

國學院大學學術情報リポジトリ

憲法解釈の変域に配置される二つの媒介変数(一)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: グレック, ベンジャミン, 捧, 剛, 新倉, 修 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/00001086

憲法解釈の変域に配置される二つの媒介変数（一）

ベンジヤミン・グレッグ
 捧 剛・新倉 修（訳）

目 次

第一章	
第二章	
第三章	（以上、本号）
第四章	

アメリカ合衆国の憲法典は、欧米における政治的なシンボルと理想の最も重要な宝庫のひとつであり、それがどのように解釈されるかによって、アメリカ社会は政治的・社会的・経済的に大きな影響を受ける。とはいえ、例えば「法の平等な保護」とか「法の適正手続」のように、この法典中にみられる政治的に最も重要な言葉（referent）のいくつかは、「次のような」複数ある中の少なくとも一つの意味において曖昧である。「すなわ

ち」憲法起草者たちがある言葉をどう適用するつもりであったかについて、限られた証拠か、さもなくば疑問の余地の残る証拠しかないようなとき。あるいは、言葉の可能な意味の範囲がそもそも無制約であるとき。さらにはまた、何が適切な解釈であるかが解釈時にどんな規範が支配的であるかという点にかかっている（だからそれは規範が変化するとともに変化する）と考えられるとき、がそれである。法典の中においては、文言とその意味との間に関係があることによって、つまり法的ルールとそれが体現する規範との間に関係があることによって、それがいつかは問わず、ある特定時点におけるこの文書の現実の権威性が形作られる。別の言い方をすれば、時の経過とともに文言の解釈の仕方が変わることによって、同じ法の文言が、当初基礎を与えていたのとは違った規範に基礎を与えるようになる

場合もありうるのだ。その場合に規範は、つねに文言という形をとって現れるルールとは、必ずしも同じになるとは限らない。「法の文言と規範との間にみられる」いつも複雑で我々をたびたび困惑させるこうした関係を考えに入れるならば、(後にみるように、必ずそうなるというわけではないけれども) 憲法解釈に對しては「次のような」外在主義者 (externalist) のアプローチを探るしかないのではないか、という気にさせられる。「すなわち、外在主義によれば」第一に、憲法典の曖昧もしくは無制約な言葉はもともと、いかなる単一の最終的な識別可能な意味も有していない。文書の意味に問題がない場合には、解釈者は、その言葉についてそれ以上探求することなく、それを権威的なものとみなすしかないだろうと考える。ところが、その意味が問題を孕んでいるような場合には、解釈者は、条文解釈の手引きとなる何らかの典拠を求め、条文の外に出ざるを得ない。第二に、ルールをただ形式的に引き合いに出し、そこから結論を演繹してくるのでは、権威的な法的選択を行うには不十分であり、そのため法律学は、自らの外部に存する規範その他の内容あるものによって補填されなければならない。例えば平等は、実質的な理想があつて初めて、循環に陥らない指示をなし、自身のある制約を課す。そのような理想を想定することは、価値選択を行うことであつて、意味を解明することではない。(3) したがつてある水準にまでいくと、憲法解釈は、書かれた条文への厳格な忠誠という考え方を拒否しなければならなくなる。(3)

「以上のような」外在主義のアプローチは、憲法の言葉とそ

の適用との間にみられるかような問題を孕んだ関係を主題とし、この適用がどんな歴史の変遷をたどってきたかを検証するものである。「もつとも」外在主義は、あまねく認められているわけではなく、最もよく知られているところでは、現在法律学の支配的なアプローチである法実証主義もまたこれを認めていない。この「法実証主義という」観点からすると、法は、比較的单純なテストつまりは「承認のルール」によってそれと確認され得るデータ——主としてそれはルールであるが——から成っているとされる。(4) そうしたテストの一つとしては、そのルールが立法過程におけるある一定の形式的段階を経ているかどうかというテストがある。別のテストとしては、その種のケースにおいて新たなルールを作り出す裁判管轄権と権限とをもった裁判所が判断を下したケースについて、そうしたケースのレシオ・デシデンダイ——すなわち本質的な判決理由——からその当のルールをはたして引き出すことができるかどうかというテストがある。実証主義が想定するところによれば、法はこうした法的ルールから構成されており、その意味で経験の中の「所与の」データの一部分である、とされるのである。実証主義は、立法が暗黙の一般意志の所産でありうる、という考え方や、法命題の真偽性があらゆる者の共通意識の中に暗黙のうちに存する何らかの道徳性の中に存するだろう、といった曖昧な考え方を否定する。(5) たしかに一般的に法律学者は、外在主義のアプローチを認めない。ふつう法律学者のアプローチがとっているのは、法的請求を行う者、すなわち自己が行おうとする法的請求

「がどのようなものとなるかについて」の予測をしようとするのではなく、それらの請求のいずれが正当であり、またなぜ正当であるのかについての議論をしようとする者の内的な視点なのである。⁽⁶⁾ そのような視点は主として、法原則の中に明示的もしくは黙示的に存すると考えられるルールについて、それを合理化し、さらにそれに関して思索を巡らせることによって、展開されるのである。

その一方で、多くの社会学者は、法の理解のためには、法原則や法制度ばかりでなく、当該法制度が存在する社会環境についても、これを経験的に系統だてて分析することが必要であると信じ込んでいる。こうした観点からすると、法は、ある種の社会規範としてではなく、ある種の社会的行為として分析される。⁽⁸⁾ 諸々の社会規範について、それが経験的に観察されないのであれば、その限りでそれらは、調査の可能な対象であるとは考えられないのである。例えば、ルール厳守について研究がなされる場合には、ルールの実質的内容は無関係だと考えられることになる。

しかし、外在主義の方法を採っても、法の文言とそれが具体化する規範とに焦点が合わないのであれば、(成文憲法を基礎とする政治的秩序において) 解釈の究極的な運び手に違いないものを把握し損なうことになる。当のその解釈が条文に基づかない場合であっても、やはり同様である。結局のところ、立法者が何を意図していたかに関する最も重要なデータは、憲法の言葉それ自身である。それは、何を提案し批准するつもりで

あったのかについての批判的な記録が、実際に提案され批准されたものであるというのと、事情がまったく同じなのだ。⁽⁹⁾

私は、憲法典の中で法的平等が有している多様で曖昧な含意に検討を加えるにあたり、言葉を本位とする、外在主義に重きを置いたアプローチを提唱する。この論文の第一章では、きわめて重要な問題領域においては、憲法の文言は権威的な解釈のために何ら適切な基礎を提供しないと論じる。第二章では、合法性の二つの基本形態に可能な憲法解釈の媒介変数を配置することにより、「従来の考え方に」取って代わる一つのアプローチを提示する。「合法性の形態」と私が呼んでいるのは、法律学的な推論の基礎にある規範的前提のことである。他のどれでもなくまさにこれだとしてある一連の前提が選択される場合、それはルールによって規定された選択でも、分析的な選択でもない。むしろそれは一つの価値選択である。解釈者はある選択あるいは別の選択を支持することを解釈者として表明するかもしれないが、その解釈者にとってこの選択は、条文中のどこかにすでに出来上がった形で存在するものではないのである。だから、いやしくも何らかの立場を採らねばならないとき、解釈者は意識的せよ無意識的にせよ、価値選択を行なわざるをえないのである。

私は、法的合理性に関するマックス・ヴェーバーの考え方を修正・拡張することによって、合法性のこれら二つの形態を引き出し、普遍主義と個別主義という対概念を展開することにする。平等に関する規範的前提としてみた場合、第一の形態「す

なわち合法性の普遍主義的形態」は、法の前において諸個人もしくは諸集団間にかなる区別をも認めない形態であり、他方、第二の形態「すなわち合法性の個別主義的形態」は、ある種の区別を妥当なものとして認める形態のことである。法律の条文では、これらの前提は、結論を正当化する論拠の中にはつきりと現れている。合法性の普遍主義的形態と個別主義的形態とによって、境界づけられた規範的曖昧性 (bounded normative ambiguity) (これについては、第三章では外在主義の立場から、第四章では内在主義の立場からそれぞれ説明する) と私が呼ぶものの媒介変数が確定されることになるのである。

平等に関する憲法の条文と裁判所による解釈や社会的実践との間にはずれが見られるが、第三章では、このずれに検討を加えることにより、上に記した諸々の用語をアメリカの歴史に適用することにする。私は、法的平等について、個別主義的形態が主流の頃から普遍主義的形態が主流になるまでの過去二百年にわたる流れと、普遍主義的形態と私が新個別主義 (新個別主義は、マイノリティの利益のために個人間の区別を認める) 的形態と呼ぶものとが結び付く第二次世界大戦後の流れを確認する。これらの流れは、ある種の法から他の種の法への変化を示すものというよりは、むしろ、一つの同じ法が解釈される仕方の変化を示すものである。私が論証しようとする中心的命題は、平等に関する可能な憲法解釈の変域における媒介変数は普遍主義と個別主義とによって規定される、ということである。

最後に、第四章では、これらの用語を、アフアーマティヴ・

アクションに関するカリフォルニア大学対バッキ事件⁽¹⁾の一九七八年の連邦最高裁判所判決に適用する。この時点で私は、前三章で主張した外在主義の方法から退歩することになる。他の多くの社会現象とは異なり、法的実践は基本的に論争的なものである。だから、法が何を許容し何を禁止しているかについての主張をめぐり、その理由づけや擁護に言及することなくしては、法的実践を理解することはできないのである。だから、私は裁判官の見地から、法的論争の内在的性格、とりわけ形式的な法的論争に目を向けることにする。私の目的は、アフアーマティヴ・アクションに賛成だとか反対だとかという主張をすることではなく、現実の裁判所の判決が、実際には普遍主義の用語と (新) 個別主義の用語との間の論争の中で形作られたものであることを示すことにある。私は、これらの用語が憲法に基づく法的平等 (及び法的不平等) の問題を十分に構成するものであることを内在主義の見地から証明することにより、これらの用語が、平等に関する憲法的側面の歴史的展開におけるきわめて多様なパターンを外在主義の視点で説明するものであることを示すのである。

要点を繰り返そう。第一章では、憲法の条文は権威的な解釈のために何ら適切な基礎を提供しないという結論が下される。第二章では、そのことで規範的アナキーへと陥るのではなく、むしろ憲法解釈における普遍主義的媒介変数と個別主義的媒介変数という形態をとった、境界づけられた規範的曖昧性へと導かれることが示される。言い換えれば、憲法の条文は、法的平

等の程度を小さくすることおよび大きくすることに関し、それらのうちのいずれを支持するかという点については、何の基礎も、それゆえ何の保証も提供するものではないのである。そのため解釈者は、自分自身憲法の条文が何を保障していると思うかについて決定を下さざるをえないのであり、その裁量は、普遍主義と個別主義という媒介変数により規定されるのである。第三章では、一七八九年から現在までのアメリカにおける法的平等および法的不平等の歴史を素描する中で、上述のテーゼが一般的な用語で論証される。第四章では、アフアーマティヴ・アクションに関する連邦最高裁判所の一九七八年の判決における詳細な用語で論証される。

第一章

通常に判決を下す場合（したがって、憲法が関わる大部分の判決において）、裁判所は先例拘束の原則に従うが、この先例拘束の原則というのは、成長し続ける先例の一端に条文を付することによって、法としての当該文書の権威に訴えようとするものである。一番最初の裁判所の判決は、特定の条文または想像上の憲法制定者の意思に注意を向けることにより、憲法の条文を解釈する。次の判決は、主として一番最初の判決の意味に注意を集中し、三番目の判決は、とりわけ二番目の判決の意味に注意を集中させる。このことは、憲法の条文が背後に遠のいていて、それが「メイフラワー号に乗ってやってきた遠い祖先」

のようなものになるまで続けられるのである。¹² この手法は、諸々の判決に対する予見可能で公正な公的基礎であるように思われ、相互に関連する諸々の判決について、その安定性と継続性を時を越えて促進するのである。とはいえ、先例拘束の原則は、どのような事案においても、特定の結果に導きもしなければ、特定の結果を要求することもない。きわめて多様な先例を選び出すことが出来るし、さらにそれ以上に多様な過去の解釈上の判断を選択することができるからだ。この選択は、意識するしないを問わず、当該事案の実態・当事者・文脈に関する社会的・政治的判断といった、法の外部に存する要因によって決まることもある¹³。それに、仮に先例拘束の原則が判決の理想的な基礎であったとしても、それは、先例が確立された後でのみ適用されるのである。なぜなら、ある法的ルールを確立する先例は、ある意味では、そのルールの外部に存するものだからである。したがって、先例拘束の原則は、きわめて重要な一番最初の判決において憲法の条文を解釈する方法を正当化しうものではないのである。¹⁴ 憲法の条文を解釈するに際して一番最初の裁判所が直面した哲学的問題は、一番最近の判決を解釈する現在のあらゆる裁判所が直面する問題と同じなのである。

この問題は、(a)言語の性質、(b)原意(original intent)という概念、(c)憲法解釈の規範的基礎としてのエートスという考え方、以上のものに関係している。

(a)二千五百年の間、西洋哲学の伝統は、思考の究極のカテゴリーを探し続けてきた。ところが、現在の認識論が結論づけて

いるところによれば、それは正しくなく、あるのはただパラダイム転換、問題の変更、それに新しい解答だけであり、すべてのものが、その当時主流である学問の射程範囲によつて限定づけられているとされている。¹⁵ 定義の問題と事実の問題の間には、おそらくカテゴリー上の区別を設けることはできないだろうというのである。というのも、たとえば、我々がそれを疑問に晒す方向に導く別の選択肢を、まだ誰も提示していないに過ぎぬかもしれないからである。だから、我々は、決して現在の我々の思考の構造の外部に立つことができないばかりか、我々の言語の外に出ることもできない。もし、言語的事実が意味を持つとすれば、その意味を説明するのは、構文のそれを表現する能力ではなく、話し手の意味を賦与する能力なのである。すなわち、「事実」や条文は、解釈なくしては利用しえない。解釈という手法は、読後に実行されるのではない。むしろそれは、条文にその形態を賦与する。解釈が条文を作るのであって、条文から解釈が出てくるのではないのである。したがって、唯一正当で、または当然のもしくは適切な読み方などありえず、あるのはただ複数の読み方だけである。我々の理論および解釈のための唯一のテストは、「事実」であるはずがなく、せいぜい我々の信念の残部との整合性のようなごときものではない。¹⁶ それゆえ、解釈という行為は、論証ではなく説得の一つである。このことは、真実の存在可能性を否定するものではない。たとえば合理的な者もそれが真実であると認めるにちがいない方法で

真実性を論証する手続がないとしても、命題が真となることはありうるのである。とはいえ、紛れもなくこのことは、真実が間主観的 (inter-subjective) もしくは視座相関的 (beispectival) なものであること、そして言語がもともと不確定的な「曖昧なる媒体 (cloudy medium)」であることを示唆している。このような特性を持っているがゆえに、言語の形をとる法は、その言語の意味に関して不確定的なものとなる。この意味で、条文は、決して単一の意味を持つものでなければ、限られた数の整合的な、もしくはそれ以外の筋道だった読み方すら持つものでもない。同じ条文が、異なる読み手によつて異なる意味を持ち、時代によつて様々な意味を持つであろうことは、不可避である。¹⁹ 解釈が、読みとる技術ではなく、形作る技術であるならば、あたかもハムレットの解釈と同じほど数多くのものともらしい成文憲法の読み方が存するように見えるであろう。²⁰ しかし、第二章で示すように、このような片意地はった主観論者の結論は、それがいかにも極端であるという点で誤りなのである。

(b) 読み手の構成上の対応の仕方がいろいろなことだけではない。著作者の意図も使い物にならなくて当然である。——例えば、過去がそうした権威を現在や将来にまで及ぼすべきだという想定の下で——かりに憲法制定者の意図が条文解釈の適切な指針であるとしても、制定者の意図がどこにあつたかを正確に知ることができるのは、遥か昔に死んだその者だけである。なによりまず、十八世紀の政治的議論で使われた語彙は、絶え

ず変化していた。大事な言葉の多くは新規なもので、かつ一般的には使われていなかったし、他にもまだ新造されねばならない言葉があった。いくつかの用語は、同じ地域内、または憲法制定者たちや憲法典の批准者たちの間においてさえも、同じように理解されていたわけではなかった。例えば、十八世紀に使用された「平等な」とか「平等」という用語は、法の前の平等という観念をも含めて、必ずや奴隷制度と抵触することを含意していたわけではなかったのである。⁽²³⁾

それ以外にも、法解釈には、意思に帰因させることをほとんど不可能にさせる一定の特異な性質がある。他の種類の文書とは異なり、法のテキスト、とりわけ成文憲法や裁判所の判決は、交渉や取引の結果であり、複数の者によって手を加えられながら、その人生を歩み始めるのである。法的文書の生成時に、複数の作成者のうちの数名が、何らかの取り引き関係があったり、あるいは起草を誰かに委ねたりしたことの結果として、望みもしない、あるいはそうだとするつもりもなかった文言に賛成したという場合もある。当該文書を生み出した議事過程において、制定者が複数いて、てんでばらばらな行動をとっていたという場合もある。また、その他の種類の文書とは違って、(契約書以外の)法的文書の作成者は、自ら自身では語らない(仮にそうしたとしても、その場合には、彼らの話には権威がないであろう。むしろ法的文書の作成者は、裁判所または議会のような集団的な機関として語るのである)。⁽²⁴⁾

(c) 一般的な考え方が示唆するところによると、何が正当な憲

法解釈かは、社会に広く普及した規範、すなわち地域もしくは国家に現存する何か共通意識のごときものに内在する道徳または集団的意思によって決まる、とされる。この考え方には、次に掲げる三つの理由で問題がある。すなわち、(一)集団的意思または解釈する共同体といったものが存在しないであろうこと、(二)何がエートスであるかを知り、数多く存在するエートス群の中のいずれのエートスが適用されるかを決定することが、解決困難な問題を提示すること、さらに、(三)成文憲法自体が、異種の個人からなる国家については言うまでもなく、国家的エートスまたは集団的意思といった観念が含意するような類の規範的合意を示すものではないことの三点である。

(一)ある者が主張するところによれば、道徳は広く共有され、内省が可能で、かつすべての者の共通意識にすでに内在しているものであるから、それは創造されるというよりはむしろ発見されるものである、とされる。⁽²⁵⁾そして、そうした意識があるとすればそれは、すべての者によって共有されるある一定レベルの経験を持つように見えるであろう、というのである。これとよく似た結論に至るもので、これとは違ったアプローチによるものがあるが、それは、ある言語を語る者が、彼ら各々が何らかの仕方でも内在化したルールの体系を共有する場合には、理解は必ずや画一的になる、というようなことを示唆する。⁽²⁶⁾どちらのアプローチにとっても、解釈方法は、個々の解釈者からではなく、当該個々人がその構成員であるところの解釈共同体(interpretive community)から生じる。それゆえ、個人が思い

付きうる諸々の考えの源が解釈共同体の中にある以上、意味や文言は、孤立した個人ではなく、公共的で慣習的な視点から生じるのである。同じ共同体の構成員は、その共同体が想定する目的や目標に関するすべての事柄を知っているのであるから、同意するのは必然である。異なる読み手たちの間の解釈であっても、それらの読み手たちが同じ共同体に属するのであれば、それは安定したものとなるであろう。しかし、以上のことや、これと関連する集団的規範意思という概念は、次に掲げる三つの問題によって、その価値が減じられることは避けられない。第一に、何らかの「一般意志」の存在が可能であること、そしてそれが現に存在していることをどう証明するかという、断固たる認識論的な問題である。第二に、それがいつであれ、大部分の共同体内で行われる解釈は、安定したものである合意の上のものでも、さらには相互に矛盾しないものでもなさそうだと、という明白な事実である。第三に、一人残らずすべての者が（互いに均質ではないにもかかわらず、規範的共同体に内包される（つまり均質化される）などということは起こりそうもない、ということである（このことは次の問題を生み出す。すなわち、誰が当該共同体の構成員とみなされるのか。また、その基準は何か）。

(二) 法の外部の規範が変化するにつれ、当該規範からその内容を引き出すところの法的諸概念もまた、同様に変化するのである。憲法典の解釈の変更は、先例を変更する場合と同じく、以前の規範が無効であると宣言するものであるか、あるいは、

以前の解釈者が規範の選択を誤ったことを認めるものである。裁判所が以前の判決が誤りであったと宣言する場合、それは、当該判決が常に誤りであったと宣言しているのである。これまでの裁判官と公衆は真実を見誤っていたのだ、これまでの裁判官と公衆はおそらく誤った情報や文化的条件に囚われており、彼ら自身はそれに気付かなかったのだ——今日の裁判所がそう主張する場合、この裁判所は、将来の裁判官や他の解釈者が見つけ出す仕方からすれば、自己の判決が「過去の判決」と同じ様に「ものが見えていない状態」であるかもしれないのに、これを認めず、むしろ、自己の判決は道徳的意識または解釈上の鋭敏さが高まったことを示すものだと考える場合もある。結局のところ、裁判官たちは、自分たちの間で見解の不一致があると、それを解釈理論上の違いだとは考えずに、何が法であるかについての違いだと考えている。けれども、いつの時点であれ、自分たち自身が「ものが見えていない状態」にはないということを確証できないのであれば、我々は道徳的もしくは知的発展が生じたことなど決して確信できないのである。

そこで、その代わりに我々は、次のような支持しえない想定をするのである。すなわち、憲法起草者・批准者・従来の解釈者は、道徳的にものが見えていなかったけれども、しかしそれにもかかわらず、彼らにはわからなかったまさにその規範について、それへの一般的コミットメントを我々に与えるという道徳的視点は、彼らに備わっていた、という想定がそれである。だが、我々の前任者が抱いていた概念 (concept) を捨て去ること

なく、その概念について彼らが持つていた誤った理解(misconception)を正すことなど、いったいどうすれば出来るのだろうか。⁽²⁸⁾

裁判所が、国家の理想という明白な言明に解釈を依拠させることによって、エートスとしての成文憲法の権威に訴えるならば、それは、その当時の共同体の基本的エートスを代弁し、結局は、自分自身の目から見て賢明だと思われるものによってのみ自分自身を正当化することを意味する。それは、憲法に関する判決の原理的素材を、憲法典そのものの中ではなくむしろ、社会の基本的価値と考えられるものの中に見出すことになる。⁽²⁹⁾ このことによって、憲法典の内容と精神は、国家の自己認識——それは、かなり多数の解釈者および他の市民を困惑させる観念であるが——と同じように、一過性で偶発的なものとなる。いずれにせよ、共通の規範的意識という考え方は、我々が確信をもって当該エートスを認知しうるにはいったいどうすればよいかということを説明できないし、あるいはまた、いかなる時点であれ、理性的な人々の間でも何が国家的エートスであるかという点について見解の不一致が起こるという事実を説明できない。それに、複数のエートスが存在する場合に、どのエートスが適用されるかをどのように選択するかに関しても意見の一致が存在しないという事実を説明することもできない。⁽³⁰⁾

(三)合意は、社会的集合体を持つところの潜在的に計測可能な属性ではない。というのも、それがいかなる時点であれ、ある集合体に対しては、きわめて多様な程度の合意を示させるこ

とができるからである。⁽³¹⁾ それにもかかわらず、エートスもしくは集团的意図を適切な憲法解釈の基礎として想定する者は、公共的な価値が存在すること、そうした公共的価値から必ずや生ずる難問に対しても唯一正しい解答が存在すること、この両者を前提する。次いでこのことは、いかなる時点であれ、異なった人々や異なった社会領域が各々保持する価値同士の間や、さらには合衆国の歴史のいろいろな時期の間において、いかなる純然たる抵触も存在しない、ということを含意している。しかし、互いに抵触し合ういろいろな規範——たとえば、手続的規範と実体的規範、構造的・制度的規範と個人の権利を具体化する規範、国家権力から個人を保護する規範と州法に対する連邦法の優越を保障する規範、連邦政府への権能賦与を基礎づける規範と当該権能に対する制約を基礎づける別の規範——の全くの寄せ集めである憲法典については、そうした合意があるということが真実でないことは確実である。⁽³²⁾ 憲法解釈に関する諸々の理論の間には、合意らしきものさえ存在しない。⁽³³⁾ それに、今日の道徳的議論は、断片化され、矛盾するものとなっている。たしかに、現行法の多くについては、それが、互いに競合し、ときには矛盾する諸々の道徳的原理・政治上の主義・概念的図式からなるところのキルトのパッチワークであることは、これまで主張されてきた。⁽³⁴⁾ それでは、様々な状況の下で、しかも長期にわたって現行法が適用されるところの数多くの異質な諸個人について、「その者たちの間で」どのように合意が成り立ちうるというのであろうか。我々は、人々を統制する規範的ルール

に実際に賛成していないし、それに賛成することもできない。憲法典もまた、それには合意しないのである。³⁹⁾

憲法典が明確に識別しうる単一の規範的基礎を持っていないので、境界領域においては憲法の文言は権威ある解釈のためにいかなる適切な基礎も提供しないという主張は、率直に受け止めるならば、規範的アナキー、あるいは場合によってはニヒリズムを含意する。そこで、私は、解釈の構造についてこれとは別の説明を展開することにより、こうした「脱構築的」試みを方向転換させる。私は、憲法解釈の可能性における媒介変数が何かということ（少なくとも法的平等に関して）はつきりさせることによって、価値ニヒリズムではなく、規範的曖昧性が境界づけられたものであることを指摘する。規範的アナキーが「何でもOK」の線にそった某かのものを意味するのに対して、価値の両義性は、安定的かつ明確な一定の制限もしくは境界の中での一定程度の不確実性を示唆するのである。

第二章

マックス・ヴェーバーは、あらゆる形態の法創造及び法発見を二対の概念からなる四つの交錯領域へとカテゴリー化する。すなわち、実質的と区別される形式的、非合理的と区別される合理的、がそれである。合理的とは、一般的原理または抽象的ルールによる法学的指針を意味し、非合理的とはそうした原理もしくはルールが存しないことを意味する。形式的とは、政治

的、倫理的、宗教的その他の属性の実体的内容が存しないことを意味し、実質的とは、そうした内容が存することを意味する。したがって、実質的合理的法とは、政治的、宗教的その他の内容を有し、何らかの原理またはルールに導かれるものをいう。³⁸⁾形式的合理的な法創造及び法発見とは、倫理的、政治的その他の内容から自由なルールまたは原理に基づくものをいう。つまり、それは、法的概念の意味をただ論理的に解釈することだけを通じて、それが法的に重要な関連性を有する事実かを識別するのである。形式的合理的法は、法の外に存する規範から規範を原理的に分離することを必要とするのである。

このようなレベルにおいて分析することによって、社会的に容認できる形態の差別と社会的に容認できない形態のそれとの間に区別を設けることが可能となる。アメリカ法の歴史における変転が示しているように、容認できると考えられるものと容認できないと考えられるものは不変ではない。それらが時を超えて一定ものでないのは確かだし、合意さえ存在したこともない。いつの時点についても、私は次の三つの可能性があると思う。それらは、ヴェーバーのモデルから発展させたカテゴリーだと言つてよいだろう。

(a) ヴェーバーが形式的合理的法と称したものは、最も広い意味において正当なものである。すなわち、それはいかなる社会的、文化的、政治的または歴史的文脈においても妥当し、同様にそこにおけるすべての個人及び集団について妥当するのであ

る。私は、これを普遍主義的合法性と呼ぶことにしたい。これは、最も広い意味において、自己の正当性を内包し、普遍的妥当性の要求もしくは要望以外のいかなる特定の価値も内包しない。その意味で、これは無内容である。

(b) ヴェーバーが実体的合理的法と称したものは、常に何らかの限定された意味を有しており、何らかの内容を「発見し」、あるいは何らかの内容についてそれを重要だと考えるものである。これは、私が個別主義的法と呼ぶものである。それは、倫理的に妥当するということが、ある人々にとつてのみ、ある共同体においてのみ、あるいはある特定の時期においてのみ、妥当であるということの意味している。したがって、異なった個人や集団は、法に対してそれぞれ違った関係に立つのであり、法の適用を受ける個人と集団は、その意味で法の前において平等ではないのである。

(c) アメリカ史の大部分を占める期間にわたって、個別主義的法は、多数派の相対的優位を保つため、差別を行ってきた。ここ十年は、一つまたは複数の少数集団の相対的優位を保つための差別を行う、旧法についての進歩的再解釈（及び時には新法の導入）が行われてきた。私は、このような法を新個別主義的法と呼ぶことにする。

このように二種の個別主義を区別すること（こうした区別はヴェーバーにはない）によって、一つには、いかなる形態の個別主義的合法性概念も差別的であるという事実を確認すること

が可能となり、もう一つには、悪とされる（すなわち個別主義的）差別と悪とされない（すなわち新個別主義的）差別を区別することが可能となる。言い換えれば、法的差別は、敵意による（adverse）ものと好意による（benign）もののいずれかなのである。第四章で焦点が合わされるアフアーマティヴ・アクシヨン立法は、新個別主義的合法性概念の一形態である。

普遍主義・個別主義・新個別主義を区別するに際して、私は、第一にこの区別を思いつかせたヴェーバーのカテゴリーの中心的要素、つまり合理主義の概念を無視した。そこで私は、このような中心的要素を無視したことで、それによって私の考え方がヴェーバーの理論構成からいっそう距離をとったものとなったことについて、理由を述べて説明することにしよう。

合理主義は、近代資本主義の興隆についてのヴェーバーの理論において鍵となる要素である。ヴェーバーによれば、資本主義の興隆は、職業に対するプロテスタントの倫理と近代法システムという二つの歴史的新機軸によって可能となった。そのいづれも、自己内省的な原理により導かれるある種の道徳的合意を具現化するものである。この道徳が原理としての性質をもっていることと、これらの原理そのものを問題にすることができるといふ事実によって、この種の道徳的合意は、規範が無批判に世代から世代へと伝えられる慣習であるところの伝統的道徳とは区別される。だから近代法システムは、目的合理的なタイプの行動を要求するが、しかし依然としてそれは、価値合理的信念としつかり結び付いた行動なのである。²⁹ところが、ヴェー

パーは、近代法を単なる目的・合理性の一類型として、つまり「実定化された」法——すなわち、法の技術的運用が正当化の問題を免れるにつれて、価値合理性から次第に独立してきたところの法——として分析した際、合理性についてのこのような二元主義的な考え方を手放してしまっている。ヴェーバー曰く。法的思考の諸ルールに従って妥当とされるものが、法の領域を形作るものであり、一定の法的ルールとその解釈方法が拘束力あるものとして認識されているとき、法的思考は力を発揮するのである。ところが、「ある法があるべきか否か、まさにこのルールを定立すべきか否か」といった問題については、「法の領域からは」答えが出てこない。それについては、次のようにしか言えない。すなわち、我々の法的思考という規準によれば、こうした結果を望むのなら、この法的ルールがそれを得るための適切な手段である、と⁽⁴⁰⁾。

ユルゲン・ハーバマスが論じるところによると、法における正当化の問題は、長い時間の経つうちに外に追いやられることがありえても、ヴェーバーがそう思い込んでいるのとは違い、それを永遠に追放し去ることはできないとされる。というのも、正当性があらゆる種類の法的権威にとってその存続のための必要条件であると仮定するなら、決断主義（それは原理上あらゆる理由づけに意義を認めない）に基づく合法性がいつたيدのようにして正当なものとなりうるのであろうか。ヴェーバーは答える。それは、法の執行・適用・制定の手続を厳格に遵守することによってである、と。だが、合法性概念がただ単に現存

の法秩序と一致することしか意味せず、逆にその秩序が、専断的に制定された法と同様、道徳的な正当化に服しないのだとすると、「ヴェーバーの」この説明によつては、合法性概念の信念がどのようにして正当化を生み出すのかという点が明らかにされない。なるほど、そうした解答は、循環論法に依拠する。すなわち、法的なるものを生み出す法秩序の正当性を我々が前提するならその限りにおいて、合法性概念の信念は正当性を創出することができる、というのがそれである。

ハーバマスは、近代法が合法性から分離してきたものであるという点については、ヴェーバーと見解を同じくする。しかし、ヴェーバーに逆らつて彼は、合法性の領域は全体として（他のいかなる類の規範的正当化でもなくまさしく）道徳的正当化を要求するものであると論じる。私は、道徳的及び非道徳的な形の政治的正当性が、特定種類の合理性の中に埋め込まれることもありうる、あるいはそれによつて引き起こされることもありうる、と考える点ではヴェーバーに同感で、必ずそうならねばならないと考えるハーバマスには同意しない。普遍主義的合理性については、どちらも価値中立的・形式的でこの意味で無内容だという点では、それを形式的（もしくは手段・目的的、あるいは合目的）合理性を表すものだとも考えることもできよう。さらに、この普遍主義的合理性については、決断主義的だという点では、それを目的合理性の特徴を持つものとも考えることもできよう。すなわち普遍主義的合法性は、法を実証主義的に捉える、つまり、互いに明確な論理的関係に立ち、そのため法以

外のいかなる規範をも必要としない明確な判断を可能とすることの一連の形式的諸命題として、法を捉えるのである。以上のことに対応して、個別主義的合法性概念については、どちらも価値負荷的かつ実質的であり、つまり個別的な、普遍化しえない内容によって特徴づけられるという点において、それを価値合理性を具現化するものと言うこともできよう。その場合に法的判断は、法の外にある価値に基づいてしかなされえないであろう。そしてその価値は、実質的規範（この規範は、もし仮にその内容がないならば、普遍主義的合法性の規範と同様、形式的なものとなるう）を満たすための内容として、法に導入されなければならないものである。

しかし、価値合理性は、必然的に道徳合理性となるわけではない。なぜなら、個別主義的合法性が担う価値は、常に規範的であるとはいえず、その規範性は、道徳的な性質のものであることを要しないからである。結局のところ、それが展開される不平等の種類が異なれば、個別主義にもいろいろなものがあるのである。動産として奴隷を認めることもアフーマティヴ・アクションをすることも、やり方はかなり異なるものの、どちらも個別主義によるものである。合衆国においては、前者は、少数派に不利に働くよう差別するもので、悪とされ、その一方で後者は、少数派に有利に働くよう多数派を差別するもので、悪とはされない（この理由で、私は、前者の種類と個別主義と区別するために、後者の種類の個別主義を「新個別主義」と称したのである）。

ハーバマスの主張はまた、我々の政治的秩序が存続するためには、個別主義的合法性が必要となることを示唆している。とはいえ、この示唆は、たとえ少なくとも政治の土俵の上では真実だとしても、憲法の土俵の上では真実ではありえない。たしかに今日、敵意からする法的差別が現に広く行われているというのに鑑みるなら、自由民主主義がその正当性を長くは維持することができないだろうというのは真実かもしれない（それが維持されなければならないということが明らかでないとしても）。いずれにせよ、合衆国の政治的秩序についての例の基本的文書、つまり憲法典は、完全な非差別的合法性概念を必要とはしていないし、それと同様に、敵意からする差別的合法性も保護的な差別的合法性概念も要求していない。その意味で憲法典は、いかなる特定の实質的⁴²道徳をも内包していない。それは、個別主義的（または新個別主義的）方法で解釈することができ、そのように解釈しなければならないわけではない。それは、普遍主義的方法でも有効に解釈することができる。法的なるものは、規範によつて正当化されなければならないが、ここで言う規範は、特に道徳的規範である必要はない。憲法典の規範は、全くではないにしても、曖昧である。次の章で私は、外在主義の見地から、境界づけられた規範的曖昧性についての私の考えを論証することにする。

第三章

憲法典は、普遍主義的合法性の言語で書かれている。一七八七年にそれは、「我々、国民」という名の下で批准された。その修正第九条は、「国民」の権利が政府および憲法に優越する存在であり、政府および憲法はそれを承認しなければならないことを定めている。その他いくつかの修正条項によつて保障される個人の基本的権利も、同様に普遍主義的である。そのような権利には、一七九一年に制定された言論、プレス、集会、および宗教の自由、人身および財産の不可侵、迅速かつ公正な裁判を受ける権利と公正な陪審により審理される権利、一八六五年の奴隷とされない権利、一八六八年の法の適正手続と法による平等な保護の権利、一八七〇年の人種および皮膚の色により差別されない投票の権利、一九二〇年の性別により差別されない投票の権利などが含まれる。

これらの権利は普遍主義的なものであるが、それは、皮膚の色・民族的出自その他、それらがおそらく適用されるだろう数多くの諸個人間にある、ありうべき区別に言及することなく起草されているからである。とはいえ、これらの権利は普遍主義的に機能しなかったことがよくあつたため、その歴史全体は、普遍主義的合法性が確実に拡張してきたことを表してはいない。その歴史の大部分の間、アメリカ社会は構造的な不平等に基づいていたが、それについては、白人男性の間でほとんど意見

の不一致は見られなかった。白人女性は、法的にも政治的にも白人男性よりも劣位におかれ、アメリカ・インディアンや自由民となった黒人は、すべての白人の下位に置かれた。アメリカ社会は、権利の普遍性ではなく、むしろ身分階級制にその基礎を置いていたのである。南北戦争以前には、法的平等は、国家的目標としては受け容れがたいものであつた。南北戦争後もせいぜいそれは、立法上の区別や制定法の適用における名目的公正性を意味するだけであつた。言い換えると、憲法典の普遍主義的言語は、二十世紀に入つてかなり経つまで、主として個別主義的手法により解釈されたのである。一九五四年になつて初めて、憲法典は、あらゆる生活局面において平等な取り扱いを受ける普遍主義的権利を持つていうような、そうした権利保有者からなる単一の共同体に備えるため、はつきりと普遍主義的に解釈された。⁴³それに続く三十年の間、外国人・非嫡出子・高齢者・女性といった推定的平等権を賦与された新しいカテゴリーに属する人が、全体的または部分的に憲法上の保護を獲得した。しかし、一九八六年にバーガー連邦最高裁判所長官が退官したことで、疑わしいカテゴリーの数はなканずく、性別、財産的差別、排他的ゾーニング、福祉年金における不平等、地方自治体のサービスもしくは学校財政といったものを含むまでには拡張されなかった。

特に、一九六〇年代におけるアフアーマティヴ・アクション立法および政策の登場により、憲法典の普遍主義的言語の解釈は、普遍主義と新個別主義の組み合わせへと変化した(その際、

新個別主義的合法性概念への傾向は、普遍主義的合法性概念へのより一般的な傾向よりも、はるかに微々たるものである)。

この一般的な動き(あるいはそれは「発展」でもある)は、普遍主義から個別主義へのスペクトラムの両極端(それに新個別主義は二つの間のどこかに位置する)の間の根絶できない緊張を示すものである。これは、ある種の法から別の種の法への変化ではなく、むしろある同じひとつの法が解釈される方法における一連の周期的変化なのである。個別主義と普遍主義は、一八六八年における合衆国憲法修正第十四条批准以前および以降のいずれにおいても、法的平等および法的差別についての憲法解釈の可能性における媒介変数を規定してきた。そして、個別主義と普遍主義は、とりわけ一九五四年のブラウン対教育委員会事件以降、やはり法的平等と法的差別についての憲法解釈の可能性における媒介変数を規定してしてきたのである。

(1) LAWRENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (1978) 991.

(2) 「等しい事例は同じように扱い、異なる事例は異なるように扱う」ことを差し止めるとしても、それでは不完全であり、補完されるまでは行動の指針とはなりえない。また、いかなる形態の合法性概念も、いずれにせよ決定不能である。どのように詳細に決せられた命令も、それを執行する者になんらかの裁量を委ねざるをえないのであるから、命令が全体的に決定されうることはない。ま

た、すべての法適用行為が、法によって部分的にしか決定されず、部分的に決定不能であるならば、決定不能な部分については、法の以外の決定に開かれていなければならない。この基本的な決定不能性は、必然的に法を適用することの自由裁量的性質を伴うものであり、したがって、裁量が存する場合には、デカルト流の主観的確信感¹⁵は存しない。

(3) ボーク裁判官でさえも、「憲法が定めていない場合には、裁判所は、各々主張を衡量する、それ自身の価値選択以外のいかなる尺度も見いだすことはできないであろう」と主張する場合には、記述された条文への厳格な忠誠を拒否しているように思われる。それにも関わらず、彼もまた、実際に推定される条文における「中立的原则」を基礎として、憲法を読む唯一の正当な手法として、条文へのかたくなな忠誠を擁護する。しかし、そのような原則を仮定した場合であっても、それらの例は、それらの適切な内容について、またはそれらが体现する規範を、裁判所がどのように引き出すべきであるかについて、それ自身では、我々に何も役に立つものを与えてはくれない。ボークが、勇気を持って自己の所信を主張すれば、彼の所信は、(ほとんど)沈黙の法律学になるであろう。ROBERT BORK, *NEUTRAL PRINCIPLE AND SOME FIRST AMERICAN PROBLEMS*, 47 *INDIANA LAW JOURNAL* 21-31 (1971).

(4) H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (1961).

(5) ペンサムに端を発する法実証主義は、一九世紀にジョン・オースティンによって発展させられた。ハートは、今日における最も影響を受けた主唱者である。今日では、実証主義は、法理論及び社会科学の領域においても同様に支配的である。実証主義法学についての法的データは、ルールであり、実証主義社会科学についての法的データは、定量化されかつ観察されうる行動である。

(6) RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986).

(7) ROGER COTTERRELL, *THE SOCIOLOGY OF LAW* (1984) 3. 例えば、ゴールドマン及びジャーニッツの著書において要約されているような、最高裁判所及びその他の裁判所の裁判官の「投票傾向」と考えられるものを記述し、予測するために、ブロック分析、累積スクーリング及び小集団分析を利用した司法「行動」研究における行動学的実証主義を参照のこと。SHELDON GOLDMAN AND THOMAS JAHNIG, *THE FEDERAL COURTS AS A POLITICAL SYSTEM* (1976).

(8) CLIVE GRACE AND PHILIP WILKINSON, *SOCIOLOGICAL INQUIRY AND LEGAL PHENOMENA* (1978). ブラックにとって、法は、「観察可能な行動にあるのであって、法律学という解釈学及び日常的な法的言語の双方において利用されているようなルールまたは規範概念としてのルールにあるのではない。政府の社会統制として定義される法は、測定可能な範囲で増減を繰り返しながら、様々な方法で「作動」

する。したがって、法の「平等」は、社会における階層の数とともに変化する。この手法により、ブラックは、下層に位置するものが上層に位置するものよりも、数量的に、請求し得る法が少ないと結論づけることが可能となる。DONALD J. BLACK, *THE BOUNDARIES OF LEGAL SOCIOLOGY*, 81 *YALE LAW JOURNAL* (1972) 1086-1100.

(9) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980) 16-17.

(10) 本論文のこの部分は、ルールが本来的に決定不能であるという考えについて、アメリカの法現実主義と見解を同じくするものであり、多くの重要な例において、判決が立法の中で潰されるものであるという信条について、批判的法研究と見解を同じくするものであり、さらに、文章解釈が形式的または「客観的」ではあり得ないという点について、法及び文学の動きと見解を同じくするものである。しかし、本論文の以降の部分のすべてにおいて、私は、それ自身客観的ではありえない解釈に対する客観的媒介変数を認めることによって、上記の動きの強度の主観主義的傾向を緩和する。換言すれば、完全な外在主義、または完全な内在主義のような、純粹な客観主義的手法、または純粹な主観主義的手法は、偏向しているのである。

(11) *REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. BAKE* 1978, 98 S. Ct. 2733.

(12) PAUL BREST, *THE MISCONCEIVED QUEST FOR THE ORIGINAL*

UNDERSTANDING (1980) 234.

- (13) DAVID KAIRYS, *LEGAL REASONING*, DAVID KAIRYS, ed., *POLITICS OF LAW* (1982) 14.

(14) さらに「裁判所の意見に含まれている先例は、本来的に不確定なものである。判旨を読むことが意図されたものでありえないばかりでなく、実際にはその意見を書いた者の意図とは反対のものであることもありうるという点を認めることは、どのような判読も可能であり、かつ正当なものであるということに暗に意味するものではない。しかし、そのことは、先例の意味が単に最近下された判決に過ぎないということを、暗に示しているのである。PAUL K. FEYERABEND, *AGAINST METHOD* (1988) 63.

- (15) See, RICHARD RORTY, *PHILOSOPHY AND THE MIRROR OF NATURE* (1979).

(16) See, W.V.O. QUINE, *Pursuit of Truth* (1990) 例えは、クインは、「文章は、ネイティヴ・スピーカーがその中の単語の一つを修得するに際して、それに同意することを修得するならば、分析的である」と主張する。Id., 16.

- (17) STANLEY FISH, *IS THERE A TEXT IN THIS CLASS?* (1980) 16.

(18) ファイアーアーベントによれば、「事実というものは、イデオロギー的要素、すなわち、視界から消え去り、決して明確な形で公式化されなかった古い見解を含むものである。そのような要素は、極めて疑わしい。それは、

第一に、それらの経年数及び曖昧な出自の故である。我々は、それらがいかなる理由で、及びいかなる方法をもって導入されたかを知らない。第二に、まさにそれらの性質が批判的検証からそれらを守り、かつ常に守ってきたことの故である。したがって、新たに、かつ興味深い理論と、確固として確立された事実の集積との間の矛盾の場合には、最善の手続は、理論を放棄することではなく、矛盾の原因となっている隠された原則を発見するために理論を使うことである」。FEYERABEND, *op. cit.* *supra* note 14.

(19) このことは、特に、個々の単語について真実である。すなわち、各当時の立法者、裁判官及び市民は、独立宣言の「人 (men)」という単語、修正第九条の「国民 (people)」という単語、または修正第五条の「人 (person)」という単語に、インディアン、黒人もしくは女性、または子供、外国人もしくは庶子が含まれるものとは理解しなかった。法的平等は、これらの者には拡大されえなかったし、また、その他の集団は、成文憲法の条文に、初期の世代の者によって意図されたものとは異なる意味を賦与することをしなかった。おそらく、法的意味論は、時を経て、自然科学的意味論の方法転換する。カーンは、「科学者及び素人の双方とも、世界を個別に、または項目ごとに見ることをせず」に、むしろ「経験の流れから全体の領域を分別する」ことを提案する。「太陽に付された

『惑星』という伝統的呼称を否定したコペルニクス学派の者は、『惑星』の意味するものが何であるか、または太陽が何であるかを学んでいたのみではない。むしろ、惑星という単語が、太陽だけでなく天体のすべてが、それらがかつて観察された方法とは異なる方法で観察された世界において、有用な区別を設けることを継続しようように、『惑星』の意味を変えていた。

- (20) Fish, *op. cit. supra* note 17, at 327.
- (21) SANFORD LEVINSON, LAW AS LITERATURE, 60 TEXAS LAW REVIEW 373-403 (1982) 391.
- (22) FORREST McDONALD, NOVUS ORDO SECLORUM (1985) 53-55. 奴隷は、法的に自由民と平等ではなかったが、女性及び子供も平等ではなかった。二世紀前に市民の権利が自由民に限られていたことは、共和制の原則に完全に一致しており、また、大部分の種類の共和制理論において不可欠なものと考えられた。この中の、及び十八世紀後半のアメリカの政治的論述に広まっていた「平等な」及び「平等」という語についての他の四つの用法の中の、たった一つだけが道徳的に受け入れられ得る制度としての奴隷制の可能性を否定していた。
- (23) もちろん、反対意見だけは例外である。反対意見は、一方の側だけによって記述され、あらゆる妥協が排除される。
- (24) JOSEPH VINING, GENERALIZATION IN INTERPRETIVE THEORY,

30 REPRESENTATIONS 1-12 (1990)

- (25) RICHARD RORTY, CONSEQUENCES OF PRAGMATISM (1982) 157.
- (26) Fish, *op. cit. supra* note 17.
- (27) DWORKIN, *op. cit. supra* note 6, at 5.
- (28) 実際には、ドウォーキンには「概念 (concept)」と「概念内容 (conception)」とを区別することによって、正確にこのことを主張する。彼は、憲法解釈を、父親によって、公平であれと教示された息子が直面する問題になぞらえている。ドウォーキンによれば、父親は、その息子に公平さの概念を課するが、教示の際に父親がたまたま抱いていた特定の公平さの概念自体を課するわけではない。RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977) 134-6, 226.
- (29) Ely, *op. cit. supra* note 9, at 88n.
- (30) 例えば、一九五四年のブラウン対教育委員会事件判決は、判決によって生じた論争及び、十年以上にもわたる当該判決の実現に対する広範な拒絶を考えれば、当時並びにその後の数年における国家的エートスの読み違いを示す、人種的平等に関する規範を包含するものである。実際に、エートスは分かれていた。
- (31) G. NIGEL GILBERT AND MICHAEL MULKAY, OPENING Pandora's Box (1984). ギルバートとマルカイは、自然科学者を研究し、個々の科学者が自己の論理的立場を、自然界

が統制された実験での認定事実「発現」した限りにおいて、当該自然界についてのいっさい媒介のない表現として示す傾向にあることを見いだした。対照的に、他の科学者の行為もしくは判断が誤っている、または誤っていたと叙述される個々の科学者は、前者に当たる科学者を極めて非本質的な表現で特徴づけ、そして解説する。

科学的発言者は、自己の見解と自然界の見解が一つのものであり、同一のものであるという印象を各々が与えるので、特に、自己が自然界の現実にアクセスする特権を有していると思われる判断を構築できるように思われる。同様に、多くの立法者、裁判官及び法律学者（その他の解釈者も含む）は、各々の見解を成文憲法条文中のそれと同一視する。したがって、法においても、合意の明確な存在または欠如は、単なる観点の問題となりうる。

- (32) PAUL BATOR, *THE STATE COURTS AND FEDERAL CONSTITUTIONAL LITIGATION* (1981) 633.

- (33) 二百年以上にわたって、成文憲法は、解釈及び適用について、文字通り、タルムードの理論を生じてきた。極めて広範に利用されている理論のいくつかをカテゴリー分けする試みの一つ (WALTER F. MURPHY, JAMES E. FLEMING & WILLIAM F. HARRIS, *CONSTITUTIONAL INTERPRETATION* (1986)) は、今日の解釈の方法にある意味での多様性を与える。この三層モデルにしたがえば、「解釈の方法」は、解釈者が文書を知覚する最も基本的な方法を意

味する。すなわち、原文固執主義対超越主義、固定された文書対変化する文書、ルールとしての文書対ビジョンとしての文書である。「分析的方式」は、人が憲法解釈作業において上記の手法をどのように利用するかを示すものである。すなわち、言語的、歴史的、構造的、教義的及び諮問的目的である。「分析の技術」は、特定の解釈の手だてを意味する。すなわち、文理解釈主義、演繹的推論、帰納的推論、憲法制定者の意思、先例拘束性、比較衡量、並びに道徳的及び政治的哲学である。また、このリストは、憲法注釈に広く適用されるいくつかの二分法を含まない（実際には拒絶する）。すなわち硬性憲法対自由憲法、司法積極主義対司法の自主規制、実体法対手続法、及び解釈主義対非解釈主義である。

- (34) 例えば、ALASDAIR MACINTYRE, *AFTER VIRTUE* (1984).

- (35) 例えば、ANDREW ALTMAN, *LEGAL REALISM, CRITICAL LEGAL STUDIES, AND DWORKIN*, 15 *PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS* 205-35 (1986).

- (36) この問題は、例えば自己の生活についての無名の知識または論述といったフーコーの概念のような、共有意見または集団的意見表明に対する他の選択肢によって解決されるだろうか。フーコーの見解によれば、「一連の無名で、歴史的なルール」は、「統一的無名性にしたがって、この散漫な領域において発言をなさそうとするすべての個人に作用する」。フーコーにとって「論述」とは、「主題

を思考し、知覚し、及び発言するという、莊嚴と述べた意思表明」を意味するのではない。フーコーの意味するものは、それらの中において観察されうる、上述のものの全体性、関係、不変性及び変質である。フーコーの関心は、誰がまたは何が主権であるかを、どのように国民が憲法上決するかにあるのではなく、国民自体がどのように構成されるかにある。(フーコーの理論は、確かに、憲法制定の際に国民が自分自身を構成するという考え方を否定する)。彼は、個人が自分自身を人及び代理人と考えることのできるすべての方法は、実際には、歴史的事件の網の中で構成されたものであるということを認識し、したがって、論述の歴史的条件故に、論述が発言者の意識された欲求によってではなく、一過性のものによって決せられることを認識する。我々を支え、かつ決定する歴史は、力の関係からなるのであって、意味の関係からなるのではない。

集団的意思、エートス及び規範的合意といった議論のある考え方が欠如している一方、この概念自体は、正當な憲法解釈にいささかの基礎も提供しないし、むしろ、そのような基礎づけのすべてを不可能にする。本体の自我の可能性を否定するため、フーコーは、人類は自己を個々に、または集団的に決定することはできないと結論づける。したがって、彼は、政治的及び社会的現象がテキストを基礎として、意識的及び故意に形成され、並び

に変形されうるといふ、本稿の仮定とは 意見を同じくしない。このようなフーコーの理論は、上述の問題に対して有効な解決を提供しない。Michel Foucault, *The Archaeology of Knowledge* (1972) 117, 63, 55, 122.

(37) Max Weber, *Economy and Society* (1978).

(38) 内容を有することとルールに拘束されることは、同意語ではない。例えば、デルポイの神託は、古代ギリシアの神学上の意味を有するが、それでも、異なる神託官の予言の間における統一性を提供する何らかのルールまたは原則によって導かれるものではない。ヴェーバー学派によれば、神託官の法は、本質的に非合理的である。

(39) 近代資本主義と、いわゆるプロテスタントの倫理については、本稿とは関係がないので、これ以上考慮しないこととする。

(40) Max Weber, *From Max Weber* (1946) 144-45.

(41) Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action* (1984) 265.

(42) フラーは、『法の道徳性』というタイトルの著書において、一般的に、法においてなんら実在的な道徳を見いだしていない。彼にとつての法の意味は、その目的である。つまり、法の意味は、最初に法の適切な適用を定義する法的文書よりむしろ、その目的である。フラーは、例えば、常に法を首尾一貫し、かつ明確なものにするような方法での法制定、または法解釈といった、形式手続的意

味における「目的」を記述する。法の道徳性は、「倫理的問題の広い範囲を超えて中立的であり」、また、「法の内面的道徳性は、極めて多様な実在的目的を支持する」。

LON FULLER, *THE MORALITY OF LAW* (1969) 162, 153.

- (43) STANLEY N. KATZ, *THE STANCE BIRTH AND UNLIKELY HISTORY OF CONSTITUTIONAL EQUALITY*, 75 JOURNAL OF AMERICAN HISTORY 747-762 (1988) 751n, 758.

- (44) ここで私が述べるのは、全員一致で、公立学校における人種の統合を命じた一九五四年のブラウン対教育委員合事件のことである。

- (45) したがって、私は、法の形態における歴史的変化についての他の二元論的な説明とは異なる。他の二元論的説明には、例えば、実法的法から形式的法への変動 (WEBER, *op. cit. supra* note 37 及び GUNTHER T. EUBNER, *SUBSTANTIVE AND REFLEXIVE ELEMENTS IN MODERN LAW*, 17 LAW SOCIETY REVIEW 239-85 (1983))、抑制的法から自律的法への変動 (PHILIPPE NONET & PHILIP SZCZNIK, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION* (1978))、抑制的刑法から賠償的刑法への変動 (EMIL DURKHEIM, *THE DIVISION OF LABOUR IN SOCIETY* (1964))、及び法治行政から官僚的行政への変動 (EUGENE KAMENKA & ALICE ERH-SOON TAY, *BEYOND BOURGEOIS INDIVIDUALISM: THE CONTEMPORARY CRISIS IN LAW AND LEGAL IDEOLOGY*, EUGENE KAMENKA & R.S. NEALE ed., *FEUDALISM, CAPITALISM AND BEYOND* 1277-44 (1975))、及び

の衰退と公法の優位性の増大 (WOLFGANG FRIEDMAN, *LAW IN A CHANGING SOCIETY* (1967))、私法と公法の融合 (J.T. WINKLER, *LAW, STATE AND ECONOMY: THE INDUSTRY ACT 1975 IN CONTEXT*, 2 BRITISH JOURNAL OF LAW AND SOCIETY 103-28 (1975) 及び ROBERTO UNGER, *LAW IN MODERN SOCIETY* (1976))、また、ローレンと裁量 (ROSCOE POUND, *INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW* (1954))、非形式主義と非形式主義 (RICHARD L. ABEL, *DELEGALIZATION: A CRITICAL REVIEW OF ITS IDEOLOGY, MANIFESTATIONS, AND SOCIAL CONSEQUENCES*, E. BLANKENBURG, E. KLAUSA & H. ROTTLEUTHNER ed., *ALTERNATIVE RECHTSFORMEN UND ALTERNATIVEN ZUM RECHT* 27-47 (1979))、あるいはローと政策との間における変動の継続的循環 (PATRICK S. ATYAH, *FROM PRINCIPLES TO PRAGMATISM* (1978)) 的な場合がある。