

## シャドー・ドケットと連邦最高裁の正当性と政治化

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 武蔵野大学政治経済研究所 公開日: 2024-03-13 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大澤, 秀介 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://mu.repo.nii.ac.jp/records/2000158">https://mu.repo.nii.ac.jp/records/2000158</a>

# シャドー・ドケットと 連邦最高裁の正当性と政治化

大澤 秀 介

## 1 はじめに

近年アメリカの連邦最高裁判所（以下「連邦最高裁」という。）は、社会の分断化状況の中で保守的イデオロギーが色濃く反映した憲法判決を下している。その直接的背景としては、トランプ大統領によって3名の保守派の裁判官が任命されたことによって、連邦最高裁内の保守派とリベラル派の構成が6名対3名となり、保守派が絶対的な多数派となったことがあげられる。

そのような保守的な連邦最高裁が、最近下した保守的イデオロギーに基づく典型的な判決として、2022年の *Dobbs v. Jackson's Women's Health Organization*<sup>1</sup> をあげることができる。Dobbs 判決は、1973年の *Roe v. Wade*<sup>2</sup> で憲法上の権利として認められた女性の人工妊娠中絶（アボーション）に関する自己決定権を事実上覆したものである。具体的には、子宮内での胎児の生存可能性（fetal viability）が見られるようになる妊娠15週目以後の人工妊娠中絶をほぼ禁止するミシシッピ州の法律<sup>3</sup> を合憲とし、Roe 判決および1992年にRoe判決の基本的骨格を先例拘束性の原則の下で認めた *Planned Parenthood v. Casey*<sup>4</sup> の判決を覆したものである。

Dobbs 判決は、Roe 判決を覆すために連邦最高裁を含む司法部への保守派裁判官の就任の促進や、学界およびロースクールの保守化をめざすフェデラリスト協会（Federalist Society）<sup>5</sup> などの政治的、社会的保守勢力の活動の成果といえることができる。そして、Dobbs 判決が注目されるのは、

この判決が今後保守派の主張する修正 14 条の下で女性のアポーションの権利に代えて胎児の権利 (fetal rights) を認めるのではないかと<sup>6</sup>、同性愛や同性婚に関する先例を覆す判決を下すことにつながる可能性があるのではないかと、見られているためである。

このように Dobbs 判決は、アメリカ社会の分断化状況の中で、保守派とリベラル派の対立を反映した、保守派裁判官によるイデオロギー色の強い判決という見方が可能である<sup>7</sup>。ただ、Dobbs 判決の結果は、すでに判決前に予測されうるものであったといわれる。この点でしばしば言及されるのが、2022 年 5 月 2 日にアメリカのニュースメディアであるポリティコ (POLITICO) が、判決前にネット配信した Dobbs 判決の法廷意見の草案<sup>8</sup>である。

しかし、実は連邦最高裁がアポーションの権利を認めた Roe 判決を破棄する可能性は、すでにテキサス州法の執行に対する差止命令の申立てにかかわる 2021 年 9 月 1 日の Whole Woman's Health v. Jackson<sup>9</sup> で示唆されていたのである<sup>10</sup>。ただ、この事件は差止命令の発給をめぐるものであり、連邦最高裁は発給を認めないとする決定を下したが、差止命令をめぐる事件であるために、本案判断は示されず、審理は十分には行われなかった。さらに、この連邦最高裁の決定が、どの裁判官によって執筆されたのかも明らかにされなかった。たしかに、反対意見としてブライヤー (Stephen Breyer) 裁判官、ケーガン (Elena Kagan) 裁判官が加わったロバーツ (John Roberts) 首席裁判官の反対意見およびソトマイヨール (Sonia Sotomayor) 裁判官とケーガン裁判官が加わったブライヤー裁判官の反対意見があることから、保守派裁判官のいずれかが差止命令を拒否する連邦最高裁としての判断を下したものと推察することは可能である。しかし、どの裁判官が執筆し、他の裁判官がどのような判断を示したのかを正確に知ることはできないものであった。

さらに問題となるのは、Roe 判決が Casey 判決で一部修正されたとしてもその核心部分は維持され 50 年近くになる状況下で、憲法上重要な

Roe 判決を覆すことの示唆を、差止命令の申立てにかかわる事件において、どの裁判官が決定理由を執筆したのか、また同意意見や反対意見を述べた裁判官以外の見解がどのようなものなのかが明らかにされないままなされたことである。そのような事態は、本案判決の場合には保守派とリベラル派双方の裁判官のイデオロギー的な憲法理論、憲法解釈の相違や対立について、双方の根拠を部外者が確認できるのに対して、差止命令などの決定では法的根拠や各裁判官の賛成の程度などが不明確なままに判断が下されるという問題を有する。それに対して、裁判官のイデオロギー的対立を超えて、裁判官とくにその決定に与した保守派裁判官の政治的見解の開陳ではないかという批判もありうるところである。

さらに、連邦最高裁はいま述べたアポーシヨンの事案に限定されず、近年幅広い分野で差止命令や手続の停止命令 (stay) の申立てに対する決定を通して、本案判断を経ることなく連邦最高裁の保守的な見解を示し、またこれまで本案事件と異なり伝統的に認められてこなかった<sup>11</sup>はずの先例として、下級審に決定を遵守するよう求める立場を明らかにしている。本稿では、命令に関する事件表 (orders docket) のなかで、差止命令や手続の停止命令などの緊急の救済として認められるものに基づいて、連邦最高裁が重要な事案に判断を下すという傾向<sup>12</sup>を示す言葉として最近言及されるシャドー・ドケット (shadow docket)<sup>13</sup>をめぐる議論と問題点を紹介し、それを連邦最高裁の政治性という観点から検討していくことにしたい。

具体的には、まずシャドー・ドケットがなぜ近年注目を集めるに至ったのかについて、Whole Woman's Health 決定によりながら説明する。つぎに、本案事件審理表 (merit docket)、命令事件審理表、シャドー・ドケットの相違を明らかにする。その上で、シャドー・ドケットの問題点について、この分野で注目を集めているブラデック (Stephen Vladeck) 教授の所説を参考にして検討する。最後にシャドー・ドケットの問題点に対する改革案を瞥見した上で、それら改革案の限界と連邦最高裁の正当性の動揺について触れることにしたい。

## 2 シャドー・ドケットと具体例

### (1) シャドー・ドケットの顕現

連邦最高裁が命令事件表によって差止命令や停止命令などを発給することは、憲法制定直後から見られたものである。もっとも、1957年のダグラス裁判官によるスパイ犯罪容疑で逮捕されたローゼンバーグ夫妻の死刑執行に対する停止命令などを除けば<sup>14</sup>、これまで目立った判断は見られなかった<sup>15</sup>。ところが、近年差止命令等の数が増大し、しかも社会の注目を引く事案が、本案判決ではなく差止命令や停止命令などの命令の形で判断され、その影響力が大きなものとして注目を集めるようになってきている。対象となる分野も移民法、政府のコロナ感染症対策などかなり広範に及んでいる<sup>16</sup>。そのような状況の中で、差止命令や停止命令など一定の命令事件表がシャドー・ドケットと呼ばれるようになった。その名付け親は、シカゴ大学ロースクールのパウデ（William Baude）教授である。

パウデ教授は、2015年の論文「最高裁のシャドー・ドケット」において、初めてシャドー・ドケットという言葉を使用し、そこでシャドー・ドケットを「（連邦最高裁の）通常の手続の規則正しさ（procedural regularity）を無視するようなある範囲の命令および略式判決」をさすとした<sup>17</sup>。その論文の中で、パウデ教授は、連邦最高裁の2013年開廷期を振り返りながら、本案判決にはとくに目ぼしいものがなく、むしろ決定の中に多くの注目すべきものが存在するとした。それら決定には法的理由が付されず、裁判所の判断に個々の裁判官がどの程度同意したのか不明確であるという特色を有するとした。このような状況の中で、連邦最高裁の理解のためにシャドー・ドケットを理解することが是非必要であるとしたのである<sup>18</sup>。

このシャドー・ドケットについて、パウデ教授は、命令形式それ自体は必ずしも悪いものとはいえないが、本案事件と比較して、連邦最高裁の判断の正当性を担保する手続過程における一貫性と透明性の低下という事態

を生じさせているとした。そして、そのような事態は連邦最高裁の判断が過度に政治的なものであるとして、正当性に対する疑義を招くという問題点を有するとしたのである<sup>19</sup>。

## (2) Whole Woman's Health v. Jackson の内容

パウデ教授の指摘以後、連邦最高裁は次第に世間の注目を引く多くの問題を略式命令やシャドー・ドケットでの決定を通して行うようになった。そのうちシャドー・ドケットの重要性と問題性が最も顕著に示され、また論争的な事例となったのが、2021年9月の差止命令の申立てにかかわる Whole Woman's Health v. Jackson である<sup>20</sup>。この事件では、Dobbs 判決と同様に、アリトー (Samuel Alito)、バレット (Amy Coney Barrett)、ゴースッチ (Neil Gorsuch)、カバノー (Brett Kavanaugh)、トーマス (Clarence Thomas) の各保守派裁判官とブライヤー、ケーガン、ソトマイヨールの3名のリベラル派裁判官が対立した形で、連邦最高裁の判断が示された<sup>21</sup>。その対立の激しさは、ブライヤー、ケーガン、ソトマイヨールの各裁判官が、それぞれ反対意見を執筆し、その反対意見に他の2人が加わる形となっていることから明らかである。

Whole Woman's Health 事件の概要は、以下のようなものである。テキサス州は、2021年に心臓鼓動法 (Heartbeat Act<sup>22</sup>, Senate Bill 8。以下「S.B.8」という。)を制定し、妊娠後約6週後とされる胎児の心臓の鼓動が認められるとき<sup>23</sup>には医師によるアボーション手術を行うことはできず禁止されるとした。S.B.8は、また私人がアボーション手術を行った医師や手助けした者らに対して、差止命令や損害賠償を求める民事訴訟を提起することによって法執行を目指す道を用意していた。さらに、S.B.8は、アボーション手術を行った医師らからの提訴を限定していた。このような厳しい内容のS.B.8に対しては、制定直後から数多くの違憲訴訟が提起され、その中で本件はS.B.8が合衆国憲法に違反することを理由に、アボーション医師らが州裁判所の判事や公務員を相手取り、法執行に対する差止

命令などを求めて連邦裁判所に提訴した事案である<sup>24</sup>。

この事件で、原審の第5巡回区連邦控訴裁判所は、原告の求めた差止命令を認めず、それに代えて連邦地裁の手続を停止する命令を発した。これに対して原告が連邦最高裁に対して、2021年8月30日に緊急の差止命令による救済として、第5巡回区控訴裁判所の停止命令の取消しなし直接S.B.8の執行を禁止することを、連邦最高裁で第5巡回区を担当するアリトー裁判官に求めた<sup>25</sup>。アリトー裁判官は、差止命令の申立てに対する応答を8月31日午後5時までに提出するように求め、9月1日に連邦最高裁に申立てが回付された。なお、8月31日午後12時にS.B.8は施行されることになっていた。

### (3) 連邦最高裁の判断

差止命令の申立てに対して、連邦最高裁は9月1日に簡潔な文言で差止命令の発給は認められないとする決定を下した。連邦最高裁は先例である *Nken v. Holder*<sup>26</sup> によりながら、停止命令ないし差止命令の申立てが認められるためには、申立人は厳格な要件を充足していることを立証しなければならなかった。それら要件とは、本案勝訴の可能性、停止命令がないことによる回復し難い損害の存在、衡平の観点から優位と認められること、停止命令が公益にかなうことである。ただし多数意見は、そもそも本件申立てには複雑で新たな手続上の問題があり<sup>27</sup>、それを原告は克服していないから、差止命令の発給要件を充足したということはできないとした<sup>28</sup>。最後に多数意見は、この決定がS.B.8の合憲性に対するいかなる結論に基づくものでもないとした。

この多数意見に対し、ブライヤー裁判官とソトマイヨール裁判官は、ともに本案に着目して反対意見を著した。ブライヤー反対意見は、州は女性の妊娠3期中で第1期ではアボーションの権利を規制することはできず、州の行為は規制権限を医師および当該女性を除く何人にも委任することはできないとする *Planned Parenthood of Central Mo. V. Danforth*<sup>29</sup> の

下で禁じられているとした<sup>30</sup>。一方ソトマイヨール反対意見は、多数意見はテキサス州でアブーシオンを求める女性と医師らに深刻な害悪を与えるものであるとし、医師らが緊急の救済を求めたにもかかわらず、連邦最高裁が救済に対する判断をせず放置したため、S.B.8の執行がなされることになってしまったと批判した<sup>31</sup>。

これに対してブライヤー裁判官とケーガン裁判官が加わったロバーツ首席裁判官の反対意見は、手続面から多数意見を批判した。S.B.8は、アブーシオンを禁止する法執行を私人に委ね、たとえば医師が法に違反してアブーシオン手術を行った場合には、私人が損害賠償の訴訟を提起するなどの形で法を執行しようとするが、そのような形でアブーシオン規制法の執行責任から州を逃れさせることは、異例で先例のないものであると批判した。連邦地裁や連邦高裁の判断を踏まえることもなく、本法廷が2日間という短時間内で、本案審理におけるような弁論や書面提出もなしに判断を下すことはできないので、医師らに差止命令による救済を認め、その間に連邦地裁や連邦高裁に判断の時間を与えるべきであるとした<sup>32</sup>。

反対意見の中で、とくにシャドー・ドケットについて触れたのがケーガン裁判官の反対意見である。ケーガン反対意見は、連邦最高裁の今日のシャドー・ドケットによる決定が、通常の上訴過程からいかに外れたものとなっているかを示しているとした。すなわち、今日の決定が非常に大きな結果をもたらすにもかかわらず、多数意見は連邦高裁の審理が終わる前に決定を行い、しかもそれはきわめて短い当事者の主張書面と72時間に満たない時間しかかけずに下されたものである。多数意見は、S.B.8が明白にRoe判決の下で違憲であり先例のない法執行の形式をとるものとする主張が、なぜ勝訴の可能性がないといえるのかを説明することなく、差止命令の申立てを認めなかった。これらの点から見て、本件の多数意見の決定は本法廷のシャドー・ドケットでの意思決定の象徴といえる。そこでは理由が語られず、一貫性が欠け、擁護が不可能なものとなっていると強く批判したのである<sup>33</sup>。



#### (4) Whole Woman's Health 決定が注目される理由

いま述べた Whole Woman's Health 決定は、政治的、社会的に大きな注目を集めた。

その理由として少なくとも4点考えられる。第1に、社会的にはS.B.8がここ何十年で最も厳しいアボーション規制法であるため、テキサス州のアボーション希望者やアボーション手術を行う医師や医療関係者にとって、深刻な事態を引き起こしたからである。S.B.8は、Whole Woman's Health 決定において連邦最高裁が法執行を停止しないという判断を行ったために、2021年9月1日から施行されることになった。その結果、テキサス州に存在するこれまでの規制で数少なくなったアボーション・クリニックでは、夜遅くまで診療が行われた。たとえばフォートワース市にある Whole Woman's Health クリニックでは、8月31日午前0時ギリギリまでアボーション希望者に対する診察や治療が行われた。しかし、それでも9月1日以降は多くの予約が無駄になることになった。たしかに、S.B.8の下でも妊娠6週以前に気づけばアボーション手術を受けられる可能性があるが、仮に6週以内に妊娠に気がついたとしても、クリニックへの予約や遠隔地からの移動の手間などを考えれば、アボーション手術を受けることは非常に困難なものとなった<sup>34</sup>。

第2に、法的には多くの法律専門家やマスメディアが、連邦最高裁はミシシッピ州のアボーション規制法が争われていた Dobbs 事件での判決を下すまでは、S.B.8の執行を停止すると見ていた中で、予想外の結果と受け止められたためである。反アボーションの活動家は、妊娠15週目以後のアボーションを原則禁止する Dobbs 事件こそ Roe 判決を覆すものとして見ていた。Dobbs 事件で争われていた州法は、Roe 判決以前にアボーションを禁止していた各州の法律をベースにしていた。それに比べ、妊娠6週目以後のアボーションを禁止する S.B.8は、かなり強く踏み込んでいたからである。したがって Whole Woman's Health 決定は、Dobbs 事件における反アボーション派の勝利と Roe 判決が覆ることをはっきりと予想

させるものになったのである<sup>35</sup>。

第3に、決定は、ロバーツ首席裁判官が連邦最高裁内でキャストینگ・ボートを握る立場にないことを示していた。それは、その後の連邦最高裁のイデオロギー的位置付けを明確にしていたものであった。かつてロバーツ首席裁判官は、オバマケア（Obamacare）に関する *National Federation of Independent Business v. Sebelius*<sup>36</sup> において、事前の予想とは異なり最終的には中間の立場をとり、課税権限（Taxing Power）に基づいて連邦最高裁の合憲判決を導き出し、キャストینگ・ボートを握る立場にたつことを選択した。しかし、キャストینگ・ボートが成り立つためには、ケネディ（Anthony Kennedy）裁判官のときのように、保守派の裁判官とリベラル派の裁判官が5名対4名というような形で拮抗していることが前提となる。その意味で、現在の最高裁は保守派の裁判官が絶対的多数を握っており、裁判官の死去ないし引退などが無い限りロバーツ首席裁判官がキャストینگ・ボートを握ることは困難であり、連邦最高裁内での保守派とリベラル派の対立は保守派の安定的優位の下で継続することになったと見られたのである。

最後にもっとも重要な注目点は、決定が政治的に大きな影響を与えうるということであった。アポーシオンは、これまでの選挙において最重要争点の1つであった<sup>37</sup>。そのため、Whole Woman's Health 決定が Roe 判決を覆すことを示唆するものであったため、多くの民主党員は Roe 判決を支持するために投票所へと向かうと予想されていた。実際、2022年の中間選挙の結果では、事前に予想された共和党の「赤い波（Red Wave）」現象は生じなかった。民主党支持者は、アポーシオンの権利を否定する連邦最高裁の判断が他の領域へと拡大することを懸念し、投票所へ大挙向かったからである<sup>38</sup>。このような選挙民の動向は、もちろん民主党議員にとっても重要な関心事であり、一定の行動を取る必要に迫られることになった。

具体的には、Whole Woman's Health 決定は、連邦議会とくに上院の民

主党議員の注目をひき、連邦最高裁のシャドー・ドケット<sup>39</sup>に対する公聴会が2021年の9月29日に開催された。上院の司法委員会で民主党の議員は、連邦最高裁が近年シャドー・ドケットを使用して保守派の主張をとみに支持するようになってきているとした。なかでも司法委員会の委員長であるイリノイ州選出のダービン（Dick Durbin）上院議員は、連邦最高裁はシャドー・ドケットを用いてより多くの政治的で論争的な決定を行い始めており、文面を見る限りイデオロギー的側面を示していると批判したのである<sup>40</sup>。この批判は、現在の連邦最高裁のイデオロギーや政治性を理解することの重要性を示唆しているが、その点を十分理解するためには、そもそも連邦最高裁のシャドー・ドケットとこれまでの命令ドケットとの異同をまず理解しておく必要がある。

### 3 シャドー・ドケットと命令ドケット

#### (1) 本案ドケットと命令ドケット

連邦最高裁の本案事件では、両当事者から主張書面の提出を受け、弁論を開き、事件に対する判断を説明する意見を各裁判官が執筆するという形で進められる。その際、法廷意見をどの裁判官が執筆し、どの裁判官が同意したのか、そしてどの裁判官が反対意見に回ったのかが明らかにされる。また、非当事者であっても裁判所の友（*amici curiae*）として連邦最高裁に補足的な情報と意見を提供することができる。そして、判決は公表され、だれでもその内容を確認することができるものとなっている。近年連邦最高裁は、サーシオレイライ（裁量上訴）を認める事件を重要なものに絞って年間60件から70件程度としているため、連邦最高裁の判決は以前にもまして社会的、政治的に注目され、法曹やマスメディア等によって精査される傾向がある。

一方、連邦最高裁の命令ドケットについては、詳細は明らかになっていないが、つぎのように説明されている<sup>41</sup>。命令ドケットについては、連邦

最高裁が手続について規則を定め、本案の審理がなされる前に緊急の救済である命令の申立てが求められる。命令の多くは最低限の書面審理でなされ、弁論はなされないが、この命令ドケットにおいて死刑執行の許可、下級審の命令の停止あるいは判決の破棄など重要な問題が決定されることがある。これまでのこの種の重要な決定は、例外的な場合にとどまっていたが、近年は多くの重要な問題が簡略な命令の形で判断されることが多くなってきた。実際、2021年の夏頃から66の緊急の命令が発せられたのに対して、本案判決は60件にとどまるという逆転状況が生じており<sup>42</sup>、シャドー・ドケットの占める重要性は高いといえる。

## (2) 差止命令、停止命令

差止命令は、当事者に対して一定の作為又は不作為を命じるものである。連邦地裁が仮差止命令を発給した場合、敗れた当事者は連邦高裁に連邦地裁の差止命令に対して停止命令(stay)の申立てをすることができ、連邦高裁が申立てを認めない場合には、連邦最高裁に対して差止命令の停止を申し立てることができる。連邦最高裁が差止命令を停止する場合には、その停止命令は連邦最高裁が事件の本案を審理するようになるまで効力を有し、その間差止命令で命じられていた行為は再度履行されうることになる<sup>43</sup>。

いま述べたような差止命令や停止命令は緊急の救済(emergency relief)であるから、本来一時的なものであり、事件が本案について審理されるまで、現状を維持することを意図するものであった<sup>44</sup>。ところが、シャドー・ドケットでは現状変更を求める場合がある。にもかかわらず、連邦最高裁は緊急の救済であるために短い日時で決定を下すよう求められる。このような中で、下級審の差止命令に対する停止命令が連邦最高裁で下されるほとんどの事件で、連邦最高裁は事件の本案をなかなか審理しない傾向が見られる。そのような場合に停止命令が下されると、その命令は長年にわたって効力を維持し続けることがほとんどであった。そのため、

事実上連邦最高裁の停止命令発給に関する判断が、当該事件についての連邦最高裁の最終的な行為にあたるが多くなっているとされる<sup>45</sup>。Whole Woman's Health 決定でも、連邦最高裁は命令を発給しなかったために、S.B.8 は9月1日になって施行されることになったのである<sup>46</sup>。

## 4 ブラデック教授の議論

### (1) 議会公聴会での証言

先述した議会公聴会での議論で注目されたのは、テキサス大学ロースクールのブラデック教授の証言である。ブラデック教授は、すでに2018年にシャドー・ドケットに関する論文<sup>47</sup>を発表し、さらに2021年6月30日には「連邦最高裁に関する大統領委員会」(以下「大統領委員会」という。)で証言を行なった<sup>48</sup>。上院司法委員会での証言は、それまでの実績を踏まえてなされたもので、ブラデック教授の見解を要領よく示している。ブラデック教授は、その後2023年5月にシャドー・ドケットに関する著書<sup>49</sup>も刊行しているが、本稿との関係では、Whole Woman's Health 決定後の9月29日に行われた上院司法委員会での証言が重要と思われるので、それを中心に言及することにした。

まずブラデック教授は、議会証言の目標をこれまでのシャドー・ドケットの展開の経緯を踏まえて、Whole Woman's Health 決定でのケーガン反対意見を支持する理由を詳細に述べることにあるとした。具体的には、ここ数年における重要なシャドー・ドケットの諸事件を整理した上でその特色を明らかにし、つぎにシャドー・ドケット増大の理由と問題点を指摘し、さらにシャドー・ドケットにおける重要例としてS.B.8の展開を述べ、最後に連邦議会および連邦最高裁が改革の際に考慮すべき点を述べるとした<sup>50</sup>。ただし、S.B.8についてはすでに触れたので、ここでは省略する。

## (2) 近年の緊急の救済に関する6つの特色

まずブラデック教授は、ここ数年の間に連邦最高裁が以前よりもはるかに多くの緊急の救済を認めてきたが、それは量的にばかりではなく質的にも大きな6つの変化が見られたとする。第1に、緊急の救済の中で最も異例で稀な内容の差止命令を認めており、これまで伝統的に緊急の救済で最も多かった死刑の執行を停止する命令の影響が当該事件に限られていたのとは異なるとした。シャドー・ドケットにおける差止命令による救済は、州の政策を直接禁止したり州の政策を禁止する下級審判決を停止する実体的な命令となっているとした<sup>51</sup>。第2に、トランプ政権が非常に多くの緊急の命令を申し立て、連邦最高裁がそれに応じる姿勢を見せてきたとする。第3に、トランプ政権下で緊急の救済が多く申し立てられるのにつれて、連邦最高裁の中でリベラル派の反対意見が、本案事件よりも多く公にされるようになったとする。第4に、シャドー・ドケットの場合には連邦最高裁の判断について、誰が多数意見に与したかを明記する必要がないため、何人かの裁判官の立場が不鮮明になるが、実際にはそれら裁判官の判断が将来的に重要になる可能性が高いことであるとした。第5に、シャドー・ドケットの事件の中から、これまでにない新しい救済が生じているとした。第6に、連邦最高裁は、決定理由が十分に明らかにされない決定を先例として考慮することを下級審に求めていることであるとした。

## (3) シャドー・ドケットとカリフォルニア州の規制

いま述べた6つの点に関する具体例として、ブラデック教授はカリフォルニア州のコロナ感染症規制に関して争われた一連の事件を取り上げた。カリフォルニア州では、州内を感染率の高さに応じて紫、赤、オレンジ、黄と地域を色分けする地図 (blueprint) を作成した。そして、感染率の高い方から Tier1、Tier2 と呼ぶ Tier system を構築した。一連の事件で争いとなったのは、これらの地域で宗教団体の礼拝行事を対面で行うことを世俗団体と同様に規制することが、信教の自由を侵害するの否かであった。

この点をめぐって、連邦最高裁は Tier1 での室内礼拝行事を禁止する等のカリフォルニア州の規制を禁止する差止命令が求められた 2021 年 2 月 5 日の *South Bay United Pentecostal Church v. Newsome (South Bay II)*<sup>52</sup> で、室内礼拝行事を全面禁止する州の規制に対して差止命令を認めた<sup>53</sup>。しかし、その理由について、この事件ではゴーサッチ裁判官の意見 (statement)<sup>54</sup> を除けば、多数意見は明確にしていなかった。さらに、その翌日に同じくカリフォルニア州リバーサイド・カウンティのコロナ感染症対策として屋内集会をすべて禁止する規制に対する差止命令が求められた *Gish v. Newsome*<sup>55</sup> で、その申立てを本案判断前のサーシオレイライと読み替えて、それを認める略式命令を発した。その命令では、連邦地裁に対して *South Bay II* 決定の下での審理を命じる判断が示されていたが、それは匿名のものであった。そして、連邦最高裁は決定理由を十分に明らかにしないまま、*South Bay II* 決定をあたかも先例として考慮することを連邦地裁に求めたのである。

その後宗教団体が屋内での集まりを 3 世帯に限定するカリフォルニア州のコロナ感染症規制<sup>56</sup> に対する差止命令を申し立てた 2021 年 4 月 9 日の *Tandon v. Newsom*<sup>57</sup> で、連邦最高裁は一連のカリフォルニア州のコロナ感染症規制事案で、これまですでに 4 つの原理を明らかにしてきており、それらの原理を適用すれば本件の結論も導き出されるはずだとして差止命令を発した。4 つの原理とは、第 1 に、州の規制は信教の自由の侵害にかかわり、厳格審査基準が適用されること、第 2 に、信教の自由の観点から宗教活動を世俗活動と比較するときには、その活動が及ぼすリスクを見るべきこと、第 3 に、厳格審査基準の下で、政府はコロナ感染の一定のリスクが礼拝に常に存在するかまたは世俗行事にはまったく欠如していることを立証しなければならないこと、第 4 に、政府が訴訟の過程で規制を撤回または修正してもそれは事件をムートにするものではなく、再度規制されるおそれが残る場合には差止命令を求めうということである。

連邦最高裁は、本件でもこれら 4 つの原理を適用すれば、カリフォルニア州の規制は世俗の事業を宗教行事よりも厚遇し、宗教団体の礼拝が及ぼす

リスクは世俗事業より少なく、室内の礼拝でも事前の対策をとることはでき、そして現在規制は少なくなっているが、これまでの強い規制が再度行われるおそれがあることがわかるとしたのである。

この連邦最高裁のあげた4つの原理は、実体的判断にかかわるものであり、しかも一連の事件に関する先例が存在するかのような姿勢を示したものとといえる。実際、連邦最高裁は Tandon 決定で、第9巡回区控訴裁判所によるカリフォルニア州のコロナ感染症規制に対する判断を拒否するのは5回目であることを強調し、カリフォルニア州の地図システムに対して厳格審査基準が文字通り厳格に適用されるべきだとしたのである。

ブラデック教授は、上記6点の特色とカリフォルニア州の規制にかかわる具体例を踏まえた上で、つぎのように要約した。「もはや合理的な観察者であれば、過去数年の重要なかつ広範なインパクトを及ぼすシャドー・ドケットにおける決定の劇的な増大が見られることは論争の余地がない。これらの決定は異例なほど断片的である。それらの決定は、連邦最高裁からの手続的救済の新しい形式につながっている。そして、それら決定の実体的効果は、下級審、政府関係者、法律家、裁判所ウォッチャーの間に、正確にこれらの決定が争点となっている特定の政策とそれらに関連する法理の広範に及ぶ輪郭の2つの点に関して、何を予示しているのかということ进行分析する際に、著しい不安定を引き起こしている。」<sup>58</sup>

#### (4) シャドー・ドケット増大の理由

つぎに、シャドー・ドケット増大の理由について、ブラデック教授は4つの要因があげられるとした。第1に、夏の休みなどで裁判官同士が物理的に離れていても、連邦最高裁が一体として活動することを可能にする物理的手段と規則の変化があり、合議などの対応が容易になされたことである。第2に、現在多数派の保守派の裁判官が、緊急の救済に関する Nken 判決以来の4要素基準を緩やかに解するという重要な変化があったことである。第3に、保守派の裁判官が多数を占めるという連邦最



高裁の裁判官の構成が変わったことが、シャドー・ドケットをめぐる議論の実体と手続に変化を及ぼしたことである。第4に、緊急の救済として異例な命令が繰り返し用いられることによって、異例とされていたものが次第にルーティン的なものとなったことである。

これら4点の中で、もっとも重要なのは第2点、第3点であると考えられる。それは、これまで差止命令や停止命令発給の要件とされていた4つの発給要件について議論がなされずに、本案に焦点を当てて発給の可否が決せられるようになったからである。ブラデック教授によれば、South Bay II 決定では修正1条をめぐる本案に焦点が当てられ、Tandon 決定では、信教の自由に関する新たな理解に基づいて、判断が示されたとする。

このような状況は、ブラデック教授によれば、緊急の救済を連邦最高裁が発する法律上の権限を超えるものであったとされる。すなわち、緊急の差止命令を発する連邦最高裁の権限は、All Writs Act に基づくものであり、All Writs Act は争われている法的権利が議論の余地なく明らかである場合にのみ、差止命令などを利用可能としていたからである。したがって、Tandon 決定に見られたような、新しく作り出された権利によって緊急の差止命令を発することはできないはずであったと指摘するのである<sup>59</sup>。

そして、ブラデック教授によれば、このように差止命令の発給の際に本案が考慮されたことによって、連邦最高裁の立場は保守派裁判官の見解と強く一致することになったとされる。そのため、今後シャドー・ドケットによる差止命令や停止命令が、州が当事者である事件あるいは連邦政府に好意的な下級審の決定を凍結するために、連邦最高裁に介入するよう求める事件が多くなることが予測されるとした<sup>60</sup>。

証言を締め括るにあたって、ブラデック教授は、これまでのシャドー・ドケットの問題点として指摘されてきたこととして、理由付けの欠如、裁判官の賛否の不明確性、決定の公表時期の不確実性、本案に関する主張書面・裁判所の友の不参加・口頭弁論の欠如、決定の一貫性・透明性の欠如、下級審の判断を経ない早すぎて熟慮を欠く憲法判断などをあげた。その上

で、最終的で最も重要な反対論の根拠として、連邦最高裁の正当性が失われる可能性を指摘したのである。ブラデック教授は、連邦最高裁の本裁判決が最近では1年に60件から70件にとどまる中で、シャドー・ドケットが本裁判決の事件数を凌駕していくことは、連邦最高裁および裁判官の判断に対する人々の認識に悪影響を与え、さらに連邦最高裁の裁判官は次第に広範な法律原理よりも時の政治とくに共和党の政策に好意的なものになりつつあるという批判にさらされることが多くなるとしたのである<sup>61</sup>。

## 5 改革案とその限界

シャドー・ドケットの増大という現象に対しては、すでにみたように多くの問題が指摘されてきた。そのため改革の必要性も強く説かれている。そこでつぎに、それらの改革案とはどのようなものかを見た上で、その実効性について検討することにしたい。

### (1) ブラデック教授による改革の方向性

ブラデック教授は一般的な改革の方向として<sup>62</sup>、シャドー・ドケットの増大は、裁判官が作り出した規範や手続に関して裁判官が加えた変化の結果であるから、まずは連邦最高裁自らが緊急の救済について、手続や判断過程の透明化を図るなどの改革をなすべきであるとする<sup>63</sup>。つぎに連邦議会との関係については、権力分立の観点から司法権への介入を避けるなどの配慮を払ったうえで、議会は慎重に改革を考えるべきであるとする立場を示す。具体的な改革の方向性としては、2つが示される。第1に、シャドー・ドケットによる負担を減らすために、「全国的差止命令」(nationwide injunction) に対する管轄権をコロンビア地区連邦地方裁判所へまとめることや、政府に対する差止命令が出た事件については、早期の本案判断に至るように訴訟手続を迅速化することが考えられるとする。第2に、シャドー・ドケットに見られる一定の特徴、たとえばNken 判決

で示された差止命令発給の4要件などを法律上明記することが考えられるとする<sup>64</sup>。

ブラデック教授の改革案の見解は、シャドー・ドケットが連邦最高裁の規則や慣行から生じたものであるから、裁判所内部の改革を優先するべきことを主張するものである。それに対して、連邦議会による改革は、連邦最高裁の機能や作用に不当に干渉するおそれがあるとする。たとえばシャドー・ドケットの事件で出される命令に関して、すべての裁判官の判断を公表するように義務付けるべきではないとする。それは司法権の独立を侵害する可能性が高いからである<sup>65</sup>。このようにブラデック教授は、基本的に連邦議会の関与について否定的であるが、連邦議会が考慮するとすれば、権力分立との関係からみて、合衆国憲法3条2節2項のExceptions Clauseの下で認められている、連邦最高裁の上訴管轄権を法律によって変更することがありうるとする<sup>66</sup>。

## (2) ヴォール (Sarah Voehl) の見解

ヴォールは、シャドー・ドケットの改革として、連邦最高裁裁判官による決定への署名や理由付けの付加、緊急の救済としての差止命令や停止命令の発給要件の明確化など、判断過程の透明性が重要であることを指摘する。また、ヴォールは、緊急の救済としての命令に先例としての意義を認めないことを明確にし、また命令がWhole Woman's Health決定のように実体的判断を伴うことまでは求められないことを認識すべきであるとする<sup>67</sup>。

このような指摘は他の論者とも重なるところもあるが、ヴォールはさらに「十人目の連邦最高裁裁判官」<sup>68</sup>とも呼ばれる訟務長官 (solicitor general) が緊急の救済を申し立てる状況を制限する指針を、司法長官が策定すべきであるとする。訟務長官は、合衆国を代表して連邦最高裁で連邦法を支持する立場をとるのが主たる任務とされるが、レーガン政権のときに見られたように、訴訟で争われている連邦法と政権との立場が異なる場合には、連邦法を支持する立場をとらない場合がある<sup>69</sup>。それによって、訟務

長官は連邦最高裁に係る事件について、実体的および手続的な影響を及ぼすことがある。ヴォールは、そのような訟務長官の影響力に注目して、緊急の救済を制限する指針を作成するべきだというのである。

連邦議会との関係については、ヴォールも司法権への介入となるおそれがあるとする。ただし、ブラデック教授に比べ、より慎重な姿勢を示している。政治的分断化の影響により、連邦議会による大幅な変更を連邦最高裁の管轄権に加える立法の制定は困難だとするのである。その中で、Nken判決で示された命令発給の4要件は法制化するべきとして<sup>70</sup>、ブラデック教授と見解を共にする。

ただし、ヴォールが、命令発給の要件の法制化を目指すべきとするのは、連邦最高裁内部での意思決定過程の透明性の確保というよりも、決定の根拠を明確にし、国民に対する説明責任を確保することによって、連邦最高裁への信頼を高めることが必要だという認識から生じている。それは、現在歴史的にも低い段階にある連邦最高裁に対する人々の評価<sup>71</sup>を回復することにつながり、連邦最高裁の正当性を確保することになるというのである。

### (3) 大統領委員会報告書の見解

バイデン大統領によって設置された大統領委員会は、2021年12月8日に報告書<sup>72</sup>を提出した。報告書は、「第5章 連邦最高裁の手続及び慣行」でシャドー・ドケットについて取り上げ、議論の対象となっている論点について整理した上で、改善するための提案を示している。ここではそのうち、(1)理由の付与、(2)先例的価値の明確化、(3)既存の敬讓規範の3点について見ることにしたい。

第1に、理由の付与に関して、報告書は、国民の間で論争となっている事柄を含む緊急の命令には多数意見の理由を付するべきである批判があるとする。そして、このような批判に対して、連邦最高裁は最低限重要な争点に対する緊急の救済の申立てを評価するための基準(test)をはっきりとさせ、基準を構成する部分がどのように適用されたのかを示す必要が

あることを示唆する。もっとも基準の適用について長々と説明することは、緊急の救済を求める事案では要点を記す簡潔な判断が求められていることと矛盾する可能性がある。この点について、報告書はNken判決で示された4つの命令発給要件に沿って判断を行うべきであるとする。また、シャドー・ドケットから本案事件審理表に移し、本案判断を早期に行うようにすべきであるとする<sup>73</sup>。

第2に、緊急の救済である命令が先例としての価値を有するか否かという点について、報告書は有しないと一般的に考えられているとする。また、連邦最高裁もその点は意識しているとする。たしかに、Whole Woman's Health 決定でも、アリトー裁判官の執筆した多数意見そしてロバーツ反対意見もその点を確認している。しかし、すでに述べたように、連邦最高裁は、コロナ感染症規制に関する一連の事件で、あたかも当初の決定に先例的価値があるかのような姿勢を示している。報告書は、このような状況に対して、先例的価値を有するとするなら、連邦最高裁はどの部分が先例なのかを少なくとも明確にすべきであるとする<sup>74</sup>。

第3に、報告書は、これまでの訟務長官の証言をもとに、連邦最高裁が下級審の判断について敬讓を示すということが必要であるとする。シャドー・ドケットにおける緊急の命令は、しばしば下級審の審理終結を待たずに、発給されることが見られた。このような現象に対して、報告書は歴代の訟務長官の証言をもとに、連邦最高裁が是認しながら、これまで一般的に適用されていない原理を考える必要性を指摘する。たとえば、「二つの裁判所ルール」(two-court rule) と重要な憲法事件で連邦高裁が審理を迅速に行うというルールの2つがあるとする。前者は、地裁と高裁で確認された事実関係を覆さないということを意味する。後者は、連邦最高裁が連邦高裁の審理の間に緊急の命令を発することを避ける効果を有するとされる。

#### (4) 改革案の限界

以上、3つの改革案を瞥見してきたが、そこで感じられるのは、改革の困難

さである。その理由として、ここでは2点をあげておく。第1に、改革の主体は基本的に連邦最高裁であるという認識の強さである。改革案では、連邦最高裁が自身の規則や慣行を再考する必要性が説かれる。それは、連邦最高裁が緊急の命令を発することが必要な場合はあるから、シャドー・ドケットそれ自体を廃止することはできないという認識が存在するためである。その結果、具体的な改革としては、命令発給の4要件の遵守、決定に対する各裁判官の判断の明確化など手続面や、緊急の救済としての命令には先例的価値を認めないなどという比較的穏健な対応がとられるにとどまる。しかも、そのような穏健な改善策も、連邦最高裁が自ら行う意思がなければならず、現在の多数派である保守派の裁判官がそれを受け入れる可能性は低いように思われる。

第2に、連邦議会の関与は控えるべきであるとされていることである。この点は、第1の共通点としてあげた、問題を解決する主体は連邦最高裁自身であるという認識と、憲法上連邦議会が司法権に関与する根拠条文が少なく、権力分立の観点から連邦議会が司法権に大きく関与することは避けるべきであるとされてきたという事情が存在する。実際、連邦議会による連邦最高裁の管轄権に対する制度的な関与は、権利上訴を原則廃止し裁量上訴に限るという立法<sup>75</sup>を行った1988年以来、ほとんど見られない。むしろ、ロバーツ首席裁判官の連邦司法部に関する2021年度末報告では、「内部事項に関する司法府の権限は、裁判所を不適切な政治的影響から遮断するためのものであり、公衆の信頼を保持するために必須のものである」<sup>76</sup>として、他の統治部門からの関与を基本的に受け入れない姿勢を示しているのである<sup>77</sup>。このような2つの点を踏まえると、シャドー・ドケットの問題に対する現在の改革案では十分な解決は困難であるように思われる。

## 6 正当性の危機

このような状況の下でとくに重要となるのは、ブラデック教授が説くように、シャドー・ドケットの存在が連邦最高裁の正当性の危機、そして

連邦最高裁の党派性、政治性に対する批判とつながっていることである。ブラデック教授は、理由の明確でない無署名のシャドー・ドケットの決定に裁判官が加わることによって、考慮された理由が付された本案判決に比べて連邦最高裁がはるかに党派的であるという印象を人々に持たせることになるとする<sup>78</sup>。それは、連邦最高裁の正当性にかかわるものであるとする。

ブラデック教授は、そこでいう正当性についての連邦最高裁自身による見解として *Planned Parenthood v. Casey* でのオコナー、ケネディ、スーター三名の裁判官による意見をあげる。彼らの意見とは「(連邦最高裁の権力は) 正当性に依拠しており、その正当性とは人々が司法府は国家の法が意味するところと法の要求するものを宣言するのに適切であるという内容と認識から生み出される」<sup>79</sup> というものであるとする。

この見解を踏まえて、ブラデック教授は、彼らの言葉を換言すれば、われわれが連邦最高裁に従うのは、その諸判決のすべてに同意するからでなく、裁判官が政治的権力ではなく、司法権を行使していることを受け入れるからであるとする。そして、人々がそのように受容するのは、連邦最高裁がその決定のために提供する理由付けに解きがたく結びついているとする。その点で、連邦最高裁の多数派である保守派の裁判官がシャドー・ドケットを用いて、十分な理由付けを付すことなく、判断を下すことは正当性を損なうものであると指摘するのである。

このブラデック教授の批判は、シャドー・ドケットの増大が連邦最高裁の孤立化を進め、世論との結びつきを減少させていることを指摘するものである。シャドー・ドケットが多く用いられることは、アメリカ政治の分極化を意図的に悪化させることにつながるとするのである<sup>80</sup>。

連邦最高裁の正当性について、それが連邦最高裁の政治性と結びつくものとしてより明確に、シャドー・ドケットにおける *Whole Woman's Health* 決定など本稿で対象にした緊急の救済を発した連邦最高裁多数派が党派性を示したと主張するのは、ソーワー (Adam Serwer) である。ソーワーは、シャドー・ドケットは緊急の事件のために存在するというよ

りも、共和党によって任命された連邦最高裁判官が、法的手続や先例と適合した議論の展開そして公衆の精査に服することなく、彼らの選好する政策を履行するためのものであるとするのである<sup>81</sup>。

このようなブラデックの批判やソーワーズの批判に対して民主党支持者による誤認と悪意に満ちた議論であるとの反論も存在する。連邦最高裁のアリト裁判官は、ノートルダム大学での講演会<sup>82</sup>で、シャドー・ドケットでの一連の決定について、マスメディアはあたかもそれら決定が、危険な陰謀家たちが夜中に秘密裏に不適切な方法で重要な決定を下しているとの印象を与えているが、それは過ちであると反論した。そして、アリト裁判官によれば、それら決定はこれまでのものと異ならないものであり、先例としての価値も認めるものでないから、シャドー・ドケットという名称を付することによって、連邦最高裁の独立性を傷つけるべきではないと反論したのである<sup>83</sup>。

たしかにブラデックらの批判が、シャドー・ドケットの問題にとどまらずに、連邦最高裁全体の正当性にまでかかわるのかは、なお疑問の余地があるようにも思えるが、正当性の危機が最近連邦最高裁の裁判官自身によっても認識されていることを看過するべきではないであろう。とくにケーガン裁判官は、最近連邦最高裁の正当性の危機について強い調子で発言している。たとえば、2022年9月にノースウェスタン大学ロースクールでのイベントで、「裁判所が政治過程の延長になり、人々が裁判所を政治過程の延長であるとして、裁判所が法ではなく裁判官の個人的な選好を社会に課そうと試みていると見るとき、問題が生じるのであり」<sup>84</sup>、その問題を認識すべきであるとした。

このケーガン裁判官の発言は、シャドー・ドケットを含めた全体的な連邦最高裁の最近の判断に対するものであり、その内容については、連邦最高裁内部の各裁判官の関係を踏まえて評価する必要があると思われる。ただし、ケーガン裁判官が正当性の危機に言及し始めたのが、シャドー・ドケットの諸決定、たとえば South Bay II 決定での「(連邦最高裁



の) われわれの大理石のホールはいま公衆に閉じられており、われわれの終身任期によって、われわれの過ちに対する責任はいつでも遮断されているのである」<sup>85</sup> という反対意見などにすでに表れていることは、本稿での分析対象としたシャドー・ドケットの問題の重要性を示すものと評することができよう。

## 7 結びに代えて

本稿では、最近の連邦最高裁の動きとして注目されているシャドー・ドケットの増大に関連して、シャドー・ドケットの意味、近年の注目の理由を述べた上で、シャドー・ドケットの抱える問題点について、ブラデックの教授の見解を中心に分析した。そして、シャドー・ドケットの現状を改善するための案には限界があり、それは連邦最高裁の正当性あるいは党派性、政治性に対する懐疑の存在を示すものであるとした。この懐疑の内容の精査については今後の課題とすることによって、本稿をとりあえず閉じることにした。

※本論文は、科学研究費（課題番号 23K01085）の研究成果の一部である。

### 注

- 1 597 U.S. \_\_\_\_ (2022).
- 2 410 U.S. 113 (1973).
- 3 Gestational Age Act, MS Code § 41-41-191 (2019).
- 4 505 U.S. 833 (1992).
- 5 フェデラリスト協会については、協会のホームページ (<https://fedsoc.org>) を参照のこと。
- 6 Mary Ziegler, *The Abortion Fight Has Never Been About Just Roe v. Wade*, THE ATLANTIC (May 20, 2021), <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/>

2021/05/abortion-fight-roe-v-wade/618930/.

- 7 Dobbs 判決で、法廷意見を執筆した保守派のアリトー (Samuel Alito) 裁判官は、以下のように述べて Roe 判決を厳しく批判した。「われわれは、Roe 判決と Casey 判決は覆されなければならないと判示する。合衆国憲法は、人工妊娠中絶について何ら言及していないし、そのような権利は Roe 判決および Casey 判決の擁護者が現在主として依拠する修正 14 条のデュープロセス条項を含めて、いかなる憲法条項においても暗黙にも保護されていない。」これに対して近時珍しい共同反対意見 (joint dissent) の形式で示されたりベラル派の裁判官の見解は、法廷意見をつぎのように厳しく批判した。法廷意見は、50 年間にわたって先例として機能してきた Roe 判決を、新たに連邦最高裁に加わった裁判官の新奇な見解に依拠して覆すことによって、法の支配の核心を掘り崩し、Roe 判決とつながる生殖や家族関係にかかわる避妊、同性愛、同性婚に対する権利を認めてきた判例を危殆に瀕させ、最終的には連邦最高裁の正当性を傷つけるものである。
- 8 POLITICO STAFF, *Read Justice Alito's initial draft abortion opinion which would overturn Roe v. Wade*, <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>.
- 9 594 U.S. \_\_\_\_ (2021), No.21A24 (Hereinafter Whole Woman's Health).
- 10 Anthony Zurcher, *Texas abortion law: The implications of the Supreme Court's ruling*, BBC NEWS (Sept. 2, 2021), <https://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-58426145>.
- 11 Joanna Lampe, *The "Shadow Docket": The Supreme Court's Non-Merits Orders*, CRS Legal Sidebar 2 (Aug. 27, 2021), <https://vrsreports.congress.gov/LSB10637>.
- 12 *Id.* at 5.
- 13 Shadow docket を単純に翻訳すれば、「影の事件表」ということになるが、ここでいう shadow の意味は、一般の人が内容を知ろうと思っても実質的にアクセスし難いことと、連邦最高裁の判断がしばしば真夜中に下されるといふ 2 点をかけたものであるとされる。STEPHEN VLADECK, *THE SHADOW DOCKET*, xiii (2023). その意味で「影の事件表」という訳語は、本稿の内容を正確に表しているかが明確でないので、とりあえずシャドー・ドケットとカタカナ表記することにした。

- 14 ローゼンバーグ夫妻は、アメリカの原爆に関する秘密情報をソビエト政府に手渡したとしてスパイ容疑で起訴され、死刑判決を受けた。それに対してダグラス裁判官は死刑の執行を停止する命令を出したが、連邦最高裁は最終的に死刑執行を認め、1953年6月19日に執行された。History.com Editors, *Julius and Ethel Rosenberg executed for espionage*, HISTORY (June 17, 2020), <https://www.history.com/this-day-in-history/rosenbergs-executed>.
- 15 もっとも、1958年のハーバート・ロー・レビュー 72号の巻頭論文で、ブラウン (Ernest J. Brown) 教授は、連邦最高裁がサーシオレイライを認めるのと同時に原審判決を容易に破棄する傾向が増加していることに懸念を表明していた。Ernest J. Brown, *Foreword, The Supreme Court, 1957 Term*, 72 HARV. L. REV. 77, 77-78 (1958).
- 16 連邦議会調査局の調査サービスによれば、そのほか2020年の国勢調査、選挙法、死刑の分野に広がっているとされる。Lampe, *supra* note 11, at 2-5. 選挙法および移民法とシャドー・ドケットの関係については、Sarah Voehl, *Illuminating the Shadow Docket: On the Increasing Impacts of this Evolving Judicial Procedure*, 23 NEV. L.J. 945, 963-969 (2023) を参照のこと。また、シャドー・ドケットと政府のコロナ感染症対策との関係については、辻雄一郎「COVID-19と米国最高裁 — カリフォルニア州を中心に —」『法律論叢』94巻4-5号(2022年)173頁を参照のこと。なお、死刑の執行差止を求める事件が、これまで長く本案事件以外の大部分を占めていた。Lampe, *supra* note 11, at 3.
- 17 William Baude, *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, 9 N.Y.U. J.L. & LIBERTY 1, 1 (2015). バウデ教授は、命令のここでいう中身としてサーシオレイライの認否にかかわるもの、差止命令、停止命令などをあげる。Id. at 5-6.
- 18 Id. at 5.
- 19 Id. at 9-10.
- 20 Voehl, *supra* note 16, at 946.
- 21 ロバーツ首席裁判官は、Dobbs 判決では法廷意見に対する結果同意意見を執筆し、Whole Woman's Health 決定では反対意見を著している。
- 22 Tex. Health & Safety Code Ann., § § 171. 201(1), 171. 204 (a).
- 23 妊娠のこの時期は、ほとんどの女性はまだ妊娠に気付いていないとされる。

- 24 法律の執行に対する差止命令や停止命令を発給する連邦裁判所の権限は、All Writs Act, 28 U.S.C. § 1651 (a) に法律上の根拠が求められると解されてきた。
- 25 Whole Woman's Health, at 1.
- 26 556 U.S. 418, 425-26 (2009).
- 27 Whole Woman's Health, at 1.
- 28 具体的には、多数意見は、S.B.8 の下で被告である州の公務員が本法を執行する権限を有するのか、また本法廷が州法の下で訴訟を担当する州の裁判官に対して差止命令を発することができるのかが不明であることなどをあげた。Id. at 1-2.
- 29 428 U.S. 52, 69 (1976).
- 30 Whole Woman's Health, (Breyer, J., dissenting) (slip op., at 1).
- 31 Id. (Sotomayor, J., dissenting) (slip op., at 1-3). なお S.B.8 が執行されることになった後、本事案に関してさらに訴訟が提起されたが、連邦最高裁は 5 対 4 の判決で、修正 11 条に基づく州の主権免責などを理由に被告らを訴えることはできないと判示した。Whole Woman's Health v. Jackson, 595 U.S. \_\_\_\_ (2021)., No.21-463.
- 32 Whole Woman's Health, (Roberts, C. J., dissenting) (slip op., at 2-3).
- 33 Id. (Kagan, J., dissenting) (slip op., at 1-3).
- 34 Alexander Svokos, *How a Texas clinic raced to provide abortion care before law went into effect*, ABC NEWS (Sept. 2, 2021, 3:41 AM), <https://abcnews.go.com/US/texas-clinic-raced-provide-abortion-care-law-effect/story?id=79767646>.
- 35 Zurcher, *supra* note 10, at 2.
- 36 567 U.S. 519 (2012).
- 37 松岡智恵子「2022 年の州知事選で注目 5 州は（米国） — 人工妊娠中絶が争点の 1 つに」JETRO 地域・分析レポート（2022 年 6 月 3 日），<https://www.jetro.go.jp/biz/areareports/2022/406c01ab24fcab68.html>.
- 38 バード・デプスマン・ジュニア（ワシントン）、ナタリー・シャーマン（ニューヨーク）、BBC ニュース、「【米中間選挙】なぜ共和党圧勝の『赤い波』は起きなかったのか」、BBC NEWS JAPAN（2022 年 11 月 10 日），<https://www.bbc.com/japanese/features-and-analysis-63580617>.
- 39 シャドー・ドケットについて、ここでは連邦最高裁のシャドー・ドケット

- に限定しているが、州におけるシャドー・ドケットについても議論がある。Rebecca Frank Dallet & Matt Woleske, *State Shadow Docket*, 2022 WIS. L. REV. 1063.
- 40 Nate Raymond, *Senate Democrats target Supreme Court ‘shadow docket’ after Texas abortion decision*, Reuters (Sept. 30, 2021, 10:27 AM), <https://www.reuters.com/legal/government/senate-democrates-target-supreme-court-shadow-docket-after-texas-abortion-2021-09-29/>.
- 41 Voehl, *supra* note 16, at 947.
- 42 Kimberly Strawbridge Robinson, *Supreme Court Conservatives Want More Robust ‘Shadow Docket’ (I)*, US LAW WEEK (July 8, 2022, 5:45 PM), <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/supreme-courts-conservative-want-more-robust-shadow-docket>.
- 43 Voehl, *supra* note 16, at 948.
- 44 Lampe, *supra* note 11, at 3.
- 45 Voehl, *supra* note 16, at 949.
- 46 Andrew Chung & Gabriella Borter, *Texas’s near-total abortion ban takes effect after Supreme Court inaction*, REUTERS (Sept. 2, 2021 6:32 AM), <https://www.reuters.com/business/healthcare-pharmaceuticals/texas-six-week-abortion-ban-takes-effect-2021-09-01/>.
- 47 Stephen I. Vladeck, *The Supreme Court, 2018 Term — Essay: The Solicitor General and the Shadow Docket*, 133 HARV. L. REV. 123 (2019).
- 48 Testimony of Stephen I. Vladeck, *CASE SELECTION AND REVIEW AT THE SUPREME COURT, Hearing Before the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States* (June 30, 2021).
- 49 VLADECK, *supra* note 13.
- 50 Testimony of Stephen I. Vladeck, *TEXAS’S UNCONSTITUTIONAL ABORTION BAN AND THE ROLE OF THE SHADOW DOCKET, Hearing Before the Senate Comm. on the Judiciary*, 117th Cong. 1 (2021) (Hereinafter Testimony).
- 51 *Id.* at 6.
- 52 592 U.S. \_\_\_\_ (2021) (Hereinafter South Bay II).
- 53 事案の詳細は、辻・前掲論文注(16) 194頁—200頁参照。
- 54 ゴーサッチ裁判官の意見は、トーマスおよびアリトー両裁判官が加わるもの

- であり、カリフォルニア州の規制は信教の自由の侵害であるとして、厳格審査基準を適用して違憲であるとしていた。592 U.S. \_\_\_\_ (2021) (Gorsuch, J., statement) (slip op., at 1-4).
- 55 592 U.S. \_\_\_\_ (2021).
- 56 コロナ渦の状況とカリフォルニア州の対応については、Tandon v. Newsom, 517 F. Supp. 3d 922 (N.D. Cal. 2021) を参照のこと。
- 57 593 U.S. \_\_\_\_ (2021).
- 58 Testimony, *supra* note 50, at 10.
- 59 *Id.* at 13-14.
- 60 *Id.* at 14-15.
- 61 *Id.* at 20-21.
- 62 ブラデック教授は、個別的な問題として、S.B.8のような州による新奇な法執行手続については、連邦議会が規制を課すべきであるとする。*Id.* at 30.
- 63 具体的には、連邦最高裁の裁判官が担当する巡回区について巡回裁判官 (Circuit Justice) として行ってきた慣行を復活させること、緊急の救済に関する手続きや慣行を明確に指針化すること、差止命令の発給にあたっては理由や反対意見を付すなど透明化すること、命令の発給の要件を充足しているか否かをあきらかにすること、などである。*Id.* at 32. なお各連邦最高裁裁判官の担当する巡回区については、Circuit Assignments-Supreme Court of the United States, <https://www.supremecourt.gov/about/circuitassignments.asdx> 参照。
- 64 その他、連邦議会の改革として説かれている点については、Lampe, *supra* note 11, at 6.
- 65 Testimony, *supra* note 50, at 32-34.
- 66 *Id.* at 34.
- 67 Voehl, *supra* note 16, at 970.
- 68 訟務長官は司法府と執政府の双方に対して責務を有しているとされ、司法省だけではなく、連邦最高裁内部にも事務室を有していた。
- 69 この点に関する研究として、つぎの文献がある。LINCOLN CAPLAN, TENTH JUSTICE: THE SOLICITOR GENERAL AND THE RULE OF LAW, (1987).
- 70 Voehl, *supra* note 16, at 972.
- 71 ギャラップの調査によれば、連邦最高裁に対する人々の支持率は、本稿で取り

- 上げた Whole Woman’s Health 決定が下された 2021 年 9 月に、それまでの支持率 50% が 40% にまで一気に低下した。2023 年 9 月の調査でも支持率は 41%、不支持率は 58% である。不支持の理由として、連邦最高裁が保守的すぎることをあげられている。Megan Brennan, *Views of Supreme Court Remain Near Record Lows*, GALLUP (Sept. 29, 2023), <https://gallup.com/poll/511820/views-supreme-court-remain-near-record-lows.aspx>.
- 72 PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: FINAL REPORT (2021).
- 73 *Id.* at 209–10.
- 74 *Id.* at 210–11.
- 75 Supreme Court Case Selections Act of 1988 (28 U.S.C. § 1257).
- 76 John G. Roberts, Jr., *2021 Year-End Report on the Federal Judiciary*, 1 (2021).
- 77 VLADECK, *supra* note 13, at 258.
- 78 *Id.* at 18.
- 79 505 US 833, 865 (1992).
- 80 Ed Pilkington, *US Supreme Court Pursuing Rightwing Agenda via ‘Shadow Docket’, book says*, THE GUARDIAN (May 15, 2023), <https://www.theguardian.com/books/2023/may/15/us-supreme-court-shadow-docket-book-rightwing-agenda>.
- 81 Adam Serwer, *Five Justices did this because they could*, THE ATLANTIC (Sept. 2, 2021), <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/09/supreme-court-guts-roe-shadow-docket/619957>.
- 82 この講演会は、録音のみで文書では公表しない形式で行われた。
- 83 Adam Liptak, *Alito responds to critics of the Supreme Court’s ‘Shadow Docket’*, N.Y. TIMES (Sept. 30, 2021), <https://nytimes.com/2021/09/30/us/politics/alito-shadow-docket-scotus.html>.
- 84 Josh Gerstein, *Kagan repeats warning that Supreme Court is damaging its legitimacy*, POLITICO (Sept. 14, 2022), <https://www.politico.com/news/2022/09/14/kagan-supreme-court-legitimacy-00056766>.
- 85 South Bay II, (Kagan, J., dissenting) (slip op., at 6).