

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 6 日現在

機関番号：32644

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2014

課題番号：25780019

研究課題名(和文) アメリカ合衆国におけるコモン・ロー的な生ける憲法論の研究

研究課題名(英文) Study of Living Constitution in the United States from a Viewpoint of Common Law

## 研究代表者

大江 一平 (OOE, Ippei)

東海大学・総合教育センター・准教授

研究者番号：20509624

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,200,000円

研究成果の概要(和文)：本研究において研究者(大江)は、コモン・ローの観点からアメリカ合衆国における生ける憲法の意義を研究した。そして、(a)生ける憲法の形成を理解するには、連邦最高裁の判例だけでなく、連邦議会の立法や大統領の先例を考慮する必要があること、(b)成文憲法と生ける憲法は相互補完的なものであること、(c)裁判官は司法審査によって生ける憲法を成文憲法と調和させるべきであることを明らかにした。

研究成果の概要(英文)：In this project, I studied the significances of living constitution in the United States from a viewpoint of common law. I concluded that (a) Supreme Court cases, congressional statutes and presidential precedents should be taken into account for the full understanding of the formation of living constitution, that (b) written constitution and living constitution are mutually supplementary, and that (c) judges should reconcile living constitution with written constitution by judicial review.

研究分野：憲法学

キーワード：生ける憲法 成文憲法 不文憲法 原意主義 コモン・ロー

1. 研究開始当初の背景

(1) アメリカ合衆国における生ける憲法論

従来、日本の憲法学においては、憲法の制定、改正、変遷といった憲法の変動を検討する際には、主としてドイツやフランスの議論を取り上げる傾向が強かった。しかし、憲法の変動についてはアメリカ合衆国(以下、アメリカ)においても非常に豊富な議論がなされている。アメリカ合衆国憲法(以下、アメリカ憲法)5条は、憲法修正(amendment)という形での憲法改正手続を規定するが、その手続は非常に厳格であり、成立した憲法修正は数えるほどしかない。

ところが、アメリカ憲法史においては、1930年代のニューディール政策や1960年代の市民権運動等の事例に見受けられるように、5条の手続では十分に説明できない多くの変革がなされてきた。それゆえ、アメリカにおいては、正式な憲法改正手続を経ずに生じた変革の法的性質をどのように理解するのかという生ける憲法(Living Constitution)をめぐる問題が活発に議論されてきた。

(2) 「新しい原意主義」の台頭

1980年代から有力に主張され始めた原意主義(R・バーガー等)は、裁判官が生ける憲法を憲法解釈の対象とすることを批判し、憲法解釈の法源を憲法制定・改正プロセスにおける人民の決定に源泉を求める。しかし、従来のこうした「古い原意主義」に対しては、原意確定の困難性、過去の世代による将来世代の拘束といった多くの批判がなされてきた。

これに対して、1990年代以降の原意主義は「新しい原意主義」と呼ばれ、その主たる論者としては、K・ホイットントン、R・バーネット、J・バルキン等があげられる。従来の「古い原意主義」が制憲者の主観的意図を重視し、連邦最高裁の諸判決への批判や司法の抑制に焦点を当てていたのに比べ、「新しい原意主義」は、司法の抑制にとらわれず、憲法条文の客観的意味を重視し、憲法条文の意味が憲法解釈では確定できない場合に、政治領域において憲法の意味を練り上げる憲法構築(constitutional construction)を行うことで「古い原意主義」の問題点を克服し、生ける憲法に対処しようとする(Keith E. Whittington, *The New Originalism*, 2 GEO. L. J. 1113 (2003))。

(2) コモン・ロー的な生ける憲法論

正規の憲法改正条項によらざる形での人民の熟議に基づく高次法形成によって生ける憲法が形成されると主張するB・アッカーマンは、「古い原意主義」では、生ける憲法として確立された1930年代のニューディール政策や1960年代の市民権運動の成果を正當に評価できないと批判する(Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737 (2007))。しかし、アッ

カーマン等の人民主権論的な生ける憲法論と「古い原意主義」は、人民主権が発動される憲法の制定・改正を重視する点では共通する。これに対して、慣習や伝統、憲法判例からなるコモン・ローに基づいて漸進的に生ける憲法が形成されると主張する論者は、必ずしも人民主権の要素を重視しない。例えば、こうしたコモン・ローを重視する生ける憲法論(以下、「コモン・ロー的な生ける憲法論」と表記。)を主張するD・ストラウスは、成熟した社会においては正式な憲法改正条項の役割が低下するので、生ける憲法が憲法改正のほぼ唯一の手段になると主張する(DAVID A. STRAUSS, *LIVING CONSTITUTION* (2010), at 115-117)。

ストラウスは、「古い原意主義」では生ける憲法に対処できないこと、たとえ穏健な「新しい原意主義」であっても、制憲者の主観的意図を離れて憲法条文を客観的に解釈しようとするあまり、かえって憲法条文を解釈する際の一般性(generality)レベルの選択が困難となる点で、裁判官を拘束する憲法解釈の方法論として不適當であること、修正1条の表現の自由保護原理や、公立学校の人種別学を違憲としたBrown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954)を生み出してきたのは、憲法条文や制憲者の原意ではなく、むしろコモン・ローに基づく生ける憲法であることを指摘し、さらには、一定の場合に、裁判官が「公正および善き政策(fairness and good policy)」に関する自らの観点に基づいて判断することを率直に認める(STRAUSS, *LIVING CONSTITUTION*, at 25-29, 44-45, 51-92.)。

(4) 研究者のこれまでの研究成果

研究者(大江)はこれまでの研究で、アメリカにおける生ける憲法論を検討し、原意主義等の従来の憲法解釈の手法では生ける憲法を説明できないこと、生ける憲法に対処する憲法理論が不可欠となること、そして、生ける憲法の形成プロセスを明確化することの重要性を指摘してきた(大江一平「ブルース・アッカーマン—We the Peopleの高次法形成とアメリカ合衆国憲法の変動—」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像—理論家編—』159-178頁(尚学社、2010年)(査読なし)、大江一平「スティーブン・グリフィン教授の発展的憲法理論とその意義—アメリカ合衆国における生ける憲法をめぐる議論との関連で—」東海大学文明研究所編『文明』16号29-39頁(2011年)(査読あり)等を参照)。

しかし、での考察対象は専ら「古い原意主義」であり、「新しい原意主義」の議論ではなかった。については、人民主権の要素を必ずしも重視しないコモン・ロー的な生ける憲法論の検討が不十分であった。また、については、生ける憲法が裁判所と政治部門の相互作用を通じて形成されることから、大

統領、連邦議会、連邦最高裁の三権が憲法解釈の権威を共有するとする部門主義の観点からの検討が欠かせない。

## 2. 研究の目的

### (1) コモン・ロー的な生ける憲法論の考察

本研究において研究者は、アメリカ合衆国においては、先例や伝統からなり、成文憲法と同様の役割を果たすコモン・ローに基づいて生ける憲法（不文憲法）が形成されてきたとする憲法理論（「コモン・ロー的な生ける憲法論」）の意義を検討する。本研究の目的は以下の3点に要約される。

まず、正式な憲法改正がほとんど行われない成熟した社会における法形成のあり方や憲法解釈の手法を考察する際には、憲法の制定・改正プロセスに固執する傾向のある人民主権論的な生ける憲法論や、憲法条文の解釈に重点を置く新旧の原意主義だけでは不十分であり、憲法判例や、通常立法および行政実務等の伝統・慣習の積み重ねを重視するコモン・ロー的な生ける憲法論が有意義な観点を提供することを明らかにする。

次に、裁判官を拘束する憲法解釈の手法としては、憲法条文の客観的意味を重視するあまり、憲法条文を解釈する際の一般性レベルの選択が困難となる「新しい原意主義」よりも、裁判官の価値判断に基づく法形成の余地を率直に認めるコモン・ロー的な生ける憲法論の方が優れていることを明らかにする。

最後に、全憲法秩序を視野に入れる部門主義の観点から、コモン・ロー的な生ける憲法が、憲法判例のみならず、裁判所と政治部門の憲法解釈の相互作用を通じて形成されることを明らかにする。

### (2) 本研究の独創性

日本において、従来の生ける憲法をめぐる議論は、人民主権論や憲法制定権力論の観点から考察されることが多く、コモン・ロー的な観点からの研究は必ずしも多くなかった（先行業績として、守屋明「カール・ルウェリンの法理論 法体系の機能主義的理解を中心として」(1)(2)(3・完) 法学論叢 105 巻 3 号 44 頁、106 巻 2 号 22 頁(1979 年)、107 巻 3 号 52 頁(1980 年)等を参照。憲法解釈論の観点からのコモン・ローの考察として、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』(2000 年)第 3 章等を参照。)また、生ける憲法、原意主義、部門主義は、それぞれ別個に考察される傾向にあり、三者の相互関係を横断的にとらえた研究が不十分であった。

それゆえ、本研究の独創性は、成熟した社会における法形成のあり方や憲法解釈の手法について、コモン・ロー的な生ける憲法論を手がかりとして、かつ原意主義や部門主義の観点を交えながら検討する点にある。

## 3. 研究の方法

### (1) 平成 25 年度の研究

#### 「新しい原意主義」の検討

K・ホイットントン (KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (1999); KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION (1999); Keith E. Whittington, The New Originalism, 2 GEO. L. J. 1113 (2003))、R・バーネット (Randy E. Barnett, An Originalism for Nonoriginalist, 45 LOY. L. REV. 611 (1999); RANDY E. BARNETT, RESTORING THE LOST CONSTITUTION (2004))、J・バルキン (JACK M. BALKIN, LIVING ORIGINALISM (2011))等の論者に代表される「新しい原意主義」の議論を検討した。

#### コモン・ロー的な生ける憲法論

上述の議論と比較しつつ、D・ストラウス (DAVID A. STRAUSS, LIVING CONSTITUTION (2010))の他、K・ルウェリン (Karl N. Llewellyn, The Constitution as an Institution, 34 COLUM. L. REV. 1 (1934))、R・ポズナー (RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY (2003))およびC・サンステイン (CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999))等の論者に代表されるコモン・ロー的な生ける憲法論（ここでは「生ける憲法」という用語に直接言及していない論者も含む）を検討した。

### (2) 平成 26 年度の研究

#### コモン・ロー的な生ける憲法の具体例

D・ストラウスが提示するコモン・ロー的な生ける憲法の具体例 (See, DAVID A. STRAUSS, LIVING CONSTITUTION (2010), at Ch.3, 4, and 6.) を検討した。

まず、修正 1 条の表現の自由保護原理および人種平等に関する判例法理を検討する。前者については、Schenck v. United States 249 U.S. 47 (1919)から New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 254 (1964)等に至る主要判例を、後者については、Plessy v. Ferguson 163 U.S. 537 (1896)から Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954)等に至る主要判例を検討した。

次に、正式な憲法改正を行わなかったにもかかわらず、それに匹敵する変革が行われた 20 世紀以降の連邦政府の権限拡大の事例や、正式な憲法改正が行われたにも関わらず、社会の意識が変化するまで当該憲法改正が本来の効果を発揮できなかった南北戦争修正条項の事例を検討した。

コモン・ロー的な生ける憲法論の形成プロセス

コモン・ロー的な生ける憲法は、裁判所と政治部門の相互作用によって形成される。しかし、ストラウス等の議論はこの点に十分言及していない。そこで、部門主義との関連で、連邦最高裁の役割だけでなく、連邦議会や大統領を含めた全憲法秩序を視野に入れて、生ける憲法を説明しようとする上述のバルキンや、S・グリフィンの発展的憲法理論(See, Stephen M. Griffin, *Rebooting Originalism*, 2008 U. Ill. L. REV. 1185 (2008); STEPHEN M. GRIFFIN, *LONG WARS AND THE CONSTITUTION* (2013))、そして、正式な憲法修正や連邦最高裁の憲法判例からなる大文字の憲法(Constitution)のみならず、各種法令や行政実務からなる小文字の憲法(constitution)がアメリカ立憲主義において大きな役割を果たしていることを主張するW・エスクリッジおよびJ・フェレジョンの議論(WILLIAM N. ESKRIDGE JR. AND JOHN FERREJOHN, *A REPUBLIC OF STATUTES* (2010))の議論を検討した。

さらに、ポピュリスト憲法学の立場から、不文憲法(生ける憲法)と成文憲法の相互補完性を指摘するアキル・アマーの議論(AKHIL REED AMAR, *AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION; THE PRECEDENT AND PRINCIPLE WE LIVE BY* (2012))や、人民主権を強調する二元的民主政理論の観点から1950~60年代の市民権運動を再解釈するB・アッカーマンの議論(BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE 3: REVOLUTIONS* (2014))も併せて検討した。

#### 4. 研究成果

本研究において研究者は、コモン・ロー的な生ける憲法の形成に際して成文憲法が果たす役割に特に注目した(本成果報告書2.(1)

および3.(2)を参照)。そこで、上述のA・アマーの不文憲法論(AMAR, *AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION*)を重点的に考察した。

アマーは、例えば、人種隔離が本質的に不平等であることが憲法に明文化されていないこと等に見受けられるように、成文憲法だけでは実際にアメリカを統治するルールを十分に描出することはできず、それゆえ、アメリカの統治制度の根底をなす不文憲法の検討が必要になると主張する(AMAR, *AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION*, at ix. なお、「生ける憲法」について、アマーはもっぱら「不文憲法」という表現を用いている。)

また、アマーは、合衆国最高裁の判例、議会制定法、大統領布告等が不文憲法の一部であること、不文憲法と成文憲法が相互補完的な関係にあることを指摘する(AMAR, *AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION*, at ix-xi)。

これに対し、コモン・ロー的な生ける憲法論を主張するストラウスは、連邦議会の立法権限や人種平等、表現の自由に関するアマーの議論が成文憲法の役割を過大評価しており、必ずしも説得的な憲法解釈ではないと批判する(David A. Strauss, *Not Unwritten, After All?*, 126 HARV. L. REV. 1532 (2013))。

アマーの議論に対するストラウスの批判には相応の理由がある。しかし、アッカーマンの二元的民主政理論等の従来の生ける憲法論については、成文憲法を軽視しているとの批判がしばしばなされてきた。それゆえ、アマーが成文憲法を重視しつつ、その行間を読む形で不文憲法の解釈を行い、最高法規としての憲法を遵守する裁判官の司法審査によって成文憲法と不文憲法を矛盾無く調和させようと試みる点が注目される(AMAR, *AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION*, at Ch. 1 and 5)。また、成文憲法の重要性を指摘する点でアマーとストラウスの議論には共通点が見出される。

以上の考察を通じて、コモン・ロー的な生ける憲法の形成を理解するには、部門主義の観点から、連邦最高裁に加えて、連邦議会の立法や大統領の先例に注目する必要があること、成文憲法と生ける憲法(不文憲法)は相互補完的なものであること、そして、裁判官は司法審査によって生ける憲法を成文憲法と調和させるべきであることを明らかにした(大江の研究業績〔雑誌論文〕を参照)。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計1件)

大江一平「著書紹介 アメリカ合衆国の不文憲法 AKHIL REED AMAR, *AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION; THE PRECEDENT AND PRINCIPLE WE LIVE BY*」[2014-1]アメリカ法79-84頁、査読無。

〔学会発表〕(計 件)

〔図書〕(計 件)

〔産業財産権〕  
出願状況(計 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況(計 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕  
ホームページ等

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

大江 一平 (OOE Ippei)  
東海大学・総合教育センター・准教授  
研究者番号：20509624

##### (2) 研究分担者

( )

研究者番号：

##### (3) 連携研究者

( )

研究者番号：