

國學院大學學術情報リポジトリ

憲法解釈の変域に配置される二つの媒介変数(二・完)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: グレック, ベンジャミン, 捧, 剛, 新倉, 修 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/00001091

憲法解釈の変域に配置される二つの媒介変数（二・完）

ベンジャミン・グレッグ
 捧 剛・新倉 修（訳）

第四章

いつものことながら、アメリカではこの論争は依然として、
 普遍主義と個別主義という互いに他を排し合う言葉で形作ら
 れ、決着の付けられぬままとなっている。⁽¹⁾ただそれだけで、
 我々は、目的合理性と価値合理性との間で綱を引き合う法的平
 等と法的差別についての将来の行方を想定することができる。

この境界づけられた規範的曖昧性は、主たるアフアーマティ
 ヴ・アクション裁判に対する内在主義の観点から容易に例証で
 きる。カリフォルニア大学デーヴィス校医学部は、各クラスの
 入学定員百名のうち十六名を、マイノリティに属する受験者の
 ために確保するという、アフアーマティヴ・アクション入学手
 続を設けた。同校は、アラン・バッキという白人男性の受験者
 を二度不合格にしたが、同校の基準に従えば、バッキの得点

は、十六名のマイノリティの合格者の誰よりもはるかに高かつ
 たのである。バッキは州の裁判所に訴訟を提起し、裁判所は、
 デービス校医学部の制度が、マイノリティのヘルス・ケアの改
 善、並びに医療学校の学生及び医業におけるいっそうの人種的
 統合といった、一定の人種に特化した目的を持つことはやむを
 得ないものと認める一方で、それでもなお、その実現手段が人
 種を基礎にしていることを理由として、当該制度は、憲法の保
 障する法の平等な保護に違反すると認定した。⁽²⁾バッキとデービ
 ス校医学部の双方が上訴した。カリフォルニア州最高裁判所
 は、デービス校医学部の制度が、一九六四年市民の権利に関す
 る法律第六章ばかりでなく、合衆国憲法修正第十四条に違反す
 ると判示し、バッキの入学許可を命じた。これに対し、デービ
 ス校医学部は、合衆国最高裁判所への裁量上訴を認められた。
 一九七八年のカリフォルニア大学評議会対バッキ（以下、「バ
 ッキ事件」とする）の判決において、四名の裁判官が、デービ

ス校医学部の制度が市民の権利に関する法律第六章に基づいて合憲であると認定し、パッキの入学を認めない見解を支持したのに対し、他の四名の裁判官はそれとは反対の立場に立ち、結局、九番目の裁判官（パウエル）が判断を決する票を入れ、多数意見を書いた。多数意見は、一方で、カリフォルニア州最高裁判所の判決のうち、デーヴィス校医学部の特別入学制度を違憲とした部分を支持し（バーガー、スチュワート、レーンキスト及びステイヴンズ同意）、パッキの同校医学部への入学許可が命じられた。他方、多数意見は、カリフォルニア州最高裁判所の判決のうち、デーヴィス校がその入学制度において人種を考慮することを禁じた部分を覆した（ブレナン、ホワイト、マーシャル、ブラックマン同意）。

私は、「ここで」パッキ事件判決を再現しようとは思わないが、その判決にみられる見解の相違を検証したいと思う。それらは、平等と差別に対する立場について、三つの普遍主義の見解と三つの新個別主義の見解とに分けることができる。私は、それぞれの側のそれぞれの立場を、それに対して反対の立場からなされるであろう反論と対比させて検討したいと思う。

普遍主義の主張（一）パッキ判決の多数意見は、「すべての人に対する法の平等な保護の保障」は、「他の人に認められている以上の保護を与えるような特別な保護の容認」を許すものではないと判断した。⁽⁵⁾この原則は、歴史的に見て州により是認された差別の犠牲者を含めた個人または集団に対する、これもまた州により是認された救済的優先政策に明らかに矛盾する。

それは、決定論的正当性の概念を具体化するものであり、特定の事例が、この原則に反するか、または反しないかは、単なる論理的分析が示すにすぎないことになる。したがって、この原則の有効性は、社会的、歴史的文脈から独立しており、正当性は、自己言及的なものとなる。すなわち、それ自身を問題とすることのできない原則に従うことが、正当なのである（人が法に従うことの心理構造は、単にそれが法だからである）。

新個別主義からの批判（一）厳格な法の平等な保護に対する例外は、保護的な差別として許容され得るのであり、また、人種主義の伝統があることを考えると、不可欠でもある。我々の文化に深く根ざした人種主義を正当に評価することは、人種主義の歴史的影響の克服、すなわち、人種を社会的に平等なものとし、または少なくとも社会的立場における著しい相違を改善するという、社会的概念を達成するために不可欠である。⁽⁶⁾この批判は、「平等化」という憲法外の規範に基づいているので、価値合理的である。

個別主義（及び新個別主義）的形態の合法性概念は、まさに普遍主義タイプの人種の中立性の可能性に対して、「次のような」批判を向ける。批判がなければ社会が利用するであろう仮想的な人種中立基準（例えば、標準化されたテストの点など）は、不偏のものではないであろう。先の経験は、人種的に中立な決定手続または選択手続においてさえ、敵対する人種意識が存在するのであることを示している。⁽⁷⁾さらに、平等の形式的及

び実体的規範は、自明なものでもなければ、倫理的に空虚なものでもない。すなわち、平等に扱うことは、不正義であり得るし、不平等に扱うことは、正義であり得るのである。⁽⁸⁾

普遍主義の合法性概念によれば、政府の行為というものは、すべての生活領域の構成員が有する平等に扱われる権利をきちんと考慮している場合には、正当化され、それ以外の場合には、正当化され得ないものとされる。これとは対照的に、個別主義の合法性概念については、マイノリティに対する機会を伸張すること、及び保護的な差別により人種の「不平等な」現状に終止符を打つことが、結果として生じる不都合を正当化する価値合理的な理由を提供することができる。そういった不都合が、マイノリティの現状に対して、個人的にはなんら責任を負っていないマジョリティの構成員に生じたものであった場合でも、正当化の理由を提供することができるのである。⁽¹⁰⁾

普遍主義の観点からすれば、アフアーマティヴ・アクションの責務を課せられる者は、「次の理由で」返報を受けていることになる。すなわち、その「アフアーマティヴ・アクションの責務を課せられる」者が属している集団が、通常、伝統的に(性別上または人種上)優位におかれてきたマジョリティに該当すること、及び、その責務が、それを受けることを余儀なくされる者に対する具体的な不利益(例えば、何らかの機会の喪失)をもたらしことである。新個別主義の合法性概念は、一つの特定の集団に対する差別が、別の特定の集団に対する差別と異なるのは当然である、すなわち、白人による白人に対する差

別は、(その白人に対して不名誉を課せられるものではないので、非白人に不名誉を課することとなる)白人による非白人に対する差別よりは不公平ではないと反論する。普遍主義が、あらゆる形態の差別を平等化するのに対し、個別主義は、例えば、歴史的に劣位におかれていた集団に特別の配慮を施すことは、歴史的に優位におかれていた集団の法の平等の保護を受ける権利を侵害するものではないと主張し、(超法規的な価値に基づく)差別を設ける。⁽¹¹⁾

普遍主義の主張(二) バッキ判決の多数意見は、「いずれの集団が有利な司法上の配慮を受けるに値するか及びいづれの集団が当該配慮を受けるに値しないのかを決する理にかなった基礎がなんら存しないこと」を認め、さらに「当該「有利な司法上の配慮を受けるに値する集団の」ランク付けを行うために必要なその種の社会学上及び政治学上の可変分析が、単純に司法権の範囲外であること」を認定する。⁽¹²⁾ 決定主義にとつての合法性概念は、例えば、成文憲法中で法の平等な保護を定めた条項に違反すると主張される通常の区別を評価するのに利用される合理テストのような、形式的原則に依存している。すなわち、区別は合理的であつて、恣意的であつてはならない。また、そのような区別は、同じ状況に置かれたすべての者が同様に扱われるようにするために、立法目的との公平かつ実質的な関わりを有する何らかの差異に基礎を置くものでなければならぬ。これによつて、決定主義(すなわち、普遍主義)は、平等を原

則の問題と考え、不平等な扱いを提唱する者に、なぜそのような扱いが保障されるのかを説明するよう要求するのである。

新個別主義からの批判 (二) この種の普遍主義に対する反論は、いずれの集団が例外に該当するかを決するのに、形式的な基礎よりも道徳的基礎を意識する。そのような基礎の一つには、マイノリティに対する実質的公平性へのマジョリティの政治的または倫理的責任がある。マジョリティは、区別が明らかに、そのような「区別としての」効果を持たないよう企図されたもので、むしろマイノリティに対する公平な扱い、またはマイノリティが代表者を送れることを保障することを企図したものであった場合には、マジョリティに不利となる区別であってもそれを提案し、または受け入れるであろう。その際、政府の選択に疑いを向けたり、その結果を厳密に精査したりするいかなる理由も存しないであろう。さらに、新個別主義の合法性は、「より徹底的な司法審査」が「別個の、かつ孤立したマイノリティに対する先入観」(合衆国対キャロリン・プロダクツ株式会社 (一九三八年)¹³) によって惹起されるといふ原則のコロラリーを識別することができる。司法による厳密な審査は、後者が、政府によって義務を課せられるよりむしろ、利益を受ける場合には、当該マイノリティに対する先入観によって惹起されることはないと思われる。

新個別主義は、敵意による差別と保護的な差別とを区別することによって、再度、「誰が例外に該当するのか」という問い

に答える。すなわち、人種指向的な目標が、必然的に白人の政治的権力を弱める必要がなく、また白人の公民権を剝奪する必要がないのであれば、それらは保護的なものとなる。白人に対する差別もまた、それが白人もしくはその他の人種に関してなんら人種的誹謗または中傷を内在するものでない場合、及びそれが不利な影響を受ける白人に対する、人種的侮辱または名誉毀損をなんら意図するものではない場合には、保護的な差別である¹⁴。

普遍主義の主張 (三) 法の歴史上もつとも皮肉な教訓が偶発性の教訓であるので、普遍主義にとって、無矛盾性は致命的である。この無矛盾性の強調は、普遍主義の合法性概念の形式主義及び手続主義をよく表すものである。パッキ判決の多数意見に依れば、憲法上の原則を「政治的及び社会的判断の変化」に依りて可変のものと考えることは、「人種の及び民族的出自に関わる区別についての司法審査が政治権力の減衰及び潮流とともに変化するかもしれない」と言うことを認めるものであり、したがって、「憲法の一貫した解釈の機会の基礎を彫り崩す」ことにならう¹⁵。この考えは、特定の時と場所に関するプラグマティックな政治的判断のレベルより上に裁判所を押し上げるために、法解釈における裁判所の役割が経済社会の至る所にその根元を有し、かつ相当期間にわたって継続する規範を識別することのそれであると想定する¹⁶。

新個別主義からの批判（三） 普遍主義の無矛盾性原則は、それが結局無内容であるので、手続になら適切な指針を提供しない。我々の平等概念は、最初は、我々が「無矛盾性」、「公平さ」及び「非恣意性」などと言ひ表すものを定義する規範から引き出される。無矛盾性及び公平さは、運用される原則の中にその源を有しており、原則そのものが意味するものを単に説明するに過ぎない⁽¹⁷⁾。したがって、無矛盾性のみでは、いかなる意味においても合理的または正当な解釈を内包したことにはならない。さらに、憲法解釈における絶対的無矛盾性の概念は、長きにわたり確立されてきた司法審査の実務と相いれないものである。このことは、実務上は、広範かつ永続的な無矛盾性が達成不可能であるという事実を強調するものである⁽¹⁸⁾。

それでは、次に「これまでの」原則論争を視点を変えてみることにする。

新個別主義の主張（四） 「やむにやまれぬ政府の目的」の考え方は、成文憲法の条文の外部に在する価値、すなわち手続的に、または、場合によっては、形式的に選択され得ない種々の内容に開かれた価値に適用される。新個別主義の合法性概念は、法的ではなく、道徳的な意味における目的を正当化する。バッキ判決の多数意見は、「その他の善意の個人の犠牲の上で、相対的に劣位におかれてきたた集團の構成員と認められる」何人かの個人を優先的に取り扱うことが、「司法、立法または行政が憲法違反もしくは法律違反を認定する場合にのみ認めら

れる」こと、及び「その他の個人の犠牲の上で被害を被つてきた集團の構成員を優先させることに對する政府の利益が、本質的な問題であること」を認める⁽¹⁹⁾。特定の区別の必要性に関する政治的判断が、「ある個人の人種的または民族的出自に関わる場合には、当該個人は、人種的または民族出自を理由として当該個人に課することを要求される義務が、正確に、やむにやまれぬ政府の利益に資する目的で策定されたものであるかを、司法に判断させる権利を付与される⁽²⁰⁾」。確かに、優先的な取り扱いの道徳的目的は、法的手続によつて保障されるかもしれないが、それは、法的目的を減じ得るものではない。

普遍主義からの批判（四） ある国家的制裁を受けるべき侵害行為は、それに伴う国家的制裁を受けるべき「他の」侵害行為を正当化することはできない。すなわち、後者は、形態的には、単なる「逆侵害行為」に過ぎない。

新個別主義の主張（五） 社会的に許容される不平等（アファーマティヴな、または保護的な差別）は、正確には、社会的に許容できない不平等の歴史の影響を改善するために必要な措置として許容され得るのである。普遍主義及び個別主義の双方とも、国家が「識別し得る差別の影響を改善し、または可能な場合には、無効なものとするに正当かつ本質的な利益を有している⁽²¹⁾」という点については意見の一致をみるが、新個別主義だけが、「かつて排除されていた公的生活の領域にマイノリ

ティが参加できるようにするために、連邦議会が、社会的及び人種の差別によって劣位におかれるおそれのある者に対して、優先的な取り扱いを行う義務を負い、または権限を付与されている」と主張するのである。²²⁾

普遍主義からの批判(五) アフアーマティヴな、または保護的な差別は、例えば、想定される保護的、または救済的な措置によって明らかに利益を受ける集団の構成員が、そのような措置は、その集団の観点からすれば真に利益を与えるものではないと異をとる場合には、当該措置が解決することを目的としている問題を、真に解決することはできない。さもなければ、当該差別は、時によって、「分離され、かつ孤立した」マイノリティをさらに侮蔑することになるかもしれない。あるいは、保護的と称する差別は、意図的な形で敵意による差別を隠蔽するかもしれない。そして、人種の同化をめざす保護的差別は、社会が差異の浸食によって利益を受けていることを暗示するだけでなく、自己を区別することがマイノリティにとって重要であることを無視するものでもある。²³⁾

新個別主義の主張(六) 敵意による差別に対する法及び公的政策は、普遍主義の非差別法が問題に対してなら実践的な解決を提供しない以上、保護的な差別を利用する以外に選択肢はない。人種重視の措置についての新個別主義の選択は、成文憲法の条文の中には見いだせない価値から、すなわちむしろ保

護的な差別を社会的に許容し得るものとみなす規範的計算から導き出される。かりに「過去の差別の結果が今日の判決に影響を及ぼし、またはそれを統制する場合であつて、過去の差別に対する人種中立的な救済が不適切であつたとすれば」、その望ましき及び合憲性が問題とならない目標を達成するために利用できるのは、人種重視の措置だけである。一八九六年のプレッシー対ファーガスン²⁴⁾以降、我々は、政府における皮膚の色を無視しろとの指示が、人種主義に反対する努力を無にするであろうことを知っている。すなわち、社会的、文化的及び経済的现实への固執は、個別の事例において皮膚の色を無視すると主張することが、実際には、結果としてマイノリティの個人に対する偏見とならう措置を隠蔽するのを確実にしてしまう。²⁵⁾

普遍主義からの批判(六) 普遍主義的な合法性は、認知される社会的必要性、またはその他の原則に基づかない不確定な要因の前に、原則を築くものである。実際に、普遍主義的合法性概念が、問題に対する実際の解決を困難、または不可能にした場合であっても、当該合法性概念の基礎にある原則は、同程度に正当であり、従う価値はあるであらう。

新個別主義的規範から区別されるものとして、「新個別主義」と競合する普遍主義についてのバック判決におけるこの説明をもって、私は、憲法解釈の本来的に不確定な性質を例証しようとして試みてきた。私は、そういった「憲法解釈の不確定な性質

の「いくつか面を指摘してきた。例えば、いかなる法制度も、それが裁判所による判例法であろうと、議会による制定法であろうと、議論の余地を残さぬほど完全に起草されることは不可能であること。さらに、アメリカ合衆国の成文憲法は特に、文面を超えて先を見ようとする誘惑が解釈され得ないような規定をいくつか含んでいること。また、たいていの言語において符号化されるいくつかの自然的な意味(例えば、基本的な色に関する用語)以外には、言語による意味の大多数、及び異なる種類の言語による意味の大多数は、関連する文化の社会的、経済的、技術的、及び理論的必要性に応じて結晶するということがある。言語の利用は、単に文化の中において独立して形成された先在的な思想の蓄積を反映するだけでなく、思想の形成及び再生産における要因でもある。これらの要因は、なかならずく法解釈に対する実証主義的手法を擁護できないものとする。したがって、憲法の条文自体は、解釈困難な領域において、典拠のしつかりとした解釈のための適切な基礎をなら提供するものではない。しかし、パツキ判決についての私の説明が例証しようとしたように、このことは、規範的アナキーが唯一または必然的な選択肢であるということの意味するものではない。

それでもなお、私と憲法解釈に関する見解を同じくする学者の中には、唯一解釈に対する規範的に中立な手法だけが、実証主義とアナキーという等しく危険な落とし穴を避ける方法であると結論を下す者もいる。例えば、ジョン・ハート・イリイは、憲法典の条文は、実質的な規範の選択及び調整が、ほとん

ど完全に政治過程に委ねられているので、一般的な規範の内容を認めるものではなく、それを展開するものであると主張する。憲法の条文は、恒久的な保障を付与された一連の実体的な権利の基礎となるのではなく、実際のマジョリティは、過度に自己の権利を脅かされないであろうという仮定から生じるものである。それは、実体的な決定の時点で、すべての者の利益が現実または仮想的に、代表されるであろうことを確保しようとする、あらゆるレベルにおける、決定手続を構築することによって、当該マジョリティが制度的に自分自身を脅かすより過度に、他者を脅かすことはないことを保障しようとする。イリイによれば、政府の手続と配分過程への広範な参加を確保することとの関係は、形式的手続との関係であって、規範的実体との関係ではない。彼は、この「手続」さえもが、参加及び非先入観といった実体的な価値を内包することから、価値中立的ではあり得ないことを見落としている。²⁹⁾

同様の動機をもった手法は、法学と自由市場経済理論とを結びつける。「法と経済」運動(law and economics movement)の主唱者たちは、法の言語が、先在的な権利についてのそれであると主張する一方で、実際には、それが裁判所の判決を曖昧にするという現実的な見解を採用する。彼らは、アメリカ合衆国の裁判官は、しばしば障害のない市場での交換を通して到達されるであろう解決、換言すれば(少なくとも費用の点で)最も効率的な解決に行き着いていると主張する。さらに彼らは、経済効率性は、規範を体現する権利分析とは異なり、司法の

判決形成のために中立かつ客観的な基準を提供すると主張する。²²⁾しかし、経済効率は、確かに、社会的及び政治的権利の基礎となる規範からは独立しているものの、いかにして社会的及び政治的権利が配分されるべきかについての実体的評価を体现する、それ自身が規範なのである。そして、我々が第三章で平等の憲法的側面の「発展」の歴史に関してみてきたように、権利の配分は、当該権利の内容に直接的に影響する。したがって、かりに、一七八九年のアメリカ合衆国において、法的平等が土地を所有している白人男性のみに及ぶとすれば、平等の権利の内容は、一八世紀の「英国人の権利」の秩序の上にあることになる。例えば、今日の法的平等が非白人及び貧困層にも及ぶとすれば、平等の権利の内容は、植民地時代のそれよりも、質的に広いことになる。

これら二つの手法は、法の規範的側面を無視する憲法解釈の手法は無益であることを証明する。これに対して、私の理論は、法実証主義のスキュラ「次のカリユブデイスと相対する危険な岩のこと。名称は、巨岩に住み、船を飲むといわれたギリシャ神話上の女怪に由来する。」と解釈上のアナキーのカリユブデイス「シシリー島沖合いにあり、船を飲み込むといわれる渦巻き。名称は、海の渦巻きを擬人化したギリシャ神話上の女神に由来する」との間を何とか航海し、さらになお、憲法典（及びすべての憲法解釈）の基本的に規範的な性質を説明しようとするものである。私は、それを解釈に対する内在的手法と外在的手法を調和させることによって行った。すなわち、規範

に対する内在的手法及びその記述に拘束されることなしに、規範の意味における法の自己言及性を考慮に入れることのできる外在的手法を調和させたのである。換言すれば、新個別主義から区別されるものとしての普遍主義において憲法解釈の変域に配置される二つの媒介変数は、合法性概念の形態を規範的に特徴づけるものではあるが、合法性概念における法それ自身の規範的特徴づけの外に存在しているのである。

この論文の初期の草案の段階で、批判的コメントを提供してくださったロバート・ウースナウ氏に謝辞を表したいと思えます。

(1) 合法性概念の普遍主義的形態及び個別主義的形態は、内容において相互排他的ではあるが、機能においては必ずしも相互排他的なものではない。例えば、普遍主義の主張と個別主義の主張との抵触は、双方を互いに分離し、異なるレベルの一般性のもとに配することによって解決する（または少なくとも害のないものにする）ことができる。

(2) 裁判所は、アフアーマティヴ・アクション入学制度がなければ入学していたであろうことが示されなかったとして、バッキの入学許可命令を認めなかった。

(3) 合衆国修正第十四条第一項の一部をここに引用する。「いかなる州も、合衆国市民の特権もしくはは免除を害する法律を制定し、または執行してはならない。いかなる州も、法の正当な手続によらずに、何人からも生命、自由ま

たは財産を奪つてはならない。また、その管轄内の何人に対しても法の平等な保護を拒んではならない」。

(4) 第六章は、遠大な目的を有する一九六四年市民の権利に関する法律の中でも、肝要な部分である。当時、連邦議会が直面していた問題は、成文憲法の条文中の反差別規定と相いれない差別、すなわち連邦の予算の受け手による黒人差別であった。市民の権利に関する法案の目的は、白人に認められているのと同じ権利及び機会を、黒人に対して付与することであった。同法案は、立法者が憲法の条文中に含まれていると考えるものを越えた、新たな平等な措置の基準を創設しなかった。第六章の制定が議論されていた際には、連邦議会は、「逆差別」または「アフアーマティヴ・アクション」制度について及びもつかなかつた。連邦予算の受け手による人種に基づく割り当ての利用、または「拒絶」は、同法の第六章が人種指向的な措置を禁止するものと解釈されたのであれば、第六章の直接的侵害を構成するが、当時の連邦議会での議論は、マイノリティに属する契約者のための割り当て規定が、いずれにせよ第六章に抵触しその章を修正する可能性があることさえ、考慮していなかった。裁判所も、第六章に規定されているのと同じような反差別規定を有するその他の制定法について、「皮膚の色を無視した」解釈の採用を拒否している(例えば、ALBEMARLE PAPER CO. v. MOODY (1975), FRANKS v. BOWMAN TRANSPORTATION CO. (1976), TEAMSTERS v. UNITED STATES (1977) 及び UNITED JEWISH ORGANIZATIONS OF WILLIAMSBURG v. CAREY (1977))。

第六章第六〇一条は、「合衆国の何人も、人種、皮膚の色または民族的出自を理由として、連邦の財政的援助を受け取る手続もしくは措置の適用を受けることから排除され、当該利益を得ることを拒否され、または当該手続もしくは措置につき差別を被ることはないものとする」と規定している。42 USC para 2000d.

(5) REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA v. BAKKE 1978, 98 S. Ct. 2750-1. ウェル裁判官の多数意見。「人種または民族的出自以外にいかなる理由もなしに、いかなる一集団の構成員をも優先的に扱うことは、それ自体の目的のために差別にあた」り、また「法の平等な保護の保障は、一個人に適用される際にはあることを意味し、当該個人とは異なる皮膚の色を有する者に適用される場合には、それとは別の意味を有することとなり得ない」。Id., 2734.

(6) RICHARD A. WASSERSTROM, RACISM, SEXISM, AND PREFERENTIAL TREATMENT: AN APPROACH TO THE TOPICS, 24 UCLA LAW REVIEW 581-622 (1977) 618. 一九七七年のウィリアムズバーグユダヤ人連合協会対ケアリーにおけるブレナン裁判官の見解によれば、「根の深い人種の不平等とどう困難がつきまとう、社会における人種の正義を促進する効果的な社会政策の必要性」は「人種の指向性の必要

性を内包することから、普遍主義の人種的中立性を拒否するものである。同判決の多数意見は、議会の要求する投票権に関する保護的差別の合憲性を論じた。

(7) LAWRENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (1978) 1045.

(8) KENT GREENAWALT, *HOW EMPTY IS THE IDEA OF EQUALITY?* 83 *COLUMBIA LAW REVIEW* 1167-85 (1983) 1183.

(9) RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (1977) 239.

(10) TRIBE, *op. cit. supra* note 7, at 1048.

(11) 「偏見を被っている『別個の、かつ孤立した』階級としての黒人の地位が、特に彼らを、支配的地位にあるマジョリティによる圧制に対して無防備にしているため、最も開かれた政治過程においても、黒人に対する特別な配慮が必要であろう。富及び権力の帰属における独占、並びに州及び連邦レベルでの優越的地位の故に、白人だけは、地方レベルにおける多数決政策からの特別の保護を必要としない。』 *CITY OF RICHMOND V. J. A. CRISON CO.*, 109 S. Ct. 706 (1989) 724.

(12) *BAKKE CASE, op. cit. supra* note 5, at 2751-2. 実際には、弁護士による「純粹に法的主張ではなくむしろ、もしくは純粹な法的主張につけ加えての」統計的、または社会科学的研究の証拠の裁判所への提示は、一九〇八年のシユラー対オレゴン州（特定の公共施設において女性の労働時間を日

に十時間に制限する制定法の合憲性をめぐる事件）において連邦最高裁判所によって明確に認められて以降、広く行われるようになった。一九五四年から一九七四年の間の五開廷期中の最高裁判所における全六百一件の判決で述べられた、合計約千二百七十の多数意見、補足意見及び反対意見の中の三分の一が、当該証拠に依っていた。HENRY J. ABRAHAM, *THE JUDICIAL PROCESS: AN INTRODUCTORY ANALYSIS OF THE COURTS OF THE UNITED STATES*, ENGLAND AND FRANCE (1980) 248. もちろん、当該証拠は、常に判決形成において重要な位置を占めるわけではない。ちなみに、人種差別事件は、当該証拠が最も頻繁に利用される四つの種別の事件領域の一つである。

(13) ストーン裁判官の意見。強調は筆者。UNITED STATES V. *CAROLINE PRODUCTS CO.* (1938) 152-3, n4.

(14) 「人種的マイノリティに対する差別とは異なり、救済目的のための人種的優先措置の利用は、白人がどこへ行くことも、またはそこで何をしようとも、その皮膚の色のため第二級の市民として扱われるであろうという、高い蓋然性があるというような、個々の白人に広く影響を及ぼす害を与えるものではない」。ハッキ事件における「ブレナン、ホワイト、マーシャル及びブラックマン各裁判官の判決に対する一部補足意見、並びに一部反対意見。BAKKE CASE, *op. cit. supra* note 5, at 2791-2.

(15) *BAKKE CASE, op. cit. supra* note 5, at 2752.

- (16) ARCHIBALD COX, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT (1976) 114.
- (17) PETER WESTEN, THE MEANING OF EQUALITY IN LAW, SCIENCE, MATH AND MORALS: A REPLY, 81 MICHIGAN LAW REVIEW 604-63 (1983) 640-1.
- (18) 普遍主義の主張 (三) において一部引用したパウエル裁判官の意見は、「かなり」の期間にわたって、憲法の適用を変化から保護することを意味するのかもしれない。しかし、「かなり」の期間とはなんであるのか。「この曖昧さはいかなる厳密な定義も恣意的であらざるを得ないのであるから、不可避のものである。しかし、その曖昧さ故に、我々はいかなる成文憲法の条文の適用も「矛盾しない」のかを判断するための実用的な指針なしの状態におかれている。「ある時代から次の時代に移っても矛盾しない憲法の適用、すなわち首尾一貫した解釈の批判的特質」についてのパウエル裁判官の見解 (BAKKE CASE, *op. cit. supra* note 5, at 2752-3) は、通常より隱喩的である。すなわち、'とれだけの時代にわたって、矛盾しない」とみなされるために、'解釈は保護されなければならないのであろうか。
- (19) BAKKE CASE, *op. cit. supra* note 5, at 2734.
- (20) *Id.*, 2753.
- (21) *Id.*, 2757.
- (22) *Id.*, 2786-7. ブレンナン、ホワイト、マーシャル及びブラックマン各裁判官の意見。実際には、「連邦の予算に基づく機関による過去の人種の差別、または人種排除実務の影響を打ち破る必要がある場合には、市民の権利に関する法律の第六章の救済目的を達成するために、人種指向的な措置が許されるだけびなく、そのような措置が要求される。BAKKE CASE, *op. cit. supra* note 5, at 2775. 第六章の条文については、注(4)に引用してある。
- (23) TRIBE, *op. cit. supra* note 7, at 1044n, 10049, 1050.
- (24) BAKKE CASE, *op. cit. supra* note 5, at 2785. トナナン、ホワイト、マーシャル及びブラックマン各裁判官の意見。
- (25) この画期的な判決は、州による鉄道の乗客の人種分離を是認した。PLESSY v. FERGUSON (1896).
- (26) TRIBE, *op. cit. supra* note 7, at 1043. 他の事件 (NORTH CAROLINA v. SWANN (1971) 45-6) において、最高裁判所は、「分離の背景に反して皮膚の色を無視しろと要求することがブラウン事件において保証されたことを画餅に帰してしまふ」と認定した。ノースカロライナ州対スワン事件におけるバーガー裁判官の意見。同様の主張は、性的平等を完全な性的中立性として憲法を解釈することに反対する、フェミニニストの法理論によってなされている。フェミニニストの理論は、道徳的及び社会的進歩がそれ自身反対するものと判断されるべき事柄について、'自称「中立的な」立場が女性に対する偏見を隠蔽する場合には、'性的中立性の理念が実質的平等の条件を作り出すことはできな

いと主張する。さらに、フェミニストの理論は、相応する条件が男性の被用者に対しては存在しない(及び、結果として相応する雇用者による措置が存しない)場合であっても、性的中立性は(例えば、雇用者により、有給休暇を認めることによって)特別の条件として扱われるべき男女間の一定の差異、とりわけ、妊娠及び出産により生じる女性特有の必要性を無視するものであると主張する。例えば、*See, ROBIN WEST, JURISPRUDENCE AND GENDER, 55 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1-72 (1988), and See, SYLVIA LAW, RETHINKING SEX AND THE CONSTITUTION, 132 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 955-1040.*

(27) 例えば、イリイは、修正第十四条が、当該条文の言語の中に、またはそれに至る議論の中には見いだされない考慮事項を解釈に移入しようとする広範な誘惑としてのみ、確実に読まれ得る規定を含んでいると主張する。このことは、いかなる州も「法の正当な手続によらずに、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない」と規定する修正第十四条の、いわゆるデュー・プロセス条項について、真実であるといえる。この修正の複写の際に記録されたコメントには、手続的合意以上の規定を与えるべきものではないとの論述が欠如している。また、イリイは、「いかなる州も、合衆国市民の特権もしくは免除を害する法律を制定し、または執行してはならない」とする特権・免除条項の最もまことしやかな解釈は、それが将来の憲法解釈者に対

して、条文中には列挙されておらず(少なくとも、網羅的ではない)、また見いだすことの指示すら付与していない一定の権利を保障するよう委任したことを意味するというものであると主張する。

最後に、平等な保護の条項は連邦政府には適用されない。それにも関わらず、イリイによれば、法の平等な保護の概念は、修正第九条(「この憲法における一定の権利の列挙は、国民によって保有されるその他の権利を否定し、または軽視するように解釈されてはならない」)に基づいて、連邦政府にも適用されるようにみなすことができる。イリイが憲法の核にある記述という概念で考えているものによれば、法の平等な保護の構成要素を含むような無制限の規定が認められる。

(28) ROGER FOWLER, *LITERATURE AS SOCIAL DISCOURSE* (1981) 21. 実際には、「ホリデイ」は「いかなる言語の文法的構造も、それ自身、言語が奉仕することを要求される社会的及び個人的必要性に緊密に関係しているのだ」とさえ主張する。MICHAEL A.K. HALLDAY, *LANGUAGE STRUCTURE AND LANGUAGE FUNCTION*, J. LYONS ed., *NEW HORIZONS IN LINGUISTICS* 140-65 (1970).

(29) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980) 100-1.

(30) PAUL BREST, *THE SUBSTANCE OF PROCESS*, 42 *OHIO STATE LAW JOURNAL* 131-42 (1981) と比較された。

(31) 例えば、RICHARD POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (1977).

(32) 例えば、コースは、想定上の目標を提示する。すなわち、一方当事者に与えられる権利を喜んで購入する当事者に対して、裁判所が単に問題となっている「権利」を付与するための規範的に中立な交換計算方法である(取引費用ゼロであることを想定せよ)。定義によれば、その他のいかなる結果も不十分である(すなわち、費用がかさむ)。すなわち、ある権利があまり価値を有していない当事者に対してその権利を認めること(それにより、交換における均衡が侵害される)、または(均衡を確保するために)必要な交換のための取引費用を加えることがこれにあたる。望ましくない配分上の結果をもたらすことはいずれも、政治的(すなわち、規範的)問題とみなされ、そのため、裁判官によつて無視され、立法者に委ねられる。

あとがき

本稿は、ベンジャミン・グレッグ氏の「憲法解釈の変域に配置される二つの媒介変数」の全訳である。原文は、一九九三年度の國學院大学法学部スタッフ・セミナーで氏が報告し、その後公開したものによつてゐる。このきわめてチャレンジングな論考は、アメリカ連邦憲法における平等条項を素材に、憲法解釈という困難な課題に取り組んだものである。その際、内在的

解釈・外在的解釈、普遍主義・個別主義などの概念を駆使して、従来用いられてきた、形式的平等・実質的平等という概念では、解釈の基準が明瞭にならないことを論証し、憲法解釈が実はきわめて価値選択的な態度決定であることを明確にしようとした。われわれは、氏の意欲的な試みから、日本における憲法解釈への援用という実用的な目的での関心だけではなく、さらに人権の国際的保護を見通した、人権概念の普遍性・個別性の論争(一九九三年のウィーン世界人権会議では、まさにこの問題が論争の焦点となった)への接近方法について、深い示唆を受けることができる。

本稿は、捧剛助教授がほほひとりで全訳されたものであるが、訳語の統一については、服部高宏助教授(現在は岡山大学勤務)のご協力を受けた。ドイツ哲学やマックス・ウェヴァーなどの文献にも精通されているグレッグ氏の文章は、非英語圏に暮らすわれわれにとつてはともすればなじみがない文化的・言語的な背景を含むものだけに、難解であった。服部助教授の懇切な援助がなければ、作業はいっそう困難であつたであろう。しかし、思わぬ誤解や誤訳があるとすれば、その文責は、われわれ両名にある。

(新倉 修)