

論 説

アメリカ憲法理論の近年の動向

—— グランド・セオリーの退場 ——

金 澤 孝

- I はじめに
- II グランド・セオリーとは何か
- III 原意主義 (originalism) について
- IV 人民立憲主義 (popular constitutionalism) について
- V 道徳的解釈主義
- VI 結びにかえて

I はじめに

かつて筆者は、アメリカの憲法理論は一定の周期で循環運動をしていると論じたことがある⁽¹⁾。これに関連して過去10年くらいの間に徐々に進行してきた一つの現象がある。それは、ここ数十年のパラダイムであった(リベラリズム)「規範的憲法理論」の衰退である。そして今や「規範的憲法理論」から主役の座を奪ったかに見えるのは、「制度論的憲法理論」⁽²⁾である。往年のプロセス法学の現代版とでもいふべき制度的憲法理論は、プラグマティズムの発想に立ち、憲法を規範よりも制度として、政治学

-
- (1) 拙稿「憲法理論の新局面——反多数派支配主義という難点 (Countermajoritarian Difficulty)」法律時報79巻4号83頁以下(2007年)。
 - (2) 先駆的な業績として以下がある。松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回(1)(2・完)——近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として」民商法雑誌第140巻第1号36頁以下、第140巻第2号61頁以下(2009年)。さらに最も新しいモノグラフィーとしては次を参照。見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』(成文堂、2012年)。

的・実証主義的に捉えようとするところに特徴がある。

本稿は、Daniel Farber⁽³⁾と Suzanna Sherry⁽⁴⁾が、ほぼ10年前に刊行した共著⁽⁵⁾に依拠しながら、何故、規範的憲法理論が退場したのかについて、理論な分析を試みるものである。同書は出版から少なからぬ時間が経っているものの、その後の憲法理論をめぐる動向は、あたかも予言されていたかのごとく展開してきた。本稿は、同書を読み解きながら、規範的憲法理論に内在する難点を解明しようと試みるものである。もっとも、憲法理論の変化をマクロに捉えるためには、より多角的観点からの分析が必要であろうが、そうした分析に先だち、まずは規範的憲法理論に固有の問題を特定しておくのが重要だと考える⁽⁶⁾。

(3) Sho Sato Professor of Law and chair of the Energy and Resources Group at the University of California, Berkeley. 日本では環境法の専門家として知られており、その分野では翻訳されたものも多い。

(4) Herman O. Loewenstein Professor of Law at Vanderbilt Law School.

(5) DANIEL FARBER & SUZANNA SHERRY, *DESPERATELY SEEKING CERTAINTY: THE MISGUIDED QUEST FOR CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS* (University of Chicago Press, 2002). 本稿では(DSC ページ数)の形で引用する。なおこれは Farber と Sherry による共著プロジェクトの第二弾に位置付けられるものであり、第一弾はポストモダン法学の批判的検討であった。See DANIEL FARBER & SUZANNA SHERRY, *BEYOND ALL REASON: THE RADICAL ASSAULT ON TRUTH IN AMERICAN LAW* (Oxford University Press, 1997). 以下に紹介がある。那須耕輔「ラディカルな批判者との対話の試み?— Daniel A. Farber & Suzanna Sherry, *Beyond All reason, The Radical Assault on Truth in American Law*, Oxford University Press, 1997, pp. 195」*アメリカ法*1999-2, 228頁以下(2000年)。そして共著第三弾最終作が自説のプラグマティズム憲法理論を展開した以下のものである。See DANIEL FARBER & SUZANNA SHERRY, *JUDGEMENT CALLS: PRINCIPLES AND POLITICS IN CONSTITUTIONAL LAW* (Oxford University Press, 2009).

(6) 制度論的憲法理論が循環運動の枠内に収まるものなのか、それとも逸脱する全く新しい現象なのかといった問題も含め、最新の憲法理論動向全体については別稿を予定している。

II グランド・セオリーとは何か

Farber & Sherry が検討素材としているのは、現代アメリカ憲法学において傑出した理論家と目されている 6 名の研究者⁽⁷⁾ である。彼らの憲法理論の特徴は、それらが全てグランド・セオリーを志向している点にある。憲法にまつわるとく限られたマテリアルに基づいて、憲法の全体構造を説明する壮大な理論を構築しようとする試み、Farber & Sherry はこうしたアプローチを「基礎づけ主義」(foundationalism) (DSC 1) と呼ぶ。つまり基礎づけ主義は、憲法に関するアルキメデスの点を追い求める立場といってもよい。Farber & Sherry の炯眼は「基礎づけ主義」というタイトルのもとに憲法理論家を範疇化したところにある。

では基礎づけ主義に拠るグランド・セオリーと、規範的憲法理論は同じものであろうか。これらのグランド・セオリーは、最初に「あるべき憲法」を提示し、そこから演繹的に憲法判例や憲法現象を説明し尽くそうと試みるものであって、評価のものさしを所与のものとして、全ての善し悪しを判定しながら、可能な限り「あるべき憲法」の姿に近づけようとするものである。したがってグランド・セオリーは規範理論だと評価できると考え、以下では、規範的憲法理論＝基礎づけ主義のグランド・セオリー、として進める⁽⁸⁾。

ところで、Farber & Sherry によれば、アメリカの憲法規範 (constitu-

(7) 本稿では次の 3 名 (Antonin Scalia 合衆国最高裁判事, Richard Epstein シカゴ・ロー・スクール教授, Bruce Ackerman イェール・ロー・スクール教授) については検討対象から外している。3 名についての Farber & Sherry の分析・評価については、脚注 46 を参照のこと。

(8) グランド・セオリーが規範理論であるとしても、そうした理論を規範的に (normatively) に用いるか記述的に (descriptively) に用いるかという区別は可能である (See DSC 160-66)。後に見るように、Farber & Sherry は後者の観点では、グランド・セオリーの存在意義を認めている。本稿第 6 章参照。

tional law) を捉えようとする場合には、憲法にまつわる次の 8 つの原理については、実務家はもとより一般国民もまた常識として知っている事柄であり、これらを見捨てることはできないという (DSC 2)。すなわち、①合衆国憲法典は 1787 年に起草され、1789 年に批准された成文憲法であり、制定後まもなくに権利章典 (the Bill of Rights) が追加され、南北戦争後に非常に重要な憲法修正が行われたということ。②合衆国最高裁は、憲法を執行する (enforce) 任務を負っており、それは世論や個人の正義観念に従うことではなく、あくまで法に従うことを意味する。したがって、憲法解釈は通常、起草者や批准者が憲法の文言に込めた意味から出発すべきだということ。③憲法典は、第 5 編の正式の改正手続きに則つてのみ変更しようということ。④合衆国最高裁の判示事項は法であり、裁判官や公職者はもとより一般市民もまた従わねばならないということ。⑤合衆国憲法は、連邦政府に幅広い分野 (公衆衛生、環境、労働条件、差別、薬物、組織犯罪等々) の立法権限を与えているということ。⑥連邦、州を問わず政府が人種分離を行うこと、女性や人種・民族的マイノリティーに対して意図的な差別を行うことは憲法違反だということ。⑦合衆国憲法は、州を連邦政府の下位機関としてではなく、独立した主権を有する組織として位置づけており、どちらの政府も、表現の自由、沈黙の自由、人身の自由といったものを尊重しなければならない点では同じだということ。⑧政府が人々の配偶者を決め、子供の数を指図し、中絶を要求し、子供の監護権を恣意的に剥奪し、断種を強制するといったことについては、殆どの人々が憲法違反の蓋然性が高いと考えているということ、である。

ところが、これら 8 つの原理は必ずしも相互に無矛盾の関係にはない。たとえば、憲法は原意にもとづいて解釈されるべし (②) は、第 14 修正の平等保護条項が成立したときにコロンビア特別区に人種分離があった事実と矛盾し、⑥の命題を導くことができない。より深刻なのは⑧であろう。そこに列挙されている事柄は、憲法典にそもそも明文規定がないので、①から③までの全ての原理に抵触してしまうことになる。これを憲法のルー

ルが時代とともに変わったのだと説明することは容易いが、それでは③の原理と矛盾することになる。④については、一般論としてはコンセンサスであろうが、合衆国最高裁が判例を通じて示した個別の憲法解釈については、国民の評価は様々であるし、せいぜい⑤に関連する連邦法の制定は憲法上命令されていないが禁止されてもいない、という程度の共通理解があるというだけであろう。

憲法理論が、合衆国憲法典というテキストとそのテキスト解釈の総体としての憲法規範を、「あるべき憲法」論と「あるべき憲法解釈」論の組み合わせとして提示するものであるとき、①から⑧が相互に矛盾するということは、実際のところ、憲法規範は、合衆国最高裁が宣言する（ことが期待される）憲法の意味と、合衆国最高裁の用いる（ことが期待される）憲法解釈アプローチの組み合わせの中から、妥協の産物として形成されるものだけということになる⁽⁹⁾。

しかしながら、グランド・セオリストは、現代憲法法理 (modern constitutional doctrines) が、こうした雑多で進化していくプロセスで生み出されるという現実を認めない。彼らは揺るぎない基礎にもとづいた、論理的かつ原理づけられた分析しか受け付けないのである。その帰結として、裁判所が恣意的に法を創造する余地は一切排除され、憲法規範は、そうした憲法解釈の「公式」に基づいて、いわば無矛盾の体系として提示される。つまり、グランド・セオリーは、「憲法規範という建造物」(constitutional edifice) の正しい基礎 (いわば正解) を発見したという宣言なのである。

(9) これが Farber & Sherry の憲法観であり、「進化する妥協点としての憲法規範像」(vision of constitutional law as an evolving compromise) (DSC 3) である。彼らの考えるプラグマティズムのアプローチは、「憲法条文と制定史、先例、政策、原理、社会通念といった全てを考慮するものであり、どれか一つが決定的な要素というのではない。導かれた結論に説得力があるかどうか、それは裁判官が政治的手腕と法律家としての職人芸の両方を兼ね備えているかどうかにかかってくる」(DSC 3) ものだとされる。

Farber & Sherry によれば、そのような憲法解釈「公式」は、そもそも存在しない。そして、こうした理論家に共通する真の「問題」は、グランド・セオリーの各々のアイディアそれ自体ではなく、彼らが、自分のアイディアにあまりにも固執し過ぎるという点である。「たった一つのグランド・セオリーが、裁判官を正しく導き、あらゆる憲法問題についての、最終的な解答、少なくとも理にかなった解答を与えてくれるなどということはある得ない。複数の理論を組み合わせた場合にのみ、もしかすると可能かもしれない」(DSC 5) だけである。ところが、基礎づけ主義がしばらくの間アメリカ憲法学界の中で影響力を持ったために、独自性や創造性が高くプリリアントである(が、明らかに間違っている)ような学説がもてはやされる、という不幸な状況が続いてきた⁽¹⁰⁾。

それでは具体的に基礎づけ主義のどこか問題なのか。結論を先取りして言えば、基礎づけ主義者は、合衆国憲法に関する統一理論、つまり確実性、純粋性、一貫性といった究極的には手に入らないものを無益に追い求めてしまっているということになる⁽¹¹⁾。グランド・セオリストは、小さな理論には満足できず、より大きな、全てを一括して説明できる理論を好む。しかしながら、憲法規範も所詮は人間の作りだしたものであり、人間の多様性を前提にすれば、それは本来もっと複雑多岐な構築物のはずである。そこで基礎づけ主義の理論家は、視野を限定することで、「憲法規範の多面性」(multifaceted Constitution) (DSC 8) を捉えきれず、群盲象を評すがごとくの悪循環に陥ってしまう。加えて憲法解釈「公式」もまた、自動的に答えが出るほど確実なものではなく、結局、裁判官の恣意的な解釈あるいは解釈理論の選択を抑制できない。このように「憲法規範の唯一確実な基礎を探求することは無益であって、健全な憲法システムにとって

(10) グランド・セオリストの描き出す憲法像は、実務法曹や一般市民には容易に理解できないものになってしまっており、何よりも、彼ら自身がお互いに理解できなくなってしまっているという(See DSC 6)。

(11) DSC の書名は John Dewey の “The Quest for Certainty” (1929) のものじりであろうと思われる。

は有害であるばかりか、全く不必要なことである」(DSC 8-9)。グラント・セオリーは憲法の「確実な」意味、それを導く「確実な」解釈理論を包括する理論を標榜するが、理論の上で多少の矛盾があろうとも、憲法は現に適用・運用され、憲法規範は生成されていくものである。グラント・セオリストは、この現実に堪えられない潔癖症の人達だということになる。

III 原意主義 (originalism)⁽¹²⁾ について

はじめに分析の俎上に載せられるのは原意主義である。原意主義が有力なグラント・セオリーの一つであることについては、さほど異論はないものと思われる⁽¹³⁾。原意主義と一口に言っても色々な立場があるのだが、Farber & Sherry は、Robert Bork⁽¹⁴⁾ をもって代表させる。それは彼が最も純粋な型の原意主義を信じ、保守的な憲法研究者の代表を自認しており、一般の知名度も高いからである⁽¹⁵⁾。最も純粋な型とは、「憲法は起草者と批准者の有していた意図に照らして解釈されなければならない」(DSC 10) というものである。これは、あらゆる憲法問題に対して、唯一

(12) 野坂泰司教授による一連の先駆的業績をはじめ、原意主義に関する研究論文は多数にわたる。ここでは最近の研究として以下の二つを挙げるにとどめる。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』(日本評論社, 2010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形(1)(2)(3・完)」法学論叢第166巻第4号49頁以下, 第167巻第3号98頁以下, 第167巻第5号42頁以下(2010年)。

(13) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社, 2001年)。本稿で論じていることは既に同書で視点は異なるものの緻密に分析されていたことであり、その意味で筆者は未だこの重力圏から一步も抜け出せていない。

(14) See ROBERT BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW (Free Press, 1989).

(15) Farber & Sherry は、それ以外の原意主義の有力な論者として、Frank Easterbrook 現合衆国第七巡回区控訴裁判所首席判事, Steven Calabresi ノース・ウェスタン大学ロー・スクール教授, Gary Lawson ボストン大学教授を挙げる。

の解釈手法を通じて解答できると考えるものだから、基礎づけ主義である。また Bork が原意主義を支持するのは、この憲法解釈手法が、裁判官によって政治部門の判断が修正されることを防止する、つまり裁判官が自らの価値観を政治的多数派に押し付けることを抑制できる、とも考えているからである。この点もまた、多くのグランド・セオリストと共通している。

では原意主義は裁判官の恣意的判断を本当に抑制できるのか。Bork は、制憲者の「もともとの理解」(original understanding) に従うことは可能であると同時に望ましいことであって、また、これのみが裁判官を抑制する唯一の方法だと主張する。解釈のための第一原理は憲法典によって与えられており、その原理に基づいて面前の事案は自動的に解決できる。憲法の文言は制定時のままに理解すべきであって、これは歴史の記録を見れば現代にあっても容易に判明するということである。

けれども、憲法解釈というのは計算問題 (a mechanical act) (DSC 13) ではないし、これは、裁判官の営為や憲法の歴史について、あまりにも粗雑な見方をしていると言わざるを得ない。原意主義者は、裁判官には、原意主義に盲目的に従うか、あるいは自らの政治的判断に従うかの二者択一しかありえないという構図を描き出すが、彼らが生きているのはそれらの中間領域であろう。

しかも原意主義者は、憲法に関する建国世代の明確な意図を、現代にあっても確定できると想定している。けれども、きちんと歴史研究をふまえた原意主義者の間ですら、否、誠実に歴史研究をすればするほど、憲法の特定の条項についての意味が違ってしまうことはよくある。これは「歴史の記録は全く不確定ではないものの、憲法にかかわる複雑な争点について唯一の答えを示すほどには確定的でもない」(DSC 15) ということを意味していよう⁽¹⁶⁾。

(16) 原意主義者が、こうした事態を、歴史研究者が自分の偏見に囚われているために真実が見えないだけだと批判したとしても、これ自体が、歴史の記録によ

結局のところ、原意の確定は、原意主義者が主張するよりも遥かに困難なのである。だいたい、制憲者とは誰のことであろうか。起草者かそれとも批准者か、はたまた当時の有権者か、いや国民全体か、一体どれを指すのだろうか。憲法改正の際にも同じように問題となる⁽¹⁷⁾。そして、Farber & Sherryは、どれを念頭に置いた場合であっても、原意に関する資料は断片的、かつ相互に矛盾するようなものばかりで、信頼性に欠けることは否めないという⁽¹⁸⁾。原意を探る作業は、時代のギャップと資料の曖昧さゆえに困難を極めることになる。

もちろんだからといってFarber & Sherryは憲法史を不要だなどと考えているわけではない⁽¹⁹⁾。史実を明らかにしたとしても、それが決定的な証拠となることまでは意味しないというだけである。また史実は錯綜しており評価が難しいからといって、原意主義が、即、憲法理論として無価値になるわけでもない。ただ単に、憲法解釈上の争いを解決する方法としての実効性に疑いが生じるというだけである。多くの実務法曹に歴史研究の素養がないことを考慮すれば、当然の帰結である。

実は、Bork自身が、このような原意主義の欠陥を、身をもって証明してしまっている。つまり歴史を弄ぶという落とし穴に落ちているのである。史実が全てと言うわりには、彼が著書で引用するのは、ザ・フェデラリストと、どのケースブックにも載っているような憲法判例だけである。のみならず、彼は自分に望ましい結論を導くために歴史を無視し、歪曲す

る各人のイデオロギー抑制が不可能であることの証明となる。

- (17) 憲法起草者が一人でないことから、起草者間での意見の相違も当然にあったはずである。さらに言えば、仮に一人であったとしても、その人の意見は時間とともに変わっていくものであろう。
- (18) Farber & Sherryによれば、フィラデルフィア憲法制定会議の議事録として最も信頼できるのはマディソンのメモだが、これですら議事の割ほどしかカバーしていないという（*See* DSC 15）。
- (19) むしろその逆である。*See* FARBER & SHERRY, A HISTORY OF AMERICAN CONSTITUTION (2nd. West Group, 2005). 二人の編になる、このアメリカ憲法史のテキストブックの初版は1990年に出版されている。

らしている。その一例が、Dred Scott 判決⁽²⁰⁾の扱い方である。Bork は、同判決を司法積極主義的な最高裁判事が犯した大罪として非難し、判事らが原意主義に従っていれば罪を犯さずに済んだかのような言い方をする。だが実際には、Taney 合衆国最高裁首席判事執筆の多数意見は、制憲者の奴隷制容認という意図、つまりは原意にもとづいていたのである⁽²¹⁾。

さらに、ある憲法の条項について、時代の隔たりゆえに史料ではいかんとも理解しがたいことが判明すると、Bork はそのような条項を、インクのみし (ink blot) であって、無いものとして扱う、という態度をとる。その代表例が、合衆国憲法第 9 修正の権利留保条項と、第 14 修正の特権・免除条項である。だが、Farber & Sherry によれば、歴史の記録は、二つの条項が Bork の悩むほどには曖昧漠然としていないことを示しているという。またしても皮肉なことに、憲法の一部をインクのみしと見なすような解釈をした時点で、このアプローチが憲法解釈方法として全く信頼性に欠けるものであることが判明してしまう。というのも、インクのみしであるという彼の結論自体が、歴史的な証拠ではなく彼独自の憲法観、個人的見解に基づくものに過ぎないことを自白しているからである。

意味内容の曖昧な条項は、裁判官の恣意的な解釈の余地を生む虞はあるが、もしかすると制憲者は、そうした解釈の柔軟性を意図して文言を定めたのかもしれない。Farber & Sherry は、第 9 修正や特権・免除条項の意味内容については、後の世代の裁判官の解釈に委ねたというのが原意だと解することも可能だという。何よりも、制憲者が裁判官は「原意主義」を採用すべしとの原意であったという、原意主義それ自体が、史実では確定できないのである。

ところがその一方で、Bork は原意主義で全てが解決できないこと、裁

(20) 60 U. S. (19 How.) 393 (1857).

(21) See Christopher L. Eisgruber, *The Story of Dred Scott: Originalism's Forgotten Past*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES (2nd. ed., Foundation Press, 2009).

判官が時として法創造を行うことを否定してもいい。これは、突き詰めれば、原意主義で解決するのが適切な場合とそうでない場合の線引きを裁判官に一任することを意味するので、原意主義者の想定以上に、裁判官の裁量を広げることになるはずである。

このように Farber & Sherry の診断では、Bork の原意主義は見せかけよりもずっと弱いものである。実際、彼は、史実にもとづいて確立した法理を覆すことで、かえってアメリカ国民に原意主義への不信を抱かせることになってしまう虞のある場合には、尻込みしてしまう。たとえば、Bork は原意では明確に答えが出るはずがないにもかかわらず、編入理論 (incorporation doctrine) を黙認する。より深刻なのはブラウン判決⁽²²⁾への評価であろう。彼は、第14修正の制憲者が、一方で人種分離を違法とはせず、他方で同時に人種の平等を促進しようとするのが意図であったと、歴史的な証拠を示すことなく言い切っている。けれども Farber & Sherry は、常識的にみてもこれら二つの意図は両立しないだけでなく、Bork によるブラウン判決の正当化は、二つの点で致命的な欠陥があるという。第一に、史料ではっきりしていることは、19世紀の制憲者は市民的・法的地位の平等のみを想定していたのであって、社会的地位の平等は考えていなかったということである。その場合、教育は後者にかかわることであるから、第14修正の射程外ということになるはずである。Bork はこの点について、制憲者の持っていた平等概念が最初はどのようなものであったにせよ、ブラウン判決の時点では社会的地位の平等も含まれるように、法的地位の平等に関する理解が変わったのだと説明するが、これはもはや原意主義ではない。第二に、彼は、この平等観が、ブラウン判決時の合衆国最高裁にとって自明のことだったと述べる。けれども、自明か否かは裁判官の主観的な問題であるから、これでは裁判官への解釈指針を示し、その恣意的判断を抑制するという Bork の当初の目的は達せられないことになって

(22) 347 U. S. 483 (1954).

しまう。このように Bork の原意主義は、編入理論とブラウン判決に対しては極めて控え目なのである。ただそうすると、彼の原意主義を採用する裁判官には大きな自由裁量があることになるだろうし、とすれば、彼らが Bork の好まない結論⁽²³⁾を導き出す可能性（危険性）も小さくないことになろう⁽²⁴⁾。

Bork の原意主義の憲法解釈方法の問題点は以上に見たとおりである。最後に、原意主義の今ひとつの特徴を確認しておく。それは原意主義が、現在の憲法システムに対する反動、政治的な意味では保守反動として作用し得るということである。たとえば、Bork は合衆国憲法第 1 修正の法理について、同条項で保障されるのは政治的言論であることが明白なものに限られ、現在保障されている多くの言論を射程外とし、場合によっては検閲も許されると主張している。この主張は、言論の保障範囲を着実に拡大してきた 20 世紀の憲法判例の流れとは、正反対の過激なものであろう。Farber & Sherry によれば、他の原意主義者も Bork と似たり寄ったりである。彼らは、裁判官の恣意的判断を抑制する最も効果的な解釈手法として原意主義を提唱する一方、原意を絶対視することで、判例の積み重ねの中で確立してきた憲法法理を破棄することに躊躇しない。けれども、原意が本来、不確定なものだとすれば、結局、原意とは、原意主義者が原意だと信じているものに他ならない。だとするならば、原意主義者自身が、自分の信ずる原意にもとづき、フリーハンドで憲法の意味内容を決定するということになってしまうのではないか。かかる原意主義を裁判官が実

(23) See e. g. *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

(24) ほとんどの原意主義者は、原意に拠る場合とそうでない場合の線引きをしており、この境界線は先例拘束性の原理で引かれることが多い。つまり、裁判官は常に原意によって憲法解釈すべきであるが、同時に、仮に先例が原意と一致しない場合であっても、その先例を覆す必要は必ずしもない、というやり方である。その結果、原意主義は原意と先例のいずれを優先するかを判定する基準は何か、というさらなる線引きの問題を抱え込んでしまっている (See DSC 25)。

践したならばどうなるか。もはや原意主義者の目論見が成功しえないことは明らかであろう。原意主義者は原意主義に足元を絡めとられてしまっているのである。

IV 人民立憲主義 (popular constitutionalism) について

次に Akhil Amar の人民立憲主義をみてみよう⁽²⁵⁾。人民立憲主義論者としては、Mark V. Tushnet, Larry Kramer⁽²⁶⁾ なども有名であり、ごく最近ではかなり有力となってきた立場である。Amar はその中でも先駆者の一人といってよい。もちろん論者によって立場に若干の違いはあるものの、人民主権 (popular sovereignty) を中核に据えるという点は共通している。ともあれ Amar の人民立憲主義が、どのような意味で基礎づけ主義であって、それがどのような問題を抱えているのか、以下に詳しくみてみたい。

1 憲法典内条文主義という憲法解釈論

Amar の憲法解釈論は非常に個性的なものである。憲法典内条文主義 (intratextualism)⁽²⁷⁾ ないし憲法典中心主義 (documentarianism) とも称される当該方法は、条文主義 (textualism) と原意主義の一種の混合物と考

(25) Amar 教授の学説は以下に詳しく紹介されている。松井茂記「ポピュリストの憲法理論——アキル・アマー教授の見解を契機にして」早稲田大学比較法研究所比較法学第45巻第2号19頁以下（2011年）。さらに次も参照。松井茂記「ポピュリスト立憲主義をめぐって」佐藤・平松・初宿・服部編『阿部照哉先生喜寿記念論集 現代社会における国家と法』353頁以下（成文堂，2007年）。

(26) Tushnet 教授と Kramer 教授の学説については、以前に簡単に紹介したことがある。拙稿「人民立憲主義論 (Popular Constitutionalism) と反多数派支配主義の難題 (The Counter-Majoritarian Difficulty) への示唆」早稲田法学会誌第57巻49頁以下（2007年）。

(27) See Akhil Reed Amar, *Intratextualism*, 112 HARV. L. REV. 747 (1999). 訳語については、前掲脚注25松井（2011年）に倣った。

えてよい。憲法典内条文主義は、裁判官に対して、合衆国憲法典の中で全く同じ言葉あるいは類似の言葉が用いられている場合には相互に関連づけて解釈せよと、指示するものである。かつてマカロック判決⁽²⁸⁾において Marshall 合衆国最高裁首席判事が、必要かつ適切条項 (Necessary and Proper Clause) (第 1 編第 8 節第 18 項) を解釈する際に用いた手法がこれと同じようなものであった。ただしそれと比べると、Amar のほうは「強い憲法典内条文主義」(strong intratextualism)、非常にラディカルな解釈方法である。

具体例を一つ挙げれば、Amar は、第 1 修正の「言論」という文言を、第 1 編第 6 節の言論・討議条項 (Speech and Debate Clause) と併せて解釈しなければならないという。後者は連邦議会における議員の言論および討議について定める条文であるが、二つを並べる結果、言論・討議条項が「政治討論」にかかわるものである以上、同様に第 1 修正もまた民主主義にかかわる言論を保障するということが核心にあるのであり、それ以外の言論は範囲外に置かれるという結論が出てくるのである。それゆえ Amar にとっては、先にみた Bork と同様に、現在の合衆国最高裁の第 1 修正の判例法理は、根本的に誤りだということになる。

けれども、Farber & Sherry によれば、この手法は明らかに同語反復のきらいがある。つまり、言論・討議条項は、連邦議会内で許されないことは議会の外の公共討論でも許されないと言っているだけであって、そもそも、なぜ二つの条文を同列に並べることができるのかという点が説明されていないからである。

第 1 修正と第 1 編第 6 節を並べて解釈することで、Amar は、さらにラディカルな結論も導き出している。すなわち、後者にあっては、連邦議会は言論の主題を規制できる (何曜日はこれこれの議案を扱うといったこと) のだから、同様に第 1 修正にあっても、内容規制は許される、というので

(28) 17 U. S. 316 (1819).

ある。けれども、内容規制・内容中立二分論こそは、周知のごとく現在の第1修正判例法理の肝心要の一つなのであり、この主張は現行法理を放棄せよというのに等しい⁽²⁹⁾。

以上の憲法典内条文主義の実践は、同じ文言は同じように扱うというものであるが、Amarは、異なる表現を似たように扱う場合もある。その一例がボリング判決⁽³⁰⁾である。同判決は、ブラウン判決のコンパニオンケースであるが、人種別学制の主体が連邦政府（コロンビア特別区）であり、適用条文である第5修正には、州を名宛人とする第14修正と異なり、平等保護条項がない、という問題があった。これは、ほぼ80年前に制定された第5修正が、後世の条文である第14修正と、言い回しに違いがあるにもかかわらず、同じ内容だということがあり得るかという、いわゆる逆編入の難問である。

通常は、プラグマティックに、州ができないものは連邦もできるはずがない、といった理屈で正当化せざるを得ないのだが、Amarはこの問題を憲法典内条文主義で説明しようと試みる。Farber & Sherryによれば、条文を根拠にボリング判決を正当化する論者は非常に珍しいという。具体的には次のような論証が行われる。第一にAmarは、合衆国憲法第1編第9節と第10節を並べてみる。前者では連邦議会が、後者では州が名宛人ではあるものの、どちらにおいても、私権剥奪法と事後法の制定と貴族の称号授与の三つが禁じられている。人種による差別というのは、私権の剥奪であると同時に、黒人よりも白人を優越させるという点で貴族の称号授与に似ている。したがって州のみならず連邦もまたかかる差別をすることはできない、と論じるのである。もっとも、Farber & Sherryによれば、史料を見る限り、制憲者や批准者がこれらの条項でAmarの主張するよう

(29) 当然のことながら逆にAmarが賛同しない結論も導くことができる。たとえば、上院では議員が同僚に対して不適切な言葉を用いた場合には懲戒に処すことができるのだから、同様に、メディアが上院議員に対して不適切な言葉遣いをした場合には規制が許される、というようなものである（See DSC 79）。

(30) 347 U. S. 497 (1954).

なことを意図していたとは到底言えないようである。

Amar の第二論証は、さらに創造力豊かなものである。なるほど第 5 修正には平等保護の文言はないが、だからといって全くそうした観念が入っていなかったわけではない。言ってみれば、同修正制定時から潜在的には存在していたのであり、第 14 修正制定時に明示されることになったのである。よって第 5 修正もまた、平等保護条項を含むと解される。再度、Farber & Sherry は、この Amar の論証もまた、第一論証と同様に、史料によっては全く裏付けられないものだという。

こうした Amar の憲法典内条文主義は、憲法典の細かな言い回しに配慮を求めるものであり、それはそれで解釈方法としては見るべきところがあるが、彼しか使いこなせないという点に難があらう。また何よりも憲法典内条文主義は、既に指摘したように循環論法の気味がある。憲法典の一節 A をほかの一節 B と並べて比較する場合、A を解釈するのに、B と比較して意味内容を確定し、次に B を解釈するのに A に照らして行う。これでは堂々巡りである。とするならば憲法典内条文主義には、解釈方法論とは別に、かかる比較をコントロールする理論が必要となる。つまり、言い回しが類似のときに解釈内容もそれに従うべき場合と、従うべきでないか、あるいは無視すべき場合を特定する理論である。Farber & Sherry によれば、Amar の人民主権論への実体的なコミットメントがそれだということになる。Amar の条文解釈は、人民主権の枠組みの中ではじめて成り立つものである。人民主権は、制憲者がコミットしていたはずだと Amar の信じる一つの思想的な立場なのだが、彼はそれを史実として語る。そして人民主権論が憲法典内条文主義を下支えしているとするならば、Amar は明らかに彼の憲法解釈論を一つの基礎の上に構築していることにならう。

2 人民主権論

では Amar の人民主権論とはいかなるものか⁽³¹⁾。彼によれば、合衆国

憲法典は人民主権について定める文書であり、人民主権とは、人民の多数派が自己統治を行うということ（self-rule by a majority of the people）である。さらに憲法典は個人（persons）と集合体としての主権者＝人民（the people）を使い分け、権利章典では「人民」が用いられていることから、憲法上の権利は集合体としての多数派の権利（majority rights）を意味する。この結果、Amarは次のような結論に至る。権利章典は少数派の個人が多数派の専制に抵抗する権利を保障したのではなく、立法府が信頼性を失い腐敗していくのを防止するための、多数派の権利を保護したものである。合衆国憲法は人民主権を確実なものとすることを目指すものであって、人民主権を制約するものではない。

こうした人民主権論もまた、Farber & Sherryによれば、相当に脆弱な歴史解釈の上に築かれている。例えば、第15修正について、一般には解放奴隷の連邦および州における選挙権を保障したものと理解されているが、Amarは同修正の文言に着目し、投票するというのであれば、陪審に参加する（評決の）権利もここで保障されることになり、さらにまた兵役を務める権利（共和主義であれば兵役と投票はセットになっている）もまた保障されると述べるのである。けれども、前者について言えば、第15修正が制定された19世紀にあって投票行為と陪審は異質なものとして理解されていたというのが史実であり、後者についてもまた、18世紀の建国時に共和主義的なものの影響がなかったわけではないが、その後の歴史を見る限り、時代が下るにつれて、かかる思想が益々定着したとも言えず、したがって19世紀の時点で投票と兵役を同列に論じるのは無理があるという。

このようにAmarは、史実を憲法典内条文主義に何とか取り込もうとするのだが、史実自体が彼の人民主権論によって歪められてしまっている。のみならずFarber & Sherryは、そもそもポピュリズムが建国時の最重要課題だったという認識自体に問題があると指摘する。制憲者は、人

(31) See generally AKHIL REED AMAR, THE BILL OF RIGHTS: CREATION AND RECONSTRUCTION (Yale University Press, 1998).

民というものを信頼せず、一般大衆の権限を最小化するような統治構造を作りだした、というのが事実なのである⁽³²⁾。ということは、実は Amar は、18世紀建国期における人民主権というものを誤解している可能性すらある。人民に主権が存するとしても、それは観念的なものにとどまるのであり、Amar が念頭に置くような実質的な人民主権論ではあり得ないし、まして多数派による支配などではないということである。これに関しては、歴史家の間では既に共通理解があるにもかかわらず、Amar は受け入れていないとされる。その結果、彼の憲法にまつわる論証は、史料や史実ではなく憲法典の条文を根拠とせざるを得なくなり（憲法典内条文主義）、循環論法に陥ってしまうことになるのである。

ところで Amar の議論は、多数派主義を中心に据え、権利というものを二次的な地位に追いやるものであった。Farber & Sherry は、こうした考え方もまた18世紀の思想的潮流と合致していないという。当時はもちろん19世紀半ばに至るまで、アメリカでも自然権思想が優勢だったことは史料からも明らかであるし、多くの判例において自然権思想は言及されている。ということは、Amar は、自らの人民主権論を維持するために、明白な史実を無視しているのだということになるだろう。Amar の描き出す歴史は余りに法律家的 (too often lawyer's history) (DSC 89) なのである。憲法史家でもある Farber & Sherry の目には、憲法制定史というものが無秩序で曖昧で錯綜したものに映るにもかかわらず、Amar は極端に単純化してしまうことで、かえって不正確になってしまっている。こうして Amar もまた、現代の理論家にありがちな、昔はよかった式の罫 (the past was a golden age) (DSC 89) にはまってしまっているのである。

以上の分析から、人民主権論それ自体が成り立たないとするならば、これを基礎とする憲法内条文主義もまた、成り立たないことになるだろう。

(32) 州議会が上院議員を選出する制度（後に第17修正で直接選挙へと変更される）と選挙人団による大統領選出の制度は、その表れだとされる (See DSC 86)。

文言と文言、条文と条文の比較対照基準である人民主権論に疑問符がついた以上、かかる解釈方法は何でもありということと変わらないからである。

もとより、Amarの人民主権論が、裁判官よりも一般市民への信頼にもとづいていることは容易にみてとれる。裁判官の恣意的な判断を抑制したいという目標は、Borkの原意主義とも共通する問題意識である。ところが、このように憲法典内条文主義と人民主権論が破綻してしまうと、もはやこれらの憲法理論では裁判官を抑制することなど到底不可能だということも明らかである。Amar自身が憲法典を好き勝手に解釈しているのだから、裁判官が同じふるまいをするのを回避することなど、できるはずもない。

でも一体Amarはどこで躓いたのだろうか。Farber & Sherryは、結局、原意主義と同じ失敗だとみている。すなわち「問題は、条文主義や原意主義、人民主権論といった理論それ自体ではない。理論をどう用いるかなのである。Amarについていえば、条文や史実に着目する点では何ら大きな間違いを犯していない。けれども、それ以外のものには全く目を向けないことが大間違いなのである」(DSC 96)。

V 道徳的解釈主義

最後に Ronald Dworkin⁽³³⁾のグランド・セオリーをみってみる。Dworkinは、本稿第3章で扱った原意主義と、前章の人民主権論の両方を批判し、その先に自説を組み立てている。Dworkinによれば、原意主義は、制憲者の予期したことを彼らの意図した意味だと取り違える点で混乱をき

(33) Dworkinの著者はほとんど翻訳されており、研究論文もまた非常に多い。ここでは最新の研究論文アンソロジーとして、宇佐美誠・濱真一郎編著『ドゥオーキン——法哲学と政治哲学』（勁草書房、2011年）、憲法研究者によるモノグラフィーとして小泉良幸『リベラルな共同体——ドゥオーキンの政治・道徳理論』（勁草書房、2002年）、以上の二つを挙げるにとどめる。

たしており、他方、人民主権論は、民主政というものの規範的な基礎について誤解しているという。

Dworkin が解こうとしている問題は、「何故、民主政にあって、裁判官の道徳的見解が、時に立法府のそれよりも優越すべきなのか」(DSC 124) という、いわゆる「反多数派主義の難点」(coutermajoritarian difficulty)⁽³⁴⁾ である。これは合衆国憲法典の条項が抽象的道德原理の形で定められており、事案に適用するに先立ち解釈をほどこさねばならないとすれば、つまるところ、立法府の解釈と裁判官の解釈のいずれが優越するのか、という難問である。Farber & Sherry によれば、Dworkin の場合、かかるディレンマの道徳的側面に鋭く切り込もうとしている点に特徴があるという。

反多数派主義の難点を解く、というよりも回避する一つの方法が、原意主義である。裁判官は制憲者の指示に従っているに過ぎず、制憲者こそは人民を代表する存在なのだから、という説明の仕方である。仮に裁判所が、ある制定法を違憲無効だと判断したとしても、それは現多数派の意思には反しているかもしれないが、制憲者という圧倒的な存在の意思に従っているのだから問題はない、ということになる。いかなる憲法原理を選択するかについては、制憲者に委ねられており、裁判所は忠実な代理人にとどまる。既にみたように、原意主義者 Bork が描き出したのは、かかるフィクションであったし、人民主権者 Amar もまた一部、同様の説明に依拠していた。

Dworkin によれば、原意主義は「意味」(meaning) に二種類あることを理解していないという。例えば、「残酷で異常な刑罰」(cruel and unusual punishment)⁽³⁵⁾ という文言を考えてみると、この意味は、①憲法制定時に「残酷で異常」だと一般に考えられていた具体的な刑罰を指す実質的な限定列举なのか、それとも、②もっとより抽象的な「残酷さ」という観念を指す例示的列举なのか、いずれかであろう。二つの違いは、「死刑」

(34) 前脚注 1 の拙稿参照。

(35) 合衆国憲法第 8 修正。

が同条項に該当するのかどうかを検討すれば、はっきりする。①の意味であれば、憲法制定時に「死刑」は「残酷な刑罰」に含まれなかったことは明白な史実であるから、自動的に答えが出る。しかし②の意味にとった場合、例えば現代にあっては、「死刑」が「残酷」であると考え人は少なくないため、逆の答えが出てしまうかもしれない。今日の裁判官は、いずれかの意味を選択しなければならないのだが、制憲者の意図によるだけでは、答えは出ないのである。

原意主義の戦略は、裁判官を論争誘発的な道德判断の場面から解放し、憲法原理の選択を専ら制憲者に委ねるというものであるが、今の例が明らかにするように、こうした戦略は、二つの意味を混同することで、制憲者の意図があたかも確実に特定できるかのような錯覚を生みだしている。ましてデュープロセス条項や平等保護条項といった最も抽象的な条文の解釈にあたって、裁判官が道德判断を免れるなどとは考えにくい。その場合には、制憲者が意図し念頭に置いていたような具体例よりも、一段高いところで概念の抽象化をしなければならないからである。たとえば平等保護について、憲法原理は、政府が全ての人を平等な地位にある者として処遇し、平等な配慮をもって扱わなければならない、という極めて広い射程の原理だとするならば、裁判官が具体的な事案に当該原理を適用するに当たって、道德判断を回避することなど到底無理である。原意主義を誠実に実行しようとすることは、かかる道德原理を如何に適用するかということに他ならず、それ自体が道德判断となる。

では他方、人民主権論は、反多数派主義の難点にどのように対処するのか。全ては政治の場で多数決によって決定すべきであり、司法審査は廃止すればよい、というのが一番単純明快な解答かもしれない。Amarは憲法を正式の改正手続きに拠らずに人民投票で改正できるとすら考えているのだが、いずれにせよ、裁判所の下した憲法判断は当面、暫定的なものにとどまり、その争点について人民の意思が表明されて初めて確定的なものになると考えているだろう。Amarはまた、合衆国憲法を諸個人の権利保障

よりも人民主権を謳ったものとして解釈しようともしていた。彼にとっては、合衆国人民は憲法の法理を生み出す主体なのであって、司法審査の犠牲者などではない。

Dworkin は、こうした人民主権論が基本的なところで間違いを犯していると考えている。人民主権論者は、民主的正統性が多数決に基礎づけられると想定しているが、多数決が多数派の選好と同じものと理解しているのならば、それは Dworkin の考える正統性概念とは全く違うからである。一般論として、集合行為には、構成員が集団の一員としての自覚を持ち共同責任を負って行為している場合と、そうでない場合がある。後者については集合行為といっても単に統計学的なものであって、道徳的要素はほとんどない。多数決にもとづくといっても、それは「世論調査による政府」(government by public opinion poll) (DSC 128) のようなものである。けれども、多数決に参加できるというそれだけで、政府の決定を自分の行為を見做したり、これこそが自己統治なのだと感じたりするだろうか。Dworkin は「否」と考える。単に頭数の一つになるだけでは、自己統治の意識まで持つことはできない。これは構成員の間に相互尊重というものがあって、はじめて可能となるという。

その線でいけば、Dworkin は、人民主権論者が、憲法の道徳性は人民の同意からしか生み出されない、と主張するのも間違いだと考えているはずである。例えば、正式の憲法改正手続きを踏んで、少数派の選挙権を剥奪するような憲法改正が行われた場合を想像してみればよい。Amar にとって、当該憲法修正条項は、他の憲法の条項と同程度に尊重されるものであろうし、人民が決定したものであるから、きちんと執行しなければならないものである。しかし Dworkin は、この修正条項が道徳的に疑わしいものだと考える。だから万一、裁判所が当該修正条項を無効にしたとしても、Dworkin は裁判所の判断が反民主的だと言って非難することもない。なぜならば「裁判官は民主的共同体のインテグリティを維持することで、自己統治を確かなものにしたのだ」(DSC 129) と言えるからである。

Farber & Sherry は、以上のような Dworkin の議論には一理あると考えている。人々が憲法を信頼しているとすれば、それは人々が憲法を擁護するに値する文書だと思っているからである。そしてこのことは、数こそ全てという多数派主義には還元し尽くせない、規範的な何ものかを、人々が信じているということの意味している。

こうして原意主義と人民立憲主義を退けたのち、Dworkin は自説である道徳的憲法解釈論 (moral reading of the Constitution)⁽³⁶⁾ を提示する。これは抽象的に言えば、裁判官は、憲法条項の中に射程の広い道徳原理を見出し、可能な限りインテグリティを維持しつつ、原理を発展させる義務があるというものである。道徳的憲法解釈論は一見、反民主的なものに見えるが、Farber & Sherry はその点を誇張しすぎる必要はないという。というのも殆どの事案は、先例と慣行によって解決できるイージーケースであって、裁判官の恣意的判断の働く余地は少ないからである。むしろ道徳的憲法解釈は民主政を害するどころか、より強くするものだと Dworkin は考えているかもしれない。道徳的憲法解釈を「共同解釈」(communal interpretation) と見做すことのできる場合には、集合行為が自己の行為と同一視できたのと同じように、裁判所の解釈が共同体の憲法解釈として共同体の構成員にも受け入れられるはずだからである⁽³⁷⁾。

とはいえ、道徳的憲法解釈論からは直接的に、解釈主体が誰であるべきかの答えは出てこないのであるから、合衆国憲法が民主政を維持するため

(36) See RONALD DWORBIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (Oxford University Press, 1997). ロナルド・ドゥウォーキン著、石山文彦訳『自由の法 米国憲法の道徳的解釈』(木鐸社, 1999年)。

(37) Dworkin によれば、共同体の構成員が、共同体の具体的な決定内容には同意できないにもかかわらず、それでもなお共同体の決定として認めるということがあり得るといふ。ただしそれが可能となるのは、共同体に十分な凝集性があり、構成員が平等な決定権を有し、共同体自体が構成員を平等に尊重しており、かつ構成員各自が独立した道徳的人格である場合に限られる (See DSC 130)。

の条件として明示的に定めている条項については格別、条件の具体的な中身について人々の間で意見が分かれるような場合に、何故、そうした判断が裁判所に委ねられるのか、ということについては、やはり自明ではない。Dworkin は、憲法解釈が長らく裁判官の仕事であり、慣行として確立しているということを強調するにとどまる。彼の法の一般理論は、裁判官の法解釈は可能な限り法システムのインテグリティを維持するように、要するに、先例との整合性が最大限に保たれるようになされるべし、というものであり⁽³⁸⁾、これを憲法典に当てはめれば、権利章典を高次の道徳原理のマニフェストとして描き出すのが最善だということになる。もっとも、道徳的憲法解釈が、上述のとおり共同解釈であるとするれば、裁判官が最終的決定権を有しているわけでもない。司法判断は時に公共討論のきっかけとなり得るし、さらにそれが新たな最高裁判事の人選にまで影響を及ぼすかもしれない。結局、裁判所の判断は暫定的なものにとどまるのであり、見かけほどラディカルな主張ではない可能性はある。

Farber & Sherry は、こうした Dworkin の憲法観や民主的共同体論について、抽象的なレベルでは異論は少ないはずだと考えている。問題は、より具体的で重要な憲法問題について、Dworkin の理論がどれほど使えるものなのか、ということである。Dworkin 理論を実践する Dworkin 的裁判官は、果たして誰の目にも通常の裁判官と同じような裁判実務ないし法的判断を行っているように見えるのだろうか。Farber & Sherry の答えは「否」である。

ここで本稿でも既に何度も出てきたブラウン判決を例に考えてみよう。Dworkin の場合には、Bork のような原意主義者とは異なり、制憲者の意図ではなく、制憲者が第14修正に込めた平等概念の核心を特定するところ

(38) 「構成的解釈」(constructive interpretation) と呼ばれる解釈手法である。詳しくは以下を参照。RONALD DWORIKIN, *LAW'S EMPIRE* (Belknap Press, 1986)。ロナルド・ドゥウオーキン著、小林公訳『法の帝国』(未來社、1995年)。

から出発する。例えば、それは、黒人の平等原理であるとか、差別的動機禁止原理であるとか、カラー・ブラインド原理であるとか、平等な市民的地位原理であるといったものである。ブラウン判決に限っていえば、どれであれ結論を正当化できるので原理間の選択の必要はない。Dworkin 理論が困難にぶつかるのはアファーマティブ・アクションの場面である。彼は、これら4つの原理の中から、最終的に差別的動機禁止原理と平等な市民的地位原理を評価するのであるが、このとき他の二つの原理がそれらに劣後することの理由が明瞭に述べられぬままに選択がなされる。つまり、Dworkin においても、憲法の歴史や条文、先例等はレレヴァントではなく、全てはじめに結論ありき（clearly agenda-driven）（DSC 137）だといふことがわかるのである。

今のことをロウ判決と自殺幫助事件判決⁽³⁹⁾でさらに例証してみよう。ロウ判決からみていくと、生殖の自由についてはグリズウォルド判決⁽⁴⁰⁾で決着しており、残る問題は「州は胎児保護利益をどう見積もるべきか」（DSC 137）ということである⁽⁴¹⁾。これに対する Dworkin の答えは、「リベラルな社会においては、州には（生命の価値というような）深い道德問題を強権的に解決する権限はない。もっとも、州には中絶を決意した母親に中絶の道德的問題を教える権限はある」（DSC 137）というものである。だが、ここでの Dworkin の論証は、法的な論証とはおよそかけ離れたものである。論証中、憲法典は、リベラル・デモクラシーを象徴するものとしてさらりと言及されるにとどまり、合衆国最高裁のプライバシーやジェンダー差別関連の判例にもさほど注意は向けられず、まして制憲者のプライバシー観念が検討されることもない。Dworkin 判事の実践は、哲学者 Dworkin と殆ど見分けがつかないのである。

(39) Washington v. Glucksberg, 521 U. S. 702 (1997).

(40) 381 U. S. 479 (1965).

(41) Farber & Sherry と Dworkin はこの点では同じ立場に立っている（See DSC 137）。

自殺幇助事件判決において、合衆国最高裁は、こうした道徳的問題は裁判官ではなく立法府や人民が討議すべき事柄だ、と的確に述べていた。それに対して Dworkin は、裁判所こそが幇助自殺の権利を認めてしかるべきだという立場に固執する。確かにアメリカでは、憲法の争点については裁判所が最終決定権を握っている。けれどもそれは、アメリカの法文化が、憲法規範を Dworkin よりも狭く解しているからであり、つまり憲法はリベラル・デモクラシーを包括的に定義するような文書としては理解されていないということである。リベラル・デモクラシーは政治体全体で担うものであって裁判所だけのものではない。その点でも、Dworkin は、アメリカの統治システムにおける裁判所の役割を見誤っていることになるだろう⁽⁴²⁾。

VI 結びにかえて

本稿が検討したグランド・セオリーは、過去数十年の間、有力であり続けてきたものである。Farber & Sherry によれば、憲法理論家がこぞってグランド・セオリーを目指し、グランド・セオリーが席卷するきっかけとなったのは、1960年代に登場した「反多数派主義の難点」であり、その問題が真剣に受けとめられた結果である。グランド・セオリーは、憲法システムが適切に機能するためには必要不可欠なものとして、憲法問題を判断する裁判官に普遍的な解釈方法を提供し、それによって司法裁量を抑制するものとして、要するに、憲法実務の一切を取り仕切るマスターセオリー

(42) 別の見方をすれば、Dworkin は、道徳的ディレンマにも明確な答えがあるのだと確信しているので、政治部門と裁判所の二者択一という図式に持ち込むのかもしれない。しかしそれ自体が彼の個人的な見解であろう。彼に限らずグランド・セオリストは多かれ少なかれ自信家であり、「自分の論証を受け入れられない人間は端的に間違っているか、あるいは頭が鈍い」(DSC 139) と考える傾向が強い。そして自分だけが憲法の謎を解く秘密のカギを見つけたと信じているのである。

として提示された。つまりグランド・セオリーとは、「グローバル」（憲法に関すること全てに及ぶ）、「規範的」（司法審査を正当化する）、「処方箋的」（裁判官に解釈ツールを提供する）（DSC 140）なものである。

しかしながら Farber & Sherry は、こうした企てが「方針として根本的に間違っているだけでなく、失敗する運命にある」（DSC 140）と考える。それは第一に、グランド・セオリー隆盛の出発点となった「反多数派主義の難点」それ自体が、立憲主義ないし司法審査の正統性への危惧を過度に誇張したものだからである。本稿でとりあげた三つの理論は、対応の仕方に違いこそあれ、どれも司法審査に問題があると考え、多数派主義と折り合いをつけようとするものであった。けれども、アメリカのみならず、世界中で司法審査制度が導入され定着し、現に人々に支持されている現代にあって、かかる難点を即「正統性の危機」だと見做してしまうのは、一種の強迫観念であろう。第二に、「反多数派主義の難点」は、民主政の正統性について余りに一面的な捉え方をしている。正統性は、政治体を全体として見た場合に初めて問うことができるものであり、個々の機関について民主的正統性を問うのはナンセンスである。のみならず正統性の源泉は一つではなく複数の組み合わせ⁽⁴³⁾ のはずである⁽⁴⁴⁾。

(43) 制憲者の権威、多数派の支持、統治システムの実効性、国家の伝統やアイデンティティの忠実な反映、国民の法の支配への信仰や合衆国最高裁への尊敬の念、憲法への愛着といったものが挙げられている（See DSC 151）。

(44) このように Farber & Sherry は「反多数派主義の難点」恐怖症が、憲法理論家をしてグランド・セオリーに駆り立てる最大の要因であり、それゆえに理論家は「確実性」もしくは「民主政」に極度に依存しようとするのだと診断している。対する彼ら自身の処方箋は、「難点」は怖がるほどのものではなく、グランド・セオリーは不必要であるか過剰だというものであった。しかしながら、グランド・セオリーは「難点」治療のためだけに存在するものでもないだろう。むしろ裁判所の示す憲法判断がいかに「法」となり得るのかの説明のためにこそ存在するのではないか、とも考えられる。つまり「難点」はグランド・セオリーの流行を促したかもしれないが、Farber & Sherry とは異なる意味で、「難点」を強調し過ぎるのは誤りだと思われる。See e. g. Steven D. Smith, *Desperately Seeking Serenity*, 19 CONST. COMMENT. 523 (2002) (book review).

それでは「反多数派主義の難点」を離れ、「法の支配」の観点からグラント・セオリーを見直してみるとどうなるか。司法判断は原理にもとづくものでなければならないという「法の支配」の要請に対して、グラント・セオリーは、解釈理論を提供する限りで、一定の存在意義はあるかもしれない。だが裁判所はこれまで、憲法問題に関してコモンロー的な手法によって原理に基づく判断を下してきたのであり⁽⁴⁵⁾、Farber & Sherry によれば、そもそもグラント・セオリーは抽象度が高く、具体的な解釈問題の解決にはほとんど役に立たないという。加えて、これも本稿が確認したように、グラント・セオリーの解釈理論は、自制する気のない裁判官に対しては、その裁量を統制することはできないし、仮に最高裁判事が皆何らかのグラント・セオリーを受容したとしても、各自が異なる立場をとった場合には、グラント・セオリーが自説の唯一絶対性を標榜するものである以上、裁判官の合議というものが成り立たなくなるだろう。以上のように見てくると、少なくとも規範理論としてのグラント・セオリーは「ない方がまし」(worse than useless) (DSC 141) だと言わざるをえないのである⁽⁴⁶⁾。

(45) See David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. CHI. L. REV. 877 (1997).

(46) 本稿が扱わなかった 3 名のグラント・セオリストについて、Farber & Sherry の評価をごく簡単にまとめておけば、次のようになる。Scalia 判事は「生ける憲法」論への断固とした反対論者であり、原意主義の中でも徹底した立場、憲法の条文・文言が解釈指針の全てと考える形式主義者 (formalist) である。かかる Scalia 判事の形式主義は最高裁の現状を内部から変えようとする (皮肉にもプラグマティックな) 試みと看做することができるかもしれない。しかし Scalia 判事は実務家としてこの立場を一貫させることができていない。彼は、理論的には、原意・憲法テキストへ固執することで裁判官の恣意的裁量判断を抑制できるはずだと主張する一方、実務上は、最高裁の先例と歴史的に確立された伝統や慣行といった憲法制定後の事情を判断要素に含めることを認めてしまうのである。これらの要素については必然的に主観的判断を伴うものであるから、他ならぬ Scalia 判事自身が、形式主義は実践不可能だということの動かぬ証拠になっている。Epstein 教授と Ackerman 教授は、ニュー・ディール期に合衆国憲法の大転機があったと看做し、そこを出発点に

もっともこれはグランド・セオリーを規範的なものとして理解する場合であり、記述的に捉えるならば、グランド・セオリーは必ずしも無益なものではないと、Farber & Sherry はみる。グランド・セオリストの描き出す憲法の（あるべき）姿は、憲法にまつわる見過ごされがちな一面に新たな光を当て、新たな分析視座を与えてくれるからである。例えば、原意主義は歴史及び歴史研究の重要性を再認識させ、Amar は憲法条文への十分な注意を喚起し、Dworkin は裁判所の判断プロセスに道德規範が否応なしに影響を与えていることを教えてくれるだろう。つまり「グランド・セオリーの理解を深めることで何かしらを学び取るのに、当該グランド・セオリーをそっくり受け入れる必要はないのである」（DSC 165）。

Farber & Sherry は、そうはいつでもやはり、グランド・セオリーが他のアプローチを押しよけ、憲法理論界をグランド・セオリー一色にしてしまったことにはデメリットが多いと考えている。憲法の「多面性」を真剣に受け止めるならば、より幅広く、判例法理分析、社会学的な実証研究、

グランド・セオリーを構築している点で共通している。けれども「転機」の評価が全く逆であり、その意味で「鏡像関係」(mirror image) (DSC 99) にある。Epstein 教授はニュー・ディールを重大な逸脱であると非難し、連邦による規制権限をできる限り最小化することこそが建国の理念に合致するのだと考える（リバタリアンの憲法理論）。他方、Ackerman 教授は、ニュー・ディールに憲法革命があったと理解し、かかる革命とそれを司法的に定着させたウォレン・コートを正当化するような憲法政治・通常政治二元的民主政論を提唱する。Epstein 理論に対しては、原意主義への批判がそのまま妥当する。憲法制定以来、憲法実践が積み重ねられる中で、人々の憲法観もまた変化している可能性に全く目を向けないアナクロニズムだということである。Ackerman 理論は、唯一の正しいアメリカ憲法物語を作り出すものであるが、そこでは何が物語られる（べき）かについて、史実の恣意的な取捨選択が行われている。そもそも制憲者たちが二元的民主政論を支持していたという事実はないし、また憲法革命はエリート主導で漸進的に生じるものであって、人民が中心になって突然に起きるといった認識も誤りである。このように Ackerman 教授にもまた Epstein 教授同様に、「包括的憲法理論」(a one-size-fits-all constitutional theory) (DSC 118) を構築しようとするあまり、史実を正当に扱っていないという難点がある。

比較法研究、歴史研究といった分野の知見が必要とされるはずだからである。そして冒頭にも記したように、その後現実には、グランド・セオリーは徐々に退場し、アメリカ憲法学の潮流は Farber & Sherry の予言する方向へと進んでいくことになるのである。