

平成27年度

大阪市立大学大学院法学研究科法曹養成専攻入学者選抜試験

【3年標準型】

小論文試験問題 (配点：100点)

注意事項

- 1 問題冊子は、監督者が「解答始め」の指示をするまで開かないこと。
- 2 問題冊子は、全部で11ページである。
解答用紙は、全部で4ページである。
問題冊子、解答用紙に脱落のあった場合には申し出ること。
- 3 解答用紙の上部所定欄に、1ページには受験番号及び氏名を、2ページ以降は各ページに氏名を忘れずに記入すること。
- 4 解答は、すべて解答用紙の所定欄に記入すること。
- 5 解答以外のことを書いたときは無効とすることがある。
- 6 机上に各自の「受験票」と「法科大学院全国統一適性試験受験票」を出しておくこと。

次の文章（キャス・サンスティーン著、米村幸太郎訳「司法ミニマリズムを越えて」那須耕介編・監訳『熟議が壊れるとき——民主政と憲法解釈の統治理論』勁草書房、2012年）を読んで、次の3つの問いに答えなさい。なお、出題に際し、一部省略した箇所および表記を変更した箇所がある。

多くの裁判官は、広い射程をもった法的判断を下し、大がかりな理論を構築することはできれば避けたいと思っている。本章の目標は、この欲求の基礎に何があるかを考え、広い射程をもった法的判断を忌避する限界を探ることにある。これから述べるように、広い射程をもつ判断を控え、大がかりな理論構築を避けることは、法の世界において、根源的な理念の不確実性や対立を抱えながらもなお問題を解決していくための重要な手段である。だが、事案によっては、このようなミニマリズムから一步踏み出すことが重要な場合もある。

浅さと狭さ

むずかしい決定を迫られると、人はミニマリズムの方に傾きやすい。問題を解決する際に、一つの大きな決定を下すよりも、複数の小さな決定を積み重ねたがるのである。そして、このようなミニマリストの傾向は、二つの異なった次元で作用する。

まず、ミニマリストは深いやり方よりも浅いやり方で問題を処理しようとする。人間関係や自分の健康上の問題に対処しようとするとき、根本的問題を未決のままにしておきたがる。彼らは、今日や明日や来月のことを決めるにあたって、もっとも深いところにある問題から解決しようとしたり、その問題に理論的にはどう対処すべきかという説明を受け入れたりはしないのである。

二番目に、ミニマリストは広いやり方よりも狭いやり方で問題を処理しようとする。たとえば来月の休暇の過ごし方や、今職場で起きている問題への対応を決めるときに、もっと先の休暇の過ごし方全般、職場で起きる他の問題全般への対応の仕方まで考えたりはしない。日常生活では、ミニマリズムのこのような浅く狭いやり方はかなり役に立つ。だから、ものわかった人は小さな決定を選ぶのである。

しかし、どこまでもミニマリズムを貫こうとすることには明らかに問題がある。浅い決定を下すのがうまいやり方ではないときもある。そのときは根本的問題を考え直した方がよい。時には人間関係や健康問題も深く考えた大きな決定を下す必要が出てくる。そして職場や休暇の問題にも、時に当座かぎりの決定の積み重ねに安住せず、一般的な行動指針を立てるべき場合があるのである。ミニマリズムは短期的には簡単な選択かもしれないが、長期的には破壊的な結末を迎えることもある。なぜなら、ミニマリズムを採用すると意思決定にともなう負担を未来の自分に押しつけることになり、結果的に多くの困難に直面するかもしれないからだ。大きな決定がどれだけ困難であろうと、それを先送りせずに実行するのがいちばんよい場合があるのである。

法の世界では、ミニマリズムは非常に重要な役割を果たしている。裁判官は、しばしば浅い根拠をもった判決を好む。それは、根本的な問題について合意がない場合でも、多様な人々が合意できるような結論と論拠を生み出せるからである。たとえば、言論の自由の保障の基底にある目的については、激しい議論がある。表現の自由の保障は民主的自己統治を保護するものとみなされるべきか、それとも思想の自由市場を保護するものか、はたまた個人の

自律を保護しているのか？ だがミニマリストはこのような論争を解決しようとはしない。むしろ、このような異なった根本的理解にコミットしている人、あるいは表現の自由を支える基盤的原理についてそもそも確信をもっていない人も支持できるような判決、法的判断をミニマリズムは求めるのである。

ミニマリストの裁判官はまた、狭い法的判断を好み、あえて危険を冒して当座の問題以上の事柄に踏み込もうとはしない。彼らは司法のもとに持ち込まれた紛争の個別的な部分に問題を限定しようとするのである。この点で、連邦首席裁判官ジョン・ロバーツが連邦最高裁における全員一致の原則の利点を、法的判断の射程が狭められる点に求めているのは示唆的である。「裁判官の合意が広範なものになればなるほど、その合意は、ありうるなかでもっとも狭い根拠にもとづいたものとなる傾向にある」と彼は述べている。九人の裁判官は多様な見解を有しているので、彼ら全員が一致できる意見は、おのずと広範なものではなく狭いものになるだろう。ロバーツ首席裁判官はこれをまったくもって望ましいことだと評価し、それをこんなうまい言い方で要約している。曰く、「思うに、事案を解決するにあたり、それ以上のことを決定する必要があるということは、むしろそれ以上のことを決定しない必要があるということだ」。

浅さと狭さはきわめて異なった概念であることに注意しなければならない。たとえば、浅いけれど広い決定を考えることができる。人種隔離をつねに禁止しつつ、それがなぜ不正なのか、なんら深い説明を与えないような見解がありえよう。逆に深いけれど狭い決定というものも考えられる。たとえば、言論の自由の原理についての大がかりな理論を展開しつつ、そこから特定の政治的異議申立てに関する検閲だけを禁止するような場合もありうるだろう。無論、浅くかつ狭い決定もあるし、広くかつ深い決定もある。だがいずれにせよ、この二つの区分は異なった方向を指し示すものなのである。

この二つの区分がどちらも質的な相違ではなく、程度の違いであることは明らかだろう。重要な事案を決定しようとするれば、たいてい裁判所はなんらかの理由を述べる必要があり、そして理由とは必然的にある程度の深さをもつものである。またたとえば、仮に訴訟当事者と同じ名前かイニシャルをもった人へののみ効力をもつ裁定がなされたとしても、誰もそんなものに賛成はしないだろう。しかし、ミニマリストはそのなかでも、より浅くかつ狭い選択肢をつねに選びたがる。そして、事案が憲法上の未開拓領域にかかわる場合は、とくにその傾向が強い。そういう事案に接すると、ミニマリストは裁判官には当該領域についての情報が不足しているのではないかとおそれる。つまり、もし広範な準則 (rule) を提出してしまうとそれが適用されそうな多くの状況について、裁判官は十分な理解をしていないのではないか、と考えるのである。またその事案を著しく超えた射程をもつ決定が、有害な効果を招くのではないかというおそれを抱く。ミニマリストが広さと深さをそなえた決定に不審の念を抱くのは、裁判官は、理論的観点を適用したり、広い準則を生み出したりするのに向いていないと考えるからである。これらの論点、そしてミニマリストの特有の慎重さ（臆病さ？）についてはすぐあとで立ち戻ることにしてしよう。

空虚さ、浅さ、概念的下降

人々が憲法理論について合意できない場合でも、憲法的実践や憲法上の権利について合意にいたることは多い。言い換えれば、うまく機能している憲法秩序とは、完全には理論化されていない合意 (incompletely theorized agreement) を通じて問題を解決しようとするも

のなのである。

このような完全には理論化されていない合意が抽象的理念について成立していることがある。個別の事案については厳しい対立があるのだが、抽象的な理念自体は皆に受け入れられている、といった場合がしばしばあるのである。だからこそ、憲法が暴力の教唆やヘイト・スピーチを保護すべきかどうかをめぐって対立している人も言論の自由という一般原理を受け入れられるし、憲法が同性関係を保護すべきかどうかをめぐって対立している人も差別は誤りだという抽象的原理を受け入れられる。これは立憲的な法と政治における重要な現象である。そもそも、憲法というものが制定できるのもこのためなのである。憲法制定者は抽象概念の具体的意味について対立していても、抽象的原理自体については合意できる。しかし、このような抽象概念は、具体化されなければならないその内実についての合意が成立していないので、空虚であると思われるかもしれない。

だがこの空虚さには、実際問題としてこれ以外の形で合意を実現できないというプラグマティックな理由があるのである。詳細な合意を作り上げようとするのは、論争的すぎるかもしれない。市民は抽象的な概念を支持しても、その内実は支持しないだろう。またおそらく憲法制定者は、抽象概念の意味内容を具体化する確実な論拠を与えるような情報をもっていない。そうだとすると、合意を進めるための最良の方法は、一般的な規範だけを述べておき、後の人間がそれに適合するような形でその内実を埋められるようにすることだろう。

完全には理論化されていない合意が、抽象概念ではなく具体的な結論にかかわる場合もある。時として難事案では、ある実践が合憲か違憲かという結論についてのみ合意でき、その理論的基礎については鋭い対立が存在する。日々の憲法実践においてたとえ憲法上の準則やドクトリンの正当化原理について大きな対立があっても、浅い法的判断は法の内容を確定する助けになる。

この後者の現象は、もっとも困難な決定に対処するための一般的な戦略を示唆してくれている。人は日常生活のなかで、根本的な問題についての解答がどうであれ、それはひとまず括弧に入れて、来月や来年のことだけを考えたアプローチをとるだろう。法や政治や道徳についても同様である。抽象的な問題——たとえば「平等は自由よりも重要なのか？」とか、「自由意志は存在するのか？」「功利主義は正しいか？」「刑罰の目的は応報にあるのか？」といった問題——について対立したり、そもそも答えが見出せない場合に陥ったりすると、問題を非常に個別具体的なレベルまで落とし込むことで合意を促進できることがよくある。つまり概念的下降 (conceptual descent) を試みるわけだ。ここには、とくに注目すべき特徴がある。すなわち、基本的な問題について沈黙することが、対立と不確実性、時間と能力の限界、社会の不均質性といった条件のもとで、対立の収束を生み出す装置として機能しているのである。つまり、沈黙が建設的な力をもっているのだ。完全には理論化されていない合意は、立憲主義と社会的安定性を達成するための重要な源泉なのである。そしてそれはまた、人々が互いを尊重する方途でもある。

[中略]

なんらかの実践や結論については明瞭な合意があっても、それを説明できるもっとも一般的な理論についての合意がなければ、それらの個別具体的な事柄についての合意は完全には理論化されたものではない。ある準則——政治的異議申立ての保護や、政府が補償なく私有財産を収用することを禁じること——について、その信念の基礎に関する完全な合意のないまま、合意が形成されることはよくある。また、ある結論——婚姻の権利を認めるべきこと、

性的にあからさまな芸術作品を保護すべきこと、人種隔離が禁じられるべきこと——についても、究極的な根拠について理解や判断の一致がなくても合意が形成されうる。そして、結論に賛成するだけではなく、それを説明する低いレベル、あるいは中間的なレベルの原理についても合意できることもある。しかし、結論についての究極的説明となるような、善や正についての完全な理論は説明されないままに残されるのである。

[中略]

私が完全には理論化されていない合意を強調するのは、一つには記述的な意図からである。完全には理論化されていない合意は、憲法の制定や運用の場面で広くみられる現象であり、激しい対立が存在するときにも実効的な決定をするために重要である。しかし、私の意図はまた、多元主義社会における立憲主義についていくつかの指摘をすることにもある。すなわち、完全には理論化されていない合意には大きな理論的対立を避けるという、まごうかたなき美点が存在するのである。完全には理論化されていない合意は準則と類推の基礎としてはらたき、そして立法と司法を含む多くのさまざまな制度の限界と適合するのである。完全には理論化されていない合意は、私的な場面でも同じように重要性をもっている。大学教授たちの間、あるいは職場でも、さらには家庭ですらこのような合意を見出せるのである。しかし同時に、完全には理論化されていない合意には多くの問題があり、この点も本章の中心的なトピックである。

[中略]

準則、類推、権利

根本的原理について合意することなく憲法上の紛争を解決するための二つのもっとも重要な手法が、準則と類推である。この二つの装置は——どちらも多くの国の公法にとって重要だが——異質なものからなる社会における一つの大きな目標を促進しようとする。それは、合意が必要な場合に合意を可能にし、合意が不可能な場合には合意を不要にすることである。

それ以外の点にはほとんど何も合意できないが、憲法上の準則が何であるかについては合意できるという場合がよくある。実質的な問題についてどれほど激しい対立があろうと、それが通常憲法的準則のもつ意味やその拘束性についての判断を変えはしないからだ。そこで、正義や道徳が何を要請するかについて、永遠に続きそうな不確実性や対立があるにもかかわらず、類推に訴えて個別の事案を判断できるのである。法的推論は、まず確実な法的判断が可能な事案を摘示し、そしてそれらの確実な判断からより判断のむずかしいものへと進んでいく。実際、これは普通の人々がよくやる考え方でもある。

[中略]

空虚さ vs. 浅さ

完全には理論化されていない合意は、憲法、そして社会一般において大きな役割を果たしている。なんらかの主題を完全に理論化する、すなわちある一般理論およびその理論と具体的な結論とを結びつける推論過程を受容するということは、実際にはほとんど起こらない。ここで再び空虚な合意の話に戻ろう。空虚な合意とは、原理については合意しているものの、それがもたらす具体的な結論には同意しなくともよいという種類のものではあった。連邦最高裁判官のオリヴァー・ウェンデル・ホウムズは、この種の合意をすばらしい警句の形で強調していた。曰く、「一般原理は具体的事案を決定しない」。合意が空虚であるということは、合意の内実が完全には具体化されていないということである。本当に重要な作業の多く

は他の者によってなされなければならない、彼らが、たいていは事案ごとの判断を通じて、空虚な抽象の中身を適用の時点で具体化していくことになるのである。

ポーランド、イラク、南アフリカの事例を考えてみよう。これらの地域の憲法は多くの抽象的な規定を含んでおり、その具体的な内実をめぐって鋭い論争が行われてきている。憲法の条項は通常、「表現の自由」や「宗教的自由」「法の下での平等」のような権利を保護していて、そこから実際に何が帰結するのかについては鋭い対立があるものの、市民はそれらの抽象的規定自体には合意している。大半の立法も、まさにこの現象のおかげで可能になるのである。……

[中略]

不完全な理論化と沈黙

憲法の内容についての完全には理論化されていない合意、あるいは個別の憲法事案についての完全には理論化されていない判断を擁護する議論にはどのようなものがあるだろうか？ 浅さにはそんなにいいことがあるのだろうか？ 完全には理論化されていない合意を嘆かわしいもの、当惑するもの、そこに深刻な問題があることの徴候、素朴な間違い、はては俗物的なものまで考える者もいる。たしかに人が抽象化のレベルをあげて理論化を行うとき、そこにはバイアスや混乱、非一貫性を暴くという目的がある。政治や憲法にかかわる者は無論この種の努力を放棄するべきではない。

以下でみるように、上記のような見慣れた考え方には重要な真理が含まれている。すなわち、あらゆる時と場合に理論的な慎ましさを称揚するのは無意味だということだ。憲法や政治に携わる者が野心的であるための十分な情報や合意を有している場合もある。そして事案を解決するには野心的な推論が必要となる場合もある。裁判官やその他の人々の理論的能力が無謬であるかぎり、理論的野心にはなにも問題はないように思われる。しかしながら、裁判官はけっして無謬な存在ではないし、完全には理論化されていない判断は国政と憲法を可能にする助けとなる。さらにそれは社会生活を可能にする助けにすらなる。間違っていそうな事柄、わかりにくい事柄、過度に議論を呼びそうな事柄について沈黙を守ることは、対立を最小限にし、現在の事柄を未来から学ぶことを可能にし、多くの時間と経費を節約してくれる。何が言及されずに残されたかということは、何が明示的にいわれ、解決されたか、ということと同じくらいに重要かもしれないのだ。ここには四つの利点がある。

いちばんはじめの、もっとも明らかな利点とは、憲法の原理や個々の事案についての完全には理論化されていない合意は、社会の安定性にとって必要不可欠だということである。完全には理論化されていない合意は、深刻な社会的対立を内包している世界——とりわけ法の世界——に適合的である。公私を問わず紛争において根源的対立がいたるところにある場合には、安定性を得るのはむずかしいだろう。東欧諸国で安定した憲法制定が可能であったのは、条文の一般的な諸表現の意味が前もって特定されていなかったからにほかならない。

二つめに、完全には理論化されていない合意は、立憲民主制とリベラルな法システムが掲げる二つの目標を促進できる。その二つの目標とは、人々の共生を可能にすること、そして互惠性と相互尊重を示せるようにすることである。低いレベルの原理や準則を用いれば、裁判官そしておそらく一般の市民も、不必要な敵対関係に陥るのを避け、ともに生きることができる。準則や低いレベルの原理によって根源的な対立の解消は不要になるのである。同時に、完全には理論化されていない合意は人々が相互に高い尊敬、礼節、互惠性、そして慈愛すら示す機会をもたらしてくれる。普通の人々も特定の問題について激しく対立することが

ある。たとえば中東政策、ポルノグラフィ、同性婚、テロとの戦いなどといった問題である。だが彼らはそれらの問題について突き詰めて議論しないでおこうとするときがある。それはお互いの強い信念に敬讓を示し、互惠性と尊重を示すためである（たとえ、当の信念の内容自体にはなんの敬意ももっていないとしても）。互惠性と相互尊重が望ましいとすれば、おそらく公務員や裁判官は普通の人よりもいっそう、同輩の深い確固たる信条（commitment）を批判するべきではないということになるだろう。少なくともそれらの信条が理にかなったものであって、批判の必要がないかぎりはそのようである。批判が不要な場合に互いの信条について争うことを控えるとき、そこにはある種の政治的慈愛が存在しているのである。

〔中略〕

三点目は次のようなものだ。社会的論争を調停する際、完全には理論化されていない合意は、対立が続くことによって生じる政治的費用を削減するという非常に重要な機能をもっている。もし憲法実践に参与する者たちが大きな理論と関わりあわなければ、個別の事案において敗れても、その者が失うものはずっと少なくなるだろう。彼らは個別の決定においては敗者であっても、それは自身の世界観の敗北を意味しない。……

四つめに、完全には理論化されていない合意がとりわけ価値をもつのは、ある社会が長きにわたって道徳的進化、進歩を追求している場合である。たとえば平等の領域について考えてみよう。この分野ではこれまでにかなりの変化が起こっており、そしてこれからも起こることは間違いない。完全に理論化された判断では、こうした事実や価値観の変容に対応しきれないだろう。もし、ある文化が理論上目的とされている状態を本当に達成してしまったら、その文化は硬直化してしまうだろう。つまり、あらゆることについて、新しく考えるべきことなど何もないことになる。完全な理論化が無謬であるとしてもいのでないかぎり、これは将来に悪影響を及ぼすだろう。だからこそ法と政治における平等をめぐる論争においては、完全には理論化されていない合意が重要になるのだ。そういう合意のおかげで、平等をめぐる論争では性的志向や年齢、^{しょうがい}障害などにもとづくさまざまな差別が、人種差別と同じく禁じられるべきだとして次々に取り上げられてきたのである。完全に理論化されていない合意は、新しい事実や観点に対して開かれているという点で大きな利点がある。

〔中略〕

ここで日常生活における実践的推論との比較を行ってみよう。人がみずからの人生を左右するような決定を先送りするのは十分ありうる。たとえば、来年結婚すべきか、または子どもは何人にすべきか、ロンドンとパリどちらに住むかといった決定を、人は回避することがある。こんなふうに決定が回避されるのは、一つには事実と価値についての自分自身の考えが変わりうると知っているからである。それどころか、自分のアイデンティティ自体も大きく変わってしまうことすらある。したがって、人生について確固とした信条——これはライフコースに関する完全に理論化された構想のようなものだ——を前もって決めることには意味がない。法システムと国家の場合もこれとまったく異なるわけではないのである。ただし、後述するように、これらの議論には限界もある。

〔中略〕

狭さとそれについての不満

ここまで私は、浅さの概念に力点をおいて論じてきた。ここで再び狭さを導入しよう。こちらはより扱いやすい概念である。憲法には、個別の問題に焦点を絞り、広範な決定を避けるべきだと思われる分野がある。たとえば裁判所は、特定の大統領権限の行使のみを違憲とし、想

定しうる他の大統領権限については何も述べないことが理にかなっているかもしれない。ある領域における性別による分離を認容できないと判断しつつ、他の領域における性別による分離については何も述べないことがあるかもしれない。またインターネット上の言論についての特定の規制について攻撃を加えつつ、インターネット上の言論規制の基準となる広い準則を規定しないこともあるかもしれない。ここで再び想起されるべきは、ロバーツ首席裁判官による狭い射程の決定の擁護であろう。前述したように、彼はもし裁判所が事案を決定するのにそれ以上のことをいう必要がないのであれば、それ以上のことをいわないことが必要だと示唆していたのであった。

狭さの擁護 だがロバーツ首席裁判官は正しいのだろうか？ なぜ賢明な裁判官は狭さを擁護するのだろうか？ その理由はいくつかに区別できるだろう。一つは、現実の制度がそれを要請するからである。合議による裁判では、複数の（意思堅固な？）人々から構成されているので、個別の結論については合意にいたることができても、広範な準則についてはそうはいかない。二つめに、たとえこの制度的問題が乗り越えられるとしても、広範な法的判断は裁判官に深刻な意思決定負担を課すことになる。性別による分離やインターネット上の言論についての広範な法的判断を下すということは、彼らに重要な情報をもっていない問題について考え、答えを出すよう求めることになるかもしれない。三つめに、広い射程をもった法的判断は将来的に当惑させるような結果をもたらすかもしれない。裁判所が多様な状況に適合した準則を作り出すのが不得意であるかぎり、彼らの努力は深刻な失敗に終わる可能性がある。

これらは決定にかかわる費用、および誤りにともなう費用にかかわる論点である。しかし、また別の論点がある。それは民主的自己統治にかかわるものである。憲法の分野においては、狭い準則は継続的な議論の余地を多く残すことになる。たとえば、裁判所がゲイ・レズビアン
の権利や大統領権限についての広い射程をもった判決を下すよう求められたとしよう。そのような広い法的判断を拒否し、個別の事案にのみ焦点をあてた判決を下すことは、民主的領域における継続的な議論の余地を残すことになる。……

狭さの超越 だが、これらに対しては次のようなもっともな反論がある。すなわち、以上は、結局、ミニマリズムの十分な正当化にはなっていない。たとえば、同種の問題がはっきりなしに起こるとか、法が何を要求しているかを理解していなければ複雑すぎてやっていけないような法分野に裁判所がかかわる場合を想定してみよう。このような法分野では、予測可能性を担保することがきわめて重要になってくるのである。そうすると、このような分野では裁判所が狭い法的判断を下すことは、大きな意思決定負担を裁判官以外の人間に課すことになる。そして結局のところ全体としては意思決定費用がどうしても増大してしまう。行政機関による法解釈を司法が審査する場合、その適切な範囲はどこまでかという問題を想定してみよう。この問題は非常に頻繁に生じるから、もし上位の裁判所が広い法的判断を提出しなければ、下位の裁判所には大きな不確実性が生じる。もし狭い決定が繰り返されることで、ある法分野が混乱しているような場合には、狭い決定は将来にとっての助けではなく、むしろ害となる。

[中略]

この観点からは、憲法において広い射程の法的判断を下そうとする動きは高く評価することができる。たとえば、いかなる場合であれば自白が自発的になされたといえるのかという問題に何十年も取り組んだ後に、連邦最高裁はミランダ事件において広汎な射程をもった準則を出すにいたった。それは取調べを行う際にはそれに先行してかならず一連の警告を行わ

なければならないというものである。この通常みられないような大きな決定を行ったのは、個々の事案ごとに自白の自発性を裁定するのは複雑かつ困難にすぎることであると説明された。明確さと予測可能性の点で、広い準則を提出するのが最良であると考えられたのである。また、……三つめの事例として、人種別学の問題を考えることができる。何年にもわたって最高裁は、「分離」ははたして本当に「平等」なのかどうかという問題を事案ごとに調べてきた。分離は本質的に不平等であると決定するにあたって、最高裁はたしかに、平等に関する一般原理を採用した……。しかし最高裁は同時に射程の広い準則を呈示したともいえる。それはこれまで幾度も生じていたが解決の困難だった問題に対して、単純かつ明白な答えを保証するものであったのである。

[中略]

概念的上昇——浅さから深さへ

完全には理論化されていない合意の形をとった浅い決定を批判する者は、ヘンリー・シジウィックが書いた倫理学の方法についての著作から借用して、憲法には大掛かりな理論が使われるべき場合がしばしばあるのではないかと応答するかもしれない。たとえば、憲法上の権利に関心がある人にとっては、抽象度のレベルを上げて最終的には大規模な理論に訴える十分な理由があることが多い。特定の事案についての具体的判断は、道徳ないし憲法規範について何事かを示すには不十分である。時には事案がどのような結果となるべきかについて明白な直観をもっていない場合もある。また直観が思慮深いとはいえない場合もある。類似の事案とみられたものが異なった反応を引き起こしたら、理論のレベルを上げてそれらの異なった反応が正当かどうかを説明しなければならない。また、類似していると思われた事案が実際には異なった事案であると示さなければならない場合もある。そして時には単に人々が対立する場合もある。

こうしたときに、より包括的な原理に目を向ければ対立を調停できるかもしれない。そもそもどちらにせよ、個別の事案についての判断を説明し、それが単に偶然や錯誤の産物ではないことを示さなくてはならない。控えめな裁判官であっても完全には理論化されていないある意見に与^{くみ}するなら、ある理由ないし原理に依拠して、なぜこの結論を選んだのかを正当化しなければならない。したがって意見はそれ自体、ある理由ないし原理への言及を含んでいなければならない。単にどちらが勝ったかを宣言するだけではだめなのである。そしてこの低いレベルの原理は、他の事案への適用可能性や（法に関連した）政治道徳との適合性からその正しさを問われることになる。

そうだとすれば、完全には理論化されていない合意には、何も讀^よめるべきことはないのかもしれない。というのも、もしある裁判官がうまく推論できるのなら、彼は他の事案にも適用範囲をおよぼし、それによってみずからが依拠した原理をテストし、洗練させるべきであったろうからである。少なくとも傑出した裁判官であれば、彼はある種の「概念的上昇（conceptual ascent）」を体験することになるだろう。「概念的上昇」においては、多かれ少なかれ孤立して断片的であった低いレベルの原理が、より一般的な理論の一部となる。おそらくこれは大変な仕事であり、裁判官が頻繁にこれを試みる必要はない。だが、これは法を理解するにあたって適切なモデルであり、司法的、政治的帰結を評価する際に有しているべき野心である。理論的に低いレベルに留まろうとする裁判官は、俗物であり、現実からの逃避者であるとすらいえる。

日常生活の事例に戻ろう。もし人間関係や健康の問題についてどうすべきかわからないの

ならば、根本的問題を避けたとしてもうまくいかないかもしれない。逆に、もしそれらの疑問に答えることができるのなら、狭く浅い決定に従って一步一步歩いていくよりも、より賢い選択をできるかもしれない。憲法の領域についても似たようなことがいえるだろう。実際、われわれは必要以上の事柄をも判断し、好機でなくても根本的問題について語るべきかもしれない。おそらく、憲法条項は積極的にある程度の深さをもたらしものであると理解し、裁判所がもろもろの権利の基底にある根元的な信条を表明する機会を喜ぶべきなのだろう。平等の分野における人種隔離の禁止は単に予測可能性を高めたとのみとらえられるべきではない。そうではなく、最高裁はそれを、ある一定の集団を政府がみずから劣位におくことを禁じたものとして理解したのであり、そのとき、裁判所は平等規範の基礎づけを深化させたのである。性的平等の領域で連邦最高裁が下した判断は狭いものの一定の深さをもっていたが、それは彼らが平等原理の基礎について特定の構想を選択したからなのである。

少なくとも時間と能力が許すならば、道徳的、憲法的推論を行う者が基本的諸権利について考え、ある程度の大掛かりな理論を企てることは奨励されてしかるべきである。民主的政治過程においては、抽象的な言葉を用いて既存の実践を批判することは適切であり、時には不可欠なことですらある。同じことは憲法の領域についてもいえる。このことは、完全には理論化されていない合意に対して一定の批判を向けるものであるが、われわれはこの批判が限定的なものであることを理解しておかなければならない。というのも、憲法制定者や裁判官は現実のアリーナにおいて任務を遂行しなければならないのであり、概念的上昇をするべきかどうかを判断するには、かかるアリーナの固有の特徴を考慮に入れなければならないからである。

[中略]

完全には理論化されていない合意、対立、そして原理

完全には理論化されていない合意は、ある程度の浅さを反映したものであり、多くの利点を有している。しかしその利点といえども不完全なものであることは、すでに十分述べてきた。たとえば、完全には理論化されていない合意は安定性をもたらす。安定性は通常は望ましいものだが、憲法体制が安定しているものの同時に不正であるような場合は、おそらく安定性はない方がよいだろう。ここまで述べてきた事柄にここで二つの限定を付すことにしよう。事案のなかには、相当程度に理論的なやり方を導入することなしにはまうたく決定できないものがある。そして憲法上の事案には、より野心的な理論を導入することなしにはまうたく決定できないものがある。もしあるすばらしい理論（たとえば言論の自由にかかわる理論）があり、かつ裁判官がその理論によって説得されうるとしたら、司法がそれを受け入れることを禁じるべきではないだろう。

対立についてはどうか？　ここまでの議論では対立の収束の必要性に焦点をあててきた。たしかに収束は必要である。だが、このことは事柄の一面でしかない。政治と同様に法においても、対立が生産的、創造的な力をもち、誤りを明らかにし、ギャップを明らかにし、議論と結果をよい方向に導くことがありうる。多くの国家制度は「議論による統治」に重きをおいており、それは司法過程についても例外ではない。同意は、なんらかの強制力、ないしは想像力の欠如の産物でしかないのかもしれないのである。

憲法上の対立はさまざまな正統的理由から生じるが、とりわけ重要なのは次の二つである。一つは一般的な信条を共有するが個別の帰結については争うという場合である。二つめは、一般的原理についての対立が個別の帰結についての、そして低いレベルの原理についての対

立を同様に生み出す場合である。自律の原理が言論の自由を説明すると考える人は、内容の正しさが担保されているならば商業広告は規制できないと考えるかもしれない。一方で言論の自由が基本的には民主主義にかかわる理念であると考え、とくに政治的言論に焦点をあてる人は、そもそも商業広告を保護すること自体について特段なんの利益も見出さないかもしれない。憲法上の理論化のもつ有益な機能は、より野心的な主張を参照することによって低いレベルの原理をテストできることにある。この検証のプロセスを考えれば、対立は生産的でありうる。

もちろん、もし全員が合理的な一般的観点をもち、ある（仮定により合理的な）判断に収束するならば、まずいことは何もない。だが、もしある合意が完全には理論化されていないものならば、その合意に参加している全員が誤っている危険が存在し、ゆえに結論も間違っている可能性がある。また合理的な人間が合意に加わっていないというリスクや、その合理的な人間が含まれていると同意が維持できないというリスクもある。少なくとも民主的アリーナにおいては、そして時には法廷でも、完全には理論化されていない合意は時間をかけて吟味、批判されるべきである。このプロセスでは憲法が通常予定しているよりもずっと野心的な思考が必要になるかもしれない。

社会的合意は他の何事にもまさる考慮事項ではほとんどない。多くの人に拒絶されても正しい結論の方が、全員または大半が合意する不正な結論よりも、ふつうはずっと望ましいだろう。憲法が正義にかなっていることは、憲法が合意にもとづいていることよりも重要である。同意や合意が重要なのは概して安定性に寄与するからであり、安定性はそれ自身価値をもつものの、最優先の社会的目的というわけではない。トマス・ジェファーソンが書いているように、民主主義においてある程度の不安定さは生産的なのである。不正な憲法秩序を不安定化させるのは十分正当だろう。すでにみたように、完全には理論化されていない合意はたとえそれが安定的で広く支持されていたとしても、不正を糊塗、あるいは反映したものである危険性がある。であるならば、理論が正しくかつその正しさが誰の目にも明らかであるとか、あるいは理論を引き合いに出すことが事案の解決に必要な場合には、より完全に理論化された合意がなされるべきである。以上の事柄はこれまで本章で主張されてきたこととなんら矛盾するものではない。

憲法や憲法上の権利に関するいかなる一般理論にも合意は生み出せないと考えるのは愚かであろう。またいかなる一般理論も支持するに値しないと考えるのはもっと愚かであろうし、完全には理論化されていない合意がその合意の内容如何にかかわらず尊重に値するというのは、もっとも愚かであろう。浅さは狭さと同様、プラグマティックに正当化されるので、それらの正当化が不十分なものとなる事案がある。たしかに、より野心的な決定は本当の敗者を生み出すだろうし、敗者は彼らの確固たる信条が法には届かないことを喜ぶまい。しかし敗者が敗北してしかるべき場合がある。たとえば、人種隔離を違憲とした司法の決定は大がかりで相対的に深さをもったものであった、また、政府が特定の宗教を擁護する立場に立つてはならないとする決定も、大がかりで相対的に深さをもったものであった。男女の差により社会的な不利益を与えてしまうような制度を政府は構築してはならないとした平等原理にもとづく法的判断も、大がかりで相対的な深さをもったものであった。

この種の深い決定がきわめてまれであるのは十分な理由がある。たいていは浅く、狭い決定が決定的な役割を果たす。だが憲法における輝かしい瞬間は、司法がミニマリズムから踏み出したときなのである。われわれはそのような瞬間を嘉すべきであって、嘆くにはあたら

ないのだ。

問1 著者のいう「完全には理論化されていない合意」とは何か、160字以内で説明しなさい。(配点：20点)

問2 裁判官が「ミニマリズム」に傾きやすい理由を、著者の考えに従って、600字以内で説明しなさい。(配点：50点)

問3 裁判官が「ミニマリズム」から踏み出すことがあるのはなぜか、著者の考えに従って、400字以内で説明しなさい。(配点：30点)

問題訂正

問題文 7 頁

(誤)

下から 9 行目 . . . この問題は . . .

(正)

下から 9 行目 . . . この問題は . . .