

人民のための違憲審査

——ポストとシーゲルの民主的立憲主義論について——

川 鍋 健^{※ ※※}

はじめに：「人民立憲主義」の系譜

- I 政治あるいは社会と違憲審査：ポストとシーゲルの民主的立憲主義論
- II 人民による司法か、人民のための司法か：陪審に関するアマールの議論との対比から
- III 違憲審査と人民主権との関係：ラリー・D・クレイマーの議論との対比からおわりに：人民主権と違憲審査

はじめに：「人民立憲主義」の系譜

(1) アメリカ合衆国における違憲審査制の沿革

アメリカ合衆国は、イギリス国王の圧制への植民地人民による抵抗とイギリスからの独立¹⁾を淵源として、連合規約²⁾体制というトライ・アンド・エラーを経て、合衆国憲法³⁾の樹立により、成立した。そして、合衆国憲法前文⁴⁾によれば、合衆国憲法を定めたのは「われら人民 (We the People)」であった。

他方、合衆国において、その初期から、裁判所による違憲審査権が行使されたのも事実である。合衆国最高裁は、マーベリー対マディソン合衆国最高裁判決⁵⁾に

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第17巻第3号 2018年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

※※ 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。

- 1) See, the Declaration of Independence, 1776.
- 2) See, the Articles of Confederation, 1777.
- 3) See, the U. S. Constitution, 1787.
- 4) See, the U. S. Const., pmbl.
- 5) See, Marbury v. Madison, 5 U. S. 137 (1803).

において、民主的政治過程を通じて成立した法令の憲法適合性を審査し、その法令の違憲無効を判断できる、としたのである。同事件においては、判決文を執筆したジョン・マーシャル（John Marshall）合衆国最高裁長官がかつて自ら国務長官を務めていた、連邦派のジョン・アダムス（John Adams）大統領政権による連邦裁判所裁判官の任命が問題となった。アダムス政権で任命まで行ったあと、後続する共和派のトマス・ジェファソン（Thomas Jefferson）大統領政権において、ジェームス・マディソン（James Madison）国務長官がその任命状の交付を留保したためである。

マーシャルによるマーベリ対マディソン判決の論理はこうである。①本件においては3つの争点がある。すなわち、a原告は任命状の交付を要求する権利を有するか、b有するとすれば、その権利は侵害されたのか、そして法はこれを救済するのか、c救済するとすれば、その救済方法は合衆国最高裁が発給する職務執行令状（mandamus）によるのか、である⁶⁾。

②aおよびbについて、原告は権利を有し、またその侵害と救済の必要を認めたと⁷⁾。しかしながら、③cについて、合衆国最高裁判所はその救済のために職務執行令状を発給することはできない、と判示した。当時、職務執行令状の発給権は、1789年合衆国裁判所法⁸⁾13条⁹⁾の規定により合衆国最高裁に付与されており、また、同法同条は、合衆国最高裁以下の裁判管轄権を規定していた。マーシャルの法廷意見によれば、このように議会制定法によって裁判管轄権を規定するにあたって、第1審裁判管轄権の付与については合衆国憲法3条2節2項¹⁰⁾の解釈上、排他的に、外交使節に関係する事件および州が当事者である事件に限られる¹¹⁾。したがって、職務執行令状の発給に関する事件の第1審管轄権を合衆国

6) See, id., 154.

7) See, id., 162, 167-168.

8) See, an Act to establish the Judicial Courts of the United States, Statute I, Sept. 24, 1789, in *A Century of Lawmaking for a New Nation: U. S. Congressional Documents and Debates, 1774-1875*, p. 73ff., <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=196>.

9) See, id., pp. 80-81.

10) See, U. S. Const., art. III, § 2, cl. 2.

11) See, *Marbury v. Madison*, supra note 5, 175.

最高裁は有しておらず、その限りで前記裁判所法 13 条は違憲であること、また、本件において合衆国最高裁は職務執行令状を発給できないことを判示した¹²⁾。

このような違憲判断を導いたマーシャルの憲法解釈は、しかしながら、合衆国憲法の条文を読むと、いささか強引な印象がある。合衆国憲法 3 条 2 節 2 項は「大使その他の外交使節及び領事に関係する事件ならびに州が当事者である事件のすべてについて、最高裁判所は第 1 審管轄権を有する。前項（合衆国憲法 3 条 2 節 1 項、連邦司法部の管轄権を規定。引用者）に掲げたその他すべての事件については、最高裁判所は、連邦議会の定める例外の場合を除き、またその定める規則にしたがい、法律および事実の双方に関し、上訴審管轄権を有する」と定める¹³⁾。この文言を見る限り、第 1 審及び上訴審管轄権について、それが憲法の排他的要請なのか、連邦議会が議会制定法等により展開可能な「連邦議会の定める例外の場合」の範疇にあるのかは判然としない。

したがって、その判示の後に、マーシャルが司法権による違憲審査を明示的に正当化したのは、理由のないことではなかった。彼によれば、司法権による違憲審査の正当性の論理は、二段構えとなっている。第一に、合衆国憲法は、優越的 (superior)、最高の (paramount)、あるいは基本的な (fundamental) 法である。そのような性格は、憲法を執筆して統治を規律する権利を有している人民が、自らの幸福に最も資すると考えて、憲法を実際に書いた、という事実由来する¹⁴⁾。そうであれば、憲法は議会制定法に優位し、憲法に違反すると考えられる議会制定法は無効とされなければならない¹⁵⁾。

第二に、そのような憲法違反の判断の担い手は、裁判所である。違憲無効の法令について、民主的政治過程が改めてそれを廃止する手続をとるまでその有効性が認められ、裁判所を拘束すると考えるべきではない。「何が法であるかを宣示することは、断固として、司法部の特権であり、そして義務である。(中略) その際、もし、裁判所が憲法こそ高く評価すべきである、そして憲法が議会のいか

12) See, id., 176.

13) 参照、野坂泰司訳、「アメリカ合衆国憲法」、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、77 頁以下、83 頁。傍線引用者。

14) See, *Marbury v. Madison*, supra note 5, 176-177.

15) See, id., 177.

なる通常立法にも優位するのであるならば、そのような通常の立法ではなくて、憲法が、それら（憲法と議会制定法：引用者）が競合する事件を支配するのでなければならぬ¹⁶⁾。

ことほど左様に、マーシャルは、憲法制定権者たる人民の制定した合衆国憲法の最高法規性と、人民からの、憲法を通じた、裁判所による違憲審査権の付与、という論理によって、合衆国に違憲審査制を埋め込んだ。もっとも、実際には、裁判所による違憲審査権は、いわゆる *Dred Scott* 判決¹⁷⁾による奴隷制保存の宣言まで凍結された。むしろそれが活性化されたのは、南北戦争を経て、合衆国再建 (Reconstruction) 期の憲法修正¹⁸⁾以後、その条項の意味をめぐってであった。違憲審査制革命と呼ばれる世界中への違憲審査制の伝播は、さらに時代を下って20世紀後半、第二次大戦以後のことである¹⁹⁾。

そして、違憲審査制が現実には、活力ある形で運用されるようになってはじめて、違憲審査の反多数決主義という難点²⁰⁾、という論点が真剣に受け止められるようになった。つまり、人民の命令の所産と合衆国最高裁が自己定義した裁判所による違憲審査が、現在の民主的政治過程に抵抗することの正当性が問われるようになったのである。

(2) 矛盾という生理：アメリカ憲法学という難題

20世紀後半のアメリカ政治思想史に関する共和主義的再読解²¹⁾によって、合

16) See, id., 177-178.

17) See, *Scott v. Sandford*, 60 U. S. (19 How.) 393 (1857).

18) See, U. S. Const., amends., XIII-XV.

19) 阪口正二郎、『立憲主義と民主主義』、日本評論社、2001年、2-3頁。

20) 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, p. 16ff. 初版は、1962年。

21) See, Bernard Bailyn, *The Origins of American Politics*, 1st Vintage Books ed., Vintage Books, 2011 (初版は、1967年); J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, with a New Introduction by Richard Whatmore, Princeton U. Pr., 2016 (初版は1975年); Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, with a New Preface by the Author, The North Carolina U. Pr., 1998 (初版は、1969年.)

衆国建国に影響を与えたのは、ジョン・ロック (John Locke) のいう、個人の property の保障に根ざした自由主義 (liberalism) というよりも、有徳な市民による統治あるいは圧制への抵抗という共和主義 (republicanism) であった、と主張されて久しい。この潮流を踏まえた上でなお、合衆国憲法を解釈するにあたり、自由主義的な立場に依拠する選択を行うことは、それが合衆国の歴史的沿革に反するとしても、その理想論としての魅力に訴えることによって可能であろう。他方、現在アメリカで有力に展開されているのは、ブルース・A・アッカマン (Bruce A. Ackerman) を筆頭に、共和主義的再読解を踏まえて、合衆国憲法に人民主権 (popular sovereignty) の理念を見出す、イェール学派と呼ばれる憲法学者たちの議論である²²⁾。彼らの学問的営為は、共和主義的再読解と軌を一にして、憲法学において、規範的メルクマールとしての歴史を、自由主義=立憲主義から、共和主義=民主主義へと書き換えようとしている。

この潮流の変化は、違憲審査の反多数決主義という難点、という論点の意味合いに、微妙に影響を与えている。つまり、違憲審査の反多数決主義という難点、という論点は、その問題の理解の仕方について、二つの異なる理解がありうる。一つは、憲法の最高法規性と裁判所の法令解釈権を根拠とした、リベラルな裁判所による憲法の保障としての立憲主義が、現在の民主的政治過程すなわち民主主義と矛盾する、という理解である²³⁾。いま一つは、違憲審査が過去の憲法制定権者たる人民の、不文の所産、すなわち民主主義であり、それが現在の民主的政治過程すなわち民主主義に矛盾する、という理解である。

これらの合衆国における二重の葛藤、合衆国建国に見出される自由主義=立憲主義対共和主義=民主主義の対立図式、そして、民主主義の時制の不一致に伴う違憲審査に関する種々の理論的課題に対して、いずれの立場に依拠するにせよ、

22) 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 巻 2 号、2016 年、289 頁以下；同、「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』の物語について」、一橋法学 16 巻 1 号、2017 年、165 頁以下；同、「人民の、人民による、人民のための憲法：アキル・リード・アマーの憲法論から」一橋法学 17 巻 2 号、2018 年、227 頁以下。

23) 阪口、前掲註 19)、4-7 頁。

解法が求められてきた。前者の問題については、自由主義＝立憲主義の魅力を強調することによって、あるいは逆に、民主主義＝共和主義の伝統を主張することによって、違憲審査制を抱えることに伴う呪いにも似た困難を、整合的に理解、説明することが求められてきた²⁴⁾。また、後者の問題については、この論点に関する議論を通じて、立憲主義ではなく民主主義を選択する、ということを前提に、一体いかなる民主主義が真に民主主義の名に値するか、ということが検討されてきた。

この後者の問題に関する論点に関して、本稿筆者は、これまでイェール学派の議論に関する検討を通じて、人民主権論へのコミットメントと同時に、いかに裁判所の違憲審査により人民主権を機能させる(べき)か、ということについて論じてきた。まず、人民主権論へのコミットメントについて。本稿筆者は、多数決主義としての民主主義は、社会における少なくとも過半数の人間が望んだ政治の実現を一般的に期待できる点で、最も望ましい政治の理想であると考え。その一方で、その理想に則って、いったん憲法が民主的に定めれば、有権者が公正選挙を通じて、統治の担い手に関する人事権を掌握しさえすればよい、という民主主義観は、これをとらない。フランスの思想家、ジャン＝ジャック・ルソー(Jean = Jacque Rousseau)のいうように、選挙と選挙の間に、少数の統治エリートが人民に対して何をしようとその責任を問うことができない政治体制は、多数決主義としての民主主義に反する²⁵⁾。そして合衆国の場合、人民主権という規範概念によって展開される多数決主義としての民主主義とは、統治の機能不全あるいは望まない統治に対しては、主権者人民による憲法の制定改廃による是正

24) 民主主義の側の議論としては、まずイェール学派の議論が挙げられる。詳細について、参照、川鍋、前掲註22)、「人民の、人民による、人民のための憲法」、はじめに。また、共和主義の議論について、キャス・R・サンステインの議論がある。See, e.g., Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, 1995. 他方、立憲主義の側の議論としては、ロナルド・ドウォーキン、およびデイヴィッド・A・ストラウスの議論がある。See, Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard U. Pr., 2002 (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); David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford U. Pr., 2010.

25) 参照、J. J. ルソー、桑原武夫、前川貞次郎訳、『社会契約論』、岩波書店、1954年、133頁。

を認める、というものであった²⁶⁾。

次に、民主主義における裁判所による違憲審査の役割について。イェール学派の憲法学者の一人、アキル・リード・アマール (Akhil Reed Amar) が示唆しているように、人民主権論に依拠するならば、人民主権の本質である討議 (deliberation) の実現のために、人民主権の発露としての憲法改正によっても変更できない限界がある、と考えられ、しかもその保障のために裁判所の違憲審査はなされうる²⁷⁾。つまり、多数決主義としての民主主義にコミットすることは、即、多数者による個人の抑圧を正当化することを意味しない。むしろ、社会における個人の多様性を尊重して初めて、議論が尽くされ、それこそは、最終的な多数決に至るまでに不可欠な過程である。裁判所は、その過程の実現を目指して、そして、その判断は終局的には主権者人民によって覆されうることを前提としつつ、違憲審査権を行使する。

以上のように、イェール学派の憲法学にとって、違憲審査は、人民主権の理念と共存しうるものである。そうであるとして、ここで問題は、第一に、違憲審査は、それ自体人民主権原理に立脚するから、共存しうるのか、それとも、それ自体は人民主権原理に立脚しないにも関わらず、共存しうるのか、であり、第二に、いずれであるにせよ、では、裁判所は違憲審査により人民主権の実現にいかん貢献する (べきである) のか、である。そして、これらの問題について、違憲審査それ自体は人民主権原理に必ずしも立脚しないにも関わらず、人民主権の実現に貢献する、という、いわば矛盾こそアメリカの生理だ、と唱える見解がある。

(3) 「人民立憲主義」の系譜

それは、先に述べたイェール学派に属すると目される憲法学者、ロバート・C・ポスト (Robert C. Post) とリヴァ・B・シーゲル (Reva B. Siegel) によって展開された、民主的立憲主義 (democratic constitutionalism) 論である。本稿では、この議論について分析し (I)、同時に、合衆国の裁判に固有の変数である陪審制について、同じく人民主権を標榜しながらも異なる見解として、ポスト

26) 参照、川鍋、前掲註22)、「人民の、人民による、人民のための憲法」II。

27) 参照、前掲論文III。

及びアマルの議論を紹介する(Ⅱ)。これらを通じて、本稿では、人民主権論を展開する論者にあつて、裁判の位置付けが相当に異なるということを明らかにする。

また、ポストの議論は、「人民立憲主義(popular constitutionalism)」という概念によって紹介され、同じ概念を用いて議論を展開する、スタンフォード・ロー・スクールの憲法学者、ラリー・D・クレイマー(Larry D. Kramer)の議論との対比が、金澤孝によって論じられている²⁸⁾。本稿の議論は、多くの点で、金澤の理解あるいは議論と重なる部分があるが、異なる部分もある。具体的な異同は後述するが、ここでは、金澤が分析対象としたポストの論文の多くが、シーゲルとの共著であり、本稿筆者は2人の議論を総括的に論じて初めて、金澤が論じようとした「人民立憲主義」の意義が明らかになると考えることを指摘しておきたい。また、本稿では、金澤論文以後のものを含めたポストの議論とクレイマーの議論との対比を通じて、違憲審査の正当性及び位置付けの違いを論じる(Ⅲ)。最後に、これらの議論に基づく問題提起として、人民主権を標榜する国家において裁判所による違憲審査が制度化されることの整合性、そして正当性について、問題提起を行う。

さて、本論に入るにあたって、「人民立憲主義」の規範概念について、若干付言しておきたい。「人民立憲主義」をめぐるのは、岡室悠介によって、アメリカのリベラル派憲法学者による、ウィリアム・レンキスト(William Rehnquist)長官の率いたレンキスト・コート以降保守的違憲判断積極主義化した合衆国最高裁に反対する思潮を表現するものとして紹介されている²⁹⁾。他方で、愛敬浩二によって、他ならず本稿で取り上げるポストとシーゲルがイギリスの法哲学者ジェレミ・ウォルドロン(Jeremy Waldron)のような議会主権論をも「人民立憲主義」(“popular constitutionalism”)として定義する³⁰⁾ことの問題、つまり、ウ

28) 参照、金澤孝、「人民立憲主義論(Popular Constitutionalism)と反多数派支配主義の難題(The Counter-Majoritarian Difficulty)への示唆」、早稲田法学会誌57号(2007年)、49頁以下。

29) 参照、岡室悠介、「憲法における『人民』の位相(一)・(二)・(三・完)」、阪大法学66巻1号123頁以下、66巻2号83頁以下(以上、2016年)、66巻5号49頁以下(2017年)。

30) See, Post and Siegel, *infra* note 41, p. 373.

オルドロンの議論は、本稿でいうルソー・アメリカ流の人民主権論³¹⁾ではない、という主張が展開されている³²⁾。

本稿筆者は、愛敬の主張する「人民立憲主義」概念の過剰包摂という問題意識を共有する。積極的には、愛敬の論じたとおりであり、ウォルドロンの展開するような議会主権論は、本質的に人民主権論とは相容れない。むしろ、そのような議会主権論を真の民主主義とは認めない、というのがルソー・アメリカ流の人民主権論である。また、消極的には、明示的に自らの議論を「人民立憲主義」と定義しているのは、本稿でのちに論じるクレイマーのほかは、ハーヴァード大学ロー・スクールの憲法学者、マーク・トゥシュネット (Mark Tushnet) のみである、と見受ける³³⁾。「人民立憲主義」の定義次第で、議論の展開はいかようにも可能であり、そのことの意義は否定されないが、本稿筆者は、イェール学派の憲法学を「人民立憲主義」として論ずる必要はない、と考えている。

I 政治あるいは社会と違憲審査：ポストとシーゲルの民主的立憲主義論

ポストとシーゲルの議論は、概括すれば、第一に、裁判所による憲法解釈は人民の求めに応じるものとして展開されるし、されるべきである、ということ、第二に、別の言い方をすれば、それは、裁判所による憲法解釈がアメリカ社会の文化に依拠すること、第三に、その過程において、裁判所はしばしば、社会から反発を受けることもあるが、それにもかかわらず、反発があることそれ自体は、裁判所の判断の正当性を貶めるものではない、ということの三点を主張するものと理解できる。以下、具体的に見てみよう。

(1) 民主的立憲主義

ポストとシーゲルは、自らの議論を「民主的立憲主義 (democratic constitu-

31) 参照、前掲註 25)。

32) 参照、愛敬浩二、「ジェレミー・ウォルドロンの違憲審査制批判について」名古屋大学法政論集 255 号、2014 年、757 頁以下、759-760 頁。

33) See, Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton U. Pr., 1999.

tionalism)」と定義している³⁴⁾。この議論については、自ら「規範的分析ではない」と明言する一方で、制憲者および憲法修正者の意図に裁判官の判断が拘束されるという原意主義 (originalism) と呼ばれる憲法解釈方法論について「疑問を投げかける」ものである、という³⁵⁾。

彼らによれば、合衆国憲法という憲法典が、合衆国の統治という「ゲームのルール」として、総体としては異論なく受け容れられている。他方で、合衆国憲法修正5条や14条に見られる適正手続 (due process) 条項、修正1条、あるいは修正14条の平等保護 (equal protection) 条項など個別の条項の具体的な意味をめぐって、異論が噴出し、争いが起こる。なぜならば、その条項に見出される意味に国の理想 (national ideals) が現れ、それこそが国の「アイデンティティ」を示すものであるのだが、「アメリカの人々は、国のアイデンティティについてのそれぞれの理解について、互いに異質 (heterogeneous) だから」である。³⁶⁾

このような事態は、一見憲法の存続の危機であるかに見えるが、彼らは、このような「対立が、実際には憲法の権威を維持することに役立つ」と理解する。その対立とは、アメリカの憲法秩序の枠内における、裁判所という、人民ではないという意味での他者による憲法の意味の解釈と、人民の解釈との対立である。そして彼らの理解では、「アメリカ人は、他者——したがって究極的には裁判所——を説得して、憲法の意味についての彼ら (アメリカ人：引用者) の見解を採用させる可能性を信じている」。³⁷⁾

彼らが具体的に念頭に置いている事例は、Roe v. Wade 合衆国最高裁判決³⁸⁾とそれに伴う人々の反発 (backlash) である。Roe 判決については、ハーヴァード大学ロー・スクールの憲法学者、キャス・R・サンステイン (Cass R. Sunstein) が批判したように、中絶の権利を修正14条の保護するプライバシー権の一つとみなして中絶禁止法制を違憲と判断したことにより、保守派の強硬な反発を招

34) See, 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.

35) See, id., p. 25. 引用は、id.

36) See, id., p. 26. 引用は、id.

37) See, id., pp. 26-27. 引用は、id.

38) 410 U. S. 113 (1973.)

いた³⁹⁾。それは、司法ミニマリズム、つまり、合衆国最高裁は違憲判断をするとしてもその射程を最小限に限定すべきだ、というサンステインの立場からすれば、やりすぎであり、むしろ中絶解禁に舵を切りつつあった多くの州における立法の動向に水をさすものだった。しかしながら、ポストとシーゲルによれば、もし違憲判断が、社会の対立を煽るから、という理由で避けられるべきだとすれば、何が憲法の保障する価値であるのか、法律の専門家である法曹の見解が表明されることを不当に回避することにつながる。例えば、公教育における人種別学を禁じた *Brown v. Board of Education* 合衆国最高裁第一判決⁴⁰⁾は、司法ミニマリズムの観点から批判されるべきことになってしまう。⁴¹⁾

逆に、ポストとシーゲルは、違憲審査が、多くの人々にとっていわば無難な判断を示し続けることによって、人々の反発が不活化することを危惧する。なぜならば、彼らは、人々による反対に、「憲法を解釈するための社会的機能 (the constructive social functions)」を認めるからである。彼らは、*Roe* 判決が議論を巻き起こしたことが、のちの *Planned Parenthood v. Casey* 合衆国最高裁判決⁴²⁾における中絶推進派および中絶反対派双方の見解を踏まえた上での判決につながったことを指摘する。*Casey* 判決の論旨は、*Roe* 判決の主旨である修正 14 条による中絶の権利の承認の論理を継承しつつ、*Roe* 判決が提示した、妊娠期間を三半期に分ける、という枠組みを否定し、結果として、三半期のうち第 1 期における胎児の保護を目的とした規制立法を合憲とする、というものであった。それは一見、ローマ神話のヤヌス神の二つの顔の様に、アメリカの矛盾を象徴していた。つまり、なにが憲法上の権利かを裁判所が判断するにあたって「政治的コントロールからの法律専門家の自律性」を尊重する (*Roe* 判決の維持) と同時に、憲法

39) See, Cass R. Sunstein, Three Civil Rights Fallacies, 79 Cal. L. Rev. 751, 1991, p. 766.

40) 347 U. S. 483 (1954).

41) See, Robert C. Post and Reva B. Siegel, *Roe* Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, 42 Harv. C. R.-C. L. L. Rev. 373, 2007, pp. 401-409, 425-427. ただし、サンステインは、司法ミニマリズムに依拠しても、*Brown* 判決と同じ結論を導くことは可能だとしている。この点については、参照、川鍋、前掲註 22)、「テキスト解釈とその目的」、182 頁。

42) *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992).

解釈は人民の求めに応ずる (responsive) ように展開される必要がある (中絶反対派の強硬な反発)、という矛盾である。彼らは、Casey 判決相対多数意見においてその結論を正当化するために用いられた不当な負担 (undue burden) 基準⁴³⁾を認めていないが、それにもかかわらず、Casey 判決の論理の展開は、Roe 判決が出され、それに反発が起こったために生じたものである、と理解する。そして、Casey 判決を「いかに憲法の内容が、政治的論争という^{かまど}竈から生じるかを示す」ものであると評価する。⁴⁴⁾⁴⁵⁾

憲法解釈が人民の求めに応ずるものであるべきである、との主張は、ポストの年来の主張である。彼によれば、合衆国憲法修正1条の言論の自由、憲法上のプライバシー権の保障に関連する問題を典型として、その保障すべきとされる内容が、裁判官によって異なる。そして、そのことのために、裁判を通じて解釈される憲法の意味は流動的に変化しうる。しかしながら、そのこと自体は、およそいかなる立場の裁判官、あるいは法学者も当然の前提として、憲法解釈を行っている。なぜならば、憲法典を制定することのみによっては憲法は実現されず、その後の「国の『総体的な経験』」を経て、憲法典という「統治の『基本的な枠組み』」を肉付ける」ことによって初めて、憲法は実現されるからである。⁴⁶⁾

43) 妊娠中絶手術を受けるにあたり、妊婦のインフォームド・コンセントのために、中絶を実施する医師に中絶手術の性質やリスクあるいは胎児の推定胎齢を告知するよう強制し、あるいはそのような告知から中絶手術までに24時間あけなければならない、といった中絶手術実施の法定要件について、医師の言論の自由や妊婦のプライバシーに対して不当な負担を課すものではない、という論理を正当化する基準。Roe 判決における妊婦の自己決定権の保障を事実上後退させることになった基準である。See, id., 838-839. また、参照、小竹聡、「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利 (1): Roe v. Wade」、樋口範雄、柿嶋美子、浅香吉幹、岩田太編、『アメリカ法判例百選』、有斐閣、2012年、96頁以下；高井裕之、「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利 (2): Planned Parenthood v. Casey」、前掲書98頁以下。

44) See, Post and Siegel, supra note 41, pp. 427-430. 引用は、それぞれ、pp. 427, 429, 430.

45) もっとも、id.の問題意識は、その後2007年に下されたGonzales v. Carhart判決において、中絶禁止に関する広範な立法裁量が認められ、彼らの視点からすれば、「中絶の権利擁護論者の関心への配慮以上に、中絶反対論者の関心を肯定してしまっている」(id., p. 431) ことにあり、それに対して論争が巻き起こることを、彼らは期待している。See, id. pp. 431-433.

46) See, Robert C. Post, Constitutional Domains: Democracy, Community, Management, Harvard U. Pr., 1995, pp. 35-38. 引用は、id., p. 36.

そして、その肉付けこそは、成文憲法による裁判官の拘束からの逸脱ではなくて、むしろ、人民が歴史的に形成する「国の思潮 (the national ethos)」を基礎として形成される。Brown 判決にせよ、Roe 判決にせよ、結果として裁判所のとった結論が国論を二分するものだったとしても、それは、「現代の共同体の基本的な思潮を代弁することを目指す」ものだった。そして逆に、この点を認めなければ、違憲審査が多数者の意思を無視することを許容することとなってしまう。⁴⁷⁾

つまり、積極的な違憲審査がなされることによって、人々が反発し、その反発が、裁判所の憲法解釈に影響を及ぼす、そしてそのような営みは、一見成文憲法の文字通りの意味から離れうるとしても、人民主権の観点から正当化可能だ、と彼らは見ているわけである⁴⁸⁾。

(2) 憲法をめぐる文化

別の言い方をすれば、裁判所による憲法解釈の展開は、合衆国における憲法価値とは何か、についての、人々の社会的あるいは文化的な営みに依拠している、ということである。この点について、シーゲルは次のように述べている。

社会運動は、アメリカ人が憲法を理解する方法を変える。社会運動の対立は、憲法をめぐる文化によって保障されたり制約されたりしながら、新たな憲法理解、つまり、公職者が抽象的な憲法上の権利の保障に関する文言を解釈するにあたり指針となるような動き、というものを形成しうる。⁴⁹⁾

47) See, id. pp. 39-49. 引用は、id., p. 43.

48) ただし、彼らは慎重にも、そのことのために、議会の憲法解釈権が制約されることは許されない、と理解する。See, Robert C. Post and Reva B. Siegel, Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act, 112 Yale L. J. 1943, 2003. See, also, Robert C. Post and Reva B. Siegel, Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power, 78 Ind. L. J. 1, 2003.

49) See, Reva B. Siegel, Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA, 94 Cal. L. Rev. 1323, 2006, p. 1323.

時々には勃興する社会運動は、ときに人民からの支持を得て、あるいは人民からの反発を得ながら、何が憲法条文の意味するところであるのかを追求する。そしてしばしば、そのような社会運動の展開は、現実には憲法解釈を有権的に行う公職者たちに対して、影響を及ぼしうる、というのである。

シーゲルによれば、その具体例は、合衆国憲法における性の平等の徹底を求める、いわゆる平等権修正 (Equal Rights Amendment, ERA) を要求する社会運動の展開に見られた。この運動は、1970年代にフェミニストたちを中心に展開され、実際に連邦議会による修正発案までこぎつけたが、強硬な反対にあって修正は成立しなかった。しかしながら、その動きまでに起こったのは、むしろ、ERA運動が要求した憲法価値としての性の平等一般が、政府の立法、また裁判所の判例において実質的に実現されていく、という事態であった。⁵⁰⁾

具体的に見てみよう。まず、シーゲルは、ロバート・ボーク (Robert Bork) コロンビア特別巡回区連邦控訴裁判所判事の、ロナルド・レーガン (Ronald Reagan) 大統領による合衆国最高裁判事任命失敗をみて、もはや合衆国最高裁判事に性差別に対する判例法理の展開に異論を挟む者が任命されることはない、という⁵¹⁾。ボークの議論は、原意主義に依拠して、修正14条の適正手続条項を根拠にプライバシーの権利としての中絶の権利を憲法上の権利と認めることを拒否する⁵²⁾。

次に、裁判所の判例法理について。確かに、判例法理は、ERA運動が展開されるまでは、女性抑圧的なものだった。ERA運動の寸前、1960年代まで、合衆国最高裁は、女性の政治的、社会的平等を否認する判例を展開してきた⁵³⁾。また、歴史的には、性差別に関する法的問題が、人種差別に関する法的問題と同様に、合衆国憲法修正14条は女性の政治的平等を保護範囲としない、と理解された⁵⁴⁾。

女性の投票権保障は、1920年の合衆国憲法修正19条によって確定したのだが、

50) See, id., p. 1324.

51) See, id., pp. 1335-1336.

52) See, Robert H. Bork, *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law*, Simon and Schuster, 1991.

53) See, Siegel, *supra* note 49, p. 1336, note 39.

それは、女性選挙権運動（その運動家は *suffragist* と呼ばれる）の展開によるところが大きかった⁵⁵⁾。そして、修正 19 条については、連邦制の観点からその憲法適合性が争われた。原告の主張によれば合衆国憲法 5 条による憲法修正によって女性に投票権を付与することは、男性有産市民が州を上院において代表するという、もともとの合衆国憲法的前提を崩すものであり、合衆国憲法 5 条が憲法修正の限界として明示する上院における各州の対等な投票権を、不当に侵害するものとして違憲判断を行うよう求める訴訟が起こった⁵⁶⁾。これに対して裁判所は、アフリカ系アメリカ人の投票権を認めた修正 15 条が憲法修正として有効であるのと同様に、修正 19 条は合憲である、とした⁵⁷⁾。⁵⁸⁾

この修正 19 条の成立は、女性の投票権にとどまらず、女性の政治的権利の平等をめぐる立法および判例の展開に、少なからず影響をもたらした。つまり、修正 19 条は、一般的に、「女性に、政治の場面における、市民としての完全な地位を与えるもの」と見られたのである。修正 19 条成立後、複数の州で女性の公務就任権および陪審参加権を認める各州の立法および判例が展開された。また、合衆国最高裁においても、女性に関する労働規制立法は、労働規制を不当な市場規制として違憲とする契約の自由 (*liberty of contract*) 法理の例外として認められていた⁵⁹⁾が、修正 19 条の成立後、女性を男性と対等と認めてこの例外を否定した⁶⁰⁾。⁶¹⁾⁶²⁾

54) See, Reva B. Siegel, *She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism and the Family*, 115 *Harv. L. Rev.* 945, 2002, pp. 954-955, 961-968.

55) See, *id.*, pp. 968-977.

56) See, *Leser v. Garnett*, 258 U. S. 130 (1922).

57) See, *id.*, 136 (Brandeis, J., opinion of the court).

58) See, Siegel, *supra* note 54, pp. 1003-1006.

59) See, *Lochner v. New York*, 198 U. S. 412 (1905).

60) See, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U. S. 525 (1923).

61) See, Siegel, *supra* note 54, pp. 1006-1022. 引用は、p. 1019.

62) もっとも、このような判例の展開、つまり修正 19 条成立によって、合衆国憲法において性の平等一般が憲法価値となった、という理解は、契約の自由法理が忘れ去られるのと軌を一にして、忘れ去られた。それゆえに、*id.*, pp. 1022-1044 は、性暴力の排除を目的とした規制立法である *Violence Against Women Act* (VAWA, 42 U. S. C. § 13701) の合憲性を否定した *United States v. Morrison* (120 S. Ct. 1740 (2000)) が下されたことを指摘し、批判する。

このような前史があるなかで、ERA運動は展開された。そのなかでシーゲルが注目したのは、ERAに反対する勢力は、もはや性の平等という理念自体を否定するものではなかった、という点である。ERAによって、何が女性あるいは妻の役割か、あるいは性道徳の重要性についてアメリカ社会で培われてきた伝統的な家族観が国家によって脅威にさらされる、との批判があったが、その主張自体は性の平等を否定するものではなかった。なぜかといえば、ERAの「反対者たちは、ERAを拒絶するよう人々を説得するために、ERA支持者のもっとも強力ないくつかの主張を、暗黙のうちに、(自らの議論に：引用者)組み込む」必要があったためである。⁶³⁾

シーゲルによれば、社会運動の展開がしばしば法秩序に影響を及ぼす。結果として、憲法修正が結実することもある。あるいは結実せずとも、社会における議論を通じて、立法や判例、あるいはその運動の反対者たちにおいても、その社会運動のもっとも根幹に関わる主張が共有される、といったことがありうる、ということである。

(3) 裁判官の政治的資質

以上のような、憲法解釈の動態に関するシーゲルの分析は、現実に憲法の意味が憲法改正を経ずに変遷していることを示唆し、極めて興味深い。他方で、彼らが慎重にその議論が実証的である、と明言するように、まさにそのような変遷が規範論として正当化可能なかどうか、ということが問われる。

この点について、さきに示したように、裁判所の憲法解釈が人民の求めに応ずるべきであると論じたポストは、裁判官の政治的資質 (statesmanship of judges) を論じている。

(2)でみたように、社会運動などの、憲法の意味をめぐる文化的な営みが、裁判所を含め公権力による憲法解釈に影響を与えた一方で、逆に、(1)でみたように、公権力による憲法解釈が、社会における議論に影響を及ぼすことがある。ポストによれば、それは、いわば、「裁判所は、司法以外の主体の、憲法に関する信念

63) See, Siegel, *supra* note 49, pp. 1366-1403, especially, pp. 1378-1381, 1389-1403. 引用は、*id.*, p. 1403.

や価値観との持続的な対話に従事している」ということである。この「持続的な対話 (continuous dialogue)」において、裁判所は、「文化」という言葉のうちに包含される「深刻な分岐 (deep divisions)」のうち、しばしばどちらかに肩入れし、どちらかに不利益を課す。たとえば、Brown 判決の判旨は、ある意味、合衆国の北部の文化を南部に押し付けたものだ、とも言うるのである。⁶⁴⁾

そして、ポストによれば、このような人民あるいは社会と裁判所とのやりとりにおいて、裁判所は脆弱 (vulnerable) である。司法権の権威に基づいて正当に法とは何かを語るとしても、裁判所は、Dred Scott 判決であったり、ニュー・ディール期の判決であったり、しばしば社会から全国規模で反発を招き、その存亡の危機にさらされてきた、と言えるからである。それにもかかわらず、裁判所がしばしば挑戦的な判決を展開することをやめないのは、裁判所の解釈こそが法の意味である、という法律の専門家集団としての確信が、裁判所にはあるからである。Brown 判決が、南部諸州の反発というリスクを冒してまで全員一致で出されたのは、「反差別という憲法価値に関する専門家集団の信念の問題として、裁判所は Brown 判決に取り組んだ」からである。そして、そのような判断をすることによって、しばしば人民、社会と対立することになるとしても、それは、裁判所の人民に対する応答義務と法の支配の実現義務との均衡を保つ上で避けがたく、また正当な営みである。そしてポストは、この営みがまさに政治的であることをとらまえて、また、そのことを指摘したルイス・ブランダイス (Louis Brandeis) の言⁶⁵⁾を引いて、裁判官の政治的資質に基づく判断、として正当化する。⁶⁶⁾

小括：司法権の独立と人民主権

実のところ、ポストとシーゲルは、同じく民主的立憲主義を主張するが、これ

64) See, Robert C. Post, Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts and Law, 117 Harv. L. Rev. 4, 2003, pp. 11-77, especially, pp. 41, 52-56. 引用は, id., pp. 41, 54.

65) See, Melvin I. Urofsky, The Brandeis-Frankfurter Conversations, 1985 Sup. Ct. Rev. 299, p. 314.

66) See, Post, supra note 64, pp. 40, 107-112, especially, p. 40, n. 181; pp. 107, 110. 引用は, id., p. 110.

までの検討からして、規範論としてのそれへのコミットメントが強いのは、ポストである、と考えられる。そして、ポストが描き出す規範論としての民主的立憲主義は、法曹という法律の専門家集団によって構成される、司法権を担う裁判所の独立を主張するものである。しかも、その独立した裁判所という主張において、人民主権の体制下、人民に対する応答義務を果たすべきであるとされると同時に、どのような判断が人民に応答するものであるのかを決めるのは、裁判所自身である。

加えて、ポストは、裁判所の憲法解釈が政治性を帯びることを正面から認めている。つまり、Brown 判決で問題となった全国の公教育における人種別学禁止は修正14条の意味するところだ、との裁判所の憲法解釈は、その判断がアメリカ社会に広範な反発を招くことのリスクとの比較衡量の上で展開されている、とポストは見ている。この主張の意義は、人民主権を主張することによって、裁判所が即座に人民に屈服すべきである、というわけではない点にある。憲法解釈を最終的に決着させるのは人民であるとしても、そこまでの過程には、様々な主体が関与し、議論を重ねる。裁判所は、その過程の中で、何が法かについてを語る専門家として重要な役割を担う。

その際、確かに、裁判所の憲法解釈は、人民が憲法の意味と考えてきたものとは異なるものであるかもしれない。あるいは、ある視点からみれば、裁判所の憲法解釈が、憲法の原意と考えられたものから著しく離れて展開されている、と非難されるものかもしれない。しかも、そのような憲法解釈は、明確に政治的な意図の下にあるかもしれない。しかしながら、Dred Scott 判決の例のように、最終的な憲法の意味を確定するのが人民である、という前提がある限り、そして、裁判所の判断は、少なくとも自己判断として、人民に応答するものである限り、裁判所は、自らの裁量によって独自の憲法解釈を政治的に展開することが許される。

このようなポストの裁判所観は、イェール学派の憲法学の中でも独特のものである。次章では、アメリカの裁判所の重要な要素である陪審について、同じくイェール学派の憲法学者であるアキル・リード・アマールの議論との対比によって、ポストの議論の独自性を明らかにする。

II 人民による司法か、人民のための司法か： 陪審に関するアマールの議論との対比から

本稿冒頭でも述べたように、イエール・ロー・スクールの憲法学者たちは、人民主権を標榜する理論家たちとして知られているが、その主張については、多くの場面で差異が見られる。以下では、本稿の扱うポストの議論のうち、彼の陪審観があらわれている合衆国憲法修正1条解釈を概観したのち、それとは異なる見解として、同じイエール学派の憲法学者であるアキル・リード・アマール (Akhil Reed Amar) の議論と対比する。

(1) 共同体を象徴する陪審：ポストの陪審観

ポストの陪審観が示されているのは、合衆国憲法修正1条が保障する言論の自由に関する議論に見られる。その議論は、合衆国最高裁が「公共的議論 (public discourse)⁶⁷⁾」、という概念を用いて、言論に対する法的規制を免除しようとする *Hustler Magazine v. Falwell* 判決⁶⁸⁾が下されたことについて、理論的に正当化しうる、というものである⁶⁹⁾。

Falwell 事件は、アメリカのキリスト教保守 (福音) 派で、テレビなどで布教活動を行うテレヴァンジェリストとして知られたジェリー・L・ファルウェル (Jerry L. Falwell)⁷⁰⁾が、みずからの肖像を使ったパロディ記事⁷¹⁾によって彼を茶化したハスラー・マガジン社 (*Hustler Magazine, Inc.*) およびそのオーナーであるラリー・C・フリント (Larry C. Flynt) を、名誉毀損、具体的には、プライバシー侵害、文書誹毀、故意による精神的苦痛の惹起 (intentional infliction of emotional distress) で訴えたものである⁷²⁾。

67) See, *Hustler Magazine v. Falwell*, *infra* note 68, 55.

68) *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U. S. 46 (1988).

69) See, Robert C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 *Harv. L. Rev.* 601, 1990

70) See, <https://www.britannica.com/biography/Jerry-Falwell> (2018年6月11日閲覧).

71) その内容について、see, Post, *supra* note 69, p. 607.

72) See, *Hustler Magazine v. Falwell*, *supra* note 68, 47-49.

原審⁷³⁾は、New York Times Co. v. Sullivan 合衆国最高裁判決⁷⁴⁾を援用して、ファルウェルが一般人に比して名誉毀損の成立要件が厳格な（いわゆる「現実の悪意 (actual malice)」法理) 公人であると認定する一方で、パロディ記事が慎重さを欠いている (reckless) ことも認めて、第1審⁷⁵⁾において、陪審が故意による精神的苦痛を認定したことを支持し、第1審通り、フリントおよびハスラー社に合わせて通常の損害賠償として10万ドル、加えてフリントおよびハスラー社それぞれに懲罰的損害賠償として5万ドルを支払うよう命じた⁷⁶⁾。⁷⁷⁾

Falwell 事件は、同事件に参加しなかったアンソニー・ケネディ (Anthony Kennedy) 判事を除く8人のうち、バイロン・ホワイト (Byron White) 判事の同意意見のほか、全員一致で判決が下された。レンキスト長官による法廷意見は、故意による精神的苦痛の惹起について、パロディ記事が『『無礼な (outrageous)』行為』であるにも関わらず、「修正1条に従えば、損害賠償を認める根拠とはなり得ない」、とした。なぜならば、「公共的議論」、つまり「政治的、および社会的議論の場において、『無礼であること』がいわれるならば、陪審の好みや見解に基づいて、あるいはおそらく特定の表現についての陪審の嫌悪感に基づいて、陪審ならば損害賠償責任を認めるような、『無礼であること』(という価値観：引用者) が内在的に押し付けられる」からであり、むしろそのような『『無礼であること』なる基準は、問題となる言論がその受け手に対して敵対的な感情に対する衝撃をもたらすかもしれないからといって、損害賠償が認められるべきだという主張を、裁判所が長らく拒否している、ということのために多く用いられている」からである。公共的議論においては、陪審に参加するような一般市民の常識に基づいて判断するならば「無礼」としか言いようがない表現についても、修正1条は保障しており、「無礼であること」だけのために損害賠償が認められることはない、というのである。⁷⁸⁾

73) See, Falwell v. Flynt, 797 F. 2d 1270 (1986).

74) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964).

75) Falwell v. Flynt, supra note 73 には、第1審について C/A 83-0155-LR との判例記号が付されているが、原典にたどり着くことができなかった。

76) See, id.

77) See, Hustler Magazine v. Falwell, supra note 68, 49-50.

ポストは Falwell 事件判決について、一体「無礼であること」というのがどこまでの射程を持つものか曖昧であり、Falwell 事件判決をもって、一般的に、攻撃的ないし敵対的な表現行為が免責されるわけではない、と理解する⁷⁹⁾。そこで、ポストは、Falwell 事件判決が「公共的議論」に言及していることに着目して、判例法理の理論的精緻化を試みる。

ポストによれば、「公共的議論」においてコモン・ロー上の不法行為法が妥当しない、という事態は、不法行為法によって個人の名誉が守られるという通常の考えから大きく逸脱している。他方で、「個人のアイデンティティは、社会的な相互のやりとり、ということから生ずるのであり、我々は自らの個性や、まさに自尊心ないし尊厳といったものについて、我々が社会的に順応させられている制度化された価値や規範を組み込んでいる」とポストが考えるとき、不法行為法の保護法益としての名誉とは、そのような価値や規範、つまり社会における礼節 (civility) である、といっても過言ではない。⁸⁰⁾

もし、不法行為法上、ある表現行為が名誉毀損と認定されることが、まさにポストの考えるように、社会的礼節のいわば押し付けであるとすれば、実のところ、修正 1 条の象徴する理念とは大きく異なるものであるかもしれない。なぜならば、ポストが指摘するように、修正 1 条をめぐる判例法理は、公共的関心事 (public concern) に関する言論は全く自由になされるべきである、ということを保障してきたからである。

たとえば、Cantwell v. Connecticut 事件⁸¹⁾では、エホバの証人 (Jehovah's Witness) の信者の演説が、それを聴いていたキャソリックの人々にとって攻撃的であり、コモン・ロー上の犯罪である平和破壊 (breach of the peace) の煽動にあたるとの主張に対して、裁判所はエホバの証人の信者の言説が憲法上の保護を受ける、と判断した。ポストの理解によれば、Cantwell 事件は、アメリカは共同体の多様性によって成り立っており、その多様性は、しばしば共同体相互の

78) See, id., 47, 55-57. 引用は, id., 55, 57. また、「無礼であること」なる基準をめぐる先例について, see, id., 55-56.

79) See, Post, supra note 69, pp. 615-616.

80) See, id., pp. 616-618. 引用は, id., p. 617.

81) 310 U. S. 296 (1940).

鋭い対立と繋がっている、ということを示唆している。加えて、ポストは、「もし国家がある共同体の礼節に関する諸ルール (civility rules)、たとえばキャソリックのそれらのようなものを、エホバの証人のような、キャソリックとは別の者の礼節に関する諸ルールに反するかたちで執行するならば、国家は、実質的には、その権力と権威を、特定の共同体を支援し、その他を抑圧するために、用いていることになるだろう」、と述べる。ポストの理解によれば、修正1条はまさにこのような事態に陥ることを禁止しているのであり、Cantwell 判決も同様の理解を示すものだったと言える。⁸²⁾

この公共的議論、ということに関連して、近時ポストは、言論による民主主義 (discursive democracy) の重要性を強調している。かれによれば、合衆国憲法が、代表制 (representation) を通じた人民の自己統治、すなわち共和主義 (republicanism) を構想し、その構想は伝統的に現代にいたるまで受け継がれてきたが、それだけでは人民の自己統治が完全に実現されるとは考えられなかった。なぜならば、代表は本質的に人民それ自体ではなく、先に見たルソーの指摘のように、代表制のみでは、統治に対するたえざる人民の監視が実現できないからである。この問題に対して、合衆国では、自由な言論を通じて統治が人々によって直接批判にさらされることによって、統治に対する人民監視を実現する、と考えられてきた。合衆国憲法修正1条はこのことを保障しており、それをポストは言論による民主主義、と表現するのである。⁸³⁾

この主張は、従来日本においてフランス憲法学の人民主権論と紹介されてきた議論⁸⁴⁾からの示唆、つまり、代表制をいかに人民の代表たるにふさわしく構成

82) See, Post, *supra* note 69, pp. 626-630. 引用は、*id.*, p. 630.

83) Robert C. Post, *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard U. Pr., 2014, pp. 3-43.

84) 「日本の憲法学界では、1970年代に主権論議が高揚した後、1980年代以降は、イデオロギー批判の手法を超えて制度論や手続論へのパラダイムの転換が説かれるようになり、代表制や議会制度上の具体的問題に関連して国民主権の意義を論じる傾向が強まった」。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』、有信堂高文社、2002年、37頁。ここで筆頭に念頭に置かれているのは、杉原泰雄の人民主権論である。同書、同頁、また、34-37頁参照。杉原の議論について、参照、杉原泰雄、『国民主権と国民代表制』、有斐閣、1983年。

するか、という問題を解決する、というだけでは、人民主権は達成されない、ということである。人民の代表に対して、一人ひとりの個人が、時々政治に対する批判を、直接向けることができないのであれば、人民主権が達成されているとは言えない、とポストは考えている。

また、修正1条の保護法益をこのように説明するのに加えて、ポストは、いわゆるヘイト・スピーチに対する法規制の問題について、合衆国は公共的議論におけるヘイト・スピーチ規制を、EUなどと比べると相対的に認めていないことを強調する。なぜかといえば、合衆国のような個人の価値観が強烈に対立する社会においては、たとえば「反差別立法や移民受け入れを拡大する立法などの施行に激しく反対する者が、同時に広範なヘイト・スピーチに対する法規制によってその反対を表明できないとしたら、かれらは、それらの反差別あるいは移民受け入れ拡大立法が施行される民主的正統性に対する不信を抱く」からである⁸⁵⁾。つまり、現に行われている統治に対する批判が十分に機能し、また機能していると人々にとって実感できてはじめて、人民の自己統治が完全に実現する、と考えられる。そしてそのためには、ヘイト・スピーチを規制して個人の名誉を保護することによって人民の自己統治を実現する⁸⁶⁾のではなくて、ヘイト・スピーチを規制せずに個人の言論の自由を保護することによって人民の自己統治を目指すべきだ、とポストは考えている⁸⁷⁾。

このようにみえてくると、ポストの議論は、修正1条により保護される公共的議論、というものを観念することで、言論市場に対して国家の中立性を維持することではじめて人民主権は実現され、裁判所の違憲審査はそのような役割を担っている、というものである。その文脈において、ポストは、陪審に関して次のような見解を示している。

85) Robert C. Post, *Legitimacy and Hate Speech*, 32 *Const. Comment.* 651, 2017. 引用は、*id.*, p. 655.

86) Jeremy Waldron, *Hate Speech and Political Legitimacy*, in Michael Herz and Peter Molnar eds., *The Content and Context of Hate Speech*, Cambridge U. Pr., 2012, p. 329ff. See, also, Jeremy Waldron, *The Conditions of Legitimacy: A Response to James Weinstein*, 32 *Const. Comment.* 697, 2017.

87) このポストの見解に与するものとして、see, James Weinstein, *Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy*, 32 *Const. Comment.* 527, 2017.

Cantwell 事件によって確立された、いわば憲法の「シールド」によって、この（言論に関する：引用者）競争が公平な場で起こることが保障される。その公平な場においては、いかなる共同体も、みずから特有の規範や、礼節に関する諸ルールを執行することによって、その競争の帰結に予断がもたらされるように、不公正な特典を獲得したり、国家権力を使用したりすることはできない。この特別な（国家の：引用者）中立性は、次の事実には反映されている。つまり、合衆国憲法は、共同体の基準を象徴する陪審から、逆に公平で架橋的な公共秩序を象徴する、そして、「憲法に関する事実」に関する問題を決するために「独立の審査」を行う裁判官に、意思決定の主要な位置を移している、という事実である。⁸⁸⁾

裁判所は、自由な言論市場⁸⁹⁾を擁護するために、一般市民の参加する陪審の判断を覆すことができるのであり、それは、陪審が特定の共同体の代表に過ぎないからだ、ということである。

(2) 人民を象徴する陪審：アマールの陪審観

ポストの陪審観、つまり、陪審は特定の共同体の価値観を体現するものに過ぎない、という考えは、アメリカの陪審制度をめぐる議論として常識的である⁹⁰⁾。しかしながら、実のところ、人民主権を標榜するイエール学派の憲法学において、これは共通理解ではない。むしろ、ポストの理解とは異なる陪審観を示すものがある。それは、アキル・リード・アマールの議論である。

アマールは、多数決主義の徹底を主張するポピュリズム憲法学の理論家として知られる⁹¹⁾が、陪審がポピュリズムの擁護者である、と率直に認めている。「陪審の重要な役割は、政府のやりすぎに対して、普通の個人を保護することである。彼の議論は、具体的には、刑事裁判における陪審の役割を論じるものである。

88) See, Post, *supra* note 69, p. 630.

89) See, *id.*, p. 631.

90) See, e.g., Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel, Nancy J. King and Orin S. Kerr, *Principles of Criminal Procedure: Post-Investigation*, 2nd edn., Thomson Reuters, p. 246.

91) 参照、川鍋前掲註 22)、「人民の、人民による、人民のための憲法」。

まず、刑事訴追に関与する大陪審 (grand jury) について。アマールによれば、刑事訴追に大陪審が関与することによって、公訴権の濫用が抑制される。その認識は、合衆国憲法修正4条と同修正5条との違いにあらわれている。修正4条の文言は、捜査における令状主義と、捜査の対象および理由に関する令状の文言の特定性を要求しているが、修正5条ではそれらのパラレルとして大陪審の参加する刑事手続の保障が語られている。一般市民が刑事手続に関与することによって、政府の不当な関心、たとえば政府に批判的な市民を恣意的に刑事裁判にかけることによって抑圧する、といったことを防ぐ、ということである。また、大陪審には、刑事告発 (presentment) を行う権限が認められており⁹²⁾、検察官が不当に公訴提起をしなかったときに、大陪審は自ら主導して公訴提起できる。大陪審は、公訴提起がなされるにしろ、なされないにしろ、市民の司法参加により公訴権の濫用を抑止する制度として構想されている、ということである。⁹³⁾

次に、刑事裁判の審理における小陪審 (trial jury⁹⁴⁾, criminal petit jury⁹⁵⁾) について。小陪審も、大陪審ほどではないにせよ、政府の不当な関心に基づく刑事裁判を抑止する機能を持っている。アマールによれば、大陪審は、公訴担当者の権限抑制に携わるが、審理における陪審は、裁判官の権限抑制に携わる。合衆国憲法の場合、連邦裁判所の裁判官は、連邦政府によって任命され給与を支払われる。そこには、連邦裁判所の裁判官が連邦政府に従属する余地があり、歴史的にもそのような事態が生じた。たとえば、1798年煽動防止法 (Sedition Act of 1798) の適用によって、当時政権を握っていた連邦派 (Federalist) に対する共和派 (Republican) など反対者たちが、その反対の表明をめぐって、多く刑事訴追を受け、連邦派の任命した裁判官によって、反対者たちに対する捜査が認められ、刑事罰を課されるという事態が起こった⁹⁶⁾。これらの事態に対して、一般

92) See, LaFave et al., *supra* note 90, pp. 242-244.

93) See, Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 *Yale L. J.* 1131, 1993, pp. 1183-1184. 引用は, *id.*, p. 1183. See, also, Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, *Yale U. Pr.*, 1998, pp. 81-118.

94) See, LaFave et al. *supra* note 90, p. 33.

95) See, Amar, *supra* note 93, p. 1185.

96) See, e.g., Wendell Bird, *Press and Speech under Assault: The Early Supreme Court Justices, the Sedition Act of 1798, and the Campaign against Dissent*, *Oxford U. Pr.*, 2016.

市民による小陪審が関与することで、修正4条に定める逮捕令状の執行や修正8条に定める保釈金及び刑罰の適正を図ることができる。⁹⁷⁾

このようなアマールの見方は、制憲期の反連邦派＝共和派の政治思想において展開されたような、政治参加制度としての陪審という発想にもつながっている。つまり、立法に直接参加することができない一般市民は、陪審に参加することによって、法の適用に携わることができる。このことの重要な意義の一つは、陪審が、独自の憲法解釈によって、違憲審査権を行使することができる、ということである。そのことは、煽動防止法の不当な適用のために弾劾にかけられたサミュエル・チェイス (Samuel Chase) 合衆国最高裁長官によっても認められたことだった⁹⁸⁾。⁹⁹⁾

(3) 人民のための司法、という視点

ポストの議論とアマールの議論とを比較するにあたっては、いくつか留保が必要である。まず、ポストとアマールとでは、陪審観を語っている場面が異なっている。ポストは修正1条をめぐる判例法理について、対してアマールは刑事手続に関する憲法修正条項について、陪審を語っている。そして、アマール自身が認めているように、修正1条に関する判例法理は、修正1条に陪審に関する文言が欠けているために、陪審ではなく裁判官によって具体化されるべきであるかに見える¹⁰⁰⁾。加えて、本稿筆者が以前指摘したように、修正1条が憲法改正の限界を構成する、というアマールの考え¹⁰¹⁾からは、全国民の過半数によってすら改正不能な修正1条について、陪審が人民を僭称してその解釈に参加することは認められないかもしれない。しかしながら、それにもかかわらずアマールの議論の主旨は、本来陪審による保障が明示されていない修正4条や修正8条上の刑事手続にも、小陪審が参与することの意義が見られる、というものである。加えて、1798年煽動防止法の問題はまさに修正1条上の言論の自由に関するものであっ

97) See, Amar, *supra* note 93, p. 1185.

98) See, *United States v. Callender*, 25 F. Cas. 239, 253.

99) See, Amar, *supra* note 93, pp. 1187-1195.

100) See, *id.*, p. 1190.

101) 参照、川鍋、前掲註2)、「人民の、人民による、人民のための憲法」Ⅲ。

た。これらのことを見ると、アマールは必ずしも修正1条をめぐる判例法理の形成に陪審が参与することの当否を明示していないが、ポピュリズムの観点から肯定的に評価する可能性がある。もしそうであれば、やはりポストの陪審観、修正1条の判例法理を形成する上で、陪審は共同体の代表に過ぎず、彼らの修正1条をめぐる判例法理への参与は特定の価値観の押し付けになるので認められない、という考え方とは対立する契機を持つ。

次に、アマールのポピュリズムが、陪審をめぐる議論に関する限り、多数決主義とは必ずしも同義ではなく、いわゆるジェファスニアン的な、建国期の共和派の思想をそのまま肯定するかのような議論に見える。典型的には彼が、ポピュリズムの擁護者である陪審は、同時に、州と同様、連邦政府の専制を抑制する共同体の擁護者でもある、ということについて、矛盾ないものとして語ることにあ
る¹⁰²⁾。アマールにとって、共同体こそが人民だ、ということになるが、それは、彼が憲法改正手続を議論する際に構想するような、全国民の過半数としての人民ではない。この矛盾は、実のところ(2)でみたアマールの主張する陪審の機能が、権力分立という自由主義的な議論からも同様の説明になること、陪審の裁判への関与が刑事手続を担う行政権および司法権の抑制につながる、とも説明できることとあわせて、彼の人民主権論の問題点であるかに見える。

これらのことを踏まえたうえで、ポストの陪審観とアマールの陪審観とを比較するならば、やはり、人民を構成しはするが、その一部に過ぎない市民が陪審として裁判に参加することが、それ自体人民主権の発露であるのか、という問いが共通に見られる。ポストはこの問いに対して人民主権の発露ではない、と答え、アマールは人民主権の発露である、と答えていることになる。

本稿筆者は、ポストの理解を支持する。確かに、アマールが指摘するように、陪審参加権は、投票権に並ぶ重要な政治的権利であり、その行使によって一般市民が司法権を含む公権力の恣意を抑制するということには、重要な意義がある。それにもかかわらず、陪審の判断それ自体は、一部の市民による討議の結果にすぎず、全国民の過半数によるそれとは異なる。

102) See, id., p. 1186.

他方で、このようなポストの理解は、裁判所それ自体が人民から独立するというだけでなく、ときどきの裁判所の判断も人民が実際にそれを支持するかどうかにかかわらず独立してなされる、というものである。そうだとすれば、果たして人民が自ら政治的意思決定を行うべきだ、という人民主権の本質的主張と相いれるのだろうか。

ここまでの議論から見出さうる、ポストのこの疑問への応答は二つ考えられる。一つは、人民が政治的意思決定を行うための討議の活性化に、裁判所は実際に貢献している、というものである。Roe判決のように中絶に関する判断を下すことで、人民が中絶に関する権利を憲法上保障することを認めるかどうかについて、討議が活性化した。その結果としてRoe判決の結論を覆すかどうかは、人民の決断にゆだねられているのであり、裁判所の、人民から独立した判断は、人民主権の観点から正当化できる。

いま一つは、言論の自由のような、人民主権の実現のためには本質的に重要な権利自由の保障を、歴史的に裁判所の違憲審査は徹底して行ってきた、というものである。Falwell事件のように、陪審の評決を通じて表明された、おそらく多くの人々にとって無礼だと感じられる表現でも、これを保障することによって、裁判所は、すべての人々に、直接的に政治的批判を行う自由を擁護してきた。もちろん、その自由を擁護する役割は裁判所にしか本質的に担えないものではないが、合衆国においては、裁判所が強力に担ってきた。その歴史的背景のために、違憲審査が、いわば人民のための司法として、人民主権の実現を支持してきた、ということである。

もっとも、ポストが指摘している¹⁰³⁾ように、人民のための司法という考えは、理論的にも実践的にも、脆弱である。裁判所は、人民の考えに反する憲法解釈を行いうるし、また、現に行ったことがあるからである。加えて、人民主権の観点に立てば、人民が、司法部が人民のためになるような憲法以下の法令解釈を行っていない、と判断すれば、いつでも憲法を改正して、人民による裁判への傾倒を含めて、司法部の制度設計を変更することは可能である。

103) 本稿 I (3)を参照。

したがって、人民のための司法、という考え方は、それらの批判にもかかわらず、司法部が人民のための裁判を行いうるし、行なったこともある、という社会的信頼を、その正当性の重要な根拠とする。ポストはアメリカの違憲審査制を考察するにあたって、そのような信頼を暗示している。

さて、ここまでの議論を踏まえて、ポストとシーゲルの民主的立憲主義論を概括するとすれば、裁判所による違憲審査は、人民主権の観点からは、それ自体人民主権を体现するものではないにもかかわらず、人民主権に資するので、正当化される、というものである。他方で、本稿はじめにでみたように、「人民立憲主義」としてしばしば同じように区分されるラリー・D・クレイマーの議論は、そのようなものではない。むしろ、クレイマーの議論は、違憲審査権を有する裁判所は、それ自体人民主権を体现している、というものである。次章では、ポストとクレイマーの議論を対比しながら、人民主権論における裁判所の違憲審査の正当化について、さらに考察を深める。

Ⅲ 違憲審査と人民主権との関係：

ラリー・D・クレイマーの議論との対比から

かつて、金澤孝が同じ「人民立憲主義」の分類によって、ポストの議論との対比を論じたのが、スタンフォード・ロー・スクールの憲法学者、ラリー・D・クレイマーである。彼の議論は、大まかに見ると、人民の憲法解釈権を強調し、司法権の至高性 (judicial supremacy) を否定するものであり、ポストの議論との共通点がある。その一方で、司法権、あるいは違憲審査の正当化は、これまで見てきたポストの議論とはかなり違いがある。以下では、クレイマーの議論を概観し(1)、ポストの議論との対比を行う(2)。それらを踏まえて、かれらの議論が、違憲審査の反多数決主義の難点を批判するかに見えて違憲審査を正当化するためにする議論ではないか、との問題提起について検討し、それでも規範論としてのかれらの議論の意義は損なわれないことを論じる(3)。

(1) 人民の下にある司法権：クレイマーの議論

冒頭示したとおり、クレイマーの問題意識は、レンキスト合衆国最高裁長官が、連邦市民の権利（Civil Rights）の施行権限を定める合衆国憲法修正14条5節について、その施行権限についての具体化を合衆国最高裁が解釈により行う、と述べた *United States v. Morrison*¹⁰⁴⁾ 合衆国最高裁判決に対するものである。同判決においては「司法権の至高性」という考え方が展開され、*Marbury v. Madison* 判決¹⁰⁵⁾ 以来、合衆国憲法の権限配分上裁判所の憲法解釈は他の各権限機関による憲法解釈に優位する、とレンキスト長官は述べたのである¹⁰⁶⁾。

クレイマーによれば、レンキストのこのような主張は、合衆国の違憲審査制史を踏まえると、特異な見方である。まず、合衆国建国以前について。しばしば、合衆国の違憲審査制の起源として持ち出されるボナム医師事件¹⁰⁷⁾における、サー・エドワード・クック（Sir Edward Coke）の、コモン・ローにより議会制定法が無効となる場合がある、との言明¹⁰⁸⁾について、これは合衆国の違憲審査制の起源とは考えられない。それは単に、議会制定法の解釈として、コモン・ロー適合的でなければならないというに過ぎず、司法部が、違憲審査を行うことの正当化根拠にはならない¹⁰⁹⁾。むしろ、憲法を解釈し施行する権限は人民にあると考えられた。立法権は共同体に責任を負う、とか、立法者は社会の基本法に反してはならない、などと植民地時代の政治パンフレットに出てくる文言を解釈すれば、そう理解すべきである。また、民衆訴訟（crowd action）や陪審は、人民主権を体現する、と考えられ、それらを通じて、人民の法つまり憲法が形成される、と考えられていた¹¹⁰⁾。裁判それ自体が、人民主権を体現するものと考えられていた。

104) See, *United States v. Morrison*, supra note 62.

105) See, *Marbury v. Madison*, supra note 5.

106) See, *United States v. Morrison*, supra note 62, 1753, n. 7. See, also, Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford U. Pr., 2004, p. 225.

107) *Dr. Bohnam's Case*, 8 Co. Rep. 113b (1610).

108) See, id., 118b.

109) See, Kramer, supra note 106, pp. 18-24.

110) See, id., pp. 24-29.

次に建国期について。クレイマーによれば、アメリカの独立は、各植民地の人民を書き手とする、各邦の憲章 (charter) などの成文憲法 (written constitution) を通じて、王権を否定することによって成立した¹¹¹⁾。また、独立革命の成功後、合衆国憲法が成立するが、そのことによって生じた問題は、裁判所が合衆国憲法を解釈することの意味合いについてであった。Calder v. Bull 合衆国最高裁判決¹¹²⁾において、合衆国憲法1条9節3項に定める事後法の禁止は刑事立法に限られる、と合衆国最高裁は全員一致で解釈したが、法廷意見を執筆したサミュエル・チェイス長官とジェームス・アイアデル (James Iredell) 判事の同意意見との間で、司法権の役割に関する違いが見られた。チェイスによれば、合衆国の共和制による統治において、その基礎には重要な原理が存在し、それは議会による立法権の濫用を抑止する¹¹³⁾。他方、アイアデルはこのような見解を自然法論と理解し、その主張それ自体を肯定しながら、そのことは、裁判所が議会制定法を無効とする根拠とはならない、と述べた¹¹⁴⁾。その理由は、自然法という基準は曖昧であり、むしろ、裁判所が議会制定法を無効とするのは、それが議会に付与する権限を定める成文憲法である合衆国憲法に反するから、ということであった。この意見の違いに見られるのは、一つには、違憲審査は成文憲法の要求を解釈するものである、という見解が展開されたことであり、いまひとつには、チェイスの議論は、議論の枠組みとして、先に見た建国以前の議論、つまりクックの議論の枠組みを出るものではない、ということであった。この違いは、結局、クックやチェイスに見られる議論が現在の違憲審査制の根拠を弁証するものとはなっていないし、むしろ、アイアデルの議論に見られるように、違憲審査制は、合衆国人民の定めた合衆国憲法の文言に議会制定法が忠実にしたがっているかを判断するものだ、との考えがあらわれたことを示すものだった。¹¹⁵⁾

つまり、裁判所の憲法解釈は、憲法に示された人民の要求に沿ったものである、ということであるが、クレイマーは、そのことを、人民の憲法解釈および施行の

111) See, id., pp. 39-41.

112) 3 U. S. (3 Dall.) 386 (1798).

113) See, id., 388.

114) See, id., 398-399.

115) See, Kramer, supra note 106, pp. 39-44.

責任 (the people's responsibility for interpreting and enforcing their constitutions) として論じている。人民は憲法を制定してしまえばその役割を終えるのではなく、文面上抽象的な文言であってもその意味がはっきりと社会に共有されているような条文について、そのように政府に解釈させる責任が人民にはある、ということである。¹¹⁶⁾

その反面で、まさにそのような責任は人民にあるのであり、裁判所にあるのではない、ともクレイマーは述べる。憲法解释权について、議会と裁判所は対等であり、人民は、立法と司法とによる、権力分立下での抑制均衡を想定している。加えて、当時違憲審査が人民主権の観点から必要だ、とする理解は、合衆国憲法の抽象的な文意を確定することの帰結だ、と理解されていた。¹¹⁷⁾

また、合衆国憲法制定にあたって、合衆国の法のうち合衆国憲法が最高の法であり、それに矛盾する法は、州法であっても無効であり、その旨を裁判所が判断することは当然のことと受け入れられていた。他方で、違憲な連邦法の施行を阻止する機能は、裁判所による違憲審査が中心ではなく、むしろ大統領の拒否権によってもっぱら果たされると考えられていた。議会制定法は、それ自体、議会がその適憲性を判断しているが、改めて大統領がそれを施行するにあたり適憲性を判断し、違憲と判断すれば施行を拒否する、ということである。¹¹⁸⁾

制憲期の違憲審査制の擁護論として、アレクサンダー・ハミルトン (Alexander Hamilton) が執筆したフェデラリスト第78篇¹¹⁹⁾があるが、クレイマーの理解では、それも先に見たアイアデルの見解と異なるものではない。憲法解釈を通じて裁判所は合衆国の多数者の意思を代弁するのであり、それによって政治部門が合衆国憲法に違反することに対して抵抗する義務を果たす、と考えられた。¹²⁰⁾

本稿はじめにで前述した *Marbury v. Madison* 判決は建国から14年後の1801

116) See, id., p. 53.

117) See, id., pp. 58-59, 60-61, 66.

118) See, id., pp. 73-77.

119) See, Alexander Hamilton, The Judiciary Department, <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78> (2018年7月2日閲覧)

120) See, Kramer, *supra* note 106, pp. 79-81.

年に下されるが、それまでの間には、州レベルで違憲審査が行われた。Kamper v. Hawkins 事件¹²¹⁾では、ヴァージニア州において、通常の地方裁判所にエクイティ裁判所 (chancery court) にのみ認められるとされてきた差止 (injunction) 権限を議会制定法により付与することが、裁判所により違憲とされた。クレイマーは、この判決のうちセント・ジョージ・タッカー (St. George Tucker) ヴァージニア州最高上訴裁判所 (the Virginia Supreme Court of Appeals) 判事の同意意見を参照し、アイアデルと同じ考えをタッカーが示していること、加えて、当時違憲審査は、それが裁判所の任務だから行われるのではなく、違憲な法は無効であると、法解釈権を人民から授けられた裁判所は宣言すべきであるから行われた¹²²⁾ことを指摘する¹²³⁾。

クレイマーによれば、裁判所による違憲審査は、人民による、法令解釈権としての司法権の授けをその根拠とする。加えて、違憲審査による憲法解釈は、他の連邦の権限、執行及び立法権による憲法解釈と対等である。この際、権力分立の結果として、憲法解釈が各権ごとに異なるという事態が生じうる。クレイマーによれば、従来 of 人民立憲主義に依拠すれば、そのような事態の解決は、主権者である人民によってなされる、と考えられていた。¹²⁴⁾

1801 年に下された *Marbury v. Madison* 判決は、このような人民立憲主義の文脈において下された。合衆国憲法の最高法規性は、主権者人民がそれを定めたことに由来し、それゆえ、合衆国憲法に違反する法は無効である、と裁判所は宣告できる。なぜならば、裁判所は人民から憲法を含む法解釈権を授けられているからである。¹²⁵⁾

クレイマーによれば、裁判所の違憲審査の正当性を人民立憲主義に求める考えとは異なる思想、違憲審査は少数者の権利保護にあずかるので正当化される、との主張を展開したのは、建国後、連邦派の法律家、ジェームス・ケント (James Kent) らによってであった。クレイマーにとっては、少数者保護としての違憲

121) 3 Va. (1 Va. Cases) 20 (1793).

122) See, id., 79

123) See, Kramer, supra note 106, pp. 100-103.

124) See, id., pp. 105-107.

125) See, id., pp. 114-127.

審査、という思想は、建国初期に政権を担ったに過ぎない連邦派の思想に過ぎない。¹²⁶⁾

アンドリュー・ジャクソン (Andrew Jackson) 大統領時代 (いわゆるジャクソニアン・デモクラシー) の発想は、現在ディパートメンタリズム (departmentalism)¹²⁷⁾として語られる、権力分立による各権限の抑制均衡に基づく統治、そして州の連邦に対する自律性の保障による州と連邦との抑制均衡に基づく統治、人民立憲主義であった。ただし、クレイマーによればこの時期のジェームス・マディソン (James Madison) やジョセフ・ストーリー (Joseph Story) 合衆国最高裁判事の言説中に、ジャクソン流の州を重視する州権論の台頭に対する懸念、あるいは政治過程による侵害からの合衆国憲法の擁護、という観点から、違憲審査による憲法保障を認める見解があらわれている。¹²⁸⁾

その後、裁判所は、Dred Scott 判決によってその権威を大きく損ねることになったが、それゆえに、司法権の権威を改めて主張し、回復する目的で、19世紀後半以降、ニュー・ディールに至るまで、違憲審査が積極的になされた。結局、選挙における世紀の大勝利をおさめたフランクリン・D・ルーズヴェルト (Franklin D. Roosevelt) 民主党政権によって人民の憲法解釈権が主張されたことで、司法権の至高性という考えに関する争いは、そのようなものはない、という結論に落ち着いたかに見えた。¹²⁹⁾

ところが、第2次大戦後に登場した、合衆国最高裁ウォレン・コート (Earl Warren 長官時代) および、それに後続するバーガー・コート (Warren Burger 長官時代) に、裁判官たちの意図にはおそらく反して、司法権の至高性という考え方が改めて広まり始めた、とクレイマーは指摘する。確かに、当時の合衆国最高裁は Brown 判決をはじめとして、個人の権利の保障について、野心的な判決を展開したことをクレイマーは認める。一方で、それに反発する各州の反

126) See id., pp. 130-138.

127) ディパートメンタリズムを総合的に分析し、そのメリットを主張するものとして、参照、大林啓吾、「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐって——」、帝京法学 25巻2号、2008年、103頁以下。

128) See, Kramer, supra note 106, pp. 170-206.

129) See, id., pp. 213-218.

Brown 立法の効力を否定するにあたり、合衆国最高裁は、Marbury v. Madison 判決によって、合衆国憲法の解釈についての終局的な解釈権を合衆国最高裁に認める、と Cooper v. Aaron¹³⁰⁾ 合衆国最高裁判決において宣言してしまっている、というのがクレイマーの主張である。¹³¹⁾

(2) 司法権の至高性：ポストとシーゲルの批判

つまり、クレイマーの主張は、レンキスト・コートによる司法権の至高性という主張は、主流的立場となるには至らない、至っていたとしてもたかだか 100 年にも満たない判例史上の特異点でしかない、というものである。

先に見たポストとシーゲルの議論も、クレイマーの議論に対して、憲法の文意の確定に一義的に携わるのが裁判所であるべきこと、また、レンキスト・コートの「司法権の至高性」の考えに反対の立場であること¹³²⁾など、共通点を有している。他方で、司法権による違憲審査の人民に対する立ち位置について、ポストとシーゲルは、クレイマーとは異なることを示している。

ポストとシーゲルは、クレイマーの人民立憲主義の主張がレンキスト・コートによる違憲審査に対する「強力な異議申し立て (powerful indictments)」であると指摘し、彼らも、憲法解釈の終局的な正当性について裁判所に求めることはできない、という点においてクレイマーに同調する。他方で、彼らは、クレイマーのような、人民立憲主義か、司法権の至高性か、という二つの概念についての相互排他的な考えをとらない。¹³³⁾

ポストとシーゲルは、先に見た Cooper v. Aaron 判決を下したと同じ、ウォレン・コートが、合衆国市民の権利の保障を規定する修正 14 条のうち、その施行権限を合衆国最高裁ではなく連邦議会に付与している第 5 節に依拠して、投票資格付与のために用いられる知能テスト (literacy test) の不当な運用を禁ずるなどした 1965 年合衆国市民の権利に関する法律 (Civil Rights Act of 1965)¹³⁴⁾を

130) 358 U. S. 1 (1958).

131) See, Kramer, *supra* note 106, pp. 219-226.

132) 前掲註 48) を参照。

133) See, Robert C. Post and Reva B. Siegel, Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy, 92 Cal. L. Rev. 1027, 2004, pp. 1027-1029. 引用は、*id.* p. 1028.

合憲と判断し、連邦議会の立法裁量を広範に承認した *Katzenbach v. Morgan*¹³⁵⁾ 合衆国最高裁判決も下していることに注意すべきである、という。彼らによれば、*Cooper v. Aaron* 判決は法の支配、*Brown* 判決の実現を求めた一方で、*Katzenbach v. Morgan* 判決は、修正14条5節に定める連邦議会の権限に敬讓したのである。彼らは、これら二つの判決が矛盾なく下されていることに注目し、「裁判所はときに、司法権が憲法の意味についてのラスト・ワードを握っていると主張する一方で、憲法をめぐる文化の形成に議会の強力な参加を勧奨することがある」、と述べる。¹³⁶⁾

つまり、憲法解釈について、合衆国最高裁は、ときに自らの判断の徹底を求め、ときに議会などとの協働による憲法解釈の展開を図っている。この点について、まず、繰り返しになるが、クレイマーと、ポストとシーゲルとの間で、「司法権の至高性」という文言によっては、司法権の人民に対する優位は承認されないとこの共通認識がある。その上で、彼らの違いは、司法権が事件の終局的解決を担うべき場面があるかどうかであり、ポストとシーゲルによれば、それはある、ということである。

彼らは、次のような教室設例を提示する。①連邦議会が「煽動防止法」を成立させ、テロリズムの援助に刑罰を科す。②ある市民がその煽動防止法違反で逮捕、起訴されるが、裁判所は修正1条違反を理由に煽動防止法を違憲と判断する。③このとき、クレイマー流の人民立憲主義に依拠すれば、合衆国大統領は、主権者人民の意思の代理者として、裁判所とは異なる修正1条解釈に依拠して、その市民の拘束を解くことを拒否することができることになるであろうか。彼らによれば、クレイマー流の人民立憲主義は、この問題に対してディレンマを抱える。人民立憲主義をとるならば、大統領のそのような所業は正当であることになるし、さもなくば、司法権の至高性を認めて、裁判所の修正1条解釈を認めることになる。¹³⁷⁾

134) 79 Stat. 437.

135) 384 U. S. 641 (1966).

136) See, Robert C. Post and Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 *Ind. L. J.* 1, 2003, 33-38. 引用は、*id.*, p. 34. See, also, Post and Siegel, *supra* note 133, p. 1029.

ポストとシーゲルは、「司法権の至高性」を理解するにあたり、合衆国が人民主権を標榜する国家であるとの認識にもかかわらず、裁判所は個別の事案における権利の争いについて終局的な解決をもたらし、しかもそれは憲法上の権利に関する場合も含む、と考えているのである。彼らによれば、まず、合衆国憲法3条の連邦司法部に関する規定は、そのような趣旨で規定されている。また、憲法上の権利に関する争いを裁判所で扱うことは、民主政の向上に資する。「もし民主政が集合的な自己統治をめぐる複雑な実体的価値の具体化であるのならば、我々は人民意思の言論形成 (discursive formation) に個人が参加する条件に注意を払うべきであり、それに伴う権利が違憲審査によって保障されるとしても、そのことを反民主的と考えるべきではない。¹³⁸⁾

加えて、彼らは、形式的意味の憲法 (the Constitution) と実質的意味の憲法 (constitutional law) の区別を強調し、後者による前者の補充が裁判所によることを認める。「アメリカ人民の憲法に関する基本的な信念について、法がそれによって意味を持ち維持されるのと同時に、裁判所によって示される実質的意味の憲法によって意味を持ち維持される」、と彼らはいう。¹³⁹⁾

(3) 反多数決主義の難点、という問題設定はナンセンスか

結局のところ、ポストとシーゲルが率直に認めているように、人民主権であるといっても、裁判所の憲法解釈を拒否すべき事態は、正当化可能ではあるが、ごく例外的である、ということである¹⁴⁰⁾。加えて、本稿Ⅱで見たように、ポストとシーゲルの議論が、司法における「人民による憲法」の実現ではなく、「人民のための憲法」の実現を強調したものと考えられる、という観点からは、むしろ、裁判所が「司法権の至高性」を論じることによって、「人民のための憲法」の徹底した実現を求めることが許される、ということになる。

ただし、合衆国最高裁による違憲審査は、それだけによって成り立っているの

137) See, id., p. 1034.

138) See, id., pp. 1034-1037. 引用は、id., p. 1036.

139) See, id., p. 1038.

140) See, id., p. 1040.

ではない、とも彼らは指摘している。その典型が、修正14条5節の連邦議会による施行権限であり、ウォレン・コートは、連邦議会と協働歩調をとって、Katzenbach v. Morgan 判決を通じて、いわゆる公民権法制の正当化、合衆国市民の権利の保障を図った。つまり、人民の定めた合衆国憲法の要求に基づいて連邦議会が行動するのである限り、合衆国最高裁は連邦議会を尊重する、という判断を示している、と彼らは見ている。

本稿筆者は、ここまでのポストとシーゲルの議論を見て、彼らは、「人民のための違憲審査」を主張している、と考える。「人民による」、ということ強調することによって、憲法上の権利の保障が十分に実現されると考えられるのであれば、Katzenbach v. Morgan 判決のように、人民の代表である連邦議会の判断に敬讓するし、「人民による」ということによっては実現できないと考えられるのであれば、Cooper v. Aaron 判決のように、主権者人民が憲法解釈権を連邦司法部に授権したことを盾に、「人民のため」に、連邦司法部の判断に反する法令を違憲と断ずるべきである、ということである。

ところで、以上のような一連の議論に対して、金澤孝が明らかにしようとしたのは、まず、かれらの議論が純粋な規範論では必ずしもなく実証的な記述の体裁をもとっていること¹⁴¹⁾、かれらの議論を実証的な記述と捉えた場合、誤りであるか、過大評価である可能性がある、ということであった¹⁴²⁾。

前者の指摘は、これまで見てきたことから分かる通り、合衆国の歴史（クレイマー）、あるいは社会的動態の考察（ポストとシーゲル）という手法がとられているので、その通りである。そして後者の問題は、金澤が指摘したように、アメリカでも強力な異議申し立てが提出されている。

ニュー・ヨーク大学ロー・スクールの憲法学者、バリー・フリードマン（Barry Friedman）は、同じくニュー・ヨーク大学政治学部の政治学者、アンナ・ハーヴィー（Anna Harvey）との共著論文¹⁴³⁾において、レンキスト・コー

141) 参照、金澤、前掲註28)、76-79頁。

142) 参照、前掲論文、81-88頁。

143) See, Anna Harvey and Barry Friedman, Pulling Punches: Congressional Constraints on the Supreme Court's Constitutional Rulings, 1987-2000, *Legislative Studies Quarterly*, Vol. 31, No. 4, 2006, pp. 533-562.

トは反多数決主義的な違憲判決は下していない、という分析結果を公表した。それによれば、1987年から2000年までに合衆国最高裁が下した違憲判決について、1994年以降に違憲判決が増加しているが、それは1994年の上下両院の選挙結果、上下両院の多数派が民主党から共和党へ移ったことを反映している。それまで上下両院の多数派であった民主党による立法について、共和党が多数となった結果、議会全員あるいは議会多数派の政治的傾向の中央値が変動し、そこから大きく逸脱した立法に対して違憲判決が下されている、というのである。

この分析の背景にあるフリードマンの問題意識は、本稿はじめに見た反多数決主義の難点、という問題は存在しないのではないか、現に司法権は多数派の政治的傾向に従って違憲判決を下しているのではないか、というものである。むしろ、そのような議論は、クレイマー及びポストとシーゲルの議論などに典型的に見られるように、裁判所の違憲審査の正当化のためにする議論であった、とすら、フリードマンは指摘する。¹⁴⁴⁾

また、メリーランド大学ロー・スクールの憲法学者、マーク・A・グレイバー (Mark A. Graber) も同様の問題意識を示している。彼によれば、政治学者のロバート・ダール (Robert Dahl) が、合衆国最高裁は原則的には合衆国全体の多数派に与する判決を下していることを指摘して以来¹⁴⁵⁾、政治学の側では「反多数決主義の難点」は存在しないことが通説であるにも関わらず、憲法学の側は十分にその成果を摂取せず、およそ実態を無視した極めて観念的な「反多数決主義の難点」をめぐる議論に終始している。また、その問題を提起したビッケル自身そのような傾向に陥っている¹⁴⁶⁾¹⁴⁷⁾。その関心からして、彼の歴史研究によれば、クレイマーが唱えた人民立憲主義の本質としての反司法エリートという考えは必ずしもみられず、むしろ「司法権の至高性」の考え方が政治過程にも政治の実現のために有用な手段として受け入れられていた¹⁴⁸⁾。あるいは、現代において反多数決主義の難点が生じているのは、むしろ議会や大統領の政策であり、最近の政治学の知見からは、有権者団の政治的傾向が必ずしも変化していないにも関わらず、共和党が保守へあるいは民主党がリベラルへ、という画一的二極化が進展し、また、合衆国全体の多数とは言えないはずの共和党保守派が、彼らの理念に即した政策の展開に成功してしまっている、という¹⁴⁹⁾。

さらに、ジョージ・メイスン大学ロー・スクールの憲法学者、イリア・ソミン

- 144) See, Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, Part Five, 112 *Yale L. J.* 153, pp. 155-157. この論文は、フリードマンの「司法権の至高性」概念あるいは「違憲審査の反多数決主義の難点」の問題をめぐる一連の合衆国憲法史叙述の最終部分にあたる。その全体の論旨は、次のごとくである。まず、ジェファスンなどの例外の一方で、南北戦争期まで「司法権の至高性」ということが裁判所にとって確信された考え方ではなく、あるいは合衆国南部諸州が合衆国政府による奴隷解放に反対した論理は州の自律性の保障という州権 (State's right) 論に依拠しており、「違憲審査の反多数決主義の難点」の問題は十分には認識されていなかった。See, Barry Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, Part One: The Road to Judicial Supremacy, 73 *N. Y. U. L. Rev.*, 333, 1998; *The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, Part II: Reconstruction's Political Court, 91 *Geo. L. J.* 1, 2002.むしろ、これらのことが現に問題となったのは、20世紀前半のアメリカ革新主義、つまり、政治過程による市場規制推進、福祉国家志向が顕著に見られた際に、裁判所がそのような志向の立法を違憲判断した、そしてその象徴的な判決からいわゆるロックナー期と呼ばれる時代においてであった。しかし、その時代の司法にあっても、その判決は憲法あるいは先例による拘束の範囲内にある、少なくとも法的には正統な判断であった。See, Barry Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, Part III: The Lessons of *Lochner*, 76 *N. Y. U. L. Rev.* 1383, 2001. 1929年の大恐慌 (the Great Depression) 後、ルーズヴェルト民主党政権によるニュー・ディール期に入ると、またしても状況は変わり、「違憲審査の反多数決主義の難点」の問題よりも、合衆国最高裁の裁判官が歳をとりすぎている、あるいは大恐慌がいわばアメリカ全土にわたる国難であり、合衆国政府が対処すべきであるといった主張によって裁判所が批判された。See, Barry Friedman, *The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, Part Four: Law's Politics, 148 *U. Penn. L. Rev.* 971, 2000.
- 145) See, Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Makers*, 6 *J. Pub. L.* 279, 1957.
- 146) See, Bickel, *supra* note 20, p. 19.
- 147) See, Mark A. Graber, *Constitutional Politics and Constitutional Theory: A Misunderstood and Neglected Relationship*, *Law and Social Inquiry*, Vol. 27, No. 2, 2002, pp. 309-338. ビッケルに関する評価について、see, *id.*, p. 327. See, also, Mark A. Graber, *Constitutionalism and Political Science: Imaginative Scholarship, Unimaginative Teaching*, *Perspectives on Politics*, Vol. 3, No. 1, 2005.
- 148) See, Mark A. Graber, *Popular Constitutionalism, Judicial Supremacy, and the Complete Lincoln-Douglas Debates*, 81 *Chi.-Kent L. Rev.* 923, 2006, especially, pp. 941-942 (エイブラハム・リンカーン (Abraham Lincoln) は、ドレッド・スコット判決に従うことを拒否した一方で、逃亡奴隷 (fugitive slave) に関する規律権限が連邦議会にあるとした *Prigg v. Pennsylvania* 合衆国最高裁判決 (41 *U. S.* 539 (1842)) には従うとし、合衆国最高裁との敵対は人民立憲主義的なリンカーンにとっても全面的なものではなかったことを指摘)。
- 149) See, Mark A. Graber, *The Counter Majoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order*, *Annu Rev. Law Soc. Sci.*, Vol. 4, pp. 361-384, 2008, especially, p. 374.

(Ilya Somin) は、ピッケルなどの想定する民主的政治過程は、その基礎となる有権者団について、その判断にあたっての政治的知識を過剰に要求している、と指摘する。彼によれば、実際には、むしろ多くの有権者たちは、一人ひとりの一票の影響力の軽さを認識しているために、いわば合理的に、政治を無視する。もしそうだとすれば、政治過程は適切に人民を代表していない、ということになり、「反多数決主義の難点」という論難は、政治過程の方に向かうことになる。他方で、ソミンの観察によれば、このような事態に対して、裁判所による違憲審査は、そのような「反多数決主義的な」政治過程を「多数決主義的」なものに、完全にではないにせよ、修正しうる。たとえば、言論の自由をめぐる政府による内容規制を認めない¹⁵⁰⁾とか、政府による宗教団体の内部規律への干渉を認めない¹⁵¹⁾、と裁判所による違憲審査が政治過程の裁量を統制することによって、人々が政治行動をとるにあたって支払うことになるコスト、つまり、政府が人々の政治行動に対して介入する手段、あるいは可能性についての知識の収集に費やす時間と労力を軽減する、という。¹⁵²⁾

金澤孝は、彼らの議論を参照しながら¹⁵³⁾、クレイマーやポストとシーゲルが期待する「合衆国人民は、現実には憲法解釈の営みに参加しておらず、しかも将来的な参加の見込みも低い」ので、かれらの「理論は、記述レベルでは不正確であるか不十分であり、規範レベルでは少なくとも実行可能性が低いであろう」と述べる¹⁵⁴⁾。しかしながら、本稿筆者は、ポストとシーゲルの議論について、規範レベルで実行可能性が低いとは考えない。

理由はいくつかある。一つには、「反多数決主義の難点」に対する追究が「強

150) See, *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U. S. 377 (1992), 382.

151) See, *Watson v. Jones*, 80 U. S. (13 Wall.) 679 (1871), 728.

152) See, Ilya Somin, *Political Ignorance and the Countermajoritarian Difficulty: A New Perspective on the Central Obsession of Constitutional Theory*, 89 *Iowa L. Rev.* 1287, 2004, especially, pp. 1329-1340. See, also, Ilya Somin, *Democracy and Political Ignorance: Why Smaller Government Is Smarter*, 2nd edn., Stanford U. Pr., 2016, especially, p. 189. 後者の初版の翻訳として、参照、森村進訳、『民主主義と政治的無知——小さな政府の方が賢い理由』、信山社、2016年。

153) 参照、金澤、前掲註28)、81頁、註73。

154) 参照、前掲論文、89頁。

迫観念 (obsession)」であるとまで述べるフリードマンらは、実のところ、多数決主義が規範論として機能することを否定していない。むしろ、彼らは、裁判所は反多数決主義的ではない、とか(フリードマン)、民主的であるべきはずの政治過程が民主的ではない、とか(グレイバー、ソミン)、それどころか政治過程を民主化するために裁判所による違憲審査が機能する(ソミン)、とまで主張している。かれらの、実証分析を正確に踏まえた規範論の展開の要求はまったく正当である一方で、かれらは、多数決主義の徹底を否定する主張を展開しているわけではない。また、フリードマンの分析について、議会ないし議会多数派の政治的傾向の中央値を裁判所の違憲審査が反映している、との主張は、そうあるべきだという規範論として展開されるとしても興味深い一方で、やはり、立法の内容が極論であってもそれが議会の単純多数の支持を得て成立したからには、その民主的正当性について他の立法にもとるべき規範的理由はない。むしろ、規範論の観点からいえば、人民の定めた合衆国憲法の内容からの逸脱についての裁判所による評価は、政治過程の評価とは独立して、なされるべきである。ポストとシーゲルの議論の規範論としての意義は、違憲審査が政治過程を含め社会の多数派から独立してなされることによって、しばしば人民主権が実現される、という点にある。この点について、それぞれに評価は分かれるかもしれないが、本稿Ⅱで見たポストの主張は、裁判所の違憲審査が果たすべき機能について十分に実証的に、かつ規範論として説得的に展開されている、と考えられる。

また、仮に「反多数決主義の難点」はない、という主張が、規範論として、ディパートメンタリズム、あるいは、権力分立による抑制均衡を前提とする政治の展開の要請に結びつく場合、それは統治エリートたちによる統治か、あるいは、クレイマー流の人民立憲主義として展開されることになる。確かに、各権限間の協働によって、憲法の意味の画定としての憲法解釈を展開することには、各権限の行きすぎた憲法解釈を抑制しうる、という意義がある¹⁵⁵⁾。他方で、ディパートメンタリズムには、統治エリートたちによる統治とは社会的少数派による統治に他ならない、という視点が、欠けているわけではないが、乏しい。また、その

155) 参照、大林、前掲註127)、151-152頁。

ことを踏まえてクレイマー流の人民立憲主義をとれば、前節(2)で見たようなディレンマを抱え込むことになる。

ポストとシーゲルの議論は、ディパートメンタリズム的な観点から説明すれば、合衆国憲法上の各権限の憲法解釈権は対等だが、司法権の憲法解釈はそれが人民のためになされていると信じられているかぎり他の権限から敬讓され、さもなくば他の権限あるいは主権者たる人民によって、否定される、ということである。それは、先に見た違憲審査の過程の脆弱性を鑑みれば、司法権に対する人民の信頼を前提として、司法権の独立と司法権の至高性が徹底されてはじめて、「人民のための違憲審査」は成立可能だ、ということである。

小括：規範論としての「人民のための違憲審査」

確かに、ポストとシーゲルの議論は、記述的な議論である、という留保が付されている。他方で、かれらの議論を規範論として展開することについて、本稿筆者は合理的かつ説得的である、と考える。なぜならば、まず、国の多数派の政治的意思が議会などの政治的多数派の政治的意思に適切に代表されていないかもしれない、ということは彼らの論敵（グレイバー）とも共通する問題意識であり、それ以外にも国の多数派の政治的意思が垣間見える場を社会運動に設定することはありうる選択であるからである。確かに、現にそのような運動に従事する者たちそれ自体は多数ではないかもしれないが、その背後には、同じ考えを持った多くの人々がいるかもしれない、と推定することは決して不合理ではないだろう。また、少なくとも、合衆国において、司法が「人民のため」に違憲審査権を行使してきたことは、彼らの論敵（ソミン）と共通する認識である。それを前提として、それぞれに評価は異なるかもしれないが、裁判所による違憲審査を信頼して「人民のため」になる判決を下す条件、つまり司法権の独立と司法権の至高性を徹底して用意すべきである、という主張を展開することは、ありうる決断である。

おわりに：人民主権と違憲審査

(1) 人民のための違憲審査

本稿は、総じて、ポストとシーゲルの民主的立憲主義論を、裁判所の違憲審査による「人民のための憲法」の実現として整理した。彼らの違憲審査制に関するこのような理解は、彼ら自身脆弱だと自覚していることにもみられるように、いわば薄氷を踏むような、違憲審査制正当化論である。なぜならば、人民は、純粋に「人民による」だけでは人民主権を必ずしも実現することができない可能性があり、実践的、あるいは機能的な側面から、裁判所による違憲審査が「人民のため」にその補助を果たす、という主張は、主権者人民による決断を信頼するのが人民主権論であるとすれば¹⁵⁶⁾、ほとんど背理すれすれだからである。

しかしながら、それと同時に彼らの一貫した主張は、司法部による憲法解釈は、人民により拘束されることはあっても、人民が拘束されることはない、ということであり、そのことを無視すべきではない。つまり、裁判所の判断に不服があれば、人々はそれに抗議して社会運動を展開することができるし、むしろそのような社会運動の勃興が、違憲審査の充実のためには期待されている。また、違憲審査が「人民のため」とかたってむしろ反民主的な判決を下すのであれば、その廃止も辞さない態度を、彼らの議論からは垣間見ることができた。司法部による違憲審査の主権者人民からの独立を強調するポストとシーゲルにとっても、違憲審査の究極的な正当性は人民にあり、かつ、違憲審査制の維持は人民主権の権力的契機に服する。

このようにポストとシーゲルの議論を理解する本稿筆者の見解は、ポストが「反多数派主義的難題を深刻なものとしてとらえていない」という金澤孝の見解とは異なっている¹⁵⁷⁾。確かに、彼が指摘するように、結局ポストとシーゲルにおいて『合衆国人民』を定義するには極めて消極的である¹⁵⁸⁾という点是否

156) 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、107頁。

157) 参照、金澤前掲註28)、80頁。

158) 参照、前掲論文、85頁。

定しがたい。それゆえ、主権者人民の意思の形成の条件を細かく詰めようとしたとき、ポストとシーゲルの議論から得られる示唆は、例えばアマールの場合などと比べると少ない。また、アマールが理論的可能性を示した憲法改正に対する違憲審査について、確かにシーゲルが合衆国最高裁による憲法修正に対する憲法適合性審査の先例を指摘した¹⁵⁹⁾一方で、彼らの議論が憲法改正に対する違憲審査にも適用できるのかについての言及はみられなかった¹⁶⁰⁾。他方で、まず、彼らが規範論として、全国民の多数決を前提とする人民主権論を採用していないことを意味するわけではない。むしろ、彼らの議論の前提は、違憲審査は主権者人民の意思とは客観的には乖離している可能性がある、ということにある。ゆえに、Roe v. Wade 判決に対する反発程度のものであればその判断を覆すには至らないにしても、Dred Scott 判決のような判断を下した場合に、全国民の多数である主権者人民によって覆されることが想定されている。また、彼らの議論に共通すると見られる「人民のための違憲審査」という視点は、アマールの議論が展開した憲法改正に対する違憲審査の正当化が「人民のため」という観点からなされていることと親和性がある。

(2) ポストとシーゲルの議論の日本への示唆

もしポストとシーゲルの見解を採用するならば、「人民のための違憲審査」の正当性は、それが人民主権の実現に資する、という社会的信頼に依拠することになる。本稿筆者は、ポストとシーゲル、特にポストの議論と同様に、理論的には、裁判所の判例の展開に主権者国民が参加しさえすれば判例が民主的になるとは考えられてはこなかった、とも考える。また、実践的には、これまでの最高裁が「人民のために」裁判を行っているとはいえないのではないかと、との批判の一方で、それはある意味一面的であり、また、最近の最高裁の判断には、改善の兆しがみられるのではないかと、とも考えている。

まず、理論的な点について。日本において、あるべき裁判官像をめぐって、東北大学法学部の同僚同士であった憲法学者の樋口陽一と刑事訴訟法学者の小田中

159) 参照、本稿 I (2)。

160) 参照、川鍋、前掲註 22)、「人民の、人民による、人民のための憲法」Ⅲ。

聰樹との間に交わされた議論は、この論点にとって示唆的である。¹⁶¹⁾

石田和外最高裁長官時代（いわゆる石田コート）に出された石田談話¹⁶²⁾は、たとえば、極端な国家主義、軍国主義、無政府主義、はっきりとした共産主義を採用者が裁判官であることが不適当であり、「裁判を受ける人にとってみれば、明らかにそういう思想を持っている裁判官に、それ（思想）に関連する裁判をしてもらいたくないのが国民大多数の意見と思う¹⁶³⁾」、と述べた。樋口は、このことを、国民の名において裁判官の思想統制を行うことを正当化する論理が含まれている、と論じた。そこでは、「政治的裁判官」化、つまり、司法の政治化が不当に進展することによって、司法がそういった思想を持つ個人に不当に冷淡な判決を下す懸念が示されていた。¹⁶⁴⁾

樋口は、石田談話に示される「政治的裁判官像」に対置して、司法官僚制によって実現される「伝統的意味での専門合理的、自律的な裁判官像」としての「伝統的裁判官像」を観念し、法律知識についての専門性に依拠した公正な裁判の実現を構想した¹⁶⁵⁾。これに対して、小田中は、その対立図式そのもの、そして選択すべき裁判官像についての認識の違いを表明した¹⁶⁶⁾。小田中によれば、樋口が、「むしろ裁判官が『国民』や『世論』から距離をとるべきことを要望している点と、司法本来の専門合理性と外部（政治）に対する自律性の回復を説くに当って官僚制の一面としての専門合理性・自律性を持ち出している点とについては、かなり疑問を感じる¹⁶⁷⁾」。前者について、樋口が「政治的裁判官像」として批判

161) いわゆる樋口—小田中論争の概要について、一般的に次の文献を参照した。隈野隆徳、「裁判官像をめぐる樋口=小田中論争の意味と論点」、法と民主主義 157号、1981年、24頁以下；小栗実、「最高裁による裁判官統制めぐって——『裁判官像論争』の再検討」、法律時報 59巻 9号、1987年、46頁以下；萩屋昌志、「裁判官の職務と裁判官像——裁判官像をめぐる議論をてがかりにして——」、東北学院法学 64号、2006年、592頁以下。

162) 石田談話の内容について、参照、萩屋昌志、「『裁判官の良心』についての一考察（1）」、龍谷法学 40巻 4号 208頁以下、211-212頁。

163) 萩屋、前掲論文 211頁。

164) 樋口陽一、『比較のなかの日本国憲法』、岩波書店、1979年、178-181、194頁。

165) 前掲書、194頁。

166) 小田中聰樹、「伝統的裁判官像か民主的裁判官像か——樋口陽一著『比較のなかの日本国憲法』に対する若干の疑問——」、法と民主主義 157号、1981年、26頁以下。初出は、社会科学の方法 131号、1980年。以下、引用は前者による。

167) 前掲論文、26頁。傍点原文。

した裁判官像に対して、小田中も批判的視点を有しているが、樋口とは異なり、それはむしろ「価値中立、憲法中立、政治的中立に義務付けられた中立的裁判官像のイデオロギーだった」と指摘する。その理由について、石田談話に先んじて出された岸盛一最高裁事務総長談話が人事行政において裁判官の政治的中立性を要求していることをまずあげる。加えて、日本においては「憲法が支配権力側による支配のイデオロギーとなりえないという、憲法と民主主義をめぐる特殊な状況」があり、むしろ、本来の憲法に忠実である「政治的裁判官」は、石田談話に見られるような裁判官像とは異なるものである可能性があること、などを主張する。¹⁶⁸⁾

後者について、石田談話的裁判官像に対抗するのは、「民主的裁判官像」であるという。まず、小田中は、樋口が裁判官の自律の根拠を司法官僚制に求めることを批判する。弁護士の場合との対比において、専門合理性、あるいは自律性は、官僚制に特有のものではなく、また、機能的に見ても、官僚制に付随する専門合理性および自律性には弊害が大きい、と小田中は指摘する。「官僚制の論理によって、①専門合理性の内容が影響されて人権侵害的なものになる危険があること、②自律性が相対化され弱まる危険があること、③個々の裁判官の専門合理性と自律性よりは裁判所全体の専門合理性と自律性が重視され、その結果として裁判所の一体化、裁判の統一化、職権の独立の侵害が引き起こされる危険があること」などが問題となる。これらの問題を踏まえると、むしろ、国民や世論から距離をとる樋口流の「伝統的裁判官像」によってではなく、『『国民』及びその要求の多種多様性』に対して、裁判官が「多種多様であるからこそ『より開かれた姿勢』をとることが望ましいともいえる」、つまり「民主的裁判官像」によって、裁判官の自律を確保すべきだ、というのである。¹⁶⁹⁾

このような樋口と小田中の議論について、実のところ、問題意識は共通している。つまり、「国民なるものの実体は多種多様であり、政治的権力を掌握する政治的多数派（しかしこれは社会的多数派であるとは限らない）による『国民』の僭称」が問題なのである¹⁷⁰⁾。2人の違いは、それに対する解法が、樋口の場合

168) 前掲論文、27頁。引用は同。

169) 前掲論文28-29頁。引用は、前掲論文28、29頁。

には司法官僚制の専門合理性及び自律性によって「政治的多数派」ばかりではなく「『社会的多数者』の正義感情を侵し、その指弾や憎悪を招いてもなお、被告人に十分な防禦の機会を保障するのが、裁判官のなすべきこと¹⁷¹⁾」、ということであり、小田中の場合には、「権力側がもちだす『国民』なるものの実体、そのイデオロギー性を批判し、それに対し真の社会的多数者の利益を『国民』の利益として対置する¹⁷²⁾」、ということである。

この樋口と小田中との相克には、ポストの「人民のための違憲審査」という憲法理論に通じる問題意識が見られる。小田中のいうように、裁判が人民の要求にそぐうものであるべきだ、というのと同時に、樋口のいうように、「社会的多数者」とみなされかねない陪審の正義感情に反してもなお、被告人の権利保障をとるべき場面がある、とポストは主張するものと見る。

本稿はじめにでみたように、合衆国において、人民は合衆国憲法により、裁判所に憲法以下の法令について審査権を付与しており、それは、人民主権を実現するためである。そして、その実現にあたっては、たとえば Falwell 事件のように、実際国民投票にかければそうはならないかもしれない、と陪審の評決から推論できる結論が、導かれるかもしれない。しかし、それにもかかわらず、公共的議論という人民主権の根幹を維持するためには、人民の直感には反するかもしれない Falwell 事件のような結論が、必要であるかもしれない。裁判官が、その専門知識を用いて体现するのは、そういった、人民だけではたどり着けないかもしれない、人民主権実現のための叡智である。

そして、このように理解されるポストの主張は、小田中が、樋口の反批判¹⁷³⁾への応答として示した次の見解と符合する。つまり、「裁判官が『真の社会的多数者の利益』を正しく把握し、それを『人権』という普遍的な法的価値に組み替えさせるためには如何にすべきかという点にこそその最も重要な核心があ」

170) 前掲論文 29 頁；樋口陽一、「『政治的多数派』及び『社会的多数者』と裁判官——小田中聡樹氏からの批評に触発されて——」、法と民主主義 157 号、1981 年、30 頁以下。初出は、社会科学の方法 135 号、1980 年。樋口論文について、以下、引用は前者による。

171) 前掲論文、33 頁。

172) 小田中、前掲註 166)、29 頁。

173) 樋口、前掲註 170)。

る¹⁷⁴⁾。裁判官、その集合としての裁判所は、それ自体民主的な正当性はないが、人民主権に資する判例を展開することができるし、期待できる。しかもそれは、人民による裁判によっては期待しえないことでもありうる。そのような主張は、日本の裁判官をめぐる議論においても、展開されていたことだったのである。

次に、実践的な点について。理論的に「人民のための裁判」への期待を観念できたとしても、これまでの現実の実践がそれに反して展開されたとすれば、あえてその期待を強調することはかえって不当に現実を批判から隠蔽して正当化するおそれがある¹⁷⁵⁾。この点について、そのような社会的信頼にたる判決を日本の最高裁は展開していないのではないかと、との批判は、人民主権論の観点から非常に強力に展開されている。たとえば、樋口・小田中論争で批判の対象となった石田コートの政治的傾向性の問題として、民主的に不透明な人事により構成された最高裁による公務員の労働基本権への不当な制限を課した事例があった¹⁷⁶⁾。あるいはそれ以後にも、薬事法違憲判決¹⁷⁷⁾におけるいわゆる積極・消極規制二分論は、経済秩序への政府介入を、国民の議論を経ないまま、暗黙のうちに承認していた。このような状況にあって、日本において「主権者国民は『憲法』の継続的な形成にしっかり『関与』してきたのか」を疑わせる、もし関与していれば、最高裁が以上のような反民主的な判決を下すことはなかった、というのである¹⁷⁸⁾。

たしかに、そのような日本の最高裁の反民主的傾向が見られる判例の展開の一方で、たとえば安全保障問題については、必ずしもそうは解釈しきれない面がある。砂川事件最高裁大法廷判決¹⁷⁹⁾は、それ自体 1952 年日米安全保障条約締結の

174) 小田中聰樹、「裁判官論の課題」、同『現代司法と刑事訴訟の改革課題』、日本評論社、1995年、26頁以下、32-33頁。初出は、外尾健一、広中俊雄、樋口陽一編『人権と司法』、1984年、勁草書房、331頁以下。

175) いわゆるイデオロギー批判の意義は、このような事態を憲法解釈学が回避する努力を示す点にある。参照、宮澤俊義、「国民代表の概念」、同『憲法の原理』、岩波書店、1967年、185頁以下所収、185-189頁。

176) 全農林警職法事件判決、最大判 1973 年 4 月 25 日刑集 27 卷 4 号 547 頁。

177) 最大判 1975 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。

178) 山本龍彦、「主権者なき憲法変動——日本国憲法秩序のアイデンティティ」、論究ジュリスト 25 号、2018 年、148 頁以下、151-157 頁。引用は、同 152 頁。

179) 最大判 1959 年 12 月 16 日、刑集 13 卷 13 号 3225 頁。

憲法適合性を、高度に政治的な判断を要する統治行為に属するとして、判断しないとした。その意味では、憲法9条による不戦の誓いにもかかわらず軍事同盟を結んだ当時の政権を、支援するためにする判決、という政治的性格を有している¹⁸⁰⁾。その一方で、最高裁は、慎重にも、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り」という限定を付して、統治行為についての違憲審査権を留保した。このことは、安全保障政策に関する相当に広範な内閣および国会の裁量を「統治行為」として認めるが、その合憲性は「主権を有する国民の政治的批判に委ねらるべき」であり、また、それが統治行為であるかどうかの判断は裁判所が行う、と宣言している、と理解される。それはつまり、あからさまに憲法9条に反する、その意味で憲法改正手続によって日本国民の判断を得るべき政治判断を不当に回避した場合には、最高裁は日本国民のために違憲判断を行う用意がある、と宣言した、ということの意味する。¹⁸¹⁾¹⁸²⁾

また、20世紀末以降の最高裁の違憲判断積極化については、それまで最高裁が合憲判断を積極的に行うことによって果たしたいわば「政府のための違憲審査」¹⁸³⁾とはいえない。投票価値の平等に関する一連の判決¹⁸⁴⁾、在外国民選挙権制限違憲判決¹⁸⁵⁾、国籍法違憲判決¹⁸⁶⁾については、選挙権及びその前提となる国籍取得の平等の実現が目指され、法律上の地位の平等についても、婚外子相続分

180) なお、砂川判決を下した当時の最高裁長官であった田中耕太郎が、駐日アメリカ大使と事前に面会したことが発覚し、それを一つの根拠として、砂川判決の再審請求がなされたが、最高裁はこれを認めない決定を行った。参照、「砂川事件 再審認めない判断に怒り 元被告が会見」、毎日新聞2018年7月20日、<https://mainichi.jp/articles/20180721/k00/00m/040/035000c>。

181) 引用は、前掲註179)判例pdf (http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/816/055816_hanrei.pdf)、4頁。

182) 参照、川鍋、前掲註22)、「人民の、人民による、人民のための憲法」、おわりに。また、ニュアンスは異なるものの、人民主権論の観点から統治行為についての違憲審査権を最高裁が留保していることを最初に強調した議論として、参照、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、58-59頁。ただし、そもそも砂川判決が扱ったのは日米安保条約及び駐留米軍の合憲性に関する問題であり、2015年の集団的自衛権を認めた一連の安保法制の合憲性判断にかかる先例ではない、ということを強調する、長谷部恭男、「安保法案はなぜ違憲か」、長谷部恭男、杉田敦編、『安保法制の何が問題か』、岩波書店、2015年、3頁以下、7-9頁も参照。

差別違憲決定¹⁸⁷⁾、再婚禁止期間規定違憲判決¹⁸⁸⁾による是正が図られている。人民主権の中核的価値の一つが人民を構成する諸個人の、法律上の地位の、政治的な、あるいは社会的な対等性である¹⁸⁹⁾ことからすれば、これらの諸判決は、人民主権の実現に資するものとして、肯定的に評価できる。また、公務員の政治的言論の自由については、従来石田コートの下した猿払判決¹⁹⁰⁾が先例となって、「公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為¹⁹¹⁾」が不当に広範に認められるのではないかと指摘されてきた¹⁹²⁾。しかし、猿払事件同様の公務員による政党機関紙配布について、配布者の管理職的地位の有無に着目して、管理職的地位のない者の配布行為に対する国家公務員法 102 条 1 項の罰則規定の適用を否定した¹⁹³⁾。最高裁は、判例変更を認めていないが、従来の公務員の政治的言論の自由に対する制限は、これを縮小する方向へと推移している。

183) 「政府のための違憲審査」ということについて、樋口、前掲註 164)、183-184 頁は、石田コート前後の憲法判例の形成について、「最高裁は、機会をとらえて憲法判断を積極的に行う姿勢を——場合によっては違憲判決をすることをも含めて、しかし圧倒的に多くの場合に合憲判断を下しながら——今まで以上に強めた」、という。最高裁は結果的に、多くの場合政府の立法を支持してきた、ということである。そしてそのような傾向が反民主的であった、という批判が人民主権論の観点からなされているのである。

184) 違憲ないし違憲状態とした判決について、参照、最大判 1976 年 4 月 14 日民集 30 卷 3223 頁、最大判 1983 年 11 月 7 日民集 37 卷 9 号 1243 頁、最大判 1985 年 7 月 17 日民集 39 卷 5 号 1100 頁、最大判 1993 年 1 月 20 日民集 47 卷 1 号 67 頁、最大判 2011 年 3 月 23 日民集 65 卷 2 号 755 頁、最大判 2013 年 11 月 20 日民集 69 卷 7 号 2035 頁、最大判 2015 年 11 月 25 日集民 251 号 55 頁 (以上、衆議院)、最大判 1996 年 9 月 11 日民集 50 卷 8 号 2283 頁、最大判 2012 年 10 月 17 日集民 241 号 91 頁、最大判 2014 年 11 月 26 日民集 68 卷 9 号 1363 頁 (以上、参議院)。

185) 最大判 2005 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁。

186) 最大判 2008 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁。

187) 最大決 2013 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁。

188) 最大判 2015 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁。

189) 参照、川鍋、前掲註 22)、「人民の、人民のための憲法」、267-268 頁。

190) 最大判 1974 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁。

191) 前掲判例 pdf (http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/800/051800_hanrei.pdf)、5 頁。

192) たとえば、参照、阪口正二郎、「猿払事件と憲法上の『制約』類型」、論究ジュリスト 1 号、2012 年、18 頁以下。

193) 管理職的地位を有する者について、世田谷事件判決、最判 2012 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1722 頁。有さない者について、堀越事件判決、最判 2012 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁。

ただし、このような最高裁の判例の展開の一方で、投票価値の平等に関する判例形成を主導したある最高裁裁判官経験者の言を参照するならば、「そもそも冷戦時代だったら、私は、『本来は投票価値を重視する選挙制度に改められるべきであるが、今のような冷戦時代にあつては、臨時的に今の制度を安定のために続けるのも許される余地があるだろう』というような判決を書けばよかつたと思っています。(中略)冷戦が終わった後に変えればいいんです。冷戦は1991年には完全に終わっている」¹⁹⁴⁾。つまり、最高裁が違憲判断積極化へ舵を切ったのは、ソヴィエト連邦が崩壊し、共産主義勢力がもはや台頭することはない、という政治的事情に多く依っている可能性がある。そうだとすれば、石田コートの時代から、違憲判断が積極化した現代にいたるまで、共産主義及びその支持者たちに対する抑圧が、従来の最高裁の政治的態度として通底していることになる。実際、これらの判例の漸次の改善にもかかわらず、最高裁は、事情の総合考慮という、事実上なまの利益衡量によって判決を下している。これは、本来人民主権の実現のために判決が下されるならば、アメリカのような、特に平等や言論の自由については民主政の根幹にかかわる事柄であり、厳格審査に付され、最大限の尊重を受ける、という基準に依拠した態度とは異なっている¹⁹⁵⁾。最高裁は、共産主義その他の反体制的と最高裁が考える勢力が伸長したときには、いつでもそれを封殺する用意がある、ともいいうるのである。

本稿筆者は、そのような「反体制的」とレッテル張りされる動きが、単なる一部の策動ではなくて、国民の多くにとって真に望まれた結果であるとき、その帰結が人民の自己統治を阻害するのではない限り、最高裁がそれを抑圧すべき理由はない、と考える。また、日本国が、「反体制的」な人々を排除して社会を純化することによって営まれるべきなのか、むしろ包摂して社会を多様化することによ

194) 福田博、『福田博オール・ヒストリー 「一票の格差」違憲判断の真意——外交官としての世界観と最高裁判事の10年——』(山田隆司、嘉多山宗聞き手・編)、ミネルヴァ書房、2016年、148頁。

195) ただし、合衆国にあつても、たとえば、20世紀初頭のロックナー期の合衆国最高裁が労働規制立法などを通じた政府による市場介入を忌避したのは、社会主義ないし共産主義の台頭に対する対決姿勢を示すものだった、といわれる。See, Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law*, Harvard U. Pr., 2005, pp. 152-153.

って営まれるべきなのか、日本国民の定めた日本国憲法は明確な指針を与えている¹⁹⁶⁾。最高裁は、それに則した判決を下すべきであることはもちろんである。

さて、これまで、本稿筆者は、ブルース・A・アッカマン、ジャック・M・バルキン、アキル・リード・アマール、そしてロバート・C・ポストとリヴァ・B・シーゲルと、現代のイエール学派の憲法学者たちの多くについて論じ、特に人民主権の権力的契機について、その事実上の制約の有無及び程度については論者により異なるものの、合衆国憲法が当然にこれを認めていることを主張する見解群である、として論じてきた¹⁹⁷⁾。他方で、彼らの議論とは一線を画するかに見える議論として注目されるのが、残されたイエール・ロー・スクールの憲法学者、ジェド・ルーベンフェルド (Jed Rubenfeld) である。彼の議論は、合衆国憲法は人民主権の所産であるが、合衆国憲法の解釈について、現在の多数派の憲法解釈によるべきである、とする立場、いわゆる法の現在主義を採用することを、背理として否定している¹⁹⁸⁾。この立場は典型的には、アッカマン、バルキンの議論とは異なっている。また、人民主権の所産である合衆国憲法下で、立憲主義と民主主義をめぐる反多数決主義の難点の問題は、そもそも存在しない、現在における多数派の決定は合衆国憲法によって枠づけられる、との主張は、人民主権の権力的契機というよりは、正当性の契機を強調するものであるかに見える¹⁹⁹⁾。

イエール学派の主張の総体的な分析と個々の論者の差異を示しつつ、それにより見出される意義が、日本の憲法をめぐる社会あるいは学界の状況にいかなる示唆をもたらすか、については、より詳細に検討を加えて、他日明らかにすることとしたい。

196) 日本国憲法 13 条、14 条を参照。

197) 参照、前掲註 22) 所掲論文。

198) See, e.g., Jed Rubenfeld, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*, Yale U. Pr., 2001, p. 59 (法の現在主義の問題として、裁判所による違憲審査が不当に人民の多数派を僭称することを認める危険があることを指摘)。

199) See, e.g., Rubenfeld, *supra* note 195, pp. 96–97.