

「法原理機関説」の内実についての覚書

——リーガル・プロセス理論との距離を中心に

山本 龍彦

一 はじめに

最近、わが国では、裁判所が「原理 (principle)」にもとづいて決定することを、日本国憲法七六条一項で規定される「司法権」の本質として捉える見解が有力になりつつある。たとえば、芦部信喜教授や佐藤幸治教授の所説が、「原理にもとづく裁判」を主張する見解として分類されている⁽¹⁾。

しかし、「原理」という言葉それ自体が曖昧なものである以上、長谷部恭男教授が的確に指摘するように、「原理にもとづく裁判」の意味も多義的なものとならざるをえない。そして、仮にそのように考えるのであれば、われわれが芦部教授や佐藤教授の司法権理論を正確に理解しているのかどうかは、疑わしいのである。ウエルマン (Vincent A. Wellman) は、いわゆるドウオーキン (Ronald Dworkin) の理論について、以下のように語っている。「憲法注釈者は、ドウオーキンの功績が偉大であるという点には同意しているが、彼の議論を正確にどのように理解するかについては、あまりコンセンサスが得られていない⁽²⁾」と。おそらく、こうした指摘は、芦部教授や佐藤教授の「原理にも

とづく裁判」説(以下、便宜上、両説とも「法原理機関説」と称する)にも同様に当てはまるように思える。

本稿は、いま挙げた日本の法原理機関説の理解を深め、その内実に少しでも接近することを目的として、一九五〇年代にアメリカで支配的となった「リーガル・プロセス学派(The Legal Process School)」⁴⁾が、それらの見解に与えた影響を査定するものである。

無論、こうした試みを行うに当たっては、日本の法原理機関説がリーガル・プロセス理論の影響を継受しているという、ある程度の推測が求められよう。この点、佐藤教授は、自らの法原理機関説がとりわけフルー(John F. Fuller)のリーガル・プロセス理論の影響を受けていることを明示している⁵⁾し、芦部教授においては、アメリカのハーバード大学ロースクールへの留学期間が、その影響をある程度示唆しているように思われる。周知のとおり、リーガル・プロセス理論は、「リアリズム法学(Legal Realism)」の後を受けて、一九五〇年代にアメリカで支配的となった法理論であり、その発祥は「リーガル・プロセス」と名付けられたハーバード大学ロースクールの一講座——一九五三年から一九五八年にかけてハートとサックス(Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks)が担当——である。芦部教授が同校に留学されていたのは一九五九年からの二年間であった⁷⁾。

ところで、わが国では、「原理」と「プロセス」は憲法上鋭く対立する反対概念として語られることが多かったように思える⁸⁾。したがって、リーガル「プロセス」理論と法「原理」機関説の結び付きを検討する本稿の試みには、若干の違和感が付き纏うかもしれない。ただ、「原理」と「プロセス」との関係は、「原理」たる言葉にどの程度実体的価値を充填するかによって変動しうるものである。後述するように、五〇年代のリーガル・プロセス学派は、確かに「理田付けられた(reasoned)」判断を重視しているものの、ウェクスラー(Herbert Wechsler)の「薄さ(thin)」原理⁹⁾に代表されるように、「原理」それ自体に実体的価値を読み込むことはほとんどなかった。原理と実体的価値が

強く結び付くのは、一九五四年の *Brown v. Board of Education* 事件判決を積極的に正当化しようとしたチェイス (Abram Chayes)⁽¹⁰⁾ やドウオーキンの議論以降のことである。したがって、「原理にもとづく裁判」が、直ちに「実体的価値」にもとづく裁判」を意味するわけではないし、また、「プロセス」の重視と本来的に矛盾・対立するものでもないのである。

繰り返しになるが、問題は「原理」あるいは「原理にもとづく裁判」の意味をどのように捉えるか——「原理」にどの程度超越的・独立的な実体的価値を込めるか——にあるのである。この問題は、社会構造の複雑化、道徳的多様性の顕在化が進み、「実体」への同意が益々困難になりつつある現代社会において、とくに重要な意味を有しているように思われる。この点からも、日本の法原理機関説が、五〇年代のリーガル・プロセス理論と、ブラウン判決以降に登場した七〇年代の「原理」論の間の、どの地点に、どの地点にいるのかを見定めておく必要性は高いように思われる。

本稿は、まず、①わが国における法原理機関説の概要と意義について、リーガル・プロセス理論との関係性を意識しながら、簡単に要約しておく。つぎに、②それらに実質的な影響を与えたと思われるリーガル・プロセス理論とは何であったのかを回顧する。そして最後に、佐藤説、荻部説とリーガル・プロセス理論との距離について改めて検討を加え、若干の問題提起を試みることにしたい。

二 法原理機関説の概要

(一) 法原理機関説

憲法七六条一項の司法権の意義について、わが国の通説は、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」と説明してきた。¹²⁾

このような通説に対し、佐藤教授は、それが「具体的な争訟」を司法権の本質的要素とする根拠を明らかにしておらず、また、上述の定義を超えて「実定法律上の制度を導き梓づけるに足りる具体的な内実を提示するに至らなかった」点で必ずしも十分なものではないと診断した。¹³⁾ すなわち、通説は、司法権に関する歴史的概念構成を背景に持つために、司法権の内実について踏み込んだ説明を行わず、結果、法律による司法権概念の充填という逆転現象を許し、また、判例による「司法権狭窄傾向」に対抗できなかったと考えたのである。さらに、「司法権（裁判所）に対する尊敬」を重要な要素とする英米法的な「法の支配」の確立を期待する佐藤教授にとって、司法権が憲法レベルで自立していないことは重大な問題を提起することにもなった。¹⁴⁾

そこで佐藤教授は、「リーガル・プロセス」法学的発想への共感を基盤として¹⁵⁾、つぎのような見解を提示するに至る。すなわち、「司法権」とは、具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐって理をつくして真剣に争うことを前提にして、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的決定に当事者が拘束されるという構造である¹⁷⁾。そして教授は、「芦部信喜教授が、司法権の概念内容として、『当事者からの争訟の提起』、『適正手続の要請等に則った特別の手続』、『独立し〔た〕裁判』、『正しい法の適用〔の〕保障』といった要素をあげておられるのも、同様のコンテキストで理解できるであろう¹⁸⁾」（傍点は引用者）と述べ、司法の「型式」あるいは「プロセス」に着目する自らの議論と芦部教授の見解との同質性を指摘している。¹⁹⁾

(二) 法原理機関説の構造と意義

1 事件性要件の意味

では、このような法原理機関説は、どのような点で通説が抱える問題を克服しようのであろうか。この検討に入るには、まず、佐藤教授が示しているもう一つの司法権概念を確認しておく必要がある。佐藤教授は、比較的最近公表された「自由の法秩序」（一九九八年）において、著書『現代国家と司法権』（一九八八年）で示された先述の定義ではなく、それ以前（一九八一年）に公表していたつぎのような記述を復活させている。

①「司法権の独自性」は、「公平な第三者（裁判官）が、関係当事者の立証と推論に基づく弁論とに依拠して決定する」という、純理性のとくに強く求められる特殊な参加と決定過程たるところにある」（以下、これを「テーゼA」と呼ぶ）。

②「これに最もなじみやすいのは、具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利・義務をめぐって理をつくして争う」ということを前提に、公平な裁判所がそれに依拠して行う法原理的決定に当事者が拘束されるという構造である」（以下、これを「テーゼB」と呼ぶ¹⁹⁾）。

以上の記述は、佐藤教授の法原理機関説が、一応は区別される二つのテーゼを接合することによって成立していることを意味している²⁰⁾。そして、右の論理構造から注目されるのは、佐藤教授が「司法権の独自性」を基本的にテーゼAに求めており、それを担保するものとしてテーゼBを置いているという点である。無論、テーゼAは法原理的決定の「型式」（あるいは原理の「プロセス」）、テーゼBはいわゆる「事件性要件」に置き換えられるから、佐藤説において、事件性要件は、法原理的決定という「型式」を最もよく担保するものとして理解されているということになるのである²¹⁾。

すなわち、ここにおいて、伝統的な通説がなおざりにしてきた「事件性要件」に特別の意味が付与されることになる。繰り返しになるが、それは裁判に独自の「型式」を担保・維持するためのもの、という意味である。佐藤教授は、この両者（テーズ A + テーズ B）が具備されて行使される裁判所の権能を、「本来的司法権」と称している。⁽²³⁾

2 司法権狭窄傾向への対応

先述のように、通説においては、事件性要件の明確な位置付けを欠いていたがために、判例及び法実務が、司法権の「土俵」を狭める機能として「事件性」を用いてきたことに論理的に対抗しえなかった。他方、法原理機関説においては、仮に事件性要件（テーズ B）が具備されていなくとも、法原理的決定の「型式」ないし「プロセス」（テーズ A）が維持される限りで、裁判所はその権能を行使できることになるため、徒な司法権狭窄傾向には論理的に対抗していくことが可能性となる。事件性要件は、司法権の独自性を担保するという点で、法原理機関説の中で「重い意味」を有することになるが、司法権の独自性それ自体の構成要素ではないと理解されているからである。

実際、佐藤教授は、事件性要件が厳密には存在しないいわゆる「客観訴訟」について、次のような見解を提示している。すなわち、客観訴訟はテーズ B が具備されないために、確かに「本来的司法権」の範囲外ということになるが、裁判所に付与される作用が「法原理的決定の形態になじみやすいもの」（テーズ A）であれば、それを法政策的に付与することも可能であるというのである。⁽²⁴⁾ 法原理機関説において重要なものは、あくまで裁判プロセスが原理的なものとして維持されることであり、それが事件性以外の要素（例えば「事件・争訟性」を擬制するだけの内実⁽²⁴⁾）によって担保されるのであれば、たとえそこで行使される権能が「本来的司法権ならざる権能」であるとしても、裁判所の登場しうる「土俵」として認められることになる。この点で、佐藤教授は、自らの法原理機関説を、「一方では、

実定法律制度（特に行政事件訴訟制度）とその運用面における：司法権狭窄傾向と、他方では、それへの反発から「土俵」の存在そのものを否定してしまいかねない主張との間」にある中間的な見解として位置付けている。²⁵

3 裁判所による法形成

(1) 裁判プロセスと法形成

ところで、長谷部教授は、通説が「既存の法の解釈適用によって争訟を解決する」ことを前提にしていると指摘し、このことから、「裁判所による法形成をどう理解すべきかという問題が生ずる」と述べている。²⁶確かに、いわゆる「難解な事案」においては、既存の法を解釈適用することで直ちに解決が導かれるわけではないし、とりわけ憲法問題は、多義的かつ抽象的な憲法条項の意味が争われるだけに、法の機械的適用によって解決が導かれることはむしろ稀である。その限りで、司法権を「法の適用」という受動的役割に押し込める通説にはやはり一定の問題を提起することができるのである。では、法原理機関説は、こうした問題にどのように応答しているのであろうか。

この点でまず注目されるのは、佐藤教授の提示する司法権概念の中には、「法」という言葉も「適用」という言葉も一切出てこないということである。このことは、やや論的先取りのきらいもあるが、一九五〇年代のリーガル・プロセス理論への言及なくしては説明できないように思われる。というのも、いま述べた法原理機関説の特徴は、リーガル・プロセス理論が、「あらかじめ公にされた法による決定」を重視しない代わりに、関係当事者の平等な参加といった裁判固有の「手続」によって規制される「コモン・ロー的法形成」を正面から認めている点と密接に結び付いているからである。

つまり、リーガル・プロセス理論によれば、裁判官は、関係当事者の理をつくした争い（型式）から帰納的に形

成される「法」によつて決定を下すことができると考えられていたのである。例えばフラーは、共有される「法」が予め存在しない冷戦構造下の国際関係において、いかに「法の支配」が実現されるのかといった観点から、「まずルールあり、然る後裁判所あり」という立場と、「まず裁判所あり、然る後ルールあり」という立場を対比させ、ハイエク (Friedrich A. Hayek) に代表される前者の立場を厳しく批判していた。そこでは、当事国同士 (この場合にはアメリカとロシア) の裁判「型式」類似の「対話」によつて、両者を調停しうるある種の「法」が形成されることが期待されたのである。⁽²⁷⁾

要するに、当時のリーガル・プロセス理論においては、裁判型式を通じて「下から」形成される法に当事者が拘束されることが重視され、「特定事件への適用に先立って正統な法定立者によつて定立された規範」、「適用に先立って存在し、適切な行為ないし法的結果を決定する明確なきまりである『ルール』」、また、ドウオーキンの議論などに見られる「実体的理念」の存在には、さほど大きなウエイトが置かれていなかったのである。⁽²⁸⁾

(2) 参加

また、いま述べたこととの関連で重視されるのが、関係当事者の「参加」である。法原理機関説においては、従来の「法適用」過程が、「法定立」過程とほぼ同一視されることになるため、そこで「定立」された法の「民主的正統性」が担保されなければならず、したがって、かかる法に拘束される関係当事者の参加及び弁論・立証の機会が確保される必要がある。佐藤教授が、「司法権と「自己決定の原則」とを結び付けるのはこのためである。また、佐藤教授が、①違憲判決の効力について、「実質的には、一般的効力があるといういい方もできるであろう」と述べるにとどまり、形式的には個別的効力説を採らざるを得ないのも、また、②司法の「法創造機能・政策形成機能」を社会的レベルに

限定せざるを得ないものも、いま述べた「自己決定の原則」との関連においてよりよく理解されることになる。

ところで、詳細は後述するが、法原理機関説は、孤独な裁判官の「内省 (introspection)」によって、直接「正解」を見出そうと考えるドウオーキンの「法原理機関説」とは異なる。⁽³²⁾ リーガル・プロセス理論を継受した（はずの）法原理機関説は、本来は、関係当事者をも巻き込んだ「ソクラテスの熟議 (the Socratic Deliberation)」によって、対話的・漸進的に法が形成されていくと考えるからである。⁽³³⁾ もちろん、この場合でも、裁判官は「ソクラテスの産婆」として主導的な役割を果たすことになるが、「上部（裁判官職）から出発して下降する」フィス (Owen M. Fiss) のような「国家的裁判観」ではなく、あくまでも、「下部（個人）から出発して上昇する」というフラー流の「社会的裁判観」を前提としている点に留意しなければならない。⁽³⁴⁾

ともかく、司法プロセスを通じた法の「形成」を予定しているからこそ、当事者の「参加」といった民主的基盤が要求されることになるのである。

(3) 憲法の継続形成——司法の主観性（個別性）と客観性（一般性）の接合

本節では、最後に、法原理機関説と違憲審査権の行使を通じた憲法の継続形成との関連について言及しておきたい。ここでの問題は、先に触れた「自己決定の原則」及び「判決の効力」の問題と深くかかわっている。

近年、佐藤教授は、土井真一教授の業績に触れつつ、司法を通じた「下からの法秩序形成」を期待しているが、⁽³⁵⁾ 法原理機関としての司法が「国民各自の具体的な権利・義務関係のあり方」を「それぞれ自ら決定して行くという自己決定の原則」に導かれた主観的権利形成のトポスとみる限り、⁽³⁷⁾ その閉じられた擬似民主的フォーラムにおける法創造的決定は、当該事件に限って正当化されることになり、客観的な法秩序形成とダイレクトに結び付くことができない

い。換言すれば、当事者の主張立証を通じて形成された「憲法」は、あくまで当該事件限りの（あなたとわたしの）「憲法」ということになり、通時的に形成される「われわれの憲法」には合流できない可能性が生ずるのである（個別性と一般性の断絶）。

この点で、司法権の行使を「独自の正統性をもった一つの法形成過程」として正面から位置付け、司法プロセスを通じた「一般的法準則」の形成を説く土井教授は、「紛争」を「われわれ」が共有する問題の「現実態」として捉え、紛争それ自体の客観性を認める。そのように解すること、⁽³⁸⁾「紛争の解決」に客観的意味が付され、司法で形成された法が「われわれ」の法秩序に首尾よく接合されることになるのである。土井教授にとつて、紛争・事件性は、法秩序形成のトポスを切り替えるための「スイッチ」、すなわち、法治国家原理にもとづく「上からの法秩序形成」から、司法のフォーラムを通じた「下からの法秩序形成」に切り替えるための「仕切り弁」の役割を果たしている。

もつとも、佐藤教授も、司法による法秩序形成を語り、また、違憲判決について「実質的には、一般的効力があるといういい方もできる」と述べているのであるから、司法による法形成に何らかの客観性・一般性を認めていると考えざるを得ない。この点に関する佐藤教授の具体的記述はないが、客観性付与方法として、さしあたり次に挙げる三つのアプローチが考えられる。

第一は、土井説との接合である。上述のように、土井説は、もともと司法権の制度的理念を「一般的法準則の形成」という「客観面」で捉えているために、司法的法形成と（客観的）法秩序形成との接続がスムーズに行われた。これに対し、佐藤説は、通説が前提とする司法の私権保障機能に拘泥しながら、⁽³⁹⁾司法の「主観的側面」をなお重視しているために、司法的法形成とわれわれの法秩序形成がうまく接合しないという難点がみられたのである。そこで、両者のよりよい接合のために、司法の客観的側面を重視する方向へと法原理機関説を寄せて再構成するアプローチがあり

うる。⁽⁴⁰⁾

第二は、フラーの議論との接合である。フラーは、裁判の「プロセス」を重視する一方で、「良き秩序」の形成あるいは共同体の発展を法の「目的」として捉え、司法的法形成がかかる「共有願望によって支配された雰囲気」の中で生ずることを規範的に要請していた。⁽⁴¹⁾ フラーにとって、「共通の目的」が考慮されない「プロセス」は空虚なプロセスに過ぎず、「有意味なもの (meaningful)」とは評価されないものである。つまり、フラーの議論においては、「裁判所が、現在の慣習 (mores) の単なる写し鏡ではなく、共有目的の implications を具体化する企ての積極的参加者」となることによつて、具体的事件における法形成が社会全体と接続し、一般性を帯びることになるのである。⁽⁴²⁾

第三に、ドウオーキン議論に見られるような実体的価値との接合である。つまり、「原理」概念の中に実体的価値を充填することで、司法による個別具体的事件の決定に、ある種の普遍性を持たせようとする試みである。

佐藤教授の法原理機関説は、果たしてどのアプローチを選択していると推測されるのか。この検討は、五〇年代のリーガル・プロセス理論の回顧を終えた後に改めて行うことにしたい。

(三) 小括

以上、佐藤教授の所説を中心に、わが国の法原理機関説について概観してきた。それによれば、わが国の法原理機関説（とりわけ佐藤説）は、裁判の「型式」ないし「プロセス」——いわばリーガル・プロセス的エッセンス——を重視することで、通説が抱えていた諸問題を克服しようと試みてきたものと評価することができる。

ただ、このような「手続」重視の傾向は、七〇年代以降リーガル・プロセス理論が受けた「手続的実証主義

(procedure-based positivism)」との批判を、同じく受ける可能性を意味している。⁴⁴そこで、わが国の法原理機関説は、五〇年代のリーガル・プロセス理論のエッセンスに加えて、七〇年代以降アメリカで有力となった実体的価値論の要素も取り込んでいったように考えられるのである。もちろん、冒頭でも述べたように、問題は、それをどこまで取り込んでいるのか、という点に存する。以下では、これを査定するために、やや遠回りになるが、五〇年代のリーガル・プロセス理論について簡単にみていくことにしたい。

二 リーガル・プロセス理論とは何であったか？

本節では、五〇年代のリーガル・プロセス理論を回顧する。ただし、その記述が、①本稿の問題関心に沿ったきわめて限定的なものとならざるを得ないこと、②後の検討との関係で、「ニューデール」との関連性にとくに注意を払っていること——後述のように、わが国の法原理機関説は、五〇年代のリーガル・プロセス理論を媒介として、アメリカの「ニューデール」を一部において受容している可能性がある——を予め明らかにしておく。

(一) 確立までの背景

1 形式主義に対する批判

五〇年代のリーガル・プロセス理論が、まず批判の対象とし、克服しようとしたのは、リアリズム法学と同様、

Lochner v. New York 事件判決⁽⁴⁵⁾に代表される「オールド・コート (the old Lochner court)」のコモン・ロー的形式主義 (Common Law Formalism)⁽⁴⁶⁾であった。

周知のように、ルーズベルト (Franklin D. Roosevelt) 大統領によって「コートパッキング・プラン」(一九三七年) を突きつけられる以前の連邦最高裁判所は、経済的自由 (とくに契約の自由) について形式主義的な憲法解釈を加え、大恐慌を脱するべく大統領によって推進されたニューディール政策を、デュー・プロセス条項にもとづき次々と違憲とした。法の自立性を重視したために、社会的必要性や国民的コンセンサスとは大きく乖離した解釈を行っていたと批判されたのである。

そこで、リーガル・プロセス理論の礎を築いたハート (Henry M. Hart, Jr.) は、一九四〇年代後半に、リアリズム法学の影響も受けつつ、法は「社会において有効なもの (valid) として受容された目標を促進するための、…社会的秩序づけプロセスの集合」であると述べている⁽⁴⁸⁾。また、ハートは、費用便益の観点から、社会的秩序づけの目標は、「固定されたパイを分配することにあるのではなくて、すべてのスライスが大きくなるように、より大きなパイをつくることである」と述べている⁽⁴⁹⁾。エスクリッジ・フリッキー (William N. Eskridge, Jr. & Phillip P. Frickey) によれば、「当時のハートは、「目標とは何か? それは社会的に受容可能か?」を、法の中心的要素として捉えていたと指摘される⁽⁵⁰⁾。もっとも、五〇年代に入ると、ハートは、法の役割を、原子論的個人 (atomistic human being) をお互いのいがみ合いから保護するといった点に求める伝統的な社会契約説を否定し、「社会においておおよそ重要な事実とは、メンバー間の相互依存」であり、法の役割とは、「社会メンバー間の協働に必要な条件を創設し、維持する」点にあると述べるに至る。さらに、法は社会問題への対応として、「動態的なものであって、静態的なものではない」とし、「何かをなすこと」、すなわち「目的をもった営為」であると述べるのである⁽⁵¹⁾。

このように、五〇年代のリーガル・プロセス理論は、リアリズム法学と同様、かつての形式主義的な法理論を否定し、社会の変化に対応し、社会的必要性を満たしうる動態的な法観念を有していたと考えられる。もちろん、後述するように、それは世相や政策の単純な反映を意味するものではなかった。フラーが懸念したように、それではリアリズム法学と何ら変わらなくなり、結局は法実証主義へ傾斜することになるからである。⁵²そこで、リーガル・プロセス理論が重視したのは、法の目的、そして「手続」と「プロセス」による“reality”の規制だったのである。

2 司法優越主義への批判

さらに、リーガル・プロセス理論がニューデールから学んだこととして注目されるのは、制度的能力と制度間関係の重要性である。

先述のように、ニューデール政策の実現を阻んでいたのは形式主義を貫こうとする連邦最高裁であったために、かかる政策の実現には、まず、司法府の機関的な「優越性 (supremacy)」を否定することが要求された。すなわち、各制度——とりわけ裁判所——の能力と限界を強調することが要求されたのである。例えば、最高裁内部における「偉大な反対者 (Great Dissenter)」であったホームズ判事 (Oliver Wendell Holmes, Jr.) とブランドイス判事 (Louis D. Brandeis) は、法を政策的に捉えたいうえで、社会政策の選択を行うのに最も相応しい制度が裁判所ではなく議會であることを主張していた⁵³、またフランクファーター判事 (Felix Frankfurter) も、「公共の利益の実現を追求する政府において、各機関は特別の能力と専門性を有する」ことを主張していた。フランクファーターの議論にあつては、「良い政府の鍵概念は、ただ最善の政策を見出すという点に存するのではなく、どの機関が当該決定をなすべきか、どの

ようにすれば各制度が最も生産的に協働することができるのかを見分けるといふ点にも存する」と理解されたのである。⁽⁵⁴⁾ また、ニューディールにおける規制国家化を実現するために生み出された多くの行政機関を正当化するという観点からも、制度的能力や制度間関係の重要性が強調された。⁽⁵⁵⁾

後述するように、ハートは、このようなことを、後に「制度的解決システムとしての法 (Law as system of institutional settlement)」あるいは「制度的解決プロセスとしての法」として体系化することになる。ハートが、「(1) 手⁵⁶に負えない問題を処理するため、最初に法に訴えることは、最終的な解答 (final answers)を求めることではなく、受容可能な解答 (acceptable answers)を得るための受容可能な手続を求めることである」(傍点は引用者)と主張していたことは、七〇年代以降のドウオーキン等の議論(例えば正解テーゼ)との関係において興味深い。

3 実体的価値への懐疑

これまで概観してきたように、五〇年代のリーガル・プロセス理論成立の背景には、アメリカのニューディールがあり、またリアリズム法学がある。リーガル・プロセス理論がそれらの影響を強く受けていたことは言うまでもないが、他方において、同理論は、ナチスドイツの台頭を背景として、リアリズム法学が有する法実証主義的な性格とも対峙しなければならなかった。エスクリッジ・ペラー (William N. Eskridge, Jr. & Gary Peller) の言葉を借りれば、「三〇年代に、コモン・ロー的形式主義に対するリアリストらによる拒絶に同意を示した法学者の多くは、「今度は」リアリストらによる法と道徳(存在と当為)との切断に強く反対することになった」のである。⁽⁵⁷⁾

しかし、リーガル・プロセス理論は、「道徳」の中に実体的理念を深く読み込むことに対しても、また懐疑的であ

った。エスクリッジ・ペラーの指摘によれば、リーガル・プロセス理論は、パーセル (Edward A. Purcell) の「相対的民主主義理論 (relativist theory of democracy)」など、四〇年代に支配的であった政治哲学の影響を強く受けているとされるからである。四〇年代の政治哲学とは、「(当時の) 道徳哲学が、理論的解決よりも実践的解決を好む、知識及び道徳に関する相対的な理解 (機能主義、相対主義) を支持し、明らかに正しい解答 (right answers) を有する排他的な演繹的システム (形式主義、自然法主義) を拒絶していた」と同様、「価値の多様性及び多元主義 (民主主義) を支持し、全体主義的な絶対的価値 (ファシズム、共産主義) を拒絶」するものであった。⁽⁸⁹⁾

リーガル・プロセス理論は、このように実体的価値を懐疑的に捉える政治哲学の影響を受け、「コモン・ロー的形式主義ないし自然法主義が試みたものよりも論争的ではない方法で、法と道徳の再結合」を行おうと試みる。その結果、「法の道徳性は、実体的原理に関する根本的同意のうゑに存するのではなく、政府の開かれた構造及び手続、換言すれば、不一致の存在にもかかわらず、われわれがわれわれ自身を統治することのできるプロセスのうゑに存する」という思考形態が生まれたのである。⁽⁹⁰⁾

もちろん、このような見解が、法と道徳の再接合に実質的に成功しているかは微妙であり、この点が、後のリーガル・プロセス理論に対する批判へと繋がっていくことになる。ただ、ここでは、「手続主義 (Proceduralism)」と親和的な四〇年代の知的文化が、リーガル・プロセス理論に一定のコンテキストを提供することになったという点を確認しておくのが、後にわが国の法原理機関説を検討するうえで肝要であろう。

(二) リーガル・プロセス理論の概要

以下では、これまで述べてきたような背景を有するリーガル・プロセス理論が、実際にどのような主張を行っているのかを確認してみたい。ただし、ここでも、その記述は限定的なものとなる。

1 法の目的性とその実現

既に触れたように、ニューディールにおける行政国家化を正当化するという使命を担ったリーガル・プロセス理論は、「国家」を、「共同体のメンバーが共通して有する最も重要で基本的な利益を保護し、促進するために」創設された、「最も重要で一般的な目的集団 (over-riding, general purpose group)」として位置付け⁽⁶⁵⁾、いわゆる積極的な国家観を支持した⁽⁶⁶⁾。そして、このような国家観を前提に、法の目的性を説いたのである。すなわち、「コモン・ロー的形式主義が有する法に関する矮小な見解も、リアリズム法学が有するシニカルな実証主義も両方拒否して、社会の集合的目標と内的に連関したものとして、法を捉えたのである⁽⁶⁷⁾」。ハート＝サックスが、法を「何かをなすこと」、「目的の営為」と表現していたことについては、既に述べたとおりである⁽⁶⁸⁾。

また、ハート＝サックスは、このこととの関連で、現代公法における法制定の役割を、「目的をもった行為 (purposive act [s])」として捉える。すなわち、法は単に「市民に対する指示」を意味するのではなく、「法的スキームを実現する (implementing) ことに責任を有する政府役人に対する指示」をも含むと理解されたのである⁽⁶⁹⁾。そして、法規範の抽象性は、「政府役人が、その曖昧な文言を、みずからの政治的価値を反映するように解釈」してよいということの意味するのではなく、裁判所や行政機関は、「理由付けられた練り上げ (reasoned elaboration)」のプロセスを通じて、かかる規範を実現する責務を有するということを意味すると理解されたのである⁽⁷⁰⁾。

ハートゥーサククスは、いま述べた法目的の実現プロセスにおいて、後に「インテグリティ (integrity)」として語られる諸要素、すなわち、①意思決定者は、法の目的及びそれが具体化する「原理又は政策」を同定し、かかる原理又は政策と最も調和する結果に向かって推論すること、②法の基礎となる政策が曖昧であれば、「より根本的な法原理及び政策と調和 (harmonize) する方法で、それを解釈すること」を要求している。⁽⁶⁸⁾ ここにおいて、「社会の集合的目標」の「実現」に、ある意味で原理的な規制がかかることになるのである (もつとも、これまでの記述から明らかのように、右の「原理」は、必ずしも先行的・超越的な実体的理念に深くコミットしたものではない⁽⁶⁹⁾)。

2 相互に連結した制度システムとしての法

(一) 制度間の協働

もちろん、最近ドルフ (Michael C. Dorf) が指摘しているように、リーガル・プロセス理論は実体的価値とまったく無関係というわけではない。少なくとも法の目的を通して、実体的価値と微妙に触れ合っているのである。⁽⁷⁰⁾ しかし、言うまでもなく、リーガル・プロセス理論の焦点は、かかる目的を実現するための制度及び手続に当てられる。では、そこで描出された制度及び手続とはいかなるものであったのか。

まず、ハートゥーサククスが重視したのは、意思決定の高度な「分散 (dispersion)」であった。その背景に、ニューデールの実現を阻んだ司法府の優越的態度に対する批判的視座があったことは言うまでもないが、動態的かつ複雑化した社会には、そもそも集権的な意思決定プロセスは馴染まず、分権化された意思決定プロセスが重要であると考えたのである。そこで彼らは、「私的な秩序づけ (private ordering)」を、「社会的調整の一次的プロセス」としてま

ずは位置付け、この私的秩序づけがうまく機能しない場合に限って、私的活動と公的活動の相互交流を求めたのである。⁽²¹⁾ 無論、この公的活動も分権的なものとされ、問題を扱う各制度の相対的な能力に応じて、制度間の相互交流が予定された。このように、五〇年代のリーガル・プロセス理論においては、「権力分立」ないし「抑制と均衡」は、法の目的を実現するための制度間の「協働」として言い換えられた。⁽²²⁾

(2) 制度の裁量——ルール／基準

ところで、ハート・サックスは、いま述べたような制度的な問題解決は、条文上「基準 (standard)」⁽²³⁾ といふかたちをとることで要求されるとしている。

彼らによれば、立法者は、社会問題を解決するために十分な情報（法目的の実現方法に関する十分な情報）を有しているという事に深い自信を有している場合、「具体的ルール (specific rules)」による規定を選択するものとなる。他方、立法者が問題への対処法に確信をもてない場合、「基準」による規定を選択し、「rulemaking」の責任を、裁判所、行政機関、私的機関へと委任する⁽²⁴⁾ものとなる。つまり、「基準」という規定形式は、各機関に対し、「実現に関する裁量 (implementational discretion)」を与えるものとして位置付けられていたのである（もつとも、その裁量は「原理」によって規制される）。後の議論との関係で留意すべきは、リーガル・プロセス理論は、——ドゥオーキンの正解テーゼとは異なり——各制度が法目的の実現について一定の裁量を有することを許容しているという点である。

3 プロセスの中心性 (The Centrality of Process)

リーガル・プロセス理論は、各制度が法の実体的な目的について異なるパースペクティヴを有していることを前提とし、またそれを美德としていた。したがって、「決定の内実が、ルール及び基準という形式で、前もって計画される」ことはほとんど不可能であるとされた。しかし、他方で、「決定の手續」については前もって計画されうると考えられていたのである。¹⁶⁾

エスクリッジ・フリッキーによれば、五〇年代のリーガル・プロセス理論は、相対的民主主義理論の影響を受けつつ、つぎに挙げる三つの観点から「手續」の重要性を帰結したとされる。第一に、手續と「賢明な決定 (wise decisions)」との関連である。実際、ハート・サックスは、「行使さるべき権限の類型に実質的に適合した」手續は、「見識が広く、賢明な決定を導出するものである」と述べている。¹⁶⁾ 周知のとおり、ハート・サックスの議論においては、「健全な立法の最善の判断基準は、それが健全な制定手續の産物であるか否かをテストすること」にあった。

第二に、手續と制度的協働との関連である。すなわち、手續は「相互に連結する制度システムを、円滑に、協働的に機能させる手段」であると考えられたのである。ハート・サックスにとつて、プロセスは、「裁量をコントロールするメカニズム」あるいは「自己修正のためのメカニズム」としても理解されることになる。¹⁷⁾

そして第三に、手續と法的正統性との関連である。ハート・サックスは、「法の中心的理念」として、いわゆる「制度的解決の原理 (principle of institutional settlement)」を挙げ、度重なる改訂の末に、以下のように述べるに至る。当該決定を行うために「正当に確立された手續の結果として、正当に到達された決定は、それら「手續」が変化されない限り、また、それらが変化されるまで、社会全体を拘束するものとして受容されるべきである」。¹⁸⁾

このように、五〇年代のリーガル・プロセス理論は、法の規範的性格を、主としてその実体面ではなく、手續面に求めたのであった。リアリズム法学による法の記述性の強調を経験してきた当時の法学界にしてみれば、手續的に

はあれ、規範的な法理論を構築できたことは、きわめて重要な意味をもったように思われる⁽⁸⁾。ただ、現代的な視点から見れば、法の正統性概念として若干の物足りなさ、あるいは危うさを感じるかもしれない。実際、このような「プロセスの中心性」が、「手続的実証主義」との批判を招き、五〇年代以降に勃発する人種問題あるいは実質的公正にかかわる議論にうまく対応できない要因——あるいは、ウォーレン・コートの司法積極主義を直裁に正当化できない要因——となっていたのである。七〇年代以降、実体的理念によるリーガル・プロセス理論の補完・修正が起ころのは、このようなコンテキストにおいて理解される。

次節でみるように、わが国の法原理機関説も、このような七〇年代の動向を受けて、「プロセス」と「実体」との微妙な交錯を内包していくことになる。しかし、この交錯は、リーガル・プロセス理論からの完全な断絶を意味するものではない。次節での焦点は、むしろ、わが国の法原理機関説が、これまで検討してきた五〇年代の議論の特質——換言すればニューデールの残影——をどれだけ残存させているか、という点に当てられるのである。その主たる関心は、長谷部教授が指摘する意味での「プロセスから原理へ」という現象が、わが国においてどの程度起きたのか、という点に向けられることになる。

三 わが国の法原理機関説とリーガル・プロセス理論

(一) 荻部説とリーガル・プロセス理論

1 長谷部恭男教授の指摘——プロセスから原理？

(1) 民主主義プロセス論

一九六一年秋に、当時リーガル・プロセス理論の聖地⁽⁸¹⁾であったハーバード大学ロースクールへの留学を終えて帰国した芦部教授が、わが国の憲法学に持ち込み、定着させようと試みたものは、「憲法訴訟特有の技術論ないし手続論」であり、また「二重の基準」であった。市川正人教授は、とくに後者の点について、つぎのように指摘している。「芦部教授は、主として、精神的自由が正当に制限されれば民主主義のプロセスが適切に機能しなくなるので、裁判所が積極的に介入するのだという『民主主義プロセス』論に依拠して——さらに、従たる論拠として裁判所の能力論（政策問題に対して裁判所の審査能力に限界があること）を挙げ——二重の基準論を提唱し、わが国における二重の定着論定着に大きく寄与した⁽⁸²⁾」。この市川教授の指摘は、芦部教授が「従来は、二重の基準の論拠として、この民主政の過程の維持という観点を強調してきた」とする一九八七年の長谷部教授の指摘とほぼ符号する⁽⁸³⁾。つまり、両教授とも、帰国当時の芦部教授が、「実体」ではなく「プロセス」にコミットした司法審査理論を構築してきたことを描出しているのである。

(2) 「原理」へ?

しかしながら、長谷部教授が積極的に明らかにしようとしたのは、芦部理論の「構造転換」(と長谷部教授が考えるもの)である。すなわち、長谷部教授は、①「とりわけ、七〇年代以降」の芦部教授が、民主政過程の維持に直接関係しない福祉受給権や、結婚・出産・子供の養育といった個人の自律が問題となるような場合でも、(比較的)厳格な審査を導出しようと試みてきたこと、また、②いわゆる価値相対主義を否定し、単純多数決民主主義とは区別される「立憲民主主義」を主張してきたことなどに鑑みて、芦部教授が、それまでの「民主主義プロセス」論を離れ、

何らかの「価値」を読み込んだ「厚い」原理論へとその立場を変更してきたと指摘するのである（それは、ウエクスラー流の「薄い」原理論とは異なるという⁽⁸⁵⁾）。

また、長谷部教授は、後期の芦部教授が、「裁判所は…、たとえハード・ケースに直面しても、政策を裁量的に設定することによってではなく、あくまで既存の原理にもとづいて事案を解決すべき」であり、「一見、原理が存在しない場合でも、裁判官は、法秩序全体を包括的にもっともよりよく正当化し説明しうるような原理の体系を構築することにより、いかなるハード・ケースについても、正しい原理とその帰結を見出すことができる」とするドウオーキンの原理観に「基本的に同意している」可能性について示唆している⁽⁸⁶⁾。さらに教授は、「平等な配慮と尊重への権利を最も根本的な権利」とするドウオーキンの権利論が、「個人の尊厳を究極的な価値とする芦部憲法学の体系と矛盾なく融和しうるかに見える」と指摘するのである⁽⁸⁷⁾。

確かに、長谷部教授が参照する芦部教授の一九七七年論文において、芦部教授はつぎのような言葉を残している。「私〔芦部教授〕が先に述べた趣旨もドウオーキンのいう『原理』に基づく法解釈のモデルとほぼ一致する、いってよいであろう」（傍点は引用者）と⁽⁸⁸⁾。しかし、ここでいう「先に述べた趣旨」とは何であろうか。それは、「私〔芦部教授〕がかつて、憲法解釈の社会学的方法を原則として採りながら、司法は受動的な機能であり、みずから政策形成に必要な十分の事実・知識を獲得する手段をもたないなどの限界があることを指摘し、『とくに成文憲法の下においては、憲法の規範性なり、人権保障を中核とする憲法の価値体系から導き出される一定の解釈基準〕なりによって、裁判官の『選択』は強く限定される」と述べた⁽⁸⁹⁾」部分を意味している。

(3) 若干の問題提起

右の一文においては、確かに「人権保障を中核とする憲法の価値体系」が重視されている。しかし、留意すべきは、

芦部教授が、同論文において、一九六五年に公表したみずからの業績を改めて引用しつつ、①憲法解釈につき、「原則」として「社会学的方法」を採ること、そして、②「強く限定される」としながらも、裁判官の「選択」可能性が許容されることを明らかにしていることである。また、③そもそも、右の一文は、「憲法訴訟における裁判所の法政策機能」と題する論文のなかの、「国民の納得する裁判」と司法的政策形成の問題点」と名づけられた節の中で語られていることにも注意が必要である。

同節は、ドゥオーキン理論ではなく、主として、司法が人々のニーズを充足し、「国民の合意 (popular assent)」を獲得する必要性を説いたコックス (Archibald Cox) の引用を中心に構成されているのである (コックスが、「社会からの承認と支持を獲得する力」を司法判決の正統性の源泉として捉えたことは周知のとおりである。言うまでもなく、それはドゥオーキン理論とは異なる⁽⁹¹⁾)。さらに、同論文のなかで、芦部教授は、一定の留保を付すものの、「裁判官も政策形成者であることを端的に認め、司法的政策形成を政治過程の一環として位置づけつつその特質を明らかにする…機能的分析方法が用いられなければならない」と論じている⁽⁹²⁾。

これらの諸点を踏まえれば、芦部説に含まれる「ニューディール」あるいはリーガル・プロセス理論の残影を再検討しておく意義は少なくないように思われる。以下では、まず芦部教授の一九六五年論文を素材にしつつ、いま述べた①及び②の点を中心に検討を加える。

2 社会学的妥当性と法の目的——「論理」からの離脱？

(1) 社会事実の重要性

芦部教授は、一九六五年の論文「司法審査制の理念と機能」において、「司法審査と『生きた憲法』の観念」と題する興味深い一節をつくり、さらに二つの項を設けている。一つは、「事実分析の重要性」であり、もう一つは、「選択の主権的特権」である。前者において芦部教授は、リアリズム法学の祖であるホームズ判事の言葉を引用しながら、「憲法が時代と社会の変転に応じて変化する」「生きた憲法 (living constitution)」であることを「認めなければならぬ」としつつ、そのためには、裁判官が憲法判断を下す際に、「相争う両当事者の主張に含まれた種々の社会的利益と無関係に、形式論理で分析を行うことは許されない」と述べている。すなわち、「事件に関連する社会事実」に十分な検討を加え、これに第一次の重要性を置いて良識的に解釈する『社会学的方法が当然に重視されねばならない』というのである。⁹³そして教授は、憲法が「生きた文書」であることを前提とする限り、「裁判官に『抽象からの演繹よりも事実」に熱中することが要求される』のは論をまたない」と主張している。⁹⁴ここでは、コモン・ロー的形式主義を打倒し、法の社会的関連性、あるいは動態性を説いたリアリズム法学の影響が色濃く見られる。

(2) 裁判官の選択と裁量

さらに教授は、「選択の主権的特権」と題するつぎの項において、「裁判官が二つ、もしくはそれ以上の主張の間で選択を行わねばならない」ことを正面から認め、憲法事件の解決には『論理という単純な道具では十分ではなく』、裁判官が当該事件の事実・社会関係の分析にもとづいて、どの原則が判決を下すのに適切であるか『選択の主権的特権 (sovereign prerogative of choice) を行使することが要求される』と述べている。⁹⁵

この主張は、ハート (H.L.A. Hart) 流の実証主義との対抗関係のなかで、いわゆる司法裁量、換言すれば裁判官の選択性を否定しようとして試みた（あるいは否定せざるをえなかった）ドウオーキンの議論とは大きく異なるものである。言うまでもなく、ドウオーキンの正解テーゼにおいては、「法を全体として最善の光に晒すこと」で、「確定的な

『正しい答え』⁹⁷がもたらされるといふ考えを意味している。ドルフは、こうした考えは、裁判官の裁量を最小化しようとする試み（ハート）とは異なり、その裁量を完全に否定しようとする試みとして位置付けられるべきであると指摘している。⁹⁸仮にそのように考えるのであれば、裁判官の選択性をさしあたり肯定する芦部教授のアプローチは、その出発点において、ドウオーキンの議論とは袂を分けているように思われる。

(3) 裁量の限界としての社会的妥当性

もちろん、芦部教授が、裁判官による「選択の主権的特権」の行使を無制限に認めているわけではない。選択の余地を認めながらも、当然、「一定の限界が存すること」を説くのである。しかし教授は、その制約を、論理的な首尾一貫性に求めているわけではない。

確かに、ここにおいて、後の一九七七年論文にも引用される「人権保障を中核とする憲法の価値体系」による「限定」という考えが出てくるのであるが、一九六五年論文において重視されるのは、むしろ、社会学的妥当性による「選択」の「限定」である。

この点について芦部教授は、パウンド (Roscoe Pound) を引用しつつ、つぎのように述べている。「法は『目的のための手段であり、その達成する結果によって判断されるべきで、…その論理過程が見事であるとか、法のルールが法の基礎をなす教義から厳格に発しているとか、いうことで判断されるべきではない』のだから、憲法事件で裁判官が自己の下す判決によって将来促進される「結果」を顧慮し、ある程度 result-oriented な解釈を行うことは不可避であり、しかもその場合多くの原則または価値の中から裁判官が行なう選択は、たとえ既存の原則では説明し正当化できないものであっても、社会的な妥当性をもつことによって正当化される場合があると考えるべきである」⁹⁹。教授は、続けて、「そうした判決は、既存の原則なりルールからみれば not principled であり、not reasoned であっても、社会的

には決してそうではなく、いわば社会の生ける法（E・エアリヒ）に合致するかぎり、やはり『原則化され』かつ『筋道の通った』憲法裁判の方法と考えていいのではないかと私は思う」と述べられている。⁽¹⁰⁾

(4) リーガル・プロセス理論との結びつき

さらに芦部教授は、つぎの言葉で同項を結んでいる。「もともと『論理的に筋道の通った』判決とは、理論上の諸概念が首尾一貫しているだけでは、決して十分だとはいえない。憲法判決の筋道が通っているか否かは、むしろ、憲法によって達成さるべき目的と、この目的を果たすために取りうる手段とを検討する手続、およびこれらの手段の中から選択された手段がもたらす結果を評価する方法について、問題とさるべきであろう。すなわち Reason をそれ自体目的であるかのように考えるべきではなく、それを裁判官の価値選択のもたらす結果と関連させて考えることが要求されるのである」⁽¹¹⁾。

ここで明らかなように、芦部教授は、憲法判決において、ドウオーキンが求めているような首尾一貫性あるいはインテグリティ（純一性）を必ずしも強く要求していない。判決の「論理性」は、社会学的妥当性によって事後的に獲得されるとさえ述べているのである。換言すれば、この時点で芦部教授が考える「原理」には、同時代的に切り取られた「社会」が編入され、また、国民の「声」（必要性）が投影されているのである。

このような考えは、引用される論者の名前を概観してみても、リーガル・プロセス理論というより、それ以前のリアリズム法学——あるいは「ニューディール」——の影響を強く受けているように思われる。しかし、このことは逆説的に、リーガル・プロセス理論との接点を意味している。実際、右に引いた言葉をみると、①憲法が「目的」を有するものとして語られ（別の箇所、それが「われわれの社会の質の永続的な貢献」であることが示唆されている）、②一定の手段によってその目的が達成されることが予定され、また、③目的と手段との関連性を検討する「手続」が

重視されているのである。後に詳述するが、芦部説においては、先述したフラーの目的解釈と同様、憲法事件において、裁判官が法の社会的目的を顧慮し、また「原理」の中に社会的妥当性（国民の合意）が読み込まれるからこそ、その判決に一般性・客観性が付与されることになるのである（だからこそ、個別的な憲法事件で形成された「憲法」が、「われわれのもの」へと比較的スムーズに接続する）。

もちろん、長谷部教授が指摘するように、一九六五年論文ではそれほど強調されなかった「価値」による選択の「限定」が、一九七七年に至って、より重要な意味をもつようになったことは否定できない。しかし、一九七七年の芦部教授が、なお、憲法解釈につき、「原則」として「社会学的方法」を採ることを明示していることは忘れるべきではないであろう。

3 立法と司法との相関的な関係

さらに、芦部説とリーガル・プロセス理論とのかかわりを検討するうえで重要なのは、憲法の目的を実現する上で制度間の協働をいかに捉えているかという視点である。芦部教授は、「日本の立法を考えるにあたって」と題する一九八四年の論文において、アメリカのニューデールに示唆された先述の一九六五年の業績に触れつつ、「立法ないし法律の機能をとくに裁判による法形成 (law-making) と関連させて考えることが必要なのではないか」とし、制度間の協働の問題に触れている。⁽⁸⁾

その中で、芦部教授がまず指摘するのは、立法と裁判の機能的同質性である。教授は、「立法過程と司法過程とは性質上異なるところがきわめて多い」としながらも、立法と裁判が、「機能的には、アメリカで従来から言われてい

るように、法の形成という『同じ道を歩んでいる』のが事実であること、これは否定できない」と述べている。そのうえで、「制定法と裁判の役割をもう少し相関的、な関係で捉えることも必要であるように思われる」としているのである。すなわち、「立法は立法、裁判は裁判というのではなく、法律の意味が裁判によって補完されることはもちろん、場合によっては本来の意味が大きく変更されることもあること、しかし反対に、新しく法律を制定すること（立法）によって判例の変更を行うことが認められること、というような法形成における相互の関係が、より密接な形で考えられてもよい」と述べているのである。注目されるのは、司法積極主義を一方で認めながらも、その判決の趣旨が立法（府）によって再び覆される可能性を肯定している点である。

このことは、コモン・ロー的形式主義を貫いた司法の機関的優越性を否定し、憲法の目的を実現するうえで国家機関の同質性と、その協働ないし相互の連結を主張したリーガル・プロセス理論の見解とかなり近いものがある。例えば、近年、リーガル・プロセス理論の「復興」を指摘しているエスクリッジ・フリッキーも、立法府と裁判所が、異なる制度的パスpekテイヴをもちながら、共に憲法を実現するという目的をもった「実現機関（implementing institution）」として一定の同質性を有することを主張している。芦部教授の上記見解については、註釈が付されており、断定はできないが、同論文の冒頭で、みずからの見解が、「第二次大戦後の民主的な憲法の下で、社会国家の要請を充たすためには、『立法』の概念も機能も戦前のそれから大きく変貌せざるを得なかった、という実際の憲法状況と対応している」と述べていることから、戦後アメリカ憲法学の代表的見解であるリーガル・プロセス理論の影響を受けていた可能性を否定できないように思われる。

ところで、先に挙げた芦部教授の見解は、憲法の客観的性格から、憲法の具体化過程について論ずる栗城壽夫教授の論文で、後に引用されている。栗城教授は、ドイツのツィンマー（G. Zimmer）と芦部教授の上記見解を同時に、

引用しつつ、つぎのように述べている。「立法も司法も憲法具体化過程の一環であり、国民の基本的コンセンサス（＝憲法の基体）に基づく国民の具体的コンセンサスの現実的・制度的表現であるという点では、同質のものである。立法が徹頭徹尾政治的なものであり、司法が憲法そのものの端的な化体であり、この意味において両者が異質のものである、というように考えるのは正しくない。同質のものとして、両者の間には、よりよき憲法の具体化を目標として、協働関係が成立し、連繫プレイが可能である」と。⁽⁹⁾この点、芦部説が、アメリカの「ニューデール」（積極国家化）、そしてリーガル・プロセス理論の受容を通じて、ドイツ的な憲法の客観法的理解と接しているように思われ、興味深い、本稿ではこれ以上立ち入らない。⁽¹⁰⁾

以下では、佐藤説とリーガル・プロセス理論との距離を再検討し、最後に、紙面の許す限り、芦部説と佐藤説の比較を行うこととしたい。なお、芦部説が、佐藤説と同様、リーガル・プロセス理論の影響を受けつつ、裁判の「型式」・「プロセス」を重視している点については、既に佐藤教授の指摘もあるため、ここでは触れなかった。⁽¹¹⁾

(二) 佐藤説とリーガル・プロセス理論

1 佐藤説とリーガル・プロセス理論との親和性——ドウオーキン理論との距離

裁判に固有の「型式」から司法権を再構成しようとする佐藤教授の法原理機関説が、五〇年代のリーガル・プロセス理論の影響を受けていることについては、既に第二節でみた。このことは、『現代国家と司法権』（一九八八年）において、「筆者〔佐藤教授〕が裁判所の『法原理部門』性を語る時、もとよりアメリカにおけるいわゆるプロセ

ス法学を視野に入れてのことである」と述べ、「自由の法秩序」（一九九八年）においては、「法の支配」という織物においてその重要な特質を示すもの、それはリーガル・プロセス的理念型の「系」であり、「法の支配」の理念に最も深くコミットする西洋の法体系の品質証明ともいわれるコモン・ローは、リーガル・プロセスの理念型抜きには成り立ちえない」と述べられていることから明らかである。⁽¹⁵⁾

また、佐藤教授は、七〇年代以降に登場するドウオーキン理論に対して、一定の警戒心を有していることを明らかにしている。例えば佐藤教授は、「ドウオーキンの裁定理論としての『権利テーゼ』に強くひかれる」としつつも、つぎの理由から、「憲法理論としてそのままでは受け入れ難い」、また「賛同し難い」と述べている。第一に、ドウオーキンの権利論は、『憲法及び法律』の枠の存在そのものをつき破って、人権を不断に根源的な政治道徳哲学の空間に漂わせる契機をもっているかにみえる」とされるからである。⁽¹⁶⁾ また第二に、ドウオーキン理論は、一方で「個人は、司法判決に先立って存在し特定の場合に実現される権利をもっており、司法積極主義を究極的に正当化するのも個人によるかかる権利の所持である、という趣旨のことにように理解される」が、他方で、『権利』の相対性・可変性が発かれ、道徳的諸考慮に依拠していることが示唆され」ており、結局のところ「司法積極主義の基礎が理解しにくい」とされるからである。⁽¹⁷⁾ さらに佐藤教授は、みずからの法原理機関説が、当事者の「参加」を重視し、裁判官の役割が「ソクラテスの産婆」に限定されるのに対し（したがって、帰納的な「下からの」法形成が可能となる）、ドウオーキンの考えでは、「裁判官は、憲法典を超越し、『行為のための良き理由』について決定する哲人のごとき存在となるのではないか」との疑問を提示している。⁽¹⁸⁾

このようなドウオーキン批判は、みずからの議論の源流が、「実体」について「哲学」する七〇年代のアメリカではなく、あくまで「プロセス」を重視する五〇年代のアメリカに存することを強調する趣旨であるかのようにみえ

る。しかしながら、佐藤説と五〇年代のリーガル・プロセス理論の間には、以下の三点で、見過ごし難いギャップが存在しているように思われる。

2 佐藤説とリーガル・プロセス理論との距離

(1) 「正解テーゼ」へのコミット

第一に、ドウオーキンの「正解テーゼ」への基本的賛同が挙げられる。佐藤教授は、日本国憲法第七六条三項の裁判官の「良心」につき、「裁判官の客観的良心」と解するのが妥当としたうえで、「法規定を参酌するだけでは唯一の結論が明示されないようないわゆるハード・ケースにおいても」、「裁判官は自己の良心に従って裁量的に決定してよいということではなく、裁判官はあくまで法規定を含む全法体系の客観的原理を探求し、そこから帰結されるところに従って裁判すべきものである」とし、「裁判官の法解釈は裁判官の主體的立場を離れてはありえないが、そのことは裁判官が唯一の正しい解釈を指さなくてよいということを意味しない」(傍点は引用者)と述べている⁽¹⁸⁾。

正解の客観的存在を認めるドウオーキンの所説とは若干ニュアンスが異なるが、長谷部教授は、この言葉をもって、佐藤説が「正解テーゼ」を基本的に踏襲するものと指摘している⁽¹⁹⁾。両者がまったく同一のものであるかについては疑いの余地があるが、確かに、佐藤教授がドウオーキンの所説を参照していることは間違いないであろう。そうであるとするれば、五〇年代のリーガル・プロセス理論とは若干の齟齬が生ずることになる。先述のように、リーガル・プロセス理論の「制度的解決の原理」においては、各制度は、法の目的を実現するうえで「裁量」を有していることが前提とされ、かかる裁量が、各制度的パースペクティブによって制限されることが予定されているに過ぎない。し

たがって、そこで得られる解答は、当該制度が、その制度的観点から練り上げた解答に過ぎず、たとえ「受容可能な解答」であつても、唯一の「終局的な解答 (final answers)」たりえないのである。仮に裁判所のみが「唯一の正しい解釈」を志向することになれば、司法的決定の「優越性」が帰結され、リーガル・プロセス理論が重視したはずの制度間の協働（芦部説がいうところの立法と司法との相関的な関係）は保たれなくなる可能性がある。

リーガル・プロセス理論が、「明らかに正しい解答を有する排他的な演繹的システム」を否定する四〇年代の道徳哲学の影響を受けていたことは、既に述べたとおりである。

(2) 〴〵厚い〴〵原理観

第二に、佐藤説が、「(法) 原理」について比較的「厚い〴〵定義を行っていることが挙げられる。この点は、五〇年代のリーガル・プロセス理論が、司法的決定が裁判プロセスにおいて「理由付けられている」ことの重要性を指摘しながらも、一方で「原理」の内実について厚く定義しなかったのとは対照的である。例えば、佐藤教授が裁判の「型式」について依拠したフレーズも、『原理』の源泉 (the source of the “principle”) に言及しながら、その実体についてはほとんど定義していない^(註)。また、「一般的原理の中立的適用」を説いたウエクスラー（彼はハートとの共著論文もあり、リーガル・プロセス理論の中心的存在であった）も、同様である^(註)。この点については、既に、「ウエクスラーの提言は、(憲法的な) 実体的諸価値そのものではなく、それらの諸価値を追求する判決の過程の『適正さ』を論ずることによって、『民主制における司法審査の正当化』の問題に対応しようとしたもの」であったとする、野坂泰司教授の的確な指摘があるところである^(註)。

これに対して、佐藤教授は、ウエクスラーの「薄い〴〵原理観を否定したうえで、「筆者（佐藤教授）がここで『法原理』というとき、実定法的諸ルールを中心に、そうした諸ルールの基礎ないし背景にあつて権利の存否を確定するのに仕

える諸規準・諸法理を含めて、それらを総称している」とし、「裁判所が行うべきは、そのような『法原理』による権利の確定を通じての紛争の解決であつて、社会全体の利益にとつて何が重要かといった政策的決断では決してない」と述べるのである。⁽¹³⁾

先述のように、五〇年代のリーガル・プロセス理論においては、「原理」の内実が曖昧なままにされ、主として「適正な手続」との関連でそれが理解されていたために、「原理」と「政策」との境界（あるいは「法」と「政治」との境界）もそれほど厳格なものではなかった。⁽¹⁴⁾ フラーが「原理（プロセス）」と対峙させ、それに馴染まないとしたものも、あくまで「多中心的（polycentric）課題」であつて、「社会全体の利益」ではなかったのである。⁽¹⁵⁾ 先に触れたように、フラーは、裁判の中で、法の目的を通して共同体全体の発展を「原理の源泉」として読み込むことを、むしろ規範的に要請していたのである。

そうなると、「原理」と「政策」とを峻別し、「原理」の「厚い」定義を行ったのは誰なのか。言うまでもなく、その一人は、ウォーレン・コートの正当化を模索した七〇年代のドゥオーキンである。ドゥオーキンは、「原理」を「正義・公正・その他の道徳的要因の要求として遵守するべき基準」と定義し、「共同体の経済的・政治的・社会的特徴の改善といった一定の到達目標を規定するタイプの基準」である「政策」と厳格に区別した。⁽¹⁶⁾ そうすることで、裁判所は「原理」に関する排他的管轄を主張でき、原理マターに対する積極的司法審査、あるいは原理マターに関する司法優越主義が正当化されると考えたのである（「切り札としての権利」論からもわかるように、⁽¹⁷⁾ ここでは「原理」が「社会（全体）」から断絶されることが重視された。ただ、それにもかかわらず、ドゥオーキン理論においては、原理にもとづく法創造的な解釈は、原理が実体的・普遍的価値を充填していることによつて、「われわれの憲法」の発展に接合することが可能となる）。

確かに、佐藤教授は、「原理」の定義それ自体に、「正義」や「公正」といった道徳的哲学的価値を包含していない。しかし、「原理」と「政策」の峻別は、明らかにドウオーキン理論を参考にしているものと思われる。ここに、五〇年代のリーガル・プロセス理論との「距離」が確認できるのである。もちろん、「人権を不断に根源的な政治道徳哲学の空間に漂わせる」ことを懸念する佐藤教授が、「原理」の中にどこまで、実体的価値を読み込んでいるのかは、必ずしも明らかではない。しかし、次のような市川教授の指摘は、佐藤説の「原理」と実体的価値との関係を大いに推測させるものである。すなわち、「現代国家と司法権」や同時期の諸論文においては、「佐藤説における「原理」は「抽象的であつて具体的に述べられていない」が、「佐藤教授は、その後、人格的自律権を中核的概念とする憲法理解を深めており、また、二重の基準論の根柢を『民主主義プロセス』論から人権の価値序列論ないし人格的自律との関連性に求めるようになっていたが、こうしたことは『原理』の探求の結果と位置づける」ことができる、という指摘である。かかる指摘は、佐藤説の「原理」が、「人格的自律」という実体的理念と結合したことを意味するものといえよう。「原理」に対する実体的価値の充填は、リーガル・プロセス理論が受けた「手続的実証主義」との批判を踏まえれば、やむを得ないことのようにも思える。しかし、「実体」への過度の傾斜は、同時に、実体的価値を懐疑的に捉え、裁判の「型式」、当事者の参加（自己決定）、あるいは、「制度的解決」を重視した五〇年代のリーガル・プロセス理論の特色を減じ、ある意味でアンビバレントな要素をその議論のうちに抱え込むことを意味する。したがって、佐藤説が、実際にどこまで「原理」に実体的価値を充填させているかについては、なお慎重な考慮が必要であるように思える。この点については、後に再び触れる。

(3) 法と政治との厳格な区別——法原理部門と政治部門

以上述べてきたように、佐藤教授は、原理について比較的厚い定義を行い、原理と政策とを峻別し、両者の輪郭

を明確化している。このことは同時に、法の政治に対する自立性を強調し、法「原理」部門としての裁判所と、「政治」部門としての立法府との異質性を強調することを意味する。

実際、佐藤教授は、芦部教授や栗城教授が指摘した立法と裁判の相関的な関係に否定的な見解を示している。このことは、コモン・ロー的形式主義を貫く司法の「優越性」を否定することを意図し、法の目的を実現する機関として国家機関の同質性を説き、機関間の協働・相互連結を強調したリーガル・プロセス理論とは異なる理解といえる。

(三) 小括——佐藤説と芦部説

1 佐藤説

これまでの検討によって、佐藤説が、①司法権の独自性について五〇年代のリーガル・プロセス理論の業績を継受していること、②しかし、それは、もっぱら裁判の型式・プロセスに焦点を絞った受容であって、限定的なものといわざるを得ないことが明らかにされたと思う。佐藤説においては、司法権に関する伝統的理解の克服ではなく、その補完が重要課題とされたために、具体的事件の解決（私権保障）が達成される限りで、リーガル・プロセス理論のエッセンスが部分的に輸入されたものと考えられるのである。

したがって、リーガル・プロセス理論が有していたその他の特色、すなわち、①法が政策性あるいは（社会）目的性を有していること、②国家機関が、社会的必要性に応じて、協働的・相関的に、かかる目的を実現するよう義務付けられていること（その意味で立法と司法は同質性を有すること）、③したがって、司法による法創造機能・政策

形成機能が正面から認められること、といった各特色は（意識的か無意識的かは別として）準拠国アメリカに置き去りにされたと考えられるのである。

この結果、佐藤説は、個別の事件における自己決定的な法形成は承認されるが、それはあくまでも「あなたとわたし」が「参加」した「あなたとわたしの法」に過ぎず、スムーズに「われわれの法」に接合しないという問題が生じたのであった。他方、先述のとおり、リーガル・プロセス理論においては、共同体の発展という法の「目的」が重視されたため、裁判はつねに共同体的あるいは社会的な利益と接していた。だからこそ、「あなたとわたしの法」が、同時に「われわれの法」にもなりえたのである（フラー）。

では、近年とくに司法による「下からの法秩序形成」（客観的な法秩序形成）を説く佐藤説は、どのように裁判の個別性・主観性と、一般性・客観性の溝を埋めるのであろうか。これまでの検討から、その一つの可能性として、七〇年代以降のドウオーキン理論によって補強された「原理」による接合が考えられる。つまり、裁判官が適用する「原理」に普遍的な実体的理念（人格的自律の価値）を充填することによって、その解答に普遍性・客観性を帯びさせるというアプローチである。このように考えれば、リーガル・プロセス理論の限定的受容によって生じた佐藤説の空白は、ドウオーキンの実体的価値論によって埋め合わされたことになる。

しかしながら、五〇年代と七〇年代のアメリカの法理論を統合させたかのような当該アプローチは、同時に、「プロセス」と「実体」との奇妙な交錯を内在させることになる。もちろん、両者とも「裁判」の不可欠な要素であることに変わりはないが、そのどちらかに軸足を置くかで、その議論の特色は大きく変わりうる。

佐藤説は、そのどちらに——換言すれば五〇年代と七〇年代のどちらに——軸足を置くのであろうか。ここに、佐藤説における未だ開かれた問題があるといえよう。

2 芦部説

他方、芦部説は、もう少しシンプルである。これまでみてきたように、芦部説においては、七〇年代のドゥオーキン理論の影響はむしろ限定的なものであって、その軸足は、留学当時のハーバード大学ロースクール、あるいはそれより前の「ニューデイル」に残っているように解されるからである。したがって、芦部説においては、依然として、「原理」あるいは判決の「論理性」のなかに、「社会学的妥当性」が読み込まれていることになる。芦部説が、憲法判断の際に、裁判官に対して「『社会の生ける法』の確認」を要求するのは、既に触れたとおりである。

もちろん、このことは、「裁判官に文字通りの法社会学的探求を要求する」ものではなかった。芦部教授が裁判官に要求したのは、「遅かれ早かれ、いつてもかなり近接した予知できる将来に、一般の同意をうるだろう諸原則」を法として宣言すること（ビッケル）、そして、それを「〔裁判官の〕全経験に照らして検討」すること（ホームズ）であったのである。先に触れたコックスの見解とも連結させれば、要するに芦部教授は、裁判官が、みずからの経験に依拠しながら（そして裁判の「型式」による制約を受けながら）、社会の「予言者」になることを期待しているように思えるのである。そして、芦部説においては、このように、裁判官に社会の予言者としての立場が擬制されることで、主観的・個別的な（当該）憲法事件の判決が、客観的・一般的な性格を有することになると考えられるのである。もちろん、このような芦部説についても、つぎのような問題を提起できる。個々の裁判官の限定的な「経験」が、「社会（全体）」の将来を占うために十分なものか、また、司法審査の社会学的妥当性、さらにいえばその民主的正統性を担保するために十分なものか、という問題である。最近、ドルフは、問題関心をまさにこの点に向けて、裁判官

が、憲法判断を行う際に、自己の経験ではなく、他者の経験を取り込む必要性を主張しており、興味深いのが、この検討についてはまた別稿に譲らざるを得ない。⁽¹⁷⁾

四 結語に代えて

以上、本稿は、わが国において「原理にもとづく裁判」論を展開している（と指摘される）芦部教授及び佐藤教授の所説が、五〇年代のアメリカで支配的であったリーガル・プロセス理論の影響を実際にどの程度受けているのかを査定してきた。冒頭にも述べたように、この試みは、両説における「原理」とは何であるのかを再検討するものであり、また、七〇年代のドウオーキン理論との距離を再測定するものでもあった。もともと、たとえ本稿が両説の体系的理解を試みるものではなく、そのほんの一面を描出するものであるとしても、筆者の誤解から両説の本旨を歪曲することがなかったか、心配でならない。

ただ、そのような不安を抱えながらも、本稿が敢えてこのような分析を試みた背景には、アメリカにおける「正解テーゼ」への批判の高まりと、リーガル・プロセス理論「復興」の動向がある。例えばポスト（Robert C. Post）は、近年の保守的なレインキスト・コートの「うぬぼれ（self-assurance）」——いわゆる司法優越主義——は、裁判官の味が難解な憲法事件における「正解」を発見できるとするドウオーキン理論の「ほろ苦さ（bittersweets）」勝利を意味していると指摘している。実際、一九九七年の *City of Boerne v. Flores* 事件判決以降、最高裁は、権利の実体（the substance of right）⁽¹⁸⁾ に関する連邦議会の憲法解釈権を厳しく制限してきており、宗教の自由回復法、⁽¹⁹⁾ 障害者差別を禁ずる連邦法、家庭内暴力に対して民事上の救済を認める連邦法といった権利創設的立法が次々と違憲と⁽²⁰⁾ されているの

である。⁽¹²⁾

このような、ともすると一八九〇年代から一九一〇年代の「形式主義」の時代にも似た状況を受けて、最高裁判決を回顧するハーバード・ローレビューの「序文 (Foreword)」は、二年連続で同じ主張を繰り返した。まず、一九九六年度の最高裁判例を回顧したファロン (Richard H. Fallon, Jr.) は、「憲法典の『意味』を同定することは、最高裁の唯一の機能ではない」とし、その「重要な任務は、憲法典をうまく具体化すること (to implement) である」と述べた。そしてさらに、「最高裁判事に課された憲法忠誠は、部分的には制度的観点から定義されなければならない」と続けたのである。そして、翌年度の序文を著したドルフは、「最高裁は、権威的テキストの『真の』意味を見出すことに関心を持つ代わり⁽¹³⁾に、それ自身の制度的限界に注意しながら、われわれの世代の複雑かつ急速に変化する法的问题に対する暫定的で機能的な解法を見出すことに焦点を当てる」べきであると述べた。一九九四年の段階でエスクリッジ・フリッキーが予想したリーガル・プロセス理論の「復興」が、いまや実現しうる状況にあるのである。

また、ドルフは、つぎのようにも述べている。

「ハート・サックスは、法を、問題を解決する社会能力をコーディネートするメソッドとして捉え、彼らの仕事を、種々のアクターがどのように相互にコミュニケーションするかを記述するものとして理解した。これに対して、現代的な議論の多くは、ただ一人の意思決定者が、どのように「法的」曖昧さを解決するという孤独な作業に取り掛かるのかに焦点を当てている。オリンポスの山に聳え立つドウオーキンの総括的な (panoptic) ハーキリーズは、この動向の最も顕著な例である。種々のアクターの相互作用に焦点を当てるハート・サックスの観点を、法プロセスに関するわれわれの分析の中心に復帰させることは、もはや機を熟した感がある」。

もちろん、いま述べたアメリカの状況と、「司法積極主義」に向けて憲法裁判所の設置さえ議論されるわが国の状

況はまったく同じものではない。したがって、アメリカの理論動向を鵜呑みにすべきではないであろう。しかし、他方で、憲法規範が抽象的である限り、アメリカのような問題状況がわが国に訪れないという保証もない。このことを考えるとき、司法権に関するわが国の代表的学説が、アメリカの「五〇年代」（あるいはそれ以前の「ニューディール」を含めて）に軸足を置いているのか、それとも「七〇年代」（あるいはウォーレン・コート時代）に軸足を置いているのかを再確認しておく意味は多少なりとも存在していたように思えるのである。

【注】

(1) 市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ：自由と秩序』（有斐閣、一九九八年）三〇二—三〇八頁、長谷部恭男『権力への懐疑』（日本評論社、一九九一年）一〇二—一〇五頁参照。

(2) See, e.g., RONALD DWORKIN, 'TAKING RIGHTS SERIOUSLY' (1978). なお、本稿が「ドゥオーキンの見解」というとき、基本的にそれは「初期」ドゥオーキンの見解を意味している。ドゥオーキン理論の変遷については、長谷部恭男「法源・解釈・法命題——How to return from the interpretive turn——」藤田由靖・高橋和之編『憲法論集・樋口陽一先生古希記念』（創文堂、二〇〇四年）二九〇—二九四頁参照。

(3) Vincent A. Wellman, *Dworkin and the Legal Process Tradition: The Legacy of Hart & Sacks*, 29 ARZ. L. REV. 413, 413 (1987).

(4) リーガル・プロセス理論については、本稿二において詳述するが、ここではその基本的構想について、常本照樹教授による以下のような叙述を引用しておきたい。すなわち、リーガル・プロセス理論とは、「まず社会における法形成者には、立法府のみではなく裁判所、行政府、私人も含まれるというリアリストによる主張を確認し、それらの総体としての法形成過程（即ち Legal Process）の中で、各々の法形成者が自らの制度的・機能的制約を弁え、自らの果たすべき、また、果たしうる役割 (role) を認識した上で、他の法形成者 (role player) と協調し、様々な問題、紛争を解決すべく活動することによってリーガル・プロセスの全体的効率性を確保しようというものであった。彼らは、このような構想

に基づき、役割分担者…の一つとして裁判所の制度的・機能的制約、換言すれば、裁判所の果たすべき役割にとって適当な法形成のモード (mode) を探っていたのであり、そのモードを確定することによって、即ち判決形成のガイドラインも明らかになるのであった。常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス——アメリカでの司法の機能に関する理論的發展——」北大法学論集三二巻二号 (一九八〇年) 三三四頁。

(5) See Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978).

(6) 例えば、佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤ほか編・前掲注 (一) 二二—二六、四六頁。

(7) 芦部信喜「憲法訴訟の理論」(有斐閣、一九七三年) 一頁。

(8) 例えば、長谷部教授と松井茂記教授の見解を対比するかたちで、駒村圭吾「基本的人権の観念① (人権の意味)」小山剛・駒村圭吾編「論点探求・憲法」(弘文堂、二〇〇五年) 二〇—三一頁。他方、「実体」と「非実体」との密接な関連性を主張するものとして、やや文脈が異なるが、巻美矢紀「憲法上の権利」の守備範囲」法学教室三三三三号 (二〇〇七年) 一五頁。

(9) Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principle of Constitutional Law*, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959).

(10) Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976).

(11) 同様の問題関心から、五〇年代のリーガル・プロセス理論へと回帰しようとする見解として、Michael C. Dorf, *Legal Indeterminacy and Institutional Design*, 78 N.Y.U.L. Rev. 875, 920-35 (2003).

(12) 清宮四郎「憲法・第三版」(有斐閣、一九七九年) 三三三五頁。

(13) 佐藤・前掲注 (6) 四六頁。

(14) 宮沢俊義教授は、「司法権」の実質的意味を探求するアプローチとして、①歴史的概念構成によるものと、②理論的概念構成によるものとを区別した。前者は、「司法」は歴史的事情により「行政」と区別されたに過ぎない考えの立場であり、後者は、「司法」は「その実質において」「行政」と異なった性質をもつと考える立場である。周知のとおり、宮沢教授は、理論的概念構成の不可能性を主張した。宮沢俊義「憲法と裁判」(有斐閣、一九六七年) 三〇—三二頁。

- (15) 佐藤・前掲注(6) 六頁。
- (16) 佐藤・前掲注(6) 四七頁。
- (17) 佐藤幸治「現代国家と司法権」(有斐閣、一九八八年) 五七―五八頁。
- (18) 佐藤・前掲注(6) 四七頁。芦部教授と佐藤教授の見解を同じカテゴリーの中に帰属させる傾向は、確かに存在する。市川・前掲注(1) 三〇二―三〇八頁、土井真一「法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポス」佐藤ほか編・前掲注(1) 九〇―九二頁。土井教授は、両教授の見解を、「司法権の対象のみならず、その行為型式をも含めて理解しようとする」《対象Ⅱ型式志向型》の司法権の概念構成として分類している。
- (19) 佐藤幸治「憲法・第三版」(青林書院、一九九五年) 二九五頁(この部分の記述は、一九八一年の初版と変わっていない)。
- (20) 他方、『現代国家と司法権』で示された先述の定義は、本文の記述でいう「テーゼB」のみが描出されており、佐藤説の正確な理解にはやや不十分である。なお、佐藤説を本稿のように「テーゼA」と「テーゼB」とに区別して分析するものとして、他に、高橋和之「司法制度の憲法的枠組——法の支配と司法権」公法研究六三号(二〇〇一年) 一五一―一六頁。
- (21) なお、佐藤教授は、「司法権」について、本文で述べた以外にも、つぎのような定義を与えている。「筆者〔佐藤教授〕のいう『司法権』は、…裁判官をはじめとする法曹一般の「解釈共同体」を基礎に、国民のコンセンサスをも配慮しつつ、憲法を頂点とする実定法秩序に内在し調和する『法原理』を見出し、それによって紛争を解決すること」である。佐藤・前掲注(17) 六三頁。この定義の意味については、後掲注(133) 参照。
- (22) 佐藤・前掲注(19) 二九八―二九九頁。
- (23) 佐藤・前掲注(19) 二九九頁。
- (24) 佐藤幸治「日本国憲法と違憲審査制の類型」法学論叢一一六巻六号(一九八五年) 三二〇頁。
- (25) 佐藤・前掲注(6) 四六一―四七頁。
- (26) 長谷部恭男「司法権の概念と裁判のあり方」ジュリスト一二三二号(二〇〇二年) 一四〇頁。

- (27) Fuller, *supra* note 5, at 378-79. もっとも、それが可能になるには、「互恵的な関係 (relationships of reciprocity)」が求められることになる。
- (28) もちろん、まったくウエイトが置かれてはいわけではない。佐藤・前掲注 (5) 二二―二三頁参照。
- (29) 佐藤・前掲注 (18) 二九六頁。
- (30) 佐藤・前掲注 (18) 三七五頁。
- (31) 佐藤・前掲注 (16) 七〇頁。
- (32) See Dorf, *supra* note 11, at 971.
- (33) See Michael C. Dorf, *Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*, 112 Harv. L. Rev. 4, 34-35 (1998). ソクラテスの熟議は、反省的均衡による真理への接近とも関連している。
- (34) この点について、田中成明教授は次のように指摘している。「当事者主義的手続のもとでの裁判官の役割は、積極的に自己のイニシアティブで正しい内容の判決を直接発見し当事者に宣告するという、いわばプラトン流の哲人王のごときものではなく、両当事者間の自律的弁論の活性化によって正しい内容の判決が徐々に確定されてゆくように、種々の後見的配慮をするという、いわばソクラテスの産婆役であろう」。田中成明『法理学講義』(有斐閣、一九九四年) 三二七頁。
- (35) 佐藤・前掲注 (17) 一〇四―一〇五頁。フィスの見解については、さしあたり、Owen M. Fiss, *Foreword: The Form of Justice*, 93 Harv. L. Rev. 1, 39-44 (1979).
- (36) 佐藤・前掲注 (6) 二二―二三、六二―六四頁参照。
- (37) 佐藤・前掲注 (19) 二九六頁。
- (38) 土井・前掲注 (18) 一一三頁。さらに土井教授は、「コモン・ローが英米に固有の淵源から発した古き良き法の展開と理解され、また陪審制を制度的背景とすることにより、裁判官は一般的な社会通念を尊重することになり、司法的秩序形成は、社会に対して開かれた過程となる」(傍点は引用者)と述べている。同上、一一二頁。ただし、このような構造的接点は、「陪審制」を採らないわが国においては限定的に解さざるをえない。

- (39) 例えば芦部教授は、佐藤説について、「少しく事件性を前提とする私的紛争解決型の司法観に偏しすぎる感を覚える」と評している。芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、一九九四年）一五七—一五八頁。
- (40) 佐藤教授の説く司法権の定義そのものは、必ずしもそのことを否定しないように思われる。
- (41) 佐藤・前掲注（17）九七頁。
- (42) 例えば、フラーは、司法過程を通じたアメリカ連邦制の発展が、「連邦制をよりよく機能させようという共有願望」の下で行われてきたことを重視している。Fuller, *supra* note 5, at 378.
- (43) *Id.*
- (44) See William N. Eskridge, Jr. & Phillip P. Frickey, *The Making of the Legal Process*, 107 Harv. L. Rev. 2031, 2045 (1994).
- (45) 198 U.S. 45 (1905). パン工場での労働時間を制限するニューヨーク法を、「契約の自由」に対する侵害という観点から違憲とした連邦最高裁判所の判例である。
- (46) See William N. Eskridge, Jr. & Gary Peller, *The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Reform*, 89 Mich. L. Rev. 707, 711-713 (1991).
- (47) そこでは、「法は政治から切り離しうる『科学』であり、法的な議論はモラルや政治的議論と明確に区別しうる」と考えられた。要するに、「法の自立性」が強調されたのである。モートン・J・ホーウィッツ（樋口範雄訳）『現代アメリカ法の歴史』（弘文堂、一九九六年）四頁参照。
- (48) Eskridge & Frickey, *supra* note 44, at 2037 (quoting Henry M. Hart, Jr., *Legislation Notes*, Summer Term 1947, at 9-10 (June 11, 1947)).
- (49) *Id.*
- (50) *Id.*
- (51) *Id.* at 2039 (quoting Henry M. Hart, Jr., *Note on Some Essentials of a Working Theory of Law*, at 48 (revised, n.d.)).
- (52) Fuller, *supra* note 5, at 378.

- (53) See, e.g., International News Serv. V. Associated Press, 248 U.S. 215, 262-63 (1918) (Brandeis, J., dissenting); *Lochner*, 198 U.S. at 75-76 (Holmes, J., dissenting).
- (54) Felix Frankfurter & Henry M. Hart, Jr., *The Business of the Supreme Court at October Term, 1934*, 49 HARV. L. REV. 68, 90-91, 94-96 (1935).
- (55) Eskridge & Frickey, *supra* note 44, at 2033.
- (56) *Id.* at 2040 (quoting Henry M. Hart, Jr., Note on Some Essentials of a Working Theory of Law, at 34 (revised, n.d.)).
- (57) Eskridge & Peller, *supra* note 46, at 716.
- (58) See EDWARD A. PURCEL, THE CRISIS OF DEMOCRATIC THEORY: SCIENTIFIC NATURALISM AND THE PROBLEM OF VALUE 197-127 (1973).
- (59) Eskridge & Peller, *supra* note 46, at 716.
- (60) *Id.*
- (61) 例えば、タルフは「ハート＝サックスのリーガル・プロセス理論が、ハート (H.L.A. Hart) の法実証主義と密わめて類似している」と指摘している。See Dorf, *supra* note 11, at 922-23.
- (62) HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEM IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 2 (tent. Ed. 1958).
- (63) 常本・前掲注 (4) 三四五頁参照。
- (64) Eskridge & Peller, *supra* note 46, at 718.
- (65) HART & SACKS, *supra* note 62, at 166.
- (66) Eskridge & Peller, *supra* note 46, at 718. リーガル・プロセス理論においては、「法の制定は lawmaking の終わりではなく、始りである」。
- (67) HART & SACKS, *supra* note 62, at 162-68.
- (68) *Id.* at 165.

- (69) なお、ドウォーキンンのインテグリティ概念が、五〇年代のリーガル・プロセス理論の影響を強く受けていると指摘し、両者の関連性を強調する見解として、*see Weisman, supra note 3, at 413; Eskridge & Peller, supra note 46, at 731.* 他方、両者の関係性を遮断するものとして、*see Dorf, supra note 11, at 921-22.*
- (70) *Id.* at 932.
- (71) HART & SACKS, *supra* note 62, at 180-83; Eskridge & Peller, *supra* note 46, at 720.
- (72) このような考えは、国家機関の「協働」によって憲法的正義を通時的に探求していくこととするセイガーの正義探求的憲法理論 (justice-seeking constitutional theory) に重要な影響を与えている。See Lawrence G. Sager, *The Domain of Constitutional Justice*, in CONSTITUTIONALISM 235, 239-244 (Larry Alexander ed., 1998). 国家機関が具体的にどのように協働しているかについては、Lawrence G. Sager, *Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law*, 88 Nw. U. L. Rev. 410, 428-435 (1993). なお、制度間の協働によって抽象的な憲法規範を「つぎつぎ」実現していくことを主張する見解として、Richard H. Fallon, Jr., *Foreword: Implementing the Constitution*, 111 HARV. L. REV. 54, 57 (1997).
- (73) See HART & SACKS, *supra* note 62, at 155-58.
- (74) Eskridge & Frickey, *supra* note 44, at 2044.
- (75) HART & SACKS, *supra* note 62, at 173.
- (76) *Id.*
- (77) Eskridge & Frickey, *supra* note 44, at 2044-45.
- (78) エスクリッジ・フリッキーによれば、ハーバード大学ロースクールの教材として最も多くの改訂があったのは、本文で知識に挙げない節であったという。*Id.* at 2045.
- (79) HART & SACKS, *supra* note 62, at 4.
- (80) ハート・サックスも、この点を強調している。*Id.*
- (81) 先述のように、ハート・サックスが担当した講座「リーガル・プロセス」は、ハーバード大学ロースクールにおいて

一九五三年から一九五八年まで続いた。なお、サックスは、後のロースクールのデイーンである。

(82) 市川・前掲注(1) 二九五頁。

(83) 長谷部・前掲注(1) 一〇五頁。なお、初出は、長谷部恭男「芦部信喜教授の憲法訴訟論」法律時報五九卷九号(一九八七年)三四頁。

(84) この部分は市川教授の指摘である。市川・前掲注(1) 二九五頁。

(85) 長谷部・前掲注(1) 一〇五―一〇八頁。

(86) 長谷部・前掲注(1) 一〇八―一〇九頁。

(87) 長谷部・前掲注(1) 一〇九頁。もっとも、長谷部教授は、「ドウオーキンの権利論は、「ドウオーキンの権利論は、芦部憲法学と整合可能な唯一の理論ではな」く、「芦部教授の憲法訴訟論の基礎にある原理の体系がいかなる体系のものであるかは、なお開かれた問題である」と述べている。ただ、本文で触れたとおり、長谷部教授は、芦部説がウエクスラー流の「弱い」(薄い)原理論を拒否している旨を指摘しており、同説が実体的理念を充填された「強い」(厚い)原理論と結合していることを示唆している。

(88) 芦部信喜「憲法訴訟における裁判所の政策形成―憲法訴訟の現代的展開」(有斐閣、一九八一年)一五〇頁(なお、初出は、法学セミナー増刊・最高裁判所(日本評論社、一九七七年)である)。

(89) 芦部・前掲注(88) 一五〇頁。

(90) 芦部・前掲注(7) 二五頁(なお、初出は、『現代の立法』(岩波書店、一九六五年)。

(91) 芦部・前掲注(88) 一四八、一六〇―一七四頁。なお、コックスの見解については、see ARCHIBALD COX, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN GOVERNMENT 109-10(1976)。

(92) 芦部・前掲注(88) 一五八頁。

(93) 例えば市川教授も、芦部教授の「[原理にもとづく裁判]論が「Taking Rights Seriously」段階のドウオーキンの理論と同様のものかについては議論がある」と指摘している。市川・前掲注(1) 三〇七頁。

(94) 芦部・前掲注(7)二二一―二三頁。

(95) 芦部・前掲注(7)二二一―二三頁。このように、「裁判官が「理論的高地(theoretical uplands)」ではなく「経験的低地(empirical lowlands)」で仕事をすべき」という考えは、現在の法的プラグマティストの主要な主張の一つでもある。RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 3(2003); Daryl J. Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, 99 COLUM. L. REV. 857, 927(1999)。芦部教授の所説は、リアリズム法学及びリーガル・プロセス理論の受容を媒介として、現代のプラグマティズム法学とも接しているように思われるが、本稿では詳しく触れない。なお、リアリズム法学とプラグマティズム法学との関連性については、Daniel J. Solove, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*, 84 IOWA L. REV. 941, 972-75(1999)。リーガル・プロセス理論とプラグマティズム法学との関連性については、Dorf, *supra* note 33, at 82. すなわち、「リーガル・プロセス理論は、プラトンのイデアリズムではなく、デューイのプラグマティズムを提示したものである」。

(96) 芦部・前掲注(7)二四―二五頁。

(97) Dorf, *supra* note 11, at 914.

(98) *Id.* at 915.

(99) 芦部・前掲注(7)二六頁。

(100) 芦部・前掲注(7)二六頁。

(101) 芦部・前掲注(7)二七頁。ここで芦部教授の述べる「結果」の重視は、近年のプラグマティストが説くところのものと同類している。例えばボズナーは、「プラグマティズム法学の核心(core)は、「結果に関心を向けること」にある」としている。Posner, *supra* note 95, at 59.

(102) 芦部・前掲注(7)二五頁。なお、第二節で述べているように、リーガル・プロセス理論においても、「法は、市民の社会的・経済的必要性に寄与する目的的(purposeful)なものである」と考えられていたのである。See William N. Eskridge & Phillip P. Frickey, *Foreword: Law as Equilibrium*, 108 HARV. L. REV. 26, 31(1994).

(103) したがって、芦部教授の司法権概念のルーツは、やはりアメリカの「ニューディール」にあるといっても過言ではあるまい。芦部信喜「日本の立法を考えるにあたって」ジュリスト八〇五号（一九八四年）一〇一一頁参照。

(104) 芦部・前掲注 (103) 一一二頁。

(105) 芦部・前掲注 (103) 一一二頁。

(106) Eskridge & Frickey, *supra* note 102, at 28. 既に述べたように、五〇年代のリーガル・プロセス理論は、①法は目的を有するものであり、国家機関は当該目的を実現する義務を負っていること、②その実現は、制度間の協働によって行われること、③法の正統性の源泉としてプロセスを重視することを説くものであった。エスクリッジ・フリッキキーは、このような理論が近年「復興」している背景として、レインキスト・コートの保守化を挙げている。すなわち、最高裁が憲法的権利の拡充から撤退してきたために、他の機関（とくに立法府）がその「ギャップ」を埋める必要性が高まったというのである。いまや、ウォーレン・コートやバーガー・コートの時代と異なり、憲法的権利の実現を裁判所のみに依存させるのではなく、三権が同等に憲法的権利を実現する憲法的責務を負っていると考えるべきなのである。Na 27. なお、「三権が共同して憲法を構築する (constitutional construction)」という考えは、近年、「デパートメントリズム」という名で分類される傾向にある。大林啓吾「アメリカにおける執行特権と国政調査権——情報をめぐる政治部門の衝突とその調整」法学政治学論究六六号（二〇〇五年）三四〇—三四二頁参照、山本龍彦「行政機関の法解釈に対する司法の敬讓」ジュリスト二二九九号（二〇〇七年）二四二頁。

(107) エスクリッジ・フリッキキーは、この点について一九六四年市民権法タイトルⅦの歴史を紐解いている。このとき、連邦議会、裁判所、EEOC（平等雇用機会委員会）といったすべての関連する制度的アクターは、それぞれに異なる制度的パースペクティヴをもちながらも、人種の平等という憲法の抽象的原理を実現しようと努めたと理解されるからである。「連邦議会は、高度に抽象的なレベルではあるが、立法によって輪郭が描かれた法的権利及び義務を創設した。そして、具体的な事実状況及び予期しない問題に対する法の適用は、EEOC 及び裁判所の領域とされた。これらの実現機関は、その目的に関する彼らの理解から、法を適用したのである。もともと、その後の連邦議会は、立法の適切な

目標及び効果の観念を満たさない適用ないし解釈を覆すことができたのである」。Eskridge & Frickey, *supra* note 102, at 31-32.

- (108) 芦部・前掲注(103)一〇一―一頁。
- (109) 栗城壽夫「立法と司法」法学教室六八号(一九八六年)二七頁。
- (110) 芦部教授が、コンラート・ヘッセの見解を一部において受容していることについては、芦部・前掲注(39)三五―三八頁。
この点については、高見勝利『芦部憲法学を読む——統治機構論』(有斐閣、二〇〇四年)二六五―二六七頁。
- (111) 前掲注(18)参照。
- (112) 佐藤・前掲注(17)五九頁。
- (113) 佐藤・前掲注(6)一二頁。
- (114) 佐藤・前掲注(17)六三頁。
- (115) 佐藤・前掲注(17)一三九頁。
- (116) 佐藤・前掲注(17)六三頁。
- (117) 佐藤・前掲注(17)一三九―一四〇頁参照。
- (118) 佐藤・前掲注(17)一四〇頁。
- (119) 佐藤・前掲注(19)三二七頁。
- (120) 長谷部・前掲注(1)二二九頁参照。
- (121) Fuller, *supra* note 5, at 372-381.
- (122) HENRY M. HART & HERBERT WECHSLER, THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM (1953).
- (123) 野坂泰司「『司法審査と民主制』の一考察(四)」国家学会雑誌九七卷九―一〇号(一九八四年)八二頁。
- (124) 佐藤・前掲注(17)六二頁。
- (125) 先述のように、五〇年代のリーガル・プロセス理論は、法はそもそも社会的目的をもった政策的なものとしてい

たのである。

- (126) Fuller, *supra* note 5, at 394-404.
- (127) Dworkin, *supra* note 2, at 22-23.
- (128) 駒村・前掲注 (8) 二〇一―二八頁参照。
- (129) 佐藤・前掲注 (17) 六一―六二頁。
- (130) 市川・前掲注 (1) 三〇五頁。
- (131) 佐藤教授は、「裁判」は「専ら法の維持およびこれと同時に法の具体化・持続的形成に仕えるものである」となし、そのことによって、「裁判」は秩序づける作用、合理化し安定化する作用を果たすのであって、その点で「立法」と共通する面の多いことを力説する「見解について」、「日本国憲法上の『司法権』には直ちにはあてはまらない」としている。佐藤・前掲注 (17) 七〇頁。
- (132) 芦部・前掲注 (39) 一五七―一五八頁参照。
- (133) ところで、佐藤教授は、また別の箇所、ニューディールとの再接合を思わせるようなつぎのような言葉を述べている。すなわち、「現代国家と司法権」の終章「『司法的正義』の意義について」に設けられた「法における『論理』と『経験』の統合」と題する項において、裁判は「国民の支持が得られるもの」でなければならぬとし、裁判官が「国民のコンセンサスにも配慮」する必要性を認めるのである。佐藤・前掲注 (17) 五五〇―五五一頁。さらに、佐藤幸治「人格的自律権」に関する補論「現代社会における国家と法」(成文堂、二〇〇七年) 七一―八頁参照。このような言葉を重視すれば、佐藤教授の法原理機関説も、「社会」や「政治」とまったく無関係ではないことになる。
- (134) トライブも、一方で「法における基本的価値 (fundamental values)」を重視しながら、実は芦部教授と同様の視点を有している。「法的イベントと〔社会的背景〕の内的連関を十分に承認しながら——現代の物理学と同様、観察するプロセスと観察されるものとの相互依存性を認めながら——社会的意味を理解することは、権限を有する者の視点から法的ユニバースを見ることによる偏狭な誤謬を避けること」を意味する」。Laurence H. Tribe, *The Curvature of Constitutional*

Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics, 103 HARV. L. REV. 1, 38 (1989). さらにトライブは、法の社会的あるいは自然科学的な考察は、「法的ユニバースの『客観的な』写真が、法的決定を行う者の観点から切り取られるという観念」を放棄することを要求するとも述べている。

(135) 吉部・前掲注(7) 二六頁。See ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* 239 (1962).

(136) *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

(137) See e.g., Dorf, *supra* note 33, at 37-40, 60-61.

(138) 前掲注(10) 参照。

(139) Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 114 HARV. L. REV. 4, 6 (2003). ポストはさらに、「いまの最高裁の自信が、どれほどウォーレン・コートに対するリベラル派の擁護に依存してきたのか」と述べている。 *Id.* at 6 n.15.

(140) 521 U.S. 507 (1997). 同判決に至る経緯はやや複雑である。まず、*Employment Division, Oregon Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) において、最高裁は、州が、特定宗教団体が儀式の際に使用する興奮剤（インディアン教会で使用するペヨーテ）を禁止することを、第一修正に反しないと判断していた。連邦議会は、この *Smith* 判決を覆し、文字通り「宗教の自由」を回復するために、一九九三年宗教の自由回復法を制定させたのである。それに対し、*Boerne* 判決は、「憲法的保障の実体を定義するのは、連邦議会ではなく、最高裁の権限に属する」、「第一四修正の実体的意味に関する最終的な解釈及び決定は、司法府の職分に属するものである」と述べ、事実上、連邦議会の憲法解釈権を否定し、宗教の自由回復法を違憲とした。

(141) *Id.*

(142) *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001).

(143) *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

(144) Fallon, *supra* note 72, at 57, 60. このような視座を一部において共有するものとして、浅野博宣「プラグマティズムは法

の支配を否定するか」『岩波講座 憲法(1)』(岩波書店、二〇〇七年)二五一頁以下、宍戸常寿「司法のプラグマティク」
法学教室三三二二号(二〇〇七年)三二頁、山本龍彦「違憲審査理論と権利論」大沢秀介・小山剛編著『東アジアにおけ
るアメリカ憲法』(慶應義塾大学出版会、二〇〇六年)三九九頁以下。

(145) Dorf, *supra* note 33, at 9.

(146) Dorf, *supra* note 11, at 881-82.

(やまもと たつひこ・本学法学部専任講師)