

英米の憲法史と違憲立法審査権

宮 原 均

目次

はじめに

第1章 市民革命に至るイギリス政治史の素描

第2章 イギリス法の沿革

第3章 アメリカの植民地とイギリス国王の特許状

第4章 アメリカの独立革命

第5章 合衆国憲法の制定

第6章 違憲立法審査権の確立

結語

はじめに

日本国憲法81条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定している。この条文の意味するところについては、若干の争いがあるが、下級審も含めて裁判所は、自己の担当する現実・具体的な争訟を解決するために、必要な限りで法律を審査し、憲法に違反していればこれを無効とする、違憲立法審査権を有することについては争いがない⁽¹⁾。

一方、日本国憲法の制定に大いに影響を与えたとされるアメリカ合衆国憲法には、この81条に相当する規定がない。それにもかかわらず、合衆国最高裁だけでも200年以上にわたりこの審査権を行使してきた伝統がある⁽²⁾。しかし、憲法に明文の規定がないこともあって、この制度の導入・実施には激しい議論が展開されてきた。例えば、裁判所が立法の合憲性を審査する必要性は果たしてあるのか、厳格な三権分立の考え方をとる合衆国憲法においてこの審査権の行使は立法権の侵害になるのではないか、国民の直接の選挙によって選出される議員・議会が、長期にわたる専門的な審議過程を経た上で合憲と判断した上で制定した法律を、選挙による国民の支持を確認していない裁判官が、一個の裁判手続きの中で違憲と判断し、これを無効とすることは国民主権・民主主義の観点から問題があるのではないか、等々である⁽³⁾。

これらは、いずれも憲法及び違憲立法審査権の原理にかかわる重要な批判であるが、合

衆国最高裁は、少しずつ審査の範囲や内容を変えながらも、審査権自体は肯定し、活発にこれを行行使し現在に至っていることは周知のとおりである。

日本においては、憲法に明文規定が存在するため、その制定当初においては審査権を所与の制度として受け入れ、この制度をめぐる原理的な議論は必ずしも十分ではなかったように思われる。しかしながら、現実・具体的な審査権行使の場面に当たり、憲法問題に的確な判断を下すためには、上述の原理的な議論が必要であることが認識されるようになってきた⁽⁴⁾。

本稿においては、違憲立法審査権の原理的な側面に光をあてるために、アメリカ合衆国において違憲立法審査権がどのような政治的過程のもとに形成されてきたかをフォローしてみたい。そして、このことはアメリカ合衆国の建国のプロセスと重なっており、更には、アメリカの建国はイギリスの影響を抜きにしては考えられない。そこで、まず、イギリスの市民革命に至る政治史を簡単に振り返りながら、その法制度とりわけ上位法としての憲法の成立過程をたどっていく。そして、このイギリスの法制度を念頭に、アメリカがどのように建国され、その建国のプロセスの中に違憲立法審査権がどのように位置づけられ形成されていったかを見ていきたい。なお、裁判所による憲法判断は、行政処分や行政立法に対してもなされるが、本稿においては、議会による立法に関する問題に限定されている。

第1章 市民革命に至るイギリス政治史の素描

1. ゲルマン民族と「自由の憲章」

イギリス人の遠い祖先はゲルマン民族である。彼らは、紀元前2000年ころから、スカンディナヴィア半島に居住し、紀元前1200年～800年頃にはバルト海まで南進してきた。その後いくつもの種族に分かれたが、そのひとつであるケルト人がグレート・ブリテン島を占領した。その後、紀元1世紀の末から5世紀まではローマ人によって支配されたが⁽⁵⁾、ローマ本国が北方民族の侵略を受けたため、ローマ軍は撤退し、5世紀の半ばにゲルマン民族のアングロ・サクソン人が北海方面から侵入し、ケルト人を駆逐してブリテン島内の各地に王国を建設した。それらの王国は9世紀頃に統一され、イングランド王国となった。

11世紀になると、北欧ゲルマンの一種族であるノルマン人（クヌート王）によっていったん征服されるが、エドワード懺悔王はアングロ・サクソンの王朝を復活する。しかし、その死後、北仏ノルマンディ地方のウィリアム1世がイングランドを完全に征服し、ノルマン王朝をつくった（1066年）。しかし、ウィリアム1世はエドワード懺悔王の法律を尊重し、その子ヘンリー1世もこれを踏襲した。これが「自由の憲章」（1100年）である。「自由の憲章」は、征服者が被征服者の心を静めるために、従来を法律を尊重することを明らかにしたものであるが、この憲章によって、国王といえども無条件の権力行使は許さ

れないことになり、しばしば繰り返される国王の暴政に対して、イギリス人は、憲章の遵守を求める形で、武器を取って戦ったのである。

2. 「大憲章」と「権利請願」

12世紀になると、ヘンリー2世は王権を伸張しようとして、法王・教会・僧侶の特権を制限し、ローマ教会の強い反対にあった。更に彼の子であるジョンは、フィリップ2世との戦いでフランス内の領土の多くを失い（欠地王と呼ばれる）、ローマ教皇と争い屈服し、内政においても、重税や無実の者の投獄などの悪政をおこなった。そこで、これらに憤激した貴族や僧侶は、英国民の伝統的な自由を列記した文書に署名を求めた。これが、「大憲章」である（1215年・この文書は2ヶ月ほどでローマ法王によって無効とされ、1217年および1225年に修正され確定したものが一般に大憲章といわれている。）。

「大憲章」の内容は、エドワード懺悔王の法律を再確認し、古来よりの権利・自由を国王が確認するという体裁になっている。しかし、対象は、自由民であり、人民の天賦の人権を宣言したものではなかった⁽⁶⁾。

17世紀になってスチュアート王朝が始まると国王は、新興階級である商工業者およびその利益を代表する議会と激しく対立した。議会は、チャールズ1世の悪政に対して決議文をつきつけ、これに署名させた。これが「権利請願」である（1628年）。議会の承認のない課税の禁止、法律の定める手続きによらないで逮捕・監禁・処罰の禁止、兵士の民家への宿営の禁止等が定められている。これらの多くは「大憲章」の再現であるが、「大憲章」が国王の命令であり欽定憲法の形であったのに対して、「権利請願」は、議会の決定に国王が同意したという協約憲法の形になっている。

3. 「名誉革命」と象徴的君主制

チャールズ1世はその後も専制的な政治を続け、イングランドとスコットランドとの戦いに際しての軍費調達等をめぐり議会と対立した。議会はクロムウェルのもとにチャールズ1世をとらえ、これを処刑した（清教徒革命・1649年）。ここに共和制が誕生したが10年で終わり、チャールズ2世が王位についた。次に、その弟ジェームズ2世が王位に就いたが、議会は彼を追放し、その娘メリーと夫オランダ統領オレンジ公ウィリアムの二人を迎えて王位につけた。この革命は無血でなされたため、名誉革命と呼ばれる（1688年）。

これ以後、イギリスの法的主権は「議会における国王」にあり、「君臨すれども統治せず」という象徴的君主制が行われることになる。議会は、ウィリアム夫妻を国王として迎える際に、英国民の伝統的な自由および権利を列記した権利宣言を議決して夫妻に同意を求めた。彼らは多少の修正を加えて承認し、法律として公布した。これが「権利章典」（1689年）である。

第2章 イギリス法の沿革

以上が、近代市民革命である名誉革命に至るまでのイギリス政治史の簡単な素描であるが、この間、法制度はどのように発展していったのであろうか。

1・ゲルマン法と超記憶的慣習

まず、イギリスの中世の法思想の背景には、ゲルマン法がある。ここでは、法を人間意思に超越する存在にとらえ、絶対的権威、永久不変の存在であるとしていた。このような考え方は、法を慣習法的にとらえることによって説明される。すなわち、法は各種族の内部で形成され、長老の荘厳な判決のうちにしばしば宣明される、超記憶的に古い慣行である。したがって、法は作られるものではなく、発見されるものである、というのである⁽⁷⁾。

ゲルマン法の分派であるアングロ・サクソン法もまた、慣習法を中心とし、法と裁判の目的を主として治安の維持におき、被害者の復讐心を満足させることにより、自力救済を抑制しようとした。裁判は、自由民による野外集会で行われ、あらゆる事項が議論された。月1回、自由民によって開かれるハンドレッド裁判所、年2回州の自由民によって開かれる州裁判所、領主裁判所があった。

2. コモン・ローの形成

このように、各地域に形成されていた慣習法及び裁判制度を統一しようとしたのがノルマン王朝を作ったウィリアム1世である。彼は、従来の慣習法等を存続させる代わりに、中央裁判所の端緒を開き、ヘンリー1世は巡回裁判を行い⁽⁸⁾、地方的な裁判所と対抗した⁽⁹⁾。

この中央裁判所としての国王裁判所は、地方的な裁判所及び教会裁判所に対抗して管轄権を広げていった。

ヘンリー2世の死後、国王裁判所は、犯罪と不法行為とを扱うものと不動産と金銭債務を扱うもの (common pleas) とに分かれ、エドワード1世の時代になると、国王の面前で開かれる王座裁判所 (king's bench) が出現した。更に、14世紀になると国王の財政を扱っていたエクスチェカーが民事裁判を行うようになった。これが財務裁判所である⁽¹⁰⁾。

以上のように、ノルマン王朝期に成立する国王の裁判所を中心にイギリスの法制度は整備されてくる。まず、ウィリアム1世はエドワード懺悔王の継承者としてイギリスの古来の法を尊重することを誓っていた。そこで、国王の裁判所は、イギリス国民の一般慣行に基づいて裁判を行った。

しかしながら、ウィリアムによるノルマン征服の直後及びそれ以前においては、アングロ・サクソン期に由来する慣習法や各荘園の土地に関する無数の慣習法は存在したが、王

国を通じての一般慣習法は存在していなかった。そこで、国王の裁判所はアングロ・サクソンの古法、地方的な慣習法等を参考にし、王国の一般慣習法の大部分を創造していったのである。こうして、創造され、運用された法がコモン・ローであり、これを運用する国王の裁判所はコモン・ロー裁判所と呼ばれたのである。

3. コモン・ローと法の支配

このようにイギリスにおいてコモン・ローが形成されていくが、その背景にはゲルマン法から発展した「法の支配」の思想がある。「法」は、元来、道徳と区別されずに道徳そのものであり、また、キリスト教の影響から「法」は神の創造するもの、神の定めた倫理であり、永久不変の正義である、と考えられた。すなわちゲルマン法においては、「法」は人間の意思を超越するものであり、超記憶的な古い慣行であり、作られるものではなく、発見されるものであるとされた。こうした観念を背景に、コモン・ロー裁判所は具体的な裁判を通して、イギリス国民の慣習法を発見し、適用し、コモン・ローを形成していった⁽¹¹⁾。

4. 絶対王政とコモン・ロー

ところが、このコモン・ローの支配は15世紀以降の絶対王政の専制支配によって危機を迎える。国王の大権命令によって立法がなされ、大権命令による立法はコモン・ロー裁判所によって適用されずに、星室裁判所と呼ばれる大権裁判所（1487年設立）によって運用された。この星室裁判所は、国王を中心とする執行権の中枢である、評議会の特別委員会であり、行政と密接に結びつき、コモン・ローの実体法及び手続法を無視した。更に、星室裁判所と同じ性格を持つ、北部地方評議会、ウェールズ地方評議会裁判所、高等宗務官裁判所等が設立されて絶対王政の柱となった（伊藤・注（7）法の支配 23-24頁 参照）。

更に、1603年に即位したジェームズ1世は、王権神授説を信奉し、自己の意思を法として宣明し、大権裁判所の権限を強化拡大しようとした（関・注（6）アメリカ革命 15-16頁 参照）。

5. コークとコモン・ロー優位の思想

こうした状況の中で、コモン・ロー裁判所の判例法を「法」と考え、国王及び大権裁判所もその「支配」に服すべきことを強く主張したのが、王座裁判所首席裁判官のエドワード・コークである。彼は、ジェームズ1世が、法は理性に基礎が置かれており、自分も裁判官と同様にこの理性があると主張したのに対して、理性は自然的理性と技術的理性に分けられ、臣民の生命、相続、財産に関する事件は後者の理性によって決定され、その習得には長期間にわたる研究と経験とが必要であると反論した（伊藤・注（7）法の支配 26頁 参照）。

コークはまた、法令解釈についてのコモン・ロー裁判所の優位を主張している。この解釈権の優位は、コモン・ローに反する法律の効力を審査する権限へと発展していく。1610年ボナム医師事件で、コークは国会制定法が一般の正義と理性に反し、コモン・ローに反し、あるいは執行不能の場合には無効とされると主張した⁽¹²⁾。

6. 議会主権とコモン・ロー

コモン・ロー裁判所への大権裁判所の干渉、コモン・ローに対する大権命令の侵害に対抗するために、エドワード・コークは、コモン・ローに上位の法という地位を与え、法解釈についてのコモン・ロー裁判所の終局性を主張した。しかしながら、コモン・ローが議会制定法にすらも優越し、また、これに違反する議会制定法が無効とされたとの歴史的事実はなく、逆に、議会制定法がコモン・ローを変更することが中世において認められていた。また、国王大権に対するコモン・ロー裁判所の抵抗についても、コークはほとんど唯一の例外であり、大部分の裁判所は国王大権の拡大・伸張に迎合的であったとされる(関・注(6) アメリカ革命 17-19頁 参照)。

その理由は、裁判官自身が国王に雇われているとの意識があったこと、裁判官の身分・地位がなんら保障されていなかったことがあげられている(関・注(6) アメリカ革命 25頁 参照)。

こうした状況にあって、議会を中心とする市民革命は、その革命の成果である議会優位の考え方を確立し、議会が定める法律によって、国王大権への制限を行った。そして、この制定法によって初めて裁判官の身分保障が明文化されたのである(1701年・王位継承法)。

このように裁判所は、その身分保障を議会の援助と庇護の下に、その勢力に従属した形で確立した。そして、このことにより、コモン・ローに対する議会制定法の優越を認めるとの代償を支払うことになったのである⁽¹³⁾。

以上のように、「法」とは人間の意思に超越し、慣行として存在するものを裁判所が発見していくとのゲルマン法思想、更には法解釈におけるコモン・ロー裁判所の終局性という考え方によって、上位法に反する下位規範の無効、及びこの点に関する裁判所の審査権という違憲立法審査権の原型となる考え方が生じてきた。しかしながら、イギリスにおいては市民革命、議会優位、制定法による裁判官の身分保障等により、この考え方は発展することなく現在に至っている⁽¹⁴⁾。

それにもかかわらず、イギリスの植民地として、その法制度を遵守することからスタートしたアメリカ合衆国においては、何ゆえ、この審査制が発展していったのであろうか。この点について、まずその建国の状況を振り返ることから検討しよう。

第3章 アメリカの植民地とイギリス国王の特許状

1. アメリカの発見

15世紀後半、ヨーロッパ諸国は東洋貿易を促進しようとして盛んに航路を開拓していたが、その過程の中でアメリカ大陸が発見された。1492年、コロンブスはバハマ群島サン・サルバドル島に到着した。1497年には、イギリス国王の命を受けたカボットが大西洋を渡り、ニュー・ファンドランドを発見した。こうして、イギリスはアメリカにおいて植民地を建設していくが、その多くは、国王の特許状を得た民間会社によるものであった。その特許状には、各植民地の位置、会社や移住者の権利と義務等が定められていた。そして、この権利の中には自治権が含まれていたことは重要である⁽¹⁵⁾。

2. 国王の特許状と自治権

1606年、バージニアに関してロンドン会社（後にバージニア会社に改名）に特許状が与えられた。これにより、ロンドン会社は、イギリス国民を移住させ、植民地を管理する権限（統治権）を与えられ、一方、イギリス臣民は国王の領土内であればどこであろうとイギリス人の権利を保障されていたので、植民地においてもこの権利を主張できた。ロンドン会社はジェームズ川畔にジェームズタウンを建設し、ここから植民地は次第に内地に広がり、11のプランテーションが作られた。各プランテーションからは2名ずつの代表者がジェームズタウンに送られ、教会堂に集まり議会を構成した。この議会は、自治機関として予算、課税、法律を定めた。本国イギリスの代議制に先んじること30年以上である⁽¹⁶⁾。

3. イギリスにおける宗教改革と植民地

植民地の建設に忘れてはならないのはイギリスにおける宗教改革である。中世までのイギリスはローマ法王によって支配されていたが、1534年にヘンリー8世は首長令を発して、イギリス国教会を確立して宗教的にもローマから独立した。

国教会の教義はプロテスタントであり、過去の権威に対する強烈的な批判精神によって支えられていた。このことは、新興勢力である中産的市民階級が、僧侶、貴族、地主らの封建的な社会秩序を打破しようとする動きにつながっていった。そのため、逆に国王自らがプロテスタントの信者を弾圧するようになったが、エリザベス1世は過酷な宗教弾圧を廃止し、国教会を強化しようとした。

しかし、国教会を否定して、自らの教会をつくり、自己の良心に従った任意の方法で神を礼拝する権利を主張したのが清教徒である。彼らは、その後、政治・経済・社会などの諸制度に不満を抱く一大勢力になっていった。その清教徒が植民地建設に従事した⁽¹⁷⁾。

清教徒のうちでも特に信仰の自由・教会の独立性を主張していた分離派の指導者ロバート・ブラウンとその一派は、国教会を離脱したため迫害を受けた。そこで、オランダに逃れたが、彼らの子女が父祖の信仰から離れる傾向があり、また、オランダとスペインとの間に戦争が再開される気配があったため、アメリカに移住し、プリマス植民地と称した。風波の影響で予定よりもはるか北方のマサチューセッツのケープ・コッドに上陸することになったが、これに先立ち、船中において契約を結んだ。

すなわち、従来の社会的地位を離れて神の前に平等な一員として、政治団体を創設するとし、これが、メイフラワー号誓約書といわれるものである。上陸後、この誓約書に署名した者たちが総会をつくって総督を選出し、各地区から選ばれた代表者が議会を構成した。各地区には教会が設立され、タウン・ミーティングにより立法を行ったのである⁽¹⁸⁾。

第4章 アメリカの独立革命

1. イギリスからの圧力

アメリカ植民地に関する本国イギリスの統治は、その交通・通信の事情から現地に自治を認めざるを得なかった。この自治を認められたことにより、イギリス人とは区別されるアメリカ人としての意識を育て、また、彼らが抱える問題は本国に持ち込まれずに植民地相互の協力により解決されるようになった。更に、後述の7年戦争における勝利はアメリカ人に大いに自信をつけさせることになった(檜山・注(5)アメリカ憲法史 76-84頁 参照)。

こうした中、イギリス政府は国家財政の困難もあってアメリカに対する圧力を強め、これが逆にアメリカ人の不満を大きくすることにつながった。その圧力には主として次のものがあつた。

①西部への移住の禁止

17世紀後半、イギリスの植民地は大西洋岸に建設され、これを北と西からフランスの植民地が包囲する形になっていた。名誉革命以後、オレンジ候ウィリアムはフランスのルイ14世との間に戦闘を開始し、植民地での武力衝突にも発展した。特に、1756年からの7年戦争は、フレンチ・アンド・インディアン戦争とも呼ばれ、イギリス軍はフランスとインディアン連合軍の前に苦戦を強いられたが、1760年にモンリオールを陥落させ、1763年に戦争は終結した。

この戦争で、イギリスはカナダの全部とアパラチア山脈から(河口のニュー・オーリンズを除く)ミシシッピ河までの地域をフランスから奪うことになった。しかしながら、戦争中大いに利益を上げていた商人、農民、労働者は戦争終結とともに一気に没落していった。彼らは、新しくフランスから獲得した西部辺境に移住して生活の再建を願ったが、本国政府はインディアンとの紛争防止のために移住を禁止した(関・注(6)アメリカ革命

46頁 参照)。

②砂糖法の制定 (1764年)

主としてニュー・イングランドの移民は、フランス領の西インド諸島等からイギリス産よりかなり安い糖蜜を買い、それでラム酒をつくり、これを黒人奴隷と交換して莫大な利益を得ていた。そこで、本国政府は、植民地においてイギリス産の糖蜜を買わせようとして外国産の糖蜜の輸入には重い関税を課することとした。これが1733年糖蜜法である。しかし、この法律違反に対するイギリス本国の取り締まりはさほど嚴重ではなく、密貿易はほとんど黙認されていた。

しかし、1764年砂糖法は密貿易の取締りを強化するものであった。そして、その目的は本国政府の財政収入の増加にあり、フランスとの戦争に費やされた莫大な軍事費の負債、フランスから獲得した新領土保護のための常備軍の費用等をまかなうためであった。

従来、関税は貿易の規制や保護等の通商目的から課されており、財政収入を目的とすることはこの慣行に反するものであった。更にこの法律は、同様の目的をもって糖蜜・砂糖以外の輸入品に対しても輸入税を課し、また関税徴収の執行を容易にするための規定がおかれた。植民地の人たちは、本国議会は憲法上の権限を超えているとして激しく抵抗した(関・注(6) アメリカ革命 46-51頁 参照)。

③印紙法1765年

この法律は、新聞・パンフレット、弁護士資格や酒類の小売許可等々に印紙の貼付を命じるものであった。砂糖法が主としてニューイングランドの貿易商人に影響したのに対し、印紙法は、より広範に植民地各層の利害に影響していた。そこで各植民地会議は、これに反対する決議案を次々に可決していった(関・注(6) アメリカ革命 57-62頁 参照)。

また、植民地の商人間では、イギリス商品に対する不買運動が起こり本国産業界に深刻な打撃を与えた。そこで、イギリス議会は、印紙法を廃止したが、これはあくまで政策的見地からのものであり、植民地が主張していた憲法論を受け入れたものではないとした。すなわち、1776年宣言法は、植民地はイギリス国王・議会に従属し、議会(における国王)はいかなる場合にも植民地を拘束する法律を制定できるとした(関・注(6) 76-77頁 参照)。

④タウンゼント諸法1767年

印紙法廃止後、タウンゼントの提案にかかる、4つの法律が制定された。その中心をなすのが歳入法である。財政収入増加を目的として、イギリス産の塗料、ガラス、紙、鉛、茶を植民地が輸入する際に新たな関税を課した。こうして得られる関税収入の一部は総督その他の文官の俸給支払いに充てられた。しかしながら、この歳入法に対してもボストン、ニューヨーク、フィラデルフィアの商人はイギリス商品の不買同盟によって反対した。更には、マサチューセッツ議会は、回状を各植民地議会に送り、植民地の課税は、植民地議会によってのみなされるべきだとした⁽¹⁹⁾。

2. 独立戦争

① ボストン茶会事件と「耐えがたき諸法」

不買同盟とそれを抑圧するイギリス軍隊との対立が高まる中、ボストン市民とイギリス兵との間の些細ないさかいをきっかけに、約100名の市民が兵営に押しかけ投石し、これに対して命令を誤った兵士が発砲して市民に死傷者を出す事件が起こった（1770年3月5日）。

その後、タウンゼント諸法は、茶1ポンドに3ペンスの課税以外すべて廃止された。しかし、その後も植民地では、東インド会社の船を入港させず、又は茶の荷揚げは許しても港の倉庫からは出させない等の事件が起こった。1773年12月16日、ボストンに茶船2隻が入港したので集会した約60名の市民が船を襲い、積んであった茶箱342個すべてを海中に投じるといふ事件が起こった（ボストン茶会事件）。

これに対してイギリス議会はマサチューセッツを懲罰する目的で強制的諸法を制定した。内容は①東インド会社へ損害金1万5千ポンドをボストン市民が賠償するまで、ボストン港の閉鎖、②国王の官吏がマサチューセッツで重要犯罪をおかしたとして起訴された場合、裁判はイギリス本国又は他の植民地で行われること、③従来議会选择していた参議員は総督が任命することとし、タウン・ミーティングの開催には総督の同意が必要になり、陪審員も総督が任命する、④植民地に駐屯するイギリス軍隊に対して民間による宿舎の提供や補給を強制する、というものであった。これらは「耐えがたき諸法」と呼ばれた⁽²⁰⁾。

②大陸会議と独立戦争

「耐えがたき諸法」により、各植民地間の通信委員会は活発に活動するようになり、マサチューセッツへは各植民地から援助物資が送られるようになった。バージニア議会は、ボストン港の閉鎖に抗議したため総督によって解散させられてしまったが、なお非法法の会議を開き、ここで全植民地の代表者会議をフィラデルフィアで開催することを要請した。

この要請を受けて12の植民地の代表が集まり、第1回大陸会議を行い（1774年9月）、イギリス本国との通商を断絶することを決議した。10月には、「大陸協会」とよばれる通商断絶同盟が組織され、支持者が全植民地に広がり、その結果、ニューヨークでは本国からの輸入は74年の43万7千ポンドから翌年には1228ポンドに減少した⁽²¹⁾。

1775年4月、イギリスはボストン郊外コンコードに蓄えられていた武器弾薬を押収しようとしたため、抵抗する植民地との間に武力衝突がおこった。同年5月には、第2回大陸会議が開かれ、ワシントンが植民地軍の総司令官に任命された。同年6月にはバンカーヒルの戦いで双方に多くの死傷者を出した。こうした中、大陸会議は、協調を求めて国王への請願を行ったが、これがかたくなに拒否され、また、独立して共和国になることが常識だとするトマス・ペインの「コモン・センス」に影響され、ついに本国イギリスからの独立を宣言した（1776年7月4日）。

独立軍は、パトリオット、ロイヤリスト、中立派がそれぞれ3分の1ずつであり、徴兵制もなかったため苦戦したが、フランスが同盟を結び兵力・物資の供給を行った。1781年10月ヨークタウンでイギリス軍は独立軍に降伏し戦争が終結した。1783年にパリ条約が締結され植民地の独立が承認された⁽²²⁾。

第5章 合衆国憲法の制定

1. 連合規約と連合会議

大陸会議は、77年11月15日連合規約の原案を決議し、すべての邦（合衆国成立後の州）がこれに同意して81年に効力を発生した。大陸会議が中央政府として、独立軍を維持し、大陸紙幣を発行し、公債を募集し、フランスとの同盟を結んだ。しかし、どの邦も主権は制限されておらず、単なる国家の連合に過ぎないと考えられていた。大陸会議は連合会議となったが、人民に課税するなど直接人民に命令する権限はなかった。また、通商を規制する権限もなく、関税政策を行うこともできず、連合の財政は危機的状態に陥った。

そこで、保守派と称されていた地主、商工業者からも連合規約の改定の要望がなされた。彼らは、強力な政府の成立によって経済的権利の保障を求め、適当な関税障壁により国内市場の発展を促し、対外的交渉力を強めることによって通商上の利益を占め、邦議会のインフレ政策を抑制し、西部発展を希望した。

更に、ポトマック川及びチェサピーク湾の航行権をめぐりメリーランドとバージニアの間で紛争が起きた。しかし、この種の問題は2邦で解決できるものではなく、連邦規約改正の必要性が認識され、1787年5月にフィラデルフィアで憲法制定会議が開かれることになった⁽²³⁾。

2. 憲法制定会議

この会議は4ヶ月弱続き憲法案を作り上げた。各代表は、中央政府に課税権、通商規制権、私有財産保護権、国際支払権、通貨発行権、国防の権限を与えることには意見の一致を見た。議会については、大・小の邦に意見の対立があったがコネティカット妥協案が採用された。すなわち、二院制とし、下院は邦の人口比、上院は同数代表を選出し、人口の算出にあたり黒人は5分の3人に換算した。議会は、外国との及び州間の通商を規制し、課税・徴収する権限を有することになった。憲法の改正は、両院の3分の2以上の多数及び州の4分の3の承認により行われることになった。

この憲法案は、9つの州の承認によって効力を生じるとされ、1788年6月21日に憲法は発効した⁽²⁴⁾。

3. 上位法に反する議会法律の無効

以上、合衆国の建国及び合衆国憲法成立までの沿革を紹介したが、裁判所による違憲立法審査権（以下、「司法審査権」ともいう。）は、どのように位置づけられてくるのであろうか。これについては、まず、上位法としての人権思想、上位法に反する議会法律の無効の考え方がどのように形成されてきたかを確認する。

① 独立宣言以前の上位法

i. 特許状

イギリス人の移民からなるアメリカ合衆国は当然のことながらイギリス法の影響を受けている。これによれば、新領土に適用される法律について、それが征服によって獲得された領土であれば、その地で従来から行われていた法を尊重し、植民による場合は、本国イギリス法が適用されることになる。このことを確認しているのが特許状である。バージニアに対する第1特許状（コークが起草したといわれている）には20項目が列挙されているが、イギリス本国法に準拠して植民地の管理行政を行う権利の賦与、移民に対するイギリス本国人と同様の自由及び権利の保障が掲げられている⁽²⁵⁾。

もっとも「本国法に準拠」「本国人と同様」とあるだけでいずれも具体的にその内容は示されていないが、当時本国のイギリス人が享有していたのは、「自由の憲章」「大憲章」に基く権利・自由であるから、特許状によりバージニアにはアングロ・サクソン民族の人権思想の結晶である人権宣言が適用されることになったのである⁽²⁶⁾。

この特許状に定める条件や制限は、違反者に対する特許状の剥奪や大権立法その他に違反する議会立法を無効にするという方法等によって実施された。すなわち、特許状は成文の法として、植民地の立法者にとっては外部の権力である、イギリスの裁判所によって実施されたのである。この経験によって、司法審査権が無理なく受け入れられたとの指摘がある⁽²⁷⁾。

ii. 聖書

植民当初、その生活は素朴でありイギリスの高度の法制は必要なかった。むしろ、聖書の影響が強く、これを唯一の法と考えた。すなわち、神法観念を根源とした自然法思想がアメリカ法の形成に指導的役割を果たしたとされている⁽²⁸⁾。

iii. 清教徒の思想・信仰

このような聖書を中心とする生活が営まれたのは、国教会を否定し、個人・集団が自らの教会をつくり、自己の良心に従った任意の方法で神を礼拝することを主張した清教徒が多く移住してきたことにも原因がある。彼らは、信仰の自由を求めるだけでなく、政治・経済・社会などの諸制度に対しても、既存の権威を打ち破り、個人の良心に従った行動を認める社会を目指した。議会中心の政治、自由競争による生産・販売、他律的な秩序から自立的な道德の確立などである⁽²⁹⁾。

② 独立宣言以後の人権思想

i. 第1回大陸会議の宣言及び決議

大陸会議においては、7年戦争以来の国王及び本国政府の悪政を列挙しており、これは、「大憲章」以来イギリスで行われた人権宣言の方法を踏襲している。そして、彼らの祖先はアメリカへの移住にあたり、本国イギリス人が享受するのと同様の諸権利を保障され、その子孫もまたこれらのいかなる部分も放棄・没収されることはないとした（檜山・注（5）アメリカ憲法史 94頁 参照）。

ii. マサチューセッツ回状

タウンゼント歳入法への抵抗のために、マサチューセッツ議会が各植民地議会へ送付した文書がある。その内容は、イギリス議会を最高の立法機関として認めるが、その権威と権力は憲法から発していることを確認する。そこで、もしも議会の行為が憲法に違反しているならば、自らが、自らのよって立つ根拠を破壊する行為を行うとする。憲法はイギリス国民に人権を保障し、アメリカの移民はこれと同等の人権を保障される。これらの権利は、特許状によってはじめて与えられるのではなく、自然のそして憲法上の権利であるとしている。この主張は、国会の法律に優越する上位法の存在を認める思想である（檜山・注（5）アメリカ憲法史 93頁 参照）。

iii. 州憲法に見られる人権思想

独立宣言前後には、イギリスからの独立を視野においた憲法が各邦で制定された。例えば、バージニア邦憲法（1776年5月）は、16項目にわたり人民の権利について列記している。その内容は、すべての人は生まれながらに等しく自由・平等であり、この権利はいかなる契約によっても奪うことはできないこと、人民には政府を変更する権利があること、言論・出版の自由、信教の自由、選挙に関する自由等々近代民主国家の憲法に要求される自由権的基本権すべてを含んでいる。そのため、このバージニア憲法は形式的意味だけでなく、その内容においても世界最初の近代的民主憲法であると評価されている（檜山・注（5）アメリカ憲法史 109-11頁 参照）。

③ 上位法に反する議会法律を無効とする制度

以上は、上位法の存在を主張し、これに反するならば議会立法といえども無効になるとの思想ないし理論を示している。では、これらの思想・理論に基づき実際にどのように審査が行われていたかについて、その制度・理論を見てみよう。

i. 国王の拒否権

植民地議会が制定した法律は、枢密院を通じて国王が拒否権を行使した⁽³⁰⁾。この枢密院の活動はどちらかという立法・政治的であり、司法審査とはいえないが、議会の制定法も上位法に照らして審査されうるとする点で重要である⁽³¹⁾。この審査が行われることによって、アメリカ人は屈辱感を味わい、そのことが本国への不満、反抗心を醸成し、独

立につながった。しかしその一方で、自己の立法機関によって制定された法律も、立法機関外の権力によって審査されることを受け入れてきたため、後の司法審査制の導入にさほど違和感をもたなかったともいわれている⁽³²⁾。

ii. 州憲法に規定された審査制度

・ペンシルベニア州憲法における監察院 (Council of Censors)

憲法（権利宣言）は侵害されるべきではないとの規定に基づき、各市ならびに各郡から7年ごとに2名が選出されて監察院が構成された。立法・行政が人民の守護者としての任務を果たしているかどうかを中心に憲法侵害の有無を調査し、違反があれば法律の廃止を立法機関に勧告する。また、憲法の改正・追加が必要と考えられた場合は、修正案を公表した上で憲法修正のための会議を招集する権限が認められた。バーモント州憲法においても同様の制度があった。

・ニューヨーク州憲法における審査院 (Council of Revision)

知事、衡平法裁判所裁判官、最高裁裁判官によって組織される。法律案が憲法の精神に違反していないかを法律制定前に審査する制度である。一種の拒否権であり、議会各院の3分の2の多数が得られればその法律は成立した。

これらは、裁判所以外の機関が議会法律に対して審査を行うという点で特徴があったが、長続きしなかった⁽³³⁾。

以上、アメリカの建国とそれを支えた法思想・制度について概観してきた。その特徴のひとつに権力・権威に対する抵抗が挙げられる。そして、この抵抗を正当ならしめるための思想が展開された。まず、清教徒・分離派は、国教会に抵抗し、自己の良心に従った方法で礼拝し、教会も自発的な集団によってつくられるべきであるとした。個人の信仰の自由が優先され、国教会という権威すらもこの自由を侵害できないとした。もうひとつは、本国イギリスの議会権力に対する抵抗である。アメリカ人にはイギリス人と同等の憲法上の権利があることを前提に、イギリス議会は、その権威が憲法に由来するにもかかわらず自らこれを侵害することは許されない。特に問題になったのは、財政目的からする課税権で、その代表を送り出している人民に対してのみ、課税が許されるとの憲法の保障をイギリス議会は侵害できないとした。

これらの抵抗を通じて、彼らは、権力はこれに服するものの同意によってはじめて認められ、その同意に反するならばこれを廃止する権利を常に維持しているとし、これが独立宣言及び各州憲法を支える思想になった。議会の立法行為もこの権力の例外ではなく、人権を保障する憲法を議会法律も侵害しえず、侵害した場合には無効となるとの考えを生じた。実際にも、議会法律を無効とする制度も考案され、本国の枢密院による植民地議会法律の審査や州憲法の中に規定されている監察院等がこれにあたるのである。

しかしながら、前者は国王の大権に基づく拒否権であり、後者は行政・立法的な作用に近く、現実・具体的な事件を解決するのに必要な限りで憲法判断を行うという司法的な作用とはかなり異なっている。また、議会が合憲と確信して制定した法律を、なぜ、裁判所が覆すことができるのか、特に議会優位のイギリス法を継承しているはずのアメリカにあって、この点についての説明に窮することになる。特にバージニア州憲法に典型的に見られるように、州憲法は議会優位の考え方にに基づき、二院制の議会は下院が法律発案権を占有し、知事、判事、その他の主な官吏はことごとく両院の合同会議において1年任期で選出されていた。これは、植民地時代の知事に対する不信と反感が背景にあったからである(檜山・注(5) アメリカ憲法史 112頁 参照)。

しかしながら、官吏への極端な反感は独立戦争遂行の過程で少しずつ反省され、他方、官吏を監視させようとした議会に対する不信が逆に次第に高まってきた。そして、このことが裁判所による違憲立法審査権の根拠になってくるのである。

第6章 違憲立法審査権の確立

1. 議会不信

違憲立法審査権の意義は、国民の意思を代表するはずの議会の立法行為を裁判所が制約するところにある。そこで、議会への完全な信頼があるところではこの制度は成立しない。そして、初期州憲法は上述のように、植民地時代の総督などの執行機関への不信を反映し、議会優位であった(関・注(6) アメリカ革命 119-20頁 参照)。

しかしながら、州憲法による議会優位の考え方は、議会権力は最高でかつ無制約なものを受け取られるようになり、議会による憲法の遵守は、道徳的義務の問題と理解されるようになった。その結果、裁判所による議会法律の無効宣言が認められるどころか、逆に議会は裁判所の判決を取消し、無効にする法律を制定するなどしてこれへの干渉を行うようになった(関・注(6) アメリカ革命 122-23頁 参照)。

更に、議会では無産者とその多数者たる地位にたつて議事を制し、立法により少数者たる有産者に圧力をかけはじめた。すなわち、多数者である無産者・負債者を救済するために、支払停止、紙幣の発行がなされた。こうした、無産者を中心とする議会の多数派から、少数派の有産者の財産を憲法によって守ることに関心がもたれるようになった。この役割を期待されたのが、裁判所であったのである⁽³⁴⁾。

2. 司法審査制の根拠

① 合衆国憲法の条文

以上のような議会不信に基づき、立法を憲法に照らし審査し違反していれば無効とする

制度が望まれ、その担い手として裁判所が期待されるようになった。そして、この司法審査制を支えていく根拠として合衆国憲法の次の規定が指摘された。

i. 合衆国憲法6条2項は「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律及び合衆国の権能をもってすでに締結され、また将来締結されるすべての条約は、国の最高の法である。各州の裁判官は、たとえ各州憲法または州法律中に反対の規定があったとしてもこれらによって拘束される」と規定している。つまり州憲法及び州法律に優先して、合衆国憲法を適用すべきことを州裁判官に命じており、司法審査権の根拠になりうると思われる。

しかしながら、この規定は合衆国憲法が州憲法・法律に優先すること、及び、このことをわきまえて裁判をすることを州裁判官に命じている点に力点がおかれている。少なくとも明文上は、連邦裁判官が、連邦法を合衆国憲法に従って審査することを命じていない。更に、合衆国憲法と法律・条約の優劣についても文言上は明らかではない。したがって、司法審査権を肯定するための決定的な根拠とはいえないと思われる。

ii. 合衆国憲法3条2節1項は「司法権は、この憲法…にもとづいて発生するすべての事件に及ぶ」と規定する。これは、憲法上の権利と法律上の権利とが当事者間において問題になった場合、いずれの権利を優先すべきかを決定することが裁判所に認められ、司法審査権の根拠とされている。しかし、憲法問題が提起された事件に裁判所の管轄権が及ぶことと司法審査権とは必ずしも直結せず、根拠としてはやはり十分ではないとの批判がなされている⁽³⁵⁾。

② 合衆国憲法起草者等の意見

憲法制定会議においても、司法審査権を憲法に直接取り入れようとする主張は見られないうが、このことは、必ずしもこの制度の否定を意味しないと考えられている。逆に、憲法制定者は、当時、ローマ、イギリス、フランス、ドイツ、スイス等の国々において、上位法に反する議会法が裁判所により無効とされることがあることを知っていたとされている⁽³⁶⁾。そして、この審査制が議論されなかったのは、バージニア案にあった、審査院（ニューヨーク州憲法の審査院に近いもので、行政部の首長と裁判官によって構成され、法律の事前審査・拒否権を認めている）を合衆国憲法にも導入するかに関して議論が集中し、違憲立法審査権はむしろ自明のものとして考えられていたからであるといわれている（関・注（6）アメリカ革命 174頁 参照）。

しかし、支持者が多いならば、何ゆえ明文化しなかったのかという疑問はかえって深まる。このような重大な意義を持つ憲法制度を、単なる黙示的認容という根拠で支持できるのか疑問である⁽³⁷⁾。これについてボーディンは、憲法制定会議において司法審査権を裁判所に認めようとの意図があったとの証拠は一切ないが、そのメンバーの大多数は、裁判所による立法の一般的コントロールは合衆国憲法の解釈によって認められると考えていたとしている。

では、何ゆえこの審査権を明文で規定しなかったかという点、これを明文で憲法に書き込めば、人民によってこの憲法は拒否されるであろうことを懸念したためであるとしている⁽³⁸⁾。

こうしてみると、憲法の条文の解釈、憲法制定会議出席者の意見等は必ずしも憲法が司法審査権を認めていることの確定的な決め手にはならないと思われる⁽³⁹⁾。そこでこの制度は、以下のような、伝統、法理論等を総合することによってはじめて理解できると考えられる。

③ イギリス法の伝統（裁判所による人知を超える法の発見）

第2章で見てきたように、イギリス法の沿革においては、慣習法の中に人知を超えた神の意思を感じ、これを議会法律といえども超えることができないとの考え方が生じてきた。更に、この慣習法は、具体的な事件毎に、具体的な妥当性を重視して裁判官によって発見・適用されてきた。この慣習法を裁判所が発見・適用するという作用の中に、司法審査権を認める重大な契機が認められるように思われる。

ただし、同じ伝統をもちながら、議会優位をとり、司法による審査制が発展しなかったイギリス本国とアメリカでの審査制の発展をどのように説明するかの問題が残る。これについては、国王の悪政に対して、議会勢力が戦い、その結果として議会優位を確立したイギリスに対して、イギリス議会の圧制に対して戦い、また、議会多数派の濫用という経験から、憲法を援用して少数者（主としてその財産）を守ろうとしたアメリカとの違いから説明されるであろう。

④ 憲法批准時におけるハミルトンの理論（人民意思としての憲法）

ニューヨーク州における合衆国憲法の批准には困難を極めたので、ハミルトン、マディソン、ジェイの三者が批准促進に向けて論文を発表し、それらを集めたものが「ザ・フェデラリスト」である。このうち、ハミルトンの司法審査制の見解は高い評価を受けている。

彼はまず、憲法の明白な趣旨に反する法律を無効とすることは裁判所の職責でなければならないとする。その理由として、例えば事後法の禁止を例に挙げ、これは裁判所による以外は実際上保障されえないことを指摘する。

しかし、このような司法審査は裁判所を議会に優越させることになり、権力分立の観点から許されないと反論がある。これに答えて彼は、憲法の中に宣明されている「人民の意思」と法律の中に宣明されている「議会の意思」を区別する⁽⁴⁰⁾。そして、憲法は議会を含めて権力をその範囲に限定する働きを本質とするから（limited constitution）、議会がその範囲を自ら終局的に決定できるとはいえない。むしろ、議会の権限を人民意思・憲法の範囲内にとどめておくために、人民と議会の仲介機関として裁判所が意図されていたと推定する方が自然である、としている。

更に彼は、この役割をなぜ裁判所が果たすことができるかについては、裁判所が議会法

律の意味を確定する権限を有していることが重要である、とする。そしてこの権限は憲法の意味の確定にも及んでいき、その結果、憲法と議会法律との間に矛盾がある場合には、上位の規範すなわち憲法が優先されなければならない。つまり、人民の意思が人民の代理人に過ぎない議会の意思に優先されるのである⁽⁴¹⁾。

⑤ 審査権の範囲に関するセイヤー及びコーウインの見解

このハミルトンの見解は、司法審査の必要性を認め、なおかつ立法権に対する司法権の優越という問題を提起しないようにした、極めて巧妙な理論である⁽⁴²⁾。こうした観点に立ち、司法審査権行使の方法や範囲について検討を行っているのがセイヤーである。彼は、憲法は立法者に対して広範な領域にわたって考慮、選択の余地を認めているから、この範囲内での立法府の判断（憲法解釈）を裁判所は侵害してはならない、とする。つまり、何が合理的であるかの判断について、立法府は裁判所とその義務を分かち合うことをしない。裁判所の機能は、立法府が合理的な活動を行うための外縁部分outside borderを確定することである。その結果、裁判所による審査は憲法・法律の「真の意味」を問うことではなく、法律という形で示された議会の判断について、これが支持しうるものsustainableであるかどうかを問題としていると考えるのである⁽⁴³⁾。

更に、立法権への侵害を行うことなく、違憲立法審査権を説明しようとしているのがコーウインである。彼は、この審査権は連邦議会の立法を裁判所が見直し、無効とする実体的な権限の行使ではないとする。単に、裁判所の前に提示された事件・争訟に耳を傾け、処理する権限に必然的に付随するものに過ぎないとする。すなわち、特定の事件の中で法を確かめ判断する権限は、憲法に違反する下位の法律の効力を否定し、それが何人をも拘束しないとすることは、裁判所の義務でもあるとしている⁽⁴⁴⁾。

この考え方は、裁判所による違憲立法審査権が、議会の立法権を侵害することなく憲法上その存在が認められるのは、付随的・具体的審査制の形態がとられている場合であるとしている点に大いに注目されるのである。

結語

以上、裁判所による違憲立法審査権の形成について、英米の政治・法律史にさかのぼって見てきた。この審査権のポイントとしては、議会法律を超える上位法の存在を認識したこと、議会法律といえども上位法に違反すれば無効になること、その判断を裁判所が担当する事件を解決する限りにおいて行うということである。

上位法の存在については、ゲルマン法の伝統が引き継がれている。当初より人知（議会・多数派）を超える存在として「法」を認識し、このことは自然権思想に結びつき、清教徒を中心とするアメリカの建国のエネルギーとなっていった。そして、こうした上位法

すなわち憲法の観念は、国王や議会の圧制から個人を救済するための手段・根拠として主張され、その遵守を求め、これに違反する法は無効とされたのである。

しかしながら、人民の代表である議会が制定した法律を、人民の意思を反映していない裁判所がなぜ無効とできるかについての問題が残った。これについては、やはり、ゲルマン法の伝統が、人知を超える法を、裁判官が慣習の中から発見し、具体的な紛争を解決していったことが参考にされたように思われる。ここでは議会という人の手によって定められた法よりも慣習・伝統に支えられた法に、また、一般抽象的な規範よりも具体的な事件に際しての裁判官による法発見・法適用がもたらす事件解決・判例法に信頼が置かれてきた。この伝統の上に理論を築いたのがハミルトンといえるであろう。

彼は、まず、議会の多数派が、法律により少数派の財産を脅している現実を重視し、憲法はそもそも議会をも含めた国家権力の制限に目的があること、憲法は「人民の意思」を反映し、「人民の代理人に過ぎない議会」が法律によって「人民の意思」に優越することはありえない。議会・法律を憲法の権限内にとどめておくためには、裁判所が人民と議会の仲介機関になるほうがよいとした。

次に、なぜ、裁判所は「仲介機関」と認められるのかについて、ハミルトンは、裁判所の本来的機能によりこれを説明している。裁判所は事件処理にあたり適用されうる2つの矛盾した法律を目の当たりにすることがある。この場合、両者を調和すべく努力がなされるが、それが不可能であれば一方を有効とし他方を排除しなければならない。例えば「後法は前法に優先する」等の原則があるが、これは実定法に基づくものではなく、「この自然と道理」にもとづくものである。そしてこのことは、上位法・憲法を、これに違反する議会法律に優先して適用する場合にも当然当てはまり、従って、裁判所が議会に優越していることにはならないとしている⁽⁴⁵⁾。

このゲルマン法の伝統を引き継ぐハミルトンの見解は、人民の代表機関に裁判所が優越することなく、かつ、違憲の議会法律を無効とする巧妙なものであるが、この見解は更に発展していった。すなわち、コーウインは、議会法律の憲法判断は、裁判所による実体的な審査権としてではなく、事件処理のために必然に行われる点を強調し、セイヤーは裁判所による審査は、議会による法律が憲法の「真の意味」を体現しているかどうかではなく、憲法上「支持しうるもの」であるかどうかの観点から行うとしている。

以上、具体的審査制といわれる違憲立法審査権は、ゲルマン法の伝統をベースに、人民主権、三権分立、人民代表による立法という基本原理の下に、人民の支持を欠く裁判所が、如何にして議会法律を無効とするかについて、周到的配慮により形成されてきたのである。

[注]

- (1) 違憲審査制については、第2次大戦前、高水準の学説が蓄積されていたが（例えば、野村淳治「司法裁判官の法令審査」美濃部還暦記念『公法学の諸問題 第1巻』417頁（有斐閣、1934）、松本案によって無視された。その中で佐々木案は抽象的審査制を提唱し、日本国憲法制定後も解釈論としてこれを主張した。しかし1952年の警察予備隊事件最高裁判決以来、具体的審査制が判例の考え方となった。アメリカにおいても、裁判所は、対立する当事者が提起する具体的な請求に関して、憲法判断を下している。See Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1363 (2006) .
- (2) 合衆国最高裁が最初に違憲判決を下した事件として、*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1802) が有名である。この事件については、多くの紹介・解説があるが、詳細かつ平易なものとして阿川尚之『憲法で読むアメリカ史 上』104頁以下（PHP新書、2004）参照。なお、この判決から200年が経過し、アメリカでは記念シンポジウムが行われ、この判決の持つ意味が再検討されている。これらを伝えるものとして岸野薫「マーベリ判決における法と政治の相剋（1）（2・完）」法学論叢159巻2号63頁、159巻3号55頁（2006年）。
- (3) 司法審査の擁護者は、裁判官が選挙によらず、選挙民に責任を負っていないことを逆に利点と考えるのである。人民の圧力にさらされてはならない原理の問題を考察することができるからである。See Waldron, *supra* note 1 at 1363. See Harry H. Wellington, *The Nature Of Judicial Review*, 91 YALE L.J. 486,494 (1982) .
- (4) 当初、司法審査の議論は主として、最高裁による抽象的審査が認められるのか、そしてこれに関連して下級裁判所による審査権の行使や、違憲判決の効力等の問題が議論されており、民主制の基盤を持たない裁判所による議会法律の無効の問題には比較的関心がうすかったようである。宮澤俊義『法律学体系・コンメンタール篇 日本国憲法』674-93頁（日本評論新社、1955）、池田政章「違憲審査制」清宮一郎・佐藤功編『憲法講座 4』56頁（有斐閣、1959）、覚道豊治「法律の合憲性審査についての考察」法学論叢56巻6号26頁（1949）、中田淳一「違憲の判定を受けた法令の効力（一）」法学論叢56巻1・2号1頁（1947）、昭和30年代前半の国会答弁も同様である（山内一夫編『政府の憲法解釈』170-75頁（有信堂、1965））。しかし、当時であっても、法学協会編『註解 日本国憲法 下』129頁（有斐閣、1954）は、アメリカの議論の紹介としてであるが、司法審査を「民主主義の原理上重大な問題」と位置づけている。その後、30年程後の81条のコンメンタールでは、民主主義体制下にあるの司法審査権のあり方が検討されるようになっていく。樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈 日本国憲法 下巻』1261-88頁（青林書院、1988）。
- (5) ケルト人は、大陸に住むケルト族の仲間のゴール人に援助を送ったためにローマ人の怒りを買って、征服されたといわれている。プラクネット（伊藤正己監修 イギリス法研究会訳）『イギリス法制史 総説篇 上』8頁（東京大学出版会、1959）参照。なお、以下のイギリスの市民革命までの政治状況については、檜山武夫『アメリカ憲法史研究』（日本学術振興会、1958）を主として参照させていただいた。

(6) 「大憲章」はその後コークによって、イギリス人一般の自由・権利を確認した文書として拡大解釈され、イギリス人の自由の守護神とみなされるようになった。関 誠一『アメリカ革命と司法審査制の成立』12頁（ベリかん社、1970）参照。

(7) 伊藤正己『法の支配』16-31頁（有斐閣、1954）参照。

(8) 国王とその一団は王国を絶えず、くまなく巡回し、国王の官吏の行動、地方制度のはたらき、租税の徴収と苦情の救済について一般的な監督を行っていた。その後、信任の厚い官吏をこの目的のために派遣するようになった。その官吏たちは巡察裁判官と呼ばれ、地方的な制度と接触しながら国王の慣習を国中に普及させた。プラクネット・前掲注（5）イギリス法制史 260-61頁 参照。

(9) 地方の群小裁判所は、古来の宣誓裁判、神意裁判、決闘裁判を行っていたが、国王の裁判所は強大な権力を背景に有能な裁判官を擁し、合理的な陪審制度によって判断を下していったので、地方の裁判所は対抗できなくなった。末延三次『英米法の研究 下』405頁（東京大学出版会、1960）参照。

なお、古来の審理方式として行われていたものには次のものがある。①神判 (ordeal) i 熱鉄神判 熱せられた鉄を被告人が9フィート運び、その手を3晩包帯で巻いておき、包帯をとったときに手がきれいでないといふと有罪になる。ii 熱湯神判 熱湯の入った器の中に手を差し入れて中の石を取り出し3日後、その手の状態によって判断した。iii 冷水神判 手足を縛ったまま水中に投げ、身体の沈み具合により判断した。iv 呪食神判 聖職者の審理に用い、羽かそれに似たものを食物の中に隠して食させ、スムーズに飲み込むことができるかどうかによって判断した。②宣誓雪冤 (wager of law) 裁判所により定められた人数の宣誓補助者を選び出し、自分の無罪の宣誓が潔白であると宣誓してもらう。評判の悪い者は、この宣誓補助者を見つけることが難しいことから判断されるとも言える。③決闘裁判 (trial by battle) 民事事件では当事者自身ではなくそれぞれの闘士が戦い、刑事事件では、告発者および被告人自身が戦った。決闘に敗れたが殺されていない被告人は、そこに準備された絞首刑台で直ちに処刑された。プラクネット・前掲注（5）イギリス法制史 202-208頁 参照。

(10) エキスチエカーが裁判権を持つようになったのは、相手が自分に債務を弁済しないので、国王に対する債務を弁済できず、事件は国王の財政に関係あるとの擬制に基づくものである（末延・前掲注（9）英米法 390-94頁 参照）。

なお、国王裁判所の沿革を確認しておく、元々裁判所はコート (court) と呼ばれ、本来、国王の宮殿の中庭を意味していた。その場所で、国王は政務を執り、人民の訴えを聴いたのである。そのため、コートにおいて立法、行政、裁判が行われた。

コートは更に、集会や国王・貴族とその従者の一団をも意味するようになった。イギリス国王を取り巻き、これを助ける一団の役人はロイヤル・コート（ラテン語でキューリア・リージス）と呼ばれ、同じ名称で呼ばれる直属受封者の会議と区別するために小会議とも呼ばれた。中央の政治機構はすべてこの小会議から分化したといわれている。12世紀に小会議から財務部が分化し、14世紀には財務部から財務裁判所が分化した。民訴裁判所 common pleas（臣民と臣民との間の訴訟で、元来は、小会議自体又は地方巡視官によって処理されていた）も小会議から分化した。

しかし、小会議は刑事事件の専属管轄を持ち、民訴裁判所その他の裁判所からの上訴事件について管轄権を持っていた。小会議では、これら訴訟の処理のために専門裁判官をおくようになった。これが、「国王の面前で訴訟を裁くためにおかれた裁判官」である。そして、14世紀の初頭には小会議から完全に独立し王座裁判所となった。高柳賢三『英米法の基礎』13-20頁（有斐閣、1954）参照。

(11) こうして形成されるコモン・ロー（法）の「支配」とはいかなる意味を持つのか、ダイシーは次の3つを指摘している。①法の絶対優位により、政府は専断、特権、広範な自由裁量を行使することが許されない。②あらゆる階層の者が、通常法律を適用する通常の裁判所の管轄に服する。③憲法律は、裁判所によって定められ強行された個人の権利の結果である。人権は、憲法の原則から演繹されたものではなく、裁判所の諸判決の帰納によって確立している。伊藤・前掲注（7）法の支配 4-11頁 参照。

(12) 伊藤・前掲注（7）法の支配 28頁 参照。なお、ボナム医師事件について確認しておく。ボナム医師は王立医師会に加入を許されていないのに開業したとして100シリングの罰金を科せられ、医師会が承認するまで医業を禁止された。しかし、その後も医業を続けたため監獄に拘禁された。そこで、ボナム医師がこれを不法監禁であるとして訴えを提起したのがこの事件である。

この事件の前提として、王立医師会は国王の特許状によって設立され、無知・悪徳の医業を抑止し処罰する権限が与えられていた。この権限に基づき徴収された罰金は、国王と王立医師会で折半しており、王立医師会が処罰の対象者を監獄に送付すると、その職員がこれを受け取り保釈なく拘禁することになっていた。ボナム医師はこの王立医師会によって呼び出され、罰金を科され拘禁されることになったが、彼は、ケンブリッジ大学の医学博士であり、王立医師会は彼の加入を求めるなどの権限がないと主張した。

この事件でコークは、王立医師会は上述の権限を有しないと、その理由として「何人も自己の事件において同時に裁判官となることはできない」というコモン・ローの確立した原則をあげていた。王立医師会は自己の科する罰金の半分を取得していたからである。そして、国会制定法がコモン・ローに違反した場合に無効になると主張した（以上、鵜飼信成『司法審査と人権の法理』71-73頁（有斐閣、1984）参照。

もっとも、この事件におけるコークの主張はイギリスにおいては根を張ることがなかった。その理由として、人民によって選挙された議会が、この選挙を経ていない裁判官の定めた法に従うことに矛盾を感じたからであるとの指摘がなされている。See ARCHIBALD COX, THE COURT AND CONSTITUTION 54 (1987) .

(13) 関・前掲注（6）アメリカ革命 26頁 参照。

もっとも、形式的には国会制定法がコモン・ローに対して優位になったが、内容的にはコモン・ローの中身は近代法として再編成されながら国会制定法に引き継がれている。樋口陽一『比較憲法・全訂第3版』86頁（青林書院、1992）参照。

(14) 一般に、イギリスにおいて17世紀の革命によって成立した「国会主権」は、法理論的に立法作用の

無制約性を確立させ、その効力を争うことはできないとされている。しかし国会主権の理論は、議会と裁判所の関係については表現していない。議会は絶対的な支配の機関ではなく、国民の権利の保障を可及的に可能にする支配の方法と考えられていた。つまり議会の特権も国王大権と同じく慣習、制定法によって与えられ、その限界は裁判所によって確定されると考えられていたとの指摘がある。道田信一郎「違憲立法審査権と国会主権」法律時報 24巻110号 14-16頁 (1952) 参照。

なお、現代のイギリスの司法審査に関しては、例えばヨーロッパ人権条約に掲げられた権利が国内法によって取り込まれ、それが議会法律によって侵害されているならば、裁判所はその旨宣言することができる。この宣言は法律の有効性に影響を及ぼさないが、権利救済のための立法手続き開始の根拠として利用されるのである。See Waldron, *supra* note 1 at 1355.

- (15) 国王による特許状の発給は、ヘンリー7世 (1457-1509) にさかのぼる。彼の命を受けたカボットが1497年ケープ・ブリティンを発見し国旗を立てたときから、新大陸の領土権は国王に帰属し、大陸に移住しようとするイギリス人はすべて、国王からの特許状を受けなければならなくなったのである。

この特許状の性格には2つあり、ひとつは土地その他の自然資源の開発権の賦与、もうひとつは不完全ながら、立法・行政・司法の政治権力を与えることである。これは、当時の交通・通信の事情から国王が植民地を直接に支配することが不可能であったため、やむを得ずにとられた措置であった。しかし、特許状によってみとめられた自治は、その後重商政策を採るようになった本国にとって邪魔になり、ほとんど剥奪された。そして、国王が任命する総督が統治する王領植民地になってしまうのである。檜山・前掲注 (5) アメリカ憲法史 75-77頁 参照。

- (16) 中屋健一『新米国史』(誠文堂新光社、1988) 19-23頁 参照。本稿における、アメリカ建国の歴史は主として本書による。ところで、このような自治及び代議制の成立には、貿易会社の歴史がかかわっているとされる。貿易会社は、ジョイント・ストック協定を結び、各個人から一定の金額を醸出させ、それをひとつの企業に結合し、企業活動によって得られた利潤を投資額に従って配当する。こうした貿易会社の元祖とされるマーチャント・アドベンチャーズは、16世紀半ばには国王から独特の特許状を与えられ、政治団体の設立及び立法の権限が認められていた。この特許状は、17世紀に植民地開拓に従事した諸会社への特許状と類似している。マクラフリン (山本忠義訳)『米國憲法の形成とその理論』39-40頁 (芦書房、1964) 参照。

- (17) 清教徒は、唯一の真の教会は信者の自発的集団であると主張し、このことは唯一の真の国家も同様に自発的結社によりその政府が作られるべきとの主張に連なっていく。これに対して、イギリス当局は、国王の特許状によるのでなければ、いかなる植民地政府も法的正当性はもち得ないとして対立した。M. ジェンセン (斉藤真・武則忠見・高木誠訳)『アメリカ憲法の制定』16頁 (南雲堂、1976) 参照。

- (18) プリマス植民地はその後、隣接するマサチューセッツ植民地と合併した。マサチューセッツ植民地は、1629年にマサチューセッツ湾会社に与えられた特許状に基づいて設立された。この特許状の特徴は、移住者の自由民には選挙権が与えられ、総督、副総督各1名、18名の参議員を選出することができたことである。これらの者が構成するのが参議会であり、参議会と全自由民が合同で集会する大会

議が年に4回開催され、立法権や裁判権の行使が認められていた。檜山・前掲注(5) アメリカ憲法史 78-79頁 参照。

その後、マサチューセッツ、プリマス、コネティカット、ロードアイランドは、ニューイングランド同盟を結成し(1643年)、各植民地からの代表者2名による代表者会議を組織し、その経験が後の連邦制度につながっているとされる。中屋・前掲注(16) 新米国史 28頁 参照。

なお、マサチューセッツにおいては、教会と信仰を異にする者は、迫害され、処刑されたりしたので、これに反対したトマス・フーカーが、一団の信徒を率いてコネティカット川流域に移住した。これがコネティカットである。1638年、各町の代表者が集まって、近代民主主義的な最初の成文憲法といわれる、コネティカット基本法を制定した。

ロードアイランドも、マサチューセッツの神政政治に反対し、追放された人々が宗教上の自由を求めて1663年に特許状を得て建設された。

以上のような国教会への反対はカトリックによっても唱えられ、アメリカに逃亡して植民地を建設した。カトリックのボルティモア卿はその死後に特許状を取得し、その息子セシリウスが植民地の建設に着手した。これが、メリーランドである。移住者が少なく経済発展が妨げられたので、他宗派の人々も受け入れ、このことがアメリカ全体に個人の信仰の自由を認めるきっかけになったとされる。

クエーカー教徒による独特の植民地をつくったのが、ウィリアム・ペンである。彼は国王に多額の金を貸しており、デラウェア川の西岸を国王から与えられた。彼は自ら領主として土地を低廉に譲渡し、契約労働者の年期が満期となると50エーカーの土地を与えた。これが、ペンシルベニアである。中屋・前掲注(16) 新米国史 26-31頁 参照。

(19) 関・前掲注(6) アメリカ革命 77-85頁 参照。このような立法は、植民地からの代表の声が届かないイギリス議会によってなされており、アメリカ人はイギリス人に保障されている権利によって対抗した。その際に、ルソーの自然法の考え方によって補強がなされた。すなわち自然状態において、被治者の同意なく、治者は自然権を否定できないとしたのである。See Cox supra note 12 at 54.

(20) 中屋・前掲注(16) 新米国史 50-53頁 参照。

(21) 中屋・前掲注(16) 新米国史 53-55頁 参照。

(22) 中屋・前掲注(16) 新米国史 56-62頁 参照。

(23) 中屋・前掲注(16) 新米国史 63-68頁 参照。

(24) 中屋・前掲注(16) 新米国史 69-72頁 参照。

(25) イギリス人には、適法手続きの保障、陪審による裁判を受ける権利、選挙された代表者による課税、請願権等が保障され、植民地特許状によりイギリス植民地人に伝えられた。M.ジェンセン・前掲注(17) アメリカ憲法の制定 15頁 参照

(26) 檜山・前掲注(5) アメリカ憲法史 75-78頁、M.ジェンセン・前掲注(17) アメリカ憲法の制定 15-19頁 参照。

(27) See James B. Thayer, *The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law*,

7 HARV. LAW. REV. 129,131 (1893) .

なお、合衆国憲法が、自然権を確認し、その実務的な保護ために成文方式によっていることは重要である。この成文方式は「大憲章」にまでさかのぼり、特許状につながり、メイフラワー契約にも引き継がれている。See Cox supra note 12 at 55.

(28) 高柳賢三『英米法源理論』260頁（有斐閣、1938）、伊藤・前掲注（7）法の支配 215-16頁 参照。植民地の裁判官も、議会法律は、神と自然が人民に与えた法を侵害しない限りで拘束力を有すると考えていた。See Charles Grove Haines, *The Law of Nature in State and Federal Judicial Decisions*, 25 YALE L.J 617, 624 (1916) .

(29) 檜山・前掲注（5）アメリカ憲法史 63-66頁 参照。

(30) 王領地植民地では、植民地法への国王の審査権は早くから確立していた。植民地議会が制定した法律は、総督が裁可した後、3ヶ月以内に本国に送付され審査されるように訓令されていた。特許状による私領植民地の場合は、植民地法は本国法に抵触できないとの1項目はあったが、当初、その執行方法は定められず、次第に国王の審査権が明文で規定されるようになった。

審査手続きは、植民地法が総督から所管の国務長官に提出され、更に枢密院に回送される。枢密院は、これを司法委員会に付託し、司法委員会は商務院に回送することがほとんどであった。商務院の答申はほとんどそのまま司法委員会に採択され、これが枢密院令となって総督に伝達された。商務院の審査では総督、一般利害関係者の意見が反映される機会があり、大体において公正であったが、審査に長時間が費やされるとの欠陥があったとされる。檜山武夫「アメリカに於ける司法権優位制の成立（第一部）－植民地時代より連邦憲法の確定まで－」法学研究23巻11号24頁（1950）参照。

この審査により、特許状、イギリス制定法、コモン・ローに違反する法律は無効とされた。

(31) 末延三次『英米法の研究 下』652頁（東京大学出版会、1960）参照。

(32) 檜山・前掲注（30）「司法権優位制」25-26頁 参照。なお、植民地裁判官の司法に対する国王の統制として、植民地裁判所における裁判官の任命は、国務長官又は商務院の指名に基づいて国王によってなされていた。そのため、植民地裁判所の判決に対する上訴を受理する国王の権限は当然認められ、枢密院がこれを処理していたが、1705年以来、本国の高等海事裁判所が審理することになった。

更に、王立の海事裁判所が設置された。これは、全植民地を数個の管轄区に分割し、それぞれに国王の任命する判事、検事、書記等からなる裁判所を設置した。しかし、これら裁判所は、管轄権が広範である上、住民の意思が反映しない判事により、陪審制によらない裁判がなされ、判事その他の者の費用は罰金や裁判手数料から支払われたため、有能な人材確保を妨げ、腐敗した判決をもたらすことになった。檜山・前掲注（30）「司法権優位制」21-23頁 参照。

(33) 関・前掲注（6）アメリカ革命124-130頁 参照。See Thayer, supra note 27 at 137.

(34) 関・前掲注（6）アメリカ革命125-26頁 参照。なお、議会不信について補っておくと、当初、植民地においては国王の任命した総督が権力を握り、行政権のみならず立法・司法権をも行使し、植民地議会の定めた法律を無効とした。この苦い経験に学び、独立宣言の後、各州で制定された新憲法にお

いては立法府を優位にし、行政の長及び裁判官は立法府によって短い任期で任命され、立法に対する拒否権も否定された。

しかし、人民によって選挙され、優位を認められた立法府は数年の後には腐敗していく。債権者の権利をあからさまに無視して債務者救済の法律を制定し、債権回収のための手段を奪い、質の悪い通貨（紙幣）の受け取りを債権者に強制した。更には、正当補償なく財産を奪い、特定個人の利益のための法律や事後法を制定したのである。この立法府による虐政を防止するひとつの手段が違憲立法審査権である。See CHRISTOPHER N. MAY AND ALLEN IDES, CONSTITUTIONAL LAW NATIONAL POWER AND FEDERALISM 4-5 (1998) .

- (35) 清宮四郎『権力分立制の研究』164頁（有斐閣、1983）参照。
- (36) See J. HAMPDEN DOUGHERTY, POWER OF FEDERAL JUDICIARY OVER LEGISLATION 9 (1912) .
- (37) 檜山・前掲注（5）アメリカ憲法史 726-27頁 参照。
- (38) L. B. Boudin, *Government by Judiciary*, 26 *Political Science Quarterly* 238, 248-49 (1911) .
- (39) マーベリー事件において違憲判決を下したマーシャルは、司法府が議会法律を無効にする先例が不十分であることを知っていたために、州の先例や憲法制定会議の見解に依拠せず、憲法そのものから結論を導き出したとされている。See *Dougherty*, supra note 36 at 5.
- (40) 司法審査権を考える場合、人民と議会の意思を区別し、また、主権についての理解が必要である。まず、イギリス議会は君主、貴族、人民の三者を代表しているので、議会に主権が認められている。しかし、アメリカの場合には人民のみが存在するから、イギリスのように三者を代表する議会に主権を認めず、人民そのものに主権が認められる。つまり、議会は主権を有する人民のエージェントにすぎず、人民はエージェントが欲するよりも少ない権力しか彼らに与えないこともできるのである。See *May & Ides*, supra note 34 at 5.
- (41) 関・前掲注（6）アメリカ革命191-193頁、中田・前掲注（4）法令の効力6頁 参照。このハミルトンの理論はマーベリー対マディソン事件の判決に大いに影響している。すなわち、憲法によってアメリカ人民は立法府に対して、成文による制限を確認した。したがって、この制限に違反する法律は「法」ではない。そして、何が「法」であるかを述べる権限を有するのは裁判所である。こうした理論から司法審査権が肯定されるようになってきたのである。See *Thayer*, supra note 27 at 139.
- (42) 司法審査権が認められている理由のひとつに、裁判所の本来的な脆弱さをハミルトンは指摘しているとされている。すなわち、立法府には課税と規制権があり、行政府には執行のための剣があるが、司法部にはこれらがなく、問題への積極的な解決を行う術を持たない。この脆弱さこそが、やや逆説的ながら立法を覆す権限を裁判所に認める根拠となっているのである。See RALPH ROSSUM & G. ALAN TARR, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW THE STRUCTURE OF GOVERNMENT* 49 (6 ed. 2003) .
- (43) See *Thayer*, supra note 27 at 135-150. こうした考え方によれば、違憲判決は法律が「明白」に憲法に違反している場合に限って下されることになる。そして、このことは法律の「合憲性の推定」および「合憲限定解釈」により法律の有効性を維持することにつながっていく。向井久了「合憲性推定

の原則」 芦部信喜編『講座 憲法訴訟 2』37頁（有斐閣、1987）参照。See Edward S. Corwin, *Judicial Review in Action*, 74 U.P.A.LAW REV. 639, 645-47 (1926) .

(44) See Corwin, *supra* note 43 at 641.

(45) A.ハミルトン、J.ジェイ、J.マディソン『ザ・フェデラリスト』（斉藤眞、中野勝郎訳）343-46頁（岩波書店、1999）参照。