

憲法解釈における二つのアプローチ (3)

—— 原意主義の展開を中心に ——

猪 股 弘 貴

目 次

- 一 はじめに
- 二 グレイ教授の解釈的審査と非解釈的審査
- 三 ブレスト教授の原意主義と非原意主義 (以上本誌47巻1号)
- 四 ボーク元判事の原意主義 (以上本誌47巻2・3号)
- 五 ペリー教授の原意主義 (以上本号)
- 六 むすび

五 ペリー教授の原意主義

ノースウェスタン大学ロー・スクールのペリー教授は、1994年、先に紹介した、ボーク元判事の THE TEMPTING OF AMERICA の出版にも触発されて¹⁾、THE CONSTITUTION IN THE COURTS を著し²⁾、原意主義の立場を公にしている³⁾。また、この書は、その acknowledgements においてふれられているように、ペリー

1) R. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA (1990). 猪股弘貴「憲法解釈における二つのアプローチ (2)」商学討究47巻2 = 3号207頁以下参照。

2) M. PERRY, THE CONSTITUTION IN THE COURTS (1994).

3) ペリー教授の、本書以前の見解について、猪股弘貴「司法と憲法上の政策形成 (一)・(二・完)」早稲田法学61巻2号123頁以下・68巻3 = 4号133頁以下参照。ペリー教授の著書 THE CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS (1982) は芦部教授によって監訳され、この書を中心としたペリー教授の理論についての邦語文献もいくつか発表されている。本稿において取り上げている書をも含めて、ペリー教授の理論を検討しているものとして、例えば、松井茂記「討議的で転換的な政治の一形態としての司法審査」・現代違憲審査論(1996年)86頁以下参照。

教授が1991年秋に、わが国を訪れた際に準備中であつたことでもあり⁴⁾、日本国憲法（と推測される）の解釈に言及している箇所が随所に見られ、アメリカの憲法学者による日本国憲法理解という、わが国で日本国憲法の解釈に取り組んでいる者にとって、大変興味深い書でもある。

さて、ペリー教授によると、本書の目的には二つあるという。すなわち、一つは、憲法解釈において、裁判所、とりわけ連邦最高裁判所は、どのようなアプローチを採用すべきなのかということである。もう一つは、憲法問題を解決するについて、連邦最高裁判所は、どのような役割を演ずべきなのかということである。そこで、これらの問題を考えるについて、ボーク元判事の見解を批判的に検討し、自己の立場を確立しようとしている。ボーク元判事の主張をここで繰り返すことはしないが、要するに、「法」と「政治」は明確に区別されなければならない、憲法裁判は、法過程 (legal process) であるにもかかわらず、1954年のブラウン事件判決を嚆矢として⁵⁾、近時の連邦最高裁判所においては、それが政治過程 (political process) とされてきている、と論難するのである。詳細については後に検討することにするが、ペリー教授は、ボーク元判事のこのような見解について、半分は真実を言い当てており、半分には重大な誤りがあると評している。憲法は「法」か「政治」かという問いに(ペリー教授の THE CONSTITUTION IN THE COURTS の副題は Law or Politics? である)、ボーク元判事は「法」であると答えるのに対して(ボーク元判事の THE TEMPTING OF AMERICA の副題は The Political Seduction of the Law である)、ペリー教授は「法」であるとともに「政治」でもあると答えるのである(ペリー教授の書の最終章は Constitutional Adjudication : Law and Politics である)。なお、ペリー教授は、憲法裁判をめぐる今日の論争が、実社会の政治問題を取り扱う以上止むを得ない面もあるとはいえ、過度に挑戦的になっていることを遺憾としている。ペリー教授によると、その典型がボーク元判事であるが、その他あ

4) 紙谷雅子・長谷川晃・吉田邦彦「アメリカ憲法訴訟基礎論——ペリー教授北大講演レポート」ジュリスト992号116頁(1991年)以下参照。

5) Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954).

また存在し、このような傾向は、政治的に右の側 (political right) からだけではなく、政治的に左の側 (political left) からも (アメリカにおいては、批判的法学研究の立場がそれに当たる) 生じているという。ペリー教授は、右からのものであれ左からのものであれ、憲法裁判についての論戦的な書は、物事をほとんど明らかにせず、多くの事を曖昧にするだけである、と述べている⁶⁾。

ペリー教授は、持論を展開するにあたって、相互に関連する、一群の区別されなければならない概念について説明している。それらは、(1)法文 (text) と規範 (norm)、(2)法文の不確定性と規範の不確定性、および(3)法文の解釈 (interpretation) と規範の特定 (specification) である。憲法規定のような成文法の規範的意味は、必ずしも明確なわけではない。解釈的検討 (interpretive inquiry) の目的は、法文を翻訳ないしは解読すること、法文の意味を確定することによって法文を理解可能なものにすること、すなわち法文によって示されている規範を確定することである。法文が不確定であることは、あらゆる利用可能な関連資料に基づいたとしても、政治共同体のメンバーは、法文の規範的意味について一致していないことを意味する。また、たとえ法文の規範的意味を確定できるとしても、規範自体、特定の文脈においては不確定なのである。すなわち、(1)関連する事実は何か、(2)その他の関連する法規範は何か、(3)事件に関係するこれらその他の法規範が何を意味しているかについて、一致しているとしても、規範を前提として、事件がいかに解決されるべきかについては、一致していないのである。争いに適用され、しかし争いの中において不確定な規範は、特定されなければならないのである。ペリー教授が使用する用語法としての特別な意味において、不確定な規範を「特定する」とは、争いの文脈において、関連しているが不確定な規範を明確にすることである⁷⁾。

ところで、ペリー教授は、後に検討するように、憲法解釈をするについて、原意主義を正当とするのであるが、上に述べた区別との関係で、自身が支持する「原意主義」は、解釈的検討に対しての適切な司法のアプローチなのであって、

6) See M. PERRY, *supra* note 2 at 3-7.

7) See *id.* at 7-8.

規範的検討 (normative inquiry) に対しての適切な司法のアプローチではない、と述べていることに注意しなければならない。従って、ペリー教授の原意主義は、ボーク元判事によって代表される、近時の連邦最高裁に対する「保守主義」の立場からの攻撃としての原意主義とは、異なるものである。確かに、保守主義の憲法学 (constitutional conservatives) とプログレッシブの憲法学 (constitutional progressives) との間には、現実的かつ重大な相違が存在するが、憲法解釈に対する原意主義のアプローチが、必然的に保守主義からのものであると捉えるのは重大な誤りである、とペリー教授は述べる (なお、ペリー教授自身の立場は、プログレッシブであるとしている)。ここで、ペリー教授は、しばしば混同されている、二つの基本的な争点を区別する必要性を指摘している。すなわち、第一は、司法審査の実践を形成すべき、憲法解釈——憲法の法文についての解釈——に対するアプローチの問題であり、第二は、憲法をめぐる争いを解決するために、解釈された憲法の法文を持ち出すにつき、連邦最高裁判所が演ずべき役割——第一次的か第二次的か、大きいか小さいか、積極的か消極的か——の問題である。ペリー教授は、後にふれるように、司法「最小主義 (minimalism)」について論じているが、これには次の二つの立場が含まれるという。すなわち、一つは「解釈最小主義 (interpretive minimalism)」であり、解釈的検討に対する適切な司法のアプローチに関わるものである。もう一つの最小主義の立場は、「規範最小主義 (normative minimalism)」であり、規範的検討、すなわち憲法の法文によって示される不確定な規範の特定についての、適切な司法のアプローチに関わるものである。多くの憲法学者は、ボーク元判事にみられるように、原意主義は司法最小主義を伴うことを前提にしている。しかし、解釈最小主義であれ、規範最小主義であれ、原意主義は最小主義を伴うものではない。もちろん、このことは、原意主義であるとともに最小主義であることを否定するものではない、とペリー教授は述べるのである⁸⁾。

8) See *id.* at 8-10.

ペリー教授は、THE CONSTITUTION IN THE COURTSにおいて設定した二つの課題、すなわち、最高裁判所は憲法解釈においてどのようなアプローチを採用すべきなのかという問題と、最高裁判所の役割はいかにあるべきかという問題に取り組むに先立って、司法審査 (judicial review)⁹⁾ そのものの正当性について検討を加えている (しかも、ここで力点が置かれているのは、憲法上正当化できるか否かという、法的正当性の問題ではなく、善か悪かという、政治的・道徳的正当性の問題である)。なお、この問題を考察するのは、司法審査の正当性がアメリカ合衆国において、今日問題となっているからではない。司法審査は、現代アメリカ社会において、コンセンサスが得られている制度である。この問題が重要なのは、先にペリー教授によって提示された課題の一つである、憲法解釈のアプローチに密接に関係してくるからである。司法審査の正当性を考える際の出発点は、ビッケル教授がTHE LEAST DANGEROUS BRANCHにおいて指摘したように、司法審査が「反多数決主義という乗り越え難い壁 (counter-majoritarian difficulty)」の問題を抱えていることである¹⁰⁾。ペリー教授は、司法審査が反多数決主義であることを前提にしても、支持されるべきものなのかが問題なのであるという。すなわち、「われわれの支持を得ている司法審査は、われわれの支持に値するものなのか」¹¹⁾ ということが問題なのである¹²⁾。

ペリー教授がTHE CONSTITUTION IN THE COURTSにおいて検討しようとしているのは、上に述べたように、司法審査の政治的・道徳的正当性であるが、司法審査の合憲性という法的問題にもふれているので、まずこの点からみていくことにしよう。ペリー教授は、アメリカ合衆国憲法が司法審査を確立してい

9) なお、ペリー教授は、1989年出版のクリントン教授の著書を引用しながら (See R. CLINTON, *MARBURY V. MADISON AND JUDICIAL REVIEW*.), いわゆる違憲法令審査権という意味での judicial review という用語法の起原は、故コーウィン教授に遡るとの興味深い指摘をしている (See Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, 9 MICHIGAN L. REV. 102 (1910)). See M. PERRY, *supra* note 2 at 208.

10) See A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962).

11) M. PERRY, *supra* note 2 at 17.

12) See *id.* at 15-17.

るかどうかについて、次の四つに分けて検討している。すなわち、(1)州政府の行為に対する州裁判所による審査、(2)州政府の行為に対する連邦裁判所、とりわけ連邦最高裁判所による審査、(3)連邦政府の行為に対する州裁判所による審査、(4)連邦政府の行為に対する連邦裁判所、とりわけ連邦最高裁判所による審査である。これらのうちの後二者について、特に議論が存在する、とペリー教授は述べているが、順次検討を加えていくことにしよう。まず(1)について、ペリー教授は、これは合衆国憲法第6条の最高法規条項によって、すなわち「この憲法は……国の最高法規である。各州の裁判官は、各州の憲法または法律中に反対の定めある場合といえども、これに拘束される」¹³⁾ という規定によって命じられているという。(2)は、これを禁ずる文言が憲法に見い出されず、最初の連邦議会によって制定された、Judiciary Act 以来認められてきたものであり、少なくとも修正第14条が成立した1868年の時点で、このような審査を、当然の前提にしていたのである。一方、(3)と(4)については、法文上明らかではなく、合衆国憲法を批准した者達がどのように理解していたか、歴史家の評価も分かれるところである。とはいえ、ペリー教授は、合衆国憲法によって成立した中央政府の性質や構造から、司法審査は十分かつ必然的なものとして推論し得るといふ。さらに1788年に出版された『ザ・フェデラリスト』第78篇におけるハミルトンの見解や¹⁴⁾、合衆国憲法に権利章典を導入した第一議会におけるマディソンの宣言にみられるように¹⁵⁾、1791年に権利章典が合衆国憲法の一部となった時、憲法が司法審査を確立したのは自明のことである、とほとんどの者によって考えられていたのである。いずれにせよ、合衆国憲法が司法審査を確立したかどうかの問題は、今日比重が落ちている。というのは、司法審査の存在自体に異を唱える者は存在せず、それはアメリカの統治において不可欠なものであり、世界の模範として提示し得るものだからである。「司

13) 樋口陽一・吉田善明・解説世界憲法集 第3版(1994年)55頁参照。

14) A. ハミルトン, J. ジェイ, J. マディソン (齋藤真・武則忠見訳) ザ・フェデラリスト (1991年) 376頁以下参照。

15) See J. CHOPPER, JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS 66 (1980).

法審査は、今日、アメリカの統治にとって欠くべからざる特質——本質的な特徴——であるという意味において、司法審査は合憲法的である¹⁶⁾、とペリー教授は述べるのである¹⁷⁾。

さて、ペリー教授が司法審査の正当性の問題において取り組みたい課題、すなわち政治的・道徳的正当性の問題を検討するにつき、次のような議論から出発する。すなわち、政治共同体が、権利や自由を確立する手段には、二つの方法が存在する。一つは、制定法によって保護するという制定法戦略 (statutory strategy) であり、もう一つは、憲法によって保護するという憲法戦略 (constitutional strategy) である。民主的共同体が、これらのうちの憲法戦略を採用するのは、その権利に特別な重要性を認めているからであるが、その権利に優先性を与えるということであるならば、それは制定法の定め方によってその目的を十分達成することができる。この両者の戦略の決定的な相違は、むしろ、改正手続の困難さに存在する。すなわち、制定法戦略の場合には、立法部の多数によって修正し、廃止することが可能であるのに対して、憲法戦略の場合には、合衆国憲法第5条や日本国憲法第96条にみられるように、改正するためには立法部の特別多数や国民投票が必要とされるのである。ペリー教授によると、民主的政治共同体が権利・自由を保護するために憲法戦略によるのは、将来をも含めて、通常政治 (ordinary politics) に対する不信や懐疑が存在するからである。そして、憲法戦略には、権利を強行する仕組み (enforcement mechanism) が必要とされ、それが司法審査なのである。ただし注意しなければならないのは、ペリー教授は、権利を保護する仕組みとして、憲法裁判を適切だとしているのではないことである。ただ比較の問題として、憲法戦略によって権利を保護しようとする者は、相対的に、憲法裁判よりも通常政治に、より懐疑的なのである。しかし、これで司法審査を正当化することに成功したとはいえない。残された問題がある、とペリー教授は述べる。すなわち、それは、過去の決定がなぜに今を拘束するのかということ、言い換

16) M. PERRY, *supra* note 2 at 26.

17) *See id.* at 24-7.

えるなら、過去からの遺産——司法審査——を、現在のわれわれが維持する、十分な理由が存在するののかということである。父祖達が制定した憲法上の人権が今日においても重要であることは、誰しものが認めていることであるとして(この点の例証として、ペリー教授は、1990年11月20日、パリで調印された The Charter of Paris for a New Europe と合衆国憲法の人権条項との類似性を挙げる)、これらを丸ごと司法審査によって保護すべきかは、また別の問題である。ペリー教授は、これも比較の問題であるという。すなわち、例えば、保護される権利とそうでないものが、最高裁によって一方的に選別されるよりは、丸ごと保護されることにした方が、問題性はより緩和されるのである¹⁸⁾。

「司法審査を擁護する議論は——政治を司どったわれわれの祖先によって憲法に取り入れられた様々な条項が保護に値するというを前提に——、これらの条項を保護するための仕組みとして、司法審査が有効であるということに尽きるのであって、より有効な仕組みを確立することによって、司法審査を改めるのでなければ、そしてそれまでは、司法審査を是認し続けるべきなのである。」¹⁹⁾

それでは、このようにして正当化される、司法審査の行使において、最高裁判所はどのような憲法解釈のアプローチを採用すべきなのであろうか。ペリー教授は、ここで、二つの異なる問題を混同すべきではないという。すなわち、憲法典の条項が示している指令 (directive or directives) は何かを検討する憲法の解釈 (interpretation) と、憲法典の個々の条項によって示される不確定な指令に、個別の文脈において内容を与える憲法の特定 (specification) である。原意主義は、憲法解釈についての一つの立場であって、憲法特定についての立場なのではない。最高裁判所が憲法指令——国の最高法規であり、修正第5条に定められている手続によるのでなければ改め得ないもの——として何を正当なものとするべきかについて、二つの解答が存在するという。一つは、法典主義 (textualism) ——原意主義はこの一つの形態である——であって、

18) See *id.* at 17-24.

19) *Id.* at 24.

これによると、最高裁判所は、合衆国憲法のテキストによって示される指令のみを憲法上のものとして強行し得るのである。もう一つは、非法典主義 (non-textualism) であって、これによると、最高裁判所は、憲法典によって示される指令だけではなく、それ以外のものをも、憲法上のものとして強行し得ることになる。これらについて、ペリー教授は、近代アメリカの政治・法文化において、非法典主義を受け入れることはできないという。ここで想起すべきなのは、マーベリー対マディソン事件²⁰⁾ において、マーシャル最高裁長官が司法審査を正当化するにつき、合衆国憲法の成文性 (writtenness) に言及していることである²¹⁾。合衆国憲法によって示されていない指令を憲法上正当なものとする理由は、見い出すことができないのである。成文の合衆国憲法は、最高裁判所が強行し、保護する、あらゆる憲法上の条件や制度を完全に示し、具体化しているのである。ただし、非法典主義を拒絶することは、憲法典によって示される不確定な指令を強行する——特定する——につき、裁判官が、憲法典によって示されていない諸前提によることを否定するものではないことに、ペリー教授は注意を喚起している²²⁾。

このように、憲法典によって示される指令のみを、最高裁判所は、憲法上のものとして強行すべきであるが、憲法典の条項によって示される内容は、必ずしも明確なわけではない。そこで、誰によって理解されたものとしての憲法条項が、権威をもつべきかが問題となる。まさにこの点において、原意主義と非原意主義が、それぞれ見解を異にするのである。原意主義によると、条項が憲法化された時点での「人民」による憲法条項の理解に、特別な重みが与えられることになる。ペリー教授は、次のように述べている。

「合衆国憲法は次のように始まる。すなわち『われら合衆国人民は・・・・アメリカ合衆国のために、この憲法を制定し確立する。』原意主義によると、提案された憲法条項の人民の代表による批准が、人民——

20) *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).

21) See Moore, *Do We Have an Unwritten Constitution*, 63 S. CAL. L. REV. 107 (1989).

22) See M. PERRY, *supra* note 2 at 29-31.

代表を通じて条項を制定し確立した人民——の条項理解の前提をなすと考えられているのである。」²³⁾

憲法制定過程における人民の代表者達、すなわち批准者達の理解が重要であるのは、人民が条項をどのように理解していたかについての、すなわち、人民が十分な注意を払い、すべての関連情報にアクセスできていたならば、それらの条項が人民によってどのように理解されていたかについての近似値 (close approximation) だからである。これに対して、非原意主義によると、条項が憲法化された時点での人民による理解以外の、誰かあるいはある集団の理解が条項理解において特別な意味を持たされることになる。しかし、それは誰あるいはどの集団のものになるのであろうか。スカリア最高裁判事も述べているように、この点に答えることができないことが、非原意主義の致命的な欠陥なのである²⁴⁾。結局、原意に代わるべきものについて、コンセンサスは存在していない、とペリー教授は述べるのである²⁵⁾。

ペリー教授が提唱する原意主義によると、憲法解釈の対象は、人民、ないしはその代表者によって憲法化された指令であるということになる。これに対しては、まず、単一の指令や理解というものは存在しない、との異論が存在している。ペリー教授によれば、このような主張は全くの空論であるという。というのは、憲法条項は無から生ずるものではないからである。それらは現実の問題に対処しようとした、努力の現れなのである。従って、指令は利用可能な限りの歴史資料を精査することによって、検証することが可能となるのである。これに類した異議として、憲法条項によって示される指令の一般化のレベル (level of generality) を決定することはできない、というのがある。ここで、ペリー教授は、例として、合衆国憲法修正第14条を挙げる。すなわち、この条項は、人種差別を禁止したものなのか、それ以上に、差別一般を禁止しているのか、はたまた差別の禁止に止まらない指令なのかということである。ペリー

23) *Id.* at 32.

24) See Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *CIN. L. REV.* 849 (1989).

25) See M. PERRY *supra* note 2 at 31-4.

教授は、修正第14条の原意について、一般化のレベルを決定することは、確かに困難な作業であるとはいえ、関連資料を駆使することにより、いわば過去との対話によって可能となると結論付ける。ここで注意しなければならないのは、憲法制定者達は、彼らの生活にもっとも関わりのある問題に焦点を当てていたとはいえ、類似の問題をすべてカバーするように目論まれた、一般原理 (general principles) を憲法化しているということである。いずれにせよ、原意主義を信奉する裁判官は、できるだけ正確に、憲法規定についての原意を再生すべく努力すべきであり、原意を過大に一般化したり、過少に一般化したりすべきではない、とペリー教授は述べるのである²⁶⁾。

ここでペリー教授は、自己の提唱する原意主義と、これまでしばしば批判の矢面に立たされてきた原意主義、バスハム教授が言うところの、厳格な意図主義の原意主義 (strict intentionalism originalism)²⁷⁾ とを区別して考えなければならないことを強調している。例えば、修正第14条の批准者達は、人種によって分離された公立学校を禁止しようとは考えていなかったが故に、このような分離教育は本条項に違反しないという見解が存在する。しかし、ペリー教授は、このように考えるべきではないという。というのは、分離された公立学校がこの条項に違反するか否かの問題は、過去に照らし合わせるのではなく、現在の問題として考えるべきだからである。

「原意主義にとって決定的に重要なのは、批准者達が憲法条項によって伝えようとした指令、彼らが発している指令なのである。批准者達が馴染んでいたあれやこれやのもの (法律等々) を、彼らが発している憲法上の指令に反しているとは考えなかったこと——彼らが行った行為は指令に反していないと信じていたことでさえ——は、決定的ではないのである。」²⁸⁾

もし裁判所が、その行為を批准者達によって発せられた憲法上の指令に反していると考えるならば、その行為を批准者達が知っていた、あるいは予測可能で

26) See *id.* at 39-42 .

27) See G. BASSHAM, ORIGINAL INTENT AND THE CONSTITUTION : A PHILOSOPHICAL STUDY (1992) .

28) M. PERRY, *supra* note 2 at 43 .

あったかどうかに関わりなく、無効にすべきなのである。この点で、ペリー教授は、ボーク元判事が、憲法原理の発展を承認しながら²⁹⁾、批准者達が死刑を禁止しようとしていなかったとはいえ、批准者達が死刑を憲法化しようとした証拠が存在しないにもかかわらず、死刑は残虐で異常な刑罰ではなく、憲法に反しないとするのは、理解しがたいとして非難するのである³⁰⁾。

原意主義か非原意主義か。ペリー教授は、憲法解釈のアプローチとして、アメリカの政治・法文化の文脈において、どちらがより擁護し得る立場なのかについて、以下のように続ける。原意主義に賛同する議論の出発点は、合衆国憲法は成文法典とすることによって、様々な指令を伝達しようとする努力の成果であるということである。先に論じた、司法審査を行使することの正当性の問題と、憲法解釈のアプローチの問題とは、密接不可分の関係にあり、前者の問題に対する解答は、後者の問題に対する解答を決定付ける。というのは、原意主義を支持する議論は、先に述べた司法審査の根底にある観点、すなわち、それは政治的に活躍した先人達 (political ancestors) によって憲法に定められた様々な指令——憲法典作成時、人民によって、すなわち批准者によって伝達すべく理解された指令——を保護することにあるからである。ただし、個々の憲法条項がどのような指令を発しようとしているのか、常に明らかなわけではないことから、そこに最高裁判所による解釈が必要とされるのである。「合衆国憲法」は、単に言語を配置しているに過ぎないものではなく、意図的な政治的活動であり、言語の配置によって伝達しようとしている指令なのである。憲法が批准された根本的な理由は、特定の指令を発することを欲したからである。従って、憲法条項について、最高裁判所に原意以外の何らかの意味付けをする特権が与えられる、いかなる正当な理由をも見い出すことは困難なのである。また、建国の父祖達の法解釈のアプローチも、厳格な意図主義の原意主義ではないが、ある種の原意主義であったことに、ほとんど疑いはない³¹⁾。こ

29) See R. BORK, *supra* note 1 at 162-63.

30) See M. PERRY, *supra* note 2 at 42-7.

31) See G. BASSHAM, *supra* note 27 at 67-71.

のようにして、ペリー教授は、原意主義を支持するのである³²⁾。

さて、ペリー教授によると、司法最小主義 (judicial minimalism) と呼ぶべき立場が存在し、これには二つの区別された、相互補完的な立場が含まれるという。すなわち、一つは、解釈最小主義 (interpretive minimalism) であり、これは憲法典を解釈するについての、裁判所の適切な役割に着目しての立場である。もう一つは、規範最小主義 (normative minimalism) であり、これはテキストによって示される不確定な指令を特定するについての、裁判所の適切な役割に着目した立場である。ボーク元判事をその典型として、原意主義を支持する者の多くは、原意主義は、司法の役割について、最小主義を伴うとしている。これに対して、ペリー教授は、原意主義は、必然的に司法の役割を小さな、受動的なものに止めるものではないという。なぜならば、(1)憲法規定についての原意の検討において、しばしば、あり得べき結論は複数存在し、従って、原意主義者のアプローチを構成する歴史的検討は、しばしば不確定だからである。さらに、(2)これらのうちの一つの結論に従ったとしても、原意として理解された規定によって示される指令は、争いの文脈において、しばしば不確定だからである。それでは、憲法の規定についての歴史が不確定であるとき、原意主義者である裁判官は、どのような行動をとる傾向があるのであろうか。ペリー教授は、裁判官が司法の役割をどのように考えるかが、重要な要素の一つであるという。原意主義のアプローチは、不確定な原意についての歴史的検討を、より確定的な解釈に従って解決しなければならないというものではない。もちろん、原意主義の裁判官が、より確定的であれ、より不確定的であれ、歴史的に可能性のある解釈を無視するのは、原意主義に反することになる。最小主義の原意主義においては、原意について二つ、あるいはそれ以上の選択の余地があり、しかもそれぞれの解釈が、同等の歴史的存在可能性があるならば、裁判官はより確定的な解釈を選択することになる。というのは、確定的な指令は、不確定な指令よりも、裁判官の裁量の余地を狭めるからである。解釈最小主義

32) See M. PERRY, *supra* note 2 at 47-50.

と原意主義は競い合うものではなく、相互補完的なものであるが、原意主義が解釈最小主義のアプローチを前提としたり、その帰結となるものではない。解釈最小主義は、憲法裁判において、政治責任のない司法の裁量を狭めることの重要性に着目した立場なのである。一方、原意主義は、憲法を守る責任があるすべての機関——裁判所だけではなく、連邦議会、大統領、州議会を含む——にとって、「合衆国憲法」とは何か、それが意味するものは何かに着目した立場なのである。結局、原意主義者であるとともに解釈最小主義者であることは可能であるが³³⁾、原意主義を受け入れながら、解釈最小主義を拒絶することも可能なのである。従って、原意主義のアプローチは、ウォーレン・コートの信奉者達と同様に、大きな、態動的な役割を裁判所が担うべきことを主張することと、必ずしも矛盾するわけではないのである³⁴⁾。

このように、原意主義は、原意の歴史的な不確定性故に、最小主義を伴うものではない。憲法条項等の法文 (legal text) は、不確定なのである。すなわち、政治共同体のメンバーは、法文が示す指令は何かについて一致しない (合理的に) ことがあり得るのであり、テキストが示す指令について複数の結論が存在し得るのである。さらに、ペリー教授は、法指令 (legal directive) の不確定性、すなわち規範的不確定性 (normative indeterminacy) に目を向ける。すなわち、関連する事実は何かについて、関連する法規範は何かについて、さらにこれらの規範が争いにとってどのような意味を持つかについて、一致をみている者の間においてさえ、指令の下で争いがいかに解決されるべきかについて、複数の結論が存在するのである。この不確定な規範が、個別の文脈において何を意味するのかを決定する過程が「特定」なのである。権利や自由に関する憲法指令は、指令を憲法化した者達による、ある政治・道徳的価値に特別な重みを与えたことの決定の表象なのである。すなわち、憲法指令は、人間にとっての善 (human good) について——とりわけ、共同生活を送る政治共同体のメンバーにとっ

33) そのような例として、ペリー教授はスカリア最高裁判事を挙げる。See Scalia, *supra* note 24.

34) See M. PERRY, *supra* note 2 at 54-9.

て好ましい、適した方法について——の概念の、ある不確定な面に、特別な重みを与えることの決定である。そのような価値あるものとして、例えば、合衆国憲法の権利章典においては、宗教活動の自由(修正第1条)、表現の自由(修正第1条)、プレス(新聞)の自由(修正第1条)、およびデュー・プロセス(修正第5条)等が挙げられている。従って、不確定な憲法指令を特定する試みは、指令に組み込まれている政治・道徳的価値——人間にとっての善——を、個々の文脈において、いかに最も良く達成することができるかを決定する試みなのである。言い換えると、文脈において問題となっている、政治共同体の様々な、そしてしばしば競合する諸利益に、最も良く仕える方法において、政府が、いかに政治・道徳的価値を達成すべきかを決定する試みなのである。しかし、個々の文脈に関して、政府が、一つのあるいは複数の政治・道徳的価値を達成する試みは、この文脈において特定される不確定な指令によって特別な重みを与えられている価値を達成する試みと、しばしば衝突するのである。それ故に、指令を特定しようとする試みは、しばしば非常に困難なのである、とペリー教授は述べる³⁵⁾。

なお、ペリー教授は、原意主義の裁判官が、不確定な憲法指令を「不合理ではない」仕方で特定するについて、限界が存在するという。これについては、次の三つに分けて説明するのが便宜である。すなわち、(1)指令を発した者が指令によって特に禁止することを意図した特別な行為、(2)指令によって禁止されると理解されなかった、あるいは理解されなかったと推測される特別な行為、および(3)指令によって特に禁止しないことを意図した特別な行為である。まず(1)の場合について、指令を発した者が特に禁止しようとした特別な行為(法律等々)が、指令を侵害しないとの特定がなされたなら、連邦最高裁判所は、憲法指令についての立法部の特定を許容すべきではないし、ましてや最高裁自身のものとして採用すべきではない。従って、修正第14条の差別禁止指令は、あるグループのメンバーが、人種故に道徳的に劣るという見解に基づいて、政治

35) See *id.* at 72-6.

的な選択をすることを禁止しているとの結論に至るのである。次に、(2)の場合について、最高裁判所がどのように考えるべきかは、微妙な問題である。なぜならば、指令を発した者が禁止しようと考えていなかった特別な行為について、特定によって、指令を侵害していると考えられることも可能であるし、あるいは指令を固定的に捉え、そのような行為は指令を侵害していないと考えることも可能だからである。それでは、(3)の行為を許容することを明確に意図していた場合はどうであろうか。ペリー教授は、権利や自由について述べている憲法規定に関して、禁止するという特別な意図のみならず、許容するという特別な意図を、歴史的主張として認めることは、困難なことであるという。とはいえ、もしそのような、行為を許容するという特別な意図の主張が支持されるならば、原意主義者である裁判官は、そのような行為を指令は許容していると考えるのが妥当なアプローチである、とペリー教授は述べる³⁶⁾。

繰り返しになるが、ペリー教授によると、憲法裁判のプロセスは、次の二つからなる。すなわち、一つは解釈的検討であり、それは、あいまい不確定な憲法規定を対象とし、それを翻訳・解説し、テキストによって示される指令を確認することである。もう一つは、規範的検討であり、そこでの対象は不確定な指令であり、指令を特定することによって、個別の文脈における、指令の具体的な意味を確定することである。このような解釈的検討および規範的検討をするについて、裁判官に多大な影響を与えるのが、司法の役割についての裁判官の考え方と政治的道德観である。もし憲法についての歴史と、憲法が有する道德性が、一定不変に確定的であるならば、原意主義のアプローチは、司法の役割について、最小主義を伴うかもしれない。しかし、憲法についての歴史も、憲法が有する道德性も、確定的ではないのであり、従って、原意主義は最小主義を伴うものではない。原意主義に最小主義が伴う必然性はないのである、とペリー教授は述べる。むしろ、司法最小主義が、解釈的検討および規範的検討に重大な影響力を行使するといえるのである。今日の憲法理論をめぐる論争に

36) See *id.* at 79-81.

とって、最も重要な争点は、原意主義対非原意主義でも、ましてやテキスト主義対非テキスト主義でもない。原意主義が決定的な力を持っていることを前提にするなら、また、憲法についての歴史と憲法が有する道德性が不確定であることを前提にするなら、最も重要なことは、憲法についての歴史の不確定性、憲法が有する道德性の不確定性、あるいはこの両者に直面した時に、連邦最高裁判所が演ずべき役割はいかにあるべきかということである。そこで、次の課題は、解釈最小主義あるいは規範最小主義をどのように考えるかということである³⁷⁾。

まず、解釈最小主義についてである。解釈最小主義によって補われた原意主義（最小主義者の原意主義）に従うと、憲法規定について、実質的に同等な歴史的存在可能性を有する原意が複数存在する場合、規定によって示される指令が、より固定的になる読み方によるべきことになる。最小主義者のアプローチにおいては、憲法規定の原意として、判事自身の政治・道德的価値が、個々の事件にできるだけ影響を与えない結果となる指令を好むことになるのである。なぜならば、このようなアプローチを採用することによって、「反多数決主義という乗り越え難い壁」の問題に 대응することができるからである。つまり、権威のある主観性（価値、選好等々）の主なものは、主権者である人民の主観性でなければならないことから、裁判過程において裁判官の主観が働く余地を最小にしようというのである。そして、徹底した司法最小主義は、解釈最小主義と規範最小主義の両者を含むことになる。もし歴史が比較的固定されない指令を生ずるなら、司法最小主義者は、規範的検討において、最小主義者のアプローチを追求することになる。このように、解釈最小主義と規範最小主義は、互いに補い合うものなのである³⁸⁾。

今日、憲法理論に関わる業績において、規範的検討における最小主義を提示し、擁護している文献を捜しても、それは徒労に終わることであろう（なお、スカリア最高裁判事は、解釈的検討における最小主義を支持するものである）。

37) See *id.* at 81-2.

38) See *id.* at 84-6.

というのは、原意主義は最小主義であると誤解される傾向にあり、原意主義を支持することは即最小主義を擁護することであると捉えられているからである。しかし、原意主義は即最小主義ではない。原意主義は解釈的検討における立場であるのに対して、規範最小主義は、憲法の特定における裁判所の役割の問題に対する一つの解答なのである。この問題について、過去の文献に目を向けるなら、とりわけ今から100年前に著されたセイヤー論文から³⁹⁾、有益な示唆が得られる、とペリー教授は述べる。故セイヤー教授の論文は、不確定な憲法指令を特定するについて、裁判所が演ずべき役割の問題に対する、最小主義者の模範解答といえるものである。それによると、憲法指令を特定するについて、最高裁判所それ自体の見解に基づくのではなく、道理に適う (reasonable) ——セイヤー教授の言葉によると「合理的である (rational)」——限り、合憲性が問われている立法府の活動に含まれている特定に基づくべきである、ということになる。規範最小主義のアプローチにおいては、争いを解決するのに影響を与える判事自身の価値観 (趣味、選好等々) が働く余地を、相対的に少なくしようということになる。もちろん、余地を相対的に少なくしようということは、余地を与えないことではなく、最小主義のアプローチにおいてさえ、審査しようとする判事の間における、合理的な差異が生ずる余地を残しているのである⁴⁰⁾。

それでは、憲法の不確定性を特定するについて、裁判官は大幅な裁量を行使すべきではないとの結論に至る理由は、どこに見出されるのであろうか。この点について、セイヤー教授の最小主義は、究極の主権者である「われわれ人民」が、憲法問題を解決するにつき最終的責任をとらなければならないとの、民主的な確信に根差すものである。セイヤー教授の狙いを要約している、カーン教授の表現を借りると、「最高裁が人民を代表しようとするほど、人民は主権在民としての機能を停止するのである。」⁴¹⁾ 今日、新セイヤー主義者

39) See Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893).

40) See M. PERRY, *supra* note 2 at 86-91.

41) P. KAHN, LEGITIMACY AND HISTORY 87 (1992).

(neo-Thayerian) の間での議論において、高度に複雑な、高度に官僚制的に発達した産業社会において、「われわれ人民」が憲法問題について真摯な省察を加えることができることについては懐疑的である。従って、憲法問題について真摯な省察をする可能性のある者として、通常政治の場の外において集団的に活動する人民自身というよりは、通常政治の場において活動する、選挙責任のある人民の代表者を考えることになる。そこで、権利や自由に関わる指令を含む諸事件において、憲法の不確定性の特定に対する、最小主義のアプローチを評価するについての中心課題は、次のようになる。

「・不確定な憲法指令を特定するプロセスは『合理的な (rational)』ものなのか。不確定な憲法指令がいかに特定されるべきかの問題に対する道理に適う解答の間において、道理に適う解答の中から合理的に選び得るような、より良い、より悪い解答が存在するのか。あるいは、このような選択は、単なる『趣味』ないしは『選好』の問題にすぎないのか。

・(道理に適う解答の間に) たゞより良い、より悪い解答が存在するとしても、一般的に、最高裁判所が、人民に選挙責任を負う代表者より、より良い解答を発見する理由が存在するのか。

・一般的に、たゞ最高裁判所が、より良い解答を発見するという理由が存在するとしても、多数決主義による政策形成へのわれわれの信奉は、あれやこれやの道理に適う特定をするにつき、人民に選挙責任を負う代表者が、主要な責任を負うべきことを要求するのか。関連して、憲法裁判ではなく、通常政治が、不確定な憲法指令を特定する主要な基盤であるならば、憲法問題について十分に議論し、次にうまく選択する、通常政治の能力が次第に助長されると信ずる理由が存在するのか。」⁴²⁾

これらが、これから検討される中心課題であるが、ペリー教授は、「反多数決主義という乗り越え難い壁」の問題をめぐる、憲法指令と制定法指令との差異についてふれているので、まずこの点について一言しておくことにしよう。通

42) M. PERRY, *supra* note 2 at 93.

常の政治ではなく、憲法裁判が不確定な憲法指令を特定する主要な基盤であるべきかどうかは、裁判官が不確定な制定法指令を特定する主要な責任を負うべきか否かより、より難しい問題である。というのは、もし選挙で選ばれた人民の代表者が、裁判所による制定法規範の特定に問題があると結論付けたならば、彼らは多数決政治の通常のプロセスに従って、裁判所がしたことを、ひっくり返る点にまで、修正を加えることができるからである。この点において、裁判所は、選挙責任のある人民の代表者より、政治的に劣位に置かれているのである。それ故に、「反多数決主義という乗り越え難い壁」の問題は、制定法をめぐる裁判の文脈においてではなく、憲法裁判の文脈において生ずるのである⁴³⁾。

さて、最小主義のアプローチを評価するについての第一の課題、すなわち、不確定な憲法指令を「特定」するプロセスは合理的なのか否かの問題に、ペリー教授は、まず以下のような形での問いを発することから検討を始める。すなわち、不確定な憲法指令の「特定」は、政治・道徳的判断の一種であり、政治・道徳的判断は道徳判断の一つであるが、道徳判断は、最終的に、「正当性 (justification)」や「合理性 (reasonableness)」の問題ではなく、「趣味」や「選好」の問題にすぎないのか否かである。この点について、もし正当性についての全体論的説明 (holistic account of justification) を受け入れるなら⁴⁴⁾、憲法の不確定性を「特定」することを含む、政治・道徳的判断は、正当性の問題であることになる、とペリー教授は述べる。憲法の不確定性を「特定」することは、より道理に適った、より道理に適っていないという領域内の問題となり、恣意的、主観的、故意的にすぎない領域の外に位置することになる。第一に、正当性についての全体論的説明を、第二に、政治共同体についての道徳多元主義を前提に、規範的検討における非最小主義のアプローチを受け入れるとすると、次のような疑問が生じる。憲法指令を「特定」する裁判官は、どのような基準 (basis) に基づくべきか、ということである。裁判官の責務の核心は、法的

43) See *id.* at 91-95.

44) See M. PERRY, LOVE AND POWER 52-65 (1991). 全体論的説明ないしは整合説について、例えば、門脇俊介・現代哲学 (1996年) 50頁以下参照。

前提——裁判官としての自身にとって権威的な前提——に基づいて決定を下すということである。関連する法的前提が問題を解決しないのなら、たとえ裁判官自身にとっては権威的ではないとしても、アメリカ社会に広く普及し、コンセンサスとなっている前提に基づいて、裁判官は決定するのが妥当である、とペリー教授は述べる。裁判官は、裁判官が受け入れている前提に基づいて決定を下すべきであるとして、それでは、どのようなプロセスによってこれをなすべきなのか。それは、独白的 (monologic) というよりは、対話的 (dialogic) プロセスによるべきである。すなわち、裁判官が実際に採用した諸前提を隠蔽するのではなく、公けにし、それによって裁判官自身の前提に異議を申し立てることが可能になるようなプロセスである。裁判官自身の前提に対する異議申し立てを真剣に受け止め、競合する前提を真剣に受け止めることを可能にするような、対話的スタンスを強化するようなスタンス——拒絶的スタンスではなく——である。憲法の不確定性の「特定」は、対話による正当性 (deliberation and justification) の問題であることを受け入れることは——いくつかの政治機関は、より豊かな対話能力を持っていることから、他の機関より、対話による正当化に、より適している場合があるが——、次のような両極の間をとることになる。すなわち、一つは、道徳的選択は審美的な問題にすぎないとのニヒリズムであり、もう一つは、アルゴリスティックなものであり、一つのアルゴリズムのみが正しいとの教条主義 (dogmatism) である⁴⁵⁾。

それでは、道理に適った憲法指令の「特定」の間に、より良い、より悪い「特定」が存在するとして、裁判所が、一般的に、選挙責任のある人民の代表より、より良い「特定」をすると考える理由が存在するのであろうか。ペリー教授は、この問いについて、議会や大統領等の、通常政治の検討から始める。一般に、通常政治が憲法の不確定性を「特定」するについて、良い仕事をする事ができるということを疑うに足る主要な理由は、職に止まること (incumbency) が、最優先ではないにしても、非常に重要な価値であることである。職に止まることは、否定しようもなく、連邦議会のほとんどのメンバーにとっての基本

45) See M. PERRY, *supra* note 2 at 95-101.

的価値である。従って、議員は彼らの有権者の利益や見解に応じようとしがちであり、このことは必ずしも悪いことではない。問題なのは、職に止まることが基本的価値である仕組みは、アメリカ合衆国のように、政治的に同一ではない (heterogeneous) 部分から構成されている社会において、真に討議的に、真に対話的に「特定」するには、しばしば適さないということである。憲法問題を政治から隔離された (独立した) 司法に委ねることによって、憲法問題を政治的争い (political fray) の上に引き上げることができるのである (その際、どのような憲法規範か、憲法規範の中には多数決主義の決定によって極めて傷つきやすいものも、そうでないものも存在し、憲法規範の種類の違いにも注意を向けなければならないのであるが)。不確定な憲法的価値を「特定」することにおいて、一般的に、裁判のプロセスは、少なくともいくつかの点において、立法ないしは政策形成のプロセスに勝るのである。不確定な憲法指令の「特定」について、通常政治が熟した対話をする基盤として働くことが、しばしばできることについて懐疑的な者は、ブレナン最高裁判事のように、非最小主義のアプローチを支持することになるのである⁴⁶⁾。

しかしながら、不確定な憲法指令の「特定」を熟した対話の場とする、通常政治の能力に懐疑的な者が、非最小主義のアプローチを支持しないこともあり得る、とペリー教授は述べる。というのは、憲法の不確定性を「特定」する通常政治に対する懐疑主義は、憲法の不確定性を「特定」する裁判官の能力の信頼へと、必ずしも移行するものではないからである。憲法裁判へのブレナン最高裁判事の信頼は、通常政治へのセイヤー教授の信頼と同様に、問題にし得るのである。不確定な憲法指令の「特定」は、政治・道徳的判断の一種であるが、対話する能力 (dialogic capacity) は良い判断をするための重要な要素である。もし少なからぬ裁判官が、心性 (mind) や特性 (character) において不可欠な要素——とりわけ対話する能力——を備えていることに疑いが持たれるようであるならば、不確定な憲法指令の具体的な意味について、憲法裁

46) See *id.* at 106-10.

判が熟した対話をする基盤となり得ることに疑いが持たれることになる。アメリカ合衆国国民のうちのいく人かは——おそらく多くは——、このような懷疑を抱いているのであり、最高裁判所を含む、裁判所に多くを期待していないことは理解できる、とペリー教授は述べる。もちろん、これが現実であるとしても、そのような能力を備えた裁判官の任命を求めてならないということにはならない。結局、不確定な憲法指令の「特定」に際して、非最小主義のアプローチに従うべきか、またどの範囲でそれに従うべきかは、一般的に、裁判官が立法者より、正しい政治・道徳的判断をするより勝れた能力を持っているか否か、またどの程度持っているかにかかっている。権利や自由に関する、様々な種類の指令の間の違いを無視して、確固たる結論に到達することは難しいが⁴⁷⁾、このように述べても決して間違いではない、とペリー教授は述べるのである⁴⁸⁾。それでは、権利や自由に関するどのような憲法指令に関して、最小主義のアプローチが意味をなすのか。ペリー教授によると、最小主義をとるべきかどうかは、既に述べたように、能力の割り振りの問題である。そこで、アメリカの政治共同体における「通常の政治」の特性を吟味し、また、裁判官が、憲法に関わる価値や政策をめぐる基本的問題を、十分に検討する能力を有しているかを吟味しなければならない。その際、ある種の憲法問題について、司法が検討する能力を有していることは、あらゆる憲法問題について、そのような能力を比較的良く備えていることにはならない。司法の能力を吟味するについては、不確定な様々な憲法指令——すなわち、権利や自由に関する指令、権力の垂直的配分（連邦と州）に関する指令、権力の水平的配分（三権分立）に関する指令——の間に存在する違いに注目しなければならない。ここで、ペリー教授は、イリイ教授の DEMOCRACY AND DISTRUST を⁴⁹⁾、Roe v. Wade⁵⁰⁾ 時代後のア

47) ペリー教授は、原意主義および最小主義の問題を、アメリカ合衆国憲法修正第14条に則して展開するが、本稿では省略することにした。See *id.* at 116-35.

48) See *id.* at 110-15.

49) J. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980). 邦訳として、ジョン・H・イリイ(佐藤幸治=松井茂記訳)・民主主義と司法審査(1990年)。

50) Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

メリカの憲法理論における最も重要な著作であるとした上で、イリイ教授の関心は、主に、憲法上の無名の権利 (unenumerated constitutional rights) を、司法が正当に執行できるか否かにあったが、不確定な憲法上の権利を執行するについての、裁判所の役割の問題を考えるについても、示唆を与えてくれるものであるとする。イリイ教授は、結局、能力の振り分けの問題について、次のような命題を支持している。すなわち、歴史の教えるところによると、差別禁止指令のように、多数派によって極めて傷つけられやすい指令に関する権利や自由を特定する、主要な役割を演ずるにつき、司法は制度的に非常に適している。憲法裁判より政治の機構が、全般的にみて、指令を擁護するのにより適しているとの結論に至るのでない限り——多くの重要な権利や自由に関する指令について、このような結論に至ることには多大な疑義が存在するが——、比較的により重要であり、司法が執行するにふさわしい、権利や自由に関する指令を無視する方向に追いやろうとするセイヤー主義のアプローチを採用しなければならないとする理由は、明らかではないのである⁵¹⁾。

ペリー教授は、本稿において検討している著書の最終章において、司法審査の行使を修正する、一つは比較的小さな、一つは比較的大きな二つの案を提示している。セイヤー教授のような最小主義のアプローチに対して、懐疑的であろうとなかろうと、政治的主権者である、今生きている「われわれ人民」(合衆国憲法前文)に、司法審査がいくらかでもより良い方法で応えることができるように、修正することを真剣に考えるべきだからである。比較的小さな修正とは、連邦最高裁判事を含む、連邦の判事の任期を、現在のような終身制ではなく、期限付きとすることである。終身制は、任命のプロセスにおいて、利害の対立を必要以上に高め、ますます教条主義的なものにし、さらには品位の低下を招いているという。連邦最高裁判事を含む、連邦の判事を期限付きとすることは、終身制の現状より、より民主的にすることであり、裁判所に対して、政治的影響力を行使することになるのである。次に、比較的大きな修正とは、

51) See M. PERRY, *supra* note 2 at 192-96.

1982年に採択された「権利と自由についてのカナダ憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms)」の第33条のように、いくつかの憲法の「特定」を政治的コントロールに委ねることである。カナダの革新的制度 (またはそのようなもの) を採用するならば、困難な軋れきを生じている憲法問題について、司法に対話的に検討する機会が与えられるとともに、通常政治の過程において、選挙責任のある公務員に、有効な方法で応える機会が与えられるという、この両者が、最善のあり方で存在することを可能にするのである。カナダの新制度の採用は、人民に——あるいは連邦議会およびホワイト・ハウスにおける人民の代表者に——憲法上および道徳上の責任を行使する機会を、減ずるところか非常に高め、憲法の意味についての対話に、市民が参加する機会を増大することに繋がるであろう、とペリー教授は述べる⁵²⁾。

憲法裁判は「法」か「政治」か。ボーク元判事によって THE TEMPTING OF AMERICA において提示された問題に、ペリー教授は、著書の結論部において判断を下している。いうまでもなく、憲法裁判は、最悪の事態では「政治」についての悪い意味における政治、すなわち討議的というよりは一方的、対話的というよりは独白的な政治にすぎない場合もある。しかし、憲法理論にとって大切なのは、最悪の事態での憲法裁判ではなく、最善での憲法裁判のあり方である。この点で、憲法裁判は、アメリカ的政治共同体における広い意味での政治 (overall politics) の一部である、とペリー教授は述べる。憲法裁判が、アメリカ的政治共同体の広い意味における政治であるあり方は——とりわけ憲法裁判が通常政治を補完する方法は——、強調するに値する。多くの憲法指令、とりわけ権利や自由に関する憲法指令は、人間にとっての善についての特定の概念を構成する要素として理解され得る。すなわち、集合的生活を送るために何が良いのか、何が適しているのかについての、とりわけ、人民を個人

52) See *id.* at 196-201. 1982年のいわゆるカナダ憲法第33条第1項には、次のように規定されている。「連邦議会または州の立法府は法律を制定し、その連邦法もしくは州法またはそれらの条項がこの憲章の第2条および第7条から第15条までに定める規定にもかかわらず適用される旨を、その法律において宣言することができる。」(樋口・吉田編・同上 注13・92頁。)

的および集合的に扱うために、州や連邦の様々な制度や機関を通じて活動している政治共同体にとって、何が良いのか、何が適しているかについてのアメリカ的政治共同体の概念である。人間にとっての善についての憲法概念は不確定であるが故に、またアメリカ的政治共同体は、歴史的に拡大されてきた共同体であるが故に、共同体は「伝統 (tradition)」について、関連する過去のものを、現在において、現在のために意味あらしめるために、常に議論し続けなければならない。政治共同体は常に伝統を「解釈」し続けなければならないが、裁判所は不確定な伝統を、共同体を代表して「解釈」するのである。憲法裁判が有する創造的性格を否定することができないことに、注意しなければならない。人間にとっての善についての伝統的概念のあれやこれやの面について、あれではなくこれを確立する判決を下し、政治・道徳的發展について、あの道ではなくこの道に沿って共同体を導く判決を下すことにおいて、憲法裁判は、アメリカの政治的・憲法的伝統の発展にとっての主要な制度的基盤なのである。ペリー教授は、憲法裁判は「法」か「政治」かという問題に対して、次のように答えるのである⁵³⁾。

「憲法裁判は、適切に考えられ実践される限り、法にすぎないものでもなければ、政治にすぎないものでもない。……『法か政治か』という論争的な分離は、憲法裁判は、その最善の形において、法と政治の両者であるという事実を曖昧にするのである。憲法裁判は権威主義的なものであるとともに、プラグマティックなものであり、後ろ向きであるとともに、現在を方向付け、未来を向いたものなのである。」⁵⁴⁾

以上がペリー教授の見解である。ペリー教授は、ボーク元判事の問題提起、すなわち原意主義、およびそれと関連しての憲法は法であるとの主張に対して、原意主義は正当としつつも、憲法は、法であるとともに政治でもあるというのである。そして、司法最小主義——とりわけペリー教授のいう規範的検討における最小主義——か否かについては、そこで問題となっている規範の種類にも

53) See *id.* at 201-04.

54) *Id.* at 204.

よるが、一般論として、司法最小主義を否定するのである。本稿では、ペリー教授の見解を仔細に検討することに努めてきたが、細部はともかくとして、最大の問題である点を指摘して、結びとすることにしたい。それは、解釈 (interpretation) と特定 (specification) との二分法である。ペリー教授は、このうち、原意主義が妥当するのは前者であり、後者においては、裁判官の価値判断が入る余地を広く認め、その際の裁判官の判断の源は「伝統」であるとしている。ペリー教授が提唱する二分法に対しては、当然、次のような批判が予想される。すなわち、これは、法の理解 (understanding) と適用 (applying) に相当し、この両者が密接不可分であることは、既に広く受け入れられていることではないのか、との批判である⁵⁵⁾。このような批判が生ずるであろうことは、ペリー教授自身気付いており、これに相応するものではないとの反論をしているのであるが⁵⁶⁾、説得力があるとはいえないのである。やはり、このような批判が的を射ているといえよう。ペリー教授の二分法は、原意主義を採用した場合に、裁判官の判断の余地が少なくなることを回避するために考案されたと推測される。しかし、これはガダマー教授を主唱者とする解釈学に反するだけではなく、原意主義からみた場合、不確定な憲法「規範」の「特定」をその射程からはずすことであり、もはや原意主義とはいえなくなるのではなかろうか。前著『道徳・政治・法』での主張と同様に⁵⁷⁾、ここでもペリー教授は原意主義者になろうとしてなり切れなかったのである。ペリー教授は right answer の存在を認め、人権の問題において裁判官の果たす役割を重視しているわけであるから、非原意主義の立場を主張しても何ら不思議ではないとの印象さえ受けるのである。むしろこのような立場がペリー教授にとっては自然な

55) See HANS-GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD (Eng.trns. 1975). 原著の第4版の邦訳として、未完であるが、ハンス＝ゲオルク・ガダマー著(轡田収他訳)・真理と方法I (1986年)参照。さらに、O.ペゲラー編(瀬島豊他訳)・解釈学の根本問題(1977年)、ハンス＝ゲオルク・ガダマー著・ガダマーとの対話(1995年)、丸山高司・ガダマー(1997年)参照。

56) See M. PERRY, *supra* note 2 at 37-8.

57) M. PERRY, MORALITY, POLITICS, AND LAW (1988). 猪股・前掲注3・「司法と憲法上の政策形成(二・完)」177頁以下参照。

のかもしれないのである。いずれにせよ、憲法条項をめぐる歴史の不確定性を始め、本書での主張が、裁判官の判断の余地をあまりにも狭く捉えようとする、ボーク元判事の主張に対するアンチ・テーゼとして、傾聴に値するものを多く含んでいることはいうまでもない。