時をかける憲法
―憲法解釈論から憲法構築論の地平へ―

大　林　啓　吾

序
Ⅰ　原意主義論の変遷
　1　古典的原意主義――意図型原意主義
　2　新原意主義――意味論的原意主義
　（1）　条文型原意主義
　（2）　第３の原意主義――客観的原意主義
　（3）　新原意主義の実務的応用――新原意主義と Heller 判決とのネクサス
　3　原意主義論争のバルカン化――生ける憲法論への接近？
　（1）　仇敵とのマリアージュ？
　（2）　新原意主義の抱える問題
Ⅱ　憲法の生死をめぐる攻防
　1　死せる憲法観――レーンキスト
　（1）　生ける憲法の受けの良さ？
　（2）　生ける憲法の抱える諸問題
　（3）　レーンキストの死せる憲法観
　2　生ける憲法論――D・ストラウス
　（1）　コモンロー的憲法
　（2）　原意主義の抱える諸問題
　（3）　生ける憲法の優れた点
　（4）　分岐点としての憲法忠誠
　3　未来志向型憲法観――ドルフ

（1） 記述的論証という側面
（2） 指標的憲法観
（3） 構築した憲法価値の拘束力
（4） 指標的憲法観の具体例
（5） 司法の機能的価値と先例拘束の弱毒性
4 「生ける樹」という比喩――V・ジャクソン
（1） 生ける樹理論のルーツ
（2） 生ける樹理論の意義
（3） 死せる憲法と生ける憲法双方の課題
Ⅳ 時をかける憲法の構造――憲法解釈と憲法構築の区分
1 憲法原理論――バルキンの生ける原意主義
（1） 原意主義と生ける憲法の接合
（2） 新原意主義と骨組型原意主義の親和性
（3） 骨組型原意主義の憲法観
（4） バルキン理論の検討
2 憲法構造の地平へ――憲法解釈／憲法構築区分論
3 憲法解釈と憲法構築の区分の意義
4 小括
後序

「解決のない問題というものは、研究者にとっては面白いかもしれないが、気楽に読もうという読者には退屈でしかなかろう」（コナン・ドイル（延原謙訳）「ソア橋」『シャーロック・ホームズの事件簿』201 頁（新潮社、1953 年））

序

アメリカの 2010 年の中間選挙では、財政均衡を唱える保守派の運動が異様な盛り上がりをみせた[(1)]。かれらは、財政出動を繰り返す大きな政府を批判し、憲法制定者（framers）[(2)] が掲げた小さな政府に戻そうとキャンペーンを張ったのであった。この運動は、植民地時代の重税の苦しみから逃れようとして戦った建国当初の理念を彷彿させるべく、ボストン茶会事件をもじって茶会運動（ティーパーティー）と呼ばれている。

ここでは、人民が原点回帰の声を上げたわけであるが、時をほぼ同じくして、司法にも同様の態度がみられた。司法が憲法制定者の意図に従って憲法解釈することを「原意主義」（originalism）というが、連邦最高裁は、2008 年の District of Columbia v. Heller 判決[(3)] や 2010 年の McDonald v. Chicago 判決[(4)] において原意主義的アプローチを用いたからである[(5)]。こうした状況を受けて、最近のアメリカでは、局所的にではあるにせよ原意主義的傾向が垣間見えるという指摘が出てきている[(6)]。

---

(1) 2010 年の中間選挙では、茶会運動の支援を受けた共和党の議員が多数当選し、その結果、共和党は下院で過半数を獲得した。

(2) 本稿で取り扱った各文献では、「framers」を憲法の起草者および批准者の両方を意味する文脈で用いていることが多かったことから、原則として「憲法制定者」と訳した。そのため、「drafters」には「起草者」、「ratifiers」には「批准者」の訳語をあてている。ただし、他の翻訳本が「framers」を「憲法起草者」と訳している場合にはその訳のまま記載した。

(3) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).

(4) McDonald v. Chicago, 561 U.S. ___, 130 S. Ct. 3020 (2010).

(5) Bret Boyce, *Heller, McDonald and Originalism*, 2010 Cardozo L. Rev. De Novo 2 (2010).

茶会運動と司法動向は目的も内容も異なることから同一に論じられない事柄であることに加え、そもそも茶会運動は原意主義を意識しているのかさえ怪しい。ゆえに、これらの事象をもって、アメリカで原意主義が台頭しているとはいえないだろう。とはいえ、最近のアメリカの憲法学界では、原意主義論が新たな展開をみせてきていることに瞠目しなければならない(7)。一時期、原意主義は様々な批判を受けて下火になっていたが、近年理論的修正を経て息を吹き返そうとしているからである(8)。この議論は、原意主義の再生を果たそうとしていることは明らかであるものの、従来の原意主義とはやや一線を画する側面を含んでいることから、「新原意主義」(new originalism)と呼ばれる(9)。

もともと、原意主義は司法の憲法解釈を原意に従わせて統制しようと試みた議論であるが、その反作用として過去の拘束を受けることの説明を強いられてきた。それゆえ、原意主義の是非をめぐる論争は、死せる憲法と生ける憲法という憲法観の対立の引き金にもなった。この点、新原意主義は条文を軸にしながら通時的な抽象的原意を設定することでこの批判をかわそうとし、従来の原意主義よりも汎用性のある解釈論を展開したことで先の Heller 判決などで採用されるに至る。だが、他面において、原意主義のコアたる原意を拡散させてしまうことが懸念される。原意主義が原意を見失ってしまっては、もはやそれは原意主義ではないというそしりを免れないからである。

---

(6) Jared A. Goldstein, *The Tea Party Movement and the Perils of Popular Originalism*, 53 Ariz. L. Rev. 827 (2011); Jamal Greene, Nathaniel Persily, Stephen Ansolabehere, *Profiling Originalism*, 111 Colum. L. Rev. 356 (2011).

(7) Andrew B. Coan, *Talking Originalism*, 2009 B.Y.U.L. Rev. 847 (2009).「25 年前、学説は原意主義が終わったと宣言した。しかし今日のローレヴューは原意主義で溢れかえっている」。

(8) Steven D. Smith, *That Old-Time Originalism* (June 23, 2008), San Diego Legal Studies Paper No. 08-028, *available at* http://ssrn.com/abstract=1150447.

(9) Keith E. Whittington, *The New Originalism*, 2 Geo. J.L. & Pub. Poly 599, 600 (2004).

それでもなお、新原意主義が注目を浴びているのには理由がある。それは、先述したように原意主義が実務に影響を与えているのではないかというプラクティカルな側面もあるが、より重要なのはこの議論の展開が司法の憲法解釈方法論にとどまらず、憲法の動静を融合しながら憲法秩序の構造を明らかにする可能性を持っているからである。本稿は、近時の原意主義論争の展開に着目しながら、新原意主義の持つ潜在的可能性を取り上げ、そこに憲法理論の新たな地平を垣間見ようとするものである。

もとより、原意主義の問題は日本でも憲法学上の関心を集めてきたことは言うまでもない[(10)]。当初から原意主義論争をつぶさに追っている野坂泰司の研究を筆頭に、「立憲主義と民主主義」という大きな観点から原意主義を取り上げた阪口正二郎の研究や日本国憲法への応用を検討

---

(10) 原意主義に関する主な先行研究として、淺野博宣「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』229頁（日本評論社、2011年）、猪股弘貴『憲法論の再構築』（信山社、2000年）、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）、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）、団上智也「アメリカ合衆国憲法修正9条を巡る議論状況――原意主義的解釈の多様性」憲法論叢17巻113頁（2010年）、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（2001年）、土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義――幸福追求権解釈への予備的考察をかねて――(1)～(4)」法学論叢131巻1号1頁(1992年)、法学論叢131巻3号1頁(1992年)、法学論叢131巻5号1頁（1992年）、法学論叢131巻6号1頁（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（1989年）、ジュリスト927号81頁（1989年）、同「テクストと意図――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』732頁（有斐閣、1993年）、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形（1）～(3)」法学論叢166巻4号49頁(2010年)、法学論叢167巻3号98頁(2010年)、法学論叢167巻5号42頁（2010年）、丸祐一「原意主義批判としての道徳的読解――R・ドゥオーキンの憲法解釈論についての一考察」千葉大学社会文化科学研究5巻151頁（2001年）。

した土井真一の研究などは、原意主義研究の土台を築くと同時にそれを大きく前進させてきた。また、最近の原意主義の議論についても淺野博宣や松尾陽の優れた分析が出てきていることを踏まえると、日本における原意主義研究はある程度成熟をきたしているといえる。そのような中で、本稿の意義を見出すとすれば、近時の原意主義論争の展開を追いながら、憲法解釈方法論にとどまらない別の視点を提供することである[11]。

以下では、まず原意主義論争の展開を概観し、新原意主義と呼ばれる議論を取り上げる。新原意主義は従来の原意主義と異なり憲法制定者の意図に固執せず、条文の意味を重視することで時代の変化にも対応できる議論となっている。しかし、それではもはや原意主義といえないのではないかという批判を受け、憲法解釈方法論にとどまらない理論的視座の提供を余儀なくされる。そこでつぎに、原意主義論の根底にある憲法の動静をめぐる憲法観の対立を考察する。いわゆる死せる憲法と生ける憲法の論争である。ところが今度は、憲法解釈論との距離が開いてしまい、原意主義論と噛み合わない部分が露呈してしまう。そのため、両者の接合を果たすべく、憲法構築論の観点から原意主義を再考し、さらには憲法解釈と憲法構築の峻別を行いながら通時的に存在可能な憲法秩序のあり方を模索する[12]。

---

[11] 前掲注（10）で、淺野が取り上げたバルキン（Jack M. Balkin）の議論や松尾が言及したウィッティントン（Keith E. Whittington）の議論は本稿の関心対象そのものであり、両論文は大変参考になった。とくに松尾が原意主義論の展開やウィッティントンの議論を扱っている点は本稿の内容に近い。ただし、松尾の考察は原意主義論を民主政論に昇華させることに主眼があるのに対し、本稿は原意主義論の展開が憲法秩序の構造を明らかにする契機を含んでいる点に関心があり、関心領域やアプローチには一定の違いがあるように思われる。

[12] なお、本稿は原意主義や生ける憲法論に焦点を絞っているが、より多角的視点から憲法と時間の関係を分析したものとして、長谷部恭男編『岩波講座　憲法6　憲法と時間』（岩波書店、2007年）参照。

Ⅰ　原意主義論の変遷

原意主義論争の歴史は古い。その源流をたどれば、古代アテネにその論争の端緒をうかがうことができるという説もあるくらいである[13]。ただし、その論争の中で、原意主義論が有力なのはアメリカだけともいわれる[14]。実際、アメリカでは建国当初から憲法制定者の意図をめぐる議論が交わされており[15]、すでに19世紀初頭の判例法理にその片鱗をうかがわせる判決が登場している。連邦最高裁は、高名なMarbury v. Madison判決[16]において、憲法の最高法規性および司法権条項から司法審査権を導き出している。ここでは、司法判断が憲法典に拘束されることを明らかにしている点において、原意の尊重を物語っているといえる。より明確に原意主義的見解を述べたのが、Marbury判決とは違った意味で有名なDred Scott v. Sandford判決[17]であった。連邦最高裁は、「裁判所の責務は、我々が憲法からうかがい知ることのできる最善の光を照らして憲法制定者が制定したものを解釈することであり、かつ憲法が制定された時の真の意図や意味に従って見出した憲法を実施することである[18]。」と述べている。

もっとも、本稿の目的は原意主義のルーツを探ることではない。あくまで現代における原意主義に焦点を絞って検討するものであるため、原

---

[13] Mark J. Sundahl, *The Living Constitution of Ancient Athens: A Comparative Perspective on the Originalism Debate*, 42 J. Marshall L. Rev. 463 (2009). なお、サンダール（Mark J. Sundahl）によれば、アテネでは論争の結果、原意主義ではなく柔軟な解釈手法が支持されて、今でいうところの生ける憲法が採用されていたという。

[14] Jamal Greene, *On the Origin of Originalism*, 88 Tex. L. Rev. 1, 2 (2009).

[15] Whitman H. Ridgway, *Original Intent and the Constitution*, 47 Md. L. Rev. 171 (1987).

[16] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

[17] Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).

[18] *Id*. at 405.

意主義論争が本格化する1970年前後の議論から紐解いていこうと思う[19]。

スミス（Peter Smith）は、これまでの原意主義論の展開を3つに区分する[20]。まず、ウォーレンコートの憲法解釈を批判するものとして登場した原意主義である。この議論の特徴は、憲法制定者の意図に着目するものであった。スミスは、これを現代における原意主義の発露であるとし、「古典的原意主義」（old originalism）と呼んでいる。その後、原意の特定や死者の拘束（dead hand）の問題などにより、古典的原意主義が多くの批判を浴びるようになると、憲法の条文に照準を合わせる議論が出てくる。それがスミスの呼ぶところの新原意主義である。新原意主義は憲法の客観的な意味を明らかにすることを目的とし、解釈論として洗練されていった。さらに最近では、憲法解釈と憲法構築とに分けて調整をはかろうとする議論が出てきている。憲法の意味を決める解釈と具体的ケースにルールを適用する構築とに分けて考えるという「新・新原意主義」（new new originalism）である。以下では古典的原意主義から順にみていくことにする。

1　古典的原意主義——意図型原意主義

古典的原意主義は1970年代から1980年代にかけて唱えられた議論である[21]。その登場背景には、ウォーレンコートの司法積極主義に対する反発があったことが見逃せない。原意主義が登場する前の1960年代にすでにその兆候がみえていた。1967年、T・マーシャル（Thurgood

---

[19] Ridgway, *supra* note 15, at 171. 元々、憲法制定者の意図に関する問題は建国初期の頃から存在していたのが、ニューディールの頃から政治部門と司法府との対立場面において登場するようになり、現代では司法における厳格な解釈と柔軟な解釈との対立になっていると指摘される。

[20] Peter Smith, *How Different Are Originalism and Non-Originalism?*, 62 Hastings L.J. 707 (2011).

[21] Johnathan O'neill, Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History 1 (2005).

Marshall）が連邦最高裁裁判官に任命された際の上院公聴会において、アーヴィン（Sam Ervin）上院議員が司法は憲法制定者の意図に従うべきではないのかと問い質したところ、T・マーシャルは憲法を生きた文書と理解している旨の返答を行い、物議をかもしていた[22]。その後、1968年の大統領選挙で「法と秩序の回復」を掲げたニクソン（Richard M. Nixon）が大統領に就任すると、ウォーレンコートへの反発姿勢を強め、1971年にはレーンキスト（William H. Rehnquist）を連邦最高裁の裁判官に指名する。

この指名は古典的原意主義が登場する契機となる。1971年、上院の公聴会でレーンキストが憲法制定者の意図を無視しない旨を約束したからである。その後、原意主義は特定の理論と接合していく。ボーク（Robert H. Bork）やR・バーガー（Raoul Berger）らがウォーレンコートやバーガーコートを批判する文脈で憲法制定者の意図の重要性を主張し始め、レーガン（Ronald Reagan）政権のミース（Edwin Meese, Ⅲ）司法長官もRoe v. Wade判決[23]などを批判する際に原意を用いた。かれらの議論の特徴は、憲法に忠実でなければならないという前提のもとに、司法の憲法解釈が裁量を逸脱して不当に憲法上の権利を拡大しているとの認識を共有し、そのような憲法解釈は憲法の原意に反するものだと批判する点にある。こうした主張は、リベラルな判例法理を批判すると同時に司法の抑制を求めるという目的のために、その手段として原意を用いたという側面を否定できないものの、現代における原意主義の原形を作ったという点で重要である。

このうち、早くから原意主義を理論的に展開したのがボークであった。ボークは、レーンキストの公聴会があった同年、修正1条を解釈する際に憲法制定者の見解を重視するというアプローチを展開した[24]。ボー

---

[22] Whittington, *supra* note 9, at 600.

[23] Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

[24] Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Ind. L.J. 1 (1971).

クの問題意識は裁判官が原意に拘束されるかどうかという点にある[25]。それを端的に物語っているのがつぎの一節である。ボークいわく、「とりわけ、私は裁判官が憲法を起草、提案、批准した者の原意に縛られると考えるべきかどうかという問題について考えてみたい。私は裁判官が拘束されると考える。私は原意だけが憲法判断の正当性の基盤であることを論証しようと思う[26]」と。

ボークによれば、憲法は多数派の意思と個人の自由をどのように調整するかというマディソニアンジレンマを抱えている。このとき、民主的正当性をもたない司法が個人の自由を守る役割を果たすことが期待されるわけだが、それは憲法にコミットしているからこそ、民主的決定をも乗り越えることが正当化される。裁判官が憲法から離れて自由に判断してしまうと、それ自体が法になってしまい、民主政を崩壊させてしまう。そのため、裁判官の裁量を統制する必要がある。

このとき、「憲法が裁判官を縛ることのできる唯一の方法は裁判官に憲法の条文およびその他の修正条文を起草、提案、批准した者の意図に従って憲法の文言を解釈させることである」[27]。もちろん、憲法問題は多種多様であるから、憲法制定者がすべての事案を想定できるとは思えない。それゆえ、憲法制定者が想定した事案だけが憲法問題になるわけではない。しかし、現代の憲法問題について憲法制定者が生きていたらどのように考えるだろうかということを裁判官が推定して判断してはならない。裁判官は憲法に忠実でなければならず、憲法制定者が憲法に入れ込んだ核心的価値に従わなければならないのである。ところが、今日の有力な議論は、裁判官が憲法の中で価値を定位するのではなく、むしろ新しい価値を創造するのを認める傾向にある[28]。だが、それではマ

---

[25] Robert H. Bork, *The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*, 21 San Diego L. Rev. 823 (1986).
[26] *Id.*
[27] *Id.* at 826.
[28] Robert H. Bork, *Styles in Constitutional Theory*, 26 S. Tex. L.J. 383, 384 (1985).

ディソニアンジレンマは解決されないのである。

ボークの主張に歩調を合わせるかのように原意主義を唱えたのが、R・バーガーであった。R・バーガーは、裁判官が条文や憲法制定者の意図を重視して憲法判断すべきだと唱えた[29]。ただし、R・バーガーの主張は何人かの発言をつなぎ合わせた歴史的分析が多くを占めており、原意主義論として体系化することは必ずしも容易ではない。それを前提に、あえて多少強引にまとめてみるとつぎのようになる。憲法は、憲法制定者の原理を具体化したものである[30]。憲法の内容は、条文や制定者の意図を参照することによって知ることができる。逆にそれによって知ることができなければ、マディソン（James Madison）やジェファーソン（Thomas Jefferson）がいうような安定した政府や自由の保障は望めない[31]。そのため、裁判所が憲法判断を行う場合には条文を基に解釈し、曖昧な場合には制定者意図に従わなければならないのである[32]。R・バーガーの主張は、論理的関連性がつかみにくいが、憲法制定者の意図を重視しなければならないと主張している点だけは明確に理解できる。

このようにボークやR・バーガーの議論は原意主義をとるべきだという主張を中心に展開しているため、具体的な解釈プロセスが明らかではない。この点につき、レーガン政権において司法長官を務めたミースはつぎのような解釈プロセスを経るべきであるとする。すなわち、「憲法の言葉が決まりきった意味である場合、そのまま従わなければならない。憲法が規定または暗示する原理について憲法制定者や憲法批准者の間で合意があったと証明できる場合、それに従わなければならない。憲法の規定の正確な意味や射程が曖昧な場合、少なくとも憲法典の条文に反し

---

[29] Raoul Berger, Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment 363-372 (1977).

[30] *Id.* at 372. なお、ここではサムナー（Charles Sumner）の発言を引用している。

[31] *Id.* at 364.

[32] Raoul Berger, *Originalist Theories of Constitutional Interpretation*, 73 Cornell L. Rev. 350, 351 (1988).

ない方法で解釈または適用しなければならない[33]」という解釈方法である。

これだけをみると、オーソドックスな解釈セオリーのようにみえるが、ミースは、このような方法に従わず、憲法の文言よりも憲法の精神を重視するアプローチがあるという。その典型例がPlessy v. Ferguson判決[34]であり、「分離すれども平等」（separate but equal）の原則は司法が恣意的に憲法精神を読み込んだものだとする。ミースによれば、Plessy判決は司法が修正14条の制定者の原意を無視して条文にはない憲法精神を勝手に創りあげたというのである。

以上のように、古典的原意主義は、憲法制定者の意図を尊重しながら司法裁量の統制をはかるという点に特徴を見出すことができる。しかしながら、この原意主義に対しては、阪口正二郎のいう「前門の虎・後門の狼」という理論的課題が突きつけられる[35]。まず、誰の意図が原意なのかという原意の特定の問題が批判されるようになる[36]。すなわち、そもそも原意を特定することができるのかという問題である。たとえば、比較的原意の特定に言及している論者の見解をみてみると、ミースは条文と起草者（drafters）の意図を想定し[37]、R・バーガーも当初は起草者を念頭においていた[38]。だが、そもそも起草者とは誰のことを指すのかという問題がある。最初に草案を提案した者か、それに修正を加えた者か、草案に賛成した者全員を指すのか等々、様々な人物または集団

---

[33] Edwin Meese, Ⅲ, *Address by the Attorney General Edwin Meese Ⅲ Before the D.C. Chapter of the Federalist Society Lawyers Division in Washington D.C.,* (November 15, 1985), *in* ORIGINAL MEANING JURISPRUDENCE: A SOURCEBOOK 96 (1987).

[34] Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

[35] 阪口・前掲注（10）48–70頁。阪口は、原意の特定の問題が前門の虎で、先例拘束との関係と死者の支配の問題が後門の狼であると喩えている。

[36] *See, e.g.,* Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204, 209-222 (1980).

[37] Edwin Meese, Ⅲ, *The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution*, 27 S. TEX. L. REV. 455, 456 (1986).

[38] BERGER, *supra* note 29, at 372.

を想定しうる。もし特定ができたとしても、その意図をどうやってうかがいしるのかという問題が出てくる。起草に係る記録が残っていればいいが、直接的な記録が残存していない場合、たとえばその者の手記やメモの類まで参考にできるのかといった疑問がわいてくる。さらには、憲法制定者の原意を探ると、むしろかれらはそのような解釈方法を望んでいなかったといえることから原意主義の方法自体が原意から外れているとの批判もされるようになった[39]。

また、原意主義が抱えるやっかいな問題が死者の拘束の問題である。「我々は憲法を採択しておらず、憲法を採択した者はとっくに死んでしまっている」[40]。それにもかかわらず、なぜ200年も前に制定された憲法に将来世代が拘束されなければならないのかという疑問が出てくるわけである[41]。過去による現在の拘束は憲法に限らず他の法令にも当てはまる問題であるが、憲法の場合はより両者の対立が先鋭化する。なぜなら、①改正のハードルが高く現在意思の過半数だけでは変えられないことから過去の支配が強く現れる、そして②司法が違憲判断を下すことは過去の意思を基に現在意思を無効にしているのと同様である、などの理由から、死者の拘束の問題が色濃く出てくるのである。また、これは自己統治に関わる問題でもあり、ルーベンフェルド（Jed Rubenfeld）はジェファーソンの「地球は現在生きている人のものである」（the earth belongs to living）という有名なフレーズを引用しながら、自己を拘束するのは現在意思だけではないかという問いに答える必要があると指摘している[42]。

---

[39] H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 Harv. L. Rev. 885 (1985).

[40] Brest, *supra* note 36, at 225.

[41] Lawrence Church, *History and the Constitutional Role of the Courts*, 1990 Wis. L. Rev. 1071, 1103 (1990). たとえばチャーチ（Lawrence Church）はR・バーガーとの論争において、時代の変化に合わせて政府の構造も変わっているのだから、裁判所も現在の状況に合わせて最善の判断をすべきであり、憲法制定者の意思に拘束される必要はないと批判している。

こうして原意主義はやっかいな理論的課題を突きつけられたことに加え、現実面においても窮地に追い込まれる。先述のボークが1987年にレーガン大統領によって連邦最高裁裁判官に指名されたものの、上院によって拒否されてしまったからである。これにより、原意主義の賛否の文脈からすれば、原意主義者を司法に送り込もうとしても立法府にはある種のアレルギー反応があるかのように映ってしまった(43)。

さらに、需要面においても変化の兆しが現れ始める。1986年からレーンキストコートが始まると、司法は保守的方向に舵をきりはじめるからである。その結果、保守派の立場から司法裁量の統制を説く者は原意主義を掲げてそれ以上司法を攻撃する必要がなくなってしまった。そして、ボークの連邦最高裁裁判官指名の失敗の経験からすると、あえて政治的リスクを冒して原意主義を求めるよりも、レーンキストコートの行方を静かに見守っていた方が得策と考えられるようになった。そのため、政治イデオロギーとしての原意主義の需要は薄まっていったのである。

したがって、原意主義全体が単なる政治イデオロギー的な司法批判にとどまっていたら、この時点でお払い箱となり、理論としても息絶えていたかもしれない。ところが、レーンキストコートの始まりとともに連邦最高裁入りしたスカリア（Antonin Scalia）が解釈論としての原意主義の有用性を見出してから、原意主義は理論的に洗練されながら再生を果たしていく。

---

(42) Jed Rubenfeld, *The Moment and the Millennium*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 1085 (1998).

(43) ただし、これについては、原意主義を受け入れるか否かという問題よりも、ボークのように主張が明確であると良くも悪くも賛否が分かれてしまい、可決されにくいという要因の方が強いかもしれない。*See, e.g.,* Rayman L. Solomon, *Symposium: Confirmation Controversy: The Selection of a Supreme Court Justice: Introduction: The Bork Nomination in Historical Perspective*, 84 Nw. U. L. Rev. 898 (1990).

2　新原意主義――意味論的原意主義

(1)　条文型原意主義

先の批判を受けて、原意主義を修正しようと試みたのがスカリアであった[44]。スカリアは、「……私は本来の意図の法理（the Doctrine of Original Intent）から本来の意味の法理（the Doctrine of Original Meaning）へとラベルを張り替えるキャンペーンをすべきだと考える[45]」とし、「憲法起草者が意図したものではなく、条文の本来の意味[46]」を探求すべきだとしたのである。ここでいう条文の本来の意味を探るためには、ただ条文に忠実に解釈すればよいというわけではない。スカリアはそのような厳格主義を批判しながら、「条文はそれが公正な意味を持つように合理的に解釈されなければならない[47]。」という。したがって、そこでは条文だけが素材になるわけではなく、制定者意図も参考資料となる。ただし、従来のように制定者の主観的意図に従うのではなく、あくまでも条文の本来の意味を明らかにするために制定者の客観的意図を参照するのである[48]。

このアプローチは、条文をベースにするがゆえに原意を尊重することができ、かつ条文から本来の意味を探るので具体的場面に応じた柔軟な解釈が可能となる。たとえば、修正８条の「残虐」（cruelty）に関する解釈を考えてみる[49]。これは具体的なルールではなく、抽象的な原理を表しているので、本来の意味を探らなければならない。このとき、「残

---

(44) Thomas B. Colby and Peter J. Smith, *Living Originalism*, 59 Duke L.J. 239, 248-249 (2009).

(45) Antonin Scalia, Judge, U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit, *Address Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties, in Washington D.C.,* (June 14, 1986), *in* Original Meaning Jurisprudence: A Sourcebook 106 (1987).

(46) Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in* A Matter of Interpretation 38 (Amy Gutman ed., 1997) [hereinafter A Matter of Interpretation].

(47) *Id.* at 23.

(48) *Id.* at 16-18.

(49) Antonin Scalia, *Response, in* A Matter of Interpretation 129, 144-146.

虐」の意味は、憲法制定者が修正８条の制定時に残虐と考えていた刑罰に限定されない。修正８条の原理は、実際に残虐である刑罰をすべて対象とするものである。したがって、当時予期されていなかった残虐な刑罰にも将来的に適用されると考えることになる。スカリアはこの解釈方法を意味論的意図（semantic intention）に基づくものであるとしている。

こうして登場したのが条文型原意主義である。これが新原意主義として大きな影響力を持つことになるのだが、実はブレスト（Paul Brest）の原意主義批判に基づく条文と意図の峻別がその理論的発展に寄与したことに留意しなければならない[50]。ブレストは、原意主義批判を論じる傍らで、原意の源（original source）を条文と意図とに分けて論じていたからである。ブレストによれば、原意主義には原意が表された条文を重視するタイプと原意をうかがうことのできる意図を重視するタイプとに分かれるという[51]。条文主義と呼ばれる前者は、①憲法条文のみが憲法上の義務を課すことができるという原理があること、②制定者の意図は条文の中に埋め込まれていること、③条文は確実に制定者の意図をガイドしてくれること、により条文の字義通りの解釈を行うべきであるとする[52]。一方、「条文主義とは対照的に、意図主義は憲法を制定した者の意図を確認することによって憲法規定を解釈する」[53]。意図主義は、解釈対象となっている規定の制定者を特定し、その者の発言や文書を手がかりに意図を探る。そして、その特定の意図に沿った解釈を行うのである。

このブレストの区分は条文型原意主義の創成に貢献した。このようなブレストの理論的下地があったからこそ、意図か条文かの選択はともか

---

[50] Brest, *supra* note 36, at 204. ブレストは、強い原意主義、穏健な原意主義、非原意主義について分析を行い、非原意主義が適切であるとしている。

[51] なお、実際のブレストの論文には、①条文主義、②意図主義、③構造主義という３つのタイプが存在しているとしているが、ここでは①と②の区別に着目しているので、③には言及しない。

[52] Brest, *supra* note 36, at 205-206.

[53] *Id*. at 209.

く、区分自体は当時の原意主義者に比較的好意的に受けとめられた。原意主義を葬り去ろうとしたブレストの議論は、皮肉にも原意主義の漸進的修正に寄与してしまったのである。

さて、スカリアの条文重視の見解は先の原意主義の重鎮にも影響を与えた。中でもボークの転向はわかりやすい。ボークによれば、「私は憲法批准者たちが制定したものがそのまま法になるので、かれらの見解について言及してきたが、実際には批准者が制定時に考えていたことは当時の公衆がその文言の意味をどのように理解していたかという形で理解しなければならないということを省略してしまったきらいがある。これはきわめて重要なことである。探求すべきは主観的意図ではないのである(54)。」とする。これを見る限り、ボークはほぼ意図主義から条文主義に転換したといってよい。

とはいえ、スカリアのキャンペーンによって、原意主義者が一斉に条文主義に方向転換したわけではない。区分論を受け入れることと、条文主義を受け入れることとは話が別である。たとえば、モルツ（Earl. M. Maltz）は起草者の意図にこだわり続け(55)、ロフグレン（Charles A. Lofgren）は批准者（ratifiers）の意図に着目している(56)。

また、以上の転向は原意の特定の問題をかわすことができるとしても、死者の拘束の問題は乗り越えられていないようにみえる。だが、舞台を条文に移すことは、デッドハンドの批判にも一矢報いることができる可能性を秘めている。

マッコネル（Michael W. McConnell）は、死者の拘束の問題をかわすためには、つぎのような回答が考えられるという(57)。すなわち、①憲

---

(54) Robert H. Bork, The Tempting of America: The Political Seduction of the Law 144 (1990).

(55) Earl. M. Maltz, *Personal Jurisdiction and Constitutional Theory: A Comment on Burnham v. Superior Court*, 22 Rutgers L.J. 689, 696 (1991).

(56) Charles A. Lofgren, *The Original Understanding of Original Intent?*, 5 Const. Commentary 77, 79 (1988).

法の内容が通時的に有効な政治道徳の原理を明らかにしているという理由、②死者の拘束は制約的なものではなくてむしろ将来世代が自由や民主主義を享受するために存在しているという理由、③過去の拘束は法律や契約にも見られるわけであって憲法だけの問題ではないという理由、④憲法が改正されることは稀なことから将来世代が憲法に対して黙示の同意をしているのではないかという理由である。もっとも、マッコネルは以上の理由よりも、先にジェファーソンを用いて問題提起したルーベンフェルドの議論を取り上げる。ルーベンフェルドは、「記述することができる」という人間の特性に着目しながら、通時的な自己統治の手段として条文が重要な役割を果たすとし、条文をベースにした通時的自己統治の観点から死者の拘束の問題を乗り越えようとする[58]。マッコネルは、このような条文に基づくアプローチには賛同するが、その理由づけには異を唱える。マッコネルによれば、ルーベンフェルドの議論は憲法制定者の意図が重視されていないが、条文の背後にある原意、歴史、司法の抑制こそが通時的自己統治を可能にする理由であり、「それゆえ、私の主張はルーベンフェルドの診断を採用するが、その処方には賛同しかねる[59]。」という。つまり、マッコネルは条文をベースとしながら原意や歴史を参照することで死者の拘束を乗り越えていくべきだとするのである。

さらに、イースターブルック（Frank H. Easterbrook）は、そもそも死者の拘束の問題は言葉遊びの類であって、少し突き詰めて考えればあらゆる法令が立ち行かなくなると反論する[60]。たとえば、昨日制定された法律は当然のように今日も効力を有している。これも過去が拘束し

---

[57] Michael W. McConnell, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 1127 (1998).

[58] Jed Rubenfeld, Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government, 91-102, 163-177 (2001).

[59] McConnell, *supra* note 57, at 1140.

[60] Frank H. Easterbrook, *Textualism and the Dead Hand*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 1119 (1998).

ている点には変わりないが、誰もこれを問題視しない。むしろ、現在に生きる人々は過去の法令に従っていくことを当然のように考えている。つまり、過去の法令が有効なのは、制定者がそう望むからではない。現在に生きる者が、制定された法令が今日も有効であるべきと考えているからこそ、過去の法令が現在を拘束するのである。したがって、そこで重要な役割を果たすのは制定者の意図ではなく、法令の条文である。条文は通時的に将来世代に受け入れられる存在なのである。

これに対し、死者の拘束は文字通り死者を指すのであって、現在意思の代表機関たる立法が数日～数年後の現在意思を拘束することとは次元が違うという反論がなされる可能性がある。だが、そうなると現在意思とはいつの時点を指すのかを確定しておかなければならない。ジェファーソンは約19年で憲法を含むあらゆる法の寿命が切れるとするが[(61)]、それだと憲法のみでなく、法律も過去の拘束の問題に直面することになる。これに対しては、憲法は改正手続のハードルの高さによって法律よりも過去の拘束が強く立ち現れるという反論がなされよう。しかし、これは過去の拘束というよりも、憲法の正統性に関わる問題である。イースターブルックは、条文主義が念頭に置くのは正統性の問題ではなく、解釈方法の問題であるという。ここで問題となるのは、司法が過去に制定された憲法に従って現在意思たる法律を無効にすることであり、その際に用いる憲法解釈方法の問題なのである。

憲法解釈方法を展開するためには、なぜそのようなアプローチが要請されるのか、そして条文の意味は何を基準にして措定していくのかを明らかにしなければならない。そこで、新原意主義者らが向かったのが原意の客観化であった。

---

(61) Letter from Thomas Jefferson to James Madison (Sept. 6, 1789), *in* 15 The Papers of Thomas Jefferson 395-396 (Julian Boyd ed., 1958).

(2) 第３の原意主義――客観的原意主義

スカリアのキャンペーンに同調した原意主義者らは、条文という形式的素材を基にその客観的意味を問うという作業を中心に行っていくようになった[62]。起草者や批准者の主観的意図を問うのではなく、より客観的な意味を探るようになったのである。こうして条文重視の見解は、条文を基礎としつつ、それが当時どのように一般に理解されていたかという点を重視していった[63]。

このような原意主義は、条文を基礎に置いている点で条文型原意主義と大差ないので新原意主義の中に含まれることもあれば、よりいっそうの客観化を目指している点において第３の原意主義として区別されることもある。これらは、一般的理解原意主義（public understanding originalism）[64]、あるいは本来的意味原意主義（original meaning originalism）[65]とも呼ばれる。

後にスカリアもHeller判決においてこの原意主義を採用しているので、あえて区別する必要はないかもしれないが、原意主義が意図から条文に変わった点を１つの分岐点と捉えるのであれば、それを際立たせる意味で、条文型原意主義と分けておいた方が整理しやすい。したがって、本来的意図を重視する古典的原意主義と条文を中心とした客観的意味を重視する新原意主義に大別し、後者の中に条文型原意主義と客観的原意主義があると把握しておく。

さて、ウィッティントンによれば、このアプローチは司法の抑制を主眼とする古典的原意主義と比べて、憲法忠誠を実践する観点から司法の役割を分析するという点において、そのスタンスが消極的な姿勢から積

---

[62] McConnel, *supra* note 57, at 1136.

[63] Keith E. Whittington, Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review 60 (1999).

[64] Tera Smith, *Originalism's Misplaced Fidelity: "Original" Meaning Is Not Objective*, 26 Const. Commentary 1, 4 (2009).

[65] Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 Loy. L. Rev. 611 (1999).

極的態度へ転換し、まさに新原意主義と呼ぶべきものであるとする[66]。名前を挙げただけで、リベラルよりのバルキンやペリー（Michael J. Perry）から[67]、リバタリアン的なバーネット（Randy E. Barnett）やサンドファー（Timothy Sandefur,）[68]、厳格な条文主義を貫くローソン（Gary Lawson）やポールゼン（Michael Stokes Paulsen）[69]、哲学的なアプローチを行うソラム（Lawrence B. Solum）[70]まで、いずれもがこのグループに含まれるとされており、原意主義の中でも一大勢力となっている[71]。

その代表的論者のバーネットによれば、「……“本来的意味”の原意主義は合理的見地からみて憲法規定に用いられた文言について制定時の一般的または客観的意味を探求する[72]」ものであるという。なぜこのようなアプローチをとらなければならないかというと、憲法が契約と類似の性質を持っているからである[73]。契約が正統性を持つためには当事者間の同意が不可欠である。その際、何について同意したのかを示す文書が存在することが望ましい。それがあれば、契約がその後の世代を拘束することができる。そして、契約に関する問題が起きたとき、裁判所は契約文書を中心にその客観的意味を基に判断する方法をとる。これ

---

[66] Whittington, *supra* note 9, at 608-609.

[67] *See* Jack M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, 24 Const. Commentary 291 (2007); Michael J. Perry, *The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation*, 77 Va. L. Rev. 669 (1991).

[68] *See* Barnett, *supra* note 65; Timothy Sandefur, *Liberal Originalism: A Past for the Future*, 27 Harv. J.L. & Pub. Poly 489 (2004).

[69] *See* Gary Lawson, *Delegation and Original Meaning*, 88 Va. L. Rev. 327 (2002); Michael Stokes Paulsen, *The Intrinsically Corrupting Influence of Precedent*, 22 Const. Commentary 289 (2005).

[70] *See* Lawrence B. Solum, *Semantic Originalism* (November 22, 2008), Illinois Public Law Research Paper No. 07-24, *available at* http://ssrn.com/abstract=1120244.

[71] Colby and Smith, *supra* note 44, at 256-262.

[72] Randy E. Barnett, Restoring the Lost Constitution 92 (2004).

[73] *Id*. at 100-117.

は憲法にも当てはまる。憲法は契約の一種であり、後の世代を拘束する。そして何らかの憲法問題が起きた場合には憲法典が重要な役割を果たす。このとき、裁判官は契約時すなわち憲法制定時における憲法条文の客観的意味に照らして判断することになる。このように、憲法解釈は本来的意味を探るという意味で、原意主義をとるべきなのである。

本来的意味原意主義は、従来の制定者意図に着目した原意主義と異なり、条文の文言を重視するが、これには理由がある(74)。なぜなら、意図的原意主義に従うと、条文とかけ離れた意味を肯定することになり、憲法典の意味がなくなってしまうからである。ここでバーネットは、19世紀の法理論家スプーナー（Lysander Spooner）の主張を取り上げる。スプーナーによれば、憲法は一定の確固とした意味を持っているが、人民がそれに賛同していたわけではなく、憲法の意味は人民の意思とは離れたところにあるという。しかし、条文とは別に意図があるとすると、文言を使用する意味はなく、法は条文化する必要がなくなってしまう。そのため、憲法の意味を明らかにするためには、制定者意図ではなく、条文を基にして探求していかなければならないのである。

さて、特定の主観的意図に頼らずに憲法の意図を決めるという一見逆説的にもみえるこの試みは、文言の意味を明らかにすることから始まる。その方法は、必ずしも特殊なものではなく、一般に言葉の意味を明らかにする方法と同じである。すなわち、まずは文言の辞書的意味を探る。それと併行して条文の文脈や構造に照らして明らかにしていく。この方法によって条文の意味が明らかになれば、それがそのまま適用されるルールとなる。問題は、時が経過して制定当時と状況が変わっている場合である。この場合も、条文から離れた解釈をしてはならない。このとき、制定時の一般的意味を探りだして、それを当てはめることになる。とりわけ、条文が抽象的な定め方をしている場合には時代の変化にも対応しやすい。この場合、制定時の一般的意味を明らかにしながら基本原

(74) Barnett, *supra* note 65, at 633-636.

理を抽出し、それを適用して対応することになるからである。ただし、ここで抽出した原理は条文の意味に反してはならない[75]。あくまで条文を第1に考えながら原理の適用を考えなければならないのである。このように、意図ではなく条文に着目することで、意図と条文の乖離を防ぐことができ、客観的に憲法の本来的意味を明らかにすることが可能になるのである。

もっとも、このアプローチをとる場合、憲法条文が当時どのように理解されていたのかを示す客観的証拠を見つけ出すことは困難なのではないか、さらには当時予期できていなかった将来の状況にも対応できる意味を見つけ出すことも困難なのではないかなどの疑問が浮かぶ[76]。とくに、前者の問題はこのアプローチ自体を否定するものであるため、何らかの回答が必要である。

これについて、たとえば、条文の周辺部分に関連する資料を集めていくことで対応する動きがある。ケサヴァン＝ポールゼン（Vesan Kesavan and Michael Stokes Paulsen）によれば、最近の理論は関連資料を用いることでさらなる客観化を目指すようになっているという[77]。条文の一般的理解にとどまらず、制定者や批准者の意図をも考慮に入れて、条文の意味を推定していくことで、さらなる客観化をしようと試みるわけである。ただし、これを前面に出してしまうと、従来の原意主義と大差ないことになってしまうので、あくまで補足的に使用するということになろう。

こうして、原意主義の内容は、憲法制定者が実際に何を考えていたかではなく、憲法制定時にいた者であれば憲法条文をどのように理解した

---

(75) Randy E. Barnett, *Underlying Principles*, 24 Const. Commentary 405, 411-416 (2007).

(76) Nelson Lund, *The Second Amendment, Heller, and Originalist Jurisprudence*, 56 UCLA L. Rev. 1343, 1346 (2009).

(77) Vesan Kesavan and Michael Stokes Paulsen, *The Interpretive Force of the Constitution's Secret Drafting Histry*, 91 Geo. L.J. 1113, 1140 (2003).

かという仮説を設定した上で、その材料として憲法制定者の意図や当時の一般的理解を用いて斟酌するという方法が有力になり、解釈論として洗練されていったのである[78]。

コルビー（Thomas B. Colby）は、このような状況になった要因としてアメリカ憲法の特徴を挙げている[79]。ガードバウム（Stephen Gardbaum）がアメリカ憲法の特殊性の1つに権利リストの短さを指摘しているが[80]、まさにこの短い条文構造となっているがゆえに、客観的原理を含むものと理解せざるをえない。その結果、解釈手法も客観的な意味を探求することになったというのである。

（3） 新原意主義の実務的応用——新原意主義とHeller判決とのネクサス

このような新原意主義が注目を集めたのはHeller判決において採用されたときであった[81]。Heller判決では、修正2条が銃を持つ権利を個人に認めたかどうかが争点となったが、それを判断する際、修正2条をどのように解釈すべきかが問題となった。この点につきスカリア裁判官の法廷意見は、「修正2条を解釈する際、“憲法典は有権者が理解できるように書かれた。その語句は専門的意味ではなく有権者が標準または

---

[78] Thomas B. Colby, *The Sacrifice of the New Originalism*, 99 Geo. L.J. 713, 724 (2011).

[79] *Id.* at 725.

[80] Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 Mich. L. Rev. 391, 400 (2008).

[81] Heller判決が新原意主義的アプローチを採用したことにより、修正1条や修正14条などの規定の解釈にどのような影響を及ぼすかについて物議をかもし始めた。*See, e.g.,* Lawrence Rosenthal, *The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights: The New Originalism Meets the Fourteenth Amendment: Original Public Meaning and the Problem of Incorporation*, 18 J. Contemp. Legal Issues 361 (2009); Christopher A. Boyko, *A New Originalism: Adoption of a Grammatical Interpretive Approach to Establishment Clause Jurisprudence After District of Columbia v. Heller*, 57 Clev. St. L. Rev. 703 (2009).

通常で用いているものである。”という原理に我々は従う。標準的意味にはもちろん慣用的意味を含みうるが、しかしそれは憲法制定時における通常の市民が知らないような秘密または専門的な意味を排除する[82]。」と述べた。つまり、条文をベースにした上で、憲法制定時の一般市民が理解したと思われる意味に従ってそれを解釈すべきとしたわけである。これは、新原意主義のアプローチに近いものであるといえる。

ここで特徴的なのは、条文の意味を理解するためには憲法制定当時の一般市民の理解に基づいて意味を決めるとした点であろう。制定者個人ではなく、集合体としての一般市民の理解に依拠することで、客観的な意味を探求しようとしているのである。ただし、憲法制定時における一般市民は今でいうところの一般市民とは異なることに注意しなければならない[83]。当時は、まさに合衆国を創設しようという時期であったため、ほぼ全市民が国家の行末に関心を持っており、それと同時に憲法にも多大な関心を寄せていた。そのため、ここでいう公衆（public）は物事をよく考えて合理的に判断しようと努めていた人たちのことを指すのであって、現在からすると一般ではない人たちのことを意味することとなる。

このアプローチ自体については様々な批判が投げかけられている。タシュネット（Mark Tushnet）は、このアプローチをとっても、実際には古典的原意主義と同様、司法の主観性を排除できていないとの批判を受けることになるという[84]。なぜなら、文言の客観的意味を探ろうとしても、複数の意味が存在することが多いため、最終的には司法が主観的に意味を選択せざるをえないからである。コーネル（Saul Cornell）が、本件においてスカリア裁判官は都合のいいときだけ前文を引用して意味の確定に関連づけようとしたと指摘する点も、裁判官の主観性を物語る

---

[82] 554 U.S. at 576.

[83] Mark Tushnet, *Heller and the New Originalism*, 69 Ohio St. L.J. 609, 611-612 (2008).

[84] *Id.* at 616-617.

ものであろう[85]。

ところが、その反面、スカリア自身はこのアプローチによって裁判官の裁量に限定をかけようとしている点にも注意しなければならない。法廷意見は、「憲法保障が将来の裁判官の有用性の判断に委ねられてしまうならもはや憲法保障はないも同然である。憲法上の権利は人民が採択した時に理解されていた範囲内で安置されるのである……[86]。」と述べているからである。

結局、裁判官の憲法解釈における主観・客観の問題は実際の解釈方法次第といわざるをえない。新原意主義のいう制定時の一般市民の理解は、意味論的分析とともに歴史的作業を伴うものである[87]。スカリア裁判官としては、従来のように制定者意図に基づく方法は裁判官個人の選好に従って意図をつまみ食いしてしまうおそれがあることから、それよりは、意味論的および歴史的作業により当時の集合的理解を抽出した方が裁判官の恣意性を排することができると考えたのである。

3　原意主義論争のバルカン化――生ける憲法論への接近？

（1）　仇敵とのマリアージュ？

原意主義の客観化は、原意の一般化または抽象化をもたらすため、古典的な意味での原意主義との間にはある種の溝ができてしまった。その結果、今度はドゥオーキン（Ronald Dworkin）やブレナン（William Joseph Brennan, Jr.）など原意主義を批判していた者との距離が縮まってきている。

ドゥオーキンは、憲法条文の中には抽象的原理が埋め込まれた規定が

---

[85] Saul Cornell, *Heller, New Originalism, and Law Office History: "Meet the New Boss, Same as the Old Boss"*, 56 UCLA L. Rev. 1095（2009）.

[86] 554 U.S. at 634-635.

[87] David Thomas Konig, *Why the Second Amendment Has a Preamble: Original Public Meaning and the Political Culture of Written Constitutions in Revolutionary America*, 56 UCLA L. Rev. 1295（2009）.

あり、それについては道徳的読解を施していくべきだという理論を提示している[88]。この道徳的読解を行う際に、制定者の意図をどのように取り扱うべきかが問題となる。ドゥオーキンは、『権利論』において、①制定者の意図に厳格に従うことがいかなる解釈をもたらすか、②道徳的権利について政治哲学的に理解するといかなる解釈をもたらすか、という問いを発す[89]。①の場合、制定者が制定時に念頭に置いていた特定の観念（conception）を重視し、それが条文に反映されていると考えるため、解釈者は制定者の制定時の意図に拘束される。だが、②の場合は、制定者は特定の観念ではなく、ある概念（concept）を設定したと考えるため､解釈者はその概念を事案ごとに則して解釈することになる。ドゥオーキンは、制定者が①を選択しているならば特定の観念を条文に規定したはずであって、それがない以上、制定者が②を選択したと考える。

その上で、ドゥオーキンは、『法の帝国』の中で制定者意図――制定時の制定者の意図――を重視する立場を歴史主義とみなし、修正 14 条の平等を例にしながら批判している[90]。歴史主義者は制定者の意図を探ろうとするが、制定時には多様な意見を抱えていたという事実を発見し、かれらの抽象的信念を抽出しなければならなくなる。制定者らの残した記録等を参照してそれを明らかにしようとする方法があるかもしれないが、その場合も、南北戦争後の各修正の全体構造を正当化するような平等原理を特定しなければならない。そのとき、制定者個人の見解と抽象的原理が衝突した場合には、後者を採用しなければならないため、結果的に歴史主義は崩壊すると述べている。このように、ドゥオーキンは、制定者意図の内容を制定時の意図とみなす意図主義を批判し、制定

---

[88] この問題については、丸・前掲注（10）151 頁を参照。

[89] ロナルド･ドゥウォーキン（木下毅･小林公･野坂泰司訳）『権利論』〔増補版〕172-177 頁（木鐸社、2003 年）。

[90] ロナルド・ドゥウォーキン（小林公訳）『法の帝国』553-558 頁（未来社、1995 年）。

者の特定の意図に縛られずに原理を抽出するアプローチをとっているのである。

また、ブレナンも原意主義を批判し、原理を導出することが重要だとしている。ブレナンは、修正 8 条の残虐な刑罰をめぐる解釈につき、少なくともこの条項の意味は制定時に確定したわけではないとして、原意主義的解釈を批判する[91]。その上で、「修正 8 条の一般的および関連規定に具体化された広範な原理や価値を確認し適用する作業[92]」が必要であるとし、確定的な原意ではなく、一般的な原理の抽出作業を重視している。

もっとも、原理の適用段階になると原意が部分的に絡んでくる。ドゥオーキンは、『自由の法』において、修正 14 条を道徳的に解釈する際に起草者の意図に着目しながらその原理の内容を把握しようとするアプローチを用いた[93]。そして、裁判官が道徳的解釈を行う際に注意しなければならない点として、以下の 2 つの要素を挙げる。すなわち、「第 1 に、道徳的解釈においては、憲法の解釈は起草者の言ったことを出発点として行わなければならず、そして、起草者が何を言ったのかを理解しようとすれば、我々は彼らのことや彼らが発言した文脈についての個別的情報に頼ることになる」ことと、「第 2 に、これと劣らず重要なのだが、道徳的解釈において憲法の解釈は、憲法上の純一性（integrity）の要請によって律せられねばならない」という 2 つである[94]。

憲法解釈において原意が一定の役割を果たすことを認識した上で、その後、ドゥオーキンはスカリアとの論争において、制定者が制定時に抱いていた効果に対する期待を尊重する「予期的原意主義」（expectation

---

[91] William J. Brennan, Jr., *Foreword: Neither Victims Nor Executioners*, 9 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Poly 1 (1994).

[92] *Id.* at 6.

[93] ロナルド・ドゥオーキン（石山文彦訳）『自由の法』12–15 頁（木鐸社、1999 年）。

[94] ドゥオーキン・前掲注（93）16 頁。

originalism）と、制定者の言おうとした意図を尊重する「意味論的原意主義」（semantic originalism）を分ける[95]。予期的原意主義は、制定者が解釈者に対してこう解釈してほしいと期待していた具体的効果に着目し、それに沿う形で解釈しなければならないというものである。一方、意味論的原意主義は、制定者の言おうとしていた意図、換言すれば原理を設定したものだと解し、それを念頭に置きながら判断するというものである。前者の解釈方法は制定者の個別的意図に縛られるのに対し、後者の解釈方法は制定者の個別的意図ではなくその抽象的構想を軸にするという点で異なる。そしてドゥオーキンはこれまでと同じく原理を基にした解釈を重視することから後者を採用すべきとする。これに対し、スカリアは自身も意味論的原意主義をとっていると反論していることから[96]、両者の差異はますます縮小している。

こうしてみると、制定者個人の意図に固執しないという点と客観的な意味を抽出しようとする点に加え、意味論的原意主義をとっているという点からしても、ドゥオーキンらの見解は新原意主義と親和性があるようにみえる[97]。両者の見解は必ずしも同じとは言い切れないものの[98]、少なくとも条文の客観的意図を探ろうとする姿勢については新原意主義とドゥオーキンの見解は近い立場にあるといえる[99]。客観的意味の抽

---

[95] Ronald Dworkin, *Comment, in* A Matter of Interpretation 115, 119-122.

[96] Scalia, *supra* note 49, at 144-147.

[97] 丸祐一によれば、たとえばボークとドゥオーキンの理論は「それほど変わりがないように思えるほどである」が、しかしボークの議論にはインテグリティの要素が欠けている点が大きな違いであり、スカリアの理論に対しても同様のことがいえるという。丸・前掲注(10)157頁。また、巻美矢紀が憲法の動態性と静態性を分析する中で、憲法の動態性を可能ならしめているものこそがインテグリティだと指摘していることからしても、インテグリティが原意主義者とは異なるドゥオーキン理論のオリジナル部分だといえるかもしれない。巻美矢紀「憲法の動態と静態――R・ドゥオーキン法理論の『連続戦略』をてがかりにとして――(1)」国家学会雑誌107巻1・2号84-86頁（2004年）。

[98] 丸・前掲注（10）160-161頁。

[99] Barnett, *supra* note 65, at 623. バーネットも、（ドゥオーキンの）「…… “予期的”

出において原意の扱い方に違いがあるため、両者のアプローチが完全に同一とは言い難いが、少なくとも接近傾向にあるといえよう。

両者の接合を原意主義の観点から説明しているのがルーズヴェルト（Kermit Roosevelt Ⅲ）である。ルーズヴェルトは、旧来の原意主義を「適用原意主義」（application originalism）とし、自らが採用する新しい原意主義を「意味原意主義」（meaning originalism）と呼ぶ(100)。このうち、前者は憲法制定者が考えていた具体的意図を将来のケースにおいてもそのまま適用する。つまり、条文の意味と将来の適用を同一次元で捉えている。一方、後者は、憲法条文の意味の抽出という過程と適用の段階とを区別する。そして、条文の意味を一定に保ちつつ、適用の段階で変化に対応する。たとえば、かりに憲法条文に「上院議員は最新の流行服を着用しなければならない」という規定があったとする。当然ながら、制定時の流行とその後の流行は異なる。制定者の意図に従うと、当時の流行服を将来にも適用しなければならないことになり、条文の本来の意味が歪められてしまう。そのため、条文の意味を変えずに、適用の段階で時代に合わせた解釈を行う必要がある。つまり、適用時に流行っている服を着ていなければならないと解釈するわけである(101)。このように、意味原意主義は、条文の意味の抽出と具体的ケースへの適用を分けて考える点が特徴的である。原意主義の観点からしても、意味原意主義を採用すれば、条文に施された原理的意味を抽出して将来のケースに柔軟に

原意主義と“意味論的”原意主義の区別は意図的原意主義から意味的原意主義への変遷を明らかにする一助となる」と述べているように、ドゥオーキンの区分と原意主義の動向が重なっていることを示唆すると同時に、ドゥオーキンのとる意味論的原意主義と新原意主義が近い関係にあることを表している。

(100) カーミット・ルーズヴェルトⅢ世（大沢秀介訳）『司法積極主義の神話――アメリカ最高裁判決の新たな理解』47-61頁（慶應義塾大学出版会、2011年）。

(101) ルーズヴェルト・前掲注（100）60-61頁。このような見解は、ドゥオーキンのアプローチに類似しており、ルーズヴェルト自身もその近似性を自覚している。もっとも、ルーズヴェルトによると、ドゥオーキンほど裁判官の能力を重視するものではなく、社会におけるより穏健な司法の役割を考えているという。

対応することができるのである。ルーズヴェルトのいう意味原意主義は、新原意主義の発想に近くばかりでなく、その名のとおりドゥオーキンのいう意味論的原意主義とも近接している。このように、原意主義は旧来の仇敵と親和的になるほど中身を変形しているのである。

かかる接近状況についてサンスティン（Cass R. Sunstein）は、抽象的または一般的レベルで憲法制定者の見解を探ろうとするアプローチを穏健な原意主義（soft originaism）と位置づけている[102]。サンスティンによれば、穏健な原意主義は抽象的原理に基づくことからこれまで司法が積み上げてきた様々な自由の法理を認めつつ、憲法制定者の見解にも注意を払うので憲法の民主的側面にも配慮できるという。このような見解は、客観的原意主義とドゥオーキンのアプローチを混交させて創出したものといえよう。

（2）　新原意主義の抱える問題

しかしながら、こうした展開は原意主義の原意を見失い、何をもって原意主義というのかが定まらなくなってきた感もある[103]。フレミング（James E. Fleming）はかかる状況を原意主義のバルカン化（the Balkanization of originalism）と呼ぶ[104]。フレミングによれば、そもそも原意主義は最善にして唯一無比の憲法解釈方法が原意に従うことなのだと唱えるものだったはずが、今では条文型原意主義や客観的原意主義などに派生し、さらにはドゥオーキン流の抽象的原理型原意主義までもが唱えられる始末である。その結果、原意主義論はバルカン半島のごと

---

[102] Cass R. Sunstein, *Five Theses on Originalism*, 19 Harv. J.L. & Pub. Poly 311, 313 (1996).

[103] Richard H. Fallon, Jr., *A Rationalization for Conservativism or a Principled Theory of Interpretation?: Are Originalist Constitutional Theories Principled, or Are They Rationalizations for Conservatism?*, 34 Harv. J.L. & Pub. Poly 5, 27-28 (2011). たとえばファロン（Richard H. Fallon, Jr.）は、様々な原意主義が乱立しているため、何をもって原意主義といえるのかが定まらなくなっていると指摘している。

[104] James E. Fleming, *The Balkanization of Originalism*, 67 Md. L. Rev. 10 (2007).

く、様々な見解が入り乱れる状況になっているというのである。

また、客観的原意主義とは違う観点から、新たな原意主義を唱える議論もでてきている。たとえば、マギンス＝ラッパポート（John O. McGinnis and Michael B. Rappaport）は、プラグマティズムの観点から原意主義を正当化するプラグマティック原意主義（pragmatic originalism）を唱える[105]。これまで、両者は相容れない議論として認識されてきた。結果良ければすべて良しのプラグマティズムと、時代や結果にかまわずにひたすら過去に忠誠を誓い続ける原意主義は、まるで水と油の関係のようにみえるからである。しかし、かれらによれば、双方を結合することは可能であり、プラグマティズムの観点から原意主義が正当化されるとする。憲法は重要な機能をエントレンチするために特別多数のルールを設定した。そのため、憲法に従って判断することは望ましい結果をもたらすことにつながる。つまり、原意主義をとることは結果にこだわらないわけではなく、むしろ良い結果を導くためのプラグマティックな方法だと考えるわけである。これには様々な疑問が思いつくが、ここでは相克関係にあるとされていたプラグマティズムと原意主義を結びつける試みさえ行われているという点に注意したい。このように、そこかしこに原意主義というタームが飛び交っており、「今や我々は全員原意主義か？[106]」という状況に陥っているというのである。

このバルカン現象を分析すると、2つの問題点を指摘できる。1つは、理論的拡散により、誰の議論を中心に原意主義と考えればいいのかがわからなくなってしまっているという問題である[107]。その結果、原意主義の内容がぼやけてしまい、何をもって原意主義とみなせばいいのかが難しくなっている。そのため、複数の議論を考察しながら、それらの議論の原意を抽象的にまとめて、原意主義を類型化する作業が必要になっ

---

[105] John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, *A Pragmatic Defense of Originalism*, 31 Harv. J.L. & Pub. Poly 917 (2008).

[106] Fleming, *supra* note 104, at 10.

[107] Colby and Smith, *supra* note 44, at 258.

てきている。

もう１つは、原意主義の内容が散乱してしまい、本来の原意主義の面影が無くなってしまいつつあることである。元来、原意主義の原意は司法裁量の統制であった。しかし、最近の議論は司法裁量の問題を中心的争点としないため、中には司法裁量を広く認める結果となる議論も出てきている。そうなると、原意主義の原意を喪失してしまうことになり、もはや「○○原意主義」という言葉で括る必要はないのではないかという疑問が浮上するわけである。

もっとも、こうした状況は、ある意味で、原意主義が解釈論として洗練されていったという側面を映し出している。その出自からして、原意主義は保守派というレッテルが貼られがちであった(108)。だが、原意主義は必ずしも保守派だけに親和的なわけではない。たとえば、Heller 判決にみられるような銃を持つ権利は保守派に近いが(109)、修正６条や修正７条などの陪審に関する規定などはリベラルに近い形となる(110)。それでも保守派の武器というレッテルをなかなか払拭できずにいたが、解釈論として研ぎ澄ましていくことで、左右どちらにも使える武器となり、そのイデオロギー性が薄まっていったといえる。

とはいえ、バーネットらに代表される新原意主義は原意主義を洗練した点で評価できるものの、他面において客観化されたがゆえに具体的にいかなる解釈結果となるのかが不明瞭となり、さらにその方法をとるための歴史的基盤が示されていないという問題を抱える(111)。新原意主義は Heller 判決など銃規制の文脈ではその回答がみられたが、他の文脈

---

(108) Keith E. Whittington, *A Rationalization for Conservativism or a Principled Theory of Interpretation?: Is Originalism Too Conservative?*, 34 Harv. J.L. & Pub. Poly 29 (2011).

(109) J. Harvie Wilkinson III, *Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law*, 95 Va. L. Rev. 253 (2009).

(110) Suja A. Thomas, *Symposium: Originalism and the Jury*, 71 Ohio St. L.J. 883 (2010).

(111) Stephen M. Griffin, *Rebooting Originalism*, 2008 U. Ill. L. Rev. 1185 (2008).

でいかなる答えがでるのかがわからないままである。さらに新原意主義は原意主義と非原意主義という対立を掲げるが、ホイ（David Couzens Hoy）やソラムが指摘するようにこの区分は誤りであり、現実には司法は様々な解釈方法を使っている[112]。そのため、新原意主義は記述的正当化に成功していない。

こうした状況を踏まえて、新原意主義が解釈方法として失敗している点を指摘しながら、古典的原意主義に回帰すべきだという議論もある[113]。マイケルズ（Walter Benn Michaels）は、新原意主義が条文の客観的意味を基に解釈すべしと説いていることに対し、以下のような疑問を呈す。通常、条文の客観的意味を探る場合には2通りの方法がある。1つは、強い条文主義で、制定者の意図を顧みることなく、ひたすら条文の意味だけをみて解釈する。一方、弱い条文主義は、記録等を参照しながら制定者の意図を炙り出して条文の意味を解釈する。もっとも、実際には、新原意主義はいずれの方法とも異なるアプローチをしている。新原意主義は、制定者が一般に理解される意味を念頭に置いているはずであるという仮定と、条文の意味はそのように解釈されるであろうという二重の仮定に依拠している。それは、条文を字義通り解釈しているようにみえて、仮定上の条文の意味（＝客観的意味）を抽出しようとしているのである。このような仮説自体も問題であるが、そのような方法は結果的に意味を明らかにする際に依拠するものがなく、解釈方法として失敗している。そのため、マイケルズは、古典的原意主義に戻るべきだというのである。

このように、新原意主義は原意の客観化を目指す点で非原意主義に接近するが、他面において、条文の意味を明らかにするために制定者意図

---

[112] David Couzens Hoy, *A Hermeneutical Critique of the Originalism/Nonoriginalism Distinction*, 15 N. Ky. L. Rev. 479 (1988); Lawrence B. Solum, *Originalism as Transformative Politics*, 63 Tul. Rev. 1599 (1989).

[113] Walter Benn Michaels, *A Defense of Old Originalism*, 31 W. New Eng.L. Rev. 21 (2009).

を利用してしまうと古典的原意主義に回帰してしまうという、ダブルバインドの状況にある。とりわけ、新原意主義が原意の客観化を標榜する以上、非原意主義とはいわないまでも、裁判官を原意で拘束するという本来の目的からは外れてしまった感がある。そうなると、これはもはや裁判官が原意を尊重すべきか否かという問題ではなく、そもそも憲法とは何なのか、そしてそれは固定的なものなのか流動的なものなのかという、より根源的な問いを喚起する。言い換えれば、原意主義の問題は、解釈論の枠を越えて憲法解釈の背後にある憲法観を問う必要がある。

Ⅱ　憲法の生死をめぐる攻防

かつて、「ヒューズ（Charles Evans Hughes）裁判官は、“我々は憲法の下にある”、“しかし、裁判官の語ったことが憲法である”[114]。」と述べたことがあるが、「この裁判所のジレンマまたは憲法解釈の問題の中心にあるのは生ける憲法の概念である。すなわち、憲法は政治状況の変化に合わせて解釈すべきかどうか、それとも裁判所には憲法の文言、構造、精神の範囲内で政治的問題に対応すべきであるという要請があるかどうかということである」[115]。このように、司法が憲法制定者の原意に拘束されるべきか否かの問題はまさに憲法の生死をめぐる問題である。以下では、死せる憲法観と生ける憲法観についてそれぞれの代表的論者を取り上げながら分析していくことにする。

1　死せる憲法観――レーンキスト

憲法を固定的なものとみなす見解を大々的に打ち出したのは、レーンキストコートを牽引したレーンキスト本人であった。その代表作である「生ける憲法の概念」（The Notion of a Living Constitution）は、レーン

---

[114] Views from the Bench: The Judiciary and Constitutional Politics, 121（Mark W. Cannon and David M. O'brien eds., 1985）.
[115] *Id.* at 122.

キストが連邦最高裁の陪席裁判官だった時代に著したものである[116]。本論文が耳目を集めたのは連邦最高裁の現役裁判官という看板だけによるものではない。むしろ、注目すべきはその内容である。本論文は、タイトルとは裏腹に、生ける憲法観を否定する内容となっている。折しもRoe判決の3年後に出された本論文は、司法の憲法解釈がリベラル派によって賛美される中で、憲法判断に関する司法の役割を問い直そうとするものだったのである。

(1) 生ける憲法の受けの良さ？

冒頭で、レーンキストは連邦最高裁裁判官に指名されたときの上院公聴会での体験談を持ち出す。公聴会ではしばしば「生ける憲法を信じるか」と聞かれることがある。この質問に答えるのは容易ではないが、一般受けのいい回答は「YES」と答えることである。というのも、「一見すると生ける憲法はその反対概念である死せる憲法よりも良い概念のように思える。死体愛好者だけがそれに異を唱えそうにみえる。もし我々が合衆国憲法は生きているか死んでいるかという問題についてのサンプル調査をこの国の大手リサーチ会社に調査してもらったら、圧倒的多数の人が疑いをもたずに生ける憲法を選ぶだろう[117]。」と思われるからである。

(2) 生ける憲法の抱える諸問題

しかしながら、もし生ける憲法なる概念が、司法が現代社会の声を汲み取って憲法判断を行うことを意味するとすれば、それは本末転倒の議論となる。なぜなら、現代社会の意思に基づき憲法の意味を変えることは司法審査の正当性の基盤を揺るがしてしまうからである。民主的正当性を持たない司法が政治部門の決定を無効にすることができるのは、憲

---

[116] William H. Rehnquist, *The Notion of the Living Constitution*, 54 Tex. L. Rev. 693 (1976).
[117] *Id.*

法を守るという大義名分があるからである。この錦の御旗なくして、司法は民主的決定を覆すことはできない。それゆえ、司法は憲法の意味を忠実に実践していかなければならず、勝手に憲法の意味を変えてはならない。「司法審査の権威が人民の採択した憲法典の文言にともかくも結び付けられているという考えをいったん放棄してしまうと、司法審査権を行使する司法は好奇の目にさらされることになる。そのとき裁判官はもはや憲法の番人ではなくなってしまう」[118]。司法が現代社会の意思に基づいて憲法の意味を変えてしまうことは司法審査の墓穴を掘るのと等しい行為なのである。

さらに、生ける憲法は以下の３つの問題を抱えている。第１に、生ける憲法は憲法が想定する通時的対応を見誤っているという点である[119]。たしかに、生ける憲法のいうように、時代は変化し続けるのであって、憲法はあらゆる問題に指針を提供できるわけではない。だが、その問題については憲法制定者も意識してきたことであり、社会情勢の変化に伴い、何らかの対応が必要だと考えていた。問題は誰がその対応を行うかである。憲法は、この役割を人民に選ばれた政治部門に与えた。そのため、司法が出る幕ではないのである。

第２に、司法が社会状況に合わせて憲法の意味を変えようとしたケースはいずれも大きな問題を残してきたという点である[120]。これは第１の点を記述的に立証することでもある。その代表例として挙げられるのが、Dred Scott 判決と Lochner v. New York 判決[121]である。いずれも、司法が当時の社会情勢を考慮して憲法解釈を行ったのであるが、前者は黒人を奴隷扱いし、後者は過度に契約の自由を尊重する結果となってしまった。このように、司法が時代状況を考慮して憲法判断を行うと、憲法から外れた原理を導出してしまうことがある。

---

[118] *Id*. at 698.
[119] *Id*. at 699-700.
[120] *Id*. at 700-704.
[121] Lochner v. New York, 498 U.S. 45 (1905).

第3に、司法が政治部門の判断を無視して現代社会の意思を汲み取ろうとすることは、憲法の意図する民主社会を崩壊させてしまうという点である[122]。社会の価値を反映させる役割を担うのは人民の代弁者たる政治部門であり、これが民主政の基本原理である。その判断を乗り越えて司法がでしゃばることは憲法の意図せざるものである。以上のことから、生ける憲法は、司法審査の正当性を喪失させてしまうだけでなく、民主社会の基本原理をも崩壊させてしまうものなのである。

(3) レーンキストの死せる憲法観

このような憲法観は、まったく同じではないにせよ、スカリア判事などが主張する原意主義に通じるものがある[123]。とりわけ、憲法条文から離れた解釈を非難したり、民主的決定を重視したりするところは共通しているといえよう。もっとも、あえてレーンキスト流の死せる憲法観の特徴を挙げるとすれば、憲法の静態性は司法の憲法解釈に限定されるという点である。レーンキストは、憲法を守るために司法審査があるのだから憲法条文の意味を変えてしまうような司法の憲法解釈はもはや民主的決定を覆す正当性をもたないという。他方で、その時々の社会の意思を反映しているのは政治部門なのだから、司法が憲法の名を借りて覆すことはできないとも述べている。いずれにせよ、司法が現状に合わせて憲法解釈を行うことは許されないわけであるが、しかし政治部門が社会情勢に合わせて判断することは許されるとしている。すると、レーンキストは必ずしも生ける憲法を全否定しているわけではなく、あくまで司法が生ける憲法を理由に司法審査することを糾弾しているにすぎないようにみえる。実際、レーンキストは死せる憲法を支持するとは一言も

---

[122] Rehnquist, *supra* note 116, at 704-706.

[123] Antonin Scalia, *Foreword, in* Originalism : A Quarter-Century of Debate 43 (Steven Calabresi ed., 2007). ただし、スカリアは、「私が連邦最高裁に入ったとき、メンバーの中で原意主義者は私一人だった」と述懐しているように、スカリアはレーンキストを原意主義者とみなしていない可能性がある。

言っておらず、政治部門が生ける憲法を実践することを許容しているように思える。とすれば、ここでは限定付の生ける憲法が採用されているといえるのかもしれない。

しかしながら、レーンキストと対比されるブレナンの見解によると、レーンキストのように司法が実質的価値を読み込まずに憲法判断することは困難であるという[124]。憲法判断は必然的に価値の選択を伴うものであって、司法はそれを行う機関である。したがって、司法は政治部門の憲法判断に敬譲する必要もないし、誰の原意かもわからない憲法制定者の判断に拘束される必要もないというのである。かかる見解は、生ける憲法観からすると、レーンキストのような司法の自制を求めるような結論を否定することを意味している。

このような見解はブレナンにとどまるわけではなく、生ける憲法を唱える論者はたいてい憲法を有機的なものとみなすだけでなく、その有機的発想を判例法理の展開と親和的に捉え、司法の裁量を認めることが多い[125]。

2　生ける憲法論――D・ストラウス

以上のような死せる憲法観に対して、「アメリカ憲法が二〇〇年以上も続いたのは、弾力性がある『生きた憲法』だったからだ[126]」といわれることがある。だが、なにゆえに憲法は生きているといえるのであろうか。まずは、生ける憲法の代表論者であるD・ストラウス（David A. Strauss）の見解をみてみよう。

---

[124] Glenn A. Phelps and John B. Gates, *The Myth of Jurisprudence: Interpretive Theory in the Constitutional Opinions of Justices Rehnquist and Brennan*, 31 Santa Clara L. Rev. 567, 579-581 (1991).

[125] Henry Paul Monaghan, *Doing Originalism*, 104 Colum. L. Rev. 32, 32-33 (2004).

[126] デイビッド・ルー『アメリカ　自由と変革の軌跡――建国からオバマ大統領誕生まで』45頁（日本経済新聞出版社、2009年）。

(1) コモンロー的憲法

D・ストラウスの定義によれば、「“生ける憲法とは”正式な修正なくして、進化し、通時的に変化し、新しい状況に適合する憲法のことをいう」[127]。実は、アメリカは生ける憲法に近い法システムを憲法制定前からすでに兼ね備えていた。通時的に先例を積み重ねながら法を発展させていくコモンローのシステムである。憲法も先例や慣習を築き上げながら、基本原理を発展させていくべきであり、このようなコモンロー的憲法（common law constitution）はまさに生ける憲法なのである。

(2) 原意主義の抱える諸問題

ところが、憲法を原意という鎖で縛っておこうとする議論がある。それが原意主義であり、「原意主義の概念の核心は我々が憲法典の文言に意味を与えようとするとき、我々は当該憲法規定を採択した者の意図した意味を用いるべきであるというものである」[128]。しかしながら、原意主義は3つの根本的問題を抱える[129]。第1に、実際問題として原意を発見することは不可能に近いという問題である。誰が、いつ、どんな意図を抱いていたのかを特定することは困難であり、裁判官がその作業を行えるとは思えないし、行う必要もない。第2に、たとえ原意を見つけ出すことができたとしても、それを現在の世界に適用しなければならないという問題である。憲法制定時の原意を現代に適用するとき、状況が変化していることから、必然的に意味内容の変形を伴う。その際、いったいどのように変形すればいいのかという問題が生じるのである。第3に、原意主義はジェファーソンの現在世代帰属論に応答しなければならないという問題である。ジェファーソンによれば、世界は生きている者のものであるとし、過去に拘束されないという。だとすると、およそ2世紀も前に制定された憲法の原意に拘束されることを正当化しなければ

---

[127] David A. Strauss, The Living Constitution 1 (2010).
[128] *Id.* at 10.
[129] *Id.* at 18-25.

ならなくなる。

それでもなお、原意主義が主張されるのには、つぎの３つの理由が考えられる[130]。すなわち、①憲法には時代を経ても色褪せない基本原理が埋め込まれていること、②憲法制定者に想いをはせるレトリックとして有効であること、③原意主義にとって代わるほどの議論が出てきていないこと、である。しかしながら、現代社会に通用しないような原意はもはや基本原理ではなく、原意主義よりも魅力的な憲法論が存在する。それが生ける憲法論である。

一般的な法の捉え方として、法は主権者の命令でありその意図に従わなければならないとする命令理論と、法は社会において形成された慣習であり主権者の意図なるものは存在しないとするコモンロー理論とがある。このうち、前者は法を一定の時点における主権者の意思の発露とみなすが、後者は法が通時的に社会によって形成されてきたものとみなす。法が時代の移り変わりとともに変遷していくことは自明の理であり、そうでなければ消滅してしまっているはずである。法は絶えず発展するものであり、裁判官は先例を発展させながら通時的に対応していくのである。したがって、コモンロー理論をモデルとして憲法を捉えていく必要がある。

(3)　生ける憲法の優れた点

コモンロー的アプローチはきわめて謙抑的なものである[131]。なぜなら、コモンローは人間の理性について独断的な決定をしないからである。コモンローは、これまでの人々の知の結晶によって解答の手がかりを得ようとする。すなわち、社会のコモンセンスを吸い上げて、経験に基づく判断を行っていく。だからこそ、先例が重要な意味を持つのである。そして、この先例は時代に合わせて進化していくものであり、通時的に

---

[130] *Id.* at 29-31.

[131] *Id.* at 40-43.

対応することが可能なのである。

コモンロー的憲法というアプローチが原意主義に勝っている点として、以下の4点を挙げることができる[132]。第1に、原意主義は裁判官に歴史的任務を果たすことを要求するが、コモンローは法的任務を授ける点である。コモンローは先例に基づく法的分析を求めるため、裁判官は本来の職責を果たすことができるのである。第2に、原意主義が過去の判断に囚われるのに対し、コモンローは過去に囚われるのではなくそれを通時的に生かしながら対応することができる点である。原意主義は憲法制定時という過去の1点に集中するが、コモンローは過去の知識の蓄積を重視するからである。第3に、コモンローは、原意から導き出すことのできない現代社会の法秩序を形成している点である。たとえば、人種統合や社会福祉などはコモンローの賜物であり、原意主義では対応できない。第4に、コモンローは裁判官が公平や正義に依拠して率直に対応することを可能にするという点である。原意主義は、原意で縛るために公正や正義などを考慮する余地を与えないが、コモンローはそうした考慮を可能にするのである。

一方、原意主義の側からは、コモンロー的憲法は実質的に正式な憲法修正を経ずに司法が憲法の意味を決めてしまうことから、それは憲法に反するのではないかという批判がなされる[133]。しかし、そもそも憲法修正は憲法の修正手続だけによってなされるものではない。実際、人種差別や福祉政策など、修正手続を経ずに憲法の意味が変わってしまったケースはいくつもある。また、司法判断がつねに憲法の意味を確定するわけではなく、ときには立法府や執行府が憲法の意味を決めてしまうこともありうる。憲法は現在意思を拘束する点において民主的ではなく、修正手続にとらわれずに、憲法の意味を変えていくことを認めることこそ、憲法を民主的にし、実効たらしめる方法なのである。

---

[132] *Id.* at 43-46.

[133] *Id.* at 115-139.

(4)　分岐点としての憲法忠誠

以上のD・ストラウスの生ける憲法論と先述の死せる憲法観とを比べてみると、両者は憲法忠誠の度合いが大きく異なる。死せる憲法はひたすら憲法に忠誠を誓い、それを忠実に実現していくことを至上命題としている。一方、生ける憲法はコモンローこそが社会における法を発展させるものであり、憲法もコモンローのプロセスの中で展開していくものと捉える。極論すれば、生ける憲法は裁判官が憲法判断を行う際に憲法典に拘束されないと考えているのである[134]。また、死せる憲法は民主主義を重視するのに対し、生ける憲法は司法の役割を重視するという違いもある。こうした特徴を踏まえると、憲法忠誠的民主主義優先型の死せる憲法とコモンロー的司法優先型の生ける憲法という構図を描くことができる。かかる概念の相違は憲法実施にも影響を与える。死せる憲法が政治部門を中心とした憲法の実施を想定するのに対し、生ける憲法は司法を中心とした憲法価値の実現をはかろうとするからである。

その反面、両者にはある共通点も存在する。それは、過去の拘束という点である。死せる憲法は原意を重視し、生ける憲法が司法の先例を重視することは、これまでに述べた通りである。しかし、原意にせよ、先例にせよ、過去からの拘束である点に違いはない。生ける憲法はコモンローが通時的に発展していくものだとしているが、先例拘束を軸にする以上、過去の先例に拘束されている。もちろん、憲法制定時という大過去とその後の過去とでは、過去の中での違いがあるが、双方ともに過去からの拘束を重視しているのである。それでは、それぞれの過去の拘束は共存しうるのか、それとも競合する運命にあるのだろうか。

---

[134] もっとも、コモンローの憲法に対する優越には、D・ストラウスのように、憲法制定以前からコモンローシステムが確立していたがゆえにコモンローの優越を説くアプローチと、憲法制定者が柔軟なコモンローシステムを予見していたがゆえに原意がコモンロー的スタンスをとっていたと考えるアプローチがある。後者の見解については、*see* Bernadette Meyler, *Towards a Common Law Originalism*, 59 Stan. L. Rev. 551 (2006).

この問題について、憲法は将来に向かって開かれているという未来志向の憲法観を抱くことで、二重の過去の拘束から憲法を解き放とうとするのがドルフ（Michael C. Dorf）である。

3　未来志向型憲法観――ドルフ

（1）　記述的論証という側面

ドルフによれば、原意主義は原意を採用しなかった判例を説明できず、他方で非原意主義は原意に基づいた判例を説明できないことから、双方とも記述的正当化に失敗しているという[135]。つまり、原意主義や非原意主義の規範的要請は記述的現実との間にあるギャップを埋められていないのである。その代替案として、司法に様々な解釈方法を選択させる憲法的折衷主義（constitutional electicism）がありうるが、今度は記述的論証に成功する反面、規範的正当化がおろそかになってしまう。そこで、ドルフが着目するのが、憲法制定過程を重視する社会契約型の原意主義ではなく、それに依拠しない「非社会契約型原意主義」（nonsocial-contractarian originalism）である。これは、我々が受け継いできた政治制度に関する制憲者意図や２世紀に渡って存続してきた憲法哲学に関する制憲者意図を重視する原意主義を指す[136]。このアプローチをとると、原意という規範的要請を求めながら、過去の契約に拘束されないので、記述的にも対応することができる。それゆえ、このアプローチであれば、規範と現実とのギャップをある程度埋めることができるかもしれないというのである。

---

[135] Michael C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, 85 Geo. L.J. 1765 (1997).

[136] James E. Fleming, *Original Meaning Without Originalism*, 85 Geo. L.J. 1849, 1855 (1997). なお、フレミングはこのようなアプローチを肯定的に受けとめつつ、ドルフの見解はもはや「脱原意主義」ともいえるものなので、非社会契約型原意主義などと称する点に疑問を呈している。

(2)　指標的憲法観

憲法解釈方法の規範と記述の溝を埋める作業は難解な作業なのであるが、この問題は憲法観に深く関わる点に留意しなければならない。ドルフはどのような憲法観を抱くかによって、憲法解釈方法にも違いが生じてくると考える。ドルフによれば、憲法は人権をエントレンチしたものではなく、憲法制定者が「指標」(aspiration) を語ったものであるという[137]。つまり、憲法の意味は憲法制定者の時代に意図されていたものではなく、むしろ憲法制定者が将来の世代にその発展を託したものである。

たしかに、一見すると、憲法は将来世代の意思に制約を設けることで、将来世代が最大限自由を享受できるようにしているとみえるかもしれない。たとえば、スカリアによれば、憲法制定者は社会が腐敗しないように賢慮な憲法を制定し、通時的に社会の最善の価値を生かそうとしているという。このため、予防的拘束論 (antibacksliding) は、憲法が人権をエントレンチしたと考える。

「しかし腐敗という視点は上から目線であるがゆえに憲法上の権利を荒廃させないためという正当化には問題がある」[138]。なぜなら、21 世紀に生きる我々が共鳴している価値は、憲法制定者の目には荒廃したものと映るかもしれないからである。つまり、憲法起草時の立憲的諸価値と将来世代のそれとには温度差が生じる可能性が高く、人権の予防的拘束という見解はこの齟齬を解消しなければならない。

これに対しては、多数派が一時的感情に流されて専制につながるようなルールを設定してしまうおそれがあることから、それを防ぐために通時的な諸価値を憲法の中に組み込む必要があるというのが従来からの回答である。このデッドハンドは将来世代に向けた「呪い」(curse) ではなく、むしろ将来世代への「贈り物」(gift) だと解するわけである。

---

[137] Michael C. Dorf, *The Living Constitution and Future Generations: The Aspirational Constitution*, 77 Geo. Wash. L. Rev. 1631 (2009).
[138] *Id.* at 1632.

しかしながら、この議論は実証性の点で問題がある。これまでアメリカは、一時的に人権を過度に侵害する状況を経験してきたが、いずれも永続的専制に至っていないからである。それどころか、たとえば女性の参政権のように、憲法制定時には意図されていなかった価値が将来的に実現されることもありうる。

もちろん、憲法がまったくエントレンチメント的機能を果たしていないわけではないが、憲法の主要な役割は将来世代の予防的拘束にあるのでない。憲法は将来世代に諸価値の発展を託しているのであって、それは過去からのメッセージを瓶詰めにしたようなものである。つまり、憲法は将来世代に向けて指標を語ったものなのである。

したがって、憲法の規定する人権は、将来世代がその諸価値を実現していくものである。実際、再建期に制定された修正 13、14、15 条の求める人種差別の解消は、1950〜1960 年代に実現している。このように理解することで、過去と未来を結びつけながら憲法の諸価値の実現を説明できることに加え、デッドハンドの問題をかわすこともできる。

このアプローチは憲法制定者の意図に拘束されないので原意主義的な解釈方法をとらない。原意主義と異なり、憲法解釈において憲法制定時の価値に縛られないため、たとえ憲法制定者が害悪とみなしていた事柄でさえ、将来的にはそれを 180 度転換することが可能である。あるいは、原意主義の土俵に乗って考えてみると、より違いが明らかになる。原意主義が憲法制定者を制定者本人に限定するのに対し、このアプローチは、憲法制定者には当時の制定者本人のみならず、将来世代も含まれると考えるからである。

(3) 構築した憲法価値の拘束力

ただし、このアプローチをとる場合、その後の効果についても射程に入れて考えておく必要がある[(139)]。せっかく将来世代が人権保障を実現

---

(139) *Id.* at 1635-1636.

しても、その後の多数派がそれを覆してしまったら元も子もないからである。たとえば、憲法規定（T1）の価値を、将来世代（T2）が実現した場合、その後の世代（T3）を拘束すると考える必要がある。これは中絶の問題を例にすると考えやすい。当初、多くの人が中絶を違法だと考えていたものの、1973 年の Roe 判決によって合法化された。これに対し、後の多数派が中絶を違法とみなして禁止することができるであろうか。これについては Roe 判決で実現された人権をどのように正当化するかという問題に答えなければならない。この権利が憲法起草時の価値に基づいて正当化されるわけではないことは明白である。そのため、裁判所がこの権利を保護していくのであれば、何らかの機能的理由が必要となる。この点につき、多数派はいつでも誤りを犯す危険があり、過剰規制の持つリスクよりも過少規制のもつリスクの方が少ないという観点からすれば、裁判所が創設した Roe 判決における人権保障を多数派が容易には倒伏できないといえる。また、裁判所は過去の先例に強く拘束されるわけではなく、時代に合わせて先例を変更したりするので、時代に合わせるという理由で多数派が判例を覆して権利を制限することもできない。

（4）　指標的憲法観の具体例

以下では、予防的拘束論では説明できないが、指標的アプローチだと説明可能な憲法価値についてみていくことにする。まずは、修正 9 条と女性の権利――とくに投票権――が挙げられる[(140)]。1920 年代に制定された修正 9 条は、女性の権利運動が一部背景にあったものの、制定後もほとんどの州で女性の投票権は認められていなかった。その後、1970 年代頃から、修正 9 条のレンズを通して修正 14 条の再解釈が行われるようになり、とりわけブレナン裁判官などの意見によって性における平等が実現されていった。女性の権利は修正を起草した時代の人々が実現

(140) *Id.* at 1645-1647.

したのではなく、将来世代の人々が実現したのである。このため、女性の権利を予防的拘束論に基づいて説明することはできない。

また、修正 14 条に基づく市民権の確立も同じことがいえる[141]。南北戦争後、人種差別の解消を目指して修正 14 条が制定された。これにより、黒人にもアメリカ市民としての地位が確保されることになった。だが、それでもなお分離すれども平等という形の差別は残っていた。しかし、市民権運動の高まりとともに人種統合に向けた動きが活発化すると、司法も Brown v. Board of Education of Topeka 判決[142]において人種統合に舵をきる。ここでも、人種統合という平等の実現は修正 14 条の制定者意図ではなく、T・マーシャルやウォーレン（Earl Warren）といった裁判官によってなされている。

このように、憲法の人権規定は当時の問題状況を変えるために新たな価値を設定するが、人権規定を設けたところで、その実現が失敗に終わることもあれば、部分的にしか実現されないこともある。さらには、起草当時に潜在していた価値原理が将来的に花開くこともありうる。たとえば、修正 1 条は 1798 年扇動法に歯止めをかけることができなかったが、20 世紀になってようやくその役割を果たすようになったことなどが挙げられる。そのため、人権価値の発展は将来世代に託されているといっても過言ではない。人権規定は、起草当時の価値に縛られることなく、オープンエンドのものとして機能するのである。

とはいえ、こうしたアプローチにはいくつかの疑問が投げかけられるかもしれない[143]。まず、憲法制定者はなぜその人権の価値が定まっていない状況で制定したのか、という疑問がある。だが、子孫に遺言を残す場合を想定してみよう。その遺言が子孫を完全に拘束してしまうと、子孫の活動を不当に制限してしまう。逆に、何の指針もないような不完全な内容であっても、遺言の意味をなさない。そこで、教育的価値とな

---

[141] *Id.* at 1647-1649.

[142] Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

[143] Dorf, *supra* note 137, at 1653-1661.

るような抽象的内容を遺言で残す方法が考えられる。ある程度指針を示すことで子孫はその教えに従うことが可能となり、かつ具体的な実践方法は子孫の判断に委ねられているため、かれらの自由を不当に制限することにもならないわけである。

(5)　司法の機能的価値と先例拘束の弱毒性

つぎに、裁判所が権利の実現を行うのであれば、どのようにしてその時代の価値を反映させているのであろうか。これについては、連邦最高裁裁判官の職業的性格を分析すると答えがみえてくる。連邦最高裁裁判官の任期が終身であり、世代的には中盤から後半にかけての年代が多いことから、その判断は社会の動きよりもやや遅れ気味になり、保守的傾向が強まるおそれがある。その反面、法律専門家の中で集約される意見はリベラルに偏る傾向がある。両者が融合することによって、裁判所は社会情勢に通じたバランスのいい判断をすることが可能になるのである。また、ファロンがいうように(144)、過剰規制よりも過少規制の方が人権へのリスクは少ないことから、司法は立法をチェックする役割を果たさなければならない。それゆえ、司法は人権保障の実現について一定の責務を負うのである。

もっとも、ある時代に権利の実現をはかっても、裁判所が先例拘束をかけてしまうことから、それが将来世代を拘束してしまい、結局うまくいかないのではないかという疑問がある。つまり、憲法制定者の意図から解き放たれたところで、ある時期の価値判断が先例拘束として将来を縛ってしまったら、結局デッドハンドの問題を解消できないのではないかという問題である。しかしながら、先例拘束の力はそれほど強くないので、デッドハンドの問題は生じない。とくに憲法判断に関する先例拘束は憲法修正によってしか変更することができないと解されていること

---

(144)　*See* Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 Harv. L. Rev. 1693, 1710 (2008).

から、法律問題の先例拘束よりも弱いとされている。しかも実際、裁判所は先例拘束を変更してきているので、この問題は懸念にすぎないといえる。

もちろん、憲法の人権規定には、一定の普遍的価値をエントレンチし、将来世代によっても変更できないようにするものがあることはたしかである。また、原意に重きを置かない者であっても、憲法解釈の際に原意をまったく無視することはしない。しかし、人権規定の多くはオープンエンドであり、その実現は将来世代に開かれている。原意や先例は一定の指針にはなるが、それらは憲法判断を行う際の考慮要素の１つにすぎないのである。

4 「生ける樹」という比喩――V・ジャクソン

ドルフのいうように、実際の司法の憲法解釈方法をみると、原意、条文、先例など、様々な要素を取り入れながら判断している。この記述的側面に着目するならば、生ける憲法のようなプラグマティックな議論が脚光を浴びることになる。しかしながら、生ける憲法はまったく過去の拘束を受けないのだろうか。ドルフも部分的にではあるにせよ憲法のエントレンチメント機能を認めるところがあることから、過去から完全にフリーになると断言しているわけではないが、その構想はかなりの部分がオープンエンドになっているようにみえる。そこで、過去・現在・将来をつなごうとするV・ジャクソン（Vicki C. Jackson）の見解をみてみよう。

(1) 生ける樹理論のルーツ

V・ジャクソンは、この問題に対応するためには言葉の比喩を再考しながら、カナダ流の「生ける樹」（living tree）の理論を検討している[145]。

---

[145] Vicki C. Jackson, *Constitutions as "Living Trees"?: Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, 75 Fordham L. Rev. 921 (2006).

この理論は、まさに樹が根を基点としながら枝葉を成長させていくがごとく、憲法も原意を基にしながら発展し続けていくというものである。現在意思にしか拘束されない動物と異なり、樹はつねに過去を源泉としながら現在を生き続けている点に特徴がある、

この発想は、1930 年の Edwards v. Attorney General for Canada [146] におけるサンキー（Viscount Sankey）卿の意見に由来する。この事件では、女性がカナダ上院議員になる資格があるか否かが問題となった。当時の憲法である 1867 年イギリス領北アメリカ法 23 条は、議員となる資格について市民であることや一定の財産を持つことを要件とし、24 条で総督が「資格ある者」（qualified person）を上院に召致することになっているが、この「資格ある者」という文言に女性も含まれるかどうかが問題となった。そこで、上院議員の資格要件を定める 23 条および召致を受けて正式な上院議員となることを定めた 24 条が女性も上院議員の対象に含んでいるかどうかが最高裁で判断されることとなった。最高裁は、女性の公職資格に消極的なコモンローに依拠しながら、1867 年法制定当時は女性を公職につけようと考えていなかったとし、女性には資格がないという判断を下した。ところが、当時の憲法システムでは、最高裁の判断が最終的決定となるわけではなく、枢密院の意見が横槍を入れてくることがあった。そこで登場したのが枢密院のサンキー卿の意見である。サンキー卿は本件で問題となっている規定を狭く解釈してはならないとする。女性を排除するという歴史的理解や慣習は決定的な指針ではなく、むしろそれらは時代とともに変化していくものである。「イギリス領北アメリカ法は自然の限界の範囲内で成長または発展することが可能な生ける樹をカナダに植え込んだのである」[147]。したがって、憲法の概念や自己統治につながるような柔軟な解釈を行うべきであるとした。

生ける樹というアプローチはその後の判例でも好意的に受け止めら

---

[146] Edwards v. Attorney General for Canada., [1930] AC 124, 136 (P.C. 1929).
[147] *Id.* at 136.

れ、今では「カナダの憲法解釈は“生ける樹”の比喩が支配的になっている」[148]。たとえば、1982年憲法制定後の判決においても、「我々の憲法は、進歩的な解釈によって、現代の生活の現実を調整または調和させる生ける樹である[149]。」と述べている。

(2) 生ける樹理論の意義

V・ジャクソンは、何よりもまず「生ける樹」の喩えが的を射ているという。というのも、憲法解釈は過去からまったく拘束されないわけでもないし、過去にきつく縛りつけられているわけでもない[150]。原意主義は、憲法に刻み込まれた重要な価値を守るために必要な解釈方法であり、現実社会に規範的要請を課すアプローチとして優れている。一方、憲法は通時的に存在し続けるので、法の外で起きる社会変化にも対応しなければならず、憲法も発展していかなければならない。それゆえ、憲法は、植物のように、憲法典という根に基づきながら成長していくものである。つまり、憲法典は自由や平等などの原理を定め、それを現代に生かしていくような解釈手法が適切であり、それを表すのにこの喩えが合致しているというのである。

しかしながら、V・ジャクソンによれば、生ける樹の喩えには欠陥もあるという[151]。たとえば、憲法は正式な修正手続を経て、内容的に大きく変化することがある。そして、修正された規定はそれを基に発展していく。そうなると、これはもはや新しい枝葉として説明できるものではなく、むしろ新しい根としか言いようがない。生ける樹はこれをうまく説明できるのかという疑念が生じるのである。

とはいえ、少なくとも死せる憲法や生ける憲法と比べると、生ける樹

---

[148] Bradley W. Miller, *Beguiled by Metaphors: The “Living Tree” and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, 22 CAN. J.L. & JURIS. 331 (2009).

[149] Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698 (Can.).

[150] Jackson, *supra* note 145, at 954-958.

[151] *Id.* at 959.

の喩えの方が優れている[152]。生ける樹は、死せる憲法のように硬直的ではないし、生ける憲法のように解釈枠組がないわけでもない。過去のルーツを維持しつつ、憲法の動態性を描くのには生ける樹の理論が適しているのである。

(3)　死せる憲法と生ける憲法双方の課題

以上の議論は、立憲主義を標榜する点で合致していても、憲法観のスタンスの違いにより、憲法典への忠誠に温度差が生じ、結果的に裁判官の憲法解釈方法にも影響を与えている。憲法典へのコミットメントを最重視する死せる憲法はやはり原意主義と親和的にならざるをえないし、コモンローの展開を立憲主義の要とする生ける憲法は原意主義に批判的にならざるをえない。この両者の間をとる形で、憲法典へのコミットメントを重視しつつ、それだけにとらわれずにある程度臨機応変に対応していこうとするのが生ける樹の理論である。生ける樹の理論は、実際の裁判官が憲法典を基にしながら様々な解釈方法を用いてきたという記述的例証に依拠するので、プラグマティックなアプローチに近い発想といえる。

これらの議論は、憲法の存在形態から原意の見直しをはかっており、従来の解釈論の枠組を越えた新しい取り組みとして評価できよう。しかしながら、視点を変えると、それは単に憲法観を述べたにすぎないという見方も可能である。つまり、憲法の動静に関するスタンスを表明しただけでは、具体的な憲法理論としては不十分であり、かかる憲法観を憲法解釈や憲法構造にリンクさせ、どのようにして憲法秩序が形成されていくのかというプロセスを示す必要がある。

---

[152] *Id.* at 959-960.

Ⅳ　時をかける憲法の構造
――憲法解釈と憲法構築の区分

「原意主義はどのように憲法が解釈されるべきかまたはどのように裁判所は司法審査権を行使すべきかについてそれなりに適切な説明を提供してきたかもしれないが、しかしそれは全体的な憲法秩序の作用を記述できていない」[153]。原意に拘束されるか否かの問題は、憲法判断作用のプロセスにおいて原意がどのように関連するかというレベルと、憲法の意味を明らかにするという解釈方法のレベルとに分けて議論する必要がある[154]。

前者のレベルは、全体的な憲法構造に関する議論である。つまり、憲法とはいかなる構造を予定し、どのような憲法秩序を形成しようとしているのかという問題である。これを明らかにしなければ、憲法解釈方法論だけを論じてもきりがない。そもそも憲法解釈方法論は、それ自体では自らを正当化することができないのであって、原意主義もその例外ではない。かりに憲法制定者がそのような解釈方法を望んでいたということを証明することによって正当化をはかったとしても、今度はなぜその憲法制定者の方法に従わなければならないのかという証明をしなければならなくなり、あくなき循環論に陥ってしまう。したがって、憲法解釈論の背後にある憲法思想を検討し、憲法構造を明らかにしなければならないのである。また、ドルフが指摘していたように、裁判官は実際には様々な解釈方法をとっているのだから、記述的正当化をはかるという意味でも、解釈方法の分析だけにとらわれずに、その背後にある憲法秩序の構想を考察する必要があるといえよう[155]。

---

[153] Keith E. Whittington, *Constructing a New American Constitution*, 27 Const. Commentary 119 (2010).
[154] Jamal Greene, *Selling Originalism*, 97 Geo. L.J. 657, 663 (2009).
[155] Griffin, *supra* note 111, at 1209.

先述の各憲法観は、憲法解釈方法論にとどまらず、憲法構想を明らかにしたものであるが、どのような形で憲法構造と憲法解釈を分けているのかが判然としない。そもそも憲法の実施は司法に限られるわけではないことに加え、解釈だけで憲法価値が実現されるわけでもない。D・ストラウスの議論はこの両側面を等閑視しているため、憲法構造を消化できていない。ドルフやV・ジャクソンの議論はこの両側面を意識しているものの、具体的な憲法構造を示しているわけではない。そのため、以上の考察を踏まえつつ、解釈論と憲法観の議論を区分しながら再接合する試みが必要である。

以下では、原意主義論と憲法の動静をめぐる議論を扱いながら、憲法秩序の構造を明らかにしようとするバルキンの議論を考察し、さらに最近の憲法構築論に関するシンポジウムの議論を基にしながら憲法構造の内実について検討を行う。

1　憲法原理論――バルキンの生ける原意主義

(1)　原意主義と生ける憲法の接合

原意主義の議論と憲法の動静をめぐる議論を接合し、憲法秩序の構造を解き明かそうとする試みとして、まずはバルキンの議論をみることにする(156)。バルキンによれば、「客観的意味型原意主義と生ける憲法論は両立可能な立場である。実際、これらは同じコインの表裏の関係にある(157)」という。そして、「それは主として裁判官がどのように憲法を解釈すべきかという理論ではない。第1に、それは憲法解釈の理論――憲法の意味を確認するという限定的な意味での――ではなく、憲法構築の理論――すなわち、政府機関の構造と憲法条文およびその基礎となる原理の実施と適用のプロセスのことである。第2に、それは主に裁判官

(156) なお、バルキンの原意主義については淺野・前掲注(10)による詳しい紹介がある。また、脱稿後、Jack M. Balkin, Living Originalism (2011)に接した。

(157) Jack M. Balkin, *Framework Originalism and the Living Constitution*, 103 Nw. U. L. Rev. 549 (2009).

だけに向けられたものでなく市民全体に向けられたものである。第3に、それは特定の事件の判断方法について詳細な規範的アドバイスを与えるものではない。むしろ、それは政治部門と裁判所の相互作用を通してどのような憲法上の変化が生じるか、また何故にあるいはどの程度このプロセスが民主的正当性を持つのかを説明するものである」[158]。

このように、バルキンの問題意識は原意主義と生ける憲法論を融合させることで憲法構造を明らかにしようとする点にある。この構想を進めるにあたり、バルキンはまず原意主義を2つの類型に分ける。すなわち、「摩天楼型原意主義」（skyscraper originalism）と「骨組型原意主義」（framework originalism）である。摩天楼型原意主義は憲法を完結したものとみなし、政治部門が自己の領域の範囲内で統治を行う。司法は政治部門の行為が憲法に適合しているかどうかの審査を行うが、原意に従って判断する場合でしか司法審査できない。一方、骨組型原意主義は、憲法典を統治手法の骨組とみなし、三権の憲法構築（constitutional construction）を通して通時的に内容が形成されていくものと考える。そのため、司法は原意に基づいて審査を行うものの、それは憲法構築の一環として行う。司法は、政治部門が行った憲法構築に対し、それが憲法に忠実であるという理由を提示し、さらにそれが将来に渡って憲法構築の一部となっていくことを示唆することによって、その理性化（rationalization）をはかる。つまり、原意は司法の解釈方法を統制するものとして機能するのではなく、むしろどのように憲法構築を行っていくかという指針を提供するものとして働くのである。

（2） 新原意主義と骨組型原意主義の親和性

新原意主義は、憲法条文とその基礎になっている原理に従って解釈すべしと説くが、これは骨組型原意主義に親和的な発想である。なぜなら、それはあくまで条文と原理に対して忠実であることを求めるのであっ

---

[158] *Id.* at 550.

て、その適用方法にまで憲法制定者の思惑に忠実であることを要求しないからである。したがって、各世代は憲法条文と原理をその時代に合った方法で実践していく。骨組型原意主義は条文と原理を基に通時的な憲法構築を行うという憲法秩序の構造を明らかにする議論なのである。そして、憲法構築は通時的に憲法を発展させることから、その発想は生ける憲法論にも通じるところがある。「つまり、条文と原理に着目するこの方法は骨組型原意主義であると同時にそれは生ける憲法を憲法構築のプロセスに組み込むことが可能なものとみなすものなのである」[159]。そのため、一般的な生ける憲法を唱える論者と異なり、ここでの照準は司法に限定されない[160]。生ける憲法という概念は司法の憲法解釈方法を問うのではなく、三権それぞれが憲法を構築していくプロセスを指すのである。

憲法構築の射程はかなり広範囲に渡るが、憲法文化の変化、政治的制度の変化、連邦最高裁裁判官の変化などがその契機となりやすい[161]。ただし、憲法が変更不可としている点については当然ながら憲法構築によっても変えられない。それは、ルールのように明確な規定についても同様である。さらに、憲法構築の中にも規準となり持続性を要請するものがあり、これについても容易に変更できない[162]。人民が法的意味をめぐる議論についてある回答を受け入れ、それが現在の憲法問題を解決するのに重要となる場合に規準となり、人民が対立をやめてそれを受け入れ、慣行として根づいた場合に持続可能性が高まる。社会保障法、Brown 判決、Roe 判決などがその代表として挙げられる。

(3)　骨組型原意主義の憲法観

もっとも、骨組型原意主義も原意を尊重する必要があるという点では

---

[159] *Id*. at 552.
[160] *Id*. at 601-602.
[161] *Id*. at 592.
[162] *Id*. at 586-592.

摩天楼型原意主義と変わらない。両者の分岐点となるのはまさに憲法観の違いである。摩天楼型原意主義によれば、憲法の目的は将来世代が誤って愚かな決定をしないようにすることである[163]。だからこそ、憲法制定者が定めた憲法価値を将来的に変えられないように、司法を原意で縛っておくのである。そのため、憲法価値の発展を認める骨組型原意主義に対しては将来の決定があやまちを犯したらどうするのかという批判が投げかけられる。実際、ジム・クローから最近のテロ対策における拷問や盗聴に至るまで、誤った政策が行われ、司法もこれを認めることがあった。しかし、そこで問題となっているのは特定の判断についてであって、それは憲法制度全体が誤っていることを示唆しているわけではない。ここで重要なのは、そのような誤りを修正する機会があるかどうかである[164]。我々の憲法制度は、権力分立のシステムが機能している限り、憲法構築によって修正される余地が残されている。憲法は将来の特定のあやまちを犯さないようにすることを目的としているのではなく、誤りを修正するシステムが機能するように、その骨格と構築のプロセスを保障したものなのである。

(4) バルキン理論の検討

以上のバルキンの議論は、通時的に憲法原理を生かしていく動態的憲法観に根ざしている[165]。それは、時間軸上の動態性と構造上の動態性という両側面を兼ね備えている。時間軸としては、記述的に先例を肯定しつつ将来の変化にも扉を開けておくという点で動態的であり[166]、構造としては司法のみならず政治部門や市民運動を視野に入れている点で

---

[163] *Id.* at 557-559.

[164] *Id.* at 611-614.

[165] Jack M. Balkin, *Original Meaning and Constitutional Redemption*, 24 Const. Commentary 427 (2007); *see also* Jack M. Balkin, Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World (2011).

[166] Andrew Koppelman, *Why Jack Balkin Is Disgusting*, 27 Const. Commentary 177, 178-179 (2010).

動態的なのである[167]。

バルキンは、原理を通じて過去と将来をつなぐことが可能であり、原意主義と生ける憲法論は二者択一の問題ではないとするが、しかしそれは原理をどう捉えるかによって異なる帰結が生じる。バーマン（Mitchell N. Berman）によれば、バルキンのいう原理はあくまで原意に基づく原理であるという[168]。一方、生ける憲法論からすれば、原理は原意ではなく、現在の意思に基づくものである。たとえば、抽象的な憲法条文（T）について、道徳原理と現在意思から（P1）という原理を導き出すという解釈と、憲法制定者の意図から（P2）という原理を導き出すことができるとする。このとき、バルキンの見解からすれば、（P2）を選択することになり、（P1）を選択することはできない。結局、ここでは過去と将来の二者択一が迫られており、バルキンの議論をもってしても両者を調整することはできないというのである。

しかしながら、バルキンは具体的解釈論を展開していないので、バーマンの指摘するような解釈結果になるのかどうかはわからない。なぜなら、バルキンの議論は、骨組的原意主義という憲法秩序構想を原意主義から導き出したものの、解釈論としての原意主義が具体的にどのように顔を出すのかがはっきりしないからである。おそらく、それは、バルキンが＜憲法構築＞の中に＜解釈＞を入れ込んでしまっていることが原因であるように思われる。バルキンは、三権が共同で憲法構築を行うとしており、司法の憲法解釈もこのプロセスの１つとして位置づけているがゆえに、憲法解釈方法論としての原意主義が登場してこないのである。だが、最近では原意主義的観点から憲法秩序を導出した上で、憲法解釈と憲法構築を峻別しつつ、解釈の段階で原意主義的解釈論をとる憲法構築論の議論が出てきている。

---

[167] Dawn Johnsen, *The Progressive Political Power of Balkin's "Original Meaning"*, 27 Const. Commentary 417, 418 (2010).

[168] Mitchell N. Berman, *Originalism and Its Discontents* (*Plus A Thought or Two About Abortion*), 24 Const. Commentary 383 (2007).

2　憲法構造の地平へ――憲法解釈／憲法構築区分論

2010年のconstitutional commentary誌は、「憲法における解釈と構築の区別」（The Interpretation/Construction Distinction in Constitutional Law）と題したシンポジウムを取り上げ、冒頭で「新原意主義憲法論における最も興味深い展開の1つは憲法における解釈と構築の区別を進めたことである[169]。」と述べている。当シンポジウムは、新原意主義が憲法構築論の地平へと切り込んだことを評価しつつ、さらに憲法構造の分析を進めているので、以下ではここでの議論を基に考察していく。

憲法構築論の代表的論者であるウィッティントンによれば、憲法秩序は人民の選択した憲法典を基軸にしつつ、憲法解釈と憲法構築によってもたらされるという[170]。この憲法構想は、憲法典を頂点とした原意主義的発想に基づく憲法秩序である。ところが、憲法理論は憲法解釈ばかりに光を当ててしまう傾向がある。しかし、それでは憲法秩序を説明できなくなってしまうため、構築の部分をしっかりと理解しておくことが重要であると説く。

ウィッティントンによると、「憲法構築は憲法の意味が具体化されるメカニズムの1つである。それは憲法解釈とともに既存の憲法秩序を具体化するために作用する。憲法構築のプロセスは、憲法条文の表面をなぞっただけではわからず、かつ容易には分からない形で憲法の文言に埋め込まれている憲法上の原理、実践、ルールを肉付けすることである」[171]。

憲法構築の出番が要請される典型例は、憲法条文を解釈するだけではその問題に対する答えを得られない場合である。解釈と構築を対比させながら考えてみる[172]。第1に、憲法上の原理や基準が不明確な場合に、

[169] Amy Barrett, *Symposium: The Interpretation/Construction Distinction in Constitutional Law: Introduction: The Interpretation/Construction Distinction in Constitutional Law*, 27 CONST. COMMENTARY 1 (2010).
[170] Whittington, *supra* note 153, at 119-120.
[171] *Id.* at 120.
[172] *Id.* at 122-125.

解釈はその核心部分を明らかにすることができるが、具体的な適用は構築によって実践される。第2に、憲法条文が重要な憲法問題を解決するための指針を提供していない場合、解釈によって条文から憲法制定者の意図を探ることができるが、将来世代が具体的に解決していくのは構築である。第3に、憲法条文が何らかの規範的要請をしている場合、解釈によってその意味を明らかにすることができるが、その実現は構築によってなされる。

それでは、解釈と構築はそれぞれいかなる機関が担うのであろうか。ウィッティントンは最初の2冊の著書で、現在の憲法秩序は三権が憲法解釈および憲法構築の両方を実践することによって創りあげてきたが、主として憲法解釈は司法府が担い、憲法構築は政治部門が行ってきたことを記述的に例証してきた[173]。また、最近の著書では、アメリカの司法優越主義的状況が政治部門によって創り出されてきたことを例証し、政治部門の憲法構築が司法府の憲法解釈の最終的権威性を高めているという分析を行っている[174]。このことからすれば、少なくとも記述的には、主に、司法府が憲法解釈を行い、政治部門が憲法構築を行ってきたといえる。もちろん、＜司法＝解釈／政治＝構築＞と完全に分断されるわけではなく、それぞれが別のことを行うこともできる。だが、たとえば司法府が政治部門の憲法構築に対して憲法解釈によって覆すことは難しいとしている[175]。

このように、ウィッティントンの議論は、憲法解釈と憲法構築を区分

---

[173] Whittington, *supra* note 63; Keith E. Whittington, Constitutional Construction (1999).

[174] Keith E. Whittington, Political Foundations of Judicial Supremacy (2007). 本書では、アメリカの司法優越主義的状況が政治部門によって創り出されてきたことを例証している。なお、政治部門が司法積極主義を構築してきたことを指摘するものとして、見平典「司法積極主義の政治的構築――アメリカ連邦最高裁判所の積極主義の背景(1)～(3)」法学論叢163巻2号124頁（2008年）、163巻4号131頁（2008年）、163巻5号149頁（2008年）も参照。

[175] Whittington, *supra* note 153, at 127.

し、前者を司法府が、後者を政治部門が主に担うことで憲法秩序が形成されるという構想を打ち立てているといえる。もっとも、憲法解釈と憲法構築の具体的な作用がなお不明瞭な部分があるため、これについてはソラムの議論をみてみる。

ソラムによれば、憲法解釈は条文の言語的意味を決定するプロセスを指し、憲法構築は条文に法的効果を与えるプロセスから生じるという[176]。修正1条を例にとってみよう。修正1条の言語的意味を語句の意味と文法を基に明らかにすると、「連邦議会が表現の自由を制限する法律を制定してはならない」という内容を導くことができる。これが解釈である。ところが、解釈だけでは、たとえば内容規制と内容中立規制の区別などを導出することはできない。これは条文の法的効果（legal effect）であり、これが構築マターとなる。司法は内容規制・内容中立規制の区分に関する抽象的な法理を提示し、それを受けて政治部門が具体的な実現をはかっていく。つまり、デュープロセスや表現の自由といった抽象的規定は構築の対象であり、裁判所だけでなく、政治部門の作用を通して構築が実現されるのである。

この憲法構築論に対しては、憲法解釈において条文の言語的意味を決定する際に他の要素を考慮することができるかどうかが不明確なのではないかという問題や、そもそも憲法解釈と憲法構築を区別することはできないのではないかという問題がある。前者について、たとえばシスネロス（Laura A. Cisneros）は、解釈／構築区分論に従った場合、解釈を行うプロセスでは条文の意味を決定する際に条文構造、歴史、先例などを参考にして行うと考えている[177]。この点については、いかなる解釈手法を用いるかという問題であり、まさに新原意主義が直面している問題である。条文の意味を探求する際に、文言上の意味以外の要素を一切

---

[176] Lawrence B. Solum, *The Interpretation-Construction Distinction*, 27 Const. Commentary 95 (2010).

[177] Laura A. Cisneros, *The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction*, 27 Const. Commentary 71, 73 (2010).

捨象するか、それとも原意的なものを参照するか。たしかに、その方法次第では、非原意主義に近づくか、逆に古典的原意主義に回帰することになろう。

また、後者の問題についてバートラム（Ian Bartrum）は、解釈と構築は相互作用するものであって、明確な線を引くことは難しいという[178]。これについてはヒルズ（Roderick M. Hills, Jr.）も別の言葉を使って両者の不可分性を指摘している。ここでヒルズは、ファロンの議論[179]を批判していたため、「構築」ではなく、「実施」（implementation）という言葉を用いている。ヒルズによれば、まず憲法解釈によってその意味が決められ、それから実施方法を検討するというファロンの議論は現実的でないという。なぜなら、憲法条文の意味とそれを実施することは同じであり、実際上これを区別することはできないからである[180]。

解釈と構築の区別とファロンの議論との同一性の是非はさておき、一見すると、ヒルズの批判は解釈／構築区分論にも当てはまりそうである。しかし、ここでヒルズが批判の対象としているのは、司法の憲法解釈と司法の憲法実施の不可分性であることに注意しなければならない。たしかに、司法府が、憲法の意味を確定する作業とそれをどのように実施するかについて制度的・実務的要素を勘案する作業は、場合によっては明確に分離できないこともあろう。しかしながら、少なくとも「憲法構築」の観点からすれば、これを理論上区別することは大きな意味を持つ。なぜなら、ウィッティントンのいうように、憲法構築は主として政治部門によって行われるプロセスであり、この視点を失ってしまうと政治部門によって築かれてきた憲法構築を説明することができなくなってしまう

---

[178] Ian Bartrum, *Constructing the Constitutional Canon: The Metonymic Evolution of Federalist 10*, 27 Const. Commentary 9, 13 (2010).

[179] Richard H. Fallon, Jr., *Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning*, 119 Harv. L. Rev. 1274 (2006).

[180] Roderick M. Hills, Jr., *The Pragmatist's View of Constitutional Implementation and Constitutional Meaning*, 119 Harv. L. Rev. F. 173 (2006).

からである。

3　憲法解釈と憲法構築の区分の意義

このような区別がなされてこなかったのは、原意主義と生ける憲法がそれぞれ違う土俵で議論を展開してきたからである。原意主義は解釈方法だけに焦点を絞り、生ける憲法は構築を中心に議論してきた。その結果、お互いの議論が噛み合わないまま批判の応酬を繰り返すはめになったといえる。

しかしながら、いったんこの区分に気づいてしまえば、議論を噛み合わせることが可能となるだけでなく、両者を調和させる道すら開けてくる[181]。なぜなら、憲法秩序が解釈と構築によって形成されていくものであるとすれば、両者は共存可能となってくるからである。

まず原意主義の観点から考えてみよう[182]。憲法条文に基づいてその核心的意味を特定し、抽象的規定については適用可能な原理を抽出するというのが主な新原意主義のスタイルである。このプロセスをすべて解釈論で貫徹しようとすると、適用時にも原意に縛られることになってしまう。そこで、前者が憲法解釈の作用であり、後者が憲法構築の作用であると考える必要がでてくる。憲法解釈の場面では条文をベースにした原意主義的解釈方法が要求される。一方、憲法構築の場面では、憲法条文の意味を特定することができないのだから、原意では対応できない。それゆえ、構築は原意の拘束から外れたエリアとなり、生ける憲法が登場する余地が生まれるのである。

つぎに生ける憲法論の観点から考えてみよう。生ける憲法論の中には司法が憲法条文にまったく拘束されないとする見解もあるが[183]、司法

---

[181] Lawrence B. Solum, *We Are All Originalists Now, in* Lawrence B. Solum and Robert W. Bennett, Constitutional Originalism 1, 67-68 (2011).

[182] *Id*. at 22-26.

[183] Ethan Leib, *The Perpetual Anxiety of Living Constitutionalism*, 24 Const. Commentary 353, 354 (2007). たとえばリーブ（Ethan Leib）は、生ける憲法論の核心は憲法不信にあるのであって、それに拘束されないとする。

自身が憲法典を最高法規として認めている以上、憲法条文にまったく拘束されないと考えるわけにはいかない[184]。ここでは、生ける憲法論を、憲法条文の意味の固定化を受け入れない議論として考えてみる。解釈による意味の固定化を避ける場合、原意に基づき条文の意味を固定するアプローチと衝突するため、憲法解釈方法論の舞台では生ける憲法と原意主義は両立しえない。だが、生ける憲法論は、具体的な憲法解釈方法論の提示を主眼とするのではなく、憲法の存在形態および憲法作用を明らかにするものである。つまり、生ける憲法論は、憲法構築のエリアを対象とするものであり、憲法解釈と憲法構築の区分をすれば、原意主義と共存することができる。

このように、憲法秩序が憲法解釈と憲法構築の場面から形成されると考えれば、原意主義と生ける憲法を接合することができる。言い換えれば、憲法典の意味を維持したまま通時的に発展させる動的平衡状態を理論的に説明することができるのである。

もっとも、かかる構想は基本的に三権を中心とした憲法動態を念頭に置いているため、これに市民運動を加えるべきか否かという問題がある。バルキンの議論は市民運動をも射程に入れていることから、茶会運動も動態的原意主義の一段面として位置づけることが可能である。実際、司法や政治ひいては市民運動をも含む実務の世界では、憲法解釈論としてではなく、統治の問題として原意主義的アプローチが影響力を誇ってきたという指摘がある[185]。つまり、政治部門が原意主義的アプローチを主張することもあれば、司法が原意主義を推進することもあった。そして、市民運動も選挙を通して政治部門の動向に影響を与えてきた。このため、原意主義は市民運動を通して政治と司法の間を往来しながら、その影響力を維持してきたというのである。

---

[184] Aileen Kavanagh, *The Idea of a Living Constitution*, 16 Can. J.L. & Juris. 55, 69-73 (2003).

[185] Robert Post and Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, 75 Fordham L. Rev. 545 (2006).

しかしながら、冒頭で述べたように、市民運動がどれだけ理論としての原意主義を意識しているかは定かではない。さらには、キャラブレシー＝ファイン（Steven G. Calabresi and Livia Fine）が指摘するように、憲法動態のプロセスに市民運動を加えることは社会動向が法的動向にすりかわってしまい、法の支配を歪めてしまうおそれがあることに留意すべきである[186]。

4　小括

本稿を簡潔に整理するとつぎのようになる。原意主義の議論は主に憲法解釈論としてなされてきた。制定者意図に固執する古典的原意主義が批判にさらされると、原意主義論は客観的に原意を把握しようとする方向に舵をきり、条文を軸にしながら曖昧な規定については抽象的原理として取り扱っていこうという解釈論を提示し始める。ところが、その結果、原意主義と非原意主義の境界線が曖昧になり、原理の解釈の際に何を参照するかという程度の差異しか見当たらなくなってきた。それに伴い、裁判官を原意で拘束するという原意主義本来の目的すらうすまってしまった感がある。そこで、その背後にある憲法観について、憲法の生死をめぐる議論を基に考察してみたが、それらはいずれも特定の憲法解釈論と論理必然的に結びつくわけではなく、今度は解釈論との距離が生じてしまった[187]。

---

[186] Steven G. Calabresi and Livia Fine, *Two Cheers for Professor Balkin's Originalism*, 103 Nw. U. L. Rev. 663, 687 (2009).

[187] Goodwin Liu, Pamela S. Karlan, and Christopher H. Schroeder, Keeping Faith with the Constitution 23-52 (2010). なお、憲法忠誠は原意に忠実であればよいというわけではなく、憲法解釈の際には、原意、歴史、先例、条文の目的または構造、社会の変化など、様々な要素を考慮してこそ、憲法への忠誠を維持していくことができるという見解もある。ただし、このアプローチをとるのであれば、それぞれの要素が衝突した場合に、いずれを優先させるのかについて提示する必要があろう。これについては、いかなる解釈方法をとるべきかは「参照することがら」の問題であり、それをどのように適用していくかは「条文の適用の仕方」の

そこで、バルキンのように、原意主義の観点から憲法構造を分析する議論が登場した。バルキンは、骨組型原意主義を提示し、条文と原理に基づきながら時代に合わせた適用がありうるとし、これを憲法構築として位置づけた。すなわち、憲法が設定した骨組を変えることはできないが、憲法の内容は通時的な憲法構築によって展開していくものであり、憲法原理を適用レベルにおいて時代に合わせていくというプロセスを確保することで、動態的視座から原意主義を捉えることが可能だと主張した[188]。

しかしながら、バルキンの議論は憲法解釈と憲法構築の役割分担について言及していないため、具体的な憲法秩序の構想がみえてこない。この点につき、憲法典を頂点とする原意主義的憲法秩序を構想したのがウィッティントンらである。すなわち、憲法秩序は、憲法解釈と憲法構築から成り立ち、解釈によって憲法条文の核心的意味意味を明らかにするが、それを実践するのは構築の場面であると考える[189]。三権は憲法典によって各々の権限を配分されており、解釈も構築も行う。ただし、機能的にみると、司法は解釈を専門とし、政治部門は構築を業務としつつ、三権が共同して憲法的価値を実現する。その際、憲法解釈については原意主義を採用することを要求することができるが、憲法構築では必

問題であって、両者は別のレベルの問題であるという指摘も踏まえて、解釈方法論として研ぎ澄ましていく必要があるように思われる。この区分については、笹倉秀夫『法解釈講義』3-26 頁（東京大学出版会、2009 年）参照。

[188] ただし、リベラル派と目されてきたバルキンが原意主義論との調和を試みたのは動態的憲法論の足場を固めるためには憲法との距離が生じがちであったという欠点を解消すべく、原意を利用したのではないかともいえるので、ある意味で最初から予定調和的であったともいえよう。

[189] ルーズヴェルトは、裁判所の形成する憲法の意味（meaning）と憲法法理（doctrine）に着目し、後者の場面において司法が制度的・機能的分析をしながら判断している点を重視している。こうした視点は、憲法構築の領域が政治部門の活動に馴染みやすいことを司法が意識していることを物語っているように思える。ルーズヴェルトの憲法法理については、尾形健「司法判断の諸相――アメリカ憲法学の一側面から」法律時報 83 巻 5 号 28 頁（2011 年）を参照。

ずしも原意に強く拘束される必要はなく、むしろその時代の民意を尊重して対応することが望まれることになる。

かかる立憲構想は、憲法典を維持しながら憲法を発展させる憲法動態のメカニズムを説明すると同時に、原意主義を基にそれを正当化する試みであるといえる。

後序

本稿は、原意主義論の動向を消化しながら、古典的原意主義の持つ政治的イデオロギー性を消火した上で、新原意主義が憲法秩序構想を説明する議論に昇華しうることを明らかにした。原意主義と生ける憲法を接合することで可能となった憲法典に基づく動態的憲法構造は、三権による憲法価値の実現という構想を打ち出しつつ、憲法解釈方法論が登場する場面を提示できたといえる。

とはいえ、つぎのような課題も残されている。セーガル（Eric J. Segall）は、原意主義論の展開が1900年にマッヘン（Arthur W. Machen）の主張していた議論[190]と大差なく、延々と同じような議論を繰り返してきたことからすると原意主義の議論は具体的な解決方法を提示しない不毛なものであり、むしろ重要なのは制度的役割や基本的権利について検討すべきであると指摘する[191]。たしかに、古典的原意主義であれば狙いが明確であったが、新原意主義は解釈方法の具体的結果への関心が薄くなってしまったため、今度は具体的効果が不明確になるという課題を背負うことになってことは否めない[192]。そうなると、エ

---

[190] Arthur W. Machen, *The Elasticity of the Constitution*, 14 Harv. L. Rev. 200 (1900). マッヘンの主張をまとめると、原意は優先されなければならず、憲法制定者の意図を変化させてはならないが、時代によっては適用される場面が異なることがゆえにその内容は変化する可能性があるとしているので、新原意主義の動向に近いものがある。

[191] Eric J. Segall, *A Century Lost: The End of the Originalism Debate*, 15 Const. Commentary 411,439 (1998).

ピグラフで示したように、机上の空論のごとく、退屈な議論に終わってしまうおそれがある。

そのため、今後は三権各々の制度的役割を具体的に分析し、さらに具体的な人権問題がどのように解釈・実施されるかについて検討する作業が必要である。制度的役割については、各機関の機能について、政治学的分析や歴史的分析を踏まえながら、それぞれの役割を炙り出す方法が考えられる。これについては、三権の役割分担を機能的に配分するディパートメンタリズム（departmentalism）の議論[193]とリンクしうるかどうかが1つのポイントになろう[194]。人権問題については、政治部門による実施の場面と司法による解釈の場面の両方を視野に入れながら考えていく必要がある。とりわけ、制度と人権は時として不可分のところがある点にも注意しなければならない。たとえば、司法の役割はこの両方に絡むものであるため、制度的役割の分析を行うと同時に、司法審査の出自を紐ときながら司法のオリジナルな役割を再考するという作業も必要であるように思われる。

---

(192) Richard S. Kay, *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*, 103 Nw. U. L. Rev. 703, 721-724 (2009).

(193) ディパートメンタリズムについては、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義――憲法解釈の最終的権威をめぐって――」帝京法学第25巻第2号103頁（2008年）参照。

(194) Edward L. Rubin, *How Statute Interpret the Constitution*, 120 Yale L.J. Online 297, 298-302, 319-323 (2011). これについて、たとえば、ルービン（Edward L. Rubin）は、憲法典を頂点としながら憲法の意味を尊重して変化に対応する新原意主義は、憲法典の権限配分に基づき三権による憲法実現をはかるディパートメンタリズムと親和的であるという。ただし、ディパートメンタリズムは権力分立原理から出発する理論であるため、両者の関係については別途検討が必要であるが、両者の接合がうまくいけば、憲法典を尊重する理由や憲法典と憲法の区別を説明しやすくなり、ディパートメンタリズムの理論的基盤を強化する可能性がある。