

慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resources

Title	アメリカ合衆国における「政治問題」の法理に関する学説の検討
Sub Title	Examination of scholastic explanations of "political questions doctrine" in U.S.A.
Author	小林, 節(Kobayashi, Setsu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.12 (1980. 12) ,p.323- 360
Abstract	
Notes	法学部法律学科開設九十周年記念論文集
Genre	Journal Article
URL	http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19801215-0323

アメリカ合衆国における

「政治問題」の法理に関する学説の検討

小林節

- I 序
- II 肯定説
- III 否定説
- IV 結び

I 序

裁判所に提訴された事件あるいはそこで争われている問題点のひとつが「政治問題」である場合には、裁判所は、当該争点に関して判断を下すことを拒否し、政治部門の行つた決定が終局的なものとなる。

「政治問題」の法理は、アメリカ憲法学の永遠の課題とも言える「司法権の本質」にかかわるものであるだけに、常に、アメリカ憲法学の主要かつ困難な課題のひとつとして、盛んに議論されてきた。しかし、それでいて、政治問題の範囲と根拠については、アメリカの法律家の間にも、必ずしも一致した見解はない。すなわち、一見相互に矛盾する多数の判例が存

アメリカ合衆国における「政治問題」の法理に関する学説の検討

在し、更に、そのような判例の内部矛盾に直面して、学説も、いささかの混乱を呈している。

言うまでもなく、合衆国における政治問題の法理に関する議論が混乱している究極の原因は、後述するウェクスラーとビツケルの対立にその典型をみるように、合衆国憲法下における司法権の本質と正当性、つまり司法権のあるべき姿、に関する共通の認識が存在しないことである。

しかし、筆者は、司法権の本質論に関する未決着状態の他に、いまひとつ、アメリカ憲法学における政治問題に関する議論を混乱させている重大な原因がある、と考える。それは、政治問題の判例に関する「事実」認識が論者により異なる、ということである。

従つて、今日のアメリカ憲法学にとつて、そして、アメリカ法上の経験をも参照しつつ統治行為論を發展させてきた日本の憲法学にとつて、今、第一に必要なことは、合衆国最高裁判例法における政治問題の法理とは一体何であるか、という「事実」を改めて、正確に把握し直してみることであらう。

このような問題意識の下に、筆者は、まず前稿（「アメリカ合衆国における「政治問題」に関する判例の動向と実態」法学研究五三巻三号）において、アメリカにおける議論の中で政治問題の先例だとされた事件、また、同種の問題が司法審査に服した事件、更に、関連判決として論及されているものを、可能な限り網羅的かつ公平に整理検討することにより、合衆国判例法における政治問題の法理とは果たして何であるのか、その実態（つまり、それはアメリカにおける政治問題の法理がどうあるべき、だという評価や主張ではない。）を確認することを試みた。そして、その結果から、合衆国最高裁の判例に見る政治問題のリストと根拠を整理してみると、以下のようなようになることを確認した。

判例にみる政治問題のリスト

州の政治の分野では、

- a 共和政体とは何であるのか、の問題
 - b 州の正統政府の認定
 - c 州の全域を管轄する公職（例えば、知事、副知事）を選ぶための選挙の当選者の決定
連邦の政治および州際政治の分野では、
 - d 合衆国憲法修正条項の有効性（ただし、裁判所が判断を下すために必要な明確な基準と情報が得られる場合には、政治問題とはならない。）
 - e 法律の形式的効力（ただし、合憲解釈が不可能で、かつ当該法律を無効にすると社会的混乱が惹起される可能性がある場合に
限る。）
 - f 政党の全国大会代議員の資格審査
 - g 逃亡犯罪人の州際引渡
- 戦争権限・戦時権限の分野では、
- h 民兵（州兵）の召集を決定する前提になる緊急状態の発生の認定
 - i 州兵（民兵）の組織、装備、規律、指揮の細目の決定（ただし、州兵の公務執行中の故意過失にもとづく市民に対する不法行為については、政治問題とされなかつた例がある。）
- 外交・国際問題の分野では、
- j 条約の存続・効力の問題（ただし、これも、それに関する政治部門の態度が不明確な場合および州法との抵触が争われてい
る場合には政治問題とされない。）
 - k 国境線の認定、領土の帰属および領海の範囲の問題（ただし、これも、それに関する政治部門の態度が不明確な場合には政

治問題とされない。)

- l 国家あるいは政府の承認
- m 交戦団体の承認および交戦期間の決定
- n 友好国公船の免責の決定
- o 外国の外交官たる地位の承認
- p 国際航空路線の認可

判例の中に現れた政治問題の法理の根拠

- i 裁判所の能力あるいは権限の欠如あるいは限界の自覚
- a 当該問題の排他的な処理権限が、憲法明文上、政治部門に授権されていること
- b 当該問題の判断基準となるべき法原則が存在しないこと
- c 問われている問題が、法律問題ではなく、単に政策選択の問題に過ぎないこと
- d 当該問題の判断に必要な証拠・情報の収集が不可能なこと
- e 裁判所の任務は個人の権利について裁定することに限られているが、当該紛争では個人の権利以外のものが争われていること
- f 当該問題の処理に不可欠な専門的判断能力を裁判所が欠くこと
- g 裁判所は、現行憲法体制の正統性を自らの存在の前提とするから、現行憲法体制の正統性は問えない
- ii 裁判所が事件に介入した場合にもたらされるであろう結果に対する配慮
- h 問題を一元的に処理する必要

i 裁判所が事件に介入することが、かえつて、社会的な混乱あるいは無政府状態を招来する危険
j 裁判所が事件に介入すると対等な政治部門に対する敬讓を欠く結果になること

k 問題を迅速に処理する必要

l 政治過程を司法の介入から自由に機能させる利益

iii i と ii の混合したもの

m 当該問題を判断する排他的な権限を政治部門に委ねることが効果的あるいは適切であること

n 裁判所が、当該問題に関して判断を下しても、その判断が惹起するであろう結果について責任を負う能力あるいは権限を欠く

iv そして、希に、以上の理由付の理論的背景として、「三権分立」の原則が援用されることがある、また、時に、問題が「政治的」だからという理由付けが、他の根拠と併用される場合がある。

この作業の結果、われわれは、判例の理論化を試みているアメリカ憲法学における政治問題に関する諸学説の公平性および正当性を評価するためのひとつの基準を得たと言えるであろう。そこで、本稿では、主に、果たして各学説が合衆国最高裁の判例法として政治問題の実態をどれほど正確に把握し説明し得ているのかという観点から、アメリカ憲法学における政治問題の法理に関する諸説を検討してみたい。

そのような作業が終つて初めて、われわれは、アメリカ合衆国の憲法体制の下における政治問題の法理のあるべき姿を模索することができ、更に、アメリカ合衆国における経験から日本の統治行為論が学べき事柄につき考察を加えることができるであろう。

ところで、今日まで、アメリカでは、多数の法学者が、政治問題に関する判例を検討し、政治問題の法理の理論化を試み

てきた。そして、時に、それらの諸説を検討する際に、それらを例えば、敝格説 (classical theory)、『英知説 (prudential theory)』、『機能説 (functional theory)』等の類型に分類することがある。⁽²⁾しかし、後に明らかになるように、実際には、ほとんど全ての学説が、これらの理論類型の混合体である。従つて、学説をそのように類型化することは、過度の単純化によつて事実を歪曲する危険を冒すことになる。そして、その点、政治問題に関する諸々の学説を安全に分類し得る類型化は、唯一、それらを肯定説と否定説とに分けることぐらいであると思われる。従つて、本稿では、以下に、政治問題の法理に関する諸学説を、まず、肯定説と否定説に分け、そして、それぞれの中で年代順に、主に、果たして各学説が判例法としての政治問題の法理をどれほど正確に把握し説明し得ているか、という観点から、検討を加えてゆくことにする。

II 肯定説

1 フィンケルシュタイン

政治問題に関する判例を初めて詳細に分析したが、フィンケルシュタイン (Maurice Finkelstein) である。彼は、一九二四年に公刊された *Judicial Self-Limitation* と題する論文⁽³⁾において、政治問題の法理の実態の把握とその理論化を試みた。

フィンケルシュタインは、英国の先例と合衆国の Luther 判決等を検討して、裁判所が政治問題の法理に訴える場合には、「仮に裁判所が当該事件に介入した場合惹起されるであろう混乱に対する恐れ」が裁判官の心の中で重要な役割を果たしている⁽⁴⁾と指摘する。そして、更に、以下のように説明する。すなわち、「この『政治問題』という術語は、当該問題に管轄権を及ぼすことが、その時に、不得策あるいは不適當である、と裁判所が考えた場合に適用される。時に、この『不得策』という認識は、仮に当該問題に関して裁判所が判断を下したとしたらもたらされるであろう影響の広大さに対する恐怖の結果である。また、ある時には、それは、ある特定の類型の問題を処理する能力を持っていない」と裁判所が感ずることの結果で

あり、あるいは、時には、当該問題は、裁判所にとつて、『高度過ぎる』と裁判所が感じた結果である。しかし、いずれにせよ、常に、政治的英知に従つて諸々の要因が比較衡量されている。⁽⁵⁾」

しかし、仮に、政治問題の法理がこのように judicial statesmanship の所産だとしても、果たして、裁判官がそのように政治的英知によつて審査権の行使を自制することは法学的に正当化し得るものか否か、という問題が残る。そして、この点、フィンケルシュタインは、政治的英知と憲法解釈は矛盾しない、と考える。何故ならば、憲法解釈自体が、一般に、政治的英知そのものだからである。⁽⁶⁾ 従つて、彼によれば、このように政治問題の法理には法学的根拠がある以上、残る問題は、政治問題の「範囲」の問題のみである。そして、フィンケルシュタインは、司法、立法、行政それぞれにふさわしい任務を、歴史、伝統、当該機関の組織の特質に照らして判断することにより、裁判所は社会の変転に応じて政治問題の範囲を変えていくことができる、とする。⁽⁷⁾

このフィンケルシュタインの所説は、一九二四年のものであるだけに、検討された判例の数も（現代から見れば）少なく、また、裁判所の審査能力の欠如を理由として社会政策あるいは経済政策に関する立法の合憲性の問題を政治問題とするように提言して、その後の司法審査権の発展の歴史を予言し（あるいは方向づけ）得なかつた点に問題はある。しかし、それにもかかわらず、これは、裁判所を政治問題の法理の採用に導く要因として、「裁判のもたらす結果に対する配慮」と「裁判所の能力の限界の自覚」とを指摘しており、大筋においては、既に前稿で確認した合衆国最高裁判例の姿勢を正確に把握していると言えよう。

2 フィールド

フィンケルシュタインと同じ年に *The Doctrine of Political Questions in Federal Courts* と題する論文⁽⁸⁾を公刊したフィールド (Oliver P. Field) は、政治問題の真の基礎は、ある種の事柄を含んだ事件に関して、裁判所が適用すべ

き法原則が存在しないということと、また、当該問題の最終的決定権が政治部門に授権されているということであると結論づけた。⁽¹⁰⁾

フィールドは、まず、政治問題に関する判例を以下の七類型に分けて検討した。⁽¹¹⁾ 1 条約の交渉、違反、終了、2 戦争の開始と終了、3 外国人の入国許可と国外追放、4 領域高権、5 国家、政府、外交官たる地位および交戦団体の承認、6 インディアンの「種族」としての地位の認定、7 共和政府の保障

その結果、フィールドは、政治問題の性格に関して複数の見解が存在することは認めつつも、とりわけ、それらの中で、ふたつの見解が有力であるとする。つまり、三権分立の結果としての政治部門への授権と、当該問題は選挙による他に解決され得ない性質のものであるために裁判所が問題解決の能力を持つていないこと、のふたつである。⁽¹²⁾

そして、フィールドは、この点を、更に深く分析する。つまり、彼によれば、「司法部と立法部の違いを明確に説明することは困難かも知れないが、司法部は既に立法部によつて確立された法原則を適用する機関であるということは誰れしも異論のないところで……。(従つて)法の存在しない領域では司法部は何の仕事もできない……。つまり、司法部は政策形成の領域には介入できないのである。⁽¹³⁾」更に、フィールドは、言葉を換えて、「問題の性質は、未だ、当該問題を司法部の行う△型にはまつた△法適用に委ねるに適すると立法部が考えるに至つていないことにある。」⁽¹⁴⁾と云う。

ところで、フィールドは、外交以外の分野では一般に「政治的」と呼ばれている諸々の問題も司法審査に服してきた、という事実を指摘して、社会政策および経済政策立法に対して司法審査権が及び得ないとするフィンケルシュタインの所説は判例をまつたく誤解したものである、と批判している。⁽¹⁵⁾

確かに、既に前稿でも確認したように、「適用すべき法原則の不存在」という理由は、裁判所の能力あるいは権限の欠如の問題として、政治問題に関する多数の判例の中で述べられている。

しかし、同時に、これも既に前稿で確認したところであるが合衆国最高裁は、政治問題の法理を援用する際に、「仮に裁判所が事件に介入した場合に惹起されるであろう結果に対する配慮」もしばしば表明している。しかるに、フィールドは、政治問題に関する多数の最高裁判例を検討しておきながら、一切、この点に注意を払っていない。これは、判例の分析として、公平な態度とは言えないであろう。

更に、この点と関連して、フィールドの見解には、いささか形式論理に過ぎる点があると思われる。つまり、フィールドは、裁判所は、法「適用」機関であつて法「定立」機関ではないのだから、「政策形成」の問題には介入できず、それが政治問題の本質であると言う。しかし、合衆国最高裁とその判例法の歴史を率直に評価するならば、誰れしも、それが最高裁による政策選択の歴史であつたという事実を否定することができないのではなからうか。つまり、現実には、合衆国最高裁は、合衆国憲法修正第一条、第五条および第一四条等を利用して、それらの条文の文言から当然には出てきそうにもない「権利」や解釈法則を多数「創案」してきた。⁽¹⁶⁾要するに、合衆国憲法典の中に、その性質上最高裁が判断基準を発見すべく解釈し得ない条文などというものは、ひとつもないはずである。また、合衆国最高裁が事件を解決する際に、これまで、一切いわゆる「法創造機能」を發揮しなかつたり、あるいは、し得なかつたとするならば、合衆国憲法(判例法)とコモン・ローは、一体どうして今日のような姿になり得たのであろうか。

従つて、最高裁をしてある争点を政治問題と決定させた理由は、当該争点に適用し得る法原則の存否にかかるといふよりも、むしろ、何が裁判所をして判断基準を「発見」する「氣」にさせたりさせなかつたりするのか、におおいに依存しているのではなからうか。そして、その点を考察する際に、最高裁判例の中にしばしば登場してくる、「仮に裁判所が当該事件に介入した場合にもたらされるであろう結果に対する配慮」が重要なものになつてくるのではなからうか。

3 ウェストン

翌一九二五年に *Political Questions* と題する論文を公刊したウェストン (Melville Fuller Weston) は「フィンケルシュタインの立場を、法的、論理的根拠のあいまいな司法日和見主義 (Judicial opportunism) であると批判し、⁽¹⁷⁾ 「Judicial questions と political questions の間に引かれる境界線は、憲法上の授権による境界線以外の何ものでもない。」と主張した。⁽¹⁸⁾」⁽¹⁹⁾」
 そして、ウェストンは、政治問題に関する英国と合衆国の判例を検討して、そこに共通する要因として以下のものを指摘する。

(a) そこで争われている基本的な権限と義務が、憲法上、明らかに司法部以外の部門に委ねられていること。(b) これらの基本的な権限と義務が通常司法行為によつてではなく、われわれが政治行為と理解しているものによつて遂行されていること。例えば、「立法」手続というものは「主張」であつて「決定」ではない。外交問題は弁論と証拠によつて処理されるのではなく、交渉によつて処理されている。国家の政治的統一性というものは、禁止命令によつてではなく、外交と軍隊の運用によつて維持されている。(c) 他の側面から言えば、それらの権限と義務が、私人間の紛争を主とする通常の問題や平常の世事に関する警察権の問題に関するものではなく、統治機構の維持、強化、機能、あるいは国家の対外的および対内的存立にかかわる重大事に関するものであること。(d) 事実認定が問題になる場合にはいつも、ある権限を行使あるいは義務を履行する者が、単に法の機械的な執行のためでなく、自己の自由裁量行為の基礎として事実認定をする必要があること。(e) 外交、軍事に関する問題について言えば、ここでは、緊急な行為が必要であり、かつ、その行為の及ぼす影響が非常に広範囲にわたるために、時間をかけてその行為の有効性を訴訟で確めてはいられないこと。(f) その他、憲法条文からも窺われ、また、憲法起草者達が注意を払わなかつたとは思われない、実際の考慮、つまり、統一性、確実性、三権相互の敬讓と秩序、そして、能率。⁽²⁰⁾

この見解は、既に前稿で確認した政治問題に関する判例の中にみられる考慮要件をほぼ網羅したものと見えよう。

その上で、ウェストンは、これらの諸要因を考慮しながら行われる憲法解釈の過程において、「便宜性」に関する裁判官の個人的見解が条文の中に読み込まれていることは明白で、それは不可避である、とも指摘する。しかし同時に、彼は、その「読み込み」の過程はあくまでも憲法条文に指導されて行われるべきもので、裁判官のまつたくの自由な活動であつて

はならない、ということも強調している。そして、この点が自説とフィンケルシュタインの立場の相違だと、ウェストンは言う⁽²¹⁾。つまり、ウェストンによれば、このようにして裁判官が「政治問題」を認定する行為は、あくまでも、憲法条文に指導された「解釈」であり、それは司法部による難問の「回避」ではなく、政治問題の法理は、解釈者の主観による憲法の骨抜きに利用されてはならないのである⁽²²⁾。また、憲法の条文というものは必ずしも明確なものではないため、その解釈にあたっては、当然に、解釈者の政治的英知 (political wisdom) が混入するものであることも、ウェストンは否定しない⁽²³⁾。しかし彼によれば、解釈者が行使する政治的英知も完全に無制限に行使できるものではなく、あくまでも、(憲法条文を参照しつつ) 果たして各部門によつてどのような行為が分担されるべきか…という判断基準に従つて行使されるべきものである、と主張する⁽²⁴⁾。

しかし、実際問題として、現実存在する憲法条文が当該問題の司法審査可能性について明確な手掛りを与えていない場合に、「仮に当該問題に司法部が介入した場合に、社会的にどのような混乱が惹起されるか」という点と「そのような問題や状況を処理する能力を果たして司法部は有しているのか」という点を考慮しつつ、裁判官が政治的英知を働かせながら判断すべきだ…というフィンケルシュタインの所説と、「問題の性質」と「便宜性」とを考慮しつつ、裁判官が政治的英知を働かせながら判断すべきだ…というウェストンの主張との間に、どれほどの隔たりがあるのか、はなはだ疑問ではある。

4 ポウスト

一九三六年に THE SUPREME COURT AND POLITICAL QUESTIONS と題する単行書⁽²⁵⁾を公刊したポウスト (Charles Gordon Post, Jr.) は、それまでに判例自身あるいは学説によつて呈示された政治問題の法理の理論的説明は、どれも不十分で、完全な説得力のあるものはない、という前提から、法律家が「政治問題」という術語を用いるに至る真の動機、つまり、何が裁判官をしてある問題を政治問題と呼べるのか、また、それによつて、実際の効果として、司法部は何

を得ようとしているのか、を発見しようとする⁽²⁶⁾。

そして、膨大な判例をとりあげ、そこで展開された議論とそれにかかわる政治情勢などを検討した結果、ポウストは、便宜性 (expediency) と必要性 (necessity) が政治問題の法理の基礎にあると見て、以下のように結論づけた。

「時に、政治問題の法理は、……適用すべき法原則の欠如、……当該問題の最終決定権が選挙民の手中にあること、……権力分立の原理、……などによつて説明されるが、……それらのいずれも不十分で、批判を免れ得ない。従つて、政治問題の眞の原因は理論以外のものであり……政治問題の法理は一種の方便である。…例えば、…インディアンに対する合衆国の態度を統一することによつてインディアンを保護する必要、…大統領に対する司法部の命令が拒否されて生ずるであろう混乱の回避、…：対外的な国家意思の統一性の必要……という実際的な理由が存在する」。「今日では政治問題だとされているものも、裁判所がその気になりさえすれば審査できるものである。裁判所が自己の審査権を制限した方が良いと考える場合、それは、権力分立あるいは適用すべき法原則の欠如のせいではなく、便宜性のためである。裁判所が外交関係にかかわるある種の問題を政治部門に委ねたとしたら、それは、対外関係においては戦線(つまり自国の窓口)の統一が賢明であり、実際的であり、かつ便宜的だからである。裁判所が、ある州が共和性を有するか否かの問題を政治部門に委ねたら、それは、実際の配慮によるものである。また、特定の事件において、裁判所が命令を執行できないし、また、命令が執行されないであろうことを裁判所が十分意識したとすれば、さような事案を専ら政治部門に委ねた方が得策であろうことは明瞭である。一般に、司法審査の可否が問われる場合に、特定の問題の判断を、さような判断を行うにより適した部門に委ねることを、裁判所が、「得策」だと考えているのである。実際、現在は司法審査に服し得ると最高裁によつて考えられている問題が、将来、その事件のなりゆきに関して予測される結果から逆算して、そうすることが必要だと感じられたために政治問題とみなされる日も来なくはない。例えば、経済変動の結果として、現在は司法部の管轄下にあるとされている一定の統治上の問題が政治部門による方が効果的に決定され得る、という事態が起これば、最高裁がさような問題を政治問題と命名することもあり得る。実に、必要やむなく政治部門に排他的な判断権を委ねざるを得ない場合に、政治問題の法理は、司法部にとつて便利な類型となるであろう⁽²⁸⁾。」

このポウストの見解は、判例の中に示された政治問題の法理の説明が一種の方便(つまり「言い逃れ」)であるという認識に立つものであるだけに、判例法の成果をそのまま素直に受け容れてはいない。しかし、その着想においては、基本的に、既に本稿で検討したフィンケルシュタインの見解に通じるものがあると言えよう。

5 フランク

フランク (John P. Frank) は、一九五四年に公刊された SUPREME COURT AND SUPREME LAW (ed. by CAHN) の中で、*Political Questions* と題する短い論文⁽²⁸⁾を發表した。そこでフランクは、政治問題という名の司法の回避を概念的に正当化しようとしても不満足な結果に終わるとして、それを機能的に説明しようとした。そして、政治問題の法理の実際的な根拠を四類型に分け以下のように説明した。

1 迅速かつ単一な政策の必要。これは、外国政府の承認、戦争の遂行方法と戦場であらわれた囚人の処置、外国政府の財産の免責、公布後かなり期間が経つた憲法修正の有効性の問題、また、州政府が共和的か否かの問題を政治問題とするものである⁽³⁰⁾。2 裁判所の能力の欠如。これは、例えば、立法による以外に解決のできない問題に関して、あるいは、解決に必要な情報を裁判所が得られない場合に見られるもので、例えば、憲法修正提案が批准されるまでの合理的な期限の問題があり、他に、*Colegrove* 事件におけるフランクファーター意見の中にみる選挙区の再区分の問題がある。更に、国際航空路線を決定する場合には、裁判所が入手できない性質の情報を持つている政府の方が賢明な決定ができる、と言われている⁽³¹⁾。3 政治部門の明白な特権。例えば、議院による議員の資格審査、憲法修正の成立年月日の決定、などの問題がこれである⁽³²⁾。4 統制不可能な状況を回避すること。つまり、司法部は、政府の「最も弱い部門」として、自己の活動の有効性を、国民の支持を得た政治部門の黙認に負うているため、裁判所は、執行されそうもない命令を下すことを好まない。例えば、インディアン⁽³³⁾の「部族」たる地位の認定(つまりあるインディアン集団に対する合衆国としての態度決定)の問題が問われた *Cherokees* 事件判決や *Luther* 事件判決がその例であり、また、*Colegrove* 事件におけるフランクファーター意見にみる選挙区の再区分の問題もそのように言われている⁽³³⁾。

更に、フランクは、政治問題の法理というものが個人の自由の侵害に対して司法審査を及ぼし得なくする性質のものである

ることからして、この法理の適用は上述の条件が満たされた場合のみに厳格に制限されるべきものである、ということを通調した。そして、その立場から、1 選挙区再区分の問題と、2 国際航空路線の認可の問題と、3 戦争の始期と終期を国内的な問題の処理に関連して問うことと、4 外国人の国外退去の問題は、判例によつて不当に政治問題とされているが、それぞれ、本来は司法審査に服し得るべきものである、とフランクは主張した⁽³⁴⁾。

このフランクの見解も、既に前項において確認したことから明らかなように、その当時までの判例の中で政治問題の法理の根拠として考慮されてきた諸要因をほぼ網羅し得たものと言えよう。ただし、その際に例として挙げられている事項に関して、フランクによる判例の理解は必ずしも正確ではない。例えば、フランクは、「迅速・単一な政策の必要」から政治問題とされる事柄の一例として「憲法修正の効力」の問題を挙げているが、既に前稿で確認したように、合衆国最高裁の判例によれば憲法修正の効力の問題が政治問題とされるのは、裁判所が用い得る判断基準が存在しない場合であると言われている⁽³⁵⁾。また、同じく、フランクは、迅速・単一な政策の必要から州政府の共和性の問題が政治問題とされると述べているが、これも、既に前稿で確認したように、州政府の共和性の問題は、Luther 事件では司法審査に服しており、Taylor 事件では「政治部門への授權」を理由として政治問題とされ、Pacific 事件では「統制不可能な状況の回避」を理由に政治問題とされており、いずれにせよ、フランクの指摘とは異なっている⁽³⁶⁾。また、フランクは、政治部門の特権事項として政治問題になる例として、議院による議員の資格審査と憲法修正の成立の年月日の決定を挙げているが、これまで、前者を政治問題とした判例はないし、後者についても、Dillon v. Gloss (1921) の中で争われたことはあるが、その際、合衆国最高裁は当該争点を政治問題とはせずに独自の判断を下している⁽³⁸⁾。

6 ウェクスラー

アメリカにおける政治問題の法理に関する論争において、後述するビッケルと並んで、中心的な役割を果たした人物は、

ウエクスラー (Herbert Wechsler) である。ウエクスラーは、一九五九年に、『*Toward Neutral Principles of Constitutional Law*』と題する論文⁽³⁹⁾を発表した。これは、ラーニド・ハンドが一九五八年に行つたホルムズ記念講義⁽⁴⁰⁾に対する反論の意味があつた。ハンドは、その講義の中で、司法審査は憲法構造から導き出されてくるものではなくその実際的な効用の中に正当化の根拠が見出されるべきもので裁判所が司法審査権を行使するのは、それが憲法上の義務だからではなく、裁判所の自由裁量によるものだ、と主張した⁽⁴¹⁾。従つて、ハンドによれば、政治問題の法理も、当然、司法審査権の行使に関する裁判所の自由裁量の所産つまり司法部による法「創造」の一例ということになる。

しかし、ウエクスラーによれば、司法審査は合衆国憲法(第六条第二節および第三条)の中にしつかりした根拠のあるもので、それは、事件に適用する法を決定するという裁判所の義務に由来する。従つて、司法審査権の行使が裁判所の義務である以上、司法審査権の制約である政治問題の法理の使用のために裁判所に自由裁量権を認めることは、司法審査権の有効性そのものを毀損することになり、ウエクスラーには受け容れがたい⁽⁴²⁾。

すなわち、ウエクスラーによれば、「裁判所をして司法審査権の行使を控えさせるに至る唯一の正しい判断は、憲法が当該争点の決定を司法部以外の政府機関すなわち政治部門に授權している、ということである。もちろん、この判断を賢明に行うことは困難ではあるが、その解答が不明確な場合に、当該状況の中で如何なる要因が正当に衡量されようが、そこで行われること自体は憲法解釈⁽⁴³⁾であり、法解釈過程一般を指導する基準によつて判断がなされるべきものである。この過程は、司法が当該争点に介入するか自制するかといった選択を行う広い自由裁量とはまったく異なる。」つまり、ウエクスラーによれば、政治問題は、裁判所による法「発見」の一例ということになる。

そして、ウエクスラーは、後に、別の著作の中で、裁判所が政治問題の法理を採用するに至る場合に行う「解釈」を方向づける要因として、以下のものを挙げている。

1. 決定を下すために必要な、事実関係に関する、情報を裁判所が入手できないこと。2. 当該問題について決定を下すためには政治部門の自由裁量が必要なことと、当該問題を決定するための法原則を裁判所が形成あるいは適用する能力がないこと。3. その決定については政治的統制が優先すべきこと。4. 例えば外交関係の場合のように、一國が複数の意思表示をすることに特別な危険があること。5. 例えば、一州の政府全体が違憲なものであるというような判決を下した場合に生じ得る結果に関して、裁判所が対処能力を欠くこと。6. 憲法の明文規定(による政治部門への授権)の重み⁽⁴⁴⁾。

つまり、適法な訴訟に対しても司法審査権を行使するか否かの自由な裁量権を裁判所が有しており、政治問題もそうした司法の自制の一形体だというハンドの見解に対して、ウェクスラーは、適法な訴訟に対して審査権を行使することは司法部の義務であり司法部が任意にそれを回避することはできない、と主張する。ただし、ウェクスラーも、上述した六類型の考慮要件のいずれかが存在する場合には(その場合に限って)司法部が、「解釈」により、そこに司法権の限界を「発見」するとは認める。そして、それが政治問題だというのである。

このウェクスラーの見解も、(政治問題の究極的な正当性の根拠が憲法「解釈」なのか司法部の「自由裁量による自制」なのかという点の判断はここでは留保するとして、その他の点では)既に前稿で確認した、これまでの合衆国最高裁判例において政治問題の契機として考慮されてきた諸要因をほぼ網羅するものと言えよう。

ところで、このウェクスラーの見解とそれに対する反論である、次の、ビッケルの見解は、いずれも司法審査権のあるべき姿に関するそれぞれ独自の立場の主張に重点がおかれており、そして、そこから政治問題の法理の本質を演繹してくるものであるため、政治問題に関する他の論稿のように多数の判例を体系的に分析してそこから政治問題の法理を帰納してくるものではない。

7 ビッケル

ウェクスラーの論敵ビッケル (Alexander M. Bickel) は、一九六一年に発表した *The Passive Virtues* と題する論文とそ⁽⁴⁵⁾

の翌年に出版した THE LEAST DANGEROUS BRANCH という単行書⁽⁴⁶⁾の中で、ウェクスラーの見解に反論した。ビッケルは、政治問題の法理による裁判所の判断回避は、必ずしも憲法上の原理に基づくものではなく、裁判所の自制的な判断による、と主張した⁽⁴⁷⁾。これは、先述のハンドの立場と同様のものであり、司法審査権の行使が裁判所の「義務」でその行使・不行使につき裁判所自身による裁量の余地はないとするウェクスラーの立場とは基本的に相容れない。そして、裁判所をして当該争点を処理する能力に欠けると自覚させて政治問題の法理を援用させるに至る要因だとビッケルが考えるものは、以下のとおりである。

- (a) 当該争点の異常さとそれが原則に則つた処理に馴染まないこと。
- (b) 当該争点の非常な重大さ。それは、司法の判断を乱してしまいかねない。
- (c) 裁判所の判断が無視される、というよりはむしろ、多分、無視されるべきではあるが無視されたいだらう、という不安。
- (d) 成熟した民主主義において、選挙によつて責任を負わない、従つて、力を引き出してくる地盤を持たない機関の、内的な弱さ、自己懐疑⁽⁴⁸⁾。

ここでも、裁判所が政治問題の法理に訴える契機として、当該問題に対する裁判所自身の対処能力に関する自己不信と、裁判所もたらずであらう結果に対する配慮、の二点に焦点が当てられている。従つて、この見解も、結果的には、前稿で確認した合衆国最高裁判例の立場と同様のものである。そして、その限りでは、ビッケルの見解もウェクスラーの見解と大差ない、と言えなくもない。

しかし、もちろん、ウェクスラーはこのような結論を「裁判所による憲法解釈」の結果として主張し、ビッケルは同様な結論を「裁判所の自由裁量による自制」の結果として主張し、両者はその点で鋭く対立している。ただし、この点に関していづれが正しいかの判断は、続稿の課題として、ここでは留保しておきたい。

8 ジャフエ

ジャフエ (Louis L. Jaffe) は、一九六一年に発表した *Standing to Secure Review: Public Actions* と題する論文⁽⁴⁹⁾の中

で、裁判所が政治問題の法理に訴える契機を以下のように説明している。

「当該問題をきちんと統制する法原則をわれわれが選択しない、あるいは未だに確立し得ていない、多数の問題がある。」が、「われわれは、この仕事は規則がないほうがうまくやれる、あるいは、当該問題に適用可能な法則があつてもそれらは当該問題を処理する際に考慮すべき多数の要因の一部にすぎない、と信ずる場合がある」⁽⁵⁰⁾。また、「当該問題を解決するための法原則が十分に確立されていない場合、あるいは、当該問題が裁判所の管轄外の諸々の政策決定の複合体と密接に関連しているために、当該問題を裁判所が解決すると不都合な結果になるか、あるいは、より広範な複合体における健全な政策決定を阻害することになると感じられる場合、である」⁽⁵¹⁾。更に、「裁判所が介入してもその判決が執行されないであろう場合には、司法の介入は差し控えられるべきである」⁽⁵²⁾。

確かに、「判断基準の欠如」ということは、前稿でも確認したように、これまでにも、政治問題に関する多数の判例の中で論及されている。ただし、ジャフェの言うように「法原則はあつてもそれを適用しない方が良い」などとという主張をした判例はなかつたはずである。また、ジャフェが同様に着目している「裁判所が当該紛争に介入した場合に予測される結果に関する配慮」も、既に前稿で確認したように、多数の判例の中で指摘されている。

しかし、いずれにせよ、ジャフェが指摘したこれらの根拠のみで判例法としての政治問題の法理を説明し尽くせるものではないことだけは、明白である。

9 シャルプフ

シャルプフ (Fritz W. Scharpf) は、一九六六年に発表した *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis* と題する論文⁽⁵³⁾の中で、「司法裁判所としての合衆国最高裁判所の制度内的な機能上の限界の中に、政治問題の法理の正当性を発見しようとする努力をした。シャルプフによれば、裁判所が限界に達する機能的要因は以下のものである。

1 情報を入手することの困難。これは、ある争点に関する情報が不足して、正確な決定を確保することが難しい場合に働く要因である。シャルプフは、例として、対外関係、憲法修正批准の「合理的」期限、法律の形式的効力および内戦の期間

に関する事件を挙げている。⁽⁵⁴⁾ 2 単一な決定の必要。これは、国際問題に関して政府が選択した立場を裁判所が審査しなければならぬ場合にはたらく要因である。シャルプフは、例として、戦争の継続期間、国家・政府・交戦団体の承認の争われた事件を挙げている。⁽⁵⁵⁾ 3 政治部門の広範な責任に対する敬意。これは、裁判所による独自の決定が裁判所の権限の及ばない広範な事実関係を処理するための政治部門の特殊な責任を侵害する時にはたらく要因である。シャルプフは、例として、外人の規制と *Miss. v. Johnson* (1867) を挙げている。⁽⁵⁷⁾

なお、シャルプフによれば、以上の三要因のいずれかが存在する場合でも、重大な憲法上の人権が侵害されている事件と、また、連邦政府部門あるいは連邦と州の間の権限争議事件の場合には、政治問題の法理は斥けられ、裁判所は介入する。⁽⁵⁸⁾ これを、シャルプフは政治問題の法理の規範的制約 (Normative Limitations of the Political Question) と呼んでいる。⁽⁵⁹⁾

この説は、裁判所の能力の機能的な限界の中にのみ政治問題の法理の根拠を発見しようとしてはいるが、同時に、シャルプフの挙げた三要因の中の2と3には、裁判所の介入が惹き起こすであろう結果に対する配慮も含まれている。従つて、このシャルプフの見解は、本人の意図がどこにあるにせよ、これまでの判例に見られる政治問題の法理の発動要件を一応網羅したものと見えよう。

ただし、シャルプフの指摘する政治問題の法理の規範的制約なるものは、立法論としては傾聴に価するものであるとしても、政治問題に関する合衆国最高裁判例の事実説明としては必ずしも十分な説得力を有するとは思われない。つまり、シャルプフは、その規範的制約の第一として、通例政治問題とされるような問題でも、そこで憲法上の重大な権利が侵害されている事件では、裁判所は、政治問題の法理を用いずに介入し、政府の行為を否定する、と主張する。しかし、シャルプフがその実例として挙げた判例は、いずれも、既に前稿で確認したところによれば、もともと政治問題の法理の適用される分野の先例ではない。⁽⁶⁰⁾ しかも、同じく既に前稿において検討した判例が示すように、これまでに政治問題の先例とされてきた多

数の事例においても、明らかに、個人の生命、自由、財産のいずれかが争われていたのである。⁽⁶³⁾にもかかわらず、それらの場合に、裁判所は、政治問題の法理を援用して、それらの権利を保護してはいない。また、シャルプフは、その規範的制約の第二として、政治部門間に権限争議がある場合にも政治問題の法理の援用が控えられる、と主張する。確かに、シャルプフの例示に見るように、「条約の効力」に関して連邦の政治部門あるいは州政府と連邦政府の間に立場の相違があつてそれが法廷で争われている場合には政治問題の法理は適用されていない。⁽⁶⁴⁾また、「合衆国の領土の主張」に関して連邦と州の立場に対立がある場合にも政治問題の法理は適用されていない。⁽⁶⁵⁾更に、「立法手続の合憲性」の問題についても、州と連邦政府の見解が対立している場合に、政治問題の法理は援用されていない。⁽⁶⁶⁾しかし、「法律の形式的効力」の問題については、これは、既に前項で確認したように、「合憲解釈が不可能で、かつ、当該法律を無効にしたのでは社会生活上の大混乱が惹起される可能性の高い場合に限り、政治問題とされている。」のであるから、たまたまシャルプフの指摘した二件において連邦政府と州政府の見解に対立があつたからといつて、その事実が最高裁をして政治問題の法理の適用を回避させた原因だと即断することには危険があるのではなからうか。また、シャルプフが政治問題の法理の規範的制約の実例に加えている The Steel Seizure Case (1952)⁽⁶⁷⁾は、既に前稿で確認したように、政治部門相互の権限争議があるなしにかかわらず、もともと政治問題の法理の適用されていない「戦時権限」の領域での事件であつた。以上要するに、シャルプフの主張する「政治問題の法理の規範的制約」の第一には先例上の根拠がなく、その第二にも、それを一般論として主張するには、先例上の根拠が乏しいのではあるまいか。

なお、このシャルプフの論説は、それまでの学説が、全て、政治問題の法理に関する判例全体をうまく説明できるものではない、という前提を採っているが、⁽⁶⁸⁾その際、シャルプフによる他説の分析と分類が必ずしも正確ではないと思われる点があるが、いくつか見うけられる。例えば、古典理論として挙げられているウェストンの所説については、シャルプフは、それが

「政治部門への授權」によつて政治問題の法理を説明しようとしている側面のみを指摘し、同時にそれが裁判所の自制的配慮にも着目した議論である点については言及していない⁽⁶⁹⁾。また、英知（すなわち自制）理論の例として挙げられているフィンケルシュタインの所説については、シャルプフは、それが「判決執行の可能性」という要因で政治問題の法理を説明しようとしている側面のみを指摘し、同時にそれが「判決がもたらすであろう結果の広大さ」についても着目している点には言及していない⁽⁷⁰⁾。更に、認識理論の例として挙げられているフィールドの所説については、シャルプフは、それが「適用可能な法原則の欠如」のみで政治問題の法理を説明するものだと理解しているが、同時にフィールドが「政治部門のある種の権限の行使には憲法による制限をあまり厳格に適用したくない」という裁判所の自制をも強調している点は看過あるいは無視している⁽⁷¹⁾。

10 スターンシュタイン

スターンシュタイン (Alan B. Sternstein) は、一九七四年に、*The Justiciability of Confrontation: Executive Secrecy and Political Question Doctrine* という論文を発表した⁽⁷²⁾。これは、当時全米的な関心事となつていたウォーターゲイト・テイク事件における法的な争点のひとつであつた「行政機密の認定は政治問題か否か」という問題を解こうとする試みであつた。

スターンシュタインは、これまでの最高裁判例により呈示された政治問題の基準は不完全で役に立たないという認識から出発し⁽⁷³⁾、「個人的利益」(Individual Interests すなわち、個人あるいは社会の中の特定集団の利益)と「集団的利益」(Collective Interests すなわち、社会の中の不特定多数の人々が害される利益で、個人としての各人に影響しない利益)という分類を立て、後者が法廷で争われる場合に政治問題の法理が援用される、と考へた⁽⁷⁴⁾。

その理由は、スターンシュタインによれば司法過程の性質と能力からして、裁判所は個人的な利益の保護を担当するに適

しており、それこそが裁判所の主たる存在目的であるし、他方、政治部門は集团的利益に対する重い責任を負っているから、⁽⁷⁶⁾である。

もちろん、当事者適格の諸条件を充たして裁判所にやつてきた事件で、個人的利益と無関係なものはない。そこで、スタンシュタインによれば、裁判所が個人的利益と集团的利益の比較調節を行い、政治問題とは、個人的利益が集团的利益に譲るべき場合のラベルということになる。⁽⁷⁶⁾つまり、憲法条文が個人的利益と集团的利益のいずれかを優先することを定めている場合を除き、裁判所が利益の選択を行い、条文の引用は判断の口実に過ぎないことになる。⁽⁷⁷⁾

もちろん、スタンシュタインのこの区分も、絶対的なものとして主張されているわけではない。つまり、政治問題は政治機構の秩序維持のためにあるのだから、それがかえつて政治機構に混乱をもたらすことになつてはならない。従つて、政治部門自身が問題を解決できない場合には、例えそれが集团的利益に関する紛争であっても、裁判所は介入するべきである⁽⁷⁸⁾と、スタンシュタインは主張する。

そして、スタンシュタインによれば、政治問題の法理に関して特に困難な問題は、裁判所が紛争に介入するタイミングである。つまり、問題点は、真に裁判所の介入が必要か否か、であり。その代価が高過ぎはしないかである。つまり、政治的解決が可能な場合には、裁判所は、介入の可能性を保持しつつ、介入を引き延ばすことが好ましい。その際には、例えば、裁判所自身の管轄権 (jurisdiction) を狭く解するとか、事件を未成熟 (unripe) だとするなどの方法がある。そして、そういう方法が使えない場合に、はじめに、政治問題の法理が援用されることになる。⁽⁷⁹⁾すなわち、政治問題の法理は、裁判所が使用し得る判断回避のための選択肢のひとつにすぎない。スタンシュタインによれば、政治問題の法理は漠然としていてどうにでも使えるものだから、一旦政治問題にされたからといつて後に同種の問題に裁判所が介入できないわけではない。例として、⁽⁸⁰⁾ Colegrove 判決と Baker 判決の關係が指摘されてい

この「裁判所は本来個人的権利に関する紛争を処理するだけの機関だ」という前提から政治問題の法理を説明しようとする試みは、前稿で確認したようにこれまでも、Colegrove 事件におけるフランクファーター意見⁽⁸¹⁾と Foster 事件判決⁽⁸²⁾の中にも見られる。そして、スターンシュタインは、これまでの最高裁判例により呈示された政治問題の基準は不完全であるという認識に立つ⁽⁸³⁾ので、前稿で検討して確認した判例自身によつて政治問題の法理の根拠とされている多数の要因は当然無視して議論を進めている。その意味で、この学説は、政治問題の法理に関する合衆国最高裁判例の実態を正しく把握しているものとは言えない。しかし、反面、この法益分析説によつてこれまでの判例の結論を改めて説明し直してみると、ほとんど全ての判例について、矛盾のない説明が可能になる。例えば、Luther 事件においては、特定の個人の財産権や生命・自由よりも州政府の正統性の確保という集団的利益の問題が優先され、その問題が政治過程による処理に委ねられたわけである。しかし、同じ共和政体保障条項に関する事件でも、Collector 事件においては、連邦の租税政策という集団的利益よりも個人の財産権が優先され、その問題が裁判所によつて処理されたことになる。また、政治過程における公平な代表といういわば「政治過程におけるデュー・プロセスの確保」という集団的利益の問題でも、政治過程が当該問題を処理する能力を欠いていた Smiley 事件の場合には最高裁は介入している。更に、同じ議員定数配分と投票権の平等の問題に関して、最高裁が、Smiley 事件においては司法審査をして当該配分を違法と判決し、Wood 事件にあつては事件が存在だとして介入を控え、Colegrove 事件（におけるフランクファーター意見）では政治問題の法理を採用し、Baker 事件にあつては違憲判決を下した、という一連の事実を見ても、政治問題の法理という「道具」は、スターンシュタインの指摘するように、同様の問題に対して裁判所が用い得る複数の選択肢のひとつに過ぎない、と言えなくもない。

このように、スターンシュタインの見解は、アメリカ合衆国における政治問題の法理を検討するに際して、きわめて示唆に富むものである。ただし、果たして、スターンシュタインの言うように、これまで合衆国最高裁が政治問題に関する多数

の判例の中で述べてきた説明が全て口実にすぎないものでわれわれにとつて何の指針にもならないものかどうかについては、改めて、慎重な検討を要するであろう。

ところで、スターンシュタインは、その論説の中で、いくつかの先例に関する事実誤認をしている。例えば、Leser 判決が政治問題の法理で処理された事例であると、事実と正反対の指摘をしている。⁽⁸⁴⁾

11 ストラム

ストラム (Philippa Strum) は、一九七四年で、THE SUPREME COURT AND "POLITICAL QUESTIONS": A STUDY IN JUDICIAL EVASION⁽⁸⁵⁾ を公刊し、ユニークな議論を展開した。ストラムは、判例の中に示された「政治部門に対する憲法上の授權」という理由づけが単なる口実に過ぎない、と考えている。この点は前出のスターンシュタインと同様の認識である。その上で、ストラムは、一四一件の先例を取り巻く政治情勢を検討して、裁判所の判断回避の「動機」を追究することにより、一見相互に矛盾する一連の判例を統一的に説明しようと試みた。そして、ストラムは、政治問題を、政治過程つまり権力の獲得または制約を巡る闘争過程の問題として捕える。

ストラムによれば、政治問題の法理が導入されるのは、裁判所が以下の選択を迫られた場合である。すなわち、第一の選択は、理論上正当な判決であるとしても、それに対する政府の同意つまり判決実現の保障がまったく得られないと予測される場合である。そして、第二の選択は、その判決が政府の同意を得られる内容のものであるとしても、それがアメリカ民主主義の信条に明らかに反する内容のものである場合である。そのため、裁判所は、いずれを選択しても威信を失ない、民衆の信頼に應えることができなくなる。そして、司法部が憲法上の機関としての役割を果たせなくなることは明らかである。そのため、果てしのない権力闘争の悪循環が生じ、憲法体制は崩壊するかも知れない。⁽⁸⁶⁾

このような状況は、ストラムによれば、しばしば、当該問題に関する社会的合意が未だ存在していない場合に生ずる。そ

ここで、第三の選択がなされることになる。つまり、裁判所は、係争事件に自ら早急に決断を下す危険を避け、「さような問題の決定は憲法上政治部門によつてなされるべきものである。」という口実を付けて、事件を政治過程すなわち国民政治の場へ投げ返すのである。その際にほとんどいかなる解釈でも可能にする憲法条文の中に、裁判所は口実を求め⁽⁸⁷⁾。これが、ストラムが暴露した(とする)政治問題の実態である。

では、かように、政治問題の法理が、法的な分析に依拠しておらず、司法の慎重さに依拠した戦術的な議論であるとして、次の問題は、果たしてそれは合法的なものか、ということである。その点、ストラムは、政治問題の法理は正当化できる、とする。なぜならば、政治問題の法理は裁判所が不当な競争から退くことを許し、それによつて、さような権力闘争に不可避な害悪を除去することができるからである。すなわち、政治問題の法理は裁判所の機能を維持し、憲法体制を護るものだからである⁽⁸⁸⁾。

このストラムの著書は、豊富な資料によつて論証を進めているために、かなりの説得力を持つている。しかし、既に前稿で検討したように、それなりに説得力のある複数の理由を付して議論を展開している政治問題に関する判例の全てを「口実」と極め付けてしまうことには、いささか賛成しかねる。また、果たして、司法過程というものは、「判決実現の可能性」とその背後にある「社会的合意の成熟度」とそれを見極めながら行動している「最高裁の自己保存本能」という要因だけで説明し尽せるものなのか、という疑問も禁じ得ない。例えば、判決が、逆に、世論形成すなわち判決実現の可能性に関して果たす積極的な役割とか、判事の個人的な法哲学なども、司法過程を論ずる場合には無視できない要因ではなからうか。例えば、Brown v. Bd. of Educ. (1954)⁽⁸⁹⁾を挙げるまでもなく、アメリカ合衆国の歴史の中で最高裁が判決の実効性の限界を踏み越えた事例は少なくない⁽⁹⁰⁾。また、例えば、ニュー・ディール時代に見られたように、社会的合意の変化というよりむしろ、判事の交替の結果判例が変更された場合もある。

12 トライブ

トライブ (Laurence Tribe) は、最近出版した体系書 AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW⁽⁹⁷⁾ の 6-1 節で、政治問題に関する主要判例を分析した結果、次のような結論を導いた。

「かように、政治問題の法理は実在する。それは、憲法の中の特定の条文を、それが司法による解釈をまったく受け得ないものとして、画すものではない。それはむしろ、訴訟の当事者が裁判所に執行させようとしている当該憲法条文が『裁判所によつて』執行可能な権利の保障』であるということに許すものか否か、を裁判所が決定することを求めている。さような判断を行うためには、裁判所は、第一に、関連憲法条文を解釈し、憲法体系全体の中で当該条文が貢献する諸目的を確認しなければならぬ。この分析の段階で、裁判所は、憲法条文が明文上ある権限を政治部門に委任しているという事実が特に重要なものであることを知る。すなわち、もしも、憲法条文がさような権限を政治部門に授権している場合、裁判所は、政治部門の判断と裁判所の判断が対立する可能性について考えを巡らさねばならないし、更に、現実に政治部門と司法部門の双方がひとつの問題について救済を与えねばならない必要があるのかについても、考察しなければならない。しかし、つまるところ、裁判所は、条文と同様に、司法権の能力についても考察することになる。かように政治問題の法理は、*judicial ability* に関する他の法理と同様に、本質的には、憲法解釈と司法部の自由裁量の混合したものである。そして、この自由裁量は、裁判所自身が自らの権限の限界を画そうとするこの問題の本質からして、不可避なものである。⁽⁹⁸⁾」

既に前稿において明らかになつたように、政治問題に関する合衆国最高裁判例は、政治問題の法理の根拠を、大きく分けて、「裁判所自身の能力の限界」と「裁判所が当該事件に介入した場合にもたらされるであろう結果に対する配慮」のふたつに求めている。そして、その際に裁判所が行う思考過程は条文の「解釈」であり、更に同時に、その際に裁判所の「自由裁量」的な配慮が加味されていることも明らかであつた。そのような意味で、このトライブの見解は、アメリカ合衆国最高

裁判例法としての政治問題の法理の実態を正確に把握したものと評価できるであろう。

III 否 定 説

かように、アメリカ憲法学において政治問題の法理の存在を肯定する諸説は、いささか混乱した状況にある。これに対して、近年、ふたりの学者によつて、それぞれ、政治問題の法理の否定説が展開された。

1 タイガー

タイガー (Michael E. Tigar) は、一九七〇年に『*Judicial Power, The "Political Question Doctrine," and Foreign Relations*』と題する論文⁽⁹³⁾を発表して、政治問題の法理などというものはそもそも存在しない、と主張した。この論文は、当時大きな政争に発展していたヴェトナム戦争の合憲性の問題を「政治問題」にはさせない、という問題意識下に書かれたものである。⁽⁹⁴⁾

タイガーによれば、歴史的に見て、これまで「誤解」されて政治問題の法理と呼ばれてきたものは、憲法上に政治問題の法理とは別の根拠のある複数の法理の集積にすぎない。

まず、タイガーは、先例を以下の五類型に分けた。(1)司法部とは対等な政治部門が発した対世的な命令を評価する事例 (例えば、領土の主張と外国人の追放) (2)口頭証拠に関する法則が適用された事例 (例えば、外国の外交官たる地位の承認、法律の形式的効力) (3)政治部門が発した個人に向けた命令に関する事例 (例えば、弾劾、議員の資格審査、軍法会議) (4)「共和政体」の事例 (5)大統領の免責。⁽⁹⁵⁾

そして、タイガーによれば、(1)と(3)は「憲法が政治部門にその権限を授權している。」という以上のものでも以下のものでもない。⁽⁹⁶⁾ また、(2)は、タイガーによれば、「公の機関が発行した証明は、一般に、単なる口頭証拠によつては否定され得

ない。」という証拠法則を適用しているにすぎない。⁽⁹⁷⁾ また、タイガーは、(4)については、「共和政体」の特質の多くは憲法の人権規定により守られておりそれを根拠にして裁判所の判断を求めることができる、⁽⁹⁸⁾と云う。更に、(5)については、タイガーによれば、大統領はいかなる訴訟手続からも免じられているわけではないし、ひとがどうしても大統領の行為に対して出訴したい場合には当該問題を担当している大統領の「部下」を訴えることができる。⁽⁹⁹⁾

このタイガーの見解は、まず、検討している判例も少数で、しかも重要な判例を落しており、その公平性に不安がある。また全体として、当為論的色彩が強く、批判に耐えるものでもない。まず、政治問題の先例の多くを、タイガーは、「授権」の問題として片付けようとしている。しかし、合衆国憲法の条文を見れば明らかのように、憲法上の連邦権限は全て、連邦政府のいずれかの部門に授権されているのである。そして、政治問題の法理というものは、それらの授権された権限の中のごく一部のものだけが司法審査に服さないという問題であつたはずである。にもかかわらず、タイガーは、それらの中のごく一部のものだけが、何故司法審査に服さない問題になるのか、という理由を明らかにしてはいない。⁽¹⁰⁰⁾ また、既に前稿で確認したように、判例は、政治問題の法理を採用する際に、「授権」の他にもさまざまな理由を挙げて自己正当化を行つてきている。しかし、タイガーは、それらの事実をまつたく無視して立論している。これは公平な態度とは言えないであろう。また、(4)について言うならば、タイガーは、共和政体保障条項に関する訴訟は政治問題の法理によつて妨げられるが、それと実質的に同じ内容の訴は人権保障条項を根拠に提起できるからそちらで出訴すれば良い、という「戦術」の提案を行つているわけであるが、これは、共和政体保障条項の問題を政治問題としてきたこれまでの判例の態度が誤であつたという立論にはなつていない。同様に、(5)についても、タイガーの主張は、大統領の免責によつて政治問題を根拠づける主張に対する反論にはなつておらず、それは、単に、大統領を訴え得ない場合にはその部下を訴えれば良い、という代替的戦術を提案しているにすぎない。もつとも、大統領の免責を根拠として政治問題の法理が適用された先例は、合衆国最高裁判例の中にはなかつたは

ずである。

2 <ヘンキン>

<ヘンキン (Louis Henkin) は、一九七六年に「Is There a "Political Question" Doctrine?」と題する論文⁽¹⁰²⁾を發表し、政治問題の法理否定説を展開した。これも、タイガーの論文と同様に、ヴェトナム戦争の合憲性の問題は司法審査に服すべきだという主張のために書かれたものであつた。

ヘンキンは、タイガーと同じく、政治問題の法理などというものは不必要である、という問題提起から出發する。つまり、ヘンキンも、政治問題の先例とされている判例は全て政治問題という術語を用いず説明できるはずだ、と考えた。そして、ヘンキンは、共和条項、外交問題、憲法修正、選挙区再区分の順に先例を概観し、以下の結論を導いた。

つまり、ヘンキンによれば、一般に政治問題の法理と誤解されているものの実体は、以下の五類型に分けて説明することができる。(1)裁判所は、政治部門がその憲法上の権限の範囲「内」で行つた決定を受け容れる義務がある。(2)裁判所は、憲法が何ら制限を設けていない政治部門の権限に制約を課することはできない。(3)憲法上の政治部門に対する制限は、必ずしも、全てが、私人がそれに対して出訴する権利を含まない。(4)裁判所は、自由裁量権を行使して、want of equity という理由で、訴求された救済を拒否することができる。(5)理論上は self-monitoring で司法判断に馴染まないと解され得る憲法条文がある。今のところ共和政体保障条項のみが判例によつてそのように取扱われているが、これも、決して不可避な解釈ではない。

このヘンキンの所説も、まず、検討している判例が少なく、重要な判例を落しており、しかも、Luther 判決や Gilligan 判決といった基本的な判例に関する事実誤認もあり、その公平性に関する疑問を禁じ得ない。また、全体として當為論的色彩が濃厚であり、反論も容易である。例えば、(1)について言えば、既に前稿で確認したように、判例を「素直に」読む限り、

そこで展開されている政治問題の法理は、「当該行為が憲法上授権された権限内で行われたか否かが問われている場合に裁判所はその審査をしない。」という法理であり、「審査をした結果権限踰越がなかつた。」というものではない。また、(2)について言えば、憲法上の授権条項自体の中にその制限らしいものが、仮に、何ら発見され得ないとしても、当該条項に基づく政府の行為が国民の権利を制約して人権条項に触れる場合は多々あり、現に、既に前稿で確認したように、政治問題の判例も、多くはこの種の事件に関するものであつた。⁽¹⁹⁾そして、残る(3)(4)(5)だけでは、これまでの先例の全ては、とうてい説明し尽くせるものではない。

IV 結 び

以上の考察(つまり前稿および本稿)により、アメリカ合衆国における政治問題の法理に関する判例と学説の状況は、一応、明らかにすることができたであろう。

すなわち、合衆国最高裁の判例法として、政治問題は確かに存在する。そして、それに対して、学説による判例の理解は必ずしも統一したものではない。しかし、判例を公平に検討した学説の多くは、最高裁が政治問題の法理に訴える契機として、以下の二類型に大別できる諸要因を指摘し得ている。第一が、最高裁自身が当該問題を判断する「能力」がないと感ずるところであり、第二が、最高裁が当該問題に介入した場合にもたらされるであろう「結果」に対する最高裁自身による配慮である。それに対して、政治問題の法理の存在を否定する数少ない学説は、肯定説を克服し得てはいない。

そして、次なる問題は、このようにして存在することの確認された政治問題の法理の「正当性」の問題である。つまり、確かに、合衆国の最高裁判例および学説上、政治問題の法理は存在しているとしても、それは果たして「正当」な存在なのであるか、という問題である。この点については、稿を改めて検討したい。

(1) ウェクスラーは、政治問題の法理の本質は裁判所が「政治部門の排他的な権限を確認」したものにすぎず、それはいわば司法部による「法発見」にすぎないとするところがあるべきである。ところが立場をいさ。(Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law* 73 Harv. L. Rev. 1 (1959)) それに対して、ビッケルは、政治問題の法理の本質は裁判所が「司法部本来の権限を自制」したものにあり、それはいわば司法部による「法創権」の一例だ。ところが立場をいさ。(A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962)) 二つの立場の、司法審査権のありべき姿に関するそれぞれの見解が前提にある。

(2) 例えば、シャルプフは、政治問題に関する学説を、厳格説 (classical theory: 政治問題は、司法の自由裁量的自制の所産ではなく、あくまでも憲法解釈の所産である) とみる立場。例えば、ウヘストンとウェクスラーは、英知説 (prudential theory: 政治問題は、憲法解釈の所産ではなく、司法の自製の所産である) とみる立場。機能説 (functional theory: 政治問題は裁判所の機能的限界の所産である) とみる立場。例えば、シャルプフ) の三類型に分け、更に、英知説諸説を、日和見主義 (opportunistic theory: 政治問題は世論の神経に触れる問題の決定を回避しようとする、裁判所の自己防衛本能の所産である) とみる立場。例えば、フーネルト、規範説 (normative theory: 当該争点を解決する法的基準が発見できないことが政治問題を生むとみる立場。例えば、フーネルト)、認識説 (cognitive theory: 政治部門が有するある種の権限には法的な制約を加えないほうが良い) とする理由から正当化したところの立場。例えば、シヤンフ) の三類型に分けていさ。(Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 Yale L. J. 517, 538-83 (1966))

(3) Finkelstein, *Judicial Self-Limitation*, 37 Harv. L. Rev. 338 (1924).

- (4) *Id.* at 343.
- (5) *Id.* at 344-45.
- (6) *Id.* at 362.
- (7) *Id.* at 364.
- (8) *Id.* at 361-62.
- (9) Field, *The Doctrine of Political Questions in Federal Courts*, 8 Minn. L. Rev. 485 (1925).
- (10) *Id.* at 513.
- (11) *Id.* at 486-510.
- (12) *Id.* at 510-11.
- (13) *Id.* at 511.
- (14) *Id.* at 511-12.
- (15) *Id.* at 513.

アメリカ合衆国における「政治問題」の法理に関する学説の検討

(16) この点は続稿で政治問題の法理の「正当性」の問題を検討する際に詳述するが、ここでは、以下に、最高裁による「法創造」つまり「政策選択」の典型的な例をいくつか例示するにとどめよう。例として、*Aphelker v. Secretary of State*, 378 U. S. 500 (1964) (修正第一条を根拠に、「海外旅行の権利」を保障した。)* *Griswold v. Conn.*, 381 U. S. 479 (1965) (修正第九条を根拠に、「プライバシー」の権利を確立して、「避妊の自由」を保障した。)* *United Mine Workers v. Ill. State Bar Ass'n*, 389 U. S. 217 (修正第一条を根拠に、「結社の自由」が優越的人権であるのを確認した。)* *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) (修正第一四条と第九条を根拠に、「プライバシー」の権利の一環として、「墮胎の権利」を保障した。)* など。

(17) *Weston, Political Questions*, 38 Harv. L. Rev. 296 (1925).

(18) *Id.* at 298.

(19) *Id.* at 331.

(20) *Id.* at 327-28.

(21) *Id.* at 328.

(22) *Id.* at 332.

(23) *Ibid.*

(24) *Id.* at 333.

(25) C. POST, THE SUPREME COURT AND POLITICAL QUESTIONS (1936).

(26) *Id.* at 11-14, and 124.

(27) *Id.* at 124-26.

(28) *Id.* at 129-30.

(29) Frank, *Political Questions*, in SUPREME COURT AND SUPREME LAW (E. CAHN ed. 1954).

(30) *Id.* at 38.

(31) *Id.* at 38-39.

(32) *Id.* at 39.

(33) *Id.* at 39-40.

(34) *Id.* at 40-43.

(35) 前稿九二一九七頁を参照されたい。

(36) 前稿八三一一八七頁を参照されたい。

- (37) Dillon v. Gloss, 256 U. S. 368 (1921).
- (38) 前掲九四—九五頁を参照せよ。
- (39) Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, Harv. L. Rev. 1 (1959).
- (40) L. HAND, THE BILL OF RIGHTS, THE OLIVER WENDELL HOMES LECTURE (1958).
- (41) *Id.* at 15-16.
- (42) Wechsler, *supra* note 39, at 3-9.
- (43) *Id.* at 9.
- (44) H. HART & H. WECHSLER, THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM 233 (2d ed. 1973).
- (45) Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term—Forward: The Passive Virtues*, 75 Harv. L. Rev. 40 (1961).
- (46) A. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (1962).
- (47) Bickel, *supra* note 45, at 46.
- (48) Bickel, *supra* note 46, at 184.
- (49) Jaffe, *Standing To Secure Review: Public Actions*, 74 Harv. L. Rev. 1285 (1961). 日本語訳は「L. JAFFE, JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION (1965) § 4-1 Chapt. 12」に収められている。
- (50) *Id.* at . 91.
- (51) *Id.* at 492, and 493.
- (52) *Id.* at 494.
- (53) Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 Yale L. J. 517 (1966).
- (54) *Id.* at 567-71.
- (55) *Id.* at 573-77.
- (56) Miss. v. Johnson, 71 U. S. (4 Wall.) 475 (1867). 南北戦争の直後に、ミシシッピ州が、ジョンソン大統領と同州を管轄する軍管区司令官を相手とし、再建法 (The Reconstruction Act of 1867) の執行を差し止めた事件である。争点は、大統領が法律を執行することを司法部は差し止めることができるか、と争われておいた。そして、最高裁は同州の主張を斥けた。理由は以下の二点であった。(1) 司法部は、大統領に対して法律の執行を差し止める命令を発しても、その命令を執行する権限を有していない。(2) 仮に、大統領が、司法部の命令に従って、法律を執行しなかつた場合に、大統領は連邦議会による弾劾の危険にさらされるが、司法部はそれをやめさせることができない。

ことであるか否か」である。従つて、この事件は、政治問題の法理に関するものではない。

(75) Scharpf, *supra* note 53, at 578-82.

(85) シャルプフは、重大な人権が侵害されてゐるために政治問題の法理の適用が控えられた例として、以下の判例を挙げている。(Id. at 584.)
 Aphaeker v. Secretary of State, 378 U. S. 500(1964) (共産党員の海外旅行を禁ずる法律を、結社の自由を根拠に、無効とした。); Duncan v. Kahanamoku, 327 U. S. 304 (1946) (真珠湾攻撃後のハワイに敷かれた軍政を、市民の公正な裁判を受ける権利を根拠に、無効とした。); U. S. v. L. Cohen Grocery Co., 255 U. S. 81 (1921) (戦時権限に基づく物価統制立法を、修正第五条および第六条に保障された刑事被告人および被疑者の権利を根拠に否定した。); Ex parte Milligan, 711 U. S. (4Wall) 2 (1866) (民間人を、軍法会議で裁くことと、陪審による裁判を受ける権利を根拠に、無効とした。); Mitchell v. Harmony, 54 U. S. (13 How.) 115 (1851) (キニン戦争中の合衆国軍の司令官が行つた合衆国民の財産の接収に対して、損害賠償を認めない。); McElroy v. U. S. ex rel. Guagliardo, 361 U. S. 281(1960) (軍人の家族を軍法会議の管轄外とした。); Kinsella v. U. S. ex rel. Singleton, 361 U. S. 234 (1960) (同上); Reid v. Covert, 354 U. S. 1 (1957) (同上) 更に、シャルプフは、そのいわゆる政治問題の法理の規範的制約の例証のひとつとして、最高裁が、人権擁護の立場から、選挙区分と投票価値の平等の問題に政治問題の法理を適用することをやめたのだと指摘した。(Scharpf, *supra* note 53 at 584.) しかし、いずれも、既に前稿で確認したところによれば、もともと政治問題の法理の適用される分野の先例ではない。(前稿八七一九頁および一〇四一〇七頁を参照された。)

(69) シャルプフは、事件が連邦の政治部門相互間あるが、連邦政府と州政府との間での権限争議になつてゐたために政治問題の法理の適用が控えられた例として、以下の判例を挙げている。(Id. at 585.) U. S. v. Belmont, 301 U. S. 324 (1937) (連邦政府が外国と結んだ行政協定は条約と同等の効力を有しており州法より優る。); Mo. v. Holland, 252 U. S. 416 (1920) (条約を履行するため制定された渡り鳥を保護する法律が合衆国憲法修正第一〇条により留保された州権を侵害するものではない。); Ware v. Hylton, 3 U. S. (Dall.) 199(1796) (英米間の平和条約が英国人の財産を没収する州法を無効にする。); U. S. v. Guy W. Capps, Inc., 348 U. S. 296 (1955) (通商条項の下で連邦議会が国際通商を規制する排他的権限を有するとして、国際通商に関する行政協定が無効なものとされた。); Altman & Co. v. U. S., 224 U. S. 583 (1912) (Congressional-Executive agreements は、条約と同等の効力を有し州法より優る。); The Steel Seizure Case, 343 U. S. 579 (1952) (法律による授權も得られずに大統領が戦時権限の名の下に製鉄工場を接収する権限はない。); The Pocket Veto Case, 279 U. S. 656(1929) (ある法案が大統領の拒否権發動を受けそのので議会がその法案の差し戻しを受け付けなうようにするために閉会してしまつた場合にも、大統領は単に承認の署名をしないことによつて当該法案を拒否するものとされた。); Mo. Pacific Railway v. Kan., 248 U. S. 276 (1919) (大統領が拒否した法案を議会が再議決する際に必要な各院の三分の二の多数とない出席者の三分の二の majority とされた。); Goetroy v. Riggs, 133 U. S. 258 (1890) (連邦政府は州の同意を得ず、当該州の領土を外国へ割譲できなかった。)

(68) Scharpf, *supra* note 53, at 583-85.

- (19) *Id.* at 583.
- (20) 前注(28)を参照せられたる。
- (21) 例えは *Luther v. Borden* (1849) とはらうは財産権と生命・身体の自由が争われたらどやうに *Foster v. Neilson* (1820) と *Williams v. Suffolk Ins. Co.* (1839) とはらうは財産権が争われたらどやうに。また *U. S. v. Palmer* (1818) と *Gilligan v. Morgan* (1973) と *Ky. v. Dennison* (1861) とはらうは生命と自由が争われたらどやうに。
- (22) 前注(26)を参照せられたる。
- (23) 前注(28)を参照せられたる。
- (24) 前注(28)を参照せられたる。
- (25) 前注(28)を参照せられたる。
- (26) *Scharpf, supra note 53*, at 566.
- (27) *Id.* at 548.
- (28) *Ibid.*
- (29) *Id.* at 555.
- (30) *Sternstein, The Justiciability of Confrontation: Executive Secrecy and the Political Question Doctrine*, 16 *Ariz. L. Rev.* 140 (1974).
- (31) *Id.* at 141-47.
- (32) *Id.* at 141, 147, and 152-54.
- (33) *Id.* at 152, and 154.
- (34) *Id.* at 153-54.
- (35) *Id.* at 154.
- (36) *Id.* at 157.
- (37) *Id.* at 158-60.
- (38) *Id.* at 160 n 92.
- (39) 328 *U. S.* 549, 552.
- (40) 27 *U. S.* (2 *Pet.*) 253, 307.
- (41) *Sternstein, supra note 72*, at 141-47.

- (48) *Id.* at 163. 他に、スターンシュタインが、Luther 判決が「共和政体とは何を意味するかという点に關する基準を決める能力が裁判所にはない」と述べたことについて言及する。(*Id.* at 145.) しかし、これは、既述前稿(八三一—八五頁)で確認したとおり、事実上反する。
- (49) P. STRUM, *THE SUPREME COURT AND "POLITICAL QUESTIONS": A Study in Judicial Evasion* (1974).
- (50) *Id.* at 5, and 140—41.
- (51) *Id.* at 5.
- (52) *Id.* at 142—44.
- (53) *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U. S. 483 (1954).
- (54) *Brown* 判決の他にも、仮に判決を下したところでもそれが当事者(および国民全般)に及ぼす履行(あるいは服従)される可能性が乏しいにもかかわらず、合衆国最高裁が判決を下した先例は多々ある。例を挙げれば以下のものがあつた。McCulloch v. Md., 17 U. S. (4 wheat), 316 (1819) (最高裁は、連邦銀行の設立を、連邦議会の権限内の行為であると見做した。しかし、当時、この合衆国銀行は各州に支店を設けており、評判が悪かった。); Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U. S. 429 (1895) (最高裁は、連邦所得税を違憲とした。); Worcester v. Ga., 31 U. S. (6 Pet.) 515 (1832) (米インディアンとの間の土地争いに関する、最高裁がインディアンの立場を支持した。); Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U. S. 20 (1922); Hammer v. Dagenhart, 247 U. S. 251 (1918) (連邦政府の強制的な労働期間を定めた法律が早期労働者を雇はせようとするかかたむち、最高裁は、少年労働を規制した法律を違憲とした。); Ashton v. Cameron County Dist. No. 1, 298 U. S. 513 (1936); Carter v. Carter Coal Co., 298 U. S. 238 (1936); Rickert Rice Mills, Inc. v. Fontenot, 297 U. S. 110 (1936); U. S. v. Butler, 297 U. S. 1 (1936); Hopkins Federal Savings & Loan Ass'n v. Cleary, 296 U. S. 315 (1935); Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford, 296 U. S. 555 (1935); Schechter Poultry Co. v. U. S., 295 U. S. 495 (1935); Railroad Retirement Bd. v. Alton R. R., 295 U. S. 330 (1935); Panama Ref. Co. v. Ryan, 293 U. S. 388 (1935) (ニュー・ヨーク政策を最高裁が司法レビューで違憲とした事例)。
- (55) L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (1978).
- (56) *Id.* at 79.
- (57) Tigar, *Judicial Power, The "Political Question Doctrine", and Foreign Relations*, 17 UCLA L. Rev. 47 (1970).
- (58) *Id.* at 1135.
- (59) *Id.* at 1155—63.
- (60) *Id.* at 1156, and 1159.
- (61) *Id.* at 1158.
- (62) *Id.* at 1160, and 1162.

(95) *Id.* at 1162-63.

(96) タイカーが検討している政治問題関連判決は、*Luther, Colegrove, Baker, Field, Foster, Williams, Baiz, and Powell* に過ぎず、例えは、*Collector, Taylor, Pacific, Hollingsworth, Coleman, Gardner, Field, Doe, Peru, Mexico, Chicago, and Martin* といった重要な判例を、タイカーは落している。

(10) 例えは、外交問題を処理する権限が政治部門に与えられているからこうして、その事実が、私人間の紛争に関して司法部に国際問題の法的側面に関する決定を行わせない……とする根拠は、憲法条文の中にはない。事実、合衆国司法部はしばしば国際法を事件に適用しているし、最高裁も、合衆国司法部が国際法を適用できるというのを認めている。(The *Paquete Habana*, 175 U. S. 677 (1900)) しかし、それによって、合衆国最高裁は外交問題のうちの一つしかを選んじ、判断を控える。(See, *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186, 217 (1962); *Johnson & McAfee, A Dialogue on the Political Question Doctrine*, 1978 *U. L. Rev.* 523, 526) この使分けの理由は、なぜか問題なものである。

(97) *Henkin, Is There a "Political Question" Doctrine?*, 85 *Yale L. J.* 597 (1976).

(98) *Id.* at 624.

(99) *Id.* at 597.

(100) *Id.* at 598-99.

(101) *Id.* at 622.

(10) ケンキンが検討している政治問題関連判決は *Luther, Pacific, Colegrove, Baker, Coleman, Williams, Jones, Harrisstades, Chicago, and Gilligan* に過ぎず、他の、例えは、*Collector, Taylor, Smiley, Hollingsworth, Field, Doe, Palmer, Peru, Martin* といった重要な判例を、ケンキンは落している。

(98) ケンキンが先例に関して事実を誤認している例としては、以下のものがある。例えは、*Luther* 判決に関して、ケンキンは、「トニー長官が挙げた13の理由(前稿八四頁を参照された)。」のうち、「共和政体保障条項は連邦議会が当該州選出の議員を受け容れる際に当該州政府の正統性と共和性を認定する権限になり、この問題に関する議会の決定は司法審査を受けない。」共和条項は、州内の反乱に対して適切な処置をとる権限を連邦議会に与え、「連邦議会はそれを法律で大統領に授権した。そして、本件においては大統領は勅許政府を正統と認めている。」また、州の裁判所は、既に、勅許政府を正統と認めており、「連邦裁判所は州法の問題については州の裁判所の決定に従うべきである。」という4点のみを摘出して、そこから、*Luther* 判決において最高裁が行ったことは「政治部門の行為を審査して、それがいかなる制限や禁止にも触れていないと認定しているのだ」と評価している。(Henkin, *supra* note 102, at 607-8) しかし、既に前稿で確認したように、*Luther* 事件の第一の争点に関して合衆国最高裁がしたことは、司法審査がもたらすであろう結果に対する配慮等を理由として、この種の問題には司法審査権がそもそも及ばない、と決定したことであった。(48 *U. S.* (7 *How*) 1, 38-45) また、ケンキンは、*Gilligan* 判決によつて最高裁が政治問題の法理を否定する方向へ動き始めたようだ、と指摘して

アメリカ合衆国における「政治問題」の法理に関する学説の検討

アメリカ合衆国における「政治問題」の法理に関する学説の検討

三六〇 (二〇〇六)

ごまが (Henkin, *supra note* 102, at 619) 'ごまが' 既に前稿で確認したように、事実を反する。(前稿一〇七八頁を参照されたい。)

(109) 前注(63)を参照されたい。