

人民の、人民による、人民のための憲法

— アキル・リード・アマールの憲法論から —

川 鍋 健^{※ ※※ ※※※}

はじめに、イェール学派の挑戦：憲法をめぐるリベラルの旗色

- I アマールの憲法論①：人民の憲法、あるいは、憲法解釈方法論と憲法をめぐる
アメリカ人民の歴史
 - II アマールの憲法論②：人民による憲法、あるいは、人民主権と憲法改正
 - III アマールの憲法論③：人民のための憲法、あるいは、目的的人民主権論と
憲法改正の限界
- おわりに、制度と社会：アマールの議論の意義とその先

はじめに、イェール学派の挑戦：憲法をめぐるリベラルの旗色

(1) 学統

1990年代以降のアメリカ憲法学に、従来の潮流である裁判所の違憲審査を通じた少数者の権利保護を重視する立憲主義ではなく、多数者支配を徹底すべきであり違憲審査は民主的政治過程と整合する限りで認められるべきだとする民主主義への傾倒がみられる、との指摘がなされるようになった¹⁾。その傾倒の嚆矢の

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第17巻第2号 2018年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

彼の名前の表記については、後掲参考文献などで「アマー」と記されることが通常である。ただし、インターネット等で公開されている動画等では、第一強勢はふたつめのaにあることがわかり、「アマー」と日本語で発音するのは相当の違いがある。したがって、本稿では発音の観点からより近いと考えられる「アマール」の表記を採用する。

※※ 本稿は、ブルース・アッカマンイェール大学ロー・スクール教授からの教示、森口千弘熊本学園大学社会福祉学部講師との議論、春山習早稲田大学法学学術院助教による本稿草稿に対するコメントを経て成立した。記してお礼申し上げる。

※※※ 本稿に関する研究は、公益信託山田学術研究奨励基金奨励金の助成を受けた。記してお礼申し上げる。

一人と目されたのは、イエール大学 (Yale University) ロー・スクールの憲法学者、ブルース・A・アッカマン (Bruce A. Ackerman) である²⁾。彼の唱えた二元的民主政論 (dualist democracy theory) は、人民主権 (popular sovereignty) という規範概念を強調し、公正な選挙を経て選ばれた中央の政治エリートであっても、人民の考えから離れて政治の一切を取り仕切る、ということ認めない。そして、国政にかかわる重要な決定、典型的には憲法典の制定改廃は、議会や大統領などの民主的政治過程のみによってはなしえず、人民からのしかるべき支持を得たものでなければならない、とする。いわんや、選挙を経ずに選ばれる合衆国最高裁判所以下の裁判官たちは、違憲審査権を有するとしても、恣意的に憲法の意味を解釈することは許されない。かれらは、人民が憲法典制定、憲法修正として実現した文言の意味を具体的に画定し、その意味からの逸脱が、憲法典の制定改廃手続によるのではなく、民主的政治過程による立法のみによって行われるときに、人民が実現しようとした憲法の意味を保存するために、違憲審査権を行使することが許される、とアッカマンは理解する。³⁾

実際には、彼の議論の中央集権志向の性格であったり⁴⁾、人民からのしかるべき支持、あるいはそれを得る手続が憲法典の修正手続条項以外にもあるという見解であったり⁵⁾、あるいは、20年以上にわたる彼の議論の展開の中で裁判所の違憲審査権行使が果たす役割が変容してきている可能性であったり⁶⁾が、長年の議論の過程で批判されてきた。それにもかかわらず、アッカマンの人民主権論のエ

1) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年)、11-14頁。

2) 前掲書、71頁以下。

3) Bruce A. Ackerman, *We the People 1: Foundations*, Harvard U. Pr., 1991; *We the People 2: Transformations*, Harvard U. Pr., 1998; *We the People 3: The Civil Rights Revolution*, Harvard U. Pr., 2014.

4) Tomiko Brown-Nagin, *The Civil Rights Canon: Above and Below*, 123 *Yale L.J.* 2698, 2014.

5) Sanford Levinson, *Transitions*, 108 *Yale L.J.* 2215, 1999; Laurence H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 *Harv. L. Rev.* 1221, 1995; 阪口前掲註1)、100頁以下。

6) 川鍋健「人民主権の実現と裁判所の果たすべき役割: Brown判決に関するアッカマン及びバルキンの議論からの示唆として」、憲法理論研究会編『憲法理論叢書 25 展開する立憲主義』(敬文堂、2017年) 147頁以下。

ッセンスは、少なくともアメリカでは有力な主張として、受け容れられてきた。その一つの例は、イェール大学ロー・スクールでのアッカマンの同僚である、ジャック・M・バルキン (Jack M. Balkin) の議論の展開である。

バルキンは、自らの議論を「生ける原意主義 (living originalism)」であると主張する。彼によれば、合衆国憲法制定あるいは憲法修正の文言策定、審議にかかわった人民の意図である原意を最重要視し、それから逸脱するような裁判所の違憲審査を抑止することを目指す憲法解釈方法論である原意主義 (originalism) は、そのままでは人民主権とは相いれない。なぜなら、過去の多数者の意図に現在の多数者が従わねばならない理由は自明ではないからであり、むしろ、現在を生きる多数の人々にとってこれこそが憲法だ、と理解される価値が実現されることのほうが、人民主権の観点からは望ましい。⁷⁾

ことに、アメリカ憲法史の観点から見ると、合衆国憲法の場合、その当初から奴隷制、アメリカ原住民差別を前提とする文言が挿入されていた⁸⁾⁹⁾。そして、合衆国南部にはびこった人種差別の慣行 (特に法制度の場面での差別取り扱いについて、Jim Crow と呼ばれる) は、南北戦争 (the Civil War) 後の合衆国再建期 (Reconstruction Era) に成立した人種差別を禁じる一連の憲法修正¹⁰⁾を経て、民主的政治過程を通じては十分に改善されてはこなかった。とりわけ、Brown v. Board of Education 合衆国最高裁判決¹¹⁾で問題となった公教育における人種別学など社会的平等にかかわる問題は、再建期から約 1 世紀を経た裁判所

7) Jack M. Balkin, *Living Originalism*, Harvard U. Pr., 2011.

8) Especially, U.S. Const. art. I, § 2, cl. 3. 同条では、奴隷ないしアメリカ原住民の人口計算について、1 人につき、自由人 1 人に対して 5 分の 3 と数えることとした。加えて、女性の政治的権利が合衆国憲法上承認されるには、1920 年の憲法修正 19 条 (U.S. Const. amend. XIX) を待たねばならなかった。

9) もっとも、合衆国憲法 1 条 2 節 3 項は、憲法史的には、黒人奴隷を 1 人当たり 1 と数えることで南部奴隷州が連邦議会下院の議席を多く占めることを避けようとした、その意味で反奴隷制の意味合いを含む政治的妥協の産物であった。See, e.g., Amar, *infra* note 94, pp. 84-98. しかしながら、そのことは、現在につながる合衆国における反奴隷制の歴史の一步だったとしても、現在においてそれで十分であることを意味しはしない。現に多くの人民にとって、同条は奴隷制を象徴するものであるからである。See, *id.*, p. 89.

10) U.S. Const. amends. XIII-XV.

11) 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

の積極的な違憲審査によって、ようやく解決の糸口が見いだされるような状況だった。

バルキンによれば、現在を生きる合衆国の人民にとって、奴隷制はもはや正当化されるものではない。また、再建期の憲法修正の理念は人種の違いを超えた合衆国における平等の実現、合衆国市民間の平等 (equal citizenship) であったが、現在に至って、人種間の平等は憲法修正で明確に認められるとされた契約締結、訴訟遂行などの法律上の権利や政治的権利の平等な承認を超えて、社会的権利の平等な承認も含むべきであるとの考えが多くを占めている。そのような状況にもかかわらず、憲法制定、あるいは憲法修正時の多数派の考えに依拠して、憲法を解釈しなければならない理由はない。そして、実のところ、1776年アメリカ独立宣言に「すべての人は平等に造られる (all men are created equal)」の文言がある中で、奴隷制を前提とするような1787年合衆国憲法ができた、という、現在の視点からは矛盾としか言いようがない事態が起こったことを考えれば、平等のような抽象的な概念の具体的な意味は、時々異なるし、異なることが許される、とみるべきである。その認識に立つならば、憲法典の唯一無二の意味を公定しそこから逸脱を認めない、とする(従来)の原意主義ではなく、過去の人民が選び取った文言を尊重し(生ける原意主義)つつも、議論を通じて、現在を生きる人民が、その時代に応じた憲法の意味を絶えず探し続ける(生ける原意主義)ことが望ましい。そして、憲法解釈の任務の一つは、そのような、人民による憲法の意味をめぐる探求を、歴史叙述、物語を通じて描き出すことにある。¹²⁾

このようなバルキンの議論は、人民主権という規範概念に基づいて、違憲審査制、そして特にBrown判決などの違憲判断を積極的に行ったウォレン・コート(Warren Court, 1953-1969, アール・ウォレン (Earl Warren) を首席裁判官とする、合衆国最高裁判決の強いリベラル志向が見いだされた時代)に見られるような、違憲判断積極主義の傾向が強い司法積極主義とその帰結の多くを正当化するものである、とみることができる。つまり、憲法の文言の意味が公定されず、しかも時代に応じて変わるならば、裁判所も、合衆国の人民が合衆国憲法を通じ

12) Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption*, Harvard U. Pr., 2011; Jack M. Balkin ed., *What Brown v. Board of Education Should Have Said*, New York U. Pr., 2002.

て構成した国家の組織の一つであるから、合衆国人民の考えに沿うと考える憲法の意味を独自に展開することが許されるはずである。もちろん、それが実際には人民の支持するところでなければ、たとえば、奴隷を人ではない財産と断じたいいわゆるドレッド・スコット判決¹³⁾に対して反発が起こって戦争にまで発展し、再建期の憲法修正を通じて否定されるに至ったように、裁判所の憲法判断は否定される。しかし、まさにその契機、裁判所の判断が人民により否定される契機が保障される限り、裁判所は独自に、憲法判断を行うことが許される。そして、ウォレン・コートの時代は、いわゆる公民権運動やヴェトナム戦争反対運動の時期と重なり、その社会の動向を踏まえてリベラルな判決を下したにすぎなかったのだ、と、バルキンの視点に立つならば説明することができる。実際、かれは、Brown 判決が人種別学のみを修正 14 条違反であると宣言したに過ぎないことを批判し、よりラディカルかつリベラルに、修正 14 条は合衆国市民間の平等を一般的に規定したものであり、それが公教育に限らず他の場面での社会的不平等をも救済しうる条文だと宣言すべきだった、と主張している¹⁴⁾。ここには、裁判所主導の憲法の意味の構築を積極的に認める一方、アッカマンの場合と同様に、人民が実現しようとする憲法の意味を重視するバルキンの態度がみられる。

この、違憲審査が人民主権から正当化される、というフレーズは、少なくとも日本語で、何の脈絡もなく聞かされれば、キメラ的な印象を免れない。少数者保護を担うはずの違憲審査が、多数決主義である人民主権を根拠とするというのは、一見矛盾しているからである。そして実際、英米では、人民主権、あるいは議会議会主権といった民主主義の規範概念を根拠として違憲審査の正当性を疑う立場も有力に存在する¹⁵⁾。しかし、バルキンの議論は、それらの議論とは一線を画しているし、実はこのバルキンの議論の性格の萌芽が、アッカマンの議論にもみられるところであったのである¹⁶⁾¹⁷⁾。

13) Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857.)

14) See, Balkin ed., supra note 12, pp. 81-83. 同箇所はバルキンによって執筆されている。

15) 議会議会主権の立場として、see, Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge U. Pr., 1999 (長谷部恭男、愛敬浩二、谷口功一訳『立法の復権 — 議会主義の政治哲学 —』岩波書店、2003 年)。人民主権の立場として、see, Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton U. Pr., 2000.

実のところ、人民主権論、あるいは人民主権による違憲審査の正当化、という議論は、アッカマン、バルキン以外のイェールの憲法学者にもみられる。一つには、ロバート・C・ポストとリヴァ・B・シーゲル (Robert C. Post and Reva B. Siegel) の民主的立憲主義 (democratic constitutionalism) 論があげられる¹⁸⁾。ことに、バルキンの議論における裁判所による憲法の意味の構築が人民の自己決定にとって有益であるという議論は、彼らの議論の影響下にある¹⁹⁾。

また、ジェド・ルーベンフェルド (Jed Rubenfeld) の議論は、現実には時代ごとに人民を構成する人々は異なる一方で、彼らが一つの国民 (the People) として語られることの意味を探求するものである²⁰⁾。かれは、国民による合衆国憲法の制定改廃を漸進的な進歩ととらえ、合衆国憲法前文に見られる「より完全な結合 (a more perfect Union)」を目指したものと考える。かれの議論は、人民主権を論じるための歴史叙述への傾倒という点で他のイェールの憲法学者と軌を一にしているが、他方で、合衆国の憲法史を進歩の歴史ととらえることの裏腹に、だから制定された合衆国憲法に不備があったとしてもそれは仕方がなかったのだ、という議論にもつながっている。これに対し、合衆国憲法の正当性を批判的に吟味する契機を人民主権論として提示したのが、アッカマンやバルキンの議論²¹⁾である。つまり、合衆国憲法の実体面及び手続面での正当性の瑕疵はあり、その瑕疵はなぜ治癒され、憲法としての正当性を獲得するのか、というのが二人の問題意識であり、彼らにとって、合衆国憲法の正当性は常に疑いの対象であ

16) この点については、川鍋前掲註6) で検討したので、参照されたい。

17) ただし、このような概括をするとき、違憲審査を人民主権により正当化する、という主旨の議論は、彼らの専売特許ではないことに注意を要する。例えば、スタンフォード大学ロー・スクールの憲法学者、ラリー・D・クレイマーの議論がそれにあたる。See, Larry D. Kramer, *The People Themselves*, Oxford U. Pr., 2004. アメリカ憲法学における人民主権論の諸相は多様性を極めていた感があり、総体的な比較分析についてはなお他日を期して行いたい。

18) Robert C. Post and Reva B. Siegel, *Democratic Constitutionalism*, in Jack M. Balkin and Reva B. Siegel eds., *The Constitution in 2020*, Oxford U. Pr., 2009, pp. 25-34; Robert C. Post and Reva B. Siegel, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 373, 2007.

19) See, Balkin, *supra* note 12, pp. 69-73, especially, p. 70.

20) Jed Rubenfeld, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, Yale U. Pr., 2001.

る。²²⁾

ことほど左様に、現在のイエール大学ロー・スクールには、人民主権論を標榜しながら、総じてリベラルな価値観を基礎に独自の理論を発揮する憲法学者たちが集まっており、さながらイエール学派 (Yale School) と称すべきグループが形成されている。そして彼らは、多かれ少なかれ、いずれも人民主権論とリベラル志向とをリンクさせて議論を展開している。

(2) アマールの憲法論とイエール学派

実のところ、「イエール学派」なる言葉は本稿の独創ではない。この言葉を用いたのは、同じくイエールの憲法学者であり、人民主権に基づく憲法解釈論を展開するアキル・リード・アマール (Akhil Reed Amar) である²³⁾。彼の議論は、イエール学派の特徴である、リベラルな志向を伴った人民主権論としての性格を有しており、バルキンと同じく、ウォレン・コートの諸判決を正当化するものとして展開されている²⁴⁾。日本では、しばしば憲法改正、憲法変動に関する論点

21) See, e.g., Ackerman, *supra* note 3, *We the People* 2, pp. 32-65 (合衆国憲法制定過程における手続の違法の指摘); Balkin, *supra* note 12, pp. 6, 50-51 (いかなる憲法も時々の妥協の産物であり完璧ではありえず、合衆国憲法も例外ではないことを指摘、ルーベンフェルドとの違いを表明)。

22) ただし、アッカマンもバルキンも、それでも合衆国憲法に従うのは正当である、と結論している。See, e.g., Ackerman, *supra* note 3, *We the People* 2, pp. 66-68 (結局、二元的民主政論の定式に従えば、合衆国憲法制定は正当化されたとみるべきである); Balkin, *supra* note 12, pp. 5, 18-22 (合衆国憲法前文の掲げた理念は信頼に値すること、その基礎には 1776 年独立宣言があることを指摘)。

23) Akhil Reed Amar, *America's Constitution and the Yale School of Constitutional Interpretation*, 115 *Yale L. J.* 1997, 2006. ただし、彼の言うイエール学派は、現代の論者に限られず、違憲審査制における反多数決主義の難点 (counter-majoritarian difficulty) を指摘したアレクサンダー・M・ビッケル (See, Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. with A New Foreword by Harry H. Wellington, Yale U. Pr., 1986. 初版は 1962 年)、アマールの条文解釈の方法に影響を与えたというチャールズ・L・ブラック (See, Charles L. Black Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Louisiana State U. Pr., 1969)、日本でもプロセス理論と呼ばれるその議論について数多く紹介がなされているジョン・ハート・イリイ (See, John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard U. Pr., 1980. 佐藤幸治、松井茂記訳『民主主義と司法審査』、成文堂、1990 年) らが含まれる。

24) 後述 I を参照。

で、彼の議論とアッカマンの議論との異同が紹介されてきた²⁵⁾。そして、2011年の段階で松井茂記による簡にして要を得たアマールの議論の総体的な分析がなされている²⁶⁾。本稿は、松井の分析対象だった時期に加えて、その後アマールが新たに著した動態的権利保障に関する議論を検討対象とし、彼の議論の性格をより精確に示すこと、そして、彼の議論が、ほかのイェール学派の憲法学者たちの議論と比較して、いかなる位置にあり、評価を受けているかを検討する。

検討に先立って、主としてイェール学派の人民主権論の性格、目的について若干触れておきたい。しばしば、彼らの日本への紹介において、ときに否定的な意味を含むレッテルとしてポピュリズム（ポピュリスト）憲法学、という言葉方がなされることがある²⁷⁾。確かに、そういう側面がないわけではないし、むしろ、人民主権では正当化できないにもかかわらず保障されるべき重要な権利があることを指摘してポピュリズム憲法学を批判した、従来のリベラリズム、立憲主義の議論は、意義深いものである²⁸⁾。しかしながら、それにもかかわらず、イェール学派の人民主権論には、前述したように、リベラルな要素が含まれている。

バルキンについては前述のとおりであり、アマールの議論のリベラル性については本論で扱うが、アッカマンにも、その傾向はみられる。まず、We the People 第1巻の執筆の目的の一つは、レーガン革命と通称される1980年代のロナルド・レーガン（Ronald Reagan）共和党政権期の反中央集権国家、反福祉国家

25) 参照、阪口前掲註1)、279頁以下；大江一平「インフォーマルな憲法改正論の展開とその意義：アッカーマン説及びアマー説をめぐる議論を手がかりとして」関西大学法学ジャーナル74号（2003年）1頁以下；山本龍彦「アメリカにおける『人民主権』論と憲法変動」、全国憲法研究会編「憲法問題28」（三省堂、2017年）、45頁以下。

26) 松井茂記「ポピュリストの憲法理論——アキル・アマー教授の見解を契機にして——」比較法学（早稲田大学）45巻2号19頁以下。

27) 前掲論文では、自身はポピュリスト憲法学としてのアマールの議論を否定的にとらえているわけではない（55頁）が、同時に従来のなりべらるな立場ではない、とも述べている（19-21頁）。また、阪口前掲註1）は、アメリカ立憲主義をリベラリズムとしてとらえて（5頁註6（6頁））アマールの議論をそれとは異なるポピュリスト憲法学と整理したうえで（156頁註2（160頁））、「立憲主義と多数決主義として理解される民主主義が『どぎつく』対立することを前提に、その場合に民主主義を優先させる選択を示している」（282頁）ことに対して、「アマーとは逆に、『民主主義よりも立憲主義を』という、当たり前ではないにしてもよくある選択」（290頁）をとる。

28) ことに、阪口前掲註1）のアッカマン批判（71頁以下、特に77、100-112頁）を参照。

の強烈的な政治志向が憲法変動としては成立しなかった、と主張することにあつた。つまり、レーガン大統領の2期にわたる当選にもかかわらず、彼は、連邦中央政府の権限拡大による福祉国家志向として憲法変動が成功したニュー・ディール (the New Deal) 期のフランクリン・D・ローズヴェルト (Franklin D. Roosevelt) 政権とは異なり、自己の政策の推進に寄与させる合衆国最高裁判官の任命に失敗した。当時の連邦議会上院は、レーガンの指名したロバート・ボーク (Robert Bork) 元合衆国ワシントン特別区控訴裁判所判事の任命を承認しなかった。それは、レーガン自らの憲法変動の意欲が、裁判所のみならず、連邦議会にも及ばなかった、ということを示しており、アッカマンが定式化した憲法修正条項によらない憲法修正として成立していないものと考えられた²⁹⁾。また、本来全3巻の予定だった *We the People* シリーズ (当初の予定では、1: Foundations; 2: Transformations, 3: Interpretations³⁰⁾) に、「公民権革命 (the Civil Rights Revolution)」の副題で1冊の本を付け加えている³¹⁾。その目的は、公民権法制解釈をめぐるジョン・ロバーツ (John Roberts) 合衆国最高裁判所長官によるロバーツ・コート of 保守化への批判であつた³²⁾。

イェール学派の議論を見る限り、人民主権は、法律上の地位の平等、政治的な平等だけではなく社会的な平等を含む平等を前提とする福祉国家体制を正当化する規範概念である。そして彼らは、アメリカ社会において今なお強力にはびこる、人種、性別などについて公然と差別を行う勢力への反対を展開し続けている。もちろんこのことは、アメリカの主権者たる人民の達成した成果を説明するものであり、純粹に理論的な意味での人民主権という規範概念がそういった帰結と必ず一連のものであるということの意味するわけではない³³⁾。しかしながら、アメリカの人民主権論を考察し、そこから得られるモデルを比較憲法あるいは憲法解

29) See, Ackerman, *supra* note 3, *We the People* 1, pp. 50-56.

30) *Id.*, p. 118, fn. 2 and 3.

31) Ackerman, *supra* note 3, *We the People* 3.

32) 参照、川鍋健「違法な憲法が従うに値する理由：Bruce A. Ackerman の dualist democracy theory における憲法の正当性と歴史との関係をめぐって」一橋法学 15 卷 2 号 289 頁以下、311 頁。

33) ただし、主権を担う主体が人民である場合には、一定程度の平等の承認が論理的に導かれる可能性がある。本稿Ⅲ、おわりに、を参照。

積のために活用する場合には、念頭に置かねばならないことのように思われる。

I アマールの憲法論①：

人民の憲法、あるいは、憲法解釈方法論と憲法をめぐるアメリカ人民の歴史

本章では、アマールの議論の前提となっている、憲法解釈の方法としての歴史の参照について、それが人民主権論の観点からなぜ不可欠かを論じる。

(1) 前提：合衆国憲法の構造

現行の合衆国憲法は、その本体が全7条から構成されている。1条は連邦議会、2条は合衆国大統領、3条は連邦の裁判所の権限と構成を定め、4条で連邦制を採用している。5条に修正（amendment）と呼ばれる憲法改正の手續をおき、6条で合衆国憲法が国の最高法規であること、7条で合衆国憲法発効の要件を定める。1787年に制定されてから、これまでの間に修正は27度行われたが、禁酒修正と呼ばれる修正18条（1919年）は、修正21条（1933年）1節により廃止されたので、正味26条の修正が効力を持っており、総じて33条から合衆国憲法はなっているといえる³⁴⁾。

この条文数、改正数は、各国の現行成文憲法と比較すると僅少である。例えば、ドイツ連邦共和国基本法は番号数で146条（ところどころにabcの枝番号が付与されている）に対して1949年以降約70年の間に60回の改正がある。フランス第5共和国憲法は番号数で89条（ところどころに1、2、3の枝番号が付与されている）に対し1958年以降24回改正がなされているうえ、憲法ブロックとして1789年フランス人および市民の権利宣言などが裁判規範として通用する憲法となっている³⁵⁾。各国が時々に必要なマイナーチェンジを改正として行ってきた一方で、合衆国はその方途をとらないできた。

34) See, U.S. Const., arts. I-VII; id., amend. XVIII repealed by id., amend. XXI.

35) 上記について、参照初宿正典、辻村みよ子編『新解説世界憲法集』第4版、三省堂、2017年、177頁以下（ドイツ連邦共和国基本法訳文、初宿訳）、238、242頁（フランス第5共和国憲法解説、辻村執筆）、250頁以下（フランス第5共和国憲法訳文、辻村訳）。

合衆国の憲法改正（修正）手続について指摘されることの一つに、改正の困難さがある。合衆国憲法を改正するためには、連邦議会上下両院の3分の2の特別多数による改正発議あるいは連邦加入州中3分の2の州議会の要請による憲法制定会議の招集および同会議による改正発議ののち、連邦加入州中4分の3の州による、州議会の承認あるいは憲法制定会議の承認（いずれかの方法を連邦議会が指定する）を経て、憲法としての効力を得る。これは他の国と比べると手続の硬性性が顕著である。ドイツの場合連邦議会の構成員の3分の2および連邦参議院の評決数の3分の2の同意（基本法79条）で憲法改正が承認される。フランスの場合国民議会と元老院の過半数による表決ののち人民投票による承認手続を定める（89条2項）が、共和国大統領が両院合同会議として議会を招集し改正案を付託する場合にはこの限りではなく、有効投票の5分の3の特別多数で、人民投票を経ずに承認される。また、1962年に当時のシャルル・ドゥ・ゴール（Charles de Gaulle）大統領が大統領選挙方法（旧6、7条）の直接普通選挙への移行を、上記改正手続によらずに11条に定める法律案の人民投票への付託の手続で成立させ、憲法院は人民投票により成立する法律についての審査権を有しないと判断したので、効力を得た³⁶⁾。

つまり、合衆国憲法の場合、①ドイツとの比較として、憲法改正の発案と承認の2段階における特別多数決、②フランスとの比較として、成文の憲法改正手続が1つに限られていること、が特徴的である。ニュー・ジールランドの比較憲法学者、ジョエル・I・コロナーリオス（Joel I. Colon-Rios）によれば、最近のアメリカ憲法理論の問題意識は、こういった合衆国憲法修正手続の硬性性にある。そして、かれによれば、アマールの議論もこのような性質を帯びている³⁷⁾。コロナーリオスが具体的に言及したのは、本稿Ⅱで扱うアマールの憲法修正手続に関する議論³⁸⁾であるが、アマールの議論は全体的にそのような性格を色濃く帯びている。

36) ドイツにつき、参照、前掲書200頁（基本法79条）、フランスにつき、参照、前掲書238（第5共和国憲法改正史、辻村執筆）、252（第5共和国憲法11条）、276頁（第5共和国憲法89条）。

37) See, Joel I. Colon-Rios, *Weak Constitutionalism*, Routledge, 2012, p. 19; id., note 25.

(2) アメリカ憲法における解釈の柔軟性

(1)で述べたように、合衆国憲法は、硬性度の高い憲法修正手続をもち、それに伴い、比較的少ない条文数で、国の統治機構と権利保障を規律している。そして、実際には、合衆国憲法上の文言から文字通りの意味を現在の社会に適用すれば、著しい不都合が生じると考えられる場合がある。そしてそのような困難の調整を担うのは、歴史的にも、アマールの場合においても、憲法解釈である。

アマールが具体的に指摘するのは、例えば、合衆国憲法修正1条の名宛人に関する問題である。合衆国憲法修正1条は、連邦議会が、合衆国の国教の樹立を目指す法律や言論の自由を制限する法律などを制定してはならない旨定めている³⁹⁾。その文言を文字通りに理解するならば、合衆国憲法は連邦議会に対してのみ、そのような規範の定立を禁止しているにすぎず、ほかの連邦の統治部門、あるいは各州議会はこのような要求に服する必要はない、ととれる⁴⁰⁾。

しかしながら、アマールによれば、修正1条の文言のみによって、その意味を画定すべきではない。たとえば、合衆国憲法1条6節⁴¹⁾は連邦議会議員の院内における発言に関する免責を定めており、他の連邦の機関や各州の機関が介入することは許されていない。また、アマールによれば、「全体的にこの憲法はアメリカの人民が政府の役人を超越する立場にある、という考えに基づいている。政府の役人は、公衆にとって単なる従僕に過ぎず、彼らの主人ではない。」そしてこの考えによるならば、いかなる連邦あるいは州の機関も、暴力的でない言論について制限しない、と解釈するのが合理的である、ということになる。アマールのこの主張の根拠は、合衆国憲法を執筆したのは主権者たる人民である、ということにある。⁴²⁾

アマールのこのような憲法解釈方法論について、彼は自ら、テキスト横断主義

38) Akhil Reed Amar, *Popular Sovereignty and Constitutional Amendment*, in Sanford Levinson ed., *Responding to Imperfection: Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton U. Pr., 1995, pp. 89-115.

39) See, U.S. Const., amend. I.

40) See, Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, Basic Books, 2012, pp. 32-35.

41) See, U.S. Const., art. I, § 6.

42) See, Amar, *supra* note 40, pp. 35-37. 引用は、p. 37. また、本稿Ⅱを参照。

(intratextualism) と称する。つまり、「少なくとも二つの条文に焦点を当て、それらの連関を強調する」という憲法解釈の方法である。そしてそれはアマールにとって、各時代の人民が一体何を憲法として条文に定めたかを知り、それを踏まえて現在の人民にとっての憲法の意味を明らかにするために憲法解釈を行うにあたり、不可欠な方法である。⁴³⁾⁴⁴⁾

さらに具体的に見てみよう。たとえば、適正手続 (due process) という文言は、1791年成立の合衆国憲法修正5条と、南北戦争後1868年に成立した合衆国憲法修正14条に見られる⁴⁵⁾。これらの文言は、字面だけ見れば全く同じである。しかし、その文言に込められたと考えられる意味は、時々の人民によって、同じではない。つまり、修正5条における適正手続とは文字通り手続が形式上適正になされることを憲法修正者は意図したと考えられるとしても、修正14条の場合、同じ条文中に見られる法の平等保護 (equal protection of laws) という含意が適正手続の文言の中にもある、と理解すべきかもしれない。そうだとすると、同じ適正手続の文言の要請を個別の事件に適用するにあたって、修正5条関連の場合と修正14条関連の場合とで異なりうることになる。⁴⁶⁾

アマールは具体的に言及していないものの、修正5条と修正14条とで憲法の要請が異なっている、ということの問題は、現実には不都合を生じうるものだった。すなわち、その論理に従うならば、Brown判決⁴⁷⁾で問題となったような州の公教育における人種別学が修正14条の要請する法の平等保護に反するということはできても、同日判決された *Bolling v. Sharpe* 合衆国最高裁判決⁴⁸⁾で問題となった、連邦直轄地であるワシントン特別区という州ではない領域の公教育については、法の平等保護の要請はない、とも考えられる。修正5条の名宛人は連邦政府である一方、修正14条の名宛人は州であり⁴⁹⁾、州ではない領域において、適

43) See, Akhil Reed Amar, *Intratextualism*, 112 Harv. L. Rev. 747, 1999. 引用は、id., p. 788.

44) テクストを横断的に解釈すべきことの示唆を、アマールは、Black, *supra* note 23 から得ている。See, Amar, *supra* note 43, pp. 790-791.

45) See, U.S. Const., amends. V, XIV.

46) See, Amar, *supra* note 43, pp. 789-790.

47) See, *Brown v. Board of Education*, *supra* note 11, 347 U.S. 483.

48) 347 U.S. 497 (1954).

49) See, U.S. Const., amends. V, XIV.

正手続の文言によって、法の平等保護、具体的には人種別学禁止の要請を導くことはできない、ということになる可能性がある。

実際には、合衆国最高裁は、Brown 判決にせよ、Bolling 判決にせよ、人種差別は適正手続の観点からも正当化不可能である、と宣言することによって、問題を解決した⁵⁰⁾。つまり、1791年における「適正手続」と1868年における「適正手続」とを同じものとしてとらえ、かつ、1868年に想定されたような「適正手続」の意味としての反人種差別が1791年成立の条文にも読み込まれているのである。アマールの示唆するテキスト横断主義は、こういったウォレン・コートを代表する判決における憲法解釈を方法論の上で正当化する役割を担っていると考えられる。

(3) 組み込み (incorporation) と脱構築

以上の問題は、別の言い方をすれば、南北戦争を挟んで前後、合衆国の憲法の構造が本質的に変化したのかどうか、変化したのだとすればそれはいかなるもので、その変化により生じる憲法の歴史的な意味とは何か、という問題だ、ともいうことができる。

アマールが強調するのは、南北戦争前後で合衆国憲法の主たる名宛人が変化していることである。つまり、修正5条を含め、1791年に成立した権利章典 (the Bill of Rights) と通称される合衆国市民の権利に関する修正1条から10条の名宛人は合衆国政府であるが、1865年の修正13条以降、そして典型的には修正14条1節は、その名宛人に州を挙げている。また、権利章典が人民の権利や権限 (the rights and the power of the people) といった語を多用しているのに対し、修正14条では市民の特権免除 (privileges or immunities of citizens) という語へと文言が変化してきている。このような変化は、アマールによれば、制憲期における、連邦に生きる人民が連邦政府の主人であり、一人ひとりの個人が集的に連邦に参画する、という市民的共和主義 (civic republicanism) から、再建期における、連邦だけではなく州を含む政府に対する一人一人の権利保障を重視す

50) Brown v. Board of Education, supra note 11, 347 U.S. 483, 495; Bolling v. Sharpe, supra note 48, 499.

るリベラルな個人主義への変化を示すものである。そして具体的には、権利章典の名宛人に連邦政府だけではなく州が含まれるようになる、というのが、重要な変化である。⁵¹⁾

アマールによれば、この変化を見逃すことによる解釈上の不都合は、いわゆる武装する権利を定めた合衆国憲法修正2条の解釈と同修正14条の解釈との整合性に現れる。同条は「規律ある民兵は、自由な国家の安全に必要であるから、人民が武器を保有しまたは携帯する権利は、これを侵してはならない」と定める⁵²⁾。彼によれば、修正2条成立当時民兵を構成しえたのはコーカサス系男子だけであり、したがって、同条の権利主体である人民も彼らだけに限られるものと考えられた。他方、修正14条1節は「合衆国において出生しまたは帰化し、その管轄権に服するすべての人は、合衆国及びその居住する州の市民である」と冒頭宣言している。そして同条に定める特権免除の権利主体はその合衆国市民である⁵³⁾。ここでは、修正2条制定時とは異なり、合衆国市民は、アフリカ系男子はもちろんだが、女性、および子どもも含む、という前提がある。誰のいかなる権利かをめぐって、もし1791年と1868年とで、一見同じ対象を指すと考えられる人民 (people) と合衆国市民 (citizens) という言葉について、あるいは権利と特権免除という言葉について、その意図された意味が異なるのであるとすれば、それら二つの意味をいかにして整合させ、アメリカの人民の達成物たる憲法の現代における意味として画定すべきなのか。⁵⁴⁾

アマールによれば、この問題の解決策は、アメリカ合衆国最高裁の判例において展開された、憲法解釈の方法としての組み込み (incorporation) 理論を精緻化することによって示される、という。まず、彼はウォレン・コート時代の二人の裁判官の理論、すなわちヒューゴー・ブラック (Hugo Black) の全面的組み込み (total incorporation) 理論と、ウィリアム・J・ブレナン (William J. Bren-

51) See, Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale U. Pr., 1998, pp. 215-216.

52) See, U.S. Const., amend. II. 訳文は初宿、辻村編前掲註35)、86頁(野坂訳)による。

53) See, U.S. Const., amend. XIV, §1. 訳文は初宿、辻村編前掲註35)、88頁(野坂訳)による。

54) See, Amar, *supra* note 51, pp. 216-217.

nan, Jr.) の選択的組み込み (selective incorporation) 理論を対比する。彼の理解によれば、全面的組み込み理論は、修正14条1節にあらわれる特権免除について、同じく特権の語を用いる合衆国憲法1条9節2項⁵⁵⁾の人身保護令状の特権であったり、修正14条1節と同様に、合衆国憲法修正1条から10条までの権利章典上の合衆国市民の合衆国及び州政府に対するものと理解することができる権利であったりを包含する、と考えるものである。対して、選択的組み込み理論は、全面的組み込み理論と同様修正14条1節には合衆国憲法の権利章典の内容が含まれる、と理解しつつも、全面的組み込み理論とは異なり、その具体的な内容は個々の事例ごとに判断すべきであると考え。つまり、全面的組み込み理論の、一切事例の特殊性を見ることなく合衆国憲法上の特権とは何かについて大上段から定義を振りかざすことに対する批判的な問題意識が選択的組み込み理論の背景にある。⁵⁶⁾

次に、アマールは、選択的組み込み理論が、その実用性の一方で、憲法上の権利について何が重要な権利なのかの判断を、裁判官に委ねてしまうことになる危険を抱えている、と指摘する。具体的には、ブレナン一派が、基本的には刑事手続上の権利を中心に、多くの権利章典上の権利を修正14条1節により承認する一方で、修正2条に関連する私人の武装する権利を修正14条に組み込んで解釈しないことを批判する。それは、アマールにとって、修正2条の権利主体である人民とは、合衆国憲法を制定した「われら人民 (We the People)」に他ならないからである。確かに、建国者たちが修正2条について想定したのは、連邦中央政府が専制化した際に各州が州民による民兵を組織して抵抗する、といった連邦制下の連邦に対する州の対抗関係の保障であり、連邦市民の権利の保障ではな

55) See, U.S. Const., art. I, § 9, cl. 2.

56) See, Amar, *supra* note 51, pp. 218-219. アマールはブラック及びブレナンの議論に何ら註釈なくふれている。さしあたり、全面的組み込み理論について、see, *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947), 68 (Black, J., dissenting). 選択的組み込み理論について、William J. Brennan, *The Bill of Rights and the States*, 36 N.Y.U. L. Rev. 761, 1961. なお、実際には、全面的組み込み理論において、修正9条及び10条は組み込まれないこと、選択的組み込み理論におけるプラグマティズムの正義志向を指摘するものとして、町井和朗『権利章典とデュー・プロセス — アメリカ憲法のダイナミズム —』学陽書房、1995年、それぞれ、84、88頁、177頁。

い⁵⁷⁾が、実際修正2条の武装する権利の主体は、州ではない。⁵⁸⁾

したがって、結論として、アマールは次のように組み込み理論を脱構築するよう提案する。修正14条1節の特権免除に組み込まれる権利の指標は、先述の人身保護令状の特権のように、当該権利が個人的 (personal) あるいは私的 (private) なものかどうかである。これは、修正14条1節が制定されたことによって合衆国憲法の定める連邦制の意味が変わったことに起因している。つまり、先述したように、修正14条の制定によって、連邦対州および各州の人民という構造から、連邦および州政府対合衆国の人民という構造に変わったために生じた憲法の意味の変化である。したがって、その限りで、武装する権利は修正14条1節の特権免除と同じ扱いを受ける。

関連して、ブラックの全面的組み込み理論に対して、当時ブラックの同僚だったフェリックス・フランクファーター (Felix Frankfurter) が基本的な公正さ (fundamental fairness)、あるいは秩序だった自由 (ordered liberty) と呼ばれる議論を展開したのは、何ら理屈もなく修正14条1節の内容が拡張されるわけではない、という彼の直観に由来する、とアマールは考えている⁵⁹⁾。しかし、アマールの議論は、事実上ブラックの主張を全面的に肯定するかに見えるにもかかわらず、連邦制の構造変化という理屈に即したものであり、際限なく修正14条1節により権利を拡張するものではない。⁶⁰⁾

57) アマールは、フェデラリスト・ペーパーズのうち、第28編 (ハミルトン執筆)、第46編 (マディソン執筆) を参照している。See, Amar, *supra* note 51, p.50. See, also, Alexander Hamilton, James Madison, John Jay: introduction by Cass R. Sunstein, *The Federalist*, Harvard U. Pr., 2009, pp. 172-177, 307-315.

58) See, Amar, *supra* note 51, pp. 48-59, 220-221. 「ブレナン一派が……」のくだりも、アマールはどれが「ブレナン一派」の具体的な判例か、註釈で触れずに論じている。さしあたり、see, Jerold H. Israel, *Selective Incorporation Revisited*, 71 *Geo. L. J.* 253, 1982, pp. 292-298. また、参照、町井前掲註56)、140-185頁。

59) フランクファーターの議論について、see, e.g., *supra* note 56, *Adamson v. California*, 66 (Frankfurter, J., concurring). ただし、Israel, *supra* note 58, pp. 273-278 によれば、基本的な公正さとは、マグナ・カルタ以降の成文法や判例法などにより求められる手続の適性、ということだが、結局のところ、いかなる手続がデュー・プロセス違反となるかは、ケース・バイ・ケースだという。また、参照、町井前掲註56)、89-94頁。

60) See, Amar, *supra* note 51, pp. 221-223.

小括：アメリカのリベラルな判例法理の正当化と先鋭化、

そして解釈を通じて明らかになる人民の憲法の歴史的変遷

ことほど左様に、アマールは、憲法解釈を通じて、一義的には、リベラルなウォレン・コートの多くの判例、および、それよりもリベラルの側に立つ反対意見を正当化している。そして、武装する権利についての彼の見解と同様の理解は、District of Columbia v. Heller 合衆国最高裁判決⁶¹⁾において採用されるに至っている⁶²⁾。実際には、Heller 判決に反対した裁判官たちはジョン・ポール・ステイヴンス (John Paul Stevens) らを筆頭にリベラル寄りと目される面々だったのであるが、アマールの議論においては、リベラルな修正14条1節の所産、という理屈で一貫して認められるものである。

他方、比較憲法、憲法解釈方法論の観点から注目すべきは、アメリカでは、憲法解釈を通じて、憲法の意味の重大な変更が認められる、という主張がなされていることである。つまり、先行する憲法制定ないし修正に対して、それ自体の修正が一義的に企図されたわけではないにもかかわらず、後続する憲法修正と整合させるために、制定憲法ないし先行する憲法修正の意味を変更することが正当化される場合がある。もっとも、この理解は、法の安定性に重きを置いていないとか、再建期の憲法修正者がオリジナルの憲法典の意味の変更を行ったことを正当化する反原意主義だ、といった批判的評価がなされている⁶³⁾。確かに、そのような評価は間違っていない。なぜなら、アマールの主張においては、最新の憲法修正の意味を探る憲法解釈は、それを判例において展開する裁判官、そして、理論において展開する憲法学者によって担われているからである。

このような事態は、見方によっては、裁判官政治の招来、とも評価されるかもしれない。しかし、アマールの議論は、連邦憲法の基本原理である人民主権を根拠として、アメリカ社会において後続する人民が何を憲法価値として選び取って

61) 554 U.S. 570 (2008).

62) Heller 判決を肯定的に評価する、Akhil Reed Amar, *The Constitution Today: Timeless Lessons for the Issues of Our Era*, Basic Books, 2016, pp. 230-236 を参照。

63) Andrew Koppelman, Akhil Amar and the Establishment Clause, 33 U. Rich. L. Rev. 393, 1999, p. 404; Edward A. Hartnett, *The Akhil Reed Amar Bill of Rights*, 16 Const. Comment. 373, 1999, p. 397.

きたか、を明らかにするものである。つまり、本稿ははじめにで見たバルキンの議論と同様に、現在の人民にとっての、最新の憲法修正についての理解を重視し、それに基づいて過去の制定憲法、憲法修正の意味を読みかえている。

したがって、アマールの議論は、シカゴ大学ロー・スクールの憲法学者デイヴィッド・A・ストラウス (David A. Strauss) が唱えたような、裁判所が憲法価値の新たな構築を主導することを認める「生ける憲法 (living constitution)」の考え方⁶⁴⁾とは大きく異なる。むしろ、アッカマン以来の人民主権論の系譜に連なって、人民が担った憲法変更の意味を憲法典全体に巡らせたものと考えられる。

最後に、彼の憲法解釈における歴史参照は、まさに人民が憲法制定あるいは修正において何を達成したのかを明らかにするための不可欠の手段として用いられる。従来、憲法解釈における歴史参照という手法は、ロバート・ボークにしろ、アントニン・スカリア (Antonin Scalia) にしろ、ラウル・バーガー (Raoul Berger) にしろ、保守派原意主義者、つまり、修正 14 条の拡大解釈を認めない立場の憲法解釈方法論の十八番であった⁶⁵⁾。そして、彼らは、アメリカの民主政治が企図しなかったことを裁判所が行っている、と称して、ウォレン・コート以降のリベラルな諸判決を批判してきた⁶⁶⁾。これに対して、アマールが歴史参照を憲法解釈のために用いることは、リベラルの側の主張が単に理想的であるというばかりではなく⁶⁷⁾、歴史的に見て、アメリカの民主政治の達成物である合衆国憲法修正の所産であることを示そうとする営みでもある。つまり、アマール

64) David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford U. Pr., 2010.

65) See, Robert Bork, *The Tempting of America*, Free Pr., 1990; Antonin Scalia (Amy Guttmann ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, revised ed., Princeton U. Pr., 1998; Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard U. Pr., 1977.

66) もっともこの点について、ウォレン・コートが示したようなリベラル志向が、連邦議会制定法などの立法を通じて展開されることは否定しない、という原意主義の立場もありうることに、注意を要する。See, Keith E. Whittington, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Harvard U. Pr. 2001, pp. 175-179 (ヴェトナム戦争下の 1967 年戦争権限決議に関する公聴会において、ラウル・バーガーおよびアレクサンダー・ビックルが議会主導による憲法の意味の具体化は正当化される旨発言したことを指摘) ; *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Univ. of Kansas Pr., 2001, p. 172 (憲法の意味の具体化は、その機能の観点から、裁判所よりも議会が主導すべきである)。

の主張は、従来の原意主義の土俵で争ったとしても勝負できるものとして、展開されている⁶⁸⁾。

II アマールの憲法論②：

人民による憲法、あるいは、人民主権と憲法改正

前章では、アメリカの人民が、合衆国憲法の制定、あるいは憲法修正を通じて実現しようとした価値、すなわち人民の憲法とは何かについて、憲法解釈とその方法に関するアマールの議論を見た。一方で、そのような人民の憲法は、いかなる手続を経て成立すれば、人民の憲法たる資格を得るのか。本章では、人民の憲法が成立する条件について、アマールの議論を分析する。⁶⁹⁾

(1) 前提：憲法修正条項によらない憲法修正の条件

アマールの議論の中でも、著名かつ論争誘発的であるものの一つに、憲法改正手続に関するものがある。それはごく簡単にいえば、合衆国憲法5条所定の憲法修正手続以外に合衆国憲法修正を実現することのできる手続がありうる、というものである。

この論点について、日本において先に紹介され、議論されたのは、アッカマンの議論である⁷⁰⁾。彼の議論は、ごく簡単にまとめれば、合衆国憲法5条所定の手続以外の憲法修正手続が、コモン・ローの歴史的形成と類似するかたちで、歴史的に形成されてきている、というものである。彼によれば、憲法修正条項によらない憲法修正は、イギリスの名誉革命期以来アメリカ人に受け継がれてきた伝

67) おそらくその典型はロナルド・ドウォーキン (Ronald Dworkin) であろう。See, e.g., Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard U. Pr., 2000 (小林公、大江洋、高橋秀治、高橋文彦訳『平等とは何か』木鐸社、2002年)。

68) アマールは、この企てを自覚的に行っている。彼がバルキンに『生ける原意主義』(Balkin, *supra* note 7) を執筆するよう促したのはその一環である。See, Amar, *supra* note 62, pp. 15-16.

69) 本章に関連する一次、二次文献の多くを、日本語によってほぼ逐語訳的に読むことができ、かつ、日本における憲法変遷論との異同を踏まえて示唆をもたらすものとして、大江前掲註25)がある。この議論に関する限り、まず参照されるべき文献である。

統であり、合衆国憲法制定期、南北戦争後の再建期、大恐慌後のニュー・ディール期、1960年代の公民権運動期に、実践された⁷¹⁾。そして、憲法修正手続によらない憲法修正の条件は、時代ごとに必ずしも一様ではなく、生ける憲法 (living constitution) として動態的に観察される。⁷²⁾

そして、彼の議論における要点の一つは、憲法修正条項によらない憲法修正を要求する試みは、既存の憲法体制に対する反対を憲法修正手続のような正規の手続に依らずに法として樹立される、というものである。したがって、それらにまつわる政治的な動きについて、先行する憲法体制の用意する憲法修正手続に違反する、という意味で違法な (illegal) 側面がみられる。合衆国憲法が、連合規約13条によらず合衆国憲法7条により成立したことも、修正14条成立の際に南部諸州選出議員が連邦議会の修正発案の手続に参加していないことも、既存の憲法修正手続に反する違法なものだが、人民がその反対を支持したという歴史的な経緯によって、合法なものとしてきた、というのである。⁷³⁾

このアッカマンの議論に対して、アマールの議論は、第一に、アッカマンと同様憲法修正条項によらない憲法修正手続はありうると考えるが、アッカマンとは異なりその根拠は制憲期の憲法制定会議の先例、これまでの法伝統および合衆国憲法上の規定による、というものである。そして第二に、アッカマンとは異なり

70) 管見の限りでは、1987年に大阪大学法理学研究会がまとめた『『中立的対話』と法理論』阪大法学144号207頁以下が最も古く、その後、アッカマンに師事した川岸令和によるAckerman, *supra* note 3, We the People 1を分析した論文「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」早稲田政治経済学雑誌320号(1994年)286頁以下が公刊された。20世紀末に、いわゆる司法審査と民主主義、立憲主義と民主主義の相克の問題に関連して、立憲主義の立場からアッカマンの議論を否定する議論が有力に唱えられるようになった。例えば、参照、長谷部恭男「政治過程としての違憲審査」ジュリスト1037号(1994年)、103頁以下。阪口前掲註1)『立憲主義と民主主義』については、前掲註27)、28)を参照。アッカマンの議論を体系的に、かつアマールとの対比で議論しているごく少ない例の一つが、大江一平の業績であり、最近になって、山本龍彦がアッカマン及びアマールの主張をいわゆる砂川事件最高裁判決(最大判1959年12月16日、刑集13巻13号3225頁)の統治行為論に接合させる試みを示している。前掲註25)を参照。そのほかの文献については、川鍋前掲註32)、291頁註5；川鍋健「テキスト解釈とその目的：ジャック・M・バルキンの『生ける原意主義』、そして『憲法の救贖』という物語について」一橋法学16巻1号(2017年)165頁以下、166頁註5所掲文献を参照。

71) Ackerman, *supra* note 3, We the People 1, 2, and 3.

憲法修正条項によらない憲法修正の過程にそもそも違法の瑕疵はない、と主張する。以下、順に見てみよう。

(2) 憲法制定会議による憲法修正、あるいは新憲法制定

アマールは、合衆国憲法5条が、同条以外の憲法修正手続を明示的に排除しているわけではないことを指摘する。つまり、5条は、連邦政府や州政府などの政治過程主導による憲法改正を規定するにすぎず、人民が法的にありうべき手続に従って政府を改廃する権利を行使することを妨げるものではない。そして、そのありうべき手続とは、アマールによれば、憲法制定会議 (Convention) である。制憲過程においては、1787年フィラデルフィア憲法制定会議 (Philadelphia Con-

72) 本稿筆者は、2016年時点で、Ackerman, *supra* note 3, *We the People 1 and 2* に依拠して、憲法修正条項によらない憲法修正の条件は5つ (signaling, proposal, mobilization, switch in time, consolidation) ある、と述べた。川鍋前掲註32)、306-307頁。しかしながら、その後、ポストン大学ロー・スクールの憲法学者ジェームス・E・フレミング (James E. Fleming) が、Ackerman, *supra* note 3, *We the People 3*, pp. 44-46 のイタリック表記に従って、現時点では6つ (signal, proposal, triggering election, mobilized elaboration, ratifying election, consolidation) だと指摘していることを知った。See, James E. Fleming, *Fidelity to Our Imperfect Constitution: For Moral Readings and Against Originalisms*, Oxford U. Pr., 2015, p. 144. 文献渉獵の不十分を恥じる次第である。ただ、この部分に関する記述については、アッカマン自身最初から6つと明示した、また、そう解釈されていたわけではない、ということも知られている。たとえば、参照、阪口前掲註1)、83-87頁。そして実際、本稿筆者が解釈したのも、アッカマンのイタリック表記と異なり、5つであった。

2017年12月13日にイェール大学ロー・スクールでブルース・A・アッカマン教授に対してインタビューを行った際には、この点に関連する質問を行った。彼の回答によれば、第一に、時期によって条件の数は変化している。つまり、5つと考えるにしろ6つと考えるにしろ、名譽革命や制憲期にさかのぼって最初からそれらの数だったわけではない。第二に、そもそもこの条件に関する議論について、アッカマン教授自身は規範的な議論を展開したという認識はない。あくまでアメリカでは歴史的にそのように動いてきたのであり、条件に関する議論も歴史的に観察されるという、記述的な意味以上ではない。これらアッカマン教授の応答からは、そもそも彼の憲法修正条項によらない憲法修正の条件に関する議論について、規範理論としての有用性、つまり、類似しているかにみえる現象に対してその産物を法的に正当化する役割を期待することは困難である、と考えられる。もっとも、彼のこのようなエクスキューズが、何でもありの憲法変動を規範的に正当化するものではないか、という前掲註5) に示した各論文の批判、とりわけハーヴァード大学ロー・スクールの憲法学者ローレンス・H・トライブ (Laurence H. Tribe) の批判を受け止め切れているのかは、わからない。

73) この点は、川鍋前掲註32)、293-312頁で詳細に分析したので、そちらを参照されたい。

vention) で合衆国憲法案が起草され各邦に回付、審議されることとなった後、1787年11月24日ペンシルヴェニア憲法制定会議 (Pennsylvania Convention) において、フィラデルフィア会議において合衆国憲法案推進派の有力者だったジェームス・ウィルソン (James Wilson) が憲法制定会議による憲法改正を認めている⁷⁴⁾。また、サー・ウィリアム・ブラックストーン (Sir William Blackstone) 以来、人民の集会する権利 (the right of the people to assemble) の行使の典型的な例は憲法制定会議である。そして、実際に施行された合衆国憲法においても、人民の集会する権利は修正1条に認められ、かつ、前文⁷⁵⁾、修正9条及び10条⁷⁶⁾の文言によれば、「すべて、現に、明示的に『人民』の言葉を引」いており、「『われら人民が』我々の人民主権に基づく権利と権限とを『行使し』、(中略)『人民』が明示的に我々の『権利』や『権限』を『保有し』そして『留保する』のは、再びそれを行使するためである」、と解釈することができる。⁷⁷⁾⁷⁸⁾⁷⁹⁾

74) アマールは、Amar, *infra* note 77, p. 494 において、この趣旨の演説がなされたという、ジョン・スマイリー (John Smilie) の 1787 年 11 月 29 日ペンシルヴェニア憲法制定会議発言 (see, John P. Kaminski & Gaspare J. Saladino eds., *The Documentary History of the Ratification of the Constitution*, 27 vols., vol. 3, p. 376) を引用している。これは、スマイリーの発言のもとになっているウィルソンの 1787 年 11 月 24 日演説に複数の版が存在しており (see, *id.*, pp. 338-363)、どれを正当な版とするかの判断を避けたものと思われる。

また、ウィルソンの合衆国憲法制定過程での役割に関するこれまでの歴史学的評価とその批判を展開するものとして、see, William Ewald, *James Wilson and the Drafting of the Constitution*, 10 U. Pa. J. Const. L. 901, 2008.

75) 「われら合衆国の人民は (中略) この憲法を制定し確立する。」See, U.S. Const. pmb. 訳文は初宿、辻村編前掲註 35)、77 頁 (野坂訳) による。

76) それぞれ、「この憲法に一定の権利を列挙したことをもって、人民の保有する他の諸権利を否定しまたは軽視したものと解釈してはならない」、「この憲法によって合衆国に委任されず、また州に対して禁止されていない権限は、それぞれの州または人民に留保される。」See, U.S. Const. amends., IX, X. 訳文は初宿、辻村編前掲註 35)、87 頁 (野坂訳) による。

77) Akhil Reed Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 Yale L. J. 457, 1994, pp. 458-461, 489-494. 引用は、*id.*, p. 492.

78) ちなみに、アマールは、修正9条がプライバシー権の正当化、修正10条が連邦制の制度的保障に、重要な焦点が当てられ、あるいは解釈されてきたことを理解している。See, *id.* その意味で、彼の議論は、それまでの通説的理解とは異なるが、彼によれば、合衆国憲法を構造的に理解するならば彼の議論の通りになるはずであり、とりわけジェームス・ウィルソンはその論理を理解していた。See, *id.*, p. 495, n. 150.

また、興味深いことに、アマルは「合衆国憲法5条追求型の憲法修正は統治者たちによる特別多数決を要求しているものであり、そういった修正過程は人民による支配を保障しえない」と指摘している⁸⁰⁾。この主張には二つの含意があると考えられる。一つは、先にふれたように、5条が定めるのは、統治者たちによる改正手続だ、という点である。合衆国憲法5条は、例えば日本国憲法96条とは異なり、国民投票による憲法改正案の承認を要求していない。今一つは、特別多数決だ、という点である。かつてアレクサンダー・ビッケルが指摘したように、特別多数決の手続は、少数の人々に憲法修正拒否権を認めるものである⁸¹⁾。アマルは、ビッケルやその系譜にあるジョン・ハート・イリイは、このことを根拠の一つとして、合衆国憲法の意味が現在の人民の考えを反映したものではなく、したがって憲法の意味を解釈する裁判所は反多数決主義的だと理解したのだ、という⁸²⁾。これに対して、アマルは、合衆国憲法が憲法制定会議による憲法変更を否定せず、かつ、その票決が単純多数決によりなされることを認める⁸³⁾ことにより、合衆国憲法の最高法規性やイリイの表現に従えば解釈主義的な司法審査⁸⁴⁾は、反多数決主義的ではない、と主張する⁸⁵⁾。

79) なお、合衆国憲法5条が、同条所定の憲法修正手続以外の手続を否定しない、との主張について、see, also, Akhil Reed Amar, *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, 55 U. Chi. L. Rev. 1043, 1988, especially, pp. 1044-1066.

80) Amar and Hirsch, *infra* note 102, p. 5.

81) See, Bickel, *supra* note 23, p. 21.

82) Amar, *supra* note 79, p. 1078.

83) 後掲註97) 参照。

84) イリイは、「解釈主義 (interpretivism)」を「憲法問題を判断する裁判官たちは、成文憲法において叙述されあるいは明確に暗示される規範に効力を持たせるにとどまるべきだ」とする立場と理解する。Ely, *supra* note 23, p. 1. これは、従来の原意主義に相当する。したがってここでは、「解釈主義的な司法審査」とは「従来の原意主義的な司法審査」と読み替えてよい。

そして、そうではない憲法解釈の方法はすべからず「非解釈主義 (non-interpretivism)」つまり、「裁判所は解釈主義的な一連の法への言及を超えて、実定憲法の書かれた四隅の紙面のうちからは見出されえないような規範に効力を持たせる」ものということになる。Id. ただし、非解釈主義とされる議論においても、結論の政治的妥当性のみを根拠とするのではなく、憲法解釈における法原理の重要性を説くものがある、ということは知られている。参照、土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法』の観念——手続的司法審査理論の憲法的地平——」米沢広一、松井茂記、土井真一刊行代表『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』、青林書院、1998年、115頁以下、123頁。

(3) 違法な憲法修正の法的正当性

加えて、アマルは合衆国憲法制定あるいは憲法修正の違法な側面を主張する学説に対して反論する。

第一に、合衆国憲法制定の法的正当性について。

まず、1776年アメリカ独立宣言⁸⁶⁾は、イギリス国王による圧制をあげつらうことによって、ジョン・ロック (John Locke) が統治二論で示したような革命権⁸⁷⁾の行使、つまり暴力の使用による体制変更を正当化した。それは、王制下において体制変更の要求を正当化するためには不可欠だったためである。それまで、アメリカ植民地の人々はイギリス国民だったのであり、もし暴力ではなく投票によって体制変更を企図したならば、アメリカ植民地の統治を、イギリス国民の投票のみによって決めることは困難だった。他方で、このような事情はアメリカ独立時に特殊のものであった。独立後の各邦は民主的であり、各邦憲法において、体制を変更する人民の革命権が実定化された。つまり、アメリカ独立後、体制の変更方法は暴力ではなく投票による (bullets から ballots へ) ことが法的に認められるようになった。したがって、1787年アメリカ合衆国憲法制定時に、人々が平穩裡に集まって、単純多数決によって新憲法が制定されることは、違法

85) Amar, *supra* note 79, p. 1078.

86) The Declaration of Independence (U.S. 1776).

87) アマルは、ロックの統治二論後編、§ § 221, 243を引いている。See, Amar *supra* note 77, p. 463 n. 15. ロックの革命権に関する議論について、see, John Locke, *Two Treatises of Government*, in *The Works of John Locke*, 9th edn., 9 vols., vol. 4, 1794, reprinted by Routledge/Thoemmes Press, 1997, p. 207ff., pp. 469 (§ 221), 484-485 (§ 243). 邦訳として、参照、加藤節訳『完訳 統治二論』、岩波書店、2010年、560 (§ 221)、588-589 (§ 243) 頁；鶴飼信成訳『市民政府論』、岩波書店、1968年、220 (§ 221)、243-244 (§ 243) 頁。なお、ロックの革命権の議論は、名譽革命以前に執筆され (加藤訳 599 頁)、「名譽革命の、合理的な根拠を提供しよう」(鶴飼訳 246 頁) というものではない。したがって、「他国における同じような革命的行為を誘致し、それを弁明する」(鶴飼訳 246 頁) ことが一義的に意図されたわけではない。アメリカ独立革命において、ロックの議論がどう影響したか、その理解をめぐるアメリカ革命史の共和主義的再読解までの議論について、see, Ackerman, *supra* note 3, *We the People* 1, pp. 24-32. この点、ロックが、「アメリカ独立革命やフランス革命に政治的想像力の一つの重要な源泉を提供することによって、現実の歴史の動向にさえ実践的な影響を与えた」(加藤訳 595-596 頁) ことが専門家においても認められており、1690年に初版が公刊された政治的意味 (加藤訳 599-600 頁) をも踏まえ、アマルによるロックの議論枠組みを用いた独立宣言理解は、独立革命の共和主義的再読解の文脈に依拠するものとして、ありうる解釈だろう。

とは考えられていなかった。⁸⁸⁾

次に連合規約 (Articles of Confederation) との関係で、連合規約13条が定める規約改正の процедуруを取らずに合衆国憲法が成立したことが法的には問題となる。つまり、連合規約13条は、規約改正の程序として、大陸会議 (Congress) による同意とアメリカ13邦連合 (Confederation) 加盟全邦の立法部による承認を要求し、同条以外による変更を認めないことを明示する⁸⁹⁾。他方、合衆国憲法は、同7条により、9つの州が憲法会議により合衆国憲法を承認したとき確定発効するとされた⁹⁰⁾。この点について、アマールによれば、確かにこれら二つの条文は相容れないが、それは合衆国憲法成立の違法性を示すものではない。なぜならば、連合規約は主権国家たる独立13邦により締結された条約に過ぎず、13邦連合それ自体は主権国家ではなかったためである。連合規約の取り決めはしばしば自由な主権国家たる各邦によって破られ、無効なものとなっていた。⁹¹⁾

第二に、南北戦争後の再建期修正の法的正当性について。

1868年合衆国憲法修正14条は、連邦議会の議席から南部諸州選出議員を排除した、第39回合衆国連邦議会において発案された。この過程は、典型的にはアッカマンによって合衆国憲法5条違反、すなわち違法な憲法修正である、との批判を受けた。したがって、アッカマンは再建期の政治過程の推移から、合衆国の人民が修正14条を支持したと評価することができる、という憲法修正条項によらない憲法修正の議論によって、修正14条の法的正当性を主張することになった。⁹²⁾

これに対して、アマールは、修正14条制定過程に違法の瑕疵はない、という。まず、彼によれば、議事を行うに必要な定足数を議員の過半数とする、という合衆国憲法1条5節1項⁹³⁾は、歴史的に憲法修正に関する議事においても適用さ

88) Amar, *supra* note 77, pp. 463–464, 469–487.

89) Articles of Confederation, art. XIII.

90) U.S. Const., art. VII. このスキームに従うと、合衆国憲法が確定発効したのはニュー・ハンプシャー (New Hampshire) が承認した1788年6月21日、ということになる。参照、田中英夫編集代表『英米法辞典』、東京大学出版会、1991年、960頁、脚注2。

91) Amar, *supra* note 77, pp. 464–469.

92) 前掲註73) を参照。

93) See, U.S. Const. art. I, § 5, cl. 1.

れている。それは、アッカマンによっても適法な過程とみなされた修正 13 条発案時においても適用されたし、さかのほれば合衆国憲法の権利章典制定時においてもそうであった。したがって、修正 14 条の発案に必要な連邦議会各議院の定足数は過半数でよかったことになり、この点は南部諸州選出議員排除後も達成されていた。次に、再建期共和党の指導者たち、具体的にはチャールズ・サムナー (Charles Sumner) とジョン・ビンガム (John Bingham) は、適法な憲法修正過程であるはずの修正 13 条制定過程において、憲法修正の承認手続において南部諸州の承認を必要としないと考えていた。この見解は、確かに当時の連邦議会の公式見解ではないが、同時に、そのような方針をとることが合衆国憲法 5 条違反だとは考えられていなかったことを示唆する。そして、修正 14 条の承認にあたって、南部諸州による承認を必要としない、とした同条の修正過程は、そのような考えに従ったものだった。⁹⁴⁾

小括：人民主権の具体的意味、実定法上の根拠、憲法制定会議という先例

日本においてもすでに指摘されているように、アマールの議論は、アッカマンの人民主権論と同様に、「通常政府と人民の区別（つまり、政府主導の合衆国憲法 5 条による憲法修正と、人民主導の憲法制定会議による憲法修正の区別：引用者）にあくまでもこだわることで、憲法の最高法規性と人民の自己統治の契機を確保しようとしている⁹⁵⁾」。しかしながら、アマールの場合、そのような人民主権の理念を強調することのみによって、合衆国憲法 5 条以外の手続による憲法修正を認めるのではない。彼は、合衆国の革命という経験から、独立 13 邦がその憲法において人民の体制変更の権利を実定化したこと、そして、そのような権利

94) Akhil Reed Amar, *America's Constitution: A Biography*, Random House, 2005, pp. 366-368. ただし、アマールは、*id.*, p. 368, n. 23 and 24 において、再建期共和党指導者たちの考え方の典拠を Ackerman, *supra* note 3, *We the People* 2, pp. 150-157 に求めているが、そこでは、ビンガムの考えについての典拠となる資料は掲載されていない。つまり、サムナーが 1867 年 12 月 4 日に連邦議会上院で修正 13 条発案決議を上程したこと、たしかにサムナーは南部諸州の承認なしに修正 13 条が成立しようと考えていたこと、その上程はすでにビンガムを含む連邦議会下院においても支持されたものであったこと、が述べられているに過ぎない。See, *id.*, pp. 150-151.

95) 大江前掲註 25)、74 頁。

を具体的に行使する先例として、合衆国は憲法制定会議を実践したことにも、議論の根拠をおいている。この態度は、アッカマンの議論の長所である、歴史を踏まえた人民主権へのコミットメントを共有しつつ、アッカマンの議論の短所である、人民主権の具体的な意味が、歴史に依拠することの結果として、不明瞭に生々流転する点を克服するものである。つまり、憲法修正条項によらない憲法修正は、アッカマンがいうような、時々 to 動態的に観察される不定形なもの⁹⁶⁾ではない。合衆国においては、最初から人民主権が実践され、その指標が示されたのであり、そうであれば、それに準じる、あるいはそれ以上に民主的な手続を具体的に構想しうるのであれば、それにのっとって憲法を修正すればいいことになる。実際、アマルは、憲法制定会議に代えて直接人民投票 (direct referendum) を用い、かつその票決は投票総数の過半数とすることを承認する⁹⁷⁾。

ただし、この点については、疑問もある。それは、なぜ、人民主権の実践のベースラインが憲法制定会議であるべきなのか、ということである。アマルはこの問題に対する回答を回避し、憲法制定会議による憲法修正の場合、発案と承認双方で憲法制定会議が招集されるべき、というにとどまる⁹⁸⁾。しかしながら、憲法制定会議という、代表者を選出して憲法案を策定させる、というのは、公正選挙により代表される議会に憲法案を策定させるのと本質的に何が異なるのだろうか。むしろ、憲法制定に関する人民支配を徹底するならば、直接人民投票を原則とすべきではないか。このようなアマルの議論の転倒は、アメリカの憲法史上憲法制定会議が法的に有効に機能したという、歴史的見識によってしか正当化されえないことのように思われる。

また、アマルの議論については、大江一平の言うように、いったいアマルはどれほど真剣に「革命と憲法の関係について踏み込んだ考察をおこなっているのか、という問いを引き起こすかもしれない。つまり、アッカマンのような『人民主権の継続的实践』の物語を強調」することこそが、人民主権論の一つの

96) 川鍋前掲註 32)、330 頁。

97) See, Amar, supra note 79, p. 1064, n. 78. また、アマルの単純多数決志向について、See, Amar, supra note 77, pp. 481-487. また、阪口前掲註 1)、281 頁も参照。

98) See, Amar, supra note 79, p. 1064.

魔力であると同時に、魅力であるのかもしれない。しかしながら、本稿は、大江とは異なり、アマールも総合的に見れば「人民主権の継続的实践」を強調していると理解しており、少なくともその基準によってアッカマンの議論がアマールの議論よりも「革命と憲法の関係について踏み込んだ考察を行っている」とは考えない。アマールは、合衆国憲法の外に、合衆国憲法を廃止あるいは変更する指標があることを、革命を含め歴史的に観察できる、と言っているからである。むしろ、彼の論理は、現在の人民は、憲法制定会議より以上に民主的な方法を用いて、偉大な建国の父たちの創った憲法を廃止できることを明確に示したのであるから、将来の憲法廃止の可能性についての言及を留保したアッカマンと比べて徹底している。⁹⁹⁾

もちろん、大江がなぜこのような評価を下したか、わからないわけではない。なぜならば、次章で見るように、アマールは、憲法修正（改正）は、人民主権論に依拠するならば、限界がある、との見解に立つからである。人民主権論の今一つの魅力が、人民という「始原的で全能であるはずの主権者¹⁰⁰⁾」を措定することであるならば、確かにアマールの議論は、真剣な人民主権論ではないかもしれない。

しかしながら、人民主権論にコミットするならば人民主権の全能性を弁証しなければならず、さもなくば人民主権概念は抹殺¹⁰¹⁾されなければならないということになるのであろうか。次章、およびおわりにではこの点について考察する。

99) 大江前掲註 25)、71 頁、註 325。引用も同じ。ただし、傍点は引用者による。また、「主権論の魔力」という言い回しについて、参照、高見勝利「主権論——その魔力からの解放について——」法学教室 69 号、1986 年、16 頁以下。また、アッカマンが合衆国憲法廃止あるいは憲法改正無限界論に立つのか疑問を持つ根拠として、see, Ackerman, *supra* note 3, *We the People* 1, p. 15, fn. 2 [「国教の樹立に反対する者は反逆罪により死刑」なる憲法修正の憲法適合性問題について、「暗澹たる時代に最善のかたちで残されている」と述べている]

100) 山本前掲註 25)、55 頁。

101) 主権概念の抹殺、という言い回しについて、参照、辻村みよ子『市民主権の可能性——21 世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』、有信堂光文社、2002 年、33-34 頁。

Ⅲ アマールの憲法論③：

人民のための憲法、あるいは、目的的人民主権論と憲法改正の限界

前章では、人民の憲法が人民の憲法たる資格を得る手続、つまり人民による憲法の考えについて、アマールの議論に即して論じた。他方で、アマールの議論の興味深い点は、人民主権論に依拠するならば、実体面で違憲の評価が下される憲法改正がありうる、と主張する点にある。それは、彼によれば、人民が主権を有することに付随する目的のためである。以下、具体的に見てみよう。

(1) 人民主権の本質

アマールは、ウィリアムズ・カレッジ政治学部の憲法学者アラン・ハーシュ(Alan Hirsch)との共著書において、人民主権の目的とは何かに関する考察を展開した¹⁰²⁾。彼の、単純明快であり、言い慣らわされてきたという意味では陳腐な響きを感じさせるかもしれないが、含蓄を感じさせる主張は、人民主権の本質は討議(deliberation)にある、という点である。

事実上、真の人民主権は、切り離された諸個人の鼻の数を単に数え上げるのではなくて、集合的な「人民」という、討議により形成される多数者を前提とする。(中略)適切に討議を行うには、人々は反対の考えにさらされ、そしてそれを(討議に：引用者)引き込むのでなければならない。多数派を形成しようとする者たちは、すべての反対者たちを納得させ、説得するのでもなければならない。逆に反対者たちは、議論において多数派を引き込むのでもなければならない。人民の判断は多数決により決定されねばならないが、すべての投票者たちは、人民の一部であり、したがって討議の過程の一部たる資格を持っているのである。¹⁰³⁾

102) Akhil Reed Amar and Alan Hirsch, *For the People: What the Constitution Really Says About Your Rights*, The Free Press, 1998. ウェブサイトで調べる限りでは、この間ハーシュ講師は前掲書所掲の所属先から異動されたようである。See, <https://political-science.williams.edu/profile/ahirsch/> (2018年2月17日閲覧)

103) See, Amar and Hirsch, *supra* note 102, p. 26. 傍点は原文イタリック。

確かに、討議の中で、極端に破壊的、破滅的な議論がなされるかもしれないし、そのような議論が多数を占めることがあるかもしれない。しかしながら、アマールによれば、そうだとし、「多数決に基づく憲法修正が討議の過程を避けることを想定する理由はない¹⁰⁴⁾」。

この点に関連して、アマールが強調するのは、アメリカ社会における個人観である。つまり、彼によれば、アメリカ社会において人はだれでも何らかの点で少数の側に属している。たとえば、保守派キャソリック信仰者が、自らの価値観を憲法に明示して、とりわけ避妊の禁止を盛り込むべきだと考えているとする。しかし彼あるいは彼女は同時に、それを行動に移す際の危険もわかっている。なぜなら、避妊の禁止で相乗りできる人々は、同時に、銃を規制する憲法修正を実現しようとして多数派を構成するかもしれず、そのとき保守派キャソリック信仰者は少数派に陥るかもしれない。そのことを人々はわかっているからこそ、少数者保護、個人の権利の尊重という主張が、多くの人々によって、その長期的な自己利益に基づいてなされることになる。つまり、アメリカ社会における人々の遍在する異質性 (heterogeneity) によって、人々は、少数者を尊重するという意味で、有徳たりうる。したがって、そのようなアメリカ社会においては、憲法修正は慎重になされることが、合衆国憲法制定の先例も踏まえると、一般的に期待できるとアマールは考えている。そして彼は、これらの事情から「多数者による修正を行う権利は、即席にあるいは気まぐれに、修正を行う権利を含む必要はない」とも考えている。¹⁰⁵⁾

(2) 人民主権の目的と具体的帰結：憲法改正の限界

アマールは、人民主権の本質として人民の討議を強調した。そして、彼は、その本質を実現することに伴って、憲法改正、とりわけ人民主権原理を採用した合衆国憲法の改正について次のような限界がある、と述べる。第一に、人民主権を否定する改正は認められない。第二に、人民主権を奉じる憲法の全部ないし一部を停止することはできない。第三に、人民による将来の憲法改正を禁止すること

104) See, id.

105) See, id., pp. 22-26. 引用は, id. p. 26.

はできない。第四に、人民による自己統治を不可能にするような改正は認められない。以下、具体的に見てみよう。

①人民主権を否定する改正は認められない。

合衆国憲法は、前文で合衆国の人民が合衆国憲法を制定し確立することを明示する。このことは、本稿Ⅱでみたように、人民の体制を変更する権利は、前文によっても基礎づけられている。ジェームス・ウィルソンがペンシルヴェニア憲法制定会議で示した合衆国憲法所定の手続によらない憲法修正の正当化根拠は、まさにその点にあり¹⁰⁶⁾、その文言は、人民の体制変更の権利を具体化したものであると同時に、そのような権利を不可侵のものとして憲法から排除することを禁じている。¹⁰⁷⁾

②人民主権を奉じる憲法の全部ないし一部を停止することはできない。

①の最低限の意味として、このことを導くことができる。¹⁰⁸⁾

③人民による将来の改正を禁止することはできない。

合衆国憲法5条所定の憲法修正手続を無効とする修正を行う、ということは、アマールの「人民による憲法」の考え方からは正当化できるが、将来の修正そのものを禁じることは許されない。典型的には、キリスト教を国教として樹立し、その廃止および変更を禁じる、といった条項は認められない。なぜなら、そのような条項は「人民が、将来不可侵であるはずの自己統治の権利を行使することを妨げているからである。」¹⁰⁹⁾

④人民による自己統治を不可能にする憲法改正は認められない。

アマールによれば、上記3つのほかにも人民主権を著しく侵害する憲法修正がありうる。それは、たとえば、選挙の廃止、言論の自由の縮減といった、自己統治が不可能になるような憲法修正である。したがって、修正1条に定める言論の

106) Id., p. 11, note 5 は、註 74) で言及した 1787 年 11 月 24 日のペンシルヴェニア憲法制定会議でのウィルソンの演説を引用しているが、典拠は異なっており、Jonathan Eliot, *The Debates in the Several State Convention on the Adoption of the Federal Constitution*, J. B. Lippincott & Co., 1881, 5 vols., vol. 2, pp. 434-435 が参照されている。

107) See, Amar and Hirsch, *supra* note 102, p. 20.

108) See, *id.*, p. 21.

109) See, *id.* 引用は *id.*

自由については廃止不能の部分があると考えられるし、特定の市民から選挙権を剥奪することは「範を越えている (beyond the pale)。」¹¹⁰⁾

つまり、人民主権に依拠するならば、あるいは依拠するからこそ、憲法改正には具体的な限界がある、ということである。人民主権の本質たる討議を実現するためには、その理念を根本から否定したり、改正禁止という結論の先取りによって将来なされるであろう討議を禁止したりすることは許されない。加えて、人民主権の前提を根本から揺るがす制度変更も許されない。民主的な政治過程を維持するための選挙やそのための権利行使を妨げる憲法改正は、人民主権を根拠として、認められない。

また、アマールの場合、以上のような憲法改正の限界は、合衆国憲法5条の修正手続、あるいは5条によらない憲法修正手続の区別に言及せずに論じられている。それはつまり、5条によらない、より純粋な人民主権の発露である手続を経た場合でも、違憲の評価を被る憲法改正があることを意味する。

(3) 改正限界の保障方法

アマールは、以上のような改正限界をいかに保障するかについても言及している。彼によれば、「人民による修正の権利は、修正過程と会話とを導くべき規範ではあるが、究極的には、外在的に保障されることはない。」ここにいう外在的な保障とは、違憲審査である。つまり、合衆国最高裁が不適切な修正を違憲と終局的に判断できるという考えをとらない。なぜなら、「人民は、正当に、最高裁判所（あるいは違憲審査権）を消滅させるよう憲法を修正できるからである。」
「結局、誰かが、憲法の究極の解釈者でなければならない。そして人民が主権者である体制において、その権力は必然的に彼・彼女らにある」。¹¹¹⁾

この議論については、二つの読み方があるように思われる。一つは、アマールの言う憲法改正の限界を超えた憲法改正がなされた場合、それを覆しうるのは憲法修正のみだ、という読み方である。この読み方は、アマールが、主権の理念をイギリスの議会主権から類推していることから示唆される。つまり、イギリスに

110) See, id. 引用は id.

111) See, id., fn. 1. 引用は id. 傍点は原文イタリック。

においては議会が主権者である一方で、その行為が限界を越えていると評価される場合がある。それは法の支配からの逸脱である¹¹²⁾。そして、そのような逸脱を補正する外在的な手段、つまり違憲審査制がなくとも、限界があるという議論に意味がないわけではない。「議会は一般的にその権威に関する限界を尊重する。だとすれば、アメリカの人民がそれとは反対の道を行くとは、どうして想定することなどできょうか¹¹³⁾」。行為規範が設定されていることによって、誤った憲法制定あるいは憲法修正は誤りとして人民に認識され、人民が自ら修正する、という読み方である。

他方で、今一つの読み方は、「究極的には」違憲審査による保障を認めない、ということから派生する読み方である。つまり、人民主権の観点から不当な憲法修正に対して違憲判断を行うことによって、裁判所が改正限界を保障することは可能である。「通常の立法の場合、そして合衆国憲法5条による憲法修正に対しても、人民は、一般的に合衆国最高裁に対して違憲審査権を委任してきた¹¹⁴⁾」からである。ただし、人民は、その裁判所の判断に対する拒否権を持っている。人民が「究極的には」主権者だからである。裁判所の違憲判断に不服があれば、憲法修正によって覆せばよい、という読み方である。

112) A・V・ダイシー (A. V. Dicey) がイギリスの国制について、議会主権、法の支配、憲法習律の三要素によって説明したことが知られている。See, A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8th ed., Macmillan and Co., Ltd., 1915 (伊藤正巳、田島裕訳『憲法序説』学陽書房、1983年)。ダイシーの趣旨は、議会主権は、立法権が国王と二院制の議会との共同によって行使され、また、権力分立によって議会が行政部に本質的に介入できない部分があることによる制度的な制約に服すること、議会主権は法の支配によって支持されていること、の二点である。Id., pp. 402-409 (邦訳 388-394頁)。なお、邦訳下部に示されている頁数は、第10版のものであるため、本稿で示す参照頁数とは一致していない。ただし、アマールはダイシー他イギリス法の論者を特に参照することなくイギリスの議会主権に関する議論を展開しているので、イギリスの議会主権からの類推をいかなる意味で、またどの程度行っているかについて、まったくダイシーの見解に沿っている、というわけではない、ということ付記しておく。また、ダイシーの議論に着目した議会主権と法の支配との関係に関する理論史研究として、参照、内野広大「ダイシーと法の支配：形式性の背後面にある規範秩序」、戒能通弘編『法の支配の歴史』、ナカニシヤ出版、2018年、97頁以下。

113) See, Amar and Hirsch, *supra* note 102, p. 21, fn. 1.

114) See, *id.* 引用は *id.* ただし、アマールとハーシュは、合衆国の具体的にいかなる事例からこのような考えに至ったか、言及していない。

本稿は、二つの理由で後者の読み方が望ましいと考える。一つには、違憲審査制が人民によって廃止されたことはない、という歴史的事実による。今一つには、改正限界の保障に違憲審査がかかわることで、憲法保障にかかわる人民の討議をより充実した形で喚起することができると考えられる。つまり、アマールの主張する憲法改正の限界は、何が自己統治を不可能にする憲法改正なのかなどについて、それほど具体的ではない部分もある。その場合、限界を具体化するにあたり、制定憲法や憲法修正がいかなる意味を有していると制憲、修正過程で考えられ、あるいは憲法学者の解釈や裁判所の判例において考えられてきたかについて最も精通しているのは、法解釈の専門家集団たる法曹であり、そのような者たちによって構成される裁判所である。そしてもし、彼らの見解が適切に人民主権の理念を反映していないものである、と人民が認めるならば、憲法修正によってその見解を否定すればよい。裁判所は、違憲審査を通じて、人民が話し合うべき論題を、事前に明示する役割を担うるのであり、それによって、裁判所は人民主権の実現に貢献できる。

小括：人民主権の実現と裁判所の果たすべき役割

ことほど左様に、人民主権論に依拠するならば憲法の改正には限界がある。それは、人民主権の本質たる人民の討議を実現する目的のためである。本稿筆者は、以前バルキンの議論にも同様の性格を見出し、目的的人民主権論と称したが、アマールの議論は、この範疇にあると考えられる¹¹⁵⁾。

確かに、「改正に限界があるという主張は、改正に関与する国家機関、そして究極的な改正権者たる国民をも、完全には信頼しえないという立場を前提とする¹¹⁶⁾」という批判があるかもしれない。つまり、人民主権を標榜しながらその限界を論ずるのは自家撞着だ、といわれるかもしれない。しかしながら、アマールの場合、憲法改正限界を保障する方法のいずれの読み方をとったとしても、最後には人民による憲法修正がすべてを決することを認め、「究極的な改正権者たる国民」が過つ自由を認めている。その意味で、アマールは究極的には人民の選

115) 川鍋前掲註6)、147頁以下。

116) 長谷部註70)、107頁。

択を信頼している。

憲法改正限界の保障方法について、アマールの議論からは二つの読み方を想定しえ、本稿は憲法改正限界の保障に裁判所が違憲審査制を通じて携わりうるという考えへのコミットメントを表明した。実のところ、アマールの憲法改正限界の保障方法の議論について、自ら「徹底的だ」と論じている¹¹⁷⁾ことからすると、アマールの現にとっての立場は、こちらではなく、第一の読み方、つまり限界を越えた憲法修正は憲法修正によってのみ覆される、というものであるかもしれない。しかしながら、それにもかかわらず、第二の読み方を採用すべきと考えるのは、裁判所による違憲審査が、現に憲法をめぐる議論を人民のなかで活発にしたことが、アメリカにおいてはあるからであり、それは違憲審査が憲法改正に対してなされる場合でも期待できる、と考えるためである。

ただし、第二の読み方を採用するとしても、合衆国憲法5条による憲法修正と、5条によらない憲法修正とでは、違憲審査の在り方は異なる、と考えるべきである。つまり、前者の場合、政府主導による憲法修正であるから、人民主権原則に由来する憲法改正の限界に基づく制約のほか、合衆国憲法自体に由来する基本原則の変更も認められない。なぜならば、合衆国憲法は主権者人民の政府に対する命令だからである。例えば、合衆国憲法4条の連邦制を廃止する場合、合衆国憲法5条によっては修正できない。むしろ5条によらずに、憲法制定権力が行使されることによって改正されるべきであり、5条により修正しようとする場合、裁判所から違憲の判断を受けることになる。

おわりに、制度と社会：アマールの議論の意義とその先

ここまで見てきたアマールの議論からは、まず、アッカマンとは異なる人民主権論の展開が目指されていることが分かる。合衆国憲法の制定や再建期修正は適法な手続によって成立したとの主張も、合衆国憲法5条以外の憲法修正手続は制憲期の憲法制定会議によるという主張も、あるいは合衆国憲法廃止の可能性に関

117) See, Amar and Hirsch, *supra* note 102, p. 21, fn. 1.

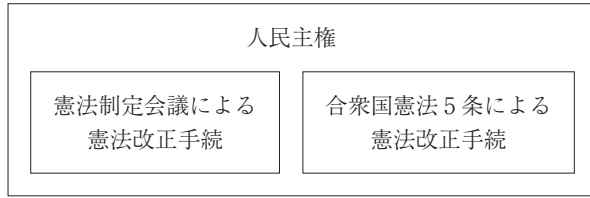


図1

する議論も、アッカマンの議論においてはなかったものである。人民主権の理念を共有する一方で、アマールは人民主権論の先駆者たるアッカマンとは異なる人民主権論を極めて説得的に展開することに成功している。

第二に、人民主権論に依拠しても憲法改正の限界は構成される、という主張が注目される。つまり、アマールは、人民は、「始原的で全能であるはずの主権者¹¹⁸⁾」であると同時に、人民主権の本質たる討議の実現のために、自ら乗り越えられない範の中にとどまるべきである、と理解する。

この点について、本稿筆者は、次のような説明も可能ではないかと考えている。図1のように、アメリカには憲法改正手続が二つある。一つは合衆国憲法所定の手続であり、今一つは憲法制定会議による手続である。後者は、合衆国憲法外の手続であり、山本龍彦の表現を借りれば、「憲法の外¹¹⁹⁾」にある。しかしながら、憲法制定会議による憲法制定あるいは改廃は、人民主権にその法的根拠を持っている。つまり、合衆国を人民主権という法が支配しており、その範に従う形式で、憲法制定会議は実施される。

この議論は、アメリカ憲法学における人民主権論が、必ずしも人民の憲法制定権力が「ヌキ身で常駐する¹²⁰⁾」ことを主張するものではない、ということを示す点で、少なくない意義を持っている。つまり、近年の筋金入りの立憲主義者たちによるポピュリズム（憲法学）批判の問題意識が、実在しない人民の名を騙っての主権独裁の危険（長谷部恭男¹²¹⁾）、ヌキ身の憲法制定権力による立憲主義の

118) 山本前掲註25)、55頁。

119) 前掲論文51頁。

120) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』勁草書房、1973年、302頁。

121) 長谷部恭男「緊急事態序説」、憲法理論研究会編前掲註6)、3頁以下、9頁。

破壊（阪口正二郎¹²²⁾）であったことに対して、アマール流の人民主権論は、人民による手続が実在したことに着目して、実在する人民による手続に焦点を当てた憲法改正手続の構想を示し、人民主権に内在する^{たが}籓を憲法制定権力にはめることによって、答えるものである。もちろん、アマールの議論は、究極的には人民の決定が最高の価値を有するというのであり、本質的に彼らの危機感を拭い去ることのできる代物ではないかもしれない。しかしそれでも、アマール流の人民主権論は、彼らの問題意識を一定程度までは共有し、彼らがみた人民主権の危険は人民主権論においても許容されないのだ、ということを示したものとして、肯定的に評価されるべきである。

第三に、アマールの議論の視角のみではなお不十分が感じられるのは、いったい違憲審査は、人民主権の実現にとってどれほど貢献しうるものなのか、判断としない点である。確かに、アマールの議論において、裁判所は違憲審査を通じて、何が人民の憲法だったかを画定する役割を担っている。しかし、アマール自身が違憲審査は憲法改正によって廃止可能だと述べていることに垣間見えるように、違憲審査が人民主権の実現にとってどれほど積極的に採られるべき望ましい手段なのかについての認識は、アマールには薄いように思う。本稿では、人民のための憲法、つまり人民主権を根拠とした憲法改正限界の保障方法として、裁判所の違憲審査が介在することが望ましいとした。その考えの示唆を、本稿筆者は、本稿はじめにで言及した、ポストとシーゲルの民主的立憲主義論から得ている¹²³⁾。つまり、Roe v. Wade 合衆国最高裁判決¹²⁴⁾で墮胎の権利が合衆国憲法上認められるとされたのち、保守派を中心として非常に強硬な反対運動がおこった。それは保守派にとってみれば Roe 判決が裁判官政治に他ならなかったからであるが、ポストとシーゲルは、まさにそのような反対を社会に巻き起こしたことこそ、人民主権の観点から同判決が判決としての正当性を獲得するに至っている証左であると考えられる。なぜなら、同判決を通じて社会における議論が活発となり、人民が憲法とは何かを考える契機を与えたからである。彼らの議論を瞥見する限り、違

122) 前掲註 28) を参照。

123) 前掲註 18) を参照。

124) 410 U.S. 113 (1973).

憲審査は、人民主権にとって許容できるばかりではなく、むしろ望ましくさえある、という主張であるかに見える。もっとも、アマールの議論は憲法改正の限界の保障方法としての違憲審査の可能性に関する議論である一方、ポストとシーゲルの議論は、そこまでの射程を含むものとしては語られていない。したがって、彼らの議論の意義、可能性、限界についての検討は、他日を期して詳細に行いたい。

最後に、近時、アッカマンの主権論に示唆を得て、日本の「安保法制の主権論的アポリア¹²⁵⁾」に「現政権による『解釈改憲』を批判する¹²⁶⁾」立場からこたえようとする山本龍彦の議論について、本稿筆者は関心を共有するので論及しておきたい。

山本は、日本の最高裁が砂川判決で「終局的には主権を有する国民の政治的批判」に統治行為の当否がゆだねられる、としたことに注目し、統治行為の「意味内容は、国家機関ではなく、終局的には主権者国民の主体的・積極的な政治的判断によって形成されなければならない、と最高裁が憲法上判断したものと理解する」¹²⁷⁾。しかも、山本によれば、ここでいう主権者とは、アッカマンの二元的民主政論で語られる、通常法形成における主権者国民ではない。山本の整理に従えば、憲法定権力を行使する主権者 Lv. 1、憲法改正権限を行使する主権者 Lv. 2、選挙を通じて通常法形成にあずかる主権者 Lv. 3 の間にあって、「統治行為について決定する主権者、すなわち実定選挙制度を借用して直接的に政治に関与する」主権者 Lv. 2.5 である¹²⁸⁾。

この議論について、アッカマンの議論の枠組みが、日本にも当てはまるのではないか、ということを示したことは、研究として明確な先駆性がある。ただ、本稿筆者は、この見解によって、日本の「安保法制の主権論的アポリア」に「現政権による『解釈改憲』を批判する」立場から答える、ということの危険から、目を背けることができない。

125) 山本前掲註 25)、45 頁。

126) 前掲論文。

127) 山本前掲註 25)、57 頁。傍点原文。

128) 前掲論文、58-59 頁。傍点原文。引用は、前掲書、59 頁。

現状を見ると、2014年に集団的自衛権行使容認の閣議決定がなされた後、2014年衆議院解散総選挙が行われた。また、2015年9月にいわゆる安全保障法制（安保法制）が成立したのち、2016年参議院議員通常選挙、2017年衆議院解散総選挙が行われ、解釈改憲を行った与党勢力（自由民主党および公明党）は、単純多数を超えて、日本国憲法改正発案に必要な各議院の総議員の3分の2¹²⁹⁾を超過するに至っている¹³⁰⁾。

確かに、アッカマン流の共和主義へのコミットメントをもってすれば、安保法制をめぐる一連の政治は、アッカマンのいう意味での憲法政治ではなかった可能性がある。憲法9条に関する重要な意味の変更について、選挙で大々的に争った形跡はないからである¹³¹⁾。しかしながら、本稿Ⅱでみたアッカマンへの批判論の意義は、インフォーマルな憲法改正の基準のあいまいさに関するものであった。それを鑑みると、なぜ、少しでも選挙上の争点として一応は提示したうえで、圧倒的勝利をおさめた政権与党がインフォーマルな憲法改正の実現を主張できないのだろうか。むしろ、安全保障法制を支持する勢力の圧倒的勝利が続けば、アッカマンの定式に従えば、安全保障法制は合憲になるのではないか。これら疑問に対して、討議の不十分を指摘するならば、いかなる基準を満たせば討議は実現されるのかを問われることになる。

結局、アッカマンの定式は、そのあいまいさのために、討議の不十分の批判的契機になると同時に、何が討議であったかについて決定的な確証を理論的に示す

129) 参照、日本国憲法96条。

130) 参照、総務省統計局『第六十七回 日本統計年鑑 平成30年』、<http://www.stat.go.jp/data/nenkan/67nenkan/zenbun/jp67/top.html>、657頁（2018年2月14日閲覧）。

131) 自民党について、https://jimin.ncss.nifty.com/pdf/news/policy/126585_1.pdf（2014年度）；<https://jimin.ncss.nifty.com/pdf/manifest/2016sanin2016-06-22.pdf>（2016年度）；https://jimin.ncss.nifty.com/pdf/manifest/20171010_manifest.pdf（2017年度）。（2018年2月25日閲覧）。これらでは、あまたあるうちの政策小項目の一つとして安全保障法制（「平和安全法制」）の主張がなされるばかりであり、9条関連の憲法改正に関する主張については、2017年度に自衛隊明記が主張されたばかりである。

公明党について、<https://www.komei.or.jp/campaign/shuin2014/manifesto/manifesto2014.pdf>（2014年度）；<https://www.komei.or.jp/policy/policy/pdf/manifesto2016.pdf>（2016年度）；<https://www.komei.or.jp/campaign/shuin2017/manifesto/manifesto2017.pdf>（2017年度）。（2018年2月25日閲覧）。公明党の場合も、自民党と軌を一にしているが、2017年度マニフェストではむしろ憲法改正不要論を展開している。

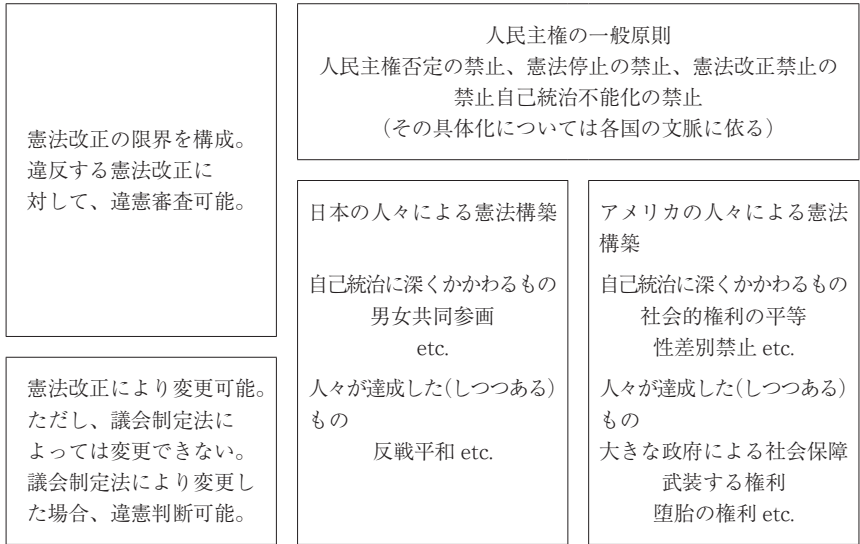


図2

ことができない、という、いわば諸刃の剣のような性格がある。

この論点に関して、本稿での議論を踏まえて、本稿筆者の見立ては次のようなものである。

図2で示したように、人民主権の理念は、各国において普遍的である。人民主権を標榜して憲法が制定されるならば、どの憲法においても、一般的に、人民主権の原則が通用する。アマールの議論に則するならば、人民主権否定の禁止、憲法停止の禁止、憲法改正禁止の禁止、自己統治不能化の禁止は、国民主権原則を採用する日本国憲法においても通用する。また、たとえば、何が自己統治の不能化にあたりと考えられるのかはそれ自体として必ずしも具体的ではないから、自己統治不能化の禁止という理念それ自体は普遍的だが、その内容は各国の歴史的社会的文脈に依拠して語られる。アメリカの場合には、本稿はじめにで見たイェール学派の一連の議論に従うならば、社会的平等や、性差別の禁止が、特に自己統治の実現の文脈で強調されてきた。そして、社会的平等や性差別禁止の実現は日本においても見られ、日本国憲法14条の性別に基づく社会的差別の禁止は、1972年男女雇用機会均等法、1999年男女共同参画社会基本法等を通じて具体化

されてきた。

日本の平等をめぐる憲法問題はこれらにとどまるものではないが、これらのことは、着実に日本において、社会的平等とは何かをめぐる実践が展開されていることを示している。これら実践について、何が自己統治不能化と具体的に理解されるのか文脈依存的な側面があるが、人民主権の一般原則に関する憲法構築として、その一般原則に準じる位置にある価値として認められるものがあると考えられる。そしてそれらは憲法改正の限界を構成し、これに反する憲法改正は違憲の判断を受ける。

この際、重要であるのは、人民を構成する一人一人の個人は対等であり差別されてはならない、ということである。このことは、アメリカの人民主権論者の共通した主張だと考えられるが、この点について日本において最も重要な貢献をなしたのが、辻村みよ子である。「近代国民国家を形成した近代市民革命は、自由で平等な市民を創出し普遍的な人権を確立したとされるが、実際には白人・ブルジョア・男性の権利を保障したに過ぎなかった¹³²⁾」と見立てる彼女は、日本国憲法に「両性平等と個人の尊厳¹³³⁾」を見て、「日本国憲法下の国民主権を、現代的『人民主権』論としての新たな『市民主権』論として解釈することを提唱¹³⁴⁾」している。¹³⁵⁾¹³⁶⁾

人民主権の一般原則の下で、各国の人民が樹立した憲法価値が展開される。そ

132) 辻村前掲註 101)、13 頁。また、参照、辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性——フランス人権宣言と現代憲法』、重版、創文社、2000 年。

133) 辻村前掲註 101)、14 頁。

134) 前掲書 52 頁。

135) 山本前掲註 25)、59 頁は、辻村前掲註 101) を評して「通常政治における主権論」という。確かに、辻村自身、フランスの直接民主制の示唆ではなく問題点を強調する。辻村みよ子『フランス現代立憲主義の挑戦』、有信堂高文社、2010 年、77 頁。しかし、フランス 1958 年第 5 共和国憲法「11 条と 89 条を根拠に人民投票に憲法制定権力の発動を認めつつ、他方で、憲法 89 条の中で憲法改正手続・内容を制限しているフランス憲法の構造を説明する」とされるフランスの憲法学者オリヴィエ・ボー (Olivier Beaud) の議論を「説得力のある議論」と評する (前掲書 53 頁) のを見ると、すすんでは山本の主張に首肯できない面がある。

136) なお、辻村の市民主権論が「We the People と複数形で語る多元主義的なアメリカ政治理論への転出」を行っているのではないかとする、石川健治「憲法学における一者と多者」公法研究 65 号、2003 年、127 頁以下、133 頁註 21 (139 頁) を参照。

これは、人民主権を採用するならば一般的に通用する、というものではないが、特定の国にとっては、主権者人民の達成物として、最大限の尊重を受ける。しかも、その樹立した憲法価値の保障は動的であり、すべての時代にとって普遍的であるわけではない。アメリカの場合、オバマケア導入によって合衆国政府による全国民の社会保障の理念は進展したかにみえる¹³⁷⁾が、では、憲法改正によってそれを否定することが認められないかといえ、そうではない。同様に、日本においても、さきの無謀な戦争によって、人々が血を流した経験から、日本国憲法9条は日本国民に受け入れられた¹³⁸⁾が、その後の自衛権、自衛隊をめぐる推移は、非武装平和どころか、集団的自衛権行使容認にまで至っている。

では、各国に固有の人民主権の所産は、呆気なく覆るべきなのか。そうではない。まさにそのような憲法価値の変動こそ、「国民主権の純粋な発現形態¹³⁹⁾」たる憲法改正手続によるべきである。そして、そのような手続をとらずに、議会制定法のみによって覆すような事態については、「一見極めて明白に違憲無効¹⁴⁰⁾」と裁判所は判断するべきである。

長年の政府解釈およびそこまでは正当化可能とする学説の有力な動向¹⁴¹⁾は、逆に、少なくとも集団的自衛権については憲法改正が必要であることを明示する。

137) Balkin, *supra* note 7, pp.138-182 は、この進展を合衆国憲法の認める、正当な、人民による憲法価値の構築だった、と考えている。

138) その傍証の一つは、戦後、長崎被爆者としてその手記『長崎の鐘』がベストセラーとなった、永井隆の次の文章である。「私たち日本国民は、憲法において戦争をしないことに決めた。憲法の第9条は、『日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する』と決めている。どんなことがあっても戦争をしないというのである。(中略) これこそ、戦争の惨禍に目覚めた本当の日本人の声なのだよ。」永井隆『いとし子よ』サンパウロ、1960年、207-208頁。

ここで本稿筆者は、永井が上述の文章ののちに示したようなキャソリック信仰に根差した非武装平和を日本国民が選んだ、と証そうとするのではない。ただ、日本国民が憲法9条を受け入れたことは、日本国憲法が合衆国の主導するGHQから与えられたことにのみその淵源があるのではなく、フランス革命が1789年人権宣言を獲得したように、アメリカ独立革命の精神が合衆国憲法につながったように、まさに血の経験にも依拠している、と言いたいのである。

139) 佐藤幸治『憲法』第3版、青林書院、1995年、37頁。

140) 前掲註70)、砂川事件最高裁判決を参照。

141) 長谷部恭男『憲法と平和を問直す』筑摩書房、2004年。

それを法律によって正当化しようとした安保法制は「一見極めて明白に違憲無効」と判断されるべきである。

つまり、山本が安保法制の違憲の根拠を、不定形な討議の不在に見るのに対し、本稿筆者は、憲法改正手続という具体的な討議の不在に違憲の根拠を置くのである。この考えは、合衆国と日本とで、憲法改正手続が異なることによる。合衆国の場合、合衆国憲法5条により、憲法改正にあたって国民投票は要求されない。だからこそ、人民主権の国家として、討議を経た選挙での圧倒的勝利を国民投票的に運用する、という機運がありうる。しかし、日本の場合そうではない。現に日本国憲法96条は国民投票での過半数による議決を憲法改正の承認要件としている。とすれば、選挙を国民投票的に運用して、あえて日本国憲法96条を無視することは、日本においては明らかに不当な憲法改正のショートカットだと言わねばならない。

このことの裏腹に、本稿筆者は、日本国憲法の憲法改正手続に権力的契機を認める。この理解は、佐藤幸治の日本国憲法改正手続に関する解釈と軌を一にする。つまり、憲法改正手続に内在する種々の制約にもかかわらず、「改正の『限界』内にとどまるものか否かの判定権が改正権者自身の手にあるとされる限り、理論上新憲法の制定とみざるをえないものが改正の名において行なわれることはありうる」。人民の過つ自由を含め、選択の自由を尊重するならば、論理的にはこのような帰結になる。¹⁴²⁾

また、日本の場合、アメリカとは異なって、日本国憲法の改正手続以上に民主的とみなされる憲法改正手続を経験したことはない。したがって、歴史的見識に従うならば、憲法改正手続は、日本国憲法96条に限定されるべきである。つまり、アマールの議論の示唆は、憲法制定会議が合衆国憲法の改正手続よりも民主的であることのみがインフォーマルな憲法改正の根拠なのではなく、その経験があることにも根拠があることにある。もっとも、本稿Ⅱ小括で疑問を呈したように、人民主権の理論に忠実であるならば、96条以上に民主的な改正手続を構想し、その手続を実施することを96条が禁止することはない。たとえば、国民の

142) 佐藤前掲註139)、39-40頁。引用は、前掲書、40頁。

うち一定数から真摯な憲法改正発案の要求があり、国会がその発案を承認するための直接人民投票を実施することは、96条違反にはならないと考えられる¹⁴³⁾。

重要なことなので繰り返すが、この見解をとることによって、憲法制定権力がヌキ身で常駐することを認めるわけではない。一つには、その権力的契機は日本の歴史において最も民主的な憲法改正手続によって実現されるためである。本稿Ⅲで述べたアマールの民主主義観は、一人ひとり異なる価値観を有する個人たちによって集合的な政治的意思決定がなされる、というものである。つまり、アマールの場合、議論の前提として、社会における個人の多元性が前提となっている。そして、彼らによる合理的な行動が、まさにその多元性のために期待される。そして日本においても、社会における個人の多元性は認められると考えられる。ただ、「国民全体の利益の中身は、実際には企業や圧力団体など、さまざまな私的利益が議会で反映され、そこでの力関係と交渉・妥協の過程を通じてはじめて判明するものであり、それと独立の判断基準はない」、したがって「裁判所の役割も、人権や正義という超越的な基準に基づいてこのような利益集団の交渉の結果を覆すことではなく、政治過程が特定の利益集団によって占拠されないよう、多元的な利益が議会で反映される道筋を確保し、多数派一少数派の交代を可能にする条件を整えることに限られる」という「政治的多元主義」にとどまるのか、「国民全体の利益の内容は、第一次的には議会の判断をまつべきだが、個人が享有する人権の内容は理論的に明らかにすることが可能であり、したがって、裁判所の役割もさまざまな利益が議会で反映される道筋を確保することには限られず、むしろ、個人の権利を政治的・社会的多数派の決定に対抗して保障する」という「リベラリズム」を採用するのか、それを超えて、「国民の自由の本質は、各自の私益を省みず、国政に積極的に参加し、公共の福祉の実現に努めることにこそある」という「共和主義」まで進むのかは、最後は人民が決めるべきだし、それを信頼すべきだ、ということである。¹⁴⁴⁾

143) アマールによれば、全国民の過半数による憲法制定改廃の請願があった場合、連邦議会在憲法制定会議あるいは直接人民投票を招集、実施することは義務的である、と述べている。See, Amar, *supra* note 79, pp. 1065-1066.

144) 長谷部恭男『憲法』第6版、新世社、2014年、442-444頁。

そして、その決定が社会にとって望ましいものであったかどうかは、トライ・アンド・エラーの経験によって、時々の人民によって判断され、適宜修正されるべきである。そのためには、アマールがコミットメントを表明しているように、憲法改正手続においては、原則として単純多数決が採用されること、そして、日本国憲法96条の明文とは異なって、改正発案権が人民に留保されることによって、憲法改正の動態性を高めるのが望ましい。

憲法制定権力がヌキ身で常駐するわけではない、ということの根拠として、今一つには、仮に人民主権に由来する諸原則に違反する憲法改正がなされたとしても、それは、国民主権原則を定めた日本国憲法に違反して成立した憲法であるから、日本国憲法を根拠として、新憲法の効力を違憲審査によって否定することは可能であることがあげられる。そのような事態に至って、国民が冷静を取り戻すのか、情熱に走るかは、「暗澹たる時代に最善のかたちで残されている¹⁴⁵⁾」。

145) 前掲註99)を参照。