

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 彷徨う司法   |
| Sub Title        | Wandering judiciary   |
| 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.3 (2023. 3) ,p.1- 59  |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            | 論説  |
| Genre            | Journal Article   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20230328-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20230328-0001</a> |

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.

# 彷徨う司法

大  
林  
啓  
吾

- I 序
    - 1 揺れる司法
    - 2 政治的分断と司法
    - 3 司法判断後の反発
  - II 三つの権威
    - 1 憲法条文
    - 2 先例拘束
    - 3 審査基準
  - III 揺らぎ
    - 1 原理間の衝突
    - 2 原意と先例
    - 3 判例変更の基準の重要性
- 後序

「問題は、あることばに、そんなにいろんな意味をもたせることができるかどうかということでしょう」(ルイス・キヤ  
 ロル(高杉一郎訳)『鏡の国のアリス』一四二頁(講談社、二〇一〇年))

## 序

目下、アメリカの司法が岐路に立っている。<sup>(1)</sup>二〇二二年度の開廷期は司法の地殻変動を予感させるものであつたからである。それは開廷期末に立て続けに下された三判例に起因する。二〇二二年六月二三日、New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen 連邦最高裁判決が公共の場所における銃所持規制を違憲とした。<sup>(2)</sup>銃乱射事件が相次ぐ中での判決であり、銃規制を求めるリベラル派は強く同判決を非難した。そしてその翌日、Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 連邦最高裁判決が中絶の権利を否定した。約半世紀にわたってリベラル派の金字塔的存在であった Roe v. Wade 連邦最高裁判決が覆したため、道徳的価値をめぐる社会的分断を一層加速させた。<sup>(3)</sup>さらに三日後の六月二十七日、Kennedy v. Bremerton School District 連邦最高裁判決が政教分離を緩和することによって信教の自由を優先する判断を下した。<sup>(4)</sup>これも政教分離違反の判断基準の緩和を提唱してきた保守派に親和的な判断である。<sup>(5)</sup>

斯くも保守よりの判断が続くと、恰もリベラル的価値を浚渫してそれまで堰き止められていた保守的価値を一気に放出するが如く、保守的司法積極主義を邁進しているようにみえる。<sup>(7)</sup>しかも中絶、銃、宗教といった世論を二分する問題について憲法解釈を施すことは、司法が諸問題の解決に向けて主導しているかのよう映り、「司法帝国」(the Imperial Supreme Court)の様相を呈しているともいわれる。<sup>(8)</sup>もっとも、司法の保守化の問題だけであれば、それは裁判官の構成によって将来的に変わる余地があり、それほど大きな変動をもたらしたとはいえ

ない。これまでも、保守的なロックナー(期)コート、リベラルなウォーレンコート、保守的なロバート・ト、といったように時代によってコートの傾向は変遷してきたからである。ここで刮目すべきは、この変動のコアに当たる部分——原意主義の到来である。

Dobbs 判決の報に接したアマー (Akhil Reed Amar) はニューヨークタイムズの取材に対してこう答えている。すなわち、「我々は司法が引き起こした地震の下で暮らしている。……これは……原意主義という地震である」と。これまで、原意主義を实践した判例は二〇〇八年の District of Columbia v. Heller 連邦最高裁判決をはじめとする一部のものに限られていた。しかし、上記三判例を原意主義の一種とみなすのであれば、原意主義はもはや例外的手法ではなくなりつつある。Brien 判決は憲法条文の意味を理解するために歴史を振り返る必要があるとした上で公共の場所における銃規制が歴史と伝統に深く根差していないとして違憲判断を下し、Dobbs 判決は深い歴史と伝統の観点から中絶の権利を否定し、さらに Brenner 判決は修正一条の国教樹立禁止条項の原意に則していないという理由でレモンテスト<sup>(11)</sup>を放棄したことを踏まえ、いずれも原意主義に親和的なアプローチを实践していると考えられる<sup>(12)</sup>。

もとより、原意主義は憲法制定時の条文の意味を重視するため、保守的思考に馴染みやすいものであるが、そうしたイデオロギー的親和性は表層的問題にすぎない。それが司法の地殻変動をもたらしかねないのは、原意主義が憲法の原意に基づく解釈を展開し、その判断を判例史に深く刻み込むからである。その判決は原意という固有の正当化基盤を確保することとなり、容易には揺るがない地位を獲得する。通常の判断であれば、判例変更の要件さえ満たせばそれを乗り越えることが可能であるが、原意主義に基づく判断に対しては原意をも乗り越えなければならぬ。つまり、原意主義的判決は先例拘束と相乗して将来の司法に対し二重の拘束をもたらすのである<sup>(13)</sup>。すると、将来的に裁判官の交代によってコートの性格が変わっても、そう簡単に原意主義的判決を覆すこと

ができなくなる。リベラルなコートが社会変化を理由に原意主義的判決を覆してしまつと、原意と先例という司法判断の権威を支える重要な構成要素を同時に犠牲にしてしまふことになるからである。

とはいえ、原意主義の側も必ずしも常に盤石な権威を提供するわけではない。もし、原意主義と先例拘束が同じ軌道にあれば、それは司法判断を安定させることになる。しかしながら、原意主義と先例拘束は常にベクトルが一致しているわけではなく、時に衝突することがある。まさにそうした事態が生じたのが、*Dobbs* 判決であった。かかる衝突は、両者をいかに調整するかという技術的問題にとどまらず、司法判断の権威を揺るがしかねない根本的問題を惹起する。なぜなら、先例拘束は司法判断の権威の重要な構成要素であり、それを緩めることは権威を揺るがすことにつながるおそれがあるからである。

かつてビッケル (Alexander Bickel) が指摘した「反多数性の難点」(counter-majoritarian difficulty) は司法審査の民主的正当性の問題を突き付けるものであつたが、そのアポリアの淵源にあるのは違憲判断が遵守されないのではないかというきわめて実践的な課題である。司法は剣と財布を持たない最弱の機関であるため、いかに判決の実効性を担保するか、換言すればいかに司法判断の権威を確保し、市民の信頼を得て、政治部門に尊重させるかがきわめて重要な問題になるのである。

そのことは建国初期の実践からもうかがうことができる。当初、いくつかの州は憲法監察制度を設けていた。最も有名なのがペンシルベニア州の憲法監察制度である。一七七六年ペンシルベニア州憲法四七条は政治部門の違憲な行為をチェックするために憲法監察委員会 (Council of Censors) を設けた<sup>(16)</sup>。同委員会は政治部門が違憲な活動を行っていないかどうかを審査し、違憲な行為があればそれを譴責したり法改正の勧告をしたり、場合によっては州憲法修正の会議を招集する権限が与えられていた<sup>(17)</sup>。ところが、同委員会は違憲な行為を実際に止める術を持たなかつたため、その実効性に疑義が呈されることとなり、一七九〇年には廃止されてしまつた。このよ

うに違憲審査を行っても実効性が確保されなければ画餅に帰す可能性がある。司法審査を確立した *Marbury v. Madison* 連邦最高裁判決は<sup>(18)</sup>こうした事態を懸念していたからこそ、その後約半世紀にわたって連邦法の違憲判断を下さずに司法審査という武器を温存しつつ、その権威を高めたといえる。

とりわけ、公平かつ安定した法を形成することにつながる先例拘束は司法判断の権威を確保するために重要な原理であり、それを弱めることは司法審査の効力を実質的に損ねるおそれがある。ブランドイス区分論<sup>(19)</sup>が示したように憲法判例は法律判例よりも先例拘束力が緩やかであることが要請されるとしても、必要以上にそれを弱めることは司法判断の権威の基盤を弱めることとなる。ましてや *Dobbs* 判決のように従来の先例の誤りを理由に判例変更をすることは自らその権威を弱めてしまっおそれがある。

二一世紀に入って政治的分断が加速する中、原意主義は司法判断の権威の一つとして、司法が自律的な法のフォーラムを維持するための支柱になる可能性を有していたが、それがもう一つの重要な権威である先例拘束とぶつかる時、司法判断の権威は低下する危機に直面する。ましてや原意を理由に先例の誤りを糾弾するとき、正誤問題化した司法判断は政治的分断と近接し、法のフォーラムに綻びが生じるおそれがある。

原意主義に限らず、他の解釈方法論や法思想も先例拘束と衝突することがある。<sup>(20)</sup>たとえば、原意主義の好敵手である生ける憲法の観点から判例変更を行う場合にも同様の問題が生じうる。だが、生ける憲法からすれば社会変化を理由に判例変更を求めることが想定されるため、そこでは必ずしも先例の誤りを指摘する必要はない。一方、原意主義は先例が原意を誤って解釈したとして判例変更を迫ることを辞さない。そのため、原意主義と先例拘束が衝突する場合、司法判断の正誤問題化が生じやすいのである。

本稿では、近時、司法判断が政治部門や人民から強く批判されている状況を踏まえながら、それは政治的分断という言葉では片づけられず、司法判断の権威という根本的問題に突き当たるとはならないかという問題意識の下、

司法判断の権威の構成要素を考察しつつ、原意主義の実践が常に権威の確保に資するとは限らず、先例拘束と衝突することによってその内容次第ではむしろ権威低下に陥るおそれがあることを指摘する。

## I 揺れる司法

### 1 問題の所在

二〇二二年の *Dobbs* 判決は、判決前の原案のリーク<sup>(21)</sup>によってある程度予想がついていたものの、きわめて大きなインパクトをもたらした。連邦最高裁は紆余曲折を経ながらも *Planned Parenthood v. Casey* 連邦最高裁判決<sup>(22)</sup>をはじめとして *Roe* 判決を維持してきたわけであり、それは先例拘束性を有してきた<sup>(23)</sup>。つまり、*Roe* 判決が存在する以上、覆されることはないという一縷の期待がリベラル派にあったといえる<sup>(24)</sup>。ゆえに、漏洩によってある程度判決結果の予想がついていたとはいえ、*Dobbs* 判決は社会に大きな衝撃を与えた<sup>(25)</sup>。判決後、バイデン (*Joseph R. Biden Jr.*) 大統領は早々に「思うに、ひどく、著しく、完全に誤っている」<sup>(26)</sup>として強く判決を非難し、リベラル派は中絶の権利を掲げて *Dobbs* 判決の五か月後に行われた中間選挙に挑み、それが選挙結果に一定の影響を及ぼしたとされる<sup>(27)</sup>。

このことは中絶問題が文化闘争の一つであり、ハードケースであることが主な要因であるが、憲法の観点からすると、司法審査の正当性の問題に密接に絡む。合衆国憲法は司法審査権を明文で規定しておらず、*Marbury* 判決によって確立したものにすぎないため、司法は常に民主的正当性の問題に直面してきた。ゆえに政治が決めべき問題は政治部門に委ねるようにし、実際、本判決も中絶規制のあり方を州に委ねている。

しかし、本判決が保守化したロバート・コトによって実現されたのは事実であり、少なくともリベラル派の市

民の目にはそのように映っている。かれらにとつては、たとえ規制のあり方を州に委ねたとしても約半世紀にわたって認められてきた中絶の権利を否定すること——そして司法がその権利を守らないこと——が問題なのである。

もちろん、法廷意見もそのことは承知しており、本件においても自身の判断を正当化する論拠を提示している。司法が政治部門と比べて弱い機関である以上、理性と論理によって正当性を基礎づけることがきわめて重要であり、それが司法判断の権威の基盤となってきた。

ところが、本判決はそれもまた大きな批判にさらされることとなった。Dobbs 判決が依拠したのが原意主義だったからである。原意主義は憲法条文に忠実であることを最重視するものであることをかんがみると、原意主義に基づく判断は判決の権威を高めることになりそうである。実際、本判決は中絶の権利が歴史と伝統に深く根差していないことを理由に Roe 判決の理由付けが不適切であったとし、それを変更するとした。しかし、原意主義は保守派に親和的な発想であることから、リベラル派からすれば単なるイデオロギーの隠れ蓑にすぎないものと映る。むしろ、リベラル派は判例の発展をベースに進歩的解釈を正当化する生ける憲法の発想に親和的であり、原意主義による判例変更は受け入れがたいのである。

こうして、Dobbs 判決は原意主義と先例拘束の衝突という司法判断の権威をめぐる問題に発展する。本来、原意主義も先例拘束も司法裁量を統制するものであり、両者は共存可能なものである。しかし、Dobbs 判決のように、先例が原意と衝突することがありうる。このとき、原意主義を優先させるのであれば、単に原意を上位概念として振りかざすだけでは説得力に欠けるため、判例変更の基準に当てはめる形で先例拘束を乗り越えなければならぬ。先例拘束は法的安定性、予測可能性、公正性、一貫性などを担保し、司法判断が権威を獲得するのに大きく貢献してきた原理である。それを正当な理由なく覆すようであれば、司法の権威は地に落ちてしまう。

そのため、*Dobbs* 判決も原意主義を唱えるだけでなく、判例変更の枠組みに則って先例の倒伏を試みたのであるが、果たしてそれは成功したといえるだろうか。

一見すると、これは、個々の司法判断の権威の問題を超えて、司法府自体の権威に関わる問題であるようにみえる。というのも、文化闘争をめぐる政治分断が進む中、片方の党派の影響を受けてメンバー構成が変わった司法が判例変更を行い、それへの反発が生じている状況は、憲法秩序の動態に関わる問題として受け止めることができるからである。かかるマクロ的視点からみると、中絶規制に関する司法動向、政治部門の先例や州の慣行、中絶問題をめぐる司法と政治部門の協働と競合、司法判断に対する政治部門の対応や人民の反応などのような各機関や人民のプラクティスが考察の対象になる。そこでは、これまでの記述的分析を行うことで、そこから一定の解を見出すことができる可能性がある。

ところが、*Dobbs* 判決は自らの先例を誤っていると断じたため、そこではまず司法判断の権威が問われることになる。もし司法判断の権威が低下していることになれば、政治部門や国民の対応や受容にも影響する。以下では、政治的分断による司法への影響を振り返りながら、司法判断の権威の問題を検討する。

## 2 政治的分断と司法

近時、アメリカは政治的・社会的分断が激しくなっているとされる。二大政党制が確立しているアメリカでは、イデオロギーをめぐる党派の対立が生じやすいシステムになっているといえるが、明確な対立が構造化したのは一九六〇年以降のことである。一九六〇年代に市民権法<sup>(28)</sup>が制定され、一九七三年に *Roe* の判決が下されるなど時代を刻むような法律や判決が登場するようになると、リベラル派と保守派の対立軸が明らかになってきた。<sup>(29)</sup> 保守派はリベラル的な法律や判例を攻撃することで存在感を増すようになり、一九八一年に発足したレーガン

(Ronald Reagan) 政権は保守層をまとめ上げることに成功した。レーガン政権の頃から、政府（大統領）と連邦議会の多数派（両院または一院）が異なる分割政府（divided government）が目立ち始めるようになった。

分割政府が常態化するようになると、憲法問題をめぐる政治部門と司法の対立も激しくなった。また、中絶、銃、移民、同性愛、環境問題など道徳的価値をめぐる文化闘争が激しくなり、党派の対立に拍車をかける結果となった。さらに、上院の獲得議席が両党で拮抗するようになり、フィリバスターを止める六割の賛成票を得ることが事実上困難になった。対立が増すにつれて両党とも妥協を許さないようになると、野党のフィリバスターによって政府高官や司法人事が進まないようになった。そこでオバマ（Barack Obama）政権下の上院は核オプションといわれる規則改正に乗り出し、その結果、一部事項について過半数で議決できるようになった。このときは連邦最高裁判官人事がその対象から外されたが、トランプ（Donald Trump）政権下の上院はこれについてもフィリバスターの対象から外す規則改正を行った。

その結果、あからさまな政治的選好が司法人事に影響するようになった。これまでは、大統領が穏健な人物を指名することによってできる限り多くの賛成票を得ようとしてきたが、フィリバスターがなくなつてからは僅差でもパスすればいいことになったため、以前よりも政権のイデオロギーに沿った裁判官が任命されるようになっていた。

実際、トランプ政権時に保守派の裁判官が多く任命されたロバーツコートは保守的判断を下す傾向にあるといえる。もつとも、司法自身は党派のイデオロギーから独立した判断を行っているという姿勢を崩していない。上院司法委員会公聴会におけるロバーツ（John G. Roberts, Jr.）のアンパイア発言は司法ミニマリズムのみならず政治的中立性を含意していたはずであり、また二〇二二年に連邦最高裁判官を退官したブライヤー（Stephen Breyer）裁判官も司法判断の党派的中立性を再確認している。<sup>(31)</sup>

もちろん、実際の判断結果をみると、保守トリベラルで分けることが可能なケースが散見されるため、裁判官自身がいくら中立的立場を唱えたところで結果が伴っていないというそしりを免れない側面があることは否定できない。

だが、政治的分断と同様の分断が司法にも起きているとすれば、そうした分断が民主主義のみならず、司法をも動揺させる可能性がある。しかしながら、法と政治が入り混じる中で、司法が法の支配を堅持すべく法的判断に終始すればそうした事態に陥らずに済む可能性がある。原意主義はその方法の一つとして機能しうる可能性があった。なぜなら、憲法解釈に基づき、あくまで法的根拠に基づくことで、司法判断が政治の波に飲まれないようにできるのではないかと考えられるからである。たとえば、修正一四条に基づく権利であるかどうかを判断する際の基準であるグラックスバーグテストは原意主義に親和的な基準であるが、それを提示した *Washington v. Glucksberg* 連邦最高裁判決は「デュープロセス条項によって保護される自由が連邦最高裁の各裁判官の党派的選好によって歪められないように……最大限注意しなければならない」と述べている。<sup>(33)</sup>

もし、原意主義が司法の自律的なフォーラムを維持するために機能するとすれば、グラックスバーグテストを用いた *Dobbs* 判決はそれに適うものだったはずである。しかし、*Dobbs* 判決はグラックスバーグテストを用いた上で、先例の判断に問題があるとして判例変更を行ったため、先例拘束があるにもかかわらず原意を使って保守的イデオロギーを優先させたように受け止められた。司法が自らの先例を誤っているとし、しかも約半世紀にわたって維持されてきた判決を覆したため、党派的イデオロギーに基づく判断とみなされたのである。

### 3 司法判断後の反発

とはいえ、もともと先例拘束は絶対的な拘束力を有するわけではなく、相対的な拘束力を持つにとどまる。実

際、連邦最高裁はこれまでも多くの判例変更を行ってきた。連邦議会調査局が判例変更についてまとめた報告書によると、連邦最高裁の法廷意見が憲法問題の具体的問題について明示的に判例変更を行った判例は二〇一八年の時点で延べ一四一にわたるといふ。<sup>(34)</sup> その中には、*Adkins v. Children's Hospital* 連邦最高裁判決を覆してロックナー期からの転換をはかった *West Coast Hotel Company v. Parrish* 連邦最高裁判決をはじめ、盗聴にかかるとの必要性を否定した *Olmstead v. United States* 連邦最高裁判決を覆して同判決のブランドイス裁判官の反対意見を認めるに至った *Katz v. United States* 連邦最高裁判決<sup>(38)</sup> など、有名判決が多く含まれている。近年では同性愛行為の規制を合憲としていた *Bowers v. Hardwick* 連邦最高裁判決を覆した二〇〇三年の *Lawrence v. Texas* 連邦最高裁判決<sup>(40)</sup>、わずか七年前の *McConnell v. FEC* 連邦最高裁判決を覆してネガティブキャンペーンの政治資金規正を違憲とした二〇一〇年の *Citizens United v. Federal Election Commission* 連邦最高裁判決<sup>(42)</sup>、*Baker v. Gerald R. Nelson* ミネソタ州最高裁判決を覆して同性婚を認めるに至った二〇一五年の *Obergefell v. Hodges* 連邦最高裁判決<sup>(44)</sup> などがある。

判例変更はニューディール期における転換が始まった一九三〇年代から活発化し、その後リベラルなウォーレンコートとその遺産がしばらく続いたこともあり、二〇世紀は一般的にリベラル的観点からの判例変更が多かったといえる。一方、ロバートスコートが始まると保守的観点からの判例変更も散見されるようになり、完全に保守派が多数派を占めるようになった二〇二二年に *Dobbs* 判決が *Roe* 判決を覆すに至った。

このようにコートの特徴が判例変更に影響しているところをみると、なおさら先例拘束が司法判断の權威として重要になってくるように思える。先例拘束がその時々のコートの特徴に左右されずに機能すれば、公正な司法判断が担保されるといえるからである。他面、司法判断にイデオロギー性があるとすれば、先例にもそれが混じっている可能性があり、それを変えないことはむしろ公正とはいえなくなるともいえる。

そのため、先例拘束の効力は強くても弱くても問題をはらむので、判例変更にも客観的な基準を設けることで対応することが望まれる。実際、連邦最高裁は、判例変更の際にはいくつかの要件を提示してきた。ただし、個別の考慮要素については、ケースごとに考慮される要素が異なったり、ウェイトが置かれる要素が異なったりすることがあるため、必ずしも定まっているとはいえない。

また、判例変更によってただちにその問題が決着するわけではない。具体的な解決手法が政治部門や州に委ねられた場合、それらの機関が迅速に対応するかどうか、さらには司法判断に即した対応をするかどうかも定かではない。それは公立学校における人種統合を求めた *Brown v. Board of Education of Topeka* 連邦最高裁判決<sup>(45)</sup>を見れば明らかである。判決後もなかなか進まない状況を踏まえ、連邦最高裁は翌年に *Brown v. Board of Education of Topeka* 連邦最高裁判決 II を下し<sup>(46)</sup>、「可及的速やかに」(with all deliberate speed)<sup>(47)</sup> 人種統合に向けた準備を進めるように促した。それでもなお南部では人種統合政策に対する反発が強く、一九五七年には黒人の通学を妨害するアーカンソー州に対してアイゼンハワー (Dwight D. Eisenhower) 大統領は連邦軍を派遣して黒人生徒の通学の護衛を担わせる事態に発展するリトルロック事件が起きるなど、人種差別問題の解決が一筋縄ではないかないことを物語っている。

また、司法判断によって大きな争点を一つ解決したとしても、それに付随する問題が司法の示した判断とは別の向きに進む可能性もある。近時では、オバマケアや同性婚がその典型例である。二〇一二年の *National Federation of Independent Business v. Sebelius* 連邦最高裁判決<sup>(48)</sup> はオバマケアの大部分を合憲としたが、その後もそれに反発する保守派は保険対象の問題をめぐる信教の自由に絡ませながら訴訟を提起し、保険の範囲を狭めようと試みている<sup>(49)</sup>。また、*Obergefell* 判決によって同性婚が広がったが、同性カップルに対する差別問題が依然として残っており、<sup>(50)</sup> ここでも信教の自由など他の権利と絡ませながら訴訟が提起されている。そしてこれらの

訴訟では、先の判例とは別方向の判断も下されており、この種の問題解決が一筋縄ではないことが示されている。

## II 三つの権威

### 1 憲法条文

司法審査は反多数性の難点という構造的問題を抱える。そのため、司法審査を正当化するロジックが必要である。その一つの解を導出したのが *Marbury* 判決であった。それによれば、立法府が憲法の意味を決めることになる<sup>1</sup>と憲法修正を経ずに憲法の中身を変えることが可能になってしまうので、法解釈を責務とする司法が憲法の最高法規性を維持するために司法審査を行うとしたのである。

これは司法審査の正当化論拠を示すものであり、今なお司法審査の基盤となっている。ただし、司法判断のあり方についてはもう少し説明が必要である。先のロジックからすれば、司法審査は憲法を守るという前提があつてはじめて成り立つものであり、その解釈手法は憲法に忠実でなければならぬ。そして政治部門も憲法忠誠義務を負うので、<sup>(2)</sup>憲法に忠実な解釈を行つて憲法を実施する必要がある。そのため、司法が政治部門の行為を無効にするのであれば、より一層、憲法に忠実な解釈を施さなければならぬ。司法は憲法に忠実な解釈を実践する限りにおいて、政治部門の行為を無効にすることができるのである。

このとき、何をもって憲法に忠実というのかが問題となるが、一般に憲法条文へのフィデリティが重要となる。外形的に司法判断を見たとき、それが憲法に忠実であるかどうかは憲法条文を指標とせざるをえないからである。したがって、憲法条文に忠実な解釈は司法判断の一つの権威となる。

## (1) 原意主義

これを憲法解釈方法論として展開したのが原意主義であった。当初、レーガン政権の頃に説かれた原意主義は憲法制定者の意図に着目するアプローチを展開していたが、スカリア (Antonin Scalia) 裁判官の登場により、原意主義は条文ベースに転換した<sup>(52)</sup>。スカリア裁判官は、憲法条文に忠実な司法判断でなければ裁判官の恣意的な判断によって民主的正当性を有する政治部門の判断を無効にしてしまうこととなり、法の支配ではなく人 (裁判官) の支配になってしまおうとする<sup>(53)</sup>。そのため、司法は憲法条文に忠実な解釈を行わなければならない。そこでスカリアは、憲法条文の文言につき、憲法制定時の一般の意味 (original public meaning) に照らして解釈すべきであるという。それは現代における言葉の意味ではなく、また憲法制定者の意図を予想するものでもない。あくまで、憲法制定時において、その文言がどのような意味として一般的に理解されていたのかを問うのである。

スカリア流の原意主義は文脈に応じて柔軟な解釈を許容することもあり、原意主義を貫徹していない側面もあるが、オーソドックスな原意主義と目されている。それでもなお、原意主義には、原意の措定が困難ではないか、社会変化に対応できず現実と乖離した判断になるのではないかなどといった批判も多いことから、<sup>(54)</sup> そうした問題点を克服しようとする原意主義が提唱されている。

たとえばソラム (Lawrence B. Solum) は、憲法条文の文言の意味を明らかにする解釈 (interpretation) と、憲法条文の法的効果や憲法上の法理を示す構築 (construction) <sup>(55)</sup> があるとする。修正一条を例に挙げると、同条項の意味を明らかにすること、すなわち同条項が表現の自由を侵害してはならないことを意味していると示すことが解釈であり、同条項が直接意味するわけではないものの同条項を実現するために事前抑制の禁止などのような法理や法制度を設定することが憲法構築ということになる。

かかる区分は、原意の措定や現実への対応を可能にする。憲法制定者の意図などのような判然としないもので

はなく、文言の意味にフォーカスすることで原意を特定しやすくなる。そして、文言をそのまま適用すると不合理な結果になってしまう場合には文言から派生する法的効果や法理を提示することによって時代に応じた判断を可能にするわけである。同じような発想に基づきながらも、むしろ原意主義的アプローチを生ける憲法の発想の中に取り込み、両者を融合させようとするアプローチも出てきた。バルキン (Jack M. Balkin) の「生ける原意主義」(Ivring originalism) は、憲法解釈の場面では憲法制定当時の条文の意味を重視しながらその意味を明らかにし、憲法構築の場面では条文解釈よりも憲法実践を行うとする<sup>(56)</sup>。

こうした新しい形の原意主義は、原意主義の構造を解きほぐしながら場面に応じた例外を許容するため、本来の原意主義の内容から外れてきているような印象もある。そのため、場面に応じた原意の理解は原意を広く解いてしまうことになり原意主義から遠ざかってしまうのではないか、裁判官の裁量によって解釈と構築を切り分けることができるのであれば結局フリーハンドになってしまえば原意主義とはいえないのではないか、などの疑問が浮かぶ<sup>(57)</sup>。

こうした中、「原則—例外」図式ではなく、実際の連邦最高裁のアプローチに着目しながら、原意主義の関係を探ろうとする分析もみられる<sup>(58)</sup>。本来、原意主義の採否にかかわらず、裁判所は憲法条文に基づく解釈をしなければならぬはずであるが、連邦最高裁のアプローチは条文よりも全体構造を重視し、さらに原意を探ろうとする場合でも条文ではなく、法規範に着目することが多いという。

たしかに連邦最高裁は原意そのものを理由に結論につなげるよりも、当時の状況や従来の慣行など原意の周辺から法規範を抽出することの方が多い。ただし、原意の周辺にある法規範を原意主義に含めるとしても、それが完全に憲法条文から離れてしまうと、原意とのつながりが希薄になってしまう。

そこで、憲法条文を扱いながら、かかるアプローチを原意主義と結びつけようと試みるのがストラング (Lee

I. Strang) である。<sup>(59)</sup> ストラングによれば、憲法条文の現代的使用に合致する法規範を措定した上で、その背景にある一貫した原意を明らかにすることによって現代社会に適用し、また一貫した原意がない場合でも憲法制定者が考えていた個々の行為に合致する法規範を措定することで現代社会に対応することができるという。このようなアプローチをとることによって現代社会に対応しうる法規範を原意に基づく形で提示することができるため、原意主義は社会変化にも対応できることになると考えるのである。

憲法制定時の条文の意味を根拠に結論を導き出す判例は少なく、憲法制定時を含む法規範の歴史的推移を考察しながら判断する判例の方が多く存在することを踏まえると、このような原意主義は判例動向に親和的であるといえる。実際、二〇二二年の諸判決も条文の意味それ自体というよりは条文制定前後の歴史的慣行に着目する傾向がある。

## (2) 判例動向

冒頭で述べた二〇二二年の三判例のうち、かねてから原意や歴史にこだわってきたトーマス (Clarence Thomas) 裁判官が法廷意見を書いたのが *Brien* 判決であった。法廷意見は、先例たる *Heller* 判決が修正二条の文言の意味について分析した上で当時の歴史的背景を探ったことに言及しながら、本件においても憲法条文の意味を理解するために歴史を振り返る必要があるとし、修正二条制定の前後の規制状況や修正一四条制定前後の規制状況を概観した。法廷意見いわく、「たしかに、歴史的分析は難しい……しかし、憲法条文の意味を知るために歴史に依拠すること——特に条文がすでに存在している権利を確認している場合——は、この分野の専門的知識のない裁判官が銃規制の費用対効果を判断するよりも正当性があり、また判断に馴染みやすい」、<sup>(60)</sup> とのことである。そして法廷意見は、公共の場所での銃所持の規制を正当化する歴史的慣行はないとし、規制は歴史と伝

統に深く根差していないとして、違憲判断を下した。

この法廷意見については、トーマス裁判官がこだわってきた特権免除条項の編入理論が身を潜めているので、それとの整合性が問われることに加え、権利ではなく規制についてもグラックスバークテストを適用できるかという問題など、いくつかの疑問点が思い浮かぶが、ここでは修正二条の射程を歴史的考察によって明らかにしようとしたことが原意主義といえるかどうか問題となる。

おそらく、法廷意見はすでに *Heller* 判決が条文(修正二条)の文言の分析を終えているので、それ以上文言解釈を行う必要はないと判断し、本件では歴史的考察を行うことによって条文が意図する権利の射程——規制の可能性——を探ったものと思われる。歴史的考察の対象となったのは修正二条および修正一四条の制定前後の歴史的慣行であることから、それも制定時の一般的意味を指すと理解するのであれば、原意主義を採用したものと考えることができる。

ただし、バレット裁判官の同意意見は原意主義の観点から課題を指摘している。<sup>(62)</sup> バレット裁判官によれば、法廷意見は憲法批准後の歴史的慣行がどのように憲法の原意に影響するのかについて明らかにしていないという。たとえば、検討対象となる慣行はどのようなものか、慣行はいつまでの期間を対象とするのかについて明らかにしていない。また、バレット裁判官は、法廷意見は修正二条と修正一四条の両方の慣行を探ったが、いずれを原意として重視すべきかという問題を残したままにしてしまっていると述べている。

たしかに、法廷意見は歴史的慣行にウェイトを置きながら原意を探るスタイルをとっているので、原意主義の観点からすれば、慣行の対象や期間の設定が気になるところである。その内容次第で原意との距離が伸縮する可能性があり、またそれらを明らかにしなければ裁判官の裁量に委ねられる結果になるので原意主義をとっているのかどうかも怪しくなってくる。

もともと、連邦最高裁は原意主義の採否にかかわらず歴史的慣行を踏まえながら憲法判断を行うことが少なくない。たとえば、原意主義の対極にある立場をとるブライヤー裁判官も歴史的慣行を重視して判断することがある。<sup>(63)</sup> ブライヤー裁判官は会期内休会が休会任命の<sup>(64)</sup>対象となるかどうかが争われた National Labor Relations Board v. Noel Canning 連邦最高裁判決<sup>(65)</sup>において法廷意見を執筆し、休会任命条項の原意や慣行に触れながら判断を下した。このような手法は一見すると原意主義に近い。もともと、スカリア裁判官の同意意見は原意と慣行を考察しながら別の解釈を導き出した。両者は原意や慣行に関する理解が異なっているが、それ以上に、重点を置くポイントが異なる。法廷意見が休会任命条項の目的を重視し、対象となる慣行を広くとったのに対し、同意意見は条文の意味を重視し、憲法制定時を中心にそこから約一世紀間の慣行を対象として判断した。

そうなると、原意主義の採否にかかわらず、原意や慣行を参照することがあるもの、その中でどこにウェイトを置くかが原意主義かどうかの分岐点となるようにみえる。すなわち、原意については条文の意味を中心に解釈し、慣行については憲法制定時を中心に古い慣行を重視するのが原意主義ということになる。

この点、Bruen 判決は、条文の意味については Heller 判決の原意主義的解釈を前提にし、慣行については修正二条と修正一四条の制定前後を軸にしていることからすると、原意主義よりの判断ということになる。

Dobbs 判決もまた条文の意味については先例の基準に依拠しながら、歴史的慣行を基に判断した。Dobbs 判決は、Roe 判決を覆し、中絶の権利や生存可能性テストを否定した。アリート (Samuel A. Alito Jr.) 裁判官の法廷意見は、「我々は Roe 判決と Casey 判決を覆さなければならぬと判断する。憲法は中絶について言及しておらず、いかなる憲法上の規定——Roe 判決と Casey 判決の擁護者が主に依拠してきた修正一四条のデュープロセスを含め——もそのような権利を黙示的に保護していない。」<sup>(66)</sup>と述べ、修正一四条に基づく基本的権利として認められるかどうかの基準につき、いわゆるグラックスバークテストを持ち出した。すなわち、「修正一四条は

憲法に規定されていない一定の権利を保障していると解されてきたが、それが権利として認められるためには「国の歴史と伝統に深く根差していなければならない」のであって、「秩序ある自由の概念に含まれていなければならない」<sup>(67)</sup>。Washington v. Glucksberg, 521 U. S. 702, 721 (1997) としてのである。

このテストは、単に歴史的慣行を概観することを意味するわけではない。それは、当該事項が修正一四条の保障する基本的権利に含まれるかどうかを審査するために歴史を振り返るということであり、換言すれば、修正一四条の意味が不明確であるがゆえに歴史と伝統を概観することでそれが保障されるべきか否かを判断するということである。一見すると、この作業は憲法条文について制定時の意味を理解することは異なる作業のようにみえる。それは従来の社会状況、規制動向、憲法アクターの判断などを総合的に考察するだけであり、過去という時間のベクトルにおいては原意主義と一致しているとしても、制定時という「古」の定点に焦点を絞るわけではなく、また条文の意味を直接探るわけでもないからである。もっとも、このテストは単なる歴史分析ではなく、歴史と伝統に深く根差しているかどうかを分析することを求めるので、文字通り歴史を深く掘り下げることもありうる。そのため、その歴史分析の対象には制定時も含まれ、場合によっては制定前の歴史にまで及ぶ可能性すらある。また、その分析結果次第で当該事項が権利として認められるかどうかの結論に直結することを踏まえると、その構造は原意主義に類似している。したがって、このテストは条文の意味の理解を重視するスカリア流の原意主義とは異なるものの、過去の状況を基に条文の意味——権利の射程——を判断するという点においては原意主義に近いアプローチであるといえる。

実際、法廷意見は「今こそ憲法典に注意を払い、中絶問題を人民が選んだ代表者へと戻すときである」と述べ、修正一四条制定時の状況を起点にしながら、Roe 判決に至る歴史的概観を行った。法廷意見は、Glucksberg 判決が、自殺幇助がデュープロセスによって保護されているかどうかについて七〇〇年以上前のコモンロー上の伝

統にさかのぼり、客観的に歴史と伝統に深く根差していたかどうかを審査したことを確認しつつ、「修正一四条の『自由』という文言だけではほとんど何もわからないので、我々がデュープロセス条項によって保護された自由」に新しい事項が含まれるかどうかを審査する際にはこの種の歴史分析が不可欠である<sup>(69)</sup>とする。法廷意見はリンカーン (Abraham Lincoln) 大統領の発言などを引用しながら自由は様々な内容を包含する言葉であるとし、<sup>(70)</sup> そうであるがゆえにその射程が際限なく広がってしまつて混乱するのを防ぎ、また司法がその内容を恣意的に決めてしまわないようにしなければならないとする。そのため、「何が秩序ある自由の本質的構成なのかを考える道案内をしてくれる歴史と伝統を踏まえて、我々は修正一四条の『自由』という文言が何を意味するかを問わなければならない」<sup>(71)</sup>とし、修正一四条制定時の状況やその後の歴史的展開を考察した。それによると、イギリスでは当初胎動が始まつた後の中絶が禁止されていたが後になってどのような期間においても中絶が認められなくなり、一九世紀頃のアメリカでも同様の状況にあったこと、二〇世紀後半になるまで中絶の権利はアメリカ法において支持されていなかったこと、修正一四条の批准時には四分の三の州が妊娠の周期を問わず中絶を犯罪としていたこと、中絶の権利は胎児の生命を終わらせるものであつて婚姻の権利などのようなこれまでに修正一四条に基づく権利として認められてきたものと比べると異質なことが判明するという。

また、法廷意見は被告人の主張や反対意見にも反論した。法廷意見によれば、被告人は修正一四条制定時に中絶の権利が確立していたという証拠を提示していないだけでなく、二〇世紀後半においてすら州憲法、法律、判例、条約によつて中絶の権利が認められていたという証拠も提示していないという。また、反対意見が修正一四条制定時だけにフォーカスすべきでない、あるいは特定の時期のみを見るのではなく判例動向の流れを見るべきであると主張したことに対し、法廷意見は制定後の州法や判例の展開にも目を向けていると反論している。

このように、Dobbs 判決は、修正一四条の「自由」に中絶の権利が含まれるか否かについては、グラックス

バーグテストを採用して歴史と慣行に深く根差しているかどうかで判断するとし、修正一四条制定時を軸にその前後の歴史的慣行を考察した。一九世紀から二〇世紀にわたって中絶の権利は認められておらず、修正一四条制定時においても四分の三の州が妊娠の周期を問わず中絶を犯罪としていたので中絶の権利を認める慣行は存在していないとした。かかる判断は、対象となる慣行について憲法制定時を中心に行っていることから、原意主義よりの判断ということができよう。

また、グラックスバーグテストは原意主義が本来的には司法の裁量統制を企図している点にも馴染みやすい。歴史的慣行に依拠することは、過去の政治部門や州の判断を尊重するわけであり、司法は新しい権利について創造的な実体的判断を行うことはできない。つまり、実体的判断を行うのは政治部門や州であり、司法はあくまでその追認を行うにすぎないのである。そして、もし司法が過去の政治部門や州の判断を無視して実体的判断を行ってしまった場合には *Dobbs* 判決のように先例を覆して、再び政治部門や州の手に返す。このようにグラックスバーグテストは司法裁量を統制する手法として作用するのである。

そして *Bremerton* 判決は、政教分離違反の基準であるレモンテストを放棄し、修正一条の原意と慣行に基づいて判断するとしており、これもまた原意主義的判断を行っているといえる。

このように、近時の判例は原意と慣行をセットで用い、特に憲法制定前後の慣行を中心に判断する傾向があるといえる。これを原意主義の範疇に含めるとすれば、近時の判例は原意主義を採用することが増えているということになる<sup>(72)</sup>。実際、法的慣行を重視するアプローチは原意主義に親和的であるとの見解も出てきている<sup>(73)</sup>。

## 2 先例拘束

## (1) 定義

先例拘束もまた司法判断の権威を高める重要な要素である。先例拘束の原語はラテン語の *stare decisis et non quiescere movere* であるといわれる<sup>(74)</sup>。日本語に訳すと、「決定されたことにしたが、また、平静なものを動かさないこと<sup>(75)</sup>」を意味する。また、英語に直すと、*to stand by things decided, and not disturb settled points* <sup>(76)</sup> となり、「決めたことを貫き、確定したことを変えないこと」を意味するので、英語の方がラテン語よりも先例拘束のニュアンスをわかりやすく伝える内容となっている。

これは法の世界において広く当てはまる原理である。たとえば、法の典型である法律を取り上げてみる。朝令暮改のように法律が目まぐるしく変わると、規範形成や秩序維持を実現することが困難となる。また、予測可能性に欠けるため、人々の活動に支障をもたらし、社会も混乱してしまう。場合によっては法律に従わなくなってしまう事態も生じうる。あるいは、法律を実施する側も次々と変わる法律に追い付かず、実務的に停滞や混乱を引き起こす結果になり、誤った適用をしようおそれもある。

もつとも、法律は一般性・抽象性という特質を持つがゆえに、それが改正されない限り、その内容が個々の場面で異なるわけではない。一方、法を解釈・適用して事件ごとに処理を行う裁判では先例が決めた内容に従うかどうかという問題が生じる。そこで、先の先例拘束の内容を判例の文脈で捉え直すと、ブラックス法律辞典が示すように、「裁判所は訴訟で同じ問題が争われたとき前に行った判断に従わなければならないとする先例の法理<sup>(77)</sup>」という意味になる。簡単にいえば、判決が将来の同種の事件に同じように適用されるとする法理である。

アメリカでは、建国期からすでに先例拘束の重要性が指摘されていた。その典型がパブリアス対ブルータス論争におけるハミルトン (Alexander Hamilton) の言述である。ハミルトンは、司法の機能を語った有名なフェデ

ラリスト第七八編において次のように述べた。すなわち、「裁判所において勝手気ままな判決が下されることを防ぐためには、裁判所が、裁判所に提訴されるいっさいの具体的な事例における判事たちの義務を明確にする厳密な規則や先例によって拘束されている必要がある」と<sup>(78)</sup>。

また、マディソン (James Madison) は先例拘束が法の意味を決める際の権威になると考え、ケント (James Kent) は先例が権威となることで適用可能な法が存在することを表すことになると考えていたとされる<sup>(79)</sup>。

連邦最高裁自身、先例拘束が法の支配における重要な要素であり、かつ司法内の自律性を高めるために不可欠の要素であるとみなしている。たとえば、Patterson v. McLean Credit Union 連邦最高裁判決は、「連邦最高裁は、先例拘束の法理が法の支配にとって根本的に重要である」ことをたびたび強調してきた。……恣意的な判断にならない法的な制度を形成し維持するというセンシティブかつ難しい任務を任せられている司法において、先例拘束は基本的な司法内の自己統治の原理であることは議論の余地のないことである<sup>(81)</sup>」と述べた。

このように、先例拘束は法的安定性のみならず、司法の自己拘束としての機能を有し、司法裁量を統制する側面が重視されていた。それはとりもなおさず公正な司法判断を担保することにつながり、司法判断を権威づけるものとして機能することになる。

## (2) 対象

先例拘束が司法判断の権威として機能する以上、その内容も権威に相応しいものでなければならぬ。そのため、先例拘束の対象は判決結果を導く理由、すなわち判決理由の部分に当たるとされる。だが、判決理由の射程は漠然としており、判決理由と傍論の峻別はしばしば困難である。違憲判決が下された判決を例に考えてみる。まず、判決結果の先例拘束がある。その事件ではAという内容を定める法律の合憲性が問われていたとす

る。そのとき、A という内容が違憲となったわけだから、その後の判例は A という内容を定める他の法律についても同様に違憲判断を下すことになる。次に、当該事件に関する憲法解釈や審査基準などが対象になるかという問題がある。たとえば、憲法が中絶の権利を保障していると解釈した上で、中絶規制を違憲とした場合、この解釈の部分も判決結果を導く理由になっているので、先例拘束の対象に含まれる可能性が高い。その際に、仮に厳格な基準を用いていた場合、それも先例拘束の対象に含まれる可能性がある。実際、*Dobbs* 判決では、法廷意見が  *Roe*  判決を覆して、その内容を丸ごと否定したのに対し、ロバート長官は  *Roe*  判決そのものを覆す必要はなく、生存可能性のテストのみを否定すべきであるとの同意意見を書いた。<sup>(82)</sup>ここでは、先例拘束の射程がどこまで及ぶのが問題となっている。

### (3) 期限

先例拘束は絶対的なものではない。たとえ判例を法源とするコンモノーの国であっても、先例を覆すことが不可能なわけではなく、判例が変更されうる。コンモノーの母国たるイギリスも 1966 年に先例拘束の絶対性を放棄し、<sup>(83)</sup>判例変更が可能であることを示すようになった。

アメリカにおいても先例拘束の効力は絶対的なものではない。アメリカでは、当初、財産や契約の分野で先例拘束が発展してきた。<sup>(84)</sup>これらの分野では安定させることが重要だったからである。連邦最高裁も初期の頃から先例拘束を重視する姿勢を見せたが、その例外をどの程度認めるかという問題があった。連邦最高裁が本格的に始動したマーシャルコートは法的安定性のために先例拘束を重視しながらも、先例の再検討を行うことでコンモノーを発展させる必要があるとし、そのバランスをとろうと試みてきた。<sup>(85)</sup>初期のケースでは明示的に先例を覆すことは少なかったものの、実質的に先例と異なる内容の判断を下すことがあった。<sup>(86)</sup>

その後、時代を経るにつれて先例が積み重なり、その妥当性を吟味する必要性が生じてくると、連邦最高裁は判例変更に言及するようになった。先述の Patterson 判決は、「我々の先例は絶対不可侵のものではなく、我々が必要かつ適切な場合には先例を覆ってきた」<sup>(87)</sup>と述べ、Hertz v. Woodman 連邦最高裁判決も、「先例拘束のルールは、判決の一貫性や統一性に寄与する側面があるものの、絶対的なものではない。先例に従うかどうかは完全に裁判所の裁量であり、以前の判断を再考することがある。」<sup>(88)</sup>としている。

先例が絶対的効力を持たないとすれば、それはどの程度効力を持つのかという疑問が生じるが、当初から先例がどの程度の期間拘束力を有するかが決まっているわけではない。先例拘束の絶対性は否定されているので、いつかはその効力が切れる可能性がある。たとえば、人種別学校政策を違憲とした Brown 判決のように半世紀以上経ってから先例を覆したケースもあるが、それでも先例たる Plessy v. Ferguson 連邦最高裁判決が下されてから五八年が経過したにすぎない。他にも、令状のない盗聴はプライバシーを侵害するとして違憲とした Katz 判決<sup>(91)</sup>は三九年前の Olmstead 判決<sup>(92)</sup>を覆した。あるいは、自宅内のソドミー行為規制は修正一四条が保護する自由の利益を侵害するとして違憲とした Lawrence 判決<sup>(93)</sup>は一七年前の Bowers 判決<sup>(94)</sup>を覆した。最近では、Obergefell 判決<sup>(95)</sup>が四三年前の Baker v. Nelson 判決<sup>(96)</sup>を覆している。

また、先例拘束は必ずしも過去の拘束という位置づけではなく、将来志向の性質を帯びているとされる。シャウアー (Frederick Schauer) によれば、「今日という日は昨日の明日というだけでなく、明日の昨日でもある。ゆえに先例は将来に影響する力を帯びるという特別な責任を担うのである」<sup>(97)</sup>という。というのも、先例には判断の影響とそれを言語化した法理の両面があり、両者は複雑に絡み合っている。このとき、過去の縛りという点だけで先例を捉えてはならない。先例が事実の検証と法的判断によって言語化・パッケージ化した法理はそれを固定化するわけではない。時の経過とともに先例は再解釈され、先例と法理の絡み合いが徐々にほどけていき、先

例を言語化した法理が将来に向けて発展していく。「判決の物語は子供たちの伝言ゲームのように世代から世代へと受け継がれながら変化していく。先例はその後の判例や批評を通じて現代に馴染むようになっていくのである」<sup>(98)</sup>。

#### (4) 先例拘束の意義

かかる法理が要請される理由としては、一般に、法的安定性、予測可能性、公正性、一貫性などが挙げられる<sup>(99)</sup>。すなわち、判例が維持されることで権利義務や法律上の関係が安定し、それが効力を持つという前提があればそれに従って行動することができ、同種の事案について同じ判断を下すことで公正な判断を保ち、一貫した法が形成される、というわけである。

これらの要素は重複する側面もあるが、いずれも法の支配に必要な構成要素である<sup>(100)</sup>。法が安定していなければ、人々は法に従って行動しない、または行動できないので、そのような法は社会における規範となりえない。人々が法を信頼して、それに従って行動するためには法が確実なものとして存在しなければならぬ。そのため、判例に関する先例拘束が必要となり、それは法的安定性、予測可能性、信頼性を確保することになる。また、同種の事件については同様の判断が下されなければ法の平等な適用が害されてしまうため、法の平等な適用を実践するためにも先例拘束が必要となる。ダグラス (William O. Douglas) 裁判官の言葉を借りれば、「朝に適用された過失のルールが午後には適用されないといったことが生じるようであれば法の下での平等な正義が実現されているとはいえない<sup>(101)</sup>」というのである。平等の要素は公正な判断につながり、裁判官の恣意性を抑止することになる。前の判断に従うことは外形的に裁判官の恣意性を排除するだけでなく、実質的にも裁判官の判断を公平なものにする。

また、それは裁判実務を反映した裁判処理の効率性にも関わる。ステイブンス (John Paul Stevens) 裁判官によれば、開廷期ごとに二、三の判例変更が行われるが、それは全体の数からみればきわめて少ない数であるとい<sup>(10)</sup>う。つまり、連邦最高裁はほとんどの事件において先例に基づく判断を下しているわけである。先例に従った判断は、先例が示した内容に基づいて事件を処理することができるので、事件の効率的な処理につながる。先例拘束は大量の事件を処理するために有用な側面も有しているのである。一見すると、この理由は先例拘束の客観的意義というよりも、司法の業務処理という主観的側面が濃いように思える。しかし、裁判処理が追いつかない状況が続けば迅速な裁判を実現することができないので、これもまた法の支配にとって必要な要素であるといえる。

このように先例拘束は法の支配に仕えるがゆえに、それが司法判断の権威を裏付けることにつながる。つまり、司法判断が政治的・政策的判断とは異なる法的判断であることを担保し、政治部門や市民からも尊重される理由になりうるということである。実際、パウエル (Lewis F. Powell, Jr.) 裁判官は、「おそらく、先例拘束のメリットのうち、最も重要かつ馴染みのあるものは公的正当性の一つになるという点である。人民や政治部門が司法判断を尊重するのは民主的正当性に欠ける裁判官からなる司法が政治部門の政策を法に置き換えるという知的営為に基づくという側面があるからである。連邦最高裁は憲法が定める司法権を行使する責務を担う機関である。だからこそ連邦最高裁が先に示した自らの意見を尊重するのである<sup>(11)</sup>」と指摘している。

ここでは、連邦最高裁が以前に下した判断は憲法に基づく司法権の行使という正当性を帯びるがゆえに尊重の対象になると同時に、政策的法的置換が人民や政治部門からの尊重にもなると指摘している点が興味深い。つまり、憲法が認めた司法審査の構造に埋め込まれた法的判断が尊重の対象になるわけであり、憲法に依拠するという形式的側面のみならず、法的な性質を帯びるという実質的側面も有していなければならないことを示唆してい

るのである。

### (5) インテグリティ

先例拘束が司法判断を法的な性質に変える重要な要素になると考える場合、それはいかなる理由でそうなるのだろうか。それは先例拘束に従った方が正義に合う結果になるからなのか、それとも先例拘束自体が正義と同等の価値を有するからなのか、あるいは結果や価値に左右されない別の要因があるのだろうか。

この点につき、ピーターズ (Christopher J. Peters) は先例拘束の正当化原理には結果主義的アプローチと義務論的アプローチがあるという<sup>(16)</sup>。結果主義的アプローチは、全体で見た場合に、結果的に先例に従った方が正義に合うと考える。先例は時に誤っていることがありうるが、そのような可能性があるとしても、先例に従ったおく利益は一部の先例が誤っていたときに生じる不利益よりも大きいと考えるのである。一方、義務論的アプローチは、先例の結果に左右されず、それが正義に合うものだと考える。つまり、先例の正誤にかかわらず、先例拘束には固有の価値があると考えるのである。

義務論的アプローチは、平等としての一貫性とインテグリティとしての一貫性という二つの価値に基づく。しかし、ピーターズによれば、これらは先例拘束を正当化する原理として成功しないという。なぜなら先例拘束に正義と同等の実体的価値があるとすると、先例の判断が誤っていた場合にそれを正当化することができないからである。

そのため、ピーターズは、結果主義的アプローチの方が先例拘束に従う理由として適切であるとする。彼によれば、「重要なのは、先例拘束は目的そのものではなく、目的を達成するための道具であり、そのように位置付けなければならないということである<sup>(16)</sup>」という。つまり、先例に従った方が司法判断を正当化することに

つながるので、先例拘束は司法判断が適切であったことを示すツールとして有益であるということである。

ピーターズが指摘するように、先例拘束に正義と同等の価値があると考えると、それが誤っていた場合の回答に窮してしまふ。他面、結果主義的アプローチによる正当化をはかるのであれば、どのようにして先例拘束が実際に上手くいっていると評価するのか、より具体的にいえば、なぜ先例が誤っていることがあるとしても総体的にみれば先例に従った方が正義に適っているといえるのかが必ずしも明確ではない。実際に先例拘束が用いられているからという理由だけでは、政治部門や人民が司法判断を尊重する理由としては不十分である。

そのため、先例拘束の機能に着目し、いかにして司法判断を法的判断たらしめているのかを検討する必要がある。先例拘束は司法判断を法化させる触媒としての機能を果たしている可能性がある。その触媒的機能に実質的価値を備え付けているのが、連邦最高裁が先例拘束の意義を述べる際にしばしば言及するインテグリティである。たとえば、*Vasquez v. Hillery* 連邦最高裁判決<sup>(106)</sup>は、「先例拘束の法理は……法に根差す根本的な原理であり、外形上も実際上も、我々の立憲政体のインテグリティに寄与するものである<sup>(107)</sup>」と述べ、先例拘束が立憲主義のインテグリティに仕えるものであるとしている。また、*Payne v. Tennessee* 連邦最高裁判決<sup>(108)</sup>は、「先例拘束は公正性、予測可能性、法原理の着実な発展を促進し、司法判断への信頼性を高め、現実かつ認識可能な司法過程のインテグリティに寄与するので好ましいものである<sup>(109)</sup>」とし、先例拘束が司法過程のインテグリティとしてい

両者はいずれも先例拘束がインテグリティにつながることを示しているが、前者が立憲主義のインテグリティ、後者が司法過程のインテグリティとしているように、インテグリティの対象は異なっている。前者は先例拘束が憲法秩序を形成するにあたり重要な構成要素となっていることを表し、後者は一貫性のある一連の司法判断を指しているといえるが、とりわけ後者はインテグリティの前に述べた先例拘束の意義の諸要素を包括しているよう

に思える。すなわち、一貫性のある司法判断は公正性、予測可能性、法原理の発展、司法判断への信頼性などの諸要素を内包するということである。

また、インテグリティの主な構成要素である一貫性は個別の裁判官が自説よりも全体の意見としての先例を優先することによって強化される。つまり、ある事件で裁判官が法廷意見と異なる意見を執筆した場合、自説にこだわるのであれば、将来の類似の事件において再度反対意見を書くこともありうる。一方、先例としての拘束力を有するのは法廷意見である以上、それに抵抗し続けることは先例を尊重していないようにもみえる。そのため、裁判官は自説を貫徹するか、自説を控えて先例を尊重するか、といったジレンマに陥ることになる。

自説と先例が衝突する場面に遭遇した場合、インテグリティという観点からすれば、個々の裁判官は自説を曲げるか、自説を押し殺すか、先例の結果には従いながら自説を展開するか、といったような選択に迫られる。裁判官はあくまで自己の良心に従って判断することから、それは絶対的な要請ではないものの、先例の尊重は自己の判断を内省し、恣意的判断の排除につながる可能性がある。

このような姿勢を示したのが *June Medical Services v. Russo* 連邦最高裁判決のロバーツ長官の結果同意意見である。ロバーツ長官は、中絶施設の要件を設定した州法の合憲性が争われた *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* 連邦最高裁判決で規制を合憲とする反対意見に組していた。<sup>(11)</sup>しかし、*Russo* 判決では、*Hellerstedt* 判決が先例となっている以上、それには従うとの結果同意意見を書いている。<sup>(12)</sup>ここでは、裁判官が個人の見解よりも先例拘束を優先させていることがうかがえる。

しかし、裁判官が自らの意見に拘束される必要はないのだろうか。もちろん、個別意見には先例拘束性はないが、当該裁判官にとってはそのインテグリティが問われる可能性がある。たとえば、ブライヤー裁判官は、自分がこれまで提唱してきた意見と反する多数意見に加わることは一貫性の観点から躊躇を覚えると述べている。<sup>(13)</sup>

この問題については、裁判官個人の意見から離れて先例に従う場合には個別意見でそのことを説明することが先例拘束と個人の見解の先例との調整をはかることになるのではないかという指摘がある。<sup>(15)</sup>

### 3 審査基準

審査基準（違憲審査基準）もまた司法判断の権威の一要素となる。審査基準については日本においても広くアメリカの審査基準を参照しながらその意義や本質に関する研究が行われてきたところであり、無原則な比較衡量によって人権制約の合憲性を判断することには危険が伴うためそれを枠づけるルールとして提示する見解<sup>(16)</sup>、利益衡量の基準を設定して主観的判断を統制する点に求める見解<sup>(17)</sup>、憲法上の権利を立法や行政の行為から守る防護壁と捉える見解<sup>(18)</sup>、審査基準論の本質には論証責任の分配という手続論的側面と利益衡量の枠づけという実体論的側面を包含するという見解<sup>(19)</sup>など様々な見解があり、いかなる視点から何を抽出するかによって異なりうる。そうした中、アメリカの審査基準は先例と歴史に権威を求めながら判例法として発展し、権利侵害の有無に着目して権利の輪郭を描出する点に特徴があるという指摘がある<sup>(20)</sup>。その意味では、審査基準は先例と連動し、司法判断の権威の構成要素となりうるものである。

実際、審査基準は、原意主義および先例拘束と同様に司法裁量統制の側面を有する。客観的な基準に基づく判断は、それが恣意的ではなく公正な観点から行われたことを示すことになるからである。審査基準の設定は、司法裁量の統制以外にも、政治過程への介入の抑制、優先されるべき価値の提示、司法判断の効率性などに資すると指摘されており、特に厳格な基準は司法が憲法価値を実現する際の重要なツールとなる<sup>(21)</sup>。厳格な基準は、一般に、やむにやまれぬ利益と厳密に仕立てられた手段が存在しなければ違憲になるものであり、政府側にとっては致命的な基準であると指摘される<sup>(22)</sup>。表現の自由の分野における内容規制や平等分野における人種差別などについ

ては厳格な基準が適用される。

審査基準のレベルは権利の内容と規制態様に応じて変わり、ある種のマトリックス図が念頭に置かれていることがある。たとえば、表現の自由の分野では、内容規制については厳格な基準、内容中立規制については中間審査基準が適用される法理が形成されている。<sup>(125)</sup>このように審査基準が設定してあれば、それに基づく判例が展開されることから法的安定性が維持され、また他の政府機関や訴訟当事者に予測可能性を付与することになる。

他面、審査基準の設定は判断の硬直化を招くため、事案に応じた柔軟な判断ができなくなるおそれがある。ブライヤー裁判官はこの点を批判しており、事案に応じて比較衡量を行うなど、プラグマティックな判断が必要であるとしてきた。<sup>(126)</sup>もともと、ブライヤー裁判官は審査基準そのものを否定しているわけではなく、あらかじめカテゴリカルに審査基準を設定することを問題視している。たとえば、表現内容規制だからといって、そのままトレイトに厳格な基準を適用すべきでないとする。<sup>(126)</sup>表現内容規制のケースには特定の見解を抑圧することから厳格な基準を適用すべきものもあれば、内容に関わる規制であっても正当な理由のある場合もあるからである。

どの程度カテゴリカルに審査基準を設定しておくべきか、当該事案でどの審査基準を適用すべきかなどといった問題はあるにせよ、連邦最高裁が先例を積み上げながら審査基準の設定を試み、多くの裁判官がそれに加わってきたことは事実である。それは、司法審査が憲法上明文上の根拠を持たないがゆえに、自己拘束をかけることで正当性や公正性を担保し、他権への配慮と公衆の信頼を得る必要があったという背景があったと同時に、結果論として権利保障や予測可能性に資することとなり、立憲主義の展開に奏功してきた側面があることも見逃せないだろう。

1 原理問の衝突

原意主義、先例拘束、審査基準はいずれも司法判断の権威を裏付けるものであるが、近年先例拘束の力が弱められる傾向にある。<sup>(127)</sup>たとえば、二〇一八年の *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31* 連邦最高裁判決は先例の理由付けの質に問題があるとして古い先例を覆したが、それは従来よりも判例変更のハードルを下げる手法であり、判例変更が容易になると指摘される。<sup>(128)</sup>また、それぞれの原理が衝突するケースも散見されるようになり、その場合にも先例拘束が劣後する傾向にある。とりわけ、原意主義と先例拘束が衝突したとき、上級審の先例に拘束されるはずの下級審レベルですら先例よりも原意主義を優先させることがあり、<sup>(129)</sup>原意主義の台頭と先例拘束の沈下が同時進行している状況にある。

(1) 原意主義と先例拘束

*Dobbs* 判決は歴史と伝統の審査を行った結果、中絶の権利は認められないとし、それが先例を覆すことができるかどうかについて検討した。歴史と伝統を考察した結果を基に判例を覆すのであれば、原意主義と先例拘束が衝突する構造となる。

法廷意見は判例変更の可否について、①先例が誤っているか (the nature of the Court's error)、②理由付けが適切であるか (the quality of the reasoning)、③そのルールが機能しているか (workability)、④他の法分野に影響しないか (effect on other areas of law)、⑤信頼利益を損なわないか (reliance interests) の五つの基準を提示し、それぞれを当てはめて検討した。

本件において最も大きなウェイトを占めたのは①である。法廷意見は①の要素を検討する際、かつて *Plessy* 判決が誤っていたことを持ち出しながら、「Roe 判決は著しく誤っており、きわめて強い損害をもたらしてきた」<sup>(131)</sup>とし、同判決の憲法判断は合理的解釈の範囲を逸脱しており、「Roe 判決が下された時点から憲法との齟齬が始まり、Casey 判決はその誤りを踏襲した……」<sup>(132)</sup>と述べた。ここで重要なのは Roe 判決が誤っていたと断定した点である。法廷意見は、そもそも憲法は道徳的・社会的に重大な問題の解決を人民に委ねたのであり、中絶の権利を認めることは「生の司法権、そのものを行使したことに他ならない」<sup>(133)</sup>のであって、人民が行使するはずの権力を司法が誤って奪ってしまったとした。

②につき、法廷意見は、Roe 判決が修正一四条制定時の州法の状況や判例法理の状況といったきわめて重要な歴史的事実を無視し、憲法条文、歴史、先例を無視して判断したため、理由付けも誤っていたとする。また Roe 判決が設定した生存可能性のテストも恣意的なルールであり、誤っていたとした。

③につき、法廷意見は先例が設定したルールが機能しているかどうか、つまり一貫した予測可能なものとなっているかどうかを基に判断するとし、ここでは Casey 判決が設定した不当な負担のテストの機能性に照準を定めた。法廷意見は、それに違反するかどうかを正確に判断することができないので基準として機能していないとした。

④につき、法廷意見は Roe 判決や Casey 判決が重要な法理を歪めているのでそれを止める必要があるとする。法廷意見は、中絶規制の合憲性をめぐる事件において明確な基準が存在しないことは問題であり、また中絶に関する判例は厳格審査を緩めたり第三者主張適格の法理を無視したりするなど、重要な法理を歪めてきたとした。

最後に⑤につき、法廷意見は、Roe 判決や Casey 判決を覆しても財産権や契約の自由に関わるような利益を損なうことにはならないという。法廷意見によれば、もともと中絶は予期しない結果生じた対応であり、妊娠の

選択は中絶規制の存在に基づいて行われるものであるから、中絶の権利は信頼利益に値しないという。法廷意見は、仮に具体的な信頼利益があるとしても、中絶の権利と胎児の生命を調整するのは司法ではなく立法府であるとした。

こうして法廷意見は判例変更を行う要件が満たされているとし、Roe判決やCasey判決を覆すべきであるとした。法廷意見いわく、「もし先例を覆せないとしたら、Plessy判決やLochner判決のような誤った判決がなお法として有効になってしまう。そうなる就先例拘束が有効に作用しない」とした。

ここで主な理由となっているのは、Roe判決が誤っていたことと、司法が判断すべき事項ではないにもかかわらず判断してしまったことである。司法の誤りの主要因である歴史分析が原意主義に親和的であることは先述した通りであるが、司法ではなく政治部門が判断すべきという点もまた原意主義に親和的である。なぜなら、一般に原意主義は原意に基づく場合のみ司法審査が正当化されるのであって、そうでなければ民主的正当性のある政治部門の判断を尊重すべきであると考えられるからである。そのため、Roe判決の歴史分析に誤りがある以上、それは正当性がなく、政治部門の判断に委ねるべきであるというわけである。

歴史分析によってRoe判決を誤っているとし、Roe判決を覆す要件が満たされているとした本判決は、原意主義的アプローチをもって先例拘束に優先するとしたわけであり、原意主義による先例拘束への優越が示されたともいえる。

これに対して反対意見は、原意主義のような特定の価値観に基づく手法によって先例を覆すことは法の支配を揺るがすものであると強く批判した。反対意見は、「これまで連邦最高裁が何度も述べてきたように、先例拘束は、判決が、個人の恣意的判断によることなく法に基づいて判断されたことを実践することで、現実かつ認識可能な司法過程のインテグリティに寄与するものである。……今日の判断は個人の恣意的判断によるものであ

る。連邦最高裁は誠実かつ公正に法を適用するという責務を遵守しなかった。ゆえに我々は反対する。」<sup>(135)</sup>と述べ、先例拘束こそが司法判断の権威を担保するものであり、裁判官個人が自らの見解を押し付ける形でそれを変えることは司法の責務から外れていると糾弾したのである。

原意主義も先例拘束もいずれも司法判断の権威を支える重要な要素であるが、両者が衝突した際に原意主義を優先させることは司法判断の権威を弱めるおそれがある。この点につき、安定した判例法理や保守とリベラルのバランスに腐心してきたロバーツ長官は結果同意意見を執筆し、生存可能性のテストだけを否定すればよく、Roe 判決を覆す必要も中絶の権利を否定する必要もないとした。<sup>(136)</sup>先述したように、もともとロバーツ長官は先例拘束を重視する姿勢をとっており、かつて Hallerstedt 判決<sup>(137)</sup>が中絶実施者に対する規制を違憲とした際には反対意見側に加わっていたが、その後類似の規制の合憲性が争われた Russo 判決<sup>(138)</sup>では、先例の判断が誤っていると考えているものの先例には従うとの同意意見を書いている。そのため、ロバーツ長官は Dobbs 判決において生存可能性のテストを放棄するが Roe 判決については維持するとの見解を示したのである。

このロバーツ長官の手法はまた別の論点を惹起する。すなわち、先例拘束は判断結果のみならず、判断につながる審査基準なども含むかどうかという点である。ロバーツ長官が放棄すべきとした生存可能性のテストは Roe 判決が示したトライメスター基準の前提となるものであり、そのみが先例拘束の対象になるのかどうかという問題がある。

この審査基準の問題を中心に、原意主義と先例拘束が入り混じって問題となったのが Bremerton 判決であった。

(2) 三(四)の争い——原意主義・先例拘束・審査基準

Bremerton 判決<sup>(10)</sup>は、公立高校のフットボールのコーチが試合後に競技場で膝をついて祈りを捧げるのをルーティンとしていたことが問題となった事件である。生徒たちが自主的にそれに倣うようになっていたところ、政教分離との関係を問題視した学校側がコーチに対してそれを止めるように何度も伝えた。しかし、コーチはそれを聞かなかったことから、学校側はコーチ契約を更新しなかった。そこでコーチが信教の自由の侵害であると主張して訴訟を提起した。

ゴースッチ (Neil Gorsuch) 裁判官の法廷意見は、学校側がコーチの信教の自由を侵害したとして違憲判決を下したが、その際に政教分離違反を理由とする学校側の判断に問題があったとした。この政教分離の論点につき、法廷意見はレモンテストを放棄すると明言し、原意や慣行を重視すべきであるとしたのである。

法廷意見によれば「連邦最高裁は以前から Lemon 判決を放棄していた<sup>(11)</sup>というが、法廷意見として、正面から Lemon 判決を放棄してレモンテストを捨て去ったのは本件が最初であると思われる。法廷意見は、レモンテスト等が下級審を混乱させてきたとし、公立学校が私人の宗教活動を取り締まらなかったからといってただちに政教分離違反になるわけではないとした。政教分離違反を厳格に問うレモンテストは適切ではないとしたわけである。そして法廷意見は、「連邦最高裁は、レモンテストやエンドースメントテストの代わりに、歴史的慣行や理解によって国教樹立条項を解釈しなければならぬ」と判示してきた<sup>(12)</sup>とし、「裁判所および政府が許容される行為と許容されない行為との線引きをする際には歴史に合致し、憲法制定者の理解を忠実に反映していなければならない<sup>(13)</sup>」と述べた。つまり、政教分離違反は原意や慣行に沿って判断しなければならないとしたのである。

この判断は、すでに放棄されかけていたかもしれないものの、先例が踏襲してきたレモンテストを放棄し、原意や慣行を優先させるものであるといえる。つまり、原意主義を先例拘束や審査基準に優越させた判断といえる

のである。

とりわけ、本件の法廷意見を書いたのがゴースッチ裁判官であったことはこのことを裏付けている。本件の約一か月前に下された *Shurtleff v. City of Boston* 連邦最高裁判決<sup>(144)</sup>において、ゴースッチ裁判官は、レモンテストが原意を無視し、下級審を混乱させてきたとして、原意を基にした判断をすべきという結果同意意見を書いていた<sup>(145)</sup>。ゴースッチ裁判官は、「連邦最高裁はこうした問題を認識し、*Lemon* 判決を放棄し、憲法の原意を軸にした謙虚な法理に回帰することになった」と述べ、判例が原意主義を採用するようになってきていることを示唆していたのである。実際、本件においても、ゴースッチ裁判官の法廷意見は *Shurtleff* 判決がレモンテストを用いて行為の正当化をはかった政府(市)の主張をしりぞけた点に言及している<sup>(147)</sup>。

## 2 原意と先例

このように近時の判例は原意主義を先例拘束に優先させる傾向にある。判例変更自体は可能であることからすれば、原意を理由に判例を覆しても特に問題ないようにもみえる。しかし、先例が誤っていることを主な理由として判例変更を行ってしまうと、政治的分断や社会的分断と似た分断が司法のフォーラムにおいても生じるおそれがある。それは特定の価値をめぐって二者択一を迫るのと似た構造となるからである。

本来、原意や慣行に照らして司法判断を行うことは、生の価値そのものを選択するわけではない。そのため、少なくとも形式上は価値をめぐる分断と一線を画すことができた。しかし、誤っているという理由で先例を覆すことになると、司法判断が正誤問題化してしまうおそれがある。

もちろん、原意を尊重していない先例につき、原意を理由にして判例変更することはありうる。しかし、先例を誤ったものとみなし、その理由に原意を用いると、先例を覆すためのツールとして原意が用いられることにな

る。それは理論的には可能であるが、中絶のような道徳的価値をめぐる分断が恒常化している場合には、特定の価値を実現するために原意を用いたかのような疑いを抱かせてしまう。

さて、一見すると *Dobbs* 判決は原意を基に先例を誤っていると断罪したかのようにみえるが、実は *Dobbs* 判決の判断順序や判例変更の細部を見ると、かかる問題を巧に避けようと試みたのではないかとかがえる部分もある。法廷意見は、最初に憲法判断を行い、続けて判例変更の可否を検討した。もし、最初に判例変更の判断を行い、その中で原意や慣行を理由にしていたら、判例変更のためにそれらを利用した形となってしまう。それは司法が特定の価値を実践したことになり、司法のフォーラムが政治化・分断化してしまうおそれがある。法廷意見は、原意や慣行に基づく憲法判断の結果、中絶の権利は認められないという結論を出した上で判例変更の判断に移ることで、判例変更のために原意を利用したわけではないという外観を創出したのである。

また、判例変更の要件ごとの判断にもそうした工夫を垣間見ることができ、先例が誤っているかどうかにつき、法廷意見は *Roe* 判決の憲法判断に問題があると述べながらも、人民が決定すべき実体的価値を司法が決めてしまったことの問題を強調している。憲法判断の中に原意や慣行が含まれているとしても、法廷意見は先例が誤っていた理由として原意や慣行に直接言及するのを避けた。そして、司法が実体的価値を決めてしまったことが誤りであるとし、むしろ判断すべきでないというスタンスを示した。そうすることで、本判決は特定の価値を実現するために判例変更したわけではないことを明らかにしたのである。原意や慣行を誤っている根拠として用いることの代わりに、法廷意見は理由付けの妥当性の判断の際に条文や慣行に言及した。

このように *Dobbs* 判決は司法的分断が加速しないように配慮したようにもみえるが、理由付けの妥当性の判断の際に「我々は *Roe* 判決が誤って判断した理由を述べたが、それどころか *Roe* 判決は単なる誤り以上に問題であった。それは著しく薄弱な根拠に基づいていた」と述べた上で、*Roe* 判決の憲法判断には条文や歴史、先例

などの理解に誤りがあったとした。つまり、形式的には先例が誤っている根拠に原意を取り上げなかったものの、実質的な誤りの理由には原意や慣行が提示されているのである。

Dobbs 判決に限らず、近時の判例は先例の理由付けの妥当性の問題を最重視して判例変更する傾向にあるといわれる<sup>(14)</sup>。Dobbs 判決もその延長線上にあるとすれば、恣意的にこの要素を最重視したわけではないといえるが、誤りの実質的理由がこの点にあるとすれば、結局原意を理由に先例の誤りを糾弾したことになる。

この点につき、Dobbs 判決は結論としては中絶規制のあり方を州に委ねたのだから、特定の価値を実現するために判例変更したわけではないというエクスキューズが提示されるかもしれない。しかし、Roe 判決を覆すこと自体がきわめて論争誘発的である。もし、司法的分断を回避するのであれば、当事者適格を否定したり中絶規制の合憲性を判断する適切な物差しがないとして政治問題の法理を適用したりする余地もあったように思われる。判断を回避すれば、原判決に対してどのような判断を下すかにもよるが、場合によっては Roe 判決や Casey 判決が示した内容を残しつつ、実質的には規制態様を各州に委ねるといふ状況を創出——混沌とした状況になるが——することもできたように思われる。そのため、州に任せただけはこの問題の言い訳にはならない。

実は、バレット裁判官は連邦最高裁判官に就任する前に先例と原意の衝突について論文を書いていた<sup>(15)</sup>。それによれば、本来、原意主義は原意に基づく条文解釈を行っているか否かを問うもので、原意に則しない先例は変更すべきことになるという。しかし、これを貫徹しようとすると、原意には則していないけれども確立した法理を示した Brown 判決のような先例すら変更の対象となってしまう。バレットによれば、原意主義側もこの課題を真摯に受け止め、原意と先例の調和を試みてきたとする。たとえば、マギニス・ラップポート (John O. McGinnis & Michael B. Rappaport) は、原意と整合しない先例であっても、それが社会に深く根差していれば正当性を有するとする<sup>(16)</sup>。かれらによれば、そのような先例は原意に基づく解釈よりも良い結果を生んでいるわけで

あり、むしろ先例を覆してまで原意主義を實踐する方が大きな混乱を招く結果になるという。一方、バレットは、原意主義の中には原意を先例に優越させる見解もあることについても触れている。たとえば、ローソン (Gary Lawson) は、原意に反することは憲法に反するのと同じことであり、憲法に合致しない法令が無効であるのと同様に、原意と整合しない先例は無効になるとする。<sup>(152)</sup>つまり、原意は憲法の内容そのものであり、原意にそぐわない先例は憲法に反することになるので無効であるというわけである。もともと、バレットは、こうした学説上の対立と異なり、法実務は別のアプローチをとってきたという。それがスカリア流の原意主義と先例拘束についての実践である。スカリア裁判官は自ら臆病な原意主義者と称するように、原意に基づくと現実と乖離した結果をもたらす場合には条文よりも構造に着目して判断することがある。バレットによれば、その臆病さが先例との衝突にも表れるという。スカリア裁判官のアプローチは、原意が先例に優越することもあるが、時に先例拘束を実務上の例外として扱うことがある。たとえば当該先例が確立した法になつていけばそれを尊重し、いわゆる卓越先例 (super precedent)<sup>(153)</sup>を覆そうとはしてこなかった。また、スカリア裁判官は、修正一四条の実体的デュープロセスは原意に反するとの態度をとりながらも、それを認めてきた先例を全否定せず、限定的に認めてきた。このように、スカリア流の解法は、原意主義と先例拘束を調和させたり片方を優越させたりするものではなく、問題となつている事案ごとにプラグマティックに対応するものである、とバレットは評している。<sup>(154)</sup>

たしかに、プラグマティックな観点からすれば、原意主義と先例拘束が衝突した場合にはいずれが司法判断の權威を高めるかを重視すればよいので、スカリア流の対応はまさにそれを実践しているということになる。

しかし、かかるアプローチは原意主義と先例拘束の衝突に対して理論的に回答しているとはいえない。たとえば原意主義の立場から歴史と伝統に深く根差しているかどうかを重視する場合、憲法制定前後の先例は原意を反映させている可能性があるので先例を尊重することになるが、それとは時間的に距離のある先例は原意とも距離

が生じることから原意を優先させることになる、などといった説明を行うべきであろう。

加えて、プラグマティックなアプローチは、裁判官の判断によっていづれかを優先させることになるので原意主義と先例拘束の双方が果たしてきた自己拘束的機能を減殺してしまう。それはケースによって原意を理由に先例の誤りを是正することも許容することになるので、近時の司法判断の正誤問題化を止めることが難しい。その結果、司法判断の権威を低下させてしまうおそれがある。

### 3 判例変更の基準の重要性

司法判断の権威を維持しつつ、原意主義に基づく判例変更を正当化するためには自己拘束的機能を保持することが肝要である。そのためには、判例変更の基準を明確化し、それに基づいて判断しなければならぬと同時に、基準の各要素を総合的に評価することが必要である。Dobbs 判決は判例変更の基準として五つの要素を提示したが、判例変更の基準は必ずしも定まっているわけではない。

一般に、判例変更には「特別な正当化」(special justification)が必要とされる<sup>(155)</sup>。この要件は必ずしも伝統的に存在してきたわけではなく、これを正面から提示したのは一九八四年の *Arizona v. Runsey* 連邦最高裁判決<sup>(156)</sup>であった。オコナー (Sandra Day O'Connor) 裁判官の法廷意見は、「憲法事件では先例に従うことが強く要求されるわけではないが、判例変更を行うには特別な正当化が求められる<sup>(157)</sup>。」と述べたのである。

ただし、何が特別な正当化に当たるかについては明らかにされなかったため、その後の判例は個別にその内容を提示するようになった。たとえば、Patterson 判決は、判例変更には特別な正当化が必要であるとした上で、その後の判例法理や法律の展開によって先例から概念的な基盤が取り除かれたり弱められていないか、先例がその後の判例法理や法律との関係で一貫性を失ったり機能不全に陥ったりしていないか、時代の経過とともに正義

や社会福祉に合致しなくなっていないかを検討している。<sup>(158)</sup>

一方、Payne 判決のように、特別な正当化に触れないまま、先例が誤っていたことのみを理由に判例変更することもある。Payne 判決だけでは、先例の誤りという要素が特別な正当化とは別の独立した要素となっていないのが定かではないが、スーター裁判官の同意意見は、「連邦最高裁は本件において特別な正当化があると判断した<sup>(159)</sup>」と述べており、先例の誤りが特別な正当化の一要素となっている可能性もある。

Casey 判決は、特別な正当化という言葉を用いなかったものの、判例変更の際には慎重かつプラグマティックな考慮が必要だとし、①先例が機能しているか、②判例変更によって損失を被る信頼利益が存在しているか、③関連法令が発展して先例を放棄した方がよくなっているか、④事実が著しく変化して先例が正当性を失っているかという要素を挙げた。<sup>(160)</sup> Casey 判決は特別な正当化を提示したオコナー裁判官が共同相対多数意見に加わっているため、これらの要素は特別な正当化の構成要素になっている可能性がある。だが、仮にそうだとしても、それは法廷意見を形成していないため、正面から先例としての価値が認められるわけではない。

一方、Miranda v. Arizona 連邦最高裁判決<sup>(161)</sup>の変更が問われた Dickerson v. United States 連邦最高裁判決<sup>(162)</sup>は特別な正当化に言及したが、機能性や信頼利益などの言葉を用いずに、ミランダ警告が社会に馴染んでいるとして特別な正当化がないとした。もっとも、この判断には信頼利益などの要素が実質的に含まれている可能性がある。

その後、判例変更には特別な正当化が要求されるか、先例の誤りだけで判例変更が可能かという二項対立を設定する判決が散見されるようになった。Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc. 連邦最高裁判決<sup>(163)</sup>において、ロバーツ長官の法廷意見は Dickerson 判決を引用しながら、「長期にわたって確立した先例を覆す場合には、先例が誤って判断したというだけではなく、特別な正当化<sup>(164)</sup>が必要となる。」とした。さらに Allen v. Cooper 連邦最高裁判決<sup>(165)</sup>におけるケイガン (Elena Kagan) 裁判官の法廷意見は Halliburton 判決を引用しながら、「先例を

覆すためには、「先例が誤って判断された」というだけでは足りず、「特別な正当化」が必要である」とした。これに対し、トーマス裁判官の同意意見は、先例が誤っているというだけで判例変更できないという部分に賛同できないとし、先例が誤っていれば他の要因が先例を覆すことを支持するかどうかにかかわらず判例変更可能であると<sup>(167)</sup>した。

このように、判例変更の要件は、特別な正当化が要求される傾向にあるものの、その内容は定まっているわけではない。また特別な正当化に言及されなのまま、先例の誤りなどを理由に判例変更が行われることもある。そのため、判例変更の要件は裁判官個人によって異なり、誰が法廷意見を書くかによってその内容も異なってくる。

こうした状況を踏まえて、判例変更の要件は二つに大別できるといふ指摘がある。それによれば、ブライヤー裁判官やソトマイヨール (Sonia Sotomayor) 裁判官のように、単に先例が誤っているという理由では足りず、特別な正当化の要件を満たさなければならずとするアプローチと、トーマス裁判官やキャバノー (Brett M. Kavanaugh) 裁判官のように、先例の誤りだけを理由に判例変更可能とするアプローチとがある<sup>(168)</sup>という。

このように区別した場合、先例の誤りを理由に判例変更を認めるアプローチの方が特別な正当化を要求するアプローチよりも判例変更が容易ということになる。そして、特別な正当化は先例の誤りを含む様々な構成要素から成るので、特別な正当化が判例変更を厳しくしているのは加重要素がある点に求められることになる。

しかし、そうすると、特別な正当化には言及しないまま先例の誤りを含む複数の要素を取り上げて判断した場合に、どちらのアプローチに属することになるのかという問題が生じ、それは緩やかな判例変更の要件になるのか、それとも厳しい判例変更の要件になるのかという疑問が生じる。

それが実際に起きたのが *Dobbs* 判決であった。法廷意見は特別な正当化に言及しなかったものの、先例の誤りを含む五つの要素を挙げながら判例変更の可否を検討し、判例変更を認めた。一方、共同反対意見は特別な正

当化がなければ判例変更を行うことができないとし、①先例を弱める法的变化の可否、②先例を弱める事実的变化の可否、③信頼利益が確立していないかどうかを挙げ、これらの要素を満たしていないので、判例変更を行うことはできないとした。<sup>(169)</sup>

これを見ると、法廷意見のように、特別な正当化に言及しない場合には複数の要素を検討したとしても緩やかな判例変更となり、反対意見のように特別な正当化に言及する場合には厳しい判例変更になる可能性がある。だとすれば、判例変更の要素の数は判例変更の厳緩に直接影響するわけではないことになる。むしろ、判例変更の厳緩の鍵を握るのは特別な正当化の提示の有無である。特別な正当化は、各要素を検討する際に、厳しくチェックするかどうかに影響するものとして作用しているといえよう。たとえば、法廷意見は信頼利益の存在に具体性を求めることで判例変更の要件を緩やかに判断した反面、<sup>(170)</sup>反対意見は信頼利益が認められないメルクマールを一年とすることで長期にわたる先例についての判例変更を容易に認めない判断を行っている。

他面、法廷意見は五つの要素を取り上げながらも、実際には先例の理由付けに問題があるとし、実質的には先例が誤っていることを重視して判例変更に踏み切り、反対意見が先例の誤り以外の要素に着目して判例変更を認めなかったことからすると、先例の誤りの要素は判例変更の可否に重要な影響をもたらしているともいえる。

以上の検討内容を踏まえると、(1) 先例の誤りだけを理由にする場合は判例変更が容易になる、(2) 様々な要素を挙げながら先例の誤りを重視する場合も判例変更は容易になる、(3) 特別な正当化を提示して判断する場合は判例変更が難しくなる、と整理することができる。

ただし、裁判官自身、特別な正当化の提示につき、どこまでこだわっているのかは定かではない。また、裁判官によって判例変更の際に検討すべき要素にも違いがあり、要素ごとの軽重にも差がある。<sup>(171)</sup>

アリート裁判官は、Dobbs 判決の法廷意見では特別な正当化に言及しなかったものの、Arizona v. Gant 連邦

最高裁判決<sup>(172)</sup>では特別な正当化を要求している<sup>(173)</sup>。もともとアリート裁判官は先例拘束を重視する傾向にあったので、一見すると、彼は特別な正当化の提示の有無に関係なく判例変更に慎重な立場をとっているともいえる。他方で、判例変更を認めた *Dobbs* 判決では特別な正当化に言及せず、判例変更に消極的な態度を見せた *Garcia* 判決では特別な正当化に言及しているところを見ると、特別な正当化の提示はやはり相應の意味を持つているといえよう。

また、先の整理からすれば特別な正当化と先例の誤りが判例変更のキーポイントになっているが、両者は必ずしも二者択一になるわけではなく、特別な正当化を提示した場合にその一要素として先例の誤りも考慮材料になる可能性がある。その場合には先例の誤りの程度と他の要素の内容が重要になってくるが、判例上、判例変更の要素は定まっているとはいえないため、先例の誤りの程度が鍵を握る可能性がある。たとえば、*Dobbs* 判決のキャバノー裁判官の同意意見は、*Ramos* 判決の判例変更の基準を引用しつつ、先例が著しく誤っている場合、先例が悪影響をもたらしている場合、信頼利益が損なわれない場合を基準に挙げており、法廷意見よりも判例変更の基準をやや厳格化している<sup>(176)</sup>。

もともと、先例の誤りの要素を厳しく設定するとしても、この要素を重視する判断自体が司法判断を正誤問題に変えてしまうおそれがある。司法判断の正誤問題化は、法のフォーラムを政策形成の場面へと転換してしまう可能性があり、それが司法判断の権威を低下させてしまうことにつながるものである。

## 後序

*Dobbs* 判決以降、司法の信頼が揺らいでいると指摘される<sup>(176)</sup>。その理由は党派的理由に基づく判例変更が行われたという認識に起因すると考えられるが、そもそも司法の党派性の疑いは今に始まった問題ではない。個々の

裁判官の判断傾向と党派性が連動しているように見えても、党派ありきの判断だったのか、それとも法的思考がいずれかの党派に親和性があるのかは定かではない。問題は、結果的に保守的判断になるかリベラル的判断になるかではなく、その判断が法の支配に基づいているかどうかである。

ブライヤー裁判官は退官前年に次のように市民に語りかけている。いわく、「三〇年以上にわたって裁判官職を務めてきた経験からすれば、裁判官は皆就任時の宣誓が確固たる思いとなっている。裁判官は、その任命に影響を与えた政党ではなく、法の支配に忠誠を誓っているのである」<sup>(177)</sup>と。仮にこの発言が司法の実体を表しているとすれば、法の支配の維持が司法判断の基盤になっているといっても過言ではない。

ゆえに、法の支配が薄れた司法判断はその権威を失ってしまう。アメリカの政治的分断は連邦最高裁判官の人事を通して司法にも及んでいる可能性があるが、司法は原意主義を活用するなどして自律的な法のフォーラムを維持することができるのではないかと、別稿で論じたことがある<sup>(178)</sup>。その見立ては今も変わっていないが、先例拘束も憲法条文や審査基準と並ぶ重要な司法判断の権威であることを踏まえると、原意を掲げてそれらに優先させることは、その手法次第では司法判断の権威を低下させてしまうことにつながる。とりわけ、先例が誤っていることを強調して判例変更を行うことは司法判断を正誤問題化し、司法的分断を招くことにつながるおそれがある。その際に、先例が誤っていることを理由に原意を持ち出すと、原意主義を覆っている法の皮が剥がれてしまふ、その中に潜んでいるかもしれない政治的選好が剥き出しになってしまう可能性がある。そうなると、司法の自己拘束のタガが外れ、司法の政治化が避けられなくなってしまう。

翻って日本の最高裁を見ると、アメリカとはまた別の側面において司法判断の権威の問題を抱えている。非嫡出子相続分違憲決定<sup>(179)</sup>に見られるように、判例変更や審査基準をなおざりにする傾向がある。かかるスタンスは先例拘束やドグマティック（審査基準を含む）を重視せず、自己拘束から解放された機関となり、立憲主義が弛緩

した状態であると分析される<sup>(四)</sup>。

両国の司法が抱える問題は内容や状況が異なるものの、自己拘束の緩和という点では同じ方向に向かい、それがもたらす司法判断の権威の低下という点においても共通しているといえる。派手な展開からしてアメリカの司法の方が深刻な状況にあるようにもみえるが、*Dobbs* 判決の法廷意見と個別意見との間で判例変更の基準をめぐる議論が行われていたように、それが将来の改善につながる可能性を秘めている。判例変更に限らず、憲法解釈や審査基準も不明瞭になりがちな日本においても判例変更の基準を議論することは先例拘束を真剣に受け止める契機となり、自己拘束の確立ひいては司法判断の権威に寄与するように思われる。

- (1) Erwin Chemerinsky, *Looking Ahead*, 45 *LOS ANGELES LAWYER* 16 (2022). チェメリンスキー (Erwin Chemerinsky) によれば、バレット (Amy Coney Barrett) が連邦最高裁判官に就任したことによって保守派とリベラル派の割合が六対三となり、彼女が完全に職務をこなしたのが二〇二一年度開廷期だったことから、その影響が如実に表れたのがこの開廷期だったという。そのため、「二〇二一年度開廷期はこれまでの歴史の中で最もゆゆしき事態の一つである」としている。ただし、本稿は、司法の保守化それ自体ではなく、司法判断の権威が岐路に立っていることに関心を向けるものである。
- (2) 二〇二一年一〇月から二〇二二年六月末までの開廷期を指す。
- (3) *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 142 S. Ct. 2111 (2022).
- (4) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228 (2022).
- (5) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- (6) *Kennedy v. Bremerton School District*, 142 S. Ct. 2407 (2023).

- (7) Adam Liptak, *Court's Term Was Its Most Conservative Since 1931*, N.Y. TIMES, July 2, 2022, A1.
- (8) Mark A. Lemley, *The Imperial Supreme Court*, 136 HARV. L. REV. F. 97 (2022).
- (9) James B. Stewart, *Will an Old Court Decision on Labor Law Come Back?*, N.Y. TIMES, July 4, 2022, B1.
- (10) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).
- (11) Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971). 政教分離違反かどうかを問う場合に、当該政府行為の目的が世俗的か、当該政府行為の効果が宗教を援助または圧迫するか、宗教との過度のかかわり合いがあるかを審査するものである。
- (12) Stephen F. Rohde, *Triumph of Originalism over Human Dignity*, 45 LOS ANGELES LAWYER 22, 25 (2022).
- (13) 大林啓吾「憲法判断における2重の拘束について——原意主義と先例拘束——」千葉大学法学論集二七卷二号一頁(二〇二二年)。
- (14) ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16 (1962).
- (15) ベンシルスニア州の違憲監察制度については『フェデラリスト』の第五〇編で取り上げられている。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』二五〇—二五二頁(福村出版一九九一年)「以下、『フェデラリスト』とする」。なお、そのほか「監察参事会」と訳されている。
- (16) The Pennsylvania Constitution of 1776, Article XLVII.
- (17) Matthew J. Herrington, *Popular Sovereignty in Pennsylvania 1776–1791*, 67 TEMP. L. REV. 575 (1994).
- (18) Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
- (19) Burnet v. Coronado Oil and Gas Co., 285 U.S. 393, 406–407 (1932) (Brandeis, J. dissenting).
- (20) Stephen Markman, *Originalism and Stare Decisis*, 34 HARV. J.L. & PUB. POLY 111, 115–117 (2011).
- (21) Michael D. Shear and Adam Liptak, *Leaked Draft Shows Court Would Topple Roe v. Wade*, N.Y. TIMES, May 3, 2022, A1.
- (22) Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).
- (23) Melissa Murray, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, 134 HARV. L. REV. 308, 310 (2020).
- (24) Anthony Dutra, *Men Come and Go, But Roe Abides: Why Roe v. Wade Will Not Be Overruled*, 90 B.U.L. REV.

- 1261, 1273–1299 (2010).
- (51) Harry Litman, *A Terrible, Horrible, Bad Supreme Court Decision*, Los Angeles Times, June 28, 2022, A1.
- (52) Michael D. Shear and Sheryl Gay Stolberg, *Biden, Responding to Reversal, Signs Order on Abortion*, N.Y. Times, July 9, 2022, A17.
- (53) Corina Knoll and Mitch Smith, *Abortion Swayed Voters More Than Was Predicted*, N.Y. Times, Nov. 11, 2022, A14.
- (54) Civil Rights Act of 1964, 78 Stat. 241.
- (55) 岡山裕『アメリカの政党政治——建国から二五〇年の軌跡』一六〇頁（中央公論新社、二〇二〇年）。
- (56) John G. Roberts, Jr., Statement, Statement of John G. Roberts, Jr., Nominee to Be Chief Justice of the United States (Washington, D.C., Sept. 12, 2005), in Sen. Jud. Comm., Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to Be Chief Justice of the United States, 109th Cong. 55–56 (Sept. 12, 2005). ロビンソン長官が「上院の司法委員会の公聴会において、裁判官を野球の審判になぞらえ、司法はルールメイキング（法創造）をやるのではなく、ルールの適用（法適用）しか行わないと発言しており、司法の法創造を回避し、司法ミニマリズムのスタンスを明らかにした。このような姿勢は、司法が党派的イデオロギーを実践するために政治に介入することを避けることが含まれていると解される」。
- (57) Adam Liptak, *Breyer to Retire, Giving Biden a Court Pick*, N.Y. Times, Jan. 27, 2022, A1.
- (58) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).
- (59) *Id.* at 720.
- (60) Brandon J. Murrill, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, CRS REP. R45319 at 24–50 (2018).
- (61) Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923).
- (62) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).
- (63) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

- (38) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).
- (39) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).
- (40) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
- (41) McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93 (2003).
- (42) Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).
- (43) Baker v. Gerald R. Nelson, 191 N.W.2d 185 (1971).
- (44) Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
- (45) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954). なお、この判決は Brown 判決Ⅱとの関係では Brown 判決Ⅰと区別されるが、「一般的に「Brown 判決」を指す場合に「Brown 判決Ⅰ」とするの莫名其妙にくくちるおそれがある」ことから、本稿ではこの判決を「Brown 判決」と表記し、「Brown 判決Ⅱ」だけ「Ⅱ」を付け加えている。
- (46) Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955).
- (47) *Id.* at 301.
- (48) National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).
- (49) *See, e.g.*, Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S. 682 (2014).
- (50) *See, e.g.*, Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 138 S. Ct. 1719 (2018). *「ヒール」* 雇用の差別の分野では、市民権法第七編が同性カップルに対する差別禁止も含んでいふことの判断が下されている。Bostock v. Clayton County, 140 S. Ct. 1731 (2020).
- (51) 合衆国憲法六条三項は、「連邦議会議員、州議会議員、連邦および州のすべての公務員（執行府および司法府の両方を含む）に対して、憲法忠誠擁護義務を課している」。
- (52) Randy E. Barnett & Evan D. Bernick, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism*, 107 Geo. L.J. 1, 9-10 (2018).
- (53) スカリア裁判官の原意主義については、アントニン・スカリア（高畑英一郎訳）『法解釈の問題』一七—六一頁

(勁草書房、二〇一三年) を参照。

- (54) See, e.g., Daniel A. Farber, *Dismissed by Time: The Second Amendment and the Failure of Originalism*, 76 CH.-KENT L. REV. 167, 192 (2000).
- (55) Lawrence B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*, 27 CONST. COMMENTARY 95 (2010); Lawrence B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 FORDHAM L. REV. 453 (2013).
- (56) JACK M. BALKIN, *LIVING ORIGINALISM* 3-34 (2011).
- (57) Peter J. Smith, *How Different Are Originalism and Non-Originalism?*, 62 HASTINGS L.J. 707 (2011), <https://www.hastingslawjournal.com/articles/62/707>.  
原意主義かどうかの違いは、その論者が何をもちいて原意主義とみなすかどうかという問題になってしまおうと指摘される。
- (58) Thomas B. Colby, *Originalism and Structural Argument*, 113 NW. U.L. REV. 1297 (2019).
- (59) Lee J. Strang, *Originalism and the "Challenge of Change": Abduced-Principle Originalism and Other Mechanisms by Which Originalism Sufficiently Accommodates Changed Social Conditions*, 60 HASTINGS L.J. 927 (2009).
- (60) Bruen, 142 S. Ct. at 2130.
- (61) 修正二条の権利など修正一〇条が保障する権利を州に対して適用するためには修正一四条を媒介する必要がある、それを修正一四条のデュープロセス条項に求めるか、特権免除条項に求めるかで争いがあり、トーマス裁判官は特権免除条項を主張してきたが、本件ではその論点に関する自説を封印している。なお、「特権および免除」という言葉が一箇所だけ登場するが、それはこの論点と異なる文脈である。
- (62) Bruen, 142 S. Ct. at 2163 (Barrett, J. concurring).
- (63) Michael W. McConnell, *Active Liberty: A Progressive Alternative to Textualism and Originalism?*, 119 HARV. L. REV. 2387 (2006) (book review).
- (64) 憲法二条二節三項は、「大統領は、上院が開会していないときに生じた公職の欠員について、辞令を発することにより、これをすべて補充することができる。ただし、この辞令は、上院の次の会期の終わりに、その効力を失う」と定められている。

- (59) National Labor Relations Board v. Noel Canning, 573 U.S. 513 (2014).
- (60) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2242.
- (61) *Id.*
- (62) *Id.* at 2243.
- (63) *Id.* at 2247.
- (64) *Id.* リンカーン大統領は自由という言葉を使うとき同じ内容を指すとは限らないと述べていたという。
- (65) *Id.* at 2248.
- (66) Elias Neibart, *Originalism as Intellectual History*, 2023 HARV. J.L. & PUB. POL'Y PER CURRUM 1 (2023). 「Dobbs 判決および Brien 判決の多数意見は、連邦最高裁の原意主義的裁判官が深く歴史的慣行にコミットし続けようとすることを示したものである」。
- (67) William Baude & Stephen E. Sachs, *Grounding Originalism*, 113 NW. U.L. REV. 1455 (2019).
- (68) Lee J. Strang, *An Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalist Precedent, and the Common Good*, 36 N.M. L. REV. 419, 421 n.14 (2006).
- (69) 柴田光蔵・林信夫・佐々木健『ラテン語法格言辞典』二八〇頁(慈学社、二〇一〇年)。
- (70) Strang, *supra* note 74, at 421 n.14.
- (71) BLACKS LAW DICTIONARY, 1696 (11th ed., 2019).
- (72) 『サ・フエナリス』・前掲注(51)三八二頁。
- (73) Thomas R. Lee, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, 52 VAND. L. REV. 647, 664–666 (1999).
- (74) Patterson v. McLean Credit Union, 491 U.S. 164 (1989).
- (75) *Id.* at 172.
- (76) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2310 (Roberts, C.J., concurring).
- (77) The Practice Statement of 1966.

- (84) Lee, *supra* note 79, at 652–655.
- (85) *Id.* at 666–687.
- (86) See, e.g., Gordon v. Ogdén, 28 U.S. 33 (1830); United States v. Percheman, 32 U.S. 51 (1833).
- (87) *Patherson*, 491 U.S. at 172.
- (88) Hertz v. Woodman, 218 U.S. 205 (1910).
- (89) *Id.* at 212.
- (90) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
- (91) *Katz*, 389 U.S. 347.
- (92) *Olmstead*, 277 U.S. 438.
- (93) *Lawrence*, 539 U.S. 558.
- (94) *Bowers*, 478 U.S. 186.
- (95) *Obergefell*, 576 U.S. 644.
- (96) Baker v. Nelson, 409 U.S. 810 (1972). ただし、連邦最高裁はミネソタ州最高裁判決 (Baker v. Gerald R. Nelson, 191 N.W.2d 185 (1971)) からの上告を却下しただけであり、ミネソタ州最高裁が同性婚の制限を合憲としたことが先例の実質的内容となつてゐるため、倒伏対象となつた先例にはミネソタ州最高裁判決も含まれる。
- (97) Frederick Schauer, *Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571, 573 (1987).
- (98) *Id.* at 574.
- (99) James C. Rehnquist, *The Power That Shall Be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution and the Supreme Court*, 66 B.U.L. REV. 345, 347 (1986). たゞせば、「アントロサクソン系アメリカ版の先例拘束は法の支配の重要な価値、すなわち公正性、法的安定性、予測可能性、効率性を促進するものである」と指摘される。
- (100) Earl Maltz, *The Nature of Precedent*, 66 N.C. L. REV. 367, 368–372 (1988).
- (101) William O. Douglas, *Stare Decisis*, 49 COLUM. L. REV. 735, 736 (1949).
- (102) John Paul Stevens, *The Life Span of a Judge-Made Rule*, 58 N.Y.U. L. REV. 1 (1983).

- (103) Lewis F. Powell, Jr., *Stare Decisis and Judicial Restraint*, 47 WASH. & LEE L. REV. 281, 286 (1990).
- (104) Christopher J. Peters, *Foish Consistency: On Equality, Integrity, and Justicein Stare Decisis*, 105 YALE L.J. 2031 (1996).
- (105) *Id.* at 2115.
- (106) Vasquez v. Hillery, 474 U.S. 254 (1986).
- (107) *Id.* at 265–266.
- (108) Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808 (1991).
- (109) *Id.* at 827.
- (110) June Medical Services, LLC v. Russo, 140 S. Ct. 2103 (2020).
- (111) Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 U.S. 582 (2016).
- (112) *Id.* at 644 (Alito, J., dissenting). ロビンソン長官とトーマス裁判官が同調している。
- (113) Russo, 591 U.S. at 2133 (Roberts C.J., concurring).
- (114) STEPHEN BREYER, THE AUTHORITY OF THE COURT AND THE PERIL OF POLITICS 83 (2021).
- (115) Richard M. Re, *Personal Precedent at the Supreme Court*, 136 HARV. L. REV. 824, 854 (2023).
- (116) 芦部信喜「人権判例法理の特色——違憲審査基準を中心にして——」法学教室一六九号七頁、一八頁（一九九四年）なす。
- (117) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（第五版）一三五—一四三頁（有斐閣、二〇二〇年）。
- (118) 泉徳治『私の最高裁判所論——憲法の求める司法の役割』一六五頁（日本評論社、二〇一三年）。
- (119) 伊藤健『違憲審査基準論の構造分析』三八五頁（成文堂、二〇二二年）。
- (120) 青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト一四〇〇号六八頁、六九—七四頁（二〇一〇年）。
- (121) Roy G. Spece, Jr. and David Yokum, *Scrutinizing Strict Scrutiny*, 40 VT. L. REV. 285, 293–294 (2015).
- (122) Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267m 1268–1269 (2007).
- (123) Gerald Gunther, *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal*

- Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).
- (124) R. Randall Kelso, *The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny, Intermediate Review, and "Reasonableness" Balancing*, 8 ELON L. REV. 291, 293-303 (2016).
- (125) Paul Gewirtz, *The Pragmatic Passion of Stephen Breyer*, 115 YALE L.J. 1675 (2006) (book review).
- (126) Reed v. Town of Gilbert, 576 U.S. 155, 175 (2015) (Breyer, J., concurring).
- (127) Michael Genittes, *Janus-Faced Judging: How the Supreme Court Is Radically Weakening Stare Decisis*, 62 WM. & MARY L. REV. 83 (2020).
- (128) Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31, 138 S. Ct. 2448 (2018).
- (129) Genittes, *supra* note 127, at 98-104.
- (130) Ryan C. Williams, *Lower Court Originalism*, 45 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 257 (2022).
- (131) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2265.
- (132) *Id.*
- (133) *Id.*
- (134) *Id.* at 2278-2279.
- (135) *Id.* at 2320 (Breyer, Sotomayor and Justice Kagan, JJ., dissenting).
- (136) *Id.* at 2310 (Roberts, C.J., concurring).
- (137) *Hellerstedt*, 579 U.S. 582.
- (138) *Russo*, 140 S. Ct. 2103.
- (139) *Id.* at 2133 (Roberts, C.J., concurring).
- (140) *Bremerton*, 142 S. Ct. 2407.
- (141) *Id.* at 2427.
- (142) *Id.* at 2428.
- (143) *Id.*

- (14) *Shurtleff v. City of Boston*, 142 S. Ct. 1583 (2022).
- (15) *Id.* at 1603 (Gorsuch, J., concurring).
- (16) *Id.* at 1604 (Gorsuch, J., concurring).
- (17) *Bremerton*, 142 S. Ct. at 2427-2428.
- (18) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2266.
- (19) *Genthes*, *supra* note 127, at 87.
- (20) Amy Coney Barrett, *Originalism and Stare Decisis*, 92 NOTRE DAME L. REV. 1921 (2017).
- (21) John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Reconciling Originalism and Precedent*, 103 NW. U. L. REV. 803 (2009).
- (22) Gary Lawson, *The Constitutional Case Against Precedent*, 17 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 23 (1994).
- (23) See Michael J. Gerhardt, *Super Precedent*, 90 MINN. L. REV. 1204 (2006).
- (24) Amy Coney Barrett, *Stare Decisis and Due Process*, 74 U. COLO. L. REV. 1011 (2003). なお、ハレットは別稿において、先例拘束を厳格に適用するご別の訴訟当事者が同じ問題に関する主張を行っても先例を理由に実体判断が行われなくなる可能性があるところから、裁判所の実体判断を受けるデュープロセス上の権利を制約されるおそれがあり、先例拘束は厳格に用いるべきではないと主張しており、強い先例拘束には消極的なスタンスをとっているように思える。
- (25) Emery G. Lee III, *Overruling Rhetoric: The Court's New Approach to Stare Decisis in Constitutional Cases*, 33 U. TOR. L. REV. 581 (2002).
- (26) *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203 (1984).
- (27) *Id.* at 212.
- (28) *Patterson*, 491 U.S. at 173-174.
- (29) *Payne*, 501 U.S. at 842 (Souter, J., concurring).
- (30) *Casey*, 505 U.S. at 854-855.

- (161) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
- (162) *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).
- (163) *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U.S. 258 (2014).
- (164) *Id.* at 266.
- (165) *Allen v. Cooper*, 140 S. Ct. 994 (2020).
- (166) *Id.* at 1003.
- (167) *Id.* at 1007 (Thomas, J., concurring).
- (168) *Keil Brennan-Marquez. Aggregate Stare Decisis*, 97 *IND. L.J.* 571, 573-574 (2022).
- (169) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2334 (Breyer, Sotomayor and Kagan, JJ., dissenting).
- (170) Michael Genithes, *The Future of Reproductive Rights: Concrete Reliance on Stare Decisis in a Post-Dobbs World*, 14 *CONLAWNOW* 1 (2022).
- (171) Morgan Johnson, *Conservative Stare Decisis on the Roberts Court: A Jurisprudence of Doubt*, 55 *U.C. DAVIS L. REV.* 1953, 1963-1971 (2022).
- (172) *Arizona v. Gant*, 556 U.S. 332 (2009).
- (173) *Id.* at 358 (Alito, J., dissenting).
- (174) Steven G. Calabresi & Todd W. Shaw, *The Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, 87 *Geo. Wash. L. Rev.* 507, 541-550 (2019).
- (175) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2307 (Kavanaugh, J., concurring). ただし、キャバノー裁判官は特別な正当化については言及していない。
- (176) Janelle Bouie, *The Court Seems Awfully Nervous About Its Legitimacy*, *N.Y. Times*, Oct. 5, 2022, A22.
- (177) BREYER, *supra* note 114, at 66.
- (178) なお、政治的分断と司法審査との関係については、黒澤修一郎「アメリカ政治の分極化が連邦最高裁判所に与える影響と司法審査理論の動向に関する序論的考察」只野雅人・佐々木雅寿・木下和朗編『統治機構と対抗勢力——代

表・統制と憲法秩序をめぐる比較憲法的考察——』二七九頁（日本評論社、二〇二三年）も参照。

(179) 大林啓吾「彷徨う民主主義」憲法理論研究会編『憲法理論叢書二九 市民社会の現在と憲法』一〇九頁、一一七—一一八頁（敬文堂、二〇二一年）。

(180) 最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二〇頁。

(181) 石川健治「ドグマティックと反ドグマティックのあいだ」石川健治・山本龍彦・泉徳治編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』二九九頁、三三〇—三三三頁（弘文堂、二〇一九年）。