

## 現代アメリカ法におけるプロセス的視座の諸相

椎名 智彦

### 目次

- I 問題の所在
- II 〈プロセス〉の諸相
  - 1. 司法中心法学からの脱却：リーガル・プロセス学派 1940-60s
  - 2. 新プロセス理論 1990s-
    - i) 制度間のミクロ的比較分析
    - ii) 民主制のメンテナンスとしての司法審査
    - iii) 小括
- III 法文化依存性の問題 — 結びにかえて

### I 問題の所在

本稿は、現代のアメリカにおける法学および法実践に対して規定的な影響を及ぼしているといわれるプロセス的視座について、その史的基層および現代的発展を概観するとともに、その比較法文化論的な意義について探究するものである。なお、あらかじめ断っておくと、本稿の目的は、アメリカ法におけるプロセス的視座を取り巻く様々なテーマや論点について、今後さらに考究を深めて行くための基礎となる材料を整理することであり、その意味で本稿は、1つの中間報告にすぎない。

行論の前提として、プロセス (process) という言葉がこの文脈でもつ含意にふれておこう。周知のように、この語に対しては〈過程〉という訳が充てられることが通例であり、その意味合いの中心は、〈ある事柄が、何らかの法則・方法・工程等に準拠しながら、一定の幅をもった時間軸の中で、進行したり、処理されたりする状況・様子〉を示すところにある。法に関わる文脈では、法過程 (legal process) という言葉が、法の生成から運用・執行、そして改廃までをその意味の射程に収めていたり<sup>(1)</sup>、司法過程 (judicial process) という言葉が、およそ訴えの提起

から、証拠調べ、主張・弁論、判決、そしてその確定までを包摂する概念であったりすることが、そのような特徴を示しているといえる。

次章以降の内容をよりよく理解するための便宜上、あらかじめ示唆しておく、現代アメリカ法における視座としてのプロセスにおいてポイントとなるのは、いわばこのような一定の幅である。なぜなら、アメリカ法には、裁判官がそのような幅や広がりや欠いた視点を採ったがために、合衆国憲法に則った統治全体が著しい機能不全に陥った—あるいは、少なくとも後代の人々はことの構図をそのように振り返った—過去があるからであり<sup>(2)</sup>、その後、いわばそれに懲りた法律家たちが、同じような轍は二度と踏むまいとの思いの下に構築した理論体系こそ、今日われわれがプロセス法学と呼ぶものにほかならない。この理論を唱えたのが、リーガル・プロセス学派 (Legal Process school) と呼ばれている一群の法律家たちであることもまた周知の通りであるが、彼らの主張の核心は、裁判所だけではなく、立法府、行政機関そして一般国民をも有意義な法形成主体として視野に収めた、そのような意味においてより幅のある法的視座であった。

次章以下にやや詳しく述べるように、1950年代以降、プロセス法学は全米の著名なロー・スクールでの教育において、法による統治についての主要なヴィジョンとして定着し、理論レベルでみる限り、その影響力は今もなお他を凌駕している<sup>(3)</sup>。そして、今日では、その理論的遺産を現在の知的・政治的・社会的状況に合わせて応用・発展させた新プロセス理論とも呼ぶべき学説群が登場している。そして、そのような新しい立場の特徴もまた、法解釈・法実践において一定の幅を重視する視座であると要約することが可能である。

一定の幅を重視するということは、法的考察において、いわば極点的な思考方法を回避するということである。そして、ここでいう極点的な思考方法とは、権利の救済や制度趣旨の達成といった法の実現について、その成否・程度を人々が評価・考察する際に、その基礎となる対象を、裁判所による単一の判決や、議会による単一の立法、行政機関による単一の処分、あるいは、有権者による一回の投票など、法的意義を有する個々のバラバラな1つのイベントのみに求めようとする思考形態を意味する。

極点的視座とプロセス的視座の違いは、例えば次のように対比することもできる。公共的生活における人種間平等の実現は、19世紀後半以降のアメリカ法における1つの主題であるが、その成否を評価したり、未解決の課題について考察したりする際に、*Brown* 判決<sup>(4)</sup>のみに着目するような態度が、本稿における極点的視座であると理解してよい。これに対して、*Brown* 判決のみならず、合衆国議会による1964年市民的権利に関する法律（Civil Rights Act of 1964）、1965年投票権法（Voting Rights Act of 1965）等の制定、そして、前者の第Ⅶ編に基いて設置された行政機関である平等雇用機会委員会（Equal Employment Opportunity Commission: EEOC）の活動、それ

に続く1972年平等雇用機会法（Equal Employment Opportunity Act of 1972）によるその権限強化等に対しても目配りをするような態度が、プロセス的視座である。

極点的視座には、2つの意味において、本稿でいう一定の幅がない。1つ目は、いわば時間軸における幅である。上の例を用いれば、極点的視座では *Brown* 判決の言渡し年である1954年頃のみならず視線が注がれることになるが、プロセス的視座では、1954年頃から72年頃までが考察の視野に収められることになる。2つ目は、いわば空間軸における幅である。極点的視座では、裁判所、特に合衆国最高裁判所のみならず視線が集まる。これに対して、プロセス的視座の下では、合衆国の議会、行政機関、州、そして一般市民といった、その他の重要な法形成主体に対しても目配りがなされる。プロセス的視座を特徴づける一定の幅とは、差し当たりそのようなものだと理解して頂いてよい。

無論、そのような視座を採ることの理論的・現代的な意義こそが、このテーマに挑戦する上で最も重要な探究対象であるということはいうまでもない。しかし、叙上のように、本稿はこの問いに対する終局的な解答を提示するものではない。プロセス的視座の意義や機能に関するより深い考究は今後の課題となるが、たとえ無意識にであれ、極点的視座のみを唯一のパラダイムとするような態度には、現代法の動態を精確かつ有意義に知覚することを妨げる危険が潜むことは、例えば佐々木の『対話的違憲審査の理論』などによって<sup>(5)</sup>、近時有力に主張されているところでもある。

また、次章以下で詳しくみるように、プロセス的視座を採ることのメリットの1つは、それによってビッケル（Alexander M. Bickel）以来の宿題である「反多数決主義のディレンマ」にアプロウチするに際して<sup>(6)</sup>、民主主義と司法審査の間の折り合いをつけ易くなるこ

とにある<sup>(7)</sup>。もちろん、これ自体が目覚ましい理論的進歩であることには疑いの余地がない。しかし、現時点における筆者の見立ての下では、プロセス的視座を採用することの意義は、おそらくそれのみに尽きるものでもない。次章で詳しくみるように、仮にアメリカのみに着目するとしても、プロセス的視座と呼びうるものには複数の側面や軸が存在しているものであり、そのうちどのようなものに重点を置くかに応じて、その理論的・実際の意義もまた複雑なものになりうると考えられるからである。

上のような問題関心の下、本稿は次のような順序で叙述を進める。まず、20世紀以降のアメリカ法学において、裁判所中心主義(Juricentrism)的発想からの脱却を最初に試み、それを成功裡に達成することを通じて、現代アメリカ公法における通説的法学観の基礎を築いたリーガル・プロセス学派の法理論に着目し、その背景および骨格を描写する(Ⅱ. 1)。続いて、この立場における主要な着想の1つである〈制度的適性〉(institutional competence)の観点を承継しつつ、1990年代以降に顕著なものとなった新プロセス理論の潮流について、有力な2つの学説を採り上げて検討する。これらは、その視角を異にするものの、その所説はいずれも制度的適性の観点から出発するものであるとともに、1970-80年代以降のアメリカにおける〈法の政治化〉の中で、法と裁判所の自律性を擁護するための砦として、プロセス的観察を援用している点で共通している(Ⅱ. 2)。最後に、プロセス的視座の法文化依存性について、比較法的視点を加味しつつ若干の考察を加えて結びに代えたい(Ⅲ)。

## Ⅱ 〈プロセス〉の諸相

### 1. 司法中心法学からの脱却：リーガル・プロセス学派 1940-60s

学派について論じようとするからには、少なくとも、時代背景と問題関心、中心を構成したメンバー、そしてその理論の基本構造などについて明示する必要があるだろう。

**時代背景** リーガル・プロセス学派にとって、その誕生の土壌となったのは、19世紀末から1930年代中頃までのアメリカの社会経済状況、および、その一因をなしていた当時の法実践であった。周知のように、この時期のアメリカ社会は、政治的にも経済的にも不可逆的な変容を遂げようとしていた。大陸横断鉄道の完成や、自動車の大量生産技術の確立に象徴されるように、工業化はほぼ完成の段階に達しつつあった。それとともに、巨大化した企業組織が、経済全体の成長と停滞、そして消費者であると同時に労働者でもある一般国民の生活そのものを左右するものであることが認識されつつあった。アメリカで最初の独占禁止法であった1890年シャーマン法(Sherman Act of 1890)、続く1914年クレイトン法(Clayton Act of 1914)の制定は、企業による実質的な社会支配に歯止めをかけるためのものであったという側面が強い<sup>(8)</sup>。

他方、経済の発展・拡大を支える労働力は、主として南・東ヨーロッパや東アジアから大量に流入した移民によって賄われていた。彼らは、建国期から19世紀中葉までのアメリカを造型してきた北・西ヨーロッパからの移民とは、言語・宗教・文化・生活様式等の面で大きく異なっていたため、その移入は新たな社会問題を生み出すとともに、その解決はアメリカの統治全体に対する喫緊の重い課題となった。例えば、世紀転換期頃に、主として州法上の制度として整備された労災補償(worker's compensation)は、英語を十分に理解しないまま鉄道敷設等の危険な重労働

に従事し、その過程で事故に遭い、身体的な稼得能力を大きく欠損するに至った移民労働者に対する救済を、その主要な目的の1つとしていた<sup>(9)</sup>。

また、新移民が持ち込んだ母国文化は、それまでのアメリカ社会の基盤をなしていたプロテスタント的な倫理観や行動規範、生活習慣などを侵食しかねない危険なものとして異物視された。例えば、1919年の合衆国憲法第18修正—いわゆる禁酒法—は、おおらかな飲酒習慣が、騒擾や暴力といった犯罪を誘発するのみならず、それがマイノリティ・グループの結束を強化することを通じて、アングロ＝サクソンを基調とするそれまでのアメリカ的な社会秩序を動揺させることへの恐怖が、1つの頂点に達して結実したものだという側面をもっている<sup>(10)</sup>。

上に示したような企業・経済の監督、労働者保護、その他の介入主義的規制の集積が、行政国家（administrative state）あるいは福祉国家（welfare state）といわれるものを形づくる主要なパーツであることは、論を俟たない。そして、そのような現代型統治の基盤をアメリカにおいて完成させた政策上の契機が、フランクリン・D・ロウズヴェルト（Franklin D. Roosevelt）によるニュー・ディールであったことについてもまた、異論は少ないであろう。

**ニュー・ディールと憲法** ロウズヴェルトがフーヴァー（Herbert C. Hoover）を退けて勝利した1932年の大統領選挙における最大の争点は、1929年の株価の暴落に端を発する大恐慌から、いかにしてアメリカ経済を立て直すかという点にあった。そして、有権者は、既得権益のしがらみの中で後手に回り続けていた現職ではなく、労働に見合ったまともな生活水準を一般国民に対して保障する、新たな「経済的憲法秩序」（an economic constitutional order）の創設を訴えたロウズヴェルトを選択した<sup>(11)</sup>。彼は、合衆国憲法第I編8

節3項によって合衆国議会に付与されている州際通商規制権限を大胆に活用して、不況の根本原因であった過当競争を抑制しようとした。それを通じて、商品・サービスの価格や労働者賃金の下落に歯止めをかけようとしたのである<sup>(12)</sup>。

大統領の主導によって経済を立て直そうとすることの憲法的な意味は、産業・労働問題を連邦化するというにほかならなかった<sup>(13)</sup>。これは、それらの事項を規制する役割が、それまで第一次的には州政府に委ねられるものと考えられていたということの意味する。そして、ほとんどの国民にとって、その生活の大部分が対価を得るための労働という経済活動に充てられることを前提とすれば、経済を規制する役割の重心を州から合衆国に移行させることは、国制（constitution）≡ 憲法（Constitution）の基本構造に対して、根本的な手直しを加えるにほかならなかった。

ニュー・ディールが、国制（constitution）に実質的な変更を加えるほどの大きな意義をもつものであったからこそ、憲法（Constitution）の最終解釈権を司る合衆国最高裁は、それを黙認しなかったのだといえる。同裁判所は、まさに、ニュー・ディールの主要立法は、合衆国議会の州際通商規制権限の行使を通じては規制を及ぼすことが憲法上許されていない州内通商に干渉するものであるということを理由に、それらを違憲無効とした<sup>(14)</sup>。

このような憲法解釈によって、ロウズヴェルト政権による経済復興策が一時的に頓挫したことはいうまでもない。しかし、その後、戦時下という特殊な政治状況の下で合衆国最高裁の態度が変化し、1937年の判例変更が実現したこともまた、よく知られている<sup>(15)</sup>。そして、その意義は、翌年に出されたいわゆる「脚注4」（footnote 4）がより明確に示すように、民主的な政治過程のアウトプットとしての経済政策に対して、司法部は原則として介入しないというものであった（いわゆる

「ロックナー時代の終焉」)<sup>(16)</sup>。

**フランクファーターと司法消極主義** アメリカの憲法学は、政治的意思決定に対する司法的介入の程度をめぐる議論に尽きるという見方は、若干の単純化を含むことは否定しえないものの、1つの真実を言い当てている。そして、ニュー・ディールの帰趨をめぐる上の攻防は、叙上のように司法消極主義の勝利によって決着する。もちろん、それ以前にも、積極主義的介入がアメリカを不幸にする有様を実際に目の当たりにした法律家は、消極主義を強く支持してきた。例えば、南北戦争(1861-64)で自ら負傷したホウムズ(Oliver W. Holmes, Jr.)が *Dred Scott* を<sup>(17)</sup>、そして労働者の惨状を熟知していたブランダイス(Louis D. Brandeis)が *Lochner* を<sup>(18)</sup>、それぞれ反面教師とし、民主的な政治過程のアウトプットに対する尊重を説いたことの背景と惟いは、そこにあるといえる。

合衆国最高裁において、彼らの司法消極主義を承継した者の1人が、フランクファーター(Felix Frankfurter)であった。政治と司法の境界にあくまでもこだわるその司法哲学は、*Baker v. Carr* (1962)の反対意見においてその頂点に達する<sup>(19)</sup>。1939年に最高裁入りするまでの25年間、彼が行政法を中心に教鞭を執り続けたハーヴァード・ロー・スクールは、多元的法形成—裁判所の脱特権化—の枢要性を唱道するリーガル・プロセス学派にとって、その牙城となるにふさわしい場所であった。

**フラーの世俗的自然法** この学派に対して、司法消極主義—民主的政治過程のアウトプットへの不干渉—の実現という目標を与えたのがフランクファーターであったとすれば、それを達成するための方法論—多元的法形成の具体像を描き出す理論—を与えたのは、同じハーヴァードで法理学を講じたフラー(Lon L. Fuller)であった<sup>(20)</sup>。法実証主義やリアリズム法学などに対する批判的考察

の中で結晶化して行った手続的自然法論(procedural/processual natural law theory)は、代表的な世俗的自然法理論の1つとして、今もなおその価値を失っていない<sup>(21)</sup>。自説において、自然法(natural law)という言葉が示唆する独特の含意について、彼は次のように述べている。

それら(natural laws)は、例えば、避妊を行うことが神の法(God's law)に反するものだという命題などとは一切関係がない。それらは、由来においても実践においても完全に世俗的なものである。それらは、“higher” lawsではなく、聞こえのよさそうな喩えがあるとすれば、“lower” laws とでも呼ばれるべきものである。それらは、大工仕事における natural laws のようなもので、長持ちで、そこに住む人の目的に役立つような家を建てようとするときに、大工が守らなければならない laws だといえる<sup>(22)</sup>。

フラーが重視したのは、いわば、道具のつくりをよく理解することの大切さであったと考えられる。それを正確に認識しつつ、その設計に込められた方法に則って使われて初めて、いかなる道具もその所期の期待や目的を達成することが可能になる。例えば、船舶がいかなる道具であるかを正しく理解していれば、人々はそれを水上での移動や輸送を行うために用いるのであり、それを陸上で使用することは、その形状や材質、設計などに内在化させられた工夫や期待を実現することにはならず、その意味で誤用であるということになる。

法もまた然り、である。上のような視座は、彼の法理論をその生涯に亘って貫く縦糸であった。良き秩序論(eunomics: the theory of good order and workable social arrangements)<sup>(23)</sup>、および法の内在道徳論—法システムが管理型

支配に墮することなく作動するための8要件論—は、西欧的自由の擁護という期待・目的を満足しうる程度に達成するために<sup>(24)</sup>、英米的な法システムのつくりと、その正誤両様における使用方法とを、あらためて人々に説くための理論であったと性格付けることが可能である。とりわけ、多中心的な政策課題の解決を目論むような使用は、裁判 (adjudication) という道具の設計と、そこから natural 一論理必然的に導き出される本来の正しい使い方についての無理解の所産であるとの、いわゆる polycentricity 論は、その典型であると考えられよう<sup>(25)</sup>。

〈制度的適性〉 リーガル・プロセス学派にとっての主題は、フランクファーターとブラーの眼差しが交錯するところに見出されたといつてよい。すなわち、以下の如くである。

民主的政治過程、特に国政選挙において大きな正当性を与えられた政治部門のアウトプットに対して、司法が介入することは、裁判という枠組みの設計と、それに由来する本来の使用方法から逸脱した誤用である。統治の過程において発生する紛争や課題には、その性質・内容・規模・当事者の属性などに応じて、それぞれに相応しい処理や解決の方法が予定されており、それらは、法—憲法およびコモン・ロー—が用意しているそれぞれの枠組みのつくりに対応している。

例えば、国民一般の利害に幅広く影響する課題の処理には、広範な調査権および選挙に由来する正当性を擁する立法府が、立法 (legislation) を用いて当たることを、憲法は予定しているはずである。他方、原告・被告というに当事者の権利義務関係のみを画定する紛争の解決には、当事者対抗主義の下での証拠提出と弁論、そして理性的な法解釈からの拘束を受ける司法府が、裁判という道具立

てを通じて臨むことを、憲法は同様に予定しているはずである。性質上、いわば両者の中間領域にある複雑または特殊な課題を、専門的知見に準拠しつつ、迅速に処理する必要がある場合は、設計上それに適した構造を与えられた行政機関の出番となるはずである。また、公的機関による法形成の場合に必要なような、正当性に関する説明責任から自由なところで、当事者間でのみ効力を有するような秩序を創設しようとする場合には、私人が契約という道具立てを選択して使用することを、コモン・ローは予定しているはずである。

課題や紛争の性格に応じて、それに相応しいつくりをもった道具を選択し、その形状や構造に留意しながら、人々はそれらを正しく使うべきなのである。だからこそ、つくりを無視した方法は誤用であり、所期の期待を実現しないばかりか、かえって人々を不幸にする<sup>(26)</sup>。

以上が、リーガル・プロセス学派の法理論の中核である〈制度的適性〉 (institutional competence) の基本的思考方法である。民主的政治過程のアウトプットに介入する司法積極主義—ニュー・ディールに対するオールド・コートからの干渉—は、裁判という道具のつくりを度外視して本来の使い方を逸脱している点で、法の原理に違反していた。そして、実際に、未曾有の経済的停滞からの復興を阻害して、国民全体に不幸をもたらした。彼らのプロセス法学は、このような認識を法理論として少しずつ結晶化していったものにほかならないと考えられる。

ウォーレン・コートとの対峙 リーガル・プロセス学派の法理論が、現代のアメリカ法学、特にその公法学において基盤的地位を占めていることは、叙上の通りである。そして、その主たる要因が、ハート&サックス

(Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks) による THE LEGAL PROCESS が全米の著名なロー・スクールにおいて長年教材として使用されてきたという事実にあることもまた、既述の通りである<sup>(27)</sup>。この教材は、ハーヴァード・ロー・スクールにおける1940年代後半のカリキュラム改編に際して、その主任者であったフラーが2年次生のための選択科目として設置した「法過程」(legal process) の講義において、長く使用されていた<sup>(28)</sup>。そして、ハートとサックスにとって、フランクファーターは崇敬尽きることのない師であった。前者は、愛弟子および親しい同僚として、また、後者は合衆国最高裁でのロー・クラークとして、それぞれフランクファーターからの手厚い薫陶を受けていた。

この教材の改訂が、1958年を最後としているのは、*Brown* 判決を嚆矢とするリベラルな司法積極主義が、消極主義のテキスト—制度的適性の観点を取り、統治上の課題の性質に応じた法形成の多元性を認めれば、一定の状況において司法が自制すべきことになることは必然—としてのこの教材の通用力や発展可能性を奪ったことが主たる要因であるといわれている<sup>(29)</sup>。

司法に対して期待される制度的義務—特に、憲法上の中立的原理 (neutral principles) に基く周到な理由付け (reasoned elaboration) の枢要性—の観点から、ウォーレン・コートによる黒人保護の諸判決を批判したウェクスラー (Herbert Wechsler) は、叙上の「脚注4」を執筆したストーン (Harlan Fiske Stone) 裁判官のロー・クラークであった<sup>(30)</sup>。また、ウォーレン・コートの積極主義を、〈制度的適性〉の観点から擁護することを一度は試みるも<sup>(31)</sup>、それに失敗し、最終的にはその最も痛烈な批判者の1人となったビッケルもまた<sup>(32)</sup>、フランクファーターのロー・クラークであった。

ハート、サックス、ウェクスラー、ビッケ

ルといった法律家たちが、いずれもリーガル・プロセス学派の中心メンバーであることとみられていることを考えれば、消極主義の理論であるプロセス法学からその後の発展の芽を摘んだのは、やはりウォーレン・コートのリベラルな積極主義であるといつてよさそうである。

そして、まさにそのこととの関係において、イリイ (John Hart Ely) の業績は、一際輝くといえる。周知のように、彼の立場は、代表民主制をむしろ強化する (representation-reinforcing) 制度として、司法審査の性格を再構成するものであり、その着想のキー・ポイントは、立法府の制度的不適性—多数者の専制—と司法府の制度的適性—少数者の保護—とを、民主制の下での代表過程を後景に据えつつ上手にフィットさせているところにある<sup>(33)</sup>。この理論は、ウォーレン・コートが創り出した法実践と、学界の主流をなしていたプロセス法学とを、いわば和解させようとする試みであったといえる。イリイにとって、自らロー・クラークとして仕えたウォーレン (Earl Warren) 首席裁判官は、偉大なヒーローであったといわれる<sup>(34)</sup>。

**新時代へ** 以上の考察から明らかであるように、リーガル・プロセス学派の法理論とは、憲法やコモン・ローが予定する法形成の在り方に備わった本来の多様性を再記述するとともに、その価値的・実証的な合理性を主張・擁護することを通じて、司法中心主義的発想 (Juricentrism) に縛られた視野狭窄的な法と法学を克服するための戦略であったといえる。そして、〈制度的適性〉というキーワードが、このようにやや複雑なもの見方の具体的な意味合いを、標語的に集約したものであるということもまた、叙上の通りである。

次節で検討する新プロセス理論は、民主的政治過程に対する敬讓という教訓、そして、〈制度的適性〉という理論的視座をリーガ

ル・プロセス学派から承継しつつ、それらを20世紀末葉以降のアメリカにおける社会と法の状況に合わせて、修正・発展させようとするものであると見ることができる。

周知のように、1970年代以降、リーガル・プロセス学派は、左右両陣営からの批判に曝された。左派、すなわち批判法学は、階級史観やいわゆる不確定性テーゼ（indeterminacy thesis）に依拠しつつ、法規範や法解釈の中立性を否定した。他方、右派、すなわち法と経済学は、公共選択論（public choice）に依拠しつつ、政治部門の宿命的な機能不全を批判した。これらは、法の中立性や立法府・行政機関の公益実現能力といった、リーガル・プロセス学派にとっての基本的前提を、大きく動揺させるものであった。

規範や解釈は、不確実かつ不安定なものであるため、統治の基盤としての役割をそれらに対して過度に期待することは、もはやできない。また、議員や行政官も私益を最大化しようとする合理的主体であることは疑いようがなく、公益実現に関する期待を、彼らに対して過剰に向けることもできない。さりとて、その期待を裁判官に向けるという選択は、かつての悪しき司法積極主義の愚を再び犯すことになりかねない<sup>(35)</sup>。

結局、残されているのは、様々な制度や手続といった、統治遂行のために法が用意している道具立て一式を、個別の状況に合わせてプラグマティックに活用して行くこと、および、民主的政治過程をともかくも信頼していくということの他にはない。新プロセス理論は、このような時代的認識を基調ないし出発点としているとあってよい。次節では、その具体的な立論について検討する。

## 2. 新プロセス理論 1990s-

### i) 制度間のミクロ的比較分析

ここでは、現在はヴァンダービルト大学で教鞭を執っているルービン（Edward L. Rubin）が提唱した「制度間のミクロ的比較分析」（Comparative Microanalysis of Institutions）の理論について検討する。これまでの研究において、彼がほぼ一貫して採用してきた方法論は、ある時代や社会を特徴付ける思想や価値観と、それに対応する統治システムとの間に存在する内的連関を明らかにしつつ、その所産・帰結として、それらがうまく整合したり、逆にミスマッチしたりする有様を剔出しようとするというものであった<sup>(36)</sup>。そして、ここでも、そのようなグランド・モチーフは顕著に看取される。

**価値観の分裂** 彼はまず、リーガル・プロセス学派以降のアメリカ法学における、政治的価値観の党派的分裂状況に関する認識を披歴するところから行論を始める。この分裂状況は、1960年代末から'70年代前半頃を起点とする、叙上の左右両派の間の対立激化とほぼ対応する。周知のように、そこでは、ジョンソン（Lyndon B. Johnson）・ニクソン（Richard Nixon）両政権による帝国主義的なヴェトナム侵攻や、国内におけるマイノリティ保護の現状に対する不満が左派を憤激させるとともに、そのヴェトナム侵攻や「偉大な社会」（the Great Society）の下で実施された実効性の乏しい福祉政策に基因する財政の深刻な悪化が、右派を刺激した。前者が批判法学、そして後者が法と経済学のそれぞれの誕生の土壌となったことはいうまでもない。

しかし、ここでより重要なのは、批判法学および法と経済学もまた、1980年代以降急激な変質を遂げたという事実の方である。前者は、マイノリティ保護のための注力が不十分であるとの内部批判によって、フェミニズム法学、批判的人種理論、同性愛法理論などに



分派する。また後者においては、合理的選択偏重への反省の下、制度学派的視点をより多く採り入れたポスト・シカゴ学派が有力となる<sup>(37)</sup>。

そして、このような群雄割拠的理論状況は、いわゆるポスト・モダン状況の一側面にほかならず、それらの学派が奉じる価値観は相互に incommensurable — 比較不能 — なものであるがゆえに、意味のある対話が成立する見込みは極小であるといわれる。付言すれば、ルービンによるこのような診断は、ハックニー (James R. Hackney, Jr.) によって指摘された、近時におけるアメリカ法学界全体の〈タコ壺化〉傾向とも平仄が合う<sup>(38)</sup>。

**〈共通の足場〉としての制度** ルービンは、このような停滞状況の突破を可能ならしめる視座として、「制度間のミクロ的比較分析」を提唱する。その要点を示せば、以下のようになろう。

まず、いかなる価値観を採ろうとも、そして、いかなる政治的理想を掲げようとも、それを法というチャンネルを通じて達成しようと目論むならば、そのための実践的なフォーラムは、すべてのグループや党派にとって共通である。すなわち、裁判所、議会、行政機関がその代表的なものであるが、権利を実現するための場合は、それらに限られない。例えば、貧困層の救済という角度からマイノリティの保護を図ろうとするならば、それを達成するための装置として銀行その他の金融機関に着目することは有意義であろう。

このように、extra-legal (法外在的) なものも含めて、権利を実現するためのフォーラムは、実際には多種多様である。そして、当事者にとってそこで重要なのは、自らの価値や理想を実現する上で最善の装置はどの機関・制度なのかと

いう問題を、それぞれが有するつくりと、それに由来する独自の機能・強み—制度的適性—を、フォーラム相互間で比較して検討するという作業となるはずである<sup>(39)</sup>。

そして、このような営為は、理想を達成しようとする単独の当事者にとって必須であるだけでなく、法学界全体にとっても有意義なものとなるはずである。なぜなら、叙上のように、現実における機関・制度はいかなる規範的価値を戴く学派にとっても動かせないものであるもので、それは同時に、意味のある討論が成立するための共通の足場にもなりうるからである。このような見立てが的外れなものでないとするれば、制度間の比較分析は、現代アメリカ法学を苦しめる〈タコ壺化〉を治癒することを通じて、新時代における共有された理論的基盤を形成する端緒となりうるであろう<sup>(40)</sup>。

以上が、「制度間のミクロ的比較分析」の基本的構想である。しかし、実際には、ルービンはこのようなアウトラインを示す以上のことは行っていないので、その実践に関する十分に具体的なイメージについては、差し当たり推測するしかない。

**画竜点睛を欠く** この理論が、リーガル・プロセス学派の〈制度的適性〉の観点を応用しようとするものであることは明らかである。とすれば、ここでの比較分析の対象となることが予定されているのは、一定の実体的目的を最も効果的に達成するための法形成のフォーラムおよび形式であると、一先ずは考えることができるであろう。例えば、人種のマイノリティが、雇用や教育における平等な取り扱いという目的を達成しようとする場合に、そのフォーラムとして立法府と裁判所、あるいは州と連邦とを比較し、多数決主義等によって彼らが排除される州議会ではなく、

反対に、多数決主義の専制に対するチェック機能こそが、そのデザインによってビルト・インされた機関である連邦裁判所を選択するような場合が、そのような比較分析の具体的な場面の1つであると考えられる。

しかし、仮に、このような比較に基く選択が、ルービンが実際に想定しているものだとすれば、その実質はリーガル・プロセス学派の理論をそれほど発展させるものではないとも考えられ一法外在的の制度を射程に採り込んでいる点をどのように評価するかに依存しよう一、特段の目新しさをもたないものとなろう。他方で、ルービンの着想を読み解くポイントは、「比較分析」に付された「ミクロ的」という修飾表現にありそうにも思えるが、どうやらこの表現もまた、文脈・主題の個別性を強調する趣旨以上のものではなさそうである<sup>(41)</sup>。これらの点に着目する限り、この理論には、全体としてさらなる成熟の余地が残る。

**効率性と社会正義のトレード・オフ** しかし、他方で興味深い洞察も示されている。それは、程度の差こそあれ、学派や制度を貫いて横断的に看取される近時の実体論であり、ルービンはこれを「効率性と社会正義のトレード・オフ」と呼んでいる。彼によれば、政策目的を実現するためにいかなるフォーラムを選択しようとも、そこでの議論や検討のフレームは、「一定の社会正義を実現する上で、コストをどの程度までなら許容するか」といったある種の比較衡量に少しずつ収斂しつつあり、アフーマティヴ・アクション、社会保障給付、犯罪抑止等においてはその傾向が顕著であるという<sup>(42)</sup>。

やや穿った見方をすれば、このような比較衡量は、いわば正義の値踏みともいえるべき態度にほかならず、にわかには賛同しがたい側面も残るもの—例えばドゥオーキン(Ronald M. Dworkin)ならこれを一蹴するだろう—<sup>(43)</sup>、現代の統治過程における現実を

冷静に観察するならば、そのような一種の費用便益分析を度外視することはほぼ不可能であろう。その意味では、それはむしろ事の正鵠を射たものであるともいえる。もちろん、このような視点は、時代背景の違い—法と経済学が登場する前か後か—もあり、リーガル・プロセス学派にはみられなかったものである。

他方で、ここで次に重要となる課題は、そのようなトレード・オフの在り方が、主題となる権利・政策やその実現の場としての機関・制度に応じて、具体的にどのように異なるのかという点に関する検討であると思われるが、これについてもまた、具体的なイメージはほとんど示されてされていない。

**小括** 以上みてきたように、「制度間のミクロ的比較分析」の理論は、ラフ・スケッチとしての性格が強く、不明瞭な部分も少なくない。しかし、リーガル・プロセス学派以降現在に至るまでの、アメリカ法を取り巻く流動的な知的状況を正しく把握するとともに、それを安定化させるためのパラダイムとして、〈制度的適性〉の理論を独自の実体的考察を加味しつつ応用しようとするアイデアそのものは、豊かな発展可能性を秘めた野心的試論として注目に値する。

既にお気づきのように、ここでは、〈制度的適性〉の観点は存分に活用されているものの、リーガル・プロセス学派が残したもう1つの教訓である民主的政治過程への敬讓に対しては、あまり関心が払われていない。新プロセス理論のうち、次に検討する学説は、むしろこの敬讓に力点を置くものであるといえる。

## ii) 民主制のメンテナンスとしての司法審査

ここでは、エスクリッジ(William N. Eskridge, Jr.)とフェレジョン(John Ferejohn)が2010年の共著において展開したアイデアを検討する<sup>(44)</sup>。付言すれば、前者は、正式出版

を経ることなく長年使用され続けてきたハート&サックス THE LEGAL PROCESS (1958年暫定版) を、極めて詳細な序章を付しつつ1994年に正式出版した共編著者の1人である<sup>(45)</sup>。

**時間軸** まず、彼らの理論における第1の特徴は、立憲的統治について考察する際の時間軸にある。彼らによれば、従来のアメリカ憲法学は、第I章で説明したような極点的思考に支配されてきたという。念のため確認すると、それは、画期的な最高裁判決や、合衆国憲法におけるテキスト・レベルでの変更—判例を通じた解釈レベルでの変更ではなく、第V編の手續に則った修正条項の追加—という単発的なイベントに焦点を当てた考察を意味する。彼らによれば、このような考察態度は、依然として残存するウォーレン・コートのインパクトが、憲法学者の中核世代の心理を支配していることの表れであるという<sup>(46)</sup>。

しかし、このようなものの見方は、現代アメリカの統治実践において、合衆国の議会や行政機関、そして州などが果たしている日常のかつ第1次的役割を等閑視することにつながるという点で、採用しえないという。例えば、立憲的文化の支柱をなすような中核的法律を合衆国議会が制定する場合のように—彼らはこれを“superstatute”と呼ぶ—<sup>(47)</sup>、実際には、合衆国裁判所以外の法形成主体が主導的役割を担うことの方が、通常でもあり、本道でもある。そのような実態を度外視しては、現代アメリカにおける国制 (constitution) および憲法 (Constitution) の両方の実像を見誤る危険性が高い。

このような認識を前提として、彼らは、時間軸における幅をより広く採るプロセス的考察方法を提唱する。そのイメージは、概ね以下のようなものである。

実践的憲法規範を含む統治秩序の形成過程は、重要な社会的課題—例えば、人

種的・性的マイノリティや女性の平等保障、環境破壊、経済問題等—についての国民による問題提起から開始される。これに対して最初に反応するのは、選挙を通じて規律を受けることを意識せざるを得ない立法府や行政リーダーであったり、あるいは、当該分野を直接的に所掌するために設置された行政機関であったりする (連邦・州)。これらの主体間で、課題解決のための統治規範の形成をめぐるコミュニケーションが展開される。例えば、合衆国議会が法律を制定し、平等雇用機会委員会、環境保護庁 (Environmental Protection Agency: EPA)、連邦取引委員会 (Federal Trade Commission: FTC) のような各行政機関がそれを執行してみた上で、その段階における課題処理が十分なものでなければ、合衆国議会が法改正を行って改善を図る、といったように。この過程では、ほとんどの場合、国民間の議論が徐々に深まり、解決についての大まかな方向性が多かれ少なかれ見えてくる。

そして、このような過程のある時点において訴訟が提起され、裁判所もまた当該課題の処理に関与することになる。ここで留意が必要なのは、裁判所による審査は、当該課題の解決をめぐる議論に終止符を打つものではないという点である。例えば、合衆国最高裁が出した結論が、当該課題の適切な解決につながるものでなければ、合衆国議会は法律を改正したり、新法を制定したりして、合衆国最高裁の立場をオーバーライドすることもある。このプロセスは、あらかじめ定まった終局点をもたない円環的なものであり、実践的統治規範は其中で形成され、時間をかけて徐々に国民の中に浸透・定着していく<sup>(48)</sup>。

エスクリッジとフェレジョンによれば、このようなプロセス的考察方法を採用しない限り、現代アメリカにおける統治秩序・憲法規範の形成・定着の様態を正しく認識することは不可能であるという。また、そのような視座を採ることなく、極点的思考に捉われたままでは、合衆国裁判所以外の主体が果たしてきた、立憲的統治遂行における基盤的な役割を無意識のうちに見落とすことになり、一度は反省したはずの司法中心主義の闖入を、再び許すことになりかねないということになる。

“administrative constitutionalism” そして、このような考察態度を採ることの1つの帰結として、彼らが明らかにしようとする主題は、administrative constitutionalism と名付けようという。administrative という表現を含むものの、この語の趣旨は、「合衆国議会、大統領、行政機関、そして州など、合衆国裁判所以外の法形成主体が、『われら合衆国の人民』（“We the People”）による幅広い議論を喚起しつつ、実質的な憲法規範— small “c” constitutional norm —を主導的に形成し、定着させていく統治実践」といったものである<sup>(49)</sup>。したがって、「行政的立憲主義」などという訳語を充てることはミスリーディングなこと甚だしいといわざるを得ず、一先ず本稿では、この言葉の訳語に拘ることは差し控えたい。それはさて置き、この言葉は、エスクリッジとフェレジョンが採る見方の性格を簡潔に示していると考えられるので、留意する価値があるといえるだろう。

**民主制のメンテナンスとしての司法審査**  
次に、彼らの理論における第2の特徴は、その司法審査観である。あらかじめその性格にふれておくと、それは、民主的政治過程への敬讓を強く志向するものであるものの、単純な司法消極主義とは全く異なる発想であるといえる。

まず、彼らの司法審査理論の出発点には、

「統治が安定するためには、それを支える個々の実践的法規範が、十分な熟議の過程を経て『われら合衆国の人民』の間に定着する必要がある」という叙上の基本的認識がある。このような見方を前提とすると、たとえば魅力的な規範であっても、合衆国議会や合衆国最高裁といった機関による、法律や判決を通じたその宣言が、時宜を逸した拙速なものである場合には、その規範はむしろ統治を不安定化させる要因となる。例えば、合衆国憲法上の自己決定権の行使の一形態として、女性が中絶を選択することを許容する規範を宣示した *Roe* 判決は、いわばそのようなフライングの事例であるという<sup>(50)</sup>。

そして、このような観察を前提にすると、統治実践をより良いものにするために、各法形成機関は、それぞれのやり方を用いて国民的議論を喚起し、それを活性化させることを通じて、一定の規範がアメリカ社会に受容されること、定着することを促進する責務を負うことになる。そして、このような役割は、裁判所による司法審査についても当然あてはまる。

では、ある規範を社会に根付かせるために、司法審査を通じて裁判所が国民の間の熟議を活性化するとは、いかなる意味であろうか。エスクリッジとフェレジョンによれば、プロセス的視点の下では、熟議そのもののいわば熟度に応じて、司法審査に対して期待される任務も異なりうるという。

まず、一定の社会的争点をめぐって、政治部門や国民一般の間で十分なコンセンサスが形成されている状況の下で—合衆国議会議員選挙や大統領選挙の結果によってそれが確認できる場合が多い—、その争点をめぐって訴訟が提起された場合には、裁判所は国民間の議論の結果を尊重するような結論を出すべきである (deliberation-respecting review)<sup>(51)</sup>。

次に、重要な争点は存在するが、それ

に関する熟議の蓄積が依然として十分ではなく、国民の間でコンセンサスが形成されているとはいえない段階で訴訟が提起された場合には、裁判所は、安定的な合意の醸成に必要なだと考えられる熟議を誘引するような結論を出すべきである (*deliberation-inducing review*)<sup>(52)</sup>。

そして、そのような結論を出す場合には、判決の理由付けには法律解釈を用いるべきであり、憲法解釈は可能な限り用いるべきではない。なぜなら、法律レビューで処理しておけば、必要な熟議を尽くす過程、あるいはそれが尽くされた後、政治部門、特に立法府による対応—連邦法の改正等による規範修正—がより容易になるからである。憲法解釈だと、特にそれが合衆国最高裁によって持ち出される場合には、それによって当該争点の処理が、政治部門にとって手の届きにくいところまで持ち去られてしまうことになるからである。これでは、「われら合衆国の人民」による熟議を通じたコンセンサスの形成・統治規範の定着を、裁判所が阻害してしまうことになりかねない<sup>(53)</sup>。

このように考えると、逆に、裁判所が回避すべき司法審査は、本来は国民やその直接的負託を受けた政治部門によってなされるべき熟議に介入し、憲法解釈の名の下に、自らの実体的選択を国民や政治部門のそれに代替させて、当該争点に関する議論に対して実質的に終止符を打ったり、あるいは、裁判所外におけるその後の熟議の発展を著しく制約したりしてしまうような判断であることになる (*deliberation-ending review*)<sup>(54)</sup>。

叙上のように、上の第3のもののような判決が下されると、そこで宣言された規範を受容するための土壌が依然として国民の間には

形成されていないので、統治が不安定化する危険性が生じる。また、このような司法審査は、まさにリーガル・プロセス学派が克服しようとした反民主主義的な司法中心主義・司法積極主義であるということになる。

エスクリッジとフェレジョンの立場は、民主的政治過程との関係において十分に整合的な制度として司法審査を性格付けようとするものであるといえ、イリイの司法審査理論—*representation-reinforcing review*—と共通の問題意識の下にあるといえよう。また、そこでは、統治の安定というより実践的な目的として読み替えられてはいるものの、民主的政治過程のアウトプットへの不干渉という、リーガル・プロセス学派が残した教訓が、たしかに息づいていると考えられる。同様に、〈制度的適性〉の観点もまた、国民的熟議に対する法形成機関ごとの関与の在り方に関する洞察の中に、底流的ながらも着実に承継されているといえよう。

〈繁茂〉するものとしての統治 このようにみえてみると、立憲的統治について彼らもっているイメージとは、非常に長い、終わりのない時間の中で、環境の変化に適応しつつ自らもまた内発的に変容していく有機的生命体のような統治実践であることが判る。そして、このような構想を、彼らは“Constitutional Horticulture”と名付けている。直訳すれば、「憲法（国制）の園芸術」ということになるだろうが、このような訳の是非はともかく、そこでは、立憲的統治そのものが〈作るもの〉であると同時に〈成るもの〉だと観念されている点が興味深い<sup>(55), (56)</sup>。

### iii) 小 括

以上本節では、リーガル・プロセス学派の理論的遺産を承継する近時の学説のうち、その応用方法の独自性において注目される2つの立場について検討した。冒頭でも述べたとおり、本稿の目的はアメリカ法におけるプロ

セス的視座の本質について考究を進めていくための情報・論点の整理にとどまる。したがって、ここでは成果の披露のごときものは控えつつ、ここで採り上げた学説を取り巻く周辺事情を補足することを通じて、プロセス的視座の現状をもう少し明確化することとどめたい。

**新プロセス理論の広がり** まず、ここまでの検討から明らかなように、プロセス的視座におけるキー・フレームの1つは〈制度的適性〉の観点であり、これは、第I章でふれた一定の幅との関係では、空間軸の方により直接的に対応する。そして、このような空間的射程が重視され、積極的に応用されつつある理論的な主戦場の1つが、司法審査の現代的な性格付けをめぐる論争である。

この領域では、エスクリッジ&フェレジョンと同様の〈制度的対話〉(institutional dialogue)の観点を採る立場が近時有力化しており、アッカマン (Bruce Ackerman)、ミノウ (Martha Minow)、ポスト & シーゲル (Robert C. Post & Reva B. Siegel)、ドーフ & フリードマン (Michael C. Dorf & Barry Friedman)、ハサウェイ (Oona A. Hathaway)、ノース (Victoria Nourse) 等が、この立場に属するものとみられる<sup>(57)</sup>。これらはいずれも、広い意味での法の形成・発展において、実体的要素ではなく、本稿で明らかにしたような意味におけるプロセス的要素が果たす役割を、考察の中心に据えている点で共通しているといつてよい。

わが国の憲法学においても、主としてカナダ法学の知見を応用した「対話的違憲審査」論が注目されつつあるが<sup>(58)</sup>、アメリカ法学との連関の有無・程度についても、探究される価値は十分にあると思われる。

**法実務におけるプロセス的視座** 次に、法実務レベルにおけるプロセス的視座の展開について付言したい。いうまでもなく、ある学説が実務に与えた影響を、単なる印象論を

超えて論証・実証することは難しい。そして、プロセス的視座もその例外ではない。例えば、エスクリッジ & フリックキー (Philip P. Frickey) は、ハート & サックス THE LEGAL PROCESS に付した序章 (1994) において、その当時合衆国最高裁に在任していた裁判官のうちの5人が、ハーヴァード・ロー・スクールでの学生時代に、「法過程」の科目を受講していた事実を摘示して、司法実務に対するリーガル・プロセス学派の影響を間接的・傍証的に示そうと試みている<sup>(59)</sup>。

しかし、この文脈における学説から実務への影響の具体的中身が、挙げられた裁判官が法廷意見の執筆等において、多かれ少なかれプロセス的視座を採っている等の点にあるのだとすれば、学生時代の科目履修の事実によって合理的に証明できることは、何もないといわざるを得ない。もちろん、このようにいうことの目的の重点は、エスクリッジ & フリックキーを批判するというよりも、学説が実務に与えた影響の存在を合理的に示すことは、著しく困難であることが通常であるということを確認しようとするところにある。

本稿もまた、この点については傍証を挙げることとどまる。ブライア (Stephen G. Breyer)、MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW (2010) がそれである。同書を読めば一人によっては読む前でも一、そのタイトルが本稿で示したようなプロセス的視座を下敷きにしていることは、一目瞭然であろう。司法の目線から (“A Judge’s View”)、アメリカの民主的政治過程を (“Our Democracy”) 適切に機能させよう (“Making…Work”) というのであるから。

そのような執筆動機が最も明瞭に示されているのは、“Decisions That Work” (機能する判決) と題された同書第II部である。そしてその主題は、合衆国の議会、行政機関、下級裁判所、そして州との間で、合衆国最高裁が

いかにして“productive governmental relationship”（統治上の生産的な関係）を構築すべきかを、“comparative expertise”（専門性の比較検討—着眼点としては〈制度的適性〉と実質的に同義—）に着目した法解釈を題材として論じることにある<sup>(60)</sup>。

私は以下のように主張する。困難な判断を行う際、合衆国最高裁は他の統治機関—合衆国議会、大統領、行政官、州、および他の裁判所—の役割を正しく理解し、それを尊重すべきであり、それぞれの経験および専門性を考慮すべきである、と…<sup>(61)</sup>。

同書では、法令や処分の「目的」(purpose)と、判決の「結果」(consequence)に着目する法解釈方法論が提唱されており、ブライアはこれを端的に「プラグマティック・アプローチ」と呼んでいる<sup>(62)</sup>。そして、この解釈方法の下では、叙上のように〈制度的適性〉の観点が重視される結果、司法審査においては消極主義が基調となる。ブライアの基本的立場は、まさに本稿で述べてきたようなプロセス的視座にほかならないと思われる。

彼は、ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION (2005) において、「われら合衆国の人民」による統治への参加を、合衆国憲法がいかに重視しているかという点について論じた<sup>(63)</sup>。統治の第一次の基盤としての民主的政治過程との間で、整合的關係を保持しうる境界を慎重に見極めつつ、法解釈や司法審査のパラダイムを検討するという考察態度もまた、エスクリッジ & フェレジョンや、古くはビッケルとも、通底する問題意識に由来するものといえよう。

### Ⅲ 法文化依存性の問題—結びにかえて

冒頭で予告した通り、ここでは、プロセス的視座の法文化依存性について考察する。多

少数衍すると、ここでの問題関心は、本稿で検討してきたようなプロセス的視座が、どのような理由で、またどの程度、現代アメリカ法に固有のものであるといえるのか—あるいはいえないのか—について探究することにある。

まず、アメリカ法においてプロセス的視座が重視されてきたことの主たる理由の1つは、法解釈や法学、あるいは統治そのものが、合衆国憲法をはじめとする実定法に、可能な限りテキスト・レヴェルで準拠しなければならないという基本的前提にあるように思われる。これがアメリカ法において殊更に意識されるのは、実体的デュー・プロセスの法理が今もなお健在であり、廃棄される見込みが目下のところほとんどないからであろう<sup>(64)</sup>。

実体的デュー・プロセスの法理は、コモン・ローにおける法発展の技術を、憲法解釈の文脈で応用したものであるという側面をもつ。そのような前提に立てば、プロセス的視座の背景の1つは、成文憲法典と司法的法創造が同一の法域内部に共存することによって生じる緊張関係にあるといえる。このような側面に着目する場合、本稿でみたようなプロセス的視座の形成は、アメリカ合衆国固有の法文化に対して依存する程度が高いということになる。

他方で、プロセス的視座の形成契機を、実体的デュー・プロセスにも顕著に表れる、法言語に内在するオープン・テキストチャー—開放的構造—への対応戦略という側面に求めるならば、それはアメリカ法を超えたより普遍的なテーマへと連なることになる。このような角度からみれば、プロセス的視座のアメリカ法文化への依存性はトーン・ダウンすることになると考えられ、より広い応用の射程をもつ理論としてそれを性格付けることも可能となろう。

次に、〈制度的適性〉の理論の法文化依存性とその含意について。前章で検討したルー

ビンの立場を再確認すると、制度そのものへの着目が、現代アメリカ法において緊要であるのは、法をめぐる規範的価値が著しく多様化しているからである。そして、ここでは、制度がもつ最も重要な意義は、それが様々なグループの党派的価値観とは無関係に厳然と存在する、社会的現実であるという点に求められている。

そうであるとすれば、法をめぐる価値観が著しく分裂していない法域では、制度に着目することの意義は、アメリカ合衆国におけるそれよりも小さかったり、それとは異なるものであったりするだろうか。また、異なるとすればその内実はいかなるものか。このような探究の関心は、規範的価値秩序の動揺がグローバルに進行しつつある今日、ますます重要性を帯びつつあるものと思われる。

繰り返しになるが、本稿は情報と論点を整理するための中間報告である。今後の発展と深化を期すという意味でも、読者諸氏からのご批判とご教示を乞う次第である。

[付記] 本研究は、JSPS 科研費 JP15K03073 の助成を受けたものである。

#### 注

(1) 周知のように、legal process は、田中英夫が最も重要視した研究テーマの1つであった。田中は、HART & SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (tent. ed. 1958) の強い影響の下で、その本質を〈法形成過程〉の諸側面に関する実践的探究ととらえた。そのような理解は、1960年代から'80年代に公表された彼の論考をまとめた『法形成過程：英米法研究1』（1987）から明瞭に読み取ることができる（同書iv頁参照）。田中が法の形成の側面に着目したのは、HART & SACKS のテキストが、法の定立と解釈の不可分性という観点から、立法過程における様々な場面で法律家が直面

する諸課題を重点的に採り上げていることによるものと思われる。実際、田中は、同テキストをアメリカにおける立法学の形態としてわが国に紹介している。田中英夫・谷川久「Legal Process」—アメリカにおける立法学の一のかたち—(一)・(二)』ジュリスト225号6頁、227号15頁(1961)。

legal process に対する本稿の視角は、田中のような問題意識を一部共有しつつも、必ずしもそれのみに限定されるものではない。それは主として、田中による一連の研究と本稿との間に、短く見積もっても30年以上のタイム・ラグが横たわっていることに基因する。田中が向き合っていたのは、いわば大文字の Legal Process —本稿第Ⅱ章1で検討するいわゆるリーガル・プロセス学派—であり、それがアメリカの学界において最も活発に発言していたのは、1970年頃までであった。しかし、本稿第Ⅱ章2でも述べるように、'70年代中盤に学界の勢力図が大きく変化して以降、大文字の Legal Process が残した知的遺産は、毀誉褒貶を経つつも、次世代の理論家たちによって飛躍的な発展をみせている。そして、そこでの議論の射程は、HART & SACKS が前提視したような立法府を中軸とする法形成だけでなく、立憲的統治の動態全体に幅広く及ぶに至っている。本稿は、そのような田中によるカヴァー以降の一理論的発展をも視野に収めつつ、アメリカ法学におけるプロセス的視座の構造と展開を記述・考察しようとするものである点に、ささやかなオリジナリティを主張しうるかも知れない。

なお、同テキストについては、1994年に Foundation Press から正式出版されたものが現在では幅広く利用されているので、本稿でもそちらに準拠することとする。HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., tent. ed. 1994) (1958)。

- (2) 本文中でも述べるように、大恐慌 (the Great Depression) からの回復を遅延させた原因の1つは、ニュー・ディールの中核立法を無効化した視野狭窄的な司法中心主義であった。本稿第Ⅱ章1参照。
- (3) See HART & SACKS, *supra* note 1, at li-ii, cxxxvi.
- (4) Brown v. Board of Education of Topeka



- (Brown I), 347 U. S. 483 (1954).
- (5) 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(2013)。
- (6) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962).
- (7) 佐々木、前掲(注5)、22頁、215-8頁。
- (8) See WILLIAM N. ESKRIDGE, JR. & JOHN FERREJOHN, *A REPUBLIC OF STATUTES: THE NEW AMERICAN CONSTITUTION* 123-34 (2010).
- (9) See LAFEBER, POLENBERG & WOLOCH, *THE AMERICAN CENTURY: A HISTORY OF THE UNITED STATES SINCE THE 1890s* 4, 44-46 (5th ed. 1998). 紀平英作(編)『アメリカ史 新版世界各国史24』216-8頁(1999)。See also LAWRENCE M. FRIEDMAN, *AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY* 349-55, 361-5 (2002).
- (10) FRIEDMAN, *id.* at 95-106. アルコール飲料の消費を制限したり、禁止したりする法規制は、1850年代頃から州法レベルで増加し始めるが、そのような規制の背景に宗教的・民族的対立が伏在していた点を指摘する近時の文献として、以下のものを参照。HERBERT HOVENKAMP, *THE OPENING OF AMERICAN LAW: NEOCLASSICAL LEGAL THOUGHT, 1870-1970*, 258-9 (2015).
- (11) FRANKLIN D. ROOSEVELT, *GREAT SPEECHES* 24-5 (John Grafton ed., 1999).
- (12) FRIEDMAN, *supra* note 9, at 155-6.
- (13) *Id.* at 151-2.
- (14) *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935). この事件の争点は、連邦産業復興法(National Industrial Recovery Act of 1933)の下で業界団体に与えられていた、適正競争の維持—生産調整による価格安定化—を目的とする規則制定権、および、同法によって大統領に付与されていた前記規則の承認権の合憲性であった。ヒューズ(Charles Evans Hughes)首席裁判官による法廷意見は、① 本法によって付与される規則制定権・同承認権は、合衆国議会から大統領に対する明確な限定を欠く立法権委譲に当たるとともに、② 本件で問題となっている食用家禽類の取引は、州内通商(intrastate commerce)にとどまるものであり、合衆国憲法第I編8節3項に基づく合衆国議会の州際通商規制権限の範囲外にあることを理由として、同法に基づく本件規制を違憲無効と判示した。
- United States v. Butler*, 297 U. S. 1 (1936). この事件の争点は、価格調整のために減反を実施した農業生産者に対して交付される補助金の財源確保を目的として、農業調整法(Agricultural Adjustment Act of 1933)の下で合衆国政府に対して付与される課税権の合憲性であった。ロバーツ(Owen J. Roberts)裁判官による法廷意見は、農業政策は第1次的には州政府の管轄事項であり、合衆国議会の州際通商規制権限の範囲外にあるとして、本法に基づく課税処分は、合衆国憲法第I編8節3項、および州の留保権限を保障した第10修正に反するものと判示した。
- その他、*Railroad Retirement Board v. Alton R. R. Co.*, 295 U. S. 330 (1935)、*Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U. S. 238 (1936)等も参照。
- (15) *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937); *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U. S. 1 (1937).
- (16) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152 n.4 (1938).
- (17) *Scott v. Sandford*, 60 U. S. (19 How.) 393 (1857). ホウムズの南北戦争従軍については、以下を参照。2 U. S. SUPREME COURT 560 (Thomas Tandy Lewis ed., 2007) ('As a first lieutenant, Holmes saw much heavy fighting and was wounded three times: at Ball's Bluff, Virginia, in 1861, at Antietam Creek in 1862, and at Chancellorsville in 1863. His military service ended in July, 1864, and it left an indelible mark on him, as evidenced in his 1895 Harvard Memorial Day address on "The Soldier's Faith."').
- (18) *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905). 労働事件におけるブランドイスの活躍については、以下を参照。1 U. S. SUPREME COURT 117 (Thomas Tandy Lewis ed., 2007) ('[H]e became interested in protecting the rights of those who were disadvantaged and suffered from the damages caused by rapid industrialization and the immense power of the new corporate giants. ... [H]e was called the "people's lawyer."').
- (19) *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186, 266-331 (1962) (Frankfurter, J., dissenting).
- (20) リーガル・プロセス学派の形成において、フラーが果たした役割の不可欠性を主張するものと

- して、以下を参照。NEIL DUXBURY, PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE 223-33 (1995).
- (21) ROBERT S. SUMMERS, LON L. FULLER 62 (1984).
- (22) LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 96 (rev. ed. 1969) (emphasis added).
- (23) Lon L. Fuller, *American Legal Philosophy at Mid-century: A Review of Edwin W. Patterson's Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*, 6 J. LEGAL EDUC. 457 (1954).
- (24) 8要件の実践的機能をもつ道徳性の観点から、法の内在道徳論を再構成する最近の研究として、以下のものを参照。KRISTEN RUNDLE, FORMS LIBERATE: RECLAIMING THE JURISPRUDENCE OF LON L. FULLER (2012).
- (25) LON L. FULLER, THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER: SELECTED ESSAYS OF LON L. FULLER 126-36 (Kenneth I. Winston ed., rev. ed. 2001).
- (26) See *id.* at 102-26. See also HART & SACKS, *supra* note 1, at lix-lxii.
- (27) HART & SACKS, *id.* at cii-iv, cxiii-iv.
- (28) この教材が使用されていた科目名については多少変更があるようである。本文中の記述は、フラーの高弟であるサマーズ (Robert S. Summers) に拠っているが、田中によれば、「当初 Legislation という科目の一つの試みとして始まったものが、その独自性を強め、1957-58年に Legal Process という名称になった」とのことである。HART & SACKS の序文において、この教材がハーヴァード・ロー・スクールにおける Legislation に関する教育・研究の伝統の延長線上に位置付けられていることをあわせて考慮すると、田中による説明の信憑性が高いと思われる。See SUMMERS, *supra* note 21, at 137-50; HART & SACKS, *id.* at li, cxiii. 田中、前掲 (注1) iv 頁。
- (29) HART & SACKS, *id.* at xcvi, cvi-xiii.
- (30) Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959). *Id.* at cxii. なお、法実証主義との共通性や類似性という角度からリーガル・プロセス学派の法理論を分析するとともに、reasoned elaboration の理論がウォーレン・コートの判決スタイルを批判するための言説であったという点を指摘するものとして、以下の文献を参照。ANTHONY J. SEBOK, LEGAL POSITIVISM IN AMERICAN JURISPRUDENCE 113-216 (1998).
- (31) BICKEL, *supra* note 6.
- (32) ALEXANDER M. BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS (1970). HART & SACKS, *supra* note 1, at cxvi. ビックルが同書において展開した批判の内容については、田中、前掲 (注1) 190-7頁にやや詳しい紹介がある。
- (33) JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980). HART & SACKS, *id.* at cxviii.
- (34) See HART & SACKS, *id.* See also <http://www.nytimes.com/2003/10/27/us/john-hart-ely-a-constitutional-scholar-is-dead-at-64.html> (last visited 02/28/2017).
- (35) See Edward L. Rubin, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393, 1398-402 (1996).
- (36) See e.g., EDWARD L. RUBIN, BEYOND CAMELOT: RETHINKING POLITICS AND LAW FOR THE MODERN STATE (2007).
- (37) Rubin, *supra* note 35, at 1404-11.
- (38) JAMES R. HACKNEY, JR., LEGAL INTELLECTUALS IN CONVERSATION: REFLECTIONS ON THE CONSTRUCTION OF CONTEMPORARY AMERICAN LEGAL THEORY (2012).
- (39) Rubin, *supra* note 35, at 1424-33.
- (40) *Id.* at 1433-7.
- (41) *Id.* at 1425. 他方で、制度レベルではなく、政策レベルでのミクロ的比較を主張しているものと解釈できないこともない。しかし、仮にそのように解釈したとしても、その点に関する説明もまた不明瞭である。*Id.* at 1430-33.
- (42) *Id.* at 1429-33.
- (43) RONALD M. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 22-3 (1977).
- (44) ESKRIDGE & FEREJOHN, *supra* note 8.
- (45) HART & SACKS, *supra* note 1.
- (46) ESKRIDGE & FEREJOHN, *supra* note 8, at 3-4, 34-74.
- (47) *Id.* at 7. 1964年市民的権利に関する法律や1965年投票権法のほか、1935年農業調整法 (Agricultural Adjustment Act of 1935) といったニュー・ディールの中核的な経済規制立法、シャーマン法、1935年社会保障法 (Social Security Act of 1935) などがその例であるという。*Id.* at 46.

なお、superstatute とは、その厳密なリストのようなものを予定する形式的なカテゴリー概念ではなく、ある法律が、アメリカ合衆国における現代的な統治に対してもつ貢献度の高さを基準とする程度についての概念であると考えるとよい。

(48) *Id.* at 7-22, 32-3, 102-18, 445-6.

(49) *Id.* at 33, 105, 300, 436.

(50) *See id.* at 242 ('*Roe's* Large "C" Constitutional resolution of the state's interest in the life or potential life of the fetus did not represent a small "c" constitutional settlement.'). 447 ("consistent with state statutory developments, nineteenth-century abortion laws were ripe for reconsideration, but neither state nor national deliberations suggested a consensus in favor of abortion on demand.").

(51) *Id.* at 22-4, 435-44.

(52) *Id.* at 24, 265, 289, 437, 454-64.

(53) *Id.* at 462-4.

(54) *Id.* at 437, 450.

(55) *Id.* at 431-6.

(56) 実践的課題を解決するために、法が国民による統治への参加を幅広く促すという構図は、ノネ & セルズニック (Philippe Nonet & Philip Selznick) が提唱した〈応答的法〉(responsive law) の観念と重なり合う部分がある。そのような参加は、個々の課題解決手法に対して民主的正当性を付与するとともに、参加者による知識・情報のインプットを通じて、そのような解決手法の実効性を高める点で望ましい。エスクリッジ & フェレジョンは、国民参加を促進する主体・場面として、主に合衆国裁判所による司法審査権行使を採り上げ、国民による熟議のアウトプットとしては、統治上の課題を解決するための〈規範〉(norm) の形成を予定する。

これに対して、ノネ & セルズニックは、そのような主体・場面・アウトプットをあまり限定せず、〈法〉(law) が統治において発生する諸課題に対して幅広く対処する状況一般を、議論の前提として想定しているように思われる。このような理解が間違いでなければ、〈民主制のメンテナンスとしての司法審査〉理論は、〈応答的法〉という一般的なヴィジョンを、いわば各論的に具体化したものといえる側面があるかも知れない。

PHILIPPE NONET & PHILIP SELZNICK, LAW AND

SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW 90-9 (Transaction Publishers 2001) (1978). なお、両者の異同への着目は、会沢恒教授からの示唆に基いている。記して謝意を表す。

(57) エスクリッジ & フェレジョンは、〈制度的対話〉を基軸とする司法審査理論を提示するものとして、以下のような論考を例示している。Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737 (2007); MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (1990); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Legislative Constitutionalism and Section 5 Power: Polycentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act*, 112 YALE L.J. 1943 (2003); Michael C. Dorf & Barry Friedman, *Shared Constitutional Interpretation*, 2000 SUP. CT. REV. 61; Oona A. Hathaway, *Treaties' End: the Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, 117 YALE L.J. 1236 (2008); Victoria Nourse, *The Vertical Separation of Powers*, 49 DUKE L.J. 749 (1999). ESKRIDGE & FERREJOHN, *supra* note 8, at 555 n. 8

(58) 佐々木、前掲(注5)。

(59) HART & SACKS, *supra* note 1, at li, cxxv, cxxxv.

(60) STEPHEN G. BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW 73, 110-3 (2010).

(61) *Id.* at 73.

(62) *Id.* at 75-120.

(63) STEPHEN G. BREYER, ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION (2005).

(64) 憲法解釈が、人々の間における認識や態度の変化が特に著しい重要論点に関わる場合、実体的デュー・プロセス以外の方法によっては必要な結論を導きえないような状況が、今後発生しないとは言いきれないであろう。また、実体的デュー・プロセスの法理を適用して結論を導いた過去の先例を、強い規範的メッセージを込めながら覆そうとする場合には、平等保護条項などを用いるよりも、同じように実体的デュー・プロセスによる方が効果的である場合もある。*Lawrence* 判決は、そのような背景と考慮の下で判示されたものとみることができよう。*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), *overruled by Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).