# 憲法とコンテクスト(1)

一初期ローレンス・レッシグの憲法理論一

The Constitution and its Context:

The Constitutional Theory of Lawrence Lessig

成原 慧\*

Satoshi Narihara

# 目次

- 1. はじめに
- 2. 可塑性と変革
- 3. 憲法への忠節と翻訳

(以上、本号)

- 4. 規制概念の再構成
- 5. 立憲主義と民主主義の連関
- 6. むすびにかえて

# 1. はじめに

憲法とは何か、憲法はどのようにして制定され改正されるのか、憲法はいかに解釈されるべきであるのかといった問いは、憲法学の歴史とともに繰り返されてきた問いであるが、近時の米国では憲法理論や憲法解釈方法論といった理論的な枠組みのもとにかかる問いが改めて体系的な形で議論されるようになっており、わが国でも米国の議論の影響も受けつつ活発に議論が展開されるようになっている<sup>1</sup>。憲法理論や憲法解釈方法論における議論の豊富な蓄積に本稿が新たな知見や示唆を加えられる余地はごく僅

かであるが、本稿では憲法とコンテクストの関係に着目して、憲法とその解釈のあり方について問い直すことを試みたい。憲法は真空の中に存在するものではなく、一定のコンテクストの中で制定ないし改正され、様々なコンテクストのもとで解釈される。例えば、憲法は諸々の法制度の網の目の中で解釈されるのはもとより、法的な言説空間の中で解釈が行われる。また、社会的、経済的、技術的な背景に関する事実の変化や、それらに関する言説の変化も、憲法の解釈にインパクトを与えることが少なくない。

<sup>\*</sup> 東京大学大学院情報学環助教

**キーワード**:憲法、コンテクスト、レッシグ、アンガー、アッカーマン、原意主義、翻訳

しかし、憲法史の研究や憲法学の各論的研究において憲法と具体的なコンテクストの関係について論じられることは少なくないものの、今日の憲法理論や憲法解釈方法論において憲法とコンテクストの関係が明示的に主題化され、両者の関係について体系的に論じられることは寡聞の限り珍しい<sup>2</sup>。

このような憲法とコンテクストの関係に着目 する形で憲法理論を展開する現代の論者とし て、米国の憲法学者ローレンス・レッシグを挙 げることができる。レッシグは、1999年に公 表された主著『コード』の中で、個人の自由を 物理的・技術的に規制する「アーキテクチャ」 ないし「コード」という手法を提起し、このよ うな新たな規制手法が台頭する今日の情報社 会のコンテクストを踏まえ憲法の意味や価値 を問い直す必要性を提起した<sup>3</sup>。レッシグの議 論は、憲法学はもとより、情報社会の問題に関 わる様々な学問や実践にインパクトを与えただ けでなく、インターネットに関する法的問題を 体系的に考察する「サイバー法」の礎の一角を 形作ることになった<sup>4</sup>。その後のレッシグは、 著作権を中心とする知的財産権の現代的なあり 方に関する批判的検討に軸足を移しっ、さらに 近年では、米国の議会改革を中心とする政治過 程の改革に関する研究と実践に取り組むように なっている<sup>6</sup>。レッシグのサイバー法に関する 議論は、アーキテクチャという概念を中心に、 これまでわが国でも数多く参照されてきたが、 レッシグの初期の憲法理論について検討される 機会は少なかった $^7$ 。だが、アーキテクチャと いう概念の提起や、サイバー法に関する先端的 な議論の背景にあるレッシグの問題意識と思考

形式を的確に捉えるためには、これまで検討されることの少なかったレッシグの初期の憲法理論にまで遡って、その形成過程を丹念に分析していくことが求められるように思われる。本稿は、今日に至るまでのレッシグの一連の議論の根底にある基本的姿勢を、憲法とそのコンテクストの関係を問い、コンテクストの変化に即して憲法の意味や価値を問い直すものとして捉えることを試みるという観点から、レッシグの憲法理論の形成過程を検討することにしたい。

レッシグの憲法理論を検討することは、憲法 とコンテクストの関係という明示的に主題化さ れることの少ない憲法学上の重要な問題につい て再検討するための一助となりうるように思わ れる。また、レッシグの初期の憲法理論の形成 過程について検討することは、彼が礎の一角を 築いたサイバー法の議論の展開や、アーキテク チャという概念に関する様々な言説を批判的に 問い直す手がかりを与えてくれるはずである。 さらに、法学のみならず様々な学問分野の知識 と分析方法を借用する点で「学術上の曲芸」に 近い側面をもつと評され8、近年では米国のサ イバー法の議論も取り込むようになっている、 わが国における情報法の展開<sup>9</sup>を再検討するた めの示唆を与えてくれる可能性もあるように思 われる。

以上のような問題意識を踏まえ、本稿では、 レッシグの第一論文が公表された1989年から 主著『コード』が公表された1999年までの レッシグの初期の憲法理論の形成過程を検討す ることにより、レッシグの憲法理論の思惟方法 と論理構造を明らかにする。まず2章では、 レッシグの第一論文を検討することにより、彼 の初期の憲法理論の原型となる視座と枠組みを 明らかにする。次に3章では、レッシグが原意 主義を批判的に承継する形で提起した「翻訳」 という憲法解釈方法論について検討することに より、憲法解釈とコンテクストの関係について 考察する。4章では、レッシグによる規制に関 する学際的研究について検討することにより、 彼が憲法解釈において関心を持つべきコンテク ストを拡張し、憲法的規律の対象となるべき規 制の概念の再構成を試みたことを明らかにする。その上で5章では、レッシグの主著『コード』の議論を中心に検討することにより、彼の憲法理論における立憲主義と民主主義の連関構造を明らかにする。最後に6章では、レッシグの憲法理論の意義と問題点を明らかにした上で、わが国の憲法学と情報法学への示唆を提示する。

# 2. 可塑性と変革

本章では、レッシグの第一論文「可塑性論: アンガーとアッカーマンの変革論」<sup>10</sup>を検討することにより、レッシグの初期の憲法理論の原 型となる基本的な思惟方法と論理構造を明らかにする。

# 2.1 第一論文のコンテクスト

最初に、レッシグの第一論文のテクストを読 む前提として、第一論文を読む際に参照すべき コンテクストについて検討することにしたい。

# 2.1.1. レッシグのテクストとそのコンテクスト

レッシグの第一論文の意図は、一見して理解することが困難である。変革(transformation)が論じるべき対象であるとして、なぜ、ロベルト・アンガーとブルース・アッカーマンの変革論が検討されなければならないのか。この論文の冒頭でレッシグは、社会の変革のあり方に関する批判的法学者(critical legal scholars)とその反対者(opponents)の間の対立の構図を描き出し、アンガーに前者をアッカーマンに後者をそれぞれ代表させ、この2人の論敵(rivals)の間の距離を再定位しようとしている<sup>11</sup>。だが、アン

ガーとアッカーマンの間で実際に論争と呼ぶべき議論の応酬が展開されていたというわけではないし<sup>12</sup>、当時の米国の法学界で2人の立場の間に対抗関係があるという見方が広く共有されていたというわけでもない<sup>13</sup>。結局のところ論文の中では、ほかならぬこの2人の変革論に焦点をあてる理由は明示的にはのべられていない。第一論文に限らずレッシグのテクストは、一般に、テクストの内容を読むだけでは、その意図を理解することが困難なものが少なくない。ここで、手がかりになると思われるのが、レッシグ自身がコミットしているテクスト解釈

に関する方法論的立場である。本稿で以下詳しくみていくように、レッシグは、テクストの意味は一定のコンテクストに照らしてはじめて理解できるという方法論にコミットしており、さらにいえば、テクストの意味はそれが書かれたコンテクストに則して解釈されるべきであるという姿勢を支持している。このようなレッシグの方法論的立場は、テクストの意味ないし意図14を一定のコンテクストとの関係で理解するこ

とを重視する近年の人文社会科学の諸領域の潮流<sup>15</sup>とも共通する志向を有している側面があるといえるが、かかる姿勢は、レッシグ自身のテクストを読み解く際にも有用な指針となろう。以下本稿では、第一論文を含むレッシグの一連のテクストを、それらが書かれた際のコンテクストに照らして読み解いていくこととしたい。

### 2.1.2. イエール・批判的法学研究・アッカーマン

レッシグの第一論文は、彼がイエール・ロー スクールを修了した1989年にイエール・ロー ジャーナルに掲載された。そうであるとすれ ば、第一論文を読み解く上で手がかりとなる コンテクストは、彼が法学を修め、第一論文 の公表の媒体 (medium) となった当時のイ エール・ロースクールの知的世界であるとい えよう。まず、アンガーの議論が検討対象と された理由は、1980年代のイエール・ロース クールにおける批判的法学研究 (critical legal studies) <sup>16</sup>の屈折した形の影響力に求めること ができる。批判的法学研究とは、左翼的な観 点から既存の法実践と法理論をラディカルに 批判し再構築することを目指す法学上の運動 であるということができるが、1960年代末か ら70年代初頭のイエール・ロースクールはそ の知的源泉の中心であった。イエールで冷遇 された批判的法学研究の初期の担い手らが他 大学に移ったこともあり、1970年代後半から 80年代には批判的法学研究の中心的な拠点は ハーバードやスタンフォードに移っていたもの の、イエールも依然としてその主要な舞台の一

つであった<sup>17</sup>。批判的法学研究の代表的論者と して知られるアンガーも、ハーバード・ロース クールで教鞭をとっていたが、彼のラディカル な変革論はイエールでも注目を集めていた<sup>18</sup>。 一方、この論文でのもう一人の検討対象であ るアッカーマンは、現代米国における代表的な リベラル派の憲法学者として知られているが、 1983年にイエール・ロースクールで行われた Storrs Lecturesにおいて米国における憲法の 変革の歴史を再検討する講義を行ったことで評 価を高め<sup>19</sup>、1987年からはイエール大学の法学 と政治学の教授として頭角を現すようになって いた<sup>20</sup>。このように、アンガーとアッカーマン は、それぞれ異なった立場から当時のイエー ル・ロースクールの知的世界に少なからぬ影響 を与えていた2人の法学者であるということが でき、レッシグが変革論を主題とする際にアン ガーとアッカーマンの理論を比較検討すること になったのは、第一論文が書かれた背景である 当時のイエールのコンテクストを踏まえると十 分に理解できるように思われる<sup>21</sup>。

# 2.2. アンガーとアッカーマンの変革論

以下では、前節で明らかにしたコンテクスト を踏まえ、レッシグの第一論文のテクストを読 んでいくことにしたい。まず本節では、第一論 文の記述に則して、社会の変革をめぐるアンガーとアッカーマンの間の対抗の構図を確認することにしよう。

# 2.2.1. アンガーの可塑性

アンガーは、「可塑性」(plasticity)という理念を掲げ、社会構造が容易に変革できるようにすることを要求している<sup>22</sup>。アンガーの理想とする可塑的な社会では、ルーティンと革命の間の区別、一定の枠組みを前提とした日常的な改訂と枠組み自体の抜本的な組み換えとの間の区別は可能な限り消去される。アンガーの理論においては、可塑性それ自体も所与のものではなく変革することができる。すなわち、コンテクストを超越し変革する機会を増大させる

ことで、社会構造は固定的なものから、より柔軟に変化可能なものへと変革することができるというのである。アンガーが可塑性を支持する理由の一つは、民主政の能力の向上に求められる。すなわち、社会構造がより可塑的なものとなることにより、社会をより容易に変革することが可能となり、人々が集合的に社会を変革することのできる能力と範囲が拡大することになるというのである<sup>23</sup>。

# 2.2.2. アッカーマンの二元的民主政論

アッカーマンは「二元的民主政論」(dualist democracy)を提示した憲法学者として知られているが<sup>24</sup>、レッシグは可塑性という観点からアッカーマンの憲法理論をアンガーの法哲学と対比している。レッシグによれば、アッカーマンは、我々が社会構造をより容易に変革できるようになるにしたがって社会をより民主的に変革することができるようになるとの見通しに疑いの目を向け、社会構造の可塑性の増大が民主政を危機に陥らせる可能性を警戒している。アッカーマンは、党派(faction)によって権力が操作される危険性を抑止するという観点から、民主政の秩序に関する構成的なコミットメントの硬性(rigidity)を要請する。すなわち、社会の基本構造となる憲法は容易に変更さ

れてはならないという立場をとっているとされる。アッカーマンのかかる志向は、アメリカ民主政に関する彼の議論の中に最も鮮明に現れているという。アッカーマンはアメリカ史における政治のあり方を通常政治(normal politics)と憲法政治(constitutional politics)の2種類に区分している。すなわち、通常政治においては日常的な政治的決定が既存の統治の構造の枠内で代表機関により行われるのに対して、歴史上例外的な時期にのみ発動する憲法政治においては、高められた政治意識をもつに至った人民によって、憲法のあり方に関する特別の決定が行われることになる。政治を通常政治と憲法政治に区別し、後者のプロセスに障壁を設けることによって、アッカーマンは、憲法上の根本的

な原理の変革が、人民による注意深い熟議と十 のであることを確保しようとするのである<sup>25</sup>。 分な理解を踏まえた民主的な意思を反映したも

# 2.3. コンテクスト性と構成主義

レッシグによれば、アンガーとアッカーマン は、上述のような両者の立場の一見した相違に もかかわらず、共通の理論的基盤の上で議論を 展開している。両者が共有する基盤とは、社会 的意味 (social meaning) <sup>26</sup>に関する哲学的理

論であり、その中でも、レッシグが着目するの がコンテクスト性 (contextuality) と構成主 義 (constructivism) という2つの契機である

### 2.3.1. コンテクスト性

レッシグは、語の意味は一定の言語的コンテ クストにおける使用によって規定されるという ウィトゲンシュタインらの命題を敷衍して<sup>28</sup>、 次のような命題を提示している。「トークン は、その背後にあるコンテクストまたは構造が あってはじめて意味をもつことになる」。すな わち、「意味とはトークンとコンテクストから なる関数なのである」。そうであるとすれば、 意味に関する分析は、言語や制度などのトーク ン<sup>29</sup>に関する理解だけでなく、その背景にある コンテクストに関する理解の両方を含んだもの でなければならない。コンテクストは、理解や 期待の構造から成り立っており、諸々の意味を 条件付ける基盤であるとされる。構造は、通常 の分析においてはしばしば見えないものである が、エチケットに関する規範、言語に関する習 慣、法的実践に関するルールなど様々なパター ン化された期待や理解などが含まれる。すなわ ち、構造はあらゆる行動に影響を与える一方 で、自らの規範を露にしないまま、総体として 現状 (status quo) をつくり出すというのであ る。このようにコンテクスト性という視点は、 意味を支えている構造へと我々の目を向けさ せる。レッシグによれば、アッカーマンとアン ガーはともにコンテクスト性という視点を採用 している<sup>30</sup>。

### 2.3.2. 構成主義

コンテクスト性という視点が社会的意味の要 素を提示するものであったのに対して、構成主 義は各々の要素が社会的に構成されたものであ り、また、変更されうるものであるということ を明らかにする視座である<sup>31</sup>。すなわち、構成 主義によれば、我々は社会的意味のトークンで あるテクストや制度はもとより、それらの背 景にあるコンテクストや構造を変革すること もできるのである。構成主義の観点からは、 社会生活のいかなるルーティンや構造も自然 なものではなく、また、必然的なものではない とされる。すなわち、社会生活のルーティンや 構造は、社会的に創造され変更される人工物 (artifact) であるとされるのである。構成主 義と反対の立場にあるのがアンガーのいう「偽りの必然性」(false necessity)である。偽りの必然性とは、社会生活における特定の形成的なコンテクスト(formative context)によって課された制約を、心理学的、組織的、経済的に規定された絶対的要請であると誤解してしまう姿勢である<sup>32</sup>。構成主義は、コンテクストや

構造が必然的なものではなく、変更可能であるということを示すことによって、構造を再構築しコンテクストを克服する手だてを明らかにすることになる。レッシグによれば、アッカーマンとアンガーは構成主義を支持する点でも立場を同じくしている<sup>33</sup>。

# 2.4. 2つの変革概念

以上でみてきたように、アンガーとアッカーマンは、ともにコンテクスト性と構成主義という視座をとりつつも、社会の可塑性に対する評価をめぐり立場を異にしているようにみえる。だが、レッシグによれば、両者の間の対立の誇

張は「変革」という概念の意味をめぐる曖昧さ に起因する混乱に基づいているという。レッシ グは、かかる混乱を解消するために変革概念を 分析し、その整理を試みている。

# 2.4.1. 改変と翻訳

レッシグは、前節で検討した社会的意味が トークンとコンテクストによって構成されてい るという理論的立場を踏まえ、アンガーとアッ カーマンにおける「変革」という概念の用法を 2類型に整理している。変革のうち、トークン またはコンテクストの変化により意味が変化 するものは「改変」 (alteration) と定義され る。これに対して、コンテクストの変化に対応 する形で、トークンを変更することにより意味 の同一性を保つものは「翻訳」(translation) と定義される。すなわち、アンガーとアッカー マンにおける「変革」という概念の用法は、 トークンまたはコンテクストの変化により意味 そのものが変化する「改変」と、コンテクスト の変化に対応する形でトークンを変更すること により意味の同一性を維持する「翻訳」との2

類型に整理することができるというのである。 したがって、変革と民主政の関係を考える際に も、改変と翻訳とに分けて問題を検討すること が求められる。すなわち、改変が、民主的に決 定されるべき意味そのものを変化させるプロセスであるがゆえに、民主的統制の問題を提起するのに対して、翻訳は、コンテクストの変化に対応する形でトークンを変更することにより、 主的に決定された意味を維持するプロセスであるといえるがゆえに、民主的統制に関するあるといえるがゆえに、民主的統制に関するのであるといえるがゆえに、民主的統制に関するのである<sup>34</sup>。レッシグは以上のように定義された改変および翻訳の概念を用いたモデルによってアンガーとアッカーマンの変革論を再構成することを試みている。

# 2.4.2. アンガーにおける改変と翻訳

アンガーは、我々の社会生活を結社 (association)のモデルによって記述している。結社としての社会生活は、「理念」(ideal)、理念を現実に代理する「実践」(practice)、そして、原理の適用がその範囲内で行われる「社会経験の領域」(the area of social experience)によって構成される。レッシグは、アンガーのモデルにおける「社会経験の領域」をコンテクストとして、「実践」をトークンとして、「理念」を意味として理解することによって、アンガーの議論の再解釈を試みている。まず、アンガーのモデルにおける改変の契機に相当するものとして、レッシグは、ある社会経験の領域に、それまで排除されてきた実践が導入されることによって、その領

域を支配する理念が変化するケースをあげている。例えば、民主主義の実践が労使関係の領域に導入されたり、家族の実践が地域共同体の関係(community relations)のコンテクストに導入されたりすることがこれにあたる。しかしながら、レッシグによれば、アンガーの変革論において、このような改変は中心的なものではない。より中心的な位置を占める変革は、アンガーが「部分的な調整」(partial adjustment)と呼ぶ、社会経験の領域における状況の変化に対応する形で実践を変更することによって理念との整合性を維持するタイプの変革である。レッシグはアンガーの「部分的な調整」を翻訳として理解するのである<sup>35</sup>。

# 2.4.3. アッカーマンにおける改変と翻訳

レッシグによれば、アンガーと同様に、アッカーマンの二元的民主政論においても、改変と翻訳という2種類の変革の契機を見いだすことができる。アッカーマンの変革論における改変の契機としての役割を担うのが「憲法政治」である。アッカーマンはアメリカ政治史における3度の憲法変革(constitutional change)の時期(moment)に焦点を当てている。すなわち、1度目の憲法変革が主権に関する理念の根本的変革を含意する合衆国憲法の制定であり、2度目の憲法変革が南北戦争後の平等の理念と連邦政府の役割に関する変革であり、3度目の憲法変革がニューディール期における積極的福祉国家の正統性の確立である。いずれの変革も憲法の基本的な性格の変更を伴うものであ

り、改変のパラダイム的な事例にあたるとされる。一方、アッカーマンの変革論においても、 改変のみならず、翻訳の契機が重要な役割を 果たしているという。すなわち、アッカーマンの二元的民主政論は、憲法上の意味に十全な効果を与えるために、継続的な解釈的統合(interpretive synthesis)のプロセスを要求するのであるが、解釈学的な理解は、必然的に翻訳の概念を含意することになるというのである。例えば、アッカーマンの提示する憲法政における憲法の改変はいずれも憲法第5条によって定められた公式の憲法改正手続に基づかないものであるが、彼は、かかる憲法政治期のインフォーマルな憲法改正のプロセスは、憲法第5条によって想定されたプロセスと機能的に 等価なものであると解釈することにより、一連のインフォーマルな改正を正当化している。すなわち、レッシグによれば、アッカーマンは、このように、憲法第5条の機能を維持するため

に、憲法第5条のトークンを読み替えて解釈している点で、憲法の翻訳を行っているということができるのである<sup>36</sup>。

# 2.5. アンガーとアッカーマンの距離

レッシグは、以上のように、変革の概念を改 変と翻訳に下位区分した上で、アンガーとアッ カーマンの変革論の距離を再定位している。

# 2.5.1. 翻訳に関する可塑性

前節で検討したレッシグの整理を踏まえると、アンガーが社会構造の可塑性を支持しているという一般的な理解は、少なくとも翻訳に対する彼の姿勢の理解としては妥当なものであろう。一方、アッカーマンは、民主政の観点から可塑性への抵抗を示しているようにみえるが、

レッシグによれば、このような姿勢は翻訳に対しては適用されないはずである。翻訳とは、民主的に是認された憲法の意味をコンテクストの変化を踏まえ維持する実践であり、翻訳における可塑性を認めることは民主政の浸食を招くことにはならないはずだからである。

# 2.5.2. 改変に関する可塑性

前節でみたように、改変は、憲法の意味そのものを変更するプロセスであり、熟議に基づく 民主的な意思を反映したものであることが求められるという観点から、アッカーマンは、二元的民主政政論を導入して、改変が行われる機会を限定し、可塑性を制約することになる。一方、アンガーは改変に関しても無条件の可塑性を支持しているようにみえるが、レッシグによれば、アンガーも、プラグマティズムと賢慮の観点から、改変に関する可塑性に対して2つの制約を設けている。第一の制約は、貧困時における可塑性の制限である。アンガーは、社会が経済的に貧困状態にある場合に可塑性が制約される必要性を認めているが、レッシグは、かかる制約を、国民の政治的関心の低さのような政 治的な意味での貧困状態にある場合にも適用するであるとする。第二の制約が、合理的な理的な関東、すなわち、プレコミットメント<sup>37</sup>を理由とする可塑性の制限である。アンガーは婚姻のような個人的な関係において、プレコミットを行い、可塑性を制限することで、関係の破綻をおそれることなくお互いの不一致をは入れることを可能にする意義を認めている。とは入れることを可能にする意義を認めてメントを構成する場面において可塑性が制限されるであると論じている。そしてが制限されるべきであると論じている。そして、別限されるべきであると論じている。そしての目別により、であると論じている。そして、別限されるべきであると論じている。そして、アンガーが示唆する以上の2つの可塑性への制

約は、アッカーマンの二元的民主政論における 憲法政治への制約を支持するものとして理解し うるとされる<sup>38</sup>。

# 2.6. レッシグの憲法理論の原型

レッシグの第一論文は、副題のとおり「アン ガーとアッカーマンの変革論 | の比較検討とし て自己規定されているものの、アンガーが提起 した可塑性という概念にちなんで、「可塑性 論」(plastics)が主題として掲げられている ことからもわかるように、どちらかといえば、 可塑性という理念を支持するアンガーの変革 論の位置づけを再定位することに主眼が置かれ ていたということができるように思われる。従 来、アンガーの支持する可塑性という理念は、 社会経験のあらゆる領域におけるラディカル で恒久的な革命を無条件に支持するものとして 理解されることが多かった<sup>39</sup>。このような言説 に対峙して、レッシグは、第一論文の結論部で も示唆されているように、イエールの知的世界 においてラディカルな批判的法学者として異端 視されがちであったアンガーの変革論を読み直 すことによって、アンガーの可塑性という理念 が、従来理解されてきたほどラディカルなもの ではなく、イエールにおけるリベラル派の代表 的な憲法学者として影響力をもつようになって いたアッカーマンの二元的民主政論とも接合し うる側面があることを明らかにして、アンガー の変革論を再評価するよう読者を促すことを試 みたということができよう<sup>40</sup>。

第一論文において行われたアンガーとアッカーマンの変革論の再定位がレッシグの憲法理論の礎となっていることは、1999年に公刊された主著『コード』においてアンガーとアッカー

マンの議論を参照しつつ政治概念の再定義が 試みられている<sup>41</sup>ことにも見て取ることができ る。アンガーとアッカーマンの変革論を比較検 討したレッシグの第一論文からは、後のレッシ グの憲法理論の核となる思惟方法と論理構造の 原型を読み取ることができる。第一論文におい てレッシグがアンガーとアッカーマンの変革論 から抽出した自らの憲法理論へのインプリケー ションは、以下の2点にまとめることができよ う。第1に、レッシグがアンガーとアッカーマ ンの理論から抽出したコンテクスト性と構成主 義という視点は、後の彼の憲法理論における思 惟方法の基本的な認識枠組みを形作ることにな る。かかる視点は、次章でみていくように、コ ンテクストの変化に対応した動態的な憲法解釈 方法論を導き出す視座を可能にすると同時に、 4章でみていくように、各種の規制を学際的に 検討し規制概念の再構成を図る上での認識の枠 組みの原型ともなる。第2に、変革という概念 を再検討する中で編み出すこととなった翻訳と 改変という対概念は、レッシグの憲法理論の基 本となる枠組みを形成していくことになる。 次章で詳しくみていくように、翻訳という概念 は、レッシグの憲法解釈方法論の核となる概念 として発展していくことになり、改変という概 念は、5章で検討するように、人民による憲法 的価値の選択、すなわち、憲法政治めぐる議論 へとつながっていくことになる。

本章の最後に第一論文が示唆するレッシグの

憲法理論上の姿勢について一点疑問を提起して おきたい。アンガーはもとより、比較的穏健な 立場に位置するとされるアッカーマンも、憲法 改正の内容的限界を認めることには否定的であ るばかりか、手続についてもインフォーマル な改正を認めているなど、憲法のたえざる変更 可能性を是認しているという評価も否めない  $^{42}$ 。それでは、レッシグ自身もまた、アンガー やアッカーマンのように、一定の留保や制約を 伴いつつも、社会構造の翻訳のみならず改変の 容易性をも支持するのであろうか。この問いを 考える上でも手がかりとなるように思われるの が、第一論文の主題でもある「可塑性」とい う概念である。この論文の脚注の中でレッシグ は、可塑性という概念には、社会構造ないし社 会的世界 (social world) の変革の可能性とい う意味と、社会構造の変革の容易性という意味 があるが、前者は構成主義と等しい意味であ り、第一論文では後者の意味での可塑性に焦点 を当てて検討を行うと指摘している43。前者の 意味での可塑性は、後者の意味での可塑性の論

理的前提であり、特に注目に値しないようにみ えるかもしれない。だが、レッシグの第一論文 では、(社会構造の変革の容易性という意味で の) 「可塑性」という概念が、アッカーマンの 二元的民主政論に引きつけられる形で、主とし て憲法改正を典型とする特定のテクストないし 構造の変革の容易性を念頭に置いて用いられて いたのに対して、(社会構造の変革の可能性と いう意味での可塑性にあたる)「構成主義」と いう概念は、アンガーの「偽りの必然性」の告 発に引きつけられる形で、より広いパースペク ティブから、社会的世界を構成するいかなる構 造も必然的なものではなく、別の形に再構成す ることが可能なのだという認識を促す啓発的理 念として用いられていたと認めることができる ように思われる。次章以下では、レッシグが第 一論文で主題化した可塑性ないし構成主義とい う理念をいかなる形で発展させていくことにな るのかという問いを意識しつつ、彼の憲法理論 の展開を検討していくことにしたい。

# 3. 憲法への忠節と翻訳

レッシグは、ロースクールを修了後、1989年から91年までロークラークとして裁判実務に携わり、91年から97年までシカゴ大学で憲法の研究に携わるが<sup>44</sup>、この時期のレッシグが主たる研究テーマとして取り組んだのが憲法解

釈に関する方法論である。本章では、レッシグ が原意主義を批判的に承継する中で提起するこ とになった「翻訳」という憲法解釈方法論につ いて検討することにしたい。

### 3.1. 原意主義と忠節

本節では、レッシグの憲法解釈方法論研究の土台となった原意主義について理解した上で、レッ

シグが原意主義の本質的要素として抽出した忠節 という概念について検討することにしたい。

57

# 3.1.1. 原意主義の批判的承継

まずは、レッシグの憲法解釈方法論研究の土 台となった原意主義という立場について確認し ておくことにしよう。さしあたり、原意主義 (originalism) とは、裁判官は憲法の制定者 の意図ないし憲法の制定時の意味に即して憲法 を解釈すべきだという解釈方法論であると定義 することができよう<sup>45</sup>。原意主義は、ウォーレ ン・コート以降の進歩的な判例やそれを支持す るリベラル派の憲法学を、政治的な価値判断に 基づく主観的な憲法解釈として批判し、原意に 基づく裁判官の裁量の拘束を主張する方法論と して登場し発展していったが、近年の米国にお いては憲法解釈方法論上の有力な立場として保 守派を中心に一定の支持を集めるようになって いる<sup>46</sup>。とりわけ、1980年台以降の連邦最高裁 において保守派の裁判官を中心に原意主義の影 響力は強まることとなり、レッシグも、1990

年から翌年にかけて連邦最高裁において原意主 義を支持する裁判官として著名なアントニン・ スカリアのもとでロークラークを務めた経験を もっている。原意主義の中にも、憲法のテク ストを重視するタイプ、憲法の制定者の意図 (original intent) を重視するタイプ、憲法の 制定時の意味 (original meaning) を重視する タイプなど様々なものがあるが、レッシグが批 判的に承継することになるのはスカリアらが採 用する憲法の制定時に理解されていた意味に即 して憲法解釈を行うアプローチであるというこ とができる<sup>47</sup>。レッシグは、このように原意主 義が連邦最高裁を中心に支持を広げる時代状況 のもとで、スカリアらの議論を批判的に承継す ることによって、新たな憲法解釈方法論を提起 することを試みることになったのである<sup>48</sup>。

# 3.1.2. 憲法への忠節

レッシグが、原意主義を批判的に承継する形で自身の憲法解釈方法論を提起することになったのが1993年にテキサス・ローレビューに掲載された論文「翻訳における忠節」<sup>49</sup>である。この論文の中でレッシグは、原意主義の本質的要素として、憲法の原意への忠実さを示す「忠節」(fidelity)という理念<sup>50</sup>を抽出した上で、裁判官による憲法への忠節と憲法解釈の変化との両立可能性を検討していく。

この論文のアブストラクトにおいてレッシグは、憲法の解釈(reading)は憲法のテクストが同一であるにもかかわらず変化することがあるが、このような憲法のテクストの変更を伴わ

ない憲法の解釈の変化は、憲法への忠節にかなった解釈といえるのであろうか、という問いを提起している。少なからぬ原意主義者は、この問いに否と答えるであろう。だが、レッシグによれば、忠節に関する完全な捉え方は、憲法のテクストの変更を伴わない憲法の解釈の変化を許容し、要求さえするものであるという<sup>51</sup>。そして、論文の導入部では、憲法を時代に調和させる解釈論に原意主義の観点から反対した連邦最高裁裁判官であるブラックの意見<sup>52</sup>などを批判しつつ、憲法への忠節と憲法解釈の変化の両立可能性を検討することを試みるという論文の意図が示されている<sup>53</sup>。

# 3.1.3. 1段階の忠節から2段階の忠節へ

憲法への忠節は憲法の条文の意味への忠節を 含意しているが、レッシグが第一論文でも示し たように、テクストの意味はコンテクストに依 存している側面がある。だとすれば、憲法への 忠節は、テクストのみならず、コンテクストを も考慮して理解されなければならないはずで ある<sup>54</sup>。このような問題意識を踏まえ、レッシ グは、憲法への忠節を、1段階の忠節と2段階 の忠節に区別し、前者に対する後者の優位を論 証しようとしている。両者は、どちらも憲法の テクストを制定時のコンテクスト(originating context) に即して解釈することを要求する点 では立場を同じくしている。だが、この第一 段階の後に両者は異なるアプローチをとること になる。すなわち、1段階の忠節は、いったん 制定時のコンテクストにおける憲法のテクスト の意味を確定した後は、コンテクストの相違を 考慮せずにその意味を現在のコンテクストにそ のまま適用すれば、忠節に関する問題は解決す ると考える。だが、レッシグによれば、1段 階の忠節は、法的なテクストの解釈にとって不 可欠な段階を無視している。法律家が解釈する 対象は規範的テクストであるが、規範的テクス トは他の種類のテクストとは異なり、一定の コンテクストのもとで解釈 (read) されるだ

# 3.2. テクスト・コンテクスト・翻訳

本節では、レッシグが2段階の忠節を実現する方法として憲法解釈法論に導入することに

けではなく、一定のコンテクストのもとに適 用(apply) されるという性質を有している。 それゆえ、規範的テクストを解釈する際には、 テクストが書かれた際のコンテクストのみなら ず、テクストを適用する際のコンテクストも考 慮する必要があるとされる。規範的テクストの 制定時から適用時にかけてコンテクストが変化 した場合、制定時のコンテクストにおいてテク ストが有していた意味と適用時のコンテクスト においてテクストが有することになる意味が異 なったものとなる可能性がある。そうなると、 1段階の忠節は、規範的テクストの意味の同一 性を損ねる結果を招くことになりかねない。こ のような1段階の忠節の難点を踏まえ、2段階 の忠節は、制定時のコンテクストと適用時のコ ンテクストの相違を考慮して、適用時のコン テクストにおける憲法の意味が制定時のコンテ クストにおける憲法の意味に合致したものとな るよう求める理念であるとされる<sup>55</sup>。レッシグ は、このような観点から、修正第8条の「残酷 で異常な刑罰」の意味を制定時のコンテクスト に則して解釈し、現在までのコンテクストの変 化を考慮せずに、当時の理解をそのまま現在の コンテクストに適用しようとするスカリアの姿 勢<sup>56</sup>を批判している<sup>57</sup>。

なった「翻訳」という手法について検討する。

# 3.2.1. 憲法解釈方法論としての翻訳

レッシグによれば、2段階の忠節は、コンテクストの変化がテクストの意味に及ぼす変化を中立化する方法を必要としている。そのために2段階の忠節が採用するのが「翻訳」<sup>58</sup>と呼ばれる方法である。翻訳は、通常、ある言語で表現されたテクストを、その意味を維持したまま、別の言語で表現されたテクストに変換(transform)する方法として理解されている。2段階の忠節は、コンテクストの変化がテクストの意味に及ぼす影響を中立化する方法を必要としているが、翻訳は、言語の変化がテクストの意味に及ぼす影響を中立化する実践として捉えることができる。言語がコンテクストの

一種であり、言語の変化がコンテクストの変化の一種であるのならば、翻訳は、言語という一種のコンテクストの変化を調整するために発展してきた方法だということができる。そして、2段階の忠節は、翻訳という方法を一般化し、言語以外の種類のコンテクストの変化に対しても利用する可能性があると考えるのである。2段階の忠節は、翻訳という手法を法解釈に導入することにより、法解釈者に他者の書いたテクストを書き換えるという強大な権限を与えると同時に、かかる権限を制約し他者の書いたテクストの意味を維持する方法論を確保することができるというのである<sup>59</sup>。

# 3.2.2. コンテクストの比較と等価的解決の探求

レッシグは、翻訳のプロセスを、「背景知 識を認定するプロセス」(process of finding familiarity)と「等価性を認定するプロセス」 (process of finding equivalence) の2段階に 区分している。まず、翻訳者は、「背景知識を 認定するプロセス」において、翻訳元のテクス トのコンテクストと翻訳先のテクストのコンテ クストの双方の特性を理解する。次に、「等価 性を認定するプロセス」においては、コンテク ストの相違を踏まえた上で、元のテクストと同 一の意味をもつように新たなテクストを創造す る。このプロセスでは2つのテクストの間での 意味の等価性が求められることになるが、テク スト間の意味の等価性を認定する基準は、実践 のあり方に相対的であり、翻訳が行われる制度 の目的によって異なったものとなりうる $^{60}$ 。こ のような翻訳のプロセスに即して理解すると、

松尾陽が整理しているように、翻訳とは、「コンテクストが変化した状況で、現在のコンテクストにおける、原意との『等価equivalents』的解決を探求する法解釈方法」<sup>61</sup>であるということができよう。

だが、レッシグも認めているように、原意との等価的解決は一意的に定まるものではなく、原理的には複数の翻訳が可能である<sup>62</sup>。5節でみるように、このような点を捉えて、レッシグの憲法解釈方法論に対して、翻訳の不確定性ともいうべき問題が指摘されることにもなる。レッシグ自身は、複数の翻訳が可能であるという認識を踏まえ、翻訳者である裁判官は、法的実践の保守的な性格に即して、憲法の原意を最大限に保存しつつ変化を最小限にとどめる翻訳を選択することが求められるという原理を示している<sup>63</sup>。かかる原理が裁判官の憲法解釈の主

観性という問題を解決することができるかは、 レッシグが翻訳の実例として挙げる判例に即し て検討していくことが求められよう。

# 3.3. コンテクストの変化と憲法の翻訳

レッシグは、コンテクストを構成する要素の うち、それが変化したとすれば、テクストの書 き手にテクストを書き換えさせることになるで あろう要素を「前提」(presupposition)と定 義している。裁判官は、前提が変化した場合に 憲法の翻訳を求められることになるが、前提に は、法文化に属する前提(法的前提)のみならず、社会・政治文化に関わる前提(非法的前提)も含まれる<sup>64</sup>。本節では、レッシグが翻訳の例として挙げる判例に即して、法的および非法的な前提の変化と憲法の翻訳の関係について検討することにしたい<sup>65</sup>。

# 3.3.1. 法的前提の変化を踏まえた翻訳

レッシグは、法的前提の変化を踏まえた翻訳として、(1)判例変更、(2)行政手続法、(3)憲法第5条、(4)州権、(5)違法収集証拠排除準則の5つの例を挙げている。ここでは、紙幅の関係上、(1)判例変更と(5)違法収集証拠排除準則についてみていくことにしたい。

判例変更 ある判例Xが先例Yに依拠している場合、YはXの法的前提であるということができる。それゆえ、先例Yが変更された場合、Xの法的前提であるYが変化したことになり、裁判所は前提の変化を踏まえXを翻訳することになる。レッシグは、判例変更された先例に依拠した判例が変更された例として、州の公務員によってなされた捜索の果実について、当該捜索が仮に連邦の公務員によってなされたとしたら連邦法上違法なものであったとしても、それが州法上適法である場合には、その果実を連邦の刑事裁判で利用することを認める法理である「銀盆の法理」(silver platter doctrine)の廃棄を検討している。1914年のWeeks判決

は、銀盆の法理の前提を修正第4条が州に対し て適用されないという原則に求めていた。すな わち、修正第4条は州に対して適用されないが ゆえに、州の公務員による州法上適法な捜索は 連邦法上も違法ではなく、連邦の刑事裁判でか かる捜索の果実を排除する特別の理由は存在し ないとされたのである $^{66}$ 。だが、1949年のWolf 判決で最高裁は、修正第4条を州に対して編入 し、州の公務員も修正第4条の規律に服すると の判断を示した<sup>67</sup>。そして、1960年のElkins判 決は、修正第4条を州に編入したWolf判決を 踏まえ、「銀盆の法理 | を廃棄した<sup>68</sup>。すなわ ち、Elkins判決は、Weeks判決における法的前 提であった修正第4条は州に対して適用されな いという原則がWolf判決によって変更された ことを踏まえて行われた翻訳として理解するこ とができるという<sup>69</sup>。

**違法収集証拠排除準則** 制定時には修正第4条 が違法な手続で収集された証拠について公判で の証拠能力を否定すること(違法収集証拠排 除準則)<sup>70</sup>を要求しているとは理解されていな かった。代わりに当時においては違法な捜索・押収に対しては州のコモンロー上のトレスパス (不法侵入)により対処することができると 考えられていた。すなわち、令状を得ずに捜索・押収を行った連邦政府の公務員は州のコモンロー上のトレスパスの責任を負うとされていた。だが、1949年のWolf判決により州に対しても修正第4条が適用されるようになると、州がコモンロー上のトレスパスの範囲を縮減する

ことによって、州の公務員を違法な捜索・押収によるコモンロー上の責任から逃れさせることが可能になってしまうという懸念が生じることとなった。違法収集証拠排除準則を州に対して導入した1961年のMapp判決<sup>71</sup>は、このように伝統的な救済手段がその機能を果たさなくなる懸念が生じたという法的前提の変化を踏まえて行われた修正第4条の原意の翻訳として理解することができるとされる<sup>72</sup>。

### 3.3.2. 非法的前提の変化を踏まえた翻訳

次にレッシグは、非法的前提の変化を踏まえた翻訳の例として、(6)自己負罪拒否特権、(7)プライバシー、(8)国教樹立、(9)人種分離、(10)独占禁止法をあげているが、ここでは(7)プライバシーと(9)人種分離をとりあげることにしたい。

プライバシー 修正第4条は、不合理な捜索・ 押収から身体、家屋、書類、書類、所有物を保 護しているが、制定時のコンテクストにおいて はかかる保護はプライバシーを保護する上で十 分に広範なものであった。すなわち、修正第4 条は、政府による物理的な侵入からの身体や 家屋等の保護を規定していると理解されてい たが、当時の技術水準では、政府は物理的な侵 入を伴わずに私的領域へと侵入することはでき なかった。しかし、盗聴等の監視技術の発展に より、政府は物理的な侵入を伴わずに私的領域 へ侵入することができるようになった。そし て、電話の盗聴が修正第4条で禁じられた不合 理な捜索・押収にあたるか争われた1928年の Olmsted判決において、法廷意見を執筆したタ フトが、修正第4条の制定時における理解に即 して、修正第4条を電話の盗聴に適用することを否定したのに対して<sup>73</sup>、反対意見を述べたブランダイスは、監視技術の発展を踏まえ、文面上の保護よりも広い範囲に修正第4条の保護を拡大し、電話の盗聴に対しても修正第4条が適用されるべきであると主張した<sup>74</sup>。レッシグは、上述のようなOlmsted判決におけるブランダイスの反対意見<sup>75</sup>を、技術の発展を踏まえた憲法の翻訳として評価している<sup>76</sup>。

人種分離 1896年のPlessy判決において連邦最高裁は、修正第14条は公共交通機関における人種分離を許容するとの判断を示していた<sup>77</sup>。だが、1954年のBrown判決において連邦最高裁は公立学校における人種別学に違憲判決を下した<sup>78</sup>。レッシグによれば、Plessy判決からBrown判決への連邦最高裁の姿勢の変化は、人種分離がもつ社会的意味の構成に関する理解の変化に対応した翻訳として理解することができる。すなわち、Plessy判決においては、人種分離がもつ社会的意味は個人の選択によって構成されるものであるという理解を前提に、公共交通機関における人種分離は黒人へのスティグ

マを固定するものではなく、修正第14条に違 反しないとの判断が示されたのである。これに 対して、Brown判決においては、人種分離が もつ社会的意味は個人の選択のみによって構成 されるものではないとの理解を前提に、人種別 学によって形成される黒人へのスティグマに対 する州の責任が認められ、人種別学が違憲と判断されたのである $^{79}$ 。すなわち、Plessy判決からBrown判決への判例の立場の変化は、人種分離がもつ社会的意味の構成に関する理解の変化を踏まえて行われた翻訳として捉えることができるというのである $^{80}$ 。

### 3.4. 翻訳の制約

翻訳者は憲法の意味を維持するためにテクストを創造する権限を与えられる一方で、この権限に伴う責任ゆえに「謙虚」(humility)と呼ばれるべき倫理に従って翻訳を行うことが求

められる。本節では、謙虚による制約<sup>81</sup>について、レッシグが挙げる2種類の制約に則して検討することにしたい。

# 3.4.1. 構造上の謙虚

謙虚が求める第1の制約は、翻訳の際に考慮することのできる前提の範囲を制限する「構造上の謙虚」(structural humility)である。構造上の謙虚は、憲法のテクストに込められるべき価値について判断するのは制憲者の責任であるという理解に基づいて、翻訳者である裁判所に、自らの価値判断を憲法に読み込むことを控えるよう求め、憲法を翻訳する際に憲法のテクストの意味を改善(improve)しないことを要請する。そのために、構造上の謙虚は、テクストを翻訳する際のコンテクストに関連する諸前提を、何が真であるのかという事実に関する前提と、何が望ましいのかという価値に関する前

提である「政治的な前提」とに区別して、翻訳者に「政治的な前提」の変化を考慮しないことを求めることになる<sup>82</sup>。このような両者の区別に対しては、事実と価値の区別は絶対的なものではないのではないかという疑問がありえよう<sup>83</sup>。レッシグも、このような疑問を意識して、価値に関わる前提と事実に関わる前提とを区別する理由を、何らかの哲学的立場に基づく両者の間の性質の相違にではなく、両者が一定の法文化のもとでもつことになるレトリックの相違に求めている。したがって、両者の区別は絶対的なものではなく、法文化のあり方によって相対的なものであるとされる<sup>84</sup>。

# 3.4.2. 能力に関する謙虚

謙虚が求める第2の制約は、翻訳を行う裁判 所の能力的限界に伴う自制を求める「能力に関 する謙虚」(humility of capacity)である。 能力に関する謙虚は、翻訳に求められる判断が あまりに複雑で裁判所の制度的な能力の限界を 超える場合や、翻訳に必要なリソースが裁判所 に不足している場合には、裁判所に翻訳を行う ことを差し控えることを求める。例えば、連邦 最高裁は、ニューディール期以降、州際通商規制に関する議会の判断を尊重し、州際通商規制の権限を広く認めることになったが、このような裁判所の姿勢は、裁判所が州際通商規制に関

する影響について判断することの能力的限界を 踏まえた自制として理解することのできる側面 があるとされる<sup>85</sup>。

# 3.5. シンポジウム「憲法理論における忠節」

レッシグが原意主義の中核的理念として抽出 した「忠節」という概念は米国の憲法学におい て様々な立場の理論家から用いられるように なっていった。そのような流れの中で、レッ シグを含む多くの著名な憲法学者が参加して 1996年にフォーダム・ロースクールにおいて 「憲法理論における忠節」をテーマにシンポジ ウムが開催されることになった<sup>86</sup>。

# 3.5.1. 忠節の諸構想

このシンポジウムでは、忠節の構想が「インテグリティとしての忠節」、「翻訳としての忠節」、「歴史を通じた忠節」の4種類に分類され、忠節の最善の構想とは何か議論された上で、「憲法は忠節に値するのか」という問いのもと、忠節という概念自体の価値についても議論が行われた。

以下、シンポジウムを構成する5つのセクションの趣旨を各セクションの冒頭の報告の概要に即してみていくことにしよう。まず、「インテグリティとしての忠節」のセクションでは、ロナルド・ドゥオーキンが、憲法をインテグリティの観点から道徳的に解釈することこそが憲法への忠節にほかならないと説いた<sup>87</sup>。次に、「翻訳としての忠節」のセクションでは、レッシグが、憲法への忠節のあり方として翻訳という概念を改めて提示した上で、憲法を翻訳する上でのコンテクストによる制約について論じた<sup>88</sup>。そして、「統合としての忠節」のセクションでは、アッカーマンが、憲法の基本単位を人民の闘争により憲法のレジームに変

革をもたらすことに成功した世代として位置づけた上で、憲法政治を成し遂げた複数の世代の統合こそが憲法への忠節であると説いた<sup>89</sup>。また、「歴史を通じた忠節」のセクションでは、ジャック・レイコブが、制憲者の意図や制憲時の意味を絶対視する原意主義の方法論を批判し、制定後の発展も含めた憲法史の全体を考慮して憲法を理解することを忠節として捉えるべきだと論じた<sup>90</sup>。そして、最後に「憲法は忠節に値するのか」と題されたセクションでは、ジャック・バルキンが、不正な内容を含む憲法の下においては、憲法への忠節は、人々に不正を認識し是正することを困難にさせるような心理学的、社会学的な影響を与えることになるとの問題を提起した<sup>91</sup>。

上述のように、このシンポジウムでは、異なる憲法解釈方法論を支持する論者が一同に会し論争が展開されたが、大河内美紀が指摘しているように、いずれの理論にも、制憲時から現在までの政治的・社会的背景を踏まえ、憲法解釈において過去と現在の関係をいかに描くのかと

いう共通の問題意識を見出すことのできる側面 がある。そして、かかる問いに最も端的な解答 を示しているのが、制憲時のコンテクストから 現在のテクストへの憲法の翻訳を説くレッシグ の議論だといえる<sup>92</sup>。

# 3.5.2. 翻訳の価値構成性・批評不可能性・不確定性

このシンポジウムの中では、様々な場面で、 レッシグの提起した翻訳という方法論への評価 や批判が示された。本款では、シンポジウムに おける翻訳に関する議論を、翻訳の価値構成 性、評価不可能性、不確定性という3つの論点 に則して検討することにしたい。

「翻訳」というメタファーを使用することに 賛意を示しつつ、レッシグとはいささか異なる 仕方で翻訳を捉え<sup>93</sup>、そこに翻訳者による価値 構成的な契機を見出しているのがドゥオーキン である。ドゥオーキンによれば、我々は憲法の テクストを解釈する際に、翻訳という問題に直 面することになるが、我々が憲法の制定者の 語ったことを最善の形で理解しようと試みるの であれば、制憲者は憲法に抽象的な道徳的原理 を定めようと意図していたという理解が導かれ るはずである。したがって、裁判官は、抽象的 な道徳的原理が定められた憲法のテクストを、 憲法の構造や判例も踏まえ、インテグリティの 観点から道徳的に解釈することが求められると される<sup>94</sup>。ドゥオーキンの翻訳は、憲法のテク ストに込められた意味を今日のコンテクストに 適用可能な形で抽出するという点でレッシグの 翻訳と共通の志向を有するものの、翻訳者とし ての裁判官が憲法のテクストを「最善の形で」 理解することを想定し、翻訳者の観点からの価 値の再構成の契機を認めている点で、翻訳者に テクストの「改善」を認めず、価値に関する前 提の変化に依拠した翻訳に消極的な姿勢をとる レッシグの翻訳理論とは対照的な側面もある。

「翻訳としての忠節」のセクションでは、 レッシグの示した翻訳理論に対して、サン フォード・レヴィンソンが、「誰が翻訳を必要 とするのかしと問うことで、翻訳の批評不可能 性という難点を示している。翻訳を必要とする のは、ネイティブ・スピーカーではなく、元の 言語に精通していない人々のはずであるが、英 語を理解し、米国の「法的言語」(lawtalk) に通じた法律家が、なぜ翻訳を必要とするのだ ろうか、とレヴィンソンは問う。翻訳を必要と するのは「法的言語」を知らない非法律家か、 あるいは、制憲時の「言語」に精通していない 法律家であろう。だが、翻訳を必要とする人々 は、元のテクストが書かれた「言語」を理解 することができない人々であり、そうである以 上、翻訳の適切さを評価し批判することができ ないはずであるという難点を示すのである<sup>95</sup>。 このようなレヴィンソンの問題提起に対し、討 論においてレッシグは、翻訳とは元のコンテク ストに即してテクストを理解した上で、その意 味を理解可能な形で自らの世界に引き入れる実 践であり、このような意味での翻訳の契機がな ければ表現活動は成立することができず、同じ 意味で憲法の解釈も翻訳ということができると 応答している<sup>96</sup>。複数の「言語」の間の断絶を 強調するレヴィンソンに対し、レッシグは、い わば、我々は日常的に複数のコンテクストの間で翻訳を行っていると語ることにより、翻訳者と翻訳を必要とする読者の境界を相対化することで、翻訳の批評不可能性という問題を回避することを試みたということができよう。

さらに「憲法は忠節に値するのか」と題されたセクションでは、マイケル・クラーマンが、原意主義のみならず、翻訳も含めた忠節という理念にコミットする憲法解釈方法論を批判的に検討し、それらが抱える根本的な問題を「不確定性」(indeterminacy)という点に見いだしている。クラーマンによれば、翻訳は、原意主義の場合と同様に、非常に異なった世界に生きていた200年以上前の制憲者の意思によって現在の人民が支配されるのかという「死者の支配」の問題から逃れることができない。また、

翻訳は、不確定性を有しており、いかなるコンテクストがどれだけ変化したならば翻訳が求められることになるのかに関する基準も不明確であるため、裁判官が主観的に憲法を解釈する余地が残されるという「司法の主観的憲法解釈」の問題を回避することもできない。かかる認識を踏まえ、クラーマンは、我々に、憲法への忠節が真に価値があるものなのか問い直し、憲法への不義(adultery)を試みるよう促すのである。クラーマンによるレッシグ批判が妥当なものであるのかについては、レッシグが1993年の論文で提示した翻訳を規律する原理や制約に加え、本シンポジウムの報告で主題化したコンテクストによる翻訳の制約を踏まえ、検討していくことが求められよう。

# 3.6. 言説の変容と憲法の翻訳

本節では、このシンポジウムにおけるレッシ グの報告「忠節と制約」をもとにした1997年 の論 $\chi^{98}$ を検討することにより、憲法解釈とし ての翻訳に対する制約のあり方について考察することにしたい。

# 3.6.1. 憲法解釈をとりまくコンテクストと言説の変容

この論文は、裁判官が、他の人々と同じように、一定の社会において当然のこととして受け止められている世界の把握の仕方に由来する制約に服しており、かかる制約に服しながら判断を行っていると指摘することから論述を始める。そうであるとすれば、人々に当然のこととして受け止められてきた世界の把握の仕方が変化することになれば、それは裁判官の判断にも影響を及ぼすことになるはずである。レッシグは、このような「コンテクストの制約」

(constraints of context) に着目することこそが、憲法学で問われてきた憲法への忠節と憲法解釈の変化の両立可能性を理解する上での鍵となるという見通しを示す。レッシグによれば、従来の憲法学者の多くがコンテクストの制約を無視してきた一方で、「すべては政治だ」と説く批判的法学者の一部は社会的・政治的なコンテクストがすべてであるかのように論じ、憲法をそれらの随伴現象であるかのように捉えてきた。これらの両極端な姿勢を排し、この論文で

は、コンテクストの制約と憲法の解釈の関係の 再検討が試みられることになる<sup>99</sup>。

この論文において、憲法解釈におけるコンテクストの中でも、判例の変化を説明する上で中心的な役割を果たしてきたものとして重視されるのが言説(discourse)の変容である。裁判官による憲法解釈を取り巻く「コンテクストの制約」は言説の現れ方によって規定されている側面が強いというのである。レッシグは、ある種の知識社会学の枠組みに依拠して、言説の現れ方を、根本的対立(contest)の有無という軸と、社会意識における顕在化の有無という軸と、社会意識における顕在化の有無という軸の2つの軸に従って、4種類に分類している。すなわち第1に、言説は、そこにおいて根本的な原理(fundamental)が争われているか否

かによって区別される。第2に、言説は、人々の意識の前面(foreground)に現れるのかそれとも背景(background)にとどまるのかによって区別される。このうち、裁判所が依拠する言説は主に、根本的対立が存在せず言説が社会意識の背景にとどまる領域に求められるとされる。というのも、根本的対立が存在し社会意識の前面に現れている言説に依拠して翻訳を行うことは、裁判所が政治的な判断を行ったかのようにみられるコストを伴うため、裁判所はこのような自らにとって不適切な社会的意味が付着する非正統性のコスト(illegitimacy cost)を避けるため翻訳を自制することになるからである100。

# 3.6.2. 概念・言説・法

言説の現れ方は固定したものではなく、変化することがある。例えば、これまで疑問の呈されることのなかった言説について根本的対立が生じるようになったり、背景的な言説が人々の意識の前面に現われるようになるとなることは少なくない。レッシグによれば、政治的闘争はしばしば、根本的対立が存在するものの言説が社会意識の背景にとどまっている領域から出発し、言説の顕在化、根本的対立の収束を経て、根本的対立が存在せず社会意識の背景にとどまる領域に行きつくことになる。このような言説の現れ方の変容は法的実践にも変化を促すことが少なくない<sup>101</sup>。

レッシグは差別禁止法におけるセクシュア ル・ハラスメントの位置づけを例にかかる推移 を検討している。1970年代後半になるまで、 米国の差別禁止法においてセクシュアル・ハラ スメントにあたる問題を性差別として争うため の概念は存在してこなかった。だが、マッキャ ナンをはじめとするフェミニストたちは、「セ クシュアル・ハラスメント」という概念を提起 し、一連の法的闘争を通じて、セクシュアル・ ハラスメントにあたる行為に注目を促し、その 許容性を論争的なものにした。短期間の論争の 結果、セクシュアル・ハラスメントは許容せざ るべき行為と位置づけられるようになった。セ クシュアル・ハラスメントの問題はいまだ人々 の意識の前面に存在しているものの、もはや それは根本的対立を含意するものではなくなっ ている。レッシグは、かかる変化を実現した マッキャンらフェミニストを、近年における最 も重要な「論争アントレプレナー」(contestentrepreneur)として評価している。彼女らによりセクシュアル・ハラスメントという観念が提示され、法システムがそれを受容したことによって、世界のあり方が変化することになったというのである<sup>102</sup>。

精神医学における同性愛の理解の変容とそれに伴う法的実践の変化も同様の推移をたどっているという。かつて精神医学は同性愛を精神病として位置づけ、大多数の精神科医はそのことを当然視していた。だが、1960年代後半以降、一部の精神科医が同性愛を精神病と診断することに疑問を呈するようになり、同性愛者自身も精神医学界に同性愛の理解の見直しを要求する運動を展開し、論争は社会的に顕在化した。そして73年には、アメリカ精神医学協会

は、同性愛を精神病のリストから外し、精神医学における論争は収束した。精神医学の変化は法にも影響を与えることになった。米国の移民法は精神障害を有する外国人の入国を拒否していたが、同法は同性愛を精神障害と診断する旧来の精神医学の言説に依拠して同性愛者の外国人を排除する形で運用されてきた。だが、アメリカ精神医学協会の方針の変更に伴い、公衆衛生局は同性愛者を精神障害者と診断することを担むようになり、裁判所も、移民法は同性愛者の外国人を医学的な診断に基づくことなく精神障害者として入国拒否することを認めていないとの解釈を示したため<sup>103</sup>、移民法の運用も変化することとなった<sup>104</sup>。

# 3.6.3. 言説の根本的対立の発生による司法の消極化

レッシグによれば、法が依拠してきた言説における根本的対立の発生は憲法上の問題に関して司法の消極化を招くこともあれば積極化を招くこともある<sup>105</sup>。根本的対立が司法の消極化を招くのは、権力分立が問題になっている場合である。レッシグはこのことを法的言説が論争的なものとなり、非正統性のコストが高まったことにより連邦最高裁が他の機関に権限を移譲したケースを例に検討している。1842年のSwift判決は、コモンローは発見されるものであるという理解のもとに、連邦裁判所に一般的なコモンロー(general common law)の問題に関する州裁判所の判断を無視することを許容していた<sup>106</sup>。ところが、1938年のErie 判決は、連邦の一般的なコモンロー(federal

general common law)の存在を否定し、連邦の裁判所は州の裁判所による州のコモンローについての解釈に従わなければならないとの判断を示した<sup>107</sup>。このような連邦最高裁の立場の変化はどのように説明できるのであろうか。レッシグによれば、Swift判決より後に、コモンローは発見されるものであるという伝統的な理解に対する懐疑が広がり、コモンローは何であるのか、またその源泉は何なのかについて論争が発生した。この論争は裁判所がコモンローの解釈を行うことによる非正統性のコストを高めることになり、そのコストを避けるため連邦最高裁はコモンローに関する解釈をより民主的な意思に服している州の裁判所に委ねることにしたとされるのである<sup>108</sup>。

# 3.6.4. 言説の根本的対立の発生による司法の積極化

一方、憲法上の権利、とりわけ憲法で保障さ れた権利の中でも優越的地位が認められた個人 の権利が問題になっている場合には、根本的対 立の存在は司法の積極主義を帰結することにな るとされる。すなわち、表現の自由や平等権を はじめとする優越的地位が認められた個人の憲 法上の権利が問題となる場合には、デフォルト は個人の権利の側におかれ、政府による権利侵 害は違憲性が推定され、十分に強力な正当化根 拠が立証されない限り、個人の権利が保護され ることになる。それゆえ、特定の言説における 根本的対立は、政府による権利侵害の違憲性の 推定を弱めるのではなく、逆に、その言説に依 拠して認められてきた権利侵害の正当性を弱 めることになる。よって、根本的対立は、権利 の要求を強め、司法の積極主義を帰結すること になるというのである。レッシグはこのことを 修正第14条による平等保護を例に検討してい る。平等保護条項のもとでは、政府がある人を 他の人から区別する場合、政府はその区別を正 当化することが求められる。この区別の正当化 において依拠している言説の論争可能性はきわ めて重要である。人々が論争の余地のないと考

区別の正当化は比較的強力なものとなる。反 対に、人々が論争の余地のあると考える言説に 依拠して区別が正当化される場合、区別の正当 化は比較的脆弱となる。それゆえ、特定の言説 における根本的対立は、ある人を他の人から区 別することに対する正当化を困難にする。よっ て、根本的対立は、区別を正当化することを困 難にし、反面で、平等を保護する裁判所の積極 的な役割を導くことになる。例えば、人種差別 は諸々の科学的言説に依拠する形で正当化さ れてきたが、科学的な言説において人種差別へ の懐疑が広がったことで、科学的言説に依拠し た人種差別の正当化は困難となり、裁判所は人 種差別に対する平等保護に積極的に乗り出すよ うになった。同様の変化は、経済的・習俗的言 説に依拠できなくなった非嫡出子に対する差別 や、文化的・科学的言説に依拠できなくなった 女性差別に対する判例の変化についても見出す ことができ、今や科学的言説による正当化根拠 を失った同性愛者の差別に関しても同様の変化 が生じることになるだろうとレッシグは指摘し ている<sup>109</sup>。

える言説に依拠して区別が正当化される場合、

### 3.6.5. 翻訳としてのニューディール

以上で見てきたように、憲法の翻訳においては、事実の変化のみならず言説の変容が重要な役割を果たしてきた。レッシグによれば、ニューディールにおける裁判所の憲法解釈の変更も、事実の変化に伴う翻訳と言説の変容に伴う翻訳からなる二重の翻訳として理解することが可能であるという。1995年の論文においてレッシグ

は、憲法のテクストの変更を伴わないにもかかわらず、ニューディールを実質的な憲法改正として理解するアッカーマンらを批判した上で、ニューディールを、経済的・社会的状況の変化と法の自己理解の変容を踏まえて連邦最高裁が行った憲法の翻訳として再定位することを試みている。すなわち、ニューディールにおいて連

69

邦最高裁は、当時の米国における経済的・社会 的な統合と相互依存の深化を踏まえ、政府が経 済に介入する権限を拡大するように憲法の翻訳 を行った。また、この時期を境に、それまで自 明視されてきた、裁判官は既存の法を発見して 適用するにすぎないという法に関する概念法学的・形式主義的な自己理解も論争的なものとなり、裁判官による法的判断の政治性が問われるようになったことから、裁判所は議会の判断に敬譲を払うようになったというのである<sup>110</sup>。

# 3.7. 翻訳の限界

前節ではコンテクストの制約と翻訳の関係について検討してきたが、レッシグは翻訳という方法自体が有する限界、より根本的には、彼が前提とする原意主義ないし忠節の限界についてはどのように考えているのだろうか。いま一度1993年の論文に戻って、この点をみていきたい。1993年の論文の冒頭でレッシグは、この論文の目的は、解釈理念としての忠節を支持することにも反対することにもなく、忠節という理念に対する裁判官のコミットメントを所与のものとして前提した上で、忠節の実践はどのようなものであるべきかを問うことにあるとのべていた111。

だが、この論文の結論部で最後にレッシグは、2段階の忠節は、我々が忠節主義者であるべきか否かについて解答を示しているのかという問いを提起している。レッシグは、制憲時のコンテクストと現在のコンテクストがあまりにもかけ離れたものとなってしまったために共通の理解の基盤が失われ翻訳を語ることが無意味になってしまったとすれば、忠節は意味を持ち続けることになるのかという問いに対して3種類の解答を提示している。第1の解答が、

1943年のBarnett判決におけるロバート・ジャ クソンの法廷意見である<sup>112</sup>。レッシグによれ ば、Barnett判決においてジャクソンは、憲法 を翻訳することが、どれほど困難で、不確か で、政治的なものであったとしても、裁判官は 憲法を生きながらえさせるために翻訳を行わな ければならないという姿勢を示した。第2の解 答が、ポール・ブレストの見解である。ブレス トは、憲法を翻訳することの困難を指摘し、憲 法の権威を、忠節にではなく、少数派の人権の 保護や代表民主政の促進といった我々がより精 通していて予見可能な理念に求めるべきだとい う立場をとる<sup>113</sup>。そして、レッシグが示唆す る第3の解答が憲法の改正である。憲法の意味 が我々にとってもはや理解できないものとなっ てしまったのならば、我々は自らの手で憲法を 書き換えた方がよいかもしれないというのであ る。レッシグは、制憲時のコンテクストと現在 のコンテクストがあまりにも離れてしまい、翻 訳がもはや意味をもちえなくなってしまった場 合には、忠節は我々の目的ではありえないだろ うとのべて論稿を閉じている<sup>114</sup>。

# 3.8. 翻訳としての忠節の意義と問題

本章で明らかにしてきように、レッシグは、 原意主義の本質的要素として忠節という理念を 抽出した上で、忠節を実現するより適切な構想 として翻訳という憲法解釈方法論を提起するこ とにより、憲法の解釈が憲法の原意に忠実であ ると同時に、時代によるコンテクストの変化に 対応した動態的なものでもありうるという可能 性を示すこととなった。レッシグの提起した翻 訳としての忠節という構想は、裁判官に「進歩 的な翻訳家 | (forward translator) としての 役割を認めることにより115、政治的な保守主 義と結びつく形で形成されてきた旧世代の原意 主義を、より時代の進歩への対応を重視するリ ベラルな方向へと再構成することを試みたもの ということができるかもしれない<sup>116</sup>。本章で 見てきたように、憲法を翻訳する際に考慮され るコンテクストの変化には、法制度や法的言説 の変容といった法的コンテクストの変化のみな らず、監視技術の発展やスティグマに関する理 解の変容などの非法的コンテクストの変化も含 まれていた。このような憲法を取りまく様々な コンテクストへの関心は、次章でみていくよう に、レッシグを規制に関する学際的研究へと導 いていくことになる。

しかしながら、翻訳という憲法解釈方法論が抱えている問題も少なくない。翻訳としての忠節は、原意主義から抽出された忠節という理念を実現する構想の一つである以上、原意の不確定性や死者の支配といった原意主義の抱える問題<sup>117</sup>を引き継いでいるというクラーマンらの批判は否定しがたい側面がある。レッシグの憲法解釈方法論は、原意を現代のコンテクストに

翻訳するものである以上、原意を確定すること を前提としているはずであり、原意の不確定性 という原意主義への批判は翻訳という手法にも 妥当する場面があるはずである<sup>118</sup>。レッシグ は、判例を原意の翻訳として説明する際に、概 して判例が原意を正しく捉えているか緻密に検 討することなく、原意はしかじかのものである と仮定した上で、裁判所が仮定された原意を現 代のコンテクストに翻訳したものとして説明す ることを試みているように見受けられる。レッ シグの挙げる一連の判例を憲法の原意の翻訳 として説明することが可能であったとしても、 異なる翻訳の可能性は否定できず、翻訳の不確 定性という問題を解消することは困難であるよ うに思われる。1993年の論文において、レッ シグは、このような問題を意識して、翻訳者で ある裁判官に、憲法の原意を最大限に保存しつ つ変化を最小限にとどめる翻訳を選択すること や、事実に関わる前提の変化のみを考慮し価 値に関わる前提の変化を考慮しないことなどを 求めていた。だが、レッシグが翻訳の例として 挙げる一連の判例を憲法の原意を最大限に保存 しつつ変化を最小限にとどめる翻訳として評価 することのできる根拠は明らかにされていると は言い難い。レヴィンソンの提示した翻訳の批 評不可能性という難点はこの点にも関わって こよう。また、事実に関する前提と価値に関す る前提の区別は、一定の法文化のもとで両者が もっているレトリックの相違に求められている 以上、翻訳の前提となるコンテクストの範囲 は、レトリックの捉え方によって相対的なもの となるため、裁判官による主観的な憲法解釈を

許容する可能性は否定しがたい。さらに、97 年の論文では、言説による翻訳の制約が、論争 的な言説に依拠することで裁判所が政治的な判 断を行っているかのようにみられるおそれが生 じるというコストという観点から説明されてい るが、そうであるとすれば、言説による翻訳の 制約は、外的な視点から説明される制約であっ て、裁判官が内的に受容している規範的な制 約ではないのではないかという疑問が生じよう 119。言説による翻訳の制約が、コストの問題 にすぎないのであれば、裁判所がそれを上回る 便益を見出した場合には、価値に関わる言説に 依拠して憲法の翻訳を行う可能性は排除されな いはずである。レッシグの翻訳理論が裁判官 に価値に関わる言説に依拠して憲法を翻訳する ことを許容するのであれば、裁判官が道徳理論 に依拠して憲法解釈することを求めるドゥオー キンとの対立は相対化されることになると同時 に<sup>120</sup>、ドゥオーキンらの立場を主観的で政治 的な憲法解釈だと評してきた原意主義者の批判 <sup>121</sup>がレッシグに跳ね返ってくるおそれも生じ よう。他方で、仮に裁判官が原意を一意的に確 定し、それを価値中立的な外観のもとに翻訳す ることを試み、それに成功したとしても、今度 は、死者による支配という原意主義に対するも う一つの批判が待ち受けることになるように思 われる。もっとも、裁判官による主観的な憲法 解釈の可能性や死者による支配という問題は、 原意主義やそれを批判的に承継したレッシグの 翻訳理論にのみあてはまるものではなく、多か

れ少なかれ、憲法とそれに依拠した司法審査を 通じて多数派の決定に抗する形で人権保障を行 うという立憲主義のプロジェクトにコミットす る様々な憲法解釈方法論にあてはまる可能性が あり<sup>122</sup>、とりたててレッシグの憲法解釈方法 論の難点のみを批判するのは酷であろう。とは いえやはり、レッシグの憲法理論の立場から も、かかる問題に対する何らかの応答は求めら れるように思われる。

前節でみたように、レッシグは、制憲時のコ ンテクストと現代のコンテクストがあまりにも 乖離したために憲法の意味を理解することがで きなくなってしまった場合など、翻訳の限界が 明らかになった場合の対処法の1つとして憲法 改正の可能性を示唆しており、原意の不確定性 や死者の支配という問題に対して、人民は必要 に応じて憲法改正により憲法の意味を変更する ことができるという解答を用意しているように 思われる。ここにおいて、レッシグの憲法理論 は憲法政治を主題化するアッカーマン的な問題 意識と再び接続することになる。しかし、憲法 の原意を確定し非政治的な外観のもとに翻訳す ることの限界が露呈する機会が例外的なもので はないとすれば、憲法政治が頻繁に要求され、 社会の基本構造としての憲法は不安定化するお それがあるだろう。かかる問いは、立憲主義と 民主主義の関係という憲法学の根本的な問題と かかわるものであり、レッシグにおける立憲主 義と民主主義の連関構造について考察する5章 で改めて検討することにしたい。

### 註

- 1 わが国における現代米国の憲法理論や憲法解釈方法論に関する研究は枚挙に遑がないが、さしあたり、近年の米国における各種の憲法理論の検討を踏まえ立憲主義と民主主義の関係の再定位を試みるものとして、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』 (2001 年、日本評論社) を、近年の米国における原意主義をめぐる論争を検討することにより憲法解釈方法論の再構成を試みるものとして、大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成』 (2010年、日本評論社) を挙げておく。
- 2 近時のわが国の憲法学において憲法とコンテクストの関係に着目した研究として、ここでは、日本国憲法下における表現の自由論の展開を「理念」と「文脈」の関係という視点から考察した、浜田純一「表現の自由(1)」樋口陽一編『講座憲法学3権利の保障【1】』(日本評論社、1994年)を挙げるにとどめる。浜田は、ポストモダンの問題意識も踏まえつつ、表現の自由の数多くの争点をめぐる議論について考察する上では、その一般的な理念という「大きな物語」に触れるだけでは十分ではなく、文脈への感受性をもつ必要があることを強調した上で、現代的文脈における表現の自由の理念の動揺を踏まえ、理念のなかに文脈をいかにして取り込み、理念の再強化を図っていくかということが重要な課題となると指摘している(前掲139-140頁参照)。浜田の議論は人権各論の領域で表現の自由の理念とコンテクストの関係について検討したものではあるが、憲法理論や憲法解釈方法論の領野で憲法とコンテクストの関係について体系的に考察する上でも貴重な示唆を与えているように思われる。
- 3 LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999) [hereinafter CODE] [ローレンス・レッシグ (山形浩生・柏木亮二訳) 『コードーインターネットの合法・違法・プライバシー』 (翔泳社、2001年)]. なお、本書刊行後のサイバースペースの発展やサイバー法の議論を踏まえた第2版として、CODE VERSION 2.0 (2006)参照。
- 4 レッシグの議論を批判的に承継した米国を中心とする英米圏におけるサイバー法の議論として、see, e.g., Jonathan Zittrain, A History of Online Gatekeeping, 19 HARV. J.L.& TECH. 253 (2006); JONATHAN ZITTRAIN, THE FUTURE OF THE INTERNET (2008); JACK GOLDSMITH & TIM WU, WHO CONTROLS THE INTERNET? (2006); YOCHAI BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS (2006); ROGER BROWNSWORD & KAREN YEUNG (ed.), REGULATING TECHNOLOGIES (2008); CHRISTOPHER MARSDEN & IAN BROWN, REGULATING CODE (2013). レッシグの議論を受けたサイバー法とアーキテクチャをめぐる議論の展開について検討したものとして、拙稿「情報社会における法とアーキテクチャの関係についての試論的考察—アーキテクチャを介した間接規制に関する問題と規律の検討を中心に」情報学研究81号55頁以下(2011年)参照。
- <sup>5</sup> See, e.g., LAWRENCE LESSIG, THE FUTURE OF THE IDEAS (2001).
- <sup>6</sup> See, e.g., LAWRENCE LESSIG, REPUBLIC, LOST (2011).
- わが国においても、『コード』をはじめとするレッシグの著書が翻訳家の山形浩生らにより翻訳・紹介されたのを機に、憲法 学、法哲学、現代思想、社会学等の諸学問領域でアーキテクチャやコードという概念を中心にレッシグの議論が受容され、様々 な形で派生的な議論が展開されることとなった。憲法学に関しては、松井茂記『インターネットの憲法学』3章(岩波書店、 2002年)、小倉一志 『サイバースペースと表現の自由』 (尚学社、2007年) 、駒村圭吾「警察と市民―自由と権力の構造転換」 公法研究69号120-121頁(2007年)、曽我部真裕「自由権—情報社会におけるその変容 | 法学セミナー688号13-14頁(2012年)等 を、法哲学に関しては、大屋雄裕「情報化社会における自由の命運」思想965号212頁以下(2004年)、松尾陽「アーキテクチャ による規制作用の性質とその意義」法哲学年報2007・241頁以下(2008年)等を、現代思想や社会学に関しては、東浩紀『情報環 境論集』(講談社、2007年)、濱野智史『アーキテクチャの生態系』(NTT出版、2008年)、北田暁大「政治の空間学(2) リベ ラリズムについて(2)」Ten plus one No. 37・200頁以下(2004年)等を参照。また、各分野の論者によるアーキテクチャ論を収録 したものとして、東浩紀・北田暁大編『思想地図 Vol.3 特集・アーキテクチャ』 (NHK出版、2009年) 参照。政治学者の吉田 徹は、批評家の東浩紀らの議論を念頭に、「レッシグの問題提起は、日本において法学者よりも社会学者の間、とりわけ『ゼロ 年代』と呼ばれる情報社会論者で広く需要され、独自の発展を遂げて」おり、「日本の情報社会論と接続したアーキテクチャ論 は、レッシグのアーキテクチャへの警戒心を反転させ、独自の文脈に置かれている」と指摘している。吉田によれば、わが国の アーキテクチャ論は、人間の自律性や知性による合理的な変革能力と世界像の体系そのものが成り立たなくなったことを所与と した上で、民主政の再定義を試みている(吉田徹「ステイツ・オブ・デモクラシー―ポピュリズム・熟議民主主義・アーキテク チャ」憲法理論研究会編『憲法理論叢書21 変動する社会と憲法』9-13頁(敬文堂、2013年)。レッシグの初期の憲法理論につ いて研究することは、わが国のアーキテクチャ論を批判的に再検討する上でも有用な手がかりを与えてくれるように思われる。
- 8 長谷部恭男は、メディアをめぐる問題の多面性とそれを取りまく環境の急速な変容を踏まえて「あるべきメディア法制を検討するには、各国の法制に関する法律学上の知識だけではなく、経済学、社会学、哲学などさまざまな学問分野の知識と分析方法を

- 借用する必要がある」として、「メディア法の研究者でありつづけることは、学術上の曲芸に近く、危険を伴う」とのべている (長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、1992年)176頁)。
- 9 米国におけるサイバー法の展開も踏まえ、情報法の基本に置かれる原理と論理について検討したものとして、山口いつ子『情報 法の構造―情報の自由・規制・保護』 (東京大学出版会、2010年) 参照。
- Lawrence Lessig, Plastics: Unger and Ackerman on Transformation, 98 YALE L.J. 1173 (1989)[hereinafter Plastics].
- 11 Id at 1173 1174
- 22 とはいえ、アンガーとアッカーマンのテクストをつぶさに読んでいくと、両者の議論の中に互いの理論を意識して、その基本的姿勢を批判するかのような態度を読み取ることができないわけでもない。例えば、アンガーは、アッカーマンの名前こそ挙げていないものの、社会の体制を選択する基底的政治(foundational politics)と一定の体制の枠内で立法を行う通常政治(ordinary politics)を峻別する思考を、米国法における客観主義の中心的な思考として批判している(ROBERTO M. UNGER、THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT 5-8 (1983) [hereinafter CRITICAL] )。一方、アッカーマンは、権威の正統性に関する立場として、人民の名による革命の永続を志向する永久革命論(permanent revolution)と革命の意義を忘却する革命健忘症(revolutionary amnesia)の双方を斥けた上で、『フェデラリスト』の議論から読み取ることのできる第三の立場として二元的民主政論を構想している(Bruce Ackerman, Storrs Lectures: Discovering the Constitution, 93 YALE L.J. 1013, 1020 (1984) [hereinafter Discovering])。アッカーマンが永久革命論を批判する際に、同時代におけるアンガーら批判的法学研究のラディカルな変革論を念頭に置いていたと想定することは不可能ではないだろう。アッカーマンがアンガーを同時代のラディカルな左翼の批判的法学者として意識していたことは、1983年にイエール・ロージャーナルに掲載された論文において、シカゴ学派の法と経済学と批判的法学研究の間の論争について検討する中で後者の側を「アンガー的マルクス主義者」(Ungero-Marxist)と呼んでいることからも窺い知ることができる(Bruce Ackerman, Foreword: Law in an Activist State, 92 YALE L.J. 1083, 1098(1983))。
- 13 レッシグの第一論文以前にアンガーとアッカーマンの議論を比較検討した文献の数は限られている。ルーティーンと革命の間の区別を相対化するアンガーの社会構想を、アッカーマンらの憲法理論と比較しつつ批判的に検討したものとして、see Cass Sunstein, Routine and Revolution, 81 NW. U.L. REV. 869 (1987). アッカーマンの著書『アメリカ法の再構成』(BRUCE ACKERMAN, RECONSTRUCTING AMERICAN LAW (1984)[ hereinafter RECONSTRUCTING])に対する書評の中で、アッカーマンの提示する構成主義的な法理論とアンガーら批判的法学研究の逸脱主義的法理論の間の距離を検討したものとして、see Armond Cohen, High-Tech Justice, 38 STAN. L. REV. 919, 924 (1986).
- 14 テクストの意味と意図との関係については様々な議論があるが、ここではさしあたり、テクストが書かれた目的を「意図」、テクストによって伝えられる内容を「意味」として位置づけることにしたい。後に見るように、レッシグは、自身の憲法解釈方法 論を形成する中で、テクストが書かれた意図よりも、一定のコンテクストにおいてテクストが伝達することになる意味を重視することになる。
- 15 さしあたり、注(28)で挙げられている論者の著作に加えて、JAMES TULLY (ed.), MEANING AND CONTEXT: QUENTIN SKINNER
  AND HIS CRITICS (1988) [邦訳 クェンティン・スキナー(半澤孝麿・加藤節編訳) 『思想史とはなにか―意味とコンテクスト』
  (1990年、岩波書店) ] に収録された諸論稿を参照。
- 16 アンガーによれば、批判的法学研究は、近代の法思想と法実践における左翼的な伝統を批判的に継承する学派であり、法における形式主義と客観主義を批判し、法実践と法理論を社会の変革という政治的な目的を達成するための手段として再構成する立場をとる(CRITICAL, supra note 12, at 14)。また、松井茂記は、批判的法学研究の基本的な姿勢を「マルクス主義の影響のもと、西欧の最近の哲学・言語学・科学史学の展開を受けて、法の政治性を重視し、法のイデオロギー性を批判する」点に見いだしている。松井によれば、批判的法学研究は、ハーバーマスに代表される西欧マルクス主義(フランクフルト学派の批判理論)の影響を受けつつも、デリダやフーコーらのポスト構造主義、ヴィトゲンシュタインの言語哲学、ローティのプラグマティズムなどを飲み込んで、独自の方法論を展開している(松井茂記「批判的法学研究の意義と課題―アメリカ憲法学の新しい潮流1」法律時報58巻9号1213頁(1986年)参照)。
- 17 John H. Schlegel, Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies, 36 STAN. L. REV. 391 (1984)、松井·前掲注(16)12-13頁参照。
- 18 1983年にイエール・ロージャーナルに掲載された論文においてアッカーマンは、リベラルな積極国家を批判する議論をコミュ

ニタリアンな形態とリバタリアンなそれとに区分し、前者の形態の中で最も重要な理論として前期アンガーの主著『知識と政治』(ROBERTO M. UNGER, KNOWLEDGE AND POLITICS (1975))をあげている。アッカーマンは、自らを含むリベラルな積極主義者は、アンガーをはじめとするリベラリズムの批判者との真剣な対話によって多くを学ぶことができるとの見通しを示している(Bruce Ackerman, Foreword: Law in an Activist State, 92 YALE L.J. 1083, 1127 n.78 (1983))。いわば、アッカーマンは、リベラリズムにコミットしながらも、アンガーら批判者との真剣な対話によってリベラリズムを鍛え上げることを志向していたということができよう。一方、ウィリアム・エヴァルドは、1988年にイエール・ロージャーナルに掲載された論文において、アッカーマンのようにリベラルの中にもアンガーの議論の重要性を認める論者がいることを認めた上で、リベラリズムの立場から『知識と政治』を中心とするアンガーの議論に対する徹底的な批判を試みている(William Ewald, Unger's Philosophy: A Critical Legal Study, 97 YALE L.J. 665 (1988))。これに対して、ジャーナルの同じ号に掲載されたコーネル・ウェストの論文は、エヴァルドによるアンガー批判にみられるように、批判的法学研究とリベラリズムの間の対立が激化していることを疑問視し、両者の間の生産的な対話の可能性を模索している(Cornel West, CLS and a Liberal Critic, 97 YALE L.J. 757 (1988))。なお、レッシグは第一論文において、『知識と政治』を代表とする前期のアンガー哲学と後期のアンガー哲学を連続的なものと捉えるエヴァルドらを批判し、アンガーの哲学の転回を指摘するウェストらの議論を支持している(Plastics, supra note 10, at 1174 n.6)。

- 19 本講義の内容をもとにした論文として、see Discovering, supra note 12.
- 20 アッカーマンは、1989年にもイエール・ロージャーナルに憲法政治と憲法の関係を検討した論文 (Bruce Ackerman, Constitutional Politics/Constitutional Law, 99 YALE L.J. 453 (1989)) を公表している。この論文と先のStorrs Lectures 論文 (Discovering, supra note 12) は後に、二元的民主政論を主題とした彼の主著の第1巻 (BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991)) に結実し、イエールのみならず米国の憲法学に多大な影響を与えることになる。
- 21 マーク・ケルマンは1987年に公刊された著書の中で、批判的法学研究に属する憲法学者と彼らに反対するアッカーマンらイエールの中道左派の間で解釈の主観性と解釈共同体の実在性をめぐり論争が展開されてきたと指摘している(MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 14 (1987)) 。注(18)で挙げた一連の文献の議論と併せて理解すると、この時期のイエールの知的世界にはアンガーとアッカーマンとを比較検討するレッシグの視座を準備する議論の磁場が形成されていたということができよう。
- 22 アンガーの法哲学について検討したものとして、三本卓也「法の支配と不確定性―ロベルト・アンガー「構造」概念の変容とその示唆―」(1)立命館法学285号59頁以下(2002年)、(2)288号85頁以下(2003年)等を参照。レッシグとアンガーの議論を比較検討したわが国の研究として、有賀誠「『アーキテクチャ』の問い直しと民主主義―レッシグとアンガー」有賀誠・伊藤恭彦・松井暁編『ポスト・リベラリズムの対抗軸』(ナカニシヤ出版、2007年)参照。ただし、有賀の論稿において、レッシグの議論は主著『コード』以降のもののみが検討の対象とされている。
- 23 Lessig, *Plastics*, *supra* note 10, at 1179-1180. 社会的・政治的な構造の可塑性を支持するアンガーの姿勢を近代の代表的な政治思想に託す形で表現したものとして、「自由主義、社会主義、および共産主義の革命的なイデオロギーはいずれも、固定的な役割と序列を転覆し、社会生活を変革する意思のもとに置くことによって、エンパワーメントの諸形態を発展させることを企てるものである」(ROBERTO M. UNGER, FALSE NECESSITY: ANTI-NECESSITARIAN SOCIAL THEORY IN THE SERVICE OF RADICAL DEMOCRACY 296 (1987)[ hereinafter FALSE])との言明を参照。関連するアンガーの議論として、*see* ROBERTO M. UNGER, SOCIAL THEORY: ITS SITUATION AND TASK 3-5, 154 (1987)[ hereinafter SOCIAL]; PASSION: AN ESSAY ON PERSONALITY 13, 192 (1984)[ hereinafter PASSION]; FALSE, *id.* at 87, 362; CRITICAL, supra note 12, at 94.
- 24 アッカーマンの二元的民主政論について検討したものとして、阪口・前掲注(1)3章、川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆国憲法の正統性——ブルース・アッカマンの『二元的デモクラシー論』への覚書」早稲田政治経済学雑誌320号286頁以下(1994年)等を参照。
- <sup>25</sup> Lessig, *Plastics*, *supra* note 10, at 1180-1183. 関連するアッカーマンの議論として、*see* Ackerman, *Discovering, supra* note 12, at 1020-1043.
- 26 社会的意味とは、言語、ジェスチャー、法概念、制度などの社会的人工物(social artifact)が一定のコンテクストのもとで有する意味を指す(*Plastics, supra* note 10, at 1174-1175, n10)。
- <sup>27</sup> Id. at 1174-1175.
- <sup>28</sup> LUDWIG WITTGENSTEIN, PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS § 43 (G.E.M. Anscombe trans. 2d ed. 1958). レッシグはコンテクスト

- 性に着目した議論として、後期のウィトゲンシュタインのほかに、彼の言語哲学と社会科学の関係を論じたウィンチ、人類学者のギアーツ、哲学者のテイラーやローティ、規範的宇宙としてのノモスを主題化した法学者のロバート・カバーらの著作の参照を求めている(*Plastics, subra* note 10. at 1175. n11)。
- <sup>29</sup> レッシグによれば、トークンとは、意味のシンボルを総称した概念であり、言明、目配せ、制度、実践、行為などがこれに含まれる(*id.* at 1176.n15)。
- 30 *Id.* at 1175-1177. 人間の活動や思想のコンテクスト依存的な性格について論じたアンガーの議論として、*see* SOCIAL, *supra* note 23, at 4, 18-19; PASSION, at 3-5. 法的な論争において問題となっている事実についてコンテクストを踏まえ構造的に把握することの意義について論じたアッカーマンの議論として、*see* RECONSTRUCTING, *supra* note 13, at 29.
- 31 レッシグは、構成主義を主題化した議論として、現象学的社会学を批判的に承継し「社会構成主義」という立場を提唱したバーガーとルックマン、ウィトゲンシュタインの言語哲学をもとに知識の社会理論を構築したブルア、言語哲学者のグッドマンらの著作をあげている(*Plastics, supra* note 10, at 1175, n12)。
- <sup>32</sup> PASSION, *supra* note 23, at 14.
- 33 Plastics, supra note 10, at 1177-1178. 構成主義に対するアンガーのコミットメントを近代の社会思想に託して表したものとして、『社会理論』の冒頭に置かれた「近代の社会思想は、社会は、基層に置かれた自然の秩序を表現したものではなく、創出され想像された人工物なのであるということを宣言することによって誕生した」(SOCIAL, supra note 23, at 1)との言明を参照。アッカーマンの構成主義的な思考を示した議論として、ニューディール期以降のアメリカ法の歴史における事実の把握や価値の評価のあり方の転換を伴う新たな法的言説の構成について論じた『アメリカ法の再構成』の議論(RECONSTRUCTING, supra note 13, at 2-5)および「中立的対話」という新たな形のリベラルな言説の構成について論じた『リベラル国家における社会正義』の議論(BRUCE ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE 333 (1980))を参照。
- <sup>34</sup> *Plastics*, *supra* note 10, at 1183-1186.
- 35 *Id.* at 1186-1187. 社会生活を結社のモデルで記述するアンガーの議論として、*see* UNGER, FALSE, *supra* note 23, at 101, 104。アンガーは、かかる枠組みのもとに、前者のタイプの変革 (*id.* at 105) と後者のタイプの変革(*id.* at 280)について論じている。
- 36 Plastics, supra note 10, at 1188-1189. アッカーマンが米国史における憲法政治の展開について論じたものとして、see Discovering, supra note 12 at 1051-1057、アッカーマンによる憲法第5条の解釈については、see id. at 1057-1070.
- 37 プレコミットメント概念を援用して憲法を主権者の合理的な自己拘束として理解する憲法理論を展開することになるのが(see STEPHEN HOLMES, PASSION AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY(1995))、リベラル派の雑誌NEW REPUBLICにアンガーの変革論を批判する記事(Stephen Holmes, The Professor of Smashing: The Preposterous Political Romanticism of Roberto Unger, New Republic, Oct. 19, 1987, at 30)を寄稿したこともある政治哲学者のスティーブン・ホーム ズである。ホームズの憲法理論とレッシグの関係については、本稿5章参照。なお、アッカーマンの二元的民主政論を、ある種 のプリコミットメント論として再解釈する可能性を検討するものとして、阪口・前掲注(1)121-127頁参照。もっとも、阪口はアッカーマンの理論をプリコミットメント論として読み直すことにはかなり無理があるとの評価を示している。
- 38 Plastics, supra note 10, at 1189-1191. 貧困時における可塑性の制限について示唆したアンガーの議論として、see UNGER, SOCIAL, supra note 23, at 210. 構成的な個人的コミットメントを理由とする可塑性の制限について示唆したアンガーの議論として、see PASSSION, supra note 23, at 267.
- Ewald, supra note 18, at 738; Sunstein, supra note 13, at 871, 881; Holmes, supra note 37.
- 40 See Plastics, supra note 10, 1191-1192.
- 41 CODE, supra note 3, at 59.
- 42 阪口正二郎によれば、アッカーマンの議論の主たる狙いは、「憲法をつくる権力」と同一視される「人民主権」の「継続的な実践」を主張するものであり、樋口陽一がカール・シュミットの憲法制定権力論を評する際に用いた言葉を借りれば「憲法のたえざる変更可能性を強調しようとする主張」(樋口陽一『憲法 I』(青林書院、1998年)383頁)に他ならないとされる(阪口・前掲注(1)103頁)。
- 43 Plastics, supra note 10, at 1173 n.2.
- 44 レッシグの経歴については彼がウェブ上で公開しているcurriculum vitaeを参照 (Lawrence Lessig, CV, http://lessigwpcache. s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2012/06/cv-current.pdf (last visited Jan. 31, 2014)) 。

- 45 松尾陽「原意主義の民主政論的展開―民主的憲法論の一つの形―」法学論叢166巻4号51頁 (2010年)参照。なお、原意主義という概念を提唱したポール・プレストは、原意主義を憲法解釈の拘束的権威を憲法のテクストないし制憲者 (adopter) の意図に与える方法論として定義していた (Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U.L. REV. 204, 204 (1980)[Quest]。原意主義について検討したものとして、阪口・前掲注(1)2章、大河内・前掲注(1)、松尾前掲等を参照。
- 46 大河内・前掲注(1)27-31頁等を参照。このようなコンテクストのもとで、原意主義者の側から提起された論争的な著作として、 see, e.g., ROBERT BORK, THE TEMPTING OF AMERICA (1991).
- 47 原意主義者の中には、バーガーのように起草者(framer)の主観的意図を重視する論者も存在するが(RAOUL BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY 3 (1977))、レッシグが原意主義者としてしばしば参照するボークやスカリアは、制憲時に憲法典が批准者(ratifier)ないし人民にどのように理解されていたのかという点を重視しており(BORK, supra note 46, at 144; ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION 38 (1997))、憲法の原意を制憲時における共同主観的ないし客観的な意味として位置づけているということができよう。
- 18 レッシグは、2011年に行われたC-SPANのインタビューにおいて、ロークラーク時代にスカリアから受けた影響の重要性を指摘した上で、自らの学者としての初期の経歴の多くを、スカリアの原意主義の構想と格闘して、原意主義を筋の通った憲法理論として再構成することに捧げたとのべている (Q&A with Lawrence Lessig, http://www.c-spanvideo.org/program/302043-1; Uncorrected transcript provided by Morningside Partners, http://www.q-and-a.org/Transcript/?ProgramID=1366 (last visited Jan. 31, 2014)) 。
- 49 Lawrence Lessig, Fidelity in Translation, 71 TEX. L. REV.1165 (1993)[hereinafter Translation].
- 50 Id at 1166 1191
- 51 Id. at 1166.
- 52 See, e.g., Katz v. United States, 389 U.S. 347, 373 (1967) (Black, J., dissenting).
- <sup>53</sup> *Translation, supra* note 49, at 1166-1173.
- 54 Id. at 1174-1178
- 55 Id. at 1182-1185.
- 56 Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991). もっとも、レッシグも指摘しているように、スカリアも原意主義について論じた1989 年の論文において、たとえ制定時に鞭打ち (flogging) が修正第8条に違反しないと理解されていたとしても、現代において鞭打ちの合憲性を支持することは困難であろうとのべており (Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CIN. L. REV. 849, 861-864 (1989)) 、1段階の忠節の立場を徹底させることに戸惑いを示している。
- <sup>57</sup> *Translation, supra* note 49, at 1185-1188.
- 58 レッシグは、「翻訳」という概念は、従来の憲法学や憲法判例においても、「原意主義」という概念を提起したプレストの論文 (Brest, *supra* note 45, at 218-221) や、Barnette判決におけるジャクソンによる法廷意見 (West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624, 639-40 (1943)) などの中に使用例を見出すことができると指摘している (*Translation, supra* note 49, at 1171-1173 n.32) 。
- <sup>59</sup> Id. at 1189-1192.
- 60 Id. at 1192-1211.
- 61 松尾陽「原意主義の民主政論的展開(二)―民主的憲法論の一つの形―」法学論叢167巻3号108頁(2010年)。
- 62 Translation, supra note 49, at 1213.
- 63 *Id.* at 1213-1214. もっとも、かかる「保守主義の原理」(principle of conservatism)は、翻訳という概念に内在的なものではな く、法実践のあり方に由来するものであるとされる(*id*)。
- 64 Id. at 1180-1181 1213-1214
- 65 レッシグは翻訳という方法論を用いて、本節で検討していく憲法上の権利に関する解釈問題はもとより、執行権(Lawrence Lessig & Cass Sunstein, *The President and the Administration*, 94 COLUM. L. REV. 1 (1994))や連邦主義(Lawrence Lessig, *Translating Federalism: United States v. Lopez*, 1995 SUP. Ct. REV. 125 (1996))等の統治機構に関する解釈問題にも取り組んでいる。
- 66 Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

- 67 Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949).
- 68 Elkins v. United States, 364 U.S. 206 (1960).
- 59 Translation, subra note 49, at 1215-1217.
- 70 米国の判例における違法収集証拠排除準則の形成と展開については、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』 (弘文堂、1985 年) 2章参照。
- <sup>71</sup> Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).
- <sup>72</sup> Translation, supra note 49, at 1215-1232.
- <sup>73</sup> Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 464-466 (1928).
- <sup>74</sup> Id. at 471-479 (Brandeis, I., dissenting).
- 75 Olmstead判決におけるブランダイスの反対意見の立場は、Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)において判例に採用される ことになる。Olmstead判決の反対意見を含めブランダイスのプライバシー権に関する議論について検討したものとして、宮下紘 「ルイス・ブランダイスのプライバシー権」駿河台法学26巻1号71頁以下 (2012年) 参照。
- <sup>76</sup> *Translation, supra* note 49, at 1237-1240.
- <sup>77</sup> Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
- <sup>78</sup> Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
- 79 Plessy 判決からBrown判決への転換の過程を、裁判の場における事実認定と背後にある社会科学の変化に着目して論じたものとして、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論―憲法訴訟における事実解釈の研究―」(一)106巻7・8号1頁以下(1993年)、(二)107巻7・8号1頁以下(1994年)参照。
- <sup>80</sup> Translation, supra note 49, at 1242-1247.
- 81 レッシグの憲法理論において、謙虚という制約は、翻訳という手法自体から必然的に導かれるものではなく、現在の米国において翻訳者としての裁判所が置かれている制度的な状況により求められる外在的な制約として理解することのできる余地があるように思われる(id. at 1206-1211, 1252)。
- 82 Id. at 1252-1255
- <sup>83</sup> 事実と価値の二分論を批判的に検討したものとして、see HILARY PUTNAM, THE COLLAPSE OF THE FACT/VALUE DICHOTOMY AND OTHER ESSAYS Ch.1-3 (2002) [ヒラリー・パトナム(藤田晋吾・中村正利訳)『事実/価値二分法の崩壊』1-3章(法政大学出版局、2011年)].
- <sup>84</sup> Translation, supra note 49, at 1255.
- 85 Id. at 1251-1262.
- 86 Fidelity in Constitutional Theory, 65 FORDHAM L. REV. 1247 (1997). このシンポジウムの内容について詳細に検討したものとして、大河内・前掲注(1)150-174頁参照。
- 87 Ronald Dworkin, The Arduous Virtue Of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, And Nerve, 65 FORDHAM L. REV. 1249 (1997).
- 88 Lawrence Lessig, Fidelity and Constraint, 65 FORDHAM L. REV. 1365 (1997) [hereinafter Constraint].
- <sup>89</sup> Bruce Ackerman, Generation Of Betrayal?, 65 FORDHAM L. REV. 1519 (1997).
- <sup>90</sup> Jack N. Rakove, Fidelity Through History (Or To It), 65 FORDHAM L. REV. 1587 (1997).
- 91 Jack Balkin, Agreements With Hell And Other Objects Of Our Faith, 65 FORDHAM L. REV.1703 (1997).
- 92 大河内·前掲注(1)170頁参照。
- 93 Fidelity As Translation: Colloquy, 65 FORDHAM L. REV. 1507, 15014-1515 (1997).
- <sup>94</sup> Dworkin, *supra* note 87, at 1249.
- 95 Sanford Levinson, Translation: Who Needs it?, 65 FORDHAM L. REV. 1457 (1997).
- <sup>96</sup> Supra note 93, at 1507-1508 (1997).
- 97 Michael J. Klarman, Fidelity, Indeterminacy, And The Problem Of Constitutional Evil, 65 FORDHAM L. REV. 1739, 1752-1756 (1997). クラーマンによる翻訳に対する批判として、see also, Michael Klarman, Anfidelity, 70 S. CAL. L. REV. 381, 395-415 (1997). 「翻訳の不確定性」 (indeterminacy of translation) は言語哲学においても論じられてきた問題である (W.V.O. QUINE, WORD AND OBJECT Ch.2 (1960) [W.V.O. クワイン (大出晁・宮舘恵訳) 『ことばと対象』2章 (勁草書房、1984年)]) が、言語の翻

訳における不確定性と憲法の翻訳における不確定性との関係については、意味の同一性という観念も含めて、さらなる検討を必要としよう。

- 98 Constraint, subra note 88.
- 99 Id. at 1365-1367.
- <sup>100</sup> *Id.* at 1386-88, 1393-95.
- 101 Id. at 1395.
- 102 Id. at 1396. セクシュアル・ハラスメントの概念の提起とそれによる法的論争の発展の意義について運動の当事者であるマッキャナン自身が検討したものとして、see CATHARINE A. MACKINNON, SEXUAL HARASSMENT OF WORKING WOMEN Ch.3, 4 (1979). 「セクシュアル・ハラスメント」や「ポルノグラフィ」をめぐるマッキャナンの議論を題材に、新たな概念が我々の世界経験のあり方を変え、従来見えなかった問題を顕在化すると同時に、論争を巻き起こす可能性について論じたものとして、小宮友根「『被害』の経験と『自由』の概念のレリヴァンス」酒井泰斗他編『概念分析の社会学』(ナカニシヤ出版、2009年)参
- 103 Lesbian/Gay Freedom Day Comm. v. INS, 541 F. Supp. 569 (N.D. Cal. 1982), aff'd, 714 F.2d 1470 (9th Cir. 1983).
- 104 Constraint, supra note 88, at 1397-99.
- 10. Id. at 1399-1400. 法が依拠してきた言説において論争が生じた際に、権力分立に関する問題の場合と個人の権利に関する問題 の場合で司法が異なる姿勢をとることになるというレッシグの見解に確たる根拠があるのかという点については、規範的にも、また、実証的にも、疑問の余地があろう (see Steven Calabresi, The Tradition of The Written Constitution: A Comment on Professor Lessig's Theory of Translation. 65 FORDHAM L. REV. 1435. 1442-1445 (1997)) 。
- <sup>106</sup> Swift v. Tyson, 41 U.S. 1 (1842).
- <sup>107</sup> Erie R.R. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938).
- Constraint, supra note 88, at 1400-10.
- 109 Id. at 1412-30.
- 110 Lawrence Lessig, Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory, 47 STAN. L. REV. 395, 443-472 (1995).
- 111 Translation, supra note 49, at 1173.
- <sup>112</sup> West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624, 639-40 (1943).
- <sup>113</sup> Brest, *supra* note 45, at 234-237.
- 114 Translation, supra note 49, at 1265-1268.
- 115 Constraint, supra note 88, at 1376.
- 116 レッシグによれば、翻訳という方法は、オコナー、ケネディ、スータら現在の最高裁の中間派の裁判官の憲法解釈方法論を説明 することにも成功している。例えば、ケネディのパブリック・フォーラム論は、コミュニケーション環境の変化を踏まえた伝統 的なパブリック・フォーラム論の翻訳として理解することができるという (*Translation, supra* note 49, at 1264-1265)。
- 117 阪口正二郎は、原意主義に対する批判を、(1)原意の確定という問題、(2)原意主義と先例拘束性法理との関係、(3)死者による支配の3点に整理して検討している(阪口・前掲注(1)48-71頁)。このうち(2)は、原意主義の観点から認めがたい判例の先例としての拘束力と原意への忠節をいかに両立させるのかという問題であるが、レッシグの理論は、Brown判決のように一般に原意主義から正当化困難と考えられている判例も翻訳として正当化することが多いため、原意主義に比べ、先例拘束性法理との矛盾に直面する機会が少ないように思われる。
- 118 法における不確定性は、レッシグが影響を受けたアンガーら批判的法学研究が主題化した問題でもあった。アンガーは法の不確定性を、単に暴露するにとどまらず、それを逆手に取り、既存の法理の拡張と逸脱を促すことにより変革へと繋げていくというヴィジョンを示していた(CRITICAL, *supra* note 12 at 1-14, 15-22, 88-90; 三本・前掲注(22)も参照)。レッシグの翻訳理論についても、原意の不確定性を逆手に取り変革へと活用した、アンガー流の法理逸脱主義(deviationst doctrine)の実践として理解することは不可能ではないだろう。
- 119 内的視点と外的視点の相違については、see H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW 86-88 (1961) [H. L. A. ハート (矢崎光圀訳) 『法の概念』98-100頁 (みすず書房、1976年)].
- 120 レッシグは93年の論文において、2段階の忠節は、今日の裁判官が採用する道徳理論に依拠して憲法を解釈することを求めるド

ゥオーキンのインテグリティ論とは異なり、裁判官が今日における政治的・道徳的前提の変化に依拠して憲法を翻訳することを 認めないという見解を示していた(Translation, supra note 49, at 1258-1260)。一方、97年の論文では、憲法の翻訳において道 徳(morality)が考慮される可能性を認めた上で、道徳に依拠した翻訳は、道徳的言説に関する論争状況などによって制約され る可能性があるとして、ドゥオーキンのように道徳のみに焦点を当てるアプローチを批判し、裁判官が受ける制約にも目を向け る必要性を指摘している(Constraint, supra note 88, at 1431)。このように97年の論文では、93年の論文に比べ、ドゥオーキン 的な道徳的解釈のアプローチへの歩み寄りがみられるように思われる。もっとも、法解釈共同体の内的視点を徹底しようとする ドゥオーキンに対して、レッシグは裁判官が憲法を翻訳する際に受ける制約を外的な視点から説明することを重視しており、両 者の間の理論的な視点の相違はなお大きいと言うべきであろう。

- 121 スカリアは、ドゥオーキンらのように基本的価値に依拠して憲法解釈を行う非原意主義の憲法理論は、我々の社会にとって基本的な政治的価値と裁判官が個人的に重要だと考える政治的価値を区別することが困難であるがゆえに、裁判官による主観的な憲法解釈を招くことになると批判している(Scalia, *supra* note 56, at 854, 863)。
- 122 原意主義や翻訳理論が、不確定性を抱え、裁判官による主観的な司法解釈という問題を有しているとしても、裁判官の裁量を拘束する上で、他の憲法解釈方法論との関係で比較優位の立場にあるとして擁護する途は残されているように思われる(阪口・前掲注(1)56頁参照)。また、死者による支配という問題も、原意主義や翻訳理論のみにつきまとう問題ではなく、広く立憲主義にあてはまる問題といえる可能性がある。阪口正二郎が指摘しているように、成文憲法を制定するということは、ある世代が将来世代の行動を拘束することを意味するはずであるし、近代立憲主義は人権という多数者によっても侵害し得ない価値を憲法を通じて保障する考え方であるはずだからである(前掲68-69頁)。
- \*本論文は、日本学術振興会科学研究費助成事業(学術研究基金助成金)(基盤研究(C)) 「情報社会における規制の重層化に関する比較制度研究」の研究成果の一部である。



成原 慧 (なりはら・さとし)

[生年月] 1982年12月6日生まれ

[出身大学または最終学歴] 東京大学大学院学際情報学府博士課程単位取得退学

[専攻領域] 情報法

「主たる著書・論文]

「多元化・重層化する表現規制とその規律―表現の自由・アーキテクチャ・パブリックフォーラム」 憲法理論研究会編『憲法理論叢書 21 変動する社会と憲法』(敬文堂、2013年)

「代理人を介した表現規制とその変容」マス・コミュニケーション研究 80号 249頁以下(2012年) 「情報社会における法とアーキテクチャの関係についての試論的考察―アーキテクチャを介した間接 規制に関する問題と規律の検討を中心に一」情報学環紀要情報学研究 No.81・55頁以下(2011年) 「所属」東京大学大学院情報学環助教

[所属学会] 日本マス・コミュニケーション学会、日本社会情報学会、日本公法学会、全国憲法研究会、憲法理論 研究会、情報ネットワーク法学会、情報通信学会、日本法哲学会

# The Constitution and its Context: The Constitutional Theory of Lawrence Lessig

Satoshi Narihara\*

# Abstract

Lawrence Lessig is a distinguished scholar of constitutional law in the United States. Furthermore, he is well known as the pioneer in the foundation of cyberlaw, who presented the key concepts of "architecture" and "code" in this field. He has reconsidered the meaning of the Constitution form the standpoint of emerging contexts, especially in cyberspace.

I explore the relationship between the Constitution and its context in Lessig's constitutional theory, considering his earlier works. This article is the first half of my monograph on his constitutional theory. First of all, I explain background, purpose, and composition of my monograph. In ch.2, I explore the prototype of his constitutional theory, considering his first article published in 1989, "Plastics: Unger and Ackerman on Transformation". In ch.3, I discuss the relationship between constitutional interpretation and its context, examining his fidelity theory that "translates" the original meaning of the Constitution into current contexts.