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

Title	「法形成における適正手続」概念の形成 : 一九七〇年代のアメリカにおける議論の意義と可能性
Sub Title	The concept formation of "due process of lawmaking" : the meaning and potential of the arguments of the U.S. in the 1970s
Author	小林, 祐紀(Kobayashi, Yuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2014
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.103, (2014. 12) ,p.1- 34
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20141215-0001

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.

「法形成における適正手続」概念の形成
――一九七〇年代のアメリカにおける議論の意義と可能性――

小林祐紀

一　はじめに
二　「法形成における適正手続」概念の諸類型
(一)　代表的判例としてのモウ・スン・ウォン事件
(二)　三つの類型
(三)　三つの類型の分析と本論文の立場
三　リンデの「法形成における適正手続」概念
(一)　背景とする時代と理論状況
(二)　合理性審査を通じた合理性の確保の困難性
(三)　法形成過程を通じた合理性の確保
(四)　小括
四　検討
(一)　「法形成における適正手続」概念の司法審査理論における位置付け
(二)　リンデの議論の射程とその拡張可能性
五　おわりに

一　はじめに

法律の合憲性審査の際に、裁判所が法律制定過程における手続的な瑕疵のみを理由として法律を違憲とする純粋な意味での手続審査とは異なり、法律の実体審査の一部として立法府の判断形成過程を審査内容に包含する準手続審査（semiprocedural review）が、近年の欧州人権裁判所、欧州司法裁判所、さらにはドイツをはじめとするヨーロッパ各国の憲法裁判所のみならず、アメリカの連邦最高裁の判例にも見出せることを筆者は指摘したことがある。(1) そして、より重要なことに、アメリカにおける準手続審査はスティーブンス裁判官の主導によって展開され、(2) その背景に「法形成における適正手続（due process of lawmaking）」概念が存在することを明らかにした。(3)

本論文では、「法形成における適正手続」という概念が、一九七〇年代のアメリカにおいて、いかなる根拠・内容を持つものとして形成されてきたのかを、代表的論者の見解を手掛かりに明らかにすることを目的とする。より具体的には、当時のアメリカ連邦最高裁で採用されていた厳格な二層アプローチの問題（違憲の結論の先取り、経済的自由に関する事実上の無審査）を克服しようとする流れの中に当該概念の提唱は位置付けられるのか、さらにはこうした動向が「民主的な政治過程を維持する」ことを裁判所の主たる任務と考えるプロセス理論と親和的なものであったのかということである。当該概念形成時の到達点ないし限界点を明らかにすることは、裁判所による緩やかな審査が行われている領域に司法的統制の活路を見出そうとする準手続審査の理論的根拠とその射程を検討する際に意義あるものと筆者には考えられるからである。

このような目的に沿って、本論文では、立法府の判断形成過程に着目する「法形成における適正手続」概念を三つの類型に整理したうえで（第二章）、代表的論者であるリンデ（Hans A. Linde）の議論を取り上げるとともに（第三章）、

こうした議論の検討を行う（第四章）ことにしたい。

二　「法形成における適正手続」概念の諸類型

アメリカの連邦裁判所や州裁判所が、時に立法過程をより積極的に監視することで、立法府における熟議を促進してきたことを、「構造的デュー・プロセス（structural due process）」や「法形成における適正手続」という概念で説明する論者がいる[4]。彼らは、「政策が形成・実施される構造[5]」や立法過程の重要性に対する注意喚起を行い、また、裁判所には例外的なケースを除き、ある立法が公的な価値を適切に促進するか否かを評価することよりも、「熟議的で、民主的責任のある政府による適正手続の青写真[6]」を描く能力があることを重視する。本章では、法形成における適正手続概念の提唱者が代表的な判例として位置付ける一九七一年のハンプトン対モウ・スン・ウォン（Hampton v. Mow Sun Wong）事件[7]を確認したうえで、当該概念を三つの類型に区分し、各々の内容を見ていくことにしたい。

㈠　代表的判例としてのモウ・スン・ウォン事件

本件は、連邦の人事委員会（Civil Service Commission）が一九七〇年代に外国人をあらゆる連邦の公務員雇用から排除する政策に関して、永住権を有する五人の外国人が、連邦の公務員雇用からの排除が修正五条の侵害にあたるとして訴訟を提起した事件である。なお、本件では、公務員法三三〇一条[8]が外国人の公務就任を排除していないにもかかわらず、行政命令一〇五七七号[9]が「市民」に限定することで外国人排除を是認し、人事委員会規則[10]が外国人を全面排除する規定を設けたという経緯がある。

連邦最高裁は五対四で、本件で問題となった人事委員会規則を違憲と判断した第九巡回区連邦控訴裁判所の判決[11]を

支持した。法廷意見を執筆したスティーブンス裁判官は、外国人が社会的・経済的に不利な立場に置かれてきたことを認め、連邦の公務員雇用から外国人を排除することは、自由という利益の剝奪たる「付加的不利益（added disadvantage）」を課すものであるとした[12]。そして、この自由の剝奪はデュー・プロセス条項（修正五条）に違反すると結論付けたのである。

しかし、法廷意見は当該委員会規則を違憲と判断する際に、単に平等保護に依拠したのではなく、法形成の適正手続という観点から結論を導いたのである。つまり、法廷意見は、連邦政府が外国人を規制する権限を有しないと判断せず、連邦政府には州政府にはない外国人排除のための正当な根拠が存在することを認め[13]、連邦政府の有する固有の利益と当該委員会規則の平等原則違反の要素とを調整する形で結論を導いたということである[14]。そのことは、以下の法廷意見に表れている。

まず、法廷意見は、州の場合には修正一四条に基づく審査を通過できないような場合でも、連邦の場合には平等保護条項を侵害するような差別的規則に対する正当化理由として優越的国家利益（overriding national interest）を主張できるが、その際に、「デュー・プロセスは、当該規則によってそのような利益に資することが実際に意図されていたことを推定するだけの正統な根拠が存在しなければならないことを要求している」[15]（傍点筆者）とした。

そのうえで、法廷意見は、当該委員会規則を正当化するために提示された三つの根拠のうち二つ（外交交渉の切り札、帰化の促進）を退け、三つ目の公務の効率の増進という利益を認め、それに基づき主張された理由のうち、合衆国への高度の忠誠を要求する機密を扱う地位を保護するという主張のみを支持したのである[16]。しかし、法廷意見は人事委員会が当該規制の目的とそれによって失われる利益とを公平に衡量していないとし、大統領または議会が外国人排除の方針を合憲的に採用できることを前提にしつつも、当該人事委員会規則を違憲と判断したのである。

モウ・スン・ウォン事件の法廷意見は当該規則を違憲と判断しながらも、（行政機関による裁量の逸脱濫用という単純

な問題ではなく）当該規則が持つ外国人差別という重大な問題を立法府や大統領に再度検討する余地を残したことが特徴的であり、この点で、法形成における適正手続の考え方を採用したと言われる。つまり、本件は実体審査ではなく、判断形成の構造を強化するという方途を取ることで、政府による侵害から人権を保障する試みを行ったと位置付けられるのである。[17]

(二) 三つの類型

前述の代表的判例に見られるこの概念は、各論者に見解の一致が見られず、判例でも一貫した形で適用されていないが、以下の三つに分類することができる。[18]

1 機関の正統性モデル

このモデルは、法形成における適正な手続を確保するためには、法形成を実際に担う機関（大統領、議会、行政機関）が正統でなければならないという点を重視するものである。このモデルの下では、裁判所はある政策を立案・実施するのに相応しくない機関が行った権利侵害に関する重大な判断を、機関の正統性の観点から退けることができる。ただし、このモデルの下では、こうした問題を扱う適格を有する他の機関が同内容の政策を再度実施する可能性が残されている。

前述のモウ・スン・ウォン事件は、連邦の人事委員会が連邦の公務員雇用から外国人を排除する規則を制定し得る適格を有する機関ではない（委任の範囲外）という観点から当該規則を違憲と判断することで、連邦議会や大統領に同内容の政策を再度検討する余地を残したことから、機関の正統性モデルに位置付けられる。

2　熟議モデル

このモデルは、法形成における適正な手続を確保するために、法形成過程において熟議がなされていることを重視するものである。このモデルの下では、裁判所は憲法あるいは法律に設けられた手続規定に従うのみならず、判断形成過程において立法府が実際に十分な熟議を経て判断を行ったことを示す証拠を要求するのである。この熟議モデルを採用していると指摘されるのが、スティーブンス裁判官[19]とサンダロウ（Terrance Sandalow）である。[20]以下、各々の主張内容を見ていくことにする。

（1）スティーブンス裁判官

スティーブンス裁判官は法形成における適正手続の概念を採用しており（本論文脚注（2）を参照）、その理論的背景にはリンデの議論がある。しかし、その実態は、当該概念の主たる提唱者であるリンデ（後述の手続遵守モデルに属する）よりも拡張的に用いている。そのことが分かるのが、デラウェア州部族経済委員会対ウィークス（Delaware Tribal Business Committee v. Weeks）事件[21]で示した以下の判示である。スティーブンス裁判官は、自らの反対意見の中で、リンデの論文を引用しつつ、本件で問題となった法律が「修正一条が保障する『法形成における適正手続』なしに財産を剝奪し」[22]たと指摘したが、その際に当該法律を制定する際に認められた立法手続に従った場合でさえも、当該法律は違憲であると述べたのである。[23]

この熟議モデルを採用するスティーブンス裁判官は、リンデのみならず、サンダロウからも影響を受けている。スティーブンス裁判官は、サンダロウの論文[24]を引用しつつ、基本的な社会的価値（fundamental social values）が問題となる場合の司法審査は、立法府における熟議のレベルに焦点を当てるべきであると主張する。[25]さらに、サンダロウの理論に基づきスティーブンス裁判官は、立法府の選択の妥当性に関する裁判所による審査は、実体審査よりも、適切に熟議がなされていないことを理由に違憲とする方が望ましいと主張するのである。[26]

（2）サンダロウ

では、熟議モデルに属するスティーブンス裁判官が引用するサンダロウの議論とはいかなるものなのか。サンダロウ論文の内容を確認しておくことにしたい。

サンダロウは、カロリーヌ・プロダクツ事件[27]のストーン裁判官の脚注四に基づき、裁判所に少数者保護の特別の責任があることを強調する[28]。ただし、サンダロウは、少数者の利益に対する最も深刻な脅威に対抗して少数者を保護することを裁判所に認める一方で、法によって表明された諸価値を決定するための代表機関たる議会の最終的権限を尊重するという、双方の均衡を図った裁判所の役割論を提示することを重視する[29]。かつては財産権侵害への恐怖があったが、近年では表現の自由や他の非経済的権利に対する侵害が問題となっており、何れも憲法が多数派にも少数派にも認めている諸権利を尊重することに関する政治的多数派への信頼の欠如が存在し、こうした場合に民主主義の欠陥を是正する存在として司法審査が想定されている。それは、実際に裁判官が法の伝統の中で訓練を受け、さらに世論の圧力（popular pressure）から隔離されており、立法者よりも憲法の限界を尊重するように考えられているためである。ただし問題が生じるのは、議会が制定した法律が違憲か否かを判断するときであり、そこで生じるのは憲法の意味内容に関する議論がまさにその争点の核心になるからである。その際に司法審査を擁護するためには、単に憲法上の限界を尊重するというだけではなく、なぜ裁判所が、議会よりも憲法の意味内容に関する論争を解決するための最終的権限を有するべきかという問題を受け入れなければならないとする[30]。

そこで、サンダロウは、少数者を保護する際に正統になし得る役割を定義し、正当化することについて、憲法判断に関する適切な根拠と民主主義における裁判所の権限の適切な限界の中で達成されなければならないとする[31]。サンダロウは、単にカロリーヌ・プロダクツ事件判決で示された「切り離され、孤立した少数者（insular and discrete minorities）」というだけで立法府の判断を覆し得る裁判所の審査の優位性を唱えることには否定的であり、立法府に

対して払われる敬譲に配慮することを重視するのである。ただし、こうした立論は、サンダロウが少数者保護を否定することにあるのではなく[32]、裁判所による救済の理論的正当化に関する議論が不十分と考えていることに拠るものであることには注意を要する。

この点、サンダロウは、伝統的な憲法論において政府の行為に先行する判断形成過程が当該行為の正当性にとって無関係なものと考えられてきたのは、憲法上の準則が憲法の中に深く根付き、かつ憲法から導かれるという見地に立ったものであると指摘する。この立場によれば、政府の行為は憲法から導かれる諸準則に合致するのかという点のみが問題となるのであって、それに先行する判断形成過程を見る必要がないのである[33]。こうした考え方とは対照的に、サンダロウは、憲法を進展する社会的規範（evolving social norms）の表明であると理解する場合には、これまでに無視されてきた議会の判断形成過程は重要なものと考えられることになるとする[34]。そのため、政府の行為が社会的規範と適合するか否かの判断は、こうした理由から、諸規範が構築されるべきプロセス（判断形成過程）と密接な関係を持つことになると考えるわけである。したがって、その適合性を審査する際に、裁判所は問題となった結果が導かれた判断形成過程を理由にして、政府の行為がそれらの規範を構築するものとして理解されるのかを判断しなければならないのである。

しかし、サンダロウの議論は、あらゆる立法が立法府によって十分な検討を受けなかったということだけを理由にして裁判所が違憲とすべきとは考えていない[35]。むしろ、基本的なものと考えられる価値を政府が制約する場合に、当該行為は熟議を経たもので、かつ多くの者の賛同を得た（broadly based）政治的判断に基づくものでなければならないとする。また、政府の行為がそのような価値を侵害するという主張が強ければ、当該行為につき、社会を代弁することの権限を付与されるだけのプロセスの産物であることを確実にする必要性が強まることになる。そのため、このような審査を行う裁判所は、サンダロウが懸念するような民主主義を監視する機関とはならない。この場合の裁判所

は、複雑な社会において、政府の行為が社会の基本的価値から逸脱していないことを確実にするに過ぎないからなのである。[36]

したがって、司法審査をこのように理解するならば、裁判所は議会において熟議を経た政治的判断に対しては敬譲を払わなければならないことになる。こうした特徴を有することから、サンダロウは、裁判所のこのような権限を「未決定状態の拒否権（suspensive veto）」[37]と呼ぶのである。それは、たとえこの観点からある法律が違憲と判断されたとしても、議会は適切な手続（社会的規範の構築プロセス）を経た後であれば、同様の立法を再度制定する余地が残されている――裁判所がその余地を残している――ことを意味するものなのである。

サンダロウの議論は、「法形成における適正手続」という語句を用いていないものの、基本的な価値を侵害するような場面で立法府の判断形成過程に着目した審査を行うことが、立法府の表明する「公益」が正統性を担保するために重要なものであること、さらには、こうした審査は裁判所が「未決定状態の拒否権」を行使しているに過ぎないため、実体審査よりも民主主義との関係で緊張を生じさせるものではないという見解であり、まさに熟議モデルに属すると考えられるのである。

3　手続遵守モデル

このモデルは、法形成における適正な手続を確保するために、前述の二つのモデルのような機関の正統性や熟議を重視するのではなく、正規の手続（procedural regularity）を重視するものである。このモデルの下では、裁判所は立法府に対して、憲法あるいは法律に規定された立法手続ないし議事手続を遵守することを要求する。対等な機関を尊重するということは、例外的な場合を除き、裁判所による立法過程への介入が禁止されるが、連邦最高裁はしばしば立法府に対して憲法あるいは法律に規定された手続の遵守を求めてきたことがこのモデルの根拠とされる。[38]この手続遵守モデルを判例上採用したと指摘されるのが一九六九年のパウエル対マコーマック（Powell v. McCormack）事件[39]であ

り、このモデルに属する論者としてリンデが挙げられる。リンデの主張については次章で扱うことにし、ここではパウエル事件を確認しておくことにしたい。

本件は、下院議員に当選した原告であるパウエル（Adam Crayton Powell, Jr.）が委員長を務める教育労働委員会でパウエルと事務局職員による虚偽の旅費支出、パウエルの妻に対する違法な報酬支払がなされたという調査報告書の内容を理由に下院がパウエルの議席を認めなかったことから、その処分の違憲性が争われた事件である。一九六七年一月の第九〇議会の招集に際して、下院はパウエルの議員資格審査のための特別委員会を設け、当委員会は第九〇議会の議員として宣誓して就任することは認めるが、懲罰として四万ドルの罰金と先任者優先（seniority）の剝奪を命じることを勧告する報告書を提出した。下院はこの勧告に応えて、パウエルの議員資格を認めず、その議席は欠員とするとの修正を二四八対一七六で採択、また議長はその修正を含む決議案は過半数で成立すると裁定し、下院決議二七八号は三〇七対一一六で可決された。

この問題に関する解決手段として、合衆国憲法には下院議員の資格について幾つかの規定が存在する。たとえば、合衆国憲法一条二節二項では、年齢が二五歳に達していること、合衆国市民となってから七年を経ていること、選挙されたときに選出された州で州の住民であることが求められている。また、同条五節一項で、各議院が議員の選挙、得票結果および資格についての裁判官であること、同条五節二項で、各議院に規則制定権を認めている。しかし、本件の法廷意見は議院運営上の権限の一般的な授権はあるが、それらは下院に対して憲法に明確に規定された要件に新たな条件を付加することまでは認めていないと判断した。また、各議院は同条五節二項で三分の二の同意があれば議員を除名できる権限を付与されており、本件での最後の投票ではこの要件を満たしているものの、法廷意見はその効力を認めなかったのである。

その理由としては、第一に、本件処分の対象となるパウエルの行為は第九〇議会招集以前に行われたもので、前会

期中の行為を理由に議員を除名することは先例の観点からも認められないからであり、第二に、「除名（exclusion）」ではなく「除籍（expulsion）」であったとしても、憲法で明示的に定める議員資格要件のすべてを満たす者を除籍する権限は議院に与えられていないからである。したがって、法廷意見は、憲法は有権者からの多数の投票によって獲得した議員たる資格を否定する裁量権を連邦議会に付与しておらず、同条五節は憲法に明示的に規定する資格要件についてのみ判定することを連邦議会に「明文をもって明示的に委任」していると判示したのである。

以上のように、パウエル事件は議院（とりわけ下院）の自律権が問題となった事件であるが、立法府が正規の手続を遵守しているか否かを重視するという観点から連邦最高裁は判断を行っており、手続遵守モデルに属するとされる。つまり、このモデルの下では、立法府が憲法または法律の手続規定を遵守している限りにおいて、法形成における適正手続は充足されていると考えるのである。

㈢　三つの類型の分析と本論文の立場

これまで見てきた法形成における適正手続の三つの概念類型のうち、「機関の正統性モデル」と「熟議モデル」は何れも魅力的で重要な議論ではあるが、指摘される問題も少なくはない。

第一に、両モデルの到達点が極めて不明確という点である。[40] まず、機関の正統性モデルにおいては、どの判断形成者（機関）が他よりもより正統性があるということをいかに識別すべきなのかという問題である。この問題に対しては、本論文で扱ったモウ・スン・ウォン事件などが指標を示しているように、中心的政策形成の役割を担うとともに、民主主義の観点から、連邦議会が正統性のヒエラルキーの頂点に位置することになる。次に、熟議モデルにおいては、立法府において熟議がなされていることが、一般的要件として課されるべきか、それとも何らかの憲法上重要な問題に限定して課されるべきかが問題となる。この問題に対して熟議モデルを支持する論者は、憲法上の価値や利益が侵

害されている場面に限定して捉えている。

第二に、両モデルが十分な憲法上の根拠を有するのかということが非常に重要な問題として指摘される。これらのモデルの核心部分としての「未決定状態の拒否権」は、マーベリー対マディソン（Marbury v. Madison）事件[41]から導かれると考えられている[42]。つまり、これらのモデルを支持する論者は、連邦最高裁がある法律を完全に退ける（法令違憲の判断を下す）ことができるならば、なぜ連邦議会に対して更なる検討をさせるという観点から法律を違憲とすることができないのかと逆説的に捉え、その可能性を見出すのである。さらに、こうしたモデルは、憲法の構造や熟議的な立法府の政策形成というマディソン型の憲法理念に根拠を持つと考えられている[43]。

以上の前二者のモデルの問題点を回避しつつ、法形成における適正手続をより限定的に捉えるのが、第三の類型の「手続遵守モデル」なのである。このモデルは、法形成における適正手続の内容として立法府に対して要求するのは正規の手続の遵守にとどまるため射程が明確であり、さらに憲法の規定する立法手続や立法府が自ら規定した立法手続に従うことを求めるため、裁判所の権限の根拠が憲法または法律に存在するという点で、前二者よりも問題が少なく、理論的優位性を持つように見える。また、手続遵守モデルの意義として、手続的規則を均一的に執行することによって、平均的に、よりよい結果を生み出すことに資するということも指摘される[44]。

しかし、裁判所が法律の実体審査のみならず、判断形成過程に着目する趣旨は、政治的妥協の有する意義や立法府が柔軟に対応できるという即応性を踏まえても、なお現代の政治状況下での立法過程の「質」、立法の「質」の向上の必要性が認められ[45]、こうした質の向上を通じて人権保障を深化させることにあるはずである。このような考えを踏まえるならば、法形成における適正手続概念は安易に限定的に捉えるべきではなく、手続遵守モデルよりも熟議モデルとして捉えるのが適切であり、本論文もこうした立場を前提とする。

そうすると、法形成における適正手続の重要性を認識し、同概念を提唱したリンデが、なぜスティーブンス裁判官

やサンダロウのように射程を広げなかったのか、換言すれば、なぜあえて正規の手続に限定したのかという疑問が浮かんでくる。本論文の以下の章では、リンデの議論内容やその射程を限定させることになった諸要因を明らかにするとともに、本論文冒頭で述べた事項との関係で検討を進めることにしたい。

三　リンデの「法形成における適正手続」概念

本章では、「法形成における適正手続」概念の提唱者であるリンデ[46]の一九七六年論文を主として取り上げ、当該概念を形成するに至った時代状況、その議論内容、射程、根拠について明らかにしていく。

㈠　背景とする時代と理論状況

リンデの論文が刊行された一九七六年は、一九七〇年代まで立法府の制定した立法の目的審査において自らの判断を代置することに対して極めて消極的な姿勢をとってきた連邦最高裁が、一九七〇年代後半になり、裁判所の役割と司法審査制度への強い関心によってこの状態を変化させ、立法の「合理性」を評価し始めたという状況の中に位置付けられる。たとえば、親族以外の者を含む家庭を食料スタンプ制度の受給資格から排除した連邦法の平等保護違反が争われた、一九七三年の農務省対モレノ（United States Department of Agriculture v. Moreno）事件[47]で、連邦最高裁は、血縁関係にある者とそうでない者との間に区別を設けた法律が、よりよい栄養摂取と飢餓を回避するという「当該法律の主張された目的と明らかに無関係である」ことを理由に違憲の判断を下した。そこで、連邦最高裁は、「平等保護という憲法上の概念が何かしらを意味しているのであれば、それは、政治的に多数派を形成できない（unpopular）集団に害悪を加えるためのありのままの議会の願望（bare congressional desire）を正統な政府利益とすることはできない

ことを意味する」[48]と判示したのである。

モレノ事件が示している重要な変化としては、第一に、ロックナー型の司法審査への回帰（立法府の定めた目的に対する裁判所の審査）という点、第二に、平等保護の伝統的なパラダイムからの転換が生じた（特に、人種や宗教的信条を理由とした差別からの保護だけではなく、その範囲を拡張する動きが生じた）という点が指摘される。さらに重要なこととして、連邦最高裁がこのような判断を従来の「合理性審査」という枠内で行っているということである。つまり、何らかの議会の目的が憲法上誤っていることを、「合理性審査」の適用を通じて宣言しているという状況である[49]。

こうした伝統的な合理性審査とそれとは異なる新たな兆候とが混在する状況の中で、リンデは、ある法律が許容される政府目的に対して合理的な手段でなければ（修正五条や一四条を理由に）違憲とされるという定式に着目し、何が「立法における法の適正手続」なのか――何が「法形成における適正手続（due process of lawmaking）」なのか――を正面から問うことをした。つまり、それは「適正手続（due process）」という文言が従来意味すると考えられてきた、抑圧的あるいは不合理な法の禁止以上に、立法府の判断形成過程に何らかの要求を含意し得るのかということについて検討を試みたということである。そこで、リンデは前述の定式について、合理性審査を通じた合理性の確保の困難性を指摘したうえで、法形成を通じた合理性の確保の方途を探るのである[50]。

㈡　合理性審査を通じた合理性の確保の困難性

まずリンデは、なぜ合理性の審査が司法審査において十分に実施できる定式とはならないのかを検討する。つまり、なぜ合理性審査によっては、立法の合理性を十分に精査することができないのかということである。リンデは、次の二点（立法目的の特定可能性、合理性判断の「時の問題」）を指摘する。

1　立法目的の特定可能性

第一に、多くの法律が様々な目的を有し、かつそれが様々な手段のうちの妥協（compromise）によって達成されることから[51]、ある法律の目的を特定するのは困難な作業であるという。そのことを説明するものとして、たとえば、オレゴン州が高速道路の維持と安全を目的に、高速道路を利用するトラックに重量制限を課し、木材運搬トラックにはそれよりも低い制限を課したという法律を取り上げる。この法律についてリンデは、木材運搬トラックにのみ低い制限を課すのは、明らかに高速道路の維持コストや安全面からではなく、実際には州内の主要な産業を促進するためになされたものであるとする。つまり、立法者は木材運搬トラックの運転手が利用する高速道路を彼らに使いやすいように維持することを意図して、コストなど一切捨象しているということである[52]。高速道路の維持や安全という目的は、木材運搬トラックのみを規制から除外することと一貫しないにもかかわらず、高度に一般化された文言で規定された法律は、このような立法府の隠れた目的を有した法律であったとしても、合理性審査の下では当然に合憲となる。この審査で問われるのは、ある法律の目的が憲法の限界を超えたものか、あるいは目的自体を誤ったかであり、それは正統性（legitimacy）の問題を問うに過ぎず、合理性の問題ではないのである[53]。この点に関する他の問題としては、合理性審査の際に（実際には存在しないにもかかわらず）何らかの公益目的が存在することを前提に緩やかな審査を行うことにあるとする。

こうしたことから、リンデはある法律の一つの目的を探るということは幻影（illusory）を追うことであると指摘する。それは、政策がしばしば競合し相互に矛盾する価値の調整の結果作られるものであり、また政策が他の利益を犠牲にして特定の利益を追求することに注力した産物だからである[54]。こうしたことを踏まえて、リンデは立法目的のためにとられる合理的な手段かという法律の合憲性を問うテストの下では、関連する立法目的を特定するための方法を明確にする必要があるものの、それに対して裁判所による定式化がなされていないことには以下の理由があると指摘

する。[55]

2　合理性判断の「時の問題」

それは、第二の問題としての、法律の合理性を審査する際の「時の問題」である。この問題は、法律の合理性がその制定の時点なのか、それとも当該法律の合憲性が争われた時点なのかということにある。しかし、リンデは、せいぜいのところ立法府はある法律を議論し制定するときにしか、合理的な法律を作り出すために機能することができないため、責任ある法形成が憲法によって要求され得るとするならば、我々が立法府に対して要求することができるのはそこまで（法律制定時まで）であるとする。

リンデは、この「時の問題」について、以下の事例を用いている。それは、オレゴン州の小さな町が一九四六年の条例においてガソリンの貯蔵タンクを数千ガロンに制限したが、一九六六年に販売者が規定量よりも多い貯蔵タンクを設けたために問題となった事件である。本件の審理において、裁判所は地下にある貯蔵タンクと失火のリスク、地形、下水設備、交通状況、町の消防署の規模の関係性についての専門家からの公聴会を開いた。オレゴン州最高裁判所は貯蔵タンク規制と規制目的との間に合理的な関連性がないことを理由に違憲と判断した原審の判断を是認したのである。[56]一九四九年に市議会は合理的に立法をしたと言い得るのかという点について、リンデは、本件ではそのことにつき何ら審査がなされていないが、常に立法府に対して、将来にわたって予見することを義務として課すことは不可能なことであり、民主主義に対する司法の介入になり兼ねないとして、合理性審査の限界を強調するのである。[57]

(三)　法形成過程を通じた合理性の確保

リンデは、合理性審査を通じては法律の合理性を確保することが困難であることから、その合理性を確保する手段として「法形成過程」に注目する。ただし、以下に見るように、リンデは理論上の帰結と、実践上の帰結とを区別し

て論じている（熟議モデルのスティーブンス裁判官が引用したのは前者の箇所である）。

1　理論上の帰結

リンデは、一九七六年論文を刊行するに際して、ガンサー（Gerald Gunther）の議論に大きな影響を受けている。当時の連邦最高裁判所が、平等保護条項の下でも社会経済規制立法には全く干渉しない立場を示しており、このことをガンサーは「理論上は緩やかな審査であっても、実際上はほとんど無審査」であると指摘していた[58]。こうした「ウォーレン・コート期の極端な二重の基準論への対抗という性格を強く持」[59]つガンサーは、合理性の審査に幾分慎重な審査を復活させるためのモデルを提唱したのである。ガンサーの議論は、平等保護の「手段審査」に焦点を当てるものである。合理性の審査のうち、「立法の手段が立法目的を実質的に達成するものでなければならない」という定式を真剣に捉えることを求める。そのうち特に重要なのが、合理的な法形成の問題に関して、裁判官は問題となった法律を単に憶測で（conjectural）はなく、実際の目的との関連で審査し、かつその疑義ある手段の合理性は、仮説に基づく正当化根拠（hypothetical rationalization）ではなく、記録に基づく実際の資料によって判断されるべきというものである[60]。要するに、ガンサーの議論は、裁判所による憶測に基づく仮定の正当化根拠を用いるのではなく、裁判所に提示された資料に基づいて問題のある手段の合理性を裁判官に評価させるものである。この強化された「合理性審査」は、立法目的ではなく手段に着目する、つまり立法目的の正統性や重要性に関する裁判官による最終的な価値判断を回避し手段審査に注力することになり、介入的司法という批判を免れるという意義を持つのである。

そこでリンデは、手段審査に焦点を当てるべきだとするガンサーの議論を正面から捉えた場合には、合理的な法形成として、以下のことが理論上強く要請されることになるとする。それは、立法者に対して、自らが据えた目的（desired goal）につき合意に到達すること、かつそれを明確に示すことを裁判所がデュー・プロセス条項に基づき義務として課すということである。また、立法者に対して、提案された法律が影響を及ぼす程度や当該法律が実際に意

図された目的を促進する可能性について、何らかの方法で知見を得ることを義務として課す。それは、当該法律によって課される負担と予測された利益とを衡量するため、立法者はそれらの負担について知見を得なければならないからである。また、委員会の例会に一度も参加していない議員は、少なくとも投票する前に証拠となる立法記録を検討することが要請されることになる。[61]

2　実践上の帰結

しかし、こうした要件は、法形成者が、法が何らかの合意された目的に対して合理的な手段としてなされたものでなければならないというルールを正面から受け容れた場合に課されるものである。[62] リンデは、こうした厳格な要件を立法府に課すこと（熟議モデル）には以下の理由から否定的で、ガンサーの議論に影響を受けつつも、立法の「合理性」を確保する方法はガンサーのそれとは全く異なるものを採用する。

第一の否定的な理由としては、立法府が法律を制定する際に、公聴会を開き、記録を作成するという憲法上の要件が存在しないことである。[63] 先例においても、立法者は、除名や弾劾という議員個人の権利を裁定する極めて例外的な場面においてのみ、裁判所や行政機関のような合理的な事実認定の一定の形式に従わなければならないとされてきたからである。[64] 第二の理由としては、立法過程と行政過程との相違は憲法において根強いということである。たとえば、二つの独禁法の事件のうち、一方の立法府に関する事件[65]では、ごまかし（deception）や虚偽の資料のでっち上げ、公的情報の歪曲によって立法府が自ら欲する行為を手に入れるキャンペーンは、立法府集団の世界ではよくあり、許容されなければならないとされたが、他方の行政機関に関する事件[66]では、法律を制定する政治過程よりも法律を執行する過程に虚偽や不実表示が存在した場合に結論が異なることが示されたのである。こうした点からも、リンデは立法府を行政機関と同程度の手続的制約に服させることには否定的なのである。

以上の理由から、憲法や法律の規定から離れて、立法府に手続的要件を課すことにリンデは否定的であり、かつ立

法過程を審査する際に誠実さを求めることは、かえって偽善を生む可能性が高いと指摘する。[67] しかし、リンデは憲法が政策形成システムとしての立法過程に何も要求していないとは考えていない。

では、リンデは法形成者に対してどこまでの要件を課すことができると考えているのか、すなわち「法形成における適正手続」が何を意味するものと理解しているのかということである。その問いに対する回答として、リンデは「政府は、正統な法形成過程によらずに制定された法に基づいて、生命、自由あるいは財産を剥奪することはできない」[68]（傍点筆者）ということを出発点にしつつ、適正手続（due process）という文言の解釈を通して、どのような法形成過程が正統なものであり、そうでないのかを決定する必要性を指摘する。ただ、修正五条や修正一四条が法形成者に対して、あらゆる法律の目的や予期される効果（probable effectiveness）に対する（立法者の間での）同意を絶えず精査することを要求するものと捉えることには否定的な立場をとる。[69] そのうえで、リンデは、政府の政策選択や手続の正統性というものの大部分が憲法に基づくものであること、さらに、様々な法律が法形成機関の正統性を諸規定によって定めていることから、正統な法形成過程とは、合衆国憲法や州憲法、そして各種法律に規定された手続を遵守することであると結論付けるのである。[70]

(四) 小括

本章で扱ったリンデの一九七六年論文の内容は、以下のように整理することができる。まず、この論文が刊行された時代状況としては、とりわけ平等保護に関して言えば、一九三八年のカロリーヌ・プロダクツ事件判決が示した「切り離され、孤立した少数者」保護に対して厳格審査を確立するようになったものの、いわゆる二層アプローチの厳格な適用、さらには疑わしい区分や基本的権利（fundamental rights）が問題とならず、中間審査基準も適用されない領域――社会経済立法についての実体的デュー・プロセスの問題と同様に極めて緩やかな審査がなされる領域――

にいかにアプローチするのかという状況が指摘できる。(71)

次に、こうした問題を踏まえて、リンデはガンサーの議論に影響を受けつつ、立法の「合理性（rationality）」をいかに確保していくのかという観点から、「適正手続（due process）」の審査に「法形成過程」に着目した審査を行うことも含めたことにその意義があると言える。他方で、リンデの議論はその射程が著しく限定されていることには注意を要する。次章では、リンデの議論の射程が限定された理由やその拡張可能性を検討するとともに、法形成における適正手続の概念自体が当時のいかなる議論に接合点を見出し得るのかも検討することにする。

四　検　討

以上の内容を踏まえて、本章では次の二点について検討を行う。第一に、一九七〇年代に議論の興隆を見せた「法形成における適正手続」概念は、実体よりも手続に着目する手法であるところ、当該概念がイリィ（John H. Ely）のプロセス理論といかなる関係に立つのかを検討することにしたい。つまり、前述の二層アプローチで生じた問題――合理性の審査の下でほぼ無審査の状態であったこと――を克服する流れの中で、当該概念がプロセス理論と親和的なものであったのかということである。第二に、リンデの議論の射程が著しく限定された理由は何かについて検討することにしたい。それは、法形成における適正手続の重要性を唱えつつも、リンデが熟議モデルではなく手続遵守モデルを採用した根拠を明らかにし、当該概念をリンデとは異なる熟議モデルとして捉える可能性を探ることに本論文の主眼が置かれるからである。

(一)「法形成における適正手続」概念の司法審査理論における位置付け

この概念には、リンデの立場である手続遵守モデルと、ガンサーの立場との類似性が指摘される[72]熟議モデルがある。本節では、イリィのプロセス理論とガンサー、サンダロウ、リンデの議論との関係を解釈方法論の観点から見ていくことにしたい。

1 ガンサーの議論との関係

イリィのプロセス理論は、その著書である『民主主義と不信』[73]において提唱された、広義のプロセス（社会を統治する法が制定されるプロセス）に関する憲法解釈理論である。イリィは、ウォーレン・コートの諸判決がプロセス志向的であったこと[74]、そしてカロリーヌ・プロダクツ事件の脚注四で述べられたことを根拠に[75]、司法審査理論が、実体的価値を執行するものではなく、その価値が調整されるべき政治プロセスが開かれていることを確保するものとして示されており、これこそが、民主主義社会における裁判所の役割として相応しいものだと考えるのである。したがって、イリィは政治過程に関するプロセスと実体との区別をし、裁判所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。それゆえ、イリィの理論は実体的価値ではなく、原則として手続的価値に着目するものである。こうした彼の解釈方法論は、解釈主義と非解釈主義の中間に位置付けられている[76]。

これに対して、ガンサーは解釈方法論として解釈主義を採る[77]。ガンサーは、現代の必要性に応じて憲法を再解釈する自由を認めるという「憲法の有機的見解（organic view of the constitution）」を、「疑問の余地ある憲法解釈原則に基づくもの」であると批判する[78]。そして、「条文と歴史そして構造からの最も説得力のある推論に通常従い、また条文の担い得る修正のための非常に強い理由が存在しない限りはそこからの逸脱はできない」という自らの解釈論上の立場を明確にしている[79]。

イリィとガンサーは、究極的解釈主義と解釈主義という異なる立場を採るように思われるが、両者はカロリーヌ・プロダクツ事件の脚注四をめぐる評価および解釈と、そこから導かれ得る裁判所の審査について共通点を有している。それは、ガンサーが一九七二年論文で示した、目的審査ではなく手段審査を重視するという見解は、これまで認められてきた「政治的プロセスの構造を保障する」という最高裁判所の役割から見て正当化されるものと考えているからである。また、解釈主義を採るガンサーが、カロリーヌ・プロダクツ事件の脚注四の正統性を認め、そこまでは司法審査が正当化されると考えながらも、他方で、平等保護条項のもとでの社会経済立法の審査において、前述の手段審査に余地を残すことを提唱していることは、ガンサーの議論がイリィのプロセス理論と接合点を見出し得るところなのである。

したがって、法形成における適正手続概念の熟議モデルと類似するガンサーの議論は、手段審査を裁判所が行うことによって、立法の目的を明確に述べさせることに繋がり、政治プロセスの質を向上させることに資する[80]という意義を有し、プロセス理論と親和的なものであると言えるのである。

2　サンダロウの議論との関係

熟議モデルに属するサンダロウの議論も、イリィのプロセス理論と親和的なものと考えられる。サンダロウは、解釈主義に批判的であり[81]、また自然権や憲法典を超えた価値に基づく司法審査が説得的ではないという見地から、社会の中に基本的価値を求める非解釈主義を採る[82]。サンダロウは憲法を進展する社会規範の表明として捉え、裁判所の審査をそのような社会的規範が構築されるプロセスに焦点を当てるべきものと考える。つまり、基本的と見られるのが合理的であるような価値を政府の行為が侵害する場合に、その行為は社会に代わって語る資格のあるプロセスの産物でなければならないという観点から、裁判所は政府の行為がこれらの規範を構築するものか否かを判断するために、判断形成過程を審査することになる。つまり、サンダロウの議論は「立法者が真剣に立法するよう確保することを裁

判所の固有の役割と見ている点[83]」で、イリィのプロセス理論と共通していると考えられるのである。

3　リンデの議論との関係

次に、リンデの議論との関係である。リンデは、ガンサーと同様に、「法形成における適正手続」の重要性の認識までは共通するが、ガンサーの議論から導かれ得る帰結には解釈主義[84]、法実証主義[85]の立場から批判する。

リンデは、司法審査において、憲法典に根拠を持つという憲法との結び付きが「不可欠」であって、「議会によって制定された法律を覆すために憲法外の理論のみを持ち出し、憲法への結び付き（link to a constitution）は問題ではない」とする主張は、採ることができないと考えているのである[86]。そしてリンデは、「憲法条文は、裁判所が決定しなければならないことのみならず、体良く（plausibly）決定し得ないことであるがゆえに重要なのである。条文は、裁判所による解釈を強制し得ない場合でも、それを限定する。……憲法として説明され得るものには限界が存在し、それを超えれば、憲法は遺伝子工学（genetic engineering）になってしまう[87]」と解釈主義以外の解釈方法論を批判するのである。したがって、ガンサーの議論が示すような、立法が目的達成のための合理的手段であることの証明を求める考えはまさに「憲法への結び付き」からは説明し得ず、解釈主義からの逸脱ということになるのである。

以上から分かるように、解釈方法論において、イリィとガンサーやサンダロウ（＝熟議モデル）には接合点が見出し得るが、リンデ（手続遵守モデル）との間には見出すことができない。しかし、次節で検討するように、リンデの独特な方法論に拠るものであるが、彼の立場を前提にしても、なお熟議モデルとして法形成における適正手続の概念を捉える可能性は残されているとも考えられる。

(二)　リンデの議論の射程とその拡張可能性

リンデの議論は、法形成における適正手続の重要性を示しながらも、その正統性の淵源を憲法および法律の立法手続に関する規定に求めたため、大きな示唆を与えつつも、その帰結が非常に限定されたものだったのである。

リンデがこのような帰結を選択したのには、以下の三つの理由が存在する[88]。第一に、彼の司法審査に対してアプローチする方法が功利主義的なものではなく、実証主義的なものであるということである。つまり、裁判所は憲法が規定する事項を十分に執行すべきなのであって、憲法が要求していない事項を司法審査の名の下に執行することを避けるべきであるとリンデは考えている。第二に、彼が手続を重視する立場であるということである。それはリンデが、「アメリカ公法における試み（experiment）が後世に引き継がれるならば、我々が作った法律の実体よりも、法形成に適切な構造や手続を課すための我々の努力が思い出されるであろう[89]」と述べていることからも分かる。第三に、これらの考え方がリンデの裁判所に対する不信と結び付くということである。彼は、裁判官が自身の功利主義的な推測に基づいて、個々の事件ごとに憲法を拡充する裁判所の能力に懐疑的なのである。こうした理由を踏まえると、リンデは立法府の主体的・自律的な活動を支持しているようにも思われ、そこで果たされるべき司法の役割は非常に小さいものであると考えられる。

しかし、他方で、リンデは立法府の権限に対する憲法上の制限に留意していたとも指摘されるのである[90]。一見すると矛盾するように思われる二通りの評価が存在するのは、リンデが共和主義理論にコミットしつつ、法実証主義の立場をとることに起因するものである[91]。リンデは「共和主義理念[92]」について語るときに、立法府のアカウンタビリティーや熟議の重要性を指摘し、抽象論の次元ではそうした観点から議会の判断形成は裁判所によって制約されると考えるものの、具体論の次元では立法府の自律権を重視する傾向にある。リンデは、一見相反するような考え方の中

で、実体と（憲法や法律の規定に基づく）純粋な手続を区分し、後者の手続の審査を裁判所が行うことで立法府の自律的活動を確保することに繋がると考えているようである。[93]

このようなリンデの法実証主義の立場に対しては、当然に批判が存在する。それは、合衆国憲法や各州憲法、連邦法や州法に既に規定されている手続が不十分なものとなった場合に、議会による改正を待たずしては裁判所があるべき「法形成における適正手続」の要件を課すことができないという問題が存在する。議会による改正が現在の立法手続よりも悪化した場合には、裁判所によって是正することが不可能になり、「共和主義理念」との間で緊張関係を生じさせることになり兼ねないのである。

しかし、法実証主義それ自体に問題はあるとしても、また法実証主義を採らない場合であっても、立法府に対する裁判所による介入への危惧という観点から、リンデの主張に従って、法形成における適正手続がなされたか否かの裁判所の判断を憲法や法律の規定に限定すべきであるとの見解は直ちに受け容れられるものではない。それは、リンデが議会における法形成の正統性の根拠を憲法や法律の規定に求めた背景には、法実証主義の立場とは別に、議会による立法過程の改善に向けた積極的な営為が存在したことも指摘できるからである。[94]

一九〇〇年代初頭のアメリカにおける立法府や行政機関内部の規制の動きが、一九四六年の議会改革法（Congressional Reorganization Act）や行政手続法（Administrative Procedure Act）の制定に繋がったことから、リンデの論文刊行の時代は立法過程に対して最も注目や関心があった時期と考えられる。[95] さらに、上下院の議員構成が大きく変化した一九七〇年代のアメリカ[96]において、連邦議会が立法府改革法（Legislative Reorganization Act）やその後の立法過程に関する法律を制定することにより、以前の閉鎖的な議事手続を公衆による監視（public scrutiny）に服するようにし、少数派政党の権利を保障する規定も盛り込まれた。さらに、「議会を強化し、議会の活動を簡素化し、合衆国政府の他の部門と議会の関係を改善し、合衆国憲法の下における議会の責任を議会がよりよく果たすことを可能ならし

めるという見地からその組織と活動を勧告する」議会活動に関する合同委員会（Joint Committee on Congressional Operations）を設置する等の規定が含まれていたのである。[97] こうした議院の組織改革の動きは連邦議会だけでなく多くの州でも、議会の制度的能力やそのアカウンタビリティーを強化する試みとして存在していた。

このような当時の立法過程をめぐる連邦および州の議会による積極的な組織改革の動きは、立法府が自らの活動の「合理性」を獲得しようとする動きであったと特徴付けられる。こうした事象を前提にして、初めてリンデの議論が前提とする真実を発見するメカニズムとしての熟議が充足されると考えられるのであって、[98] 議会による自発的な制度改善の兆しがない段階においては、憲法および法律の規定以外にも裁判所による「法形成における適正手続」のための要件を課す余地（熟議モデルへの途）が残されていると考えることができるのである。

五　おわりに

最後に、以上までに得られた知見と残された課題を提示することにしたい。本論文では、近年の新たな潮流としての準手続審査の背景に「法形成における適正手続」概念が存在していたことを前提に、この概念を類型化したうえで、各論者の見解を手掛かりに、当該概念がいかなる背景や根拠をもって展開されてきたのかを明らかにした。

この概念のうち、熟議モデルは、「政治的プロセスの構造を保障する」という延長線上に裁判所による手段審査の可能性を見出したガンサーの議論と類似するものであり、それはイリィのプロセス理論とも親和的であり、民主的な政治過程を維持するという観点から同モデルに基づいて裁判所が準手続審査を行う意義が見出せよう。他方で、当該概念の提唱者であるリンデの手続遵守モデルは、彼自身の法解釈方法論や独特の共和主義理念に基づき、その射程が著しく限定されたものであった。しかし、裁判所に対する不信や制度的能力のみから、法形成における適正手続を確

保するために裁判所に認められる審査の射程が狭いとの結論は導くことはできないとした。それは、当該概念の射程を狭く捉えたリンデでさえ、立法府による主体的かつ積極的な立法過程の改善に向けた営為を重要な要素と位置付けていたからである。つまり、リンデのような手続遵守モデルを前提にしても、議会による主体的な「合理性」獲得に向けた営為がない場合には、熟議モデルに基づく裁判所の審査が残されていると考えられる。

他方で、紙幅の関係上、本論文で十分に論じられなかった問題もある。本論文が前提とする熟議モデルがガンサーの議論とその類似性を見出し得るとしても、裁判所が立法府の判断形成過程に諸要件を課すことまでをガンサーが直接認めたわけではない。そのため、憲法あるいは法律の規定以外に、裁判所が立法府に対して法形成過程における手続要件を課すことが、準手続審査に対する批判の一つとして指摘される「立法府の優位性」との関係でどのように位置付けられるのかという問題がある。こうした問題は、近年の議論[99]も踏まえ、稿を改めて検討することにしたい。

（1）拙稿「立法判断の客観化に向けた法的アプローチ――目的手段審査における立法過程への着目――」『法学政治学論究』一〇一号（二〇一四年）三七～六九頁。

（2）スティーブンス裁判官による準手続審査の適用が端的に表れたのが、フリラブ事件での同裁判官の以下の反対意見である。「連邦議会が早計な状態で行動したことがいかに明らかであったとしても、立法過程に対して形式的に同様の推定を与えることは裁判官が昔から行ってきたことであるが、立法府によって作られた法律が法の適正手続を欠いて自由または財産の剝奪を引き起こしているかどうかの判断に関連するものとして、そのような手続がなぜ検討されないのか理由が分からない。連邦議会が、平等保護条項の下で厳格審査に服する区別を生じさせたときには、司法審査は判断形成過程の手続的な観点の検討を含むべきであるように思われる」。Fullilove, 448 U.S. 448, 550-551 (Stevens, J., dissenting).

（3）拙稿・前掲注（1）六〇頁。

（4）Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, Law and Public Choice 118 (1991). なお、単一主題ルール（Single Subject Rule）の観点から法形成における適正手続の議論を扱うものとして、二本柳高信「アメリカ州憲法と単一主題ルール」『産大法

学』四一巻四号（二〇〇八年）一七頁がある。

（5）Laurence Tribe, *Structural Due Process*, 10 Harv. C.R.-C.L.L. Rev. 269 (1975).

（6）Hans A. Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 Neb. L. Rev. 197, 255 (1976).

（7）426 U.S. 88 (1976).

（8）5 U.S.C. § 3301.「大統領は、①公務の効率を最大限に増進させるよう、行政機関の公務員の職に個人を選任するための規則を制定し、②就職を求める者の年齢、健康、性格、知識および能力に関する適正を定めることができる」と規定されている。

（9）Executive Order No. 10577 § 2-1, 19 Fed. Reg. 7521, 7522 (1954).「委員会は、就職を希望する市民に関し、受験を許可するのに適合すべき、……基準を定める権限を有する」と規定されている。

（10）5 C.F.R. § 338-101.「合衆国の市民であるか、合衆国に永続的忠誠義務を負う者のみが、競争試験受験を認められ……任命資格を認められる」と規定されている。

（11）Mow Sun Wong v. Hampton, 500 F.2d 1031 (1974).

（12）Mow Sun Wong v. Hampton, 426 U.S. at 102.

（13）*Id.* at 100-101.

（14）Farber & Frickey, *supra* note 4, at 120.

（15）Mow Sun Wong, 426 U.S. at 103.

（16）*Id.* at 104.

（17）このことは、本件で反対意見を執筆したレーンキスト裁判官が、「立法府の権限に関する委任法理を発展させるために、……手続的デュー・プロセスの……奇抜な概念を用い、さらに平等保護の概念と手続的デュー・プロセスと実体的デュー・プロセスの概念を混合させている」と法廷意見を分析しているところからも分かる。*Id.* at 117, 119 (Rehnquist, J., dissenting).

（18）Farber & Frickey, *supra* note 4, at 122-128.

（19）*See* Jonathan C. Carlson & Alan D. Smith, *The Emerging Constitutional Jurisprudence of Justice Stevens*, 46 U. Chi. L. Rev. 155, 217-232 (1978). スティーブンス裁判官以外の裁判官にも同様のモデルの適用が見られる。たとえば、兵役登録の義務

を男性のみに負わせる連邦法が問題となったRostker v. Goldberg, 453 U.S. 57, 72–83 (1981) では、とりわけ連邦議会がこの問題について注意深く熟議を行ったことを理由に、当該区別を合憲とした。その他にも、社会保障給付資格について受給を受ける州に少なくとも一年居住することを要件として課したことが平等保護条項違反として争われた事件で、ハーラン裁判官が立法府における適切な熟議の欠如を理由に当該州法を違憲であると主張したShapiro v. Thompson, 394 U.S. 618, 674 (1969) (Harlan, J., dissenting) などがある。

(20) Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U. L. Rev. 367, 405–408 (2004).

(21) 430 U.S. 73 (1977).

(22) *Id.* at 98 (Stevens, J., dissenting) (citing Linde, *supra* note 6).

(23) *Id.* at 97.

(24) Terrance Sandalow, *Judicial Protection of Minorities*, 75 Mich. L. Rev. 1162 (1977).

(25) Fullilove, 448 U.S. at. 551 n.27 (Stevens, J., dissenting) (quoting Sandalow, *supra* note 24).

(26) *Id.* at 551–552.

(27) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

(28) Sandalow, *supra* note 24, at 1163.

(29) *Id.* at 1164.

(30) *Id.* at 1165.

(31) *Id.* at 1183.

(32) *Id.*

(33) *Id.* at 1184–1185.

(34) *Id.* at 1185.

(35) *Id.* at 1188.

(36) *Id.* at 1188–1189.

(37) *Id.* at 1189.

（38） Farber & Frickey, *supra* note 4, at 125.
（39） Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).
（40） Mark Tushnet, *Legal Realism, Structural Review, and Prophecy*, 8 U. Dayton L. Rev. 809, 823 (1983).
（41） 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
（42） Farber & Frickey, *supra* note 4, at 123.
（43） *Id.*
（44） *Id.* at 127.
（45） 立法の「質」の向上について、制度や司法審査の観点から検討するものとして、宍戸常寿「立法の『質』と議会による将来予測」西原博史編『立法システムの再構築』六〇頁（ナカニシヤ出版、二〇一四年）がある。
（46） リンデの経歴を簡単に紹介する。彼は一九二四年にベルリンで出生し（父はドイツの弁護士）、その後に家族とともにデンマーク、ポーランド、そしてオレゴン州に移住した。彼はドイツ語が話せたことから第二次世界大戦時に軍隊から通訳として雇われた。その後、一九四七年にリード大学から学士号を取得し、カリフォルニア大学バークレー校のロー・スクールに入学し、ロー・レビューの編集委員長を務めた後、一九五〇年に卒業した。ロー・スクール卒業後の一年間はアメリカ連邦最高裁のダグラス裁判官のロー・クラークを務め、その後の二年間は国務省の法律顧問局と国連総会の合衆国代表団顧問を務めた。それからオレゴン州に移り、オレゴン大学教授として学者生活を開始したものの、同州出身の連邦議会上院議員（Richard Neuberger）の立法担当秘書として再び首都ワシントンに戻り、三年間その職を務めた後、一九五九年にようやくオレゴン大学に戻った。一九七七年には州知事からオレゴン州最高裁判所裁判官に指名、一九七七年に選出、一九八四年で再選してから一九九〇年まで裁判官の職を務めた。リンデは、学者、弁護士、裁判官として連邦の三権での職歴を有する数少ない人物である。*See* Philip P. Frickey, *Honoring Hans: On Linde, Lawmaking, and Legacies*, 43 Willamette L. Rev. 157, 158-159 (2007).
（47） 413 U.S. 528 (1973).
（48） *Id.* at 534.
（49） Frickey, *supra* note 46, at 166.
（50） Linde, *supra* note 6, at 200-201.

（51） *Id.* at 208.
（52） *Id.* at 209.
（53） *Id.* at 212.
（54） *Id.*
（55） *Id.* at 215.
（56） Leathers v. City of Burns, 444 P.2d 1010 (1968).
（57） Linde, *supra* note 6, at 217-218.
（58） Gerald Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972).
（59） 松井茂記『二重の基準論』九九頁（有斐閣、一九九四年）。
（60） Gunther, *supra* note 58, at 20-22.
（61） Linde, *supra* note 6, at 223-224.
（62） *Id.* at 224.
（63） *Id.* at 226.
（64） Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).
（65） Eastern R.R. Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127, 144 (1961).
（66） California Transp. Co. v. Trucking Unltd, 404 U.S. 508 (1972).
（67） Linde, *supra* note 6, at 231.
（68） *Id.* at 239.
（69） *Id.* at 240.
（70） *Id.*
（71） 平等保護に関する連邦最高裁の審査の変化を民主政観の変化とともに論じるものとして、Bertrall L. Ross II, *Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics*, 101 CAL. L. REV. 1565 (2013) がある。準手続審査の検討においては、その前提たる民主政観との考察も必要であるが、この点については別稿を予定している。

(72) Farber & Frickey, *supra* note 4, at 122–123 n.31.

(73) John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (1980). 邦訳として、ジョン・H・イリィ（佐藤幸治・松井茂記訳）『民主主義と司法審査』（成文堂、一九九〇年）がある。

(74) *Id.* at 74.

(75) *Id.* at 75.

(76) 松井茂記『司法審査と民主主義』二五五頁（有斐閣、一九九一年）。

(77) 松井・同　二一四頁。

(78) Gerald Gunther, *The Convention Method of Amending the United States Constitution*, 14 Ga. L. Rev. 1, 18 (1979).

(79) *Id.* at 19–20.

(80) Gunther, *supra* note 58, at 44.

(81) Terrance Sandalow, *Constitutional Interpretation*, 79 Mich. L. Rev. 1033 (1981).

(82) 松井・前掲注（76）三〇四頁。

(83) 松井・同　三〇五頁。

(84) 松井・同　二一三頁。

(85) Frickey, *supra* note 46, at 171.

(86) Hans Linde, *E Pluribus-Constitutional Theory and State Courts*, 18 Ga. L. Rev. 165, 181 (1984).

(87) *Id.* at 196.

(88) Frickey, *supra* note 46, at 171.

(89) Linde, *supra* note 6, at 255.

(90) G. Edward White, *Hans Linde As Constitutional Theorist: Judicial Preservation of the Republic*, 70 Or. L. Rev. 707, 710 (1991).

(91) *Id.* at 714.

(92) リンデの共和主義理念は、彼が議会の自律権を尊重する姿勢と大きな関わりを持つものである。それは、議会の自律権という原則が、（三権のうち）代議制を採る法形成機関のみが共和政の必須の要件であるという前提に由来するからである。

その歴史的根拠としては、アメリカが大統領や連邦裁判所の存在する以前から連邦議会を有していたこと、また大統領や連邦裁判所がなくとも共和政を維持してきたことを挙げる。Hans Linde, *A Republic ... If You Can Keep It*, 16 Hasting Const. L.Q. 295, 313 (1989). さらには、フェデラリスツ（Federalists）が、市民の「利己心（interest）」や「理性の欠如した感情（passion）」からもたらされる公的行為に対する危惧や、「代表となる集団とは異なり、市民の集団には責任ある判断を行うだけの知識が欠如している」ことへの懸念が、共和政を選択した根拠として示される。Hans Linde, *When Is Initiative Lawmaking Not "Republican Government?"*, 17 Hasting Const. L.Q. 159, 166, 168 (1989).

(93) White, *supra* note 90, at 723.

(94) Linde, *supra* note 6, at 241-242.

(95) *Id.* at 241.

(96) 一九七〇年代のアメリカの議会における議員構成には大きな変化が生じた。それは、連邦議会の下院が、一九七〇年代の第九二議会以降に当選した者で五五％を占めていたということである（上院でも同様の現象が生じた）。このことは、新人議員が自らの議席を獲得したときに既に存在していた議事規則や慣行によって影響力を行使することができなかったため、制度改正に関心を有していたということを示すのである。中村泰男『アメリカ連邦議会論』一〇六～一〇七頁（勁草書房、一九九二年）。

(97) 中村・同　一〇八頁。

(98) White, *supra* note 90, at 744.

(99) *See* Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. Rev. 1915 (2011).

小林　祐紀（こばやし　ゆうき）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
慶應義塾大学大学院法学研究科助教（有期・研究奨励）
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本公法学会、日本法政学会、全国憲法研究会、憲法理論研究会
専攻領域　憲法
主要著作　「アメリカにおける立法記録審査の展開――立法裁量の統制手法に関する予備的考察――」『法学政治学論究』第九三号（二〇一二年）
「法律制定における立法府に対する明確性の要求――明確叙述準則の議論を素材にして――」『法学政治学論究』第九七号（二〇一三年）
「立法判断の客観化に向けた法的アプローチ――目的手段審査における立法過程への着目――」『法学政治学論究』第一〇一号（二〇一四年）