

プラグマティズム法学とアメリカ合衆国憲法

大島 佳代子

Kayoko Oshima

翻訳にあたって

訳者は、別稿¹⁾において、合衆国連邦最高裁が2007年に「一部誕生した胎児の堕胎を禁止する連邦法」を合憲としたゴンザレス対カーハート²⁾事件の紹介を通して、合衆国での堕胎法理の展開にみる先例の役割につき、ダニエル・ファーバー教授の論文³⁾をもとに若干の考察を試みた。合衆国では、先例をルールとして理解する立場とスタンダードとして理解する立場がある。ファーバー教授は、スタンダードとして理解する立場に与しているが、その前提となる同教授の方法論はプラグマティズム法学にある。ここで翻訳する論文⁴⁾は、上記論文で教授自らが引用しているものでもあり、ケーシー判決⁵⁾以前の古い論文ではあるが、同教授の先例の役割に対する考え方だけでなく、連邦憲法に明示されていない基本的権利を連邦最高裁が承認することの正当性に関する考え方を理解する上でも有益であると思われるので、翻訳のうえ紹介するものである⁶⁾。なお、紙幅の都合上、原文の一部と注を省略した。

87

1. はじめに

(省略)

2. プラグマティズム法学と憲法

基礎づけ主義は近年の憲法学の一般的な研究スタイルである。研究者たちは司法審査権に関する様々な理論を、裁判所の判決に根拠を与える統一的な原理を見出す取組みを通じて提示してきた。本章で、私はこのような根拠が恐らく存在しないことを論じるが、しかし、私はそれが大きな喪失だとは思わない。というのも、私は憲法がこのような根拠を必要としていることを疑わしいと思っているからである。

多くの学者が基礎づけ主義に対する私の不満を共有するようになっている。近年の法律解説書はこの高邁な理論から離れた、ある新しい何か、それは、直観主義、プラグマティズム、熟慮、道具主義、現実的理由などと様々に呼ばれているものへの転換を示唆している。これらの多様な見解の違いは、主に、主眼をどこにおくかにある。本稿の目的にとってはこれらに共通していること、とりわけ基礎づけ主義を否定することと、文脈、判決、コミュニティを強調する点がより重要である。

近年の法基礎づけ主義に対する攻撃は、より広範な理論的な動きの一部である。例えば、多くの科学哲学者は科学事業に関する非基礎づけ主義の見解を支持して、現在では統一的な科学的方法という考え方を否定している。同様に、哲学においても、原意主義的アプローチは増加する批判にさらされてきている。ノジックは基礎

づけ主義者の哲学的分析の実行可能性に関する高まる関心を次のように説明している。すなわち、「哲学者はしばしば、わずかな基本的な原理から全体的な見解を、彼らが直観的に根拠としている自明の理からどのようにしてすべてが生じるかを示すことによって、演繹しようとする。そして、他の哲学者たちは、それらの原理によりながら、読者に感銘を与える。ひとつのレンガが、高い哲学の塔を作るために他の上に積み上げられる。底辺のレンガが崩れたり動かされたりしたときには、出発点と独立したそれらの見識さえも葬り去ることで、すべてがぐらつく」。

多くの哲学者がそう認識してきたように、重なり合う蜘蛛の巣状の信念は各信念がひとつの基礎的なレンガとしてではなく、むしろ多くの他のものによって支えられ、本質的にひとつの塔以上に強固なものになっているのである。非基礎づけ主義的な法学者のように、非基礎づけ主義的哲学者も、根拠が演繹的な論理以上のものを包含しうることを認めてきている。

本稿において、私はプラグマティズム法学という用語を、法に対する非基礎づけ主義的アプローチとして用いる。この用語は、法思想における新しい傾向とアメリカプラグマティズム哲学者との関係に光を当てる。プラグマティズムはコミュニティ、伝統、ベテランの裁判官のような徳と敵対するものではないけれども、社会的な問題を解決するために積極的な知性の役割を強調する。従って、他の用語を使うよりもプラグマティズムという言葉を用いる方が、我々の偉大なる裁判官たちを特徴づける保守的な徳と、知性的な創造力を融合するには適切である。ブランドイズ裁判官の例が示すように、プラグマティズムに立つ裁判官は現存する法的伝統に敬意を示す一方で、社会の進歩を促進しようと努めることができる。

私は、プラグマティズム法学を支持する主張をまずは消極的なやり方、すなわち、他の選択肢が機能しないことを示すことから始める。それから、プラグマティズム法学の長所について論ずる。私は、プラグマティズムが先例や伝統への敬讓、より一般的に言えば、原理的な判決形成といった裁判所の徳と矛盾しないか否かにつき、何人かの業績に言及しながら結論づける。

2.1. 基礎づけ主義とその問題点

過去50年間に憲法理論に関する莫大な量の業績が出されている。保守的な立場からは、憲法判決に対する鍵として原意に賛成する強力な主張がなされている。これに対し、進歩的な立場からは判例法、社会的合意、道徳的哲学といった他の法源を支持する主張が示されている。有能な学者たちはこれらの各アプローチについて議論してきたが、司法審査権に対する適切なアプローチや審査権を正当化する最適な根拠について合意するに至っていない。学者たちは司法審査権を擁護する原理的な根拠を示すという要求に未だ答えていない。もちろん、不断の努力が実を結ぶかもしれない。恐らく、我々が必要とすることのすべてはもう少しの我慢かもしれない。しかしながら、いくつかの理由で、基礎づけ主義的な探求は成功しないように思われる。まず、現存する基礎づけ主義者の努力にみられる欠点は修正が非常に難しい

ことである。原意主義は、今ではよく知られている攻撃に弱い。つまり、原意はしばしば確認することが困難である。というのも、歴史的な記録を欠いていること（とくに憲法の規定を承認した人たちの見解について）、判決を書く裁判官が異なる見解を持っていること、テキストを解釈する際の困難さ（とくに年代ものテキストの）がその理由である。これらの実質的な問題のほかにも、探す「意図」とは何かがまさに問題となる。例えば、我々が起草者たちの「平等」の哲学的理論を探すということは、彼らの人種差別に関する一般的見解を、そして、恐らくはすでに生存していない彼らのアフーマティブ・アクションに関する特別な見解を、または彼らがその当時にそれをどう考えたか、今日生きていればどう考えるかを見出すことを意味するのであろうか。また、より基本的なことは、なぜ連邦憲法のはるか前に亡くなった起草者の意図が現在のアメリカ人を拘束するのか、1789年か1866年かはさておき、我々は、そのとき以来権利を奪われているというのであろうか。これらの主張は個別的には痛烈ではないが、それらは重層的に原意主義者の方法論を疑わしいものにする。

原意主義に満足できるものではないが、非原意主義もまた批判にさらされてきた。非原意主義者は、正しい裁判の方法論を、政治過程の不備に対する研究、コミュニティの合意や伝統への信頼、政治哲学への参照、より最近では文芸評論への手出しなどを含んだ様々な方面に見出してきた。しかし、これらのアプローチも未だ原意主義に対して満足できる代替案を示すことができない。加えて、他の欠点もよく知られている。まず、その方法論が、司法審査権を正当化する根拠とするにはあまりに曖昧であるか、あまりに論争的であることが明らかである。また、非原意主義者は憲法のテキストや歴史を重要であるとしなすことができないように思われる。仮に裁判官がコミュニティにとっての価値や、また、恐らくは先験的な価値さえも容易に認定できるなら、立法者がなぜ必要なのか、その他の民主的統治がなぜ必要なのかが明らかでない。更に、もし裁判官が自由に憲法を創造できるならば、なぜ我々はそもそも明文化され民衆によって認められた憲法をわざわざ持つのであろうか。

問題は原意主義者も非原意主義者も完全に間違っているわけではないことである。いずれのアプローチも重要で有益な見解を有しているように思われるし、事件を解決するのに有益でありうる。しかし、いずれも憲法に満足な根拠を与えるものではないと思われる。そしてまた、憲法のテキスト、歴史、政治哲学、アメリカの伝統は個別の事件に解答を示すかもしれないが、それらはただそれだけで司法審査権の行使を支持したり指導するのに十分な根拠を与えるものではない。

たとえ利用可能な基礎づけ主義者の理論がそれなりに成功しそうだとしても、恐らくそれらの創造者が意図したようには働かないであろう。結局、基礎づけ主義者の理論は、判決をより原理的にしようとするためのものである。実務においては、それらは以下の二つの理由から効果があるようにはみえない。

ひとつは、基礎づけ主義者の理論はあまりに抽象的にすぎ、特定の事件の結論を決定することができないことにある。例えば、原意主義に伴う理論的な問題のすべ

てが解決されたとしても、歴史的な記録の解釈の違いが歴史専門家の間でも生まれるのと同様に、原意主義的立場をとる裁判官の間にも解釈の違いが生じるであろう。アファーマティブ・アクションに関する徳や不徳を論ずるよりも、彼らはフリードマン部局についての議論の適切な解釈を論ずるであろうし、そこでの結論が政治的な傾向を反映している蓋然性があるだけでなく、問題となっている本当の価値が史料編纂の議論の下に隠れてしまうであろう。同様に、非原意主義的な立場をとる裁判官も、カントやロックの適切な読み方について同じく非生産的な議論に従事するであろう。

二つ目は、連邦最高裁の多数が基礎づけ主義者の示す理論に同意しない限り基礎づけ主義は一致をみず、それ故、原理的でない判決に至ることになるからである。連邦最高裁に三つ以上の理論が存在するときは、常に、提案された理論ごとに裁判官が共同する（共同する裁判官はいつも同じとは限らない）という状況が起こりうる。そして、その共同によって生じた結果は、もともとの理論と矛盾するものとなっているのである。憲法は一連の結果としてみなされるが、裁判官が自らの基礎づけ主義理論に固執せずに、同僚とは異なる見解を持つことを予め考慮しているなら、より調和的で原理に即したものであったかもしれない。

基礎づけ主義者の方法論は、判決をより原理づけられたものにできないだけでなく、その主たる目的である司法審査権を民主主義において受容させることもできないかもしれない。厳密にいえば、基礎づけ主義的立場をとる裁判官は、自らの見解と他の政府機関や主要な社会的団体によって示される見解との妥協を進んで図ろうとも、他の裁判官らが強固に持っている見解にも歩み寄ろうともせず、狭く偏った政治的信条を他の社会に押しつけることによって、預言者よりも狂信者としてみなされる。包括的な憲法論を奉じて来たことで、連邦最高裁も社会の変化に適應することが困難になっている。このように、理論的一貫性に取りつかれている裁判所は、民主政治の実務的な任務に有益な役割を果たすことができないであろう。

2.2. プラグマティズム法学が提示する代替案

プラグマティズムの中心の見解は究極のテストが常に経験であるというものである。この命題の真実性は、ジェームスのいうところの「現金価値」によって、すなわち、我々の経験によって検証される。同様に、デューイによれば、芸術の価値は人間的な経験を豊かにする力に因っている。

プラグマティズムは、とりわけリーガルマインドと同質のように思われる。プラグマティズム哲学者同様、法律家も輝かしい一般法則や抽象概念に高度の疑念を抱くよう訓練されている。ホームズの格言である「法の命は論理よりも経験である」という言葉は、法律家のかんがりの信条を要約している。ロー・スクールで使われているケースメソッドは最善の方法であるが、それは学生に一般的なルールよりも特定の事件について考えさせる。ホームズ主義を意識するならば、「言葉よりも事柄を考える」といえよう。

プラグマティズムは、憲法へのアプローチとして、以下の長所を有する。ひとつは、いくつかの憲法問題はとて難しく予め設定されたやり方では対応できないという我々の感覚に答える点にある。そこで、プラグマティズムは我々の知性と創造力のすべてを用いて受容可能な解決策を考案する。これに対し、基礎づけ主義の高邁な理論は、いかに社会が発展しようとも決して変化を要求しないすべての判決に対するひとつの処方箋を与えることで、憲法を簡単にしようとする。基礎づけ主義的分析は憲法判例の背後にある真の論争が解決されると推定するが、プラグマティズムは策術をめぐるよりも直視しなければならない真の論争が存在することを認識するものである。

二つ目の長所は、政治的により健全に憲法に近づく点にある。全体的な救済よりも判決による解決を促進することで、プラグマティズムは、社会制度に対し正当化されない過激な押しつけがなされるリスクを軽減し、連邦最高裁と社会の他の諸部門との間の対話の可能性を高めるものである。また、それは規範的な裏づけというひとつの法源に裁判官を拘束するよりも、裁判官が広範な価値に訴えかけることを認めるものである。例えば、多数派主義は原意主義者もプロセス論者も主張するひとつの有力なアメリカの価値であるが、裁判所の判決が専ら多数派主義に依拠するものでなくても、それは依然として説得力があり得る。なぜなら、他の広く共有された価値が、多数派主義とのかかわりあい曖昧な事案において、より決定的な意味を持ち得るからである。広く蜘蛛の巣状に広がった価値に訴えることによって、裁判官は合意を形成することができるかもしれない。

三つ目は、プラグマティズムが判決の功利主義的な結果にだけ関心があるのではなく、法の社会的インパクトに関する健全な関心を助長する点にある。多くの場合、裁判官は憲法的ルールの社会的影響に対して無関心であるように思われる。例えば、連邦最高裁が立法拒否権に関する規定を無効とした際に、この仕組みが民主政治の目的を促進してきたか否かには関心がないことを明言した。同様に、強制バス通学のケースにおいて、それが教育における人種の平等を効果的に促進する機能を果たしてきたか否かについても、いかなる関心も示さなかった。これらの判決の結果が間違っていたわけではないが、連邦最高裁が自由、平等、民主主義といった社会的目標を実際に促進するか否かをもっと考えていたならば、得るものがあつたであろう。

これらの長所にも関わらず、プラグマティズム法学は、先例、歴史、法律のテキストに対する敬讓を欠いている、個人の権利の行使と整合しない、原理的でなくかつ統一性のない判決をもたらすといった辛辣な批判を受けている。

近年のもっとも激しい批判はドーキンによってなされている。彼は『法の帝国』の中で、プラグマティズム法学が本質的に非原理的であると述べている。すなわち、「プラグマティストは、法概念の中に具体化されると我々が想定する前提に対して懐疑的な態度をとる。つまり、彼は、国家が強制的な権限を行使したり抑制したりすることに対し過去の政治的決定自体が正当化理由を与えるものであるという想定

を否定する。彼は、正義や効率性やその他裁判官により下された強制的な決定それ自体が持つ同時代的価値の中に、強制にとって必要な正当化理由を見出す。そしてまた、彼は、過去の立法府や司法府の決定と整合しているからといって、原理的に現在の決定が正義や徳を有していることにならないと付言する。彼の信じるどころでは、もし裁判官がこのようなアドバイスに従ったなら、彼らが大きな間違いを犯さない限り、彼らが命じる強制はコミュニティの未来を明るくし、過去の抑圧的影響から解放されると同時に、過去との整合性をそれ自体のために盲目的に崇拜することからも解放されるのである。

ドオーキンのもっとも辛辣な批判は、プラグマティズムは積極主義になるというものである。すなわち、「積極主義者の裁判官は憲法のテキストや制定過程史、連邦最高裁が解釈した先例、そして我々の長く続いてきた政治文化の伝統を無視することになる」。積極主義者は、「正義が何を要求するかについて自らの見解を他の政治部門に押しつけるために、これらのすべてを無視するのである」。より毒性の弱いプラグマティストは、ドオーキンがいうところでは、先例にいくらかの注意を払うが、しかし、それはそれ自身が目的ではなく法的安定性や予測可能性という社会的利益のために行っているとされる。

ドオーキンが道具主義の一形態としてプラグマティズムを理解する態度は、プラグマティズムにより共感的な論者によっても共有されているが、それでも、彼の理解は全くの誤解に基づいているといえる。プラグマティズム哲学者は伝統の重要性について非常に敏感であったし、それを道具的な価値としてではなく、人に関するすべての推論における不可欠な構成要素としてみなしてきた。プラグマティストにとって、伝統は彼が言うような過去の圧迫ではなく、むしろ知的社会的進歩にとって不可欠な土台である。ホームズ曰く「過去が我々に語彙を与え、我々の創造の限界を設定する」ために、徳と同じくらい過去との一貫性が必要とされる。プラグマティストによれば、知性は決して白紙でない。それは常に経験と文化によって構成されるのである。

従って、デューイによれば、創造性と革新性は伝統を否定することではなく、むしろ、完全に取り込むことから生ずるのである。すなわち、「芸術の『流派』は、文学よりも彫刻や建築や絵画に顕著である。しかし、巨匠の手によるドラマ、詩、感情豊かな散文などの作品を糧とせず文豪たりえた者はいない。このように伝統に依存することは、芸術に限ったことではない。科学者、哲学者、技術者も文化の流れの中から彼らの本質を得ている。この依存は、独創的な視点や創造的な表現の本質的な要素である。学問的な模倣者の問題は伝統に頼ることにあるのではなく、伝統が彼の思考、つまり、彼自身の見方や創作方法の構造の中に入りこまないことにある。このような場合、伝統はごまかしの技術として、または表現すべき適切な事柄に関する非本質的な示唆や因習として表面的なものにとどまっているにすぎない」。

同様に、プラグマティズムに立つ裁判官は現行法を単なる制約として、あるいは

功利主義的分析におけるひとつの要素としてみることはしないであろう。その代わりに、彼らは、現行法を自らの思考方法として内面化するであろう。

ドオーキンの間違いはプラグマティズムと功利主義のような道具主義の形式を混同していることから生じている。デューイは、目的と手段を分けることができるという仮定に好意的な道具主義を強く批判している。つまり、使用される手段はそれ自体ひとつの決定の結果の一部であり、それ故、選択を行う際に評価の対象とされなければならない。例えば、よい政治組織、誠実な警察機構、そして有能な司法は、コミュニティの繁栄した生活のための手段である。別言すれば、それらは、単に社会的利益を促進する方法ではなく、それ自身が社会的利益でもある。

ドオーキンを支持する裁判官とプラグマティズムを支持する裁判官との違いは、過去を圧迫とみることにあるのではない。ドオーキンの神話の中の裁判官であるヘラクレスと異なり、プラグマティストは、適切な解釈を求めて法律のテキストをいわば外から観察しようとするものではない。プラグマティストにとって、現行法は本来解釈のために格闘を要するテキストの集合ではなく、裁判官が自分のものとしてきたひとつの思考法である。プラグマティズムに立つ裁判官は、現行法によって拘束されているというよりは、むしろ法的伝統によって力を与えられている。それなしでは、裁判官は、どのようにして事件を解決するかを考えはじめられないであろう。

プラグマティズム法学に対するもうひとつの一般的な批判は、それが法的権利の全面的な承認と矛盾するというものである。例えば、ドオーキンは、プラグマティストは人々が権利を有していることを本当は信じていないと主張する。彼は、プラグマティストは、あたかも人々が権利を持っていたかのように行なうが、それは単に戦略的判断にすぎないと言う。プラグマティストが、権利を、特定の人間社会から独立した実在からなる世界の存在論的付属品とみなしていないのは真実である。孤立した民族のメンバーが法的権利を有するかどうかを発見するために、我々は彼らと話をしに行かなくてはならない。ロールズやノジックやドオーキンを読むことで、その答えを見出すことはできないのである。しかし、法的権利の存在を認める社会に生きるためには、アメリカのプラグマティストはそれらの権利を純粹に他の福利を獲得する道具的手段としてみなす必要がない。というのも、我々がすでにみてきたように、プラグマティストは目的と手段の二分論の否定を決意しているからである。

関連する問題は、プラグマティズムが、多数派が制定した法律に反し、憲法上の権利を完全に支持することと共存できるか否かである。ある論者は、功利主義は、裁判所による憲法上の権利の保護と矛盾しないと主張している。場合によっては、プラグマティズムも同じように言えるかもしれない。その論拠は、功利主義が個人の幸福を社会的な決定のための試金石としていること、そして、裁判官が投票者の好みを識別しうる以上に、投票者は投票によって自らの好みを示すことができることにある。すべての好みは、その達成が人々を幸福にする限りで同じ価値を有する。

従って、裁判所は、基本的な人の価値とその他のあらゆる社会的な満足の形を区別することができないのである。

この主張の有効性は功利主義に対してさえ疑わしいが、プラグマティズムに適用される場合には明らかに妥当しない。プラグマティストはすべての満足を平等に評価しようとし、代わりに、人類の繁栄という発展状況を促進しようとする。例えば、多数決といったある一つの方法が社会的な福祉を増進するアプリオリに最善の方法だと主張することは、プラグマティズムの精神と無関係である。すべてのその他の問題同様、プラグマティストにとっては、繁栄する社会をいかに促進するかという問いは、理論よりも経験によってより多く答えられることなのである。

それ故、プラグマティストにとっては、司法審査権の妥当性の問題は、繁栄する民主社会を促進するためにそれがどれだけ有益かという問題に転化する。民主的というのは投票するという意味ではなく、市民が彼らの生活の知的な発展に責任を持っているという意味である。司法審査権はこのような社会を促進してきただろうか。過去2世紀の記録は曖昧だが、全体として司法審査権は機能してきたように思われる。いずれにせよ、このことは、プラグマティストにとって差し迫った問題ではない。司法審査権は我々の社会システムの一部であって、残された問題は、その正統性や望ましい状況に関する陳腐な理論的論争ではなく、その適切な行使についての急を要する論争なのである。

プラグマティズムは言論の自由のような権利を強く支持することと矛盾しないのかどうかについて、答えはもちろん「矛盾しない」である。デューイのようなプラグマティストは、自らの生活を知的にコントロールし発展させていく個人の能力に大きな信頼を置いている。かかる信頼は、それに対応して、表現の自由についての強い関心へと導く。更に、プラグマティストは、修正第1条を支持する単独の価値を基礎づけ主義者が導き出さなければならないとは考えないので、同条は民主過程の作用、芸術の発展、科学の進歩、少数者の保護、また、表現の自由それ自体や、それに含まれる価値の評価といった広範な社会的福利に関係づけられる。プラグマティズムに立つ裁判官が、表現の自由のような偉大なる憲法上の原理のために戦うと期待できるか疑わしいと考える人にとっては、ブランドイス裁判官の例が再び参考となる。

最後の問題は、プラグマティズムが原理に対して一貫性や忠誠を欠くが故に、アドホックな判決を導くのではないかというものである。この点、デューイは全くそのように考えていなかった。実際、彼は、法ができる限り一貫性をもって予測可能な状態で作られるように、法に基づく制度の重要性を強調していた。プラグマティストと基礎づけ主義者との違いは、前者が法理論を否定することにあるのではなく、むしろ、そのような理論がとるべき射程がどの程度広いのかについて、前者が予め立場を固定しないことにある。我々は、すべての私法、すべての契約法、すべての約束手続の禁反言のケース（あるいは、恐らく単に労働者に対する年金支払いの約束にかかる約束手続の禁反言のケースでも）を一体化するようなひとつの理論を持ちうるで

あろうか。プラグマティストにとって、かかる問いに対する唯一の解答法は、事案を決定し、理論を構成するよう努力し、いかなる一般法則がもっともよく機能するかを決定するというものである。プラグマティストは、可能な限りシステムを好むが、それがどの程度のものになるかを経験に先立ち決定することはしない。

プラグマティズム法学に対する真のテストは、プラグマティストの観点から言えば、それがこれらの理論的な批判に対抗できるか否かではなく、具体的な憲法問題の説得的な分析に根拠を与えるという意味でそれが機能するかどうかである。以下、困難な憲法問題について、プラグマティストの視点を提供することを試みる。もちろん、その目的は問題を解決することにあるのではなく、成功しそうな解決策を特定することにある。

3. 基本的権利に関する議論におけるプラグマティズム法学的視点 (導入部省略)

3.1. 基本的権利の正統性

修正第1条を執行する裁判所がやっかいな論点に対処しなければならないこと、その解答がしばしば論争的であることは疑いがない。しかし、修正第1条に関する事案を判断する裁判所は、連邦憲法が当該事件について言うべき何かを持っていることを確信している。どのように修正第1条を適用するかは困難であるが、しかし少なくとも、連邦憲法が実際に言論のいくつかの形態を保護していることは誰も疑わない。

しかしながら、我々が連邦憲法の権利章典の特定の規定から離れたとき、連邦憲法との関連性が問題となり得る。例えば、連邦憲法が墮胎に関して言わなくてはならないことを論ずる前に、我々は憲法がそのことについて言うべき何かを有しているのかどうかという重大な疑いに直面しなければならない。特定の権利が基本的か否かを検討する前に、我々は、裁判所が連邦憲法の中に特別に規定されていない権利を実現すべきかどうかを当然論じなければならないのである。

プラグマティストにとって、分析は憲法のテキスト、歴史、伝統の検討から始められなければならない（しかし、それは終わりはない）。テキストそれ自体は、明示されていない他の権利の存在を強く示唆する。とりわけ、次のように規定する修正第9条は、非常に明確にこのことを示している。すなわち、「この憲法に一定の権利を列挙したことをもって、人民の保有する他の権利を否定したり軽視するものと解してはならない」。また、合衆国の市民の特権と免除に言及している修正第14条も、特定されていない権利のカテゴリーの存在を含意している。

歴史もまた基本的権利の承認を支持する。自然権概念は、独立戦争期にアメリカの思想に浸透した。わずかな例をあげれば、自然権を体現するもっとも顕著な見解は独立宣言それ自体である。その他の著名な例はジェームズ・オーティスが援助令状を承認する国会の権限に反対した際の主張である。すなわち、「国会の定める諸

法に関していえば、憲法に反する制定法は無効であり、自然法上のエクイティに反する制定法も無効である。従って、この法律が制定されるならばかかる請願の文言において、それは無効とされる。法律を実施する裁判所はこのような制定法を適用してはならない」。同様に、印紙税法に対する抗議に際して、ホイッグ党は同法が違憲でそれ故無効であると主張し、裁判所に支持を求めた。

最近の歴史学者の中には、18世紀末から19世紀初頭に、立法府に対する司法的執行可能な制限として自然法の存在が主張されたと示唆する者がいる。この見解の下では、裁判所による自然法の執行はテキスト上の根拠を要求しない。しかし、いずれにせよ修正第9条の制定は、基本的権利の条文上の根拠を与えているように思われる。実際、基本的権利の存在は、権利章典の必要性に反対するフェデラリストの主張に暗に含まれていた。彼らが権利章典が不要だと反対したのは、連邦政府が限定された権限しかもたないことが理由であった。かかる主張は、かりに列挙された権限が暗黙の制限から自由であるとみなされれば、意味がなくなる。例えば、連邦議会の州際通商を規制する権限が宗教に関する著作物の州際発送を禁止することまでは含まないという考えなくして、連邦議会が有している限定された権限が、信教の自由を明文で保護する必要性をどのようにして排除できるのかを理解することは困難である。

自然法の伝統が修正第14条の制定に影響したという重要な歴史の証拠もある。上位法の考え方は、その時代の法学に、とりわけ当時国際法と呼ばれていたもの——それは国際公法や抵触法や商法の一部など、様々なものを含意していた——に深く埋め込まれていた。リンカーンも含む奴隷制に反対したリパブリカンらは、自然法哲学をもつ独立宣言に大きな信頼を置いていた。修正第14条の立法事実は乏しいけれども、それと密接に関連する公民権法については大量の議論が存在する。公民権法においては、基本的権利が明確に規定されている。例えば、上院議員のトランプルは、ジョンソン大統領の拒否権行使の後の法案支持のスピーチの中で次のように主張している。すなわち、「合衆国の市民であるということは、それに伴って、いくつもの権利を享有することである。それらは固有の基本的な権利であり、すべての国の自由な市民や自由な人に属するものであり、この法案に列挙された権利のようなものである。そして、それらは、すべてのアメリカ連合に暮らす人々に帰属するものである。アメリカ市民の権利とは意味あるものなのである」。

基本的権利の思想もまた他の連邦最高裁の判決において継続的にテーマとされてきた。マーシャル首席裁判官と他の裁判官による初期の判決は、自然法色を強力に帯びている。19世紀終わりから現在まで、連邦最高裁は、デュープロセス条項を自由なる国の市民にとって基本的な権利を具体化するものとしてみなしてきた。かかる公式化はパルコ対コネティカット判決⁷⁾におけるカードーズ裁判官の意見の中に現代的な表現で示されているが、それは選択的組込み論の根拠にもなったし、この下で権利章典の多くが修正第14条の中に読み込まれた。そして、この公式化は、ハーラン裁判官のプライバシー権論の中にもみられる。すなわち、彼は、修正第14条は

「人々が社会の一員となることを保障する」ために「すべての自由な政府を持つ市民に帰属する」基本的権利を含むものであると主張した。この言葉は、上院議員のトランブルが1世紀前に使ったものとほとんど同じである。

プラグマティストにとって、先例と原意は重要ではあるが決定的ではない。プラグマティストは基本的権利の考え方が機能しているか否か、それが社会にとってよりよい結果を生み出しているか否かを問わなくてはならない。司法的執行の問題を横におけば、基本的権利概念は有益なものと思われる。それは市民や立法者に、民主主義が市民の全体的なコントロールを求めないことを気づかせる。それは、個人として、あるいは家族や他の団体の一員としての市民が、試み成長する余地を必要とすることを認める。基本的権利概念は個人の自由の価値を再認識させるのに有効なのである。

よりやっかいな問題は、裁判所が他の政府機関の行為に対して基本権を執行すべきかどうかである。司法的執行に対する強力な避けられない反論が存在する。すなわち、それが濫用されやすいこと、そして、それが常に多数派のルールに対する我々の強い信頼を犠牲にすることである。

注意すべき強力な主張があるが、それらも裁判所が完全に身を引くことを援護するものではない。つまり、フェデラリストが連邦憲法に関する議論の中で主張したように、いかなる権限も濫用され得るが、その虞れを理由に政府の権限を失わせることは十分に正当化できない。反多数派支配の難点と称されることは常に問題になり、しばしば他の難点以上に問題となる。例えば、それは、基本的権利を執行する連邦最高裁が通常の選挙手続での機能不全を訂正するために介入することができるか、または、問題となっている決定が地方政府から出された異常なもので明らかに国家の合意に反する、などと論じられている。

更に、多数派ルールが非常に優れていることは明らかだが、その意見を絶対的なものに変質させることはプラグマティズムの精神に反する。多数派ルールは望ましいが、不変のものとして固執するのは賢明ではない。多数派ルールによる規範に隸従することは、しばしば他の重要な価値を受容しがたいものとして犠牲にすることを意味するものと思われる。我々が、多数派ルールに無限の価値を置かない限りは、他の価値を大きく損なうことを避けるために、それを多少押さえ込むことが正当化される場合が存する。

基本的権利の法的承認に対する最後の反論はボークやイリィによってなされているものであり、それは単に、裁判所は基本的権利と他の個人的利益を区別しうる方法がないというものである。ボークのような極論を言い出すと、弁明のしようがない。けれども、ひとつの社会としては、我々は多様な個人的利益の相対的な重要性に関する理解を分かち合っている。例えば、ほとんどの人はポップコーンを食べる権利が医療保険の権利と同等であるとは考えないのである。

イリィの主張はもっと答えるのが難しい。イリィは次のように主張する。すなわち、裁判所の前に実際にやってくる問題について、多数派が基本的権利といえるか

もしれないものを侵害することに決めたとき、裁判所はその権利が基本的なものとなみなされるべきか否かを決定するための原理的な方法をもたない。プラグマティストにとってイリイに対する最善の解答は彼の理論的な反論に直接答えるのではなく、むしろ基本的権利の分析が機能するかどうかをみることである。原理的な区別を行うことができるか否かを知るための最善の方法は、それを試みることである。そこで、次節ではそれを行う。

3. 2. 基本的権利としての経済的自由

今日、ロックナー判決⁸⁾は、主にこれに反対する憲法論者に投げ掛けられる形容句によれば、憲法の鬼 (the ogres) のひとつである。それにもかかわらず、そのアプローチが復活させられるべきかどうかという問題は注目に値する。近年、学者らは、経済立法を審査する際に新たな司法積極主義に好意的な主張をしている。これらの学者の中でもっとも注目すべきはリチャード・イプステンであり、彼は突出した保守主義者であるが、その他の学者は穏健派かりべラルである。また、連邦最高裁は、既得の財産権を守るために特定の憲法上の規定をより精力的に執行し始め、すべての経済的利益の保護を強化することに賛成するこれらの学説によって説得される可能性を示唆している。結局、ロー判決の分析は、ロックナー判決の問題を回避することができないのである。

経済積極主義の主張は三つからなる。ひとつは、財産権と個人の経済的自由という自然法論に基づく。二つ目は昨今の経済理論に基づくもので、経済立法は少なくとも市場の失敗のようなものによって正当化されない限りは破棄されるべきであるとの主張である。あるグループから他のグループへと富を移転する法律は社会的な富を全体的に増大させるよりもレント・シーキングと呼ばれ、望ましくないものとなみなされる。最後の主張は、立法府に公益という広い立法裁量の範囲を促進することを認めるが、その範囲を越えた法律は破棄されるというレント・シーキングに対するより穏やかな批判である。

3. 2. 1. 自然法理論

イプステンは、財産権と個人の経済的自由に関する自然法論の最初の提唱者である。私は、彼の自然法の立場からの詳細な哲学的批判を、二つの理由から採用することができない。第一に、プラグマティストとして、私は、疑いない前提から普遍的道徳的な原則を演繹する可能性を単に信じることができないからである。二番目は、法律家として、私には哲学的な問題が幾分ポイントを外れているように思われるからである。結局、問題は、立法府が経済立法に関わることが道徳的に不適切かどうかではなく、裁判所がそのような規制立法を違憲とすべきかどうかにあるのである。

憲法上の論点を分析する場合、出発点は再び連邦憲法の文言と歴史に立ち返る。連邦憲法は財産権に対するある敬意を示すと同時に、ある種の経済規制、例えば契

約を害するような規制は経済的に有害であるという疑いも示している。にもかかわらず、連邦憲法の経済的自由を付与する特定の規定はすべて既得の財産権に関わるものである。すなわち、それらは将来の財産を獲得する機会より、個人によってすでに獲得された財産を守るのである。もちろん、それはより広いリバタリアンの解釈を排除しないし、きっとそれを要求もしない。

更に、自然法的な財産権の概念は、我々の伝統にも多くの点で反する。例えば、ベンジャミン・フランクリンはかつて次のように言った。すなわち、「私有財産は社会の創造物である。そして、私有財産は、社会的な必要性がそれを要求するときにはいつでも、そしてそれが最後の一枚のフェアジグ銅貨であってさえ、その社会の要求に服する。それ故、公的な必要性への拠出は、かつて負担した債務の返却もしくはまさに借金の返済とみなされる」。このようなフランクリンの見解は、植民地時代および独立戦争当時の典型的な見解である。ロック派の個人主義が連邦憲法起草前の時代により重要になったときでさえ、それは絶対的な財産権を含意すると理解されなかった。例えば、補償条項は、単に政府による財産の押収にのみ関わるものと限定的に理解された。

基本的権利に関するもっとも影響力のある議論のひとつは、修正第14条の起草者が顕著に引用する、コリエル事件⁹⁾におけるワシントン判事の見解である。彼が列挙した権利の中には、「政府によって保護されたものもあつた。生命と自由の享受は、あらゆる種類の財産を獲得し所有する権利や、幸福と安全を追求し獲得する権利を伴うが、それにもかかわらず、当然のことながら全体の公共の利益(the general good)のために、政府が正当に定めることができる制約に服する」。このように、ブラックストーンやロック同様、ワシントン判事は経済的自由を絶対的な自然権ではなく、本来公共の利益によって制限されるものとみなしていた。市場に対する政府の規制や富の再配分を目的とする計画は、独立(1776年)から修正第14条制定(1868年)の間の時代にかなり広く行われており、確かにロックナー判決の時代までそうであった。ロックナー判決(1905年)が経済的自由に与えた憲法上の地位は、先例に根拠をもたない近年の新しいものであり、わずか30年ほどの間影響力を持った。

伝統から現代の合意に眼を転じると、我々は、広く行われている政府の規制を受け入れていることを見出す。イブステンの見解を採用することは、連邦の労働法、最低賃金、職業安全法やその他多くの疑問の余地のない政府の規制を廃止することを意味する。イブステンは、彼が違憲とみなすいくつかの制定法はあまりに深く我々の社会に根づいているので取り除くことができないとして、しぶしぶ容認する。

より根本的なことは、これらの法律が我々の財産権や自由の常識的な概念にあまりに深く埋め込まれているので、無視することができないことである。このような政府による介入が広く受容されていることを前提とすれば、政府によるすべての侵害から自由であるという自然権の概念が我々の文化とまったく無縁であるといえる。我々の生活、ついでにいえば財産の所有が、社会のこのような状況なしにあるという事態を我々はほとんど想像することができない。我々は経済的自由とともに

生まれたが今は政府の規制に隷従しているということは、魚は飛ぶために生まれてきたがどこでも彼らは泳ぐというのと同様に奇妙に思われる。

3.2.2. レント・シーキング

レント・シーキングアプローチは、特別な利益集団が、納税者または消費者という一般大衆からお金を引き出すという形で、しばしば政府の援助を得るという経済理論に基づくものである。この不正手段で得た利益を、専門用語で経済的賃借料という。このような特別な利益集団が比較的容易に組織されうるのは、それらの規模が小さく、そのメンバーが多くを得るからである。同様の理由で、一般大衆は自らを守る事が困難なことが分かる。すなわち、一般大衆の構成員は法律のいかなる部分にもわずかな個人的な利害しか持っておらず、影響を受ける人々の多くは組織化が難しい。その結果、この経済理論に従えば、我々はレント・シーカーが勝つことを予測できる。それ故、多くの法律は、公益に資する目的の時さえ、実際は一般大衆を詐取に巻き込むことになる。それ故、裁判所は、規制立法について疑い深くなるべきであるとする。

かかるアプローチはロックナー判決に似た結論に至るけれども、それは自然権アプローチではない。ロックナー判決は、最高労働時間を定めた州法をパン屋とその労働者の権利を侵害するものとみなした。レント・シーキング論は、パンの価格を上げる法律を消費者の損害だと非難している。このように、この理論は道具主義的な理由で契約の自由を保護するもので、契約の自由それ自体に特に重要な価値があるとみなしているわけではないのである。

レント・シーキング論には、次のような批判がなされる。ひとつは、それが政治過程の単純なモデルに基づいていることである。我々は皆、特定利益集団が立法過程において重要な存在であることを知っている。しかし、その彼らが一般に決定的な役割を果たすという考えは風刺にすぎない。政治学者や経済学者による広範な経験的な研究は、立法者が持つ公共の利益という考えが重大な意味を持つことを確認してきた。例えば、天然ガス関連立法に関するある研究は、政治的なイデオロギーが立法者の投票の優れた預言者であったとしている。恐らくレント・シーキング論に対する最大の反論は、最近の主要産業の規制緩和にみられる。このような立法の可決は、レント・シーキングモデルの予言と直接相反する。更に、公益に関する議論はしばしば影響力のある経済学者の業績から生じ、これらの改革を行う際に重大な役割を果たす。このように、制定法は一般に不適切な影響力の結果であると仮定する点で、レント・シーキングモデルは立法過程に関しあまりに悲観的である。

二つ目は、レント・シーキングモデルは、真剣にそれを考えるなら、ロックナー判決が意図したよりも広範な司法審査を要求することになるであろう。規制立法が、レント・シーキングの唯一ありうる形態というわけでは決してない。このことを認識しながら、イプステンは、所得の累進課税のような問題（それは彼が正当な補償のない私有財産の押収とみなすものである）を含む程度にまで、攻撃の射程を拡大

している。税法の特殊な規定もまた、レント・シーキング論からの攻撃を受けやすい。しかし、このことは始まりにすぎない。レント・シーキングのリスクは、関税、国防契約、公共事業、直接的な助成金、政府のローンなどにも見出される。レント・シーキングに対する規制を効果的なものにするために、このような多様な政府の活動すべてが司法審査に服さなければならないことになる。関税や国防予算のようないくつかの領域を司法府が関与しないものとして残すことは、それらの領域に努力を集中する特定利益集団を元気づけることになる。仮に厳格な司法審査が規制プログラムにのみ限定されるなら、他の政府のプログラムにおけるレント・シーキングの量が増大し、レント・シーキング的な規制プログラムの減少の効果をほとんど相殺してしまう。

三つ目は、政府に対して経済効率性の追求を制限することが、他の正当な公的目標を抹殺することになるという批判である。主要な政府のプログラムの多くは広く大衆に支持され、また歴史的にもルーツを持つものであるが、多様な他の目標、例えば、環境、人種平等の促進、所得の再配分などを前提としている。従って、レント・シーキングモデルの受容は、政府の活動に対する現存の期待を思い切って変えることで、我々の社会的制度の根本的な変容を迫ることになる。抽象的な経済理論の名の下でこのようにすることは、むしろプラグマティズムの考えにある保守的な傾向とは相反する。より重要なことは、基本的には政治的な問題をすべてその対象とする司法審査権の極端な拡張が民主的な意思決定のための領域を減少させることを含意することである。プラグマティズム法学は、民主主義を絶対的なものとはみなさないが、不注意によって犠牲にされてはならない主要な価値であるとみなしている。要するに、プラグマティズムに立つ裁判官は、容易にレント・シーキングモデルを退けるであろう。

3.2.3. 公的価値モデル

公的価値モデルは厳格化された司法審査を正当化する最後の説明手段であり、経済効率性を排他的で正当な政府の規制目標として挙げるという欠点をもつものではない。むしろ、それは、政府に対し公的価値という広範な裁量の付与を認める。しかしながら、これもまた非常に多くの欠陥を有する。まず、公的価値という概念が自明からほど遠い。例えば、古典的なレント・シーキング立法が、しばしば非経済的な価値に言及することで支持されることになる。例えば、弁護士広告の規制は専門主義という価値に正当化の根拠があるとされる。農家に対する補助金も、ある人々からは「宝に対する侵害」の古典的な例と考えられているが、家族経営農場の本質的価値によって正当化される。もし裁判官がこのような公的価値をすべて認めれば、本モデルはほとんどインパクトを持たない。他方、裁判官が判断を下す際に、受容可能な公的価値の種類を限定することによってこのモデルに効果をもたらそうとするなら、限定するための一般的な基準を欠くことになるであろう。

公的価値アプローチの実用的な利点についても幾分疑わしい。特定の利益集団は、

立法プログラム全般ではないが、制定法の細部に極めて強力な影響力を持つ。公的価値モデルをこの状況で適用するにあたって裁判官はふたつの選択肢を有するが、いずれも望ましくない。ひとつは制定法全体を、それが特定利益条項を含む点で瑕疵があるという理屈で破棄する方法である。このやり方は、仮に、裁判所が全体的として正当な理由があると仮定できる立法を抹殺するだけになるならば魅力的ではない。また、この選択肢によれば、特定利益保護条項を含む法律全体を裁判所は無効とすることになるので、ある集団がそれを追加することによって立法を無効にすることも認めることになる。

代わりに、裁判所は、特定利益条項だけを無効とすることも考えられる。しかし、これもまた問題である。法律の特定利益状況は可分の規定に関わるのではなく、むしろ基本的な法の意図を書き換えることに関わるであろう。もしそうならば、かなりの量の裁判所による書き換えが要求されよう。更に、このアプローチは、真の公的価値のための法律制定を困難にするであろう。我々が税制改革、公民権法、規制緩和、その他の法が主導している主要な事柄に賛成するなら、我々は法案提案者の政治的な判断を拘束するわけにはいかない。特定利益に対する原則のない免除は、価値ある改革にとって必要な政治的な代償かもしれない。

公的価値アプローチの決定的な欠点は、このような立法府の広い裁量の合理性の審査について、目的とされた公的価値が本当に法律と関連しているか否かを確認するために、高められた司法審査 (heightened judicial scrutiny) を要求することにある。本質的にすべての法律はこの合理性のテスト (reasonableness test) に服することになる。近年では厳格化された司法審査 (serious judicial scrutiny) は制定法の特定のカテゴリーに限定されているが、このアプローチをとると司法権の範囲が著しく増大することになる。連邦憲法の起草者は、連邦の裁判官を、新しい法律について拒否権を持つ法令審査審議会 (Council of Revision) の一部にするという考えを退けた。すべての法律の合理性を司法審査の対象とすることは、修正審議会に近づくことになる。ここで問題となっていることは、分かりにくい歴史的な細部以上のものである。連邦最高裁の制度的な役割にとって、その機能が大統領の拒否権を真似すべきものでないということは、まさに基本である。連邦最高裁に一般的な拒否権を付与することは民主主義の意義を減ずるが (司法審査が常にそうであるように)、ここでは、特定の利益をコントロールするという競合する価値が、その犠牲を正当化するにはあまりに弱いものと思われる。

このように、ロックナー判決の復活は、自然法という形であれシカゴ経済学派の形であれ、または政治的リバタリアニズムという形であれ、それを期待する魅力に乏しい。自然法としてのロックナー判決は、我々の社会が決して有していない財産や経済的自由の性質に関する考え方に依存する。シカゴ学派の考え方を本当に実施すれば、我々の政治と経済の両方を革命的に改造することを伴うであろう。公的価値モデルによって代表される最も穏健な考え方によれば司法府の制度的な役割を著しく変えることになるが、恐らくほとんど得るところがないであろう。

3.2.4. ロックナー判決の死亡記事

最後に、ロックナー判決に関する論評を三つ述べておくのが適切である。第一は、ロックナー判決の実用的な重要性は誇張されるべきではないとするものである。上述の議論はロックナー判決が厳格に適用されたという仮定に基づいていた。しかし実際には、連邦最高裁は、決してそれに厳格に従ってきたわけではなかった。ロックナー判決の時代においてさえ、連邦最高裁は多くの規制立法を支持したし、違憲とした法律の中には無分別なものもあったかもしれない。多くの州裁判所は、経済規制に対して、実体的デュープロセスによる制約を適用し続けている。このことが、これらの州の民主主義的な政治体制に対して重大な損害も、経済に対する顕著な利益ももたらしてこなかったことは明らかである。従って、ロックナー判決が復活させられたとしても、恐らく、それは気まぐれに適用されるにすぎないであろう。

第二は、ロックナー判決の拒絶は、司法府が規制立法を監督するのに何の役割も持たないことを必然的に意味しないとするものである。例えば、契約条項や取用条項は、確固たる予測可能性を損なう遡及力のある法律に対して特別な審査を要求する。司法府はまた、経済規制が立法化される過程を監督する役割を果たし得るかもしれない。ロックナー判決を拒絶することは、経済的自由を保護する一般的な司法の役割の拒絶を含意するのである。

第三は、以上の議論はロックナー判決を未解決の問題とみなしてきたが、事案判断をすれば、本当は、問題点はすでに解決済みのものであったとするものである。過去50年の憲法学は、ロックナー判決において見出されたような経済的自由の実体的保護を断固拒絶してきた。ロックナー判決が本当に間違った考えだったかどうかは、私がこれまで議論してきたように、もはや純粋に未解決の問題ではないである。

3.3. 墮胎問題

連邦最高裁はロー判決¹⁰⁾において、ある状況においては、憲法上の権利として墮胎の権利が存することを認めた。ここでの私の関心は、墮胎がいつ禁止されるかに関する連邦最高裁の詳細な説示にあるのではない。重大な問題は、墮胎の権利が少なくともしばしば連邦憲法によって保護されると連邦最高裁が判示したことが、正当化されるか否かである。ロー判決に対する重要な批判は、それがロックナー判決とロー判決を比較する理由であるが、連邦最高裁が墮胎の権利を憲法上の権利として認めたことにある。(以下、省略)

3.3.1. 墮胎と基本的権利

ロー判決は、そこでの基本的権利の性質について幾分曖昧な態度をとっていたが、その後の判決は、連邦最高裁が生殖をコントロールする基本的権利という考えを有していたと指摘している。前述したように、基本的権利論は我々の憲法の伝統に深く根付いている。ロー判決を評価する際の最初の問題は、連邦最高裁が、生殖のコントロールを基本的権利とみなしたことが正しかったかどうかである。

ロー判決に対する攻撃の激しさにもかかわらず、このことが正しかったことは明白だと思われる。それは特に修正第14条との関連で議論されはしなかったが、歴史家は、この修正条項を起草し制定したリパブリカンたちは、生殖のコントロールが家族に関わることだとして基本的権利だとみなしたのであることを示唆する。アメリカ社会は歴史的に、政府が関与する公的な事柄と家族に関わる市場や私的な事柄を区別してきた。コックス教授は、ロー判決が間違っただけでなく下したと信じているが、次のように述べてそれを容認している。すなわち、「女性は子どもを産まなければならないとか産んではならないと命じること以上に、個人の自由を基本的に侵害する状況を考えることは困難である」。

ロー判決において連邦最高裁が指摘したように、はるか前に遡る連邦最高裁の伝統は、親であることや生殖に、基本的な憲法上の地位を与えてきた。連邦最高裁が単に創造力豊かに先例を書き換えたのではないことは、多くの下級裁判所の裁判官ら、つまり、ロー判決と同様の理由によってそれを正しく予見した裁判官らによって示されている。大衆の合意も、相当数の人々が少なくともある状況下で墮胎を法律上正当と認めることに賛成することで、ロー判決が墮胎の権利を認めたことを支持した。

更に、ロー判決において司法審査権を行使しようとした連邦最高裁の判断も、政治過程に存在する欠陥によって支持された。つまり、生殖に関する自己決定権は両性にとって重要であるが、身体的な負担と、我々の社会においては子どもを育てるといふ社会的負担のほとんどが女性に課せられている。多くの墮胎に関する法は女性が選挙権を得る前から制定されているが、未だ女性は議会において十分に代表されていない。加えて、墮胎に対する多くの反対は、偏った宗教上の信念に基づく組織化された強力な圧力——それは建国の父たちがまさに関心をもった政治活動の一形態である——から生じている。近時の判例法に基づけば、性差別に関する法律に対して高められた司法審査基準を援用する判決や、同様に、宗教団体による政治的な関わりについて関心を表明する判決によって、ロー判決は支持されている。明らかに、ロー判決はこれらいずれのケースにも直接的には適合しない。しかしながら、生殖に関する権利の基本的な性質に関するアメリカ人の明確な合意と結びつき、これらの判決は、墮胎に関する法に対して厳格化された司法審査を行うことに賛成する主張を強く支持するのである。

基本的権利の存在を認めることで、連邦最高裁は、権利の侵害に対する州の正当化を独自に判断することを義務づけられた。ロー判決を非常に難解にしているのは、州によって主張される対抗利益、つまり人間の生命を守るという利益の強さにある。現代の法や政治において、この正当化の妥当性以上に論争的かつ感情的な問題はほとんど存しない。ロー判決は、多くの点で困難なケースである。にもかかわらず、私の試論は、連邦最高裁が墮胎の全面的な禁止を違憲としたことが正しかったというものである。

とりわけ、私は、人の生命を守るという利益が、妊娠8週以前における墮胎——

これは墮胎の半数を占める——のすべての禁止を正当化するのに十分であるということに疑問を持っている。妊娠12週以前の段階では、胎児は系統だった動きをとることができない。12週目の胎児の脳の重さはわずか10グラムであり、ヒトと動物を区別する主要因である大脳皮質は未発達であり、ほとんど存在しているとはいえない。脳波の研究も12週より以前は意識が生じ得ず、生ずるとしても恐らくはそれ以後であることを示唆している。これらの事実は、胎児が真の意味で生きている人になっていると主張することを困難にしている。それが後に人になる可能性は胎児に道徳的な価値を与えるが、この可能性はそれ自体、女性が妊娠し続けることを望んでいること——まさにここでの問題である——に左右される。この価値と比較検討されるべきことは、女性に墮胎を強いるかもしれない強力な理由である。結局、胎児の保護は、意識がまだ存在し得ない妊娠段階では、子どもを産むかどうかを決定する女性の基本的な利益を制限する正当化理由としてはあまりに弱いといえる。

私の個人的な評価だけからすれば、以上の事実を、このような難しい問題に関する憲法上の判断の根拠とすることについて私は悩ましさを感じている。しかしながら、現実には、このような評価は単に個人的なものに過ぎないわけではない。実際に、それは広く社会的な合意を得ている。80パーセント以上のアメリカ人は、墮胎は母体の健康を守るために、または、奇形の子どもの出生を防止するために許されると信じている。レイプの結果としての妊娠も墮胎する権利があるという、同じく広く認められた信念も存する。これらの事情が殺人に対する十分な正当化とみなされることはなく、従って、墮胎については正当化の程度が殺人より低いという暗黙の推定があるに違いない。この社会的合意は、初期のアメリカの伝統と決して断絶するものではなく、胎児の保護が自動的に女性の重要な利益より重いという信念とも矛盾しない。

こうして、墮胎の完全な禁止を強制しようとするなら、非常に多くのアメリカ人が適切だと認めることのできない正当化理由によって、州は基本的権利を侵害するのである。かかる社会的合意を前提とすれば、裁判所は命に対する権利という正当化理由を退け、それ故、完全に墮胎を禁止することが違憲であると判断することが正当化されよう。

読者の中には、疑いなく、州の利益の強さに関する私の評価に異議のある人もいよう。しかしながら、このことは驚くべきことでも、方法論としてプラグマティズム法学が不利になるべきことでもない。プラグマティズム法学は難しいケースを簡単にするとか、激しい議論を穏やかなものに変質させることを主張するものでもなく、以下の二点を試みるものである。ひとつは、議論の真の核心に焦点を当てようとすることである。ここでの真の問題は、司法審査に関する法学的な議論よりも胎児の地位にある。仮に連邦憲法が明示的にプライバシーの権利を保障していたとしても、ロー判決は等しく難しいケースであったであろう。二つ目は、最も合意を得られそうな議論を見出すことによって論争の解決を試みようとすることである。墮胎問題に関して、我々は、全員一致をもたらす最善のありうる議論を予期できない。

我々は、せいぜい決断できない人たちを説得することを望むにすぎないのである。

3.3.2. ロー判決対ロックナー判決

ロックナー判決の復活に反対する議論において、私は、それを真剣に検討することが現行制度や将来の見込みを甚だしく混乱させることになる」と示唆した。けれども、ロー判決の場合は異なる。というのも、それは相対的に狭い憲法上の権利（生殖の自由）に限定されているので、現行の政府の活動を広範囲にわたって再検討することを要求するものでも、連邦最高裁にすべての法律の合理性を日常的に判断させることを要求するものでもないからである。契約の自由の権利や経済的自律に関わる利益は、ロー判決で支持された射程の限られた権利よりも範囲が広いものである。

ロー判決自体が限定された基本的権利を支持したように思われるとしてもなお、それを批判する者は、ロー判決の議論の筋道が新しい憲法上の権利を確立するのに利用され得ると答えるであろう。ロー判決はロックナー判決よりもその射程が限定されているかもしれないが、長い目でみればロー判決の方法論は危険であるかもしれないというのである。この主張が基本的権利という一般的概念に向けられている限度では、すでに反論されてきたところである。しかしそれはまた、ロー判決に特別な攻撃をしていると考えることもできる。というのも、ロー判決はなぜ墮胎が基本的権利なのかをほとんど説明していないので、同じくほとんど説明のないまま新たな基本的権利が創造されることになり兼ねないからである。

この主張は不合理ではないけれども、根拠のないことだと証明されてきた。連邦最高裁は、ロー判決モデルに基づいて新しい基本的権利を作り出すことに熱心ではなかったし、むしろ、ロー判決の射程を拡張することに好意的な主張に抵抗してきた。更に、ロー判決に好意的な主張は、次のような一般的でない諸要因が絡みあってなされている。例えば、連邦最高裁の先例によって支持されている生殖の権利の重要性に好意的な合意や、ジェンダー問題や宗教問題への関与を理由とする政治過程の重大な欠点、州の示す正当化の合理性に疑いを持たせる客観的根拠、州の立場という論理に反対する圧倒的な社会的合意などといった要因である。基本的権利であると論じられる余地のあるものは他にもいくつかあるが、ロー判決のように、基本的権利を承認する事態は発生しそうもないように思われる。

憲法学者にみられるロー判決に対する強い反対は、ある程度、法廷意見そのもののせいだと考えられる。それは、基本的権利の存在を明言する際に、非常に大まかに、まるでその権利が正当化をほとんど必要としない簡単な事柄であるかのように判示した。また、比較衡量においても断定的にすぎ、州の規制利益に対してあまりに否定的だったかもしれない。法廷意見のこれらの特徴は、不幸にもロックナー判決のやり方を思い出させるが、しかし、ロー判決の基本的な判断は適切であって、それに対する批判によって損なわれているとは思われないのである。

3.3.3. ロー判決は覆されるべきか

上述したように、プラグマティストにとって、ロックナー判決はもはや未解決の問題ではない。ロー判決の問題は十分解決されていないが、プラグマティストはロー判決が下されたという事実を考慮しなければならない。私は、以下で、ロー判決が間違っていたと仮定する。もしそうであれば、ロー判決は覆されるべきであろうか。

三つの理由で、私はロー判決が間違っていたとしても、それが覆されるべきでないと考える。第一に、ロー判決は、先例を覆す際に連邦最高裁が用いる正当化のための基準を充足しないからである。ロー判決が間違っていたとしても、それは甚だしく間違っていない。近時の先例によって損なわれてもいないし、その基準が機能していないと連邦最高裁自らみなしているわけでもない。医者や何百万という女性によるロー判決への直接的な信頼はさておき、それはやり直すのが難しい方法で政治風土を作り替えてきた。従って、先例拘束性の原理を適用する際の通常の基準は、ロー判決を覆すことに不利に作用するのである。

二番目は、ロー判決を覆しても、州議会に重要な権限を復活させることにならないことにある。現実的な理由によって、州議会は堕胎をやめさせる権限がないと分かるであろう。堕胎が違法なときでさえ、法律は事実上施行できなかった。実際に、様々な研究によって、ロー判決直後の合法的な堕胎と同程度に、判決以前にも多くの違法な堕胎が行われていたことが示唆されている。今日、堕胎に対する大衆による承認、婦人科医（彼らの多くは女性である）による堕胎の権利の支持、多くの州が堕胎を違法化しないことを選択しているという疑いのない事実が、州による堕胎の禁止を非実効的なものにしてしている。これらの法律が効力を持つ限り、最も傷つきやすいグループの女性、すなわち、貧困、思春期、人種的マイノリティ、障害者といった女性たちに影響が及ぶであろう。その上、少なくともいくつかの理由による堕胎は正当化されるという圧倒的な大衆の見解を前提とすれば、厳格な堕胎の禁止は多数派から支持されない。それ故、現実的な問題として、ロー判決を覆すことは多数派の支持を有効に呼び起こすことにはならないであろう。

三番目は、この時点でロー判決を覆すことは、間違った判決理由の訂正以上の意味を持つことになるからである。それは、ときに熱心過ぎることさえある個人の権利の擁護者たる連邦最高裁の大きな敗北だと、大衆によってみなされよう。ボーク判事は、連邦最高裁裁判官候補者として上院で行われた公聴会において、連邦議会や大衆が連邦最高裁の役割をいかに重要なものだと考えているか、また、基本的権利の概念がいかにして受け容れられてきたかについて明らかにした。連邦最高裁にとって、個人の権利を支持した重要な判決のひとつが放棄されることは、激しい政治的な攻撃を受けている間や重大な人事の入れ替えの直後には、その独立性や制度的な役割の多くを放棄することになるであろう。

ロー判決が調整の余地があることには疑いがない。連邦最高裁が示した妊娠期三分割論は熟考と新しい情報に基づいた再評価が必要である。けれども、連邦最高裁にとって、ロー判決の基本原則を否認することは間違いである。いかなる微調整に

対しても慎重になるべきである。なぜなら、たとえ連邦最高裁がロー判決とは異なる評価に合理的に至ったとしても、先例拘束性の原則が、再調整をしようとする彼らに相当な負荷をかけることになるからである。

4. 結論

本稿は、憲法へのアプローチとしての高邁な理論を批判することから始まった。かかる理論に対する最も強力な反論は、経験に基づくものである。多くの極めて有能な人々が憲法の真なる根拠を発見することを試みてきたが、誰も成功しなかった。憲法に対する基礎づけ主義のアプローチが望ましいことを疑うに足る理由も存する。それに代わるものはより構造的でない決定モデルで、いわゆるプラグマティズム法学である。それは、社会政策と伝統的な法理論の両方に基礎を置く問題を、その両者を満足いく形で調整しながら検討しようとするものである。プラグマティズム法学が本質的にアドホックであると反論する者がいるかもしれないが、私は原理的なプラグマティズムは矛盾から程遠いと主張してきた。

プラグマティストの先例に対する敬讓と裁判所による創造性を結合する試みは、一連の理論と同じようにひとつの思考方法である。それ故、プラグマティズム法学は簡潔に説明するより提示する方が簡単である。しかし、その本質を要約する一節があるならば、それはアメリカ法学史に関する最も有名な著作のひとつである、ホームズの『コモン・ロー』の最初の段落から引用できる。

すなわち、「体系の一貫性が特定の結論を要求することを示す何かが存在するが、それはすべてではない。法の命は論理にあるのではない。それは経験にあるとされてきた。時代という知覚された必要性、広く認められているモラルや政治理論、公言されまたは無意識の裁判官が仲間と分け合う偏見さえ、人々が統治されるべきルールを決定する際の手の込んだ議論よりも、はるかに有用なものであった。法律は長い時代を経ての国家発展の物語を具体化しているのであり、まるでそれが数学の本の公理や推論だけを含んでいるかのように扱われることはできない。それが現在いかなるものであるかを知るために、我々は、それが何であったか、それが何になろうとするのかを知らなければならない。我々は、かわるがわる歴史と現存する法理論に意見を聞かなくてはならない。しかし、あらゆる段階でこの両者が結びついて新たな成果が生まれるのだが、もっとも難しい仕事は、その結びつきを理解することである」。

原理と政策、歴史と刷新の混合が、プラグマティズム法学の本質である。それは憲法の有益な理解にとって重要である。

本論の後半では、プラグマティズム法学を支持するために、現代憲法における中心的な問題にその主張を適用できることを論証することで、それらの正当化を試みた。つまり、連邦最高裁は憲法に明示されていない権利に憲法上の地位を与えるべきか否か、仮にすべきだとしたらいかなる場合か、といった問題である。私は、明文化されていない基本的権利を保護するという営みが、我々の法的かつ社会的伝統

に強く根付いていることを論じてきた。それはリスクを伴うけれども、そしてそれ故に注意深く行われるべきであるが、我々の憲法の行程の価値ある一部であった。

より困難な問題は、連邦最高裁が認めるべき権利は何かということである。20世紀の初めに、連邦最高裁は経済的自由という一般的な権利に憲法上の地位を与えた。近年、経済規制立法を監督する積極的な連邦最高裁への復帰に賛成する主張が多様になされてきている。しかしながら、このような監督はあまりに広範にすぎて、司法の役割がほとんどすべての政府の作用を監督することとなり、同時に、潜在的にはあまりに過激な社会の再構築を意味することになる。

ロー判決は、基本的権利の分析にとって究極の試金石である。本稿における議論は、ロー判決の核心部分、つまり州が少なくともある状況においては堕胎を認めなければならないという論点に限定されている。私は、生殖の自由という権利が明らかに基本的なものであると論じてきたが、堕胎を禁止する州の利益が充足されているか否かという問題はより慎重な検討を必要とする。結局、少なくともいくつかの堕胎は許されるという大衆の強力な合意があることを前提とすれば、私は、堕胎の完全な禁止は正当化できないと信じている。この結論が間違っているとしても、ロー判決を覆すことで連邦最高裁が得るものはほとんどなく、むしろ失うものが多いであろう。

ロックナー判決やロー判決の分析が示すように、プラグマティズム法学は難しい憲法問題に対し単純な解答を与えるものではない。それが示す解答はエレガントさを欠くが、結局のところ、高邁な理論が示すいかなる解答よりも、より満足を与えるものだと私は信じている。

註

- 1) 拙稿「一部誕生した胎児の堕胎を禁止する連邦法の合憲性と堕胎法理にみる先例の役割」同志社アメリカ研究第45号（2009年）掲載予定。
- 2) *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. 1610 (2007).
- 3) Daniel Farber, *The Role of Precedent in the Evolution of American Abortion Law*, 『21世紀の家族と法（小野幸二教授古稀記念論集）』（法学書院、2007年）964-988頁（なお、本論文の翻訳も同書に所収されている。辻雄一郎「アメリカ堕胎法の発展における先例の役割」同書750-773頁）。
- 4) Daniel Farber, *Legal Pragmatism and the Constitution*, 72 *Minn.L.Rev.* 1331 (1988).
- 5) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). 本判決において、連邦最高裁は、堕胎に様々な制限を課していたペンシルベニア州法につき、夫への告知要件を除いて合憲だと判断した。ファーバー教授の言葉を借りれば、本判決において、いわゆる保守派のレンキスト裁

判官を首席とするレンキストコートが「ロー判決を再確認したことは誰もが最も予想しなかったことであろう」(Farber, *supra* note 3, at 975) といわれている。

- 6) 訳者は2006年8月より1年間カリフォルニア大学バークレー校ロー・スクールで在外研究を行った。ファーバー教授には、滞在中のご厚意と今回の翻訳をご快諾いただいたことに対して改めて感謝の意を捧げるものである。
- 7) *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).
- 8) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- 9) *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas. 546 (C.C.E.D.Pa. 1823) (No. 3230).
- 10) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).