

ジェイムズ・セイヤーの司法抑制論と 違憲審査基準

岸 野 薫

目 次

はじめに

第1章 セイヤーの司法抑制論

第1節 初期の裁判例

第2節 憲法の特質とその解釈主体

第3節 積極的な裁判所が民主主義過程に与える影響

第4節 憲法解釈主体としての立法府の位置づけ

第2章 審査基準の定立を通じた司法統制

第1節 19世紀末の社会と制度の均衡

第2節 各部門の裁量に敬讓的な審査基準

第3節 合理的な疑いの基準の意義

第4節 限定された司法審査の範囲

むすびに代えて

はじめに

本稿は、裁判所が立法府の憲法解釈を審査する基準としての明白な誤りのルールを提唱したジェイムズ・セイヤー（James Bradley Thayer, 1831-1902）に焦点を当て、彼に見る19世紀末の司法抑制論と違憲審査基準の意義について明らかにしようとするものである。

セイヤーは、ロー・スクール卒業後、弁護士として実務に携わり、ハーバード・ロー・スクールに職を得てからは、研究者及び教育者として、憲法と証拠法の分野で後に著名となる裁判官や研究者たちに影響を与えた人物である。憲法のケースブックや証拠法の有名な著書もあるが、憲法学説上の主要業績は、疑いなく 1893 年の論文「The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law」であろう。1893 年のシカゴ万博で開催された「法律学と法改革に関する会議」において読み上げられ、後にハーバード・ロー・レビューにも掲載された。⁽¹⁾「司法審査に関する現代の議論の源流」⁽²⁾とも評される論文である。裁判所は立法を行う議会の行為が明らかに違憲である場合にのみ、すなわち、立法者が「単に誤ったというだけではなく、合理的な疑問を抱く余地がないほど、極めて明白に誤った」⁽³⁾場合に限り、その法律の執行を拒否しうる。これが彼の考える司法審査権行使のルールである。このルールによると、裁判官自身は合憲性の確信を得られずとも、非常に明白な誤りがない限り、立法府の判断に従うことが求められる。こうした極端な敬讓は、制度や政治的实践が司法審査制を背景に発展してきた側面をもつアメリカの歴史に鑑みれば、容易には受け入れがたく思われ、実際、そのルールの今日への影響は限定的であるといえよう。例えば、合憲性の推定の概念の中に、同格の部門に対する敬讓の名残が現れることがあるが、現代の最高裁は、実質上、その敬讓の領域を狭くしてきた。⁽⁴⁾

(1) James Bradley Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893) [hereinafter Thayer, *Origin*]. なお、論文内では「司法審査 (judicial review)」という単語は用いられておらず、「立法行為を違憲と宣言しそれを無効なものとして扱う権限 (*id.* at 129)」などと表現されている。

(2) Matthew D. Adler, *Judicial Restraint in the Administrative State: Beyond the Counter-majoritarian Difficulty*, 145 U. PA. L. REV. 759, 845 (1997).

(3) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 144.

(4) 例えば、「同格の統治部門の判断に対する当然の尊重から、連邦議会がその憲法上の境界線を越えたことが明白である場合にのみ、議会の行為を無効とすることが要請される」と述べた判決などが挙げられよう (*United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 607 (2000))。

セイヤーをめぐる学術的議論では、「違憲審査基準を、民主主義、抑制均衡、熟議、相対的な制度上の能力など憲法上の大前提と整合させようとする『自由形式』の構造的推論が行われることが多い⁽⁵⁾」。それを可能にする彼の論文の深淵さの1つは、その曖昧さにあるという指摘もあるが、⁽⁶⁾ 一体セイヤーは何を論じ、何を曖昧なままに残したのか。また、彼の定立した審査基準は彼の時代においてどのような意味をもったのか。

本稿では、次の2つの点を軸に、アメリカにおける司法抑制論及び違憲審査基準の淵源の1つを形作ったセイヤー理論について検討したい。まず、彼の司法の自己抑制論の概要を彼の3つの著作を中心に整理し、その理論的根拠を明らかにする（第1章⁽⁷⁾）。次に、彼の司法の自己抑制論を理解する上で鍵となる違憲審査基準について、彼の置かれた時代背景をふまえてその意義を探ることとする（第2章）。

第1章 セイヤーの司法抑制論

第1節 初期の裁判例

憲法学説上、彼の著作では上述の1893年の論文が最も有名であるが、そこで展開される議論の要諦は、遡ること9年前の1884年に既に公表されていた。1884年の雑誌『The Nation』に掲載された「Constitutionality of Legislation: The Precise Question for a Court⁽⁸⁾」と題する2頁のレターであ

(5) John F. Manning, *The Supreme Court 2013 Term: Foreword: The Means of Constitutional Power*, 128 HARV. L. REV. 1, 52-53 (2014).

(6) Adler, *supra* note 2, at 846.

(7) わが国における先行研究として、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）352頁以下、大林文敏「アメリカ連邦最高裁の役割に関する一考察——セイヤー理論とペリー理論との交錯を中心にして」愛知大学法学部法経論集141号1頁以下（1996年）、阪口正二郎「セイヤーの司法の自己抑制論再考」聖学院大学総合研究所紀要51号13頁以下（2012年）、同「Lochnerと利益衡量論——Post Lochnerの法理論」企業と法創造9巻3号79頁以下（2013年）。

(8) Thayer, *Constitutionality of Legislation: The Precise Question for a Court*, 38 NATION 314 (1884) [hereinafter Thayer, *Letter*].

る。以下では、このレター、1893年の論文、及び1901年の著書『John Marshall⁽⁹⁾』を中心に、彼の司法の自己抑制論とその論拠を検討したい。

まず、彼の定式の裏付けの1つとされるのが、南北戦争前の裁判例である。彼の著作では、初期の連邦及び州の裁判例から、違反の明白さを求める表現が多く引用されている。例えば、連邦最高裁では、「非常に明白なケースを除いて、私は〔連邦法の無効を宣言〕しないであろう」とした *Hylton v. United States* (1796)、法律の無効を宣言することを正当化するためには、「明白かつ疑いの余地のない憲法違反」がなければならないとした *Cooper v. Telfair* (1800)、また州裁判所では、「連邦裁判所、当裁判所、その他合衆国の評判のよいあらゆる裁判所は、憲法解釈の一原則として、合理的な疑いの余地を残さないほど憲法違反が明白でない限り、法律を無効と宣言することはない」とした1811年のペンシルヴェニア州最高裁判決等である。⁽¹⁰⁾

彼の歴史的説明の正確さを疑問視する見方や、自説に都合のよい裁判例が選別されているという批判⁽¹¹⁾もあるが、一部の連邦最高裁判事を含め、南北戦争前の裁判官が明白なケースにおいてのみ法律を違憲と宣言するという趣旨の表現を用いていたことは確かである。⁽¹²⁾彼の独創性は、様々なソースから自説を裏付けるような発言を収集・整理し、強力な支持を与え、⁽¹³⁾理論的に説明したところにあるといわれている。⁽¹⁴⁾

(9) THAYER, JOHN MARSHALL (1901) [hereinafter THAYER, JM].

(10) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 140-41.

(11) Steven G. Calabresi, *Originalism and James Bradley Thayer*, 113 NW. U.L. REV. 1419 (2019).

(12) Thomas C. Grey, *Thayer's Doctrine: Notes on its Origin, Scope, and Present Implications*, 88 NW. U.L. REV. 28, 31 (1993).

(13) See MARK A. GRABER, A NEW INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONALISM 125 (2013); Robert A. Schapiro, *Judicial Deference and Interpretive Coordinacy in State and Federal Constitutional Law*, 85 CORNELL L. REV. 656, 668 (2000).

(14) Lawrence Gene Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 HARV. L. REV. 1212, 1224 (1978); Richard A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, 100 CALIF. L. REV. 519, 523 (2012).

当時の有力な反論として、立法府多数の賛成により成立している以上、疑いの余地がない程、明らかに違憲である法律は想定しがたく、ゆえに明白な誤りのルールは裁判所に対して審査権限の返上を求めているようなものである、という意見もあった。しかし、セイヤーは、そのルールがそうした強力な批判にも耐え、ある法律が高次法と矛盾し法的拘束力を失う場合の尺度として、実質と形式の両面において維持されていると反論している。⁽¹⁵⁾

但し、曖昧な点も残されている。例えば、合憲性の推定を採用した初期の裁判例とされる *Fletcher v. Peck* (1810) は、ある法律を違憲とするには、「〔憲法と法律が〕互いに両立しないことについて、裁判官が明白かつ強い確信を抱くようなものでなければなら」ず、「わずかな暗示や漠然とした憶測によるもの」であってはならないとしていた。⁽¹⁶⁾ この裁判官の抱く「明白かつ強い確信」とは、いかなる合理的な疑いもいれない程の確信と読み替えられよう。合理的な疑いをいれない程の確信を得るために、例えば *In re Wellington* (1834) では、法律を無効とする場合、裁判官は「細心の注意を払って取り組み、あらゆる角度から検討し、熟慮と忍耐強い注意によってこの問題に新たな光が与えられる限り、熟考」⁽¹⁷⁾ することが求められていた。この判決は、合理的な疑いのルールを採用した例として、セイヤーの複数の著作において肯定的に引用されている。しかし、上述の箇所については、当該ルールの記載の直前にあるにもかかわらず、引用が省かれている。彼は、法律を合憲とする場合、裁判所は「明確な肯定的意見を表明する必要はない」⁽¹⁸⁾ と明示していたが、反対に、法律を違憲とする場合、裁判

(15) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 145-46.

(16) 10 U. S. 87, 128 (1810).

(17) 33 Mass. 87, 95 (1834). 後出のトマス・クーリーはこの引用部分に言及している (THOMAS MCINTYRE COOLEY, A TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS WHICH REST UPON THE LEGISLATIVE POWER OF THE STATES OF THE AMERICAN UNION 182 (1868)).

(18) Thayer, *Legal Tender*, 1 HARV. L. REV. 73, 92 n. 1 (1887).

官に対してあらゆる角度からの検討や熟慮を求めるべきと考えていたのかどうか、彼の著作からは判然としないのである。

第2節 憲法の特質とその解釈主体

このような初期の裁判例は、セイヤーにおいて、同格の立法府の行為に対する司法の敬讓の基準として理論づけられる。主な理論的根拠は、2つある。1つ目は、合理的な憲法解釈は複数存在し、かつ、裁判所は憲法解釈の唯一または第1の権威ではないということである。セイヤーは、「憲法は法であり、ゆえに許容される解釈は1つしかなく、それは裁判所による解釈であるという見方は、憲法と呼ばれる法形式の本質的な特徴を見落としている⁽¹⁹⁾」という。彼によれば、「ある人または団体にとって違憲と思われることも、別の人の人にとって合理的にそうは思われなくてもいい。憲法はしばしば様々な解釈を許容し、選択と判断の幅がしばしば存在する。その場合、憲法は特定の意味を立法府に押し付けるのではなく、選択の余地を残している。選択が合理的であれば、どのようなものでも合憲である⁽²⁰⁾」。

この「選択と判断の幅」の存在が、立法府の判断尊重と結びつく⁽²¹⁾のは、彼が「その選択が裁判所ではなく立法府に属する立法機能の一部⁽²¹⁾」と考えるからである。いうまでもなく、立法府は法律制定の際、合憲性に関する判断を行っているのであり、その判断なくして立法府は行動することができない。ゆえに、セイヤーのいう通り「立法府による予備的決定は非常

⁽¹⁹⁾ *Id.*

⁽²⁰⁾ Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 144. セイヤーは先の3著作以外の論文でも、憲法の領域では、合理的で許容可能な解釈が複数存在する、ゆえに合理的な疑いをいれないほど明白に誤っていない限り、裁判所が覆すことはないと繰り返している。例えば、Thayer, *The Case of Gelpcke v. Dubuque*, 4 HARV. L. REV. 311, 318-19 (1891).

⁽²¹⁾ Thayer, *Letter*, *supra* note 8, at 314. セイヤーは、クーリーを引用して、「その問題は立法的であるという明白な理由のために、疑わしい場合にはおよそ、立法府の行為の有効性に有利に解決されなければならない。そして、立法権の明白な行き過ぎがある場合にのみ、その問題は司法的になる」と述べている (Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 148 n. 3 (quoting THOMAS M. COOLEY, *THE GENERAL PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL LAW IN THE UNITED STATES OF AMERICA* 59 (1880)))。

に重要な事実である⁽²²⁾。つまり、各部門は自らの任務の憲法適合性を判断する義務を第一に負い、憲法が何を許しているかについて、合理的に許容しうる意見の中で自ら選択を行う資格を有している⁽²³⁾。憲法が成文であることも裁判官による憲法遵守の宣誓も、憲法上、権限を与えられている部門の判断を覆す根拠とはなりえない。なぜなら、成文憲法をもつ国が必ずしも司法審査制を採用しているわけではなく、また、憲法遵守義務を負うのは裁判官のみではないからである⁽²⁴⁾。そのため、合理的な疑いをいれないほど明白に違憲である法律を作るという、憲法遵守義務の放棄に等しい誤りがあった場合を除き、裁判官は立法府の行った選択が憲法に一致していると想定すべきであり、自身の判断と置き換えてはならない。「立法府は、何をすべきか、どうすることが合理的かを決定する際、裁判官とその任務を分担するものではなく、何が賢明で合理的な立法であるかについて、裁判官の考えに従う必要もない⁽²⁵⁾」のである。

セイヤーは、憲法問題を扱う際には「法律家の厳格さと政治家の視野の広さ」の両方が発揮されるべきであるとし、裁判所が憲法の横に法律を並べて比較し双方の文言を「術学的・学術的に扱う」ことを、立法上の配慮を無視するものとして批判している⁽²⁶⁾。この点で、彼は憲法の文言に対して柔軟な解釈をとっていることになる。セイヤーは、*McCulloch* 判決を引用

(22) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 135.

(23) THAYER, JM, *supra* note 9, at 108.

(24) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 130; THAYER, JM, *supra* note 9, at 98.

(25) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 148. なお、裁判所を唯一の憲法解釈者とみなさない基本姿勢は、彼が学生時代に執筆した論文「*The Right of Eminent Domain*」にも表れている。合衆国憲法下における土地収用権をテーマとした論文であるが、公共の利益のために収用する判断の憲法上の正当性を誰が判断するかについて論じる箇所では次のように述べている。すなわち、土地収用権も合衆国憲法の下、裁判所の審査に服するため、公務員が「危急の公共の用が明らかに存在しないにもかかわらず、それを隠れ蓑に…私有財産を収用しようとする」場合には、司法の介入が正当化される。しかし、そういう場合でなければ、司法府は立法府の裁量を自身の裁量と置き換えてはならない (Thayer, *The Right of Eminent Domain*, 19 MONTHLY L. REP. 241, 249 (1856))。

(26) *Id.* at 138.

して、「われわれの解釈しているのが憲法であるということを決して忘れてはならない」という⁽²⁷⁾。彼の理解では、裁判官は「間接的かつある程度」、他部門の行為を審査する権限が認められている。但し、「扱う対象が対象であるがゆえに、政治的な行為に二次的に関わることになる。その場合、裁判官はその任務にふさわしい方法と原則を適用しなければならない」⁽²⁸⁾。彼にとって、立法府の憲法解釈への敬讓は、他の法文の解釈とは明確に区別される憲法解釈の特質を踏まえた、適切な制度上の謙虚さを示すものであったのである。

特徴的であるのは、セイヤーが、「憲法は〔法律の合憲性に関する〕予備的決定を立法府に委ねているだけではなく、その決定が最終的なものになることを想定している」と述べている箇所である。この叙述に対しては、憲法の権限付与規定の中に、なぜ立法の際の先行的な合憲性判断の権限のみならず、その規定の開かれた意味内容を決定する暗黙の委任まで含まれていると解すべきなのか、その説明がなされていないという批判がある⁽³⁰⁾。

それでもセイヤーは、上の部分に続けて次のようにいう。もし、裁判所が「立法府による憲法違反からの主たる保護者」とみなされていたなら、法律を施行前に審査する権限が憲法に規定されていたであろう。ところが、憲法制定会議はその制度を採用しなかった。合衆国憲法の下、司法審査は裁判所に適切に提訴された問題に判断を下す目的において行われるため、多くの法律の憲法上の争点は裁判所まで届くことがない。裁判所が人民の「主たる保護者」であるべきなら、このように「偶発的で事後的な統制」に過ぎない役割を割り当てられはしなかったであろう⁽³¹⁾。セイヤーはこのように述べて、立法府が自らの任務の合憲性を第1に判断する義務を

(27) *Id.* (quoting *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316, 407 (1819)).

(28) *Id.* at 152.

(29) *Id.* at 135.

(30) G. Edward White, *Revisiting James Bradley Thayer*, 88 *Nw. U.L. REV.* 48, 75 (1993); Manning, *supra* note 5, at 52.

(31) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 136.

負うことに相応する敬意は、「単なる礼儀や慣習上の敬意ではなく、非常に強固で重要な政策的・法的理由⁽³²⁾に基づいているという。司法審査の範囲と審査のタイミングに直接の関係性があるとは思われないが、彼は双方を関連づけ、憲法の構造上、立法府に広範な検討の余地を認めるルールこそふさわしいとしている⁽³³⁾。

第3節 積極的な裁判所が民主主義過程に与える影響

理論的根拠の2つ目は、積極的な司法審査が立法者の誇りと憲法上の責任感を奪う傾向にあるという点である。セイヤーは、「憲法上の争点がかもち出されるとき、われわれの立法府においてよくいわれることは、『裁判所が誤りを正すであろう』ということである⁽³⁴⁾」という。この場合、立法者は合憲性に関する裁判所の反応にのみ気をとられ、「正義 (justice) や正しさ (right) の問題」を考えなくなり、さらには、憲法が許容する範囲とは何かという問題さえ、責任をもって考えることをやめてしまうという⁽³⁵⁾。

ウェスト (Robin West) は、この主張には憲法と司法審査に関する2つの意味が含まれていると指摘する。1つは、過剰な司法審査により立法者が「正義や正しさの問題」に関心を払わなくなることを懸念する意味である。この場合、司法審査の範囲を制限し、立法府への憲法の影響を抑制することによって、立法者は「正義や正しさの問題」を含むより広い選択肢を自由に検討することが可能になる。但し、立法の道義性を含め、立法者はより広範な責任を負うことになる。もう1つは、現在の責任分配の下では、立法者が自身の行動の合憲性に責任をもち、裁判所に頼ってしまうことを懸念する意味である。この場合、憲法判断の第1の責任を立法府に置くことによって、立法者はより自身の行動の合憲性に関する責任を自覚

(32) *Id.*

(33) HARRY H. WELLINGTON, INTERPRETING THE CONSTITUTION: THE SUPREME COURT AND THE PROCESS OF ADJUDICATION 73 (1990).

(34) Thayer, *Letter, supra* note 8, at 315.

(35) Thayer, *Origin, supra* note 1, at 155.

し自らを律するようになる。後者の場合、立法者自身が合憲性を強く意識することになるため、立憲的制約を抑制するという前者での懸念は解消しない。ウェストは、「あたかもセイヤーが2つの非常に異なる懸念を曖昧にしたように見える」と指摘している。⁽³⁶⁾

このように曖昧な部分を有しつつも、焦点は、憲法の意味をめぐる自由な議論や決定の機会を、立法府から奪うこと自体にあったと思われる。セイヤーの言葉を用いるなら、司法が抑制的であってこそ、「他の何よりも、責任の所在が明らかとなり、その正確な場所に大衆の非難の雷を落とすことが可能になる」。彼は、立法府の憲法解釈者としての役割が減じると、諸問題に対応する立法府の能力が制約され、彼らが「小器用で無能」⁽³⁸⁾になってしまうことを懸念していた。言い換えれば、強い裁判所が民主主義そのものに害を与えるかもしれないと懸念していたのである。⁽³⁹⁾

さらにセイヤーは、裁判所に安易に頼る傾向が、より広い意味で民主主義過程を弱めてしまう、すなわち、立法者のみならず、「人民の政治的能力の成長を妨げ、その道義的責任感を鈍化させていく」⁽⁴⁰⁾とも述べている。以下に示す1節は、最高裁判決でも引用される有名な箇所である。ここで彼は、司法の介入には重大な弊害が伴うと考える理由について、以下のよう論じている。

「立法の誤りの匡正が外から行われると、人民は政治的経験や、通常の方法でその問題と闘い自身の誤りを正すことから生まれる道徳教育と刺激を失うことになる。…私は、政治過程で行われるべき活発な議論、健全な思想や感情の国民全体への浸透、反対意見の喚起、知識の啓蒙、道徳心の強化、政治的経験の増大、こうしたもの全てから国と人民にもたらされる

(36) Robin West, *The Aspirational Constitution*, 88 NW. U.L. REV. 241, 243-44 (1993).

(37) THAYER, JM, *supra* note 9, at 109.

(38) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 156.

(39) Cass R. Sunstein, *Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold*, 122 HARV. L. REV. 246, 258 (2008).

(40) THAYER, JM, *supra* note 9, at 107.

善は、裁判所が立法府の任務への干渉を拒否することから生じるいかなる害悪よりも、はるかに上回っていると考える⁽⁴¹⁾」。

ダグラス判事（William Douglas）は、ある裁判でこの1節を引用し、「司法府の行うことが少なければ少ない程よい」学派と表している。司法審査は、立法の誤りをあくまで外から匡正するに過ぎないところ、裁判所が積極的であると、有権者は立法者の資質に対して無頓着となり、立法府に誰を送るかについて不注意となる。さらには、不適任な立法者が「愚かな悪法」を制定しても、裁判官がより身近な代表者から自分たちを守ってくれると考えるようになり、結果、裁判所は立法行為への干渉をより強めていく⁽⁴³⁾。そのようにして、裁判所が人民の利益を代弁しようとすればするほど、人民は責任感を失い、主権者として機能しなくなるというのである⁽⁴⁴⁾。

ブレスト（Paul Brest）は、裁判所が単に介入しなければ、人民とその代表者がその役割を担うことになるという考え方を「いささか突飛」としつつも、セイヤーの懸念を共有し、「われわれは責任を行使することによって、責任を獲得する」と論じている⁽⁴⁵⁾。また、クレイマー（Larry Kramer）は、セイヤー理論をジェファソン（Thomas Jefferson）に遡る人民立憲主義の伝統の中に位置づけている。クレイマーにとって、憲法解釈権限が第1に裁判所にあるという考え方を斥けるセイヤーの理論は、司法の自制や

(41) *Id.* at 106-07. 当該箇所を引用した最高裁判決として、*Barnette* 判決のフランクファータ反対意見（*West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 667-70 (1943)）や、*Plyler v. Doe* (1982) のバーガー反対意見（*Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 253 n. 15 (1982)）などが挙げられる。特に、フランクファータ判事は、最高裁の機能について本文引用箇所を含め5段落にわたり同書を引用している。

(42) *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 110 (1968).

(43) THAYER, JM, *supra* note 9, at 104.

(44) PAUL W. KAHN, *LEGITIMACY AND HISTORY: SELF-GOVERNMENT IN AMERICAN CONSTITUTIONAL THEORY* 87 (1992). タシュネットも、司法審査の存在が立法者と人民を無責任にし、民主的な機関における熟議が失われるというセイヤーの理解を擁護している（MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* 57-65 (1999)）。

(45) Paul Brest, *Constitutional Citizenship*, 34 CLEV. ST. L. REV. 175, 182 (1986).

敬讓を擁護するジェファソン流の司法権觀を復活させるものとして捉えられるからであった。⁽⁴⁶⁾

第 4 節 憲法解釈主体としての立法府の位置づけ

セイヤーの議論には憲法解釈の主体としての立法府について、一定の前提がある。まず、たまたま権力を掌握しているに過ぎない個人たる立法者と、継続的な組織としての立法府は觀念上、区別される。彼は、実際の立法者について「われわれの立法機関でしばしば見られるような、教養がなく、御し難く、無分別で、軽率で、無能な人々」と表している。⁽⁴⁷⁾ 他方、理論上の立法府については、「人民の堂々たる代表であり、同格の統治部門として最大の機能を担い、法を熟慮し、その機能の行使に必要とされるあらゆる知恵、徳、知識を備えている」⁽⁴⁸⁾と表し、さらに以下のように述べている。

「裁判所が立法行為を審査する際には、陪審の行為を見直す際と同様に、十分な教育を受けた組織を常に想定することになる。問題は、…有能で、十分な教育を受け、賢明で、注意深く、公共の目的にのみ熱心で、自己統治する人民を代表するのに適した者、われわれの統治論が想定しているような公務を遂行するのにふさわしい、そのような者が合理的に考えたり行動したりすることは何か、彼らにとって許容される見解は何かである」⁽⁴⁹⁾

このような立法府の捉え方は、彼のみならず、初期の最高裁判決や同時期の学説にもみることができる。例えば、*Ogden v. Saunders* (1827) には、「憲法違反がおよそ合理的な疑いをいれないと証明されるまで法律の有効性を推定することは、法律を成立させた立法機関の知恵、誠実さ、愛国心にふさわしい敬意に他ならない。これは当法廷が常に用いてきた言葉で

⁽⁴⁶⁾ Larry D. Kramer, *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*, 100 CALIF. L. REV. 621, 628 (2012).

⁽⁴⁷⁾ Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 149.

⁽⁴⁸⁾ THAYER, JM, *supra* note 9, at 109.

⁽⁴⁹⁾ Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 149.

あり…当法廷の各々の裁判官が抱く正直な感情を表しているとは私は確信している⁽⁵⁰⁾とある。また、セイヤーと同時代の憲法学者トマス・クーリー（Thomas Cooley）は、法律の憲法適合性を最初に判断する機関として、立法府は「憲法によって課される制限内で行動する正当な願望と誠実さをもって立法に従事している」と推定されるため、裁判所は立法府の意図に沿って法律を解釈しなければならない、と説いている⁽⁵¹⁾。

勿論、これを実際の立法府の行為に対する現実的な見方ではないとして斥けることは可能である。但し、当時の合憲性の推定は、このように立法府が法律の必要性・適切性を慎重かつ誠実に評価しようという信頼に基づいていた。その信頼こそが、立法府の権威に適切に服するために必要であったのであり、それが失われれば、法律に対する畏敬の念は減じるものと考えられていた⁽⁵²⁾。現代においても、なぜ同格の統治部門に敬意を払わなければならないのかという問いに対して、この観点から正当化する理解がある。すなわち、裁判所と同様に同格の統治部門も、割り当てられた任務を行うにあたり憲法を誠実に解釈する義務を負っており、その義務を果たしているものと推定されるから、と答えるのである⁽⁵³⁾。

なお、セイヤーの基準は、同格の統治部門の行為にのみ適用される。つまり、それは連邦法を審査する連邦裁判所、及び州法を審査する州裁判所が適用する基準であって、連邦裁判所が州法の合衆国憲法適合性を審査

(50) 25 U. S. 213, 270 (1827).

(51) COOLEY, *supra* note 17, at 183-85. 但し、クーリーは同時に、立法府の合憲性判断の過程に信頼を置けないなら、立法の合憲性を支持する裁判所の判断の根拠となっている理由づけは効力を失うとしている (*id.* at 74)。つまり、憲法解釈者としての立法者に対する信頼は、立法者がその任務に真剣に取り組む限りにおいてであることになる。なお、セイヤーのケースブックでも度々引用されている同書は、「19世紀後半でもっともよく知られ影響力のある憲法論文」とも評されている (Stephen A. Siegel, *Historicism in Late Nineteenth-Century Constitutional Thought*, 1990 WIS. L. REV. 1431, 1487 (1990))。

(52) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 142.

(53) James E. Fleming, *The Constitution Outside the Courts*, 86 CORNELL L. REV. 215, 244 (2000).

する際の基準ではなかった。この背景には、彼の強いナショナリズムがある⁽⁵⁴⁾。連邦制に係る問題は、2つの政府間での権限分配の問題であって、州の行為を審査する連邦裁判所の役割は、「最高位の憲法と〔連邦〕政府を代表して」語ることであった⁽⁵⁵⁾。司法審査は州を統制し連邦を維持するための重要な要素であったのである。

第 2 章 審査基準の定立を通じた司法統制

第 1 節 19 世紀末の社会と制度の均衡

セイヤーが司法の自己抑制論を提唱したのは、最高裁が社会改革立法を次々に無効としたロックナー期以前のことである。それでも、1901年に公表したジョン・マーシャルの伝記において、セイヤーは「われわれはマーシャルとは違う世界に生きているように思う」と述べている⁽⁵⁶⁾。理由として挙げたのが、「修正 14 条が生んだ訴訟のかつてない程の増加、蒸気や電気もたらした経済・政治・警察の分野における新たな問題、…企業や富の成長、資本家と労働者の関係のような社会問題をめぐる意見の変化」で⁽⁵⁷⁾

(54) John O. McGinnis, *The Duty of Clarity*, 84 GEO. WASH. L. REV. 843, 905 n. 310 (2016). 彼のナショナリズムへの専心は、1899年に執筆した米西戦争に伴う領土獲得の政治に関する論文 (Thayer, *Our New Possessions*, 12 HARV. L. REV. 464 (1899)) や、マーシャルへの賛辞に特徴づけられる彼の伝記からも読み取られうる。例えば、同書の中でマーシャルについて、「彼は傑出していた。1位であって、2位には誰もいない」と評しているが、これは連邦派裁判官としてのマーシャルの憲法学説が、アメリカの政治制度の分裂を防いだと考えるからであった (THAYER, JM, *supra* note 9, at 57, 59)。

(55) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 154-55. なお、同格の部門でありながら、セイヤーは連邦執行府の行為に対しそれほど関心を向けていない。それには、執筆当時の連邦執行府が現代よりもずっと小さく弱かったことが関係している (Posner, *supra* note 14, at 522)。当時の大半の裁判官や学者たちは、連邦の行為にも州の行為にも同一の基準が適用されると信じていたため、セイヤーの区分は顕著な特徴であったと指摘されている (Edward A. Purcell, Jr., *Learned Hand: The Jurisprudential Trajectory of an Old Progressive*, 43 BUFFALO L. REV. 873, 888 (1995))。

(56) THAYER, JM, *supra* note 9, at 103.

(57) *Id.* at 102-03.

あった。実際、再建期修正条項の拡大解釈などを通じて、裁判所は比較的定期的に法律を無効にするようになっていた。⁽⁵⁸⁾ 1891年にブリュワー(David Brewer)最高裁判事が、ポリス・パワーの名の下に財産再分配を行う立法府を批判し、裁判所に私有財産の保護を呼びかける講演をイェールで行っているが、セイヤーの1893年の論文、つまりシカゴ講演は、ブリュワーに対する応答であったという指摘がある。⁽⁵⁹⁾ 当時、立法府の憲法解釈に敬讓するセイヤーのような見方は彼に限ったことではなく、例えば、シカゴ講演の前年のハーバード・ロー・レビューにも、「何らかの疑いがあれば、たとえそれがわずかな場合でも、その疑いは立法府に有利に解決されなければならない」などと説く論文が掲載されていた。⁽⁶⁰⁾

このような社会状況の中でセイヤーが懸念したのは、公益に資する法律の執行を裁判所が妨げる恐れのあること、そして「独立した同格の部門に払われるべき敬意」⁽⁶¹⁾が失われていることであった。彼は、司法による介入が人々の健康、安全、道徳を守るための立法府の行為を妨げることがあってはならないと考えていた。⁽⁶²⁾ 法制史家のホワイト(G. Edward White)は、彼の審査基準と、19世紀末の憲法体制の変化や州裁判所における積極的審査の増加とを結びつけ、明白な誤りのルールは、政治部門の裁量を大幅に拡大しようとしたものというより、南北戦争後の憲法学が失いつつあった制度の均衡の回復を目指したものと理解するのが、最も適切であると指摘している。⁽⁶³⁾ たしかに、セイヤーは三権の協働の必要性と、そのための裁

⁽⁵⁸⁾ See Mary Sarah Bilder, *The Corporate Origins of Judicial Review*, 116 YALE L.J. 502, 561 n. 323 (2006).

⁽⁵⁹⁾ Jay Hook, *A Brief Life of James Bradley Thayer*, 88 NW. U.L. REV. 1, 7 (1993). ブリュワーの講演の題目は「公的侵害から私有財産を保護する (Protection of Private Property from Public Attack)」であった (*id.*)。

⁽⁶⁰⁾ Herbert Henry Darling, *Legislative Control over Contracts of Employment: The Weavers' Fines Bill*, 6 HARV. L. REV. 85, 96 (1892).

⁽⁶¹⁾ THAYER, JM, *supra* note 9, at 100.

⁽⁶²⁾ G. Edward White, *The Constitutional Journey of Marbury v. Madison*, 89 VA. L. REV. 1463, 1540 (2003).

⁽⁶³⁾ *Id.* at 1529.

判所本来の役割への限定について、以下のように述べていた。

「このような任務では…他部門の全面的な協力を得られない限り、各部門間の恒久的で適切な共存関係はあり得ない。何が合理的で許容されるかを最終的に決定するのは、訴訟によって問題が提起される限り、実際、常に裁判所である。このことは重大かつ厳かな権限をわれわれの裁判所に委ねることになる。これ以上の権限を彼らに与えようとすれば、全体が損なわれることになるであろう⁽⁶⁴⁾」。

つまり、憲法解釈の責任はあくまで各部門が共有し分担するものであるところ、セイヤーの理解では、南北戦争後の裁判所は、建国の父祖たちの想定を上回る力を発揮するようになっていた⁽⁶⁵⁾。19世紀末の社会状況において、彼は行き過ぎた裁判所を抑制するための法理論を構築したのであって、各部門の有する裁量を根拠とした敬讓的な審査基準は、謙虚さを失った裁判所に対する統制の手段という意味をもったと思われる。

第2節 各部門の裁量に敬讓的な審査基準

Civil Rights Cases (1883) の翌年に公表された彼のレターは、まさに南北戦争後の積極的な裁判所に対する不満の表出として捉えうる。連邦議会が公民権法を制定する権限を有するか否かをめぐり、同判決の反対意見が合理的な疑いの基準に言及したの⁽⁶⁶⁾に対して、ブラッドリ (Joseph Bradley) 法廷意見は、「独自の判断の責任が今や当法廷に委ねられている。ゆえに、

(64) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 152.

(65) THAYER, JM, *supra* note 9, at 104-05.

(66) 109 U. S. 3, 27-28 (1883). ハーラン反対意見が引用した *Sinking Fund Cases* (1878) の1節(「[法律を無効とする] 宣言は、明白なケースを除いて決して行われるべきではない。あらゆる推定は、法律の有効性を支持するものであり、反対のことが合理的な疑いをいれないと示されるまで、このことは継続される。1つの統治部門が、危険なしに別の統治部門の領域を侵害することはできない。われわれの諸機構の安全性は、この有益なルールを厳格に遵守することに少なからず依存している (99 U. S. 700, 718)』) は、セイヤーもレターにおいて引用している (Thayer, *Letter*, *supra* note 8, at 314)。

われわれは、われわれの持てる最善の光に照らしてそれを行使しなければならぬ⁽⁶⁷⁾と述べていた。セイヤーは、このブラッドリ判事の意見を、裁判所の機能に関する誤った見方として切り捨て、合憲性審査を通じて、純粹に立法的または政治的と思われる問題をめぐり、裁判所が自身の見解を述べる気に確実に⁽⁶⁸⁾なってしまう点を批判した。セイヤーにとって、裁判所のなすべきことは「憲法の真の解釈を宣言することではなく、他部門が不合理な行動をとったかどうかを判断すること⁽⁶⁹⁾」であった。この1文は1884年のレターで示され、その後も度々現れる、彼の中心的命題の1つである。

この命題の意味について説明するため、セイヤーは複数の類例に言及している。まず、当時のイギリスの名誉毀損法に関する有名な判決を引用して、「特定の状況下で出版された特定の言葉が名誉毀損にあたるかどうかを判断する場合」と、「他の法廷（陪審にせよ他の裁判官にせよ）が、その言葉を名誉毀損にあたる⁽⁷⁰⁾と不合理的に判示していないかどうかを判断する場合」とでは、裁判所のなすべきことが全く異なるという。その上で彼は、この対比は、上で述べた立法の合憲性を審査する際の対比と符合しているという。さらに、別のイギリスの裁判例を用いて、同じ対比が陪審員の評決を審査する場面においてもあてはまることを指摘する。すなわち、裁判所が陪審の評決を覆すことができるのは、「証拠が陪審の評決と逆であることが明白で、合理的な者であれば公正の観点から陪審のなしたようには判断できない⁽⁷¹⁾」場合である。その場合、彼によれば、「裁判所にとつ

(67) 109 U. S. at 10.

(68) Thayer, *Letter*, *supra* note 8, at 315.

(69) *Id.* at 314.

(70) *Id.* at 315. わずか2頁のレターであるにもかかわらず、イギリスの裁判例を複数引用し論拠としていることは特徴的である。この点については、セイヤーがその直前の1年間、陪審制の研究のためにイギリスに滞在し、裁判官による証拠規則の運用を観察・分析していたこととの関連性が指摘されている（White, *supra* note 30, at 82）。「セイヤーのイギリス滞在は彼のテーゼの誕生に近く、その血統についての手がかりをもたらすかもしれない」という指摘もある（Hook, *supra* note 59, at 5）。

(71) *Id.*

での問いは、最終的に問われている行為…が合理的であるかどうかではなく、そう判断した陪審の行為が合理的であったかどうかであり、その基準は、合理的な人間が証拠に基づき陪審の意見を受け入れることができるかどうかである」。では、なぜこのような基準が用いられるのか。セイヤーは、「裁判官は上級の陪審 (appellate jury) ではない」からと答えている⁽⁷²⁾。これはセイヤーが、立法の合憲性を審査する際に、裁判所による独自あるいは新規の審査ではなく、憲法上その判断を行う義務のある部門の裁量の範囲内にあるかを審査すべきと考えた理由と同じ役割論である。

なお、裁判官と陪審の権限分配を支えるのは、証拠法で伝統的に引かれてきた法と事実の区分である。セイヤーは、1890年の論文の中で陪審裁判における法と事実の区分の重要性について論じ、法律問題は裁判所、事実問題は「常に人民を代表し、人民の自由の保護者である」⁽⁷⁴⁾陪審の問題であるとした。こうした区分の時代背景として、モリス (Clarence Morris) は次のように指摘している。

「〔セイヤー〕の時代には、裁判官の職務の創造的な側面が軽視されていた。当時の流行では、ルールだけが法という名の威厳に値すると考えられていた。事実は一過性のものであり、個別的なものである。一過性で個別的問題を『事実問題』と呼ぶことによって、法の永続性や一般性が妨げられないようにしていたのである」⁽⁷⁵⁾。

このモリスの時代背景に関する指摘は、セイヤーの当時の司法審査に関する理解にも類推可能であるように思われる。すなわち、法と事実の区分により法の領域の純化が意図されたのと同様に、司法審査の場面においても、複数の選択肢に開かれた憲法 (政治) への司法の関わり合いを、審査

(72) THAYER, A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW 208-09 (1898).

(73) Thayer, "Law and Fact" in *Jury Trials*, 4 HARV. L. REV. 147 (1890), in *id.* at 183-262.

(74) *Id.* at 218. 他方で、法と事実の間の明瞭な線引きが困難であることにも言及している (*id.* at 183)。

(75) Clarence Morris, *Law and Fact*, 55 HARV. L. REV. 1303, 1315 (1942).

基準を通じて統制することにより、訴訟事件に判断を下すことを役割とする機関としての純度を保ちうると考える側面があったのではないだろうか。

第3節 合理的な疑いの基準の意義

セイヤーが採用した「合理的な疑いをいれない」ほどの確信の基準は、一般に刑事事件で馴染みのある説得の程度に関する定式である。但し、同時に彼は、前節にみたように陪審評決を上訴審が覆す場合とのアナロジーについても言及している。

ここで留意すべきは、セイヤーにおいて、合理的な疑いの基準を、i 刑事事件において陪審のために定めている理由と、ii 裁判所が陪審の民事評決を審査する際に用いる理由とは異なっているということである。i は、罪を犯した者への影響が重大であるからであり、ii は、その義務を本来負う機関の職務を裁判所が修正することになるからである。そして、同様の基準が立法の合憲性審査において用いられる理由は、i か ii のいずれかではなく両方であるという。すなわち、1 つには、法律を無効とすることの結果が重大であるからであり、もう1 つには、裁判所は他部門の行為を合理的な範囲内に留めること以外に、この問題に関し全く権利を有しないと考えるからである。⁽⁷⁶⁾ 後者は、既に論じた役割分担の思考である。他方、前者の理由づけの存在は、彼が国民の反発を含めた結果の重大性を想定し、裁判所は自制すべきと考えていたことを示している。彼において、立法権とは「単に法律を制定する権限のみならず、国全体に深く影響を及ぼすような憲法解釈を施す権限」であり、その権限行使はときに「国民一人一人の利益に密接かつ深刻に関わる」⁽⁷⁷⁾ ことになるからであった。

⁽⁷⁶⁾ Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 150.

第 4 節 限定された司法審査の範囲

セイヤーの議論は、ビッケル (Alexander Bickel) も指摘するように、「代表制民主主義理論との調和を目指す」ものであって、司法審査権の完全な放棄を企図したものではない。セイヤーにとって、Marbury 判決が示したように、憲法とは裁判所が解釈し適用する法であって、司法審査権の行使は法適用を担う裁判所の役割の 1 つであった。⁽⁷⁷⁾ 但し、Marbury 判決が示唆する裁判所の役割を、先述のブラッドリ判事のように理解する立場からは、セイヤーの議論は同判決と一致しないものとして捉えられることになる。この点、プログレッシブ期に書かれた 1921 年のある論文は、以下のよう
に論じている。

「もし裁判官が、2つの文書が矛盾するかどうかを司法問題として自ら判断せず、合理的な人間が両者を調和しえたかどうかを判断しようとするならば、裁判官は他の誰かがそう合理的に判断したであろうことを宣言しただけで、法が何であるかを述べるという本質的な義務を果たしていないと思われる。…したがって、制定法の有効性を判断する際に、裁判所はその起源と性質において、本質的に政治的な権力を行使しているという理論に基づいてのみ、セイヤーの学説は論理的に支持されると考えられる」⁽⁸⁰⁾。

(77) *Id.* at 136. 結果の重大性を理由とした司法の自制という観点は、セイヤー理論を原則的には正しい解決策とするヴァーミュール (Adrian Vermeule) が、「合憲性の推定は、司法の誤りによって予想されるコストに対処するための装置として理解するのが最も適切である」としたことと類似する (Adrian Vermeule, *The Judicial Power in the State (and Federal) Courts*, 2000 SUP. CT. REV. 357, 396 (2000))。ヴァーミュールは、誤って違憲とした場合のコストは、誤って合憲とした場合のコストより大きいという。なぜなら、前者の誤りが憲法修正によってのみ匡正されるのに対し、後者の誤りは通常の立法過程において修正されるからである (*id.*)。

(78) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 40 (1962).

(79) Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 138. 1891 年の論文において、セイヤーは、司法審査制のあるアメリカでは「裁判官による統治」が行われているとした経済学者リチャード・イリイ (Richard T. Ely) を批判し、司法審査制は「裁判官の役割に何ら付け加えるものではない」と反論している (Thayer, *American Judges and the Interest of Labor*, 5 Q.J. ECON. 503, 504 (1891))。

このように述べて、セイヤーの議論は「法が何であるかを述べる」ことを裁判所の役割とした *Marbury* 判決と相容れないという意見がある一方で、⁽⁸¹⁾ そうした裁判所の役割は、司法審査の範囲について何も求めてはおらず、⁽⁸²⁾ 明白な誤りのルールとも何ら矛盾しないという意見もある。後者の理解に立つモナハン（Henry Monaghan）は、「究極の問題は、憲法の真の意味は何かということではなく、立法を維持することが可能かどうかである」⁽⁸³⁾ というセイヤーの1文を引用して、「明白な誤りの基準を強調することで、セイヤーは『意味』から『有効性（validity）』へと司法審査の焦点を向け直そうとした」と指摘している。⁽⁸⁴⁾ 但し、同時にモナハンはこうも述べている。すなわち、「意味と有効性を切り離そうとするセイヤーの試みは、いかにもっともらしいものであったとしても、浸透はしなかった。われわれの司法審査制では、意味と有効性は分離されるものではなく、結合されている。そして、意味は『司法部門』の問題であって、連邦議会の問題ではない」。⁽⁸⁵⁾ サンステイン（Cass Sunstein）も、「セイヤー主義が機能するためには、憲法の意味に関する一定の説明によって補完される必要がある」⁽⁸⁶⁾ と指摘している。

冒頭にもふれたように、セイヤーにおいて、明白な誤りとは「単に誤ったというだけでなく、合理的な疑問（rational question）を抱く余地がないほど、極めて明白に誤った」⁽⁸⁷⁾ 場合をいう。そして、この「合理的な疑問」とは「その問題に自身の能力を注意深く注いできた、有能で十分な教育

⁽⁸⁰⁾ Robert Eugene Cushman, *Constitutional Decisions by a Bare Majority of the Court*, 19 MICH. L. REV. 771, 788-89 (1921).

⁽⁸¹⁾ See, e.g., Gary Lawson, *Thayer Versus Marshall*, 88 NW. U.L. REV. 221 (1993).

⁽⁸²⁾ Henry P. Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 COLUM. L. REV. 1, 9 (1983).

⁽⁸³⁾ Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 150.

⁽⁸⁴⁾ Monaghan, *supra* note 82, at 13.

⁽⁸⁵⁾ *Id.* at 14.

⁽⁸⁶⁾ Cass R. Sunstein, *Second-Order Perfectionism*, 75 FORDHAM L. REV. 2867, 2867 n.3 (2007).

⁽⁸⁷⁾ Thayer, *Origin*, *supra* note 1, at 144.

を受けた人の心に残る合理的な疑い (reasonable doubt)⁽⁸⁸⁾」をいうが、明白な誤りの意味は、その読み替えによって明瞭になるわけではない。なぜなら、何をもって「合理的な疑い」とするかは、裁判官によって異なりうるからであり、「合理的な疑い」の要素となる可能性があるものについて、全ての人が同じように感じるとは限らないからである⁽⁸⁹⁾。

ルヴァン (Matthew Lewans) はセイヤーの憲法学について、「政治的決定に対する司法の敬讓と法の支配とを両立させようとする最初の体系的な試みの1つ⁽⁹⁰⁾」として重要と評しつつも、司法の抑制に関する彼の言説には大きな問題が1つあるという。それは、「民主的統治と法の支配との緊張関係について、合理性という漠然とした概念に重い荷を負わせた⁽⁹¹⁾」ということである。セイヤーの目的は、著作で繰り返されるように、「われわれの制度の下では、立法権がいかに強力であり、司法による統制がいかに制限されているか⁽⁹²⁾」を理解させることにあった。その目的の明確性に比し、立法府に政策実現のための広範な自由を付与することを企図したルールは、維持可能な立法の外枠を定めるのに十分な指針を与えていたとはいえない。さらにいえば、そのルールの適用が想定される、同格の部門の裁量に委ねられる行為の類型化も行われていない。これらの点からも、彼の審査基準とそれを支える論拠はいまだプリミティブな段階にあったといえるであろう。

(88) *Id.* at 149.

(89) SANFORD BYRON GABIN, JUDICIAL REVIEW AND THE REASONABLE DOUBT TEST 45 (1980).

(90) MATTHEW LEWANS, ADMINISTRATIVE LAW AND JUDICIAL DEFERENCE 168 (2016).

(91) *Id.* at 170.

(92) Thayer, *Letter*, *supra* note 8, at 315. 同趣旨の文章は THAYER, JM, *supra* note 9, at 108 にもみられる。

むすびに代えて

現代の司法抑制論の源流としてのセイヤー理論は、モナハンもいうように「結局、安直すぎた」⁹³のであろう。それでも、立法機関の憲法解釈を審査することの意味とその範囲に関する彼のテーゼは、20世紀の初めの2/3の間、多くの司法抑制論者に影響を及ぼしたといわれている。⁹⁴ホームズ（Oliver Wendell Holmes）、ブランダイス（Louis Brandeis）、フランクファーター（Felix Frankfurter）といった裁判官や、ハート（Henry Hart）、ウェクスラー（Herbert Wechsler）、ビッケルといった学者たちがそれぞれである。彼らはセイヤーのレトリックを自らの司法哲学の礎の1つとする一方で、各々に新たな要素を付け加えていった。

その他、セイヤーの抑制的な司法審査観は、アメリカ行政法学における敬讓理論と、概念上つながりがあるという指摘もある。⁹⁵このように彼の理論を受け継ぐとされる人物や憲法以外の領域への影響も興味深い⁹⁵が、これらの点については次の課題としたい。

※本稿は、科学研究費（基盤研究(C)20K01272）の助成による成果の一部である。

（きしの・かおり 法学部准教授）

⁹³ Monaghan, *supra* note 82, at 8. セイヤーは結局、極端な敬讓について説得力ある論拠を提示しえなかったという意見もある（Lawrence G. Sager, *Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law*, 88 NW. U.L. REV. 410, 412 (1993)）。

⁹⁴ GRABER, *supra* note 13, at 125.

⁹⁵ See, e.g., Kevin M. Stack, *Overcoming Dicey in Administrative Law*, 68 UNIV. OF TORONTO L.J. 293, 298 (2018).