

Title	法律制定における立法府に対する明確性の要求： 明確叙述準則の議論を素材にして
Sub Title	Requirement for clarity in lawmaking with respect to the legislature : focus on the debates on clear statement rules
Author	小林, 祐紀(Kobayashi, Yuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.97, (2013. 6) ,p.269- 300
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130615-0269

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.

法律制定における立法府に対する明確性の要求

——明確叙述準則の議論を素材にして——

小林祐紀

一 はじめに

- (一) 問題の所在
- (二) 本稿の目的

二 構造的準則 (structural rules)

- (一) 判例に見られる構造的準則の特徴
- (二) 構造的準則を構成する四要素
- (三) 関連性の指摘される議論との相違点

四 小括

三 明確叙述準則 (clear statement rules)

- (一) 限定解釈における標準的な明確叙述準則
- (二) 限定解釈におけるより強度な明確叙述準則
- (三) 法令審査における明確叙述準則

四 小括

四 検 討

- (一) 裁判所の権限
- (二) 立法府の優位性
- (三) 法と経済学からの示唆
- (四) 小括
- 五 おわりに

一 はじめに

(一) 問題の所在

アメリカにおける違憲審査権が確立されたマーベリー対マディソン (Marbury v. Madison) 事件⁽¹⁾で、「何が法であるかを述べること (to say what the law is) は、断固として裁判所の権限であり義務である⁽²⁾」という有名なフレーズが示されて以来、連邦最高裁は長年に亘り、憲法解釈における裁判所の優位性を求める一連の法理を構築してきた。マーベリー事件を引用することで、連邦最高裁は、憲法上の保護に関する「最終的な解釈者 (ultimate interpreter)」⁽⁴⁾であると自らを宣言してきたのである。

このような見解に従えば、裁判所は違憲審査という厳粛な機能を遂行する際に他の機関から距離を置くことになる。政治部門は法令を制定し、裁判所はそれらの法令の合憲性を審査する。裁判所はそれが正当なものか否かを宣言し、またそれにとどまるのである。このような憲法解釈における優位性の認められる裁判所の役割論は、今までの裁判所のレトリックに合致するだけではなく、実際の判決の多くに適用するものであろう。マーベリー事件で示された裁判所の優位性を認める伝統的な違憲審査の手法は、憲法上の規定から裁判所がある実体的準則 (substantive rules) を導き、問題となる法令の合憲性審査の際に、これらの準則を適用して判断することである。

しかし、マーベリー事件で示された裁判所の理論的優位性が一応認められるとしても、憲法判断の形成に参加するのは常に裁判所に限られるのか。また、憲法の規定の中には、裁判所が合憲性判断のための一定の実体的準則を導くことが難しいものも存在するのではないか。そして、そのような場合に、従来、裁判所は半ば強引にその実体的準則

を確立・適用することによって事件を解決するか、あるいは、議会の裁量を過度に広く認めることをしてきたという問題がある。⁽⁵⁾ こうした問題状況に直面した場合、マーベリー型の伝統的な違憲審査が常に十分な解決をもたらしてきたのかどうか疑問なしとしない。では、実体的準則を導くことが特に困難（あるいは不適切）な領域で、裁判所は他の手法を採ることで憲法上の価値を保護し得ないのであるうか。

（二） 本稿の目的

このような問題に示唆を与えるのが、近年のアメリカにおける以下の指摘である。それは、「連邦最高裁が憲法上の権利の共同構築（shared elaboration）に政治部門を直接的に参加させており、政治部門が重要な憲法上の価値を脅かす政策判断をする際に、適切にかつ綿密で注意深い調査をしているか否かに焦点を当てた法理を用い⁽⁶⁾」ているという指摘である。連邦最高裁は、この種の法理を採用することで、伝統的な違憲審査の手法において憲法事件の中心的要素（侵害された権利の性質や、侵害の程度、そして侵害行為に対する正当化根拠）として定義されてきたものからの転換を図っている。つまり、連邦最高裁は、伝統的な違憲審査の手法とは異なり、政策の質を高める過程や構造を政策形成者がどのように用いたのかに焦点を当てており、実体的な憲法上の価値に関して、政府の政策形成が「何（what）」なのかだけではなく、「どのように（how）」なされたのかというところにも焦点を当てているということである。このような法理は、「構造的準則（structural rules）」と呼ばれている。

本稿では、立法府が法律を制定する「仕方（way）」（法律制定に際しての構造）に着目した幾つかの審査手法のうち、法律制定の際に立法府に対して要求される明確性に関する検討を行う。一般に、法律を制定する際に立法府に明確性が要求されるといえば、「明確性の原則」が想起されよう。これは、「精神的自由を規制する立法は明確でなければならぬ⁽⁷⁾」とする原則であり、もともととは刑罰法規について特に問題とされていたものである。この要請は、日本国憲

法であれば第三一条から導出されるもののように、立法府に対して法律の明確性を憲法上直接に要求するものである。⁽⁸⁾しかし、本稿が検討対象とするのはデュー・プロセス条項から導かれる明確性の要求ではなく、構造的準則に属する clear statement rules (以下、明確叙述準則とする。)である。

明確叙述準則とは、後述するように、裁判所による法律の適用の前提となる法律解釈が一義的に決定し得ない場合に(かつ当該法律が違憲となる解釈が存在する場合に)、立法府による明確叙述を条件として、その立法者意思に沿って裁判所が合憲的に解釈するという準則である。本稿では、法律解釈(合憲限定解釈)の場面で用いられるこの準則の意義を明らかにするとともに、合憲限定解釈の場面にとどまらず、憲法判断(法令審査)における当該準則の有用性も検討することが目的である。

二 構造的準則 (structural rules)

では、構造的準則を用いた違憲審査とは何か。構造的準則とは、簡潔に述べれば、マーベリー型の違憲審査が立法府の制定した法律の中身「結果」を対象としてきたのに対して、立法府が法律を制定する仕方に着目した準則であり、この準則を用いて裁判所が審査を行うことを指す。

(一) 判例に見られる構造的準則の特徴

まず、判例を通して構造的準則の特徴を見る際の最適な事例として、一九九一年のグレゴリー対アシクロフト (Gregory v. Ashcroft) 事件⁽⁹⁾がある。本件は、州裁判官の七〇歳定年制を規定しているミズーリ州憲法第五条二六項の規定が、連邦法である一九六七年の雇用上の年齢差別に関する法律 (Age Discrimination in Employment Act: 以下、ADE

Aとする。) および修正第一四条の平等保護条項に違反するとして、ミズーリ州裁判官の原告らが訴訟を提起した事件である。

連邦最高裁は七対二で、原告の主張を斥け、この規定を合憲とした。オコナー (Sandra D. O'Connor) 裁判官執筆の法廷意見は以下のように理由付けた。合衆国憲法が連邦制度を設けていること、それと同時に、最高法規条項により、連邦議会に対して憲法による権限の委任の範囲内で立法する限りにおいて、連邦議会の意図するところを州に課すことが認められる。連邦議会に対して、連邦と州という「この微妙なバランスにおける明らかな優位性」⁽¹⁰⁾を付与している。しかし、連邦議会は伝統的に州によって規制されてきた領域でも立法し得るという特別な権限を有するが、連邦議会が軽々しくこの権限を行使してはならないことを連邦最高裁は理解しなければならない⁽¹¹⁾。そこで、法廷意見は、「連邦議会が『州と連邦政府との通常の憲法上の均衡』を変えようと意図する場合に、連邦議会はその意図を『制定法の文言の中に、誤解されようもないほど明確に (unmistakably clear in the language of the statute)』しなければならぬ⁽¹²⁾」とした。法廷意見は、州裁判官がA E D Aの「被雇用者」に当たるか否かは法文上不明であり、本法が裁判官に適用されることを「誤解されようもないほど明確にしている」とは言えず、州裁判官に適用されないと判示した。連邦最高裁は本件でA D E Aがミズーリ州憲法に適用されないと判断した理由として、連邦議会が本法と抵触する州の選挙(州憲法に裁判官の定年規定を設けたこと)に介入するための自らの意図を明確に表明していないことを指摘した。それにより、連邦最高裁は連邦議会に法律制定の際の一定の構造を要求したことになる。この準則に基づけば、連邦議会が憲法上認識された実体的な利益(本件では州の利益)を脅かそうとする場合に、連邦議会は自らの意図を明確に述べることで、裁判所によって要求された「どのように」法律制定すべきかの仕方を充足しなければならなかったのである。

しかし、本件で示された準則が立法行為の「手段」に焦点を当てるものとしても、この準則がいわゆる目的手段

審査にいう「手段」審査に過ぎない訳ではない。それは、本件で示された準則が、厳格審査基準や中間審査基準による審査のように、立法府の手段の適切性を評価していないからである。この準則の下では、立法府が手続的観点からどの程度、注意深く行動していたのかを裁判所は考慮しているのである。

次に、立法府に対するこのような手続的な要求に関して、この準則と手続的デュー・プロセスから導かれる準則との類似性が指摘されるかもしれない。しかし、構造的準則は、手続的デュー・プロセスから導かれる準則のように個人の紛争の裁定における公平で十分に情報を得た判断形成か否かに焦点を当てるものではない。この準則は、どのように法律が制定されたのかという構造的な性質に関するものである。

(二) 構造的準則を構成する四要素

構造的準則に属する各準則に共通するのは、以下の四つの要素である。⁽¹⁵⁾

第一に、——構造的準則に固有のメルクマールではないが——これらの準則はいずれも特定可能な実体的な憲法上の価値を保護するために機能する。グレゴリー事件において、連邦最高裁が連邦主義という実体的な憲法上の価値を保護したことが第一の要素に該当する。第二に、これらの準則は政治部門の政策形成者が再評価を行うための司法による「差戻し (remand)⁽¹⁶⁾」を容易にする。グレゴリー事件において、連邦議会が州の裁判官をADEAに含めるべきか否かを再度検討するために、連邦最高裁がこの法律を議会に差戻したことが第二の要素に該当する。第三に、これらの準則は連邦最高裁が以前に斥けた同一のプログラムを立法府が再び制定することで、裁判所によってもたらされた結果——実体判断の結果ではなく、構造的観点からの結果——を覆す権限を立法府に対して付与する。グレゴリー事件後、連邦最高裁が、州の裁判官にADEAの保護を与えるという新たな立法を制定するための余地を残していることが第三の要素に該当する。第四に、これらの準則に基づけば、裁判所によってなされた判断の結果は、裁判所に

よって示された構造的な要求を立法府が政策形成過程において遵守する場合にのみ覆され得る。グレゴリー事件に従えば、連邦議会では法律の中で疑いもなく明確に政策選択をする場合にのみ、ADEAの適用を州の裁判官まで拡張し得ることが第四の要素に該当する。構造的な準則は、以上の四つの要素を通じて、「裁判所と政治部門との憲法構築における深遠な協働を指向する」⁽¹⁷⁾のである。

(三) 関連性の指摘される議論との相違点

次に、構造的な準則と関連性の指摘される議論との違いを見ることで、この準則の輪郭をより明らかにしたい。この準則は法律制定の「構造 (structure)」や「過程 (process)」について一般に憲法上語られる次の四つの代表的な議論と区別される。

第一に、構造的な準則は権力分立を構築する諸準則を含むものではない。たとえば、アメリカ移民局対チャダ (*Nguyen v. Chadha*) 事件は構造的な準則の問題ではない。本件は、連邦最高裁が連邦の行政機関の行為を撤回するための議会拒否権⁽¹⁹⁾の議会による援用を違憲とした事件である。チャダ事件は特定の判断形成過程を違憲とし、また、ある部分では自由を保護するためにそうしたのも事実である。しかし、本件での準則は修正第一条の表現の自由から導かれたものでもなく、修正第五条や修正第一四条の平等保護の原則から導かれたものでもない。したがって、権力分立に関する他の事件と同様に実体的権利の構造的観点からの保護ではないため、構造的な準則とは異なる。

第二に、構造的な準則は法律制定過程に着目するが、イリイ (*John H. Ely*) によって提唱されたプロセス理論と異なる。イリイは、その著書である『民主主義と不信』⁽²⁰⁾において、広義のプロセス（社会を統治する法が制定されるプロセス）に関する憲法解釈理論を提唱した。イリイは、政治過程に関するプロセスと実体との区別をし、裁判所の役割を少数派の利益が政治過程に反映されるようにする点に限定した。したがって、イリイの理論は実体的価値ではなく、

原則として手続的価値に着目するものである⁽²¹⁾。しかし、対照的に、構造的準則の議論においては、実体的な憲法上の価値が存在することを前提とし、法律制定過程に着目することによって裁判所が憲法上の価値に意味を付与する方法を探るため、イリイのプロセス理論とも異なる。

第三に、構造的準則は、ブラック (Charles L. Black, Jr.) の主張する構造的解釈アプローチとも異なる。イリイの著作の一〇年前に刊行された『憲法における構造と連関⁽²²⁾』の中でのブラックの主張は、裁判官が特定のテキストの文言を過度に強調し、憲法によって構築された構造や連関性を過少評価しているというものであった⁽²³⁾。ブラックは構造連関アプローチ⁽²⁴⁾の例証として、たとえば、克蘭ダール対ネバダ (Crandall v. Nevada) 事件⁽²⁵⁾を挙げる。本件は、ネバダ州が鉄道等で州を離れる者に一ドルの税金を課す制度について、移動の自由は基本的権利であるとして違憲とした事件である。ブラックは、本件が市民、国家そして州の適切な関係についての構造的前提条件を反映するものであると指摘した⁽²⁶⁾。しかし、本件は州からの旅行者に課税し得るか否かという実体問題であるため、構造的準則の対象とはならないのである。

第四に、構造的準則は法律制定過程での立法府による「熟議」が十分に行われたことを重視するが、サンステイン (Cass R. Sunstein) によって提唱される熟議民主主義論と異なる。サンステインによれば、裁判所は「判断におけるミニマリズム」を採ることで「民主主義と熟議をより促進す」べきであるし、現に行っている⁽²⁷⁾。サンステインの司法ミニマリズムの考えでは、裁判所によって下される判断は「深度」と「範囲」から分類され、裁判所としては狭く浅い判断を原則として採るべきとされるため、熟議を指向するサンステインの議論との一定の親和性があると考えられるが、彼の議論は構造的準則を用いた裁判所による審査と直接的に関係するものではない。

(四) 小括

以上のように、様々な観点から構造的準則の内実を明らかにしてきた。この準則を用いた審査とは、繰り返しになるが、立法府が制定した法律の本身（結果）ではなく、法律を制定するまでの過程（構造）に着目して裁判所が審査するという機能を有する。また、この機能を有する準則の総称が構造的準則なのである。ただ、一口に制定するまでの過程と言っても、法律制定をする際のどの構造に着目して審査を行うのかは異なる。本稿では、以下に見るように、立法府が法律を制定する際に明確に叙述していたのかという「構造」に着目した審査手法を検討対象とする。

三 明確叙述準則 (clear statement rules)

前章までに、構造的準則とはどのような準則であるのかについて、具体的な判例で判示された内容や関係性の指摘される議論との相違点を見ることが明らかにしてきた。本章では、構造的準則の一つである明確叙述準則に関する検討を行うことにする。明確叙述準則は、立法府が法律の文言を明確に規定していたのか否かに着目するものであるが、もともとは法律解釈における解釈準則の一つである。後述するように、立法府の制定した「法律」の文言が曖昧である場合に、立法府が明確にその意図を法律の文言（あるいは立法資料）に叙述していなければ、問題となっている憲法上の権利あるいは価値に資するよう裁判所が解釈するという解釈準則である。つまり、法律の文言が曖昧である場合に、限定解釈を通して憲法上の実体的な価値を読み込む手法である。さらに、本稿の冒頭でも述べたように、限定解釈としての明確叙述準則を憲法判断（法令審査）の場面で用いることの有用性も検討することが本稿の目的である。そこで以下では、限定解釈における明確叙述準則とともに、法令審査の場面での当該準則を具体的な判例を取り上げ

ながら明らかにしていくことにしたい。

(一) 限定解釈における標準的な明確叙述準則

限定解釈の場面での憲法上導かれる明確叙述準則は多様かつ多数な形式を伴う。それらの間の区別は、主として法律を制定する際に立法府に対して要求される明確性の「程度」によって生じるものである。本節では、要求される明確性の程度に基づき二つに類型化した上で、限定解釈としての当該準則の内容を明らかにしていく。

1 憲法判断回避の準則

最初の準則は、我々が最も見慣れており、裁判所によって広く行使されてきた準則である。連邦最高裁が「基本的な原則 (cardinal principle)⁽²⁸⁾」であると指摘しているように、それは、「ある法律の他の受け入れることのできる解釈が深刻な憲法問題を生じさせる場合に、連邦最高裁は、そのような解釈が連邦議会の意図に明らかに反しないならば、そのような問題を回避するために当該法律を解釈する⁽²⁹⁾」というもので、いわゆる憲法判断回避の準則と呼ばれるものである。

この点に関する代表的な判例として、ケント対ダレス (Kent v. Dulles)⁽³⁰⁾ 事件がある。本件での争点は、国務長官が大統領権限に基づき共産党員に対して旅券発給を禁止する規制を行い得るか否かであった。ダグラス (William O. Douglas) 裁判官執筆の法廷意見は、旅券発給に関する国務長官の権限が曖昧な文言によって規定されていると指摘した。⁽³¹⁾ 法廷意見は、この点に関する国務長官の権限が歴史的に次の状況下でのみ旅券を拒否するための裁量を与えられると解釈し得るとした。それは戦時中であることと違法な行為のある場合である。⁽³²⁾ 憲法判断回避の準則を引用することで、法廷意見は限定解釈を選択したのである。移動の自由は重要な市民的自由であるから、法廷意見は「連邦議会が国務長官に対して、旅券を認めるか否かに関して無制限の裁量を与えていると容易に推定することはできない⁽³³⁾」

とした。

そして、法廷意見はその結びで、「もし我々が、旅券発給を差し控えるための権限を国務長官に対して連邦議会が付与したと解釈するならば、我々は重要な憲法上の問題に直面する。連邦議会は明確な文言で (in explicit terms) 規定を設けておらず、またそのような規定が欠けているため、国務長官は市民の移動の自由を制約するために、そのような基準を採ることはできない」⁽³⁴⁾ (本件旅券発給拒否は違法) とし、本件では合憲性の問題に言及しないと判示したのである。

では、ここで示された憲法判断回避の準則⁽³⁵⁾からどのような知見が得られるのか。この準則は、法律制定をする立法者の隠れた意図を実行するという法律解釈の目的を促進するものとして知られる。憲法判断回避の準則は、周知の通り、アシュワンダー対TVA (Ashwander v. Tennessee Valley Authority) 事件⁽³⁶⁾において、ブランドイス (Louis D. Brandeis) 裁判官の同意意見で示された七準則のことである。この準則に基づき、最も差し迫った事態に憲法上の介入を留保しておくことで、裁判所は他の対等な機関との権限を弱める衝突を最小化し、自らをその性質通りの控えめなものに位置付け、司法の資源を維持し、違憲審査権を行使するための権限を確かなものに⁽³⁷⁾する。この準則には、狭義の憲法判断回避の準則 (憲法判断自体の回避) と合憲限定解釈が含まれるが、明確叙述準則の議論においては法律の「限定解釈」によって裁判所が憲法判断に直面することを「回避する」手段という観点から、後者を念頭に置く。なお、本稿の対象は、あくまでも構造的準則の構成要素を備える——構造的観点からの——諸準則の検討であり、諸準則の形成された元々の根拠が相互に異なる点はひとまず本稿では差し置くことを予め断っておく。

憲法上の問題に関する判断を回避するための法律解釈準則の背後には、明らかな構造的目的が存在すると言える。この観点からすれば、連邦最高裁が憲法判断回避の準則を用いるときは常に、連邦最高裁は立法府との憲法上の対話を生じさせていることになる。換言すれば、立法府に対して法律制定の際にその意図の明確叙述を要求するというこ

とは、実際に連邦最高裁が行った(構造的観点に関する)判断を立法院が覆そうとする場合に、注意深くかつ熟議的な仕方で開催させていくことを要求するということなのである。⁽³⁸⁾

2 実体的な憲法上の価値を保護するための他の準則

前述の憲法判断回避の準則とは別に、同様の構造的な方法で実体的な憲法上の価値を保護する多くの準則が存在する。⁽³⁹⁾この領域での中期バーガー(Warren E. Burger)・コートにおける明確叙述準則を用いた法律解釈は特に顕著なものであった。エスクリッジ=フリッキー(William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey)によれば、裁判所はこの準則を用いて、合衆国対カリローヌ・プロダクツ(United States v. Carolene Products Co.)事件⁽⁴⁰⁾で示された、「切り離され、孤立した少数者(discrete and insular minorities)」⁽⁴¹⁾を保護していた。具体的な判例として、たとえば、内国歳入法典の規定に基づき免税措置を受けていた宗教系の私立学校である大学が、「違法又は公序(public policy)に矛盾する」団体に免税措置を認めないと従来の解釈を一九七〇年に変更した——その結果、人種差別を行っていた同大学の免税資格を否定した——内国歳入庁に対して、その取消しを求めて訴訟を提起した、ボブ・ジョーンズ大学対合衆国(Bob Jones University v. United States)事件⁽⁴²⁾がある。本件では、人種差別を行っている私立学校に対する免税が違憲であるか否かの憲法問題に触れずに、連邦最高裁は法律解釈の問題として事件を処理した。大学側は、内国歳入法典が免税を認める団体として明文で教育・宗教など八類型を定めていること、その類型に該当することにより公益目的を有する団体とみなすというのが議会の最終的な判断であると主張した。しかし、バーガー首席裁判官執筆の法廷意見は、免税規定の解釈として、伝統的な公益信託法上の公益概念を読み込むことを認め、内国歳入庁にその解釈権限を委ねた上で、教育における人種差別が公序に反するものであるとした内国歳入庁の解釈を正当なものであるとしたのである。ここでの明確叙述準則も、法律に明確な文言で規定されていない限り、問題となっている憲法上の価値に資するように法律を解釈するということを示している。

次に、憲法上の特定の価値と結び付いた最も顕著な明確叙述準則としては、自由や平等という個人の利益の保護ではなく、いわゆる「州の権利」の司法による保護（連邦主義の問題）に関するものがある。この領域での中核となる原則はライス対サンタフェ穀物倉庫会社（*Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*）事件⁽⁴³⁾で示された。本件は、穀物倉庫に対する規制が問題となり、一九三一年改正の連邦穀物倉庫法（*Federal Warehouse Act*）に対し、イリノイ州が連邦法以上に詳細な規制を行ったため、倉庫業者が州法の差止めを求めた事件である。連邦最高裁は七対二で、倉庫業者の主張を認め、料金規制、差別禁止など九項目に関して連邦の規制が専占すると判断した。ダグラス裁判官執筆の法廷意見は、この種の規制が州によって伝統的に従事されてきたことを確認した上で、それにもかかわらず連邦の専占を認めるための判断基準を示した。それは、「伝統的に州の領域とされた分野では、専占なしの推定が働き、それでも連邦の専占を認めるためには、それが明白な連邦議会の意図であることを必要とする」⁽⁴⁴⁾（傍点筆者）というものである。ここで示された連邦主義の問題に関する明確叙述準則は、前述の内容と同様に、法律の文言に明確に立法者意思を叙述することによって、州に対する連邦の規制を認めるという趣旨のものであった。

（二） 限定解釈におけるより強度な明確叙述準則

前述までの明確叙述準則の下で立法府に対して要求される明確性の程度は標準的なものであった。立法府が法律あるいは立法資料（*legislative history*）の中でその意図を明確にする必要があり、その意図が明確にされていない場合には問題となっている憲法上の価値に資するように法律を解釈していた。ここでは、前述の標準的な明確叙述準則よりも、より強度な明確叙述準則の用いられた場面について見ていく。より強度な明確叙述準則は、後期バーガー・コートやレンキスト（*William H. Rehnquist*）・コートにおいて顕著に現れており、標準的な明確叙述準則と異なる運用がなされていた⁽⁴⁵⁾。

まず、代表的な判例としては、第二章で用いたグレゴリー事件がある。本件はA D E Aが州の裁判官に法定年要件 (mandatory requirement) を課することを禁止しているか否かについて争われた事件である。A D E Aが「代議制の核となる権限」に与える恐れを前提に、法廷意見は「連邦議会が立法権のそのような行使を意図したということを我々が絶対的に確信しなければならない⁽⁴⁶⁾」と判示した。グレゴリー事件や後述のアタスカデロ事件での連邦最高裁は、連邦主義の領域において熟議を促進するという目的においては、前述のライス事件と同様のアプローチを採っている⁽⁴⁷⁾。グレゴリー事件の法廷意見は、このような明確性の要求を立法府に課すことの目的を、「立法府が重大な問題に実際に直面する⁽⁴⁸⁾」ことを確実にすることであると示した。

しかし、グレゴリー事件の明確叙述準則は、実際には前述のライス事件とまったく同様に機能している訳ではない。この事件の法廷意見は、連邦議会が「法律の文言の中に誤解されようもないほど明確に」(傍点筆者)⁽⁴⁹⁾その意図を示さなければならず、規制対象に裁判官を含むことが当該法律を読む如何なる人に対しても明らかでなければならないと強調していたのである。法律の文言の明確性に関するこのレベルの要求は標準的なこの準則との乖離を示している。

以前の連邦最高裁が明確叙述準則を用いて法律解釈をした際に、法律の文言だけではなく立法資料をも検討し、また連邦議会が——「明確な文言」という言葉を使うことは対照的に——「その目的を明確に伝達し」⁽⁵⁰⁾ているか否かのみを審査していたことから考えれば、より強度な明確叙述準則は先例と異なることになる。これらの相違点を鑑みると、グレゴリー事件は単に明確叙述準則を採用したというだけではなく、ライス事件などで示された明確性の要件を、より高次のレベルへと引き上げたと言える。つまり、グレゴリー事件は、連邦最高裁が特に重大な憲法上の価値に対する立法府による侵害を感知したときに、いわば明確叙述の「厳格な審査」を行うということを示唆している⁽⁵¹⁾のである。

また、連邦最高裁は修正第一一条に関する事件でも同様の方向性を示している。その代表的な判例として、アタス

カザロ州立病院対スキャンロン (Atascadero State Hospital v. Scanlon) 事件⁽⁵²⁾がある。本件は、障害のみを理由に雇用差別を受けた原告が州立病院と所管省庁を相手取り、同病院による雇用拒否が一九七三年のリハビリテーション法 (Rehabilitation Act) 第五〇四条および雇用差別に関する州法に違反するとして訴訟を提起した事件である。本件における争点は修正第一条の主権免責の観点から、同法違反を理由に連邦の裁判所における訴訟にカリフォルニア州が服するの可否であった。パウエル (Lewis F. Powell) 裁判官執筆の法廷意見は、同法違反を理由に同州は連邦の裁判所における訴訟に服しないと判示し、主権免責の問題に関して、「連邦議会が自らの意図を疑いもなく明確に、この法律の文言に示すことよつてのみ、連邦の裁判所における訴訟からの憲法上保障された州の主権免責を廃止することができ」(傍点筆者)⁽⁵³⁾と判示した。法廷意見は、より強度な明確性を要求するために、「修正第一条に関係する利益の根本的性質」⁽⁵⁴⁾に依拠した。結果として、本件の法廷意見は、これらの修正第一条の価値が特に深刻であるように見られる文脈において、この価値を保護するために明確叙述準則を採用したのである。

本項で挙げた判例から分かるように、より強度な明確叙述準則とは前述の標準的なそれと比して、その守るべき憲法上の価値の重要性によつて厳格化された、立法府に対する明確性の要求なのである。

(二) 法令審査における明確叙述準則

前述までの限定解釈(法律解釈)における明確叙述準則は、法律の文言が曖昧である場合に、法律の文言(あるいは立法資料)に立法者の意思が明確に叙述されていなければ、問題となつてゐる憲法上の権利あるいは価値に資するよう⁽⁵⁵⁾に解釈するという解釈準則であった。ここでは、限定解釈における明確叙述準則を法令審査(憲法判断)の場面で用いることの有用性を検討するという目的から、以下の二つの事件を素材に法令審査における明確叙述準則の有用性を説くメリル (Thomas W. Merrill) の議論を参考に論を進めることにしたい。その二つの事件とは、合衆国対ロペス

(United States v. Lopez)⁽⁵⁷⁾ 事件とゴンザレス対ライク (Gonzales v. Raich)⁽⁵⁸⁾ 事件であらう。

まず、ロベス事件は、学校の一〇〇〇フィート内で銃を所持することを禁止した連邦法であるスクールゾーンにおける銃所持禁止法 (Gun-Free School Zones Act) が問題となった事件で、連邦最高裁は五対四で違憲の判決を下した。レンキスト首席裁判官によって執筆された法廷意見はこの準則を限定解釈ではなく法令審査の手法として用いた⁽⁵⁷⁾。本件は、合衆国憲法第一編八節三項の州際通商条項を根拠に制定した法律の合憲性が争われたため、その合憲性審査にあたっては規制対象行為の「州際通商における実質的影響」の有無が重要となる。そこで、法廷意見は法律の中に実質的影響に関する事実認定を叙述することを要求し、本件ではそれが欠如していると指摘したのである⁽⁵⁸⁾。

次に、ライク事件は、薬物を規制する連邦法である規制薬物禁止法 (Controlled Substances Act) が問題となった事件で、連邦最高裁は六対三で合憲の判決を下した。ステイーブンス (John P. Stevens) 裁判官によって執筆された法廷意見は、ロベス事件で示されたのと同じ基準に基づき当該法律の合憲性を審査した上で、本件においては州際通商における実質的影響の有無に関する事実認定が法律の文言に明確に叙述されていることを指摘したのである⁽⁵⁹⁾。

これら二つの事件について、法令審査における明確叙述準則の観点から説明を試みているのがメルルである。メルルはロベス事件と比較して、ライク事件では連邦議会が法律の中で、州際通商条項から規制薬物の州内での所持を規制するための連邦議会の権限がどのように導かれるのかについて明確に叙述しているとする⁽⁶⁰⁾。したがって、ライク事件は明確叙述準則を充足したため、裁判所によって敬謙的に審査された結果、合憲と判断されたが、ロベス事件は法律の規制対象行為と連邦議会の権限との関係について法律の中に明確に叙述されていないため違憲という判断を受けたのである⁽⁶¹⁾。

(四) 小 括

本章では、限定解釈における明確叙述準則について、立法府に対する明確性の要求レベルに応じて二つに類型化し、判例を通じて当該準則の内実の明徴を試みた。また、法令審査において当該準則の適用が指摘される判例や議論を通じて、法令審査における当該準則の有用性を例証した。ここでは、本章のまとめとして、限定解釈と法令審査の双方に共通する明確叙述準則の機能場面と機能方法を整理しておくことにしたい。

まず、明確叙述準則の機能場面である。この準則を用いた審査と実体的準則を用いたそれとの重要な違いは、明確叙述準則が裁判所と政治部門との協働性をもたらしという点にある。つまり、立法府の権限行使の合憲性を判断する際に裁判所と政治部門の双方が関わることである。しかし、このように肯定的に評価することは、憲法問題を解決する場合に、常にこの手法で解決すべきであるということの意味している訳ではない。では、どのような場面において当該準則を用いた審査が適切であるのか。それは次の三つの場面⁽⁶²⁾であると考えられる。

第一に、解釈に関する問題が安定性 (stability) よりも変革 (change) を指向する場合である。法律あるいは憲法の解釈が立法府の権限の範囲に関する変革を促進するために行われる限りにおいて、この準則が備える協働的な性質は長所として現れる。第二に、立法府の権限の憲法上の限界に関する境界線に疑義が存在する場合⁽⁶³⁾である。立法府の権限の限界画定が容易でない場合に、この準則を用いることで裁判所をこの難題から回避させ、別の途に導くことができる。第三に、解釈に関する問題が司法事実よりも立法事実の決定を含む場合である。公法領域では伝統的に政治的責任を負う機関が立法事実の第一義的な決定者であるとされてきた。しかし、この準則の下では、裁判所は立法府の法律制定過程 (構造的観点) に着目するため、解釈問題が立法事実の決定を含む場面にもその役割を拡張することができるのである。

次に、明確叙述準則の機能方法である。この準則は次の三つの段階を踏んで機能する。⁶⁴第一に、裁判所は保護の必要度の高い領域 (sensitivity zone) (すなわち立法府の権限の範囲の近接領域) を定め、この領域に立法府が侵入する際には、ある程度の明確性を伴って示さなければならないことを命じる。第二に、立法府はこの領域に侵入することを決め、それを示す場合に、裁判所によって要求された説明や事実認定を明確に叙述する。第三に、裁判所は立法府のシグナルが明確叙述の要件に合致しているか否かの審査を行う。したがって、明確叙述準則を採る場合に、裁判所は保護の必要度の高い領域を定め、立法府に対して要求するシグナルを特定し、これらの要件を立法府が遵守しているか否かの審査を行う。ただし、このアプローチに基づく合憲性の最終的な判断は裁判所と政治部門との協働的産物であり、裁判所の一方的な判断ではないということは留意すべき点である。また、立法府が裁判所によって求められた要件を具備した場合には、立法府に対して敬讓審査が行われることになり、裁判所の審査もそれにとどまるのである。

四 検 討

前章までに論じてきたように、明確叙述準則は立法府に対する明確性の要求レベルに依じて二つに類型化され、実体的準則に基づく審査では十分に保護することのできなかった憲法上の価値——どの価値を保護すべきかの議論は残されているが——を、限定解釈と法令審査の双方において保護する機能を果たしていると言える。このような意義が認められる一方で、この準則に対しては幾つかの問題点も指摘されている。本章では、この明確叙述準則に対して指摘される問題点について、この準則の意義を示しつつ、検討を行うことにしたい。

(一) 裁判所の権限

まず、明確叙述準則を用いることに關しては、裁判所の権限としての不適切性が指摘される。裁判所が限定解釈や法令審査を行う場合に、そのような準則を採用する権限を裁判所は有していないとの批判がなされる。⁽⁶⁵⁾つまり、そのような準則は憲法それ自体あるいはマーベリー事件で示された司法の役割論から導出されるものではなく、裁判所によって恣意的に創造されたものであるという指摘である。裁判所の唯一の権限は、立法府が憲法上認められた権限を逸脱したという理由に基づいて、立法府の制定した法律の合憲性審査を行うことであり、裁判所によって選択された特定の憲法上の規定を取り巻く「保護の必要度の高い領域」を立法府が逸脱したか否かではない。⁽⁶⁶⁾

この点に關して、同様の指摘をするのがポズナー (Richard A. Posner) である。ポズナーは、この準則を、「現代における最も突飛な憲法の解釈さえも超えて、裁判官が憲法の『半影部 (penumbra)』を構築するために、憲法上の禁止に關して既に広く捉えられた到達点を拡張する」⁽⁶⁷⁾ものであると批判する。また、エスクリッジ・フリッキーも、明確叙述準則が本来的には法律解釈に關するものであるため、当該準則に法令審査の場面で依拠することは、「(実体的準則を用いた―筆者注) 違憲審査を通じて違憲とする以上に、反多数派主義的積極主義を覆い隠すことにな」⁽⁶⁸⁾るとする。

さらに、この準則を用いても反多数派主義的難点に直面しないとの見解に対して、シャウアー (Frederick Schauer) は、この準則の影響の下で、「連邦最高裁は頻繁に、起草者が予期せず、憲法問題から離れる方法で、かつ起草者が好まない方法で法律を解釈している」⁽⁶⁹⁾と指摘する。そして、仮にそうであるならば、「憲法問題を回避する連邦法の不自然な解釈は、同じ法律の不自然ではない解釈の憲法上の根拠に基づいて裁判所が違憲とするよりも、裁判所による介入ではないとするのは決して自明ではない」⁽⁷⁰⁾と、反多数派主義的難点の問題を解決し得ていないことを問題視する。つまり、裁判所の違憲審査権は憲法上の規定に法令が抵触するか否かの判断をするからこそ許されるのであって、

それ以外の要素に基づいて判断することは反多数派主義的ジレンマの問題を生じさせるということである。また、たとえ裁判所による明確叙述準則を用いた審査が実体的準則を用いて違憲と判断するより介入的でないとしても、この準則を適用することは、立法府の明らかな選好に逆らって裁判所が行動する自らの機会を拡大すること、反多数派主義的難点を逆に強調するという問題も生じる。⁽⁷¹⁾

しかし、このような問題点の指摘は必ずしも説得的ではない。というのも、裁判所の権限としての不適切性や、そこから生じる反多数派主義的難点を指摘する見解は、この準則が有する裁判所と立法府の協働的営為である点を看過しているからである。法令審査において、特に立法府の権限の限界が不明確であるところでは、裁判所は立法府によって制定された法律の審査を敬讓的に行っており、そのような領域では裁判所による実体判断がほとんど行われない。ただ、裁判所が敬讓審査で憲法上の価値を過少執行する場合であっても、立法府がその規定に意味を付与する(法律制定による具体化)という重要な役割を担うことを裁判所は認識しているはずである。そうであるならば、憲法上の価値が過少執行されている領域で当該準則を用いて審査を行うという行為は、裁判所が政治部門との解釈権限の共有を許容することに繋がり、それゆえに反多数派主義的難点は緩和されることになると考えられる。⁽⁷²⁾

次に、ポズナーによる憲法の「半影部」の構築であるとの批判に対しても幾つかの応答が考えられる。それは、憲法を執行するための方法として半影部を構築するという問題点が未だ説明されていないこと、そして、この準則を用いることでマーベリー型の違憲審査を通じて執行することが困難であった実体的な規範の執行に資する⁽⁷³⁾ということである。幾つかの領域での裁判所の制度的能力に関する懸念は、特定の憲法上の規範が司法判断に適合的ではなく、政治的に解決されるべきものとの結論へと導くことになる。⁽⁷⁴⁾しかし、憲法上の権利や価値の保護を深化させる必要性を認識している場合には、マーベリー型の違憲審査に依拠することで、そのような規範を執行するためのメトリックが存在しないときにこそ、他の言語化できない(indescribable)憲法上の規範の保護のために、裁判所はこの準則を受け

入れることができるのである。⁽⁷⁶⁾

(二) 立法府の優位性

次に、明確叙述準則を用いることに關して、立法府の優位性に対する侵害が指摘される。それは、この準則を裁判所が用いることは立法府に対する侮辱 (affront) であると考え、対等な機関が憲法上割り当てられた義務を履行し、その問題に対処する方法について裁判所が命令するような外観を呈するからである。⁽⁷⁷⁾ 特に、どの程度の明確性であれば十分とされるのかに關する基本的なルールを裁判所が変更する場合には、立法者意思の根拠となる説明や事実認定までが要求されるのか、その際の実事認定は法律の文言の中に見出されなければならないのか、あるいは制定法の立法資料の中に存在すればよいのかという疑問は払拭されていないのである。同様の指摘はグレゴリー事件のホワイト (Byron White) 裁判官の同意意見の中にも見出せる。この準則の範圍と要件が説明されていないことから、連邦議會に対して、「それ (連邦議會—筆者注) が規制しようとする……冗長で、詳細なリスト (long and detailed lists) を作成するように強い」⁽⁷⁸⁾ ことに繋がるため、過度の負担になるという問題を抱えているのである。

しかし、立法府の優位性に対する侵害であるという批判に対しては、この準則は立法府の優位性を減殺するものではなく、むしろ強化するものであると応答することができるだろう。たとえば、この点に關して、サンステインは立法府が憲法上好まれない領域に侵入する際に単に明確に述べることを要求されるという点に着目し、明確叙述準則を委任禁止法理⁽⁷⁹⁾の機能 (nondelegation function) を持つものとして評価する。⁽⁸⁰⁾ サンステインは、制度的制約に關する諸理由から、連邦最高裁は立法府が自らの政策形成権限を行政機関や裁判所に対して委譲することはできないという一般的な原則を快く執行することは一度もなかったとする。しかし、ある法律が憲法上導かれた価値を侵害する恐れのあるときに立法府が明確に述べることを要求することで、裁判所による明確叙述準則が委任禁止法理と同じように機能

することを指摘する⁽⁸¹⁾。立法府に憲法上認められる特権に対して裁判所が介入するのではなく、この準則は「連邦議会が自ら特定の論争のある問題を決定することを確実なものとする」機能⁽⁸²⁾を有するものとして評価することができ、また、立法府に関する主たる役割を立法府に委ねるという基本的な在り方はまったく変化しないのである。民主的正統性を備えるがゆえに認められる立法府の優位性を、その実を備えることを目的とする当該準則の観点からは、立法府の優位性は減殺されるよりも強化されることになると言えよう。

(三) 法と経済学からの示唆

前述までの観点とは若干異なるが、法と経済学の見地から明確叙述準則の意義を指摘するステイーブンソン(Matthew C. Stephenson)の議論からも当該準則を検討するにあたり、幾つかの示唆を得ることができる。ステイーブンソンの議論は、憲法上解決の難しい政策を成立させる政府の判断形成者に対してコストを上げる法理を構築することと、裁判所が憲法上の保障を実行することを可能とし、かつ、実行しなければならぬと主張するものである⁽⁸³⁾。政府の判断形成者に対してコストを上げる法理は、一種の黙示的な利益衡量であるとされ、憲法上の価値の損害と制定された法律によって生じる政府利益の長所とを、他のアプローチよりも効果的に比較衡量するものとして位置付けられている。そして、政府が憲法上重要な利益に関する政策の効果について裁判所よりも多くの情報を有している場合に、高次の法律制定コスト(neighbored enactment costs)は、一種のスクリーニング装置として機能することになる⁽⁸⁴⁾。つまり、裁判所によって課された追加的な法律制定コストにもかかわらず、立法府が特定の法律を制定した(コストを負担した)場合には、ある政策が重要な政府利益に資する可能性が高くなると考える(＝擬制する)ということなのである。

ステイーブンソンが指摘するような機能は、明確叙述準則にも当てはまり、裁判所はこの準則を用いることで、単

に憲法上の価値を執行するだけではなく、競合する政府利益に関する長所を評価することに繋がる⁽⁸⁶⁾。そして、裁判所によって構築された、より強度な明確性を課すという要件は、立法者やその支援母体たる利益集団に対して、憲法上問題のある帰結を達成したいと望む場合に、より明確に法律を作成することを要求することになる。そのため、立法者や彼らを支援する利益集団がこれらの政策をそれほど重要なものと考えない場合、立法府は憲法上問題のある政策を遂行するためにコストを負担しようとはしない。その結果として、立法府がこの政策を遂行することの妨げに資するスクリーニング装置として、明確叙述準則は機能すると考えられるのである。

(四) 小 括

以上までに、明確叙述準則をめぐる各々の論者の見解を踏まえつつ、検討を進めてきた。これまでの検討で得られた幾つかの帰結を簡単に記しておくことにしたい。立法府に対する法律制定の際の明確性の要求は、限定解釈の場面であれ、法令審査の場面であれ、従来から過少執行されてきた憲法上の価値の保護に繋がるものと考えられる。また、この準則を用いることで、憲法上の価値の保護をめぐる裁判所と立法府の協働的な関係がもたらされ、伝統的な違憲審査の手法に指摘され続けた裁判所の民主的正統性の問題も緩和されることになると言えよう。

しかし、このような結論に至った上でも、なお以下の点について検討を行わなければならない。それは、立法府に對して「何を」明確にすることを要求するのかという点である。特定の領域で明確叙述準則が適用されることに關しては、どの憲法上の価値が強調されるべきかを選択する裁判官の恣意性の懸念が残されていた。特に、レンキスト・コート以降のこの準則の展開は、州の権利や執行機関の権限、そして経済的利益を好む傾向にあった⁽⁸⁶⁾。そのため、連邦最高裁が法令審査あるいは限定解釈の際に用いる当該準則を、それに内在する「イデオロギーを反映する」⁽⁸⁷⁾ものであるとし、少しも「中立的な方法 (policy neutral)」⁽⁸⁸⁾ではないことの批判も根強い。だが、明確にする対象を限定するこ

とによって、裁判官による恣意的な判断を抑制することができる。限定解釈の場合は、本稿で取り上げた判例に見られたように、その立法目的や規制対象（『立法者意思』を明確にしなければならず、その点に関する法律の文言が曖昧である場合には、問題となる憲法上の価値に資するように裁判所が解釈するというものであった。それに対して、法令審査においては、憲法上の規定が実体的準則を導くに至らないほどに抽象的である場合に、立法府による行為が憲法上認められる権限に適合していると裁判所に確信を持たせるだけの明確性が要求されるべきである。その場合には、立法目的とともに事実認定をも法律の文言の中に規定することが立法府に対して要求されることになる。

ただし、この点、アメリカと日本との法律の構成の違いに留意が必要である。日本の法律は、その一条に法律の目的のみが記載されるが、アメリカでは法律の規定に立法目的とは別に事実認定が記載されることがある。⁽⁸⁹⁾ そのため、日本においてこの問題を考える場合には、法律だけではなく立法資料をも含めて考える必要がある。しかし、このように考えた場合には、次なる問題が生じる。それは、立法府に対する明確叙述の要求を法律の文言に限定する条文主義 (textualism) からの批判である。スカリア (Antonin G. Scalia) 裁判官に代表される条文主義の立場は、立法者意思は法律にこそ現れるものと捉え、それは法律の文言から解釈しなければならないという考えを前提にしている。このような見解の根拠の一つに、立法資料 (特に議事録) が議員によって公表前に修正可能であるため、議会の意図を探るのには不適切であるという実際面での問題が存在する (もちろん原理面での問題は別に残されている⁽⁹⁰⁾)。この点、日本の場合、各議院の規則に規定されるように、議員の発言の修正は字句に限られ、発言の趣旨に関する修正を行うことはできない。したがって、立法資料に関するアメリカのような実際面での懸念は存在しないため、立法資料をも含めた明確性の要求を行う余地があるものと考えられる。

五 おわりに

本稿では、マーベリー型の伝統的な違憲審査が常に十分な解決をもたらすものではないという問題認識から、特に実体的準則を導くことが困難あるいは不適切な領域において裁判所が採り得る他の手法によって憲法上の価値を保護する必要があると考え、その糸口として近年のアメリカで指摘されている構造的準則、とりわけ明確叙述準則に着目し、その有用性に関する考察を進めてきた。

限定解釈の場面での明確叙述準則は、文言が曖昧である法律を解釈する際に生じる憲法上の権利あるいは価値との衝突を、立法府による明確叙述がある場合（あることを条件）に、その意思を尊重するというものであった。また、法令審査の場面における当該準則についても、本稿では限定解釈におけるそれとのアナロジーで捉えようと試みた。憲法上の規定から裁判所が十分に執行可能な実体的準則を導き得ない場合、これまで裁判所は立法府に対する緩やかな敬讓審査のみを行うという立場であった。もちろん、あらゆる領域で裁判所による実体的準則を用いた審査は適切ではないし、各機関の制度的な能力から政治部門に委ねられるべき部分が多分にあることも事実である。しかし、裁判所は少なくとも立法府が自らの任務を果たすことを確実にすることは可能である。立法府に対する敬讓の必要があり、それを裁判所が認識していたとしても、立法府がある事柄を十分に検討したことにつき、裁判所を確信させた場合にのみ敬讓が払われるべきなのである。立法府とは意図的に自らの憲法上の限界を無視する存在であるという前提を採る必要はないが、十分に審議されたのかも疑わしい、憲法上の権利や価値に抵触する恐れのある法律を制度的な理由のみで敬讓を払うのは、「何もないものに敬讓を払っているのと同じこと」である。⁽⁹²⁾ そのような場合に、立法府に対する明確叙述の負担を課すという手法は、立法府の熟議の担保に繋がり、かつ裁判所にとって（実体審査から離れて）

行い得る審査手法として、我々に示唆を与えるものである。

- (1) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- (2) *Id.* at 177.
- (3) マーベリー事件における違憲審査権の確立に伴い、憲法の優越的解釈権までをも確立したと見るには留保が必要であるとの指摘もある。安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立教法学第六三号(二〇〇三年)七五頁。
- (4) See Powell v. McCormack, 395 U.S. 486, 549 (1969).
- (5) マーベリー型の違憲審査手法を採りながらも、対照的なアプローチをなす典型例として、ボーク (Robert H. Bork) とブレナン (William J. Brennan, Jr.) のそれが指摘される。両者は、違憲審査において最終的な司法の役割を強調し、裁判所が諸権利を定義し、最終的に政府の行為に抗して諸権利を執行する責任を負うことを要求するという立場を共有するものの、どのようにアプローチするかにおいて差異が生じる。保守派で知られるボークは、憲法上認められる権利として、まさに憲法に列挙され、かつ原意に基づくものに極めて厳格に限定する。他方で、ブレナンはウォーレン (Earl Warren) ・コートにおける進歩的判決に代表されるように、権利を広く捉えていた。Guido Calabresi, *Antidiscrimination and Constitutional Accountability* (What the Bork-Brennan Debate Ignores), 105 HARV. L. REV. 80, 109-110 (1991).
- (6) Dan T. Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, 42 WM. & MARY L. REV. 1575, 1582 (2001).
- (7) 芦部信喜『高橋和之補訂『憲法』一九七頁(岩波書店、第五版、二〇一一年)。
- (8) 合衆国憲法では、「何人も、法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を剝奪されない」と規定される、修正第五条と修正第一四条の中に存在するデュー・プロセス条項から導出される。
- (9) Gregory v. Ashcroft, 501 U.S. 452 (1991).
- (10) *Id.* at 460.
- (11) *Id.*
- (12) *Id.* (quoting *Atascadero State Hospital v. Scanlon*, 473 U.S. 234, 242 (1985)). 法廷意見は、「アタスカデロ事件が修正第一

一条に関する事件であるものの、同様のアプローチは他の文脈にも適用されたとした。 *Id.* at 461.

- (13) *Id.* at 467.
- (14) See generally LAURENCE TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* §§10-7 to 10-17 (2ed. 1988).
- (15) Coenen, *supra* note 6, at 1587-1588.
- (16) 本稿で用いる「差戻し」とは、「民事、刑事の訴訟において、上訴審が原判決を取り消し、又は破棄した場合に、事件の審理をやり直させるために事件を原審又は第一審に送り返すこと」(法律用語研究会編『有斐閣法律用語辞典』四六二頁(有斐閣、第四版、二〇一二年))という通常の意味ではなく、立法府に対して再度法律を制定する余地を残すことを意味する。⁹⁰
- (17) Coenen, *supra* note 6, at 1588.
- (18) Immigration and Naturalization Services v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).
- (19) 議会拒否権 (legislative veto) とは、連邦議会が大統領や行政機関に対して権限を委ねる際に、最終的な判断権を留保する手法のことである。⁹¹
- (20) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRICT: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980). 邦訳として、ジーン・H・イリイ(佐藤幸治・松井茂記訳)『民主主義と司法審査』(成文堂、一九九〇年)がある。
- (21) Paul R. Dimond, *Provisional Review: An Exploratory Essay on an Alternative Form of Judicial Review*, 12 HASTING CONST. L. Q. 201, 205 (1985).
- (22) CHARLES L. BLACK JR., *STRUCTURES AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW* (1969).
- (23) *Id.* at 7.
- (24) ブラックの構造連関アプローチについては、駒村圭吾「チャールズ・ブラック」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像——理論家編』三頁以下(尚学社、二〇一〇年)を参照。
- (25) *Crandall v. Nevada*, 73 U.S. (6 Wall.) 35 (1867).
- (26) BLACK, *supra* note 22, at 16.
- (27) CASS R. SUNSTEIN, *ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT* 4 (1999).
- (28) See International Association of Machinists v. Street, 367 U.S. 740, 749 (1961) (quoting *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62

- (1932)).
- (29) Edward J. DeBarolo Corp. v. Florida Gulf Coast Bldg. & Const. Trades Council, 485 U. S. 568, 575 (1988).
- (30) Kent v. Dulles, 357 U. S. 116 (1958).
- (31) *Id.* at 127.
- (32) *Id.*
- (33) *Id.* at 129.
- (34) *Id.* at 130.
- (35) 憲法判断回避の準則について、芦部信喜『憲法訴訟の理論』二九三頁—三〇九頁（有斐閣、一九七三年）を参照。
- (36) Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U. S. 288 (1936).
- (37) See generally Almedarez-Torres v. United States, 523 U. S. 224, 238 (1993).
- (38) Calabresi, *supra* note 5, at 120.
- (39) See William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *Quasi-Constitutional Law: Clear Statement Rules as Constitutional Law-making*, 45 VAND. L. REV. 593, 598 (1992); see also Richard H. Fallon, Jr., "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1, 44-45 (1997).
- (40) United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144 (1938).
- (41) *Id.* at 153 n. 4.
- (42) Bob Jones University v. United States, 461 U. S. 574 (1983).
- (43) Rice v. Santa Fe Elevator Corp., 331 U. S. 218 (1947).
- (44) *Id.* at 230.
- (45) 中期バーガー・コートでは、切り離され、孤立した少数者集団の利益に資するように明確叙述準則が用いられていたが、レンキスト・コートになると個人の自由を保護するという機能が放棄され、連邦主義に関する保護に当該準則が強調されるようになったのである。Eskridge & Frickey, *supra* note 39, at 612.
- (46) Gregory, 501 U. S. at 464.
- (47) フリッキーは、この点に関して、「グレゴリー事件で採られた明確叙述の要件は議会の過程に影響を与えるための裁判所

- による率直な努力である。もっとも明らかな点として、このアプローチは連邦議会に対して明確に法律を制定することを求
めたるの語句と捉えられ、Philip P. Frickey, *The Fool on the Hill: Congressional Findings, Constitutional Ad-
judication, and United States v. Lopez*, 46 Case W. Res. L. Rev. 695, 722 (1996) .
- (48) Gregory, 501 U. S. at 461 (quoting *Will v. Michigan Department of State Police*, 491 U. S. 58, 65 (1989)) .
- (49) *Id.* at 460 (quoting *Will*, 491 U. S. at 65 (quoting *Atascadero State Hospital v. Scanlon*, 473 U. S. 234, 242 (1985))) .
- (50) *United States v. Bass*, 404 U. S. 336, 349 (1971) .
- (51) Coenen, *supra* note 6, 1623.
- (52) *Atascadero State Hospital v. Scanlon*, 473 U. S. 234 (1985) .
- (53) *Id.* at 242.
- (54) *Id.*
- (55) *United States v. Lopez*, 514 U. S. 549 (1995) .
- (56) *Gonzales v. Raich*, 545 U. S. 1 (2005) .
- (57) 法令審査として明確叙述準則を用いることに関する反対意見もある。ロベス事件でフライヤー (Stephen G. Breyer) 裁判
官は、「明確叙述準則は、連邦議会の意図した帰結を決定するためにのみ適用されるものであって、連邦議会の権限の根拠
(source) や判断に至るまでの検討の程度を測るために用いられるものではない」と批判している。Lopez, 514 U. S. at 618
(Breyer, J., dissenting) .
- (58) *Id.* at 562. 本件は明確叙述準則だけで事件が処理された訳ではなく、州際通商に実質的な影響を与えるという政府の主張
の根拠が立法記録内の証拠によって支持されているか否かを審査する立法記録審査も行われていたことには注意が必要であ
る。立法記録審査については、拙稿「アメリカにおける立法記録審査の展開——立法裁量の統制手法に関する予備的考察
——」法学政治学論究第九三号 (二〇一二年) 一九九頁以下を参照。
- (59) *Raich*, 545 U. S. at 20.
- (60) Thomas W. Merrill, *Rescuing Federalism after Raich: The Case for Clear Statement Rules*, 9 LEWIS & CLARK L. REV. 823,
826-827 (2005) .
- (61) *Id.*

- (62) *Id.* at 828-831.
- (63) たとえば、この点に関する具体例として、メリルは修正第五条の「公共の用 (public use)」という文言を取り上げている。この規定をめぐって、裁判所は従来から様々な努力を払ってきたが、その結果の妥当性を巡って多くの論争を生じさせてきた。そこで、裁判所に土地収用権に関する人為的な制限を構築させるよりも、よりよいアプローチとして、立法府や行政府に、かかる権限の行使が「公共の用」のためであるということを確認叙述させることを求めた方がよいと指摘する。 *Id.* at 829.
- (64) *Id.* at 827-828.
- (65) *Id.* at 831.
- (66) *Id.*
- (67) Richard A. Posner, *Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom*, 50 U. CH. L. REV. 800, 816 (1983).
- (68) Eskridge & Frickey, *supra* note 39, at 637.
- (69) Frederick Schauer, *Ashwander Revisited*, 1995 SUP. CT. REV. 71, 74.
- (70) *Id.*
- (71) John F. Manning, *Clear Statement Rules and the Constitution*, 110 COLUM. L. REV. 399, 419 (2010).
- (72) Merrill, *supra* note 60, at 831.
- (73) Manning, *supra* note 71, at 421.
- (74) *Id.* at 422.
- (75) この問題は、憲法上の規範が裁判所によって過少執行されてきた領域があるというセイガー (Lawrence G. Sager) の議論と関係する。 See Lawrence Gene Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 HARV. L. REV. 1212 (1978). 本稿で扱う明確叙述準則 (のみならず、構造的準則) を用いる領域を確定する際には、過少執行されてきた憲法上の価値の問題についての検討を要するが、この点に関する検討は別稿を予定している。
- (76) Manning, *supra* note 71, 422.
- (77) Merrill, *supra* note 60, at 832.
- (78) Gregory, 501 U. S. at 478 (White, J., concurring).

- (79) 委任禁止法理については、駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法権委任法理』の展開（一）」法学研究六七巻三号（一九九四年）二七頁—三一頁を参照。
- (80) Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315, 331-332 (2000).
- (81) *Id.* at 337-340.
- (82) *Id.* at 338.
- (83) Matthew C. Stephenson, *The Price of Public Action: Constitutional Doctrine and the Judicial Manipulation of Legislative Enactment Costs*, 118 YALE L. J. 2 (2008).
- (84) *Id.*
- (85) *Id.* at 40.
- (86) Eskridge & Frickey, *supra* note 39, at 598.
- (87) *Id.* at 596.
- (88) *Id.*
- (89) 事実認定が法律に記載される例として、たとえば、「障害を持つアメリカ人に関する法律（Americans with Disabilities Act）」では、事実認定の項目で、「①社会は歴史的に障害のある個人を切り離し孤立させる傾向があり、障害のある人に対する差別の形態は深刻で継続的な社会問題であり続けていること、②障害のある人は人種差別・性差別の場合には存在しているような法的救済手段を有していないこと、③障害のある人々は集団として劣位の地位に置かれていること、④障害のある個人はその個人によっては如何ともし難い特徴に基づいて意図的な不平等取扱の歴史にさらされ、社会において政治的に無力な地位に置かれ続け、切り離され孤立したマイノリティであること」などが記載されている。42 U.S.C. §12101 (a).
- (90) ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 17-18 (Amy Gutmann ed., 1997).
- (91) 衆議院規則第二〇三条では、「演説した議員は、会議録配付の日の翌日の午後五時までに、その字句の訂正を求めることができる。但し、演説の趣旨を変更することはできない」と規定されている。また、参議院規則第一五八条では、「発言した議員は、会議録配付の日の翌日の午後五時までに発言の訂正を求めることができる。但し、訂正は字句に限るものとし、発言の趣旨を変更することができない」と規定されている。
- (92) Barry Friedman, *Legislative Findings and Judicial Signals: A Positive Political Remanding of United States v. Lopez*, 46

CASE W. RES. L. REV. 757, 768 (1996).

小林 祐紀 (こばやし ゆうき)

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

立正大学法学部非常勤講師

最終学歴

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会

日本公法学会、日本法政学会、全国憲法研究会、憲法理論研究会

専攻領域

憲法

主要著作

「アメリカにおける立法記録審査の展開——立法裁量の統制手法に関する予備的考察——」『法学政治学論究』第九三号(二〇一二年)

「立法府に対する手続的統制の契機——連邦主義の領域における判例の展開を素材として——」『法政論叢』第四九卷第二号(二〇一三年)