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

| | |
|---|---|
| Title | 公共訴訟の概念をめぐる最近の動向 |
| Sub Title | |
| Author | 大沢, 秀介(Osawa, Hideyuki) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学部 |
| Publication year | 1983 |
| Jtitle | 慶應義塾創立一二五周年記念論文集 : 法学部政治学関係 (1983. 10) ,p.325- 344 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | |
| Genre | Book |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000002-0325 |

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.

# 公共訴訟の概念をめぐる最近の動向

大沢秀介

一　はじめに
二　最近の論議の傾向
三　結びにかえて

## 一　はじめに

筆者はかつて公共訴訟（Public Law Litigation）に関する論文を発表した。[1] 公共訴訟の考え方はその中でも触れておいたように、ハーヴァード・ロー・スクールの民事訴訟法の教授であるチェイズ（Abram Chayes）によって初めて提唱されたものである。チェイズはフィラデルフィア市で起った市警察による少数派住民に対する虐待行為が問題となったリッゾ対グーデ（Rizzo v. Goode）事件[2]をもとに公共訴訟の特徴を描き出し、それをつぎのように説明する。この点に関しては前稿においてもふれておいたが再び記すことにする。(1)訴訟の範囲は外因的に与えられるのではなく、主として裁判所と当事者によって決定される。(2)当事者構造は厳密に左右対称的なものではなく、不規則に拡大し無定型なものである。(3)事実審理は過去へと遡る司法的なものではなく、将来へと向かう立法的なものであ

る。(4)救済は実体上の責任から論理的に引き出された過去の権利侵害に対する補償とみなすことはできず、判決の影響は直接の当事者に限らない。救済は将来を考慮した柔軟で大まかな救済の線に沿って事後的に形成され、(判決の影響は訴訟に)参加しない人々を含めて、多くの人々に重大な結果をもたらす。(5)救済は強制的に与えられるというよりも交渉によって取り決められる。(6)判決後も事件に関する裁判所の関与はなくならない。(7)裁判官は受動的な存在ではなくなる。裁判官は事件に適用される法規の分析と叙述を行なうにとどまらない。裁判官は事実に対する評価を信頼しうるものとし、さらに公正かつ実行可能な効果をもたらしうるように、訴訟を組織し形成する責任を有する行動的な存在である。(8)訴訟の対象は私的権利に関する私人間の争いではなく、公共政策の内容に関する不満である。[3]

チェイズはこのような公共訴訟の出現を現代社会の経済体制や社会体制の変化、すなわち社会立法の増大との関連で把握しようとする。[4] 一九世紀における訴訟形態を支えた経済体制や社会体制とは異なる現代社会の経済体制や社会体制の下において新たな二〇世紀における訴訟形態として公共訴訟が出現したとするのである。

このようなチェイズの指摘はかなりの反響を呼び起こした。ただその反響はあまり好意的なものではなかった。それはちょうどその時期に盛んに司法積極主義対司法消極主義の論争が行なわれていたことにも多分に影響されていた。[5] そこでは公共訴訟は典型的な司法の積極主義をあらわす事例として批判的に取り扱われたからである。[6]

確かに公共訴訟において、裁判所が積極的な姿勢で精神病院や矯正施設などの制度の改革を行なってきたことは紛れもない事実であり、その積極さはアラバマ州の精神病院制度改革がその対象となったワイアット対スティックニー(Wyatt v. Stickney)事件[7]での裁判所の行動に見られる通りである。そこでは裁判所が政治部門とくに州の政治部門に介入することが多く、その結果公共訴訟は政治的性格を持たざるをえなかった。そこにその行動の正当性、

必要性の欠如を指摘する声を招く一因があったのである。[8]

さらに判例上もウォーレン・コート（The Warren Court）からバーガー・コート（The Burger Court）に連邦最高裁判所が変るとともに徐々にではあるものの、はっきりと公共訴訟に対する態度はその厳しさを増してきたのである。とくにバーガー・コートの理論面での強力な指導者[9]と目されているレインクイスト（William Rehnquist）裁判官の公共訴訟に対する態度がリッゾ事件の判決に見られるようにきわめて否定的であった[10]ことの影響はかなり大きいように思われる。もちろんレインクイストのこのような態度は彼の諸判決の分析[11]を通して見られる法実証主義的立場から容易に推測されるばかりでなく、彼自身、自らの司法審査の考え方を説明した論文の中で矯正施設の制度改革を求める人々の態度を容認し難いものとして取り扱っている点[12]に明瞭に示されていることはいうまでもない。

このような学界および判例上見られる態度の結果、公共訴訟の考え方そのものを正面から是認しようとする考え方はあまり見られないばかりでなく、かつ弱まりつつあった。ところが、最近公共訴訟に関するないしは関連する諸論稿が再び散見されるようになってきた。このような傾向は先ほど述べたような学界あるいは判例に見られる態度にも拘わらず、公共訴訟に属する訴訟の件数が近年でも減少せず、むしろ公共訴訟としばしば相互互換的に使用される制度改革訴訟（Institutional Reform Litigation）[13]が、「全クラス・アクションの中で高い比率を占めている」[14]という現状と無関係ではないように思われる。その結果最近の論者の中にはこのような現実の状態を踏まえ、自己の公共訴訟に対する態度とは別に、公共訴訟の存在を所与の前提とした上で議論を展開する者さえ見られるほどである。[15]

ただ問題はやはり公共訴訟の件数が、必ずしも好意的でない環境の中で何故減少の傾向を見せないのかという点であろう。すなわち問題を一歩踏み込んで考えるならば、そこで重要なことは単に現在の裁判所に係属する訴訟の病理学的所見[16]だけで満足することなく、その解剖学的所見、すなわち症状を引き起こす原因を求めることが必要で

あろう。もちろんその点について現代社会特有の社会体制、経済体制の進展がそのような増大をもたらしたと言い切ることもできよう。

ただ本稿ではその点を含めたやや広い観点から、最近の公共訴訟に関するないし関連する諸論稿さらに公共訴訟の考え方の提唱者であるチェイズの最近の論文などを紹介しつつ、若干の考察を加えていきたい。

(1) 拙稿「公共訴訟をめぐる若干の考察——現代アメリカ社会と司法の積極的役割——」『法学研究』五三巻七号、一九八〇年、二八頁以下。
(2) 423 U.S. 362 (1976).
(3) 拙稿・前掲註(1)三七—三八頁。
(4) 拙稿・前掲註(1)三六頁。
(5) この点については、たとえば芦部信喜「司法の積極主義と消極主義」『法学教室』一九八一年、一三号六頁参照のこと。
(6) たとえば Donald L. Horowitz, The Courts and Social Policy (Washington, D. C.: Brookings Institution, 1977) 参照のこと。
(7) 334 F. Supp. 1341 (M.D. Ala. 1972), *aff'd in part and rev'd in part sub nom.* Wyatt v. Aderhalt, 503 F. 2d 1305 (5th Cir. 1974). なおワイアット事件については、拙稿・前掲註(1)三四頁脚註(1)にあげた論文を参照のこと。
(8) Horowitz, *supra* note 6, at 4-9.
(9) Fiss & Krauthammer, *The Rehnquist* Court, New Republic, Mar. 10, 1982; しかしこの点につき Note, *Plurality Decisions and Judicial Decisionmaking*, 94 Harv. L. Rev. 1127 (1981) は現在の連邦最高裁の中で必ずしも一枚岩の裁判官のブロックとでも呼ばるべきものの存在につき疑問を呈する。また、Note, *The Changing Social Vision of Justice Blackmun*, 96 Harv. L. Rev. 717 (1983) は、かつてレインクイストと歩調を合わせていたとみられていたブラックマン裁判官が近年異なる立場を取りつつあることを指摘する。
(10) *See* Mishkin, *Federal Courts as State Reformers*, 35 Wash & Lee L. Rev. 949, 975 (1978).
(11) Shapiro, *Mr. Justice Rehnquist: A Preliminary View*, 90 Harv. L. Rev. 293, 301 (1976).
(12) Rehnquist, *Observation- The Notion of a Living Constitution*, 54 Tex. L. Rev. 693 (1976).
(13) たとえば Special Project, *The Remedial Process in Institutional Reform Litigation*, 78 Colum. L. Rev. 788 (1978); また Note, *Implementation Problems in Institutional Reform Litigation*, 91 Harv. L. Rev. 428 (1977) も参照のこと。
(14) Rhode, *Conflicts in Class Actions*, 34 Stan. L. Rev. 1183, 1184 (1982).
(15) *Id.* at 1183.

(16) Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term—Foreward: The Forms of Justice*, 93 Harv. L. Rev. 1, 35 (1979).

## 二　最近の論議の傾向

チェイズは最近ハーヴァード・ロー・レビューの一九八一年開廷期における連邦最高裁判所判例回顧特集号に「公共訴訟とバーガー・コート」と題する論文を寄稿した。[1] その論文の主たる内容は公共訴訟との関連からみた当事者適格、クラス・アクション、裁判官の救済を形成する段階での裁量についての判例の分析にあてられている。その結論として彼は、クラス・アクションの場合にはやや問題があるとしながらも、当事者適格の領域及び救済形成段階における裁判官の裁量に関する領域においては、連邦最高裁の否定的な態度にも拘わらず、伝統的な訴訟形態から新しい訴訟形態への移行に伴なう発展がみられるとする。[2]

このようなチェイズの判例の分析には必ずしも問題がないわけではなく、今後より慎重な検討を必要としよう。しかしながらチェイズの今回の論文の中で、注目すべき点は彼が繰り返し、かつ前稿に比べてより明瞭に公共訴訟の意味を述べていることである。彼は公共訴訟という名称は「公共訴訟に属する訴訟事件において連邦裁判所がもはや私人間の私的な紛争を私法（Private Law）の諸原則に従って解決する」[3]という機能を果たしておらず、むしろそこでは裁判所は「公共的あるいは準公共的計画の執行をめぐる苦情を取り扱い」[4]、そしてそれら計画に直接関係する「法律あるいは憲法に具現化されている公共政策を擁護する」[5]ことを期待され、判断を求められていることを強調するためのものであるとする。このようなチェイズの考え方は最近の公共訴訟に関する論稿を判断する上での一つの判断枠組になると考えられる。

ところで最近の公共訴訟に関する諸論稿にはいくつかの特徴が見られる。第一の特徴はいま述べたチェイズの考

え方から容易に推測されるように当事者主義との関連で論じられることが多くなってきている点である。たとえばウィルトン（Timothy Wilton）は「当事者主義の理論は、単純な私人間の訴訟に基づいている。（したがってそれを）形式的に現代の複雑な公共訴訟（Public Litigation）に適用する時には適当な代表（Representation）を確保しがたい」[6]とする。そして彼は自らの調査の結果などを踏まえて、裁判官が訴訟においてこれまでになく主体的かつ能動的な役割を演ずる公共訴訟という考え方は、判決の社会的受容の基盤である当事者主義のイデオロギーを危胎に瀕させるものだとする[8]。

またレズニック（Judith Resnik）もアメリカにおける裁判（Adjudication）の観念は、当事者による訴訟の開始、公開性、上級審による下級審判断の再審査にあるとする[9]。公共訴訟においてはいうまでもなくこのような観念はそのまま妥当しない。たとえば前述のワイアット事件で連邦地裁は収容患者の人権救済のために、アラバマ州の精神病院制度の改革を志向した。具体的には州に対し精神病院の目的及び機能に関する報告書の提出を命じ、さらにその報告書の内容を不十分であるとした上で、聴聞会を開いて裁判所独自の基準を定め、その基準を実施する手段として人権委員会を設置した。そして連邦地裁は人権問題解決まで事件に対する管轄権を留保したのである[10]。

このワイアット事件にみられるように公共訴訟においては裁判官が当事者をも含めた多くの人々と訴訟後に訴訟の範囲を裁判官の主導の下に交渉し決定することになり、レズニックのように裁判官は当事者と訴訟前と訴訟後に訴訟の進路、時期そして範囲を交渉し決定すべきでないとする観点からは極めて異端的なものに映ることになろう。

確かに当事者主義の特徴は「当事者が訴訟の進行と範囲について主導権を有する[11]」ことにあると見られ、その立場をアメリカにおける裁判の本質的特徴として維持しようとするならば、レズニックの指摘するように公共訴訟の

考え方は非難の対象となりえよう。しかしながら問題はレズニックがその分析の枠組として、裁判官が訴訟においてゲームの審判的役割を果たすことを期待される当事者主義に対して、裁判官が事実を究明することを期待される職権主義という対極を設定していることである。このような当事者主義と職権主義を両極とする軸を設定すること自体は問題がないとしてもその軸の上に公共訴訟の考え方をあてはめようとすることは、公共訴訟の提起する当事者主義の現代的意味という点を看過することになると思われる。

公共訴訟に関する最近の論稿の中に見られる第二の特徴は、権利と救済の関係についての伝統的な理解と絡めて論じられることが多いことである。この点に関してはすでに権力分立論との関連から公共訴訟における裁判所の衡平法上の能力の限界をとくナーゲル（Robert Nagel）[12]と並んで、公共訴訟に対し厳しい態度をとったミシュキン（Paul Mishkin）の論文の中に既にその端緒が示されている。

ミシュキンは公共訴訟の考え方の中で見過すことの出来ない点として、政府諸機関を連邦裁判所が監督することが望ましいとする前提から、新たな憲法上の主張があまりにも容易に認められてしまうという点を指摘する。[13]このような観点からは公共訴訟において「（たび重なる行使を通して）救済がそれ自身権利として、あるいはより一般的に一つの制度の合法性を判断する規範的規準として実体法の一部になり」[14]、「漠然とした抽象的な憲法上の規範が体系的に形成される」[15]という考え方は認め難いものであろう。それはたとえ救済の繰り返しの中から一種の憲法上の規範が生ずる可能性を認めることによって、公共訴訟における権利と救済の間の隔たりが狭まることはあっても、[16]権利と救済の関係の論理的結び付きを重視する立場からは依然として公共訴訟における両者の隔たりは必要以上に大きいと思われるからである。とくに公共訴訟においてはしばしばその目的が精神病院、矯正施設などの制度それ自体の改革にあり、その改革の必要性の認識の下に憲法上の権利が形成されるという事態が引き起こされやすいから

である。

ミシュキンはこのような観点から公共訴訟の考え方が許容される場合を「裁判所によって命じられた制度的救済が疑いもなく唯一可能な効果的救済である」[17]事例に限られるべきであるとする。ミシュキンは主として憲法上のレベルの問題として公共訴訟を論じる。確かに公共訴訟の具体的事例としてチェイズがあげた事件は、公立学校における人種差別、矯正施設収容者の人権侵害、選挙定数再配分などであり[18]、連邦憲法との関連で論じられることが多い。しかしながら度重なる救済を通じてその中から生成される権利は必ずしも憲法上のレベルのものに限らない。もちろん最高法規としての憲法の性格上、憲法レベルの権利の生成はその影響の大きさから注視されなければならないであろう。にもかかわらず、公共訴訟の出現の背景を現代社会全体の社会体制及び経済体制の変化の結果もたらされたと理解するならば、必ずしも憲法上のレベルに限定して理解すべきかどうかは問題のあるところのように思われる。

さらに公共訴訟における権利と救済の関係について論じておくべきことは、両者の隔たりが拡大するにつれて、救済を形成する段階での裁判官の行使する裁量の幅の拡大をもたらし、その裁量をどのように規制すべきかが問題となっていることが指摘されねばならない。この点については、レズニックの指摘するように憲法の起草者達の意図は連邦議会が積極的な役割を果たすべきであるということにあったとする歴史的理由からする正当性の問題[19]がある。また実際の必要性からする反対論も存在する[20]。

公共訴訟における権利と救済の関係に由来するいま見た二つの問題、すなわち公共訴訟と憲法との関連、そして裁判官の裁量の規制に関して無視出来ないのは、最近フレッチャー（William Fletcher）が発表した論文である[21]。フレッチャーは前述した二つの問題を最近日本にも紹介されたイリー（John H. Ely）の提唱する司法審査に関するプ

ロセス・アプローチ[22][23]の成果を利用しつつ論じる。

フレッチャーがその議論の基礎としたイリーの理論の内容はきわめて多様かつ詳細なものである。その主たる目的をあえて求めるとすれば、それはアメリカ憲法学界における永年の課題である司法審査とデモクラシーとの調和の可能性[24]の模索ということになろうが、より正確に言えば、それは司法審査という反多数派的性格を有する司法審査を政治過程における多数派の支配と調和させつつ、かつそこに少数派の保護というウォーレン・コートの中心的命題を含ませうる理論の構築にある[25]。

イリーはその理論の源泉をいわゆるキャロリーン・プロダクツ判決脚注四[26]の第二、第三パラグラフに求め、参加志向・代表制補強的（Participation-oriented and Representative-reinforcing）司法審査アプローチをつぎのように導き出す。すなわち第二パラグラフは連邦最高裁判所にとってふさわしい機能が政治過程を通常の通り機能させ続け、「政治的参加とコミュニケーションのチャンネル」を確実なものとして維持していくことを示唆しているとされる。また第三パラグラフは多数派の偏見による少数派への迫害の危険性に絶えず配慮すべきことを要求されるとする[27]。したがって権力を有する者が自己利益の増大を意図し、言論と投票による人々の政治過程へのアクセスを阻止しようとする場合、さらに多数派が偏見に基づいて特定の少数派の利益を無視ないし軽視し、代表制民主主義の中核にあるすべての利益に対する平等な関心と敬意を払うという責任を果さない場合、通常の時と異なる厳格な司法審査が正当化されることになろう[28]。

フレッチャーはこのようなイリーの理論を念頭に置きながら、つぎのように分析を進める。彼はまず公共訴訟を選挙区定数再配分、公立学校での人種差別、精神病院収容患者の人権侵害、矯正施設収容者の人権侵害などその人権を救済するためには制度全体の改革を必要とする制度訴訟として理解しようとする[29]。このように把握することに

よってイリーの理論が具体的に妥当する領域と公共訴訟の領域が共通のものとなる。

フレッチャーは制度訴訟の対象が公共制度（Public Institutions）全体の見直しという点にあり、半ば必然的に政治的性格を帯びざるをえず、裁判官は政策決定者として行動することになるとする。とくに憲法的制度訴訟の場合にはその傾向が顕著であるとする。[30] 裁判における決定と政策決定については、いうまでもなくフラー（Lon Fuller）の、裁判は単一中心的（Monocentric）な問題の決定にはむくが、政策決定のような複数中心的（Polycentric）な問題の決定にはふさわしいものではないとする有名な指摘がある。[31]

フレッチャーはこのようなフラーの一種の公式は制度訴訟の場合には必ずしもそのまま適用できないとする。すなわち彼は政策決定のような複数中心的な問題を裁判を通じて解決しうる可能性を認めるのである。[32] したがって制度訴訟における問題は単に裁判による決定と政策決定の方式の相違ということではなく、実現を要求される価値が法規範から論理的に引き出しえないという点で非法律的な性格を制度訴訟が持っていることにあるとする。[33] ただし非法律的でかつ複数中心的な問題であろうとも、当事者の間で合意が形成できればそれほど深刻ではない。問題が深刻化するのは、このような非法律的でかつ複数中心的な問題を解決するための合意が形成できず、裁判所が積極的に解決に乗り出す事態が生じた時である。この場合政策形成の基礎となる情報の収集面での裁判所の能力の不安に加え、裁判所による解決が当事者の権利関係を危胎に瀕させる可能性が高くなるからである。それは「法的には保護されていない実体上の権利（ないし利益）を主張する人々の利益をどの程度保護すべきかに応じて、裁判官によって種々のバリエーションの中から（原告の権利とその権利に対する救済が）選択」[34]されるからである。

フレッチャーはこのような制度訴訟における裁判官の裁量についての基準の限定化と規範化を求め、そしてそれを通してミシュキンの指摘する公共訴訟における権利と救済の関係の逆転現象を是正しようとする。彼によれば通

常典型的な憲法的制度訴訟として取り上げられる議員定数再配分事件、強制的バス通学事件、矯正施設制度改革事件、精神病院制度改革事件のうち前二者と後二者は、裁判官による裁量の行使を限定化し、規範化しうる憲法上の基準の有無という観点から区別されるとする。すなわち議員定数再配分事件と強制的バス通学事件において連邦最高裁判所はそのような憲法上の基準を創出することができたとするのである。[35] たとえば、議員定数再配分事件の場合における基準は一人一票の原則であり、[36] さらに強制的バス通学事件においても争点となっている憲法上の価値が非常に重要なものであるという点で連邦最高裁判所の側に強い認識があったとされるのである。[37]

しかしながら問題は議員定数再配分事件と強制的バス通学事件とに共通し、他の二つの事件である矯正施設制度改革事件及び精神病院制度改革事件とを弁別し識別するものは何かということである。フレッチャーはこの点についてつぎのように説明する。すなわち彼によれば責任（Liability）に関する法準則の形成の段階と救済の段階に共通して連邦裁判所の行動が正当化されるのは、政治制度が深刻なそして慢性的な機能不全に陥り、その結果本来明白に処理されるべき違憲行為がそのまま放置されている場合に限られる。[38] 議員定数再配分事件はこの意味でまさに政治過程が機能不全に陥った典型的な例であり、強制的バス通学事件も政治過程が何らかの障害によって円滑に機能していないことを強く示唆する事件であるとされる。これに対し精神病院制度改革事件と矯正施設制度改革事件は、政治過程の機能不全すなわち政治過程への参加の可能性という観点から見て、孤立し隔離された少数派を保護する必要性と直接関連性を有しないとされるのである。

いままで主としてフレッチャーの議論を通して見てきた公共訴訟における権利と救済の関係および救済段階における裁量の限定化と規範化という問題は、これまで公共訴訟における一つの大きな論争的な主題を形成してきたし、今後とも盛んに議論されよう。

ところで、チェイズは、この問題に関するフレッチャーらの指摘に対し、公共訴訟の救済形成段階で示される裁判官の裁量は、公共訴訟での救済が将来的でかつ積極的な性質のものであり、[39] 権利と救済の厳格な結び付きを重視する従来の法的思考の枠組の中ではとらえきれないとする。すなわちチェイズは、公共訴訟における裁判官の裁量についての効果的な監督の手段として、コモン・ローにおける陪審を規律するために発達してきた権利と救済との関係の重視ということよりも、むしろ行政法における行政庁の裁量に対する司法審査の諸類型の適用の可能性を示唆するのである。[40]

いま述べたことからもある程度推察できるように、チェイズはフレッチャーらのように憲法の条文ないし憲法の構造全体から明白に推し量りうる憲法上の権利の存在を前提として救済の範囲を決定しようとする立場[41]を拒否する。むしろ彼は種々の異なった事件において様々な裁判官によって下される諸救済の累積の中から収斂する形で一定の権利が生じ、その権利の意義が与えられることになるであろうとするのである。[42] このようなチェイズの権利と救済の関係についての理解を支えているものは、一つには彼自身述べているようにアメリカにおいて裁判所がコモン・ロー裁判所としての伝統の影響を受けてきたという事実であろう。[43] しかしながらチェイズの権利と救済の関係についての考え方をより理解するためには行政国家化した現代国家という認識とその下における裁判所の役割に関する考察が必要のように思われる。

チェイズはすでに最初の論文の中で訴訟を公共政策をめぐる問題解決のための一つのフォーラムであると指摘していたが、[44] 今回の論文ではさらにその考え方を進めてつぎのように述べる。「(フォーラムとしての訴訟という考え方の妥当性に関する)疑問は、この司法による活動が複雑な現代国家の官僚政治を規制するための一つの蓄積的努力の一部分と認識される時、新たな傾向を帯びる。憲法的意味——実体的立法権の制限——における司法審査は、今日の

裁判所の公共的法機能（Public Law function）において限られた要素にしか過ぎず、そして長く慣れ親しんできたものにすぎない。新たなもの、そして私が支配的なものと信じているものは、連邦司法部が州と連邦の行政官庁そして大規模な私的制度の諸活動に異議を申し立て、それら諸活動を規制するために広範囲に使用されるということである」[45] そして彼はさらにこのような機能をもつ裁判所を、「さまざまな（法的に保護されるべき）利益と集団に代って、もちろん異議を申し立てられた官僚活動によって影響を受ける個人に代って監督の機能を行使する制度」[46]としてとらえるのである。このような考え方の下においては、権利と救済の関係に対する理解が従来の伝統的な理解と異なるものになるのは当然であろう。

現代における行政国家化の進展という要素は、しかしながら、チェイズの考えにあっては単にその権利と救済との関係に対する理解を知る上で重要であるということばかりに限らない。それはチェイズの公共訴訟の考え方そのものを基礎付けているからである。行政国家化に伴なう各種行政機関の創設そしてそれに随伴する官僚への権力の集中、増大という事態を問題視する傾向はチェイズの公共訴訟の考え方の重要な要素である。しかしさらに公共訴訟の考え方の背後には当初「第四権力」として批判されながら、その後実際上の必要性から行政部との憲法上の関係を曖昧のままにしつつ、その存在を今日容認されている独立行政委員会の存在との類推が働いているように思われる。[47] チェイズの提唱する公共訴訟の考え方は、独立行政委員会擁護のための議論をそのまま一八〇度転回させたものとして理解しうるように思われるからである。

いままで述べてきた現代の行政国家化現象は公共訴訟の考え方を理解する上で重要な要素である。しかしながら本論文の中ですでに述べておいたように公共訴訟の考え方の基礎には連邦裁判所は公共訴訟においては私人間の私的な紛争を私法の原則に従って解決するという機能を果たしていないという認識がある。さらにその認識の背後に

はこれまでその機能の円滑な作用を保障してきた個人主義的な自由主義そのものがいま問い直されているという問題意識が潜んでいるように思われる。

(1) Chayes, *The Supreme Court, 1981 Term—Foreward: Public Law Litigation and the Burger Court*, 96 Harv. L. Rev. 4(1982).
(2) *Id.* at 56.
(3) *Id.* at 56.
(4) *Id.* at 56.
(5) *Id.* at 56.
(6) Wilton, *Functional Interest Advocacy in Modern Complex Litigation*, 60 Wash. U. L. Q. 37, 38 (1982).
(7) Wilton, *Legitimacy in Social Reform Litigation: An Empirical Study*, 15 U. Mich. J. L. Ref. 189 (1982).
(8) Wilton, *supra* note 6, at 41. 彼はそのような危機から当事者主義のイデオロギーを救う手段として、弁護人は訴訟当事者を代表するのではなく、訴訟の進行の過程の中で表出された利益を代表すべきであるとする機能的利益の考え方を提唱する。*id.* at 65.
(9) Resnik, *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev. 374, 414 (1982).
(10) 拙稿・前掲註1—(1)三1—三三頁。
(11) Resnik, *supra* note 9, 380 n. 23.
(12) Nagel, *Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies*, 30 Stan. L. Rev. 661 (1978).
(13) Mishkin, *supra* note 1—9, at 950.
(14) Note, *Complex Enforcement*, 94 Harv. L. Rev. 626, 638. (1981).
(15) *Id.* at 640.
(16) *Id.* at 640.
(17) Mishkin, *supra* note 1—9, at 971.
(18) 拙稿・前掲註1—(1)三六—三七頁。
(19) Resnik, *supra* note 9, at 444-45.
(20) この点について全体的に Wilton, *supra* note 7 を参照のこと。
(21) Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, 91 Yale L. J. 635 (1982).
(22) John H. Ely, Democracy and Distrust (Cambridge, M. A.: Harvard University Press, 1980).

(23) 松井茂記「司法審査と民主主義(一)(二)(三)」法学論叢一〇九巻五号、一一〇巻一号、一一一巻三号、一九八二年。

(24) たとえば Philip Bobbitt, Constitutional Fate 3 (New York, N. Y.: Oxford University Press, 1982) 参照のこと。

(25) イリーは現在スタンフォード・ロー・スクールの法科大学長の職にあるが、一九六四年に連邦最高裁判所においてウォーレン長官のロー・クラークを務めている。

(26) 304 U. S. 144, 152 n. 4(1938).

(27) Ely, *supra* note 22, at 75-76.

(28) Parker, *The Past of Constitutional Theory—and Its Future*, 42 Ohio St. L. J. 223, 240 (1981).

(29) Fletcher, *supra* note 21, at 635.

(30) *Id*, at 635. フレッチャーによれば、憲法的制度訴訟において、とくに以下のような制度訴訟の特徴が一層生じやすいとされる。(1)訴訟において考慮すべき要素が種々複雑であること。(2)判断基準となる経済的そして政治的価値が恣意的なものとなりやすいこと。(3)裁判所の判断に対する政治的コントロールの手段が憲法的制度訴訟では憲法修正など限定的かつ多大な努力を必要とするものにならざるをえないこと。(4)救済を形成する場合その形成のための規範的基準を見出しがたいこと。*id*, at 644.

(31) Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, Goldman & Sarat ed., American Court System 42 (1978).

(32) Fletcher, *supra* note 21, at 647.

(33) *Id*. at 647.

(34) *Id*. at 658.

(35) *Id*. at 665.

(36) *Id*. at 668.

(37) *Id*. at 673.

(38) *Id*. at 693.

(39) Chayes, *supra* note 1, at 46.

(40) *Id*. at 56.

(41) フレッチャーがその議論の基礎としたイリーはこの点について以下のように述べる。「憲法草案は主として……プロセスと構造に関心が注がれ、特定の実体的価値の確認と保全に関心が注がれたわけではない」Ely, *supra* note 22, at 92.

(42) Chayes, *supra* note 1, at 47.

(43) *Id*. at 47.

(44) Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281, 1304 (1976).
(45) Chayes, *supra* note 1, at 60.
(46) *Id.* at 60.
(47) この点につき以下の拙稿を参照されたい。Ohsawa, *Uncertainties in the Developing Age of Public Litigation* (available in a forthcoming issue of Keio Law Review No. 3.).

## 三　結びにかえて

西欧の近代自由主義がいま再び問い直されているという指摘は決して目新しいものではない。それはすでに一九六〇年代後半には聞かれていたことである。[1] しかしながらそのような認識が単に知的エリート間の論議の対象のみにとどまらず具体的な訴訟となって瀕発して出現するようになったというところにその指摘の新たな意味があるように思われる。それはすでに述べたような当事者イデオロギーの有効性を掘り崩すものでもあろうし、[2] また近時のクラス・アクション瀕発の根本的理由として最近指摘されてきた点でもある。[3] さらに先ほど若干の紹介を行なったイリーの司法審査に関する憲法理論も多元主義的な要素を取り入れながらの自由主義擁護の議論として理解されうるように思われる。[4] このように西欧の近代自由主義がいま再び問い直されているという観点から見ることのできる現象ないし分析は数多い。しかしそれらとの関連でまず指摘しておかなければならないのは、スチュアート(Richard Stewart)が一九七五年に著したアメリカ行政法の変容に関する著名な論文である。スチュアートはまず現代において、行政国家化の進展によって行政機関の関与する領域が多くなり、行政庁の行為に対する司法審査の要求が強まる一方、多様化する利害関係によって政策の一貫性が維持しがたくなってきたとする。[5] その結果そのような事態に対応して行政法における司法審査の焦点がかつてのような私的自治に対する国家権力の不当な介入の阻止という、

国家対市民という対立的な図式でとらえられる伝統的モデルから、新たに主張される利益の多様性を前提に、行政機関に委任された立法権の行使によって影響を受けるすべての利益に対する公平な代表の確保を図る利益モデルに移行したとする。

そしてその移行は彼によれば、つぎのような過程をたどって行なわれたとする。(1)行政庁の行為に関する司法審査をごく自然の前提として考える見方の急激な確立。(2)事前に開かれる行政庁の聴聞会に参加するデュー・プロセス条項の下での権利利益を賦与される利益の範囲の拡張。(3)行政庁の決定が下される公式の過程に参加するような法律あるいは規則によって、権利利益を賦与される利益の範囲の拡張。(4)行政庁の行為に関する司法審査を受ける権利利益を賦与された利益の範囲の拡張。[6]

このような移行は彼によれば、多元主義的な考え方の影響下にあるとされ、[7]これまで伝統的モデルに対して加えられてきた批判、すなわち現存の規制の下にある集団に対しては片寄った好意が示されながら、未組織な人々へは無関心であるという批判に対する解答をも含むものとされる。[8]ただしスチュアート自身はこのような利益代表モデルは必ずしも伝統的モデルに代わりうるような満足すべきものではないとする。さらに、近い将来においても従来のモデルに代替するような一般的モデルは当分構築されないであろうとする。[9]公共訴訟の考え方は彼のような立場からすれば楽観的にすぎるということになろう。[10]

しかしここで重要なことは、スチュアートが今日の行政法の直面する問題の根源を現代の都市化あるいは技術化の進展した社会における私的自治の理想の脆弱さ、不完全さに求めていることである。[11]彼は現代において人々の有する政治的社会的機会が、私的な場合そして政府による場合をも含めて集合的活動（Collective Action）によって強力に形成された社会的環境の一つの属性として把握されるようになってきたにもかかわらず、「われわれの理解する

社会的選択の諸モデル――選挙によって選出された立法部そして市場――が、政府の拡大した機構を効果的に制御することが全く出来ない。すなわち、個人の自己決定のための適当な範囲を確保することが全く出来ない[13]」ということを鋭く指摘するのである。

近代自由主義の危機という点でスチュアートの所説とともに看過出来ないのは批判的法学（Critical Legal Studies）の動向である。批判的法学についてはすでに法学教育との関連で触れておいたが[14]、それはアメリカにおけるリアリズム法学の深化の作業であるとともに、近代自由主義に対する厳しい批判を伴なっている点に特徴がある。とくに批判的法学の理論的指導者の一人であるアンガー（Roberto Unger）が最近著した論文は今後の批判的法学の動向を考える上で重要なものとなろう。ただ本稿では、論文全体の検討は後日に譲り、彼が公共訴訟について若干の言及を行なった部分を紹介するにとどめておきたい。

アンガーはまず法一般さらに憲法に関する考え方が市民革命の前と後では異なるとする。すなわち市民革命前においては、法および憲法は社会分化（Social Division）と社会階層を表現し擁護するものであるというものとして理解されていたが、市民革命後には権利の体系はそれら社会秩序からは超越した形で機能するようにと変化させられたとする[15]。

批判的法学の運動はこのような変化に対して個人の自己同一性の社会的貫徹、さらにより条件の少ないそして制限的でない社会生活の必要性という観点から社会分化と社会階層化ということを拒否するとともに、権利の体系はそれら社会分化と社会階層化に対抗するものとして存在すべきであるとする[16]。そしてアンガーによれば、このような批判的法学の考え方は自由主義的な法理論および政治理論を極限にまで押し進めたものとされる[17]。

ところで仮にアンガーのいうように法が個人の自己同一性およびそのような個人の存在を許し保護するような社

会生活を保障するために社会分化および社会階層化に対抗しうる存在であるべきであるとしても、それが抽象論のレベルにとどまる限りあまり重要な結果をもたらすとはいえない。アンガーは今回の論文の中でそのような批判に対し「国家とその他の社会における巨大な規模の制度的構造を再構成」[18]するための計画案を提出した。そしてその計画案の中の一つの提案として統治機構の数的増大が、制度の構成を改革するにあたって、その円滑さを図るための前提条件として必要なものとして説かれ、公共訴訟もこのようなアンガーの考える社会へと現代社会がスムーズに移行する上での一つの手段としてその必要性が認められるのである。このような点からいえば、チェイズが公共訴訟の考え方の源泉を、「法と法体系についてのわれわれの思考方法であり、そしてより大きな社会的、政治的、文化的な環境につらなって関係しているもの、すなわち『現代の法意識』におけるはるかに広範囲に及ぶ変化」[19]に求めていることからもわかるように公共訴訟は批判的法学の影響を強く受けていると思われる。

ところで仮に公共訴訟の考え方がいままで見てきたような近代自由主義の危機との関連でとらえられるとしても、それがアメリカひいてはイギリスの法体系との関連でどのような影響を与えているかは、さらに詳細な検討を必要とすることはいうまでもない。[20] それは現状の分析だけにとどまらず歴史的にも広範な分野での調査を必要としよう。公共訴訟はその意味で一つの手がかりを与えるものにすぎないかもしれない。しかしながらそれはこの非常に大きな問題に対する有力な手がかりということができるであろう。

(1) たとえば Robert P. Wolff, The Poverty of Liberalism 48 (Boston, M.A.: Beacon Press, 1968) を参照のこと。

(2) Wilton, *supra* note 2—6, at 48; *See also* Resnik, *supra* note 2—9, at 414.

(3) Miller, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the "Class Action Problem"*, 92 Harv. L. Rev. 664, 668 (1979).

(4) 松井・前掲論文註二—(23)一一一巻三号六四—六八頁。

(5) Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1702 (1975).

(6) *Id.* at 1712. 伝統的モデルとはここでは以下のような中心的要素をもつものとされる。(1)私人に対し制裁を科す場合には、行政庁の行為を規律する準則を通して、立法部により権限を授けられなければならない。(2)行政庁が遵守すべき決定手続きは(1)の要件を行政庁が満たすことを確実にするようなものでなければならない。(3)行政庁の決定過程は要件(1)と(2)に行政庁が応ずることを確実にするように司法審査を促進するものでなければならない。(4)司法審査は要件(1)と(2)に応じることを確実なものとするために利用可能でなければならない。*id.* 1672-74.

(7) *Id.* at 1716.

(8) *Id.* at 1759.

(9) *Id.* at 1713.

(10) *Id.* at 1805.

(11) 彼は伝統的な裁判過程（Adjudicatory Process）の効用を説く。*Id.* at 1781 n. 529.

(12) *Id.* at 1812.

(13) *Id.* at 1813.

(14) 拙稿「アメリカにおける法の動態の一断面——アメリカの法学教育のあり方を通して——」『法学研究』五六巻二号、一九八三年、一頁。

(15) Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 Harv. L. Rev. 561, 585 (1983).

(16) *Id.* at 585.

(17) *Id.* at 586.

(18) *Id.* at 586.

(19) Chayes, *supra* note 2—1, at 8.

(20) たとえばカラブレシイ（Guido Calabresi）は近著の中でつぎのような主張を行なう。すなわち彼によれば、近年の諸々の改革さらに裁判所の活動は法の風化（Obsolescence）に対する反応としてとらえることができるとする。そして彼は法の風化に対する一つの対応策として、制定法とコモン・ローからなる現代的コモン・ローの構造を把握する必要を唱え、これまで伝統的にこの種の任務を担ってきたコモン・ロー裁判所の任務の現代的復活を主張するのである。そこに見られるものはあくまでも従来のコモン・ロー裁判所との対比であり、したがって現代におけるコモン・ロー裁判所の復活も憲法上の保障の問題を除けば、立法部優位の全体像の中でとらえられることになるのである。Guido Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes 104, 164 (Cambridge, M. A.: Harvard University Press, 1982).