

テキスト解釈とその目的

— ジャック・M・バルキンの「生ける原意主義」、
そして「憲法の救贖」という物語について —

川 鍋 健*

はじめに：連邦憲法の正当性と関連する諸問題

I バルキンの「生ける原意主義」①：テキストと原意

II バルキンの「生ける原意主義」②：自由な憲法解釈と解釈における恣意の捨象

III 「生ける原意主義」に対する批判

IV バルキンの「憲法の救贖」の物語：解釈の目的と、解釈において歴史を用いる意義
おわりに：原理において自由な憲法解釈と歴史参照の意義

はじめに：連邦憲法の正当性と関連する諸問題

アメリカ合衆国連邦憲法（以下、連邦憲法）は、その制定当初から奴隷制を折り込んで成立した¹⁾。人々の平等は、イギリス由来の共和主義（republicanism）思想に支えられたアメリカ独立革命によっても、時代的制約、南北間の政治的経済的利害の調整その他の要因のために、現代の観点からはおよそ徹底されなかった。そして、人々の不平等という不名誉は、連邦憲法が全部改正や条文の一部削除、改正ではなく、本文をそのまま保存して後付けで修正（amendment）を加えるという独特の成文憲法の変更形式²⁾をとるために、憲法修正を経て法的効力を失った現代までも、象徴的に残存するに至っている³⁾。

もっとも、後世の人々の平等への志向を準備したのは他ならぬアメリカ独立革

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第16巻第1号2017年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士課程。公益財団法人末延財団博士課程奨学生。

1) U.S. Const., art. I, § 2, cl. 3; § 9, cl. 1; id., art. V.

2) U.S. Const., art. V.

命だ、ともいわれる⁴⁾。この、アメリカ独立革命を支えた平等思想の徹底性と、社会での平等の実現の漸進性、というアンビヴァレンスの中で、アメリカの人々は、憲法による平等の実現についてときどきに様々な動態を見せてきた。

1 アッカマンの問題提起⁵⁾

(1) 憲法変更の正当性に関する問題

連邦憲法の意味内容は、連邦憲法体制の歴史過程の中で、憲法修正手続を通じてこれまで27回に渡り修正を被っている。その一方で、憲法上の平等をめぐる修正については、例えば南北戦争後の再建期には、人種差別を禁じる修正14条制定過程にあつて南部諸州選出議員が憲法修正の発案を審議する議会での票決参加が認められなかった、という手続上の違法性の問題があつた。また、20世紀のニュー・ディール期には、経済的平等を目指して、連邦中央政府による市場規制立法を違憲と判断した裁判所に対して、当時のルーズヴェルト (Roosevelt, F. D.) 民主党政権から政治的圧力が加えられ、裁判所の憲法判断が変更された。この憲法判断の変更は、後に、「憲法革命」とも評価され、憲法修正手続ではなく裁判所の判例変更による憲法の内容の根本的な変更の正当化可能性、という理論的課題を提起した。

アメリカの憲法学者、アッカマン (Ackerman, B. A.) は、そのような連邦憲法体制下の憲法変更の手続的あるいは内容的違法性を問題とし、その違法性を憲法上の各権限機関に優位する法的主体たる We the People の営為として正当化し、憲法学をその営為の確認の作業と位置づけた。

3) この点を、憲法典において忘れ得ないこと (indelibility) と表現したのは、アメリカの憲法学者、トライブ (Tribe, L. H.) である。See, Laurence H. Tribe, *The Invisible Constitution*, Oxford U. Pr., 2008, pp. 59-64.

4) See, Gordon S. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, Random House, 1993.

5) 以下の記述について、参照、川鍋健「違法な憲法が従うに値する理由：Bruce A. Ackerman の dualist democracy theory における憲法の正当性と歴史との関係をめぐって」一橋法学15巻2号(2016年)289頁以下(以下、川鍋「違法な憲法が従うに値する理由」)；川岸令和「立憲主義のディレンマ—アメリカの場合」、駒村圭吾「憲法学についての『憲法改正』」、同「あとがき」、駒村圭吾、待鳥聡史編『「憲法改正」の比較政治学』(弘文堂、2016年)141頁以下、19頁以下、及び471頁以下。

アッカマンがこの問題を提起した重要な意義は、一つには、憲法の内容が時代ごとにより変わるといふ、憲法の動態をめぐって、憲法修正手続を経ない、あるいは、憲法修正限界に抵触する憲法の変更を正当化する理論的可能性を追究したことにある。そして、確かに、彼の、連邦憲法をめぐり、判例史のみならず政治史を含む憲法史の詳細な参照は、いかに憲法の内容がアメリカの歴史過程において活発に変容したかを明らかにした。

一方で、そのような憲法の動態は、実のところ、We the Peopleの営為としての正当性を有するものであったのか、という疑問が残る。それは、とりわけ、ニュー・ディール期についての言説に見られる。当時のルーズヴェルト大統領と連邦議会多数派の民主党は、連邦最高裁の人事制度改革案の推進などを通じて、市場規制立法への合憲判断を下すよう裁判所に政治的圧力を加え、結果として裁判所の判例変更をもたらした。そして、そのような判例変更を促したとされる政治的圧力について、アッカマンは、大統領選挙及び連邦議会選挙でのルーズヴェルト政権の圧倒的な勝利を根拠に正当化可能である、とした。この点は、選挙が、いわゆる人民発案や人民投票と呼ばれる制度のように憲法変更の賛否について有権者に問う制度ではないことからすれば、選挙での圧倒的勝利を市場規制立法推進についての popular sovereignty の発現と見るべきか否か疑問である。また、最近では、1950年代から1960年代の、いわゆる公民権運動を伴う人種間平等の社会の要求と憲法としての実現について、選挙を経て選ばれた訳ではない裁判官たちによる Brown v. Board of Education of Topeka 判決⁶⁾を端緒とすることも正当化している。これらのアッカマンの言説は、憲法の動態の規範的正当化を試みる議論ではあるが、実のところ、その基礎となる popular sovereignty の実現とは必ずしも表現しがたい要素を含むものとなっている。そして、そのことを反映してか、アッカマンは、最近自らの議論を正面から popular sovereignty の実現に関する議論とは表現せずに、憲法の内容の動態性に着目した「生ける憲法」(living Constitution) という語を用いて表現するようになった。

もっとも、憲法の動態について、popular sovereignty を基礎にして規範的に

6) See, infra note 31; 32.

正当化する理論的な必要性は、必ずしもない。その顕著な例は、ストラウス (Strauss, D. A.) の議論である。ストラウスは、アッカマンと同じく「生ける憲法」という語を用いて、主に裁判所による判例形成を通じた憲法の形成を議論し、しかも、通常の憲法修正手続によらない、司法部による判例形成を通じた実質的な憲法修正を承認する。それは、ストラウスにとって、判例形成の過程は憲法判断の合理化ないし精緻化の過程であるからであり、憲法判断の変更は、そのような合理化、精緻化の極地に至ってあらわれるものである、とされるためである。

もちろん、ストラウスのような議論は、民主的政治過程や一般の人々がほとんど関与することなく憲法の内容が変更されることを容認する点で、アッカマンの場合とは逆に、人々の政治における自己決定、その根拠となる *popular sovereignty* との抵触が問題とされる。そして、このような憲法の動態、「生ける憲法」をめぐるアッカマンの議論とストラウスの議論との対照からは、憲法の内容がしばしば憲法改正手続を経ずに、また憲法改正限界に抵触するかたちで変容することをいかに理論的に正当化できるか、という論点を看取することができる。

(2) 憲法変更の内容に関する問題

また、アッカマンの議論において、憲法の変更として語られる歴史的営為は、多く憲法上の平等に関連するものであったことは注目に値する。再建期、ニュー・ディール期、公民権運動期に問題とされたのは人種間平等、あるいは経済的平等の実現であった。本来、理論的には、*popular sovereignty* の達成物の意味内容は、平等に限定されるべき理由はない。従って、このような事態はアッカマンの議論においてたまたま観察されるものであるかもしれない。しかしながら、アッカマンによるアメリカ憲法史の詳細な参照から見られるこの事態は、少なくともアメリカにとって、憲法における平等の実現が歴史上重要な意義を有してきたことを示唆する。このような特別な事情は、*popular sovereignty* の実現をめぐる憲法理論の構築にあたって、なにがしか影響を持ちうるだろうか、という点が論点として考えられる。

(3) 憲法学の方法としての歴史主義という問題

更に、アッカマンの議論において明らかになった重要な問題は、彼の叙述する歴史過程の推移から、憲法の内容を正当化する、という歴史主義と呼ばれる方法

についてである。アッカマンの議論は、いかなる営為が popular sovereignty の実現であったかを確認するために、歴史過程を詳細に参照する。そして、その際に、参照される歴史の要素は、先に述べた選挙についてのように、憲法制定、及び憲法修正過程のみならず、広く政治史から採用される。そのため、変更された結果としての憲法価値は、制度上の憲法制定あるいは憲法修正手続に参加した憲法制定者、あるいは憲法修正者の意図するところに限られないことになる。

アメリカ憲法学において制憲者、憲法修正者の意図を重視するいわゆる原意主義の立場は、このようなアッカマンの議論とは重要な違いを有することになる。しかし、実のところ、何が popular sovereignty の実現だったかを歴史過程の参照を通じて明らかにする、という彼の歴史主義の目的は、原意主義とは異なるものではない。換言すれば、ある過去の憲法をめぐる歴史的営為が、現在を含む後続する時代に、憲法として決定的、あるいは普遍的に通用することは、従来の原意主義のみならず、アッカマンの議論にも共通する。逆に、その意味において、アッカマンの議論は、再建期の一連の修正条項の制定と、ニュー・ディール期の諸立法とを通じて、二度に渡って修正を被った原意に従わなければならない、というある種の原意主義だ、とも表現しうる。

しかしながら、これらの議論には、歴史解釈の多様性に伴う、語られうる原意の多様性の問題や、過去の憲法をめぐる歴史的営為が後続する世代を拘束することの正当性の問題、いわゆる死者の手による支配の問題⁷⁾が考えられる。憲法の内容を明らかにするために、憲法制定過程、憲法修正過程を参照することは不可欠である一方で、新資料の発見やそれに伴う歴史解釈の変遷などにより、唯一絶

7) この問題は、ジェファソン (Jefferson, Th.) が提起したことで知られる。See, Letter from Thomas Jefferson to James Madison (September 6, 1789), in James P. McClure and J. Jefferson Looney eds., *The Papers of Thomas Jefferson Digital Edition*, Charlottesville: University of Virginia Press, Rotunda, 2008-2016. <http://rotunda.upress.virginia.edu/founders/TJSJN-01-15-02-0375-0003> [accessed 08 Nov 2016]. また、日本において、この議論を紹介、検討するものとして、参照、岸野薫「トマス・ジェファソンと自己統治の観念——ポピュリズム憲法理論の一断面」、大石真、土井真一、毛利透編『各国憲法の差異と接点 初宿正典先生選暦記念論文集』(2010年、成文堂) 31頁以下；阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(2001年、日本評論社) 64-70、237頁；森村進「『大地の用役権は生きている人々に属する』：財産権と世代間正義についてのジェファソンの見解」一橋法學5巻3号715頁以下(2006年)。

対に正しい歴史過程を描き出すことは困難を極める。また、仮に歴史過程の叙述から原意を画定できるとしても、それが将来にわたって人々の行動を拘束することを民主的に正当化することは、民主的政治過程への参加者の変遷を考えれば、容易ではない。

このようなアッカマンの議論や原意主義にまつわる問題は、憲法学が歴史に対していかに対峙すべきかという論点を提起している。

2 一つの理論的可能性：バルキンの「生ける原意主義」

以上の一連の問題に対する一つの理論的な答えは、アメリカの憲法学者、バルキン (Balkin, J. M.) の「生ける原意主義 (living originalism)」と呼ばれる憲法解釈方法論と、「憲法の救贖」(constitutional redemption) という憲法の正当化をめぐる物語に見られる。

バルキンによれば、まず、アッカマンが問題にした一見違法に成立したかに見える憲法変更について、合法的な憲法解釈の変更と理解する。なぜなら、憲法典の条文の中には、大幅な憲法解釈の変更を容認する条文が存在するとバルキンは考えるからである。本稿Ⅰでは、この点について論究する。

次に、バルキンは、「生ける原意主義」に依拠して、憲法上の人種間平等の実現の進展について重要な役割を担った Brown 判決について、より積極的な判決を下し得たのではないか、という批判を展開した。本稿Ⅱでは、バルキンの具体的な解釈の展開を参照する。また、本稿Ⅲにおいて、バルキンの議論への批判、とりわけ彼の議論が憲法解釈に解釈者の恣意を呼び込む危険などについての批判など、学界での議論について検討を行う。

最後に、バルキンは、憲法解釈における歴史参照の位置付けを、「憲法の救贖」(constitutional redemption) の物語を通じて、明らかにする。本稿Ⅳでは、「憲法の救贖」の物語の概要と、それが憲法理論としての「生ける原意主義」といかなる関係に立つか、また、憲法解釈において歴史を用いることの意義について考察する。

3 本稿の目的と意義

本稿は、バルキンの議論の参照を通じて、一見違法に見える憲法の変更が、実のところ理論的には全く合法でありうる場合があること、そして、特殊アメリカ的な文脈から、そのような憲法の変更が平等に関する場面であったことを明らかにする。本稿おわりにでは、バルキンの議論から得られるそれらの示唆を明らかにした上で、憲法解釈の自由な変更が行われる場面は各国の歴史的社会的文脈に依存すること、また歴史参照が憲法解釈において担いうる役割について考察を加える。最後にバルキンの理論的課題について考察を加える。

I バルキンの「生ける原意主義」①：テキストと原意

アメリカ憲法理論において、憲法典が過去の憲法制定者たちによる民主的な手続的正当化を経た達成物であることを根拠として、その意図によって後続する世代の人々の営為を、制約すべきである、と考える原意主義という立場がある⁸⁾。他方、過去の憲法制定者たちの意図とはかかわりなく、時宜に応じた憲法保障が展開されるべきである、という「生ける憲法」、と呼ばれる立場がある。従来、これら二つの立場は、憲法をめぐるテキストの意味するところの広狭、あるいは強弱について、相対立する主張を行うものと考えられてきたが、バルキンによれば、実のところ、原意主義と「生ける憲法」とは相互に両立しうる憲法解釈方法であるという。そして、その憲法解釈方法を、バルキンは「生ける原意主義 (living originalism)」と名付ける⁹⁾。

1 枠組みとしての原意主義 (framework originalism)¹⁰⁾

バルキンによれば、「生ける原意主義」とは、「枠組みとしての原意主義 (framework originalism)」とも言い換えられる。具体的に枠組みとは憲法のテキストであり、それが示す憲法原理の意味をめぐって、憲法解釈がなされる。このとき、憲法解釈には、憲法のテキストの文字通りに字義を確認する、確認としての解釈 (interpretation-as-ascertainment) のみならず、新たに憲法解釈を枠組みに肉付ける構築としての解釈 (interpretation-as-construction) の二つがある

とされる。¹¹⁾

枠組みとしての原意主義は、故スカリア (Scalia, A.) 前アメリカ合衆国連邦最高裁判事らの憲法解釈方法論を一つの典型とする、偉大な完成物の暗喩であ

- 8) 本稿で扱うバルキンの議論を含め、現代までの原意主義をめぐる理論状況については、本稿で扱うバルキンの整理の他、James E. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution: For Moral Readings and against Originalisms*, Oxford U. Pr., 2015, p.2 に詳しい。それによれば、まず、原意主義は当初 1787 年の制憲時における制憲者の意思を重視する原意主義に端を発する。その後、ボーク (Bork, R.) の議論を典型に、とりわけ再建期等の修正条項等で示された憲法修正者の意思をも原意の中に入れて理解しようとする立場があらわれる。See, i. e., Robert H. Bork, *The Tempting of America*, Simon & Schuster, 1990. また、後述するスカリアの原意主義は、テキストの、人々にとってのももとの意味 (original public meaning) を尊重するものと表現されるが、その原型には、原意をももとの期待された適用 (original expected applications) と理解する立場がある。これらの推移には、原意という言葉の意味するところが、制憲者意思から拡大傾向にあることが示唆されるが、近時、その傾向は、バルキンの議論を含め、新たな原意主義 (new originalism) あるいは広範な (broad) 原意主義とか抽象的な (abstract) 原意主義として、従来原意主義と呼ばれてきた立場から批判を招くほどに多くの価値を、テキストの原意として正当化するに至っている。著者であるフレミングはこのような理論状況を原意主義のバルカン化 (balkanization) と表現する。

日本憲法学においても、アメリカ憲法学における原意主義をめぐる議論は、多く紹介されてきた。参照、大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成——合衆国における原意主義論争を素材として』(2010年、日本評論社)；阪口正二郎、前掲誌7『立憲主義と民主主義』、第3章(33頁以下)；土屋清「アメリカ憲法理論における始原主義の脱始原主義化」早稲田大学大学院法研論集100号360頁以下(2001年)；同「アメリカ憲法理論におけるデッド・ハンドの問題」早稲田法学会誌53巻143頁以下(2003年)；土井真一「憲法解釈における憲法定者意思の意義——幸福追求権解釈への予備的考察をかねて——(1)(2)(3)(4)」法学論叢(京都大学)131巻1号1頁以下(1992年)、131巻3号1頁以下(1992年)、131巻5号1頁以下(1992年)、131巻6号1頁以下(1992年)；野坂泰司「憲法解釈における原意主義(上)(下)」、ジュリスト926号61頁以下(1989年)、927号81頁以下(1989年)；同「テキストと意図——アメリカにおける原意主義——非原意主義論争の意義について」、樋口陽一、高橋和之編『現代立憲主義の展開(下)』(1993年、有斐閣)732頁以下；同「原意主義論争と司法審査制——最近のアメリカにおける理論状況について」ジュリスト1037号46頁(1994年)；松尾陽「原意主義の民主政論的展開——民主的憲法論の一つの展開(1)(2)(3)」法学論叢(京都大学)166巻4号49頁以下(2010年)、167巻3号98頁以下(2010年)、167巻5号42頁以下(2010年)。

- 9) 「生ける原意主義」を考察対象とした日本語の文献として、参照、浅野博宜「ジャック・バルキンの原意主義」、辻村みよ子、長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(2011年、日本評論社)229頁以下；大林啓吾「時をかける憲法：憲法解釈論から憲法構築論の地平へ」帝京法学28巻1号91頁以下(2012年)；同「同法裁量——原意主義と生ける憲法の接合は可能か？」大沢秀介、大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』2016年、成文堂、267頁以下。

る、「高層ビルとしての原意主義 (skyscraper originalism)」と対置される。それは、政治過程に対しては憲法の枠内での政治とそれに不満な場合における憲法修正とを要求し、司法審査に対しては憲法典及び後続する憲法修正を実効化する時のみ民主政との整合性を認める。そして、裁判官たちは、憲法典及び憲法修正の意味を確認し、適用するよう求められる。

バルキンによれば、「高層ビルとしての原意主義」は、憲法条文の適用について、「テキストが採用された当時を生きた人々が、その通常の意味における言語の使用によって、いかにそれが適用されることを期待したか」を示す、もともと期待された適用 (original expected application) を要求する。しかし、そのような憲法条文の適用について、実際には、高層ビルとしての原意主義の主唱者は難題を抱え込む。たとえば、高層ビルとしての原意主義によるならば、制憲期に後続する時代に端を発する憲法伝統、性の平等、人種間婚姻、避妊の権利、近代的な表現の自由などを否定するという問題に直面せねばならないからである。そして、実際、高層ビルとしての原意主義に依拠するにもかかわらず、制憲期にはおよそ想定されていなかったであろう、ニュー・ディール期に確立された連邦中央政府の経済に対する広範な規制権限が承認されている。¹²⁾

翻って、枠組みとしての原意主義においては、政治過程と司法部とは共同して憲法の意味を構築していく。バルキンはそのような営みを構築としての憲法解釈 (constitutional construction) と表現し、それは世論の要求に対する共同の応答 (joint responsiveness) である限り正当化される。また、裁判官は憲法の原意の適用を求められるが、裁判官の任務はそれに尽きない。枠組みとしての原意主義

10) 以下の記述について、see, Jack M. Balkin, *Living Originalism*, Harvard U. Pr., 2011 (hereinafter, 'Balkin, *Living Originalism*'), pp. 3-8, 21-23.

11) 解釈に、字義の確認のみならず、意味の構築をも認めるバルキンのこの見解は、ウィットントン (Whittington, K. E.) の影響を受けている。Balkin, *Living Originalism*, p. 4, n. 2. See, also, Keith E. Whittington, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Harvard U. Pr., 1999; Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, U. Pr. of Kansas, 1999.

12) 引用は、Balkin, *Living Originalism*, pp. 6-8, 21-23. また、スカリアの議論について、see, Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. Cinn. L. Rev. 849, 1989; *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 17 (2005).

の考えによれば、憲法は、あくまで枠組みとして存在するテキストの原意に、後続する憲法上の各権限機関と人々とが議論を通じて、新たな価値を肉付けすることで形成される。そして、憲法上の各権限機関が新しい憲法解釈を行うことは、それが憲法をめぐる議論であり、世論に対してそのような議論を喚起する限り、憲法を通じて保障される。その限りで、裁判官が、憲法解釈を通じて、新たな憲法の構築に貢献することは原意に反せず、正当化される。

2 原意とは何か¹³⁾

ここで問題となるのは、バルキンにとって原意とはより具体的には何か、ということである。

(1) 前提：連邦憲法が成文法であることの意義

バルキンによれば、アメリカの憲法体制は、成文憲法を採り、かつそれは法的拘束力がある (enforceable)。バルキンによれば、これら二点は特筆すべき事柄である。というのも、連邦憲法の成案が作られた1787年時点において憲法体制のモデルとなったはずのイギリス憲法体制は、慣習法からなる法実践ないし法先例に依拠するものであったし、独立宣言の例を考えれば、あくまでも連邦憲法を政治上の原則の宣言と見ることもできたはずだからである。

成文憲法たる連邦憲法が、単なる政治規範に留まらず、法的拘束力のある憲法であることの意義は、「統治ないし政治闘争において出来ることと出来ないことについて基本的な規範を設定する」ことにある。恣意的な政治権力行使の抑制はもちろんであるが、同時に憲法は「政治の輪郭を形作る新たな制度を創出する権力を含む、基本的な義務と権力を創出する」。連邦憲法体制においては、イギリス憲法体制とは異なり、政治においてしてはならないことが明文の憲法で定められており、同時に、それに反しないように政治が構想されることを憲法は承認しかつ要求する。その意味で、連邦憲法は合衆国にとって政治を行うための計画であり、その計画の範囲内において人々はいかにその計画を行うかについて、選択の余地があることになる。¹⁴⁾

13) 以下の記述について、Balkin, Living Originalism, pp. 36, 39, 42-45.

14) 引用は、Balkin, Living Originalism, p. 39.

このことは、過去のある時点で確定された憲法規範に現在を生きる人々がなぜ従わなければならないか、という、いわゆる死者の手による支配という論点にも一つの示唆を与える。バルキンは、いわゆる原則 (rule) にあたるような条項の例を挙げる。二院制¹⁵⁾、各州2名の上院議員定数配分¹⁶⁾、大統領の立法に対する拒否権¹⁷⁾、大統領の任期¹⁸⁾、大統領を選出する選挙人会議 (Electoral College) が不調に終わった場合の大統領選任手続¹⁹⁾等、その条項の法的帰結が制度的にはっきり確定しているような (hard-wired)²⁰⁾ものについて、死者の手による支配を避けるならば、これら諸原則についても改正をめぐる議論が及ばねばならないはずである。しかし実際には、「生ける憲法」を支持する論者は、「憲法体制のこれらの構造的特徴を、たとえ我々がそれらを不当ないし不賢慮なものと考えとしても、今日なお従わねばならない比較的明瞭な諸原則を述べたものとして受け容れる」。彼らが、従来の原意主義的な憲法解釈に対して、しばしば死者の手による支配類似の論点から反論を行うのは、実際には、適正手続 (due process)²¹⁾、平等保護 (equal protection)²²⁾、残酷かつ異常な刑罰 (cruel and unusual punishment)²³⁾、言論の自由 (freedom of speech)²⁴⁾といった憲法典上の抽象的な文言をめぐる解釈を問題とする場合である。換言すれば、これら抽象的用語ないし曖昧な諸条項について、制憲者あるいは憲法修正者の期待した憲法の意味を適用するように制限されることが彼らの反論の対象となっている。²⁵⁾

(2) 原意

15) U.S. Const., art. I, § 1.

16) U.S. Const., art. I, § 3, cl. 1.

17) U.S. Const., art. I, § 7, cl. 2.

18) U.S. Const., art. II, § 1, cl. 1 amended by U. S. Const. amend. XXII, § 1.

19) U.S. Const., art. II, § 1, cl. 3 amended by U. S. Const. amends. XII, XX.

20) この用語については、次の文献を参照。Sanford Levinson, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People Can Correct It)*, Oxford U. Pr., 2006.

21) U.S. Const., amends. V, XIV § 1.

22) U.S. Const., amend. XIV § 1.

23) U.S. Const., amend. VIII.

24) U.S. Const., amend. I.

25) 引用は、Balkin, *Living Originalism*, p. 42.

その意味で、バルキンによれば、「生ける憲法」をめぐる議論は、新たな憲法価値を解釈により導出する議論であるが、それは憲法の原意に反するものではない。問題は、アメリカ憲法学にあって、「生ける憲法」の支持者すら受容する原意とは何か、とすることになる。バルキンは、この問題の手がかりを示すように、次のように述べる。

実のところ、我々が憲法典の原意、そして憲法典自体に選択された諸原則、諸基準、そして諸原理に従うとき、我々は、不可避免的に、現代における適用、ないし現代における解釈 (*constructions*) という意味で、現代における「意味」に従って、憲法典を解釈するだろう。もし、テキストの原意が「法の平等保護」を要求する際には、我々は今日におけるその保障に、テキストがそのことを要求し続けるから、法的拘束力を持たせるのであり、それはちょうど、テキストが大統領は35歳でなければならないと要求し続けるのと同様である。いかに我々が平等保護の諸原理を適用するかは、しかしながら、当然(修正14条の制定された：引用者)1868年に人々が期待したものとは異なる。それは、そのような期待が、部分的にはあれ、我々の現代における理解の、また先ずる諸々の憲法解釈 (*constitutional constructions*) の歴史の基礎となっているとしても、異なるのである。結果として、曖昧かつ抽象的な条項はもともとの理解というよりもむしろ現代の理解を反映しがちである。つまりそれは、変化を被った個々の状況下での、諸原則の適用と諸原理ないし諸基準の適用との違いであり、しかもその違いは、時を超えて施行される法の、もともとの意味論的な (*semantic*) 意味の保護とは矛盾しない。²⁶⁾

憲法典上、その文言の意味が曖昧な、いわゆる原理 (*principle*) を原意として示す条項の解釈、適用は、その文言の意味するところがはっきり確定している、いわゆる原則の解釈、適用とは異なり、時代毎に幅がある。しかも、その幅は、その条項が制定された当時期待された解釈、適用と現代における解釈、適用との間

26) Balkin, *Living Originalism*, pp. 43-44. 傍点は原文イタリック。

にあって、憲法典、またそれが象徴する憲法体制の正当性を覆すものではない。

このことは、ある原理を定める条項につき、当初期待された解釈、適用ではなく、「もともとの意味論的な意味」が、従うべき原意であることを示す。その探求は、他ならず、先に示した確認としての解釈によって行われる。そして、この作業の中で知るべきことは次の3つであるとされる。すなわち、「憲法典に用いられる諸語の、一般的に認識される、意味論上の意味、そしてそのテキストにおける、文法的用法と文構造とから流れ来たる諸々の示唆」、「その文言が一般に認識される専門用語を使っているかどうか、そしてそれら専門用語は当時何を意味したか」、「テキストは特定の問題に関して沈黙しているのか、あるいは我々にある原則、基準、ないし原理をもたらすのか」である。²⁷⁾

小括

バルキンの議論において、憲法をめぐるテキストが保障するのは、細かに規定された原則による統治への規律ばかりでなく、平等などの憲法原理の枠組みと、その枠組みにおいて自由な憲法解釈である。そして、そのような自由な憲法解釈は、内容的正当性、あるいは手続的正統性を欠く法の換骨奪胎ではなく、むしろ、時宜に応じて人々の権利保障の要請に憲法が応えるために不可欠のものである。

しかしながら、そうはいつても、憲法をめぐるテキストの抽象性に着目したバルキンの議論は、憲法解釈を行う者に、およそありとあらゆる主張を憲法価値であると僭称させる危険を有している。そして、この問題に対して、バルキン自身は、憲法テキストの示す原理の解釈を通じて何が憲法価値かを明らかにするために、憲法解釈からいかに解釈者の恣意を捨象するかという問題に取り組む。

II バルキンの「生ける原意主義」②： 自由な憲法解釈と解釈における恣意の捨象

憲法をめぐるテキストが、その文言の枠内、という制約を受けつつ、従来の原

27) Balkin, *Living Originalism*, p. 45.

意主義の考え方に比して相対的に広範な憲法解釈の自由度を認めるとき、一つの問題は、いかに憲法解釈と称される営みから、解釈者の恣意を捨象するか、である。バルキンは、自由な憲法解釈の原理解釈への限定と、解釈における歴史参照という手法を用いて、この問題に解決を試みている。

バルキンは自らの「生ける原意主義」に基づく解釈の帰結として、いくつかの特徴的な解釈を展開している。例えば、特権免除条項を通じた連邦憲法上列挙されない権利の承認²⁸⁾や、連邦憲法1条8節3項の州際通商規制権限についての拡大解釈の正当化とその具体的帰結としてのニュー・ディール期の市場規制立法及び現代の医療保険制度改革立法の合憲性の承認²⁹⁾等である。これらに加えて、バルキンは、その論争提起的な書きぶりのために正当性が問われることになったBrown判決の正当化、及び更にラディカルに執筆することが可能であったとの主張を展開する。彼のBrown判決をめぐる議論からは、「生ける原意主義」に基づく憲法解釈の性格が顕著に見られる。

Brown³⁰⁾

Brown v. Board of Education of Topeka 連邦最高裁判決は、公教育における人種分離別学を憲法違反と判断した第一次判決 (Brown I)³¹⁾と、共学移行措置に関して司法審査を行った第二次判決 (Brown II)³²⁾からなる。本稿の関連では、

28) Balkin, Living Originalism, pp. 183-219.

29) Balkin, Living Originalism, pp. 138-182.

30) 以下の判決の日本における紹介は多くある。さしあたり次の文献を参照。安部圭介「公立学校における人種別学の合憲性」、樋口範雄、柿嶋美子、浅香吉幹、岩田太編「アメリカ法判例百選」別冊ジュリスト213号(2012年)80頁以下；勝田卓也「再建期のアメリカにおける公民権の展開(1)-(8・完)」法学雑誌(大阪市立大学)49巻2号394頁以下、3号616頁以下(以上2002年)、4号928頁以下、50巻1号240頁以下、2号521頁以下(以上2003年)、3号829頁以下、4号129頁以下、51巻1号322頁以下(以上2004年)；同「ブラウン判決再考」法学雑誌(大阪市立大学)53巻3号(2007年)183頁以下；君島東彦「ブラウン判決の誕生」法の科学17号(1989年)172頁以下；藤倉皓一郎「公立学校における人種別学の撤廃」アメリカ法(1972年)219頁以下；毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論(一)(二)」、国家学会雑誌106巻7・8号(1993年)1頁以下、107巻7・8号(1994年)1頁以下。

31) 347 U.S. 483 (1954).

32) 349 U.S. 294 (1955).

Brown Iが重要である。なぜなら、連邦最高裁による本判決での判例変更と、それによる公教育における人種差別の禁止は、それまで修正14条の意味と考えられてきた従来の憲法判断を根本的に覆すものとして、その正当性が問われたためである。

(1) Brown I

a 事案の概要

Brown Iは、カンザス州等4州からの、それぞれ地域毎に実情は異なるが、共通の法律問題にかかるものとして併合審理されたものである。その共通の法律問題とは、アフリカ系アメリカ人が、人種分離別学によらない、その住む地域の公立学校への入学許可の請求である。原告らは、人種分離別学は修正14条の平等保護条項に反し違憲である、と主張した。しかし、デラウェア州の事件を除き、各連邦地裁は *Plessy v. Ferguson* 連邦最高裁判決³³⁾に示された、いわゆる分離すれども平等法理、つまり公共施設において各人種それぞれに同等の設備が供されるならば平等保護条項に違反しないとした先例を根拠にその主張を認めなかった。デラウェア州の事件では、デラウェア州最高裁が同法理を適用したが、コーカサス系アメリカ人の入学する公立学校のアフリカ系アメリカ人の入学する公立学校に対する優位性を認め、原告の主張する入学許可を行うよう命じた。

これらの事件の上告を連邦最高裁は受理し、1952年開廷期、1953年開廷期に口頭弁論を行った。そこでは、広く、1868年制定の修正14条をめぐる状況に議論が割かれ、連邦議会の修正、各州の承認、人種間分離に関する既存の法的実践、そして14修正に関する賛否などに論点が及んだが、それらは事案の解決にあたって結論をもたらすものではなかった、と連邦最高裁は判断した。

b 判旨

判旨において、まず連邦最高裁は、分離すれども平等法理は教育ではなく輸送に関するものである、とした。また、それまでの分離すれども平等法理にかかわる公教育の場面を扱った判例では、アフリカ系アメリカ人に比してのコーカサス系アメリカ人に対する特定の利益が見られたため、あえて原告救済のために分離

33) 163 U.S. 537 (1896).

すれども平等法理を再吟味する必要がなかった、とした。

次に、本件で問題となっている公教育については、人種間分離がなされているといっても、現実には建物やカリキュラム、教員の資格と給与など種々の要素について、平等化の進展が見られた。連邦最高裁は、それらの要素を相互に複雑に絡み合ったものにとらえ、各要素の単純比較ではなく、公教育における人種分離別学の効果に着目して憲法判断を行うとした。

そのような憲法判断を行うにあたって、連邦最高裁は、公教育のあるべき姿を、未だ公教育が進展していなかった修正14条制定時の1868年や、Plessy判決の出された1896年ではなく、この判決を出す1954年現在を基点とするとした。1954年時点での合衆国全体としての公教育のあるべき姿とは、連邦最高裁によれば、善き市民であることの基礎をつくる義務教育法制と巨額の教育予算を両輪とする、合衆国という民主的社會において重要であると認められるものであった。また、かつての合衆国南部のような公教育の未発達な地域的、時代的背景があるにもかかわらず、1954年当時においては、子どもを文化的諸価値に目覚めさせ、後の専門教育の準備をさせ、あるいはその周囲の環境に適応するようにする役割が期待された。更に、1954年当時において既に教育機会の欠如は人生の成功を覚束なくすることが否定され得なかった。そして、このような状況下において、1954年現在の人種分離別学の慣行は、アフリカ系アメリカ人のようなマイノリティ集団から平等な教育機会を奪うものである、と連邦最高裁は判断した。

この観点に立つならば、連邦最高裁によれば、人種分離別学は、アフリカ系アメリカ人の子どもたちに対して、劣等感を生ぜしめるものであると認められた。従って、Plessy判決当時の人種分離別学に関する心理学的知見の如何にかかわらず、Plessy判決はこのような影響を公教育がもたらすことを正当化することはできない、とした。

分離すれども平等法理の公教育における適用の否定が、判決の主旨である。一方、連邦最高裁は、原告の救済の方法について各地域の事情を勘案して判断するために、本判決での判断を前提として、改めて訴訟当事者に対し、校区の設定の正当性、裁判所の権限内での既存の人種分離別学制の調整可能性、また、それらの主張に基づいていかなる判決を裁判所が下すべきか、等の論点について弁論を

行うよう求めた。

(2) 解釈

バルキンは、Brown 判決全体をめぐる論点を、多岐に渡り挙げている。そのうち、バルキンの「生ける原意主義」をめぐる憲法解釈の方法の問題に深くかわるものは次のものである。

① 未来に対する判決の書き方の問題³⁴⁾

Brown I は、公教育における人種分離別学が憲法修正 14 条違反であることを宣言した。その後問題として表面化したのは、各地域、とりわけ南部の政治家や教育行政担当者の抵抗であり、また、南部のコカサス系アメリカ人の公立学校から私立学校への転入の増加であった。これらの政治的、社会的抵抗は、連邦最高裁の所期した人種分離別学の廃止をかえって実現困難にする可能性があった。加えて、Brown を後世の裁判官たちが各事件にいかにか適用するか、という問題がある。裁判所の憲法解釈は、統治の担当者や人々に適切に受け容れられ、かつ、後世の裁判所にとっても、適用可能なものであるように努められるべきである、という要請に、憲法解釈はどう応えるべきか。

裁判所がとりうる方法として考えられるのは、一つには、将来の人々による侵害から、民主的な諸価値や基本的権利を保護する役割を裁判官が担い、そのような「裁判官が時を超えても弱められることを望まないような基本的原理を、明確に述べる」³⁵⁾ことである。今一つには、裁判官は将来のことを予測し得ないのだから、抵抗を招かないように、できる限り判断を行わず、憲法原理の保障内容の具体化を将来世代に委ねることである。これらの、裁判官の憲法解釈に対するあるべき態度をめぐっては、憲法学者の間でも見解が分かれている。

たとえば、アッカマンのように、修正 14 条を含む再建期修正が憲法価値とし

34) 以下の記述について、see, Jack M. Balkin ed., *What Brown v. Board of Education Should Have Said*, New York U. Pr., 2002, pp. 45-47 (Balkin 執筆). 本書は、Brown 判決を現代において書き換えるならば、いかに書き換えられるべきかをテーマに、Brown 判決の解説の他、バルキンを新たに法廷意見を執筆し直し、それに対する同意意見あるいは反対意見を幾人もの憲法学者が執筆している。本書のこのような特徴から、以下本書の引用の際は、引用箇所後ろに執筆者の名前を記す。また、判決として執筆された部分については意見の種類についても示す。

35) *Id.*, p. 46 (Balkin).

て、反奴隷制、あるいは反人種差別を象徴する公正を樹立したのだ、という主張を前面に押し出し、そのような憲法価値を教育する場面での不公正を承認すべきでないという主張がある³⁶⁾。他方で、サンステイン (Sunstein, C.) のように、できる限り裁判官は実体判断に立ち入るべきではない、という観点から、特に修正14条の平等保護条項の意味を明らかにしない、という立場もある³⁷⁾。代わりに、彼は、Plessy 判決の分離すれども平等法理が、他の判例、たとえば第二次大戦下での日系アメリカ人の合衆国市民権の制約を正当化した *Korematsu v. U.S.* 連邦最高裁判決³⁸⁾と比べても、アフリカ系アメリカ人に対する人種差別が疑われる事例における論証の要求の程度について公平を欠く点を批判する。そして、そのような、Plessy 判決をめぐる特異な状況のために、同判決を覆すことが正当化されるべきだった、と主張する。アッカマンが、修正14条の平等保護条項の保障内容について歴史的正当化を通じた明確化を志向するのに対し、サンステインの場合には、裁判所の下してきた判決の論理的整合性を維持することが目指されている。

② 先例を書き換える正当性、そしてどの程度書き換えるか³⁹⁾

36) *Id.*, pp. 100-119 (Ackerman, concurring).

37) *Id.*, pp. 174-184 (Sunstein, concurring in the judgement). サンステインのこのような議論は、司法ミニマリズム (judicial minimalism) として、修正14条解釈を通じて墮胎の権利をプライバシーとして正当化した *Roe v. Wade* 連邦最高裁判決 (410 U. S. 113 (1973)) に対する批判に典型的に見られる。それによれば、裁判所が実体判断に踏み込まずに墮胎禁止立法を違憲とすることも可能だったはずなのに、墮胎の権利を実体的に承認するとしたことは、「早すぎる時期にやり過ぎた」、あるいは、「アメリカ人の生活に、堪え難い有害な影響」をもたらした。Cass R. Sunstein, *From Theory to Practice*, 29 *Ariz. St. L. J.* 389, 1997. 引用は p. 398. See, also, Cass R. Sunstein, *Three Civil Rights Fallacies*, 79 *Cal. L. Rev.* 751, 1991.

他方で、サンステインは、重要な理論的留保を行っているようにも見える。それは不完全に理論化された合意 (incompletely theorized agreement) に関する議論である。それによれば、ある憲法原理の意味が、人々の間で必ずしも一致しない場合には、個々の憲法実践を通じて具体的意味が画定される。See, Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, *Oxford U. Pr.*, 1996, pp. 35-61. この主張は、司法ミニマリズムに依拠しても憲法原理の意味を画定すべき場面があることを示す。そして、サンステインは、プライバシー権についてではなく平等原理については、連邦最高裁はより積極的な判断を示すべきだ、とする。See, Cass R. Sunstein, *One Case at a Time*, *Harvard U. Pr.*, 1999, pp. 260-261.

38) 323 U.S. 214 (1944).

Brown Iは、Plessy 判決で示された分離すれども平等法理の、公教育における適用を否定した。それはつまり、公教育ではない場面、典型的には輸送の場面についての、分離すれども平等法理の適用を否定したものではない。

①で見た将来に対する判決の執筆の仕方についての考え方の違いは、この点にもあらわれる。アッカマンのような立場に立つならば、判決執筆時点で先例が不合理な憲法価値を標榜しているとき、裁判所が判決執筆時点で合理的と考える憲法原理を新たに判例として示して先例を覆すことは、裁判所が果たすべき正当な役割である。他方で、サンスティンのような立場に立つならば、あえて先例の示す憲法価値の不合理さに言及せずとも他の先例との不整合を指摘できるならば、その不整合のみを根拠として、先例を覆すべきである。裁判所はできる限り、とりわけ政治過程や人々の価値判断とは異なる独自の価値判断を避けるべきであり、憲法テキストの意味の裁判所による独自の画定には慎重であるべきである。

③ 憲法テキストの意味を画定する方法⁴⁰⁾

Brown Iでは、1954年現在の人種分離別学のアフリカ系アメリカ人への心理学的な悪影響を、人種分離別学の違憲性の重要な根拠としている。ここでの問題は、心理学という法学とは異なる社会科学の手法を用いた憲法価値の正当化、そして、1954年現在にあって従うべき修正14条の意味とは何か、である。

判決当時の心理学の知見を根拠としたことについては当時多くの議論があった⁴¹⁾が、おそらく問題の本質は、心理学の知見を判断の根拠とすることではない。むしろ、修正14条の原意ではない主張を、裁判所が心理学の知見の参照を含む解釈を通じて、憲法の意味だと僭称することの方が、根本的な問題である。

この問題をめぐっては、まず、修正14条制定時に修正14条の意味は何であるとされてきたか、ということが論点になる。まず、Brown判決時の連邦最高裁判事の一人、フランクファータ (Frankfurter, F.) の法律助手 (law clerk) として修正14条がその制定当時何を意味するとされていたかについて調査にあつ

39) 以下の記述について see, Balkin ed., supra note 34, pp. 47-49 (Balkin).

40) 以下の記述について、see, Balkin ed., supra note 34, pp. 50-55 (Balkin).

41) See, John Monahan & Laurens Walker, *Social Science in Law*, 7th edn., Foundation Press, 2010, pp. 188-212.

た、ビッケル (Bickel, A. M.) の議論がある⁴²⁾。ビッケルによれば、修正14条は人種分離別学に対する適用が予定されていなかった。なぜなら、まず、修正14条発案に携わった1865年招集の第39回連邦議会において、当時多数派として修正14条実現を主導した共和党の内部には、急進派、中間派、保守派が鼎立しており、人種間平等をいかに実現するかについて見解が分かれていた。そして、修正14条の起草を主導したのはそのうちのビングム (Bingham, J. M.) から中間派であり、その起草案の意図は、修正14条の平等保護は、修正14条と同時期に成立が目指され、大統領の拒否権行使にも関わらず成立した、1866年連邦市民の権利に関する法律に列挙された権利に限られる、というものだった。従って、ビッケルによれば、修正14条の公教育への適用は、同条の成立時点において予定されていなかった。また、原意主義を主張するバーガー (Berger, R.) も同様の見解を示し、当時共和党内で急進派だったハワード (Howard, J. M.) やサムナー (Sumnar, R.) による、アフリカ系アメリカ人への選挙権付与などの政治的平等の実現までも含む主張は修正14条の原意ではない、とする⁴³⁾。

このような議論に対して、公教育の人種分離別学禁止は修正14条の原意であった、という主張がアメリカの憲法学者、マコンネル (McConnell, M. W.) によって有力に主張されている⁴⁴⁾。マコンネルによれば、修正14条は、1866年連邦市民の権利に関する法律とは異なって、平等保護の対象となる権利について具体的に列挙してはいない。また、第39回連邦議会がとにかく修正14条の通過を最

42) Alexander M. Bickel, *The Original Understanding and the Segregation Decision*, 69 Harv. L. Rev. 1, 1955.

43) Raoul Berger, *Government by Judiciary*, Harvard U. Pr., 1977; Raoul Berger, *The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Univ. of Oklahoma Pr., 1989. なお、1866年連邦市民の権利に関する法律について 14 Stat. 27.

44) See, Michael W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, 81 Va. L. Rev. 947, 1995. See also, Balkin ed., *supra* note 34, pp. 158-173 (McConnell, M. W., concurring in the judgement.) また、修正14条の原意について1866年連邦市民の権利に関する法律の制定過程に見るべきとする立場からマコンネルを批判するものとして Michael J. Klarman, *Brown, Originalism and Constitutional Theory: A Response to Professor McConnell*, 81 Va. L. Rev. 1881, およびそれへの応答として Michael W. McConnell, *The Original Justification for Brown: A Reply to Professor Klarman*, 81 Va. L. Rev. 1937, 1995.

優先した一方で、修正 14 条の意味の画定はむしろ後続する次期、とりわけ 1875 年連邦市民の権利に関する法律⁴⁵⁾成立までの議論において展開されたと見るべきである。そして、その過程の間の議論において修正 14 条の原意を見出すべきであるとすれば、1875 年連邦市民の権利に関する法律の意図は、公教育における人種間分離の禁止を含むものであった。

ただ、歴史的事実としては、同法 1 条は原案段階で公教育における人種間分離禁止を文章化していたが最終的な成案において脱落することになった。しかし、マコンネルによれば、その原因は、当時の共和党内部で、公教育における人種分離別学を廃止するのか、人種分離別学体制をさしあたり維持した上で、望む者に異なる人種の学校へ入学する権利を認めるのか、という対立の間での妥協であり、修正 14 条の原意が公教育における人種分離別学禁止であることは否定されない。

このような原意主義由来の議論に対して、バルキンの「生ける原意主義」の観点からは、議論の枠組みが批判される。なぜなら、従来の原意主義の議論もマコンネルの主張も、修正 14 条が成立するにあたってもともと期待された適用であるからである⁴⁶⁾。バルキンにとって、過去に修正 14 条の意味をめぐって展開された議論は、現代において合理的であるかどうかという観点から、受容されあるいは非難されるべきである。従って修正 14 条の文言が抽象的なものである以上、現代における合理性という観点から、修正 14 条が公教育における人種分離別学禁止を要求するかが判断されるべきことになる。

これらの論点をめぐって、バルキンは、Brown 判決は次のように執筆されるべきだったとする。

①'；②' 平等な市民の権利の保障⁴⁷⁾

バルキンは、修正 14 条の保障するのは、平等な市民の権利 (equal citizenship) である、と明言する。それは、階級 (classification) 立法の禁止にとどまらず、特定の人種が別の特定の人種に服従する (subordinate) よう法が要求す

45) 18 stat. 335.

46) Balkin, *Living Originalism*, pp. 105-106.

47) 以下の記述について、see, Balkin ed., *supra* note 34, pp. 81-83 (Balkin, the judgement of the court).

ることをも禁止しており、そのことは、憲法修正14条制定の経緯に由来するとし、バルキンは、修正14条を審議した1866年の連邦議会の議事録のうち、サムナー及びハワードの議論を参照してその主張の合理性を主張している⁴⁸⁾。バルキンは、修正14条の意味を裁判所として明示することによって、平等な市民の権利の保護を普遍的な憲法価値として承認し、擁護することを宣言すべきだ、という立場に立つ。

③ 心理学的正当化の無視と、分離すれども平等法理の判例法体系との不整合の指摘⁴⁹⁾

他方で、バルキンは、Plessy判決の分離すれども平等法理を否定するにあたって、特に実際のBrown判決で用いられたような心理学的正当化を用いることなく、Plessy判決の立つ前提が、その後の判例の推移において成立困難となっていることを指摘する。彼によれば、分離すれども平等法理の前提とは、分離された施設が物質的に等しいものであるならば憲法上許容しうるものであるはずだ、と言う考えである。しかし、この考えは、既存の人種の優劣を根拠とした分離を前提とする限り、そのような優劣の固定化を招くおそれがある。そればかりでなく、その後の判例で問題となったのは、ロー・スクールその他の大学院入学であるとか、社会における人間関係の形成や後の人生の成功に大きく影響する機会を、特定の人種の人々が享受できない、というものだった。そして、裁判所は、そのような慣行に対して、分離すれども平等法理を適用しても正当化できない、と判断してきた。従って、1954年段階において、分離すれども平等法理は維持し得ないものとなっている、とバルキンは結論する。

(3) 小括

バルキンがBrown判決を通じて展開した議論の意義は、アッカマンの議論において、裁判所が憲法の重大な変更の端緒を担うことの正当性が問題となったBrown判決について、全く合法的な憲法解釈の変更であると理解する点にある。そしてそればかりでなく、Brown判決が実際には採用しなかった、修正14条を直接の根拠とする違憲判決を執筆すべきだった、との主張は、従来裁判所が修正

48) Id., p. 83, fn. 3; p. 84, fn. 4.

49) 以下の記述について、see, id., p. 83-84 (Balkin, the judgement of the court).

14条に読み込んでこなかった意味を、時宜に応じて自由に読み込むことを正当化するものである。

また、このような時宜に応じた自由な憲法解釈は、単に条文の枠内における憲法解釈の展開として理論的に位置づけられるばかりでなく、過去に有力に展開された憲法解釈に依拠している。この点は、憲法解釈において解釈者の恣意を取り除くために一定の役割を果たしている。というのも、バルキンの憲法解釈は、単に彼の政治的意欲の恣意的な表明として展開されているものではなく、憲法条文の意味をめぐって、過去に、政治的にも有力な解釈として展開されたことが、歴史的に確認できるものだからである。

Ⅲ 「生ける原意主義」への批判

以上のような、バルキンの「生ける原意主義」に基づく憲法解釈の展開に対しては、様々な論者により、様々な論点から、批判がなされている。中でも重要な批判は、バルキンの原理と原則との二分論について、まず、原理の解釈の自由度がおおよそ原意主義を語るには広すぎる、あるいは事実上従来の「生ける憲法」をめぐる議論とは異ならないのではないか、という批判である。そして今一つは、その原理と原則との二分論をめぐるのは、バルキン自ら「最もよく知られている諸論のうちの一つ」⁵⁰⁾とする、ドウォーキン (Dworkin, R.) の議論とは異ならないのではないか、という批判である。

Ⅰ バルキンの議論は、「生ける憲法」をめぐる議論といかに異なるか

(1) ストラウスによる批判

「生ける憲法」をめぐる議論の主唱者の一人であるストラウスは、バルキンの議論が、自らの議論と異なるものか、疑問を示している⁵¹⁾。

まず、ストラウスの目から見て、従来原意主義は説得力の薄い (implausible) あるいは全く操作的な (entirely manipulable) 議論である。それは典型的

50) Balkin, *Living Originalism*, p. 44, n. 12 (p. 350.)

51) David A. Strauss, *Can Originalism Be Saved?*, 92 B. U. L. Rev. 1161, 2012.

には、Brown 判決が、人種に基づく公教育での分離別学を違憲と判断するにあたって根拠条文とした修正 14 条の平等保護条項について、1868 年の修正条項制定当時には、そのように解釈されることは想定されなかった、という問題に見出される。現在において Brown 判決における判断は普遍的に受け容れられて (universally accepted) おり、そのことを承認しない憲法理論は維持され得ないと考えられている。しかし、「もし原意主義が、憲法の諸条項は、その採択された時に要求しあるいは禁ずると理解されたことのみを要求しあるいは禁ずるのであると主張するならば、そのとき原意主義は説得力を欠く」、という。⁵²⁾

このとき、原意主義が Brown 判決と整合性をとろうとするならば、平等保護条項が人種間平等の原理を採用したのだ、と解する他はない。そう考えれば、制憲者、あるいは修正者は公教育における人種分離別学は人種間平等に反しないと考えていたとしても、そのような考えに後世の人々は拘束される理由はない。しかし、このとき問題となるのは、従うべき原意の抽象度の選択の恣意性である。実のところ、平等保護条項の原意が人種間平等に限られるとする理由、より具体的には、女性差別ないし同性愛者差別、あるいは富の再分配に対する平等保護の原理であると読んではならないとする理由は、テキスト上には存在しない。そして、原意の抽象度の段階を変更することが認められるならば、原意主義は何もかも正当化できることになる。⁵³⁾

ストラウスは、以上のように捉えられる原意主義の難点について、バルキンの「生ける原意主義」が原意の再定義、原理原則二分論と構築としての憲法解釈という手法の原理解釈への限定等を通じて、原意の抽象度の選択の恣意性を抑制する理論立てを用意していると評価する。しかし、ストラウスの目から見て、これらの取り組みは、解釈が恣意的にならないような抽象度の段階とは何かを同定する問題を、なお解決しきっていない。それは、憲法をめぐるテキストの意味論上の意味に従う、といっても、それほどテキスト上の語の意味は限定されていないためである。たとえば「法の平等保護」の語は、一方で市場の変遷からの平等保護を意味するとして大規模の富の再分配を正当化する、という主張も、英語の間

52) Id., p. 1162.

53) Id., pp. 1162-1163.

題としては容易に成立しうる。他方で課税が個人の財産を収用するものである以上、修正5条の正当補償条項との関連で、再分配を目的とする課税は違憲であるという主張も、同様に英語の問題としては成立しうる。そして、通常双方の解釈は、連邦憲法の解釈上スペクトラムの両極であり、また、説得的なものとはいいがたいにもかかわらず、原意として語られうることになる。⁵⁴⁾

また、バルキンの「生ける原意主義」は、そのうちに、歴史主義と称して、構築としての憲法解釈のために歴史過程の参照を行う。結局バルキンの議論が、原理原則二分論にではなく、歴史叙述に、解釈の具体的帰結について大きく依拠するのだとすれば、原意主義の名を冠するにもかかわらず、ストラウス自身が唱える、裁判所により形成されるコモン・ローを主体とする「生ける憲法」論と比べて、方法論的に異なるものではない。⁵⁵⁾

(2) バルキンの応答

以上のようなストラウスの批判に対して、バルキンは、自らの議論がストラウスの議論と重なる場面があること、そして、ストラウスの議論が抱える欠点を補っていることを主張している。

まず、ストラウスの「生ける憲法」をめぐる議論は、主に裁判所による判例形成を通じた憲法の形成を主張しているが、バルキンは自身の議論の、裁判所に関する場面での、ストラウスの議論との類似性を承認する。バルキンは、通常の憲法修正手続によらずに、司法部による判例形成を通じた実質的な憲法修正を承認する点で、ストラウスは憲法典に全幅の信頼を置いていないとし、その意味で彼の議論は「成文憲法に対する忠誠に反する」と表現する。しかしながら、バルキンによれば、ストラウスの議論は枠組みとしての原意主義と合致する。なぜなら、叙上のような議論においてすら、ストラウスは、憲法典の存在を「それがなければ同意しないような人々にとっても共通する場 (common ground)」⁵⁶⁾ととらえ、また彼は、憲法典に従うことが「その欠点にもかかわらず、均衡をとる上では良

54) Id., pp. 1163-1165.

55) Id., p. 1166.

56) David A. Strauss, Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle, 112 Yale L. J. 1717, 2003, p. 1725.

いことである。なぜなら、それ（憲法典に従うこと：引用者註）が、なにがしかのかたちで解決されねばならない諸問題を解決するからである」⁵⁷⁾と明言するからである。バルキンは、ストラウスの承認する裁判所による憲法の形成を、構築としての憲法解釈と同種のものとしている。⁵⁸⁾

もっとも、バルキンは同時に、ストラウスの議論と自らの議論との差異にも注目し、ストラウスの議論の問題点も指摘する。バルキンによれば、ストラウスは憲法典のテキストをバルキンのように枠組みと見ることを否定し、テキストへの忠誠も、テキストが今ではなく昔に作られたということのために否定する。しかし、ストラウスの議論における、テキストへの忠誠の代わりとしての、裁判所の先例への依拠は、実のところ、テキストへの忠誠とどう区別されるのか、明確ではない。なぜなら、「先例は、我々が、それらがある問題への最善の解決であるかどうかを求めないときの、法的な決断において最も機能する」のであり、それは「それら（裁判所の先例：引用者註）が同様にテキストであり、またそれらが同様に法の力を有する」ということに他ならないからである。このとき、ストラウスの議論における、裁判所の先例に依拠する根拠としての、問題解決の必要性という目的は、実のところ、憲法典に依拠することによって達成される目的とは区別されない、とバルキンはいう。⁵⁹⁾

バルキンがこの点を強調するのは、それが憲法典であるにしろ、裁判所により形成される先例であるにしろ、ある取り決めが、まさに取り決めであることのみならず、その正当性を依拠するならば、その取り決めを変更する正当性を調達するのは困難であるためである。先述した分離すれども平等法理を先例として示した Plessy 判決は、人種間平等という論争的な問題に明確な法理を示した。そして、ストラウスの観点からは、Plessy 判決の不公正さにもかかわらず、この法理の変更を正当化することは困難であるはずである。結局のところ、バルキンによれば、ストラウスの依拠する裁判所による先例の正当性は、単にそれらが取り決めであるのみならず、集積された知恵 (accumulated wisdom) を象徴しているこ

57) Id., p. 1734.

58) Balkin, *Living Originalism*, pp. 50-51. 引用は、id., p. 50.

59) Balkin, *Living Originalism*, pp. 51-52. 引用は、id., p. 52.

とも求められる。⁶⁰⁾

バルキンにとって、この問題点は、裁判所が憲法典上の諸原則について、それらを変更する権限がないかに見えるために、その変更を避けがちであることの問題だけでなく、ストラウスのような議論には、「アメリカ人がその下に生きるような法と popular sovereignty との間に明白なつながりが全くない」という問題でもある。バルキンによれば、「テキストは、我々（あるいは我々の政治的な祖先たち）がそれを法として採用したから拘束力がある (binding) のではない。それ（テキスト：引用者註）は、現在、便宜になつて、それがなければ政治を墮落させるような問題を解決するから、拘束力を有するのである」。ここでは、バルキンが popular sovereignty と表現する価値が、憲法の手続的正統性のみならず、憲法が民主政の維持という役割を果たすために不可欠な一定の内容的正当性をも象徴することが示唆される。⁶¹⁾

2 バルキンの議論は、ドゥオーキンの議論といかに異なるか

(1) バルキン自らの認識において⁶²⁾

バルキンは、自らの原理原則二分論とドゥオーキンの理論との違いについて、二分論を採用する目的、ないし関心の違いに関する説明を行っている。

まず、用語の問題として、ドゥオーキンは全ての法規範を基準 (standard) と表現し、その範疇の中に原則と原理が含まれる、とする⁶³⁾。バルキンの理解では、そのように整理する動機は、ある規範が法として命令的な (mandatory) ものか、単に重みがあるだけのことかを区別することにある。他方、バルキンの場合、原理原則二分論の関心は、「ある法規範が、後世の政策立案者にもたらす裁量の度合い」⁶⁴⁾にある。この違いが具体的にあらわれる場面は、たとえば、「不

60) Balkin, *Living Originalism*, p. 53.

61) Balkin, *Living Originalism*, pp. 53-54. 引用は、id., p. 54.

62) 以下の記述について、see, Balkin, *Living Originalism*, p. 44, n. 12 (pp. 350-352.)

63) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard U. Pr., 1977, pp. 22, 24-25. 翻訳として、ロナルド・ドゥオーキン (木下毅、小林公、野坂泰司訳) 『権利論』(増補版、木鐸社、2003年)、14-18頁。

64) Balkin, *Living Originalism*, p. 351.

合理的な契約は無効である」という規範についてである。ドゥワーキン、他事考慮し得ない規範であるとして原則と表現するが、バルキン、この規範が適用されるにあたって多くの実践的な合理化が求められるものであるために、原理でも原則でもない基準と表現する。

次に、ドゥワーキンは、原理の範疇に固有の意味の原理 (principles proper) と政策 (policy) とを副次的に用意している⁶⁵⁾。前者が正義や道徳の考慮による規範であるのに対し、後者は、たとえば自動車事故の減少といった、達成されるべき経済的、政治的、あるいは社会的な目的を抽象的に設定する規範である。この区別は、ドゥワーキンの法理論においては、原理が裁判官にとって道徳的な命令 (imperatives) であるために重要だが、バルキンの場合はそうではない。なぜなら、バルキンの法理論は「憲法の構築の過程と、憲法が提供する、将来に対する委任の度合いを説明しようとする」⁶⁶⁾ものだからである。バルキンにとって、原理を解釈する際の自由度、という論点は、バルキンの、裁判官による構築としての憲法解釈を通じた新たな憲法価値の導出、という主張だけでなく、その裏にある、裁判官の他にも、ありとあらゆる主体が憲法の構築に参加できる、という主張にも焦点がある。また、バルキンが原理として典型的に念頭にしているのは連邦制や権力分立といった、ドゥワーキンの用語では政策にあたるものである。加えて、バルキンは、政策に反対してでも、道徳的ないし正義に基づく原理に基づいて裁判官は判例形成しなければならない、とは考えない。

第三に、ドゥワーキンの法理論においては、一般的に、判決を通じて裁判官が法形成を行う裁量を持たないとされるために、原理が重要な意味を持つ。「裁判官は、原理を含めて、全ての関連する法的材料 (legal materials) を考慮し、そして法についての最善の説明を生産することが求められている。その営みは、最も良く利用できる理論に従って先行する材料と道徳的な正当性ととの整合性という制約を前提とする」⁶⁷⁾。対して、バルキンの議論はそれとは関心を異にする。バルキンにとっての重要な関心事は、「憲法における諸原理、諸基準、諸原則、そ

65) Dworkin, *supra* note 63, p. 22. 翻訳は、ドゥワーキン前掲註63)、14-15頁。

66) Balkin, *Living Originalism*, p. 351.

67) Balkin, *Living Originalism*, pp. 351-352.

して諸沈黙の選択が、将来の参加者が実践としての憲法を築き上げるにあたって有する制約と裁量の度合いを形成する」⁶⁸⁾、ということである。これらの違いは、バルキンの用語にいう構築としての憲法解釈について、ドウォーキンが、政治過程による構築は承認するかもしれないが、裁判所による構築は承認しないのではないか、というバルキンの見立てによる。

(2) 外在的な批判から

バルキンの議論と、ドウォーキンの議論とで重要な違いが認められるとすれば、それは、原理に対する構築としての憲法解釈の目的、そして仕方 (modality) に関するものだろう。後年、ドウォーキンは、Sovereign Virtue (至高の徳目) という題目で、自らの憲法解釈の鍵概念である平等な配慮 (equal concern) が憲法解釈の上で最重要の価値であることを論究し、その実現を目指しての多くの平等の構想 (conception) についての総論、各論双方への理論的検討を行った⁶⁹⁾。ドウォーキンにとって、平等は倫理的個人主義の帰結であり、合衆国に限らず、そのようなイデオロギーを標榜する社会全てに妥当すべき価値である。そして、バルキンにとっても、憲法解釈の目的である popular sovereignty は、確かにドウォーキンと同じく人々の平等を重視する。

しかし、バルキンによる平等の重視は、ドウォーキンの場合とは異なり、連邦憲法という実定法と、その成立、修正に関する歴史過程を根拠とする。制憲者あるいは修正者の解釈を受容するにせよ批判するにせよ、新たな憲法解釈の展開には歴史過程の参照が、バルキンにとっては、何が憲法のテキストの保障する内容なのかを明らかにする上で重要な位置を占める。この点は、ドウォーキンにおいて、なぜ平等あるいは平等な配慮が重要なのかを弁証するにあたって、歴史的説明が僅少なことは対照的である。

この違いは、連邦憲法の解釈としての説得力という問題にかかわる。フレミング (Fleming, J. E.) によれば、合衆国のリベラル派の憲法理論研究者がドウォーキン流の道徳的解釈を忌避するのは、ドウォーキンが合衆国の憲法史との整合

68) Balkin, *Living Originalism*, p. 352.

69) Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard U. Pr., 2000.

性 (fit) に真剣に取り組んでいないためである。そして、そのような主張には二つの側面があり、一つには「ドウォーキンが、原意と先例とを含む歴史的素材に適切に整合する彼の連邦憲法の解釈を示すに必要な具体的基礎を与えていない」とするもの、今一つには、「彼の政治理論に整合しないあらゆる歴史的素材を極めて周到に拒絶している」というものである。⁷⁰⁾

小括

バルキンの「生ける原意主義」は、原理原則二分論の採用を通じて、自由な憲法解釈を行う場を原理解釈に限定し、憲法解釈への解釈者による恣意の侵入の抑制を志向するものだった。一方、具体的に展開されるバルキンの憲法解釈は、とりわけ憲法修正14条解釈をめぐる、修正者の予期した条文の意味以上の意味を平然と読み込むものだった。しかし、そのような解釈は、判例法の形成においては、積極的に憲法のテキストの意味を、画定するよう求めることの結果として期待される役割として正当化される。

バルキンの議論は、その名に原意主義を冠するにもかかわらず、「生ける憲法」をめぐる議論との同一性を指摘されるほどに、時宜に応じた解釈を通じて、新たな価値を憲法上の権利として承認する。この点で、憲法の内容の不当な流動性という問題を有することは否定しがたいように見える。この点に関連して、重要であるのは、バルキンの受容するにせよ、批判するにせよ、過去に、議会などで憲法条文にいかなる意味を読むことが期待されたかに、自らの憲法解釈の根拠を求めることである。実際、バルキンの解釈の帰結は、いずれも、彼の独創的理想

70) Fleming, *supra* note 8, p.94. フレミングがこのような批判として参照する (id., p.94, n.78) のは Anthony J. Sebok, *The Insatiable Constitution*, 70 S. Cal. L. Rev. 417, 1997; Michael W. McConnell, *The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's "Moral Reading" of the Constitution*, 65 Fordham L. Rev. 1269, 1997 である。マコネルの論文は、ドウォーキンの議論において法解釈の整合性のために歴史が参照される一方で解釈の正解を探求するときに歴史的に展開される先例を無視することの矛盾を指摘しており、確かにフレミングの示した2つの性格を表している。一方、シボク (Sebok, A. J.) の論文は、ドウォーキンの議論において法解釈の整合性は法解釈の法制史との整合性を意味しないことを指摘する (p.437) が、ドウォーキンの議論が必ずしも憲法史と法解釈との整合していないのではないかという個別的な関心ではなく、ドウォーキンの法解釈の整合性一般の問題を考察しているに留まるかに見える。

として展開されたものではない。かつて同様の内容の主張が、政治過程において有力に展開されたことのあるものである。その意味で、バルキンが解釈を通じて憲法であると称する価値は、一定の客観性を有しているし、同時に、過去の判断を憲法解釈の基点とするために、憲法解釈は一定の制約を受ける。

ここで、なお残る問題は、バルキンにとって、憲法の内容を形作る方法としての歴史参照の意義である。この点をめぐって次章では、まず、バルキンの「生ける原意主義」が前提する憲法解釈の目的たる popular sovereignty の実現を平等の実現と理解し、バルキンの議論を道徳的解釈と理解する議論を扱う。更に、そのような目的がバルキンの議論において持つ性格について、バルキンが「生ける原意主義」とともに展開した、「憲法の救贖」(constitutional redemption) の物語を扱う。

IV バルキンの「憲法の救贖」の物語：

解釈の目的と、解釈において歴史を用いる意義

1 道徳的解釈の一つとしての「生ける原意主義」

フレミングによれば、バルキンの「生ける原意主義」は、popular sovereignty の実現という目的に最も資するように憲法解釈が展開されるべきである、という議論であり、ある種の道徳的解釈である。⁷¹⁾

彼によればまず、原理原則二分論は、ドウォーキンの場合にもそうであったように、道徳的あるいは政治的判断を行うにあたって特定の価値へのコミットメントについての最善の理解を示すために不可欠の道具立てである。また、関連して、原意に対して忠実であるということの意味は、バルキンにとってもドウォーキンにとっても同様に、抽象的な憲法原理の枠組みとそのような原理にコミットすることである。

加えて、バルキンは、自らの展開する憲法原理、とりわけ連邦憲法下に生きる人々の平等をめぐる原理へのコミットメントを、自らの憲法解釈において示している。バルキンの歴史参照という営為は、実のところ、憲法解釈の帰結そのもの

71) Fleming, *supra* note 8, pp. 130-131.

の説得力と同時に、そのような帰結を導くための憲法上の原理そのものの正当性をも弁証するものでもある。そして、より説得的な憲法解釈は、そのような原理を提供しうる条項を正当化する、という考えは、バルキンの歴史の重視のみならず、平等への道徳的なコミットメントを示している。

最後に、バルキンの議論は、憲法典の解釈は憲法典の意味するところをよりよいものとする営みであることを承認する一方で、憲法典をめぐる実践は極めて不完全だという認識に立つ、というアンビヴァレンスを持っている。それはつまり、連邦憲法の制定とその条文の修正は、それぞれに制憲者、修正者の意図の下になされ、憲法解釈の重要な参照先となるが、それら意図に依拠するばかりでは、しばしば時宜に応じた憲法保障を実現できない、というバルキンの問題意識である。そして、そのような問題意識は、ドウォーキン流の道徳的解釈においても共有されている。

しかしながら、バルキン自身においては、先にも見たように、自らの議論がドウォーキンの議論とは異なることを示している。また、フレミングの議論の展開の後も、彼は、裁判官自らの構築としての憲法解釈がドウォーキンの議論においては承認されていない点が、彼の議論との重要な相違点であるとの主張を繰り返している⁷²⁾。

この点をめぐっては、フレミングも正当に指摘しているが、バルキンの議論においては、ドウォーキンとは異なり、最善の、正しい解釈に至ることが想定されていないこと、歴史参照を解釈において重視すること、裁判所外の主体による憲法解釈の正当性も主張すること、そして、社会運動などの社会の動態が憲法の正当性の問題と結びついていることなどが理由として考えられる⁷³⁾。この点には、最善の憲法解釈に人々はたどり着くことができるか、という問いと、最善の憲法解釈に人々はたどり着くべきか、という問いとの交錯が垣間見える。前者についてドウォーキンとバルキンとは異なる立場に立つであろうが、後者についてはともに、肯定するだろう。フレミングの主旨は、両者の一致点の探求であると言える。

72) Jack M. Balkin, *The Framework Model and Constitutional Interpretation*, in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn eds., *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford U. Pr., 2016, p. 241ff., pp. 256-259.

73) Fleming, *supra* note 8, pp. 131-132.

2 「憲法の救贖」の物語

実のところ、バルキンは、Living Originalism と同時に、「憲法の救贖」(Constitutional Redemption) のタイトルで、合衆国の人々が独立宣言以来の価値としての人々の平等へのコミットメント、そしてそれを体現する連邦憲法の正当性を歴史を用いて弁証する物語を執筆している。

(1) 前提：憲法の信頼 (constitutional faith)⁷⁴⁾

バルキンの「憲法の救贖」(constitutional redemption) という憲法の正当化をめぐる議論は、彼の、いかなる憲法も完全無欠ではあり得ないという認識から出発している。連邦憲法についてバルキンが念頭に置いているのは奴隷制であり、彼によれば、「全ての憲法は、その時代の政治的な一群との、苦悩に満ちた、欠陥のある、不完全な妥協を伴ったものである」。それは、いかに優れた人々が、いかに優れた制度設計を行ったとしても陥る事態であり、その前提に立つなかで、合衆国の憲法体制が依拠する「憲法という企て (the constitutional project)、そしてその方向性における我々の信頼」をいかに獲得するか、ということが問題となる。⁷⁵⁾

バルキンによれば、憲法体制に対する信頼は、その憲法体制の目指す理念をめぐる、人々の生み出す歴史的な物語と、その物語への人々による批判可能性の保障を通じて維持される。

まず、歴史的な物語について。バルキンは憲法をめぐる歴史的な物語を、人々が彼らの「憲法体制を理解する方法、そしてその方法によって彼らがそれ(憲法体制：引用者註)を強く信じるというような方法」であると定義する。バルキンの表現に従えばアメリカ人(Americans)は、多くの他の国民と同様善き物語(a good story)を好む⁷⁶⁾。そのうちの 하나가「偉大なる進歩の物語(the Great Progressive Narrative)」であり、「偉大なる進歩の物語は我々に、アメリカが暴

74) 以下の記述について、see, Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption*, Harvard U. Pr., 2011 (hereinafter, 'Balkin, Redemption'), pp. 2-6. なお、本稿における連邦憲法の訳出にあたって、初宿正典、辻村みよ子編『新解説世界憲法集』第3版、三省堂、2014年、74頁以下所収の訳文(野坂泰司訳、前文は74頁)を参照した。

75) 引用は、順に Balkin, *Redemption*, p. 6, p. 2.

76) Balkin, *Redemption*, p. 3.

政からの断絶に始まり、賢明なる憲法体制の下での自由な政府を樹立し、爾来ますますより良く、より正しく、より自由になってきていることを教えてくれる」。しかし、バルキンの視点からは、そのような物語はある種の神話に映る。そして、バルキンの「偉大なる進歩の物語」に対しての評価は、「それがどれほど魅力的であっても、常に部分的でありかつ不完全である」、というものである。⁷⁷⁾

言い換えれば、そのような歴史をめぐる物語は、ある種のイデオロギー的な効果を有している、とも表現できる。「偉大なる進歩の物語」についていえば、それは「自分で自分を祝福するようなもの (self-congratulatory)」であり、「それはこれこそ国民の歴史というもの (the history of the nation) を自由、平等、そして正義への、ある大いなるエスカレーターへの乗り込みと見ている」のであって、実のところそれは「これこそ国民の歴史というもの」ではない。⁷⁸⁾

しかし同時に、バルキンは、連邦憲法制定以来アメリカは衰退している、そしてそうであるから制憲者の知恵に回帰すべきという衰退の物語、あるいは、努力しても、正義はなされず改善が期待できないような停滞と無益 (stasis and futility) の物語も受け容れない。奴隷制を折り込んだ連邦憲法が、イザヤ書の表現になぞらえて「地獄におちるべき合意 (an agreement with hell)」だとの非難は、人々の自由と平等を謳った独立宣言を受けた連邦憲法がその前文で「より完全な結合を形成し、正義を樹立し、国内の安定を保ち、共同しての防衛を提供し、一般の福祉を促進し、我々自身と我々の子孫の自由の謳歌を保障する」ことを目的とする、という連邦憲法の反面を見落としている、という。

(2) 救贖の物語 (narrative of redemption)⁷⁹⁾

ではバルキンは、いかなる物語に説得力を覚えるか。バルキンによれば、それは救贖の物語 (narrative of redemption) である。過去の諸悪との妥協のうちに人々が生きる、という認識にあって、「救贖の必要とは多くの過去の要素、過去から伝わる社会構造の多くの側面、そして社会構造を反映する多くの原初の知見 (original understanding) は讃えられるのではなく、改革されあるいは切り捨て

77) 引用はすべて、Balkin, Redemption, p. 3.

78) 引用は、Balkin, Redemption, pp. 4-5.

79) 以下の記述について、see, Balkin, Redemption, pp. 10-16, 25-30, 44-85, 94-101.

られるのでなければならないことを意味する」⁸⁰⁾。

従来の原意主義のように、制定された成文憲法とその当時企図された成文憲法の意味をめぐる理解ないし解釈に、憲法の意味の画定を全面的に依拠する、というのではないとすれば、「憲法の救贖」という物語は、いかにして人々の憲法への信頼を調達するか。また、その調達された信頼を通じて、いかに憲法の正当性を維持するか。バルキンによれば、これらの問題をめぐって次の3つの基本的な諸点を挙げることができる。第一に、「正当性の判断は憲法制度ないし法制度の現在の内容について考えられているところのみならず、将来についての信頼にも基礎付けられている」⁸¹⁾。現在は、将来にとっては過去である。従って、「憲法の救贖」の物語にあっては、現在憲法と考えられている価値も、将来見直される、その意味で進歩する可能性がある。そして、憲法を信頼するということは、その進歩の可能性を信じるということである。第二に、そうであるためには「正当性の判断には（その判断を行う：引用者註）政治共同体の構成員が、自らを、時を超えて拡大する政治的な企ての一部と見ることができることを必要とする」⁸²⁾。「憲法の救贖」の物語は、過去の政治的営為を全て否定するのではない。むしろ、現在の合衆国の人々を構成しているのは、全ての人々の平等を謳った、過去の政治的営為としての独立宣言とその連続としての連邦憲法である。そうであれば、現在の人々は、現在の憲法の正当性を議論するためには、過去との集合的な自同性（collective identification with the past）に訴えかけることも必要になる。このとき、そのような訴えかけは他ならず過去との合一であり、それを通じて、アメリカ人は通時的に一つの国民（a People）になる。第三に、これらのことは「正当性の判断は、独り現在の（憲法の：引用者註）内容の判断のみに依拠するのではない」⁸³⁾ことを意味する。そして、憲法という「制度の正当性は、形式的であれ非形式的であれ、それを通して政治共同体の構成員が憲法制度ないし法制度の支配的理解を批判し変えることのできるような、あるフィードバックの方法

80) Balkin, *Redemption*, pp. 27-28.

81) Balkin, *Redemption*, p. 44.

82) Balkin, *Redemption*, p. 44.

83) Balkin, *Redemption*, p. 45.

を必要とする」⁸⁴⁾。具体的には、合衆国においてしばしば憲法実践が憲法上の各権限機関、政治過程及び司法による解釈 (construction) を通じてなされる一方で、それに対して人々が抗議しうる方法、制度的に言えば政党制を通じた立法と司法担当者の任命への統制、非制度的には社会運動による司法判断への働きかけの保障である。

(3) 憲法価値のフィードバック

憲法体制の物語ないし憲法体制の正当性の物語に欠陥がある場合、バルキンによれば、その歴史的な物語に対する批判可能性が開かれ保障されることによって救い贖われる。

人々は、特に裁判所の判断を含む、実践されているところの憲法 (the Constitution-in-practice) に反対し、非難し、抗議し、彼らの (考えるところの：引用者註) 憲法がこれこそ憲法だというべきものだと、主張できるのでなければならない。そしてその結果として、人々はその理想とするところにより近い位置に、実践されているところの憲法を移動させることができる。これらの条件下においてのみ、人々は憲法への自らの信頼を一応維持しうる。⁸⁵⁾

時々の、裁判所によるものを含む憲法解釈の展開は、常に人々からの批判に晒される。しかしそのような批判への曝露を維持し、保障することを通じて、既存の憲法は一応従うに値する憲法としての信頼を得ることができる、とバルキンは考える。

このとき、平等をめぐる憲法原理を典型例として、憲法の構築がなされ、それが憲法の内容に、バルキンの認識によるならば憲法は政治における妥協の産物であるから、不可避的に反映される。そしてこのような議論の展開は、政治過程での憲法制定、憲法修正、憲法解釈の変更についての議論、判例の展開、あるいは人々の反応など歴史的営為の参照を通じて、確認される。従って、種々の批判を通じて『壁の外 (off-the-wall)』から『壁の内側 (on-the-wall)』へ⁸⁶⁾と遷移す

84) Balkin, *Redemption*, p. 45.

85) Balkin, *Redemption*, p. 10.

る憲法価値は、歴史的に確認されることになり、彼はその意味での憲法学における歴史主義 (constitutional historicism) を採用する。

小括

「憲法の救贖」の物語から明らかになるのは、人々あるいはその構成する全ての法的主体による、憲法解釈の展開と論争が、憲法典への信頼を維持し、同時に連邦憲法は、そのような憲法解釈の展開と論争を保障することを通じて正当化されるということである。そして、そのような展開と論争そのものは、歴史上の営為として確認される。

また、バルキンの「生ける原意主義」をめぐる議論は、歴史の参照を通じて、過去の原理に対する解釈を基点として具体的な帰結を導くものだが、それらの帰結は、「憲法の救贖」の物語を通じて語られる、popular sovereignty の実現という目的に沿うべきものとしても語られ、正当化される。もし、道徳的解釈というもの、なにがしかの価値へのコミットメントを含む解釈のあり方の総称であるのならば、バルキンの議論は道徳的解釈の範疇に入る。

また、バルキンの「生ける原意主義」が、「憲法の救贖」の物語と一連のものとして語られる意義は、過去の法をめぐる歴史的営為が、過去なされたという事実のみによって正当化されることを否定する点にある。このとき、憲法解釈における歴史の参照は、従うべき原意の探求に限られず、憲法制定者あるいは憲法修正者の意図を批判するためにも用いられる。そのような歴史参照の位置付けは、アッカマンの議論や原意主義の議論とは異なり、歴史に対する個々の解釈が憲法の内容に直結することの問題を周到に避けている。

おわりに：原理において自由な憲法解釈と歴史参照の意義

バルキンの「生ける原意主義」と「憲法の救贖」という物語をめぐる一連の議論は、過去の営為を解釈の出発点として、それらを受容あるいは批判して、時宜

86) Balkin, *Redemption*, p. 12.

に応じてあるべき憲法像を結ぶ、という、構成的な憲法解釈である。そして、そのような営みは、論者によっては憲法典の制約を無視した憲法の捏造と非難される恐れを顧みず、憲法原理の目的という指針を頼りに、できる限り憲法解釈者の恣意を捨象することを通じて、解釈の帰結の憲法としての正当化を試みるものであった。

1 バルキンの議論からの示唆

(1) 憲法の動態の規範的正当化と popular sovereignty の実現との関連

バルキンの議論から見出される示唆はいくつかある。まず、「生ける憲法」を典型として憲法保障の動態性に着目する議論にあっても、それは必ずしも、恣意的に展開され、あるいは憲法典の示す枠組みを超えて、なにごしかの価値の実現を目指すのではない、ということである。もちろん、論者によって、憲法価値の流動性の度合いに対する評価は様々ではあり得る。しかし、その流動性に対する理論的制約は用意されており、それがバルキンの場合には、原理に限定した自由な憲法解釈と歴史の参照に見られる。

また、バルキンの議論において、裁判所による憲法の構築としての解釈は、とりわけ実体をめぐって積極的に憲法判断を行う正当性を獲得している。裁判所が、何が憲法の保障する価値かをめぐって積極的に自らの判断を展開することは、憲法典の原意に反するものではなく、その意味で裁判所の憲法判断は正当性を獲得する。そして制度的には、We the People による授権と権力分立を通じて、それぞれが憲法の解釈を闘わせ、議会などある特定の主体が、その法的正当性のみを根拠として、その主張を popular sovereignty の実現と僭称することを防ぐ。

(2) アッカマンの正当化との異同

このようなバルキンの一連の議論に伏流するのは、アッカマンが正当化しようとした、連邦憲法体制の現代における平等への志向である。しかし、バルキンは、自らの憲法の正当化をめぐる方法論が、アッカマンの議論とは異なることを数頁に渡って述べている。要約すれば、バルキンのいう構築としての憲法解釈は、アッカマンの考えとは異なり、それぞれの時期にあって連邦憲法体制に反した、その意味で革命的な憲法体制の変更ではなく、従って、アッカマンが強調した、憲

法体制の違法な変更という問題設定は誤りである。アッカマンが違法と考えた憲法体制の変更は実のところ全く合法であるばかりか、憲法体制の変更ですらないと説明される、ということである。⁸⁷⁾

アッカマンの議論において、いわゆる公民権運動期の端緒としての Brown 判決の位置付けは、先行する憲法秩序に対する根本的な憲法の内容・実体に関する変更である。そして、アッカマンの場合には、社会のあらゆる場面での人種間平等の要請は修正 14 条の要請ではなかったが、Brown 判決と公民権運動を通じて、憲法修正条項によらない憲法修正として正当化される。対して、バルキンの議論の場合には、修正 14 条解釈の裁判所による変更である。それは、修正 14 条の示す平等保護という抽象的な憲法原理の解釈であり、先例に従うことが不合理であるならば、自由に憲法解釈を変更することが正当化される。

ニュー・ディールについては、いささか特殊な事情が見られる。それは、ニュー・ディールの目的が一定の経済的平等あるいは福祉国家の実現である一方で、その動態は、憲法上の平等の動態としてばかりでなく、経済的平等を推進した統治機構の動態でもある。アッカマンはこれら 2 点を踏まえて検討の上、憲法修正条項によらない憲法修正によって双方が実現されたと説明する⁸⁸⁾。他方で、バルキンの場合には、憲法上の平等の動態とは別に、統治機構の動態に着目し、連邦憲法 1 条 8 節 3 項の連邦中央政府の通商規制権限の解釈拡大として説明する。そしてその結果政治過程による市場規制立法と裁判所の合憲判断による権限間協働が生じ、経済的平等が動的に実現される歴史過程が描かれる⁸⁹⁾。

再建期については、本稿はじめにで見たように、アッカマンは公民権運動期、ニュー・ディール期とは異なり、修正 14 条成立についての手続的瑕疵を主に問題としている。これに対し、バルキンは、修正 14 条成立過程の参照にあたって、当時の連邦議会多数派の共和党が連邦憲法 4 条 4 節の共和政体保障条項解釈により南部諸州選出議員の排除があった事実を確認するに留まる⁹⁰⁾。この点は、バ

87) Balkin, *Living Originalism*, pp. 309-312.

88) 参照、川鍋「違法な憲法が従うに値する理由」317 頁註 95。

89) Balkin, *Living Originalism*, pp. 138-182.

90) Balkin, *Living Originalism*, p. 186.

ルキンは明言しないが、連邦を構成することが許される「共和政体」とは何かについて、その概念の抽象性のために、当時の共和党の解釈が許容され、結果としてアッカマンが問題とした手続的瑕疵の問題は生じていないと考えている、ということのように思われる。

(3) 平等の実現をめぐる特殊アメリカ的文脈

バルキンの「生ける原意主義」は、原理原則二分論と、原理に限定した自由な憲法解釈の理論的正当性を主張するものであった。そして、その理論においては、文言の抽象性以外に原理と原則とを区別する要素はない。一方で、バルキンが「生ける原意主義」に依拠して具体的に展開した主要な議論からは、平等の実現へのコミットメントが見られた。このバルキンの平等への志向は、アメリカでも道徳的解釈の一種と評価され、「憲法の救贖」の物語と相まって、少なくともアメリカにおいて、憲法による平等の実現が重要な憲法理論上の課題として取り上げられていることを示唆する。

(4) 歴史主義の位置付け

歴史の参照という方法の意義についてバルキンの議論に見られるのは、憲法の正当化をめぐる方法論である、憲法学における歴史主義の実質的な修正である。歴史主義を標榜したアッカマンによる、豊富な歴史資料を利用した憲法史叙述は、それ自体連邦憲法体制下の憲法の歴史として正当なものではありえても、連邦憲法体制を正当化する議論としては疑義を残す。また、将来の革命的な憲法変更を正当化する手続を過去の憲法実践から帰納するという方法は、事実上の憲法変更に対する後付けの正当化の試みにも見える。対照的に、バルキンは、憲法解釈の上で憲法史の参照は必要と考え、その意味で歴史主義に依拠することを明言したが、歴史的に確認される憲法をめぐる営為が、現在においても通用する憲法であることを受け容れない。過去の憲法をめぐる営為は、それが現代の人々にとって従うに値すると考えられる限りで、尊重されるのであり、そのような尊重に値する営為は、歴史の参照を通じて明らかにされ、逆に尊重に値しない営為は、歴史の参照を通じて、その不当さを晒される。

このようなアッカマンとバルキンとの相違は、popular sovereignty の実現のされ方についての違いとしても現れている。本稿ははじめにで見たように、ある過

去の憲法をめぐる歴史的営為が、現在を含む後続する時代に、憲法として決定的、あるいは普遍的に通用する点は、従来の原意主義のみならず、アッカマンの議論にも共通する。そして、popular sovereigntyの実現とは、アッカマンの場合には制度上の憲法修正と憲法修正条項によらない憲法修正として実現された過去の営為であるが、バルキンの場合には過去の歴史的営為に基点をおいて展開される、現在の人々が求める時宜に応じた憲法解釈である。

2 憲法解釈の自由な変更の文脈依存性と歴史参照の担う役割

(1) 憲法解釈の自由な変更の文脈依存性

バルキンの議論の場合には、憲法解釈の自由な変更の具体的な場面について、憲法上の平等という問題に重点がおかれていた。一方で、それは、アメリカという社会の特殊な文脈に大きく依拠した議論であった。もちろん、民主主義を標榜する社会においては、一般に選挙権などでの政治的平等が強く要請されるということは考えられる。その一方で、憲法典は各国毎に異なり、いかなる価値がその国の憲法にとって重要な価値であるかは、それぞれの国の歴史的な文脈により異なる。

とりわけ日本の文脈においては、日本国憲法上の平和という憲法価値が何を意味するか、という問題が重要であるかもしれない。日本国憲法前文は、日本国民のみならず全世界の国民の平和的生存権を承認し、9条は、1項で戦争放棄、2項で戦力不保持と交戦権の否認を定める。これら条項をめぐる、政府解釈と学界からの批判の応酬の過程は、抽象的な平和という文言の意味の画定のために不可欠のものであったと言える。

(2) 憲法解釈において歴史参照が担う役割

ただし、過去に有権的になされた解釈は、バルキンの理論に従えば、常に批判に晒され続けることになる。そのために、バルキンの再定義した憲法学における歴史主義は、しばしば歴史解釈を行う者の恣意を憲法解釈に組み込んでしまう恐れを避け、また、歴史的に確認される憲法実践を批判する契機を有する点で意義を持つ。それは、アメリカにおいては、憲法解釈者が都合良く歴史を解釈して憲法価値を僭称する危険を避け、同時に、憲法制定者あるいは憲法修正者の意図に

従うことが不合理である場合に、それを批判する契機を与えるものである。

他方で、日本の文脈に引きつけて考えれば、平和をめぐる政府の憲法解釈がしばしば重大な変更を伴って展開されることについて、そのような変更が歴史的事実として認められるとしても、そのために正当化されることはない。むしろ、日本国憲法が定められた経緯、その後の判例史や政治史の展開からみて、批判されるべきものは批判されねばならない。

バルキンの議論を参照するかぎり憲法解釈のための歴史の参照は、いかなる憲法価値の実現を目指すかという目的の下に展開される。つまり、観察される歴史的事実そのものは、必ずしも法として従うべきものとは限らない。従って、バルキンの場合には歴史参照の目的として平等な連邦市民の権利の探求を標榜したが、何が平等な連邦市民の権利であるべきかは、歴史のみによっては画定されないはずである。フレミングは、バルキンの *popular sovereignty* の実現、あるいは、平等の実現へのコミットメントを道徳的解釈として整理したが、そのような道徳的解釈に内在する、自由な憲法解釈の理論的制約の可能性があり得るはずである。換言すれば、憲法解釈の目的が憲法解釈を制約しうる、ということであり、バルキンが明示しない、違憲、違法な憲法構築と表現すべき事態が想定される。歴史解釈によって明らかになる憲法実践への評価の基礎をなす価値へのコミットメントが有する理論的意義について、なお課題が残っているように思われる。

この点示唆的であるのは、アメリカの憲法学者アマール (Amar, A. R.) の議論である。彼もバルキンと同様、*popular sovereignty* の実現へのコミットメントを標榜し、歴史過程の参照を通じた *We the People* の達成物の探求を行う。その一方で、歴史過程の参照の結果にかかわらず、*popular sovereignty* の実現へのコミットメントそのものから、民主的選挙制度の廃止の禁止などが導かれるとする⁹¹⁾。この点については、アマールの議論の詳細な検討を他日期することを通じて明らかにしたい。

91) See, Akhil Reed Amar & Alan Hirsch, *For the People: What the Constitution Really Says about Your Rights*, Touchstone, 1999.