

憲法と「法と道徳」論——ドウオーキンの研究 (上)

——法解釈の方法と憲法の構造(二)——

渡 辺 修

はじめに——現代憲法学の諸相

- (一) 問題の所在
- (二) 「文理」基準論批判
- (三) 「制憲者意思 (Framers' Intention)」の concept と conception
 - (1) 「意思」基準論批判
 - (2) 「意思」の諸要素
 - (3) 抽象的意思と具体的意思
 - (4) 「支配的意思」論
- 四 「意思」基準論と「解釈方法についての意思」
 - (1) 「委任の意思」
 - (2) 「解釈方法についての意思 (interpretive intention)」
- (五) プロセスと民主主義

憲法と「法と道徳」論——ドウオーキンの研究 (上) 渡辺

(1) イリイール理論検討の課題

(2) イリイールと言論の自由(一)——「人民全体の政治権力」論

(3) イリイールと言論の自由(二)——人民内部の権力の平等化論

(4) プロセスと平等

(六) 「フォーラム」としての司法審査

(七) 「連鎖としての法」——裁判官の役割と法解釈

(八) 自然法主義と懷疑主義

(九) 自然法主義と民主主義

(1) 道徳の個人相対主義

(2) conventionalism と民主主義

(3) 裁判官への不信

(五) 「政治秩序」論、関数としての「平等」原理

(1) instrumentalism

(2) 「政治秩序」論

(3) 関数としての「平等」原理(一)——実証主義、プロセス法学との対比

(4) 関数としての「平等」原理(二)

(5) まとめ (以上、本号)

(二) 憲法と「法と道徳」論——研究の視座を求めて

(1) 自然法と実定法——ダントレーブに寄せて

① 問題の所在

② 技術論的自然法論

③ 存在論的自然法論

④ 義務論的自然法論——法と事実・価値論

(2) 憲法と「法と道徳」論

① トマス・アクィナスと「法と道徳」

① 「神の法」と「人の法」との関係について

② 「自然法」について

③ 「自然法」と「人の法」との関係について

④ まとめ——主観と客観の狭間

② ハートと「法と道徳」分離論

③ ハートと「法と道徳」一致論

④ 法現実主義と「法と道徳」論

⑤ ホームズと「法と道徳」論

⑥ 憲法と「法と道徳」論

(3) アメリカ自然法理論と「法形式主義」——パウンドに寄せて

① 問題の所在——「契約の自由」

② 一七世紀の自然法

③ 一八世紀の自然法

④ 一九世紀の自然法

⑤ まとめ——新たな「機械的法学」

(4) 法規範の構造と道徳——パウンド理論の概観

① 「社会学的法学」の意義——法現実主義との関係

憲法と「法と道徳」論——ドゥオーキンの研究 (B) 渡辺

②法の「理想」と「法的公理」

③「社会工学」と裁判官信頼論

④法規範の構造と道徳

①「法と道徳」一致論と「社会的利益」論

②法規範と道徳の接点——不作為の法的責任

③法規範の構造

(5)総括——現代的「法的公理」と「道義性」を求めて

おわりに——研究の出發

はじめに——現代憲法学の諸相

世紀末のアメリカは、現在一応の相対的安定期にある。六〇年代から七〇年代中頃まで、ベトナム反戦、黒人暴動、犯罪の増大等は、国家の威信と同一性をゆるがした。しかし、八〇年代に入り、レーガン政権の下で強いアメリカのイメージの再確立、経済の一定の安定、ベトナム・ベトナムの再評価、都市における犯罪危険区域と安全な地域との住み分け、犯罪と共存する市民生活の知恵の定着等を通じて、アメリカは、一定の安定を保つに至っている。他面、その安定の中で、価値の多様性と文化的同一性の喪失が新しい世紀への展望をひろげるのを阻んでいる。⁽¹⁾

世紀末アメリカ憲法学も、こうした社会世相を反映して、様々な法解釈の方法論が乱立した状態にある。⁽²⁾ モナハンは、厳格な「意思」基準論に立ち、憲法解釈上道徳的価値を基準とすることに反対し、また、憲法規定の不完全性・断片性を承認する。⁽³⁾ 憲法学における法実証主義的傾向といえよう。⁽⁴⁾ また、七〇年代前半のタシユネットは、「最

高裁判所の多数者は、自己の友人と近隣の者に害を与える立法について無効とするため平等保護条項を援用する意思はあるが、貧困者のみ害する立法を無効とする意思はない」という「最高裁判所の政策的好み」を批判しようとして試みていた。⁽⁵⁾ 行動主義による裁判官の判断過程の実証的研究に裏付けられていない点で、心情的な段階にとどまるが、そこには法現実主義的傾向が色濃い。⁽⁶⁾ プレストは、「社会再建」を目標にしつつも、「条文解釈」中心主義・「価値発見」中心主義いづれも客観的に正当な解釈を導けないとし、一種のニヒリズムに陥っている。⁽⁷⁾ ポスナーの「法の経済学的分析」学派は、立法政策・行政政策への貢献は格別として、法解釈乃至法的論証の妥当性を示しえているのかについては疑わしい。マルクス主義的法学といわれるクリティカル・リーガル・スタディーズ運動についても、憲法理論の相い手であるタッシュネットが、ニヒリズムを脱却して、マルクス主義憲法学の「建設」を目指そうとしているのか、なお疑わしい。⁽⁹⁾ その間にあって、連邦最高裁は、殊に、刑事手続における証拠排除法則について、被疑者・被告人の「権利」を「利益」に還元し、国家政策に傾いた利益衡量論に頼っている。⁽¹⁰⁾ しかし、衡量の価値基準の欠落が、混乱を招いている。⁽¹¹⁾

さて、本稿における我々の課題は、そうした状況の中において登場してきた新自然法学派を代表するドゥオーキンの最近の二つの論文を吟味し、この方法論の妥当性を考えてみることにある。検討対象は、次のものである(以下、①又は②何頁として引用する)。

① Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 N. Y. U. L. REV. 469 (1981).

② Ronald Dworkin, "Natural" Law Revisited, 34 U. FLA. L. REV. 165 (1982).

(一) 問題の所在

一 憲法典は、一定の内容の法律を禁止していることは確かである。だが、少数の生涯地位の保障された裁判官が違憲判断を行い国民政治に拒否権を発動するのは、「どうして民主主義と調和しえるのか」、問題となる。他方で、ここまで定着した司法審査を今さら放棄することもできない。「現在、司法審査権はしっかりと我々の憲法大系中に定着しており、これを放棄することは、単に現状のまま推移する以上に、コンセンサスを破壊し、今まで促進されてきた期待を放擲することとなる」からである。そこで、ドゥオーキン¹⁾は、「もし憲法事件の決定を行う、非政治的プログラムを構築することができれば、このディレンマを脱出しえる」とする。そして、これには、従来、二つの戦略があったとする(以上、①四六九、四七〇頁)。

第一は、「制憲者の意思 (Framers' intention)」乃至 original intention に従う方法である。「裁判官が original intention に従うならば、自ら実体的選択は行っておらず、既に他人が久しい前に行ったものであり人民が憲法を批准しこれを受容したことにより、権威性の与えられている選択を執行するのみとなる」。

第二は、United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144 (1938) で、ストーン判事が示唆し、イリイヤー²⁾が継承した方法である (J. H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST, (1980))。これは、「実体 (substance) とプロセス (process)」を峻別し、裁判官は、法律が形成されるプロセスの公正さを保護することのみ行うとするものである。つまり、立法部の行った「実体的決定」を侵害することなく、「民主主義の監視」を行うものとするの

である(①四七〇頁)。

これに対し、ドゥオーキンは、結局、「実体的政治的決定」を行うことなく、何が制憲者の「意思」か、そして、「いかなる政治的プロセスが真に公正で民主主義的か」決定しえないとする。そして、むしろ、「政治的道德(political morality)」に関する「実体的政治的決定」必要論を説こうとする。これが、ドゥオーキンの二つの論文を貫くモチーフである(①四七〇頁、②一六五、一六六頁)。

(二)「文理」基準論批判

一 ドゥオーキンは、「意思」基準論、イリイのプロセス的価値基準論の検討に先立ち、「文理」基準論を批判している。これは、憲法解釈は、「他と隔離して考察した憲法の条文自体に拘束される」と考え、文理自体から抽出された前提以外には、解釈の判断基準を求めないとするものである。しかし、ドゥオーキンは、結局、「政治的道德の原理」についての判断をぬきにしては、“text-bound”理論は成立しないと(①四七二、三頁)。そして、この点を示すため、次の例を出している。

「最高裁が、上院は憲法の明文規定、修正条の規定にも拘わらず違法と判断したと仮定しよう。上院は、非代表的であり、それゆえ、憲法に合法性を与えるために前提されなければならない民主主義原理と矛盾することが理由であったとしよう。このとき、条文拘束性基準論者は、一切問題を生じないようないかなる理論により、かかる判決に反対することができるのか」(①四七三頁)。

そして、こうした設例をすることで、「文理」基準論の前提である憲法典の規範性・権威性そのものの正当性が無いことを指摘している。則ち、

『文理』基準論者は、憲法が最高の法であるのはそれが憲法を書き起草し受入れた者の意思だからであるというだけで済ますことはできない。また、憲法自身がそう規定しているともいえない。何故なら、問題なのは、憲法自体の効力だからである。それ故、憲法が体现しているといわれている意思の重要性が問題とされているからである。我々は、大本からはじめなければならぬ。フィラデルフィアに集会した一群の人々が法典を書き、これが法典自身に記されている手続により人民に受け入れられ、その後現在に至るまで人民に受け入れられ続けている。もし、かかる結果により、この文書が法になるとしたならば、それは、かかる結果を与えるという政治的・道徳の原理をうけ入れているからに他ならない。……かかる問題への解答は、何故憲法は法として扱われるべきなのかを示す政治的理論 (political theory) の形態をとらなければならない」(④四七三、四頁)。

二 確かに、我々も、「条文解釈」中心主義は、憲法典の所与性を前提にしていることに気付いている。例えば、モナハン¹⁾は、「意思」基準論に立つが、「憲法の権威としての地位は、アメリカ憲法の理論化にあたり争いえない第一の原理である」ことを認め、「法的論証の目的としては、憲法条文の拘束性それ自体は、それ以上の論証をなしえないし、その必要もない。憲法条文の拘束性は、我々の認識に必要なマスタールールなのであり、当初からそうしたものとして意図され、また理解されていた。また、我々の『伝統』も現にこれを普遍化し続けてきている」としてゐる (Monaghan, op. cit. at 383, 384)。もともと、実は、ドゥオーキン自身も、当初は、「裁判官は、憲

法の文理自身が決定的ではない場合に、憲法事件についていかにして非政治的に決定しえるのか」という形で、問題をとらえていた面がある(①四七〇頁)。この問題設定では、憲法典の権威性は、前提にされている。しかし、上記の「文理」基準論批判を通じて、より根源的な憲法典の権威性という問題を課題とするに至っていることに注意しておかなければならない。何故なら、我々は、ドゥオーキン自身が、この問いに、いかなる答えを用意するのかを問題としなければならないからである。

三 さて、ドゥオーキンは、憲法典の権威性を正当化しえる可能性を二つほど吟味している。第一は、人民の同意に基づかせる考え方である。しかし、ドゥオーキンは、「同意」論の理解如何では、上院違憲判決を支持することもできるとする。つまり、必要な同意とは憲法の批准プロセスのとき以上に広範囲でなければならず、また、現在のものでなければならぬ、非代表の上院がかかる同意を得ているか不明である、憲法修正を俟つとしても上院自身が重要な役割を負う以上、憲法修正による解決は期待しえない、従って、上院は「同意」に基礎をおいていないと。第二に、「法の概念」に訴えて、問題を解決しえるか、問うている。しかし、ベンサム、オースティン、ケルゼンの法実証主義は、人民が現に違憲判決を accept してしまうと、最高裁は「主権者」に属すると考えることになるとする。H・L・A・ハートについては、こう述べている。「ハートの理論によると、憲法は批准プロセスを経て直ちに法として accept されたのであるから、rule of recognition が存在していたことを示唆する。このルールは、立法が法になるプロセスについて一般に accept されている理論であって、これにより、憲法も法になったのである。しかし、上記の架空の判決が依拠したのも、かかる法の背後の法の理念なのである」(①四七四、五

頁)。従つて、上院違憲判決は、かえつて、正当化されてしまふ。

そこで、ドゥオーキンは、次のように答えている。「憲法典が我々の法構造上占めるべき地位に関する主張は、法的実践 (legal practice) 一般の解釈を根拠にしなければならない。一般的実践から一定の方法で隔離された憲法典の解釈であつてはならない。」「少くとも、憲法の意味明白な規定 (上院の選出に関する規定など) は、法的理由に基づく攻撃には免疫をもつという意味で、憲法が基本法であることは我々も疑わない。しかし、それは、少くとも今日においては、全体としての我々の法的実践について考へうる解釈が、いずれもこれを否定しえないからである。……上院違憲判決という架空の判決が現在馬鹿氣しているのは、判決が行つた法的実践の解釈が馬鹿氣しているからである」(①四七五頁)。

四 我々は、憲法典の權威性の根拠としてドゥオーキンの指摘する「法的実践」が何か、説明をうけていない。彼自身存在を肯定している司法審査に関わる「コンセンサス」(上記一参照)なのだろうか。そしてまた、これは、モナハンのいう「伝統」とどれほどの差があるのか。我々が、この点にこだわるのは、ドゥオーキンの「政治的道徳」原理に基づく憲法解釈を行う場合、憲法典の意義明白な規定 (大統領年令に関する三五才など) があつてもこれを無視する解釈を正当化する射程の広がりがあるのか、あくまで、ドゥオーキンのいう *hard case* に限定されるのか、そして、限定されるとすれば、その理由は何かを知る必要があるからである。が、残念ながら、我々の得たのは、モナハンの「伝統」論よりも意味不明の「法的実践」により、憲法典の所与性を前提にしておくという理論でしかない。とすると、この限度では、ドゥオーキンは、「文理」基準論を解釈方法論として論破したことにはな

っていないのである。

(三) 「制憲者意思 (Framers' Intention)」の concept と conception

(1) 「意思」基準論批判

一 ドゥオーキンは、次に「意思」基準論を批判しようとする。議論の出発点は、こうである。特定の議員が憲法について投票を行う際、何を意思していたのか知ることは、ひとつの問題となる。格別の意思を持っていなかった、あるいは、不確定であった場合もありえる。更に議会全体としての意思が何かの確定もなお困難である。個々の議員の意思は確定したものであっても、集団としての意思は不確定でもありえる。そこで、「価値発見」中心主義は、こうした事情をそのまま認め、意思の発見を求めるのは無意味であり、重要な集団意思はほとんど発見しえず、あるいは、不確定であるとの認識を前提にするのである。これに対して、「意思」基準論は、歴史研究により original intentions は判明すると考え、裁判所はこれを発見してその意思に従うことで、自ら実体的判断をすることを避け、民主主義への脅威を除きうるという方法に立つのである(①四七六、七頁)。

しかし、ドゥオーキンは、いずれも共通の誤りを犯しているとする。「制憲者の意思とは、もし存在していたとすると複雑な心理学的事実であり、歴史の中に埋もれていて、古いパンフレットや手紙、議事録の中からとり出されるのを待っているものと扱っている。……しかし、発見されるのを待っている制憲者の意思なるものは、原理上においてさえも存在していないのである。発明 (invent) されるべきものが存在しているのとどまる」(①四七

七頁)。

二 「発明」としての意思論を説明するため、ドゥオーキンは、制憲者意思の *concept* と *conception* 区別論を分析の道具に用いている。そして、ドゥオーキンは、「現代の法的実践上、『憲法』上の意思の *concept* が現実にかに機能しているのか」を考えてみようと呼び起す。則ち、

「我々は次のような前提を共有している。例えば、平等保護条項が学校分離を禁止しているのか否か議論が生じた場合、修正一四条の採用になんらかの態様で関わっている人々の一定の集団がなんらかの意味で『心中』に抱いていた目的又は信条について尋ねてみる事が重要である。こうした目的又は信条は平等保護条項が現在有している効力を決定するのになんらかの方法で影響があるべきだからである」(①四七七頁)。

しかし、「かかる命題の空白がいか埋められるべきかについて、我々は同意をみない」。「いかなる意味で一定の目的が特定の人々の心中にあったに違いないといえるのか、かかる人々がいかなる意味で憲法規定の採用に関わっていたに違いないといえるのかについて、同意をみないのである」。そして、ここに、異なる *conceptions of constitutional intention* がでてくるとする(①四七七頁。なお、後述③三参照)。他方、多様な *conception* を統合し、枠組を与える制憲者意思の *concept* も存在しているとする(①四七八頁)。

三 ドゥオーキンは、プレスト理論を素材にして、右問題をもう少し具体的に説明している。プレストは、立法権を有する市長が公園に「車両」の進入を禁止する条例を制定した場合の法解釈の方法について考察をしている(Breast, *op. cit.*, 60 B. U. L. REV. 209—211)。この場合、プレストは、「我々が市長の精神現象の完全な歴史を知っ

ているとの前提」で議論をしている、とする。従って、車の強度を示すためのスタント・ショーのためヘリコプターから車を公園に落下させることについて、市長が「想像していなかったならば」、そのとき、「彼はかかる方法で公園に車が入るのを禁止する意思はなかったことになる」とプレストは考えているのである。しかし、ドゥオーキンは、立法者が単独人であっても、市長がかかる意思を有していたのか、有していなかったのか、又は、意思の有無につき不確定(indeterminate)であるのかについて答えを示すことのできる、立法者「意思」とは何かに関する concept は存在していないとする(①四七九頁)。むしろ、次の三つの立法者意思論が設例の場合について成立しえる、とする。則ち、

「(1)立法者の用いた用語が異なる解釈を入れうるものであるとき、立法者の意思を尊敬すべきポイントとは、彼が現に禁止を望んでいない限り、何事も禁止されないことを保障すること、にある。そして、我々は、反対事実の証拠により市長がヘリコプターからの落下を禁止することを意欲しなかったことを知っている。(2)かかる場合、立法者意思を尊重すべきポイントは、立法者が言葉を使ったときの意義乃至意味、又は立法者がそう理解されることを期待していた意義乃至意味に従って、言葉を読解することを保障することにある。反対事実の証拠上、市長は、unorthodox entry を禁止する趣旨でこれらの言葉を用い、そう意思していたことが明らかである。(3)立法者の意思を尊重するポイントは複雑である。立法者が意図した意味でその用語が理解されるべきであるという目的と、彼が欲しなかったことは何事も禁止されてはならないという両者の目的を含む。通常これら二つの目的は、同一の結果を求めるが、反対事実の証拠上、相反する結果を夫々求めることが明らかになっている。とすると、我々は市長

の意思は不確定であるといわざるをえなくなる」(①四七九、八〇頁)。

要するに、ドゥオーキンは、(1)の命題は、「立法者意思とは、立法者が難解な事件を自ら考察したならば、自己の法律の結果たるべきものと欲したのであろう事柄とする」とまとめる(念の為、我々は、このまとめ方には疑問を持つ。右(1)の説明は、立法者が現に有していた意思のみ基準とする方法を示している。仮定的判断は除外されるはずである。もっとも、ここでの区別のポイントは、立法者が何を現に欲し、意図していたかと、立法者意思は何かについて、立法者自身がどう理解されるものと期待・予期していたかとにある)。次に、(2)の命題は、「立法者意思とは、かかる事例で立法者が立法者意思として期待したのであろうことである」。(3)の命題は、「立法者意思が期待したのであろうことと、立法者が現に欲していたことの両者である」(①四八〇頁)。

とすると、ブレストは一定の共有されている立法者「意思」の concept により、市長が何を意思していたのかについての「唯一ありえる解答」がでてくると予定している点で、誤りを犯しているとする。「これら三つのいずれかひとつだけを、法律言語の用語法則や意思の通常言語上の concept によって確定し決定することはできない。これらは、法的用法上の意思の concept に関する、相対立する conception であり、いずれを選択するのかは… : 法的、政治的理論 (Legal and political theory) のより一般的な立場をどうするのかによって、定まるのである」。例えば、「代表制政府の最善の理論によると、制定法は市長が考慮したならば、法律を含めたであろう全ての事件(もちろん彼が実際には考えておらず、又は詳細にわたっては考えなかったとしても)をおおえるものである、としてしていると仮定しよう。……我々は立法者意思の三つの conception の第一を採用することでこの結論に答

えられよう。しかし、このとき、法律の適切な範囲は何かに関する我々の理論は、固有の意思論からできてきたとするのは誤りとなろう」(④四八〇頁)。

つまり、ドゥオーキンは、立法者「意思」の concept を充足する conception の選択が、「意思」基準論の真の意味であり、かつ、この選択は、「政治的理論」——「政治的道德」によって行なわれると構成しているのである。則ち、「適切な法的実践とは何かに関する我々の見解と独立して、歴史上固定された『現実の』意思はない」とするのである(④四七八頁)。

四 確かに、「意思」基準論は、歴史的事実としての「意思」が、何故、それ自体憲法的規範性をもつのかの問題、つまり「事実↓規範」転換論の説明はしていないのである。ドゥオーキンがこの問題をうきぼりにしようとした点では、意味がある。しかし、彼は、少くとも制憲者意思の concept の存在は前提にしている。例えば、平等保護条項には「平等保護」という一定の concept があることをここでは前提にしている(二参照)。しかし、何故、concept は存在しえるのか。歴史的事実として存在するという認識方法は、ドゥオーキン自身が否定している。他方、先述のように(二四)、憲法典の権威性の論証がない以上、文理に「平等保護」という概念がある事実_に依拠して、これを法的指導形象とし、政治的道德により価値充足をして法的規範性のある解釈を導くことができる、とはいえなくなる。この限りでは、「意思」基準論と同じく、事実と法的価値のすりかえ、「事実↓規範」転換の正当性の論証の回避がみられるのである。そして、そうとすれば、ドゥオーキンによる「意思」基準論批判は、説得性を欠くのである。

(2) 「意思」の諸要素

一 次に、意思を「事実」の次元で把えたとしても、どのような事実がその要素となるのか、様々な問題がでてくる。ドゥオーキン¹⁾はこれを詳細に分析している。さしあたり、まず、*pure psychological conception*（つまり、「議員又は制憲会議の代表など特定の個人の選別をうけた精神的対象や意向その他の心理的狀態によつてのみ憲法的意思は成立している」と考える方法と、*mixed conception* とを区別できるとする。後者は、右の要素以外に、「客観的」要素を加えるもので、①「法典の『自然な』読解」、②「法典が全体として前提とし又は促進しようとしている価値又は目的」、③「コミュニティーの知的構成員が付した意味を加えるものである。が、まず、前者のレベルで意思を理解したとしても、様々な問題がでてくるとする（①四八二頁）。

二 主体について。まず、誰の意思を考慮に入れるのか問題になるとする。当初の制憲会議の代表、修正案を提案した議員、憲法に反対した者も含めた、全代表、討議で発言した者、もっとも多く発言した者、批准手続に参加した者、人民全体の心理状態、公けの討論に参加した者等、誰を対象とすることになるのか（①四八二頁）。

また、どのような心理状態を把えるのかも問題になる。「プロセスは、よりダイナミックであつて、後の心理状態も考慮されるべきなのであろうか。その場合、誰の心理状態を考慮するのか。最高裁判事か。議員が憲法を一定の方法で理解していたため、修正を求めなかった場合はどうか。一部人民が、憲法の効力につき、一定の方法で自己が保護をうけるという見解をもつていたため、修正を求めるキャンペーンをしないと決定するなどの一定の政治的決定をしていたときはどうなるのか。もしこうした集団については考慮に入らないとすれば、それは何故か」

(①四八三頁)。

三 「希望」と「予期」について。ドゥオーキンは、議員の心理上、「当該法案が法律に及ぼす効果についての立法者の予期」と「こうした予期に対する立法者自身の態度」とを区別できるとする。後者は、「話し手が求める結果を現にもたらすような方法で言語が理解されることを期待しつつこれを用いる」場合であって、「希望」である。修正一四条に則して、これを例示すると、特定の議員は、①同条文が学校分離制度の廃止を求めていると理解されることを予期していたが、他方、自らはそう理解されないよう希望していたとき、②学校分離を廃止するものと理解されることを希望していたが、そう理解されないことも予期していたときがありえるとする。更に、「議会全体が当該修正条は一定の方法で理解されるであろうと予期はしていたが、多数者は……別様の理解がなされることを希望していたとき」もありえるとする。そして、これらの場合、予期と希望のいずれを立法者意思とするのか、選択がなされなければならないと指摘する(①四八四、五頁)。

四 「否定」と「委任」。議員が、一定の立法が一定の効果を有すると思っていたことと、意思していなかったこととは差がある。ところが、ドゥオーキンは、次のような問題点のあることを指摘している。つまり、「もし一定の立法者がこうした意思のいずれも有していないときには、第三の意思、つまり、問題は将来他人により、殊に裁判所により決定されるべく残すという意思を有していなければならないと広く前提にされている」(①四八五頁)。

これは、先述の「事実↓規範」転換論に関する問題指摘であるだけに、我々も、重要であると考え。例えば、ペリーは、「もし制憲者がPを省察したならば……彼等は当該条項はPを禁止していると意思したか、禁止してい

るとは意思しなかったかである。もし、意思しなかったとすると、彼等は当該条項はPを禁止するものとみなされるべきか否かについての争点につき、解決を将来に任せたか、又は当該条項はPを禁止していいと意思していたか、いずれかである」としている。⁽¹⁾

これに対するドゥオーキンの批判は、こうである。ペリーの前提は、「修正一四条を考慮した議員は、同修正条が分離公立学校を廃止するものか否かについて『省察』したに違いない、何故なら、現に彼等が議論をしていた周囲には、分離公立学校があったからである」という点にあるとする。しかし、「修正条が、かかる効果を有すると想像だにできなかった議員が何人かいたと仮定しよう。この空白——争点の認識さえしていない——は、省察の一態様なのか。いずれにせよ……修正条が分離学校を無効とすると想像だにできなかった議員は、無効とするものではないと意思していたことにはならないのである」。さらに、議員の中には、将来最高裁が分離学校問題に直面して議会の立法者意思をどう解するのが妥当かの問題につきあたることまで細かく想像しつつ、自らはいずれの解決が妥当かわからないという意思状態にとどまっている場合もありえる、とする(①四八六、七頁)。

もっとも、我々は、以上までについて、次のように考えている。先述の制憲者意思の主体、希望・予期の問題も含めて、ドゥオーキンの批判の次元は、歴史的、事実認識上の困難の指摘にとどまっている。ペリーの三つの選択枝以外の心理状態にいた人も存在する「可能性」があると仮定しているのにとどまる。この可能性は結局ない、こともありえる。全て、より精密に歴史を研究し事実を確定すれば足りるのである。ただ、仮りに、「意思」基準論が、精密な事実調査を行わずに、ペリーの命題を利用して、「事実↓規範」転換を行うとすると、確かに問題がでて

くる。ドゥオーキンの指摘する如く、「我々は結局特定の用法のために conception を建設しているのである。しかし、再度いうが、選択には正当化が必要である」(①四八七頁)。

(1) Pery, Interpretivism, Freedom of Expression, and Equal Protection, 42 Ohio St. L. J. 261, 299—300 (1981).

五 制憲者の「集団」意思。次に、個人意思の集合として、制憲者「集団」の意思をどう確定するのかについても問題がでてくる。ドゥオーキンは、これについての二つの方法とその問題点を指摘している。

第一の方法は、「多数者の意思」アプローチである。つまり、「憲法的意思とは、関係している人間集団の『大勢』又は『多数者』として規定できる(粗雑であるが一応数的に)特定のサブ集団の各構成員が現に抱いていた意思の集合でなければならないとするものである」。これに対して、ドゥオーキンは、二つの批判を用意している。

まず、①「この場合、我々は、重要な争点については何であれ、集団意思がないということを予期することが往々にしてでてこよう。一定の争点について同一の方向にある心理的状态を有している人々であっても、意見を異にし、いずれか特定個人の具体的意見——例えば、平等条項が正確に何を禁止しているのか——について同意があるといえるために必要な数をえられなくなることもある」とする。次に、②多数者意思を基準としつつ、これに、議員が争点を想像さへしなかったときや想像・熟慮の上意思を未確定とした可能性をも考慮すると、「original constitutional intention はほとんど何事も違憲としないという全体的効果がでてくるかもしれない」とする(①四八八頁)。

我々は、①②ともに必ずしも意味が鮮明であるとは受けとめていない。さらに、第一の方法の問題点は、確定的

意思、意思不明、意思不確定が夫々存在する場合、これら全ての「集合」を可能とする意思の計算方法があるのかという点である。①の批判は、やや的外れである。また、②については、逆に、我々は、何事も違憲とする効果もありえるとさえ考えている。しかし、いずれも、事実認定上の問題である。方法論自体の批判ではない。

さて、第二の方法は、“representative intention”アプローチである。「憲法的意思とは、一種の合成的意思であって、いずれかの一人の立法者の現実の意思からそうかけはなれていないが、他方、いずれの意思とも事実上一となるものでもない意思である」とする方法である。これへのドゥオーキンの批判も、必ずしも明確ではないが、「判断」の余地がふくらんでくるため、意思不明、不確定の要因はあまり考慮されることなく、積極的な意思が重視されることが多くなるということかと思われる(①四八八頁)。

が、我々は、ここでもドゥオーキンの批判が、「事実↓規範」転換方法としての多数者意思論、合成的意思論へは向けられていないことに気付く。そして、この限りでは、「意思」基準論による憲法解釈の方法が妥当ではないとはいえないのである⁽¹⁾。

(1) 立法者意思確定のための事実認識の方法については、MacCallum, Legislative Intent, 75 YALE L.J. 754 (1966) を参照した。

(3) 抽象的意思と具体的意思

一 ドゥオーキンは、「意思」基準論の別の問題点として、抽象的意思・具体的意思の対立をとりあげている。則

ち、平等保護条項について、ある議員が、本条項上「基本的な利益」の点で政府は人を差別してはならないと理解している場合、同一の犯罪につき黒人と白人とで軽重の異なる刑を科すのは基本的利益における差別にあたるが、分離学校はこれにあたらぬと理解していたとき、「我々は彼の意思の抽象的公式と具体的公式とを区別できる」とする(①四八九頁)。そして、ドゥオーキンは、「我々は、いずれを選択すべきか」という形で問題を設定した上で(①四八九頁)、次のように述べている。

「抽象的公式のもとでは、裁判所が自ら教育は……基本的利益であると確信したときには、当該裁判所は、学校分離を違法とすることにより、議員の意思を実現していると確信するに違いない。しかし、後者の具体的公式では、議員の意思は、彼自ら基本的利益と理解したものを保護することにあるから、学校分離を廃止した裁判所は、彼の意思を実現するのではなく、これに反対しているのである」(①四八九頁)。

二 しかし、我々は、少なからざる疑義を以て、ドゥオーキンのかかる問題提起を受けとめざるをえない。確かに、抽象的意思と具体的意思が一個人に共存することはありえよう。しかし、「意思」基準論は、何故二者択一を迫らなければならぬのであろうか。一般には、基本的利益における差別を禁止するが、学校分離はこれにあたらぬという議員の意思をそのまま尊重するのであれば、裁判所による解釈上学校分離は違憲ではないと判断することに、ならん方法論上の問題はないではないか。確かに、基本的利益の差別を禁止しつつ、公教育における民族差別を許すという判断の当否は、問題にしえよう。しかし、今ここで、我々は、「意思」基準論の方法論的妥当性を検討しているのである。そして、この理論は、立法者の意思乃至その政策判断に従えばよいとの前提に立っている。とす

れば、裁判所が、例えば、特定の黒人少年が白人学校への入学を拒否されたことに対する救済を求める訴えの提起があったとき、学校分離は違憲ではないという議員の意思を適用することには、なら方法論上の困難は生じてこないと考えられる。我々は、かかる問題設定自体が意味があるのか、疑問を抱くものである。

三 ところが、ドゥオーキンは、この問題を再び、concept・conception 区別論に則して、さらに展開しようとしている。則ち、

「適正手続」又は『平等保護』などのフレーズが用いられているとき、我々は立法者又は代表の意思を、正義又は平等の『concept』の制定を意思したものと抽象的に記述することもできるし、具体的に、こうしたconceptの特定の『conception』を制定する意思であったと記述することもできる」(①四九〇頁)。

さらに、ドゥオーキンは、この問題を、次のようにも説明し直している。「立法者の意思に関する両方の叙述ともに抽象化の次元は異なるが、もちろん、真実である。が、憲法理論上の問題は、いずれの叙述が、歴史的に正確かではなくて、憲法的意思の conception の解釈上、いずれの叙述を用いるべきなのかである」(①四九〇頁)。

このように問題を整理した上で、ドゥオーキンは、結局、具体的意思を基準とすることはできないと説くのである。則ち、

「Original intention を調査するのに、もし抽象的叙述が選択されたとすると、裁判官は、『制憲者』によって既になされた判断にかえてというよりも、これを実現するために政治的・道徳的実体的決定を行わなければならない。『意思基準論者』は、一八世紀、一九世紀の政治家の具体的意思を求めて熱心な歴史的研究をしている。しか

し、これらは全て無関係であり浪費にすぎない。もちろん、意思基準論は、代表民主主義というこれも若干論争のある理論その他の政治理論にアピールすることにより、具体的意思を基準として選択することを擁護できる。こうした理論により、立法者の具体的意思が解決の決め手になると主張できよう。だが、この戦略は、original intent の中味は歴史の問題であり、政治理論の問題ではないとする彼等自身の主張を挫折させることとなろう。具体的意思論者は、具体的意思を選択したことにつき、代表・議員の精神生活についてもっと情報を集めることを通してより中立的で純粹に歴史的な方法に基づき、これを擁護しえるのか。私はできないと考える」(四九〇、九一頁)。

四 我々は、既に(1)四でみたように、「意思」基準論が、立法者意思という裸の歴史的事実に直ちに規範性を与える点に疑問のあることを指摘した。右のドゥオーキンの問題設定は、その反復としての側面をもつ。彼が、立法者意思の要素分析上、個々の意思表示はなんらか公式的な制度的な場で表明されたものでなければならぬのかどうか、意思の唯一の証拠となりえる記録が朝食時の妻との会話のときはどうなるかを問うていたのも(①四八五頁)、この問題に絡む——少くとも制憲プロセスに属する場での意思表示であるから、規範性があるという説明は、一応成立しうるのである。が、ともあれ、ドゥオーキンは、is と ought との架橋に、抽象的意思・具体的意思という concept・conception を用いることを提唱したのである。

ところで、右三における concept・conception 区別論には、次のような問題がある。ここでは、concept とは、議員乃至制憲者が有していた、基本的利益での差別禁止という特定の事実としての(ただ、内容が抽象的な)意思をいい、conception とは、学校分離は基本的利益での差別ではないという、別個の事実としての(ただ、内容が

具体的な) 意思をいうものと定義されている。そして、憲法解釈とは、(三)(1)二でも述べたように、concept を価値充足する作業と理解している。しかし、具体的意思の探求は、憲法解釈に「無関係」であり「浪費」であるなら、同じく、歴史的事実にすぎない抽象的意思の探求も否定されなければならない。念の為、抽象的意思が具体的意思よりも事実認定が容易にできるという保障はない。また、憲法典の「フリーズ」が制憲者の抽象的意思であるとの保障はない。事実の裏付けが必要である。要するに、具体的意思基準論に対して、事実調査・歴史研究自体を無意味として批判することにより、ドゥオーキンは、自己の解釈の前提としたい concept 概念の存在基盤をも否定したのである。

次に、以上のドゥオーキンの理論構造は、こうである。まず、歴史的事実としての意思の詳細な研究だけでは、その規範性は直ちには説明されえない、抽象的意思・具体的意思というレベルで対立が生じるとすると、どちらの意思に規範性を与えるのか決定する方法乃至理論が必要となる、しかし、「意思」基準論はこれを欠いている、とするのである。そして、かかる方法乃至理論が「政治的道德」であるとすると、これは、制憲者意思を価値判断の基準とすることを前提にしつつ、その決定方法、つまり「事実↓規範」転換の方法を補ったものにとどまる。今のところ、ドゥオーキンは、制憲者意思を無視するまでには至っていない。解釈の正当性の淵源は、やはり、事実としての制憲者意思なのである。

(4) 「支配的意思」論

一 ドウオーキンは、さらに続けて、「我々は誰かが抽象的意思と具体的意思とを有しているときには、一方が支配的であるに違いない——一方が他方を駆逐すると主張することもできそうである」と問題を提起している。例えば、議員が精神科医を嫌っており、彼に鑑定証言を許すのは適正手続に反すると考えていたとしよう。このとき、「その議員の適正手続の conception が異なるものであって、精神科医の鑑定証言を許すのは適正手続を侵害しないことになる」と信じたときに、彼はなお、この条項に賛同したであろうか」と問題をたてることができる、とする。もし反対したとすると、精神科医排撃が彼の「支配的意思 (dominant intention)」であるとすると(①四九一頁)。こうして、支配的意思と派生的意思 (derivative intention) との区別を行うのである。別の例をみてみよう。立法者の具体的意思が「禁止しない」という消極的意思であるとき、「反対事実」の仮定による問題設定は、「議員が自らは当該規定は禁止しないと考えていたことについて、規定が禁止することになるかもしれないと想像した場合……なお当該規定に賛成したであろうか」となるとする。例えば、ある議員は、分離学校は平等保護に反しないという独自の conception を有していたが、平等保護条項が分離学校を禁止することになると想像した場合であっても、彼は条項に賛成したかを問うものである(①四九一頁)。この場合について、ドウオーキンは、次の解説を付している。

「腹臍のない反応として、彼は統一学校の理念には賛成しえなかったかもしれない。従って、正義は統一を求めると考えていたとしても、条項には反対したかもしれないのである。かかる場合、我々は、分離学校は禁止されないという彼の意思が支配的意思であったといえよう。彼の抽象的意思はその目的に対する手段にすぎないから

ではなくて、問題の所在を認識していたとすれば、具体的意思が抽象的意思を克服していただであらうからである。他方、我々は、特定の議員は条項が分離を禁止すると考えていたとしても、これに賛成したであらうことを示す、積極的証拠を発見するかもしれない。個人的に統合を他の理由から支持していることを報告する手紙をみつづけるかもしれない」(④四九一、二頁)。

二 我々は、右のような「反対事実」の仮定によるテストで、真に支配的意思を発見しえるのか問わなければならぬ。確かに、学校分離が禁止されるならば平等保護には賛成しない場合、これが支配的であるとするとするには一応納得がいく。しかし、ではなお賛成したならばどうなるのか。ドゥオーキンは、「統合を他の理由から」支持する手紙の発見を例としている。だが、これは平等保護を理由としては学校分離に反対しないが、その他の理由からは賛成するという例である。とすると、平等保護条項自体についての彼の意思の所在は依然として不明である。更に、学校分離が禁止されるのは好ましくないが、男女差別を禁止するためには平等保護が必要なのでやはり賛成した場合もありえる。ここでは、人間の基本的利益における不平等の禁止という抽象的意思と、学校分離合憲という具体的意思は併存したままであり、いずれが支配的か不明である。反対事実の仮定テストにより支配的意思を発見しえる場合は、限られている。この点は、次の問題にも関わる。

三 ドゥオーキンも、仮定的反対事実テストの問題設定方法に疑問を抱いているが、それは、次のようなものである。

「我々の反対事実は著しく strong なものである。これは、我々の議員の平等性に関する確信は、現実のそれと

全く異なるものであると想像することを求めるのである——これより弱い反対事実であれば支配的意見のための議論には役立たないであろう——。それ故、我々が、その議員が有していたと仮定している確信が彼にとって当然のものとなるように、彼のその他の政治的理論も修正されることとなる。しかし、これは、反対事実に答えるのに関連がある、現実の歴史的証拠の量を著しく減ずる効果をもたらす」(①四九二頁)。

「例えば、我々の議員は平等よりも自由がはるかに重要な価値であると考えていたことを我々が発見したと仮定しよう。我々は次のような結論に導かれるかもしれない。平等の憲法的要請が分離学校を無効とするであろうと考えたとなると、平等保護条項には賛成投票をしなかったであろう。自由の相当の侵害となるであろうからである。しかし、これは不適當な結論である。平等性の内実と重要性に関する人の確信は相互補完的であるからである。もし議員が平等性は彼が考えていたよりも、内容がより包括的であると判断した場合、彼が現に思っていたよりも平等性がより重要になるとは考えないであろうと想定する理由はないからである。つまり、我々の省察は、議員は政治的道徳の特定の争点について異なる考え方をしたという仮定だけではなく、それ故に彼は政治的道徳一般についても異なる考え方をしていたという仮定をも含まなければならないのである。だが、我々は、彼のより一般的な政治的確信は現実のそれとどのように異なっていたであろうかという問題を展開すると、保留する場所を全くうしなう。もちろん、私は、もし議員が条項は学校分離にも及ぶと考えたならばなおかつこれに賛成投票したであろうとの結論へいきつくといっているのではない。むしろ、これと反対の結論を支持しえる歴史的証拠を発見することはほとんどありえないことであるといっているのである。反対事実の問題が適切に形成されることにより、かえって

我々が重要と考へる歴史的証拠のほとんどが追い払われることとなるであろう」(①四九二、三頁)。

四 我々も、もし仮定的反対事実テストに意味がありえるとすれば、それは strong でなければならぬと考へる。仮定への答えが、一義的に明確にできうる程度の具体性と明確性のある事実を仮定しなければならぬと考へる。つまり、公立学校分離が禁止されるとしても、禁止の態様は多様であるから、丹念な問題設定をする必要がある。例えば、事実の仮定の内容は、「学校分離を禁止している」→「学校分離を禁止し、自由選択制にする」→「学校分離を禁止し強制的学校区画にする」→「学校分離を禁止し、強制的学校区画にし、バス通学を提供する」等々といくらかでも選択枝をしぼれるのである。そして、実は、どの選択枝を仮定テストとするかで、解答は異なりえるのである。この選択枝は抽象化への過程へも無限に広がりえる。例えば、左表の諸要素を考へてみよう。

差別の理由

- ① 白人と黒人
- ② 人種一般
- ③ 個人の選択不能事由
- ④ 基本的利益

差別の場所

- ① 公立小中学校
- ② 公立・私立小中学校
- ③ 教育機関一般
- ④ 公立公共施設
- ⑤ 公立・私立公共施設
- ⑥ 政府作用一般

この組み合わせにより、抽象化の程度についても、一種のカンティニウムができるのである。とすれば、そもそも抽象的意思・具体的意思の排他的対立という設定自体が問題視されなければならないのである。

要するに、議員が特定条項に賛成・反対した支配的理由は何かという歴史的心理的事実の探求を率直に行えばよいのに、それを仮定的反対事実への答えを求めるという回りくどい方法に変形したことに誤りがあるのである。

ドゥオーキンは、現実には特定の議員は平等条項は学校分離を禁止しないと考えていたかもしれないし、そうでないかもしれないが、ともかくも、①平等条項は学校分離を禁止すると彼が考えたならば、②なおかつ彼は条項に賛成したか、と問い、かつ、①の成立には、彼の政治的道德一般の修正も必要になる、としている。そして、このように、①の仮定の背景をふくらませるほど、②に答えるための材料は減るとする。現実の歴史資料は、①の仮定に反しないものしか使えなくなるからであろう。しかし、これは、自ら設定した陥穽に自ら落ちた為の議論の空転ではない。また、「平等よりも自由が重要である」という仮定を、選択枝に付加するかどうかは、上記一の課題上論理必然的とはいえない。また、学校分離は平等条項に反しないかという問いが、当然に議員の政治的道德一般の特定の考え方も前提にしなければならないと考えるべき理由もないし、そうしなければ、支配的意思が発見できないわけではない。

ドゥオーキンは、以上の複雑な考察を経て、「我々は、反対事実テストによっては、制憲者の具体的意思が支配的意思であったに違いないとの命題の一般的根拠は見い出せない」とする（①四九三頁）。だが、これは、三の思考をまつまでもなく当然のことなのである。

(四)「意思」基準論と「解釈方法についての意思」

(1)「委任の意思」

一 ドウオーキンは、次に議員が裁判官の解釈のあり方について、一定の意思を有していたときについてどう考えるべきか問題にする。この問題を吟味する意義は、「意思」基準論における「事実→規範」転換を正当化しえる理論的可能性を探ることにあるといえよう。さて、ドウオーキンは、第一段階として、「委任の意思 (intention to delegate)」をとりあげている。則ち、「他の公務員 (分離学校を設置するか否か決定にあたる州の立法者、分離学校が違憲か否か決定する裁判官など) は、議員自身の平等性に関する conception と異なる conception を抱いている、後者によれば学校分離は平等性に反するものとなるときに、このような事態を想像した議員は、他の公務員が分離を違憲と考えるようにと欲したのであるか否か」という仮定的な「反対事実の問題」を設定している(①四九三頁)。そして、次のように、分析している。

「彼は、次のように考えたかもしれない。憲法は、一定の客観的意味での正義の最善の基準を反映するべきものではなく、むしろ、市民が各時代に抱いている正義の conception を反映するべきであると(以上を①とする一筆者・注。以下、同じ)。あるいは、更に、この課題を実現する最善の手段は、立法者又は裁判官が自己自身の conceptions を用いるように促すことであるとも考えたかもしれない(②)。しかし、我々の議員は、適切な憲法実践に関するかかると見解をもちえたかもしれないが、現実にはおそらくそうしなかったであろう

ともいえる。彼は、正義に関する正しい基準（と彼が考えているもの）が、一般人に好まれようと好まれまいと、適用されることを求めていたかもしれない。このときには、我々の現在の反対事実の仮定への答えがでてくる。否定である(③)。我々の議員は、平等性の正しい理論（と議員が信じているもの）に同意しない後の裁判官が裁判官自身の理論を適用することを欲しなかったかもしれないのである(④)。しかし、このとき、分離は廃止されないという議員の具体的意思が彼の支配的意図であり、平等性は保護されるべきであるとの抽象的意思は派生的意図にとどまると答えることによって、以上の点についての結論を導くことは、きわめて重大な誤りであろう。我々は、この結論を有する資格はない。我々の反対事実、議員は彼の寛容な平等性の conception をもはや抱いていないと仮定することにより、二つの意思を差別することはしていないからである(⑤)。(①四九三頁)。

二 ドゥオーキンのこの問題の分析は細かいので、我々も少しく検討を要する。まず、こうした問題を設定したときに考えておくべき議員の意思は次のようなものであろうか。憲法解釈の実体的内容としては、①基本的利益についての不平等は違憲である、②学校分離は基本的利益に反しないので合憲であるという二つがある。次に、公務員に対していかなる解釈を行うことを求めるのかに関しては、③公務員が基本的利益についての不平等と考えるものは違憲とする、④公務員が学校分離を基本的利益についての不平等と考えるならば、違憲と判断できる、⑤学校分離は基本的利益についての不平等ではないので公務員は違憲と判断できない、という三つをさしあたり考えておく。

さて、右引用中①の部分については、公務員を拘束したいという議員の意思（拘束意思とする）の内容としては、②又は③いずれとも結びつきえる。そして、④の場合には、学校分離を違憲とすることを求めることには、当然にはならない。時代の「正義」は、学校分離を妥当とするかもしれないのである。これに対して、②の場合、正に①の拘束意思を有していることになる。とすると、ここでも、公務員が具体的な適用上学校分離を違憲とすべきか合憲とすべきかの判断にまでは干渉しないのであるから、公務員が違憲とすることを欲するかという次元での問題には、答えはないことになる。③④では、むしろ、⑤の拘束意思を有しているのであるから、仮定問題への答えは否定である——議員は公務員が違憲とすることを求めているのである。そして、この場合、①が派生的意思で、②が支配的意思想であるという事実を指摘するだけでは、ドゥオーキンのいうように（⑤参照）、拘束意思については④⑤⑥いずれを有していたかを読みとることができないのは当然であろう。

三 　ただ、問題は何故こうした分析が必要なのかである。この問題分析は、①又は②の意思の規範性の根拠を問うことを目指していたはずである。単に、事実認識のレベルでの問題であるとすれば、議員は④⑤の他に、⑥⑦⑧のような拘束意思を事実として有していたか否か調査すれば足りる。むしろ、ドゥオーキンは、①又は②の事実しか存在していないときには、それらから一定の拘束意思を理論的に前提することはできないことを示そうとしたのである。そして、この限りでは説得性はある。しかし、仮りに④⑤⑥の意思の存在が事実として判明したときはどうなるのであろうか。「意思」基準論は事実としての意思に規範性を与える方法である以上、かかる場合を予測して批判を準備しなければ、不充分となるのではないか。もっとも、このあたりについては、ドゥオーキンは、「解釈

方法についての意思」に関連して答えを示している。

(2) 「解釈方法についての意思 (interpretive intention)」

一 次に、ドゥオーキンは、制憲者自身が、裁判官は制憲者の具体的意思に従うべきであると意思していた場合、つまり、憲法の解釈方法についての意思を有していた場合をどう考えるのか、問うている。これに対しては、まず、自己の立場を宣明している。則ち、

「憲法の『広い』規定に賛成投票した代表と議員のほとんどは、具体的意思を有利に扱うような解釈方法についての意思はおそらくもっていなかった。彼等が、議員及び州立法者は制憲者たる彼等自身の適正手続、平等性、残虐性についての conceptions によかれあしかれ指導されなければならないと考えていたと想定すべき理由は無い。……私は、憲法の修正条が文書化されたときの言語自体がこのことについての十分な証拠であると考えている。何が平等、正義として重要なのかについて自分自身の見解がかりに誤っていたとしてもこの見解こそ従わなければならないと信じている人々が、かかる命令を文書化するにあたり平等、正義という一般的文言しか使わなければならない、ほぼありえないことである。もちろん、彼等が意思しているこれらの条項の適用を詳細にわたり記述することはできなかつたであろう。しかし、concepts 自身を指示するだけではなく、もう少し彼等自身の conceptions の証拠となるものを提供する言語を発見することはできたであろう。もし、私の主張が真実としたならば、言語以外にこれを支える証拠として、何を発見することが期待できるのか、理解困難である」(①四九四、五頁)。

二 我々は、幾つかの疑問を抱く。ドゥオーキンは、一方で憲法解釈の具体的内容そのものに関する①又は②の特定の意味は歴史的事実として存在しえることを前提にしているのに、他方で、③又は④のような制憲者の具体的意思に関する「拘束意思」については事実として存在していないという認識から議論を出発させている。その際、別段、歴史資料上存在しないことを証明しているのではない。主張の根拠は、憲法の文理に求めているのである。つまり、文理自身こそ制憲者意思の最良の顯示とみ、文理にあらわれざる命題は存在しないという「理論」を設定しているのである(もつとも、後にもるように、もう少し正確には、「解釈方法についての意思」乃至「拘束意思」についてはそれが存在していたとしても、これを無視するという「理論」である)。しかし、この「理論」が、憲法の文理が最高規範としての権威性を有しているから、その文理に示された意思にのみ規範性を与えるべきであるという前提に立つものであるとすれば、既に反復しているように、ドゥオーキン自身の問題とした憲法典の権威性の証明はまだなされていないという欠点を克服する課題が残されていることとなる(二)三参照)。次に、憲法典は制憲者意思を知る最良の資料であるといふのとどまるなら、意思発見の資料を憲法に限定するといふ理論はドグマにすぎなくなる。正当性はない。

三 ドゥオーキンは、右一の基本認識に立った上で、「私の意見は次の通りである。もし、適正手続、残虐・異常な刑罰、平等保護条項に賛成投票した人が、後に官吏が憲法の要求しているものを決定するのにどうしたらよいのかについての理論を有していたとすれば、彼等はおそらく、彼等の抽象的意思こそ従われなければならないと信じていたであろう」とする(①四九五頁)。

我々は、以上のドゥオーキン理論を次のように理解できよう。つまり、「我々は文理に従わなければならない」→「文理は抽象的文言を用いている」→「制憲者は自己の抽象的意思に従う解釈を求めている」という命題の結合である。しかし、上記のように第一の命題には疑問がある。第二の命題の文言の抽象性にも一応留保がいるように思われる。適正手続、残虐・異常な刑罰、平等保護という表現については、確かに抽象的といえそうであるが、憲法は他方で大統領の年令制限に関する「三五才」（二条一項）のように具体的文言も用いている。とすると、第三の命題は、文理が具体的である程度に応じて制憲者の具体的意思に従わなければならないという、スライディング・スケールのな「解釈方法についての意思」命題を意味することになるのであろうか。それとも、「三五才」という文理も、要は、大統領はある程度精神的に成熟していることを要するとする制憲者の抽象的意思のひとつのあらわれであり、場合により裁判所は、これを二五才や四五才と解してもよいということになるのであろうか。要するに、一の基本認識に立っても、制憲者の具体的意思に従うべきであるという拘束意思の存在を、理論的に全く排除しえないし、また、排除することの当否もなお検討の余地があるのである。

四　ところで、ドゥオーキンは、ブレストが、「意思」基準論の第一の任務は、「解釈方法についての意思」の確認にあると指摘している点について (Brest, *op. cit.*, 60 B. U. L. REV. at 215 (1980))、次の批判を加えている。

「我々が次のように決定したとしよう（法的又はその他の政治的理論を理由として）。つまり、裁判官が政治的道德の判断を行わなければならないとすることも、制憲者の抽象的意思を頼りこれを執行することが、健全な憲法の実践上裁判官に要求されている、と。だが、その後、制憲者自身が我々の抱えている争点について異なる決定

に到達したであろうことを発見したとしよう。このことは、我々にとって何故差異をもたらすのか。何故、政治的理論の複雑な争点について、我々の見解は、彼等の見解と相対立しているにすぎないといえないのか。従って、何故、我々の reasons が正しいのであるなら、別の時代の人々が同意しなかったであろうことのみ理由として、我々が我々の reasons を放棄したりしてはいけないということにならないのか」(①四九五頁)。

我々は、ここに二つの意義ある論点を読みとれる。第一に、「意思」基準論に立つとき、解釈の実体的具体的内容についての特定の意思と「解釈方法についての意思」とが併存している場合、どちらが優先すべきなのかについては、正当性のある答えは用意されていないという指摘である。第二に、ドゥオーキンは、議員の特定の意思と裁判官の解釈が衝突するときには、後者を選択することが求められていると考えていることであり、かつ、その場合の正当性の根拠は、結局、制憲者は自己の抽象的意思を解釈基準にせよという拘束意思を有していることに求められている点である。

五 ドゥオーキンは、更にもう一步踏みこんで、「意思」基準論の「事実↓規範」転換論は、「循環論」に陥るために破綻するとしている。則ち、

「我々は、制憲者の意思に頼ることに關して我々が有するであろう理由と、我々が捜したときに見出すこととなる意思自体とは注意深く区別しておかなければならない。もちろん、我々が最初に行つた、制憲者の意思に従うという決定を正当化するにあたっては、制憲者が我々はそうすべきであると思つていたのであると主張することはできないのである。かかる『議論』は論点回避である。我々の現在の企て——つまり、憲法的意思の適切な

conception を定義することは、意思に従うことを正当化する任務の一部なのであって、何が意思されていたかを発見する任務の一部なのではない。我々は、我々が従うべき理由のある集団意思の sense 乃至 kind を通常以上に正確に叙述しようと試みているのである。しかし、その際、我々は、我々の選り出した意思はその内容上我々がこれに従うべきであると思っているものである、ということ根拠にして、あれこれの意思の kind 又は sense を尊重するべきである、と論ずることはできない。これは、上記と同じ方法で論点回避することになる。もちろん、裁判官は、具体的意思よりも抽象的の意思に従うべきである、制憲者がそう意思していたからである、と誰かが論じていたとすれば、これへの反論のため、実は制憲者はそう意思していなかったと指摘することは、関連性をもつであろう。しかし、これは、我々の考えている理由ではない。我々は当面の目的に関しては、just 又は wise な憲法実践についての一般的議論の中に、我々の理由を見い出すであろうと仮定しているのである。そうとすれば、制憲者がこの点について別個の見解を有していたという想像上の事実は関連がなくなる」(①四九六頁)。

かくして、制憲者の「解釈方法についての意思」を「事実↓規範」転換には用いることができなくなるのである。そこで、ドゥオーキンは、「政治的、道徳的理論」が、憲法(典)の正当性の基準を提供するとしている。

「いずれの憲法理論も、その一定の部分は、制憲者と呼ぶ人々の意思、信念そして行為と独立していなければならないのである。その一定の部分は、政治的、道徳的理論(political or moral theory)に独自の基盤を有していなければならないのである。さもなければ、理論は、上記のような態様で完全な循環論になってしまうであろう。つまり、多数者意思は社会的決定に適切な手段である、それが多数者の欲していることだからである、という理論

と等しくなる。理論は、第一の次元として、誰の確信、意思、行為が、そしてそれらのいかなる特徴が憲法を形成するかを示すのである。そして、第二の次元に至ってはじめて、理論は、第一の次元で記述した行為、意思、信念の宣言している我々の憲法が現に規定していることに注意を向けるのである。第一の独立の次元において、我々の憲法とは何か決定するにつき、制憲者の抽象的意思を考慮すると考えていたところ、制憲者がこれと異なる考え方をしていたことが後に発見されたとしても、我々は我々の意見を放棄する必要はない。第一の次元は、理論が決めるのであり、制憲者が決めるのではない」(①四九六、七頁)。

六 我々は、ドゥオーキンのいう「政治的、道徳的理論」がいかなる構造をもち、どのようにして、特定人の意思をして憲法的規範性あるものに転換するのか明確な説明をえていない。この疑問を留保したまま、以下の議論の展開をみていきたい。ところで、右の「政治的、道徳的理論」は、くり返しになるが、誰の意思を憲法とするのか決定する理論であって、何が憲法として妥当かという実体的内実を決定する理論ではない。つまり、例えば、修正一四条の平等保護条項については、基本的利益の平等を保護するという実体的価値を体现しているので憲法としての正当性があるのではなく、基本的利益の平等を保護するものであるという特定人の意思により作成された条項であるから、憲法たりえると考えている。そして、更に、第二の次元、実体的内実の決定についても、なお制憲者の意思を基準とする可能性が残されている。とすると、ドゥオーキンの理論は、「意思」基準論を否定するのではなく、補充・強化するものであるとも理解することができるのである。「意思」基準論は、方法論としては、なお成立しているのである。⁽¹⁾⁽²⁾

(1) 因みに、後にドゥオーキンが批判の対象とするイリイも、「何が意思されていたかに関するもっとも重要な資料は、憲法の文言自身である」という認識に立って、実体的デュープロセス論は、修正二四条の適正手続条項の規定するところではないと解釈している (J. H. Ely, *DEMOCRACY AND DISRUPT*, at 16 (1980))。理由は、いかんか指摘している。④憲法典への投票により特定の文言が条文としての権威性をえるのは、ここに多数の同意を得るのに十分な合意があったのは、どの点なのか明瞭に記録されているからである。⑤修正条は、連邦議会の提案、州議会の三分の四による批准を経て承認されるが、このとき提案者の意思も批准者の意思も等しい価値をもつことになる。とすると、立法者意思を立法過程史から正しく読みとることは不可能に近くなる。⑥特に修正一四条については、批准に関する議論の記録はほとんど失なわれている。唯一の資料は、条文そのものである。⑦制憲議会の真意となると、各議員は、個人的な動機、理由をもっている。従って、会議中の動議、議論が必ずしも真の目的を示していなかったかもしれない。しかも、それらが条文の自然な意義に反するときには、必ずしも決定的なものとは扱えないのではないか。⑧憲法の真意とは起草者のそれではなく、「一般人民」の「意思」でなくてはならない。そして、一般人民は文言のもっとも平明な意味に従って理解している (Id., at 17-18)。

イリイは、更に、修正一四条の特権・免責条項についても、「文言により示唆されている解釈」として、「特権・免責条項は、憲法典が列挙せず、また少くとも制限列挙はしていない権利、もしくは、認定のための特定の方法及び示していない特定の権利につき、将来の憲法的決定形成者にその保護を委任したものである」と解している (Id., at 28)。平等保護条項についても同じ解釈をしている。(Id., at 32)。

則ち、イリイ理論も、文理に示された制憲者の抽象的意思に解釈の正当性の淵源を求めている点で、ドゥオーキンと同様の理論的枠組みに立っていると見える。

(2) ここで、「意思」基準論の背景を探っておきたい。現在、アメリカでは、法の本質の認識方法としては、法実証主義が有力である。その第一の特徴は、「法は人間の命令である」という認識である。特に、オースティンは、法を政治的優位者

乃至主権者による政治的劣位者乃至臣民に対する、制裁に担保をえた命令という理論を確立した。See, J. AUSTIN, THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED, Lec. I, p 11, 13; Lec. VII, p 195, 198. (N. Y. The Humanities Press, 1965. なお、ノートによる Introduction ix—xy 参照)。この立場に立つが、憲法又は法の解釈というべき厳格に立法者の意思に従うという考え方に結びつき易い。「意思」基準論の背景は、このあたりにもありそうである。

因みに、方法論上の反省は別として、司法判断の現実には、立法者意思を解釈基準とするよりは定着しているように思ふ。なお、このあたりに、see, United States v. Barrett, 539 F. 2d 244 (1st. Cir. 1976); United States v. Oates, 560 F. 2d 45 (2d. Cir. 1977); United States v. Zenni, 492 F. Supp. 464 (E. D. D. KY. 1980).

なお、これに対して、ノートの法実証主義は、ノートの“open texture”の解釈であったり、「目的」「社会的結果」「合理的社会的目的」を考慮に入れることを認めている。但し、ノートの法大系が、何故、「目的」等の正当性を判断した上でこれを法解釈に用いるのかは必ずしも明らかでないように思われる。See, H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW, 119—120, 125—127 (1961); Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 HARV. L. REV. 593, 606—615 (1958)。所謂、ロッセス法學は、法的紛争処理であったり、立法者意思は、一考慮事由として扱われるべきである。H. M. HART/A.M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW, 97—102 (Tent. ed, 1958)。むしろ、むしろ「法現象主義は、立法者の意思は、一切の拘束性を認めざるべきである」。See, Corbin, The Law and the Judge, 3 YALE REVIEW, 234, 246 (1914); Moore, Rational Basis of Legal Institutions, 23 COL. L. REV. 609, 611 (1923)。

(四) プロセスと民主主義

(1) イリイ理論検討の課題

一 ドゥオーキンの次の課題は、イリイのプロセス的価値基準論を批判することである (See, J. H. Ely, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980). 以下、Elyと略す)。まず、ドゥオーキンは、イリイの理論を次のようにモデル化している。

「合衆国は、民主主義的である。憲法が、これを設定している。従って民主主義を拒否するような我々の憲法大系の解釈はありえない。この明白な事実が、司法審査の歯止めにも拍車にもなる。民主主義とは（もしそれが何かを意味するとすれば）、次のことを意味する。つまり、実体的、政治的価値の選択は、選挙によらない裁判官よりも、人民の代表が行なわなければならない。司法審査は、例えば、避妊具の販売を禁止する法律はプライバシーの権利を侵害するかどうかについての最高裁判事自身の意見に基づいてはならないのである。この理由から、グリズウォルド事件は、ロー対ウェイド事件、ロククナー事件と同じく誤りである。自由主義者は、これらの判決の前二者を承認し、ロククナーを嫌う。保守主義者は、これと逆である。しかし、司法審査の健全な理論——民主主義と一致する唯一の理論——は、これら全てを非難するのである。また、実体的適正手続の理念に明示的、黙示的に依拠しているその他の判決も非難するのである。

民主主義に対する我々のコミットメントは、最高裁は実体 (substance) の決定を行うことはできないことを意

味する。と同時にまた、それは、最高裁は民主主義を守らなければならないことを意味する。殊に、最高裁は、次の方法により、民主主義を作動させなければならない。則ち、ストーン判事の著名な脚注の言葉に従いつつ、『通常好ましがらざる立法の無効化をもたらすことが期待される、政治プロセス自体を制約するような』法律を許さないように保障すること、『discrete and insular minorities に対する偏見』が、『通常、少数者を保護するのに依拠しえる政治プロセスの作用を縮減すること』を許さないように保障すること。従って、最高裁は、言論の自由の保護には、積極的でなければならず、偏見のもたらす結果については、敏感でなければならない。そうすることが、民主主義自体の価値となるからである」(①五〇〇、〇一頁)。

次に、以上のモデルを、次のようないくつかの命題に分割している。「(1)司法審査は、立法プロセスから隔離された outcome よりも、立法プロセスに伴う問題を扱うべきである。(2)司法審査は、このプロセスを民主主義の基準に照らしてテストしなければならない。(3)それゆえ、プロセスに基づく司法審査は、民主主義と一致するが、実体に基づく司法審査は、outcomes を基準とするので、民主主義に反する。(4)最高裁は、それゆえ、立法部の決定を破棄することを正当化するにあたり、基本的な実体的価値と推定されるものを引用するとき、誤りを犯すことになる」(①五〇一頁)。

二 以上のイリイ理論モデルに対して、ドゥオーキンは、第一の命題は正しいが、他の三つは誤り乃至ミスリーディングであると評価している。ドゥオーキンの基本的な疑問は、民主主義とは何かについて「コンセンサス」「歴史」に頼らずにどう正しい答えを発見できるのかという点にある。イリイは、最高裁の適切な役割は、民主

主義プロセスの監視であるとしている。とすると、「イリーの議論は、民主主義の一個の conception が正しい conception であること——『客観的』政治的道德の問題として正しいこと——及び、最高裁の任務は、この正しい conception を確認し、擁護することにあること、を想定していると読まなければならない」とドゥオーキンは考えている。ところが、イリー自身は、人民がいかなる実体的政治的権利を有するのかにについては「コンセンサス」がないから、最高裁がこれを発見することはできないと論じていたはずである(①五〇二頁)⁽¹⁾。

(1) イリーは、自然法、中立性原理、理性、伝統、コンセンサス、将来の発展等を根拠とする基本的価値の発見が、結局は、「裁判官自身の価値」を解釈基準とするものであるという批判を、自己のプロセス論の前提のひとつとしている。See, *Id.*, at 43—70.

とすると、最高裁は、右注(1)で掲記のような実体的な諸価値に頼ることなく民主主義の conception を形成しなければならない。この場合、input case にのみ頼ることができのなら、イリーが望むように、実体的正義の争点に最高裁が直面するのを回避しえる。しかし、もし、outcome case に頼らなければならないとすると、最高裁は substance の決定に直面し、イリー理論は、自家撞着をおこす——この点の吟味をすることが、ドゥオーキンの課題意識なのである。

三 ドゥオーキンは、検討に先立ち、あらかじめ様々な民主主義の conception がありえることを指摘している。則ち、①政治的決定に到達するプロセスや市民の政治参加の手続(投票、言論、請願、ロビー活動等)を民主主義の中味と解し、こうした手続により民主的に選挙された公務員が行うことに対する制約は、含まないという考え方、

④富の配分が不平等な社会に民主主義はないという考え方、そして、最後に、⑤功利主義的民主主義である。ドゥオーキンは、⑥を次のように説明している。⁽¹⁾

「民主主義に関する純粋の功利主義的な case は、outcome case である。……つまり、功利主義者は、民主主義国家の定義が誰が投票し、選挙区はいかに設定されなければならないか等を示す手続の集合で構成されていることには同意するであろう。しかし、民主主義的手続は、他の手続に比して功利性を最大限にする実体的決定を生む可能性がより高いものであるときに、just であると論ずるのである。選択可能な手続が、民主主義の最善の conception を形成するのにかについての問題は、いずれも長期的な功利性のテスト、つまり、outcomes のテストに服さなければならぬのである」(①五〇三頁)。

(1) 我々は、今後の議論の便宜の為、④を手続的民主主義、⑤を実体的民主主義と名付けておく。ドゥオーキンは、⑥を「人民民主主義」としているが(①五〇三頁)、例えば、中華人民共和国型の人民民主主義でなくとも、⑥の考え方は、福祉国家論の一形態として成立しうるし、現に、マイケルマンは、かかる主張をしている。See, Michelman, Welfare Rights in a Constitutional Democracy, 1979 WASH. U. L. REV. 659 (1979). その意味で、「実体的民主主義」としてなべ。

とすると、一定の民主主義の conception が真の input case たりえるには、裁判所が公正なプロセスにつき判断しうる適切な地位にあるが、実体的政治的判断を行うのには、きわめてふさわしくない地位にあること、並びに、プロセスに関して裁判所の形成した判断は、民主主義に一致するが、実体に関してした判断はこれと一致しないことを論証しなければならぬのである(①五〇四頁)。ドゥオーキンは、かかる課題につき、言論の自由と平等保

護の問題を通して、検討を試みるのである。

(2) イリイと言論の自由(一)——「人民全体の政治権力」論

一 イリイは、「民主主義の最善の conception」は「言論の自由の保護の機構」を含まなければならないと考えている。「政治変革のためのチャンネルを公開しておく」ためである。ドゥオーキンは、この点を検討する第一歩として、政府による市民の言論制限を禁止する理論も多様であると、さしずめ、次の三つを示している。①ミルは、社会組織の最善の条件——一般的福祉を現に促す条件に関する真理は、検閲制を敷くよりも、思想の制約なき市場から生まれる可能性が高いと論じている。もっとも、ドゥオーキンは、「これは、言論の自由に関する功利的な outcome case であつて、プロセスに基づく input case ではない」とする(①五〇五頁)。②ミルは、更に、言論の自由は「個人人格発展の本質的条件」であり、一般的関心の寄せられている事項について言論を行う能力は、人民にとって基本的重要性のある能力である、これなくしては、本来あるべき人民にはなりえないと論じている、とする。しかし、ドゥオーキンは、これをイリイのいう「基本的価値」論であるとしている(①五〇五頁)。③最後に、マディソンは人民がよく情報をえていない限り、民主主義はみせかけであり、言論の自由は民主主義を現実のものとするのに必要な情報を提供するのに本質的であると論じている。ドゥオーキンは、これは、一応 input case といえるともみている。則ち、

「マディソンの議論は、個人対個人の次元での政治的権力の平等性を求めるものではない。むしろ、人民全

体 (the people as a whole) の政治権力を最大限にするための議論である。つまり、人民が正しい公務員を選出し、一度選ばれた公務員をコントロールして、現に権力ある者から区別された人民が現に欲していることを達成するようにする権限である。つまり、市民一般の政治権力の増大のための議論であり、市民間での政治権力の平等性のための議論ではない」(①五〇六頁)。

二 そこで、ドゥオーキンは、イリーの言論の自由の保障の意味について二つに分けて、考察をすすめるのである。①まず、右の③の意味での人民全体の政治権力の拡大という視角から理解した上で、「イリーその他の者が、修正一条が規定していると理解している、言論の自由の拡大」については、結局、右③も正当化根拠たりえないとする。②次に、人民内部での権力配分として理解し、これをも批判するのである(後述③参照)。ここでは、①をみてみよう。

ところで、ドゥオーキン自身の理解するイリーの理論モデルから、何故、イリーが「人民全体の政治権力を最大限にすること」を求めているという解釈がでてくるのか、我々は理解しかねている。が、ここでは、一応疑問を留保するのとどめる。

ドゥオーキンは、人民全体の政治権力の拡大という視角に対しては、次の批判を加えている。

「民主主義的に選挙された立法部の権限に対するいかなる制約も、その立法部を選挙した人民の政治権力を減少させる。政治権力とは、政治的決定が自己の欲するまま形成されることをより可能にする権力であるからである。多数者が、マルクス主義に同調的な文献一切の公刊禁止を望んだとしよう。しかし、憲法は通常の政治によりかか

る目的を実現する権力を拒否している。多数者の政治権力は、かかる憲法的禁止により、減少していることは確かである。我々は、多数者が検閲を通して自己自身の利益（と思われるもの）を保護する権利はないと言いたいのである。検閲は、他者（others）が、新しい価値を信奉する新しい多数者を形成するべく活動することを妨げるからである。しかし、現在の民主主義制度を構成しているメンバー各員は、自己自身がうけとる情報を少なくすること、同じような機会を有することを欲しないからである。とすると、現在の多数者（the present majority）が意見を検閲する権利がないと論ずるのは、事実上、いずれの多数者であれ、その政治権力を減ずる議論となるのである」（①五〇六、〇七頁）。

三 我々は、この批判が概念の錯綜を含んでいるのに気付く。鍵となるのは、次の三つの命題である。甲「民主主義的に選挙された立法部の権限に対するいかなる制約も、その立法部を選挙した人民の政治権力を減少させる」、乙「政治権力とは、政治的決定が自己の欲するまま形成されることを可能にする権力である」、丙「現在の多数者が、意見を検閲する権利がないと論ずるのは、いずれの多数者であれその政治権力を減ずる議論である」。

「命題甲は、「民主主義的に選挙された」という概念でつまずく。ここでの「民主主義」とは、いかなる conception によっているのか、そしてそれが何故正当なのか、ドゥオーキンは説明することなしに用いている。他方、立法部に制約を課す根拠に「憲法」をもち出している。しかし、憲法（典）は、選挙の方法、立法部の権限、人権規定を含んだ一個の価値秩序として存在している。少くとも、憲法的民主主義は、この価値秩序を前提にしてのみ成

立している。とすれば、このうち、選挙の方法のみを民主主義とするには——ドゥオーキンでは、ここではそうしているものように我々は理解している——その選択をする正当性をまず示す必要がある。もっとも、ドゥオーキンは、現行実定憲法秩序と全く別個に存在する民主主義秩序を想定し、そこでの選挙方法を考えていると読めなくもない——後述の実定法大系の背後にある「政治秩序」論はこれを伺わせる(㉑参照)。では、憲法的民主主義と別個の「政治的、道徳的理論」の世界での民主主義とは、何なのか。我々は、実体なき特殊の「民主主義」概念を与えられたまま放置されていることになる。

命題乙にいう「政治権力」とは、①事実の記述、②実定憲法秩序での規範的概念の叙述、③ドゥオーキン固有の「政治的、道徳的理論」乃至「政治秩序」の世界での概念のいづれなのであろうか。①であるとする、我々は、規範的価値構造を論じているのであるから、ここでは筋違いである。②であるとする、上記のように、元来、憲法的秩序を内含してのみ成立する政治権力である以上、「制約」なるものも、本来立法部の「権限」に内在化されているのであって、それが「減少」するものでは抑々ない。「減少」という以上、本来あるべき量をドゥオーキンは前提にしている。それは、何で決まるのであろうか。結局、④に落着かざるをえないのであろうか。しかし、異次元からの不確定概念を論証なしにとり出してきて用いても、イリヤー理論をくずすことはできない。

命題丙の問題点は、命題甲における「人民の政治権力」と「多数者の政治権力」とを同一視していることにある。人民とは、本来、「多数者」と「他者」——イリヤーのいう「少数者」の両者で構成されているのではないか。従って、当然ながら「人民全体の政治権力」とは、多数者と少数者の政治権力の和である。とすれば、多数者の政治

権力が減少しても（という現象がありえると仮定して）、人民全体の政治権力が直ちに減少するものではあるまい。更に、実は、ドゥオーキンの設定したイリイ理論モデル自身も（五（一））、正に多数者の政治権力を減少させて少数者のそれを保護するためのものであることは容易にわかる。端的にいえば、命題丙こそイリイ理論の核である。ドゥオーキン自身認めるように、「人民（the population）が、一般に充分に情報を与えられており、又は、少くとも、検閲がいづれかの形でなされることにより何を獲得又は喪失するのかについて、一般的な考え方をある程度もてるほどの情報を与えられていた場合、多数者の政治的権力は、言論の憲法的保護により全体として減少する」であろう（①五〇七頁）。が、その反面、「少数者」の保護（従って、ある意味で、その政治的権力の拡大）により人民全体の政治権力の調和をはかることが、イリイ理論の目的であって、元来、人民全体の政治権力の拡大は、射程外の問題なのである。⁽¹⁾

(1) イリイのいう政治的プロセスの「誤作動」論参照。Ely, at 100, 102—103.

(3) イリイと言論の自由(二)——人民内部の権力の平等化論

一 そこで、ドゥオーキンも、イリイ理論の中心である「少数者」の保護、つまり、「人民の間で、個人対個人の次元で政治権力をより平等にするという別の目標」に焦点をあてていくのである。則ち、

「マルクス主義文献の公刊を禁止する法律に対する憲法的禁止は、政治権力一般を減少させるとしても、その平等性をよりよくすることにはなる。これは、言論の自由に関する別の input case を示す。つまり、民主主義は、

人民全体内部で政治権力の平等性とできるだけ一致する範囲でこれを提供することを要素としている。言論の自由は、この平等性を提供するのに必要なものである」とするのである」(①五〇七頁)。

では、「民主主義の平等主義的な conception」の実現に役立つ基準として何が考えられるのであろうか。

「第一に、政治権力の平等性は、政治的決定に影響を与えるにつき、他人と同一の機会を有することを内容とする。つまり、投票、議員への手紙による請求、請願、政治問題についての言論等を行う同一の機会である。一部の者に利用可能な、影響力行使のためのメカニズムは、全ての者にとって利用可能でなければならない」(①五〇七、〇八頁)。

但し、その際、富裕な者は新聞広告を買いとる等政治キャンペーンに財政的援助を与えることができるが、他の者にはこれではできない場合に、「機会の平等」が妨げられていないかという問題がでてこよう。「機会」それ自体と「機会の価値」とを区別するとして、政治権力の平等とは、何れを意味するのであろうか、という問題である。

まず、形式的「機会」について考えてみる。マルクス主義文献の禁止立法は、かかる意味での政治的平等性を損うのであろうか。

「法律は、政治的決定に影響を与える一定の機会を拒否しているが、全ての者に対してこの機会を拒否している、と誰かが主張したとしよう。これは、アナトール・フランセの観察と似た響きをもっている。フランスの法は、平等主義的である、富者にも貧困者にもともに橋の下で眠ることを禁じている、というものである。だが、この議論の何が、wrongなのか。ユーヘン(Fuck the Draft)事件では、これは、妥当な議論といえないのか。法律が背

中にわいせつな言葉をつけた服を禁止しているとき、コーヘンはかかる方法で政治的議論をすることは妨げられている。しかし、この法律は、彼の政治的ライバルが縦じまのスーツの後ろに「Fuck Karl Marx」というメッセージをぬいつけて着用することも禁止するのである。……政治的議論のいずれの立場に立つ者であれ、誰かが、コーヘンのような媒体とレトリックを用いる機会を求めようとしても、コーヘン判決とは逆のルールに従えば、平等に制約されるのである」(①五〇八頁)⁽¹⁾。

(一) コーヘン事件とは、法廷内で Fuck the Draft と印刷したジャケットを着用した行為を offensive conduct により近隣の静謐を妨げたものとして有罪とされたが、連邦最高裁は、これを言論の自由に反するとしたものである。See, Cohen v. California, 403 U. S. 15 (1971).

二 そこで、第二として、右法律がやはり、政治権力の平等性を損うと考えると、平等とは、実質的な「機会の価値」をも考慮に入れなければならないのであろうか。しかし、実質的価値を考慮することになると、input case は、あやういものとならぬであろうか。ドゥオーキンは、次のように指摘している。

「機会の価値のもっとも自然な測定法は、手続 (procedures) ではなく、結果 (consequences) にある。政治プロセスに参加する権利が、二人の人間にとって等しく価値があるのは、かかる権利が、各自が平等の尊敬をうけるようにする可能性を高め、各自の利益が政治的公務員による選択においてだけでなく、彼等の形成する決定そのものにおいても平等の配慮をうけている場合だけである。しかし、このとき、言論の自由に関する case (のみならず)、民主主義のひとつの conception を他から区別する、その他の特徴についても) は、突如として、outcome

case となると思われる。システムの提供する政治的機会の価値が平等か否かは、立法部がプロセスの終局において、全ての者を平等に扱っているか否かによって定まるのである」(①五〇九頁)。

更に、一定の立法がかかる意味での平等の「価値」を保障しているか否かの判断にも、一定の選択を伴うとする。つまり、ある者は全員の功利性を考慮する立法を以てして、右の価値の充足になると考え、ある者は一定の基本的権利の保障を基準と考える。そこで、ドゥオーキンは、「このことは、民主主義の最善の conception を確認し、擁護する任務を負う裁判官は、イリイもともと回避したいと望んでいた、政治的徳の性質を有する決定、つまり、個人の実体的権利についての決定を正に回避しえないことを意味する」としている(①五一〇頁)。

三 我々も、民主主義的プロセスの瑕疵の発見と是正とを、outcome の考慮を一切することなく行うことが可能かという疑問こそ、イリイ理論への最大の批判になると考えている(但し、outcome を「政治的徳」の文脈で把えるか否かは別の問題である)。

(4) プロセスと平等性

一 ドゥオーキンは、転じて、イリイのもうひとつの関心である「人種上の正義」について議論している。ここでは、まず、「嫌われている人種を不利益に付すことを特に目的として可決された法律が、強度の点で衡量しても、長期的にみても、人民全体のほとんどの者の好み (the preferences of most people over all) を現に充足するものであるとき」を想定した上で、次のように論じている。則ち、

「純粹の功利主義（及び純粹の多数者支配主義）は、かかる法律を承認するであろう。立法者は、全ての市民の好み（the preferences of all citizens）について、その性格や抛り所を顧慮することなく、平等に衡量して可決した法律だからである。もし裁判官が、人民を平等に扱うという純粹に功利主義的考慮をうけ入れるとすれば、彼はかかる情況下では、黒人に経済的不利益を故意に押しつけることをもくろんでいる法律（例えば、黒人に対し一定の職務・職業へのアクセスを拒否する）は、黒人を平等に扱っていると論じなければならない。彼は、かかる法律を非難するにあたり、平等性や民主主義の平等主義的理論に依拠することはできない」（①五二〇頁）。

二 我々は、ここで、ドゥオーキンの「純粹の功利主義」及び「純粹の多数者支配主義」という理論モデルの意味について、少々のとまどいを覚える。このモデルによると、「全ての市民の好み」を「平等に衡量して可決した法律」でありつつ、「嫌われている人種を不利益に付すこと」を内容とする法律が実在し、それは「人民全体のほとんどの者の好みを現に充足するもの」たりえるとされている。そして、イリーは、かかる法律をも憲法の平等保護条項に反するものであると理解しているのである。しかし、「全ての市民」には、「嫌われている人種」も入るはずであり、彼等の利益を真に、平等に衡量したときに、後者を不利益に付すことを目的とする法律は、成立しえるのであろうか。又は、その場合でも「不利益」であるというのは、どういう意味になるのであろうか。かかる法律を成立せしめえる「衡量（weigh）」とは、いかなる機構をもつプロセスなのであろうか。また、全市民の利益を平等に衡量したはずなのに、なぜ「充足感（satisfy）」を得るのは、「全ての市民」ではなく、「人民全体のほとんど」の者にとどまるのか。結局、ドゥオーキン自身も、「嫌われている人種」が自己自身を差別する立法によって

「充足」される訳はなく、従って、彼等の利益が真に平等に衡量されていない場合があるという現実、にひきずられながら、理論モデルを設定しているのではないのか。こうした我々の疑問は、イリヤー理論の求めるものは何か、理解するのに深い関わりを持っている。後述する。

三 さて、ともあれ、ドゥオーキンは、こうした問題設定をした上で、この法律を平等性に反するとする理論の可能性を探ろうとする。そして、まず第一の選択として、「こうした法律は、平等性のテストを通らない。黒人の一定の実体的利益を侵害するからである。これら実体的利益は、それ自体として非常に重要であって、功利主義的計測に委ねられるべきものではないのである」と論じえる、とする(①五二〇頁)。しかし、これは、一見して明らか如く、どの利益が侵害されており、何故それが基本的な利益なのか論証する必要がある、イリヤーの回避しようとする実体的判断をせざるをえなくなる。

そこで、第二の選択枝に移ろう。ドゥオーキンは、「人権差別立法が、平等主義に反する理由は、特に重要な利益を侵害するからではなく、むしろ、政府が充足を求めるべき利益又は好みの中に偏見を入れることは容認しえないからである」と論じえる」としている(①五一頁)。ここでは、立法の「結果(Consequences)」ではなく「正当化事由(Justification)」に瑕疵があると論じているのである。別言すると、「人種差別立法は、我が国の環境においては、unjustである。偏見を離れた正当化事由は、ありえないからである。乃至、いずれの場合にも、かかる立法を可決した政治体が、偏見を離れた正当化事由に依拠していると我々が得心することはありえないからである」(①五一頁)。

ところで、ドゥオーキンは、右の議論は、soundであり、司法審査の十分な根拠を提供していることを認めた上で、これは、適正手続又は平等保護は、「一定の結果 (consequences) を伴う立法が可決されてはならない権利」よりも「一定の理由により立法がなされてはならない権利」を保障する理論である、として読みかえを行っている(①五一二頁)。つまり、「民主主義は何を求めめるのか」という問いを、「人民はいかなる権利を有するのか」という問いにすりかえ(①五一〇頁)、上記の「偏見」排除論も人民の「権利」論であると構成し直したのである。その上で、次のように、批判している。

「裁判官は、例えば、純粋の功利主義は、wrongであると決定しなければならない。また、人民は、無制限の功利性に制約をおくことなく、最大化すること、あるいは、無制限の功利性を求めるという内容の多数者支配主義的決定を行うことに対して、切り札に使える権利を有していると決定しなければならない。これは、イリイー自身が裁判官、法律家のもっともよくなしえるところを考えている種類の手続的決定ではないのである。彼は、民主主義とは多数者が政治原理の重要問題を決定することを求めるとし、また、こうした問題が裁判官に任されるならば、民主主義は譲歩を余儀なくされると述べている。もしこれが正しいとすると、イリイー自らの議論が、司法審査に関する唯一利用可能な『プロセス』理論を、そして、正しく解釈すればイリイー自身が提供しているといえる理論を非難しているのである」(①五一二頁)。

四　だが我々は、第一に、イリイーの理論を「権利」論に読みかえ、「これが、事実、イリイー自身の現に依拠している理論である」とするドゥオーキンの確信(①五一二頁)¹⁾には、直ちには、賛成し難い。イリイーは、これを

個人、の権利と構成すると明示している訳ではない。また、理論的にも、民主主義プロセス自体の客観的、制度的保障と、その結果、人民各人が享受しえる利益とは区別しえるのである。

(1) ドゥオーキンは、イリイヤー八二―八四頁、一五三頁を引用している。しかし、この部分では、多元主義と基本的人権の保障だけでは、一八五〇年代に入り、少数者の保護が不充分になってきたので、新しい代表概念として「virtual representation」が必要になってきたことを主として説明し、この新しい「代表」概念とは、①「代表」と多数者集団の利益との切断をさせないこと、②「多数者の連立のもつ利益」と「様々な少数者の利益」との切断をもさせないこと、かくして、③少数者の利益を代表することを拒否させないこと」を保障するものであると規定している。イリイヤーは、これを市民個人の「権利」とは説明していない。一五三頁も、平等保護条項の発動の要件としての「偏見」の意義を解説しているが、「権利」論とは直ちには関わりはない。

第二に、「純粹の功利主義」概念は、上記のように矛盾を含むものであって、裁判官が決定を強いられなければならない理論としては未成熟である。

第三に、「権利」論は、ドゥオーキン自身の論理にとどまる。先述のイリイヤー理論モデル(伍(1)一)を熟読しさえも、当然に少数者各人の主観的権利として構成する必然性はでてこない。むしろ、司法審査上、実体的判断を回避するイリイヤー理論では、プロセスの客観的、制度的保障のみ関心をもつと理解することが可能なのである。そして、その限度では、これは「プロセス」の決定たりえるのである。

五 ドゥオーキンは、三の説明をもう一度、別の表現で言い表わそうとしている。則ち、

「もし我々が、認容しえる results を生む司法審査の理論——つまり、人種差別立法については、コミュニティ

1の各人の利益を夫々ひとつとして考慮しつつ、コミュニティ全体に利益をもたらすものであっても、最高裁がこれを無効とすることを許す理論 (a theory……that would permit the Court to strike down racially discriminatory laws even if they benefit the community as a whole counting each person's interest as one)——を欲しているとしたならば、このとき、我々は、最高裁は実体 (substance) と區別されたプロセスに関心をもたなければならぬとする理念に依拠することはできない」(①五二二頁)。

確かに、かかる立法が仮りに現在していたとし、仮りに、イリイヤーがこれをも無効としようとするなら、我々も、かかる無効判断の正当化根拠としては、立法の結果が少数者の実体的権利を侵害していることのみを判断基準にするしかないことを認める。だが、イリイヤーの考えているのは、こうした場合にはないのである。彼は、現実の政治プロセス、立法プロセスに「偏見」が入り、このため、「コミュニティの各人の利益を夫々ひとつとして考慮」することがなされてい¹ない場合を考慮しているのである。そして、この「偏見」を立法プロセスから除外すること¹にに必要な「代表」概念の構築をめざしているのである。もし、少数者の利益も、全て、かつ、真に「衡量」された上で、人種差別立法等が成立したならば、イリイヤーはもはや異議はとなえないはずである。設例の差別立法を無効とする「結果」を求めているのは、ドゥオーキンであって、イリイヤーではない。イリイヤー理論によれば、かかる場面では、「結果」乃至「実体」としての人民の「権利」とは何かを最高裁が決定する必要は全くないのである。

(1) イリイヤーは、憲法上、実体的価値への関心は、次の方法で、追求される、としている。則ち、「実体的選択の形成にあり、決定プロセスを全ての人に解放して、平等の基礎へと近づけていくこと、そして、決定形成者には決定が影響する人

全ての利益を考慮に入れる義務を課すことよってである」(Ely, at 100)。そして、「代表」の義務は、これに尽きる。従って、司法審査も、「参加の問題のみに関わるのが妥当であり、攻撃されている政治的選択の実体的メリットには関わるべきではない」のである (Ely, at 181)。

従って、例えば、女性差別立法については、④長年にわたる公けの討論等により、女性への「偏見」はかなり薄らいでいること、⑤女性が有権者の半数前後を占めていることを考慮し、⑥所謂 *discrete and insular minorities* にはあたらないので、少くとも、一九八〇年以降可決されたものについては、“suspect classification”には該当しなくなる、としていることに注意しておかねばならぬ (Ely, at 164—170)。

六 もちろん、ドゥオーキンもある程度、このあたりのことに気がついているのかもしれない。それ故にこそ、ホモ禁止立法に関連して、イリーイーがつけ加えた次のような叙述をとりあげているのである。

「一定の行為は反道徳的であるという *bona fide feeling* により、その行為を違法とするについてはなんら憲法に反する点はない。刑法のほとんどは、こうした要素を少くとも部分的に有している (全人民が反道徳的と目される方法による行為をしないように妨げることと、所与の団体の構成員への単なる敵意からこの集団を相対的に不利に扱うことは同一のものとはいえない。……私が子供が反道徳的と私が考えるような方法で行為しないように育て、そうした行為をしたときには、処罰させるとき、私は一定の人から非難をうけるかもしれない。しかし、誤ちは、親権主義とかそういういったものにあるのであって、子供の利益を考慮しないで行うことや彼等を否定的にか評価していないことにあるのではない)」(Ely, at 255, n. 92)。

これに対し、ドゥオーキンは、次のように批判している。

「イリイーは、ホモ禁止法の功利主義的正当化事由とは、ホモの利益を『考慮しない』ものでもなく、彼等を否定的にしか評価しないものでもないと考えている点は正しい。功利主義的正当化にあたっては、ホモに対する損害は、完全な価値そのままが考慮されるのである。但し、ホモ行為者と共存することを欲しない者又はホモとその文化生活を下等とみる者の利益がこれを上回ると判断するのである。人種差別の功利主義的正当化事由も、黒人の利益や差別のもたらす損害を無視しないのである。これらのもつ価値も完全に評価し、その上で、黒人と共存することを欲しない者又は黒人とその文化・習慣を下等乃至嫌悪すべきものとみる者の利益が、これを上回ると判断するのである。この二つの功利主義的正当化は、形式上類似している。そして、イリイーの議論の中では、何故に一方を認めることが民主主義の適切な conception を侵害し、他を認めることは、これを侵害しないのか、理由が示されていない」(④五一四頁)。

七 確かに、右の脚注九二のみ読むと、イリイーは、ホモ行為は反道徳的であるから、これを処罰する法律は合憲であるといっているかに解せる。そして、これが正しいとすれば、「人種的偏見を立法の根拠として考慮すること、人民を平等なものとして扱わないことになるから公正に反するのであれば、多数者が有している、他の人民 (other people) はいかに生活するべきかについての道徳的確信を考慮することは、何故公正に反せず、平等の代表の拒否にならないのか」とするドゥオーキンの批判が正しいことになる(①五一三頁)。しかし、イリイーは、ホモ処罰立法が道徳を根拠としているだけの理由では、これを違憲とできないと述べているのみであって、ホモ処罰立法が道徳に一致する限り常に合憲であるとしている訳ではないのである。子供の教育の例でもわかるように、

立法プロセスで、真にホモの利益も考慮されていることの保障、特に、「偏見」のないことの保障を求めているのである。

ドゥオーキンは、ホモや黒人の利益を「完全に評価」しているのに、これらの集団との共存を欲せず又はその文化等を嫌悪・下等視する者の利益が「上回る」という、実体的判断が可能となるメカニズムが「功利主義」の中にあることを肯定している。もし、それがありえるとしたならば、つまり、「上回る」との判断が、「偏見」を除外してなされているのならば、ホモ処罰・黒人差別という結果を伴う立法は、イリイ理論では、ともに合憲なのである。しかし、イリイは、現状では、ホモに対する「偏見」は解消されていないので、ホモ処罰立法は“suspect classification”にあたるとしているのである(ETV, at 162—164)。ドゥオーキンの右批判は、⁽¹⁾“misleading”である、と我々は考えている。

(1) この注九二がある種の混乱を生じている。プレストも、イリイはホモ処罰については、広範な「偏見」の対象になっているので、suspect であるが、反面で、ホモ行為は反道徳的であるから、*bona fide* により処罰立法を設けることは許されると主張するものと解している。そして、このレベルで立法を論ずるならば、かつての白人・黒人分離立法、異人種間婚姻禁止法も、当時の道徳に反する行為を禁止しようとしたものといえるのであるから、イリイは正当に批判できなくなる⁽²⁾と論じている。Brest, op. cit. 90 YALE L. REV. at 1094. しかし、我々は、これも誤解であると考えている。

(2) 「フォーラム」としての司法審査

一 以上の考察を踏まえて、ドゥオーキンは、次のように総括している。

「もし、我々が司法審査を抑々求めているのならば——マーベリー対マディソン事件を破棄することを欲しないのならば、我々は、最高裁は重要な政治的決定を行なわなければならないことを認めざるをえない。……最高裁は、政策の決定ではなく、原理の決定をしなければならない——一般の福祉がいかんにかにしてもっともよく促進されるのかについての決定よりも、我々の憲法大系の下で人民がいかなる権利を有しているのかについての決定である。そして、最高裁は、代表に関する実体的理論の *elaborating* と *applying* によりこうした決定を形成すべきである。この理論は、政府は人民を平等に扱わなければならないという根源的原理 (*the root principle*) から導かれるものである」(①五一六頁)。

則ち、「司法審査は、もっとも基本的な問題である政治的道德が、政治的権力の問題としてではなく、原理の問題として設定され、論じられることを保障している」のである(②五一七頁)。つまり、司法審査とは、「政治的道德」の問題を、「パワー・ポリティックスの戦場」から「原理のフォーラム (*the forum of principle*)」へと移し変える役割を負っている、とするのである(①五一八頁)。

二 しかし、我々は、以上のドゥオーキン理論について、次のような判断をしている。

第一に、ドゥオーキンの「意思」基準論批判では、ドゥオーキン自身が、結局、誰かの「意思」に憲法的判断の正当性の根拠を求めているものであることが明らかになった。従って、最高裁は、直ちに自らの「原理」の問題に直面することなく、制憲者等の「意思」の実現として自己の判断を正当化する余地は残されている。

第二に、ドゥオーキンは、最高裁が「原理」の判断を行う主体であることを自明の前提としている。理由は、マ

ーベリー対マディソン事件とそれ以後の伝統を破壊したくないからである。だが、繰り返すが、ドゥオーキンは、憲法典そのものの權威性から問題をとらえようとしていたはずである。「文理」基準論批判の根拠は、そこにある。では、何故、憲法典に規定された最高裁の存在やそれが「原理」の決定を行う権限を有することは、正当化されるのか。

ドゥオーキンは、「司法審査は、我々の政治的生活の顕著な特徴である。……ここ数十年にわたり、アメリカ人は、人種分離の道徳性について論争してきた。そして、以前には不可能と思われた、原理の次元でのコンセンサスを、一定程度獲得したのである。この論争は、最高裁判決が存在した事実とそのシンボリズムがなければ、現に有していた特徴を獲得しえなかったであろう」とし、それ故、司法審査には、価値があるとす(①五一七頁)。また、必ずしもコンセンサスの到達が本質的なのではないともしている。則ち、公務員は、被告人の権利、死刑、性差別、人種差別是正のための優遇措置等について意見の一致をみないが、「かかる論争に潜在している政治的、道徳的原理の問題には、著しく敏感である。……公務員の多くは、最高裁が判断したことには完全には同意していない。しかし、司法審査が核となっている法的、政治的文化(the legal and political culture of which judicial review is the heart)がなかったならば、かくまで原理には敏感ではなかったであろう」と指摘している(①五一八頁)。

しかし、我々は、「事実」の蓄積を以って、理論的正当化にかえることはできないと考える。

第三に、我々は、イリイ理論の妥当性も否定されていないとみている。ドゥオーキンのいう「根源的原理」たる「平等」処遇の原理の判断は、立法部に任せて、最高裁は、民主主義プロセスの擁護に徹するという役割分担に

立った司法審査論は、まだ成り立ちえる。

第四に、「根源的原理」＝「平等」処遇原理が、憲法規範上、何故、「權利」になるのか、不明である。平等のプロセスの制度的・客観的保障であつてもよいはずである。

第五に、ドゥオーキンは、民主主義と司法審査の関係については、結局、「我々が民主主義の教典的形態が存在しているという理念を棄てるならば、そのとき、我々は、司法審査は民主主義に譲歩を余儀なくさせるから wrong であるとの理念をも棄てなければならない」と答えるのみである(①五一七頁)。民主主義概念は、不確定的であるから、「政治的、道徳的理論」の判断を最高裁が行つても民主主義に反するか否かわからないという不可知論により、論点を回避したのにすぎない。しかし、ドゥオーキンは功利主義の説明にあたり、立法部が全人民の利益を正当に考慮しえることを理論的に肯定している(田①三、④一、五、六参照)。立法部がそこまでの能力のあることを前提とするのなら、なおさらのこと、人民の直接の代表たる立法部よりも、最高裁の判断こそ、優先されなければならないこと、それが、「民主主義」に反しないことを説明する必要が一層強くなる。そして、ドゥオーキンは、これへの回答は用意していないのである。

第六に、ドゥオーキンは、「根源的原理」＝「平等」処遇の原理が、何故存在し、何故正当なのか説明をしていない。先驗的な所与の前提として提示したのにとどまる。

第七に、ドゥオーキンは、右の原理や「政治的道徳」なるものが、憲法典の文理よりも優先する可能性を否定していない。

とすると、ドゥオーキンの「フォーラム」とは、存在の正当性も司法審査権の正当性の論証もなき最高裁判所が、憲法典の文理をも無視して、先験的原理たる「根源的原理」＝「平等」処遇原理により、人民の憲法的「権利」を創造する場を意味することになる。かかる場を、ドゥオーキンのように、「正義の問題」と「法」の場と呼ぶことは(①五一八頁)、我々は、今のところ一応保留しておくことにしたい。

(七)「連鎖としての法」——裁判官の役割と法解釈

一 我々の次の課題は、①論文では不明のままにされた「政治的道德」、「平等」処遇原理等の「原理」論の実体を把握することにある。②論文は、かかる課題への答えを一応与えてくれるものであるので、以下、詳しく検討してみたい。

ドゥオーキンは、自己の立場を「自然法主義(naturalism)⁽¹⁾」と称している。「法とは何か」は、「法とは何であるべきか」により、定められると考える立場である。つまり、「自然法主義によると、裁判官は、ハードケースについては、自己のコミュニティーの政治構造について、次のような特殊といえる方法で解釈し、以て判断を行わなければならない。つまり、もっとも根本的な憲法的ルールと憲法的 arrangements から不法行為や契約等の私法の詳細に至るまで、政治構造全体に関する最善の正当化事由を政治的道德の原理中に見出すように試みる方法である」(②一六五頁)。

例えば、過失運転による交通事故から生じる精神的損害は、どこまで及ぶかという問題に直面したとき、裁判官

は、「政治構造の（現代の歴史を含む）歴史」を問わなければならないとする。つまり、「この歴史のもっとも可能な、最善の解釈によると、かかる形で精神的に傷ついた者は法廷で損害賠償を得る権利を有するという原理を前提にしているのか」を問うものである（②一六五頁）。「裁判官の行う過去の法の持つ重味の判断」は「過去の法の最善の政治的正当化事由についての判断」に依拠することになる。則ち、「政治的道德の問題」である。自然法主義は、「一定の原理の過去を検討することにより、将来へとこれを展開していく」方法をいうのである（②一六六頁）。

(1) naturalism の語は、直訳すると、「自然主義」になる。が、これは、むしろ、写実主義・現実主義を示す意味をもつ。アメリカでも、二〇世紀前半における法現実主義は、「自然主義的法思想 (naturalistic legal thinking)」と呼ばれていた。See, Frank, Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking, 17 CORNELL L. Q. 568, 570 (1931). くれと区別するため、ここでは、内容に則して、「自然法主義」と訳しておく。

二 ドゥオーキンは、この理論モデルを説明するため、小説作成に関するメタファーを利用している。彼は、作家数名が一章ずつ足していった全体として一個の小説をまとめる作業を想定している。小説全体の筋書きがどうなるのか不明でありながら、各作家がこれをよりよいものにしようとしているのである。この場合、作家各自は、先行の章の解釈を行い、登場人物、動機、小説の展開のテーマ、ポイント、表現方法等について判断し、小説に一定の方向を与える責務を負っている。むしろ、その際、どの方向へ小説を進めていく決定が、これをよりよいものにするのか問い続けなければならない。このように、小説を継続させていく作業と、全く新しい小説をはじめることと

の差は何か。前者では、「継続中の小説を最善のものにする」任務と「その小説が一個の芸術作品となる解釈を選択する」任務とを負っている。とすると、後に一章を書き加える作家は、「与えられるテキストを尊重しなければならない」のであり、「テキストが排斥すると考える解釈は選択しえない」のである(②一六七頁)。もちろん、テキストの解釈が二つあり、いずれも完全に排斥されるときには、いずれが作品を全体としてよりよいものにするか、判断しなければならぬ⁽¹⁾。

(1) ドゥオーキンは、右のメタファーを「連鎖小説 (the chain novel)」と名付けており、Dworkin, *Law as Interpretation*, 60 *TEX. L. REV.* 527, 541—542 (1982) でもこれを用いている。これに対しては、ティモンスタラタニ *ミキド* を用意したフィッシュが批判を行っている。以下の分析も、フィッシュの批判を参考として行う。See, Fish, *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*, 60 *TEX. L. REV.* 527 (1982); Fish, *Essay: Wrong Again*, 62 *TEX. L. REV.* 299 (1983)。フィッシュの方法論の意義については、*もしあたり*、see, J. CULLER, *ON DECONSTRUCTION*, 65—76 (1982)。

三 ドゥオーキンは、この「連鎖小説」を法にもあてはめて、「連鎖としての法 (the chain of law)」というメタファーを用い、「ロモン・ロー裁判」とは、*a chain enterprise* であり、裁判官は、連鎖小説の作家と同じ役割を負うとしている(②一六八頁)。則ち、

「裁判官は、創造的決定を行わなければならない。しかし、全く何も書かれていない黒板上で新しい方向に向けて出発するというよりも、『以前と同じように進行する』ように決定を行わなければならないのである。裁判官は、過去に他の裁判官が述べたことを読み(又は、法的訓練と経験を通して正しい理念を得て)、他の裁判官が述

べたこと、その際の精神状態を発見するのみならず、集団として行つたことは何かについての判断をも行わなければならぬ。……もちろん、過去の司法判断の最善の解釈とは、正当な法大系の正しい理想に可能な限り接近するように、美学的にはなく、政治的にもっともすぐれた視角から過去の判断を照射していく解釈をいう」(②一六八頁)。

ドゥオーキンは、裁判官は、連鎖小説家と同一の「解釈規範」を共有しているとしてもしている(②一六八頁)。

ところで、我々は、自然法主義の理論モデルに微妙な食い違いを発見している。一では、法の発見は、「政治構造」全体を素材にして行なわなければならないはずであるのに、「連鎖としての法」モデルでは、コモン・ローについて、判決文という、テキストの集合しか素材としていない。もし、判断材料について、こうした限定をするならば、法は何を求めているのかの判断上、「人民が『自然的に』有する個人的政治的権利についての、裁判官の個人の信念」乃至道徳的確信が、どこまで影響を与えることが許されるのかという問題を問う必要がでてこよう。「政治構造」全体を背景とした裁判官の道徳的確信とテキストとの矛盾という問題を予定しなければならぬからである。

この点につき、ドゥオーキンは、「法史の生々しい現実、こうした判断上、裁判官の確信の果たしえる役割には、限定を加える」と認識している。則ち、

「従来の司法判断の長く続くときれないつながりが瑕疵ある生産品の製造者に有利な方向にあるとき、裁判官が強固な消費者の権利を確立する原理を発見することは、まず不可能である。かかる発見をすることは、司法的実践

の歴史をよりよい視角からみることにならず、むしろ、逆に、シニシズムと矛盾、混乱の歴史を示すことになる。自然法主義裁判官は、歴史の事実を可能な限り最善の視角から示さなければならない。とすると、彼は歴史を原理なき混沌として示すことは許されないことを意味する」(②一六九頁)。

つまり、裁判官は、「従来の司法判断の長く続くときれないつながり」に拘束されなければならないのである。

だが、他面で、ドゥオーキンは、「過去を統合し、そして、それに新しい意義とポイントを与えるドラマティック・リインタースプリティション(dramatic reinterpretation)」を行うこともできるとしている(②一六九頁)。

四 右に述べたテキストの拘束性と裁判官の道徳的確信との緊張関係は、ft と substance の結合による「発見論的」なモデルとして、乃至 working theory of interpretation として、まとめられている(②一七一頁)。則ち、「連鎖小説」の場合には、解釈には、二つの側面があるとする。第一に、「解釈の対象となる資料と解釈とが、ft していなければならない」。しかし、第二に、これと同時に、「資料が小説の適切なねらいにできるだけ貢献するよう」に最善の視線をあてなければならない」(②一七〇頁)。

これと同じく、自然法主義裁判官の法解釈も、第一に、「ft」の判断を行なわなければならない。「裁判官の working approach は、何が“ft”かについて、特定の解釈が受容しえるものとして考慮されるには、どの程度、司法判断その他の法的判断の記録と ft していなければならないのかについて、一定の conception を暗黙に含む」とする(②一七〇頁)。

そして、ft について問題としなければならないのは、「一定の解釈は、どれ位の判決を誤りとして排斥しつつ、

なお、これらの『誤り』をも含めた判決のつながりの解釈たりえるのか。一定の解釈が過去の判決よりも最近の判決と一致しているとき、どの程度よりよいものといえるのか。よい解釈は、裁判官の行った決定のみならず、彼等の書いた判決書にどの程度、いかなる方法で fit しなければならぬのか。解釈の対象としている諸判決と同時代の一般的道徳 (popular morality) をどの程度考慮に入れなければならないのかであるとする (一七二頁)。

第二は、「政治的道徳の理論」乃至 substance の問題である。「この問題は、政治的道徳の実体的理想を含んでいる。裁判官は、一定の仮りの解釈が実体的正義の問題として法的実践をよりよいものとして提示するものである場合には、この解釈を選択すべきか否かを判断する際、この理想に依拠するのである」とする (②一七一頁)。

第三として、更に、右の fit 論と「政治的道徳」とを「結合・調整する原理」つまり、working theory of interpretation が必要になる。ドゥオーキンが、「発見論」モデルと規定するのは、fit と substance とを相互に排他的な独立のテストとみる厳格な態度をとらないためである。むしろ、「もし一連の判例群の一定の解釈が『実体的に』はるかに優位するものであるときには、正にその理由により fit については、よりゆるやかなテストをうける便宜が与えられるのである」(②一七二頁)。

五 我々は、ここで、fit 論が方法論として成立しえるのか、疑問を投じておきたい。まず、素材の問題がある。ドゥオーキンによると、連鎖小説モデルはテキストしか判断材料としていない。そして、ユモン・ロー裁判もこれと同一のモデルとされている。とすると、事件に関連する判決書しか資料としないことになるのであろうか。だが、既にみたように、ドゥオーキンは、「文理」基準論を解釈方法論として否定しようとしていたはずである (①参照)。

では、何故、判決書の集積をそれ自体として尊重しなければならないのか。次に、中論上、判決書と別に、裁判官の「決定」つまり意思をも考慮に入れることを予定している。つまり、個々の裁判官の意思や判例全体に関する集団としての裁判官の意思が確定できることを前提にしている。では、ドゥオーキンは、裁判官（ここではコモン・ローを問題としているのであるから、立法者としての裁判官といってもよい）の個別・具体的意思を基準とする方法論の正当性を承認するのであるか（三）（四参照）。結局、ドゥオーキンは、ここでは、「文理」と立法者意思の拘束性を尊重するという法実証主義を、論証なしにとりこんでいることにならないであろうか。他面で、三でみたように、「従来の司法判断の長く続くときれないつながり」自体が「法」であり、これをそのまま提示するのが「最善の視角」であるという表現もしている。では、ドゥオーキンは、判決書の事実としての集積を「法」とする法現実主義的認識を前提にしているであろうか。

要するに、中論には、法実証主義的傾向と法現実主義的傾向とがそれぞれ方法論としての妥当性の論証なきまま、緊張関係に置かれて置かれているという問題をはらんでいるのである。⁽¹⁾ もちろん、ここまでの段階では、自然法理論は、*fit*・*substance* 調和論であるから、以上の矛盾は、*substance*——現在の裁判官の政治的徳徳による判断を優先させるときは、問題として表面にでてくることはない。しかし、ドゥオーキンは、やがて、自然法理論モデルを *fit*・*substance* 調和論から *fit* 論のみのモデルへと修正していくのである。その場合には、この矛盾がそのまま表面にでてくることになるのである。後述する。

(1) 因みに、法の本質をパラドックスに見い出す右のような認識は、既に、カードーズ判事の明らかにしているものであ

る。カードーズは、裁判官の行動又はその予測を法と見る法現実主義を極端にすぎると批判しつつ、「司法プロセスとは妥協である。パラドックスの間の妥協である。確実性と不確実性との間のパラドックスである。書き言葉の称讃である文理主義 (Heralism) と、規則性と秩序を破壊するニヒリズムとの妥協である」との認識に拠っていた。そして、このパラドックスを解く鍵、「諸価値の現実的仲裁人」は、裁判官の「直観的判断」であるとす。同時に、その判断にあたり、「法律専門家のみだ確実性、秩序、整合性」ではなく、「一般人のみだ確実性、秩序、整合性」を基準としなければならぬとしている。別言すると、「確立している慣習」「その時代の社会慣習」「明白かつ疑問の余地なき道徳律」に従って判断することにより、「純粹の確実性」を担保しえると考えようのである。See, Cardozo, Jurisprudence, in: J. HALL, ed. THE SELECTED WRITINGS OF BENJAMIN N. CARDOZO, 7, 26, 27—28, 28—29 (1974).

もちろん、我々は、ドゥオーキンが、ニヒリズムとの緊張を法の本質にみてとっているとは考えていないが、後述のように、ニヒリズムと同程度に「規則性と秩序を破壊する」と我々が判断している道徳の個人相對主義に立脚している(9)(1)参照)。この点を前提にして考えると、「パラドックス→裁判官信頼→道徳律」という理論構造にドゥオーキンとカードーズ両者の共通性があると考えているのである。次の六、七でこの点が明らかとなる。

六 さて、この理論モデルを適用した具体例をみてみよう。ドゥオーキンは、裁判官がルールの破棄の可能性を考える場合には、*fit・substance* 区別論は役に立たず、「新しく政治的判断をする必要のある困難な瞬間」となる、としている(②一七二頁)。例えば、弁護士は過失について訴えの対象とされないとのルールの破棄について考えてみよう。裁判官は、医者、会計士等の専門職に対しては過失訴訟ができるのに、弁護士に対してこれができないのは、誤りであり正義に反すると判断していると仮定しよう。但し、同時に、弁護士は正義の実現に対して又は裁判所に対して義務を負うのであり、個々の依頼人に対して注意義務を負うとするのは妥当ではないという原理によ

り、医者等とは区別が可能であるとしよう。このとき、ドゥオーキンによると、「裁判官は、後者の原理が、彼自身は排斥しているにも拘わらず、過去の最善の解釈の中に含まれるものか否か問わなければならない」とする(②一七二頁)。その答えは、次の通りである。

「もし、法はこの仮定した原理を含むと判断したならば、弁護士に対する訴訟に関する過去の判例を含めて法は首尾一貫したものとして提示されることとならう。しかし、裁判官は、彼が実体法上の瑕疵と信じているものを暴露することにならう。つまり、法は、彼が誤りと考えており、それゆえ、正当かつ賢明なシステムの中で占めるべき場所はない原理を含んでいると考えられることになるのである。他方、裁判官は、法はこの仮定した原理を含んでいないと判断するかもしれない。このとき、彼は、弁護士に対する訴訟に関する全判例群を誤りとみ、これらを無視又は破棄するのが適切となる。しかし、このとき、彼は、判例集に別の瑕疵があったことをあばくこととなる。つまり、過去の裁判官は unprincipled な方法で行動していたことである。また、彼自身の判決のはらむ問題点をさもさげだすことになる。当該の事件で敗けた弁護士について、過去において裁判官が弁護士一般を遇してきたとは異なる処遇を与えることになるからである。彼は、最後に、これらの瑕疵のいずれが大きいのか問わなければならない。最終的な分析上、判例の記録の解釈にあたり、どの方法が記録自身をよりよい視点でみることにあり、いずれがより悪い視点でみることになるのか、問わなければならない」(②一七二、三頁)。

七 つまり、我々は、ドゥオーキンのいう fit substance 調和論とは、fit に従う場合と substance に従う場合の「瑕疵」の比較衡量論であると理解しなければならぬのである。ドゥオーキンは、これを principled way と

考えている(②一七三頁)。ただ、何度もふれたように、我々は、判断材料を判例法のテキストに限定していることにこだわっている。右の例でも、「瑕疵」の衡量の基準、裁判官の道徳的確信を担保するものが何なのか、我々には理解し難い。「政治構造」乃至後述の「政治秩序」に内在する一定の客観的理想を基準とする、判例法テキストの評価という位置付けをしなければ、道徳的確信は正当化しえないのではないだろうか。この問題は、ドゥオーキンの「政治的道徳」に関する個人相対主義に絡んでくる。後述する(九(1)参照)。

但し、ドゥオーキンは、「法的訓練と経験を通して、正しい理念を得て」いる裁判官を前提にしている(②一六八頁)。かかる裁判官、信賴論が、政治的道徳の正当性の根拠であるのかもしれない。しかし、この面についても、後述のように、裁判官不信論をも肯定しており、矛盾がでてくるのである(九(3)参照)。

(八) 自然法主義と懷疑主義

一 さて、ドゥオーキンは、以上の自然法理論への批判として「懷疑主義」があるので、これをとりあげている。ドゥオーキンは、以上の自然法主義は、「裁判官が自ら直面しなければならぬ問題と、彼が自己の確信から導くべき解答」に関するモデルであって、「主観的方法」であると認めている。そこで、各裁判官が異なる答えをもつことになり、客観的に正しい最善の解釈はありえなくなる。これが懷疑主義からの批判に根拠を与えているのである(②一七三頁)。

二 ドゥオーキンは、まず、「懷疑主義」とは何かを明らかにするため、ハムレットとオフィリアは、劇の開始以

前から愛していたのか否かの解釈問題を素材にしている。この問題には、肯定・否定の解釈とは別に、劇の主題は人間の生命と運命にあるから、ハムレット・オフェリアの恋愛の成立は重要ではない、つまり、かかる問題には最善の答えはありえない、いずれの解釈も劇の価値をより高いものとしなからである、という第三の立場がありえらんとする。ここでは、「内在的懐疑主義 (internal scepticism)」が作用しているとする。劇の「価値」の存在を前提としつつ、二人の恋愛の成否はこれと関わらないと判断しているのとどまる(②一七四頁)。これに対して、芸術上「価値」はありえないという前提に立ち、いずれの芸術解釈も真に better/worse とはなりえないとする、「外在的懐疑主義 (external scepticism)」もある。つまり、「芸術一般又は特定の芸術作品の価値に関する positive theory」を否定するのである。「この理論は、先験的な哲学的議論であって、芸術における価値の観念そのものが全くの誤りであること、一定の芸術作品が “good” 又は “valuable” と判断している人は、なんら客観的属性を記述しているのではなく、彼等自身の主観的反作用を表明しているのとどまることを証明しようとするものである」(②一七四、五頁)。

三 ドウオーキンは、右の区別を法解釈にも応用している。「法律家が、法的記録のいずれの解釈も『客観的に』正しい解釈とはなりえないとする場合、彼は外在的懐疑主義を念頭にしている」とする。この考え方は、“demonstrability hypothesis” に拠っている。つまり、「命題は、言語とその論理とを理解する人全員に対して、論証により真であることを証明する手段が、少くとも原理上存在していなければ、真たりえないと考えている」のである(②一七五頁)。

従つて、正義と政治的道德について外在的に懐疑的であるときは、法解釈の方法の優劣もありえないことになる。「裁判官は何をなすべきかに関する『正しい』理論とは、裁判官がどうしたいと感じているのか、あるいは、彼等がたまたま魅力を感じている政治的信条を押し進めるのはどれであると考へているのかという問題にすぎなくなる。法的実践の『正しい』解釈も、自己にアピールしあるいは自己の政治的利益に使えるように法史を読む問題にすぎなくなる」(②一七五頁)。

とすると、問題は、法解釈学ではなく、法社会学のレベルになる。裁判官の経済的階層と判決との関わりを研究するほうが、「実用的」であることになりそうである。しかし、ドゥオーキンによれば、外在的懐疑主義に立つて法解釈自体を放棄、否定する論者はほとんどいないとする。例えば、ある者がチェスの白が勝つことは善が勝ち、黒の勝利は悪の勝利を意味するとし、チェスは善悪の客観的闘いとみていたとしよう。外在的懐疑主義は、かかる形而上の意味をすてることが求めるが、チェスをプレイし、チェスのルールに従うことまではやめないのである。同様に、「政治的道德についての外在的懐疑主義者も、正義についての意見をもち議論も行うのである。ただ、その作業をしているときに、自己の哲学的契機に照らして、時をこえた客観的眞実を発見しようとしているのではないと考へている、というのとどまる」(②一七六頁)。

四 では、ゲームに参加する外在的懐疑主義のいきつくのは何処であろうか。例えば、精神的損害について、外在的懐疑主義者が、予見可能性を解釈の基準とする立場をとったとしよう。しかし、彼は、「精神的損害の最善の正当化事由についての自己の見解は、なら『客観的』現実

『単に』主観的な意見……にすぎない、

いと考えるであろう」(②一七六頁)。だが、こうした考え方だけでは、一定の立場に立つことを正当化する議論を提供しえないのは当然であろう。別言すると、外在的懐疑主義に立ちつつ、更に、内在的懐疑主義をとることも「自由である」とドゥオーキンはいうのである。決め手となるのは、「正しい内在的議論」の存在である。つまり、精神的損害について、物理的な危険の及ぶ人に限るという原理と予見可能性の原理とのいずれが「最善の解釈」なのか、まず判断を試みるのである。このとき、外在的懐疑主義者も「自然法主義の設定すると正に同じ問題」、つまり、判例群についての研究と省察をすることになる。その上で、いずれについても他より優れた根拠のないときには、内在的懐疑主義に立つことになる、とする(②一七六頁)。だが、かかる分析過程を経て、内在的懐疑主義的結論に至ったとすると、それは、「確実な論証」に基づいたものといえる。結局、「いかなる精神において道徳と法理論に関する enterprize に参加したのであれ……この enterprize 内にある立場は、いずれも完全に誰に対しても同等の条件で開かれている。従って、一定の内在的懐疑主義的立場をとるに至ったとすれば、それは外在的懐疑主義者としての資格認定状を有していることが理由となっているからではない。そこへ至らしめたのは、論証過程に内在する力である」(②一七七頁)。

まとめてみよう。外在的懐疑主義は、道徳と法理論一切と関係を断たなければならないと主張する限りでは、自然法主義のみならず、「裁判理論」一般への脅威でありえるが、ゲームに参加するのであれば、「このもつとも大きな脅威」はなくなるのである(②一七七頁)。そして、ゲーム内の立場の選択は、内在的な論証過程が決定するのである。

五 最後に、ドゥオーキンは、“global form of internal scepticism”による自然法主義批判をとりあげている。つまり、法の特定部分の解釈についての内在的懐疑主義ではなく、「法のあらゆる部分、全ての部分の最善の解釈」に関して内在的懐疑的となる立場である。例えば、「ある者が全て道徳は神の意思に依拠していると考えた上で、神は存在していないと判断した場合を考えてみよう。あるいは、即時的かつ省察なき決定のみが道徳的価値をもちえると信じ、同時に、いずれの司法的決定も即時的でありえず、即時性を高めるものでもないと思っていたとして」（②一七七頁）。ドゥオーキンは、これは、外在的懐疑主義と異なり、道徳自体は否定していないが、その最善の conception については、全てに対して内在的懐疑的なのである、とする。従って、特定の道徳解釈が「最善」とはなりえなくなるから、自然法主義も正当化されえなくなる。

しかし、ドゥオーキンは、右に設定した例が示すように、「政治的、道徳に関する global internal scepticism を支える納得のできる議論を考えることはできない」としている（②一七七頁）。

(4) 自然法主義と民主主義

(1) 道徳の個人相対主義

一 ドゥオーキンは、「異なる裁判官が異なる政治的、道徳を有しており、それ故に、過去の最善の正当化について意見が一致しない」という主張は、「明らかに真である」とし、「かかる不一致が生じたとき、一方が正しく、反対側が誤りであることを証明する方法もない」との主張もやはり「真である」ことを認めている。そこで、かかる

不一致が生じるという事実自体が、自然法主義批判になると考えることもできると問題を提起している。裁判官が正当性の証明をしえないのに、一定の答えを認容するのは不正であるといえるからである(②一七七、八頁)。

二 我々は、「政治的道德」に関する右のようなドゥオーキンの個人相対主義的認識について、少しく考えておきたい。これは、後にふれる「平等」処遇の原理の妥当性にも関係してくる問題である。

さて、ドゥオーキンは、自然法理論が「主観的方法」であることを認め(八一参照)、「裁判官自身の確信」に依拠するものと理解している(②一七九頁)。加えて、右に述べたように、「政治的道德」が裁判官個人により異なる相対的なものであるという理論構成を行っている。かかる道德の個人相対主義は、法規範の領域における道德判断の方法論として、つまり、ドゥオーキンのいう「司法的実践」の記述ではなく、「モデル」として(②一七一、二頁)妥当なのであろうか。この問題については、ライアンズ教授の議論を参考にしたい。⁽¹⁾教授は、道德の個人相対主義の問題を次のように分析している。

道德的価値が、基本的に裁判官個人の選択と決定の問題であるとするならば、道德的¹⁾原理とは、世界が現にどうあるのかを記述するものではなく、各人が世界をどうしたいと考えているのかに従って下す指示乃至命令となる。元来、客観的事実との一致・不一致は問題となりえず、故に、判断の客観的拘束性の立証は不可能なのである。ただ、裁判官各人が、各人の信条に適切に注意を払い慎重に道德的¹⁾原理の選択をしたのであれば、この原理の適用たる道德的判断は正当化されるといえるのとどまる。しかし、これには、様々な問題点がでてくる。

まず、道德的判断の主体を行為者中心とするか判断主体中心とするかで、判断基準の二分を生じる。行為者基準

論によると、各人の行為の判断の正しい方法はひとつしか存在しておらず、各人の行為が各人の価値に適合する限り、それ以上に他人の行為を適切に判断する方法はありえなくなる。これに対して、判断者基準論に立つと、判断者の省察を経た原理による限り、人の行為について多様な道徳的判断を行うことができ、いずれも sound なものとして認められ、かかる判断全てが同時存在することになる。もう少し、語を補おう。

判断者基準論に立つ場合、例えば、AとBとが墮胎について異なる原理をもっているとき、Aの行った墮胎は、Aが自己の原理に従ったが故に、Aの判断上も「正当化」され、他方、Bの批判もBの原理に従う判断である限り、やはり、「正当化」される。この場合、いずれが“true”であるのかは、問題とならないことになる。つまり、正当化 (justification) を確信の属性とし、真実性 (truth) を確信の実体の属性とした場合、判断者基準の個人相対主義は、判断の正当化はできても、真か否かは問えないことになる。

つまり、個人相対主義における判断の「正当化」は、critical reflection に基づく原理の選択の有無により、決定されるのである。別言すると、自由意思により原理の意義とこれに従うことの意味を十分に認識して選択をする場合には、正当性が与えられることになる。従って、例えば、他人に対する回避可能な損害を惹起することが bad か否かは、各人が自由に決定することができるのであり、判断それ自体が wrong であるか否か評価する契機は存在していないのである。

他方、行為者基準論に立つて、右の正当化理論を考えると、各人は各人の良心的省察に従いさえすれば、行為は正当化されるのであって、行為により損害を受ける者はこの行為を批判的に判断する正当性をもたないことに

なる。更に、判断対象は、行為主体とその行為のみに限られるから、社会的ルール、法、諸制度を判断する基盤は提供しえないことになる。翻って、判断者基準論に立つと、社会的ルール、法、諸制度の判断の余地はあるが、こゝでも、良心的になされた判断は正当性がある以上、道徳的紛争、道徳的判断の対立の調整は抑々できないのである。例えば、紛争処理にあたり、各人の利益主張を全て適切に考慮に入れて公正に行なわなければならないという原理は、判断者各人が省察によって自己内在化させない限り、それ自体の正当性は獲得できないことになる。

かくして、我々は、個人相対主義に拠って道徳原理を法的判断に導入する方法論には、重大な疑問を抱くのである。

(一) D. LYONS, ETHICS AND THE RULE OF LAW, 25—29 (1984).

(2) conventionalism と民主主義

一 さて、ドゥオーキンは、道徳的判断の個人相対主義を民主主義論と関連させて論じている。則ち、個人相対主義に対しては、conventionalism からの批判が考えられる、とする。これは、裁判のあり方についてのより実証主義的な理論である。この立場は、裁判官は、まず、コミュニティの convention により誰が又はいかなる機関が法を創造する権限を与えられたのか確認し、次に、当該事件に明確に適用できる法をこれらの法創造機関等が既に定立していないかを調査しなければならない、とする。かかる法があれば、これを適用し、かかる法のなきときは、裁判官が将来のために最善のルールを創造し、かつ、これを当該事件に遡及的に適用するものである。このルールは、将来にわたり法の一部となる。ドゥオーキンは、この考え方は、民主主義論により裏打ちされていると論

ずる余地があるとする。則ち、

「conventionalism によると、人民は convention により立法権を有すると認定されている立法者及び裁判官が、あらかじめ人民に与えると決定した権利のみ有すると論じている。これに対して、自然法主義は、裁判官に対し、いまだいずれの公的制度も認めていない権利を司法の歴史から抽出する権限を与えるものである。しかも、裁判官は、自己の確信によれば、こうした権利の存在を前提すると過去をよりよい視角からみることができるといふ以上には有力な論拠なしにこれを行うことが認められているのである。これは、民主主義の要求に反するテーゼである」(②一七八頁)。

二 ドウオーキンは、かかる民主主義論は、conventionalism と自然法主義の誤解に基づくものである、として反論を用意している。

「conventionalist は、選挙により選ばれた公務員があらかじめ形成した決定をそのまま適用することにより事件の処理をすることができるとする。しかし、これは、法律が特定の結果を正確かつあいまいさを残すことなく明示している事件に限られる。だが、かかる“simple” cases については、良心的な自然法主義者はすべて、全く同じ決定を行う可能性がきわめて高い。従って、conventionalism は、シンプル・ケースについて自然法主義と異なる判断をするからより民主主義的であるとはいえないのである」(②一七九頁)。

両者の差異は、「問題となる法律が、異なる解釈が可能な、開かれたものであるため、又は、適用されるべき特定の法律がないため」に生じる“hard” cases についてのものであるとする。しかも、この場合、立法者の判断は

ない事例である以上、両者の差異は、一方が立法者の判断を尊重し、他方はこれに挑戦するという性質のものではなくなるとする。この場合、「conventionalism」も、こうした『ハード』ケースでは、裁判官が考えるところに従い良き社会をもっともよく促進するような決定をするのに必要なルールを選択しなければならないと論ずることになる。しかし、そうであれば、裁判官が過去の最善の解釈に関する自己の確信に依拠するよりも、将来の最善の設計図に関する自己の確信に依拠することのほうが、より民主主義的であるとは凡そいえない」とする(②一七九頁)。

三 、「自然法主義者は、conventionalistよりも、一見して“easy”caseが現にeasyであることを否定する余地を広く認める」点に差がありえる、とドゥオーキンは指摘している(②一七九頁)。この点に関して、弁護士は過失につき訴えられないという原理について、再び考えてみよう。ドゥオーキンは、次のような観察を行っている。

「conventionalism は、立法によりこの理論が破棄されるまでこれを持続することに固執する(といわれている)。これに対し、naturalism は、この原理に関する判例群をより広いコンテキストに置くことを裁判官に奨励する。つまり、過失ある弁護士に対する損害賠償を拒否するルールは、その他の法に関する最善の正当化により拒絶されないかどうかを問うことを奨励する。そして、他の法上、ほぼあらゆる種類の過失による加害に対して損害賠償が許されているとする、naturalist は、右ルールに関する判例を破棄するべく導かれることになる。」(②一八〇頁)。

この点の問題を鮮明にするため、ドゥオーキンは、検察官が数世紀間執行されたことのない冒瀆罪で起訴した場

合を考察している。自然法主義裁判官は、「現代の精神に反する古い法律であつて現代の立法部であればおよそ可決しなかつたであろうと考えられるもので、久しい以前から利用されたことのないものであるとき、刑事訴追の根拠にこれを用いえない」という原理が、「司法的実践全体の最善の解釈」であると考えられるかもしれないとし、他方 conventionalism によると、こうした場合も、「明確な答えが魅力のないものであつたとしても、『イージー』ケースである」と認めなければならなくなるとしている(②一八〇頁)。

では、問題の焦点は何処か。

「最小限の能力しかない自然法主義裁判官も、我々の政治システムは民主主義であると認識し、またそう強調することから議論をはじめめることも考えられる。彼は、民主主義を適切に理解するならば、過失に関する私法が empirical であるよりも、首尾一貫しているほうが、また、人民の道徳の変化にかたくなであるより敏感な立法部制度のほうが、もっともよく民主主義を実現できると論を進めるであろう。とすると、いずれの事件が現に『イージー』なのかに関する自然法主義と conventionalism との間の不一致は、民主主義に反対する者とこれを尊敬する者との間の不一致ではなく、むしろ、民主主義とは現に何なのかについての従来から存する不一致なのである。不一致をこのようにみるならば、自然法主義の議論がはるかに劣つてはいるとおよそいえなくなる」(②一八三頁)。

四 我々は、右の議論は、司法審査と、民主主義の問題を、裁判官の主観的民主主義観の対立という次元へ移し変える操作が加わつている点で、(六)二で指摘したのと同じく、再び、本質的問題を回避していると考えている。もう少し、補つておこう。司法審査の本質的問題は、ビクルのいうように、「最高裁判所が、立法作用または選挙で選

ばれた執行機関の作用を違憲であると宣言するとき、今現在の現実の人民の代表者の意思を妨げているのである。最高裁は、圧倒的多数の者のためではなく、これに逆らって、コントロールを行っている⁽¹⁾点にある。そうであるから、「司法審査は、アメリカ民主主義を逸脱した制度である」と認識されているのである⁽²⁾。

そこで、既に古く、セイヤーは、「裁判所が同等の統治部門の作用を訂正するにあたり、消極的な形であっても立法を行ってはいならない。また、きわめて明瞭な場合を除いては、かかる訂正を行ってはいならない。立法を無効化することの結果は、誠に重大だからである」とし、司法消極主義を主張したのである⁽³⁾。もっとも、これに対し、ビクルは、もう少し、柔軟な司法審査権を考えている。何故なら、彼は、次の認識を有しているからである。

「政府の多くの作用は、二つの側面をもつ。まず、即時的で、意図されるのが当然な実用的な効果の側面である。他は、おそらく意識されず評価もされていないが、我々がより一般的で普遍的な利益があると考えている価値に関する側面である。我々は、成文憲法の事実としての存在、民族の歴史、さらに究極的には、正しい社会に内在する道徳的判断とに基づいて次の前提を抽出しえる。つまり、政府は、我々が各時代において即時的物質的必要と考えているもののみならず、一定の永続的な価値にも貢献しなければならない。法もとの政府が意味するのは、一部は、この点である」⁽⁴⁾。

そして、ビクルは、「永続的な価値の宣言者、保護者」が司法部であると考えているのであり、⁽⁵⁾ そうであるが故に、民主主義との調和が可能になるとしているのである⁽⁶⁾。

ビクルの考え方は、一見ドゥオーキンのそれに似ている。しかし、ビクルの理論構造は、普遍的・客観的価値の

存在を前提にしており、それを発見・実現することに司法審査の正当性の根拠を求めているのであって、ドゥオーキンの如き道徳の個人相対主義には立脚していないのである。ドゥオーキンの議論によると、裁判官は、自己の主観的判断たる政治的道徳を執行できる。これは、民主主義に反しない。何故なら、裁判官自身が民主主義に反しないと思込しているからである。"といふことになる。これは、循環論法以外の何ものでもない。「意思」基準論が陥つていとドゥオーキンの批判した誤りを、彼自ら犯している(四)(五)参照)。

我々は、ドゥオーキンの理論構造が民主主義との矛盾を克服したとは考えていない。

(1) A. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH, 17 (1962).

(2) Id., at 18.

(3) Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 HARV. L. REV. 129, 150 (1893).

(4) A. BICKEL, Id., at 24.

(5) Ibid.

(6) Id., at 28.

(3) 裁判官への不信

一 ドゥオーキンは、「自然法主義は、裁判官が過去を最善の視角で照射するのはどの解釈であるのかについての自己自身の確信に依拠することを奨励するので、法外な政治的確信を抱いているために法外な司法的決定を生じる

ことを認めることになる」という問題を提起している。右にいう「法外な政治的確信 (outrageous political convictions)」の例として、単純多数に従うのは専制であり、「全ての法律は三分の二の賛成で可決されたときのみ執行されなければならない」と考えてこれに反する事例は全て「誤りであると良心的に主張する裁判官がある」とする(②一七九頁)。これに対するドゥオーキンの答えは、次の通りである。

「自然法主義の構造上、馬鹿気た、気違いじみた意見をもつ裁判官が任命されないことを保障するものは何もない。しかし、conventionalism の構造上もこれを保障するものはあるまい。そして、conventionalism も、こうした裁判官がいったん任命されたならば、常軌を逸した決定に至るのを抑止しえないのである。何故なら、conventionalism に立つ裁判官は、convention の concept を必要としている。例えば、彼は、憲法は遵守されるべきであるというのが我々の社会の convention であるのか否か決定しなければならない。しかし、conventionalism の構造上、裁判官がこうした問題について正しい答え (correct answer) に到達することを保障することはできないのである。裁判官に関するどの理論も、これを信奉する裁判官が分別のある決定に到達することを保障しえないのである。我々は、狂気や著しい愚かさについては、裁判官の任命方法、判決に対する上訴、判決破棄の方法、必要な場合の裁判官の解任の方法に関する独自の手續によってしか、我々自身を守れないのである」(②一七九頁)。

二 我々は、「法とは何か」を論議している(②一六五頁)。法の本質と法の構造認識の方法に関する理論的検討という作業のレベルと、制度論——どの理論乃至方法をとるのであれ、それがもっとも忠実に実現される手続的、人的、組織的諸関係の現実的、あり方——とは区別されなければならない。conventionalism に対して、その理論

通りに実現する制度のないことを理由にして、法の本質の認識、方法、固有の限界であると批判するのは、議論のレベルを混同したものであって、誤りである。

次に、conventionalism の理論は、裁判官の判断に対する社会的実在としての convention の拘束性を肯定している。これに対して、ドゥオーキンの自然法主義は、道徳の個人相対主義であって、判断に対する事実の拘束性は抑々認めていない。また、判断の実体の当否の評価基準も客観的に妥当性のあるものは存在していない。つまり conventionalism は、何が「法外」「常軌を逸した」「狂気の」政治的確信または司法判断であるかを評価する客観的な基準を理論的に内蔵しているのに対し、ドゥオーキン理論は、これを欠落しているのである(九(1)参照)。ドゥオーキン自らの一の問題提起に対して、我々は、conventionalism の理論構造のほうに、「狂気の」判断を除外しえると考えている。

ところで、ドゥオーキンは、司法的判断が「法外」「常軌を逸した」「狂気」であると評価可能であること、つまり、「正しい答え」のありえることを前提にしているようである。しかし、法の本質乃至「政治的道徳」の本質の把握については、この実体的、客観的判断の可能性を意識的に無視して、むしろ、相対主義に頼っている。そこに、ドゥオーキン理論の特徴と限界があると我々は考へる。

最後に、右のような裁判官不信論の意を考へておきたい。ドゥオーキンは、法の本質の認識と「政治的道徳」の認識を裁判官に任せている。先述の「フォーラム」論は、裁判官への信頼を前提にしているはずである(六参照)。fit・substance 調和論も裁判官信頼に依拠していたといえる(七七参照)。民主主義との矛盾も、裁判官の主

観的民主主義観への信頼により回避できるとしている(九)(二)三、四参照)。道德の個人相對主義も、裁判官の理性への信頼を前提にしなければ、説得性はあるまい。

とすれば、狂気の裁判官の存在を予定し、それへの手当を制度的、安全装置に求めようとするのは、理論の前提をくずすことにならないであろうか。また、「正しい答え」を担保するのが、制度的安全装置であるとするならば、これと同程度の装置のある機関——行政裁判所制度であっても充分であり、司法審査権を裁判官という制度乃機関に任せるべき必然性はなくなるのではないか。

裁判官の信頼か不信かという矛盾は、ドゥオーキン理論に内在されたまま残されているのである。⁽¹⁾

(1) 裁判官の判断への不信は、法現実主義の認識でもある。この認識は、一方で、法的論証、法的判断の正当性の理論化へのニヒリズムを生み、法学の任務を裁判官の行動の実態分析を行い、裁判官自らの自己反省の材料を提供するにとどめる立場を生む。See, J. FRANK, LAW AND MODERN MIND, 46—52, 108—126 (1930). 他方で、訓練を通じて、限定的ではあれ、臨床医師、フィールド・ワーカーと同様の科学性に武装された裁判官を得ることができるといふ楽観主義にもつながる。See, Patterson, Can Law Be Scientific, 25 ILL. L. REV. 121, 136, 140 (1930).

① 「政治秩序」論、関数としての「平等」原理

一 ドゥオーキンは、次に、instrumentalismの側からの自然法主義批判をとり上げている。この考え方は、常に将来を志向することを裁判官に求めるものである。今までどうであったのかに顧慮することなく、将来のコミュニティを可能な限り、“good, wise, just”なものにすることに努めるよう求めるものである。ただ、「よきコミュニ

ニティーの正しいモデル」については、裁判官も判断を異にし、経済的富裕を基準にする立場、一般的幸福の重要性を基準にする功利主義的な立場、個人の政治的、人格的権利を重視する立場など区々である、とする(②一八一頁)。

「instrumentalist たる裁判官とは、よき社会とは何かに関する自己の観念に従って、これに貢献する責務を負った政府の公務員であるとして自己規定をしている」(②一八一頁)。但し、他の機関又は公務員のつくったルールをも尊重することを理解している。立法部、他の裁判官が、既に過去にルールを定立しているときには自らのルールを創造することなく、既存のものを機能させる。理由は、自己がルールの創造に走ることは、「戦略的一貫性」を破壊し、社会をよりよいものへと導けなくなる虞れがあるからである。もともと、この限度をこえて、過去によって拘束されることは、否定する」のである(②一八一頁)。「特に、裁判官が、自然法主義の考えるような過去の最善の解釈と一致するように決定を形成することにより、原理における整合性を求めることを否定する。自然法主義は、功利主義的戦略的要請をこえて、過去が将来に対して一定の影をおとすことを許しているが、instrumentalism はこれを非合理とする」としている(②一八一頁)。

二 ドゥオーキンの設定する具体例をみてみよう。ドゥオーキンは、精神的損害について、instrumentalist たる裁判官が、偽証のおそれを生じ、保険料の値上がり等を招くし、また、元来精神的損害に対する道徳的権利のないことを理由として、一切否定するほうが、社会をよりよくすると考えている場合を想定している。ただ、既に、上級裁判所によって、現に事故を目撃した親戚には精神的損害賠償を認める判断が示されていたとしよう。このとき、母親が子供の事故を電話で聞いた場合の精神的損害賠償請求については、どう判断するのであろうか。ドゥオーキ

ンによれば、「裁判官は、自己の確信に従い、現に事故の発生を目撃した親戚のみ精神的損害賠償をえることができると宣言し、上記判例がコミュニティーの福祉に与える危害を限定するための機会として利用しようとする」としている(②一八二頁)。

以上に対し、自然法主義裁判官は、同一の事情のもとでは、反対の決定に至る、としている。何故なら、「彼は事故を見ることと聞くことに *principled distinction* を見出すことはできないであろう。それ故、過去の最善の解釈によると、精神的損害が合理的に予見可能であるときは、損害賠償の権利があることを認めざるをえなくなる」(②一八二頁)。

しかし、ドゥオーキンは、「自然法主義は、かかる場合に、母親に不利に判断するのはなんらかの理由で不公正であると考えていると思われる。しかし、何故か」と自問している。以下、この自らの設定した課題を解決する方法を探そうとしているが、その議論は、必ずしも、明瞭ではない。

三 ここでは、自然法主義裁判官も、母親が損害賠償を求める道徳的権利はないこと、何人も精神的損害の支払を求められないほうが「事情はよりよくなる」ことを前提にしている。ただ、事故を目撃した親戚には損害賠償を認めた判例が、既に存在している。こうした判断をしたことは、右の前提からみれば、「誤り」であろう。従って、「我々の司法プロセスがひとつの誤りを犯した事実があるから、この誤りをより一般化してもよいと論ずることはできない」とする。先述の *fit substance* 調和論に従えば、先例が存在していても *substance* つまり、裁判官自信の道徳的確信に反するとき、先例の拘束をうけなくともいいのであるから、この指摘は、正しいといえよう。

他面で、「過去の裁判官のほとんどが、自然法主義者として行動してきたことを理由として、母親に不利に判断するのは不公正であると自然法主義者自身が述べることはできない。この議論により、自然法主義に反する司法判断をすることが不公正となるのは何故かという理由が与えられるとするのは、論点の回避である。問題となっているのは、過去の最善の解釈に反する決定に至るのとは不公正なのか否かである」としている(②一八二頁)。そこで、ドゥオーキンは、次のように問題を整理している。「もし我々が、instrumentalism に対して自然法主義を維持したいのならば、所与の原理が法的実践全体の最善の解釈であるという事実によって、この原理を将来に拡大適用する理由が与えられると論じなければならない。……我々はこのようにしてこうした議論をすることができるのであろうか」(②一八二、三頁)。

四 我々は、ドゥオーキンの問題意識が何かつかみかねている。instrumentalism によれば、偽証、保険料値上りを押え、また、精神的損害賠償を認めないという道徳的判断をできるだけ実現するため、先例を限定解釈し、設例の母親にも損害賠償権を与えないことになる。ドゥオーキンは、かかる判断の結果を問題としているのであろうか。それとも、判断の方法なのであろうか。自然法主義は、母親に不利な判断をすることは「不公正」とみている、とドゥオーキンは述べている。しかし、何故、自然法主義理論モデルは、判断の結果について、こうした客観的、外在的評価ができるのであろうか。裁判官が、先例の拘束の有無を吟味し、先例があっても、自己の道徳的確信からみて妥当でなければ、これに拘束されないのが *fit substance* 調和論である。そして、ドゥオーキンは、ここで裁判官は、精神的損害賠償の道徳的権利は現在存在していないと確信していると前提にしていたではないか。と

すれば、instrumentalism と同じく、母親の損害賠償請求を認めないことこそ、謂はば公正な判断といえるはずである。「Instrumentalism に対して自然法主義を維持したいのなら」は、「ドゥオーキン自身の主観的道德的確信によれば母親に損害賠償権を認めないのは「不公正」である」という判断によって、自然法主義理論モデルを歪曲してはならない。ところが、ドゥオーキンは、次のような形で、自然法主義理論モデルを修正していくのである。

(2) 「政治秩序」論

一 「自然法主義は、コミュニティの構成員はコミュニティの政治的歴史の故に、構成員相互並びにコミュニティ自体に対して権利と義務とを有することができると前提にしている。しかし、instrumentalism は、これを否定している。……人民が自己のコミュニティの政治的歴史の故に有している政治的権利の集合は、コミュニティの『政治秩序 (political order)』を構成する」(②一八三頁)。

この「政治秩序」論が、ドゥオーキンの新しい分析概念である。そして、これを用いて、自然法主義の役割を、次のように説明している。

「コミュニティの政治秩序は、コミュニティの具体的な政治構造、実践、決定についての最善の解釈上（我々が従来使用してきた意味で）、前提とされている原理により提供される。自然法主義は、人民がかかる政治秩序を法廷で請求により実現させることを求める権利を有すると考えている。但し、立法部と裁判所の採用する法のルール全てが、適切に理解された政治秩序の一部となるとするのは真ではない。政治秩序全体の最善の解釈により特

定のルールは、他のルールと矛盾することが示され、それ故、『誤り』であって、政治秩序とは何かの叙述にあたり、無視されるべきものであることもある」(②一八三頁)。

「自然法主義は、司法的権利についての理論である。人民が訴訟で勝つために有する権利についての理論である。政治秩序は、人民の利益となる特定の立法を求める人民の権利や革命の権利、その他全く異なる政治秩序を樹立する権利をどの程度与えたり制約したりしているのかについては、なんら見解をもたない。政治秩序が憲法を含むものであって、これを適切に理解すると、立法部が現行秩序を一定の方法で修正することはできないとされている場合、人民はこの秩序のもとでは、かかる命令に矛盾している立法を裁判所が執行しないことを求める司法的権利を有している。しかし、自然法主義自体は、立法部が現行政治秩序の細部について改善しあるいは適切な場合にラディカルな改善をすることについては、上記の場合を除いて、自由に任せるものである。人民は、現行秩序の執行を求める抽象的な司法的権利を有しているという理念は、政治に対して一種の保守主義を課すものであるが、これは裁判にのみ課される保守主義なのである」(②一八三頁)。

二 ドウオーキンは、右の「政治秩序」概念と別に「政治システム」概念をも用いている(②一八七頁)。両者の関係如何は、「政治秩序」概念の意義による。右に引用したところに従うと、「政治秩序」については三つの理解が可能となる。第一に、次の(3)一で示されるように、政府の創造する現実の秩序、「政治システム」それ自体である。第二は、現実的、客観的存在としての「政治システム」に対する裁判官の「最善の解釈」が前提とする「原理」により構造される主観的価値秩序とも解せる。他方、第三として、現実的、客観的存在としての「政治システム」か

ら何等かの形で抽出される、客観的実在としての価値秩序ともみれる。「適切に理解された純粹の政治秩序」(②一八三頁)という表現は、これを意味しているように理解できる。しかし、ドゥオーキンが、「政治秩序」概念をどの意味に使うつもりかは、必ずしも読みとれない。

ところで、ドゥオーキンは、「我々の政治システムは二つの理想を認めている」とする。第一に、「政治システムは外面的理想(external ideal)の影の中にある。これは、完全に正義であり効果的であるシステムという理想である」。そして、この理想は、立法部並びに、コミュニティーをよりよくする力をもつ「コミュニティーの政治的意思と正義観」のとりくむべき「チャレンジ」である。第二に、「政治システムは、別の内在的理想(internal ideal)の影の中にもある」。この理想は、裁判に対する「チャレンジ」として存在する。つまり、「我々の集団生活を統制する基準を、明確で一貫した効果的なものにするこへのチャレンジ」である、とする。ドゥオーキンは、自然法主義が、「不完全な世界」たる現実の政治システムに「原理の支配」つまり「政治秩序」を提示し、「外在的理想」実現の道を示す方法であると位置づけ、他方、「フォーラム」としての裁判所は、「第二の理想のためのフォーラム」であると位置づけている(②一八七、八頁)。

では、かかる「政治秩序」概念は、自然法主義による法解釈方法に何をもたらすのであろうか。具体的には、いかたして instrumentalism を克服するのであろうか。

(3)関数としての「平等」原理(一)——実証主義、プロセス法学との対比

一 ドウオーキンは、①論文で提示した、「根源的原理」たる「平等」処遇原理(六参照)を、この文脈において、再び強調する。

「いずれの政府も自己の市民を平等のものとして、つまり、concern and respect に対する平等の権利を有するものとして扱わなければならない。もちろん、この一般的要件は、きわめて抽象的である。異なる人々——異なる社会——は、人民を平等に扱うとは何かについて異なる見解を有するであろう。しかし、にも拘わらず、我々は政府が自己の市民を平等に取扱う一般的な義務があると論ずることができる。そして、この義務から、二つの顯著かつより具体的な責務を抽出することができる。第一に、政治秩序の形成にあたり、市民が有する根底的な道徳的、政治的権利については純粹の平等性の名のもとに尊重すべき責務である。第二は、政府が創造する政治秩序は何であれ、何人に対しても平等かつ首尾一貫して押し及ぼすべき義務である」(②一八五頁)。

さて、この「平等」処遇原理に照らしてみたとき、先述の精神的損害の事例では、instrumentalist は、他の人には損害賠償請求権を認めつつ、母親にはこれを否定することになる点に問題があるとする。則ち、

「母親は、母親の立場に置かれた人が損害賠償をえることのできる、legal regime に対する権利は有していない。しかし、彼女は、有効な legal regime が、彼女にもかわることなく適用されることを求める権利を有する。さもなければ、社会は、正義が要求しているものに関する社会の conception に従って彼女に正義を与えることを、実行していないことになる。つまり、彼女に平等の concern and respect を与えて処遇していないことになる。彼女の政治的権利のひとつは、侵害されている」(②一八五頁)。

そうであるから、ドゥオーキンは、かかる形で、母親に損害賠償請求権を認めることになる自然法主義のアプローチは、「正しい」のであり、instrumentalismは「誤り」であるとす。かくして、「instrumentalismは、政治秩序が権利の独自の源泉にはなりえないと仮定している点で誤りであること」が「充分」に「証明」されたとする(②一八五、六頁)。

二 我々は、以上(1)(2)及び(3)一の議論には、様々な問題点があると考えている。

第一に、「平等」処遇原理である。この原理が、何故相当性をもつのか、いかなる次元で存在するのか(特に、「政治秩序」と憲法秩序とに対する関係)、不明である。このあたりに、我々は「法と道徳」論のひとつの壁があるように思う。道徳的判断の相当・不相当(sound or unsound)を決定する基準を求める方法についての問題である。この問題を考えるにあたっては、最初に、科学的法則と対応させうる科学性を道徳的判断に求められるか、問うておく必要がある。再び、ライアンズ教授に聞いてみよう。

教授は、科学的法則(例えば、引力の法則)は、実は、過去、現在、未来にわたる事象の説明を含意したものであることに留意しなければならない、と指摘する。また、実験可能性について論ずる場合には、時間的に終了し又はまだ始まらない事象は、何人によっても経験不可能であることを考えておかなければならない。つまり、科学法則とは、経験や実験には含まれていない抽象化された思考によって確立されているのである。「科学法則は、現になされた特定の観察よりも、はるかに一般的なものなのである」としている。むしろ、教授は、「科学法則は、現実の観察——つまり、法則の理論的意義と効用を説明する事実を越えなければならない。現実の観察を越えない限

り、科学法則は、世界に関する我々の知識を拡大しえないのである」⁽¹⁾とする。

これと対比したとき、道徳的判断については、経験的事実又は観察と全く無関係とはいえない面のあることを指摘している。例えば、AがBとの約束を履行しなかった場合、それを非難すべきものとする判断は、AとBの存在、約束の存在、BはAに欺罔をしなかったか否か、Aは現に約束を履行しなかったのかという事実の確定を必要としている。この場合、約束不履行は非難されるべきであるとのまだ証明なき一般原理が前提になっている点に問題はあがるが、さしあたり、道徳的判断もまた事実に基礎付けられる面があることは明らかに⁽²⁾としている。

とすると、法則が常に通常の観察で検証可能でなければ、科学性がないという基準のみにより、所謂科学的判断と道徳的判断との科学性の有無を評価することはできなくなるのである。更にまた、道徳的判断が恣意的選択としてではなく、相当・不相当の評価をおこなえるものであるためには、一定の「客観的」道徳原理が存在することが前提されねばなるまい。しかし、科学的法則が自然と宇宙についての統一的な理論的基礎を確立していなくとも、相当性のある科学的判断を行うことができるのと同じく、道徳的判断についても、普遍的、客観的原理の発見と確認を常に先行させなければ不可能であるとはいえないはずである、⁽³⁾としている。

では、判断の前提たる「認識 (knowledge)」は、どのように捉えたらよいのであろうか。教授は、「認識」の一般的な理念は、さしずめ、次のようであるとす。 「我々が一定の認識を有する場合、この認識は一定の確実なもの、つまり、それ以外のものではありえないものに根拠を置いていなければならぬ。これを倫理に適用した場合、我々が道徳に関する認識を有するとしたならば、それは否定不能の一般原理についての認識に基づいているか、

若しくは、具体的事例に関して、何が right or wrong, good or bad, just or unjust であるのかについて得ている確実な認識に基づいたものでなければならぬ。ところが、道徳的認識については、これを通常の経験から抽出することが困難なために、結局、「道徳的直観力」という神秘的なものに頼って説明せざるをえないところに問題がある、とする。このため、一定の道徳的原理は、「自明」として扱われるのである。⁽⁴⁾

そこで、教授は、「認識」の抽出方法そのものについて反省が必要ではないかとする。先述の「認識」概念では、「我々を取巻く世界に関する認識の全ては、世界の性状についての合理的でかつ否定不能の原理から抽出することができる。さもなければ、我々が単純にしてかつ徹底した観察により学ぶ特定の真理をもとにして、疑問を残さずに一歩ずつ認識の建設を行なわなければならない」と考えていたのであるが、こうした厳格な「認識」概念を前提にすると、実は、我々は世界に関する「認識」をほとんど有さないのに等しくなる、と指摘する。科学と科学的認識の発展は、誤りなき真理に常に基づいていたとはいえないのである。何故なら、「我々は、自然の一般法理を洞察する特殊な能力はないし、また、他方、そうした法理についての認識は、我々が実際に行い、また今後行うことのできるであろう個別的観察を常に越えたものであるからである」⁽⁵⁾。

つまり、「科学は無謬であるわけではない」。我々が科学を用いて行う事物の理解に際しては、既に確定している確信を修正する十分な理由があれば、修正をうけなければならない。といって、科学の進歩が幻想なのではなく、そうした修正の反復によって世界を理解する認識が増えてきているのである。教授は、道徳的判断についても、同様であるとしている。則ち、

「もし我々が、一般原理の絶対的証明や特定の道徳的判断の争う余地なき正当性を求めるとすれば、倫理に過大な要求をすることになる。生活のこの領域においても他の領域と同じように、我々の求めているのは、一定の道徳的立場について他の立場と対比したとき、good reasons があるかないかなのである。……そして、我々がかかる原理を受け入れるべき理由を発見できる限度では、我々は、道徳的判断は本来的に恣意的とはいえないと信ずべき理由をえたことになるのである」⁽⁶⁾。

ところで、我々は、ドゥオーキンが「平等」原理のみを根源的原理として「自明」のものとして設定したのは、彼の道徳的直観力によったものと観察しているが、ここでは、ライアンズ教授の指摘に従い、かかる原理に good reasons があるか否かという視角で考察を進めたいと考える。

(1) D. LYONS, ETHICS AND THE RULE OF LAW, at 13 (1984).

(2) Id., at 14.

(3) Id., at 15.

(4) Id., at 31.

(5) Ibid.

(6) Id., at 31—32.

三 第二の問題点として、ドゥオーキンは、上記設例では、母親が精神的損害賠償請求の道徳的権利はない場合と
いう仮定を行っており、果たして、それが道徳的に妥当か否かという実体的判断は回避している。他方で、「平等」という、それ自体の実体の存否の不明な「棒」概念を道徳の第一義的原理に置いている。ここに、ドゥオーキ

ン理論の特徴がある。そこで、この「平等」処遇原理の機能をもう少しみておこう。

自然法主義と instrumentalism は、従来の判例、ルール、裁判官の道徳的確信、将来のよき社会像等を根拠として成立する。次の三つの命題の相互関係として把握することができる。則ち、子供の事故を電話で聞き、精神的損害をうけた母親の損害賠償請求権について、

甲 “She did not have a right” : (甲) “She had a right”

乙 “She does not have a right” : (乙) “She has a right”

丙 “She will not have a right” : (丙) “She will have a right”

という命題が成立しえる。instrumentalism とは、命題丙（又は丙）として成立する道徳的命題のみを判断の決め手とする立場をいひ、fit・substance 調和論としての自然法理論モデルは、命題甲（又は甲）、乙（又は乙）との比較衡量と選択を考える理論であった。そして、裁判官の主観的、道徳的、確信に裏付けられれば、命題乙（乙）を選択することも認めるモデルである。

なお、我々は、以下の考察の便宜のため、甲（甲）を過去形道徳、乙（乙）を現在形道徳、丙（丙）を未来形道徳と称することとする。

上記設例の場合、現在形道徳は命題乙であると同提されていたために、過去形道徳として確立している命題甲に従うという判断がなされていたのである。念の為、自然法主義は、未来形道徳は道徳的、判断の基準としない理論モデルとして設定されていることにも注意しておかなければならない。何故なら、ここに instrumentalism と区

別される理論モデルとしての存在意義があるからである。

さて、「平等」処遇の原理とは、「政治秩序」の全構成員に適用のある基底的「原理」である。つまり、

“There 'be' a right to equality”

という時間を超越して存在する、然も、実体の不明な命題としてこれを理解することができる。その機能は、関数的といってもよい。つまり、事故を目撃して精神的損害をうけたときに損害賠償請求権のある、親戚 (x) と損害賠償請求権のない母親 (y) という変数を要素とする関数であり、この結果、損害賠償請求権のある母親 (Y) がでてくるのである ($Y = f(x, y)$)。然も、この場合の Y は、次の命題として表わされる。

“She 'be' given a right”

ここでは、時間的拘束性はなくなっている。つまり、(a)(1)などでも明らかのように、自然法主義理論モデルは、未成形道徳は判断基準としないものであったのに、関数としての「平等」処遇原理の付加により、過去形道徳の一形態(事故を目撃した親戚は、損害賠償請求権が認められた)が全時間を拘束する万能の原理に変身することが認められてしまうのである。しかも、ここでは、裁判官の個人的主観的道徳的確信に反するか否かは、顧みられなくなっている。Hit-substance 論は、全く異質の理論モデルに変形させられているのである。

加えて、関数としての「平等」処遇原理が成立する方程式は示されていないのである。例えば、金持ちAと貧困者Bとを変数にすると、金持ちBがでてくるのであろうか。あるいは、平均的財産をもつA・B二人がでてくるのであろうか。ドゥオーキン自身が、①論文で問題にしたタームに従うのなら、ここでの「平等」とは「機会」の平

等なのか、「機会の価値」の平等まで含むものなのであろうか(五)(3)参照)。つまり、功利性の衡量における平等で足りるのか、社会の平均人は常に平均的な財の配分をうけることまで求める真の平等主義的な「平等」つまり、衡量の結果の平等までいのであろうか。(1)

我々は、ドゥオーキンの「平等」処遇原理の由来をもう少し探っておく必要がある。

(1) D. Lyons, *op. cit.*, at 112-121, 130, 136.

四 法実証主義に立つハートは、「法と道徳」の根底に「正義」の道徳的原理があることを認めている。「近代人には、*prima facie human beings* は同様に取扱われる権利を有するという原理が深く根付いているのである」(1)。つまり、「平等」原理である。「正義とは、伝統的に *balance* 乃至 *proportion* の維持乃至回復として考えられている。従って、その中心的規範は、『同様の事件は同様に処理せよ』と定式化されることが多い」としている(2)。

そして、法もまたかかる道徳的原理を撰取していなければならないのである。「複数の異なる人に適用されるべきなのは、偏見・私利・恣意から解放された、同一の一般的ルールであるとの観念」に従わなければならないのである。ハートは、これを、「法の適用における正義」とよんでいる(3)。従って、例えば、白人は黒人に対する不法侵入・傷害については責任を負わないという法律は、損害賠償に関する権利・義務の配分上、他人に加えられた損害についての救済手段を一定の者に認めない点で「平等」原理に反するので、*unjust* とされるのである(4)。

こうして、ハートも、道徳的原理たる「正義」の原理＝「平等」原理を、法と道徳との根源に置き、この限度で、「法と道徳」の一致を認めているのである。もっとも、ハートのいう「平等」がどの程度の実体をもつかは、定か

ではない。⁽⁵⁾そこで、次にプロセス法学における「平等」原理の意味をみてみよう。

(1) H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW, at 158 (1961).

(2) Id., at 155.

(3) Id., at 202.

(4) Id., at 160; see, also, at 163.

(5) 「平等」処遇原理を司法判断の正当化に必要な不可欠の「形式的正義」として位置づけるものとして、N. MACCORMICK, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY, at 73—99, 152—194 (1978).

五 ここでは、プロセス法学の基礎付けを行った H. M. ハートとザックスの「平等」原理をみてみよう。プロセス法学は、「共同体生活に必要な条件の設定、維持、完全化をはかり、人間の完全な発展のために共同生活が果たすべき役割を実現せしめる」ことを、法を含む社会的諸制度の good or bad の基準としている。⁽¹⁾ これには、二つの前提があるとする。第一に、社会的な「パイ」拡大論である。則ち、科学技術の発展と生産の無制度の拡大への信頼に支えられて、⁽²⁾ 「事実は——全く客観的な事実は、パイ、つまり、人間の欲求の現実的又は潜在的に可能な充足全体は、静的ではなく、動的であると思われる。現存のパイをいかに分配するのではなく、パイをいかに大きくするのが、長期的なかつもつとも重要な問題の要である」⁽³⁾。

第二に、個人の自由な活動への信頼である。則ち、思想・言論の自由、宗教の自由、友情、平和、自尊心、共同生活への参加、健康などの価値充足は、各人の才能に任ざれているとし、「最小限の財の提供があるならば、こうした非物質的なものの充足が与えられるか否かは、各個人に主として依拠している。各人は、自己自身の誤ちから

これらのものを制約してしまうのを回避する叡知を有している」⁽⁴⁾。

ハート・ザックスは、以上の前提に立ち、「組織された社会」の目的を次のようにまとめている。則ち、

「正当な人間の欲求の全体的充足を最大限にすること、そのコロシアムとして現在利用できる利益を現存集団に公正に分配することとは、全ての組織化された社会にとって、優先されるべき目的であるというテーゼは、多くの者にとって自明と思われる」⁽⁵⁾。

そして、このテーゼを実現するには、次の点を認識しておかなければならないとする。つまり、「人間の可能性を実現する、合理的な機会を社会にいる人間全てに与えない限り、現に利用できる利益の配分は『公正』とはいえない」⁽⁶⁾。つまり、「アメリカ社会システムの構造」上、「全て正常人は、人間の行う重要なコントロールの対象物の決定にあたり、一人として評価されること」、及び、これを反映しつつ、「重要な自由、義務、権能の主体となり、また、活動の権利を行使し、この権利の実現として行う行動を擁護する個人的能力は、平等に配分されていること」⁽⁷⁾が、前提とされているし、そうでなければならぬのである。そして、この二つの前提は、「一般的法的能力の平等」として保障されるのである⁽⁸⁾。

さて、かかる「組織された社会」において、法的諸関係の形成と紛争処理については、“the principle of institutional settlement”が適用されなければならない。則ち、“the establishment of regularized and peaceable methods of decision”を行うことであり、「適切に確立された手続に従って、適切に到達するに至った諸決定は、適切に修正をうけない限り、全社会に対して拘束性あるものとして受け入れられる」ことである^{補注1)}。但し、かかる

institutional settlement とは「司法手続に限られるのではなく、社会的諸問題の多中心性のため、むしろ、「私的
法創造、司法的法創造、立法的法創造、行政的法創造」に夫々、特質と機能に依じて役割分担がなされるのである。^(補注2)

さて、かかる「組織された社会」において、法により、紛争解決をする場合、法の解釈は、以上の諸原理を反映した「reasoned elaboration」として行なわれなければならない。⁽⁹⁾ その要点のひとつは、「マジストレイトは、面前にある争点の解決にあたり、同様の事件全てについて答えは同一であるとの前提にもとづかなければならない」という原理である、とする。⁽¹⁰⁾ 則ち、「平等」原理である。だが、ここでの平等は、「経済的機会の平等」、「事実上の平等、不平等」とは区別されている。⁽¹¹⁾ ハート・ザックスは、「事実上の平等性の多くのものは、法大系の保障する能力を越えたものであるし、法大系が保障することを試みるのは、好ましくないとさえいえるのである」とする。⁽¹²⁾ 更に、「一人の正常な人間の有する道徳的価値が他の者と同じであるとの倫理的乃至宗教的判断」は、「法のもと
の形式的平等の認識」という限度で、法上体现すれば足りると指摘している。⁽¹³⁾

つまり、ハート・ザックスのプロセス法学も、法以前の、「組織された社会」の存在条件として、パイ拡大論・個人の自由な活動への信頼論を前提とする「機会の平等」という道徳的原理を肯定し、reasoned elaboration という法解釈の方法により、この道徳的原理を法的価値に転換させるといふ理論構造に立っているのである。

(1) H. M. HART/A. M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW, at 110—111, (Tent. ed., 1958). 以下、HART/SACKS と略す。

(2) Id., at 112.

- (3) Id., at 111.
- (4) Id., at 112.
- (5) Id., at 113—114.
- (6) Id., at 115.
- (7) Id., at 309.
- (8) Ibid.
- (9) Id., at 162—168. 語を補うと、reasoned elaboration とは、裁判所の紛争解決における判断形成方法をいう。これは、二段階に分かれるが、具体例に則してみておこう。この点で、鉄道がようやく緒についたばかりの一九世紀中葉、鉄道会社が引受けた運送品がプラットホームに降ろされて引渡前に火災で消失した場合、会社は、common carriers としての責任を負うかどうか争われた事例が興味深い。ここでは、鉄道は船と wagon とどちらに類似しているのかが、まず、問われた。則ち、reasoned elaboration の第一段階である、同様の事件の結果と矛盾しない解決方法の選択が探られた。次に、具体的事案に則して、common carrier としての厳格責任か、warehouse としての過失責任か問われた。則ち、第二段階として、一定の arrangement に明示的に認められる原理又は政策及び法に内在する原理又は政策の選択が問題とされたのである。本件では、鉄道産業育成の必要をどの程度評価するかが問題とされた。HART/SACKS では、かかる判断を踏まえれば、正しい紛争解決——右事件では鉄道会社が strict liability を負うこと——に到達するに確信している。See, HART/SACKS, 162—168, 235—236, 386—406.
- (10) Id., at 161, 165.
- (11) Id., at 309.
- (12) Id., at 310.

(13) Id., at 310.

補注(一) Id., at 4.

補注(二) Id., at 180—190.

六 更に、ウェクスラーは、かかるプロセス法学の基本認識を前提にしつつ、憲法学における「中立性原理 (neutral principles)」を主張した。⁽¹⁾ 則ち、

「裁判所は、事件が適切に申立てられているときは、他の統治部門の作用について憲法規定に照らして吟味をする権利と義務をもに有している。この場合、こうした作用が、価値選択を伴っていることは、問題とならない。

この種作用が、価値選択を伴うのは普通である。しかし、その吟味にあたり、裁判所は、裸の権力機関 (naked power organ) とは異なる機能を果たさなければならない。courts of law として参加しなければならないのである。このためには、この種の判断が、どこまで法的な平等性を確保したものといえるのかという問題に直面する必要がでてくる。そして、これに対する解答は、判断が完全に principled されていること——乃至されるべきことという点に主として存在している、と私は考えている。私の意味している principled decision とは、当該事件の論点全てに関する reasons と、一般性・中立性の故に当面の即時的な結果を越えて働く reasons とに根拠をおくものである。⁽²⁾」

つまり、principled way により、事件に適用されるべき一般の原理を見出し、これを、同様の事件には同様に適用すること、を求めるのが、「中立性原理」である。これには、二つの前提がある。第一に、実体的原理の設定

自体は、最高裁判所に信頼してこれを任せることである。ウェクスラーが問題とするのは、原則として、原理の適用における「中立性」乃至平等性なのである。⁽³⁾しかし、第二に、かかる原理は、自由主義的でないならばならぬと考えられているといえる。つまり、「平等」は個人の「自由」と調和しなければならぬという認識が基礎にある。

というのも、ウェクスラーは、公立学校の黒人・白人分離制度を違憲としたブラウン事件を批判しつつ、「便宜が全て平等に与えられていることを前提とすると、州の行う分離が提起する問題は差別の問題ではない」とし、むしろ、真の問題は、「結社の自由」である、とする。⁽⁵⁾つまり、それぞれの民族が平等の便益を得ているなら、学校分離は、「いずれの集団、人種にも同一の方法でふりかかる否定」なのであって、「南部の白人は、分離政策に対し重い代価を払っている。彼が背負わなければならない罪の意識の他に、彼にも拒まれている利益の点でも犠牲を払っている」とする。⁽⁶⁾そこで、ウェクスラーは、学校分離問題を次のようにとらえるのである。

「分離政策により、結社の自由が否定されるとすれば、統合政策は、これを不愉快・嫌悪すべきものと思う人に結社を強制することになる。……州が、結社を望む個人に結社を拒否することと、これを避けたいと思う者に結社を強いることとを選択しなければならないという状況にある場合、憲法上、結社を求める要求が優越すべきであると判断することには、中立性原理はあるのか」⁽⁷⁾。

もちろん、反語として投げられた疑問へのウェクスラーの答えは、否定であると予測される。⁽⁸⁾が、ともあれ、我々は、かかる形で、憲法次元における自由主義を基底とした「平等」原理の理論モデルを見出し出すのである。

(一) Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 15—16 (1959). なお、

Cf., H. WECHSLER, PRINCIPLES, POLITICS, AND FUNDAMENTAL LAW, xiii~xiv (1961).

(2) Id., at 19.

(3) See, Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47 IND. L. J. 1, 7 (1971).

(4) Brown v. Board of Education, 349 U. S. 294 (1955).

(5) Wechsler, op. cit., at 34.

(6) Ibid.

(7) Ibid.

(8) See, Bork, op. cit., at 13-14.

七 プロセス法学は、一九五〇年代から六〇年代初期にかけて、アメリカが政治的経済的に繁栄し、自由主義の旗手としての自信に満ちていた時代を反映して成立したものである。従って、六〇年代以降の政治的動乱と経済の停滞とに影響されて、以後「法の本質」認識の方法論としての独自性は失ったといえる。⁽¹⁾しかし、そのことは、法的実践においても、その意義を失っていることは、意味しない。それどころか、日常的な法的取引と法的紛争処理の理論的実践的分析については、プロセス法学的認識が、現在も生きているのである。⁽²⁾⁽³⁾ウエクスラーの憲法解釈における「中立性原理」も、七〇年代に入り有力な継承者を見出し出している。⁽⁴⁾我々は、かかる意味で、「法の本質」認識における法実証主義と、法的実践におけるプロセス法学とが、アメリカ法学の主流であると理解している。

我々が、問わなければならないのは、かかるアメリカ法学の主流の理解する「平等」原理とドゥオーキンの「平等」処遇原理の関係である。ドゥオーキンは、一方で、道徳的価値の実体的判断については、自らの判断を示すこ

とを回避し、個人相対主義によっていた。が、他方で、関数としての「平等」原理を付加することにより、相対的でしかない道徳的判断に客観性と普遍性を与えるという巧妙な操作を行っている。この操作により、場合により、単なる「機会の平等」をこえた一定の *outcome* の保障を担保する余地をみせている。この点の関数の方程式は、なお不明である。だが、他方で、右の「平等」処遇原理をプロセス法学的「平等」原理の修正として理解することをおぼろげに妨げるべきものはないように考えられる。何故なら、右「平等」処遇原理は、常に適用されるものではないからである。(4)四で後述するように、*outcome* の保障にまで至るような適用を行うか否かは、裁判官の理性と良心の判断に任されており、客観的な判断基準は示されていないのである。とすれば、この「平等」処遇原理とは、「機会の平等」に徹しようとした五〇年代末のプロセス法学の「平等」原理に、その後の社会的価値観の変化をふまえて、一定の *outcome* の保障の可能性を含めるように修正したものであると評価しても差し支えないように考えられる。

(1) 下記の通り、White, *The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change*, 59 VA. L. REV. 279 (1973); Mensch, *The History of Mainstream Legal Thought*, in D. KARRYS ed., *THE POLITICS OF LAW*, 8 (1982) を参照した。

(2) その後の展開を「紛争処理」と「ジャンクション」という角度からみておこう。ギャランターは、HART/SACKS, at 312—313 における紛争のピラミッド構造論をめぐって発展させるべく、紛争発生の段階区分を試みている。即ち、*perceived injurious experiences* から、*proto-disputes* が発生するが、一部は、*jumping-it* (我慢する)、『*exit* (紛争場面からの離脱)』、*avoidance* (紛争回避) で処理され、相手方当事者を *claim* のなされたもののみが、所謂 *disputes* となる。但し、

られるの一部は、clumpit (claim しただけで放置される場合) embedded forum での処理(職場、学校単位内での処理) negotiation での処理をうけ、残りが裁判所に至るとして、紛争発生の「ドミナント」構造の存在を精緻化した。See, Galanter, Reading the landscape of Disputes, 31 U. C. L. A. L. REV. 1, 11—20 (1983). cf. HART/SACKS at, 180.

このほか、裁判所での処理になじむ紛争となじまない紛争の差として、ヘンタスマンは、紛争解決の「多中心性 (polycentric)」を指摘している。See, Henderson, Judicial Review of Manufacturers' Conscious Design Choices: The Limits of Adjudication, 73 COL. L. REV. 1531, 1534—47 (1973). これに関連して、モーキン・コーンハマーは、離婚に伴う紛争処理を裁判による場合と比較している。See, Mnookin/Korhauser, Bargaining in the Shadow of the Law, 88 YALE L. J. 950, 956—57, 966—75 (1975).

また、バイゼンヒーツは、弁護士 arrangement-framing function と arrangement-applying function (see, HART/SACKS, at 198—206) を、商取引の場面に応用して理論展開を行う。こうした私的取引でも「平等」原理とこれを実現するための reasoned elaboration の機能が重要である点を指摘している。See, Eisenberg, Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement And Rule-Making, 89 HARV. L. REV. 637, 637—640, 644—45, 649—653, 662—672, 676—677, 680—681 (1976).

更に、リズクンは、紛争処理のための mediation の重要性を強調する。①金銭、時間の浪費を防ぐ。②裁判による処理に伴う精神的苦痛の回避。③当事者の必要に応じた権利救済、特に名誉、安全、愛情等非金銭的要素をとりこめること。④人間の相互関係の質を改善し、社会生活全体の質向上にすることを指摘している。そして、弁護士は、「和解調停者」としての役割を自覚的に担うべきだとを主張している。See, Riskin, Mediation and Lawyers, 43 OHIO ST. L. J. 29, 41, 44—45, 50—52, 57—60 (1982). また HART/SACKS, at 330—347 の仲裁論の発展として、S. GOLDBERG, et al., DISPUTE RESOLUTION, 189—196, 225—232 (1985) は、仲裁が正式裁判に代わる、安価・迅速な手段として、また裁判所の負担軽減

減のためにも、様々な紛争処理に拡大適用されていることを説いている。

最後に、裁判所に到達した紛争であっても、例えば、私的クラブの会員資格を巡る争いのように、私的自治の尊重と国家的干渉の必要との緊張関係から司法審査が及ばないか否か吟味する必要がある。See, HART/SACKS, 357—365. プロハム法学は、個人の活動の自由と「集団形成権 (the power to form a group)」を「最も重要な私的権利」とみてゐるからである。See, HART/SACKS, at 310. 又、L. FULLER, THE MORALITY OF LAW, p. 124—129 (Rev'd, ed. 1969) が参考になる。

(3) 「ハイ」拡大論を前提とした当事者の取引と契約締結における弁護士役割の例として、HART/SACKS, at 212—232; 198—206 は、発展途上地域での長期店舗賃貸契約を例としてゐるが、この例は Eisenberg, op. cit., at 670—671 も用ゐる。

(4) 我々は、この本は、ボークを念頭に置いている。See, Bork, op. cit. at 14. 又、Greenawalt, The Enduring Significance of Neutral Principles, 78 COL. L. REV. 982 (1978) は、裁判官による道徳的価値判断を中立性原理と調和させる試みをしているが、ウェクスラー理論の意義を知るには便利でも、理論の継承者とはいえないと考えている。

(4) 関数としての「平等」原理(一)

一 さて、ドゥオーキンのいう「平等」処遇原理に戻ろう。彼は、別の適用例を示している。

「誰かが、プライバシーの侵害に対する損害賠償請求の訴えをしたと仮定しよう。しかし、コミュニティの法のもとでも巧妙な解釈によっても、かかる権利を支持する原理はでてこないでしょう。このシチュエーションは、正義を求める抽象的権利からでてくる二つの権利の間に……紛争があることを示している。何故なら、自然法主義

裁判官は、かかる訴えを拒否するのであり、このとき、一方で、公的秩序の従来とかわりなき適用を求める被告の権利を認めることになり、他方で、よりよい公的秩序を求める原告の権利を認めないことになるからである。自然法主義は、少くとも正義の最小限の基準を充足する政治社会 (political society) においては、裁判所の機能は、後者の権利ではなく前者の権利を求めることにある、と主張するのである。かかる選択を支持するには、これ以上の議論はいらないことは、明白である」(②一八六頁)。

二 我々は、ここでは、自然法主義理論の再度の修正がなされていることに気づく。つまり、右の例では、過去形道徳上、プライバシーの権利を認める「原理」はなかったことだけを理由に判断しており、もはや、現在形道徳は考慮しないとしているのである。substance 論なき It 論が、理論モデルとして前提されているのである(念の為、とすると、本事例が何故、「平等」処遇原理の例となるのか、我々はいささか疑問を抱いている)。

三 「平等」処遇原理に関する三つ目の例は、時代を南北戦争前に設定している。「逃亡奴隷法の時代に、我々の憲法のもっとも巧妙な解釈上も奴隷が自由となる権利を有するという原理が含まれていなかったでしょう。とすると、自然法主義裁判官でさえも、この不幸な法律を完全に合憲であると認識せざるをえなかったであろう」というのが、ドゥオーキンの仮定的事例である。では、その答えをみてみよう。全体として、三つに分かれている。

(A) 「もちろん、奴隷を認める憲法構造は、根源的に瑕疵がある。人民を平等に取扱う公的秩序を求める権利という人民の第一義的な政治的権利を侵害するからである」。

(B) 「ここでより困難な問題は次の点である。この残念な構造の中で、奴隷所有者の二次的権利を認める余地はあ

るのか。つまり、奴隷所有者は、その奴隷が逃亡したとき、憲法大系を彼のために援用しえるならかの権利をいかにささやかとはいえ有しているのであろうか。奴隷を家に拘束しておくことができている奴隷所有者のために、憲法大系が援用されえるのと同じく、援用を求める権利はあるのか。我々が、自然法主義裁判官であったならば、彼は権利をもつと考えたであろう。この場合、我々自身は、逃亡奴隷法を嫌い、かかる憲法を残念に思い、さらには私的に憲法修正のための活動をしており、市民戦争のためにさえ活動しているとしてさえも、奴隷所有者の利益になるよう、逃亡奴隷法について判断しなければならない。

(C) 「しかし、逆の結論にも至りえる。我々は、邪悪な諸法律から平等に利益をえる権利は、いささかであれ何人も有しえないと考えるかもしれない。この場合、奴隷所有者に不利益に判断しようと思えばそうすることができる。何故なら、『過去』に対する裁判官の関心の底辺にある理由、つまり、制度の一貫性を求める人民の抽象的権利は、その力を使い果たしてしまっているからである」(②一八六・七頁)。

四 我々は、右の設例は、ドゥオーキン自ら自然法主義理論モデルの多義性を告白したものとみている。若干、考察してみよう。

第一に、(A)について、従来と同じく、ドゥオーキンは、奴隷制を人格の自由と自律に対する侵害といった実体的道徳的原理からアプローチすることを回避し、他の人間との比較の問題にすぎない「平等」の次元で理解している。そこには、客観的、絶対的道徳的価値を探索する姿勢は、みられない。特定の歴史条件の下での人間関係の相対性にしか着目しないのである。

第二に、(B)の結論は、もちろん、関数としての「平等」処遇原理の適用として理解しえるが、右一、二でも明らかのように、ここでは単なる中論、つまり、過去形道徳のみ基準にする方法でも支持しえるのであり、ドゥオーキンは、特に後者の方法を排除する意図は示していないのである。

第三に、(B)を前提にした上で、(C)の結論を説明できるのは、*fit・substance* 調和論を基礎にして、裁判官の主観的道徳的確信としての現在形道徳を適用した場合のみである。

要するに、我々は、②論文の末尾に至って自然法主義理論モデルとは、①単なる *fit* 論（過去形道徳基準論）、
③ *fit・substance* 調和論（一応客観的に存在する過去形道徳と裁判官の主観的な現在形道徳との調整論）、④過去形道徳と関数としての「平等」原理との結合論という三つの可能性があることを明示的に指摘され、そして、実は、放置されたのである。ドゥオーキンは、三つの選択枝のどれをとるか自然法主義は関知しないと宣言しているからである。則ち、「重要な点は、我々が何をいうのかではなく、我々が何をするのかである。自然法主義自体は、私の提示した困難な道徳的問題には答えは与えないのである。ただ、我々が問題に与えた答えから、どのような結果が我々の決定に及んでくるのかを示すのである」としている（②一八七頁）。放置された我々と裁判官の行うことができるのは、三つの選択枝からどれかを「選択」する作業である。しかし、この選択のための法的論証と正当性の根拠は示されていないのである。これが、ドゥオーキンの自然法主義の帰結なのである。

(5)まとめ

一 以上、①②論文から我々の得たものをまとめておこう。ドゥオーキンのいう「政治的、道徳的理論」は、事実としての「政治システム」内の誰の「意思」を憲法規範に転換するか決める力を持っていた(①四九六、七頁)。また、「個人の実体的権利」をも決定し(①五一〇頁)、「代表」乃至「民主主義」の conception の決定力もあるとされていた(六参照)。そして、これは、「実体的理想」の理論でもあった(②一七一頁)。しかし、理論の味自体は空白のままである。

しかも、この「政治的、道徳的理論」から、関数としての「平等」処遇原理が抽出されたが、既述のように、関数の方程式は暗号化され、我々には解読できなかった。

次に、この原理を法的世界へ導入するのは、「フォーラム」としての裁判所である。しかし、何故、裁判所こそその能力があるのかの説明はなかった。また、裁判官による解釈にあたり、道徳の個人相対主義が認められていた。この結果、自然法主義の三つの理論モデルのどれを選択するかは、一切、裁判官に信頼して任されているのである。場合により、ドゥオーキンが、道徳の根源的原理とする「平等」処遇原理を適用しない理論モデルでさえ、選択できるのは、この理由による。

要するに、無定型で空漠とした言語としての「政治的道徳的理論」と解読不能の「平等」処遇理論、そして論証と正当性なき裁判官信頼論——これが、我々の理解するドゥオーキン理論なのである。

(未完)