

研究ノート

憲法実践の歴史と憲法解釈

—liquidation をめぐる言説—

富井 幸雄

新法はすべて、最大限の技巧で筆入れされ最大限の熟議で制定されたのであるけれども、その意味は、一連の具体的な議論と判断によって明瞭にされ (liquidated) 確定される (ascertained) までは、多かれ少なかれ (more or less)、ぼんやりではっきりしない (obscure and equivocal) と考えられる。—J・マディソン¹⁾

1 はじめに—トーマス判事の葛藤？

成文憲法の制定には耐久性の期待がこめられ (endurance or resilience)、憲法規範の具体的な意味は、その時代で実践されて定着する。²⁾ これに不可避の憲法解釈は、多様で複雑である。憲法の条文自体が一義的で明確ならば造作ない。しかし、ほとんどはそうでないので、科学的な解釈方法で憲法条文の意味が確定されなければならない。これは権力分立の解釈に顕著で、³⁾立憲主義の始

1) THE FEDERALIST PAPERS 229 (Clinton Rossiter ed. 1961) No.37 (Madison).

2) 「憲法の条文は枠組み (framework) である。それは政治の基本計画 (basic plan) である。憲法の批准は、多世代にわたる憲法のプロジェクトの始まりである。各世代はその部分を引き受け、計画を進めていき、アメリカ人の必要と価値に確実に適合し続けていかなければならない。アメリカ人は、立憲政治を通して、時代を超えてこのプロジェクトを満たす。人民は憲法の計画を実現し、その目的を進展させていく最善の道について相互に同意することで、互いを説得していくのである」。JACK BALKIN, LIVING ORIGINALISM 4 (2011). 「憲法とは、いってみれば一国の政治というゲームの基本ルールである」。樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』(岩波書店、1999年) 43頁。

3) 連邦制と同様に、権力分立は曖昧で理論も確固たる答えを提供してきていないし、その目的も多様であるから、主観的な価値判断や憲法上の政策形成を許容する

動と同時に憲法を一次的に実践していくのを、権力機構は迫られる。統治機関がこれを解釈して運用していくわけだが、歴史の過程でその解釈が固まっていくことがある。わが国でそのような議論はみないけれども、アメリカ憲法ではこうした実践＝憲法解釈 (constitution-in-practice) が認識される。実践の歴史によって解釈が形成され、やはり権力分立の憲法解釈に当てはまる。⁴⁾

憲法は国家統治を初期設定 (default) する。そこには遺漏された規範もあるし、具体的な意味を想定していないものもあろう。憲法の条文が時代にあわなくなることもあるから、憲法は改正手続条項を設けている。⁵⁾ アメリカ憲法がかくも永続しているのは、こうした憲法構造にあって、時代時代でその意味を確定させていき、そして変えていったことにあるのかもしれない。

憲法条文の意味の確定は違憲審査制にあって、なるほど司法が担う。憲法解

ところとなる。「権力分立の目的はあまりに一般的に多様であるから、十分な具体的指針を提示することができない [のであって]、特定の条文のいかなる根拠も、歴史の実践あるいは司法の先例も欠如しているなかで、こうした広汎でよく争いとなる目的から、何層もの罷免の受容できる制限の数や立法者の原告適格の許容性や、ほとんどの権力分立の自由な問題について相当な結論に合理的に移動させうる」。John F. Manning, *The Means of Constitutional Power*, 128 HARV. L. REV. 1, 55-57 (2014) .

- 4) Curtis A. Bradley & Trevor W. Morrison, *Historical Gloss and the Separation of Powers*, 126 HARV. L. REV. 411, 417 (2012). 「歴史は権力分立法を支配する」。Shalev Roisman, *Constitutional Acquiescence*, 84 GEO. WASH. L. REV. 668, 669 (2016). 執行権内の法律家とりわけ法制局 (Justice Department's Office of Legal Counsel) は、大統領権限などについて実務などの歴史を援用する。CURTIS A. BRADLEY, *INTERNATIONAL LAW IN THE U.S. LEGAL SYSTEM* 26 (2nd ed. 2015). 「長期に確立し安定された実践は、[権力分立のような] 性格の憲法規定を適切に解釈するには相当な重きを置かれた考量となる」。The Pocket Veto Case, 279 U.S. 655, 689 (1929). 国家承認権の所在をめぐる *Zivotofsky v. Kerry* (135 S. Ct. 2076) でも、権力分立では最高裁は歴史的实践に相当な重きを置いてきたと認識している。この事件について、富井幸雄「アメリカ憲法における国家承認権の所在—ジヴォトフスキー事件を素材として」法学会雑誌 56 巻 1 号 289 頁、平成 27 年、参照。
- 5) 憲法改正の根本理由は、「現在の現実と価値と志望 (aspiration) を反映させて、高次法によって一緒に拘束された人民をアイデンティファイすること」である。RICHARD ALBERT, *CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: MAKING, BREAKING, AND CHANGING CONSTITUTION* 36 (2019).

積で判事は歴史を重視することがあり、時にそれは義務ともされるが、憲法の文言の原意がすべてといえるかはともかく、規範の解釈で歴史をブレンドさせるのに異論はないようだ。⁶⁾ アメリカでは、「歴史は、一般的にかつ連邦裁判所法の領域で憲法裁判に普遍的に重要なのである」。⁷⁾ 問題は、憲法条文を歴史にどうブレンドさせるかである。司法の憲法判断は司法権の権能行使の要件を満たす訴訟に限定されるから、憲法を一次的に解釈し執行するのは政治部門である。それがその憲法解釈と実務の歴史で憲法の意味を安定させるのにも、注意したい。

アメリカ連邦最高裁（以下、最高裁）はこれを認識している。アメリカ憲法（以下、憲法）修正第 2 条は、「規律ある民兵は自由な国家にとって必要であるから、人民が武器を所持し携帯する権利は奪われない」と規定する。この市民の武装権が民兵という軍事的なコンテクストで保障されるのか、自己防衛のための権利なのか、長年にわたり解釈の問題となっていた。ついに、2008 年、最高裁は後者と判断し（Heller 事件）、さらにその後、同条は修正第 14 条を通して州にも適用されるとし（McDonald 事件）、同条が第一級の人権であることを明確にした。⁸⁾ 両判決は自宅での銃所持に関する規制を違憲としたもので、

6) Richard H. Fallon, Jr., *The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication*, 90 NOTRE DAME L. REV. 1753, 1803 (2015). 歴史には規範的効果もあり、「①憲法事件の判断で判事が多様な歴史現象に重きを置くのは、法的に可能である②実際、判事はときどきそうするように義務付けられる③憲法上の文言の意味の原初の意味あるいは最善の原初的解釈は、憲法訴訟の帰結を常にコントロールするわけではない④法的に適切な (pertinent) 歴史を見定め、そのうちのどの要素が個々の事件での結論を導き出すべきなのかを決定するとき、判事は必然的かつ適切に、歴史と規範の分析をブレンドすることになる」。Id. at 1802-3.

7) Id. at 1833. そうした歴史の要因として、憲法の言語的かつ文化的な先行、制憲期の法的実践、制憲者のもともとの意図、原初的理解、憲法上の文言の公的原初の意味 (original public meaning) をあげる。Id.

8) *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010). 両判決の意義について、富井幸雄「修正第 2 条の位相 (1) (2) — Heller と McDonald の衝撃」法学新報 128 卷 1・2 号 167 頁、3・4 号 269 頁、2021 年、参照。本条の解釈について、富井幸雄『共和主義・民兵・銃規制—合衆国憲法修正第二条の読み方』（昭和堂、2002 年）、参照。

2022年には、公けの拳銃の携帯に対する厳格な許可制も違憲と判断している (Bruen 事件)。⁹⁾

この Bruen の法廷意見を書いたトーマスは、Heller と McDonald に全面的に依拠しながら、銃を公に携帯する権利は同条の文言や原意から明白で、それは1200年代にさかのぼるイングランドから20世紀初頭までのアメリカの歴史が支えているとして、とりわけ制憲後の歴史 (postenactment history) を重く考量することで、同条がその時代にどのように解釈されてきたかを検討しなければならないとした。¹⁰⁾ マディソンの言を引きながら、「一定の実務の流れ (regular course of practice)」が、議論のあるもしくは未決の (indeterminate)、文言や文の意味を明らかにして落着させる (liquidation) のであるとし、先例を引用して、「政府の実務がこの共和国の当初から解放されて広汎で不変であるところでは、その実務が曖昧な憲法条項をわれわれが解釈するのをガイドすべきである」とした。¹¹⁾

この liquidation (LQ) は、制憲後の歴史的实践を憲法解釈の基軸に据え、「憲法上の論争を解決させるのに制憲後の実務を見つめる特別な手法で、憲法における歴史的实践を不安定で恣意にさせず、厳密にさせるために使われ

9) N.Y. State Rifle & Pistol Ass'n v. Bruen, 142 S.Ct. 2111 (2022). NY州法は公の携帯 (public carry) の許可に「適切な理由 (proper cause)」の証明の要件を課し羈束裁量 (shall issue) にしていないのは、憲法修正第2条と第14条に反すると判示した。

10) *Id.* at 2135-37 (Thomas, J., delivering). Heller を引用し、同条がその採択後から19世紀末までいかに解釈されたかは、「憲法解釈の喫緊の道具を示している」から、同条の公的理解 (public understanding) を決定するには、採択後の多様な法的資料を検証しなければならないとする。この判例のコメントとして、富井幸雄 [アメリカ法] 2023-1号、80頁、参照。トーマスは McDonald の補足意見で、修正第2条が第14条に編入されるのは同条制定の歴史から同条制定者の意図として明らかなのを実証している。富井、前掲 (8) 論文、184頁。なお法廷意見 (アリート) は第14条制定前の歴史から説き起こし、修正第2条の権利は確定されていたと説く。同上、181-83頁。

11) *NIRB v. Noel Canning*, 573 U.S. 513, 572 (2014) (Scalia, J., concurring). ただ、スカリアは本件でのかかる原理の適用を疑問視している。法廷意見はブライヤーになり、ギンズバーグ、ソトマイヨール、ケネディ、ケーガンが同調、スカリアが補足意見を述べ、これにロバーツ長官、トーマス、アリートが同調。

る]。¹²⁾ 憲法は新たな国家政府の枠組みだけを規定し、その具体像はその後の歴史的展開、それも比較的初期でのそれに委ねられるともいえる。3 権がそれぞれに憲法を解釈し、その実践が積み重なり、歴史の層となって憲法を形成していくのである。とくに政府部門の憲法解釈の実践は無視できない。

LQ に似た理論に歴史的註釈 (historical gloss (HG)) がある。これは、政府機関が、現実の政治に鼓舞されながら相互作用と実践で憲法解釈を具体的に形成する重要な役割を果たすとする (Bradley & Siegel)。¹³⁾ HG は権力分立の憲法解釈に顕著で、¹⁴⁾ Youngstown 事件でのフランクファーターの以下の補足意見に源を発する。¹⁵⁾ 「議会の知悉に長く追求された、体系的で破られていない執行権の実践で、かつ、これまで決して疑問視されておらず、また憲法を護持すると誓った大統領によって組み込まれており、それがわれわれの政府構造の権力部分の行使としてなされているのは、憲法 2 条 1 節で大統領に付与された「執行権」の註釈 (gloss) として扱うことができる」。もとより、歴史が権限を生み出すわけではない。¹⁶⁾ HG は、いかなる歴史の種類が斟酌されるのか、

12) William Baude, *Constitutional Liquidation*, 71 STAN. L. REV. 1, 4 (2019). 以下、‘Baude’。「用語の意味を liquidate することは、それを「明確にする (clarify)」あるいは「落ち着させる (settle)」ことである」。Id. at 12.

13) Curtis A. Bradley & Neil S. Siegel, *Historical Gloss, Madisonian Liquidation, and the Originalism Debate*, 106 VA. L. REV. 1 (2020). 以下、‘Bradley & Siegel’。「最高裁の多くの権力分立の判例は、実務の歴史に大きく依拠している」。Id. at 3-4.

14) gloss とは、連邦政府の長期の行為の相互作用 (interactions) が、憲法の定めるそれぞれの権限の射程に関する問題を解決させるのに資するという考えで、主に権力分立に関連する。Id. at 31. 「憲法が権力分立に関して不明瞭あるいは決定的でない」と認識されるとき、安定的と認められた長期にわたる政府の実務は、憲法解釈を形成するのに付会される (consulted)」。Id.

15) *Youngstown Sheet Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 610-11 (1952) (Frankfurter, J., concurring). 鉄鋼会社国有化の大統領令は 3 権分立に違反するとした判例である。ただ彼は、「深くはめ込まれた政府運営の伝統的方法が憲法あるいは立法に、とってかわることはない」とする。Id. at 610. 「アメリカ憲法を憲法典の文言に限定し、その生態がその文言に書き込んだ gloss を無視するのは、アメリカ憲法を狭く考えるもので、容認できない」。Id.

16) *Dames & Moore v. Reagan*, 453 U.S. 654, 686 (1981) (Rehnquist, C.J.,

歴史が斟酌されるためにはそれはいかに明白でなければならないか、この歴史が憲法の条文に対していかに関係するか、この HG は権力分立以外の領域にも適用されるのか、が議論となる。¹⁷⁾

さて、トーマスはこてこての原意主義 (originalism (OR)) である。¹⁸⁾ 裁判官の裁量的な価値判断を入り込ませれば誤った憲法解釈を招来させるから、OR は一般に、憲法解釈は憲法の文言とその制定時に公的に理解された意味によるのであって、それ以外斟酌してはいけない、と主張する。¹⁹⁾ 現在、OR は最高裁判事の多数を占める。トランプが 2020 年に任命した判事 Barrett は、^{バレット}「憲法の条文はそれが批准されたとき、それが意味したことを意味し、原初の公的意味が権威であると信じている」と宣言している。ブッシュ (Jr.) が任じた ^{アリート} Alito 判事は、修正第 4 条を例にあげて、「われわれは何が合理的な搜索押収かを判断しなければならない [が、] それは憲法の条文がわれわれに語るもののみである」としたうえで、ただ原理を駆使することはでき、ハード・ケースではそうであり、GPS (全地球測位システム) がこれに該当するかの判断は

delivering).

17) Curtis A. Bradley & Neil S. Siegel, *After Recess: Historical Practice, Textual Ambiguity, and Constitutional Adverse Possession*, 2014 SUP. CT. REV. 1, 21 (2014). HG の根本概念は、「1 つの長期の実践型の政治部門によって忍従され (acquiesced) るとき、政府の行為が権力分立に適合しているかを見極めるのに斟酌されること」としている。Id. LQ も HG も近時、学問的関心と呼ぶようになってきたが、両者の概念や射程がどのように違うのか明確ではなく、Noel Canning は同じものとして扱っているようだという。Bradley & Siegel, at 6-7, 40.

18) トーマス自身公言している。「憲法は (Hughes のいうような一筆者) 裁判官がこれが憲法だというようなものではなく、フィラデルフィアと州の批准の会議での代表者が理解して意図したことなのである。…われわれは、国民として成文憲法を厳密に採択した。なぜならば、それは変わることはない確定された意味を持つからである。さもなくば、われわれは変転する不文の憲法という英国のアプローチをとったことになろう。…私は憲法そのものを信用する。この成文の法文書が究極の先例拘束 (stare decisis) なのである」。NYRON MAGNET, CLARENCE THOMAS AND THE LOST CONSTITUTION 61, 62 (2019).

19) OR は、Warren コートのリベラルな傾向に対峙して保守主義へ回帰するもので、判事の事物形成を避けるために主唱された。Mark Tushnet, *The Charter's Influence around the World*, 50 OSGOODE HALL L.J. 527, 537 (2013).

OR だけでは対応できないとする。²⁰⁾ OR でもトーマスのように、堂々と歴史を参照して憲法を解釈しており、歴史は OR を揺さぶっているのである。²¹⁾

アメリカで憲法解釈に歴史が少なからず援用されるのを見るとき、その意義や限界そして方法は明確でなければなるまい。本稿は、この LQ が憲法解釈の理論にいかなる意義を持つのかを考える。まず司法の憲法解釈に LQ は定着しており、マディソン以来その一手法として認識されているのを確認する。そのうえで、LQ を駆使できるようにするためには理論的にいかなる点が詰められるべきかを、Baude の分析と整理を軸に検討する。一方、LQ ではなく HG と概念づける Bradley らの議論がある。HG との異同を整理しながら、LQ の概念をより先鋭にするのを試みる。同時に、憲法解釈での歴史とは何か、歴史をみることは OR と決別することにならないのか、考えることにしたい。

2 憲法解釈の方法としての liquidation の定着？

(1) 憲法解釈の伝統的手法としての liquidation

憲法解釈は、憲法条文がその適用者になにをすべきか（すべきでないか）の伝達すべき内容を明確に認識する作業といえる。憲法には 3 つのフィーチャーがある。²²⁾ 第 1 に、耐える重要性を扱う憲法のいくつかの文言（commerce と

20) Ian Millhiser, *Originalism, Amy Coney Barrett's approach to the Constitution, explained* Oct. 12, 2020. <https://www.vox.com/21497317/originalism-amy-coney-barrett-constitution-supreme-court>

21) Jack M. Balkin, *The New Originalism and the Uses of History*, 82 *FORDAM L. REV.* 641 (2013). OR の優勢は 1985 年の法務長官 Edward Meese の演説に始まるが、原初的意思 (original intention) とか、公的原意とか、新 OR とかで、解釈の根拠や資料は多様化している。Lawrence B. Solum, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, 91 *NOTRE DAME L. REV.* 1, 4-6 (2015). Heller でスカリアは、制憲直後の法文の公的理解を決定する多様な法やその他資料の検証は、憲法解釈の緊要な道具であると述べている。Heller, 554 U.S., at 605 (Scalia, J., delivering).

22) Mark Tushnet, *The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism*, in *INTERPRETING CONSTITUTIONS: A COMPARATIVE STUDY* 7, 17 (Jeffrey Goldworthy ed., 2006).

か due process など) は包括的 (general) である。第 2 に、憲法に規定されたときの文言の広く理解された意味は古めかしくて、時代によって生じた社会経済問題を処理するのに適さない。第 3 に、憲法は統治の 3 部門が互いに機能すべきかを規定するが、互いにどのように関係すべきかはさほど特定していない。解釈のルールは憲法に規定されていないから、²³⁾ 解釈の方法は考えていかなければならない。

1789 年、憲法制定後初の第 1 回議会は、執行機関の創設など、憲法を實踐していくために曖昧な条項はどう解釈すべきかに忙殺され、執行権もこれに巻き込まれた一方で、最高裁は絡むことがなかった。²⁴⁾ 当時、憲法解釈は英国での制定法解釈になぞらえるのが一般的であったが、憲法の原理部分をめぐってこれと離脱するようになり、かわってジェファソンやマディソンがその解釈方法をリードしていくようになる。²⁵⁾

マディソンは法を処女解釈する実務の意義を認め、それが一定の要件を具有することで解釈を確定させると認識していた。制憲当初、できたての法は解釈の先例がなく (unprecedented)、初の解釈に意義があると理解された。²⁶⁾ ハミ

憲法解釈の根拠や資源として、文言、憲法構造、代表制強化の審査、原初理解、正義への訴え、先例、管理可能性の考慮があり、先例が大部を占めるが、司法は選択的だと分析している。自身は、「アメリカの憲法解釈は、憲法が変化する世界での統治の現実に憲法で体现された一般原理を適合させるように、現代的に変更される手段である」とする。Id. at 49.

23) CASS R. SUNSTEIN, HOW TO INTERPRET THE CONSTITUTION 9 (2023). もっとも、憲法に規定した人権だけが憲法で保障されると解釈されてはならない (修正 9 条)、連邦司法権が特定の州やその市民に対するいかなる訴訟にも及ぶと解釈してはならない (同 11 条)、といった解釈の指示のための規定もある。

24) H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885, 913, 921 (1985). 第 1 回議会は何もないところから政府を立ち上げる任を負っていたが、議論を始終リードしたのはマディソンであった。PERGUS M. BORDEWICH, *THE FIRST CONGRESS 1-10* (2016).

25) Powell, *supra* note 24 at 923-24. 憲法は契約であるから、締結者の意思に従って解釈するべしとされるも、当時すでに法文書の意図と制定者の意図は互換的で、どちらも作者の主観的意図ではないとされるようになっていた。Id. at 930-31.

26) 1803 年、マーベリ判決から 1 週間後、最高裁判事が高裁判事に代替できないと

ルトンも、新たな立憲国家の統合は時間が解決するとして、次のように LQ を認めている。²⁷⁾

新政府の立ち上げは、どんなに慎重あるいは賢明だとその仕事を特徴づけうるにしたところで、詳密性 (intricacy) とか良性 (nicety) といった問題が発生しないわけではない。そしてこれらは、特定のやり方で多くの固有の主権を総合的にあるいは部分的に編入させることに根付く憲法の制定から発するように思われる。時間だけが制度を熟成させ、極めた複合を完成させることができ、すべての部分の意味をはっきりさせ (liquidate)、それらを互いに調和させて一貫した全体に適合させることができる。

LQ は、はやくも国立銀行の創設をめぐる憲法解釈論に表れる。²⁸⁾ マディソンは連邦の立法権を限定するよう解釈する立場で、1 条 8 節 18 項の必要適切条項で国立銀行を正当化するのには反対したけれども、²⁹⁾ 制憲過程では議会に法人認可権 (issue of incorporation) を認める主張をしていた。これは採択されなかったが、「論争的なケースでは、文書に対する当事者の意味するところ (meanings of the parties) は、合理的推論によって蓄積されたものなら、適切な指針である。現代今日の顕現は、当事者の意味することの合理的な証拠であ

した判断の根拠として、最高裁はこう述べている。「実践と忍従は司法制度機構が始動してから数年間あるものは、抵抗できない解答を提供しており、実際に解釈を確定させる。それは最も強制的な性質をもつ現代の解釈なのである。この実務的な顕現は強力で堅固 (obstinate) であるので、支配されたり揺さぶられたりされえない」。Stuart v. Laird, 5 U.S. (1 Cranch) 299, 309 (1803)。

27) THE FEDERALIST PAPERS 491 (Clinton Rossiter ed. 1961) No.82 (Hamilton). ハミルトンは、さほどあることではないが、競合する立法のどちらが当該事件に適用されるかを判断するのは司法の裁量だとし、そのために成文法の「意味と適用を liquidate し確定させるのは司法の領域 (province) だ」と述べており、LQ を認識している。Id. at 468 (No. 78, Hamilton).

28) Richard S. Arnold, *How James Madison Interpreted the Constitution*, 72 N.Y.U. L. REV. 267, 274-76, 287-88 (1997). 本文のこのパラグラフはこれに負う。

29) 1 条 8 節は連邦議会の立法管轄権を列挙した条項で、その最後の項である 18 項は、それまで列挙された権限やその他連邦政府やその機関もしくは政府官吏に付与された権限を行使するのに、必要かつ適切な法律を制定する権限を認めている。

る」と言明している。

マディソンは先例 (precedent) を憲法解釈の幹におき、それも司法府のではなく立法府のそれを重視した。国立銀行創設には、国家機関はもとより、地方組織も全て忍従にあり、これの合憲性に反対する世論にだんだんと変化をもたらしていった。マディソンは、国立銀行が合憲であることはそれまでの実務によって LQ されたとみたのである。³⁰⁾

国立銀行設置を連邦立法権の管轄内にあるとして合憲と判断した *McCulloch* では、マーシャル首席判事が、この問題は open question (未決問題) でさほど論じられてこなかったけれども、多くのその後の立法によって合憲と認識されるようになり、それらは無視できなくなったとしている。³¹⁾ マディソンの考えを反映させて、多様な意味を持つ文言は一般的に使用される意味で理解されるのが正当な解釈であり、憲法解釈では、主題とコンテキストと、それらを使用する人の意図を総合的に斟酌しなければならないとした。³²⁾ 国立銀行設置は必要適切条項 (憲法 1 条 8 節 18 項) から議会の権限と結論されるけれども、基本はマディソンの LQ 論にあった。国立銀行は制憲者や第 1 回議会で、また閣僚間でも十分議論されていて、そうした政治部門の長期にわたる判断と実践

30) Baude, at 23. 23 n.140. *See also*, Caleb Nelson, *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, 87 VA. L. REV. 1, 11-12, 12 n.33 (2001).

31) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 401 (1819). 連邦憲法は「来るべき時代に耐えていくのを意図され」たとする。 *Id.* at 415. マーシャルは、そこで LQ の 3 つの鍵を提示している。 *Id.* at 401-2. 違憲か合憲かの基準が明らかでない未決 (indeterminancy)、十分理解された原理に基づく討議 (deliberation)、憲法上の論争を経て政府の了解も得て忍従がなされる落着 (settlement)、である。 *See also*, Baude, at 24-26.

32) 17 U.S., at 414. 「憲法は、巨大な権力が認められるすべての諸機関と、それらが実効されうるすべての手段を厳密で詳細に包含するには、冗漫な法典を動員させるのであり、人間の心によってはほとんど理解されえないであろう。それは決して公民によって理解されることはないだろう」。 *Id.* at 407. Tushnet, *supra* note 22 at 23-27. このマーシャルの言は憲法解釈のテクニックのカタログを尽くしており、生きている憲法 (living Constitution) 論者の試金石になっている。 *Id.* at 24. 本文のマーシャルの分析はこれに負っている。

は司法の憲法解釈にも相当な重きが置かれており、実務の解釈には権威が認められるのである。³³⁾

この McCulloch を引いて LQ を現代に蘇らせたのが、Noel Canning 事件である。³⁴⁾ ここでは LQ を次のように公式化している。³⁵⁾

政府の長期にわたる実践は、「なにが法であるか」をわれわれが決定するのに情報を提供できる。この原理は新しくもなければ異論のあるところでもない。J・マディソンが書いたように、「憲法の生誕時点では、意見の難しさや相違はそうした憲章を行使するのに必要な文言や文の解釈で起こりうるものであって、…そうしたもののいくつかの意味をはっきりさせ落着させるには一定の実践の流れ (regular course of practice) が必要なことは、予見されていた」。そして、われわれの事件は不断にこのマディソンの見解を肯定した。

政治部門、とりわけ執行権の制憲後の憲法の解釈と実践の歴史が、条文の意味をはっきりさせていくのは、学説でも受容されている。A.Amar^{アマ}はいう。³⁶⁾

33) 17 U.S., at 402. こうした政治部門の実践は「事例に附随する。しかしそれは、問題が全く新しいなら、法は憲法に矛盾すると判断されるといった印象の下でつくられたのではない」。Id. マディソンは憲法を構築した親方で、マーシャルはそのセールスマンだと評される。JOEL RICHARD PAUL, WITHOUT PRECEDENT: CHIEF JUSTICE MARSHALL AND HIS TIMES 42 (2018).

34) Baude, at 6. これは HG だとする者がある。Bradley & Siegel, *supra* note 17.

35) 573 U.S., at 525 (Breyer, J., delivering). さらに判例をあげて、「こうした先例は、本法廷が実践を、その実践の性質や長命 (longevity) が議論的になっているときでも、またその実践が制憲期の後で開始されたときでも、重要な解釈の要因として扱ってきたことを示している。…制憲後の実践が憲法の解釈を支持している」とする。Id. at 525-26. なお、この一節は、最高裁の意見の体系の中で LQ 使用のお披露目をしたものである。Baude, at 7. Black 判事がわずかに言及した例があるという。Id. n.25.

36) AKHIL REED AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION 335 (2012). 大統領制に関して、憲法 2 条の曖昧な規定は大統領ワシントンの実践によって解釈が固められたとする。Id. at 313-14.

一般に、特定されていない条文と、より特定のな政府機関の実務は、実務が条文を言いつくろい (gloss) 明確にする日々の統治の単一システムを形成するのに結合して (cohere)、解釈をより決定的なやり方で不確定の条文を読むように誘う (inducing)。政府機関の内外関係の運用に関する広い一連の論点は、1789年の青写真を読むための強力なレンズを形成する。

かくして憲法実践 (practice) の歴史は憲法解釈を形成する。問題は、それが憲法解釈の科学的方法論としてはっきりしているか、である。歴史とはいかなるものなのか、LQはその中でどのような位置づけを与えられるのか、他の歴史斟酌論、とりわけHGとは異なるのか。LQの要件や限界が明らかにされなければならない。

(2) Noel Canning 事件

LQ (あるいはHG) を憲法解釈にくっきりと取り込んだのが、Noel Canning 事件である。このケースでは、オバマ大統領が2012年1月、上院閉会中 (intersession) に、労働関係委員会 (National Labor Relations Board (NLRB)) の欠員補充を憲法2条2節3項の空席補充暫定権限条項 (Recess Appointments Clause (RAC)) でなしたことの合憲性が争われた。³⁷⁾ 上院の同一会期での3日間の閉会 (休会) 期間には、それが短すぎるのもあって、RACは適用されないと訴えたのである。RACは、「大統領は、上院が開会されていない間に生じる空席 (Vacancies that may happen during the Recess of the Senate (VHDRS)) を、次の会期 (session) の終わりまで有効である辞令を発してすべて満たす権限を有する」と規定する。³⁸⁾ この条項の憲法解釈が主に文言の意味で問題となった。すなわち、第1に recess とは何か、会期内 (intersecession) か、次の会期までの会期外 (intrasecession) かである。第2

37) *Noel Canning*, 573 U.S.513 (2014). ペプシ・コーラを配給する Noel Canning 社は、NLRB から不当労働行為を指摘されたことに対して、NLRB の定員5人のうち3人はオバマが権限を欠く違憲の任免をなしたのであるから、定足数を満たしていないと訴えたケースで、原審はこれを認めていた。

38) U.S. Const. art. II, § 2, cl.4.

に VHDRS の意味、つまり空席はいつおきたのか、会期中からそうであったのか、それとも閉会中におきたのか、である。第 3 に開会されていない期間の長さであり、本件では 1 月 3 日から 6 日の形式的開会 (proforma session) での 3 日間でなされたのであり、³⁹⁾ これが RAC の適用される期間なのか、である。

判決 (プレイヤー判事法廷意見) は、McCulloch など引用して LQ を認知して、この問題は 200 年間、決定されてこなかったものの、実践は積み重ねられており、歴史がものをいうとした。⁴⁰⁾ RAC 「を解釈するには、われわれは歴史の実践に相当の比重を置く。[というのも、] われわれの面前の解釈問題は、政府の 2 つの公選体の間の権限配分に関する [からである]」。 ⁴¹⁾ そして以下のように判示した。

第 1 について、recess は the がついており、intra と inter の両方を含み、下院の同意を得る必要がないほど短期の recess には RAC は発動されず、10 日未満はそうした短期すぎる recess にあたる。⁴²⁾ 第 2 について、RAC は会期外に適用されるのを意図しているが、VHDRS の ‘may happen’ は、発起した (to originate) だけでなくそうなるようになる (to exist) の意味もあり、歴史的にはももとの空席が閉会中も存在し続けた場合にも適用され、1 世紀近くそうした運用に上院も異を唱えることはなかったのであって、すべての空席は上院

39) proforma session とは、議会の事務をなすのではなく、各院は他院の了解なしに一定期間 (通常は 3 日間) を超えて休会 (adjourn) できないとの憲法規定を遵守するためだけに開かれる、立法府の開会 (実質は休会) である。BLACK'S LAW DICTIONARY 1495 (9th ed. 2009)。

40) 「ここには考量すべき相当な歴史がある。大統領は、この共和国の初めから閉会中の任命を行ってきた。その頻繁なることは、上院と大統領が閉会中の任命が一定の場合には必要かつ適切なのを認めているのを示唆する。われわれはこの条項をこれまで解釈したことはなかったし、200 年以上でそうするのが初めてとなるとき、われわれは政府の公選体がたどり着いた機能的アレンジメントと妥協を覆すのには躊躇せざるを得ない」。573 U.S., at 526。

41) *Id.* at 524。

42) *Id.* at 538. 憲法は「いずれの院も、議会議期中、他院の同意なくして 3 日以上休会しないものとする」と規定する。U.S. Const. art. I, § 5, cl. 4。

が開会中も存在し続けるのにも適用される。⁴³⁾ 第3については、閉会の期間が問題となる。proformaの開会は閉会の期間に算入されず、憲法は会期のスケジュールを組む広範な裁量権を上院に与えており、上院は単純にその議決だけで、いつ上院の業務を行うかを自由に決定できる。2011年12月23日にproformaとする議決を行い、大統領はその3日間の開会時に任命したわけだが、それは短かすぎるのであって、大統領にRACの権限は認められないとした。⁴⁴⁾

補足意見でスカリアは、「憲法の核である、政府を構築する規定は、後に採択された権利章典の規定ほど自由の保持に対して重要でないわけではない」のであって、憲法の政府構造の規定が訴訟にあげられているときに、法が何であるかを言うのは司法部の荘厳な責務であるとしたうえで、彼らしく文言と原意主義で解きほぐし、本件はそれが曖昧ではないから plain meaning（明白な法文の語義）で対応できるとした一方、多数意見は新たな司法創設のルールを作りあげたと批判する。⁴⁵⁾ もっとも、政府の実務が建国初期から争われたことがな

43) *Id.* at 538-49. 「歴史の実践は、過去200年以上広く解釈するのを強く好んでいる」。 *Id.* at 543.

44) *Id.* at 549-56. 大統領の処置には権限がなかったと判示した。「RACは執行権と立法権の構造的相違に答えるものである。執行権は永遠に動いているのに対し、立法権は閉会によって分断されたインターバルの間だけ行動する。同条項の目的は、上院が利用できない間も執行権が引き続き機能できるようにさせることである。われわれは、RACの文言自体は曖昧であると信じる。大統領は、会期外での閉会での任命をなしうるか、開会前の空席を埋めることができるか、答えを出せない。しかし、広く読むことで同条項の構造的機能に、よりよく資することになる。さらに、この広い読み方が何世紀もの歴史によって強化される」。 *Id.* at 556.

45) *Id.* at 570-71. 「多数意見がその判断を維持するのに必要とするのは、曖昧な条文と明確な歴史的实践である。そこにあるのは、明確な条文とせいぜい曖昧な歴史的实践でしかない。たとえ執行権が継続して争いのない実践を長期間なしたことで敵対的占有 (adverse possession) を持ちえたとしても、本件でしばしば争論となる実務がその基準を満たすことはないだろう。…多数意見は、憲法の条文を裁判官創造の、休会中の任命を支配するルールに置き換えている」。 *Id.* at 613-14 (Scalia, J., concurring). 多数意見は、明白で完結している憲法の原初的意味をどこかにやってしまって、制憲後に生じた曖昧な歴史的实践に委ねてしまった。「intersessionでの任命は建国来最初の130年間、事実上聞いたことがなく、それを表明した最初の法務長官によって違憲とみなされていたし、1921年まで執行権によって公然と

いなら、かかる実践は曖昧な憲法条項の解釈の指針になりうるとしている。⁴⁶⁾

政治部門でこれが問題とされたのは 1901 年のルーズベルト大統領の intersession での任命の例くらいで、これには法務長官が違憲とする見解を出していたところ、1948 年以降は本判決の説くような解釈になっていくけれども、それが先例化しつつあるのはせいぜい 1984 年以降で、歴史としては浅すぎるともいえる。⁴⁷⁾

スカリアは LQ 自体、否定していない。ただ、問題となっている憲法条文が曖昧でなければ、それには及ばない。LQ の前提は条文の意味が未決なことである。ブライヤーとスカリアでその読み方が分かれたように、条文が曖昧であると判断する基準は明確なのかは問題となる。LQ は判例や実務では市民権を獲得しているといえるけれども、それを憲法解釈の手法とするには、LQ の要件や方法が理論的に確立していなければならない。LQ は、憲法の条文が曖昧であることと、制憲後の初期の政治実務で解釈が確立していることの、2 つを前提条件にするとしても、両要件について、異なる見方がありうるといことがさらけ出された。これは、憲法解釈への多様な OR あるいは非 OR に、歴史

防御されなかったので、第 2 次世界大戦後までほとんど数はなく、上院と両政党によって繰り返し違憲として非難されてきた」。 *Id.* at 592.

46) *Id.* at 572. しかし、過去の実務それ自体で権限が創設されるのではないから、本件でのわれわれの任務は、憲法をその条文と構造と原初の理解の観点から解釈することであるとする。 *Id.* at 573. スカリアは、RAC は Session という用語に対して Recess を使っていることをまず認識すべきとし、ハミルトン（フェデラリスト、第 67 篇）は、「権限が「上院の recess の間」に機能する時間とその組織の「次の session の終わりまで」任命が継続することは、本条項の意味を解明するのを意図している」としているのであって、「制憲期、recess と session は、立法期を際立たせるための十分に理解された意味を持っていた」とする。 *Id.* at 575. recess も happen も、「ともに要件は、憲法の条文と構造から明確であり、制憲期に十分理解されていた」。 *Id.* at 569.

47) Roisman, *supra* note 4 at 725-27. 同様に、会期前の欠員発生をマディソンは違憲と考えており、LQ あるいは歴史として合憲論が確定したとはいえないとする。 *Id.* at 728-32. 「1823 年以来、[会期前に発生した欠員の] 任命を合憲とする法務省の見解では、政治部門間にあったのは憲法解釈の同意ではなく、明白な憲法上の不同意 (disagreement) であった」。 *Id.* at 732.

的な政府の実践に依拠するのがいかに関係しているかの検証になる。⁴⁸⁾ ORは憲法の文言 (language) に拘泥する一方で、その意図 (intention) や制憲時の意味 (public meaning) も資料になりうるとしており、こうしたORの多様な展開には限界があるとも指摘される。⁴⁹⁾

3 liquidation の理論化—憲法解釈の一手法への試み

学問的には、LQは2001年のNelsonの論稿まで着目されなかった。⁵⁰⁾ そのNelsonは、ORの立場からLQを容認する。⁵¹⁾ マディソンらのLQの考えは制憲期に定着しており、これに18世紀の辞書編纂運動での意味確定 (fixing) が影響したという。⁵²⁾ 憲法の原意に依拠するのは、制憲世代の自身の意図には反しない。その意図は当時の解釈手法 (conventions) による実践であり、それが解釈の許容の限界を形成する。原意は原初的意思を内包し、それがその世代の制憲者と解釈者とのコミュニケーションによって形成される。制憲期は基となるが、そこで漏れて未解決 (unsettled) であっても、引き続き憲法実践に意味の確定が委ねられるとする。連邦裁判所が究極的にLQを判断するが、そこ

48) Bradley & Siegel, *supra* note 17 at 20. ともあれ、[Noel Canningは憲法条文と、明確さや曖昧さに関する認識と、歴史的実践といった「条文外 (extratextual)」の衡量が、解釈の別々の要素としてというより、相互に (interactively) いかに関与しているかを例示する]とする。Id. at 69.

49) Robert W. Bennett, *Constitutional Interpretation*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LANGUAGE AND LAW 114 (Peter M. Tiersma and Lawrence M. Solan, eds., 2016). 判事は問題の解決に自身の複雑な価値判断を用いるのであって、憲法解釈はORが考えるような抽象的な企てではないとする。Id. at 125-26.

50) Baude, at 7. 文献について、see, *id.* nn.36-32.

51) Caleb Nelson, *Originalism and Interpretive Conventions*, 70 U. CHI. L. REV. 519 (2003). 制憲者やその時代の人々は、将来の世代に憲法解釈を委ねたのは否定しないけれども、制憲者は時代を超えても変わらないものがあると確信していたという。Id. at 527.

52) マディソンは、制定法の文言はその現代の意味よりも、むしろ原意に従って理解されるべきとの原理の普遍性を説いた。Id. at 537. See also, *id.* at 543.

に一義的な基準があるわけではない。⁵³⁾ ただ、司法でこれが確定されれば文字通り LQ が完成し、それは先例になっていく。司法の先例が LQ になるのは、確立したいわばコモンローのルールである。⁵⁴⁾

Nelson は OR の要素として LQ を位置づけた。民事や行政での財産没収 (forfeiture) は LQ で合憲と理解されるとした論稿では、次のようにまとめている。⁵⁵⁾ 「個別の憲法条項に決定的な「原意 (original meaning)」がある限り、歴史のリサーチは現代の読み手がその意味を確定させる一助になりうる。しかし、憲法の原意が未決である限り、歴史のリサーチは、いかにしてそうした未決が時間を超えて解決ないし LQ されるかを確立する一助となる。[LQ は制憲期に支配的で、憲法解釈には予定されていた]。極端かつ特殊な状況がなければ、そうした LQ は永遠であるのが期待されたし、ほかに争われてきた論点について憲法の意味を確定させる (fix) 」。]

さらに LQ の理論化を試みるのが、Baude である。彼は、LQ が浸透している一方で、条文と先例をどのように調和させるか、定着と対峙 (contestation) をどうメディアートするか、いかにして OR たるべきか、について理論のつめはないとみる。⁵⁶⁾ こうした疑問はマディソンから存在したとして、まず彼の理論を分析する。⁵⁷⁾ その核は、憲法も含む法文が完全に決定的な意味を持っていないことと、こうした未決 (indeterminancies) がその後の実践で一義にされ

53) *Id.* at 598.

54) Nelson, *supra* note 30. 「制憲期から、アメリカ人は、裁判所の判決が成文法の曖昧な規定の意味の LQ を助け、あるいは確定させようと信じた。後の裁判所は、緻密な理由でこうした LQ を遵守するのが一般に前提とされた」。 *Id.* at 21. マディソンの LQ は制憲期、そして南北戦争で確立したとする。 *Id.* at 9-21.

55) Caleb Nelson, *The Constitutionality of Civil Forfeiture*, 125 *YALE L.J.* 2446, 2452-53 (2016). 「民事や行政の財産没収の基本要素は…時間をかけて liquidated されて、憲法の原初の意味に符合する」。 *Id.* at 2456.

56) Baude, at 4.

57) *Id.* at 8-35. マディソンは、この実例を国立銀行創設の憲法解釈と連邦政府の支出の解釈 (憲法 1 条 8 節 1 項の議会の財政権限は同条項に規定されているもの以外に歳出を認めたとする) に応用されているとする。もっとも、この 3 要件は当時マディソンが意識して提示したわけではない。 *Id.* at 34.

ることだとして、そこからLQの3つの前提を導く。第1に、憲法条文の意味は未決である。曖昧 (ambiguities) とか広汎 (vague) とか、ぼんやりしている (obscure) のであり、その限りでLQが可能となる。第2に、未決と判断されればその意味のギャップを実践で埋めることができ、そこには実践の流れ (course of practice) を要することになる。それは権威ある討議に基づいた継続された決定で、審査と反復で公的に作られて討議によって認められた法が提示される。第3に、こうした実践は論争を終結させこの判断を優越させる特定の形をとり、個々の解釈を凌駕するのに十分な権威を含む。その権威は、忍従 (acquiescence) と、党派を超えた受容と、公的な認容 (政府の人だけでなく公民による) である。

LQは単に歴史的理論や原意主義の価値にとどまらず、④デパートメンタリズム、⑤司法の先例、⑥伝統、の3つの憲法的規範価値を根拠付ける (grounding) とする。⁵⁸⁾ ④は、憲法解釈は議会、大統領、裁判所の3権それぞれにシェアされた活動であり、LQはこれを正当化し、各部門は自らの解釈に公的是認 (public sanction) を求め、これがLQに準憲法的な地位を与える。⑤は、公的に認められ繰り返し肯定されて、権威ある力をもつ。先例拘束力 (stare decisis) あるいは mos judiciorum (司法慣習) であり、単一ではなく一連の多数の判例の蓄積である。もっとも、リンカン大統領が決定的で重要な特定判例と、先例や権威として将来効のある判例とを明確に区別したように、年月をかけて肯定されてきた実践は、討議の実践の流れというLQの要件に類似する。司法の先例は、規範として1つの事件を解決する根拠になっている。先例拘束性とLQは、理想的な憲法解釈と受容された憲法解釈の妥協 (compromise) になっている。⑥は、長い年月と受容の人民の福祉に貢献し、また流布された情報を定着させる文化的継続であり、LQの別型といえる。

マディソンに端を發し、LQが憲法解釈の一部だとしても、6つの問題があ

58) *Id.* at 35-48. LQは憲法の実態と解釈の両方での不完全への対応であり、歴史的实践によって埋められる。*Id.* at 47. 司法の先例 (拘束性) の考え方に近い。*Id.* at 36-37.

るという。⁵⁹⁾ 第 1 に、いかなる類の憲法条項に LQ は適用されるのか。権力分立など統治機構に限定されるとするものもあれば、人権保障にも当てはまるとするものもあるとしたうえで、Baude 自身は、統治と人権保障は密接不可分であるから、前者であっても後者にかかわるとする。LQ は条文の未決が前提であるから、統治条項に限定されえないともいう。

第 2 に、LQ は何を決定するのか。テキサス併合が合憲だとしても、将来の州の併合が合憲となるかは別問題で、また McCulloch は第 1 銀行を合憲としたのであり、その他の銀行は別問題で、LQ は司法判決の規範力や先例拘束力と同様な面がある。

第 3 に、LQ は必然的に永久なのか。これには否定的で、実践や解釈は良いもので公的に受容されるのでなければならないから、そうでないものは残らないし、コモンロー自体には臨機応変の伝統があるとする。

第 4 に、始めの実践には特別の地位が与えられるのか (privileged)。たしかに制憲直後の第 1 世代の実践に基づく処女解釈は意義があるけれども、LQ にあってそれが特権を得るということはできないとする。後に見るように、OR では制憲世代 (framing generation) には文言解釈として憲法解釈での有権的な地位を認めており、十分尊重しなければならない。しかし、LQ の理論ではこの世代が解釈権の特権を与えられているとまではいえず、LQ が制憲直後に限定されるわけではないとする。ではどこまでかとなるが、Baude はこれ以上論じていない。

第 5 に、LQ が独自の意味があるのか。この点、Bradley らがいう HG との異同が注目される。彼らは、LQ は制憲初期の実践のみを根拠とするので HG とは異なるという。LQ では文言が一義でないとき実務がその意味の範囲を画定させるのに対し、フランクファーターの HG は文言を補完するのであつ

59) *Id.* at 49-68. Jackson 大統領はこの LQ には消極的で、単なる先例は権威ある根拠とするには危険であり、過去の実践は人民と諸州の忍従が十分確立されていると考えられる場合以外は、憲法上の権限の決定とみなされてはならないとする。*Id.* at 27-28, 28 nn.164-169.

て、最初に実務を、そのあとに条文を見るといった違いがあるとする。LQはあたかも司法の憲法判断のように憲法解釈を確定させるもので、解釈の資料とする理論ではないとするのである。ただLQは可変であるから、この区別は相対的であるようにもみえる。

第6に、どのように条文が未決と判断されるのか。憲法条文がすべて曖昧なのではなく、条文の意味が不明(unclear)なときだけLQが起こる。曖昧はLQでのみ解決されるわけではなく、その1手法に位置付けられるとする。⁶⁰⁾

Baudeは、憲法解釈の方法としてLQを確立すべきとか、条文と歴史と先例の認識形態を拡大させるべきとかではなく、マディソンのLQ論を真摯に検討すべきと主張する。⁶¹⁾ LQやHGといった、制憲後の歴史の展開を憲法の文言やフレーズの解釈にとりこむ可能性を探る憲法学の姿勢がみえてくる。Baudeは理論化を試みているが、決定的とまではしていない。LQについての序論的考察という位置づけである。

4 検討

LQは、憲法の条文の意味が曖昧で未決→国家機関(政治部門)が一次的に解釈→それが公的に是認、受容され、定着→司法判断での規範となる、と公式化できる。ただ、憲法の名宛人である公権力に憲法の意味の曖昧な部分を確定させてよいとすれば、立憲主義の権力抑制の原義に逆行することにならないか。もっとも、憲法規定の文言は多くは曖昧で、これを第1次的に解釈適用するのは政治部門となる。司法審査の洗礼を受けなければそれが憲法として妥当していくわけで、LQは頭ごなしには否定できない。問題はその理論である。以下、前章でみたBaudeの整理をもとにして、LQの課題を4点抽出して考えてみる。

60) また、「憲法の解釈の第1番目の憲法理論に代替するのでもない。条文だけで解決しえないとき、憲法上の争論を解決する1つの有効なツールでしかない」。Id. at 68.

61) Id. at 69. LQは憲法上の争論を解決する万能薬でもなければ、憲法解釈の第一義のルールでもない。

(1) マディソンの呪縛

第 1 にマディソンの LQ の提案は真摯か。それは、法文の曖昧さは宿命であり、⁶²⁾ 実践によって意味が固まるとする理論である。これ自体さほど意味がないとも、⁶³⁾ 言語はそもそも使用によって意味が確定される (Wittgenstein)、言語学的に当然のことを述べたに過ぎないとも、いわれる。⁶⁴⁾ Baude は、マディソンは生涯にわたり、LQ を精巧にしていったと評価する。⁶⁵⁾ そこから、先に見たように、条文上の未決 (indeterminacy)、意図的な実践の展開 (course of deliberate practice)、確定 (settlement) といった、LQ の要件を抽出する。⁶⁶⁾ マディソン (そしてマーシャル) がいう LQ は、未決定の条文の解釈が一連の実践の流れで忍従と公的な承認 (public sanction) によって確定されるのを説く。この整理は LQ の法理論の根幹を形成する。

マディソン自身に言語哲学があったようだ。⁶⁷⁾ 死の 6 年前の書簡で、憲法解釈には、「憲法が要請され導入された、癒しのための悪や欠点 (evils & defects) と、憲法が採択されたとき支配的であった見解 (comments) と、時

62) 「言葉の使用は考えを表明することである」とし、そのためには考えが明確であるのはもちろん、さらにそれを明確に表現する豊富な言語がなければならないが、そうした言語はないとする。THE FEDERALIST PAPERS 229 (Clinton Rossiter ed. 1961) No.37 (Madison).

63) Bradley & Siegel, *supra* note 17 at 29.

64) Paul G. Ream, *Liquidation of Constitutional Meaning through Use*, 66 DUKE L.J. 1645 (2017).

65) Baude, at 9. 最初の省創設でその職員の任期について執行権の権限の中身が問題になったとき、その議論は憲法上の帰結をもたらし、憲法の永遠の顕現 (exposition) になるとした。Id.

66) LQ はそうした実践が特定の形をとったときに起こり、争論の終結を求めて個々の判断を凌駕する、もしくは個々の解釈を凌駕するに十分な権威を含むことで、正当化される。Baude, at 18.

67) 「彼は言語にかんして驚くほど警戒的であった。彼は、言葉の意味が時間を超えて変化するのを知っていた。それは元の意味 (original meaning) であり、なんらかの「解釈の革新 (constructive innovation)」ではない」。Arnold, *supra* note 28 at 284.

のはずみで (on the spur of occasions) 採択され、当事者あるいは個人的な優勢的立場の浮沈に服する解釈より好ましいものとしての、憲法上での早期の熟慮の継続的な実践]、の3点を考慮すべきと要約している。⁶⁸⁾ LQはこれで一貫している。曖昧な規定の意味は立法や司法の相当な討議でLQされて、将来の行為者を一義的解釈として受容するよう拘束する。成文法にはそもそも曖昧さがあって、憲法の初期の解釈者にその法の意味を形成する権能を認めるから、その解釈の幅 (range) に後の解釈は拘束される。⁶⁹⁾

マディソンは法の文言の不安定さを認識している。⁷⁰⁾ 人の能力の不完全さと対象の複雑さから生じる曖昧さに、概念を伝達する手段がとまどいを加える。言葉は考えを表現するのであるから、考えそのものが明確であるだけでなく、それを伝達し表現する言葉もこれにぴったりあてはまらなければならない。しかし、そんな複雑な考えを的確に一義で表す語など存在しない。対象がどんなに明確であっても、これを定義する言葉がそうでないから、意味は不正確に伝播されることになるのである。

マディソンは、憲法の文言に固定的な意味を見出すには懐疑的で、根っからのプラグマティックで現実適合的な憲法論者であって、立憲政治のダイナミズムから憲法の意味が現出されると考える。⁷¹⁾ そもそも、マディソンの時代の制憲期に憲法解釈の定型が確立していたわけではなかった。⁷²⁾ マディソンは、普遍的な実践が憲法規定の意味を確定させるとのダイナミックな見方が席卷し

68) *Id.* at 291, 291 n.102. 彼は新たな解釈にはとても警戒的で、実践に重きを置いたわけであるが、それは「早期の、熟慮的 (deliberate) で継続的なもの」でなければならなかった。*Id.* at 291.

69) Nelson, *supra* note 30 at 12-13. LQは今や obsolete である。マディソンの時代、はっきりさせるという意味であったが、その相違や争いを解決させるということで、LQは現在では liquidated damage (約定された賠償額) で使われる意味に近いとする。*Id.* at 13.

70) THE FEDERALIST PAPERS 229 (Clinton Rossiter ed. 1961) No.37 (Madison).

71) Saul Cornell, *President Madison's Living Constitution: Fixation, Liquidation, and Constitutional Politics in the Jeffersonian Era*, 89 *FORDAM L. REV.* 1761, 1762, 1771, 1776 (2021).

72) *Id.* at 1771-74, 1772 n.93.

ているとみたと、文言主義ではなくより戦略的な憲法解釈方法にコミットし、それを「正当な解釈 (just construction)」にさせながら、時間と慣習によって危険な分離や対立を終わらせるとみる。⁷³⁾

マディソンの解釈理論の基本は、公文書や法あるいは解釈の意図や公的意味と、それらを解釈もしくは採択した個人の主観的意見を峻別することにある。⁷⁴⁾ 憲法の真の意味は、憲法制定過程で出された意見がどのようなものであろうとも、そのすべてと峻別されるべきとし、あくまで制憲者の主観的意図を解釈からリジェクトする一方、権威ある討論による継続した判断の先例あるいは *usus* (現実の政府実践と司法先例) は、主観ではなく一般的な期待 (*general expectation*) として、憲法の制定や批准の時に支配していた「解釈の意図 (*interpretive intention*)」に据える。⁷⁵⁾ マディソンは保守主義で、解釈による

73) *Id.* at 1778. その際マディソンは、裁判所というよりはその外の政治的アクターが憲法発展を形成する主要な役割を担うと見た。*Id.* at 1780.

74) Powell, *supra* note 24 at 935, 938. マディソンは、制憲会議の議論より文言を重視する。マディソンはいう。少なくとも、憲法が実務によって十分着落されるまで、制憲者の議事の論争的な部分の知識が適切に斟酌されるようになるまでは、憲法解釈として制憲会議の討論や付随的な決定にはいかなる権威もない、と。*Id.* at 936, 936 n.266. *See also*, Arnold, *supra* note 28 at 278-80. その証拠に、マディソンは死後のみ制憲会議の自己のメモ (*notes*) を公刊させた (15 歳離れた妻への自分の死後の経済的援助のためもあった)。*Id.* at 281.

75) Powell, *supra* note 24 at 938-41. マディソンとマーシャルは、法文の意図が解釈の過程の産物であると理解しており、実務と権威と先例を受け入れた一方で、制憲者の個人的な意図を歴史的証拠として決定的あるいは憲法解釈に特に価値のある指針だとみなすことはなかった。*Id.* at 943-44. Powell は、制憲期では制定法解釈になぞらえて立法者意思を探るのが支配的であったが、これにはマディソンのように強固な反論があり、制憲者自身は解釈の戦略を想定していなかったともいう。「マディソンにあっては、憲法は公文書であり、その解釈は公的プロセスの中であった」。*Id.* at 941. 判事 Spencer Roane への手紙でマディソンはこう述べている。「憲法が誕生したとき起こりえなかっただろうし、予見されもしなかったのであるが、意見の難しい相違は文言と文を解釈するとき起こるのであるし、…それはそうしたものの意味を LQ され落ち着かせる正規のコースを必須とするのである」。*Id.* n.292. この解釈の意図とは制憲者のそれであるが、憲法は、将来解釈する者が制憲者自身の目的や期待や意思から総合される意味に符合させて解釈されるべきと理解している。*Id.* at 948. マディソンは *living* 立憲主義で、公約原意論者とはいえない

革新 (constructive innovations) を否定し、憲法の真の意味は批准時に確定 (fixed) されたとするのである。⁷⁶⁾ 他方でアメリカ人の矜持を重視しており、⁷⁷⁾ これを憲法解釈に反映させている。このように整理してみれば、マディソンのLQには説得力がある。

(2) indeterminacy (未決) とはなにか

第2に、憲法条文の文言の意味が定まっていないとはいかなることで、それはどのように判断されるのか。LQの大前提は憲法条文の意味が未決なことである。未決 (indeterminacy) には曖昧 (ambiguous) と広汎性 (vagueness) がある。前者は多様な意味があることであり、前提を提示する文や言葉で特徴づけられるのに対し、後者は限界事例で分野言語の意味と同じように提示や概念にかかわり、再帰的 (reflexive) である。⁷⁸⁾ 曖昧さは、はっきりしないにもかかわらず一義的 (precise) 意味を前提にするのに対し、広汎性は一義的な概念があるときでさえ一義でないことを前提とする。⁷⁹⁾

言語は現実を100%説明描写できるものではないとの諦念にたてば、もともと現実を説明しようとする言語は曖昧広汎になる性質を有する。ただ、曖昧とは複数の意味を持つ場合をさし、広汎は言語の意味の境界あるいは周辺部にかかわり、一定の対象がそれに含まれるかが不明確であることをいう。⁸⁰⁾

い。SUNSTEIN, *supra* note 23 at 32.

76) Arnold, *supra* note 28 at 280. その意味ではORだという。Id. マディソンは新しい解釈に警戒的で、政府の憲法実務は重視するものの、それは「初期に討論的で継続的 (early, deliberative & continued)」でなければならないとした。Id. at 291.

77) 「アメリカ人としての光栄 (glory) は、前時代や他国の意見にきちんと見識を払いながらも、自らの良識や状況の知覚や経験からの教を凌駕するのに、古さや習慣や名前をやみくもに崇拜するようにしないことではなかろうか」。THE FEDERALIST PAPERS 104 (Clinton Rossiter ed. 1961) No.14 (Madison).

78) Ralf Poscher, *Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation*, in TIERSMA AND SOLAN, *supra* note 49 at 128, 129-131.

79) Id. at 133. 曖昧さが既存の異なった選択肢の間での選択を必然的に含むのに対し、広汎性は、既存の概念はあっても創造的な概念の形成を認める。Id.

80) Id. at 67. ORは曖昧にかかわり、そこではORは貫かれ、制憲時の公的意味で

行政法の解釈では、授権法規が曖昧な場合に行政機関の第 1 次的解釈が尊重され司法が敬讓するとの法理（シェブロン）があり、これを彷彿させる。⁸¹⁾ ただ、制定法解釈でもそうであるが、問題となっている条文が曖昧かはどのように判断するのか、曖昧とはなんなのかは、議論が分かれよう。司法は事件が政治的あるいはその他の利害が絡む high stakes（いちかばちか）であればあるほど、条文が明確（clear）とか一義的（unambiguous）であるとかにしないともしられる。⁸²⁾

問題となる憲法条文が曖昧かの判断は、Noel Canning でもみたように法律家の間でも一致しない。スカリアは文言主義で OR であり、司法の価値判断を入れるのに消極的な立場であるから、前提として曖昧であることを認めながらないメンタリティが働くともいえる。他方同様な解釈方法をとるトーマスにあっては、Bruen でみたように LQ を当然視していて、さほど躊躇ないのである。とすれば、いかなる場合に憲法的に条文が曖昧と判断できるのかを明確にしておかなければ、そもそも LQ を語ることができない。憲法条文が未決であるというとき、制憲者は故意に未決定＝曖昧にしたのか、それともそうではなくただ解釈する者が曖昧＝未決定と判断するのか、疑問がわく。もっとも、これはさ

解されるのに対し、広汎の解釈つまり constitutional construction に際してはそうではなくなるとする。Id. at 68-71.

81) Baude, at 68. George Krug, *Congress's Competing Motivations: What Chevron Can Tell Us about Constitutional Acquiescence*, 96 IND. L.J. 637, 640 (2021). HG も LQ も、憲法の曖昧な規定を、制憲時の証拠を超えて司法の先例と政治部門間の合憲性に関する実務での合意に求めるものであるが、政治部門間は憲法とは関係なく行為することがあるから、合意があったとみなす明確な理論は見出し難いとする。Id. at 640-41, 659. シェブロンについて、富井幸雄「行政法解釈権における裁判所と行政機関の相克（1）—ゴーサッチ最高裁判事のシェブロンへの立ち位置を素材として」法学会雑誌 60 卷 2 号 1 頁、2020 年、参照。なお、シェブロン法理は現在動揺している。THOMAS W. MERRILL, *THE CHEVRON DOCTRINE* (2022).

82) Ryan D. Doerfler, *High-Stakes Interpretation*, 116 MICH. L. REV. 523 (2018). ただし、認知論（epistemic）から条文が何を意味し、そして条文が一義的に明確であると断定するのは、high stakes であればより困難であるとする。政治が条文を上回るのであり、司法に high stakes の事件で期待するには合理性に限界があるというのである。Id. at 578.

ほど区別されずに議論されているようである。⁸³⁾

OR は interpretation と construction を区別することがある (Whittington)。⁸⁴⁾ 荒く言えば、前者は意味論的な (semantic) 言語解釈であり、後者は司法判断のような具体的な適用解釈である。interpretation は「憲法条文の意味を発見するよく知られたプロセス」で法的なものとし、当該事実がフィットする個別の使用可能なフォーミュラに憲法条文を訳する (translation) ことである。これだけで決定的な結果を導くことができず、国家機関は、条文原理と政治利害とプラグマティックな判決の混合物から、状況に自らの個別の行動を導く効果的な憲法上の意味を構成する (construct) よう強いられる。これは construction で、政治プロセスである。「建国の法文書内において、既に存在し (preexisting)、深く隠されているなら、その意味を単に発見するというだけでは済まされない」わけで、interpretation と construction の両方が司法審査での憲法解釈には必要だとする。construction は interpretation の範囲内でなされ条文に拘束されるのに対し、憲法創設 (creation) は新たな意味を発明するのであり、それは違憲である。条文は不確定 (uncertainties) であっても、政府の行為には適切な憲法上の実践が明確でなければならず、不確定な憲

83) 「曖昧や広汎やギャップや矛盾を含む、憲法条文の意味が未だ決定的でない (under-determinate) 状況を包括する」ための shorthand (別の言い方) として使われる。Bradley & Siegel, at 6 n.22. LQ を取り込む OR は、制憲後の歴史的实践が憲法の原意での未決を解決させ、したがってその意味を確定させる (fix) のを認めるが、そこでの未決は曖昧と広汎の場合を含んでいる。Id. at 39, 39 n.155.

84) KEITH WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: TEXTUAL MEANING, ORIGINAL INTENT, AND JUDICIAL REVIEW 5-14 (1999). 同書は、司法審査制の枠組みでの憲法解釈の方法は OR しかありえないと説く。OR 「は、司法の行為を根拠づけるのに利用できる唯一の解釈の戦略である。OR は司法の考量を導くことができなければ、いかなる行為もない。他の政治的行為者は、ほかの解釈の基準を包蔵できるけれども、憲法の自分自身の構成解釈 (construction) でギャップを埋めなければならなくなるであろう。司法権が OR の理解で自らの判決を理由づけることができないところでは、他の部門の解釈に敬讓することが強いられる。しかるに、もとの文言の決定的でないこと (indeterminacy) が大きければ大きいほど、司法の抑制も大きくなる。司法審査は文言が決定的であるところでのみ成長することができる。しかし、決定的である領域が見出される限りで、存在することができるのである」。Id. at 89.

法の枠組みの実践は憲法の間隙を埋める意義がある。

OR は、抽象的とみられる用語を衡量もせずすぐに抽象的としてしまうのは「抽象的意味の誤信 (fallacy)」だと批判し、制憲時に法律家の間で原初的な解釈方法があったのだから、国語的には広汎あるいは曖昧であったかどうかはともかく、法的には曖昧とか広汎とかはないと論じられる。⁸⁵⁾ Solum は OR は多様であっても、fixation (定義) と constraint (制約) を核として共有しており、解釈の対象となる憲法の法源には文言 (textual) と文言外 (extratextual) があるとする。⁸⁶⁾ 前者が憲法の条項と構造である。構造とは憲法上の 3 権分立の権限関係である。憲法外は、憲法以外の創設の法文書 (独立宣言など)、憲法そのもの (修正を含む) の制定批准に関する記録や文書 (フェデラリスト・ペーパーズなど)、道徳や政治哲学 (価値)、社会の規範や価値、諸機関の実務や裁量である。憲法外は construction に機能するが、条文に拘束されるのはいうまでもない。憲法条文のいくつかは開放的 (open textured) あるいは曖昧であるが、幹となる確実な意味は持っていて、その半影、つまり「条文の伝達的内容が法的な内容と効果を侵食するようなケースの領域」があり、「構成解釈ゾーン (construction zone)」とよばれ、そこでは条文の言語的な意味は個別のケースに対しては語る事ができないから、construction が必要となるのである。⁸⁷⁾

85) John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *The Abstract Meaning Fallacy*, 2012 U. ILL. L. REV. 737, 739, 774. ただ、制憲時にしっかりした憲法解釈の方法が存在したかは疑わしい。Jack M. Balkin, *Nine Perspectives on Living Originalism*, 2012 U. ILL. L. REV. 815, 827.

86) Lawrence B. Solum, *Originalism and the Invisible Constitution*, in *THE INVISIBLE CONSTITUTION IN COMPARATIVE PERSPECTIVES* 61, 80 (Rosalind Dixon & Adrienne Stone, eds., 2018). 正確には、「アメリカにおける憲法理論の法内容の源」。

87) *Id.* at 81-82. 「憲法条文でつくられた construction zone の範囲内で構成解釈 (construction) が機能するとき、その解釈は「条文に拘束されている」といえる」。*Id.* at 82. 修正第 1 条の言論の自由 (freedom of speech) を例に挙げ、「条文は包括的に抽象的でぼんやり (vague) しているから、われわれは construction zone の中にいる」。同条の言論の自由には 2 つのアプローチがありうる。1 つは既存の法原理 (preexisting legal doctrine) に言及する法技術で、憲法外の資料によって当時の意味を解することになり、それは事前抑制の禁止という原理になる。もう一つは

かくして OR は、憲法外の資源に 3 つの役割を見出す。⁸⁸⁾ (1) 条文が公的に利用できる憲法上のコミュニケーションのコンテキスト内にあれば、条文の豊かさ（インプリケーションや構造全体解釈）に条文が資することになる、(2) 条文が憲法批准時と同時代的（contemporaneous）なら、条文は意味論的内容を決定する言語事実の証拠を提供することになる、(3) 条文が憲法構成（construction）に関連する規範の証拠を提供するなら、条文は construction zone で憲法理論の発展の指針となる。

憲法条文の意味が未決であっても、construction zone は形成しており、憲法条文の伝達内容が当面の憲法問題に対して回答が出ないところで、憲法理論の一般的な論点と個別の事実のパターンの領域となる。⁸⁹⁾

(3) LQ と OR

第 3 に LQ は OR といえるのか。LQ は制憲後の歴史が意味を形成するとしており、OR の原理に反するよう思える。⁹⁰⁾ 先にみたトーマスの葛藤である。歴史を取り入れるのを新 OR として整理し直して、憲法採択時の歴史を重視するもので、それは construction に関してであって、interpretation に関してではないとする。OR では construction と interpretation はしっかり区分されて、interpretation はコンテキストでの特定の用語の使用の言語的意味を確定させる活動で、construction は特定の事実の状況にその意味を適用する活動であるというのである。⁹¹⁾

一般概念に関する政治哲学の局面で、それには出版の自由が含まれ、憲法外から特にロックの政治思想が根拠とされる。Id. at 82-83.

88) Id. at 103.

89) Solum, *supra* note 21 at 12.

90) 仮に憲法上条文が曖昧であるとしても、OR たるものは制憲後の立法経緯、とりわけ原初的理解をさほど反映したものでないから、批准時の資料に専念するのであり、特段の必要性があれば見るにすぎない。Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Execute the Laws*, 104 YALE L.J. 541, 550-51 (1994).

91) Randy E. Barnett, *Interpretation and Construction*, 34 HARV. J.L. & PUB. POL'Y

実際、OR は多様化している。⁹²⁾ 先に見たように Solum は、OR は fixation と constraint の 2 つの核となる部分が共有されていることで、属 (family) だとする。⁹³⁾ fixation は、憲法条文の原意 (伝達内容 (communicative content)) は各条項が制定されたとき確定されている (fixed) ことであり、constraint とは、立憲アクター (判事とか市民とか官僚など) が憲法を実践する (実務上、憲法問題を判断する) のに従事するとき、この確定された原意に縛られることである。⁹⁴⁾ 原意とは公的原意 (public original meaning) であり、「憲法の伝達的内容は、(1) 十分なアメリカ英語話者によって理解されるテキストの意味論的な通常の意味によって、(2) 憲法の各条項が形成され批准されたとき、公的に利用できるコンテキストを通して伝達されたコンテキスト上の一義化と便益によって、確定される」。⁹⁵⁾

65, 66 (2011). *See also*, Solum, *supra* note 21 at 9-10. この 2 分論は OR に属する分派であるとする。

92) Solum, *supra* note 86 at 69. OR 「は司法実務として、また学説として変転してきた。この変転の間、憲法理論の originalist (OR の者) の族 (family) は、制憲者の原初的意思、批准者の原初的理解、そして公的原意を強調するバージョンを含むようになった」。 *Id.* *See also*, Vasan Kesavan and Michael Stokes Paulsen, *The Interpretive Force of the Constitution's Secret Drafting History*, 91 GEO. L.J. 1113, 1114 (2003). ここ数十年で OR の者の方法は変転し、原初的意思 (original intent) あるいは原初的理解 (original understanding) からごく最近は原意 (original meaning) に変わったとし、ただ憲法の秘密の制定経緯は無視されてきたとする。

93) Solum, *supra* note 21 at 6-7. もっとも、原意は、制憲者意思や憲法の構成解釈 (construction) での手法によって決定されるなどで、相違する。 *Id.* at 7. *See also*, Lawrence B. Solum, *The Public Meaning Thesis: An Originalist Theory of Constitutional Meaning*, 101 B. U. L. REV. 1953, 1964 (2021).

94) fixation テーゼは意味論的な内容確定であり、「各憲法条項が形成され批准されたときの言語実践によって確定され…当該憲法条文のコンテキスト上明確にされて豊かにされた伝達的内容は、条文の各条項が形成され批准されたとき、憲法上の伝達の公的に利用できるコンテキストによって確定される」。 Solum, *supra* note 86 at 60-70. constraint 原理は、「憲法条文の伝達的内容は憲法原理の内容を制約する」という。 *Id.* at 73.

95) *Id.* at 74. すなわち、1789 年の憲法の伝達的内容は、制憲期の言語実践と公的に利用できるコンテキストで確定されるし、修正第 14 条も同様に、1866 年から 1868 年のそれによって確定される。 *Id.*

Solum の整理によって以下のことを確認できる。⁹⁶⁾ OR は原意（公的意味とか原初的意思とか）に説得力を見出し、非 OR はこれを否定する。それには意味解釈的（interpretive）と構成解釈的（constructive）との2つの非 OR がある。前者は、条文の伝達内容は時代とともに変化するとし、後者は憲法理論の法的内容は憲法理論の法的内容を拘束しないとみる。そこに、生きている立憲主義（living constitutionalism（LC））が認識される。憲法理論は変遷するもので、それは状況や価値に応じて変化するとみる。

Solum は、OR は fixation と constraint を最大公約数にしたうえでバリエーションを認め、LC に近いものもあるとしながら、OR のコアにこだわる。それは、憲法制定時の公的意味（public meaning）は共有されるが、こうした変幻や多用があるのは、そもそも meaning には適用（application）、目的論（teleological）、伝達（communicative）があり、これが憲法条文で伝達される内容（content）だとする。⁹⁷⁾ この公的意味論は、OR では主に3つの対峙する型（form）になる。⁹⁸⁾ 第1が原初的意図 OR で、憲法批准時の志向が憲法理論の法的内容となる。第2が原初的方法 OR で、制憲時の解釈方法によって憲法理論の法的内容が決定される。第3が原初法 OR で、制憲時に実行されていた

96) Solum, *supra* note 21 at 13-14. 一貫性としての拘束は、①機能する憲法理論は条文の伝達内容を直接理論に翻訳するもので、憲法判断はこのセットに符合していなければならない、②条文の伝達内容は憲法理論の法的内容に反映されていないと、の要素からなる。fixation は、憲法解釈の対象は条文の伝達内容であり、その内容は当該条項が制定され批准されたとき確定されるとするもので、「憲法条文の伝達内容の発見の活動に関するテーゼである」。Id. at 14-15.

97) Solum, *supra* note 93 at 1960. これには、条文に関連する伝達的な意味での内容（communicative）と、関連する法的機関によって指定された内容（legal）がある。公的意味とは、伝達されもしくは公的にアクセスできるようにされた憲法条文の伝達内容は、そのものの原意で公民が言語共同体として理解したことであり、「憲法条文の原意は、各条項が制定され批准されたとき公民に伝達されたもしくはアクセスできるようにされた内容であると理解するのが、最善である」。Id. at 1961-63.

98) Id. at 1965-66. OR は 1787 年憲法とその後の憲法の関係だけでなく、1787-88 年での解釈とその後の解釈プロセスの関係なのである。JACK N. RAKOVE, ORIGINAL MEANINGS: POLITICS AND IDEAS IN THE MAKING OF THE CONSTITUTION 340-41 (1996).

実定法が理論形成をする。

解釈には 2 つの機能がある (Balkin)。⁹⁹⁾ ひとつは意味の断言 (interpretation-as-ascertainment of meaning) であり、もうひとつは、より重要なのだが、文言を教義や実践や法や制度を通して履行することである。前者が interpretation で後者が construction となるが、これら 2 つの機能に注意しながら、憲法解釈には政府機関とりわけ執行機関の慣例や理解 (Constitution-in-practice とする) が重要となるとする。

この定式で OR は維持されると説明される。それは、①憲法のいくらかの様相 (feature) は採択時に固まっている、②この固定された要素はその後の憲法改正によらなければ変更されない、③この固定された要素は正しい解釈として重要である、としたうえで、枠組みとしての OR (framework originalism) を析出する。¹⁰⁰⁾ そして、この固定されたものが基本的な憲法の枠組みで、これは条文の文言の原初的な言語学的意味と制憲者が選んだルール、基準、制限原理、指針、将来の憲法解釈 (construction) のチャンネルからなる。

OR は文言中心の原意となるから、後の時代に問題が発生してそうした資料のみで判断できないときどうするかは、議論になる。¹⁰¹⁾ 答えを導く資料 (原

99) Balkin, *supra* note 85 at 816.

100) *Id.* at 816-17. 「憲法に忠実である (fidelity) には、条文の原意と、選択されたルールと、原理と、条文の基準に、忠実でなければならない」。 *Id.* at 817. 「Constitution-in-practice はアメリカの統治システムの価値ある様相」とみなしうる。 *Id.* at 821.

101) OR が依拠する、それが認める資料 (second-best sources) は、①フェデラリストと反フェデラリストの公的 (時に私的) 書き物②州批准会議の公的討論③議会、執行権、司法権の初期の憲法解釈④憲法の初期の学説⑤秘密の憲法草案経緯、とされる。Kesavan and Paulsen, *supra* note 92 at 1125-26. second-best とは、憲法の意味に関連し説得的な資料になるも、権威でないから決定的ではなく、意味の証拠となる一方、意味を形成するものでないということである。 *Id.* at 1149. ①から④は認めるに十分な理由があるが、解釈にどれだけ重きが置かれるかには強弱がある。 *Id.* at 1181-83. また、制憲者の「原初的意図」あるいは批准者の「原初的理解」に対するフォーマリストの挑戦にはもちこたえられないのであり、「原意アプローチにとって重要なのは、条文が何を意味するかであって、特定の集団が意図したり、望んだり、理解したりしたことではない」。 *Id.* at 1183. この論考は、⑤が当時の

意を示す) がないから司法は解釈できないとすることもあり得よう。しかし、憲法創設には黙示の解釈のルールが内包されており、全法と全部のコミュニケーションの形態の底にあり、文言をもととの通常の意味で使用して解釈するルールがある (default rule)。¹⁰²⁾

LQ は OR なのか、それとも living なのか。相対的ともいえるし、憲法解釈は複雑なパズルであることの裏返しともいえる。Balkin はいう。「アメリカ人民は不断に、新たな教義、実務、制度を基礎的な枠組みの頂点で建設している。こうした憲法解釈 (construction) のプロセスは LC である。したがって、LC は OR に対峙する正しい解釈の方法ではない。むしろ LC は、法と教義と制度と実務を通じて Constitution-in-practice (実践としての憲法) を建設していくプロセスである。LC と OR の間にいかなる矛盾もない。OR はフレームワークに忠実たらんと要求する。LC のプロセスはフレームワークの上に建てられる。両者はコインの表と裏なのである」。¹⁰³⁾

政治や様相の歴史を示す背景の資料となり、かつ目的の重要な客観的証拠を提供するがゆえに、外部資料あるいは second best resource としてさほど認識されないのは不当だとするもので、①～④でも比重に序列があるのと同様に列せられるとする。Id. at 1183-94. 「必ずしもすべての歴史的証拠のピースが等しいものとしてつくられたわけではない」。Id. at 1214. フェデラリスト・ペーパーズは憲法解釈に不可欠なように見える。OR のトーマスは、「憲法の批准時に起きた匿名の政治的書物として流出したもっとも有名な唯一の例」とする。McIntyre v. Phio Elections Commission, 514 U.S. 334, 360 (1995) (Thomas, J., concurring). スカリアは、最高裁はフェデラリストペーパーズが憲法の原初的理解を一般に示したものとみているという。Printz v. United States, 521 U.S. 898, 910 (1997) (Scalia, J. delivering). See also, Kesavan and Paulsen, *supra* note 92 at 1151, 1157.

102) Saikrishna B. Prakash, *Unoriginalism's Law Without Meaning*, 15 CONST. COMMENT. 529, 541 (1998). 「OR は憲法上強制されるのであり、なぜならば、OR は黙示の default rule で、法制定者は将来の行為者を拘束するために一定の意味をもって法を制定するのであり、何らかの法制定者の条文を法として受容するわれわれの決定は、OR 以外の何もかも意味をなさないからである」。Id. at 545.

103) Balkin, *supra* note 85 at 818. OR のモデルは基本のフレームワークのみ適用され、憲法解釈 (construction) のその残りの部分は多種多様の多くの議論をフィーチャーしたものとなる。Balkin, *supra* note 21 at 650.

では歴史の実務 (historical practice) はどうみるのか。¹⁰⁴⁾ OR では憲法外の根拠として位置付けられる。ただ伝達内容の直接の証拠は、一般の言語外の解釈と、公的に利用できる憲法コミュニケーションの歴史的証拠からくるわけで、制憲後の政治部門の解釈実践はその両方を満たさない。制憲後の実務などは、公的に利用できる憲法コミュニケーションではないのである。しかし、歴史の実務は公的意味の間接の証拠になる。初期の歴史の実践は曖昧さの解決に関連する証拠を提供し、OR は構成ゾーン内で憲法の意味を LQ されるとして、歴史的实践の使用を認めうる。

OR は複雑困難な折り合いをつけながら、実践ベースになったともいわれる。¹⁰⁵⁾ Bradley らには、LQ は OR の悪あがきに映るようである。¹⁰⁶⁾ 歴史を解釈に取り入れるのは確立しているわけで、条文や原意以外のいわば extratextual の資料を憲法解釈に取り入れれば、それはもはや OR ではなくなる。Balkin に至っては、interpretation は原意に基づくもので、これができないとき時代の位相を取り入れる解釈、つまり construction になるとする。¹⁰⁷⁾

104) Solum, *supra* note 86 at 106-8. OR の者でも、歴史の実務をさほど重視しない者もあれば、construction zone では政治部門に司法は敬讓すべきとし、司法判断はなくとも、政治部門つまり議会や大統領の歴史的实践が規範力を持つとみる者もある。Id. at 107-8.

105) Bradley & Siegel, at 8-16. OR 「は practice になった」と評する。サンステインは、Vermeule の共通善立憲主義 (Common-Good Constitutionalism) は、歴史を通して理解され精巧にされた原理で憲法解釈をなす論であり、OR はそうしたものの現代的調合とみなすものだとする。SUNSTEIN *supra* note 23 at 58.

106) interpretation と construction の区別が意識されることは少なく、条文との緊密度の違い (interpretation が強く construction は弱い (補完的)) でしかないとする。Curtis A. Bradley & Neil S. Siegel, *Constructed Constraint and the Constitutional Text*, 64 DUKE L.J. 1213, 1269 (2015).

107) Balkin は、憲法の解釈は原意であり、それは憲法 5 条による改正以外、変えられないとする。BALKIN, *supra* note 2 at 10. 他方で、特に 20 世紀に制憲初期の解釈が利用できるようになって construction が一般化し、憲法変化をもたらしているとする。Id. at 319. 後世では、interpretation は改正によらない限り変えられないけれども、construction で新たな原理や憲法の実践を形成していけるとする (彼の言う living originalism)。Id. at 327.

これはもはや OR とはいえないように見える。¹⁰⁸⁾ Bradley らは、LQ はこうした区別はせず、「言語的に未決定の条項の意味やまた潜在的にそうした条項から構造的に演繹されることは、制憲後 (post-Founding) の実践で落着き得る」と分析する。¹⁰⁹⁾

Bradley らは Noel Canning を LQ ではなく HG の判断だとみて、HG の一般的な要件を呈示する。¹¹⁰⁾ 第 1 に、gloss は政府の実践 (governmental practice) に焦点を当てるのであって、一般的な歴史的序章や文化、社会的態度ではない。第 2 に、それが相当長期に継続した (longstanding duration) ものでないといけない。Noel Canning では、4 分の 3 世紀の歴史は憲法解釈で相当の考慮を払うべき実践だとしている。第 3 に、関係する部門の忍従 (acquiescence) がなければならない。Noel Canning は LQ ではなく、憲法における慣習的实践の力とみる。¹¹¹⁾

Bradley らは、憲法解釈は現実にも外的 (external) 規範を取り込んで解釈せざるを得ないのだと説く。¹¹²⁾ そうした外的規範を modalities (様式) と括り、

108) Jeffrey Goldworthy, *Constitutional Cultures, Democracy, and Unwritten Principles*, 2012 U. ILL. L. REV. 683, 698. 裁判官は憲法の遺漏を矯正するのであって、インプリケーションとして根本目的とみなすのを達成するようにできるために行うとする。Id. at 697.

109) Bradley & Siegel, at 44. HG は解釈の 1 つのアプローチで、権力分立にかんする憲法規範が不明確あるいは未決のとき、安定的と証明された長期の政府の実務が憲法解釈を形成するために尋ねられるとする。Id. at 31.

110) Id. at 18-22. 忍従が重要で、「関係する部門が、その実践が合憲であると現実に同意していなければならない」。Id. at 22. それは司法以外の部門であり、バークの帰結主義 (Burkean consequentialism) として、「政府機関の長期の実践で何がよく機能しているかを示し、さもなくば少なくとも司法が課す可能性が高いもの以上に機能するのを示す」のであり、統治の必要性から動くものなのである。Id. at 23. gloss は、「憲法が権力分立に関連するとき不明瞭あるいは未決定だと認識されれば、安定していると証明された長期の政府実践は、憲法解釈に情報を与えるべく尋ねられる」。Id. at 31. 確立された実務や伝統に密に言及することで法を発展させる必要性は、憲法解釈として認められる。Cass R. Sunstein, *Burkean Minimalism*, 105 MICH. L. REV. 353, 408 (2006).

111) Bradley and Siegel, *supra* note 106 at 1263.

112) 「アメリカの解釈実務は厳密には文言主義ではない、というのも、条文を適用

それは構成された制約 (constructed constraint) であるとして、憲法の条文は もちろん、構造的帰結 (structural inference)、国民道徳の理解 (understandings of the national ethos)、解釈の帰結の考量 (consequential considerations)、慣習の実務、先例を挙げる。¹¹³⁾ テキストを軽視するのではなく、むしろ逆で、ただ憲法規範自体に多様な価値やコンテキストが込められているから、¹¹⁴⁾ それを斟酌しなければならぬとするのである。¹¹⁵⁾ これは、憲法訴訟で憲法解釈の正当性の根拠として法律家が援用する modality である。¹¹⁶⁾

もっとも、かかる要件は LQ と基本は同じである。とりわけ、デパートメンタリズムや政府の実践にこだわる点は、共通している。ただ、LQ が制憲時の実践での定着 (fixation) というモーメントであるのに対し、HG はそれに限定されない歴史とし、さらに権力分立に関してだけに認められるとする。その意味で LQ は OR 寄りなのに対し、HG は歴史を眺望するのをはばからないので、OR ではない。¹¹⁷⁾ LQ が OR の一分子である限りは、そこでの歴史は制憲時の

しそれが明確かを判断するとき、条文の認知された目的や憲法構造や、アメリカ人のエトスとされるものや帰結主義の考量や慣習の実務といった、条文外の要因をしばしば斟酌するからである」。 *Id.* at 1279-80.

113) *Id.* at 1217. 様式は条文の議論、歴史の議論、構造の議論、エトスの議論、道理ないし帰結の議論 (prudential and consequential argument)、先例の議論で、これが憲法解釈の要素になる。 *Id.* at 1239-40. (なお interpretation と construction の厳密な区別はしない)。Solum は、こうした様式は非 OR や LC の特徴だとする。Solum, *supra* note 21 at 18-19.

114) Balkin と同様に、「憲法典は、異なるレベルの個別性と正確性を規範と基準と原理と沈黙にミックスさせて構成される」。 *Id.* at 1286.

115) 憲法条文の権威の意味は、構成された制約 (constructed constraint) の過程で決定される *Id.* at 1270.

116) Balkin, *supra* note 21 at 659-61. Bobbitt の modality と同じである。それは、①条文②歴史 (専権者の意図と理解) ③構造④摂理 (主に司法の自己抑制だが帰結主義も含まれる) ⑤先例 (伝統、政治的解決、政治的慣例や社会規範) ⑥エトス (制限政府の哲学)、である。

117) 歴史や伝統を重視する立場をパーク的ミニマリズムと整理し (フランクファーターが典型)、それは OR に対峙するが、OR 「が認め難い帰結をもたらすところで、伝統と長期の実践が尊重に値し、連邦判事の理論構築能力に正当な疑いがもたれるところでは、パーク的ミニマリズムがわれわれの注意を惹いて正当に継続する位置

近接性にある。これに対し HG はクレメンタリズムで、長期の歴史からの伝統とみるのである。

OR の対極はコモンロー憲法主義であろう。それは憲法の文言の意味は常に変化し、時代時代に応じて裁判所が憲法の意味を確定させるとする理論である。これは憲法の意味を不安定にし判事に自由な裁量を与えることになると、OR は危惧するが、アメリカ憲法の成文と硬性にこだわり、統治の基本はぶれてはいけないとの哲学にあるといえる。¹¹⁸⁾

LQ がいう長期とはいつまでをいうのか。多様であるようだが、制憲期の実践に限定するのが一般的といえようか。そこでの政府機関の実践としての憲法解釈が憲法を確定させ、一般人の理解した公的意味が含まれる。「合理人 (reasonable-person) OR」も主唱され、それは、「憲法は 1787 年に合理人が、すべての関連する証拠と議論を考量したあとに意図したと理解したことを意味する。このアプローチでは、原意は具体的な歴史の人によって保持された現実の心理状態というよりも、法的に構成された合理人の仮定的な心理状態を表す」。¹¹⁹⁾ 一般に、1787-88 年から 50 年間の統治 3 部門の先例や実務解釈は、憲法解釈の先例として容認される。ただ問題は、それが法的な権威としてどこまで比重が置かれるかである。¹²⁰⁾

を占める」。パークのミニマリズムが憲法シーンでの底流にあるのを指摘する。Sunstein, *supra* note 110 at 409.

118) J. ストーリが制憲初期にくぎを刺している。「ある時代の政策は別の政策や願望にさほどあわないことがあろう。憲法がこうした不安定さに服するようなことがあってはならない。それは確固たる統一された永久の (fixed, uniform, permanent) 解釈を持つものでなければならない。憲法は、すくなくとも人間の弱さが許す限り、特定の時代の情熱あるいは当事者に依拠してはならず、昨日も今日も、そして永遠に同じでなければならない」。1 JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES § 426 (1851).

119) Gary Lawson and Guy Seidman, *The Jeffersonian Treaty Clause*, 2006 U. ILL. L. REV. 1, 7. 意味 (meaning)、意図 (intention)、理解 (understanding) が OR のキーワードとなるが、厳格に用いられてはいない。RAKOVE, *supra* note 98 at 7.

120) Kesavan and Paulsen, *supra* note 92 at 1168. いずれにせよ、「憲法はその後のプラクティスに言及することで最良に読まれるわけではない」し、その間に違憲の

(4) 憲法解釈でいう歴史

第 4 に、LQ にせよ HG にせよ、はたまた OR が限定的に受容するにせよ、歴史が憲法解釈にもたらす影響をいかように認知すべきなのか。最高裁は、憲法解釈には制憲者が憲法条文で知らせた意味を発見する歴史の調査が必要であると、認識している。¹²¹⁾ もっとも、歴史を尋ねるといえるとき、その歴史とはいったい何を指すのかと、歴史学者でもない裁判官が歴史をどうやって判断するのか、そもそも判断できるのかとの、2つの問題が横たわる。これは LQ を解釈方法論として受容するかの問題であり、LQ は否定しながらも HG として歴史の意義を認める者がある (Bradley ら)。LQ はより包含的で、HG 自体は何の疑念もなく最高裁で (先のフランクファーター判事) 容認されてきたとする議論もある。¹²²⁾

LQ は原義をはなれていると批判して、HG として憲法解釈での歴史の考量を意義づけるべきとするのが Bradley らである。そこでは両者は明確に区別される。LQ は制憲初期の歴史的实践に限定するのに対し、HG はその歴史にこだわらずそのレンジを長くとりといえる。LQ は制憲期にこだわる点で OR に

実務解釈がなかったわけではないとして、LQ とは言っていないものの、制憲後の実務解釈を憲法解釈とするのには批判的である。Id. at 1168-71. 「初期の先例はなるほど受容され得るし、証拠的 (probative) だし、時に公的原意ともなりうるけれども、決定的となることはほとんどない。…初期の先例は必ずしも正しい憲法解釈ではない。…重要なのは、公的原意の制憲期のソースほど比重は置かれられないということである」。Id. at 1176.

121) William E. Nelson, *History and Neutrality in Constitutional Adjudication*, 72 VA. L. REV. 1237, 1237 (1986). 1857 年の判例以降、学問的には解釈主義 (interpretivism) とされ、制憲者の原初的意思あるいは原初的目的に従って法文を解釈するアプローチで、言語を明確にするのとそれが歴史で変化するのを心得ている。立法者の意思は決して一義にはできず、裁判所は条文の背景にある資料を見ることなく意味を決定することはできないとする。Id. at 1237-38, 1240, 1240 n.11.

122) Fallon, *supra* note 6 at 1775. LQ 「をどう解するかによって、憲法文言の gloss を構築する歴史的实践の概念は幾分広い歴史の探査を招来する」。Id. at 1776. もっとも、制憲直後の歴史的实践が大きな要素を占めるとする。Id. at 1778.

括られる。制憲期の運用の歴史は制憲期の条文の公的理解を反映しているから OR だとも主張され、原理的な OR の堅持を図る指摘もある。¹²³⁾

Noel Canning でブライヤー（法廷意見）とスカリア（補足意見）が対立したように、歴史あるいは practice といっても、それは一義的でなければ科学的な憲法解釈の根拠にはならない。法廷意見は歴史で正当化されるとした一方で、スカリアはそうした歴史的証拠はないとしている。当事者さらに判事も、自己の主張や判断に有利なように歴史をつまみ食いしているようにもみえる。そうした中で、判事は歴史の真実を評価し判断できるのか、法規範的にいかなる基準や方法でなすのか。このような疑問は払拭できない。

憲法解釈がとりわけ司法でなされるとき、現実には文言はさほど重要ではなく、先例を含む実践によって形成された原理が解釈を決定づけるとするコモンロー主義がある。¹²⁴⁾ Strauss は、アメリカ憲法がテキストベースではなく、テキストと先例の mixed system（混成体系）だとする。憲法は最初に出現したときよりはるかに複雑になって、原理は先例に依拠し、それ自体テキストとはゆるい連結でしかない。¹²⁵⁾ mixed system で生起する問題に最適解はない。OR

123) Solum, *supra* note 21 at 6-7. fixation テーゼは、憲法条文の意味は当該条項が形成され批准されたときに確定しているとする理論である。Id. at 1.

124) David A. Strauss, *The Supreme Court 2014 Term- Forward: Does the Constitution Mean What It Says?* 129 HARV. L. REV. 1 (2015). Noel Canning は、条文の役割や条文が確立された実践に対峙している（と主張された）のを考えた稀な事件だとする。Id. at 5-6. 憲法実務が憲法条文に反しているとき、どちらが優先するののかの問題を掲げ、憲法は訴訟にあっては、テキストベースよりコモンローに酷似すると分析する。Id. at 4. 条文は、条文ベースの議論が時として影響力はあっても、訴訟ではしるしの役割 (token role) でしかなく、なるほど条文だけで解決されるものもあるし、完全に条文を無視するのはありえないけれども、条文はしばしば無視され、ときには反するのである。Id. at 12. 最高裁の憲法判断では、法と認識されるのは先例と伝統とそうしたことから導かれる一般原理であって、条文は真ではなくセレモニー的な役割しか果たさないとする。Id. at 8. ただし、「憲法の条文を明らかに無視するのは、われわれの法システムでは認められない」。Id. at 21.

125) Id. at 52. 条文の理解は、憲法の要素であるコモンローとは切り離せないのであり、「今日われわれが機能させている法システムは、3つの制度利益—主権、採択、落着—を適合させる努力とみなされるべきだ」とする。Id. at 52-53.

は多くの基本的な憲法原理に反するわけだが、OR はそれなりに説得力はあって完全に拒絶するのは誤りだとする一方で、万物は生きているのであり、OR が重要でなくなればなるほど、変化に対応する漸進的なプロセスは原初理解に矛盾する結果へ誘うことになる¹²⁶⁾

これは LC に近似する。¹²⁷⁾ また、憲法多元主義 (Constitutional Pluralism) のアプローチも存在する。¹²⁸⁾ それは、憲法解釈の多元的な理論で、憲法の解釈には多様で正当な方法が存在するのを容認する。¹²⁹⁾ OR でも interpretation と construction を分け、後者にあっては多様な手法、とりわけ、エトスや伝統や文化的ヒーローに訴える様式も認められ、日常的に歴史、とくに批准時のそれ (adaption history) を用いて、解釈の正当性を主張する。¹³⁰⁾ ただ、法律家が歴史を利用するときは、自己の法解釈あるいは法解釈で用いた様式を正当化

126) *Id.* at 55, 57-59. テキストに常に究極の権威を置く原理主義 (Fundamentalism) は、憲法条文の原初理解を支配原理とする OR とも異なるが、これも受け入れない。*Id.* at 18.

127) OR は interpretation と construction を区別し、後者は実践としての憲法 (Constitution-in-practice) を構築するとし、制憲期の歴史やエトス、伝統、名誉ある権威は、その道具だとする。Balkin, *supra* note 21 at 718. 「実際のところ、アメリカの法文化では、それらは実に強力な道具である。OR の議論は LC の諸過程の特徴的なレトリックのフィーチャーなのである」。*Id.*

128) 憲法多元主義は、憲法を多元的な形式で論じる複雑な議論のスタイルである。Lawrence B. Solum, *Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, 113 Nw. U. L. REV. 1243, 1271 (2019).

129) Stephen M. Griffin, *Pluralism in Constitutional Interpretation*, 72 TEX. L. REV. 1753, 1753 (1994).

130) Balkin, *supra* note 21 at 652-53. OR 「と人々が呼ぶ多くの議論は、エトスと伝統と名誉ある権威 (honored authority) に訴えることでよりよく理解される [し、それらの議論は、] アメリカ文化でユビキタスであるのと同じように重要である」。*Id.* at 673, 687. ただ、制憲期の歴史は正当化のあらゆる根拠を支持するのに利用できる。*Id.* at 693. OR の者が根拠とする、条文、構造、目的、帰結、司法先例、政治の解決や慣例、慣習、自然法、エトス、伝統、名誉ある権威のすべてに、制憲期の歴史が使われ、「建国者、制憲者、採択者は、それぞれの議論の形態に関して特別の洞察ないし特別の地位を有する」。*Id.* at 701.

する根拠にする場合であり、いわば歴史の都合解釈は否定できない。¹³¹⁾

LQは実務による確定である。これを支えるのは忍従(acquiescence)である。この忍従は法解釈を形成する法的行為と認められるか。Roismanは必ずしもそうではないとして、懐疑的である。¹³²⁾ 権力分立において他の部門の憲法解釈に反応しないという態度にはいくつものインプリケーションがあり、無視とか、憲法問題と認識していないとかもあるわけで、忍従は憲法解釈の容認では必ずしもないという。忍従があったからといって、政治部門内で憲法解釈の一義的合意があったとする科学的証拠とはみなしえないのである。歴史を否定するのではなく、「過去の実務が憲法上の同意の証拠として使えるようにするには、問題となっている憲法上の権威がこれを発する部門によって公に闡明されるか、これを認める部門によって討議されるか、しなければならない」。¹³³⁾

実務や歴史での先例が憲法解釈を形成するのにまわりつく懸念は、そもそも政治部門、特に執行権のそうした解釈が正しい憲法解釈なのか、である。忍従は、執行権がなす憲法解釈が強力であるため、それを普遍化する傾向の表れであろう。その解釈には政治や政策が影響しているとみることができる。忍従の歴史が憲法解釈を確立させるとみるのには、慎重さも必要であろう。

5 むすびにかえて

憲法(成文法としての)を解釈するとき、より具体的な局面では法律家が自

131) *Id.* at 663-66. 「歴史は異なる法議論の形を支持し、異なった法議論の形態は歴史に視点を提供し、さもなくば課す。…法律家は歴史を使用することでその法律家の歴史の視点を形成する」。*Id.* at 664-65. Nelson, *supra* note 121 at 1246-62. 問題は歴史の信用性(credibility)であるが、良い歴史は正確に過去の現実を描き出すとする。

132) Roisman, *supra* note 4. See also, George Krug, *Congress's Competing Motivations: What Chevron Can Tell Us about Constitutional Acquiescence*, 96 *IND. L.J.* 637, 649 (2021).

133) Roisman, *supra* note 4 at 712. これがなされれば、これに続く実務は憲法合意があったのを十分示すものとなる。*Id.* at 715.

己の憲法上の議論を正当化するために援用する根拠として、歴史、とりわけ政治部門で固まった解釈実践はその地位を獲得できるか。アメリカの LQ には、憲法は未完の法生産物であり、その完成のプロセスは後世の人民政治に委ねられるとの関心がある。政府の解釈や実践ではなく、司法のそれを神聖視するきらいがある。しかし、憲法を実践する一次的責任は政治部門にある。¹³⁴⁾ 司法は法律上の争訟というタガをはめられ、しかも second guess (後知恵) であって、その憲法解釈は限定的となる。¹³⁵⁾ 政府の実践が憲法 (解釈) を形成していることをまず認識したい。

アメリカ憲法学の議論は、その宿命ともいべき統治のルール (主に権力分立) に関して文言の原意にどこまで拘泥するかといった、憲法解釈論の研究になっている。LQ は、OR が制憲期の文言と意図、そして公的意味を根拠とすることから、その original の資料として制憲期の実践が含まれるとするもので、歴史といっても限定される。LQ は、それが OR の葛藤で展開される点では、OR がアメリカ固有の議論であるなら、¹³⁶⁾ わが国の憲法解釈への移入は慎重にならなければならない。¹³⁷⁾ OR は成文憲法、すなわち書かれたテキストであることを意識する。¹³⁸⁾ OR は成文憲法国には共有される方法論とも思われるが、

134) 「憲法解釈は政府の人間の最初の仕事になり、肯定的な政府行為に不可欠な条件である」。WHITTINGTON, *supra* note 84 at 135.

135) Noel Canning で示されたように、RAC の解釈がそれまで司法で確定されえなかったのは、不思議である。ただ、それはそれまで争いがなかったことや、司法には原告適格など公法上の訴訟もコモンローで処理する制度が背景にあると指摘される。Jamal Greene, *The Supreme Court as a Constitutional Court*, 128 HARV. L. REV. 124, 134-141 (2014). いかなる判断であれ、正しいかどうかはともかく、もっと早く司法判断されるべきだった。Sanford Levinson, *Constitutional Design*, 128 HARV. L. REV. FORUM 14, 18 (2014).

136) Balkin, *supra* note 85 at 838-40. カナダでは OR は全く支持されない。Peter W. Hogg, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, in GOLDSWORTHY, *supra* note 22 at 56, 83. See also, Tushnet, *supra* note 19 at 538.

137) 日本国憲法の憲法解釈の方法について、大石眞『憲法概論 I』(有斐閣、2021年) 18-19 頁、参照。統治については実質的憲法観 (憲法典に拘泥せず原理や憲法附属法などを考量して規範内容を考える) に立つ傾向があるとする。

138) 「憲法は書かれた文書である。事程左様に (as such)、その意味は変わらない。

現実にはそうではない。もともとの OR は憲法の条文と制定時の公的な理解や意味で事足りりとするのであるが、その原理主義的部分では対応できず、歴史やそこから帰結される意思を考慮するバリエーションがみられ、LQ はその一つと位置付けることができる。

LQ は歴史を司法判断で斟酌する方法として、¹³⁹⁾ 根本的な立憲機関（政治部門）の実践を重視する。これは HG も同じで、政府の実務が憲法解釈の一翼を担う役割を認識し、これを学問的に整序する展開である。¹⁴⁰⁾ 憲法は 1 次的に、場合によっては究極的に、（司法審査を経ない）政府の解釈で実行されるわけで、正当な憲法解釈とみなす余地はある。¹⁴¹⁾ ここでいう政府の解釈とは、民主主義に裏打ちされたその世代の解釈である。¹⁴²⁾ 問題はそう判断する基準や理論であり、LQ は憲法学的課題となる。

それが採択されたとき意味したことは、いまでもそれを意図するのである」。South Carolina v. United States, 199 U.S. 437, 448 (1905). See also, Utah v. Evans, 536 U.S. 452, 491 (2002) (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part).

139) 「憲法の議論で歴史を使用するのは、文化の記憶とアメリカの政治伝統のより大きな格闘の 1 局面である」。Balkin, *supra* note 21 at 719.

140) Bradley and Siegel, at 72.

141) *But see*, Greene, *supra* note 135 at 153. パーク的解釈は実践を重視するが、それは賢明でなければならないのが前提で、「政治的対立での着落は偶然のみによる (only by accident) 明確化を達成する」。

142) 「完璧すぎて後世代の判断と賢知なしに受け継がれる憲法など、デザインされえない」。Balkin, *supra* note 85 at 829.