

憲法訴訟と「構造改革」モデル——フィスの研究

——法解釈の方法と憲法の構造 (四)——

渡 辺 修

はじめに

- (一) 司法Ⅱ「憲法的価値・意味付与」機能論
 - (1) 「多数者支配主義」的司法観の批判
裁判官「期待」論
- (二) 「構造改革」モデルと「紛争解決」モデル
 - (1) 「構造改革」モデルの構造
 - (2) 「構造改革」モデルと「救済手段」
- (三) 「憲法的価値・意味付与」機能と権利の「救済」
- (四) 訴訟Ⅱ「構造改革」モデルの正当化
 - (1) 行政と司法の能力比較論
 - (2) 「同意」論批判
 - (3) 「個人の訴訟参加権」尊重論批判
 - (四) 「構造改革」モデルと裁判官の独立——理論の破綻
おわりに

憲法訴訟と「構造改革」モデル——フィスの研究 渡辺

はじめに

フィスは、一九七九年の論文で、憲法訴訟の新しいモデル、「構造改革 (Structural reform)」モデルを提唱して、こう述べている。

「裁判とは裁判官が我々の公的価値 (public values) に意味を与える社会的プロセスである。構造改革——本論文の主題である——とは、裁判の一形態であるが、公的価値が憲法的性質を有すること、更に重要な点として、司法部と国家官僚機構 (state bureaucracies) との衝突を伴うという事実とにより、他の形態の裁判から区別される。裁判官は国

家官僚機構の作用過程上、我々の憲法的価値に意味を与えることを試む (to give meaning to our constitutional values)。構造改革は、現代国家の官僚性を真に認識し、伝統的手続形式を新しい社会現実に適応させていくものである。更に数年後には、憲法裁判の中心的な——唯一の中心的な形態となることを約束するものでもある⁽¹⁾。

フィスのいう「構造改革」モデルとは、何を問題とし如何なる内容を持つのか、その「論理」と「構造」を解体し解析するところ、それが本稿の目的である。

(1) Owen M. Fiss The Supreme Court 1978 Term: Foreword: The Forms of Justice, 93 HARV. L. REV. 1, 2 (1979).

(一) 司法Ⅱ「憲法的価値・意味付与」機能論

(1) 「多数者支配主義」的司法観の批判

一 「構造改革」モデルが必要とされるのは、何故であろうか。フィスは、その理由を、現代国家官僚機構がもたらす「憲法的価値」への「脅威」に見出している。「我々の社会生活の質は、大規模組織の作用により重大な方法で影響をうけている。こうした組織をこえて存在し、あるいはその中で活動する個人だけにより影響されるのではない。構造改革は

こうした観念を前提にしている。それはまた、我々の憲法的価値はこうした組織構造の基本的改革を実現することなしには保障されえないものであるとの確信に基づいている。構造改革訴訟 (structural suit) は、裁判官が憲法的次元の価値実現につき、国家官僚機構と相対立するときに、その組織を再形成し、現在の制度がこうした価値に加えている脅威を除去する責任を負うものである」(三頁)。

フィスによれば、公立学校の白人・黒人分離制度を違憲とした *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) は、「裁判官が現状をラディカルに修正し、事実上社会的事実を再建築することを求めた」ものとす。「学校統合とは、裁判官が現に機能中の社会制度の再建の責任を負う、総合的な変革過程であった」(三頁)。そして、ブラウン事件は、かかる変革を警察、刑務所、福祉の領域へも及ぼす契機となったとしている。

二 もっとも、問題は、何故司法部がかかる構造改革の任務を負担しなければならないのかである。フィスは、これに対する解答の第一歩として、「多数者支配主義 (majoritarianism)」を前提とする司法観が限界にきていること——所謂 “*Caroleane Products Foonote*” の認識の限界——を指摘し

ている。そして、新たに、「憲法的価値・意味付与」を司法機能とすべきことを主張する。以下、その論理展開をみてみよう。

※フィスは、右脚注自体の内容は紹介していないので、触れておく。本件は、ニューディール期に、連邦最高裁判が、法形式主義的実体的デュープロセス概念をすて、合理性の基準と立法の合憲性の推定とを判断基準とする方向へ転換したときのものである。ここでは、「混ぜ物入りミルク」の州際取引禁止立法が合憲とされた。ただ、その「脚注四」で、合憲性推定の例外がありえることが示唆されたのである。

その内容は、三つに分かれている。①「立法が文面上、当初の修正条一〇箇条の如き、憲法の特定の禁止の範囲内にあると考えられる場合、合憲性の推定が機能する範囲は狭い」。②「政治的プロセスにより望ましくない立法を無効とすることが通常期待されている場合、一定の立法がこの政治的プロセスに制約を加えるとき、他の多くの類型と異なり、修正一四条の一般的禁止のもてより厳格な司法的吟味に服すべきでないか否か」の問題がありえる。③「制定法が特定の宗教上……国籍上……人種上の少数者を対象とするときに、これを審査するにあたり、上記と同一の考慮をするのか否か」。「discrete and insular minorities」に対する偏見が特殊の条件となっているのかどうか」の問題がある。この場合、「かかる偏見は、通常少数者を保護するために依拠しえる政治的プロセスの機能

に重大な縮減を加える傾向をほらむ。また、そうであるため、これと対応してより徹底的な司法審査を求めるものである」。See, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152-53 n. 4, (1935).

本件の位置とて、*See, P. BREST / S. LEVINSON, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISION MAKING : CASES AND MATERIALS*, 395-396 (1983). 「脚注四」の意義とて、*J. H. ELY, DEMOCRACY AND TRUST*, 75-77 (1980).

フィスは、この「脚注四」は、革新主義者とニューディール支持者の司法部に対する「勝利」を反映したもので、つまり「立法の優位」を謳ったものとみている。「裁判所の役割は、憲法問題について『立法の挫折 (legislative failure)』を条件とするものとされた。裁判所は立法プロセスでは不十分と考える理由がない限りは、立法部を尊重すべきことを宣言したのである」(六頁)。「立法の挫折」としては、具体的に投票権侵害と、「多数者支配主義政治上、同盟を形成できず、従ってこれに有効に参加しえない集団」たる *discrete and insular minority* の犠牲化とがある。

三だが、フィスは、右「脚注四」の構想する司法機能には、次のような限界が伴うとする。第一に、黒人差別を現段階では放置することになる。黒人は、①投票権を与えられている、

②大都市では多数者となっている、③政治同盟を結成しうる立場にある、④貧困の要素については、所謂多数者も含むいずれの集団も経験するもので、これのみで「立法の挫折」とはいえない、⑤同規模の他の少数民族に比しても政治同盟を容易に形成しえる——つまり *insular* とはいえない。「脚注四」の立場では、こうした事情のあるときは、黒人に特別の憲法的保護を与ええなくなるのではないか(七頁)。

第二に、政治的に権力のない少数者の保護には役立ちえるが、「視点を、広範囲に及ぶ官僚機構に移すとき——警察、州立大学、税当局、保健組織、国家所有企業その他——、脚注四はほとんど役に立たなくなる。こうした組織の被害者は市民それ自体だからである」(八頁)。

四 もつとも、この部分のフィスの論理は、必ずしも明確ではない。要するに、一方で、「脚注四」は、たまたま政治斗争に敗けた集団を *discrete and insular minority* とはみないと理解している。その上で、「女性、老人、下層、中層階級」は「多数者支配政治の視点からみて不利益をうけているものである可能性はない」と評価している。他方で、「官僚は、彼等の業務を一般人の監視から *insulate* する特殊の動機と手段とを有している」ことも指摘している。こうして、

「脚注四」の予定した「政治権力ある多数者↓政治権力なき少数者」という対抗軸を「政治権力ある官僚機構↓市民一般」という対抗軸に置きかえるべく論証を試みていると理解できる。だが、「女性、老人、下層、中層階級」が、何故、「脚注四」では、憲法上特別の保護を受けられる「少数者」とはならないのかについての説明は欠けている。また、「官僚機構による「脅威」が、特定の少数者ではなくて、直ちに市民、一般に及ぶ場合とは、どのような事態をいうのか、例示等の説明を欠いている。要するに、「脚注四」の論理では、絶対に救済しえない市民、一般への脅威が存在することの充分な説明は得られていないのである。

五 第三に、『立法の挫折』理論は、司法権を強力に独自に行使する機会があることを認めるが、この権限により何を行うべきかについては何も示していないことも不満とする。「*discrete and insular minority* が被害を受けた場合、……かかる集団が手続的権利、実体的権利として享受しえるものは何かを決定するという、積極的施策の問題が課題として残される」(九頁)。

しかし、この点も、「脚注四」が論理的に具体的救済内容を規定することが不可能というのならば格別、単に「脚注

四」ではそこまで触れていないだけならば、この方法論の批判にはならないのではないか。更に、「何を行わべきか」示していないとの批判は、フィス理論ではどの程度この点を示しているのかと対比してでなければ、意味をなすまい。この点、(二)の「構造改革」モデルでも、「憲法的価値」に「国家官僚機構」が「脅威」を与えているとき、これを除去するため裁判所が機構の再編・再組織ができるというプログラム以上に具体的な救済方法は示していない。自ら「積極的施策」を決定する課題を残しているとき、右批判は、説得性を減ずる。

以上、要するに、我々は、「脚注四」が代表する「多数者支配主義」的司法観は、論理的に破綻したとの印象をまだ与えられていないのである。

六　ところで、フィスは、次に、「立法の挫折」論は、次のような立法プロセスの理解を前提にしていると規定している。則ち、

「立法部は、イデオロギー的に、憲法的価値の意味の探求にコミットしている訳ではなく、また制度的にこれに適している訳でもない。むしろ、立法部は、その主たる機能を人民の現実に生起するままの好み (Preferences) —— 人民が欲

し実現されるべきと信じているものを register するものとみている。脚注四のもとでは、立法部の地位が優先すると考えられているが、これは概ね立法部の機能についてのこうした観念からできてきている。『立法の挫折』理論は……究極的には人民の好みを最高と宣言する見解に依拠している」(一〇頁)。

ただ、「脚注四」①でわかるように、「憲法の高度に特定化された禁止」については、「脚注四」もこれを立法の優位に対する制約とみなすことになる点を指摘し、そこに一定の理論的破綻を見出し出している。

「重要な点として、これら条文中特定化されている禁止については、脚注四は、司法的介入を立法の挫折に条件付けていない。むしろ、裁判所を主として解釈機関とみている。ここでは、司法機能はこれらの規定を『適用』することにある。別言すると、司法機能はこれらの規定に内在する価値に機能的意義を与えることとなる」(一〇頁)。

七　そして、右の独自の司法機能の存在と関連させて、「憲法的価値」の役割について、議論を進めている。

まず、「構造改革訴訟」の核にある価値——平等、適正手続、自由、身体の安全、残虐かつ異常な刑罰——は、条文中

特定化された禁止としては体现されておらず、「具体的な意味を与えられ、憲法の一般的構造と調和させられなければならない公的価値を含むにとどまる」ことを認める(一一頁)。しかし、「条文上の特定性のないことは、当該の価値は現実性のより少ないものであり、重要性も減少していることにはならない。平等保護条項や適正手続条項など条文上の特定性のない禁止に体现されている価値は、我が国憲法秩序にとって中心的である。それらは、我々の社会に同一性と内在的な首尾一貫性——社会の顕著なる公的価値を与えるものである」とする(一一頁)。

だが、フィスによれば、六でみたように、「憲法的価値」と「人民の好み」は区別され、「多数者支配主義」的司法観は、立法プロセスが「人民の好み」を実現するものであることを前提としているのである。「憲法的価値」の実現は、立法部には任せることはできない。これが、フィスの立論である。

八 そこで、この「公的道德」の実現こそ、司法の機能となることを、次のように説明している。「裁判官は、少数者のために語り、少数者の声を拡大するべきものではない。裁判官の任務は、憲法的価値に意味を与えることにある。裁判官

は、憲法の条文、歴史、社会的理想を用いることによりこの任務を果たす。何が、the right, just かを探求するのであり、利益集団による政治の参加者とはならないのである」(九頁)。

ここにいう「憲法的価値・意味付与」機能が、司法の役割であるとすれば、「立法の挫折」論を司法権発動の要件とする必要はなくなってくる。立法の結果が、「憲法的価値」に反するとき、立法プロセスは完全に作動していたことを理由にして、この結果を裁判所が尊重すべき理由はなくなる。こうして、フィスは、「立法の挫折」論から司法機能を解放したのである(九頁)。

但し、我々は、「憲法的価値・意味付与」なる作業が、何を意味するのか、定義を与えられないと考えている。上述の説明をみる限り、法解釈と同一のような印象ももつが、後にみるように、フィスは、解釈以上の価値形成過程であると考えているようである(四(2)一参照)。重要な概念が、定義なきまま使われていくのである。

(2) 裁判官「期待」論

一 フィスは、裁判官が憲法的価値に意味を付与するという

司法機能論は、「裁判官に多くのものを期待する」ことになることを、認める。この「期待」を持てる理由は、次の点にある。

「裁判官が我々の社会生活に特殊の貢献ができる能力を有しているのは、人格的特性やその知識に由来するのではなく、彼等自身が担当しており、現に権限を行使している職務の定義に由来する。この職務は、裁判官が客観的となることを可能ならしめ、かつそう強制するイデオロギー的、制度的要素により構築されている——何が right で just かにについて個人の信条、市民としての好みや信条を表明せず常に憲法的価値の真の意味を希求することを可能ならしめ、そう強いるものである」(一二、一三頁)。

フィスは、こうした制度的保障とは、「対話参加の義務」と職務の「独立性」という二つの要素であるとする。前者の対話参加義務とは、裁判過程を通じて公的価値についての訴訟参加者の対話に参加した後でなければ決定を行えないというものである。(a)この討論の内容について、裁判官は「コントロール」を持たず、(b)誰の意見を聞かなければならないかについても完全なコントロールができず、むしろルールによりかなりの広範囲の人の話を聞く義務を有している。(c)また、

対話に関する不服申立、請求には応答する義務があり、かつこれに対して「個人的責任」を負う、とする。そして、(d)決定にあたり裁判官はこれを正当化する義務もあるとする。

ここでは、フィスは、要するに、通常の公判における証拠調を「対話(dialogue)」というメタファに置きかえて、抽象化し、現実の証拠調手続との厳密な照応を示さずに、上記四つの特徴を提示している。この点の当否もさることながら、我々が注意しておくべきことは、フィスの理論において、裁判官の有する「憲法的価値・意味付与」機能は、「対話」での消極的な役割を前提としてのみ成立しえる、という構造である。

ところで、フィスは、(d)の決定正当化義務の説明にあたり、論理矛盾を犯している。彼は、決定の正当化とは、good reasons の提示であると考えている。第一に、これは、単なる「好み」では成立しない。第二に、「Reason は、何が right 又は just か、あるいは何をなすべきかについての裁判官又は the body politic の個人的、一時的確信をこえたものでなければならぬ。こうした個人的確信が、『憲法的』な地位に値する価値へと変形するのには、何かより以上のものが必要である。——『憲法的』地位のある価値は、社会全体に

対して拘束性を持ち、また永久といわないまでも、我々の公的道徳性に内在的な一貫性を与えるに足りるほど長く持続するものであり、裁判所により概ね実現されうるものである」としている(一三、一四頁)。これは、フィスの考えている「憲法的価値」論自体の説明としてであれば、了解可能である。しかし、「裁判官は、制度的に「憲法的価値」の宣言ができる」といえる理論的根拠を、「裁判官は「憲法的価値」により裁判を正当化する義務をもつ」ことに求めることはできない。とすると、「期待」論の根拠として、残るのは、前述の形式的対話参加義務の側面のみである。ところで、この点は、「構造改革」モデルにも、適用されなければならないであろう。つまり、このモデルも、右の義務を担保しうる構造となっている必要がある。後述する。

第二の要因は、独立性である。つまり、「裁判官は、訴訟当事者(Contestant)から公正であり距離をおき、中立的でなければならぬ」。「中立性の規範」は「人民の好みを表明・実現するプロセス」としての「政治」からも離れていなければならないとする(一四頁)。

二次の問題は、何故、裁判官のみが「期待」されるのか、である。フィス自身も、他の統治機関も「人民の好みのレ

gistering」の機能」に加えて、「憲法的価値に意味を付与すること」も行いえることも認めている(一四頁)。従って、裁判所と他の統治機関が「憲法的価値」の真の意味について衝突する「純粹の対立」がありえることを認め、学校統合問題がその典型例であるとしている(一四頁)。では、この場合の解決基準はありえるのか。

第一に、フィスは、「多数者支配主義に従う機関である立法部、行政部の優越性」は認められえないとする。「人民の好みは基準とならないし、多数者支配主義と憲法的価値の意味には、必然的關係は存在していない」からである(一五頁)。

第二に、歴史は、司法部の過誤と同じく、立法、行政の過誤にもみちている。裁判に偏向が存しえた如く、立法、行政プロセスも「国有的の偏向——富、君主的支配者、カリスマの存在」を有する。とすると、「いずれの偏向が、真実からのより大きな逸脱を生じるのかは、定かではない」(一五頁)。

第三に、「民主主義の理想も、問題解決には全くならない」としている。何故なら、①「人民が裁判プロセスを拘束している場面は、連邦システムにおいてさえも多くみられる。また、人民は裁判官を任命する公務員を選挙している。

この公務員は、手続的事項をコントロールする法律を制定することもできるし、憲法修正により裁判所の憲法的判断を破壊する権限さえ有している。また、②「我が国憲法システムの理想として、民主主義は、主観的好みと公的価値の両者に役割を与えるものである」(一五頁)。

この結果、得られる答えは何か。フィスは、「構造改革論は……裁判所のみが唯一のそして究極的な発言権を有することを求めるものではない。むしろ、裁判所も一定の権威を以て発言することが許されるということを求めている」と述べている(一五頁)。つまり、裁判所と他の統治機関の間には、前記「脚注四」が認める以上に、「多元主義的で、弁証法的な関係」があるとするのである(一五、一六頁)。

三 我々は、再び混乱に陥れられる。一の論述では、「人民の好み」・「憲法的価値」区別論に立ち、立法部が「人民の好み」に偏しているからこそ、裁判所に後者の担い手たる

「期待」がかけられたはずであるのに、二では、民主主義は、両者の価値を重視すると論じている。二が正しいなら、「人民の好み」を実現する立法部の判断を尊重することが、司法に求められることになるのではないか。とすると、「多数者支配主義」的司法観の批判は、成立しないことにならないか。

つまり、一と二で、「人民の好み」の評価を巡る矛盾がみられるのである。

他方、裁判官「期待」論とは、裁判官にも期待するという相対的なレベルを出でないものになってしまっている。少くとも、現状の行政・立法プロセスでは、「憲法的価値」発見が不可能であるとは、フィスも論じていない。そうであるにも拘わらず、フィスは、先述の対話参加義務と職務の独立性に担保された「プロセス」が裁判官の「権威」の根拠であることを再確認しつつ、更に、「他の者も、我が国憲法の価値の真の意味を探求しえる。しかし、それを行う場合、彼等は——もし可能ならば——裁判官のプロセスを模倣しなければならぬ」とする(一六頁)。この文脈では、対話と独立性の保障のないプロセスでは、憲法的価値は発見できないことになる。かくして、「憲法的価値・意味付与」機能についての裁判官の役割は、果たして絶対的なのか、相対的なのか矛盾が残るのである。

結局、我々は、「構造改革」モデルの理論構造の第一階段である、「司法の機能は、憲法的価値に意味を付与することである」との命題自体の論証に、重大な疑問をいくつか抱くこととなったのである。

(二) 「構造改革」モデルと「紛争解決」モデル

次に、フィスが、「構造改革」モデルとして何を構想しているのかを見た上で、何故、裁判官が「構造改革」を担わなければならないのか、というより根本的な問題に移ることにしよう。さて、ここでは、フィスは伝統的なモデルを「紛争解決」モデル (dispute-resolution model) と総括し、これとの対比で、「構造改革」モデルを構築しようとしている。

前者のモデルの特徴は、「三者対立的で、高度に個人中心主義的」である点にある。訴訟は、「二人の当事者間の紛争」であって、「二人の当事者間に、消極的なアンパイアとして立ち、誰が正しく誰が誤っているのか観察し決定し、正しいことを実現すべしと宣言する第三者」としての裁判官を伴う構造になっている。では、これと対比される、「構造改革」モデルとは何か。

(1) 「構造改革」モデルの構造

一 訴訟の対象。 「紛争解決モデルは、本質的には調和の保たれた社会を前提としている。法規範が個人に権利・義務を与えているが、時に、個人間で「調和を破る事件」が生

じる。かかる「事件」(incident of wrong doing)を對象として訴訟が行なわれる(「事件」對象論としておく)。

これに対し、「構造改革」モデルの對象は、特定の事件又は取引ではない。もちろん、黒人児童が学校門前で追払われたり、警察の虐待の発生等の個別的な「事件」は、訴訟のきっかけとはなる。しかし、「訴訟の究極的な課題乃至司法審査の課題は、こうした個々の個別的な分断的に存在する事件ではない。むしろ重要な憲法的価値に脅威を与える社会的条件と、こうした条件を生み出し、固定化する組織の動態である」(一八頁)。(これを、「社会的条件」對象論としておく)。

二 原告。原告には、①被害者、②利益のスポークスマン、③判決結果の受益者という三側面があり、「紛争解決」モデルでは、所謂原告が三機能を兼備している。これに対して、「構造改革」モデルでは、「当事者概念に内在する統一性」は分解される。

①「構造改革訴訟では、被害者は個人ではなく集団である。ある場合には、集団は制度と関連して定義しえる。刑務所の囚人、福祉受給者などである。あるいは、被害者は、一定の制度をこえて同一性を有する集団で構成されることもある。例えば、学校統合事件では、被害者は生徒ではなく、おそら

くより大きい社会集団、つまり黒人一般であろう。いずれの例でも、集団の特徴を二つ強調しておくことが重要である。

第一に、被害者は、当該の訴訟と独立・別個に存在している。単なる法的構成概念ではない。個人は、訴訟と全くはなれてその集団のメンバーであると自己規定できる。……第二に、その集団は、同一性確認可能な個人の単なる総和乃至集合ではない。我々は、個別・具体的に刑務所の囚人が誰か知ることなく、また、将来の囚人については同一性を知ることが不可能でも、その非人道的条件に付されている囚人の苦痛を理解できる。集団は、これに属する個人全てが存在するに至っておらず、また全ての構成員が特定の組織から脅威をうけていなくとも、同一性あるものとして存在し、かつ被害をうけるのである」(一九頁)。

②右の場合、スポークスマンは被害者である必要はないし、そうすることもできないことがある。看守に暴行をうけている刑務所の囚人のように、「個人は、きわめて傷つき易い立場にいる」からである。しかし、「集団は、自己のために語る人を必要としている」。そこで、場合により、司法省、NACP、ACLU等の組織が、スポークスマンとなることが適切といえることもある。但し、この場合、「裁判所は、

被害者集団の利益がスポークスマンにより充分に代表されているのかについて判断しなければならない」ことに留意しておかねばなるまい(一九、二〇頁)。

③被害者と判決結果の受益者も異なりえる。例えば、少数民族に対する警察官の蛮行を抑止するのに警察本部の内部規則の改正が必要と裁判所が判断したとき、これを当該の少数民族との関係でのみ適用されるものとするのが非効率的、非生産的であれば、全市民に及ぶとすることもできるのである。

三 被告。「紛争解決」モデルの被告とは、①スポークスマン、②違法行為者、③判決の名宛人という三側面が一個人に統一されている。これに対して、違法行為者概念は、構造改革訴訟の文脈では存在していない。市民を殴打した警察官等の加害個人は存在していても、「訴訟のターゲット」ではない。「焦点は、違法行為の社会的条件であり、その事件ではない。こうした条件を生み出した官僚機構の動態である」。「ある意味で、構造改革訴訟とは、国家官僚機構を *the res* とする *in rem proceeding* である」。従って、判決が、一定の職務にある個人を名宛人としていても、実質的には、当該官僚機構全体が名宛人である(二二—二四頁)。

四 裁判官。「紛争解決」モデルでは、裁判官は消極的役

割しか負わない。二人の訴訟当事者の間にいる「アンパイア乃至観察者」であり、いずれが正しいか決定すれば足りる。

これに対して、「構造改革」モデルでは、当事者の右のような特徴に依りて、別の役割が期待されている。①原告側スポークスマンが、集団の充分な代表であるか否かの確認が問題となる。場合により、被害集団の充分な代表でないスポークスマンが、集団全体の利益について和解をし、後の訴訟では回復不能にしてしまうこともありえる。②被告についても、問題となっている「社会的条件」の改革に、適切な機関か否か問題となる。例えば、公立学校の白人黒人分離が教育委員会と住宅局の政策の複合で実現されるときに、教育委員会のみ被告とするのでは充分ではなからう。フィスは、そこで、「被告」とは、次のような機能概念であるとする。

「被告は、個人人格的な意味での自己のためだけに弁論を行っているのではない。機関の過去、将来にわたる全関与者のために弁論をしている。当該制度のヒエラルキー内にある他の機関、当該制度外にあるが、制度の再組織により直接影響される全ての者の為に弁論をしている。これには、制度の財政を与える納税者と、死活に関わるサービスの供与をその制度に依存している者を含む」(二五頁)。

とすると、「構造改革」訴訟では、たまたま原告、被告となつた者のみのイニシアティブに専ら頼るのは妥当ではなくなる。裁判官は充分な代理のなされるようにする積極的責任を負担しなければならない。それには、「裁判官が——多くの場合、職権により——より広い訴訟代理人の枠組み構築をすること」が適切となる。具体的には、①「訴訟で代理されている中に入るとされてはいる人の多くに、告知を發することが出来る。告知は、訴訟について説明し代理の充分さを争う機会を与えるものである」。②「裁判官は、一定の組織又は機関に訴訟に対して *amicus* 又は当事者、若しくはその混合である *litigating amicus* として参加することを招請しえる」。③更に、既存の行政部又は私的制度では「代理」として不十分なときには、*special masters* 等、裁判所が独自に一定の機関を創造し、以て当事者の地位を代弁させる可能性もあると、フィスは指摘している(二六・二七頁)。

五 我々は、先に留保した点、つまり、裁判官「期待」論の根拠たる「対話参加義務」が、右の構造でも担保されているのか、検討しておく必要がある。上述の如く、右義務は、対話の主題、参加者、対話内容を原則として裁判官はコントロールできず、消極的に全てを聞く義務を有していることが要

点であった。しかし、右の「構造改革」モデルでは、対話の参加者たる訴訟当事者の決定についても、裁判官が職権を發動して行うことができるかとされている。かつ、次に触れるところからもわかるように、訴訟の主題は、当事者の主観的意図とはなれて、裁判官の職権判断ではるかに広く拡大できる——「構造改革訴訟は、我々の憲法的価値に対して継続中の脅威の撲滅を求める」(二三頁)。とすると、対話、範圍の決定も、裁判官に任ざざるをえなくなる。対話は、裁判官が自由形成できるものとなっており、先述のような参加義務は、消えてしまっている。

反復しよう。フィスの「構造改革」モデルの前提は、①「多数者支配主義」的司法観の挫折と、②裁判官「期待」論を根拠として成立しえる司法の「憲法的価値・意味付与」機能論との二つである。然るに、(一)②三でみたように、①には矛盾が含まれていた。そして、今またここで、②の命題の半分を構成する「対話参加義務」論が崩壊してしまうのである。

(2) 「構造改革」モデルと「救済手段」

一 「紛争解決」モデルは、「事件」を対象とし、「救済手段」も概ね「エピソード的」である。つまり、「救済は、分

離・個別化された事件の矯正又は抑止をねらいとしており、司法の機能は、判決が宣告され、損害額の計算がなされ、又は一定の個別・分離された事件を対象とする *decide* が発せられると、それで終了する」(二七頁)。

右の考え方は、「救済手段は、違法行為と一致していないければならないという *tailoring principle*」を前提としている。そこで、「構造改革」訴訟的「救済手段」論の展開には、右の原理の克服が必要となる(四六頁)。この原理とは、詳述すると、「(a)違法行為は、救済手段の排他的な抛り所とみる。(b)救済手段の各々の特定の条項は、違法行為に照らして説明可能である。(c)三段論法において単一の結論しか存在しないのと同じ方法で、唯一の救済手段が存在していると前提している。(d)救済手段は、三段論法における結論と同じように違法行為の存在から高度の確実性を似て、抽出されると考えている」(四七頁)。フィスは、これを、「違法行為」と「救済手段」の把え方に対する「法形式主義」と評価している(四六頁)。

以上に対して、例えば、警察官が、黒人居住区で、相当の理由がないのに大がかりな被疑者捜索を行ったような場合、困難がでてくるとする。裁判所としては、当該警察官に対す

る修正四条違反を禁止する命令、本部長に対する修正四条に反する行為をした警察官を制裁する内部懲戒制度策定の命令、被疑者捜索は現行犯を除き捜索令状によってのみ行うとの命令等いくつか選択肢がありえる。しかし、右の法形式主義では、選択肢の存在することさえあいまいにされかねず、かつ選択の基準も不明確になり、むしろこれらは違法行為の定義の役割に置きかえられることになりかねないと批判する(四八頁)。これと比すると、「構造改革的救済手段は、*independent*であると断定できる。」「『違法行為』概念は、展望的、動態的、大系的意味で理解したときのみ、救済手段の目的を記述するものとして使うことができる」(四七、四八頁)。

二では、「構造改革」モデルによる「救済」とは、どのようなイメージを持つものなのか。

「終わりはない——結局は、ほぼないのである。裁判官と制度との、長い継続的な関係を伴うのである。既に与えられた救済の執行に関わっているのではなく、救済自体の付与と形成との継続に関わっている。その任務は、誰が *judge* で、誰が *wrong* かを宣言したり、損害額の計算、一定の個別行為の停止を目的とする命令の形成にはない。任務は、憲法的価値を脅かす条件の除去である」(二七頁)。

従って、精神病院関係では、施設閉鎖も可能となる。学校、刑務所、福祉機関、警察本部、住宅供給機関では、それらの業務の性質上閉鎖はしえない。そこで、「裁判所は、救済手段として、現に活動を続けている制度の再組織により憲法的価値に課される脅威を除去することに関わらざるをえまい。そして、裁判所の管轄権は、脅威の残存する限り、続く」(二八頁)。

救済手段は、常に、「暫定的」である。「裁判官は、『最良』の救済手段を探さなければならない。しかし、判断にあたっては、効率性、公正さなど、*open-ended* な考慮事由を組み込まなければならない。また、介入を惹起せしめた脅威及び憲法的価値は、極めて正確に定義することはできない。従って、救済手段は特定のものが選択されると確実にこれが守られるというものではない。むしろ、常に改正をうけるべく *open* でなければならず、その際、*decree* の修正に伝統的に必要とされてきた、当初の選択が重大な障害を生じていることの明確な証明はいらぬ。改正は、救済手段が効果的に作動しておらず、又は不必要に負担をかけるときには正当化される」(四九頁)。

「裁判官と制度との間に、長期的監督関係が発展する。業

務はモニターされなければならない、組織の作用が憲法の範囲内にあることを確実にするための新しい戦略を形成し続けなければならないのである」(二八頁)。

三 かくして、我々は、訴訟の「構造改革」モデルとは、ひとつの「事件」をきっかけとして提起された訴訟において、裁判官が「事件」の背景にある「社会的条件」とこれの改善に必要な官僚機構を職権で決定し、右条件改善が実現するまで官僚機構の改革を行う全面的な責任を負うものであることがわかった。この責務は、病院、学校、刑務所、福祉、警察、住宅という行政のかなり広い領域に及びえ、しかもこれらには限定されていないのである。

が、我々は、二つの疑問に直面する。(一)では、司法機能が「憲法的価値・意味付与」にあることがまがりなりにも説明されている(我々は論証は成立していないと考えている)。が、何故、この司法の機能が、「構造改革」でなければならぬのか、これがひとつ目である。次に、裁判官「期待」論の二つ目の構成要素は、政治からの「独立性」であった(一)(二)(一参照)。しかし、裁判官による行政の「長期的監督」を必要とする「構造改革」は、右の独立性を担保しえるのであるうか、これが二つ目の疑問である。以下、順にフィスの理

論をたどってみよう。

(三)「憲法的価値・意味付与」機能と権利の「救済」

一 フィス理論の全体的構造は、次のような命題の結合から成立している(五三頁参照)。

A、「裁判官の機能は、我々の公的価値に意味を与えることである」(乃至「平等、自由、適正手続、財産などの憲法的価値の意味の発見の任務」)(五一頁)。

B、「救済手段は、意味付与プロセスの不可欠の部分として理解されなければならない」。

C、「裁判官は、国家官僚機構の改革に関与する。」

そして「A↓B↓C」という命題の結合が、「構造改革」モデルを論証するはずなのである。しかし、既に我々は、上記(一)(二)において、命題Aの論証が疑問であることを知った。そこで、次に、命題Bは、論理的に成立しているのか否かの検討をしなければならない。この点につき、フィスは、次の五つの要素を連結することにより、論証しようと試みている。

二 ①まず、権利・救済手段区別論である。則ち、

「権利(Rights)と救済手段(Remedies)とは、一個の社会プロセスの二つの側面であるにすぎない——我々の公的

価値に意味を付与する試みである。権利は、抽象の領域で作用し、救済手段は、実用的現実の世界で作用する。権利とは、意味を個別的に権威的に宣言したものである。権利は、救済手段なくして存在しえる。——人種平等の権利、ジム・クロウ主義からの自由の権利は、裁判所が救済を与えなくとも(単なる宣言以外に)、存在しえる。このとき、権利は、批判の基準として、現在の社会的な実用の実態を評価する基準として存在することになる。他方、救済手段は、裁判所が実用的世界において公的価値に意味を付与する努力である。救済手段は、権利の単なる宣言よりも、より特定しより具体的でより強制的である。これは、権利の現実化 (actualization) を構成する」(五二頁)。

② 「救済手段の目的が、宣言された権利の現実化にあるとすると、このとき、救済手段は、権利に従属するものとして理解されよう。しかし、公的価値の意味は、権利の宣言と現実化との両者の——産物又は結果であり、そして——機能である。権利と救済手段がいっしょになって、公的価値の意味を構成する」(五二頁)。

③ 「平等などの憲法的価値は、権利の宣言と現実化の両側面から意味を抽出する。意味と救済手段との間のこの固い結

合 (tight connection between meaning and remedy) は、機能の統一を求める。伝統が、これを求めるのではない。この固い結合は、救済手段についての決定は、権利の宣言により価値に意味を付与する任務を割当てられている機関である裁判官に任せられるべきことを要求している」(五二、五三頁)。

④ 「機能の分化、つまり権利の現実化の任務を他の機関に任せることは、当然に救済手段が権利を歪めるおそれを創り、我々は、憲法的価値の真の意味を軽減されて放置されることになる」(五三頁)。

⑤ 「意味に関する両方の源泉は、意味付与過程の無瑕性の維持のため、同一の機関に委ねられなければならない」(五三頁)。

三 我々は、フィスの概念操作に注意を払う必要がある。① ↓⑤の結合が、真に、命題Bの論証になっているか、冷静に分析しなければならぬ。

まず、①の権利・救済手段区別論は、個々の事例上、どこまでが権利宣言で、どこまでが権利現実化にあたるかの基準は示されていないから必ずしも明瞭とはいえない。例えば、訴訟上は、黒人少年甲が、乙公立学校の入学を人種を理由に

拒否されたことが、問題となる。このとき、①人は、一般に平等である、②黒人は一般に白人と平等である、③黒人少年は白人少年と平等に公立学校に入学できる、④黒人少年は白人少年と平等に乙公立学校に入学できる、⑤黒人少年甲が、白人少年と平等に乙公立学校に入学できる、⑥乙公立学校は甲を受け入れる物的、人的用意を整える義務がある等々、黒人少年甲の権利の宣言と現実化には様々の次元での価値決定がありえる。このうち、⑥を救済手段の次元でとらえるのか、権利の次元でとらえるのかは、さしあたりここでは当否の決定基準はない。⑦までも、権利宣言の一部を考へることも差し支えないともいえる。無論、フィスは、⑧又は⑨のあたりまでを救済手段の次元で扱えようとする推測されるが……もつとも、ここで重要なのは、フィスの考え方は、権利の宣言と権利の現実化とを機能上区別できるといふ理論を肯定していることである。

ところで、②の論述は、実は①の言い換え作業をしたのとどまり、固有の実体をもたない。そして、③の「固い結合」も、④での定義——「一個の社会プロセスの二つの側面」——に照らして、当然のことといえる。但し、これを特に「固い」とみるか否かは、主観の差であり、理論的当否に

ついでに判断のしようのないことである。もつとも、後述のように、フィスは、「手段・目的の合理性」判断と「憲法的価値」の「実体的合理性」判断とを区別し、前者については、裁判官は、行政機関より優秀ではないことを認めている（四(1)三参照）。つまり、「固い結合」であっても、権利の宣言と救済手段による現実化を裁判官と行政部とで分担しうる論理的可能性が、フィスの理論に含まれているのである。すると、「固い結合」があるから、当然に裁判官が権利現実化をも担うべきであるとはいえなくなる。

とすると、実質的意義をもつ理由は、④と⑤でしかない。しかし、(一)(2)でみたように、フィス自身判断における誤り、濫用、偏向のおそれは、司法にも行政にも等しく存在しているのかは、定かではない（一五頁）と認めていたはずである。前の文脈では、裁判官も行政機関と同じく「憲法的価値・意味付与」機能を担えることの論証のためにこのことを持ち出しているが、同じ論理がここでもあてはまる。つまり、フィス自身が「手段・目的の合理性」判断につき裁判官よりすぐれていると認める行政部が、裁判官の宣言した権利の現実化を担うべきない理由に、④をもち出すことはフィスの内部矛

盾となる。

⑤が④と同一の意味か否か定かではない。ただ、④で述べるように、フィスは、裁判官の「独立性」を守るため、特殊の機関である special master に権利の現実化を担当させることを予定している。権利宣言と現実化との「機能の統一」と、これが裁判官に任されるべきことを要求すると述べつつ、フィス自身が、機能分担を肯認するという論理矛盾がみられるのである。「無假性」の要請を、フィス自ら破っているのである。

かくして、我々は、命題Bは、論証がないとの結論に到達せざるをえないのである。

④ 訴訟Ⅱ「構造改革」モデルの正当化

では、次に、命題Cについて考えてみよう。つまり、フィスのいう司法の「憲法的価値・意味付与」機能は、何故、「紛争解決」では足りず、「構造改革」として行なわれなければならないのか、である。フィスは、従来からみられる、「紛争解決を司法機能として理想化する」立場につき、様々の角度から批判的分析を試みて、命題Cの論証を行なおうとしている。

(1) 行政と司法の能力比較論

一 フィスによると、「紛争解決」を司法の機能とするについては、功利主義的な考え方がまずある。つまり、構造改革的救済に伴う誤謬の高度の危険を考えると、裁判官はその最善を尽くしうること、つまり、紛争解決に集中するほうがいいとの考え方である。フィスも、「構造改革の任務は、単に権利の定義に伴う危険だけでなく、それらを、国家官僚機構の作用過程内で実現しようとする点にも危険がつきまとうている」(三一頁)ことを認めている。とすると、「現に継続して活動している社会制度、例えば、公立学校制度、福祉局、更には我々の知るところがもっとも少ない制度である刑務所の再組織化」に比して、「原告、被告いずれが勝ったか宣言するだけの紛争解決」は、「司法部の誤謬の危険」は、はるかに少ないとする(三一頁)。

しかし、これに対して、次のように反論している。「業務成功率は、重要であるが、更に二つの要因を分析に導入しなければならぬ。つまり、業務遂行の成功の価値とは何か、と同種の任務を遂行する他の制度の業務成功率はどの程度か、である」(三二頁)。さしずめ、前者の要因については、二点を指摘している。①例えば、市民と警察官の違法行為を巡

る問題について、個別的な当該の「紛争」の解決と、「警察本部の再組織による警察官の無法性の根絶の試み」との二者から救済手段を選択することを考えたすると、前者の成功率が高いと主張することは、「矯正措置の広がりとその継続性との両者いずれの視点からみても、社会的により価値ある enterprise であるとはいえない」とする。次に、②「構造改革上の成功」がえられる、とする。つまり、無法性の生ずる条件と官僚機構の問題点を改善することにより、個々の「紛争」の発生とその解決の必要を減少させることになる。「は、全ての「紛争解決」を「はるかに上回るものである」(三二頁)。

もっとも、右①は、「構造改革」モデルに立つと前提すれば、そういえるというだけのことである。「紛争解決」モデルに立ち、機構改革は立法部等の政治プロセスに任せるという立場もありえる。司法が「構造改革」を担うべきことの理由にはなっていない。②についても、同じく、論証すべき命題を前提にした誤りがある。また、司法が「紛争解決」に徹したときの成功率と「構造改革」をも担ったときの成功率を比較して、後者が必ず上回る保障は、フィスの理論の中には見出しえない。観念的な効率性の比較は、無意味に近い。

二 さて、次に、フィスは、他の機関が「構造改革」を担ったときの成功率についても、考慮に入れる必要があると述べている。ところが、これに直接答える論述は全くしていない。むしろ、我々は、フィスの巧妙な問題設定に注意しなければならぬ。則ち、彼は、「もし、この価値があるが危険な活動をよりよく実行しえる、他の代替的制度があることが明確になったとすれば、功利主義的批判は、もっとアピール力を持ったであろう。しかし、真実は、正に逆である」と述べる(三三頁)。つまり、フィスは、裁判所こそ他の行政機関の構造改革を担うにふさわしい機関であることを前提とし、これと反対の主張をする側——行政機関が、まず自己の機構改革の責めを負う、——に拳証責任を転嫁しようとしているのである。ここでも、論証すべき命題を巧みに前提へとすりかえている。

※我々は、もうひとつの論理のすりかえにも気付く。(一)②では、「憲法的価値・意味付与」機能は、裁判所のみが行えるのか、行政・立法も行えるのか不明確なまま問題が残されていた。ところが、その意味付与機能を、「構造改革」として裁判所が担う段階では、専ら裁判所のみがこれの責を負う、乃至少くとも、行政機関よりもこれにふさわしい地位にあることが、前提にされている。この間の叙述の不整合をつなぐ説明はない。

フィスが、この文脈で具体的にとりあげるのは、行政機関のほうが「現に活動継続中の社会的制度の再組織に関する特殊の専門知識であって裁判所に利用しえないもの」を有するとの主張である。そして、これにつき、「根拠はないと思われる」としている(三三頁)。何故なら、「問題は、概ね、大規模組織がいかに作用するのか認識する知識の有無である。この知識を、様々な機関に配分する問題ではない。私は、むしろ、そうした救済措置実行のための関連する特殊知識の大系があるか否かに疑問を有している。もし存在するとすれば、何故それが、鑑定人又は special masters 等の補充的機構により裁判官に利用可能となりえないのか理由を理解する必要が残されている」(三三、三四頁)。経験の蓄積による洞察力の形成は、単なる知識の伝達では、伝ええないとの主張も、「構造改革」を裁判官の任務から除外するとの主張をどれほども正当化しえない。裁判官も、これを形成できるようにするからである、とする。そして、「構造改革訴訟は、社会的条件と組織の動態に関わるものであり、特定分離された違法行為の事件に関わるものではないから、当然に範囲が広くなる。しかし、司法プロセスは、この範囲の広がりに耐ええらる」と断言している。「行政機関の専門性論とは、フィスによ

れば、「革新主義時代の神話の再編」にすぎないのである(三四頁)。

だが、我々は、右の説明がもたらしえる結論が何かに慎重でなければならぬ。確かに、「構造改革」に必要な知識を裁判所も共有はできよう。もちろん、行政機関も有することができる。従って、「行政機関が特殊の能力を有するとの主張は、裁判所を除外し裁判官から構造改革救済手段を行政機関へと移行することを正当化し、かくして、裁判所を紛争解決以上のことは行なわぬものにしてしまうことができるほどには、強力なものではないことを示唆している」(三三頁)とはいえよう。しかし、それだけである。裁判官のみが、「構造改革」の担い手であること、あるいは、行政機関よりもふさわしいことの説明には至っていないのである。

三 フィスの別の議論をみてみよう。彼は「instrumental-ism」の領域、つまり、手段・目的の合理性の領域では、裁判所は、能力に関して特に強い主張はできない。しかし、裁判所の特殊能力は、これと別の領域、つまり憲法的価値に関する特殊の実体的合理性の領域にある。この専門的知識は、司法プロセスの特殊性——対話と独立性に由来する」(三四頁)。これに対して、「行政機関は、実体的合理性という特

定の領域では特殊の能力を欠いている。また、我々の憲法的価値に表現を与えるのに本質的な独立性を欠いている」（三五頁）。

以上を補って、次の三点を指摘している。④行政機関に特別の管轄権を与えて、専門的知識を有しえると主張することもできそうであるが、機関の独立性にはなお脅威が存している。⑤行政上独立の規制機関は存在する。しかし、やはり、議会・行政等「多数者支配主義的部門と緊密に関係しているため……我々の憲法的価値に意味を付与する排他的な又は主要な機関たりえるとの主張には慎重ならざるをえない」（三五頁）。⑥そして、全体として、「革新主義者のよく理解していた通り、行政機関は、裁判所よりも多数者支配主義政治に結合している。理由のひとつは、イデオロギーである（行政機関は、時に *body politic* の好みを根拠とする判断の形成を許されることがある）。今ひとつは、制度的アレンジメントである（短期間の任命、行政の変化に伴う退職）」（三五頁）。

だが、以上の議論は、既に(一)での論証、つまり、「憲法的価値・意味付与」機能を行政機関が担いえないことを証明しただけであり、何故、裁判官がこれを「構造改革」として行

なわなければならないのかという疑問は依然として答えられていないのである。しかも、議論の中心は、「独立性」——多数者支配主義政治との距離、問隔の程度に置かれている。これに対し、「憲法的価値が現代国家の官僚機構により課されている」という「脅威を除去するため、構造改革が必要となる」（三五頁）という問題意識は、補充的な地位しか与えられていない。我々は、この後者の点こそ十分に説明されるべきではなかったのかとの疑問を抱く。そしてそこから、立法部ではなく司法部こそが「構造改革」を担いうることへの論証へと進むべきではなかったのか。

四　フィスは、裁判所が「構造改革」を行いうる根拠のひとつとして、三権分立につき、次のような見方を提示している。「伝統的三権分立論は、司法権が行政、立法の有する権能と区別されることを前提としている。しかし、この区別が、機能的境界ではなく形式的境界によるべきことは、要求していない。また、各部門が一個の機能にのみ傾注しなければならないことも求めてはいない」（三二頁）。しかし、機能の相対性を肯定することは、「構造改革」が直ちに司法機能に含められるべきことを意味しまい。

次に、行政聴聞手続にふれて、従来、「司法上利用できる

以上に、公開で対象を広げ自由自在なものとするとの約束はなされてきた。しかし、私は、この約束が果たして充足されたといえるのか、ここまでプロセスを自由化すると適正手続の基礎概念に一致するかどうか、更に、構造改革にそこまでのプロセスが必要かどうかさえ、私には明瞭ではない」とする(三四頁)。

が、行政聴聞による証拠収集手続の拡大が、適正手続に反するに至るのなら(具体的に何故かは説明がないにせよ)、(二)でみた「構造改革」モデルのように、訴訟形態を著しく拡張し、特に、救済手段Ⅱ判決内容を裁判官の自由裁量に委ねることは、適正手続に反しないといえるのであろうか。そして、プロセスの拡大は必要ではない、つまり、現在の行政手続程度でも十分に構造改革に対処しえるとするのなら、司法がこれを担うべき理由は薄弱にならないか。

最後に、裁判官が「構造改革」を担うべきであるとする論証の過程で、「紛争解決については、調停にふり向けることができよう。しかし、そうしたふりかえは、構造改革については利用しえないことは明白である。これは、憲法的価値と国家官僚機構を伴うものであり、裁判のあらゆる形態の中でもっとも公的なものである」とする(三三頁)。「純粹

に私的な紛争——つまり、紛争の直接の当事者の利益と行動しか問題となっていないが故に、私的なもの」については、「公的資源の浪費」になるので、裁判所が担当すべきではないと考えている(三〇頁)。

もっともこれは、「構造改革」を司法機能の本質と考えた場合に、こうもいえるというのとどまらう。この点は格別、この考え方によると、調停によるべきか、「構造改革」訴訟によるべきかの決定権は、当事者ではなく、「憲法的価値・意味付与」機能を有する裁判所しかできないことになるのであろうか。(二)のモデルの説明と相俟ち、裁判官の権限は、著しく拡大していきそうである。

(2) 「同意」論批判

一 「紛争解決」モデルについては、それが、「伝統」であるとの説明もなしえる。これに対して、フィスは、「裁判」の歴史を、こう総括している。

「進化してきたのは、裁判の形式であって、その機能ではない。裁判の機能は、一九世紀であれ二〇世紀であれ、不法行為、刑法、契約、独禁法などであれ、また、マカラーラ事件であれブラウン事件であれ、個人間の紛争解決にはなく、

むしろ、我々の公的価値に意味を与えることにあった。変化したのは、社会構造である。大規模組織の作用に支配される社会の出現である。裁判の形式における長期的な変化の理由は、こうした社会構造の変化である」（三六頁）。

とすると、「異なる社会的背景の中で形成された手続的態様」を今日も固執することこそ、正当性の危機をもたらすとする。

更に、憲法三条の「事件又は争訟」という文言が「紛争解決」モデルを予定しているとの主張に対し、憲法の制定された一八世紀後半は、コモン・ロー裁判全盛にあたっており、「コモン・ローのもとでの裁判所の役割は、典型的に、紛争解決ではなかったのである。むしろ、公的規範の執行と創造による公的価値の意味付与、つまり、刑法、財産、契約、不法行為に関するルールに体现されている公的価値への意味付与にあった。裁判所は、単に法を創造してただけでなく、中心的な法創造制度であったのである」。かくして、憲法条文の「事件又は争訟」を、「紛争解決」に限定して解釈する必要はなくなるとフィスは考える。そして、現代的文脈で主張している、憲法訴訟における「構造改革」とは、右の意味でのコモン・ロー上の司法機能と同一であるとする（三六、三七頁）。

憲法訴訟と「構造改革」モデル——フィスの研究 渡辺

二 歴史の「評価」は、評価者の視座設定により自由になしうるところであるから、フィスが右のような「評価」をしていること自体については、当否の判断を及ぼしえない。但し、「伝統」論を、右の「評価」で反論しえたといえるかは、理論構造の問題である。さて、マカラク、ブラウンも、コモン・ローも全て、具体的な「紛争」があつて「訴訟」が生じ、その解決が試みられたことは事実である。この「紛争解決」に必要なから法創造がなされたのも、事実ではなからうか。「伝統」とは、この事実の蓄積をまず言うのである。そうした事実としての「伝統」の意味を否定するのに、定義さえ明確にしていない。「公的価値の意味付与」なる観念的、抽象的概念を対置したとしても、ほとんど説得性はないに等しいのではあるまいか。

三 が、フィス理論のもっと問題となるのは、「同意」論批判である。同意論とは、人民の黙示の同意は、現実の同意に等しく、「紛争解決」が「現状」であり、これには黙示の同意があるとする立場である。フィスは、これに対し、種々の批判を寄せている。

① 現代型の institutional litigation は、一九世紀の衡平法、独禁法、破産法にもみられたので、「同意」があるとい

える、とする(三七頁)。

②他方で、「同意」論自体が、問題であるとする。「裁判の現状を『認容』したとする場合、同意したのは何についてなのか。形式か。機能か。具体的実体的結果か。同意論は、こうした疑問に答えていないし、答えを導き出す手続を示そうとさえしていない。この結果、歴史的議論を現状肯定論へ作り変えているのである。『is』と『ought』との途方もない混同を作り出している」とさえいえる」と(三八頁)。

③ところが、フィスも、「民主主義」の根拠には、人民の「同意」を抛り所とせざるをえないのである。

「民主主義的政治システムは、究極的に人民の同意に基づいたものである。しかし、各々の制度全てが同意に基づく必要があるものではない。同意は、システム全体に対するものであり、特定の制度に対してではない。同意は、各部分に対してではなく、全体に対して働いている。——人民の承認に依存しているのは、全体としての政治システムの合法性であり、それがシステムの民主主義的特徴の抛り所となっている」(三八頁)。

では、個別制度の合法性は、どう決定されるのか。「個々の制度、例えば、——裁判所の如きものの合法性は、黙示的

であれ、何であれ——人民の同意に基づいているのではない。むしろ、その能力(competence)に、つまり、我々の社会生活の質に対して行うことのできる特殊の貢献によっている」(三八頁)。

④ところが、フィスは、次のことも承認するのである。

「一定の制度——立法部、教育委員会、警察本部長——は、同意に、より緊密でより直接の結び付きを有している。個々の現職公務員は、人民の快楽(the pleasure of the people)に奉仕している。しかし、司法部についても、同じような同意との連関を主張することは、司法の独立性を侵害し、かくして、我々の政治システム内で、司法部が憲法的機能を果たす能力を破壊することになる」(三八、三九頁)。

四 我々は、奇妙な論理の混乱に導かれる。フィスは、「同意」論には、「あいまいさの問題」があるとしている(三七頁)の(②参照)、この点の克服をしないまま、自己の民主主義論の正当化根拠に利用しているのである。何故、これが、可能なのか。第一の論理矛盾である。第二に、「民主主義的政治システム」にとって、議会、大統領、司法は、特にアメリカ文化の文脈では不可欠の要素のように推測される。③で、立法部については、人民の「同意」が制度の合法性の

根拠であるかの如き論述をしているのは、そのためであろう。だが、その他の制度については、「同意」と切り離してしまっている。もっとも基本的な個別制度への「同意」もないのに、「民主主義的政治システム」に「同意」しているという論理に、説得性はあるうか。盲目的同意をも、同意と考えるのでない限り、得心できない。

第三に、④においては、「教育委員会」さえ「同意」との結合を認めつつ、司法についてのみ、これを否定している。ここでは、三③でみられた論理——民主主義的政治システム全体への「同意」さえあれば足り、個別制度への「同意」はあるにこしたことはないが、なくともよい——は妥当しない。裁判所についてのみは、人民の「同意」を、制度の合法性の根拠にしてはならないのである。民主主義そのものの合法性の根拠ともなる「同意」は、裁判所には及んではならないのである。従って、三④で論じている司法の「独立性」とは、民主主義と人民とからの「独立」ということになるのである。裁判所制度の合法性に関する、裁判所・人民の「同意」、分析論、とでもいえよう。

(3) 「個人の訴訟参加権」尊重論批判

憲法訴訟と「構造改革」モデル——フィスの研究 渡辺

一 「紛争解決」モデルを、「道徳」的理由から支持する立場のあることを、フィスは認める。例えば、フラーは、「個人が自己に不利益な影響を与える手続に参加する権利」の保障を重視し、その妨げとなるような、裁判所の機能の polycentric 化を批判している。これに対し、フィスは、まず、総括的に次のように述べている。

「刑務所の再建や、同じこととして、学校制度、福祉機関、病院、その他いかなる官僚機構の再建についても、橋の建設と同じく polycentric である。全て、裁判所が、全構造と対処することを求める。裁判官は、利益が全範囲にわたり厳格に代表されていることを確実にしなければならない。しかし、影響をうける個人全員が、訴訟に有意義に参加しえないことを理由に憲法上の請求や効果的救済手段に背を向ける必要はない」(四一頁)。

さて、「個人の訴訟参加権」という「公理」について、フィスの批判をもう少しみてみよう。彼は、この公理のもたらす結果と、「底流にある社会のビジョン」を考慮に入れて、分析することを要するとする。そこで、①この公理に従うと、「コモン・ロー上、及び、憲法上、両者の裁判のほとんど全てが、非合法とされることになる。これらの領域では、裁判

所は、公的規範を創造しているのである。②「事実上、全ての公的規範の創造は、polycentricである。構造改革と同じく、多くの人々に影響を与えるし、そして、影響をうける個人各人のプロセス参加の能力を侵害する点でも等しい。」③「裁判官の創造した法全て、更に先例拘束の法理自体も、問題となることとならうとする(四三頁)。

二 かくして、この公理は、かつての「契約の自由」法理と同じく、「個人中心主義の形式的勝利」はもたらす。しかし、「この公理は、個人を称讃しているかにもえつつ、個人を権力の大規模な侵害行為——ロククナー事件では会社の、ここでは、国家官僚機構のそれに、任せてしまうことになる」と批判する(四三頁)。

別言すると、「個人の参加権公理は、人民が、個人的関係で相互に関わり、かつ、それがほぼ平等の関係である水平的世界に基づいている」。が、これは、「もはや存在しない世界」である(四四頁)。このため、個人中心主義のもので、「個人の参加権」——これには、訴訟による紛争解決のみならず、投票、取引への参加を含む——を尊重するという名目の中心たる裁判所を完全に利用し、個人自らを守る機会」を

奪うことになる。「個人の参加権」は、「現代国家における大規模組織の濫用をうけている個人の権限を——形式的にはなく——現実的に、効果的に高めることになる」と信ずるのは、困難である」(四三、四四頁)。

以上に対し、フィスは、「垂直的」世界観を妥当とし、次のように説く。「市場は、ヒエラルキーにとつてかわられ、個人企業家は、機構におきかえられている。こうした社会的背景のもとで、個人を守るのに必要なことは、支配的な社会的行為者と力においても、資力においても平等の権力センターの設立である。必要なのは、対抗的権力(counterbalancing power)である」(四四頁)。

三 我々は、論証のペースペクティブを見失ってはならない。今、我々の課題としているのは、命題Cの論理的整合性の有無である。この点で、フィスの裁判所・人民の「同意」一分断論は、司法機能を決定する重要な基盤をすててしまったことを意味する。「構造改革」モデルの正当性の根拠を「同意」に求めることは、もはやできない。

これに対し、個人の訴訟参加権尊重論の批判は、「垂直的」世界観と相俟って、裁判所こそ二でいう「対抗的権力」でありえるかの如き印象を与え、また、単なる「紛争解決」

モデルよりも救済範囲を広げた訴訟モデルの必要性を伺わせるといえる。しかし、また、当然に(二)で示された内容まで含むモデルでなければならぬという必然性は示されていない。「紛争解決」モデルと「構造改革」モデルとを両端とする、モデルのスライディング・スケールを想定し、そのいずれに落着くかをさらに論議する余地が、多分にありえるのである。二者択一というフィスの問題設定は、絶対的ではないのである。

更に、我々は、フィスの認識する裁判所が、真に「対抗的権力」たりえるのかも、もう一度、ふり返っておかなければならない。さて、フィスは、裁判所の発生についての理解の仕方について、端的に、「主権が、その官吏を支配領域全体に派遣し法を語らせ、法が守られるように監視させたのである」としている(二九頁)。また、自らの分析方法を二で触れたフラーの個人中心主義と対比して、「私の裁判概念は、頂上からはじまる——裁判官職である。そして、下に下がる。私は、裁判を立法、行政作用と同一の道德の次元に置いている。私は、裁判官が体現している国家権力の概念から分析をはじめ。そして、裁判所を統治権限の coordinate source と位置づけている」(四一頁)と規定する。とすると、ここ

で、我々は、根元的疑問に到達する——国家権力の一部である裁判所が、何故、同じく国家権力の一部たる官僚機構に対する「対抗的権力」となりえるのか。

フィスは、フラーの自然法論に触れつつ、自分も「理性 (reason)」を裁判官の用いるべき法解釈の基準とする点で共通していると説きこう述べている。「構造改革において、理性は、影響をうける個々の個人全員の識論からではなく、代表されている利益全てについてのスポークスマンと、裁判官の決定を通して、プロセスに入ってくる。理性は、我々の憲法的価値に意味を付与するのに使われる」(四二頁)。

我々は、ここでも、人民自身と分断された理性論に出会うことになる。フィスは、人民自身ではなく、スポークスマンと裁判官の「理性」を基準と考えているのである。(一)1六でみたように、フィスが、「多数者支配主義」的司法観の批判においても、「憲法的価値」と「人民の好み」とを分断し、前者の優越性を主張していたこと、また、裁判官・人民の「同意」分断論を認めていることをも、この文脈に入れると、フィスの「司法」が、「政治権力ある官僚機構↓市民一般」という現代社会の対抗軸にあって、必ず、「市民一般」の利益・権利の擁護の機能を果たしうる論理的基盤を内在化させてい

るのか否か甚だ疑問に思えてくるのである。命題Cの論証は、以上の意味で、不充分である。

(五) 「構造改革」モデルと裁判官の独立——理論の破綻

一 「構造改革」モデルの実施は、「新しく再建された国家官僚機構との構造的関係」を伴うものであることは、(1)(2)で示した通りである。とすると、これは、裁判官の独立性に脅威を与え、権力の宣言機能にも影響し、結局、司法機能全体の「無瑕性」に脅威となるのではないか。「裁判官は、実際の、現実的成功は、body politicの好みや意思に依存していること大であるのを認識するようになる」。そうすると、政治的現実の中で、できるだけの救済をえようと「妥協」するようになる。また、「権力の宣言と現実化とのギャップを小さくするように努力するようになる。このために、救済手段に適合するように権利を仕立て上げることが行なわれるようになる」(五三——五五頁)。

フィスは、右のような「独立性」の問題こそ、「構造改革」モデルにとって、「中心的ディレンマ」であると認識している(五三頁)。そして、その解決を「the special master」の創設に求めている。この機関は、「構造改革」訴訟の

補充的スポークスマンとしてだけではなく、「新しく再建される制度の設計士になるという理論のもとで、救済手段の形成とその実現との両者の責任を負うものである」(五六頁)。とすると、裁判官は、再び、権力の宣言に専念でき、「地位の独立性」を回復しえる、とする(五六頁)。

二 もちろん、フィスも the special master 制度の危険を自覚している。これも、裁判所の一部ではない制度と性格づけると、要するに、裁判所が、「新しい行政機関」を創設したことになるだけであり、とすれば、権力の宣言・現実化を裁判官に託した意義がなくなるものである。他方、裁判官の延長と性格付けると、結局、上記のディレンマが未解決のまま残るのである(五六、五七頁)。そこで、フィスは、こう述べている。「the special master が中心的ディレンマの解決に『成功』するかどうかは、裁判官でもあるが、裁判官だとはいきれないという、その身分のあいまいさを維持することに、概ね依拠している。そして、このあいまいさは、時とともに消滅する可能性が高い」(五六頁)。

さて、我々は、(三)①において、フィスの権利・救済手段区別論を知った。そして、フィスが、救済手段こそ現実的、実用的意味あるものと認識していることも知った。ところが、

我々は、ここで、その肝要なる救済手段の作成・実施が全て、裁判官でも行政官でもない得体の知れない the special masterが、行うことになることを知らされたのである。その「あいまいさ」は、法的責任や監督関係のあいまいさでもあらう——少くとも、裁判所が具体的に指揮・命令・監督するのではない。そして、この新設の正体不明の機関が、少くとも学校教育、警察、福祉、住宅の分野について、既存官僚機構の再編・再組織、政策の策定・実施にあたるのである。従ってまた、それにふさわしい人的設備と機構とを要しよう。ここに、我々は、「立法——行政——special master——司法」という四権分立体制を想定せざるをえなくなるのである。しかも、この機関は、従来の官僚機構以上に責任の所在がほかされている。それを特色とさえている。フィスは、現在の官僚であつても、「彼等の業務を一般人の監視から隔離しようとする特殊の動機と手段とを有している」ことを「構造改革」モデル提唱の根拠としていたはずである（八頁）。そうであるのに、この段階で、既存の法大系上の責任さへ免除した新たな「官僚機構」（に成長する可能性の大きい機関）に、「構造改革」のための幅広い自由裁量権を与えたのである。かくして、裁判官「期待」論の今一つの要素、

憲法訴訟と「構造改革」モデル——フィスの研究 渡辺

「独立性」を守るため、かえつて「構造改革」モデル全体の目的に反する結果をもたらすことになつたといえる。フィス理論は、ここに破綻するのである。

三 ところで、フィスは、最後まで、裁判官への信頼を理論の前提にしている。右に述べたディレンマの発生原因につき、彼は、「上記のディレンマは、裁判官が効果的でありたいと考える欲求から生じるのではない。裁判官は権限が限定されている。また、重大な社会的活動主体は強情であり、裁判官の行う憲法の意味の判断に服しようとしなない。そうした世界で、効果的であろうとする欲求から生じているのである」としている（五七頁）。これに続けて、次のような裁判官像を描き出している。

「裁判官は、理想の世界と現実の世界、乃至、公的価値の世界と主観的好みの世界、憲法の世界と政治の世界という二つの世界に永久にふたまたをかけているともみれる。裁判官は、その合法性は一方の世界からえているが、現実には、他の世界で生存していることを認めざるをえない。裁判官は、統治機関の中で、我々の憲法的価値の真の意味を発見する最良の地位にいる。しかし、同時に、裁判官は、その意味に現実性を与えたいという——全面的に尊敬されるべき——欲求

により、深く制約され、時には妥協を余儀なくされるのである」(五八頁)。

四 然し、我々の得たものは、右のような「理想」的裁判官が政治の「現実」に苦悩するという構図であつたらうか。第一に、(二)の「構造改革」モデル下の裁判官の権限、(四)(1)四でみた調停に付すか否かの裁量権を以てして、裁判官の「権限が限定されている」というのが、合理的であろうか。この点の「評価」はさておき、第二に、我々は、既に、「国家権力」たる裁判官が、民主主義的政治システムの正当性の根拠たる人民の「同意」にも、「人民の好み」、人民の「理性」とも分断されて存在していることに気付いている。フィスが裁判官の合法性の根拠を求めようとする、「理想の世界」「公的価値の世界」「憲法の世界」とは、右のような人民との分断の世界なのである。そして、かかる裁判官が得体の知れない special master の協力をえつつ、思いのままに官僚機構と政策とを更改していく姿——フィスが、その裁判官「期待」論により除去を目指した、憲法と民主主義のコントロールの下にありつつも、なお「官僚機構」化した行政部の「脅威」に代えて、我々は、新たな妖怪を迎えることとなるのである。フィスの「構造改革」論は、より悪しき改革へと至

る。

おわりに

フィスの「構造改革」モデルには、次のような特徴がある。①自由主義的な「多数者支配主義」的司法観が、国家官僚機構の「脅威」という「現代国家」の文脈では、破綻するという認識に立脚していること、②フラーの個人中心主義的な「個人の参加権」尊重法理の批判、③「違法行為・救済手段」一致論を「法形式主義」として批判していること、④「官僚機構」→市民一般」という社会構造分析を前提にしていること、⑤「憲法的価値」の実現による「公的道德」の社会における確立を目指していること、従って、道徳懷疑主義・相対主義を否定していること、⑥他面で、国家権力の一部たる裁判所への「期待」を前提にする一種の楽観主義に立脚していること等である。

かかる特徴のうち、①②③は、マルクス主義法学といわれているクリティカル・リベラル・スタディーズの理論と共通性を示しているといえそうである。他面で、④⑤⑥を前提としつつ、憲法訴訟の改革によって社会変革への展望を示すことができないという確信は、伝統的なプロセス法学の特徴でも

あるといえようである。⁽²⁾ フイス理論が、どむらの方向に位置付けられるのかについては、なお慎重な検討を期したい。⁽³⁾

(1) See, Schwartz, With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land, 36 SPAN. L. REV. 413, 422-433 (1984).

(2) フイスをプロセス法学的憲法理論と評価するものとして、BRUCE A. ACKERMAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LAW, at 40 (1983).

(3) フイスとクリティカル・リーガル・スタディーズとの理論的關係を知らぬは、see, Carter, Constitutional Adjudication and the Indeterminate Text: A Preliminary Defense of an Imperfect Muddle, 94 YALE L. J. 821, 834ff. (1985).

(一九八六年三月三〇日、コーネル大学ロー・スクール図書籍にて脱稿)

〔付記〕

八六年四月九日、コーネル・ロー・スクール主催の講演会が開かれ、イェール・ロー・スクールのフイス教授 (Owen M. Fiss) が「The Death of Law?」と題して、講演を行った。主題は、七〇年代以降のアメリカ法学上、ほぼ時を同じくして登場してきた新しい二つの思潮——「法と経済学 (Law and Economics)」派 (以下、L・Eと略す) と、「クリティカ

ル・リーガル・スタディーズ学派 (Critical Legal Studies) (以下、C・L・Sと略す)——を批判することであった。以下、簡単に内容を紹介しておきたい。

教授は、L・E、C・L・Sともに六〇年代の主たる法学であったリーガル・プロセス論の克服を課題として登場したものであるが、L・Eは、法と経済的効率性と規定し、C・L・Sは、法と政治と規定する立場に立つとする。則ち、L・Eは、全ての価値を「好み (preference)」に還元することができ、法の役割は、この「好み」乃至「満足 (satisfaction)」の最大化にあると考えているとする (但し、L・E内部でも、原則としてマーケットの自由機能に信頼して、レッセ・フェール政策を支持するシカゴ学派と、政府による規制がなければ「自由市場」の正常な機能を維持できないと考えるイェール学派との対立があるとのことである)。かかる考え方に対して、教授は、①法の現実の機能の記述的分析を踏まえていない規範的理論のみの提示になっていること、②従って裁判官が何故「好み」の最大化、効率性の追求を行うことができるのか、また、何故そうしなければならないのかについてのメカニズムの分析が欠けていること、③価値を全て同等の重味のある「好み」に還元できるという前提につ

いての論証を欠くこと等の問題点として指摘した。

他方、C・L・Sは、法とは、裁判官による判断の「理屈づけ (rationalization)」とすぎず、本来、客観性は存在していないとする。この点は、一九二〇、三〇年代の法現実主義と同じく、法Ⅱ裁判官の主観的判断であることを unmask しようとしているとする。だが、フィス教授は、法現実主義が、かかる unmasking enterprise を行うことで、むしろ、法を正しいパブリック・ポリシー形成のための道具へと修正することを望んでいたのに対し、C・L・Sは、批判のみを目的としていると指摘する。また、ダンカン・ケネディー (Duncan Kennedy)・ロベルト・ウンガー (Roberto Unger) のユートピア論は「建設」の筋道を欠くものであり、結局は法の役割を否定するものであって一種の消極主義 (negativism) に陥っているとす。つまり、フィス教授によると、展望的、建設的行動への指針を示していないことが、C・L・Sの最大の弱点である、とする。

教授は、L・E、C・L・Sが、七〇年代に登場した背景として、この時代が “time of disagreement” であったこと、政治的、文化的分裂の時代であり、“subjectivity” が合い言葉になった時代であったこと、従って、「公的価値」「公

的道德」の理念への攻撃が容易にできる文化的コンテクストが形成されていたとしている。

では、以上の価値の相対化、文化の危機を克服するには、どうしたらよいのであろうか。教授は、第一に、特有の裁判官信頼論をまず提起する。つまり、裁判官は、C・L・Sの説く如く裸の自由を有して裁判を行うことはできないのである、professional grammarとしての disciplining rulesにより内在的に拘束されている、とする。このルールが、法の richness を保持しているのである。⁽¹⁾ 第二に、教授は、「公的理想、公的価値へのコミットメント (commitment to public ideals and values)」こそ、法学の再生の方向であると強調する。⁽²⁾ かつて、ブラウン事件が、社会的コミットメントを背景として、人種平等の「公的価値」を実現したように、現代における「公的価値」の再建こそ大切である旨を指摘し、講演を終えた。

さて、筆者は、本文の論文がむしろC・L・Sの訴訟モデル論になる理論的可能性があると分析している。念の為、ヘンダスン教授にこの点を尋ねてみたところ、フィス教授本人はC・L・Sと距離を置くつもりであるが、論文自体がC・L・Sに近いという評価には賛成できるとのことであった。

また、講演会終了後、レセプションの席でフィス教授に直接質問してみたところ、自らのうちに伝統的法学、つまりプロセス法学へ向かう面とC・L・Sとひかれる面とdichotomyがある、論文にもそれが反映しているかも知れないとの説明をうけた。

ところで、本稿は、テクニクの「論理構造」の解体を目的としている。従って、フィス論文のC・L・Sとの理論的親近性という評価を直ちに修正する必要は認めない⁽⁴⁾。ただ、教授御自身の真意を直接に確かめることのできたことは、誠に幸いであった。

(1) Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 *STAN. L. REV.* 739, 744-764 (1982).

(2) *Id.*, at 763.

(3) フレスト教授が、フィス教授の立場を、プロセス法学の修正論に評価している。See, Paul Brest, *Interpretation and Interest*, 34 *STAN. L. REV.* 756 (1982).

(4) だが、Aram Chayes, *The Role of The Judge in Public Law Litigation*, 89 *HARV. L. REV.* 1281 (1976) は、伝統的自由主義法学の立場で立ち回った訴訟形態が、当事者の紛争解決中心の the private law model から、社会的紛争処理のための the public law litigation model へと移行してきている点を積極的に評価している。フィス教授の構造改革モデル

ルとの対比で興味深い。

(八六年四月一日記)

〔付記〕

本講演の内容は、その後、公表されている。See, Owen M. Fiss, *The Death of the Law*, 72 *CORNELL L. REV.* 1 (1986).

(八七年二月一七日記)