

司法裁量と裁量統制 (一)

大 林 啓 吾

序

I 歴史と伝統のテスト

- 一 背景
- 二 経緯
- 三 歴史と伝統のテストの定式化
- 四 歴史と伝統のテストの動揺
- 五 歴史と伝統のテストの確立
- 六 歴史と伝統のテストと裁量統制

(以上、本号)

III 主要問題の法理と裁量統制

- 四 主要問題の法理の位置付け
- 一 不当性審査
- 二 不当性審査の萌芽
- 三 不当性審査の登場
- 四 裁量統制の性格
- 一 消極的側面
- 二 積極的側面

後序

(以上、九十七巻五号)

II 主要問題の法理

- 一 主要問題の法理の萌芽
- 二 主要問題の法理の確立

「ドーナツの穴は、ドーナツ本体の部分ではなくドーナツ本体の欠如体として依存的かつ独自に存在している」奥田太郎「ドーナツに穴は存在するのか」芝垣亮介・奥田太郎編『失われたドーナツの穴を求めて』二〇二頁(さいはて社、二〇一七年)

序

裁判所が憲法判断を行うとき、裁量に言及しながら憲法適合性を判断することがある。特に他の機関がその事項について第一次的判断権を有していると考えられる場合、裁判所は当該機関の裁量を前提に、当該行為がその裁量を逸脱しているかどうかを判断することが多い。たとえば職業の自由を規制する立法の合憲性を判断する際、最高裁はこの手法を採用する傾向にある。かつて小売市場事件判決は、「右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることとの明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である。」とした。⁽²⁾ここでは、立法府の裁量を前提とした上で、その裁量の範囲を超えていないかどうかを審査する物差しとして、いわゆる明白性の基準（明白性の原則）⁽³⁾が提示されている。審査基準自体については事案によって異なりうるが、近時の判例においても同様の言及を垣間見ることができる。二〇二二年のあんま師等法判決は「本件規定については、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることについての立法府の判断が、その政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱し、著しく不合理であることが明白な場合でない限り、憲法二二条一項の規定に違反するものということはできないといふべきである。」⁽⁴⁾と述べている。

かかる経済的自由に関する事案に加え、生存権などのような立法裁量が広く認められやすい権利が関わる社会保障分野では裁量を前提とした司法判断となりやすいが、⁽⁵⁾一般的自由に関する場合でも事案によっては他権の裁量を広く尊重する判断を行うことがある。たとえば、規制目的が租税に絡んでいたどぶろく事件判決では、⁽⁶⁾酒類製造免許制について、それが酒税徴収確保の目的であることを確認した上で、⁽⁷⁾「これにより自己消費目的の酒類

製造の自由が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえず、憲法三一条、一三条に違反するものでない⁽⁸⁾としている。

行政機関の判断の違法性を問うケースでも裁量を前提とした判断がしばしば登場する。マクリーン事件判決は、⁽⁹⁾法務大臣の在留期間更新に関する判断につき、「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実と誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし、著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったものとして違法であることができる⁽¹⁰⁾」とした上で、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は在留制度の枠内で与えられているにすぎず、在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することも許されるとし、原告の政治活動を理由に在留更新を認めないことは裁量の逸脱濫用があったとはいえないとした。

また、行政規則が法律の委任の範囲を逸脱して⁽¹¹⁾ないかどうか問題となるケースも行政裁量が問われる事案である。サーベル登録拒否事件判決は、「規則においていかなる鑑定の基準を定めるかについては、法の委任の趣旨を逸脱しない範囲内において、所管行政庁に専門技術的な観点からの一定の裁量権が認められているものと解するのが相当である⁽¹²⁾」とした。換言すれば、法律の委任の趣旨を逸脱する場合には行政裁量の逸脱濫用にあたる。法律の委任の逸脱は法律に基づく行政、ひいては法の支配を歪めることになるため、この場面における裁量統制は憲法秩序の維持に欠かせないものといえる。この種の事案において最高裁は時に「裁量」という言葉に言及せずに規則が委任の範囲内かどうかを判断することもある。医薬品ネット販売事件判決は、⁽¹³⁾「医薬品のインターネット販売規制を行った規則が委任の範囲を逸脱していないかどうかにつき、それが職業活動の自由を相当程度

制約することに言及しながら、「厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの（行政手続法三八条一項）であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法三六条の五及び三六条の六を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。」⁽¹⁴⁾とし、本件では法律がそうした規制を委任していることが明確とはいえないとして委任の範囲を逸脱していた。本判決は行政裁量に言及していないものの、行政立法には行政裁量が認められることが少なくない。本件では委任の範囲を逸脱しているかどうかにつき、行政裁量の逸脱濫用が問われたことになろう。

このように、裁量は当該機関の判断の余地をどのように考えるかに関わるものであり、換言すれば、法的問題の解決のための選択または範囲を指すといえる。⁽¹⁵⁾ドゥオーキン (Ronald Dworkin) が述べるように、「裁量はドーナツの穴のようなもので、周りに環状の拘束地帯をもつ空洞部以外の仕方では存在しえない」とすれば、裁量はそれを枠づけるものが存在して初めて成り立つことになる。つまり、憲法適合性の判断における裁量の問題は、⁽¹⁷⁾憲法が与えた権限の範囲内に当該行為が収まっているかどうかを決定する作用に他ならず、それはまさに裁量統制という名で表されることになる。

ところが、憲法条文が直接裁量の限界を示すことは少ないため、裁量の濫用や逸脱が問われてしかるべきケースであっても憲法の示した枠が見つかからないことが多い。そのため、裁判所は裁量の限界を示すラインを自らセツトしなければならぬ。このとき、司法が積極的に裁量統制を行うと、今度は司法による他権への介入の問題を惹起することになる。つまり、司法裁量の統制の問題としてブーメランのように戻ってくるわけである。

そもそも、裁量があるということはその機関の判断に委ねられているということであり、その判断を尊重しな

ければならない。立法裁量についていえば、「立法裁量とは、一般的にいえば、立法に関して憲法上立法府に委ねられた判断の自由を指す⁽¹⁸⁾」わけであり、司法は立法裁量に委ねられている領域について判断を控えることにならなければならない。かつて最高裁長官を務めた横田喜三郎は、権力分立原則により、「立法府は、立法上の裁量権を有し、それに属する事項について、裁判所が違憲審査権を有するか、ということが問題となる⁽¹⁹⁾」とし、立法政策の問題は立法府の裁量に属するので司法が介入すべきでないことになると説明している。ただし、立法政策の当否については立法府の判断に敬譲するとしても、司法が法的判断を行う余地はあり、裁量を逸脱していないかどうかをチェックすることができる⁽²⁰⁾。裁量統制の程度については事案によって異なり、職業の自由に関する事案であれば、小売市場事件判決のように立法裁量を広く認めることもあるが、その「合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであって、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべき⁽²¹⁾」ことになる。

一見すると、この判断は他権の裁量を前提とした上で、どこまで踏み込むことができるかという問題を提示しているように見えるが、裁量の本来の意味や司法裁量統制の問題を考えると裁量統制の問題はむしろ、いかに他権の領域に踏み込まないようにするかという問題として捉えた方が適切かもしれない。すなわち、統制の側面に重きを置くのではなく、裁量の側面にフォーカスするのである。司法審査は民主主義との間で緊張関係を抱えるものの、その難題をかわすべく司法は憲法の番人としての役割を着実に果たすことに存在意義を見出し、その結果積極的に他権の権力濫用統制に努める可能性がある。なぜなら司法は司法審査の運用について裁量を有しているわけであり、だからこそ司法積極主義や司法消極主義という言葉が存在するのである。

ゆえに、裁量統制はどうやって他権の裁量を統制するのではなく、どうやって他権の裁量を維持し続けるか、換言すれば司法がいかに自制するかが鍵になるといえる。たとえば、香城敏磨はドウオーキンの議論を参考にし

ながら、裁判官の裁量のあり方を模索した。香城は、ドゥオーキンが提示した二つのモデル、すなわち法規範のみでは結論が明示されない場合に裁判官が自ら最善と考える規準に基づいて法解釈を行う裁量があるモデルと、裁判官はそのような裁量を有せず全法体系の原理を探究して法解釈を行わなければならないモデルを挙げた上で、法規範以外にも原理があることなどを踏まえると法規範のギャップがただちに法のギャップをもたらすわけではなく原理によって補完されるとすれば裁判官の裁量は存在しえず、裁判官は権利の存否について原理に基づくなければならぬとしている⁽²²⁾。ただし、香城はそれを前提とした上で、現実には裁量モデルに従って裁判官が法創造を行うことがあり、規則制定、救済、保護、予防の場面などをその例として挙げている⁽²³⁾。芦部信喜はこの香城論文とドゥオーキンに言及しながら原理モデルに賛意を示しつつ、司法の法創造機能に限界があることを前提にした場合でも、国民による裁判の受容との関係においてはアメリカの修正一四条に基づく実体的デュープロセスをめぐる憲法解釈のあり方など大きな問題に発展していく契機を有するとしている⁽²⁴⁾。

実際、日本やアメリカのように付随的違憲審査制を採用する国では司法審査を行う際に裁量を意識した判断を行うことが少なくない。日本の最高裁が裁量に言及することは先述した通りであるし、アメリカの連邦最高裁判決でも敬讓 (deference) や裁量 (discretion) というワードがしばしば登場する。とりわけアメリカでは憲法の司法審査規定の欠如の問題と相まって、裁量統制における司法の自己抑制の問題が強く意識されてきた。というのも、裁量統制が強まれば、それは他権の権限の侵害になるばかりでなく司法による法創造にもなりかねず、司法の民主的正当性の問題が一層顕著になるからである。この問題はアカデミックなテーマとして照射されただけでなく、法実務においても強く意識されてきた。連邦最高裁判官として指名された者の公聴会ではたびたびこの点が取り上げられてきた。

「裁判官は審判のようなものです。審判はルールを作るのではなく、ルールを適用するだけです。審判と裁判官の役割はきわめて重要です。かれらはプレイヤーがルールに則って行動しているかを確認します。ただし、それは限定的な役割にすぎません。誰も審判を見るために野球の試合に行こうなんて思わないでしょう」⁽²⁵⁾。

これは、かつてロバーツ (John G. Roberts, Jr.) 長官が自身の公聴会で述べた審判のアナロジーである。すなわち、裁判官はルール (法) を創造するのではなく、各プレイヤー (立法府や執行府) がルールを順守しているかどうかを確認し、またルールの適用を行う存在にすぎないという控えめな裁判官像を示したものである。中立な立場を堅持し、政治に介入しない姿勢を明らかにすることで、司法の独立を維持すると同時に政治部門の警戒を解こうとしたといえる。

かかる発言につき、コール (Herbert H. Kohl) 上院議員は *Brown v. Board of Education of Topeka* 連邦最高裁判決⁽²⁶⁾を引き合いに出しながら、「かれらはもはや単にボールカストライクかを判断する審判ではない。かれらは新境地を開き、この国にとって最善のことを実践したのだ。違うかね？」⁽²⁷⁾と尋ね、審判のアナロジーに対して疑問を呈した。これに対してロバーツは、*Brown* 判決が修正一四条の原意に適う判断をしたという理由でその正当化をはかろうと試みた⁽²⁸⁾。つまり、過去に遡ってルールの意味を探り、それを適用することはルール創造ではなく、ルール適用にすぎないとしたわけである。

一方、審判のアナロジーに冷や水をかけた裁判官もいる。ケイガン (Elena Kagan) である。彼女の連邦最高裁判官指名時の公聴会においてクロブシャー (Amy Klobuchar) 上院議員が審判のアナロジーについて尋ねたところ、ケイガンは、それは裁判官の役割というよりも公平な判断をする裁判官像を示す点で有益であるとした上で、次のように答えた。

「法がロボットのシステムや自動応答的システムのような簡単なものであり、裁判官はその種の対応を行うべく、ルールかストライクかを宣言するだけで、すべてが明快で、その過程には判断する余地がないという印象を人々に抱かせたという点で、その比喩には限界……があると考えています。私にはそれが正しいとは思えず、特に連邦最高裁がこれまでずっと議論が行われてきたようなやつかいな事案を扱う場合にはそれは正しいとはいえません。実際、裁判官たちはこの種の事件について判断を下さなければなりません。それは単なる自動応答ではありません。それは法を適用する以上の何かを行うわけでもありません。昨日も述べたように、法はいたるところに存在します。あなたが今見ている条文、構造、歴史、先例がそうなのです」

ケイガンも裁判官の役割がルールまたは法適用にとどまるといふ点についてはロバーツの認識と共通しているが、裁判官はそこで機械的な応答をするのではなく、「判断を行う」(exercise judgment)と捉える。つまり、ここにはある種の裁量的判断が含まれる可能性を指摘しているといえる。もともと、ロバーツも時に原意を探るなどしてルールの意味を判断しようとしており、実質的には自動応答的判断ではないことを示唆している。

そうなる、ルール適用はその方法次第で実質的機能が高まる可能性——場合によっては実質的なルール創造になる可能性——があり、ルール遵守においても同様のことがいえる。実際、近時の判例動向をみると、連邦最高裁はルールが過去の慣行と合致しているかどうかを確認しようとしたり、プレイヤーの行動がルールに従っているかどうかについて行動の背景にある真の狙いを探ろうとしたり、各プレイヤーの守備範囲をクリアにしようと努めたりするなど、ルール創造には至らないまでも、積極的にルール維持をはかろうとする傾向にある。

興味深いのは、これらを基準としてルール化していることである。それは、いわゆる違憲審査基準としての機能だけでなく、恣意的な判断に陥らないように予防するという憲法原則としての機能を併せ持つ。その意味では、違憲審査基準と法理が混在したような性格を有しているといえる。もとより、判例が形成してきた法理と基準の

境界線は曖昧なものが少なくなく、たとえば事前抑制禁止の法理 (no prior restraint doctrine) は事前抑制に該当すれば違憲になるという点で違憲審査基準としての側面を有すると同時に、事前抑制が表現空間の量に影響を与え、ひいては政府による私的領域への介入を広げるおそれがあるがゆえにそれらを予防する憲法原則としての側面もある⁽³⁰⁾。あるいは、過度広範の法理 (overbreadth doctrine) も、保護された表現の実質量を規制する場合にはこれに反して違憲になるという点で違憲審査基準としての側面を有すると同時に、あらかじめ萎縮効果をもたらすような規制を防ぐという憲法原則としての側面もある⁽³¹⁾。他面、政治問題の法理 (political question doctrine)⁽³²⁾ や憲法判断回避の準則 (Ashwander rule)⁽³³⁾ にみられるように、それ自体が違憲審査基準として機能するわけではなく、権力分立や民主主義といった憲法原理を背景とする法理またはルールを提示するものもある。そのため、基準、ルール、法理は文脈次第で混在したり相互依存したりすることがある。

そして最近の連邦最高裁は裁量統制に関する基準または法理を打ち出す傾向にある。たとえば、連邦最高裁が基本的権利 (fundamental rights) の存否に関する判断を行う際に、一定の基準を提示することでその裁量を統制しようと試みている。また、行政裁量が問われる事件では、行政機関が政権交代の影響を受けるため、行政機関の判断に敬讓してもしなくても政策決定に影響を及ぼしてしまうことから、その判断を立法府の手に戻そうとする法理を提示している。これらは権利保障や法の支配といった憲法秩序の基本に関わる事項であり、裁量統制を行うことでその判断が恣意的に行われないようにしているといえる。

しかも、これらの裁量統制には司法の自己抑制的側面を窺うことができる。基本的権利の存否に関する判断はいうまでもなく司法裁量統制を実践するものであり、また行政裁量統制においても行政機関の法解釈が時の政権の影響を受けるために司法がその是非を決めてしまうとその結果にかかわらず政策問題に影響を与えてしまうため、重要事項についてはあらかじめ立法の明確な授權が必要であるとして、司法による裁量統制の影響を

最小限にとどめようとする姿勢として受け止めることもできる。こうしてみると、連邦最高裁は自制に軸足を置いた裁量統制を実践しているように思える。ただし、それが司法消極主義を貫徹しているかという点、そうでもない。アドホックに裁量を統制するのではなく、基準や法理を提示して裁量統制を行うことは司法によるルール設定の側面を兼ね備えているともいえる。³⁴ しかもその内容は権利保障や統治機構の核に関わる事項であり、司法のルール創造という側面が隠顕している。そこには、ロバーツコートの漸進的立憲主義の姿を垣間見ることができ³⁵る。

そこで本稿は、近時の連邦最高裁の判例にみられる司法裁量統制と行政裁量統制を分析し、その機能を検討する。具体的には、歴史と伝統のテスト、主要問題の法理、不当性審査を取り上げ、それらがどのような内容であるのかを明らかにし、その実質的機能を考えることにする。歴史と伝統のテストは原告の主張する権利が基本的権利として認められるかどうか、主要問題の法理は法律が重要事項について明白な授權をしているかどうか、不当性審査は行政機関が不当な動機に基づく判断をしていないかどうかを問うものである。これらの裁量統制は、司法の自己抑制を踏まえたアプローチであると同時に憲法秩序の維持を潜在させたものであるともいえる。というのも、これは経済的自由における立法裁量のような個別の分野の裁量統制ではなく、権利存否や権限行使の裁量を統制するものである。それはすなわち権利保障、権力分立、法の支配といった憲法秩序の基本原則を維持するために必要な裁量統制であり、基本原則的裁量統制とも呼びうるものである。

このような大きな問題を取り扱うこともあり、裁量統制の基準は厳密な内容を示しているわけではない。しかし、歴史と伝統のテストは基本的権利の存否、主要問題の法理は行政国家統制、不当性審査は規制理由の正当性の審査を行うものであり、権利保障や統治機構の根幹に関わる基準となっている。憲法条文は司法を含む各機関の権限行使に関する枠を明示的に設定しないことが多いが、これらは各機関の判断が憲法の与えた裁量の枠を破

らないようにチェックするものであり、それは憲法秩序の維持をはかるための裁量統制ともいえるものである。かかるアプローチは、憲法が明確に限界ラインを設定していない事項につき、裁量統制を通じてそれをルールとして確認しているわけであり、換言すれば、裁量統制によって裁量の枠のみならず、憲法が要請する法規範をも可視化しているともいえる。それはある種のルール創造に近い可能性があるが、あくまで裁量統制と場面に限定した規範形成であり、権利自体の創出に関わる基本的権利の存否の判断については自己抑制を試みている。

一方、日本では個々の分野における権限配分上の裁量統制の法理は進んでいるが、上述のような憲法秩序の基本原則に関わるような裁量統制の分析は発展途上にあるといえる。とりわけ、憲法上明文文化されていない権利を認めるかどうかの判断につき、司法裁量の統制を行っているかどうかは判然としない。日本では違憲判断を積極的には行わないという意味での司法消極主義や他権の専門的判断に敬讓する判断も多いこともあり、司法裁量統制が説かれる機会はアメリカほど多くないが、いかなる司法スタンスをとるかにかかわらず、かつて芦部や香城が説いていたように司法裁量の問題は意識してしるべきであると思われる³⁶。

本稿はアメリカの基本原則的裁量統制に関する判例法理を考察しながら、日本では十分に目が向けられていない場面においても裁量統制の問題が潜んでいることを明らかにする。

I 歴史と伝統のテスト

一 背景

アメリカ憲法における権利保障は基本的に各修正条項によって規定されているが、その数は決して多くない。一七九一年に成立した修正一条から修正一〇条までの規定は権利章典 (Bill of Rights) と称され、表現の自由や

信教の自由などの権利が保障されたが、その多くは刑事手続に関するものである。南北戦争後、修正一三条、修正一四条、修正一五条などの奴隷禁止規定、平等規定やデュープロセス規定（対州）、投票権規定が設けられたが、それでも基本的権利の数は多いとはいえない。そのため、憲法に規定されていないものの、個人の権利として欠かせない事項や社会変化等によって要請されるような事項について、権利として保障する必要があるのではないかという問題が生じた。

そこで連邦最高裁は実体的デュープロセスの法理を用いるようになり、修正一四条が保障するデュープロセスに実体的意味を読み込んで、新たな権利を保障するようになった。⁽³⁷⁾ところが、実体的デュープロセスは司法が実体的価値を決めることになるため、民主的正当性が弱い機関がそれを決めてよいのかという根本的問題を惹起し、またその是非をめぐって政治部門や州と衝突するという問題が生じた。

そのため、司法が基本的権利を認める場合には一定の正当化が必要となった。それには、三つのアプローチがある⁽³⁸⁾。第一に、歴史と伝統に根拠を置くアプローチである。これは、当該権利が歴史と伝統に根差している場合にのみ、それを基本的権利として認めることができるというものである。第二に、道徳を理由とするアプローチである。これは、司法が道徳的観点からその権利を認めるべき実体的価値があると判断した場合には基本的権利を認めることができるというものである。第三に、権利を発展的に捉えるアプローチである。これは、社会や時代の変化に応じて権利が発展すると考えるものであり、時代状況に適った基本的権利を認めるものである。

実際の適用例としては、第一のアプローチは *Bowers v. Hardwick* 連邦最高裁判決⁽³⁹⁾、第二のアプローチは *Roe v. Wade* 連邦最高裁判決⁽⁴⁰⁾、第三のアプローチは *Lawrence v. Texas* 連邦最高裁判決で採用された⁽⁴¹⁾。このように、連邦最高裁は一貫したアプローチを用いているわけではない。そもそも判決によってはそれぞれの要素が混在し

ていることがあり、完全にこの三つに類型化できるわけではないことからすれば、別の観点から判例法理を整理できる可能性もある。

とはいえ、司法判断のあり方を考える上では一定のモデルを提示する必要がある。たとえば、司法裁量という観点から見ると、第一のアプローチが裁量を限定する方向に進むのに対し、第二のアプローチや第三のアプローチは裁量を広く認める方向に向かうことになるといった整理をすることができるといえる。

司法ミニマリズムを標榜するロバートコートは第一のアプローチが最も親和的であるといえるが、しかし、実際には一貫したアプローチを採用してこなかった。ところが、二〇二一—二〇二二年開廷期の判例動向をみると、連邦最高裁は第一のアプローチを採用しており、ここにきて有力になりつつある。

二 経緯

第一のアプローチは、当該権利が「この国（アメリカ）の歴史と伝統に深く根差している」(deeply rooted in this Nation's history and tradition) かどうかを基準にして基本的権利の存否を判断するものである。「深く根差したテスト」(Deeply Rooted Test)⁽⁴³⁾、あるいは基準として定立した Washington v. Glucksberg⁽⁴⁴⁾ 連邦最高裁判決を指して「グラックスバーグテスト」(The Glucksburg test)⁽⁴⁵⁾ と呼ばれることがあるが、ここでいう「歴史」と「伝統」とは何かが問われることが多いので、本稿では「歴史と伝統のテスト」と呼ぶことにする。

連邦最高裁は様々な文脈において歴史や伝統に言及しながら判断してきた。ターナー (Ronald Turner) によれば、実体的デュープロセスに関わる事案では Dred Scott v. Sandford⁽⁴⁶⁾ 連邦最高裁判決にその萌芽をみることができ、その後「歴史」や「伝統」の要素を重視した判決群が存在し、さらに「深く根差しているかどうか」という要素を加えて用いられるようになってきたという。⁽⁴⁸⁾

一八五七年の *Dred Scott* 判決は、黒人が合衆国市民に該当するか否かを判断する際に、憲法制定当時の認識を検討する必要があるとし、次のように述べた。トーニー (Roger B. Taney) 長官の法廷意見いわく、「……当時の立法や歴史、独立宣言で用いられた文言は、奴隷として輸入された者およびその子孫は、自由であったかどろにかかわらず、合衆国の人民に含まれると認識されておらず、記録文書に用いられた一般用語においても含まれるとは考えられていなかったことを示している」と。⁽⁴⁹⁾ここでは憲法制定時の歴史を重視しながら判断していることが窺える。

また、一九〇五年の *Lochner v. New York* 連邦最高裁判決も歴史的ニュアンスを一つの考慮要素としていた。⁽⁵⁰⁾パン屋に対する労働時間規制の合憲性を判断する際、ペカム (Rutis W. Peckham) 裁判官の法廷意見は「一般的な理解に従う限り、パン職人は不健康な職業とみなされてこなかった」とし、本件では健康維持を理由に契約の自由を制約できないとした。歴史という言葉そのものは登場しないが、従来の社会通念に触れている点が歴史的展開に通じていると捉えるのであれば、多少なりとも歴史を考慮した判断といえる。

一方で、本件では反対意見も歴史的要素に言及している。ホームズ (Oliver Wendell Holmes Jr.) 裁判官の反対意見は、「思うに修正一四条の自由という文言は一般的理解に基づく結論と異なる判断をする場合に曲解されてしまう。もし合理的かつ公平な判断ができる人がみた場合に本法が人民や法の伝統によって認識されてきた基本原理を侵害するというのであれば話は別であるが。」⁽⁵²⁾と述べた。ここでは伝統という言葉が登場し、基本原理が伝統によって裏打ちされることを示しているといえる。

その後、被告人が陪審員の犯罪現場検証に立ち会うことを求めたところ、それが拒否されたため、修正一四条のデュープロセスを侵害するかどうか争われた一九三四年の *Snyder v. Massachusetts* 連邦最高裁判決⁽⁵³⁾は伝統に根差しているかどうかという考慮要素に言及した。カードーン (Benjamin N. Cardozo) 裁判官の法廷意見は、

「マサチューセッツ州は、その裁判手続が基本原則ともいえる我々人民の伝統と良心に根差した正義の原理を脅かさない限り、賢慮と公正に基づいて裁判手続を定める裁量がある」と述べたのである。⁽⁵⁴⁾

こうして、「伝統」、「歴史」、「根差している」といった歴史と伝統のテストの構成要素が判決に登場するようになり、ウォーレンコートになるといよいよその原形が姿を現すことになる。

歴史と伝統のテストは、一九六一年の *Poe v. Ullman* 連邦最高裁判決⁽⁵⁵⁾におけるハーラン (John Marshall Harlan) 裁判官の反対意見が嚆矢であるといわれる⁽⁵⁶⁾。この事件では避妊具規制の合憲性が争われたが、法廷意見は司法判断適合性に欠けるとして請求をしりぞけた。これに対し、ハーラン裁判官は実体判断をすべきであり、デュープロセス違反があるとの反対意見を書いた⁽⁵⁷⁾。ハーラン裁判官によれば、デュープロセスの内容は定義でできるものではなく、連邦最高裁が自由と秩序のバランスについて判断することで形成されるという。そして、伝統の興廃に関する歴史を見ることよってそのバランスの中身がわかるとし、次のように述べた。すなわち、「伝統は生き物である。そこから外れた判決は長く存続することができず、継続してきた伝統に基づく判決は法的基盤となる⁽⁵⁸⁾」と。翻って婚姻を見ると、それは社会生活に根付いたものであり、夫婦間の親密な行為は婚姻関係において本質的なものであるとし、一時的に避妊具の使用が規制されたことはあっても犯罪とされてきた事実はないとした。

ハーラン裁判官の反対意見は伝統に基づく歴史こそがデュープロセスの中身になるとしている。歴史と伝統のテストの形を垣間見ることができ。しかも、ここでは歴史と伝統を動態的に捉えていることに加え、それを判断する機関が司法であるとしているところが特徴的である。

このハーラン反対意見を参照しながら、歴史と伝統を重視して判断したのが一九七七年の *Moore v. City of East Cleveland* 連邦最高裁判決⁽⁵⁹⁾であった。この事件では住宅への入居を核家族に限定するゾーニング条例の合憲

性が争われた。パウエル (Lewis F. Powell, Jr.) 裁判官の相対多数意見は、これまで先例によって婚姻や家族構成について選択する自由がデュープロセスに基づいて認められてきたとし、当該条例はデュープロセスを侵害するとして違憲判断を下した。その際、パウエル裁判官は、「先例は、家族制度がこの国の歴史と伝統に深く根差しているがゆえに、憲法は家族という神聖なものを保護するとしてきた」と述べたのである⁽⁶⁰⁾。

法廷意見が正面からこのテストを用いたのが、一九八六年の *Bowers* 判決である。この事件ではジョージア州の同性愛行為の規制の合憲性が争われた。ホワイト (Byron White) 裁判官の法廷意見は、修正一四条制定以降、ソドミー行為が多く州で規制されてきた事実而言及した上で、「こうした状況に反してまで、ソドミーを行う権利がこの国の歴史と伝統に深く根差している」または「秩序ある自由の概念に默示的に含まれている」と主張することは冗談にしか聞こえない⁽⁶¹⁾として斬り捨てたが、換言すると、もし歴史と伝統に深く根差していれば、実体的デュープロセスに基づく権利として認められる可能性があることを示したといえる。これにより、事実上、歴史と伝統のテストが提示されたのである。

このように歴史と伝統が重要な考慮要素になる可能性が出てきたことにより、それを展開しようとする裁判官とそれに批判的な裁判官が登場するようになり、さらには伝統観をめぐる対立へと発展した⁽⁶²⁾。

その一端が垣間見えるのが、一九八九年の *Michael H. v. Gerald D.* 連邦最高裁判決である。この事件では、不倫関係により法律上の父と生物学上の父が存在し、生物学上の父が子供との面会交流などを求めて訴訟になったスカリア (Antonin Scalia) 裁判官の相対多数意見は、生物学上の父が面会交流などを求める権利はデュープロセスによって保護されるものではないとした。その際、スカリア裁判官は、「デュープロセス条項の解釈について限界を付けようとしたり方針を示そうとしたりするとき、我々は『基本的』『自由』(単独で客観的に示すのが難しい概念であるが)と呼ばれる利益のみならず、社会によって伝統的に保護されてきた利益についても提示してき

た。」⁽⁶³⁾と述べ、さらにこの部分に次のような脚注を付けた。「……デュープロセス条項を限定するのは将来世代が軽率に重要な伝統的価値を破棄してしまうのを防ぎ、とりわけ司法にそうしたことを行わせないようにするためである」⁽⁶⁴⁾と。つまり、スカリア裁判官は、デュープロセス条項に基づく権利の可否について伝統性を重視する理由につき、司法が安易に伝統的価値を放棄してしまうのを防ぐため、という点に求めたのである。これに対してオコナー (Sandra Day O'Connor) 裁判官の一部同意意見⁽⁶⁵⁾は、スカリア裁判官のようにデュープロセスに基づく権利の可否において歴史的分析に依拠するのは権利を認める方向で伝統と重ね合わせてきた先例の手法と異なるとして批判している。また、ブレナン (William J. Brennan Jr.) 裁判官の反対意見は「伝統という概念は『自由』と同じくらい捉えどころのないものであることが明らかであるにもかかわらず、相対多数意見は憲法の周辺には広く認識可能な伝統が存在しているかのよう装っている」⁽⁶⁶⁾とし、伝統の内容について一致した見解を見出すことは難しいとした。ただし、ブレナン裁判官は伝統自体を否定するわけではなく、その曖昧な伝統を司法が発展させることに価値を見出す。いわく、「伝統が先例と無関係であるというわけではない。……これらの利益について留意すべきは、もしデュープロセス条項がこれらの利益を保護していないとすればそれが空文化してしまう結果となってしまうこと、そして社会においてこれらの利益が歴史的小および伝統的に重要であるという点である」⁽⁶⁷⁾と述べた。つまり、司法が先例を参照しながらデュープロセス条項を発展させることは歴史と伝統に反するわけではなく、むしろ相乗関係にあるとみなしているのである。

そのため、スカリア裁判官とブレナン裁判官は伝統や歴史を用いる点について意見を異にしているわけではない。ただし、それをどのように判断するか、とりわけその判断が司法による基本的権利の認定を消極的に解するか、それとも積極的に解するかという点で両者には径庭がある。

一九九〇年の *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 連邦最高裁判決⁽⁶⁸⁾では両者の伝統観の違いが

明らかになった。この事件は、生命維持装置を取り外すことを求める権利があるか否かが争われたものである。ミズーリ州は生命維持装置を取り外す際には本人がそれを望んでいることに関する明確かつ説得力ある証拠を要求していたところ、この事件では交通事故で植物状態に至った子の両親が生命維持装置を外すことを認める裁判所命令を求めて提訴した。レーンキスト (William H. Rehnquist) 長官の法廷意見は通常の判断能力を有する者は治療を選択する権利がデュープロセスに基づいて認められるとしつつ、判断能力を欠く場合にはミズーリ州のような要件を課しても憲法に反しないとされた。

スカリア裁判官の同意意見は、「州が歴史のおよび伝統的に州の介入に対して保護されてきた権利を奪っていることを証明しなければ、⁶⁹『実体的デュープロセス』の主張が認められないことは少なくとも明らかである」と述べた上で、「自殺する権利が我々の伝統に根差しており、それが、⁷⁰『基本的』なものであるとみなされている、あるいは、秩序ある自由の概念の中に黙示的に含まれている」とする主張を明白に裏付けるものはない」とした。そして、自殺する権利と本件の問題は必ずしも明確に区別できないとした。

これに対して、ブレナン裁判官の反対意見は、「自分の身体に関わる事柄を自分で決めるために、本人の同意のない治療を拒否する権利がこの国の伝統に深く根差していることについては法廷意見も認める⁷¹ところである」とした上で、これは本件にも当てはまるとし、判断能力がないからといってこの権利を奪ってはならないとする。そして本件では権利行使を認めていないのだから権利自体を否定していることになるとした。

このように、二人とも伝統に根差しているかどうかを軸に実体的デュープロセスの権利が認められるかどうかを判断する点においてはおおよそ認識を共有しているといえる。だが、その判断結果は異なる内容になっている。両裁判官は、必ずしもまったく同じ権利を念頭に置きながらその認否を判断しているわけではないものの、判断能力に欠ける者が治療を拒否する権利が伝統に根差しているかどうかという論点を設定した場合、スカリア裁判

官はそれを否定し、ブレナン裁判官はそれを肯定する結果となる。このように、伝統を軸に判断する場合でも、その判断方法や分析視角によって判断結果が分かれうるのである。

続く一九九二年の *Planned Parenthood v. Casey* 連邦最高裁判決⁽⁷²⁾では、共同意見の法廷意見部分が *Roe* 判決を踏襲してデュープロセス条項に基づく中絶の権利を確認したのに対し、レーンキスト長官やスカリア裁判官は中絶の権利が伝統的に認められてきたとはいえないとの反対意見を書いた。

三 歴史と伝統のテストの定式化

このように、デュープロセス条項に基づく権利が認められるかどうかを判断する際に歴史や伝統が重要な考慮要素になるとみなされるようになる中、深く根差しているかどうかという要素を加味し、歴史と伝統のテストとして定式化したのが *Glucksberg* 判決⁽⁷³⁾であった。

この事件では、医師による自殺補助 (*physician-assisted suicide*)⁽⁷³⁾ の規制の合憲性が争われ、医師による自殺補助がデュープロセスによって保護されるかどうかについて判断が下された。次の文は、レーンキスト長官の法廷意見が述べたその判断方法である。

「連邦最高裁が確立してきた実体的デュープロセスに関する判断には主に二つの方法がある。第一に、我々は、通常、デュープロセス条項が、客観的に、この国の歴史と伝統に深く根差している、基本的権利や自由を特別に保護しているか、……そして、もしそれらが犠牲になれば自由も正義も失われてしまう、ような、秩序ある自由の概念に黙示的に含まれているか、」を検討する……第二に、我々は、デュープロセスの事案において主張された基本的自由の利益に関する「注意深い記述」を要求してきた。」⁽⁷⁴⁾

このように、本判決は、実体的デュープロセスに基づく権利を認めるかどうかの判断基準について、歴史と伝統のテストを提示したのである。そして法廷意見はこのテストを本件に適用し、医師による自殺幫助が実体的デュープロセスとして保護されるかどうかを判断した。法廷意見は、ほとんどの州では自殺幫助が犯罪とされたこと、ブラクトン (Henry de Bracton) やブラックストーン (William Blackstone) を引用しながら自殺幫助を犯罪とすることがコモローの伝統であり植民地時代にこの認識を受容していたこと、修正一四条が制定された時にほとんどの州は自殺幫助を規制していたことに言及し、医師による自殺幫助の権利は伝統的に保護されてきたとはいえないとした。

これまでの判例法理の展開を踏まえると、実体的デュープロセスに基づく権利存否の判断を行う際、歴史や伝統が考慮要素の一つとして個別に参照され、Bowers 判決以降は歴史や伝統が判断要素として重要な役割を果たすようになり、Glucksberg 判決がこれを基準として定立したといえる。

もつとも、裁判官の間でも違いがみられたように、歴史や伝統の判断は可変的である。つまり、判断する者によってその内容が大いに変わる余地があり、基準として機能するかという問題がある。Glucksberg 判決は客観的に、歴史と伝統に深く根差しているかどうかを基準とし、「客観的」という言葉によって裁量を統制しようと試みているが、それが意味する内容についても検討の余地がある。たとえば、スーター (David Souter) 裁判官の結果同意意見は、Poe 判決のハーラン裁判官の反対意見を参照しながら伝統を動態的に捉え、それがコモロー的手法に類似したものであるとし、伝統の変遷を踏まえながらデュープロセスの問題を判断すべきとした。⁽⁷⁶⁾

また、法廷意見は、このテストを提示する直前に、司法が実体的デュープロセスの概念を拡大させてしまうとこの問題が立法府や市民の手から離れてしまうので、連邦最高裁は常にそれが拡大しないように留意してきたと述べていたことから、このテストは実体的デュープロセスを抑制的に捉えるものとみなされている。⁽⁷⁷⁾ そのため、

この基準を用いるのは主として実体的デュープロセスに基づく権利の認定に消極的である保守系の裁判官に限られる可能性があり、リベラル系の裁判官はこのテストを用いず、従来通り考慮要素の一つとして歴史や伝統に言及しながら判断する可能性があった。

四 歴史と伝統のテストの動揺

実際、その後の判決の中には歴史と伝統のテストをそのままの形で基準として用いずに実体的デュープロセスの判断を行うケースが出てきた。翌年の County of Sacramento v. Lewis⁽⁷⁸⁾ 連邦最高裁判決はまさにそうした手法をとった。この事件では、カーチェイスの末に死亡した容疑者の遺族が警官の無謀な追跡によりデュープロセスに基づく生命の権利を侵害されたとして訴訟を提起した。

スター裁判官の法廷意見は、Clucksbarg 判決を引用したが、それは歴史と伝統のテストの箇所ではなく、修正一四条が実体的デュープロセスを認めているという箇所であった。そして法廷意見は、デュープロセス侵害につき、修正一四条は本来捜査と押収に及ぶものであって本件の事案はそれと異なることに加え、政府の権限濫用があったともいえないとし、デュープロセス侵害を否定した。つまり、法廷意見は実体的デュープロセスの問題について歴史と伝統のテストを使わなかったのである。

これに対してスカリア裁判官の結果同意意見は Clucksbarg 判決が示した歴史と伝統のテストの箇所を直接引用しながら法廷意見を批判した⁽⁷⁹⁾。スカリア裁判官によれば、Clucksbarg 判決は法廷意見のような判断手法を否定したのであって、法廷意見は先例と異なる判断をしたというのである。そして歴史と伝統のテストを適用すると、本件では実体的デュープロセスに基づく権利があったとはいえないとした。デュープロセス侵害を認めないという結論については法廷意見と同じであるが、その判断内容は法廷意見と異なっており、実質的には反対意見

に近いものとなっている。

このように *Glucksberg* 判決が維持されたとしても、歴史と伝統のテストが維持されるかどうかは別問題であった。*County of Sacramento v. Lewis* 判決は歴史と伝統のテストの採否にかかわらず法廷意見と結果同意意見の結論は同じであったが、事案によっては異なる結論が生じうる。

それが二〇〇三年の *Lawrence v. Texas* 連邦最高裁判決⁽⁸⁰⁾であった。この事件ではソドミー行為を犯罪とするテキサス州法の合憲性が争われ、*Bowers* 判決を変更するかどうか争点となった。もし *Bowers* 判決を覆すのであれば、*Bowers* 判決自体が誤っていたとする方法と、社会変化によって規制の合理性が失われたとする方法があった。とりわけ前者を選んだ場合、*Bowers* 判決が示した歴史と伝統のテストまでもが判例変更の対象になる可能性もあり、このテストを踏襲するか否かも一つの争点であった。⁽⁸¹⁾

ケネディ (*Anthony M. Kennedy*) 裁判官の法廷意見は、歴史と伝統に深く根差しているかどうかという点には触れなかったものの、歴史と伝統の分析を行いながら、私的空間におけるソドミー行為が修正一四条に基づく自由として認められるかどうかについて再考した。法廷意見によれば、ソドミー規制に関する歴史的發展は *Bowers* 判決の分析よりもはるかに複雑であるという。たとえば、*Bowers* 判決はソドミー規制の歴史は古代ギリシャにまで遡るとするが、アメリカではそれほど長期にわたる規制の歴史があるわけではないとする。法廷意見は、アメリカでは二〇世紀後半までソドミー規制が展開せず、現在ですら九つの州がソドミーを犯罪としているにすぎないとし、*Bowers* 判決は規制の歴史を誇張していた⁽⁸²⁾とあるとした。そして *Bowers* 判決以降の判例法理を考察し、一九九六年の *Romer v. Evans* 連邦最高裁判決などにみられるように、判例が同性愛者の地位を保護する立法を禁じたコロラド州の憲法修正を合衆国憲法修正一四条の平等違反とするようになってきていることを確認し、政府による個人間の親密な領域への介入を防御する権利が修正一四条のデュープロセスによ

て保護されているとした。

ただし、法廷意見は *Bowers* 判決の歴史分析に問題があったとしながらも、「*Bowers* 判決はその判断時から誤っていたわけではなく、今日においては正しくないということである。それはもはや先例としての効力があるとはいえない。今日、*Bowers* 判決は覆された⁽⁸³⁾。」とした。

このように法廷意見は歴史的展開を考察しながら自由に結び付けており、歴史的要素がかなりのウェイトを占めているといえる。法廷意見は、*County of Sacramento v. Lewis* 判決を引用しながら、「歴史と伝統はあらゆるケースにおいて実体的デュープロセスの検討をする際の決定的要素になるわけではないが、その取っ掛かりになる⁽⁸⁴⁾。」と述べ、歴史と伝統から直ちに結論が導かれるわけではないものの、重要な考慮要素になりうることを示されている。

また、法廷意見は、*Bowers* 判決が古代ギリシヤを参照したり、西欧諸国の歴史を反映した州の規制に着目したりしている点を批判し、むしろ二〇世紀中盤以降の展開を参照しながら規制が緩和・撤廃されていく動向や直近の判例動向を重視した。そのため、歴史と伝統を判断するにあたり、*Bowers* 判決が昔日を逍遙していたのに対し、*Lawrence* 判決は近時の動向を顧みるという違いがある。そこで、以下ではこのようなアプローチのことを発展的歴史アプローチと呼ぶことにする。

かかる法廷意見の分析手法に対し、スカリア裁判官は強く反発した⁽⁸⁵⁾。まず、スカリア裁判官は法廷意見がわずか一七年前の *Bowers* 判決を覆したことを問題視し、その判断手法にも異議を唱えた。スカリア裁判官によれば、法廷意見が正面から同性者間のソドミーが基本的権利として認められると言わなかったのは、そもそも歴史と伝統のテストをクリアできないからであるという。つまり、歴史と伝統のテストを適用すればそのような権利は認められない結論が出るというのである。そしてスカリア裁判官は、仮に法廷意見のように近時の動向を歴史と伝

統に含めるとしてもソドミーを理由に起訴されたケースが散見されるのであるから、同性愛者間のソドミーが修正一四条に基づく基本的権利であるとはいえないとした。このように、スカリア裁判官の反対意見は、歴史と伝統のテストを適用すべきであり、仮に対象を近時の動向だけに絞ったとしても権利として認められるような状況にはないとし、法廷意見の判断手法および結論の両方を批判した。

このように、歴史と伝統のテストの採否については、その使用に消極的な法廷意見とその使用に積極的な反対意見に分かれているといえる。人数だけを見れば、同テストの維持を求める側が少数派であるが、しかし、このテストが消失したわけではなく、銃をめぐる問題では息を吹き返すことになる。

スカリア裁判官が法廷意見を執筆した二〇〇八年の *District of Columbia v. Heller* 連邦最高裁判決⁽⁸⁷⁾では、彼の原意主義と歴史分析が交わる形で判断が示された。修正二条は個人が銃を持つ権利を認めているかという論点につき、法廷意見は修正二条の条文に忠実な解釈を行い、この条文は個人が銃を持つ権利を認めているとした。そしてこの結論は修正二条制定の歴史的背景によって裏打ちされるとした。法廷意見は、「条文と歴史の両方を踏まえると、修正二条は個人が銃を所持し携帯する権利を認めていることに疑いがないように思える」と述べており、歴史が重要な要素になっていることがわかる。とりわけ、ここでは修正二条の制定時にまで遡って歴史が検証されているところも特徴的である。ただし、本判決は修正一四条の実体的デュープロセスではなく修正二条の問題だったこともあり、*Glucksberg* 判決や歴史と伝統のテストには言及していない⁽⁸⁸⁾。

ところが、同じく銃規制の合憲性が争われた二〇一〇年の *McDonald v. City of Chicago* 連邦最高裁判決⁽⁸⁹⁾は *Heller* 判決が歴史と伝統のテストに基づいて判断したという位置付けを行っている。この事件ではコロンビア特別区の規制が問題となった *Heller* 判決と異なり、シカゴ市の規制が問題となったため、州や地方自治体による銃規制の合憲性が問われることとなった。換言すれば、修正一四条の適用が争われることになったわけであり、

実体的デュープロセスそのものではないにせよ、修正一四条に基づく権利の問題（修正二条の州等への適用）として歴史と伝統のテストも関わる余地が生じたのである。

アリート (Samuel A. Alito, Jr.) 裁判官の法廷意見は、個人が銃を持つ権利について *Glucksberg* 判決を参照しながら次のように述べた。「*Heller* 判決はこの権利が、この国の歴史と伝統に深く根差している。ことを明らかにした⁽⁹⁰⁾」と。なお、スカリア裁判官本人は同意意見を執筆し、実体的デュープロセスの問題については編入理論を限定的に容認する立場に組してきたことに触れた上で、本件ではその点について再考しないとし、主として修正二条の基本的権利性を否定するステイブンス (John Paul Stevens) 裁判官の意見への反論に終始している。いずれにせよ、この論点についても歴史と伝統のテストが用いられることが明らかにされたため、その後も統規制の問題については歴史と伝統が重要な役割を果たす可能性が示されたことになる⁽⁹¹⁾。

この二つの判決によって歴史と伝統のテストは維持されていることが判明したが、しかし、本来的な文脈である修正一四条それ自体に基づく実体的デュープロセスのケースについてはどのような方向に進むのが不明瞭な状態が続いていた。

こうした中、同性婚をめぐる訴訟が展開し、連邦最高裁は同性婚を認めないことがデュープロセスに反するかどうかを判断することとなった。それが二〇一三年の *United States v. Windsor* 連邦最高裁判決である⁽⁹²⁾。ここで連邦最高裁が判断することになったのは、同性婚を認めない連邦法 (婚姻防衛法)⁽⁹³⁾ の合憲性であった。

ケネディ裁判官の法廷意見は、婚姻防衛法が修正五条のデュープロセスや平等を侵害しているかどうかにつき、歴史と伝統のテストには言及しなかったものの、婚姻制度の形成に関する歴史的展開を重視するアプローチをとった。法廷意見は、連邦法 (婚姻防衛法) による州の婚姻制度への介入の合憲性については、「婚姻に関する州の権限の範囲について歴史と伝統を考察する必要がある⁽⁹⁴⁾」と述べ、州が婚姻制度を形成してきたことを確認した。

そして婚姻防衛法はこれまでになく州の婚姻制度に介入し、同性カップルの尊厳を傷つけたとし、違憲の判断を下した。

このような判断手法は Lawrence 判決を踏襲しているといえる。つまり、歴史と伝統のテストを正面から採用しないものの、歴史的展開を踏まえながら合憲性を判断するという発展的歴史アプローチの手法である。ただし、それについては当然ながら批判も存在する。

本件におけるアリート裁判官の反対意見は、Glucksberg 判決が示したように実体的デュープロセスの問題は歴史と伝統のテストを適用する必要があり、同性婚はこのテストを満たすことができないとしている⁽⁹⁵⁾。また、スカーリア裁判官の反対意見は、法廷意見は歴史と伝統のテストに言及しなかったが、それを適用すれば同性婚が認められるわけがないと指摘している⁽⁹⁶⁾。

もつとも、同性愛や同性婚をめぐる事件では、ケネディ裁判官が法廷意見を執筆し続けたこともあり、発展的歴史アプローチが踏襲された。その完成形が Obergefell v. Hodges 連邦最高裁判決⁽⁹⁷⁾である。この事件では同性婚を認めない州法の合憲性が争われた。ケネディ裁判官の法廷意見は、婚姻の権利を確認することから始め、同性カップルを婚姻から排除することが平等に違反するとした。とりわけ婚姻の権利については、婚姻の歴史を遡りながら古くから婚姻が存在してきたとし、それにはずっと維持されていた部分や時代によって変化してきた部分があると示した。そして判例法理によっても婚姻の権利が認められてきたとし、歴史的展開に依拠しながら婚姻の権利を確認したのである。その際、法廷意見は、「婚姻の権利は歴史と伝統の面において基本的であるが、基本的権利は過去だけに由来するものではない。基本的権利は、現在の自由の意味に関する憲法解釈をよりよく理解することからも生じる⁽⁹⁸⁾。」とした。つまり、法廷意見の歴史を探る方法は過去だけを見るのではなく、歴史的展開を動態的に考察するアプローチなのである。その結果、法廷意見は、同性カップルの婚姻を認めないことが平

等に違反するとし、同性婚を認めるに至ったのである。

こうしたアプローチに対しては、本件においても反対意見が提示されている。アリート裁判官は本件においても歴史と伝統のテストを適用すべきであるとし、同性婚はこれを満たさないとしている。⁽⁹⁹⁾ ロバーツ長官の反対意見も、判例法理は歴史と伝統のテストに基づいて判断してきたとし、歴史と伝統は司法に一定の制約を課すものであるとした上で、法廷意見はむしろ過去の歴史と伝統を踏みにじる形で現在の状況を優先しているとして批判した。⁽¹⁰⁰⁾ また、スカリア裁判官は原意主義を展開し、修正一四条制定時にまで遡り、当時は同性婚を想定しておらず、それを認めることはできないとしている。⁽¹⁰¹⁾

ケネディ裁判官の発展的歴史アプローチは歴史と伝統のテストそのもの（狭義の歴史と伝統のテスト）とは異なるアプローチである。そのため、歴史を動態的に捉えて将来に開かれたものとして受け止めるケネディ流のアプローチは未来志向主義、歴史と伝統のテストを用いて歴史を過去の定点にとどめるアプローチは伝統主義、と区分されている。⁽¹⁰²⁾

五 歴史と伝統のテストの確立

連邦最高裁は *Glucksberg* 判決において歴史と伝統のテストを提示したものの、その後はこのテストを用いることもあれば、必ずしもそのままの形でこのテストを用いないこともあった。このとき、特定の過去を重視するよりも、歴史的展開を考察しながら比較的浅い歴史を重視したり現在に至る変化を重視したりすることがあり、かかるアプローチは歴史や伝統に深く根差しているかどうかを重視する歴史と伝統のテストと衝突する可能性があった。実際、法廷意見が歴史と伝統のテストを用いた場合には歴史的展開を重視する観点から反対意見が付けられてきた。

それが示されたのが、二〇二二年の New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen 連邦最高裁判決⁽¹⁰³⁾、そして Dobbs v. Jackson Women's Health Org. 連邦最高裁判決⁽¹⁰⁴⁾であった。

Bruen 判決は、公共の場所で銃を隠して持つためには自衛のために特別な必要があることを示して免許を取得しなければならぬと要求するニューヨーク州法⁽¹⁰⁵⁾が修正二条の銃を持つ権利を侵害しないかが争われた。トーマス (Clarence Thomas) 裁判官の法廷意見は修正二条および修正一四条が自衛のために銃を持つ権利を保障しているとし、本件州法はそれを侵害しているとして違憲判断を下した。法廷意見は、Heller 判決等が修正二条の条文や歴史に照らして銃を所持する権利を保障したことを踏まえながら、銃規制を正当化するためには、「政府は当該規制がこの国の銃規制の歴史的伝統に合致していることを証明しなければならない⁽¹⁰⁶⁾」とした。そして、中世以降のイングランド、植民地から建国期、憲法制定時、一九世紀、南北戦争前、再建期、一九世紀から二〇世紀初頭にかけての歴史を取り上げ、特に修正二条と修正一四条の制定時の銃規制状況を考察し、本法のような規制が歴史的伝統として広く存在していたとはいえないとして、本法を違憲とした。本判決では、歴史や伝統が基本的権利の有無を判断するだけでなく規制を支える根拠になるかどうかを判断するために用いられ、またその際に「深く根差している」かどうかについては言及しなかったものの、修正二条や修正一四条の制定時の状況を中心に検討した点が特徴的である。

ブライヤー (Stephen Breyer) 裁判官の反対意見は、法廷意見が目的手段審査を拒否することで銃規制の重要性を無視し、歴史にのみ依拠しながら規制の合憲性を判断したことが誤っていると批判した⁽¹⁰⁷⁾。反対意見によれば、そもそも裁判所は大昔の歴史的分析を行う能力に欠けており、歴史分析のみで法的問題を解決できるわけではなく、どの程度規制が存在すれば歴史要件を満たすのが判然とせず、現代的問題を考えるのに歴史を振り返ることが必要とはいえないという。むしろ、本件では憲法制定者が予期していなかった問題を検討することが求めら

れており、それを推論するのではなく、明確な指針に基づいて判断する必要があるとする。さらに反対意見は歴史のみに依拠した場合でも十分規制が存在してきたことが認められるという。反対意見は、中世イングランド、植民地時代、制憲期、一九世紀、南北戦争後、二〇世紀を通観し、いずれの歴史においても本法と類似の規制が存在していたとした。このように、反対意見は歴史のみに依拠する判断手法を批判し、仮にそれに基づいたとしても本法は合憲であるとしたのである。

Bruen 判決は修正二条が絡むケースであり、かつ規制の歴史的考察を行う事案であったが、基本的権利の認否について歴史と伝統のテストを正面から適用したのが *Dobbs* 判決であった。

Dobbs 判決では、アリート裁判官が法廷意見を執筆し、歴史と伝統のテストを適用した。法廷意見は、*Glucksberg* 判決などを引用しながら、「ある権利が基本的権利に含まれるかどうかを判断する際、連邦最高裁はこれまでに長い間その権利が『我々の』歴史と伝統に深く根差しているかどうか⁽¹⁰⁸⁾を判断する際、連邦最高裁は自由の枠組⁽¹⁰⁹⁾に本質的であるかどうかを問うてきた」と述べ、歴史と伝統のテストを正面から用いたのである。法廷意見は特に修正一四条制定時の状況に着目し、ほとんどの州が中絶を妊娠の周期にかかわらず犯罪としていたことなどを指摘して、中絶の権利は歴史と伝統に深く根差しているとはいえないとした。

これに対してブライヤー裁判官・ソトマイヨール裁判官・ケイガン裁判官の共同反対意見は、修正一四条の解釈は憲法制定時の理解や状況に限られるわけではなく、それが保障する自由や平等は歴史や判例によって展開するものであるとし、*Roe* 判決や *Casper* 判決などが約半世紀にかけて中絶の権利を維持してきたことを重視すべきであるとした。⁽¹¹⁰⁾これは発展的歴史アプローチに近いものであり、ここでは特に判例の歴史的展開に重きを置いている点も特徴的である。

ところで、*Dobbs* 判決は歴史と伝統のテストを用いた上で、それとは別に規制の合憲性を審査するために緩

やかな審査基準を適用した。法廷意見は、基本的権利といえない場合には合理性の基準 (rational-basis review) が妥当であるとし、規制が正当な利益に仕えるかどうかを審査した。そして、法廷意見は、中絶規制は胎児の生命や母体の健康などを保護するという正当な利益に仕えるものであるとし、その合理性を認めて合憲であるとした。

六 歴史と伝統のテストと裁量統制

こうしてみると、判例の歴史と伝統の用い方については次のようにまとめることができる。第一に、歴史と伝統のテストが適用される場合と歴史や伝統に言及しながらそれらを考慮要素の一つとして用いる場合がある。前者の場合は、かなり過去に遡って歴史的考察をする傾向にあり、憲法または憲法修正の制定前後の状況を重視するなど、歴史を過去の定点として捉えることがある。一方、後者の場合は比較的浅い歴史を振り返りながら現在に至る状況を踏まえて判断する傾向にある。憲法制定時まで遡るのではなく、むしろ近時の動向に着目し、時には従来の慣行からの変化などを重視して、より新しい状況を採用すべきとすることもある。ここでは歴史を動的に捉える発展的歴史アプローチを採用しているといえる。いずれの場合も歴史や伝統を考慮すること自体については共通しているが、その捉え方は大きく異なっており、実質的には異なるアプローチになっているといえる。

第二に、歴史と伝統のテストを適用することが多い分野と発展的歴史アプローチを用いることが多い分野がある。保守派の裁判官は前者に親和的で、リベラル派の裁判官は後者に親和的である傾向にあることを踏まえると、裁判官の構成次第で、それぞれの分野にも変化が生じる可能性もある。また、同性愛問題につき、憲法解釈問題ではなく法解釈問題として浮上した場合には、いずれとも断定し難いアプローチが用いられることもある。同性

カップルに対する雇用差別が問題となった *Postock v. Clayton County*、連邦最高裁判決は法律の雇用上の性差別禁止規定の条文解釈を中心に判断した。ゴースッチ裁判官の法廷意見は、一九六四年市民権法第七編の性差別禁止規定⁽¹¹⁾が制定当時に同性愛者やトランスジェンダーに対する差別を念頭に置いていたと考えることは難しいが、条文自体は性的志向に基づく差別を禁止していたといえるため、同性カップルに対する雇用差別も禁止対象に含まれるとした。ここでは制定時の意図よりも条文本来の狙いが重視されていることから、過去の歴史をまったく考慮していないわけではないものの、歴史に軸足を置いた判断をしていないことから、従来の過去と発展の二分法とは異なるアプローチの可能性もある。

第三に、歴史と伝統のテストは司法裁量を限定的に解して政治部門や州の判断を尊重する傾向にあるのに対し、発展的歴史アプローチの場合は司法判断を重視して司法が中心となって判断することを躊躇しない傾向にある。歴史と伝統のテストの狙いは司法による実体的デュープロセスの拡大を抑制する点にある。なぜなら、過去に照らした判断を要求することで裁判官の恣意的判断を防ぐことになるからである。それは社会変化を利用して実体的デュープロセスを拡大することを防ぐことにつながる。実際、歴史と発展のテストは司法裁量を限定的に解するのに対し、発展的歴史アプローチは司法裁量を広く認めるスタンスをとっている。また、歴史と伝統のテストが原意主義に親和的であり、それどころか原意主義の一形態である可能性もありうることも、それが司法裁量を統制するアプローチであることの証左となる。原意主義はもともと司法裁量を限定することを狙いとした解釈手法であり、歴史と伝統のテストがそれに近いアプローチである以上、それもまた司法裁量統制の一手法となる可能性があるからである。

ただし、歴史と伝統のテストと原意主義の関係については検討を要する⁽¹²⁾。憲法制定時の条文の意味を重視したり憲法制定者の意図に着目したりするなど原意主義にも様々なタイプがあるが、憲法制定時に遡って考えると

う点は多くの原意主義に共通している。そのため、過去の一時点、すなわち歴史を振り返るといふ点において、原意主義はもともと歴史的考察と密な関係にある。場合によっては、歴史的考察によって原意が明らかになることもあり、そのときは歴史が大きな役割を示すことになる。

もつとも、両者は時制のベクトルが過去に向かうという点で親和的關係にあるというだけであり、常に歴史が原意の決定打になることを意味するわけではない。つまり、原意主義が歴史を重視したり歴史に依拠して解決をはかったりすることはありうるが、完全に歴史分析に置換できるわけではないということである。原意主義は制定時の条文の意味を重視するのが一般であり、それを無視して歴史に依拠することは許されないはずである。

Dobbs 判決は憲法制定時の憲法条文の文言の一般的意味よりも歴史的展開を重視したので、それは原意主義を採用したとはいえず、むしろコモンローの憲法を採用したとも指摘される⁽¹⁰⁾。もし原意主義を歴史分析と同一視してしまうと、原意を探るといふ名目の下、歴史を自在に採る解釈を行う余地がある。極論すれば、歴史の定点を憲法制定時に限る必要はなく、制定時から距離があってもそれを原意とみなすことも可能になってしまう。

ましてや、歴史分析につき、歴史と伝統のテストではなく、発展的歴史アプローチを採用する場合には一層原意主義と距離が生じることになる。発展的歴史アプローチは動態的に歴史を考察するものであることから生ける憲法に親和的である。そのため、この意味での歴史分析を原意主義と置き換えてしまうと、もはや誰もが原意主義者になってしまう。

この点、発展的歴史アプローチが適用される場面を限定することで、原意主義の核心的部分を残しながら、原意主義の普遍化をはかる手法も存在する。たとえば、バルキン (Jack M. Balkin) の生ける原意主義もその一つであり、とりわけ条文の文言解釈に強く縛られない憲法構築の領域では歴史分析が受容されることになる⁽¹¹⁾と主張している。しかし、かかるアプローチは原意主義の妥当可能性を広げる反面、原意主義の牙であるはずの原意によ

る拘束を弱める側面がある。

そもそも、歴史と伝統のテストがどの程度司法裁量を統制できるのかについては不明瞭な部分が少なくない。このテストは大過去に遡ることがあり、時に憲法制定時を超えて、*Bowers* 判決のように古代ギリシャにまで遡ることがある。そのため、どこまで過去に遡るか、また法域も国内にとどまらずどこまで対象範囲とするかについて、裁判官の裁量に委ねられているといえる。ベクトルが過去に向いているというだけで裁量統制ができるわけではなく、その意味では条文に軸足を置く従来の原意主義とは異なるアプローチといえる。さらにいえば司法裁量統制の密度も条文型原意主義とは異なっている。条文型原意主義は条文に忠実な解釈を求めるため、少なくとも条文の言葉の意味に反する解釈は許されない。一方、歴史と伝統のテストは歴史と伝統との整合性を求めるものの、その対象、時点、期間などは定まっておらず、司法裁量統制の側面を有するとはいえ、その密度は必ずしも高くない。

この点に関連して、そもそも歴史と伝統が何を意味するのか、また両者は意味が異なるのかはつきりとしていない。それが明瞭でなければ、裁量に委ねられる幅が大きくなる可能性がある。なぜなら、言葉の意味が定かでないければ、当該判断において何を重視して判断したのかがわからず、ブラックボックス化してしまうおそれがあるからである。

本来、言葉の意味としては、歴史は過去の出来事を指すが、伝統は確立または踏襲された考えや行動を指し、それを受け継ぐ点において価値を含んでいると指摘される¹⁵⁾。このような違いを踏まえると、歴史が過去だけに照射するのに対し、伝統は継続的に発展するものであることから、その意味において過去のみならず将来につながる側面を有するという違いがある。また、伝統はある種の価値を踏襲する契機を含んでいることから、何らかの価値を併有しているという特徴もある。そうであるとすれば、歴史の審査を行う場合には過去の出来事を見分し

てその有無を確認し、伝統の審査を行う場合にはある種の価値を含んだ過去から踏襲される行為や慣習の有無を検討することになる。

もつとも、司法裁量統制の観点からすれば、言葉の意味を明らかにするだけでは足りず、その審査手法についても吟味する必要がある。というのも、両方同時に審査するのか、それとも個別に審査するのかによって判断に差が生じうるからである。両方同時に審査する場合、いずれか片方にウェイトを置いて判断することが可能である。たとえば、過去の一時点を重視したければ、伝統よりも歴史にウェイトを置いた判断をすることになる。一方、一定の価値を含んだ慣行を重視するのであれば主に過去から続く伝統に着眼することになる。両者が同一線上にある場合はいずれかを重視する必要はないが、過去の一時点とその後の慣行が異なる場合にはいずれかを重視することになる。他面、個別に審査する場合はそれぞれの意味に応じた判断をすることになるので、司法がそれを操作できる幅は狭くなる。この場合にも伝統の解釈において過去の慣行と近時の慣行のいずれを重視するかによってその内容は異なりうるが、それでも両者を混在させて判断するよりは司法裁量をコントロールすることになる。

このように言葉の意味としては異なるにもかかわらず、司法はこれらを明確に峻別してこなかった。もつとも、連邦最高裁が、きわめてルーズな形ではあるけれども両者の違いを仄めかしながら判断したケースもあるという指摘もある。⁽¹¹⁶⁾ Obergeell 判決は、婚姻の歴史を概観した上で、それが先例等を通じてそれが価値ある制度として発展し、またその内容も変化してきたことも重視した。そのため、歴史と伝統それぞれの要素を重視した結果になっっている可能性があるというわけである。

ただし、本件は婚姻の権利が過去それ自体と過去から現代に至るまでの両面において、すなわち歴史と伝統の両面において認められるものであったため、両方を異なる意味で用いることができたわけであるが、歴史と伝統

の分析結果が異なる場合に両方を区別して用いるかどうかはわからない。

また、Obergefell 判決は Glucksberg 判決が示した法理は本件に適さないとし、歴史と伝統のテストそのものを用いていない。そのため、Obergefell 判決のみを挙げるだけでは、連邦最高裁が歴史と伝統のテストにおいてもそれぞれの言葉を分けて判断していることになるとはいえない。

このように、歴史と伝統のテストは司法裁量を統制する手法としてはなお未熟な側面があることを否めない。それでもなお、未来志向の発展的歴史アプローチと比べると、歴史と伝統のテストのほうが裁量統制の性格を帯びているといえる。というのも、発展的歴史アプローチは、歴史的展開の変化にも着目するため、歴史を操作しやすい側面がある。たとえば、わずかでも従来と異なる動きがあればそれに着目することで歴史的変化とみなすことができる。さらに、それは判例による歴史的展開を重視するので、もともと司法裁量を広く認めるアプローチであるといえる。

とはいえ、両者の裁量統制の度合いを比べるのではなく、よりマクロ的視点からこの二つのアプローチを見ると、いずれも司法裁量統制の側面を有している可能性もある。歴史的発展アプローチも先例を重視するので、先例拘束を受けるといふ点においては司法裁量が統制されているといえるからである。

以上は、司法裁量の統制の問題であるが、次に司法による他権の裁量統制の問題を考察する。

- (1) 最大判昭和四七年一月二二日刑集二六卷九号五八六頁。
- (2) 小売市場事件判決・前掲注(1)五九二頁。
- (3) 最二小判令和四年二月七日民集七六卷二号一〇一頁。
- (4) あんま師等法判決・前掲注(3)一〇八頁。
- (5) 堀木訴訟(最大判昭和五七年七月七日民集三六卷七号一二三五頁)は「憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体

的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない。」と述べている。

- (6) 最一小判平成元年二月一日刑集四三卷一三三号八四一頁。
- (7) 一般に、租税目的の規制については裁量が広く認められる傾向にある。
- (8) どぶろく事件判決・前掲注(6)八四二―八四三頁。
- (9) 最大判昭和五三年一〇月四日民集三二卷七号一二三三頁。
- (10) マクリーン事件判決・前掲注(9)一二三二頁。
- (11) 最一小判平成二年二月一日民集四四卷二二三六九頁。
- (12) サーベル登録拒否判決・前掲注(11)三七一頁。
- (13) 最一小判平成二五年一月一日民集六七卷一号一頁。
- (14) 医薬品ネット販売事件判決・前掲注(13)一二頁。
- (15) Thomas O. Main, *Judicial Discretion to Condition*, 79 Temp. L. Rev. 1075 (2006).
- (16) ロナルド・ドゥウォーキン(木下毅・小林公・野坂泰司訳)『権利論(増補版)』二七頁(木鐸社、二〇一九年)。
- (17) 芦部信喜『憲法』(第八版)三六七頁(岩波書店、二〇二三年)。とりわけ、憲法に関する事件においては「裁量は、権利・自由の性質上の相違により、広い場合と狭い場合に分けて具体的に考えるべきである」という指摘がある。
- (18) 野中俊彦『立法裁量論』芦部信喜編『講座 憲法訴訟』九三頁(有斐閣、一九八七年)。
- (19) 横田喜三郎『違憲審査』三三九頁(有斐閣、一九六八年)。
- (20) 野中・前掲注(18)九四頁「立法裁量論は単純化すれば、要するに法的判断は裁判所に、政策的判断は政治部門に委ねようという理論」であると指摘される。
- (21) 薬事法距離制限事件(最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁、五七六頁)。
- (22) 香城敏磨「憲法解釈と裁量」ジュリスト六三八号二〇五頁、二〇六頁(一九七七年)。
- (23) 香城・前掲注(22)二〇九―二一一頁。

- (24) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』一五〇—一五二頁(有斐閣、一九八一年)。
- (25) Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to Be Chief Justice of the United States: Hearing Before the Committee on the Judiciary United States Senate, 109th Cong. 55 (2005) [hereinafter Roberts hearing].
- (26) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
- (27) Roberts hearing, *supra* note 25, at 204.
- (28) *Id.*
- (29) Confirmation Hearing on the Nomination of Elena Kagan, to Be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the Committee on the Judiciary United States Senate, 111th Cong. 203 (2010).
- (30) Martin H. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine on First Amendment Theory*, 70 Va. L. Rev. 53, 59 (1984).
- (31) Alfred Hill, *The Puzzling First Amendment Overbreadth Doctrine*, 25 Hofstra L. Rev. 1063 (1997).
- (32) See, e.g., *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484 (2019).
- (33) *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 346–248 (1936) (Brandeis J., concurring).
- (34) 棟居快行「立法裁量」ジュリスト一〇三七号二〇一頁(一九九四年)。なお、分析視角は異なるが、立法裁量論については、従来から審査基準論との異同が議論されており、両者を峻別する見解と両者を表裏一体と捉える見解が対立してきた。
- (35) 大林啓吾「補論」大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツコートの立憲主義』三六七頁、三七二—三七四頁(成文堂、二〇一七年)。
- (36) 日本の司法態度や判例動向をみると、基本的には司法消極主義をとっているといえるが、憲法判断自体は相応の蓄積があり、また合憲限定解釈などを用いて一種の法創造を行ったり国賠訴訟において違憲合法の判断を行ったりしていることを踏まえると、政治部門との摩擦を回避しながら目立たない形で憲法秩序形成に参画していることと捉えることもできる。そうであるとすれば、司法消極主義をとる場合でも司法裁量の統制は重要な課題となる。

- (37) See, e.g., John Harrison, *Substantive Due Process and the Constitutional Text*, 83 Va. L. Rev. 493 (1997).
- (38) Daniel O. Conkle, *Three Theories of Substantive Due Process*, 85 N.C. L. Rev. 63 (2006).
- (39) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986). なお、本件では歴史と伝統に根差しているからこそ権利が否定された。
- (40) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- (41) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
- (42) Conkle, *supra* note 38, at 66–68.
- (43) Veronica C. Abreu, *The Malleable Use of History in Substantive Due Process Jurisprudence: How the “Deeply Rooted” Test Should Not Be a Barrier to Finding the Defense of Marriage Act Unconstitutional Under the Fifth Amendment’s Due Process Clause*, 44 B.C. L. Rev. 177 (2002).
- (44) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).
- (45) Nora O’Callaghan, *Medical Futility Issue: When Atlas Shrugs: May the State Wash Its Hands of Those in Need of Life-Sustaining Medical Treatment?*, 18 HEALTH MATRIX 291, 332–333 (2008).
- (46) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).
- (47) 521 U.S. at 758 (Souter, J., concurring). なお、Glucksberg 判決のスター判官の結果同意意見は Dred Scott 判決が実体的なローヤスを実践したためにより強く指摘している。
- (48) Ronald Turner, *On Substantive Due Process and Discretionary Traditionalism*, 66 SMU L. Rev. 841 (2013).
- (49) 60 U.S. at 407.
- (50) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- (51) *Id.* at 59.
- (52) *Id.* at 76 (Holmes, J., dissenting).
- (53) Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934).
- (54) *Id.* at 105.
- (55) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

- (65) Conkle, *supra* note 38, at 83-84.
- (65) 367 U.S. at 522 (Harlan J. dissenting).
- (68) *Id.* at 542.
- (66) Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).
- (69) *Id.* at 503.
- (69) 478 U.S. at 194.
- (62) Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989).
- (63) *Id.* at 122.
- (64) *Id.* at 122 n.2.
- (65) *Id.* at 132 (O'Connor J. concurring). ケネディ裁判官が賛同している。
- (66) *Id.* at 137 (Brennan J. dissenting). トーマス (Thurgood Marshall) 裁判官とブランドマン (Harry Andrew Blackmun) 裁判官が賛同している。
- (67) *Id.* at 139.
- (68) Crizan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).
- (69) *Id.* at 294 (Scalia J. concurring).
- (70) *Id.* at 295.
- (71) *Id.* at 305 (Brennan J. dissenting).
- (72) Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).
- (73) 日本でいうところの安楽死の概念に近いが、安楽死の射程については日米で異同があり、ここでは医師が行うという点に限定する点を表すものとして、この言葉が用いられている。
- (74) *Glucksberg*, 521 U.S. at 720-721.
- (75) *Id.* at 767-770 (Souter, J. concurring).
- (76) *Id.* at 720.

- (77) Brian Hawkins, *The Glucksberg Renaissance: Substantive Due Process Since Lawrence v. Texas*, 105 MICH. L. REV. 409, 415-416 (2006).
- (78) *Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833 (1998).
- (79) *Id.* at 860-861 (Scalia, J., concurring).
- (80) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- (81) なお、後者の場合にもテストの再考がありうるが、純粋に社会変化だけに着目して合憲性を判断する場合にはテストは維持されるが想定される。
- (82) *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).
- (83) 539 U.S. at 578.
- (84) *Id.* at 572.
- (85) *Id.* at 586 (Scalia, J., dissenting). なお、レーンキスト長官とトーマス裁判官が同調している。
- (86) *Id.* at 598, 770 半世紀だけでもアンドリー行為が理由で訴追されたケースが三三四件あるという。
- (87) *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).
- (88) *Id.* at 595.
- (89) *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742, 767 (2010).
- (90) *Id.* at 768.
- (91) Alexander E. Hartzell, *Implied Fundamental Rights and the Right to Travel with Arms for Self-Defense: An Application of Glucksberg to Anglo-American History and Tradition*, 69 AM. U. L. REV. F. 69 (2020). 判決によれば「歴史と伝統のテストを用いる」と銃を持ち歩く権利も認められる可能性がある」と指摘されている。
- (92) *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).
- (93) *The Defense of Marriage Act*, 1 U.S.C.S. 8 7.
- (94) 570 U.S. at 766.
- (95) *Id.* at 808 (Alito, J., dissenting). トーマス裁判官が一部同調している。

- (96) *Id.* at 794 (Scalia, J., dissenting). スカリア裁判官は、「法廷意見は同性婚が、この国の歴史と伝統に深く根差しつづき、(Glucksberg 判決) と言わなかったが、もちろん、そのような主張はまったくばかげている」と述べている⁹⁶。
- (97) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).
- (98) *Id.* at 671-672.
- (99) *Id.* at 737-738 (Alito, J., dissenting).
- (100) *Id.* at 693-706 (Roberts, C.J., dissenting).
- (101) *Id.* at 713-720 (Scalia, J., dissenting).
- (102) Ronald Turner, *Marriage Equality and Obergefell's Generational (Not Glucksberg's Traditional) Due Process Clause*, 23 DUKE J. GENDER L. & POLY 145 (2016).
- (103) *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 142 S. Ct. 2111 (2022).
- (104) *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, 142 S. Ct. 2228 (2022).
- (105) 1911 N. Y. Laws ch. 195, § 1, p. 443. It is called "Sullivan Law."
- (106) *Bruen*, 142 S. Ct. 2126.
- (107) *Id.* at 2163 (Breyer J., dissenting). なお、ソントマイヨール裁判官とケイガン裁判官が同調している。
- (108) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2246.
- (109) *Id.* at 2317 (Breyer, Sotomayor and Kagan, JJ., dissenting).
- (110) *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731 (2020).
- (111) *Civil Rights Act of 1964*, Title VII, 42 U. S. C. § 2000e-2 (a) (1).
- (112) Michael L. Smith, *Abandoning Original Meaning*, 86 ALB. L. REV. 43 (2023). スミス (Michael L. Smith) は「歴史と伝統アプローチと原意主義の関係について検討し、Dobbs 判決や Bruen 判決は歴史や伝統を振り返るだけで憲法制定時の原意を重視していないので、その意味では原意主義と異なるアプローチということになるが、歴史や伝統を振り返ることが原意の発見につながるという点では原意主義の発展形とみなせるかもしれない、両方の可能性を分析

しつらぬ。

- (13) Cass R. SUNSTEIN, *How to Interpret the Constitution* 144-145 (2023). なお、サンズテイン (Cass R. Sunstein) は、*Dobbs* 判決の分析以外に、そもそも司法は原意主義を採用すべきではなく、その判断が権利や制度に良い結果をもたらすかどうかを軸に判断すべきであると述べる。
- (14) Jack M. Balkin, *The New Originalism and the Uses of History*, 82 *FORDHAM L. REV.* 641 (2013).
- (15) Catherine R. Ligioso, *Interpreting Substantive Due Process: What Does "History and Tradition" Really Mean?*, 57 *CAL. W. L. REV.* 153, 155-164 (2020).
- (16) *Id.* at 170-176.