

フランクファータとポピュリズム憲法学

小泉良幸

1 The Felix Frankfurter Papers : Supreme Court of the United States Case Files of Opinions and Memoranda は、ハーヴァード・ロー・スクール図書館の所蔵する、フランクファータ判事関係資料集である。1939年1月20日から1962年8月28日まで連邦最高裁判事を務め、司法消極主義の代表者とされるフランクファータは、移民の子であった。

フランクファータは、1882年11月15日、オーストリア=ハンガリー帝国の一部であったオーストリアで、ユダヤ人の両親の子として生れる。六人兄弟の裕福ではない家族であった。1894年、12歳の彼は、両親に連れられアメリカに渡る。19世紀末のアメリカは、ヨーロッパの貧困層が大挙して押し寄せており、1880年から1910年の間に150万人以上のユダヤ人が移民している。この時期にアメリカにおける反ユダヤ主義の動きが生じたといわれる。フランクファータは、貧しい移民たちが居住するニューヨークのイーストサイドの公立小学校で英語を学ぶ。

2 法律家としてのキャリアを目指して、ハーヴァード・ロー・スクールに入学した彼は、ユダヤ人として初の連邦最高裁判事となったルイス・ブライダース以来の優秀な成績で卒業する。弁護士としてキャリアを積む傍ら、政府の法務官も務め、のちに、母校の公法担当の教授となる。第一次世界大戦中は、ウィルソン大統領によって戦時労働政策委員会委員長に任命され、かねてからの持論であった進歩主義的な法改革を提唱する。1933年、フランクリン・ローズベルト大統領の信任厚かった彼は、訟務長官 (Solicitor General) のポストを打診されるが、大統領への非公式の助言者として自由にふるまう立場を選択し、固辞している。事実、フランクファータは、大統領の有能なブレインであり、第二次世界大戦へのアメリカの参戦決定に大きな影響があったといわれている。

1938年7月、ベンジャミン・カードナー判事

の死去に伴う後任人事として、ローズベルト大統領は、フランクファータを指名する。上院の承認手続きは何の問題もなく通過し、1939年1月20日、連邦最高裁判事に任命される。

3 最高裁判事としてフランクファータは、47の法廷意見と132の同意意見及び251の反対意見を執筆している。その特色は徹底した司法消極主義の司法哲学にある。民主的な手続きで選出された議会・政府の決定を、非選出部門である裁判所は尊重すべきであり、司法審査 (judicial review) の抑制的行使を説くものである。のちに、アール・ウォーレン長官率いる最高裁による「リベラルな」判決による社会改革の可能性に世論が共鳴するのに反比例して、司法的自制を説くフランクファータは「国より」の印象を受けるが、司法消極主義はもともと民主主義的な司法哲学としての側面をもっている。連邦最高裁は、1905年、労働者の健康保護を目的としてパン工場の労働時間を制限する立法を、修正14条の実体的デュー・プロセス条項に反し違憲であると判示した。「契約自由の原則」への計画国家的な「介入」として捉えたためである (Lochner v. New York 198 U.S. (1905))。これが先例となって、裁判所は、のちに、「民意」によって圧倒的な支持を受けていたローズベルトの一連の「ニュー・ディール」立法を違憲無効とする。進歩主義的な法改革の担い手である政治部門と憲法を盾にそれを妨げる司法府の対立という文脈のなかで、フランクファータの司法消極主義は読まねばならない。法解釈にあたっては、具体的事案における利益衡量と結果の妥当性を重視すべきとし、条文からの演繹的思考方法を批判するリアリズム法学の開祖の人物の一人である、オリバー・W・ホームズ Jr. 裁判官もまた、司法消極主義の論者であった。

4 もっとも、司法消極主義はあらゆる法領域における司法的自制を理論的に要請するものではない。

司法消極主義の根拠が、政治部門による民主的な決定の尊重にある以上、政治部門の決定が真に「民主的な」手続によるものであったか否かは、裁判所による後見的な審査に付されてもよさそうである。また、政治部門による民主的な決定によっても奪われるべきでない基本的人権の制限が争点となっている事案については、積極的な司法審査が正当化されてもよさそうである。これは、経済的自由規制立法の司法審査につき司法消極主義を維持しつつ、民主主義のプロセスの機能不全や「差別され排除されてきた少数者」の基本的自由に関わる問題については、裁判所による厳格審査を正当化する立場であり、のちの「二重の基準」論へと発展的につながる思考である。しかし、これらすべての領域を貫通する仕方、フランクファータは消極主義を説く。

第一に、議員定数不均衡をめぐる一連の事件である。Baker v. Carr, 369 U.S.186 (1962)において最高裁は、「議席配分は政治問題であり、司法審査権は及ばない」としていた先例 (Colegrove v. Green, 328 U.S.549 (1946)) を覆し、議席配分を法問題としたうえで、違憲判決を下す。これに対して、フランクファータは反対意見を執筆し、連邦裁判所は、主権を有する州政府に対して、彼らの議会の議席をどのように配分すべきかを命ずる権限をもたないとし、仮にこのような問題に裁判所がかかわるならば、裁判所は、「政治的な繁み (political thicket) のなかに分け入る」こととなるとしている。

第二に、民主的政治過程の維持にとって肝となる「言論の自由」についても、司法消極主義がとられる。Dennis v. United States, 341 U.S.494 (1951) は、共産党を組織し、政府転覆の必要性を唱導したとして、連邦反共法であるスミス法の下で、党幹部らが起訴された事件である。法廷意見は、犯罪や違法行為の唱導を処罰することができるのは、当該言論によって「明白かつ現在の危険」が生ずる場合に限り、とされたうえで、本件においては、政府転覆の「明白かつ現在の危険」が存在したとして被告人を有罪とした。フランクファータは、結果同意意見を執筆し、「判事は立法者ではない。直接的な政策形成はわれわれの任務ではない」ことを強調し、「明白かつ現在の危険」の法理の適用にこだわらず、国家の安全の利益に関する立法者の第一次的判断の尊重を説く。

第三に、フランクファータの消極主義は、「少数者」への配慮が特に要請されてきた「信仰 (良心)

の自由」の領域においても貫徹される。信仰上の理由に基づき、公立学校での国旗敬礼を拒んだエホバの証人の生徒を退学処分とすることの修正1条 (信教の自由条項) 違反が争われた *Minersville School District v. Gobitie*, 310 U.S.586 (1940) において、フランクファータ執筆の法廷意見は、修正1条違反の主張を退ける。法廷意見は、「宗教的信条は、市民を、その有する政治的責務 (political obligations) の不履行から免除するものではなく、また、エホバの証人の子供たちを、国旗敬礼行事への参加から免除することは、他の子どもたちの心のなかに疑念を抱かせ、国家への忠誠心を減じさせる虞がある」と判示する。ここから、アメリカに忠誠を誓い、英語を学び、同化すること (Anglo Conformity) によって連邦最高裁判事にまでのぼりつめた移民の子独自の「ナショナリズム」を読み取ることも可能であるが⁽¹⁾、合憲判決の決め手とされているのは、国旗への敬礼を義務付ける公立学校規則を制定した教育委員会 (school board) の決定に対する敬讓の必要性である。のちに最高裁は、同じくエホバの証人の生徒による国旗敬礼拒否が争点となった *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S.624 (1943) において、最高裁は、Gobitie 事件判決を覆した。右判決後、エホバの証人に対する攻撃的な嫌がらせが増加し社会問題となっていたが、フランクファータは反対意見を執筆し、宗教的少数者の信仰の自由を擁護する法廷意見に対して個人として全く同意するが、「判事として」同意できないことを説き、次のように述べている。「本裁判所の一員として、私は、政策をめぐる私的見解を憲法の中に読み込むことは正当化されない。判事としての義務は、一般の人々の義務とは別のものである。そして、この義務を遂行するにあたって、法の賢愚 (wisdom or evil of a law) に関する自己の意見を排除すべきことは、いくら強調してもしすぎることはない。」

5 念のため指摘しておく、フランクファータは決して「人権感覚」に欠ける人物ではない。1919年から20年にかけて、國務長官M・パーマーの下で実施された、約500人の外国人左翼活動家の逮捕及び国外追放事件 (Palmer Raids) に際しては、法執行に際しての数々の違法行為を糾弾する American Civil Liberties Union のレポートに著名法律家とともに署名し、のちに全米最大の人権擁護団

体となる ACLU の創成期を支えた（もっとも、これについては、かつて長官補を務めたフランクファータにとって古巣でもある労働省が、国外追放の執行責任を負わされ、パーマーの違法な法執行をめぐって対立していたという背景もある）。また、冤罪の疑いが濃く、被告人自身最後まで無罪を主張しながら死刑を執行されることとなった 1920 年のサッコ＝ヴァンゼッティ事件では、フランクファータは、再審に向けて熱心に活動したことでも知られる⁽²⁾。サッコ＝ヴァンゼッティ事件とは、強盗殺人事件である。もともと有罪の証拠の信憑性が乏しい事件であったことに加え、イタリア人移民である二人の被告人が、第一次世界大戦中、徴兵忌避をした愛国心に乏しい人物であること、また、彼らが無政府主義の活動家でもあることなどを、検察官や裁判官がことさら強調し、反移民主義と反共主義の偏見に囚われていた陪審員たちを誘導したとして批判されている。

6 1990 年代後半になり、司法消極主義は、積極評価されることとなる。人種別学を違憲とする *Brown v. Board of Education*, 347 U.S.483 (1954) や、妊娠第一期の中絶の自由を憲法上の権利として認める *Roe v. Wade*, 410 U.S.113 (1973) 等の司法積極主義に対する反動として、80 年代に至ってレーガン＝ブッシュの共和党政府は、憲法の「原意 (original intention)」に忠実な裁判官に連邦最高裁の議席を与えることを選択する。それによって、ウィリアム・レーンキスト長官、アントン・スカリア、クラレンス・トマスらの保守派の裁判官が相次いで任命され、法廷意見の形成をリードする。とくにスカリアは、憲法の規範内容を、200 年前の憲法起草者が抱いていた具体的意味に限定するものであり、多くの先例を覆すものであった。リベラル派は、最高裁に対して、社会改革の夢を託せなくなる。そういう流れのなかで、ハーヴァードやエール大学・ロー・スクールを中心に台頭してきた 1 つの潮流が、ポピュリズム憲法学である。『最高裁判所の手から、憲法を取り戻せ』という M・タシュネットの著書のタイトルは、象徴的である。司法消極主義は、今度は、批判理論として注目を集めることとなる⁽³⁾。

7 しかし、少なくともフランクファータの司法消極主義についていえば、ポピュリズム憲法学との接合は難しい。そのことによって、フランクファータ

の司法消極主義の特色が明らかとなるとともに、ポピュリズム憲法学の置かれた困難が示される。

第一に、ポピュリズム憲法学は、まとまりをもった集合的決定の主体である「われら、人民 (We The People)」の存在を前提としていない。フランクファータは、自らをアメリカ人として「陶冶」してくれた「共通の文化」= Anglo Conformity の存在を所与とし、その意味での「自由への強制」を受け入れた。かかる「アメリカ」へのコミットメントが、政治部門による民主主義的決定に対する尊重へとつながる。ところが、90 年代ポピュリズム憲法学は、Anglo Conformity 的な「統合」の物語を、民族的・文化的など様々な「集団 (group)」の特徴によって定義される「少数者」を抑圧するものとして拒絶し、「文化的」差異を、法的・政治的に再現することを正義とする「差異の政治学」や「熟議民主主義」への共感を示す。この世代が、大学生時代のベトナム戦争の経験によって、アメリカの正義に対して根深い不信を植えつけられていることも大きい。しかし、M・タシュネットを代表とする、この世代の「批判的法学運動 (Critical Legal Studies)」は、1920 年代のリアリズム法学の正統後継者を自認しつつも、それとは異なり、社会実験による進歩の可能性を根源的に懐疑し、政治から自律した法学の可能性を否定するため、制度の構築へと向かう理論的な力を逆に喪失する⁽⁴⁾。

第二に、ポピュリズム憲法学が 2000 年代になり、アカデミズム憲法学の主流となりつつあるなか、現実の政治社会においては、オバマの民主党政権に対する不満から、「ティー・パーティー」を典型とする素朴ポピュリズムが台頭している。「ティー・パーティー」のポピュリズムは、「小さな政府」というアメリカ的伝統に訴えかけるようにみえながら、実はそうでなく、アメリカが、その公的アイデンティティの拠り所としてきた「開かれた社会」の理想を拒絶する。「あなたの国で、貧困に疲れ、恐怖に凝り固まって自由に呼吸したがっている人々を連れてきなさい」(E・ラザラス)。自由の女神像の台座の銘板に刻まれたこの精神こそが、フランクファータが、主観的意図においては、Gobitie 判決で擁護しようと試みた「アメリカ」であった。ポピュリズム憲法学は、「自由への強制」を「文化的抑圧」とし否定する点において、フランクファータの司法消極主義と異質である。

もっとも、フランクファータの司法消極主義が、

標榜されているような民主主義的なものであったのかは、疑義を呈することができる。その判決からは、政府の行政部門への敬讓は読み取れても、一般人民への敬讓は必ずしも読み取れない。フランクファータの司法消極主義が信頼していたのは、主権者「人民」ではなく、ハーヴァード・ロー・スクールの学友たち、すなわち、最新の社会科学の知見を学んだエリート法律家たちから成る改革官僚集団ではなかったか。これを、エリート主義として批判するのは容易であるが、他方で、民主主義的決定の主体である「人民」とはだれをさし、かかる「人民」をいかにして形成するのかという間に答え得ていないポピュリズム憲法学は無責任との誹りを免れまい。

注

- (1) 蟻川恒正『憲法的思惟—アメリカ憲法における「自然」と「知識」』（創文社、1994年）151～158頁、271～283頁を参照。「国旗は、われわれのnational identityの象徴である」とする一文を判決の中に書き込むこととなるフランクファータを、蟻川は説明して、いう。「ユダヤ系オーストリア人であったフランクファータがアメリカの地に渡ってきたのは12歳の時であり、このとき一言も英語を喋れなかった彼は、English-speaking習得の過程がそのままアメリカ人になることであるような道程を生きなければならなかった。その

場所がpublic schoolであり、そのときの彼の『英雄』が、エイブラハム・リンカーンである。」「かつてのユダヤ的特性をpublic schoolでのEnglish-speakingの習得という姿勢において脱色していった自らの経験と同じ途を、訴訟当事者である『エホヴァの証人』にも歩ませようとしたのである。」

- (2) サッコ＝ヴァンゼッティ事件に対するフランクファータのコミットメントについては、奥平康弘「尽きぬ『冤罪』をめぐる議論—サッコ＝ヴァンゼッティ事件」（同『憲法にこだわる』（日本評論社、1988年）所収、228～241頁）を参照。また、同書所収の「ユダヤ人の椅子—合衆国最高裁裁判官の任命事情」（173～183頁）は、L・ブランダイス⇒B・カードゾー⇒F・フランクファータ⇒A・ゴールドバーグ⇒A・フォータスへと継承されていった連邦最高裁のユダヤ人裁判官人事を分析し、アメリカ法曹界におけるユダヤ系市民の地位を考察した興味深い論考である。
- (3) タシュネット憲法理論につき、さしあたって参照、大河内美紀「マーク・タシュネット」（駒村圭吾他編『アメリカ憲法の群像』（尚学社、2010年）179～201頁）。
- (4) 拙著『リベラルな共同体—R・ドゥオーキンの政治道徳理論』（勁草書房、2002年）61～103頁を参照。

（こいずみ よしゆき 法学部教授）