

Title	Dobbs判決の憲法解釈：原意主義の広がりとは再定位の萌芽
Sub Title	The constitutional interpretation of Dobbs : the sweep and outset of the reorientation of originalism
Author	犬塚, 記子(Inuzuka, Noriko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2024
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). No.141 (2024. 6) ,p.173- 216
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20240615-0173

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

Dobbs 判決の憲法解釈

——原意主義の広がり^六と再定位の萌芽——

犬塚 記子

- 一 はじめに
- 二 原意主義の変遷
 - (一) 理論的發展
 - (二) 実務的応用
- 三 Dobbs 判決の概要
 - (一) 事実
 - (二) 判旨
- 四 Dobbs 判決の原意主義
 - (一) 条文への忠誠
 - (二) 原意の特定
 - (三) 古の定點
- 五 Dobbs 判決の非原意主義
 - (一) 問題の所在
- (二) 「歴史と伝統」の役割
- (三) 原意主義とグラックスバーグテストの関係
- 六 おわりに

一 はじめに

二〇二二年六月二十四日、アメリカ合衆国連邦最高裁（以下、最高裁）は、六対三の評決により、四九年前の *Roe v. Wade* 判決⁽¹⁾を覆して中絶は憲法上の権利ではないとの判決—*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 判決⁽²⁾を下した。アメリカでは中絶問題が文化闘争の様相を呈しており、その是非をめぐって国民の間でも大きな対立が生じてきた。⁽³⁾そのため、中絶権を否定した *Dobbs* 判決は、リベラル派から大きな批判を受けることとなり、⁽⁴⁾それを下した司法自身も批判の渦に巻き込まれた。しかしながら、そうしたイデオロギー批判は、*Dobbs* 判決自体の正当性を歪めるわけではなく、判決が実践した憲法解釈や論理構造に、問題があるかどうかを検討する必要がある。とりわけ、中絶問題は憲法上の権利として認められるかどうかが主な争点であり、その可否については、憲法解釈がカギを握っている。そしてその憲法解釈をめぐり、どのような方法を採用すべきかにつき、アメリカ憲法学は議論を重ねてきた。

そうした中で、特に盛んに議論されているのが原意主義である。原意主義の議論自体は以前からなされていたが、最近では新たな類型の原意主義も登場しており、その是非をめぐる議論がますます活性化している。それは、アメリカだけにとどまらず、日本の憲法学においても注目されてきたところでもある。⁽⁵⁾かつては当初の原意主義の内容を解説するものが多かったが、⁽⁶⁾阪口正二郎のように立憲主義と司法審査のような大枠を設定して、普遍的な問題設定を行いながら検討する議論も登場し、⁽⁷⁾さらにアメリカの議論の展開を踏まえながらその可能性についてはやや慎重な姿勢をとる分析や、⁽⁸⁾個別の裁判官のアプローチを取り上げた分析も出てきている。⁽⁹⁾もともと、ここでは憲法理論を軸としながら原意主義をツールとして語るようなきらいがあり、必ずしも純粋な憲法解釈方法論として原意主義を扱っているとは言い難いような側面があるように思われる。つまり、立憲主義のあり方や司法審査の正当性などの理論的課題

を問題提起し、それを分析する素材として、アメリカの原意主義をめぐる議論を扱うような傾向があるといえよう。もちろん、こうした研究方法に問題があるというわけではない。実際、大石眞が指摘するように、理論憲法学と解釈憲法学は独立しながらも相互に密接に関連していることが多い⁽¹⁰⁾。したがって、憲法理論の素材として原意主義を扱うこともまた憲法学の一つのアプローチということになる。

ところが、こうしたアプローチは時として憲法理論を重視するあまり、学説の分析が中心となり、憲法解釈方法論の側面、とりわけ実際の判例分析に基づいた憲法解釈方法が置き去りにされる傾向がある。その理由としては、憲法理論上、重要なテーマであるという点に加えて、日本の判例が原意主義的アプローチを採用していないので、憲法理論として論じなければ、日本との比較が困難であるというプラグマティックな理由もあるように思われる。だが、憲法理論を分析するとしても、判例法理において採用されている、憲法解釈方法論を基にしながら分析を行い、それを軸にしながら、憲法理論上の議論を扱う方法もありうるのではないだろうか。いわば、憲法理論と憲法解釈方法論の重点を転換させるわけであるが、それによって、より実践的な検討を行なうことができるのではないだろうか。

実は、これまでその作業は必ずしも容易なものではなかった。なぜなら、判例における原意主義は、個別の裁判官の意見にとどまっていたからである。もともと、近年では原意主義を採用したと思われるケースが散見されるようになった。そうした中、Dobbs 判決は原意主義を採用したようにみえるが、本当にそれが原意主義なのかどうかについては、検討を要するものであり、判例における原意主義のあり方を探るうえで、最適の素材であるように思われる。

それは、原意主義の実態をあらためて問いかけるといって、アメリカ憲法学における原意主義の議論に対して大きな波紋を投げかけると同時に、憲法解釈方法論として検討することの意義を提示したといえる。具体的にいうと、同判決が過去の状況に言及しながら判断したこともあり、原意主義をとったのではないかという指摘があるが⁽¹¹⁾、しかし、Dobbs 判決は歴史と伝統を重視しながら判断しており、それが真に原意主義を採用したといえるか否かは、検討が

必要である。加えて、そもそも原意主義自体には様々な類型があり、原意をどのように定義していたかも明らかにしておかなければならない。

そこで、本稿は *Dobbs* 判決を素材にして、それが採用した解釈方法を分析し、原意主義を採用したかどうかを検討する。まず、原意主義の議論状況を確認し、原意主義とは何を指すのかを明らかにする。次に、*Dobbs* 判決と原意主義との関係を考察する。*Dobbs* 判決は原意主義と近いところもあれば遠いところもあり、同判決が示した判断構造を踏まえながら原意主義との親和性を検討する。最後に、*Dobbs* 判決が原意主義のみならず、非原意主義も採用していることを指摘し、併用した理由を明らかにした上で、憲法解釈方法論としての原意主義の意義と可能性を指摘する。

二 原意主義の変遷

(一) 理論的発展

近年ますます存在感を示す原意主義であるが、阪口が指摘するように、「原意主義を定義することは、実はそれほど容易なことではない」⁽¹²⁾。その理由の一つは、原意主義は、判事が嗜好する価値観の混入を防ぐことを目的とする解釈法という同一命題を有しながらも、その生成・発展の中で、原意とは何かについて、異なる見解が様々に示されてきた結果、現在では複数の類型が存在しているからである。それゆえ、原意主義を画一的に定義することは困難であるが、少なくとも、いくつかの共通項を見出すことは可能であろう。そこで本節では、原意主義の変遷を辿り、原意主義の主な類型を概観しながら、それらの共通項を明らかにし、原意主義を特徴づける構成要素とは何かを検討する。原意主義は、定義も難しいが、その起源を特定するのも容易ではない。原意主義の議論は古代アテネにまで遡れる

ことを示す説すらあるという⁽¹³⁾。しかし、土井真一によれば、原意主義という言葉の初出は明らかで、一九八〇年にブレスト (Paul Brez) が、条文の文言を制定者の意図に基づいて解釈する、新たな解釈法を批判するために、「原意主義」という造語を論文で用いたことに由来するという⁽¹⁴⁾。ブレストは、原意主義とは、憲法の条文またはその制定者の意図に拘束力を認めるアプローチのことで、「厳格な条文主義」・「厳格な意図主義」・「穏健な原意主義」の三種に分類できると指摘する。しかし、ブレストは、条文の文言と歴史によって憲法解釈を拘束する原意主義を批判し、他方で、条文と歴史に推定的な重みを与えるが、この推定は、時間と共に変化する経験や認識に照らして覆すことができる解釈法（「非原意主義」）の妥当性を説いた⁽¹⁵⁾。しかし、図らずも、こうしたブレストの指摘によって、原意主義は非原意主義との違いをより鮮明にし、特徴ごとに整理され類型化されていく。すなわち、「原意主義を葬り去ろうとしたブレストの議論は、皮肉にも原意主義の漸進的修正に寄与してしまった⁽¹⁶⁾」といえよう。

そもそも、原意主義は、一九六〇年代以降のウォレンコートやバーガーコートが採用した、解釈法（非原意主義）に対する反発として発展した経緯を有する。ウォレンコートやバーガーコートは、一九六五年の *Griswold v. Connecticut* 判決⁽¹⁸⁾などで確立した、プライバシーの権利の一部として、避妊具を使用する権利や中絶する権利などを、憲法が保障する基本的権利として認めていった。しかし、これらの判決は、条文や制定時の意味よりも、現在の人々の価値観や、憲法のあるべき姿を憲法構造に読み込むことを優先した解釈法（非原意主義）に依拠したものである。これに対し、判事の嗜好する価値観に依拠していることへの批判が高まっていく。すなわち、民主政の過程を経て制定された憲法の条文よりも、民主政の過程を経ずにその任にあたる、判事の価値観が優先されることを許容すべきではない、との批判である。こうした批判に呼応すべく、判事が嗜好する価値観の混入を抑止し、法の支配や民主政、あるいは国民主権をはかる目的で、憲法解釈に際しては、条文に基づいて行うことを徹底させる解釈法が希求された。その結果、条文の意味、すなわち原意を制定者の意図とし、それを探究する「意図型の原意主義」（古典的原意主

義) が生成・発展された⁽¹⁹⁾。

しかし、こうした意図型の原意主義(古典的原意主義)に対し、一九八〇年代には、ブレストやパウエル(Jefferson Powell)らによって批判が加えられていく。例えば、そもそも、制定者とは誰のことを指すのか、すなわち、制定者といえども、各々異なる憲法観を有していたし、制定当時に女性や奴隷は、民主政への参加が制限されていたため、制定者の意図とは、一部の白人男性のみの意図を反映することに他ならないのではないかと、との批判である⁽²⁰⁾。あるいは、制定者の意図という主観面を探索することは、解釈者(判事)の推定により特定されるものであるため、判事が嗜好する価値観の混入を招いている、との疑問も投げかけられた⁽²¹⁾。さらに、原意主義に対する最も強力な批判となったのは、いわゆる「死者の手の拘束」の問題である。「アメリカの伝統に最も深く根ざした政治理論によれば、憲法の権威は、その採択者の同意に由来する。しかし、たとえ採択者が、憲法に自発的に同意したとしても、それは建国文書に忠実であり続けるための十分な根拠とはならない。私たちは憲法を採択していないし、採択した人々はすでに亡くなっている」⁽²²⁾にもかかわらず、現在の人々がそれに拘束される理由はない、との批判である。

こうした批判を受けて、スカリア判事(Antonin Scalia)を中心に、原意主義の修正がはかられていく。すなわち、条文の意味を、制定者の意図という判然としないものに依拠して解釈するのではなく、文言の言語的意味にできる限り忠実に解釈する、新たな原意主義(条文型の原意主義)が提唱されていく。こうした修正により、従来よりも客観的な解釈が可能となり、原意主義は解釈法としての妥当性が高まったと、かつて意図型の原意主義を支持していたボーク(Robert Bork)からも評されるなど⁽²³⁾、スカリア判事流の新原意主義に注目が集まっていく。また、新原意主義は、「死者の手の拘束」の問題も克服できる、との主張もなされていく。例えば、イースターブルック(Frank H. Easterbrook)によれば、「死者の手の拘束」の問題は憲法解釈の問題ではなく、憲法の存在意義そのものに関わる政治的正当性の問題であるため、原意主義に対する批判ではないという。そもそも、憲法とは、法の制定と執行のルー

ルを定めた社会契約であり、昨日採択された法を今日施行するのは、昨日採択した者が望んだからではなく、今日生きている者が、それを望んで継承したからだという。すなわち、憲法を契約書に類似するものと見立て、今日生きている我々は、その契約文書に記載されている文言に拘束されていくという。それゆえ、条文の文言を極めて重視する条文型の原意主義は、意図型の原意主義よりも、法の支配や民主政、あるいは国民主権に資するより妥当な解釈法であるという。⁽²⁴⁾

しかし、修正一四条一項の「自由」など、どんなに厳格に文言解釈を試みても、抽象性ゆえに、条文の文言の意味の特定が困難な場合があり、条文の文言を、辞書的な意味で解釈することを是とする条文型の原意主義は、例外を認めざるを得ない。あるいは、文言の辞書的な解釈は、判事の嗜好する価値観の混入を防ぐことができる反面、必ずしも制定時の人々の意味と一致するわけではないため、民主政や国民主権に反する結果を招いてしまうなど、憲法的価値を低下させてしまうおそれが生じる。そこで、制定時の人々の理解を客観的に判断し、それに基づいて解釈する解釈法（客観的な原意主義）が希求された。客観的な原意主義の提唱者の一人であるバーネット（Randy E. Barnett）によれば、憲法的価値とは、制定時の人々が憲法の条文を理解した意味のことであり、今日生きている者は自ら進んでそれを継承することで、法の支配や国民主権を担保しているという。⁽²⁵⁾それゆえ、憲法の条文は、制定者が込めた意図でも、条文の辞書的な意味でもなく、制定時の公的な人々が条文（の文言）に込められていると理解していた意味（Original Public Meaning）で解さねばならないとし、原意の転換をはかつていく。

さらに、ウィッティントン（Keith E. Whittington）やバーネットらによって、解釈（interpretation）と構築（construction）の区分論が提唱され、⁽²⁶⁾ 条文の文言が明らかかな場合は、言語的な意味や制定当時の人々の理解（原意）によって「解釈」が行なわれる一方で、条文の文言の意味が不明瞭な場合の、解釈上のルールも確立されていく。すなわち、原意が明らかでない場合でも、条文の法的効果や法理を設定し、「解釈」よりは緩やかではあるが、原意からの拘束力を

失わせることなく、条文の文言の意味の特定が図られ、現実への対応を可能にする「構築」ゾーンが創出された。

「構築」ゾーンの創出により、条文の文言の意味が不明瞭な場合でも、判事の嗜好する価値観の混入を防ぎ、より客観的な意味に基づいて解釈できるようになったといえよう。また、こうした解釈と構築の区分論の提唱は、バルキン (Jack O. Balkin) による「生ける原意主義 (Living Originalism)」の誕生の契機となった。生ける原意主義とは、条文の文言に基づいて「解釈」を行なう一方で、条文の意味が曖昧で原意の特定が困難な「構築」の場面では、生ける憲法 (Living Constitutions) で採用されているような、現在の人々の価値観やあるべき姿などを、憲法構造全体に読み込ませ、司法が主体となって憲法実践を行うことを許容する、ハイブリット型の解釈法である。⁽²⁷⁾ 同じような発想に基づきながらも、むしろ原意主義的アプローチを生ける憲法の発想の中に取り込み、両者を融合させようとするアプローチ⁽²⁸⁾の登場により、原意主義は、彼岸の解釈法と目される生ける憲法などとの差が曖昧になりつつあるとの指摘もある。⁽²⁹⁾

このように、「原意主義は論争の中で変遷し、様々なバリエーションを生み出しながら今日に至っている」⁽³⁰⁾といえる。こうした乱立状態こそが、もはや原意主義を定義するのは容易ではないと言われる所以である。しかし、ソラム (Lawrence B. Solum) によれば、原意主義はいずれも、判事の嗜好する価値観の混入を防ぐため、条文の文言を最重視することと、条文の文言を原意に基づいて解釈することという、二つの共通項を有しながらも、さらに、「制約の原理 (The Constraint Principle)」と「固定化のテーゼ (The Fixation Thesis)」という、二つの原則に貫かれているという。それゆえ「現代の原意主義とは、『固定化』と『制約』の二つの核となる考え方によって統合された憲法理論のファミリーである」⁽³¹⁾という。制約の原理とは、たとえ条文の文言の意味が不明瞭である「構築」の場面にせよ、憲法の伝達的内容が、憲法実践者 (解釈者) は何らかの形で、原意に制約されるべきであることを前提とするものである。また、「固定化のテーゼ」とは、憲法の条文の意味は、各条文が制定もしくは批准時に固定されることであるといふ。⁽³²⁾

ソラムによれば、原意主義は、こうしたテーゼを受容したことで、判事の嗜好する価値観の混入を防ぎ、法の支配や民主政あるいは国民主権に資する解釈法へと昇華しているという。

以上の整理から、本稿では原意主義の構成要素を、①条文の文言を最重視すること、②条文の文言の原意に基づいて解釈すること、③「制約の原則」を受容していること、④「固定化のテーゼ」を遵守していることの四つであると考ええる。こうした四つの構成要素が充足され、原意主義であることが確認された上で、原意の中身をどのように定義するかによって、意図型、条文型、客観的に分類することができると考える。よって、Dobbs 判決における原意主義の採否については、この四つの枠組みを用いて検討していく。

(二) 実務的応用

原意主義は、一九八〇年代以降、理論的な目覚ましい発展を遂げる一方で、最高裁判例で原意主義が採用されることはほとんどなかった。その理由は様々であるが、先例拘束性の問題、判事メンバーの構成、進歩派への支持などをあげられよう。しかし、こうした動きの中でも、二〇〇八年の *District of Columbia v. Heller* 判決³³⁾では、原意主義を採用して条文の文言解釈を行い、その結果、修正二条は個人の銃携帯・所持の権利を認めていると判示し、家庭内で使用可能な拳銃の所持を禁止しているコロンビア特別区法律は、違憲であるとの判決が五対四で下された。すなわち、*Heller* 判決では、「よく統制された民兵は、自由な国家の安全にとって必要であり、人民が武器を保有し、携帯する権利は、侵してはならない」と定める修正二条の条文を、前段と後段に二分し、それぞれの文言を辞書的・言語的な意味で解していくアプローチが採用された。続いて、*Heller* 判決で肯定された修正二条で保護されている銃の保持・携帯の権利は、修正一四条に組み込まれることを、原意主義を用いて認めた *McDonald v. City of Chicago* 判決³⁴⁾が二〇一〇年に下された。さらに、二〇二二年には、銃の携帯を許可制とするニューヨーク州法の合憲性が争われた

New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen 判決⁽³⁵⁾では、州の市民が公の場でも護身用に武器（銃）を携帯するという、修正二条で保護されている権利を侵害するものとの違憲判決が六対三で下された。Bruen 判決では、Heller 判決を踏襲しつつも、Heller 判決では用いられていない「歴史的類似」のアプローチが条文の文言解釈法として採用された。

これらは、いずれも修正二条に関する判例である。原意主義の採用が修正二条に対する適用に集中した理由は、先例が少なかったこと、あるいは、修正二条は、条文の文言が比較的明確に記載されている規律密度が、やや高い条文であるため、条文解釈し易かったことなどが挙げられよう。ただし、後述の通り、これら三つの判例は、やや異なるアプローチが採用されており、原意主義がどの程度、実務的応用に資するものと言えるかは未知数といえよう。それゆえ、Heller 判決などと同様、条文に基づき憲法解釈することが明示された Dobbs 判決は、四九年前の Roe 判決を覆し、中絶権を否定した実体法上のインパクトに加え、修正一四条一項の条文解釈法として初めて原意主義が採用された可能性を有することから、原意主義の適用範囲の広がりや、原意主義が採用された修正二条に関する三つの判例との異同等ど、その憲法解釈に高い関心が集まったのである。そこで次章以降では、Dobbs 判決の憲法解釈の考察を行なうが、まず事案を整理する。

III Dobbs 判決の概要

(一) 事実

二〇一八年三月、ミシシッピ州議会の上下両院において、圧倒的多数で妊娠適齢期法 (Mississippi's Gestational Age

Act、以下ミシシッピ州法）が制定された。ミシシッピ州法には、胎児は妊娠一五週までに生存に関する重要な生物学的発展を遂げており、この段階での中絶は母体にとってリスクが高いことを理由に、医学的緊急事態の場合、または重度の胎児異常の場合を除き、妊娠一五週を超えると判断された場合、意図的または故意に胎児の中絶を行なうてはならないと規定された。ミシシッピ州法制定のわずか一時間後、州内唯一の中絶クリニックである Jackson Women's Health Organization とその医師の一人は、妊娠一五週では胎児の生存可能性がなく、ミシシッピ州法は、生存可能な状態（妊娠二四週以降）以前の中絶を禁止することを禁じた、Roe 判決や Planned Parenthood v. Casey 判決⁽³⁶⁾に反すると主張し、差止訴訟を提起した。これに対し、下級審はいずれも、中絶は憲法が保障する基本的権利であるとし、原告の訴えを認めたため、ミシシッピ州が連邦最高裁に上告した。二〇二二年六月、最高裁は六対三の評決で中絶権を否定し、ミシシッピ州法を合理性の基準に照らして合憲と判断した。

(二) 判旨

本件の主な争点は、中絶が憲法で保障される権利と言えるか否かであり、それが憲法上の権利でない場合、中絶を憲法上の権利と認めた先例を、覆すことができるか否かである。アリート判事 (Samuel Alito Jr.) が執筆した法廷意見は、中絶権の存否（条文解釈）、先例拘束、審査基準について判示している。「憲法は中絶について何ら言及しておらず、そのような権利は、Roe 判決および Casey 判決の擁護者が、現在主に依拠している修正一四条のデュー・プロセス条項を含む、あらゆる憲法条項によって暗黙のうちに保護されていない。この条項は、憲法に記載されていないいくつかの権利を保障するとされてきたが、そのような権利は、『この国の歴史と伝統に深く根ざし』、『秩序ある自由の概念に暗黙的に含まれている』ものでなければならぬ⁽³⁷⁾。』という。このような規範に照らした結果、「中絶する権利は、この範疇に入らない。二〇世紀後半までそのような権利は、アメリカの法律では全く知られていなかった。

実際、修正一四条が採択された当時、四分の三の州が妊娠のあらゆる段階での中絶を犯罪としていたのである。」と判示した。⁽³⁸⁾

また、判例変更の可否について、①先例がひどく誤っていないか、②理由づけが適切であるか、③そのルールが機能しているか、④他の法分野に影響しないか、⑤信頼の利益を損なわないか、の五つの基準を提示し、各々検討した結果、Roe判決およびCasey判決は著しく間違っており、深い損害を与えているため、これらを覆すと判断した。

ただし、Roe判決がプライバシーの権利と呼び、Casey判決が個人の尊厳と自律性の中心と呼ぶ、広く定着した権利の一部として中絶権があるとの原告らの主張に対し、Roe判決やCasey判決は誤りであるため、それらを覆すが、両判決が依拠するその他の先例には、その影響は及ばないと判示した。なぜなら、依拠するどの判決も、中絶によって提起された道徳的問題を含んでないため、影響が及ばないという。その上で、これらの議論を検討する権限を、国民とその選出議員に返還すると判示した。

そして、中絶権が修正一四条の「自由」で保障される基本的権利とは認められないので、厳格審査ではなく合理性の基準で当該州法を判断し、その結果、合憲であるとの結論に達したという。

なお、同意意見では、トーマス判事 (Clarence Thomas) はその他の法分野への影響、キャバノー判事 (Brett Kavanaugh) は司法の中立性について述べ、ロバーツ長官 (John Roberts Jr.) は先例拘束性を重視し、結論のみに賛成することが示された。ブライヤー (Stephen Breyer)、ソトマイヨール (Sonia Sotomayor)、ケイガン (Elena Kagan) 各判事の共同執筆による反対意見は、中絶の権利が、個人の自由と人生のあり方を決定する市民の平等な権利という、憲法の中核的な概念であることを再確認し、最高裁が中絶権に対する見解を一八〇度転換したのは、判事の構成が変わったことのみに起因すると批判した。

四 Dobbs 判決の原意主義

(一) 条文への忠誠

1 問題の所在

Dobbs 判決⁽³⁹⁾の法廷意見（以下、Dobbs 判決）では、中絶は憲法上の権利ではないとの結論に達したのは、「憲法が正しく理解され、中絶を行う権利を付与しているか否かという、重要な問題を検討した」⁽⁴⁰⁾結果であるという。それゆえ、Dobbs 判決の内容を理解するためには、どのような解釈法が用いられたかを、明らかにしなければならないといえよう。

Dobbs 判決は、「憲法の分析は、条文の文言から始めなければならない」と述べ、条文に基づいて解釈するアプローチを採用したことを明示している。他方、原意主義を採用したと言われる Heller 判決では、「本文の分析は条文から始める⁽⁴¹⁾」と述べ、また、Bruen 判決では、「Heller 判決の解釈方法論の中心は、憲法条文と歴史であった⁽⁴²⁾」と述べるなど、条文の文言の意味が、制定時にどのような意味で解されていたかを、歴史を用いて特定したことが明示されている。このように、Heller 判決などでは、条文解釈法が明示されているのに対し、Dobbs 判決では、条文から始めなければならないと明示しつつも、その条文の文言の意味の特定方法については、Heller 判決などと比べて、明確に示されていないといえよう。それゆえ、Dobbs 判決における原意主義の採否については、検討を要する。しかし、まず、なぜ Dobbs 判決が条文に基づいて解釈する重要性を殊更に説くのか、その理由を明らかにする必要があるだろう。なぜなら、Dobbs 判決は、中絶権の先例である Roe 判決を、憲法条文の扱いが極めて緩やかで、明らかな誤りであると批判する。確かに、Roe 判決では、「我々はいくつかの側面から、中絶の歴史を調査し、その歴史が我々に与え

てくれることを得ること」⁽⁴³⁾から始めると述べるに留まり、条文の文言を重視するアプローチを採用したとは言い難い。あるいは、後述の通り、Casey判決では、Poe v. Ullman判決⁽⁴⁴⁾におけるハーラン判事 (John Marshall Harlan) の反対意見を引用しながら、修正一四条一項の「自由」の解釈は、いかなる規範によっても制限されないとし、条文の文言からの逸脱を認めている。すなわち、Dobbs判決の反対意見が指摘する通り、Roe判決とCasey判決は、「修正一四条の解釈に関する数十年にわたる判例と密接に絡み合っている」⁽⁴⁵⁾のである。したがって、最高裁において、中絶権に関する解釈法は、修正一四条一項の「自由」にかかる先例を重視するものであり、条文に忠実である必要性は希薄だったといえよう。にもかかわらず、なぜDobbs判決は、中絶権の先例であるRoe判決やCasey判決のアプローチではなく、条文の文言を重視する修正二条に関する判決のアプローチと親和性の高い解釈法を採用したのだろうか。

2 条文からの逸脱

憲法史を振り返ると、Dobbs判決が指摘する通り、「適切な制限を裁判所が無視した時、Lochner v. New York判決⁽⁴⁶⁾などのような評判を落とす判決を特徴づける自由気ままな司法政策決定に陥ってしまうことがあった」⁽⁴⁷⁾。すなわち、憲法実践においてはしばしば、条文から逸脱し、特定の条文に基づかず、権利の存否を判断するアプローチ⁽⁴⁸⁾生ける憲法的な発想に基づく解釈法が採用されてきた。とりわけ、修正一四条一項の「自由」が保障する権利の存否にかか
る場合には、その傾向が顕著といえる。そこで本項では、生ける憲法的発想に基づく解釈法の変遷を辿りながら、その中心的要素を確認した上で、なぜ先例が生ける憲法的な解釈方法を採用してきたのか、その理由を検討する。

レンキスト長官 (William H. Rehnquist) によれば、生ける憲法の萌芽は、一九二〇年のMissouri v. Holland判決⁽⁴⁸⁾における、ホームズ判事の反対意見に見出すことができるという。ホームズ版の生ける憲法とは、「憲法の制定者が一般的な文言を使用した場合、その文言を後に憲法を解釈する者に、制定者が予見しえなかったような場合にも適用で

きるような自由を与えている⁽⁴⁹⁾」とし、現在の価値観を読み込んでいく解釈法である。さらに、生ける憲法には、マクベイン (H. McBrain) の主張に源流をもつ、第二の系譜があるという⁽⁵⁰⁾。マクベインは、裁判所は現代社会の代弁者であり、良心に基づいて人間の尊厳の現代的概念を測る尺度として、保護傘を広げなければならないとし、⁽⁵¹⁾ 判事の価値観の混入を許容する。大林啓吾によれば、この生ける憲法の第二カテゴリーの潮流は、アッカーマン (Bruce Ackerman) やストラウス (David A. Strauss) など、現代における生ける憲法の主流派たちへ継承されているという⁽⁵²⁾。すなわち、「正式な修正なくして進化し、通時的に変化し、新しい状況に適合する」⁽⁵³⁾ ストラウスの生ける憲法は、「司法こそが憲法実践の担い手であるため、司法がどのように憲法解釈を行うかが重要になるが、そこで重要になるのは裁判所の先例であり、憲法制定者の意思はもちろん憲法典すらさして意味を持たない」⁽⁵⁴⁾。こうしたストラウスらのアプローチは、コモンロー的発想に基づいて、憲法実践に重きを置くがゆえに、現在の価値観あるいは道徳的な理想(あるべき姿)を憲法構造に読み込ませていく、柔軟なアプローチであるといえる。しかし、こうした司法中心の憲法実践の考え方は、時には大胆に条文から逸脱することも厭わず、判事の嗜好する価値観が混入する余地を拡大させ、司法による法創造を許容する結果を招く。

Dobbs 判決によれば、その一例が Roe 判決であり、憲法に明示されていない中絶の権利を、明示されていないプライバシー権に依拠した点について批判している。プライバシー権は、Griswold 判決により確立されたものである。Griswold 判決では、先例に照らして、憲法は政府の介入から保護されるプライバシーの領域があることを認めており、避妊具の使用はそれに含まれると判示し、コネティカット州法を違憲と判断した。Griswold 判決を踏襲した Roe 判決は、プライバシー権について憲法は明示的に言及していないが、裁判所は個人のプライバシー権、あるいは特定の領域を権利章典や修正一四条を根拠に、憲法上の権利として認めてきた歴史があることに照らせば、プライバシー権には女性の妊娠を終了するか否かの決定を包含するのに、十分な広さを有しているとして中絶権を認めたが、

それがいずれの条文に基づいているかの特定は行なわなかった。

このような *Rob* 判決に対し、意図型の原意主義に立脚するレンキスト長官は、同判決の反対意見で、司法が立法行為を行なうに等しいものであると述べ、条文に基づかない解釈のあり方を批判している。また、ハーラン判事は、*Criswold* 判決の同意意見の中で、憲法の特定の条項を、時代に合わせて過度に柔軟な解釈を行うことに対し、懸念を表明していた。すなわち、ハーラン判事によれば、判事は特定の憲法の「解釈」に限定されるというテーゼに基づかねばならないのであり、それゆえ、修正一四条のデュー・プロセス条項に基づく権利は、あくまでも同条項への組み込み（編入）が肯定される範囲に限定されねばならないという。それによって、「デュー・プロセス条項の曖昧な輪郭」に、判事が憲法上の善悪に関する、独自の概念を持ち込むことが抑制される。司法の自制心が健全な憲法判断に不可欠な要素であることに、私はこれ以上ないほど同意する。⁽⁵⁵⁾と述べ、権利の無制限な拡大への歯止めが必要と説く。

しかし、*Casey* 判決では、条文からの逸脱をさらに許容するアプローチを採用した。すなわち、「デュー・プロセス条項はいかなる公式にも還元されず、その内容はいかなる規範を参照することによっても決定することができない」という、ハーラン判事が *Poe v. Ullman* 判決の反対意見で示した枠組みを踏襲して、「修正一四条の『自由』の核心は、存在、意味、宇宙、そして人間の生命の神秘について、自分自身の概念を定義する権利である。」⁽⁵⁷⁾と述べ、条文の構造などを鑑みず、「自由」の文言を抽象的概念で解し、中絶権を肯定した。

以上の整理から明らかなように、修正一四条の「自由」を巡る先例の多くは、無制限な拡大に対する一定の歯止めの必要性を認めつつも、判事が条文から逸脱して、拡大解釈することを許容し、修正一四条の「自由」が保障する、基本的権利の範囲を広げてきたといえる。ただし、*Dobbs* 判決の反対意見によれば、こうした解釈法が許容されてきたのは、憲法の制定者たちは、世界が変化することを理解していたので、権利の範囲と意味を将来にわたって発展さ

せることができるよう、一般的な用語で権利を定義したからだという。それゆえ、たとえ条文から逸脱しているように見えたとしても、判事たちは条文解釈に対する憲法上の要請に基づき、現在の実態に即して解釈を行なっているに他ならず、決して無制限・無原則に条文解釈を行なっているわけではないという。

3 条文に基づく理由

しかし、Dobbs 判決は、「修正一四条が言及する『自由』が意味するものを解釈する際、修正条項が保護するものを、現在のアメリカの人々が享受すべき自由について、判事自らの熱烈な見解と混同するという、人間の自然な傾向を防がねばならない。だからこそ、裁判所は長い間、憲法に記載されていない権利を認めることに消極的であったし、実質的デュー・プロセスは、時に裁判所にとって危険な分野であった。」と述べ、条文の逸脱を許容すべきではないという。なぜなら、現在の人々の価値観とは何かを特定し、それに基づき憲法実践する権限は、司法ではなく立法府にあるため、司法が積極的な姿勢を示すことは、憲法が国民から選ばれた代表者に委ねた権限を、司法が篡奪することにつながる恐れがあると Washington v. Glucksberg 判決⁽⁵⁹⁾などで警告してきたという。確かに、Glucksberg 判決では、「我々は、この未知の領域における責任ある意思決定のための道標は乏しく、また無限定であるため、実質的デュー・プロセスの概念を拡大することには、常に消極的であった。なぜなら、主張された権利や自由権益に憲法上の保護を拡大することによって、我々は、その問題をかかなりの程度、公的な議論や立法措置の場外に置くことになるからである。したがって、我々は、デュー・プロセス条項によって保護される自由が、この裁判所のメンバーの政策的嗜好に微妙に変化されないよう、この分野で新たな地平を切り開くことが求められる場合は常に、最大限の注意を払わねばならない。」と警告している⁽⁶⁰⁾。

すなわち、Dobbs 判決によれば、条文に基づいて解釈しなければならない理由は、判事の嗜好する価値観をできる

限り排除するためであり、司法による立法行為に等しい作用を抑制させるためである。それゆえ、条文に基づかない解釈は、法の支配・民主政・国民主権の観点からも、許容してはならないと判示しているといえよう。このような姿勢は、ウォレンコートが採用した進歩的な解釈法に対するアンチテーゼとして、原意主義が発展した動機と類似しており、Dobbs 判決の解釈法が原意主義に親和的であると推定できよう。

(二) 原意の特定

1 問題の所在

そこで次に、Dobbs 判決は、条文の文言に何を読み込んで解釈すれば、「正しい解釈」が行なえると考えていたのかを検討する。とりわけ、憲法が明示的に言及しておらず、条文上から中絶権の存否の判断が難しい場合は、判事の嗜好する価値観が混入しやすい。それゆえ、条文の文言の意味をどのように特定すべきかが問題となる。

条文への忠誠と最も親和性のある条文主義 (Textualism) では、判事の嗜好する価値観の混入を防ぐために、条文の文言を、より客観的で中立的な法源である言語的 (辞書的) な意味で特定する。しかし、文言の言語的 (辞書的) な解釈は、必ずしも人々が条文に込めた意味と一致するわけではないため、民主政や国民主権に反する結果を招いてしまうおそれが生じる。こうした課題を克服するための解釈法として、原意主義が発展した。バーネットによれば、憲法とは、制定当時の人々が同意した内容を成文化した建国文書であり、それを現在の人々も我々自身のものとして継承することで、法の支配が護られ、民主政の礎となるという⁽⁶¹⁾。それゆえ、条文の文言の意味は、言語的意味 (文字) に忠実でありながらも、「原意」によって特定される必要があるという。しかし、判事はその契約当事者ではないため、判事自身の嗜好する価値観を読み込んでではなく、条文の固定された伝達内容 (精神) の確認を誠実に履行しなければならないという⁽⁶²⁾。バーネットの指摘同様、Dobbs 判決においても、憲法は「建国文書の意味を確認するた

めの『固定された基準』を提供している⁽⁶³⁾と述べており、その解釈には「原意」を用いた可能性が高いようにみえる。しかし、原意主義を採用したと言われるHeller判決などとは、異なるアプローチを採用しているようにみえる。例えば、Heller判決では、Dobbs判決同様、本文の分析は条文から始めるとした上で、「市民」「武器」「所持」など一つ一つの文言を言語的に解釈している一方で、Dobbs判決では条文の文言から始めるというにとどまり、言語的な解釈を採用したか否かは検討が必要である。そこで、次項では、Heller判決など原意主義を採用した修正二条に関する判例と比較しながら、Dobbs判決が原意の特定を行っていたか否を検討した上で、原意を意図型・条文型・客観的のどの類型として捉えていたのかについて検討する。

2 修正二条との異同

スカリア判事が執筆したHeller判決の法廷意見では、「憲法は、人々に理解されるように書かれたものであり、その文言（語句）は専門的な意味とは、異なる通常の意味で使用されたという原則に導かれる。通常の意味にはもちろん慣用的な意味も含まれるが、制定当時の一般の人々には知られていなかったであろう、秘密的な意味や技術的な意味は除外される⁽⁶⁴⁾」と述べている。そして、本文の分析は、条文の各文言―例えば、「人民」「武器」「所持」などを解釈することから始めている。こうした言語論的解釈の妥当性を裏付けるために、制定当時の人々が、修正二条をどのように解釈していたかについての歴史を、二つの観点から探索している。第一に、制定当時の州法の可決状況を具に分析している。第二に、ブラックストーン註解などを用いて、制定当時の人々の解釈を確認した後に、修正二条の条文解釈に変革をもたらした可能性がある歴史的事実として南北戦争を位置付け、南北戦争前の判例、南北戦争後の立法、南北戦争後の論者それぞれの解釈を分析している。その結果、いずれも制定時と、条文理解が変更されていないことが確認できたという。Heller判決はこのような解釈を試みた結果、修正二条が武器を所持し、携帯する個人の権

利を付与したことは、条文と歴史の両方から見て、間違いないという。⁽⁶⁵⁾

しかし、原意主義を採用した *Heller* 判決に対しては、原意主義者たちからも疑問が呈された。その一つが、スカリア判事の法廷意見が、修正二条で保障する銃の所持に関して、重犯罪や精神病者による銃器の所持など長年禁止されてきた例外的事例があることを認め、それは推定的に合法的なものであると判示した事である。これに対し、バーネットとバーニック (Evan D. Bernick) は、「方法的に厳密であつたはずの原意主義者としての意見を、不幸な方向に導いてしまった。」と批判する。すなわち、*Heller* 判決は、修正二条の文言を言語的な意味の特定を丹念に行なつて結論を導いた一方で、例外事項に関しては、条文の文言からその適否が判断できない場面であるにもかかわらず、言語的な探索や歴史的分析を行わず、判事の推定を働かせ、嗜好する価値観の混入を許してしまったとの批判である。このような批判を踏まえ、原意が特定できない場面では、*Heller* 判決とは異なるアプローチを採用したのが、アリート判事が法廷意見を執筆した *McDonald* 判決である。

修正一四条は、修正二条で保障する銃を保有・携帯する権利を組み込んで、その権利を州の市民にも保障しているかが問われた *McDonald* 判決では、修正一四条一項の「自由」で保障されている基本的権利の中に、銃の保有・携帯の権利が含まれているか否かが、その文言からは不明瞭なため、修正一四条の制定時に有効だった州法の可決状況について、歴史的分析を行なっている。その結果、銃を保有・携帯する権利は、三七州のうち二二州で保障されていたことが確認されたため、修正一四条で保障されているとの結論に達したという。このアプローチは、一見すると、*Heller* 判決のように条文の文言を言語的 (辞書的) に探索しておらず、また、本文の分析は条文から始めると明言していない。それゆえ、条文の文言の意味の特定を行なっておらず、修正一四条で保障される権利の範囲を判断しているに過ぎないようにみえる。しかし、「自由」という文言は抽象的であるため、それを言語的 (辞書的) に探索しても意味を特定することはできない。それゆえ、抽象的な文言の意味を特定するための補助的ツールとして、歴史 (州

法の可決状況）を用いたのである。すなわち、Heller 判決のように条文の文言を、言語的（辭書的）に解釈できる場面とは異なる場面であったため、異なるアプローチが採用されたが、その実情は、「自由」という文言の意味の特定を行っており、本文の分析は条文から始めているといえよう。したがって、Heller 判決と McDonald 判決は、同じアプローチが採用されていたといえる。他方で、McDonald 判決では、条文の文言上、原意の特定が困難である場面においては、Heller 判決のように判事の推定を働かせるのではなく、州法の可決状況という、判事にとっての外的資源を法源とする歴史的 analysis によって、原意の特定を試みている。現に、McDonald 判決では、「原意主義に関する他の問題で、Heller 判決ほど徹底的に検討されたものは殆どないが、（中略）武器を保有し携帯する権利の歴史に関する Heller 判決の分析には、確かに異論の余地はある」と判示し、Heller 判決とは異なる見解を採用したことが明示されている。

このように、条文の文言から意味の特定が困難である場面において、Heller 判決と McDonald 判決で異なるアプローチが採用されたことを受け、Bruen 判決が Dobbs 判決の前日に下された⁽⁶⁸⁾。トーマス判事が執筆した法廷意見では、争点である「センシティブな場所」での銃の保持・携帯を禁じている当該州法が、憲法が保障する権利を侵害しているか否かは、修正二条の「武器の保持・携帯」の文言を、言語的に探索しても不明瞭であるため、複数の人が集まる公的な場所に対する、銃規制との歴史的類例（analogue）が見られるかを探索して判断した。すなわち、歴史的 analysis が困難な場合、判事は、憲法条文、特に既存の権利を成文化することを意図した条文の意味を伝えるために、歴史に依拠しなければならない。そこで、Heller 判決に倣い、修正二条の条文の文言が個人の行為を対象としている場合、憲法はその行為を推定的に保護する必要があるという⁽⁶⁹⁾。このような判示に鑑みると、現在の状況と歴史的状況の類推によって修正二条の文言の意味を特定した点が、例外事項を判事の推定によって判断した、Heller 判決と類似しているようにみえる。他方、推定を明確に排し、制定当時の州法の可決状況に基づき、制定当時の条文の文言の意味を特

定したMcDonald判決とは異なるアプローチであるといえよう。すなわち、言語的探索により条文の文言の意味の特定が困難な場面では、異なるアプローチが採用されており、統一解がない。

では、これらの判決同様、「条文の分析から始める」と述べるDobbs判決では、どのようなアプローチが採用されたのだろうか。Dobbs判決では、憲法は、中絶を行う権利について明示的に言及していないという。また、修正一四条一項のデュー・プロセス条項には、二つのカテゴリーがあり、その一つが本判決で問題となっているもので、憲法のどこにも記載されていない、基本的権利の選択リストで構成されているという。さらに、「デュー・プロセス条項によって保護される、『自由』の新たな構成要素の認定を求める場合には、『自由』という用語だけではほとんど指針が得られないため、このような性質の歴史的調査が必要不可欠である⁽⁷⁰⁾」という。そして、「自由という言葉は、非常に広範な意味を持つ。かつてよく知られた演説の中でリンカンが言ったように。あるいは、アイザイア・バーリンのような思想家が著述の中で言ったように。また、この言葉が使用された二〇〇以上の異なる意味を目録化できることが報告されている。」⁽⁷¹⁾と述べている。確かに、Heller判決などのように、制定当時の権威ある註解書（ブラックストーン註解）などが、Dobbs判決では使用されていない。しかし、例示されているリンカンは、修正一四条制定直前の大統領すなわち国民に選ばれた代表者であるし、バーリンは自由に関する研究者として世界的な権威である。例示の彼らが用いた「自由」の意味を探索していることは、Heller判決などにおけるブラックストーン註解を使用したに等しい行為といえよう。その上で、Dobbs判決は、歴史の教えを無視するようなアプローチに陥ってはならないという。その代わりに、「秩序ある自由という、我が国の概念の本質的な構成要素を示す歴史と伝統に導かれ、修正一四条が、『自由』という用語で、何を意味しているかを問わねばならない。」⁽⁷²⁾と述べている。すなわち、Dobbs判決では、条文の文言上からその意味が不明瞭な場面における条文解釈の法源は、Heller判決およびBruen判決のような推定ではなく、McDonald判決同様に、判事の外的資源である歴史と伝統を用いると述べている。その上で、Dobbs判決

では、制定当時の人々が、中絶権は修正一四条一項の「自由」に含まれると考えていたか否かという歴史的探索を、制定当時の州法の可決状況をカウントすることで行なっている。その結果、四分の三の州が妊娠のあらゆる段階での中絶を犯罪としていたことを確認できたので、修正一四条一項の「自由」が保障する基本的権利に、中絶権は含まれていなかったとの結論に達したという。このようなアプローチは、アリート判事自らが McDonald 判決で採用したものと同様のものであるといえよう。

3 どの原意？

以上の考察から、原意主義を採用した McDonald 判決のアプローチとの類似性が見られることを根拠に、Dobbs 判決でも原意主義を採用した可能性が高いと思われる。それゆえ、Dobbs 判決では、修正一四条が制定された当時の中絶権に関する、州法の可決状況をカウントして条文の文言の意味を解釈した目的は、原意を特定するためであったか否かを確認する必要がある。そこで本項では、Dobbs 判決における文言の意味は、制定者の意図、条文の言語的な意味、制定当時の人々の公的な理解のいずれに基づいて解釈されたかを明らかにし、原意主義の採否の検討を深めていくこととする。

まずは、意図型の原意主義の採否について検討する。意図型の原意主義に依拠する代表者の一人であるレンキスト長官によれば、「憲法とその修正条項の中の『特定の文言』は、制定者が理解した文言の完全な効力を与えられなければならない⁽⁷³⁾」、他方で「『一般的な文言』は、確認可能な場合には、制定者の意図に対応するように解釈されなければならない⁽⁷⁴⁾」という。すなわち、意図型の原意主義における解釈法とは、条文の文言を特定（具体的）のもの一般的な（抽象的）なものにわけ、前者の場合は制定者の理解との完全な一致を、後者の場合は制定者の意図を読み込み、可能な限りの一致を必要とするものであるという。加えて、一般的な文言の場合には、制定者の意図を特定するための

補助的ツールとして、制定経緯など動機審査を行なうことを是としている。これにより、判事の嗜好する価値観の混入を防ぐことができるという。例えば、*Ro*判決におけるレンキスト長官の反対意見では、「今回の決定は、修正一四条の制定者の意図を決定するというよりも、司法による立法行為に近いものである。」⁽⁷⁵⁾と述べており、条文の文言の意味は、制定者の意図に基づくかねばならないが、*Ro*判決の法廷意見は判事の嗜好する価値観が混入され、まるで判事によって新たな法が制定されたかのようにであると批判している。このような意図型の特徴に照らし、*Dobbs*判決が意図型の原意主義を採用したか否かについて検討する。*Dobbs*判決では、「自由」の文言の意味を特定するに際し、制定者の意図を読み込んだ形跡は見られない。また、「立法動機の調査は、危険な問題であると認識している」⁽⁷⁶⁾と明示していることから、意図型の原意主義は採用されていないといえよう。

では次に、条文型の原意主義もしくは客観型の原意主義のいずれを採用したかを検討する。なお、大林が指摘する通り、客観型の原意主義は「条文を基礎においている点で条文型の原意主義と大差ないので新原意主義の中に含まれることもあれば、より一層の客観化を目指している点において第三の原意主義として区別されることもある」⁽⁷⁷⁾ので、条文型と客観型の異同について統一見解はない。確かに、両者は判事の嗜好する価値観の混入を防止する目的で、判事が依拠する法源を、外部資源でかつ客観・中立的なものに求める点において、共通項が見られる。しかし、原意の意味（定義）、あるいは、条文の文言の言語の意味が不明瞭な場合における歴史と伝統の果たす役割など、いくつかの点で異なる。

スカリア判事は *Rutan v. Republican Party* 判決⁽⁷⁸⁾の反対意見において、ある慣行が憲法に反するか否かを判断するにあたり、二つの基準を示している。一つ目は、条文の文言を、平易な文言で解釈することである。これは条文型の原意主義がよく採用する、言語的（辞書的）な意味を条文の文言解釈に用いるアプローチである。辞書などを用いて条文の文言解釈を行なう目的は、条文の文言の公的な意味、すなわち制定時の人々が、どのように理解していたかにつ

いて、判事に内在する価値観ではなく、外的かつ客観的な事実を用いて解釈することで、判事の嗜好する価値観の混入を防ぐことができるからだという。二つ目は、伝統的に受け入れられてきた慣行は、それが明白に文言と矛盾しない限り、支持されるべきものであるという。すなわち、条文型の原意主義とは、条文に忠実であることを重視しながらも、条文の文言のみに依拠する条文主義とは異なり、文言の意味が明らかでない場合には、伝統的に受け入れられてきた慣行を手がかりにその意味を特定していく解釈法である。さらに、Michael H. v. Gerald D. 判決⁽²⁹⁾では、伝統を用いる理由は、「将来の世代が重要な伝統的価値を軽々しく捨て去ることを防ぐことであり、当裁判所が新たな価値を発明することを可能にすることではない。」⁽³⁰⁾と判示している。また、伝統とは、社会に深く根ざしたものでなければならず、一般的な伝統は除外されるという。なぜなら、人々にとって、一般的な伝統は一つの方向性に過ぎず、判事の嗜好する価値観を混入させるおそれがあるが、具体的かつ深く根ざした伝統は人々の行動指針であるから、条文の意味と同義に捉えて良いという。以上のような点に鑑みて、ストラウスが指摘するように⁽³¹⁾、スカリア判事による条文型の原意主義とは、条文の意味を言語的な意味と伝統に準拠して決まる意味の二分論に基づいた、伝統主義を原意主義に付随させる、原意主義と伝統主義の複合体である。他方、客観型の原意主義では、文言的解釈の中立性や客観性と、判事の嗜好する価値観の混入の抑止の両方を重視し、「原意」とは制定時の人々の公的な理解 (Original Public Meaning) であると定義する。このような前提のもとで、条文の文言の言語的 (辞書的) な意味が明らかな場合とそうでない場合に二分し、さらに後者を原意が明瞭な場合 (「解釈」と、そうでない場合 (「構築」) に区分する。バーネットとソラムによれば、原意が明瞭な場合における「解釈」とは、憲法の条文の意味 (伝達内容) を見極める活動のことであり、他方、原意が不明瞭な場合における「構築」とは、関係する法令・判例・学説など歴史や伝統を手がかりに、条文の法的効果を決定する活動のことであるという⁽³²⁾。すなわち、客観型の原意主義は、条文の文言を、言語の意味と原意の解釈に明確に区分し、さらに、原意が不明瞭な場合の文言解釈を、判事にとっての外的な資料な

ども用いて、より客観的に行なう点で、条文型の原意主義と異なる特徴を有する。それゆえ、本項では、両者を別のアプローチと位置づけ、Dobbs判決が条文型と客観型のどちらの原意主義を採用したのかについて検討する。

Dobbs判決では、解釈は条文の文言から始めねばならないと述べつつも、Rutan判決のスカリア判事の反対意見のように、平易な意味で解釈しなければならないとは明示されていない。また、中絶権は憲法の条文に明示されていないので、(当該権利を主張する者は) 憲法条文に何らかの形で暗示されていることを歴史的に証明しなければならないという。そこで、歴史を調査した結果、どの州法の規定においても、中絶を得るための憲法上の権利に対する支持は存在していなかったものであり、それどころかむしろ、修正一四条が制定された当時、四分の三の州が妊娠のどの段階でも中絶を犯罪としており、残りの州もすぐに追隨したことが明らかとなったため、中絶を憲法上の権利と認めることはできないと述べている⁽⁸³⁾。また、本件の举证責任を有する側である原告も、中絶権の存在について、州憲法の規定、法令、司法判断、学術論文など何の根拠も見出せていないため、中絶権を否定する結論に達したと判示している。このような点に鑑みると、Dobbs判決では、条文の文言(「自由」)の原意が不明瞭な場合には、その権利が条文に何らかの形で暗示されていることを示す必要があると述べ、法令など歴史的な手がかり(制定時の州法の可決状況のカウント)に基づいて「構築」することを要求しているといえよう。そして、Dobbs判決が、中絶を禁じることは、州法上、圧倒的なコンセンサスであったと述べていることから、制定当時の人々の公的な理解として、中絶は「自由」という文言に含まれる権利と考えていなかったことは明らかであるとの結論に達している。

以上の点から、Dobbs判決では、条文に基づきながらも、意味が不明瞭な、「自由」という文言に対し、公的な人々の理解が、どのようなものであったかを特定するために、州法の可決状況を具に分析している。なぜなら、州法は、民主政の過程を経て可決されたものであり、当時の人々の価値観が最も色濃く反映されたものといえるため、制定当時の公的な人々の理解を特定するための歴史的証拠となり得ると考えたからであるといえよう。すなわち、

Dobbs 判決では、客観型の原意主義が採用されたことが強く推定される。

(三) 古の定點

1 問題の所在

以上の考察から、Dobbs 判決は条文を最重視しており、条文の「原意」（公的な人々の理解）の特定には、判事の推定ではなく、歴史と伝統（州法の可決状況のカウント）に基づかねばならないという制約を受けながら行なっていることが明らかとなった。すなわち、原意主義の四つの構成要素のうち、①条文の文言を最重視すること、②条文の文言の原意に基づいて解釈すること、③「制約の原則」を受容していること、の三つが充足されたといえる。そこで、最後に、④「固定化のテーゼ」を遵守していた否かを検討する。

Dobbs 判決では、原意の特定を行なうために、制定当時の歴史を確認すべく、州法の可決状況をカウントしている。しかし同時に、Roe 判決の時点では、三〇州がまだすべての段階での中絶を禁止していたと指摘するなど、Roe 判決が下された時の州法の可決状況を確認している。それゆえ、Dobbs 判決は、制定後の原意の経年変化を認めていたのではないかとの疑問がわく。仮にそうであるならば、原意主義の④「固定化のテーゼ」を否定しており、原意主義が採用されていない証拠となる。そこで、なぜ Roe 判決が下された当時の州法の可決状況を示す必要があると、Dobbs 判決は考えたのかについて検討する。

2 原意の動靜

Dobbs 判決では、Roe 判決を著しく間違っており、深い損害を与えているという。また、その歴史的考察は、憲法とは無関係なものから、明らかに誤ったもので、多岐に及んでいたため、「Roe 判決は歴史を無視したか、あるいは

は誤って記述した。そして、Casey判決はRoe判決の誤った歴史的記述を再検討することを拒否した。したがって、記録を正すことは重要である⁽⁸⁴⁾。」と判示している。すなわち、Dobbs判決では、原意主義を採用しているので、制定後の文言の意味の変化は考慮要素とならず、それゆえ、修正一四条の制定当時の正しい状況（歴史的事実）を示せば、条文の文言の意味を決することができるはずである。にもかかわらず、なぜRoe判決が下された一九七三年当時の州法のカウントを具に行なったのだろうか。

その理由は、Roe判決が採用した解釈法に照らした結果、Dobbs判決はRoe判決の二つの誤りを正さねばならないと考えたからではなかろうか。一つ目は、Roe判決では「我々は、いくつかの側面から、中絶の歴史を調査し、その歴史が我々に与えてくれるような洞察を得てから、中絶の刑事法の背後にある州の目的と利益を検討することが望ましい。（中略）今日、大多数の州で施行されている制限的な中絶の刑事法が、比較的最近のものであることは、おそらく一般には理解されていない。」⁽⁸⁵⁾と指摘している。すなわち、Roe判決では中絶権に関する歴史的調査を行なった結果、州法で中絶が禁止されるようになったのは近年のことで、それまでは違法ではなかったと述べている。しかし、Dobbs判決の歴史的調査によれば、Roe判決の時点では、三〇州がまだすべての段階での中絶を禁止していたのである。すなわち、Roe判決が緩やかな歴史的調査によって、誤った「結果」を導出させていることを指摘するため、Roe判決が下された時点での州法の可決状況をカウントしたといえよう。

二つ目は、Dobbs判決では、Roe判決は「最も重要な歴史的事実として、修正一四条が採択された当時、州がどのようなに中絶を規制していたかに至っては、ほとんど何も語らなかつた。」⁽⁸⁶⁾と指摘している。Roe判決が、歴史的事実を語る代わりに、古代からRoe判決までの慣行を概観し、当時の関係者の態度や見解を判示したのに対し、Dobbs判決では、「Roe判決は、憲法の意味とは無関係な情報を大量に列挙した後、立法府が測定した法令に見られるような、番号付きの規則で締め括られている。」⁽⁸⁷⁾と批判している。すなわち、条文解釈を行なうに際し、Roe判決が、中

絶に対する人々の理解が制定時から変化したことを考慮した誤りにとどまらず、Roe 判決時点での州法の可決状況（の結果）のみに依拠すべきであったにもかかわらず、医師会、全米公衆衛生学会、アメリカ法曹協会など中絶関係者の個別意見を参照していることも、Roe 判決の誤りであったと指摘しているといえよう。つまり、Dobbs 判決では、Roe 判決の歴史的考察の「結果」についての誤りと、歴史的考察を行なった「アプローチ」についての誤りの両方に對し、それらを訂正する意図で、Roe 判決時点での州法の可決状況を摘示したのである。それゆえ、Dobbs 判決は、Roe 判決や Casey 判決が依拠した「伝統は生きている」と述べた Roe v. Ullman 判決の系譜とは異なり、制定時という「古の定点」の原意に固定されると考えていたといえよう。

以上の考察により、原意主義の構成要素である④固定化のテーゼも充足することが確認されたため、原意主義の四つの構成要素全てを満たしたといえる。それゆえ、Dobbs 判決は、原意主義（客観型の原意主義）が採用された判決であったといえよう。

五 Dobbs 判決の非原意主義

（一）問題の所在

前章での考察で、修正一四条の「自由」の解釈法として、Dobbs 判決では、客観型の原意主義が採用されたことを明らかにした。他方、修正一四条のデュー・プロセス条項で保障されてきた権利は、この国の歴史と伝統に深く根ざし、秩序ある自由の概念に暗黙的に含まれているものでなければならぬと、Glucksberg 判決を引用していることから、Dobbs 判決は、いわゆるグラックスバーグテスト（非原意主義）を採用したことが明示されている。しかし、

大林が指摘する通り、グラックスバーグテストは、「一見すると、この作業は憲法条文について制定時の意味を理解することとは異なる作業のようにみえる。それは従来の社会状況、規制動向、憲法アクターの判断などを総合的に考察するだけであり、過去という時間のベクトルにおいては原意主義と一致しているとしても、制定時という古の定点に焦点を絞るわけではなく、また条文の意味を直接探るわけでもないからである。もともと、このテストは単なる歴史分析ではなく、歴史と伝統に深く根差しているかどうかを分析することを求めるので、文字通り歴史を深く掘り下げることもありうる。そのため、その歴史分析の対象には制定時も含まれ、場合によっては制定前の歴史にまで及ぶ可能性すらある。また、その分析結果次第で当該事項が権利として認められるかどうかの結論に直結することを踏まえると、その構造は原意主義に類似している⁽⁸⁸⁾。それゆえ、外形上からは、「歴史と伝統」を原意主義とグラックスバーグテストのいずれのために用いたのか峻別するのが難しい。そこで、本章では、Dobbs判決が原意主義とグラックスバーグテストの各々において、「歴史と伝統」をどのような役割で用いたかを検討する。その上で、そもそも、Dobbs判決では、原意主義を用いた条文解釈によって、中絶は憲法上の権利と認められないとの結論に達しているため、なぜ原意主義のみならずグラックスバーグテストを併存させる必要性があったのか、その理由も検討する。

(二) 「歴史と伝統」の役割

1 原意主義における役割

「歴史と伝統」は、先例でも頻繁に使用されており、新しい概念ではない。しかし、バーネットとソラムが指摘するように、「歴史と伝統」は、その意味を定義することなく使用されてきた⁽⁸⁹⁾。そもそも、原意主義と、グラックスバーグテストでは、「歴史と伝統」の果たす役割が異なる。また、原意主義は、いずれの類型でも「歴史と伝統」を原意の特定のために用いるが、原意主義の類型によって、その定義や役割が異なる。

例えば、意図型の原意主義では、レンキスト長官は、Roe 判決の反対意見において、Snyder v. Massachusetts 判決⁽⁹⁰⁾で、カルドゾ判事 (Benjamin N. Cardozo) が示した「自由」で保障される権利は、「基本的なものとして位置づけられるほど、われわれ国民の『伝統と良心』⁽⁹¹⁾に根ざしたものでなければならぬ」という。ここでの「伝統」とは、人々の一般的行為・慣行のことであり、他方、「良心」とは、一定の集団が合意したことにより形成されるもので、法となり道徳となる源泉であるため、伝統よりも良心に基づいて原意（制定者の意図）は特定されねばならないと判示している。

あるいは、条文型の原意主義では、スカリア判事は、Ruian 判決の反対意見において、条文の意味を言語的に分析しても不明瞭な場合は、「伝統」を用いて原意の特定を行う解釈法を採用している。なぜなら、スカリア判事にとって「伝統」とは、Michael H. 判決で示されたように、伝統的価値は安易に捨て去られるべきものではなく、長きに渡り変わらぬものだからである。このようなスカリア判事の伝統観について、サンフォード・レヴィンソン (Sanford Levinson) は、カトリシズムの影響を指摘する。レヴィンソンによれば、憲法解釈に対する伝統観には、宗教的教義の導出における伝統観との間に相関関係があるという。カトリックでは、教義として文書化されたテキスト（聖典）に記されているものは、世界が誕生した時から神によって決められたものであり、人々が創るものではない。他方、その教義の意味は、それに対する人々の理解によって決められるが、それは「伝統」として受け継がれていくものである。何世紀も前と同様の儀式を執り行なうことができるのは、「伝統」を守り抜いているからであると、カトリックの人たちは考えており、「伝統」は容易に経年変化しないとの認識を、スカリア判事も有していたのではないかと指摘⁽⁹³⁾である。それゆえ、スカリア判事にとって、「伝統」を用いて条文の意味を解することは、極めて客観的な行為であると捉えていたといえよう。

このような条文型の原意主義で示された「伝統」の役割に対し、伝統は時間的・空間的に幅のある概念であること

は否めず、経年変化を前提とする「伝統」を、制定時という古の定点に固定される「原意」の特定のために用いるのは、そもそも矛盾を孕んでいるとの懸念がある。それゆえ、客観型の原意主義では、歴史と伝統を異なる概念とみなし、異なる役割を付与する必要性が指摘されている。⁽⁹⁴⁾ すなわち、「歴史」は、制定時などある特定の一点点での出来事を指すが、「伝統」は時間的・空間的に幅を有する概念であり、両者は異なることを踏まえねばならないという。現に、Dobbs 判決でも、「歴史」と「伝統」を注意深く分けて使用している。例えば、修正一四条一項の「自由」として保障される基本的権利であるか否かを判断する際に、最高裁は長年、「歴史と伝統」に深く根ざしているかを問うてきたと述べた上で、この調査を行なうにあたり、我々は問題となった権利の「歴史」について注意深い分析を行なったと、「歴史」のみに言及している。あるいは、反対意見はグラックスバークテストを誤用させて、「伝統」に依拠して中絶権の存否を分析したが、中絶を憲法上の権利と認めた「伝統」が存在することを当事者は立証できておらず、歴史や関連する判例の裏付けも示せていないという。このように、Dobbs 判決では、法廷意見は「歴史」に基づく分析に依拠している一方で、反対意見は「伝統」に基づく分析に依拠していることが対比されている。同様に、反対意見でも、「今日、多数派が行なっていることの唯一の根拠は、中絶を選択する権利は、『歴史に深く根ざした』ものではないということである。」⁽⁹⁵⁾と指摘している点に照らしても、法廷意見は「伝統」ではなく、「歴史」的分析に依拠し、制定時という古の定点における原意（人々の公的な理解）の特定を行なったといえよう。

2 非原意主義における役割

他方、グラックスバークテストでは、どのような目的で、「歴史と伝統」を用いたのであろうか。Glucksberg 判決が指摘する通り、修正一四条一項の「自由」が保障する基本的権利の存否の判断は、非原意主義的なアプローチを採用することの方が主流であったといえる。とりわけ、「自由」の拡大を許容する一連の判例—例えば、Griswold 判決、

Roe 判決、Lawrence 判決、Casey 判決、Obergefell 判決など——は、Poe v. Ullman 判決の反対意見でハーラン判事が示した、伝統は生きており、デュー・プロセス条項はいかなる公式にも還元されないとの判断枠組みを踏襲し、中絶権や同性が婚姻する権利などを肯定してきた。これらの判決において「伝統」は、現代の価値観を投影する鏡としての役割を担ってきた。

しかし、同じく非原意主義的なアプローチを採用しながらも、Glucksberg 判決では、ハーラン判事の系譜とは「歴史と伝統」の役割が異なる。Glucksberg 判決によれば、自殺幇助は憲法上の権利であると主張する被告は、「自分の死の時期と方法を決定する権利」、「死ぬ権利」、「死に方を選択する自由」など様々な主張をするが、それらは裁判所に慎重な姿勢を求めてきたデュー・プロセス条項の解釈法の特徴に反するという。その上で、「このように、わが国の歴史、法的伝統、慣行は、デュー・プロセス条項に関するわれわれの解釈を方向付け、抑制する重要な『責任ある意思決定のための道標』を提供している。」と判示していることに鑑みて、Glucksberg 判決では、修正一四条一項の「自由」の範囲を限定するものとして、「歴史と伝統」を使用しているといえよう。

では、Dobbs 判決では、非原意主義としての「歴史と伝統」を、現在の人々の価値観を投影する鏡、あるいは、「自由」の範囲の限定のいずれの役割として用いているのだろうか。Glucksberg 判決を引用している点から、「自由」の範囲の限定として用いていると推測できる。また、Lochner 判決が陥ったような司法による法創造を抑止すべく、秩序ある自由という自由の本質的な構成要素を示す「歴史と伝統」に導かれ、修正一四条一項の「自由」という文言が、何を意味しているのかを特定しなければならないという。なお、秩序ある自由とは、「制限を設け、競合する利害関係の間の境界を定義するものである」と述べていることから、「自由」は現在の価値観を投影して無制限に拡張していくものではなく、「歴史と伝統」に照らして秩序ある自由であると肯定されるもののみ、修正一四条一項の「自由」の範囲内に含まれ、憲法で保障される権利といえるという。やうに、Dobbs 判決では、Casey 判決が「存在」

「宇宙」などに従って「自由」を定義したが、それが、秩序ある自由に該当しないことは明らかであると指摘しており、「より広範な自律の権利に訴え、自分の『存在意義』を定義することによって中絶を正当化しようとした Casey 判決の試みは、あまりにも行き過ぎたものであることが証明された。これらの基準のような一般性の高いレベルでは、違法薬物の使用や売春などに対する基本的権利を認めることになりかねない。」⁹⁸とも述べている。すなわち、Dobbs 判決では、Casey 判決が「歴史と伝統」を、人々が望むであろう自律権を反映させるための鏡として用いることで中絶権を肯定したが、このような「歴史と伝統」の使い方は間違っており、違法薬物の使用を憲法上の権利と肯定しかねない。むしろ、「歴史と伝統」は判事の嗜好する価値観が混入することを防ぐために、「自由」の範囲を限定するものとして用いられなければならないと述べている。

(三) 原意主義とグラックスバーグテストの関係

以上の考察から、Dobbs 判決では原意主義とグラックスバーグテストを併存させ、各々のアプローチで「歴史と伝統」に異なる役割を付与しているといえよう。すなわち、「歴史と伝統」を、原意主義においては「原意」の特定のために用いており、他方、グラックスバーグテストにおいては、拡大する「自由」への歯止めのために用いているといえよう。このように、原意主義とグラックスバーグテストを併存させるアプローチを採用したのは、Dobbs 判決が初めてではない。例えば、McDonald 判決では、修正一四条への編入の可否を検討する際に、この国の歴史と伝統に深く根ざしているかどうかを判断しなければならないと述べ、グラックスバーグテストの採用を明示している。また同時に、制定当時の州法の可決状況を具にカウントする歴史的分析を行ない、これは、修正一四条の制定当時の人々が、銃を保持・携帯する権利が重要であったと考えていたことを裏付けられるものであると述べ、修正一四条一項の「自由」の原意の特定のために、「歴史」を用いたといえよう。ただし、McDonald 判決では、原意主義とグラックスバー

グテストの関係に言及していない。

他方、Dobbs 判決では、「Roe 判決は最も重要な歴史的事実として、修正一四条が採択された当時、州がどのような中絶を規制していたかに至っては、裁判所はほとんど何も語らなかった⁽⁹⁾。」と述べており、制定当時の州法の可決状況の歴史すなわち、原意の特定に関する審査が「最重要」であることを暗示している。こうした点に鑑みると、Dobbs 判決においては、グラックスバーグテストよりも原意主義の方に、重きを置いていたといえよう。それゆえ、なぜ劣後するグラックスバーグテストを併存させる必要があったのだろうか。

一つは、先例拘束性の問題である。Dobbs 判決で、Roe 判決を覆すか否かを判断するための五つの基準を示している。その一つとして先例がひどく誤っていることをあげている。Dobbs 判決は、「Glucksberg 判決はひどく誤っているものではないため、先例拘束性を否定することはできなかったのではなからうか。また、前項までで繰り返し指摘してきた通り、歴史と伝統を用いるアプローチは長く使用されてきたものであるため、それらを否定すれば、影響が及ぶ範囲と程度が広すぎる。つまり、判例変更の五つの基準である「他の法分野への影響」「信頼の利益の毀損」に抵触する可能性があり、法廷意見が提示した基準に合致しない。

もう一つは、判事の嗜好する価値観の混入の防止の徹底である。グラックスバーグテストにおいて「歴史と伝統」が果たす役割の一つは、判事の嗜好する価値観の混入を防ぐためである。アリート判事は *Obafefell v. Hodges* 判決⁽¹⁰⁾の反対意見で、「本日の判決は、この法廷の権限濫用を抑制しようとした数十年の試みが失敗に終わったことを示している。本日の判決から得られる教訓は、憲法解釈の適切な方法や、司法の自制と謙虚さの美德について説いても、どんな現実的な手段によっても、崇高な目的を達成しようとする誘惑には勝てないということである。私は、多数派の同僚たちが、憲法の中に、たまたま自分たちと一致する自由のビジョンを心から見出していることを疑わない。しかし、この誠意は、懸念の原因であって、慰めではない。それは私たちの法文化における憲法解釈の考え方が、深く

そしておそらく修復不可能なまでに腐敗していることを示すものだからである。」と述べている。すなわち、どんなに適切な解釈方法を用いようとも、判事の嗜好する価値観が優ってしまったため、これに対する歯止めの機能はできるだけ多く残した方が良いと考えたのではなからうか。

六 おわりに

これまでの考察により、Dobbs 判決では、原意主義が採用されたことを明らかにした。ただし、先例拘束性の問題も相俟って、非原意主義的アプローチであるグラックスバークテストも併用されており、原意主義の単独採用には至っていない。すなわち、Dobbs 判決では、「歴史と伝統」が異なる役割を果たしながら、原意主義的な解釈法と非原意主義的な解釈法が、相互に関連しあっているといえよう。また、Dobbs 判決が、このような解釈法——とりわけ、条文に基づくアプローチや原意主義を採用した理由は、判事の嗜好する価値観の混入を防ぐためであるという。なぜなら、法の支配、民主政、国民主権の観点から、司法は謙抑的であるべきであるからだという。アリート判事がかつて述べたように、判事の嗜好する価値観が優ってしまうのが世の常であるため、できる限りそれらを意図的に排除させる「仕組み」が必要であり、それゆえ、採用すべき解釈法——とりわけ憲法を「正しく」解釈する方法を明示することの重要性が強調されているといえよう。しかし、Dobbs 判決は様々な課題に直面していることを浮き彫りにした。

例えば、「正しい」解釈法の採用を重視したがゆえに、先例で積み重ねられてきた（女性の）プライバシーや自己決定権、あるいは中絶権にかかる実定法上の議論^(註)や、それに対する実質的審査が、希薄になっていることは否めないだろう。それゆえ、本判決では射程外とされたが、修正一四条一項に関する先例で肯定されてきた同性婚などの問題が、解釈法の観点から再び見直される可能性もありえよう。あるいは、Dobbs 判決が原意主義を採用したことにより、

原意と伝統が衝突した場面―例えば、修正一四条の制定時と現在で、大きく人々の価値観が変化した場面などでは、どちらを優先させるかについて、Dobbs 判決は明確な回答を示していない。すなわち、「構築」の射程が、どの範囲までどのように及ぶかについては積み残しの問題となっており、「構築」に関する理論的發展の方向性によっては、原意主義の再定位が必要となるかもしれない。また、先例を覆し、新たな解釈法を採用した Dobbs 判決は、判決内容と判断方法の両面からその妥当性が問われ、司法の役割が改めて問われることとなった。加えて、その役割の議論をめぐっても、原意主義の採用が、三条の「司法権」の原意は何かという、新たな問いを生み出している。それゆえ、最高裁が今後、とりわけ修正一四条に対し、原意主義をどのように展開していくのかは、原意主義内部の課題のみならず、立憲主義や司法審査の正当性にも関わる重要な問題である。なぜなら、「自由」の概念は、立憲主義の要であると同時に、それを司法が、どのように解釈・実践していくべきかという問題に関わるからである。

このように、判例分析を中心に、憲法解釈方法論の観点から原意主義を分析することは、それが大きな憲法理論につながると考えられる。本稿は Dobbs 判決に焦点を絞ったが、他にも検討すべき分野や判決が残っており、それらの研究を重ねることで、アメリカ流の立憲主義の内実を明らかにすることができ、その理論的検討を通じて、日本への示唆となる部分があるのではないかと思われる。というのも、現在、日本では、同性婚などに対する人々の価値観の変化を積極的に受容する動きと、それらに対し慎重な姿勢をとる動きが、かつてないほどに混在し始めている。それゆえ、多数決原理の支配する立法に対してではなく、司法にその解決を求める兆候が見られ、条文解釈や司法の役割に対する「地殻変動」が生じ始めている。こうした「地殻変動」に対し、ウォレンコートとの類似を見出し、ウォレンコートの積極的な司法判断手法に、その解決のヒントを見出そうとする動きもある⁽¹⁸⁾。本稿で述べたように、アメリカでは、ウォレンコートが採用した解釈法や司法の役割に対する反動として、原意主義が理論的に発展し、近年では裁判実務上でも応用され始めている。本稿で考察した Dobbs 判決では、原意主義が基本的権利に関する条項であ

る修正一四条一項にも適用され始め、⁽¹⁰⁾「正しい」解釈法を重視するがゆえに、実定法上にも大きな影響を与えているといえよう。それゆえ、ウォレンコートの次の時代を行くロバーツコートが、解釈法や司法の役割の見直しをどのようにに取り組み、その結果、どのような憲法秩序の揺らぎが生じているかを考察⁽¹¹⁾することで、「地殻変動」の兆候が見られる、日本に対する示唆をもたらすことができる⁽¹²⁾といえるのではなからうか。

- (1) Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).
- (2) Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 142 S. Ct. 2228 (2022).
- (3) 阿川尚之『憲法で読むアメリカ史(全)』四五六―四五八頁(ちくま学芸文庫、二〇一三年)。岡山裕『アメリカの政党政治建国から二五〇年の軌跡』一六二―一六九頁(中公新書、二〇二〇年)。
- (4) See, e. g., Reva B. Siegel, *Memory Games: Dobbs's Originalism As Anti-Democratic Living Constitutionalism and Some Pathways for Resistance*, 101 Tex. L. Rev. 5 (2022).
- (5) 例えば、浅野博宣「ジャック・バルキンの原意主義」、辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』二二九頁(日本評論社、二〇一一年)；土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義―幸福追求権解釈への予備的考察をかねて―」(一)〜(4)法学論叢一三一巻一・三・五・六号一頁(一九九二年)など。
- (6) 野坂泰司「憲法解釈における原意主義(上)(下)」ジュリスト九二六号六一頁(一九八九年)、ジュリスト九二七号八一頁(一九八九年)など。
- (7) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、二〇一一年)。
- (8) 大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成―合衆国における原意主義論争を素材として』(日本評論社、二〇一〇年)。
- (9) 団上智也「クラレンス・トーマス裁判官の憲法理論―我が道を行く原意主義者の足跡を辿って―」関西法政治研究会編法政治学研究八巻九三頁(二〇二二年)。
- (10) 大石眞『憲法概論Ⅰ：総説・統治機構』一一二頁(有斐閣、二〇二二年)。
- (11) Randy E. Barnett & Lawrence B. Solum, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, 118 NW. U. L. Rev. 433, 457-462 (2023).

- (12) 阪口・前掲注(7)三四頁。
- (13) 大林啓吾「時をかける憲法—憲法解釈論から憲法構築論の地平へ—」帝京法学二八巻一号九一頁、九七頁(二〇二二年)。
- (14) *See, e.g.*, Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B. U. L. REV. 204 (1980).
- (15) 土井・前掲注(5)七頁。
- (16) Brest, *supra* note 14, at 204-212.
- (17) 大林・前掲注(3)一〇七頁。
- (18) *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).
- (19) *See, e.g.*, Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L. J. 1 (1971).
- (20) Brest, *supra* note 14, at 214-217.
- (21) H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885, 948 (1985).
- (22) Brest, *supra* note 14, at 225.
- (23) Robert H. Bork, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 144 (1990).
- (24) Frank H. Easterbrook, *Textualism and the Dead Hand*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1119, 1119-1120 (1998).
- (25) Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 LOY. L. REV. 611, 630-643 (1999).
- (26) *See, e.g.*, Keith E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION: DIVIDED POWERS AND CONSTITUTIONAL MEANING (1999); Randy E. Barnett, *Interpretation and Construction*, 34 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 65 (2011).
- (27) JACK M. BALKIN, *LIVING ORIGINALISM* 3-34 (2011).
- (28) 大林啓吾「彷徨う司法」法学研究九六巻三号一頁、三頁(二〇二三年)。
- (29) 丸祐一「原意主義批判としての道徳的読解—R. ドウオーキンの憲法解釈論についての一考察」千葉大学社会文化科学研究五巻一五一頁、一五七頁(二〇〇一年)。
- (30) 大河内・前掲注(8)四一頁。
- (31) Lawrence B. Solum, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, 91 NOTRE DAME L. REV. 1, 6-7 (2015).
- (32) *Id.* at 1-9.

- (33) District of Columbia v. Heller, 554 U. S. 570 (2008).
- (34) McDonald v. City of Chicago, 561 U. S. 742 (2010).
- (35) New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, 142 S. Ct. 2111 (2022).
- (36) Planned Parenthood v. Casey, 505 U. S. 833 (1992).
- (37) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2242.
- (38) *Id.* at 2242-2243.
- (39) *Dobbs* 判決の先行研究として、大林啓吾「妊娠15週以降の中絶を原則禁止したミシシッピ州法が中絶の権利を侵害するか?」に「中絶の権利を認めた判例を変更し、中絶の権利を否定した事例」：ドブス判決「アメリカ連邦最高裁 2022. 6. 24」——海外判例研究(第一五回)「判例時報二五五〇号」一〇〇頁(二〇二三年)などを参照した。
- (40) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2244.
- (41) *Heller*, 554 U. S. at 578.
- (42) *Bruen*, 142 S. Ct. at 2128-2129.
- (43) *Roe*, 410 U. S. at 129.
- (44) *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497 (1961).
- (45) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2338 (Breyer, Sotomayor & Kagan, JJ., dissenting).
- (46) *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905).
- (47) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2248.
- (48) *Missouri v. Holland*, 252 U. S. 416 (1920).
- (49) William H. Rehnquist, *The Notion of Living Constitution*, 29 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 401, 402 (2006).
- (50) *Id.* at 403.
- (51) *See e.g.*, H. MCBAIN, THE LIVING CONSTITUTION (1927).
- (52) 大林啓吾「生ける憲法と憲法訴訟——合理的審査としての立法事実——」法学研究九一巻一号三九五頁、三九九—四〇〇頁(二〇一八年)。
- (53) DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION 1 (2010).

- (54) 大林・前掲注 (52) 四〇〇頁。
- (55) *Griswold*, 381 U. S. at 500–501 (Harlan, J., concurring).
- (56) *Poe*, 367 U. S. at 542 (Harlan, J., dissenting).
- (57) *Casey*, 505 U. S. at 851.
- (58) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2247.
- (59) *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702 (1997).
- (60) *Id.* at 720.
- (61) Randy E. Barnett, *supra* note 25, at 620–629.
- (62) Randy E. Barnett & Evan D. Bernick, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism*, 107 GEO. L. J. 1, 23–26 (2018).
- (63) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2244–2245.
- (64) *Heller*, 554 U. S. at 576.
- (65) Heller 判決の先行研究として、会沢恒「英米法判例研究 合衆国憲法第二修正が銃の保持を個人の権利として保障している」とした判例 [D. C. v. Heller 判決 2008, 6]」北大法学論集六〇巻二号一四八頁（二〇〇九年）などを参照した。
- (66) Barnett & Bernick, *supra* note 61, at 15.
- (67) *McDonald*, 561 U. S. at 788.
- (68) Bruen 判決の先行研究として、富井幸雄「銃の携行と第2修正」N. Y. State Rifle & Pistol Ass'n v. Bruen, 142 S. Ct. 2111 (2022) — 拳銃を外で携行するための許可制に必要性の要件を特別に課した州法の違憲性」『アメリカ法』第一巻八〇頁（二〇二三年）などを参照した。
- (69) *Bruen*, 142 S. Ct. at 2127.
- (70) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2247.
- (71) *Id.* at 2247.
- (72) *Id.* at 2248.
- (73) Robert C. Lind Jr., *Justice Rehnquist: First Amendment Speech in the Labor Context*, 8 HASTINGS CONST. L. Q. 93, 103 (1980).

- (74) *Id.* at 108.
- (75) *Roe*, 410 U. S. at 174 (Rehnquist, C. J., dissenting).
- (76) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2256.
- (77) 大林・前掲注 (13) 一一〇頁。
- (78) *Rutan v. Republican Party*, 497 U. S. 62 (1990).
- (79) *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U. S. 110 (1989).
- (80) *Id.* at 174.
- (81) David A. Strauss, *Tradition, Precedent, and Justice Scalia*, 12 *CARDOZO L. REV.* 1699, 1710 (1990).
- (82) *Barnett & Solum*, *supra* note 11, at 437.
- (83) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2248-2249.
- (84) *Id.* at 2249.
- (85) *Roe*, 410 U. S. at 129.
- (86) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2267.
- (87) *Id.* at 2240.
- (88) 大林・前掲注 (28) 一九頁。
- (89) *Barnett & Solum*, *supra* note 11, at 440.
- (90) *Snyder v. Massachusetts*, 291 U. S. 97 (1934).
- (91) カルドゾ判事の司法哲学に関する先行研究として、奥平康弘「カードゾ『法と文学』(文章論)への誘い」法学セミナリー五三七号(一九九九年)、鶴飼信成『憲法と裁判官…自由の証人たち』五六―八二頁(日本評論社、二〇一六年)、平地秀哉「ベンジャミン・N. カードゾ」山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像―裁判官編』一二五―一四四頁(尚学社、二〇二〇年)などを参照した。
- (92) *Snyder*, 291 U. S. at 174.
- (93) *SANFORD LEVINSON*, *CONSTITUTIONAL FAITH* 9 (1988).
- (94) *Barnett & Solum*, *supra* note 11, at 435-445.

- (95) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2323–2324 (Breyer, Sotomayor & Kagan, JJ., dissenting).
- (96) *Glucksberg*, 521 U. S. at 721.
- (97) *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2267.
- (98) *Id.* at 2258.
- (99) *Id.* at 2267.
- (100) *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015).
- (101) *Id.* at 742 (Alito Jr. J., dissenting).
- (102) 中絶権に関する実定法の先行研究として、小竹聡『アメリカ合衆国における妊娠中絶の法と政治』（日本評論社、二〇二一年）などを参照した。
- (103) 千葉勝美『同性婚と司法』五一―八五頁（岩波新書、二〇二四年）。
- (104) なお、この点につき、「このような原意主義的な理由で中絶の権利を否定するのは当初の *Roe* 判決の反対意見にも見られたことであり、格別新しいアプローチというわけでもない。」という見解もある（高井裕之「「中絶の権利の否定」 *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, 597 U. S., 142 S. Ct. 2228 (2022) — 五〇年近くにわたる先例を變更し、中絶の権利は合衆国憲法によって保障されていないと判示した合衆国最高裁判所判決」アメリカ法一卷一頁、九頁（二〇二三年））。
- (105) ロバーツ・コートの憲法実践に関する先行研究として、大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツ・コートの立憲主義』（成文堂、二〇一七年）などを参照した。
- (106) 憲法の変動という観点から、近年のアメリカの動向を検討した先行研究として、駒村圭吾・待鳥聡史編『「憲法改正」の比較政治学』（弘文堂、二〇一六年）、赤坂幸一・大河内美紀・宍戸常寿・西村裕一・林知更・山本龍彦編著『日本国憲法のアイデンティティ』（有斐閣、二〇二三年）。

犬塚 記子 (いぬづか のりこ)

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴

慶應義塾大学大学院政策・メディア研究科修士課程

所属学会

日米法学会、日本法政学会

専攻領域

アメリカ憲法