

アメリカにおける司法の位置づけ

——最近の刑務所訴訟最高裁判決を手がかりに——

大 沢 秀 介

- 一 はじめに
- 二 公共訴訟をめぐる動き
- 三 刑務所訴訟の経緯
- 四 ジョンソン対カリフォルニア事件判決
- 五 連邦地方裁判所の地位・役割と公共訴訟
- 六 公共訴訟の新たな展開
- 七 結びに代えて

一 はじめに

現在我が国では憲法改正論議がマスメディア、政党を中心に盛んに行われているが、その一つとして憲法裁判所を新設すべきであるという議論が見られる。⁽¹⁾このような憲法裁判所設置論が唱えられた背景には、現在のアメ

リカ型の違憲審査制が十分に機能していないという認識と批判が存在する。⁽²⁾

アメリカにおける司法の位置づけについては、違憲審査権との関係でこれまでかずかずの議論がなされてきた。ただ、その中心的課題として、これまで絶えず意識されてきたことの一つは、その選任が選挙によらないという意味での非民主的機関である裁判所が、国民の代表機関である議会の制定した法律を違憲と判断することの正当性の有無ということであった。⁽³⁾

この点に対する憲法学的対応として、アメリカでもまた日本でも、憲法上の権利を判断する法原理機関として裁判所を位置づける試みがなされてきた。このような司法を法原理機関と位置づける議論を提起するきっかけとなったものとして、アメリカにおける公共訴訟の議論を挙げることができる。もともと、公共訴訟とは、「法の支配を現代の福祉国家の制度に適用しようとする」ものであり、従来の伝統的な「相対立する当事者が特定の救済を含意する個別の過去の違法行為の主張に焦点を当てる訴訟形態」とは異なる、不定形でまとまりのない当事者構造、大規模な組織・制度の運営に関係する主張、制度の再構成および監視を求めるといった特徴を有する訴訟形態を示すものである。⁽⁴⁾したがって、公共訴訟が注目され取り上げられた理由は、我が国においてもまたアメリカにおいても、いわばあるべき司法から見ての反面教師という意味合いをもつものであった。

実際、公共訴訟の議論に対しては、アメリカでは、裁判所が大規模な制度改革を効果的に監督するために必要な情報を有するのか、公共訴訟における裁判所の活動は、従来の司法の役割や権力分立制に照らして正当性を有するのか、などの疑問や批判が示されてきた。したがって、公共訴訟は、我が国においても司法権の観念との関係で注目されたが、そこでは、従来の司法権の観念から見て、政策形成および遂行の役割を担うものである点ではみ出るものであるとするか、司法の歴史的品格を重視するべきであるが、現代的司法像を考慮したとしても、その司法の権力性は容認しえないという評価が与えられることになった。⁽⁵⁾

ただ、いま述べたような我が国の議論は、司法権の観念と立法権および行政権との関係を水平的な観点からみて、相互に位置づけようとしたものということができる。従って、これらの議論においては、公共訴訟が主として連邦の下級審で見られたことについて、それほど注意が払われてこなかったように思われる。しかし、最近是我が国においても、アメリカにおける連邦の事実審の役割を重視しようとする傾向が見られるようになりつつある。⁽⁸⁾それは、これまでの我が国におけるアメリカの裁判所についての研究に対する一つの大きな変化を示すものといえることができる。さらに、このようなアメリカの連邦事実審の研究が興味深いと思われるのは、アメリカとヨーロッパにおける職業専門家集団としての司法の位置づけの相違を反映していると考えられるからである。仮にそのような司法の位置づけの相違を反映しているとすれば、公共訴訟に対する異なる見方も生じるように思われる。

その点に関して、最近のアメリカで、公共訴訟を民主主義的説明責任に関する重要な役割を果たしかつ有望な道具となりつつあると再評価する傾向が見られる。⁽⁹⁾そこで、本稿では、アメリカにおける司法の位置づけや司法のとらえ方について、最近も継続してみられる公共訴訟に属すると考えられる刑務所訴訟に関する最新のアメリカ連邦最高裁の判決を素材に、アメリカにおける司法の位置づけについて改めて考えてみることにしたい。

以下、まず公共訴訟の概要を説明した後で、刑務所訴訟に対する最新のアメリカ合衆国最高裁判所（以下、連邦最高裁という）の判決についてやや詳細に紹介し、そこで述べられた法廷意見とこれまでの連邦最高裁の見解との相違について触れ、さらに、そのような連邦最高裁の判例が持つ意味について、公共訴訟およびアメリカにおける司法の位置づけとの関係で見えてみることにしたい。

二 公共訴訟をめぐる動き

公共訴訟は、その原型を一九五四年、一九五五年の公立学校における人種別学制度の合憲性が争われた、ブラウン対教育委員会事件最高裁判決⁽¹⁰⁾に求めることができる。この判決を契機に、その具体的な救済を委ねられた連邦下級裁判所、具体的には連邦地方裁判所（以下、連邦地裁という）が、人権侵害を引き起こす制度の改革と運営に主体的に関わることになった。⁽¹¹⁾

このような公共訴訟の特徴は、憲法上の権利侵害の有無について判断した後、裁判所の有するエクイティ上の権限を拡張的に行使して、制度内の違憲状況を改善するための積極的な内容を含む救済を原告に認めるという点にある。そして、その救済については、具体的にはこれまでの一般的な差止命令とは異なり、積極的な作為を命じる構造的差止命令 (structural injunction) や同意判決という形をとることがよく見られた。

このような公共訴訟は、当初の公立学校における人種別学訴訟から、刑務所、精神病院、精神遅滞者施設、警察などをその対象とするようになり、一九七〇年代から八〇年代にかけて多く出現した。その結果、連邦地裁が、州や地方自治体の刑務所、精神病院、警察などの制度における人権侵害事件に対する管轄権を保持したまま、制度の改革、運営に主体的に関わるということが見られるようになった。

しかし、このような連邦地裁の公共訴訟において示した積極的な役割に対しては、州に対する過度の介入であるという指摘や権力分立原則に反するなどの強い批判が加えられ、連邦議会は、一九八〇年に被収監者の市民権法 (Civil Rights of Institutionalized Persons Act) を制定した。この法律は、施設における人権侵害を争う場合には、まず連邦裁判所に提訴する前に、州の行政手続を尽くすように求めることによって、公共訴訟の数を減少させようとするねらいをもつものであった。⁽¹²⁾ もっとも、その成果は予想されていたほどではなかった。それは、在

監者数が一九八〇年以後急増したため、それとともに訴訟数が増大したからである。⁽¹³⁾

三 刑務所訴訟の経緯

(一) 刑務所訴訟と連邦最高裁の抑制傾向

ところで、公共訴訟の中で、もつとも問題視されたのは、刑務所訴訟である。刑務所訴訟とは、刑務所等に収容されている在監者によって提訴された市民的権利に関する事件である。この刑務所訴訟の中でも公共訴訟とみられる訴訟は、一九六九年のアーカンソー州刑務所として一九七二年のテキサス州刑務所に関する事件を皮切りにして多く見られるようになったが、刑務所訴訟における裁判所の積極的な活動に疑問が呈されたのは、次のような事情が見られたからである。すなわち、一般に公共訴訟に属するとされる公立学校における人種別学訴訟や精神病院における制度に起因する人権侵害事件では、提訴した児童・生徒や患者などを裁判所による特別な保護を必要とするマイノリティと解する余地があり、その結果、積極的な裁判所の関与が肯定される可能性があった。これに対して、刑務所における囚人にそのような保護を与える理由があるかという点に関して、否定的な見解が一般に強く見られたからである。⁽¹⁴⁾

ただし、連邦最高裁は、これまで刑務所訴訟に対しても積極的な関与を示したことがあった。例えば一九六四年のクーパー対ベイト事件 (Cooper v. Pate)⁽¹⁵⁾ で、連邦最高裁は、収容状況が合衆国憲法および連邦法に違反することを理由とした合衆国法典四二卷一九八三条に基づく訴訟を、囚人が提起することを認めた。さらに、ミランダ対アリゾナ事件 (Miranda v. Arizona)⁽¹⁶⁾ で、連邦最高裁は、刑事手続における被疑者や被告人の権利を大きく認める刑事手続革命を引き起こしたことを遠景に、一九七七年のバウンズ対スミス事件 (Bounds v. Smith) では、囚人は裁判所へのアクセス権を有しており、その権利は適切で効果的かつ意味あるものでなければならな

いと判示した。⁽¹⁷⁾

もつとも、このような刑務所訴訟に対する連邦最高裁の好意的な立場も、合衆国憲法修正八条による場合を除き、⁽¹⁸⁾ 裁判官の大幅な入れ替えて保守化の進んだ連邦最高裁によって、徐々に変更されることになった。そして、社会的にも犯罪者や受刑者に対する見方が厳しくなる中で、徐々にこれまでと異なる消極的な姿勢を示していた連邦最高裁は、ターナー対セーフリー事件 (Turner v. Sailey) 判決で、⁽¹⁹⁾ 在監者の表現の自由に対する制約の合憲性の判断に際して、緩やかな違憲審査基準である合理性の基準をとることを明らかにしたのである。

もつとも、そのことによって、刑務所訴訟の件数が減少したわけではなかった。具体的には、一九八〇年に州刑務所などの在監者による連邦裁判所への提訴数は、一二、九三五件であったが、在監者数の増大を背景に、一九九五年には四〇、五六九件に増加した。⁽²⁰⁾ そのような中で、一九九六年には、全米の三四州と首都ワシントンの刑務所が同意判決の下で運営されるという事態を生ずるに至っていた。⁽²¹⁾ そして、ここでは、連邦裁判所が刑務所運営のための詳細な規則を制定し、それに基づき裁判所が刑務所の維持・管理の詳細にまで立ち入る、いわゆるマイクロマネージメント⁽²²⁾ が行われていた。

そのような動向に対して、連邦最高裁は、より明確に刑務所訴訟を抑制する姿勢を示すようになった。たとえば、その例として、十分な法律調査を行えないアリゾナ州刑務所の図書館設備のために、バウンズ事件判決で認められた裁判所へのアクセスの権利が剥奪されたとして争われた一九九六年のルイス対ケーシー事件 (Lewis v. Casey) 判決が挙げられる。⁽²³⁾ この事件で、連邦最高裁は、連邦地裁がバウンズ判決に反するとして、アリゾナ州刑務所図書館制度と法律扶助制度の詳細かつ全般的な変更を求める差止命令を発給した判決について、それを支持した連邦高裁判決を破棄し、差し戻した。この判決の中で、スカリア裁判官の執筆する法廷意見は、連邦地裁による差止命令は、「裁判所が憲法の名の下に刑務所運営の詳細に巻き込まれることになると嘆いたものの中で

最も極端な事例である」ことは明らかであり、法外かつまったくためならぬ介入を示すものであると厳しく批判したのである。

(二) 連邦議会の対応

一方、連邦議会においても、刑務所訴訟、なかでも裁判所が刑務所の制度改革を命じた連邦裁判所の判決は、司法積極主義による司法の行き過ぎを典型的に示すものであると政治的に問題視し、連邦最高裁の取る厳しい態度と歩調を合わせるかのように、共和党の保守的な議員によって提案された刑務所訴訟改革法 (Prison Litigation Reform Act) を一九九六年に制定した⁽²⁴⁾。

この刑務所訴訟改革法は、刑務所訴訟の提起を制限するために手続上の要件を厳しく課すものであったが、その立法目的として二つのものを有していた。一つは、刑務所訴訟に多く見られる、不真面目な、取るに足らない⁽²⁵⁾訴訟の抑制であり、もう一つは、刑務所訴訟の中でも、制度改革訴訟で在監者の人権侵害を救済するために、州および地方自治体の刑務所制度を細部にまでわたって自ら管理し運営しようとする裁判官を抑制するためのガイドラインを設定するというものであった。このうち、当初は、第一の立法目的である取るに足らない訴訟の抑制ということが強調された⁽²⁶⁾。しかし、刑務所訴訟改革法は、連邦裁判所がこれまで下した同意判決に対する制約を認めるものであり、従来の受刑者からの訴訟に加えて州側からの新たな訴訟提起も予想されただろうから、同法の主たる立法目的は、その法案提出のねらいからも伺えるように、当初から第二の立法目的の方⁽²⁷⁾にあったとも見られよう。

そして、この第二の立法目的に関係する規定としては、裁判所が在監者の人権を侵害する制度の改革のために州に命じた救済で二年間を経過したものについては、一定の要件を充たす場合以外はその救済を被告の申立てに

基づき直ちに廃止しなければならないとする即時廃止条項⁽²⁸⁾、州が裁判所の命じた救済の廃止の申立てを行った場合には、その決定を行う迄の間自動的に停止されるとする自動停止条項⁽²⁹⁾などに加えて、在監者は訴訟を提起する前に行政上の救済を尽くさなければならないとする条項⁽³⁰⁾、差止命令による救済は、裁判所が、救済がなお現状の権利侵害を救済するために求められるとする新たな事実認定を行わない限り二年後に終了するという条項⁽³¹⁾などが存在した。これらの条項については、裁判所の権限を権力分立原理に反して制約するものであり、違憲であるなどの議論⁽³²⁾が見られたが、連邦最高裁は、自動停止条項に関してミラー対フレンチ (Miller v. French) 事件⁽³³⁾で合憲と判示するなどして、連邦議会に好意的な姿勢を示した。

(三) 刑務所訴訟改革法の効果と連邦最高裁

この刑務所訴訟改革法の成立以後、刑務所訴訟の件数は大きく減少した。その意味では、刑務所訴訟改革法は大きな効果があったとみることが可能であり、実際そのように刑務所訴訟改革法の効果を捉える見解も見られる。ただ、この点について、タッシュネット (Mark Tushnet) とヤックル (Larry Yackle) は、この法律は政治的な意味合いをもつ象徴的な立法であって、この法律によって刑務所訴訟に対する同法の立法目的に沿った直接的な効果が生じたわけではないとする⁽³⁴⁾。タッシュネットとヤックルによれば、そもそも連邦最高裁は、刑務所訴訟改革法以前から刑務所訴訟抑制の方向性を示していたとする。たしかに、前述のルイス事件判決にはそのような傾向が顕著に見られる。このタッシュネットらの見方によれば、ケネディ上院議員が刑務所訴訟改革法に関する連邦議会の審議において述べたような、同法が刑務所訴訟における連邦裁判所の救済権限を著しく制限することを目的としたものであり、司法部門に対する連邦議会の干渉であるという指摘⁽³⁵⁾は、必ずしも十分に当を得たものとはいえないことになる。

いままで見てきたようなことからいえば、刑務所訴訟の件数の減少は、連邦最高裁による動向さらに付加的にそれを踏まえた連邦議会の制定法に基づくものということになる。そのような観点から見たときに、最近の連邦最高裁判決の中に、これまでの厳しい姿勢とは異なる傾向が見られるように思われる。その点に対する手がかりを与えるのが、「在監者の人種差別には厳格審査基準が適用される」と判示したジョンソン対カリフォルニア事件 (Johnson v. California)⁽³⁶⁾ 判決である。

四 ジョンソン対カリフォルニア事件判決

(一) 事実の概要

ジョンソン事件では、刑務所における安全と規律の維持をその目的とする規制の合憲性が問題とされた。このような規制が争われた背景としては、カリフォルニア州では、刑務所内で暴力事件が頻発するという状況の中で、それら事件の背後にいわゆる刑務所内における人種的徒党 (racial gangs) の行為に対するコントロールという問題が存在すると指摘されてきた。そして、そのような人種的徒党同士による抗争を予防するために、人種に基づく異なる取扱いが必要であるという認識が存在していたことがあげられる。⁽³⁷⁾ このような状況の下で、一連の事件が訴訟で争われることになったが、その中でジョンソン事件が連邦最高裁の判断を受けることになったのである。

このジョンソン事件の事実の概要は、以下のようなものである。カリフォルニア州では、カリフォルニア州矯正省 (California Department of Corrections, 以下 CDC) の不文の指針 (policy) として、新規に矯正施設に入所する際には、その施設にある収容センターで最高六〇日間人種別に分離した形で二人ずつ独居房に収容するとし

ていた。収容センターでの期間経過後に、被收容者は他の施設に移送するか、または当該施設に收容する場合に最終的に在監者を收容する部屋が決定された。収容センターにおける独居房の二人使用は例外であって、その他の州刑務所施設（食堂、庭、収容センター後の独居房）では、完全に人種は統合されていた。そして、入所後六〇日間を経過した後は、受刑者は自身の独居房の相手を選択することが許されていた。

CDC がこのような人種分離措置をとった理由として主張したのは、人種的徒党によって引き起こされる暴力事件を防ぐために必要であるというものであった。⁽³⁹⁾ そのようなこともあって、CDC は、収容センターでの独居房への割り当てに当たって、多くの要素を考慮していたが、⁽⁴⁰⁾ その主たる要素は人種であり、在監者が収容センターで他の人種の者と二人で一室となる機会は、ほとんどゼロパーセントに近いものであった。⁽⁴¹⁾

ところで、原告ジョンソンは、殺人、窃盗、暴行などの罪で、一九八七年からカリフォルニア州矯正省の管轄する様々な刑務所に收容されてきたアフリカ系アメリカ人の受刑者であった。そしてジョンソンは、最初に収監された刑務所でも、また他の刑務所に移送された際にも、入所の際の収容センターでは、他のアフリカ系アメリカ人の受刑者と一緒に独居房に收容されてきた。

これに対して、ジョンソンは、一九九五年に本人訴訟の形で訴えを提起した。⁽⁴²⁾ その訴えの内容は、収容センター内の独居房におけるすべての在監者を人種的に分離するというCDCの指針は、平等保護条項の下における権利を侵害しているというものであった。そして、ジョンソンは、最初の収監時の州矯正省の長官などに対しては、損害賠償を、そして現長官に対しては差止命令による救済を求めた。⁽⁴³⁾

この訴えに対して、連邦地裁は、正式事実審理を経ないでなされる判決で、被告州公務員の行為は明らかに違憲ではないから制限的免責を受けるとして被告勝訴の判決を下した。連邦高裁も二〇〇三年に地裁判決を支持する判決を下した。ただ、そこでは刑務所内における憲法上の権利の侵害が争われている事件においては、連邦最

高裁が一九八七年に下したターナー判決で述べた「正当な行刑利益に合理的に関連しているか」否かのみを問う敬讓の基準が適用されるべきであり、そのターナー判決の審査基準をCDCの指針に適用すると、CDCの指針は合憲であると判示されていた。⁽⁴⁴⁾

これに対して、ジョンソンは、全員法廷での再審理を求めたが、連邦高裁は認めなかった。ただ、連邦高裁の判決におけるファーガソン裁判官の反対意見は、ターナー判決の審査基準は本件では適用されないとする判断を示していた。その理由として挙げられていたのは、連邦最高裁が厳格な審査基準は政府が人種に基づく区分を作り出すすべての事件において適用されるべきであると明確に述べていること、さらに争われている憲法上の権利が矯正制度の正当な行刑目的と関連することであった。⁽⁴⁵⁾

そこで、ジョンソンは、連邦最高裁へ裁量上訴を行い、連邦最高裁はこれを認めた。

(二) 連邦最高裁判決

オコナー裁判官の執筆する法廷意見⁽⁴⁶⁾の概要は、以下のようなものである。まず、法廷意見は、アダランド対ベナ事件 (Adarand Constructors, Inc. v. Peña) 判決⁽⁴⁷⁾を引用しながら、人種に基づく区分に対して厳格な審査基準が適用されるべきであるとし、それは、たとえいわゆる優しい (benign) 人種に基づく区分、たとえばグルッタ対ボリンジャー事件 (Gutter v. Bollinger)⁽⁴⁸⁾における人種を意識した大学入学指針、アダランド事件での人種を基礎にした政府契約における優先的取扱、そしてショー対レノ事件 (Law v. Reno)⁽⁴⁹⁾におけるマイノリティの代表を確保することを意図した人種に基づく選挙区割りなどのようなものであっても、厳格な審査基準が適用されるべき点で異ならないとした。⁽⁵⁰⁾

このような原則論を述べた後で、法廷意見は、つぎのようにCDCの主張を退けた。まず、CDCが、本件指針は中立的であり、特定のグループまたは個人が他のグループまたは個人よりも優遇されたり負担を課されたり

するものではないと主張していることについては、「すべての受刑者が平等に分離されているが故に適用されるべきではないとする」ものであり、そのような「分離すれども平等」の主張は、五〇年前にブラウン事件で退けられたものであるとした。

次に、法廷意見は、C D C が本件指針は刑務所の文脈においてのみ適用されるものであるから、人種分離措置に厳格な審査基準が適用されるというルールに対する例外として、ターナー判決における敬讓の審査基準が用いられるべきであると主張した点について、ターナー判決の先例性を、次のように限定的に解して退けた。すなわち、法廷意見によれば、ターナー事件は、「ミズーリー州刑務所の在監者の結婚と在監者同士の文通を制限する規則の合憲性が争われた」事件であり、在監者の「基本的権利に負担を課す規制が正当な行刑学的目的に合理的に関連するか否か」が問われたが、人種に基づく区分にかかわるものではなかった。ターナー判決の合理的関連性の基準は、適切な拘禁と一致しない権利についてののみ適用されてきた。具体的な例としては、結社の自由に対する制約⁽⁵¹⁾、在監者の文通⁽⁵²⁾、在監者の裁判所へのアクセスに対する制約⁽⁵³⁾、購読希望した出版物の受領に対する制約⁽⁵⁴⁾、受刑者の宗教的サービスへの出席制限をする作業規則⁽⁵⁵⁾などがあった、とした。

連邦最高裁は、このように述べた上で、「自らの人種に基づいて差別されないという権利は、ターナー判決には影響を受けない。それは、適切な刑務所運営の前にその必要性が必ず譲らなければならない権利ではない。逆に、修正一四条が人種差別を禁じていることに応諾することが適切な刑務所運営と一致するばかりではなく、刑事司法制度全体の正当性を支えるのである⁽⁵⁶⁾。」としたのである。

このように、法廷意見は、下級審が先例として依拠したターナー判決の射程を限定した上で、法の平等保護や修正八条の残酷で異常な刑罰に該当するか否かが争われる事件⁽⁵⁷⁾では、むしろ、先例としては刑務所の安全と規律の名目により、アラバマ州刑務所でとられていた人種別離政策を厳格な審査基準を適用して違憲と判断したり一

対ワシントン事件 (Lee v. Washington) 判決が挙げられるべきだとした。⁽⁵⁸⁾ すなわち、「政府職員が、高度の政府利益を示すことなく、かつそれら手段が狭く形作られていないことを立証することなく、人種を徒党の構成員資格と暴力の代替物として使用することが許されるならば、社会全体が損害を被る」とし、「刑務所の安全と規律の必要は、これらの必要性に対して向けられて狭く形作られたような人種の使用のみを正当化するという高度な政府利益である」とした。⁽⁶⁰⁾ 連邦最高裁は、このように厳格な審査基準を適用した上で、手段審査に関して、C D Cは本件指針が他の施設移送されてくる者と同様に新たに入所してくる者に関しても、狭く形作られていることを立証する責任を負うとして、原審判決を破棄し差し戻したのである。⁽⁶¹⁾

(三) 連邦最高裁判決の特異性

このジョンソン判決は、これまで刑務所訴訟において厳しい姿勢をとってきたとされる連邦最高裁の判決としては、やや理解に苦しむところがある。ただ、そのような従来の判例動向と異なる判断を連邦最高裁が示したことを考えると、公共訴訟の現代的意味やアメリカの司法の位置づけを考える上では、一つの大きな手がかりを与えるもののように思われる。

ジョンソン判決の特異性としては、これまでの判例の動向と大きく異なった、ある意味で対極的な判断を示したことを挙げることができる。それは次のような点である。法廷意見の中でオコナー裁判官が説くように、これまで平等保護に関する事件においては、連邦最高裁は政府による人種に基づく区別には厳格審査基準が適用されると解してきた。⁽⁶²⁾ ただ、これまでの刑務所訴訟に関する連邦最高裁の先例は、刑務所訴訟で平等保護違反が争われる場合には、人種差別に関する連邦最高裁の判例は適用されないという形で解されてきたと見ることもできた。そのような理解を端的に示すのが、すでに紹介した法廷意見と真っ向から対立する意見としてトーマス裁判官

によって著された以下に触れる反対意見である。⁽⁶³⁾

(四) トーマス裁判官とターナー基準

トーマス裁判官は、「本件で提示されている問題は、すべての人種的分離について厳格な審査基準を適用すべきであるとする先例の流れと、刑務所運営の必要性から憲法上の権利に係る状況すべてにおいて、緩やかな審査基準をとるとする先例の流れという二つの拮抗する流れをどのように解決するか」ということであるという認識を示した上で、法廷意見が、グラッツ対ボリンジャー事件 (Graz v. Bollinger) 判決に連なる判例に、本件でも依拠することに反対する。その理由として、トーマス裁判官は、「憲法は、常に刑務所の壁の内側においてはより少ないものを求めてきた」とし、「刑務所の運営に経験を有する公務員の合理的な判断に敬讓を払ってきた」という認識を明らかにする。その上で、連邦最高裁の判例は、これまで刑務所における憲法上の要請の拡大と刑務所行政の必要性を調整する場合の判断基準として、在監者の憲法上の権利に対する審査について統一的で敬讓的な基準である、前述のターナー事件で明らかにされた基準 (以下、ターナー基準という) をとってきたとする。そして、トーマス裁判官によれば、「もし、ターナー判決が憲法上の要請と刑務所行政の要請の調整であるなら、われわれはそれを受刑者の拘禁の状況に対する訴えに一樣に適用するべきである」とし、本件のジョンソンの主張もターナー基準の下にあるとした。

トーマス裁判官がここでいうターナー基準とは、四つの分枝 (prong) からなる審査基準である。ターナー事件では、連邦高裁が厳格な審査基準を適用して、ミズーリー州の刑務所規則を違憲としたのに対して、連邦最高裁は、「より厳格度の低い審査基準が刑務所規則の合憲性を判断するには適切である」と判示した⁽⁶⁵⁾が、その際に用いられた審査基準がターナー基準と呼ばれるものである。ターナー基準は、具体的には以下の四つの分枝から

構成されたものである。⁽⁶⁶⁾ ①「刑務所規制とそれを正当化するために述べられる正当な政府利益の間に」、合理的関連性が存在しなければならない。目的が「正当で、中立的で、かつ指針が目的に」合理的に関連していなければならない。②裁判所は、在監者の権利の行使に関して、彼らに開かれていいる他の代替的な手段を見出さなければならない。③裁判所は、申し立てられている憲法上の権利確保に伴う調整が看守またはその他の在監者に与えるインパクトについて評価しなければならない。④裁判所は、刑務所の指針に対して「容易な代替案」が存在するか否かを判断しなければならない。

トーマス裁判官は、以上のような見解に基づいて、本件の文脈およびターナー基準の適用という点から見れば、カリフォルニア州の指針は合憲であるとした。その理由として、①C D Cの指針は正当な行刑学的利益に合理的に関連している。②制限された権利を行使する他の手段が在監者には開かれたものとなっている。③人種的に統合された独居房二人制は、刑務所の在監者、スタッフ、行政官に否定的な影響を与えるかもしれない。④C D Cの指針に対する明らかで容易な他の代替案は存在しない、としたのである。⁽⁶⁷⁾

(五) 二つの先例の流れ

法廷意見とトーマス裁判官の反対意見が示すそれぞれの先例に対する理解をどのように評価するかは、困難な問題である。例えば、トーマス裁判官によってこれまでの先例と解されているターナー判決であるが、そこで明らかにされたターナー基準は、リー事件判決の「特定化された状況」と「安全と規律の必要」の定義を拡張し、刑務所当局の指針を正当化するための負担を軽減したものと⁽⁶⁸⁾といわれる。たしかに、リー事件判決に付された同意意見（ブラック、ハーランおよびスチュワート裁判官三人の同意意見）の述べた「刑務所当局は、誠実および特定化された状況において活動する際に、刑務所や拘留所などの安全、規律および良好な秩序を維持する際に人種

的緊張を考慮に入れる権利を有する。」⁽⁶⁹⁾という部分だけを取り上げれば、そのように解することもできる。⁽⁷⁰⁾しかし、その同意意見は続けて、州または地方公共団体の刑務所当局が、誤ってその点を人種的差別を修正一四条が禁じていることに深く関わっていることを連邦最高裁が軽視していると見るべきではない、としていることも考慮すれば、法廷意見のような厳格審査基準をそこに読み込むことも可能であるように思われる。

それでは、トーマス裁判官と法廷意見の相違をもたらした理由として、他にはどのようなものが存在するのだろうか。そのようなものとして、第一に、刑務所の在監者の人権をどのように考えるかということ、第二に、それに関連して、刑務所訴訟における司法の役割をどのようにに解するかということに対する認識の相違を挙げることができる。

前者の点について、トーマス裁判官の反対意見は、連邦最高裁は繰り返し「憲法上の要請は刑務所の特殊な文脈において弱くなると判示してきた」とするが、このような主張の背景には、アメリカにおける刑務所のとらえ方が存在すると思われる。その点について若干見ておきたい。

(六) アメリカにおける刑務所のとらえ方の変遷

アメリカにおける刑務所のとらえ方は、これまでいくたびかの変遷を見せてきた。すなわち、そもそもアメリカの刑務所の原型といわれるクエーカー教徒の用いていたウォールナット・ストリート刑務所 (Walnut Street Jail) の目的は、在監者に罪を悔い改めることを求めるものであった。ここでは、悔悟のために孤立分離 (isolation) が求められ、在監者は外部との接触および在監者同士の接触も禁じられた。刑務所は、その構造および支配 (regiments) において孤独で禁欲的なものであり、表現の自由や性的関係の自由は失われていた。在監者による表現は、刑罰に関する支配的な目的と一致しないものとされ禁じられた。⁽⁷¹⁾

しかし、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、犯罪が部分的には社会的な病弊の表れと見られるようになると、犯罪者にはただ孤立と悔悛を求めるのではなく、再犯を防ぐことを学ぶための治療が必要であるとする治療モデル (Therapeutic Model) が登場することになった。このモデルでは、社会復帰がその重要な目的の一つとされるようになって、矯正の観点から外部との接触を許すことになり、また教育や訓練が重視されることになった。そして、この考え方の下で、受刑者の尊厳や個性が求められるようになり、その効果として裁判所が広範な権利を認めることを認める余地が生じるようになった。⁽⁷⁾

さらに、ウォーレン・コートと公民権運動の中で刑務所訴訟も平等主義的観点からとらえ、在監者も他の政治的、社会的マイノリティと同様なものとして観念され、一定の憲法上の権利を有すると考えられるようになった。そして、連邦裁判所は、在監者がその地位と矛盾しない権利を有するものとし、刑務所当局の行う施設の運営とそこでの裁量行使を制約する動きを見せるようになった。

しかし、このような刑務所訴訟に対しては、すでに述べたように、一九八〇年代頃から州に対する連邦裁判所の過剰な介入であるという批判や在監者による濫訴が強く指摘されるようになった。⁽⁸⁾ その結果、社会復帰(リハビリテーション)という理想は後退し、再度刑罰における応報観念が強調されるに至った。そして、連邦最高裁は、フェデラリズムに基づく州の尊重と刑務所行政に対する政府当局への敬讓という観点から、それまで在監者の権利と認められたものを制限し始めるようになったのである。

このような刑務所のとらえ方の時代的な推移とともに、在監者の人権をめぐる大きく四つのモデルが見られるようになった。⁽⁹⁾ 具体的には、①ハンズ・オフ・モデル——ウォーレン・コート以前の立場であり、そこでは在監者はその人権がほとんど認められなかった。②平等モデル (Equality Model) ——在監者は在監者としての地位と矛盾しない、すべての憲法上の権利を保持すると考えるものである。このような見解を示したものとして、

ペル対プロキュニア事件 (Pell v. Procunier) 判決がある。⁽⁷⁶⁾ ③妥協調整モデル (Accommodationist Model) — 在監者は、一定の憲法上の権利を共有するが、ただ、その保障の程度はかなり弱いものと理解するものである。④修正八条モデル — 在監者の有する唯一の権利は修正八条の下での残虐で異常な刑罰からの自由だけであるとするとするものである。

これらのモデルとの関係でいえば、トーマス裁判官の見解が、基本的にハンズ・オフ・モデルをとることは明らかである。⁽⁷⁶⁾ このトーマス裁判官の見解については、トーマス裁判官がハンズ・オフ・モデルを支持する立場を取りながら、在監者の裁判所に対するアクセスの権利に対する判例を支持しているため、その理論的基盤が明確ではないというような批判がなされている。⁽⁷⁷⁾ また、イエール大学ロー・スクールのバルキン⁽⁷⁸⁾は、トーマス裁判官とスカリア裁判官が、本件でこれまでと異なり、人種的区分には原理的な立場から一貫して反対していない点で、その見解の揺れを指摘する。バルキンによれば、「本件の区分は、個人を個人として処遇することをしておらず、かつその区分は、その人種によって人々にステイグマを与えステレオタイプ化している」と見ることができるとする。このバルキンの指摘⁽⁷⁸⁾は、トーマスらの立場は、アフアーマタイプ・アクションにおいて自らの反対理由とした原理的な観点と矛盾するのではないか。トーマスらの立場は、結局のところ、アフアーマタイプ・アクションの反対のための議論にすぎなかったのではないかという批判につながるものである。

(七) 法廷意見の問題

このようにトーマス裁判官の反対意見にも問題があるが、そのことは法廷意見に問題がないというわけではない。むしろ、法廷意見の内容は、かなり不安定なものといえることができる。たとえば、法廷意見は、ターナー基準は適切な拘禁と矛盾する権利にのみ適用されるとする。しかし、この点については、トーマス裁判官の指摘す

るように、「裁判所が、特定の権利が適切な刑務所行政と矛盾するか否かを知るためには、裁判所は、適切な刑務所とはどのようなものとしてみられるか、そして、どのように運営されるべきかについて、ある種の暗黙の観念を持たなければならない。」⁽⁷⁹⁾という点に対して、どのように応えるのかという問題を抱えることになる。

この点に関するトーマス裁判官の解答は明確である。本件では、そのようなあと知恵が許されないのである。そして、トーマス裁判官によれば、ターナー判決後の事件では「連邦最高裁は、断固として、ターナー判決が決着を付けた閾値となる審査基準に関する調べを試みることを拒否してきた」⁽⁸⁰⁾のであり、連邦最高裁は長く合理性の基準が適切であるとして適用してきたとする。そして、本件でそのような合理性の基準を覆し、厳格審査基準をとる理由はないとするのである。

もともと、法廷意見を執筆したオコナー裁判官によれば、⁽⁸¹⁾ここでいう厳格審査基準は、かつて学説で言われたような「理論において厳格であるが、実際上は致命的である」というものではないとされる。法廷意見によれば、厳格な審査基準は、刑務所の安全に対する高度の政府利益を処理する刑務所職員的能力を排除するものではないとされる。この点で、法廷意見が、「厳格な審査基準が適用されるという事実はある特定の法の最終的有効性について何ら述べるものではない、(有効性についての)決定は、厳格な審査基準を適用する裁判所の仕事である」⁽⁸²⁾としつつ、本件の場合、厳格な審査基準を適用するに当たって考慮されうるものとして、刑務所が危険な場所であり、刑務所がもたらす特別な状況は、いくつかの文脈においては人種的区分を正当化することがありうるといふ点を述べていることが注目される。⁽⁸³⁾

もともと、厳格審査基準をとるべきであるとする法廷意見からすれば、緩やかな合理的関連性の基準を適用したターナー判決が寛大にすぎるということは当然である。⁽⁸⁴⁾しかし、すでに述べたように、法廷意見は、ギンズバーグ裁判官の同意意見のように、「同一の審査基準が、あらゆる公的な人種的区分に関する司法審査をコント

ルールするべきではない⁽⁸⁵⁾」として、アフアーマティブ・アクションに対する合憲性の審査基準として、より厳格度の高い基準を適用するべきだとするものでもない。

ただし、法廷意見が厳格審査基準を前述のような致命的なものではないとする立場をとるものとしても、ミシガン大学ロー・スクールの入学試験におけるアフアーマティブ・アクションの合憲性が争われたグルッター事件判決で、オコナー裁判官の執筆した法廷意見が、ロー・スクール当局の裁量を広く認め合憲判断を示したことが本件判決との関係が問題になろう。グルッター事件判決で、法廷意見は、バッキー対カリフォルニア大学医学部事件判決を踏まえる形で、多様性を持った学生集団をどのように確保するかはロー・スクールの制度としての自律性にかかわるものであり、ロー・スクール側の教育に関する裁量的判断が尊重されなければならないとした⁽⁸⁶⁾。ただ、そこでは、結果的に厳格審査基準を適用しつつ、ロー・スクール当局の裁量を広範に認めており、そうであるとするれば、厳格審査基準を適用するとした本件においても、刑務所当局の裁量に対する判断を広範に認める可能性の余地がありうるともいえる。そして、仮に法廷意見が厳格審査基準を適用するとしつつ、グルッター事件と同様に、本件で刑務所当局の刑務所行政における裁量を認めるならば、その認められる裁量の広さによって、厳格審査基準を用いることの意味が希薄化するという可能性を有することになる。その意味で、法廷意見が厳格な審査基準の根拠を示しておらず、厳格な審査基準が適用される範囲を不明確なものとしているという批判を受けるのは当然であろう。

五 連邦地方裁判所の地位・役割と公共訴訟

いま述べたように、さまざまな問題を指摘されつつ、連邦最高裁がアフアーマティブ・アクションや本件のよ

うな刑務所訴訟などで、厳格審査の基準を適用したことの意味は大きいように思われる。今後の判例の展開が注視されるべきところである。⁽⁸⁸⁾ただ、本稿では、連邦最高裁が刑務所訴訟などのような公共訴訟を多く含む分野で厳格審査基準を適用し、州当局の判断よりも連邦地裁の判断を重視したことの意味について、アメリカにおける司法の位置づけという観点から若干触れてみることにしたい。

(一) 連邦地裁の役割の増大とその理由

本件で連邦最高裁の示した姿勢は、それぞれの事案に応じた個別具体的な憲法判断を示すという意味では、いわゆるミニマリズムにも通じるものといえるが、そのような把握とは別に、その判例の基底にアメリカにおける連邦地裁の果たす役割を特別視する理解が存在するのではないかと思われる。

連邦地裁の果たす役割が大きいという場合に、その理由としてはさまざまなものが考えられる。⁽⁸⁹⁾たとえば、アメリカの国土が広大であるという地理的な要因が挙げられる。アメリカ東部と南部は歴史的にも南北戦争に示されるような政治的、経済的、社会的な面で大きな隔たりを示しており、その中で広範な管轄をもつ連邦地裁のもつ独自性が強くなることは容易に理解できる。

また、制度的にも、連邦地裁は州に対して優位な姿勢で臨むことができる。連邦地裁は、連邦機構に属するものとして、連邦政府や連邦議会の州に対する優位性を背景にして安定しているからである。さらに、連邦地裁の裁判官は、他の連邦裁判所の裁判官と同様に、すべての者が大統領によって議会の承認を経て任命されかつ終身任期の身分を有し、裁判官としての独立が強く保障されている。⁽⁹⁰⁾そのような基盤を有する連邦地裁および連邦地裁の裁判官は、州の立法等の合憲性に厳しい判断を示し、原告に対する柔軟な救済を命ずることが可能となっているように考えられる。

さらに、連邦地裁の裁判官の法的権限が強いことも指摘することもできる。連邦地裁の裁判官には、連邦憲法および連邦の制定法の下で、その解釈・適用を通して人権侵害などの紛争解決をすることが期待されているが、連邦の制定法は時代を経るごとに広範囲に及ぶものとなってきたており、それとともに、連邦地裁の裁判官の権限も増大する傾向にある。たとえば、本稿で取り上げた刑務所訴訟に関しても、連邦政府は刑務所行政を調整・統一し、適正な基準を全国的な規模で実現する機関というわけではないが、連邦議会によるこの分野での関与は、刑務所訴訟改革法に見られるようにすではじまっており、今後も連邦によるこの分野での関与の増大がはかれることが予想される。そのような点を踏まえると、連邦地裁の役割は今後一層重要となろう。そして、その役割を果たす中では、当然に合衆国憲法や連邦制定法の解釈という形で、当初の連邦政府や連邦議会の意図とは異なるあるいは反する結果を引き出すこともありうるといえる。

(二) 連邦地裁の役割の増大と憲法問題

このような連邦地裁の地位の高さや役割の大きさは、合衆国憲法などとの関連でさまざまな問題を引き起こすことになる。まず、地理的な要因に基づく連邦地裁の独自性は、州の政治過程におけるダイナミズムと密接に関わることになる。たとえば、刑務所訴訟との関係では、その州の地理的条件を前提として、「州の行政府にとっても、裁判は制度改革上での財政その他の制約を克服する機会にもなる。従って州の行政府が連邦裁判所の介入や和解策の策定にも協力的な姿勢をとることも少なくない」とされる⁽⁹⁾。そして、その具体的な態様は、その州の知事が「法と秩序」を重視するか否か、州議会は州知事と友好的な関係にあるか否か、州知事や州議会選挙は迫っているか否か、州知事と矯正局などの内部的な関係はどのようになっているか、などの要因によってさまざまに異なることはいうまでもない。

しかし、憲法上問題となるのは、一つにはそのような州の政治過程のダイナミズムが州憲法上の原則ないし条項に反しないのか、そして、仮にそれが州憲法の枠内であるとした場合に、連邦が州政府の役割とされている刑務所行政にかかわり、州政府の判断を覆すことができるのか、特にそれが合衆国憲法や連邦制定法の解釈を通して人権侵害の解決を図ることとして行われる場合に、権力分立原則との関係で許されるのかが問題になる。また、この点との関係で、救済面での裁判官にエクイティ上の伝統なども踏まえて認められている裁量の広範さも問題となりうるであろう。特に公共訴訟でしばしば用いられる同意判決は、「当事者が合意により救済を策定することができ、トライアルを経た裁判官の判決では困難な、刑務所の様々な側面における救済」を可能とするものであるが、それは具体的な救済作成にあたっての裁判官の広範な裁量を認めるものである一方、それをどのように上訴審が統制するかという問題を引き起こす余地があるといえるからである。

六 公共訴訟の新たな展開

いま述べたような連邦地裁の役割をめぐる議論について、最も明確な形で議論がなされてきたのは、公共訴訟をめぐってということができる。公共訴訟についての議論はこれまで数多くなされ、その議論の多くは批判的なものを強く示してきた。また、すでに触れたように、連邦議会や連邦最高裁の態度も抑制的なものであったといえる。ただ、本件における連邦最高裁の判決から伺われるように、連邦地裁の段階では公共訴訟的訴訟はなお活発に行われているということが出来る。そこで、ここでは、最近の公共訴訟をめぐる注目されるべき議論を瞥見した上で、そこに伺われる連邦地裁の役割についても少し触れてみることにしたい。

(一) サベルとサイモンの見解

いま述べた最近の公共訴訟に関する注目すべき論攷として、公共訴訟の正当性を新たな観点からとらえようとするサベルとサイモン (Charles F. Sabel and William H. Simon) の論文が挙げられる。サベルとサイモンによれば、すでに見たような判例および刑務所訴訟改革法に代表される連邦議会の動きにもかかわらず、刑務所、公立学校、公立精神病院、警察、公営住宅などの公共訴訟の中核に位置する訴訟件数の増加が見られる。ただ、ここでは、かつて公共訴訟の概念を提唱したシェイズの頃のような指揮統制型 (command and control) の差止命令を特徴とするものから、経験主義者 (experimentalists) 的介入に移行しつつあるとする。すなわち、指揮統制型規制とは、「中央権力によって定められた固定された特別のルールからなる包括的な体制」の形式をとるものであるが、これに対して、最近⁽⁹³⁾は、「より柔軟かつ暫定的な規範を、引き続き行われる利害関係者の参加と慎重に考慮された説明責任に関する手続⁽⁹⁴⁾」と結びつける形で考える、経験主義者的形式が見られるようになっていくとする。このような指揮統制型の規制から経験主義的規制への移行の例として、サベルとサイモンは、前述の公共訴訟の中核に属するとされる各訴訟について、その具体例を示しているが、ここでは、刑務所訴訟に関する例について見てみることにしたい。サベルとサイモンがとりあげる例は、シェパード対フェニックス事件 (Sheppard v. Phoenix)⁽⁹⁵⁾ である。

シェパード事件は、ニューヨーク市矯正局が管理するライカーズ島 (Riker's island) にある最大警備 (maximum security) 矯正施設である中央懲戒分離ユニット (central punitive segregation unit) での、看守らによる人権侵害行為が問題となった事案である。この事件では一九九八年に同意判決が下された。そこでは、指揮統制型の内容ではなく、「市矯正局に対して、広範な刑務所改革の経験を有し、裁判所によって任命された二人の専門家の指導と長文の訴訟上の合意 (stipulation) で規定された幅広い諸要素を織り込んで新しい政策を発展させ履

行することを義務付ける和解が結ばれた⁽⁹⁶⁾。この事件では、サベルとサイモンの指摘するように、裁判所は矯正局の新しい政策の特定部分の文言の詳細にこだわるのではなく、その政策と手続が訴訟上の和解の目的を進展させるものか否かに焦点をあてていたのである。

このようなこれまでの伝統的な公共訴訟とは異なる同意判決のあり方は、被告であるニューヨーク市でも認識されていた。すなわち、ニューヨーク市の法務局 (law department) は、この同意判決が、①二人の専門家が共同で、同意判決の応諾の状況の監視という役割に加えてコンサルタントの役割を果たしていたこと、②同意判決は、一定の政策や手続を矯正局に設けるように命じていたが、その具体的内容は専門家のコンサルタントと一緒に決めるものとされていたこと、③裁判所が人権侵害行為による損害を継続的な救済が必要であると判断しない限り、同意判決が終了するということが訴訟上の合意に含まれていたこと、などの点でユニークなものであったとする⁽⁹⁸⁾。

さらに、サベルとサイモンによれば、この同意判決の終了に当たっての判断基準として、連邦地裁は被告州矯正局が同意判決の文言に従ったか否かではなく、同意判決への応諾を判決の基本的な目的への到達がなされているか否かを示す統計数字⁽⁹⁹⁾に基づいて判断する点でも、これまでの公共訴訟における指揮統制型の裁判所の判断とは異なるとする。

(二) 経験主義者の公共訴訟における問題の克服

このような具体例を挙げた上で、サベルとサイモンは、経験主義者的方法がこれまでの公共訴訟に対して指摘されてきた問題点を克服する可能性があることを示唆するのである。これまで公共訴訟について指摘されてきた問題点は多いが、このうちサベルとサイモンが特に重視するのが、公共訴訟における権利と救済の関係である⁽¹⁰⁰⁾。

サベルとサイモンによれば、公共訴訟における権利と救済の関係については、二つの見方があるとする。第一の見解は、レヴィンソン (Daryl Levinson) の指摘する権利本質主義 (rights essentialism) からのものである⁽¹⁰⁾。権利本質主義では、権利についての決定すなわち責任 (liability) を誰が負うのかを決定することが、司法の中核的機能であると考え、救済の形成は派生的で二次的な問題とされる。サベルとサイモンによれば、このような見解は、最近の公共訴訟の活発な展開を見れば十分な説得力に欠けるとする。すなわち、裁判 (judging) の中核を権利の宣言 (declaration of rights) と描くことは、特定の状況下で権利を現実化しようとする努力と切り離す点で判決の実践的側面を無視し、また権利の履行に困難が予想されることが権利の宣言に影響を強く与えないということを示唆する点で、裁判官の意思決定の際の心理状態を誤って伝えるものであるとする⁽¹¹⁾。もう一つの見解は、救済のみが重要であるとするものであるが、この見解には救済が権利に意味を与えるためになされる思索を重ねる中から生じるということを無視している点で、権利本質主義よりも問題が多いとする⁽¹²⁾。

(三) 不安定化の権利

このような中で、サベルとサイモンは、自らの経験主義者モデルの意義を、アンガー (Robert Unger) の「不安定化の権利」(destabilization rights) の観念を手がかりに説こうとする。サベルとサイモンによれば、新しい経験主義者のな公共訴訟に見られる実務は、組織・制度の改革が組織からこれまで排除されていた利害関係者と応接しながらなされること、裁判官はたとえば適切な教育への権利などに見られるような、かなり広範な規範に照らして権利侵害を認定した後で、責任の段階で制度の不安定化をねらいとする救済を課すことによって、当該制度の再建へ向けてのインセンティブを当事者らに与えようとする⁽¹³⁾こと、そして、公的機関として裁判所が市民に対して民主的説明責任を負う形で一定の基準をその救済の中に示しつつ改革を行うという特色を有するとする。

これによって、サベルとサイモンは、訴訟における実体的権利に関する裁判所の判断と、結果として生じる救済との間を橋渡しすることが可能であるとするのである。⁽¹⁰⁴⁾

さらに、サベルとサイモンは、このほかにも伝統的な公共訴訟をめぐるこれまでなされてきた議論の中で、⁽¹⁰⁵⁾ 救済に関する裁判所の裁量、構造的差止命令と権力分立原理の関係などについて、新しい経験主義者のアプローチによって解決される方向が、以下のように示されているとする。⁽¹⁰⁶⁾

(四) 救済と裁判所の裁量

まず、救済に関する裁判所の裁量については、これまでレインクイスト・コートが否定的姿勢を示しており、具体的には、争われている権利の性質から救済上の裁量に対する抑制因を引き出そうとしてきた。それは、具体的には、被告側の専門家による判断を重視するというものであった。しかし、そのような考え方について、サベルとサイモンは、公共訴訟における原告側が主張する原告側の専門家の判断を尊重するべきであるという主張が過度に救済を拡大させるのとは反対に、被告側の現状を変更しないというそもそも救済を認めない考え方をとることに通じ、妥当ではないとする。したがって、連邦最高裁の見解はとるべきではないということになる。ただ、連邦最高裁が下した判決の中で、ヤングバーク対ロメオ事件 (Youngberg v. Romeo) 判決⁽¹⁰⁷⁾からは、公共訴訟で用いられる構造的差止命令 (structural injunction) の発給についての裁判所の裁量が有効とされるための要件を読み取ることが可能であるとする。具体的には、専門的な意思決定が、異なる専門分野を背景とする専門家の間で継続して行われる相互に批判的な議論から生じるものとし、これまでのように特定の専門家の判断に依拠しないものとされているというのである。そして、そこには、専門的な意思決定に協同的対話 (collaborative dialogue)、暫定性 (provisionality) そして透明性 (transparency) という新しい公共訴訟に見られる経験主義者

アプローチの特徴が見られるとするのである。このような専門性に対する見解をとることによって、利害関係者が協同して基準を引き出し、基準を修正するための手続、そして、基準に服する人々に対する民主的説明責任のメカニズムを生み出すことができるのであり、公共訴訟において裁判所がこれまで直面してきた、曖昧な実体的基準から救済を引き出すのか、それとも明らかに信頼できない州の公務員の判断に敬讓を払うのかという二者択一の判断を避けることができ、公共訴訟における裁判所の裁量をめぐる問題を乗り越えることができるのである。⁽¹⁰⁸⁾

(五) 権力分立原理との関係

次に、構造的差止命令に対する権力分立原理からの関心に対して、新しい公共訴訟における経験主義者アプローチは、その関心を低減することができる。経験主義者の公共訴訟では、裁判所の役割は民主的説明責任を強める方向を指すものであり、それはよく知られている権力分立の観念とうまく適合するものであるとする。⁽¹⁰⁹⁾ すなわち、これまで権力分立の観念に対するアメリカの伝統的な理解として、権力の拡散を専制に対する障壁と考え、民主的説明責任を確実にするためのメカニズムとして責任の配分についての判断を選挙民に委ねていることが指摘され、その観点から、従来の公共訴訟は伝統的な権力分立観に反し、選挙民によって選出される政治部門をさしおいて、裁判所に過度に権限を集中していることが批判されてきたとする。

しかし、サベルとサイモンは、この批判の中でとらえられている権力分立観だけがアメリカの伝統ではなく、公共訴訟でみられる構造的差止命令も、アメリカの法の支配の伝統の中でとらえる必要があるとする。そして、公共訴訟のような事件では、各権力部門の関係は複雑性を有していると指摘する。たとえば、公共訴訟における救済の制度は、立法により与えられている場合があり、それらの制度は裁判所の判決を受けて議会が対応した結

果であるとする。また、行政府との関係について見てみると、人権侵害の争われている制度の現場の職員は、一般的には制度の改革に賛成する一方、州知事などの上層部は制度改革に伴う財政支出の増大や選挙民の支持を失うことをおそれて、制度改革に対して消極的な姿勢をとり、責任ある判断を回避しようとするものであるとする。⁽¹⁰⁾

さらに、経験主義的アプローチを示す最近の公共訴訟は、指揮統制型の伝統的な公共訴訟よりも被告公務員の裁量を認める点で、権力の分散や民主的説明責任の点についての関心も異なるとする。経験主義者のな公共訴訟による裁判所の介入は、行政府の公務員に明確な政策を決定させ、公務員の業績をより容易に評価・測定しチェックするメカニズムに服させることによって、選挙民に対する民主的説明責任を直接果たすことをねらいとしているからである。また、経験主義者の公共訴訟における裁判所の介入は、改革が求められている制度に対し、利害関係者の交渉の過程で、現状に不満な市民の参加と影響を考慮することを求めることを意味するとする。そして、このような利害関係者が参加するプロセスは、権力間の関係に比べて、非公式のそしてその場に応じた権力の共有と、最も強い関心を有する人々に対する民主的説明責任を認めることになるのである。⁽¹¹⁾

(六) 利益の代表の問題

最後に、利益の代表 (Interest Representation) の問題がある。公共訴訟においては、利害関係を有する人々が参加し多様な利益が訴訟で代表されることを求める。そこで重要となるのは、影響を受ける関係者をどのような確認するかということである。この点について、サベルとサイモンは、経験主義者のアプローチの下では利益代表者の参加を単なる救済形成を行う当初だけの問題とはせず、救済それ自身の核となる特徴であるとする。なぜなら、実体的な救済の規範は暫定的なものであり、救済の規範は判決の履行の過程を通して絶えず経験を踏まえつつ、交渉をし直すことが期待されているからである。従って、公共訴訟の判決における重要な要素は、その

ような再交渉への参加のプロセスの確立であるとする。ただ、影響を受ける利益とそれらの利益代表者の参加は、最初から完全に行われる必要はない。新たな参加者は、救済の履行の過程で現れるであろうし、かつ規則は修正可能なものであるから、これらの参加者は参加のルールに異議を述べる機会を持つことになるからであるとする。

さらに、サベルとサイモンは、対抗する利益の衡量という難問は、経験主義者アプローチの下では、伝統的な公共訴訟の場合よりも、より当事者間の交渉を通して解決されることになるとする。それは、経験主義者の救済と権利の不安定化が、コンセンサスアプローチを補足するものだからであるとする。すなわち、経験主義者のアプローチでは、救済の交渉が当事者の利害の取引という観点ばかりではなく、民主主義的経験主義による熟慮に基づいたコンセンサスという観点から、「共通の価値を擁護する解決策を発見する」という方向とあわせてなされ、その結果、裁判所の利益調整もより容易になるとするのである。⁽¹⁴⁾

(七) 若干の疑問

いま見たようなサベルとサイモンの議論は、彼らのいう経験主義者アプローチに基づく新しい公共訴訟を正当化しようとするためのものである。そこで展開された新たな公共訴訟の正当化論が十分な説得力を持つかといえ、なお疑問の点を指摘することができる。たとえば、救済に関する裁判所の裁量に関する問題について、彼らは新しい公共訴訟においては、裁判官の裁量行使がかつてのように原告側または被告側の専門家の判断に依存するものではなく、多様な背景を有する専門家相互の協同的対話や専門家の意見を絶えず見直すこと、そして、これら専門家集団の意見集約過程の透明化によってなされるようになっていくことを指摘する。ただ、そこではこれまでとは逆に、多様な意見を持つ専門家同士が協同的な対話を行うことが可能なのか、むしろ、そこでの対話の結果は、より一層専門家グループとしての意見の明確性を低めるのではないかと思われる。また、権力分立原

理の問題に対して、法の支配の伝統を対置させることは、新しい公共訴訟の抱える権力分立原理からくる問題に正面から応えていない憾みがある。さらに、新しい公共訴訟における裁判所の利益調整が、民主主義的経験主義による熟慮に基づいたコンセンサスという観点から、「共通の価値を擁護する解決策を発見する」という方向とあわせて行われるということは、やや希望的な観測にすぎないように思われる。

いま見たようなことからいえば、サベルとサイモンの見解の評価は、新しい公共訴訟の内容が示す実際の変化についての検証と、それを踏まえた理論的検討を経て行われるべきであると思われる、なお議論の推移を見守る必要であろう。

(ハ) コオルとしての司法と公共訴訟

むしろ、彼らの議論で注目されるべきことは、このような議論の存在を通してみられるアメリカにおける連邦地裁の持つ特異性を示していることである。

この点に関連して、最近の我が国における注目されるべき議論として、樋口陽一教授によって司法改革の関連で説かれた「コオルとしての司法」の議論がある。樋口教授は、まず一般論として次のように説く。近代立憲主義における異物としてのコオル（職業身分特権団体）は、国家が主権による基礎付けを必要とするために個人がつくり出される一方、身分制中間団体から個人が放り出されるという中で荒波にもまれることになった。ただ、その過程を生き残ることのできたコオルは、その内部の構成員の平等性を維持するという条件が充たされるなら、権力の多元化とそれによる自由の確保に働く可能性⁽¹³⁾がある。

樋口教授は、このようなコオルの概念を我が国の司法改革の議論に置き換えて、我が国の弁護士会と裁判所という二つのコオルを取り上げ、現在弁護士会に対しては、特に市場原理を徹底することが弁護士数の急激な増加

の中で求められることによって、弁護士会と裁判所との間に、戦前の在野法曹と在朝法曹の間に見られたような階層化を生み出すのではないか。他方、裁判所に対しては、特に国民主権による裁判の基礎付けを求めることによって、特権集団として政府と対峙する性格を失わせることが行われようとしていると指摘する⁽¹⁴⁾のである。このような樋口教授の議論は、現在の司法改革の議論の中で、法曹という緩やかな共通項によって結びついている弁護士会と裁判所という二つのコオルが、それぞれ異なる理由でその解体を迫られており、それに対する選択としてコオル性を保持し強化する道をとるべきであるということを示唆するもののように思われる。コオルが、権力の多元化とそれによる自由の確保に資することを重視すべきだからである。

ところで、このようなコオルの概念を使うと、アメリカにおける公共訴訟における裁判所の活動は、どのように解されるのであろうか。この点で、樋口教授のコオルの概念を用いて、裁判官団の比較憲法的類型化を行った山元一教授は、アメリカの裁判官団について、フランスのような国家機構内部のコオルではなく、国民に対する民主的説明責任を負ったものであるとする。それは、法曹一元制の伝統に属するアメリカでは、一定の職業的専門知識を有する専門家集団としての職業コオルとしての一体性が存在し、そこには「強い団体精神と共通の伝統」が漲っているためであるとする⁽¹⁵⁾。

このような評価については、一般的には是認されるべきものと思われるが、公共訴訟との関係では若干の問題が存在する。それは、前述のように、公共訴訟については、アメリカでは連邦議会からの反対ばかりではなく、連邦最高裁からもそれを制約する判決が多く下されてきたからである。それらの判決は、連邦地裁の裁判官の活動を職業コオルとしての一体性を崩壊させるものとの危機感を示したものと見られる。実際、溜箭将之教授は、最近の刑務所改革訴訟での連邦地裁での特色について、次のように述べている。連邦地裁の判断では「裁判規範を抽象的なレベルに留め、その中で事件の個性性に合わせた判断と、創造的な救済が模索される。その柔軟性は、

社会的弱者、ことに訴訟に不慣れな当事者の裁判への実質的なアクセスを保障する上で、重要な役割を果たした」が、連邦地裁の権限、手続的自由裁量の余地は、種々の法規範の解釈論の展開によってなされており、「ここでの法解釈には、議会や上級審の予定する結論と異なる判断を下す個別的な逸脱の契機のみならず、むしろ上位審級で形成されるのとは異なる規範を生成する契機が認められた。ここには、法規範により個別の訴訟での判断を統制しようとする権力に対し、個別の事件における判断に際して重要な価値の実現を維持すべくこれに抗する権力を措定することができる。⁽¹⁶⁾」

このような特色は、連邦司法の一体性に疑問を投げかけるものということができるが、ただ、コオルが基本的な有する性格として内部の構成員の平等性の維持があるとなれば、前述の刑務所改革訴訟での連邦地裁と上級審との間に見られる関係は、双方が「互いに異なる価値を体现し、それぞれ権力の所在とそこで生成する規範の是非とを争って対峙する」という連邦司法内部での抑制と均衡を意味するにとどまり、そのような関係の存在は、むしろコオルとしての健全性と、その目的である権力の多元化とそれによる自由の確保という存在目的に資するものといえることができる。

いま述べたような点で、本稿で取り上げたジョンソン事件における連邦最高裁の法廷意見は、アメリカの連邦司法について、今後もそのようなコオルとしての性格を維持することを是認することを明らかにしたものと考えることができるように思われる。

七 結びに代えて

最近の我が国の政治状況の中で、かつてと異なる国民の意識の変化を背景に、政治課題として憲法改正の可能

性が色濃く登場している。⁽¹⁷⁾ その中で、憲法改正の重要な要素として考慮されるべきであるとして議論されている憲法裁判所の設置論は、現在の最高裁の違憲審査権の行使の消極的なあり方に対する不満から生じていると思われる。ただ、最高裁の違憲審査権の行使がなぜ積極化しないのかという問題に関連して、その大きな一因として司法の政治化、権力化の弊害が言及され、その具体的な様相を示すものとして、アメリカの公共訴訟が取り上げられることがある。

公共訴訟については、アメリカでもこれまで批判が強く、特に刑務所の制度改革訴訟には厳しい批判が浴びせられてきた。しかし、このような四面楚歌ともいえるような状況の中で、公共訴訟はなお現在でも連邦地裁を中心に行われている。そのような動向との関連で注目される最近の連邦最高裁の刑務所訴訟に関する判例として、ジョンソン事件判決が存在する。この事件で、オコナー裁判官の執筆する法廷意見は、刑務所における在監者の人種に基づく差別的取扱いについて、厳格審査基準を適用すべきことを明らかにした。この判決は、刑務所行政に対する州当局の裁量に敬讓を払い、合衆国憲法上修正八条など一部を例外として、一律に人権侵害の解決に当たっては、合理的関連性の基準を適用するべきであるとするトーマス裁判官の反対意見と対比するとき、連邦地裁の判断を広く尊重することになると思われる。

ジョンソン事件でのこのような連邦最高裁の法廷意見は、公共訴訟において連邦地裁が従来の判例とは異なる判断を下す余地を許容することによって、連邦司法部内部の裁判所および裁判官相互の平等性と独立性を確保することにつながる結果を、無意識的にせよもたらしているように思われる。さらに、それは、公共訴訟における連邦地裁の判断の特色である、裁判規範を抽象的なレベルに留めた上で、人権侵害の救済については個別の状況に合わせて、ときに創造的な性格のものであっても許容するという可能性の余地を示唆するものとみることができ。この点で、ジョンソン判決が今後どのような射程と安定性を持つのが注目される必要がある。

- (1) マスメディアの中で、憲法改正論議を積極的にリードしてきた読売新聞社の二〇〇四年憲法改正試案九三条ないし九六条は、憲法裁判所の権限、組織、判決の効力について定めている。改正試案の内容については、以下のホームページ参照。<http://www.yomiuri.co.jp/feature/sian2004/>
- これに対して、二〇〇五年に発表された自由民主党の新憲法草案は、憲法裁判所の設置を含んでいない。新憲法草案の内容については、以下のホームページ参照。http://www.jimin.jp/jimin/shin_kenpou/shiryou/pdf/051122_a.pdf
- (2) 大沢秀介「憲法訴訟と憲法裁判所」赤坂正浩・井上典之・大沢秀介・工藤達朗『ファーストステップ憲法』（有斐閣、二〇〇五年）二六六頁。
- (3) 山元一「『ゴオルとしての司法』をめぐる一考察」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集：樋口陽一先生古稀記念』（創文社、二〇〇四年）二五三頁。司法審査の民主主義的正当性に関する文献は、枚挙にいとまがない。その代表的な研究として、イリー（John H. Ely）の研究がある。JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).
- (4) Charles F. Sabel & William H. Simon, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 HARV. L. REV. 1016 (2004).
- (5) この点を指摘する文献として、GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991) がある。
- (6) この点に関する代表的な文献として、Paul J. Mishkin, *Federal Courts as State Reformers*, 35 WASH. & LEE L. REV. 949 (1978); Robert F. Nagel, *Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies*, 30 STAN. L. REV. 661 (1978) などがある。
- (7) この点について、とりわけ芦部信喜「司法における権力性」『岩波講座 基本法学6 権力』二一九頁以下参照。
- (8) 溜箭将之『アメリカにおける事実審裁判所の研究』（東京大学出版会、二〇〇六年）四頁。
- (9) なお、公共訴訟一般については、大沢秀介『現代型訴訟の日米比較』（弘文堂、一九八八年）参照。
- (10) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (Brown I); *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955) (Brown II).

- (11) 以下の公共訴訟に関する叙述について詳しくは、大沢・前掲書注(9)参照。
- (12) この法律について、詳細は溜箭・前掲書注(8)二五三頁参照。
- (13) 大沢秀介「司法の公共政策形成」比較憲法学研究一五号(二〇〇三年)六七頁。
- (14) Sabel & Simon, *supra* note 4, at 1038.
- (15) 378 U.S. 546 (1964).
- (16) 384 U.S. 436 (1966).
- (17) 430 U.S. 817 (1977). この判決によって、州の刑務所当局は、囚人のために学術書を備えた図書館あるいは法的訓練を受けた者の助力を与えることが求められることになった。
- (18) この点に関する連邦最高裁の判例の動向につき、溜箭・前掲書注(8)二五四頁―二五七頁参照。
- (19) 482 U.S. 78 (1987).
- (20) 大沢・前掲論文注(13)六七頁。
- (21) 大沢・前掲論文注(13)六八頁。
- (22) 裁判所のマイクロマネージメントという問題について、テロ対策との関係ではあるが論じたものとして、John Yoo, *Courts at War*, 91 CORNELL L. REV. 573 (2006). 参照。
- (23) 518 U.S. 343 (1996).
- (24) 刑務所訴訟改革法は、一九九六年に予算法案(Omnibus Consolidated Rescission and Appropriations Act)の中に組み入れられた形で提案され、議会でそれほど大きな審議の対象となることもなく連邦議会を通過し、大統領の署名を得て成立した。大沢・前掲論文注(13)六九頁。
- (25) 不真面目な取るに足らない訴訟として有名なものに、ペースト状のピーナツクリームではなく、粒々の入ったピーナツクリームによって損害を被ったとして訴訟を起こしたことがよくあげられる。その他、刑務所改革訴訟法の上院での審議に当たって出された資料によると、最も取るに足らない訴訟とされたのは、死刑囚がゲームボーイ用のゲームを取り上げられたことに対して刑務所職員を訴えたものとされた。Jennifer A. Pimplava, *Peanut Butter and Politics: An Evaluation of the Separation-of-Powers Issues in Section 802 of the Prison Litigation*

Reform Act, 73 IND. L. REV. 329, 330-31 (1997).

- (26) *Id.* at 330.
- (27) *Id.* at 352-53.
- (28) 18 U.S.C. § 3626(b) (2).
- (29) 18 U.S.C. § 3626(e) (2).
- (30) 18 U.S.C. § 3626(b) (1) (A) (i), (b) (3).
- (31) 18 U.S.C. § 3626(a) (1) (A).
- (32) たとえば、*Puplava, supra* note 25, at 334.は、同意判決は終局判決であり、それを変更することは、権力分立原理に反するとする。
- (33) 530 U.S. 327 (2000).

(34) Mark Tushnet & Larry Yackle, *Symbolic Statutes and Real Laws: The Pathologies of the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act and the Prison Litigation Reform Act*, 47 DUKE L.J. 1, 12 (1997). なお、大沢・前掲論文注(13)七七頁参照。

(35) 142 Cong. Rec. S 2296 (statement of Sen. Kennedy).

(36) 125 S. Ct. 1141 (2005).

(37) 最高安全刑務所 (maximum security prison) のサンクエンティンの州刑務所では、黒人、白人そしてヒスパニックのギャンクがほとんどである。

(38) 人種ギャンクは、白人は Aryan Brotherhood、黒人は Black Guerilla Family, Nazi Low Riders、ヒスパニックは Mexican Mafia, Nuestra Familia, などのように分かれていた。

(39) このような事件は、定員過剰の刑務所内で徒党が形成され、刑務所を威圧する結果起きているとされる。そのため、アメリカではそれまでほとんど見られなかった、手に負えない在監者を警戒の非常に厳しい刑務所 (スーパーマックス刑務所) に集中する傾向が見られるようになった。溜箭・前掲書注(8)(二六三頁―七二頁)。

(40) たとえば、ジェンダー、年齢、分類をする際の点数、事件への関心度、拘禁への関心度、精神的および肉体的健

康、刑務所内での敵対状況の程度、刑務所内の人種的徒党との結びつき、受刑者の背景、歴史、拘禁の指示、そして人種の要素によって収容場所が決定されることになっていた。

(41) なお、それぞれの人種グループの中でも、さらに小分けされていた。

(42) CDC の収容センター収容指針は、修正一四条の平等保護条項で認められた権利に反するというものであった。連邦地裁は、ジョンソンの訴状に不備があるとして訴えを却下したが、二〇〇〇年に連邦高裁は、ジョンソンの訴えが修正一四条違反の人種差別に関する主張を述べたものといえるとして、破棄差し戻した。そして、差戻審でジョンソンには弁護士が任命され、訴状の訂正が許可されるなどした。

(43) 321 F.3d 791 (9th Cir. 2003).

(44) 336 F.3d 1117 (9th Cir. 2003). なお、高裁判決の評釈として、以下の文献参照。Julie Taylor, Note, *Racial Segregation in California Prisons*, 37 Loy. L.A.L. Rev. 139 (2003).

(45) 336 F.3d at 1123.

(46) ケネディ、スーター、ギンスバーク、ブライアー各裁判官が同調。

(47) 515 U.S. 200, at 227 (1995).

(48) 539 U.S. 306 (2003).

(49) 509 U.S. 603 (2003).

(50) 125 S. Ct. at 1146. その理由として、法廷意見は、人種に基づく区分は不快な目的によって動機付けられているという特別の虞を惹起するものであり、「それゆえ、厳格な審査をすべての人種に基づく区分に適用」することによって、「高度に疑わしい手段の使用を正当化するほどに重要な目標を政府が追求していることを確かなものとする」とで、「違法な人種を区分として用いることをあぶり出すのである」とする。

(51) *Overton v. Bazetta*, 539 U.S. 126 (2003).

(52) *Shaw v. Murphy*, 532 U.S. 223 (2001).

(53) *Lewis*, *supra* note 23.

(54) *Thornburgh v. Abbott*, 490 U.S. 401 (1989).

- (55) O'Lone v. Estate of Shabazz, 482 U.S. 342 (1987).
- (56) 125 S.Ct. at 1149.
- (57) 法廷意見によれば、刑務所訴訟で修正八条違反が争われる場合には、ターナー判決の合理的関連性の基準ではなく、「意図的な無関心」(deliberate indifference)の基準が適用されるとする。
- (58) 390 U.S. 333 (1968).
- (59) 法廷意見は、特にリー事件で三人の裁判からなる同意意見が、「刑務所当局は、誠実に行動しかつ詳細に述べられた状況においてのみ、刑事施設 (prisons and jails) における安全、規律および良好な秩序を維持する際に、人種の緊張を考慮に入れる権利を有する」としたことを、厳格審査基準適用の根拠としたと解する。
- (60) 125 S.Ct. at 1152.
- (61) *Id.*
- (62) 特に、この点でアフアーマティブ・アクションに関して、厳格審査基準を適用するのか、それとも厳格な合理性の基準いわゆる中間審査の基準で判断するのかについては、連邦裁判官の中でも争いがあったが、現在の連邦最高裁判例は、後述するように、厳格審査基準を適用するものと解している。
- (63) 125 S. Ct. at 1157. スカリア裁判官が同調している。
- (64) 539 U.S. 244 (2003).
- (65) *Turner*, 482 U.S. at 78.
- (66) *Id.* at 89-90. *See also Taylor*, *supra* note 44, at 144.
- (67) 125 S.Ct. at 1163-65.
- (68) *Taylor*, *supra* note 44, at 150.
- (69) 390 U.S. at 334 (Black, J., concurring).
- (70) 原審判決はそのように解した。^o *Taylor*, *supra* note 44, at 143.
- (71) Susan N. Herman, *Slashing and Burning Prisoners' Rights: Congress and the Supreme Court in Dialogue*, 77 Or. L. Rev. 1229, 1234 (1998).

- (72) *Id.* at 1236.
- (73) 前述注(25)参照。
- (74) Herman, *supra* note 71, at 1232.
- (75) 417 U.S. 817 (1974).
- (76) もっとも、トーマス裁判官は、多数意見がトーマス裁判官のアプローチを州の刑務所職員の判断に敬讓を与えるハンス・オフ・アブローチと捉えていることに對して、このようなラベルは歴史的には不正確であるとする。トーマス裁判官によれば、このようなハンス・オフ・アブローチは、一九六〇年代以前の連邦裁判所によってとられ、それは一般的に受刑者の主張する本案について判断することを控えるものであるとされる。See 125 U.S. at 1159 n. 2.
- (77) この点で、トーマス裁判官の反対意見に同調するスカリア裁判官の見解が、憲法制定時のコモン・ローの下で市民として死んだものとして扱う法律 (civil death statutes) に受刑者が服するとする考え方をとるのが注目される。なお、市民として死んだものとして扱う法律については、溜箭・前掲書注(8)二五〇頁参照。
- (78) Jack Balkin, *Johnson v. California: Thomas and Scalia Continue to Mystify*, JURIST, Feb. 24, 2005 (<http://jurist.law.pitt.edu/online/2005/02/balkin-yale-johnson-v-california.php>).
- (79) 125 U.S. at 1167.
- (80) *Id.* at 1167-68.
- (81) See Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term—Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).
- (82) 125 U.S. at 1152.
- (83) この点で、人種と刑務所内での暴力事件との関係についての経験的研究が重要となる。この分野での有名な研究が、二〇〇二年に刑務所における人種統合の効果についての評価を行ったトゥルソンとマルカートの研究である。Chad Trulson & James W. Marquart, *The Caged Melting Pot Toward an Understanding of the Consequence of Desegregation in Prisons*, 36 LAW & SOC'Y REV 743 (2002). この研究によれば、「人種統合を通じた(異人種間の)平等な立場での接触は、人種別離されている在監者の間での暴力と比べて、より暴力的であるという結果は出

ていない。……(また)人種統合された部屋の間での人種的に動機付けられた傷害事件の率は、人種統合が増大するにつれて減少する。多くの刑務所研究者によって、これまで刑務所という状況における人種統合は、異人種間の暴力および人種的に動機付けられた暴力を壊滅的な程度に導くと示唆されてきた。この予測は実現しなかった」(at. 768-69)とされる。また、他の研究によれば、より安全面を強化した指針が執行される刑務所においては、刺傷事件の数はかなり減少したとされた。Anthony E. Bottoms, *Interpersonal Violence and Social Order in Prisons*, 26 *CRIME & JUST* 205 (1999).

- (84) 法廷意見によれば、ターナー判決は、寛大に過ぎて人種の不快な使用を捜し出すことができず、ただ指針が正当な行刑学上の利益に合理的に関連するか否かを求めるにすぎない。そのようなターナー判決の考え方に従えば、刑務所では広範に人種差別が行われることになるとする。この点に関連して、ステイブンス反対意見は、本件ではC D Cの指針が平等保護条項を侵害することは明らかであり、ターナー基準さえ適用する必要はないとする。125 S.Ct. at 1156.

- (85) *Id.* at 1152.

- (86) 大沢秀介「法の下の平等とアファーマティブ・アクション」大沢秀介・小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法―憲法裁判の影響を中心に』(慶應義塾大学出版会、二〇〇六年)一八七頁。なお、アメリカの高等教育におけるアファーマティブ・アクションに関する判例については、宮原均「不平等に対する積極的は正策と司法審査(二・完)」『法学新報』一一三巻一・二号(二〇〇六年)三一一頁以下参照。

- (87) *The Supreme Court, 2004 Term—Leading Cases*, 119 *HARV. L. REV.* 236-37 (2005).

- (88) ジョンソン判決後の下級審の動向は、ジョンソン判決を例外として、ターナー判決に従うものが多いとされる。このような理解を踏まえつつ、新たな審査基準を説く立場も示されている。James E. Robertson, Foreword: "Separate but Equal" in Prison, 96 *J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY* 795, 837-843 (2006).

- (89) 溜箭・前掲書注(8)二九八―三〇二頁参照。

- (90) 合衆国憲法二条二節第二項

- (91) 溜箭・前掲書注(8)二九九頁。

- (92) 溜箭・前掲書注(8)三〇四頁。
- (93) サベルとサイモンのいう指揮統制型の公共訴訟の一つの例として、刑務所の定員過剰が合衆国憲法修正八条と修正一四条違反であることが争われた *Harris v. City of Philadelphia* 事件での同意判決を挙げることができよう。詳細は、以下の文献参照。Louis H. Pollak, *Norma Levy Shapiro*, 152 U. PENN. L. REV. 9, 11 (2003).
- (94) Sabel & Simon, *supra* note 4, at 1019.
- (95) 210 F. Supp. 2d, 450 (S.D.N.Y. 2002).
- (96) Sabel & Simon, *supra* note 4, at 1038.
- (97) *Id.* at 1038.
- (98) Michael A. Cardozo, *U.S. Southern District Judge Terminates Stipulation of Settlement Governing Department of Correction's Central Punitive Segregation Unit*, (<http://www.nyc.gov/html/law/downloads/pdf/pr071702.pdf>). なお、溜箭・前掲書注(8)二六三頁以下は、ウイスコンシン州スーパーマックス刑務所改革訴訟における連邦地裁の下した同意判決について詳細な分析を行っている。
- (99) 具体的には、被害者数、暴力事件数、苦情処理の調査に要する時間などである。Sabel & Simon, *supra* note 4, at 1039.
- (100) *Id.* at 1053.
- (101) Daryl Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, 99 COLUM. L. REV. 857 (1999). レヴィンソンの論致を丁寧で紹介したものととして、山本龍彦「違憲審査理論と権利論」大沢秀介・小山剛編著『東アジアにおけるアメリカ憲法』(慶應義塾大学出版会、二〇〇六年)三九九頁。
- (102) Sabel & Simon, *supra* note 4, at 1054.
- (103) *Id.*
- (104) *Id.* at 1056.
- (105) ここという四つの分野の議論の一つとして、特に、警察による人権侵害に関して問題となる公務員の違法行為を制度に帰することは是非が挙げられているが、具体的には、現場の警察官が違法行為を行っている場合に、それが警

察の政策に基づくものか否か、当事者適格を認めるのか否かなどの問題である。なかでも、上司が部下の違法行為を意図的に無視したのか否かが、判例上重要なポイントとなっている。しかし、ここでは本稿の問題関心との関係で、この問題については扱わない。

- (106) Sabel & Simon, *supra* note 4, at 1082.
- (107) 457 U.S. 307 (1982).
- (108) Sabel & Simon, *supra* note 4, at 1089.
- (109) *Id.* at 1090.
- (110) *Id.* at 1091—92.
- (111) *Id.* at 1094.
- (112) *Id.* at 1099—1100.
- (113) 樋口陽一「ニコオル (Corps) としての司法」と立憲主義『憲法 近代知の復権へ』（東京大学出版会、二〇〇二年）一三七頁—一三八頁。
- (114) 樋口・前掲論文注（113）一四一頁—一四二頁。
- (115) 山元・前掲論文注（3）二五九頁—二六〇頁。
- (116) 溜箭将之「アメリカの裁判における裁判官の手続的裁量の価値」『立教法学』七〇号（二〇〇六年）三七二頁—三七三頁。
- (117) 二〇〇七年の通常国会での施政方針演説で、安倍首相は憲法改正の必要性を強調した。