

〔論文〕

プロセス法学研究の意義

－比較法学からみた憲法継受－

椎名 智彦

- I. 問題の所在
- II. ホーウィッツの回想：1960年代のハーヴァード・ロー
- III. 価値からの逃避をめぐって
- IV. 法思想における人知への不信
- V. 戦後日本が追い求めた米国憲法の世界観
- VI. 結び

I. 問題の所在

本稿の問題関心は、概ね以下のようなものである。プロセス法学は、1930年代のニュー・ディール政策などにルーツをもつ米国の公法思想で、戦後の日本法、特に日本国憲法の解釈や運用をめぐる学説と実務に対して、著大な影響を与えてきた。しかし、その実質的影響があまりにも大きすぎることに、および、それを自覚的に客観視するには、時代的に近接しすぎていることが相俟って、本邦においては、法思想としての全体的輪郭の描出を試みつつ、その基本原理や実践的帰結を批判的に分析するような本格的な研究は、これまであまり進んでこなかった。

筆者はこれまで、この主題について検討した論稿を発表し¹、その都度有意義な批評に浴しつつも、いくつかの重要論点について、なお検討が不十分であったり、説明が舌足らずであったりしたところを補充する必要性を感じていた。それらの積み残された課題のうち、本稿では特に、プロセス法学について認識や理解を深めることが、現在の日本法学にとってなぜ必要なのか、その意義について再論していきたい。

詳しくは次章以下を参照されたいが、それを一言でいうならば、われわれがプロセス法学を解明しなければならないのは、米国憲法の呪縛から、戦後日本の憲法学を自由にするためであ

¹ 拙稿「プロセス法学再訪：その背景と意義」青森中央学院大学研究紀要16号17-49頁(2011)、「現代アメリカ法におけるプロセスの視座の諸相」青森法政論叢18号1-19頁(2017)等。また、主な先行研究として以下のようなものがある。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6-13頁、227号15-25頁(1961)、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31巻2号301-55頁(1980)、山本龍彦「『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」桐蔭法学14巻1号89-142頁(2007)、高見勝利「『より良き立法』へのプロジェクト：ハート＝サックス〈The Legal Process〉再読」井田良・松原芳博(編)『立法学のフロンティア3：立法実践の変革』21-41頁(ナカニシヤ出版、2014)。

る。もちろん、戦後憲法学における比較研究の対象を、米国法が独占していたわけではない。戦前からの厚い伝統を有する、独仏等のヨーロッパ系憲法研究の存在を無視することはできない。しかし、戦後憲法学における最大のテーマの1つが、米国法の影響の強い憲法訴訟論であったことには疑いがなく、それ自体、現在まで続く、日本憲法学における大きな知的遺産であるということができよう²。しかし他方で、憲法訴訟論に対しては、手厳しい批判が提起さ

れているところでもある³。本稿は、憲法訴訟論批判とは異なる角度から、戦後憲法学が、1つの重要な主題を置き去りにしてきたことを批判するものである。

かつて、伊藤正己が指摘したように、戦後日本における米国法研究は、一面において実り豊かであったものの、他面において、いささか滑稽なものであった⁴。特に、戦後憲法学は、戦勝国が敗戦国へと〈国のかたち〉を移植するという、文字通り木に竹を接ぐような荒業の後始

² 宍戸常寿他（編著）『戦後憲法学の70年を語る：高橋和之・高見勝利憲法学との対話』12頁、197-9頁（日本評論社、2020）。

³ 安念潤司「憲法訴訟論とは何だったか、これから何であり得るか」論究ジュリスト1号132-40頁（2012）。「憲法訴訟論には膨大な労力が注ぎ込まれてきたが、その成果に見るべきものは少なかったというほかない」（132頁）、「総じて、審査基準論…は、水墨画に正対しながら、描法の巧拙をそっちのけにして、料紙の年代、落款の真贋、墨の産地などを延々と論じている様に似ている。別にそれが悪いというのではないが、ほかにもう少しやることがありそうなものである」（137頁、脚注省略）。

⁴ 「わが国のアメリカ法研究は、急速に拡大した。占領下における雑誌論文などにいかに多くのアメリカ法の紹介が、やや不正確なものもまじえて掲載されているかを見るとき、それがどれほどの実際上の必要性に迫られていたかを想像することができる。…しっかりした根をおろしていたかどうかは別として、まさに百花繚乱の春を一夜にして迎えた感じといっても過言ではなかったであろう。アメリカ法学の著作も、パウンドのもののほか、つぎつぎと邦訳され、拙速と見られるものもかなりあったが、とにかく、アメリカで一般向けの性質をもち、しかも適当な量の著作が刊行されるとやがて訳書があらわれるといってもよいくらいの感じさえ受けたのであった。…このような一種のアメリカ法ブームは、たしかにわが国の法と法学とに影響を与えはしたが、ブームは継続したわけではない。ブームの後に残ったものとして、どれほどの本格的な研究がみられたであろうか。…戦後あれだけ多くの研究者が大きな力を注ぎながら、このように収穫が少ないことが何を意味するかは判らない。それほどアメリカ法研究は困難なのか、あるいは、ブームは所詮一つの流行現象であって深さを伴っていなかったのか。いずれにせよ、なおアメリカ法の基礎的なものの理解すら十分とはいえなかったといっただけであらうか。…要するに、比喩を用いれば、戦後のアメリカ法の研究は、しっかりした根を張らないうちに、人工的に早熟な成長をさせ、花を咲かせた感じが強く、見た眼には華やかであったが、大した結実はしなかったのではなからうか」（脚注省略）。伊藤正己・木下毅『アメリカ法入門』13-5頁（日本評論社、第5版、2015）。引用部分は、伊藤正己「アメリカ法入門」、法学セミナー 1960年4月号36-37頁がもとになっている。上の評価は、直接的には、終戦直後から1955年頃までの時期に対して向けられたものである。伊藤も、それ以降は本邦の米国法研究も「徐々に本格的な研究の時期へと移行」していったとして、日本の学界においても、表面的でない比較法的理解が着実に根付いていったことを示唆している（伊藤・木下、15頁）。

しかし、伊藤が指摘した課題は、今日の学界において、真の意味において克服されたといえるであろうか。別の言い方をすれば、現今の本邦比較法研究において、外国法の制度的側面や実定法的要素を超えて、彼我の歴史的・文化的要因の意義や作用を自覚的に視野に取り込み、その含意や帰結などに対しても注意深く検討を及ぼすような態度は、どの程度定着しているといえるであろうか。そのような態度は、グローバル化の反作用として、それまで法外に切り捨てられていた諸要因が、法多元主義ないし多元的法体制の名のもとに、法的考察において正規の座席を与えられつつある今日ほど、必要とされている時代はないのではないか。角田猛之他（編）『法文化論の展開 一法主体のダイナミクス—：千葉正士先生追悼』（信山社、2015）、浅野有紀『法多元主義：交錯する国家法と非国家法』（弘文堂、2018）等参照。

末であったわけであるから、その歩みは、平坦な道程を行くようなものであろうはずはなかった。また、そうであればこそ、その意義を今日の観点から正しく評価するためには、大きな覚悟と深い智慧が必要であろう。

米国憲法思想史の観点からいうと、1946年に日本に継受された、当時の米国憲法における支配的な公法秩序観とその基本原理が、法思想としてのプロセス法学そのものである。すなわち、ロウズヴェルト、トルーマン両政権下で、対日戦争の遂行や内政運営に当たっていた米国の法律家たちの多くが、正しい〈この国のかたち〉として認識していたのが、ニュー・ディール型の行政＝福祉国家的憲法実践であり、それが法思想や憲法理論の平面において表現されたのが、プロセス法学にほかならない⁵。法秩序観や民主制観、司法審査観といった不文の規範まで視野に入れれば、戦後日本が継受した米国憲法とは、プロセス法学そのものであったとさえいえる⁶。

次に、本稿において意を用いたのが、20世紀という激動の時代が法思想に与えた刻印とは、どのようなものであったのかという論点の探求である。もとより、そのような問いが極めて重要なものであることはいうまでもないので、その問いに答えるために、すでに多くの努力が積

み重ねられてきたこともまた、周知の通りであろう。たとえば、戦後ドイツにおける、いわゆる再生自然法論などは、同様の課題に応答しようとした偉大な知的営為の代表例であろう。あらかじめ示せば、本稿の問題関心も、20世紀法思想の基底に、両大戦、特に第2次大戦において展開された破滅的行動への恐怖を透視する点で、それらの先行業績に一脈通ずるところがある⁷。

無論、プロセス法学と、その周辺にあった20世紀米国法思想史における他の学派や理論もまた、そのような刻印と無縁ではない。この論点については、いずれ別稿において詳しく論じようと考えているので、ここでは要点のみを示そう。すなわち、20世紀米国法思想史は、形式知・客観知の助力を得て、人間の主観的判断能力に内在する〈可謬性〉を抑え込むことによって、法的判断が失敗するリスクを低減させようとする科学主義的な流れと、これとは逆に、そのような法の形式化・客観化の試みが、現実には深刻な人間疎外を生み出してきたことを糾弾し、道徳的直観や政治的価値選択といった規範的評価を、法学の中心に置こうとする人文主義的な流れとの、複雑な競合の歴史として描き出すことが可能であると思われるのである。

そして、本稿の主題であるプロセス法学は、

⁵ See William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction to The Legal Process*, in HENRY M. HART JR. & ALBERT M. SACKS, *THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW* lxxvii-xxxii (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., Foundation Press tent. ed. 1994) (1958) .

⁶ 従来から指摘されてきたとおり、米国の憲法秩序や憲法観は、世界最古といわれる憲法典をめぐって、連邦の政治部門、司法部門がそれぞれ与えた解釈や、それらに起因する歴史的的事象の影響を受けて、時代に応じて変化してきており、その振れ幅は本邦の比ではない。いわば、時代の変化に伴って、米国憲法秩序がもつ諸特徴も、相当違ったものになるということである。この主題をめぐる先行研究は多いが、統治実践の変動を丹念に追う業績として、以下のものを参照。BRUCE ACKERMAN, *1 WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* (Belknap Press of Harvard Univ. Press 1991) ; *do.*, *2 WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS* (Belknap Press of Harvard Univ. Press 1998) ; *do.*, *3 WE THE PEOPLE: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION* (Belknap Press of Harvard Univ. Press 2014) .

⁷ アルトゥール・カウフマン (著)、中義勝・山中敬一 (訳)『グスタフ・ラートブルフ』(成文堂、1992)。中山竜一『二十世紀の法思想』26-30頁(岩波書店、2000)等参照。

前者の流れに属しているものと考えられ、その特徴は、人間による法的価値判断の不安定性がもたらす社会的災禍のリスクに対して、客観的なプロセス—制度や手続—を用いて対処しようとする基本的思考方法にあった。ただ、上にもことわったように、この点は別の機会に詳述したいと考えているので、ここでは問題関心の提示のみにとどめる。

上に示唆したように、プロセス法学もまた、それ自体として、20世紀序盤から中盤の米国という、特定の時代と場所において展開された、法理論家たちによる知的格闘の集積であった。そして、それは、次世代の後進たちからの厳しい批判の対象となることで、法学そのものの発展を促す役割を果たしてきた。そして、そのような批判の内容にこそ、プロセス法学がもつ法思想・法理論としての最も特徴的な性格が反映されていると言えよう。次章では、このような切り口から、プロセス法学の基本的性格にアプロウチすることにした。

II. ホーウィッツの回想：1960年代のハーヴァード・ロー

2012年、『法の知識人との対話：現代米国

法思想の構築をめぐる回想』と題するインタビュー集が公刊された⁸。批判法学の創始者の1人であるとともに、現在の米国を代表する法制史家でもあるモートン・J・ホーウィッツ (Morton J. Horwitz, 1938-) は、同書に収められた聞き手とのやり取りの中で、自身が学んでいた頃のハーヴァード・ロー・スクールの内情を振り返って、次のように述懐している (Iは聞き手、Hはホーウィッツを指す)。

I：ハーヴァード・ロー・スクールでのご経験について、少しお聞かせ頂けますか？ TRANSFORMATION I* の中でお書きになっている事柄が、当時の米国法学界において主流であった思潮から見て、なぜそこまで異端視されたのか、分かりやすくなると思いますので。

H：1964年から'67年、私がいた頃のハーヴァード・ロー・スクールが、概してどのようなところだったのかという質問だね。とにかく、そこは政治に対して本当に無関心だったということだ。プロセス法学と中立的原理の教えが、その場所の感覚を支配していた。

⁸ JAMES R. HACKNEY, JR., *LEGAL INTELLECTUALS IN CONVERSATION: REFLECTIONS ON THE CONSTRUCTION OF CONTEMPORARY AMERICAN LEGAL THEORY* (NYU Press 2012). 同書の概要については、以下の拙稿を参照。(著書紹介)「アメリカ法学界の変遷と変質」[2014-1] アメリカ法72-8.

⁹ HACKNEY, *id.* at 67-9. 本文中でのやり取りには、上掲の著書紹介の中で使用した訳文が引用されている部分があるが、一部表現を改めた。

*[訳注1] MORTON J. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860* (Harvard Univ. Press 1977) のこと。続編となる HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1879-1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY* (Oxford Univ. Press 1992) との関係で、両書はそれぞれ、TRANSFORMATION I および II と俗称される。TRANSFORMATION I については、本邦においても多くの紹介や検討があるが、大内孝『アメリカ法制史研究序説』357-74頁(創文社, 2008)が詳しい。大内は、TRANSFORMATION I ほど「アメリカ法学界・歴史学界双方に衝撃を与え、異様なほど多数の書評と論争を生み、現在でもなお他の研究者から多くの参照・引用をされ続けているアメリカ法制史研究は他に見当たらず、恐らく空前のものだろう」と評しつつ(357頁)、同書の「恐らく最大のねらいが、法におけるイデオロギー的要素の承認の要である」と指摘する(370頁)。大内の分析は、ハーヴァード・ロー・スクールの支配していた中立的原理の観念や政治的無関心を、ホーウィッツが、一顧だにする価値なしと言わんばかりに打ち棄てた、その動機を裏付ける。

それとともに、当時は、ウォーレン・コートが画期的な諸判決を出していた時期でもあった。教授陣が教えることと、周囲で起きていたことに対する自分の受け止め方—ヴェトナム戦争に対する反対と、ウォーレン・コートに対する賛同—との間には、食い違いがあった。時代遅れで、米国社会にとって本当に大切なことを理解するためには、ロー・スクールには意味がないということを、肌で感じたよ。

I: ヘンリー・ハートの講義に出席されていたようですが、いかがでしたか？

H: ヘンリー・ハートは、ハーヴァード・ロー・スクールが犯していた間違いを象徴するような人で、看板教授のうちでも、秀才の最たる人だった。3年生の時に、彼の連邦裁判所の授業をとった。その前の年には、法過程の授業もとっていた。例の、ハートとサックスが編集した未発表の教材を使う講義だね。入学年次を問わず、大半の学生は法過程の授業をとっていたよ。その教材も、全米のどの他大学でも複製して利用できるように、有償で譲られていたようだ。1950年代の後半から'60年代の前半まで、毎年多くのロー・スクールで、膨大な数のコピーが使用されていたのだから、プロセス法学の世界観が、いかに大きな影響力をもっていたのかが分かるというものだ。ちょうど私がロー・スクールに入学する頃は、プロセス法学の影響力が急激に低下し始める矢先だった。

私の在学中に、ヴェトナム戦争への招集が抽選式になったんだけど、それは、専門職大学院の学生になっても、それ以降は招集を

回避することができなくなったことを意味していた。周囲にいたロー・スクールの仲間たちは、俄然、政治掛かっていったよ。見ているのがとてもつらい光景だった。ハーヴァード・ロー・スクールでの学生による抵抗運動が、現実的なものとなっていったのは、そこからだった。後からイェールで起きたようなものとは違って。ただ、教授たちをつかまえて、政治に無関心な空論家などと罵るところまでいったのは、ハーヴァード・ロー・スクール史上初めてのことだったんじゃないかと思う。ヴェトナム戦争と公民権運動によって、学生の中にも、大きな政治的反発が生まれたということだね。

I: 公民権事件に対する教授陣の反応はどのようなものでしたか？

H: ではまず、マクロスキー**とのやり取りを挙げてみよう。彼と一緒にハーヴァード・ヤードを歩いていて、*Brown* 判決について話していたら、彼は THE AMERICAN SUPREME COURT の終わりでもそう書いているんだが、最高裁は *Plessy* 判決を破棄するのではなくて、分離すれども平等の法理を限定すべきだったという趣旨のことを言っていたんだ。彼がそう言った時、私は開いた口がふさがらなかったのを覚えている。ショックだったよ。*Lochner* 判決に長年反対してきたことで、革新派の人々が、政治に関してはいかに鈍感になってしまったかが表れていたと思う。

I: そうですね、解釈論的にはもっともでも、政治的には破綻している。

** [訳注2] ロバート・G・マクロスキー (Robert G. McCloskey, 1916-69)。ハーヴァードの政治学者で、ホーウィッツの米国法史観に強い影響を与えた。同発言中に登場する THE AMERICAN SUPREME COURT (1st ed. 1960) はその代表的著作。

H: まったくだね。さらに甚だしいのは、教授陣の中には、*Brown* は誤った判決だという考えをもっている者もいたんだ。ひどく愕然としたよ。信じられなかった。リベラル派の法学者たちが、ウォーレン・コートがとった行動に対して、みるみる幻滅して行ったのがわかったよ。ウォーレン・コートが風穴を開けたのは、教授たちが信じていた司法の自己抑制という考え方だったんだが、それは学問的には、鏡に映ったフランクファーターみたいなものだったんだ。それが彼らの癪に障ったわけだね。

もう1つ例を挙げよう。1961年、オーウェン・フィス^{***} はハーヴァード・ロー・スクールの1年生だった。彼はこんなふうに述懐している。ラングデル・ホールの読書室で勉強をしていたら、俄かに人が集まってきて、そのうち怒気を帯び始めた。何事か尋ねてみると、*Baker v. Carr* 事件の判決言渡しがあったところだったそうだ。選挙区割は司法判断には適さないという、フランクファーターの判決が覆されたわけだ。翌日の講義では、不法行為法の教師が授業を丸ごと潰して、*Baker* 判決は法の支配を破壊するものと非難したんだそうだ。そういう発想が、そこでいかに深く浸透していたかが分かるというものだね。要は、最高裁のフランクファーター派と、ハーヴァード・ロー・スクールで支配的だった中立的原理の理念とが、お互いを補強し合うことで自己完結してしまっていたわけだ。教授

たちの法的・政治的態度が私に与えた影響は、極めてネガティブなものだったということには、疑いがない。ハーヴァード・ロー・スクールで経験した重い真実は、師と仰ぎたくなるような人は、私にとっては1人もいなかったということだよ。いわば、私という人間を育ててくれる人は、そこにはいなかった。とはいえ、もちろん、そこはハーヴァード・ロー・スクールさ。

Ⅲ. 価値からの逃避をめぐる

上のやり取りの背景や米国法学史上の意味合いについて、少々補足しよう。

ホーウィッツが突き放して批判している対象が、当時のハーヴァード・ロー・スクールを支配していた「政治的無関心」という態度であることは、明らかであろう。教授陣が、政治に対してなるべく距離をとろうとしていたことは、世紀転換期から1930年代中頃にかけての米国において、各種の福祉立法や労働立法、あるいはニュー・ディール政策を、司法が阻害し続けたという歴史的教訓に由来する。会話に登場する *Lochner* 判決¹⁰は、そのような悪しき司法積極主義の代名詞とされてきた先例である。

このような経験から、1930年代から'50年代にかけての米国では、法は政治との間で可能な限り距離をおくことが、実務的にも、学問的にも、適切な態度であると考えられた。このような風潮を、ハーヴァード・ローの教授として、そして、後に連邦最高裁判所の判事として強

*** [訳注3] オーウェン・M・フィス (Owen M. Fiss, 1938-)。イェール・ロー・スクール名誉教授で、専門は憲法、救済法、司法制度論等。また、マーシャル (T. Marshall) 及びブレナン (W.J. Brennan) といった著名な裁判官のロー・クラークを務めた。

¹⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)。同判決の歴史的意義をめぐることは、伝統的に通説とされてきた革新主義史観の見直しも、近年目覚ましい進展を遂げている。本邦においても先行研究が蓄積しつつあるが、同判決の法思想史・法文化史的背景を視野に入れつつ、丹念な検討を積み重ねているものとして、以下のものを参照。清水潤「コモン・ロー、憲法、自由—19世紀後期アメリカ法理論と *Lochner* 判決 (1)~(8・完)」中央ロー・ジャーナル14巻1号 103-39頁、2号103-49頁、3号21-53頁 (以上2017)、4号87-114頁、15巻1号109-40頁、2号47-77頁、3号109-25頁 (以上2018)、4号69-92頁 (2019)。

く推し進めたのがフランクファーター (Felix Frankfurter, 1882-1965) であり、ホーウィッツが在学していた頃のハーヴァード・ローの教授たちの多くは、その熱心な信奉者であった。

回想中で、フィスが目撃した騒ぎのきっかけとなった *Baker* 判決¹¹は、選挙過程に関連する諸問題に対する司法審査の可能性を、連邦最高裁判所史上初めて肯定した判決で、当時在任中でもあり、かつてその可能性を否定する先例¹²を主導していたフランクファーターは、もちろん反対意見を執筆している¹³。*Baker* 判決が、法と政治との再接近を示唆したものであったことが、教師が授業を丸ごと潰してそれを論難するという、今日のわれわれの目から見れば、いささか異常なほどの反発を招いたわけである。

このように、時代は、政治に対する法からの不干渉、すなわち司法消極主義を、法律家としての正しい態度決定であると考えていた。ロー・スクールでの法学教育や、実務家による法的推論においても、政治的党派性につながる価値判断や政策選択を遠ざけつつ、コモン・ローにおける伝統的な形式的技術に則った先例の運用等を通じて、法の中立性を保持すべきことが支持された。同時に、1938年に初めて登場した、いわゆる二重の基準が示唆したように、立法府には幅広い政策裁量が認められた¹⁴。当時の米国の法律家にとって、政治をめぐる事柄については、いわば「沈黙こそ金」であったといえよう。

このような平穏は、ウォーレン・コートによる *Brown* 判決¹⁵によって打ち砕かれた。各州制定法等に基づく人種別学制度を違憲と断じ、「分離すれども平等の法理」を宣明した *Plessy* 判決¹⁶を破棄した *Brown* 判決は、戦中戦後の米国社会が、その不正義に見て見ぬふりをし続けた人種間不平等という倫理的課題から、米国のもはや逃れられないことを明らかにした。それにもかかわらず、先例法理の技術的操作の話題を持ち出して、正義の問題から頑なに目をそむけようとしたマクロスキーの態度に、若きホーウィッツは失望したのである。

Brown 判決がその基盤を揺るがす嚆矢となった、当時の米国法学界における支配的な法思想が、司法の自己抑制を基調とするプロセス法学であり、「中立的原理」は、その主要な考え方の1つであった¹⁷。また、回想の中に登場するヘンリー・ハート (Henry M. Hart, Jr., 1904-69) は、愛弟子として、またのちにハーヴァード・ローの同僚として、フランクファーターの教えを忠実に守り続けた理論家の1人であった¹⁸。

ホーウィッツを、それほどまでに強く突き動かした惟いとは、どのようなものであったのだろうか。それは、政治的中立性の保持に汲々とするあまり、正義という規範的価値の問題に対して、正々堂々と向き合うことに及び腰となっていた法と法学に対する怒りと失望であり、そ

¹¹ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

¹² *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

¹³ *Baker*, 369 U.S. 186, 266-331 (1962) (Frankfurter, J., dissenting).

¹⁴ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

¹⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka* (Brown I), 347 U.S. 483 (1954).

¹⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

¹⁷ Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959). NEIL DUXBURY, *PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE* 267-78 (Oxford Univ. Press 1995). STEPHEN M. FELDMAN, *AMERICAN LEGAL THOUGHT FROM PREMODERNISM TO POSTMODERNISM: AN INTELLECTUAL VOYAGE* 125-8 (Oxford Univ. Press 2000).

¹⁸ See Eskridge & Frickey, *supra* note 5, at lxx, lxxiv.

して、たとえ一時であるにせよ、そのような臆病者の集団の中に自らの未来の可能性を垣間見た、自分自身に対する幻滅と嘲笑であったことだろう。

上述のように、その後、ホーウィッツ自身は、ケネディ (Duncan Kennedy, 1942-) やアンガー (Roberto M. Unger, 1947-) らとともに、強い価値的コミットメント — 法におけるイデオロギー的要素¹⁹ を前面に押し出す法思想たる批判法学を創始する。そこでは、法と法学の中立性はいうに及ばず、そのような観念を基盤とする米国型リベラル・デモクラシーそのものが、実際にはリベラルでも、デモクラティックでもない抑圧的体制として、根本的に批判されてきた²⁰。ホーウィッツにとっては、正義や平等といった規範的価値に対して、正々堂々とコミットすることこそが、法とよばれる実践における至上命題であるとともに、その実現へ向けた知的営為の絶えざる蓄積こそが、法学の使命であるということになる。

しかし、一方で、人間による価値選択は、政治的態度決定との間に有意義な差をもたない。

叙上のように、政治に対する司法的介入の苦い経験から、そのような規範的選択を、法に関する学知の世界から放逐しようと試みたのが、フランクファーターの流れを汲むプロセス法学であった。その世界観の下では、法規範の妥当性は、それを生み出す法定立機関 — 立法府、行政機関、裁判所、私人など — に備わった客観的な規範創出構造と、そこで履踐される共有された手続の性格によって規定されるのであって、その限りにおいて、そこに関与する諸個人がいかに選好や恣意からは有意義な影響を受けるものではないと考えられてきた。このような、プロセス法学の核心をなす法形成過程観 — 制度的適性の観念 — は²¹、法規範の妥当性に関する考察から、人間による価値選択を可能な限り切断しようと目論む点において、批判法学の対極にある。

価値選択の問題から逃避するの否か。ホーウィッツにとって、それは法学におけるマクベス的な問いであったのではなからうか。

¹⁹ 前掲 [訳注1] 参照。

²⁰ DAVID KAIRYS, THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE (Basic Books 3rd ed. 1998) . GARY MINDA, POSTMODERN LEGAL MOVEMENTS: LAW AND JURISPRUDENCE AT CENTURY'S END 106-27 (NYU Press 1995). 邦語文献として、船越資晶『批判法学の構図：ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』（勁草書房、2011）。

²¹ 制度的適性の観念については、機会をあらためて詳論したいと考えているので、ここでは差し当たり Eskridge & Frickey, *supra* note 5, at lx-xii を参照。「公益を促進しようとする政府においては、それぞれの組織は特定の適性あるいは専門性を有しているので、良い統治のためには、何が最善の政策であるかを明らかにすることだけでなく、どのような機関が、どのような決定を行い、かつ、すべての機関が相互にどのように関連しているかについて明らかにすることが重要である。このように考える場合、[間違った法創造の原因は] 複雑な社会問題を、独立した裁判官によるケース・バイ・ケースの裁定を通じて解決しようとしたことであった。そのような問題は、より高度の調査手法や、より規制的な仕組みを利用することができる、立法過程あるいは行政過程に委ねられるべきものである」(lx)。「裁判官には、制度的限界に起因する不適性がある。裁判官は、高度に専門化した分野を処理するには不向きなジェネラリストである。裁判所は、多様な側面を有する社会経済問題を解決するのに必要とされる、事実調査を行うための資源および能力を有していない。ケース・バイ・ケースという手法は、社会が従いような有用なルールを定立するには、緩慢であると同時に精密さを欠く」(lxi)。「行政機関は、データを収集し、社会経済的諸要因を比較衡量する上で、より優れているし、より大きな民主的答責性を負っている」(lxii)。なお、[]内は筆者による補充で、以下同。

IV. 法思想における人知への不信

そのような意味では、インタビュー中に登場する、「解釈論的にはもっともでも、政治的には破綻している」(technically sound, but politically bankrupt)²²という、聞き手による冷徹な分析は、マクロスキーによる *Brown* 判決評のみならず、実質的には、当時の米国で通説的地位を占めていた法思想であるプロセス法学そのものの宿命的な傾向をも示唆しているといえる。

そして、そのような分析の背後には、西洋法文化の根底に横たわり続けてきた、より普遍的な対抗軸が垣間見えるのではなからうか。あらかじめ断っておくと、ここでは、何か目新しい知見を大げさに披歴しようというのではない。ここで指摘しようとするのは、たとえば、〈客観的論理〉と〈主観的価値判断〉、〈法的三段論法〉と〈利益衡量〉、〈文理解釈〉と〈目的論的解釈〉²³、あるいは、より日本的な表現では、〈理屈〉と〈人情〉といった、法的決定の根拠をなす推論過程に内在してきた思考の型のことである。これらが、個別具体的な紛争解決という、いわばマイクロ・レヴェルの法実践における表れであるとすれば、同様の二項対立は、たとえば、大学で講じられるような法源論の文脈では、〈実定法〉と〈自然法〉・〈条理〉といった図式でも登場する。

そして、法思想の次元では、〈法実証主義〉

と〈自然法論〉・〈事物の本性論〉、あるいは、米国の文脈では、〈プロセス法学〉・〈法と経済学〉と〈批判法学〉といった対置を用いて例示することも可能であろう。さらに、この図式は、近代的国家統治における課題処理の手法ないし過程の類型・性質というレヴェルでは、〈法〉と〈政治〉との区分にも対応するものと考えられるし、究極的には、人間の精神的営為における〈科学〉と〈宗教〉との区別にまで到達するものであると考えられる。

このような対置図式は、法的判断がその一例となるような、多数の人々の利害に重大な影響を及ぼす公共的決定を行うに際して、あらゆる人間が不可避的に有する〈可謬性〉に対処しようとする企図に、その本質的な淵源をもつものであると考えられる。別の言い方をすれば、失敗を避けたいと望むような重大な判断を行わなければならない場合でも、人間の知的営為は、究極的には個人の主観によるもので、その限りにおいて不確実、不完全であることを免れることはないのであるから、そのような不確実性の存在を前提としたうえで、相対的により確実な形式知や客観知の助力を得て、重要な決定における失敗のリスクを最小化しようとする願望に、上の二項対立は、1つの重要なルーツをもつものと考えられる。

さらに別の言い方をすれば、それは、人間の精神的能力に対する〈不信〉に由来するもので

²² HACKNEY, *supra* note 8, at 69.

²³ やや位相を異にするものの、法解釈をめぐる志向性の異同・対立に言及するものとして、STEPHEN G. BREYER, *MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW* 75-156 (Vintage Books 2010) がある。同書は、連邦最高裁の現役判事が、米国における最高裁の権威の在り方や憲法解釈の手法について論じたものである。著者は、同書第II部において、制度的適性の観点の重要性を説きつつ、憲法解釈における‘text-oriented interpretation’を批判し、より適切な手法として、合目的的な‘pragmatic approach’を主張する。婉曲的な表現が用いられているものの、著者の批判が、いわゆる原意主義 (originalism) に向けられたものであることは明らかである。原意主義については、大林啓吾「司法裁量 — 原意主義と生ける憲法の接合は可能か?」大沢秀介・大林啓吾 (編著)『アメリカの憲法問題と司法審査』267-95頁 (成文堂, 2016) 等参照。また、米国憲法の解釈手法に関する上のような論争の前史としての、解釈主義 (interpretivism) と非解釈主義 (non-interpretivism) との争いについては、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣, 1991) が詳しい。

あるともいえよう。重要な公共的決定において、人間が過去に犯してきた過ちの経験や、その記憶に由来する〈恐怖〉が、上記の対立図式における左項グループに属する発想や知的技術の根底にはある。また、そのようにとらえる場合、右項グループは、不信や恐怖の対象である、人間の知的能力の不確実性をシンボライズするものでさえあろう。

そして、このような人間精神への不信は、20世紀の米国法思想史を貫く、長大な縦糸でもある。そこに登場する様々な学派や理論家は、それぞれの在り方において、科学的な客観知を採用することによって、判決の予測可能性の向上や、裁判官の主観的偏向の排除に努めたり、あるいは逆に、法の科学化に籍口した人間疎外を糾弾したりしてきた。もちろんそれは、ある学派が完全に科学主義的で、別の学派は完全に人文主義的であったというような、単純なものではありえない。たとえば、リアリズム法学のように、隣接諸科学の知見を援用して法学を客観化しようとする科学主義的傾向と、政治的価値選択としての一種の理想主義的傾向とを、同時に内在させていた例もあった。

上にも述べたように、本稿における主要な問題関心の1つは、法思想の基底に、人間精神への不信というモチーフを見出そうとすることにある。そして、このようなモチーフが、どうしても避けて通れないものであると筆者が考える理由は、本稿が、20世紀、特にその前半から中盤という時代を主要な対象としていることにある。21世紀を生きるわれわれが、法や正義、科学、あるいは人間そのものについて語ろうとすると、反省や希望を含めて、それらの教訓の多くが、20世紀という時代から圧倒的な影響を受けていることは否定できない。そして、人間と正義について考察しようとするとき、20世紀がみせた、次のような側面から目を背けることもできない。ここでは、細見による総括を引用しよう。

二〇世紀の前半は文字通り破局の時代であった。とりわけ、戦争や殺戮の規模の拡大とその手段の飛躍的な「発展」は、ほとんど壊滅的な印象を与えます。機関銃が本格的に用いられたのは一九〇四年に始まる日露戦争が最初であると言われます。戦車すら第一次世界大戦にいたってようやく登場します。それが、第二次世界大戦では空爆が一般化し、一九五二年には水爆実験の成功にまでいたります。そのあいだには、スターリンの「社会主義」政権の支配下で粛清の嵐が吹き荒れ、ヒトラーの「国民社会主義（ナチズム）」は占領地ポーランドに絶滅収容所をいくつも設置し、「民主主義の砦」アメリカ合衆国によって原子爆弾が広島と長崎に投下されました。…

二〇世紀の大量殺戮が悲惨なのは、それがたんに太古的な野蛮の残存を印象づけるからではありません。逆にその野蛮な殺戮が高度な知によって媒介されているからこそ、私たちはいっそうやり切れない思いにかられます。ナチスの絶滅収容所は、「死の工場」と呼ばれるような、計画性をもったメカニズムをそなえていました。何万という人間を毎日殺害して焼却し、灰とするのには、それ相応の技術が必要です。

しかも、野蛮な殺戮を実現したものは技術としての知だけではありません。「ナチズム」という理念のもとであれ、「社会主義」という理念のもとであれ、あるいは「民主主義」という理念のもとであれ、さらには「大東亜共栄圏」という理念のもとであれ、二〇世紀における大規模な殺戮はそれなりの根拠（理由＝理性）をおおっぴらに掲げて行われてきました。もちろん、太古の時代から、人類はたんに訳もなく殺し合ってきたのではないでしょう。心理的な不安や恐怖、「相手がさきにやったのだ」という理由から、生き延びるための必要悪にいた

るまで、人類の太古における野蛮には、すでに根柢が、理性が、書き込まれていたに違いありません。…

いったい文明化の歴史とは何だったのか²⁴。

上の回顧と問いかけは、直接的には、戦中から戦後にかけてのドイツ思想における1つの主要な着想について述べられたものである。しかし、そこに挙げられた歴史的事実は、ヨーロッパのみならず、全世界の知識人に共有されなければならないもので、事実、共有されてもいるであろう。そして、本稿が主に取り扱う米国においても、それは同様である。「人間の知性を信じることは可能か」。これは、上の引用文の根底にあった問いであるだけでなく、少なくともいくつかの基幹的分野において、戦後の日本法を支配した、20世紀米国学、およびその法思想の核心を占めていた問いでもあったと想定される。そして、この問いに対して、米国学がどのように応答しようとしてきたのか、その歩みの実相について解き明かす試みは、やや思い切った言い方をすれば、戦後日本法学に対し

て、一筋の啓蒙の光を当てる試みにもなるものと考えられる²⁵。

V. 戦後日本が追い求めた米国憲法の世界観

冒頭でもふれたとおり、法思想としてのプロセス法学を十分に解明することが、われわれにとって是非とも必要であることの理由の1つは、それが、戦後日本の憲法学がその正体を追い求め続けた、20世紀的米国憲法の世界観そのものであるからである。

こんなふうを考えてみよう。第2次世界大戦での敗戦という偶然がなかったとしたら²⁶、わが国の憲法学が、法伝統や法系を異にする米国の〈かたち〉を、今日に至るまで、膨大な紙幅を費やしながら探求し続けるような状況は、果たして存在したであろうか。たとえば、戦後憲法学の発展において指導的役割を果たした偉大な先達の1人として、芦部信喜の名を挙げることに異論が挟まれることはないであろう。そして、今日その数々の業績を振り返るとき、米国の違憲審査理論や画期的諸判決に関する紹介や分析が、半ばそこを埋め尽くしているという事実の意義を、今日、われわれはどのように理解すべ

²⁴ 細見和之『フランクフルト学派：ホルクハイマー、アドルノから21世紀の「批判理論」へ』104-6頁（中央公論新社、2014）。

²⁵ 法システム内部において、客観的論理および主観的感覚が、それぞれどのように働いていて、それが制度全体の作動や成果に対して具体的にどのような影響を及ぼすのか、という問いが、戦後の日米比較法研究における重要論点の1つとしても指摘されていたことは、あまり知られていない。この点について、竹内昭夫は、田中英夫との対談の中で、法における「理論」の意義や作用に話題が及んだ際、日本の法学や法実務に観察される特徴の1つとして、以下のようなメンタリティの存在に言及している。「論理に対する信仰と人間的判断に対する不信とが表裏一体になっているように思います。それがあつたために、世間知、社会知と法律的な原理原則とが、しっくり重なり合わないところが出てくるように思いますね」。この発言は、米国の法運用一般に看取される、課題や事案に即したプラグマティックな志向性の存在に関する、田中による指摘を受けたものであつた。田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』213-4頁（東京大学出版会、1987）。

そのような法感覚に関する彼我の異同は、今日でも、依然として重要な、未解決の比較法的課題であり続けているように思われる。制度的背景に由来する米国独特の訴訟観念に着目しつつ、日米の違いに言及する近時の有力な学説として、ROBERT A. KAGAN, *ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW* (Harvard Univ. Press 2nd ed. 2019) 参照。また、同書初版の邦訳として、ロバート・A・ケイガン（著）、北村宜喜他（訳）、『アメリカ法の法動態：多元社会アメリカと当事者対抗的リーガリズム』（慈学社、2007）がある。

²⁶ それが偶然であつたのか、それとも必然であつたのかという問いは、本稿の取り扱うところではない。

きであろうか²⁷。

1946年の米国憲法継受、すなわち、「日本国憲法の制定は、占領管理体制の下における、いわば強いられた『憲法革命』というべきものであった」²⁸。もちろん、厳密に言えば、現行憲法に引き継がれたのが、米国憲法のみであったというわけではないだろう。例えば、大石眞は、日本国憲法の基本権保障規定に「社会化」の影響が看取される点に着目しつつ、「比較憲法史的な見方に立って日本国憲法の特徴を一言であらわすとすれば、それは、第一次大戦後のヨーロッパ諸国の新憲法とアメリカ型『法の支配』との混成憲法である」と述べている²⁹。

しかし、基本権保障規定の性格をどのようなものと見るにせよ、「直接的には連合軍総司令部の強い示唆」³⁰を通じて、わが国に実際に移植されたものは、「それまでの日本側の憲法構想とはまったく異なる原理と精神に立つもの」³¹であったことは、否定しえない。また、その移

植過程には、迅速な戦後処理の必要性という特殊事情の下で、「連合軍総司令部当局における比較法的考慮の不足によって、わが国の実情を無視したアメリカ法の強制もあったであろう」³²という指摘もある。

いずれにせよ、そこで継受されたものの性格を、比較法的観点から簡潔に述べるならば、それは、基本的人権や統治秩序の具体的内容を、個別的な訴訟の蓄積を通じて明らかにする、コモン・ロー的な司法的憲法であり、それを象徴する制度が、通常裁判所による違憲審査制であったということになる。そして、違憲審査制が、日本国憲法81条として、いわば〈書かれた米国憲法〉として移植されたものであると考えるならば、同時に移植された〈書かれざる米国憲法〉が、当時の米国法において支配的であった統治秩序観であり、たとえばそれは、積極主義や消極主義といった、民主制との関係における裁判所の正しい立ち位置に関する言説として

²⁷ 「戦後憲法学を考えたときに、芦部先生が憲法訴訟論をアメリカの憲法判例に即して開拓されたことが1つ、大きな転機ではないか（宍戸常寿発言）、宍戸他、前掲（注2）、197頁。芦部は、ロックフェラー財団の支援を受けて、1959年9月から約2年間をハーヴァード・ロー・スクールで過ごし、その成果を『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973）、『現代人権論—違憲審査の基準』（有斐閣、1974）、『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981）等にまとめている。これらの研究は、今日においてもなお、芦部の主要業績として言及されることが少なくない。これらの著作には、米国における憲法解釈や違憲審査制の運用の在り方の中に、日本法にとつての範を必死で見出そうとする芦部の意志が表れているように思われる。「当時私に許された時間と私の能力の及ぶかぎりアメリカの判例や文献を渉猟するという、非常な労力を要する作業を行ったのは、それが日本の憲法訴訟の質を高める不可欠な一つの道程だと考えたからにはかならない」（『憲法訴訟の理論』3頁）、「熱情をこめて『こわれやすく傷つきやすい』優越的自由（NAACP v. Button, 371 U.S. 415）に対する不当な侵害を排除する法理を展開する合衆国最高裁判例を参照しつつ、新しい法的構成をこころみることが、わが国の人権に関する憲法訴訟の質を高めるためにも重要な課題だと考えた」（『現代人権論』3頁）。

芦部らの努力の成果については、林知更が次のように評している。「解釈論の領域でも、[戦後憲法学]の重要な学問的革新はアメリカ憲法学（実体的な解釈論のみでなくとりわけ憲法訴訟の技法）の継受にあり（芦部信喜、佐藤幸治、表現の自由の領域における奥平康弘など）、それまでの憲法解釈論にいわばまったく新しい言語を取り入れる試みであったと評価しうる」。宍戸他、前掲（注2）、12頁（脚注省略）。

²⁸ 大石眞『日本憲法史』366頁（講談社、2020）。

²⁹ 上掲、370-3頁。

³⁰ 田中英夫「日本における外国法の摂取：アメリカ法」、伊藤正己編『岩波講座 現代法14 外国法と日本法』291頁（岩波書店、1966）。

³¹ 大石、前掲（注28）、341頁。

³² 伊藤・木下、前掲（注4）、6頁。

論じられていたものであった。この〈書かれざる米国憲法〉が、法思想としてのプロセス法学に当たる。

叙上のように、本邦の憲法学にとって、米国憲法の継受は、周到かつ十分な地ならしの上に進められたわけではなく、いわば青天の霹靂ともいべきものであった。その点において、戦後憲法学における米国学研究は、悪路を行く旅となること、当初より宿命づけられていたといえる。そして、それを悪路たらしめた大きな原因の1つが、米国型統治制度の書かれざる基盤であったところのプロセス法学に対する、日本側における関心や理解の欠如であったと考えられる。

違憲審査制という未知なる大剣を手にして、その用い方をめぐって暗中模索したのは、芦部のような学者だけでなく、同様の不安や葛藤は、同時代の実務家の間でも共有されていた³³。このような苦悩の歴史を振り返るとき、歴史的偶然によって本邦に移植された〈国のかたち〉が、どのようなメンタリティに拠って立つものであったのか、逆に、どのような世界観には立脚しないものであったのかをいま一度明らかにすることは、いわば引き算的な意味において、本邦の憲法学に対して一定の貢献をなしうるものとする。

VI. 結び

本稿が、主題であるプロセス法学を、相当異

なる複数の視点から眺めてきたことには、もちろん理由がある。率直に言えば、それは、眺め方の角度によって、見えてくるそれぞれの側面や表情が、いずれも重要であると思われるので、全体としての収まりを考えるとやや生硬さが残ることを承知の上で、それぞれの側面や表情を、いずれもありのままに提示したいと考えたためである。

大まかに言えば、本稿はプロセス法学に対して、法思想史、比較法学（法継受論）、および法理学という3つの角度から同時にアプローチしている。ここまで示唆したとおり、複眼的視座の欠如こそ、本邦の法学が苦しみ最大の病弊か、少なくともその1つである。本稿の行論が滑らかなものでないとするれば、それは、何らかの隠された考慮の下で、主題を過度に単純化したり、可視的なものを不可視的なものとして偽ったりすることを避けようという、筆者の意図によるものであると理解されたい。

法の継受は難しい。それは失敗するのが一般的であり、真に成功と呼べる状況は極めて稀な例外である。比較法原論においては、そのようなペシミズムは伝統的に有力である³⁴。もちろん、たとえば、私法分野では公法分野よりもそれが容易であるといった類の言説に示されるような、法分野による移植の難易の差はあろう³⁵。しかし、米国の“law-and”を想起するまでもなく、今日、法的考察の方法論は多様化している³⁶。ある理論的立場に立てば、容易に法

³³ 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣、1970）。

³⁴ 沢木敬郎「法の継受」、伊藤編、前掲（注30）、115-7頁。五十嵐清『比較法ハンドブック』135-49頁（鈴木賢・曾野裕夫補訂、勁草書房、第3版、2019）。

³⁵ 法継受が、公法分野よりも私法分野において容易であるという類別論は、20世紀以降に実現へ向けた努力が開始され、いくつかは実際に完成をみた各種の私法統一条約、あるいは、19世紀における法継受が、ナポレオン民法典に代表される、ヨーロッパ系の民法典を中心に展開したという歴史的経験等に由来している。しかし、今日では、国際人権法の普及や米国型の司法審査制の採用拡大など、公法の国際的伝播も着実に進行しつつあり、上のような類別論を従前どおりのかたちで維持することは困難になってきている。See MATHIAS SIEMS, *COMPARATIVE LAW* 241-8 (Cambridge Univ. Press 2nd ed. 2018)。

³⁶ それは、成果と弊害の両方を産出していることを忘れてはならない。See HACKNEY, *supra* note 8, at 127.

を移植できそうだと予測された場合でも、別の立場から検討してみたところ、予期されなかった副作用があることが判って、移植は困難だという結論に至った、などという状況も想定されよう。

たとえば、物権法や相続法などの一部を構成する土地取引法が、私法に含まれることはいうまでもないが、土地の移転や使用収益に関する法規範は、所在地の気候風土や、それに基づく慣習によって強く拘束されることが通例である。慣習は、長い歴史的継続の過程で、土着の祭祀や信仰といった文化的・宗教的要因と結びついていることも珍しくない。そして、そのような固有の慣習と通底する土地取引法が継受の目的とされるような場合、相対的に移植されやすいと考えられていた私法分野においても、宗教的要素の法域間移動という、法移植における最も困難な課題が頭をもたげてくることにもなる³⁷。繰り返すが、法の継受は難しい。「もとより社会の実態が異なる以上」、外国法を「そのまま持ち込むことは愚かである」と喝破した伊藤正己の警鐘に³⁸、われわれはもう一度耳を傾けるべきである。

そして、そうであればこそ、拙速な憲法継受のツケは、わが国の戦後憲法学に重くのしかかり続けたのであり、その一部としてのプロセス法学の正体を暴いて、米国学の重荷を少しでも軽くしようとする本稿の試みもまた、そのようなツケを清算しようとする努力の一環としての意味をもつ。

次に、米国憲法研究に看取される最大の難点

について指摘しておきたい。それは、審査基準等に関する精緻な検討が、多くの憲法学者の関心を訴訟の技術的側面に偏重させてきた結果、〈この国のかたち〉を構成する重要な実体問題の考究に割かれるべき時間と労力を、彼らから奪い続けている点にある。

たとえば、憲法が〈人間社会のかたち〉(constitution)であるという原点に立って考えてみると、生や死、あるいは、性や生殖をめぐる自己決定権の範囲は、個人の集合体としての社会や国家の本来の性格に照らせば、最も根本的な論点であるはずである。少子化や高齢化、あるいは性的少数者の権利保障が叫ばれる今日のわが国において、これらの実体問題は、まさに〈この国のかたち〉をなすものとして討議されるべきものであるはずであろう。憲法訴訟論や審査基準論が重要でないと言っているのではない。それらが、あるべき〈この国のかたち〉を彫琢しようとする上で、個人の自己決定権に関する、上に挙げたような実体問題よりも重要か、と問いたいのである。

実体論よりも争い方の技術の方に目が行ってしまうのも、前章において言及した、コモン・ロー的な司法的憲法観の難点の1つといえる。日本国憲法は、米国憲法の欠陥をも同時に継受したとみるのが、バランスの取れた評価というものであろう。

とはいえ、母法たる米国学においてさえ、個人の自己決定権の範囲をめぐる憲法解釈に際しては、支配的倫理規範としてのユダヤ＝キリスト教的伝統が参照されてきた³⁹。〈国のかた

³⁷ 家族法について、五十嵐、前掲(注34)、148頁参照。

³⁸ 伊藤・木下、前掲(注4)、16頁。

³⁹ 同性愛が、自己決定権の一部として憲法上保護されるか否かは、米国学において長年論争的であり、今後もそうであり続けるだろう。この問題をめぐっては、Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015)において、同性婚が憲法上の権利であることが確認されて、議論が一応落ち着いた感がある。しかし、ここまでの道程を振り返るとき、同性間性交に対する刑事規制の合憲性を確認した Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986) は、同性愛に対する米国の法および世論のめまぐるしい変化を例証するものとして、上の Obergefell 判決や、それ自体を

ち〉が問い直されるとき、法の技術論だけで答えがみつかるほど、人間社会は単純なものではない。本邦の憲法学は、これまで〈法外のもの〉とされてきた様々な要因を、あらためてどのように取捨選択し、〈この国のかたち〉を描き出していくのであろうか。

[付記] 本稿は、JSPS 科研費 JP19K01266の助成を受けたものである。

(青森中央学院大学 経営法学部 准教授 しいな ともひこ)

覆した *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) 等と対比的に論じられることが多い先例である。Bowers 判決がしばしば言及される理由の1つが、バーガー (W. E. Burger) 首席裁判官による同意意見で、それは以下のような説示を含んでいる。「当裁判所が示したように、… 同性間性交の禁止は、非常に『古い淵源』(“ancient roots”)を有している。同性愛行為に関する個人の決定は、西洋文明の歴史を通じて、国家による介入に服してきた。それらの行為に対する非難は、ユダヤ=キリスト教的な道徳および倫理の規範に深く根差すものである。ローマ法においては、同性間性交は、死刑をもって処罰される罪であった。… 英国の宗教改革時代、教会裁判所の諸権限が国王裁判所に移譲されたとき、同性間性交を処罰する最初の英国制定法が可決された」。Bowers, 478 U.S. 196-7 (Burger, C.J., concurring) .

本文中でもふれたとおり、日本国憲法と米国憲法との間には、母法子法の関係に由来する一定の規範的同質性があるはずだが、現下本邦においても憲法問題化されつつある同性愛者の権利について、日本の裁判官が法解釈を行う場面を想定してみたとしても、バーガー首席裁判官と同種の法的推論がそこに持ち出されるような状況を、筆者は想像することができない。もちろん、ここには政教分離に関する諸原則も関係してくるはずで、それらをめぐっては、本邦の裁判官が特に神経質にならざるを得ないという事情もあろう。ともあれ、例外的であったとしても、〈国のかたち〉を彫琢するためには、宗教規範を含む実体的伝統に言及せざるを得ない状況があり得ることを、この同意意見は示唆している。もちろん、米国の裁判官も、頻繁にこの種の推論をふり回すわけではないが。