

憲法の言語分析論——シャウアーの研究

——法解釈の方法と憲法の構造 (一)——

渡 辺 修

はじめに

- (一) 「意思」基準論について
- (二) 道徳的理論と憲法言語
- (三) 「言語と理論」
- (四) 言語II「フレーム」論
- (五) シャウアー理論の検討
おわりに

憲法の言語分析論——シャウアーの研究 渡辺

(五九七) 一八七

はじめに

筆者は、現在、コーネル大学ロー・スクールにて研修中であるが、八五年秋学期に、英米哲学界で著名なライオンズ教授 (David B. Lyons) の「憲法理論 (Constitutional Theory)」のセミナーに参加し、主として七〇年代以降の憲法解釈の方法に関する論争を学習する機会を得た。ライオンズ教授は、哲学・法哲学の知識を織り込みつつ、法解釈の方法を講義する方法をとったため、大変興味深く勉強することができた。そこで、以下、教材のひとつであったシャウアー論文 (Schauer, An Essay on Constitutional Language, 29 U. C. L. A. L. Rev. 797 (1982)) を紹介・検討し、今後、この方面の研究を続ける土台としたい (本文中の頁数は、右論文のそれである)。

(一) 「意思」基準論について

一 シャウアーは、憲法解釈の出発点として、憲法の文言上「gaps」「great silence」「vague language」「open texture」があるので、問題解決の源泉となりえないことがあり、「歴史、政治理論、道徳哲学、パブリック・ポリシー」等の領域に頼る必要があるということが、あまりに安易に前提されていることを危惧する。そこで、例えば、大統領の年齢に関する「三五才」と「法による平等の保護」等の文言につき、前者が特定しており、後者が曖昧とみる基準は何かを考え直してみようと、問題を投げかけている。則ち、憲法の文言を「言語」としてみよる必要。「憲法の理論」と共に、「憲法言語の理論」を考える必要があるとする (七九八頁)。

二 次に、従来の憲法言語の解釈方法として、「憲法条文の解釈は起草者 (drafters) の明示、黙示の意思、又はそれを再構築しあるいは虚構化してえられた意思と一致しなければならぬとの前提」に立つ (八〇五頁)、所謂「意思」基準論 (intentionalism) につき、検討を加えている。

この立場に対しては、第一に、アメリカ憲法の批准手続に照らし、original intent とは誰のものを指すのか疑問があるとする。州は、起草者の草稿した言語とともにその「意思」をも批准したのか否か。立法史上、各州が異なる理由で条文を批准していたことが明らかになるとどうなるのか。起草者の「意思」が州に伝わっていなかったときどう考えるのか等の問題がでてくる。第二に、この立場の修正として、「起草者が、今日の世界の問題とその文脈とに直面したならば、どのような結果を意思したであろうか」という問題設定をする方法があるが、これについては、「もっとも洞察に富む歴史的的心理的分析を行ったとしても、概ね回答不能と思われる」とする (八〇五頁注二七)。第三に、「起草者はいかなる結果を個別的に意思していたか」、つまり、現に起草者の念頭にあった結果のみを基準とする立場もある (具体的意思 (specific intent) 基準論。代表として、R. BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY (1977))。これについては、次のように批判している。

三 シャウアーは、具体的意思基準論は、ルールの「意味」とその適用の「例」の区別を無視したものとす。ルールの起草にあたり、ルールのもたらす特定の結果を予測するが、そうした結果に限った特殊の命令のリストとしてルールを形成するのではない。「我々は、より一般的な問題を分析し、我々の取扱いたい具体的事例の底辺にある統一性を発見する。そして、この一般的統一な問題を処理できるようルールを定式化するのである。一般的な用

語を用いてルールを定式化することと言語自体の性質とにより、ルールは起草者の描いていた個別的な適用をこえて、時間と空間上更に広がるのである」(八〇六頁)。

四 右の一般的批判に続き、シャウアーは、ルールの意味の適用「例」として、生殖器に電気ショックを与える刑罰は、一七九一年当時起草者が現に念頭に置いていなくとも、修正八条の残虐・異常な刑罰に入ることは「明白」と指摘する(八〇七頁)。もつとも、何故明白なのかの説明はない。電気イスによる死刑との異同にもふれていない。他方で、シャウアーは、ルールの「意味」と適用「例」の区別論を更に広げて、別の問題を提起している。つまり、新しい適用が、ルールの「意味」の「変遷」をもたらすとする。具体的には、①修正八条の残虐・異常な刑罰禁止の「意味」は、「苦痛に満ち屈辱的な刑罰(painful and humiliating punishment)」のみ禁止するもので、死刑の禁止とは異なるものであったとする(八〇七頁)。しかし、ここでも、「意思」を越えた広がりを獲得したはずの修正八条の言語が何故死刑を含んでいなかったととらえることができ、他方で、後になって死刑を違憲と判断することはルールの適用「例」ではなく「意味」の変遷になるのか、また、苦痛と屈辱という基準が元来死刑を除外していたとする理由は何なのか、は語らない(憲法制定時、死刑が是認されていたという歴史を資料とするのであれば別であるが。だが、シャウアーは安易に歴史に頼らない方法を探求しようとしている)。②意味の変遷の第二の例として、平等保護条項の「意味」は本来人種差別にあり、性・外国人・私生子・富による差別とは異なるとし、③「言論の自由」の「意味」は、「政治的議論」のみ含み、商業用宣伝広告まで含むものではなかったとする(八〇七頁)。シャウアーは、これらは、「意味」の「変遷」であるととらえている。

但し、②③についても、修正一四條、修正一條の「意味」が当初そう限定されていたと解すべき論拠を示していない(そして、これが、現代憲法解釈論争の争点のひとつである。例えば、修正一條の言語は「言論の自由」とし、「政治的言論」の自由とは規定していない。後者に限定する論拠の説明が必ず必要となる)。にも拘わらず、これらを安易に意味変遷論としてまとめてしまい、以下の論述では、かかる変遷が正当化されうる理由を説明しようとしているのである。しかし、この語らずに終えた部分に、シャウアーの論理の弱点が潜んでいるのである。後述する。

五 他面、具体的意思基準論批判者中にも、別の形で起草者の意思を正当化根拠とする者がいるとし、①一般的用語を用いたことは、起草者が、後の世代に自らの理論による適用を任せたい意思を示すと解釈する方法(例えば、D. DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, 133 (1978))、②条文こそ起草者の意思を示す最良の証拠であるので、条文を尊重すべきことを説く方法(例えば、J. H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST*, 16 (1980))を指摘している(八〇八頁)。しかし、かかる意思論によると、憲法の文言は起草者の意思を示すために存在するのであり、意思が判明するのに比例し、条文の意義はなくなるといふ論理に立つことになる。とすると、「条文が条文として、権威を有している」ことをとらえきれなくなる。そこで、シャウアーは、条文と起草者意思との関係を次のように説く。

「起草者の心中をのぞきこむ作業やあるいは様々なレベルへと抽象化された、虚構としての意思がどれだけ蓄積されても、条文の権威性が減ずるものではない。条文は出発点であるだけでなく、ある特殊の意味で終着点でもあ

る。憲法言語は、制憲会議がもはや開会されておらずあるいはジェームス・マディソンとその同僚が永遠に生きれないから存在しているのではない。条文は起草者の意思と現在の問題の間に介在している。そして、*original intent* にアクセスし参照することが許される範囲を断ち切り、それにより *original intent* が条文採用後も残存 (*persist*) する範囲を減じているのである」(八〇九、八一〇頁)。

このような意味で憲法条文の権威性を認めることが、「憲法言語論」の前提であるとしている。

但し、ここでも、起草者意思が条文と並んで権威性 (*authoritative*) の訳であるが、意味はあいまいである。規範的拘束性を少くとも含むとは推定される) を持つ範囲は「減じ」られるだけで、権威性を完全に喪失する訳ではない——では、何処で起草者意思の権威性が甦るのか、この点に注意しつつ、シャウアーの理論をたどる必要がある。

六 シャウアーは、以上の意思基準論批判を、別の形でもまとめている。則ち、言語は、人間の意思活動を示すものである。しかし、条文の意思と人間の思惟とは区別される。条文の権威性は、創り手がこれを権威あるものたると思したことにももちろん依拠してはいる。しかし、条文は、創り手の心理的状态を参照することなく目的をもちえる。話し手のみが話の意味の唯一の裁定者ではない。「要点は、話者の精神の不毛の探求ではなく、言語のルールである。解釈道具のヒエラルキーの中では、言語用法の法則 (*conventions of language use*) は、話し手の意思より上位にある」(八一―頁)。意思基準論は言語を「暗号」と混同している。「言語は、話者の伝えようと思したことから離れてそれ自体が意味をもつからこそ機能している」(八一―頁)。

ただ、シャウアーは、右の立場を所謂 *literalist, conceptualist, formalist* のアプローチと異なることも示し、「条文を自己充足的定義を有するものとし、あるいは通常の言語としてとらえ、さらには目的を参照することなく解釈しえるものとしてみる考え方は、条文は権威性を有するとの命題からはでてこない。多くの場合我々は条文から目的を抽出できる。また、憲法の性質自体に固有の解釈規範 (*canons of interpretation*) を適用しえる」とする(八一二頁)。

(二) 道徳的理論と憲法言語

七 憲法解釈の方法に関する第二の有力な方法は、「道徳的価値 (*moral values*)」を判断基準とするものである。シャウアーは、ドゥオーキンのいう「憲法と道徳理論の融合」(*R. DWORKIN, supra, at 131—49*) を手掛りに、「我々はいつどの程度倫理につき考慮するのか」、検討を試みようとする。念の為、これは「如何に倫理について考慮するのか」という問題設定ではない(八一二頁)。シャウアーは、憲法と道徳とは円の交錯と捉えているからである。条文は道徳哲学の白紙委任状ではない。憲法上関連なき道徳と道徳的内容なき憲法上の議論がありえる。従って、問題は、条文が憲法上関連性ある道徳的理論をどのような形でどの程度とりこんでいるのかであるとする(八一三、八一四頁)。

八 ところで、シャウアーのいう「道徳的理論 (*moral theory*)」の輪郭は定かではない。一般には、実定法に規定されている以外の社会に内在する「価値」を広く指すと思われる。とすると、シャウアーが道徳と切斷して解釈

可能な条文乃至言語群の存在を肯定する方法論に立つことには、一応注意しておかなければならない。何故なら、シャウアーは言語用法の法則の解明が条文解釈の基準を提供すると考えている以上（六参照）、道徳的価値に頼る方法はひとまず否定しなければならぬはずだからである。が、シャウアーは、道徳との交錯、つまり道徳的価値による判断の余地を否定しない態度を示している。では、何処で言語使用の法則は道徳的価値による補充を必要とするのか。我々は、この疑問を留保しておかなければならない。

九 シャウアーは、道徳理論を導入する立場のうち、所謂「一元的道徳基準論 (the general / particular theory; Coherent theorist)」には批判的である。この立場は、言論の自由、平等保護、宗教の自由等「道徳的、政治的志向のある憲法規定」について、夫々が自己充足的な個別の政治的、道徳的理論を含むものとしてではなくて、「憲法に埋めこまれた単一の道徳的又は政治的理論の例乃至より個別化された表現」とみている。「単一の、より高次の、より一般的な原理」から憲法的価値がでてくるとするのである（シャウアーは、かかる立場に立つ者として、David Richards, John Hart Ely, Ronald Dworkin を挙げる）（八一―五頁）。この方法によると、まず各規定の吟味から一般理論が構築される。条文は ladder としての役割を果たす。しかし、一般理論が構築されると、今度は個々の条文の根拠なしに特定の権利を導出することができる。プライバシーの権利、「旅行の権利」等がこれにあたる。

シャウアーは、この方法のアピール力として三点を指摘する。①憲法の解釈にあたり、条文だけでは不完全であるとの直観的感情に訴えるものがある。②諸事情の変化に対応し、個別的適用だけでなく一般原理もまた変化しな

なければならないとの認識を反映している（八一六頁）。③条文は、一般的な道徳的政治的理論を解釈する素材とみているが、条文で明示されている個別的価値を統合しなければならぬ。が、その作業により一般理論は条文自体の命令するものであると構成しえる（八一五頁）。

一〇 しかし、シャウアーは、右方法論は誤りであるとする。

①第一に、個別・具体例の集合から正確に抽出できる一般理論は、ひとつだけであると前提にしている。これは、科学に於る *the principle of underdetermination theory* を無視している。つまり、個別の例、観察、事象に対してはこれと等しく一致しえる理論が一以上存しえる。憲法規定についても、異なる一般理論が現に多数ある。しかし、条文自体がいずれの理論をとるか決定していない以上、憲法自体によりその理論を正当化しえない（八一七頁）。

②第二に、一般理論構築上参照すべきものが、個別規定の中から選択されている。この選択は、一般理論と別個になされているとの前提に立つ。しかし、「我々の選択は、我々が何を最も重要と考えるのかによって行なわれる。我々が何を最も重要と考えるのかは、*pretextual* である」（八一九頁）。また、憲法規定全てに基礎を置かない限りは、右の選択の過程は、価値中立的たりえないのである。現に、この立場では、修正一条、適正手続、平等条項、修正八条、選挙権拡大関係の修正条項が一般に選択されるが、イリイは、憲法の多数者支配主義規定に注目し、ドゥオーキン、リィチャーズは、個人の権利と多数者支配に抵抗する側面に注目して異なる理論を導いている（八一八、八一九頁）。

③第三に、憲法につき、個の理論を樹て、これで全てを説明しようとする前提に対して、「多元的道徳基準論

(ethical pluralism)」がありえると指摘する。則ち、

「もし、現実をより正確に反映するものとして、多元的道德を承認したならば、表現の自由、公正な手続、平等その他はそれ自体究極的に他に還元されえない主要な価値であって、他に統一的関係をもつことは当然にはいらないことになる。もしこれが正しいのならば、我々はこうした価値を結合する必要はないし、その間のギャップを埋める必要もない。根本の原理につき多元性があるとすれば、一定の事例でそれらが衝突することがあるのは当然である。多元主義者はこれを否定しようとはしない。しかし、衝突を解決しえる、より高次の理論の存在は否定するのである」(八二〇頁)。

シャウアーは、「条文は個別に分離して規定されており、憲法の半影論という空虚な理論を除けば、統一原理は明示されていない。こうした条文配列は多元的道德主義の体現と考えられる」との認識を持ち、それゆえ、一元的道德論の側は、「統一性よりも多元性を示唆しているかにみえる憲法条文の構造」にも拘わらず、多元主義が誤りであることを示す挙証責任があるとする(八二二頁)。

(三) 「言語と理論」

一一 シャウアーは、独自の言語論展開に先立ち、ドゥオーキンの有名な「concepts / conceptions」区別論(R. DWORKIN, op. cit. at 131-149)を検討している。シャウアーは、これを「意味」とその多様な「適用」、あるいは、concept の意味を説明する特定の理論としての conception と理解する。「concept とは、その定義には

理論の参照を要するが、いずれの理論も唯一正確な定義を与えないものである」(八二二頁)。かかる意味での concept は、相対立する conception があるにも拘わらず、「一定の意味」を保持しえていなければならない。シャウアーは、この意味を示す格好の材料は「例」であるとす。例えば、一九二七年のニューヨークヤンキーが、「本質的に争いのある概念」たる「偉大な野球チーム」の「例」であるとすると、投手力はニューヨークヤンキーより強いが打撃力が弱いチームと、その逆のチームのいずれが、「偉大な」チームといえるのか判定する材料があることになる。つまり、「概念自体は争われているが、実例の存在により確固とした意味の核心があるので、意味を有している。実例の存在によって、概念の形なり外縁の範囲なりについての論議ができるようになるからである」(八二三頁)。

では、翻って、憲法上の concept、例えば、「言論の自由」についてはどうか。シャウアーは、ここではある種のディレンマがでてくる事情をこう説明している。

「政府批判の出版に関して新聞編集者を自由刑に付することは、言論の自由の侵害の実例になるであろうか。我が『言論の自由』の意義の本質的特徴は事前抑制に対する嫌悪にあると理解したならば、これは例とはいえない。また、対話を通して個人が自己表現することを典型例と理解していたとすると、やはり上記の実例は例とはいえなくなる。つまり、一般的合意なくして実例の確定を行うには、一般的理論によらなければならない。他方、実例がないときには、特定の一般理論乃至 conception が当該の concept に関連しているのかいないのか発見は困難である」(八二四頁)。

一二 シャウアーは、この困難は「言語用法の法則」が解決するとする。つまり、そもそも一定の言語は、理論を参照することなく理解することはできないのである（これを“theory-laden-word”という）。憲法上の「言論の自由」等もこうした言語である。ただ、ここでは、「用語の使用が理論の発展に先行していること」、言語が理論を俟たずに、条文中権威性あるものとして存在している点に特異性がある（八二四頁）。しかし、そうであるから、なおさら、次のように言えるのである。則ち、

「用語が条文中に現存し除去不能であることは、その使用されている用語に内容を与える理論 (a theory that will give content to the terms used) の発展を命令するものとしてうけとめられなければならない。ここで意義があるのは、この命令は、憲法文書の起草者の個人的意思や精神状態から由来するのではなく、むしろ言語用法を統轄する法則、言語の使い手の意思と関わりなく機能する法則からでてくることである」（八二五頁）。

一三 では、シャウアーのいう言語の法則あるいは、そこから導き出されうる「理論」とは何なのであるか。彼は、これを理解するのに役立つと思われる、四つの手掛りを与えている。①「哲学者は一般に次のように論じている。もし話者がpと述べ、pが論理的にqを伴うものであるならば、話者はqについて考えたこともなくqをいう意思が全くなかったとさえも、qに対してコミット (commit) している」。②法学用語にも、同一の法則が妥当し、「私が『法の下の平等』等の用語を用いた場合、その語が一定の理論なしには意味が不完全となるとき、この理論の incorporation (及び必要なときはその創造) についてもコミットしたことになる」。③『言論の自由』『合衆国市民の特権及び免責』等の theory-laden language の使い手は、用語の選択自体により一定の理論

の構築の権限を与え、そしてこうした理論にコミットすることを示しているのである。このとき、用語の使い手が、そのようなコミットを意思していたか否かは問題とならない。これは、いはばゲームのルールの一部そのものなのである。最後に、④「理論は変化するものであることも前提にするなり、我々は、theory-laden terminologyの使い手を、理論に内在する変化の可能性にもコミットさせることができる」(八二五、八二六頁)。

以上の四つの手掛りは、何を明らかにしえるのであろうか。①の「論理」は、②③の「理論」、④の「理論」の「変化」とどう整合するのであろうか。こうした疑問の吟味は後に譲り、シャウアーの「言語↓理論」論を知る、別の材料を見てみよう。

一四 シャウアーは“theory-ladenness”には二つの形態があるとす。ひとつは、「弱い意味」のそれである。例えば、「昼食」、「時間」、「場所」、タクシーを「呼びとめる」、手紙を「送る」等の用語については、用語理解に必要な、従って用語の前提とする「理論」は、右日常用語の一部となつていとす。今ひとつは、「強い意味」でのそれである。この例を示そう。「野球を知らない人に対して『ホームラン』とは何か説明するには、野球についてかなり説明しなければならない。しかし、野球選手が別の選手と話しているときに、『ホームラン』をtheory-laden と描くのは奇妙であらう。つまり、用語の意味を理解するために、「用語が用いられている会話の領域(domain of discourse)の外に出でざるをえない場合」をいう。同じく、「人身保護」等の用語が「日常会話」で使われるときには、「強い意味」の theory-ladenness となる。「これらの用語は、通常の会話の領域外にある理論を前提にしているからである」(八二七頁)。

一五 シャウアーは、以上は憲法言語にもそのまま妥当するとする。

①大統領年令に関する「三五才」の用語は、年令決定の理論を前提にしているが、これは「強い意味」で *theory-laden* ではない。何故なら、「この領域内の話の参加者全員 (*all participants speaking within the domain*) が認識していることは明らかである」(八二七、八二八頁)。但し、詳細は後に譲るが、ここでの「話の参加者」や、これを画する「領域」が何なのかは、全く不明であることを付記しておく。

②「人身保護」、「議会」、「憲法修正」も「三五才」と「同じ」とする(八二七頁)。

③しかし、『言論の自由』、『法のもとの平等の保護』は『人身保護』、『議会』とは異なる。これらは、我々を法的領域の範囲から、道徳的、政治的領域へと追いやるからである。従って、これらは「強い意味」の *theory-laden* であるとする。

④シャウアーが、以上の考察から抽出する結論は唐突である。「以上の理由により、用語がその使われる領域内では意味を欠く場合に、これを使用することにより、使い手は、他の領域であらわれてきたり、与えられたりする意味全てについても、コミットさせられることになるのである」(八二七、八二八頁)。

四 言語Ⅱ「フレーム」論

一六 だが、右のように憲法用語を *theory-laden* とすると、言語は「理論」自体の探求には何等指針を与えないことにならないのか。従って、言語としての条文には、意義を置かないことにならないか。シャウアーは、当然に

予想されるこの疑問に対して、次の答えを用意している。

「憲法言語は、理論の発展について、これに方向付をすることなしに、その制約をすることができ。又は、理論建設の範囲を設定しえる。憲法言語は、我々がいきすぎている場合には、いきすぎたことのみ、それ以外のことにふれることなく指摘しえる。つまり、『それは意味されていない』との叙述は、必ずしも、『では、それは何を意味するのか』という反応を生じさせない。私は、一定の用語が確実に何を意味するのか知らなくとも、何を意味していないのかの一部を知りえるのである」(八二八頁)。

憲法言語とは、こうした意味で「絵のないフレーム」、「何も書かれていないキャンパス」なのである。「キャンパス自体は、何を描くべきかの指針とならないが、我々はいつその端から落ちてしまうかは知ることができるのである」(八二八頁)。

一七 だが、*theory-laden terms* である言語が、「フレーム」を構成しているのに、何故、フレームとしての機能を果たしえるのだろうか。シャウアーも、この疑問を当然とする。何故なら、「我々は、言論の自由を黒の腕章や油絵に拡大することには、躊躇しないからである。しかし、いずれも、通常の意味での『言論』ではないのである。更に、我々は、舌に穴をあけることが広く行なわれているとき、この普遍性は、刑罰が言語の通常の意味に於て『異常』であるとの認定を妨げることとなるが、にも拘わらず、これを修正八条に反すると判断するのほとんど困難はないであろう」(八二八頁)。

では、シャウアーの言語Ⅱ「フレーム」論は、具体的には、どのように「理論」を制約しえるのか。彼は、「我

々は、言語の限界に関する我々の感覚の中に、極めてラフであるが理論以前の理解を、ある程度 incorporate している。例えば、交通規則違反に対し去勢を刑罰として科すのは言論の自由の原理を侵害せず、また、大統領批判につき一ドルの罰金を科すのは、残虐かつ異常な刑罰禁止に反しないのは、ほぼ理論以前のことといえる」と述べている(八二九頁)。

しかし、これでは、結局、自らの言語「フレイム」論が何等有意義な役割を果たしえないことを自認することになる。では、シャウアーの「憲法言語の理論」とは、そもそも何であったのであろうか。この点を、もう一度振り返ってみたい。

(五) シャウアー理論の検討

一八 現在、アメリカ憲法学は法解釈の方法(従って司法審査の限界)を巡り大きな論争の渦中にある。第一の論点は、司法審査と代表民主制の矛盾をどう克服するかという問題である。則ち、国民が選挙で選んだ議会が法律等を通して表明した価値判断を、政治的責任なき(連邦裁判官につき選挙で選出されていないという意味で)司法部がその可否を判断することは、民主主義に反しないかという疑問である。別言すれば、アメリカ「民主主義」を憲法次元でどのように理解するのかという問題が、従来の古典的な多元的民主主義論の克服という政治上の議論と併行しつつ、提起されているともいえる。⁽¹⁾⁽²⁾

これに対しては、さしあたり、①自由な市民の自由投票の保障を中心に民主主義を考える古典的多元的民主主義⁽³⁾

②連邦最高裁の違憲判決と議会の対応との弁証法に、憲法創造の民主主義性を見出す立場 (structural amendment)⁽⁴⁾、③代表の「国民代表」性を厳格に解し、政治的プロセスへの国民各層(従って「少数者」も含む)の利益を正しく代表する義務を肯定し、司法の役割をこの義務違反の監視に求め、民主主義との調和をはかる立場 (participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review)⁽⁵⁾、④更に一歩進めて、政治的プロセスに於る利益の公正な代表にとどまらず、市民が政治的プロセスへ参加するのに必要不可欠な物質的・経済的な条件の保障、政治的プロセスの outcome の一定の配分自体をも民主主義の条件と考える立場 (実体的民主主義とでもいえようか)⁽⁶⁾など、区々の議論がみられる。

- (1) 政治学に於る民主主義論の変遷を概観した *グリーンストーン* Greenstone, Group Theories; in F. I. GREENSTEIN / N. W. POLSBY, ed., *MICROPOLITICAL THEORY*, 243 (1975); Kransner, Approaches to State: Alternative Conceptions and Historical Dynamics, 1984 COM. POL. 223.
- (2) 憲法の解釈論争と民主主義論の関係について *ボーク* Bork, *Neutal Principles and Some First Amendment Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976).
- (3) 明示的ではないがボークがこれに入ると解せようか。Bork, *Neutal Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L. J. 1 (1971).
- (4) Ackerman, *Discovering the Constitution*, 93 YALE L. J. 1013, 1051ff. (1984).
- (5) J. H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST*, 77ff (1980).
- (6) Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 WASH. U. L. Q. 659, 673—679.

一九 シャウアーは、直接にはこの論点にはふれていない。ただ、「夫々の解釈は条文のいずれか特定の部分そのものから抽出されたか、又は条文のその部分の正当性ある一定の解釈から、抽出されなければならない」とし、また、「条文に特定化された価値は、多かれ少なかれ夫々分離されたものである」とし、一〇③で述べた多元的道德基準説に立ち、「条文中特定された価値は、かかる特定なき価値に対し textual preeminence を有している」とする(八三〇頁)。また、これをまとめて、“horizontally clause-bound”と称している。かかる解釈の条文被拘束性を肯定する議論は、実は、間接的には右の民主主義論争に答えているともいえる。つまり、国民の代表たる制憲会議と州議会の批准を経て制定された憲法の条文こそ、国民の意思として保護すべき価値をもっとも明確に表わしているのである。従って、条文を正しく適用すること——これに反する法律を違憲とすることは、正に民主主義の実現になると論じえる。かかる意味で、条文拘束性論は、民主主義との矛盾回避の役割を持ちえる。

もっとも、法解釈論争に参加する論者は、少くとも適正手続、平等保護、修正一条等いずれかの一般条項を自己の主張の条文中の根拠とするのが一般であり、その限りでは、右の条文拘束性論は、シャウアー特有のものとはいえない。そこで、次に、実質的には何を解釈の基準とするのかについて問題とする必要がでてくる。

二〇 法解釈方法の論争の第二の論点は、条文の文言に明示なき「価値」（これは利益、人権、政策、原理を含んでいる）を憲法解釈によって導き出す場合の判断基準如何にある。⁽¹⁾大雑把には、次のような基準が指摘されている（いうまでもなく、この基準は、民主主義との緊張をどう克服するかという課題を反映したものである）。

①憲法条文の明示する「価値」、②条文の明示的価値の合成により組み立てえる憲法の「構造」とここから抽出

<別 表>

interpretivism (「条文解釈」中心主義)	textualism (「文理」基準論)	strict textualism (厳格な「文理」基準論) ……①
		moderate textualism (ゆるやかな「文理」基準論) ……①②
	intentionalism (「意思」基準論)	strict intentionalism (厳格な「意思」基準論) ……③
		moderate intentionalism (ゆるやかな「意思」基準論) ……③④
noninterpretivism (「価値発見」中心主義)		実体的価値……………⑤ { 一元的道德基準論 多元的道德基準論
		プロセス的価値……………⑥

※右端の数字は、本文の判断基準

しえる価値、③ Framers が個別的・具体的に考えていた価値、④ Framers に対して新しい現代的問題を提起したならばどう答えたであろうかという意味での擬制的意思、⑤ conventional morality 等条文外の実体的価値、⑥ 代表民主主義の政治的プロセスの実質化等のプロセス的価値。

以上の解釈方法を整理すると、例えば別表のように分類することができよう。④ 但し、シャウアーを含め、各学説を別表のどこに分類するのは、各説をどう分析しどこに着目するのかにより違ってくる(シャウアーは、ドゥオーキン理論を五では「ゆるやかな『意思』基準論」として、九では「一元的道德基準論」として位置づけている)。従って、この分類は、一応の目安にとどまる。シャウアーについても、条文の言語に内在する法則にのみ解釈基準を求めた点では、「厳格な『文理』解釈基準論」に属するが、結局、次の分析で示すように、内容不確定の「理論」なる概念による言語の意味補充を求めた点では、「『価値発見』中心主義——実体的価値」のラインに入るといえる。

- (1) 問題の概観として、以下参照。Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?* 27 STAN. L. REV. 703 (1975).
- (2) やこあたり、以下参照。Greenawalt, *The Enduring Significance of Neutral Principles*, 78 COL. L. REV. 982, 1017ff. (1978).
- (3) 価値基準の整理については、次の論文を参照した。Grano, *Judicial Review and a Written Constitution in a Democratic Society*, 28 WAYNE L. REV. 1 (1981).
- (4) 中々じり、Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 BOSTON. U. L. REV. 204, 204—205, 222—223, 237 (1980); Perry, *Interpretivism, Freedom of Expression, and Equal Protection*, 42 OHIO S. L. J. 261, 263—265, 275—276, 280—281 (1981); J. H. ELY, *op. cit.*, 1—9, 43—48 を参照した。

二一 やび、ブレストは、言語の vocabulary と syntax のみでの plain meaning を確定する「厳格な『文理解』基準論」につき、「条文規定を構成する語の文理的意義によってだけこれを適用することは言語用法を統轄する法則を誤解するものである」と批判し、この限りでは、「条文の adopters の所属する社会の構成員がその規定が含むものと理解していた目的」乃至「規定が実現を求めたであろうと思われる目的」を考慮する「ゆるやかな『文理解』基準論」を妥当とする (Brest, *supra*, at 206—207)。ただ、当否の判断は別として、言語の国語的なものとも平易な意味自体も一定の「価値」を体现しているのであり、かかる厳格な国語文法的意義確定による「価値」を解釈の基準とする立場は一応納得できよう。もっとも、ペリーは、かかる考え方を literalism と定義し、「著名な憲法理論家」の間では誰もこれをとらなないとしている (Perry, *supra*, at 280)。では、この点につき、ウアーは、どう考えているのであろうか。

シャウアーは *literalism* を①「憲法用語を通常の言語として定義すること」又は、②「条文は我々の問題全てに対して明瞭な解答を提供するとの観念」の両者をいうとし、「この意味で」、*formalism / conceptualism* と特徴・欠陥を共有するとしている。そして、典拠として、H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 126 (1961) を引用している(八一二頁注六二)。語の定義をどうするのかは各人の自由であるが、まず①と②とは明らかに矛盾しよう。①の意味では、語の通常の意味に含まれない価値は全て憲法的価値ではないとすることになる。解答なき問題をむしろ予定している。②の立場は、すでにモナハンが憲法の *perfectionism* として総括的に批判しているが、むしろ、彼は、これを、『価値発見』中心主義』の前提と位置づけている(See, Monaghan, *Our Perfect Constitution*, 56 N. Y. U. L. REV. 353, 357—358, 395—396 (1981))。次に、ハーターの問題と *formalism / conceptualism* は、*plain case* に存する一定の特徴のみをルールの一般用語適用の条件とし、これに該当すれば、その事件の他の特徴や社会的目的を顧慮せず、ルールを適用する方法をいう。ルールが当然に適用される *plain case* から一定の特徴を抽出する操作が入る点で、①と異なるし、また、この手法が当然に②となるものではない。①②の意味での *literalism* を批判するのに、ハートを引用するのは、ミスリードینگではないか。最後に、本文六に於るシャウアーによる *literalism* 批判は、②の意味のそれに対する批判たりえないだけでなく、むしろ、条文に内在する「目的」又は「解釈規範」で全ての問題への解答をえられると理解しているとも伺われる。その意味では、むしろ同一方向を示唆していることにならないか。

二二 シャウアー説をもう少し細かく検討しよう。まず、言語の存在自体が予定する「理論」なる概念の意義が問

題となる。

(1)一五で我々は、同じ憲法上の用語でありつつ、「三五才」、「人身保護」、「議会」、「憲法修正」は、「言論の自由」、「法のものとの平等」と異なり、「弱い意味」で theory-laden であるとの区別に出会った。だが、例えば、「議会」なる語の使用が、上院・下院の区別、権限、議員の資格等の詳細に関する「理論」を当然に伴うのなら、憲法一条は “All legislative powers shall be vested in a Congress of the United States” とやえ規定すれば足りたはずである。しかし、憲法上は、細かな規定を置かねば、言語の意味説明ができないと考えられたのである。しかし、シャウアーは、一方で、そうした「議会」なる言語であっても、「三五才」なる言語についてと同程度に容易に理解する力をもつ「会話の領域」の「参加者」が存在していることを認めつつ、他方で、この同じ「参加者」が、「言論の自由」については、「法的領域」以外に意味説明の「理論」を当然に求めねばならないとしているのである。両言語の区別の決め手となるのは、「会話の領域」の性質である。ところが、「会話の領域」の区別は一四の「ホームラン」の例の示す如く主観的相対的である。「野球」を知るか否かが基準とされている。「議会」と対応させると、「三権分立」について知るか否かが基準となるのだろうか。野球選手にとって、「ホームラン」が「弱い意味」なのは当然である。既に、「野球」の存在は、前提になっているのである。もっとも、他方で、人身保護は、日常会話領域では当然に「強い意味」で、法的領域では「三五才」と同じく「弱い意味」となるとされている。では、主観的要件と領域論とは、どう関わるのか。様々な疑問が尽きない。

(2)では、「弱い意味」・「強い意味」論は、いかなる意味を持つのであろうか。第一に、「三五才」の語と同じ

く、日常会話でも前提とされるような「理論」で言語の意味解明をする範囲を拡大すること、つまり、日常用語法による憲法言語の意味の確定を先行させること、それにより、言語解釈の飛躍を抑制することを、求めているのであろうか。しかし、一七が示すように、シャウアーは、「言論」に腕章・油絵を含めることには「躊躇しない」のであり、舌の刑は「異常」の語を充足しなくとも修正八条に当然に反するとしている。修正八条も「強い意味」に属すると考えているからであろう。しかし、「残虐で異常な刑罰」が、日常会話「領域」で一定の「理論」をえられない理由は、不明である——四でみたように、死刑ほど普遍的なら、日常会話としては、修正八条に反しないともいえる。この分析なく、答えのみ示されている。しかも、「強い意味」で *theory-laden* である言語は、その日常会話的な平明な意味を全く無視して意味を獲得するのである。

第二に、むしろ、逆に、「理論」なる概念の妥当範囲の拡大を考えているとみれる。だが、四②③で示されているように、平等保護は当初は人種差別禁止という「理論」に立っており、その後、「意味」の「変遷」又は一三④という理論の「変化」があったと解している。しかし、修正一四条にかかる限定した内容を与える根拠は、通常、「歴史」的経緯か起草者の意思に求められている。シャウアーの「理論」は暗黙に、こうした材料を吸収していることにならないか。同じく、「言論の自由」も政治的言論のみの保護という「理論」の「変化」として理解しているところと分析できる。この政治的言論限定論の典拠として、例えば、ボークを引用している（八〇七頁注四二）。ところで、ボーク自身は、その根拠を「代表民主主義」という「憲法の全構造」に求めており、「政治的言論の自由は修正一条がなかったとしても推論でき、また推論されねばならない」としている（*Bork, supra, at 23*）。とする

シャウアーの「理論」とは、条文と離れた憲法の「構造」的価値をも含むことになるのではないか。そして、前に留保した道徳的価値（八参照）もが、この「理論」の中にくみこまれることになるのではないのか（一五③④参照）。「理論」は、限りなく膨張することになる。

(3)むろん、シャウアー自身も一三で、言語の「法則」は、哲学に於る「論理」的結合と同じであるとして、一定の限定を課そうとはした。しかし、「言語↓理論」の結合に於ては、「理論」は不確定の無数の要素を含むことが明らかになってきた。論文冒頭で、シャウアーは、法学用語の特殊性に触れて、「会社は損害の責に任ずる」との法的叙述は「会社」についての「法大系」を前提にしていると論じていたことも、ここで指摘しておこう（八〇二頁）。言語としての「会社」は、会社に関する法的諸関係を全て包含しているのである。

ところで、一〇でシャウアーは、一元的道徳論を批判した際、一の事例はこれを説明しうる複数の一般理論であることを指摘していた。とすると、一の法律言語、例えば「言論の自由」の意味補充のための「理論」も複数存在しえることを自ら承認せざるをえない。どの「理論」が妥当かは、条文・言語により決定しえなくなる。シャウアーは、憲法解釈を文芸批評に比して、「唯一の正しい解釈」ではなく、「条文が正当化する解釈のひとつ」を求めらるものであるとの説明をしているが（八二九頁）、それは他説に向けた批判の方法が自説に及ぶのを回避する口実としか映らない。

シャウアーは一三④で、用語の選択は、「理論」の「変化の可能性」の承認でもあったとした。その変化について、彼は、水にうかべたまま自らの板を材料としつつ再建しなければならぬ船に例えて、こう述べている。「憲法の

言語については、the enterprize 自体が浮いている限り、現在の conception が条文の通常の言語的意味と密接に関連していないことは、非難されない」（八二九頁）。

これに加えて、「強い意味」の theory-laden の場合、憲法言語が意味補充のための「理論」を求めて向かえる「領域」に限定はないともしている。シャウアーは、自らこれを“vertically open”とし、「条文に述べられている価値に関して完全な理論をひき出しうる源泉については、言語自体がこの理論に置く直観的、前理論的な制約を除けば、何等制約をおかない」としている（八三〇頁）。ここでいう言語の制約も一七で明らかかなように無内容であり、シャウアー自ら「これは、現実の事件のほとんどに於て全くといっていいほど役に立たない」ことを認めるものであった（八二九頁）。

ここまで拡大された「理論」と言語とを接着するのが、「論理」であると説明することは、もはや説得力を失う。(4) シャウアーは、「歴史、政治理論、道徳哲学、パブリック・ポシリー」に安易に解釈基準を求めることを戒め、条文の条文自体としての権威性を確認し、言語固有の意味の分析を通して、「憲法言語の理論」を確定すること、これを規範的解釈基準とすることを求めていたはずである。そうであるからこそ、具体的意思基準論に立ち、歴史分析から修正一四条の解釈を試みたバーガーに対し、「歴史を素材として参照することは、永久に権威を持つ憲法の条文上、命令も暗示もされていない」と批判しえたのである（八三一頁）。だが、言語の分析から、シャウアーは、不定形で不確実な「理論」なるものを導き出した。このため、上記批判にすぐ続けて、「しかし、条文は歴史を参照することを要求していないが、これを必ずしも禁止してもいけないのである。条文は我々が理論を提供するこ

とを要求している。そして、歴史はそのひとつの可能な源泉である。但し、唯一の可能な源泉ではない。同じことは、道徳哲学、政治政策その他の価値の源泉についてもあてはまる」(八三一頁)と述べざるをえなくなるのである。

シャウアーは、「言語」に光を照射しながら、光の部分の意義よりも、影の部分——「理論」に注目しすぎた。この結果、「言語」は、暗黒の「理論」の中に埋没してしまうことになる。実像としての「言語」は、幻となってしまうともいえるか。そして、そうであるが故に、シャウアー理論は自己崩壊してしまうのである。

二三 では、シャウアー理論の検討は、我々に何を教えるのであろうか。ひとつは、法解釈はもともと単純な作業から、つまり、言語の日常用語的、国語文法的な意味の確実な把握からはじめるべきこと、ではなからうか。言語の影ではなく光の部分の正しく分析すること、従って、「厳格な『文理』基準論」を、法解釈の出発点とすることである(もちろん、これのみを基準とするのではない)。そして、その際、「言語は、限界を画するが、命令まではない」こと(八三〇頁)を、確認しておかなければならない。つまり、憲法の言語は、その平明に意味することと全てを包含しているのであって、この全範囲に規範的拘束力が与えられる。と同時に、言語的意味を越える価値あるいは、これを制約する価値は、いずれも言語に内在する「命令」とは理解しえないのである。その正当性は、言語の影の部分に求めていかざるをえなくなる。我々は、解釈が、言語の厳格な解釈なのか、それを越えた影の部分の解釈なのか常に区別しつつ、考察を進めなければならないのである。

では、影の部分の解釈の正当性は、どこに求められるのか。この課題に対するシャウアーの「理論」概念は、自

已崩壊している。とすれば、この点は、それにふさわしい素材の検討によって、解決するのが妥当であろう。その意味で、右課題を将来に残しつつ、本稿は、ひとまず閉じることとした。

おわりに

筆者の専攻する刑事訴訟法は、日米法いずれとも、憲法解釈論を重要な内容とする。従って、アメリカ憲法学の論争は、直ちに刑法分野に影響を与えるものであり、我々としても興味深いものがある。また、法解釈の方法論争でもあるという意味で、専攻を越えて注目せざるをえない。然も、論争は、哲学、民主主義論の現代的展開を反映しつつ、進んでいる。ライオンズ教授がセミナーの課題としたのも、この辺を考慮してと思われる。その意味では、この論争は、現代アメリカ法を知る好個の分野ともいえよう。本稿は、そうした課題意識による研究の第一歩である。無論、未熟な筆者にとり、こうした研究が無謀なる冒険であることも自覚している。しかし、神戸学院大学法学部に於る学問を中心とする厳しい雰囲気をつくられた大隅先生、石本先生の御退職にあたり、残る我々若手のお答え申し上げることのできるのは、未熟を反省しつつも学問の高みに向かう姿勢でしかない。そのような意味で、両先生の御退官記念論集に、拙い小稿を載せて頂くこととした。

(一九八六年一月一六日、コーネル大学ロー・スクール図書館にて脱稿)