

# 政治問題の法理のゆくえ

大 林 啓 吾

- 序
  - 一 政治問題の法理の意味
  - 二 建国初期における萌芽
    - 1 『フェデラリスト』にみる憲法起草者の意図
    - 2 嚆矢としての Marbury 判決
    - 3 トクヴェールの分析
  - 三 政治問題の法理の展開
    - 1 判例法理の展開
    - 2 フランクファーター判事とブレナン判事の対立
    - 3 ベイカーテストのゆくえ
- 後序
  - 四 二一世紀における政治問題の法理
    - 1 投票関連のケースにおける司法の政治性
    - 2 政治問題の法理の適用回避傾向
  - 五 政治問題の法理と三権の憲法解釈
    - 1 判例法理の整理
    - 2 司法優越主義とのリンク
    - 3 政治問題の法理のゆくえ——ダイバートメンタリズムとの関係

政治問題の法理のゆくえ

「二百年以上ものあいだ、最高裁はほかの政府機関とおなじく、政治的問題に直面し、おなじように成功と失敗をくりかえしてきた」(ジェフリー・トゥービン(増子久美・鈴木淑美訳)『ザ・ナイン—アメリカ連邦最高裁の素顔』八頁)(河出書房新社、二〇一三年)

## 序

近年、日本の裁判では、統治行為論を見かけなくなってきた。かつて統治行為論は、砂川事件判決<sup>(1)</sup>や苦米地事件判決<sup>(2)</sup>などの大型判例によって注目を集め、学界においても憲法学および行政法学の両方にわたって物議をかもしていた<sup>(3)</sup>。

が、その後、統治行為論は最高裁レベルではほとんど姿を見せなくなった。そうした事件自体が最高裁まで上がることが少ないことに加え、一見「高度な政治性」を帯びていそうな事件を最高裁が判断することになっても、警察法改正無効事件判決<sup>(4)</sup>のように統治行為論に言及しないまま対応するケースが登場するようになったからである。

他方、下級審レベルでは、「高度な政治性」や「統治行為」に言及する判例を散見することはできる。統治行為に関連しそうな事件が上がってくるのが稀な最高裁と異なり、下級審では統治行為関連の事件自体は存在するからである。しかしながら、統治行為論を実際に用いる判決は平和主義の問題など一部の領域に限られており、場合によっては九条関連の問題であっても自衛隊イラク訴訟名古屋高裁判決<sup>(5)</sup>のように統治行為論に言及しないまま判断に踏み込んだり、「高度な政治性」に言及しながらも裁量論など他の法理に吸収したりする傾向にある<sup>(6)</sup>。

もともと、統治行為論は、苦米地事件判決タイプの純粹型と砂川事件判決タイプの非純粹型とに分かれ<sup>(7)</sup>、後者は例外的ではあるにせよ司法判断可能性の余地を残していることから、裁量論や自律権論に吸収可能な構造となっており、学説は統治行為論を限定する見解が有力になっていた<sup>(8)</sup>。そして、最近ではさらに一歩進めて、その消去可能性すら指摘されるようになって<sup>(9)</sup>いる。

では、統治行為を論じる際、しばしば引き合いに出されてきたアメリカはどうなっているだろうか。実は、ア

アメリカでも「政治問題の法理」(Political Question Doctrine)が減少傾向にある。ただし、政治問題となる事件が少なくなってきたというわけではなく、政治問題の法理が適用されなくなってきたという点が特徴的である。それでは、いかなる理由で減少傾向にあるのだろうか。結論を先取りしていえば、それは政治問題の法理の本質と司法態度に関わる。〈憲法が政治部門に権限を付与している場合または司法の能力上の限界がある場合には司法判断を控える〉というのが政治問題の法理の中核的要素であったことから、政治問題の法理の本質は司法が他権の憲法解釈権を尊重すべきか否かという問題であったといえる。つまり、政治問題の法理は憲法解釈の権威をめぐる問題として展開してきたと考えられるのである。そのため、かつては、三権が各々固有の憲法解釈が妥当する領域を有し、司法は他権の専権領域に該当する問題を政治問題として扱ってきた。しかし、最近では「司法優越主義」(judicial supremacy)の台頭とともに、憲法解釈の最終的権威は司法府にあるとして、他権の領域に該当すれば自動的に政治問題化するのではなく、司法判断を経た上で敬讓するか否かの問題として考えるようになってきている。それが政治問題の法理の減少傾向につながっているように思われるのである。

そこで本稿では、近年のアメリカにおける政治問題の法理を考察することにした。政治問題の法理に関する研究は、すでに小林節教授(以下、敬称略)の『政治問題の法理』<sup>(10)</sup>によって判例および学説に関する網羅的な検討が行われている。とりわけ、ここでは実際の判例法理がどのように展開しているかについて、建国初期から一九八〇年代の刊行当時までの膨大な量の判例を素材に緻密な分析が行われた。<sup>(11)</sup>

もともと、本書により政治問題の法理に関する研究が熟成され、さらにアメリカでは政治問題の法理自体が減少傾向に向かうと、それ以降のアメリカにおける政治問題の法理の展開について、日本の憲法学は十分な光を当ててこなかったように思える。ゆえに、本稿では、近年の政治問題の法理の展開を中心に、政治問題が減少傾向にある理由を探り、その内実を明らかにしようと思う。

政治問題の法理の適用が減っているのは司法優越主義によって政治問題の法理に内在する論理が従来とは別の方向に使われていることに起因すると思われることから、最初に政治問題の法理の出自を追いながら政治問題の法理を概観する。当初の政治問題の法理は各機関の憲法解釈が優先する専権領域に対して司法が介入しないというものであったが、一九六二年の *Baker v. Carr* 連邦最高裁判決以降になると司法が憲法解釈を行った上で政治問題とするか否かを決めるというスタイルに変化していく。そうした状況とあいまって、司法優越主義が台頭し始めると、司法は政治問題の法理を使わなくなってきたと思われる。本稿では、判例や学説を追いながら以上のことを明らかにしたい。

## 一 政治問題の法理の意味

まずは、「政治問題の法理」という言葉の意味を考えてみよう。司法権は、憲法三条に基づき、憲法、法律、条約の下で生じるすべての事件に及ぶ<sup>(13)</sup>。しかし、司法権の範囲内にある事件であっても、裁判所は司法権の行使に適合しないことを理由に判断を行わないことがある<sup>(14)</sup>。たとえば、裁判所は、成熟性やムートネスなどの時間的問題や訴える資格などの当事者資格の問題、管轄違いの裁判所に訴えているなどの管轄権の問題等を理由に本案に関する判断を行わない<sup>(15)</sup>。これが、いわゆる「司法判断可能性」(Justiciability)の問題である。そして判例法理上、政治問題の法理は司法判断適合性の一つとみなされてきた<sup>(16)</sup>。つまり、その事案が政治問題に該当した場合、裁判所は本案に入らずに当該問題をシャットアウトしてしまうのである。ただし、「政治問題」の法理は他の司法判断適合性の要件とは異なる。裁判所が適切な状況下で判断しうるかどうか問題となる他の要件と異なり、政治問題の法理は、状況の是非にかかわらず、裁判所が考慮しうる事項に限定をかけるものである。そのため、

政治問題の法理は明確な目的に仕える。すなわち、政治部門が一定の事項について司法審査を受けないということである<sup>(17)</sup>。そのため、政治問題の法理は、司法判断適合性の一つではあるものの、司法が適切に判断しうる条件がそろえられているか否かではなく、たとえ司法判断可能な条件がそろっていたとしても政治部門の判断に任せるべき点において、特異な性格を帯びている<sup>(18)</sup>。他の司法判断適合性の要件が司法権に内在する性格が強いのに対し、政治問題の法理は権力分立原理に基づき、政治部門という外的な関係を中心に考慮するのである。さらに、「政治問題の法理」という言葉は、それ自体問題をはらむものである。なぜなら、「政治問題とは何か」という率直な疑問が浮上することに加え、「政治」という政治的領域の言葉を「法理」という法的領域の言葉と結びつけるという、オキシモローンの結合を行っているからである。ネーゲル (Robert F. Nagel) はこのフレーズを単語ごとに分解し、つぎのような説明をしている。

ネーゲルいわく、「政治問題の法理」というフレーズは響きがいいように聞こえる。この三つの単語がしつかりした順で並んでいるのもそう思わせる要因である。政治はやっぱり飼いなすのが難しいものの、それは問題を飼いなすことで対応することになる。このフレーズは、政治的権力、政治的ジレンマ、政治的熱情といったものに関係するのではなく、ここでいう政治的事項は知的なポイントに関連するものであり、それが問題として形成されていく。最後の単語の法理は、ルール、予測可能性、お決まりの形式主義を想起させ、政治を法と同化させる。この三つの単語の結合により、政治問題の法理は法という静穏な空間に争いというやまましい音を流し込むものである<sup>(19)</sup>。と。

ネーゲルは、まさに「政治問題とは何か」、「政治と法の結合は整合するのか」といった問題に回答しているわけであるが、しかし、それに続けて「政治問題の法理は響きがいいようには聞こえないというのが私のテーマである<sup>(20)</sup>」と述べている。政治問題の法理はその言葉自体、飼いなすことが難しいじゃじゃ馬的用語なのである。

それでは、法的意味としての政治問題とは何か。法律辞書によれば、「当該事件が政府の執行府又は立法府によつて裁量的に行使される問題であることを理由に裁判所は判断しないという問題」<sup>(21)</sup>と説明されている。興味深いことに、ここでは「政治」という言葉が出てこない。執行府や立法府が裁量的に判断すべき事項を政治問題であるとみなしているのである。

それにもかかわらず、なぜ「政治問題の法理」と呼ばれるのだろうか。それは、連邦最高裁が初期の頃から憲法問題における法と政治の区別に言及してきたからである。<sup>(22)</sup>すなわち、一八〇三年の *Marbury v. Madison* 連邦最高裁判決<sup>(23)</sup>が法的問題の解決を司法の役割とし、政治的問題については政治部門にその解決を任せるとした点に起因する。<sup>(24)</sup>しかし、*Marbury* 判決が用いた「政治」という言葉は、後述するように、政治的意味での政治ではなく、憲法が大統領に授権した権限については大統領が最終的判断を行うという文脈で用いたものであった。<sup>(25)</sup>したがって、政治問題の法理はその名称とは裏腹に、政治問題かどうかは関係ない。すなわち、政治性のある問題については政治部門が判断するという意味ではなく、憲法が政治部門に授権している事項については司法ではなく政治部門が判断するという意味なのである。

このような出自からなる政治問題の法理はその形成過程の中で政治的要素や司法の謙抑的要素を織り込むなどの変容を見せながらも、その基盤は *Marbury* 判決が示した原理から離れていない。そして、*Marbury* 判決の原理が残存しているがゆえに、近年の連邦最高裁はそれを逆手にとって政治問題の法理を用いない傾向にある。以下では、そうした状況を概観することにした。

## 二 建国初期における萌芽

## 1 『フェデラリスト』にみる憲法起草者の意図

憲法起草者は政治問題についてどのように考えていたのであろうか。憲法起草者の意図を知る手がかりとしてしばしば参照される『フェデラリスト』には、政治問題について直接言及している記述は見当たらない。

ただし、ハミルトン (Alexander Hamilton) やメイソン (James Madison) の言述の一部が政治問題を示唆しているものとしてしばしば引用される。ハミルトンは司法権について語る箇所で、「立法機関自体が、立法部の権限についての憲法上の判定者であり、その権限について立法部の下す解釈が他の諸部門との関係においても最終的なものである、という主張に対しては、そういう主張は、憲法案のいかなる特定の条項からも推論できない以上、当然の前提として認めることはできない、と答えればよからう。」と述べている。一見すると、立法優越主義を否定して司法審査の存在を肯定しているだけのように見える。だが、反対解釈を行えば、政治問題に関連する記述として読むことができる。<sup>(28)</sup> すなわち、憲法上の規定があれば立法判断が最終的決定となることがありうるというわけである。つまり、ここでは、どの機関の憲法判断が最終的決定になるのかをめぐる問題として把握されていたといえる。

また、メイソンが権力分立について述べた箇所も、司法審査の限界について言及していることから、政治問題に関連するものとみなされている。<sup>(29)</sup> メイソンは、権力篡奪防止について言及する箇所で、「政府の各部門はその共通の委任状ともいふべき憲法の条文をもってのおの完全に対等の立場に置かれているがゆえに、それぞれの権限の間の境界を定める排他的な、あるいは優越的な権利をもっているなどとは、どの部門も主張することはできないわけである。<sup>(30)</sup>」と述べており、三権が同等の地位を有し、他権の権限を篡奪しうる優越的な地位にあると主張することはできないとしている。その上で、権力分立を維持するための方法としては、「政府を構成する各部分が、その相互関係によって互いにそのしかるべき領域を守らざるをえないように、政府の内部構造を構

成することによって、欠陥を補う以外に手段はないといわざるをえない。<sup>(31)</sup>」としており、三権が独自の専権領域を保有すべきであると考えている。先の言述と合わせると、マディソンは、三権が同等に憲法解釈権を有すると同時に、各々が独自の専権領域を有していることから、司法が他権の判断を尊重しなければならないエリアがあることを暗喩していると解釈できる。

しかしながら、これらの事柄がそのままストレートに政治問題の法理につながるとは断言できないように思われる。ハミルトンの台詞を文脈に照らしてみると、立法府の憲法解釈が最終的権威となってしまうと憲法の最高法規性を担保することが難しくなってくるために司法が立法行為を無効にすることが必要であることを述べている箇所で言及していることから、その趣旨は政治問題の存在を直接認めるものではないように思えるからである。ただし、憲法起草者は政治問題について言及しているわけではないものの、権力分立に関する見解が政治問題を考える上で参考になる要素を提示しているといえる。とりわけ、権力分立原理に基づき三権が同等の憲法解釈権を有することを前提とした上で、憲法条文が各機関に固有の専権領域を付与しているとする点は、政治問題の法理の規範的構造ともなりうるところである。このような見解が実際の裁判で披瀝されたのが、Marbury 判決を中心とした司法審査権に関する初期の連邦最高裁の判決であった。<sup>(32)</sup>

## 2 嚆矢としての Marbury 判決

バルロー (Rachel E. Barkow) によれば、初期の連邦最高裁判事が司法審査権の行使につき、「明白な誤りの基準」(clear-mistake standard) を用いていたことが政治問題の法理に関連するといふ。<sup>(33)</sup> 一七九六年の *Hylton v. United States* 連邦最高裁判決<sup>(34)</sup>において、チェイス (Samuel Chase) 判事は司法審査権に言及しながらも連邦議会の行為が無効となるのはそれがきわめて明らか場合であると述べ<sup>(35)</sup>、一八〇〇年の *Cooper v. Tellair* 連邦最

高裁判決<sup>(36)</sup>でもパターンソン (William Paterson) 判事が明らかに憲法を侵害する場合のみ違憲とすべきであると言及していたからである<sup>(37)</sup>。裁判所は明らかに憲法に違反する場合でしか違憲判断ができないとしているのであり、それ以外の場合は他権に敬讓することを意味しているとし、政治問題の法理につながるものであるというのである。ただし、これらの判決は明白な誤りの基準が導き出される理由を提示しておらず、いわゆる敬讓論に直結しているのかどうかも検討の余地がある。これを明らかにしたのが、Marbury 判決であった。

Marbury 判決は、連邦最高裁が最初に政治問題に言及した事件である<sup>(38)</sup>。周知のように、この事件では、連邦の裁判官に就任予定だったマーベリー (William Marbury) (フェデラリスツ派) が新政権 (リパブリカンズ派) の誕生により任命状 (職務執行令状) を発行してもらえなかったことから、その発行を求めて提訴したものである。マーシャル (John Marshall) 長官 (フェデラリスツ派) は、連邦最高裁に職務執行関連の事件に関する第一審管轄権を付与している裁判所法一三条が違憲であるとして司法審査権を確立したのだが、大統領の職務執行令状の発行に関する権限について、以下のように述べた。

「合衆国憲法により、大統領は一定の重要な政治的権限を付与され、その行使において大統領は裁量を有し、政治的意味において国家と自己の良心についてのみ責任を負う。これらの責務を遂行するにあたり、大統領は大統領の権威に基づき命令に従って行動する一定の公務員を任命する権限がある。したがって、公務員の行為は大統領の行為である。執行府の裁量の使われ方についていかなる意見があろうとも、その裁量を統制する権限は存在しないし、存在しえない。その問題は政治的なのである。それらは個人の権利ではなく、国家に関する事項であり、執行府に任せられたものであって、それについての執行府の決定は最終的なものである。この論点は外交問題に関する機関を設ける連邦議会の立法にも目を向けることになる。この機関は、法律によって大統領の責務が規定されているように、大統領の意思に合致

するものである。大統領はその意思を伝えることができる唯一の機関なのである。そのような公職者としての行為については、裁判所による審査を決して受けない<sup>(39)</sup>。

ここでは、大統領の政治的権限、特に公務員の任命権には司法統制が及ばないとしているわけであるが、「政治的」という言葉が意味するところについては注意が必要である。判決は、まず、憲法に基づき、大統領は一定の政治的権限を有し、その事項については裁量を有するとしている。ここでいう政治的権限とは、憲法上大統領に付与された権限のことを指している<sup>(40)</sup>ので、法的効力を持たないという意味の「政治的」ではない。法的効力を持つ権限であるものの、それは排他的裁量事項なので、法的統制、すなわち司法統制に服さないという意味で、「政治的」という言葉を用いている。そして、そうした権限を行使するために、大統領は自らの手足となって働く公務員を任命することができ、その任命に関する行為について広範な裁量権を有するとし、それは司法統制を受けない政治的な問題だとしている。

ここで登場する「政治的」も、大統領が最終的決定を行うがゆえに政治的問題だとしているのであって、政治性を帯びているから政治的問題だとしているわけではない。当該行為が司法統制を受けないのは、政治性を帯びる行為だからではなく、大統領が憲法によって付与された権限を行使する事柄だからである。

続けてマーシャル長官は、「裁判所の領域では、単独で、個人の権利について判断することができるが、執行府、または執行府の職員が裁量事項についてのどのように責務を果たすのか追及しないようにしなければならない。その性質が政治的である問題や、憲法または法律によって執行府に委ねられている問題は本法廷で決して判断することができない<sup>(41)</sup>。」とした。つまり、司法は、個人の権利に関する事項については判断することができるが、政治的問題や憲法が執行府に委ねている問題については審査できないとしている。ここでいう「政治的」は、個

人の権利に関する事項と区別されるという文脈で使われており、執行権の具体的行使については執行府の裁量事項に服するということを意味している。ゆえに、判決が司法審査の対象にならないとしているのは、憲法が執行府に委ねている事項とそれに伴う執行権の行使に関する裁量ということであり、後者は前者に伴う事項である。

以上のことから、Marbury 判決は、憲法は大統領に固有の権限を与えており、その領域では大統領の憲法解釈が最終的権威となるとし、それについては司法判断を行わないことを宣言したのである。こうした見解は、先述の憲法起草者の意思とも合致しており、「政治問題」という言葉は権力分立に基づく各機関の憲法解釈の自律性を念頭に置いていたことがわかる。<sup>(42)</sup>

### 3 トクヴィルの分析

一方、一九世紀初頭のアメリカは、政治問題を念頭に置いていなかったとする見解もある。<sup>(43)</sup> トクヴィル (Alexis de Tocqueville) が一八三五年に著した『アメリカのデモクラシー』<sup>(44)</sup> である。

トクヴィルによれば、「合衆国で外国人がいちばん理解しにくいのは司法組織である。ここでは、いわば、政治上のどんな出来事に際しても、裁判官の権威を呼び出す声が聞こえる。<sup>(45)</sup>」という。裁判所は訴訟が提起された場合でなければ事件を扱うことができないため、外国人の目には、司法が政治に関わることは偶然のように見える。ところが、その偶然が繰り返される。それは、裁判所が司法審査権を有するからである。裁判所は、憲法に反する法律を無効にすることができるがゆえに、強大な政治的影響力を有すると、トクヴィルは観察している。

このように、トクヴィルは司法審査権の行使により、司法権が政治的問題に関与し、影響を与えていると分析する。そのため、トクヴィルは、司法は自ら政治問題に関わろうとするのではなく、事件に付随して政治問題を判断しているにすぎないとする。しかし、そうした場合であっても、「政治的問題の解決が訴訟当事者の利害に

密接に関わる時、それについての判断を回避することは、裁判を拒否することになるであろう。」と、トクヴィルは述べる。つまり、事件として裁判所に上がってくる以上、政治的問題が絡むからといって判断を回避しないとしているのである。

このトクヴィルの言述は、政治的な問題が司法の問題になるというアメリカの政治システムを端的に物語っており、現在にもなお妥当する分析だという指摘<sup>(48)</sup>すら存在している。

たしかに、そもそも *Marbury* 判決ですら政治的対立の中で生じた事件であり、また一八一九年の *McCulloch v. Maryland* 連邦最高裁判決<sup>(49)</sup>のような中央銀行をめぐる政治的争いにも裁判が起こされたら判断を辞さないアメリカの司法スタイルは、トクヴィルの目には政治問題の法理など存在しないように映ったのだろう。しかし、その後、連邦最高裁は政治問題の法理を構築していくことになる。<sup>(50)</sup>

### 三 政治問題の法理の展開

#### 1 判例法理の展開

それでは、*Marbury* 判決以降、政治問題の法理はどのような展開を見せたのであろうか。マーシャルコートにおいて政治問題であるがゆえに本案に立ち入らないことに直接言及した事件はないが、政治部門への敬讓を唱えた事件は存在する。

マーシャル長官が法廷意見を執筆した事件では、一八一八年の *U.S. v. Palmer* 連邦最高裁判決<sup>(51)</sup>が挙げられる。この事件は、公海上で、外国人が外国船に対して行った強奪行為が海賊行為としてアメリカ法の適用を受けるか否かが問題となった。マーシャル長官は、従来の国内法はこのような行為を適用対象としていなかったことから、

本件にも適用されなかった。その際、この問題をどのように処理するかは立法府がどのような法を制定するかという問題であり、司法が口を出すべき事項ではないとし、この種の問題は法的問題というよりも政治的問題であると述べている。<sup>(52)</sup> マーシャル長官は立法府の専権事項の問題を政治的問題としているので、<sup>(53)</sup>でも「政治」という言葉をいわゆる政治性ではなく、政治部門の管轄事項という意味で使っていることがわかる。

マーシャル長官以外の判事が法廷意見を書いた事件としては、一八二七年の *Martin v. Mott* 連邦最高裁判決<sup>(53)</sup>が挙げられる。ストーリー (Joseph Story) 判事は、大統領が緊急時に軍隊を招集する判断は大統領の権限であり、司法は大統領の軍事総司令としての権限を阻害することはできないとした。ただし、これらの判決は政治部門への敬讓を説くものであり、本案前の入口で遮断してしまおうものではない。

いわゆる政治問題の法理が確立されたのはトーニーコートに入ってからであり、それが登場したのが一八四九年の *Luther v. Borden* 連邦最高裁判決<sup>(54)</sup>であった。<sup>(55)</sup> この事件は、勅許状を与えられていたロードアイランド州政府に対し、参政権の制限に不満を抱いた州民が新憲法を制定するための会議体を創り、参政権を拡大した上で新憲法批准のための選挙を実施し、新憲法に基づき新たな政府を樹立したことに端を発する。勅許政府によって戒厳令がしかれるさなか、勅許政府の軍隊がルーサー (Martin Luther) の自宅に立ち入って拘束したため、ルーサーはこれが不法侵入にあたるとして損害賠償請求訴訟を提起し、その違法性の判断を行うにあたり、事件当時の政府の正統性が争われることになった。これについて連邦最高裁はいずれが正統な政府であるかを司法は判断できないとした。トーニー (Roger B. Taney) 長官の法廷意見は、州政府の正統性の問題は司法判断になじむものではなく、むしろ政治部門が判断する事項であり、かりに司法が判断したとしても混乱を招くだけである等の理由を挙げて、司法判断を行わなかったのである。

その後の判例は本件を先例として引用しながら、共和政体に関する事項について、判断を回避することになる。

一九〇〇年の Taylor v. Beckham 連邦最高裁判決<sup>(56)</sup>はケンタッキー州の知事選挙に絡む混乱に対し、連邦最高裁判決は州政府に共和政体を保障することは政治部門に委ねられた事項であるとして判断を避けている。

二〇世紀に入ると、一九世紀末の産業革命に伴う人口移動により、都市部と農村部での人口格差が激しくなり、選挙区と投票価値の問題が裁判になり始めた。たとえば連邦議会の下院の選出議員数について、ミネソタ州の人数が人口比例を理由に減らされたものの、州知事がそれを実現するための州法に対して拒否権を行使したため、当該州法の有効性が争われた一九三二年の Smiley v. Holm 連邦最高裁判決<sup>(57)</sup>がある。ただし、連邦最高裁判決は政治問題の主張があつたにもかかわらず、判断に踏み込んでいない。

その後、ニューデイルコートを迎えると、憲法修正をめぐる事件について重要な判断が下される。一九三九年の Coleman v. Miller 連邦最高裁判決<sup>(58)</sup>である。この事件は、連邦議会が発議した憲法修正案に対し、カンザス州議会が当初拒否する態度を明らかにしていたところ、発議から十数年を過ぎた頃に州議会が承認の決議を行ったことに端を発する。これに対し、州議会議員が批准の無効を求めて提訴したのが本件である。ヒューズ (Charles Evans Hughes) 長官は、修正手続を定める憲法五条が州による拒否や修正案の批准を行う期間について指示していないため、これらの事項は連邦議会の判断に委ねられるべきであるとした。その際、ヒューズ長官は、この問題が政治問題に該当するか否かは、政治部門の決定を最終的なものとするか、司法判断を行うのに十分な基準があるか、であると述べている。<sup>(59)</sup> この二つの要素は政治問題の骨格部分と理解されており、現在に至るまで受け継がれることになる。

## 2 フランクファーター判事とブレナン判事の対立

第二次世界大戦により、人口分布に影響が生じると、再び選挙区と人口比例の問題が裁判所に持ち込まれるよ

うになった。そうした中、政治問題の法理もいよいよ佳境に入る。ここでは、フランクファーター (Frankfurter) 判事とブレナン (William J. Brennan, Jr.) 判事という二人の巨匠が刃を交えることとなった。

### (1) Colegrove 判決

まず、先手を打ったのはフランクファーター判事であった。ブレナンが連邦最高裁入りする十年前の一九四六年、フランクファーター判事は *Colegrove v. Green* 連邦最高裁判決において、一票の格差の問題が政治問題に当たるとしたのである。

フランクファーター判事の法廷意見はつぎのように述べた。「上告人は本法廷の判断能力を超えた問題を訴えていると我々は判断する。本件は管轄権について口頭の応酬では満たすことのできない司法権の発動の一つである。それは、本法廷がしばしば争訟を取り上げないという方法で解決しなければならぬ<sup>(61)</sup>。「人民の政治に司法が関与することは民主制にとって害悪である。司法が抽象的な法のフレーズをまもって政治的レースに介入してしまつたら、それは有害でしかないのである」<sup>(62)</sup>。「本件を取り上げるとはまさに連邦議会の存在に深く入り込むことになる。連邦最高裁はこの政治的茂みに立ち入るべきではない」<sup>(63)</sup>。

こうして、一票の格差の問題には政治問題の法理が適用されることが明らかになったと同時に、その理由に民主主義というキーワードが前面に出され、司法の謙抑的側面が関連することが示された。しかし、この判決では、司法判断には馴染むものの、衡平法上の救済手段に欠けるという理由で結論に賛成したラトリッジ (Wiley B. Rutledge, Jr.) 判事の同意意見や、司法判断適合性を認めるべきとして反対意見を執筆したブラック (Hugo Lafayette Black) 判事の反対意見 (ダグラス (William O. Douglas) 判事、マーフィー (Frank Murphy) 判事の同調) もあり、フランクファーター判事の述べた政治問題の部分は三名の同意にとどまり、四名は見解を異にしている。そのため、フランクファーター流の政治問題の法理は救済可能な事件さえ起れば崩されてしまう危うさをは

らんでいた。

さらにいえば、フラン克福ォーター判事自身が認めるように、「政治的」性格を有するために連邦最高裁が判断を控えざるをえないと思う事件と、「自由」と「平等」の概念を適用する多くの事件とを分ける境界線はきわどいものである<sup>(64)</sup>ともいえる。ゆえに、この意味においても、Colegrove 判決はわずかな事案の違いで政治問題にならない可能性を残していた<sup>(65)</sup>。

(2) Baker 判決

それが現実となったのが、フラン克福ォーター判事が連邦最高裁の判事を辞める一九六二年に判断された Baker 判決であった。この事件も一票の格差に関する事件であり、恣意的な選挙区の設定により修正一四条の権利が侵害されたか否かが問題となった。

ブレナン判事の法廷意見は、「政治問題」という司法判断適合性の否定は主に権力分立の機能によるものである。「政治問題」というラベルの許容範囲には多くの誤解が生じケースバイケースで判断する必要性を見失わせてしまっている。ある問題について憲法が他権に委ねるように指示しているかどうか、またはある機関の行為が割り当てられた権限を逸脱しているかどうかを決めることは、それ自体デリケートな憲法解釈の営みであり、最終的な憲法解釈者としての連邦最高裁の責務である。」とする<sup>(66)</sup>。つまり、ブレナン判事は、権力分立原理に基づきケースごとに司法判断すべきかどうかを考えていくべきであり、それを決めるのは司法であるとしたのである。その上で、政治問題に該当する類型を設定する。

すなわち、①条文が当該問題に関する憲法上のコミットメントにつき政治部門が協同するように示している場合、②当該問題を解決するための基準を司法が発見または対応できない場合、③明らかに非司法的裁量の類で政治的主導による決定なくしては判断を下すことができない場合、④他権の適切な協力の尊重なくては司法が独立

して解決することができない場合、⑤すでになされた政治的決定を維持することが特別に必要な場合、⑥当該問題につき複数の機関が様々な説明をすることで困惑を惹起する可能性がある場合、である。

そして本件はこの六類型のいずれにも該当せず、先例として存在する *Colegrove* 判決も救済可能な衡平法上の手段がなかったから判断しなかったにすぎないとし、本件は司法判断可能な事案として差し戻した。

ブレナン判事の判断は、一票の格差の問題を政治問題に含めるか否かという点で異なると同時に、政治問題の法理の考え方自体もフランクファーター流の司法の謙抑とは一線を画する。司法は謙抑の殻を破り、類型ごとに判断を回避すべきかどうかを決定していくという能動的なスタンスに変えたのである。

これに対し、フランクファーター判事は *Colegrove* 判決で構築した政治問題の法理を墨守しようとして反論する。フランクファーター判事は、「連邦最高裁の司法権の効果的な行使に固有の限界を無視して、人口や代表の關係による本質的に政治的な衝突に司法が介入するという悪い予感の中しようとしている。それは、連邦最高裁が判断しなければならない法的問題の大部分がしばしば強く人民の感情を巻き込んでしまう点において、国の最高法規の最終的機関としての連邦最高裁の地位を阻害するに等しい。剣も財布も持たないという連邦最高裁の權威は最終的には道徳的制裁という公的信頼に依存している。そうした感情は、事実上も外見上も、連邦最高裁が政治的問題から完全に距離をとることや連邦最高裁が政治的問題における政治権力の衝突に踏み込むことを自制することによって育まなければならない。」<sup>(67)</sup> という。そして、法廷意見のように、「政治問題の様々な例を類型化することということは分析を明らかにするのではなくむしろ結論を述べている。」<sup>(68)</sup> とし、法廷意見のアプローチを批判した。

### 3 ベイカーテストのゆくえ

ブレナン判事が設定したベイカーテストは、政治問題の法理を目に見える形でセットアップした。内容的には、①のように *Marbury* 判決以来の権力分立に基づくカテゴリーに加え、②や③のような司法判断適合性に関するカテゴリー、④～⑥のように司法の謙抑が関連するカテゴリーなどが設けられた。<sup>(69)</sup>

そのため、一見すると、そのカテゴリーに該当すれば自動的に政治問題になるかのような印象を受ける。しかし、ベイカーテストによって、政治問題の法理が頻繁に適用されるようになったというわけではない。ベイカーテストは、政治問題を類型化することによって、裁判官の裁量によって司法が不必要な謙抑に走ってしまうことを防ぎ、政治問題を限定するという潜在力を秘めていた。その結果、政治問題の法理はむしろ用いられない方向に進むことになる。

#### (1) 一九六〇年代

まず、一票の格差の問題については *Baker* 判決自体が司法審査可能だとしていることから、投票関連の訴訟については次々と司法審査がなされるようになった。<sup>(70)</sup> この分野について司法審査がなされることは *Baker* 判決の結果からある程度予想できたが、他の領域においても司法判断に踏み込む姿が目立つようになる。

その嚆矢となったのが、一九六九年の *Powell v. McCormack* 連邦最高裁判決であった。<sup>(71)</sup> この事件では、連邦議会議員の資格に関する問題が争われた。パウエル (*Adam C. Powell, Jr.*) 下院議員は歳費の違法支出等の疑惑によって議員の資格剥奪の議決を下院から受けた。これに対して、パウエル議員が議席剥奪の差止等を求めて下院議長を相手どって訴訟を提起したのが本件である。

下院議長は、ベイカーテスト①にあるように、本件では憲法一条五節が立法府に議事手続に関する決定権を委ねていること、また司法には適切な救済方法がないことを理由に政治問題であると主張した。

ウォーレン (Earl Warren) 長官の法廷意見は、憲法一条五節の議事手続<sup>(72)</sup>について憲法が述べているのは一条二節一項および二項の定める議員の資格等の憲法上の定めに基づいているかどうかの判断を立法院に授權しているのであって、憲法が規定している資格以外について排他的に決める権限を授權しているのではないとした。また、原告の救済については、原告が求める議席の権利は憲法解釈が必要な事項であり、そうした憲法解釈は司法の責務であることから、政治問題には当たらないとした。その際、連邦最高裁はまたもや *Marbury* 判決を持ち出し、「原告の求める司法的解決は一つの問題につき複数の機関が様々な主張をするという問題にはならない。我々が *Baker* 判決で言及したように、憲法の最終的解釈者として行動することは連邦最高裁の責任なのである。*Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803) したがって、原告の主張は政治問題の法理によって阻害されず、当該主張はその点でも司法判断可能であることから、本件は司法判断可能であると判断する。」<sup>(74)</sup>と述べた。

ベイカーテストの①に示されているように、憲法が明文で政治部門に権限を委ねている領域については司法判断を控える傾向にあった。しかし、この事件では、憲法が明文で授權している場合であっても、それによって自動的に政治問題となるわけではなく、憲法が当該領域のどの部分について政治部門の専権としているかについて司法が判断し、専権部分以外の場面では司法判断可能であるとの見解を示した。そして、司法が憲法解釈の最終的権威としての責務を担っていることから、憲法解釈が必要な事案については司法判断可能することも示されている。つまり、憲法が他権に授權していればそのままストレートに政治問題化するのではなく、その境界線は司法が決定し、そうした憲法判断は司法の責務として認識されていることが明らかにされたといえる。<sup>(75)</sup>

(2) 一九七〇年代

*Baker* 判決後、政治問題を適用した事件は数件に限られる。<sup>(76)</sup> そのうちの 하나가、一九七三年の *Gilligan v.*

Morgan 連邦最高裁判決<sup>(77)</sup>であった。この事件は、騒擾事態が発生した際に、州知事が大学および大学周辺に州兵を招集したところ、大学の学生らが州兵の招集が集会の自由等を侵害するとして将来的差止を求めて裁判を提起したものである。バーガー (Warren E. Burger) 長官の法廷意見は、Baker 判決を引用しながらも、ベイカーテストには言及しないまま、むしろ *Flast v. Cohen* 連邦最高裁判決<sup>(78)</sup>に依拠して判断した。Flast 判決は、政治問題の解決を求めたり、勧告的意見を求めたり、ムートネスであったり、当事者適格に欠けたりする場合は司法判断適合性に欠けるとしていた。バーガー長官はそれを本件に当てはめて、本件における原告の主張は州兵に関する勧告的意見を司法に求めるものであり、それは司法の役割ではないとする。司法が州兵のチェックを行うことは困難であって、この問題の解決は政治部門に委ねられるものであるとして、司法判断適合性に欠けるとした<sup>(79)</sup>。

その反面、政治的スキャンダルが問題となった一九七四年の *United States v. Nixon* 連邦最高裁判決<sup>(80)</sup>は、政治問題ではないとして実体判断を行っている。この事件は、民主党本部に盗聴器が仕掛けられていたことで問題となったウォーターゲート事件にホワイトハウスが関与しているのではないかと疑いが生じ、特別検察官がニクソン (Richard M. Nixon) 大統領に対してホワイトハウスの録音テープの提出を求めた事件である。政府側は Baker 判決を持ち出して、本件はベイカーテストの①に該当するとし、政治問題であると主張した<sup>(81)</sup>。これに対してバーガー長官の法廷意見は、執行府内部の事項だからというだけで司法判断適合性が否定されるわけではないとし、本件は刑事裁判という司法の役割にも関連する事案であり、司法判断が可能であるとした。

### (3) 一九八〇年代

一九八〇年代に入ると、政治問題に該当しそうな事案につき、次々と司法判断が行われるようになる。まずは、一九八三年の *DNS v. Chadha* 連邦最高裁判決<sup>(82)</sup>である。この事件は、滞在可能な期間をすぎた不法滞在者の強制退去をめぐる問題に伴い、一院拒否権が問題となったものである。国外強制退去に関する法律は、一定の要件を

満たしている場合、裁判所は不法滞在者の国外強制退去を停止できるとし、当該停止決定に対しては一院の決議によって拒否することができるとしていた。そこで一院拒否制度が憲法の定める立法手続の枠組を逸脱しているかどうかの問題となった。政府側は、本件が憲法一条八節四項の帰化条項<sup>(83)</sup>および一条八節一八項の必要かつ適切条項<sup>(84)</sup>の権限を争うものであって、それは政治問題に当たると主張した<sup>(85)</sup>。

これに対し、バーガー長官の法廷意見は、「本件は憲法一条八節四項に基づく外国人に対する連邦議会の全権が問題になっているのではなく、連邦議会が当該権限を実施するために憲法上許容される手段を選んでいくかどうかの問題になっているのである<sup>(86)</sup>。」と述べて、司法判断が可能だとした。つまり、憲法は帰化関連の問題について立法院に授權しているとしつつも、その権限の行使が適切か否かについて、司法審査可能であるとしたのである。その際、判決はベイカーテストとの関係について、本件で問題となっている事項はベイカーテストの①に該当する可能性があるが、しかし、この種の問題が政治問題となってしまうと、あらゆる法令の合憲性の問題が政治問題になってしまう<sup>(87)</sup>。政治問題の法理は政治部門に委ねられた権限について、政治部門がその合憲性を決めることを認めたのではなく、その合憲性を決めるのは司法の役割だとした。

一九八六年に起きた二つの事件でも、当事者が政治問題の主張をしたものの、それを退ける判断を行っている。一九八六年は、ちょうどレーンキストコートが発足した時であった。まず、日本の団体も当事者となった「Pan Whaling Association v. American Cetacean Society」連邦最高裁判決<sup>(88)</sup>が挙げられる。この事件では、連邦議会が捕鯨に関する条約や行政協定の履行を求めて国際協定に違反する国を指定し経済制裁を行う権限を商務長官に付与する法律を制定したところ、商務長官が日本を指定しなかったため、反捕鯨団体が指定を求めて提訴したものである。日本捕鯨協会側はBaker判決を引用しながら、本件は外交に関する政策問題であり政治問題であることから司法判断を回避すべきであると主張した<sup>(89)</sup>。これに対し、ホワイト (Byron White) 判事の法廷意見は、当

該問題は外交関連の問題がすべて政治問題となるわけではなく、政治問題となるのは政策の選択等であって、法律の解釈の問題は政治問題にはならないとした。<sup>(90)</sup> また、選挙区割が政治的ゲリマンダリングになっているとして問題となった Davis v. Bandemer 連邦最高裁判決<sup>(91)</sup>でも、当事者が政治問題を主張した。原告側が政治的ゲリマンダリングによって投票権が稀釈されたと主張したことに対し、選挙区割を行った州側は本件は政治問題であって司法判断に馴染まないと反論したのである。<sup>(92)</sup> ホワイト判事の法廷意見は、Baker 判決を引用しながら、選挙区割による平等違反の問題は司法判断に馴染むものであるとする。そして、「我々が形成してきた法理は政治問題 (political question) の法理であって、政治的事件 (political case) の法理ではない。裁判所は政治性があるのみなされた訴訟が憲法上の権限を逸脱しているかどうかについて真に争訟性のある事件ではないとして拒絶することはできない。」<sup>(93)</sup> と述べ、政治性があるからといって司法判断適合性に欠けることにはならないとした。本件では、判決を下しても外交や内政に歪みをもたらすことにはならず、司法判断可能な基準も存在するため、司法判断可能な事案<sup>(94)</sup> とした。

(4) 一九九〇年代

ブレナン判事が退任する一九九〇年にも、政治問題の法理の適用を控える判決が下される。United States v. Munoz-Flores 連邦最高裁判決<sup>(95)</sup>である。この事件では、被告人に対して犯罪被害者基金のために特別な考慮を行って罰金を科すことができるとする法律<sup>(96)</sup>の合憲性が争われた。<sup>(97)</sup> 被告人は、本法が歳入法案につき下院に先議権を与えている憲法一条七節一項<sup>(98)</sup>に反すると主張し、政府側がその問題は政治問題であると反論したため、政治問題が適用されるか否かが重要な争点となった。マーシャル (Thurgood Marshall) 判事の法廷意見は、ベイカーテストに言及しつつ、本件は政治問題に該当しないと判断すれば、ある機関が他権からの侵害を防ぐシステムを有している場合に、その侵害の可否につき、司法が判断することを排除するわけではない。<sup>(99)</sup> 政府側は権利

が問題になっている事案ではないとするが、権力分立の問題は自由の保障の問題であり、個人の権利に関わるものである<sup>(10)</sup>。また、政府はある法案が歳入法案か否かを判断する基準を裁判所は見出すことができないとするが、法令の性質や内容を判断することは司法の中心的機能であるとして政治問題に当たらないとし<sup>(11)</sup>、実体審理に踏み込んで、当該法律は歳入法案に該当しないとされた。本件では、ベイカーテストを用いているものの、ここでもいづれかの類型に該当すればそのままストレートに政治問題となるとせずに、それらの類型に当たる可能性があるとしても、実際に司法審査できないかどうかを判断し、政治問題性を否定するというアプローチをとっている点特徴的である。

もっとも、一九九三年の *Walter Nixon v. United States* 連邦最高裁判決<sup>(12)</sup>では政治問題の法理が再登場する。連邦地裁のニクソン (*Walter L. Nixon, Jr.*) 判事が収賄容疑で起訴され、大陪審における虚偽の罪により、有罪判決を受けた。そのため、下院が弾劾訴追を行い、上院は弾劾手続規定に基づいて委員会を設けて審理を進め、最終的に罷免の決定を行った。これに対し、ニクソン判事は上院弾劾手続<sup>(13)</sup>一条が上院全体で証拠に関する聴聞を行うことを禁止していることが、弾劾裁判権を上院に委ねている憲法に反するとして、弾劾による罷免決定が無効であるとして訴えを提起した。

レーンキスト (*William H. Rehnquist*) 長官による法廷意見は、*Baker* 判決を引用しながら、憲法条文が他の機関に委ねている場合や裁判所が判断できる基準を見つけれない場合には司法判断できないことに言及しつつ、本件ではこの二つの要素が絡み合っていると<sup>(14)</sup>する。弾劾について定める憲法一条三節六項は、上院のみにあらゆる弾劾裁判を行う権限を与え、宣誓手続や三分の二の評決要件を規定し、大統領が弾劾裁判を受ける場合には連邦最高裁長官が議長になるとしている。したがって、憲法が上院に弾劾裁判権を委ねていることは明らかであり、さらに弾劾裁判を行うことの意味の合憲性を判断する基準が見つからないので、司法判断に馴染まないとした。

ただし、スーター (David H. Souter) 判事の同意意見は上院が通常の手続を逸脱するような場合には司法審査が可能であることを指摘しており、<sup>(106)</sup> 他の同意意見でも上院の弾劾権に関する司法審査のあり方について言及がなされている。<sup>(107)</sup>

このように、Baker 判決から二一世紀に入るまでの間、連邦最高裁が正面から政治問題と認定した事件は Gilligan 判決や Walter Nixon 判決など数件に限られる。<sup>(108)</sup>

#### 四 二一世紀における政治問題の法理

##### 1 投票関連のケースにおける司法の政治性

###### (1) Bush v. Gore 判決

さて、二一世紀に入ると、ますます政治問題の法理が影をひそめるようになる。その象徴的事例が、ミレニアムケースの Bush v. Gore 連邦最高裁判決である。<sup>(109)</sup> 正確には二一世紀に入る直前のケースであるが、二〇〇〇年という節目に下されたものであることから、この類型に含めておく。この事件は、大統領選挙における投票の再集計が求められたものであり、そのゆくえが大統領を決める可能性が高く、その意味できわめて政治性の高い問題であった。

二〇〇〇年の大統領選挙は稀にみる接戦となり、フロリダ州の結果が大統領選に大きな影響を与えることが判明した。ところが、そのフロリダ州の投票結果がきわめて僅差だったことから、いくつかの郡で再集計を行うこととなり、集計方法や期限をめぐって各地でいくつかの裁判が提起された。これについてフロリダ州最高裁は州全体での手作業による再集計を求める判断を下した。そこで連邦最高裁が最終的な判断を下すことになった。

連邦最高裁は争点ごとに各判事の判断が分かれたが、匿名意見 (per curiam) によって裁判所の意見を構成し、州最高裁の再集計の命令は平等保護条項に反するとした。なぜなら、州最高裁の命じた再集計の手続では地域ごとの有効投票の判断にはらつきを生じさせる可能性があり、恣意的な取り扱いを許すことになってしまうからである。また、すでに停止していた再集計を再開するか否かについては、法の定める期限までに適切な再集計を行うことは不可能であると、再集計の再開を認めないとの判断を下した。

匿名意見は司法判断適合性に触れずに判断を行っており、判決文には「司法判断適合性」や「政治問題」という言葉は一切登場しない。これらの言葉はギンズバーク (Ruth Bader Ginsburg) 判事の反対意見の脚注で登場するにすぎず、それすらも本件における政治問題の可能性を吟味しているわけではない。

ただし、反対意見の中には、本件判断を控えるべきであったとの趣旨がうかがえるものがある。ブライヤー (Stephen G. Breyer) 判事の反対意見<sup>10)</sup>は、時折ビッケル (Alexander M. Bickel) に言及しながら、「結局、この高度に政治性のある問題について、判断が分かれるという外形を創り出してしまうことは連邦最高裁自体にある公的信頼を弱めるリスクを抱えることになる。この信頼は公の宝である。それは何年もかけて少しずつ積み重ねられてきたものであり、南北戦争や人種分離の悲劇はその傷跡である。それは基本的自由や法の支配自体を守るための絶え間ない努力というきわめて重要な要素なのである。我々は、かつて大統領が（連邦最高裁がチェロキーインディアンを守ろうとしたことに対して）『マーシャル判事は判断を下した。やれるものならやってみよう』と言った時代に戻るといふリスクまで冒しているわけではない。しかし我々は自傷行為——司法のみならず、国家をも傷つける——による傷を負うリスクを冒している。この悩ましい長い選挙のプロセスに対して断定的な結論を下すために、我々は『自己抑制という意味』で、『自己の権限行使をチェックする』という必要な行為を適切にしなかったのではないかと懸念する。かつてブランドアイス (Louis D. Brandeis) 判事は『我々が

すべき最も重要なことは何もしないことである」と本法廷で述べた。今日がまさにその時であり、司法は何もすべきではなかったのである。<sup>(11)</sup>と述べた。ここでは、政治問題という言葉こそ出していないが、司法の謙抑の観点から判断を回避すべきであったとのニュアンスが含まれているといえよう。

こうした反対意見があったにもかかわらず、連邦最高裁は、政治問題の法理を適用するか否か、あるいは司法は謙抑すべきか否かを考慮しなかった。しかも、イサカロフ (Samuel Issacharoff) が指摘するように、判決はこの判断を行うために必要な憲法原理を提示していない。<sup>(12)</sup>このような判断を行うためには、まさにレーンキスト長官が同意意見で述べているように、この問題を解決するのは州裁判所ではなく連邦最高裁であるとの認識が必要である。<sup>(13)</sup>つまり、この大きな憲法問題を解決するのは司法なのであるという自覚のもとに判断に踏み切ったことがうかがえる。法廷意見が司法判断に踏み込み、反対意見が司法の謙抑を説いた点は Baker 判決と同様であり、司法が積極的に判断を行う姿勢が垣間見える事件といえる。<sup>(14)</sup>

## (2) Vieth v. Jubelirer 判決

もっとも、二〇〇四年の Vieth v. Jubelirer 連邦最高裁判決<sup>(15)</sup>では約十年ぶりに政治問題の法理が姿を現す。ペンシルバニア州議会が新たに設定した選挙区割が与党 (共和党) に有利なものになっていたため、民主党員の原告が政治的ゲリマンダリングに当たるとして訴えを提起した事件において、連邦最高裁は政治的ゲリマンダリングの有無を判断する基準が見つからないとして、司法判断適合性を否定した。スカリア (Antonin G. Scalia) 判事の法廷意見によると、先例である Bandemer 判決は、特定の政治的集団を意図的に差別したり差別的効果をもたらしたりする区割が行われていると証明された場合には政治的ゲリマンダリングがあると判断できるとしたが、その判断基準は適用可能なものではないとする。そのため、Bandemer 判決は先例変更されるべきであり、ベイカーテストの②が事件を解決するための基準を見つけない場合を政治問題に挙げていることから、

本件はそれに当たるとした。

本件は先例変更までして政治的ゲリマンダリングの問題について政治問題の法理を適用したので、この問題を政治部門に投げ返したようにもみえる<sup>(16)</sup>。

もっとも、Vieth 判決では、ステイーブンス (John P. Stevens) 判事、スーター判事、ギンズバーグ判事、ブライヤー判事が反対意見に回っており、事案の党派的利益にそって保守派とリベラル派にきれいに分かれている。本件も Bush v. Gore 判決と同様に保守派とリベラル派の対立構図が透けてみえる点が特徴的である。すると、投票関連の事件では、政治問題の法理の出没が必ずしも一貫しない領域といえるかもしれない。本件の法廷意見が政治問題ではないとした Bandemer 判決を変更してまで政治問題の法理を適用したことはその証左であろう。

## 2 政治問題の法理の適用回避傾向

### (1) 修正一四條五節の権限への介入

また、修正一四條五節の権限について、名実ともに司法が介入し始めたのもレーンキストコートの頃からであり、二一世紀に入ってからにはそれに拍車がかかった<sup>(17)</sup>。一九六六年の Katzenbach v. Morgan 連邦最高裁判決<sup>(18)</sup>以来、連邦最高裁は修正一四條五節に基づく連邦議会の実施権限は立法府の判断事項であるとしてきた。法廷意見を執筆したブレナン判事は、憲法条文が直接連邦議会の権限だと明示している事項であるにもかかわらず、政治問題か否かにつき言及せず、ベイカーテストの判断も行わなかった。したがって、形式上、政治問題の法理の適用を避けたといえるが、その実体的判断権は立法府にあるとして司法介入を避けた。ところが、レーンキストコートでは、州による信教の自由の侵害に対して、形式的テストを設定した一九九〇年の Employment Division v. Smith 連邦最高裁判決<sup>(19)</sup>を覆して実質的侵害に焦点を当てた R F R A (Religious Freedom Restoration Act of 1993)

の合憲性が争われた事件で、修正一四條五節の権限は救済的であって、防止または救済されるべき損害とその目的のために採用される手段は適合および比例していなければならないとして違憲判断を下した一九九七年の *City of Boerne v. Flores* 連邦最高裁判決を皮切りに、立て続けに実体判断に介入し始めたのである。

雇用における年齢の差別を禁じる A D E A (*Age Discriminate Employment Act of 1967*) は、修正一四條五節の権限を逸脱したものであるかが争われた二〇〇〇年の *Kimel v. Florida Board of Regents* 連邦最高裁判決<sup>(12)</sup>では年齢に基づく分類は合理性があれば足りるので、A D E A は実質的に厳格な要求を課すことになり、また憲法違反の事実も認識できていなかったたので、比例原則に反するとして違憲とした。また、私人の性的動機に基づく暴力に対する損害賠償責任を設定する V A W A (*Violence Against Woman Act of 1993*) が、連邦議会の通商権限または修正一四條五節の権限を逸脱したものであるかが争われた同年の *United States v. Morrison* 連邦最高裁判決<sup>(12)</sup>では、修正一四條五節の権限は州の違憲の行為に対する救済であって、本法のような直接私人の行為に向けることはできず、また救済が特定の州に限定されていないとして違憲とした。そして、州による身体上の理由に基づく差別に対する損害賠償請求を認める A D A (*Americans with Disabilities Act of 1990*) が修正一四條五節の権限内かどうか争われた二〇〇一年の *University of Alabama v. Garrett* 連邦最高裁判決<sup>(13)</sup>でも、精神障害者に対する問題は合理性の審査で足り、州側に過度の負担となることの証明を負担させる A D A は合理性の基準をとってきた判例法理に反するとして違憲判断を下した。

## (2) 主権問題の政治問題化の否定

直接党派性が絡む投票関連の事案を除けば、全体的に政治問題の法理は使われない傾向にある。政府側が政治問題を主張したものの、政治問題ではないとしたケースとして、二〇〇八年の *Boumediene v. Bush* 連邦最高裁判決<sup>(14)</sup>がある。この事件は、外国人の敵性戦闘員をキューバから租借しているグアantanamo 基地の収容所に拘禁し

ていたところ、被拘禁者らが人身保護令状を求めて訴えを提起したものである。本件以前からこの種の裁判は続いており、政府側は法律を制定したり手続を整備したりするなどして、その合法性を確保しようとしていた。その際、被拘禁者取扱法や軍事委員会法を制定して、グアンタナモ基地にいる被拘禁者らを人身保護令状の対象から外す規定を設けたため、被拘禁者らは当該規定の違憲性を主張した。

これに対して政府側は、グアンタナモ基地が主権の範囲外にある以上、本件は主権の認定が絡む事案であると、これまで主権の問題は政治部門が判断してきたのだから本件も政治部門が主権の有無を決定するのであって、本件は政治問題であると主張した。しかし、ケネディ (Anthony M. Kennedy) 判事の法廷意見は、主権の認定が政治問題になる場合は事実上の主権の認否ではなく、正式な(法的な)主権の認否が問われるケースであったとし、当該基地は事実上アメリカが支配権を有している以上、政治問題には該当しないと判断した。そして、「本件が政治問題に該当すると判断してしまうと、正式な主権が人身保護令状の基準であるとする政府の前提を受け入れざるをえないことになってしまうだろう。しかしながら、この前提は確立されていない。前述のとおり、コモンロー上の人身保護令状の歴史はこの前提をほとんど支持しない。以下に示すように、そうした主張は先例と矛盾し権力分立原理に反するものとなる<sup>(125)</sup>。」と述べ、正式な主権の有無が人身保護令状の基準となってしまうことを拒否した。つまり、政治問題として本件の判断を放棄すると、正式な主権を有していなければ人身保護令状の管轄外になってしまうという政府の判断を受容することになってしまうのであり、政治部門が人身保護令状の管轄を決めることになってしま<sup>(126)</sup>うことから、それは認められないとしたのである。

判決は *Baker* 判決をまったく引用せずに判断しているが、*ベイカー* テストを適用しても司法判断可能であったという指摘がある<sup>(127)</sup>。

さらに、当事者が政治問題を主張し、かつ下級審が政治問題の法理を適用したものの、連邦最高裁が政治問題

に当たらないとして司法判断に踏み込んだケースも存在する。それが、二〇一二年の *Zivotofsky v. Clinton* 連邦最高裁判決<sup>(128)</sup>である。本件は、事案が国家承認に関連することに加え、政治部門がそれぞれ憲法解釈上火花を散らした事案であるにもかかわらず、司法は判断に踏み込んだのである。

この事件は、原告が、法律<sup>(129)</sup>に基づき、エルサレムで生まれた子供のイスラエルの出生証明とその記載をしたパスポートの発給を求めたところ、国務省がエルサレムで生まれた者にイスラエルと記録することはできないとして申請を拒否したことに端を発する。原告は、国務省が法律に従って記録を行うように求めて裁判を起こした。

政府側は本件が政治問題に該当すると主張し、下級審は一審・控訴審ともにその主張を認め、主権に関連する外交問題は執行府が判断すべき事項であり政治問題であるとして司法審査を拒否した。

これに対してロバーツ (John Roberts) 長官の法廷意見は原審を破棄した。ロバーツ長官は、本件は合憲性の問題が絡んでいることから、それを判断することが司法の責務であるとして、政治部門の判断に委ねることはできないとしたのである。ロバーツ長官は原告の主張や下級審の判断を確認しつつ、それを受け入れられない理由をつぎのように述べた。

本件において、政府側は、ワシントン (George Washington) 大統領以来、外交問題や国家承認は執行府の専権事項として扱われ、立法府や司法府もそれを認めてきたと主張し<sup>(130)</sup>、そして原審は本件が執行府の専権領域であることと外交政策の是非に関する基準が存在であることを理由に、本件が政治問題に該当するとした。だが、本件は外交政策の是非が問題となる事案ではなく、原告の法的権利に関する事案である。したがって、原告の法的権利の主張が適切かどうか、またそもそも本法が合憲かどうかについて、判断しなければならぬ。

「少なくとも *Marbury* 判決以来、我々は連邦議会の法律が憲法と衝突すると主張されたとき、何が法であるのかを述べるのは司法の領域であり責務であることを認めてきた。その責務は時折三権のうちの一つの機関の憲

法上の権威に関する訴訟についての解決に関連したが、裁判所は当該問題が単に政治的關係を有するからといってその責務を回避することはできない(Chadha)<sup>(131)</sup>。本件では、本法が違憲となれば原告が救済され、合憲となれば原告の請求が棄却されるので、いずれにせよ、政治問題が適用される事案ではないとして、原審に差し戻した。

この判決は、司法判断を行うという司法の責務と司法判断を避けるという法理が衝突した事案であり、政治部門の判断に委ねる事項であっても、それは司法の責務を優先させた事例として受け止められよう。

### (3) 下級審の事例

また、下級審では政治問題に言及されたが、連邦最高裁はそれに触れずに判断したケースとして、二〇一一年の American Electric Power Co. Inc. v. Connecticut 連邦最高裁判決<sup>(132)</sup>がある。この事件は、州や市らが電力会社に対して二酸化炭素排出規制を行うようにコモンローに基づき裁判所に提訴したものである。連邦地裁は排出規制を行うかどうかは政治問題であるとしたが、連邦高裁は政治問題には当たらないとし、本件は連邦法 (Clean Air Act) とコモンローの競合の問題であり、連邦法の改正がコモンローに取って代わるわけではないとした。連邦最高裁は、政治問題に触れずに判断し、連邦法がコモンローに取って代わり、環境保護庁に規制権限を付与しているのだからコモンロー上の救済ではなく、行政権限の問題であるとした<sup>(133)</sup>。

以上の事案では、当事者や下級審が政治問題に該当すると主張し、実際政治問題に該当してもおかしくないケースであったが、連邦最高裁はそれを拒否して判断に踏み込んだのである。こうしてみると、二一世紀以降の判例は、投票関連のケースを除き、政治問題が該当しそうなケースがあっても、政治問題とせずに判断に踏み込む傾向があるといえる<sup>(135)</sup>。

## 五 政治問題の法理と三権の憲法解釈

## 1 判例法理の整理

これまでの政治問題の法理を整理すると、つぎのようになる。まず、政治問題の法理の萌芽とされる *Marbury* 判決において、連邦最高裁は法の意味を語ることが司法の責務だと宣言しつつ、人権問題が関わらない一定の領域については他権の憲法判断が尊重されるとした。つまり、通常は司法の憲法解釈が最終的決定となるが、一定の領域に関する問題について政治部門の憲法解釈が最終的なものとなることを示唆したのである。その後、*Luther* 判決等により、政治問題の法理の内実が徐々に明らかになり、政治問題に該当する場合には司法はそもそも判断を行わないという法理が形成されていった。そしてニューデイルコートを迎えると、*Coleman* 判決において、政治問題の法理は政治部門の判断を最終的決定とすべきか否か、あるいは司法判断可能な基準が存在するか否かを判断するものであると指摘されるようになる。

戦後になって、人口偏差に伴い一票の格差の問題が生じるようになると、これをどのように処理するかが問題となった。この点につき、*Frankfurter* 判事が法廷意見を書いた *Colegrove* 判決では一票の格差の問題は政治問題であるとされた。だが、*Brennan* 判事が多数派を形成した *Baker* 判決では一票の格差の問題は必ずしも常に政治問題に当たるとはならないとされた。また、*Baker* 判決では、*Beikert* テストによって政治問題が類型化されたが、*Cooper v. Aaron* 連邦最高裁判決<sup>136</sup>に見られるようなウォーレンコートの司法優越主義的傾向と連動して、政治問題の法理はむしろ適用されない方向に向かう。その後、政治問題とされたのは *Gilligan* 判決や *Walter Nixon* 判決など数件に限られ、その他の事例<sup>137</sup>では *Japan Whaling* 判決や *Bandemer* 判決などにみられるように、政治問題に該当してもおかしくないケースにも適用されなくなった。

その後、二一世紀に入ると、政治問題の法理はますます影をひそめるようになり、*Vieth*判決を除き、当事者が政治問題に該当すると主張したり、下級審が政治問題に該当すると判断したりしても、連邦最高裁は政治問題の法理を適用しない傾向にある。そして、従来は憲法が他権に一任している領域についてはほぼ自動的に政治問題とみなしていたのが、最近ではそのような領域に該当する問題であっても、司法判断可能な問題かどうかを判断するようになった。そうした領域においても、あくまで司法が、どの機関の判断が尊重されるべきかを決定するというスタンスをとり始めたのである。

## 2 司法優越主義とのリンク

シトリウス (*Michelle L. Stiorris*) は、このような司法の変化を端的にいうと、つぎのようになるという<sup>(137)</sup>。*Baker*判決以前は当該問題が政治部門に属している領域に該当するか否かを中心に判断されており、ここでは司法が憲法解釈を行う手前の問題であった。ところが、*Baker*判決以降は、司法が憲法の意味を判断するという前提の下で、それが政治部門の判断に委ねられているかどうかを決めるようになった。つまり、ここでは、司法が憲法解釈を行っているのである。

それでは、なぜ司法はこうした転換をはかったのか。この理由につき、近年では司法優越主義が大きな影響を及ぼしているとの指摘が強まっている<sup>(138)</sup>。というのも、連邦最高裁は政治問題の法理を憲法解釈権の最終的権威の問題であると理解しており、司法優越主義のように司法が憲法解釈の最終的権威だと考えるのであれば、政治問題に該当しないと判断するようになっていくからである。たしかに、連邦最高裁の司法優越主義的傾向と政治問題の法理の適用が減少する時期は重なる。*Cooper*判決において司法が憲法解釈の最終的権威であることを宣言したウォーレンコートに始まり<sup>(139)</sup>、*United States v. Nixon*判決においてウォーターゲート事件という政治性の強

い問題を取り上げたバーガーコート<sup>(14)</sup>、Boerne 判決において再び司法が最終的権威であることを宣言したレーンキストコート<sup>(15)</sup>は司法優越主義的傾向を示している<sup>(16)</sup>。興味深いことに、いずれも Marbury 判決の「何が法であるのかを語るのは司法の責務である」というフレーズを引用しながら判断に踏み込んでいる。

しかし、こうした判断は政治問題の法理に言及していたはずの Marbury 判決の趣旨と異ならないのだろうか。もう一度、Marbury 判決が政治問題に触れた箇所を考察してみよう。Marbury 判決は、憲法典を最高規範とした上で、権力分立上、司法が憲法解釈の責務を担うが、他権も一定の領域に関して固有の憲法解釈権を有し、その判断に司法は立ち入るべきではないとした。この考えは、憲法条文がある機関に決定権を委ねた事項については政治問題とするという政治問題の法理と同じものである。このように、政治問題の法理を憲法解釈権の問題とみなす見解は、ヘンキン (Louis Henkin) によって早くから指摘されてきた<sup>(17)</sup>。憲法解釈の権威をめぐる問題だからこそ、司法がその最高権威だとする司法優越主義の高まりと同時に、政治問題の法理が減退していくこととリンクするのである。

タシュネット (Mark Tushnet) によれば、このような政治問題の法理のターニングポイントはやはり Baker 判決であるという<sup>(18)</sup>。それまで構築されてきた司法と政治部門の協同関係が Baker 判決によって影響を被ったと考えるからである。タシュネットによれば、フランクファーター流の司法の謙抑に基づく政治問題の法理はピツケルのいう賢慮に基づく判断と親和的である。ピツケルは、原理をキーワードにして司法審査の正当化をはかったことで有名だが、司法判断が賢明でない場合は政治問題の法理を適用して回避するという戦略をとった。このとき、政治問題を含む司法判断適合性は司法謙抑のルールとして機能することになる。しかし、Baker 判決は司法が自ら政治問題を類型化することで、その適用に関する裁判官の裁量を広く認めるようにした。その結果、政治問題の法理の司法謙抑的使用が大きく緩和されることになった。憲法解釈は司法の責務であって、通常の憲法

問題は司法が行うべきであり、政治問題はむしろ例外的とみなすことが可能になったのである。したがって、司法優越主義的思考を持った裁判官が多くなると、連邦最高裁は政治問題の法理を適用しなくなったと分析するのである。

司法優越主義的思考が政治問題の法理を適用しない要因の一つになっているという点は、おそらくその通りであろう。しかし、ベイカーテストが政治問題の判断に関する司法裁量を広げたという点については、もう少し説明を付け加える必要がある。なぜなら、通常、テストの設定は司法裁量を統制する方向に働くものだからである。たしかに、テストの内容次第ではそのように機能しないこともあるかもしれないが、ベイカーテストによってルール性が消失し、司法裁量が広がったという分析には補足説明が必要である。

ベイカーテストによる司法の謙抑への影響を考えるとつぎのようになる。ベイカーテストは、政治問題の法理が適用される枠組を設定した。枠組を設定することで裁判官の裁量を限定したが、それは同時に司法の謙抑の場面を限定したといえる。その結果、司法自ら原理を達成するために判断を行う場面が増えたことになる。この構造をみると、ベイカーテスト自体は司法裁量を限定する方向で設定されているが、司法の謙抑という観点からすると謙抑場面が限定されて司法裁量は広がったといえる。タシユネットはベイカーテストの枠組設定による裁量限定の側面を飛ばして、司法の謙抑にのみ着目したことから、先のような説明になっていると考えられる。

### 3 政治問題の法理のゆくえ——ディパートメンタリズムとの関係

タシユネットが指摘するように、司法優越主義の台頭によって政治問題が姿を見せなくなっているとすれば、今後、政治問題の法理はどうなっていくのだろうか。

判例法理をみていくと、政治問題は完全に姿を消しているわけではなく、①憲法条文が政治部門に委ねている

場合と②司法判断可能な基準が存在しない場合には政治問題の法理を適用している。チョップパー (Choper) によれば、司法はこの二点を中心として、憲法条文が政治部門に判断権を付与しているか、司法の能力上の限界があるか、司法が原理化できない問題かどうか、憲法的損害について政治部門が対応すべき事柄であるか、という要素を検討している<sup>(15)</sup>。

このうち、②の基準の有無については司法裁量に委ねられるところが大きい。物差しを見つげられるかどうかは司法の能力の問題であると同時に、それは外部的要請ではなく、まさに司法自身が決める問題である。つまり、司法が判断しないとしても、物差しの有無を決めているのは司法自身であることから、いったん判断に踏み込んでいるといえる。したがって、司法が自らの力をどのように評価するかによって変わる余地が大きく、司法優越主義は②を認めない方向になるといえよう。

問題は①の方である。これについては、憲法が他権に委ねている領域の問題であっても、その機関がどこまで決めることができるのかを司法が判断する傾向にある。つまり、他権の専権領域の問題であっても、司法がその射程を決めるという点において、司法の憲法解釈が行われることが前提になっており、政治問題化する領域が狭まっている。

こうした司法動向はつぎのような問題を惹起する。すなわち、どの機関が実体的憲法問題に関する正しい答えを決めるか、憲法は政治部門に憲法解釈に関する最終的権限を付与しているのか、という問題である<sup>(16)</sup>。

これは、司法が憲法解釈の最終的権威となるか、それとも政治部門が最終的権威となるかの問題であり、いわゆる司法優越主義対ディパートメントリズムの対立構造に帰着する<sup>(17)</sup>。司法優越主義は、司法こそが憲法解釈の最終的権威であり、政治部門の憲法解釈よりも優越すると考える。つまり、司法が憲法解釈を行った問題についてはそれが尊重されなければならず、政治部門がそれに反発してはならないことになる。政治問題の法理の文脈で

考えると、司法が自らの判断に基づいて他権に敬讓することは可能であるが、最初から司法が政治部門の判断に拘束されるということには賛同しない。そのため、最近の司法動向と同じく、憲法が政治部門に授権している領域であつても、いったん司法が判断してから、判断に立ち入るかどうかを決めるといふプロセスになる。すると、もはや司法判断に立ち入らないという問題ではなく、事実上の敬讓の問題になつてくる。したがって、司法優越主義は政治問題を完全に否定するわけではないもの、およそ政治問題の法理を有名無実化するに近い理論であるといえる。

この点につき、チェメリンスキー (Erwin Chemersky) は、司法は常に憲法解釈の最終的権威であることから、もはや政治問題の法理は存在しないとまで言い切っている。<sup>(148)</sup>ただし、チェメリンスキーは別稿で Bush v. Gore 判決について政治問題の法理を適用すべきであつたとして、政治問題の法理を完全に消去すべきとまで考えているわけではない<sup>(149)</sup>ようである。

それでは、司法優越主義のライバルであるディパートメントリズムは政治問題の法理の復活を試みる議論なのだろうか。一見すると、ディパートメントリズムは三権が同等に憲法解釈権を有するという議論なので、司法による政治領域への介入を拒絶するようにみえる。たしかに、理論的にはそのような帰結を導き出すことも可能であるが、しかし、ディパートメントリズムをとればただちに政治問題の法理を推奨することになるとは限らない<sup>(150)</sup>。なぜなら、ディパートメントリズムは三権が同等に憲法解釈を有するという議論なので、もし司法が政治の領域に踏み込むようなことがあれば、それを無視するか反対すればいいだけのことだからである。つまり、ディパートメントリズムは、司法の視点でなく、三権の視点から憲法解釈の問題をみるので、自律的領域についてはそもそも他権に拘束されないと考える。ゆえに、他権が自律領域に介入するか否かだけが問われるのではなく、その後の対応も問われるのである。政治問題の法理は、司法が裁量によつて政治部門に敬讓するかどうかを決める

ものであり、その使い方次第ではむしろ司法優越主義的発想に基づく。ディパートメンタリズムをとるのであれば、そもそも政治問題の法理は必要ないと考えることも可能なのである<sup>(四)</sup>。

もっとも、入口の問題(司法判断するか否か)に焦点を絞れば、三権の自律領域を重視するディパートメンタリズムはやはり政治問題の法理と親和的であって、司法は政治部門の自律的判断を尊重すべきであり、逆に政治部門は人権のような司法固有の問題には敬讓すべきであるという話になる。ただし、ディパートメンタリズムは政治部門の自律的領域に立ち入るべきではないと説くわけではなく、それは敬讓でも構わない。つまり、司法判断自体は可能だということである。

そうなると、結果的には、司法優越主義をとってもディパートメンタリズムをとっても、司法がいったん判断に踏み込んでから他権に敬讓するかどうかを決める点において異なるわけではない。両者が異なるのは、敬讓が要請される度合いである。司法優越主義からすると、敬讓するか否かは完全に司法裁量となるので、その適否はケースバイケースの判断となり、他権への敬讓の要請は強くない。

一方、ディパートメンタリズムは、自律的領域については敬讓を要請する。もちろん、先述したように、自律領域について敬讓されなければ反抗することもできるわけであるが、自律領域における優越性を説くわけなので、敬讓を要請することになる。

翻って判例法理をみてみると、現在残っている政治問題の法理の①と②は、いずれも司法がいったん判断に踏み込み、その上で敬讓するか否かの問題として処理しているようなものである。そうなると、もはや政治問題の法理は入口でシャットアウトする手法ではなく、敬讓論に限りなく近いものといえる。

ところが、こうした手法は事実上本案に踏み込んでることから、もはや政治問題の法理とはいえないのではないかという疑問も浮かぶ。サイドマン (Louis M. Seidman) は、このような憲法解釈権に基づくアプローチは

憲法解釈権の所在で解決できることから政治問題の法理ではないとし、政治問題の法理とは憲法の外で作用するものであるとする<sup>(12)</sup>。というのも、司法は政治部門の裁量に委ねるべきかどうかを判断してから、司法判断に踏み込むべきか否かを決定することから、政治問題の法理を適用するかどうかは政治部門の判断よりも一段高いところから判断されているからである。しかし、そのレベルの判断は明らかにされないため、司法はそれを隠したまま政治問題の法理を提示している。そのような判断構造は、法的枠組で捉えきれないことから、政治問題の法理は法の枠外にあるといえるのではないかというわけである。

サイドマンのいうように、司法は本案に踏み込むべきか否かを決定する前に事実上の実質的判断を行っており、それは本稿でも指摘してきたとおりである。しかし、それをもつてただちに司法が法の枠外から判断していることにはならないのではないだろうか。そのような憲法解釈の方法自体、司法の憲法解釈権から導き出されるものであり、判断に踏み込まないとした決定は政治部門の憲法解釈の尊重につながるものだからである。

こうした手法は *Marbury* 判決と整合するものであり、判例および学説が政治問題の法理について語る際に繰り返し *Marbury* 判決に言及してきたのはこのことを表している。*Marbury* 判決が、司法の責務（司法審査）と政治部門への敬讓（政治問題の法理の原形）について同時に言及したのは、憲法解釈権の観点からみれば、必ずしも矛盾するものではなく、政治問題の法理は当初から事実上の敬讓論に転化しうるものだったのである。

## 後序

本稿では、政治問題の法理が憲法解釈権の権威をめぐる問題にリンクし、近時の司法優越主義が政治問題の法理の減少傾向の大きな要因になっていることを指摘した。現在のロバートコートが真に司法優越主義を標榜して

いるかどうかについては検討の余地が残るが、かりに司法優越主義とまではいえないとしても、ロバーツが当初述べていたような「裁判官は野球の審判のようなものである」というスタンスは必ずしも謙虚な姿勢だけを表していたように思えない。なぜなら、審判論からすれば、司法は法（ルール）創造ではなく法（ルール）適用の任務に専念することを表しているかのように思われるが、そうではなく、それが表しているのはむしろ法（ルール）の適用に関する判断の最終的権威は司法にあるという意味での審判像であり、その結果ロバーツコートは政治部門の決定をしばしば覆している<sup>(13)</sup>。こうした司法態度が政治問題の法理の減少につながっている可能性は否定できないであろう。

もつとも、かかる減少傾向には司法優越主義以外の別の要因が関係している可能性もある。たとえば、社会状況との関係である。近年の社会状況や政治情勢が政治問題の法理を適用しにくい状態を生み出している可能性があるからである。

政治問題の法理と社会状況の関係につき、ムータダ・サッバー・フォックス (Nada Mourrada-Sabbah and John W. Fox) は、各時代の社会、イデオロギー、経済状態を観察しながら、下級審の動向も踏まえつつ、政治問題の法理の特徴をつかもうとする<sup>(14)</sup>。それによれば、共和国として出発したアメリカは、平等の理念を実現すべく、多くの者が自営業を行い始めた。そうした社会変革のさなか、アメリカの商業活動はイギリスやフランスとの関係に目が向き始めると同時に、揉めごとも起きてきた。その結果、イギリスやフランスとの商業取引や船舶関係の問題が裁判に持ち込まれるようになり、そうした外国との商業問題が政治問題の法理を誘発した時期があった。その後、アメリカの政治問題の法理は、キャピタリズムやグローバリズムなど社会に変化が生じて新しい秩序を形成する状況や、戦争が起きて市民生活に大きな影響が生じる状況下での裁判で適用されてきた。そのため、九・一一以降のアメリカはテロの問題や移民の問題などにより、国民国家の危機に直面していることから、政治

問題の法理が適用されやすい状況にあるという。

しかしながら、近年の判決をみてみるとむしろ政治問題の法理は適用されない傾向にある。連邦最高裁はわずかな例外を除き、司法判断に踏み込んでいくからである。すると、社会状況の変化とは関係なく、司法優越主義により従来の司法動向に変化が出てきているといわざるをえないように思える。

他面、下級審では新たな社会状況が政治問題の法理に影響している場面も見受けられる。その代表例が環境問題の分野であり、下級審では判断が分かれており、物議をかもしている。<sup>(156)</sup> 関連して、軍事演習や軍事基地などの軍事問題と環境保護や動物保護などの環境問題が交錯する訴訟も増加している。<sup>(157)</sup> 軍事問題が訴訟になる場合、政治問題の法理が適用される可能性が高まるが、連邦最高裁は政治問題の法理を適用せずに本案で執行府に敬讓するスタンスをとっている。<sup>(158)</sup> ただし、これについても下級審では政治問題の法理を適用するか否かで判断が分かれており、今後も事案によって適用の可否が分かれる領域といえよう。

したがって、二一世紀の社会状況が政治問題の法理を減少させているかどうかは、現時点ではまだ判断できない。ただし、たとえ新たな社会状況が何らかの形で影響しているとしても、その影響を受けているのは下級審であり、連邦最高裁は超然としてるようにみえる。

とすると、やはり近時の連邦最高裁の司法優越主義が政治問題の法理に影響しているとみるのが素直な理解ではないだろうか。すなわち、連邦最高裁は、*Mandury* 判決が示した司法の憲法解釈権と権力分立原理を踏襲しつつ、前者の優位性を語ることで、憲法が政治部門の判断に委ねている領域の問題であっても自動的に政治問題に該当するのではなく、どの機関の判断が尊重されるべきかを決定するという判断方法がとられるようになっていく、と考えられるのである。

実は、このような判断方法はすでに奥平康弘が指摘していたところでもある。奥平は政治問題の法理と日本の

統治行為論の違いに言及する際、「……アメリカの『政治問題の法理』は、結局のところ権力配分規定にしたがい、司法審査ができない領域をさし、しかも、そのような領域においてさえ、争点のいかんによっては司法審査が貫徹しうることを許すにいたっている」(傍点原文)と述べていたからである。続けて奥平はこうした司法態度がアメリカの政治問題の法理に敬意を抱いてきた日本の統治行為論者に抵抗感を覚えさせるものであると指摘している。

このことは、最近の日本の状況とどのようにリンクするだろうか。日本でも、最高裁レベルでは統治行為論が姿を見せなくなってきたことを冒頭で述べた。奥平が強調するように、日本の統治行為論はアメリカの政治問題の法理とは異なる法理として展開し、かつ両国では統治構造も異なることから、両者の状況をリンクさせるべきではないだろう。とはいえ、近時、日本の最高裁に変化の兆しがあると指摘されていることや、統治行為論の消去論またはそれに限定をはかる機能論が有力になっていることをかんがみると、アメリカの動向にも無関心ではいられない。統治行為論を肯定してきた論者にとってはアメリカとの訣別をはかるか否かの決断に迫られることになるであろうし、逆に統治行為論を否定してきた論者にとってはそこに参考となる論理が潜んでいる可能性があるからである。両国の法理は異なるということを前提に、それぞれの国におけるこの法理のゆくえが気になるところである。

(1) 最大判昭和三四年一月一六日刑集一三卷一三三三二二五頁。

(2) 最大判昭和三五年六月八日民集一四卷七号二一〇六頁。

(3) 「二〇年ばかり前に、私はフランスの統治行為について論文を書いたが、当時はこれ程の大きな問題となるとは思っていなかった。」(一九五四年の公法学会における宮澤俊義発言・公法研究一三号一九四頁(一九五五年))とい



社、二〇一〇年)。

- (10) 小林節『政治問題の法理』(日本評論社、一九八八年)。
- (11) 小林・前掲注(10)六九頁。それによれば、政治問題の法理は抽象的な原理から派生するのではなく、司法が能力上の限界と判決による影響を考慮して政治問題の法理を創り上げてきたとされる。
- (12) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).
- (13) 高橋和之編『新版 世界憲法集 (第二版)』六八頁「土井真一訳」(岩波書店、二〇二二年)。(以下、『世界憲法集』という)。「司法権は、次の事件及び争訟に及ぶ。(一)この憲法、合衆国の法律、及び合衆国の権限に基づいて締結され、または将来締結される条約の下で生じる、コモン・ロー及びエキイティ上の全ての事件」。
- (14) David L. Shapiro, *Jurisdiction and Discretion*, 60 N.Y.U. L. REV. 543, 547 (1985).
- (15) Laura A. Smith, *Justiciability and Judicial Discretion: Standing at the Forepoint of Judicial Abdication*, 61 GEO. WASH. L. REV. 1548 (1993).
- (16) Jared S. Petinato, *Executing the Political Question Doctrine*, 33 N. KY. L. REV. 61 (2006).
- (17) Jonathan R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, 86 TEX. L. REV. 73, 112 (2007).
- (18) 久保田さぬ子「アメリカ憲法における『政治問題』」公法研究一三号一七二頁(一九五五年)。「裁判所は……『政治問題』であると考えられる事項でも、『政治問題』であること自体で直ちに non-justiciable な問題とはならなないのである」と指摘されており、司法判断適合性と政治問題の法理には微妙な違いがあるといえる。
- (19) Robert F. Nagel, *Political Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine*, 56 U. CHI. L. REV. 643 (1989).
- (20) *Id.*
- (21) BLACK'S LAW DICTIONARY, 1277 (9th ed. 2009).
- (22) Nagel, *supra* note 19, at 644.
- (23) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- (24) See Oliver P. Field, *The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts*, 8 MINN. L. REV. 485 (1924).

- (25) Margit Cohn, *Form, Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/Justiciability Doctrine in Three Common Law Systems*, 59 AM. J. COMP. L. 675, 685 (2011).
- (26) Robert J. Pushaw, Jr., *Justiciability and Separation of Powers: A Neo-Federalist Approach*, 81 CORNELL L. REV. 393, 424 (1996).
- (27) A・ハミルトン／J・マディソン／J・ジェイ（齋藤眞・武則忠見訳）『ザ・フェデラリスト』（福村出版、一九九一年）三七八―三七九頁（ハミルトン）。（以下、『フェデラリスト』とす。）
- (28) Rachel E. Barkow, *More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 COLUM. L. REV. 237, 246-248 (2002).
- (29) Pushaw, *supra* note 26, at 425-434.
- (30) 『フェデラリスト』・前掲注(27)二四六頁（マディソン）。
- (31) 『フェデラリスト』・前掲注(27)二五三頁（マディソン）。
- (32) Robert J. Pushaw, Jr., *Revising the Federalist "Rebuttable Presumption" Analysis*, 80 N.C.L. REV. 1165 (2002). 憲法起草者のMarbury判決の憲法規定を中心に司法審査の限界を考える点において一致していたとされる。
- (33) Barkow, *supra* note 28, at 301.
- (34) *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).
- (35) *Id.* at 175 (opinion of Chase, J.).
- (36) *Cooper v. Telfair*, 4 U.S. (4 Dall.) 14 (1800).
- (37) *Id.* at 19 (opinion of Paterson, J.).
- (38) Jesse H. Choper, *Introduction, in THE POLITICAL QUESTION DOCTRINE AND THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES*, 1 (Nada Mourrada-Sabhan and Bruce E. Cain eds., 2007). [hereinafter POLITICAL QUESTION DOCTRINE]. 憲法がMarbury判決が最初に政治問題に言及した判決であると言われ、この二つは一致している。また、政治問題の法理に言及する判例もMarbury判決を引用するものが多い。
- (39) *Marbury*, 5 U.S. at 165-166.

- (40) 同様の指摘として、小林・前掲注(10)一一八頁、注(13)。
- (41) 5 U.S. at 170.
- (42) Henry P. Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 COLUM. L. REV. 1, 9 (1983).
- (43) Mark A. Graber, *Resolving Political Questions into Judicial Questions: Tocqueville's Thesis Revisited*, 21 CONST. COMMENTARY 485 (2004).
- (44) トクヴィル(松本礼二訳)『アメリカのデモクラシー 第一卷(上)』(岩波書店、二〇〇五年)。(以下、『アメリカのデモクラシー』とす)。
- (45) 『アメリカのデモクラシー』・前掲注(44)一五八頁。
- (46) 『アメリカのデモクラシー』・前掲注(44)一六六頁。
- (47) Graber, *supra* note 43, at 489.
- (48) Sandra Day O'Connor, *Courthouse Dedication: Justice O'Connor Reflects on Arizona's Judiciary*, 43 ARIZ. L. REV. 1, 7 (2001).
- (49) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).
- (50) 一九八〇年代までの判例法理の展開については、小林・前掲注(10)の分析に負い、ここでは主な判例に絞って概観するにとした。
- (51) U.S. v. Palmer, 16 U.S. (3 Wheat) 610 (1818).
- (52) *Id.* at 634.
- (53) Martin v. Mott, 25 U.S. (12 Wheat) 19 (1827).
- (54) Luther v. Borden, 48 U.S. (7 How) 1 (1849).
- (55) Alexei Offit-Klein, *Targeted Killings: Al-Aulqi v. Obama and the Misuse of the Political Question Doctrine*, 19 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 207, 212 (2013).
- (56) Taylor v. Beckham, 178 U.S. 548 (1900).
- (57) Smiley v. Holm, 285 U.S. 355 (1932).

- (58) *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939).
- (59) *Id.* at 454-455.
- (60) *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).
- (61) *Id.* at 552.
- (62) *Id.* at 553-554.
- (63) *Id.* at 556.
- (64) Felix Frankfurter, *John Marshall and the Judicial Function*, 69 HARV. L. REV. 217, 227-228 (1955).
- (65) 小林・前掲注(10)一八一―一九頁。
- (66) *Baker*, 369 U.S. at 210-211.
- (67) *Id.* at 267 (Frankfurter, J. dissenting).
- (68) *Id.* at 280-281.
- (69) LAWRENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 366 (3d ed. 2000).
- (70) *See, e.g., Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964); *United States Dept. of Commerce v. Montana*, 503 U.S. 442 (1992).
- (71) *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969).
- (72) たぐさば「一項は「両議院は、各々の議会の選挙、選挙の結果及び資格に関して裁判を行う。」とする。『世界憲法集』・前掲注(13)五六頁。
- (73) 『世界憲法集』・前掲注(13)五二―五三頁。「下院は、二年ごとに各州の人民により選出される議員でこれを組織する。」(一項)。「年齢満二五年に達しない者、合衆国市民となつて七年に満たない者及び選挙の時にその選出された州の住民でない者は、何人も下院議員となることができない」(二項)。
- (74) 395 U.S. at 549.
- (75) David A. Marcello, *Constitutional Law-Mootness and Justiciability—The Political Question Doctrine*, 44 *TUL. L. REV.* 377, 384 (1970). マルセルの判断は「ウォーレンコートの特徴を如実に表していると指摘される」。

- (76) なお、本稿では *Baker* 判決から二一世紀に入るまでの間に政治問題の法理が適用された事件については、代表的な二つのケースしか取り上げないが、他にも事実上政治問題の法理を適用したと考えられる事例は存在する。これについては、たとえば小林・前掲注 10) 二一―二三頁で言及されている。See *O'Brien v. Brown*, 409 U.S. 1 (1972); *Cousins v. Wigoda*, 419 U.S. 477 (1975).
- (77) *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973).
- (78) *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968).
- (79) ただし、本判決は州兵の問題がすべて司法判断適合性に欠けることになるわけではないと指摘している。413 U.S. at 11-12.
- (80) *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).
- (81) *Id.* at 693.
- (82) *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).
- (83) 『世界憲法集』・前掲注 13) 五九頁。「合衆国を通じて統一された帰化に関する規則、及び合衆国を通じて統一された破産に関する法律を定めること」。
- (84) 『世界憲法集』・前掲注 13) 六〇―六一頁。「上記の権限、及びその他この憲法により合衆国の政府またはその部門もしくは公務員に付与された一切の権限を行使するために、必要かつ適切なすべての法律を制定すること」。
- (85) 462 U.S. at 940.
- (86) 462 U.S. at 940-941.
- (87) 462 U.S. at 941-942.
- (88) *Japan Whaling-Association v. American Cetacean Society*, 478 U.S. 221 (1986).
- (89) *Id.* at 229.
- (90) ただし、商務長官の判断は法律の解釈を誤っていないとして支持されている。
- (91) *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986).
- (92) *Id.* at 118.

- (93) *Id.* at 122.
- (94) ただし、訴え自体は棄却している。
- (95) *United States v. Munoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990).
- (96) 18 U.S.C. 3013.
- (97) なお、本件の事件自体は、被告人が不法移民の援助をしたという罪で起訴された事件である。
- (98) 『世界憲法集』・前掲注(13)五七頁。「歳入の徴収に関する法律案は、すべて下院において先に審議されなければならぬ」。
- (99) 495 U.S. at 393.
- (100) *Id.* at 395.
- (101) *Id.*
- (102) *Walter Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).
- (103) Senate Impeachment Rule XI, S. Doc. No. 101-1, p. 186 (1989).
- (104) 506 U.S. at 228-229.
- (105) 原文は、「The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments.」となっている。
- (106) 506 U.S. at 253-254 (Souter, J., concurring).
- (107) *Id.* at 239-252 (White, J., concurring).
- (108) Jill Jaffe, *The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law*, 38 *ECOLOGICAL L.Q.* 1033, 1039 (2011).
- (109) *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).
- (110) ブライヤー判事は、本件判断に踏み込むことに抵抗を示しつつ、判断するとしても、州最高裁の命令は平等違反なのであるから再集計を行わせるべきとの意見を述べている。
- (111) 531 U.S. at 157-158 (Breyer J., dissenting).
- (112) Samuel Issacharoff, *Political Judgements*, 68 *U. CHI. L. REV.* 637, 650-656 (2001).

- (113) 531 U.S. at 114 (Rehnquist, C.J., concurring). レーンキスト長官は「憲法は連邦最高裁が、たとえ敬讓的であるとしても、独立した州法の分析を行なうに要請してゐる領域がある」と述べてゐる。
- (114) Robert J. Pushaw Jr., *Bush v. Gore: Looking at Baker v. Carr in a Conservative Mirror*, 18 CONST. COMMENTARY 359, 390-395 (2001).
- (115) Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 267 (2004).
- (116) Luis Fuentes-Rohwer, *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, 47 WM. & MARY L. REV. 1899 (2006).
- (117) Barkow, *supra* note 28, at 300-319.
- (118) Katzenbach v. Morgan, 384 U.S. 641 (1966).
- (119) Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).
- (120) City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).
- (121) Kimel v. Florida Board of Regents, 528 U.S. 62 (2000).
- (122) United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).
- (123) University of Alabama v. Garrett, 531 U.S. 356 (2001).
- (124) Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723, 753-755 (2008).
- (125) *Id.* at 755.
- (126) Anthony J. Colangelo, “*De facto Sovereignty? Boumediene and Beyond*,” 77 GEO. WASH. L. REV. 623, 636 (2009).
- (127) Zachary M. Vaughan, *The Reach of the Writ: Boumediene v. Bush and the Political Question Doctrine*, 99 GEO. L.J. 869 (2011).
- (128) Zivotofsky v. Clinton, 132 S.Ct. 1421 (2012).
- (129) 外国関係法二一四条d「イスラエル市で出生した合衆国市民の出生記録、国籍証明、パスポートの発行のために、国務省長官は、市民の要求又は市民の親権者の要求に基づき、イスラエルと出生地を記録しなければならぬ」。
- (130) 政府側は、*Banco Nacional de Cuba v. Sabatino*, 376 U.S. 398 (1964)を引用しながら、政治的承認は執行府の排

- 他の機能である」と主張している。
- (11) 132 S.Ct. at 1427-1428.
- (12) *Leading Case: Constitutional Law: Political Question Doctrine Designation of Passport Applicant's Birthplace: Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton*, 126 HARV. L. REV. 307 (2012).
- (13) American Electric Power Co. Inc. v. Connecticut, 131 S.Ct. 2527 (2011).
- (14) なお、その後、EPAは基準を設定している。
- (15) また、下級審ではあるが、シリコンプターの売買をめぐる政府契約が問題となった Defense Technology Inc. v. United States, 99 Fed. Cl. 103 (2011) でも、当事者の政治問題の主張に対し、「スイカーテストが当つはまる要素はななく、外交が絡むから」として訴訟で政治問題になるわけではないとされている。
- (16) Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).
- (17) Michelle L. Storius, *The Political Question Doctrine: A Thin Black Line Between Judicial Deference and Judicial Review*, 87 NEB. L. REV. 793, 807 (2009).
- (18) See, e.g., Jesse H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, 54 DUKE L.J. 1457 (2005); Mark Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, 80 N.C.L. REV. 1203 (2002).
- (19) John C. Yoo, *Choosing Justices: A Political Appointments Process and the Wages of Judicial Supremacy*, 98 MINN. L. REV. 1436, 1458 (2000).
- (20) *Id.* at 1459.
- (21) Robert A. Schapiro, *Judicial Deference and Interpretive Coordination in State and Federal Constitutional Law*, 85 CORNELL L. REV. 656, 657 (2000).
- (22) Barkow, *supra* note 28, at 301-302.
- (23) Louis Henkin, *Is there a "Political Question" Doctrine?*, 85 YALE L.J. 597 (1976).
- (24) Tushnet, *supra* note 138, at 1204.

- (145) Choper, *supra* note 138, at 1462-1463.
- (146) Tushnet, *supra* note 138, at 1207.
- (147) この対立構造については、たどえび、大林啓吾「ネイパートメンタリズムと司法優越主義—憲法解釈の最終的権威をめぐる—」帝京法学二五巻二号一〇三頁（二〇〇八年）参照。
- (148) Erwin Chemerinsky, *Who Should Be the Authoritative Interpreter of the Constitution? Why There Should Not Be a Political Question Doctrine*, in POLITICAL QUESTION DOCTRINE, *supra* note 38, at 181, 182.
- (149) Erwin Chemerinsky, *Bush v. Gore Was Not Justiciable*, 76 NOTRE DAME L. REV. 1093 (2001).
- (150) Scott E. Gant, *Judicial Supremacy and Nonjudicial Interpretation of the Constitution*, 24 HASTING CONST. L.Q. 360, 412-414 (1997).
- (151) Matthew Steilen, *Collaborative Departmentalism*, 61 BUFFALO L. REV. 345, 354 (2013).
- (152) Louis M. Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, 37 J. MARSHALL L. REV. 441 (2004).
- (153) Pamela S. Karlan, *Foreword: Democracy and Disdain*, 126 HARV. L. REV. 1, 2-13 (2012).
- (154) Nada Mourrada-Sabbah and John W. Fox, *Two Centuries of Changing Political Questions in Cultural Context*, in POLITICAL QUESTION DOCTRINE, *supra* note 38, at 89.
- (155) たどえび、一番が政治問題に当たるとしたものの、控訴審が政治問題に当たらないとしたケースとして、*Comer v. Murphy Oil*, 839 F. Supp. 2d 849 (S.D. Miss., 2012); *Comer v. Murphy Oil*, 718 F. 3d 460 (5th Cir. 2013) が挙げられる。
- (156) Molly E. Nixon-Graf, *A Gathering Storm: Climate Change as Common Nuisance or Political Question?*, 19 N.Y.U. ENVTL. L.J. 353 (2012).
- (157) Major Charles J. Gartland, *At War and Peace with the National Environmental Policy Act: When Political Questions and the Environment Collide*, 68 A.F. L. REV. 27 (2012).
- (158) *Winter v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 555 U.S. 7 (2008).
- (159) 奥平康弘「『統治行為』理論の批判的考察」法律時報四五巻一〇号七三頁（一九七三年）。