

日米比較公法序説（一）

木下毅

序

- 一 アメリカ公法の潮流
- 二 日米公法の基本的構造（以上本号）
- 三 アメリカ公法の影響
- 四 今後の動向

序

(1) 本稿は、日本の公法とアメリカの公法を比較法的に分析する場合に、その前提として問題となる両者の基本的枠組の異同について、法学的、法文化的小よび実定法的視座から概観し、アメリカ公法の全体像ないし鳥瞰図を浮き彫りにすることを目的とする。

(2) わが国において公法ないし公法学という場合、憲法・行政法の意味で用いられることが少なくない。公法学的な意味での「公法」(public law)と「私法」(private law)の区別は、大陸法系においては第一次的重要性を有してきたが、英米法系にあっては二元的に構成される実定法秩序を前提としたかかる制度的区別は存在してい

ない。⁽¹⁾しかし、このことは、英米法系において類型的意味でも両者の区別がなされなかつたことを意味しない。

では、類型的意味での公法と私法との区別は、どのような点に求めることができるであろうか。わが国で従来説明されてきたところによれば、類型としての公法の特色は、公権的、政治的、支配的、他律的、公益的規制たる点にあるとされ、市民的、経済的、平等的、自律的、私益的規制である私法的特色と区別される。⁽²⁾

このような類型的意味における公法として、アメリカ法上いかなる法領域が包摂されてきたであろうか。まず「憲法」および「行政法」が入ることに異論はない。これら他に「経済法」(trade regulation)、「労働法」(labor law) および「刑事法」(criminal law) も包摂されるのが通例である。⁽³⁾さらに「租税法」(tax law)、「国際法」(international law) 等も公法に分類されることが多い。⁽⁴⁾本稿では、右に掲げた法領域を公法として類型的に捉えることとしたい。

(3) 日本公法を比較法的に考察する場合、両者の統治機構の基本的差異として最も重要な点は、わが国が単一家制 (unitary system of government) を採用しているのに対し、アメリカ合衆国はそれぞれ独自の憲法をもつ独立国に近い五〇の州から成る連邦制 (federal system of government) を採用していることであろう。アメリカは「合州国」と表現されることもあるように、もともと完全な主権国家であった邦 (state) が連邦政府に必要な権限を一定の枠内で委譲し、残余の権限は州に留保されるという二重構造をとつたため、この連邦制がアメリカの法制度をきわめて複雑かつ独自のものとしてきた。⁽⁵⁾これに対し、わが国の法制度には連邦制に付随する法律関係の複雑さは存在していない。

第二に、アメリカ合衆国の統治機構は、大統領制 (presidential system) を採用し、厳格な三権の分立を認めているが、わが国のそれは連合王国の議院内閣制 (parliamentary system) を採用したため、両者の間には著しい対照が見られる。⁽⁶⁾

(4) 本稿においては、右に述べた連邦制および大統領制に制度化された権力分立の問題を念頭に置きつつ、まずアメリカ公法の潮流を法学的視座から概観し、かかる予備的作業を前提とした上で、日米公法の異同を生じさせてきたと想定される複数の要因について分析することとしたい。より具体的には、(一)大陸法的な「法治主義」の観念と英米法的な「法の支配」の理念、(二)公法・私法の峻別論と統合論、(三)大陸型違憲審査制とアメリカ型違憲審査制、および、(四)伝統的公法訴訟と現代型公共訴訟とをパラダイム的に採り上げ、これらを対置することにより両者の基本的枠組ないし構造の異同を考察する。さらに転じて、実定法的視座からアメリカ公法の主要領域をなしてきた憲法、行政法(経済法・労働法)および刑事法の分野における日米間の基本的枠組の異同について比較法的に分析し、最後に日米公法の今後の動向について考察することとしたい。

- (1) J. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* 91, 133-41 (2d ed. 1985).
- (2) E. g., T. Holland, *The Elements of Jurisprudence* 366-70 (1880) 13th ed. 1924. 田中二郎「行政法総論」二〇〇頁以下(一九五七)。
- (3) A. Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States* 131 (2d ed. 1983). 以下同 E. Bodenheimer, J. Oakley & J. Love, *An Introduction to the Anglo-American Legal System* 10 (2d ed. 1988) は「労働法」を私法に分類している。
- (4) Farnsworth, *supra* note 3, at 145-48. See also 8 *The Guide to American Law* 351 (1984).
- (5) L. Tribe, *American Constitutional Law* § 2-3 ([1978] 2d ed. 1988).
- (6) *Id.* at § 2-2.

一 アメリカ公法の潮流

(1) アメリカ公法を語る場合、その歴史の冒頭に位置づけられるヴァージニア邦憲法、独立宣言、アメリカ合衆国憲法などとともに、*The Federalist Papers* を逸するものはべきない。A. Hamilton, J. Madison & J. Jay の筆になるこの古典は、一七八七年九月一七日、連邦憲法会議の審議を了したアメリカ合衆国憲法案の支持のために書か

れた小論 (essay) であり、翌一七八七年に単行本として刊行されたものである。Madison が書いたといわれる「抑制均衡」に関する数編と「合衆国議会」に関する部分は、政治思想としても異彩を放っている。C. Beard によれば、「アメリカで書かれた政治学上のもっとも教えに富む著述であり、世界中の政治学上の文献のなかでも第一級のもの」と評されている。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

The Federalist Papers に続く文献として注目されるのは、一八〇三年にアメリカで出版された W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England (1765-69) の第一巻付録に載せられた Tucker, View of the Constitution of the United States である。それは、付録という形をとった二三七頁にも及ぶ論著である。しかし、この時期の著作としてより注目されるのは、T. Sergeant, Constitutional Law (1823) である。「合衆国裁判所の訴訟手続、裁判管轄および憲法判例に関する概観」という副題からも、その内容を推測することができよう。Sergeant は、アメリカの憲法制度をイギリス領アメリカ植民地時代の先例にまで遡って説明しており、この点が本書の特色を成すが、本書の実質的内容は、所詮憲法問題に関する実務家向けのマニュアルの域を超えるものではなかった。そのことは、たとえば Marbury v. Madison⁽⁹⁾ の扱い方にも見られる。彼はこの事件を随所に引用しているが、司法審査制の基盤となった画期的判例としての位置づけは、いまだ十分になされていない。⁽¹⁰⁾

N. Dane, A General Abridgement and Digest of American Law (1823) が刊行されたのも、この頃のことである。⁽¹¹⁾ その第八巻には、憲法理論および憲法先例に関する説明が見られる。一八二〇年代末には、W. Rawle, A View on the Constitution of the United States of America (1829) の発刊を見るが、Marbury v. Madison の扱いに象徴されているように全体がマニュアル的に処理されている。⁽¹²⁾ このように一八世紀末から一九世紀初頭にかけて合衆国法に関する本格的な論著が、いまだ著されなかつたこともあって、この時期においても、The Federalist Papers が、いぜんとして用いられていたようである。一八二六年にこの世を去った Jefferson は、自然法に基づ

く契約説から国家を説明した J. Locke, *Two Treatises concerning Government* (1690), Locke の思想を受け継いで三権分立論を唱えた Montesquieu, *Esprit des Lois* (1748) および自由主義経済学を確立した Adam Smith, *Wealth of Nations* (1776) と並べて、次のようにいう。「理論から現実の方へ移ると、*The Federalist* に勝る論著はない⁽¹⁴⁾」と。

このように一八二〇年代にはアメリカ法の素材が公法の分野でもかなり蓄積されつつあった。イギリスの判例集と並んでアメリカの判例集も、連邦および州の各レビューで刊行され、E. Coke, *Institute of the Laws of England* (1628-59) ; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765-69) のアメリカ版と並んで、右に述べたようなアメリカ法に関する論著が出現しつつあった。しかし、Blackstone の向こうを張った本格的体系書の出現は、J. Kent, *Commentaries on Americal Law* (1826) を待たなければならなかった。

アメリカ公法という視座から見て興味深いのは、本書冒頭の第一編に国際法 (of the Law of Nations) が位置づけられていることである。合衆国憲法に関する部分 (of the Government and Constitutional Jurisprudence of the United States) がこれに続き、第三編で市民生活に関する国内法である州法 (Of the Various Sources of the Municipal Law of the Several States) が論じられている。Blackstone の著作と対比して興味深いのは、その中でかなりの部分を占めていた刑事法が論じられていない点である。⁽¹⁵⁾ともあれ、Kent の著作は、アメリカ法を系統的に叙述した体系書として、その発展に寄与するところ大なるものがあつた。かくして一八二〇年代には、イギリス法の全面的借用は不要となり、それからの離脱現象が見られるようになる。

一八三〇年代に入ると、Kent の著作に優るとも劣らない著作として、J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (1833) が世に現われる。同書の「まえがき」によれば、著者が主として依拠したのは、*The Federalist Papers* と Marshall 首席裁判官の憲法判決であつた。彼は、政治的には Jefferson に組していた

が、法的には Marshall 学派に属し、Marbury 判決を熱烈に支持した⁽¹⁶⁾といわれる。このことは、Story がアメリカ合衆国最高裁判所裁判官として Marshall 首席裁判官と重要な憲法判決に関与し、同書を彼に献呈していることから領けよう。Story は、連邦の立法に対する違憲立法審査を肯定するとともに、州の間の関係を単なる *compact* として捉えることに消極的態度を示した⁽¹⁸⁾。

建国から約半世紀を経たこの時期に、フランスの裁判官 Alexis de Tocqueville による *De la Démocratie en Amérique* (1835-40) が公にされたことも記憶されるべきであろう。彼は、アメリカの裁判所が大陸法系諸国では裁判所の射程範囲外にあると想定されるような紛争を日常的に引き受けることに感銘を受けている。裁判所の違憲立法審査権は、その最たるものであったといつてよい⁽¹⁹⁾。立法過程に裁判所が干渉することは権力分立に反するとするフランス的司法観からすれば、法に対するアメリカ的アプローチは驚き以外のなものでもなかったと思われる⁽²⁰⁾。

Story 以降一九世紀中葉にかけては、法学研究の面で低調な時代が続く。著作に関しては、Kent および Story のような網羅的なコメンタリは姿を消し、それに代って個別的な法分野を扱った論著が目につくようになる。国際法の分野では、Wheaton, *Elements of International Law* (1836)、憲法の分野では、P. Du Ponceau、Baldwin、A. Upshur⁽²²⁾ などのモノグラフィ、経済法の分野では、鉄道規制に関する著作が相次いで刊行されるに至る⁽²³⁾。さらに刑事法の分野では、Wharton on *Criminal Law* (1846)、ピューリタニズム的観点から応報理論を唱へ J. Bishop, *Criminal Law* (1856-58) などが出版されている。

(2) 一八六〇年、共和党の A. Lincoln が大統領に選出され、民主党の地盤である南部諸州は合衆国から脱退して The Confederate States of America を形成し、翌年南北戦争に突入する。南北戦争時の憲法問題を扱った著作としては、S. Fisher, *The Trial of the Constitution* (1864) が目に付く。南北戦争後の一八六五年末には、合衆

国内における奴隷制を廃止した第一三修正、一八六八年には、後の憲法の発展に大きな影響を及ぼしたデュー・プロセス条項、平等保護条項などから成る第一四修正、一八七〇年には、黒人の投票権を認めた第一五修正が成立して、憲法的にも大変革の時期を迎える。T. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations* (1868) が世に出たのは、第一四修正成立時のことであつた。⁽²⁴⁾ J. Dillon on *Municipal Corporation* (1872) も、この法分野の基盤を築いたこの時期の著作として知られる。

一九世紀末のアメリカ法学は、自然法的発想によって支配され、「法は一つの科学である」とするラングテル的発想および分析法学的手法と結びついて、一種のアメリカ的概念法学を形成するに至る。それは、法を静的構造のうちに把握し、すでに確定したものとして捉えようとする。かかる自然法的概念法学的発想に対して果敢な挑戦を試みたのが、O. W. Holmes に他ならない。彼はいう。「法の生命は、論理でなく経験であつた」⁽²⁴⁾と。

大西洋を隔てたイギリス人では、一八八五年に A. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* が公にされ、parliamentary sovereignty (国会主権の原則) と rule of law (法の支配の理念) がイギリス公法の二大原理とされるに至つた。⁽²⁵⁾ アメリカでは、合衆国憲法制定後一世紀を経た一八八七年に連邦の最初のビジネスの法規制である Interstate Commerce Act (州際通商法) が立法化され、三年後の一八九〇年には連邦最初の独占禁法である Sherman Act が制定されるに至る。一八九三年に F. Turner が発表した論文 *The Significance of the Frontier in American History* は、一九世紀末にフロンティアが消滅したことを鋭く指摘し、アメリカ史上新しい段階を画する時期が到来したことを示唆した。事実アメリカは、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての世紀転換期を境に、農業国から工業国へと変容し、産業の寡占・独占化、工業化に伴う都市化、新移民の大量流入、労資紛争の激化などに代表される経済的社会的構造の大変動を経験するに至る。

かかる時代的潮流の中にあつて、個人権を中心とする伝統的な憲法理論および司法機能も変容を余儀なくされ

る。それとともに、法は一つの科学であるとするラングデル的発想に対しても、懐疑の眼が向けられるに至る⁽²⁶⁾。

Turner の論文と時を同じくして発表された J. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* (1893) は、⁽²⁷⁾ラングデル流の科学的・形式主義的・概念法学的アプローチに対する批判的立場から、違憲立法審査の問題と正面から取り組むに至った⁽²⁸⁾。J. Thayer, *Cases on Constitutional Law* (1895) がこれに続く。一九一〇年代に入ると、C. Beard, *The Supreme Court and the Constitution* (1912) ; C. Beard, *The Economic Interpretations of the Constitution of the United States* (1913) ; B. Moore, *The Supreme Court and Unconstitutional Legislation* (1913) ; E. Corwin, *The Doctrine of Judicial Review* (1914) などが相次いで公刊されるに至る⁽²⁹⁾。一九二〇年代からニュー・ディール期にかけては、リアリズム法学が一世を風靡し、ラングデル的概念法学が批判の対象となる。F. Frankfurter の論著をはじめとして、*Harvard Law Review* に発表された E. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* (1928-29) ; C. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (1932) ; 一九三七年のいわゆる「憲法革命」を論じた E. Corwin, *Constitutional Revolution, Ltd.* (1941) ; 違憲立法審査の問題を論じた B. Wright, *The Growth of American Constitutional Law* (1942) などが注目された⁽³¹⁾。

一九四〇年代には、リアリズム法学が残した未解決の問題と対決するリーガル・プロセス学派が登場し、法思想上新たな転換がもたらされるに至る。H. Hart, Jr. & A. Sacks, *The Legal process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (1958 Tent. ed.) は、その到達点を示すものといえよう。

行政法の分野では、アメリカで最初の行政法の著作といわれる F. Goodnow, *Comparative Administrative Law* (1893) が、世紀転換期の一八九〇年代に公にされている。彼は、フランスおよびドイツにおける行政法研究を踏まえて、権力分立、連邦行政、州行政などに関する組織論を展開し、アメリカに「行政法」という概念を導入し

た。Goodnow が、「アメリカ行政法の父」と呼ばれる所以である。それから一〇年後に B. Wyman, Principles of Administrative Law (1903) が刊行され、英米法系における行政的審判の新たな位置づけがなされるに至る。Goodnow, Principles of the Administrative Law of the United States (1905) がこれに続くが、彼は、その範圍を行政行為、公務員などの問題にまで拡大する。一九一一年には、シカゴ大学の E. Freund が Cases on Administrative Law を公にし、第一部で行政権および行政行為、第二部で行政救済の問題を扱うまでになった。これによって、アメリカ行政法ともいうべきものが、漸く形を成すに至る。これ以降、アメリカ行政法の焦点は、行政に対する委任、行政行為の司法審査、行政的手続へと移行して行く。

他方、大西洋を隔てたイギリスにおいては、Dicey が Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8th ed. 1915) において「イギリスにおける行政法の発展」と題する論文を付加し、従前の自己の見解を修正するに至る。

一九二〇年代からニュー・ディール期にかけて、行政法関係の文献も次第にその数を増してくる。特に J. Dickinson, Administrative Justice and the Supremacy of Law (1927) は、アメリカ行政法の発展の上で一時期を画するものといわれる。彼はこの中で行政行為に対する司法審査の問題と取り組み、基本的には法の優位を高調しつつ、行政裁決の最終性の認められる場合がありうることを示唆している。これに続くのが、Freund, Administrative Powers over Persons and Property (1928) で、行政法の体系化が試みられている点が注目を惹く。一九三三年には、州際通商委員会と連邦取引委員会に対する司法的規制の異同を鋭く指摘した C. McFarland, Judicial Control of the Federal Trade Commission and the Interstate Commerce Commission 1920-1930 (1933) 一九三七年には「行政管理に関する大統領委員会報告書」および Stason, The Law of Administrative Tribunals (1938) 翌一九三八年には Landis, The Administrative Process (1937) 一九四一年には行政委員会の成立および

発展を論じた Cushman, Independent Regulatory Commission (1941) 一九四二年には R. Pound, Administrative Law : Its Growth, Procedure and Significance (1942) が世に送られることとなる。

刑事法の分野に眼を転じると、一九世紀末には刑事法のケース・ブック Beale, Cases on Criminal Law (1893) が出版され、二〇世紀初頭には Harvard Law Review に掲載された J. Mark, The Juvenile Court (1909) が juvenile delinquency の問題を論じて反響を呼んだ。一九三〇年には R. Pound, Criminal Justice in America が世に問われ、一九四七年には刑法の体系書である J. Hall, General Principles of Criminal Law が刊行されるに至る⁽³³⁾。

(3) 一九五三年、ウォーレンが合衆国最高裁判所首席裁判官に任命され、翌年には人種別学解消訴訟の出発点となった Brown v. Board of Education 第一判決⁽³⁴⁾が下されて注目を浴びた。翌一九五五年には制度改革訴訟の原点となった Brown v. Board of Education 第二判決⁽³⁵⁾が下される。その後一九六九年に至るまでの一五年間にウォーレン・コートは、司法積極主義の立場から、人種問題、政治的問題 (political question——選挙区割是正)⁽³⁶⁾ および刑事司法⁽³⁷⁾を中心にしてそれまでの憲法理論を大幅に書き換え、憲法訴訟に大きな変革をもたらした。これらの司法部による制度改革は、アメリカ社会の発展の上で裁判所ななく合衆国最高裁判所の果たすべき役割、すなわち、憲法訴訟の性質と機能、特に違憲立法審査権の行使の在り方に関して問題を提起するに至る⁽³⁸⁾。この新しい司法積極主義の潮流は、学説にも影響を及ぼし、一九四〇年代から五〇年代にかけて支配的であった「リーガル・プロセス学派」(Legal Process School) に取って代ることとなる。

ウォーレン・コートが発足する前年に発表された E. Rostow, The Democratic Character of Judicial Review (1952)⁽³⁹⁾ は、一九三七年の憲法革命以降、司法積極主義に先鞭をつけた論文といえよう⁽⁴⁰⁾。ラーニット・ハンドの司法消極主義の向うを張って違憲立法審査権を連邦優位条項によって基礎づけた H. Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law (1959)⁽⁴¹⁾、違憲立法審査を歴史的に人民によって受容されてきた制度として捉え、代表

民主制との調和を求める C. Black, *The People and the Court : Judicial Review in a Democracy* (1960) がこれに続く。この系譜は、ウォーレン・コートの司法積極主義を基本的に支持し、裁判所による社会制度改革に好意的態度を示す A. Cox, *The Warren Court : Constitutional Decision as an Instrument of Reform* (1968) に受け継がれて行く。⁽⁴²⁾ 裁判所による制度改革を志向する公共訴訟 (public law litigation) について論じた A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation* (1976)⁽⁴³⁾ は、このような制度改革を自覚的に捉えた論文として位置づけることができよう。O'Fiss, *The Forms of Justice* (1979)⁽⁴⁴⁾ による構造的改革訴訟モデルの提唱は、これをさらに発展させたものといつてよい。A. Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government* (1976)⁽⁴⁵⁾ も、裁判所の政策 (public policy) 問題に対する介入の射程範囲をめぐって、穏健な司法積極主義の立場をとり、かかる基本的視座は L. Tribe, *American Constitutional Law : A Structure for Liberty* (1978)⁽⁴⁶⁾ にも承継されることとなる。なお、この期のモノグラフィとしては、「解釈主義・非解釈主義」ないし「原意主義・非原意主義」論争の先鞭をつけ、合衆国憲法の原意 (original intent) を重視する憲法解釈論を展開した R. Berger, *Government by Judiciary* (1977)⁽⁴⁷⁾ が注目された。かかる司法積極主義の立場に対し、プロセス法学の立場から原理と便宜とを区別し、司法部の「謙讓の美德」 (Passive Virtue) を説く A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962) は、違憲立法審査を代表民主制における逸脱した制度として捉える。⁽⁴⁸⁾ かかるウォーレン・コート批判は、一九六〇年代中葉から七〇年代にかけて同じ著者による *Politics and the Warren Court* (1965) ; *The Supreme Court and the Idea of Progress* (1970) においてより明確となり、⁽⁴⁹⁾ P. Kurland, *Politics, the Constitution, and the Warren Court* (1970) において先鋭化するに至る。このようなアメリカにおける司法積極主義と司法消極主義の対立の背景には、違憲審査と代表民主制との間の緊張関係、すなわち、政治的部門 (合衆国議会と大統領) のように選挙という形で直接的に民意を反映していない裁判所が、代表民主制の支柱をなす議会の制定した法律を違憲としたり、大統領その他の

行政府の行政行為を違憲と判断することが、いかなる根拠に基づいて正当化されうるのかというアメリカ憲法理論の基本問題がある⁽⁵⁰⁾。

行政法の分野では、一九四六年に *Administrative Procedure Act* (行政手続法) が保守、革新両派の妥協として成立し、行政の重要性を強調する K. Davis の *Administrative Law* (1951) ; K. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958) ; K. Davis, *Discretionary Justice : Preliminary Inquiry* (1969) および L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* (1965) など若干の例外はあるが、新旧両派の論争は終止符を打たれたかの感を呈する。ただこの間にあっても Schwartz はエネルギーに著作活動を続け⁽⁵¹⁾、C. Reich, *The New Property* (1964) は社会保障法の分野で *entitlement* という新しい概念を提唱し⁽⁵²⁾、F. Michelman は正当な補償をめぐる功用と公正さとしての正義の問題を論じていることなどが注目される⁽⁵³⁾。スタンディングの問題を中心に公法と私法との関係を論じた J. Vining, *Legal Identity : The Coming of the Age of Public Law* (1978) が公にされたのも、この頃のことである。

独禁法⁽⁵⁴⁾、無体財産法⁽⁵⁵⁾および労働法の分解でも、それぞれ注目されるべき論著がこの期に刊行されている。

刑事司法の分野に眼を移すと、一九五〇年代まで支配的であった実証主義的犯罪学を批判し、法および法執行の問題を正面から犯罪学の中で扱うべきことを主張する新しい犯罪学の流れが見られるようになる。その転換点に立っているのは、G. Sykes, *Crimes and Society* (1956, 2d ed. 1967) である。J. Hall, *Theft, Law and society* (2d ed. 1952) は、その前の時代に属する最後の著作といえようか。これとともに、法と行動科学の境界線にある少年裁判所、死刑、精神障害者と責任能力、社会復帰 (rehabilitation) などの刑事司法上の諸問題を論じた F. Allen, *The Borderland of Criminal Justice : Essays in Law and Criminology* (1964) ; *The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice? The Challenge of Crime in a Free Society* (1967) ;

Crime control model と due process model という分析概念を開いて、刑法の限界を刑事手続の面から追求した H. Packer, *The Limits of Criminal Sanction* (1968)⁽⁵⁷⁾ などが、一九六〇年代の潮流を代表する。Victimless Crimes (被害者なき犯罪) に対する刑罰権発動の射程範囲を謙抑的に枠づけようとする発想は、一九七〇年代に Morris & Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Criminal Control* (1970)⁽⁵⁸⁾ により発展を見る。しかし、L. Weinreb, *Denial of Justice* (1977) は一九六〇年代のウォーレン・コートを中心に行われた刑事司法革命を結局は失敗に帰したと評している。一九六〇年代のウォーレン・コートに代って一九七〇年代にはバーガ・コート時代を迎えることになるが、違法収集排除法則、ミランダ法則および(上訴審における)公選弁護人請求権の範囲を限定的に解する傾向が強くなり、ウォーレン・コート時代とは逆の方向が顕著に看取されるようになる。⁽⁶⁰⁾

法哲学的観点からの文献としては、英米に伝統的な功利主義論に代わる公正としての正義を高調する J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971)⁽⁶¹⁾ を起点として、本源的权利理論を展開する R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974)⁽⁶²⁾, H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961)⁽⁶³⁾ の法実証主義的法概念ないし司法的裁定論を批判的に超克する形で展開された R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)⁽⁶⁴⁾ などが、この流れはリベラリズムの視座から中立的対話を通して体系的正義論ないし国家論の構築を試みた B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (1980)⁽⁶⁵⁾ へと続く。B. Ackerman, *Reconstructing American Law* (1984)⁽⁶⁶⁾ は、さらに「中立的対話」を法的価値を基礎づけるものとして展開し、「法的構成主義」の立場から、シカゴ学派と一線を画する「法と経済学」と中立的対話を核とする政治哲学を統合した新たな枠組みを提唱し、ニュー・ディール以降の法思想の再編成を試みようとしている。

(4) 一九八〇年代に入ると、新たな憲法理論論争が展開されるに至る。憲法典は実体に関わるのではなく、プロセスに関するという視座から、「司法審査に対する参加志向的、代表強化的アプローチ」を用いて、政治的チャネ

ルが閉塞状態にであったり、少数派が代表のプロセスから事実上排除されている場合に限定して、代表民主制における司法審査の正当化を試みた J. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980)⁽⁶⁷⁾ が、世に問われる。政治的部門（合衆国議会と大統領）間の権力配分に関する争点には司法審査を及ぼすべきでないとする J. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court* (1980)⁽⁶⁸⁾ も、基本的にはこれに類する。憲法的政策形成の機能的正当化を試みる M. Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary* (1982)⁽⁶⁹⁾; J. Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy* (1984)⁽⁷⁰⁾ などがこれらに続き、華々しい憲法理論闘争が展開されるに至る。公共訴訟に関する論争としては、裁判所がエクイティ上の権限に基づいて制度改革を命じうる限界を制限的に解すべきであるとする G. McDowell, *Equity and the Constitution: The Supreme Court, Equitable Relief, and Public Policy* (1982) が、裁判の本質と限界に関し基本的な問題を投げかけている⁽⁷¹⁾。

行政法の分野では、社会保障行政の中に組入れられた官僚的合理性 (bureaucratic rationality) が行政的正義の一形式となりつつあり、これが権利論的発想に事実上代替しつつあることを力説する J. Mashaw, *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims* (1983) および、実体的権利と手続的権利を統合化し、裁判所に固有な価値創造的役割との調整をはかる新たなアプローチを提唱した J. Mashaw, *Due Process in the Administrative State* (1985)⁽⁷²⁾ が、公法学界に新たな波紋を投げかけている。いわゆるディレギュレーションの問題を論じたものとしては、R. Leone, *Who Profits: Winners, Losers, and Government Regulation* (1986) が注目されよう⁽⁷³⁾。

刑事司法の分解では、S. Kadish を編集代表とする *Encyclopedia of Crime and Justice* (1983)⁽⁷⁴⁾ の刊行が特筆に

値する他、社会学的刑事学の伝統を有するシカゴ大学刑事司法研究センターのスタッフによる一連の著作が注目される。⁽⁷⁵⁾

- (7) C. Beard, *Enduring Federalist* 序文 (1948) (松本重治訳による)。
- (8) ほほ時を同じくしてロンドンへ出版された J. Adams, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* (1787-88) も、同じ著者による *Thoughts on Government* (1776) ; *Discourses on Davila : A Series of Papers on Political History* (1805) とともに、この時期における連邦派の憲法論を知る上で不可欠の文献といえる。
- (9) 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)。
- (10) A. Sutherland, *The Law at Harvard : A History of Ideas and Men 1817-1967*, 110-11 (1967)。
- (11) これらの他、J. Taylor, *Construction Construed and Constructions Vindicated* (1820) ; J. Taylor, *New Views of the Constitution of the United States* (1823) が注目される。
- (12) ただ、彼の連邦判論が州の脱退を憲法的に容認する立場をとっていたため、南北戦争時に南軍側の理論として援用されることとなったのは、歴史の皮肉といえるべきか。なお、T. Cooper, *Two Essays : On the Foundation of Civil Government ; On the Constitution of the United States* (1826) も、この頭に行われよう。
- (13) Sutherland, *supra* note 10, at 110.
- (14) Jefferson's letter.
- (15) J. Kent, *Commentaries on American Law* (1826) では、刑事法が完全に脱落している。田中英夫「アメリカ法の歴史(上)」二九四頁(一九六八)参照。
- (16) Sutherland, *supra* note 10, at 112.
- (17) *E.g.*, *Fairfax v. Hunter's Lessee*, 11 U. S. (7 Cranch.) 603(1813) ; *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U. S. (1 Wheat.) 304 (1816) ; *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. (4 Wheat.) 316 (1819) ; *Cohens v. Virginia*, 19 U. S. (6 Wheat.) 264 (1821) ; *Gibbons v. Ogden*, 22 U. S. (9 Wheat.) 1 (1824) ; *Willson v. Blackbird Creek Marsh Co.*, 27 U. S. (2 Pet.) 245 (1829) ; *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U. S. (5 Pet.) 1 (1831) ; *Worcester v. Georgia*, 31 U. S. (6 Pet.) 515 (1832)。
- (18) Sutherland, *supra* note 10, at 113. 州の連邦からの離脱は消極的であるが、Rawles の立場より一八〇度異なる。
- (19) 1 *De Tocqueville*, *Democracy in America* ch. 6, *esp.* at 280.
- (20) P. Du Ponceau, *A Brief View of the Constitution of the United States* (1834)
- (21) Baldwin, *A General View of the Origin and Nature of the Constitution and Government of the United States* (1837)。

- (22) A. Upshur, *A Brief Enquiry into the True Nature and Character of Our Federal Government* (1840).
- (23) Angell on Carriers (1849) ; Pierce, *American Railway Law* (1857) ; Redfield on Railways (1858).
- (24) W. Whiting, *War Powers under the Constitution of the United States* (1871) ; R. Hurd, *A Treatise on the Right of Personal Liberty and the Writ of Habeas Corpus* (2d. ed. 1876) 46-47 の題のトヨドケル。
- (25 a) O. W. Holmes, *The Common Law* 5 ([1882] Howe ed. 1967).
- (25) ヘンナドトチ' C. Tiedeman, *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States* (1886) ; J. A. Jameson, *A Treatise on Constitutional Conventions* (1887) ; J. McMaster & F. Stone (ed.), *Pennsylvania and the Federal Constitution, 1787-1788* (1888).
- (26) G. Gilmore, *The Ages of American Law* 42-43 (1977).
- (27) 7 Harv. L. Rev. 129 (1893).
- (28) B. Coxe, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation* (1893) 4' 四 | 禁上はルルニシキトス。
- (29) 1) の題の著者トシテ 次ノトクニシテ 記述スル。 J. Shirley, *The Dartmouth College Causes and the Supreme Court of the United States* (1895) ; G. Curtis, *Constitutional History of the United States : From Their Declaration of Independence to the Close of Their Civil War* (1896-97) ; S. Harding, *The Contest over the Ratification of the Federal Constitution in the State of Massachusetts* (1896) ; J. Schouler, *Constitutional Studies : State and Federal* (1897) ; W. Guthrie, *Lectures on the Fourteenth Article of Amendment to the Constitution of the United States* (1898) ; F. Thorpe, *The Constitutional History of the United States, 1765-1895* (1901) ; J. Thayer, *O. W. Holmes & F. Frankfurter, John Marshall* (1901) ; J. Burgess, *Reconstruction and the Constitution, 1866-1876* (1902) ; H. Friedenwald, *The Declaration of Independence : An Interpretation and an Analysis* (1904) ; B. Meyer, *A History of the Northern Securities Case* (1906) ; J. Hazelton, *The Declaration of Independence : Its History* (1906) ; J. Carter, *Law : Its Origin, Growth and Function* (1907) ; J. Matthews, *Legislative and Judicial History of the Fifteenth Amendment* (1909) ; W. Dodd, *The Revision and Amendment of State Constitutions* (1910) ; D. Wilcox, *Government by All the People* (1912) ; E. Oberholtzer, *The Referendum in America* (1912) ; W. Ransom, *Majority Rule and the Judiciary* (1912) ; H. Davis, *The Judicial Veto* (1914) ; J. Dealey, *Growth of American State Constitutions* (1915) ; E. Corwin, *The President's Control of Foreign Relations* (1917) ; W. Meigs, *The Relation of the Judiciary to the Constitution* (1919).
- (30) 42 Harv. L. Rev. 149-85 (1928), 365-409 (1929).
- (31) 彼の他のトクニシテ 著者トシテ 記述スル。 H. Schofield, *Essays on Constitutional Law and Equity and Other Subjects* (1921) ; R. von Moschzisker, *Judicial Review of Legislation* (1923) ; R. Mott, *Due Process of Law* (1926) ; R. McDanel, *The Virginia Constitutional Convention of 1901-1902* (1928) ; E. Corwin, *The Twilight of the Supreme Court* (1934) ; O. Field, *The Effect of an Unconstitutional Statute* (1935) ; E. Corwin, *The Commerce Power versus States' Rights* (1936) ; W. Hamilton & D. Adair, *The Power to Govern : The*

- Constitution —— Then and Now (1937) ; Court-packing Plan 議院の United States Senate, Committee on the Judiciary, 75th Congress, 1st Session, Reorganization of the Federal Judiciary (1937) ; E. Corwin, Court over Constitution (1938) ; 一九三七年の憲法革命の前夜と
 憲法改正の難びと云々の京師の書きた J. Alsop & T. Catledge, The 168 Days (1938) ; E. S. Brown, Ratification of the Twenty-First
 Amendment to the Constitution of the United States (1938) ; L. Orfield, The Amending of the Federal Constitution (1942). 米法の
 R. Luce の立法問題の四大家著の Legistative Procedure (1922) ; Legistative Assemblies : Their Framework, Make-up, Character,
 Characteristics, Habits, and Manners (1924) ; Legistative Principles (1930) ; Legistative Problems (1935) 米法改正の歴史と米法の
 政治的意義と云々の。一尺大の書物に著 W. Rutledge, A Declaration of Legal Faith (1947) ; H. Rottschaefer, The Constitution and
 Socio-Economic Change (1948) ; A Kelly & W. Harbison, The American Constitution : Its Origin and Development (1948) ; P. Freund,
 On Understaoding the Supreme Court (1949) 米法の歴史と云々の。
 (82) 23 Harv. L. Rev. 104-22 (1909).
 (83) 米法の歴史の A. Millspaugh, Crime Control by National Government (1937) ; N. Lasson, The History and Development of the
 Fourth Amendment to the United States Constitution (1937) 米法の歴史と云々の。
 (84) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483 (1954).
 (85) Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U. S. 294 (1955).
 (86) Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962).
 (87) Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966).
 (88) A. Cox, The Warren Court : Constitutional Decision as an Instrument of Reform, Preface (1967).
 (89) 66 Harv. L. Rev. 193 (1952). Learned Hand, The Spirit of Liberty (1952) の序の言葉に著した。米法の歴史と云々の。
 (90) Vanderbilt, The Doctrine of Separation of Powers and its Present-Day Significance (1953) ; R. Dahl, A Preface to Democratic
 Theory (1956) ; P. Kauper, Frontiers of Constitutional Liberty (1956) ; R. Pound, The Development of Constitutional Guarantees of
 Liberty (1957) ; Leaned Hand, The Bill of Rights (1958) 米法改正の歴史と云々の。米法の歴史と云々の。米法の歴史と云々の。C.
 Rossier, The Supreme Court and the Commander-In Chief (1951) ; R. Jackson, The Supreme Court in the American System of
 Government (1955) ; G. Schubert, The Presidency in the Courts (1957) ; C. Beck, Contempt of Congress : A Study of the Prosecutions
 Initiated by the Committee on Un-American Activities, 1945-1957 (1959) ; R. McCloskey, The American Supreme Court (1960) ; W.
 Gellhorn, American Rights : The Constitution in Action (1960) 米法の歴史と云々の。
 (91) H. Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959), reprinted in H. Wechsler, Principles,
 Politics and Fundamental Law (1961). 米法の歴史と云々の。一尺大の書物に著 P. Kurland 米法改正の歴史と云々の Supreme Court Review 米 University of Chicago
 Press 米法の歴史と云々の。P. Freund, The Supreme Court of the United States (1961) 米法の歴史と云々の。ローガル・ペロヤスの立場から司法権の

として論じてゐる。この時期に出たモンブランフイとしては、T. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (1970) ; M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (1971) ; R. McCloskey, *The Modern Supreme Court* (1972) などが注目される。なお憲法史に關するものとしては、G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787* (1969) が公にされている。

(42) 吉川精一・山川洋一郎訳「ウォレン・コート」(一九七〇)。

(43) 89 *Harv. L. Rev.* 1281 (1976) ——「一九七八」アメリカ法一頁以下(翻訳 柿嶋美子)。

(44) 93 *Harv. L. Rev.* 1 (1979). Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harv. L. Rev.* 353 (1978) ; Eisenberg, *Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller*, 92 *Harv. L. Rev.* 410 (1978) ; Eisenberg & Yeazell, *The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation*, 93 *Harv. L. Rev.* 465 (1980) がこれに続く。公共訴訟、改革訴訟など、構造改革訴訟に關する邦語文献としては、藤倉皓一郎「アメリカにおける公共訴訟の一原型——人種別字解消訴訟における救済の範囲——」法協百周年記論文集第二卷二五七頁以下(一九八三)、小林秀之「アメリカ民刑訴訟法」第二章(一九八五)、大沢秀介「現代アメリカ社会と司法——公共訴訟をめぐって——」(一九八七)、同「現代型訴訟の日米比較」(一九八八)参照。

(45) 芦部信喜監訳「最高裁判所の役割」(一九七九)。

(46) 2d ed. (1988) が出ている。

(47) 野坂泰司「最近の合衆国における『憲法解釈』論争の一断面——R・バーガの問題提起に即して——」『現代国家と憲法の原理』二二五頁以下(一九八四)参照。論文としては、Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, 27 *Stan. L. Rev.* 703 (1975) が解釈主義と非解釈主義のモデルを提供している。

(48) A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 18 (1962).

(49) 田中英夫「合衆国最高裁判所による違憲立法審査権の行使をめぐる論義について」公法研究三八号一頁以下(一九七六)。

(50) A. Miller, *Toward Increased Judicial Activism* (1982) ——紹介、「一九八五」五四頁以下(中谷実)。ちなみに中谷実「A. S. Miller——最高裁の神話と現実」天野・八木・矢崎遺曆記念論文集『現代の法思想』(一九八五)をも参照。中谷実「アメリカにおける司法積極主義と消極主義」(一九八七)は、この論点を扱った邦語によるモンブランフイである。

(51) B. Schwartz, *Law and the Executive in Britain* (1949) ; *American Administrative Law* (1950) (1976) 22 *Administrative Law* 22 (増補) ; *French Administrative Law and the Common-Law World* (1954) ; B. Schwartz & H. Wade, *Legal Control of Government* (1972) などがある。

(52) Reich, *The New Property*, 73 *Yale L. J.* 733-87 (1964).

(53) F. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 *Harv. L. Rev.* 1165-1258 (1967).

(54) *E.g.*, アメリカ反トラスト法の域外適用の問題を論じた J. Atwood & K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad* (1958) 2d ed.

- 1981) —— 紹介 (一九八四—) アメリカ法65頁以下 (小原喜雄) ; R. Posner, *Antitrust Law : An Economic Perspective* (1976) —— 紹介 (一九七八—) アメリカ法六四頁以下 (根岸哲) ; L. Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust* (1977) ; P. Areeda & D. Turner, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and their Application* (1978-82).
- (55) *E.g.*, J. McCarthy, *Trademarks and Unfair Competition* (1973) (商標権) ; Toulmin, *Handbook of Patents* (2d ed 1954) ; Walker on *Patents* (2d ed. 1964-76) (特許権) ; M. Nimmer, *Copyright* (1970).
- (56) *E.g.*, A. Cox, *Law and the National Labor Policy* (1960) ; D. Box & J. Dunlop, *Labor and the American Community* (1970) ; C. Morris (ed.), *The Developing Labor Law* (1971) ; R. Gorman, *Basic Text on Labor Law* (1976).
- (57) Schur, *Crimes without Victims, Deviant Behavior and Public Policy : Abortion, Homosexuality, Drug Addiction* (1965) は、その先駆をなす。
- (58) 長島敦監訳「犯罪と現代社会」(一九八一)。
- (59) *E.g.*, *Cardwell v. Lewis*, 417 U. S. 583 (1974) ; *Michigan v. Tucker*, 417 U. S. 433 (1974) ; *Ross v. Mofft*, 417 U. S. 600 (1974).
- (60) 一九七〇年代には、実体刑法の分野では概説書として W. LaFare & A. Scott, *Handbook on Criminal Law* (1972) が公にされ、死刑に関するモノグラフィとして C. Black, Jr., *Capital Punishment : The Inevitability of Caprice and Mistake* (1974) が世に問われた。および J. Poulos, *The Anatomy of Criminal Justice* (1976) ; G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978) などが目につく。
- (61) 矢島釣次監訳「正義論」(一九七九)。なお、ジョン・ロールズ(田中成明編訳)「公正としての正義」(一九七九)は、正義論が単行本となる前の八つの論文を訳載している。
- (62) 嶋津格訳「アナーキー・国家・ユートピア」(一九八五)。
- (63) 矢崎光圀監訳「法の概念」(一九七六)。
- (64) 木下毅・小林公・野坂泰司「権利論」(一九八六)。紹介、三号・四号(一九八〇—二)アメリカ法二五〇頁以下(平野仁彦)。その後刊行された *A Matter of Principle* (1985) —— 紹介、(二六八七—二)アメリカ法八四頁以下(小林公)、インテグリティという観念の下に法解釈理論と規範政治哲学の統合を試みる *Law's Empire* (1986) —— 紹介、(一九八八—二)アメリカ法二七頁以下(小林公)、法協一〇五巻三号、四号(内田貴)。
- (65) 紹介、(一九八五—二)アメリカ法三四頁以下(平井亮輔)。
- (66) 紹介、(一九八六—二)アメリカ法三二九頁以下(平井亮輔)。
- (67) 紹介、(一九八三—二)アメリカ法四七頁以下(野坂泰司)。
- (68) 本書は、多数者支配と司法部の独立との緊張関係を問題とし、司法消極主義(judicial restraint)に傾く。
- (69) 芦部信喜監訳「憲法・裁判所・人権」(一九八七)。
- (70) 紹介、(一九八六—二)アメリカ法三四九頁以下(田中英夫)。

(71) A. Cox, Freedom of Expression (1981) ; W. Alstynne, Interpretation of the First Amendment (1984) ; D. Price, America's Unwritten Constitution : Science, Religion, and Religion, and Political Responsibility (1985) ; L. Tribe, Constitutional Choice (1985) ; A. Cox, The Court and the Constitution (1987) など、注目すべきモノグラフィも刊行されている。

(72) 紹介、「一九八七—二」アメリカ法三〇二頁以下(松井茂記)。その他、行政学と行政法の関係を扱った D. Rosenbloom, Public Administration and Law—Bench v. Bureau in the United States (1983)——紹介、「一九八四—二」アメリカ法三三四頁以下(田中館照橋)、『法学と社会科学の観点から行政法の性格を包括的に論ずる K. Warren, Administrative Law—In the American Political System (1982)——紹介、「一九八六—二」アメリカ法六九頁以下(田中館照橋)などが注目されるほか、アメリカ行政法の歴史的發展過程を論じた W. Chase, The American Law School and the Rise of Administrative Government (1982)——紹介、「一九八六—二」アメリカ法六四頁以下(松浦好治)も、その特色を知る上で参考にならう。

(73) 邦語による文献としては、古城誠「規制緩和理論とアメリカ行政法」——規制の失敗と裁判所の役割——、「一九八六—二」アメリカ法二七三頁以下。宇賀克世「アメリカ行政法」第三章(一九八八)参照。

(74) 紹介、「一九八五—二」アメリカ法二一七頁以下(三井誠)。

(75) N. Morris & G. Hawkins, Letter to the President on Crime Control (1976) をはじめとして、『法哲学および道徳心理学の視座から刑罰の問題を論じた H. Morris, On Guilt and Innocence (1976)』責任能力を論じた N. Morris, Madness and the Criminal Law (1982)』拘禁問題を扱った M. Sherman & G. Hawkins, Imprisonment in America (1981)』刑事判決の問題と M. Tonry & F. Zimring (ed.), Reform and Punishment (1983)』社会問題と法人犯罪の問題を扱った D. Vaughan, Controlling Unlawful Organizational Behavior (1983)』ローンを刑事政策との関係を問題とした J. Kaplan, The Hardest Drug (1983) などの他、刑事司法全般を扱った論文集 G. Hawkins & Zimring (ed.), The Pursuit of Criminal Justice (1984)』死刑問題を扱った F. Zimring & G. Hawkins, Capital Punishment and the American Agenda (1986) が注目されよう。アメリカ刑事法システムの生きた姿を知る上で、H. Zeisel, The Limits of Law Enforcement (1982)——紹介、「一九八五—二」アメリカ法二二二頁以下(松本一郎)も逸するところがない。

二 日米公法の基本的構造

(一) 「法治主義」と「法の支配」

(1) 公法の分野において、ローマ法的ビザンチウムの理論の基底にあった思想は、法の拘束ないし支配を受けない・法の上にある主権者の思想であったといわれる。⁽⁷⁶⁾「皇帝の意思は、法としての効力を有す⁽⁷⁷⁾」とする「ローマ法大

全」(Corpus Iuris Civilis)の文言は、皇帝が立法権と命令権とを兼有する絶対主権者であるという発想を端的に示している。パウンドはいう。「ビザンチン(東ローマ)皇帝の意思したことは、法としての効力を有していた。法とは、あらゆる国家に通ずる基本的で永久普遍的なものではなく、個々特定の国家の意思(意志)すなわち主権者の命令であった。主権者は、その道徳的義務が何であれ、法的に制限を加えることができない。彼らは、神の下に支配することはできようが、法の下に支配することはできなかつた。というのは、主権者が法を創つたからである。この意思としての法の観念は、それ以来理性(reason)としての考え方と緊張関係にある」と。⁽⁷⁸⁾

近代的な主権論を展開したボタンの「国家論」⁽⁷⁹⁾は、その古典的著作といわれる。それによれば、主権は国家成立の要件であり、主権者は自ら定めた法に拘束されない、とされた。かくして、主権者の命令として法を捉える理論が展開されるに至る。しかし、ボタンにあつても、神の法による制約は免れないとされた点は注意を要する。⁽⁸⁰⁾同様のことは、英米の文献にもしばしば引用されるグロティウスのについてもいえる。彼の「戦争と平和の法」⁽⁸¹⁾を貫く主旋律は、主権者の意思の自律を強調するというよりも、合意の絶対を許さぬ理性主義にある、と見られるからである。換言すれば、ボタンの主権論もグロティウスの主権論も、主権の行使者には(意思と区別された)理性による正しい統治が義務づけられるとする点では共通した発想に立っていたといえよう。

イングランドにおいてもエリザベス一世の後を承けて、スコットランドのスチュワート家のジェームズ六世が一六〇三年にジェームズ一世としてイングランド王を兼ねるようになって以降、国王は法の上⁽⁸²⁾にあり、自ら法を制定・改廃する自由を有し、自らの行為については神に対してのみ責任を負うとする大陸的な主権論が、王権神授説の根拠として主張されるに至る。⁽⁸³⁾このように一七世紀には、大陸系に属するスコットランドを通じて、「元首は法から自由である」(princeps legibus solutus)とするローマの法格言がしばしば引用されることになる。かかる時代的背景の下に、ホップズは法を命令として捉え、主権者の意思表示として説明した。彼によれば、自然法も良き旧

き慣習も国家の承認に基づいてのみ拘束力を有するにすぎず、法は権威によってつくられる、とされた。⁽⁸³⁾

かかるボダンの主権論は、フランス革命によつても放棄されることなく、一九世紀の共和制国家の一般理論となる。確かに君主主権は国民主権にとつて変ることとなつたが、このことはボダンの主権論と矛盾するものではなかつたのである。⁽⁸⁴⁾

イングランドでは、一六八八年の名誉革命により「国会における国王」(King in Parliament)の主権が確立し、伝統的なコモン・ローの支配に代つて「国会主権」(parliamentary sovereignty)の原理が形成された。もつとも「法の支配」の理念との関係では、国王主権を国会主権に代替したに過ぎなかつた。一七六五年にはブラックストウンが、その著「イギリス法釈義」⁽⁸⁵⁾において、モンテスキューの三権分立論に依拠しつつ、立法府は「国会における国王」すなわち国王、貴族および庶民から構成されているとし、「国会の権能と管轄権は、超然的で絶対的であるため、理由ないし人の如何を問わず、いかなる制約にも服さない」⁽⁸⁶⁾とした。一八世紀末から一九世紀にかけて、フランス革命と産業革命の影響を受け、国会による立法改革が要請され、ベントムは「最大多数の最大幸福」を主張し、オースティンはホッブズの主権論を復権させるに至る。かくして一九世紀のイングランドにおいては、ホッブズ・ベントム・オースチンの主権論が、法および政治の面でかなりの影響力を及ぼす。このようにイングランドにおいては、国会主権という形をとつた大陸的主権論が一定の限度で制度的に組み入れられることとなつたといえようか(君主主権→多数者主権)。

このようにして名誉革命以降のイングランドにおいては、「法の支配」の理念が後退して行つたのに対し、大西洋を隔てたイギリス領アメリカ植民地では、この理念が一八世紀に入つても生き続けることとなる。

(2) 「法の支配」⁽⁸⁷⁾の理念は、中世ゲルマン法の基本的法観念にまで遡ることができよう。マグナ・カルタは、国王と諸候との関係を封建的な相互的権利義務に関する慣習法という形式を用いて確認し、ブラクトンは、「国王は何

人の下にあるべきではない。しかし、神と法の下にあるべきである⁽⁸⁸⁾」と記している。「法の支配」の理念は、このような中世的法観念⁽⁸⁹⁾および封建的相互主義⁽⁹⁰⁾ならびに靈俗分離思想⁽⁹¹⁾を母胎として醸成され、未分化の一体的な統治権であったとはいえず、大陸法的主権概念とは異質的な「法の優位」(supremacy of law)の思想を生み出すに至る。それは、「法による支配」(rule by law)、すなわち、権力者が法を使って治めることを意味した「法治主義」と區別され、被治者(市民・国民)のみならず統治者をも法に従わせることを要請する。

イングランドでは、法の支配はコモン・ローの支配を意味し、生命、自由および所有権は「イギリス人の権利」(the right of Englishmen)すなわちイギリス人の実定法的な市民権ないし市民的自由として捉えられてきた。これに対しアメリカでは、「独立宣言」以降、法の支配の理念と大陸法的自然法思想とが融合⁽⁹²⁾し、生命、自由および幸福の追求が「人権」(the rights of man)として捉えられるようになる⁽⁹³⁾。ヴァージニア権利章典、独立宣言、各邦憲法、合衆国憲法等は、かかる人間としての権利を保障することを狙いとした文書であったため、近代諸国の人権宣言の先駆的役割を果たすこととなった。パウンドによれば、法の支配の理念は、ピューリタニズム的発想と結合して、極端な個人主義的発想を生み出し、アメリカ法を特徴づけることとなった⁽⁹⁴⁾。ウルマンをしていわせれば、「ロックから中世の封建的契約および同意にまで遡り、さらに独立宣言に至るまで一直線上にある⁽⁹⁵⁾」ということになる。

(3) イングランドでは、前述のごとく一六八八年にそれまでのコモン・ローの支配に代って国会主権の原則が確立したため、それ以降法の支配の理念は後退して行くが、大西洋を隔てたイギリス領アメリカ植民地では、法の支配の理念が純粹培養されることとなる⁽⁹⁶⁾。パウンドによれば、公務員・私人を問わず何人も理性によって裁判され(法の優位)、それを保障するための独立した司法部が存在すること(司法部の独立)が、アメリカ法の特徴である⁽⁹⁷⁾という。

この法の支配も、一九世紀末には反動的現象が見られるようになる。行政法の分野では行政委員会の出現がコムン・ロー伝統と違憲立法審査制に抵抗し、刑事法の分野では少年裁判所、保護観察委員会等の出現がこれに呼応する。⁽⁹⁸⁾

このような法の支配の理念の動揺の原因は複雑多岐にわたるが、資本主義の高度化に伴う労働災害、交通規制、争訟事件の増大等によるところが大きい。行政委員会の出現は、かかる時代の流れを象徴する。それとともにマルクス主義に代表される哲学的原因も無視することができない。さらに、行政府に対する過度の羈束と極端な個人主義に対する反動といった政治的原因が、これらに加わる。かかる行政委員会の登場に典型的に看取される行政権の肥大化現象の中に、法の支配の理念の後退が見られるようになる。⁽⁹⁹⁾特に世紀転換期以降、法の支配の理念に実体的デュー・プロセスを結び付けて財産権を擁護してきた合衆国最高裁判所の立場は、ニュー・デール期に至るまで、政治的部門による経済規制を中核とする行政法の成長・発展に対して抑止的效果をもってきたといつてよからう。

かかる行政権の肥大化現象、なかんずく行政委員会の準司法的作用に対しては、デュー・プロセスの面からの批判がなされるに至る。それとともに、行政機関と裁判所の抑止力の差異（プロフェッショナルな訓練の有無、判例集の公刊による批判の有無等）に対する批判にも、無視しえないものが見られるようになる。⁽¹⁰⁰⁾

ジョン・ディキンソンは、かかる潮流の中にあつて一九二六年に「アメリカにおける行政的正義と法の優位」と題する研究を公刊し、その中で行政機関と裁判所との分業について論じ、裁判所のケース・バイ・ケースの判断の積重ねによる一般的法準則の形成を「法の優位」と称するに至った。⁽¹⁰¹⁾

(4) 右に述べてきたところからも明らかのように、イングランドでは「法の支配」といえば、国王の権力の抑制を目的とした理念として発展してきた。「国会主権」の原則の確立も、君主主権が議会主権に置き代えられたに過ぎなかつたから、多数決による専制と法の支配との緊張関係は未解決のまま残ることとなるが、クック的なコモ

ン・ロー優位の思想は後退を余儀なくされ、国会制定法による実定法優位へと転化して行く。

これに対し、アメリカでは「人の統治ではなく、法の統治」といわれることが多いが、かかる意味における「法の優位」は、通常裁判所による司法審査という形で制度的に成長・発展し、市民により選出された立法者ないし行政担当者の行動を規制する機能を担うこととなる。⁽¹⁰²⁾ この他、人権（個人の自由権）の不可侵性、憲法尊重擁護義務なども、その制度的表現と見ることができよう。なかでも、政治的部門の権限を可能な限り狭隘化し、契約の自由その他の財産権的自由権をデュー・プロセス条項の適用により強く保障しようとして、個人権に対する政治的部門の介入を阻止しようとしたことは、その端的な表れといえることができよう。このような実体的デュー・プロセスと共に、行政手続の中に「告知」(notice) および「聴聞」(hearing) といった司法的制度が採り入れられていることも、行政に対する法の優位の一側面として理解することができよう。今日ではさらに、土地利用規制等の計画行政および社会保障等の給付行政の分野において「法の優位」の理念が新たに問い直されつつある。⁽¹⁰⁴⁾ 伝統的な準司法的行政手続が、私的個人の財産権保障を中心に運用されてきたのに対し、近時の行政過程への市民参加は団体的手続を保障している点にその特色があるといえようか。⁽¹⁰⁵⁾

(二) 公法・私法の峻別論と統合論

(1) 法体系を分類する場合、憲法、行政法、刑法、経済法、国際法等を公法に、民法、商法等を私法に属させるのが通例である。かかる分類は、両者の区別を前法律的基盤で捉え、それによって法秩序を分類しようとするもので、類型論的考察といわれる。⁽¹⁰⁶⁾ 法の類型としての公法的特色は、国家的、政治的、支配的、他律的、公益的規律たる点にあるとされ、個人的、経済的、平等的、自律的、利益的規律である私法的特色と区別される。⁽¹⁰⁷⁾ アメリカ法上、憲法、行政法、経済法、労働法、刑事法、国際法、租税法等を公法に分類し、不法行為法、契約法、物権法・相続法、家族法、商取引法、企業法等の私法と区別するのも、かかる類型学的考察に他ならない。⁽¹⁰⁸⁾ かかる公法と私法

との区別は、法の本質的区別ではなく、一定の政治的、経済的、社会的背景の下に形成されてきた区別であるにすぎない

これに対し、特定の実定法秩序が公法と私法とを区別し、政治的、政策的見地から技術的、実定法的意味における両者の区別の規準を明らかにすることを目的とするものを制度的考察といっている。⁽¹⁰⁹⁾ いかなる場合にいかなる規律をするかは、国によって必ずしもその軌を一にしていらない。たとえば、ドイツでは、公権力の観念を基礎として公権力の発動には私法の適用を排除し、公法を適用する傾向にある（権力説）。またフランスでは、公職務の観念を中心として、かかる事項に関しては私法の適用を排除し、公法を適用する傾向にある（利益説）。⁽¹¹⁰⁾ わが国では、ドイツ法的な権力説を中心とし、フランス法的な利益説を加味して、公法体系を理論化する者が多い。⁽¹¹¹⁾

ともあれ、私人間の私生活関係を規律することを目的とする私法と行政に特殊固有の公法とを区別する点は、三者に共通している。⁽¹¹²⁾

(2) ところが近時、かかる公法私法二元論を発展的に解消させるような現象が起きつつある。行政の成長・発展に伴う公法の進化といわれる現象が、それである。⁽¹¹³⁾

アメリカの比較法学者 J. Merryman は、この点に関し次に掲げる一〇の要因を指摘する。⁽¹¹⁴⁾

第一に、大陸法系と英米法系との法文化的相互作用が増加した結果、公法・私法のテクニカルな区別を設けなくとも法的発展の進歩した状態に達しうるものが明らかとなり、両者の区別は、発展した法秩序の不可欠な部分ではないという認識が一般化する。⁽¹¹⁵⁾

第二に、ドイツにおけるナチス体制、イタリアにおけるファシスト期、ラテン・アメリカ諸国における全体主義国家の多様性、ソ連・東欧等における社会主義的合法性の発展等が、伝統的な大陸法概念である公法・私法の区別を必ずしも必要としないことを示唆するに至る。「すべての法は、公法である」という社会改革家の主張や

「ブルジョワ法はすべて私法である」とするレーニンの主張は、この点に関する⁽¹¹⁶⁾。

第三に、一九世紀の個人主義的国家から二〇世紀の社会的国家への変遷に伴い、政府機能の拡大化が、私的自治の機能を収縮させてきた。私法の「社会化」(socialization) という現象がそれである⁽¹¹⁷⁾。

第四に、国民の経済生活への国家の介入は、国家ないし国家にコントロールされた法人の直接的介入により行われてきた。公法の「私法化」といわれる現象がそれである⁽¹¹⁸⁾。

第五に、二〇世紀は、一種の「私的政府」(private government) としての性格を有する「中間的グループ」の成長・発展を見てきた。労働組合、生活協同組合、会社、政党等は、その例である。このような複雑化した法的世界においては、公法・私法のような単純な二分論は効用を失うように思われる⁽¹¹⁹⁾。

第六に、ヨーロッパおよびラテン・アメリカの憲法は、財産権を含む個人的基本権を表現する手段となってきた。その結果、民法典は、憲法的機能を剝奪されてきた。その機能は、私法の最も私的な側面から公法の最も公的な側面へと変容してきた。私法のいわゆる deconstitutionalization が、それに当たる⁽¹²⁰⁾。

第七に、硬性憲法および立法の合憲性に関する司法審査は、オーストラリア、イタリア、西ドイツならびにヨーロッパおよびラテン・アメリカのその他の諸国においても確立されてきた。これらの諸国の中、憲法裁判所を設けているところもあれば、通常裁判所が司法権を行使しているところもある。かかる事実は、必然的に三権分立に関する厳格な理論の重要性を減じ、公法と私法との区別を曖昧にしてきた⁽¹²¹⁾。

第八に、行政法の発達は、私人の請求権を無視したり、侵害したりする国家の権能に対しより大きな制約を課してきた。「法治国家」(Rechtsstaat) の理論の追及は、究極的には同質的な法制度へと導く。かかる傾向は、当初私法から発展してきた伝統的法律学の概念枠組を学説上公法にも用いることにより、補強されてきた。以下の二つの傾向が合して、公法の privatization への強い動きを生み出してきた⁽¹²²⁾。

第九に、主として一九世紀におけるパンデクテン法学者に由来する法律学の伝統的目標および方法ならびに法学部で教授された法の一般理論は、今世紀を通じて批判の対象にさらされてきた。その一つの結果は、法文化の強調であり、他は概念枠組ないし論理的思考の緩和化である。⁽¹²³⁾

最後に、労働法、農業法等、公法と私法とが混在する領域の増加が、公法と私法の区別を曖昧なものにしてきている。⁽¹²⁴⁾

このように、公法・私法の伝統的観念のかなりドラスティックな再編成が、大陸法系の世界では進行中である。

(3) ところで、大日本帝国憲法下の実定法秩序は、制度論的意味において公法と私法とを峻別し、公法は行政裁判所に、私法は通常の司法裁判所に属するものとしていた。大陸法系諸国のごとく行政裁判所が司法裁判所から独立しているところでは、実定法秩序の二元化が看取される。⁽¹²⁵⁾ しかし、日本国憲法の下においては、公法・私法にかなりの程度において共通性を認め、行政裁判所を廃止し、公法に関する争訟をも通常の司法裁判所の裁判管轄に属させることとしたため、わが実定法における公法と私法の区別は重大な変容を被ることとなった。にもかかわらず、裁判制度は変わったが、行政実体法上はいぜんとして二元論が支配的である。⁽¹²⁶⁾ 現に司法裁判所は、民事事件と区別された行政事件について審理し判断している。一九六二年の「行政事件訴訟法」の制定は、憲法との関係における日本の行政法の特質を一つの方向に決定したとされる。「公法上の法律関係に関する訴訟」(第四条)と「私法上の法律関係に関する訴訟」(第四条)との区別およびそれを前提とする「公権力の行使」(第三条一項)といった発想は、行政法の所産といわれる。⁽¹²⁷⁾

しかしながら、実定法秩序は当然に二元的に構成されるものとは限らない。現に英米のように行政裁判所が司法裁判所から独立していないところでは、法体系の二元的分立は見られない。第二次大戦後アメリカ法の影響を受けて裁判制度を一元化した日本国憲法の下では、「過去の二元論はいちおう御破算にし、全法律秩序のなかで、行政

に関する法的規制がどのように構成されているかを新たにみなおすこと」⁽¹²⁸⁾の必要性が指摘されている。

鵜飼教授がかつて指摘されたように、「かつての日本を支配していたドイツ的『法治国家』の理念はすべてのドイツ的な近代国家の理論と同じように、二つの魂を自己の中にひそませていた。それが、一方において人民の意思の表明としての法律を通して、行政権の恣意と専制とを制約しようとする要求にこたえながらも、他方では同時に国王の官僚による自由なる支配を否定しえないものでありうるために、強固で精緻な固有の行政法の理論を展開しようとしたものであったことは、今日ではもはや否定できないところである。英米に行政法がなかったこと、そしてそれに代っていわゆる法の支配の理念が行われていたことは、これと著しい対照をなす歴史的な現象であった。」⁽¹²⁹⁾といえよう。

英米では、行政権の主体たる国家ないし地方自治体が行政を行う場合も、原則として私人相互間の関係を規制する法が適用され、私人と同様コモン・ロー裁判所の裁判権に服した。ダイシイが「イギリスには行政法はない」⁽¹³⁰⁾といったのも、かかる意味においてである。しかしながら、資本主義の展開に伴う新しい社会的課題に当面せざるをえなかった結果として、一九世紀後半以降の行政の肥大化、特に二〇世紀以降の行政の専門技術化に伴い、フランス的行政法のないことを誇りとしてきた英米においても、次第に新しい形態の行政法を必要とするに至る。⁽¹³¹⁾「旧来の法の支配の原理からのほげしい抵抗を受けながら、新しい行政法確立への要求が次第に強くなって来たのも、これまた自然といわなければならなかった」⁽¹³²⁾。

(4) では、アメリカ法上、公法と私法との関係はどのように解されてきたのであろうか。もともと英米法系においては、公法と私法とを区別するという発想がきわめて弱く、公法関係においては、私法関係におけるような私的自治の原則は認められず、当事者間に対等の関係がなく行政主体に優越的地位が与えられるといった制度論的アプローチは無縁であったといつてよい。⁽¹³³⁾もつともアメリカ法においても、公法とは行政過程を通じて強制される権利

を包含するのに対し、私法とは通常裁判所を通じての私的イニシアティブに法の実現が委ねられている権利に関するものとして、両者を区別することはある。⁽¹³⁴⁾しかし、アメリカには公法関係を処理する特別裁判所が存在していないことから、両者の区別が実務的重要さをもつ場合はほとんど存在していない、⁽¹³⁵⁾と云ってよからう。それ故、アメリカ法上行政法の目覚しい発展が見られるにもかかわらず、公法・私法の区別は、法秩序を分類し考察しようとする典型的アプロウチの域を超えるものではないように思われる。

(三) 大陸型違憲審査制と英米型違憲審査制

(1) 違憲立法審査制は、政治理論に対する特殊アメリカ的貢献といわれることが多い。⁽¹³⁶⁾カペレットイによればむしろ数世紀にわたるヨーロッパ思想および植民地体験の論理的帰結とされる。彼はいう。「一六八八年の名誉革命は、イングランドにおける立法の優位の勝利を画するものであったが、イギリス領アメリカ植民地は、国王および国会の高次法への従属および高次の原理に違反する法律を解釈し、時には無視する司法府に関するクックの発想とともに承継した⁽¹³⁷⁾」と。彼はさらに続けて、「一六八八年の『名誉革命』の結果、イングランドに導入された「国会主権」(parliamentary sovereignty)の原則は、アメリカではイングランドにおけるのとはまったく異なった結果を生み出した。イングランドでは、当初クックの法理が成功を治めたにもかかわらず、国会主権が確立された結果、裁判所から立法の効力に対するコントロールを全面的に取り上げてしまった。これに対しアメリカでは、国会主権の原則が確立された結果、植民地の裁判官はイギリス法と矛盾する植民地の立法を無視する権限を賦与されたのであった⁽¹³⁸⁾」と。

この違憲立法審査制は、国により時代によって種々の形をとってきたが、今日では大陸法系、英米法系を問わず、自然的正義(natural justice)、実定的正義(positive justice)のそれぞれの時期を経て、前者の実質、後者の形式を結合した憲法的正義(constitutional justice)として結晶化するに至る。このようにして、三つの異なった概

念、すなわち、一定の高次原理の優位、高次法をも成文化する必要性および憲法を通常立法に対し強制する手段としての司法部の活用 of 総合化が達成されたのである。このような概念の統合化は、合衆国で当初生じたものであったが、やがて他の諸国でも「法の支配」にとって不可欠なものと考えられるようになった。⁽¹³⁹⁾

(2) この違憲立法審査制は、カペレットイによれば一九二〇年のオーストリア憲法にみられるオーストリア型とマーベリ対マディソン⁽¹⁴⁰⁾において実定法化されたアメリカ型の二つのパラダイムに大別される。前者は、違憲審査権が単一の司法機関に限定される集権型をとるのに対し、後者は、国内のすべての司法機関に違憲審査権が与えられる非集権型をとる点で対照的である。⁽¹⁴¹⁾

大陸法系諸国においては集権型違憲立法審査制が採用されているところが多いがそれは何故であろうか。カペレットイによれば、第一に、集権型の違憲立法審査制は、権力分立および制定法優位の原則を墨守し、違憲立法審査の政治性を前提とするため、憲法裁判所における裁判官の選任方法には政治的勢力が反映し、審査の射程範囲は政治的問題ないし統治行為にまで及ぶこととなる。第二に、集権型の違憲立法審査制は、大陸法系に先例拘束性の原理 (stare decisis) が制度的に存在してないことを反映したものである。というのは、アメリカでは、意見の不一致と法的安定性の欠如とは、先例拘束性の原理によって回避されてきたからである。この原理は、違憲の判断が事実上対世的効力 (erga omnes) を有することを意味する。第三に、集権型の違憲審査制は、伝統的な大陸型裁判所や違憲立法審査に適しないことの反映でもある。大陸法系の最高上訴裁判所は、立法の違憲審査を実効的にコントロールするに必要な構造、手続およびメンタリティを欠いているとされる。⁽¹⁴²⁾

(3) では、違憲立法審査には、いかなる方法が用いられるであろうか。違憲立法審査機関の類型に対応していえば、集権型は主要問題型を採るのに対し、非集権型は付随審査型を採用する点で対照的である。⁽¹⁴³⁾

第一に、大陸法系においては、モンテスキュー、ルソーなどに典型的に見られたように、「権力分立」および

「制定法優位」の法理により、厳格に固執する傾向が見られる。それは、司法部の政治的介入を忌避する機械的司法観に基因するところが大きい。その結果、違憲立法審査権を通常裁判所に与えることはせず、特別裁判所を設けてそれにその判断を委ねるのが通例である。かかる違憲立法審査の政治性の承認が特別裁判所の裁判官の任命方法（たとえば、他の国家機関、政党などの出先機関とならないようにする配慮）、審査の対象となる問題の種類（政治的問題ないし統治行為の審理）等にも反映することになる。これに対し、通常裁判所には違憲立法審査権は全面的に禁止される⁽¹⁴⁾。

第二に、英米法系には先例拘束性（*stare decisis*）の原則があり、それにより違憲の判断が實際上対世的効力を有し、その結果として法的安定性が保たれてきた。これに対し、先例拘束性の原理を知らない大陸法系において各裁判官に違憲立法審査権を与えると、裁判官の間ないし異なる種類・審級の裁判所間でも、見解の相違が生じ、裁判所間の衝突および重大な法的不安定を招来しかねない。わが国ではかかる欠陥が重大化しつつある⁽¹⁴⁵⁾。

第三に、集権型の制度は、伝統的な大陸法系の裁判所が違憲立法審査制に適合しえないことを反映している⁽¹⁴⁶⁾。ではなぜ集権型司法審査制を採用した諸国は特別の憲法裁判所を創設し、既存の最高上訴裁判所に合憲性について判断する権限を与えなかったかが問われよう。この点は、大陸法系の最高上訴裁判所の構造、手続および精神構造に関連するが、西ドイツの連邦通常裁判所（*Bundesgerichtshof*）に典型的に見られるように、ヨーロッパ型の上訴裁判所は、アメリカの連邦最高裁判所のような管理しやすいコンパクトな構造を有していないことに基因するといえよう⁽¹⁴⁶⁾。首尾一貫した憲法判例の形成が困難であることと、裁量的上訴制度が存在していないこと、キャリア・システムによる裁判官の訓練が制定法の政策的適用能力よりは機械的適用技術に重点が置かれてきたことなどが、その原因とみられる⁽¹⁴⁷⁾。

これに対し、アメリカで違憲立法審査制度を形成してきたのは、連邦の最高裁自身であった。しかも、連邦最高

裁の裁判官は、政治的に任命され、職業的裁判官とは区別されてきたのである。⁽¹⁴⁸⁾

(4) 以上の大陸法系諸国と英米法系諸国に見られた伝統的相違にもかかわらず、二〇世紀に入るに及んで、自然法と実定法の区別、判例法主義と制定法主義の対立、権力分立論の異同等が、曖昧になりつつある。⁽¹⁴⁹⁾ 大陸法系の通常裁判所は、憲法問題を憲法裁判所に送付すべきか否かの判断を求められ、アメリカの連邦最高裁は裁量的上訴制度の活用により最も重要な憲法問題だけに絞りをかける傾向にあり、少なくとも大陸法系諸国と英米法系諸国との間では同一の目標に向って収斂して行く傾向が看取される。しかし他方では、ソ連のように合憲性のコントロールが裁判所によらない国もあり、アメリカの違憲立法審査制度と顕著な対照を示している。⁽¹⁵⁰⁾

(四) 伝統的公法訴訟と現代型公共訴訟

(1) 裁判に対する伝統的観念は、一九世紀末社会のヴィジョンを反映したものであり、そのヴィジョンが前提としていたものは、社会ないし経済の枠組の大半が自己完結的で自律的な個人の活動によりもたらされるという点にあった。⁽¹⁵¹⁾ パウンドによれば、かかる個人の尊重は、民事刑事を問わず訴訟手続というものを極端に闘争的なものとしてきた。そして今日においても、訴訟を裁判所がフェア・プレイを監視し、干渉を差し控える点にあるとみる旧い訴訟理論が保持されてきている。⁽¹⁵²⁾ そこでは、裁判所は私人間に紛争が発生したような場合に、それを解決することが本来の任務とされてきたのである。⁽¹⁵³⁾ かかる私法的モデルの影響は、*Marbury v. Madison* ⁽¹⁵⁴⁾ において登場した憲法訴訟の中にも見出される。⁽¹⁵⁵⁾ チェイスは、私的権利に関する私的当事者間の紛争解決手段としての従来の訴訟をパラダイム化して、次のようにいう。

第一に、伝統的な民事訴訟は、「双極的」(bipolar)であり、「対立的な二個人間ないし少なくとも単位となる二つの利益間のコンテスト(競技)として」構成され、勝訴した者がすべてを掌中に帰するという前提に立って判決が下される。⁽¹⁵⁶⁾

第二に、訴訟の提起は、「過去に向けられて」(retrospective) いる。争訟は、識別可能な過去に完結した出来事に関する事、すなわち、それが現実に発生したのか否か、発生したとすれば、当事者の法的関係にどのような結果をもたらしたか、を問題とする。⁽¹⁵⁷⁾

第三に、「権利と救済手段 (remedy) との関係は相互依存的である」。救済の範囲は、原告が被告の義務違反によって生じた被害 (harm) により算定された金銭賠償 (compensation) を得るという一般理論の下で、多かれ少なかれ実体的違反から論理的に推論される。⁽¹⁵⁸⁾

第四に、訴訟は、「自己完結的な一つのエピソード」である。判決のインパクトは、両当事者に限定され、判決が下されれば、裁判所の関与は終了する。⁽¹⁵⁹⁾

第五に、訴訟手続は、「当事者のイニシアティブによって開始され、当事者によりコントロールされる」。訴訟事件は、当事者間のやり取りにより構成されており、それによって争点が絞られて行く。事実関係を明らかにする責任は、両当事者に課される。事実審裁判官は、両当事者の相互的作用の中立的審判者であり、法律問題が当事者の中立により争点とされたときのみ、それについて決定する。⁽¹⁶⁰⁾

(2) このような伝統的私法型訴訟モデルは、わが国を含む大陸法系諸国においては当然のことと考えられてきたように思われる。これに対し、近時のアメリカにおける連邦訴訟事件 (なかならず連邦地方裁判所のそれ) においては、かかる伝統的モデルが必ずしも有効に機能していないことが指摘されている。⁽¹⁶¹⁾ その主たる原因は何かといえ、訴訟の特質が、私権をめぐる私人間の紛争に代って、諸政策の合憲性ないし合法性を証明することを目的とする訴訟が多くなりつつあることに基因している。この新しい訴訟モデルを「公共訴訟」(public law litigation)、「制度改革訴訟」(system-reform litigation)、「構造改革訴訟」(structural reform litigation) などと称している。かかる法的基盤の変化は、特に連邦の事実審において顕著に看取されるところである。⁽¹⁶²⁾

このように近時のアメリカの裁判所は、伝統的な紛争解決機能にさらに政策形成機能を持つことが半ば当然視されつつある。かかる公的訴訟のカヴァする射程範囲は、公立学校における人種別学制度解消訴訟⁽¹⁶³⁾、精神病院、刑務所等の制度改革訴訟⁽¹⁶⁵⁾、議員定数再配分訴訟⁽¹⁶⁶⁾をはじめとして、独占禁止法違反、詐欺的有価証券取引、消費者に対する詐害行為等に関する訴訟、労働組合内の人権、会社更生、破産等に関する訴訟にまで及んでいる⁽¹⁶⁷⁾。

公共的訴訟の原型としてよく引用される一九五五年のブラウン対教育委員会事件⁽¹⁶⁸⁾は、裁判所がエクイティ上の権限に基づいて制度改革を命じた古典的先例といつてよい。その基本的発想は、古い訴訟形態を一九世紀末社会のヴィジョンを反映したものと捉えるのに対し、新たな訴訟形態である公共訴訟⁽¹⁶⁹⁾、制度改革訴訟ないし構造改革訴訟を二〇世紀の社会経済体制を反映したものと捉える点に特徴がある。

(3) では、公共訴訟、制度改革訴訟、機構改革訴訟などと呼ばれる現代型訴訟は、いかなる点で伝統的訴訟と区別されるのであろうか。

第一に、伝統的な訴訟の双極的構造が崩れ、非定型的で柔軟性のある構造がこれに取って代り、その結果として訴の利益の要件が緩和化されるに至る。特にクラス・アクションは、組織化された集団間の利害対立を取り込むこととなった⁽¹⁷⁰⁾。

第二に、エクイティ上の救済手段、なかんずくインジャンクションが重要視されるようになり、従来の訴訟において結びついてきた権利と救済が切断され、第三者の利益も取り込まれると共に、例外的補充的救済手段といったイメージも崩れつつある⁽¹⁷¹⁾。

第三に、事実認定も、過去の特定の事件に関する司法的事後手続というよりも、将来の事件をもその射程範囲に取り込んだ立法的予防手続といった性格を帯びることとなる⁽¹⁷²⁾。

第四に、救済手段は、一刀両断的に押しつけられるのではなく、協議によって解決されるべきものであり、そ

のために裁判官による能動的継続的関与が不可欠となる。⁽¹⁷³⁾

第五に、訴訟物は個人的権利に関する私的紛争というよりも、政府、企業などの大規模組織体の公共政策 (public policy) の実施に関するものが多くなり、裁判官がかかる救済の実施を監督する役割を担う傾向にある。⁽¹⁷⁴⁾

このように公共訴訟における裁判官の役割は、過去に生じた事実を認定し、それに法を適用して一刀両断的に白黒の決着をつける審判官のそれから、現行の制度を社会的に改革するための広汎な裁量権を有する立法者ないし行政官のそれに、重点が移行しつつある。⁽¹⁷⁵⁾ かかる公共訴訟は、司法権 (裁判官の役割・機能) とその限界、三権分立との関係如何といった基本的問題を提起するに至っている。伝統的な英米的表現を用いれば、エクイティの射程範囲如何ということにもなる。⁽¹⁷⁶⁾

(4) わが国においても過去四半世紀間に公害訴訟、製造物責任訴訟、薬害訴訟など従来の伝統的な訴訟とは異なった類型の訴訟が急増し、アメリカではかかる訴訟類型に加えて、人種差別解消訴訟、議員定数は正訴訟、刑務所・精神病院制度改革訴訟等の現代型訴訟が登場しつつある。特に後者では、裁判所のエクイティ上の権限の射程範囲如何が一つの焦点となっている。⁽¹⁷⁷⁾

しかし、わが国の場合には伝統型訴訟の影響がいまだ強く、現代型訴訟といっても大阪国際空港公害訴訟のごとき民事訴訟が一般的である。これに対し、アメリカの場合には連邦憲法上の権利ないし救済に関する争訟が中心をなし、現代型訴訟と連邦憲法との結び付きが強い。⁽¹⁷⁸⁾

しかも、連邦憲法の保障する人権の侵害が公共的な制度ないし機構のマルファンクションに基因する場合も少なからずある。このような場合に裁判所がエクイティ上の権限を行使して制度ないし機構の改革を命じる点に、⁽¹⁷⁹⁾ アメリカにおける現代型訴訟の特色があるといえよう。⁽¹⁸⁰⁾

(76) R. Pound, *The Spirit of the Common Law* 172, 75-78 (1921).

- (77) 1 Institutiones § 6 (533) ("quod principi placuit, legis habet vigorem").
- (78) Pound, *supra* note 76, at 78.
- (79) J. Bodin, *Six Livres de la République* (1576).
- (80) この点に関する邦語による文献として、村上淳「近代法の形成」一三五頁(一九七九)参照。
- (81) H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres* (1612). 大沼保昭編「戦争と平和の法」(1987)参照。
- (82) Pound, *supra* note 76, at 60.
- (83) T. Hobbes, *Leviathan* 148 (1651) ("Positive [laws] are those which have not been from eternity; but have been made Lawes by the Will of these that have had the Sovereign Power over others.") See also *id.* at 138. See also E. Corwin, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law 66-67 ([1928] reprint ed. 1955).ただし、大陸では、ホッブスの意味による権威的基礎づけはなされてこなかったといわれる。村上、前掲(注(80))一三五頁参照。
- (84) 高柳賢三「英米法の基礎」一五四頁(一九五四)。
- (85) 1 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 50-51, 156-57 (1765).
- (86) 4 E. Coke, *Institute of the Laws of England* 36 (1659).
- (87) A. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885) は、その古典的著作である。アメリカにおける古典的文献として、J. Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law* (1926) を挙げるのがふさわしい。邦語による文献としては、古典的な伊藤正巳「法の支配」(一九五四)をはじめ、磯崎辰五郎先生喜寿記念「現代における『法の支配』」(一九七八)、須見修一「米国の法律学」(一九八六)などがある。
- (88) Henry De Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* f. 56 (c. 1250), 2 Bracton on the Laws and Customs of England 33 (transl. by S. Thorne) (1968).
- (89) Pound, *supra* note 76, at 60-69.
- (90) Pound, *supra* note 76, at 25ff.
- (91) *Id.* at 70-76; W. Ullmann, *The Individual and Society in the Middle Ages* 3ff (1966).
- (92) Ullmann, *supra* note 91, at 150.
- (93) Pound, *supra* note 76, at 85ff.
- (94) R. Pound, *Administrative Law* 51 (1942).
- (95) Ullmann, *supra* note 91, at 150.
- (96) 村上、前掲(注(80))一七頁。
- (97) Pound, *supra* note 94, at 85.

- (86) Pound, *supra* note 94, at 27-28 ; Pound, *supra* note 78, at 51-52.
- (86) Pound, *supra* note 94, at 22-26.
- (90) *Id.* at 60-62
- (101) Dickinson, *supra* note 87, at 100-104.
- (102) *Id.*
- (103) Jones, The Rule of Law and the Welfare State, 58 Colum. L. Rev. 149-52 (1958).
- (104) Reich, The Law of the Planned Society, 75 Yale L. J. 1228-29 (1966).
- (105) 邦語文献として、小高剛『法の支配』と行政手続」現代における「法の支配」七五頁以下（一九七九）参照。
- (106) 今村成和「行政法入門」二二頁（新版一九七五）。
- (107) 田中二郎「行政法」三〇頁（一九五八）。
- (108) Farnsworth, *supra* note 3, at 109, 131.
- (109) 今村、前掲（注（106））；田中、前掲（注（106））。
- (110) 田中、前掲（注（107））。
- (111) 今村、前掲（注（106））二三頁。
- (112) 田中、前掲（注（107））一九九頁。
- (113) W. Friedmann, Law in a Changing Society 375 ([1959] 2d ed. 1972).
- (114) J. Merryman, The Civil Law Tradition : An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America 94-97 ([1969] 2d ed. 1985).
- (115) *Id.*
- (116) *Id.*
- (117) *Id.* at 94-95.
- (118) *Id.* at 95.
- (119) *Id.*
- (120) *Id.* at 95-96
- (121) *Id.*
- (122) *Id.*
- (123) *Id.* at 96-97.
- (124) *Id.* at 97.

- (125) 大日本帝国憲法第六一条。伊藤博文(宮沢俊義校註)「憲法義解」九七—一〇〇頁(一九四〇)。
- (126) 今村、前掲(注(106))二三頁。
- (127) 園部逸夫「各国行政法・行政法学の動向と特色—日本」現代行政法大系一二八頁(一九八三)。
- (128) 今村、前掲(注(106))二四頁。
- (129) 鶴飼信成「行政法の歴史的展開」はしがき(一九五二)。
- (130) Dicey, *supra* note 87.
- (131) *Id.* (8th ed. 1915).
- (132) 鶴飼、前掲(注(129))はしがき。
- (133) Merryman, *supra* note 114, at 91-97.
- (134) Farnsworth, *supra* note 3, at 86-87
- (135) *Id.* at 86; Merryman, *supra* note 114, at 110, 255-56.
- (136) M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* 25 (1971) ——谷口安平・佐藤幸治訳「現代憲法裁判論」(一九七四)。
- (137) *Id.* at 38-39.
- (138) *Id.* at 40.
- (139) *Id.* at 41-42.
- (140) *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803) ——英米判例自選Ⅰ〔公法〕二〇事件(田中英夫)。
- (141) Cappelletti, *supra* note 136, at 45ff.
- (142) *Id.* at 54, 55, 60.
- (143) Cappelletti, *supra* note 136.
- (144) Merryman, *supra* note 114, at 133-141.
- (145) *Id.*
- (146) Cappelletti, *supra* note 136, at 60-66.
- (147) *Id.*
- (148) *Id.* at 65-66.
- (149) *Id.* at 66-67.
- (150) *Id.* at 68.
- (151) Chayes, *supra* note 43, at 1285.
- (152) Pound, *supra* note 76, at 13.

- (153) Chayes, *supra* note 43.
- (154) Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).
- (155) Monaghan, Constitutional Adjudication: The Who and When, 82 Yale L. J. 1363-68 (1973).
- (156) Chayes, *supra* note 43, at 1282.
- (157) *Id.*
- (158) *Id.* at 1282-83.
- (159) *Id.* at 1283.
- (160) *Id.*
- (161) *Id.* at 1284; O. Fiss, The Supreme Court, 1978 Term, Foreword: The Forms of Justice, 93 Harv. L. Rev. 1 (1979).
- (162) Chayes, *supra* note 43, at 1283-84.
- (163) *E.g.*, Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483 (1954), 349 U. S. 294 (1955).
- (164) *E.g.*, Pennhurst State School and Hospital v. Halderman, 465 U. S. 89 (1984).
- (165) *E.g., id.*
- (166) *E.g.*, Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962).
- (167) Chayes, *supra* note 43, at 1284.
- (168) Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U. S. 294 (1955).
- (169) Chayes, *supra* note 43, at 1284. 邦語による文献として大沢秀介「現代アメリカ社会と司法——公共訴訟をめぐって——」六八頁（一九八七）参照。
- (170) Chayes, *supra* note 43, at 1289-92.
- (171) *Id.* at 1292-96. See also H. Havighurst, The Nature of Private Contract 60-61 (1961).
- (172) Chayes, *supra* note 43, at 1296-98.
- (173) *Id.* at 1298-32.
- (174) *Id.* at 1302-04.
- (175) Fiss, *supra* note 162, at 18-28.
- (176) Nagel, Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies, 30 Stan. L. Rev. 661 (1978).
- (177) 日米間の比較を試みたものとして、小林秀之「アメリカ民事訴訟法」九二—九八頁（一九八五）、大沢秀介「現代型訴訟の日米比較」（一九八八）参照。
- (178) Fiss, *supra* note 162, at 2.

- (註) O. Fiss, Development in the Law-Injunction, 78 Harv. L. Rev. 994 (1965) ; Chayes, *supra* note 43, at 1292-96 ; Fiss, *supra* note 162, at 44-46.
- (註) Chayes 等の Fiss の論文の他に、次の諸論文も現代型訴訟の問題点を扱っている点に注目される。 Eisenberg, Participation, Responsiveness, and the Consultative Process : An Essay for Lon Fuller, 92 Harv. L. Rev. 410 (1978) ; Eisenberg & Yeazell, The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, 93 Harv. L. Rev. 465 (1980).