

〔紹介〕

L・アレキサンダー編

『立憲主義——その哲学的基礎——』（一九九八年）

孝 忠 延 夫
小 林 直 三

一．はじめに

本稿は、Larry Alexander, *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998（以下「本書」と略記する。）に収録された論文の概要を紹介・検討しようとするものである。「立憲主義」という言葉に、何を含意し、それによって何を明らかにしようとするのかは、論者の方法論とその基本的姿勢を端的に示すものである。また、その応答は、その「国」（国民国家）の抱える課題とその将来像をどのように描こうとするのかにかかわる憲法学上の論争となる。日本においても、憲法学の諸問題を読み解く一つのキーワードが、この「立憲主義」であることに異存はないだろう。最近の幾つかの意欲的な論稿は、この問題に正面から挑むものであり、近年、学会などの研究課題にも挙げられている。⁽¹⁾

本書は、現代法哲学の中心的なテーマを著名な研究者たちが多角的に論じることと定評のある *Cambridge Studies in Philosophy and Law* シリーズの第二巻として著された。本書の中で著者たちは、憲法を持つことは何故必要なのか、その国の憲法がどのようなものであるのかは如何にして知ることができるのか、そして、憲法は如何に解釈すべきなのか、という本質的な問題提起

『立憲主義——その哲学的基礎——』（一九九八年）

一八九（八二二）

を行い、検討している。勿論、本書は、アメリカ合衆国憲法を論議の前提としているため、特殊アメリカ的な議論もみられる。しかし、立憲主義やそれに伴う憲法上の諸問題に関する彼らの議論の多くは、今日の立憲主義国家が抱える一定の「普遍的な」内容を含んでおり、我が国の憲法学にも貴重な示唆を与えるものといえよう。

さて、本書の構成は、左記の通りである。

- イントロダクション (Larry Alexander, *Introduction*)⁽¹²⁾
- アメリカの立憲主義 (Richard S. Kay, *American Constitutionalism*)
- 憲法的権威 (Frank I. Michelman, *Constitutional Authorship*)
- 「憲法」とは何か——及びその他の基礎的問題 (Michael J. Perry, *What Is "the Constitution"? (and Other Fundamental Questions)*)
- 憲法の権威と解釈——その前提 (Joseph Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*)
- 正当性と解釈 (Jed Rubenfeld, *Legitimacy and Interpretation*)
- 憲法の正義の領域 (Lawrence Sager, *The Domain of Constitutional Justice*)
- プレコミットメントと不同意 (Jeremy Waldron, *Precommittment and Disagreement*)

二. 各論稿

一. リチャード・S・ケイ「アメリカの立憲主義」

まず、リチャード・S・ケイ「アメリカの立憲主義」について見ていきたいと思う。それは、リチャード・S・ケイの論稿が本書の最初に掲載されていたからではなく、彼の立憲主義への理解が比較的一般的なものであると思われるからである。そこで、最

初に彼の見解の概要を示し、他の論者の見解については、このリチャード・S・ケイの見解との比較の中で明らかにしていこうと考える。従って、リチャード・S・ケイの「アメリカの立憲主義」については、他の論稿よりも比較的詳しく見ていきたい。

さて、リチャード・S・ケイは第一章「政府を統制するために」の「A. 憲法秩序と自由な国家」という節で、アメリカの立憲主義への理解を次のように示している。

まず、アメリカの独立宣言は、明言こそしていないけれど政府の行動を予め抑制することが、当時のアメリカの政治議論の実質的要素であったとする。更に権利章典の採用は、法が政治制度の構造を定義することだけでなく、公的規制の可能性からある種のテーマを除外するというアメリカ人の信念を明らかにしたものとする。従ってアメリカの立憲主義は、リベラリズムとしての見解の表明と理解する。つまり予め国家権力を制限することで、個人の自律を保つわけである。

また憲法的抑制の唯一の対象は国家であり、その点において、人間社会の他の制度と異なっているとす。一方で国家は、立法権の保持者として、他の如何なる抑制にも服さないが、唯一、憲法的抑制にのみ服するとするのである。

結局のところ、彼の理解によると、憲法は国家権力を抑制することに意義があるわけである。おそらく、こうした立憲主義への理解は、アメリカに限ったものではなく、総論的には我が国においても支持され得る考えであろう。

ただし、他の論者（特に後述のJ・ラズ）と異なる彼の考えの特徴は、これから説明する点に現れてくる。

リチャード・S・ケイは、「B. 憲法秩序と法の支配」という節で、次のような見解を示す。

憲法は、国家権力の及ぶ範囲を、予め列挙しておくことで制限をしている。国家権力の如何なる行使も、それが既存、既知の範囲で行われるのなら、脅威とはならない。つまり、個人の自律は、行動の自由だけでなく、継続的に行動するために計画をたてる能力から構成される。従って、そうした個人の自律が保護されるためには、それへの干渉が予めわかっている必要があるのである。憲法は、単に国家権力を縮減するだけでなく、予めその制限を行うことによって、縮減をなすことに意義があ

る。

こうした既存、既知を重視することこそ、リチャード・Ｓ・ケイの特徴である。そしてこの点こそが、裁判所による革新的解釈を認めるＪ・ラズと鋭く対立する理由である。

勿論、リチャード・Ｓ・ケイのような見解には、変化への対応という点で問題がある。この点について、リチャード・Ｓ・ケイは「Ｃ・憲法秩序、公的行為、そして民主主義」の節で次のような考えを示し、革新的解釈を認めるＪ・ラズと更に鋭く対立する。立憲主義において既存、既知を重視するリチャード・Ｓ・ケイによれば、立憲主義を支持するということは、変化に応じた公的対応の欠如というコストを支払うことである。それによって、立憲主義は、個人的自律の安全を確保できるのである。

リチャード・Ｓ・ケイから見ただけのリチャード・Ｓ・ラズの立場は、一方で、良心的で知的な人間の判断を用いる点で魅力的ではあるものの、他方で立憲主義を動態化するという欠陥をもつことになる。既存、既知を前提として憲法を考えた場合、Ｊ・ラズの革新的解釈には憲法は存在せず、憲法解釈が存在するだけということになるのである。

当然のことながら、リチャード・Ｓ・ケイが問題とするのは、裁判所による革新的解釈だけではない。民主的立法府による決定について、次のように言及する。即ち、政府に必要な権力を民主的立法府に信託することで、人民の自由が侵される可能性を縮減するという考えに對してである。この見解に對して、リチャード・Ｓ・ケイは、立法府は愚かで打算的で専制的であり得るために、制憲者は憲法的抑制を採用したと考え、更に、真の民主的熟慮には、そもそも一定の安全性が必要であるとす。つまり憲法は、決して民主的決定の妥当性を否定していないが、明確性と安定性によって、人間の行為を保障することも重要で、この調整を必要とするわけである。また、こうしたリベラルな概念は、多元社会に適しているとする。

第一章の「Ｄ・結論」において、リチャード・Ｓ・ケイは次のように結論づける。つまり、リチャード・Ｓ・ケイの見解によれば、立憲主義の中核には「安全」がある。そして、そのためには既存・既知が重要になってくるわけである。こうした考えこそが、

リチャード・S・ケイの見解の特徴なのである。

おそらく、後述のJ・ラズやJ・ウォルドロンとの見解の相違の基本的要因は、こうした立憲主義への基礎的な理解の是非にあるのではないか。

さて、第二章「羊皮紙に記された文言」は、第一章の理解を前提とした憲法の解釈手法について言及している。

まず、リチャード・S・ケイは第2章の「A. 制度としての成文ルール」において、政府を統制するための成文性の必要を示した後、「B. 意味、テキスト、そして意図」において次のように考える。即ち、政府を統制するための文言は、成文という形式だけでなく、憲法制定という歴史的事実に依拠していると。従って、憲法を、その歴史と切り離して扱うことは、結局、その憲法を異なるものとして扱うことになり、政府を抑制するという目的を果たせないとする。リチャード・S・ケイにとって憲法の遵守を要求することは、意図的な歴史的、政治的行為の表明にほかならないのである。そしてその解釈は、制憲者によって理解された意味で確立したルールの解釈なのである。

勿論、リチャード・S・ケイは、憲法が不変であるべきだと言っているのではない。「C. 時代を超えた憲法的正当性」において、彼は、憲法の正当性を支えるものとして、その歴史的正当性のほか、実質的正当性がなければならないとしている。つまり、憲法が創設した構造、手続、そして限界が、社会において最低限の政治的受容可能性を持っていなければならないとする。だが、逆に言えば、こうした実質的正当性をもつ限り、憲法は歴史的正当性に基づいた、つまり、原意に従ったものと理解しなければならないのである。

こうしたリチャード・S・ケイの原意主義的解釈に対して、本書の編者であるL・アレキサンダーが次のような批評を加えている。即ち、リチャード・S・ケイの立憲主義の哲学的諸事項の扱いが、L・アレキサンダー自身の見解と非常に近いつつも、括弧書きながら「ケイもそう考えていると信じているのだが、私が思うに、我々が受け入れた実際のメタ的憲法規範は非常に複雑で、オリジナルの意図と矛盾する役割を最高裁の先例に認めている。つまり実際には、最高裁に関する諸問題のすべてを最高裁判

事の多数決によって解決すること以外は、広い時間的範囲の受け入れを命じるようなメタ的憲法規範はないのである」⁽³⁾と述べるのである。

では、制憲者の意図した意味に基づく解釈は、如何にして行われるのか。

この点についてリチャード・S・ケイは「D. 憲法ルールの解釈と適用」において、次のように述べている。即ち、複数人によって構成された制憲者の意思の理解可能性について、複数人の制憲者の中の様々なメンバーが各々、多様な意味を、同じ同意に基づいた文言に加える可能性を認めつつも、そうした複数人のメンバーが共有した中核の意味が存在しないはずはないと答えている。

また、その意思の把握においても、制憲者の一人ひとりの精神状態を考慮する必要はなく、一般に、選ばれた言語、それが用いられたコンテキスト、当該個別条文に関する議論の性質といった、憲法を取り巻く諸事情から明らかにできると考える。

しかしながら、このような理解を前提としたところで、それだけでは意味はなさない。現実には、そうした理解に基づいて憲法が実施されなければならないのである。リチャード・S・ケイは、第三章「信頼」で、この点を扱っている。

リチャード・S・ケイは第三章の「A. ルールと行為」において、ルールそれ自身は決して行為そのものではないと指摘する。つまり、人間がそのルールを解釈し、そこから要求される行為を理解し、そのルールの存在故に、それに基づいた行動を選ぶことが前提とされなければならないわけである。

では、そうした一連の流れを担保するものは何か。

その点についてリチャード・S・ケイは「B. 制裁と裁判所」で、法の非遵守に対する制裁の存在について述べている。そしてこのことは、一面において裁判官へも当てはまるとする。しかしながらリチャード・S・ケイが、より期待しているものは、むしろ「C. 制裁なき遵守」で述べられるものである。つまり人間とはそもそも法を遵守する生き物であり、更に裁判官の訓練と素養などからして、羊皮紙に書かれた文言を記載した人間の意図した方向性を、裁判官が発見し、遵守すると期待することは、決して

おかしいことではないとする。勿論、法を遵守するだけでなく、法を形成していくことは魅力的であるし、実際、著名な憲法判例がそうであったことは認めている。しかしながら、大局的には、そうした憲法判例は、やはり例外と考えられるのである。

さて、以上がリチャード・Ｓ・ケイ「アメリカの立憲主義」の概要である。結局のところ、彼の見解の基底には、個人の自律の安全を確保するために、憲法的制限の既存、既知が必要であるという立憲主義への理解がある。そして、そのことを前提として機能的に立憲主義を解きほぐしているのである。

二．フランク・Ｉ・マイケルマン「憲法的権威」とＪ・ルーベンフェルド「正当性と解釈」

リチャード・Ｓ・ケイの立憲主義への理解は、その機能、あるいは目的に着目したものであった。ここで紹介する二者は、最終的な結論においては比較的、リチャード・Ｓ・ケイと近いものとなるかもしれないが、視点は大きく異なっている。フランク・Ｉ・マイケルマンにしろ、Ｊ・ルーベンフェルドにしろ、立憲主義の機能ではなく、その正当性の根拠に焦点を当てているのである。

フランク・Ｉ・マイケルマンの研究対象は、起草者のエピソードの歴史的産物である文言あるいは文書としての憲法に関する生の事実ではない。彼の関心は、国家の基礎法として憲法を社会的に受け入れる生の事実性あるいは合理的必要性と我々が如何なる関係があるかではなく、誰かによって起草された憲法を遵守することを基礎づける内的行為の点である。つまり、彼が名づけるところの起草者権威症候群、即ち「我々は、彼らがそう言ったから、それをすべきなのである」という点にある。

問題は、そうした症候群の存在を前提とした場合、憲法の正当性は如何にして根拠づけられるのかである。フランク・Ｉ・マイケルマンは、その問題について起草者権威症候群という視点から取り組んだ。

他方において、後述するＪ・ルーベンフェルドは「時の問題」という視点からこの問題に取り組んでいる。従って、彼らは視点をこそ違うが、扱った問題はほぼ同一のものである。

勿論、マイケルマンの取り組んだ問題にはJ・ルーベンフェルドの議論には見られない特殊性が指摘できる。即ちL・アレキサンダーによれば次の点である。「マイケルマンは、立憲主義のもつとも深い問題についてまさに確認しているのである。しかしそれは、法一般においてもつとも深い問題であるからだけではない。立憲主義としばしば対比される民主的意思形成でさえ、起草者権威症候群から逃れることはできない。もしルールが、数期間にわたって保護されていたなら——そしてルールがルールとして機能すべくそうあるはずなら——満場一致で改正されたルールでさえ、それは起草者権威症候群に従っている」⁽⁴⁾。

さて、J・ルーベンフェルド「正当性と解釈」の概要は次の通りである。

まず、彼は、第一章「イントロダクション——基礎」において憲法の正当性と解釈の関係について触れている。その上で第二章「憲法体系の方法論」において二つの解釈手法について言及している。即ち「A. 普遍的解釈学」において一つ目の解釈手法を次のように説明する。憲法に必要なものは政治理論ではなく、解釈理論であり、従ってあらゆる解釈に等しく当てはまるものを、理解することこそが必要になる。即ち普遍的解釈が必要とされるといふ手法である。この解釈手法の立場に対し、J・ルーベンフェルドは次のように述べている。確かに、憲法は解釈の対象であり、その意味で普遍的解釈手法は正しいかもしれないが、単に憲法が解釈の対象であるという生の事実からは、憲法解釈は導き出せない、と。

次いで「B. 法 の概念」において、二つ目の解釈手法を述べている。即ち、これは、憲法も法の一つであり、その点に着目して解釈を行う立場であるが、この立場に対してもJ・ルーベンフェルドは、憲法が法であるといふ生の事実から憲法解釈を導き出すことはできないとする。

その上でJ・ルーベンフェルドは、「C. 正当性」において、第三の立場、「正当性の解釈手法」を提唱する。即ち憲法解釈は、憲法固有の立場に應じたものでなければならぬ。憲法解釈手法は、民主政にも関わらず、民主的に選出されていない裁判官が成文憲法を適用するという情況に対応する憲法の正当性の要請と、一致しなくてはならず、裁判官はそうした解釈手法を選ばないといけないとするのである。そして、この正当性の問題について、時間に関する憲法の問題から検討していく。

第三章「アメリカのデモグラフィ」の「A. 人民の声、憲法文言」及び「B. 成文へのコミット」は、まさにこの問題を扱っている。このJ・ルーベンフェルドの見解については、L・アレクサンダーが過不足なくまとめているので、それを引用したい。

ルーベンフェルドは、拘束への同意を援用することが時の問題を解決するけれども、立憲主義も同時に拒絶してしまうものと考えている。

そこでルーベンフェルドは、如何にして当時起草された憲法が今日我々を拘束し得るのかという問題を解決するために、別の道を進もうとしている。その問題の解決とは、法の二重の性質、即ち時代を特定できる（その当時の）意思の法律と、（今日の）正当理由との、各々一方に固有の場を与えようとする憲法解釈理論を、説明している。憲法起草者の意図に従った解釈手法は、正当理由を過去の意思に服させ、他方、何者かの政治的モラルに従う解釈手法は、過去の意思を正当理由に服させる。ルーベンフェルドは、コミットメントしていない人は真に自由とはいえないので、真の自由が時を超えたコミットメントを要求することを論じる。憲法は、一塊りとしての人民（*the people*）のコミットメント、即ち必然的に時代を超えて広がるコミットメントを表している。我々は、たとえ同じ諸個人でないにしても、憲法を起草した同じ「人民」なのだから、今日我々は当時の憲法的同意に拘束されるのである。ルーベンフェルドは、「成文」としての憲法のこうした中心的特徴を述べている。⁽⁵⁾

この理解を前提とした上で、彼は「正当性の解釈手法」を「C. パラダイムケースメソッド」において具体的に展開する。彼の理解によれば、基本となる解釈手法は本来、いわゆる原意主義的解釈となる。しかしながら、正当性の解釈手法を具体化して、彼が提唱するパラダイムケースメソッドは、単なる原意主義とは異なる。即ち、このパラダイムケースメソッドは、歴史的悪意を排除して典型的事案に忠実な範囲で正当理由を取り入れるという手法である。憲法上の諸原理、諸ルールは、パラダイムケースで構成されるのである。

ただし、解釈はあくまでテキストの意味を生み出すものである以上、常にテキストに戻らなければならない。以上がルーベンフェルドの論稿の概要である。

フランク・I・マイケルマンにしろJ・ルーベンフェルドにしろ、その主張は、憲法の正当性に着目した哲学的論議であった。それに対して前述のリチャード・S・ケイは、より現実的に立憲主義の機能や目的についての議論を行っている。つまり、基本的な問題の焦点のとらえ方がそもそも異なっているのである。従って、L・アレキサンダーが言うように、J・ルーベンフェルドがリチャード・S・ケイたちと異なる道を進むことを選んだとしても、それはむしろ当然であり、必ずしも競合関係にはないのかもしれない。

三、マイケル・J・ペリー「憲法」とは何か——及びその他の基礎的問題」、L・セイガー「憲法的正義の領域」

先のフランク・I・マイケルマンとJ・ルーベンフェルドの論稿は、立憲主義の正当性に関して、視点の違いからリチャード・S・ケイと相違していたし、その点にこそ魅力があった。それに対し、マイケル・J・ペリーの論稿は、立憲主義の正当性に関しては、ほぼリチャード・S・ケイの見解と一致している。マイケル・J・ペリーの論稿において注目すべきは、その解釈枠組みである。

繰り返しになるが、マイケル・J・ペリーの見解は、その基礎においてはリチャード・S・ケイとよく似ている。彼は第一章「憲法」とは何か」において、次の点を指摘している。即ち、文書としての憲法典と規範としての憲法の違いを前提として、制憲行為は、単に特定の文言の配置ではなく、その配置によって伝えようとした特定の規範を設立する意図的行為であるのである。また、何故、憲法を遵守しなければならないのか、更に何故、憲法上定められた方法で憲法命令を廃止するまでは、たとえその憲法命令が憲法の一部であると信じていない人々でも、その憲法命令に従わなければならないのか、という問題に対して、次のように指摘している。

即ち、憲法命令に従う基本的な理由は、それが憲法上の手続に従って廃止されない限り、実用的だからである。憲法上の手続が要求する厳格なコストを支払うことなしには支持が得られないということは、驚くべきことではない。憲法上、定められた手続によって廃止されない限り、その憲法命令に従わなければならないのは、概して我々はそうする以外に適当な方法がないからである。彼は、法律が立法府の多数派によって改正できるのに対して、憲法は立法府の多数派以上のものを憲法修正のために要求している点を指摘する。そしてその憲法修正手続の困難性は、特にその憲法命令が激しく批判されて政治的対立が存するとき、我々の通常の能力や多数派の政治が、そうした憲法命令を保護することに関して懐疑的だからである。言い換えれば、将来の政治への不信があるのだろう。L・アレキサンダーの表現を借りれば「我々の将来の政治との乖離を参照することで、何故、多数派の修正案に對して規範が保護されるべきなのかについて答えている……(かなり)昔に定められた憲法規範の今日的受け入れが、憲法修正の広い同意の必要性と他の最高法規を再調整する困難性とによって正当化される、と彼は主張するのである」というわけである。

こうした見解は、先述のリチャード・S・ケイの見解とほぼ一致する。

マイケル・J・ペリーは、第二章「憲法を解釈するとは如何なることか」において、テキストを解釈することと、その規範を解釈することの区別を提唱する。この点について、L・アレキサンダーは、次のように的確な把握と批判を行っている。

ペリーは、解釈に関する事項に多くの関心を払っている。彼は起草者が意図した規範とそれらの規範の詳述とを区別する。

起草者の意図は、憲法規範のアイデンティティに関して権威をもつのであって、それらの詳述、すなわち規範が特定の文脈で要求するものを決定する手続であるところの詳述に関して、権威をもつのではない。

ペリーは、起草者の意図に基づくのは「規範」であって、その適用ではないという、規範の存在論を仮定する。ペリーは「漠然とした」規範を詳述するフレーズで、自身が意図的規範の領域ではルールとスタンダードとを区別していることを示唆している。スタンダードとは、規範の推敲の権威を他の意思決定者へ意図的に委任することであろうし、他方、ルールの範囲

とは、その起草者の意図に全体的に左右されるものであろう。

言い換えれば、ペリーは、一般的に規範について、より包括的な要求をしているように思われ、かつその適用がないときには、規範は権威的意図に基づくべきであると考えているように思える。このことは、規範とその適用が存在論的地位を異にしていることを意味しており、前者は事実の領域に属し、後者は評価の領域に属している。

しかしながら、この規範の存在論の分岐点は支持しがたいもののように思われ、また統治活動のすべての規範に浸透するようには思われる。そうすると、私が「犬」という言葉を用いたとき、そのメタの意味は、言語的事実に基づき得るのか——私はイヌ科の何かを思うのか——しかし特殊な適用(狼やジャッカルへなど)は、純粹に評価の問題であり、私が思ったものと一致しないかもしれないのである。ペリーは——私が信じるころ非常に正確に——起草者が意図した規範は何かの問題に事実性を帰するため、意図それ自体が純粹な評価であるという観念を拒絶しているのである。⁽⁷⁾

一方、L・セイガーの論稿についてである。

彼の論稿に示された見解は、結果的にはマイケル・J・ペリーの見解と似通っている点もないわけではない。両者とも、いわゆる原意主義と異なり、起草者と、後の解釈者との協調のなかで憲法秩序が展開されるとする。しかしながら、L・セイガーは、正義の探求、殊に憲法的正義の領域に関して独特の見解を示している。

彼は、第二章「憲法的慣行の二つの説明」において、歴史主義の立場と正義の探求の立場とを紹介している。即ち、歴史主義者の説明によれば、ある過去の確認可能な時点における人民の政治的な特定の出来事によって定められたものとして、憲法の内容を理解する。そして憲法に意義を与える作業を、そうした過去の憲法的瞬間での素材を発見し、発掘するものとして、理解する。

しかしながら、そうした歴史主義者の説明では、次のような問題が生じる。つまり、もし憲法が、抵触する法の法源に最優先する地位まで高められた一編の立法に過ぎないのなら、ある世代の立法的衝動が一乃至二世紀後に暮らしている人々を何故、支配す

べきなのか、という時の問題の説明が困難となるのである。

そこで、L・セイガーは第二の立場である、正義の探求を提唱する。この正義の探求の立場は、我々の政治的社會をより公正にするという目的に資するものとして憲法的慣行を理解するものである。憲法的慣行の中心は、概して十分な手際で描いた憲法起草者と、テキストで表明された一般原理に豊かな内容を与え、詳述することに関わる司法的憲法解釈者とのパートナーシップとする。この点において、L・セイガーは、リチャード・S・ケイやマイケルの立場と大きく異なっている。

さて、L・セイガーは、そうした正義の探求の立場を前提としつつ第三章「正義の探求としての憲法と、憲法的正義の領域」において、探求すべき正義についての基本構造を示す。即ち、憲法的正義は、より広範な政治的正義全体と、司法的に強制し得る憲法のより狭い実質との、間に置かれているのである。つまり憲法的正義は、一方で政治的正義から引き出されることを期待され、他方で司法的に強制し得る実質を反映することを期待される。また、これら三つの領域は、互いに相反するものではなく、政治的正義、憲法的正義、司法的強制可能な実質と、順に部分集合の関係にあるとする。

こうした憲法的正義の基本構造に、彼の特徴があるといえよう。しかし、この点に対して、L・アレキサンダーが次のような批評を加えている。

セイガーは、二つの違いに彼の論稿の多くを割いている。第一に、司法的強制を憲法的に同意された正義の部分と、立法的保護にのみ憲法的に同意された正義の部分との間の違いである。第二に、憲法化された正義の部分とそうではない正義の部分との間の違いである。第二の違いは、第一の違いと関連する問題である。即ち、正義のすべてが司法的強制を憲法的に同意されたというわけでないとするれば、何故、完全に立法院の手に委ねられている部分が「憲法的」か「非憲法的」かについて、考えることは重要とされなければならないのか。結局のところ、いずれの場合も裁判所は立法的判断を覆すことがない。そしておそらく立法院は、憲法領域内でも憲法的領域の外でも、同様に正義の追求をモラル的に義務づけられるのである。

セイガーは、正義の探求を確立するというポジション、即ち非歴史主義者の憲法解釈を、統治制度と、それに加えて「正義を実施せよ」との命令に、置き換えているように思われる。しかしセイガーはこのことを否定する。一つには、彼は、「幅広い」にもかかわらず、憲法的正義への司法的要請が「憲法文言によって……導かれる」と述べている。もう一つには、彼は、「文言の指示と歴史と不十分に結び」ついている特定の権利について書いている。これらはまるで、正義の探求たる立憲主義を支持する誰かによってではなく、歴史主義者によって論じられたかのようである。

しかしながら、おそらくセイガーは、憲法の文言、即ち正義の憲法的追求を抑制するものと、そうではないところの、文言の起草者の意思とを区別しているのである。この立場の難点は、「彼らがそれを言ったが故に」それが我々を拘束するようになるという点にある。我々は、フレイマー (Framer) の意図した文言によって拘束される。我々が正義の追求と考えるとき、その文言がその正義の追求を抑制するのなら、セイガーは、歴史主義者に彼が投げかけた、何故過去が我々を拘束するのかわかるといふ疑問に答えられない。

更にセイガーは、何故フレイマーの文言的意図が我々を拘束し、彼らの意味的意図がそうではないのかについて答える必要がある。⁽⁸⁾

四・J・ラズ「憲法の権威と解釈——その前提」、J・ウォルドロン「プレコミットメントと不同意」

最後に紹介するJ・ラズとJ・ウォルドロンは、リチャード・S・ケイの見解と、少なくとも憲法解釈の点において、もっとも鋭く対立する見解である。但し、J・ラズの見解とJ・ウォルドロンの見解も、やはり対極的な関係にあるといえる。

J・ラズは、その論稿の構成を大きく二つに分けている。即ち前半を「パートI. 憲法の権威」とし、憲法の正当性について言及する。この点に関して、結論的にはL・アレキサンダーが次のように指摘している。

ラズによると、ある人のモラル的見解に従うことによつてよりも、憲法の指示に従うことによつて、ある人にとってモラル的により良いのなら、その憲法は權威をもつ。従つて、もし起草者が十分にモラルをもった人物であり、また、その象徴主義のモラル的利点とそれが規定した調和とが、憲法に従わないことによつてよりも、憲法の指示に従うことによつての方が社会にとつてより良いといえるのに、相当十分であるのなら、憲法は權威をもつことになる。憲法の權威の要請のための基礎を憲法に与えるものは、その事実性である。⁹⁾

従つて、L・アレキサンダーも認めることだが、この点においてはリチャード・S・ケイの見解と根本的な対立はない。J・ラズがリチャード・S・ケイと鋭く対立するのは、彼の論稿の後半部分、即ち「パートII. 憲法解釈」においてである。

J・ラズは、いわゆる「革新的解釈」を認める。それは、彼が想定した憲法的權威の基礎が不変でない以上、それに応じて解釈も変化すると考えるわけである。この点が、立憲主義の目的を、個人の自律の安全とし、憲法の動態化を否定的に考えるリチャード・S・ケイと相容れない理由であろう。あるいは、立憲主義の機能、目的を解釈の基底の一つにおくりリチャード・S・ケイと、その正当性から捉えているJ・ラズとの違いを示しているのかもしれない。

リチャード・S・ケイと比較的近い見解をもつL・アレキサンダーは、J・ラズの見解を次のように批評している。

ここで私は「革新的解釈」が矛盾語法であると言つておこう。ラズが実際に扱っているものは、憲法解釈ではなく、憲法変更あるいは憲法革命である。憲法変更や憲法革命は、多くの状況においてモラル的に望ましいであろうが、しかしそれは、そのときに存在する憲法の解釈ではないし、そうであるはずがない。¹⁰⁾

J・ラズは、結果として、司法による憲法解釈の動態化を認めるわけであるが、ウォルドロンは、民主主義という点から、結果

としてその動態化を促す。その意味で、J・ラズとは対称的と言えよう。

J・ウォルドロンは、第一章「民主主義と人民主権」において、民主主義と人民主権との違いを指摘する。即ち、非民主的制度を人民主権に基づいて創ったとしても、そのことで非民主的制度が民主的制度になるわけではないとする。その上で第二章「プレコミットメント」で、憲法的抑制と司法審査制度を、権利の担い手の不十分性を補う事前警告として理解することを、憲法抑制の「プレコミットメント」的見解と呼ぶ。

J・ウォルドロンの論稿の多くは、この憲法的抑制のプレコミットメントが正当化される範囲に関して費やされている。彼は、何もこうしたプレコミットメントをすべて否定しようと考えているのではないが、おそらくは一般的な理解よりも、その範囲を狭く理解しようとしているようである。即ち、憲法的抑制が立法の修正を強制できる場合は、次の二つの条件のいずれかを満たした場合作してはいる。即ち、人民のコミットメントが確固として、継続的で、かつ多義的ではない場合か、当該事案の再発が異端者や少数派を深刻な危険におく恐れがある場合である。そしてオデッセイのパニック型のプレコミットメントは、憲法理論の基礎あるいは定型としては相応しくないとしている。

民主主義を重視することを通じて憲法抑制の範囲を狭めることで、結果として彼も、リチャード・S・ケイの見解と比べて憲法解釈を動態化しているのである。

三. 現実的な差異

前章で、本書に掲載された各論稿の概要の紹介と、それらへの若干の検討を加えた。ここでは最後に、こうした見解の相違が具体的な解釈手法にどのような違いを生じてくるのかを、L・アレキサンダーの類型に従って考察し、まとめにかえたい。

さて、L・アレキサンダーは、憲法解釈を誰が行うのか、という点と、何を基礎として憲法解釈を行うのか、という点で四つの類型を示しているが、以下それをまとめると次のようになる⁽¹⁾。

(2)

(a) 我々は、フレーマーの意図が如何なるものであったかという歴史的問題を、多数派の投票による立法府が決定する制度をもち得る。その決定は、民主的になされるだろうが、しかし現在の多数派の権利観についての判断ではない。

(b) 我々は、裁判所に不明確な歴史の意味を委ねる制度をもち得る。

(c) 我々は、権利についてフレーマーが明確にしていなかったとき、立法府が権利について、フレーマーが如何なる意図かという歴史的証拠ではなく、自身の判断を踏まえることで明確性の欠如を解決する制度を、有し得る。

(d) 我々は、権利についてフレーマーが明確にしていなかったとき、司法府が権利について、フレーマーが如何なる意図かという歴史的証拠ではなく、自身の判断を踏まえることで明確性の欠如を解決する制度を、有し得る。

本書の編者である L・アレキサンダー自身は、次のような見解を示している。

合衆国において一般に権威的なものであると理解されている制度は、(b)によって述べられたものである。ある人は民主的観点から明確に生じた理由から(2)を受け入れるはずで、(b)を拒否し、(c)を優先させさえする。つまり純粋な民主的意思形成を通じて生じた人々よりも、憲法的フレーマーを優先させることによって、我々に明確な権利が伝えられるかもしれないが、しかし我々が今日的に理解できない他の諸権利については、我々に伝えられることを受け入れないかもしれないのである。

他方、もし我々に伝えられる権利のほとんどの部分が明確であるなら……我々は権利を明確にするための方法として現在の判断より、歴史的考察を優先する。そして裁判所と立法府の性質とを考えるのなら、我々は、立法府(a)よりも裁判所が歴史的考察を引き受ける方(b)がいいと思うはずである。⁽¹²⁾

さて、各論者の見解は、どうであろうか。おそらく、次のように分類できるのではないだろうか。

- (a) モデルに属するのは、敢えて言えば L・セイガーであろう。
- (b) モデルに属するのは、リチャード・S・ケイ、フランク・I・マイケルマン、J・ルーベンフェルドであろう。
- (c) モデルに属するのは、敢えて言えば J・ウォルドロンであろう。
- (d) モデルに属するのは、マイケル・J・ペリー、J・ラズであろう。

勿論、この当てはめは、決して精緻なものではない。特に(a)モデル及び(c)モデルは、そうした領域における判断が、果たして憲法的抑制の問題であるのか、そもそも問題であるし、また、各論者とも、様々なケースに応じて判断を変えるからである。従って、この当てはめは、本書に掲載された各論稿に示された主な特徴に着目して行っただけである。しかしながら、各論者の特徴と傾向をつかむ上で、多少は参考とできよう。

さて、このように本書では、多様な見解をもつ論者が立憲主義というテーマを扱っている。そして、こうしたテーマは、ある程度の普遍性をもつものであるため、我が国においても大いに参考になると思われる。しかしながら、各論者とも、各々、議論の視点が多様であるため、その点に留意しておく必要があるだろう。本紹介が、少しでもその点に役立てば幸いである。

- (1) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、二〇〇一年）、鮎京正訓「立憲主義憲法学とアジア」法律時報七三巻六号七四頁（二〇〇一年）、木下智史「アメリカ合衆国における民主主義論の新傾向」法律時報七三巻六号七〇頁（二〇〇一年）、長谷部恭男「文化の多様性と立憲主義の未来」井上達夫ほか編『法の臨界Ⅰ』一四一頁（東大出版会、一九九九年）など参照。

- (2) L・アレキサンダーは、*Introduction*で、本書掲載の各論稿への批評を行っている。この点については、各論稿の紹介、検討の中で適時、参照していくため、独立しては取り上げない。なお、本書の詳しい紹介として、小林直三ほか、関西大学大学院憲法研究会「立憲主義——その哲学的基礎——（その一）」法学ジャーナル七〇号九九頁（二〇〇一年）、以降、適時連載予定。

- (3) 本書' Larry Alexander, *Introduction*, at 5.
- (4) *Id.* at 6.
- (5) *Id.* at 8-9.
- (6) *Id.* at 6.
- (7) *Id.* at 6-7.
- (8) *Id.* at 9-10.
- (9) *Id.* at 7.
- (10) *Id.* at 8.
- (11) その他に、(1)として、いわゆる法曹貴族モデルが示されている。*Id.* at 11.
- (12) *Id.* at 12.