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

Title	裁判官の数をめぐる司法と政治 : アメリカのプラクティス
Sub Title	Judiciary and politics on the number of judges : the practice in the United States
Author	大林, 啓吾(Obayashi, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2023
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.96, No.2 (2023. 2) ,p.63- 95
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	大山耕輔教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20230228-0063

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.

裁判官の数をめぐる司法と政治

――アメリカのプラクティス――

大林啓吾

序
Ⅰ「司法と政治」の意味
1 法と政治
2 司法政治
3 司法と政治
Ⅱ 連邦最高裁裁判官数の変容
1 任命プロセス
2 裁判官数の変遷
Ⅲ コートパッキングの試み
1 唯一の成功例
2 ニューディール期コートパッキング
3 バイデン政権における連邦最高裁改革プラン
Ⅳ 事実上の問題と憲法上の問題
1 事実上の問題
2 憲法上の問題
3 憲法的ハードボール
後 序

「アメリカ人が一七九〇年代に最初の政党を創ると、連邦最高裁はたちまち党派対立の渦に巻き込まれた」(James MacGregor Burns, Packing the Court: The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court, 3 (2009))

序

通常、裁判官の顔ぶれが変わるのは裁判官が交代する場面においてである。裁判官が変われば判決内容も変わる可能性がある。ゆえに、裁判官の交代は判例動向が変わる契機ともいえる。

もっとも、交代以外の時にも、裁判官の顔ぶれが変化することがある。それは裁判官の数自体を変える場合である。とりわけ、アメリカの連邦最高裁のように裁判官の党派的イデオロギーが判決結果に影響する場合[1]、数の変化が司法動向を左右する可能性が高い。これまでアメリカの連邦最高裁は一八六九年の法改正以降九人を維持してきたが、それまでに何度も数が変わってきた。また、ニューディール政策をめぐって司法と政治が衝突した際には、業を煮やしたF・D・ルーズベルト（Franklin D. Roosevelt）大統領がコートパッキングプランを提示してその数を変えようとしたことは有名である。

近時、再び連邦最高裁裁判官の数が脚光を浴びている[2]。トランプ（Donald J. Trump）政権の際に三名の裁判官の交代があり[3]、司法の保守化が決定的となったからである。それに対抗すべく、バイデン（Joseph R. Biden, Jr.）政権は連邦最高裁改革委員会を設置するなど、司法改革を辞さない態度をにおわせている。

このように、裁判官の数をめぐる問題は、連邦最高裁裁判官のイデオロギー構成のバランスが問われると同時に、政治部門による介入を招く要因となりうるものであり、それは司法と政治のみならず、法と政治を併せた問題として捉えてしかるべきであると思われる。

そこで本稿では、アメリカの連邦最高裁裁判官の数に着目し、その変遷を概観しながら、司法と政治の関係を考察する。特に、数の変更が行われた理由と変更後の影響を分析し、そこで生じる憲法問題を検討する。

Ⅰ　「司法と政治」の意味

本稿は、連邦最高裁裁判官の数がどのように変化してきたのかを考察するにあたり、その政治的背景、裁判官の党派的イデオロギーバランス、司法動向の変化または個々の裁判官の変化、政治部門と司法の関係などにフォーカスしながら分析を加えるものである。それは、法と政治（law and politics）および司法政治（judicial politics）の両面から検討を行うものである。アメリカでは両者を区分して考察することがあるが、両者は不即不離の関係にあることが多く、むしろ両方の観点を踏まえながら分析することで司法と政治の関係を広く分析することができると思われる。そこでまず本稿の分析視角を明らかにする。

1　法と政治

広い意味での法と政治は、「司法判断においては法と政治が動態的に相互作用する」[4]ことを研究対象とするものである。つまり、法と政治が織りなすダイナミックな相互作用によって司法判断が形成されていることを分析するものといえる。しかし、「もし法と政治の関係を動態的かつ弁証法的なものとして概念化するのであれば、法と政治の境界線のあり方がまさに問われることになる」[5]。すなわち、司法判断は政治的なものから独立して法的視点によってのみ判断されるべきであるという法学的主張と、司法判断は政治的影響に基づいて判断されるという政治学的主張が対立してきたのであり、近年では司法判断には法と政治の両面が含まれることを認識しながらも両者を切り分けるべきかどうかの議論が行われる傾向にある[6]。

したがって、法と政治の分析は、両者の交錯を認識しつつ、司法は法を軸に判断あるいは外的要因に惑わされずに判断すべきと考えるか、もともと司法判断は政治的影響や外的要因を考慮に含むものであると考えるか、い

ずれかの立場を提示するアプローチが多い。このとき、司法内部の分析に焦点を絞るものもあれば、司法機関と政治機関との関係を分析するものもあり、基本的には広く司法と政治の関係を考察するものといえる。

2　司法政治

一方、司法政治の研究対象は法と政治のそれよりも限定的である。司法政治は、司法判断が裁判官の党派的イデオロギーに基づいていることを分析するものである。[7] そこでは裁判官行動を考察し、それが党派的イデオロギーの影響を受けていることを指摘したり実証したりする。もっとも、党派的イデオロギーの定義は論者によって異なったり、あるいは定義されなかったりすることも多く、任命権者の政党との関係に着目するものもあれば、裁判の争点となっているトピックとの関係に光を当てる場合もある。

ここでも、法に軸足を置くか、それとも政治を基点に考えるかによって、アプローチに違いがみられる。たとえば、法的分析は任命した大統領の党派性に基づいて任命された裁判官をいずれかの党派にカテゴライズするのに対し、政治的分析は裁判官が元々有している党派的イデオロギーに着目する傾向にある。[8]

このように、司法政治は裁判官個人に照射し、その行動と党派的イデオロギーとの関係を分析する傾向にある。そのため、広い視点から司法と政治の関係を考察する法と政治と比べれば、司法政治は司法と政治のミクロな部分を対象とする点に違いがあるといえる。ただし、政治部門との関係に着目しながら裁判官の行動を分析するアプローチもあり、司法政治を研究する場合においても広い視点から考察することもある。[9]

3　司法と政治

一般論を述べれば、法と政治は連邦最高裁の判断と党派的イデオロギーとの関係や司法と政治の相互作用を考

察する傾向にあるのに対し、司法政治は党派的イデオロギーの観点から裁判官の行動分析を行う傾向にある。しかし、論者によっては両方の視点を交えながら分析することもあり、また実際上も両者を峻別することが難しいことが少なくない。たとえば、党派的イデオロギーに基づく司法判断と政治部門の関係を分析する場合、単に司法と政治の関係にとどまるわけではなく、その判断には各裁判官の党派的イデオロギーが絡んでいるわけであり、裁判官の行動分析も関わってくる。また、分析を通じて規範論を提示する場合でも、ポズナー＝ヴァーミュール（Eric A. Posner and Adrian Vermeule）が指摘するように、司法判断について司法外部の観点から分析して司法過程の内部を変えようとするアプローチをとることも少なくない。[10] そこでは両者の分析が交っているわけであり、両者の区分がなされないことも多いことがわかる。

本稿が分析対象とする連邦最高裁裁判官の数をめぐる司法と政治の関係についても、司法部門と政治部門の相互作用を動態的に考察することが意義を有する場面もあれば、裁判官のイデオロギーバランスや裁判官個人の行動が大きな影響をもたらす場面もあり、両方を含めて考察する必要がある。そこで本稿では、法と政治および司法政治の両方の視点を含む形で、裁判官の数をめぐる司法と政治の関係を考察する。

Ⅱ　連邦最高裁裁判官数の変容

憲法は連邦最高裁裁判官の数について何も定めていない。そのため、当初から連邦議会が定める法律によってその数が決められてきた。その数は、一八六九年に変更されて以来、一世紀半以上にわたって九人とされてきた。実際の九人の顔ぶれは人種や性別などの要素が多様化するなど時代によって変化してきたが、数については九人が定着してきたといえる。それ以前の人数は必ずしも一定ではなく、何度か増減を繰り返してきた。

人数変更の理由は二つに大別できる。一つは人的資源要因である。アメリカは当初一三州にすぎなかったが一九世紀の間に領土を大幅に拡大した。それに伴い、巡回裁判所の数も増やすことになった。当時、連邦最高裁の裁判官が巡回裁判所の裁判官も兼ねていたことから、その数を増やす必要が生じた。つまり、人的資源を確保する必要性から生じた増員である。もう一つは政治的要因である。とりわけ、政権交代に際して現政権が次期政権の任命数を減らそうとする場合に生じる傾向にあり、部分的に司法と政治部門の対立が伏在している場合もある。

人的資源要因を理由とする場合はある種の物理的要因なのでスムーズに人数変更が行われるが、政治的要因を理由とした場合は物議をかもすことが多く、人数を変更できたとしても政権交代後に法改正が行われて再度人数が変更されることもある。

1　任命プロセス

憲法は、連邦最高裁裁判官の任命について大統領の指名と上院の承認によって任命されると規定している。憲法二条二節二項は連邦最高裁裁判官の任命について次のように定める。すなわち、「大統領は……連邦最高裁裁判官……を指名し、上院の助言と承認を得て、任命する」[11]と。具体的には、まず大統領が適任と思われる者を指名する。大統領は指名に先立って候補者を選定するために個別に面談等を行うようである[12]。指名が公表された時点で世間的に大きな注目を集めることとなり、政治家、議員、マスコミ等が指名者の情報を収集したりコメントしたりし始める。そこで重大な欠点が見つかったり、あまりに評判が悪かったりすると、大統領が指名を撤回することもある[13]。その後、上院の司法委員会において被指名者に対する公聴会が開かれる。公聴会では、委員が被指名者に対して、憲法に対する考え方、特定の問題に対する意見、過去の経歴や行動など様々な質問を行い、三～四日ほど集中的に審議される。その後、委員会の採決を経て、上院本会議で議決を行い、過半数の賛成を得ら

れれば上院の承認を得たことになる。

大統領を支持する政党と上院の多数派の政党が異なる場合、この任命プロセスは党派に偏らないように機能することが期待された。なぜなら、大統領が露骨に自らの見解に近い人物を指名した場合には上院が反対する可能性が高いからである。実際、レーガン（Ronald Reagan）大統領が保守派のボーク（Robert Bork）を指名した際に上院の賛成を得られなかったのは有名な話であり、野党側の賛同も得られるような人物を指名する必要がある。また、仮に野党側が上院において多数派を形成できていなくても、二〇一七年までは上院一〇〇議席のうち四一議席以上あればフィリバスターによって審議を事実上ストップさせてしまうことができた。上院において三分の二（六〇議席）を確保することは必ずしも容易ではないことから、連邦最高裁裁判官の任命は政党間の妥協により党派的バランスを保つことができる可能性があったのである。

しかし、このような任命プロセスは政治的影響を受けることが前提となっていることから、大統領と上院の政治的駆け引きによって党派的偏向性が軽減されるとしても、任命された裁判官は一定の党派的イデオロギーに基づいて行動する可能性が払拭されるわけではなく、むしろその政治的妥協の結果に沿って判断することが政治部門から期待されることになる。そのため、各裁判官の投票行動は党派的イデオロギーの違いに基づいて分かれることが多く、政治部門は連邦最高裁においていかに自党に有利な状況を創出するか、換言すれば、同じ党派的イデオロギーを有する裁判官によって連邦最高裁の多数派をいかに形成するかに関心を寄せる傾向がある。

連邦最高裁は時に政治部門の重要な政策を覆すこともあり、司法と政治が激しく衝突することがある。ところが、連邦最高裁裁判官の任期は終身制であるため、裁判官の交代によって判例動向を変えるにはかなりの時間を要する。そこで重要になるのが裁判官の数である。裁判官の数を変更することによって連邦最高裁のイデオロギーバランスを変えられる可能性があるからである。

先述したように、憲法は、連邦最高裁裁判官の数については特段の規定を設けていない。そのため、これまで連邦最高裁裁判官の数は法律によって定められてきた。以下、その変遷を考察する。

2　裁判官数の変遷

（1）一七八九年裁判所法

最初に連邦最高裁裁判官の数を決めたのは一七八九年裁判所法（The Judiciary Act of 1789）[14]であった。一七八九年五月四日に憲法が施行されたことに伴い、連邦議会は連邦の司法制度を形成するための立法作業にとりかかった。上院の司法委員会が中心となって原案を作成し、とりわけ後に第三代連邦最高裁長官となるエルスワース（Oliver Ellsworth）上院議員が各意見をとりまとめた[15]。連邦最高裁の裁判官は巡回裁判所の裁判官を兼ねることになったが、その意図は費用の節約と連邦最高裁裁判官の影響力を広げることにあったとされる[16]。連邦司法の役割や管轄権をめぐって意見が分かれたものの[17]、妥協を経て連邦裁判所設立法（An Act to Establish the Judicial Courts of the United States）と題する法が可決され、同年九月二四日、ワシントン（George Washington）大統領が同法に署名して一七八九年裁判所法が成立した。同法により、連邦最高裁裁判官については長官一人と陪席裁判官五人の計六人で構成することになった[18]。

（2）一八〇一年裁判所法

その後、一八〇三年の Marbury v. Madison 連邦最高裁判決[19]が連邦最高裁の第一審管轄権を定めた一七八九年裁判所法一三条を違憲にするまで裁判所法には動きがないようにみえるが、その直前に政治的対立を背景とした裁判官数の変更があった。

フェデラリスト党はワシントン政権に続き、アダムズ（John Adams）政権においても与党となり、連邦議会でも多数派を形成するが、一八〇〇年の選挙でリパブリカン党のジェファーソン（Thomas Jefferson）が圧勝し、大統領および連邦議会の多数派が変わることになった。アダムズ大統領はレイムダック期を利用して残った司法をフェデラリスト党の牙城とすべく連邦の下級裁判所に多くの裁判官を送り込もうとした。他面、連邦最高裁については、次期政権が新たに任命できる裁判官の数を減らしておくべきと考え、一八〇一年裁判所法（Judiciary Act of 1801）[20]を制定した。

同法は連邦最高裁裁判官の数を一名減らして計五人とする一方で、巡回裁判所の裁判官の数を大幅に増やした。また、アダムズ大統領は退任前に多くの下級裁判所裁判官を任命した。

ところが、同法の狙いがあまりに露骨だったこともあり、ジェファーソン政権が始まると、マーベリー（William Marbury）のように職務任命状の交付がなされていない者に対してはそれを交付せず、またリパブリカン党が多数派を占める連邦議会は同法の改正にとりかかった。一八〇二年に一八〇一年裁判所法の撤回案が提案されると、フェデラリスト党側は連邦司法拡大の必要性を唱えて反対したが、それ以上に連邦議会が下級審の裁判官の職を奪うことの是非が司法権との関係で問題となった[21]。リパブリカン党側は憲法三条一節が下級審の内容を立法事項にしている以上、それも可能であると主張したのに対し、フェデラリスト党側は同条項が罪過のない限り職を保持するとしていることを根拠に裁判官職を奪うことはできないと反論した。最終的にはリパブリカン党側が数で押し切る形で一八〇一年裁判所法撤回法（以下、「撤回法」または「一八〇二年法」という）[22]を制定した。

連邦最高裁裁判官の数については、一八〇一年裁判所法が制定されてから撤回法が制定されるまでの間に在職裁判官を一人削減したわけではなかったので、撤回法によって元の六人に戻っただけであり、実際上の変化はなかった。しかし、一八〇一年裁判所法は政治的要因によって連邦最高裁裁判官の数の変更を試みたが、一年で撤

回されてしまい、失敗に終わったという点がここでは重要である。

（3）一八〇七年第七巡回法

一八〇三年にオハイオが州に昇格すると、ケンタッキー州やテネシー州などの地域とあわせて新たに第七巡回裁判所を創設する必要性が生じ、連邦議会は一八〇七年第七巡回法（Seventh Circuit Act of 1807）[23]を制定した。[24]その際、それを兼ねる連邦最高裁裁判官が必要になったので、新たな巡回裁判所の創設に連動する形で連邦最高裁裁判官も一人増員されることとなり、計七名となった。ここでは、人的資源要因によって連邦最高裁裁判官の数が変更されたといえる。

当時のマーシャルコートはMarbury判決によって司法審査権を確立したものの、その後は連邦政府の権限を違憲と判断するのを控えていた。他面、ジェファーソン大統領が新たに任命できる人数が一人増えたもののフェデラリストよりのマーシャルコートの多数派を乗り越えることはできなかったので、政治的要因はほとんど絡んでいなかったと考えられる。

また、これ以降、連邦最高裁裁判官の数は奇数が多くなっていく。短期間だけ偶数になる時期も登場するが、ほとんどは奇数で運用されることになる。偶数の場合は結論をめぐって裁判官が半分に分かれたときに法廷意見を形成できなくなってしまうが、[25]奇数の場合はいずれかが多数になりやすいので、法廷意見を形成しやすくなるからである。[26]

その後、準州の州への昇格ラッシュが続くにつれて巡回裁判所もさらに増やす必要性が生じていくが、奴隷をめぐって南北に亀裂が生じ始めたこともあり、領域に関する事柄が複雑化し、ただちに法改正は行われなかった。[27]

（4）一八三七年第八・第九巡回法

もっとも、中西部や南部を中心に多くの州が成立すると、[28] 物理的に巡回裁判所を増やさざるをえなくなった。そこで一八三七年第八・第九巡回法（Eighth and Ninth Circuits Act of 1837）[29] が制定され、巡回裁判所が九に増えることになった。ただし、第八巡回と第九巡回は南部を中心とした州であったこともあり、奴隷州を抱える巡回裁判所が増える結果となった。同時に、巡回裁判所を担当する連邦最高裁裁判官も増やすことになり、二名増員されることになった。その結果、連邦最高裁裁判官の数は九名となったのである。

一八〇七年第七巡回法と同様、この法改正も基本的には人的資源要因に基づく変更になっているといえる。ただし、奴隷問題を抱える当時の政治状況を考慮すると、そこには政治的要因が微妙に絡んでいる。

この時期の連邦最高裁は、一八三五年にマーシャル（John Marshall）長官が亡くなってトーニーコートが発足するなど変動期にあった。トーニー（Roger B. Taney）を任命したジャクソン（Andrew Jackson）大統領は、州権主義を重視し、奴隷廃止の立場をとっていなかったので、南部の州の自治に対して肯定的であった。ジャクソン大統領の民主党を支持していたトーニーは同じような見解を持ち、後に Dred Scott v. Sandford 連邦最高裁判決[30] で奴隷制の維持を認める判断を下した。そして本法によって新たに設けられた連邦最高裁の椅子に任命されたカトロン（John Catron）裁判官とマッキンリー（John McKinley）裁判官のうち、少なくともカトロン裁判官は奴隷制支持の立場であり、奴隷州における巡回裁判所の増加と併せて考えると、奴隷州に有利な法改正になっているといえる。こうしてみると、同法は南部の州に配慮した側面がないとはいえないだろう。とはいえ、同法による連邦最高裁裁判官数の増加は特定の判決を倒伏しようとしたり、判例動向を転換させようとしたりすることを狙っていたわけではないので、基本的には人的資源要因に基づく法改正であったといえよう。

（5）一八六三年第一〇巡回法

一八五七年に Dred Scott 判決が奴隷制維持を認めた後、一八六一年から南北戦争が始まり、奴隷問題をめぐって南北が分断された。その間も多くの準州が州に昇格し、さらに一八五〇年にカリフォルニアをメキシコから割取するなど、西に向けて州が拡大した。そのため、あらためて巡回裁判所を増やす必要性が生じた。

そうして制定されたのが一八六三年第一〇巡回法（Tenth Circuit Act of 1863）[31]である。巡回裁判所の追加に伴い、兼職する連邦最高裁裁判官の数も一人増え、計一〇名となった。後にも先にも連邦最高裁裁判官の人数が二桁台になったのはこの時期だけである。南北戦争中ということもあり、戦争終了後に設置するという選択肢もあったが、新たに巡回裁判所を設置することで連邦の管轄であることを示すと同時に、一八六三年の奴隷解放宣言との相乗効果を狙う意図が含まれていた可能性がある。また、何人かの連邦最高裁裁判官が南部に同情的であったことから北部よりの人物を送り込む必要があったとも指摘される[32]。この時点で後日の再建期における政治的対立をどこまで想定していたのかは定かではないが、再建期においては南部諸州の取り扱いやドル紙幣をめぐる争いが連邦最高裁に上がってくることになるので、その意味では北部側があらかじめ楔を打っておいたようにも思える。

とはいえ、巡回裁判所の増設に合わせて連邦最高裁裁判官の数を増やしたという点ではこれも人的資源要因に基づく変更といえる。明確な政治的意図によって数が変更されるのは次の法改正であった。

（6）一八六六年巡回裁判所法

南北戦争が終わると、時代は再建期に入るが、共和党急進派は南部諸州に対する強硬姿勢を弱めなかった。一方、リンカーン（Abraham Lincoln）大統領暗殺後に大統領に就任したジョンソン（Andrew Johnson）大統領は

南部に対する穏健策をとることで合衆国を維持するスタンスをとったので、連邦議会の共和党としばしば衝突することとなった。[33]

また、連邦議会は連邦最高裁に対しても強硬策を阻害するのではないかとして懐疑的な眼差しを向けていた。たとえば、南北戦争中の軍事委員会による裁判の合憲性が問題となったEx parte Milligan連邦最高裁判決[34]は裁判所が開かれている中で軍人ではない者を軍事委員会で裁くことはできないとしており、連邦議会の共和党急進派からすれば、北部の強硬策についてもそれを妨害する可能性があると受け止められたのである。

そうした中、一八六六年、ジョンソン大統領はカトロン連邦最高裁判官の後任にスタンベリー（Henry Stanbery）を指名したが、連邦議会は、スタンベリーの指名も含め、ジョンソン大統領の意向が連邦最高裁に影響を与えることを防ぎ、連邦最高裁が北部の強硬策を妨害しないようにするために連邦最高裁の数を減らす法律を制定した。[35]それが一八六六年巡回裁判所法（Judicial Circuits Act of 1866）[36]である。

同法は、連邦最高裁裁判官の数を一〇人から七人に減らし、[37]さらに巡回裁判所も一つ減らした。そのため、それまで連邦最高裁裁判官の人数と巡回裁判所の数は比例していたが、本改正により、必ずしもそれぞれの数は一致しないこととなった。[38]

これまで連邦最高裁裁判官の数を増やすことはあっても減らすことはなかった。一八〇一年裁判所法は減らす試みであったが、翌年の撤回法によって実現しなかった。そのため、本法は初めて連邦最高裁裁判官の数を減らすことになったのである。

本法は、大統領の裁判官任命の機会を減らすという政治的要因に基づき、裁判官の数を変更したといえる。

（7）一八六九年裁判所法

ジョンソン大統領がスタントン（Edwin McMasters Stanton）陸軍長官を罷免したとき、連邦議会の共和党急進派との緊張が高まり、一八六八年に下院はジョンソン大統領に対して弾劾の訴追を行った。上院の弾劾裁判では僅差で弾劾を免れたが、ジョンソン大統領と連邦議会の対立は深まる一方であった。もっとも、ジョンソン大統領は一八六九年三月に退任予定であったため、連邦議会は早くも次の政権を睨んだ動きを始めた。新たに共和党のグラント（Ulysses S. Grant）が大統領に就任すると、連邦議会は連邦最高裁の裁判官の数を増やし、連邦最高裁を共和党寄りにしようと画策した。そこで連邦議会は一八六九年四月に一八六九年裁判所法（Judiciary Act of 1869）[39]を制定して、連邦最高裁裁判官の数を二人増やし、定員が九人となった。

一八六六年巡回裁判所法による減員の移行段階であったこともあり、連邦最高裁裁判官の現職数は一八六九年の時点で八人だったため、グラント大統領は同年一二月にスタントンを連邦最高裁裁判官に指名した。ただし、スタントンは上院の承認後四日後に死亡してしまった[40]。そのため、新たな裁判官の任命は翌年に持ち越されることになるが、当時大きな問題となっていたのが、南北戦争時に政府が発行した紙幣（グリーンバック）の合憲性であった。憲法は金銭借用権や貨幣鋳造権などを連邦議会に付与し、連邦議会はそれらの権限を実施するために必要かつ適切な法律を制定することができることになっていたが、紙幣を発行することができるかどうかは定かではなかった[41]。政府は南北戦争後もグリーンバックをそのまま法貨として通用させようとしたが、その合憲性が裁判で争われていたのである。ところが、チェイス（Salmon P. Chase）連邦最高裁長官は自身の財務長官時代にそれを発行していたにもかかわらず、もともとグリーンバックの発行には懐疑的であったこともあり、連邦最高裁が違憲判断を下す可能性もあった。しかし、そうなると、財政上の大混乱が起きるおそれがあり、政府は連邦最高裁の判断を様子見しながら裁判官人事をうかがっていた。

こうした状況下で判断されたのがHepburn v. Griswold連邦最高裁判決[42]であった。連邦最高裁は五対三でグリーンバックを違憲としたため、それも政治の影響を受けることとなる。グラント大統領は増えた裁判官席にグリーンバック合憲派の裁判官を入れることでHepburn判決を覆そうとしたのである。そこでグラント大統領は、Hepburn判決同日（一八七〇年二月七日）、ブラッドリー（Joseph P. Bradley）を裁判官に指名し、グリア（Robert C. Grier）裁判官の後任にストロング（William Strong）を指名した。その結果、合憲派が五人、違憲派が四人となり、グリーンバックが合憲になる可能性が出てきた。実際、翌年のLegal Tender Cases連邦最高裁判決[43]は五対四でグリーンバックを合憲とした。

このように、一八六六年巡回裁判所法と一八六九年裁判所法は政治的意図に基づく連続した改正とみることができ、政治的要因によって裁判官の数を変更し、政策実現を成功させた唯一の例といえる。再建期におけるコートパッキングが成功したものなので、本稿ではこれを再建期コートパッキングと呼ぶことにする。

（8）人的資源要因と政治的要因

以上の事例をみると、それらは人的資源要因か政治的要因のいずれかに該当することがわかる。すなわち、一八〇七年第七巡回法、一八三七年第八・第九巡回法、一八六三年第一〇巡回法は人的資源要因に基づき、一八〇一年裁判所法および一八〇二年法と、一八六六年巡回裁判所法および一八六九年裁判所法は政治的要因に基づくものであるということである。中には、一八三七年第八・第九巡回法のように両者が混在しているようなケースもあるが、主要因を中心にいずれかに当てはめるとすれば、このような整理をすることができよう。

これらのうち、一八〇一年裁判所法と一八六六年巡回裁判所法は最も政治的色彩が濃いといえる。いずれも、大統領にできるだけ新たな裁判官を任命させないようにしようとして数を減らしたからである。そのため、法改

正の狙いという観点からすれば、裁判官数の減少は大統領の任命権の抑制という側面が強い。もちろん司法権に対する影響も見逃せない。数の減少によって判断内容に影響が生じる可能性があるからである。もっとも、数の減少がただちに司法動向に影響を与えることは難しい。というのも、憲法上、連邦最高裁裁判官は弾劾または罪過がなければ辞めさせられることはないことになっているため、人数を減らす場合でも現役裁判官を失職させることはできない。そのため、一八六六年巡回裁判所法のように、後任を補充しないというプロセスを経ることになり、すぐに司法動向を変えることは難しいといえる。

一方、政治的要因によって裁判官の数を増やす場合、それはただちに司法動向に影響を与える可能性がある。一八六九年裁判所法に基づく裁判官数の増加によってグリーンバックが合憲になったように、数の増加は司法動向に影響を与えやすいのである。この方法においても大統領の任命権に関係するものの、数の減少と異なり、増やす分には大統領の任命権を制約することにはならない。そのため、ここでは司法権との関係が主な問題となってくる。

なお、南北戦争後、修正一四条など新たな権利の創出、産業の発達、交通手段の発達、労働立法の展開などにより、訴訟件数が増加して連邦最高裁の業務が激増したため、連邦議会は一八九一年に巡回区控訴裁判所を設立する法律を制定した[44][45]。エバーツ法[46]と呼ばれるこの法律は、連邦地裁の判断に対する控訴を受け付ける裁判所として巡回区控訴裁判所を設けると同時に連邦最高裁における裁量上訴制度を部分的に試みるものであり[47]、巡回区控訴裁判所が連邦地裁の判断をあらためて判断することにより、連邦最高裁の業務を減らそうとした。裁量上訴については一九二五年裁判所法[48]が裁量上訴制度の対象を拡大した[49]。こうして現在のように、連邦地裁、連邦高裁、連邦最高裁の順で上訴される仕組みになり、また連邦最高裁が取り上げる事件については裁量上訴が大きなウェイトを占めるようになったのである。

あわせて、一九一一年の法律によって連邦最高裁裁判官の巡回裁判官の兼職も廃止された。[50] そのため、その後は巡回区の増加に合わせて連邦最高裁裁判官の数を増やす必要がなくなり、一八六九年から今日に至るまで連邦最高裁の数は変化せず、九人のままである。[51]

もっとも、その間、連邦最高裁裁判官の数を変えようとする試み自体は存在した。ニューディール期におけるコートパッキングである。コートパッキングという観点からみると、法改正における成功例と失敗例とに分けることができ、さらにそれ以外に法改正には至らなかった事例も検討対象に入ってくる。

Ⅲ　コートパッキングの試み

1　唯一の成功例

一八〇一年裁判所法および一八〇二年法、一八六六年巡回裁判所法および一八六九年裁判所法はそれぞれセットで政治的要因に基づく法改正として位置付けられるが、当初の政治的意図が成功したのは後者の再建期コートパッキングのみである。

先にみたように、この再建期コートパッキングでは連邦議会の共和党急進派がジョンソン大統領による連邦最高裁裁判官任命を防ぐために数を減らし、退任後に数を増やすという露骨な方法であった。また、数を増やすことでグリーンバックの合憲判断を獲得することにも成功したので、それは政策転換の側面も有する。

このようなコートパッキングは数の減少によって大統領の任命権を制約するという点で執行権との関係が、そして数の増加によって司法権に介入するという点で司法権との関係が問題となる。連邦最高裁裁判官の数の設定自体は連邦議会の裁量に委ねられていると考えられるものの、その狙いがあからさまに他権に対する制約や介入

になる場合は権力分立上の問題を惹起するからである。

もっとも、その後、コートパッキングのための法改正が実現されたことはない。連邦最高裁裁判官の巡回裁判所の兼職制度が廃止された結果、人的資源を確保するために数を増やす必要がなくなり、九人という数で安定したと同時に、人的資源理由がない中で数の増減を行うことは政治的理由に他ならないことになり、憲法上の問題を引き起こす可能性が高くなったことがその理由として考えられる。

しかし、コートパッキングが試みられた事例は存在する。それが有名なF・D・ルーズベルト大統領のコートパッキングプランである。(52)

2　ニューディール期コートパッキング

一九三三年、世界恐慌の中で大統領に就任したF・D・ルーズベルト大統領はニューディール政策を掲げ、銀行の安定、公共事業の展開、適正な労働条件、雇用確保や生産調整などを実施し、政府が市場経済に積極的に関与するスタンスに転換した。しかし、当時、連邦最高裁ではロックナー期が続いており、経済的自由を重視するスタンスを維持していた。そのため、一九三五年には全国産業復興法（NIRA）が違憲とされ、(53) 一九三六年には農業調整法（AAA）も違憲とされるなど、(54) ニューディール政策の重要な部分が司法によって止められてしまう事態に陥った。これらの判決では主として保守派の裁判官が違憲の立場をとっていたため、F・D・ルーズベルト大統領は裁判所の連邦最高裁の人数を変更することで司法判断を変えようと考えた。

とはいえ、人数を増やすためには相応の理由が必要である。そこで目を付けたのが裁判官の年齢だった。当時、リベラル派は、ブランダイス（Louis D. Brandeis）（八一）、ストーン（Harlan F. Stone）（六五）、カードーゾ（Benjamin N. Cardozo）（六七）、ヒューズ（Charles E. Hughes）（七五）で、保守派はマクレイノルズ（James C.

McReynolds）（七五）、サザランド（George A. Sutherland）（七五）、O・ロバーツ（Owen J. Roberts）（六二）、バトラー（Pierce Butler）（七一）、デヴァンター（Willis Van Devanter）（七八）であり、保守派は一人を除き七〇歳を超えていた。F・D・ルーズベルト大統領は、司法に新しい考え方を持ち込む必要があることを大義名分として掲げ、七〇歳以上の高齢の裁判官の数だけ人数を増やす提案を行った。この時点で六人の裁判官が該当し、そのうち四人が保守派であるため、新たに六人分のリベラル派の裁判官が入れれば、一五人中一〇人をリベラル派で占めることができ、多数派を形成できると考えたのである。

F・D・ルーズベルト大統領は一九三六年の大統領選挙で圧勝したのを背景に、一九三七年にいわゆるコートパッキングプラン（The Judicial Procedures Reform Bill of 1937）を下院および上院に提出した[55]。だが、司法権に対する不当な介入であるとして批判も根強く、物議をかもした。そうした中、O・ロバーツ裁判官が態度を変えたことにより、West Coast Hotel Co. v. Parrish 連邦最高裁判決[56]はニューディール政策に類似の州の最低賃金法を合憲とした。その後、保守派の裁判官の辞任が続き、ニューディール政策を実施できることとなった。

コートパッキングプランは法律として成立したわけではないが、大統領選挙で圧勝したことを背景にこれを出したことで、司法が民意を尊重するようになったのではないか、あるいは政治部門が介入する前に対応したのではないかなど、様々な議論がある。

ただし、この事例をもって、ただちにコートパッキングの成功例と結びつけるのは早計である。むしろ実際の数の変更という意味ではコートパッキングは実現しなかったわけであり失敗例という位置づけとなる。他面、結果論からすれば、コートパッキングプランとしては成功したわけであり、将来的にもこの種のプランが提示される可能性が残されることとなった。それが検討されているのがバイデン政権（二〇二一～）である。

3　バイデン政権における連邦最高裁改革プラン

（1）ロバーツコートの保守化

二〇〇五年から始まったロバーツコートは、保守派が四人、保守的中道派が一人、リベラル派が四人で、やや保守よりの陣容で出発した。[57] ところが、トランプ政権時に保守的中道派が辞任、リベラル派の一人が死去し、その後任に保守派の裁判官を任命したため、二〇二〇年以降は保守派が六人となった。ロバーツ（John G. Roberts, Jr.）長官以外はあまりリベラル派と妥協しない顔ぶれであり、ロバーツコートの保守化が強まった。

とりわけ、オバマケア、中絶、投票権法、政治資金規正、アファーマティブアクション、信教の自由、銃規制といったような保守派とリベラル派が激しく対立していた問題につき、連邦最高裁はますます保守的判断を下すようになった。

バイデン政権はそうした状況を打開すべく、政権発足後ただちに連邦最高裁の改革を検討し始めた。

（2）バイデンの連邦最高裁改革委員会

バイデン大統領は二〇二一年四月九日に大統領命令一四〇二三号（Executive Order 14023 of April 9, 2021）[58] を発し、大統領の諮問委員会として連邦最高裁改革委員会（Presidential Commission on the Supreme Court of the United States）を設置した。

メンバーについては、大統領が著名な憲法学者、退官後の司法関係者、司法分野に知見の深い者を任命することになっており、[59] 大統領が二人の共同委員長を指名することになっている。[60]

重要なのはその職務内容である。同委員会は、立憲主義における連邦最高裁の役割と運用および現行の連邦最高裁裁判官の任命制度の機能についての現在の議論状況を説明し、連邦最高裁裁判官の任命制度についてこれま

でに批判されたり提案されたりした改革案の歴史的背景を明らかにし、連邦最高裁裁判官の任命制度の改革案の是非に関する主な論点の分析を行い、最初の会議から一八〇日以内に大統領に報告することになった。[61]

同委員会は二〇二一年一二月七日に二八八頁に及ぶ報告書[62]を提出した。そこでは裁判官の数をめぐる問題も検討対象となっており、歴史的展開を振り返りながら、数の変更に賛同的見解と批判的見解の両方を提示している。歴史的展開については先に挙げた点以外に、数に関する憲法修正にも触れている。それによれば、連邦議会の議員らが一九五〇年代に連邦最高裁裁判官の数を九名で固定するという修正案を検討したという。[63]その狙いは裁判官の数が政治問題化して司法の独立を損なわないようにする点にあった。しかし、数を変更する必要性が生じる可能性もあるので固定してしまうのは賢い方法ではないなどの批判もあり、修正には至らなかったとしている。

そして報告書は裁判官の数の増員につき、賛成論と反対論を提示している。賛成論は、憲法一条の必要かつ適切条項に基づき、連邦議会が法律で数の増員を定めることができるという前提の下、増員によって連邦最高裁の機能を高めることができるとする。数が増えれば、多様な視点から判断することができ、また多くの事件を処理することができるようになるからである。[64]

一方、反対論は数の変更自体が政治による司法介入となるので司法の独立を弱めることになり、市民は政治劇場化した司法に対して信頼を抱かなくなるため司法の正当性が弱まり、また市民の多くは政治による数の変更に否定的であることから民主的正当性も弱いとする。[65]

このように報告書は賛否両論を挙げた上で、どちらかを適切だと断じることはできないとした。[66]この論点に限らず、連邦最高裁改革委員会は党派的中立性を前提としたこともあり、報告書において採用すべき案を提示することは行っていない。同委員会のメンバーであるルーズベルト（Kermit Roosevelt Ⅲ）教授によれば、この委員会の役割は問題点を明らかにしたりその対応方法を考えたりすることであり、それを踏まえてどのような結論を

出すのかは政治の役割であるとしている。[67]

Ⅳ　事実上の問題と憲法上の問題

1　事実上の問題

連邦最高裁裁判官の数がここまで問題になるのは、良くも悪くも、連邦最高裁が司法積極主義的傾向にあり、[68]そして党派的イデオロギーに基づく判断をしているとみなされているからである。政治部門からすれば、司法は民主的正当性を欠くにもかかわらず政策を妨害する存在として映るわけであり、態度変更を求めても不思議ではない。

しかし、これまでの歴史的展開を踏まえると、政治部門がコートパッキングを実践したのは再建期コートパッキングのときだけである。それ以外の時期にも政治部門が司法を批判し、その態度変更を求めた時期はあったが、コートパッキングには至っていない。その意味では、政治部門はコートパッキングを実行に移してはならないという憲法慣習が存在してきたという指摘もある。[69]

また、ニューディール期コートパッキングのような圧力がなくても、司法の党派的陣容は自然と変遷してきた。たとえば、ニューディール以降、連邦最高裁はリベラル系裁判官が多数を占めるようになり、一時は七対二でリベラル派が席捲し、その優位は揺るがないように見えた。しかしながら、その後裁判官の交代を経ていくうちに保守的裁判官が増え、ロバーツコートでは六対三となり、保守派が優位に立っている。裁判官の死亡に伴う交代は偶然の産物であり、それによって司法のイデオロギーバランスが維持されてきたともいえる。

また、裁判官が常に任命した大統領の党派的イデオロギーに親和的であるとは限らない。共和党のフォード

（Gerald Ford）大統領に任命されたスティーブンス裁判官がリベラル派の裁判官として活躍したり、共和党のレーガン大統領に任命されたケネディ裁判官が中道派の裁判官の役割を担ったりするなど、裁判官が任命後に大統領の思惑とは異なるスタンスをとることもありうる。

憲法が定める任命プロセスは上院の承認を求めていることからすれば、一方の党派に偏らない人物を任命することが想定されており、実際、上院が党派色の濃い人物を拒否したケースも存在する。そのため、政治状況次第では党派的バランスを整える機会が生じる可能性もある。

このように司法の党派的偏向はいずれ解消される可能性があるわけであり、長期的な視点に立って時の流れに任せた方がいいといえるかもしれない。むしろ、政治部門がコートパッキングによって司法に介入することは様々な憲法問題を惹起するおそれがある。

2　憲法上の問題

コートパッキングは政治的意図に基づいて司法動向を転換させることを狙いとするものである。それは政治による司法介入であり、司法権や権力分立との関係で問題が出てくる。[70]

司法は、政治から独立して公正な判断を行うことが要請される。かつてハミルトン（Alexander Hamilton）は司法の脆さ、自由の保障、憲法の保障などを理由に司法の独立の必要性を語った。[71] すなわち、司法は剣も財布も持たないがゆえに他権から独立する必要があり、自由を保障するためにはそれを制限する政治から独立しなければならず、権力統制をはかる憲法を守るためには司法が権力行使の主な担い手である政治部門から独立していなければならないということである。ブライヤー裁判官もかかる指摘を踏まえて独立した公正な判断を行う必要があることを述べており、現役裁判官もこうした要請を踏まえて判断していることがうかがえる。[72]

このような司法の特性を踏まえたとき、コートパッキングは司法の独立を侵すことになるという指摘がある。[73] それは政治が司法に介入するものであり、司法が攻撃されているに等しいからである。また、立法府による司法介入という側面からすれば、それは権力分立上の問題も出てくる。コートパッキングそれ自体は司法権を簒奪するわけではなく、司法権を制限しているわけでもないが、その狙いが司法判断の転換にある以上、機能的アプローチ[74]の観点からすればそれは司法権のコアに抵触する可能性がある。

もっとも、仮にコートパッキングが違憲の疑いがあるとしても、立法府が法律によって連邦最高裁裁判官の数を変えること自体は認められてきたわけであり、それがコートパッキングのような不当な動機に基づく場合にのみ許されないということになる。そうなると、法改正の目的が問われるわけであるが、立法府は違憲となるのを免れるために真の動機を隠す可能性がある。連邦最高裁は平等分野を中心に不当な動機を持つ法律を違憲とすることがあり、[75] たとえば United States v. Windsor 判決[76]では州が管轄してきた婚姻事項について連邦法が突然介入するようになったのが同性カップルに対する差別という動機をはらんでいるとして違憲判断を下したことがある。とはいえ、法律の動機を炙り出すことが可能なのか、あるいはそのような手法はむしろ不当な立法への介入になるのではないかという問題が出てくる。

また、法律として成立したコートパッキングプランに対して違憲訴訟を提起する場合、誰が訴えることができるかという当事者適格の問題も生じる。さらにコートパッキングが違憲になるとすれば、再建期コートパッキングは違憲ということになり、その後の判例法理は違憲な構成の裁判官らによって形成されてきたことになってしまう。

このように、コートパッキングには違憲の疑いが生じうるものの、当事者適格や判断方法、さらには再建期コートパッキングの扱いなど、様々な検討事項が残る。

3　憲法的ハードボール

これまで司法と政治がしばしば対立することがあったが、ニューディール期コートパッキングのようなプランが現実味を帯びるほど深刻な事態は生じてこなかった。というのも、強行的な裁判官任命が行われてこなかったという経緯があり、党派色の濃い人物を任命しようとした場合には上院の反対にあうなど、任命プロセスにおけるバランスが機能してきたからである。とりわけ、トランプ政権までは連邦最高裁裁判官の任命がフィリバスターの対象となっており、議決に進むためには六割の議席を獲得する必要があったため、政権が上院の過半数を握っていても承認を得ることができなかった。政権が上院の六割を確保することは難しいことが多いため、ある程度野党側の賛同を得る必要があり、強引な任命ができない仕組みになっていたのである。

しかし、オバマ（Barack Obama）政権が上院規則を変更して政府高官人事のためにフィリバスターの対象を緩和すると、トランプ政権は連邦最高裁裁判官もその対象から外した。その結果、政権は上院の過半数さえ得ていれば党派色の濃い人物を任命できることとなり、司法内部における党派的対立が鮮明になってきたのである。

上院規則の変更は上院の過半数で決定できることから、これまでの政権においてもフィリバスターの緩和を実行すること自体は可能であったものの、それは核ボタンとも呼ばれ、使ってはならない最終兵器という扱いであった。それが実行されたため、司法と政治の関係は抜き差しならないものとなってしまったといえる。

連邦最高裁裁判官の人事に関する事項をフィリバスターの対象から外すこと自体は違憲ではない。しかし、任命において党派色が濃くなって司法のイデオロギーバランスに大きな影響を与えることになるため、憲法上望ましいとはいえない。

また、連邦最高裁裁判官人事をめぐって政治的調整がつかないときは、休会任命によって一時的に裁判官を任命して対応することもあった。これは裁判官の正当性という問題があるものの、一時的にすぎないことから、あ

る種の妥協的手段として用いられてきたといえる。ところが、核ボタンが押されたため、この休会任命を用いずとも強行に任命することが可能になり、司法と政治を通した党派的対立が激しくなっている。

このように、違憲とはいえないものの憲法上の疑義が生じうる問題を、タシュネット（Mark Tushnet）は憲法的ハードボールと呼ぶ[77]。憲法的ハードボールは、ただちにそれが憲法条文に反すると断言できないが、民主政の基盤となる制度などを崩壊させるような行為を指し、それに警鐘を鳴らすものである。裁判官人事をめぐる問題については、それがただちに司法権などの憲法条文を侵害するとはいえないかもしれないが、党派色を前面に出しながら制度改革を行い、これまでの権力分立上のバランスや司法と政治の関係に大きな影響を与えるものである。そのため、コートパッキングの試みや連邦最高裁裁判官人事のフィリバスター除外は憲法的ハードボールに該当する[78]。

これに対し、裁判官人事をめぐる制度改革が憲法的ハードボールを投げかけることになるとしても、それが課題を乗り越えるために必要であればやむをえないという見解もある[79]。さらには、むしろ司法の党派性は所与のものであるから、憲法的ハードボールの懸念よりも、司法内における党派バランスをとるように努めるべきであるとの指摘もある[80]。

憲法的ハードボールがただちに違憲な行為と断言できないものとはいえ、それは決して望ましいわけではないことはたしかである。そうであるとすれば、まずは司法内部で改善案を検討しながら司法の独立を確保しつつ、バランスを回復する方法を模索することが肝要となろう[81]。

後　序

エピグラフが述べるように、建国当初から司法は党派対立に巻き込まれ、時に裁判官は渦中の人となってきた。裁判官人事が党派色を帯びるのも当然の帰結であるともいえる。とはいえ、政治的理由に基づく裁判官の数の改革は憲法秩序を歪める危うさをはらむ。

奇しくも二〇二一年のハーバード・ロー・レビューの巻頭論文のタイトルは「レジーム・チェンジ」（Regime Change）であった[82]。ここでいうレジーム・チェンジは体制転換ほど大きな事態ではないが、個々の政権交代ほど小さなものでもなく、政権交代や各機関の行動を通じて法や政治の変化や秩序形成を動態的に探るものである。著者であるロドリゲス（Cristina M. Rodríguez）の意図はさておき、かかる分析は裁判官の数をめぐる問題についても、裁判官個人の党派性のみならず、大統領、連邦議会、連邦最高裁の三者の行動や法制度につき、憲法規範に照らしながら考察する必要があることを示唆しているようにも思える。

それは、「司法政治」と「法と政治」を架橋する「司法と政治」のプロジェクトの一環であり、さらには違憲・合憲の紋切り型の枠を超えた、より良い憲法秩序を模索するプロジェクトでもある。

（1）Frank B. Cross, *The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations*, 97 Iowa L. Rev. 693, 695 (2012). 連邦最高裁裁判官がどこまで党派的イデオロギーに基づいて判断しているかについては様々な議論があるが、一般には、「今日、連邦最高裁の意見は、かなりの部分が法よりも裁判官のイデオロギーに基づいているということが、学者の間で広く共有されている」と指摘される。

（2）Michael Miller and Samuel A. Thumma, *It's Not Heads or Tails: Should Scotus Have an Even or Odd Number of Justices?*, 31 S. Cal. Interdis. L.J. 1 (2021).

（3） トランプ政権（二〇一七年～二〇二一年）の前までは保守四、保守的中道一、リベラル四の割合であったが、裁判官の交代に伴って、保守六、リベラル三の割合となった。

（4） Stephen M. Feldman, *Fighting the Tofu: Law and Politics in Scholarship and Adjudication*, 14 Cardozo Pub. L. Poly & Ethics J. 91 (2015).

（5） Robert Post, *Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics*, 98 Calif. L. Rev. 1319, 1345 (2010).

（6） Stephen M. Feldman, *Supreme Court Alchemy: Turning Law and Politics into Mayonnaise*, 12 Geo. J.L. & Pub. Poly 57, 58 (2014).

（7） Bryan D. Lammon, *What We Talk About When We Talk About Ideology: Judicial Politics Scholarship and Naive Legal Realism*, 83 St. Johns L. Rev. 231, 243–250 (2009).

（8） Adam B. Cox and Thomas J. Miles, *Judging the Voting Rights Act*, 108 Colum. L. Rev. 1, 19–20 (2008).

（9） *See, e.g.*, Richard L. Revesz, *Congressional Influence on Judicial Behavior? An Empirical Examination of Challenges to Agency Action in the D.C. Circuit*, 76 N.Y.U. L. Rev. 1100 (2001).

（10） Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Inside or Outside the System?*, 80 U. Chi. L. Rev. 1743, 1754–1756 (2013).

（11） U.S. Const. Art. II, § 2, cl. 2.

（12） 連邦最高裁裁判官の指名に至る経緯については、たとえば、ボブ・ウッドワード／スコット・アームストロング（中村保男訳）『ブレザレン―アメリカ最高裁の男たち』（ＴＢＳブリタニカ、一九八一年）などを参照。

（13） たとえば、G・W・ブッシュ（George W. Bush）大統領はオコナー（Sandra D. O'Connor）裁判官の後任に当初マイヤーズ（Harriet Miers）を指名したが、裁判官の経験がないことや政権との近接性を理由に強く批判され、大統領はその後指名を撤回したケースがある。

（14） The Judiciary Act of 1789, 1 Stat. 73.

（15） Wythe Holt, *"To Establish Justice: Politics, the Judiciary Act of 1789, and the Invention of the Federal Courts*, 1989 Duke L.J. 1421, 1483 (1989).

(16) *Id.* at 1488.

(17) Paul Taylor, *Congress's Power to Regulate the Federal Judiciary: What the First Congress and the First Federal Courts Can Teach Today's Congress and Courts*, 37 Pepp. L. Rev. 847 (2010).

(18) Henry J. Bourguignon, *The Federal Key to the Judiciary Act of 1789*, 46 S.C. L. Rev. 647, 695 (1995). なお、定足数は四名とされた。

(19) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(20) Judiciary Act of 1801, 2 Stat. 89.

(21) Jed Glickstein, *After Midnight: The Circuit Judges and the Repeal of the Judiciary Act of 1801*, 24 Yale J.L. & Human. 543, 550–551 (2012).

(22) Act of Mar. 8, 1802, ch. 8, 2 Stat. 132.

(23) Seventh Circuit Act of 1807, 2 Stat. 420.

(24) Philip S. Bonforte, *Pushing Boundaries: The Role of Politics in Districting the Federal Circuit System*, 6 Seton Hall Cir. Rev. 29, 34–35 (2009).

(25) なお、同数の場合は原審の判断が尊重されることになる。

(26) Eric J. Segall, *Eight Justices Are Enough: A Proposal to Improve the United States Supreme Court*, 45 Pepp. L. Rev. 547, 553–555 (2018). この点につき、党派性が公平に反映されるように偶数にすれば、司法判断の党派色が弱まるようになるとの指摘がある。

(27) Bonforte, *supra note* 24, at 35.

(28) 一八〇三年にオハイオが州に昇格した後、ルイジアナ州（一八一二年）、インディアナ州（一八一六年）、ミシシッピ州（一八一七年）、イリノイ州（一八一八年）、アラバマ州（一八一九年）、メーン州（一八二〇年）、ミズーリ州（一八二一年）、アーカンソー州（一八三六年）、ミシガン州（一八三七年）が成立している。

(29) Eighth and Ninth Circuits Act of 1837, 5 Stat. 176.

(30) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

(31) Tenth Circuit Act of 1863, 12 Stat. 794.

(32) Charles M. Leedom, Jr., *Constrained Supreme Court Expansion: A Plan for Remediating the Effects of Mitch McConnell's Norm-busting "Advice and Consent" Procedures*, 47 Ohio N.U.L. Rev. 293, 309 (2021).

(33) ジョンソンはもともと南部の民主党の上院議員であったが、南部諸州が連邦を離脱した際、当該地域の上院議員がワシントンＤＣから離れていったときに、ジョンソンは脱退に反対してワシントンＤＣにとどまったことから、リンカーン大統領に評価されて副大統領に選ばれた。そのため、ジョンソンは南北戦争後に南部の連邦復帰を進めようとしたのだったが、妥協しない共和党の強硬派と衝突した。

(34) Ex parte Milligan, 71 U.S. 2 (1866).

(35) Bonforte, *supra* note 24, at 39.

(36) Judicial Circuits Act of 1866, 14 Stat. 209.

(37) なお、減数方法については、現職の裁判官を辞任させて数を減らすのではなく、裁判官が辞任して七人になるまでは後任を補充しないという方法をとった。

(38) Bonforte, *supra* note 24, at 40.

(39) The Judiciary Act of 1869, 16 Stat. 44.

(40) Matthew Madden, *Anticipated Judicial Vacancies and the Power to Nominate*, 93 Va. L. Rev. 1135, 1159 (2007).

(41) これについては、大林啓吾「憲法と法貨――グリーンバックの合憲性をめぐる司法と政治の関係」林康史編『貨幣と通貨の法文化』二五三頁（国際書院、二〇一六年）を参照。

(42) Hepburn v. Griswold, 5 U.S. 603 (1870).

(43) Legal Tender Cases, 79 U.S. 457 (1871).

(44) Circuit Court of Appeals (Evarts) Act, ch. 517, 3, 26 Stat. 826 (1891).

(45) 重村博美「アメリカにおけるサーシオレイライ制度の展開と法の支配」近大法学四九巻四号五九頁、六一頁（二〇〇二年）。法人による訴訟の増加も背景にあったと指摘される。

(46) 法案提出を主導したエバーツ（William M. Evarts）上院議員の名をとってこのように呼ばれる。

(47) Joshua Glick, *On the Road: The Supreme Court and the History of Circuit Riding*, 24 Cardozo L. Rev. 1753, 1826–1829 (2003).

(48) Act of February 13, 1925, Pub. L. No. 68-415, 43 Stat. 936.

(49) 宮城啓子『裁量上告と最高裁判所の役割――サーシオレイライとヘビアス・コーパス――』二七―二八頁（千倉書房、一九九八年）。

(50) Judicial Code of 1911, ch. 231, 36 Stat. 1087.

(51) 現在、一八六九年裁判所法は合衆国法典第二八編（28 U.S.C. § 1）の中に取り込まれ、「合衆国最高裁は一人の長官と八人の陪席裁判官によって構成され、定足数は六人とする」と規定されている。

(52) Joshua Braver, *Court-Packing: An American Tradition?*, 61 B.C. L. Rev. 2747 (2020).

(53) A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

(54) United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936).

(55) *See generally* Barry Cushman, *Rethinking the New Deal Court*, 80 Va. L. Rev. 201, 208–238 (1994).

(56) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

(57) 保守派は、ロバーツ、スカリア（Antonin Scalia）、トーマス（Clarence Thomas）、アリート（Samuel A. Alito, Jr.）で、中道派がケネディ（Anthony Kennedy）、リベラル派がスティーブンス（John P. Stevens）、スーター（David Souter）、ギンズバーグ（Ruth Bader Ginsburg）、ブライヤー（Stephen Breyer）であった。

(58) Executive Order on the Establishment of the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, 86 F. R. 19569.

(59) 2(b).

(60) 2(c).

(61) 3(a) (i) – (iii) and (c).

(62) Final Report, Presidential Commission on the Supreme Court of the United States (December 7, 2021) [hereinafter Final Report].

(63) *Id.* at 72.

(64) *Id.* at 78-79. また、報告書は、比較法的にみても、最高裁または憲法裁裁判所の裁判官の数は、フランスが一一人、イギリスやスペインが一二人、オーストラリアが一四人、イタリアや日本が一五人、ドイツやスウェーデンが一六人、デンマークが一八人であり、アメリカの九人という数は少ない部類に入ることを示す表を付けている。

(65) *Id.* at 79–83.

(66) *Id.* at 83–84.

(67) Kermit Roosevelt Ⅲ, *Court Reform and the Biden Commission*, 2022 Harv. L.J. & Pub. Poly Per Curiam 5.

(68) ここでいう司法積極主義は違憲判断に躊躇しない姿勢を指す。裁判官の中には司法消極主義を提唱したり、連邦最高裁自身も謙抑的姿勢を示すこともあるが、総じてアメリカの連邦最高裁の姿勢は司法積極主義的である。

(69) Curtis A. Bradley and Neil S. Siegel, *Historical Gloss, Constitutional Conventions, and the Judicial Separation of Powers*, 105 Geo. L.J. 255 (2017). ただし、それがただちに憲法違反になるわけではないとされる。

(70) Marin K. Levy, *Packing and Unpacking State Courts*, 61 Wm. & Mary L. Rev. 1121 (2020). この問題には、「べき」(should) 論の問題と「できる」(can) 論の問題とが入り混じっているという指摘がある。

(71) A. ハミルトン／J. ジェイ／J. マディソン（齋藤眞・武則忠見訳）『ザ・フェデラリスト』三七六―三八三頁（福村出版、一九九八年）。

(72) Stephen Breyer, *Fair and Independent Courts: A Conference on the State of the Judiciary: Judicial Independence: Remarks by Justice Breyer*, 95 Geo. L.J. 903 (2007).

(73) Tara Leigh Grove, *The Origins (and Fragility) of Judicial Independence*, 71 Vand. L. Rev. 465, 540-541 (2018).

(74) 大林啓吾「権力分立　統治機構論の現代的意義」法学セミナー六八八号一八頁、一九頁（二〇一二年）。

(75) William D. Araiza, A Short Introduction to Bias in the Law 1–8 (2017).

(76) United States v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013).

(77) Mark Tushnet, *Constitutional Hardball*, 37 J. Marshall L. Rev. 523 (2004).

(78) Josh Chafetz & David E. Pozen, *How Constitutional Norms Break Down*, 65 UCLA L. Rev. 1430 (2018).

(79) Johnna F. Purcell, *A Switch in Time to Destroy Nine*, 30 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 611 (2021).

(80) Aaron Belkin, *Court Expansion and the Restoration of Democracy: The Case for Constitutional Hardball*, 2019 Pepp. L. Rev. 19 (2020).

(81) Charles Gardner Geyh, *Judicial Independence at Twilight*, 71 Case W. Res. L. Rev. 1045 (2021).

(82) Cristina M. Rodríguez, *Foreword: Regime Change*, 135 Harv. L. Rev. 1 (2021).