



Title	憲法と宗教 ―憲法解釈方法論の一事例として―
Author(s)	スカリア, アントニン; SCALIA, Antonin; 会沢, 恒//訳 他
Citation	北大法学論集, 55(4), 400-383
Issue Date	2004-11-29
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15320">https://hdl.handle.net/2115/15320</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(4)_p400-383.pdf



# 憲法と宗教

—— 憲法解釈方法論の一事例として ——

アントニン・スカリア  
会沢 恒 訳

以下に掲載するのは、2003年2月5日に北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センターの主催にて行われた講演会<sup>1</sup>における、アメリカ合衆国最高裁判所のアントニン・スカリア裁判官による講演である。なお、注は全て訳者による。

今回、スカリア裁判官は日米法学会の招きで訪日し、東京（学習院大学）・京都（同志社大学）での講演会<sup>2</sup>を経て、札幌での講演会が実現した。連邦憲法の宗教条項及びそれに関わる諸判例を題材として、同裁判官の特色ある憲法解釈に対する考え方の一端が披露された。なお、この後、東京（東京大学）にて札幌とほぼ同内容の講演が行われた。

スカリア裁判官は1936年生まれ。ジョージタウン大学を首席で卒業し、さらにハーバード大学ロースクールを卒業した。その後、オハイオ州での弁護士実務を経て学界に転じ、1967年にヴァージニア大学ロースクール教授、1977年にシカゴ大学ロースクール教授となった。この間、ニクソン政権の下で司法省など連邦政府関係の職務を歴任している。1982年

<sup>1</sup> なお、日米法学会及び東京大学大学院法学政治学研究科附属比較法政国際センターとの共催である。

<sup>2</sup> この講演については、Antonin Scalia（吉田仁美訳）「講演・裁判官任命の危機——その原因と解決」アメリカ法2003-1号70頁として紹介されている。

にコロンビア特別区を管轄する連邦控訴裁判所の裁判官に就任した。1986年、レーンキスト裁判官が最高裁長官に就任するのに伴い、当時のレーガン大統領によりに指名され、議会上院での満場一致の承認を経て連邦最高裁裁判官に就任し、現在に至っている。

〔講演〕

今日のテーマは、狭く言えば、合衆国憲法の第一修正の宗教条項です。しかし、より広く言えば、このトピックを使うことによって、憲法のテキストの解釈に当たって適用されるべき諸原則について議論したいと思います。いささか種明かし気味にはなりますが、私が憲法の解釈を支える4つの柱だと考えているものをまず示しておきます。第一に、憲法のテキスト、文言それ自体です。憲法はそれが述べていることを述べているのであり、述べていないことについては述べていません。第二に原意、最初の意味です。テキストには、それが採択された時に有していたものと同じ意味と、事案への同じ適用を与えられるべきです。後の時代に好まれるようになった意味や適用であるべきではありません。第三に伝統です。テキストの原初の意味や適用を決定できない場合には、憲法は、人々の伝統的な実践 (traditional practice) の中に反映されているように、解釈され、適用されるべきです。第四に不変性です。我々は永続的な憲法を有しているのであって、移り変わる憲法ではありません。社会の状況が憲法のあり方に変化を求めるのであれば、その目的のために設けられている改正手続が存在します。

種明かしをし過ぎて驚きの種がなくなってもいけませんから、やや作為的ではありますが、一つ伏線を張っておきましょう。今日の話のサブテキストは、およそ25年前の大統領選挙の予備選挙で使われたフレーズからの引用です。それはこのようなものです：「何か物を見て、『何故か?』を問う人々がいる。私は、今まで無かったものを夢想しては、『何故無いのか?』を問う。」この言葉が今日の話題にどう関連してくるかについてはしばらく置いておきましょう。後に結び付けてみたいと思います。

第一修正の宗教条項は次のように規定しています：「連邦議会は、国教を定め、または自由な宗教活動を禁止する法律を、制定してはならない。」<sup>3</sup>

17年前に私が裁判官に任命されて以来の、連邦最高裁で取り扱われた宗教条項関連の事件を振り返ってみると、私はおおむね「中道の("centrist")」裁判官であった、つまり、私はたいてい多数意見の側に票を投じてきた、とすることができます(少なくとも、「中道の」ということを緩やかに解するならば、ですが)。私が裁判官になって以来、連邦最高裁は25の宗教条項関連の事件を判断してきました。1開廷期あたり2件未満ということになります。私が憲法上の問題について反対意見の側に回ったのは、このうち4件のみです。私の評価では、この種の事件を判断するための適切な方法論だと考えるものから最も遠ざかってしまった判決だ、という意味で、最も私が反対する事件は、1989年の *Texas Monthly v. Bullock* 事件<sup>4</sup>です。この判決では、聖書やトラーヤコーランといった信仰の教義の普及のための宗教的出版物の販売に対して、テキサス州が売上税の免除を与えていたことが、国教禁止条項の下で違憲とされました。こうした税の免除を与える実務は多くの州に存在していました。実際のところ、行政実務の問題としてみれば、宗教団体によるそのような出版物の販売が問題となっている限りにおいて、同様の取り扱いは全ての州に存在していたのです。さらに言えば、これは長年にわたって存在し続けてきた実務だと、私は考えています。聖書やコーランなどの租税免除を国教禁止条項が許容するかどうかより、むしろ、これを宗教活動の自由条項が要求しているか——少なくとも宗教団体によって販売されている場合において——のほうが、より難しい問題であると考えたことでしょう。しかしながらこの事件は、長年人々によって受け入れられてきた実務を考慮することによってではなく、Lemon テストの機械的な適用によって判断されたのです。Lemon テストというの

---

<sup>3</sup> 訳は田中英夫編集代表『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会、1993年）231頁による。前段は国教禁止条項（Establishment Clause）、後段は宗教活動の自由条項（Free Exercise Clause）と呼ばれる。

<sup>4</sup> *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 U.S. 1, 109 S.Ct. 890 (1989).

は、これが最初に用いられた *Lemon v. Kurtzman* 判決<sup>5</sup>からこう呼ばれています。 (i)立法目的が世俗的であり、(ii)立法の主要な効果が宗教を促進するものではなく、かつ(iii)宗教団体の運営に対する州の関わりあいをもたらしえない場合にのみ、州法は国教禁止条項と衝突するものではない、とするものです。

アメリカの宗教条項に関する多くの事件が形式的な抽象概念の適用によって判断されてきました。国教禁止条項の関係では *Lemon* テストがそうですし、宗教活動の自由条項との関係では、最近まで、1963年の *Sherbert v. Verner* 判決<sup>6</sup>の定めたルールが適用されてきました。この判決は、州の側にやむにやまれぬ利益 (compelling state interest) が存在しない限り、誰もその信仰によって命じられる行為を行うことを禁じられない、としています。

ここで私は、別の呼び方では「ルール」として知られる、形式的抽象概念の運用それ自体に反対しているのではありません。ルールは司法部の恣意性をチェックする手段です。しかし、我々の社会の最も根源的な法が裁判官によって作り出されると考えるのでない限り、こうした形式的抽象概念は憲法のテキストの中に見出され、そこから引き出されるべきであり、テキストそれ自体が明確でない場合には、テキストが表現する確立した実践の中に見出され、そこから引き出されるべきです。司法部が作り出した抽象概念には様々なものがあります。第一修正との関係の *Lemon* テストはその一つですし、第四修正<sup>7</sup>との関係で無令状の搜索は不合理だとする原則があります。あるいは数年前、第五修正との関係で、以前のトライアルの訴因を立証するために使われたものと同じ証拠を新たなトライアルで利用すれば、二重の危険の禁止条項<sup>8</sup>と抵触する、

<sup>5</sup> 403 U.S. 602, 91 S.Ct. 2105 (1971).

<sup>6</sup> 374 U.S. 398, 83 S.Ct. 1790 (1963).

<sup>7</sup> 「不合理な搜索および押収または抑留に対し、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障されるという人民の権利は、破られてはならない。令状は、宣誓または確約によって根拠づけられた・相当な理由に基づいてのみ発せられるべきであり、かつ、搜索されるべき場所または抑留されるべき人または押収されるべき物件を特定して示しているものでなければならない。」

<sup>8</sup> 「何びとも、同一の犯罪について重ねて生命または身体の危険にさらされることはない。」

とされました。「州のやむにやまれぬ利益」による介入がない限り、誰でも宗教上の理由に基づいていかなる法にも違反できるとする、第一修正に関する Sherbert 判決のテストもそうです。こうした、司法部が作り出した抽象概念が、それと矛盾する、長年にわたる伝統と衝突する場合には、譲るべきは抽象概念のほうであって、伝統ではありません。

私はこれを「シェークスピアの原則」と呼んでいます。と言いますのもこれは、私が高校時代に文学の分野で習った、適切な意味の優先順位のあり方についての、法の分野での表現だからです。その高校時代の頑固で高齢の英語教師は、クラスメートの一人にシェークスピアの原則を説くことで私の人生に多大な印象を残しました。そのクラスメートはせっかちで気取り屋だったと記憶していますが、彼は「ハムレット」に関する教室での議論の中で、この戯曲に対して生意気で根拠の薄い批判を展開するという過ちを犯しました。この教師は彼をしばらく見つめ、そして、人生と労働の多くの分野で極めてよいガイドになると思われる台詞を発したのです。「君。」彼は言いました。「君がシェークスピアを読むときには、シェークスピアが試されているわけではない (Shakespeare's not on trial)。君自身が試されているのだよ。」

私の見るところでは、社会に受け入れられた憲法的伝統は、賢明な法律家にとって、高校生の英語の時間におけるシェークスピアに相当するものです。法律家が伝統を審判するのではなく、伝統によって審判されるのです。法律家が分析に利用する定式——これが「ルール」ということになりますが——の妥当性に関するテストは、伝統的な状況に適用された際に、アメリカ社会が伝統的に受容してきた結果に譲歩するかどうか、です。そうすれば、こうしたルールは憲法的な伝統がこれまで直面したことの無い新たな状況に対して適用することができ、かつ（保証とまでいかなくとも少なくともある程度の蓋然性を伴って）そこから生み出される帰結が同一の憲法的伝統の継続と延長となる、と言えます。

それどころか、受容されている憲法的伝統というものは、司法的なルールが試される基準であるのみならず、こうしたルールが引き出されてくる素材・材料だとすら言えるでしょう。憲法的なルールというものは、コモンローが発展してきたのと同じように形成されます。あるいは形成されるべき、と言いましょか。すなわち、長年受容されてきた実践を

所与のものとして受け取り、そうした帰結を説明する原理は何かを問うことによって、です。そのような原理がルールとなるのです。ただし、おそらくは、将来の何らかの事件において、そうした原理に端的に適合しない、堅く受容されてきた他の実践に直面し、原理が修正されなければならないかもしれない、という条件の下ですが。このようにして、原理はコモンローを正確に表現し続けるのです。

もちろん、これとは正反対のものが、伝統を曲げて抽象概念に従わせてしまうアプローチです。私の見解では *Texas Monthly* 判決はその一例ということになります。また、中間的なやり方もあります——同様に誤っているものですが。つまり、矛盾する伝統を維持しつつも、それを考慮に入れて抽象概念を修正していくことをしないアプローチです。*Walz v. Tax Commission of the City of New York* 判決<sup>9</sup>はその好例です。この1970年の事件は、もっぱら宗教的礼拝のために使われる不動産に対する不動産税の免除が、国教禁止条項の下で合憲かどうかに関わるものです。このような免除は時代的にも地域的にも普遍的に存在していました。*Brennan* 裁判官の同意意見が認めるように、「歴史的な支持がこのように圧倒的な実践の合憲性について最高裁が検討したことは、これまでにあったとしてもまれなこと」でした。*Texas Monthly* 事件での売上税の免除とは異なり、最高裁はこの不動産税の免除を排除するということはずせず、有効のまま維持しました。しかしながらこの時、これらを考慮して、国教禁止条項に関わる判例法のルールを修正することもしなかったのです。つまり、無宗教に対して宗教を奨励することを禁止する、いわゆる「中立性原則」に執着し続けた、ということです。同様に、議会の会期の冒頭での祈禱を維持した1983年の *Marsh v. Chambers* 判決<sup>10</sup>においても同じことが行われました。この慣行の「ユニークな歴史」——つまり、連邦憲法採択以来、州と連邦双方の立法部においてこの慣行が行われてきたことを示す歴史——に照らすと、この慣行は国教禁止条項に違反していない、最高裁はこのように判断したのです。*Brennan* 裁判官の反対意見は、「限定され、全体として注意深い見解」と彼の呼ぶもの

<sup>9</sup> 397 U.S. 664, 90 S.Ct. 1409 (1970).

<sup>10</sup> 463 U.S. 783, 103 S.Ct. 3330 (1983).

を最高裁が示したことを賞賛しました。このような言い方で彼は、アメリカの憲法的伝統の現実を、憲法が何を意味するかに関する教義上の抽象概念の純粹さに対して侵入させなかったことを指しています。

「法廷意見は、ネブラスカ州の立法部における祈祷という慣行を、国教禁止条項の下での司法審査を伝統的に構築してきた、いかなる形式的『テスト』にも従わしめていない。」 Brennan 裁判官は、正確にも、このように述べています。彼はこのことを「良いこと」だと考えています。何故ならば、「これによって、立法部における祈祷を許容するよう調整をつけるために国教禁止条項に関する理論を再定式化するのではなく、最高裁が国教禁止条項に対する例外を作り出しているということ、端的に確認している」からだ、としています。

私はもちろん、このことを悪いことだと考えますし、その理由も全く同じです。これは、Brennan 裁判官が述べたように、（また Marsh 判決の法廷意見がそのように処理したように、）裁判所が作り出してきた演繹法に干渉する、ある不便な、200年の歴史を持つ伝統を「許容する」、という問題ではありません。むしろ、こうした演繹法的前提を修正していくという問題なのです。これによって、司法部の発明したルールが、社会からすばらしくも切り離された哲学書より引き出される純粹に学問的な概念構成ではなく、憲法について社会の持っている歴史的・文化的理解と適合することになるのです。こうした歴史的・文化的理解というものは、そこからルールが構築されてくるべき生のデータなのです。言わば、物理学の理論が物理現象という生のデータから引き出されてくることと同様です。そして、二つの物体が相互に弾く傾向にある、という命題からなる物理学の理論があるとすれば、リンゴや飛行機や羽根さえもが必然的に地面に落ちるという事実を考慮に入れるためには、理論に対しては単なる「調整」や「例外」を超えるものが要求されます。このことと同様に、宗教的教義を促進する政府行為は合法たりえないという、第一修正に関する「中立性原理」が、Walz 判決や Marsh 判決で承認された伝統と適合しないのであれば、こうしたルールに対する根本的な再修正が必要とされるのです。

アメリカの法文化において、一定の法的抽象概念が誤っていることを最高裁自身の見解が示しているにも関わらず、それに執着し続けさせる

ものが何なのか、私にはよく分かりません。しかしこうしたことは、決して第一修正に関係した法理に限定される現象ではありません。例えば最高裁は、令状をまず得ない限り搜索・押収は第四修正の下で違憲となる、とのルールを一般的に強調し続けています。私の言える限りでは、このルールはいかなる歴史的正当化もないままに裁判所が作り上げたものです。他方で、今や、緊急状況の搜索、行政による搜索、自動車の搜索、停止・捜検 (stop and frisk) に伴う搜索、逮捕に伴う搜索、学校の搜索、従業員勤務場所の搜索など、このルールとされるものに対する多くの「例外」が存在しています。家屋の搜索の際には一般に令状が要求され、それ以外の場合にも要求される場合がある、と言うほうが、明らかに現行法より正確な記述になるでしょう。にも関わらず、最高裁は「無令状の搜索は一般に違法である」と言い続けているのです。おそらくは、このことによって我々自身をより良きものとして感じるができることに原因があるのでしょう——つまり、極めて自由な社会であるという、アメリカの自己イメージを確認しているのです。社会の必要性はそのような寛大さを（現在もこれまでも）許してこなかった、というのが厳しい現実であるにも関わらず、です。

このことから、若干のコメントをしたい、今日最後の宗教条項関連の話題に入りたいと思います。1990年の *Oregon v. Smith* 判決<sup>11</sup>は、*Sherbert* 判決のルール、すなわち、やむにやまれぬ利益がない限り、人がその宗教的信念に基づいて行動することを州は止めてはならない、とのルールをようやく、そして幸いにも、廃棄しました。*Oregon v. Smith* 事件は、幻覚剤の使用を犯罪とするオレゴン州法に関するものです。アメリカ先住民の教会の宗教儀式において(サボテンから作られる)ペヨーテという薬物を使用した二人の男性が、この法律に対して異議を申し立てました。薬物使用の禁止について州の側にやむにやまれぬ利益が存するかどうかに関わらず、この法律は彼らに対して合憲に適用できる、最高裁はこのように判示しました。*Sherbert* 判決のルールは明示的に拒絶されました。

無令状搜索を違憲とするルールと同様に、*Sherbert* 判決のルールは極

<sup>11</sup> *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 110 S.Ct. 872 (1990).

めて勇ましいものではありましたが、また別の大言壮語の一例でした。法それ自体ないし法の運用にかかる執行部の裁量に反映される多数派の同意によるのではなく、裁判所を通して適用される憲法的命令による宗教関連の例外に、あらゆる法が服していると考え——このような考え方は、現実と言うよりは、ほら話か幻想と言うべきでしょう。宗教の自由に関わる事件の最初期のものから、*Sherbert* 判決のほんの数年前に至るまで、最高裁の諸判断はこのようなアプローチを拒絶していました。ここで初期のものとしては、*Reynolds v. United States* 判決<sup>12</sup>のことを念頭に置いています。この判決では、重婚を犯罪とする連邦法をモルモン教徒に対して適用することが認められました。重婚は間違いなくモルモン教の宗教行為の中心的な部分でした。また、重婚の禁止は間違いなくやむにやまれぬ利益とは言えないものでした——あなたが本当に嫌悪するものは何であれやむにやまれぬ、と考えるのでない限り（このように考えるのだとすれば、まさしく、裁判所よりは立法部のほうがそうした強烈な嗜好のより適切なバロメータとなるでしょう）。そして *Sherbert* 判決のほんの数年前には、最高裁は *Braunfeld v. Brown* 判決<sup>13</sup>を下しています。この判決は、土曜日を安息日とする古典派ユダヤ教徒の商人に対して日曜休日法の適用除外を認めませんでした。こうしたことが *Sherbert* ルールとテクニカルに両立し得ないものでないのであれば、*Sherbert* 判決が初めて表明した宗教の自由の保護についての拡張的な理論と正反対のものでしょう。そして *Reynolds* 判決から *Braunfeld* 判決に至る判断こそが、憲法実践の伝統を表現しているのです。そこでは、徴兵法から日曜休日法に至るまで、あるいは、軍隊の食堂における宗教的な要請との調整についての例外から州と連邦の職員に対し宗教上の休暇を与える例外に至るまで、一般的ルールに対する宗教上の例外は、司法的命命によってではなく、立法部または執行部が認めることによって作り出されてきたのです。

(少なくとも最高裁の判断について考える限り、) *Shebert* 判決の後でさえ、こうした憲法的な慣行は変化しなかったと断言する、と私は考えています。私の考えるところでは、「やむにやまれぬ利益」を要求する

<sup>12</sup> 98 U.S. 145 (1878).

<sup>13</sup> 366 U.S. 599, 81 S.Ct. 1144 (1961).

Sherbert 判決の拡張的な原理は、例えば Goldman v. Weinberger 判決<sup>14</sup>と調和させることは全く不可能です。この事件では、ユダヤ教の頭部の装飾品ヤムルカの着用を軍規によって禁じられたことは宗教活動の自由を侵害する、と軍に勤務していた正統派ユダヤ教徒が主張しました。軍隊において、ヤムルカやターバンの混じらない、帽子の統一的な列を維持することが、やむにやまれぬ利益だと考えることができるでしょうか？ もちろんそんなことはないでしょう。しかし最高裁は Sherbert ルールを適用すると称しつつ、このヤムルカの禁止を認めたのです。あるいは、先住民の宗教的慣行に干渉するような形で林道を建設することに、やむにやまれぬ利益があると考えることができるでしょうか？ Lyng 判決<sup>15</sup>で最高裁は、林道を移転する必要はない、と判示しました。

こうした後の事件は Sherbert 原理に従っていないわけですが、私に言わせるならばその理由は、先に述べた通り、伝統と歴史的实践の引力は分析的抽象概念のそれよりも強力だからです。軍隊のパレードが宗教の数と同じだけの数の帽子で埋め尽くされることを第一修正が要求している、などと考えられたことはありません。最近になって表明された抽象概念がこれと矛盾するようであれば、譲らなければならないのは抽象概念のほうです。我々はその原理を誤りだとしなければなりません。

こうした現実を知りつつ、なお Sherbert 判決の定式を法であると繰り返して主張し続ける者は誰でも、実に大言壮語を吐いている——あるいは私が第一修正ショー (First Amendment showboating) と呼ぶものに従事しているのです。それでは、伝統的理解や実践との調和のないまま最高裁の発展させた定式こそが、それらがより良く、より啓蒙的であるのならば、市民を拘束すべきである、現実を知らずにこのように主張する者についてはどうでしょう？ このような人は、私が先に引用したスローガンを信じているのでしょうか：「何か物を見て、『何故か？』を問う人々がいる。私は、今まで無かったものを夢想しては、『何故無いのか？』を問う。」

このモットーを留保なしに奉ずる前に知っておくべきことは、これがジョージ・バーナード・ショウの比較的知られていない戯曲の台詞から

<sup>14</sup> 475 U.S. 503, 106 S.Ct. 1310 (1986).

<sup>15</sup> Lyng v. Northwest Indian Cemetery Ass'n, 485 U.S. 439, 108 S.Ct. 1319 (1988).

の「バクリ (knock-off)」だと考えられている、ということです。戯曲『思想の達し得る限り／メトセラ時代に帰れ』の中にある、ショウによるオリジナルの台詞は、「あなたは何か物を御覧になる。すると『何故?』と有仰います。私は反対に、今迄無かった物を夢想しては『何故無いのだらう?』と申します。」<sup>16</sup>というものです。

このモットーは魅力的だが、しかし実際には人間の行動の指針としては健全なものではない、と分かるだけの分別を、ショウは持ち合わせていたようです。この戯曲の中でこの台詞は、蛇によって語られます。そしてその語られる相手は、「イヴ」と呼ばれる女性なのです。

### 〔講演後の質疑応答〕

講演に引き続き、会場の聴講者と質疑応答が行われた。以下はその中の主要なやり取りである。

**質問** 形式的ルールも重要だが憲法解釈は生活実態に根付いていなければならないという考え方は、ドイツの歴史法学派における、ロマニストの形式性に対する、むしろゲルマニスト寄りの議論とバラレルだと思われましたが、そのような影響はあるのでしょうか。また、伝統を裁判官が認定するのだとすれば結局裁判官が法を作ることになるのでしょうか。裁判官の恣意性をどのようにクリアするのでしょうか。

**回答** 私の議論はドイツ法学の伝統に基づくものではありません。むしろ常識 (common sense) に基づいたものです。また私は、伝統から法を作り出す裁判所の自由な権能、というものを議論しているのではありません。私は、民主的に採択されたテキスト——ここでは第一修正ということになりますが——の解釈ということについてお話してきました。ここでの問題は、裁判所が伝統を人々に対して押し付けるのかどうか、ということではなく、あるテキストの意味が何なのかを裁判所が明らか

---

<sup>16</sup> 訳はバアナアド・ショウ (相良徳三訳)『思想の達し得る限り (原名メトセラ時代に帰れ)』(岩波書店／岩波文庫、1936年) 18頁による。なお、原著 BERNARD SHAW, BACK TO METHUSELAH は1921年刊である。

にしようとする、ということです。テキスト自体の文言からテキストの意味が明らかでない場合において、テキストの意味というものそれはそれが採択された当時の理解に基づかなければならない、それも必ずしも明らかでない場合には、それに引き続く時代の人々の理解というものが採択当時の理解に推定的に遡る手がかりとなるであろう、ということです。従って、伝統を人々に押し付ける司法部の権能、などという問題とは全くの無関係のことです。

別の例としてはデュープロセス条項<sup>17</sup>を挙げることができます。「デュープロセス」(「適正手続」)とは何でしょうか。1791年にこの条項が採択された際に英国人が有していた手続に対する権利を、起草者たちは念頭に置いていたはずですが、だとすればこれが、デュープロセスということの指し示すものだと考えるべきです。そのように考えなければ、裁判所が法を発明することを許すことになります。伝統それ自体が法の淵源だというわけではありません。法の淵源は当該テキストを採択した人々であって、彼らがテキストを採択した当時、ここでは1791年における彼らの理解が意味として与えられるべきです。

第二点についてですが、それを完全に免れることはできないかも知れません。憲法の最終解釈権能が裁判所に帰属する法システムを採用する限り、司法部の恣意性を止める方法は制度上はないことになります。

**質問** 日本では世間を知らない裁判官、世間に遅れた裁判官と言われることがあるが、そのような見方についての意見があれば聞かせていただきたい。

**回答** 法を近代化するというのは裁判官の役割ではありません。民主主義においては立法部を通じて活動する人々によります。裁判官が法を変えていこうとすれば、その適切な権能の範囲を逸脱することになります。憲法についてもそれは同様です。憲法を近代化するというのは(裁判官としての)私の仕事ではありません。憲法はそれが言っていることしか言っていません。ひょっとしたら、ある新しい権利を権利章典に書き加えることは良いことなのかも知れません。が、そうであるならば、人々

<sup>17</sup> 合衆国憲法第五修正。「何びとも、法の適正な過程 (due process of law) によらずに、生命、自由、または財産を奪われることはない。」同様の文言が州を名宛人として第十四修正第一節にもある。

が憲法修正手続を通じてそれをすべきです。あるいは制定法の形で権利が創造されるかもしれません。もし裁判官がこれこれの権利があるべきだとして法を發明するとすれば、裁判官はあたかも王のように振舞うことになります。アメリカにおいては王などというものは要りません。たとえ良い王であっても。

**質問** 日本国憲法はアメリカの占領軍が起草したものです。日本では、アメリカ人が建国の父たちに持っているような信仰はありません。スカリア裁判官の方法論は一般理論としては適切でも、日本のそのようなコンテキストで同様に採りうるのでしょうか。

**回答** そうした問題について日本のコンテキストに即した形で考えたことはありませんが、ヨーロッパとの関係では考えたことがあります。ヨーロッパ諸国はルクセンブルグの裁判所で強制可能な権利章典を採用しました。私の方法論は合衆国憲法に適用することはできます。合衆国憲法は民主的に採択されましたし、例えばデュープロセスについて、憲法起草者たちはその意味を了解していました——手続に対する権利は英国人の伝統的な権利である、と。それではヨーロッパの権利章典上の、例えば言論の自由について、これを支えるのはナチス時代のドイツの言論の自由でしょうか。ムッソリーニのイタリアでしょうか。このような状況下で私の方法論は機能しないかもしれません。ヨーロッパの権利章典というものは、明らかに、各国の伝統とは異なるものであるのですから。日本についても同様でしょう。日本の表現の自由が憲法採択前に存在していた言論の自由を参照していると考えるのは困難かもしれません。私の方法論は差し当たり合衆国憲法の解釈に関わるものです。が、より一般化するとすれば、自由な社会が、民主的手続を通じて、何か別のものではなく、自身の伝統に支えられた憲法を採択した場合に適用可能だ、と言えます。

**質問** *Brown v. Bd. of Educ.* 判決<sup>18</sup>はスカリア裁判官の方法論からはどのように評価されるのでしょうか。

**回答** これに対する答えは簡単です。講演の冒頭で憲法解釈にあたっての4つの指針を示しましたが、その第一のものは憲法のテキストそれ自体

<sup>18</sup> 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686 (1954). 公立学校の人種別学制度を第十四修正の平等保護条項違反で違憲とした。

でした。テキストの文言が明確である場合には、伝統が問題になる余地はありません。私の見解では、Brown 判決は正しい結論に至りました。と言うのも、Plessy v. Ferguson 判決<sup>19</sup>は誤って判断されていたからです。そもそも、合衆国憲法第十四修正の平等保護条項<sup>20</sup>は反・伝統的なものであったことを留意すべきです。これは、人々に対して法の平等な保護を提供していなかった南部諸州に対して押し付けられたものでした。ある程度については北部についても同様に言えます。そして第十四修正の文言は明快です。これが、黒人と白人とが列車で別々の座席に座ることの強制——これが Plessy 判決の事案ですが——を許容するものであるとは考えられません。従って、私が Brown 判決の判断に加わっていたとしたら、多数意見に加わっていたでしょう。このことは私の方法論を曲げるものではありません。どんな解釈方法論であっても正しい解に至ることはあり得ます。

**質問** 原意と伝統とが異なる場合にはどうするのでしょうか。例えば、裁判所が原意とは異なる判決を下したが、この結論が人々によって受容され、伝統として定着した、この場合に、受け入れられた伝統を覆して判例変更し、原意に従った判断をすべきなのでしょうか。

**回答** 私の見解からは、原意のほうが優先されるべきです。これは憲法解釈の第二の柱であって、第三の柱である伝統に優先されます。そもそも伝統を参照するのは何故かと言えば、裁判官自身の思い付きよりは、伝統のほうが原意のより正確な理解を示していると考えられるからです。今日の講演の中で取り上げた諸伝統は、ほとんど憲法採択時にまで遡ることのできる伝統でした。従って、原意と伝統との間に違いはありません。起草者たちは、例えば宗教条項に関して中立性原理などというものを想定するのは異常なことだと考えたことでしょう。裁判所が発明した抽象概念である中立性原理は、宗教を非宗教よりも優先してはならないとするものですが、建国を神に感謝する日について布告を出すよう、第一議会において大統領に対して指示した起草者たちが、このような原理

---

<sup>19</sup> 163 U.S. 537, 16 S.Ct. 1138 (1896). 「分離すれども平等 separate but equal」理論を確立したとされる。Brown 判決によって覆された。

<sup>20</sup> 第十四修正第一節「州は、その権限内にある者から、法の平等な保護を奪ってはならない。」

を考えていたとは思えません。

**質問** スカリア裁判官の方法論の根底にある理念・考え方について伺いたいと思います。これは、裁判所・司法の役割論や、あるいは裁判所の非民主的な性質から来るものなののでしょうか、それ以外のものから来るものなののでしょうか。例えば、フランスでの憲法裁判所の役割に関する議論においては、積極的な正当化のために、憲法裁判所も国民の意思を代表する機関として議会と並び立っている、と言われることがあります。

**回答** フランスやドイツの憲法裁判所の裁判官たちのことも知っていますが、彼らが人民の代表だとは思えません。確かに彼らは政治的過程ないし政党によって任命されていますが、「裁判所はミニ議会である」ということを政治的任命が意味しているとは思えません。政治的任命はむしろ、新たな機関を作る際にその権力に対して政治的チェックが必要だと考えた、ということの意味しているのでしょうか。フランスやドイツの通常の裁判官はまずは試験によって選抜され、司法部の中を昇進していくというキャリアシステムをとっており、そこに公への説明責任（public accountability）はありません。そういった裁判官が憲法の名の下に立法部の意思を覆すことができるほど信頼できないと思われたからこそ、一定の政治的チェックを持つ新しい機関として憲法裁判所を創設したと考えられます。アメリカにおいては裁判官に対する政治的チェックは存在します。アメリカの連邦の裁判官は、選挙されない司法委員会のようなものではなく、人民によって選挙された大統領によって任命され、上院が承認します。

私の方法論の起源ということですが、民主的に採択された憲法の解釈について、それ以外にどのような方法が考えられるのでしょうか。意味を明らかにするために伝統を使うというのは、むしろ常識に属することではないのでしょうか。もし伝統を使わないとしたら、いったい何を使うのでしょうか。刑事事件で有罪とするためには12人の同輩による合理的な疑いを超えた同意をデュープロセス条項が要求している、と解釈されているのは、採択時に英国人の権利としてそのようなものが考えられてきたからです。逆に、例えば、裁判所を含めあらゆる公共機関は男女共用のトイレを備えねばならない、と平等保護条項が要求しているなどと考えられるのでしょうか。誰もそのようなことを考えたことはありません。

私の方法論はむしろ常識に属することであって、特にそれ以上の哲学に基づくものでも基づかせる必要があるとも思いませんし、つい最近まではアメリカの裁判所もそのように行動してきたのです。別の例を挙げれば、言論の自由について、例えば、敵国に対して秘密情報を提供することを議会が禁止できないと考えるべきでしょうか。そのようなことはありません。伝統的に、敵国に秘密情報を提供することは反逆罪として言論の自由の範囲に入らないと考えられてきました。あるいは、他者の名誉を毀損することを禁止できないとは考えられてきませんでした。「言論の自由」という文言に内容を与えるのはそのような伝統的な了解が唯一の方法でしょう。私の方法論に同意しない方がいるのなら逆に伺いたいのですが、他にどのような手段を使うのでしょうか。どのようにして「言論の自由」なり「デュープロセス」なりという文言に内容を与えるのでしょうか。私の同僚にも私の方法論に賛成しない人がいますが、彼らがどのような方法を使っているのか私には分かりません。死ぬ権利があるのか、中絶の権利があるのか、そのように欲すれば何でも作り出してしまうこととなります。別の言い方をすれば、私の方法論に従わないのであれば、裁判官を制約する何か他の基準を設けなければなりません。私にはその基準があります。私は制約されています。テキスト、原意、伝統…そのように裁判官をコントロールするのでなければ、何か他の基準で裁判官をコントロールするか、あるいは裁判官を完全に無制約に野放しにすることとなります。

**質問** Roe v. Wade 判決<sup>21</sup>の評価についてはどうでしょうか。1991年の Casey 判決<sup>22</sup>では先例拘束性の原理に基づいて妊娠中絶の権利が維持されたわけですが、中絶法の行方についてどのように考えているのでしょうか。

**回答** Casey 判決では私は法廷意見に反対しました。先例拘束性の原理は憲法事件においては厳密には適用されません。制定法の解釈について過誤があれば議会はそれを修正できますし、だからこそイギリスでは厳格な先例拘束性の原理が発達しましたが、アメリカの憲法訴訟ではその

<sup>21</sup> 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705 (1973). 妊娠中絶を受ける権利をデュープロセス上の権利として認めた。

<sup>22</sup> Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791 (1992).

ようにはいきません。さて、Casey 事件では反対に回ったわけですが、合衆国憲法には中絶の権利にちょっとでも、遠くても似ているような権利というものを書いてありません。中絶の権利を設けるというのは良いことかも知れませんが、それならば、他の権利と同様の過程によって創設されるべきです。すなわち、民主的過程を通じて、他の人々を説得して、法を制定すべきです。私は制定法によって中絶の権利を創設することができないと言っているわけではなく、単にそれが憲法によって自動的に認められるものではない、と言っているだけです。

中絶法理の行方ということですが、他の面では多様な民主党を統合している一つのものとして、女性の中絶を受ける権利への信念があります。従って、最高裁裁判官のいかなる候補者も、Roe v. Wade 判決を覆すと公言する者は上院で承認されることはないでしょう。仮に保守的な候補者が裁判官の承認手続きを受けることになったとすれば、Roe 判決の問題は既に決定されているので改めて検討する必要はない、と答えることでしょう。そうした意味で Roe 判決の将来は安泰だと言えます。この判決は誤って判断されたとは私は考えていますので、残念ながら、ということになります。

私が Roe 判決を覆すべきだと考えるのは、この問題について、裁判官としてどのように行動すべきか分からないからです。中絶に関する現在の判例法は、女性の中絶を受けることに対して州が「過大な負担 (undue burden)」を加えるならば違憲だ、というものです。しかし「過大な負担」とは何でしょうか。法律書を紐解いても何も書いてありません。200年間にわたって、いかなる制約も「過大な負担」とはされてこなかったのです。例えば、未成年が中絶を受ける前に、両親への通知と2日間の待機という要件を課す州法が裁判所に持ち込まれたとしましょう。これは、未成年が中絶を受けることに対して「過大な負担」を課しているのでしょうか。裁判官たちの評議はどのようになるか、想像してみてください。「私は『過大な負担』だとは思いませんが。あなたはどうですか?」「あなたは?」「何人が『過大な負担』だと思えますか?」「4人<sup>23</sup>。ではこれは『過大な負担』ではありませんね。」これは法ではありません。

<sup>23</sup> アメリカ連邦最高裁は9人制で、全体で一個の合議体を形成する。

政策形成です。私はこのような支離滅裂な過程において裁判官として行動できるとは思えません。これが私の Roe 判決を覆すべきだと考える理由です。

**質問** 著作権延長事件<sup>24</sup>についてはどうでしょうか。

**回答** この事件は注目されていた事件です。多くの人が関心を持っていました。争点は、連邦議会が著作権保護期間を遡及的に延長することは違憲かどうか、ということでした。既に著作者は何十年も前に当該作品を創作しているのであって、保護期間の延長は創作者に対して何らのインセンティブも与えることにはならない、憲法の文言<sup>25</sup>との関係では、保護期間を延長することは芸術の奨励とは関係ない、原告はこのように主張しました。しかし、これまでの著作権法改正では常に、保護期間は延長される方向で改正されてきたのであって、そうだとするとこの立法を明確に違憲だと考えるのは困難ですし、実際、最高裁の裁判官の内7人がこの立法を維持すると判断しました。確かにこの立法は不適切な立法かも知れません。しかし、あらゆる愚かなことが違憲だというわけではありません。これは私の方法論がいかに裁判官としての私を拘束しているかの好例です。私はこの立法を不適切な立法だと考えますし、破棄したいと思います。しかし、議会は19世紀の初めから何度も、著作権保護期間を遡及的に延長するというをやってきたのであって、そうだとすると伝統的に議会がそのような権限を持っている、と判断せざるを得ません。

---

<sup>24</sup> Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 123 S.Ct. 769 (2003).

<sup>25</sup> 第一編第8節第8項。「連邦議会は、次の権限を有する。…著作者および発明者に対し、一定の期間その著作および発明につき独占的権利を確保することにより、学術および技芸の進歩を促進すること。」