HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法審査とリーガル・プロセス　―アメリカでの司法の機能に関する理論的発展―
Author(s)	常本, 照樹
Citation	北大法学論集, 31(2), 301-355
Issue Date	1980-11-19
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16318
Type	bulletin (article)
File Information	31(2)_p301-355.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

司法審査とリーガル・プロセス

——アメリカでの司法の機能に関する理論的発展——

常本照樹

目次

はじめに
第一章　リアリズム法学
第一節　二〇世紀初頭の状況
〔一〕　連邦最高裁判所の動き
〔二〕　リーガル・カルチャー
(a)　法学教育
(b)　ALI（アメリカ法律協会）
(c)　総括

第二節　リアリストの対応
第二章　プロセス法学
第一節　リアリズムへの批判とプロセス法学の萌芽
第二節　第二次大戦後の法理論状況とプロセス法学の展開――理論的概観
むすび　総括と展望

はじめに

一九五三年に始まった「ウォレン・コート」は、人種問題というアメリカの生活様式自体に関わる複雑で微妙な問題に根本的な変革を迫ったばかりでなく、選挙制度、更には連邦制度という基本的政治体制をも揺るがせた。

このような動きは、当然のことながら、肯定、否定両面からの広汎な論議を引き起こさずにはおかなかった。ブラウン判決[1]やベイカー判決[2]といった個別的諸判決の当否から始まって、それらの中で宣明された憲法原則の検討まで論点は多岐に亘ったが、同時に、それらの根底にある司法行動、即ち、国政の場で司法はいかに機能すべきか、また、しうるのかという問題も活発な議論の対象となり、特に、いわゆる「実体的」平等保護諸判決に関して、それは本来「司法」的解決にはなじまない問題への介入ではないかという強い疑問が有力な法学者達から提出された。そして、このような関心は七〇年代の「バーガー・コート」に入ってからも、そのいくつかの判決[3]をめぐって継続している。

そこで、本稿では、憲法訴訟において司法が持つ可能性の探求の一環として、このように司法の制約を強調しウォレン・コートを批判した論者の司法過程観の特徴、即ち、彼らのいう「司法」の概念とはいかなるものか、司法的解決とはどのような特質を持つとされているか、ウォレン・コート支持派の有する司法過程観とはいかなる相違があるか、また共通点はないのか等を探ると共に、そのような主張が何故、どのように生成し発展してきたのかを検討するため、アメリカにおける司法の機能に関する理論的発展の概観を試みようと思う。

ところで、法学、法理論の発展過程に関する研究はアメリカにおいては比較的歴史が浅く[4]、そのためかその発展過程をどう把握するかについては未だ定説といえるものはないようである。とはいえ、一九世紀後半から二〇世紀初頭までを一つの段階としてと

らえ、更に二〇世紀初頭に一つの変化があったとする見方はほぼ異論なく受け入れられているといってよかろう。そして、最近、これに続く時期においても一つの主流的共通思潮がみられるという示唆が、幾人かのリーガル・ヒストリアンによってなされるようになっている。(5)

本稿では、考察対象とする法学者の主張する司法理論の特徴がこの第三の法学傾向（即ちプロセス法学：Process Jurisprudence）と共通することに注目し、このような理論史把握に沿って、彼らの司法過程観の発展状況及びその理論的特徴を整理することにした。

それで、以下では、まずプロセス法学生成の直接の原因となったいわゆるリーガル・リアリズムをめぐる状況から検討を始めることにする。

（1）Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483 (1954).

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

（3）例えば、Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973) 等が活発な議論の対象となっている。代表的論稿として、John H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920 (1973).

（4）*See* G. Edward White, *Book Review of Lawrence M. Friedman, A History of American Law*, in PATTERNS OF AMERICAN LEGAL THOUGHT 2 (1978). その他にも同様な見解が散見される。例えば、D. Kennedy, *Legal Formality*, 2 J. LEGAL STUDIES 351 (1973).

（5）後掲第二章第二節注（4）に挙げた文献参照。

第一章　リアリズム法学

第一節　二〇世紀初頭の状況

プロセス法学の源流としてのリアリズム法学（ないしリアリスト運動）の意義を理解するためには、やはり彼らの批判の対象となった当時の状況およびそこに見られる法理論から検討を始めるのが適当であろう。

当時の法理論の主流といいうるものを具象した例として、一九世紀後半にラングデル（Christopher Columbus Langdell）が先鞭をつけた「科学的」法学教育の普及、一九二三年にアメリカ法律協会（American Law Institute）が開始した RESTATEMENT OF THE LAWS の編纂、そして、最も代表的なものとして一九三七年のいわゆる「憲法革命」(1)までの連邦最高裁判所による一連の「積極的」判決等が想起されるであろう。そこで、これらを概

観するにつき、最高裁の動きから検討を始めることにする。

〔一〕 連邦最高裁判所の動き

一九二〇年代から三〇年代にかけての連邦最高裁の動きを見てまず気付くことは、"Four Horsemen"[2]（四騎士）と呼ばれた四人の判事の存在である。この時期の最高裁による一連の社会経済関連立法の違憲判決の陰にはほとんど必ずこの四騎士が足並みを揃えていた。以下ではこの四騎士、即ちサザランド（George Sutherland）、バトラー（Pierce Butler）、ヴァン・デヴァンター（Willis Van Devanter）、マクレイノルズ（James C. McReynolds）の法思想に注目しつつ最高裁の動きを追ってみたい。

一九二〇年代を通じて最高裁ではタフト（William H. Taft）が長官を務めていた。彼は最高裁は無教育な大衆や彼らに操られる議員たちの侵害から憲法を守る守護者たるべきであると考えており、そして彼にとって、個人の財産権の擁護こそが憲法の至上の要請なのであった。[3]

一九二一年の長官就任[4]後、タフトは直ちに自らの信ずるところを実現するため最高裁の統一と強化を図り、[5]当時の大統領ハーディング（W. G. Harding）に対して有していた大きな影響力を行使して自らと考えを同じくするサザランドとバトラーの陪席判事としての任命を獲得した。[6]こうして、タフトの長官就任以前から在職していたヴァン・デヴァンターとマクレイノルズと合わせて四騎士が揃うわけである。[7]

四騎士の代表格と看做されるサザランドの思想形成に多大の影響を与えたのは、ブリガム・ヤング・アカデミー（Brigham Young Academy：後のブリガム・ヤング大学）時代の校長でハーバート・スペンサー（H. Spencer）の信奉者であったマイサー（Karl Maesar）と、ミシガン・ロー・スクール時代のディーン（法科大学長）であったクーリー（Thomas M. Cooley）であるといわれる。[8]特にクーリーは自由放任主義に基づく憲法観を主張しており、政府の規制権限を極めて厳格に解していた。[9]

サザランドは自ら「保守的」と称していたが、その意味するところは、多数者の意思に基づく政治への疑念、社会問題の立法的解決への抵抗、個人的権利及び自由に対する政府による侵害の排除、上訴審裁判官が民衆の多数派の侵害から個人の権利を守る守護者の役割を果たすべきこと、であった。このようなサザランドの見解は彼の判事任命時には衆知のところであって、タフトはサザランドに「我々の見解は極めてよく似ている」[10]と書き送っている。[11]

このようなサザランドの思想は他の四騎士のメンバーにも共通していた。こうして、世界は不動の法により支配され、不可譲の権利が存在し、[12] 憲法は不変の文書であり、司法部は民衆の行き過ぎからの避難所であるという共通の確信により結ばれた四騎士が、主にタフトとサンフォード (Edward T. Sanford) 判事と共に一九二〇年代を通じて多数派を形成していたのである。

このようなタフト・コートの多数派の性格は、タフトが初めて法廷意見を書いた一九二一年一二月五日の American Steel Foundry 判決[13]から明らかになる。本件でタフトは平和的ストライキへの禁止命令（インジャンクション）発給を禁ずるクレイトン法を、ケース・バイ・ケースでストの性格を判断するという手法を用いることにより事実上骨抜きにしてしまった。二週間後の Truax v. Corrigan 事件[14]では、ピケで営業妨害をうけたレストランの所有者がピケ排除のインジャンクションを州裁判所に求めたが労働問題へのインジャンクション発給を禁ずる州法に基づき拒絶されたため、当該州法がデュー・プロセスに反して財産権を奪うものであるとして連邦最高裁に上訴したという事案につき、タフトは連邦憲法第一四修正に基づき当該州法を違憲と判示した。本件によって、タフトにとってビジネスは財産 (property) であり、ビジネスへの妨害が即ち財産権の侵害となりうることが明らかにされたとみられる。

しかし、四騎士の主張が最も明確に打ち出されているのは、やはり一九二三年の Adkins v. Children's Hospital 判決[15]であろう。本件ではワシントンDCにおける女性労働者の最低賃金を規定した連邦法の合憲性が争われたが、五対三[16]の多数を代表し法廷意見を書いたサザランド判事は、フランクファーター (F. Frankfurter) が提出したいわゆるブランダイス・ブリーフの示す困窮な事情よりも個人の「権利」を重視し、賃金の法定は「契約の核心」を崩すものであるとして違憲の判決を下した。サザランドによれば、「契約の自由こそが原則であってその制約は例外」なのであり、「全体としての社会の善には、各構成員の自由を保障することこそが最も良く寄与する」のであった。[17]

このような傾向は更に続き、結局タフト・コートは一三の連邦法と一四〇近い州法を違憲と判示したが、その理由の大半は財産権と契約の自由の侵害であった。[18]

一九二〇年代末には、四騎士及びタフト、サンフォードからなる多数派と、政府による実験的施策は変動する社会のためにも不可欠であると信ずるホームズ (O. W. Holmes, Jr.)、ブランダイス

(L. D. Brandeis)、ストーン(H. F. Stone)ら少数派の対立はほぼ確定していたが、一九三〇年のタフトの辞任、サンフォードの死去で生じた空席に、フーヴァー(H. C. Hoover)大統領はヒューズ(Charles E. Hughes)を長官[19]、ロバーツ(Owen J. Roberts)を陪席判事として充てたため、裁判所内でのバランスは微妙なものになった。

当時はまさに一九二九年に始まった大恐慌が深刻の度を深めていたときであり、ヒューズは現在の不況が社会の権力とリーダーシップの新たな再配分を要求していると考えた。今や単に私企業を放任するのではなく、政府による公的統制を強め、かつ民主的政治過程を再生させる必要があった。そして裁判所はこのような方向への社会の発展を促し、社会的実験を支援すると同時にその行き過ぎをチェックする役割を果たすべきであると感じたのである。そのためには何よりも裁判所への国民の信頼を回復するのが先決であったが、それは判決の継続性にあらわれる「安定性」によってこそ確保されるとヒューズは考えた。[20]

不況が深まるにつれ、最高裁も一九三三年に大統領に就任したローズヴェルト(F. D. Roosevelt)が次々と打ち出すニューディール関連立法を支持する方向に動き出した。ニューディールの色合いを有する法律の合憲性が初めて審査された例は一九三四年のHome Bldg. and Loan Ass'n v. Blaisdell[21]であるが、本件ではミネソタ州のモラトリアム法が問題となったのに対し、ヒューズ長官が当該州法を合憲とした多数意見を書き、「緊急事態は権力を創出はしないが、その行使の機会を与えることはありうる」と認めた。[22]本判決は五対四でありサザランドらは当該州法とそれを支持する多数意見は憲法破壊の尖兵となると難じ、憲法とは単なる政治上の指針ではなく主権者たる国民の定立した不変の法であると主張し、更に憲法は極めて明白な文言で書かれているのであるからもはや裁判官がそれを解釈する余地などなくただ明文通り適用すべきなのであるとして、司法作用に関してリベラル派の見解と真っ向から対立した。更に二カ月後のNebbia v. New York[23]においても、最高裁はニューヨーク州のミルク価格統制法をやはり五対四で支持した。法廷意見を書いたロバーツ判事は一般的福祉を増進するのは政府固有の権限であると認め、政策の賢明さ、その政策のために定立された法の十分さ、実現可能性等については裁判所はこれを扱う能力はなく、またその権限もないと述べた。一方、反対意見を書いたマクレイノルズは、裁判所は立法目的の合法性、手段の正当性をも考慮せねばならないと論じている。

ところで、ローズヴェルトの一連の経済介入による実際的効果をみると、一九三三年の大統領就任当時最悪状態にあったアメリカ経済の活動水準はその後上昇に向かい、一九二九年を一〇〇とすれば、三二年に六三に落ち込んだのが三五年には七五まで回復するに至った。これがニューディール施策の直接の効果か否かはともかく、こうして若干なりとも景気の回復傾向がみられたのは事実である。[24] ニューディール関連諸政策に対しては、空前の危機の打破のために強力なリーダーシップを求めたビジネス界や、また労働者や農民もその受益者として支持を与えていた。一九三四年の中間選挙も、中間選挙は与党に不利だというジンクスにもかかわらず民主党の大勝利に終わって、[25] ニューディールへの国民の強い支持を思わせた。

しかし、こうして危機状態から一応は脱しても基本的にアメリカ経済が復興したわけではなく、却って一方で危機意識が弛緩すると同時に、他方で危機状況の恒常化ともいうべき現象が生じた。そして、危機意識の弛緩に伴い戦時の類推による団結と協調の呼びかけは説得力を失って、ローズヴェルトを支持してきた勢力が分裂しはじめたのである。ニューディールの企業統制という側面を以前から束縛と感じていたビジネス界からの批判はもちろん、これまでの施策においてはいわゆるアンダードッグ（下積みの困窮者）の福祉の問題への配慮に重点が置かれていなかったため一般大衆からの不満の声も聞かれはじめ、各地で賃上げストが頻発し一九三四年七月にはサンフランシスコでゼネストが発生するまでに至った。[26]

このような状況を背景として、一九三五年の R. R. Retirement Bd. v. Alton R. R. 事件[27]においてまず ロバーツ判事が、鉄道会社に対し老齢退職者のための年金用基金への醵出を求める連邦法を、年金制度は社会福祉であって州際通商とは無関係であり、従って連邦憲法第一編第八節の州際通商条項によって連邦政府に与えられた権限を超えるものであるとして違憲と判示し、四騎士に合流した。更にヒューズも同年五月の Schechter Poultry Co. v. United States 事件[28]で、ニューディールの中核立法の一つであった全国産業復興法（National Industrial Recovery Act）に対し違憲の判決を下した。本件では全国復興局（NRA）の規約に違反したニューヨーク州のシェクター養鶏会社の取引行為を州際通商であるとして連邦機関であるNRAの規制行為を認めうるか否かが争われたのであるが、ヒューズは次の二つの点につき違憲判断を示した。第一に、暗黙裡に一八九五年の United States

v. E. C. Knight Co. 判決[29]に依拠しつつ、連邦議会が州際通商条項に基づき規制しうるのは州際通商に直接影響を及ぼすものに限られると前提して、本件のように、ある州の製造業者の製品が他の州で販売するために製造されたというだけで連邦議会がその業者を直接規制することは許されないと述べ、そして次に、NIRAのように連邦議会が明確な基準を定めずに大統領に規則制定権を付与するのは立法権の包括的委任であり権力分立の原則に反するものであるとしたのである。なお、本判決では特に第二の論点、即ち本件法律の授権法的性格が中心的論点とされたため、リベラル派も含めた全員一致の判決になっていることが注目される。[30]

本判決は行政部主導による改革というニューディール体制の根幹を揺るがすものであったが、[31]この傾向は更に続き、一九三六年の Carter v. Carter Coal Co.[32]でサザランド判事は四騎士とロバーツ判事からなる多数派を代表して、労働条件の規制と価格の統制の二組の規定を有する石炭関係立法を両者は不可分であり全体として違憲であるとし、「今こそ憲法の意図する固定されたバランスを維持するために、政府の権限を憲法の明文もしくは明文から必然的に引き出されるもののみに限定せねばならない」と論じた。本判決でもやはり連邦憲法第一〇修正の州権留保条項を連邦権限に対する実質的な制約としてとらえ、農業、生産、雇用―被用者関係等一定の事項は州際通商に間接的な影響しか及ぼさず、従ってその規制権限は州が排他的に保持するとの法理（dual federalism）が維持されたのである。同年やはり六対三で全国産業復興法と並んでニューディールの中心となっていた農業調整法（Agricultural Adjustment Act）が、農業のコントロールは州の専権事項であるという理由で違憲とされている。[33]

こうして、一九三四年から三六年の二年間に違憲とされた連邦法は実に一三にのぼる。[34]そしてこのような動きは一九三六年の選挙で、いわゆる第二次ニューディール[35]の成果ともみられる大量の大衆票、黒人票、組織労働者票等を集めてローズヴェルトが再選を果たした後のコート・パッキング事件へと向かっていくのである。

〔二〕 リーガル・カルチャー

今日の視点から前述のような見解、即ち、不動の憲法に表明された主権者たる国民の高次の意思の支配の下に、裁判官は高度の専門的技術を駆使して目前に現れる法的問題に対し常に一定の正確な解答を発見していくのであって、裁判官の政策的信念はもちろん、個人的意思は一切この判決形成過程に混入することはない

という司法過程観に立つ四騎士を中心とした一九二〇年から三〇年代にかけての連邦最高裁の諸判決を見るとき、それは反動的であり超立法府による専断的権力の濫用であると論じられることが多い。[36] ただ、社会全体の動きの中で最高裁を位置づけるときはこの評価が妥当するとしても、当時のリーガル・カルチャーの中で最高裁判事たちの占めていた地位はどうなのであろうか。それを確認するために、次に一九世紀後期の法学教育から概観してみたい。

（a） 法学教育

アメリカにおいて「法学教育」と呼ぶに足るものが出現したのは、ラングデルがハーヴァード・ロー・スクールのディーン（法科大学長）に就任した一八七〇年のことであるといわれる。[37] ディーンの職務は新設されたものであり、その職掌は極めて形式的なものであって、[38] ハーヴァードでの改革は偏にラングデルの個性にかかっていた。

ラングデルは自らの法思想を独立して体系的に述べていない。[39] しかし、いくつかの言明や実際に彼が採用した教育方法から、およそ彼の法思想の特徴は次のようにまとめられようか。即ち、法は原理や法則のみから構成されており、それ自体独立な自足的科学、それも化学や植物学などの自然科学と基本的に同じ意味での科学であって、法学者のなすべきことは、例えば植物学者が標本を選択し分類し配列するのと全く同様に、個々の判決を研究し、その中に含まれるばらばらなデータを整理して論理的に一貫した一般的原理のシステムを構築することだというのである。[40] 従って法学生も、少なくともロー・スクールにおいては法のみを学習すべきであって他の学問に目を向けてはならないとされた。[41]

以上のようなラングデルの法思想に裏打ちされた教育方法は、当初の動揺を乗り越え一九世紀末には多くのロー・スクールに伝播していった。[42] ハーヴァードにおいても彼の思想は少なくとも二〇世紀初頭までそのまま確固たる主流を占めていた。ウィリストン（Samuel Williston）やビール（Joseph H. Beale）、セイヤー（James B. Thayer）など、ハーヴァードに籍をおいて一九世紀末から二〇世紀初めにかけてアメリカの法学をリードした法学者は、その法の概念においてラングデルのそれと同一であったといわれる。[43] 即ち、彼らは自らの役割を、茫漠たる諸判決の中から中立的分析によって法原理を抽出し、現在する法を明快に示すことであると心得ていた。ホームズやパウンド（Roscoe Pound）は、少なくともハーヴァードでの教育・研究の面では異端だったので、

ある。[44]

ラングデルは、法を科学であるとすることによって法と法学のプレステージを高めることに成功した。しかし、こうした彼の「科学」メソッドで教育された法学者や裁判官は、社会生活から切り離された論理的でドライなものとして、意識的にせよ無意識的にせよ、法を扱うようになったのである。

（b）ＡＬＩ（アメリカ法律協会）

既に述べたように、一九世紀末においては法学者の任務は、自然科学者と同様に、個々の判例を分析してコモン・ローに内在する基本的な法原理によって合理的に整理し説明することであるとされていた。しかし、法学者は自然科学者と異なり特有の問題に直面していた。即ち、判例の膨大な蓄積である。特に一八七〇年代にウェスト・パブリシング・カンパニー（West Publishing Company）がナショナル・リポーター・システム（National Reporter System）と呼ばれる連邦裁判所及び各州の上級裁判所の全判決と各州の下級裁判決の一部を公刊する事業を開始して以来、判例法体系自体がパンクの様相を呈していた。そのため今世紀のはじめともなると、いかに有能な法律家や裁判官でも、たとえ法の一分野に限ってみても判例全体の展望を得ることなど不可能事となっていたのである。[45]

しかし、それでもコモン・ローを体系化する努力は続けられ、法学者たちは英米の伝統の基礎をなす諸原理に沿って判例法の整合的説明を試みた。そして、このような法の体系化、合理化を目指す運動が一つの制度となって現れたのが、一九二三年に設立されたアメリカ法律協会である（以下ＡＬＩと呼ぶ）。

ＡＬＩは、アメリカ・ロー・スクール協会（Association of American Law Schools）が「正統派」理論家の泰斗であるイライヒュ・ルート（Elihu Root）[46]を中心として設置した委員会が一九二二年に提出したリポートをもとに設立されたものである。そのリポートはアメリカ法の不確実さ、複雑さ、統一の欠如にいかに対処すべきかを検討した上、現行法を明確かつ最新の状態で再叙（restate）し現在の混乱を一掃するため“RESTATEMENT OF THE LAWS”を編纂、刊行する目的でＡＬＩを設けることを勧告していた。[47]

こうしてＡＬＩにより第一級の法学者、法律実務家を集めて開始された現行法のリステイトメントの前提となっていた法思想は全くラングデル的なものであった。即ち、変わることなきコモン・ローの根本原理なるものが存在し、それは判例の論理的分析によ

って発見されうるものであって、ＡＬＩのなすべきことはただそれを発見し、整理し、記述することに尽きるというわけである。法的ルールの社会・経済的影響への実質的考慮はほとんど見られなかった。

リステイトメントは法典ではない[48]けれども、それは「現行法を再叙した」ものであるから裁判官はこれに基づいて判決することができる。しかし、何が「現行法」であるかはリステイターの結局は恣意的な選択に委ねられるのである[49]。こうして、リステイターの選択に基づき編まれたリステイトメントは、全国の個々の裁判所での食い違いや考え違いを正すべく、支配的権威になることを目指していたということができよう[50]。

ところで、このようなリステイトメントが体現していたのは、安定性、確実性、明確性といった法律専門家としての願望だけではなかった。即ち、背景には二〇世紀初頭の社会改革の波に脅かされつつあった法律家層のステータス・クオの維持の含意がみられる。彼らがリステイトメントの基礎に据えたコモン・ローの基本的原理には、アダム・スミスやハーバート・スペンサーに裏付けられたレッセ・フェールのフィロソフィが行き渡っていた。それらを明確に提示し、裁判官らをしてこれに依拠せしめることができれば、支配的法律家層の利益や社会像を脅かす変革勢力への強力な保塁たりうるはずであった。また、ＡＬＩが実際にリステイトメントに適するとして選んだ法分野も、彼らの関心の所在を示すものであるともみられよう[51]。

（c）総　括

以上概観したように、四騎士が活躍したころの支配的法思考はレッセ・フェールのフィロソフィに裏打ちされたラングデル的法形式主義であった。こうしたリーガル・カルチャーの中でとらえたとき、社会福祉諸立法を打倒した最高裁の判決は、五、六人の判事による「専断的権力の誤用」というより当時の支配的な法思考のパターンに従ったものだったといえるであろう。正しい判決というものは、ある州や連邦での人々や職種などの特殊なパワーバランスによって左右されるものではなく、レッセ・フェールの法伝統に深く根差した実体法の明確なルールに基づいてこそ得られるのであるという見解が、最高裁のみならず法律家全体の中で支配的であったために、四騎士たちはワシントンＤＣの女性たちから週一六・五ドル以下で働く権利を奪うものであるとして最低賃金法を打倒することができたのである[52]。

結局、司法過程との関連で法形式主義の有していた意義を再考

すると、それは法を「科学的」なものであり政治とは全く分離された自足的体系であるとする建前をあくまで貫くことによって、裁判官による実質的政策形成を民主主義体制の中で正当づけようとするものであったとみることもできよう。[53] そして、全ての法、判決の出発点である法原理にレッセ・フェールのフィロソフィを浸透させることによって、法律家を含めた支配層による実質的社会経営をも可能ならしめていたのである。

(1) EDWARD S. CORWIN, CONSTITUTIONAL REVOLUTION, LTD. 7 (1941).

(2) 黙示録の四騎士になぞらえた命名と思われるが、多くの論者が使用している。例えば、RAOUL BURGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY 4 (1977).

(3) *See* G. EDWARD WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION 180-81 (1976).

(4) 就任の事情につき、HENRY J. ABRAHAM, JUSTICES AND PRESIDENTS 174 (1974). また、この任命は上院では四票の反対があったのみで承認されたが、彼の日頃の主張や、特に連邦下級裁判事時代の反労働運動的記録を警戒した労働界やリベラル派から猛烈な反発を招いている。PAUL L. MURPHY, THE CONSTITUTION IN CRISIS TIMES 42 (1972). しかし、タフトはビジネス界の示している歓迎の意向こそアメリカのマジョリティを代表するものと信じ、その利益こそ図られねばならないと考え、そして政府主導の社会改革を唱えたウィルソン (Woodrow Wilson) の伝統を継ぐ民主党が敗れ、保守への回帰を説いた共和党が大勝した選挙の結果等から民間主導の社会こそ望まれているものと確信した。また、彼の憲法観は次の言葉に端的に表われている。「我が国の憲法は個人の自由と財産権の上に成り立っている。そして、つきつめれば、財産権が契約を結ぶ権利や労働の権利を含んでいるように、個人の自由は財産権を含んでいるのである。自由な人間とは、まず第一に自分の稼いだものを享受し、それを自分の好むように費消できる人間を指す。……個人の自由と財産権は社会の有用な進歩に不可欠なのである」 *quoted in* ALPHEUS T. MASON, THE SUPREME COURT FROM TAFT TO BURGER 49 (1979).

(5) 制度面での最大の成果はいわゆる裁量的上訴管轄権 (certiorari) を獲得したことである (Judiciary Act of 1925)。それによってタフトは取扱事件数 (case load) を軽減すると同時に、最高裁のプレステージを高めることにも成功した。

(6) 同時にタフトはホームズとブランダイスの「危険な二人組」の側につくかもしれない判事——例えばカードーゾやラーニッド・ハンド——の任命を阻止する決意も固めていた。ABRAHAM, *supra* note (4); *See generally* Walter F. Murphy, *In His Own Image: Mr. Chief Justice Taft*

and Supreme Court Appointments, in THE SUPREME COURT AND THE CONSTITUTION 123 (Kurland ed. 1965).

(7) 一九七〇年代のはじめに、連邦最高裁の創設からウォレン長官が引退した一九六九年までの全最高裁判事の業績を評定する試みが六五人の法学者、歴史家、政治学者によって行なわれた。これは各判事を最高のAから最低のEまでの五段階にランクづけしたものであるが、四騎士はサザランドを除き皆Eと評定されている。サザランドは法律家としてのテクニックが評価されBが与えられた。A. P. Blaustein & R. M. Mersky (eds.), *Rating Supreme Court Justices*, 58 A. B. A. J. 1183 (1972).

(8) David Burner, *George Sutherland*, in FRIEDMAN & ISRAEL (EDS), THE JUSTICES OF THE UNITED STATES SUPREME COURT 2133 (1969).

(9) 規制権限の根拠は、主として連邦政府の場合は州際通商規制権であり、州政府の場合はポリス・パワーであるが、クーリーは規制範囲を、前者については通商対象品を除外して運搬手段に限定し、後者については州民の健康とモラルの維持のみに限った。また、クーリーの著作が当時の法曹界に及ぼした影響については、B. R. TWISS, LAWYERS AND THE CONSTITUTION 18-41 (1962).

(10) ただ、タフトは、判事も人間であり時代の要求により影響を受けるものだということをより明確に認識していたとされる。*See* WHITE, *supra* note (3), at 181. この差がタフト・コート時代のいくつかの判決で四騎士との間に微妙な違いを生み出す。

(11) WHITE. *supra* note (3), at 184.

(12) 当時の憲法的権利に実体的内容を付与していたのはロックに源流を持つ自然権論とコモン・ローであった。ロックによれば、人々は前社会的な「財産権」を守ることを「主要な目的」として社会に入ったのであり、民主的政府といえどもこれを奪うことはできないとされた。そして、一九世紀以来、法律家たちは、動産・不動産に対する所有権のみならず、労働力を売買するために契約を締結する権利 (*e. g.* Adair v. United States, 208 U. S. 161, 172 (1908)) 等も「財産権」に含めて考えるようになっていた。また、当時コモン・ローは自然法を反映するものと考えられていたが、発生的にも私人間の紛争の中から発達してきたため、コモン・ローは公的利益のための規制の必要性を考慮しておらず、他の個人の、同様に絶対的な財産権を侵害しない限り、財産権を絶対的なものとしていた。しかし、裁判官はコモン・ロー上の概念に基づき財産権を画定することにより、裁判の客観性と非政治性を主張することができたのである。*See* Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* (pt. 2), 42 HARV. L. REV. 365 (1928); Pound, *Do*

We Need a Philosophy of Law?, 5 COLUM. L. REV. 339, 345-46 (1905).

(13) American Steel Foundries v. Tri-City Central Trades Council, 257 U. S. 184 (1921).

(14) 257 U. S. 312 (1921).

(15) 261 U. S. 525 (1923).

(16) 本件にはブランダイス判事が参与していない。

(17) 流石のタフトも本件では反対意見にまわり、「裁判所からみて賢明でなく健全でない経済学的見解を実施しようとしているからといって、それだけで違憲とすることはできない」と述べている。261 U. S. 525, 562.

(18) MURPHY, *supra* note (4), at 63.

(19) ヒューズは以前（一九一〇—一六）最高裁陪席判事であったが、共和党から大統領選に出馬するため辞し、惜敗後ウォール街きっての弁護士となっていた。上院では、南部出身議員が彼の州権よりも連邦権限を重視する傾向を非難し、共和・民主両党のリベラル派が連合して彼のビジネス界との強い結び付きを批判するなど難行したが、結局五二対二六で承認された。ABRAHAM, *supra* note (4), at 188.

(20) MASON, *supra* note (4), at 80.

(21) 290 U. S. 398 (1934).

(22) もっとも、カードーゾとストーンが補足意見を書き、目前の事件は一〇〇年前の言葉ではなく我々の全経験に照らして考察されねばならないと前提した上で、当該州法に対し一〇〇年前の憲法制定者は反対したかもしれないが彼らが今日あれば賛成したであろうという理由を正面に押し出して合憲の判断を下しているのに対し、ヒューズは先例との区別という解釈技術を用いて合憲判断を導いている。法的安定性の確保という彼の基本的信念が表わされた例といえよう。

(23) 291 U. S. 502 (1934).

(24) 参照、西尾勝「福祉国家と管理国家——ニューディールの遺産」斎藤真編『総合研究アメリカ』（昭和五一年）一四八頁。

(25) 民主党は上院で六〇から六九議席へ、下院で三一〇から三一九議席へと増加した。他方、共和党はそれぞれ三五から二五へ、一一七から一〇三へと減少している。RICHARD B. MORRIS, ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN HISTORY 561 (Bicentennial ed. 1976).

(26) 初期ニューディールの批判の状況につき、西尾、前掲注(24)。新川健三郎『ニューディール』（昭和四八年）一三八頁以下。WILLIAM E. LEUCHTENBURG, FRANKLIN D. ROOSEVELT AND THE NEW DEAL *esp.* 91-94 (1963). など参照のこと。

(27) 295 U. S. 330 (1935).

(28) 295 U. S. 495 (1935).

(29) 156 U. S. 1 (1895).

(30) ストーンとカードーゾはこの点のみを強調した補足意見を書いている。

(31) もっとも、NRA体制のみに限ってみれば、これは既にビジネス界、労働界双方から激しい批判を加えられて転機に至っていたのであって、本判決を契機に政府は自ら誤りを認めることなしに政策転換に踏み出せたのであるという指摘がある。LEUCHTENBURG, *supra* note (26), at 145.

(32) 298 U. S. 238 (1936).

(33) United States v. Butler, 297 U. S. 1 (1936).

(34) なお、一七八九年の最高裁創設から一九七九年九月の時点までで違憲無効となった連邦法は総計一二三である。また、積極行動で知られるウォレン・コートが違憲と判示した連邦法は二五であるが、それは一六年間の成果であった。ABRAHAM, THE JUDICIAL PROCESS 304 (4th ed. 1980).

(35) ニューディールは一九三五年を境としてそれ以前の政府とビジネス界の協力による再建策から、社会保障法、全国労働関係法などに象徴される社会福祉重視の「第二次ニューディール」に移行していく。これらの諸政策は、その実質的効果はともかく、政治的効果は顕著で、労働者、小農、失業者、新移民、黒人などからなる確固とした支持基盤を作り上げた。いわゆるローズヴェルト連合(Roosevelt coalition)である。西尾、前掲注(24)、一四八—五三頁。; *cf.* LEUCHTENBURG, *supra* note (26), ch. 9.

(36) *E. g.*, P. SMITH, THE CONSTITUTION 493 (1978).

(37) ラングデル以前の法学教育の実状については、田中英夫『アメリカ法の歴史』上(昭和四三年)三八四—八五頁。

(38) LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 530 (1973). なお、最近のディーンの職務の邦語での紹介として、田中英夫「ハーヴァード・ロー・スクール」第一〇回、法学セミナー三〇〇号八六頁(昭和五五年)。

(39) *See* ARTHUR E. SUTHERLAND, THE LAW AT HARVARD 174 (1967).

(40) *See id.* at 174-78.

(41) *See* WILLIAM TWINING, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT 13, 389 n. 8 (1973).

(42) FRIEDMAN, *supra* note (38), at 534-35, 593.

(43) TWINING, *supra* note (41), at 14-15.

(44) *Id.* at 24.

(45) Grant Gilmore, *Legal Realism: Its Cause and Cure*, 70 YALE L. J. 1037, 1041 (1961); DO., THE AGES OF AMERICAN LAW 59 (1977).

(46) ルートの次のような裁判観は当時の伝統的見解の典型といえるであろう。「改革のリーダーとなったり経済・社会理論を支持したり実行したりするのは我が国の裁判所のなすべきことではなく、また、法を新しい社会的諸条件に合わせ調整するのもごく狭い制限内においてのみなしうる。裁判官は常に

合理的解釈の狭い限界内で判断せねばならない。法を拡張したり改善したりするのは彼の任務ではなく、またその権限もない。彼のなすべきことは(現にある)法を維持し、執行することである。その法が良法か悪法か、賢明か愚劣か、健全な経済政策に即しているか否かなどは彼の関知するところではない。我が国の裁判所は、その特別な責務の故に改革者たることを得ないのである。その責務とは、自らのなした宣誓と正義の精神の拘束の下に、誠実と真実をもって、法をあるがままに解釈することに他ならない」Root, *The Importance of an Independent Judiciary*, 72 THE INDEPENDENT 704 (1912), *quoted in* FRED V. CAHILL JR., JUDICIAL LEGISLATION 14 (1952).

(47) ALI設立の経緯につき、TWINING, *supra* note (41) at 272-76.

(48) *See id.* at 275.

(49) GILMORE, *supra* note (45), at 73.

(50) *Id.* at 72. 但し、リステイトメントが有しえたのはあくまでも説得的権威であり、それ故の制約があることはいうまでもない。*See* TWINING, *supra* note (41), at 286. また、初期のリステイトメントには、いくつかありうる可能性の中からあるルールを採用したことについての理由書が付されていないが、それも本文で述べた意図に基づくものであるとみられる。田中英夫『英米の司法』(昭和四八年)二六六—六七頁。

(51) 契約や財産(property)、不法行為などを扱う法分野は取り上げられているが、経済統制などには同じような関心は示されていない。

(52) Adkins v. Children's Hospital, 261 U. S. 525, 542, 556 (1923).

(53) *See, e. g.*, A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281, 1288 (1976).

第二節　リアリストの対応

ラングデルについて、ホームズは次のように語っている。

「彼にとっては論理が全てであり、それ以外のものに関心を向けることを忌み嫌っている。判例に対する彼の解説と整理には、その判決を下した当の裁判官もあきれることだろう」[1]

ホームズ自身の「法律哲学的立場をはっきりと握むことは、そう容易な仕事ではない」[2]とされる。実際、彼は急進派のリアリストから先駆と仰がれる[3]一方でラングデル派と同列視されることすらある[4]。また、時代の影響によって彼への評価が変遷したのも事実のようである[5]。しかし、少なくとも、「論理が法の発展において作用する唯一の力である」という考えを誤謬であるとして批判した最初の有力な法律家であることは疑いないといえよう[6]。

今世紀のはじめには、更にグレイ（John C. Gray）が個々の事件を判断するに際して法の論理よりも却って裁判官の果たす役割を強調し、また、政治における革新主義運動[7]や特にデューイ（John Dewey）のプラグマティズムの影響を受けてブランダイスらが三段論法的推論よりも社会のニーズや問題自体の科学的研究が判決の決定要因たるべきであり、裁判官は自らの判決のもたらす社会的結果を意識的に考慮せねばならないと論ずるなど[8]、ホームズのプラグマティックな法思考を継承し発展させる動きが現れた[9]。

これに続いたのが、新しい社会学的法学の必要を説いたロスコウ・パウンドである。彼は、法学者は法の実際の作用を研究せねばならないというホームズの所説を認め、論理的統一性と理論的確実性を偏重する当時の法形式主義的アプローチがしばしば様々の事件の公正で実際的解決を妨げたと主張した[10]。

このような状況の中で生まれたのがいわゆるリーガル・リアリズムである[11]。

旧来の法形式主義に対立するものとしてのリーガル・リアリズムが初めて一般的に論じられたのは、一九三〇年のコロンビア・ロー・リヴューに掲載されたルウェリン（K. Llewellyn）の論文[12]においてであるといわれる。更に、同年フランク（J. Frank）が"LAW AND THE MODERN MIND"を発表してルウェリンの主張のほとんどを受容した上それを極限にまで推し進め、そして翌年ルウェリンの署名の下に"Some Realism about Realism"[13]が発表されたことによって、新しい法思想に対する賛否がほぼ出揃うことになったといえよう。もっとも、ルウェリンやフランクを含むリアリストの多くは、第二次大戦前後からその主張に変化が現れるようになるが、ここでは、本稿の目的に即して一九三〇年代初期における彼らの主張に極力注目し、その特徴を大きく三点に分けて考察してみたい[14]。

第一点は、判断（判決）形成過程への「制度的（institutional）」アプローチである。ルウェリンを含むリアリストの多くは他の社会科学部門で有力になっていた行動主義的アプローチの影響を受け、主要な法形成は行政機関や裁判所などの政府機関と一般人との日常的交渉の中で行なわれているのであり、法の真の理解のためには現実の社会における実際の法行動の記述的研究がなされるべきであると主張した。彼らによれば、裁判官の個性、規制機関と被規制者との不断に進行する関係、裁判所を含む統治機関の内部的活動こそ法形式主義者の信奉する抽象的な法のルールや理論

よりも却って重要なのであった。こうして、裁判過程については、伝統的な法思考では裁判過程を体系的法的ルールの機械的適用過程に過ぎないものとみなしていたのに対し、リアリスト達はそれを裁判官が不断に選択的、創造的活動を行なう事実的過程ととらえて注目し、社会学的また心理学的に分析していったのである。

第二点は、判決における形式的・演繹的論理を裁判官の主観的選好を覆い隠すための人工的な構造物であると非難したことである。これは右で述べたような裁判過程の分析を通じて「法的ルールが判決を規制する」という伝統的な観念に強い疑問が生まれたことによるもので、一般に「ルール懐疑主義」[16]と呼ばれることが多い。これによれば、膨大な量の判例の集積や実際に係属する個々の事件の独自性などを見れば、権威的ルールによって三段論法的演繹推論を通じ一義的に判決が導かれるというこれまでの考え方が虚構であり、恒久的かつ一般的な適用可能性を有するルールや法原理が存在しないことは明白なのであって、むしろこれは裁判官の直観や先入観のような無意識的要因や政策的判断という法外的要因によって裁判官が到達した結論を事後的に合理化ないし正当化するに過ぎないものであるとされる。

もっとも、この主張も論者により開きがあり、ルウェリンは法的ルールが裁判官になにがしかの影響を与えることがあることを認めつつ、判決中で述べられた「紙の上の(paper)」ルールと、「実際の(real)」ルールを区別し、後者は、最も重要で中心的な現象である行為者即ち裁判官の行動の調査の後に初めて明らかになるものであると論じて、[17]単なる言葉遊びである伝統的アプローチを排し現実の裁判官の行動に着目すべきことを説いた。このように、ルウェリンはルールや先例にある程度意義があることは否定しないが、一方、フランクはこれらを判決形成過程の考慮から全く排除してしまった。彼は、心理学説を援用しつつ人間の判断過程における「結論の支配」の現象を指摘し、裁判官も人間である以上その例外ではなく、判決は大半の場合明らかに仮に到達した結論から後ろ向きに作成されるのであると論じている。[18]そして、その際彼はテクサスの連邦地方裁判所判事だったハッチスン(J. C. Hutcheson, Jr.)の次のような所説[19]を裁判官の思考方法の全く正しい記述であるとして引用している。[20]

「裁判官は、実際のところ、判断(judgment)ではなくフィーリングによって、推論(ratiocination)ではなく勘(hunching)によって決定するのであり、推論は判決文の中にだけ姿をみせ

るのである。判決への決定的動因は当該事件において何が正であり不正であるかについての直観的センスであり、一旦このようにして決定してから裁判官は全智全能を傾けて自分自身に対しその直観を正当化するだけでなく、批判者の目に耐えられるように判決文を作るのである」

裁判官による先例の扱いも同じようなものであり、結論についての判断をまず下しておいて、それを正当化するのに都合の良い判例を探したり都合の悪いものは無視するか再解釈するのである。こうしてみると、ルールが判決を規律するどころか、結局裁判官の「勘」を生み出すものが、それが何であれ、法を作るのである。[21] 勘を生み出すものを知るためには裁判官のパーソナリティを知らねばならないのであり、従って、裁判官のパーソナリティこそ裁判の中心的要素であるとされる。[22]

このように論者により差がみられるにせよ、判決形成自体が以上のように「操作 (manipulate)[23] 的」なものである結果、判決文中で述べられた「一般的」原理は、実のところある一人の裁判官の主観的判断を正当化しているに過ぎないのだから広汎な一般的適用可能性など有しえないのであるとする点で、リアリスト達の見解はほぼ一致していたということができるように思われる。

第三点は、道徳・倫理への相対的アプローチである。一九二〇年代から三〇年代初期においては、認識論上、倫理上の相対主義が社会科学の全般に浸透していた。正当な知識は経験的証拠に基づかなければならないのであるから、先験的絶対命題は全て証明を欠くものであり、また証明不能であるとされ、あらゆる知識は必然的に試行的であり変化を免れないとされた。彼らの主張によれば、科学は客観的対象のみを扱い、道徳的には中立的のはずであるから、真理に到達するための唯一の実際上信頼しうる方法は倫理的性質の問題が関わる場合には用いえないのであった。[24] そしてこのような相対主義的傾向は、ベネディクト (Ruth Benedict) らによる文化的相対性の実証や、ビアード (Charles Beard)[25] らによる歴史的判断における相対性の主張などによって更に強化されたのである。[26]

このような思潮の中で育まれたリーガル・リアリストたちも相対主義を身につけていた。その程度もやはり論者により差異がみられるが、例えば、ルウェリンは自ら倫理相対主義者をもって任じていたし、[27] ネルズ (W. Nelles) はこの立場をより明確に打ち出した。彼は「法の評価は、それが良い生活に資するか否かという観点からなされねばならない」という所説に満足せず、「法

の評価は不可避的に評定者の価値観に左右される」[28]と主張して価値相対主義に立つことを明らかにした上、「二〇世紀においては、倫理的な正(right)と当為(ought)を否定するのは邪悪なことだという通俗的な感じ方は、もはや知的に優れた人間に無意識の敬意をおこさせることはできない」[29]と指摘し、彼自身「倫理的な正と当為を無条件に否定する」[30]と宣言した。そして、このような相対主義を最も極端な形で主張したのがサーマン・アーノルド(Thurman Arnold)である。彼は一九三一年からイェール・ロー・スクールで心理学者のロビンスン(E. Robinson)[31]とジョイント・セミナーを開き、その成果を一九三五年に公刊した。[32]彼は、法に変化がある場合、それは道徳的理想をもって理由づけられることが多いが、その理想とは立法者が大衆の感情に訴えるために用いるスローガンに過ぎないものであり、それは「真理の原理(principles of truth)」ではなく単に「集団における人間行動を条件づける象徴的思考及び行態」の表明に過ぎないのであって本質的実体を有しないと論じた。[33]このように道徳的理想の妥当性を全面的に排除することによって、アーノルドは象徴の道徳的善悪を区別したり、なんらかの倫理的立場の正当性を確保するための基盤を消してしまったのであり、このアプローチの中で倫理的価値は相対主義を通じて消失してしまったといわれる。[34]

では次に、右のような主張をもったリアリスト達が社会、法曹界に与えた影響について概観してみたい。

リアリスト運動の本質を、先に見たように、[35]ハーヴァード・ロー・スクールによって象徴されるラングデル式法学教育・研究に対する造反であるととらえる見方があることからも窺えるように、最も早く明確に影響を受けたのは法学教育・研究の分野においてであるということができよう。この新しい傾向がまず現れたのは、ハーヴァードに次いで権威があるとされていたコロンビア・ロー・スクールであった。コロンビアも基本的にはラングデル式の教育を行なっていたが、その中でも他のロー・スクールに先駆けて国際法や立法学の講座を設けるなどの特色を早くから有していたといわれる。そして、一九一九年のクック(W. W. Cook)の着任を契機として法学教育の改革が始まり、先任のムーア(U. Moore)及び後に加わったルウェリン、パタスン(Edwin E. Patterson)らを擁するリアリストの牙城となっていくのである。[36]更に、二〇年代半ばにコロンビアの影響を受けてイェールでも変革が起き、特に一九二九年にディーンに就任したクラーク(Charles E. Clark)は、フランク、ネルズ、ダグラス(William

O. Douglas: 後に連邦最高裁判事)、アーノルド、ロビンスンといった、リアリストの中でも急進派と目される人々をイェールに招いている。こうして、ロー・スクールのカリキュラムの中に行政法や税法などの新しい法分野と共に、経済学や社会理論、心理学等々の社会科学が加えられ、更に少なからぬ数の社会科学者がロー・スクールのスタッフとして招致されるようになっていった。例えば、イェールには政治経済学者であるハミルトン(Walton H. Hamilton)、政治学者のラスウェル(Harold Lasswell)が、コロンビアには経済学者で経済統制の専門家であるヘイル(Robert L. Hale)が、そしてハーヴァードにも、犯罪学者のグリュック(Sheldon Glueck)が迎えられている。

また、ジョンズ・ホプキンス大学には、クック、オリファント(H. Oliphant)、アインテマ(H. Yntema)らによって法学研究所(Institute of Law)が一九二九年設立され、法の機能と運用の社会科学的リサーチを行ない、法の社会に与えるインパクトの研究の他、法学における心理学、社会学、犯罪学、精神医学等の有効性を実証しようとした。[37]

こうした動きは多くの主要なロー・スクールの用いるケースブックに大きな影響を与えこれまでの判例の他に、多くの社会科学的資料が併載されるようになっていったのである。[38]

リアリストたちのもう一つの特徴は、ニューディールへの参加であった。本来、ニューディーラー達は私有財産は神聖であり自助が逆境脱出の唯一の手段だという神話を崩そうとしていた点で、やはりリアリストと同じ偶像破壊者だった。彼らも厳密な「理論」を築くより経験主義的に統治の現実を観察し、看取した問題への対処策を実験することを好んだ。ニューディールには一貫したポリシーがないというのが一般になされる指摘である。[39] しかし、彼らには一般的な政策や哲学を説くよりも、とにかく目前の問題の解決に努力する方が急務に思われたのだとみることができるように思われる。

ニューディール政策実施のために、全体的な政策企画に携わるスタッフの他、全国産業復興局(NRA)や農業調整局(AAA)をはじめ多数設置された行政機関の要員として多くの法律家が必要とされた時、ローズヴェルトがその供給源を、法律実務家よりもむしろロー・スクールの教授や新卒業生に求めたのも以上のことに関係があろう。[40] こうして、バール(Adolf Berle)、フランク、フランクファーター、[41] ダグラス、アーノルドらをはじめとする多くのリアリスト達が政権に参画した。また、政府に直接参加しな

かったリアリストたちも、まず例外なくニューディール政策を支持していたといわれる。

こうして、リアリストとニューディーラー達は共に、実際の社会をより望ましい方向に進めるのを阻害する（と彼らが信じた）抽象論（法におけるそれのみならず、政治や経済におけるものも含めて）と、多くの社会経済立法を打倒し、より公正な社会の実現を妨害した（と彼らが信じた）法的推論の方法に敵対したのである。[42] そして、これが具体的な形で現れた大きな事件が、やはりコート・パッキング事件であるということもできよう。

（1）1 THE POLLOCK-HOLMES LETTERS 17 (Howe ed. 1942).

（2）高柳賢三「自然法とプラグマティズム」法学協会雑誌、五五巻五号二五頁（昭和一二年）。

（3）*E. g.*, J. FRANK, LAW AND THE MODERN MIND 270 (1963).

（4）GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT 13-17 (1974). 但し、参照、曾野和明「著書紹介」アメリカ法、一九七九、八三頁。

（5）White, *The Rise and Fall of Justice Holmes*, in PATTERNS OF AMERICAN LEGAL THOUGHT 194 (1978).

（6）*See* Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 465 (1897).

（7）イニシアティヴ、レフェレンダム、リコールなどの制度が普及しはじめるのもこの頃である。

（8）このような考えが形になったのが、いわゆるブランダイス・ブリーフであるといえよう。

これについては、例えば、早川武夫『アメリカ法学の展開』（昭和五〇年）一九三頁。SAMUEL J. KONEFSKY, THE LEGACY OF HOLMES AND BRANDEIS 84-92 (1974). また、フランクファーターも同種のブリーフをアドキンス事件で用いたことは前節で触れた。なお、CARL B. SWISHER, AMERICAN CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT 805 (2 d ed. 1954).

（9）*See* Edward A. Purcell, Jr., *American Jurisprudence Between the Wars: Legal Realism and the Crisis of Democratic Theory*, 75 AM. HIST. REV. 424, 427 (1969). 〔碧海純一教授による邦訳がある。アメリカ法一九七二―一、一九七三―一〕。

（10）*Id.*

（11）これまで我が国においては、リアリズム法学といえば、『法と現代精神』(LAW AND THE MODERN MIND (1930))、『裁かれる裁判所』(COURTS ON TRIAL (1949)) 等の著作で知られるフランクがただちに想起され、ともすれば彼の

所説をもってリアリズムの全体像を把握せんとする傾向が強かったといわれるが〔守屋明「カール・ルウェリンの法理論」(一)法学論叢、一〇五巻三号四八頁(昭和五四年)〕、フランクであろうと、あるいはルウェリンであろうと、ある一人の「リアリスト」の所説をもってリアリズムの全てを判断するのは不可能であることは夙に指摘されており、また、「リアリズム」は法理学上の一学派として扱うべきものではないという主張も今日あらわれている。トワイニングは一九七三年に出版された著書〔W. TWINING, KARL LLEWELLYN AND THE REALIST MOVEMENT (1973)〕において、リアリストの代表的人物の一人と目されるルウェリン自身がリアリストの主張の軽率な一般化を戒め、「リアリスト学派」なるものは存在しないと強調していたことを指摘しつつ、「リアリズム」は一種の法理論として分析的に扱うよりも、ハーヴァード式(即ちラングデル流)のオーソドックスな法学研究、法学教育に対するコロンビア及びイェールの二つのロー・スクールによる造反・改革運動という特殊アメリカ的な歴史的現象としての「リアリスト運動」として扱うのが妥当であろうと結論している〔八二頁〕。しかし一方ギルモアは、リアリズムには狭義のリアリズムと広義のそれとがあり、狭義のリアリスト論争は一九三〇年代初期にロー・リヴューに現れた一連の論文からなるものであるが、広義のそれは、一九二〇年代から三〇年代にかけて生じた法思想の根本的変化を指すと指摘し、ルウェリンが否定したのはロー・リヴューのレヴェルでの論争における「学派」と称すべき結束の存在であると思われ、ルウェリンを含む誰も広義のそれは否定していないと論じている〔Gilmore, *Book Review*, 22 AM. J. COMP. L. 812, 813-14 (1974)〕。

いずれにせよ、ランブルのいうように〔W. RUMBLE, AMERICAN LEGAL REALISM 45 (1968), *quoted in* TWINING, *id.* at 74〕、リーガル・リアリズムを巡る用語法上の争いは結局袋小路に入ってしまうのかもしれないが、少なくとも、この時期に既存の形式主義的法思考様式ないし当時の法状況一般についての不満によって緩やかに結びつけられた運動があり、そこに既存の状況に根本的変革を迫るものとしていくつかの共通的思潮(これがギルモアのいう広義のリアリズムにつらなる)がみられると解することは十分可能であると思われる。

(12) Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence-The Next Step*, 30 COLUM. L. REV. 443 (1930).

(13) 本論文の構想と研究にはフランクも協力していたが、実際に執筆したのがルウェリンだったためフランクは顕名にするのを遠慮した、とルウェリンは注記している(Llewellyn, *infra* note (14), at 1222 n.)。しかし、当時既にルウェリンとフランクの間には見解の相違が少なからずあり、またルウェリンが本論文で「リアリスト」のサンプルとして挙げた

メンバーが主としてルウェリンの見解に共鳴する人々だったことが影響しているとの観測もある。CAHILL, JUDICIAL LEGISLATION 98 n. 3 (1952).

(14) Llewellyn, *Some Realism about Realism–Responding to Dean Pound*, 44 HARV. L. REV. 1222 (1931). 本論文が生まれた経緯は少しく興味深い。一九三一年は丁度ホームズ判事の九〇回目の誕生日があり、それを記念したハーヴァード・ロー・リヴューへの寄稿を依頼されたパウンドは、当時ディーンであったこともあり雑務に追われつつ当時の新思潮についてのコメントを仕上げたが、それは一五ページほどの量で脚注もつかないものであり大急ぎで作成した跡が歴然としていた。*The Call for a Realist Jurisprudence*, 44 HARV. L. REV. 697 (1937) と題されたこの論文の中で、パウンドは一九世紀の法学状況と自らの提唱する社会学的法学を概観した後、「リアリスト法学」と彼の呼ぶ新しい学派が生まれつつあると論じた。パウンドは誰がその学派に属するのかを明らかにしないまま、「リアリスト学派」は経験主義へのナイーヴな信仰に浸り、法の不規則性や矛盾を衝くばかりでその画一性や合理性を無視し、更に裁判官の主観的動機や行動ばかりに注目することによって法学を袋小路に追い込んでしまったと批判した。前年にパウンドへの批判を含んだ論著を発表していたルウェリンとフランクはこれを自分たちに向けられた攻撃と信じ、パウンドに彼のいう「リアリスト」の名を挙げるように迫ったが、パウンドはビンガム (W. Bingham) とロレンゼン (E. G. Lorenzen) を挙げたのみだったので、ルウェリンらは本論文を草してパウンドの主張を試すため自ら二〇人の「サンプル」を作成し、パウンドの批判が該当するような「学派」は存在しないと論じた。しかし、同時に彼らは当時の主流的法思想への彼らの批判が一つの統一的アプローチを生み出したことも認めたのだった。この応酬は、つづくいわゆるリアリスト論争の誘因となったのみでなく、リアリズムの理解をめぐる混乱の最大の原因にもなったのである。GILMORE. THE AGES OF AMERICAN LAW 136-37 n. 25 (1977); Purcell, *supra* note (9), at 433; TWINING, *supra* note (11), at 72-73.

(15) いうまでもなく、全てのリアリストたちがこの三つの主張をしていたわけではない。

(16) これはフランクの用語であるが、そもそも彼は事実審における事実認定の不確定さに対する十分な考慮を欠いているルウェリンらの主張と自分の主張（これが事実懐疑主義である）を区別し前者を批判するために用いているのであって（FRANK, COURTS ON TRIAL 73-77）、リアリズムに対し一般的評価を試みるときにこの語を用いることには疑問がないわけではない。しかし、今ではリアリストの主張の一端を説明する際には慣例的にこの語を用いているようである。参照、守屋、前掲注(11)、五二頁。

(17) Llewellyn, *supra* note (12), at 444, 447-48.
(18) FRANK, *supra* note (3), at 109.
(19) J. C. Hutcheson, Jr., *The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision*, 14 CORNELL L. Q. 285 (1929).
(20) FRANK, *supra* note (10), at 112.
(21) *Id.*
(22) *Id.* at 119-20. フランク自身はこのルール懐疑主義から更に進んでいわゆる事実懐疑主義の主張をしている。即ち、裁判官による判断行為自体がこのように主観的なものであるだけでなく、裁判官が判決の前提として事実認定をする際に依拠する証拠が既に弁護人、証人、そして当事者らの誤解、先入観、無知、作為などによって事実を歪曲したものなのであるから、どんな事件においても主観的要素は払拭できないのであり、結局法は不可避的に不確実で偏向から逃れられないのであるとする。フランクは続いて、法が実際はかくも不確実で主観的であるのに大半の法律家や裁判官が何故それを本質的で理性的であるとする見解に固執するのかを問い、フロイト流の心理学説に則って、これを厳しい現実に直面するだけの感情的成熟に達しえずに完全な保護を与えてくれる全能の父親を求める小児的願望のあらわれであると論じている。
(23) FRANK, *supra* note (3), at 159.
(24) *See* Purcell, *supra* note (9), at 425.
(25) 歴史研究における機能性、相対性の主張で知られる。特に一九一三年に発表された AN ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES は当時「神聖な建国の歴史」とされていた憲法制定史に対し、制定者たちの経済的利害関係からアプローチしたもので、まさに偶像破壊的な効果を発揮した。また、一九三三年、アメリカ歴史学会会長に就任した際、"Written History as an Act of Faith" と題した演説を行ない、従来の客観史学に対し、現在と過去との関連性を強く主張し、「事実」の選択行為自体一つの「思想行為」であり、自己のもつ価値観と深く結びついた「信念の行為」であると説いている。参照、斎藤真「ビアード――歴史状況と歴史研究」『アメリカ古典文庫――一一、チャールズ A ビアード』(昭和四九年)五頁。
(26) Purcell, *supra* note (9), at 425-26. なお参照、斎藤、前掲論文。
(27) TWINING, *supra* note (11), at 187.
(28) Walter Nelles, *Book Review*, 33 COLUM. L. REV. 763, 764 (1933).
(29) *Id.* at 766.
(30) *Id.* at 767.
(31) 彼自身、セミナーの成果に基づき、伝統的法体系を心理学的

アプローチで改革すべきことを説いた著書を出版している。EDWARD S. ROBINSON, LAW AND THE LAWYERS (1935).

(32) THURMAN W. ARNOLD, THE SYMBOLS OF GOVERNMENT (1935).

(33) *Id.* at iv.

(34) Purcell, *supra* note (9), at 438.

(35) 注 (11) 参照。

(36) *See* TWINING, *supra* note (11), at 46-55.

(37) Cook, *Scientific Method and the Law*, 13 A. B. A. J. 303 (1927).

(38) それに伴い、ケースブックのタイトルもこれまでの "CASES ON ～" から "CASES AND MATERIALS ON ～" に変わるものがでてきた。例えば、ルウェリンの編んだ CASES AND MATERIALS ON THE LAW OF SALES など。一九三七年のリポートによれば、そのときまでにコロンビア・ロー・スクールでは、セミナーを除いて四〇あるコースのうち、三六がコロンビアのメンバーが作成した本と資料に基づいて教授され、新しい法学教育観に合わせたケースブックが二六出版され、謄写版印刷の資料が一八種使用されるようになっていた。Dean's Report for 1937, *quoted in* TWINING, *supra* note (11), at 56-57.

(39) 例えば、新川健三郎『ニューディール』一一九頁。

(40) リアリストが容易にニューディーラーになりえた理由について、フランクは次のように説明している。まず、リアリストの採用していた（法学における）方法が、プロクルステス的（強引に型にはめようとすること）でなく、より柔軟であること、そして彼らがプラトン的観念論でなく実際に人間に及ぼす影響を基準に様々な法的制度 (institutions) を判断したことである。「不変不動の法原理」を信ずる法律家（フランクのいう "Mr. Absolute"）はニューディールには無用の存在であり、その対極である "Mr. Try-it" こそが一日一六時間疲れも覚えず働いて、社会的実験を遂行することができるというのがフランクの信念であった。JEROLD S. AUERBACH, UNEQUAL JUSTICE 177-78 (1976).

(41) 特にフランクファーターはニューディール政策の企画立案に枢要な地位を占めただけでなく、法を社会統制の手段とする新しい法思想を身につけた優秀なロー・スクールの卒業生を政府に送り込むパイプ役にもなった。*See, e. g., Id.* at 171.

(42) *See* Purcell, *supra* note (9), at 436-37.

第二章　プロセス法学

第一節　リアリズムへの批判とプロセス法学の萌芽

一九三〇年代に入ると、リアリストやその影響を強く受けた人々が学界、官界を中心に重要な地位を占める例が増えていった。

裁判官の中にも下級裁判所を中心にリアリスティックに社会経済立法を判断する動きが現れた他、判決文において、先例や古典的権威的論著に交じってロー・リヴューの論文が引用されるようになりはじめたことが注目される。(1)

他方、このような動きに対しては、当然のことながら風当たりも強かった。特に、アメリカ法曹協会（American Bar Association）を中心とした保守的な弁護士達、なかでも鉄道会社等の大企業の顧問となっていた実力のある弁護士達は、社会改革運動や社会福祉・経済統制関連政策には当初から敵対的であり、(2)そのような運動を理論・実行両面から支援したリアリスト達を強く批判した。例えば、モルガン商会やスタンダード・オイルの顧問であり弁護士界の重鎮でもあったデイヴィス（John W. Davis）は、イェールやハーヴァードの「過激分子」の「社会的、経済的、法的主張は私は信じない」と述べたし、(3)ある弁護士は、イェール・ロー・スクールが社会科学の科目をカリキュラムに含めたことに憤激し、その後しばらくの間、イェールの卒業生を雇うのを拒否した。(4)また、アメリカ自由連盟（American Liberty League）の副会長で弁護士だったデヴァーニン（R. E. Desvernine）は、リアリズムは「アメリカ的生活様式（American way of life）を根底から覆すもの」であるとして非難したが、(5)アメリカ自由連盟はそもそも共和党と民主党保守派がニューディール阻止を目的として結成した団体だった。(6)このように、ニューディールを「スターリンから借りてきた青写真に基づく悪魔的なプラン」(7)だとみなしていた人々にとっては、ローズヴェルト政権を攻撃することも、リアリズムを反民主的であると非難することも、実は同じことだったのである。

しかし、より注目すべきであるのは、伝統的法形式主義を排し、裁判官は法を発見するのではなく作るのであるということを認めつつ、なおかつリアリストの主張の多くを批判した法学者たちの存在である。彼らの批判は大きく分けると、前述のようなリアリストのとった相対主義的立場と、判決形成過程における論理と法的ルールの「軽視」に集中していた。

まず、道徳的相対主義に対しては、早くも一九二七年にモリス・コーエン（Morris R. Cohen）が、「十分に確固とした道徳的理想がなければ、多くの問題が裁判官や行政官の裁量に委ねられねばならなくなる。……裁判官による支配は、彼が法によって羈束されない限りにおいて専制政治である。それは賢明で慈悲深くあるかもしれないが、専制であることには変わりはない」(8)と指摘し

て、民主政治に対する危険性を示唆した。

この種の批判は、時が経つにつれて次第に激しさを増していった。特にヨーロッパでナチ・ドイツ、ファシスト・イタリアなどの「全体主義」的政権が勢力を伸ばしはじめ、なかでもナチの圧政が伝わってくるに従って、アメリカ人達は自らの文明とナチの体制を区別する示準を求めるようになった。そして彼らが発見した一つの明白な相違が、アメリカにおける最善にして道徳的にも理想的な民主主義政体の存在だったのである。こうして民主主義の理想は全体主義の脅威に対抗してアメリカ文明の性格づけに用いられる中で、絶対的ともいうべき道徳的価値に高められたのであった。[9] この状況の下で、アメリカのオピニオン・リーダー達は民主主義を倫理的に基礎づけるための倫理体系の必要を痛感していた。

こうした中では、道徳的価値の相対性を標榜し、あまつさえ初期のルウェリンの論著にみられるような「紛争に関して官吏の行なうことが法そのものである」[10]といった考えを有していると一般に解されたリアリスト達が、全体主義への知的先駆とみられたのもそれなりに無理からぬことではあった。即ち、このような考えは法と力を同義とみなすことであり、それこそまさに全体主義体制の信条であるとされた「力が正義である」という主張に他ならなかったのである。

一九三六年はリアリズムへの批判が全面攻撃の観を呈しはじめた時である。この時期はイタリアのエチオピア侵入（一九三五年五月）、ナチ・ドイツのラインラント進駐（一九三六年三月）、スペイン内乱勃発（一九三六年七月）といった一連の事件が発生してアメリカの知識人層を中心として危機感が高まってきていたのであるが、それに加えてリアリズム攻撃の大きな誘因となったのが、リアリストの中でも急進的な全面的倫理相対主義の立場を表明したアーノルドとロビンスンの著作であった。これを攻撃したテュレイン・ロー・スクールのディーン、ハリス（Rufus C. Harris）らは、リアリズムが、客観的な倫理基準を否定し法を非道徳的な強制力であるとすることによって、全体主義への道を拓いたとはっきり非難している。[11]

更に、一九四〇年になるとフラー（Lon L. Fuller）がこの砲列に加わった。彼は以前はリアリズムに理解を示していた時期があったが、[12] 一九四〇年に出版した "THE LAW IN QUEST OF ITSELF" においては、限定付ではあるが、[13] リアリストたちは、事実（fact）の世界においても、法の世界においても、存在

(is) と当為 (ought) は不可分的に混交しているということを十分に認識しておらず[14]、特にその点でオースティンの流れを汲む法実証主義の一派といいうべきものであるとした上、民主主義は、長期的にみれば、理念 (ideas) こそそれを形成する人間よりも重要なのだという信念の上に築かれねばならないところ[16]、〔リアリストにみられる〕法実証主義的思考の背後にあるのは正義などというものは存在しないとするような〔理念の力への〕否定的懐疑主義であると論じ[17]、このような否定的態度の上に民主主義の基礎をおこうとする試み[18]は、いかなる時代においても危険であり、特に現在のような状況下では自殺的ですらあると主張している[19]。そして、この否定的な民主主義の観念がドイツとスペインを悲劇に巻き込むのに重要な役割を果たしたのであり、このような観念こそが社会における力関係は単なる数の上での多数者の意思と置換しうるものであり、社会・経済的革命はいかなる共通の信念やプログラムをも基礎にもたない民主的コントロールを通して達成できるというような誤解をもたらしたのだ[20]というのがフラーの考えであった。

以上概観したようなリアリズムの相対主義的側面をとらえての批判とならんで、リアリズムの有するもう一つのネガティヴな見解への批判も行なわれていた。即ち、判決形成過程における論理と法的推論の問題である。この点につき早くから批判していた代表的論者は、やはり前出のモリス・コーエンと、ペンシルヴェニア大学で法学を担当していたディキンスン (John Dickinson) である。彼らは決して伝統的な法形式主義に与していたわけではなく、リアリストたちとならんでいわゆる機械法学ないし法の「自動販売機」説を厳しく批判していたが、なおかつ、形式主義的思考も用い方さえ誤らなければ裁判過程の必要にして有益な要素でありうるし、またそれが全くないのでは法体系はカオスのようになり、「法の支配」が失われてしまうとの主張を明確に展開する[21]点でリアリストたちと一線を画していた。

これにつきモリス・コーエンは、問題は論理的推論自体ではなく、推論の前提としての法原理を絶対自明なものとしていることにこそ最大の誤りがあるのであって、法原理はあくまで自然科学におけるような仮説と考えるべきで、その当否は科学的検討に委ねられるべきだとした[22]。

ディキンスンもその著書[23]の中で同様の見解を示している。彼はまず、「法を確定したり適用したりする際の裁判過程は、我々が幾何学の知識を獲得する過程と本質的に同じである[24]」とする主張

を法形式論理主義の典型として挙げ、「もちろん我々は今日このようなナイーヴな見解はとらない」[25]と述べて伝統的な法思考に訣別した上で、次のように論じている。[26]

「我々は、論理がなんらかの諸前提があって初めて有用となる道具に過ぎないということを認識するようになった。論理それ自体は我々になんらの確実性をもたらすものではない。実のところ、論理に限らず、真に確実性をもたらしうるものなど存在しない。しかし、生活していくためにはなんらかの確実性を欠かすわけにはいかないのである」

「同一の事件が二度起きることなどありえないのだから一般的ルールなど厳密には存在しえないというのはもっともである。しかし、このことは、多少似かよった事件を疑似一般的ルールにあてはめても全く無益であるということを意味するものではない。同様に、正義について全く同じ考えを二人の人間が持っていることはありえないが、だからといって、人々が何世代にも亘って忍耐強く求め続けてきた根本的インタレストがないということにはならない。従って、我々には訴えるべき一致点はないにしても、少なくとも類似性はあるのであり、それを基礎として法体系を構築することは可能である。そして、その法体系は、かつて想定されたような不変絶対の確実性は有しえないけれど、世界にかなり有益な秩序をもたらすことができる」

要するに「進歩が秩序をもってなされるべきものであるなら、そして、人々が官吏や多数者の衝動的行為から守られるべきであるとするなら、体系に、但し伝統的に説かれたような硬直した諸概念からなる閉鎖的数学的体系ではなく、融通性のある概念からなる発展する有機的体系に適合しないものは法とみなされてはならない。政府の制定したものが全て法たりうるわけではない。これがアメリカの憲法原則の根底にある生きた思想なのである」

このように、リアリストの主張が論理や法体系の持ちうる積極的意義を無視ないし軽視していたことは、早くから批判を招いていたのだったが、一九三〇年代の半ばを過ぎてニューディール関連立法が次々と違憲とされていったのを契機として、この問題への関心は一層高まっていった。例えば、一九三六年の United States v. Butler 判決[27]においてニューディール政策の中核の一つであった農業調整法を違憲としたロバーツ判事の法廷意見は、その結論もさることながら、立論における論理的破綻が大きな非難の対象となったのである。[28]しかるに、リアリストの主張には、こ

のような「危険な」立論を防ぐのに役立つ、裁判官が判決作成の際に従うべき積極的指針への十分な考慮が含まれていない、と思われたのであった。

(1) MURPHY, THE CONSTITUTION IN CRISIS TIMES 97 (1972).

(2) 例えば、ローズヴェルト政権で財務省の法律顧問をしていたジャクスン (Robert H. Jackson：一九四一年から連邦最高裁判事) が、一九三四年のアメリカ・ロー・スクール協会の会合において、弁護士界とニューディールの関係について述べている。Jackson, *The Bar and the New Deal*, 21 A. B. A. J. 93, 95-96 (1935).

(3) AUERBACH, UNEQUAL JUSTICE 166 (1976).

(4) *Id.*

(5) Purcell, *American Jurisprudence between the Wars*, 75 AM. HIST. REV. 424, 440 (1969). デヴァーニンは、最高裁とローズヴェルトの対立が頂点に達した一九三六年にも「不当な理論を実現するための巧妙な民主的過程の操作を防ぐ防壁」であるとして最高裁を賞賛している。MASON, THE SUPREME COURT FROM TAFT TO BURGER 99 (1979).

(6) アメリカ自由連盟については、例えば、LEUCHTENBURG, FRANKLIN D. ROOSEVELT AND THE NEW DEAL 91-92 (1963).

(7) 一九三五年から三六年にかけてＡＢＡの会長であったランサム (William Ransom) の言葉。*Quoted in* AUERBACH, *supra* note (3), at 192.

(8) Morris Cohen, *Positivism and the Limits of Idealism in the Law*, 27 COLUM. L. REV. 237, 244-45 (1927).

(9) *See* Purcell, *supra* note (5), at 437.

(10) LLEWELLYN, THE BRAMBLE BUSH 12 (1930). 但し、ルウェリン自身は一九五一年の第二版の序文で、「明らかに真理についてのごく部分的な言明だというのがせいぜい」である、として前言を翻している。従って、ルウェリン自身の法思想の全体像を究明する際には、トワイニング（前掲書一四八―四九頁）や守屋氏（前掲論文七〇頁）の説くようにこの言明の価値は再考されねばならない。しかし、一九五一年まではルウェリンも少なくとも明確にはこれを撤回しておらないのであり、それに本稿にとって重要なのはルウェリン自身が真に何を考えていたのかよりは、むしろ、他の人々によって彼がどう解釈されたかなのである。そして、この言明が「ルウェリンの法の定義」として最もしばしば引用されたという事実はトワイニングも認めているところである。

(11) Purcell, *supra* note (5), at 438.

(12) 後出の THE LAW IN QUEST OF ITSELF (1940) においても、リアリストに対し一定の評価を与えている。例えば六

三―六四頁。

(13) *Id.* at 60–61, 63.

(14) *Id.* at 64.

(15) *Id.* at 46–49, 60; *see* Thomas W. Bechtler, *American Legal Realism Revaluated*, in LAW IN A SOCIAL CONTEXT: HONOURING PROF. LON L. FULLER 36 (Bechtler ed. 1978).

(16) FULLER *id.* at 122–23.

(17) *Id.* at 120–21.

(18) 例えば、やはりリアリズムに対する批判者であったボーデンハイマーはその著書において、アーノルドは価値懐疑主義と価値多元主義のみが全体主義体制の発生を防ぐことができると信じている、と指摘している。BODENHEIMER, JURISPRUDENCE 120 (2d ed. 1962).

(19) FULLER, *supra* note (12), at 121–22.

(20) *Id.* at 122.

(21) いうまでもなく、リアリストたちもこの点を全く無視していたわけではない。例えばフランクにもこの点の認識は認められる。即ち、LAW AND THE MODERN MIND の中で、人はまず結論を得てからそれに適当な前提を探すものだと主張したすぐ後、「もし彼が、とりあえず得た結論と、適当と思える前提を結びつける妥当な議論を満足のいくように見出すことができなければ、勝手な人間か気違いでない限り、彼はその結論を捨てて別のを探すだろう」（一〇八頁）と述べているのは、そのことの認識を示す例といえるであろう。しかしながら、このこと自体のポジティヴな論究はなされていない。

(22) Morris Cohen, *Law and Scientific Method*, in LAW AND SOCIAL ORDER 192–97 (1933).

(23) J. DICKINSON, ADMINISTRATIVE JUSTICE AND THE SUPREMACY OF LAW IN THE UNITED STATES (1927). ちなみに、本書はパウンドとフランクファーターに献呈されている。

(24) E. V. ABBOT, JUSTICE AND THE MODERN LAW 11 (1913).

(25) DICKINSON, *supra* note (23), at 116.

(26) 以下のディキンスンの見解は前掲書一一七―二一頁から筆者が構成した。

(27) 297 U. S. 1 (1936).

(28) 判決が下された一月六日から翌年の七月までに三一もの判決批評がロー・リヴューや法曹会雑誌に掲載されたが、ロバーツ判事の憲法第一〇修正（州権留保条項）をめぐる論理を擁護するものは一つもなかった。例えば、これを正面から批判したものとして、Daniel G. Yorkey, 21 CORNELL L. Q. 630, 636–37 (1936); *see* LEUCHTENBURG, *supra* note (6), at 170–71. また、後述のプロセス法学の主導者の一人

と目されるヘンリー・ハートは模擬判決の形をかりて（その中でハートは、バトラー判決の悪名高い一節、即ち『違憲訴訟が適法に提起されたとき、当裁判所のなすべきことは唯一つである。即ち、憲法条文を、争われている法令の横に置いて、後者が前者に合致するか否かを決することである』をそのまま借用している）、本判決の論法を使えば保護関税制度を違憲とすることもできることを論証し、本判決を批判している。Henry M. Hart, Jr., *Processing Taxes and Protective Tariffs*, 49 HARV. L. REV. 610 (1936).

第二節　第二次大戦後の法理論状況とプロセス法学の展開

——理論的概観

リーガル・リアリズムを巡って提出された二つの問題は、大戦後もほとんど変わらず残っていた。「高次法」に基づき敵国の戦争指導者を裁くという国際軍事法廷の発想は、アメリカ文明の根底をなしているとされる倫理的諸原理へのアメリカ知識人層の変わらぬ信条を示しているし、また、トルーマン・ドクトリンやマーシャル・プランに代表されるアメリカの戦後対外政策は、戦後の国際体制をアメリカを中心とする民主主義体制とナチ・ドイツ等に変わってソ連を中心とした「全体主義」体制との対立という図式で規定するイデオロギー・ポリティクスを基盤としていたとされるが、これを可能ならしめていたのもこの立場は道義的に善であるという考えがアメリカ人に対して訴求力を有していたからだということができよう。(1) この点につき、後にみるプロセス法学の代表者の一人であるヘンリー・ハート（Henry M. Hart, Jr.）も「立憲民主主義における確立した法の道徳的側面は今日見過ごされてはならない」(2)と論じている。

また、いわゆるニューディール政策の下での政府機能の急激な拡大と、それに伴う社会での受益者化の進行、即ち政府による利益配分のチャンネルとして組織化されていった様々な利益集団の並存(3)に基づく社会構造は戦後も変わらず、更に一層の複雑化と相互依存化を深めていったのであるが、このような中で社会的、経済的諸資源を効果的に配分することが政府を含む社会の指導的エリートたちに期待され、その一環として、相対立する諸利害を十分納得のいく形で調整することが、司法部に対しても強く要請されるようになったのである。

このような問題への対処を迫られた大戦後の法学者の多くは、以前のオールド・コートとの伝説的戦いから得た、裁判官の個人的価値判断を憲法に読み込むことの危険性の認識と、他方、前述のようにリアリストたちの「過激」な主張に対する反動が支配的

となっていた風潮の中で、裁判官による法形成の認識というリアリズムの基本的成果自体は原則として受容しつつ、同時にそれに対する批判的考察を踏まえた上で、リアリストによって解決されぬまま残った論点、即ち、判決形成の際のポジティヴな指針の模索にかかったのである。

彼らの出発点となる基本的な構想は、まず社会における法形成者には、立法府のみではなく裁判所、行政府、私人も含まれるというリアリストによる主張を確認し、それらの総体としての法形成過程（即ち Legal Process）[4]の中で、各々の法形成者が自らの制度的・機能的制約を弁え、自らの果たすべき、また、果たしうる役割(role)を認識した上で、他の法形成者（role player）と協調し、様々な問題、紛争を解決すべく活動することによってリーガル・プロセスの全体的効率性を確保しようというものであった。彼らは、このような構想に基づき、役割分担者（role player）の一つとしての裁判所の制度的・機能的制約、換言すれば、裁判所の果たすべき役割にとって適当な法形成のモード（mode）を探っていったのであり、そのモードを確定することによって、即ち判決形成のガイドラインも明らかになるのであった。

このような考え方は、その直接の淵源をフランクファーターやブランダイスに求めることができるように思われる。

フランクファーターは一九三九年に最高裁入りするまでハーヴァードで教鞭を執っていたが、そこでの彼の教授法の特徴は判決をプロセスとして把握することであったといわれる。即ち、彼は判例を概念法学的に処理することなく、訴訟記録、ブリーフ、弁護人、裁判官、制定法、立法の背景、更には関連地域の地理などを通して一つのプロセスとして考察した。そして、このような考え方の中では、プロセスの中の各々の参加者の役割が注目されるのであり、裁判所も一つの機関として果たすべき、また、果たしうる役割が探られるようになるのである。[5]

フランクファーター自身がこのような考えを総括的に整理して発表したことはないが、彼の司法過程観はその判決文を通しても知ることができる。例えば、選挙区割問題の司法判断不適合性を論じたコールグローブ判決[6]の中で次のように述べている。

「上告人は本法廷に対しその能力を超えたことを要求している。本法廷が従来介入を拒否していたのは、我が政府の効率的な作用を考慮するとき、（選挙区割という）問題の性質がすぐれて政治的であり、従って司法判断に適合しないことが明らかだからであった。司法部を国民の政治活動に巻き込むことは民主

的制度に反する。本質的に政治的な論議に対するそのような司法的介入は、法の抽象的な文言という衣をまとうことにより有害無比なものとなるのである。……憲法には司法行動を限界づけている諸条件や諸目的から明らかに外れるために裁判所による執行が不可能な命令が多く含まれているのであり、また、憲法は多くの統治上の責務の遂行を行政部と立法部の忠誠な行動に、そして究極的には国民が自らの政治的権利を行使する際になすべき不断の監視に信頼しているのである」

また、ブランダイスも、憲法に裁判官の主観的価値を読み込むことの危険性[7]、司法的解決に適した問題の厳格な選別[8]などを主張し、多くの法学者に影響を与えたのである[9]。

こうして新しい法学が四〇年代から五〇年代にかけて生成していくのであるが、以下ではまず、このプロセス法学の司法過程観を形成し発展させていった幾人かの代表的法学者の主張を時間を追って概観していくことにしたい。

一九五一年から毎年、ハーヴァード・ロー・リヴューは前年度開廷期の連邦最高裁の判例回顧への序言（Foreword）の執筆を著名な法学者に依頼するようになったが、これが一九五〇年代のプロセス法学的司法過程観の主要なフォーラムの一つとなった。

一九五〇年度開廷期の批評を担当したジャフィ（Louis L. Jaffe）は、Dennis v. United States 判決[10]をはじめいくつかの判決をとりあげ、結論はともかく、事案の重要さにもかかわらずプロの法律家としての十分な考察がなされていないこと[11]、微妙な事案であるのに「原判決を維持する」というメモランダム[12]や、パーキュリアム・オピニオン[13]のみで処理して、下級裁や弁護士、国民一般に同種の事案についての指針を与えていないこと、その他、多くの判決において冷静で考察の行き届いた法律家らしい処理がなされていないことを指摘し批判している[14]。しかし、何より問題なのは、ジャフィによれば、現在の最高裁が最高裁という機関（institution）としての意識とプライドに欠けているということであった。即ち、現在の最高裁判決における補足意見と反対意見の膨大さは本質的で重要な見解の相違を明確にするという程度を遥かに超え、裁判官による票決が法的論点の考慮によって支配されるというより何か別の考慮によって下されているという印象を受ける場合が少なくないのであり、最高裁が一つの機関として行動するという点においては二〇年代のいわゆるオールド・コートにも劣るというのである[15]。このような事態をもたらした原因の幾分かは、彼によれば、「リアリスト」や「リベラル派」による最高

裁の政治的機能の過度の強調にあるのだった。[16]

また、後述の"THE LEGAL PROCESS"の共著者の一人となるサックス（A. M. Sacks）は、一九五三年度開廷期の回顧への序言で、（当時の）最高裁が、事案が重要で微妙であるにもかかわらず判決理由を明示せずにパーキュリアムで処理する傾向にあったのをとらえ、「最高裁は自らの行動につき説明することの重要さを明確に認識すべきであり、また同時に、それを促すような批判をすることが最高裁判決批評の果たすべき任務なのである」と論じた。[17]

一九五七年になると、ビックル（Alexander M. Bickel）がこれら一群の学者に加わった。ビックルはハーヴァード・ロー・スクールでヘンリー・ハートらの薫陶を受けた後、[18]一九五二年にフランクファーター判事のロー・クラークとなりそれ以来親交関係を結ぶが、それによってフランクファーターから多大の影響を受けることになる。[19]ビックルの最初の著書はブランダイス判事の残した未発表のメモや判決草稿を集成したものであるが、[20]彼はブランダイスの考えを整理していく中で自らの司法過程観を明確にしていったといわれる。ビックルの観察によれば、判決形成の過程が証拠や現在する法的ルールによって導かれる公正無私で偏見のない合理的（rational）分析の過程であることは可能であり、事実しばしばそうであった。しかも、そのことがニューディール期のオールド・コートにおいても、全面的ではないにせよ、事実であったのを示すことによって、それが裁判所という機関の特質であることが証明されたと彼は考えた。[21]

同年ビックルは、同じイェールの準教授であったウェリントン（Harry H. Wellington）と連名で、立法過程と対比させて司法過程の特質を一層明らかにすることを試みた論文を発表した。[22]彼らはまず、近時の最高裁の判決は段々と全面的にドグマティックな言明や、整然とした論理構成なしで結論だけ作り上げるというような、要するに意見とはいえない意見、それに引用した先例と自らの判示した結論との架橋に全く失敗してしまっているパーキュリアム・オーダーが増加する傾向を示していることを指摘し、このような、熟慮を経た理由付けがなされない断言的主張をするというのは、裁判所がその真の力を発揮できる戦場、即ち論理的理性的主張と自らの主張を支える事実の明示という戦場を捨てて敵の選んだ武器で戦うようなものだと批判した。[23]そして、彼らは同年判決の下された労働関係事件を例[24]としてとりあげ、例えば、労使関係を規律する際に何が我が国の経済にとって必要であり賢

明であるかを判断したり、誰が過度の政治的権力を手に入れているか、富の分配の過少や過多の問題はどうかなどを考慮することは、継続的で柔軟かつプラグマティックな対処を能くなしうる政治部門の担任すべき事項であって、情報入手手段が限られており単発的偶然的にしか事件に関与することのできない裁判所が扱うのには不適切であるのみならず、もし敢えて介入すると、裁判所はエネルギーを浪費するだけにとどまらず、もともと不可能なことを試みることによってその無能さを不必要に露呈し国民の信頼を傷つける結果を招き、本来自らの果たすべき任務に大きく深刻な支障を来すことになるであろうと論じたのである。[25] このような司法過程観を説く際に彼らの考えを導いたのは、直接的にはやはり本件判決でのフランクファーター判事の反対意見[26]であり、また、かつてのブランダイス判事の反対意見[27]であった。

そして、翌五八年にハートとサックスによる、プロセス法学のマイルストーンともいうべき "THE LEGAL PROCESS"[28] が完成する。本書では、総体的社会的価値の増進を法の目的としつつ[29]、そのための法形成にあたっての行政部、立法部、司法部、私人の各々の関与の仕方の機能的相違が説かれ、それぞれの独自の制度的機能が考察されている。

そこでは社会の根本的諸制度や実践を画定する基本的決定には国民を代表する合議体たる議会が最適の機関であるとされるが、他方、議会はそれら諸決定の細密な執行には適さない。そこで、こうしてできた基本的諸決定の一般的性格に伴う不明確性や相互的不一致によって生ずる問題を、それらの決定の根元にある原理もしくはポリシーに照らして解決することが裁判所の独自の任務となる。その際裁判官は立法府の黙示の諸目的、原理を追求するのみならず、それを創造的に伸展することが要求されているのが注目される。ここに裁判官による法創造の契機を認めているのである。ただし、判決基準たる原理は同種の事案には同様に適用しうる一般的なものでなければならず、また、問題解決に際して裁判官のとりうる方法は、このような原理から出発し、これまで法律家の伝統の中で高度に発達してきたテクニックに従って行なうリーズニングに限られる。こうして判決形成過程に一定の客観性が担保されるのである。この司法的紛争解決に特徴的な方法を、ハートとサックスは "reasoned elaboration of the law" と呼んでいる。[30] このように司法部が採用しうる法形成の方法が規定されることにより、その担任しうる問題もこのような方法によって解決しうるものに限られることになる。従って、多くの選択肢の中

から将来の行動進路を選択するような管理運営的（managerial）決定に関する紛争は司法的解決には適さないとされる。なぜなら、幾多の変数的要素（variables）が考慮されねばならず、その考慮の前提となる一般的に適用可能な原理的基準が得られないからである。この点をより広く言うと、いわゆる polycentric な事案は司法的解決に適さないのである。Polycentric な問題とは、多中心的、即ち、一つの事案の中に同時に多くの問題が含まれ、それらは相互に関連しあっており、その一つにつき決定を下すとそれがただちに他の問題に対する決定に影響を及ぼすようなものを指す。このような事案には、それに含まれる全ての問題に同時に対処できるような解決方法、つまり ad hoc な裁量、交渉、立法などこそが適しているのであるとされている。[31]

このように、本書では各々の機関が法形成者として独自の寄与をなしうる方法、場合を見極めることによって、その協調関係をより効果的なものにし、有効な social engineering の達成が図られたのである。

翌年の論文でハートは最高裁についてこの考えを敷衍している。[32] 彼はまず、最高裁を独断（ipse dixit）的命令によって問題を処理する機関だとする見方や、機械的に先例を適用したり区別したりする法技術者的機関だとする見方を共に退け、理性（reason）に基づいた判決こそが最高裁に求められている任務、即ち、下級裁裁判官や弁護士、国民の判断を導く光となることを可能ならしめるのであり、このような判決のみが、同種ではあるが同一ではない新しい事案への先例の適用の可否を決するのに役立ち、また、このような判決のみが自らの判断を実力で強制できない裁判所の判決でありうるのだと論じた。「このように、長期的にみれば、最高裁は本来『理性の声』たるべく予定されているのであり、憲法の一般的で永続的な原理、[33] そして制定法の解釈や判例法上の困難な問題の解決のための一般的で永続的な原理を新たに認識し、明確化し、発展させる創造的機能を担っているのである。」同時に彼は、このような「理性に基づく判決」といいうるものを産み出すには、たとえ最高の法律家でも二四時間[34]では無理であるのみならず、より長い時間をかけても個人では不可能であることを指摘し、「集団による思考の成熟（maturing of collective thought）」の過程こそ最高裁にとって不可欠なのであると主張した。[35]

こうして、裁判所の機能的特質と同時にその制度的制約を強調するプロセス法学的司法過程観の中心的主張が集成されたわけであるが、その主要な概念の一つである「原理（principles）」に一

層の考察を加えたのが、司法審査における「中立原理（neutral principles）」の不可欠性を提唱したウェクスラー（H. Wechsler）であった。

ウェクスラーも司法部が価値選択をなすこと自体を否定するのではない。むしろその不可避性を指摘する。ただ、やはり「十分な理由づけ（reasoned explanation）」という形で自らのなした価値選択を根拠づける必要の有無が司法部と政治部門の機能的特質をわける示準なのであるから、司法部の行なう判断は完全に原理づけられたものでなければならないとする。[36] 彼のいう「原理づけられた判決（principled decision）」[37]とは、即ち、裁判官は目前の事件の全ての争点につき法[38]に関連する一般的原理[39]に基づき決定せねばならず、その原理はその射程内にある他の状況にも裁判官が進んで適用しうるものであることが必要であり、[40] その決定を正当化する意見にはその原理の全面的な言明が含まれていなければならないということを意味する。[41]

このウェクスラーの主張は極めて大きな反響を呼んだが、その中には少なからぬ批判も含まれていた。ウェクスラー自身の意図を確認する手懸かりとしてその批判の一、二について見てみると、例えば彼の中立原理の主張をとらえて機械法学への復帰を目指すものであるとする見解[42]があったが、しかし、ウェクスラー自身が後に述べているように、[43] 中立原理とは司法決定が健全であるための最低の要請であるに過ぎず、判決が十全のものであるためには中立原理の要求を満たした上で更にその他の要素を勘案して判決の正当さ賢明さが判断されねばならないのであって、中立原理の要請を満たした判決が即ち正しい判決だというのではない。端的にいえば中立原理は必要条件ではあるが十分条件ではないのである。[44] また、裁判官は不可避的に迫られる価値選択に際して中立的であることは不可能であるのを強調して、ウェクスラーにその点の認識が欠けているとする批判も少なくないが、[45] これも、ウェクスラーの理解に関する限りやはりなんらかの誤解に基づいた見方といえるように思う。[46] おそらく、このような批判を招く直接的原因となったのは、ウェクスラーの主張の理論的内実もさることながら、彼がブラウン判決[47]など一連の人種平等判決に対し自らの理論を適用し、それらが中立原理の要請に合致していないと批判したという事実に求めるのが真実に近いのではないかと思われる。[48]

こうしてウェクスラーに至って政治過程と本質的に区別されるものとしての司法過程のあるべき姿に関するプロセス法学の主張

が一応完成したとみられるのであるが、このような一般的司法過程観に加えて、実際に困難な問題に直面したとき最高裁がとるべき方途についての示唆を与えたのが再びビックルであった。

一九六〇年度開廷期の判例回顧への序言においてビックルは、ハートを引用しつつ公正無私で永続的な原理を認識し、明確化し、発展させるのが最高裁の主要な機能であることを確認したが、同時に、どの原理をどのように識別していくかだけではなく、いつどのような状況下でそれを行なうのかも重要な問題なのであるとしてウェクスラーの考え方を批判した。[49] ビックルは、ウェクスラーの中立原理の主張をそのまま適用すると、ブラウン判決をはじめとする一連の人種分離違憲判決が採用した原理は州による人種差別政策に与える効果のみによってではなく、就業機会の実質的平等を実現するため人種を考慮に入れている法令や、ニューヨークの学校でのように事実的分離を減らすため人種を考慮している法令に与えるインパクトによってもテストされねばならないことになるのであって、そのような事件が係属した時裁判所が人種分離違憲判決の原理を同様に適用することができないとしたら、そのような原理は中立原理ではないのだから裁判所の宣明すべきものではなく、従って人種分離立法を維持している立法部の判断は正当であると宣言されねばならないことになると論じ、このような考えは最高裁の有するもう一つの重要な機能を見逃したものであると指摘した。[50] ビックルのいうもう一つの機能とは、「市民に対する教師」[51]としての機能である。つまり、司法的に適用しうる中立原理がないとして立法部による選択の存続を認めるということ、即ち、本案審理をしながら違憲判断をしないということは、社会では事実上合憲の御墨付を与えたものとみなされるのであり、このように人種分離が合憲であるとするかの如き判決が、社会に何の影響も及ぼさないということはできないであろうというのが彼の危惧であった。

ビックルのこのような主張の背後にあったのは、中立な原理に基づく判断をする機関という裁判所のあるべき姿への彼の確信と、ブラウン判決が宣明した人種平等の理想は道徳的に正しいという信念[52]との葛藤であった。このディレンマを解決するため、彼は困難な事件に直面したとき最高裁のとりうる途は三つあること、即ち、原理に反するとして立法を無効化するか、あるいは正当化するか、またはどちらもしないかの選択肢があることを指摘し、第三の方途こそ最高裁の「市民の教師」としての地位も正当な原理も共に捨てずに済む方法なのであると主張した。[53] そして、

この第三の途の具体的手段として、彼は、かつてブランダイス判事が主張したいわゆるアシュワンダー・ルール[54]に示唆を受け、スタンディング、事件性、成熟性、裁量的上訴管轄権（certiorari）などのテクニックの活用を強調し、その適切な運用によって、目前の事案において中立原理が発見できないとき、事案の性質上便宜的処理が必要であるとき、事件に関連するなんらかの重大な社会変化が生じつつあると感じられるときなどにおいて、司法裁判所としての本来の機能を維持しつつ望ましい現実的行動をとる余地が生まれるのであると論じた。より大きく言うと、このような手法を用いることによって、裁判所は民主的政治過程のためにできるだけ広汎な活動の場を確保しつつ、他方でもし政治過程のある行為が正当な憲法原理を逸脱したときにはこれをチェックする権能を保持できると思われたのであった。

この「消極的美徳（Passive Virtues）」の主張と並んで重要なのがコンセンサスの見方である。これまでプロセス法学者が司法過程の核心的要素として論じてきた「原理」はそれ自体は無内容な概念であり、それに内実を与えるものとして彼らが想定していたのは、憲法の原理についてはその時点における社会の基本的価値についてのコンセンサスであった。[55] ビックルもやはり憲法の原理として承認しうるものを、アメリカの伝統的理想に基づくものと、疑問の余地なく国民により共有された価値選択に基づくものに限定したけれども、[56] しかし彼は最高裁を現状におけるコンセンサスのみに縛りつけるべきではないと考え、「私の意味するところは、最高裁は予見しうる近い将来に一般の支持を得るであろう原理のみを法と宣言すべきである」[57]ということであり、最高裁は実際上「将来支配的になる意見の形成者になると同時に予言者ともなるべきである」[58]と論じたのであった。もっとも、彼は決して積極的な政策形成を勧奨したのではない。それは次の言葉から明らかであろう。「最高裁は確かに世論をリードすべきであるが、単に自らの意見を強制するのではない。要するに、最高裁は常に成功するという義務を負って活動しているのである」[59]

こうしてビックルはプロセス法学に共通する司法過程のあるべき姿を維持しつつ、「消極的美徳」の運用、コンセンサスについての考慮等を通じて具体的に困難な問題に直面した最高裁に、よりプラグマティックな対処を可能にする方途を呈示しようとしたのであった。

以上、主要な法学者にみられるプロセス法学的司法過程観を個別に概観してきたが、最後に、そこで触れることができなかった

点の補足も含めて、これらの主張を総括しておきたいと思う。

プロセス法学において法の目的は人間の欲求の充足を最大にすることにあるとされる。[60] しかし、いかなる欲求が充足されるべきか、換言すればいかなる個別的価値が法を通じて実現されるべきかの追求は直接の対象とはされない。彼らの主要な関心は、どのように総体的価値実現を最大化するか、即ちいかに法形成を効率のよいものにするか、そのプロセスにある。そこで彼らはリアリストによる社会における法形成の実態の解明に基づき、社会の全体的法形成過程（リーガル・プロセス）の効率化を図るのであるが、そのためにはこのプロセスにおける各参加者（role players：具体的には議会、行政部、裁判所、私人）が、各々の能力、機能に最も適した方式（mode）で法形成を行なうべきであるとされる。そして、それを確保するためには、まず各々の法形成者の機能が最高に発揮されうる法形成のモードが探られねばならないのであるが、役割分担者としての政府機関にとってはそれは同時に各機関の特長と限界の明確化の要求となったのであり、そして実際的統治の局面においては、社会に生起する様々の問題、紛争は、その性質に応じて、その対処に最適な機関が専ら担任して解決を目指すべきであり、その裏返しとしてその他の機関は関与すべきでないという主張となったのである。その意味で、これは権力分立制度の機能主義的、功利主義的正当化の試みとみることもできよう。[61]

こうして、プロセス法学に立つ法学者の司法過程観も、司法過程によっていかなる価値を実現、促進すべきかではなく、政治過程とは異なるものとして存在意義を有する司法過程に特有の法形成のモードは何か、いかなる紛争解決に適しているか、に関心が向けられ、そのために裁判所という機関・制度（institution）の特質、制約が考察されたのであった。[62]

彼らは本来的にリアリズムの継承者であり、憲法典や法的ルールが実際に判決を下す際に実質的な拘束性をもたず、従ってどの価値選好を優先するかは裁判官の個人的判断によってなされざるを得ないことを認める。しかしながら、この裁判官の主観的選好をそのまま法の名の下に宣明することは許されない。民意に基礎を有さぬ裁判所にそのような無制約の自由を認めるのは司法の暴政に繋がり明らかに民主主義にも反するからである。そこで彼らは裁判官の恣意の制約と裁判の正当化を図るのであるが、そのためにはまず裁判官が自らの偏見、先入見の存在を明確に認識しこれを抑え公正無私な態度を貫くべく可能な限り努力することが要

求される。[63] それと同時に彼らが注目したのが判決における理由づけの意義であった。即ち、裁判官は判決を下すときその理由を付することを要するが、判決形成過程の究明にあたったリアリストたちは、この理由の明示という要請の意味するところを十分に理解していなかったと彼らは考えた。この理由の明確な呈示は、裁判の恣意性の排除と合理化、正当化につき大きく分けて二つの効果を有する。一つは、たとえ裁判官がある結論を得るに至った実際の過程が、ハッチスンやフランクのいうように「勘（hunch）」の働きによるものであったとしても、理由の明示の要求に基づきその結論を正当化する論理を組み立てていく中で論理の持つ規制力が働き、一定の恣意抑止の効果が期待されうること、[64] もう一つは、理由は判決の一部として当然公表されねばならないのであり、従って他の法曹及び一般人による吟味・批判に曝されるのであるが、彼らはそれによって裁判官がある事件においてある結論を何故正しい結論として選んだのかを知り、それに対して評価や批判を行なうことが可能になるのであって、裁判はこのような評価や批判に耐えて彼らを論理的に説得し、納得せしめなければならない。そして、それに成功したとき裁判の正当化が果たされるといえるのである。

このような理由の明示の要請とならんで、プロセス法学者が司法過程の特徴としたのが原理づけられた判決である。換言すれば、一般的に適用可能な判決基準、原理からのリーズニングによって解決できる種の紛争のみが裁判所の担任できる問題だとしたのである。[65] これは基本的に交渉と妥協に基づく裁量的決定を特質とする政治過程（特に議会）と裁判所を区別する大きな示準であった。このように原理に基づき論理的に一貫した裁判をすることの要求は、その限りにおいていわゆる機械法学と同様ともみられるが、しかしプロセス法学においては原理的判決の要求はあくまでも判決が健全であるための最低限の条件であるに留まり、判決が十分なものになるには他の社会科学的条件の適切な考慮が必要とされる。もっとも、裁判所は対審構造をその特徴としているなど情報入手手段が大幅に制限されており、また、裁判官の教育訓練過程をみても社会科学上の専門的事項を扱う能力は大きく制約を受けているといわねばならず、これも司法過程の役割分担を考える上で制約要因として考慮されねばならない。

そして、次の問題は原理の内実である。彼らはここでもリアリストの眼をもって憲法、先例などからの一義的に明確な原理の抽出に疑問を呈した。即ち、何が原理であるかを決定する際の裁判

官の主観的契機を認識し、この「恣意の読み込み」を抑える必要を感じたのである。彼らはまだオールド・コートの所業を記憶していた。特に憲法の規定が不明確なデュー・プロセス条項や平等保護条項に関する社会政策的問題については一層、原理の内実をその時点での、あるいは少なくとも予見しうる将来における時点での国民の価値選好についてのコンセンサスに求めるべきであると考えた。そうしてこそ判決の前提となる原理は永続的なものになり、それに基づく判決は国民による受容が期待できると思われたからであった。

ここで、事件性、成熟性、等々の要件の運用、即ちビックルのいう「消極的美徳（Passive Virtues）」が重要な意味を持つ。つまり、その適切な運用によって、時期尚早な、あるいは不適切な憲法問題への裁判所の介入を防ぐことができるのである。

しかしながら、プロセス法学者も裁判所による改革を認めないわけではない。各政府機関はその能力の範囲内においては積極的に行動することが認められる。そうしてこそ社会の「パイ」を大きくできるからである。[66] けれども、性質上裁判官は自らの進歩の理想を直截に表明するのではなく、実際に国民が到達しうるであろう進歩の程度を最善を尽くして測り、それに合わせて判決すべきなのである。

要するに裁判所は「成功」せねばならない。裁判所の機関としての存続と効率性の確保のためにはその要請は欠かせないのであった。

このように、プロセス法学は裁判所を基本的には非民主的であり、原理に基づいた理性的判断が求められる機関であると定義することによって、リーガル・プロセスにおける他の法形成者（role players）との機能調整（coordination）を明確にしようとしたのであったが、そうする中で次第に各機関の特質を端的に表現するキャッチフレーズ[67]が用いられるようになった。即ち、裁判所は「公正無私（disinterested）」であり、その判決は「理を尽くしている（reasoned）」。立法部は「民意の代表」で「様々な見解を討議する」ことができる。執行部（the executive）は「能率的（efficient）」で、行政諸機関（administrative agencies）は「融通がきき（flexible）」、「エキスパート」である、等々。

こうして、新しい問題が生ずると、その性格が定義され、それが「司法的」に解決されうるものか、あるいは「行政的」にか「立法的」かを確認した上でその解決に最も適した機関が定められその処理に当たるのである。あくまでもプロセスをスムーズに

機能させることが法学者としての彼らの主要な関心事なのである。従って、激発的な社会問題は、たとえ他の機関がその解決に乗り出さないときでも、それが「司法的」に解決できない種のものであれば裁判所は黙過すべきであるとされる。敢えて介入すれば十分な解決を与えられないばかりか、そこでの失敗により国民の信頼を傷つけること等によって、裁判所の本来的な機能の方まで損うおそれがある。また、同時に、このような場合、裁判所が敢えて不介入の態度を示すことで国民が目覚め、本来その問題に対処すべき民主的政治過程が作動しはじめるであろうとの期待があったとみることができよう。

最後に注意すべきことは、彼らが全体としてとらえられた政府の積極行動の必要を認めており、その行動を全体として効果的たらしめるための法学的ガイドラインを設定しようとしていたとみられることである。従って、その司法過程観のみをとらえた場合は、裁判所による社会政策形成を抑制する消極主義的主張となることが多いが、政府による積極行動自体を否定していたわけではなく、その意味でプロセス法学も現代リベラリズムの一翼を代表していたということも可能なのである。ただ、問題は現実との整合性であった。

(1) White, *The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change*, in PATTERNS OF AMERICAN LEGAL THOUGHT 142 (1978).
本間長世『アメリカ政治の潮流』(昭和五三年)。

(2) H. M. Hart, *Holmes' Positivism—An Addendum*, 64 HARV. L. REV. 929, 937 (1951).

(3) 初期の例では、全国産業復興法(NIRA)は企業、労働界を共に受益者化していたということができるし、農業調整法(AAA)はまさに農民の受益者化に他ならない。更に、ワグナー法等による労働組合の強化や、社会福祉政策一般もこのような受益者化政策に沿うものといえよう。

(4) プロセス法学(Process Jurisprudence)の名称はここに由来する。WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION 230 (1976).
また、ホーウィッ(Morton Horwitz)のいう制度的形式主義(Institutional Formalism)も同趣旨であると思われる。参照、矢崎光圀「現代アメリカ法理論の形成過程について——ハーヴァード・ロー・スクールにおける印象記」『法理学の諸問題——加藤新平教授退官記念』(昭和五一年)二八二—八三頁。 J. SELIGMAN, THE HIGH CITADEL 82 (1978).

(5) Sacks, *Felix Frankfurter*, in FRIEDMAN & ISRAEL (EDS.), THE JUSTICES OF THE UNITED STATES

SUPREME COURT 2403 (1969). また、ある彼の伝記では次のように述べられている。「各政府機関が能力を発揮しうる分野にはかなりはっきりとした境界があり、各機関はその中で行動し、その中に自らの行動を限定すべきだというのが彼の基本的前提であった」 HELEN S. THOMAS, FELIX FRANKFURTER: SCHOLAR ON THE BENCH 266 (1960), *quoted in* AMERICAN JUDICIAL BEHAVIOR 88 (Brenner ed. 1973).

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

(7) *E. g.*, New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U. S. 262, 311 (1932).

(8) *E. g.*, Ashwander v. TVA, 297 U. S. 288, 341 (1936).

(9) また、州籍の相違に基づく事件の場合には、受訴連邦地裁は、その所在する州の州法を適用せねばならず、連邦コモン・ローは認められないとした Erie R. R. v. Tompkins, 304 U. S. 64 (1938) でのブランダイス法廷意見は、連邦と州の関係等を考えるにつき、法学者たちに極めて大きな影響を及ぼした。

(10) 341 U. S. 494 (1951).

(11) Dennis 判決の他に、Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath, 341 U. S. 123 (1951).

(12) *E. g.* Bailey v. Richardson, 341 U. S. 918 (1951).

(13) *E. g.*, Riss & Co. v. United States, 341 U. S. 907 (1951).

(14) Jaffe, *Foreword to The Supreme Court, 1950 Term*, 65 HARV. L. REV. 107, 110-13 (1951).

(15) ウィンソン長官時代（一九四六―五三）は他のどの長官の時代よりも五対四の判決が多かった。そして、このような状態を許した大きな原因の一つがウィンソン長官の統率力の欠如にあったことも衆目の一致するところのようである。ABRAHAM, JUSTICES AND PRESIDENTS 228 (1974).

(16) Jaffe, *supra* note (14), at 113-14.

(17) Sacks, *Foreword to The Supreme Court, 1953 Term*, 68 HARV. L. REV. 96, 99-103 (1954).

(18) ヘンリー・ハートはハーヴァード・ロー・スクール卒業後フランクファーター教授の下で一年間大学院生として研究し、ついでブランダイス判事のロー・クラークを務めてから一九三二年以来母校で教鞭を執っていた。

(19) 次第にビックルとフランクファーターは、他の人々から同一視されるようになり、後年ビックルの著作が批判されると、フランクファーターはそれは実は自分に対する批判であると考えたほどであるといわれる。*See* Edward A. Purcell, Jr., *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution*, 11 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 521, 528 (1976).

(20) THE UNPUBLISHED OPINIONS OF MR. JUSTICE BRANDEIS: THE SUPREME COURT AT WORK (1957). ポール・フロインドによるブランダイス・ペーパーズ整理の

作業への参加を勧めたのもフランクファーターであった。Purcell, *id.*

(21) *Id.* at 529–30.

(22) Bickel & Wellington, *Legislative Purpose and the Judicial Process: The Lincoln Mills Case*, 71 HARV. L. REV. 1 (1957).

(23) *Id.* at 3–4.

(24) Textile Workers Union v. Lincoln Mills, 353 U. S. 448 (1957).

(25) Bickel & Wellington, *supra* note (22), at 22–26.

(26) フランクファーター判事は本件反対意見において、過去の例からみても最高裁は何が憲法に基づく「司法権」の行使に適合 (meet and fit) するかを決定することができるとした上(353 U. S. 448, 465)、本件での問題は議会での解決にこそ適しているから、司法的介入は控えるべきであるとしている。

(27) *E. g.*, Duplex Printing Press Co. v. Deering, 254 U. S. 443, 488 (1921) 〔Brandeis, J., *dissenting*〕; Pennsylvania v. West Virginia, 262 U. S. 553, 618–24 (1923) 〔Brandeis, J., *dissenting*〕.

(28) H. M. HART, JR. & A. M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (tentative ed. 1958).

本書は、その後数多くの類書を生みだした一種のバイブル的存在であるにもかかわらず、五八年に教材としてタイプ印刷で出されたまま今日に至っている。その間に正式出版の予告がされたこともあったが遂に実現しなかった。その事情は定かでないが、七五年現在でもタイプ印刷のまま使用されている由である。矢崎、前掲注(4)。なお、本書の邦語での紹介として、田中英夫・谷川久「"Legal Process"——アメリカにおける立法学の一つのかたち——」ジュリスト二二五号六頁、二二七号一五頁(昭和三六年)がある。

(29) HART & SACKS, *id.* at 110–16.

(30) *Id.* at 161–68; *Cf.* Hart, *Comment on Courts and Law Making*, in LEGAL INSTITUTIONS TODAY AND TOMORROW: THE CENTENNIAL CONFERENCE VOLUME OF THE COLUMBIA LAW SCHOOL 40–46 (Paulsen ed. 1959).

(31) HART & SACKS, *id.* at 662–69. 本書では、polycentric problems の概念につき、フラーの所説に依拠している。フラー自身は、そのような事案の例として、物価、賃金、商品の流通に関する決定、人口の流動に適合させるための選挙区割の改変、フットボール選手のポジション決定、都市部を通過する道路システムの決定、科学研究計画への資金の配分、航空路の決定、国境線の決定、人口に応じバランスのとれるようにラジオ・テレビのチャンネルを配分すること、を挙げ

ている。Lon L. Fuller, *Adjudication and the Rule of Law*, 54 PROCEEDINGS OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 1, 3-5 (1960).

(32) Hart, *The Supreme Court, 1958 Term-Foreword: Time Chart of the Justices*, 73 HARV. L. REV. 84, 96-100 (1959).

(33) ここでハートはウェクスラーの中立原理 (neutral principles) を引用している。ウェクスラーについては後述。

(34) 二四時間というのは、当時の最高裁判事が一つの判決文(補足意見や反対意見を含む)を作成するのに費しえた平均時間として、ハートが推定計算したものである。Hart, *supra* note (32), at 92.

(35) このハートの論文に対しては、早速サーマン・アーノルドが攻撃をくわえた。特に「集団による思考の成熟」の過程について「昔も今も、そのような過程など存在しない。そのような合議において他人の見解に出合うと、積極的な意見をもった人間は一層かたくなになるだけである」と批判している。Arnold, *Professor Hart's Theology*, 73 HARV. L. REV. 1298, 1312 (1960). しかし、ハートの翌年に判例回顧への序言を書いたグリズウォルド(当時ハーヴァード・ロー・スクールのディーンであった)は、次のようにハートを支持した。「アーノルドの批判は全く誤っているように思われる。私自身決して謙虚でもなく控えめな人間でもないが、私の有していた確信が同僚との討論によってドラスティックに変化した経験が何度もある。私にとって『集団による思考の成熟』は明白な現実である。アーノルドにこのような経験がないとは残念なことだ」Erwin N. Griswold, *The Supreme Court*, 1959 *Term-Foreword: Of Time and Attitudes-Professor Hart and Judge Arnold*, 74 HARV. L. REV. 81, 85 (1960). 更にグリズウォルドは、人間が「結果に合わせた (result-oriented)」判断をするのは避けがたいことであり、ブランダイス判事の下した判決の中にも二、三のそのような例が見られることを認めつつ、しかし却ってこれらの事実は、判決が人間として可能な限り知的に正当で利害を越えた理由に基づいて下されるように不断の努力がなされるべきことの重要さを強調するものであるとして、全面的にハートに賛同している。*Id.* at 91. また、ビックルも、リアリストに対してはその基本的業績を認めつつもオリジナルなリアリストは今ではほんの一握りの、問題にならないほどの人々の集まりになってしまったと見ており (Bickel, *Philosophy of a Legal Realist*, The New Republic, Apr. 24, 1961, p. 30)、ハート・アーノルド論争についても、『相異なる見解を各々絶対の確信をもって保持している判事たちが、論理や議論のみに動かされて自らの見解を捨て去るであろうと示唆するのは、最高裁の歴史についての知識の欠如を露呈することに他ならない』とするアーノルドの批判をとらえ、判事たちは、

単に論理や議論自体によって動かされるのではなく論理を道具として議論していく中で生まれる内観、反省、理性によって動かされるのであり、この例は過去に多く見られるのであって、歴史の無知という非難は却ってアーノルドこそが受けるべきであると論じ、アーノルドの所説は致命的な皮肉癖、ニヒリズムの所産であると論結している。BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 82-84 (1962).

(36) Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 15-16 (1959). 本論文に対する邦語での検討として、奥平康弘「最近の合衆国最高裁判所をめぐる論議について」東大社会科学研究所編『社会科学の基本問題』下（昭和三八年）四五三頁等がある。

(37) Wechsler, *id.* at 19.

(38) 例えば、立法者の明示の意思にどの程度の重要性を認めるか、社会科学的証拠に重きをおくべきか否かに関しても原理づけられた決定がなされねばならない。また、本案のみならず、司法判断適合性の考慮についても原理づけられた判断が要求される。*See* Kent Greenawalt, *The Enduring Significance of Neutral Principles*, 78 COLUM. L. REV. 982, 989, 994 (1978).

(39) ある立場についての原理づけられた道徳的議論が全て裁判所の採用しうるものとは限らない。裁判官はその中から法的に意味あるものを選択せねばならないとされる。*Id.* at 989.

(40) 示された理由が極めて限定的で、他の関連する状況への指針とならないときは、それは一般性を欠くとみなされる。例えば、Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U. S. 715 (1961) では、州政府とコーヒーショップが結んだ契約を数えあげて、それに基づき、その店での人種差別を州の行為とみなす手法がとられたが、この判決からは他のどのような州の行動様式が同様の結論をもたらすかの予測がつかず、この理由づけは一般性を欠くとされる。*Id.* at 988.

(41) これが中立性の意味であるが、グリーナワルトは次のような設例で説明している。Aが「急迫した犯罪行為を惹起しない限り誰でも自らの信ずるところを表明する権利を有するのだから、共産主義者がマルクス主義を唱導するのは許されるべきだ」と論じたとする。もしAが次に白人の人種的優越を主張する男に言論の自由を認めなかったとすると、Aが共産主義者を擁護するために用いた理由は中立性を欠いていたことが明らかになる。ただ、この例では共産主義者の事件の時点ではその理由が中立性を有するか否かは不明であるが、その時点で明瞭である場合も少なくない。例えば、理由が全く示されていないときや、示された理由が、Aに関する過去の例や、論理的な考察によって、他のコンテクストでは確実に用いられないであろうと確信しうるときなどである。*Id.* at 985-86.

(42) 例えば、ウェクスラーのみでなくハートらも合めて原理を強調するプロセス法学者一般に対する批判として、Arthur S. Miller & Alan W. Sheflin, *The Power of the Supreme Court in the Positive State*, in MILLER, THE SUPRME COURT: MYTH & REALITY 143 n. 27 (1978).

(43) Wechsler, *The Nature of Judicial Reasoning*, in LAW AND PHILOSOPHY 299 (Sidney Hook ed. 1964).

(44) *See* John H. Ely, *The Supreme Court, 1977 Term-Foreword: On Discovering Fundamental Values*, 92 HARV. L. REV. 5, 32 (1978).

(45) *See, e. g.*, A. S. Miller & R. F. Howell, *The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication*, in MILLER, *supra* note (42).

(46) ウェクスラー自身、裁判官による価値判断の不可避性は否定していないし、それに際して中立的でありうるとも論じていない。Wechsler, *supra* note (36), at 19–20; Greenawalt, *supra* note (38), at 991–92.

(47) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483 (1954).

(48) ウェクスラー自身は、一連の人種分離違憲判決は、黒人の集会の自由の侵害を根拠とすべきであったとしている。Wechsler, *supra* note (36), at 34.

(49) A. M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term-Foreword: The Passive Virtues*, 75 HARV. L. REV. 40, 41–42 (1961).

(50) *Id.* at 47–48.

(51) *Id.* at 50.

(52) 例えば、ビックルはブラウンI判決を支援する次のような論文を発表している。Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, 69 HARV. L. REV. 1 (1955). しかし、彼の人種関連判決に対する姿勢は六〇年代に入ってから、平等判決の司法的執行を巡って変化してゆく。また、少なくとも五〇年代においてはプロセス法学者の中にもブラウン判決自体に対しては好意的な論者が少なくなかったということができるように思われる。例えば、前述のサックスも、本判決は憲法は人種を問わず平等な扱いをすることを要求しているという原理の勝利だとしている。Sacks, *supra* note (17), at 96–99. ウェクスラーも人種平等の理念は支持しており (Wechsler, *supra* note (36), at 27)、のみならずブラウン判決を全面的にバックアップしていたNAACP（全国黒人向上協会）の相談役にもなっていた。J. HARVIE WILKINSON III, FROM BROWN TO BAKKE–THE SUPREME COURT AND SCHOOL INTEGRATION: 1954–1978, 34 (1979). なお、NAACPのリーガル・アドバイザーにはフランクファーターも参加していたことがある。Sacks, *supra* note (5), at 2404.

(53) Bickel, *supra* note (49), at 50.

(54) Ashwander v. TVA, 297 U. S. 288, 341 (1936) でブランダイス判事が述べたいわゆる憲法判断回避の準則。参照、芦部信喜『憲法訴訟の理論』(昭和四八年) 四四頁。

(55) 彼らに共通のメンターであるフランクファーターも同様に論じている。例えば、「世論のコンセンサスが憲法の要求する基準である」Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U. S. 459, 471 (1947); Haley v. Ohio, 332 U. S. 596, 603 (1948).

(56) BICKEL, *supra* note (35), at 43.

(57) *Id.* at 239.

(58) *Id.*

(59) *Id.*

(60) HART & SACKS, *supra* note (29).

(61) *See* George P. Fletcher, *The Separation of Powers: A Critique of Some Utilitarian Justifications*, in NOMOS XX: CONSTITUTIONALISM 301 (Pennock & Chapman eds. 1979).

(62) 従って、この立場に立って判決を批評する法学者にとっては、裁判官がどのような結論に達したか、あるいは達すべきかは、理論上考察の対象とならないことに注意すべきである。あくまでも彼らの関心は、どのように結論に達したかであり、どのような結論に達したかではなかった。この点を強調した論稿として、例えば、Bickel, *Is the Warren Court Too "Political"?*, New York Times Magazine, Sept. 25, 1966, in THE SUPREME COURT UNDER EARL WARREN 226 (L. W. Levy ed. 1972).

(63) フランクファーター判事は一九六二年の最高裁判事職からの引退に際し、次のように述べている。「〔最高裁判事には〕、問題の処理に際し、理性的過程を根気強く追求することが要求〔される〕。この追求には事件の争点に含まれる要素の分析に際しての知的公平さが不可欠である。このことは翻って〔判事に対し〕そのような公平さを損ねるような全ての影響を厳格な自己審査によって発見し、抑えることを要求するのである」9 L. Ed. 2d 1 (1962).

(64)「『事後的監査者』としての論理のもつ規制力は、『勘』その他によっていわば先取りされるテンタティヴな仮説が、一連の論理的に妥当な推論を介して、真なるものと措定された一群の命題と『結びつけられうる』か否かの吟味を通じて発揮される」碧海純一「裁判における論理の機能」法哲学年報一九七一、三四頁。

(65) HART & SACKS, *supra* note (28), at 668-69.

(66) *Id.* at 111.

(67) 次にあげるキャッチフレーズは、WHITE, *supra* note (4), at 322 による。

むすび　総括と展望

これまで述べたようなプロセス法学の主張は、戦後のアメリカの状況においては特異なものではなかった。過激な行動が好まれなくなり、アメリカ的諸価値が再確認されつつあるときに、法と政策の関連性を認めつつもその基本的相違を説き、政府における均衡と調和の回復を促したプロセス法学には大きな魅力があった。[1] そして、このような考え方は、ハートらと同じ知的・社会的環境にあった法学者たちによって広く受け入れられたと同時に、ハート・サックスのテキスト及びそれを底本としたテキストによって教育された学生たちを通じて多くのロー・スクールの中で強い影響力を持つようになっていったといわれる。[2]

しかし、六〇年代に入り、社会科学においてのみならず一般に「客観性」に対する深い疑念が呈せられ、公共的業務の「効率的」で「価値自由」な遂行を、「中立的」で「専門的」なエリートに委ねるべきだとの考え方が批判に曝され、[3] そして、ウォレン・コートによる司法の新しい可能性の追求などを契機として、（少なくとも連邦レヴェルにおいて）訴訟の主要な性質が、私権を巡る私的紛争の解決から憲法及び法律のレヴェルでの政策に対する挑戦へと移り変わってきつつある中で、[4] プロセス法学的司法過程観に対しても様々な批判がなされるようになった。

そのいくつかを瞥見してみると、まず司法部のとらえ方に関するものとして、裁判官の能力を過大視しているのではないか、「原理」の内実がやはり明確とはいえないのではないか、かりにそれを国民のコンセンサスに基礎づけるとしても、果たしてそのようなコンセンサスは存在するのか、存在するとしても裁判官が認識できるのか、また、純粋に立法的問題、司法的問題という截然とした区別は可能か、かりに問題を区別できるとしても、司法の特質とされる解決方式（reasoned elaboration）は立法部的法形成と別異のものといえるのか、という点などが問われ、司法過程に対するものとしての政治過程のとらえ方も、理念的に過ぎ、現実の機能・限界を十分認識していないのではないかということが問題とされた。更に、より大きな問題として、制度的制約に拘泥するより現代社会において実現・保障されるべき個別的価値を認識することが先決であり、政府機関の特質、制約はその価値実現に役立つ限りにおいて考慮さるべきであるとする立場からの批判もあった。[5] また、中にはプロセス法学者が判決を批評する際に、結論の妥当性を問わず、理由づけの十分性を専ら痛烈な批判

の対象とする真意を探り、これは自らの政治的選好の巧妙で危険なカムフラージュだとする論者もみられる。(6)

プロセス法学はたしかに厳格な法形式主義と極端なリアリズムを共に否定するところから出発したが、基本的には伝統的な司法観を受け継ぎ、司法行動の適切な限界もそこに内在すると考えられ、また新しい可能性もその枠の中で考えられていたのである。こうしてプロセス法学的司法過程観は、前述のように当初から司法の消極モデルを組み込んでいたとみられる。従って、人権意識が高揚したにもかかわらず政治過程がその責務を十分果たしているとはいえなかった五、六〇年代という時期に、最後の拠所ともいうべき裁判所の行動を制約しがちな主張に対し徐々に批判が集まるようになったというのも、理解の困難なことではない。

しかし、果たしてプロセス法学自体は必然的に司法消極主義的傾向とならざるを得ないのであろうか。詳細な検討は本稿の範囲を越えるものであるが、ただ、ウォレン・コートの多数派の判事や彼らを支持した法学者の多くのように、司法的救済の対象を、これまでよりも広く認めるよう主張した論者の司法過程観も、視角を変えると、プロセス法学者のそれとある基本的共通点を有していると見うることは注目してよいと思われる。即ち、彼らは、救済を求めている価値の重要性を認識しつつも、その司法的実現に際して用いた手法はいわゆる「キャロリーン・プロダクツ(Carolene Products)」アプローチ(7)や、ブラック(H. L. Black)判事に代表される「絶対主義(Absolutism)」アプローチ(8)であったとされるが、これらも特定の権利、実体的価値の保障を正面から強調する理論というより、あくまでもそれを実現するプロセスに着目したものであったというべきであろう。つまり、前者は多数者民主主義における政治過程はそもそもマイノリティの基本的権利を十分に保護するのに適していないから、司法過程がそれを積極的に担任すべきであるとし、後者は、憲法の文言の解釈者としての裁判所の任務が、憲法の「明白な」規定に反する法令を積極的に排除することを要求するというのである。

このように、いわゆる司法積極主義者の多くも司法過程を通じて実現されるべき価値を専ら論ずるのではなく、別種のプロセス法学を構築することによって一定の分野における司法の積極行動を正当化したとみることができるように思われるのである。そして、今やこのような立場が徐々に影響力を強めつつあるように見受けられる。

こうしてみると、リーガル・プロセスの中で各参加者の特質を

生かし、相互の機能調整を図るという前提を残しつつ、各々の参加者が現代社会の中で果たしうる、また果たすべき適切な役割を再検討し、現実の状況に合致した役割分担を行なうことにより、「プロセス」法学も時代に適応したより新しい姿に変容してきている、またそうせざるを得なくなってきているということができるのではないだろうか。

(1) *See, e. g.*, WHITE, AMERICAN JUDICIAL TRADITION 315 (1976).

(2) *E. g.*, Fletcher, *The Separation of Powers*, in NOMOS XX 301; J. SELIGMAN, THE HIGH CITADEL 82 (1978).

(3) Purcell, *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution*, 11 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 521, 562-63 (1976).

(4) Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976).

(5) 司法の積極行動を主張する論者には、マクドゥガル (Myres S. McDougal) やペクリス (Alexander M. Pekelis) の流れに沿う法学者たちがある。前者は「人間の尊厳」を中心概念とし、後者は「福祉の法学 (jurisprudence of welfare)」を標榜して、アプローチの点では同一ではないが、彼らは共に、社会の苦悩 (travail of society) の中に司法部が積極的に参与し、アメリカの理想の実現のためにオープンに政策形成を行なうべきであるとした。ミラーがこの影響を強く受けていると思われ、司法過程によって促進される価値を正面から追求することを主張し、法学者は民主的理想の推進を支える価値重視の法学を形成すべきであるとする。この立場にあっては、裁判所も統治過程における積極的関与者として民主的理想の促進、実現を図るべきであり、「理性」などの法的擬制や法的ルールは、望ましい結果・目的に寄与する限りにおいてのみ意味があるとされる。*See* ERVIN H. POLLACK, JURISPRUDENCE 846 (1979); A. S. MILLER, THE SUPREME COURT: MYTH AND REALITY 83-87; do., *Judicial Activism and American Constitutionalism: Some Notes and Reflections*, in NOMOS XX 333. なぬみに、ミラーは最近著 SOCIAL CHANGE AND FUNDAMENTAL LAW (1979) をマクドゥガルに献呈している。

(6) *E. g.* AUERBACH, UNEQUAL JUSTICE 259-62; また、フランクファーターらの諸判決の統計処理によってその政治的選好を示そうと試みた研究として、Harold J. Spaeth, *The Judicial Restraint of Mr. Justice Frankfurter—Myth or Reality*, in AMERICAN JUDICIAL BEHAVIOR 85 (Brenner ed. 1973).

(7) これは United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144, 152-53 (1938) の脚注(4)でストーン判事が示唆した考えに基礎をもつ。そこでストーンは、(1)憲法第一修正を

文面上侵害すると思われる法令、(2)政治的討論、参加のチャンネルを制限、阻害するような法令、(3)マイノリティを対象とした法令、に対してはより厳格な裁判所による審査がなされるべきことを説いている。プラウン判決やベイカー判決の基本的発想もここに求められるであろう。なお、この着想はその後様々な論者によって様々に発展させられたが、ここでは立ち入らない。さしあたり次の文献参照。J. H. Ely, *On Discovering Fundamental Values*, 92 HARV. L. REV. 5–16 (1978); do., *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920, 936 n. 97, 943 (1973); do., *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review*, 37 MD. L. REV. 451, 454 (1978); ABRAHAM, FREEDOM AND THE COURT 20–24 (3d ed. 1977); CLYDE E. JACOBS, JUSTICE FRANKFURTER AND CIVIL LIBERTIES 30–34 (1961); GROSSMAN & WELLS (EDS.), CONSTITUTIONAL LAW AND JUDICIAL POLICY MAKING 302 (1972); E. V. ROSTOW, THE SOVEREIGN PREROGATIVE 160–61 (1962).

(8) *See* Charles A. Reich, *Mr. Justice Black and the Living Constitution*, 76 HARV. L. REV. 673 (1963). 彼の絶対主義は憲法の文言の墨守を主張するものであり、文言の不明確なときは立法者意思の探求でこれを補った。しかし、彼の「歴史解釈」は極めて目的的なものであり、制定当時の議事録等から適当な個所だけを引用し、それを当時の文脈ではなく彼自身のフィロソフィに沿って解釈するのが特徴だった。従って彼の歴史解釈には多くの批判が集まっている。例えば、Fairman, *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?, The Original Understanding*, 2 STAN. L. REV. 5 (1949); Morrison, *Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights? The Judicial Interpretation*, 2 STAN. L. REV. 140 (1949). もっとも彼は自身の解釈を真正のものと信じていたから、このような操作によって根拠が得られないときは違憲判断を控えている。例えば、Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965) における反対意見参照。

Judicial Review and the Legal Process

Teruki TSUNEMOTO*

Introduction
I Legal Realism
1. Legal circumstances in the early 20th century
(i) Trends of the United States Supreme Court
(ii) Legal culture
2. Realist Movement
II Process Jurisprudence
1. Criticisms of Realism and the birth of Process Jurisprudence
2. Legal theories after WW II and the development of Process Jurisprudence
Conclusion

* * *

Although some ten years have passed since Earl Warren's retirement from Chief Justiceship of the United States Supreme Court, many issues generated in the debate over the performance of the Warren Court still remain as matters of profound academic concern.

One of the focal points of the scholarly criticism, notably that of H. M. Hart, A. M. Bickel and H. Wechsler among others, with which this note is concerned, was that the issues dealt by the High Court in terms of "substantive equal protection" were ill-suited to solution by the judiciary.

The note attempts to examine, in order to explore the proper limits of the judicial power, these critics' idea of the judicial function, particularly the power of judicial review. In so doing, the note first discusses the origin of their idea, then proceeds to describe its

* LL. M. 1980, University of Hokkaido

characteristics, and concludes by indicating that their somewhat traditional notions appear forced when applied to the present age.

The critics' jurisprudential idea (which is referred to as Process Jurisprudence in this note) focuses its attention on the smooth functioning of the legal process to effectuate the general implementation of social values. For that purpose, they attempt to match governmental institutions to the areas they are best prepared to supervise and the problems they are most suited to resolve. Such limitations included a requirement that the Court settle only such disputes as are susceptible to solution by reasoning from generally applicable principles. Their theory of the judicial process was founded on a rejection of both the so-called Mechanical Jurisprudence, with the legal ideal of a fully defined system of rules and the notion that rule application was the proper conceptualization of the judicial function, and some extreme tenets of legal realism such as denial of usefulness of logic and rules. Nevertheless, their view of the judicial function is basically traditional, and the proper limitation of judicial action is thought to be inherent in, and derivable from, the traditional conception of adjudication. Consequently, their judicial theory, in its original form, can hardly be said to be fit the present day when purpose of litigation is significantly shifting, at least on federal level, from private dispute settlement to the challenge of policies embodied in statutes and the Constitution.