

資 料

新しい平等としての自由*

レベッカ・L・ブラウン**

川 岸 令 和 監訳

青 山 豊 訳

序

- I 平等から得られる教訓
- II 自由を擁護する概念として多年の歴史を有する平等
- III 進化する代表理論
- IV 現代司法審査理論の挫折
- V 平等から自由へ

結論

序

統治機構が全ての人民から基本的権利（fundamental right）を奪うことなど稀である。この簡潔な公理は、平等と自由との相互依存性という、アメリカの憲法構造における重大な特色を明らかにしている。従って、統治機構が人民から基本的権利を剥奪するのであれば自由のみならず平等も侵害されている恐れがある。この洞察は、より有意味な自由の保護を展開して行くに当たり、平等の保護に関して学んで来たことを裁判所が活用出来ることを示唆している。

20世紀において平等法学（equality jurisprudence）は、裁判所による着実な平等の実現と民主主義を重視する憲法理論の諸要請とを調和させるという驚くべき成果を獲得した。裁判官と学者は、適切な理由付けが無いにも拘らず不利益な処遇を行う目的で諸集団を選別する政治的措置に対し裁判所が無効の判断を下すことの正当性に今や満足してしまっているかに見える。

* 本資料は、Rebecca L. Brown, Liberty, the New Equality, 77 N. Y. U. L. Rev. 1491 (2002) を抄訳したものである。

** ヴァンダービルト大学ロー・スクール教授。

迅速でも容易でもなかった平等法学の進展が生じたことには多くの理由がある。かかる理由の中で恐らく最も重要な理由であったのは、我が国でのアフリカ系アメリカ人に対する不平等な処遇に起源が認められる、ますます疑う余地の無くなった甚だしい不正義の存在である。多数決主義を標榜する民主主義理論には、大多数の人民による支持を背景とした体系的抑圧とそれが同列に論じられてしまうという難点があった。だが結局のところ、Lochner 判決が誤ったことを行う裁判所のパラダイムであった様に、Brown 判決は正しいことを行う裁判所のパラダイムだったのである。

平等法学の進展においては理論も重要な役割を果たした。立法府に対する実体的な制限ではなく寧ろ形式的な制限（万人に適用される限りで自らの望むルールを形成しなければならないとの要請）を規定するものとして平等原理を理解出来るだろう。裁判所はこの平等観を受け容れた結果、民主政に譲歩するとか司法上不遜な姿勢に興じているのではないと自らの干渉を考えるようになった。実体的な政策の表明という役割を裁判所に否定した Lochner 時代以降の信条に尚も忠実であり続けるならば、裁判所は民主的な代表制を駆逐するのではなく寧ろそれを補強するだろう。裁判所と学者は、道徳、社会規範、立憲主義、そして民主主義理論の継接ぎを通じて、今日我々が認識している平等法学を徐々に構築していった。この転換は非常に劇的なものであったため、裁判所にもはや平等の保護が求められていないと根拠も無く一方的に断じられていることを理由に、平等問題に対する司法関与の放棄が求められる場面では平等に関する議論が振り出しに戻ってしまっているのを我々は目撃し始めている。

権利論上、伝統的に平等と一対の概念である自由は、20世紀を通じて首尾良く実現されていたとは言い難い。平等を巡る新しい姿勢とは対照的に、裁判所が個人の自由を保護することは民主政に対立するものであるとの烙印を押されて来た。従って自由の請求は、多数決に対抗する「切り札」を主張するものとして、そして民主的統治と緊張状態にあるものとして理解されることがしばしばある⁽¹⁾。裁判所はこの点につきこれまで慎重であったと言える。

だが歴史的に俯瞰してみると、競合的な同胞概念である自由と平等に対して行われて来た異なる取り扱い是不可解なものである。アメリカの立憲民主政における由緒ある概念として、少なくとも自由は平等と比較しても見劣りしない盤石の歴史を誇る。もっとも平等は、自由の如く独立宣言で列挙された不可譲の権利の中で言及されていない。また平等は、自由の如く合衆国憲法前文で触

(1) See Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously 184-205 (1977).

れられてもいない。事実、平等権は、自由権の如く南北戦争以前の合衆国憲法の中で明示的に規定されてはいなかったのである。

建国期に自由が強調されたのは偶然ではない。より善き生を巡り明白かつ情熱を持って心に抱かれた様々な展望の名の下に反乱を民衆に呼びかけたい革命者世代の耳には、自由を求める民衆の声が自らの行動を奮起させる叫び声に聞こえた。他方で平等は、善き生を巡る独自の展望を自由の如く明白には言い表さなかった。実体的な価値の源泉に投錨しない平等の請求は、特定の自由や機会を必ずしも保障する訳ではないからである。

皮肉にも、人民にとって善き生を自由の方が平等よりも強く期待させるという特徴こそ、裁判所が憲法上の権利として自由を実現することを困難にさせる最大の障碍であることがわかる。平等の制限とは異なり自由の制限は、たとえ立法府が中立的にそれを行うにせよ、少なくとも極めて適切な理由付けが無い限りは侵害することの出来ない所与の重要な人間的利益の存在を立法府に伝えている様に思われる。一方で裁判所は、所与の重要な自由を保護する目的で多数者支配（majority rule）を制限するために必要な判断の実施に消極的である。尚も裁判所は、個人の自由に関しては政治機関が最良の保護機関であり、裁判所に制約されることなく公共政策の形成が政治機関に委ねられるべきであるとの確信を抱いたままである。

こうした見解は多くの支持者がいることを誇りにしている。支持者の視点に立つと、政治的な代表制に対する外在的制約として見る限り逸脱的な制度であるとの烙印が司法審査制には押され続けるだろう。本稿の目的は、憲法上明文で列挙されざる自由（unenumerated liberties）に対して裁判所が行う最低限の保護がかような外在的制約ではないことを実証することにある。寧ろ裁判所によるそうした保護は、我々の社会がこれまで以上にますます巨大で非同質的な社会へと進化するとき、合衆国憲法により描き出される政治的な代表制に必然的な帰趨として理解され得るだろう。

私とは異なり、公共政策を形成する代表過程を主に保護するためにこそ憲法上の権利が存在するかと考える人々がいる。だが、たとえ彼らであっても、自由の保護という役割を代表過程だけでは促進出来ないとする議論とも真剣に向き合わなければならない。この叙述は、合衆国憲法の前提に対する制約としてではなく寧ろ、自由保護の最低限の実施に裁判所を取り組ませることへの更なる正当化事由として見做されるべきである。平等法学を支える司法審査観は、修正5条と14条に規定された自由条項（Liberty Clauses）に基づいて自由の請

求をかなりの程度慎重に審査することも必然的に含意する。

構造的議論 (structural arguments) は、自由の請求に対する司法審査の実施を批判するに際して用いられる一般的な対抗手段であった。本稿で私は、自由の保護を支持する構造的議論を擁護するべくその検討に着手する。自由の請求を裁判所が保護することを支持する構造的議論は極めてシンプルである。私は、合衆国憲法下での代表制が、自らの利害を自分以外の人民の利害と同様に等しく評価される資格を全ての人民に対して附与することの証明に取り組む。もちろん、個人や集団に対して不利益を及ぼす法を代表者が制定することがこの資格で以て抑止される訳ではないが、この資格により、James Madison の言う代表者と有権者との「利害の交流 (communion of interests)」⁽²⁾ が保障される。

利害の交流という思想の起源はアメリカ独立戦争以前のイギリスのコモン・ローにまで遡る。その思想は、共通の利害を共有することで代表者が有権者に共感を抱き、法が一定の有権者に対して掛ける負荷を代表者も共有することになるとの期待を含意する。根本的な平等原理に支えられたこの代表概念は、自由を保護する憲法の機能を助長するものとして数世紀に渡り承認されて来た。負荷を掛けられる有権者の利害に対する敵愾心や無関心に基づいて代表者が法を制定するのであれば、彼ら代表者はかかる有権者との利害の交流を切断し、違憲の疑いがある代表過程の現出に誘因を与えてしまっている。

合衆国憲法がこうした我々／彼ら型の立法アプローチ (we/they approach to legislation) を奨励することは無い。従って、一定の人民が有する重要な利益に対して法が負荷を掛けている様に見えるのであれば、かかる負荷を掛けるに値する適切な理由付けの有無を調査する目的で裁判所が介入するのは当然である。この検討は、代表者が有権者の利益を十分に斟酌することなく行動しているがために有権者を代表するという義務を代表者が果たしていないかもしれないとの推測を一掃する機会を統治機構側に附与する。この態様で審査される法の究極的な妥当性は、掛けられる負荷を正当化する目的で提示された理由付けに左右されるだろう。従って裁判所の役割は、代表過程の無矛盾性の監視に充てられることになる。

だが、この分析は漠然とありふれたものに聞こえるだろう。この分析においては、民主主義を重視する論者からの賛同を得られる理論へと平等法学を極めて首尾良く変容させて来た議論そのものの核心が用いられている。この点、新

(2) The Federalist No. 57, at 352 (Clinton Rossiter ed., 1961).

しい洞察は、民主的な代表制の促進という裁判所の役割の正当性が、平等に基づいて権利請求が構想されているのか、それとも自由に基づいて権利請求が構想されているのかの相違で左右されるべきではないと考える。20世紀においてかかる進捗状況への注目は見事に置き忘れられていた。

John Hart Ely の著書である *Democracy and Distrust*（民主政とそれに対する不信）は、必ずしも周知されているとは言えない「代表補強（representation-reinforcement）」という概念を、民主政における裁判所の役割に理解を示すに際して少なくとも広く受け容れられた基本原理と見做している。彼は、表向きの手続過程（例えば万人に選挙権があること）が維持されている場合であっても民主的な代表制を挫折させることは可能であると論じる⁽³⁾。Ely の視点に立つと、言外であれ明示的であれ不快な処遇を行う目的で諸集団を分類する法においてのみかかる機能不全は表面化する。これは、修正14条の平等保護条項（Equal Protection Clause）に依拠して行われる通常の「違憲の疑いの強いクラス」の分析において表面化する機能不全である。だが思うに、彼の理解は単に承認済みの手続的公正観に留まらない何かを代表過程に吹き込む。即ちその手続的公正観は、形式的平等という手続的要請を超越した諸価値を必然的に含意するのである。

かかる諸価値を慎重に検討してみると、立法上で明文化された違憲の疑いの強い分類をただ単に審査するだけに留まらない裁判所の役割がそうした諸価値により後押しされることがわかる。代表過程が機能不全に陥っていることを仄めかす我々／彼ら型の偏見（we/they prejudice）は、立法上のあからさまな分類以外の形で現れ得る。例えば「何人も何々を行ってはならない」と規定する法は、「我々」インサイダーは実践を欲していないが「彼ら」アウトサイダーが実践の深甚な必要性を主張する対象がその何々の行為であるとするならば、分類の場合と同様、実質上双方の不一致状態を利用し得る。このタイプの法は、抑圧的な法から「彼ら」アウトサイダーを保護するのに状況如何によっては役立つこともある代表者と有権者との利害の交流を切断するかもしれない手の込んだ方法の存在を示唆している。

自由の請求を裁判所が承認することに対抗して通常提起される構造的議論は、公共政策を展開して行く場面で代表過程が至高であるということを強調しがちだが、実際に代表過程が我々の民主政にとって何を意味するのかという重大な問いを看過する傾向がある。かかる通常の構造的議論が示唆する様に、も

(3) John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, 103 (1980).

し自由に対する主だった保護が代表過程により附与されるのであれば、自由の保護という決定的に重要な機能がいかにして代表過程により促進させられるのかという問いを我々は検討しなければならない。伝統的にその問いに対する返答は、代表者がその他いかなる人民とも異ならないため、そして代表者は自ら制定した法を通じて生きて行くことが求められているため、彼ら代表者の抱く動機により全ての人民にとって適切な法が制定されるだろうというものである。

社会が変動する中で継続的に自由を保護して行くことに伴う難題は、代表者が有権者の多くと異ならざるを得ない時代に平等と自由との間に存するかような不可避の関係をいかに活用し得るのかという点である。利害の共通性、共感、そして同質性を保護する作用が代表者と有権者との関係から劇的に衰退している社会にあって、主要な意思形成の場となる代表過程の特質そのものにより我々／彼ら型の立法の陥穽が生み出されることがないよう確実なものとするためには、裁判所もそれに対応するだけの役割を果たさなければならない。

I 平等から得られる教訓

人種を始めとする集団的特徴に根差した不平等処遇を巡る諸問題に取り組んでいる文脈において自由条項の下で生じる諸問題に取り組むときに我々が期待するようになったその制度的役割に対して合衆国最高裁（以下、最高裁）は深刻な動揺を示さなかった。事実、自由の保護に対して司法が消極であることを示す最も顕著な事案の判決文を執筆していた正にそのときでさえも、平等保護における自らの役割を保全することに最高裁は格別苦心していたのである。その事案である1938年の *Carolene Products* 判決において、経済規制立法に対し最高裁は最も敬讓的な姿勢を採ったが、更にその有名な脚注4（footnote4）を付記している。その脚注は、不平等であることに基づいて制定法に異議が申立てられる場合には経済規制立法に対するのとは異なる結果が生じるかもしれないことを示唆する⁽⁴⁾。近年、平等に関する事案では、反民主的な司法専制が行われていると警告する制度的警鐘が鳴らされていない。だが、憲法に基づく自由の請求を背景にしてしばしばその警鐘は鳴らされることがある。

そのことを例証するべく、比較的最近出されたそれぞれ二つの最高裁判決に見出されるレトリカルな論調を対比してみよう。一つは、人種的少数派に分類

(4) *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U. S. 144, 152 n. 4 (1938).

される契約者に対して特権を附与する連邦主導の積極的差別是正措置計画の是非が問われた1995年の *Adarand* 判決⁽⁵⁾ であり、もう一つは、末期状態にある患者が自殺する際に医師がその患者を幫助することを禁じる州法の是非が問われた1997年の *Glucksberg* 判決⁽⁶⁾ である。*Adarand* 事件では人種の少数派に分類されない契約者がその計画を平等に反するものであると異議申立てた。一方、*Glucksberg* 事件では末期患者が当該州法を自由に対して干渉するものであると異議申立てた。是非を問われたこれら二つの法はいずれも、社会の中で見解の一致を見ない道徳的に異論の余地ある争点を巡って激しい議論が代表過程で闘わされた末に導き出された立法上での解答を映し出したものである。これら二つの法に対して最高裁が行った応答は次の様に同じであると思われるかもしれない。即ち、双方の事案とも代表過程を通じて導出された結果を敬譲するか、双方の事案の原告が共有していない民主的多数派の道徳的確信を背景にして掛けられる負荷から彼ら民主的少数派の原告を保護する目的で裁判所が介入するかのいずれかである。だが最高裁はいずれの選択肢も採らなかった。代わりに最高裁は、二つの争点における自らの役割に関して正反対の姿勢を採ったのである。

Adarand 判決で最高裁は「最も厳格な司法審査」を発動して本件の平等請求に取り組んだ。「特定の分類が必要であるのかどうかを巡る政治判断は……民主過程内で相対立する集団同士が非難し合う大雑把な妥協による産物 (product of rough compromise) である。その政治判断が個人の人種や民族的背景に関わるものである場合、人種や民族的背景に基づいて自らが甘受するよう求められる負荷が、やむにやまれざる統治利益を促進させる目的で厳密に設定された負荷であるとの司法判断を受ける資格を個人は有する」⁽⁷⁾。

しかしながら *Glucksberg* 判決で最高裁は、代表過程を通じて導出された結果への介入に熱心であるとは言い難い。「我々は、デュープロセス条項により保護される自由が、本最高裁を構成する裁判官が抱懷した政策的選好へと巧妙に転換されることがないように、本領域において新たな見地を切り開くよう求められる場合には常に最大限の注意を払わなくてはならない」⁽⁸⁾。

以上の対比は、請求された双方の権利に認められる顕著な相違を予示してい

(5) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U. S. 200 (1995).

(6) *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702 (1997).

(7) *Adarand*, 515 U. S. at 224-25.

(8) *Glucksberg*, 521 U. S. at 720.

る。この点、憲法理論がその相違の存在を裏付ける。例えば、最小限の合理性審査 (the minimal rational basis scrutiny) よりも厳格度の高い審査を受ける資格を有した平等請求のリストが拡大し続けているのに対し、自由条項の下で最小限の合理性審査よりも厳格度の高い審査を受けるに値する基本的権利のリストは1973年以降拡大しておらず、実際その年以降縮小しているのはほぼ間違いない。だがそれ以上に重要なのは、平等の請求に認められるニュアンスに応じた審査を実施するために (どの様に数えられるのかに応じて) 三段階から六段階にまで渡る枠組が展開されていることである。これらの枠組は (1) 立法府の判断に対して裁判所が最も敬謙的な姿勢を採る合理性審査 (the most deferential rational basis) に始まって (2) 噛み付く力を併せ持った合理性審査 (rational basis with a bite), (3) 中間審査 (intermediate scrutiny), (4) 噛み付く力を併せ持った恐らくは中間的な審査 (possibly intermediate scrutiny with a bite), (5) 実際には訴訟の行方を予め決することの無い厳格審査 (strict scrutiny not fatal in fact), そして (6) 厳格審査 (strict scrutiny) へと止揚される広汎な分析可能性を権利請求者に用意する。この法理アプローチは、オン・オフ型の審査基準よりは幾らか洗練されており、個々の事案のニュアンスと実体に対応したアプローチであると言える。

この様に平等請求のリストが拡大し続けて来た歴史と同じ期間において自由の請求は妥協を許されないアプローチへとますます追い遣られている。1965年に Griswold 判決⁽⁹⁾ が「基本的」権利をプライバシーにまで認めたとき、1973年に Roe 判決⁽¹⁰⁾ がその権利を中絶にまで敷衍したときと同様、自由の保護に向けて顕著な進展を予示するかに見えた。だが最高裁が基本的権利を導出する源泉を自由条項へと直に置かなかったがために、基本的権利は脆弱で異論の余地あるものとして見做されて来たのである。

現在の憲法学は、自由の請求を二つの範疇に分けている。いわゆる「基本的」権利であれば厳格審査が発動されるが、普遍的な分析様式は、合衆国憲法上明文で列挙された権利以外に特権的地位としての資格を認められ得る権利が殆ど無いことを裏付ける。もう一つの範疇は、その他全ての権利をカヴァーし、裁判所から審査されないことの明らかな範疇である「基本的ではない」権利を構成する。だが、現在の最高裁が修正14条の自由条項に依拠して自由権を率直に承認する機会が、皮肉にも、基本的権利としての中絶の自由を切り詰め

(9) Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965).

(10) Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

た事案である1992年のCasey判決⁽¹¹⁾において到来した。その判決で最高裁は初めて自由を修正14条のデュープロセス条項へと直に位置付け、デュープロセス条項により保障される射程を、手続的権利、修正14条が批准された1868年当時において保護されていた特定の慣行、或いは権利章典上で列挙された権利のみに制限することを明確に斥けたのである。事実、中絶規制を監視する目的で採用された「不当な負荷（undue burden）」テストは、自由の請求を敵対的、絶対的、或いは妥協を許されない請求として見做す姿勢から最高裁が撤退したことを示唆するものとして理論上は考えられ得るだろう。とはいえ、中絶の文脈で不当な負荷テストを適用する結果、これまで以上に中絶を規制する統治機構の権限を生じさせるに至っている。恐らくCasey判決は、数ある自由権の中でも最も異論の余地ある中絶権により引き起こされる侵蝕からそれ以外の自由権を保護・強化しようとしたのである。

平等の請求と自由の請求に対して裁判所が採る態度の相違は、争点を統治機構の監視外に置くことを裁判所は差し控えるべきであるとのあからさな確信を映し出している。恐らくこの確信の強さを反映しながら、自由においても反響するかに思われる幾つかの憲法請求がこれまで成功して来たのも、最高裁がかかる憲法請求を、不平等処遇に対し違憲性を訴える請求として捉え直すことが出来たからに過ぎない。

例えば、異人種間結婚を禁じる州法を無効とするに際して最高裁が主に平等保護に根拠を求めた1967年のLoving判決⁽¹²⁾では「人間にとって不可欠の市民的権利の一つ」が侵害されていることを最高裁は認めている。当該州法が異人種間結婚を行う双方の当事者に対して同じ刑罰を課すがゆえに一般的な法理上でいうところの不平等を生じさせていないにも拘らず、最高裁は平等保護条項に依拠している。興味深いことに、結婚する権利に関し自由の請求をLoving判決で個別に検討したとき、最高裁は率直な自由の分析を行っていない。寧ろ最高裁は自由の請求と平等の請求とを明示的に結び付けたのである。当該州法が原告の訴える自由を侵害すると判断されたのも、平等に対してあからさな悪影響を及ぼす様々な特徴に当該州法が根差していたからである。

自由と平等との相互依存性は、平等保護条項が有するいわゆる「基本的な利益」という構成要素からより一層明白に表面化する。平等原理におけるこうしたしばしば計り知れない変異が多くの評者を混乱させると共に関心を引き付け

(11) Planned Parenthood v. Casey, 505 U. S. 833 (1992).

(12) Loving v. Virginia, 381 U. S. 1 (1967).

て来たのも、その変異の主要因が自由概念と平等概念との融合に認められるからである。その変異は、合衆国憲法上で明文化されていないにも拘らず立法による侵害から格別の保護を受け得る所与の自由を最高裁が同定し始めたときに表面化した。だが奇妙なことに、合衆国憲法上明文で列挙されざる自由を具体的に保護する拠り所を最高裁は平等保護条項に求めている。

裁判所による格別の承認を獲得すべき明文で列挙されざる最たる権利は選挙権 (the right to vote) である。最高裁は1964年の Reynolds 判決で次の様に説明した。「自由かつ適切に選挙権を行使する利益はそれ以外の基本的な市民的・政治的権利を保全するため、市民の選挙権に関して申立てられるいかなる侵害も慎重かつ入念に審査されなければならない」⁽¹³⁾。この配慮は自由への配慮と極めて類似するものであるかに聞こえる。だが最高裁は、選挙権を保護する源泉として平等保護条項に依拠したのであり、その後、人頭税が無効とされた1966年の Harper 判決⁽¹⁴⁾においても再び平等保護条項に依拠した。Harper 判決で最高裁は、当時から既に悪評を寄せられていた Lochner 判決の対極に位置する軌道に対して、正確に言うと、Plessy 判決に始まって Brown 判決その他にまで至る道理に適った軌道に対して自覚的にその歩調を合わせたのである。

州間移動 (interstate travel) の保護も同じ軌道を辿っている。基本的な自由の一つである移動する権利 (the right to travel) は修正14条が批准される以前に最高裁で承認されているが⁽¹⁵⁾、1969年の Shapiro 判決⁽¹⁶⁾で最高裁は、居住基底的な福祉受給法を自由の古典的な分析に直接依拠して分析する誘引を斥けた。代わりに最高裁は、憲法上保護されている自由の行使を理由とする不平等処遇では平等保護条項下で最小限の合理性審査よりも厳格度の高い審査が発動されるだろうと判示するに当たり、自由と平等との新たな融合を構成したのである。

選挙権と移動権は、平等保護条項以外の憲法上の源泉から派生するため、明文で列挙された自由のリストに直接依拠して恐らくはそれらの権利の承認を実現出来ただろう。だが、これら二つの重要事案で最高裁は代わりにその判断基盤を平等保護に置いた。とはいえ、かかる方針を採るメソッドが、文面上中立

(13) Reynolds v. Sims, 377 U. S. 533, 562 (1964).

(14) Harper v. Virginia Bd. of Elections, 383 U. S. 663 (1966).

(15) Crandall v. Nevada, 73 U. S. (6 Wall.) 35 (1867).

(16) Shapiro v. Thompson, 394 U. S. 618 (1969).

的な法を、影響を被る所与の個人に対してその法が実際に掛ける負荷の文脈で検討するものであったことは指摘されなければならない。例えば Shapiro 判決で最高裁は、少なくとも一定の重要な利益に関し、平等を保護するには法の文面中立性（facial neutrality）だけでは不十分であることを認めた。最高裁はこれらそれぞれのケースにおいて、実体原理ではなく明らかに配分原理に基づいて争点を解決する機会をそれぞれに見出すことにより、よりリスクの多いルートを回避しようとしたのである。だが、自由に基づいて争点を解決する路線を表向き回避する戦略に対しての非難が時に表面化することがあった。

Black 裁判官は Harper 判決の反対意見で堂々と次の様に述べている。「法廷意見は平等保護条項に反するとして州法を無効にすることを正当化するに当たり、旧態依然の‘自然法的デュープロセスという常套手段’を用いているかに見える」⁽¹⁷⁾。その後、Shapiro 判決の反対意見で Harlan 裁判官も Lochner 的の非難をあからさまに法廷意見へと浴びせた。「思うに‘やむにやまれざる利益’という法理をこの様に派生させることはとりわけ不適切で不必要である。それが不適切であるのも、本最高裁を超立法府に変容させる方向へと向かわせているからである。それは不必要でもある。影響を被る権利が合衆国憲法により保障されるものであるならば、デュープロセス条項に依拠すればその権利に対するいかなる侵害も対処され得る」⁽¹⁸⁾。

最高裁は、利益と負荷が均等に割当てられていないことに基づいて様々な請求を分析することにより、自由の利益に対する実体的な評価を回避したいとの目論見を核心に据えつつ、平等法学の全体像を辛うじて組み立てたのである。即ち、憲法違反の趣旨の基盤を不平等性に置くことが出来れば、最高裁は大手を振って堂々と代表過程の結果に介入出来た。だが、こうした準平等分析アプローチが捕え処のないものであったため、最高裁はそれ以降一貫して代表過程に対するこうした形での介入を差し控えている。

平等と自由は双方とも憲法保障の実現に欠かせない相互依存的な理念であるにも拘らず、双方の理念は裁判官や学界から全く異なる評価を受ける。双方を異なって扱うことを説明する鍵は、司法審査を巡る深甚な直感に存する。以下ではその直感が見当違いであることを論じることにしよう。

(17) *Harper*, 383 U. S. at 675 (Black 裁判官の反対意見).

(18) *Shapiro*, 394 U. S. at 661-62 (Harlan 裁判官の反対意見).

II 自由を擁護する概念として多年の歴史を有する平等

合衆国憲法は、抑圧的な法形成を抑制するのに必要な装置を作動させるべく、統治行為に対して誘因や限界を設定し、私利私欲の動力源を統御することにより、様々な構造的態様で自由を保護する。権力分立、連邦制、民主的答責性などは全てこうした抑制装置の事例である。即ちこれは、自ら以外の人民に対して負荷を掛けるのと同じ様に代表者は自らにも実質上負荷を掛けなければならないという「利害の交流」として知られる要請である。我が国における代表概念の歴史は、平等に根差した利害の交流が、合衆国憲法により確立された代表制において自由の主たる保護を附与することを示唆する。

イギリス及びアメリカ植民地における18世紀の代表観には「利益共有 (shared interest)」の理論と呼ばれる重要な概念が含まれていた⁽¹⁹⁾。その理論は、普遍的な選挙権が附与されていないにも拘らず、連合王国の庶民院 (House of Commons) は全ての人民の正当な「利益」を代表しなければならぬと要求するものであった。誰もが選挙権を必要とする訳では無かったのも、代表される人民の利益が代表されざる人民の利益と同じだったからである。もし代表者が自分自身のために行動するのであれば (全ての人民が出来る限り代表者と同じ様に行動するとして)、彼ら代表者は共通の利益のために行動するはずである。

利益共有の理論は、関連理論として実質的代表理論 (theory of virtual representation) を生み出した。その理論は、アメリカ入植者には母国の国会議員に代わって投票する資格が無いにも拘らず、国会議員は入植者の利益を十分に共有しているため彼らを適切に代表することが出来るということを彼らに確信させようとするものである⁽²⁰⁾。この論法は、全ての人民を射程範囲内に収める抑圧的な法から表向き保護する方法の一つとして、政治権力を有する人民の利益とそれを持たざる人民の利益とを連結・同視する可能性を拠り所にしてきた。以上の理解が当然のこととされたのも、イギリス人が、本質的に何らかの根源的な共通利益を併せ持った一元的な同質集団であるとの想定があったか

(19) John Philip Reid, *The Concept of Representation in the Age of the American Revolution* 45 (1989).

(20) Gordon S. Wood, *The Creation of the American Public, 1776-1787*, at 173-74 (1969).

らに他ならない。一定の人民にとって適切なことは全ての人民にとっても適切なことだったのである。

利益共有の理論とは異質だがそれと関連のある理論も実質的代表理論を擁護するに際して引き合いに出された。「負荷共有 (shared burden)」の理論と呼ばれるこの概念は、代表者は「自らが形成した法の影響を有権者と同じ様に受けなければならない」と要請するものであった⁽²¹⁾。この理論が自由の進展を阻む主だった防波堤と考えられていたのは明らかである。

入植者は、自分たちが投票の機会を持つことのなかった国会により制定された法に自分たちが服していることが合憲であるとの主張に対して断固抵抗した。とはいえ、彼らの採るそうした姿勢は、実質的代表理論そのものに対する拒絶反応に要因があった訳ではない。寧ろ彼らが反論に至った要因は、実質的代表理論を援用する基盤が欠落していることにあった。即ち、広大な大西洋を横断する共通の利益と共通の負荷が実際には共に欠如していたのである。自分たちの利益はイギリスの同胞国民のそれとは同じものではないし、自分たちに掛けられている負荷も本国の国会議員やその選挙人に対して等しく掛けられていないというのが入植者の言分であった。

注目すべきは、本国の国会議員が植民地を代表していなかったことの理由は何も入植者に選挙権が欠如していたということに留まる訳ではないことである。それ以上に重要だったのは、規制される入植者の環境や状況を彼ら国会議員が評価出来ないことにあった。国会議員が、選挙権を持たないイギリス人さえ代表することが出来たのも、かかるイギリス人には庶民院に父、兄弟、友人、或いは近隣者がおり、多くの女性がそこで夫を獲得していたからである。アメリカ入植者との間でこうした愛情のある結び付きを持つ議員は殆どいなかった。より現代的な視座で捉えるならば、代表者と有権者との間に深遠な懸隔と親密性の欠如が存在することにより、距離的に遠く離れた場所にいる見知らぬ構成員に対して、立憲代表制が要請する共感を代表者は抱くことなど出来なかったのである。代表制に見られたかかる構造的欠陥の存在を、反乱に訴えるに相応しいと自分たちの考える正当化事由の一つとして入植者が見做していたことは重要である。

利益共有と負荷共有の概念は、合衆国憲法の下で生き延びることになる。利益共有の概念はアメリカの共和主義理論へと組み込まれた。善き代表者と言えるためには、全体の利益促進に配慮し、最終的には全ての人民の善を生成する

(21) Reid, *supra* note 19, at 49.

という義務を果たさなければならなかった。正にそれは、同質的な人民集団という考え方と不可避免的に結び付いた理論である。その義務は、利害の交流を確保し、抑圧的な法から利害の交流を保護するという二重の機能に仕えるものであった。人民選挙は、自らと被治者とを分離しようとする治者側の趨勢に抵抗するための重要な武器の一つと言えるだろう。

社会が同質化すればするほど、この構造的設計が自由と平等に対してますます大きな保護を附与するのは至極当然のことであった。全ての人民が代表過程で平等な尊重を獲得すると予測した合衆国憲法は、人民を利害の点で大きく変わらない本質的に同質的な集団であると想定した⁽²²⁾。かかる想定を行うからこそ共和主義的な代表理念が可能だったのである。

だがその理念が恒久的に機能することはなかった。共和制により保証されないものは、我々の大半が有する利害とは異なる利害を有した少数者の保護である。代表者は我々の大半を処遇するが如く自らも処遇しなければならないと要請するだけでは、少数者に対する不平等な処遇を阻止するものが一切保障されないだろう。もちろん、何人の利害も本質的には同じであるとの想定は建国当時ですら疑わしかった。だが、人民間に見られる顕著な見解の不一致の存在を建国の父祖が認識していた限りで、そうした問題に対する露骨な多数者支配の趨勢を制限する試みとして合衆国憲法は幾つかの戦略を用いたのである。

公共政策が民主的に展開されて行く中で人民間に見られる見解の不一致が果たす機能を合衆国憲法は認識していたが、代表過程を通じた解決にしか馴染まない見解の不一致の種類に対しても制限を課した。人民間に見られる見解の不一致は公共善概念を代表者が打ち出すのに役立つだろうし、公共善概念に応じて次に代表者は自らとその他の人民が共に従って生きて行く法を制定出来るだろう。人民が同質的でないことは合衆国憲法の起草者にとって有益であり、事実それは不可避の現象であった。従って、見解の不一致が見られる人民間では議論が生じるはずである。実際のところ、代表制における作業は人民間に見解の不一致が見られることで促進するのである。

だが同様に、人民間で見解が大きく異なる問題の全てが、代表過程を通じた政治的バーゲニングにより解決されると合衆国憲法は予測していたと結論付けるのも正しくないだろう。建国期の社会は、人民間に見られる様々な見解の不一致の存在に通じていた。建国者は、権力分立、議会立法、そして選挙人の答責性のみならず代表制における利害の交流といった構造的保護により、見解の

(22) Ely, *supra* note 3, at 79.

一致に至らない社会問題に対する酷く抑圧的な立法的解決が阻止されるだろうと信頼して、殆どの見解の不一致を積極的に政治的解決へと委ねたのである⁽²³⁾。だが、見解の不一致に対して適切に応答し得るのが代表制だけであるとは合衆国憲法が想定しなかった問題が存在することにも注目を寄せなければならない。

合衆国憲法は、歩み寄らない見解の不一致にとりわけ晒されることの多い幾つかの事柄を立法判断の領域から隔離して位置付けてもいた。例えば合衆国憲法の起草者は、宗教的信条や政治的見解が多様であることについては十分認識していた。信教の自由と個人の良心を巡って生じる見解の不一致の解決に代表過程が相応しいフォーラムでないことは修正1条により明文で裏付けられている。自由の前進には代表制による広汎で実体的な定義が必要となるが、利害の交流の欠如が予測されるがゆえに、修正1条を巡る争点の解決に関して代表制は不都合であると恐らくは理解されたのである。更に、1788年発効のオリジナルの合衆国憲法は、奴隷制の廃止や認容の有無を巡って繰り広げられる激しい道徳的議論を差し当たって立法府の射程範囲外に置くことにしたが、1865年発効の修正13条で最終的にその議論は立法府の射程範囲から永久に排除されたのである。

これらの憲法規定は、容易には熟議や譲歩に左右されそうにもない一定の事柄が存在することを示唆している。見解の不一致が見られるこれらの利益領域は、統治機構の利益衡量的な一連の複雑な手続に左右されるかもしれない流動的・一時的な利益領域ではない。寧ろそうした利益領域には、人間の確定的な諸価値を巡って深く心の中に抱かれたほぼ前政治的な確信であるところの属性が共通して認められる。これらの利益領域を合衆国憲法上の明文規定で保護する起草者の営為は、これらの事柄を扱うのに適しているのが代表過程だけではないとの意識を強めるのに役立つ。

III 進化する代表理論

上述の憲法規定は、アメリカが建国されてからの最初の一世紀において一般的に見られた多くの見解の不一致を調整するのに十分なものであった。修正14条が批准される以前ですら、幾つかの州裁判所は、合衆国憲法の「デュープロセス」保障（自由の利益の今日的源泉）を、法適用の一般性と平等性を保障す

(23) See Hannah Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation* 196 (1997).

るものとして理解していた。或る裁判所は法のデュープロセスに依拠して次の様な意見を記している。「その運用において法が一般的であり、全ての人民に対して等しく影響が及ぼされるのであれば少数者も安全である。なぜなら、その法を制定した多数派は、その法を通じて自分たち以外の人民と同様に等しく法運用の組上に乗せられているからである」⁽²⁴⁾。

19世紀の終焉が近付いた頃、様々な自由権のますます積極的な実現に最高裁を向かわせ始めたと思われるのは、法の一般性を巡るこうした深層意識であった。州のポリス・パワーの下で妥当な立法とそうでない立法とを区分するために、立法府の形成した法が公共目的を達成する一方で、代表過程の中立性を腐敗させている情実や敵愾心が存在する可能性への関心をその法が映し出していないことの適切な証拠を立法府は提示しなければならないと当時最高裁は主張し始めていた。この関心は、産業革命とそれに続いて起こった社会経済構造の転換の結果として、国家が人口統計上と社会上の劇的な転換を経験している時期にとりわけ激しくなり、「一元的で同質的な人民集団」という共和主義的な理念への確信は低下していったのである。

最高裁は、利害の交流という尊い原理において具体化された要請である、多数派の有権者が有する利害と自らの利害とを代表者が結び付けなければならないという要請に留まらないそれ以上のことを合衆国憲法は要請していると暗黙裡に認識し始めていた。最高裁は、政治的少数派の利害をも代表者は斟酌しなければならないと要請したのである。論争において勝ち目の無い人民に対してすら代表者の義務をこの様に認めるべきであることを自らの著書で明らかにしたのが John Hart Ely であった。

全ての有権者に対する代表者の義務を認める代表観は、少数派の人民集団をその他の人民集団よりも有利に扱うことは出来ないと考える代表観ではなく、少数派の人民集団が「代表されないことを阻止する」代表観である。代表制に付随する義務は、自らが制定する法に代表者が拘束されなければならないという本来の義務から派生する。共通の利害が支配的であるならば全ての有権者の利害を代表者が親身になって真剣に斟酌することも保障され得るだろうが、その後、代表者の利害と有権者の利害との間にもはや共通性を推定出来なくなったとき、双方の利害の結び付きを維持するためには何らかの表徴が必要となった。この大きな義務を Ely 流に解釈すると、そうした義務は代表者に対し、政治的少数派を規律する政治制度の設計と運用において「平等な配慮と尊重」

(24) Bank of the State v. Cooper, 10 Tenn. 599, 606 (1831).

を政治的少数派に対して否定してはならないと義務付けるものとされた⁽²⁵⁾。従って代表者は、少数派の利害を代表過程で斟酌しないとかその利害が否定的に評価されるがままにしてはならないのである。

代表者が自らの制定したルールに則って生きて行かなければならないとするならば、合理的に統治を行うだけのあらゆる動機を彼らは有するだろう。その動機は、法の一般性を向上させる目的で、政治権力を持つ者の利害とそれを持たざる者の利害とを結び付ける通常の憲法的戦略と調和する。

仮にこの様に代表過程を描写するのであれば、代表制の挫折とはいかなる状態を指すのかが見え始める。ここでの中核的な洞察は「社会の大多数の人民に対してのみならず自ら及び自らを支援する人民に対しても十分な効果を持たないような法を制定してはならない」という義務を代表者が遵守していない場合、代表過程は機能不全に陥っているというものである。更にその義務が凡そ字義通りに遵守されているとしても、単なる敵愾心や偏見から利害の交流を認めることなく一定の少数派に対しては体系的に不利益を及ぼし、代表制によりその他の集団には附与されている保護を否定する目的で、多数派に分類される有権者と少数派に分類される有権者との間に楔を打ち込むのであれば、やはり代表制は挫折する。

代表制の挫折は動機付けと関係する。代表者の抱く動機が、一定集団の要求や願望に配慮することへの関心の欠如を示す証拠になるとか、代表者の抱く動機が発端となって何らかのやむにやまれざる社会目標を実現するためではなく或る集団の構成員に対してただ不利益を及ぼすためだけにその集団に対して負荷が掛けられるのであれば、その動機は正当であるとは言えない。従って代表者の義務を「共通善で正当に裏付けられた理由付けに則って任務を果たすこと」と定義することが出来る。有権者が代表制に対して有する権利とは、発言権や選挙権のみならず、不利益を及ぼされている集団に対して平等な人民としての「尊重」を附与したくないという多数派の選好によって不利益を被らされない権利をも意味する。これにより多数者支配の原理には制限が課され、敵愾心に毒されていない適切な理由付けを多数派が持ち合わせている限りでその原理は特権化されるということになる⁽²⁶⁾。

(25) Ely, *supra* note 3, at 82 (quoting Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 180 (1977)).

(26) Ely は、代表者が有権者と交流をはかればはかるほど代表過程の機能不全の矯正は可能であるとし、機能不全への社会的対処と共感から生まれる協働の拉

代表過程の機能不全とは、利害の交流により附与されるはずの構造的保護が欠如している状況を意味する。代表過程に寄せられるはずの信頼がかかる状況で侵蝕されるのも、自ら及び自らの支援者が実質上その法に左右されることがないよう確実にする緩衝物 (buffers) を代表者が設けているからである。民主的統治が公正に行われていることを裏付けるには外在的手段が必要であった。この場合、代表補強に取り組む裁判官は、統治機構により掛けられる負荷に関して統治機構側に正当化事由の提示を求め、結果的に制定された立法に踏み込み、それに対して慎重な審査を行うことが出来る。彼らは、人民統治に対して「根本的価値」を押し付けてはならないとの確信を持ち、アメリカ型の代表民主制度と矛盾するどころか寧ろ逆にそれを完全に後押しする形で任務を遂行する。

代表補強型の平等保護理論は、全ての有権者に対して平等な配慮と尊重を払わなければならないという義務に反して法が制定されたかもしれないことを示す具体的な指標を探り出すよう裁判所に求める。当該理論では、いわゆる「疑わしい」基準を検討することにより不当な動機付けを炙り出すという目標にとりわけ焦点が置かれる。平等保護の請求に対して今や一般的に裁判所が用いているこれらの基準は、利害の交流が切断されていないことを裁判所が保証し得る際の手段としてそれらが考えられた場合には新たな重要性を帯びる。違憲の疑いの強いクラスの法理において、例えば分類特質の不変性という要素がその分析において重要であるのも、共感が欠落する可能性がその要素により増大するからである。だが、分類特質が不変であったとしても、立法的一般化の理由付けがやむにやまれざる社会目標の存在を示す結果、利害の交流の切断がその理由付けで示唆されていないとの確信を裁判所が抱くのであれば、正当な立法的一般化を行うに値する根拠は少なくとも提供されていると言える。従って、不変の特質に根差した分類は、代表制が挫折しているかもしれないことを示す徴候に過ぎないのであって、不変の特質に根差した分類そのものが一概に不当であるという訳ではない。同様に、分類された集団が分離・孤立している状態が司法審査の実施と関わってくるのも、敵愾心や消極的なステロタイプ化の可能性を拡大させる傾向がその状態に見出されるからに他ならない。この状態は、分離・孤立した集団の福利厚生が消極的に評価されたかもしれないとの懸念を生じさせる。憲法学における「疑わしい分類」の議論は、敵愾心や共感の欠落で歪んでいないレンズを通して、異なる見解を有する有権者とも我々が

共有することの出来る共通の基盤を代表者が見出せなかったことの痕跡を探る。意識的であろうとなかろうと、最高裁は平等法学において利害の交流を何よりも重視する代表観を採用して来たのである。

利害の交流という理念は通常のパワー・プロテクション分析を通じて機能している。例えば、幾分負荷の多い法案を統治機構が立法化するとして、やむにやまれざる社会目標の促進にその法が仕えることを統治機構が証明出来ないのであれば、負荷を掛けられている人民が有する利益への無関心や敵愾心に基いて統治機構がその法案を立法化したかもしれないとの推測が生じる。こうした動機が見当たらない場合には、有権者の利益（仮定上、代表者自身によってもそれは共有されている）に対して負荷を掛ける何らかの公共的必要性が無いにも拘らず代表者が負荷を掛けたとは我々は考えないだろう。従って動機付けの分析は、利害の交流が切断されたかもしれない状況、即ちその一例たる我々／彼ら型の立法を白日の下に晒すのに仕える。代表者が所与の有権者の福利厚生を消極的にしか評価していない場合には、代表制に適用され得る構造的要請が譲歩させられている。

代表補強型の平等保護理論は、違憲審査の核心に動機付けを据えることによってこの推論を示す。統治機構の行う措置を様々な段階の審査に晒すことにより、立法上で分類を行うに値する正当な理由付けを統治機構が実際に有する（或いは、利害の交流という理念が要請する平等な配慮と尊重を統治機構が附与していない）ことの尤もらしきにも様々な程度があるとの意識が反映される。だがこれらの審査は、実際の動機付けを探り出す装置に過ぎない。というのも、いかなる段階の審査を行っても不当な動機が表面化するのであれば、統治機構の行う措置は妥当ではないと考えられるだろうからである⁽²⁷⁾。こうしたケースで最高裁を揺り動かしたのは、法制定の要因となった実際の理由付けである。

合衆国憲法は、代表制を通じて遂行される、全人民の利害のための統治という共和主義的な理念へのコミットメントを示した。これにより、有権者と共有する利害の交流に基いて代表者が任務を果たさなければならないという義務が生じた。しかしながら、本質的に同質的な社会であるとの確信をもちや支持

(27) See *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 442, 450 (1985) (不利益を被る人民がたとえ違憲の疑いの強いクラスに属していなくとも「不合理な偏見」に根差していることを理由に通常の合理性審査を適用して市の措置を無効とした事案)。

出来なくなったとき、多数者による抑圧という問題から少数者を保護するためには更なる抑制装置が必要だったのである。

これを実現する一つの方法は、代表者が大部分の有権者に従うと同時に、それ以外の有権者に対して及ばされ得る法の負荷を代表者自らが感じ取ることを確実にするのみならず、多数者の利害と連動した代表者自らの利害が少数者の利害から切断されないことも確実にするために代表理論を拡大することであった。実際これにより代表者に求められたのは、個々人の需要と利益に対して平等な配慮と尊重を払わなければならないという義務を彼ら代表者が認識しなければならないということである。これは、個々の状況の変化により文字通り全ての人民が負荷を被ることが回避されるとしても、法により掛けられる負荷を代表者が実際に自ら感じ取るというシミュレーションである。この抽象概念は、少数者に対して及ばされるであろう法の負荷を代表者自身も実質上感じ取らなければならないという要請の表徴として作用する。この概念は、代表者により少数者の利益が代表過程で考慮外とされたり消極的に評価されたりすることを牽制する。

代表理論の次なる進化段階は、代表者が恐らく同様の負荷を自分にも掛けるような理由も無く政治的少数派に対しては負荷を掛ける法を制定する場合に立法院は代表制の挫折を表しているとの認識である。従って、民主的な代表制の補強に専心する裁判所が、統治機構の制度的義務とその構造的無矛盾性を監視する目的で司法審査権を行使するのは正しい。この状況での司法審査の実施は民主政を掘り崩すものではなく寧ろ民主政を促進させるものである。

司法審査の「反多数決主義的であるというディレンマ (countermajoritarian dilemma)」に陥って身動きをとれずにいる人々のために、「人民統治の尊重」と「平等な配慮と尊重の否定からの個人の保護」という相対立する二つの理念の望ましい調整を代表補強型の平等保護理論は行う。それでも統治は多数者支配に則って行われるだろうが、代表者から有権者へと及ぶ義務により抑圧的な措置は抑止されるだろう。

憲法理論にとっての難題は、一定の人民が有する利害が必然的に全ての人民の利害と同じであるということについて真剣な議論などもはや有り得ない、非同質的な構成員から成る代表制を構造的保護へといかにして前進させて行くのかを巡る検討である。代表補強型の平等保護理論が附与しているのはその問いに対する返答の冒頭であって結末ではない。

IV 現代司法審査理論の挫折

代表補強型の司法審査理論は、代表過程の監視に裁判所が強力な役割を發揮することを期待させる。この理論は、全ての人民を射程範囲内に収めて平等な配慮と尊重を受ける実体的な資格を擁護する。だが、時代の創造物でもあるこの理論は、望まじからざる処遇を行う目的で特定の集団を統治機構が不当に分類するケースにのみ保護を限定してしまうことによってその期待を突然停止させる。過去と比して人民間の不一致が拡大している社会に対応すべく設計された当該理論は、法の根底にある意図的・差別的な動機付けを裁判所が暴く抛り所を大胆に特定する。

集団の特質に根差した単なる分類よりも複雑な手段を通じて人民間の不一致は表面化する。我が国でかつて一般的に見られた法律上での分類は、その形での分類を制限する裁判所の取り組みが或る程度成功したこともあって21世紀の法典集においてもはや優勢ではない。今日において更なる関心が寄せられるのは、人民間に見られる不一致の性格にかこつけて、自らと自らを支援する有権者が、自らが制定する法に実質上服することのないよう確実にする緩衝物を代表者が設けることを尚も可能にする立法の存在である。総じてこれらの立法は文面上中立的な文言で組み立てられているため、Elyのアプローチ下では非難をかわしてしまう。

さて、不確実であるかもしれないとの懸念を一切抱くことなく我々の大半が享受しているほぼ無限大の自由が存在する。そうした自由は、結婚して家族を扶養する権利の如く比較的重要なものから、庭園でベチユニアを植えるなど日々我々が従事している多くの活動の如く比較的ありふれたものに至るまで及んでいる。こうした自由に関して合衆国憲法は明文上で何も触れていないが、不思議とこうした自由が脆弱には思えないことに注目してみよう。アメリカ人は、我々が自ら有していると想定しているに過ぎない無数の自由に対し明文上の保護を附与する目的で合衆国憲法を修正するという困難な政治運動に取り組むことにいかなる意欲も示さない。これらの自由が侵害される恐れが無いのも、大半の人民がこれらの自由を我々が評価する如く評価するからである。それは利害の交流が作用している証でもある。例えば代表者自身は、自らの自由が不必要に制限されることなど望まないだろうから残りの我々も安心である。恣意や不正義から人民を保護する目的で平等を動員する構造的憲法保護の意義

を Scalia 裁判官が次の様に強調している。平等を真剣に考えることは、抑圧的な法から人民を守る手立ての一つである。一般性が予想される大半の問題の場合、代表統治に対しては我々の信頼が適切に投じられており、その信頼は、合衆国憲法により確立された本来の代表制が賢明なものであることを映し出していると⁽²⁸⁾。だが、合衆国憲法上明文で列挙されていない我々の自由の大半がその信頼に基づいて保護されると想定するにしても、不一致の圧力に対して信頼が無限に抵抗出来る訳ではない。例えば、結婚の意義に関して人民には多くの共通基盤がある。我々は、結婚の実現に対して法外な一般料金や広く適用可能な障碍を代表者が法制化するなどとは思ひもしないだろう。

だが、もしその様に代表過程が機能しなければどうなるだろうか。自らと多数者の生に影響を及ぼすことなく少数者を規制することを代表者に可能にさせるほど多様な変種へと結婚を分類出来るとしたらどうなるだろうか。善き生を巡り人民間で考え方が大きく異なる場合、憲法上で自由を保護するための鍵概念である利害の交流により代表過程の機能不全は如何にして防止されるのか。自らと自らの支援者が実質上法に左右されることがないように確実にする目的で代表者が緩衝物を設けている場合に代表過程は機能不全に陥る。この機能不全は、有権者と彼らの代表者とを結び付ける利害が断絶していることを示唆する。有権者間に見られる見解の不一致への無関心や敵愾心が、自らと多数派の有権者に対して影響が及ばないよう代表者が少数派の有権者に対してのみ負荷を掛ける動機となるとときに代表過程は機能不全に陥る。

善き生というものを通り人民が抱懐する見解の不一致が大きくなればなるほど、最も良心的な代表者であってもその全ての有権者を代表するのはますます困難になるだろう。だが、影響が及ぶ有権者の福利厚生が全く評価されないような事態を避けるべく、自らにも該当する状況下で彼ら有権者と同様の負荷を自ら進んで請け負うことが出来るのかどうかを仮想的に検討し得るだけの能力が代表者には備わっていなければならない。代表者であるかどうかにかかわらず、自らの利益が侵害される適切な理由付けが無いのに負荷の引受けに進んで同意する人物など想像出来ないだろう。だが、人民に対して責務を感じる代表者であれば、より重大な社会善を追い求める中で、負荷を自ら引受ける（或いは状況が許せば、代表されざる人民に対しても負荷を掛ける）ことに同意するかもしれない。

(28) Cruzan v. Dir., Mo. Dep't of Health, 497 U. S. 261, 300 (1990) (Scalia 裁判官の反対意見).

代表義務が果たされているのかどうかを評価するに当たり、法を制定するに至った理由付けが重要な要素となるのはこの分析過程を経るときである。その分析では、全ての利益が正当に考慮されているのかどうかの判断を試みる際に、提示される理由付けが掛けられる負荷と釣り合うものであるのかどうかの判断に注目が寄せられることになるだろう。この分析はほぼ手続的外観で始まるが、掛けられる負荷の性格と負荷を掛けるに至った正当な公共的理由とが相当程度に釣り合っていないとすれば、との要請を組み込んだ途端、手続と実体との区分を曖昧にする。代表過程の監視を目論む理論の展開により、利益に対する制限とその制限を生み出すに至った理由付けとの関係を分析する必要性が示されるのであれば、合衆国憲法の下、代表補強と裁判所による自由の保護との間で架橋が行われる。統治機構により提示された理由付けを分析することで裁判所による自由の保護の核心が齎されるのである。

負荷を掛けられる人民の利益が、合衆国憲法下での代表者の義務に反することなく積極的に評価されていることを裁判所が確認し得るには、負荷を掛けられる理由付けの検討に取り組むしかない。従って、代表補強型の裁判所の射程を、明示的に平等へと訴える請求にのみ限定することを理論上正当化するものは何も無いはずである。

自由を侵害する立法に対する司法審査の実施は、予期せぬ別の方向から支持を獲得する。司法審査を巡り学界や裁判所に広く反響しているかに思われる理論として司法最小主義（judicial minimalism）がある。この理論は、社会的に見解の一致を見ない道德問題の場合は特に、自由の保護において大きく切り詰められた裁判所の役割を示唆するべく熟議民主主義（deliberative democracy）なる政治理論を用いる。

司法最小主義は、民主政における裁判所を出来る限り問題を未決のままにする機関として捉え直す。この裁判所観は、裁判所が争点を解決する方法と裁判所が解決に同意する争点の双方に対して多くの波及効果を持つ。憲法により認められる自由権の実現において極めて限定的な裁判所の役割を要請するのは、司法最小主義の后者の側面（裁判所が解決に同意する争点の種類）である。だが、司法最小主義の基盤をなす原動的コミットメントは結局その推断を支持しない。

司法最小主義は、代表過程での熟議の奨励に努める一定の公民的共和主義観をその基盤に据える。Cass Sunstein は司法最小主義と民主的熟議との関係を次の様に説明する。「最小主義的な方針が通常……大きな意味を持つのは、（道

徳的その他の理由から)多くの人民が深く考え国家を二分する極めて複雑な憲法問題を最高裁が扱っているときである……。最小主義が合理的であるのも、第一に、裁判所が憲法問題を正しく解決しないかもしれないから、そして第二に、たとえ裁判所の示す解答が正しくとも裁判所は由々しき問題を引き起こすかもしれないからである。従って裁判所は、事案に判断を下すに際して必要が無いのであれば、その他の人民が深く心の中に抱いた道徳的コミットメントに肩入れしないことにより道徳的不一致の拡大を抑制しようと試みる。このことから裁判所は、問題を未決のままとし、出来る限り抑止的な裁決ではなく触媒的な裁決を発するよう常に試みなければならない」⁽²⁹⁾。

最小主義的な視座を採ると、中絶、同性婚、合意に基づいて行われる様々な性行為、末期患者に対する自殺幫助、そして(少なくとも婚姻状態にある場合を除き)避妊具の使用などを禁じる法は、これらの道徳問題に関して社会の見解が多様である限りは無効とされるべきではないということになる。優勢な立法府に裁判所を従属させるこの姿勢は、選挙で選出された公選の公職者で構成される民主的な機関を難解な問題に取り組まざるを得ない状況に置くことで、討論、思慮深さ、そして民主的答責性の促進を目指す試みである。最小主義は、争点を公論に開かれたままにし、民主的に答責性のある行為者により所与の重大な決定が行われていることの保証を通じて民主政の促進を目指す。従って裁判所には、統治権に対する憲法上の制限を認めつつも、公論の領域から異論の余地ある争点を奪い取らないようにする義務がある。

最小主義の明白な拠り所である熟議民主主義なる理論は、政策を巡る人民の見解の形成と、道徳的不一致を解決・調整するための構造的手段の創出を目指す一群のコミットメントである。当該理論は、公的判断に至った理由付けの提示と有権者の参加・監視を奨励する。

熟議民主主義に関する以上の記述に裁判所に関する記述が含まれていないことに注目してみよう。事実、公共政策の形成に際して熟議理念の発展や促進に裁判所が寄与し得る側面があるかもしれないにも拘らず、当該理論は裁判所については語らずじまいである。Sunsteinは、代表統治と裁判所を包摂する社会に熟議民主主義の利点と価値を移植しようと試みている。この試みは憲法議論にとっても有意義ではあるものの、その試みに従事する人たちは、時に議論の比喩的な性格を見失い、現代のアメリカ型立憲主義に熟議民主主義の諸原理を応用するに際して重大な影響を持つかもしれない構造上の相違を看過してい

(29) Cass R. Sunstein, One Case at a Time 5-6 (1999).

様に思われる。例えば、熟議民主主義の目標を促進する際に裁判所を手引するルールが、公論についてこれまで展開されて来たルールと必然的に同じものであるのかは不明である。何らかの飛躍をするにせよ、熟議民主主義の教義——政治的活動に従事する者は自らの選好を批判的に省察しなければならない——を理解し、異なる任務にひたすら従事している裁判所にその教義を応用する以外に術は無い。

論点となるのは、上述の一節で言及された「道徳的不一致の節減 (economy of moral disagreement)」と呼ばれる重要な原理である。この原理は、司法最小主義に対して重要な支持基盤を齎すと共に、自由の請求に対して裁判所が無関心であることを求める司法最小主義理論の要請を齎す。Sunsteinは、道徳問題を巡って人民の見解が分かれており、結果的に制定された立法に対して議論の一方側が異議を唱えている場合には「事案を解決するに際して、立ち入ることの出来ない深く心の中に抱かれた所与の道徳的コミットメントに裁決を下す必要が無い場合には裁決を下さない」ことにより裁判所は道徳的不一致の節減を促進させると指摘する⁽³⁰⁾。裁判所は、こうした争いと係わり合わないことでこれらの問題を憲法の射程範囲外に位置付ける結果、これらの問題に取り組む統治機構側に相当程度の柔軟性を留保する。こうした問題を巡る熟議において剥き出しの権力ではなく理性が普及する機会を裁判所がただ附与するだけであるのだとしても、その様に理性は普及するだろうとの公民的共和主義の期待にこの主張は満ち溢れている。この主張は、裁判所による自由の保護に対して最小主義が行う最も強力な反論である。

この主張はより木目細かな検討を行うに値する。道徳的不一致の節減は、熟議民主主義理論から直接派生する原理である。熟議民主主義に関する主要な著作の一つは当該原理を次の様に記述している。人民は、道徳的理由に基づいて諸政策を正当化するに当たり、自分たちとは相容れない立場の否定を最小限に留める理論的論拠を探し出さなければならない。民主政を構成する人民は、自らの道徳的確信を曲げることなく、それでいて自らと見解を異にする人民の道徳的確信を最大限受け容れるよう試みなければならないと⁽³¹⁾。これは、公共政策を巡る異論の余地ある争点に関して共通の基盤への到達を目指すに当たり相互にバーゲニングし合う場面で人民が従わなければならないルールである。

(30) Id. at 26.

(31) Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* 3, 84-85 (1996).

それは、人民同士が相互に尊重を払い合う一方で、歩み寄らない道徳的不一致の領域を狭めるための一つの手立てであり、正にそれは熟議民主主義の核心的な目的である。

だが、競合の結果勝利した一方の人民集団により創造される立法が合衆国憲法と整合するのかどうかについて判断を下すという全く異質な任務を裁判所が請け負う場合、同じ理由で裁判所の任務も駆立てられることになるのかまでは定かでない。実際、熟議民主主義のコミットメントは逆のことを示唆する。一方の観点のために他方の観点を不必要に制限することなくどちらも共通する正当な観点を尊重・評価する方法論である道徳的不一致の節減という原理は、各々に見解を抱くであろう人民の数や割合に留意しない。ゆえに、この方法論により何よりも強く否定されるのは、合意に到達するためだけに自らの道徳的確信を曲げなければならない、道徳議論における一方当事者側の義務である。だが、総じて裁判所は、法や公的措置が然るべき機能を果たしているのであれば、このプロセスがそのまま経過した後初めてその場面に介入する。司法最小主義は裁判所に対し、その法をそのままにしておくよう教示するが、競合の結果敗北した集団は、多数者支配の強制の前に黙諾せざるを得ない。当該プロセスにおけるこの時点において、裁判所は道徳的不一致を節減しているどころか寧ろ勝者側を援護している。裁判所が介入を行わないことで、多数者支配により最終的に判断を示された権力闘争の結果が後生大事にされるだけである。このアプローチは熟議民主主義の原理そのものと矛盾する。

道徳的不一致の節減という方法論を司法最小主義へと移植するにしても、熟議民主主義が節減原理に対して課している重大な条件を司法最小主義は看過してしまっている。節減原理において具体化される尊重義務が生じるのは、敗者側に対して押し付けられている勝者側の確信が「互惠 (reciprocity)」⁽³²⁾の要請を充足するときだけである。まず互惠の要請は全ての人民に対し、一方の人民が有する価値の一定部分しか自分たちが共有していないことを認識しつつも、同じ動機を有したその他の人民も受け容れることの出来る理由付けを提示するよう要請する。互惠の要請が果たす最も重要な役割は、人民が相互に自らの主張を正当化し合う際の条件である公共的理由 (理性) (public reason) を取り締ることにある。互惠に関して肝腎なのは、公共生活上で行われる道徳的要求は、世俗的かつ非世俗的な広範囲に渡る確信にコミットした人民による評価と受容に応答的でなければならないとの要請である。互惠により要請される

(32) Id. at 84-85 & 377 n. 43.

のは、公正な社会的協働条件を発見したいとの思いに駆られた全ての当事者を納得させることの出来る理由付けの提示である。従って熟議民主主義の原理は、自らの道徳的見解と相反する道徳的見解を尊重するよう人民に求めることは無いだろう。例えば、非世俗的な理由付け、人間の根本的平等を否定する理由付け、或いは同胞市民に対する侮辱を反映する理由付け等に基づかない限りは正当化出来ない立法に道徳的不一致の節減という要請が及ぶことは無いだろう。

理由付けが求められる以上、あらゆる道徳的不一致を解決する方法として単純過半数のルールを熟議民主主義理論は峻拒する。熟議民主主義が多数者支配というごくありふれた正当化事由（根拠が何であれそれは人民意志の表れではあるが）を不当であると見做すのも、そもそもこの正当化事由には互惠の意識が一切欠如しているからである。深刻な道徳的不一致が見られる問題の場合に多数者支配が行われれば平等という根本規範が掘り崩される。

従って、投票者の過半数が抱懐する道徳的見解こそが立法であるとの理由付け以外にはさしたる理由付けが見当たらないにも拘らず、一方の人民が抱懐する道徳的見解を他方の人民に対して押し付ける立法を敬讓するよう熟議民主主義が裁判所に対して要請するとの指摘は奇妙である。熟議民主主義には人民の道徳的見解に対する平等な尊重へのコミットメントが伴うため、多数決主義に根差した公共政策の形成に対する実体的な制約を監視するための一定の手段を要求するものとしてそれは理解されなければならない。特にこの要請が妥当するのは、多数決主義に根差した公共政策の形成が、少数者の発言を沈黙させると共に、重大な争点を巡る議論の強制終了を目論んでいるときである。

アメリカの制度上、立法府が立法措置に至った判り易い理由付けを用意しなければならないという義務を満たして互惠の要請に従うための唯一効果的な方法は、裁判所が立法府に対してその様にするよう求めることである。裁判所で自由権を実現することはまさしくその役割に仕える⁽³³⁾。自由が侵害されたとの主張を裁判所が受け容れるのであれば、裁判所は統治機構に対し、その自由を制限するに至った理由付けを提示するよう求めなければならない。だが、司法最小主義を求める人々の叫びは、その要求を裁判所が統治機構に対して意味に行うのかどうかということにさえ懸念を焚きつける。これは、熟議民主

(33) See John Rawls, *Political Liberalism* 231-40 (1993) (単純な多数決主義によるのではなく「公共的理性（理由）」により法が裏付けられることを保証することにこそ司法審査の目的があると論じる）。

義により触発されるべき懸念ではない。熟議民主主義により触発されるべき司法上の懸念とは、道德問題を巡って競合する一方当事者が、数だけの論理で自分たちの考える善き生を実定法へと無理やり押し込もうとするその試みにおいて勝利することが許される間に裁判所が傍観を決め込んでしまうことへの懸念である。これは正に自由の侵害であるが、熟議民主主義の観点から見たより一層大きな懸念は、自由の侵害が全ての人民の平等を否定するに他ならないことにある。

代表補強理論と熟議民主主義理論は双方とも、多数決主義を標榜する政策立案機関に対し、自由を制限する法を制定するに際しては正当な理由付けを提示しなければならないと要請する。別々の理論基盤から派生しているにも拘らず、理由付けの提示をこの様に要求することは偶然の一致ではない。双方の理論とも、自由社会を規律する様々な原理が現れ出る際に源泉となるのが平等であることをそれぞれ独立に認める。双方の理論とも平等を基盤に据える。代表補強理論は、全ての有権者に対して適正な尊重を払い、自らが負荷を請け負う限りで少数派の有権者にも負荷を掛けるよう代表者に要請することを通じて平等を何よりも重視する。熟議民主主義理論は、その他全ての有権者が抱懐する道德的見解と同様に払われるに値する尊重が全ての有権者が抱懐する道德的見解に対しても払われることを確実にするべく平等原理を用いる。これら双方のアプローチとも、もう一つの目的である「自由」に到達する手段として平等を動員する。だが双方のアプローチとも裁判所の支援が無ければ我が国の制度上その目標を達成出来ない。理由付け提示の要求を実あるものとしなければならない機関は裁判所である。

V 平等から自由へ

平等と自由は、判例法における双方の歴史が指し示すほど異なる概念ではない。構造的な自由法学 (structural jurisprudence of liberty) を実現するための鍵は、自由と平等が時代錯誤的に二律背反している状態こそ、民主政を促成する裁判所を触発するはずの様々な懸案を探り当てる手助けとはならないことを認めることにある。

出発点となるのは、平等法学に見出される基本的権利群である。先に私は、平等保護に関して最高裁が基本的権利群を創造したことが、一般的で一見中立的に見える法的強制であっても平等に根差した問題を生じさせるとの意識を表

していることを指摘した。だが、かかる法的強制で生じる不平等を正しく理解するためには、法的強制の文面中立性という外観に囚われることなく、それにより負荷を掛けられる人民の個別状況を斟酌しなければならない。

通常、特に平等の請求をその様に文脈に即して分析するアプローチは憲法学に馴染むものではない。総じて我々は、法があからさな分類を行っていない限り、結果的に生じたいかなる不平等も憲法問題であるとは考えない。例えば「時速55マイル以上で運転してはならない」と規定する法は、車種で異なる性能、運転手で異なる運転技術、そして、異なる道路条件等ゆえにその法により掛けられる実際の負荷の側面でこの制限が恐らく悉く不平等であったとしても平等問題を生じさせるとは考えられてない。のんびりと日曜日に郊外で車を運転する人は、会議に遅刻しそうな、幹線道路で真新しいスポーツカーに乗って冷や汗をかいている会社役員ほどその制限の齎す苦痛を苦痛とは感じないだろう。

だが最高裁は、その分析アプローチが確実に適切と言える状況が存在することを我々に示して来た。例えば人頭税は、全ての投票者に対して一律の納付金を課すため、平等問題を生じさせる様には見えない。だが最高裁は、人頭税法の合憲性を Harper 判決で検討したとき、個人の納税力を圧迫する個別状況には格差があることを理由に、投票機会を妨げるものとして人頭税法を考えることが出来ると述べた。従って、文脈に則して人頭税法を検討してみると、実際に投票の機会が均等に配分されていなかったのである。その事案において最高裁が言及した要素は（1）選挙権の根本的性格、（2）富と投票行為とは無関係であるということであった⁽³⁴⁾。反対意見を述べた裁判官が理解したように、本件事案は自由の請求を巡る事案であったにも拘らず、法廷意見の方は、平等問題として論じることの出来る可能性を誘発させる何かをその請求に認めたのである。

従って、より包括的な自由請求アプローチを追求するに際して斟酌されなければならない問いとは、単に法の文面ではなく法を適用した結果に則って法を検討すべきであると合衆国憲法が要求しているのかどうかではなく、合衆国憲法が何時そのことを要求するのかである。換言すると、人頭税法と速度違反取締法とを分け隔てる原理的なアプローチが存在するはずである。平等保護条項に基づいて最高裁が行う基本的権利の分析が理論上決して成功しているとは言えないのも、第一に、どの問題を平等に関する問題として理解すべきなのか、

(34) Harper, 383 U. S. at 670.

第二に、平等に関する問題が、実質上その他全ての憲法学の領域で斥けられて来た、文脈・影響の観点から行われる独特の分析アプローチを誘発するのはなぜなのか、そして第三に、平等に関する問題はデュープロセス条項下でのいわゆる基本的権利といかなる相互関連性を持つのか、以上三つの問いに対して説明する能力が最高裁に欠如しているからである。

これらの事案により何よりも実証されることは、古典的な自由のパラダイム（何人にも適用され得る一般的な自由の制限）と古典的な平等のパラダイム（分類を行う立法）とを区分したところで憲法請求を司法上審査する必要があるのかどうかについての判断を手助けする有用な表徴が常に提供される訳ではないということである。いかなる形態の法であれ代表過程を補強するには司法審査が必要であるとする私の主張に照らすと、必要とされるのは、合衆国憲法下での代表概念に潜在する根本的平等の諸要請を法が満たしているのかどうかを判断する手法である。この点に関して、或る法が挫折している様に思われるならば、代表補強の主張は、その法を正当化しようとする統治機構に対して求め、代表過程が実際に機能不全に陥って形成された結果がその法であるがゆえに無効とされなければならないとの恐れを払拭する機会を統治機構側に対して与えるという、司法介入の第一歩を裁判所が踏み出すことを奨励するだろう。

A 枠組

裁判所の最初の任務は、代表制の挫折を意味するかもしれない請求を特定することである。文面上分類を行っていない中立的な立法であっても、負荷の強制とそれを正当化する事由の提示という二つの側面で平等の展望を掘り崩すことがある。憲法構造に潜在する代表義務は、自分たちが制定する法により掛けられる負荷と負荷を掛けるに至った理由付けの双方を代表者が正しく評価すると想定する。共有された社会価値を参照してこの利益衡量分析における双方の側面を考慮に入れ、全ての有権者の利益に対して少なくとも最小限の配慮を払うことが代表者には期待される。負荷を掛けられている人民の利益に対してこの義務を代表者が果たしていないのであれば、代表者が制定した法はその中立的な外観にも拘らず我々／彼ら型の立法ということになる。同様に、立法府が全ての人民に対して負荷を掛けるとしても、一定の人民にしか正当と受け取ることの出来ない理由付けで負荷を掛けるのであれば、その場合にも均衡の対象となる他方当事者の側では平等の譲歩が生じている。

代表制挫折の第一のタイプは、文面上は中立的であるにも拘らず我々／彼ら

型の立法として機能している法において映し出される。このタイプの挫折が生じるのは、状況に即して見られる人民間の重大な格差に立法が乗じるときである。代表者は、中立的に見えても「彼ら」アウトサイダーに対しては実質上負荷を掛けているにも拘らず「我々」インサイダーに対しては影響を及ぼすことの無い立法規準を選択するかもしれない。

より現代に即した状況で言うと、意図的であれ単なる過失であれこうした我々／彼ら型の立法が生じ得るのは、集団の特徴に法が乗じるときよりも寧ろ、善良で満足行く生を送るために何が必要であるのかを巡って存在する社会の多様な見識に法が乗じるときである。重大な格差が認められる状況なのであればあからさまな分類を行う理由が無くとも差別的な処遇は可能となる。

この点、ソドミー規制法が一つの好例であるだろう。この法は、大半の人民の生において大きな役割を果たさないであろう行為を禁じる。従って、代表者が自らの生と自らと面識があるとか代表している大半の人民の生しか斟酌せずに立法を行ったのであれば、ともかくいかなる理由付けであれ、或いはいかに微弱な政治的圧力であれ、ソドミー規制法により掛けられる負荷が些細であるとする代表者自身の評価に十分勝るだろう。

これは、利害の交流の要請が不可欠となるケースである。我々は、法により掛けられる負荷を正確に評価し、その他全ての人民と共に進んでその負荷に耐えようとする代表者に信頼を寄せる。重要なのは、かかるケースであっても共有価値が実際には完全に欠如している訳ではないということである。いかなる代表者であれ、性愛、プライバシー、そして、自らの選択したパートナーとの性的な親密行為に対する人間的欲求を理解するだろう。問題は、ソドミー規制法の事例において、民主的な代表制に基礎を与える共通基盤を切り詰めることが代表者に許されているのかどうかである。代表者は、このトピックに関して存在する共有価値を持ち合わせた集団を代表過程上敗北させる目的で極めて低い一般性レヴェルの立法規準を選択している。仮想的に検討されるべき問いは、影響を被る少数派の人民に対してソドミーが齎す性的親密性の主な拠り所が自分や自分の支援者に関しても同じであると言える性行為を代表者が制限する恐れがあるのかどうかである。

それを分析するのが有益であるのも、利害の交流の実状に基づいて自由の侵害を審査するこのアプローチが、共有された社会価値の承認に基づいているからである。私が指摘したいのは、自らと自らの支援者以外の人民に対する法の負荷の強制を正当化するに際して提示される火急の公共的必要性を理由に、代

表者が自ら及び自らの支援者を、問題となる法の負荷に服せしめていたかどうかを仮想的に判断することにより、代表者自身の価値観を背景にして裁判所が法を分析の俎上に置かなければならないということである。これは、合衆国憲法が当初から課していた抑制、即ち、社会が多様であっても自由のために平等を動員することで我々／彼ら型の立法の制定阻止を再現する試みである。

換言すると、社会において人民間に深甚な不一致が存在する結果として我々／彼ら型の立法が生じ得る。第一のタイプの挫折と同様、それは全有権者の平等という深遠な観念に基づいている。更に、法制化を行う代表者が実際自ら進んで法の負荷を被ろうとすることに人民が満足しているとしても、代表者に法の負荷を被らせる理由付けが全ての人民にも受け容れられる理由付けであるということを裏付けるのも重要となってくる。これは、代表者に法の負荷を被らせる理由付けが代表者にとって公共的かつ世俗的な一定の要素を持たなければならない、普遍的に共有されていない私的な道徳的確信のみに依拠して法を制定してはならないことを意味する。統治機構が全人民の自由を制限するに至った理由付けとして考えられ得る自らとは相容れない宗教的・道徳的ルールに人民が服さなければならないとすると、個別的道徳的行為主体として全ての人民を処遇しなければならないという平等の要請に反する。例えば、一定の人民の自由を制限しても、それ以外の人民の安全を保護する目的でその制限を正当化することは全ての人民の平等を尊重していることになる。

自殺幫助禁止法が一つの事例を提供してくれる。自殺幫助の違法化を試みる代表者は、万一悲惨な末期の病に罹患した場合に自らと自らの愛する人々が死に拍車をかける医療幫助を獲得する機会を否定することで齎される負荷を自らは進んで受け容れるかもしれない。その場合、自殺幫助禁止法は、自らを支援しない人々（少数派）に対して掛けられている負荷を代表者自身が受け容れるかどうかという第一の審査を通過する。

だが、平等への義務がこれで満たされる訳ではない。多数派にとっては受け容れることの出来る負荷であるとしても、この負荷を引受ける理由付けが同じ多数派に属する人々にしか理解出来ない理由付けであるとするならば、利害の交流の要請は依然として満たされないままであるかもしれない。この事態が生じるのは、負荷の強制に際して持ち出される唯一公共的な正当化事由が、異論の余地ある道徳的確信と相通じるときである。熟議民主主義理論が憲法理論に大きく寄与したのは、全人民が受け容れることの出来る理由付けで代表者は法を正当化しなければならないという義務を生じさせるとしたその洞察の点であ

る。もちろんこれは、あらゆる法の正当性を理由付ける方針に全ての人民が同意しなければならないということまで意味する訳ではない。寧ろそれは、負荷を正しく評価することにより、人民間に見られる重大な見解の不一致に対して配慮と尊重が払われているかどうかが映し出されるはずであるのと同様、統治機構が理由付けを提示することによってもかかる不一致に対して配慮と尊重が払われているかどうか映し出されるはずであるということを意味する。不一致に対して配慮と尊重が払われているかどうかは、公共善を映し出す理由付けを提示することで映し出される。

自殺補助の事例に戻ろう。自分たち以外のその他全ての人民と同じ負荷を被らなければならないという義務を代表者が心得ているのであれば、自殺が反道徳的であると彼ら代表者が考えているというだけで統治機構は自殺補助を禁じることが出来るだろう。彼らがその義務を心得ているのであれば、法の運用から自分たちだけが逃れられるような我々／彼ら型の法を制定することもないだろうが、もしその義務を彼らが心得ていないのであれば、極めて私的で社会的に異論の余地ある理由付けで全ての個人の自由に対するかかる制限を正当化することにより我々／彼ら型の分水嶺を依然として立てていただろう。極めて精神的に過酷な状況下での自殺が道徳的であるのかどうかにつき世論は割れている。だが、精神的に傷つき易い患者を威圧する虐待への実証的・合理的な懸念が存在すること、或いは、緊張を要する状況下ではインフォームド・コンセントを確保し難いことに基づいて立法府が自殺補助禁止法を制定するのであれば、代表義務は果たされるかもしれない。そうした理由付けは、政策的観点から見て異論の余地がある一方、熟議が行われることの予想される公に受け容れられ易い論点を提示するが、それこそ正に政治的平等の原理が代表統治に対して要請することなのである。

ここに至るまで私は、自由を制限する法が平等の期待に沿うことが出来ないのは、有権者の価値構造間の不一致に乗じる二つの道筋、即ち（１）自由を制限する法が我々／彼ら型の立法として機能しているからであるか、或いは（２）異論の余地ある道徳的確信に根差した正当化事由に専らその立法が依拠しているからであるかのいずれかの状況であると論じて来た。いずれの状況であれ、合衆国憲法下での代表統治に組み込まれた利害の交流の要請が齎す構造的保護を獲得出来ない。従ってこれらの状況は、代表過程を補強するために裁判所の介入が必要となる状況である。

双方のタイプの制定法に付随する問題を、立法に至った正当化事由を提示す

ることで軽減するのは可能である。第一のケースたるソドミー規制法に立ち戻ると、私は次の様に論じていた。審査で重要となるのは、自らの性的な親密行為についても代表者がこの規制法を制定していただろうと考えることが果たして尤もらしく思えたかどうかでなければならない。問題がこのように問われるとき、ほぼ抗し難く想像を絶するほど強力な公共的必要性が無い限り、その問いに対する返答が是とされる可能性は低い様に思われる。

有権者を代表する目的でその任務を遂行し、有権者が有する全ての利益に対して十分な配慮と尊重を払わなければならない代者者には、立法により齎される負荷と立法事由とを釣り合わせることが期待されるだろう⁽³⁵⁾。自分であれば引受けることの出来る負荷を有権者にも引受けさせるという考え方に代表者が理解を示すのであれば、負荷を掛けるに釣り合うだけの理由付けが存在すると我々は考えるだろう。

だが、法により齎される負荷を代表者自身が体験し得るのかどうかは定かでないならば、代表義務に反して負荷を掛けられる人民の利益が立法により許し難い形で軽視されているのかも自動的に明るみにはならない。もちろん、負荷を掛けるという選択が、法を制定する公共的必要性がその負荷のマイナス面を補って余りあるという真摯で誠実な代表者の確信をただ映し出しているに過ぎない可能性もある。この第二のシナリオにおいて、自らの代表義務を果たすことが出来るのかどうかにつき代表者は緻密な算定に従事している。二つのシナリオを区別するには何らかの技術が必要である。妥当な立法措置とそうでない立法措置との相違を見極めるには、唯一、法を制定するに際して統治機構が主張する理由付けを吟味するしかない。その理由付けの検討は、法により掛けられる負荷に代表者自身が服していたならばその均衡は破られたらどうかという、この分析の核心に位置付けられた根本的な問題に光を当てるはずである。恐らく代表者は、自由の制限に勝るだけの理由も無いのにそれを自ら進んで引受けはしないだろう。

同様に、統治機構が行う理由付けの提示は、自殺幫助の事例によって例証される、第二のタイプの代表制の挫折を探り当てるのにも有用である。その第二の範疇において、代表制の挫折自体、提示される理由付けが不適切であることにより生じる。従って、理由付け如何によって自殺幫助禁止法を弁護することは当然可能である。裁判所は、社会の全構成員に対して平等な尊重を附与する

(35) 潜在的犠牲者の保護という理由付けが、合意に基づかない性行為を制限する「公共に配慮した正当化事由」の一つとして考えられるのは明らかである。

理由付けを捜し出すよう求められるだろうが、その結果、或る特定の道徳的確信を受容するのかどうかには左右されることのない公共的な正当化事由の提示が求められる。公共に配慮した理由付けが提示されるのであれば、これらの理由付けが、私的な道徳的確信に動機付けられていない代表者を、社会の全構成員と同じ制約を自分も甘受しなければならないとの心境へと誘引するに足る十分な理由付けであったのかが分析されることになるだろう。

B 応 用

本考察の冒頭で提示された難題は、個別状況ごとに法が齎す効果を検討すべき場合と検討すべきでない場合とを代表補強型の裁判所はどのようにして認識するのかであった。

代表者を巡る仮想的分析が有用となるのはこの難題と対峙するときである。人頭税法の事例では、そのあからさまな理由付けを見るだけでも、賢明な投票者にはなりそうにもないと想定された人民を排除することに法制定の要因があると思われた。代表者自身を排除するような凡そ同じ障壁は推定しづらい。事実、提示される理由付けは、この一見して中立的な外観を呈する法が、議論の余地無く我々／彼ら型の立法であることを明るみにする。人頭税法により齎される効果の検討が妥当であったのも、それを検討せずして、人頭税法の我々／彼ら型の性格が明るみにはならないだろうからである。

速度違反取締法の方に目を転じてみると、自由を制限しているという点では人頭税法と変わるところがない。というのもその法は、状況に応じて人民に対し不平等に押し掛かってくるからである。だがこの法には、人頭税法とは区分され得る少なくとも二つの重要な特徴がある。第一に、その法により齎される負荷の体験に関して代表者が彼ら以外の人民とは体系的に異なる位置付けをされていると想定するだけのはっきりとした理由は見当たらない。第二に、選挙で選出された公選の権力者が、その他如何なる人民と比較しても多かれ少なかれ速いスピードで車を運転することを望む可能性があると考える理由も無い。以上のことから、選挙権を獲得するのに手数料を必要とするがゆえに、一階層としての代表者が、法により齎される過剰な負荷を感じ取る人民とは異なる位置付けをされているかもしれないとの含みを伝えた人頭税法の事例と速度違反取締法の事例とは区分される。

この区分が重要であるのも、法により齎される負荷から自己を守る目的で代表者は緩衝物を設けないだろうとの確信である利害の交流の要請と直接関係す

るからである。代表者及び多数派の有権者と少数派の有権者とを分かつ分水嶺であると我々が考えるかもしれない問題が、利害の交流という法の前提論と関与しないのであれば、問題となる法が我々／彼ら型の立法であるかもしれないとの懸念は既に多少は弱まっている。

その懸念は、人頭税法と速度違反取締法の根底にある双方の理由付けを対比することで更に弱められる。人頭税法には、より伝統的な平等保護分析の特徴であるところの共感の欠如に根差した理由付け（貧困は知性の欠如を含意する）がその裏付けとして存在していた。他方、速度違反取締法は、公共に配慮した多くの簡潔な正当化事由の中でも最も目に見えて簡潔な「安全の確保」という正当化事由で支持され得る。従って、代表者がスピード狂であるとしても、速度違反取締法の運用を通じて生み出される明白な社会利益ゆえに速度制限に耐え忍ぶという選択を依然として彼らが行うかもしれないと容易に想像することが出来る。従って速度違反取締法は、代表過程が挫折している徴候を示さない。即ち、事実上の我々／彼ら型の分類をこの法律が創出している様には思えないし、その法律にはその存在を支持するだけの公共に配慮した理由付けも欠如していない。ゆえに我々は、高スピードで運転する有権者の利益が十分に斟酌されていないのではないかと懸念を抱く必要は無いのである。

速度違反取締法を巡る議論には、自動車の速度制限がいかに重要な措置であるのかという論点が隠されている。自由の利益の重要性に対する評価は、憲法学上これまでも多くの面倒な事態を生じさせて来た争点の一つであるが、二段階の自由請求アプローチにおいてそうした評価が少なからず行われている様に私には思える。代表補強型のアプローチが自由の保護を是とする魅力的な特色の一つは、最高裁における現在のデュープロセス理論がそうである様に、自由の利益の重要性に対する裁判所の明確な評価をそれが要請していない点に求められる。寧ろ、統治機構が提示する理由付けの分析において自由の利益の重要性が間接的に関わってくるのは、法を支持するに際して表明される理由付けに基づき、自分たちをその射程範囲内に引き入れるほど高い一般性レベルでその法を制定することに代表者が積極的であったかどうかの判断を裁判所が試みる場面である。

速度違反取締法の事例において、公共の安全確保という理由付けは、自由への制限を支持し、全ての有権者に対する代表義務から逸脱してその法が制定されたかもしれないとの推測を跳ね返すに足るほぼ申し分の無い理由付けである様に思われる。だが、高スピードで車を運転する自由が、有意義な人間的生活

の追求に欠かせない役割を果たすことを多少なりとも示す証拠が存在していたのであれば、自ら及び自らの支援者のためにこうした有意義な人間的行動を制限するに先立って代表者に提示が要請されるであろう理由付けも、十分に説得力のある理由付けでなければならないだろう。

型に嵌った類型化作業など必要無い。裁判所がなすべきこととは、法により最も負荷を掛けられることになる人民の立場に代表者を位置付け、その法を支持する目的で提示された理由付けを検討し、そしてこれらの理由付けを背景として、代表者であれば自らをその法に服せしめていたと考えるのが合理的であるかどうかの判断を試みることに他ならない。これは、合衆国憲法により課される代表義務の実現を目指した反実仮想的な思考実験である。

但し、この分析を行っても難解な事案が以前よりも難解でなくなる訳ではない。難解な事案が難解であるのも、それは、秩序ある自由を生み出す均衡状態を破ることが常に容易ではないから、そして、難解な事案では細心の裁判官による熟慮した上での判断が求められるだろうからである。既存法下で最も難解な事案は、この新しい自由請求アプローチ下でもやはり最も難解な事案であるだろう。だがこのアプローチは、難解な事案がなぜそのように難解であるのかを説明し、難解な事案を難解になさしめる要因となる特定の争点に注目を寄せるだろう。

代表補強型の自由請求アプローチは、あらゆる自由の請求を後押しするはずである。ニューディール以来、最高裁が極めて扱いに苦慮して来たいわゆる「経済的」利益であっても、このアプローチ下であれば斟酌される機会があるだろう。所与の経済的利益が保護に値しないとか重要ではないとして機械的に無視されることは無いと考えられる。この分析アプローチの下、経済規制が支持される頻度が増えるのであれば、掛けられる負荷と釣り合う、正当な公共の必要性を示す説得的な理由付けを統治機構側が提示出来たからであるだろう。規制を行うにしても、家屋内での私事を規制する場合よりも市場での振舞を規制する場合の方が統治機構は正当な公益を示し易いことが多い。このアプローチは、その公益の実現には何が必要なのか、そして時が経てばその公益がどの様に変化するのかを巡って、より緻密な意見を展開するよう裁判所に求めるだろう。

C 違憲の疑いの強い立法の新たな分析指標

代表補強型の自由保護理論は、「我々」インサイダーに対してではなく「彼

ら」アウトサイダーに対し主に作用する法を通じて自らと一定の有権者との間に楔を打ち込むことを代表者に可能にさせる代表過程の挫折が生じているかどうかを探索する。代表過程へと組み込まれた安全装置は、数多くの状況で代表過程の挫折を防止するのに役立つ。だが、そうした安全装置が機能しないことがある。

利害の交流の要請により齎される保護が滞る恐れが最も高いのは、イギリスの国会に共感が欠如していたために自分たちの代表者は妥当ではないとアメリカ入植者が感じたのと同様、一定の有権者の利害を代表者が理解、承認、或いは評価することの出来ない場面である。懸念されるのは、重要な価値を巡る深甚な不一致が共感の欠如へと繋がり、我が国の民主政が附与する最も広汎な自由の保護が挫折へと導かれる恐れである。機能不全に陥り易いこの状況を確認出来る可能性が最も高い場面は、少なくとも一定の人民にとって重要であると共に社会的に異論の余地もある一定の行為を制限する立法の是非が問われる場面であると言えるだろう。こうした場面を特定するのはそれほど困難ではない。例えば、中絶や自殺補助はその好例である。根本的に異なる道徳的確信に根差した相容れない強固な姿勢でその是非が争われることにより特徴付けられるこの様なタイプの論争は、代表者が全ての有権者を代表することが憲法上不可欠であるにも拘らず、そのように彼らが代表出来ない可能性もあるということへの意識を最高裁に喚起するはずである。

かかるタイプの道徳的軋轢がそれとは逆の帰結を後押しすると主張する裁判官や学者もいる⁽³⁶⁾。彼らは、道徳的軋轢を生じさせるこれらの問題が道徳的不一致を触発するからこそ代表過程での解決を目指してこれらの問題を「人民」に託すべきであると主張する。この自由請求アプローチは、重大な政策的争点をパブリック・フォーラムから奪い取ることがないように司法最小主義を採用する謙抑的な裁判所を賛美する。更にこのアプローチは、代表過程における争点を未決のままにする結果、全ての人民の見地に対する尊重を表向きは喚起することで道徳的に崇高な前提にコミットする。このアプローチを採用する人々は、司法審査の実施を牽制し、あらゆる拠り所を備えた代表過程へと自由請求者を向かわせる。

(36) See, e. g., Richard H. Fallon, Jr., *The Supreme Court-1996 Term, Foreword: Implementing the Constitution*, 111 Harv. L. Rev. 54, 88-89 (1997) (政治機関の判断に対して裁判所が行う敬讓は「理に適った見解の不一致」が顕著に現れ出る領域では特に適切であると論じる)。

合衆国憲法の予想通りに代表過程で代表義務が果たされているのであればそれはそれで的を射た返答であるかもしれない。だが我々は、所与の集団や利益に対して最小限の価値すらも代表者が与えることの出来ないときにこそ代表過程が機能不全に陥ることをこれまでも目撃して来たはずである。例えば1954年、人種統合教育の実現を試みるべく最高裁が幼いリンド・ブラウンを代表過程へと向かわせなかった様に、代表過程でこれまで自らの自由の利益が憲法上代表されて来なかった人民を、説得出来る望みの無い代表過程へと最高裁が向かわせる措置が正解となり得ることは無い。そうした人民を代表過程へと向かわせれば民主的平等の要請は譲歩させられるだろう。従って、最高裁が軽率にも代表過程に委ねるのが最良の問題であると判断して大半の自由の請求を拒けるのであれば、全ての有権者に対して平等な配慮と尊重を払わなければならないという代表者の義務も含め、代表過程が機能不全に陥っているのかどうかという問題が正面から取り組まれることも無い。もし代表過程が機能不全に陥っているのであれば、最高裁は民主政を支持せずに他の手段を探るべきである。寧ろその場面での最高裁の義務は、民主政の核心である代表過程を補強することにある。

自由の請求の審査はただ次のことを意味するに過ぎない。代表制が挫折しているのではないかと懸念を覚えるだけの理由があると言えるほどに、新たに定義された「違憲の疑いの強い」要素が仮に同定されるとするならば、個人の自由を侵害するにしても公共に配慮した理由付けの提示が統治機構には求められるだろうと。争点となっているのが、よりありふれた政策的選好ではなく異論の余地ある道徳的資格であるとするならば、外在的な判定者が説得的と考える一定の理由付けに基づき政治的敗者に対して自らの勝利を正当化しよう政治的勝者に求めることは極めて適切であると思われる。かかる理由付けが存在するのであれば、平等な配慮と尊重を全ての人民に対して払わなければならないという自らの義務を代表者が看過していないことの言質となる。

従って重要な論点は、代表過程が機能不全に陥っているのかどうかである。もし機能不全に陥っているのであれば、代表過程で勝利を試みるのは虚しくなるため、最高裁は政治的敗者を代表過程に送り返してはならない。他方、機能不全に陥っていないのであれば、最高裁が介入を行う必要が無いということについては全般的に合意が得られる。この場合、立法府は全ての人民を考慮に入れた政策を形成し、全ての人民を代表するというその能力に対して我々の寄せた信頼に応えることが出来ている。だが、これら二つのことを処理出来るのは

裁判所しかない。ますます人民が多様になることで共有価値の欠如が助長されるに従い、代表過程の機能不全から人民を守るという裁判所の役割も同様に拡大して行くことを合衆国憲法の構造的抑制の要請は示唆する。

結 論

憲法学にとっての難題は、「何らかの根源的な共通利益を併せ持った一元的な同質集団」⁽³⁷⁾ というパラダイムからますます乖離する変節を前にして、合衆国憲法が伝統的に附与して来た構造的保護を保全出来るのかどうかである。その第一段階は既に着手されており、今や平等法学の一端となっている。我々が抱くかもしれない代表者への信頼が集団的偏見により掘り崩されるとしても、構造的保護の要請により裁判所は代表制を補強することが出来る。敵愾心が潜んでいるのであれば代表者への信頼を維持することは出来ないからである。

それ以外の不一致状態によっても代表者への信頼は掘り崩される。合衆国憲法は、保護されて当然である和我々の考える僅かな自由しかその明文上で保護していない。我々は、それ以外の自由に関して、我々が尊重するのと同じ様に代表者も必ずそれらの自由を尊重すると確信しなければならないのである。この期待につき合衆国憲法は、代表者に対して利害の交流の要請を課すことで我々を援護する。多くの場合、我々の信頼は適切に投じられている。だがその信頼は、代表者と我々有権者との間で価値が共有されていることから生まれた驕りでしかない。その驕りがもはや体験されなくなった途端、代表者は、自らと有権者とを結び付けている利害を断絶し、一定の有権者にとっては有利な立法を行う一方で、それ以外の有権者の利害を一切斟酌しなくなる恐れがある。そこまで至ると代表者への信頼は無くなるため司法審査の実施が求められる。

我々／彼ら型の思考で特徴付けられる代表制の挫折は、平等違反や自由の侵害という形で表面化し得る。平等違反の同定に裁判所がこれまで苦勞を感じて来なかったのも、平等違反の有無を分析するのに有用な一連の客観的指標を裁判所が考案しているからである。だが、同様の挫折が自由の侵害の結果として表面化するとしても、いかなる客観的指標であればその挫折が指し示されるのかにつき裁判所はこれまで思考を巡らせて来なかった。

だが今日、自由の請求は辛うじて憲法に基づく請求として認識され得るため、平等事案と自由事案で行われて来た双方の扱い方における甚だしい相違が

(37) Wood, *supra* 20, at 174.

正当化される訳ではない。いかにして中立的な法の制定を代表者に対して要請していくのかにつき50年に渡る蓄積を持つ裁判所は、文面上中立的な法を制定するにしても全ての人民の利益に適正な配慮を払った上で代表者はそれを行わなければならないということを今や保証する用意が出来ているはずである。

自由権の実現を目指す構造的議論は、平等で始まって平等で終わる。自由を保護する基盤として平等を提示することは極めて楽観的な手法である。だが我々の社会がいかに多様になろうとも、その様に平等を提示することで、広く人間の豊饒にとり最も重要な事柄に対して有意味な一般性ルールが配慮を示すルールとなるだけの十分な共通基盤が多数者と少数者との間に存在するかもしれないことが示される。もっとも、我々全てが共通に有している価値さえも裁判所が堂々と慎重に保護し始めるのであれば、秩序ある自由の継続的な進展に向けて裁判所は大きく踏み出すことになるだろう。新世紀において我々は、合衆国憲法上明文で保護されている自由以外にも無数に存在する自由に対して気を揉むことになるかもしれないのである。