

アメリカの法運用にみる道具主義の陥穽 Some Thoughts on the Instrumental Administration of Law in the United States

椎名 智彦

目次

- I 序
- II 道具主義の位相
- III アメリカの法運用にみる道具主義の例
- IV 道具主義の機能分析：法の規範的拘束の相対化
- V 考察：法と政治の臨界
- VI 結びにかえて

I 序

本稿は、法道具主義 (legal instrumentalism: 法の手段視の発想。以下、本稿では、単に道具主義という場合にも同じものを指す) の研究上の位相を明らかにしつつ、この発想が現実の法の解釈・運用において営むことが想定される、法の規範的拘束力の緩和機能・相対化機能について分析し、その理論的含意を考察するものである。

日本人法学者がアメリカの法制度やその運用を評価する場合、その顕著な特徴として、彼地の法が有する「合目的性」や「柔軟性」、「実用性」などを指摘することが少なくない⁽¹⁾。そして、これらの特徴は、規範や制度そのものが生み出すものというよりは、むしろ、それらを動かすアメリカの法律家や、ひいてはアメリカの国民一般が有する、法についての基本的な思考方法の所産であると考えられてきた⁽²⁾。人々の間に普及したこのような基本的態度は、その法域における「法観念」あるいは「法意識」等とも呼ばれてきたし、最近では、「法文化」と呼ばれるものとも、その核心を共有している。

日本人法学者が、異法域の1つであるアメリカ法について、日本とは異なる何らかの特徴に気づくとき、そこでは、上のような意味

におけるアメリカ法独特の何らかの法文化が、一定の作用を及ぼしていると考えられる。しかし、わが国におけるこれまでの研究の蓄積を振り返るとき、個別的な実定法の理論や制度自体については、既に膨大な数の研究が公表されているが、いわばそれらの奥に潜む、あるいはそれらの背景をなしている、異法域としてのアメリカにみられる法についての一般的な思考方法や、基本的態度そのものについては、それらの研究はほとんど手付かずのまま放置されてきた感が否めない。本稿は、このような空白を埋めるための試みの1つであり、アメリカにおける法についての基本的な思考方法をなすものとして道具主義を措定し、同時に、その特徴的性格をも部分的に剔出しようとする試みでもある。このような視点に立った研究は、わが国では依然としてほとんど着手されておらず、アメリカ本国においても、後にやや詳しく紹介するように、いわばメジャーな論点になっているとは言いがたいというのが現状である。その意味では、このようなテーマに関する研究は、日米のいずれにおいても、いわば「緒に付いたばかり」であるという段階を脱していない。

しかし、一定の対象を過不足なく認識するためには、表層的現象のみに目を奪われることなく、その背景にある基盤までを視野に取

り込まなければならない⁽³⁾。法の制度や規範についての過不足のない理解を得るためには、それを創造し、活用し、動かしているところの人々の発想や、その特徴的な傾向をも視野に収めなければならないはずである。その意味で、この種の研究は、実定法的アプローチに半ば支配されてきた従来のアメリカ法研究に対して、それを補完するための1つの視角を補うものといえる。

本稿は、このような問題意識に立ちつつ、アメリカの法運用を具体例として用いながら、道具主義の発想が果たすと想定される機能に焦点を当てて、これを明らかにするとともに、このような着眼方法がもつ比較法研究上の意義を指摘しようとするものである。

II 道具主義の位相

まず、そもそも、道具主義とは何か。一言でいえば、それは、法の本質を、目的を達成するための道具 (tool, instrument) であると考え、思考の態度を意味する。特定の法域内、あるいは国家秩序の下で、統治上の諸目的を達成するために定立・執行される規範が法であるとすれば、法の本質を目的達成のための手段であると観念することには、特段不自然なところはなく、このこと自体は、何らの独自の関心を刺激するような性質のものではないように思える。

しかし、もう少し具体的な文脈においてこのことに着目する場合、法的手段視の発想をめぐっては、いくつかの注目に値する研究が、これまで発表されてきた。

この問題に関する研究の嚆矢と目されるのは、1982年、コーネル大学ロー・スクール教授であるロバート・S・サマーズ (ROBERT S. SUMMERS) によって公にされた『道具主義とアメリカの法理論』 (INSTRUMENTALISM AND AMERICAN LEGAL THEORY)⁽⁴⁾ である。サマーズは、道具主義を、法理論 (legal theory; jurisprudence—伝統的に、法哲学ないし法思

想と呼び習わされてきた領域) のレヴェルの問題であると位置付けた。サマーズは、道具主義を、自然法思想 (natural law thought)、法実証主義 (legal positivism)、歴史法学 (historical jurisprudence) という、西欧法思想の支柱をなす学派に比肩すべき第4の立場と位置付けた上で⁽⁵⁾、これを、20世紀初頭以降のアメリカ法の規定的特徴をなす立場であると性格付けた⁽⁶⁾。

サマーズによれば、アメリカの道具主義 (彼自身は、この立場を実用主義的道具主義 (pragmatic instrumentalism)⁽⁷⁾ と呼んでいる) は、19世紀後半の科学革命・技術革新・啓蒙主義思想や、イギリス流の法実証主義、世紀転換期におけるプラグマティズム哲学等が法思想に影響を与えたものであり⁽⁸⁾、その中心的教説は、法を社会改革の手段とみる発想や、法解釈における利益衡量の重視、法の社会的効果への着目等にあるという⁽⁹⁾。そして、これらの基本的視座は、連邦最高裁判所の陪席裁判官であったオリヴァー・ウェンデル・ホウムズ (Oliver Wendell Holmes, Jr.) を源流としつつ、ロスコー・パウンド (Roscoe Pound) らの社会学的法学 (sociological jurisprudence) や、カール・ルウェリン (Karl Llewellyn) らのリーガル・リアリズム (legal realism) の学説に典型的に示されるとしている⁽¹⁰⁾。

サマーズによれば、道具主義の立場は、20世紀中葉以降のアメリカ法を席卷し、1930年代後半における違憲審査基準の大転換 (いわゆる「二重の基準」の採用)⁽¹¹⁾、*Brown I* 判決⁽¹²⁾ において典型的に示された、社会科学的データの証拠価値を重視する態度、ロー・スクールにおける学際的研究の発達等は、遍く、道具主義の影響を受けたものであるという⁽¹³⁾。

サマーズの上著は、当時のアメリカの法学界において、ある程度の反応を受けはしたものの⁽¹⁴⁾、この問題に関する実質的な議論を

喚起するには至らず、以降、道具主義をめぐる研究は、率直にいつて停滞した時期が続く。1990年代には、わずかに数点の論文が目にとまるばかりであったが、それらでさえ、道具主義の本質の解明作業を前進させるというよりは、むしろ、特定の法分野においてこの発想がどのようなかたちで具体的に展開してきたのかという点を、例証的に示すものにすぎなかった⁽¹⁵⁾。

このような停滞した状況を打破したのが、新進の法理学者・法社会学者であるブライアン・Z・タマナハ (BRIAN Z. TAMANAHA) による2006年の著作『目的のための手段としての法：法の支配への脅威』(LAW AS A MEANS TO AN END: THREAT TO THE RULE OF LAW)⁽¹⁶⁾であった。当時、ニュー・ヨーク市所在のセント・ジョンズ大学ロー・スクールで教鞭をとっていたタマナハは、アメリカ国内外での豊富な実務・研究経験を糧としつつ、アメリカの法文化 (legal culture) としての道具主義を描き出そうと試みる⁽¹⁷⁾。

タマナハによれば、アメリカの法文化は、法の支配と道具主義という2本の柱によって支えられているという。両者は、原理的に矛盾・衝突する性格をもつが、両者が共存 (ないし並存) してきたのが現代のアメリカの法文化であったという⁽¹⁸⁾。しかし、両者のバランスは、この半世紀程度の間大きく崩れつつある。すなわち、法が目的達成のための単なる手段であるとの観念が広く普及した結果、アメリカ人は、「守るもの (遵守するもの)」としてではなく、「使うもの」として法の本質を認識するに至り、法を遵守しなくなりつつある。法が道具であると観念される結果、法が社会全体に対して及ぼす規範的な拘束力が著しく減少し、法の支配の基礎そのものが脅かされつつあるという⁽¹⁹⁾。タマナハは、このような状態を、「[法の用いた] 目的の達成が、法遵守を併呑する」 (“[A] chieving ends swallows up being rule-bound.”)⁽²⁰⁾ と

表現している。

タマナハの立論の基礎もまた、サマーズのそれと基本的部分において重なり合っているが、サマーズが、主として法思想・法理論という角度からこの問題にアプロウチしたのに対して、タマナハはむしろ、現実における人々の行動のレベルにおいて道具主義の具体的展開を例証しているという点において、主として法社会学的な角度から、現象としての道具主義を分析し、その上で、上記のような規範的インプリケーションを導き出しているといえる。

タマナハの研究の特徴は、それが、サマーズの研究に比して、はるかに多くの具体例を挙げて、現代アメリカ法における道具主義の支配的影響力を説明している点にあるといつてよい。タマナハもまた、道具主義の思想的淵源については、19世紀末から世紀転換期へかけての科学革命や社会変動、プラグマティズム哲学等にこれを求めつつ、法学のレベルにおいてそれを展開した主役として、パウンドやリーガル・リアリストたちを挙げている⁽²¹⁾。

続いて、彼は、社会的手段としての法という性格が顕著に看取される例として、①いわゆるウォーレン・コートにおける、憲法判決を通じた社会改革⁽²²⁾、②バーガー・コートおよびレンクィスト・コートにおける保守的司法積極主義⁽²³⁾、③公共訴訟 (public law litigation)、制度改革訴訟 (structural reform litigation)、また最近では理念追求型訴訟 (cause litigation) とも呼ばれる、いわゆる政策形成訴訟の流行⁽²⁴⁾、④リーガル・リアリズム以降のアメリカ法理学における、学派を横断する中心的モチーフとしての「法的手段視」の展開—法と経済学 (law and economics; economic analysis of law) における「富 (wealth)・効率性 (efficiency) の達成手段」としての法の性格付けや、広義の批判法学 (critical legal studies) における「平等主義的

(egalitarian) 社会の構築手段」としての法の性格付け等⁽²⁵⁾、⑤裁判官選任過程の政治手段化⁽²⁶⁾等を挙げ、それぞれのケースにおいて、法的手段視の発想が如何なるかたちで結実するに至っているかという点を、かなり詳細に説明している。これらの具体例を引用した上で、タマナハは、上に紹介した「法が目的達成の手段だと考えられるようになると、法が守られなくなる」という興味深い洞察を導き出している。そして、目下のところ、タマナハの著作に続く、道具主義についての本格的研究を筆者は確認するには至っていない。

サマーズは主として法思想的角度から、そしてタマナハは、主として法社会学的角度から、この問題に対してアプローチしているが、両者の研究がその本質的部分において連続的なものであることは、明らかである。このような入り口における視点の違いにもかかわらず、両者の研究は、道具主義がもつもう1つの別の性格を指摘している点でも共通している。それは、法域の如何を問わず、法が手段的側面を不可避的にもつことを前提的に理解しつつも、法的手段的側面の強調が、他ならぬアメリカという法域において、特に顕著であるという点である。サマーズはこのことを、道具主義が「アメリカ固有の唯一の法理論」(“America's only indigenous legal theory”)⁽²⁷⁾であるという言い方で表現しているし、他方、タマナハは、世界の諸法域の中で、法的手段化が最も進行している法域がアメリカであり、それは「あたかもわれわれが呼吸する空気のように、アメリカでは当然のことと考えられて」⁽²⁸⁾おり、「『それがどうかしたのか?』と口走ってしまいそうなものだ」⁽²⁹⁾と表現している。

両者の所説を前提とする限り、道具主義は、アメリカ「固有」あるいは「独自」のものであるとまでは断言できないものの、少なくとも、他の法域との比較において、アメリ

カ法を際立たせている特徴—タマナハの言葉を借りれば「法文化」—であると考えてよさそうである。この点に着目すれば、道具主義の問題は、法思想・法理論、そして法社会学に加えて、比較法学(特に比較法文化論)のテーマとしての側面をも有していると考えられる。これらのことから、法学研究における道具主義の位相は、多面的なものであるといえよう。この多面的性格は、意外にも、これまで正面からは指摘されて来なかった点の1つであり、この認識を出発点として据えることによって、道具主義の理論上の意義を、これまで以上に立体的に解明することが可能になると考えられる。

以下、続く2つの章では、道具主義がもつ多様な側面のうち、主としてタマナハの学説に拠りつつ、法の道具視の発想が法の解釈・運用のレベルで営むと想定される機能について分析してみたい。

Ⅲ アメリカの法運用にみる道具主義の例

本章および次章での考察において明らかにしようとするものを、予め明確化するとすれば、それは、「法律家が法を手段視し、そのような発想が浸透していくと、彼らのその後の法的思考や、具体的な司法行動のレベルでは、どのような変化が現れるのか」という点である。

この点について考察する際にも、前章において紹介したサマーズおよびタマナハの研究は、有益な示唆を与える。ここでは、道具主義の具体化として両者が共通に指摘している公共訴訟、および、タマナハが強調している、道具主義の影響の下で「裁判官が判決において考慮する要因」を素材として、法的手段視の発想が果たす現実的機能を分析してみたい。

1. 公共訴訟

既にわが国でも知られているように、公共

訴訟 (public law litigation) という概念は、1976年、ハーヴァード・ロー・スクールで憲法や国際法を講じていたエイブラム・シェイズ (Abram Chayes) が、その論文「公共訴訟における裁判官の役割」⁽³⁰⁾において提唱したものであり、その内実は、わが国で一般的に政策形成訴訟といわれるタイプの訴訟と重なり合うところが少なくない⁽³¹⁾。タマナハによれば、「裁判所の判決を通じて社会を変革しようとする試みは、法道具主義の最も大胆な形式の1つ」であるとされる⁽³²⁾。

公共訴訟は、前出の *Brown* 判決、特に *Brown II* 判決⁽³³⁾を嚆矢とするものであるとされており、英米の裁判官が伝統的に有する固有の救済策定権限 (いわゆるエクイティ上の救済権限) の発動を通じて、人権侵害を発生させている一定の「制度」そのものを中・長期的に改革するものであり、特定の個別的な権利侵害に対して一回的な救済を与えるという、伝統的な訴訟とは、構造そのものの点で顕著な対比をみせる⁽³⁴⁾。シェイズが前出の画期的な論文を公にした頃、このタイプの訴訟は、公立学校における人種差別の解消⁽³⁵⁾、精神病院や刑務所における慢性的な人権侵害の救済⁽³⁶⁾、警察による組織的な違法捜査の是正⁽³⁷⁾等、様々な問題の解決のために用いられていた。

Brown II 判決を源流とするというところから推知されるように、公共訴訟は、特定の社会的カテゴリーに属する社会的弱者を、制度改革を通じて集合的に保護するという性格をもっていた。*Brown* 判決や *Swann* 判決⁽³⁸⁾についていえば、それは黒人の児童・生徒であり、刑務所改革訴訟についていえば、それは服役囚であった。また、警察改革訴訟でも、そこで司法救済の対象となった地域住民の多くは、実際には人種的マイノリティによって占められるという場合が少なくなかった。司法審査についての「二重の基準」を宣明した「脚注4」(“ootnote 4”)⁽³⁹⁾に因んでい

ば、彼らは、「民主制の過程を通じては救済することが困難な、孤立した少数者 (discrete and insular minorities)」⁽⁴⁰⁾であった。

特定のカテゴリーに属する人々を、その属性に着目してグループとして保護するというアプローチは、権利侵害を現実には被った個人に対して、侵害の程度に見合った救済を一回的に与えるという、裁判の伝統的な枠組みからは、少なくとも原理的には大きく逸脱するものであり、事件の結論そのものや、その政治的評価についてはともかく、法解釈のレベルでは、それは厳しく批判された。ハーバート・ウェクスラー (Herbert Wechsler) やロン・フルー (Lon Fuller) から、*Brown* 判決やそれ以降の様々な公共訴訟に対して浴びせられた批判は⁽⁴¹⁾、上のようなコンテキストの中から噴出したものであるとあってよい。

公共訴訟の批判者が特に強く非難した点は、この種の訴訟においては、公立学校や刑務所、警察組織といった一定のシステムの改革に対して、特定の裁判官が中・長期的にコミットしつつ (公共訴訟においては、改革目的が実際に達成されるまで、裁判所は管轄権を維持し続けることが通例である)、問題のあるシステムによって権利侵害を被っているグループの人々を集合的・継続的に保護していくことから、そこで発動・行使されている裁判官の権限は、伝統的な意味において司法的であるというよりも、むしろ、立法的・行政的なものになってしまっているという点であった⁽⁴²⁾。

このような批判に対して、シェイズは、公共訴訟の価値を認め、それを擁護する立場から以下のように応じたのであった。そして、この種の訴訟はその後、環境訴訟などの新しいタイプの裁判と融合しながら、アメリカにおいて着実な発展を続けることになる。

「裁判所が果たす積極的な役割の正当性の究極的根拠は、[裁判所が] 多様な政策に

関する意見交換に継続的に関与することで、人々の間に長期的な同意を発生させる力にある。…公共訴訟における裁判所の積極主義的な活動は、社会正義に対する深遠かつ長期的な要求に応え、そのような要求を活性化させることによるのみ、その正当性を実現することが可能である。…アメリカの法伝統においては、裁判所の行動の正当性は、実体的な結果の意義や重要性によって判定されてきた。もしそうでなかったとすれば、*Marbury v. Madison* 判決が「裁判所が下した政治上の英断」(creative judicial statesmanship) と賞賛されることもなかったであろうし、*Lochner v. New York* 判決が権限の濫用と批判されることもなかったであろう。」⁽⁴³⁾

2. 判決において裁判官が考慮する要因

判決に際して、裁判官が考慮に入れる要因や、それらの要因を評価したり、結論を導いたりする際の筋道や枠組みは、いうまでもなく多様である。そのような多様性の中から、ここで検討する論点を予め示せば、それは、「裁判官は、判決に際して、適用される法規範以外の要因を、どの程度、あるいはどのように判断に取り込む(べき)か」という問題であるということになる。ジェローム・フランク(Jerome Frank)によって提示されたいわゆる、“gastronomic jurisprudence”いう、明らかに誇張された指摘を想起するまでもなく、今日、裁判官が判決をするにあたって、適用される法規範以外の要因を一切思考から排除し、純粋にその法規範の適用のみによって事件の結論を導くという、「神話」や「昔話」の類いに属するストーリーを真に受ける者は、存在しないであろう。19世紀の第4四半世紀以降の、いわゆる「法の社会化」以降の時代においては、法は社会に存在する無数の諸要因の網の目の中に組み込まれたものであり、そのような諸要因が及ぼす有

形無形の影響から決して自由ではないという認識は、最早自明といってよい状況に達している。

判決において裁判官が考慮する要因と道具主義との関係については、タマナハが上著においてやや詳しく論じており、ここでも、彼が提示した枠組みにそって考察を進めたい。

裁判官が、判決にあたって、適用される法規範以外の要因をどの程度、あるいはどのように考慮に入れる(べき)かという問題について、タマナハは、①法規範を忠実に適用しようとする思考方法(rule-bound; 以下、「法遵守モデル」と呼ぶ)と、②法規範は考慮されるべき複数の要因のうちの1つにすぎず、優先順位においては、判決を通じて達成されるべき目的に劣位すると考える思考方法(instrumental; 以下、「道具主義モデル」と呼ぶ)とを、対比的に用いながら説明を試みている⁽⁴⁴⁾。法規範以外の要因(以下、「法外的要因」(extra-legal factor)と呼ぶ)を判断の中にどの程度取り込む(べき)かという問題との関係でいえば、前者、すなわち法遵守モデルは、それらの要因を極力排除しようとするのに対し、後者、すなわち道具主義モデルは、法外的要因の取り込みに限界を設けることはない。道具主義モデルにおいては、裁判官が重要視するのはあくまでも、判決を通じて達成しようとする目的の実現なのであって、適用されるべき法が忠実に適用されるか否かという点は、第2次的な意義をもつにすぎない⁽⁴⁵⁾。ここで法外的要因というのは、判決に際して裁判官が考慮する要因の中で、適用されるべき法規範以外の全ての要因を意味しており、例えば、裁判官個人の政治的・経済的・社会的見解(一般的なものであると、個別的論点についてのものであるとを問わず)、世界観、宗教観、人生観、価値観、選好など、意識的なものであると無意識的なものであるとを問わず、あらゆる要因を含む⁽⁴⁶⁾。

2つのモデルについて、もう少し詳しく補足するとすれば、次のようになるであろう。まず、法遵守モデルについては、法の解釈・適用に関する伝統的な考え方と、そう大きく異なるところはないので、それ程多くの説明を要しないであろう。このモデルの下では、裁判官は、当該事件の事実関係を前提として、適用されるべき法令の条文、それを解釈して導かれた法理、あるいは、英米法系のように判例法主義を明示的に採用している法域であれば、事実関係を同じくする先例において示されたレイシオ・デシデンダイ (ratio decidendi ; 判決理由) 等を、当該事件の事実に対して適用し、三段論法によって判決の結論を導く。

他方、道具主義モデルの下においては、裁判官は、判決の推論方法における正当性 (外部的影響に左右されることなく、法の命ずるところに従って虚心に解釈・適用のみを行う—J・P・ドースン (J. P. Dawson) 流に表現すれば、“racle of law”)⁽⁴⁷⁾ではなく、判決の社会的効果という点に着目して、自らの法的考察の出発点・立脚点を決定する。望ましい社会的効果を発生させることが、判決を通じて裁判官が達成しようとする目的であるということは⁽⁴⁸⁾、いうまでもない。そして、望ましい社会的効果を発生させるという目的は、換言すれば、それは端的に政策目的であり、そこには、国政の方向性に影響を与えるようなマクロ的性質をもつ憲法的政策 (constitutional policy) から、製造物事件や消費者事件のような、比較的日常的なマイクロ・レベルにおける事件処理に関する政策まで、多様なものが含まれることになる。これらのような政策決定的判断を行う場合には、非常に多様な要因が考慮されなければならない、事件の事実関係や適用される法規範は、それぞれ、あくまでもそこで考慮される要因の1つにすぎなくなる。その他に裁判官は、その判決が及ぼすべき政治的・経済的・社会

的な影響や、事件の個別的結論の妥当性など、マクロ的なものであるとミクロ的なものであるとを問わず、多数の要因をタブーなく判断に取り込むことになる。

法規範以外の法外的要因が、判決に際して、裁判官の思考方法の中に取り込まれ、重要な影響力を持ったと考えられる例として、ここでは、タマナハが道具主義的思考方法の典型例としている、ウォーレン・コートの憲法判決における、法規範と法外的要因とのユニークなインタラクションを取り上げる。判決における裁判官の法的考察に対して、法規範以外の要因が、強く影響した典型例の1つは、前出の *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*⁽⁴⁹⁾ である。この判決については、その意義や位置付け等について、既にわが国でもよく知られている。本判決は、アメリカ各地 (特に南部) の公立学校における人種別学制度を、合衆国憲法の平等保護条項に違反するものとして、連邦最高裁判所が歴史上これを初めて違憲と判断したものである⁽⁵⁰⁾。

本判決に対する専門家からの評価は、判決直後から今日に至るまで、一貫して真っ二つに割れ続けている。リベラル派・左派の法律家は、平等保護条項に籠められた、万民の平等という自然法的理想を現実社会に顕現したものとして、その結論に着目しつつ、本判決を熱烈に支持してきた⁽⁵¹⁾。他方、保守派・右派の法律家は、この判決がアメリカ社会の中でもつ歴史的意義を一定の限度で承認しつつも、当時の連邦最高裁判所が、黒人という人種的属性に着目し、特定のグループに属する人々をいわば狙い撃ち的に保護したことについては、これを強く批判している⁽⁵²⁾。同様の条件下にある全ての人々に対して、一般的・抽象的に適用されるのが法であり、それを可能にするような解釈こそ、真の法的推論の名に値するものであるが、本判決にはそのような法的推論が含まれておらず、法の判決としては不十分である、というのが、その批

判の眼目である⁽⁵³⁾。賛否それぞれの立場には、着眼点においてシンプルなズレが存在していることが判る。

では、*Brown* 判決を、その形成に寄与した法規範と法外的要因という側面から分析すると、どのようになるであろうか。まず、*Brown* 判決は、そこに適用されるべき法規範を、事件の事実に対して客観的方法で適用し、その結論を導いたものであろうか。ウォーレン首席裁判官によって執筆された法廷意見は、本件の事実に対して適用される法（applicable law）として、合衆国憲法第14修正の平等保護条項を採用している⁽⁵⁴⁾。しかし、平等保護条項が、本件に適用されるべき唯一の法規範であったかといえ、この点については、理論上異なる立場も存在している。

他の多くの憲法の条文と同じように、平等保護条項の文言は、抽象的・一般的であり、個別的事件に対して適用されるには具体性に乏しい⁽⁵⁵⁾。むしろ、同条項を現実的なコンテキストの中で解釈・適用してきた判例法理こそ、個別的事件に対して適用される法規範としては、第1次的な順位を与えられるのが自然である、と考える立場が、それである。

適用すべき法規範の選択という論点についてみる場合、一般論からいえば、後者の立場に分があるように思われるが、如何であろうか。裁判においては、憲法のテキストそのものに訴えることは、一先ずは回避されるべきで、それを解釈した上で導き出された判例法理や、その他の下位の法規範の適用可能性を探り、それらの範囲で当該事件を処理することが可能であると考えられる場合には、憲法のテキストそのものは持ち出さない方が賢明であるという考え方は、現代では定着したもののよう思われる。

しかし、法の解釈・適用に関するこのような通則的立場を採用する場合、*Brown* 判決においては、別の問題が発生してしまうのであった。この事件が連邦最高裁判所に係属し

た当時、本件に適用されると考えられる、平等保護条項をめぐる判例法理は、1896年の *Plessy v. Ferguson* 判決⁽⁵⁶⁾において宣明された、いわゆる「分離すれども平等」（separate but equal）の法理なのであった。もちろん、当時のNAACP（National Association for the Advancement of Colored People；全米有色人種地位向上協会）の法務チーフを務めていたサーグッド・マーシャル（Thurgood Marshall）らの努力により、黒人の教育機会をめぐる1950年の2つの連邦最高裁判決によって⁽⁵⁷⁾、この法理の影響力は、それら以前における程には支配的・絶対的なものではなくなっていた⁽⁵⁸⁾。しかし、冷静にみる限り、*Brown* 事件に対して適用される見込みが濃厚な、いわゆる *dispositive law* としての法規範は、依然として「分離すれども平等」の法理であった。一般的な方法論に則って、この法理の適用を選択した場合、*Brown* 判決では、人種別学制度の維持・存続が、結論として判示されることになるのであった⁽⁵⁹⁾。法の解釈・適用というレヴェルでみる限り、上のような規範選択の方がより自然であるとみる立場は、例えば、リチャード・A・ポズナー（RICHARD A. POSNER）が採るところである⁽⁶⁰⁾。

しかし、上に示したとおり、*Brown* 判決では、このような行き方が採られなかった。法の解釈・適用に関する通則的な立場は採用せず、法廷意見は、第14修正の平等保護条項を適用したのであった。もちろん、「これとても、適用されるべき法の適用ではないか」といわれれば、形式的な理屈のレヴェルでは、それはその通りであるかも知れない。しかし、憲法の条文の直接的な適用が、より個別的で具体的な下位の法令の条文や、詳しく説明の付された判例法理の適用と、意味・意義の上で同視しうるものではないこともまた、いうまでもない。そこには、下位の法令の適用や、先例の踏襲によっては達成されえない、裁判所のねらいが在るとみるべきであ

る。このように見てくると、*Brown* 判決を法遵守モデルで説明することが、著しく困難であることが判る。この判決は、適用されるべき法規範を、事件の事実に対して通則的方法で適用し、結論を導いたものではないのである。

むしろ、この判決の結論は、これを通じて連邦最高裁判所が達成しようとして目論んだ、いくつかの政策目的に着目することによってこそ、正しく理解することが可能となる。「*Brown* 判決の究極的な正当化根拠は、テクニカルな法的資料の中にはなく、政治的・倫理的な希求の中にこそ見出されなければならない」⁽⁶¹⁾。そして、この判決を通じて、連邦最高裁判所が達成しようとしていたと考えられる目的として、例えばポズナーは、①黒人の地位の向上、②人種の平等の原則の受容（ここには、宗教的・民族的平等が黙示されてもいる。これは、第2次世界大戦における戦争遂行の目的である諸理想の正当性を証明するためのものでもあった）、③人種をめぐる不正義に対する大衆意識の喚起、④人種間の調和を通じた社会的平和の促進、⑤アメリカの外交政策上の恥部であった悪習の撲滅、⑥南部が有していた社会的・政治的自律性の減殺（これには、南北戦争の完遂という意味もある）、⑦経済的自由の擁護者という汚名に替わる、連邦最高裁判所の新しい制度的役割の発見、⑧平等保護条項の保障内容の刷新などを挙げている⁽⁶²⁾。

また、ここでは、②や⑤に示唆されているように、アメリカ国内の人権侵害の救済やその他の社会的諸課題の処理にとどまらず、外交や国際関係上の事柄にまで、当時の連邦最高裁判所の関心が及んでいると考えられる点が、注目されてよいように思われる。*Brown* 判決において、ウォーレン・コートが人種別学の撤廃に踏み込んだ背景として、冷戦下で当時のアメリカが置かれていた外交・国際関係上のポジションの決定的な重要性を

強調しているのは、現在、サザン・キャリフォルニア大学ロー・スクールで教鞭を執っているメアリ・L・ダッツィアック (Mary L. Dudziak) である。

ダッツィアックによれば、*Brown* 判決における人種別学の撤廃は、第2次世界大戦直後の国際関係における、トルーマン政権の外交政策と強く結び付いていたとされる⁽⁶³⁾。すなわち、当時のアメリカは、①ナチス＝ドイツによるユダヤ人差別を、不当な人種的・民族的迫害であるとして非難し、第2次世界大戦を戦ったにもかかわらず、アメリカ国内にも、それと同様の性格をもつ黒人差別が残存しており、このことが、冷戦下での国際関係におけるアメリカの求心力を低下させかねないものであったこと⁽⁶⁴⁾、②このことと関連して、当時アメリカは、アジア・アフリカ・中南米の諸国を西側自由主義・資本主義陣営に組み入れるべく、ソヴィエトを中心とする東側社会主義・共産主義陣営との間でイデオロギー的政治競争を繰り返していたが、西側の政治経済体制こそ新興国の人々に幸福をもたらすものであるというアメリカの宣伝は、国内に残存する有色人種差別によってその信用性を大きく減じられ、このことが、東西の政治的競争において、アメリカにとって不利に働くものであったことなど⁽⁶⁵⁾、国内的な差別問題が、国際的なコンテキストにおいて大きな足枷となっており、内と外の両面から、黒人差別問題の解決は、焦眉の急務となっていた。

Brown 判決が下された1954年の時点では、政権は既に、アイゼンハウアー (D. Eisenhower) の元に移譲されていたが、上のような考慮から、国内における人種統合を実現するという方向性の下で、アミカス・ブリーフ等を通じて連邦最高裁判所に対して強く働きかけ続けたのは、トルーマン政権下での連邦司法省であったといわれる⁽⁶⁶⁾。

急逝したヴィンソン (F. Vinson) の後任と

して、アール・ウォーレンが首席裁判官として着任したのは、*Brown* 事件が連邦最高裁判所に係属した後のことであったが、かつて共和党の副大統領候補でもあった彼は⁽⁶⁷⁾、法律家としての人権感覚だけでなく、政治家としての国際感覚にも優れていた。そのような背景をもつウォーレンが、時代のコンテキストに対して敏感に反応しつつ、*lawyer-statesman* としての手腕を遺憾なく発揮し、国の内と外の問題を一挙に手際よく解決しようとしたのが *Brown* 判決であったと考えても、なんら不自然なところはない。このような法外的文脈 (extra-legal context) を度外視したまま、*Brown* 判決について語ることは、全くの的外れである、というのが、ダズジアックの立場である⁽⁶⁸⁾。

このような指摘が、やや思い切った見方であると感じられることは別論、見落とされるべきでないのは、*Brown* 判決が、やはり多様な政策目的を背負って形成されたものであるという点である。ダズジアックのような指摘も、重要な判断の形成過程において、連邦最高裁判所の裁判官が、当事者からの提出証拠やアマカス・ブリーフを通じて、考慮に取り込む可能性のあるファクターの幅の広さを示すものといえる。

このように見てくると、*Brown* 判決が、法規範の三段論法的な機械的適用によって導き出されたものでなく、ある意味で非常に政治的なものであるともいえる様々な目的を反映して、あるいはそれらの達成を意図して形成されたものであるということが判る。タマナハが提示したモデルに準拠すれば、本判決は、法遵守モデルによってではなく、道具主義モデルによってこそ、より適切に説明されるといえよう。

IV 道具主義の機能分析：法の規範的拘束の相対化

以上では、道具主義的思考の典型的な具体

化であるとされる、公共訴訟、およびウォーレン・コートの憲法判決のうち、その最も著名なもの1つである *Brown* 判決を取り上げて、この発想の傾向・特徴を導き出すための準備作業を行った。問題は、この2つの例から、どのようなことが言えるのか、ということである。

思うに、両者について、原理的な観点から指摘されなければならない点は、その逸脱性にある。すなわち、この両者の例は、われわれのほとんどが既に自明視・前提視しているところの、伝統的な近代法的法原理・法理論からは、その必然性や正当性、あるいは整合性といったものについて、説明することが著しく困難であるか、それが不可能である部分をもっていると考えられるのである。

例えば、公共訴訟についてこれをみれば、①権利の実効的な救済が図られるまでの期間、裁判所が事件についての管轄権を中・長期的に維持し続ける点や⁽⁶⁹⁾、②判決によって救済を受ける当事者の範囲が、その判決の内容が一定の制度そのものの改革であることに起因して、その訴訟に現実に参加している当事者だけでなく、それを超えて、彼らと同様の権利侵害状況を将来経験することが予測される将来の潜在的当事者にまで及んでいる点⁽⁷⁰⁾などは、裁判 (adjudication) に関する伝統的な近代法的法原理・法理論のうち、如何なる考え方に基づけば、それらの必然性や正当性を整合的に説明することが可能となるのであろうか⁽⁷¹⁾。

また、*Brown* 判決についても、これを懸念といっちは言い過ぎであるかも知れないが、少なくとも、同じような疑問が提起されざるを得ない。ある判決の形成過程において、当該事件における当事者間の権利義務関係の確定を超えて、国内に存在する大きな社会的課題の解決や、あまつさえ外交上の課題の解決までもが、そこでの「目的」として裁判官の考慮に取り込まれるとすれば、そのような政

策目的の斟酌は、伝統的な法原理のうち、いかなる考え方に基づけば、それを整合的に説明することが可能になるのであろうか。

率直に言えば、公共訴訟や*Brown* 判決に共通にみられる思考方法とは、近代法的な権力分立の原理に対するシンプルな挑戦ではないだろうか⁽⁷²⁾。事実、公共訴訟における裁判官の役割の性格は、伝統的な意味において司法的なものではなく、むしろ立法的・行政的なものであるといわれ続けてきた訳であるし⁽⁷³⁾、*Brown* 判決に至っては、それは、裁判所がある程度の頻度でほとんど不可避免的に行わざるを得ない、いわゆる政策的判断というよりも、むしろ、紛れもない政治的判断ではないのか⁽⁷⁴⁾。

公共訴訟や*Brown* 判決がもつ、これらの性格は、伝統的な近代法的法原理・法理論によっては、その論理的必然性や正当性を整合的に説明することは、おそらく不可能である。逆説的な言い方ではあるが、両者の本質を「逸脱」と認識することこそが、われわれの法的思考にとって自明の前提となっている近代法的法理論にとっては、最も「整合的な」説明なのではないか。

では、公共訴訟や*Brown* 判決が、原理的に有しているこのような逸脱性は、如何なる考え方・根拠によって正当化されることになるのであろうか。やはり、公共訴訟においては、権利侵害の実効的救済という目的を達成するために、裁判官が立法者的・行政官的役割を果たすことが不可避免的に必要であった、であるとか、*Brown* 判決においてもまた、1950年代前半のアメリカという特定の歴史的・地政学的コンテクストにおいて、最早偽ることのできない政治的判断を、連邦最高裁判所が示すことが不可避免的に必要であった、といった、「必要性が手段を正当化する」型のプラグマティズムが、顔を出さざるを得ないのであろうか⁽⁷⁵⁾。

そして、さらに突きつめて考えれば、この

ような洞察こそ、法的手段視の発想の本質の1つでもあり、論理必然的な帰結なのではないだろうか。サマーズも示唆しているように、法が目的達成の手段だと考えられるようになる、その目的を達成する上で、改良すべき不具合を持つ法は、文字通り合目的的に作り変えられるようになり、その法の用い方、使用方法自体も、より合目的な方法へと修正されていくことになる⁽⁷⁶⁾。何かしらの事物を、手段・道具として性格付けるとき、このような合目的修正という作業そのものは、極めて自然かつ当然のものである。

しかし、問題は少し先にある。ここでの議論の対象となっている道具は、法という、人類社会において、代替不可能な独特の任務を司ってきた実在である。そして、その道具性を如何に強調しようとも、法には、道具性に完全に還元してしまふことのできない本質もまた、同時に存在する。それによる一定の行動に対して、それを無制限に促進するのではなく、その行動に対して一定の歯止めをかけるという、一種の規範的拘束性とでも呼ぶべき本質である⁽⁷⁷⁾。法というものがもつこのような二面性は、例えば、授権規範性と制限規範性という、憲法というものがもつ2つの規範性というロジックに端的に示されている。

そして、法が人間に対してもつこのような規範的拘束性は、永い伝統の積み重ねによって形成されてきた原理や手続が、その構造を安定的に堅持することによって保全され、その機能を担保されて来たということができよう。したがって、それらの原理や手続は、軽々に修正されてよいものではなく、むしろ、人間による特定の行動が、長い年月をかけてそれらの原理に化体されてきた、正義や公正、善といった諸価値に適しているか否かを判定するための基準として、安易な修正・改良を拒絶するところにこそ、その本質があるともいえよう。デュー・プロセス、権力分立、法

の支配といった諸原理は、かつては英米法系において、そして今日では、いわゆるリベラル・デモクラシーを奉じるほとんどの国家において、法の規範的拘束力を担保する原理としての役割を果たしているといえよう。

道具主義は、これらの諸原理の基礎にある考え方とは、正反対の方向性をもつ考え方である。それは、法の構造がもつ規範的拘束力を部分的に犠牲にしても、目的の達成を優先させようとする考え方である⁽⁷⁸⁾。手段性の強調とは、法がもつこのような規範的拘束力の相対視にほかならない。公共訴訟や*Brown*判決が、権力分立の原理に対する挑戦であるという言説は、実はこの点と深く関わっている。それらの法現象が、プラグマティズムの観点から結果論的に正当化されるか否かという論点を一時的に考察の外に置けば、これらの道具主義的法現象は、伝統的な法の公理が及ぼす規範的拘束を、裁判官が相対視する一方で、それらとは別の他の考慮を優先することを選んだといえる場合でもあり、司法権の行使のあり方としても、問題なしとしな⁽⁷⁹⁾い。

V 考察：法と政治の臨界

以上、本稿では、道具主義というテーマが学問上位置する位相を明らかにしつつ、その発想が営む法の規範的拘束力の相対化機能について考察してきた。以下では、これらとも密接に関わるもう1つの重要問題の存在を指摘して、本研究の主眼や展望を明確化する一助としたい。

その重要問題へと到達する入口にある論点は、「判決を評価する際の2つの基準」に関連している。それらは以下のようなものである。1つは、法（解釈）的正当性、あるいは方法的正当性とも呼びうるもので、一定内容の判決に到達する際、裁判官が、先例や法令を適切な方法において解釈・適用したか否かという角度から、その判決が正当なものであ

るか否かを評価するという基準である。そして、もう1つは、政治的妥当性あるいは結果的妥当性とでも呼びうるもので、ある判決内容が、実体的にみて、当事者やその他の人々を結果的に満足・納得させているか否かという角度から、その判決が妥当なものであるか否かを評価するという基準である。

これらの2つの基準を機械的に組み合わせれば、①法（解釈）的・方法的に正当で、政治的・結果的にも妥当な判決、②法（解釈）的・方法的には正当だが、政治的・結果的には問題のある判決、③法（解釈）的・方法的には問題があるが、政治的・結果的には妥当な判決、④法（解釈）的・方法的にも、政治的・結果的にも問題のある判決という、4つの類型が導かれる。

ここでは、あくまでも試論的な当て嵌めとならざるを得ないが、本稿での考察の論旨を推及する場合、公共訴訟における判決や*Brown*判決は、③の類型に分類されざるを得ないのではないか⁽⁸⁰⁾。これらの2つの例が持つ原理的な問題点については、前章に示したとおりであるが、これらに対する政治的・社会的評価については、ここであらためて確認する必要がある。

公共訴訟や*Brown*判決に対しては、前章に示したような理論的・方法的な角度からの根強い批判の存することは、紛れもない事実である。しかし、他方、*Brown*判決は、憲法的理想を最も直接的かつ力強く宣明したものとして、いまなお数多くの人々から支持されているし⁽⁸¹⁾、その影響力の強さや範囲、そしてその存在感たるや、これを看過しては、現代アメリカの法と社会については、事の正鵠を射た叙述は不可能になってしまう程である⁽⁸²⁾。そして、公共訴訟もまた、以前は予想も出来なかった程の幅広い分野において展開されるに至っており、それは、「現代のアメリカの法文化における、1つの主要な特徴」（“[A] major feature of modern U.S. legal

culture”)⁽⁸³⁾となった。これらから言えることは、両者は、今日のアメリカ社会において、着実に支持・受容されているということであろう。

そして、まさにここにこそ、究極的な問題が所在する。法の解釈上、あるいは方法論的に正当化することが困難な判決が、その結論がもつ政治的・社会的妥当性によって、プラグマティズム的角度から正当化され、その正当化が多くの人々によって受容・許容されてしまう場合、政治からは区別されなければならないものとしての法は、果たして本当に存在するのか、という問題が、それである⁽⁸⁴⁾。*Brown* 判決に対する支持や、公共訴訟の普及・定着は、法というものの自律的な存在意義を、政治というものが呑み込んでしまっていることを示しているのではないか。所詮、アメリカにおいては、法は政治の一断面・一部分にすぎないのだろうか。このことに対する否定的評価を突きつめれば、それは批判法学の立場となり⁽⁸⁵⁾、逆に、法と政治の臨界についてのこのような問題を直視し、これを肯定的に受容すれば、前章に引用したシェイズの立場につながることになろう⁽⁸⁶⁾。シェイズの立場は、法と政治の不可分一体の動的融合こそ、アメリカの法伝統の現実である、ということ、その含意において喝破しているものと思われる。

VI 結びにかえて

アメリカ法について考察する場合、その着眼点として、道具主義という視角を設定することの意味の1つは、それが、アメリカの法文化の中に蠢動する、政治とプラグマティズムという2つの支配的動因の存在を巧みに照らし出すところにある。サマーズの道具主義研究は、これらの2つの動因を、法哲学・法理論のコンテクストにおいて描き出そうとしたものであるし、タマナハの道具主義研究は、これらの2つの非法的動因との対決の舞

台を、法社会学のコンテクストに求めたものであると、それぞれ整理することができる。われわれは、これらとどのように向き合っていくべきであろうか。アメリカ法を基礎法学として専攻する者にとって、避けて通ることのできない課題であることは、間違いないのではないか。

注

- (1) 田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』182、211頁(1987)。谷原修身「アメリカ統一商法典の消費者保護機能—非良心性理論の展開」私法43号274、277-8頁(1981)。
- (2) 田中・竹内、上掲182、198頁。また、アメリカ法に特有の思考傾向について、同じ英米法系に属するイギリスの法学者が言及したものとして、以下の文献を参照。JOHN G. FLEMING, *THE AMERICAN TORT PROCESS* 33 (1988) (“aw, for [American judges], is not an embodiment of ‘neutral principles’ of lasting truth, but an instrument of government to achieve goals for today and tomorrow. Their outlook remains essentially olitical, their concept of law ‘instrumentalist’.” 「法とは、[アメリカの裁判官] にとっては不変の真実についての『中立的原理』の具体化ではなく、今日および将来の目的を達成するための統治の道具なのである。彼らの外見は本質的に政治的なままであるし、彼らのもつ法概念は『道具主義的』である」)。
- (3) 田中英夫「日本における外国法の摂取—アメリカ法」伊藤正己編『岩波講座現代法14外国法と日本法』311頁(1966)。
- (4) ROBERT S. SUMMERS, *INSTRUMENTALISM AND AMERICAN LEGAL THEORY* (1982).
- (5) *Id.* at 19.
- (6) *Id.*
- (7) *Id.* at 11, 19-22.
- (8) *Id.* at 26-34.
- (9) *Id.* at 20, 41-59, 239-64, 277. なお、利益衡量との関係では、以下の文献も参照。T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 *YALE L. J.* 943 (1987).
- (10) SUMMERS, *id.* at 22-6. *See e.g.*, Karl Llewellyn,

Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound, 44 HARV. L. REV. 1222, 1236 (1931) (“they view rules, they view the law, as means to ends; as only means to ends; as having meaning only insofar as they are means to ends.”).

- (11) 19世紀末から1937年の判例変更までの間、連邦最高裁判所は、立法の合憲性を審査する際、問題となっている立法が制約している権利の性格に着目して、その審査基準を設定し、あるいは使い分けるというアプローチを採用していなかった。この期間は、世紀末から断続的に続いた経済不況や大恐慌 (the Great Depression) の時期に当たっており、連邦政府や各州政府は、不況に起因する様々な問題に対処するために、多くの社会経済立法を成立させた。これらは、労働者や消費者の保護を主目的とするものであり、使用者や事業者に対して一定の義務を課すものであった。法律上の労災補償制度などは、その例であった。しかし、当時の連邦最高裁判所は、これらの立法の多くを違憲無効と判示した。使用者・事業者に対する法律上の義務の付加は、それらの者の財産権を同意を得ずに制約するものであると同時に、使用者と労働者、事業者と消費者との間で締結された契約に対する不合理な政府介入であり、合衆国憲法第5修正・第14修正のデュー・プロセス条項に違反するが故に、無効だというのである。この時期が、代表的な判例 (Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)) の名を冠して「ロックナー時代」(the Lochner era) と呼ばれていることは、周知のとおりである。やがて、大恐慌からの回復が国是となるとともに、第2次世界大戦の推移がフランクリン・D・ローズヴェルト (Franklin D. Roosevelt) 大統領の国民の人気を押し上げると、ニュー・ディール (New Deal) の主要立法を悉く違憲無効としていた連邦最高裁判所の不人気は、顕著なものとなって行く。これを追い風として、ローズヴェルトは、連邦最高裁判所の裁判官の定員に変更を加え、自らの政策実行を容易ならしめるための法案 (「裁判所抱き込み案」(Court Packing Plan) と俗称される) を連邦議会に提出し、連邦最高裁判所に対して政治的圧力をかけるに至る。この圧力に屈するかたちで、社会経済立法の合憲性審査については、政治部門の判断を尊重し、いわゆる合理性の基準を採用する旨を判示したのが、1937年の *West Coast Hotel Co. v.*

Parrish 判決 (*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937)) である。また、翌年の *United States v. Carolene Products Co.* 判決 (*United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144 (1938)) では、判決文に付された脚注4において、現在「二重の基準」として知られる考え方が示されるに至る。これを執筆したハーラン・フィスク・ストーン (Harlan Fiske Stone) 裁判官 (後に首席裁判官) は、コロンビア・ロー・スクール在職時代、カール・ルウェリンやウィリアム・O・ダグラス (William O. Douglas) らの同僚だったこともあり、当時のアメリカ司法界でも指折りの、道具主義の実践者であった。この判例変更の意義は、連邦最高裁判所が、古めかしいコモン・ローの枠組みを廃棄し、社会的現実との直面を選んだ点にあると見てよい。以上の経過については以下の文献を参照。LUCAS A. POWE, JR., *THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS* 1-18 (2000). TAMANAHA, *infra* note 16, 77-84. また、ストーン裁判官の司法哲学については、以下の文献を参照。Harlan Fiske Stone, *The Common Law in the United States*, 50 HARV. L. REV. 4, 20 (1936).

- (12) *Brown v. Board of Education of Topeka* (Brown I), 347 U.S. 483 (1954).
- (13) SUMMERS, *supra* note 4, at 90, 276-7. サマーズは、いわゆるブランドアイス・ブリーフ (Brandeis brief) の意義を特に強調している。先例や法令、学説といった、主として法規範そのものの意味解釈に供される証拠ではなく、社会科学・自然科学の知見やデータといった客観的な事実に資料を証拠として提出するという手法は、後に連邦最高裁判所の裁判官としても活躍するルイス・D・ブランドアイス (Louis D. Brandeis) が、*Muller v. Oregon* 事件 (*Muller v. Oregon*, 208 U. S. 412 (1908)) の弁護人として使用したのを嚆矢とするといわれる。彼の名に因んで、現代ではこの種の書面は広くこの名で呼び習わされている。また、学際的研究の発達については、サマーズは主として、1969-70年代における法と経済学の発達を念頭に置いているものと思われる。
- (14) 本書の書評として、以下の文献がある。Willard Hurst, *The Unfinished Work of the Instrumentalists*, 82 MICH. L. REV. 852 (1984). Michael S. Moore, *The Need for A Theory for Legal Theories: Assessing Pragmatic Instrumentalism*, 69 CORNELL L. REV.

988 (1984). 前者は、サマーズの学説を、全体としてある程度好意的に評価しているが、後者は、理論構成における空白部分や、一種の論理の飛躍を指摘しながら、サマーズの学説を全体としてはやや否定的に評価している。

- (15) この点、ノースイースタン大学 (Northeastern University) のジェイムズ・R・ハックニー (James R. Hackney, Jr.) による研究は、対象が不法行為法の分野に限定されてはいるものの、道具主義の法的発想が、製造物責任法における厳格責任の理論 (strict product liability) の形成に対して寄与した過程を、歴史的・経済的・政治的・哲学的要因をも視野に入れつつ明らかにした労作であり、一見の価値がある。James R. Hackney, Jr., *The Intellectual Origins of American Strict Products Liability: A Case Study in American Pragmatic Instrumentalism*, 39 AM. J. LEGAL HIST. 443 (1995).
- (16) BRIAN Z. TAMANAHA, *LAW AS A MEANS TO AN END: THREAT TO THE RULE OF LAW* (2006). 本書の書評として、以下の文献がある。Adrian Vermeule, *Instrumentalisms*, 120 HARV. L. REV. 2113 (2007).
- (17) TAMANAHA, *id.* at 215-50. なお、タマナハは、2010年1月からは、セント・ルイス市所在のワシントン大学 (Washington University) において教鞭を執っている。
- (18) *Id.* at 2, 231.
- (19) *Id.* at 215-45. また、タマナハは、法的手段性が強調される文化的背景として、20世紀中葉以降のアメリカ社会におけるモラル相対主義 (moral relativism) の登場を指摘している (See *id.* at 116.). 一種の価値相対主義の浸透によって、法にとっての伝統的な実体的目的であった公共善・社会善・共通全といった観念が著しく希薄化していった結果、法的手段の側面ばかりがアンバランスに目立ち始めた、という訳である。
- (20) *Id.* at 229.
- (21) *Id.* at 41-76.
- (22) *Id.* at 84-7.
- (23) *Id.* at 87-95.
- (24) *Id.* at 156-71.
- (25) *Id.* at 118-32. なお、批判法学からの派生理論の1つである批判的人種理論 (critical race theory) について、道具主義的な発想の一端が看取される例として、以下の文献を参照。Richard

Delgado, *Rodrigo's Ninth Chronicle: Race, Legal Instrumentalism, and the Rule of Law*, 143 U. PA. L. REV. 379 (1994).

- (26) TAMANAHA, *id.* at 172-89.
- (27) SUMMERS, *supra* note 4, at 12.
- (28) TAMANAHA, *supra* note 16, at 1 (“An instrumental view of law—the idea that law is a means to an end—is taken for granted in the United States, almost a part of the air we breathe.”).
- (29) *Id.* at 115 (“There is a temptation to shrug “so what” at this purely instrumental characterization of law, so routine is it now.”).
- (30) Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976).
- (31) See TAMANAHA, *supra* note 16, at 160-4. See also Owen M. Fiss, *The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979).
- (32) TAMANAHA, *id.* at 156.
- (33) *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955).
- (34) 伝統的訴訟と公共訴訟の構造比較については、シェイズによって提示された以下のリストが参照されるのが通例である。シェイズはまず、伝統的な訴訟の構造について、以下のように要約する (Chayes, *supra* note 30, at 1282-3.).
- ①訴訟は二極的である。すなわち、訴訟は、全く相対立する二当事者間で、少なくとも二単位の利益の間で展開される、そして、勝者が全て正しいという原理の下に決定がなされる、そういった抗争として組み立てられている。
- ②訴訟は過去を向いている。そこでの紛争は、既に生じた事件に関するものである。すなわち、それらの事件が発生したのか否か、しかりとすれば、それらが当事者の法律関係に一体如何なる影響を与えたのかが問題とされる。
- ③権利と救済手段は、相互依存的な関係にある。原告は、被告の義務違反によって生じた損害の量だけの賠償を得る。一契約においては、違反行為がなければ得たであろう額が原告に与えられ、不法行為の場合には、惹き起こされた損害に見合うだけの額が支払われる—といった一般理論の下に、救済の範囲は実体上の権利侵害から、多かれ少なかれ論理的に引き出される。
- ④訴訟は、ひとつの自己完結的な挿話である。判決の影響は、両当事者に限られる。原告が勝てば、

通常は金銭により、時として特定物の返還または特定行為の履行という形で、単なる賠償としての移転がなされる。被告が勝てば、損失はそれを受けた者が負担するということになる。そしていずれの場合においても、判決がなされれば、そこで裁判所による関与は終了する。

⑤訴訟過程は当事者がイニシアティブをとり、当事者がコントロールするものである。すなわち、当事者間でなされるやりとりを通じて訴訟が組み立てられ、争点は明らかにされていく。事実を明らかにしていく責任は当事者にある。事実審の裁判官は、両当事者の展開する相互作用の中立的な裁断者なのであって、当事者の適切な申立てによって争点となったときのみ、法律問題につき判断を下す。

続いてシェイズは、これらとの対比において、公共訴訟の構造上の特徴を、以下のように要約している (Chayes, *supra* note 30, at 1302)。

①訴訟の対象とする範囲は、外因的に与えられるのではなくて、主として裁判所と当事者によって画される。

②当事者構造は、硬直した二極的なものではなくて、柔軟で定型のないものである。

③事実の審理は、過去を向いた裁判的なものではなくて、将来を向いた立法的なものである。

④救済は、実体法上の責任から論理的に導き出される方式により過去の権利侵害を償うもの、その影響は訴訟の直接の当事者に限られるものと考えられているのではない。むしろそれは、救済についての大まかで柔軟な方針に沿って、アド・ホックに形造られる前を向いたものなのであって、訴訟当事者でない人々をも含む大勢の人々に対し、しばしば重大な影響を及ぼすものなのである。

⑤救済手段は、押し付けられるのではなくて、協議によって決せられる。

⑥判決は、それによって裁判所の事件への関与を終了させるものではなくて、逆に判決を執行していくに際して裁判所の不断の参与を必要とするものである。

⑦裁判官は、受動的な存在ではない。その機能は事件に適用される法律上の準則を分析し宣言することに限られるわけではない。裁判官は能動的な存在であって、事実を確実に評価するという責務に止まらず、正義に叶った、かつ実行可能な結

果を確保するべく訴訟を組織し、遂行する責務を持っているのである。

⑧訴訟の対象となっているのは、個人的な権利を問題とする私人間の紛争ではなく、公共政策の実施のされ方に対する苦情である。

(35) Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U. S. 1 (1971).

(36) 精神病院の事例として、Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 373 (1972). 刑務所の事例として、Holt v. Sarver, 300 F. Supp. 825 (1969).

(37) Lankford v. Gelston, 364 F. 2d 197 (1966).

(38) *Supra* note 35.

(39) *See supra* note 11.

(40) *Id.*

(41) Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 15 (1959). Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978).

(42) Fuller, *id.* at 394. 政府の各部門間での機能分担の維持という観点からの批判は、フラーが特に強調するところである。また、邦語文献として、大沢秀介『現代型訴訟の日米比較』167-8, 183 (弘文堂 1988)。

(43) Chayes, *supra* note 30, at 1316.

(44) TAMANAHA, *supra* note 16, at 227-45.

(45) *Id.* at 228-34. *See* RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 59-60 (2003) (*hereinafter* cited as POSNER, PRAGMATISM). ポズナーの法プラグマティズム (legal pragmatism) は、道具主義を、透徹した現実主義的世界観の下でさらに発展させたような性格をもつものであると思われる。

(46) TAMANAHA, *id.* at 234-41. POSNER, PRAGMATISM, *id.* at 64. なお、これらの問題を独立に取り扱ったタマナハの近著として、以下の文献を参照。BRIAN Z. TAMANAHA, BEYOND THE FORMALIST-REALIST DIVIDE: THE ROLE OF POLITICS IN JUDGING (2010).

(47) *See* J. P. DAWSON, THE ORACLES OF THE LAW (1968).

(48) *See* SUMMERS, *supra* note 4, at 239-67.

(49) *Brown I*, *supra* note 12.

(50) 347 U. S. 495.

(51) *See* MORTON J. HORWITZ, THE WARREN COURT AND THE PURSUIT OF JUSTICE¹⁵ (1998). LAURA KALMAN,

- THE STRANGE CAREER OF LEGAL LIBERALISM 2-4 (1996) . LAWRENCE M. FRIEDMAN, AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY 288-9 (2002).
- (52) Wechsler, *supra* note 41, LEARNED HAND, THE BILL OF RIGHTS 54 (1958).
- (53) See FRIEDMAN, *supra* note 51, at 294.
- (54) *Supra* note 50.
- (55) U.S. CONST. amend. xiv, § 1, cl.4 (“... [N]or [shall any State] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. . . .”).
- (56) Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896).
- (57) McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education, 336 U. S. 637 (1950); Sweatt v. Painter, 339 U. S. 629 (1950).
- (58) HORWITZ, *supra* note 51, at 20-1.
- (59) See *id.* at 20-3.
- (60) RICHARD A. POSNER, THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE 302-5 (1990) (*hereinafter* cited as POSNER, PROBLEMS).
- (61) *Id.* at 304.
- (62) *Id.*
- (63) Mary L. Dudziak, *Desegregation as a Cold War Imperative*, 41 STAN. L. REV. 61, 62-6, 81 (1988).
- (64) *Id.* at 68-81. FRIEDMAN, *supra* note 51, at 285.
- (65) Dudziak, *id.* at 80-102. FRIEDMAN, *id.*
- (66) Dudziak, *id.* at 103-13, 118.
- (67) POWE, *supra* note 11, at 24. HORWITZ, *supra* note 51, at 7.
- (68) Dudziak, *supra* note 63, at 63-4. また、関連する論点を指摘するものとして、以下の文献を参照。Derrick A. Bell, Jr., *Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma*, 93 HARV. L. REV. 518 (1980).
- (69) Chayes, *supra* note 30 at 1302.
- (70) *Id.*
- (71) KENNETH I. WINSTON (ed.), THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER : SELECTED ESSAYS OF LON L. FULLER 106-25 (rev. ed. 2001).
- (72) Chayes, *supra* note 30 at 1302. 大沢、前掲 (注 42)。
- (73) Chayes, *id.*
- (74) POSNER, PROBLEMS, *supra* note 60.
- (75) See POSNER, PRAGMATISM, *supra* note 45, at 64.
- (76) SUMMERS, *supra* note 4, at 83-100, 193-208.
- (77) See TAMANAHA, *supra* note 16, at 228-9, 241-5.
- (78) See *id.* at 227, 231.
- (79) *Id.* at 229-37.
- (80) これらの枠組みへの当てはめについて、筆者が念頭においている評価基準を多少とも明らかにするために、他のいくつかの例をこの枠組みに従って分類してみよう。例えば、伝統的なコモン・ローの思考方法を踏襲しているという点で、方法的には正当であるが、政治的には大きな批判を浴びているという点を重視すれば、*Lochner* 判決をはじめとする同時代の実体的デュー・プロセス判例群は、②に分類されるように思われる。また、前時代の司法積極主義の教訓に学んだという点で、方法的には正当だが、政治的評価には問題が残らざるを得ない点で、*Plessy* 判決もまた、②に分類されるであろうか (ただし、1896年という判決の年代を考慮すると、このような評価には留保が必要であり、同様のことは、一定以上の古い判決の評価には同様に当てはまらう)。そして、それを前提とすると、実体的デュー・プロセスという憲法上の法理を創出したという点で、方法的にも問題があり、南北戦争という悲惨な内戦を惹き起こしたという点で、政治的にも非難される *Dred Scott* 判決 (*Dred Scott Case* [*Scott v. Sandford*], 60 U. S. (19 How.) 393 (1857)) などは、④に分類されるであろうか。*Roe* 判決 (*Roe v. Wade*, 10 U. S. 113 (1973)), *Casey* 判決 (*Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992)), *Lawrence* 判決 (*Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003)) といった、現代における実体的デュー・プロセス判例は、やはり方法的に正当であるとはいえないと思われるが、それぞれの判決が、女性や同性愛者といった一定のマイノリティの権利を保護したという点を重視すれば、③に分類されることになろうが、他方、アメリカ全体を巻き込んだ社会的混乱を引き起こしたという点を重視すれば、④に分類されざるをえないであろうか。*Marbury v. Madison* 判決 (*Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)) などは、合衆国憲法の解釈としては大いに問題が残るという点は、法制史家の間ではほぼ一致した見方であると思われるので、方法としては正当であるとはいえないが、司法審査制がその後果たした役割の大きさを重視すれば、③に分類されることになろう。また、*Miranda* 判決 (*Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966)), *Mapp* 判決 (*Mapp v. Ohio*, 367 U. S. 643 (1961)), *Gideon* 判

決 (Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963)),
Gault判決 (*In re Gault*, 387 U. S. 1 (1967)) とい
った、ウォーレン・コートの刑事手続に関する諸判
例は、本文中でBrown判決について行った分析
が概ね妥当すると考えられるので、③に分類され
ることになろうか。冷戦下の国際関係が、これら
の刑事手続判例に対して与えた影響については、
例えば以下の文献を参照。Margaret Raymond,
*Rejecting Totalitarianism: Translating the Guarantees
of Constitutional Criminal Procedure*, 76 N. C. L.
REV. 1193 (1998). Corinna Barrett Lain, *Counter-
majoritarian Hero or Zero? : Rethinking the Warren
Court's Role in the Criminal Procedure Revolution*,
152 U. PA. L. REV. 1361 (2004).

(81) See *supra* note 51.

(82) See TAMANAHA, *supra* note 16, at 165.

(83) *Id.* at 159.

(84) See *id.* at 227, 250.

(85) See e. g., Mark Tushnet, *Critical Legal Studies : A
Political History*, 100 YALE L. J. 1515 (1991) . David
Kairys, *Introduction*, in DAVID KAIRYS (ed.), THE
POLITICS OF LAW : A PROGRESSIVE CRITIQUE (3rd ed.
1998).

(86) Chayes, *supra* note 43. また、連邦最高裁判所
による司法審査権の行使と、それに対する民主的
支持の関係について、歴史的な観点から興味深い
分析を行っているものとして、以下の文献を参
照。JEFFREY ROSEN, THE MOST DEMOCRATIC BRANCH
: HOW THE COURTS SERVE AMERICA (2006).