Advice and Written Opinions*, 1-2 (July, 16, 2010), *available at* 〈http://www.justice.gov/olc/pdf/olc-legal-advice-opinions.pdf〉）において、執行府の憲法解釈の場面における先

例の重要性を強調している。横大道・前掲注(67)一六〇－一六三頁を参照。ＯＬＣにおける先例の位置づけについては、*see* Trevor W. Morrison, *Stare Decisis in the Office of Legal Counsel*, 110 Colum. L. Rev. 1448 (2010).

(128) Meltzer, *supra* note 49 at 1228. 執行拒否がもたらすコスト・ベネフィットの観点からこの問題を分析するという立場を鮮明し、メルツァーと同様の結論を導く論者として、*see* Huq, *supra* note 44, at 1046-1089.

(129) Johnsen, *supra* note 79 at 603 (emphasis added).

(130) *Id.*

(131) Dawn E. Johnsen, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?*, 67 Law & Contemp. Prob. 105, 120-130 (2004); Johnsen, *supra* note 79, at 605-606. *See also* Johnsen, *supra* note 55; 横大道・前掲注(45)三二頁。

(132) ジョンセンは、一九九三～九六年まで司法長官補代理（Deputy Assistant Attorney General）を務め、一九九七から九八年までの間は、ＯＬＣ局長代理（Acting Assistant Attorney General）を務めていた。〈http://info.law.indiana.edu/sb/page/normal/1419.html〉. なおジョンセンは、第一期のオバマ政権の成立後早々にＯＬＣ局長に任命されたが、上院の承認が得られずに就任できなかった。この経緯については、横大道聡「オバマと法学者」法学セミナー六六三号（二〇一〇年）三〇－三一頁で触れたことがある。

(133) 正確に言えばジョンセンは、デリンジャー・メモの立場をベースにしつつ、より詳細に執行拒否の是非を判断する考慮要素につき論じているが、ここでは触れない。*See* Johnsen, *supra* note 55, at 44-52.

(134) Johnsen, *supra* note 79, at 603-604.

(135) *Id.* at 604.

(136) *Id.* at 606.

(137) *Id.* at 611-614.

(138) Meltzer, *supra* note 49, at 1227-1232.

(139) Johnsen, *supra* note 79, at 614-615.

(140) *Id.* at 615.

(141) *Id.*

(142) デリンジャーも、ＤＯＭＡを擁護することが有する「意味」について、ジョンセンとほぼ同じ立場に立つ。Walter Dellinger, *The DOMA Decision*, New Republic, Mar. 1, 2001. 執行拒否に関するジョンセンやデリンジャーの立場を、擁護拒否の判断の文脈に応用することに賛同する見解として、*see* Carlos A. Ball, *When May President Refuse to Defend A Statute?: The Obama Administration and DOMA*, 106 NW. L. Rev. Colloquy 77 (2011). 同論文においてボール（Carlos A. Ball）は、①当該憲法問題に関する裁判所の先例が存在しているかどうか、②当該憲法問題の性質が重大な規範的・政策的問題であるかどうか、③懸案の法律の合憲性につき、その立法過程で議会が十分に憲法との関係を考慮したか否か、④執行府以外の機関が当該法律を擁護する可能性が高いか否か、すなわち、司法判断がなされる可能性が高いか否か、という四つの要素――これはジョンセンの立場を参考にボールが定式化した要素である――を総合的に判断して擁護拒否の是非を判断すべきであるとし、結論としてオバマ政権の判断を支持するとしている（*Id.* at 80-94）。また、デリンジャーとジョンセンの考え方をベースにしながら、平等保護の問題領域において大統領の擁護拒否の必要性を強調し、オバマ政権のＤＯＭＡ擁護拒否の正当化を試みる議論として、*see* Rider-Longmaid, *supra* note 51, at 312-361.

(143) この点に関しては、駒村圭吾教授の「意味の秩序」論が参考になるかもしれない。駒村教授によると、「自由を支えまたはこれを制限するものを秩序と呼ぶとすると、自由の秩序にはさしあたり、三つのものが考えられる。①身分の秩序、②権利義務の秩序、③意味の秩序、である」。駒村圭吾「『意味の秩序』と平等」憲法理論研究会編『憲法理論叢書⑳ 危機的状況と憲法』（敬文堂、二〇一二年）一二九頁。そして同性婚問題について、「それが婚姻関係に付属する権利義務の不公平を問題とするなら、②（権利義務の秩序―引用者）の問題であるが、婚姻が『身分法』上の制度であることや、婚姻関係に付随する権利利益の束が生活全体を支える包括的かつ基本的なものであることに照らすと、①（身分の秩序―引用者）にかかわる争点となる。……加えて、同性婚を求める人々が、シヴィル・ユニオン等に満足せず、『婚姻（marriage）』という表徴にあくまでこだわるのは、この言葉によって構成されている社会の意味秩序の改革を求めているからである。そうなると、これは③（意味の秩序―引用者）の問題となろう」と述べている。駒村・前掲注(28)三〇〇－三〇一頁。このように駒村教授は、アメリカにおける同性婚判例を素材に、そこで

の焦点が「意味の秩序」の問題に当てられていることを明らかにしている（駒村・上掲「『意味の秩序』と平等」一三二－一三八頁）。たしかにWindsor判決での直接的な争点は、③意味の秩序ではないし、判決も「婚姻」は州の問題であるとして射程を限定している。しかし、このように同性婚の問題ないし「DOMAの本質」が「尊厳」に関わるとすれば（宍戸・前掲注(1)一六一頁も参照）、DOMAの擁護が有する意味もまた、ジョンセンやデリンジャーが論じたように、個別の法律を擁護するにとどまらない広範な含意を持つことになるという点で、必ずしも①身分の秩序や、②権利義務の秩序には収まらない、③意味の秩序に関係するといってもあながち不当ではあるまい。

他方で駒村教授は、「憲法が最も忌避しなければならない差別は①（身分の秩序―引用者）に関わるものであるが、他方で、③（意味の秩序―引用者）における差別の排除が憲法の保障射程に入るのかどうかは議論の余地がある」（駒村・前掲注(28)三〇一頁、同趣旨の指摘として、駒村・上掲「『意味の秩序』と平等」一三九頁）と述べ、憲法論としての射程に関して慎重な立場を示していた。このような懸念を踏まえてであろうか、Windsor判決は、「DOMAの本質」を「尊厳」の問題と喝破しつつも、射程を限定した判断を下している。

(144) その他、大統領によるご都合主義的な憲法解釈に歯止めをかけ、憲法を含む法の「誠実な執行」を担保するための制度的仕組みを整える必要性を強調して、「最高執行府審判所（Supreme Executive Tribunal）」の創設を提唱するアッカーマン（Bruce Ackerman）の議論を、「執行・擁護拒否の常態化」に対する制度的な処方箋として位置づけることが可能である。Bruce Ackerman, The Decline and Fall of the American Republic 141-179 (2010). 同書のアッカーマンの議論については、横大道聡「『政府の憲法解釈』の論理構造とその分析」憲法理論研究会編『憲法理論叢書㉑ 変動する社会と憲法』（敬文堂、二〇一三年）三九－四一頁を参照。他方、現代の強力な大統領権限を法的に統制することは妥当ではなく、政治的な統制を展望すべきであると論じるものとして、*see* Eric A. Posner & Adrian Vermeule, The Executive Unbound: After the Madisonian Republic (2010).

(145) デリンジャー・メモでも、この視点が示されていたこと（Ⅱ㈡2の⑤）を見逃すべきではない。

(146) Pepper, *supra* note 77, at 18-20.

(147) Greene, *supra* note 78, at 578. グリーンは、DOMAの執行拒否によって、事実上アメリカ合衆国あるいは連邦議会が何らかの法益侵害を受けたといいうるのであるから、連邦議会に対して、当該法律の合憲性に関する宣言的判

決（declaratory judgment）を求める当事者適格を容認することが判例法理上可能であると論じている。そのため、オバマ政権の対応が司法判断適合性を確保するためであるという議論は、このグリーンの立場からすると杞憂ということになる。

(148) 28 U.S.C. 516.

(149) BLAG の当事者適格を否定する議論として、*see, e.g.*, Matthew I. Hall, *How Congress Defend DOMA in Court (and Why the BLAG cannot)*, 65 Stan. L. Rev. Online 92 (2013), *available at* 〈http://www.stanfordlawreview.org/congress-defend-doma〉. その他、執行拒否が訴訟の各段階においてもたらしうる問題につき、Pepper, *supra* note 77 at 25-30.

(150) Brief for Court-Appointed Amica Curiae Addressing Jurisdiction, United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013) (2012 U.S. Briefs 307), *available at* 〈http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/01/DOMA-amicus-standing-brief-1-24-12.pdf〉.

(151) *Windsor*, 133 S. Ct. at 2684. 連邦最高裁は、訴訟の両当事者の見解が対立していない論点について議論させるために、アミカス・キュリィを任命することがあるという。*See* Amanda Frost, *The Limits of Advocacy*, 59 Duke L.J. 447, 466-467 (2009). フロストは、こうした裁判所による争点提示（issue creation）の意義の一つとして、執行府の執行拒否の是非を裁判所が判断することで、立法権を守ることを挙げている（*Id.* at 488-491）。なお、後掲注(164)も参照。

(152) *Windsor*, 133 S. Ct. at 2685.

(153) *Id.*

(154) Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555, 560-561 (1992).

(155) *Windsor*, 133 S. Ct. at 2686.

(156) *Id.* ここで法廷意見は、Hein v. Freedom from Religion Foundation, Inc., 551 U.S. 587, 599 (2007) を引用している。

(157) INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

(158) *Id.* at 930-931, 940 n. 12; *Windsor*, 133 S. Ct. at 2686-2687.

(159) Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288, 346 (1936) (Brandeis, J., concurring); *Windsor*, 133 S. Ct. at 2687.

(160) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 204 (1962).

(161) *Windsor*, 133 S. Ct. at 2687.

(162) *Id.*

(163) *Chadha*, 462 U.S. at 940.

(164) *Windsor*, 133 S. Ct. at 2687. ここで訟務長官が法律の違憲性を認め原審の判断の誤りを認めた場合に、アミカス・キュリィによる議論を容認してきた例として、Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000) を引用している。Dickerson 判決では、両当事者ともに問題となった連邦法の規定（18 U.S.C. § 3501）は違憲であるという立場を採用したため、連邦最高裁はカッセル（Paul G. Cassell）をアミカス・キュリィとして招待して、逆の立場を論じさせた（*Id.* at 441-442）。この点につき、前掲注(151)参照。*see also* Frost, *supra* note 151, at 468-469.

(165) *Windsor*, 133 S. Ct. at 2687-2688.

(166) *Id.* at 2688.

(167) *Id.*

(168) *Id.* at 2689.

(169) *Id.*

(170) この点に関し、Windsor 判決と同日に下された、婚姻を男女間に限定するカリフォルニア州憲法修正の合憲性に関する訴訟である Hollingsworth v. Perry, 133 S. Ct. 2652 (2013) が注目される。

カリフォルニア州民のイニシアティブ――proposition 8 として著名――によって発案され州民投票により成立した同州憲法修正が、連邦憲法に違反するとして提起された訴訟において、州当局は当該規定を執行しつつも擁護することを拒否した――この点で Windsor 判決の事実関係との類似性がある――。そのため連邦地裁は、当該イニシアティブの公式提案者に対して、同憲法修正を擁護するために訴訟参加することを認めたうえで審理を行い、同憲法修正を違憲とした（Perry v. Schwarzenegger, 704 F. Supp. 2d 921 (ND Cal. 2010)）。州当局が控訴を拒否したた

め、イニシアティブ公式提案者が控訴したのであるが、第九巡回区連邦控裁は、控訴が認められるか否かについてカリフォルニア州最高裁判所に意見を求めた。州最高裁は本件のような状況下では、イニシアティブ提案者にはカリフォルニア州法上、同憲法修正を擁護することが認められるとの勧告的判断を下した（Perry v. Brown, 265 P. 3d 1002 (2011)）。これに依拠して連邦控裁は実体判断を行い、同憲法修正を違憲とした原審を支持した（Perry v. Brown, 671 F. 3d 1052 (9th Cir. 2012)）。

連邦最高裁は裁量上訴を受理したが、合衆国憲法三条二項のもと、本件において上告人に当事者適格が認められるかという論点についてブリーフを出すように要求。そのうえで、①上告人は、合衆国憲法三条二項のもとで要求される、「一般的な苦情」とは区別される「個別的な利害」「特定化された利益」を有していないこと（*Id.* at 2661-2663）、②上告人には「事実上の損害」が生じていないこと（*Id.* at 2663-2664）、③上告人に当事者適格を認めるべき特別の事情が存していないこと（*Id.* at 2664-2665）、④カリフォルニア州最高裁判所の判断により、上告人は州の代理人となったとは認められないこと（*Id.* at 2665-2667）、⑤連邦の裁判所における当事者適格の問題は州法の問題ではないこと（*Id.* at 2667）等を理由に、「我々は、州の公務員が州法の合憲性を擁護しないという立場を選択した場合、私的主体には、その合憲性を擁護する当事者適格が認められるという主張を、これまでに一度も支持したことはない」（*Id.* at 2668）として、上告人の当事者適格を認めた原審を取消すとともに、控訴を却下すべきであるという指示とともに事案を差し戻した。本判決については、宍戸・前掲注(1)一五八－一五九頁、井樋・前掲注(1)も参照。

(171) 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）五五九頁、小林直樹『〔新版〕憲法講義Ⅰ（下）』（東京大学出版会、一九八一年）二六七頁、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈日本国憲法下巻』（青林書院、一九八八年）一〇八五－一〇八六頁、芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、二〇一一年）三八七頁〔高田篤執筆〕、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）四九七－四九八頁、等を参照。

(172) 第九六回国会・参議院公職選挙法改正に関する特別委員会会議録第七号（昭和五七年五月一二日）一七頁〔角田礼次郎内閣法制局長官発言〕。

(173) これに対し、西浦公「内閣による法律の誠実な執行について」寺田友子ほか『小高剛先生古稀祝賀現代の行政紛争』(成文堂、二〇〇四年)四二五頁は、「法律の違憲性を理由とする内閣の法律執行拒否を認めない解釈は、必ずしも十全な論証を提供してきたとは言いがたく、少なくともそれを自明の理ということは到底できないように思われる」と指摘する。そして、「むろん、だからと言って肯定説が直ちに成り立つわけではない。肯定説を打ち出すのならば、…誰が法律の違憲性を判定するのかのレベルで議論すべきであり、また、権力分立原理の意味を分離の側面にではなく競合の側面に重点を置いて構成」すべきと論じている(四二五-四二六頁)。この指摘は、――ドイツの議論を参考にしたものであるが――アメリカ流のそれとも親和性を有しているように見受けられる。関連して、横大道・前掲注(45)三七頁も参照。

渋谷秀樹教授も、「内閣も、違憲であると自ら判断すれば、その執行を行ってはならないということを本号(七三条一号のこと――引用者)は要求していると解すべきではないか。この意味が『誠実に』という文言に込められていると解する」とする。渋谷秀樹『憲法〔第二版〕』(有斐閣、二〇一二年)六一〇-六一一頁。しかし渋谷教授は、内閣が「重大かつ明白な違憲の瑕疵のある場合に限って、その執行を拒否できると解する」として、その場面として「裁判所が法律を違憲とした場合」を挙げている。下級審の違憲判決であってもそれが確定した場合には執行しない義務が生じると論じる点で、通説とは一線を画するが、裁判所による判断がなされていない問題についても執行義務を否定する場面が存すると考えているのか否かは定かではない。

(174) 最大判昭和二三年三月一二日刑集二巻三号一九一頁。

(175) 下級審ではあるが、東京地判平成一〇年三月二〇日判タ九八三号二二二頁は、刑訴法四七五条二項は「法的拘束力のない訓示規定であると解するのが相当」としている。政府答弁書も、この立場を採用している(たとえば、平成二三年八月三〇日答弁第四一三号)。この論点については、福田雅章「法務大臣に死刑執行の義務はあるか――死刑執行の停止に関する予備調査を踏まえて」刑法雑誌三五巻一号一一二頁(一九九五年)、石塚伸一「法務大臣の職責――死刑執行を命じることは、法務大臣の職責か?」龍谷法学四五巻二号(二〇一二年)三七七頁等を参照。

(176) 大林啓吾「権力分立制と行政権――死刑執行の裁量」大沢秀介ほか編『憲法.com』(成文堂、二〇一〇年)二六四頁参照。なお文脈は異なるが、公選法改正に関する国会質疑において、「自治大臣として違憲審査権をお持ちです

か」という質問に対し、自治大臣が「私にはその権限はございません」と答弁した例がある。第九六回国会・参議院公職選挙法改正に関する特別委員会会議録第七号（昭和五七年五月一二日）一七頁〔世耕政隆自治大臣発言〕。

(177) この解釈は、一九八一年の答弁書（内閣衆質九四第三二号昭和五六年五月二九日）により確立し、以降はこの立場を踏襲しているという理解が一般的である。関連文献は極めて多いが、さしあたり、鈴木尊紘「憲法九条と集団的自衛権―国会答弁から集団的自衛権解釈の変遷を見る」レファレンス平成二三年一一月号三一頁を参照。

(178) 「集団的自衛権行使の法律による容認に関する質問主意書」（藤末健三参議院議員提出。平成一七年一〇月一三日質問第一〇号）。第一五三回国会・参議院外交防衛委員会会議録第四号（平成一三年一〇月二六日）五－六頁の議論も参照。なお、第一五三回国会・参議院外交防衛委員会公聴会会議録第一号（平成一三年一〇月二五日）一二頁〔坂元一哉公述人（大阪大学教授）発言〕、第一五六回国会・参議院憲法調査会会議録第九号（平成一五年七月一六日）八頁〔村田晃嗣参考人（同志社大学助教授）発言〕、第一五九回国会・参議院憲法調査会会議録第一号（平成一六年二月一八日）八頁〔坂元一哉参考人（大阪大学教授）発言〕等は、これが可能であると述べている。他方、長谷部恭男「憲法・アメリカ・集団的自衛権」奥平康弘ほか編『改憲の何が問題か』（岩波書店、二〇一三年）七八頁脚注一一は、この議論を「きわめて面妖な議論」と評している。

(179) 内閣参質一六三第一〇号平成一七年一〇月二一日。なお、同内容の答弁書は、内閣衆質一五三第三二号平成一三年一二月一八日で既に出されていた。

(180) 二〇一三年八月の答弁書（内閣衆質一八四第五号平成二五年八月一三日）は、「現時点で、集団的自衛権に関する政府の憲法解釈は従来通りである」としつつも、「（安全保障の法的基盤の再構築に関する）懇談会における議論を踏まえて改めて対応していく」と述べ、解釈変更に含みを持たせている。

(181) 類似した国会論議の例として、「国会法で憲法改正原案は内閣に提出権はないんだというふうに書けますか。それは憲法違反になりますか」という問いに対し、内閣法制局が「政府の立場としては違憲であるというふうに申し上げざるを得ない」と述べつつも、「その内容の法律が制定された場合には、それは法律を誠実に執行する義務をまた国は、政府は負うわけでありますから、その国会法の規定を尊重して対処する」と答弁した例がある。第一五一国会・参議院憲法調査会会議録九号（平成一三年六月六日）一二頁〔阪田雅裕参考人（内閣法制局第一部長）発言〕。

なお、横大道・前掲注(144)三八－三九頁も参照。

(182) 日本の学説が、執行拒否を認めない根拠として、「内閣が違憲とみとめる法律の執行を拒否することは、かならずしもつねに訴訟の原因となり、裁判所の判断を導くとはかぎらず、裁判所の解釈によらずに、国会で合憲とされた法律が、内閣の解釈だけで、殺されてしまう可能性があるからである」（宮澤・前掲注(171)五五九－五六〇頁）という点に重点を置いているとすると、擁護拒否の場合にはこの問題を回避できる可能性がある。

(183) 熊本地判平成一三年五月一一日判時一七四八号三〇頁。

(184) 首相官邸のウェブサイトを参照〈http://www.kantei.go.jp/jp/koizumispeech/2001/0525seihuseimei.htm l〉。

(185) 「ハンセン病問題の早期かつ全面的解決に向けての内閣総理大臣談話」（平成一三年五月二五日）、厚生労働省のウェブサイトを参照〈http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/kenkou/hansen/hourei/4.html〉。

(186) 前掲注(185)のウェブサイトを参照。

(187) なお、同法四条は、「法務大臣は、国の利害又は公共の福祉に重大な関係のある訴訟において、裁判所の許可を得て、裁判所に対し、自ら意見を述べ、又はその指定する所部の職員に意見を述べさせることができる」と定める。しかし法律の合憲性が争点となっている私人間の訴訟において、国家が関与することは極めて稀である。戸松秀典『憲法訴訟〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇八年）九四－九五頁。また、戸波江二「国の関与しない違憲判決？」法学教室一六六号（一九九四年）五九頁も参照。

なお、ある答弁書（内閣衆質一〇九第一二号昭和六二年九月一日）は、同法四条による法務大臣の意見陳述について、「司法に対する行政権の自制という趣旨から、裁判所から法務大臣に意見陳述の機会を与えられたときに限ってするべきものとして運用されてきた」としている。

(188) 駒村・前掲注(28)三〇二頁。

(189) 見平・前掲注(85)、金澤孝「憲法理論の新局面――反多数派支配主義という難点（Countermajoritarian Difficulty）からの解放に向けて」法律時報七九巻四号（二〇〇七年）八三頁、武田芳樹「反多数派主義の難点を超えて――政治学と憲法学の対話（一）・（二・完）」早稲田大学大学院法研論集一二五号（二〇〇八年）二三一頁、一二七号（二〇〇八年）七五頁等を参照。

(190) 執行府に関しては、特にその憲法解釈補佐機関に着目した、横大道・前掲注(56)、同・前掲注(67)、富井幸雄「憲法保障機関としてのカナダ法務長官――付随的違憲審査制の補完？」法学会雑誌四六巻二号（二〇〇六年）一三三頁等を参照。議会に関しては、岡田順太「憲法の番人としての議会の可能性――アメリカＯＬＣ報告法案審議を題材として」白鷗法学一七巻一号（二〇一〇年）一〇四頁を参照。

(191) いわゆる「ディパートメンタリズム」という理論潮流である――Ⅲ(四)1で触れたように、ジョンセンはこの潮流の代表的論者の一人である。詳細は、安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立教法学六三号（二〇〇三年）六一頁、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義――憲法解釈の最終的権威をめぐって」帝京法学二五巻二号（二〇〇八年）一〇三頁、同「アメリカにおける憲法構築論と三権の憲法解釈」社会情報論叢一四号（二〇一〇年）七一頁、横大道・前掲注(45)二五－三三頁等を参照。この論点は、憲法解釈の「主体」にも関わるが、その点に関する先駆的業績として、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、一九九一年）を参照。また、土井真一「憲法解釈と憲法学説」公法研究六六号（二〇〇四年）一三〇頁も参照。

(192) 大林啓吾「時をかける憲法――憲法解釈論から憲法構築論の地平へ」帝京法学二八巻一号（二〇一二年）九一頁、同「アメリカにおける憲法構築論と三権の憲法解釈」・前掲注(191)、団上智也「原意主義における憲法解釈と憲法構築の区別の意義」憲法論叢一九号（二〇一二年）三一頁等を参照。また、青井未帆「自律的な憲法秩序について」憲法問題二四号（二〇一三年）二〇頁も参照。

(193) 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌五四巻一号（二〇〇七年）一五頁、岩切大地「イギリス人権法における議会主権と憲法的対話」憲法理論研究会編『憲理研叢書⑰ 憲法学の最先端』（敬文堂、二〇〇九年）一〇一頁。なお総論として、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、二〇一三年）参照。

(194) 小林節『政治問題の法理』（日本評論社、一九八八年）iii頁。