Title	共和主義的憲法理論をめぐる若干の考察： 自由主義との関連を中心に
Sub Title	A study of some aspects of the republican constitutional theory
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.12 (1989. 12) ,p.153- 183
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	田口精一教授 平良教授 退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19891228-0153

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.

共和主義的憲法理論をめぐる若干の考察

——自由主義との関連を中心に——

大 沢 秀 介

- 一 はじめに
- 二 サンステインおよびマイクルマンの新たな見解
 - 1 最近の共和主義的憲法理論に対する批判の焦点
 - 2 サンステインの見解
 - 3 マイクルマンの見解
- 三 共和主義的憲法理論に対する見解
 - 1 共和主義的憲法理論と多元主義的憲法理論
 - 2 自由主義的憲法理論と共和主義的憲法理論
- 四 結語に代えて

一 はじめに

筆者は、かつて別稿において⁽¹⁾、最近のアメリカ憲法学において注目されつつある共和主義的観点に立つ憲法理論に關して、主としてサンステイン(C. Sunstein)の主張を中心に検討を加えたことがある。その中で、サンステインの主張について、ごく大まかにつぎのように述べた。憲法起草者として現在でもその影響力が大きいマディソン(J. Madison)の憲法思想について、これまでの多元主義的観点からする理解には誤りがあった。現在の歴史学の見解に従えば、マディソンの思想の中に共和主義思想の影響をみてとることが可能である。このような観点からいえば、現状の利益集団政治を是認するような多元主義的な憲法学の理解の仕方は誤りであり、共和主義的観点に立った考え方がとられるべきである。この新しい考え方によれば、現在の合理性の基準は、より厳格に考えられるべきであり、また立法過程における立法者の熟慮を確保するような統治機構の構造を重視し、必要ならば改革をも行うべきである⁽²⁾。

このようなサンステインの考え方に対しては、別稿ですでに触れたように、賛否両論の数多くの議論が寄せられている。そして、これらの議論の中には、かなり多くの批判がみられる。このような状況に対し、サンステインやサンステインと同様に共和主義的観点の重要性を説くマイクルマン(M. Michelman)は、最近開かれた共和主義論争をめぐるシンポジウムの中で、その考え方を再度明確にし、それらの批判に答えようとしている⁽³⁾。

そこで本稿では、いま述べたシンポジウムで明らかにされた二人の見解をもとに、サンステインとマイクルマンの見解の内容を再度検討するとともに、その共和主義的憲法理論が現在のアメリカ憲法学においてどのような位置付けを与えられるべきかを明らかにすることを考えることとしたい。具体的にはまず最初に、サンステインとマイクルマンの新たな見解をより明らかにするために、彼らの従来の見解に対してこれまでなされてきた主要な二つの批判と新たな見解との関係をみていく。ここでいう二つの批判については、詳しくは次節以下で検討されるが、その要点は現

代社会の有する多元性をいかに取り込むか、また法と政治との関係をどのように考えるかということである。この二つの批判、なかでも法と政治の関係についての批判は、サンステインとマイクルマンの共和主義的憲法理論が、現代のアメリカ憲法学においてどのような意味を有するかを考えるにあたって、重要な手がかりを与えるものと思われる。それは、これらの批判が、アメリカ憲法学で現在主流的地位を占めている功利主義思想を背景とする多元主義的憲法理論、さらにその多元主義的憲法理論に対して批判的な憲法理論を含めて、現在の自由主義的憲法理論に対して、サンステインとマイクルマンがまさに問題提起しようとしている点と表裏一体をなすものと考えられるからである。

そこで、本稿ではつぎにサンステインとマイクルマンの共和主義的憲法理論と、自由主義的憲法理論の関係をとり上げることにはしたい。両者の関係といった場合、その態様には種々考えられ、まったく相互に独立した批判的なものから、相互に共通の土壌に立ち補完的なものまで含まれることになるが、このような関係を考えることは、二つの意味で重要であると思われる。まず、第一に、サンステインとマイクルマンの共和主義的憲法理論を自由主義的憲法理論との関係で理解することは、サンステインやマイクルマンの見解が生じた背景を理解することに役立つと考えられるからである。そして、第二に、そのような理解は、さらにサンステインとマイクルマンの共和主義的憲法理論が、将来アメリカ憲法学において有するであろう地位や期待されるであろう役割を考える上で、有益な視点を提供してくれると思われるからである。

本稿では、いま述べたような問題関心にしたがって、次節以下その論述を進めることとし、最後に若干の感想を記すことにしたい。

(1) 大沢秀介「公共的価値と司法審査」法学研究六二巻六号一八頁(一九八九)。

(2) 大沢・前掲論文六四頁。

(3) Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 *Yale L.J.* 1539 (1988); Michelman, *Law's Republic*, 97 *Yale L.J.*

1493 (1988).

二 サンステインおよびマイクルマンの新たな見解

1 最近の共和主義的憲法理論に対する批判の焦点

共和主義的憲法理論をめぐる最近の重要な出来事は、イニール・ロー・ジャーナル九七巻八号誌上でのシンポジウム⁽¹⁾である。それは、このシンポジウムで、サンステインとマイクルマンがこれまでの批判に答える形で自説を再度展開する⁽²⁾とともに、歴史学者をも含めたシンポジウム参加者から、共和主義的憲法理論に関する疑問、意見、批判が述べられているからである。それとともに、このシンポジウムによって、これまで必ずしも明確ではなかった共和主義的憲法理論をめぐる議論の方向が明らかになってきた点も重要である。これまでの共和主義的憲法理論においては、主としてアメリカ建国時における共和主義思想の影響といった点に焦点があてられてきた。たとえば、別稿で紹介したサンステインの見解は、マディソンの憲法思想に与えた共和主義思想の影響を明らかにすることにかなりの力点がおかれ、そこから直ちに現代の憲法の多元主義的理解への疑問が提示され、それと対比される形で共和主義的理解の上に立った司法審査のあり方およびその他の統治機構の改革の必要性が説かれていた⁽³⁾。

たしかに、アメリカの歴史学においては、近年マディソンを始めとするフェデラリストによる合衆国憲法制定の意図を、共和主義との関連で理解しようとする有力な学説がみられる⁽⁴⁾。たとえば、ウッド(G. Wood)は、憲法制定の理由を、憲法制定以前の「一七八〇年代における邦議会でのデモクラシーの行き過ぎ、すなわち「様々な利益集団が錯綜し、殆どの立法に偏狭なまでに私益を促進する傾向が見られ、民衆の要求にますます迎合」⁽⁵⁾するような政治状況の中で、その結果としてもたらされる悪影響を心配したフェデラリストが、アメリカ的な共和主義を擁護しようとした点

にあるとする見解を述べている⁽⁶⁾。

ウッドによれば、マディソンを始めとするフェデラリストは、潜在的には功利主義的、自由主義的であっても、かれらが古典的な共和主義の影響を色濃く受けていたことは無視できないとされる⁽⁷⁾。そして、マディソンはベントレー(A. Bentley)、トルーマン(D. Truman)、ダール(R. Dahl)などに代表される政治的多元主義の考え方をもっていたのではなく、むしろ、公共政策をめぐる対立は高潔な精神を有する有徳な紳士によって公共善を促進するという観点から調整されるべきである、という共和主義的思考を持っていたとされるのである⁽⁸⁾。

このような歴史学の研究成果は、フェデラリストによる憲法制定の意図を経済的理由から説明しようとしたピアード(C. Beard)の見解や、アメリカの政治思想におけるロック(J. Locke)の圧倒的影響力を説くハーツ(J. Harz)の見解⁽⁹⁾と、対立ないしそれらの見解に著しい修正を施させるものであるという点で、興味深いものがあるといわなければならない⁽¹⁰⁾。

しかし、このような歴史学の成果から、ただちに現代の政治、社会における共和主義の意義が建国時のまま保持されているという結論を引き出すことは困難であるように思われる⁽¹¹⁾。エイブラムズ(K. Abrams)の指摘するように、共和主義論争に関して、ウッドらの歴史学者やバーバ(B. Barber)らの政治学者が、歴史的事実であるとか、将来に対する提言であるなどの理由から、現在の事態との関連をどのように考えるかという点について、かなり自由な立場をとれるのに対し、法律学者の場合には、現在の事実を前提として、その考え方を構築しなければならないという点で、強く現実によって拘束されていることを認識しなければならないからである⁽¹²⁾。したがって、パウエル(H. Powell)の指摘するように、サンステインの見解においても、歴史学における研究成果は現代と関係をもつ限りにおいて積極的に取り入れられたものであると考えられるべきであろう⁽¹³⁾。

このように考えた場合に、サンステインやマイクルマンの提唱する共和主義的憲法理論に関して問題となるのは、

つぎの二点である。第一点は、アリストテレス、マキャベリ等のこれまでの共和主義思想の上でその前提とされてきた、同質的な市民間での政治道徳に関するコンセンサスが、自由主義的にかつ多様性を有する現代社会にも存在しているといえるのかということである。第二点は、前述した現代アメリカ憲法学の主流的地位を占める憲法理論が、政治と法の厳格な区別を特色とし、通常の政治過程における利害調節と個人の権利を憲法の下で保障しようとする点を分離していることについて、共和主義的憲法理論がどのようにとらえようとしているかが不明瞭であるということである。本節では、以下いまま述べた問題点を中心に、サンステインやマイクルマンの最新の見解について、その内容を整理してみることにしたい。

2 サンステインの見解

サンステインは、前述したような批判に対して、自らの提唱する共和主義的憲法理論が伝統的な共和主義思想ではなく、自由主義的共和主義思想(Liberal Republicanism)にもとづくものであるという形で答えようとする。⁽¹⁸⁾ それでは自由主義的共和主義とは何なのか。その内容は必ずしも明確ではないが、サンステインはこの点について、自由主義的共和主義を含めた共和主義と多元主義との対比を通して明らかにしようとしている。⁽¹⁹⁾

まずサンステインは、自由主義的共和主義が多元主義に対して批判的立場にたつとする。すなわち、共和主義思想はその内容が多様であり唯一の思考方法が存在するというものではなく広範なものであるが、サンステインによれば、自由主義的共和主義を含めすべての共和主義に属すると考えられる思考は、四つの相互依存的な原理的要素(committments)を共有しているとされ、それらは多元主義と対立すると考えられるとする。

サンステインがあげる共和主義における四つの原理的要素の第一は、熟慮に対する信念である。それは具体的には、個人の権利、利益、選好は政治的熟慮の対象として認識されるということをさす。これに対し、多元主義の下では、

既存の富の配分、各人の有する権利、利益、選好は、政治過程に対しては外在的変数、すなわち社会的にすでに固定されたものとみることが前提とされていることはいうまでもない。サンステインのあげる第二の要素は、政治的平等の重視である。それは、すべての個人や集団による政治過程へのアクセスの可能性を意味し、政治的影響力の面で大きな不平等が存在することは否定されることを意味するとされる。これに対し、多元主義の下では利益集団が政治過程における主たる行為者と想定されており、それら利益集団が通常の場合政治過程において他の個人、集団に比較し資金や情報の点できわめて有利な立場にたつことはよく知られている通りである。第三の要素としてあげられているのは、ユニヴァーサルイズム (Universalism) である。ユニヴァーサルイズムとは、政治や公共善に関する種々のアプローチや概念上の相違というものは、公の議論と対話によって仲裁することが可能であり望ましいとする信念をさす。このような観念は、既に独自の権利、利益、選好を有する各利益集団が希少な社会資源をめぐってその獲得競争を行うと想定する多元主義にはなじまないであろう。最後に、第四の要素としてあげられているのは、市民としての地位 (Citizenship) の重視である。共和主義の下では、市民としての地位が重視される結果、市民による中央政府のコントロールと非中央集権化のための政治機構が求められることになる。このような考え方は、公的な領域と私的な領域を区別し、さらに政治過程の産物としての立法は、利益集団の選好を正確に反映する形で表現すべきことを求め、政治過程における代表は、選出母体としての各利益集団の要求にのみ反応し、それ以外の独立した判断を示さない存在としてとらえる多元主義の下では成り立ち難いと考えられる。

サンステインは、このように共和主義と多元主義を対立的なものとしてとらえた上で、自由主義的共和主義がつきのような特色を有するとする。第一に、自由については、各人が自己の目的を履行する自由だけではなく、目的そのものを十分に調べ慎重な形で選択するという自由を含むものとして考えようとしていることである。第二に、公権力の行使に対して警戒心を有し、公的領域での公権力の作用に数多くの制限を考えるが、権利と具体的な政治制度の創

設については、政治的熟慮を加えることが可能とされるような健全な政治過程から生じるものとしてとらえようとしていることである。第三に、公的権力と私的権力双方の濫用を警戒する態度をとっていることがあげられる。第四に、私的領域は公的決定の積み重ねで形作られていると理解し、それゆえに政府に対する抑制が必要であるとする考え方をとろうとしていることがあげられる。第五に、種々の集団間の政治的影響力の不均衡を是正しようとする考え方をとっていることが指摘できる。第六に、現在の権利に対する信頼を是認することによって、自由と平等を結合させることはかろうとする考え方もっていることである⁽²⁰⁾。

さらに、サンステインはこの四つの原理的要素から、つぎのような派生的な要素を引き出すことができる。すなわち、政治的熟慮からは政治参加の基本的権利の保障が、そして政治的平等や市民としての地位の原理からは、差別に反対する強い規範が生まれるとするのである。また、共和主義の下では、私的財産と最低限の福祉に対する権利利益の保障という形で、各人の安全に関する基本的な保障がなされるとする。さらに、政治過程において政治的熟慮が加えられる際には、多様な見解がより良く反映する形で行われるよう促されるとする⁽²¹⁾。

サンステインのいう自由主義的共和主義の特色で注目されるのは、功利主義を背景とする多元主義を批判しながら、自由主義的共和主義の考え方が、功利主義を含めたこれまでの自由主義の考え方とかなりの部分重複しているということである。サンステインはこの点を認めつつ、なお共和主義的要素を考えることが現代における憲法理論として重要であると主張するのである。

3 マイクルマンの見解

マイクルマンも共和主義的見解に立って、アメリカの立憲主義を考えるべきであるとし、具体例としてパウアーズ対ハードウック事件⁽²²⁾(*Bowers v. Hardwick*)をあげながら、その考え方を説明する。

パウアーズ事件は、自宅の寝室で他の成人男性とアブノーマルなセックスを行ったとして、アブノーマルなセックス (sodomy) を犯罪として禁じるジョージア州法違反に問われた原告が、同州法は合衆国憲法に違反するとして争った事件である。この訴えに対し合衆国最高裁判所は、違憲であるとする第一巡回控訴裁判所の判決を破棄し、ジョージア州法の合憲性を支持した。

ホワイト裁判官の執筆した法廷意見は、その主たる判決理由として、憲法上ホモ・セクシュアルのアブノーマルなセックスを行う基本的権利 (fundamental right) は保障されていないという点をあげる。これまで最高裁は、結婚、墮胎等に関連していくつかの基本的権利を認めてきたが、本件で主張されている権利は、それら基本的権利とは性質上異なる点とするのである。法廷意見によれば、これまで基本的権利として認められてきたものは、その性質として、秩序付けられた自由 (ordered liberty) の観念に暗黙の前提として含まれている基本的自由あるいはアメリカの国の歴史と伝統に深く根差した自由として考えられたきたものであるとされる。したがって、ホモ・セクシュアルのアブノーマルなセックスを行う権利は、それら伝統的、歴史的な背景を有する基本的自由ではないというのである。⁽²³⁾

このようなパウアーズ事件判決は、共和主義者としてのマキアヴェリ (Machiavelli) が、宗教的配慮を通して国内秩序を統一し強化することが重要であると認識していた点⁽²⁴⁾を考慮に入れるならば、伝統的な共和主義の観点と良く調和すると考えられる。しかし、マイクルマンはそのような見方を否定し、自らの考える共和主義は、そのような古典的な共和主義ではないとするのである。⁽²⁵⁾

マイクルマンによれば、彼の共和主義的憲法理論では、つぎの二つの点が重要であるとされる。第一点は政治に関連する。すなわち、共和主義の下では、あるべき政治とは十分な情報を有しかつ活動的な市民が中心であり、したがって政府が社会の一部を搾取、支配したり、あるいは社会の一部集団の道具となったりしないよう、政府に対して市民が求めうるような状況を意味する。しかし、そのような政治観が成立するためには、一定の社会的、経済的条件を

必要とする。そこで、共和主義の下では、第二にそのような社会的、経済的条件を保障する法的秩序が存在すべきである⁽²⁶⁾とされる。

このような共和主義の二つの要素は、マイクルマンによれば、一体として作用するとされる。すなわち、共和主義の下では、私的な領域では私欲を追求する個人が、政治の場では公的利益を考慮する市民となり、さらに抽象的な意味での人民の一部になることによって、人民の意思としての法を自らを拘束するものとして受容するというのである。マイクルマンは、このような性質を備えた政治過程をコバー（R. Cover）にならって法創出（*jurisgenerative*）過程と呼ぶ⁽²⁷⁾。そして、この法創出過程こそ、アメリカ立憲主義における政治的自由の二つの前提を充たすものであるとする。それら前提とは、アメリカの人民は、人民自らによって集合的に支配されている限りにおいて、政治的に自由であるとする要件と、アメリカ人民は、人ではなく法によって支配されているかぎりにおいて、政治的に自由であるとする要件⁽²⁸⁾である。

いま述べたように、マイクルマンの場合、共和主義的憲法思想における望ましい政治過程とは、法創出過程としての性質を備えたものであるとされる。しかし、この考え方において問題となるのは、そのような政治過程を保障しうる規範的コンセンサスが、多元性を特色とする現代のアメリカ社会や政治において成立しうるのか、成立しうるかとすればどのような考え方に基づくものであるかという点である。

マイクルマンは、いま述べたような規範的コンセンサス、すなわち自己統治の理念と法による支配の理念との合一化を成立させる可能性のある方法として、三通りのものを提示する。一つの方法は、別稿でも触れたポピュリズム的色彩を帯びるアッカーマンの考え方⁽²⁹⁾であるが、マイクルマンはポピュリズムによって裏打ちされた憲法上の法理は、権威的なものとして把握されやすいという問題を有するとして、アッカーマンの考え方に批判的な姿勢を示す。したがって、ここで重要なのは残りの二つの方法ということになる。

そのうちの一つの方法は、多元主義による場合である。マイクルマンによれば、多元主義においては、個人や集団はそれぞれの抱く規範的見解を相互に対話を通して説得し合い伝達し合うことはできない、という觀念が中心的要素として存在するとされる。多元主義の下では、憲法の政治に対する関係は、私法が自由経済市場の活動に対して有する関係と同様なものであるとされ、憲法は個人や集団が自由な活動を行う政治過程の外側にあつて、その過程の明瞭さを保つとともに、政治過程の構造や秩序さらには安全性、公正さ等を保障する支配のためのルールにすぎないからである。³¹⁾

マイクルマンによれば、このように政治Ⅱ人民による支配と法Ⅱ法による支配を厳格に区別しようとする多元主義の下では、憲法の現在の内容は説明しうるとしても、憲法がどのようにして制定されたかという点や憲法の権威の正当性を明らかにすることは難しいとされる。そこで、多元主義の下では、憲法の正当性について、現実の政治、社会状況とは切り離した形で、理性、公正、効用など正義に関する基準を立て、現在の憲法をそのような基準に沿うものとして受け入れるべきであるとする規範的議論が展開されることになる。しかし、マイクルマンによればこのような規範的理論の下では、憲法は人民自らが人民自身に付与したものであるとする考え方は引き出しえず、また歴史的に憲法は効用や公正といった基準に適うものとして、その当時の人々に受け入れられ制定されたとする見方も、現在の憲法がもっている権威の正当性を明らかにしえないという問題点を有するとされるのである。憲法はその有効性を維持するためには、それぞれの時代における人々の構成、価値、アイデンティティといった点における変化に対応していかなければならないからである。³²⁾

このような考え方に代えて、マイクルマンは自己統治の理念とともに法の支配の理念を満たすコンセンサスを成立させるものとして、共和主義的見解を示すのである。そこでは、市民自らが自らの従う法を制定することになるからである。ただ、この方法によつた場合にすぐ問題となるのは、多元性を特徴とする現代社会において、共和主義の想

定するような政治に関する道徳的なコンセンサスが一元的である社会を想定しうるのかどうかという点である。この点について、マイクルマンは現代社会における多様性を前提としていくつかの点で修正を加えて、規範的なコンセンサスが現代社会においても生み出しようとするのである。

いままで述べてきたサンステインとマイクルマンの見解については、少なくともつぎの二つの点について留意すべきであろう。第一点は、両者の見解の間には、サンステインが政治過程から生ずる結果の正しさについての人々の同意をいかにして確保するかという点に焦点を求めるのに対し、マイクルマンは自己統治の理念と法の支配の合一化を確保するための対話の性質という点に中心をおいている点³³で相違があるということである。換言すればサンステインの方がより実践的な意図を有しているといえることである。第二点は、サンステインとマイクルマンの新たな見解が、アメリカ社会の特徴である多元性という現実をどのように取り込み、現代のアメリカにおける憲法理論として自らをどのように位置付けようとするのかという点に関して、かれらの見解を示したものだということである。そして、そこで注意しなければならないのは、ふつう共和主義といった場合に予想されるものとは異なり、サンステインやマイクルマンが、個人の自由や政治的平等を強調し、自由主義的憲法理論の特徴をも自己の理論の中に取り込んでいるということである。このようなサンステインやマイクルマンの考え方は、次節で述べるような最近の共和主義的憲法理論をめぐる主要な議論の方向と密接に関連していることはいまでもない。

(1) *Symposium: The Republican Civic Tradition*, 97 *YALE L.J.* 1493 (1988).

(2) Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 *YALE L.J.* 1539 (1988); Michelman, *Law's Republic*, 97 *YALE L.J.* 1493 (1988).

(3) 大沢秀介「公共的価値と司法審査」法学研究六二巻六号二六一四〇頁(一九八九)。

(4) 代表的な業績としては、以下のようものがあつた。G. WOOD, *THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC 1776-1787* (1969); J. POOCK, *THE MACHIAVELLIAN MOMENT*, (1975). なお、邦語訳本³⁴として、第八回アメリカ研究札幌セミナー

- (一九八七年)でのウッド教授の報告の邦訳を含む小川晃一、片山厚編・アメリカ憲法の神話と現実(一九八九)がある。
- (5) ウッド「徳の喪失と私益の隆盛—連邦憲法制定をめぐる「私益」と「無私」—」小川、片山編・前掲書四五頁。
- (6) ウッド・前掲論文五〇頁。
- (7) ウッド・前掲論文五三—四頁。
- (8) ウッド・前掲論文六五頁。
- (9) ビアード(池本幸三訳)・合衆国憲法の経済的解釈(一九七四)。
- (10) ハーツ(有賀貞、松平光央訳)・アメリカ自由主義の伝統一〇八頁(一九六三)。
- (11) クラムニックは、最近二、三〇年の間に一八世紀アメリカにおける政治思想に影響を与えた存在として、ロックに代えて共和主義を据える見解が取って代わりつつあるとする。Kramnick, *Republican Revisionism Revisited*, 87 *Am. Hist. Rev.* 629 (1982)。しかし、クラムニック自身は、ロックの影響の強さを主張する。Kramnick, *The "Great National Discussion": The Discourse of Politics in 1787*, 45 *W.M. & Mary Q.* 3, 6-7 (1988)。
- (12) 小川晃一「序」小川、片山編・前掲書一五頁参照。
- (13) このような考えに対し、ホロウィッツは、共和主義的伝統が建国時から現在まで影響を持ってきたとする立場にたつ。Horwitz, *Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought*, 29 *W.M. & Mary L. Rev.* 57, 64 (1987)。
- (14) たとえば、バーンは教育を受けた市民としての人々の政治への参加を強調する強い民主主義(Strong Democracy)を提唱するが、その実現のための具体策は、ケーブル・テレビを使用した全国的な市民間で政治討論、くじ引きによる地方政府における役職者の選出など、かなり斬新的なものとなっている。B. BARBER, *Strong Democracy* 307 (1984)。
- (15) Abrams, *Law's Republicanism*, 97 *YALE L.J.* 1591, 1591-92 (1988)。
- (16) Powell, *Reviewing Republicanism*, 97 *YALE L.J.* 1703, 1707 (1988)。
- (17) サンステューンは、共和主義の中でも財産を所有しない者や黒人、女性等を排除する慣行の存在や軍事優先主義、専制的支配などは否定する。Sunstein, *supra* note 2, at 1540。
- (18) *Id.* at 1541。
- (19) *Id.* at 1541-58。
- (20) *Id.* at 1569。
- (21) *Id.* at 1571。

- (22) 478 US 186, 106 S. Ct. 2841 (1981).
- (23) 106 S. Ct. 2844.
- (24) マキアヴェリ（永井三明訳）『政略論』第一卷二二章（会田雄次編・マキアヴェリ（一九七九）所収）。
- (25) Michelman, *supra* note 2, at 1495.
- (26) *Id.* at 1504-05.
- (27) *Id.* at 1501.
- (28) *Id.* at 1500.
- (29) アッカーマンの考え方の要点は、南北戦争やニュー・ディール期におけるように、人々の政治的意識が著しく高揚し、政治において準拠すべき大原則が変動する憲法政治(Constitutional Politics)の時期においては、人民の意思が直接かつ明瞭な形で表明されるとするものである。大沢・前掲論文四六頁。
- (30) 具体的には、アッカーマンの考え方によった場合には、人民の政治的道徳に関する決定が権威的なものとして尊重され、その結果司法部の地位が相対的に低下し、政治における変革の傾向、たとえばブラウン事件に始まる一連の人種差別事件の中でみられた、新たな憲法上の権威を創出するという役割が適確に表現されないという問題点をもつとする。Michelman, *supra* note 2, at 1517-24.
- (31) *Id.* at 1507-08.
- (32) *Id.* at 1508-17.
- (33) マイクルマンはつぎのような修正を試みる。第一に、政治過程に参加する個人は、そこでの対話を通して、各人の基本的な見解は維持しながらも、それらの見解を別の角度から見直すことがありうるとされる。第二に、政治過程が法創出的であるために必要とされる社会的、手続的条件として、対話のための言論の自由、個人の独立性を担保するための財産権の保障、各人の自己同一性を確保するためのプライバシーの権利が保障されるとする。第三に、いま述べたような修正をほどこす結果、政治過程での決定が遅れ政治過程の産物としての立法の成立が不確実になるといふ点については、立法を通じての政治的自由を追求する以上、そのような不確実性は前提条件として必要なものとされる。むしろ、これまで政治過程から実質的に排除されてきた人々の提唱する新たな法理を絶えず取り込むようにすべきであるとされる。第四に、法創出的な場合は、公民権運動に見られるように、公的な選挙過程や立法過程の場ばかりではなく、タウン・ミーティング、ボランティア活動、社会的な集まり、学校、勤務先、買物場所、街頭なども含めるべきであるとされる。Michelman, *supra* note 2, at 1526-32.

(34) Sullivan, *Rainbow Republicanism*, 97 *YALE L.J.* 1713, 1722 (1988).

三 共和主義的憲法理論に対する見解

1 共和主義的憲法理論と多元主義的憲法理論

いままでその内容を概観してきたサンステインやマイクルマンの見解に対しては、いくつかの批判や疑問を述べる
ことが可能であろう。実際、前述のシンポジウムにおいても、参加者から数多くの興味深い疑問や批判が提起されて
いる。たとえば、ロッキ的自然権思想や社会契約論と対比される意味での共和主義思想の実体的内容としてこれまで
指摘されてきた、軍事第一主義、エリート主義、男性優位主義が、サンステインやマイクルマンの見解では否定され
ているが、それでもなお彼らの考え方を共和主義思想に連なるものとして考えることができるのか、⁽¹⁾マイクルマン的
立場にたった場合に、ルソーのいう一般意思に近づくことになるが、両者の関連性をどのように考えるのか、⁽²⁾など
という批判や疑問を、その具体例としてあげることができる。

しかし、このシンポジウムで展開されている批判や疑問に関して注目されるのは、それらが共和主義的憲法理論と
多元主義的憲法理論さらには自由主義的な憲法理論との関係をどのように理解するかという点を鋭く衝いていること
である。たとえば、共和主義思想の中心的な特色である政治過程での利益調整、価値創出などの機能に関して、⁽³⁾ど
のような機能がそのような機能の十全な働きを保証するのか、裁判所なのか、立法部なのか、地方政府の機関なのかと
いった疑問は、現在のアメリカ憲法学におけるプロセス重視の考え方と対比して、その思想の是非を考慮することを
求めるものといえる。また、サンステインやマイクルマンの考え方と、左右の急進的な考え方、すなわちポズナー
(R. Posner)に代表される公共選択論に触発された右からの急進的な考え方と、批判的法学に代表される左からの急進

的な考え方との関係をどのように考えるべきかといった疑問も、現在のアメリカ憲法学に対する批判との関連でとらえる必要がある。したがって、以下ではサンステインやマイクルマンの主たる批判の対象とされた多元主義さらには自由主義の立場からの反論、批判を検討の対象としていくことにしたい。まず、多元主義の立場からする疑問、批判についてみて行くことにする。

まず、メーシー(J. Macey)は、利益集団政治の規制が必要であるにもかかわらず現在の多元主義的な憲法理解では困難であるとするサンステインの認識に対して、多元主義的憲法理論の立場においても、政治過程で圧倒的な影響力を行使する利益集団の活動を抑制すべきであるという認識を有していると指摘する⁽⁵⁾。メーシーによれば、共和主義的憲法理論と多元主義的憲法理論の相違は、具体的にとられる手段の相違に帰着するとされる。サンステインらの共和主義的憲法理論による場合には、公的な配慮に欠ける立法の問題に関して、立法者に対して行動の前に政治的熟慮をなすべきことを求め市民の徳(Civic Virtue)に訴えようとするのに対し、多元主義的憲法理論の場合には、厳格な憲法上の要件を設けることによって、政府が政治的弱者から政治的強者への富の移転などをおこなったりすることを困難にさせようとはかっているのだとされる⁽⁶⁾。

メーシーはさらに、両者のそのような相違の根底には、その思想上における人間観の相違が存在し⁽⁷⁾、その人間観の点において、多元主義憲法理論の方が共和主義的憲法理論に勝るとする。それは、サンステインらの共和主義的憲法理論においては、政治の公的側面が強調されすぎ、その結果個人が私的経済利益を求め、また自己の政治的生存の必要性のゆえに政治生活に入り込んでいくという点を見失い、結局は憲法起草者の意図や、現実の政治、社会状況と合致しない見方が据えられることになるからであるとする⁽⁸⁾。

このメーシーの批判について、サンステインやマイクルマンの立場からは、つぎのように答えることができよう。たしかに、多元主義と共和主義の前提としての人間観は異なっているが、問題はそのいずれの考え方が憲法起草者の

意図あるいは現実の状況に合致したものであるかということである。まず、憲法起草者の意図との関連については、憲法制定時を専門とする歴史家の間で、当時における共和主義の予想以上の影響を説く見解が主流となりつつある点を指摘できよう⁹⁾。また、現実の政治、社会状況との関連では、たしかに共和主義的見解の現実認識が個人の政治との関わり合い、動機付けについて、不十分な配慮しか払っていないという事実は存在するかもしれないが、問題はどのような実情をもとにして憲法を考えていくべきなのかどうかということである。

この点は、現在において憲法としてみられているものの内容という事実の側面を説明しようとするのか、憲法の権威の正当性という規範的側面を説明しようとするのかということに関わり、メーシーは、現在の憲法としてとらえられているものの内容を説明することに焦点をあてていることになる。もともとこのことは、前述したメーシーの反論を待つまでもなく、多元主義者が利益集団による政治の横行という現実をすべて肯定しているということを意味しない。しかし、メーシーの依拠する多元主義の下で、現代のアメリカ憲法が直面している問題、すなわちアフターマテイク・アクションに代表されるように、具体的な訴訟事件を解決するためにコミュニティ社会の持つ価値を考慮しなければならぬような問題に対して、果たして有効な解決策を提供できるかどうか疑問とされざるをえない。ここでは、社会を原子化された個人の集合体とみる見解がとられているからである¹⁰⁾。

むしろ、この点で注目されるのは、個人と国家の間に存在する中間的社会的意義を強調するサリバン(Sullivan)の規範的多元主義(Normative Pluralism)の概念である。サリバンは、コミュニティ社会の持つ価値の育成、保持との関連で、中間的な社会集団の存在意義を高く認め、従来の多元主義の問題点を回避しようとしているからである。サリバンは、規範的多元主義の観点からサンステインやマイクルマンの考え方を批判するにあたって、かれらの共和主義的思想の特色について触れる。サリバンによれば、サンステインやマイクルマンの共和主義的思想の特色は、政治を共通善に対する熟慮ないし公的な対話の過程から生ずる結果であるとする従来の伝統的な共和主義的要素に加

え、社会的多元性の育成という新たな要素を付け加えた点にあるとされる。サリバンは、このような考え方をレインボー共和主義 (Rainbow Republicanism) と名付け、その名の下で新たな共和主義の観念が作り出されているとするのである。⁽¹¹⁾

サリバンによれば、このレインボー共和主義の問題点は、社会的多元性を確保するために人種や非嫡出子などの、いわゆる疑わしき分類の範疇に属するとされる人々からなる非自発的集団のもつ独自の見解をも政治的熟慮の過程で考慮するという問題点をもつとされる。非自発的集団の考え方は独自の価値観にもとづく場合が多く、したがって、それら非自発的集団の独自の見解を自発的集団の見解と同様に政治的熟慮の対象とすることは、サンステインやマイクルマンが批判の対象とする多元主義における個人の利益や選好の多様性と同様に、党派形成の危険をもち、共和主義における道徳的コンセンサスの存在を危胎に瀕させるといって自己矛盾を露呈することになるとするのである。⁽¹²⁾

またサリバンは、自発的集団については逆に、レインボー共和主義が十分にその意義を強調していないとする。レインボー共和主義は、現在憲法上その活動の自由が保障されている自発的な結社について、個人の欲求を助長する党派的存在としてまた国に対する忠誠心を阻害する存在として軽視しているとみられるからである。その結果、自発的結社が有する個人の自己実現を育成、促進する能力や、自発的結社が国家との距離を保つことによって社会的な対話の場となっている点を見逃していると批判するのである。⁽¹³⁾

このようなサリバンの考え方は、中間的な社会集団の存在を重視することによって、コミュニティー社会の価値を認めると同時に、すべての私的領域が公的な共通善の存在ということによって彩られることを避けようとするものである。サリバンのこのような主張には傾聴すべき点が少なくない。たとえば、共通善の存在を予定することは、伝統的な共和主義に關して指摘される独裁的、封建的性格を想起させ、政治的自由への悪影響が心配されるからである。

サリバンの見解は、いま述べたような重要な内容をもつ指摘であるが、その見解をそのまま認めるわけにはいかな

いと思われる。それは、サンステインやマイクルマンが、すでに見てきたように、最近批判に答える形で徐々に伝統的な共和主義観念と離れる見解を明らかにしつつあることに加え、規範的多元主義の概念そのものに関して、いくつかの問題点を指摘できるからである。たとえば、すべての社会的集団の活動を規制せずにそのまま放置しておくことは、サリバンの意図とは逆に、コミュニティの価値を集団による個人への圧迫という形で抑圧するという事態が考えられる。そのような場合には、公共的観点から、規制が必要とされることにならざるをえないであろう。¹⁴さらに、今日のように企業や労組など特定の団体が、他の私的な集団や団体に比較し、格段に大きい権力を保持するにいたった現状においては、それらいわば私的統治団体によって加えられる自由への脅威に対応した、政府による規制が一段と必要とされるようになった、という指摘も十分な根拠をもっているといえよう。これらの点を考慮した場合、中間的集団の自由な活動の尊重を通してコミュニティー社会の価値を育成ないし取り込んでいくという考え方も、それを裏り多いものとするためには、まず困難な現実的問題への適切な対応をその前提問題として処理せざるをえないといえよう。

以上瞥見してきたサリバンの規範的多元主義と、サンステインやマイクルマンの共和主義的見解とは、今日の利益集団政治による弊害を是正しようとする点では共通するものの、無視しえない相違が存在すると考えられる。両者の最も直接的な相違が、政治過程における利益集団政治による弊害を除去する方法との関連で、国家と個人の間¹⁵に存在する中間的集団の意義を積極的に評価するか消極的に解するかという点にあることはいまでもない。けれども、より重要な相違は、サリバンとサンステインやマイクルマンの見解との間においても、これまで多元主義と共和主義の相違として通常指摘されてきた、国家に対する好意的見解と否定的見解、積極的自由と消極的自由という自由に対するとらえ方、権利をも政治的熟慮の対象とみなすかという、三つの基本的認識の点で相違が存在すると考えざるをえないことである。

ただ、いま述べたサンステインやマイクルマンの見解とサリバンの見解の相違について注意しておかなければならないことは、サンステインらの共和主義的見解が、これらの相違にそって論理一貫しているとは明確に言いきれない点である。⁽¹⁶⁾たとえば、サンステインは宗教の自由に関して政府による介入を認めない。また、マイクルマンもブライパシーの権利が、個人的生活と政治的、公的生活をつなぐ権利として共和主義の下で尊重されるとする立場を示している。⁽¹⁷⁾このような姿勢は、規範的多元主義とサンステインやマイクルマンの共和主義的見解を区分することは可能であるものの、両者の間にまた共通点も少なくないことを意味している。このように規範的多元主義と共和主義的見解が少なからず共通点をもっている背景は何なのであろうか。つぎに、その点を見てみることにしたい。

2 自由主義的憲法理論と共和主義的憲法理論

サリバンの見解で注目すべき点は、サンステインやマイクルマンの共和主義的見解を批判しつつ、その意義を高く認めている点である。サリバンは社会的相互作用の中で価値や人格が形成されるという点については賛意を示すのである。一方、サンステインも多元主義の示す多数派支配の排除の要請や市民の自由な選好の尊重などは大きな長所であるとする。前述したような規範的多元主義と共和主義的見解の共通点は、このような相互の認識と関係していると考えられる。さらに、このような規範的多元主義と共和主義的見解の認識の背景として考えなければならない点に、いま急激に理論的基盤が揺るがされ、かつ裁判所への影響力を低下させつつあるために、一種の自己懐疑の状態に陥りつつあると指摘されているほど多様な批判が向けられている自由主義的憲法理論をめぐる状況がある。

パウエル(H. Powell)によれば、具体的にはつぎのような三つの点で、自由主義的憲法理論は批判にさらされているとされる。第一に、自由主義的憲法理論が個人にのみ注目し、コミュニティの存在を認めそれを育成する能力を欠いているという点である。第二に、自由主義的憲法理論が憲法解釈における歴史や伝統の役割について確固とした立

場をとっていないという点である。そして、第三点は自由主義的憲法理論がアメリカ政治における道徳的基盤について、徹底的なプロセス、手続重視の考え方をとっていることに対し、実体的見解を示すべきであるとする保守派からの強い不満にうまく対処しきれていないということである⁽¹⁸⁾。

このようなパウエルの指摘を前提として考えるとき、規範的多元主義に基づく憲法理論と共和主義的憲法理論が、そのような批判状況と強く関連して生じたものではないかという点は、前述した両者の特色からいってかなり強く推論されるように思われる。もっとも、自由主義的憲法理論といった場合、それを支える自由主義の有する多様で広範な伝統との関連で、多くの理論的形態が考えられる。その意味で、まず最初にここでいう自由主義とは何かが問題となる。

自由主義に関して、たとえばウォルドロン (J. Waldron) は自由主義を他の思想と区別する特徴として、自由の概念に対する信念と個人の能力や力への尊敬の信念、そしてこの二つの信念によって生み出される要件、すなわち社会のすべての側面が個人一人一人にまで受け入れられるものであり、あるいは受け入れられるように作られるべきであるとする信念をあげる⁽¹⁹⁾。このような自由主義に関する定義は有用なものと考えられるが、自由主義すべてがこの定義でおおい尽くされているとは主張できないであろう。自由の名の下に数多くの政治、社会理論が語られてきたからである。ただ、前述の自由主義的憲法理論に対する批判との関連でこれまで問題とされてきたのは、功利主義とロールズに代表される最近の自由主義の二つであり、それらの考え方との関連では一応の基準となりうると思われる。

ところで、現在の自由主義的憲法理論に対する批判との関連で取り上げるべき自由主義思想の一つは、サンステインやマイクルマンの批判する多元主義的憲法理論の背後にあってそれと密接なつながりを有する、自由主義としての功利主義である。ミル (J. Mill) に代表される功利主義においては、いうまでもなく「自由の名に値する唯一の自由は、われわれが他人の幸福を奪い取ろうとせず、また幸福を得ようとする他人の努力を阻害しようとしなかり、

われわれは自分自身の幸福を自分自身の方法において追求する自由である⁽²⁰⁾。というように個人の自由が強調され、自由を制限する唯一の基準として最大多数の最大幸福という効用の原理が据えられている。

この功利主義に対する最近の批判として注目すべきものに、「基本的人権を認めることと最大化原理としての功利主義の立場をとることが相矛盾する場合⁽²¹⁾」があり、功利主義が自由主義の理論的基礎として十分に機能し得ないのではないかという批判がある⁽²²⁾。すなわち、功利主義は人種差別の場合におけるように、少数派の人々には適用されないようなルールをつくることによって、その他全員の欲求に満足や幸福を与え、それによって功利を最大化する社会が存在することを理論上否定しえないのではないか⁽²³⁾。そうであるとすれば、少数派の人々の幸福は社会の多数派の意思に依存し、少数派が多数派の選好を積極的あるいは消極的な形で押し付けられる可能性が生じることになる。しかも、功利主義においては選好の内容は問われないから、道徳的に望ましくない選好が、どのようにして形成されたのか、どのような効果をもつのかという点に注意が払われないまま、快樂計算の中に組み入れられ、個人の基本的自由が尊重されずに政策が履行されるといふ悪しき結果も予測されるというのである。

このような功利主義の問題点に対処するためには、どのような方法が考えられるのであろうか。この点について、サンステインやサリバンが提示する方法は、政治を単に個人の欲求を履行するものととらえるのではなく、それら欲求の是非を判断するために必要な情報、多様な見解をもたらず場として認識するというものである。サンステインの共和主義の見解についてはいうまでもないが、サリバンが政治を個人の選好の単純な集計ではなく、集団の社会的相互作用ととらえようとしていることも、そのような見方を背景にしていると考えられる⁽²⁵⁾。

このように、サンステインとサリバンは功利主義的自由主義の欠点に関して共通する認識をもった上で、それぞれの憲法理論を展開しようとしていると考えられるが、しかし、前述したように両者の考え方には多くの相違もみられる。そのような相違は、シフリン (S. Shifrin) の「倫理的自由主義 (Ethical Liberalism)」⁽²⁶⁾、すなわちその源をカントに

Kant) にまで遡ることができ、現在は主としてロールズ (J. Rawls)、ドゥオーキン (R. Dworkin) やアッカーマン (B. Ackerman) によって代表される自由主義の思想やそれに対する批判を、サンスティンが積極的に取り入れた上で自らの憲法理論を構築しようとしていることから生じていると思われる。

倫理自由主義は、功利主義が個人の自由を最大多数の最大幸福という社会全体の効率の観点からする経験的基準によって制限しようとしていることに対し、社会における個人の多様性、独自性を重視した場合には自由を制限する根拠は明確な道徳的原理に基づいた政治的要求に則って行われなければならないという見解を中心として生じてきた考え方である。

共和主義的憲法理論は、この倫理自由主義の影響を強く受けていると考えられる。しかし、この倫理自由主義も現在少なからず批判されている。その点について、倫理自由主義の内容を敷衍しつつ、みていくことにしたい。倫理自由主義は、前述したように個人の多様性、独自性を重視し、人間は単に社会全体の効率をもたらすための手段ではなく、それ自体理性的な存在であり、目的として考えられなければならないとする見方をとる。したがって、たとえ社会全体の幸福が減少するとしても、個人は他の個人を尊敬をもって遇しなければならず、また政府は人間を平等なものとして取り扱わなければならないとされる。⁽²⁸⁾そこでは、社会全体の幸福の観点からは望ましいものであっても、侵しえない人間としての基本的権利が重視されることになる。したがって、ニュー・ディール期に始まる積極的国家観に基づく社会保障政策は、この立場では当然のこととして是認されることになる。⁽²⁹⁾

このような倫理自由主義に対して、サンスティンやマイクルマンは明示的、黙示的に賛意を示している。⁽³⁰⁾とくに、サンスティンはこの点について、代表的かつ中心的な自由主義の思想として、主としてロールズの見解を念頭におきながら、政治的対話を通しての公共政策形成、政治的平等を求める傾向、市民の地位の強調などの点で、共和主義的政治に関する概念と多くのものを共有しているとす。⁽³¹⁾その意味で、サンスティンらの共和主義的憲法理論は、倫理

自由主義と強いつながりを有していると考えられる。⁽³²⁾ このことは、サンステインやマイクルマンらの共和主義的憲法理論の場合には、ホロウィッツ (M. Horwitz) のように、自由主義的憲法理論と共和主義的憲法理論を相互に対立し独立するものと把握する立場はとられていないということを強くうかがわせるものである。けれども、そのことは共和主義的憲法理論が、倫理自由主義さらには現代の自由主義に対して、まったく同意していることを意味するわけではない。むしろ、サンステインとマイクルマンの共和主義的憲法理論の生じた背景には、ファロン (R. Fallon) の指摘するように、⁽³⁴⁾ 倫理自由主義さらには現代の自由主義に対する知的不満が存在していると考えられる。それでは、サンステインやマイクルマンの抱く知的不満とは何なのか。その点を考えるにあたっては、現在倫理自由主義に対してなされている主な批判をみてみることに有益であると思われる。

倫理自由主義は功利主義を批判しつつ権利の概念を強調する。その場合に問題となるのは、人間にとっての「基本的」権利をどのように基礎付けるのかということである。この点で、人間はみな平等な存在として同等の関心と尊敬をもって遇されなければならないが、したがって特定の生活のあり方を他に優先させることは、善き生活とは何かという価値観を他の人々におしつけることであり自由主義に反するという立場を、倫理自由主義がとっていることをどう見るかが重要となる。この点に関して、倫理自由主義は、権利と善の区別が可能であり、政府は善き生活とは何かという点については中立性を保ちつつ、権利について判断することが可能であるという考え方をとっている。⁽³⁵⁾

このような倫理自由主義の考え方は、とくにロールズの影響もあって最近では有力な見解となっているが、それはまた数多くの厳しい批判をこれまで受けている。一つの批判は、倫理自由主義における中立性の原理の考え方に対するものであり、なにが基本的権利かを判断するに際しては、どのような生活が善かという観念なしに把握することができる以上、中立性の原理は維持しえず、むしろ功利主義との対比から人間の理性、道徳心、自律、自治などに対する好意的な関係を前提としているのではないかというものである。⁽³⁷⁾

第二の批判は、倫理自由主義がリベラル派と呼ばれる現代アメリカの政治家の思考をうまく表現しえていないのではないかということに関わる。倫理自由主義は、一九七〇年代までの社会保障政策や人種差別撤廃政策のような平等に関わる問題に対してはうまく対応できるものの、有徳な市民育成のために必要な国家による積極的な自由に関しては、有効な規範的基盤を提供できないのではないかというのである。⁽³⁸⁾

第三の批判は、倫理自由主義が、ニュー・ディール以後一方において権利や利益の拡張を享受しながらも、他方において政府機構や制度の複雑化、巨大化に伴って、政府権力のコントロールに不安を抱く人々に対して、有効な政府活動の規制手段を提供し得ていないのではないかというものである。さらに、この批判と関連して、倫理自由主義がその個人主義的な性格のゆえに、これまで国家と個人との間に存在し、人間としての社会的連帯の感情や他者の感情を理解しそれに移入するということの重要性を、個人に伝達する役割を果たしてきた家族やまちなどの伝統的なコミュニティを復活させるべきだとする要求に対して、うまく対応しきれていないのではないかという批判も存在する。

サンステインやマイクルマンの共和主義的憲法理論は、これまで述べてきた対話の重視、市民の徳の有用性に対する主張などから明らかのように、倫理自由主義あるいは現代の自由主義に対する批判を積極的に取り入れようとするものである。しかし、そのことは現代の自由主義をまったく否定することを意味するものではない。むしろ、共和主義的憲法理論は共和主義に加えて自由主義の長所や批判をも取り込んだ形で憲法理論を構想し、現代のアメリカ政治に対する新たな規範的基盤を提供しようとする意図するものと考えられる。⁽³⁹⁾ その点で、サンステインやマイクルマンの共和主義的憲法理論は、公共善を前提としていることや国家に対する好意的見解を有しているという点で、共和主義の伝統に与しているものの、現代の自由主義者を基盤とする憲法学の立場からは、少なくともつぎのような二つの魅力をも有していると思われる。⁽⁴⁰⁾

第一の魅力は、中立性の要件が抱える問題点に関連する。これまでの倫理自由主義を背景とする憲法理論において

は、政府は個人や集団が価値や目的を選択しうるような中立的な枠組を作り維持する役割を担うにすぎないとしてプロセス重視の姿勢をとったため、多くの批判を受けてきた。これに対し、共和主義的憲法理論、とくにサンステインの見解は、実体的判断を示す必要があることを認めながらも、中立性の要件を政府の行為の中で宗教など一定の事項を考慮してはならないという要件と、政治的行為はその社会的結果に対する公共的な配慮に基づく正当化事由を伴わなければならないという要件のように、緩やかな原理にとどめた理解をすることが可能であるとする新たな見方を強く示していることである⁽⁴¹⁾。

第二の魅力は、サンステインやマイクルマンの共和主義的憲法理論の中に、コミュニティや積極的自由の概念などが含まれていることによって、近年とみにコミュニティの有する価値、歴史的伝統などを背景とした憲法解釈を行う機関へとその比重を移しつつある最高裁の動向を説明しうるものとなる可能性があることである。とくに、サンステインが結果に対する人々の同意をどのようにしてうるかという点に強い関心を示し、そのための具体的な基準を提示しようとしていることは、その基準の実体的内容が明らかにされるならば、現代のアメリカ政治の動向を自由主義的観点から説明しうる余地をもたらずと考えられる。

このように、共和主義的憲法理論は、倫理自由主義を基盤とする憲法理論の立場からも、多くの魅力をもっている。とみることができるよう思われる。けれども、サンステインやマイクルマンの共和主義的憲法理論は、それと同時に倫理自由主義と対立する立場、たとえばロックの見解を基盤とする憲法学の立場をとるネオ・ロック主義者にも多くの魅力を提供していると考えられる。サンステインとマイクルマンの共和主義的憲法理論は、これまでの功利主義、倫理自由主義の長所ばかりではなく批判をも吸収して作り上げられているからである。そこにはあまりにも多くのものが盛り込まれ過ぎている危険性が存在する。サンステイン自ら認めるように⁽⁴²⁾、そのような危険を回避しつつ理論を発展させ、一つの憲法理論の体系として完成させていくことは、サンステインやマイクルマンにとって最も困難な問

題となろう。現在の時点でも具体的な問題として、つぎの二点を指摘することができる。

第一に、サンステインやマイクルマンは、中立性の要件について実体的判断の不可避性を指摘するが、実際に基本的権利を決定する基準とはなにを意味するのか必ずしも明瞭ではなく、現在のままでは平等との関連から社会的な権利を重視する共和主義的憲法理論と、財産権を基本的権利であるとするネオ・ロック主義者のとる憲法理論とを、この点で理論的に明確に区別することは、必ずしも容易ではないと思われることである。第二に、いま述べた点と関連して、権利の内容を決定するとされる過程での熟慮あるいは公的な対話の概念の内容が現在までのところ漠然として過ぎていくといわざるをえないことがあげられる。サンステインやマイクルマンが、コミュニティの概念について共和主義的見解をとる以上、対話の行われる場を裁判官と法律家という専門家からなる法を解釈するための共同体に限定することは狭すぎると思われるが、他方それをどこまで広げるべきかについては、あまりに拡大した場合には、対話の行われる実体的基準についての同意をうることが困難になるという難問を抱え込まざるをえないからである。⁽⁴⁶⁾

いま指摘した点以外にも、サンステインやマイクルマンの共和主義的憲法理論は、具体的適用の態様を含めて多くの問題点を有していると考えざるをえない。けれども、そのことは、サンステインやマイクルマンの見解が、今後検討するに値する知的魅力を欠いているということを意味するわけではない。むしろ、逆である。本稿では、サンステインとマイクルマンの共和主義的憲法理論について、主として自由主義との関連でみてきたが、それは見方によれば新たな自由主義思想を基礎にするものであり、同時にまたサリバンのいうように新たな共和主義思想を基盤にしてもいいものである。共和主義的憲法理論は、きわめて不安定な形ながら、また同時に多くの魅力をもつ理論として、いま構築途上にあるものとしてとらえるべきもののように思われる。

(一) Epstein, *Modern Republicanism—Or The Flight From Substance*, 97 *YALE L. J.* 1633, 1635 (1988).

(二) Kerber, *Making Republicanism Useful*, 97 *YALE L. J.* 1663, 1665 (1988).

- (c) Abrams, *Law's Republicanism*, 97 YALE L. J. 1591, 1604 & n. 55. (1988); Brest, *Further Beyond the Republican Revival: Toward Radical Republicanism*, 97 YALE L. J. 1623, 1625-26 (1988).
- (4) Mashaw, *As If Republican Interpretation*, 97 YALE L. J. 1685, 1700 (1988).
- (5) Macey, *The Missing Element in the Republican Revival*, 97 YALE L. J. 1673, 1678 (1988).
- (9) *Id.* at 1680.
- (7) *Id.* at 1674.
- (8) *Id.* at 1673.
- (6) Appleby, *Republicanism in Old and New Contexts*, 43 WM. & MARY Q. 20, 25-26 (1986). この点を「共和主義が具体的に当時の人々の行動などの様な影響を与えたのか」という点について最近の歴史学者の間で見解の相違がある。See, e. g., Shalhope, *Republicanism and Early American Historiography*, 39 WM. & MARY Q. 334, 336 (1982).
- (10) Powell, *Reviewing Republicanism*, 97 YALE L. J. 1703 (1988).
- (11) Sullivan, *Rainbow Republicanism*, 97 YALE L. J. 1713, 1713-14 (1988).
- (12) *Id.* at 1722.
- (13) *Id.* at 1719-21.
- (14) *Id.* at 1722-23.
- (15) Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 YALE L. J. 1539, 1572-73 (1988).
- (9) Powell, *supra* note 10, at 1708-09.
- (17) Michelman, *Law's Republica*, 97 YALE L. J. 1493, 1503 (1988).
- (8) Powell, *supra* note 10, at 1703.
- (16) Waldron, *Theoretical Foundations of Liberalism*, 37 PHIL. Q. 127, 128 (1987).
- (20) 「ル（塩尻公明）・木村健康訳」・自由論三〇頁（一九七一）。
- (21) 寺崎峻輔・塚崎智・塩田彰編・正義論の諸相第十三章「ルー功利主義と正義」（長岡成男執筆部分）二二三頁（一九八九）。
- (22) Sandel, *Introduction in LIBERALISM AND ITS CRITICS* (M. Sandel ed. 1984).
- (23) 寺崎・塚崎・塩田編・前掲書二一七頁。

- (24) Sunstein, *supra* note 15, at 1544.
- (25) Sullivan, *supra* note 11, at 1714.
- (26) Shiffrin, *Liberatism, Radicalism, and Legal Scholarship*, 30 *UCLA L. Rev.* 1103, 1106 (1983).
- (27) Perry, *A Critique of the "Liberal" Political-Philosophical Project*, 28 *W.M. & MARY L. Rev.* 205, 206 (1987).
- (28) Shiffrin, *supra* note 26, at 1120.
- (29) *Id.* at 1125.
- (30) ハンクマンは、自らの共和主義的見解を政治の概念へのカントの影響を明示的に認めず。Sunstein, *Two Faces of Liberalism*, 41 *U. Miami L. Rev.* 245, 246 (1986)。フーマンマンは、自己の自由の概念に対する自由主義者としてのカントの影響を示唆せず。Michelman, *Supra* note 17, at 1503 n. 36.
- (31) *Id.* at 1568-69.
- (32) Sunstein, *supra* note 15, at 1568.
- (33) Horwitz, *Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought*, 29 *W.M. & MARY L. Rev.* 57, 66-67 (1987)。Jのフロマンマンの見解は、我々の論議は数多く。Kramnick, *The "Great National Discussion": The Discourse of Politics in 1787*, 45 *W.M. & MARY Q.* 3 (1988); Hartog, *Imposing Constitutional Traditions*, 29 *W.M. & MARY L. Rev.* 75 (1987); Simon, *The New Republicanism: Generosity of Spirit in Search of Something to Say*, 29 *W.M. & MARY L. Rev.* 83 (1987); White, *The Stunted Ambiguity of Horwitz's Legal History*, 29 *W.M. & MARY L. Rev.* 101 (1987)。そのも、南北戦争以前の法人、とくに企業を認めるべきかどうかをめぐる政治的論争について、それを単に必要が存在したために企業が誕生したとする機能的説明や、個人の私欲追求や財産権の行使という自由主義的観点からの説明だけではなく、共和主義的観点からなる反対論の存在を重視すべきであるという自由主義的観点からの説明だけでは十分ではなく、*Corporation in Antebellum Political Culture*, 102 *HARV. L. Rev.* 1883 (1989)。
- (34) Fallon, *What Is Republicanism, and Is It Worth Reviving?*, 102 *HARV. L. Rev.* 1695, 1696 (1989)。
- (35) Perry, *supra* note 27, at 215.
- (36) Sandel, *supra* note 22, at 4.
- (37) Shiffrin, *supra* note 26, at 1134.
- (38) *Id.* at 1131-32.

- (39) タッシュネット(M. Tushnet)は、この点でサンステインが伝統的な共和主義思想から現代的意味で興味深い要素のみを引
き出し、共和主義の名の下に現代の憲法理論として構築することは適切ではなるとする。M. Tushnet, *The Concept of Tradition in Constitutional History*, 29 W.M. & MARY L. REV. 93, 98-99 (1987).
- (40) Fallon, *supra* note 34, at 1721.
- (41) Sunstein, *supra* note 15, at 1568.
- (42) Sandel, *Democrats and Community*, New Republic, Feb. 22, at 23.
- (43) Fallon, *supra* note 34, at 1731-32.
- (44) Sunstein, *supra* note 15, at 1569. この点で「キ」ハッカーマンは、対話は異なった見解を有する個人や集団を前提とし
た上でなされるべきである。Ackerman, *Why Dialogue?*, 86 J. PHIL. 5, 9 (1989).
- (45) Cf., Kahn, *Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism*, 98 YALE L.J. 449, 473 & 517 n. 305
(1989). この点で、共和主義的思想を司法審査の正当化との関連でとらえるハイクルマンの見解は問題とならう。大沢秀介「公
共的価値と司法審査」『法学研究』六二巻六号四五頁(一九八九)。
- (46) Eskridge, *Metaprocedure* (Book Review), 98 YALE L.J. 945, 969-70 (1989).
- (47) Fallon, *supra* note 34, at 1732-33.

四 結語に代えて

本稿では、共和主義的観点に立った憲法理論の構築をめざすサンステインとマイクルマンの最新の見解を一つの手がかりに、現在提唱されている共和主義的憲法理論の内容、意義について若干の検討を加えてきた。その結果、サンステインとマイクルマンの新たな見解が、アメリカ社会の特徴である社会的多元性の問題、さらに政治と法の関係についての問題に対処するものであることをみてきた。そして、最近の共和主義的憲法理論をめぐる論争が、その焦点をサンステインやマイクルマンの直接の批判対象である多元主義的憲法理論そのものだけではなく、その背後にある

功利主義的思想、さらには功利主義を批判して生じてきた倫理自由主義というように自由主義に連なる思想そのものにまであてていることが明らかになった。

このような状況を考慮してみた場合、サンステインやマイクルマンの共和主義的見解は、自由主義に基礎をおく憲法理論に明確に反対するのではなく、むしろ自由主義を土台としつつ、自由主義に対する批判をも吸収して成立している考え方として位置付けることができるように思われる。ただ、このようにとらえた場合に注意しなければならぬことは、彼らの見解があまりに多くの思想を含んだものであり、そのために多くの問題が将来生まれるであろうということを予期せざるをえないという点である。その意味では、今後彼らの見解はより一層整理された内容をもつものとして展開される必要がある。そして、その場合には、抽象的な理論としての精緻さばかりではなく、現実的な側面においても豊かな内容を有するものでなければならないことはいうまでもない。したがって、今後のサンステインやマイクルマンの共和主義的憲法理論に対する評価は、この二つの側面についての内容を判断した上で行われるべきであると考えられる。

サンステインやマイクルマンの共和主義的憲法理論は、いま述べたように依然として多くの問題を抱えるものであり構築途上にあるものといえよう。しかし、つぎの点だけは指摘しておかなければならないように思われる。すなわち、彼らの見解は現代のアメリカ憲法学が現実には直面しながら適切な解答を示しえずにいる問題について、建国時以来の伝統的な共和主義思想を巧みに取り込みながら対処しようとするものだということである。そのことは、第一に彼らの見解を理解するためにはアメリカ独特の歴史的、社会的状況を考慮しなければならないということを意味している。しかし、他方彼らの問題意識が極めて現代的であるということは、日本を含めてなおそこに現代の憲法学一般が抱える問題に対して有益な示唆を与えるものも数多いことを意味している。その点で共和主義的憲法理論は、今後とも注目するに値するものと思われる。