

〔論 説〕

回避法理と憲法の最高法規性

藤 井 樹 也

はじめに

多くの現代憲法において、憲法の最高法規性を確保するための原則的な手段とされるのは、正当な権限を承認された判断機関による違憲審査権の発動により、最高法規である憲法に矛盾する下位規範・事実の効力を否定し、規範的矛盾の除去を図る方法である。日本国憲法 81 条は、司法部門による違憲審査権の発動を通じて憲法の最高法規性（98 条）を確保する方途を原則とした。

しかし、主権者である憲法制定権者によって制定された憲法規範の内容が、常に政策的に妥当・適切なものとなる論理的必然性は存在しない。多くの憲法典は制定時の複雑な政治力学や国際情勢に由来する制約の下、数々の妥協を経て成立するのであり、多様な理念を基礎とする諸条項のいわば寄せ木細工の体裁をとらざるを得ない。さらに、憲法制定以降数世代の時を経て、制定当初には政策的合理性を有した憲法規定が、時間の経過により政策的合理性を喪失し、不当・不適切な条項へと変化する事態も想定される。多くの現代憲法は、事前に明確化された手続に従った憲法改正権の発動により、不当・不適切な憲法条項を変更し、憲法と下位規範・事実との規範的矛盾を固定化することなく望ましい政策を遂行することを可能とした。日本国憲法 96 条は憲法改正手続を明示しているが、ここには、憲法の最高法規性を維持する例外的な手段を用意することによって、究極的には憲法典の転覆を阻止しその存続を図った意味があるといえよう。近年、

立憲主義の歴史をたどり、日本国憲法をその流れの上に位置づけた佐藤幸治は、同時に以下のように述べている。「日本国憲法下での『憲法改正』といえば根本的改正ないし全面否定かその阻止かの文脈になってしまい、日本国憲法を発展させる見地からの個別的事項についての真に必要な改正（修正）に取り組みなかったことが惜しまれる。」「憲法の定める個別的事項について修正を加えていく必要がありうる。」「もとより私は、立憲主義国家が一般にそうであるように、日本国憲法の個別的事項について改正（修正）の必要がありうることを否定するものではありません」。佐藤は同時に、憲法の本体・根幹あるいは土台の安易な変更への警戒を表明しているが、少なくとも、例外的な憲法改正権の発動が立憲主義と両立するという認識がここに示されているといえよう。

憲法の最高法規性を確保する原則的手段としての違憲審査権の発動、および、例外的手段としての憲法改正権の発動と緊張関係に立つのが、憲法判断回避法理（以下、回避法理）である。以下本稿では、アメリカ連邦最高裁の事例を素材に、Roberts コートによる限定的免責判断に関わる違憲審査権と回避法理の関係（1）、その他の一般的な憲法訴訟領域における違憲審査権と回避法理の関係（2）、奴隷制と修正 13 条に関わる憲法改正権と回避法理の関係を整理し（3）、以上をもとに、最高法規の実効化と回避法理の関係についての日本法への示唆を検討する（4）。

1 違憲審査権と回避法理—Roberts コートによる限定的免責判断

回避法理に関するアメリカ連邦最高裁の態度は、必ずしも明確かつ一貫したものであるとはいいがたい。そのような連邦最高裁の立場を知るための有力な手がかりとなるのが、連邦法上の民事損害賠償責任を問われた個人の限定的免責（qualified immunity）の判断基準に関する、Roberts コートによる近時の判例理論の展開である。従来のアメリカ連邦最高裁は、州法の名のもとで連邦憲法・連邦法上の権利を侵害した者²の民事責任を追及する、いわゆる § 1983 訴訟（および *Bivens* 訴訟³）において、政府職員による萎縮のない独立の決定を担保し、職員を応訴の負担から解放して公

1 佐藤幸治『立憲主義について 成立過程と現代』225 頁、228 頁（2015）、佐藤幸治『世界史の中の日本国憲法 立憲主義の史的展開を踏まえて』86 頁（2015）。

的職務に専念させるとともに、有能な人材を確保すべく⁴、一群の免責法理を判例上発展させてきた⁵。この免責には、立法・司法・訴追機能および大統領の職務行為に対して認められる絶対的免責と、行政職員や法執行職員などの行為に対して条件つきで認められる限定的免責とがあり、後者が認められるのは損害賠償責任に関してであって、インジャンクション、宣言的救済などのエクイティ上の救済や刑事責任（§242）は対象外である⁶。免責の抗弁は積極的防御方法であるとされ、原則として免責を主張する当事者（行政職員や法執行職員など）が立証責任を負うことになるが⁷、連邦最高裁は、裁量の権限を行使する公務員を、一定の場合に正式事実審理（トライアル）の前段階で審理および開示手続（ディスクヴァリ）の負担から解放するため、当該公務員の行為当時に、合理的な人であれば知っていたといえるような、明白に確立されていた連邦法上・憲法上の権利が侵害されたのでない限り、免責の抗弁を認めることとした⁸。

ここで問題となったのが、権利侵害の有無という争点と、権利が明白に確立されていたかという争点の、判断の順序である。2001年の連邦最高裁 *Saucier* 判決⁹は、憲兵（military policeman—軍における法執行官に相

-
- 2 42 U.S.C. § 1983 により責任を負う者は政府職員に限定されていない。同法の定める“under color of any statute … of any State …”という要件は、連邦最高裁判例により、政府職員による権限行使行為だけでなく、state action 要件を満たす私人の行為をも包含する意味だと解されている。Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922, 928-929 (1982)。また、同法の“person”は法人を包含するとされ、州主権免責（修正 11 条）を享受しない地方自治体の公的指針に従った行為に関しては自治体自身が責任を負うと解されている。Monell v. Department of Social Services, 436 U.S. 658, 690-694 (1978)。
 - 3 *Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Agents*, 403 U.S. 388 (1977) に基づく類型。植村栄治『米国公務員の不法行為責任』106～120 頁（1991）を参照。
 - 4 HOWARD M. WASSERMAN, UNDERSTANDING CIVIL RIGHTS LITIGATION 112-113 (2013)。
 - 5 田村泰俊『公務員不法行為責任の研究』334～423 頁（1995）を参照。
 - 6 *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393, 432 (2007) (Breyer, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part)。
 - 7 *Crawford-El v. Britton*, 523 U.S. 574, 586-587 (1998)。
 - 8 *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800, 817-818 (1982)。評釈として、古城誠「最近の判例」アメリカ法 1986-1 号 217 頁（1986）。

当する) S が、San Francisco の Presidio 陸軍基地で Gore 副大統領 (当時) による演説の警備中に、陸軍病院での動物実験に抗議する横断幕を掲げようとしたアニマル・ライツ擁護団体 (In Defense of Animals) 代表である原告 K を逮捕した際に過剰な実力を行使したとして、修正 4 条違反を根拠とする *Bivens* 訴訟が提起された事例に関する判断であり、Kennedy 法廷意見は、上記の問題に関する以下のルールを提示した¹⁰。

- ①限定的免責は審理に出ずに済む保障であり訴訟そのものからの免責であって、極力早い段階で免責を決定することが重要である。
- ②第一段階では、原告にもっとも有利な事実を前提にして、公務員の行為が憲法上の権利侵害となるかが問題となる。
- ③第二段階では、その権利が明白に確立されていたかが問題となる。この審査は当該事件の具体的文脈に即して行う。また合理的な公務員の理解のもと権利侵害が十分に明白であること¹¹、つまり当該状況において合理的な公務員にとって違法性が明白であることを要する¹²。

筆者は、2008 年の公法学会において、上記の *Saucier* 法理について以下のように述べた。すなわち、同判決が憲法問題を先に解決しなければならないこととしたのに対し、「憲法判断回避の準則によりこの法理の変更を主張し続けている Breyer の見解は、多数の支持を得ていない。学説においても、*Saucier* 法理の変更を主張する見解に対して、憲法的不法行為の分野では憲法判断回避の準則の政策的考慮が働く余地は弱いとして、*Saucier* 法理の変更に対する見解がある。…アメリカの先例において、憲法判断回避の準則が厳格に適用されているわけではないことがうかがえる」¹³。しかしその直後に、アメリカ連邦最高裁 *Callahan* 判決¹⁴ が *Saucier* 法理を修正したため、上記の説明は時期外れなものとなった。本稿では以

9 *Saucier v. Katz*, 533 U.S. 194 (2001).

10 *Saucier*, 533 U.S. at 201-202.

11 Quoting *Anderson v. Creighton*, 483 U.S. 635, 640 (1987).

12 Quoting *Wilson v. Layne*, 526 U.S. 603, 615 (1999).

13 藤井樹也「違憲性と違法性」公法研究 71 号 112 頁、119 頁 (2009)。

14 *Pearson v. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009). 評釈として、洲見光男「最近の判例」アメリカ法 2009-2 号 370 頁 (2010)。

下、その後の展開について述べる。

2009年のCallahan判決は、州警察官による住居の無令状捜索に対する§ 1983訴訟が提起された事例に関する判断であり、Alito 法廷意見は、Saucier法理が多くの場合に適切・有益であるとしても、これを義務的なものとみなしてはならないとして、以下のように述べた¹⁵。

- ①Saucier法理の厳格適用には以下の問題がある。憲法上の権利の有無は不明だが、これが明白に確立していなかったことは明らかな事例では、結論を左右しない困難な問題のせいで簡単な事件が長びき司法資源が無駄になる。憲法問題が具体的事実左右される事例などで不用意な憲法判断を行うと、悪しき決定のリスクが生じる。勝訴当事者が憲法違反の認定を上訴により争うことが困難になる場合も生じる。
- ②Saucier法理への固執は、憲法判断回避の一般ルールから逸脱する。
- ③柔軟な対処によって、Saucier法理が個々の事件で有用かどうかを決める連邦下級審の裁量を尊重する。Saucier法理には多くの場合利点があり、連邦下級審裁判所の裁判官が公正かつ効率的な事件処理を最も簡単に行う方法を決めるベストな立場にある。

この考えのもとCallahan判決は、間接的な同意を根拠に無令状捜索を許容する“consent-once-removed”理論と呼ばれるルールを支持する州最高裁および連邦控訴裁判例が存在していた当時、本件無令状捜索が修正4条違反であることは明白に確立していなかったという（Saucier法理における第二段階の）理由により、被告警察官の限定的免責を承認した。つまり同判決は、憲法判断先行のルールを緩和し、回避法理をその理由の一つにあげながら、連邦下級審裁判所の裁量によって憲法判断を先行させるかどうかを決めてよいとしたのである。日本での議論枠組に即して言い換えると、回避法理を理由にあげて憲法判断先行説を否定しつつ、法律判断先行説でなく憲法判断裁量説を採用したことになる。この考え方は、憲法判断を可能な限り避けるルールとして回避法理を理解する日本で一般化している見方とは相当異なっている。このような意味で、「アメリカの先例において、憲法判断回避の準則が厳格に適用されているわけではないことが

15 Callahan, 555 U.S. at 236-242.

うかがえる」という先の説明は、若干のトーンダウンを要することになったものの、*Callahan*判決による*Saucier*法理の是正以後もなお有効性を喪失していないと考える。

その後の判例の動向は、以下のとおりである¹⁶。*Callahan*判決の約半年後の*Redding*判決¹⁷は、禁止薬物を学校内に持ち込んだ疑いがあるとして、13歳の女子生徒の全身の検査が行われた事例で、バックパックと上衣の搜索は過度に侵害的でないが下着内の搜索（strip search）は修正4条違反であると認定した上で、その権利の確立についての明白性を疑問視する理由があるとして、違憲の搜索を命じた職員の限定的免責を肯定した。ここでは憲法判断が先行されており、裁判所の裁量により*Saucier*法理が採用された例だと理解できる。また2011年の*al-Kidd*判決¹⁸は、テロリスト容疑者を重要証人という名目で拘束する権限を認めた司法長官に対して*Bivens*訴訟が提起された事例で、*Callahan*判決の裁量理論を確認しつつ、連邦控訴裁が両問題の判断をした場合、連邦最高裁はその誤りを正す裁量をもつとして、本件措置が修正4条違反にあらず、明白に確立した法にも反していなかったと判断した。また同年の*Camreta*判決¹⁹は、*Callahan*判決を確認しつつ、公務員の今後の行為指針が曖昧なままでは困る場合には憲法判断が可能だと述べ、本件がムートになったとしても、9歳児に対して児童虐待に関する事情聴取を行った公務員の行為が修正4条違反にあたりと認定した下級審の憲法判断を連邦最高裁が破棄することは可能だと判断した。これらの事例では、下級審の憲法判断の誤りを是正するため、事件解決に不必要な憲法判断に立ち入る裁量が肯定されている。これに対し2012年の*Reichle*判決²⁰は、Cheney副大統領に対する批判的発言がもと

16 本文で紹介する連邦最高裁判例のほか、*Callahan*判決後の連邦下級審判例の一例として、*Mattos v. Agarano*, 661 F.3d 433 (9th Cir. 2011) は、逮捕に抵抗した妊婦に対し警察官がテイザー銃を使用した事例で、§ 1983 訴訟については*Callahan*判決に従い判断の順序は裁判所の裁量事項だとしつつ、本件では憲法判断を先行させ、修正4条違反を認定した上で、当時の明白に確立した法に対する違反はなかったとして限定的免責を承認している。

17 *Safford Unified School District #1 v. Redding*, 557 U.S. 364 (2009). 評釈として、大島佳代子「最近の判例」アメリカ法 2010-1号 232頁（2010）、大野正博「外国判例紹介」朝日法学論集 42号 69頁（2012）。

18 *Ashcroft v. al-Kidd*, 563 U.S. 731 (2011).

19 *Camreta v. Greene*, 563 U.S. 692 (2011).

でシークレット・サーヴィスに逮捕された者が *Bivens* 訴訟を提起した事例で、*Callahan* 判決に基づき、修正 1 条によって保護される権利が当時の先例上明白に確立していたとはいえないとして、限定的免責を承認した。ここでは、権利確立の明白性の問題により事件の解決が図られている。また、2014 年の *Plumhoff* 判決²¹は、警察官の発砲によって死亡した逃走車両の運転者・同乗者の遺族が § 1983 訴訟を提起した事例で、*Callahan* 判決に従い、本件憲法判断の先行は憲法判例の発展のため有益であるとして、本件発砲は必要限度を超えていないので修正 4 条に違反しないと認定した後、かりにこれが修正 4 条違反だったとしても、当時明白に確立した権利侵害があったことが立証されていないとして限定的免責を承認した。ここでは、憲法判断が先行されている。さらに、2015 年の *Sheehan* 判決²²は、ナイフを所持した精神障害者に発砲した警察官に対し ADA Title II 違反と修正 4 条違反を理由とする § 1983 訴訟が提起された事例で、*Callahan* 判決によれば憲法問題の判断が可能だが、本件で被告側は憲法問題に関するブリーフィングをほとんどしておらず、このように適切な主張立証がなければ憲法判断をしなくてもよいとして、本件では明白に確立した法への違反がなかったとして限定的免責を承認した。つまりここでは、当事者による主張立証の状況を考慮して憲法判断を省略し、行為当時の法確立の明白性の問題により事件の解決が図られている。さらに、*Taylor* 判決²³は、矯正施設に収容された者の自殺を防止できなかったのは修正 8 条違反だと主張する遺族が § 1983 訴訟を提起した事例で、権利の明白な確立は先例上明白でなければならないが、本件当時自殺防止に関する先例は存在しなかったとして限定的免責を肯定した。ここでも、行為当時の法確立の明白性の問題により事件の解決が図られた。

以上、*Callahan* 判決後は、限定的免責判断における権利侵害の有無の問題と、行為当時の法確立の明白性の問題の判断順序は裁判所の裁量とされ、憲法判断を先行させた事例と憲法判断を省略した事例とが混在している。連邦最高裁は、公務員に今後の行為指針を示す必要性、下級審の憲法

20 *Reichle v. Howards*, 132 S. Ct. 2088 (2012). 評釈として、東川浩二「アメリカ法判例研究会」金沢法学 55 巻 2 号 23 頁 (2013)。

21 *Plumhoff v. Rickard*, 134 S.Ct. 2012 (2014).

22 *City and County of San Francisco v. Sheehan*, 135 S. Ct. 1765 (2015).

23 *Taylor v. Barkes*, 135 S.Ct. 2042 (2015).

判断を否定する必要性、憲法判例発展のための有益性、当事者による主張立証の有無など、様々な事情を考慮した上で、時に憲法判断を先行させ、時に憲法判断を省略している。ここから、連邦最高裁が前提としている回避法理は、是が非でも憲法判断をせずに済まなければならないという強度の要求では必ずしもなく、むしろ他の諸考慮要素との兼ね合いで浮上したり後退したりする、法解釈の一原理に近いものだと考えられる。

2 違憲審査権と回避法理—Roberts コートによるその他の憲法判断

2000年以降のアメリカ連邦最高裁は、*Bush v. Gore*判決²⁴、George W. Bush 政権下での対テロ施策に関する諸判決²⁵、Barack Obama 政権の推進するいわゆる「オバマケア」に関わる諸判決²⁶、同姓婚をめぐる諸判決²⁷など、国家の存立を左右する重大な問題、時の政権の推進する基本施策の当否にかかわる問題、あるいは、人々の道徳観や宗教観に直接影響するセンシティブな問題を回避することなく、重要な憲法判断を示し続けており、連邦最高裁にとって回避法理がいかなる意味をもっているのかが問題となる。以下、限定的免責判断以外の一般的な憲法訴訟領域における、Roberts コートによる憲法判断と回避法理の関係を検討する。

まず、Roberts コート期の連邦最高裁が回避法理に言及する必要性が生じた場合にしばしば引用する 2005 年の *Clark* 判決²⁸は、回避法理が競合するいずれももっともな制定法解釈間の選択ツールであること、連邦議会が重

24 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

25 *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008). 松本哲治『『テロとの戦争』と合衆国最高裁判所 2001-2007』初宿正典＝米沢広一＝市川正人＝松井茂記＝土井真一編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集 上巻』195頁 (2008)、松本哲治「大統領の戦争権限」樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太編『アメリカ法判例百選』12頁 (2012)、藤井樹也「9.11と日本国憲法」アメリカ法 2006-1 号 26頁 (2007) を参照。

26 *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S.Ct. 2566 (2012) (*hereinafter*, *NFIB*), *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S.Ct. 2751 (2014). *See also* *King v. Burwell*, 135 S.Ct. 2480 (2015) (連邦設置市場での保険購入に対する税額控除を連邦法のもと許容した事例).

27 *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013), *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015).

28 *Clark v. Martinez*, 543 US 371 (2005).

大な憲法上の疑いを生じさせる意図をもっていなかったという推定がその前提であること、回避法理は議会意図を覆すのではなくその意図を実現する手段であることを指摘していた。ここから、*Clark*判決が想定する回避法理は、議会意図に反する無理な制定法解釈をしてまで憲法判断をせずに済まなければならないという強度の要求ではなかったと考えられる。

そして、2008年の*Boumediene*判決²⁹は、グアタナモに収容されている外国人による人身保護請求事例で、回避法理は伝統的な制定法解釈方法を否定するものではなく、制定法の条文・目的を無視してこれを違憲判断から救うことはできないと述べ、DTA（被拘禁者待遇法）は戦闘員地位審査法廷（CSRT）の手續終結後に発見された無罪証拠の連邦控訴裁への提出を認めていないと解し、この不十分な代替手續により人身保護令状の特権を制限したMCA（軍事審問委員会法）7条を違憲と判断した。ここでの回避法理も、無理な制定法解釈を求める強度の要求であるとはされず、実際に違憲判断が下された。

これに対して、2009年の*NAMUDNO*判決³⁰は、2006年に有効期間が25年間延長された、1965年投票権法が定める指定地域（§4（b））での投票制度変更の際に要求される事前審査（preclearance; §5）の合憲性が問題になった事例である。この事例では、utility district（上下水道サービスなどを提供するための公益事業区）が原告となって政治的下位団体（political subdivision）に認められる指定解除（bail out、§4（a））を求め、補充的に§5の違憲確認を請求した。連邦地裁は、政治的下位団体は登録有権者を有するカウンティ等であるとする定義規定により原告には指

29 *Boumediene, supra* note 25. 評釈として、横大道聡「最近の判例」アメリカ法2009-1号163頁（2009）、松本哲治「人身保護令状による救済と『テロとの戦争』—*Boumediene v. Bush*, 128 S.Ct. 2229（2008）—」近畿大学法科大学院論集5号109頁（2009）、中村良隆「アメリカ刑事法の調査研究」比較法雑誌43巻1号234頁（2009）、今井健太郎「人身保護請求管轄権剥奪問題における手続的デュー・プロセスの保障—*Boumediene v. Bush* 判決を中心に—」社会学研究20号215頁（2012）、佐藤義明「『テロとの戦争』と人身保護」大沢秀介＝大林啓吾編『アメリカ憲法の物語』441頁（2014）。

30 *Northwest Austin Municipal Utility District Number One v. Holder*, 557 U.S. 193（2009）. 同判決が回避のため無理な制定法解釈をしたと評価するものとして、以下の文献を参照。Richard L. Hasen, *Constitutional Avoidance and Anti-Avoidance by the Roberts Court*, 2009 SUP. CT. REV. 181, 213.

定解除を受ける資格がないと判断したが、連邦最高裁は、投票権法の制定当時とは事情が変わり、連邦主義との関係で § 5 の合憲性には深刻な疑いが生じていると述べた上で、先例、投票権法の構造と、憲法上の懸念を考慮すると § 4 (a) の拡張的解釈が要請されるとして、原告に指定解除を受ける資格を認め、§ 5 の合憲性を判断しなかった。この事例は、制定法解釈を通じて憲法判断を回避した例だったと考えられるが、2013 年の *Shelby County* 判決³¹は、別の原告が事前審査制度の有効期間を 25 年間延長した措置の違憲宣言等を求めた事例で、事情の変更と合憲性への深刻な疑いを指摘した先の *NAMUDNO* 判決に依拠しつつ、その後連邦議会が対応しなかった点をも指摘して、§ 4 (b) は現在では違憲だと認定した。Roberts コートの上記対応は、回避法理との関係で非常に興味ぶかい素材である。*NAMUDNO* 判決は、回避法理にしたがってやや無理な制定法解釈により違憲判断を回避したと評しうる事例であったが、同時に合憲性への重大な疑いに言及し、数年後の別事例でその言及部分に依拠した違憲判決が下された。*Shelby County* 「判決の下地は、〔*NAMUDNO*〕判決によってすでに形成されていたと言える」³²と評されるように、同判決はむしろ違憲判断の準備作業をしたとみることも可能である。ここでの回避法理は、裁判所が当該領域から今後手を引くという意思表示でなかったばかりか、傍論での憲法判断を妨げるものでもなかった。

さらに、2010 年の *Citizens United* 判決³³は、選挙表現 (electioneering communication) に対する法人の一般財源からの独立支出を禁止する超党派政治資金改革法 (BCRA) の規定を根拠とする、Hillary Clinton 上院議員 (当時) を批判する映像作品の上映、DVD 化、ビデオ・オン・デマンド化に対する規制の合憲性が争われた事例で、一定の法人支出を許容した 2 先例³⁴を変更し、当該支出禁止規定を違憲と判断した。ここで注目されるのは、当初は前年度の開廷期末に連邦最高裁の判断が示されると

31 *Shelby County v. Holder*, 133 S.Ct. 2612 (2013). 評釈として、高橋正明「最近の判例」アメリカ法 2014-1 号 167 頁 (2014)、中村良隆「アメリカ法判例研究」比較法学 47 卷 3 号 326 頁 (2014)。

32 高橋・前掲注 (31) 172 頁。*Shelby County* 判決を誤ったミニマリズムであるとして批判する見解として、以下の文献を参照。Richard L. Hasen, *Shelby County and the Illusion of Minimalism*, 22 WM. & MARY BILL RTS. J. 713, 726-738 (2014)。

予測されていたにもかかわらず、連邦最高裁が両当事者に憲法問題に関する先例変更の必要性に関するブリーフィングを要求し、再弁論を経て先例変更を伴う違憲判断が下されたという経緯である³⁵。つまりここでは、当事者が積極的に求めている憲法判断にも裁判所の判断で立ち入ることが可能とされた。また、本件では当該連邦法規定が原告の行為に適用されないという主張が斥けられており、制定法解釈によって憲法判断を回避することが不可能ではなかったと思われるにもかかわらず、法廷意見は回避法理を持ち出さなかった。ここからも、回避法理が無理な制定法解釈を求める強度の要求であるとは観念されていないことがうかがえる。

また、2012年の*NFIB*判決³⁶は、医療保険制度改革（いわゆる「オバマケア」）を根拠づける2010年の連邦法（ACA）の合憲性が問題になった事例で、Roberts 一部法廷意見・一部相対多数意見は、①非加入者に課される料金は連邦インジャンクション制限法（Anti-Injunction Act）との関係では「税」でないと解されるので、同法による訴えの制限は本件に及ばない、②最低限度の健康保険加入の個人に対する義務づけについては、州際通商規制条項との関係では連邦議会の権限を越え正当化できないが、

33 *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). 評釈として、辻雄一郎「選挙活動と表現の自由に関する考察—2010年シティズンユナイテッド判決を中心に」駿河台法学 24 卷 1・2 号 57 頁 (2010)、落合俊行「アメリカ連邦選挙運動資金における『選挙広告支出制限』規制の憲法学的考察—*Citizens United v. Federal Election Commission* 事件連邦最高裁判決 (2010 年) の法理」北九州市立大学法政論集 38 卷 3 号 1 (247) 頁 (2010)、宮川成雄「アメリカ法判例研究」比較法学 44 卷 3 号 156 頁 (2011)、村山健太郎「ロバーツ・コートと選挙運動資金規制 (3・完)—*Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876 (2010)」ジュリスト 1419 号 130 頁 (2011)、東川浩二「最近の判例」アメリカ法 2010-2 号 423 頁 (2011)、辻雄一郎「シティズンユナイテッド判決再考—最近の判決を素材にして」大東ロージャーナル 9 号 61 頁 (2013)。また、後続事例である *McCutcheon v. Federal Election Commission*, 134 S.Ct. 1434 (2014) に関する評釈として、橋本基弘「政治資金規制と司法審査の役割—*McCutcheon* 判決を読む—」比較法雑誌 49 卷 1 号 1 頁 (2015)、辻雄一郎「マッカチオン判決をめぐる政治活動規制についての憲法学上の検討」筑波法政 61 号 113 頁 (2014)、小杉丈夫「英米法研究」法律のひろば 68 卷 4 号 64 頁 (2015)。

34 *Austin v. Michigan State Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990), *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003).

35 東川・前掲注 (33) 424 頁注 4)。

本件「制裁金」は憲法との関係では「税」と評価できるので課税権限に含まれ合憲であると判断し、③メディケイドの拡大を連邦補助金の給付条件として州に要求する定めについては、連邦制に反するとして連邦健康社会福祉長官による補助金停止権限の執行を停止した。回避法理との関係で注目されるのは、Roberts 意見が課税権限による合憲判断を下す際に、制定法の可能な2解釈が存在し、一方によれば違憲、他方によれば合憲となる場合には、制定法を違憲判断から救う解釈をとる義務があると述べ、本件料金を「税」と解する解釈が合理的であるかを問い、この解釈が最も自然な解釈である必要はないとして、これを十分に可能な (fairly possible) 解釈だと認めて課税権限による正当化を行った点である³⁷。ここでは、少なくとも違憲判断を回避するための制定法解釈が行われている。ただし、この制定法解釈は十分に可能な解釈でなければならないとされており、無理な解釈による回避が要求されているわけではないとの理解が可能である。また、回避法理との関係では、州際通商規制条項に関する憲法判断が合憲の結論を導くために不要な判断となっている点も問題となる。連邦最高裁における判決形成はしばしば裁判官間の妥協や取引の所産として生み出されており、その過程で必要と考えられるに至った憲法判断がある場合、回避法理はそれを排除するほどの強い要求とは観念されていないことがうかがえる。さらに、本件では連邦インジャンクション制限法の解釈によって憲法判断をまるごと回避することも、制定法解釈としてさほど不自然ではなかったと思われるが、この点でも、回避法理はそのような帰結を強く要請しなかったということが出来る。

最後に、2013年の *Windsor* 判決³⁸は、結婚を一人の男性と一人の女性の

36 *NFIB*, *supra* note 26. 評釈として、樋口範雄「保険改革法合憲判決」『アメリカ法判例百選』前掲注(25) 34頁、山倉明弘「オバマ・ケア訴訟最高裁判決を読む—国家統治を巡る過去との対話—」*アメリカス研究* 17号 37頁(2012)、藤井樹也「『オバマ改革』に対する司法判断」*成蹊法学* 77号 222(1)頁(2012)、小杉丈夫「英米法研究」*法律のひろば* 66巻4号 56頁(2013)、秋葉丈志「アメリカ法判例研究」*比較法学* 46巻3号 328頁(2013)、木南敦「最近の判例」*アメリカ法* 2013-1号 132頁(2013)。なお、連邦最高裁での判決形成が裁判官間の妥協や取引に左右されることを指摘するものとして、以下の文献を参照。Sanford Levinson, *Compromise and Constitutionalism*, 38 *PEPP. L. REV.* 821, 836-842 (2011).

37 *NFIB*, 132 S.Ct. at 2593-2594.

法的結合と定義した連邦婚姻防衛法 (DOMA) の規定が、同性カップルを劣位に位置づけるものであって修正5条に違反すると判断した。ここで注目されるのは、Obama 政権 (大統領および司法長官) が DOMA を擁護しない立場をとり、下院内のグループが代わりに同法を擁護したという本件の経緯である。Scalia 反対意見はこの点を重視し、連邦政府が合憲性を争っていない以上、本件では当事者間の対決性が存在しないとして、回避法理により連邦最高裁に管轄権がないと述べたが³⁹、法廷意見は、対決性は政策的要因にとどまり、本件では連邦政府に代わる代弁者により十分な合憲性の主張立証がなされているので、司法判断が可能だとした⁴⁰。ここでは、回避法理が主張立証の実態に応じて後退する柔軟な要請だと理解されているということができよう。

3 憲法改正権と回避法理—奴隷制と修正13条

アメリカ憲法史において、現在では不当・不適切な憲法規定だったという認識が一般化している条項が憲法改正権の発動によって是正された一例として、修正13条をあげることができる。修正13条には、修正14条・15条とともに連邦・州関係を根本的に変革した点、私人間関係に憲法的規律を及ぼした点に加え、従前の憲法典に含まれていた不当・不適切な規定を明確な憲法改正手続を通じて改廃した点に大きな意義がある。

オリジナルのアメリカ連邦憲法には、奴隷制を前提とするいくつかの憲法条項が存在していた。すなわち、下院議員数・直接税の徴収額を州の人口に応じて配分するとし、「各州の人口は、自由人の総数に、その他のすべての者の数の5分の3を加えることにより算出する」として、非自由人を3/5人と計算する規定 (1条2節3項)、「合衆国議会は、1808年より前において、現存する州のいずれかが受け入れを適当と認める人々の移住

38 *Windsor*, *supra* note 27. 評釈として、大野友也「判例研究」鹿児島大学法学部法学論集48巻1号63頁 (2013)、白水隆「最近の判例」アメリカ法2014-1号161頁 (2014)、秋葉丈志「アメリカ法判例研究」比較法学48巻2号85頁 (2014)、有沢知子「同性婚と婚姻防衛法—United States v. Windsor 判決を中心に—」大阪学院大学法学研究40巻1・2号72 (49) 頁 (2014)、尾島明「英米法研究」法律のひろば67巻2号64頁 (2014)、上田宏和「*Windsor* 判決からみる憲法理論の新展開」創価法学44巻3号1頁 (2015)。

39 *Windsor*, 133 S.Ct. at 2698-2703 (Scalia, J., dissenting).

40 *Windsor*, 133 S.Ct. at 2688-2689.

及び輸入を禁止してはならない」として、奴隷輸入を一定期間禁止しないと
する規定（1条9節1項）、「ある州において、その法律に基づき役務ま
たは労働の義務を有する者は、他の州に逃亡した場合であっても、逃亡し
た先の州の法律または規則により、その役務または労働から解放されるこ
とはない。また、逃亡した者の身柄は、その役務または労働に対して権利
を有する者の請求により、これを引き渡さなければならない」として、逃
亡奴隷の引き渡しを定める規定（4条2節3項）がその例である⁴¹。これ
らの規定は、連邦憲法制定当時、奴隷制に経済的・社会的に大きく依存し
ていた南部諸州と事情が異なる北部諸州との妥協の結果設けられた規定で
あったと理解できる。

その後、連邦領土の西部への拡大に伴い、自由州と奴隷州のバランスが
大きな政治的争点となり、1820年の連邦法（ミズーリ妥協法、Missouri
Compromise Act）は、Missouriを奴隷州、Maineを自由州として連邦
への加入を認めるに際し、フランスから購入したルイジアナ地域のうち北
緯36度30分線以北の領域では、Missouri州を除き今後奴隷制を禁止す
ることとした（§8）⁴²。また、1850年の妥協に伴い、1850年連邦逃亡奴
隷法が制定され、逃亡奴隷の取り締まりが強化される一方で、Washing-
ton, D.C.での奴隷取引を禁止する連邦法が成立した⁴³。さらに、1854年の
カンザス・ネブラスカ法は、北緯36度30分線以北の領域にKansas・
Nebraska両準州を組織し、ミズーリ妥協法にかかわらず新州の住民が自
由州か奴隷州かを決定することとしたが、奴隷州への譲歩といえるこの措
置の後、Kansas準州での対立が激化した。

1857年の*Dred Scott*判決⁴⁴は、以上のような緊迫した情勢下で下された
ものであり、一般に悪名高い判決とされてきた。この事例では、奴隷州で
あるMissouri州から主人とともに自由州およびミズーリ妥協法により奴

41 訳文は、高橋和之編『世界憲法集（新版）』45頁以下（2007）（土井真一訳）
に従った。

42 本間長世『正義のリーダーシップ リンカンと南北戦争の時代』69～70頁
（2004）。

43 阿川尚之『憲法で読むアメリカ史（全）』153～154頁（2013）。MELVIN I.
UROFSKY & PAUL FINKELMAN, A MARCH OF LIBERTY: A CONSTITUTIONAL
HISTORY OF THE UNITED STATES, Volume I: FROM THE FOUNDING TO 1900, 424-
428 (3rd ed. 2011).

隷制が禁止された領域に移転した後、再び Missouri 州に戻った黒人である原告が、New York 州在住の被告を相手どって連邦裁判所に州籍相違訴訟を提起し自由人の資格を主張したものである。Taney 法廷意見は、①奴隷として輸入され売却されたアフリカ人の子孫である黒人は、連邦憲法 3 条にいう市民 (citizen) に該当せず、従属的で劣ったクラスに属すると観念されてきた黒人は、連邦憲法が市民に保障する権利・特権を享受しないのであり、連邦裁判所には本件に関する管轄権がない、②当裁判所は原判決の誤りを是正しなければならないので判断すると、連邦議会が準州における財産権を侵害することは憲法上禁止されており、憲法上奴隷は財産であると認められるので、ミズーリ妥協法は違憲であると判断した。ここで注目されるのは、連邦最高裁が管轄権なしとして訴えを却下し事件を終結させることが可能であったにもかかわらず、あえてミズーリ妥協法の合憲性という重大な憲法問題に立ち入った点である。この事例はブランダイス・ルール以前の事例であるが、現在の視点からは憲法判断を回避せずに違憲判断を下した事例だといえ、Curtis 反対意見は、法廷意見が管轄権なしとしながら重大な違憲判断を行ったことは司法権の限界を越えると批判している⁴⁵。以上のほか、「本件は奴隷制廃止論者が仕組んだ馴れ合い訴訟という見方」⁴⁶が有力であるというが、この点でも、現在の視点からは回避法理によらずに憲法判断がなされた事例という見方が可能である。

連邦憲法が財産としての奴隷所有を保障していることを認めた *Dred Scott* 判決については、Abraham Lincoln がたびたび演説で言及するなど⁴⁷、その後広く知られることになったと考えられ、修正 13 条の成立前夜における連邦憲法と奴隷制との関係についての基本知識を形成したといえよう。1865 年 1 月に連邦議会両院の 3 分の 2 の賛成により憲法修正案が発議され、南北戦争終結後の 12 月に 4 分の 3 の州 (36 州中 27 州) の

44 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857). 近年の評釈として、根本猛「奴隷制と合衆国最高裁」『アメリカ法判例百選』前掲注 (25) 74 頁、小池洋平「*Dred Scott* 判決とアンテ・ベラム期における反奴隷制論の緊張関係」社学研論集 23 号 164 頁 (2014)、甲斐素直『米国憲法訴訟史』77~107 頁 (2015)、小早川義則「アメリカ刑事判例研究」名城ロースクール・レビュー 34 号 147 頁 (2015)。

45 *Dred Scott*, 60 U.S. at 589 (Curtis, J., dissenting).

46 根本・前掲注 (44) 75 頁。

批准⁴⁸があったとして成立した修正13条は、奴隷解放宣言の憲法化と評されるが、ここで問題となるのは、修正13条（その内容は奴隷解放宣言よりも徹底していた）の成立以前に実施された奴隷解放宣言をはじめとする諸措置が、当時の憲法に違反していなかったのかという点である。この点で、「連邦政府は戦争遂行のため、ときに合憲性がかなり疑わしい政策をも強引に実行した」⁴⁹と評され、その例として、Lincolnが大統領権限によって対応した、民兵・志願兵の召集⁵⁰、南部港湾の封鎖⁵¹、人身保護令状の一時停止⁵²などがあげられる。また、連邦議会は、南北戦争勃発後の1861年9月の第1次没収法（Confiscation Act）で、北部連邦に反逆する南軍の財産没収を定め、南軍の軍事行動のために使用された奴隷を主人に対する義務から解放した。また、1862年の第2次没収法は、南軍の軍事行動に参加した者の奴隷が北部連邦の支配地域内に逃亡した場合に奴隷の地位から解放することとした。また、当初Lincolnは軍による奴隷解放

47 同判決の約4ヶ月後になされた『『ドレッド・スコット判決』に関するスプリングフィールドにおける演説』について、高木八尺＝斎藤光沢『リンカーン演説集』38頁（1957）を、1858年のLincolnとStephen Douglasの論争について、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』49～51頁（2011）を参照。その他Lincolnによる*Dred Scott*判決批判については、JAMES F. SIMON, LINCOLN AND CHIEF JUSTICE TANEY: SLAVERY, SECESSION, AND THE PRESIDENT'S WAR POWERS 133-155 (2006), Joseph R. Fornieri, *Lincoln's Critique of Dred Scott as a Vindication of the Founding*, in HAROLD HOLZER & SARA VAUGHN GABBARD eds., LINCOLN AND FREEDOM: SLAVERY, EMANCIPATION, AND THE THIRTEENTH AMENDMENT 20, 35 n.10 (2007) を参照。

48 4分の3の州による批准の要件に関連して、旧南部10州における合法的政府の存在に関する疑義について、以下の文献を参照。BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 2: TRANSFORMATIONS 99-102 (1998).

49 阿川・前掲注（43）204頁。DANIEL FARBER, LINCOLN'S CONSTITUTION 116-121 (2003).

50 Lincolnによる兵員確保措置とその合憲性については、JAMES G. RANDALL, CONSTITUTIONAL PROBLEMS UNDER LINCOLN 239-274 (1926) を参照。

51 Lincolnによる港湾封鎖・船舶捕獲を大統領の正当な権限の範囲内の措置と認めた例として、いわゆるPrize Casesに関するBrig Amy Warwick, 67 U.S. 635 (1863) を参照。

52 Lincolnが議会の議決を経ずに人身保護令状を停止した措置に対し、兼任していた連邦巡回区控訴裁判事としてTaney連邦最高裁長官が下した違憲判断として、Ex parte Merryman, 17 F. Cas. 144 (C.C.D.Md 1861) を参照。

命令を認めなかったが、連邦議会は1862年に軍に逃亡奴隷の返還を禁止する法律、Washington, D.C.での奴隷制を廃止する法律、連邦準州での奴隷制を禁止する法律を制定した⁵³。これを受けて、1862年9月にLincolnが奴隷解放予備宣言を発表し、1863年以降北軍の支配下となった南軍支配地域での奴隷所有者の請求権を否定することとし、1863年1月1日の奴隷解放宣言により、南軍支配地域（北部にとどまった境界4州と北軍に占領された Tennessee 等は適用除外とされた）の全奴隷を解放することとしたのである。以上の連邦議会および大統領による奴隷解放措置は、修正13条の成立以前にあっては *Dred Scott* 判決に矛盾し、補償なしに財産を剥奪する点で憲法違反であったようにみえるが、諸外国の支持を確保し南軍の戦力を削減するという戦争遂行の必要上とられた「連邦を守るための軍事的措置」⁵⁴であったとして、戦争遂行上の強度の公益による正当化または緊急事態における例外措置としての正当化の可能性はあろう。しかし、少なくとも南北戦争終結後には軍事的措置としての正当化ができなくなるので、その限りでは違憲の下位規範・事実が先行し、修正13条の成立による憲法規範の変更により上下の規範的矛盾が将来的に治癒され、連邦憲法の最高法規性が確保されたと評価するほかないであろう。

4 最高法規の実効化と回避法理を考える—日本法への示唆

以上、アメリカ連邦最高裁が想定している回避法理は、是が非でも憲法判断をせざるに済まさなければならないという強度の要求ではなく、公務員に今後の行為指針を示す必要性、下級審の憲法判断を否定する必要性、憲法判例発展のための有益性、当事者による主張立証の有無など、様々な事情を考慮した上で、裁判所の憲法判断裁量を認めるもので、これら他の諸考慮要素との兼ね合いで浮上したり後退したりする、法解釈の一原理に近いものだと考えられる。時折回避法理が顔を出す場合があっても、それは裁判所が当該領域から今後手を引くという意思表示であるとはいえず、傍論で憲法判断がなされる例もあり、違憲判断を回避するための制定法解釈が選択される場合にも、この制定法解釈は十分に可能な解釈でなければな

53 福本保信「奴隷解放宣言への道」西南学院大学学術研究所紀要26号1頁、33～98頁（1992）。AKHIL REED AMAR, AMERICA'S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY 351-360 (2005).

54 西山隆行『アメリカ政治 制度・文化・歴史』89頁（2014）。

らないとされるのである。連邦最高裁が、回避法理を選択的ないし場当たりの使用しているという指摘もみられる⁵⁵。回避がなされる場合には、裁判所は別の理由によって裁量を行使しているのだという指摘もある⁵⁶。また、Roberts コート期にあっては連邦議会での憲法問題への関心が高くなく、裁判所が憲法判断を行っても管轄権剥奪による報復の可能性が低いので、回避法理に訴える必要性が乏しくなったという指摘⁵⁷があるが、これは対議会関係を考慮要素に含める見解だといえよう。これに対して、Frederick Schauer は、回避法理は法制定者の意思をしばしば否定する点で議会への介入となり、法律の書き換えが違憲判断より軽度の介入だとはいえないので、司法の自制でなく司法積極主義と評価されるとして、裁判所としては最良の制定法解釈を行ったうえで必要となる憲法判断をすべきであるとして、回避法理の廃棄を主張する⁵⁸。

それでは、日本国憲法のもとではどのように考えるべきだろうか。近時の最高裁判例には、個別意見で回避法理に言及する例が見られ非常に注目される。すなわち、国家公務員法違反事件に関し構成要件に該当しないとして被告人を無罪とした平成 24 年 12 月 7 日第二小法廷判決⁵⁹の千葉勝美裁判官による補足意見は、多数意見の解釈は「ブランダイス・ルール」とは「似て非なるもの」であって、司法の自己抑制の観点からではなく、憲法判断に先立ち法律の構造、理念、罰則規定の趣旨・目的等を総合考慮し

55 Harold J. Krent, *Avoidance and Its Costs: Application of the Clear Statement Rule to Supreme Court Review of NLRB Cases*, 15 CONN. L. REV. 209, 209-211 (1983), WILLIAM N. ESKRIDGE, PHILIP P. FRICKEY & ELIZABETH GARRETT, *CASES AND MATERIALS ON LEGISLATION: STATUTES AND THE CREATION OF PUBLIC POLICY* 919-920 (4th ed. 2007) (Henry Friendly 判事の見解を紹介する), Lisa Kloppenberg, *The Avoidance Canon: From the Cold War to the War on Terror*, 32 DAYTON L. REV. 349, 355-356 (2007).

56 Henry Paul Monaghan, *On Avoiding Avoidance, Agenda Control, and Related Matters*, 112 COLUM. L. REV. 665, 681, 707 (2012).

57 Neal Devins, *Constitutional Avoidance and the Roberts Court*, 32 U DAYTON L. REV. 339, 346-347 (2007).

58 Frederick Schauer, *Ashwander Revisited*, 1995 SUP. CT. REV. 71, 97.

59 最二判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁。千葉補足意見は、ブランダイス・ルールが「Rescue Army v. Municipal Court of City of Los Angeles, 331 U.S. 549 (1947) の法廷意見において採用され米国連邦最高裁における判例法理となっている」と説明している。

た上で行う「通常の法令解釈の手法による」と説明している。また、公選法規定の違憲性を理由とする参議院比例代表選挙に対する公選法 204 条に基づく選挙無効訴訟に関する平成 26 年 7 月 9 日第二小法廷決定⁶⁰の千葉補足意見は、「裁判所が事件の結論を導くのに必要かつ十分な法律判断に加えて、当事者の主張に対する念のための応答として憲法判断を付加的に判示することは、このブランダイス・ルールの法理に抵触するおそれがある」と述べている。筆者はかつて、日本では「違憲性の言及禁止ルール」というべきルールが妥当しているのではないかと指摘したことがあり⁶¹、この要請は裁判所の裁量を許容するアメリカ連邦最高裁の回避法理よりも強度な要請にあたりと考へた。平成 26 年補足意見の言及するルールも比較的厳格な要請として想定されているように思われるが、平成 24 年補足意見はこのルールの外延画定を企てており、理論化の試みは興味ぶかい。

筆者はこの点につき、Schauer の見解に共感し、「制定法解釈固有の解釈方法により正しい法解釈を決めうるものであり、それを前提に『必要な場合には憲法判断を行う、不必要な場合には憲法判断をしない』と考えれば十分である」⁶²と考へてきた。憲法の最高法規性との関係でいうならば、回避法理は、裁判所の違憲審査権の発動による憲法と矛盾する下位規範・事実の除去を妨げるだけでなく、憲法規範の内容に関する正確な情報を憲法改正権者に伝達しないという点で、国民の憲法改正権の発動による不当・不適切な憲法規範の除去という例外的手段を通じた憲法の最高法規性の実効化をも妨げる点で問題だといえるからである。また、先にみたアメリカの場合、連邦最高裁はしばしば時の政権が推進する基本政策に関する憲法判断に踏み込んでいるが、このことは必ずしも政治部門にとってマイナスであるばかりではなく、政治部門が合憲性の判定を裁判所に委ねて思い切った政策を推進することを可能にするプラス面もあると考へる。また、裁判所の回避裁量に関しては、長谷部恭男が紹介する Brandeis 判事の「剥き出しの政治的考へ」、つまり「憲法判断を自制した方が好ましい政治的帰結が得られそうだという場合には判断を自制する」という行動⁶³をどう評

60 最二決平成 26 年 7 月 9 日判時 2241 号 20 頁。

61 藤井・前掲注 (13) 119 頁。

62 藤井・前掲注 (13) 120 頁。回避を司法の政策・裁量とすることに消極的な見解として、君塚正臣「憲法判断回避の『法理』について」横浜国際経済法学 14 卷 1 号 1 頁 (2005) を参照。

価値するかという問題を考える必要があるが、憲法判断の領域に関する限り、裁判所による政治的配慮を許容することは憲法の最高法規性の実効化を阻害し、日本国憲法の前提とする司法権・違憲審査権の観念と相容れないというのが筆者の考えである。

それでは日本国憲法9条についてはどのように考えるべきだろうか。この点に関する筆者の考えは以下のとおりである。まず9条1項は、「正義と秩序」に基づく平和主義に立脚して侵略的な武力行動を限定的に放棄する一方で、自衛的な武力行動のほか、国際法上正当とされるその他の武力行動（国際的な制裁行動、人道的介入など）をも禁止していないと解され、他の立憲主義諸国の憲法や国際的な傾向にも合致した穏当かつ合理的な規定であると考えられる。他方で9条2項は、文言上自衛戦力をも含めた戦力の保持を全面的に禁止していると読みざるをえず、これは1項の目的を達成する手段としては過剰な、「戦勝国が敗戦国に課したペナルティ」⁶⁴と理解するほかのない極端かつ硬直的な規定であって、現時点では現存する実力組織との関係でも規範的矛盾を否定できない不当・不適切な憲法規定と化しており、憲法の他の規定の規範的効力をも弱体化させるという問題もあるため、すみやかに改正すべきであると考えられる⁶⁵。この立場からは、個別の自衛権の許容から集団的自衛権の許容へという政府解釈の変更は、1項との関係ではいずれも政策の範囲内にあるとして許され、2項との関係ではいずれにしてもその手段としての戦力保持が許されないと評価されるため、規範的には質的な変化を生じさせない。かりに裁判の土俵に9条の問題が乗った場合には、まず違憲審査権の発動による最高法規の実効化という観点から、裁判所は9条2項との関係で現存の実力組織の保持という点に対して違憲判断を下し、憲法と矛盾する下位規範・事実の除去のための措置を開始しなければならない。前述のとおり、司法部門による違憲審査権の発動には、政治部門による思い切った政策遂行を可能とするプラス面もあるので、立法による裁判の土俵の拡大がのぞましい。この点で、意見

63 長谷部恭男『続・Interactive 憲法』220～221頁（2011）。

64 阪本昌成『憲法1 国制クラシック』139頁（2011）。

65 「正当な戦争原因を自衛に限定する消極的正戦論」の立場から「9条削除論」を主張する見解として、井上達夫「九条問題再説—『戦争の正義』と立憲民主主義の観点から—」竹下賢＝長谷川晃＝酒匂一郎＝河見誠編『法の理論 33 特集《日本国憲法のゆくえ》』3頁、5頁（2015）を参照。

照会制度の導入が近時提案されているが（笹田栄司）⁶⁶、既存の制度の延長としても、国に対する住民訴訟・納税者訴訟制度の導入、または個別法領域に限定した出訴資格の拡大などの方法が検討に値しよう。また、憲法改正権の発動による最高法規の実効化という観点からも、裁判所は9条2項と現存の実力組織の保持が規範的に両立し得ないという重要な情報を憲法改正権者に伝えるべく、違憲判断を下し、憲法規範を変更するか、下位規範・事実を変更するか、あるいは双方を変更するかという択一の機会を憲法改正権者に与えるべきである。先述の *Dred Scott* 判決は、少なくとも当時の憲法には忠実だったという判断を回避することなく示し、連邦最高裁の理解する憲法の内容を当時の憲法改正権者に伝えた点で、積極的評価に値する部分があるといえよう⁶⁷。つまり、かりに憲法規範が政策的に不当・不適切なものであっても、憲法判断を無理に回避せず、憲法の規範内容に関する正確な情報を国民に伝えることが、裁判所に与えられた職務であるというのが筆者の考えである。

おわりに

本稿では、アメリカ連邦最高裁の新旧さまざまな事例を素材に、違憲審査権・憲法改正権と回避法理の関係を整理し、以上をもとに、最高法規の実効化と回避法理の関係についての日本法への示唆を検討した。Roberts コートは年々注目すべき判断を示し続けており、また修正13条に関する新研究も近年続々と登場しているので、本稿で取りあげた新旧さまざまな事例に関わる今後の学問的展開が期待される⁶⁸。

66 笹田栄司「憲法を護るものは誰か——内閣法制局の“黄昏”」http://www.yomiuri.co.jp/adv/wol/opinion/gover-eco_150721.html（2015年10月26日最終確認）。

67 *Dred Scott* 判決が当時の憲法のもとでは正しかったという可能性を検討する文献として、MARK A. GRABER, *DRED SCOTT AND THE PROBLEM OF CONSTITUTIONAL EVIL* 1-14 (2006) を参照。

68 本稿は成蹊学園の助成による平成26～28年長期在外研修の成果の一部である。