慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	公共的価値と司法審査
Sub Title	Public values and judicial review
Author	大沢, 秀介(Osawa, Hideyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.6 (1989. 6) ,p.17- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890628-0017

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

公共的価値と司法審査

大沢秀介

一　はじめに
二　サンスタインの主張
　1　利益集団に関する研究
　2　共和主義論争とマディソンの主張
　3　サンスタインの合理性の基準に対する見解
　4　その他のサンスタインの見解
三　サンスタインの見解の問題点(I)――共和主義思想と司法の役割
四　サンスタインの見解の問題点(II)
　1　サンスタインの改革案の問題点
　　(1)　司法審査に関する提案についての問題点
　　(2)　憲法構造に関する提案についての問題点
　2　サンスタインの見解に対する基本的批判
五　結語に代えて

一　はじめに

筆者は、かつて公共訴訟に関する論稿の中で、裁判所の積極的な活動を支持するフィス(O. Fiss)の考え方の問題点として、つぎのような指摘を行った。フィスは、裁判の機能は、個人間の紛争を解決することにあったわけではなく、一九世紀以来つねにかわることなく公共的価値(Public Values)に意味を付与することにあったとしているが、このような考え方は、裁判の機能を政治的な機能と同一視し、裁判所を政治機関とみなすことに通じるものであり、大きな問題を孕んでいる。(1)

筆者のこのような理解に対しては、佐藤幸治教授によって、「フィス自身は、政治に対する『法』の自律性と『裁判』の客観性を擁護しようとしているのであり、憲法を頂点とする統一的法秩序の下に、『法による裁判』という(近代)『司法』の維持の可能性を追求しているのだとみることができる」(2)という指摘がなされた。(3)

たしかに、このような理由から、裁判官が憲法に具現化された公共的価値を求めて模索するという可能性はありえようが、そのことは必ずしも裁判官さらに裁判所が公共的価値を模索すべき唯一の場であることまでも当然導き出すものではないであろう。公共的価値をめぐる対話に参加するのは裁判官だけではなく、公共的価値の何たるかを決定する場として、裁判所の他に議会の存在を全く無視するわけにはいかないと考えられるからである。もちろん、このことは公共訴訟の意義をただちに否定するものではない。筆者が指摘したいのは、公共的価値の実現という最終的な目的からいえば、それにふさわしいフォーラムとしては、司法の場ばかりではなく政治の場も考えられなければならないということである。

このような見解は、公共訴訟で展開された議論からみれば、やや逆説的な響きをもっていよう。公共訴訟を正当化する際の通常の議論は、政党の政治過程における役割の低下、それに反比例する形での政党を迂回した、官僚など直

接の政策決定者に対する利益集団による圧力の行使等を指摘することによって、アメリカ政治における空洞化した権力状況を埋めるべき存在として、司法の積極的役割を容認せざるをえない[4]というものだからである。そこでは、現実の政治状況が公共的価値とは縁遠い利益集団政治に陥っていることを理由に、その状況を回復する方法として[5]、司法の積極的役割が肯定されるべきであるという認識が存在しているといえる。

けれども、フィスが展開している公共訴訟の擁護論は、裁判所の積極的な行動を同じ様に強く肯定するシェイズ(A. Chayes)の議論とはその特色を異にし、プロセス法学(legal process school)の伝統にのっとりながら、なおかつ新たな裁判の本質に関する議論を展開するという点に特色を有する[6]。フィスの考え方は、司法権の基礎を理性的な対話(rational dialogue)に求めるという点では、従来の伝統的なプロセス法学と共通する特徴を示しているが、他方、その依拠する社会観の点においては、伝統的なプロセス法学の考え方とは大きく異なっているのである。

伝統的なプロセス法学においては、個人の価値が重んじられ、各個人の有する要求をみたすために社会的制度が存在するとされる[7]。これに対して、フィスは社会的制度の個人に与える影響を重視する。現代アメリカ社会で各集団の間に存在する権力と特権の配分の不平等を、憲法という形で明らかにされている公共的価値を基準に、積極的な政府権力の行使を通して是正していくべきであるとするのである[8]。

このようなフィスの議論、すなわち公共的価値を積極的な政府権力、具体的には政府権力の一部としての司法権の行使を通して実現していくべきであるとする議論の論理を延長していくと、そこで考慮されている政府権力について必ずしも司法権だけを念頭におく必要はないということになる。政府権力を行使する上で中心的な役割を果たすことが本来期待されている議会に対して、自ら公共的価値を見出すようにさせる試みも可能といえよう[9]。

政治に対する法の自律性を保ちながらとはいえ、司法の積極的役割が現在の政治における公共的価値の回復との関連によって肯定されるとするならば、公共的価値の積極的実現という観点から、現状の利益集団政治を政治過程それ

自体が矯正する方向にむけて、司法が積極的に司法審査を行うというあり方を必ずしも排除するすることはできないのではなかろうか。

実際、現在のアメリカ憲法学には、そのような観点からする研究が増加しつつある。これらの研究に見られる共通の特色は、司法審査を通して立法過程における意思決定の状況を見直し、現在利益集団政治に伴うさまざまな弊害によって多くの悪影響をこうむっている議員や選挙民の状況を改善し、本来の理想的形態へと変化させようとする点にある。

本稿は、そのような主張を積極的に展開しているサンスタイン（C. Sunstein）[10]の見解を中心に、以下のような順序で検討を行い、若干の考察を加えることを目的としている。第一に、サンスタインの主張の具体的内容とそこでの特徴を明らかにする。第二に、彼の主張の特色の一つとなっている共和主義（republicanism）について紹介し検討を加える。第三に、サイスタインの具体的な提案やその背後に存在する考え方の特色、問題点について考察する。以下、順次見ていくことにしたい。

（1）大沢秀介・現代アメリカ社会と司法（一九八七年）四五頁。

（2）佐藤幸治・現代国家と司法権（一九八八年）一〇三頁。佐藤教授は、司法権を「裁判官をはじめとする法曹一般の〝解釈共同体〟を基盤に、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」ものであるとしているが、佐藤教授によれば、このような考え方はフィスの司法権のとらえ方と共通するところがあるとされる。

（3）佐藤教授によれば、フィスの考え方は、つぎのような点を基礎としているとされる。①裁判官の任務は、憲法の文言、歴史、社会的理念を基礎に憲法的価値に意味を付与することであり、そこでは真実、正しさ、正義等が求められる。これに対し、政治は公共的価値を具現化する憲法上の価値などには配慮を払わない利益集団間の争いの場である。したがって、政治と裁判は区別される。②フィスの考え方の根底には、裁判は裁判官が有権的法テキストの意味とそこに具現化されている価値を理解し、表現するに至る解釈というプロセスであるという認識が存在する。そして、裁判官は、このプロセスにおいて、イデオロ

ギー的制度的に保障されながら、訴訟当事者から独立性を保障された立場で、公共的価値の意味を探る対話に参加することになる。それによって、法解釈ひいては裁判の客観性が保たれるように意図されている。佐藤・前掲書九〇頁及び一〇〇—〇一頁。

(4) 大沢・前掲書二六二—六三頁。

(5) 佐藤・前掲書九〇頁参照。

(6) 大沢秀介・現代型訴訟の日米比較（一九八八年）一八八—八九頁。

(7) プロセス法学のとる社会観の具体的内容については、大沢・前掲書(4)一八四—八五頁を参照のこと。

(8) 大沢・前掲書(4)一八九頁。

(9) Fitts, *The Vices of Virtue: A Political Perspective on Civic Virtue Reforms of the Legislative Process*, 136 U. PA. L. REV. 1567, 1576-77 (1988).

(10) サンスタインは、現在シカゴ大学ロー・スクール及び政治学部教授である。

二　サンスタインの主張

1　利益集団に関する研究

サンスタインの考え方を理解する上で、その前提として見逃すことができないのは、最近のアメリカにおける、利益集団に関する政治学と経済学の研究の発展である。

利益集団は、現代社会における政治、経済、社会のあらゆる局面での組織化と官僚化の進展及び立法国家から行政国家への国家像の転換に伴う政策決定過程の所在の移動によって誕生した。その結果、利益集団が「政党による媒介を経ることなしに、その巨大組織としての潜在的影響力を駆使して直接に政策決定過程に働きかける」[1]という現象が出現することになった。とくに、このような利益集団を重要な要素とする政治過程の構図は、一九三〇年代のニュ

ー・ディール期さらに一九六〇年代の民主党政権の時代に大きな進展を遂げることになったとされる。[2]

このような状況を反映して、アメリカでは政治過程を利益集団の活動を通して理解しようとする傾向が、政治学においてまずみられるようになった。ベントリー(A. Bentley)やトルーマン(D. Truman)などの集団理論に基礎をおく政治学者達は、利益集団を政治における不可欠の要素とみなし、重複して存在する多数の利益集団が自己の利益を主張しあいながら相互に圧力を及ぼしあいつつ、議会や行政府などでの政治的意思決定に影響をあたえる過程をその研究の対象としたのである。[3] そこでは、利益集団が相互に圧力をかけあう結果、たがいの影響力が相殺され、結果的に一種の政治的均衡が生ずるという基本的な理解が存在していた。このような見方は、今日でも根強く存在する。たとえば、これらの系譜に連なる研究の中で、今日において最も代表的な見解と目されているのは、集団理論の他に、イーストン(D. Easton)の政治システム論の影響の下に、[4] その多元主義の所説を展開した、ダール(R.Dahl)の考え方である。[5]

ダールは、通常のアメリカの政治過程を、社会の中で活動的でかつ正当性を有すると考えられている集団が、政治的意思決定の下される重要な段階において、自らの主張を効果的に行い、そこでの意思決定に反映させる可能性の高い政治過程と定義する。そして、ダールによれば、集団が自らの主張を反映させる手段はさまざまなものが予想され、そこでの意思決定は具体的には集団間の取り引きを通して決定されると考えられるべきことになる。したがって、具体的な結果としてあらわれる意思決定に対して、各集団の有するコントロールの程度は一様なものではないとされることになる。[6]

このダールの考え方の中にも、政治過程を利益集団による利益取り引きの場であるととらえる見方とともに、その前提として、政治過程が自動的に一種の均衡状態を保つように調整されるとする[7]政治過程論に共通の特徴を見出すことができる。ところで、この政治過程論で前提となっている均衡状態を支えるイデオロギーは、自由主義であるとされる。政治過程論では、イデオロギー的要素が排除されるが、それはアメリカン・イデオロギーがア・プリオリに前

提されているからである。[8] そのことは、逆説的表現ながら、「イデオロギー的対立の欠如、すなわちイデオロギー的一体性であり、より具体的には自由主義的一体性」[9]によって、この均衡状態が支えられているということを意味している。

いま述べたような政治学における利益集団に関する研究は、規範なき機能主義政治学とよばれ、政治のもつ実体的、歴史的、イデオロギー的側面の捨象であると批判されたが、[10] 政治過程における利益集団の活動については、経済学的研究によってさらに理論化されることになった。

経済学は、周知のように、これまでは市場における行動主体の分析及び理論化をその研究の目的としてきたために、政府の政策決定などの政治的決定は、その直接の関心対象から外れる周辺的な問題とされてきた。ところが、最近の経済学においては、政治過程そのものを分析の対象とする研究が数多くみられるようになり、現在では有力な一分野を形成している。それが、一九六二年のブキャナン (J. Buchanan) とタロック (G. Tullock) の研究[11]を嚆矢とする、「政策の決定がなされ実行される過程を分析する」ことを目的とする公共選択論である。[12]

公共選択論の大きな特徴は、方法論的個人主義と、個人を形式的に平等ととらえる民主主義を評価するという点に立脚しつつ、その結果としての個人の自由を社会政策の至上価値と考える点に存在するとされる。[13] このような特徴をもつ公共選択論の中でも、利益集団は通常一般的に指摘されるように、「一般大衆を犠牲にして特殊利益の恩恵に浴する」[14]存在として、みられつつも、[15] 存在そのものを否定されるわけではない。公共選択論によれば、政治的な判断に必要な情報を集めることによる期待便益が、それにかかる費用よりもかなり小さい場合には、合理的投票者は合理的無知を決め込むとされるが、利益集団は、このような個々の行動主体が政治的に無知であることと関連して活動をすることになるからである。[16] さらに、最近ではベッカー (G. Becker) などによって、利益集団を積極的にとらえ、所得の再配分やその他の公共政策を、政治的な影響力の獲得を目的とする利益集団間の競争という点から理論的に説明しよ

うとする動きさえみられるようになっている。[17]

ところで、このような自由主義に対する信頼を基礎におきながら、政治過程において利益集団が華々しく活躍するという政治現象に対しては、数多くの批判が存在する。とくに、政治学者ローウィ（T. Lowi）の批判がその中でも重要である。

ローウィは、利益集団政治の背後に、現代の行政国家化に伴って国家の私的領域への介入を認める一方で、「国家の作る政策が責任ある政府機関と当該政策に最も強く関心をもつ組織利益の間の相談と交渉の結果」[18]によってもたらされる、という自由主義に基礎をおく考え方を見出す。ローウィは、それを利益集団自由主義（interest group liberalism）と呼ぶ。ローウィによれば、このような利益集団自由主義は、一つの大きな問題点を有している。それは、利益集団自由主義の結果としてあらわれた政府が、「多元主義者が主張した強い積極政府ではなく、大きくなったがゆえに無力になった弱い政府（であり）、……範囲において限界をおかず行為において形式をもたず意図において一貫性がない政府（であるために）、……正義を構想することも実現することもできない」ものになる可能性が高いという点である。すなわち、利益集団自由主義の下では、「国家が肥大化すると、それに応じて国家が与える後援と特権を得る機会も増え、……権限の数は増大していくが、それは公的な選択ではなく、個人的な分捕りという形をとって」[19]行われやすい。その結果、多元主義に属する政治学者の期待するような、多様な利益集団が政治過程に参加することによって政治体制が安定するということが生じずに、「むしろ、利益集団が多様化すればするほど、統治権力は収拾の困難な状況に直面することになる」[20]という問題状況を招くことになるというのである。ローウィは、それを「自由主義の終焉」という言葉によって表現している。

このような政治過程の現実に対しては、当然のことながら「統治権力の集中性を高めること、あるいは統治権力の統合能力を高めること」[21]が、その是正のあり方として求められることになる。統治権のあり方ということになれば、

それは憲法や行政法と関連性を有することになる。とくに、アメリカにおける利益集団の特色が、権力分立制、連邦制などの合衆国憲法上の原則を反映して、その活動の対象が行政府に限られず、ロビイストの活動にみられるように、立法府にも大きな比重がかけられている[22]以上、立法府の活性化の問題などについても、憲法学者や行政法学者による業績の存在が予想されるのであるが、現実には一九八〇年代になるまで、この問題は積極的には検討されてはこなかった。その理由として、ここでは二つの点をあげておく。

第一の理由は、アメリカの法律学において現在大きな影響力を持つプロセス法学が、従来ア・プリオリに立法過程あるいは立法者の行動は、理性的、公共志向的(public-regarding)な性質を有するということを前提として、その議論を組み立ててきたことにある。そのような考え方の背後には、法と政治を明確に区別しようとする意識の存在をみてとることができる。第二の理由としては、最近の新たな法律学の潮流であるとされる「法と経済学」(law and economics)学派によって、公共選択論の考え方の上に案出された司法審査の理論が、憲法や行政法の領域にまで用いられ、それがかなりの影響を与えていることがあげられる。たとえば、ポズナー(R. Posner)とランディス(W. Landes)は、法を公権力の獲得を目指して政治市場で活動する党派間の競争の中から生まれた、権威的で強制的な拘束力をもつ取り引きによるものであると認識し、裁判所がこれらの取り引きを忠実に執行することこそ、司法権の行使について相対的に客観的なそして非政治的な基礎を与えるものであるとしたが、その考え方はその後の司法審査理論にかなりの影響を与えている[23]。

いまあげたような理由に対しては、利益集団政治による弊害を積極的に是正すべきであるという観点から、一九八〇年代に入ってアメリカの憲法学者や行政法学者によって、疑問や批判が提起されるとともに[24]、司法審査を通して立法過程における立法者の意思決定を、より理想的な形態へと代えていくべきだとする見解が強く打ち出されつつある。それらの見解の中で代表的なものが、本稿で取り上げるサンスタインの議論である。以下、サンスタインの見解につ

いて、その具体的内容を見ていくことにする。

2　共和主義論争とマディソンの主張

サンスタインは、利益集団政治の存在によってもたらされる弊害として、人民一般の利害に考慮を払わない規制の増加[25]などをあげ、それらの問題を解決する糸口として、利益集団の問題を独立革命以来問題とされてきた党派(faction)の問題に含めてとらえようとする[26]。そして、この問題に対する解答の手がかりを与えるものとして、憲法起草者の重要なメンバーの一人であったマディソン（J. Madison）の考え方を取り上げ、彼の思想に対する新たな理解を通して、利益集団政治に代わるべき選択肢を提示しようとするのである。

サンスタインは、まず、現在でも大きな影響を与えているマディソンの思想について、従来の見解に代えて最近台頭しつつある新たな見方を支持しようとする。マディソンの思想に関する従来の有力な見方は、多元主義的な観点からの理解である。たとえば、ダールは、マディソンが達成すべきであると考えていたものは非専制的な共和国の実現であり、自然権を苛酷な形で奪う専制政治は忌避すべき対象とされ、そのような専制政治を導き出す媒体としての党派の存在も統制されるべきものと考えていたとする[27]。そして、この党派によって引き起こされる問題に対処する手立てとして、政府の政策決定過程に対する、つぎのような見方をマディソンの考え方から引き出したのである。すなわち、政策決定過程は、重要な存在として認識される規模をもった集団が、自由を剝奪しようとする脅威に対して、拒否権を行使する機会を有するという形で形作られる[28]。このような政治過程が存在することによって、個人は自由に、すなわち外部的抑圧を受けることなく、自己の目標を達成しうる機会をもつことが可能になるのである。

サンスタインは、このようなダール的な、マディソンの思想を多元主義的観点から理解しようとする見方が、これまで通説[29]と考えられてきたが、そのような理解だけでは不十分であるとする。その理由として、サンスタインは、最

近のアメリカ革命史研究における共和主義対自由主義論争をあげ、多元主義的観点に加えて、伝統的な共和主義的要素を付加して考えていくべきであるとするのである。

共和主義対自由主義論争とは、アメリカ革命を個人の自由を強調するロックの政治思想を基盤とする最初の近代革命とみるか、伝統的な共和主義思想を背景とする古典的な革命とみるかという学問的論争である。[30] この論争の中で、ポコック（J. Pocock）やウッド（G. Wood）らは、アメリカ革命に対する共和主義思想の影響を強く指摘している。たとえば、有賀貞教授によれば、ポコックは、アメリカの革命期における政治思想が、イギリスの「古典的共和主義と公民的人間主義（……個人の人格的充足は彼が独立的市民として行動する時にのみ可能となるとする思想）」[31] を内容とする政治思想によって大きな影響を受けたこと、さらに革命によって、伝統的共和主義思想における一人の執政者、賢明な立法を行う少数者、徳性を有し判断を下す多数者という三者間の権力の均衡を重要視する「混合政体」（mixed government）という考え方は捨てられたものの、共和主義思想における徳性を有する自立的な市民の存在という理想は、革命後も長く保持されたと主張したとされる。[32]

サンスタインは、このようなポコックらに代表される革命期の政治思想をめぐる議論を背景に、市民が私的利害の追求を離れて立法過程で熟慮（deliberation）に基づく討論と議論を交え、彼ら自身の選好を創出するという市民の徳（civic virtue）を活性化原理とする伝統的な共和主義の要素を加えて、マディソンの思想をつぎのように理解していくべきであるとする。

サンスタインは、まずマディソンの思想を、革命前夜に生じた現実の政治状況と関連させて理解しようとする。マディソンは、サンスタインによれば、市民が自立的な存在として行動するという徳性を喪失し、政治家による私的利害の追求が恒常化するという政治状況を目の前にし、それが共和主義思想に大きな打撃を与える腐敗（corruption）の問題を引き起こす可能性が高いと判断していた。そして、この問題を解決するためには、腐敗の問題を生み出す原因

としての党派の存在をどのように統制するかということが重要であると考えていた。すなわち、マディソンは、政治が私的利害を追求する党派間の無原則な取り引きとしてみなされるようになることを避け、政治過程の中に公共善についての熟慮と対話の要素をどのように含ませるかという点に配慮をめぐらしていたのである。[33] しかし、マディソンは、他方において自己の政治家としての経験から、党派というものは、個人の自由が存在し、個人間に不平等が存在する以上は不可避的に形成されてくるものであるととらえ、したがって腐敗もまた自然発生的に生じるものととらえていた。[34] マディソンは、このような二つの要因を勘案するとき、伝統的な共和主義思想にのっとった解決方法として考えられる、腐敗の問題に対して教育を通じて市民の徳を浸透させる、という手段では不十分であると考えた。[35] そのため、マディソンの考え出した構想が大共和国である。小規模な共和国では市民がこぞって政治に参加することによって、市民の間に存在する私的利害の共通性によって、党派が形成され抗争を招くことになる。[36] これに対し、大きな共和国の下では、人々の利害は多様であり、少数者を抑圧するほどの共通の感情や利害関係をもった多数者が形成される危険性が少なく、また広い選挙区から選ばれる立法者の場合には、私的利害の追求や地域的しがらみから離れて立法過程で熟慮し、公共善の実現を目指して活動することが期待されるとしたのである。[37]

サンスタインは、このようにマディソンの思想をとらえることによって、マディソンは伝統的な共和主義思想の下で理想とされる、市民による直接的自己統治（direct self-rule）の考え方は捨てながらも、その実としての熟慮に基づく民主主義という共和主義的信条を温存させる考え方をとったとするのである。[38] そして、サンスタインは従来の多元主義的観点からの理解に対し、共和主義思想の影響をマディソンの考え方の中により強く見出だそうとするとらえ方を、利益集団多元主義（interest-group pluralism）と伝統的な共和主義の中間に位置する考え方として、マディソニアン共和主義（Madisonian republicanism）と呼ぶのである。[39]

マディソンの思想に対するサンスタインのこのようなとらえ方は、前述したような最近の革命期における政治思想

の研究動向に照らした場合には、取り立てて目新しいものではない。[40] しかし、サンスタインの見解が注目されるのは、このマディソニアン共和主義の理解を通して、マディソンの政治観と代表観を、現在の利益集団政治と深く関わる憲法理解に代えて、今後積極的に反映していくべきだと主張している点にある。しかし、現代の立法者達の活動は、よく知られているように、このようなマディソニアン共和主義の理想からは程遠い状況にある。議員活動の多くは選挙での再選の確保という観点から説明されるのが普通だからである。[41]

サンスタインもこのような政治状況の存在を認める。すなわち、多くの立法過程の決定において選挙区からの圧力が際立って重要な役割を果たし、立法者が全国の選挙民すべてに対して国家的な責任を負うべきである、というマディソニアン共和主義の理想は現実には実現されていないとする。しかし、サンスタインによれば、裁判所の憲法判断や憲法の条文は、そのような多元主義的な政治観にただ追随しているわけでなく、マディソニアン共和主義の中核的理念を反映している部分も少なくないとされる。[42] そして、サンスタインは、そのような傾向を今後より一層強めていくべきであると主張するのである。その主張の内容について、つぎに見ていくことにする。

3　サンスタインの合理性の基準に対する見解

サンスタインによれば、現在の合衆国憲法において著しく特徴的なことは、第一条八節三項の発動されていない通商(dormant commerce)条項、[43] 第四条二節一項の特権及び免除(privileges and immunities)条項、修正一四条の平等保護条項及びデュー・プロセス条項、第一条一〇節一項の契約条項、そして修正五条の収用条項の六つの条項に共通する特色がみられることである。その特色とは、一つの集団が政府の援助を受けるために生の政治権力(raw political power)[44] を行使することによって、他の集団ではなくその特定の集団に機会や資源が再配分されるという、「あからさまな選好」(naked preferences)を、最も重大な害悪ととらえているということである。[45]

たとえば、平等保護条項である。平等保護条項に関する現在の司法審査に関する通常の理解は、法上の分類が憲法上その合憲性を争われたとき、その分類が人種など特定の事由に基づくものである場合には、厳格な司法審査に服すべきものとして、厳格な審査(heightened scrutiny)の基準や中間的審査の基準(intermediate standard of review)が適用され、その他の事由の場合には、その分類が正当な政府の利益に合理的関連性を有しているかを審査する合理性の基準がとられているというものである。

サンスタインは、このような平等保護条項に関する司法審査の基準は、多くの判例の中から生まれてきたものであるために、ときにそれら判例の間で基準の正確な適用という観点からみた場合に、その結果に不一致の生じる場合が出てこざるをえないとし、その問題を解決するためには、平等保護条項が人々を何から保護しようとしているかを知ることが重要であるとする。

サンスタインは、この点について、最高裁が分類を合憲とする場合は、その分類ないし差別が個人ばかりではなく多くの人々に対しても同時に利益を付与する集合財（collective goods）の提供や、広範に共有されている社会規範を高めるなどの公共的価値に結び付けて解釈しうるときであるとする。このような観点から、サンスタインは、個人的な満足を求める傾向を有する「あからさまな選好」は、平等保護条項が禁じようとした対象であり、それに関連する立法目的は認められないとするのである。(46)

そして、サンスタインは、平等条項以外の五つの条項も「あからさまな選好」を禁ずるという考え方を反映しているとする。第一に、発動されていない通商条項に関しては、州外者の利益を犠牲にしながら州内者の経済的地位の改善を図る州の規制は違憲であるという現在の判例の考え方は、その背後に州外の者はその被った不利益をその州で政治的に救済する手段をもたないのに対し、州内の特定の集団は生の政治権力を行使して、自己を唯一の受益者とする立法を制定する可能性が高いという観念が存在し、その点で発動されていない通商条項を「あからさまな選好」を禁

ずるという趣旨を含むものとして理解できるとする。[47]

第二に、州が自らの州民でないというただそれだけの理由のみで、実質的な州の目的なしに他州の州民を差別することを禁ずる特権及び免除条項についても、州外の市民はその州の州民ならば有する議会に対して救済を要求するような政治的手段を欠いていることが、生の政治権力の行使による差別的な立法の制定の可能性を高めるということ、すなわち、「あからさまな選好」への警戒心が働いているとする。[48]

第三に、デュー・プロセス条項については、平等保護条項と基本的に同様に考えられるとする。しかし、デュー・プロセス条項に関しては、いわゆる基本的権利(fundamental rights)を除いて、ロックナー事件[19]以後経済活動に対する規制が幅広く許容されることによって、公共的価値の範囲が拡大されており、それにともなって、政府の規制目的とその目的を達成する手段との関連性の程度が緩やかに解されるようになってきており、「あからさまな選好」を禁ずるという観点からは最も弱いものとなっているとする。[50]

第四に、いかなる州も契約上の債務を損なうような法律を制定してはならないとする契約条項についても、憲法起草者の意図は政府が党派によって動かされてしまうことに対する危惧にあったとする。[51] ただ、この契約条項においても、警察権の行使に基づく例外の範囲が公共的利益保護の必要性の認識から非常に拡大してきており、「あからさまな選好」を禁ずるという当初の狙いはかなり薄められたものとなっているとする。[52]

最後に、収用条項については、収用は公共的用途のためでなければならないとしていること、また許容される収用(takings)と警察権の正当な行使としての規制(regulation)の区別がこれまで問題とされてきたことから、「あからさまな選好」の禁止と関連付けて、この条項の意味を理解することができるとする。ただ、いま述べた公共的用途の意味の解釈及びロックナー以後許容される規制の範囲が拡大しつつあり、物理的な収用が欠如しているときには、もし法律が警察権の範囲内にあるならば、補償が払われなくても、一般的に収用条項に違反しないとまでされるほどにな

っているとする。[53]

サンスタインは、六つの条項がいままで述べてきたように、「あからさまな選好」の禁止という共通の関心を抱いており、特徴を共有しているとする。その特徴とは、これらの条項に関わる司法審査において、その関心が規制の目的とそれを達成する手段との結び付きの程度及び許容されない政府の目的は何かという二つの点にあることである。このことは、サンスタインによれば、政府の行為が公共善を確実に促進しようとする努力のあらわれであるのか、すなわちマディソニアン共和主義の影響を反映したものであるのかいなかが問題とされていることを示しているとするのである。[54]

このようなサンスタインの考え方に従った場合、政府の行為が生の政治権力の行使以外の理由によって基礎づけられているかいないかという、立法者の動機（motivation）を含めた実体的価値に、司法審査の重きがおかれることになる。そこではイリー（J. Ely）[55]のように、司法の役割を少数派の利益が政治過程に反映されるようにする点に限定するようなプロセス重視の考え方では満足しえないと主張されることになる。[56]

いま述べたように、実体的価値にまで踏み込んだ司法審査をする場合には、そこでいう公共的価値の範疇に含まれるものは何か、公共的価値に基づく立法において具体的にとられた手段が、立法の目的とうまく適合しているかが問題となり、さらにこの二つの要素をどの程度まで強く求めるかによって司法審査の基準の厳格さは変化することになる。サンスタインによれば、現在の憲法判例では、ゆるやかな司法審査の基準が大幅に採用されており、平等保護条項及びデュー・プロセス条項における合理性の基準は、その代表的な例であるとされる。[57]そして、そこではこれから述べる、つぎのような特色が見出されるとする。

サンスタインによれば、合理性の基準のねらいは、憲法上許容し得ない政府目的が存在しているかどうかを捜し出そうとする点にあるのではなく、生の政治権力を明瞭に禁じようとする点にある。正当でない政府目的を捜し出そう

とする努力は、コモン・ローを背景とした契約の自由を根拠に特定の受益者のみを念頭においた社会立法は違憲であるとしたロックナー事件の判決が、司法の行き過ぎであると批判されて以来きわめて少なくなっているからである。[58]

ところで、サンスタインは、いま述べたような合理性の審査基準というようなゆるやかな基準では、「あからさまな選好」を禁ずるという観点からは、最低限のものを要求しているに過ぎず、[59] より厳しい基準がとられるべきであるとし、そのために単独であるいは相互に関連して働く三つの要素を、司法審査の際に考慮すべき点として指摘する。

第一の要素は、立法目的と目的達成の手段との密接な関連性、より制限的でない他の選びうる手段の有無ということを問う厳格な審査の基準を、公共的価値の実現と結び付けて理解することの必要性である。[60] 健全な形で機能する政治過程、すなわち立法者が単に生の政治権力に反応するだけではない政治過程から、公共的価値が実際に生じたものであるかどうか、さらに立法過程で公共的価値を実際に考慮したかいなかを、裁判所が審査すべきであるとする。

第二の要素は、政府の行為が正当であるかいなかを区別するための規範的理論を司法的に形成し、現在の法理であまりにも広範に認められ過ぎている公共的価値の範疇を明確にすべきであるということである。このことによって、厳格な審査の基準の中に含まれている手続的側面を具体的に適用する際に、そこで依拠する実質的な枠組みを明らかにすることができるとするのである。[61]

第三の要素は、「あからさまな選好」の存在の有無とは関係なく政府の行為を制約するような形で働く権利の観念の存在である。ロックナー期における契約の自由や現在のプライバシーの権利などのように、政府によって侵害されない私的自治の領域を生み出すものがこれにあたる。このような権利による抑制(rights constaraints)の重要性は、「あからさまな選好」の禁止とはまったく別に、政府の行為を制約する枠組みを提供することになる点にあるとされる。[62]

サンスタインの合理性の基準に関する見解の要点は、いままで述べてきたことからわかるように、最高裁に対してマディソニアン共和主義を考慮した司法審査の基準をとるべきであるとする点にある。具体的には、裁判所はより厳

格な形で合理性の審査基準を適用することが必要であるということである。その際、利益集団の圧力に対して、立法者が機械的に反応したかではなく、何らかの形で熟考に基づく判断を下しえたかいなかが重要な点となる。したがって、合理性の審査基準に基づく司法審査が、単なる言葉の飾りで終わらないためには、立法過程に対する精査が必要となる。そして実際の司法審査においては、争点となっている立法目的達成の手段が利益集団による圧力から生じたものかどうかが判断されるべきことになる。[63]

4　その他のサンスタインの見解

サンスタインが、マディソニアン共和主義にそった司法審査の基準を論ずるとき、その主たる対象はいま述べたような合理性の審査基準であるが、それに限定されるわけではない。第一に、サンスタインは、現在最高裁が性差別に関する事件でとっている司法審査のアプローチが、その他の分野においても採用されるべきであるとする。その具体的な内容を示すものとして、入学を拒否された男性が、ミシシッピー州の看護大学が学生を女子に限定するとの政策は平等保護条項に違反する、として争ったミシシッピー大学対ホーガン事件[64]で、最高裁によってとられたアプローチをあげる。

ミシシッピー大学事件において、最高裁は立法目的と目的達成手段との実質的関連性を問うという性差別に関する司法審査基準の目的を、「男性と女性の適切な役割に関する、伝統的なそしてしばしば不正確な観念を機械的に適用するのではなく、理由付けられた分析（reasoned analysis）を通して、分類の有効性が決定されることを確実なものにする」[65]ことにあるとした。サンスタインは、この理由付けられた分析の考え方をとらえて、そこでは問題となっている差別が、正当化のために掲げられている公共的価値ではなく、現実の権力関係を無思慮な形で反映している可能性が高いという懸念を裁判所が抱いていたとする。[66]サンスタインは、同じような懸念が貧困者、精神的遅滞者、同性愛

者に対する差別の場合にも考えられるとし、裁判所はこのような場合において、立法の基礎として述べられている公共的価値に代わって、現実の権力関係に対する意識がその立法の背景に存在していないかどうかを審査し、理由付けられた分析をなすべきであるとする。[67]

サンスタインは、マディソニアン共和主義的傾向を憲法理解の上で、より活性化していくための手段として、第一に、立法者が他の立法者や選挙民から独立し、立法について熟慮しうることを可能にするような憲法の構造を重視すべきであるとする。具体的には、憲法の条項の中にマディソニアン共和主義の考え方が反映していると理解しうる、上下両院制、大統領選挙人団などの憲法の統治機構に関わる部分にとくに注意が払われるべきであるとする。すなわち、サンスタインは、両院制、とくに一九一七年に修正一七条が成立する以前の両院制では、州議会によって議員が選出される制度になっていた上院は、一般国民の直接選挙による下院に比較して、選挙民からの影響を受けることが少ないものとして意図されていたのであり、また大統領選挙人団に当初寄せられた期待も選挙民からの政治的圧力を避けて熟慮してほしいというものであったとするのである。[68]

しかし、上下両院制及び大統領選挙人団の存在は、憲法修正あるいはその後の政治状況の進展によってマディソニアン共和主義の要素を薄めつつあるといわざるをえないであろう。そこで、サンスタインが強調するのは、憲法上明らかにされている統治機構に関する権力分散、すなわち、連邦レベルでの権力分立制と連邦制の理解の重要性である。とくに権力分立制については、マディソンが『ザ・フェデラリスト』第五一篇で、抑制と均衡を強調したことを受けて、私的集団が政治過程を独占し、自己に有利なように富や機会の再配分を行ったり、他の集団を抑圧するというような党派による専制を防ぎ、党派の影響を押さえる効果を有しているとする。[69][70] そして、このような観点からサンスタインは、一院による議会拒否権の合憲性が争われたＩＮＳ対チャダ事件[71]で、最高裁が権力分立制を根拠に、一院による議会拒否権は合衆国憲法第一編の規定する両院制および大統領への送付などの立法のための要件を満たしておらず、

違憲であるとした判断を評価するのである。[72]

これまでやや詳細に述べてきたサンスタインの見解は、現代のアメリカ政治に対する多元主義者の考え方において、政治過程における中心的な行動単位として存在する、利益集団による政治に伴う数多くの弊害を考えた場合には、魅力的である反面、そこで示された司法審査基準や司法の役割などについての理解には、多くの問題点が指摘できよう。実際にも、すでにそれらの点をめぐって多くの議論が生じている。つぎにそれらを見ていくことにする。

（1）阿部斉・アメリカ現代政治（一九八六年）一一六―一七頁。
（2）T. Lowi, The End of Liberalism (1979)、村松岐夫監訳・自由主義の終焉（一九八一年）三八二―八三頁。
（3）辻中豊・利益集団（一九八八年）三四頁。
（4）中野実「マクロ・ポリティクス」飯坂良明、福岡正行、中野実、岡沢憲芙、石田光義、藤田守重、前田寿一、石川一雄、川野秀之、江上能義・モダン・ポリティクス（一九七八年）六五頁。
（5）R. Dahl, A Preface to Democratic Theory (1956)、内山秀夫訳・民主主義の基礎理論（一九七〇年）。
（6）*Id.* at 145, 150.
（7）辻中・前掲書三四頁によれば、調整の要因として、ベントリーの場合には「背景としての習慣」の顕在化としての「人民によるコントロール」、トルーマンの場合には、「潜在集団」という概念が持ち込まれたとされる。
（8）中野・前掲論文六五頁。
（9）阿部・前掲書一三〇頁。
（10）中野・前掲論文六五頁。
（11）J. Buchanan & G. Tullock, The Calculus of Consent (1962)、宇田川璋仁監訳・公共選択の理論（一九七九年）。
（12）加藤寛編・入門公共選択（一九八三年）二六頁。
（13）加藤・前掲書二二六―二七頁。
（14）加藤・前掲書三八頁。
（15）田中宏「規範政治学の基礎」慶應義塾創立一二五年記念論文集法学部政治学関係（一九八三年）一八九頁、二〇六頁。
（16）加藤・前掲書三七頁。

(17) Becker, *A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence*, 98 Q. J. Eco. 371 (1983).
(18) 村松・前掲訳書序文三頁。
(19) 村松・前掲訳書三八六―八七頁。
(20) 阿部・前掲書一三四―三五頁。このような多元主義者に対する批判は、集合行為論の研究で著名なオルソン (M. Olson) の考え方からも導き出される。この点について、小林良彰教授はつぎのように指摘する。「オルソンは、同じ圧力団体でも小集団においては成員が自発的に共通の目的のために働くが、大集団ではそうではないとする。したがって小集団では自己の利益が達成されるが、大集団では達成されないことになる。これは多元論に対する重大な批判を意味する。つまり、どんな法外な特定の圧力団体の要求も他の集団の要求によって相殺され均衡化される機能が働き、その結果として穏当で満足すべき社会全体の利害の代表が行われるという多元論者の考えに、問が投げかけられることになるからである。」小林良彰・公共選択（一九八八年）一四九―五〇頁。
(21) 阿部・前掲書一三五頁。
(22) この点について、阿部斉教授はさらにつぎのように述べる。「アメリカの統治構造における権力の拡散は、利益集団の圧力活動をも拡散させる。利益集団の圧力は、拡散することによって政治全体に浸透するといってよい。ここでは、政治のあらゆる領域に、あるいは政策決定過程のあらゆる局面に、利益集団の影響がみられる。それは他の視角からみれば、利益集団の相互均衡が多元的な形態で存在していることを意味している。それが、いわゆる『多元的利益の多元的均衡』にほかならない」阿部・前掲書一三〇頁。
(23) スチュアートによれば、そのような影響を受けたものとして、イリー (J. Ely) の考え方をあげることができるとされる。Stewart, *Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values*, 92 Yale L. J. 1537, 1547-48 (1983).
(24) Fitts, *The Vices of Virtue: A Political Perspective on Civic Virtue Reforms of the Legislative Process*, 136 U. Pa. L. Rev. 1567, 1571-73 (1988).
(25) Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421, 422 (1987).
(26) Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 Stan. L. Rev. 29 (1985).
(27) R. Dahl, *supra* note 5, at 32-33.
(28) *Id.* at 27.
(29) 五十嵐武士教授によれば、現在なおアメリカ政治学界の主流の地位を占めているのは、多元主義学派の政治観であり、そ

の始祖はマディソンであるという。五十嵐武士「アメリカ的政治観の成立」阿部斉、有賀弘、本間長世、五十嵐武士編・アメリカ独立革命（一九八二年）一二八頁。

(30) 有賀貞・アメリカ革命（一九八八年）二九五頁。

(31) 有賀・前掲書二九五頁。

(32) 有賀・前掲書二九五—九六頁。

(33) Sunstein, *supra* note 25, at 431.

(34) 五十嵐教授によれば、マディソンは自己の政治家としての経験から、議員の多くが野心や私的利害の追求のために熱心に活動し、また人民についてもお互いの経済的、宗教的、政治的利益の相違から党派を形成することを事実として認識していたとされる。五十嵐・前掲書一二三頁。

(35) Sunstein, *supra* note 26, at 39.

(36) Sunstein, *supra* note 25, at 431.

(37) Sunstein, *supra* note 26, at 40-41.

(38) Sunstein, *supra* note 25, at 431.

(39) Sunstein, *supra* note 26, at 47. このような見解に対し、マディソンを非共和主義者であるとする見解も以前として根強い。*See eg.*, Note, *The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment*, 94 YALE L.J. 694 (1985).

(40) 五十嵐・前掲論文一二五—二六頁参照。

(41) 岩井奉信教授によれば、アメリカの政治学における議員活動に関する研究は、議員の行動の多くが選挙での再選の確保という観点から説明できることを示しているとされる。岩井奉信・立法過程（一九八八年）一八〇—八六頁。

(42) Sunstein, *supra* note 26, at 49.

(43) 木南敦教授によれば、発動されていない通商条項とは、州際間の通商に関して、合衆国議会が通商条項によって規制権限を有しながらも、その権限を発動しない場合を指すとされる。合衆国最高裁判所は、この場合においても州法に対して通商条項に基づく司法審査を行ってきた。その結果生じた一連の判例から導かれる法理が、発動されていない通商条項の法理と呼ばれているものである。詳しくは、木南敦「合衆国憲法の通商条項による州の法律の司法審査」法学論叢一二二巻四・五・六合併号一五六頁、一五七頁参照のこと。

(44) *Cf.* Sunstein, *Public Values, Private Interests, and the Equal Protection Clause*, 1983 SUP. CT. REV. 127, 137.

(45) Sunstein, *Naked Preferences and the Constitution*, 84 COLUM. L. REV. 1689 (1984).

(46) Sunstein, *supra* note 44, at 136–38.

(47) Sunstein, *supra* note 45, at 1705–06.

(48) *Id.* at 1709.

(49) Lockner v. New York, 198 U. S. 45 (1935).

(50) Sunstein, *supra* note 45, at 1717–18.

(51) この点について、サンスタインは、憲法起草者の意図を当初契約を結びながら後にそれが自己に不利となった当事者が、政治権力を獲得することによって契約上の義務を放棄することを防ぐことにあったとするエプスタイン(R. Epstein)の見解によっている。Epstein, *Toward a Revitalization of the Contract Clause*, 51 U. CHI. L. REV. 703 (1984).

(52) Sunstein, *supra* note 45, at 1719–23.

(53) *Id.* at 1724–25.

(54) Sunstein, *supra* note 26, at 52.

(55) J. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980).

(56) Sunstein, *supra* note 45, at 1697.

(57) *Id.* at 1692–93.

(58) その理由について、サンスタインはつぎのように述べる。「ロックナー期の理論的根拠は、市場の現状(market status quo)がそれ自体政府による選択の産物であるという沸き上がる批判によってその力を失った。私有財産が公共的な選択によって創造されたものであるとみられることによって、財産権を再配分しようとする努力は、公共善を促進する正当な努力であると理解されるようになったのである。このような新しい理解に対応して、デュー・プロセス条項及び平等保護条項における許容し得ない政府の目的の範疇は、はるかに狭められたことになったのである」。*Id.* at 1697. サンスタインによれば、私有財産制が政府や個人による選択の結果であるとすれば、その態様は公共的な精査と審査を経る必要がある。したがって、逆にいえば、現在の富と機会の分配を再評価することを拒否することは、党派による権力行使の産物として理解されることになるとする。Sunstein, *supra* note 26, at 73.

(59) Sunstein, *supra* note 45, at 1698–99.

(60) *Id.* at 1699–700.
(61) *Id.* at 1700–01.
(62) *Id.* at 1703.
(63) サンスタインによれば、このような司法審査のアプローチは、行政法にみられるハード・ルックの法理(hard-look doctrine)の立法活動に対する準用として考えられるとする。Sunstein, *supra* note 26, at 72.
(64) 458 U. S. 718 (1982).
(65) *Id.* at 726.
(66) Sunstein, *supra* note 26, at 57.
(67) *Id.* at 72–73.
(68) *Id.* at 43.
(69) THE FEDERALIST No. 51, at 320 (J. Madison) (C. Rossiter ed. 1961).
(70) *Id.* at 43–44.
(71) Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U. S. 919 (1983).
(72) Sunstein, *supra* note 26, at 52–53.

三　サンスタインの見解の問題点(I)——共和主義思想と司法の役割

前章で述べたサンスタインの見解は、現代における行政国家化の進展という状況の中で、ともすれば利益集団政治に陥りやすい政治過程の中で、立法者が政府的意思決定を下すにあたって、利益集団の圧力に屈することなく自立的な決定を下すべきであり、司法審査のあり方もそのような決定をうながす形で行われなければならないとする積極的な傾向をもつものである。

しかし、このような積極的な傾向を見せているということから、ただちにサンスタインの見解が受け入れられるべ

きものであるという結論が引き出されるわけではない。サンスタインの考え方に対しては、すでにいくつかの批判が提出されている。以下、それらの批判及びサンスタインの見解の問題点について、マディソニアン共和主義とサンスタインの具体的提案という二点に関連付けて、本節及び次節で検討していくことにしたい。

第一点は、サンスタインの主張するマディソニアン共和主義に関連する。サンスタインは、すでに述べたように、マディソニアン共和主義をアメリカの歴史学者の革命期前後における共和主義思想が憲法に与えた影響に関する学説に依拠して論じている。したがって、マディソニアン共和主義については、まず彼の依拠する歴史学者の見解が適切なものかいなかが問題となる。この点については、現在でもアメリカの歴史学界の中で諸説が対立しているようである。[1] そのような状況の中で、いずれの説をとるべきかを論ずることは必ずしも適切でないおそれがあり、さらに本稿で取り上げるべき範囲を大きく逸脱しかねない。そこで、ここでは以下の叙述との関連で、つぎの点だけを指摘しておくことにしたい。

サンスタインが、革命期における共和主義思想の影響を理解する上で依拠する見解は、すでに述べたように、ポコックやウッドらのネオ・ウイッグ学派 (Neo-Whig school) と呼ばれる学者の見解である。この系統に属する学者の中では、ウッドの考え方が重要であるとされている。[2] ポコックやウッドらの見解の共通点は、憲法に影響を与えたアメリカにおける共和主義の考え方の主たる起源が、イギリスにおける伝統的な共和主義思想の考え方から生じているとする点にあるが、なかでもウッドの著書は、現在では、革命期における憲法思想の問題に関する一種の古典的地位を占めているとされるからである。[3] このようなウッドの学説の歴史学界において占める地位からすれば、[4] その考えに依拠するサンスタインのマディソニアン共和主義も十分成立する可能性があると考えられる。

マディソニアン共和主義という考え方の存立の可能性を認めた場合、つぎに問題となるのは、マディソニアン共和主義を憲法の基本的な理念としてとらえることによって、従来に比べどのような意味が新しく付与されるのか、さら

にそれは歓迎すべきものであるのかどうかということである。この点について、サンスタインの見解を鋭く批判するのは、マイクルマン（F. Michelman）である。マイクルマンは、サンスタインと同様に、共和主義思想が憲法に与えた重要性を認める。[5] しかし、サンスタインがポコックやウッドらの見解を受け入れた上で憲法解釈を展開している点を、[6] つぎのように批判する。

第一に、サンスタインの見解は、現代における自由と平等、とくに自由の意義を強調する傾向からみて、サンスタインが攻撃する多元主義的見解よりも劣るのではないかという点である。[7] 多元主義的見解の下では、公共政策は私的利益を追求する個人や集団が、一定のルールの下でそれぞれ影響力を行使しあうことによって決定されるという政治過程を理想としている。このような多元主義的な見解に比較して、サンスタインの提唱するマディソニアン共和主義では、自由や平等はどのように考えられるのであろうか。サンスタインによれば、マディソンに代表される連邦主義者の思想の淵源は、イギリスのホイッグ党に求めることができるとされる。したがって、ホイッグ党の思想の下で自由はどのように把握されたかが重要となる。サンスタインが依拠するウッドは、その点をつぎのように説明する。

ウッドによれば、個人の自由に対する脅威は少数の支配者による専制政治から生じるが、他方、自由の行使を各自に任せることはアナーキーに通じるとされる。そのような状況を未然に防止するためには、自由の制度化、すなわち代表を通じて人民が政治に参加し各自の自由を守ることが必要になる。このような制度化された自由は、公的自由（public liberty）として把握することができる。ウッドによれば、人民は公的自由の下で自らの作り出した法の下で生活することになり、公的自由は人民による政府、すなわち自己統治と同義のものとしてとらえられることになるとされる。[8]

しかし、マイクルマンによれば、このように自由を公的自由すなわち自己統治ととらえることは、個人が本来自由に行いうる価値選択を、制度内での議論と対話をもとに行なわれる集合的な価値選択に従属させることになり、個人の行う価値選択の重要性を看過することに通じることになるとされる。また、個人の選択の基礎となる活動の範囲を、

社会的な合意の存在する範囲内に限定することになるともされる。[9] マイクルマンは、このような点から、マディソニアン共和主義は現代における自由の理解としては問題点を有しており、多元主義的な理解に劣る可能性があるとするのである。

マイクルマンの第二の批判は、サンスタインの唱えるマディソニアン共和主義の下での司法の地位に関連する。マディソニアン共和主義の下では、いま述べたように公的自由が自己統治と結び付けられる。したがって、自己統治との関連で重要なことは、いかにして人民が公共善を追求し熟慮に富んだ対話に参加しうる政治制度を作り上げるかということになる。そこにおいては、国家を人民と対立するものとみるのではなく、人民の権利、自由を保護するためには、どのような政府形態が最も非抑圧的なものであるかという機能的、操作的な観点が大きな比重を占めることになる。その結果、両院制や権力分立制などの制度的な枠組みなどが、実践的な観点からとられる代表制などとともに工夫されることになる。そして、このような考え方の下では、立法者が選挙民の圧力から離れて熟慮を加え、公共善を追求するという方向で政府が運営されることが重要となる。マイクルマンは、サンスタインの主張も、そのような方向にそった形で、現在の司法審査基準における合理性の基準の強化を求めるものと考えられるとするのである。[12] マイクルマンによれば、サンスタインのこのような考え方は、国家機関相互の抑制と均衡の体制の中で、立法者の働きに政治の原動力を見出すものである。マルクルマンは、このような考え方では、ビッケル(A. Bickel)以来問題とされてきた、[10] 司法の積極的な活動は反民主主義的であるとする命題に対する明確な結論とはなっていないのではないかと批判するのである。[11]

以上、マイクルマンのサンスタインに対する批判を、二つの部分にわけて見てきた。これら二つの点は、それぞれに重要な意味を持っていると考えられる。まず、第一の点であるマディソニアン共和主義における自由、平等の観念の問題について見てみることにしよう。自由に関して問題となるのは、いわゆるマディソニアン共和主義の下では、

個人の自由に対する侵害は、国家によってではなく、人民の中における多数者が少数者を抑圧することによって生じるととらえながら、その抑圧を防ぐ手段として、人民が立法者の行動に対して直接的な影響力を行使すべきであるという点が強くとなえられていない点である。仮に、いま述べたような認識が必要であるとすれば、立法過程での立法者の行動については、熟慮に基づくものであるかどうかという実体的な側面よりも、むしろ公正な形で立法者の行動を拘束するルールの影響かいなかという観点から、その行動が注目されるべきであろう。また、平等に関しては、現代社会の政治的、社会的不平等を改善するためには、少数派の意見を積極的に、あるいは少なくとも多数派の意見と同程度に、政治過程に反映させる必要があると考えられる。しかし、マディソニアン共和主義の下では、立法者の行動が選挙母体である人民の影響から引き離されることによって、実際には現状を固定化させ、政治的にみた場合には保守的に作用するのではないかということが考えられる。

このような批判に対して、サンスタインの立場からは、つぎのように答えることができよう。すなわち、いままであげられた問題点は、多元主義に基づく見解に依拠しているということである。多元主義の下では、公共政策の形成に際しては、特定の個人の見解が他の人の見解にあらかじめ優先すべきものではないと考えられ、公共政策は個人の選好の集合体から生じるべきものであるとされる。このような見解に立てば、政治過程の中立性、選挙過程の公正な運営が強く要求されることになる。(12)

けれども、マディソニアン共和主義の立場からみれば、別のとらえ方が可能である。それは、マディソニアン共和主義の当初予想していた政治像は、その後の政治状況の発展の中で衰退したことを認めることから始まる。すなわち、その後の合衆国憲法の発展の過程で、州議会による上院議員選出のための間接選挙を直接選挙に代える修正条項が付け加えられたり、大統領選挙人団の存在意義が薄れたり、さらには現代における技術の発達によって代表者への圧力が容易に加えうるようになったことなどは、マディソニアン共和主義の衰退を示していると考えられる。けれども、

問題は現状の多元主義に依拠する利益政治による弊害を目の前にしながら放置しておくべきか、マディソニアン共和主義の推進の主体を司法において、その考え方を復活させるべきかということである。その意味で、マディソニアン共和主義の復活において焦点をあてられるべき機関は、司法ということになる。[13]

マイクルマンの提起する第二の問題は、この司法の地位に関わる。マイクルマンは、一七世紀における古典的共和主義者であるハリントン（J. Harrington）の所説に従いながら、伝統的な共和主義思想が現代の憲法に与える影響の意義を、つぎのようにとらえる。すなわち、その意義は、個人がその活動の基準となる理性を自己自身に課するという自由こそ共和主義の本質であり、[15]自己統治の意味もそのような自由としてとらえるべきことを明らかにしている点にあるとする。そして、マイクルマンはこのような理解から、サンスタインが自己統治の主体を立法者であるとみることに対し、自己統治を個々の市民と関連付けようとするのである。

もっとも、マイクルマンも市民が自己統治の意思を自ら表明する機会は、アッカーマン（B. Ackerman）の指摘するように、[16]ニュー・ディール期のような政治体制の急激な変化が生じる場合などに限られていることを認める。したがって、通常の政治が行われている時期においては、自己統治の理念は他の機関を通して表現される必要が出てくる。マイクルマンは、その役割を実現する機関として裁判所、とくに合衆国最高裁判所を重視する。彼は、最高裁について、それを、通常の政治期においては法律で明らかにされた意思ばかりでなく、それを超えた形で存在する自己統治の理念をも実現する存在とみなすべきであるとし、[17]この点で司法審査の民主主義的基礎を問題とするビッケルの批判をもかわすことができるとするのである。

このようなマイクルマンの見解は、ビッケルが指摘する司法審査のもつ非民主的性格に対する批判を回避する点で、サンスタインの見解に比べ魅力的であるといえる。しかし、このような魅力は、反面いくつかの問題点を抱えている。第一に、自己統治の理念を最高裁に常時委ねることが可能かという問題がある。自己統治の主体をマイクルマンは人

民であるとする。そうであるとすれば、その人民は最高裁を通してでなく、自らその意思を語るべき機会を有するべきではなかろうか。マイクルマンの見解は、この点について、最高裁の役割が理想的な形で大きくうたわれすぎているように感じられる。その点で注目されるのは、むしろアッカーマンの見解である。

アッカーマンは、人民の意思が直接かつ明瞭な形で表現されるのは、アメリカ建国時、南北戦争時、そしてニュー・ディール時のように、人々の政治的意識が著しく高揚し、憲法の修正などの形を通して、大多数の市民の承認の下に、政治において依拠すべき原則が大きく変動する憲法政治(constitutional politics)[18]の時期であるとする。人民の意思は、この憲法政治の時期において、憲法修正によって、あるいはニュー・ディール期におけるように民主党が度重なる選挙で勝利を納め、その後司法部を含めてニュー・ディール連合が形成されるという形での憲法の構造的修正(structural amendment)を通して表現されるからである。そして、司法は、この憲法政治の時期において、二つの憲法上正当な機能を果たすことが期待されているとする。アッカーマンによれば、よく知られているニュー・ディール期における最高裁のニュー・ディール立法に対する違憲判断は、人々に重大な政治原則の変更が議会で問題となっていることを知らせるという予告機能(signalling function)と、正式の修正手続によらない構造的修正を人々の意識の中で明確化させるための変換機能(translation function)を果たしていると理解することができるとされるのである。[19]

このようなアッカーマンの見解は、マイクルマンの見解にみられる現実との乖離を感じさせる考え方に比較し、より柔軟性を有する。ただ、この見解については、どの時期が憲法政治の時期であるかを、だれがいつどのように認識するかという点に関する基準が明確ではないという難点があげられる。とくに、司法の役割に関しては、憲法政治の時期における予告機能と変換機能を司法が自ら意識しながら遂行することが難しいと考えられ、そうであるとすれば、司法の地位は不安定なものとならざるをえないと考えられる。それとともに、憲法政治の行われる時期がこれまで二〇〇年間において三度だけに限られ、その他の大部分の通常の政治期においては、利益集団政治が行われることを容

認する結果に陥る点も指摘されねばならないであろう。

マイクルマンの見解の第二の問題点は、自己理念の実現の場として、司法、とくに最高裁に期待することが、共和主義の要求である公共的価値を実現するための熟慮の要件と反することになるのではないかということである。熟慮の場が、司法さらに最高裁だけに限られるとすれば、公共的価値は実質的には九人の裁判官によって決定されることになる。これによって、果たして共和主義の要求する十分な熟慮がなされていることになるのであろうか。[20] このようなマイクルマンの見解に比較した時、サンスタインの見解は、立法府を中心に司法の関与を認める点、[21] さらに構造的変革を認める点で、より現実的、具体的なものと評価することができる。しかし、サンスタインの期待する司法の役割が現実的であるかどうかは、単にマイクルマンの見解との比較からでは結論を引き出すことができない。つぎに、その点を検討していくことにしたい。

(1) アメリカの革命期前後における共和主義の与えた影響に関する諸学説の説明としては、たとえば、有賀貞・アメリカ革命（一九八八年）第八章、Shalhope, *Republicanism and Early American History*, 39 Wm. & Mary Q. 334 (1982) など参照のこと。

(2) ウッドの主張は、概要つぎのようなものである。一七七六年の独立戦争後、アメリカはイギリスの支配下から脱したが、政治に対する多くのアメリカ人の理解は、イギリスのホイッグ党左派や急進派の考え方に影響された(p. 15)。すなわち、彼らは政治というものを、公共善に奉仕する同質性の高い集団として理解される人民と、その欲望を制限するには国王、貴族、庶民の間で権威の分割と均衡を保持する、イギリスのような混合政体の枠内でのみ制限しうるような権力欲の強い支配者との間の闘争として理解していた。そして、イギリスの政治の失敗を腐敗に求めた。したがって、多くのアメリカ人にとって、イギリスの国制の観念それ自体は、アメリカの憲法のモデルと考えられることになった。ところが、彼らは、一七八八年までに統治の構造を含めた意味での新しい政治観を発達させた。その観念の下では、人民は他者の権利や集合的な公共善を犠牲にしてでも自己の利益を促進することを求める個人や集団からなる党派性の強い存在として考えられた。さらに、そこでは政治は、もはや人民を支配者に対抗するものとしてとらえるだけでは、十分なものではなかった。すなわち、限られた公職の任期の中

で、数少ない付与された権威に基づいて行動するような、選挙された公職者を恐れることは不適切であると連邦主義者は考えた。アメリカの共和国における危険は、むしろ自己の利益を考える民主的な多数派の権力にある。そこで、連邦主義者は主権者としての人民にその権威が由来する制度的な工夫や仕組みを通して、多数派の権力を制限しようとしたのである。G. Wood, The Creation of the American Republic 1776-1787 chapter I, XII, XV (1969). *See also*., Maier, *A Pearl in a Gnarled Shell: Gordon S. Wood's The Creation of the American Republic Reconsidered*, 44 Wm. & Mary Q. 583, 583-84 (1987).

(3) ブロックによれば、ポコックの学説はウッドの学説の延長上にとらえられるとする。Bloch, *The Constitution and Culture*, 44 Wm. & Mary Q. 550, 552 (1987).

(4) もっとも、このようにいうことは、ウッドの所説がすべての学者によって肯定されているというわけではない。ウッドの所説の意義および問題点については、一二人の歴史学者による評価を収めたつぎの文献が参考になる。*The Creation of the American Republic, 1776-1787: A Symposium of Views and Reviews*, 44 Wm. & Mary Q. 549 (1987).

(5) Michelman, *The Supreme Court 1985 Term—Foreward: Traces of Self-Government*, 100 Harv. L. Rev. 4, 16 (1986).

(6) サンスタインは、ウッドらの見解に基づき、マディソンに代表される連邦主義者が、従来説かれていたように伝統的な共和主義思想を否定したのではなく、むしろその理念を現実の経験の中でどのように生かすべきかを模索していたとする点を骨子としているとするからである。*See*, Ketcham, *Publius: Sustaining the Republic Principle*, 44 Wm. & Mary Q. 576 (1987).

(7) 平等についていえば、サンスタインは共和主義を反連邦主義者の思想と解した上で、反連邦主義者は民主主義者であり、したがって共和主義は平等主義的(egalitarian)な性質を有すると理解する。しかし、共和主義を連邦主義者と結び付ける見解や反連邦主義者をエリート主義的な性質を持つ集団ととらえる見解もあり、サンスタインの説明は必ずしも説得的ではないとする。Michelman, *supra* note 5, at 20.

(8) G. Wood, *supra* note 2, at 22-25.

(9) Michelman, *supra* note 5, at 21. マイクルマンによれば、サンスタインはこの点を補うために、二つの共和主義の前提、すなわち公的幸福 (public happiness) と実践的理性 (practical reason) を強調しているとされる。公的幸福とは、統治への参加を積極的な善とみなし、他にない幸福を与えるというものである。しかし、マイクルマンによれば、この考え方は、公的権力からの自由を強調する近代の自由主義の考え方に反するとされる。また、実践的理性、すなわち公的な議論において人々は私的利害を超越して公共善を求めることができるとする考え方についても、現代の個人主義的な傾向からは、全体主義的なものととらえられるおそれがあるとする。*Id.* at 22-23.

(10) A. Bickel, The Least Dangerous Branch (1962).

(11) Michelman, *supra* note 5, at 16.

(12) M. Tushnet, Red, White And Blue, 70 (1988).

(13) Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 Stan. L. Rev. 29, 79 (1985).

(14) Michelman, *supra* note 5, at 25.

(15) マイクルマンによれば、ハリントンの共和主義思想は、七つの原則からなるとされる。①自己統治②実践的熟慮ないし対話③平等④反国家主義 (antistatism) ⑤合理的に認識しうる価値（一般善）⑥治者と被治者の役割の相違を踏まえた国制 (role-differentiated constitution) ⑦法に基づく活動 (action by promulgation of laws)。そして、これらの七つの原則は、①の自己統治を中心に、自己統治の主観的な契機を表現する②③④と客観的な契機を表現する⑤⑥⑦が、その順序に従った対になって構成されるとする。そのうち、客観的な契機を示すものは、ハリントンの共和主義の観念にとって、自己統治を実現する上での要件であり、必ずしも観念の中に基本的に含まれるものではないとする。*Id.* at 47.

(16) Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 Yale L.J. 1013 (1984).

(17) Michelman, *supra* note 5, at 59.

(18) アッカーマンによれば、『ザ・フェデラリスト』の中で考えられている政治のあり方には、二つの型があるとする。その一つは、憲法政治であり、もう一つは、憲法政治と憲法政治の間に長く続く時期としての通常政治 (normal politics) である。Ackerman, *supra* note 16, at 1022.

(19) *Id.* at 1055–56.

(20) M. Tushnet, *supra* note 12, at 165.

(21) Sunstein, *supra* note 13, at 79.

四　サンスタインの見解の問題点(II)

1　サンスタインの改革案の問題点

(1)　司法審査に関する提案についての問題点

サンスタインの見解に対する第二の批判は、彼が立法過程の活動をマディソニアン共和主義の方向に導いていくための手段として提唱する具体的な方策、さらにその背後に存在する基本的な考え方に関連している。最初に、サンスタインの提唱する具体策に対する問題点から見ていくことにする。彼の具体的な提案は、すでに述べたように、大きく二点に分けることができる。第一点は合理性の基準を中心に司法審査基準を厳格化すべきであるということであり、第二点は、立法者が立法について熟慮する余裕と機会をもたらすような憲法上の構造を重視すべきであるというものである。それぞれの点に対する疑問や批判について、以下見ていくことにする。

サンスタインの提唱する司法審査の考え方の特色は、立法を生の政治権力の行使との関連性を重視して判断しようとする点にある。サンスタインの考え方によれば、審査の対象となる立法が、生の政治権力の行使に基づく場合には、それは公共的価値とは結び付かない特定の利害を代表する党派的な立法とされ、憲法に反するとされる。このような司法審査の考え方においては、立法の合憲性が判断される場合に、立法過程における意思決定において、どこまで公共的価値が勘案されたか、逆にいえばどこまで特定の利益を代表する党派の影響を受けていたかという立法の動機(motivation)を確認するということが必要となる。

現実の立法の動機に対する司法審査については、すでに一九七〇年代にイリーやブレスト(P. Brest)らによって積極的な推進論が展開されたが[1]、最高裁はこれまでその考え方を受容していない。たとえば、最高裁は、プールの使用について人種差別を行ってはならないとする裁判所の判決に対して、プールそのものを閉鎖した市の行為の合憲性が

問われた一九七一年のパーマー対トンプソン事件[2]において、集団として存在する立法者が行う選択の背後に存在するとされる唯一の動機を、裁判所が決定することは非常に困難であること、また仮に立法の動機を根拠に当該立法を違憲と判断しても、議会が他の理由に基づいて同じ法律を再度制定すれば、その法律の合憲性が推定されるということになり、司法審査が不毛なものとなってしまうことなどをあげて[3]、現実の立法の動機に対する司法審査を拒否した。

このパーマー事件における最高裁の判断は、その後もこの問題に関する判例として基本的に機能していると考えられるが[4]、もっともそれに対して批判を展開する学説も有力である。たとえば、ガンサー（G. Gunther）は、最高裁が、最近の司法審査においてしばしば効果という点よりも目的（purpose）という点を問題にしていることは、その基本において政府の意思決定過程を浄化しようとする考え方が存在するからであるとする。そうであるとすれば、争われている立法を立法者に差し戻し、再度立法者に正当な理由に基づいて考慮するように求めるべきであると主張するのである[5]。

このような判例と学説の対立の中で、最高裁は、警察の採用試験が人種差別的なものであるとして、その合憲性が争われた一九七六年のワシントン対デーヴィス事件[6]において、法令や政府の行為が平等保護条項に反する差別であると判断されるためには、それら行為などにより、偏った効果が特定の人や集団に生じているだけでは十分ではなく、それら行為が差別的な意図に基づくものであることを原告が立証しなければならないとするなど、立法の目的に対する審査の必要性を認める姿勢を打ち出している[7]。

ただ、ここで注意しておかなければならないのは、最高裁は現実の立法の動機を直接的に裁判所自らが審査すべきであるとしているのではなく、間接的にそれも人種差別の領域という限定された範囲で認めようとしているにすぎないことである[8]。現実の立法の動機に対する司法審査をめぐるこのような状況の中で、サンスタインはあくまで現実の立法の動機に対する司法審査の必要性を説くのである[9]。

このようなサンスタインの姿勢は、彼の説くマディソニアン共和主義という観点からいえば必然的なものと考えられるが、そこには二つの問題点が考えられる。第一に、立法の動機を審査するという場合に、具体的にどのような証拠によってその動機の存在を裏付けることができるのか、第二に、現実の立法の動機の審査が平等保護条項以外の条項についても可能かという点である。これら二点については、現在学説、判例において争われているものであり、また本稿の直接的な課題とも離れているので、その検討は後日に委ねるとして、ここでは以下のような点だけを指摘しておくことにする。

第一点は、シカゴ市郊外の町のゾーニング条例に関する決定が、修正一四条の平等保護条項に違反しないかが争われたヴィレッジ・オブ・アーリントン・ハイツ対メトロポリタン・ハウジング会社事件[10]判決に関連する。最高裁は、この判決の中で、憲法に反する差別的な目的ないし動機が存在するかいなかを決定する際に考慮すべき要因として、歴史的な背景、事件が反復して生じているかいなか、意思決定機関のメンバーによる言明など間接的に動機の存在を示す要因を三点あげている。しかし、最高裁は考慮すべき要因がこの三点に限られるとはしておらず、単に例示的に掲げているにすぎない。このことは、考慮すべき要因の範囲を不明確なものとし、その結果、どの程度原告が立証すべき責任を負うかという重要な点をあいまいなものとしている。[11]

第二点に関しては、つぎの点を指摘しておきたい、それは、平等保護条項がサンスタインの提唱する司法審査のあり方を考える上での主たる領域を構成すると考えられるが、[12]サンスタインがマディソニアン共和主義に従った熟慮に基づく立法を期待する分野は、平等保護条項に限られないはずであるということである。仮に、平等保護条項だけに限定されるとすれば、マディソニアン共和主義の適用範囲は量的にばかりではなく、質的にもその意義を減少させられることになるからである。その意味で、立法の動機の審査が、サンスタインの説くように現実の動機を審査するというような形ではなく、アーリントン・ハイツ事件におけるような間接的な証拠に基づくものであれ、どこまで他の

条項でも行ないうるかが重要な意味をもつことにならざるをえない。

(2) 憲法構造に関する提案についての問題点

サンスタインの提唱する具体的な第二の方策は、すでに述べたように立法者が他の立法者や選挙民の影響から逃れ、立法について熟慮する余裕と機会をもたらすような憲法上の構造の意味を重視すべきであるというものである。サンスタインによれば、憲法修正以前における上院議員の選出は州議会によるという間接選挙制、大統領を選出するための大統領選挙人による間接選挙制、両院制、権力分立制、連邦制などの憲法上示されている統治構造の特色は、マディソニアン共和主義の原則を反映しているとされる。[13]

しかし、サンスタインは、これら憲法上の構造を重視すべきであるというにとどまり、積極的に強化すべきであるとはしていない。このようなサンスタインの態度は、第一にサンスタインの指摘する憲法上の構造が、現在変更ないし弱体化する流れにあるか、論争の最中にあること、第二に、サンスタインの指摘するような憲法上の構造を強化することが、民主主義的な参加を求める現代的な要請と抵触することになること、などと関連していると考えられる。たとえば、第一、第二の理由に最もよくあてはまる例は、一九一三年の修正一七条によって直接選挙制に改められた上院議員の間接選挙制であろう。しかし、このような傾向は、大統領の選出方法に関しても見出だすことが可能である。

大統領選挙人による間接選挙という大統領選出方法をとった憲法起草者達の目的は、「政治家が大統領職を追求するに際して、党派的、煽動的な論争に訴えるような事態を招かないようにとの配慮」[14]にあり、その当初の目的はサンスタインの主張にそうものと考えられるが、現在一般国民の間に政治参加の機運が高まり直接選挙化への要求が根強い中で、間接選挙制の強化という主張は行いえないと考えられるからである。

大統領や上院議員の選出方法のような現代においてその意義が減少しつつあるものと異なり、その意義が現在においても影響力をもつと考えられるのは、両院制、権力分立制、連邦制である。両院制については、すでに触れたＩＮ

S対チャダ事件[15]の中で、最高裁は両院制の意義を立法の制定にあたって選出された立法者達が、議会で注意深いそして十分な勘案をなすためのものであるとしているが、憲法上の構造として、より重要なのは権力分立制と連邦制である。サンスタインの見解を考える際に注意しなければならないのは、この両者について現在最高裁の内部において見られる対立である。

たとえば、権力分立制について、従来最高裁は、立法、行政、司法の三権のそれぞれの中核的な機能が侵害されないかぎり、三権相互の関係については緩やかに解する、という機能的アプローチ(functional approach)をとってきたが[16]、最近では権力分立制にかかわる事件において、このような機能的アプローチに代えて、三権の相違とそれぞれの領域を維持する必要性を強調し、三権相互の間に明確な境界線を引こうとする形式的アプローチ(formalistic approach)をとるようになってきている[17]。しかし、両者のいずれのアプローチを将来においてとるかは、明確ではない。

たとえば、最高裁はグラム・ラドマン法として知られる均衡予算及び緊急負債抑制法(Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act)における財政赤字自動減額制度[18]の合憲性が争われたボーシャー対サイナー事件[19]では形式的アプローチを採用し、当該制度の下で会計検査院長に付与された行政権限は、会計検査院長が伝統的に立法府に属する職員と考えられている以上行使することはできず、したがって財政赤字自動減額制度は権力分立制に反し違憲であるという判断を下した。しかし、他方、最高裁は裁判所による特別検察官の任命を規定する政府倫理法(Ethics in Government Act)が、大統領に属する行政権を侵害し権力分立制に反しないかが争われたモリソン対オルソン事件では、問題はその法によって大統領が多くの権限を奪われ、憲法上付与された機能の遂行を妨げられているかどうかであるとする機能的アプローチをとって合憲の判断を下している[20]。

この問題が、サンスタインの見解を評価する際に重要であると考えられるのは、今後どちらのアプローチがとられるかによって、現在においても議論されている一九三〇年代のニュー・ディール期に多く設けられた独立規制委員会

の合憲性が左右されると考えられるからである。独立規制委員会の合憲性がハンフリー・エクゼキューター対合衆国事件[21]の判決に示されるように機能的アプローチによって解決されるか、現在の形式的アプローチの下で違憲と判断されるかは[22]、サンスタインの見解に重要な影響を与えると考えられる。それは、独立規制委員会をめぐる動きが、(ニュー・ディール期そのもの、さらにはこの時期から始まる行政国家化とそれに伴う利益集団政治を見直す動きに深く関わっているからである。

連邦制についても、権力分立制の場合と同様に、最高裁の判断は、微妙なバランスの上に成立している。たとえば、最高裁は一九八五年のガルシア対サンアントニオ・メトロポリタン・トランジット・オーソリティー事件[23]において、それまでの指導的判例であった全国都市連盟対ユザーリー事件[24]の判断を覆し、連邦議会は通商条項の下で連邦公正労働基準法における最低賃金及び時間外労働条項を州の職員に適用する権限を有するとする判断を示したが、それは五対四という僅差による判決であった[25]。

この判決とサンスタインの見解との関連で注目される点は、多数意見がその判断の根拠として、ウエクスラー(H. Wechsler)以来主張されている、アメリカの政治制度下での州の利益は、州から選出された議員が連邦議会に存在するという制度を通して保護されているという理由[26]をあげていることである。この主張に従えば、連邦議会の判断が大きく尊重され、州がその利益を裁判所を通して主張するというような方法は制限されることになる。このような制限は、連邦政府と州政府や州政府相互間の緊張関係、あるいは住民の地域的利益の関わりの高まりによって、連邦政府機関への権力の集中を防ごうとするサンスタインの意図[27]とはかけ離れることにならざるをえない。

これまで見てきたことから、サンスタインが立法過程での熟慮の確保と関連付けられるとした憲法構造に関する現在の理解は、彼の見解にとって好意的であるとは断言できないように思われる。サンスタインが、これらの構造の意味を重視すべきとするにとどまり、エリオット(E. Elliott)のように、政治制度を基本的に変えるためには憲法修正を

行うべきであるというような強い主張を行わない原因は、そこにあると考えられる。ただ、このような点からただちにサンスタインの主張の根拠が、はっきりと否定されたとはいうわけではない。前述したように、彼の主張の根拠となる重要な憲法構造に対する理解に関して、なお一致した見解はあらわれていないからである。[28]

2　サンスタインの見解に対する基本的批判

これまで二つの部分からなるサンスタインの具体的な提案について、その問題点を指摘してきた。しかし、この提案については、さらにそれらが実現可能であるかいなかが、その基本的な視点の是非と絡めて論じられている。このことは、サンスタインの見解が最近の「法と経済学」学派の影響が憲法、行政法の領域にまで及んできていることに対する批判的対応という要素を含んでいることと無関係ではない。以下、そのような理解を踏まえて、サンスタインの見解を批判する立場と、それに対するサンスタインや彼とその基本的見解を共有する学者らによる再批判について考察していくことにする。

サンスタインは、自らその見解が「法と経済学」学派のアプローチに対応するものであると明確にしているわけではない。しかし、この点はサンスタインと同様に、司法審査を通して立法府の政治的意思決定を改善していこうとする立場にたつスチュアート（R. Stewart）によってはっきりと打ち出されている。

スチュアートは、すべての法律を私的利益集団の取り引きそのものであるとみなし、裁判所はそれを忠実に適用すべきであるとする「法と経済学」学派におけるアプローチを、取り引きテーゼ（deals thesis）と名付け、それを憲法や行政法の分野に適用しようとするポズナーやランディスの考え方には、三つの問題点があるとする。それらの問題点は、第一に、このテーゼは、個人が公共政策に関わる事項と、私的事項に関する決定では異なる考慮を払うことを無視していること、第二に、このテーゼの下では、法の内容が一義的に定義できず、裁判所による解釈を通して適用さ

れる必要があるが、このテーゼではその点が看過されていること、第三に、このテーゼによれば、強者や組織化された者の利益や価値が優先されることになるが、それは政治制度の役割、機能を消極的にとらえすぎていることなどである。[29] そして、スチュアートはこのような「法と経済学」学派に代わる新たな理論的胎動を示すものとして、サンスタインやアッカーマンらの名をあげるのである。[30]

このようなスチュアートの指摘する問題点が、「法と経済学」学派に対する批判として、正鵠を得たものであるかどうかを判断するには、かなりの紙数を要することになろう。その点を判断するためには、本稿で取り扱う範囲を越えた、私法を中心とする「法と経済学」学派の主張に対する理解が必要とされると考えられるからである。したがって、ここではサンスタインの見解においても、このようなスチュアートの見解が共有されているということ、さらに、サンスタインらと見解を必ずしも共有するわけではないが、トライブ (L. Tribe) が、憲法の領域においても「法と経済学」学派のアプローチは導入可能であるとしたイースターブルック (E. Easterbrook) の所説をとらえて、憲法問題という困難な価値判断に対して裁判官は積極的に取り組むべきであるという視点から批判した見解[31]についても、その積極さをどの程度容認するかについては差があるとしても、基本的には同調するものと考えられるという点を指摘するにとどめておきたい。

サンスタインらの見解は、いま述べたように「法と経済学」学派の主張に対しては、批判的であると考えられる。しかし、そのことは保守的であるといわれる「法と経済学」学派に対し、リベラルな立場にたつということを必ずしも意味しない。この点を鋭く指摘するのは、フィッツ (M. Fitts) である。フィッツは、サンスタインらの見解が政治的保守性を有するとするのである。

フィッツによれば、立法過程に熟慮を求めることは議論を活発化させることを意味するが、それは反面において、政治的意思決定の場でのイデオロギー的要因の増幅を招くとする。この政治のイデオロギー化は、立法者同士のエリ

ート間の対話を大衆の理解を犠牲にして行うことに通じ、選挙民、とくに教育程度の低い人や貧困者に対する政治的責任を失わせる一方[32]、政治問題の複雑化を招き、その結果争点を把握できず棄権にまわる経済的、社会的弱者の利益に代えて、より富裕な階層の利益が政治に反映されやすくなり保守化の色彩を強めることになるとするのである[33]。

サンスタインらの見解が政治的保守化の傾向を招くという指摘は、サンスタインらの考え方が「法と経済学」学派への批判的対応ということであれば、前にも述べたように、一見奇妙な結論を導き出すことになる。それは、現在「法と経済学」学派が政治的保守主義と関連して議論されているからである。しかし、サンスタインらの見解が政治的保守性を有するかいなかを決める場合には、その前に考慮しなければならない点がある。

それは、「法と経済学」学派が保守的であると評される理由である。「法と経済学」学派のアプローチは、確かに政治的保守主義者に歓迎されている。それは、科学的な経済学における分析手法を法律問題の解決に持ち込むことによって、ウォーレン・コート時代に政治的リベラリズム隆盛の原因となった司法積極主義（judicial activism）に対して、政治的保守主義者から望まれていた司法消極主義（judicial restraint）を、科学的な色彩によって消極主義が通常伴いがちな政治的保守性を少なくとも表面的には示すことなく提供するためと考えられる[34]。しかし、そこでは一応政治的保守主義と司法的保守主義とは区別することが可能であるように思われる。すなわち、政治的保守主義は、かつて進歩的なニュー・ディール立法に対して盛んに違憲判決を下したオールド・コートに代表されるように、かならずしも司法消極主義と結び付くとは限らないからである[35]。

つぎに、いま述べた点と関連して考えておかなければならないのは、サンスタインらの見解が、前述のように、司法審査を通して立法過程の意思決定を改善していこうとする立場にたつということから、特定の傾向は導き出せないということである。たしかに、サンスタインらの見解は、立法過程での意思決定を改善するために立法の動機という実体的価値を問題とする。その意味で、フィッツの提唱するような手続的側面に限定した立法過程の改革案は否定さ

れることになると考えられる。

フィッツの改革案とは、彼が政党アプローチと名付けるものであり、その内容はフィッツの説明によれば、狭隘な自己利益を代表する利益集団の集合的な影響力(collective influence)を低下させ、さらに政府の効率的な運営を図るためには、権力の集中化によって利益集団のもたらす弊害を最小化するように図るべきであり、具体的には立法者の動機の変化ではなく、政党という制度の変革を通して改革を重視しようとするものである。[36] この政党アプローチの特色は、経済学における公共選択論と政治学におけるウィルソン（W. Wilson）以来の政党論の影響を受けている点にあり、多数決ルールの改善、立法者間でのフリー・ライダー問題の回避による集合行為の問題の減少、政治的意思決定過程の改善[37]などを、その利点として主張する。

この政党アプローチについては、第一に、政党が集中化された権力を自らの利益の獲得のために行使しないという確証が存在したいこと[38]、第二に、衰退している政党制を回復するための確かな手段が存在しないこと[39]などの点で、その有効性について疑問が存在する。さらに、サンスタインらのように、公共政策の決定を理由付けられた分析と利害中立的な視点からする判断に基づくものとし、多様な参加者による豊かで理性的な対話を通して公共善が生まれるという意味での実体的価値を重視するという観点からは、その手続重視的性格が避けられるべき存在とされよう。[40]

しかし、サンスタインらの見解において問題となるのは、いま述べたように、それが「法と経済学」学派のアプローチと異なり、一定の価値に基づくものであるとされながら、その内容があまり明確ではないことである。その原因は、サンスタインらのいう公共的価値が、必ずしも明確ではないからである。その結果、自由放任主義思想に基づき経済的自由に対する政府の介入を拒む、エプスタイン（R. Epstein）[41]のようなリベルタリアン（libertarian）的思考から、社会国家的思想に基づき積極的に経済的弱者を救済することを主張するマイクルマンのようなリベラル派的思考まで、広範囲の人々を含むことになったと考えられる。このような事態を防ぐためには、サンスタインらのいう対話に参加

する人々を増やすとともに、その対話の結果によっても侵害することのできない憲法上の権利の創出が問題となる。この点でサンスタインが、最近のフェミニスト法理論に関心を抱いていることが注目されるのである。[42] しかし、この問題に対するサンスタインの見解は、現在までのところ明確にされていない。たしかに、サンスタインは、憲法的権利の存在を重視するが、それがどのような経過を経て発生するのかという点については述べていない。サンスタインにとって、この問題は公共的価値の内実とともに、なお将来の課題として残されていると考えられよう。

(1) Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, 79 YALE L. J. 1205 (1970); Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, 1971 SUP. CT. REV. 95.

(2) Palmer v. Thompson, 403 U. S. 217 (1971).

(3) G. GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW, 690 (11th ed. 1985).

(4) この点で見逃せないのは、ヴィレッジ・オブ・アーリントン・ハイツ対メトロポリタン・ハウジング会社事件で、多数意見を執筆したパウエル裁判官によって意見に付された脚注である。その脚注の中で、パウエル裁判官は町当局の決定が人種差別的な意図によって一部動機付けられていたことの証明は、必然的に決定が無効であることを意味するのではなく、立証責任が原告にかわって被告に移ることを意味し、被告である町がその動機が存在しなくても同じ決定が下されることを立証するならば、裁判所がそれ以上にその動機を具体的に審査するというような介入を正当化する理由は存在しないと述べたのである。*See*, Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp., 429 U. S. 252 (1977).

(5) GUNTHER, *supra* note 3, at 698 n. 1.

(6) Washington v. Davis, 426 U. S. 229. 238-48 (1976).

(7) このような状況を反映して、学説の方においても、司法審査における立法の動機に関する実体的判断の必要性を認めつつ、他方裁判官が政治的な推測を加えるべきではないとして、その判断の根拠を法を制定する際にそれを正当化すると考えられる実質的理由の性質が、実体的な憲法上の原則を侵害すると考えられるかいなかという、より伝統的な審査の方法に基づくべきであるとするアッカーマンの見解などが示されてきた。Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713, 740 (1985).

(8) もっとも、最高裁は退役軍人に公務員への就職先任権を与えたマサチューセッツ州法が、性に基づく差別にあたるかいな

かが争われたマサチューセッツ州人事行政官対フィーニー事件（Personnel Administrator of Mass. v. Feeney, 442 U. S. 256 (1979)）においても、同様な見解を示している。

(9) Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 Stan. L. Rev. 29, 80-81 (1985).

(10) 429 U. S. 252 (1977).

(11) たとえば、大選挙区制が黒人のもつ投票価値を低下させ、修正一四条の権利を侵害するかという同一の争点が問題とされた、一九八〇年のモービル対ボルデン事件（Mobile v. Bolden, 446 U. S. 55 (1980)）と一九八二年のロジャース対ロッジ事件（Rogers v. Lodge, 458 U. S. 613 (1982)）では、差別目的の有無を判断する際に同様の要因を考慮したにもかかわらず、結果において合憲と違憲という正反対の結果が生じてしまっているのである。

(12) *See*, Sunstein, *Public Values, Private Interests, and the Equal Protection Clause*, 1983 Sup. Ct. Rev. 127.

(13) Sunstein, *supra* note 9, at 45.

(14) 太田俊太郎「大統領選挙委員団制の成立」阿部斉、有賀弘、本間長世、五十嵐武士編・アメリカ独立革命（一九八二年）一五六頁。大統領の選出方法は、憲法制定以来二〇〇年間に渡って、大統領選挙人による間接選挙という制度がとられてきたが、一般国民の意思がそのまま反映されないとして、直接選挙化への要求が根強く主張されている。太田俊太郎教授によれば、一九六九年に合衆国議会下院は、大統領の選出について、直接選挙を採用するとした憲法修正案を可決し、さらに一九七九年には可決こそ至らなかったものの、上院にも大統領を直接選挙で選出するとの憲法修正案が提出され、過半数の議員の賛成を得たという。太田・前掲論文一三五頁、一三七頁。

(15) Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U. S. 919 (1983).

(16) *See e. g.*, United States v. Nixon, 418 U. S. 683 (1974). 七〇年代までの最高裁の判例の傾向については、たとえば Nagel, *Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies*, 30 Stan. L. Rev. 661 (1978) 参照のこと。

(17) その例としては、破産改革法（Bankruptcy Reform Act）による破産裁判所に対する広範な管轄権の付与は、憲法三条に違反するとするノーザン・パイプライン・コンストラクション会社対マラソン・パイプライン会社事件（Northern Pipeline Construction Co., v. Marathon Pipeline Co., 453 U. S. 50 (1982)）や前述のＩＮＳ対チャダ事件などがあげられる。しかし、両者のいずれのアプローチを将来においてとるかは、明確ではない。形式的アプローチに対しては、事件の事実関係が単純に割り切られやすいということ、立法、行政、司法それぞれの機能の内容を明確に定義付けることは難しいのではないかということを理由に反対する傾向も見られるが、憲法起草者の意図を重視すべきであるとする立場から、積極的に支持する見解

もみられる。*See*, Currie, *The Distribution of Powers after Bowsher*, 1986 Sup. Ct. Rev. 19.

(18) *See*, Gramm Rudman Act § 251.

(19) Bowsher v. Synar, 478 U. S. 714 (1986). なお邦語による評釈として、最近の判例〔1989-1〕アメリカ法一五二頁（大沢秀介）がある。

(20) Stewart & Nelson, *Separation of Powers, Cont.*, A. B. A. J. Sept. 1, 1988, at 40.

(21) Humphrey's Executor v. United States, 295 U. S. 602 (1935).

(22) Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Qestions—A Foolish Inconsistency?* 72 Cornell L. Rev. 488 (1987).

(23) Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U. S. 528 (1985).

(24) National League of Cities v. Usery, 426 U. S. 833 (1976).

(25) 見解を変更したのは、ブラックマン裁判官である。ブラックマン裁判官は、ユザーリー事件では多数意見に同調したが、ガルシア事件でブラックマン裁判官が法廷意見を執筆している。

(26) Wechsler, *The Political Safeguard of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, 54 Colum. L. Rev. 543 (1954).

(27) Sunstein, *supra* note 9, at 44.

(28) Elliott, *Constitutional Conventions and the Deficit*, 1985 Duke L. J. 1077, 1080.

(29) Stewart, *Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values*, 92 Yale L. J. 1537, 1549-54 (1983).

(30) *Id.* at 1537.

(31) トライブとイースタブルックの間での論争については、以下の文献を参照のこと。*See*, Easterbrook, *The Supreme Court, 1983 Term—Foreward: The Court and the Economic System*, 98 Harv. L. Rev. 4 (1984); Tribe, *Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?*, 98 Harv. L. Rev. 592 (1985); Easterbrook, *Method, Result, and Authority: A Reply*, 98 Harv. L. Rev. 622 (1985). 邦語による紹介として、論文紹介〔1986-2〕アメリカ法三四九頁（田中英夫）及び、アメリカ法の潮流〔1987-1〕アメリカ法二五一頁（田島裕・大沢秀介）がある。

(32) Fitts, *The Vices of Virtue: A Political Perspective on Civic Virture Reforms of the Legislative Process*, 136 U. Pa. L. Rev. 1567, 1638-39 (1988).

(33) *Id.* at 1578.

(34) ライト (J. Wright) は、「法と経済学」学派のアプローチが政府を限界付けることに主眼をおいているために、司法部内の保守派の中でもリベルタリアン (libertarian) の人々に魅力的なものであろうとする。しかし、ライトは価値中立的にみえる「法と経済学」学派のアプローチも、それ特有の偏りを有しており、裁判官から困難な政治的判断を取り去ることにはならないとする。Wright, *The Judicial Right and the Rhetoric of Restraint: A Defense of Judicial Activism in an Age of Conservative Judges*, 14 HASTINGS CONST. L. Q. 487, 503 (1987).

(35) もっとも、ドゥウォーキンは、保守的な憲法政策を支持する見解と法の経済分析との間には密接な結び付きが存在するとする。R. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977)、木下毅、小林公、野坂泰司訳・権利論（一九八六年）三四〇頁。

(36) フィッツは、サンスタインの見解をつぎのように批判する。フィッツの主張は、サンスタインの説くように、理性的な対話と熟慮を立法過程に求めることは、立法者が共通のエリート意識の下に熟慮に基づく行動をとることによって、集合行為の問題を避けうるという利点をもっているものの、他方立法者間の権力の実質的平等化によって、権力の集中化が阻止され、さらに議会における様々な委員会、小委員会に政治的意思決定の場が分散するという逆効果を有している。その結果、立法者の独立性が高まることによって、より多くの利益集団がなんらかの影響力を立法過程に及ぼしやすくなり、利益集団の活動はむしろ活発化することに通じることになる、というものである。Fitts, *supra* note 1, at 1618–25, 1629–31.

(37) *Id.* at 1603–06.

(38) いうまでもなく、マディソンが最も恐れていたのは、党派による害悪を招くことである。THE FEDERALIST No. 10, at 77 (J. Madison) (C. Rossiter ed. 1961).

(39) フィッツは、そのための手段として、選挙期日を移動し大統領の影響力を増すことや、議員の兼職禁止条項(U. S. CONST. art. 1, § 6, cl. 2) を廃止し議員が行政職兼務を実現すべきことなどをあげる。このような手段がどの程度実現可能かは疑問とされよう。Fitts, *supra* note 1, at 1615.

(40) *Id.*, at 1613–14.

(41) Epstein, *Toward a Revitalization of the Contract Clause*, 51 U. CHI. L. REV. 703, 713–17 (1984).

(42) Sunstein, *Feminism and Legal Theory* (Book Review), 101 HARV. L. REV. 826 (1988).

五、結語に代えて

本稿では、ニュー・ディール期以来、アメリカの憲法学において代表的な司法審査の基準とされてきた合理性の審査基準が、利益集団政治による弊害と密接な関連性を有するとしてその再検討を提唱する、サンスタインの所説を中心に検討を行ってきた。サンスタインによれば、現在の考え方は憲法起草者であるマディソンの思想を多元主義的なものと誤解して利益集団政治を是認するものであり、マディソンの思想に含まれる立法過程における熟慮を重視する共和主義的要素を看過しているとする。

そして、サンスタインは自らマディソン共和主義と名付ける考え方に基づいて、合理性の基準の厳格化という主張を中心に、立法過程における熟慮をもたらす憲法上の構造を重視すべきであるという点をも含めた具体的な改革案を提示する。このサンスタインの具体案に対しては、すでにいくつかの批判が展開されている。たとえば、マイクルマンは、サンスタインの共和主義に対する理解について疑問を提示し、またフィッツは、サンスタインの具体策が社会的なコストの観点から引き合わないものであるとし、それに代わるアプローチとして政党アプローチを提唱している。

このような疑問や批判に加えて、さらにいくつかの問題点をあげることができよう。たとえば、サンスタインが提唱する合理性の基準の厳格化において、中心的な要素となる現実の立法の動機に対する司法審査について、最高裁は立証の困難さを理由に消極的な態度をとっており、その実現にあたってはより細かい詰めの議論を必要としよう。また、サンスタインが合理性の基準の厳格化を通して実現しようとする公共的価値についても、その明確な内容は明らかにされておらず、その結果多様な実体的価値が公共的価値として主張されるという問題を含んでいる。さらに、本稿では直接触れていないが、サンスタインが行政法の領域での議論[1]を踏まえて憲法の問題を論じている点についても、今後問題とすべきであると思われる。

サンスタインの議論は、いま述べたような問題点を有するものであるが、その内容は魅力に富んだものである。それは彼の議論が、その範囲において今日問題となっている多くの点に関連性を有しているからである。たとえば、サンスタインの議論の範囲は「法と経済学」学派を含めた法の経済学的分析への対応という点で経済学と、マディソンの歴史的位置付けという点で歴史学と、利益集団の理解という点で政治学と関係している。また、その議論の射程の深さについても、サンスタインの議論は、現代のアメリカ憲法学における基盤を提供してきたニュー・ディール期に形成された憲法理解を再度検討しようとする色彩をもつものである。(2) このような点で、サンスタインの議論は重要性を持つと考えられ、現在の日本の憲法学におけるアメリカ憲法学の影響を考慮するとき、日本においてもサンスタインの議論は今後ますます注目されるべきであると思われる。

(1) 行政法の領域における、利益集団と行政過程との結び付きに関する議論については、以下の文献を参照のこと。Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667 (1975).

(2) 行政法をその検討の対象とするものではあるが、サンスタインのそのような関心を示すものとして、以下の文献を参照のこと。Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421 (1987).