

憲法とプロセス

——イリイ『民主主義とその不信』によせて

——法解釈の方法と憲法の構造(五・完)——

渡 辺 修

(一) 序——「解体」作業論

(1) メタファー

(2) 解釈行為——「意思」基準論、「文理」基準論

(3) 「読み手」論——ホワイト、フィス、ブレスト、フィッシェ

(4) 言語・論理・概念

(二) 「条文解釈」中心主義批判

(三) 修正一四条、修正九条の解釈

(1) 実体的デュー・プロセス論批判

(2) 特権・免責条項

憲法とプロセス——イリイ『民主主義とその不信』によせて 渡辺

- (3) 平等保護条項
- (4) 修正九条
- (四) 「価値発見」中心主義批判
 - (1) 裁判官と裁判
 - ① 「裁判官自身の価値」について
 - ② 「理性」(reason)
 - ③ 「中立性原理」
 - (2) 憲法と「法と道徳」論
 - ① 自然法——憲法と道徳の分離
 - ② 伝統——過去形道徳の否定
 - ③ コンセンサス——現在形道徳の否定
 - ④ 革進の予測——未来形道徳の否定
 - (3) 裁判官不信論、憲法典の孤立——我々の所見
- (五) 司法審査による「代表」の実質化
 - (1) 「代表」概念の形成と確定 ①
 - ① ウォーレン・コートと「プロセス志向」
 - ② キャロリン・プロダクツ事件脚注四
 - ③ パラフレイズの力①——我々の所見
 - (2) 「代表」概念の形成と確定 ②
 - ① 「代表」概念の歴史
 - ② 「実質的代表」概念

- ③ パラフレイズの力②——我々の所見
- (3) 憲法典の再解釈
 - ① 一七八七年憲法について
 - ② 権利章典の再解釈
 - ③ 政治的プロセスの「誤作動」論
 - ④ 「実体的価値論」——我々の所見
 - ① 裁判官信頼論
 - ② 実体的憲法規定の非憲法化
 - ③ 「実体的価値」の定義
 - ④ 「誤作動」論と裁判所の介入
- (六) 修正一条と言論の自由
 - (七) 選挙権と「一人一票」の基準
 - (1) 「一人一票」基準論
 - (2) 形式的平等としての「一人一票」基準論とイリイ理論の破綻——我々の所見
 - (八) 平等保護条項の適用方法
 - (1) 「偏見」論、「ステレオタイプ」論 (一)——総論
 - ① 問題の所在——プロセスの司法審査
 - ② 「違憲の嫌疑ある分類」論、「人種類似」論
 - ③ 「偏見」論、「ステレオタイプ」論
 - (2) 「偏見」論、「ステレオタイプ」論 (二)——各論
 - ① 外国人差別について

憲法とプロセス——イリイ『民主主義とその不信』によせて 渡辺

- ② 貧困者に対する差別
 - ③ 同性愛者に対する差別
 - ④ 女性差別について
 - ⑤ 少数民族優遇措置について
- (3) 合憲性審査と立法の動機
 - (4) 「違憲の嫌疑のある分類」論の適用方法
 - (5) 貧困者・黒人・女性差別肯定論——我々の所見
- (6) 実証主義的概念法学から機能主義的概念法学へ——我々の総括
おわりに——帰国に向けて

(一) 序——「解体」作業論

(1) メタファー

Then God said, "Let there be light";
and there was light.

(The Old Testament, Genesis)

In the beginning was the Word,
and the Word was with God,
and the Word was God.

(The New Testament, The Gospel According to John)

Portia. Tarry a little; there is something else.

This bond doth give thee here no jot of blood;

The words expressly are "a pound of flesh."

Take then thy bond, take thou thy pound of flesh;

But in the cutting it, if thou dost shed

One drop of Christian blood, thy lands and goods

Are by the laws of Venice confiscate

Unto the state of Venice.

.....

Shylock. Is that the law?

(W. Shakespeare, The Merchant of Venice)

Agathos—And while I thus spoke, did there

not cross your mind some thought of the

physical power of words? Is not every word

an impulse on the air?

(E. A. Poe, The Power of Words)

"When I use a word," Humpty Dumpty

said, in rather a scornful tone, "it means just what I choose it to mean——neither more nor less."

"The question is," said Alice, "whether you *can* make words mean so many different things." (L. Carroll, *Through the Looking-Glass and what Alice found there*)

"Why? Well, most textbooks say language is a mechanism for expressing thought, *Mocky*. But language *is* thought. Thought is information given form. The form is language. The form of this language is……amazing."
(S. R. Delany, *Babel-17*)

(2) 解釈行為——「意思」基準論、「文理」基準論

本稿は、イリィーの『民主主義とその不信』⁽¹⁾を「解体」し、分析することを目的としている。ここでは、我々の作業方法について簡単にまとめておきたい。

(一) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).

一 解釈行為とは、一定のテキストとテキストの書き手、そして、読み手の三主体（または客体）の相互的な関わりによって成立する。三者の関わり方がどのようなものであるのかにより、解釈の方法が規定されることになる。我々が本稿で検討の対象とする憲法典とその解釈をおこなったイリーの研究も、それぞれが一のテキストとして存在している。殊に、憲法とは、レヴィンソンのいうように、「不滅の法典に記号化された言語が有する『堅牢さ』を通して将来をコントロールするために時間を凍結する手段」であり、「過去の言語的営為」による将来の行為のコントロールの手段である。⁽¹⁾

かかるテキストの解読の方法としては、第一に、テキストの書き手の「意思」を意味把握の基準とする「意思」基準論 (intentionalism) がある。これにも、①テキストの文理自体が書き手の意思とみる、⁽²⁾「書き手の『意思』」文理一致⁽²⁾論と、②多かれ少なかれ、テキストと別個・独立に書き手の「意思」があると考えた上で、かつ、「意思」をテキスト解釈の権威とみる方法とがある。

だが、フラッグの指摘するように、「意思に焦点をおくことは、常に書き手自身にガイダンスを求めることを読み手に強いることになる。従って、読み手の地位を消滅させることになる。意思の探求とは、読み手をして、書き手の意思が何か知っているかと主張するエクスパートに服従させることになる」⁽³⁾。むしろ、フラッグは、「実際、読み手によるテキストの解釈のガイドとなりえる『意思』なるものはありえないとさえ考えられる。そのようなものとして確認可能なものは、存在しえないと考えられる。書き手自身の自己の意思に関する事後の証言でさえも、その信憑性については、精査を要する」と指摘している。⁽⁴⁾

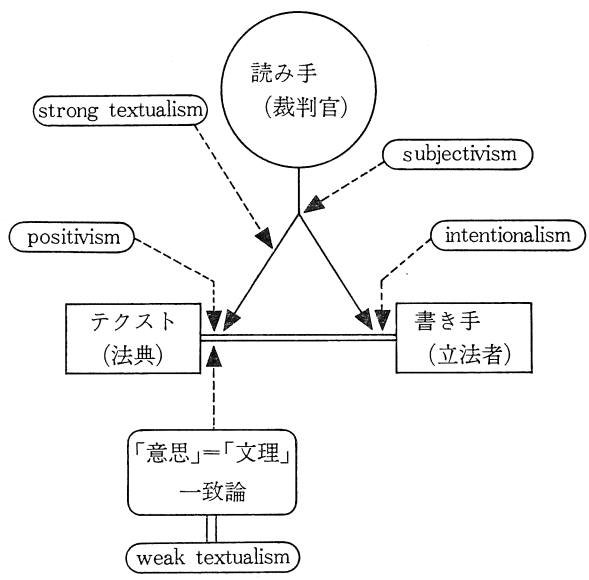
- (1) Sanford Levinson, Law as Literature, 60 Tex. L. Rev. 373, 376 (1982).
- (2) James Boyd White, Law as Language: Reading Law and Reading Literature, 60 Tex. L. Rev. 415, 439(1982).
- (3) Jerry Frug, Henry James, Lee Marvin and the Law, New York Times Book Review, Feb. 16, 1986, at 28.
- (4) Ibid.

二 そこで、書き手の「意思」ではなく、むしろ、テキスト及び読み手の側に焦点を移す解釈方法が探求されなければならなくなる。レヴィンソンは、テキストの意義は、テキスト自体の属性ではなく、テキストと読み手との相互作用 (interchange) の産物であるとし、⁽¹⁾ フラッグも、「書き手が読み手をコントロールするとともに、読み手が書き手をコントロールする」読解方法の可能性を暗示している。⁽²⁾ 書き手の「意思」＝「女王、皇后」論の破綻、「書き手の死」を前提とする方法論の探求がはじまるのである。⁽³⁾ 補注(1)

かかる解釈方法としては、大雑把にみて、次のようなものがある。まず、positivism 乃至 textualism である。特に、テキストの言語自体の意味解析の可能性を承認する謂はば「厳格な『文理』基準」論が考えうる。ところで、レヴィンソンは、憲法等のテキストの言語を基本的には憲法起草者等の「意思」の記号化・暗号化とみつつ、解釈の素材をテキストに絞り、「意思」の「暗号解読」として解釈をとらえる方法を“weak” textualism と名付けているが、⁽³⁾ これは、先述の「意思」＝「文理」一致論に他ならないものであり、書き手の意思の権威性を前提にする点で、textualism とはいえないものと考ええる。他方、読み手の主体性をより強く認める立場を、“strong” textualism とする。後者は、「解釈とは、読解 (construing)」ではなく、「建設 (constructing)」であると⁽³⁾

解釈はテキストの暗号解読をするのではなく、むしろ、解釈自体がテキストを創造するとする立場である。⁽⁴⁾「意味は、発見されるのではなく、創造されるのである」⁽⁵⁾。この後者の立場を更に進めると、主観主義 (subjectivism) に至る。解釈が全てであり、テキストは無であるとみる立場である。

〈参考図〉



主観主義については、テキストによる解釈行為の制約を全く認めない結果、解釈行為自体の意味さえなくなりかねず、「絶望の」解釈論に至ることになる点で、問題が多い。実証主義乃至「厳格な『文理』基準」論については、後述する⁽³⁾参照)。その上、以下、strong textualism の立場に立ちつつ、言語の独自性いや重きをおくホワイトと、読み手の主体性に重点を置くフィスの所説についてふれてみたい。なお、以上の立場を図式化すると、参考図のようになる。

(一) Sanford Levinson, op. cit., 60 Tex. L. Rev. at 377.

(2) Jerry Frug, *op. cit.*, New York Times Book Review, at 28.

(3) Sanford Levinson, *op. cit.*, 60 TEX. L. REV. at 379-380. 念のため、レヴィンソンのこの weak/strong とは「読み手の意思を軽視するか、重視するかについての形容である。やや誤解を招き易い表現であるが、そのまき用いる。」

(4) *Id.*, at 381.

(5) *Id.*, at 383.

(6) G. Edward White, *The Text, Interpretation, and Critical Standards*, 60 TEX. L. REV. 569, 571ff. 575 (1982).

補注(一) Michael Hancher, *Dead Letters: Wills and Poems*, 60 TEX. L. REV. 507, 509-511 (1982).

(3) 「読み手」論——ホワイト、フェイス、ブレスト、フィッシュ

一 まず、ホワイトの「読み手⇄テキスト」の把握の方法についてふれてみたい。⁽¹⁾ ホワイトは、「法とは、その完全な意味において一の言語である。法とは、読み、書き、話す方法であり、また、かかる実践を通じて、法は、文化を、より広くいうならば、独自の特徴を有する論争文化を維持する一定の方法ともなる」と認識している。⁽²⁾ 別言すると、法とは、「法的論証の文化 (the culture of legal argument)」それ自体なのである。⁽³⁾

ホワイトも、テキストとしての法が、本来、曖昧さと不確実性を具有していることを否定しない。従って、常に確定的な意味が存在して発見されるのをまっとうしていると考えるのは誤りであり、他方、だからといって、テキスト固有の意義がないと断定するのも誤りであるとする。⁽⁴⁾ 後者の如き主観主義は「急進的唯我論又はニヒリズム (radical solipsism or nihilism)」に至る批判である。⁽⁵⁾

ホワイトは、一方で、テキストは、「文化」との関係で意義が規定されること、「文化的文脈 (cultural context)」の変化が言語の意味変化をもたらすことを強調している。⁽⁶⁾ 他方で、意味の捉え方については、単なる読み手ではなく、テキストの謂はば「理想的読み手」として解読する手法、「理想的世界における読解」、「エキスパートとしての文化の読み手」による解釈を提唱する。⁽⁷⁾ 但し、ホワイトは、「理想的読み手」の存在が、言語の一義的意味確定をもたらすと考えているのではなく、むしろ、かかる読み手による読解の多様性の存在こそ言語の意味を豊かにするものであると考えている。「我々の法的文化とその言語の再構成が行なわれなければならないとするのならば、それは、常に、個人によって行なわれなければならない。つまり、個人的差異の存在する範囲内で行なわれることを意味する」。⁽⁸⁾ この差異が公けにされていること、常に再構成に関する訓練と鍛練のなされていること、「集団的文化的教育のプロセス」の中にくみこまれていたことが、言語の意味の豊かさを約束するとしている。⁽⁹⁾ かかる言語の多義性が、「法的論証の文化」を形成するのである。

だが、我々は、言語の文化的被拘束性にのみ注目するのは、後述のように、一方的にすぎると考える。また、一方で、文化の理想的読み手をテキストの読解の主体として仮定しつつ、なお、個人相対性を肯定する結果、言語の意味確定の正当性は、読解行為の内在的屬性によっては決定しえなくなる。ホワイトは、「論争文化」、法的論証にこれを委ねる予定でいるが、場合により、何等かの形態での権威の外在を肯定せざるをえなくなるのではないか疑問が残る。また、後述のフィスの interpretive community についてと同じく、「理想的読み手」の存在可能性にも疑問がある。我々は、ホワイトの理論は、この辺りに限界があると考えている。

- (1) James Boyd White, *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, 60 *Tex. L. Rev.* 415 (1982).
- (2) *Id.*, at 415.
- (3) *Id.*, at 436.
- (4) *Id.*, at 416-417.
- (5) *Id.*, at 416.
- (6) *Id.*, at 427.
- (7) *Id.*, at 429-435.
- (8) *Id.*, at 436.
- (9) *Id.*, at 435-436.

二 フィスもまた、「解釈」とは、「読み手とテキストとの動態的相互作用をいい、かかる相互作用の産物を意味する」とする。⁽¹⁾そして、言語の多義性が、結局、読み手⇕裁判官の好みによる解釈を生むことを許すとし、同時にまた、解釈行為をこのようになししか理解しないニヒリズムを導くとする。そこで、これらを克服するために、⁽²⁾「客観的解釈の理念」を提示するのである。⁽³⁾

フィスは、憲法典の用いている言語の一般性・包括性のため、テキストの意味が不確定性を伴うことを認めているが、⁽⁴⁾やはり解釈の「客観性」はありえるとする。それには、個人的な視座を超越した、非個人的な規範性ある基準の存在が必要条件になるとする。但し、フィスは、かかる基準がテキストの意味の全てを決定するまでの必要を

認めず、解釈行為を「制約」でできる程度で足りるとする。⁽⁶⁾つまり、完全な客観性ではなく、「囲い込まれた客観性」(bounded objectivity)⁽⁶⁾であり、この結果、「読み手の創造的役割」⁽⁷⁾をも担保することができるのである。さて、フィスは、かかる「囲い込まれた客観性」を保障する役割は、the idea of interpretive community と the idea of disciplining rules とが果たすとする。後者の discipling rules は、読み手がこれに従うことによつて、解釈を主観的なものから客観的なものへとかえ、また、解釈の正当性評価の基準を与えるものである。その内容は、テクストの性質により異なるが、一種の professional grammar として存在しているとす。則ち、disciplining rules を権威的⁽⁸⁾とみなす community が存在していることを前提にするのである。法解釈の場合、裁判官集団が「法の支配自体を支持、促進することへのコミットメント」を共有するが故に、かかる community を形成しているとする。従つてまた、裁判官集団に存在する disciplining rules が、上述の意味での「解釈における囲い込まれた客観性」を担保していると考えるのである。⁽⁸⁾

ただ、フィスは、憲法裁判の特性として、次の点に言及している。まず、憲法的テクストは、命令・規範としての性質を有しているのであり、⁽⁹⁾かつ、司法的判断は、right/wrong に関わりなく、法的拘束力のある「権威性」が前提にされていることである。⁽¹⁰⁾かかる特性に意義と正当性を与えうるものは、フィスは、第一に、裁判官による社会改革追求への信頼であるとする。裁判における「効率性・有効性と功利主義的契機」への信頼である。則ち、裁判官は、「社会構造の再計画、再構築を行う建設士、エン지니어」であり、「政策的戦略家 (political strategist)」とならなければならないのである。⁽¹¹⁾第二に、フィスは、憲法は、「我々の社会の基本的な公的価値 (public valu-

es)」「つまり、「公的道徳 (public morality)」を体現しているともみている。かかる憲法と道徳的価値との原則的一致論が、法解釈の規範性と權威性とは正当性を付与している」とするのである。⁽¹²⁾

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

(2) ノヤスが、克服の対象となる「新ニヒリズム (new nihilism)」として、Brest, *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, 90 YALE L. J. 1063 (1981) と Waltzer, *Philosophy and Democracy*, 9 POL. THEORY 379 (1981) の他に、上述のハンヤンソンを加えている。See, *Id.*, n. 3, at 740. かかる八〇年代ニヒリズムの背景として、ノヤスは、①二〇世紀初期の法現実主義、②ウォーレン・コートによる「六〇年代の再建の努力」に対する批判、③七〇年代に生じた文芸批評と哲学における新たな方法論としての deconstructionism の影響を指摘している。See, *Id.*, at 740-741.

(3) *Id.*, at 744.

(4) *Id.*, at 742-743.

(5) *Id.*, at 744.

(6) *Id.*, at 745.

(7) *Id.*, at 744.

(8) *Id.*, at 745-746.

(9) *Id.*, at 751.

(10) *Id.*, at 755.

(11) *Id.*, at 759-761.

(12) *Id.*, at 762-763.

三 フィスの理論に対しては、ニヒリストと指摘されたブレストが、批判を行っている⁽¹⁾。批判は、主として、interpretive community の意義に向けられている。まず、総括的には、フィスの理論は、「公的価値」への確信の回復を求める点と professional canons に従って善意で行なわれる「裁判」は尊敬と遵守に値する outcomes を生むとしている点に着目しつつ、基本的には、アメリカ法学の主流であるリーガル・プロセス論の補完であると位置づけている⁽²⁾。

次に、フィスは、解釈を legal text に限り、moral or social text には注目しない⁽³⁾のであるがブレストは「公的価値」の発見をするには、moral or social text の解釈は不可欠ではないか、また、legal text に限るのはフィスが回避しようとしている textual determinism につながるかとの疑問点を提起している⁽⁴⁾。

さて、ブレスト自身も、interpretive enterprise には、「不確実性」が内在していることを自覚している。憲法規定の目的をどの程度の一般性において把握するのか問題となるとし、修正一四条の平等保護条項について、黒人差別、黒人以外の少数者差別、白人に対する差別、人種以外の特徴による差別等々どこまで含まれるのか定かではないとする。「テキスト、歴史、伝統は、一義的であることは、ほとんどない。むしろ、競い合い、対立しあう価値を含んでいることが多い⁽⁵⁾」。裁判官の判断は不確実性を前提としつつ、権威性と法的拘束力を与えられていることに頼って問題を解決するものに他ならないのである。とすると、フィスのいう interpretive community の背景・素地が解釈に影響を与えるのは否定し難い。フィスが肯定的に評価する interpretive community としての裁判官集団は、「ほとんどが白人、男性、プロフェッショナル、相対的に富裕」であり、「支配者エリート」であ

るとする。かかる集団が、「我々の」「公的価値」を発見する作業を行い、その判断には権威性を与えられているのである。⁽⁶⁾かかる集団に解釈を任せることは、判断の *sophistication* を伴う。その意味は、「憲法を素人のアクセス不能のものとする事」「つまり、「この集団の行う解釈を外在的検査をうけないように隔離することにより、権力関係を維持・強化している」とする。⁽⁷⁾結局、*interpretive community* が非メンバーに対して有する権力と解釈の結果とを規定するのは、「政治」であるとしてくる。⁽⁸⁾

かくして、ブレストは、フィス理論における *interpretive community* による憲法と道徳的価値の結合とは、「法と政治」との一致、そして、「政治」による法の被拘束性を肯定するものでしかないと批判したのである。確かに、フィス自身も、*interpretive community* としての連邦最高裁が、現在ではレンクイスト判事の理論的指導性に影響をうけていることを批判している。⁽⁹⁾とすると、フィスの求めるような憲法の「公的道徳」を発見するのに⁽¹⁰⁾ふさわしいとされる *interpretive community* の实在可能性にはかなり疑問がでてくるのである。

- (1) Paul Brest, *Interpretation and Interest*, 34 STAN. L. REV. 765 (1982).
- (2) *Id.*, at 765-766.
- (3) Owen M. Fiss, *op. cit.*, 34 STAN. L. REV. at 740.
- (4) Paul Brest, *op. cit.*, 34 STAN. L. REV., at 767-768.
- (5) *Id.*, at 769.
- (6) *Id.*, at 770-771.
- (7) *Id.*, at 772.

(80) Id., at 773.

(9) Owen M. Fiss/ Charles Krauthammer, The Rehnquist Court, THE NEW REPUBLIC, Mar. 10, 1982, p14.

(10) See, also, Sanford Levinson, Law, 35 AMERICAN QUARTERLY 191 (1983).

四 フィッシュによるフィス批判は、discipling rules の役割に向けられている。⁽¹⁾かかるルールが「制約」機能を有するためには、ルールが客観的・固定的に存在し、読み手の立場に関わりなく所与の制約を課せるものであることが前提とならなければならない。しかし、ルールが、かかるものとすれば、それも一の「テキスト」に他ならなく⁽²⁾なる。

他方、フィッシュは、ルール解釈に次のようなパラドックスがあるとす。則ち、大統領が、知的で教養はあるが、法的訓練はない人を裁判官に任命したとき、彼女はどうか、を問題にしている。フィッシュは、次のように分析している。

「本新任裁判官は、ルールが整序しようとしている実践についての working knowledge をあらかじめ得ることなく、ルールを解読することはできないことに気付くであろう。あるいは、パラドクシカルな表現をすると、彼女は、自己がルールについて何をなすべきかあらかじめ知っているときにのみ、何をすべきか示すものと考えられているルールの解読が可能になる。何故なら、法その他いづれのルールも、単純に適用すれば足りる作用領域に対して、独立して存在する関係にはないのである。むしろ、ルールは、作用領域と相互補完的、循環的關係にある。

つまり、ルールがもたらすと考えられている規則性を参照してのみ、ルールは意義をもちえるのである⁽³⁾。

つまり、フィッシュは、フィスが恐れている全く自由な解釈を行える読み手はそもそも存在しえないとする。読み手の存在自体が、知覚と思惟とに必要な諸前提に満ちているのであって、それに加えて、*disciplining rules* により制約する必要はないのである⁽⁴⁾。

他方、フィッシュは、「テキスト」の性質について、次のように分析している。第一に、先述のように、客観的に一義的に存在する *disciplining rules* たりえる「テキスト」は、実は存在していない。第二に、「意義の多義性を伴うテキストなるものも存在しておらず、従って、その中から選択をする必要はない」とする⁽⁵⁾。

後者については、説明を要しよう。フィッシュによると、「全てセンテンスは、所与の *contextualized form* においてのみ登場しえる」のであり、その文脈では、「唯一の明白な意味」しか有していないとする。かかる文脈を形成する「条件」は、「言語的」ではなく、「*contextual or institutional*」である⁽⁶⁾。つまり、「センテンスとの *encounter* は、特定の諸情況の集合に基づいてのみ生じるのであり、センテンスの示す *properties* は、常にかかる諸情況の機能なのである⁽⁷⁾」。しかし、このように考えるのなら、諸事情の変化に伴い、センテンスの示す *properties* も変化することにならないか。フィッシュも、憲法について、「諸事情」を前提にしてはじめて夫々の意味解釈が「明白であり、不可避である」としている⁽⁸⁾。だが、フィッシュは、テキスト——憲法の多義性には限界があるとしている。何故なら、「異なる諸見解も、全て憲法典に関する見解だからである。憲法典は、議論に参加する当事者全員により、その中心性が前提にされている」のであり、憲法解釈という *enterprise* では、

論争の方法とそこから生まれる諸見解は“enterprize specific”たるものをえなくなるのである。⁽⁹⁾ 別言すると、

「読み手は、共有されている enterprize の規範、基準、証拠評価の基準、目的、目標の範囲内で当初から思考しており、また、常にこの範囲でしか思考していない。従って、テキストから可能となる意味は、読み手の professional training によりあらかじめ選択されている。かくして、読み手自身が発展させた interested perceptions により既に意味を『付与』されていないテキストに直面する立場に、読み手が立つことは決してないのである。より一般的にいえば、フィスは、読み手及びテキストは制約をうける必要があると考えているが、私は、読み手及びテキスト自体が制約の構造を形成しているのであり、諸実践の領域のより大きな構造の構成部分乃至機関となっていると考えている。ここにいう諸実践とは、enterprize に属していると人が認定する『ルール』がどのようなものであれ、その content をごまかす⁽¹⁰⁾」。

つまり、フィッシュによれば、「憲法とは解釈をまつ対象というよりも、既に解釈された対象なのである⁽¹¹⁾」。そして、その意味で、テキストとしての意味の一義性を獲得しえると考えているのである。フィッシュによれば、解釈とは、一定の訓練を経た読み手の存在と、憲法典自体が決定する意味とが形成する「構造」の動的機能なのである。⁽¹²⁾ 従って、「構造」の機動化をさらに制約する disciplining rules なるものは、不必要でもあるし、また、存在していないともいえるのである。

我々も、テキスト解釈の enterprize における読み手の主体性の確立を求めるフィッシュ理論は、解釈行為の性格を分析する上で興味深いと考える。⁽¹³⁾ しかし、読み手主体の「構造」としての解釈という理論は、他面で、「構造」

概念に全てを埋沈させる虞れを伴う。読み手の主体性の中に disciplining rules の内在化をみる手法も、ルール固有の意味と役割の分析から注意をそらすことになりかねない。

我々は、「読み手」論の以上のような限界を念頭にしつつ、次に、我々の「解体」の手法について論じたい。

- (1) Stanley Fish, *Fish v. Fiss*, 36 STAN. L. REV. 1325 (1984).
- (2) *Id.*, at 1326.
- (3) *Id.*, at 1328.
- (4) *Id.*, at 1332-1333.
- (5) *Id.*, at 1334.
- (6) *Id.*, at 1335.
- (7) *Ibid.*
- (8) *Ibid.*
- (9) *Id.*, at 1336.
- (10) *Id.*, at 1339.
- (11) *Id.*, at 1336.
- (12) *Id.*, at 1345.
- (13) *Cf.*, Stanley Fish, *Interpretation and the Pluralist View*, 60 TEX. L. REV. 495 (1982).

一 実定法の分析は、「言語」の分析にはじまる。法現象は、言語の規定する価値を視座として観察されなければならない。法の言語と分析の言語の論理的意味の確認から、その作業ははじまる。実定法は一の論理構造として存在しており、従って、実定法の分析も一の論理構造でなければならない。その意味で、コモン・ロー研究の第一歩が、言語としてのテキストにあることを指摘したラングデルの言葉、「科学としての法が利用しうる素材は、全て印刷された本の中にある」は、なお示唆に富む。⁽¹⁾ 法実証主義者ハートもまた、「生存の意思」が人間行動と思考とを規定する特殊・重要な地位にあることを説明しつつ、次のように述べている。

「人間の圧倒的多数は、恐るべき悲惨さを代償としても生きることを意欲しているのが事実であり、このことは、我々が世界と我々自身夫々とを記述する場合の我々の思考と言語の全構造に反映しているのである。生存の一般的意思を除外した上で、『危険と安全』、『害悪と利便』、『必要と機能』、『病氣と回復』などの概念をそのまま残しておくことはできない。これらの概念は、目的として受け入れられている生存に対してもたらず貢献を基準にして事物を記述し、それと同時に評価する方法なのである」⁽³⁾。

我々もまた、かかる言語の文化規定力を肯定するものである。⁽⁴⁾ 則ち、人間の営為——生存と共存、個の生命の維持と社会生活の維持——が普遍的である限りで、言語は常に最低限これを反映している。従って、異なる言語であっても、国家・社会・民族・歴史を越えて、共通にする概念、一定の思考パターンを反映した概念が存在すると考える。もっとも、言語は、この共通の基盤を前提にしつつ、文化相対的である。しかし、これには、二つの側面がある。言語は、言語と外在的な文化的諸相のコンテキストがあつてはじめて意義確定が可能になるという面がひと

つである。が、他方で、言語形態自体が文化を形成している面もある。文化が人間諸関係の総和であり、また、人間諸関係がコミュニケーションの総和でもある限り、意思媒体としての言語は、この文化の特徴を反映させつつこれを規定する機能⁽⁵⁾を有する。文化が言語に凝縮しているともいえる。言語の分析は、その意味で文化の分析たりえるのである。

言語は、生存と共存のための価値とこれを具体化するための文化的価値との二つを内在化させ、かつ、固定化させている。故に、法解釈の任務の第一歩は、言語としての法に内在している二つの固有の価値の解析にある。我々が、法規範性を与えるべきなのは、言語に内在化・固定化されたこれらの価値である。

- (1) C. C. Langdell, 3 LAW QUARTERLY REV. 123, 124 (1887).
- (2) See, also, C. C. Langdell, Teaching Law as a Science, 21 AMER. L. REV. 123 (1887).
- (3) H. L. A. Hart, THE CONCEPT OF LAW, at 188 (1961).
- (4) 言語の文化規定性を鋭く指摘したものととして、次の二つの小説が示唆に富む。GEORGE ORWELL, 1984 (1949) ; SAMUEL R. DELANY, Bable-17 (1966), in THE COMPLETE NEBULA AWARD-WINNING FICTION OF SAMUEL R. DELANY (1986).
- (5) グラフは、言語・叙述の意義は、書き手・話し手が設定する「用法 (use)」の機能により定まるとする。つまり「解釈とは、言語・文章が、『それ自体において』何を意味するのかに関わるのではなくて、話し手が特定のスピーチ・アクト (Speech act) において、言語・叙述の潜在の意味をいかに現実化するのに関わるのである」。テキストの意味の解釈とは、「書き手・話し手が、言語を用いて何をしていたか、何をしているのかを推測すること」にあり、端的に「テキストの意味は、彼等の『行為 (activity)』によって、とらえられる」。See, Gerald Graff, "Keep off the Grass," "Drop

Dead," and Other Indeterminacies: A Response to Sanford Levinson, 60 Tex. L. Rev. 405, 405-406, 408 (1982).

このように「スピーチ・アクト論」は、言語は、言語を用いる者自身の行為を規定する力を有するものであり、より広くは、文化形成力をも認める方向につながる (performatives と) しての言語・叙述) の議論の可否については、See, JONATHAN CULLER, ON DECONSTRUCTION, at 111-128 (1982).

二 法解釈により、特定の事件での具体的に妥当な結論をえるという課題にとつては、論理的大系性、法命題の一般性・一貫性とは、妥当な結論に至る「道具」にすぎないとみること(1)も可能かもしれない。しかし、かかる結論をえるための解釈の方法、乃至基礎を分析するにあたっては、「法の論理的大系化」が不可欠である。(1) 法解釈の方法とは、具体的な人間の思考過程の観察的記述ではなく、また、妥当な結論の正当化・合理化のための後付け作業 (rationalization) でもない。(2)(3) あくまでも、「論証 (reasoning)」である。「論証」は、厳密な形式論理性により説明されなければならない。(4) 事実と価値は、言語による概念の定義と前提の設定、概念と前提の結合の際にとりこまれる。「論理」は、従って、それ独自の「実質と生活」を有するのである。(4)

本稿の対象とするイリー論文も、憲法解釈の方法に関する論理と構造の設定を目的としている。とすれば、我々もまた、イリーの設定する様々な大前提の論理的整合性、これから導かれるいくつかの小前提の論理的整合性、そして結論との結合の妥当性を丹念に吟味する作業が必要である。則ち、ここでは、我々は、まず、マカームックのいう「演繹的論証 (deductive reasoning)」によるイリー理論の検証を試みたいと考えているのである。(5) 演繹的論証において、命題Pが成立するとき、命題Qが成立するならば(大前提)、命題Qが成立している本件では

(小前提)、命題 p が妥当する(結論)という“ $p \supset q, p, \therefore q$ ”という構造が、基本になる⁽⁶⁾。ただ、マカーミックの指摘するように、現実の裁判過程では、“ $\therefore q$ ”を導くものは、一種の「選択」であるために⁽⁷⁾、かかる判断の正当化には、別途の論証を要しよう(マカーミックのいう formal justice 論 coherence 論)⁽⁸⁾。しかし、学説としての、イリヤー理論は、“ $\therefore p$ ”の選択をおえ、または、これを大前提にとりこんでいる。従って、司法的判断に伴う演繹的論証の限界は、当初から排除されているのであり、そこに、学説としての意味があるともいえる。我々が、演繹的論証によるイリヤー理論分析を行うのは、この理由による。

- (1) John Dewey, Logical Method and Law, 10 CORNELL LAW QUARTERLY, 17, 19 (1924).
- (2) Mortimer Adler, Legal Certainty, 31 COL. L. REV. 91, 98-103 (1931).
- (3) 但し、批判として Walter Wheeler Cook, Legal Logic, 31 COL. L. REV. 108, 111-114 (1931).
- (4) Cf. W. Underhill Moore, Rational Basis of Legal Institutions, 23 COL. L. REV. 609, 611 (1923).
- (5) NEIL MACCORMICK, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY, at 19 ff. (1978).
- (6) Id., at 21-24, 30.
- (7) Id., at 32-34, 53-56.
- (8) Id., at 73ff.

三 もちろん、概念と論理構造は、現実の法現象を分析するための武器である。従って、論理が単なる形而上的論理性のみ追求することになるのは、無意味である。あるいは、病理としてのみの概念法学に至る⁽¹⁾。しかし、「法的

制度とは、人間行動である⁽²⁾。従って、概念と論理は、事実⁽³⁾に規定されなければならない。則ち、

「法的現象にとってもっとも重要な事実は、法的現象が現在し又は現在しえることである。この結果、法的定理乃至法的公理は、(現在又は潜在的な) 實在に關係していなければならない。法思想家は、純粹数学を対象としていると自己確信してはならない。法的公理からの論理的演繹は、觀察可能な現象と一致していなければならない——さもなければ、公理は wrong ⁽³⁾なのである」。

だが、他面で、論理構造の精密性の検証を厳格に行うことなく、事実と政策の記述のみ行うことは、法学の任務の全てではない。我々は、事実の記述をふまえた規範的価値の探求とその正当化をも行なわなければならないのである。かかる任務からみたとき、「法が、科学となるためには、法的概念はとぎすまされた道具でなければならない⁽⁴⁾」のである。以上は、論理としての法についても、これを批判する学説についても等しく妥当する。

さて、我々の作業——イリイー理論の構造解体は、理論が自明のものとし、又は、暗黙に依拠している前提を疑い、もしくは、かくされた前提を探る作業である。フランクのいう「非ユークリッド的思考⁽⁵⁾」の応用ともいえる。

また、タシュネットのいう「解体 (deconstruction)」としての descriptive project ⁽⁶⁾である。あるいは、論理構造の「脱神秘化 (demystification)」⁽⁷⁾ともいえる。ただ、我々が、究極的に目指しているのは、「破壊的批判 (destructive criticism)」⁽⁸⁾ではない。ここでの「解体」とは、敵意にみちた無秩序な破壊ではなく、イリイーの

論理大系をよりほぐし、構造を要素へ分解し、新たな「建設」に使える要素を整理することを目的としている。新しい法学の方法の「建設」を行う土台を得ることが、我々の「解体」作業の目的なのである。

以上を前提として、分析作業に移りたい。(9)

- (1) Cf. H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW*, at 121-132 (1961).
- (2) W. Underhill Moore, op. cit., 23 COL. L. REV. at 609.
- (3) Jerome Frank, *Mr Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking*, 17 CORNELL L. Q. 568, 578 (1931).
- (4) Edwin W. Patterson, *Can Law Be Scientific*, 25 ILL. L. REV. 121, 130 (1930). マクミンは、かへって法現象の分析にあたり、法概念は、数学的の公式と同じ役割を果たさねばならぬ。Id., at 128-131.
- (5) Jerome Frank, op. cit., 17 CORNELL L. Q. at 572.
- (6) Mark Tushnet, *Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction*, 36 STAN. L. REV. 623, 627 (1984).
- (7) Jerry Frug, op. cit., *New York Times Book Review*, Feb. 16, 1986, at 1.
- (8) Cf. Walter Wheeler Cook, op. cit., 31 COL. L. REV. at 108ff.
- (9) 分析の基礎的思考訓練のため、次の文献を参照した。
① マクミン「解体」論について、JONATHAN CULLER, *ON DECONSTRUCTION* (1982)。また、ホーの *The Purloined Letter* と「解体」論を適用した BARBARA JOHNSON, *The Frame of Reference: Poe, Lacan, Derrida*, in: *THE CRITICAL DIFFERENCE*, 110-146 (1980) など、デコンストラクシニズムの役割を知るのに有益であった。ただ、念のため、右マクミン論文でも明らかなように、この方法論は、やや逆説的であるが、ある意味で厳密な文理実証主義があることを指摘しておきたい(但し、言語固有の心理性と論理性そして権威性を根拠に分析する点で、特異ではあるか)。我々が、デコンストラクシニズムに注目するのは、この点である。

⑨ 法的論証と法命題の正当性について、RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, 14-80 (1978); idem, A

MATTER OF PRINCIPLE, 119-145 (1985); DAVID LYONS, ETHICS AND THE RULE OF LAW, 61-144 (1984).

① 本文中述べた様々な法解釈方法については、既に「ハート・ゼックスマン」が詳細かつ興味深い分析・整理を行っており、我々も「これを思考のキースト」した。HENRY M. HART/ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS, at 1144-47, 1149-1192, 1200, 1218-1228, 1240-1269, 1274-1276, 1283-1301, 1410-1417 (Tent. ed., 1958).

② 科学理論における論理実証主義とこれに対抗するトーマス・クーン、ホーレン・フェイヤーン・ドゥのパラダイム論の簡単な概観として、Geoffrey Joseph, Interpretation in the Physical Sciences, 58 So. CAL. L. REV. 9 (1985).

(二) 「条文解釈」中心主義批判

一 イリヤーの憲法解釈の方法論は、「条文解釈」中心主義 (interpretivism) と、「価値発見」中心主義 (non-interpretivism) 両者の批判からはじまる。この二つの解釈方法の差について、イリヤーは、「条文解釈中心主義」とは、裁判官が憲法問題を判断するにあたり、明文の憲法に現に規定され、又は、含蓄されていることの明白な規範の執行にのみ限定するべきであると考えられるものであり、価値発見中心主義とは、かかるもののみ参照するのではなく、裁判所は更に憲法典の言語の隅々を捜しても発見しえない規範をも執行すべきであるという反対の考え方である」とまとめている (一頁。以下、本文中の頁数は、イリヤーの本のそれである)。

ところで、イリヤーは、近年、「条文解釈」中心主義が復活しつつあるとし、その背景として、① Roe v. Wade 事件 (410 U. S. 113 (1973)) との対抗で、学説上、自己の解釈方法論上の地位を明確にすることが必要となり、自覚的にこの立場に立つ者がでてきていること、② バーガー・コートが政治的に保守的であるため、かつては裁判官が

自己自身の価値の実現をするのを放置していた学者も、今は、なんらか制約を課す必要を認め、これを the values of the framers に求めようとする動きのあること、①一九七一年に死んだブラック最高裁判事の文理解釈主義理論の再評価がなされたことを指摘している(二、三頁)。

「条文解釈」中心主義には、二つの立場がある。ひとつは、「ゆるやかな『文理』基準論」ともいべきものである。則ち、憲法の文言の多くは、言語的意義と立法過程史だけから理解することはできない場合があるので、他に資料を求めて、実質の充足をはかることを認めるが、但し、あくまで、"the general theme of the entire constitutional document" の範囲内でこれを行うものとし、憲法典の言語から全くはなれたところに価値の源を求めないものである。他方、所謂「厳格な『文理』基準論」("clause-bound" interpretivism) とは、イリイによると、「憲法の各条文は、本来自己充足的単位としてアプローチされるべきものであり、立法過程史の提供する解釈の助けを借りつつ、しかし、他方では、条文規定自体以外から重要な内容の注入をせずに、条文の文言を基礎として解釈されねばならない」とするものである(一二頁)。

二 さて、「条文解釈」中心主義を支える根拠としては「民主主義」原理が指摘されている(一一、一二頁)。もっとも、我々は、ここで、イリイのいう「民主主義」とは何かを、あらかじめ、みておかなければならない。

イリイは、「多数者支配主義的民主主義 (majoritarian democracy)」がアメリカ統治形態の「前提」であることを承認しなければならないとしている。則ち、「我々は、ひとつの社会として、当初から、そして、現在も、代表民主主義が我々の統治形態でなければならぬとの観点をほぼ直観的に受け入れてきている」(五頁)。イリ

イーは、かかる「直観」による「前提」を正当化する要因として、次のものを指摘している。

①憲法典採択の過程そのものが、「民主主義的」であろうと企図されていた。独立宣言は批准はなかったのに対して、the Articles of Confederation では、州議会による批准が定められていた。「憲法は、『人民自身』、現実には、各州で選挙された『人民の批准決定代表会議』による批准に付託された」（五頁）。②「憲法典自体が、議会の選挙を規定し、州の共和制統治を命令している。これは、連邦・州両レベルでの代表民主主義システムへの明確なコミットメントを示している」（五頁）。③その後、投票権の拡大、上院の直接選挙の導入、大統領選挙人団の州議会による選出から直接投票への修正等々、「前世紀における我々の憲法の発展は、被治者の多数による統制に対する当初のコミットメントを実質的に強化してきている」（六、七頁）。④最後に、「アメリカ人の間、また、理論家の間にも、多数者支配の観念一般に重大な挑戦を提起する人はいない。……道德絶対主義者も道德相對主義者も同じように民主主義を信俸し擁護している。もっとも、夫々の視座によっているのであり、前者は、民主主義を自然法の教義として、後者は、道德的確實性は存在しないという理解に対するもっとも自然な反応を制度上表わしたものとしてとらえている」（七頁）。

三 我々は、かかるイリーの「民主主義」の所与性の議論について、若干の疑問を抱いている。右要因中、②④は、人民の選挙による代表が立法権を有する点は、憲法典の文理自体が明示していることであるから、正当性はある。しかし、右摘示の文理は、形式的な（人民の選挙という手続で選出された者の集団が立法権を行使するという形式）代表制を確認したのにとどまる。別言すると、イリーは、「民主主義」とは、立法権の担い手の決定方法

にのみ関わる統治原理であるという今ひとつの前提に立っているから、㊸のみによって、「民主主義」概念を「多数者支配主義」として把握しているのである。しかし、我々は、何故、「民主主義」の概念構築にあたり、憲法典中の条文から㊸㊸に関わる条文のみ選択できるのか、そうした限定の正当性は何かについての論証はないと考えている。憲法典の価値構造上、多数者支配主義的民主主義を所与の前提として優越的地位を与え、少数者保護のための人権規定は、この民主主義原理と異質・別個の存在であって、あらためて調和の方法を考えなければならぬという問題設定自体、我々は疑問があると考えている。イリイは、「多数者支配から少数者を保護する方法を考察しつつ、多数者支配の原理と重大な矛盾のないようにするという tricky な仕事は、従来から残されている」とし(七、八頁)、かかる「仕事」の解決を、以下の論述の課題とするのであるが、こうした問題提起の妥当性には、疑問を留保しておきたい。

次に、㊸では、一定の歴史的事実が、「民主主義」という規範的価値に転化されえるという方法論に拠っている。但し、何故「事実」↓「規範」転化が、正当なのかという点の理由は、不明である。また、㊸は、世論と学説上のコンセンサス論を根拠としていることにも、注意しておかなければならない。ここでは、イリイは、かかるコンセンサスが存在しえること、乃至、これをコンセンサスとして評価しえることを前提にしている。そして、憲法典上の概念について、憲法典以外の源から基本的価値の補充を行うことができることも、法解釈方法の前提にしている。以上のように、イリイの憲法論が所与の前提とする多数者支配主義的民主主義という価値は、㊸条文の恣意的な選択による文理解釈、㊸「事実」↓「規範」の転化の方程式なき、事実⇕規範一致論、㊸コンセンサス論によって

支えられているものであることに、我々は注目しておきたい。

四 では、「価値発見」中心主義は、何故、「民主主義理論との矛盾という非難」(五頁)をうけなければならぬのであろうか。イリイヤーは、次のように整理している。

裁判所は、確かに常に法創造を行っているが、憲法裁判以外の領域では、かかる法創造は、立法部の残したギャップを埋めるためになされるか、また、立法部が司法に任せた領域においてなされているのとどまる。この限度では、司法的決定につき、立法部が承認しえないときには、これを容易に是正することができる。しかし、

「裁判所が、憲法的理由から政治部門の行為を無効とする場合、立法部が既に行った判断自体を破棄しており、かつ、通常の法創造プロセスによる『矯正』には服さない方法でこれを行うのである。かくして、司法審査の中心的機能であり、同時に、問題の核ともなるのは、次の点である。つまり、選挙によっておらず、意義ある方法で政治的に答責性のない機関が、人民の選挙した代表に対し、代表の志向するところによって統治することはできないと宣言しているのである」(四、五頁)。

「価値発見中心主義は、政治的に無答責の裁判官をして、多数者の支配が及びえない価値の選択と定義とを行なわしめようとするものである。これに対して、条文解釈中心主義は、憲法から価値を抽出しようとする。つまり、憲法自身が人民の批准に付された上で受け入れられたのである以上、こうした価値は、人民に究極的に由来するといえる。かくして、裁判官が人民を規制するのではなく、憲法が人民を規制するのである。つまりは、人民が究極的に人民自身を規制するのである」(八頁)。

五 イリイヤーは、上記の問題整理をふまえた上で、まず、「条文解釈」中心主義のうち、厳格な「文理」基準論の批判を行っている。

イリイヤーは、「民主主義」との矛盾は、厳格な「文理」基準論も直面しなければならないとする。何故なら、現在、裁判所等でもっとも問題となる憲法の修正条は、既に死んだ過去の多数者の意思を代表しているのにとどまる。このため、シェファースンは、マディソンへの手紙で、憲法は一九年ごとに当然失効するものとするべきことさえ主張していた。死者が、生者に対し、あるいは、未来に対し支配を及ぼしえないからである。しかも、憲法の修正には、上・下院の三分の二、四分の三の州の承認が必要とされているのである。とすると、憲法条文を適用することにより、裁判所は「人民の意思」を適用しているとはいえないのではないか(一一頁)。要するに、イリイヤーによると、「民主主義論との不一致は、条文解釈中心主義と価値発見中心主義両者ともに同じく直面しなければならない問題である」(一一、一二頁)。

次に、イリイヤーは、憲法典自身が文言を越えて内容の充足を求めているとする。条文は極めて specific なもの(大統領の年令は、「三五才以上」とする規定)から、“open-textured”なものまである。例えば、修正一条は、“abridging the freedom of speech or of the press”と定めているが、「より広範囲で、より重要な問題領域のカバーが期待されている」のであり、「一連の成長が意思されていたのであり、言語は一七九一年当時の意義に限定される意思ではなかったことを我々はなんとなく感じとっている」(一二三頁)。もっとも、以上に対しては、条文解釈中心主義は、裁判官の任務は、規定が当初対象としていた“sorts of evils”を確認し、現在こ

れに該当するものをみつけることにあると反論するものと考えられる(一三頁)。

だが、修正八条の“cruel and unusual punishments”の禁止規定については、“Framer’s dictionary”をこえ、また、憲法典をこえて内容充足を必要が一層大きいといえないか、とイリイヤーは指摘する。この規定を、一七九一年当時の意義に限定すると、文言の“open-ended”としての特質をかえって損うことにならないか。条文解釈中心主義者は、ここでも、「条文がねらいとしていた evils の一般的範疇」に制限することを求めようとする。しかし、この方法では、憲法起草者の実際の議論と「矛盾しない」理論を抽出しえたとしても、これを、「現に憲法起草者の行った討論と、彼等の dictionaries の中に発見することはほとんどできないもの」である。ただ、それでも、条文に、「処罰」「異常」「残虐」という言語があるために、これにより一定の限定ができることは認めている。

しかし、イリイヤーは、修正九条、一四条については、次に述べるように、文言や制定時の議論からのみ意味の充足をすることはできないとし、ここに、厳格な「文理」基準論の限界を見出し出しているのである(一四頁)。

(三) 修正一四条、修正九条の解釈

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state where in they reside. No state shall

make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law.

(修正一四条一項)

The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

(修正九条)

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.

(修正一〇条)

(1) 実体的デュー・プロセス論批判

一 イリィーは、A・Cox が連邦最高裁による実体的デュー・プロセス論を「憲法裁判における自然法の遺産の力強さ」を示すものとして積極的に評価しているのに対し、「本条項のこうした解釈——立法その他の統治作用の

実体的メリットについて審査する一般的命令をくみこんでいるものとみることは、不可避的なものではなかつたし、むしろ、*wrong* であつたのである」としている（一五頁）。

何故なら、①修正五条のデュー・プロセスは制定当時「手続」にのみ及ぶものであると理解されていたとの「一般的合意が存在している」。②修正一四条は修正五条のデュー・プロセスの模写であるが、修正一四条制定当時における「記録に残されているコメント」に照らして、当条項に手続的意味以上のものが付与されていると推測しえるものはないとする。更に、③「少なからざる論者が、修正一四条の憲法起草者はそのデュー・プロセス条項は手続的問題にしか及ばないと意思していたことは明々白々であると結論づけてきている」ことも、イリイは、指摘している（一五頁）。

ただ、イリイは、連邦憲法と同一文言のデュー・プロセス条項を規定する N・Y 州憲法を適用して、禁酒法をデュー・プロセス違反とした *Wynehamer v. People*, 13 N. Y. 378 (1856)、奴隷の身分解放は奴隷所有者のデュー・プロセス侵害なることを示唆する部分を含む *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857) の存在にふれて、修正一四条起草者の若干部分がデュー・プロセスに実体的内容を含めることを否定しない意思であつたと考へうる可能性を否定しえないとする。しかし、この点について、イリイは、次の手法で否定している。

イリイは、まず、④「批准されなかつたものは、憲法の一部たりえない。そして、何が批准されたかを知るためには、時には、我々は何が意思されたかを知る必要がある」と認めつつ、⑤「何が意思されたかに関するもっとも重要な資料は、憲法の文言自体である」とする（一六頁）。かかる「意思」＝「文理」一致論をとる理由は、以

下の通りである。

(i) 「修正一四条が現にそうであるように、立法史が異常に混乱しているときには、特に右のようにいえる」こと、
(ii) 投票により特定の文言が条文として権威あるものとされるのは、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こと、(iii) 修正条文は、連邦議会での提案、州議会四分の三により承認されるが、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、「多様な事情の下にある無数の人々をまきこむことになる結果、立法史をいかに精査しても、信頼に値する意思の画像を収集することを望むことはできない」こと、(iv) 「修正一四条の批准に関する討論の記録の多くは残存していない」こと、(v) 制憲議会の真意については、各議員は個人的な動機、理由を有しており、動議提案、議論が必ずしも真の目的を示していないかもしれないし、また、それらが条文の文言がもっとも自然にかつ明白に含んでいる意味に反するときには、必ずしも決定的なものとして扱えないこと、(vi) 憲法の真意とは、憲法起草者のそれではなく、批准した者即ち「人民一般」の「意思」でなくてはならず、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こと等である(一七、八一頁)。

二 我々は、右の部分は、イリイの憲法解釈の方法論の性格規定に関わる重要な部分であると考えているので、若干、考察を加えておきたい。まず、イリイは、制憲者「意思」に解釈の正当性を見出す立場に立つのか否かについて考察しておかなければならない。捉え方としては、次のようなものがありえる。まず、(a) 基本的には、制憲者「意思」に解釈の正当性の根拠を求めつつ、修正一四条については、(i)(iii)(v)の理由から、これを確認するこ

とが事実上不可能なので、「文理」を資料としてののみ、「意思」の確認をする立場であると考えられる。次に、(b)抑々、制憲者「意思」の確認は、修正一四条については、資料的にも (i)、(vi)、方法論的にも (ii)、(v)、不可能である。従って、解釈の正当性は「文理」そのものであるとする立場ともみれる (ii)。最後に、(c)憲法解釈の正当性の根拠たるべき「意思」とは、人民一般の「意思」であり、人民は、議会内部の錯綜した討論を含めて「意思」の形成をするのではなく、端的に、「文理」自体にその「意思」を平明に示しているとする立場である。則ち、我々が、「意思」||「文理」一致論と特徴付ける方法論にも、さしあたり、右三つのアプローチがありえるのである。ただ、この段階で、イリイがどのアプローチに拠るのかは、必ずしも定かではないのである。

念の為、我々は、上記①②③の議論の性格についても、一言しておきたい。まず、④については、右(i)(iii)(vi)(v)の要因を前提にすると、何故、かかる形で議会の意思を確認しえるのか疑問がでてくる。また、①②は、現時点における学者等の形成しているコンセンサスに根拠を置いているものであることに注意しておきたい。我々は、イリイのかかるアプローチが、その後の理論展開と整合するものであるのか、注意深く見ていかなければならない。

三ともあれ、イリイは、上記の「意思」||「文理」一致論に立脚した上で、デュー・プロセス条項を「実体的」デュー・プロセスとして解釈することに反対し、次の理由を摘示している。①“process”の語の意義が一世紀前と異なるとは考えにくいし、制憲者が特異な定義をしていたとする「歴史的記録」はない。②修正一四条中、特権・免責条項がむしろ「実体面の監視」を含むものとしてみる余地がある。③実体的デュー・プロセス概念の利用は、適正なる手続の保障という条項本来の機能を損うことになる。つまり、政府は、適正手続なしに“life, liberty or

property”の侵害を行えないという解釈から、デュー・プロセスの保障をうけるか否か決定する前に被侵害利益が“liberty interest”“property interest”にあたるか否かまず証明しなければならないという解釈へと変遷してきている。前提問題の解決により手続的保護に値する事例を限定する方向に至るのである。⑤実体的デュー・プロセスは対象があまりに広がるため、裁判所としては解釈権限の自己抑制を模索するのが自然となる(以上、一八一—二〇頁)。(⑥他面で、連邦最高裁が実体的ポリシーについて事後審査する権限を欠くとしても、手続的要件を厳格なものとするにより、かかるポリシーの実現を困難にすることもでき、結局、最高裁の判断は、憲法の明示の規定をこえて「無制約」になるとの批判がありえる、とする(二〇頁)。しかし、イリイは、手続面についての判断にあたり、最高裁が、金銭面等のコストなど、「評価を行う上で憲法典自体は助けとならない」要因を考慮しなければならぬことは確かであるが、これは、デュー・プロセスに限ったことではないとする。また、手続的デュー・プロセスの問題とは、「不服申立人は、現にいかに重大な損害をうけているのか、より効果的な聴聞手続を保障するには、どの程度のコストがかかるのか」である。これに対し、実体的デュー・プロセスの問題とは、「立法部が追求することを決定した実体的ポリシーがどの程度望ましいものであり、又は重要なものであるのか」である。この対比で明らかのように、手続的デュー・プロセスの問題では、「決定すべきことは、限定されたコンパス内にある」のであって、「申立人をこの方法で処遇するには、いかなる手続が必要なのであって、凡そこの方法で申立人を処遇することが可能なのか否かではない」とする(二二頁)。

(2) 特権・免責条項

一 次に、イリイヤーは、修正一四条の特権・免責条項の意味を問題としている。本条項は、イリイヤーによると、文面上、「実体的な司法審査の権限」を与えていると読みえるが、一八七三年の Slaughter—House Cases (16 Wall. 36 (1873)) により、修正一四条制定時に存在していた連邦市民権に限定してこれを保障するものと解釈されて以来、百年あまり死文化している。しかし、かかる形で条文が無意味なものとなることが、「意思」されたことを示す「立法史」上の根拠はないとする(二二頁)。

右問題設定をふまえて、まず、ひとつの可能性として、修正一四条の目的とした黒人の平等という点から理解する方法が考えられる、とする。修正一四条の特権・免責条項の文言は、四条二項の特権・免責条項とほぼ同一である(“The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states.”)。そこで、四条二項は、州市民と州外市民との権利の平等化の規定であるので、修正一四条についても、住民間の権利の平等化規定といえないであろうか(二三頁)。

しかし、イリイヤーは、黒人の平等又はやや広く権利の平等化のみが、「修正一四条全体の唯一重要な目的」であったとはいえないとする。奴隷制廃止論者の関心は、時とともに広がり、より広く全人民の公民権と自由に関心を寄せていたのである。ところで、「実体的権利」を保障するのには、①平等条項を置き、何人も他人と同様のものを得る権利があるとするか、②重要な権利を明記するからであり、修正一四条の平等保護条項が①を、特権・免責条項が②を担当しているのである。つまり、特権・免責条項は、「州が奪いえない一定の権利(a set of entitlements)

(ts) が存在していることを明示的に宣言していると思われる」とする(二三、二四頁)。これに加えて、イリイヤーは、平等条項が「平等性戦略」を、特権・免責条項が各人に a set of entitlements を付与したものであることは、「文言に対しささやかな注意」を向けただけでも判明するとし、「特権・免責条項を、単に平等保護条項の複写と解釈することは、修正条の目的をもっとも平明な概念で示した憲法の文言の重大な差異を見失うこととなる」とする(二四頁)。

イリイヤーは、特権・免責条項に実質的な意義を与えようとした試みとして、ブラック判事が本条項を incorporation の根拠規定として解釈していたことに着目する一方、ただ、文言上、保護客体が連邦市民に限定される懸念がでてくることについて、次のように述べている。則ち、

「本条項の保護を市民に限定するという意識的な意思は、歴史の記録上、存在していないことは一般に同意がある。しかし、ほとんどの論者は文言がかかる趣旨であると結論づけており、かくして、我々は、市民のみが保護されるという結論に悩まされている。確かに、私は、明確な憲法典の文言を尊重すべきであることに同意する。ひとつには、文言が目的に関して考えうる最良の証拠だからである。しかし、我々が目的として確信していることと、文言の通常の解釈とが一致しない場合、少くとも文言を今一度見直す義務は、制憲者に対しても我々自身に対してもある。『No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States』は、市民のみが、特権・免責につき保護をうけるものであることを意味しえる。しかし、かかる意味でなければならぬとはいえない。次の趣旨をも容易に意味しえるのである。つま

り、『合衆国市民の特権・免責』という entitlements が存在しており、これについては、州は何人に対しても拒否しえないのである。別言すると、市民に言及している点は、受益者の範囲を限定するのではなく、権利の範囲を定義しているのである。かかる解釈のほうか、我々が本条項の目的と理解していることを反映したものであることには、誰もが同意しよう。また、この解釈は、文言のなじみ易いもののひとつでもある。とすると、かかる解釈に従ってはならない理由を想像するのは困難である」(二五頁)。

イリイは、更に、修正一四条の提案者であり、院内総務を担当していた上院議員 Howard の説明によっても、特権・免責条項とは、修正一条から八条の保障する権利をさすものとされていたことをも付け加えている(二六頁)。但し、「立法史の議論については、いずれの側も勝ちえないであろう。しかし、この点は、現実的には重大なこととはならない。ここでもっとも重要なのは……現に提案され、批准された規定の文言である」とし(二七頁)、最終的に、三で示すような解釈を提案している。

二 我々は、ここで、以上の法解釈の方法について注意してみよう。ここには、実は、様々な分析手法が混在していることに気付く。問題提起においては、憲法起草者「意思」が特権・免責条項の死文化を求めていないことを手がかりとしていたが、この点は、次に、奴隷制廃止論者、一般の関心と目的と憲法起草者「意思」とを重ねあわせて理解するという手法におきかえられている。しかし、憲法起草者^{II}修正一四条制定時の連邦議会とこれを批准した州議会が、完全に奴隷制廃止論者であったとの証拠はない。むしろ、ここでは、歴史的・社会的文脈からイリイが抽出した条項の「目的」に権威性を与える方法がとられたといったほうがよいであろう。ところで、他面で、イ

リイは、「立法史」↓憲法起草者「意思」の探求をしても、結局、いずれの解釈の根拠としても引用しえるものでしかないから、「意思」⇨「文理」一致論によるのが正しいともしている。ところが、上述引用にみるように、かかる「文理」解釈を導く基準は、「我々が目的として確信していること」であるとするのである。こうして、憲法起草者「意思」、「文理」、解釈者の選択した「目的」が夫々法解釈の基準とされ、ことに、最終的には、解釈者側の「目的」を基準とする解釈を妥当とするかの如き表現をしているのである。このような法解釈方法に関する混乱は、もう少し続くのである。

三 さて、イリイは、一の解釈方法論によりつつ、次のような解釈を提示している。

まず、文言上権利章典が修正一四条の特権・免責条項を介して州に適用があると当然に結論づけるとはいえないが、こう解することを妨げるような文言も、憲法起草者の「意思」もない。更にまた、ブラック判事は、特権・免責条項の機能を incorporation に限定しているが、これに限定しなければならないとする文言、憲法起草者の「意思」はないとする(二八頁)。

そこで、イリイは、「特権・免責条項の解釈としてもっとも成立可能なものは、その文言が示唆するものであり、また、そうでなければならぬ。特権・免責条項は、憲法典が列举せず、また、少なくとも制限列举はしていない権利、若しくは、認定のための方法さえ示していない権利につき、将来の憲法に関する決定形成者にその保護を委任したものである」とする(二八頁)。

ところで、イリイは、右の解釈を提示した後、再びこれを正当化するために、次の三つの要因を指摘してい

る。まず、④文言にもっとも適するとする(二八頁)。次に、⑤「立法史」である。つまり、修正一四條制定の過程で、四條の特権・免責条項に関する *Corfield v. Coryell* 事件(6 F. Cas. 546 (C. C. E. D. Pa. 1823))におけるワシントン判事の解釈に注意が払われていたとする。判事は、特権・免責とは「性質上、基本的なもの」であり、「列挙することは困難である」が、さしずめ次のものであるとしていた。「政府による保護、生命と自由の享受、あらゆる種類の財産の取得と所有の権利、幸福と安全を追求し獲得する権利である。但し、政府が全体の一般的善のため正當に命ずる制限には服する。一州の市民が、取引、農業等の職業の追求その他の目的のため、他州を通過し又は他州に住む権利。動産、不動産を譲受け、所有し、処分する権利。州の他の市民が支払うよりも高い税や賦課をうけない権利、これらが、市民の特権・免責の若干のものとして言及しえよう。これらは、基本的とみなされている特権の一般的記述の中に包含されている……」(二九頁)。イリイは、こうした解釈は、四條の特権、免責条項の解釈としては誤っているかもしれないが、「修正一四條の憲法起草者が、規定しようとしているものの鍵として反復して *Corfield* 事件の議論に注意を向けていた事実がある。本条の信頼しえる解釈をする上で、この事実の重要性を消去することはできない」とする(二九頁)。最後に、⑥憲法起草者「意思」である。則ち、イリイは、「憲法起草者は、一八六六年の公民権法などといったような権利の制限列挙をせずに、むしろ、『合衆国市民の特権・免責』の保護を選択したのである」とする。議会での議論では、公民権法の列挙したものをこえる目的が引用されることはほとんどなかったが、イリイは、ビクルを引用して、「憲法起草者は、彼等が制定しようとしているのは、憲法であるとの認識を有していたのであり、これが成長の可能性のある文言の選択を導いたので

ある」としている(三〇頁)。

四が、我々は、ここで若干の混乱に導かれる。一では、立法史Ⅱ憲法起草者「意思」の確定によっては解釈の基準は導きえないので、「意思」Ⅱ「文理」Ⅱ「文理解釈」に一致論に立ち、「文理解釈」の手法として「目的」論がとられていたが、三では、正に憲法起草者「意思」が根拠とされているのである。しかも、三の冒頭での特権・免責条項の解釈では、明示的な憲法起草者「意思」が存在していないことが、前提にされていたのに、右④では、ややポイントをおきかえて、「意思」の不確定性という要因は、憲法起草者が意識的にそう読める文言を選択したという形で理解されているのである。ところで、我々は、(三)①一で示したように、修正一四条の憲法起草者「意思」の確認は、資料的にも方法的にも不可能であるとイリイヤーが指摘していたことを想起しなければならない(一七、一八頁)。とすると、結局、特権・免責条項の解釈にあたり、憲法起草者「意思」を解釈者Ⅱイリイヤーが操作することにより、イリイヤーの選択した「目的」に則して、特定の結論を導くという方法が用いられていることになるのではないか。

次に、以上の議論をみると、イリイヤーは、特権・免責条項の機能として、①所謂 incorporation の他に、②「実体的な司法審査の権限」「実体的権利」の保障が与えられている。ところが、以後の論述で明らかかなように、イリイヤーは、「実体的権利」乃至 outcome の享受をうける権利は、憲法的価値を与えられるべきではないという立場に立つ。しかし、本節で展開した③の機能の可能性との調整は、明示的にはなされていない。イリイヤーは、本書の基本命題である representation—reinforcement の立論を終えた後にもう一度権利章典の読みかえ作業を行うが、その際、特権・免責条項については、「特権・免責条項は、全く不可解なものである。ただ、憲法典に明示

的に列挙されていない constitutional entitlements の集合の存在すべきことは示している」とし（九八頁）、実体的権利保障機能の可能性を巧みに被いかくす表現にしている。だが、文理そのものとの矛盾は残されている。実体的権利保障機能を完全に否定していない限りでは、実は、イリイの理論構造のくずれる種がここにかくされていることにもなるのである。

(3) 平等保護条項

一 イリイは、平等保護条項に関連しても、第一に、「厳格な『文理』基準論」によっては解釈ができないことを指摘するとともに、第二に、連邦政府に対する平等保護の請求の根拠規定を修正五条のデュー・プロセス条項に求めることを不当とし、むしろ、修正九条に拠るべきことを主張している。

まず、第一の点について、イリイの議論をフォローしておこう。イリイは、議論の出発点として、本条項は、①文言上、一定種類の不平等を禁止する趣旨であること、②「歴史的にみて」、特に黒人に対する不平等を克服する趣旨であること、③「人種に結合しない一般の文言を使用する決定は、意識的なものであったことを我々は認識している。若しくは、そう認識していないとしても、これを推定することは容易である」ことを確認している（三〇頁）。

問題は、本条項によっても、全ての分類が平等に反することにはならない点である。とすると、連邦最高裁のいう「合理的根拠」テストにかなり近い基準により限界を画さざるをえなくなる。つまり、「合理的な人が、克服

しようとしている不正と、分類の根拠として用いられている特徴との間に、十分な相互関係があると認める限り、反対例の存在が相当数に至ったとしても、分類が意義なきものとなることはない」というテストである。しかし、合理性テストに従ったとすると問題がでてくる。何故なら、イリイーによると、黒人差別・アパートヘイトゥもある意味で「合理的」となるからであるとする。人種分離学校のほうが教育効果があがるとの研究があるし、また、人種紛争を回避もできる。事実として、黒人は白人より一般に教育水準が低い。統計上の事実に従い、仕事を人種によりわりふることも合理的といえる。

そこで、人種差別を平等条項に反するとするには、つまり、「本修正条項の中心的目的を実現し、人種差別を違憲と判断するには……通常の合理的根拠テストより強力なテストが援用されなければならない」とする(三二一頁)。しかし、「憲法の条文は、かかるテストがいかなるものかについての鍵を我々に与えていない。条文の一般的核心——平等——は、明白であるが、これ以上の内実については、条文の文言又は憲法起草者の意思として判明しているものの範囲内からは何物をも抽出しえないのである。我々に残されているのは、かかる規定なのである」(三二一頁)。そこで、イリイーは、平等条項もまた、「裁判官に対する、政府の選択が妥当であったか否かについての sweeping mandate」であるとするのである(三二二頁)。

二 我々は、平等保護条項については、イリイーは、文理それ自体以外には、憲法起草者「意思」により明らかにされえる解釈基準はないと考えていることに気付く。sweeping mandate であることの根拠も、憲法起草者が法解釈を将来の世代に委任する意思を有していたとする特権・免責条項で示した「意思」論に求めているとは読みと

れない。むしろ、文理解釈で確定しえる意味の範囲を明らかにし、オープンにされている部分は、端的に、裁判官の裁量に委ねられているとみていると考えるほうが自然である。とすると、イリイヤーは、修正一四条のデュー・プロセス条項、免責・特権条項、平等保護条項について夫々微妙に異なる憲法起草者「意思」論を適用（又は不適用）していることになる。

なお、平等保護条項のオープンな部分の解釈を規制する原理の探求は、後になされる（（六）参照）。

三 きつ、第二に、*Bolling v. Sharpe* 事件（347 U. S. 497 (1954)）において、D・C地区については、修正五条のデュー・プロセスに修正一四条の平等保護が含まれていると解された点について、批判している。

まず、*historical intent* について、第一に、修正一四条の憲法起草者は、南部諸州の現在、将来の立法部を信用しなかった一方、自己自身には信を置いていたとする。第二に、その証左として、修正一五条は、投票権制限については、明示的に、「合衆国又はいずれの州による」ものも禁止していることを指摘している。従って、「条文の証拠上、平等保護条項により連邦議会を拘束しないとの決定が少くとも意識的になされたものであることは、確実である」とする（三三三頁）。

次に、ホームズ判事が、「我々が連邦議会の法律を無効と宣言する権限を失っても、合衆国は崩壊しないと考える。しかし、諸州の法律につき、無効宣言をすることができなくなると、ユニオンは危機に瀕する」と述べたことを引用して（O. W. HOLMES, COLLECTED LEGAL PAPERS, 295-96 (1920)）この点の補強としている。

ところで、もしこうした批判が正しいとすると、修正一四条は、全体としてみると、デュー・プロセス条項の内

容であると誤って解釈されていたものを現に保障している他の条項を含んでいるのに対し、修正五条のデュー・プロセス条項は、独立して規定されている。とすると、連邦に対する関係では、平等保護の根拠規定はないことになるのであろうか。この点について、イリイは、修正九条が平等保護を含んでいるのである。その理由として、イリイは、「第一に、本修正条項を本来趣旨としているところに従い理解するのは誤りではないし、第二に、当初から憲法の核にあった代表概念の教えるところに従い、かかる open-ended provision に『平等保護』の要素を読みとるのは適切なことである」とする(三三頁)。

では、修正九条とはどのような規定なのであろうか。次にこれをみてみよう。

(4) 修正九条

一 イリイは、「修正九条は、デュー・プロセス条項と異なり……与えられようとした意味を現に内在化させている。つまり、修正九条は、憲法上特定・列挙しているものを越えて連邦憲法上の権利の存在することを示す意思によったものであるとの結論は、文言が無理なく支持しえる唯一のものである」とするのである(三八頁)。以下、かかる解釈を根拠付けるために、種々の理由を指摘している。

まず、修正九条を諸種の権利の根拠とする右解釈が現在支持されない理由のひとつとして、条文が open-texture であり、何でも含めることができることになる点を指摘するとともに、これに対し、open-texture である点はデュー・プロセス条項も同じであると反論している。加えて、文言を比較したとき、デュー・プロセス条項は

“process”と明記しているのに、ここに実体的な権利を読み込もうとする矛盾があるのに対して、修正九条は、現に unenumerated rights に言及してゐるとする(三四頁)。

次に、かつて、ブラック判事が、「全ての歴史学研究者の知るところ」として、修正九条が加えられたのは、修正一条から八条による権利の列挙により、逆に連邦政府はここに明記されている権利の侵害に至らないことであらば、これを行う権限があるかの如く解釈されることの「恐怖」があったとしている (Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479, 520 (1965) (Black, J., dissenting))。しかし、イリイは、マディソンが修正九条に賛成した理由のひとつをここに見い出していることを認めつつも、修正九条制定の理由をこれのみと考えるのは、wrong であるとする。何故なら連邦政府の権限の限定という機能は、同時に成定された修正一〇条の明記するところだからであるとする(三四頁)。イリイは、マディソンのジェファソンあての手紙から憲法に権利章典を加えることに反対する理由として指摘されていた二つの理由、則ち、①基本的権利でありつつ正確な記述をなしえないものがあること、②権利章典に列挙されていない権利は、連邦政府の手に委ねられたと解されないことを手掛りとして、「マディソンは、連邦政府が明示的に記述されていない権限をも有するとの含みと、明文で列挙されていない権利が軽視されることとの両方を回避しようとしていた」とまとめている(三五、三六頁)。そして、「より重要なことは、修正一〇条が正に前者の点を明示的に表現しているのと何じく、修正九条は、後者を明示的に記述していることである」としている(三六頁)。

二 ところで、ブラック判事は、修正九条に独自の意義を認めずに無視し、又は、デュー・プロセスと同旨とみな

した上で議論の焦点をデュー・プロセスにあてていくアプローチをとっている (Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479, 511 (1965) (Black, J., dissenting))。その理由を、イリイは、「明析な分析をすれば、憲法がその文言を越えて視野を広げることが我々に命令する諸規定を含んでいることが判明する。かかる命令の存在がブラック判事を悩ませたのである」とする。そこで、条文解釈主義者たるブラックにとっては、修正九条の処理について二つの答えが可能であったとする (三八頁)。

ひとつの方法は、「憲法がゴーストを保護することを規定した条文を一以上有していると仮定する」ことである。ここにいう「ゴースト」は、自然法のことである。つまり、「修正九条、修正一四条の open-ended clauses について内容を抽出することを期待されていた淵源は、自然法である。しかし、現在、我々の社会は、もはや自然法を信俸してはいないのであるから、条文を無視することは正当化される」という議論である。しかし、イリイは、次の点からこれを排している。「憲法は自然法により内容を充足されなければならないという命題は、普遍的には受け入れられてはいなかったのである。また、我々が真先に頭にうかべる『憲法起草者』の間でも自然法が多数意見ではなかったことはほぼ誤りがない」のであり、自然法は当初から憲法的価値の根源ではない以上、この議論は成立しないとす (三九頁)。

次に、修正九条、修正一四条の如き条項が憲法的権利を確立していると解しえたとしても、“principled judicial enforcement”には直ちになじまないものであり、「専ら政治部門を名あてて人としてゐるかの如く取扱われなければならない」という議論も考えうるとする (三九頁) (我々は、これをさしあたり政治的プログラム説とする)。

しかし、イリイヤーは、まず、「修正九条は司法的執行をうけるという憲法起草者意思のあったことを特に示す立法史はない、と指摘することは、cheap shot にすぎない。当初の憲法制定時にもいずれの規定であれ司法的執行をうけることを示す立法史はほほないのである。修正九条のみいづれか一方の方向へとり出されるべきではない」と反論している（四〇頁）。ただ、修正一四条に関しては、同条五項によって議会がもっとも有意義な執行にあたるものであることが予定されているし、また、修正一四条制定時まで、連邦最高裁が連邦法律を違憲とした教は三件にとどまるなどの事情があり、これは、上記の議論を支えるともいえる。しかし、この点に対しては、イリイヤーは、ドレッド・スカット事件前後における「連邦最高裁に対する批判」が、次のようなものであったとする論者の研究を引用してこれに答えている。

「第一に、最高裁判所は、連邦議会の法案を違憲とすることに全く同程度に、なかなか違憲宣言をしないことについても批判されていたのである。第二に、当時の数年にわたる Federalist と Republican 両者からの批判は、最高裁が議会の法律の妥当性を判断する権限を有していることには向けられていない。むしろ、その行使の結果、特定の党派的措置を支持し又は無効にするに至っている点に向けられていたのである」(Monroe, *The Supreme Court and the Constitution*, 18AM Pol. Rev. 737, 740 (1924)).

更に、「一九世紀の前半に、相当数の州の法律が無効とされていたことは重要である。The Reconstruction Amendments は、結局、主として州を対象としたものだからである」とする（四〇頁）。確かに、ドレッド・スカット事件、*Barron v. Baltimore* 事件（7 Pet. 243 (1833)）への Republican の批判はみられたが、

「一般には、司法審査の制度は前提とされていたのであり、攻撃は正義感に反する特定の事例に限定されていたの

である。司法審査権を一般に剝奪すべきであるとのコンセンサスにいさかでも近いものは、存在していなかったことは確かである。もし、コンセンサスがあったとすれば、むしろそれは反対の内容のものであったのである」(四〇頁)。

三 以上でみたように、我々は、イリーの修正九条論は、①修正九条の文理解の平明な意義自体に注目しつつ、これを憲法起草者の「意思」として説明することにより正当化する手法、②修正九条と一〇条との文理解の相互比較から、夫々の役割の言語構造的意義を確認する手法、③マディソンの手紙を材料としつつ、それに解釈を加えて、整合性ある制憲者「意思」を抽出する手法、④学説、世論、裁判実務から「コンセンサス」を抽出する手法などを複合的に用いていることに気付く。他面で、⑤自然法理論、政治的プログラム説は、上記の④や憲法起草者「意思」を根拠に、法解釈の方法として排斥しているのである。

しかし、イリーは、本節の終わりにおいて、次のように発言している。

「司法審査権は、歴史が最終発言権又は少くとも最終的な肯定的発言権を有することのできる問題ではない。憲法典の open-ended provisions の司法的執行に関する principled approach が展開しえないとすれば、つまり、代表民主主義に対する我が国民のコミットメントと絶望的なほど矛盾するとまではいえない方法が展開しえないとすれば、責任感ある論者は、裁判所がかかる規定からは撤退すべきであるという議論の可能性を深刻に考慮しなければならぬ」(四一頁)。

逆言すると、右文章は、open-ended provisions の法解釈とは、「司法的執行の principled approach」の

探求なのであり、その場合、「代表民主主義に対する我が国民のコミットメント」という価値が、法解釈を拘束するという基本枠組みに立つことを宣言しているのである。以下のイリーの関心は、この価値原理を法解釈の実践上機能しうる概念に置きかえること、そして、そうした原理→概念を前提として、憲法典の再解釈・再構成を行うことに向けられるのである。

このようにして、イリーは、「条文解釈」中心主義の限界を明らかにしつつ、自己の新たな法解釈の方法、則ち、代表制民主主義の原理化による司法的判断の正当性の論証を提案したのである。ただ、我々は、先に指摘しておいた、「民主主義」の所与性の論証、デュー・プロセス条項に関する「意思」Ⅱ「文理」一致論の三つの可能性、修正一四条解釈における憲法起草者「意思」の操作、上述の修正九条解釈正当化の種々の方法と、ここで述べられている原理化のアプローチとが、どのように整合していくのかについて注意しつつ、議論の展開をたどらなければならない、と考えている。

四 「価値発見」中心主義批判

一 さて、イリーは、代表民主主義の原理化の方法を探る作業の前提として、次に、「価値発見」中心主義の総括的批判を行っている。この考え方によると、裁判所は、「衝突する価値間の実体的選択」「議論が不可避である政治的、社会的、道徳的諸概念からの実体的選択」をしなければ立法の合憲性審査はできないとするものであり (L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 452 (1978))、また、最高裁判所は、「社会の基本的原理の進

化と適用を任務とする制度」であり、その「憲法的機能」は「価値を定義し、原理を宣言すること」にあるとするものである (A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH*, at 109, 68 (1962))。そこで、イリイイーは、かかる「価値発見」中心主義者の求める「価値」「原理」の抽出は説得的であるのかを問題とするのである。

イリイイーの問題分析は、二つに分かれている。まず、一方で、「価値発見」の主体たる裁判官の判断作用の当否を検討している。そして、次に、発見されるべき「価値」の当否についての吟味をしているのである。我々は、かかる「価値発見」中心主義批判を通じて、いかなるイリイイー理論の特徴が明らかになってくるのかに注目しつつ、以下、議論をたどることとしたい。なお、我々の所見は、(3)において総括的に述べることにする。

(1) 裁判官と裁判

① 「裁判官自身の価値」について

一 イリイイーは、「価値発見」中心主義批判の総括的な出発点として「裁判官自身の価値」による判断の問題点にふれている。則ち、裁判官は憲法を執行するに当たり政治部門の判断の測定・評価上、「自己自身の価値」を用いるべきであるという考え方は、方法論として主張されることはない。しかし、以下検討する各種のアプローチは、客観的、非個人的な価値の認識方法に基づいているかのようであるが、現実には、「裁判官自身の価値」でしかない場合が多い、とする (四四頁)。

イリイイーは、「裁判官自身の価値」基準論が隠されたままとりこまれている理由は、*the fallacy of transfer-*

med realism にあるとされている。つまり、法現実主義者は、四〇年ほど前に、裁判官も「人間」であり、法的処理を行う上で意識的、無意識的に法的論証に個人的価値を入れていたとの観察をしたのである。イリィーは、「一部の者にとって、こうした地球をも揺るがす洞察は、これこそ裁判官の行うべきことであるとの結論を含むと安易に考えられたのである」とする(四四頁)(但し、念の為、我々は、イリィーがここにいる「一部の者(some)」が、法現実主義者の中の some を指すのか、それ以外の学派の some をいうのか、特に脚注による文献の引用も欠くため、読みとれなかった。後の論述では、法現実主義者の一部と考えているようであるが、この点は、イリィーの法解釈論の性格規定に間接的に関わる論点でもあるため、疑問を留保しておきたい)。しかし、こうした立場に対して、イリィーは、次のように批判している。

「第一に『法現実主義』の裁判理論は、いずれの価値を課すべきかを示さないという意味では、裁判理論とは全くいえない。第二に、この理論から右の『結論』がでてくることには凡そならない。つまり、人が常に盗みをするように誘惑されているからといって、彼等のなすべきことは、盗みであるということにはならない」(四四頁)。

二次に、この考え方に立つ人は、連邦最高裁は、彼等と同様の思考をする判事によって構成されていると考えている。この「仮定」に立つと、問題は解決するとする。「課されるべき価値」と「論者自身の価値」とは一致しているのであるから、この限度では、「課されるべき価値」を基準とする最高裁が何故「望ましい」ものといえるかの説明はつくからである。但し、イリィーは、「これは大胆な仮定である」とする。かかる「法現実主義」を批判するもっとも重要な議論は、「最高裁の生涯職務の保障されている構成員(又は、その他の連邦裁判官)が、法現

実主義者の価値を共有するものであるという保障は絶対はない」という「純粹に現実的な」ものであるとしている(四四頁)。

三 最後の論点として、イリイは、「民主主義」論と「裁判官自身の価値」論との関わりについて検討している。「アメリカにおいて、任命制の裁判官が、国家の経営にあたるべきであるとの立場は、受け入れられないであろう。さしあたり、ここで論じている論旨も、この立場には立っていない」。何故なら、「民主主義論との一致は、司法部が国家経営の方法に大きな差をもたらす立場には現実にはない」という理念中に見い出されると考えられている」からである。かかる考え方を基礎付けたものとして、イリイは、ハミルトンの *Federalist* 78 から次の部分を引用している。

「権力の各部門を注意深く考察した者は誰もが次のことに気付かざるをえないであろう。政府の中で夫々分離されている部門中、司法部は、その機能の性質上、憲法の定める政治的権利に対してもっとも危険性の少ないもの (the least dangerous one) であり続けよう。権利を妨げ、侵害する権力においてもっとも劣るからである……司法部は……剣にも財布にも影響力を及ぼさない。社会の軍事力、経済力のいずれについても命令を与えず、なら積極的な解決をとりえないのである。つまり、力も意思も有していないのであり、判断のみを行なうというのが正しいであろう。また、その判断の実効性についても、究極的には、行政部門の援助に頼らなければならない」(四五頁)。

しかし、イリイは、「全く意義なき役割」しか果たしていないという前提は妥当か問題とし、むしろ、結論的には次のようにまとめている。則ち、

「連邦最高裁は、財布もなく剣もないかもしれない。しかし、国家が機能する方法に重大な影響を与える能力が

大きなものであることは証明されている。また、この能力は常に成長しつつあるようにみえる。最高裁は、堅固な多数者意思を永久に阻止することはできないことは、真実であろう。しかし、その実現を数十年にわたり遅らせることは確実に可能である——労働者の社会保障、児童労働、組合組織は、そのもつとも顕著な例である。そして、利害関係のある人にとって、この遅延は永久のものとなるのである」(四五頁)。

イリイは、さらに、最高裁に対する形式的チェックも意味をなしていないとして、次の点を指摘している。①議会による司法予算のコントロールは、現実的コントロールとして用いるにはあまり露骨すぎること。②議会の弾劾権も、「司法の独立」の要請が一方が強いため、かなり極端な事例を除き、現実が発動されることは少なく、裁判官のコントロールには至りえないこと。③最高裁判所の管轄権の変更は、憲法上の疑義があり、実際にはここ百年余りなされていないこと。④最高裁判事の人数縮小 (packing) は、グラント政権で一度なされたのみであり、かつ、それも政権の望む成果をあげたのか疑わしいこと。⑤F・ルーズベルトの packing の試みは、最高裁の判例の流れを修正したと一般に解されているが、判例変更は最高裁独自の別個の事情によるとの説明もある一方、国民の圧倒的支持をうけていたルーズベルト政権のこの試みは「司法の独立」を脅かすものとしてかえって不評であったこと。⑥憲法改正は、現実的にはなかなかなされず、また、時間を要すること、従来、最高裁判例を憲法改正により修正した例は四つあるのみであること(修正一条による Chisholm v. Georgia, 2 Dall. 419 (1793)、修正二四条による Scott v. Sanford, 19 How. 393 (1857)、修正一六条による Pollak v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U. S. 429 (1895)、修正二六条による Oregon v. Mitchell, 400 U. S. 112 (1970))。⑦政治

部門は、現実には、最高裁判決の執行を忠実に実行してきていること。⑧大統領による判事任命によるコントロールによって、多数派を形成するのには何期かにわたる大統領と上院との努力を要するし、任命した判事が期待通りに判決を形成するのか予測し難いこと(四六、四七頁)。

イリイは、一方で、最高裁の「本質的に反民主主義的性格の結果、最高裁は常に破壊される危険にさらされている」との指摘がなされており (Kurland, *Toward a Political Supreme Court*, 37 U. Chi. L. Rev. 19, 20 (1969))、これは、最高裁があまりにいきすぎると、上記の形式的チェックが発動されて最高裁の機能の破壊に至るとの警戒論と受けとめられるとしつつ、実際には、ウォーレン・コートの時代でさえも、「破壊に近いことは実現されていない」とする(四七、四八頁)。結局、イリイによると、「現実には、最高裁の権限は、成長を続けていく。ここ二〇年あまりで過去に例がないほど強力なものとなっている」とする(四八頁)。そして、全ての人が、かかる現実を認識しているために、「裁判官自身の価値」を「憲法判断の源」とする議論に賛成せず、ならか、「客観的、価値中立的なもの」「裁判官から『外在的に存在していて』、発見されるのを待っているもの」を探索しようとしているのである、とするのである(四八頁)。

② 「理性」(reason)

一 次に、イリイは、裁判官は「理性」に基づいて憲法判断を行うのに適しているのかを問題とする。この点につき、ビクルは「道徳哲学の議論に親しむ理性的方法」を用いるべきとしているが (ALEXANDER BICKEL, THE

SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS, 87 (1970))、これにつき、イリーは、こう指摘している。

「技術的にみて、理性自体では何物をも語ることはできない。前提と結論とを結合することができるだけである。何物かを意味するには、つまり、前提を援用し、これと人が理性を實踐する方法とを関連させるには、より豊かなものを抛り所としなければならない。とすると、基本的な考え方としては、憲法の適切に規定しているのは道徳哲学であること、かかる哲学を行う正しい方法があること、裁判官は他の誰よりもこれを認識しかつ哲学を實踐するのにふさわしいこと、ということになる」(五六頁)。

確かに、裁判官は一種の「絶縁状態」に置かれているので、「偏向」から自由な判断ができるとはいえそうである。ただ、イリーは、この点は、裁判官も立法部も「ほぼ同一の階層」出身であるので、裁判官が行う道徳的判断がより健全である理由は、より *dispassionately* にこれを行いえるからである、と理解することになるとする(五七頁)。他面、立法者は、*common morality* との矛盾があっても、選挙民の感情的反応からの圧力に抗し難く、適切な道徳判断を行えなくなるともいえそうである(四七頁)。

二しかし、イリーは、かかる司法的実践理性論(これは、我々の命名である)に対して、三点にわたり批判している。

第一に、経験論的批判である。則ち、

「道徳的問題に関する *popular input* と『正しい』道徳的判断とは一致しえないとの主張について疑問を提起することからはじめることができよう。我々の道徳的感受性は、経験という圧力をうけることによって、最高の機

能を果たすと考えるべき理由がある。我々のほとんどは、ナパーム弾で火傷を負ったベトナムの子供の写真を見せられるまで、この直近の戦争の反道徳性について完全に気が付かなかったのである。……『隔離されている』司法部が、我々のよりよき道徳の本質を説明する仕事をよりよく実践しえるという考え方は、歴史的にみて不確実なものであることがわかる」(五七頁)。

第二に、道徳哲学の対立である。司法的実践理性論は、「道徳哲学の方法」については妥当なものと妥当でないものとははっきりとわかれており、全員が同意するひとつの方法が存在しているとの前提に立っている。しかし、功利主義とその批判、また、経済的再配分を道徳的必然とみるか否か等の対立があり、さらに端的に、ジョン・ロールズとロバート・ナーズィックとの対立がある(JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971); ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974))。たとえば、「We like Rawls, you like Nozick. We win, 6-3. Statute invalidated.」という選択をせざるをえないのではないか、とイリーは疑問を投じるのである(五八頁)。

第三に、司法的実践理性論の社会的階級性である。則ち、イリーは、こう指摘している。

「基本的価値の司法的選択には、組織論的偏見があることは、経験の示すところである。また、ほとんどの法律家、裁判官、そしてほとんどの道徳哲学者は、上・中流階層、専門職業人階級の出身であるため、上記の選択がこの階層の価値観にいろどられていることも驚くには値しまい。人は、自分達にとって重要なものを一般に重要なものと考えからである。我々の如き人種もその例外ではありえない。かくして、最高裁と論者が基本的という刻印

を押す傾向にある価値のリストは、この本の読み手もそのように認定するのほとんど困難を覚えないリストといえる。これには、次のものが含まれよう。表現、結社、教育、学問の自由、住居のプライバシー、人格の自律、ステレオタイプ化された婦人の役割を強いられない権利、夫の扶養をうけない権利。しかし、ほとんどの基本権論者は、誰かが、職業、食物、住居のものについて議論しようとするのとドアのほうへにじりようとするのを直視するべきだろう。彼等にとってこれらは重要ではあっても基本的ではないのである」(五九頁)。

イリィーは、かかる形で選択される「価値」は、利害関係ある個人の政治的倫理的傾向を正しく反映していないものであり、“the smell of the lamp”がするとする。要するに、『理性』を基本的価値の源泉とみることに対する反対は、次のように述べるのが最良であろう。一方で、『中立性原理』が無内容の源泉であることが判明したのと同じく無内容な源泉であるか、さもなくとも、あまりにエリート的、非民主的なものであって、直ちに放棄されるべきものである」(五九頁)。

③ 「中立性原理」

一 イリィーは、さらに、所謂「中立性原理」も、法解釈の基準たりえないとする。これは、連邦最高裁は“naked power organ”となつて単にその場にあわせて結論を宣言するのではなく、「原理」に基づきこれを同一の事件に等しく適用することにより事件を解決すべきであるという考え方である (Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1954)) (五四頁)。イリィーは、中立性原理は司法

活動の適切な要件となっただけではなく、憲法判断の源泉ともなったとする。つまり、憲法的決定形成の必要・十分条件となつたのである。このため、中立性原理の明確化自体が最高裁判所の活動の適切さの保障となつたとする(五五頁)。

二 しかし、イリイイーは、中立性原理論には、次の問題点があるとしている。

『中立性原理』を強調すること自体によっては、そうした原理の適切な内容、又は、最高裁がこれら原理の体現する価値をいかに抽出すべきかについての有用なことは何事も示していない。当初、この要件は、原理が形成された後には、人の気分によつてではなく、現に原理のコントロールする事件全てに適用されるべきであるということとを意味していた——この程度のこととは、理論的には容易であるが、人は常にこれに従えるものではないことは我々全ての認識するところである——。しかし、これでは、充分たりえない。『言論の自由は、共和党派に保障される』という原理は、これがいかに適切に適用されようとも『中立的』であるとして我々を満足させるには至らない。かくして、ウエクスターの意味において原理が『中立的』となるのには、ある程度の一般性が必要とされなければならない。しかし、我々が、必要とされている一般性の程度について合意できたというほほありえない事態を前提としても、我々はなおかつ原理の適切性(*appropriateness of the principle*)を保障する公式を与えるには至っていないのである。『立法部は自己の欲することは全て行なえる』との原理は……明らかに認容しえないものであるが、その理由は一般性において不充分であるからである、とは凡そならないであろう(五五頁)。

また、イリイイーは、一方で、中立性原理論は、ウエクスターがブラウン事件を批判したためもあって、司法的保

守主義の合言葉となつたとしつつ、実は、ウォーレン・コートもこの理念にかなり近い立場にあつたと評価している。そしてまた、それ故に、「中立性原理」は、①「あまりに一般化がなされている」点、②「原理の一般性、適用の中立性の要件は、実体的内容の源泉 (source of substantive content) を提供していない」点に問題があるとするのである (五五頁)。

(2) 憲法と「法と道徳」論

一 イリイヤーは、憲法解釈の主体に関わる価値尺度の批評を終えた後、次に、解釈の拠つて立つべき基準として、憲法典以外の超実定的諸価値を用いることの当否を検討している。則ち、我々の表現に置きかえるならば、憲法と「法と道徳」論の分析を行っているのである。イリイヤーは、以下述べるように、自然法による法解釈の正当化は不当であるとし、順次、「伝統」(tradition)、則ち、過去形としての道徳的価値、「コンセンサス」(consensus)、則ち、現在形としての道徳的価値、最後に、「革進の予測」(predicting progress)、則ち、未来形道徳、全てについて批判するのである。

① 自然法——憲法と道徳の分離

一 イリイヤーは、自物法理論一般を憲法解釈の正当性の淵源とすることを否定する。その根拠は以下の通りである。第一に、憲法典自体が自然法に基礎を置いていないという、憲法における自然法不在論ともいふべき主張である。

憲法とプロセス——イリイヤー『民主主義とその不信』によせて 渡辺

則ち、イリイヤーによると、確かに、当初の憲法典及び修正一四条の制定に至る時代には、自然法大系の存在は人々の信俸するところであったとする。しかし、憲法起草者は、作業にあたり、自然法概念に頼っていたとはいえないとする(四八頁)。もちろん、独立宣言では自然法への言及がある。が、憲法典と独立宣言では役割を異にする。

後者は、革命戦争正当化のための「ブリーフ」であり「弾劾状」であった以上、これを実定法に根拠を求めて起草することは凡そできなかったのである。これに対し、憲法とは「統治の枠設定」を目指すものである。また、権利章典の背後に自然法哲学があったともいえるが、「さほど広範にうけ入れられていた」ものではなかったとしている(四九頁)。これを裏付けるため、イリイヤーは、近年における研究でも、自然法概念は独立初期のアメリカ法曹にとって積極的役割を果たしておらず、憲法、法律、判例法を無効とする根拠になるとは全く考えられていなかったとされているとする(ROBERT COVER, JUSTICE ACCUSED (1975)) (但し、自然法によって実定法を無効とした例として、Calder v. Bull, 3 Dall 386 (1798)) (五〇頁)。

二 第二に、理論的不当性である。則ち、当時、自然法は、奴隷制反対の根拠に援用されていた(四九頁)。当初の憲法典が奴隷制を承認していたためである。が、他方で、奴隷制支持の根拠にも援用されていた。ケンタッキー(一八五〇年)、カンザス(一八五七年)の憲法は、奴隷所有権を憲法以前のより高次の権利として規定していたのである。また、Bradwell v. Illinois 事件 (16 Wall 130 (1872)) では、女性の弁護士登録を拒否するにあたり、女性の役割は妻と母にあるとの自然法が用いられていたのである(五一頁)。則ち、

『自然法理論は、全て特有のあいまいさを有している。このあいまいさは、理論適用上長所ともなり短所とも

なる。長所となるのは、自己の欲することが何であれ、これを正当化するのには自然法を援用しえることである。短所となるのは、誰でもそれを知っていることである。かくして、自然法は、この国におけるあらゆる種類の大義を支持するために援用されてきている——同一の争点につき、対立する両サイドがこれを援用することも往々にしてある」(五〇頁)。

更に、イリイは、自然法概念が憲法訴訟にとって有意義たりえないことを次のように説いている。

「以上述べたことは、『道徳絶対主義』に対する議論が誇張されてなされてきていることを否定しようとするものではない。道徳的眞実が存在しないことを証明するため、アドルフ・ヒットラーの少数派の『道徳』を引用することは、世界の形について正しい立場はないことを証明するため、Flat Earth Society の見解を援用することよりも、公正であるとはいえない。我々のほとんどが(仮りに絶対的に正確であるとはいえずとも)、『非合理』とレッテルをはることが正当化されると考える assumptions は存在しているのであり、そして、この assumptions とは完全に一致しない倫理的立場も存在している。但し、かかる命題群は、あまりにもあいまいなため議論の施しやうのないまま、『自然法』として命名されている諸命題の鏡像なのである。ここで、例として、不必要な苦痛の賦課は、道徳的に許されるという命題を考えてみよう。かかる倫理的命題はうけ入れ難いものであることは、明らかである。他方、その反対命題は、拒絶しえないものであることも明らかである。だが、前者の命題は、後者の命題と同じく、憲法的紛争には関連性がない。憲法訴訟が対象とするのは、政府の立法部門若しくは最終責任ある者の承認した作用である。立法部門、最終責任ある者の行う作用は、政府側法律事務所にとって充分に認容しえるも

なのであって、だからこそ、法廷での政府側弁護に至りえるのである。確かに、かかる作用は、不正(若しくは善)の選択を伴うものである。だが、かかる作用が苦痛の賦課を伴うとしても、利益衡量上その理由が充分であるか否かは、議論に委ねることができるものなのである。つまり、一般に、かかる作用が、明白に不必要であるとのラベルをはることでできる苦痛賦課を伴うことはないのである」(五二、五三頁)。

三 最後に、イリィーは、司法的認定不適切論を指摘している。ここでは、倫理的紛争は実は前提となる事実についての不一致であることが多いとの指摘について検討している(「民主主義」論に立つ司法的認定不適切論は、②以下参照)。倫理的紛争が事実認定により解決される面をもつのなら、確かに、裁判所の機能にふさわしいといえそうである。しかし、イリィーは、次の点を指摘している(五三頁)。

第一に、「動物の虐待や墮胎」など、一定の紛争は「道徳的世界を広げることが適切かどうかに関するものであって、事実の主張についてのものではない」ことである(五三頁)。

第二に、道徳の不一致が前提事実の不一致であるとしても、それが憲法的文脈でどのような意味をもつのか考えなければならぬ。つまり、「裁判所が現実の事実の認定をし、おそらく全員が同意するであろうこと……をかかる事実適用することにより紛争を解決すべきであるというのは、妥当な道徳原理であったのか」(五三頁)。この点につき、イリィーは、二点の指摘をしている。①何故、裁判所が事実を認定しなければならないのか。「パブリック・ポリシー」の問題は、「立法事実」を含む。つまり、「裁判上の事実」と区別された「事実の広範囲の一般化」である。しかし、「立法事実」については、裁判所は立法部よりも認定能力がはるかに劣るのである。②また、

事実が探求不能であり、若しくは、事実観察者全員が満足いくような方法で紛争解決することが可能な程度に事実を発見することができない場面がある。死刑の抑止効が一例である。とすると、「事実の不確実性が問題の一要素であることは、その問題が深い道徳的な問題でないことを意味しないし、また、裁判所が処理の能力と資格につき優先的権利主張ができる問題であることも意味しない」（五三頁）。

四 以上、イリーイーの結論は、要するに、「我々の社会は、発見可能で客観的に valid な道徳的原理の集合という観念、少くとも、我々の選挙による代表の決定をくつがえすのに役立つものとして説得性のある道徳的原理の集合という観念をうけ入れておらず、また、うけ入れないのが正しいのである」という点にある（五四頁）。

② 伝統——過去形道徳の否定

一 道徳的価値の一形態である「伝統」についても、イリーイーは、①どの大義にも援用しえ、「マヌーバー」が可能であること、②誰のどの時期の伝統をいうのか不明であること、③多数者に支持されていないと「伝統」といえないのか否か問題があること、④過ぎた時代の知的、道徳的傾向を確実に知ることはできないこと等を指摘している（六〇頁）。

以上に関連して、黒人差別問題にふれている。特に、Regents of the University of California v. Bakke 事件（438 U. S. 265 (1978)）をどうみるのかである。本件では、歴史的に不利益をうけてきた少数者に対する人種的優遇は憲法上 suspect とされたが、その際、「伝統」が根拠とされている。イリーイーは、これに対して、

憲法とプロセス——イリーイー『民主主義とその不信』よせて 渡辺

（六九一）一九五

人の法的地位は人種により影響されてはならないと宣言する歴史的文書を数多くリスト・アップすることはできるが、これらの宣言は、白人が少数民族の犠牲において利益をはかることを許されるべきか否かという文脈でなされているのであって、*affirmative action* の当否の文脈ではないとし、この事実の差異を考慮しないのは妥当ではないと批判している(六一頁)。

イリィーは、人種問題についても、「ふたつの相衝突する伝統」があるとす、ひとつは、「平等主義」であり、他は、「悪意」の伝統である。さらに、後者の悪意による差別助長の伝統を除去しえた仮定し、従って、「人種差別を利用して少数者に不利益を科することを否定する統一的なアメリカの伝統があると仮定したとしても、かかる仮定からは、ズルでもない限り、人種上の少数者が優遇されるのか否かという別個の問題についての統一的な伝統はでてこない」のである(六一頁)。イリィーは、再建期が黒人優遇措置に関する現実的可能性のあった唯一の時期であったとし、現に、一八六六年の *the Freeman's Bureau Act* は修正一四条を可決したのと同じの議会が大統領の拒否権発動にも拘わらずこれを可決していることを指摘している。従って、再建期に注目して修正一四条を規定する「伝統」を抽出しえないわけではないとしつつも、結局、イリィーは「人種の多数者が少数者救済のための措置をとりえるか否かの問題についての一義的なアメリカ的伝統は存在していない」とするのである(六二頁)。イリィーは、「伝統」論の理論的当否に関して、更に、次の問題点を挙げている。④「伝統」論は、歴史回帰的であり非民主的性格をもつ。何故なら、昨日の多数者が今日を支配することになるからである。しかし、「我々が価値の源泉を求めている規定は、*open ended* な用語で文章化されており、成長の可能性を認めている」(六二

頁)。(4)「伝統」が価値の源泉であるとすると、生活様式のあり方を理由に処罰される者がもつとも憲法の保護をうけないことになるとする。(5)要するに、「伝統に依拠することは、人民の支配の基本的理論、そして、我々が内容を充足しようとしている多数者抑制規定の精神いずれとも一致しないといえる」としている(六二頁)。

③ コンセンサス——現在形道徳の否定

一 イリイヤーは、「社会の広く共有している価値」、乃至 *conventional morality* に価値の源泉を見出す方法についても、これを否定している。理由は、三つある。

第一に、コンセンサス不在論である。つまり、コンセンサスは存在しておらず、ただか一定集団の他の集団に対する優越があるのみであるとの主張がふえているとする(六三、六四頁)。さらに、アメリカのコンセンサスは、六〇年代に解体したとの主張である。イリイヤーも、こうした主張に賛成し、コンセンサス論とは、「あまりに一般的すぎて有用性がないか、逆に、あまりに特定されすぎていて議論を生じるか、その両者の混肴となっている」とする(六四、六五頁)。

この点の例として、最高裁判事にもコンセンサスは把握しえないとし、*Breithaupt v. Abram* 事件(352 U. S. 432 (1957))、*Furman v. Georgia* 事件(408 U. S. 238 (1972))とを引用している。前者は、交通事故で意識を失っている者から採血することは「全コミュニティの『decency と fairness』の感覚」に反しないとしたが、三名の反対意見がついていたし、後者では、ブレナン、マーシャルは、死刑は現代のコミュニティの価値

にあわなないとして違憲としたが、その後、州では死刑条文の手直しをはかり、その存続と合憲性の確保に努めるとする(六五頁)。更に、研究者の側でも、例えば、ビクルは、ブラウン事件の正しさは社会的価値に訴えて証明しえるが、ロックナー事件で問題となった法律(最高労働時間、最低賃金の法定)が社会の基本的前提を侵害していることになるとはいえないとしている(A. BICKLE, THE LEAST DANGEROUS BRANCH, 237-38 (1962))。しかし、イリイは、右の点に対しても、一九五〇年代では人種差別はアメリカ生活で深く根をおろしていたこと、また、レッセ・フェール政策は世紀の初めには広く享有されていたのであって、ビクルの評価は擁護しえないとしている(六六頁)。また、conventional morality 論者であるウェリントン¹⁾は、一方で、MPC(模範刑法典)の定める墮胎処罰を支持しつつ、他方で、母親の身体的、精神的健康を理由とする例外規定について、健康な fetus が何故病気の母親よりも重要でないとされるのかわからないと批判している例をも引用している(Wellington, Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication, 83 YALE L. J. 221 (1973))。

要するに、イリイによると、「社会の諸価値を自分自身の視角からみることによって……文化人は、一般に支持を受けているとみたい場合のほとんど全てについて、一定の声なきコンセンサスによって支持されていると確信しえる」とする(六七頁)。

二 第二は、民主主義論に基づく司法的認定不適切論である。つまり、司法部と立法部とのコンセンサス認定資格の比較の問題である。この点につき、イリイは、次のように述べている。

「連邦議會、州立法部に反多数者的影響力が存在している場合、立法を妨げ、妨げることはできたとしても、多数者の反対に直面しつつ、立法を可決させるのには足りない。このことを考えると、裁判所は、立法部の判断と逆のコンセンサスを想定しその名のもとに立法を無効とすべきであるという意見は、一層支持しえないことになる。我々は立法部は完全に民主的ではないことをあくまで力説することができよう。しかし、だからといって、裁判所が立法部よりも民主的となるものでもない」(六十頁)。

次に、イリイも、一方で、コモン・ロー領域では、立法のギャップを埋め又は立法の委任に従いつつ、「コンセンサス」へのアピールが意味をもちえることを肯定している。この文脈では、「裁判所は立法部の『代役をしている』」であり、(よき)立法部として行動するようにつとめると考えられる。これは、裁判所自身の最善の判断と人民の意見についての最善の評価とを結合することを伴うものである」として、むしろ、コンセンサス論を積極的に肯定する余地を認めている(六七、六八頁)。しかし、翻って、憲法領域でも、かかるコモン・ロー的考え方を応用しようとするには反対している。

「立法部は、現に意思表明をしているのである。問題は、裁判所がこれを破棄すると、本来憲法修正という困難な手続によってしか原状回復を行えないことになる場合に、なお裁判所は破棄すべきか否かにある。憲法裁判所が行なわなければならない、そして、現に頻繁に行っているのは正しく上記のことなのである。私もこれには同意しよう。ただ、その実行にあたり、立法部が人民の価値を真に表明しておらず、最高裁こそこれを表明しているという理論に基づくことは馬鹿気ている」(六八頁)。

イリイヤーは、「人民の有する純粹な価値は、非民主的なエリートに信頼して発見できるとの観念は、ものの本によれば、時に『総統原理』として言及されるものなのである」として批判するのである(六八頁)。

三 第三として、コンセンサス論の理論的不当性である。つまり、コンセンサスによる憲法の open-ended provisions の内容充足の目的は何かについて考えたとき、①多数者の価値を実現するためとすると、立法過程のほうが妥当であるといえるし、②少数者の権利を保護するためとすると、多数者の価値判断を根拠とすることは無意味になるとする(六九頁)。

④ 革進の予測——未来形道徳の否定

一 最後に、イリイヤーは、ビクルがウォーレン・コートとは将来を予測しようとしたものであり明日の觀察者が革進と判断するであろうことを可能な限り予測してこれを憲法原則にしようとしたものであると評価しているのを手掛りとして(A. BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS (1970))、かかる未来形道徳を価値基準とすることを不当として、次の諸点を理由として指摘している。

第一に、「裁判官が、人民の意見の未来の発展を予測することができる資格があると考えべき理由はない」(六九頁)。つまり、司法的認定不適切論である。その理由は、価値発見の中立性を担保しえないこと、若しくは、未来形道徳の司法的認定不能論にある。則ち、

「今日の司法的判断は(その判断の価値の源泉・拠り所が何であれ)、明日の多数者の価値に重大な影響をもた

らすのは不可避である。権力の座にある者の『予測』は、『予測』されるのが人民の考えであつたとしても、それ自体自己充足的性格をもつことは已むをえない。これ自体は正しくないと、正しいともいえよう。ただ、最高裁は、『将来から価値を抽出している』のであり、将来に対して自己の価値を課してはならないという理論により価値中立性に基づいている、と論ずることはできないとはいえよう。何故なら、最高裁が予測したように事態が進展したという事実は、最高裁は最高裁であつたことを証明するのにとどまるからである。かくして、将来を予測することによって、実は、判事はこれを形成するのに寄与することになるのは避け難く、また、将来を形成することにより現在を形成することになるのも避け難い。この方法論のポイントはここにある。この方法論が機能しえると仮定したとしても、それは、判事自身の価値を課すことにしかならない」(七一頁)。

第二に、理論的不当性である。則ち、

「予測に頼ることは、文面上も反民主的である。今日の世代をその孫の世代の価値により統制することは、祖父の世代の価値により統制することと同様に、受け入れ難い。『自由主義に向かうアクセス』は『保守主義のためのブレイキ』と等しく、反民主主義的である」(七〇頁)。

また、個人の権利を守るという角度から見ると、結局、将来の多数者の価値を基準とすることになり、右目的を達成するのにふさわしいのか疑問であるとする(七〇頁)。

(3) 裁判官不信論、憲法典の孤立——我々の所見

憲法とプロセス——イリイ『民主主義とその不信』によせて 渡辺

(六九七)二〇一

一 以上が、イリイによる「価値発見」中心主義の批判である。我々は、こうした批判の中から、イリイ理論の論理構造上の特徴点として、次のものを見出し出している。

初めに、裁判官不信である。「裁判官自身の価値」の否定は、裁判官が妥当性のある法的論証を追求し、乃至は、客観的な価値を定立しようとする主観的努力の有効性、又は司法的感性への不信を表明したものに他ならない。さらに、イリイは、司法的実践性の機能にも、一切の有効性を認めていない。しかし、実践理性は、価値を法的論証過程にインプットし、法的保護の正当化を担う謂はば価値の「受け皿」である。イリイが、かかる実践理性が無内容でありすぎるか、又は、「エリート的、非民主的」であるという性格規定によって、その作用を法解釈の領域から排除してしまうとすれば、裁判官の主体性は残らなくなる。

イリイは、「職業、食物、住居そのもの」を保護する解釈論の提示を実践理性が通常拒否することを理由として、「エリート的、非民主的」という規定を行っている。とすると、イリイに残されているのは、司法的感性、実践理性に頼らずに、かつ、「職業、食物、住居そのもの」を保護しうる司法的メカニズムを用意するか、又は、実践理性と感性の信頼を回復する理論的基盤を用意するか、いずれでしかあるまい。そのいずれをもとらないとすれば、イリイの理論とは、裁判官不信を前提とする、学者の側からの、「エリート的、非民主的」な感性又は実践理性の押し付けであり、*the smell of the lamp* に満ちたものとなるであらう。

二 イリイは、「中立性原理」を消極的にしか評価していない。但し、単にこれだけでは足りないとする趣旨か、排除する趣旨かは文面上定かではない。ところで、ウェクスラーの中立性原理の要点は、実体的原理の定立はひと

まず最高裁に信頼して任せつつ、同時に、その原理が同様の事件には同様に適用できる内容のものであるという意味で中立的なものであることを要求することにある。つまり、原理の適用プロセス自体の公正さを担保することを目的とする解釈論であり、また、これに尽きるのである。とすると、問題とされるべきなのは、原理適用プロセスの中立性を確保しえる論理的メカニズムとは何かにある。中立性原理から「実体的内容」が直ちにでてこないのは、当然である。従って、イリーイーの批判は的はずれである。他面で、かかる批判は、解釈の原理が「実体的内容」を含めた価値を体現していなければならぬかの如き印象を与える。少くとも、原理適用プロセスの中立性を越える価値内容を含むものとして構築されなければならない、とイリーイーは考えているかの印象を残す。この点は、イリーイーの理論全体と矛盾がないか、検討を要する。

三 イリーイーの自然法論の否定は、価値としての多義性と憲法訴訟という実務レベルでの非連関性をひとつの根拠としてしている。しかし、我々は、これは形式主義的な道德相對主義の誤りに陥ったものとみている。価値の多様な主観的表明が存在しているという事実を直ちに価値本質論における多義性と一致せしめているからである。しかし、価値の多元性と、これに関する議論の存在とは一応区別されなければならない。少くとも、議論の正当性の検討なしに、夫々の主観的価値が全て道德的価値となるというのは、「道德的眞実が存在しないことを証明するため、アドルフ・ヒットラーの少数派の『道德』を引用する」手法と等しい(五二頁)。

同様に、訴訟戦術上、一定の争点につき弁護可能な理論の存在することは、価値本質論とは関係がない。訴訟のための修辭学と法的価値の本質認識のための論理とが混同されている。

かつ、イリイヤーは、この文脈では、一見して明白な非合理性を伴う政府作用は存在していないという前提に立っている。つまり、政府作用の信頼を前提とした自然法論の否定なのである。

四 イリイヤーは、様々な理由で、「コンセンサス」「伝統」による法解釈を峻拒している。しかし、我々は、イリイヤーの理論の所与の前提たる「代表民主主義」の正当性が、歴史的事実Ⅱ「伝統」と「コンセンサス」に依拠したものであることを既に学んでいる(二)三参照)。修正九条の解釈についても(つまり、「条文解釈」中心主義を批判しつつ、法解釈の開放性に正当性を与えるというイリイヤーの法解釈方法の中心的命題の成立について)、やはり、一種の「コンセンサス」論を根拠としていた(三)四二、三参照)。ここに、矛盾を生じている。

なおかつ、仮りに「コンセンサス」論を一切否定したとすると、憲法典の権威性を支えうる根拠は何かという根源的な問いに正面からとりくまなければならなくなるであろう。この場合、イリイヤーは、人民の表明する道徳的価値と憲法典を分断している。この結果、イリイヤー自身が理論構造の所与の前提としていた「代表民主主義」の正当性は、破壊されることになりはしまいか。とすると、憲法の権威性とは、憲法の体現し、又は、その基礎にある価値の正当性ではなく、憲法典の事実的存在、自体に求めざるをえなくなるであろう。そして、これを憲法起草者「意思」によって説明するという構造しか残らなくなる。人民から切り離なされた憲法起草者の命令「意思」を以て憲法とみ、かつ、憲法と道徳との一致を否定することとなる。かかる点で、イリイヤー理論とは、古典的な法実証主義法Ⅱ主権者命令説と近しい構造にあるものと我々は考えている。同時に、我々は、これを憲法典の孤立とみている。

五 「代表民主主義」という統治形態は、「コンセンサス」を形成するためのプロセスとして存在し、そこに意義

があるのではないのか。「コンセンサス」ができないので、多数決で問題を解決することのみ、正当化する形態ではあるまい。また、最終的には、多数決原理により形成された決定に法的規範性を与えることについてのコンセンサスが事実としてあるか、若しくは、かかるコンセンサスがあるとの論理に説得性がない限りは、「代表民主主義」論自体の正当性の論証は不可能になる。別言すると、「コンセンサス」論の排除は、実は、これを形成するプロセスの意義をも縮減したことになるのである。

六 イリイは、コモン・ロー領域では、裁判所が人民の意思を確認しえる能力があることを認めている（従ってまた、その前提として、コンセンサスがあることを前提にしている）。しかし、では何故、憲法領域では、裁判所の認定能力は喪われるといえるのであろうか。コモン・ロー領域では、裁判所は、最善の立法部たるとの自覚により「人民の意思についての最善の評価」と「自己自身の最善の判断」との結合が可能であるのに、特に憲法問題については、これが不可能になる理由は説明されていない。連邦最高裁が、司法的实践「理性」の働きのより、「裁判官自身の価値」と「コンセンサス」とを結合するという法解釈の構造が、コモン・ローとの対比で、不可能である理由は見出し難い。また、最高裁が立法部と比較してコンセンサスの認定能力がよりすぐれていることを根拠とすることはできないかもしれない。しかし、そのことは、最高裁に認定能力がないことを意味するものでもない。少くとも、立法部と同程度の能力を有するともいえるのである。そうであるにも拘わらず、憲法領域において「コンセンサス」に関する司法的認定不適切論にこだわるのは、その前提に裁判官不信論があるからに他ならないのである。ともあれ、以上が我々の理解するイリイ理論の特徴である。それを前提として、イリイがどのような憲法解

積——司法審査論を展開しようとするのか、以下吟味していきたい。

(五) 司法審査による「代表」の実質化

一 我々は、次に、イリイの司法審査論の核となる「代表性の強化」論 (“representation—reinforcing” approach) の論証過程の当否を検討したい。イリイの論証プロセスは、(1)概念の形成と確定、(2)憲法典の再解釈、(3)概念の応用のためのプロセスの「誤作動」論に分けられている。以下、各段階ごとにみていくことにする。

(1) 「代表」概念の形成と確定①

① ウォーレン・コートと「プロセス志向」

一 イリイが、「代表強化」(representation—reinforcing) 概念を定立するプロセスは、それ自体、彼の憲法解釈の方法を示したものである。かつ、この概念が、イリイ理論の中核であるだけに、ここでの概念の性格は、イリイ理論の性格ともいえる。そこで、我々は、いかなる手法で、イリイが概念形成を行っているのか、注意深く吟味したいと考える。

イリイは、「価値」の充足という角度からは、解釈基準を見出しえなかったもので、これと異なる視角を、まず、「ウォーレン・コート」の司法積極主義・介入主義に見い出そうとする。イリイによると、ウォーレン・コートは、「実体的価値(substantive values)」を直接に課すことよりも、「プロセス志向(process-oriented)」

であったとする。司法、行政手続上、重大な結果を個人に科するのに先立ち、手続が「適正」か否かの問題に焦点をおいていたのであり、さらに、「広義におけるプロセスへの関心——社会を統治する法が形成されるプロセスへの関心」が中心にあったとする。つまり、ウォーレン・コートの積極主義の動因は、重要又は基本的と考える「実体的価値」を実現することではなく、「かかる実体的価値が適切に認知され評価され調整される政治的プロセスが、平等の基盤といえるものになるべく近い立脚点に立つてあらゆる物の見方に開かれていることを保障しようとする欲求」にあったとする。また、今ひとつの動因は、「社会で常に不平等に置かれている者——顕著なのは人種上の少数者であるが、他に外国人、『私生児』、貧困者を含む——に対する平等の処遇の強調」にあるとする。これを、イリイヤーは、更に、要約して、「政治的変革のための海峡を清掃すること」と「少数者に対する一定種類の差別的是正」という二つの広い関心としている（七四頁）。また、これを、「基本的とみなされる特定の実体的な財又は価値の供給」ではなく（七五頁）、主としては、「代表制政府のプロセスと、その恩恵に対するアクセスの拡大という『参加』目的の追求」にウォーレン・コートの特徴があるとも表現しているのである（七四頁）。

② キャロリン・プロダクツ事件脚注四

一 イリイヤーは、次に、「ウォーレン・コートのアプローチは、一九三八年に言い渡された有名な *United States v. Carolene Products Co.* 事件 (304 U. S. 144) に既に予示されていた」という認識のもとに、右事件判決の脚注四から次の部分を引用している (304 U. S. at 152-53 n. 4)。

憲法とプロセス——イリイヤー『民主主義とその不信』によせて 渡辺

「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。なお、これら当初の一〇箇条は、修正一四条内にとりこまれると考えられる場合にも、等しく特定・個人的なものであるとされている。……

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とでより厳格な司法的吟味に服すべきでないか否か今考察する必要はない。……

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か否かについても、問題とする必要はない。また、*discrete and insular minorities* に対する偏見が、特殊の条件となつているのかどうかについても検討する必要はない。なお、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」(七五、七六頁)。

イリィーは、この「脚注四」について、連邦最高裁の適切な機能を民主的政府の機構が本来通りに作動するように行ふことにあるとみているものと理解し、また、多数者が宗教、国籍、人種上の少数者にどう対処しているか監視することにあると示唆されていると読んでいたのである(七六頁)。つまり、一方では、「人民による支配と平等主義とは、確かに古くからのアメリカの理想である。辞書における『民主主義』の定義は、両者を含める傾向にある。……ただ、少くとも、表面的には、人民による支配の原理は、多数者が少数者に票で勝つだけのことにより、少数者の望む *goods* を奪う能力のあることを示唆する」(七六、七七頁)。これに対して、上記脚注は、「参加

(participation)」に関心のあることを示している。「この脚注は、あれこれの実体的価値が極めて重要であり、また、基本的であるかどうかに焦点をおいているのではない。むしろ、価値が適切に認識され、また配分される政治的プロセスとかかるプロセスのもたらす配分自体の両者に参加する機会が不当に制限されていないか否かに焦点をあてている」とする(七七頁)。

「ここでのテーマは、あれこれの実体的価値が極めて重要であり、又は、基本的であるか否かに焦点をおいてい
るのではない。価値は、政治的プロセスを通して適切に確認され、充足されるのであるが、この政治的プロセスと
ここから到達される価値の実現そのものへの参加の機会が不当に制約されていないか否かに焦点をおいている。
……統治プロセスへの平等を保障するシステムが、プロセスの生じる利益とコストへの平等な参加があると推定で
きるシステムと当然に結合するとは限らない。……そこで、この二つの種類の参加がともに矛盾なき一個の政治理
論により結合する方法を理解するためには……代表民主主義のアメリカ的システムに焦点をしばりきる必要があ
る」(七七頁)。

③ パラフレイズの力①——我々の所見

一 イリイは、実は、①におけるウォーレン・コートの特徴を説明した後、本文脚注で、既に自己の基本的立場
を宣言してしまっている。つまり、

「最高裁が追求すべき『価値』とは、私が述べたような『参加価値 (participational values)』である」とい

憲法とプロセス——イリイ『民主主義とその不信』によせて 渡辺

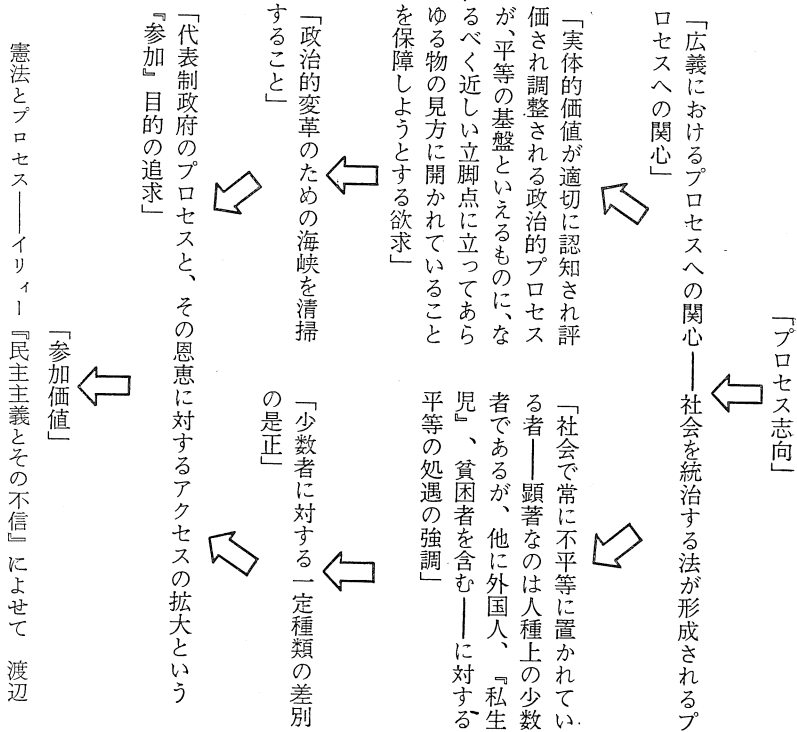
(七〇五)二〇九

うのが私のポイントといえよう。これらは、(1)我が国憲法が関心を有していることが顕著であり、かつ、その結果、もっとも成功を収めている『諸価値』である。(2)これらの価値の『賦課』はアメリカの代表民主主義と反しないどころか、これを支えるものである。(3)政治的プロセスから分離された裁判所が、唯一かかる価値を『賦課』するのに適している」(注*七五頁)。

従って、それ以下の論述は、右に宣言した立場を論証するために用意されているのである。ところで、我々は、右にいう「参加価値」論とウォーレン・コート、キャロリン・プロダクツ事件「脚注四」との結合の性質に若干疑問を抱いている。

二 第一に、①でウォーレン・コートは、「プロセス志向」であったと総括しているが、特に具体的な判例を引用することなく、イリイの評価のみ提示しているのとどまる。つまり、ウォーレン・コートの膨大な判例群をイリイが、パラフレイズした結果についての言語表現が示されているのみであり、このパラフレイズの構造とその正当性は、問題にしない論述になっている。そして、参考図にみられるように、幾度か自己自身の言語表現のパラフレイズを反復した後に、「代表制政府のプロセスと、その恩恵に対するアクセスの拡大という『参加』目的の追求」をウォーレン・コートの特徴として定義付けるのである。さらに、最後のパラフレイズは、かかる特徴乃至事実的命題の存在から、直ちに、右に引用したように、連邦最高裁は「参加価値」のみ「追求すべき」であるという規範的命題を導き出しているのである。だが、参考図の「プロセス志向」から「参加価値」へ至る部分の結合は、パラフレイズの戦略的用法と、その力によってのみであり、極言すると、トートロジーの巧妙な利用による説得

<参考図> イリーのパラフレイズ



の試みとささげたい。

三 第二に、我々は、ウォーレン・コートに注目して、「参加価値」の保障という規範的命題を抽出したのは、先例拘束性の理論に従い、ウォーレン・コートの底流にある法的原理を確認した作業としても理解できるのではないかと考えている。こう理解すれば、事実的命題→規範的命題への転換への正当性が説明できる。しかし、問題なのは、何故、ウォーレン・コートの判例群にのみ注目しなければならないのかの説明がない点である。更には、ウォーレン・

コート」なるものが、正確には、何を指すのかも定かではない。イリイヤーは、「エール・ウォーレンは、終始一貫した民主党派であり、判事としての自己の役割は、『与党』が代表政府のプロセス及びその恩恵いずれからも他人を永久に除外しないように保障することにあると見ていた」としているが(二二二頁)、これも、イリイヤーによるウォーレン個人の評価にとどまり、判例法にどう反映しているのかについての説明を欠いている。判例理論上のルールと原理との厳密な分析なき先例拘束性法理の応用は、要するに、イリイヤーの個人的見解の説明の武器として、「ウォーレン・コート」なる抽象的概念を利用するための議論にとどまる。

四 第三に、キャロリン・プロダクツ事件「脚注四」が、ウォーレン・コートの方法論を「予示」していたとするイリイヤーの評価についても、特段、その後の判決による右脚注引用の例を具体的に示す等によって説明・証明されているわけでもない。より厳密に言えば、先例拘束性に従うなら、脚注にすぎない部分が後の判例を拘束する規範力を有することにはならないはずである。要するに、イリイヤーが「脚注四」に注目したのは、既に、イリイヤーが選出した「参加価値」論を説得的に叙述する手法として、最高裁判決を引用してその權威に頼ろうとしているのにとどまる。

五 我々は、「代表強化」概念を導くための第二段階である「参加価値」概念の形成は、イリイヤーの個人的価値選択を前提として、その rationalization のために「ウォーレン・コート」「キャロリン・プロダクツ事件脚注四」という別の概念を利用しているのにとどまると考えている。厳密には、価値決定の正当性の論証、従って、概念の妥当性の論証は、まだなされていないのである。

(2) 「代表」概念の形成と確定②

① 「代表」概念の歴史

一 イリイヤーは、「代表強化」概念に到達する次のステップとして、「代表」概念の歴史的变化をたどっている。ただ、以下にみる通り、ここでも、概念形成のための歴史の、パラフレイズが巧みに利用されていることに気が付く。まず、一方では、独立革命から一八五〇年代頃まで概ね時間の流れに沿って、「代表」概念の意味の変化を説明している。則ち、独立革命前後の問題のひとつとして、統治者と被治者との対立をどう克服するかの問題があり、これを解決するため、「代表」概念に両集団の利益の共存を含めたとする。「代表」も自ら制定した法に拘束されること、つまり、「自らを被治者集団に属するものと扱う義務」があることによって、コミュニティの利益を保障し、抑圧的立法に対する安全装置としたのであるとする(七七、七八頁)。この場合、「再選への欲求が……我々の保険なのである」(七八頁)。つまり、「代表」が不合理な措置をとっていると判断するとき、我々はその職務から排除することのできる権能を留保しているのである。

が、とすると、少数者の利益は、多数者のそれと異なるため、以上のような政治的矯正過程によっては効果的な保護は実現できないことになる。しかし、イリイヤーは、制憲者は少数者の保護に無関心であったのではなく、むしろ、彼等の考えていた「共和制」とは、この点への関心をも含んでいた(但し、奴隷は除外されていた)とする(七九頁)。「共和制」とは、「全人民の利益のために、代表が統治する形態」をいうのであり、共和制のもとでは人民は夫々「平等の尊重」をうけるものと考えられていたのである。イリイヤーは、この「平等への関心」は、独立

宣言では顕著であるが、憲法典ではそうはつきりと注目されていないとしつつ、その理由は、この段階では、人民は、本来同質的集団であり、その利益はそう重大な種差をみせないという前提があったからであるとされている(七九頁)。もっとも、これは「現実」であるかの如く述べられることが多かったが、「理想」にすぎなかったのである。しかし、ともあれ、「同一性」という理想が達成可能であった限度では、多数者の利益のための立法は、必然的に全員の利益のための方法ともなったのであり、処遇の平等に対して広くかつ深く注意を払う必要はなかったのである」(七九頁)。

但し、マディソン等憲法起草者の世代も、ここに「アンビバレント」のあることに気付いていた。そこで、「一七八九年、一七九一年の憲法典は、平等性概念を明示的に援用することはしなかったが、少くとも二つの戦略により、一定の多数者の同盟のもつ潜在的破壊意思から少数者の利益を保護することに努めたのである」(七九頁)。そのひとつが、権利章典の採用した the "list" strategy である。つまり、連邦政府が何人に対しても行うべからざる事項を列挙するものである(七九頁)。今ひとつは、当初の憲法典の採った strategy of pluralism である。「政府と、また一定の範囲で社会そのものとの構造を規定し、多様な意見の主張が保障され、特定の多数派の連立による支配ができないようにする」方法である。憲法典の三権分立、州と連邦との間の均衡は、この趣旨によったとする(八〇頁)。

二 ただ、イリイは、テキスト上必ずしも明らかではないが、一八五〇年前後には、以上のような少数者保護制度は不十分であることが明らかになったとしている。理由は、①「重大な経済的差異は現実のものとして残ってい

た。ジャクソニアン時代は『多数者』が真に政治権力を行使しはじめたときであるが……この時代にも、財産家・債権者階級の利益に反する立法への恐怖は薄らがなかった」こと、②奴隸制が存続していたこと、③「権利章典での限りある列挙では多数者が少数者を専制支配する方法全てをカバーしえないし、多元主義に関するインフォーマル、フォーマルな機構も常に頼りえるわけではない」とする（八一頁）。かくして、④「人民と人民の利益は本質的に同一であるとの共和制の信条に対する確信が正に死滅した時代」に至ったとする（八二頁）。

そこで、「多数者の専制支配の問題に対する正面攻撃」が必要となったのである。則ち、

「既存の代表理論は、代表が自己の利益と自己の選挙区の多数者の利益とを切断しないことを保障するだけでなく、更に拡大し、代表が多数者の同盟の利益と様々な少数者の利益とを切断しないことを保障しなければならなくなった。当然、このことは、国民の中で少数者を構成する集団はその他の者より不利益に取扱われえないことを意味することにはならない。ただ、少数者を代表することの拒否は許されないのである。つまり、ドゥオーキン教授のいう“equal concern and respect in the design and administration of the political institutions that govern them”の拒絶は許されないのである。修正一四条の平等保護条項は、この理想をもっともドラマティックに体现したものであることは明らかである」（八二頁）。

② 「実質的代表」概念

一 イリイヤーは、以上のようにして、歴史的に展開・発展してたどりついた代表概念を、「実質的代表」(virtual

representation)と称している。ところで、我々の理解を妨げる要因は、イリイが、右引用部分にすぐ続けて、「しかし、本修正条が批准される前にも、かかる理論は既に理解されていたのである。そして、我々の憲法の核たる代表概念の一部として当初から機能していたのであり、時には、司法的に執行可能な部分としても機能していたのである」としていることにはじまる(八二頁)。この後、イリイは、再び、憲法史を溯るのである。後述のように、ここに、イリイ理論の技巧性が巧みにかくされているのである。

イリイは、アメリカ独立前、植民地人が「代表なくして課税なし」と叫んだのに対し、イギリス本国は、「実質的代表」概念を以て応じた点に着目している(八二頁)。このイギリス本国の対応に対し、Daniel Dulanyは、次のように反論した。

「マンチェスターの選挙権なき者が抑圧に対して享受しうる安全は、かかる抑制が、選挙権者と代表にもふりかかるものである点に存している。……選挙権者は、選挙権なきものの利益と不可分に結びついており、彼等の代表であるとみなすのが正当なのである。……従って、選出されたメンバーは、選挙権ある者、ない者両者の代表とみなすのが正当といえる」。

しかし、

「グレイト・ブリトンの選挙権者と植民地の住民とは、ともに同一の税金問題に関わらざるをえないが、緊密で不可欠の關係はない。むしろ、イギリスにおける選挙権者は、誰一人としてアメリカにおける課税から直接影響をうけることはない。

……極端なまで抑圧的で侵害的な行為でさえも、イギリスでは人気をえられるのである。植民地を抑圧する措置がグレイト・ブリトンの住人に安息を与える約束と期待をもたらすからである」(八三頁)。

そして、イリイは、右の批判があつたことを手掛りとして、『『実質的代表』の保障、つまり、政治的権力な

き者の利益とこれを有する者の利益とを結合するという保護手段は、当初の憲法の起草とこれに続く憲法の解釈両方に重大な影響を与えている」とする（八三頁）。

二 第一に、イリイヤーは、憲法四条二節の特権・免責条項（州外住民が州にいるときは当該州民と同一の特権・免責を享受しえると定めている）について、次のように説いている。

「ここでは、倫理的理想としての平等性が働いていることは確かである。が、当初の憲法典が非住民に対する不平等を特にとりあげて禁止し、他の者に対する不平等はとりあげていない理由は明白である。非住民は、政治的に力なき階級の範例だからである。彼等を保護することは、実質的代表のシステムをもたらすことになる。外来者の運命と政治的権力を有している者の運命とを憲法上結合することにより、憲法起草者は外来者の利益をも充分に守れるように保障したのである」（八三頁）。

第二に、一条八節の通商条項も、当初、最高裁により、政治的権力なき者の保護の必要・実質的平等の保障という側面が与えられていたとし、その例として、*Brown v. Maryland* 事件 (12 *Wheat* 419 (1827)) を指摘している。右事件は、州内で生産される場合には課さない税を、州外生産物に課すことを禁止したものであり、州外生産者と州内生産者との利益の結合により、前者に課される税が事業の禁止とならないようにしたのである。「かくして、州外生産者と立法部で代表されている当該州内の生産者との利益を憲法上結合することにより、前者に課される税が事業の禁止をもたらす水準、あるいは不合理な水準にならないようにする政治的保障を提供したのである」（八四頁）。

第三に、イリイは、「法技術的には代表されている者であっても、機能的に権力のない者となり、より権力ある者による一種の『実質的平等』を必要とする」場合があるとし、「平等保護条項の制定以前にも、最高裁は、文字通りの意味で投票権がないとはいえない少数者の利益を保護する用意を一定の条件のもとでは整えていたのである」とする(八四頁)。イリイは、これをマカーラク事件 (McCulloch v. Maryland, 4 Wheat 316 (1819)) に読みとっている。これは、州による設置認可なき連邦の銀行にのみ課税することを違憲としたものであるが、マーション長官は、これとの関連で、「本判決は……州内の他の不動産と同じように銀行の不動産につき支払われる税金や、本銀行制度によりメリランド市民がうけとる利子に課され、かつ、州内の同種の財産的利益にも同様に課される税金には及ばない」と限定していた点にふれ、次のように述べている。「課税権は、破壊の権利を伴う」。しかし、「上記引用のように、メリランド州の財産所有者全員と利害を一致させることにより、本銀行は、この種の税金により重大な機能破壊をうけないよう保護されよう。不動産、動産への課税権は、潜在的に破壊の権能である。しかし、人民はレミングではない。人民は一方で優越的な社会的善の実現のため自らが不利益を被ることに同意するのである。しかし、人民は自ら全体を破壊する習癖は有していないからである」(八五頁)。

かくして、イリイは、一八一九年のマカーラク事件判決から、次の教訓を得るのである。

「マカーラク事件は、財産税に言及することによりこの初期の時代にあっても、代表は好ましくない少数者を恣意的に分離して相対的にみて不利な処遇に付すことなく、その選挙民全体を代表することが期待されていたことを示唆している。また、銀行事業税の無効宣言により、少くとも一定の状況のもとで、既存の代表のプロセスでは、

少数者が投票権を有していたとしてもなおその利益の代表には充分適していないと考えられる場合、司法的介入が適切となることをも示唆している」(八六頁)。

三 イリイヤーは、「修正一四条は、実質的代表に関する司法的に執行可能な義務を、極めて明白に課している」とする。この概念の意義は、次の点にある。則ち、「一方における人民による統治の保護と、他方における平等の関心と尊重が与えられないことに対する少数者の保護とは、二つの相衝突するアメリカの理想として特徴づけられることが時にある。しかし、現実には、両者は代表に内在する共通の義務からでてくるものとして理解しえるのである」(八六、八七頁)。

イリイヤーは、かかる「実質的平等」の司法的保障を「参加志向、代表強化のための司法審査論」(participatory-oriented, representation—reinforcing approach to judicial review)と規定している。これが、イリイヤーの憲法解釈の基準なのである。これには、三つの特徴がある。

第一に、憲法典とは、「永続的であるが進化する一般価値の表明」であるとの考え方の否定である。「事實は、実体的価値の選択と実現はほぼ全面的に政治的プロセスに任されており、憲法典は、一方で、個人の紛争解決における手続的公正さ(process writ small)と、他方で、描写の範囲を広げれば、process writ largeといえるもの、つまり、統治のプロセスと配分とに広く参加することを保障することに主として関心がある」とする(八七頁)。

第二に、憲法解釈の右の方法は、「代表民主制のアメリカ的システムの底流にある前提を……完全に支持しているのである」。また、「プロセスの専門家」であり、「政治的アウトサイダー」である司法部にふさわしい任務を

与えることができるとする(八八頁)。

第三に、司法審査に関する「代表強化」基準に基づく憲法解釈とは、憲法典各条項を自己充足的単位とみる「条
文解釈」中心主義、憲法典以外の社会の基本的価値を憲法解釈の主たる材料とする「価値発見」中心主義いずれで
もなく、“ultimate interpretivism”であるとする(八八頁)。

③ パラフレイズの力②——我々の所見

一 イリイが、「実質的代表」の実現という価値(と我々は判断している)を法解釈の基準とすることを妥当と
する論証過程は、歴史のパラフレイズである。①②の説明の結果、憲法の「代表」の実質化の方法としては、(i)統
治者・被治者の利益の一致、(ii)統治者は自ら制定した法に自ら拘束されること、(iii)共和制、(iv) the “list” strategy,
(v) strategy of pluralism, (vi) 「実質的代表」がありえることになる。ところで、①の記述では、(i)・(ii)↓(iii)・(v)↓
(iv)↓(vi)へと歴史的に概念が展開してきたかの如き論述をしている。とまれ、(i)から(v)までの「代表」方法は、凡そ
一八五〇年前後までの社会的経済的現実により少数者保護にとって不十分であることが明らかになったからこそ、
一八六八年の修正一四条があらたに(vi)の代表実現方法を採用したという論証がなされていた。我々は、この場合、
憲法典に内在する代表実現の方法的価値を、歴史的事実(若しくは、そのイリイによる主観的評価)という憲法
外的要素を根拠として正当化する方法論は、イリイの「価値発見」中心主義否定論に反する、と考えている。が、
この点を除くと、一般的には一応説得性はあるともいえよう。

二 しかし、②では、「アメリカの理想」を止揚する「実質的代表」概念は、実は、当初の憲法典の特権・免責条項、通商条項に内在していたものであると解している。その根拠としては、条文と先例の解釈、並びに、革命時の歴史的事情とが指摘されている。しかし、夫々について、我々は、若干の疑問を抱いている。まず、前者についてみてみよう。

まず、四条の特権・免責条項についてはその文理解釈を通して、「実質的代表」が原理として底流にあるとしているので法解釈方法上格段の問題はないが、通商条項については一八二七年のブラウン事件判決の原理を根拠として、「実質的代表」の内在性を読みとっている。しかし、これについては、何故、憲法典成定から相当年を経て言渡された一時期の最高裁の判断が、当初の憲法典に内在する価値原理であると断定できるのか不明である。後の時代が、先行する時代を規定するという奇妙な歴史認識に拠っている。さらに、マカーラク事件については、条文解釈から全くはなれた原理一般としての「実質的代表」概念を肯定したものとして積極的に評価している。つまり、先例解釈から原理を抽出する手法を用いているのである。我々は、ここに、イリーの司法的実践理性批判との矛盾がないか疑うものである。

次に、「実質的代表」概念の歴史性と内在性との矛盾である。仮りに、(i)から(v)までの「代表」実現方法が歴史的にみて、少数者保護の方法として不十分であることが明らかになったので、一八六八年の修正一四条が「実質的代表」を採用したとの論証が妥当とすると、憲法典内在性論は不成立となる。仮りに、(i)から(vi)まで、全ての方法が当初から憲法典に内在していたとすると、先に指摘したように、一八五〇年頃までの政治的経済的社会的事実(に

ついでにイリ、イーの(評価)を以て、(vi)の「実質的代表」のみ選択されるべきであるという規範的判断を正当化するのには、イリ、イーの「価値発見」中心主義否定論と基本的に矛盾するように思われる。少くとも、常に政治、経済、社会的諸事情の変化にあわせて、(i)から(vi)のうち、いずれの「代表」方法をその時代において選択するのが妥当かを細かく吟味するという方法に立脚すると考えなければ、一八五〇年前後の事実のみに規範的判断を拘束する力を与えるのは、妥当ではないからである。従って、一方では、現時点でも、(i)から(v)までの謂はば形式的民主主義では少数者保護が機能しえないか否かについて、社会的、経済的、政治的事実の検討を経てからでなければ、(vi)こそが規範的価値として妥当性があるとはいえない。だが他方で、こうした考察に入ることとは、かくして社会的事実こそ規範的価値の基礎であることを肯定することになってしまふのである。いずれの面からも、イリ、イーの論証方法は破綻するのである。

三 第二の根拠にうつろう。イリ、イーは、右の「実質的代表」の憲法典内論——「プロセス志向」論を定立した後に、これを補強するため、今一度、歴史的事実による価値規定を行っている。則ち、独立革命当時、アメリカ植民地人の不満は、財産等の「実体的権利」の剝奪にあったのではないとする。則ち、

「アメリカ植民地人、少くとも、白人男性は、世界の歴史の中でも、もっとも自由でもっともめぐまれた人々であった。そして、彼等も概ねそのことを認識していた。かくして、『憲法上』の要求は、多くが管轄権に関するものであった。——例えば、本国議會は、植民地の『内部通商』を規制する権限を欠くというものである——つまり、この主張の基礎は、一般に、我々は本国議會で代表されていないというものである(植民地人も、他の人々と劣ら

課税されることに對して、クレイジーであつたのは明らかであるが、彼等が專制的と非難したのは、代表なくして課税することであつた) (八九頁)。

イリイは、ここから、「植民地人の『憲法的』議論は、我々の考察してきた二つの参加命題から導かれたものであつたのである。つまり、(1)彼等が統治されているプロセスへのインプットが不充分であること、(2)部分的には、その結果として)他の者の享受しているものを彼等は拒絶されていること、である」というパラフレイズを行っている。

しかし、我々は、イリイによる革命当時の歴史のパラフレイズが正しいとするのならば、一八五〇年頃までの歴史のパラフレイズとに矛盾を生じることになる、と考へている。革命時から既に「参加」命題が憲法典を指導すべき価値原理と考へられていたのであれば、修正一四条は、「代表」論に関しては、既に他の憲法規定に内在していた「実質的代表」を再確認したのにとどまることになるからである。修正一四条による「アメリカの理想」の止揚という歴史評価は成り立たなくなる。

四 以上の分析の結果、我々はイリイのいう“ultimate interpretivism”が、④歴史のパラフレイズ、⑤条文の文理解釈、⑥憲法判例のコモン・ロー的解釈とを方法論とするものであることは了解したが、①については、「参加」価値の憲法典内在性を巡り、革命当時と一八五〇年頃との歴史のパラフレイズに矛盾があつたこと、かつ、歴史的事実がいかなる意味で乃至方法で規範的価値を規定しえるのかについての吟味を欠いていたこと(例えば、少数者保護には不充分というコンセンサスを媒介とするのか、「将来の予測」なのか等々である)、②については、

「価値発見」中心主義否定論との矛盾があること等、解釈方法の妥当性・整合性に関連して種々疑問が残されていると考えている。

(3) 憲法典の再解釈

① 一七八七年憲法について

一 イリイの次の作業は、「実質的代表」「代表強化」概念を前提とした上で、憲法典を再解釈することである。まず、イリイは、一七八七年の憲法典の検討にあたり、次の視点に立つことを示している。

「憲法は、ほぼ完全に構造に傾注している。様々な行為主体——連邦政府、州政府、議会、行政部、司法部——の間で、誰が何を行う権限を有するのか説明している。また、これらの主体がいかにして選出され、いかにその任務を実行するのか詳細にわたり内容を定めている。一見して、主に実体的な結果を保障し又は除外することを目的としているかにみえる規定についても、熟慮すれば、主にプロセスに関わっているように考えられるのである」(九〇頁)。

では、こうした視角に立つと、憲法典はいかに再解釈されるのであろうか。

① 三条三節の「反逆」罪の定義は、「権力を有する者は、意見の不一致を訴追することにより、自己を非難する者を無力化することができる」という認識に対応して定められたもので、実質的には修正一条の先駆者であることとみることができるとする(九〇頁)。

② 貴族の称号の禁止(一条九節及び一〇節)は、「統治上全員平等であるとの

民主主義的理想を補強するものである。③事後法・私権剝奪法禁止条項（一条九節）は、立法部に対する禁止の賦課であり、「権力分立」規定とみれる。④特権・免責条項（四条二節）、通商条項（一条八節）は、「政治的に権力なき者に実質的平等を保障する平等条項として機能する」（九〇、九二頁）。⑤契約債務条項（一条一〇節）に関しては、イリイは、最高裁判例を総括して、法律制定時に存在している契約条件をその後の法律で改定しえないとするものと解釈し、「遡及立法に対する別の障壁であり、事後法禁止条項と同じく、本質的には権力分立規定である」と位置づけている（九二頁）。

イリイは、当初の憲法典が、①三条三節における「反逆罪」規定で「血統汚損」を刑罰とすることを禁止するのは、手続に関わりなく実体的に許されない不正な結果を禁止したものであり、②州外輸入品の課税権の排除（一条一〇節）も州際自由貿易という価値の保護を求めるもので、ともに「価値志向的」であり、③連邦政府は奴隷制を禁止しえないとされていたことも、憲法の保護を求めた実体的価値といえることを認めつつ（九二、九三頁）、全体としては、「当初の憲法典の関心が、主として、乃至、圧倒的にいっても差しつかえないほど傾注していたのは、プロセスと構造であって、特定個々の実体的価値の確認と維持ではない」としている（九二頁）。

② 権利章典の再解釈

一 では、権利章典は、「実質的代表」「代表強化」概念を基礎におくとき、どう理解されることになるのか。

- ① 修正一条について、イリイは、「経済のプロセスに対して意味するところを考慮しない表現の自由それ自

体が顕著な権利であるとの見解」は「きわめてエリート的性向」を伴うと批判する。イリーは、一方で、「このような目的を条文の文言に帰属せしめうる事が明白なのに、そうしてはならないと示唆するつもりはない。現に修正一条の文言は、政治的言論に限定されておらず、また、解釈によりそう制限されるべきものではない」とする(九四頁)。しかし、他方で、「我々は、現在、我々の祖先が編綴したと考えたのはいかなる種類の法典であるのかの探求を行っている。この点では、言論、出版、集会、請願を政治的側面で保護することに関連づけることの方が、はるかに有益である」ともしている(九四頁)。

② 宗教条項については、教会と政府とが夫々の活動領域をもつようにするもので、権力の分離の意味をもつとする一方、「憲法起草者にとって宗教とは重要な実体的価値であり、少くとも連邦立法権からは全く手の届かないところにこれを置きたかった」のであるとしている(九四頁)。

③ 修正二条については、個人の武器所有権という「重要な」価値の保護を行なうものとは解されず、むしろ、州政府による州兵の維持・武装の権利のみ保護するものと解されてきているとする。確かに、憲法起草者は、主に州兵維持について論じているとしつつ、ここでも、イリーは、「一定の目的が他の目的より多く注意を集めただけの理由からその文言の示唆する以下の意味に限定することはできない」という認識に立ち、個人の自己防衛権が何度か言及されていたことにも着目している。但し、結局、文理に鑑み、「修正二条は、固有の序言を伴っている」ことから(条文中、“A well regulated Militia, being necessary to the security of a free state”を念頭においていると考えられる)、「憲法起草者・批准者は……規定の解釈されるべき目的を明確に立法化するこ

とを選んだ」とし、州の権利のみ規定しているとの解釈を支持している(九四、九五頁)。

④ 修正三条は、平時における軍隊の民間滞留を禁止している。これについて、イリイは、軍隊による影響力の防止、「権力分立」のひとつ、文民統制などの他に、「住民のプライバシーを詮索的な政府から保護する欲求」があったとする。つまり、「プロセスと価値とがともに相伴っていると思われる」としている(九五頁)。

⑤ 修正五条から八条については、訴訟上重要なもの、「手続的なもの——訴訟プロセスの公正さと効率性を高めることを目的とした手段の規定」としている(九五頁)。しかし、ここでも、自己負罪拒否特権は、強制自由とこの反道徳的なものを否定し、二重の危険禁止は、市民の「安息感」を保障する等、実体的価値の側面のあることを否定していない(九六頁)。

⑥ 修正四条については、正確な事実認定という手続的目的を、「プライバシー」の保護というより重要な目的のために放棄するものであると一般に解されている。これに対して、イリイは、次のようにして、再解釈を試みている。

「修正四条を全体として解釈するときには、『プライバシー』の観念は説明として不十分となる。本修正条は、搜索とともに、物の押収と逮捕(「身体を押収」)をカバーしている。規定は、これらが私的になされる場合と公的になされる場合とを区別していない。完全に公開の場での逮捕や物の押収も、相当な理由なしになされると、私的領域の搜索の場合と同じく、違法とされる。かくして、修正四条は『一定の政府活動に対する個人のプライバシーを保護しているが、その保護はさらに拡大されており、プライバシーと全く関わりもないことも多い』。

修正四条の主要なポイントは、少なくとも相応に確信のもてる正当化事由なしに、政府が我々の生活を妨害することを防ぐ点にあった。この理由は、官憲の裁量権に対する恐怖という今ひとつの理由とも絡んでいる——歴史上みられた税関吏の権限濫用はここにも関連している」(九六、九七頁)。

こうして、イリィーは、右の点に、相当の理由の要件だけではなく、「中立かつ公正なマジストレイト」による令状発付の要件の根拠を見出し、更に、修正四条も、「平等保護の条項の今ひとつの先駆をなすもので、処遇における正当化しえない不平等に関わるもの」といえるとしている(九七頁)。

⑦ 修正八条については、一定の拷問を不法とすることにポイントのあったことは明らかである、とする。同時に、犯罪とあまりに不均衡な処罰を禁止し、また、一定の人々に異常に重い処罰を恣意的に科す可能性に対処するためのものであったとする(九七頁)。

⑧ 修正五条の所謂 *Taking* 条項(私有財産は、正当な補償なくして公共の用のため収用しえない)は、一方で、「私有財産の実体的価値」に着目しているとも読めるが、財産は適正な補償があれば剝奪できることを前提にしたものであるとし、むしろ、「多数者に対する少数者の保護のひとつ」であって、「特定個人を一般的善の犠牲に供するため選別する政府の権限に制約を置くもの」「統治機構運用の費用を社会の特定少数部分に負担させるものではなく、社会全体に分散するもの」と評価している(九七頁)。

⑨ 次に、*Reconstruction Amendments* について、イリィーは、いずれも、「政治的プロセスからの実体的価値の保護を予定したものではない」とする(九八頁)。第一に、修正一四条のデュー・プロセス条項は、“pro-

cess writ small”つまり、「個人に対して諸規制が執行されるプロセス」と関わるものであり、特権・免責条項は、憲法典に列挙されていない権利があることを示すものであるとする。平等保護条項については、「本条項は、州管轄権内において人民の間の平等性に関心があるのは明らかである。これが、憲法典の唯一ではないにしても極めて明白な認識を形成している。則ち、プロセスに対して技術的にアクセスできるだけでは、代表されていると推定されている者全員についての善意の代表を現に保障するには、必ずしも充分ではないのである」とする(九八頁)。

修正一五条は、人種による投票権制限に反対するもので、「従来は除外されていた人に対してプロセスを公開し、かくして、かかる別個の戦略を用いて、代表の有する duty of equal concern and respect を執行することを求めるものである」とする(九七頁)。

最後に、「修正一二条も、『プロセス』の流し型にむりにつくりかえることができる——奴隷は、政治的プロセスに効果的に参加していないのである。また、本条は、平等性に関する関心をも反映していることは、確かに重要である。しかし、同じく確実なのは、奴隷制は、道徳的に許されないという簡明な実体的判断を体现していることである。憲法は、いずれの時点でも、この問題では中立的ではなかった。かつて、奴隷制は、当初の憲法典が政府部門に対する保護を特にとりあげていた数少ない価値のひとつであった。そして、現在は、奴隷制のないことが、保護のためにとりあげられている数少ない価値のひとつとなっている」(九八頁)。

⑩ 次に、修正一七、一九、二三、二六条は選挙権拡大規定であり、これらも、「全ての人に平等の基礎に立つて政治的プロセスを開放することを実現することと、これに伴って、代表が少数者と多数者とに対して、duty of

equal concern and respect を実現すること」を旨指したものと位置づけている(七九頁)。

修正二〇、二二、二五条は、大統領の資格とその継承についてのもの、修正一六条は、連邦所得税の課税権を定めたものである。

⑪ 最後に、修正一八条(一九一九年)による禁酒規定と修正二一条(一九三三年)によるその廃止について、「理由は、正しく、実体的価値を固定化する試みは、憲法には帰属しないものであるからである。一九一九年には、禁酒は明らかに基本的価値のようにみえたが、一九三三年には明らかにそうではなくなったのである」(九九頁)。

二 イリイは、以上のような各条文の吟味を踏まえて、今一度、実体的価値を含む憲法規定を再整理している。

① 内容が曖昧で争点にならずに残っているもの(血統汚損、軍隊の民間滞留)。

② 手続的関心と織り交っているため、憲法におかれるのが適切なもの(自己負罪、二重の危険)。

③ 「極めて明確かつ正確に内容を定めたものについては、議論を招き、結局、残存していない。そのもっともドラスティックな例は、もちろん、奴隷と禁酒である」(一〇〇頁)。

④ 最高裁の解釈により、事実上無効とされているもの。則ち、

「他に、個人の武器所有権と州から重大な規制なく契約を結ぶ自由という二つの実体的価値がある。これらは、少なくとも、憲法上、政治的プロセスによる干渉の及びえないものとされていた。しかし、司法的解釈により『無効』とされてしまっている。おそらく、事実は、憲法の起草者は、これらの価値の保護については真剣には意図していなかったであろう。ただ、最高裁が一応もっともらしい反対論と考えているものに直面してすぐにこれらの価

値を憲法から解釈により除外したことは注目しえる。これ自体、憲法に対するアメリカ人の期待が何であるかを示す教訓的なものである」(一〇〇頁)。

④Free Exercise Clause の保護する宗教については、イリイは、現在は、むしろ、平等保護の機能を果たしている、とする(一〇〇頁)。

三　そこで、イリイは、憲法による「手続的保護」に注目する。イリイも、憲法が「自由」の維持に関心があつたことを否定しえないが、この関心がいかに追求されてきたのかが問題であるとする。

「主要な答えは、上でみてきたように、広い範囲に及ぶ手続的保護をひと通りそろえることによつてゐる。また、実体的選択の形成にあたり、決定プロセスを全ての人に開放して、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ることというより精緻な構造によつてである」(一〇〇頁)。

つまり、「永久の保護をうける実体的権利のセットを憲法の条文に置くことに一般的戦略があるのではない」とする(一〇〇頁)。

「実体的価値規定は、ありあわせの詰めあわせである。特定の歴史的状況の産物として理解できるものである——銃、宗教、契約その他。そして、いずれにせよ、それらは数少なくまれにしかない。かかる規定を我が国憲法条文の支配的テーマとして代表させるならば、石伝いにとびはねていくという全く単純な思考に集中し、憲法のメインストリームからは目をそらしていなければならなくなる」(一〇一頁)。

要するに、イリイは、アメリカ憲法の特徴は、「統治のプロセス」にあり、「統治のイデオロギー」ではないとするのである(一〇一頁)。

③ 政治的プロセスの「誤作動」論

最後に、イリイは、「代表強化」論を、次のように政治的プロセスの「誤作動 (malfunction)」に対する司法的介入による救済としてまとめている。

「ここで推奨している憲法裁判のアプローチは、経済関係における『規制的』志向(“regulatory” orientation)とは逆に、『反トラスト的』(“antitrust”)志向と呼びうるものに近い。つまり、実体的な結果を命令するのではなく、『市場』、我々の場合には、政治的市場が制度的に誤作動している場合にのみ介入するのである(これを審判員と類似していることも遠からざるものといえる。審判員は、『悪い』チームが点をとったためではなく、そのチームが不公正に有利になっているときにのみ介入するのである)。我々の政府は、我々の同意できない結果を時に生み出すことを理由にして、若しくは、我々の不同意がかなり意志強固なものであるからといって、それだけで『誤作動』しているとはいえない(政府のもたらした結果については、『人民』は現に同意していない——若しくは、『人民が理解すれば』、不同意であると論ずることは、自己欺瞞的な演出以上のものとはいえない)。代表民主主義において価値決定は我々の選挙した代表により形成されなければならない。もし、我々のほとんどが現に同意していないのであれば、我々は投票を通して代表を職務から追放することができるのである。誤作動が生じる

のは、プロセスが信頼に値しなくなった場合である。つまり、(1)与党が、政治的変革のチャンネルをふさいでしまひ、与党がつねに確実に与党にとどまり、野党は常に野にいるようにしようとするとき、(2)何人も、現実には意見の発表や投票を拒否されていないが、しかし、代表が有力な多数者に監視されているため、単なる嫌悪感や偏見を理由として一定の少数者との利害の共通性を認めず、更に、組織的に不利益を及ぼす場合である。かくして、少数者は、他の集団が代表システムを通して保障されている保護を拒絶されているのである」(一〇二、一〇三頁)。

④ 「実体的価値」——我々の所見

一 以上が、イリーの「実質的代表」「代表強化」概念の意義と機能である。しかし、我々は、かかる議論について四点ほど疑義を抱いているので、これをまとめておきたい。

① 裁判官信頼論

一 「実質的代表」「代表強化」概念の実現と、政治的プロセスの「誤作動」の是正のためにする司法審査は、裁判官信頼論を前提にはじめて成立する。イリーが、この段階で(イリーの裁判官不信論については、(四)(3)参照)、裁判官信頼論を主張する際の根拠は、二つある。

ひとつは、裁判官「プロセスの専門家」論である(八八頁)。つまり、「Lawyer は、process writ small」つまり、事実が認定され紛争当事者が夫々の主張を提出するのを許される手続については、確かに専門家である。ま

た、ある程度までは、*process writ larger*、つまり、パブリック・ポリシーの問題が公正に決定されるプロセスについても専門家である」とするものである(一〇二頁)。確かに、これは一応の説得性はある。しかし、イリー自身も、「この点からあまりに多くのものをひき出しえない」としている。政治的プロセスの「フルタイムの参加者も、政治的プロセス上発言権と権力をいかに配分するかについての専門知識があると主張しえる」。さらに、現実には、「議員の多くは、自らが *lawyer* なのである」。従って、「ポイントは、専門知識の有無というよりも、パースペクティブなのである」としている(一〇二頁)。そして、この「パースペクティブ」が、一方における「政治的アウトサイダー」論であり、他方における政治的プロセスの「誤作動」是正論なのである。

さて、イリーは、裁判官とは、「政治的アウトサイダー」であるとしている(八八頁)。「政治的プロセスから分離された裁判所」(注*七五頁)であるから、イリーは裁判官を信頼するのである。則ち、上記の「誤作動」の二つの情況に関する認定は、裁判官こそふさわしいのである。この点につきイリーは、次のように説いている。「こうした情況のいづれについても、その存在の認識に関して、我々の選挙した代表は、もっとも信頼しえない人であることは明らかである。しかし、任命による裁判官は、比較の問題としていえば、我々の統治システムのアウトサイダーであり、職務の保持についてはほとんど心配する必要はない。むしろ、だからといって、裁判官は、アメリカ人民に内在する真の評価と連結しているパイプを与えられているわけではない。むしろ、決してかかるパイプをもちえないとさえ保障しよう。ただ、我々の選挙した代表が、変革のチャンネルをふさぎ、あるいは、多数者の専制の共犯となり、システムが予定した人々の利益を代表していない場合、裁判官は、かかる内容の主張に

ついで客観的に評価する地位にはおかれているといえる」(一〇二、一〇三頁)。

しかし、裁判官Ⅱ「政治的アウトサイダー」論の唯一の根拠らしきものは、任命制に求められている(四(1)②参照)。ところが、イリイ自身、①裁判官と立法部とは、「ほぼ同一の階層」出身であること(五〇頁)、②裁判官の「理性」とは「エリート的、非民主的」であること、乃至、上・中流の「価値観」であることを肯定しており(四(3)参照)、その際、既に、③裁判官が任命によることは前提になっていたはずである。そうであるのに、裁判官不信の三つの要素のうち、④のみとり出してきて、これを根拠に、政治的プロセスの監視についてのみ「客観的に評価する地位」を裁判官が有していると評価するのは、論理的に肯定しえない。にも拘らず、かかる裁判官信頼論をつらぬくとすれば、結局、「エリート的、非民主的」裁判官が、上・中流の「価値観」に規定された司法的実践「理性」により、政治的プロセスの「誤作動」の有無を判断するという司法審査の構造がうかがわてくる。イリイ理論は、かかるものとして理解することも可能なのである。

④ 実体的憲法規定の非憲法化

一 イリイは、所謂「実体的価値」は、憲法的保護に値する価値ではないという理論を展開している。それを支えるものとしては、ややニュアンスを異にする二つの論理を用いている。

第一に、「実体的価値を固定化する試みは、憲法に帰属しないものである」とする論理であり(九九頁)、例えば、修正一八条(一九一九年)と修正二二条(一九三三年)による禁酒とその廃止とを指摘している。だが、現に、修

正条は、憲法典の一条文として存在している。そうであるのに、これを本来憲法に帰属すべきでないという論理で分析することが妥当とされるとするならば、イリイは、超憲法的価値を前提にした判断構造に立脚していることになる。つまり、条文として対等の地位にある各規定は、①修正一七、一九、二三、二四、二六条等、投票権の拡大・充実という「プロセス」への「参加」に関してのみ規定するもの、②修正一三条、一八条、二一条のように「実体的価値」のみ規定するもの、③プロセス的価値、「実体的価値」の両者を規定するものに分類できる。イリイは、このうち、①と、②のプロセス関連の側面のみ憲法であり、③は本来憲法に帰属しないと考えている。しかし、かかる価値判断は、「参加」「実質的代表」「代表強化」概念に超憲法的地位を与え、法解釈における所与の前提とすることによりはじめて、論理的に可能になる。別言すると、かかる法解釈は、意思の自由・契約の自由を所与の前提として憲法解釈を行った、一九世紀末の法形式主義と等しい論理構造になっているのである。その意味で、イリイのいう“ultimate interpretivism”(八八頁)とは、さしあたり、概念法学的法解釈論でもある、と我々は考えている。

第二に、イリイは、一方で、「代表」概念については、「歴史」なり「現実」なりが価値判断を規定すること、時代にあわせた変化乃至修正が施されることを正当化していた。同じく、投票権拡大のように、「プロセス」的価値が拡大されていくことについても、なんの疑問もさしはさんでいない。ところが、他方で、同じく憲法の規定する価値であるのに、「実体的価値」については、「永久の保護」(二〇〇頁)が与えられるべきであり、従って、「固定化」(二二八、二二九頁)されていなければならないという前提に立ち、これが変更・修正・否定されることを、

あたかも、「実体的価値」なるものの本質に反するかのように論じている。しかし、同じく憲法修正による価値判断の修正・変更であるのに、「プロセス」的価値の条文については当然視し、「実体的価値」の条文については、否定的に評価するという論理は成立しまい。禁酒については、一九一九年から一九三三年までの社会的歴史的諸事情の変化が、価値観の修正を必要としたのであり、「代表」概念が一八五〇年頃までの「歴史」により少数者保護の必要上、「実質的代表」概念へと脱皮するに至ったのと同じ価値構造に立脚しているのである。

また、以上の二点の複合として、イリイは、禁酒規定とともに奴隷制について、「極めて明確かつ正確に内容を定めたものについては、議論を招き、結局、残存しえていない」としている（一〇〇頁）。その趣旨は、必ずしも明らかでないが、奴隷制についても禁酒と同類型で扱っているところからすると、修正一三条は、本来憲法に帰属すべきものではないことになるであろうか。しかし、アメリカ社会と文化がもつとも苦悩している少数民族——黒人の平等保護が問題となっているのは、つまり、修正一四条が必要となったのは、当初の憲法典が奴隷制の存続を前提にしていたからに他ならない。修正一三条の定める「奴隷制廃止」という「実体的価値」は、修正一四条の平等保護条項が意味をもちえる歴史的背景なのである。「奴隷制」という「実体的価値」は「残存しえていない」が、「奴隷制廃止」という「実体的価値」は確固として権利章典に残存している。これを非憲法化することはできない。

○ 「実体的価値」の定義

一 イリイは、本書全体を貫いて、プロセス価値基準、「実体的価値論」排除という立場を維持している。則ち、

憲法とプロセス——イリイ『民主主義とその不信』によせて 渡辺

(七三三) 二三七

「結語」冒頭でも、次のように述べている。

「司法審査に関する代表強化理論は、多様な方向へと精緻化されていくことができる。……但し、いかに精緻化されうるとしても、この一般理論は、憲法の open-ended 規定のもとでの司法審査に一定の拘束を加えている。つまり、司法審査は、参加の問題にのみ関わるのが妥当であり、攻撃されている政治選択の実体的メリットには関わるべきでない点を強調しているのである」(一八一頁)。

では、イリイのいう「実体的価値」とは何であろうか。もちろん、イリイは、この概念に明確、一義的な定式を与えているわけではない。むしろ、政治的プロセスへの「参加」を実現するための手段と評価できるものは、プロセス的価値であり、それ以外は、「実体的価値」とされている。ところで、イリイの憲法解釈の方法とは、代表強化アプローチに立つという価値決定を前提にした上で、「一見して主に実体的な結果を保障し又は除外することを目的としているかにもえる規定についても、熟慮すれば、主にプロセスに関わっているように考えられるのである」というものであった(九〇頁)。しかし、当初の憲法が統治機構と統治プロセスのみ定めているものである以上、所謂政治的プロセスへの「参加」価値により統一的に把握できるのは、当然として、権利章典も、国家と市民との関係において市民の有する権利を定めるものである以上、なんらかの形で統治プロセスへの「参加」に関わっていると解釈するのは、さほど困難ではない。例えば、一九一九年の「禁酒」も、飲酒が政治的プロセスに参加するために必要な学習、判断、討論を妨げるのでこれを抑止するという側面をもっているといえる。国民の健全かつ理性的判断能力こそ「参加」価値の不可欠な前提だからである。奴隸制が、それ自体として道徳的実体的不正

である側面と、人民の一定部分に政治的プロセスへの「参加」を一切拒否している側面とを有するように、一九一九年当時のアメリカ社会にとって、「禁酒」は、それ自体の「実体的価値」とともに、政治的プロセスへの理性的「参加」を確保する意味をも併有していたと読めるのである。修正一三条についてのイリイの解釈は正しく、修正一八条についての右のような解釈は誤りである、と区別する基準はない。

視点をかえよう。イリイの「参加」価値論は、政治的プロセスにおける全人民の利益を全て実質的に代表するところまでは、保障するが、プロセスがいかなる「結果」を生み出すかには関心を示さないというものである。しかし、例えば、投票権は、政治的プロセスへの参加の権利であるが、人民の利益の実質的代表が他の手段で代替えるのであれば、保障するのに値しないという程度の手段的価値しかないとはいえない（子供の利益の侵害又は保護に関する法律は数多く存在するが、子供には投票権の保障がなくとも、今のところ実質的代表はありと考えられているようである）。投票権は、代表民主主義社会の「市民」の属性ともいえるべき不可欠・不可譲の権利であり、実質的代表という事実の存否とは一応区別して、投票するという「結果」そのものの保障が必要なのである。その意味では、投票権を実体的価値として把握することもできる。

つまり、「憲法はプロセス的価値を保障している」という命題は、「憲法は、イリイがプロセス的価値と解釈しているものを保障している」という意味でのみ、真である。イリイの実体・プロセスの区別論を承認すれば、納得できるということとどまる。

③ 「誤作動」論と裁判所の介入

一 最後の問題は、裁判所はいかにして政治的プロセスの「誤作動」を認知するのか、及び、認知したときにいかなる救済を用意できるのかである。イリイイーは、①政治的プロセスが、与党・野党の固定化をもたらしているとき、②少数者が政治的プロセスによる保護をうけていないとき、司法的介入が必要であるとする一方、司法的救済は、「実体的価値」の再配分を直接行うことはできず、プロセス的価値の是正にとどめなければならぬとするのである。

では、例えば、州政府が財政赤字の是正方法として黒人公務員のみを減額する法律を制定した場合を想定してみよう。黒人公務員の一人がかかる法律を違憲とし、減額措置の差止と減額された分の返還請求を求めたとき、イリイイー理論はどのように適用されるのであろうか。ここでは、立法プロセスに後述する「偏見」論が妥当し(六)(1)参照)、かかる法律は平等条項に反するとしたとき、「実質的代表」「代表強化」のための救済とは、何であるか。残念なことに、このもっとも肝要な部分について、イリイイーは、答えを用意していない。だが、この部分こそ、「実質的代表」「代表強化」論が司法的実践上有効たりえるかの鍵となるはずである。そこで、本仮設例に則して考えてみると、司法的救済としては、①本法律の違憲宣言、②黒人公務員の給与における差別禁止命令とその是正命令、③黒人公務員に対する差別的処遇一般を禁止する命令、④州作用上、黒人に対する差別一般を禁止する命令、⑤当該原告たる黒人公務員に対する差額分の返済命令、⑥州議会の解散命令等がありうる。もっとも、具体的に「実体的価値」の再配分に関与することは、許されないとすると、裁判所は、⑦の減額分の返済命令という、

従来の「司法」にもっとも固有とされている具体的紛争処理は行つてはならないことになる。他方で、少なくとも理論的には、「偏見」に満ちた現在の州議会に対して司法部が解散命令を出すことも、また、④の是正命令後、司法部が命令の実現に至るまで行政と立法のプロセスを監視し続け、さらに必要な命令を出すという手段も、ともにイリー理論と整合するであろう。さらにまた、黒人公務員の給与差別が黒人に対する幅広い「偏見」一般に支えられているものであることが判明したとすると、④や⑤の型の一般的差別禁止命令を出す権限を裁判所が有すると考へてはならない理由を、イリー理論に見出すことはできない。

二 ところで、イリーによると、代表が政治的プロセスにおいて、全住民の利益に対して *equal concern and respect* を払っていたならば、「実体的価値」の配分における差別自体の当否には関心を示さないのである。とすると、司法部は、上記のような訴訟が提出されると、後述の「偏見」の有無とともに、立法プロセスが実質的代表を保障したものであったか否か詳細に検討する権限を与えられなければならない。その場合、議員個人の立法プロセス参加の動機や真意などについて証言をとるなどの権限も必要であろう。さて、イリー自身、司法部は *"the least dangerous branch"* ではないどころか、最高裁の権限は歴史的にも強化・拡大してきていると認識していたはずである(四)(1)(三参照)。しかも、裁判官は、任命制による「エリート的・非民主的」な立場に立っているのに、国民の選挙で選ばれる代表の担う立法プロセスを調査し、「誤作動」の原因をつきとめ、その是正に至るまで立法プロセスを監視し指導する権限が与えられることになる。司法部が、従来以上に強大な機能を果たすことになることは明らかである。

他面で、イリイ理論によると、原告は、給与差別というプロセスの「結果」だけではなく、プロセスの「誤作動」の存在について少なくとも証拠提出責任を負担しなければならない。だが、立法プロセスの詳細、議員個人の真意、政治力学などに関する情報の入手の困難を考えると、原告は大きな手続的負担を負うことになる予想される。しかも、原告は、「誤作動」の証明に成功しても、例えば、減額分の支払命令という「結果」に関する救済をうけることはできないのである。イリイ理論は、「誤作動」により不利益をうける少数者にとって、訴訟手続上、かえってさらに手続的、実体的な不利益・負担を増すものでしかないのである。

最後に、理論的には、プロセスの公正さと「結果」の公正さとは区別できるが、経験論的には、「結果」の不正さはプロセスの不正さを少なくとも推定させる要因であるといえるし、また、「結果」の不正が是正されるとプロセスの不正も是正されたと推定しえる。しかし、イリイは、「結果」の当否を一切考慮に入れないで、プロセスの「誤作動」自体を認定することができると考えている。「プロセス中心の司法審査システム」に関する、次のようなイリイの説明が、これを直截に示している。

「閉塞が存在している限度で、システムは誤作動している。最高裁は、何故閉塞が生じたのかに関心をもつことなく、これを開放しなければならない。ベネフィット——財、権利、責任免除その他のものは、政治的参加にとって本質的ではないし、また、憲法の文言によって明瞭に保障されているものではなく、憲法上の根拠はないといえる。但し、きわめて重要であることもまた明白である——、並びに、その配分中の誤作動とは、これを行ったプロセスに内在しているのであることは、明らかである」(一三六頁)。

しかし、プロセス固有の「誤作動」をどう判定するのか、基準は定かではなく、今のところ、司法的裁量に任せられているとしか理解しようがない。また、例えば、後述の「一人・一票」基準が、右のプロセス中心の司法審査論から論理整合的に導かれるか否かも定かではないのである(七(1)参照)。

とまれ、以上の限度で、イリイ理論は、「誤作動」の認定と救済手段の選定ともに、司法的実践理性に依拠する部分がかなり大きいと、我々は考えている。

(六) 修正一条と言論の自由

“Congress shall make no law,……abridging the freedom of speech or of the press; or the right of the people peaceably to assemble……”

(修正一条)

一 イリイは、以上の「実質的代表」「代表強化」論を定立した後、いくつかの個別問題にこれを適用している。その第一が、修正一条の言論の自由の解釈方法である。

さて、修正一条の解釈におけるイリイの問題関心は、次の点である。まず、条文を読む限り、①禁止の及ぶ対象には「連邦議会」は入るとしても、大統領、裁判所、行政機関は明示されていない、②「法律」に含めえるのは、かろうじて行政命令、議会の調査までである、③「政治的結社の自由」への言及はない、④修正一条は州への適用

はないなどの限界がある。

「とすると、連邦最高裁が修正一条について推進してきたものを確保するためには、一定の理論が必要になる。政治的結社の自由等の権利については明文上規定されているか否かに拘わらず、保護されなければならないという理論は、正しいとされてきている。理由は、かかる権利が、開かれた効果的な民主主義プロセスの機能にとって重大だからである。」(一〇五頁)。

二 右の問題意識を出発点とした上で、イリィーは、修正一条の保護範囲の基準について、言論の表現形態に関する「具体的脅威」基準論 (the “specific threat” approach) と、言論の表現内容に関する保護領域論 (the “un-protected message” approach) との折衷的立場に立つとしてゐる (一一二頁)。

前者の「具体的脅威」基準論とは、「州が抑制しようとしている不正が、規制をうける言論と独立したものであるとき、つまり、人々が話し手の語ることにどう反応するかということへの恐怖以外のものから発生するとき」(一一二頁)、つまり、「特定のコミュニケーションのもたらす脅威」である場合 (一〇七頁)、妥当するものであるとしている。

イリィーは、ホームズの有名な「明確かつ現在のテスト」、つまり、「全ての事件で問題となるのは、用いられた言葉が、周囲の情況とその性質とに照らして、明確かつ現在の危険を生み出すに至るものであり、この結果、議会が抑止する権限をもつ実体的不正をもたらすものであるのか否かである」という基準 (Shenk v. United States, 249 U. S. 47, 52 (1919)) が、この文脈に入るとしている。但し、シェンク事件は、反戦文書の郵送というさほ

どでない表現により一〇年の懲役刑を是認したのであった。つまり、このテストにより、表現内容の規制を行うことを許したため、歴史的には、最高裁は、立法部・検察を動かしたのと同じ恐怖——反戦や共産主義への恐怖に席卷されてしまったとしてゐる。デニス事件 (Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)) が、「不正の重大性」乃至「less immediate but more serious evil」のテストに移行した背景もここにあるとしている（一〇七一—一〇八頁）。そこで、イリイは、かかる「具体的脅威」基準論は、言論の表現形態に関する規制に限定することにより、右のような時代の歴史的情緒により言論規制に至るのを防ごうとしている（一一一頁）。

三 保護領域論とは、「範囲を明確かつ限定的に定義された少数の範疇にある言論を除いて、全て言論は保護される」という一種の絶対的保護論 (absolutism) である（一〇九、一一〇頁）。イリイによると、修正一条の「中心的機能」は、「公開の政治的討論と政治的プロセスの保障」であり、従って、「人々がコミュニケーションを欲している様々のメッセージのもたらす危険性の評価は、なるべく最少のものとしなければならない」ので、表現内容の規制には、右の保護領域論が妥当であるとしている（一一二頁）。

四 イリイは、「具体的脅威」基準論と保護領域論について、後者は前者よりも「より厳格」であるが、同じ利益衡量に立ちつつ、より要件を厳しくしているという程度の差としてとらえてはならない、とする。「permissive review」は「strict review」の差ではないのである。むしろ、

「私の主張したい点は、危険と主張されている見解が問題となるとき、いかなる種類の、具体的脅威を基準とするテストであっても、危機の時代と考えられる状況においては、侵蝕されてしまう可能性が高いという点であ

る。メッセージが危険であるという理論に基づき、その禁止がなされている場合、一定の保護領域の範疇に入っていない言論は、全て『絶対的』保護が与えられなければならないという審査形態が妥当なのである」(一一五頁)。他面で、「具体的脅威」基準論についても、「もっとも厳格な」テスト、つまり、「重大なる不正の明確かつ現在の危険」のテストを用いなければならないとする。何故なら、

「問題とされている表現が、破壊的・扇動的・扇情的等と主張されている場合、明確かつ現在の危険のテストは、軟弱な、ランシングテストになることはほぼ不可避である。しかし、恐れられていた不正が、表現の内容自体と関係がない場合には、こうした事態を招く理由は相当解消されている。しかし、そうであっても、裁判所はいかなる文脈においてもテストを崩壊させてしまわないように警戒しなければならない」、(一一六頁)。

五 イリイヤーは、将来の危機の時代にも言論の自由を正しく守るためには、今日、「表現の自由の周囲に保護障壁を構築しておくこと」しかないとする(一一六頁)。ただ、我々は、かかる課題意識と、「実質的代表」「代表強化」論に立つ修正一条解釈論との関わりについて、若干疑問がないではない。

第一に、「具体的脅威」基準論と保護領域論との区別、つまり、表現の形態と内容の区別論は、理論的には妥当であったとしても、イリイヤー自身が述べるように、「もちろん、これはそう容易ではない。コミュニケーションの内容自体とは別個の理由によって、その一定の形態を規制することは、事実上(乃至、証明不能な方法によりつつ、故意に)、一定のメッセージに対する差別になりうる」のである(一一二頁)。

例えば、暗い映画劇場内で「火事だ」と突然叫ぶのは、言語の内容とともにコンテクストが、現実の危険・危害

(恐怖、不安の惹起という心理的害害、パニックによる混乱がもたらす人身、物に対する害害又はその高度の可能性)をもちたらずが故に、かかる言論表現の形態をなんらかの構成要件で処罰することに意味がある。しかし、この場合も、かかるコンテキストでの「火事だ」という表現内容を禁止するものであることも、明らかである。他方、Tシャツに“Fuck Reagan”とプリントして、公園を歩き、連邦のビル内に入ることについて、例えば、秩序違反行為として処罰することを考えてみよう。一定の政治的集団にとっては、経済力、組織力の弱さのために、“Tシャツ+デモ”は有効な表現形態として不可欠であることが考えられる。若しくは、そうした集団にとっては、“Tシャツ+デモ”という形態そのものもメッセージ性が大切であるともいえる。表現形態と表現内容とが一致するのである。

つまり、「具体的脅威」の性質・程度を全く度外視して、表現形態と内容との区別はできにくいし、また、誰を判断主体とするのかによっても答えは変容する。そうであるにもかかわらず、一定の言論規制が、形態の禁止か内容の禁止かあらかじめ確定した上で、夫々、異なるテストを適用するという手法を主張することは、裁判所の裁量の判断にかなりの部分を委ねざるをえなくなるのではなからうか。

第二に、右の点に関連して、例えば、マルクス主義関係の表現と「わいせつ」表現との出版、販売、所持を禁止する法律を想定してみよう。これらは、主として、表現内容自体の禁止に分類できるものである。ところで、イリーは、保護領域論が具体的にいかなる表現を修正一条の保護が及ばないものとするのかについて言及していない。ただ、政治的プロセスにおける「代表強化」「実質的代表」論を貫徹するためには、政治的プロセスへの参加に密

接に関連する表現に限って憲法的保護が及ぶと考えなければならないのではないかと我々は考えている。従来も修正一条の「言論」を「政治的言論」に限定する考え方がみられたが、イリイ理論によるのならば、さらにこれを限定して、「政治的プロセス参加的言論」のみ保護するものと理解しなければならぬこととなる。イリイは、一方で、奴隷制の禁止についてさえも、政治的プロセスの参加を制限するという側面のみ注目し、奴隷制固有の反道徳性という実体的価値については、非憲法化しようとしている。そうであるのに、無数にある言論内容については、原則として一律に保護するのは、憲法典の条文各々に内在されている価値に、恣意的差別をもちこむことになる。奴隷制禁止の実体的価値より言論内容の価値が広く憲法的保護に値するという「エリート的、非民主的」歪曲が施されているのである。

では、イリイの保護領域を政治的プロセス参加的言論に限定するものと理解したとすると、別個の問題点が出てくる。第一に、上記引用のように、修正一条の文言上、「言論」の自由を保障しているのであり、言論内容に限定はない。とすると、明文の文理に反して、法解釈を行なうことになってしまふ。第二に、一定の言論が政治的プロセス参加的か否かは、裁判官の裁量的判断に頼る面が大きくなる。かくして、結局、裁判所の判断が時代的、政治的風潮に左右されるのを防ぐ有効な手段を提供しえなくなるのである。

(七) 選挙権と「一人・一票」の基準

The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government.....

(四条四節)

(1) 「一人・一票」基準論

一 「実質的代表」「代表強化」論の各論の第二は、選挙権、特に、議員定数の平等に関する問題である。

イリイールによると、「選挙権は民主主義プロセスに参加する権利にとって中心的なものである」のに、最高裁判所が選挙権領域で「司法積極主義」に立つべきかについてさえ議論がある点に問題があるとする。特に、選挙権領域での司法積極主義を否定し、実体的デュー・プロセスを肯定する立場、「避妊、肯定——選挙権、否定」の立場について、イリイールは、「これは正しく逆さまである。民主主義的プロセスの閉塞を阻止することこそ、司法審査の行うべきことであることは、明白である。選挙権を与えないことは、正しく、かかる閉塞の真髄であると考えられる」と批判する(一一七頁)。

ただ、定数不均衡事件 (malapportionment cases) における司法積極主義を肯定する理由は、立法部自ら対策をとるのを拒む問題であるという点に求められなければならないとする。他にも、立法部は何もしないが、そのほ

憲法とプロセス——イリイール『民主主義とその不信』よせて 渡辺

(七四五) 二四九

うが妥当である事項は多くあるからである。むしろ、イリイは、「選挙権事件は、(1)民主主義プロセスに本質的な権利に関わっている。(2)選挙による代表は、現状に対して既得権を有している。このため、上記の保護範囲については彼等に任せておけないのである」という点に、司法的介入の必要性があるとする(一一七頁)。この点につき、イリイは、ウォーレン長官の右判示を引用して、論証の支えとしている。則ち、「一定の住民に選挙権を拒否する法律」の合憲性の審査について、

「他の類型の立法については、合憲性の推定と、『合理的』分類としての承認とをテストとして適用することができるが、それは、州政府の諸制度が公正に全人民を代表するように構築されとの前提に基づいている。本法に対する攻撃とは、かかる基本的前提に対するものなのである。従って、この前提は、合憲性を推定するための根拠としてはもはや役に立ちえない」(Kramer v. Union Free School District No. 15, 395 U. S. 621, 627-628 (1969))。

二では、他方で、この問題について、司法積極主義に反対する理由は、何であろうか。この点につき、ハーラン判事は、特に定数不均衡事件に寄せて、本来修正一四条の平等保護条項は、選挙権に適用あるものとは考えられていない点を指摘している。しかし、イリイは、次のように、反論している。

「平等保護条項を立案し批准した者の支配的な意思は、一般的理想を規定しその個別的適用は、後の世代によって行なわれるという点にあったのは、明白である。彼等は、平等保護条項が白人・黒人婚姻禁止法、分離学校制度についても対象とする、という個別的な意思をもっていなかったのは確かである。しかし、Brown v. Board of Education 事件で、ウォーレン長官が正しく述べたように、学校区問題に特に関連した立法史は、『結論不能』

なのである。のみならず、ウォーレンは、全ての個別的適用の問題についての立法史をここに加えることができよう。だが、選挙権の配分における正当性なき差別は、平等保護条項の文言の範囲に問題なくなじむものである。むしろ、本条項の表明している理想を侵害するものであることも、同じく明白である（共和制条項についても、同じことがいえる）」（二一九頁）。

次に、フランクファーター判事は、定数不均衡問題は、「political thicket」であるので、裁判所は判断を回避すべきであるとの考え方に立ち司法消極主義に賛成していたことになっている（Colegrove v. Green, 328 U. S. 549, 556 (1946)）。これに対するイリーの反論は、まず、「何人が野党であるかを決定するにつき、我々は、与党を信頼しえない。それ故、裁判所は何人も理由なく選挙権を拒否されないように保障することだけでなく、選挙権拒否の理由のあるときにも（実際には、現に理由は存在している）、それが極めて説得力のあるものであることを保障することにつき義務を負う」との認識に立脚している（二二〇頁）。

これに続いて、「political thicket」論とは定数配分の妥当性を判断する「運用可能な基準（administrable standard）」がないこの意味でもありえるとしつつ（二二〇頁）、この点に対しては、「レイノルズ事件（Reynolds v. Sims, 377 U. S. 533 (1964)）における「一人・一票」基準は、正に、「運用可能性（administrability）」を保障しているものであるとして、反論している（二二二頁）。また、右見解は、かかる問題に関わることは、最高裁の威信・権威を損なうことになるとの法現実主義的見方としても理解できるとした上で、これに対して、以下、三点を以て反論している。つまり、①「選挙権の平等の重味」は、ほとんどの人の共鳴する理念であったこと、②

立法部も一度定数均衡化をはかると再度不均衡な定数配分に戻すことはないし、むしろ、最高裁のイニシアティブを評価するであろうこと、③バイカー事件 (Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962)) は、最高裁の威信を高めたものとして評価されていること(一二二頁)。

三 以上の議論を前提にした上で、イリイは、定数不均衡の是正のため、レイノルズ事件が説定した「一人一票」基準の正当性について、論証を試みている。

① まず、レイノルズ事件では、「一人一票」基準を「合理性」のレベルでとらえようとしていた点を批判する。社会は、一定集団に特殊の利益——例えば、農民については、補助金、免税、反トラストの解除等——を与えてきている。とすると、強力な農業経済の構築の合理的方法として、農村地区には単位人口あたり他地区より多くの代表数を配分することも、合理性があるといえなくはないのである(一二一、一二二頁)。

② そこで、イリイは、スチュワート判事が「州の有権者中の多数者の意思の制度的な無効化」を許してはならないとした点に着目する (Lucas v. Colorado Gen. Assembly, 377 U. S. 713, 753-54 (1964) (Stewart, J., dissenting))。つまり、まず、「一人一票」基準の実質的正当化事由の明確化の作業である。イリイは次のように述べている。

「民主主義の理解については、いくつかの多様な考え方が存在している。この点は、慎重に認識することを要しよう。それにしても、『民主主義』の核となる定義として、政治的平等を含むこと、乃至、各人の投票は同一のものとして計算されなければならないという原理を含むことはわからない。また、こうした理解は、近々もたらされ

たものでもない。憲法起草者の多くも、彼らが作成中のシステムにとって、平等の人民諸集団の平等の代表が重要であることを強調していた」（一二二頁）。

③ 次の問題は、かかる「一人・一票」基準を前提とする民主主義の条文上の根拠である。イリイは、選挙権における平等保障の問題は、修正一四条のみに関わるのではないとする。「憲法が構想している代表制政府の形態に関する一定の前提に由来するものであり、これは、共和制条項に帰属させるのが妥当である」。つまり、レイノルズ事件の「一人・一票」基準は、平等保護条項と共和制条項の「競合」として理解されなければならないとする（一二二頁）。しかしながら、四条四節の文理は、「一人・一票」基準を明定しているものではなく、「統治の共和制形態」を定めているだけである。とすると、かかる文理を、どう解釈するのか、問題とされなければならない。

④ 共和制条項の起草者の意思について、イリイは、一部の者は、「君主制」ではないことを意味すると考え、一部は「代表民主主義」の保障を意味すると考えていたとしつつ、いずれにせよ、「政治的平等性により完全なものとなる代表制民主主義のシステム」なるものは、両者の理解いづれとも矛盾しないとする（一二三頁）。しかし、共和制条項が、「代表民主主義」を保障するとしても、それが、②で述べた「一人・一票」基準に立脚するシステムであるか否かは、なお結着がつかない。「共和制条項上『一人・一票』原理は、ここに含有しえるものであることは確かであるが、ステュワート判事のいう『多数者意思を制度的に妨げてはならない』という弱い意味の原理をも含みえる。なお足りないのは、後者ではなく、前者を選択することを正当化する理由である」（一二三頁）。

⑤ そこで、イリイは、「共和制条項については、（最高裁が他の憲法上の文章ほぼ全てに与えているのと同

(ジ) 成長又は発展が不適當であることを示唆する要素は何もない」ことを確認している。そして、「共和制」概念の「成長」と「一人・一票」基準との結合を説明する方法論として、次のように述べている。

「かかる成長の足跡の適切さを判断するにあたり、我々の憲法典が、共和制条項の起草以来二世紀にわたり発展してきた方向をみるのが適當である。むしろ、私は、それこそ必要不可欠なことであると考えている」(一二三頁)。

ところで、かかる課題設定に対して、具体的にイリーイーが指摘している「成長の足跡」とは、①「修正一四条は、多様な財の配分における平等性への我々のコミットメントを強く示している」こと、②「その他いくつかの修正条特に、最近の修正条のほとんどは、従来選挙権のなかった者にこれを拡大してきている」ことである。次に、イリーイーは、③として、右②で述べたことは、「全て資格のある市民は、公的決定形成上、一定の役割を担うべきである」という命題に対する憲法のコミットメントの強化を反映している」と読みかえをし、その上で、だから、④選挙権の一部しか評価しないことは、「憲法のかかる発展」をほりくずすとす。他方、①と②については、さらに、⑤「こうした憲法規定が結合して導いた一般的理想は、統治上の選択に対する各人の影響力につき少なくとも凡そ平等性のあることというものである」と総括している(一二三頁)。

⑥ だが、イリーイー自身も、右程度の要因では、たかだか①で批判した「合理性」の次元でしか問題をとらえきれないことを認めている。そこで、イリーイーは、「共和制条項」↓「一人・一票」基準の結合を説得する最後の論理として、司法的「運用可能性」論をもち出すのである。つまり、ステュワート判事のいう「多数者意思を制

度的に妨げてはならない」というテストを適用するとすれば、「様々な州で支配的な権力構造を調査する困難かつ適切でない作業に最高裁がまきこまれる」ことになるとしている。他面で、定数不均衡問題に司法部が介入しないこと、一票をたとえその六分の一でしか計算しないことにより、与党が地位を保持することを放置してしまう。そこで、「正しく運用可能性の考慮の改に」、最高裁としては、「一人一票」の原理しか選択権がないのである、とする（一二四頁）。

(2) 形式的平等としての「一人一票」基準論とイリイ理論の破綻——我々の所見

一 我々は、イリイが修正一四条に体现されるとする「実質的平等」概念の論理的帰結として「一人一票」基準が導かれるか否かに疑問を抱いている。

イリイは、一方で、「民主主義」概念は「各人の投票は同一のものとして計算されなければならないという原理」を含むと規定し、他方で、右原理は、修正一四条の平等保護条項と四条四節の共和制条項が規定しているという法解釈を行っている。

しかし、既に述べたように(二)二、三参照)、「多数者支配主義的民主主義」を憲法の所与の前提たる価値とするイリイの立論自体が疑問であったのに、イリイは、ここでは、なんの論証もなく、「民主主義」概念が「一人一票」を原理として含有していると定言してしまっている。つまり、「憲法典は多数者支配主義的民主主義を所与の前提としている」→「民主主義には一人一票の原理が入る」→「憲法は一人一票の原理を所与の前提

としている”という三段論法を以て、右原理の實質的根拠としているのである。我々は、こうした思考方法にも、イリイの理論の特徴のひとつである概念法学的色彩を読みとっている。

二 ところで、修正一四条の平等保護条項は、歴史的発展上、イリイのいう「實質的代表」概念をとりこんだものであった(五)(2)(1)(2)参照)。そうであるのに、右概念が「一人・一票」基準をも含むか否か、乃至、これを支えるか否かという判断にあたり、再び、修正一四条における「多様な財の配分における平等性への我々のコミットメント」をもち出すことは、トートロジーにすぎない(かつ、我々は右の「財の配分」なるものが、実体的価値の配分を示すかの表現をしつつ、具体的にはいかなる事実なり判例なりを念頭に置いているのか摘示がないことにも疑問を抱いている)。加えて、修正一四条の平等保護条項の発展が、何故、四条四節の「共和制」概念を「成長」させることになるのか、論理的因果系列は不明である。また、今ひとつの「成長」促進要因として指摘されているのも、近年の修正条による投票権拡大でしかない。「共和制」概念固有の「成長」による「一人・一票」基準の撰取過程は、要するに、存在していないし、論証もないのである。

結局、先述の「民主主義」概念の三段論法と、「共和制」概念は「民主主義」を規定している”という命題を定言的に設定することにより、条文解釈としているのにすぎない。

三 以上は、法解釈のいわば形式的方法についての我々の疑問であるが、次に、「實質的代表」概念の實質化としても、我々は「一人・一票」基準が妥当か否か疑っている。

仮設例に則して考えてみよう。ある州議会が、青少年の健全育成のため関係法令の総合整備を検討中であり、次

＜参考図＞

人 口	A 区	B 区
①18 才 未 満	3,900	1,900
②18才以上20才以下	100	3,100
③21才以上（有権者）	6,000	3,000
④全 住 民	10,000	8,000
配 分 案	A 区	B 区
A. (①+②)	4 人	5 人
B. (②)	1 人	8 人
C. (③)	6 人	3 人
D. (②+③)	4.5人	4.5人
E. (④)	5 人	4 人

回選挙後の州議会は、この青少年保護関係法案のみの審議を行う予定にしている。かかる法案には、少年審判手続の適用年令上限を二〇才から一八才にする、喫煙、飲酒許容年令を一八才から二〇才にする、自動車免許も二一才にならなければ取得できないとする等の規定がもりこまれている。有権者は二一才以上であり、A区、B区の人口比は参考図の通りであるとすると、A・B区配当の九名の議員定数をどう割り当てるのが妥当であろうか。考え方としては、(A)直接、及び将来の利害関係人であり、自己の生活様式形成の自由をかなり制約されることになる①と

②の世代人口に比例して、配分する、(B)直接の利害関係人たる②に比例して配分する。(直し、A区にも最低一名の代表をわりあてる)、(C)有権者人口に比例させる、(D)直接の利害関係人と有権者人口に比例して配分する、(E)問題は全住民の重大関心事なので、④に比例して配分する等がありえ、その結果は、参考図の示すところである。

図で明らかなように、特定の法律なり政治的課題について、政治的プロセスの「誤作動」を防止するのにふさわしい「実質的代表」「代表強化」のあり方として、A案からE案まで、いずれも一応の説得性をもっているのであるが、どれを選択するかにより、実際の議員定数は著しくかわってしまうのである。ただ、全住民の利害をあますところなく代表する義務を負担する「実質的代表」の考え方に立てば、全

住民の人口に比例させるE案がもつとも妥当といえそうであり、イリイも「一人一票」基準を忠実に体现したE案こそ妥当であると考えることになる。A・B・D案は、イリイが右にいう政策判断のレベルでの「合理性」に依拠するため(①③④参照)、いずれがよりすぐれているとはいえない。しかし、E案は、司法部が容易に判断できるという意味での「運用可能性」論という技術的合理性に主として根拠を求める、もつとも形式的な基準である。ところが、技術的合理性での比較をするなら、A案からE案まで容易に定数配分の計算はできるのであるから、特に、E案がこの点ですぐれているわけではない。むしろ、A・B・D案では、本法案に則して、誰の利益をどの程度政治的プロセスに反映させるのが「実質的代表」の保障になるのかを、実質的に検討するものでもあるのに比して、E案は、かかる利益代表の実質的考察を否定しているともいえそうである。むしろ、全住民の利益を一応代表させる形をととのえるという形式的考察のみに基づくもつとも形骸化された「代表」論に立脚するともみれるのである。

イリイは、右(①③④)で述べたように、「様々な州で支配的な権力構造を調査する困難かつ適切でない作業」をしなければその妥当性が論証しえないことを理由にして、E案以外の案を否定している。しかし、政治的プロセスの「誤作動」論そのものが、政治的権力構造の現実を丹念に調査しなければ判断しえないものであったはずである(⑤③④⑥参照)。後述の平等保護条項適用における「偏見」論も、社会的、政治的、経済的、文化的要因の検討を裁判所に任せるとの前提に立っている(⑧①参照)。そうであるのに、総論における「誤作動」論を定数は正問題という各論に応用した途端、司法部の能力信頼から不信論へと移行し、それを、政治的プロセス参加権とし

てきわめて重要な選挙権の保障に関するテストとして「一人・一票」基準を選択する主たる論拠とするのは、イリー理論の自己矛盾に他ならない。

我々は、「一人・一票」基準については、「実質的代表」「代表強化」論から論理必然的に導かれたものとはいえないと考えている。イリー理論の破綻である。

(八) 平等保護条項の適用方法

(1) 「偏見」論、「ステレオ・タイプ」論(一)——総論

① 問題の所在——プロセスの司法審査

一 イリーの「実質的代表」「代表強化」論及び「誤作動」論の応用例の第三は、少数者保護をどう実現するかという問題である。この点につき、「少数者保護における最高裁の役割は、少数者が政治のプロセスへ参加することに對する障壁を除去することのみであるべきである」という立場がある。だが、イリーは、多数者が少数者の犠牲において自己の利益をはかろうとしているときには、「『一人・一票』は、かかる状況下では平等性原理を茶番にする」とする。イリーは、これを「多元主義的政治理論」の限界とみている。つまり、選挙権の与えられている者をメンバーとする集団は、「政治的マーケット」における give and take に参加することにより、自己の利益を守ることができるといふ考え方が、かつては、政治学の主流であったが、権力の集中、各集団間の不平等という否定し難い現実を前にして批判が強くなってきているとする。

憲法とプロセス——イリー『民主主義とその不信』によせて 渡辺

そこで、イリィーは、平等保護条項に着目して、少数者保護の方法を探ろうとする。

「我々は、憲法について、とりわけ、平等保護条項についてひとつ認識していることがある。本条項は、全ての人が全ての法律上平等処遇をうける権利があることを意味しえないのである。現に、ほとんどの法律上、ポイントとなるべき点の多くは、異なる処遇、往々にして著しく異なる処遇に適する人を分類することに向けられている。また、憲法は、一定の『適切な』配分パターンを枠付けていると解釈し、負担とベネフィットの現実の配分が合憲となるのにはこのパターンに従っていなければならないものとすることもできない。ほとんどの配分の合憲性については、誰が結局何を得たかだけみることによって決定することはできない。問題となっている配分をもたらしたプロセスに注意を向けることによってのみアプローチが可能である」(一三五、一三六頁)。

つまり、「プロセス中心の審査システム」が平等保護条項による少数者保護を実現可能にするのである(一三六頁)。

二 以上の課題設定に従い、以下、イリィーは、平等保護条項適用における「プロセス」中心の司法審査論を示そうとする。その理論の枠組みは、①「違憲の嫌疑ある分類」の判断基準としての人種と同等性ある要素による分類、②その具体的判断テストとしての「偏見」論、「ステレオ・タイプ」論、③「偏見」論の適用方法、④「違憲の嫌疑ある分類」と分類の目的との適合性と、その目的の重要性の審査、⑤その一還としての「違憲の立法動機」論の分析となっている。ところが、本書での論述は、⑤↓④↓①↓②↓③となっている。このため、論理構造の理解がやや困難になっていると我々は受けとめている。そこで、以下では、むしろ、論理の枠組みに従って、分析したいと考える。

② 「違憲の嫌疑ある分類」論、「人種類似」論

一 イリイは、平等保護条項による司法審査の方法として、所謂「違憲の嫌疑ある分類」論 (suspect classification) に立脚している。つまり、法律等による差別的処遇のための分類基準が、まず、違憲性をはらむのはいか否かを判断し、もし「違憲の嫌疑」があるとする、かかる分類をする目的の重要性と目的・分類の適合性を審査するのである。ところで、いかなる分類を以て「違憲の嫌疑」あるものとするかに関して、イリイは、バーガー・コートのもとで、レンクイストが、これを「人種」又はこれと同等の national origin に限定しようとしていることについて、批判的に検討している(一四八頁)。

かかる限定論について、レンクイストは、人種と national origin とは修正一四条の憲法起草者が、特別の司法審査に付すことを望んでいたであろう分類であることを根拠としている。かかる憲法起草者意思論に対して、イリイは、「人種が、憲法起草者の心をもっとも占領していた対象であったことは疑いもないが(憲法批准者もそうであったであろう)、他方で、修正一四条を人権に限定しないとの決意、従って、少くとも一定の成長の可能性を残しておくとの決意も、意識にあったことは、むしろ明白と思われる」と反論している(一四九頁)。また、もし、憲法起草者が現に言及している分類にのみ範囲を限定するとすれば、黒人のみ保護をうけ、他の少数民族や racial origin への拡大もできなくなるとする(一四九頁)。そこで、イリイは、「人種類似」(racelike)である分類については厳格な審査に付するという基準を提案するのである。

二 では、何を以て、「人種類似」と判定するのであるか。

憲法とプロセス——イリイ『民主主義とその不信』によせて 渡辺

① 「分類上の特徴の変更不能 (immutability of the classifying trait)」を基準とする考え方がありえる。しかし、一方で、「外国人」たる身分はいつでも変更でき、「貧困」も理論的には「脱出可能な条件」であり、「私生児」たることも少くとも親には除去可能なものである(一五〇、二四九頁)。「性」も、変更可能な条件になりつつあり、結局、適切な「違憲の嫌疑ある分類」は導けないとする。その上、何故、変更不能な特徴による分類は、「違憲の嫌疑ある分類」となるべきなのかについての「理論的架橋」が欠けているとする。つまり、

「人が自らどうにもしようのない事情により能力を失っている場合、我々は同情すべきである。しかし、選挙された公務員がこうした感情を共有する可能性が異常なまでないと考えるべき理由を見い出せない。のみならず、身体障碍、知的能力による分類については、変更不能性の重要性を主張する裁判官や理論家でさえも、適法と認めている。これに説明を与えるとすれば、かかる特徴は、(理論家が違憲の嫌疑あるものとしようとしているものと異なり)合法的目的にとって重要であることが往々にしてあるというものである。しかし、変更不能性論が、かかる程度の意味であるとするならば、もはやそこに残されているものはあまりないのではないか」(一五〇頁)。

② ブラウン事件について、人種上の少数者を不利益に取扱う分類は、「劣等性のステイグマであり、汚名のバツヂである」と理解されるのが、普通である」と判断したと理解する向きがあるが、これを「人種類似」論のテストとすることができるかについて、イリーは、消極的である(一五〇頁)。

③ 次に、先述のキャロリン・プロダクツ事件「脚注四」のストーン判事の判断をうけて、最近、ブラックマン判事は、「外国人とは、——高度の司法審査が適切な……『discrete and insular』な少数者である」と述べてい

る (Graham v. Richardson, 403 U. S. 365, 372 (1971))。そこで、イリイは、これを判断テストに用いないか吟味している。かかる考え方に対して、レンクイスト判事は、判断基準としての「不確実性」を以て批判している。その意味するところは、弁護人は自己の依頼人が属する集団を "insular and discrete" と描くのに、そんなに困難を覚えないというものである。この点につき、イリイは、ストーン判事のテストは「多元主義」に立脚したものであることを忘れてはならないとして、擁護しようとする。つまり、我々の社会を構成する多様な少数者が夫々の利益を保護するために相互に働きかけるというシステムを前提としたときに、「かかる『相互防衛条約』のシステムの利用が反復・継続して不可能となっている少数者」を指称しているのであるとする (一五一頁)。

ただ、なおかつかかる考え方への批判として、裁判官はこの種の実践的、政治的分析に従事する資格はないとの議論があるとしている。が、イリイは、「選挙による公務員は、社会内のある集団の必要とその意思に注意を払うことにならば利害を見出し出していない場合がある。そこで、右アプローチのポイントは、かかる集団を確認することに全てがかかっている」とした上で、裁判所以外にかかる課題解決について、より適切な制度はないとする (一五一頁)。また、「政治的閉鎖性 (political insularity)」にのみ基準をおくと、黒人を除外することにならぬかという疑問がでてくる。

「発言権もなく、他人にその存在を注目されることもなく、ほぼ字義通りに、他人に自己の主張を聞いてもらえない集団がいるとしても、都市の黒人がこの中に入るかは決して明らかとはいえない。数の上では、黒人は大都市の多くで多数者に接近しつつあり、ほとんどの大都市で、おそるべき投票集団を拡大形成中である。数の点ではさておくとしても、彼等の発言

力は、以前にもまして大きくなつてきつゝる」(Goodman, De Facto School Segregation : A Constitutional and Empirical Analysis, 60 CALIF. L. REV. 275, 313 (1972)).

しかし、かかる疑義に対して、イリイヤーは、こう反論する。

「これは、一九七二年に書かれたものである。ジミー・カーターの選挙の四年前である。ジミー・カーター選挙では、結局何を生み、何を生み出さなかったのかという点は格別として、黒人が自己の政治的利益を他の集団の政治的利益といつしよにプールする能力があることは証明されたと思われる。我々としても、黒人を保護するという、修正一四条の歴史的中心的目的があまりに時代遅れであり無視することができるといふ合意に達することのできる日がくることを祈っている。ただ、今日がその日であると考えるのは、あまりに繊細な感覚を欠いているものである。政治的閉鎖性のみに向付付けられた理論は、黒人を修正一四条の保護から除外することになるが、かかる理論は、少くともある程度再検討の必要がある」(一五二頁)。

では、イリイヤーのいう「再検討」の要点は何か。

「ここで問題となっている一般的理念は、きわめて明らかである——裁判所は、政治的に自己を防衛しえない者を保護すべきである。ただ、この点の正当化事由は、明らかとはいえない。ある意味で、我々の社会を構成している様々の人と集団が立法の形成にあたり、いずれかの人間と結合するの決定することを許すのは、民主主義の本質である。我々は、全ての点について、全く同一というわけにはいかない。また、一定の課題については、我々の利益は、現に、相当に異なるのである。とすると、他人が政治的に結合することを拒否し、その点について、完全

に尊敬すべき理由がある集団なり利益なりが存在する可能性を……先験的に排除する方法はない」(一五二頁)。

そこで、イリイイーは、右の「民主主義の本質」と調和する「人種類似」論の適用基準として、「偏見」(prejudice)論を主張するのである。

③ 「偏見」論、「ステレオ・タイプ」論

一 「偏見は、現実を歪曲するレンズである。我々は、少数者で構成される国家であり、我々の国家システムは、かくして、様々な集団が互いに競合する利益のあることに気付き、これによって特定の問題について多数者へと結束していく能力と意欲のあることに依拠している。偏見は、事実上存在している競合利益に対し、我々を盲目に「てしまう」(一五三頁)。

かかる「偏見」論を補うため、イリイイーは、グッドゥマン論文から、次の部分を引用している。

「人種的偏見は、共通するものが多い集団(黒人と貧困白人)を分裂させ、他方、人種上の少数者に対する敵意以外には共有するものがほとんどない集団(白人の富裕層と白人貧困者)をも結合する。つまり、人種的偏見は、『全体の中の多数者』に、『他の市民の権利を侵害しようとする共通の動機』を与えるものである。マディソンは、多元的社会ではかかることはありえないものと信じていたのである」(Frank Goodman, op. cit., 60 CAL. L. REV. at 313)。

イリイイーは、かかる「偏見」論の意義を次の点に見出し出している。「偏見」論は、分析の視角を純粹に「政治的」なものから、「決定の心理分析」へ移すものである。この手法は、後述する「違憲の動機を洗い出す」という違

憲の嫌疑ある分類理論の有する機能的意義」に直接関連するという長所を有するとする(一五三頁)。そして、ここから、「偏見」の意味の特定が可能になる。つまり、

「我々が、違憲の嫌疑あるものと取扱うべき分類群としては、広範囲にわたり中傷・誹謗の対象とされていることを我々が知っている集団、他人(特に、立法プロセスを支配している者)が危害を及ぼそうとする意思をもつ可能性のあることを我々が知っている集団を不利益に扱うものがある」(一五三頁)。

イリイは、ここで問われるべきなのは、「公務員による作用上、不利益をうけている集団に対して、正当化事由のない広範囲の敵意が存在しているか否か」ではなく、「現に広範囲の敵意があるか否か」である、としている(一五三、一五四頁)。

二では、かかる事実としての偏見の存在を判断する方法は、何か。イリイは、『ステレオ・タイプ』に根ざした分類は、違憲の嫌疑があるものとみなされるべきでもある」という命題を以て、その方法としようとしている。そこで、次に、何が、イリイのいう「ステレオ・タイプ」なのか問題とされなければならない。

例えば、検眼師(optometrist)には、眼鏡レンズの複製を許すが、光学器械商(optician)にはこれを許さないものとする立法を考えてみよう。かかる立法に対して、ほとんどの光学器械商は、ほとんどの検眼師よりも技能が下だが、特定の光学器械商甲は、相当数の検眼師よりもレンズ複製の資質と技術があるとの批判がなされたという。かかる批判については、イリイは、「不完全なことが明らかな相対的一般化(則ち、ステレオ・タイプ)」に基づく分類は認容されなければならない、さもなければ、個々人の能力全てをいっいち判断する手続を設けると

いう耐え難い結果となるとの反論を以て答えうるとする（一五五頁）。

しかし、次に、分類一般は許容できるとしても、相当数の個人に不公正な結果をもたらす限度では正当化しえないとの主張がありえる。これに対して、イリイは、こう述べている。

もし分類の方法と目的との適合性をコストなしにより緊密なものにすることができれば、裁判所はその分類を『非合理』とし、識別をより鮮明にすることを要求しよう。しかし、より完全な適合性を得るのには、コストの増加を伴う場合がある——一定の資格なき人による業務の遂行を許すコスト、あるいは、資格認定のためのケース・バイ・ケース・テストを設けるコストなどである。そして、現実の立法は、ほぼ全てがこれにあたる。この場合、最高裁は、立法部によるコスト・ベネフィットの衡量を *second-guess* することを拒否しており、これは妥当といえる」（一五六頁）。

つまり、イリイによると、「ステレオ・タイプ」もまた立法の不可避の所産であるとする。しかし、これが意味あるものとなるのには、許容できるステレオ・タイプと許容しえないそれとを区別しておかなければならないとする。そこで、その区別の方法が問題となる。

三 右の区別の方法として、ステレオ・タイプ論批判のひとつであった、相当の数又は割合の反対例の証明のある場合については、ステレオ・タイプによる一般化は、違憲の嫌疑あるものとする考え方を用いえないか、イリイは問うている。が、直ちに、一般化を数的視点だけで評価しえないとする。死刑事件では、相当数の反対例の存在でも耐え難いが、心臓発作の可能性ある者を航空管制から除外する場合などには、半数以上の除外者が実際には全

く適切な状態にある場合もありえるのである。つまり、『不当に』除外され、又は、包含された者の負担するコストと残りの我々の負担するコストとを比較すること、特に、システムをより精緻に調整する上で必要な時間、金銭、危険の増大の視角から比較すること」が必要である(一五六頁)。結局、反対例の発生が著しく多いことを根拠にして司法審査を行うことは、裁判所が立法部のコスト・ベネフィット分析に同意しえないときはいつでも介入するという理論と同一であって受け入れ難いものである(一五六頁)。

むしろ、イリィーは、用いるべき基準は、次の通りのものであるとしている。

「我々が違憲の嫌疑あるべきものとする事例とは、反対例の発生が『著しく高い』一般化を伴うものではなく、むしろ、反対例の発生数が立法当局が想定していたと考えられるところよりも、かなり上回る一般化を伴う場合である (those involving a generalization whose incidence of counter-example is significantly higher than the legislative authority appears to have thought it was)」(一五七頁)。

そして、イリィーは、このようなシチュエーションの有無を判断する方法として、「最高裁は、右のような立法部の誤った判断の可能性を示す諸要素を確認できないか否かを考察するにあたり、ここでは、立法の産物にのみ注目してはならない。立法の産物を生み出したプロセスにも注目しなければならない」と強調している(一五七頁)。

四 それでは、「ステレオ・タイプについての立法部の主観的計算と現実とのギャップの大きさ」を、「プロセス」的側面から読みとるために手掛りとなる要素とは、何か。イリィーは、四つ指摘している。

① イリイヤーは、ステイブンス判事が、「伝統的となっている分類は、新しく創造される分類よりも、その正当化事由について立ち止まって考察してみることなく用いられる可能性が高い。分析ではなく、習慣が分類を受け入れ可能とし自然のものにする」と述べているのに対して (Mathews v. Lucas, 427 U. S. 495, 520 (1976))、一方では、分類の一般化が長期にわたり確立してきているという事実は、これを支持するもつとも強力な根拠とはならないが、逆にこれを否定すべき理由にもならないとする。「長期にわたり尊重されてきている一般化のいくつかは、いちぢるしく不正確なものであるが、他の分類についてはそうとはいえない」(一五八頁)。

② 次に、ステレオ・タイプの決定形成者と分類のもたらす利益の担い手との関係が問題になるとしている。

「我々の日常生活上、所与の一般化をさらに拡大する場合、その一般化をさしあたりどれ位信頼していいのか決定するにあたり、我々は、一般化の由来を知りたいと考える——誰がこれを提案し、これは提案した者の利益に役立つものなのか否かである。かかる常識的洞察は……憲法的審査上もまた関連性がある。一般性を一層拡大していき、これを分類の根拠とする方法と、より差別的な分類公式を提案する試みといずれかを選択するには、個別化をすすめることにより生まれる公正さの増大とこれに伴うコストとの比較衡量を常に必要とする」(一五八頁)。

そこで、イリイヤーは、「ステレオ・タイプの一般化」に伴う利益に着目しつつ、次の分類を行っている。

(a) 決定形成者の利益に役立つ「ステレオ・タイプの一般化」であって、「それが、決定形成者の物質的な財をまますものであるとき、利益衡量に内在する危険性は、もつとも顕著なものとなる——一方で、決定形成者が自己自身に対するときと同じように他人を処遇することのコストが過大評価され、他方で、分類の基礎として提供されてい

るステレオ・タイプ的一般化の妥当性も過大評価される可能性が大きくなる。この結果、個別的公正さを確保する利益は過小評価されることになる」(一五八頁)。

(b)物質的利益がなくとも、ステレオ・タイプ的一般化には、精神的利益が伴っている。「自己の属する人種その他の集団が相対的に優越性を有していることを示すステレオ・タイプ一般化を聞いて喜ばず、又は、これをうけ入れないようにしようとする人間は、まれである」(一五八頁)。より具体的には、「白人は一般に黒人よりもかしく勤勉である、男性は女性よりも精神的に安定している、本土生まれのアメリカ人は、他で生まれたアメリカ人よりも愛国的である等の趣旨のステレオ・タイプ一般化は、アメリカの典型的な立法部にみられるような人口構成で形成されている集団内であれば、きわめて容易に広まる可能性が高い。反対例が存在していないと考える者は、少ないにも拘わらず、かかるステレオ・タイプ一般化の妥当性一般は、きわめて安易にうけ入れられてしまう可能性が高いのである。立法者は、自己の属する集団についての積極的な神話と、自己の属さない集団についての消極的な神話とにとりつかれる。そして、上記のような類型の分類により、立法者の属する集団に入っていない『彼等』なるものの多くは、特に不正に利益を奪われていることはない一方、自己の集団たる『我々』なるものも多くが不正に利益をえることもないとあまりに安易に考えてしまう可能性が高いのである。この点は、立法者も我々一般人と同じである」(一五九頁)。

(c)以上に対して、ほとんどの立法者が所屬していない集団に優越性を与えるようなステレオ・タイプ一般化については、謂はば、*they-they* の文脈における立法であり、(a)(b)で述べたような危険性が伴わないので、「違

憲の嫌疑」はないとする（一五九、治六〇頁）。

① 三つ目の要素として、分類の特徴の「変更可能性」を問題としている。これには、二つの意味がある。第一に、分類基準が「変更可能性」あるものであるとき、「分類自体が合法的な社会的な目的の視座から直ちに擁護可能なものとなり、当初の違憲の嫌疑は柔らげられる」。第二の意味は、「決定形成者が一般化する能力が、彼等自身のものの方のため歪められる可能性」に関わるものである。イリイヤーによると、年令により利益・不利益を与える分類については、「主に中年の立法者」による分類決定ではあるが、一応、「変更可能」なものであるとする。これに対して、

「外国人であることは、一般に離脱可能な条件である。理論的には、貧困もそうであるし、性もそうであるといえよう。しかし、それにも拘わらず、より重要なのは、立法者のほとんどは、外国人であったことも、貧困、女性であったこともない点である。他方、立法者は全てかつては若かったのである。この事実は、年令による差異に伴う利益に関する彼等の判断の客観性を高めるものである」（一六〇頁）。

② 最後に、イリイヤーは、*“discreteness and insularity”* のテストも、「ものの見方の歪曲効果」との関連で、一定の重要性があると述べている。イリイヤーは、この点を次のように説明している。

「政治的アクセスは、確かに重要である。しかし、（多数者支配が欠けている限りで）そのみでは我々が吟味した偏見の第一の型、*“out-and-out hostility”* に対して集団を保護することはできない。また、多数者が有する自己の過大評価という微妙な偏見を効果的に矯正するのにも役に立たない。発言権、投票権が、我々の議論して

いることの全てであるなら、こうした偏見は容易に残存しえるのである(また、場合により拡大さえする)。他の集団は、取引を行うことを拒絶し続け、そして、問題となっている少数者は多数決で排除され続けるだけである。しかし、他方で、“discreteness and insularity”は、社会的側面をも有している——もちろん、両側面は併列して存在していることが多いが——。そして、“cooperation—blocking prejudice”の改善にとつて、より関連性のあるのは、この側面である。社会的人間関係が増加すると、未知の者に対して伴うことの多い敵意が消えていく可能性が高くなる。のみならず、我々の所属する集団の優越性を誇張しつつ、ステレオ・タイプを形成する我々の傾向を制禦する可能性も高くなるのである。我々が、いろいろな点で異なる人々を知れば知るほど、彼等と共通するところのあることを評価するようになる。これは、政治的協力の開始でもある(一六一頁)。

以上が、イリオの「偏見」論の謂はば総論的部分である。では、具体的に、かかる「偏見」論はいかに適用されるのか、これが、我々の次の関心である。

(2) 「偏見」論、「ステレオ・タイプ」論(一)——各論

① 外国人差別について

一 「外国人(alien)」に対する差別については、①投票権はないこと、②「外国人に対する敵意は、長年にわたるアメリカ的伝統である」こと、③立法者はほとんどが、常に「市民」である者で構成されていること、④「以上のシチュエーションがもたらしている誇張されたステレオ・タイプ化は、最近の移民と法創造者との社会的接触

が相当程度みられることによっては改善されていない」（一六一、一六二頁）。そこで、イリイは、以上の要素を考へて、外国人差別は「違憲の嫌疑ある」分類にあたると思はれる（但し、我々はイリイがそう明言した文章を見出し出しているのではなく、以上の四要素の結合と上記の総論との合理的帰結としてこうなると考へているのとどまる）。

② 貧困者に対する差別

一 イリイは、「投票権が公的に与えられていない点を除けば、貧困者にも外国人と同様の分析があてはまる」と述べている（一六二頁）。ただ、現在は、「貧困者」「富裕者」の特徴についての一般化に基づく立法はない。問題は、「貧困者」に対する積極的施策の不充分なことである。しかし、イリイは、次のように述べている。

「貧困者に対して不利益を与える典型的なものは、政府の側（その他誰であっても）がなんらかの財又はサーヴィスを提供することにより貧困を軽減する種々の作業をしていないことである。確かに、違憲の嫌疑があるといえるためには、法律が不利益な処遇をうけている集団に対する明らかな差別をしている必要はない。しかし、貧困者になんらかの財又はサーヴィスを与えていないことは、我々の中の一定の者にとっては冷淡なことであると思はれることが往々にしてあるが、これは一般的に、窮乏にある者をその状態にとどめておこうとするサディスティックな願望や、彼等のステレオ・タイプ的一般化に由来するものではない。むしろ、そうした支出を支えるのに必要な税金を徴収することへの躊躇に由来するものである——いざれにせよ、こうした憲法上嫌疑なき用語に容易に翻

訳できるのである。かくして、違憲の嫌疑ある分類法理は、貧困者にとって時折助けとなるのにとどまる。貧困者の問題は、そもそも分類の問題ではないことが多いからである」(一六二頁)。

③ 同性愛者に対する差別

一方、イリィーは、「同性愛者 (homosexual)」は、「第一級の偏見」と「we-they、型ステレオ・タイプ化の誇張」との犠牲者であるとしている。イリィーは、ここでは、「discreteness and insularity、テストの「社会的側面」からの評価をしている。

まず、「同性愛」という特徴と、社会的人間関係について、イリィーは、こう分析している。

「人口のかんりの割合が、『ゲイ』であるように思われる。それ故、我々のほとんどが、ホモとかなり頻繁に交際をしなければならぬ。我々の分析に従うと、この事実、我々の偏見を実質的に中性化するのに役に立たないであろうか。しかし、この場合には役に立たないのである。一般に、人がホモであることは、いっしょに仕事をすゝるなどの方法により、他人が気が付くような特徴ではない。我々が抱くステレオ・タイプは——男性ホモは女性的であり、女性のホモは「butch」である、信用できない、子供に異常に敵意を示すなどといったものであれ、その他のものであれ——固定化されている可能性が高いのである。我々の周りの人が、反対例でありえるという事実は忘れられているのである」(一六二、一六三頁)。

他方で、自己が同性愛者であることを公然と認めることに対しては、「残る我々の多くの抱く偏見の故に、かか

る自認には、重大なる社会的コストが伴うことになるであろう」とする（一六三頁）。そこで、イリィーは、次のように、総括している。

「ホモを不利益に取り扱う分類を違憲の嫌疑あるものとするのは、偏見と潜行性との両要素の結合による。偏見は、社会的コンタクトが充分になされていけば、場合により克服可能である。また、分類の特徴の不可視性は、通常は、憲法上重要なものとして評価すべき理由のある要素ではない。しかし、これらの要素が結合したとき、当初、違憲の嫌疑を導いた偏見が、次に社会的な“noninsularity”による偏見の中性化の可能性を消し去るのにも役に立つのである」（一六三、一六四頁）。

④ 女性差別について

一 イリィーは、女性差別問題については、全体として、①「第一級の偏見」はほほえないが、②「ステレオ・タイプ化」されている、とする。つまり、「典型的には、女性は世の仕事に適していず、家庭に属するという趣旨の明らかに誇張されたステレオ・タイプが長い間、男性、従ってまた男性がほほ占拠している立法部の間で長い間、跳梁してきた」（一六四頁）。③このステレオ・タイプは、「女性に恐るべきコストを負担させてきている」。但し、④女性と男性のコンタクトは、ホモ行為者と比較するとはるかに強固であったし、⑤女性は投票権もある——教的には半数以上であるかもしれないのである。そこで、イリィーは、女性は“discrete and insular”でなく、「少数者」でもないことをまず確認している（一六四頁）。

では、何故、女性は政治プロセスで不公平な不利益をうけ、ステレオ・タイプを克服できていないのであろうか。イリイは、次のように、問題の所在を指摘している。

「男性の多くは、女性について誇張されたステレオ・タイプによって理解しており、また、これを基礎に立法していることも多い。しかし、女性は、投票、又は、コンタクトある男性に個人的に影響を与えてこれを修正する機会を利用しないことを『選択』したと論ずるのは公正であらうか。これが、問題である。上記の二つの手段のいずれについても、これらを用いる積極的活動が欠けている主要な理由は、女性の多くが、誇張描写されたステレオ・タイプを受け入れていたこと、従って、投票又は個人的影響により『修正』すべきものがなかったこと、むしろ、自らその例となることでこれを強化すべく行動していたことにある。若しくは、少くともそう論ずることに説得性が認められるのである。もちろん、そうとすると、元来それほど誇張されたステレオ・タイプはなかったことも意味しえるであらう。ただ、別のことも考えられる。つまり、女性も含めて、我々の社会は、男性に圧倒的に支配されてきているため、女性その他の問題に関する男性の創造したステレオ・タイプを女性がうけ入れることになったことも理解しえるのである」(一六五頁)。

この点で、キャストानीダ事件 (Castaneda v. Partide, 430 U. S. 483 (1977)) が参考になる。本件の法廷意見では、メキシコ系アメリカ人に対する大陪審選出の際の意図的差別の *prima facie case* は、当該地区ではメキシコ系アメリカ人は、「支配的多数者」の地位にあるとの事実によって影響をうけないとした。イリイは、その理由をマーシャル判事の補足意見に見い出している。マーシャルは、少数グループの構成員は、少数グループ

から離脱することにより、また、更には自ら多数派の否定的態度を肯定することにより、当該グループに対する差別と偏見に反応することがあるとの心理学的観察を引用していたのである。

二　そこで、問題は、以上の要素を一九八〇年現在の女性に適用できるのかである。イリーの認識は、以下の通りである。

「女性が、一般にきわめて結合力のある政治勢力であって、『女性の物の見方』を守ることを誓約している候補を選出するほど団結して機能しているものではないことは真実である。しかし、違憲の嫌疑性は、アクセスが阻止されていることの証明に根拠をおくべきであって、その選挙の結果が『不正』であったという事実に基づくべきではない。政治的マーケットで、このような形で行動していない集団は無数に存在している。しかし、我々は自動的に彼等が『奴隷の心』しかないと推論することはしない。理由は、多くの場合、当該の人々が共有している特徴の重要性・意義について（分別の有無は別として）合意をえていないことにある。かくして、違憲の嫌疑性を評価するにあたり、一集団が政治団体として機能していないことを認めるだけでは充分なものとなりえない。関連する諸事情を更に検討し、アクセスに対する組織的な障壁（私は、それが公的なものである必要があることを示唆していないことを明らかにしておく）があるか否か判断しなければならない。今日、女性、男性いずれでも、女性の適切な『あり方』についての議論が普通にみられることは、この点で重要である。所謂ステレオ・タイプは、女性を様々な活動から除去することによって女性を『保護』する法律を誕生させている。が、これらの法律は、日々公けの場で攻撃をうけているし、また同時に精神的な擁護の対象ともなっている（一般的ステレオ・タイプは公けにされ明

らかにされて、議論されている。これは、人種的少数者の場合にはみられなかったことである。そして、このこと自体で、議論の交換が比較的自由にならざる脅威を伴うことなくされていることの証拠といえる。伝統的ステレオタイプについて、このように付けの議論がなされるとすると、数的多数派が『支配的』であって、女性は事実上『奴隷』であり、ステレオタイプに従うしか現実的選択がないとする主張は、維持不可能になりつつある。もっとも、きわめて誇張したレトリックのレベルで維持するならば別であるが。さらに、かかる主張は、現在広くなされている議論を自己矛盾に陥らせる。現代の議論の文脈で、こうした主張をするには、少くとも暗黙のうちに女性 は実際上精神的幼児であり、男性のいうことは何でも信ずるというステレオタイプの妥当性を認めなければならなくなるからである」(一六六、一六七頁)。

三　ところで、イリイは、性によって分類をする法律のほとんどは、ニューディール期、更に、女性の参政権を認める修正一九条の可決された一九二〇年を遡るものがほとんどであるとす。では、法律制定時に選挙権がなかったこと、違憲の嫌疑論とは、どう関わるのであろうか。イリイは、次のように論ずる。

「法律が違憲の嫌疑あるものである理由が、私のいう第一級の偏見であるとき、又は、否定的な影響をうける集団が法律可決の時点で効果的アクセスを阻まれており、また、現在も阻まれている場合であって、ステレオタイプ化の微妙な形態により汚染されているとき、唯一適切な救済手段は、分類を無効とし——もし、立法部が分類を継続する意思があるならば——従来と異なり一般により繊細に調整された、分類に関するテストを用いることにあ。これに代わることでできる方法は、司法的に実体的な利益衡量を再度行なわせて、立法的に影響を与えたこと

が明らかな偏見が作用しないようにし、他方、ある意味で、分類の実質的意義が許容し難いものに至る場合にのみこれを無効とするように試みることである。しかし、私がこのアプローチを極めて不適切なものともみていることを知っても、諸君は驚かないであろう。我々は我々の司法部が選挙による公務員よりもむき出しの第一級の偏見に対して繊細さに乏しいことを示す事例を引用できるし、さらには、繊細さを全くもっていない例も引用することもできる。さらに、かかる偏見は……ほぼ不可避免的に、*self-serving comparison* の事例でもある。裁判官は、広い意味で、立法部と同一範疇に属している——例えば、ほとんどの立法者は白人・異性愛・男性であり、貧困のレベルからはるかに上回ったところにいる——。とすると、裁判官が、*self-aggrandizing generalization* を行なおうとする通常の誘惑を免がれると想定すべき理由は、いささかもない。一定の状況下で、一般化を行うことを人に信頼してまかせられず、自己にもこれを委ねられないのならば、可能な答えは、一般化を行なわないことである。連邦最高裁は、違憲の嫌疑性が払拭されていない分類は利用しえないと一般に主張しているが、これは賢明なことといえる。現に分類が、資格を制限された為に不利益を与えようとする単純な欲求の産物である場合には、これを放棄するのが妥当である。これが、望ましい結果である。しかし、一定種類の分類が必要と思われるとき（立法部が採用した分類は、憲法上許容しえないものであったとしても）、一切分類を許容しないという救済手段は、時間と金銭との両者の点でコストがかかる。資格付与のため、より個別的なテストをなんらか必要とするのが一般だからである。但し、立法部は、任意にかかるコストを負担することが多い。また、裁判所は、憲法上保護されている利益が、不完全な適合性しかない分類により脅威にさらされているときには、立法部にコストを負担させる場面も

ある。self-aggrandizing generalization の状況では、歪曲の生じる尋常ならざる危険があるため、より個別化された正義の実現に伴うコストの増加を我々が負担する必要があると思われる。

女性問題の場合、つまり、過去においてはアクセスが阻止されていたが、現在ではもはや責任を以てそういうことができない場合、上記とはやや異なり、よりドラスティックでない救済手段が妥当と思われる。第一級の偏見又は self-serving stereotyping の場合、不利益を被っている集団の有するアクセスは阻止されたままであって、当該の問題を政治プロセスに対し、『再度の考慮』のために『差し戻す』という方法は、うけ入れ難いであろう。我々は、あやつられた陪審に事件を差戻すことはしない。しかし、女性問題の場合には、『再度の考慮』アプローチが意味をもつと考えられる。技術的には、連邦最高裁の判断は、違憲の払拭していない状況全てについて同一である。『立法のデュー・プロセス』は否定されており、そこから生まれる法律は違憲と宣言されるべきなのである。ただ、立法部がかかる違憲宣言の後に再考し、同一又は類似の法律を再可決した場合には——正しく、アクセスはもはや阻止されていないがために——差異がでてくる。立法のデュー・プロセスが、一九〇八年、さらに、一九三九年にも拒否されていた事実は、一九八二年にもそうであったことを意味するものではないし、従って、新しい法律は合憲と宣言されるべきものである。実際のところ、女性は今や自己を守りえる地位にあるのだから、現に自己を守ると考え、また、従って我々の過去の特徴であった公的な性差別は将来にはみられないと考えるのは、誤っているかもしれない。しかし、もし女性が、将来、性差別から自らを守らなかつたとすると、それは、彼等がそうすることができないからであることにはならない。むしろ、なんらかの理由で——つまり、争点に対する実質

的な意見の不一致、又は、より可能なこととして、プライオリティーを高くみていないため——自らを保護することを選択しないからである」(一六九頁)。

⑤ 少数民族優遇措置について

一 最後に、イリイは、「逆差別 (reverse discrimination)」の提起する問題をとりあげている。彼は、少数民族優遇措置 (affirmative action) には、「困難な倫理的問題」「身もたえするような道德的問題」が伴うとする。何故なら、我々の社会を「人間差別という病氣」から治ゆするには、社会の上層部により多くの少数者グループのメンバーをあててゐることを要する。しかし、機会配分にあたり、特に少数者を優先しない限り、「予見可能な将来」においてかかる社会的条件を獲得することはありえない。他方、黒人であることを理由にして優先的に機会を与えると、別の者が黒人ではないが故に機会を奪われることになるのである。

しかし、イリイは、右のような「困難な道德的問題」は、「困難な憲法的問題」を必ずしも伴わないとする。既に論じてきた、分類を「違憲の嫌疑あるもの」とする要素は、夫々「一方にしか回転しないつめ車」なのである。則ち、

「我々の社会で白人多数派を形成する同盟が、白人一般に対して equal concern and respect をうける権利を拒否するおそれは存在しない。白人は、人種的偏見を理由として白人全員に対して差別をすることはしない。白人は、一般に、黒人と対比したときに白人の必要とするものや本来うけとるべきものを過小評価する傾向になること

はない。また、同じく、黒人に対して拡大適用しつつある利益を一定の白人にも拡大して与えようとするとき、分類システムをより精緻なものにしていくに伴うコストを過大評価する傾向になることもない。平等保護条項の機能は、すでにみたように、主に、他人を害する者は同時に自己——乃至、少くとも自らの再選のために頼るべき選挙区の広範囲の構成員をも害さなければならぬことを要求している。こうした方法を以て、実質的加害に対する保護を与えようとしている。しかし、この議論は、逆の方向に働くことはない。つまり、上記と同様の論証によって、次の命題を支持することはできない。つまり、我々の代表は、自己又は代表が支持を求める多数者以外の者にも同時に危害を加えることなく、自己又は多数者にのみ危害を加えることはできないという命題である」(一七〇、一七一頁)。

つまり、一定の人種的少数者の犠牲において、別の少数民族を優遇する場合には、少数民族差別に適用のある司法審査基準があらはまる。黒人に入学者枠をふやすためにユダヤ人を相当数減ずるのは、反ユダヤ主義をとりこむものであり、憲法上疑義がある。しかし、「特にユダヤ人ではなく、白人一般が我々の社会の多数者である。従って、人種差別は、白人一般に対して行なわれるものである場合にのみ、違憲の嫌疑性を有さないものとなる」(一七二頁)。

(3) 合憲性審査と立法の動機

一 さて、イリイは、平等保護条項による司法審査の別の問題として、違憲的な「動機」に基づく立法の扱いをとりあげている。イリイによると、連邦最高裁は、一方では、パーマー事件で、「立法作用は、これに投票した

者の動機のみを理由として平等保護を侵害するものとなると判示した事件は本最高裁にはない」と述べて、ジャクソン市が公立プールを黒人・白人共同利用にするように裁判所の命令をうけた後にこれを閉鎖した処分につき人種的動機があったことを示す有力な証明があったが、その関連性を否定している (Palmer v. Thompson, 403 U. S. 217, 224 (1971))。他方では、「人種差別の意思又は目的は、平等保護条項違反を証明する要件である」とも宣言 (Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp., 429 U. S. 252, 265 (1977)). See, also, Washington v. Davis, 426 U. S. 229 (1976))。この問題を巡る最高裁の動揺があるとする (一三六、一三七頁)。

イリイは、右問題の解決のため、州軍の軍曹が六名の分隊から暴動鎮圧という著しく危険な任務のため三人を選択・派遣するにつき、①ライフル射撃の点がよい、②ポーランド人、メソジスト、共和党である、③軍曹は残り三人のほうが好きである、という理由を基準にした場合を仮設例とし、②③の基準では三名の選択は違憲になるとする。つまり、「正しく同一の政府作用であっても、何故それが行なわれたのかによって、合憲ともなり違憲ともなるのである」。これを、イリイは、次のように理論化している。

「人種、宗教、政治を基礎にして、あるいは、選択にあたる公務員が好きではないことを理由にして人々を選別し、重大なる利益剝奪に付すことは、憲法規範に一致しない。かかる選択原理が用いられたとき、システムは誤作動しているのである。かかる選択にはデュー・プロセスの否定というラベルをはることが正しいのである。もちろん、適切に機能しているシステムも同一の結果を生じたかもしれないし、生じなかったかもしれない。ただ、デュー

1・プロセスが拒絶されていたときには、システムが適切に機能している場合と同一の結果を生じないのが真実であるのが普通である。従って、誤謬が偏見によつたものではないことが明らかかな場合を除いて、誤作動しているプロセスの生産するものを拒否して、もう一度やり直すのが、救済方法となる」(一三七頁)。

ところで、上記ジャクソン市プール事件で、ブラック判事は、立法の動機を考慮しない立場に立っている。理由は、①「動機」認定の困難、②特に、「唯一」の、又は、「支配的な」動機の認定の困難、③動機のみを理由に法律を無効とすることの不毛——立法部は他の理由で同一の法律を制定しえる——である。以上に対して、イリイは、こう反論している。

① 動機論は「唯一」「支配的な」動機の発見を求めるものではなく、「違憲の動機が、選択に対して実質的に影響を与えたと思われるか否か」を問題とするものである。

② 「違法な動機が決定に影響を与えたかどうか判断することは、きわめて困難ともなるう。実際、行なわれた作用について説得的な合法的説明をも明示しえる場合であれば、ある決定が違憲の動機により影響されていたと、裁判所が信頼できる結論を出すことは、ほとんど不可能である。しかし、これは何を証明したことになるのか。不服申立をうけている作用が、違憲の動機の産物であるとの信頼できる結論を出すことが不可能なことが多いことしか証明しておらず、かかる審査はおこなうべきではないということではあるまい」(一三八頁)。

③ 違憲の動機によつた法律が無効とされてから、別の理由で全く同一の法律が再度制定されることは、実際上をあまりない。再度の法律が合憲とされるのは、他に合理的な立法理由が存在する場合のみであるが、これがある

とすれば、当初から違憲の動機は問題になるまい。とまれ、法律の違憲・無効宣言——再度の立法が反復されたとしてもそれでいいとイリイーは述べる。偏見ある陪審による有罪判決の破棄後、偏見なき陪審によって再び有罪判決が言渡された場合と同じく、「システムは失敗している」のではなく、「正当性が証明されている」からである（一三九頁）。

(4) 「違憲の嫌疑ある分類」論の適用方法

一 最後に、イリイーは、平等保護条項による司法審査の中心的テストである「違憲の嫌疑ある分類」法理の適用方法の分析をおこなっている。イリイーは、この法理は、違憲の動機分析論の「侍女」として機能するもので両者は密接に関連していると位置付けている（一四五頁）。何故なら、「問題となっている分類がもっとも密接に適合する目的であることは明白である」。立法者の現実の目的が違憲であれば、法律上の分類も違憲となる。しかし、この現実の目的を確実に証明しえなくとも、「違憲の嫌疑ある分類」法理が助けとなるとする。つまり、

「違憲の目的は、州側の弁論上採用することができないのは明白である。現実の目的が違憲であるとき、分類に もっとも適合する目的は、分類を擁護するためには採用しえないのである。とすると、その分類との結び付きがよりゆるやかな、他の目的により擁護されなければならない。最高裁は、一般に、分類と目的の間に『合理的』関係があることを要求しているが、かかる要件によるならば、問題はほとんど生じまい。何故なら、分類がもっとも適する目的が採用不可能であるとしても、他に許容される目的が存在し、これと分類との関係は合理的であるという

のに充分であることがありえるからである。しかし、違憲の嫌疑ある分類に対してなされる『特殊審査』によると、分類の擁護に援用されている目的と分類とは、他にもありえる分類と比較して、より密接なものであることが求められる。しかし、分類が、これほど密接に適合しえる目的はひとつしかありえず、それは、立法者が現に念頭においていた目的である。そして、この目的が違憲性の故に援用しえないとすると、分類もまた正当化されえなくなる。かくして、機能的には、特殊審査は、本来完全な適合を要求する点において違憲の動機を『洗い流す』方法であることがわかるのである」(一四六頁)。この法理によると、州は、(1)「実質的重要性のある目的」を有していること、(2)「分類と右目的が実質的に完全に適合していること」を証明しなければならないとする。

但し、このテストは、二段階テストではない。つまり、分類が「違憲の嫌疑ある」ものか否かまず決定し、次に分析的には全く別個の問題として、これが「適合性と重要性の厳格なる要求」を充足するか否か吟味するというものではない。むしろ、「パッケージ」として捉えなければならぬとする。「当初の違憲の嫌疑あるか否かの質問を拡大していく手段として、つまり、分類のもたらした当初の違憲の嫌疑が正しい根拠に基づいたものであるのか否か、乃至、より完全な探求により違憲の嫌疑は柔らげられるのか否かを認定する方法」として理解するとしている(一四六、一四七頁)。

二 では、右のパッケージとしての「違憲の嫌疑ある分類」法理は、どう応用されるのであろうか。人種による分類をし、少数民族を不利益に取り扱う法律について、政府が差別目的以外の目的により正当化しようとするとき、

④法律上の分類が別の目的以上に差別目的とよりよく適合しているとき、何故、別の目的によりよく適合した分類

を行なわないのかという疑問がでてくる。つまり、政府が主張する別の目的が真実の目的であったか否かに疑問があることになる（適合性の要件）。④差別目的も、政府の主張する目的もともに分類と適合するものであるとき、次に、「州の論ずる目的は、一定程度の実質性を有さなければならない」という要件を考慮することになる。但し、「重要性」要件については、どの程度重要でなければならないのかの基準を欠く点、並びに、人種による分類もたらす「不正」と政府の主張する目的の「重要性」には「機能的関連がない。この不正は、結局、配分が制限されている財と負担の重要性自体とよりも、分類の条件と関係を有している」点が批判されている。これに答えて、イリイは、目的の重要性要件と目的・分類の適合性要件との「結合」を説いている。つまり、

「政府が主張している目的が、あまりに重要性の乏しいものであるときには、これは単なる口実であり、実際に選択を導いたものではないと疑うことになる。この場合、問題となっている分類と州が論じている目的とが、完全に適合していたとしても当初の嫌疑は解消されない」（一四七、一四八頁）。

つまり、イリイは、「違憲の立法動機の法理」と「違憲の嫌疑ある分類の法理」とを結合し、以て、分類と目的との「密接な適合性」と目的の「実質的重要性」を要素とする「特殊審査」論を「繊細な」テストへとつくりかえようとしているのである（一四八頁）。

(5) 貧困者・黒人・女性差別肯定論——我々の所見

一 以下、イリイの平等保護条項による「少数者」保護理論に対する我々の所見を示しておきたい。

憲法とプロセス——イリイ『民主主義とその不信』よせて 渡辺

イリイヤーによると、「違憲の嫌疑ある分類」論の中心的テストは、分類された集団が「discrete and insular」か否かにある。そのより具体的なテストとして、「偏見」論、「ステレオ・タイプ」論を提案している。ところで、第一の問題として、この「偏見」論、「ステレオ・タイプ」論が、イリイヤーの意味する「プロセス」的なものなのかどうか、若干吟味しておきたい。イリイヤーによると、一定のステレオ・タイプが許容されるものか否かの判断は、「ステレオ・タイプ」についての立法者の主観的計算と現実とのギャップの大きさ¹⁾にあると理解し、判断の結果ではなく、判断のプロセスに焦点をおくものであることを、明らかにしようとしている^{(1)(3)(4)参照}。立法部が行う、一定の目的のためにするある種のステレオ・タイプ化に伴うコスト・ベネフィット分析自体に裁判所が干渉してはならないと限定するのも、この趣旨によるものと我々は理解している^{(1)(3)(2)参照}。

しかし、実際に、ステレオ・タイプの許容性の判断要素として、イリイヤーが挙げているものは、政治的アクセス、つまり、投票権の有無を除くと、社会的、政治的な実体的価値そのものではないか、との疑問がでてくる。

「伝統」は、イリイヤー自身が憲法解釈の判断基準として否定されるべきものとした道徳的価値である^{(四)(2)(2)}。ところが、平等保護条項の具体的適用場面では、一定の価値判断としての分類が、「長期にわたり、尊重されてきている」事実そのものに憲法上擁護されるべき価値があるという判断構造を肯定しているのである^{(1)(2)(4)参照}。既述のように^{(四)(2)(2)}、「伝統」の多義性を指摘し、憲法解釈の判断基準とすることを否定していた立論とは、矛盾することになる。また、「伝統」なる実体的価値を憲法判断の基準にするものでもある。

次に、分類特徴の変更可能性は、プロセス的、実体的という価値区分にどうなじむものか、明らかではない。

“discrete and insular”か否かの判断のうち、その「社会的側面」とは、「社会的人間関係」「外国人に対する敵意」「最近の移民と法創造者との社会的接触」、男性・女性間の個人的コンタクト等を要素とするものである。つまり、「偏見」を払拭させるのに足りる親密な人間関係一般が社会的事実として存在しているか否かを問題とするものである。これ自体としては、政治的プロセスへのアクセスとは、直接に関係がないことは確かである。

二 また、以上を各論的に適用した(2)をみてもわかるように、社会的事実としての「偏見」論とは、政治的、経済的、社会的、歴史的諸要素の複合的判断を求めるものであり、同時に、それだけに、一義的に明確なテストがあるわけではないのである。とすると、我々は、ここに判断主体と判断要素との二つの面で、疑義がでてくると考えている。

まず、かかる社会的諸関係の比較衡量・比重の置き方は、判断主体ごとに異なるのが当然であるのに、明確・詳細なテストを用意していないとすると、イリーの「偏見」論とは、判断主体の主観乃至実践理性への信頼を前提とせざるをえなくなるであろう。ところが、判断主体、特に裁判官の評価については、「違憲の嫌疑ある分類」論の文脈でも動搖を反復しているのである(裁判官不信と信頼との交錯については、四(3)、五(3)④①を参照)。まず、「変更不能性」のみを「人種類似」論のテストとすることに反対する文脈では、選挙による代表が、立法にあたり変更不能な分類についても、配慮を充分に行なえることをその理由としていた(1)②二④)。他方、利益擁護のための政治的同盟の形成という多元主義社会の基本システムがうまく作動しているか否かについては、立法部の判断は信頼できないが、司法部には信頼をおけるとしている(1)②二④)。ところが、女性に対するステレオ・タ

イブ的一般化の社会的広まりとの関係では、イリイーは、再び、司法部も容易に「偏見」のとりこになることを肯定している。ここでは、裁判官は立法者と同一の社会階層に属し、同一の「偏見」に支配されるものととらえているのである。

このように、裁判官の判断能力の評価について、かように区々であるにも拘わらず、一定の立法が「偏見」に影響されていないか否かの判断を、司法部に任せようとしているのである。とすると、裁判官と立法者とが社会的階級性を同一にするという事実が否定しえないものである以上、「偏見」の有無を判断テストとするイリイー理論は、上・中流の白人・男性がもつ価値観に支配された司法部の主観を判断主体として予定したものではないか、との疑問を払い去れないのである。

三 「偏見」論とは、要するに、社会的事実としての「偏見」が現に立法者の間に存在しているのか否かが問題なのであって、これを再び、立法者の主観的計算の誤りという複雑な心理過程に置きかえなければならぬ理由はないと思われる。

ところで、イリイーは、一方で、「自然法」「伝統」「コンセンサス」「革新の予測」という実体的道徳的価値については、その多義性の故に、結局、裁判官の主観に判断を任せることになることを根拠として、憲法解釈の基準にできないとしていた。ところが、「偏見」論は、立法部が「偏見」に支配されているか否かを最終テストとするものであり、ここでは、政治的プロセスへのアクセスに役立つプロセスの価値か否かという視点で諸価値の選択・限定を行うことはできないし、現に、なされてもいない。とすると、社会的諸関係の複合的判断としての「偏見」

論と、「実体的」道徳的価値とを、司法判断になじむか否かという視角から區別できる根拠はないように思われる。司法部が、「偏見」論の妥当な適用を行なえるとすれば、「実体的」価値による憲法解釈も十分に信頼して任せられるのではないのか。我々は、ここに、イリーの憲法解釈方法論の大きな矛盾があると考えている。

四 イリーは、貧困者についての“discrete and insular”については、「外国人と同様の分析」があてはまると自ら認めつつ、貧困者救済の積極的手段が欠けていることについて、違憲の嫌疑性はないとしている。その理由としては、窮乏状態にとどめようとする「サディスティックな願望」がないこと、税金徴収への躊躇が原因であること、ステレオ・タイプの一般化に由来しないことを指摘している。ところで、我々は、上述したような社会的人間諸関係に基づく「偏見」論を貧困者の場合に応用したとき、誰もがこれと同じ結論を導くことができるか疑問をもっている。「偏見」論は、判断主体の主観的立場によりどのようにも操作可能な判断方法論であって、客観的な乃至一義的に明白な（又は、これらに近しい）基準により、判断・思考・評価を限定するという論理構造は内含されていないと我々はみている。貧困者の積極的救済、つまり、「職業、食物、住居」そのものの保障について、イリーは、現に、「税金を徴収することへの躊躇」を重視する側に立って、消極的な評価を下しているのである。裁判官等の社会階級性を意識しているイリーがかかる評価をする以上、このことは、少くとも貧困者に関する「偏見」論が、上・中流の富裕層の経済的利益を代弁するという社会的役割を果たすためのものであることをも自覚しつつ、展開されているものと我々は理解している。この部分は、イリー理論の「エリート的、非民主的」性格を明らかにしたものと見えよう（四①②参照）。

五 最後に、イリイ理論を仮設例に適用しつつ、その限界点を探ってみよう。A市の有権者一万人中、男・女は同数の五千人、また、黒人・白人の割合は、八千人と二千人であったとしよう（大都市近郊であれば、黒人人口が多い自治体は、イリイも認めるように、珍しくあるまい）。さて、A市議会が、条例により公務員給与につき、黒人と女性とは一割を減ずると定めたとしよう。理由は、財政難の解消である。上述したようなイリイ理論によると、黒人と女性に対するかかる賃金差別は、「プロセスの誤作動」の結果といえるのであろうか。この点を考察する前に、(2)におけるイリイの各論を参考図のようにまとめておくことにする。これをみてもわかるように、①イリイが例として論じた分類特徴は、少くとも理論的には変更可能性がある点でいずれも等しい。②立法者とステレオ・タイプのもたらす利益の担い手のパターンも、立法者が属する『我々』なる集団と区別した『彼等』なる集団を分類して不利益を科すものである点で、全て共通している（表では、これを「自己と他人分類」と表現している）。③投票権の有無は、重要ではあるが、必ずしも決定的要因ではないことは、貧困者とホモとを対比すればわかるであろう。④とすると、*“discrete and insular”* 否かに関する「社会的側面」の評価が、もっとも重要な要因であることがわかる。ただ、先述のように、この要素は、政治的、社会的、経済的、歴史的な人間諸関係の総合評価により定まるものである。ところで、A市の条例中、女性差別については、(2)④で述べたように、本書出版の一九八〇年以降は、もはや「違憲の嫌疑ある分類」ではないとの評価をうけることになろう。他方、黒人差別の点はどうか。確かに、イリイは、「政治的閉鎖性」に焦点を置く判断基準の批判の文脈では、黒人を「違憲の嫌疑ある分類」から除外することになるのは、本書出版当時としては時期尚早と判断していたのである(1)(2)(3)

＜参考図＞

イリナーの「違憲の嫌疑ある分類」論

「偏見」要因の分類の対象者	分類特徴の変更可能性	ステレオタイプの型の型（分類者と分類との関係）	政治的アクセス（投票権）	discrete and insular の「社会的側面」	Suspect classification か否か？
外国人	理論的に変更可能である	自己と他人分類（他人不利益）	なし	敵意がアメリカの伝統。社会的交際による中性化不能。	suspicious
貧困者	理論的に変更可能である	自己と他人分類（他人不利益）	あり	同上	not suspicious
ホモ	（変更可能） ？	自己と他人分類（他人不利益）	あり	強力な偏見。この不可視性。社会的交流による中性化不能。	suspicious
女性	理論的に変更可能	自己と他人分類（他人不利益）	半数をこえる投票権あり	ステレオタイプの存在。しかし、男性・女性の強固なコンタクトあり。社会的孤立性なし。	1980年以降は not suspicious
黒人	変更不能	自己と他人分類（他人不利益）	あり（大都市では多数者でもある）	少くとも、発言力は大きい。	suspicious

参照)。しかし、これは、「discrete and insular」の判断を、政治的側面からのみとらえる立場を批判した文脈での発言であり、イリイ自身を採用している、「社会的側面」からの「discrete and insular」の評価を中心とする社会的「偏見」論を適用したときにも、かつ、一九八〇年時点で遡ったとしても、論理必然的に、黒人差別Ⅱ「違憲の嫌疑ある分類」となるかについては、我々は、疑問を抱いている。女性差別に関するイリイの評価方法を借りつつ、黒人差別について考察してみると、少くとも自治体レベルの条例等については、もはや「違憲の嫌疑ある分類」にあたらないとする評価は充分に成立するのである。まず、地域によっては、女性と同じく、有権者数の半数以上を占めることは珍しくない。白人・黒人の社会的コンタクト、個人的接触は、アメリカ社会に限って言えば、女性と男性との接触とほぼ同じ期間継続している。従って、ステレオ・タイプの中性化は、かなり進んでいると評価することは、可能である。かつ、この間、奴隷制反対運動は南北戦争を惹起せしめるほどの力強さと政治的影響力を与えたのである。そして、少くとも、憲法次元では、人種差別は、再建期の憲法修正で違憲とされるに至っている(修正一三条は一八六五年、修正一四条は一八六八年、修正一五条は一八七〇年に制定されている)。女性参政権の認められる一九二〇年(修正二〇条の制定)より半世紀以上、早いのである。とすると、A市のように、黒人有権者が半数以上、あるいは、圧倒的多数である場合、黒人差別立法とは、「多数者が自らを差別するパターン」であり(②⑤参照)、黒人自らの選択であると考えて差支えないのである。少くとも、我々は、右の評価を否定できるような理論構造を、イリイは用意することができないと考えている。

かくして、イリイ理論とは、貧困者・女性の差別立法に対する「違憲の嫌疑ある分類」論の適用を否定し、ま

た、黒人差別立法については、これを相当限定する構造を内在化させている、と我々は評価しているのである。

(九) 実証主義的概念法学から機能主義的概念法学へ——我々の総括

— 我々は、最後に、イリイ理論の特徴を様々な側面から位置づけておきたい。そうした位置付けの第一歩として、我々は、白人・黒人の分離学校制度を違憲と宣言した著名なブラウン事件 (Brown v. Board of Education 347 U. S. 483 (1954)) を手掛りとしたい。

ブラウン事件判決の論理構造は、次のようなものである。第一に、公立学校の分離制度は、修正一四条に反するか否かについて、同条制定当時の連邦議会、州議会の意思がどうかは「結論を出せない」とする (347 U. S. at 489)。第二に、修正一四条制定当時の教育の現状をみると、南部では、「白人児童の教育は、概ね、私人グループの手に委ねられており、黒人教育はほぼ存在しておらず、黒人のほとんど全員が文盲であった」こと、他方、北部には公教育制度の芽生えはあったが、いまだ未成熟であったことに照らして、「修正一四条の歴史上、公教育に対して意図されていた効果に関連するものは、ほとんど何もないのである」とする (Id. at 490)。こうして、修正一四条の法解釈を憲法起草者の具体的意思、及び、社会史を含めた広い意味での乃至抽象的な立法者意思による拘束から解放するのである。

次に、第三として、当時、平等保護条項に関しては、著名なブラッシー事件 (Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896)) の「分離すれど平等」法理が先例的地位にあったが、これを大学院レベルの教育の分野で適用した判

例上、「白人学生が享受している特殊の利益は、同一の教育上の資格をえている黒人に拒絶されている点で不平等であるとされていた」ことを考慮し、他方、本件では、「建物、カリキュラム、教師の資格、給与その他『物質的』要素については、問題となっていない黒人学校、白人学校は従来から平等化されている」ことに鑑み、「我々の判断は、夫々の事件で問題とされている黒人学校・白人学校におけるこうした物理的要素の比較にのみ依拠しては行うことができない。我々は、むしろ、公教育に対する分離制度の効果に注目しなければならない」とする (Id., at 492)。かくして、実質的には、かかる問題設定をすること自体により、ブラッシー事件の先例拘束性をも回避してしまつたのである。

第四として、最終的に、ブラウン事件判決の学校分離制度の違憲性の宣言を導き、又は、これを支えた要因は、「児童の人種のみを理由として、同一年齢、同一資質の他の児童から分離することは、コミュニティにおける彼の身分についての劣等感を生み、これは、回復不能な形で児童の感性と知性とに影響を与える」という認識であり、「かかる認識は、現代の諸権威により充分に支持されている」とする確信である。判決は、この確信の典拠として、「脚注一一」で、白人・黒人分離が児童の心理に与える効果を経験科学的に実験した諸研究を引用したのである (Id., at 494)。

二 ブラウン事件判決は、「公教育分野では、『分離すれど平等』法理の認められるべき余地はないものと我々は結論する。分離教育施設は、本来的に不平等である」と宣言したが (Id., at 495)、我々は、この判旨を支持する法的論証、若しくは、先例性の根拠となりえる法的原理は、右判決中に見出すことはできないのではないか、との

疑問を抱いている。右結論は、立法者意思と先例拘束性の回避、並びに、「劣等感」の存在についての認識とその社会科学の実験成果への確信とが支えているのみである。それ以上の論理も原理もないのである。⁽¹⁾ 別言すると、裁判官が社会科学の認識によって形成した価値判断、政策判断それ自体を法解釈とする手法を採用したともいえる。そして、かかる手法とは、一九二〇年代、三〇年代にもっとも盛んに議論された法現実主義の法解釈方法である。我々は位置付けている。⁽²⁾ ブラウン事件判決、若しくは、その「脚注一一」とは、法現実主義がアメリカ社会に与えた最後のかつ偉大なる成果であったのである。⁽³⁾⁽⁴⁾

(1) もっとも、ブラッシー事件の破棄は、従来判例の流れからみて、当然であったとみれなくもない。既に、*Missouri ex rel. Graines v. Canada*, 305 U. S. 337 (1938) は、州大学が黒人用ロー・スクールを用意していないのに、白人用ロー・スクールへの黒人学生の入学を認めないのは、違憲であると判断していた。他方で、*Sipuel v. Board of Regents of the University of Oklahoma et al.*, 332 U. S. 631 (1948) は、白人用ロー・スクールへの入学を拒否された黒人に對して、「州は、修正一四条の平等保護条項と一致する法学教育を与えなければならぬ」とし、また、*Fisher v. Hurst, Chief Justice, et al.*, 333 U. S. 147 (1948) は、黒人用ロー・スクールができるまで白人用ロー・スクールに入学させることを命令する州地裁の判断を支持したものであり、一見、ブラッシー事件の「分離すれど平等」法理を強化するかのよう理解できる。しかし、*Sweatt v. Painter*, 339 U. S. 629 (1950) では、黒人用に急いで設立されたロー・スクールは、教授会の人数、コースの多様性、学生数、図書館の規模、ロー・レビューその他の活動等、「教育の機会における実質的平等性」が欠けている他、伝統ある白人ロー・スクールのもつ「教授会の名声、運営の経験、卒業生の地位と影響力、コミュニティにおける地位、伝統と威信」を享受できないとして、実質的不平等を認めていたのである。後者のように歴史的に培われてきた諸価値の点でも、黒人用ロー・スクールが平等であることを求めるのは、新設の分離学校は、ブラッシー事件

の「分離すれども平等」法理を充足する平等性を認められることは決してないことを宣言したのも同様であり、ブラッシー事件は、実質的には形骸化されていたのである。むしろ、*McLaurien v. Oklahoma State Regents for Higher Education et al.*, 339 U. S. 637 (1950) は、大学院入学を許可された黒人が教室、図書館、カフェテリアでは黒人専用の席しか使えないとの制限を付されていたところ、「この結果、申立人は、効果的な大学院教育の追求にあたり不利益をうけることになっている。かかる制約は、学習、討論、他学生との意見交換、そして一般に申立人の専門職についての研究を行う能力を侵害し、抑制している」とし、平等保護条項に反するとしたのである。興味深いことに、右マクローリン事件法廷意見には、ブラッシー事件は全く引用されていないのである。また、右法廷意見がウィンスン長官の執筆にかかっていることを考慮すると、ブラッシー事件は、早晚破棄される運命にあったといえる。判例の内在的發展は、この方向にあったといえる。

以上「べき」*see*, Dennis J. Hutchinson, *Unanimity and Desegregation: Decision making in the Supreme Court, 1948-1958*, 68 *GEORGETOWN L. J.* 1 (1979)。

(2) 法解釈において、論理よりも政策判断とその担い手たる裁判官の個性の影響力が大きいことを指摘したものとしてみたり、*see*, Charles Grove Haines, *General Observations on the Effects of Personal, Political, and Economic Influences in the Decisions of Judges*, 17 *ILL. L. REV.* 96 (1923)。

(3) かかる評価と逆に、一方で、ブラウン判決の道徳的価値に注目し、他方で、社会心理学的成果を判断の根拠とすることを批判したものとしてみたり、L. L. CAHN ed., *CONFRONTING INJUSTICE: The Edmund Cahn Reader*, 329-357 (1954)。他方、ブラウン事件訴訟を支えた NAACP の依頼をうけて、分離教育の与える心理学的効果の実験にあたり、「脚注一一」で筆頭に引用された研究を手掛けたクラークによるブラウン事件の評価については、KENNETH B. CLARK, *PATHOS OF POWER*, 92-119 (1969) 参照。

(4) 我々の法現実主義の理解については、「憲法と『法と道徳』論——ドゥオーキンの研究(下)——法解釈の方法と憲法の構造(三)」神戸学院法学一七卷二号(昭六一)一四九、二四二頁以下参照。

三 ところで、ブラウン事件が最高裁に係属したとき、これをブラッシー事件を破棄する好機とみていたのは、フエリックス・フランクファーター判事であった。彼は、ヴィンズン長官が一九五二年一月九日の口頭弁論後、従来のようにブラッシー事件を前提とした判決を下そうとしていたのでこれを回避するため、弁論再会を強力に主張したのである。ところが、奇しくも弁論再会を前に、ヴィンズン長官は急逝し、新しく就任したウォーレン長官のもとで一九五三年一月八日再弁論が行なわれ、翌年五月一七日に長官自らの執筆による判決が全員一致で言渡されたのである。⁽¹⁾ところで、かかる全員一致によるブラッシー事件の破棄判決をもたらすよう努力したフランクファーター判事を助けたのは、一九五二年開廷期に彼のロー・クラークを務めたアレクサンダー・ビクルであった。特に、ビクルは、修正一四条制定時の議会の討議過程を調査し、学校分離制度の合憲性に関する立法者意思の有無を調べ、結局、議会が学校分離を廃止する意思であったと結論づけることは不可能であり、そうなることを予想していたともいえないとしつつ、同時に、将来の世代が立法又は司法審査により、分離制度を違憲とすることを禁止する意思でもなかったとの結論をまとめた。⁽²⁾フランクファーターは、このレポートを各判事に配布し、ブラウン判決における立法者意思の拘束性回避論の基礎固めをしたのである。こうした経歴を通じて、ビクルは、新しい判例理論を生む力は、「クラークと判事との相互関係」、判事と法学研究者とを架橋するものとしてのロー・クラークの機能にあるとの認識を形成するに至る。⁽⁴⁾従ってまた、その一例であったブラウン事件判決は、ビクル憲法理論の高く評価す

るところとなったのである。

則ち、ビクルは、「司法審査とは、我々の社会の一定の永続的価値 (enduring values) を宣言し、適用する原理化されたプロセスである」との認識に立ち、⁽⁵⁾ ブラウン判決をかかる価値を体現した「原理」の表明として評価するのである。ただ、ビクルは、「原理」は「直ちに実現されるものでもなく、非妥協的なものでもないのである」と考えている。「原理は、普遍的な指針ではあるが、普遍的な制約ではないのであって、原理に至る道程では、便宜性にも一定の余地が与えられるのであり、結局、原理が完全に一方的に展開することは……ないのである」。⁽⁶⁾ ただ、ビクルのこうした理解は、ブラウン判決の「原理」の正当性を弱めるのではなく、むしろ、「原理」が、連邦政府、北部諸州、黒人と南部諸州との間の政治的、社会的拮抗関係の中で徐々に定着していく過程を全体として積極的に評価する意味をもつのである。⁽⁷⁾

ビクルが、ブラウン判決から読みとっている「原理」とは、「公立学校における人種分離は許されない」、若しくは、「人種分離は許されない」というものである。⁽⁸⁾ ただ、我々は、前述のように、ブラウン判決は、「原理」を導きまたこれに基礎をおく法的論証に裏打ちされたものではなく、法政策の宣言として理解している。⁽⁹⁾

- (1) 詳しい経緯の詳細については、RICHARD KLUGER, *SIMPLE JUSTICE*, 614-615, 666-667 (1975) 参照。
- (2) Cf., Alexander Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, 69 HARV. L. REV. 1 (1955).
- (3) RICHARD KLUGER, *op. cit.*, at 655.
- (4) ALEXANDER M. BICKEL, *POLITICS AND THE WARREN COURT*, at 142-143, 144-145 (1965).
- (5) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH*, at 58 (1962).

(6) Id., at 244.

(7) Id., at 244-272.

(8) Id., at 268.

(9) ビクトルが ブラウン事件のかかる側面に気付くこと。See, ALEXANDER M. BICKEL, THE SUPREME COURT AND

THE IDEA OF PROGRESS at 99-100 (1970)

四 もっとも、我々のここでの関心は、ビクトルの「原理」論批判ではなく、このようなブラウン判決の位置付けに対するイリーの対応である。かかる角度から本書を読み直すとき、我々は、平等保護条項の解釈上、ブラウン事件判決が正面からとりあげられていないことに気付く。さらには、黒人差別の違憲性自身が明確な形で論議されていないことにも気付く。ところが、本書が、ビクトル憲法理論批判の書であることは、極めて明白なのである。則ちイリーは、次のように述べている。

「最高裁の適切な役割は、価値の定義と実現にあるというビクトルの前提を出発点とした人は、一生をかけた探求の後に、特別なものは格別作用してないので——つまり、中立的価値が外在的に存在していて、発見を待っていないというものではないのであるから——自己自身の価値を実現することによって、『正しいことを実行する』ほうがよいという結論に至るであろう。これは、絶望から導かれた結論である。しかし、この場合は、回避しようのない結論でもある。悪しき問題設定は、答えを生まないからである」(七二頁)。

ところで、実は、イリー自身は、六四年に、ウォーレン長官のロー・クラークを務め、その上、六三年一月

憲法とプロセス——イリー『民主主義とその不信』によせて 渡辺

(七九七)三〇一

二二日に設置された、ケネディー大統領暗殺事件の調査を行う大統領委員会 (PRESIDENT COMMISSION ON THE ASSASSINATION OF PRESIDENT KENNEDY) の議長となったウォーレンとともにスタッフ・メンバーとして参加している。また、先述のように、イリイ理論の核となっている「代表強化」「実質的代表」論は、ウォーレン・コートのパラフレイズを出発点としていた(五)(1)①参照)。その意味で、イリイの本書は、一面で、ウォーレン・コートの擁護の書でもある、と我々は位置付けている。ただ、右に指摘した通り、イリイは、ウォーレン長官が執筆したブラウン判決を正面から支持することはしていない。この点は、ブラウン判決が、「白人・黒人分離学校の禁止」という実体的価値それ自体を政策として宣言しているものであるため、イリイ理論によっては正当化しにくいものであったからであるともいえる。ただ、他面で、ブラウン判決は、遅かれ早かれ導かれざるをえないものであったこと、ブラッシー判決は破棄されざるをえないものであったことは、判例理論の流れに照らしても肯定できる。別言すると、ヴィンソン長官の急逝というアクシデントとウォーレンの就任という歴史的契機がなく、ヴィンソン・コートが続いていたとしても、予測可能なものであったともいえる。とすると、イリイにとって、擁護すべきウォーレン長官固有の判例理論は、他にあったのである。我々は、その判決とは、ウォーレン長官自ら執筆し、「一人・一票」原理を明確化させた Reynolds v. Sims, 377 U. S. 533 (1964) であると理解している(七)(1)参照)。

単純化すると、本書は、「ブラウン事件脚注一」の法現実主義的憲法解釈と、これを「原理」論で正当化しようとするビクル憲法理論^①とに対抗して、「キャロリン・プロダクツ事件脚注四」に注目し、これをプロセス的価値

基進論として理解し、この価値に則して憲法典の法実証主義的解釈を提示したものと見える。前者が、ブラウン判決の正当化を實踐的目的としたように、後者は、レイノルズ判決の正当化を實踐的目的としたものといえる。

(1) 念の為、ビクルは、法現実主義に立脚している訳ではない。むしろ、ビクルの「原理」は、所謂プロセス法学における“reasoned elaboration”、“principled decision making”の応用、つまり、憲法的プロセス法学と評価するのが適當である。See, G. EDWARD WHITE, PATTERNS OF AMERICAN LEGAL THOUGHT, at 150-153 (1978).

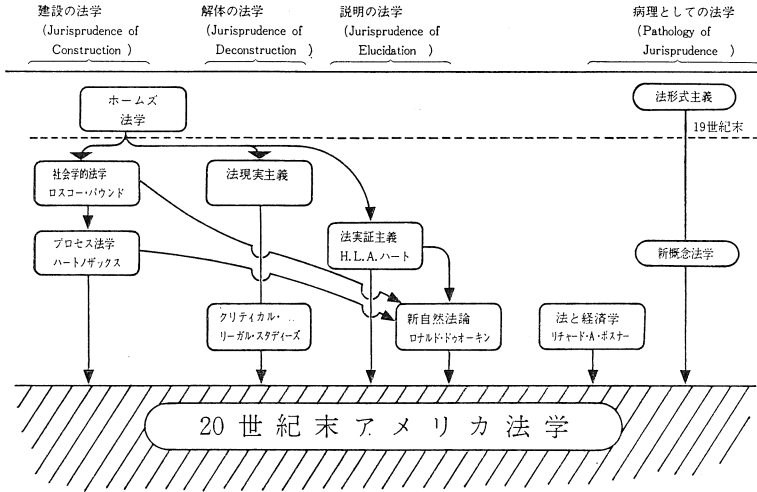
五次に、我々は、イリイ理論を、世紀末アメリカ法学の中に位置づけてみたい。⁽¹⁾

一九世紀末に登場した法形式主義は「意思の自由」「契約の自由」という超憲法概念を所与の大前提とし、三段論法的論理操作により判断を行う概念法学であった。この結果、社会の発展と法学の乖離をもたらし、法学の「病理」となったのである(「病理としての法学」)。かかる法の機械的適用は、パウンドの指摘するように、法と社会との緊張がとけて法学が安定すると同時に常に発生し、然も、社会の進化にも拘わらず、維持されるものである。⁽²⁾現代アメリカ法学上も、一九五〇年代末から六〇年代初めまでの社会の成長に則してもたらされた法学の安定が生んだ、「新概念主義」⁽³⁾がみられるのである。

ただ、我々は、これに二つの側面があると考えている。ひとつは、自覚的な方法論としての概念法学である。特に、ポスナーを代表とする「法と経済学」派は、マイクロ・エコノミクスの「配分の効率性」のみを法律上の絶対的価値とし、合理的人間を主体とする「効率性」の最大化という理論モデルによって、法現象の説明を行う概念法学であることは、多くの論者の指摘するところである。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

〈参考図〉

20世紀末アメリカ法学の概観



神戸学院法学 第一七卷第三号

(一八〇〇)三〇四

今ひとつは、無自覚的に受け入れられてきている概念法学である。確かに、一九世紀末の概念法学である法形式主義は、社会学的法学と法現実主義により克服され、プロセス法学、実証主義そして近年の新自然法論によっても、概念法学批判は続けられてきているのである。しかし、そうした有力な研究者による理論展開にも拘わらず、法的実践の諸側面、特に、ロー・スクールにおける法学教育と司法部の裁判については、伝統的な概念法学的思考が無自覚、無反省に継承され続けているように我々はうけとめている。逆説的な表現となるが、現代アメリカ法学のメイン・ストリートは、今でも、特段の方法論的反省もないまま受けつがれてきている、ラングデル以来の「ケース・メソッド的概念法学」にあるといつてよいように思われる。⁽⁶⁾

イリイが、本書冒頭で、厳格な「文理」基準論

を批判したのは、右のような状況認識の中で理解するのが妥当ではないかと考えている。他面で、イリイヤーは、フイスのいうポスト・ウォーレン・コート時代のニヒリズムを克服するため、一方で、憲法外の絶対的価値の存在に憲法解釈の正当性の基準を求めることをやめ（憲法と道徳の分離）、他方で、憲法典に内在する価値を確認する方法をとったのである。然も、かかる価値を、プロセスに見い出すことにより、プロセスのみならず現実の outcome の当否という、判断の困難な課題をも回避している。憲法典の孤立(四)③、意思＝文理一致論(三)①、「実質的代表」「代表強化」概念を絶対的価値とする条文解釈(五)③④⑤)は、右のようなイリイヤーの課題を実現するための法解釈方法である。そして、我々は、これを法実証主義的概念法学として位置づけている(五)③④⑤(参照)。しかし、これは、現在形としての法的実践の整合的な「説明」の域を越えていない点に限界をもつ。なお、我々は、世紀末アメリカ法学をさしあたり「参考図」のように理解していることを付言しておく。

- (1) See, Mark Tushnet, Post-Realist Legal Scholarship, 1980 WISCONSIN L. REV. 1383.
- (2) Roscoe Pound, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, 40 AM. L. REV. 729, 731-732 (1906); idem, Mechanical Jurisprudence, 8 COL. L. REV. 605, 612 (1908).
- (3) GRANT GILMORE, THE AGES OF AMERICAN LAW, at 107-108 (1977).
- (4) See, RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2d., ed. 1977).
- (5) See, Morton J. Horwitz, Book Review, 27 BUFP. L. REV. 47 (1978); Robert W. Gordon, Book Review, 94 HARV. L. REV. 903 (1981).
- (6) かかる観点から法史を考へたものとして、Calvin Woodard, The Limits of Legal Realism: An Historical

Perspective, 54 VA. L. REV. 689 (1968)。また、法学教育の問題点をいじり見つけ出すための「アブラハム・S. Goldstein, The Unfulfilled Promise of Legal Education, at 157 in: LAW IN A CHANGING AMERICA (GEOFFREY C. HAZARD, ed., 1968)。ハーン、ハール、ロンゴフをはじめアメリカのロー・スクールの本質は、結局、ヨシネとゴッブのローヤーを育てるため、司法試験で合格させる予備校にあるとする R. STEVENS, LAW SCHOOL, at 266 (1983) が、むしろした評価を裏付けるものもある。 Cf., A. W. B. Simpson, The Common Law and Legal Theory, at 77, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE (Second Series, 1973)。

(7) かかる鳥瞰図の形成の資料については、『拙稿「憲法と『法と道德』論——ドゥオーキンの研究——法解釈の方法と憲法の構造』(神戸学院法学一七号一、二号(昭六一))参照。

なお、各学派の系譜、並びに、これらを総括する『説明の法学 (jurisprudence of elucidation)』、『病理学的法学 (pathology of deconstruction)』、『破壊の法学 (jurisprudence of deconstruction)』、『病理学的法学 (pathology of jurisprudence)』という表現と分類の当否については、ヘンダスン教授 (James A. Henderson) から指導を頂戴した。なお、cf. R. Stevens, op. cit., 264-279。ただ、かかる図式的把握は、なお仮説の域を出でない幾つかの命題を含んでいることを告白しておかなければならない。例えば、我々は、一九世紀末に、従来の自然法、歴史学派、分析法学の複合として完成された法形式主義に対抗する役割を担ったホームズ法学とは、それ自体やはり多様な傾向を含まざるをえない一種の「雑種法学」であったと評価している。従って、社会学的法学、法現実主義、法実証主義のいずれもが、ホームズ法学をその祖として仰ぐことは可能であり、いずれの理解が妥当であるのかは、思想史研究の視座と目的とが決定すると考えている。かかる意味で、我々は、今のところ、「ホームズ法学」を独立の法思想として把握している。もっとも、この点のより詳細な研究は今後に期した。以上をいひ、see, G. EDWARD WHITE, PATTERNS OF AMERICAN LEGAL THOUGHT, at 194ff. (1978)。『法と経済学』を既存の伝統法学に対する「解体の法学」として評価する点についても、今のところ、仮説の域を

出でない。経済的「効率性」のみを法的価値とするポスター以下のシカゴ学派については、結局、経済学的概念法学に陥るのではないかという疑問を抱いているが、他方で、教育の機会、経済的機会についてある程度の平等性を保障した上で、自由市場のメカニズムを維持することをめざす学派もあり、現に、アカーマンは、これこそ新しい時代の社会的利益を法的に実現していくべき「建設の法学 (Legal Constructivism)」と云っている。See, BRUCE A. ACKERMAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LAW, at 20, 80, 93-101 (1983). このあたりの検討も今後二期した。

六 我々が、イリイ理論を法実証主義的であると評価する今ひとつの理由は、「実質的代表」「代表強化」というプロセス的価値概念を法解釈の基準とする方法は、H・L・A・ハートがいう法の解釈における「顕著な司法的徳性」論と共通していると考えられるからでもある。則ち、ハートは、法解釈方法の「道徳」として、「代替手段の調査における公平性、中立性、影響をうける人全員の利益の考慮、決定にあたり合理的根拠として一定の認容しえる一般原理を用いようとする関心」が働いていると指摘している。⁽¹⁾これを立法プロセス評価の基準にしようとしたのが、イリイ理論なのである。

七 次に、「実質的代表」「代表強化」論におけるプロセス的価値と実体的価値との関わりについては、ジョン・ロールズの手続的正義の三つの類型に則して理解することができる。ロールズは、妥当な結果が何か明らかであり、これを完全に実現する手続も存在している場合、「完全な手続的正義 (perfect procedural justice)」があるとする。ケーキの公平な配分という結果を求めるため、ケーキを切る者が最後に選択をする手続を用いる場合がこれにあたる。次に、妥当な結果が何かはわかっていても、もっとも信用しえる手続を用いたとき、その結果を、もっ

とも公正であるとみなす場合を「不完全な手続的正義 (imperfect procedural justice)」の実現とみている。刑事裁判がその例である。最後に、公正な結果とは何かそれ自体については、答えのない場合であって、むしろ、一定の手続の実現自体を公正とみる場合がある、とする。富くじがその例である。誰かが賞金をえるのが妥当かという結果の当否は、くじ自体の公正な運用という手続の当否によってのみ決定するのである。ロールズは、これを「純粹の手続的正義 (pure procedural justice)」としている。⁽²⁾ ロールズの右のような分類を借りるならば、イリイ理論とは、「純粹の手続的正義」を法解釈の価値基準とする理論といえる。イリイは、結果の当否ではなく、手続自体の正義の実現を求めているのである。

八 さらに別の側面を加えてみよう。既述のように、イリイ理論は、貧困者・黒人・女性がなお負担している実体的不正義、結果無価値を救済する理論ではなく、むしろ、こうした者に対する差別立法、差別行政を容認する側面を有している。ところで、かつて、ルーシーは、法の理想とは、次の命題の実現にあるとした。⁽³⁾

"a government of all the people, by all the people, for all the people."

そして、所謂法現実主義は、道徳的原理による法の被拘束性を否定し、多数者の力の正義を法的価値とみるものであると批判しつつ、次の命題によって、これを表現した。則ち、

"a government of all the people, by some of the people, the dominant, for the benefit of the dominant."

かかる命題構成に則して、イリイ理論を表現するのならば、我々は、次のようになると考えている。⁽⁴⁾ 則ち、

"a government of all the people, by all the people, for the benefit of some of the people, the dominant."

- (1) H. L. A. HART, *THE CONCEDE OF LAW*, at 200 (1961).
- (2) JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE*, at 83-90 (1971).
- (3) Francis E. Lucey, *Natural Law and American Legal Realism: Their Respective Contributions to a Theory of Law in a Democratic Society*, 30 *GEORGETOWN L. J.* 493, 513 (1942).
- (4) 政治的プロセスのチェックを司法部の機能とする点は、長くウェスト・バージニア州最高裁長官を務めた、保守的で黑人差別主義者とのうわさもあるリィチャード・ニーリーも主張するところである。See RICHARD NEELY, *HOW COURTS GOVERN AMERICA*, at 21-22 (1981). 但し、彼の考え方は、州議員として立法プロセスにも精通している経験豊富な与えられた法現実主義的なものである。つまり、裁判所は選挙によらない非民主主義的なものであり、「最高裁は、誰もが最高裁の与える法に一般的に満足する限りでのみ、最高の立法者たりえるのである」(Id. at 78, 10)。他面で、政治のルーティーンに、一般市民が参加することは、現実的には不可能であるのに、あたかもそれができるかのような「神話」があるとし、また、裁判所が立法プロセスに介入する可否かも、立法と司法とのいずれのシステムを作用させるのが妥当かという政治的選択、「政治的機能」の問題であるとする(at 12-16, 21-22)。従ってまた、法解釈は、「原理」によってなされるものではなく、政治的、社会的、経済的理論によってなされるのである。さらに、例えば、制憲者意思論などは一種の「明らかな歴史的愚行」にすぎないとする。起草者自身が奴隷を所有しており、あるいは、黒人を社交上の友人として取扱ったことのないのに、修正五条、一四条の適正手続条項、平等保護条項により黒人に対する完全な経済的、社会的平等を意図しているわけがないと指摘する。同じく、アメリカ史とは、インディアンの殺りく史であったのに、憲法典が実はインディアン保護のためのものであったと説明できるわけがないとする(Id., at 17-18)。要するに、「裁判官は、こうした事柄を真顔

憲法とプロセス——イリー『民主主義とその不信』によせて 渡辺

で語っているわけではない。法曹人の理解する暗号を用いて話をしているのにすぎない」(Id., at 18)。現に、ニイリー自身も、自分が正しいと思う判断を正当化するための「えせ歴史学」を利用したと告白するのである(Bid.)。こうした裁判の現実と理論の虚構とを踏まえた謂はば、現実主義的、プロセス理論として、ニイリーの考え方を位置づけることができよう。これと対比するのならば、イリー理論とは、法実証主義的、プロセス理論といえるであろう。

九 最後に、我々は、イリー理論の実証主義的概念法学の研究を踏まえつつ、我々自身の今後の展望を明らかにしておきたい。

さて、「概念」とは、事実と価値の統合的記述である。概念が成立するには、事実と価値の両側面について固定的、確定的な核となるべき部分が存在しなければならない。特殊アメリカ的概念法学であった一九世紀末の法形式主義は、概念をここまでのものとして理解したため、その後の変動する社会の事実と価値との乖離を生じ、法学方法論として崩壊せざるをえなくなったのである。しかし、イリーの「実質的代表」「代表強化」「偏見」概念は、固定的な事実と価値とともに、開かれた事実と価値を伴っている。とりわけ、平等保護条項の解釈の核となっている「偏見」論は、社会的人間諸関係の変化を常にとりこむことのできる開放性・機能性を内在化させている。我々は、ここに法形式主義との大きな差をみてとっている。

我々は、「概念」法学は、様々な法の本質論、法的論証の方法論との結合が可能であると考えている。法形式主義が、自然法論、分析主義、歴史主義の複合した概念法学であったように、イリーの理論は、法実証主義を概念法学に結合させたものである。ただ、同時に、右に指摘したように、イリーの概念が開放性・機能性を秘める点

に、新鮮味がある、と我々はうけとめている。例えば、「偏見」概念は、社会の動態に対して開放され、社会の道徳的価値の変化、市民の価値観の変化を常に摂取できる機能性を与えられている。ここに、伝統的な概念法学を脱皮する新しい方法の可能性がある。しかし、イリイは、かかる開放性・機能性を科学的・合理的に実現する方法を欠いていた。そこで、我々の今後の課題は、この機能主義をより効果的に作用させるための理論である社会学的法学と結合させること、則ち、社会的、法学的、機能主義と概念法学との結合をはかることにある。これが、「建設的法学」への出発である、と我々は考えている。

おわりに——帰国に向けて

本稿は、一九八五年秋学期のライオンズ教授担当のセミナー (David Lyons: Constitutional Theory) に提出したタム・パイパー『The Right to Subsistence——Michelman, Bork and Ely』のうぢ、イリイ理論に関する部分に加筆したものである。分析の視座全般については、ライオンズ教授に御指導を頂いている。教授は、H・L・A・ハートにも師事したことのある、厳格な論理に忠実な哲学者である(但し、政治的には、例えば、南アフリカ政府に対する大学関係基金の資本投下に反対するコーネル大学における divestment 運動のオピニオン・リーダーの一人であり、語の正しい意味での自由主義者である)。外国人である筆者に対しても、何度かの個人面談を通して、いささかの容赦もなく論理分析の甘さを指摘される「恐い」先生でもある。パイパーのメ切不可一週間前に、どうしてもイリイのプロセス的価値と実体的価値の関わりが解けず、もう一度アポイントメントを頂いて、

憲法とプロセス——イリイ『民主主義とその不信』によせて 渡辺

(八〇七)三一一

二時間余り、丁寧に御指導を頂いた折も、教授の分析の広がりや深さに驚きつつ、内心自己の未熟さに赤面し、全身あぶら汗をかいて、研究室を辞去したことを思い出す。教授から頂いた御教示に比すれば、本稿の理解が未だ浅薄なものであることは、自らがよく知っているところである。しかし、現代アメリカ法学を知り、そして、法解釈の方法について一応の基礎視座を得るためには、イリイ理論についての筆者なりの分析を行っておくことがどうしても必要であると考え、かかる形でまとめることにした。

さて、「法解釈の方法と憲法の構造」という副題を付した連載は、一応今回で終える。かかるテーマに取り組む決意、そして、準備と資料整理、原稿の完成までの作業は、全て、渡米後留学中に行ったものである。もとより、テーマ自体については残された課題、新しく取り扱うべき課題ともに山積している。ただ、留学中の研究は、それとしてまとめおき、残る宿題は、帰国後に心を新たにしておき、とりわけ、筆者は、社会的、法的、再生と、機能主義的、概念法学の建設こそ、二〇世紀末アメリカ法学を克服する方向ではないか、という仮説に到達している。これを更に検証し、同時に、日本法学、とりわけ、刑事訴訟法学への撰取の可否を検討することを、帰国後の課題としたいと考えている。

なお、右のように、今回の連載分の研究は全て留学中の作業であったため、邦語の文献・資料を参照することができなかった。この点は、日本法学との架橋を考察する際、補うつもりである。諸先生の御宥恕を頂ければ幸いである。

さて、筆者の帰国まで残すところ一月余……。二年あまり通いなれたロー・スクールの書庫内のキャレルは、い

までは書齋代わりとなっている。ここに坐つて勉強をする機会も、もうわずかかと思うと、感慨無量である。が、ともあれ、帰国後の研究を期して、小稿を結ぶことにしたい。

(一九八六年七月二三日、コーネル大学ロー・スクール図書館にて脱稿)

(完)