



Title	憲法における「人民」の位相（二）：合衆国における人民立憲主義論を素材として
Author(s)	岡室，悠介
Citation	阪大法学. 2016, 66(2), p. 83-114
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79168
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

憲法における「人民」の位相（二）

——合衆国における人民立憲主義論を素材として——

岡 室 悠 介

はじめに

第一章 連邦最高裁の保守化と第一波人民立憲主義論の登場

第一節 後期レーンキスト・コートにおける連邦最高裁の保守化

第二節 第一波人民立憲主義論の登場

（一）タシュネット（以上、六六卷一号）

（二）レヴィンソン

（三）クレイマー

（四）ウォルドロン

第三節 本章の小括（以上、本号）

第二章 第一波人民立憲主義論に対する批判と第二波の展開

第一節 第一波人民立憲主義論に対する批判

第二節 第二波人民立憲主義論の展開

（一）ドネリー

(二) グリフィン

(三) シーゲル

第三節 本章の小括

おわりに

第一章 連邦最高裁の保守化と第一波人民立憲主義論の登場

第二節 第一波人民立憲主義論の登場

(二) レヴィンソン——「市民宗教」としての憲法と「憲法の『プロテスタント的』理解」——

人民統合の象徴としての合衆国憲法においては、憲法に対する公的な忠誠義務が存在する。すなわち、大統領を始めとするアメリカ合衆国及び各州の公務員には、憲法上は明文によって憲法尊重擁護義務が課されている（合衆国憲法六条三項）。また、合衆国籍を取得しようとする移民は、合衆国における移民及び国籍に関する法（Immigration and Nationality Act）三三七条一項に基づき、審査官の面前において、自らが合衆国憲法を支持する内容の宣誓を行なうことが義務づけられる。合衆国憲法のこうした側面は、レヴィンソンにおいては、「市民宗教としての憲法」として肯定的に捉えられている。

しかし、「司法権の優越（Judicial Supremacy）」思想の下で、合衆国憲法が連邦最高裁という特定の権威によって排他的かつ有権的に解釈されることで、人々の憲法に対する興味あるいは議論の機会が失われていく。言うなれば、社会における立憲主義の消滅に対する危惧というべきものがそこには存在している。

レヴィンソンによれば、こうした「司法権の優越」は、キリスト教とのアナロジーにおいて、立憲主義における

『カトリシズム的』要素と解される。すなわち、最高裁の排他的憲法解釈権とは、教皇庁のような絶対的權威が君臨する、『カトリシズム的』立憲主義であり、そこでは、司法エリートの独善的支配によって、立憲体制における思想的循環の契機が阻害されている。

対して、レヴィンソンは、上記の「市民宗教」的側面を強調し、「憲法の『プロテスタント的』理解（“protestant” understanding of Constitution）」を称揚する。それは、權威としての最高裁の一元的解釈に対抗し、学校教育や政府による広報活動を通じた啓発教育等を通じて、憲法典という教典を国民の間に布教させていくという試みである。

崇拜の対象としての憲法

ここでは、レヴィンソンによる「憲法の『プロテスタント的』理解」について具体的に論じたい。まずは、憲法を宗教とのアナロジーから説明する独自の見解について見ていくことにしよう。まず、前述の通り、大統領、連邦議會議員をはじめとする合衆国及び各州の公務員に対しては、憲法上明文で憲法尊重擁護義務が課されている。他方で、合衆国籍を取得しようとする移民に対して、裁判官及び聴衆の面前において、自らが合衆国憲法を支持する内容の宣誓を行なうことが義務づけられている。のみならず、合衆国における市民生活においては、このように憲法に対する国民の忠誠を問う場面がしばしば見うけられる。⁽¹⁾レヴィンソンは、こうした合衆国憲法に対する崇拜（veneration）とも言うべき態度を、これまで幾多の挑戦を受けながらも、「アメリカの政治における伝統の中心的側面」⁽²⁾であり続けてきたという意味において、合衆国民の憲法に対する受容態度を象徴する側面を有していると考ええる。

このような合衆国憲法への忠誠宣誓は、宗教学の観点から検討した場合、宗教共同体における信仰告白と類似の機能を有するものと見ることも可能であろう。レヴィンソンによれば、そのような合衆国憲法に対する宣誓義務には起草者の意思が表明されており、⁽³⁾ここでは形式に加えて「真摯な信仰に対する態度」が必要とされる。というのも、そういった宣誓義務の背景には、権威ある聖書及び「高次の力」に従うという宗教上の慣習が、憲法すなわち権威ある「高次の法」に従うという哲学へと持ち込まれてきたという歴史上の経緯が存在するからである。⁽⁴⁾

このことは、一九八七年二月にヴァージニア州で行なわれた憲法制定二〇〇年を祝う記念式典において、当時、前連邦最高裁首席裁判官であった、バーガー (Warren E. Burger) が述べた言葉にも象徴される。バーガーは、同記念式典において、「憲法の原理を自分の子供たちに教えなさい。家の中でも、散歩中でも、就寝あるいは起床時においても口にしなさい。家の戸口や門にも書いて掲げなさい。」という有名な演説を行なった。レヴィンソンは、このような合衆国憲法に対する崇拜の側面を、憲法典という教典を国民の間に布教させていく疑似宗教的プロセスと捉えた上で、キリスト教神学とのアナロジーによって合衆国憲法の動態を記述することを試みる。⁽⁵⁾

レヴィンソンが、合衆国の立憲主義における疑似宗教的プロセスを記述する上で提示するのが、「憲法の『プロテスタント的』理解」である。そもそも、キリスト教における宗教上の改革運動としてのプロテスタンティズムとは、従来のカトリックにおける教皇の絶対的権威に反発し、聖書だけを信仰の源泉と主張した、いわゆる原点回帰的な内容を含んでいた。とりわけ、その重点に置かれたのは、なによりもまず信仰そのものを当時の民衆の手に取り戻すことであった。

もっとも、前述のクーパー判決においては、連邦最高裁自らが、他の政治部門に対する憲法の排他的解釈権を宣言した。この点、現在の合衆国における立憲主義体制を、キリスト教神学の視点から考えた場合にはどのように捉

えられるのであろうか。レヴィンソンは、クーパー判決によって連邦最高裁の排他的な憲法解釈権が確立したことで、合衆国においては、各人が信仰の下で平等な立場におかれる『プロテスタント的』立憲主義ではなく、連邦最高裁という教皇庁のような絶対的権威が君臨する、ある種の『カトリシズム的』立憲主義が成立したと指摘する。そこから、レヴィンソンは、およそ政治的にリベラルな考えを有する人間であれば、こうしたカトリシズム的なヒエラルキーに基づく憲法解釈におけるイデオロギー体系のあり方に否定的であるべきではないかの問いを提起する。ここから、彼は、合衆国憲法解釈においては、連邦最高裁を始めとする特定の権威による「有権的解釈 (authoritative interpretation)」を認める「憲法の『カトリシズム的』理解 ("catholic" understanding of Constitution)」の態度ではなく、個々人の多様な解釈が許容される「憲法の『プロテスタント的』理解」の立場が望ましいとの見解を示す。以下では、この概念区分が提示する具体的内容について検討していくことにしたい。

憲法解釈におけるカトリシズムとプロテスタンティズム

レヴィンソンは、憲法解釈において、(A) 解釈の対象となる法源に関して、及び、(B) 解釈における終局的な解釈権限を有する主体のそれぞれについて、プロテスタンティズムの立場とカトリシズムの立場に分類している⁽⁶⁾。具体的には、第一に、(A) 解釈の対象となる法源について、憲法解釈の対象を憲法条文のみとする立場を、(I) 「解釈対象におけるプロテスタンティズム」とする一方で、テキストに書かれていない伝統も対象とする立場を、(II) 「解釈対象におけるカトリシズム」と分類する。そして第二に、(B) 解釈における権限を有する機関あるいは主体について、①裁判所のみならず、およそ憲法解釈に関わる全ての個人の解釈に正統性を認める立場を「解釈主体におけるプロテスタンティズム」と定義するのに対し、あくまで②連邦最高裁を終局的な解釈機関とする、

クーバー判決に明示された連邦最高裁の立場を「解釈主体におけるカトリシズム」とする。そして、この両者の組み合わせから、各人の憲法解釈に対する思想的スタンスを記述することを試みる。

レヴィンソン自身は、教義上の源泉及び解釈主体の両者において、純粹なプロテスタンティズムの立場に立脚している(Ⅰ)――①⁷⁾。彼は、こうした立場が、憲法解釈あるいは憲法典そのものの意味内容における変化の多くは大衆による政治行動の結果であり、それが後に、政治エリートあるいは司法エリートによって認められ、後に正当化されてきた合衆国憲法史の歴史的事実とも符合すると考えている。このことは、「我々の考え方が憲法という教典によって形づくられるのと同様に、教典自体も我々全員によって形作られる」⁽⁸⁾との考えに基づくのであれば正当化することができよう。

かつてのキリスト教においては、宗教戦争の後に世俗化ないしは私領域化されたことによる「神の死」がもたらされた。これによって非宗教的な価値観が台頭した結果、かつての宗教が有していた社会統制機能が失われた。

同様に、レヴィンソンがこうした「憲法の『プロテスタント的』理解」を主張し、それを積極的に擁護する背景には、合衆国憲法が連邦最高裁という特定の権威によって排他的かつ有権的に解釈されることへの懸念がある。⁽⁹⁾すなわち、「司法権の優越」及びそれに伴う排他的解釈が恒常化することで、人々の憲法に対する興味あるいは議論の機会が失われることへの危惧が存在するのである。いうなれば、それは、権力統制規範としての憲法の役割が消失するような「立憲主義の死」に対する問題意識とそうした状況への憂慮と形容できよう。⁽¹⁰⁾

加えて、レヴィンソンが指摘するのは、合衆国においては、歴史的にみても、人民を単一の国家へと統合する象徴的な規範が合衆国憲法以外には見当たらないという点である。⁽¹¹⁾彼の主張によれば、もともと国家としての歴史の浅いアメリカ合衆国においては、国家を統合しうる国民に共有された道徳ないしは社会的理念は、合衆国憲法以外

には存在しない⁽¹²⁾。合衆国憲法とは、彼によれば、「いかなる国教会も有しない合衆国において、憲法に対する崇拜は、国家における市民宗教として人々を統合する上で有用な」規範である⁽¹³⁾。すなわち、それは、多様な個々の集団を一つの国家へと統合する唯一の秩序原理として尊重される必要があるものである。

さらに、いかなる宗派における信仰であっても、個人がある宗教を信仰するということは、多かれ少なかれ、個人が自分の所属している共同体の規範を脱してより大きな世界観を有する共同体の規範へと帰属するという側面を有する。実際に、キリスト教史を紐解いてみても、人間の知識が増大するにつれ、信仰と理性がつねに緊張関係に置かれるようになった。同様に、ここで言う「信仰」とは盲目的かつ無批判なそれとは異なり、「対象について論争的な態度であり、かつ律法にかなった態度を保つこととの緊張」に置かれる二元的な態度である⁽¹⁴⁾。言い換えれば、信仰は単にそれを有しているのみならず、それが実際に機能する為には、記憶に深く埋め込まれ、個人が没入する一方で、信仰それ自体は目的ではなく、あくまでも個人間の対話や反省の契機である必要がある⁽¹⁵⁾。そこで、レヴィンソンはこうした「立憲主義の死」を防ぐためには、とりわけ憲法典に対する「信仰」が必要であるとの認識を示す⁽¹⁶⁾。

注意すべきは、ここで重要なのは、「憲法の『カトリシズム的』理解」と「憲法の『プロテスタント的』理解」のどちらが規範的に正しいのかという論点ではない。ではなく、あくまでも「裁判所による有権的な宣言と裁判所の外部における憲法規範の主張との弁証法的論証」であるという点である。例えば、人種差別の文脈では、公共輸送機関における「分離すれども差別せず」の事例として著名なブレッシー判決のような判例が存在していたとしても、他方で、裁判官による有権的解釈を生じさせる原動力となる憲法は、いかなる時点においても、実際に裁判官に認識されようがそうでないかにかかわらず存在している。このことは、一九四五年の「憲法は公立学校の人種分

離を禁じている」などといった言説が憲法上の価値と規範に関する主張として、合衆国において広く流布しているのであれば、やがて、それが裁判所による判例との弁証法的思弁によつて総合され、結果としてブラウン判決へと至るプロセスとしても説明されうるのである。⁽¹⁷⁾

「実演としての法」と博愛的解釈

レヴィンソンは、憲法がどのように道徳的に人々の間で尊重に値するものとなるためには、憲法を「博愛的(charitable)」に解釈すべきであると主張する。⁽¹⁸⁾例えば、合衆国憲法においては奴隷制を容認しているような内容の条項が含まれており、実際にも中心的な起草者であったジェファースンが奴隷を所持していたのは有名である。

だが、南北戦争期における著名な奴隷制廃止運動家であったダグラス(Frederick Douglass)は、起草時においては奴隷制を容認していた合衆国憲法を、一八〇八年以降は奴隷制の廃止を予定していることを示唆するものであると「博愛的」に解釈することで、それを反奴隷制の憲法と読み替えることに成功した。⁽¹⁹⁾このように、憲法前文や政治における伝統の中に見出されてきた中において、最も尊重に値すると市民が判断した価値に基づいて解釈される余地が憲法には存在する。そして、そうした価値判断に従って憲法を自らが最も望ましく解釈することで憲法への信仰を市民が維持していくことが可能となるのである。

そういった「博愛的」解釈における妥当性を具体的に判断する基準として、ここでレヴィンソンとバルキンが示すのは、法を音楽や演劇といった実演芸術との比喩から論じる「実演としての法(law as performance)」という概念である。⁽²⁰⁾この観点からすれば、法が実践されるプロセスにおいては、実演を行なう裁判官は解釈するテキストの起草者のみならず、その実演を聴く聴衆との二重の関係に置かれている。⁽²¹⁾さらには、こうした憲法解釈という実

演における起草者、裁判官、聴衆という三角関係においては、憲法に対する信念の問題のみならず、起草者ならびに聴衆に対する、裁判官の忠実な態度が問題となってくる。すなわち、レヴィンソンによれば、そこでの合衆国憲法に対する「信仰」は、憲法典というテキストあるいは、裁判所による憲法解釈それ自体から生じるものではなく、そうした憲法解釈を社会において一般聴衆が広く受け入れるか否かに依拠している⁽²²⁾。

このことは、音楽や演劇における実演とのパラレルで考えた場合には、ある程度、理解が可能であろう。例えば、音楽や演劇の実演に際して、ある実演プログラムが人々の間で正当なものとしての権威を獲得するのは、一般的にその演奏法やテキスト解釈が作成された当時のそれに合致しているからという理由からではない。そうした実演が、人々の間で正当な権威を獲得しうるのは、それが、実演される聴衆の理解において説得的だからである。

これは、一種の文化決定論でもあるが、こうした立場からすれば、レヴィンソンが言うように、憲法解釈における正当性及び権威の源泉もまた、テキストや起草者ではなく解釈という実演を一般の聴衆が説得的に受け入れるに左右されるのである。ゆえに、憲法の意味内容は各世代を通じて人々から政治的に受容される必要があるという提言が妥当性を有するものとして受け止められるのである⁽²³⁾。

小括

これまでの、レヴィンソンによる「憲法の『プロテスタント的』理解」を要約すると、そこで想定される立憲主義体制においては、憲法の意味内容の変化は、①意味内容について人々が異なった信念体系を有し、②そうした人々の間で競合する意味内容を巡って論争が生じ、③その中から幾つかの意味内容が生き残る、というプロセスを意味する⁽²⁴⁾。こうした主張内容は、法的権威についての規範的主張であるのみならず、立憲制度における動的な特徴

の記述である。例えば、今日の最高裁判決における同性愛者の権利の拡張での、ストーン・ウォール (Stone Wall) での暴動を契機とした、同性愛者の権利擁護運動の社会的広がりの果たした役割は否定しがたいように、⁽²⁵⁾「憲法の判例法理 (constitutional doctrine)」における変化の多くは、裁判所の有権的解釈と裁判所外部における憲法規範の主張との弁証法的論証であると考えられるのである。⁽²⁶⁾

この点、プロテスタントの歴史が他者を改宗させ信仰上の真実へと継続して導いていった信仰共同体のそれであったように、⁽²⁷⁾「憲法の『プロテスタント的』理解」においては、憲法上の変化は、人々が異なった考え方を有する人々に対して自らの見解の正しさを説得的に示そうとすることから生じるとされる。⁽²⁸⁾そこで、文化としての憲法を人民の間に普及させていく手段としては、⁽²⁹⁾現在でも行なわれているように、学校教育や政府による広報活動を通じて啓発教育によってなされていくべきであろう。⁽³⁰⁾

すなわち、憲法は、そうした民主的な政治文化を形成する上で必要な法的権利と制度を保障するのみならず、その行使にとつて有用な「文化的述語 (Cultural Predicates)」である。⁽³¹⁾例えば、言論の自由についてみてそれが法制度において形式的に保障されていても、各人が言論の自由を尊重し、それに対し寛容であるような文化を有していなければ、それは余り意味をなさないであろう。

(三) クレイマー

タシュネット、レヴィンソンの憲法社会学的アプローチに対して、これまでの合衆国における立憲主義を「司法権の優越」の思想史として捉えるのがクレイマー (Larry D. Kramer) である。彼によれば、合衆国史においては、憲法の最終的な解釈権者は「人民それ自身」であった。マーベリ判決が示したのは、あくまで裁判所が憲法を解釈

しうるといふ権限のみであった。だが、その後、①二〇世紀における全体主義の経験、及び②ウォーレン・コートにおける突出したリベラル化によって、「およそ二〇〇年にわたり、合衆国では『司法権の優越』が思想上も支持されてきた」といふ「神話」が受け入れられてきた。

そうした点から、クレイマーは、マーベリ判決以前の立憲体制への回帰を志向する。それはつまり、本来の人民立憲主義的な合衆国の立憲体制への「回帰」である。彼によれば、ウォーレン・コートという特異な例外 (anomalous exception) を除いて、合衆国における憲法上の権利を進歩させてきたのは、主に大衆の行動によるものである。にもかかわらず、未だに裁判所による権利の進展を期待することは、合衆国史への無知に基づく「近視眼的戦略 (shortsighted strategy)」とも言えるのである。

マーベリ判決以前における「立憲主義」

クレイマーは、司法審査と人民立憲主義の関係を「対位的に」捉えることでクーパー判決以降の「司法権の優越」に対する問題提起を行っている。⁽³²⁾ 現代においては、連邦最高裁が合衆国憲法に関する最終的解釈権を有する、という司法の優越性は当然視されており、一般的に、憲法を解釈して執行する役割は裁判所が第一義的かつ終局的に担うとされている。

だが、クレイマーによれば、こうした理解は近年になって形成されたものである。建国期における立憲主義の理解はこれとは異なり、憲法は「人民に帰属する」ものとみなされていた。建国期においては、憲法解釈権が司法権に付与されているとする「法的立憲主義 (legal constitutionalism)」ではなく、日常の統治プロセスにおいて、憲法の意味を確定し、適切な憲法解釈を果たす最終的責任が、主に人々による「共同体」に存するという「人民立憲

主義」の立場が一般的な考えであった⁽³³⁾。このように、合衆国史を振り返れば、憲法を実現する上で中心的な役割を担っていたのは「人民それ自身」であって、最終的な解釈権は彼らにあった。すなわち、裁判所は、連邦議会及び大統領と同様に人民の解釈に従わなければならない、とする理解がそれまでは一般的だったのである。

こうした憲法実践における「人民」の役割は、一七八〇年代の法及び政治に関する議論においては広く認められており、一九世紀に入るまでは支配的な見解とされていた。つまり、一八世紀の合衆国民は、立憲主義に対しては今日よりも多義的な態度を有していたのである。一八世紀の立憲主義は、今日のそれよりも厳格性を欠いた、多義的な体制であった⁽³⁴⁾。すなわち、ここでは、妥当な憲法解釈をめぐる公職者、共同体の主導者、及び一般市民といった数多くの主体が論議することが許された特異な社会であったのである⁽³⁵⁾。

また、一七九〇年以前においては、後に最高裁判事となるアイアデル (James Iredell) が示していたように、最高裁による司法審査権行使を支持する立場においても、その根拠は人民の代理人として同権を行使できるとの見解が一般的であった。当時においては、①司法審査権はいわば、立法権の権限逾越に対して人民の抵抗権を代理して行使していること、及び②司法審査権の行使自体が他機関の権限を浸食する危険性を有していることのいずれもが広く自覚されていた。

ここで留意すべき点は、一七世紀における司法審査権に関する議論は、(人民の)「代理機関及び委任に基づく権限」の所在を争点としていたことである。司法審査権への批判派は、連邦議会が憲法上定められた権限を逸脱した場合にはそれを是正する行動をとることが可能なのはただ人民のみであると考えていた。対して、司法審査権を擁護する側は、立法府に対して憲法上の制限を課する責務は、合衆国憲法に基づいて人民から司法府へ委譲されっていると反論していたのである⁽³⁶⁾。

「司法権の優越」思想の形成

では、今日のわれわれが理解している「司法権の優越」という考えは、どのようにして形成されてきたのだろうか。クレイマーによれば、その源流となったのは、一八世紀後半にコロンビア大学の法学教授を務めた、ケント（James Kent）の学説である。彼は、連邦派の間における多数派の専制への畏怖と、司法審査の役割を学説的に初めて関連づけた。のちに、彼の司法権理解は、連邦派の理論的支柱となった。それまでの司法権に対する理解は、政府が人民の利害に反する行動をとった場合には、組織化が困難な人民による抵抗の代理機関として、人民の意思を代わりに示すという役割であった。しかし、ケントによって、多数派の専制に対して独自に憲法を擁護する機関としての役割が司法権に付与され、憲法を優越的に解釈することを正当化する上での素地が形成された。³⁷

加えて、ケントは、従来は「政治規範（Political Rule）」と見なされてきた、憲法の法的側面についても、それを他の一般法と同様に理解した。そこから、規範としての憲法を解釈する機関は、立法府や行政府ではなく、司法府であるとの主張を展開した。ケントによれば、裁判所は、「その組織構成上、（政治による）有害な党派的影響から隔離されているという利点を有して」いる。したがって、裁判所は、「憲法に存する権威を維持する上では、政府において最も適切な権限機関」である。³⁸

もともと、ケントによって形成された「司法権の優越」が今日においても支持されている背景には、さらに我々の感性的な側面がある。すなわち、「司法権の優越」思想の根底にあるのは、法曹関係者及び研究者の間で蔓延している、司法エリートに比べて、一般人は無知蒙昧で理性を欠いているとの「反ポピュリスト（Anti-Populist）」的な感性なのである。こうした感性は、論理や歴史観に基づいたものではなく、司法を政治よりも洗練された意思決定機関であると考える「感覚の問題」から生じている。³⁹

クレイマーによれば、①二〇世紀における全体主義の経験、及び②ウォーレン・コートにおける突出したリベラル化によって、合衆国の知識層の間で「大衆民主主義に対する強い懷疑」がもたらされたことで、「司法権の優越」思想が支持されるようになった。そして、今日では、こうした「反ポピュリスト」的感性は、知的文化全般に広がっている。もともと、彼からすれば、連邦最高裁の優越的立場を支持している人々のほとんどは、その事についてあまり深く考えていないように思われるのである。⁽⁴⁰⁾

（マーベリ以前の）「人民立憲主義」への回帰は不可能なのか？

ミース (Edwin Meese) による「司法権の優越」否定が、痛烈な批判を受けて以降は、「司法権の優越」に対する思想上の疑義が公職者から呈されることはなかった。ドレッド・スコット⁽⁴¹⁾、ロックナー、コレマツ判決⁽⁴²⁾をはじめとする負の歴史は忘却され、代わって、連邦最高裁は一貫して合衆国における自由の主要な擁護機関であったという歴史観が流布することになった。⁽⁴³⁾

しかし、かような立憲体制の在り方は、合衆国の歴史において常であつたわけではない。むしろ、こうした歴史観は、史実に反したイデオロギーに基づく信条にすぎない。例えば、初期の連邦議会においては「国立銀行及び大統領による罷免権といった重大案件から、短期的な些事に至るまでは全ての議題が、憲法に関するものとなつていた」と言われている。クレイマーは、ジェファースン、ジャクソン、リンカーン及びルーズベルトがこれまでの合衆国史において体現してきたように、こうした民主政治の場における「人民立憲主義」の復活を試みる。彼によれば、もはや、レーンキスト・コート以降の保守化した最高裁にはリベラルな憲法価値の実現は望み得ない。むしろ、裁判所よりも「人民それ自身」による方が、より良く憲法上の権利を擁護できるかもしれないのである。⁽⁴⁴⁾

現実の司法過程を考慮すれば、裁判所の判断過程も今日においては相当程度官僚制度化されている。すなわち、事案の詳細な分析及び判決起案の大部分は、ロー・クラークによって担われている。実際に、裁判官が参照するのは、せいぜい他の裁判官との遣り取りメモや当事者による意見書ぐらいである。また、他の裁判官と起案に際して合議する機会なども殆ど存在しない。

対して、立法過程について見れば、確かに、今日の連邦議会において真剣な討議がなされているのは、中でも重要とされる案件に限られている。だが、各種委員会及び党員集会などの機会においても、しばしば活発な議論が展開されており、議会本来の熟議の要素は現在でもそうした場面で見いだすことができる。⁽⁴⁵⁾

したがって、我々は、現在の司法審査のあり方についても、「人民立憲主義」に基づく世界観から捉え直す必要がある。すなわち、裁判所による憲法の執行は、憲法以外の実定法に対する解釈とは異なり、人民による政府への抵抗の代替手段としての政治的な法執行行為として理解すべきである。⁽⁴⁶⁾ 以上のように、クレイマーは現在までの「司法権の優越」思想形成を法思想的視点から捉え直すことで、その相対化を試みるのである。

（四）ウォルドロン

クレイマーの法制史的及び法思想的アプローチに対して、憲法哲学的観点から、司法権による権利の具体化における問題点を指摘するのが、ウォルドロン (Jeremy Waldron) ⁽⁴⁷⁾ である。彼によれば、権利の具体的内容に対する社会的合意は、憲法解釈という専門技術的な方法論を通じて形成されるべき問題ではない。言い換えれば、司法審査に対する実質上の問題は、特定の事例における文脈に即した形で、権利が争点化されることにある。確かに、特定の事例に即した判断については、個人の状況に照らして個別具体的な検討が可能であるという利点もある。だ

が、多数の人々の利害に関わる権利については、議会による判断の方が、ロビイング、公聴会及び討議を通じて幅広い利害を集約できるという点からより望ましいとも言えよう。

裁判所の違憲審査においては、憲法典に即した形で、憲法問題への判断が示される。このことは、連邦最高裁の判断では、あくまで憲法解釈における条文、法原理のみの検討に終始することを意味している。実際に、裁判所の判例において、主に検討されているのは、過去の先例との整合性であり、権利の実質的内容に関する議論は周辺に追いやられている。これに対して、イギリスの議会での中絶権をめぐる論議においては、胎児における倫理上の地位、妊婦の社会的境遇、中絶における選択権の重要性、個人のプライバシーとの関連性、及び中絶の自由における道徳上の諸問題等が広範に検討された。

ウォルドロンによれば、このように議会においても熟議を通じた権利形成の可能性があるのである。対して、司法審査は、自由で民主的な社会における（憲法上の争点に対する）終局的意思決定からすると、本来は不適切な手段である。司法審査制度を持たない国においては、憲法保障は原則として議会立法によってなされている。権利の具体化は、立法府における熟議を通じてなされるべきであって、確かに現実の政治過程はしばしば、腐敗し機能不全を起していることは周知の事実であるが、立法過程は権利をめぐる複雑かつ困難な争点を、熟議に基づいて理性的に判断しうる可能性を秘めているのである。

違憲審査制というパラドックス

合衆国をはじめとする、裁判所による違憲審査制の存在する国では、個人の人権保障は、司法審査を通じてなされるのが原則である。しかし、ウォルドロンによれば、司法審査は、自由で民主的な社会における（憲法上の争点

に対する）終局的意思決定からすると、不適切な手段であるとされる。司法府には、選挙の洗礼を受ける立法府や行政府とは異なり、基本的に裁判官には身分保障があることから、確かに世論の圧力から孤絶した形で判断を下すことができるという利点もある。だが、そこには同時に民主的な指導原理及び答責性が欠けている⁽⁴⁸⁾。また、いかなる決定過程であつても完璧ということはあり得ず、立法過程も司法審査もそのいずれもが誤った判断を下す危険性を有している。

他方で、（ある種の思考実験ではあるものの）①議会を含めた民主的機関が、理知的に望ましい形で機能しており、②当該社会における大部分の成員及び公職者において、個人及び少数者の権利に対する保護への思想的コミットが共有されているが、③当該権利の具体的内容については、成員の間で一貫して明確な合意が見られないといった社会においては、司法審査による権利確定は正当化できないではないだろうか、とウォルドロンは指摘する⁽⁴⁹⁾。確かに、こうした社会においては、権利の具体化は、立法府における熟議を通じてなされるべきであり、裁判所の「後知恵的」な司法審査による判断は不必要であろう。

では、このように指摘される問題点にも関わらず、何故に違憲審査による権利保障は相変わらず支持され続けているのだろうか。ウォルドロンによれば、違憲審査制を支持する上での思想的背景には、法哲学や憲法学といった学問分野において、立法府よりも司法府のほうがより理性的な判断主体であるとの想定を見出しうる。そうした典型的な偏見の例は、例えば、「立法府は、素人の議員から構成される烏合の衆による会議体だが、裁判官は、日常生活から隔離された、学識豊かな独立した個人である」といったような想定である。すなわち、こうした想定の下では、議会の判断とは烏合の衆による恣意的な多数決ということになる。

しかし、ウォルドロンによれば、違憲審査制を正当化する論拠として、議会における多数決の恣意性を援用する

ことはその主張自体がパラドックスを内包している。なぜならば、最高裁をはじめとする裁判所は、複数の判事で評議を行う組織体であり、各裁判官の見解が分かれた場合には最終的に多数決で決定がなされるからである。言い換えれば、議会と裁判所は選任方法が異なるだけであって、その決定方法がともに多数決である点は同様なのであり、多数決に基づく決定が恣意的で少数派を抑圧するとの想定からすれば、合衆国最高裁の憲法判例も同じ批判を甘受しなければならないだろう。⁽⁵⁰⁾

このことは、以下のように説明できよう。確かに、代表民主政における政治的決定の一種として、連邦議会に対しては、「何故、(上下院合わせて) 五〇〇人程度の人間が、その他の人々を拘束しうるような決定をなしうるのか?」といった疑問を提起するのはもつともである。だが、こうした問いに対しては、連邦最高裁に対しても「何故、たった九人の人間が、同様の決定をなしうるのか?」と反論することも可能であろう。

もつとも、連邦議会とは異なり、たとえ、その評決が五対四といった僅差であっても、連邦最高裁の判断は、一般的な国民にとってある種の権威として受け入れられていることは、合衆国においては「確立した慣習」と言えよう。しかし、評決の賛否に関してその頭数が勘案されたり、最高裁判事の指名において保守的またはリベラルな人物の任用が要求されたり、特定の判事が投票決定権者 (Swing Voter) として論議的のとなったりすることもまた、合衆国においてはしばしば見られる。このことは、合衆国民が「独自の主義主張及び見解を持った」個人の間にける多数決を通じて、憲法上の権利に関する問題が処理されているという事実をも受け入れていることの証左なのではないだろうか。⁽⁵¹⁾

ウォルドロンによれば、こうした立憲体制の在り方は、憲法上の「権利」に対する考えが各人によって多様である、我々の社会においては望ましい状況ではない。⁽⁵²⁾むしろ、ますます複雑化する社会状況の中では、こうした司法

審査を通じた人権保障では、硬直的な対応しか望み得ない⁽⁵³⁾。したがって、ここからは、我々は、公共の熟議を通じて権利概念の深化の可能性に懸けるべきであるということになるであろう。

もつとも、こうした公共における熟議を通じて、憲法上の権利に関する何らかの合意を我々が得られるかもまた、不確定ではある。確かに、最高裁の憲法問題として遡上に上げられている、妊娠中絶、積極的差別是正措置、ヘイト・スピーチ、選挙資金規正等をめぐる判断は、道徳的に複雑な争点を含むが故に、理性的な人々にとつても合意に至るのが困難である。すなわち、こうした各人の価値観が多様で比較不能な社会では、民主的な政治過程に自律的主体が参加する権利を規定すること自体が不可能な試みである。

だが、そうした問題を考える上で必要なのは、権利に我々の間に厳然として存在する「見解の多様性」及び「著しい見解の隔たり」を直視することである⁽⁵⁴⁾。その上で、権利に関する熟議を用いれば、その相互作用によって、熟議の上で基礎となるより望ましい権利が共有されるという、好循環をもたらすことも期待できよう。ウォルドロンが示唆するのは、そうした熟議による権利確定の可能性を追求することである。

立法府による人権保障の可能性

では、ウォルドロンは、司法府ではなく立法府による権利保障の在り方として、どのような構想を示しているのだろうか。議会における議論が「露骨に政治的」であることもまた、われわれにとつて周知の事実である。実際に、現実の立法府は、交渉、取引、利益介入といった愚行が跋扈する現場である。

もつとも、ドウォーキン (Ronald Dworkin) は、あるべき司法のあり方を、ギリシャの英雄ヘラクレスにちなんだ哲人裁判官ハーキュリーズ (Hercules) という理想像によって、これまで示してきた⁽⁵⁵⁾。これに対し、あるべき

立法の規範理論は、提示される必要がないのであろうか。ウォルドロンは、そうした愚行を批判・矯正する基盤としての規範モデルの必要性を強調する。⁽⁵⁶⁾すなわち、権利の具体的内容に対する人々の間における見解の不一致が、決して不合理なものではなく真剣な考慮の帰結である以上、その解決には各人の意見を平等に尊重しうるような過程が必要とされる。

確かに、現実の政治過程はしばしば、腐敗し機能不全を起こしていることは周知の事実である。だが、立法過程は権利をめぐる複雑かつ困難な争点を、熟議に基づいて理性的に判断しうる可能性を秘めているのである。ウォルドロンの想定する理想的な議会像とは、「社会の代表者が参集し、お互いの意見や原理の違いを隠蔽するのではなく公に認めて敬意を払いつつ、厳粛かつ明確に、全員の名において、共通の計画と手段に関する合意を得る」⁽⁵⁷⁾といったものである。

この点に関して、周知のように、司法審査制度を持たない国においては、憲法保障は原則として議会立法によってなされている。例えば、一九六〇年代の英国においては、中絶の自由化、同性間での性的行為の合法化、死刑の廃止等が議会において論議されていた。注目すべきは、ここでの議論においては、広範な世論が反映されていた点である。すなわち、議会においては、そうした重要な憲法上の権利に関わる議論をすることは不可能であり、少数者の権利を擁護することはできない、といった通俗的な見方を反証していた。⁽⁵⁸⁾

具体的に、ウォルドロンが、イギリスの議会による人権保障の利点として提示するのは、以下の三点である。⁽⁵⁹⁾

第一は、利害集約過程における議会の多様性についての指摘である。確かに、特定の事例に即した判断については、個人の状況に照らして個別具体的な検討が可能であるという利点もある。しかし、多数の人々の利害に関わる権利については、議会による判断の方が、ロビイング、公聴会及び討議を通じて幅広い利害を集約できるという点

からより望ましいとも考えられる。

第二は、議会の審議過程における検討要素の豊富さに関してである。イギリスの議会においては、中絶権をめぐる論議において検討されるべき論点である、胎児における倫理上の地位、妊婦の社会的境遇、中絶における選択権の重要性、個人のプライバシーとの関連性、及び中絶の自由における道徳上の諸問題等が広範に検討されていたという点である。これに対して、連邦最高裁の判断では、議論が憲法典に即した形でなされる点について、あくまで憲法解釈における条文、法原理のみの検討に終始した。

第三は、議会に対して、裁判所の判断における検討要素の貧弱さである。判決理由に関連して、裁判所の判例において、主に検討されているのは、過去の先例との整合性であり、権利の実質的内容に関する議論は周辺に留められている。例えば、ロー判決においては女性の妊娠中絶権が、実体的デュー・プロセスの枠組みにおいて論じられたが、五〇頁に及ぶ判決文の中で個人のプライバシーに関連して「生殖に関する権利」の道徳的意義に対する言及は、わずか二段落のみであった。⁽⁶⁰⁾

このように、ウォルドロンの指摘によれば、実際の議会における審議過程においては、我々が想定している以上に詳細かつ理論的な議論が展開されているのである。加えて、彼の考えでは、司法審査によって、人民による民主的決定に制約を課そうとする考え方は、人民が正しい考えに至る可能性を疑いつつも、自らが正しい結論を導き出すと想定している点で自信過剰である。人民は、「自己統治という責務」を負った存在である。故に、たとえ、その集団的決定において誤った結果を招いたとしても、非民主的な司法による裁定ではなく、民主的統治過程による決定を追求すべきなのである。⁽⁶¹⁾

熟議か多数決か？

通常は、議会による人権保障という文脈に即した場合、直ちに想起しうるのは審議における熟議を通じた民主政の在り方かと思われる。ただし、ウォルドロンは、こうした意味での熟議民主政論者ではない。熟議民主主義 (deliberative democracy) においては、主に、審議における話し合いと決定における全員一致の意義を強調される。一般的に、熟議民主主義においては、①各人の主張が、あらゆる選択肢を平等に吟味することに予め同意した人々の全員を説得するに足る理由付けに基づいていること、及び、②審議が、最終的には合理的に基礎づけられた合意に至ることなどが条件として要求される⁽⁶²⁾。

しかし、ウォルドロンは、こうした熟議民主政においては、意見の対立や不一致が、必然的に政治的討議の不完全さや不十分さの帰結であるとみなされてしまうという、その特有の問題点を指摘する。確かに、一般的な討議の内在的目的が最終的な合意形成であることは認めつつも、それが政治目標として常に妥当であるとは限らない。こうした点に照らすと、討議民主主義は一般的な討議と政治的討議の目的を混在しているのである⁽⁶³⁾。

また、ウォルドロンによれば、「対立の継続は、現代政治の基本的条件と見なされるべき」であって、正義や政策についての各人による見解の対立が、討議を通じて全て解消できるとの想定もまた不自然である。むしろ、現実には、「意見の対立が存在するがゆえに、理性的な討議に代えて、人数のカウントという素朴な方法に訴えざるを得ない」のである。したがって、個人による見解の多様性を尊重する限りにおいては、我々は熟議民主主義ではなく、多元的民主主義を支持せざるを得ないであろう⁽⁶⁴⁾。

この点、確かに多数決原理は、決定の正しさを必ずしも担保しない。だが、それでも多数決原理以外の決定方法では、各人の見解を同程度にまで平等に尊重することは不可能である⁽⁶⁵⁾。こうした説明は、ある種の消去法ではある

が、説得的な説明であるように思われる。

むしろ、これまで問題であったのは、決定方法としての多数決ではなく、民主政における決定方式としての多数決原理についての本格的な議論が十分にこなされた点である。ウォルドロンによれば、多数決は、効果的であるのみならず、他者の見解に対する平等な配慮という「尊重すべき価値を尊重する」手続である。すなわち、多数決決定は、正義及び共通善に関する人々の間での意見の多様さという事実を真剣に受けとめているのである。

上記のようにウォルドロンが提起する議会における多数決擁護論は、かなりラジカルな問いかけである。しかし、憲法上の基本的人権に関する具体的内容がいかにして形成されるのかという観点から、連邦議会と連邦最高裁を比較した場合、結局はその双方において、メンバー間の討議と多数決決定によってなされていることは明らかである。そうすると、そこで問われるべきは、討議の充実度と民主的正統性へ帰結されるのではないだろうか。ウォルドロンが、上記の論点を明確に指摘したことは興味深いように思われるのである。

第三節 本章の小括

本章では、レーンキスト・コート以降の連邦最高裁における保守化及び党派化を受けて展開された、第一波人民立憲主義論について、四人の代表的論者の主張に焦点を当てて検討してきた。

彼らの議論は、論者によって様々であったが、これら第一波人民立憲主義論の共通項として以下の二点を挙げることができる。第一は、これまでの「司法中心主義」の憲法学が依って立つ、連邦最高裁をはじめとする裁判所の違憲審査制及び「司法権の優越」思想への根本的批判である。第二は、それらを否定した上で、その代案として、民主的政治過程を通じた立憲主義による憲法保障の在り方を模索している点である。⁽⁶⁶⁾

これらは、従来のアメリカ憲法学における、裁判所の違憲審査権行使による憲法保障、及びその根拠理由としての司法権の優越思想に対して根本からの疑問を呈し、連邦最高裁の保守化という現実に対応した新たな憲法理論の在り方を追求する点において、当時の学会においても大きなセンセーションを巻き起こしたと言える。しかし、こうした従来の憲法学に対するオルタナティブとしての人民立憲主義論の主張は、当然ながら、司法権擁護の伝統的立場に立つ憲法学研究者から、激しい批判を受けることになった。次章では、第一波人民立憲主義論に対する批判と、そうした批判への人民立憲主義論からの応答を見ていくこととしたい。

- (1) SANFORD LEVINSON, CONSTITUTIONAL FAITH 103 (1988).
- (2) *Id.* at 11-13.
- (3) *Id.* at 55-59. 合衆国憲法の起草者はまた、こうした憲法忠誠の宣誓を入植者が英国教会の下で親しんでいた信仰に対する宣誓の代用と考えていたようである。実際、一七八〇年制定のマサチューセッツ州憲法では、州憲法を州の住民に教育させるという州の義務が規定されていた。
- (4) See Max Lerner, *Constitution and Court as Symbols*, 42 YALE L. J. 1290, 1294-96 (1937).
- (5) Levinson, *supra* note 1 at 23-28. 周知の通り、キリスト教における教派は、16世紀の中頃までに、大きく分けてローマカトリック教会、東方正教会、プロテスタンティズムの3つに分裂していたが、ここで彼が比喩として用いるのは宗教改革以降のカトリックとプロテスタントとの対立図式である。キリスト教神学についての大きな見取り図の例としては、S・F・ブラウン（五郎丸仁美訳）『プロテスタント——シリーズ世界の宗教——』（青土社、二〇〇三年）及び、久米博『キリスト教——その思想と歴史——』（新曜社、一九九三年）などを参照。
- (6) *Id.* at 29-32.
- (7) *Id.* at 43-51. ドウオーキンによる一連の憲法の「道徳的解釈（Moral Reading）」は、憲法解釈の源泉を憲法典というテクストを超えた理解に求める一方で、「市民が忠誠を誓うのは、特定人の見解ではなく法そのもの」であるという理由から

- 最高裁判決の終局性を否定する点において、手段においては「プロテスタンティズム」的立場の余地を残している、とのレヴィンソンによる指摘がなされている。See also RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* (1996) [石山文彦訳『自由の法——米國憲法の道徳的解釈——』（木鐸社、一九九九年）]。
- (80) See Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *The Canon of Constitutional Law*, 111 HARV. L. REV. 963, 1021-23 (1997).
- (9) しかしながら、レヴィンソン自身は、タシユネットとは異なり理念上はともかく、実際問題として「最高裁が憲法解釈機関としての特別な役割を将来的に失うであろうと考えることは非現実的」であると考えているようである。この点に関し、See Sanford Levinson, *Democracy in a New America: Some Reflections on a Title*, 79 N. C. L. REV. 1559, 1565-66 (2000).
- (10) Levinson, *supra* note 1 at 52-53.
- (11) この点につき、国際政治学者であるハンティントン (Samuel Phillips Huntington) も、ほとんどの国において「国民としてのアイデンティティ (National Identity)」とは、共通の先祖・経験・民族的出自・言語文化、さらには通常は宗教的産物である」とあると述べている。See SAMUEL P. HUNTINGTON, *AMERICAN POLITICS: THE PROMISE OF DISHARMONY* 22-23 (1981).
- (12) Levinson, *supra* note 1 at 73-77.
- (13) Id. at 55-58.
- (14) Id. at 20-25.
- (15) Id. at 52-53.
- (16) また、レヴィンソンと数多くの共同研究を行なっているバルキンは、アメリカ合衆国憲法に対する信仰によって、「奴隷を所有し、人種、性別、階級による自然の階層が存在すると信じていた白人男性によって建国された国が、結果として労働者階級、黒人、女性に対して完全かつ平等な市民権を受け入れ、長年に渡る闘争を経て基本的権利と『恩恵的利益 (privileges)』を保障してきた」という現在の状況がもたらされた点を指摘する。このことは、立憲民主政における正義が歴史を通じて明らかになったのであって、バルキンの説明では、上からのトップダウンによって教義の内容が確定される「憲法の『カトリシズム的』解釈」においては、およそ解釈における權威性は不可欠な要素であるのに対し、「憲法の『プロテスタ

- ント的「解釈」では、ボトムアップで生じる個人の良心や憲法上の価値は称揚されるべきものである。というのも、裁判所による多くの憲法解釈もまた、裁判官による偶然の考え方の変化から生じるのではなく、特定の憲法観を有する人々が自らの見解を促進させるための組織的活動をたちあげ、その試みが上手く行った場合には、結果的に連邦裁判官の指名においてそれに関わる政治家に対して影響を与えることで生じるものだからである。このように、人々が異なった考え方を有し、彼らが集団を組織して自らの見解が正しいと他者を説得することによって、社会共同体における憲法の意味内容を変化させることに向けて、人々を組織化あるいは説得しようとする試みは、やはり信仰の布教との類似性を有するものと見るのができよう。See Jack M. Balkin, *Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson*, 38 *Tul. L. Rev.* 101, 107-21 (2003).
- (17) Levinson, *supra* note 1 at 123-25.
- (18) *Id.* at 74-80.
- (19) また、バルキンとレイニンソンは、こうした博愛的解釈の実践事例は、たとえそれが一般市民による解釈であったとしても、ロースクールの現場で教育されるべきものと考えているようである。See also Balkin & Levinson, *supra* note 8 at 1016-18.
- (20) See Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Interpreting Law and Music: Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"*, 20 *CAR. L. REV.* 1513 (1999). 以前のレイニンソンは、裁判官や法文起草者に対する関係を、読者と文学テクストの作者との関係に喩えていた。See also Sanford Levinson, *Law as Literature*, 60 *TEX. L. REV.* 373, 375-77 (1982).
- (21) 憲法解釈という法実践を聴衆との関係で捉えようとする見解については、南野森「憲法解釈の変更可能性について」法学教室三三三〇号(二〇〇八年)三一―三三頁、及び同「憲法の概念——それを考えることの意味——」長谷部恭男他編『岩波講座憲法6——憲法と時間——』(岩波書店、二〇〇七年)二七頁以下も参照。
- (22) Levinson, *supra* note 1 at 117-18.
- (23) Balkin & Levinson, *supra* note 20 at 1546-48. 注意すべきは、ハッペの権威性を判断する聴衆には、法の専門家のみならず、素人の一般人も含まれるという点である。
- (24) Levinson, *supra* note 1 at 121-23.

(25) Balkin & Levinson, *supra* note 8 at 1023-27. その場合、おそらく憲法典は政治における共通言語として、我々が憲法上の人権とみなしているものを考える契機として機能するようと思われる。例えば、およそ「表現の自由」という権利についてのコミットが全く存在しない社会において、裁判所による精神的自由に対する厳格審査の意義が著しく損なわれるであろうことは容易に想像されよう。

(26) 加えて、バルキンは、表現の自由を論ずる文脈において、今日における経済、社会生活に対する情報テクノロジーによる支配の増大に伴い、表現の自由を実体的に保障する上での重要な行為主体が、裁判所から議会、行政機関、及びコード作成者である技術者へと次第にシフトして行く傾向にあると主張している。そこでは、人々の関心は次第に制度及び技術設計に関する問題へとシフトしていくのであって、そのような制度全体のデザインという仕事は、裁判所の能力を大幅に超えており、そうしたことから憲法学において裁判所以外の行為主体を視野に含める必要性が今日では益々増大しつつあるとの指摘を行なっている。See Jack M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, 36 *PET. L. REV.* 101, 110-18 (2009).

(27) レッシング (Lawrence Lessig) は、新シカゴ学派の立場から、人間の行動の自由に対する制約条件を、法、市場、規範、コード＝アーキテクチャの四つに分類した上で、インターネット上のサイバースペースにおいてコードによる規制が現実空間に比べてより容易であるがゆえに全体として増加傾向にあるとの指摘をしている。レッシングがコード規制図式の典型的な問題例として挙げるのは、適正な電子メールがフィルタリングソフトによってブロックされる事例である。インターネット上の迷惑メールをブロックする上での特定のキーワードに基づいたブラックリスト形式によるメールの排除と、それに対する業者側のメールフィルタ解析等の「馳っっこ (Rat Race)」的対策とによって、フィルタリング選別のプロセスが複雑化し、結果として、政治的言論に関するメールが付随的にブロックされてしまうという効果もたらされる。こうした失敗コードによる規制から、現実空間における言論の自由を実質的に復元するためには、私的なコード規制に対する法規制が必要であるとレッシングは主張する。See LAWRENCE LESSIG, *CODE VER. 2.0* (2006) [山形浩生訳『Code Version 2.0』(翔泳社、二〇〇七年)] また、新シカゴ学派の法理論に関しては、See also Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 *J. LEG. STUD.* 661, 662-64 (1998).

(28) この点、バルキンは、レヴィンソンによる一連の問いかけについて、「憲法プロテスタンティズム」においては、制度

的権威からの異議は称揚されるが、異議申し立てをするものは信者よりも多くのことをするという事実を理解することが重要であると指摘している。また、彼らは自らの考えが正しいと他者に対して説得しようと試みるのであるが、そうした説得の能力は、自らを社会運動、政党へと組織化し、裁判官や政府高官へ自らの主張を強要しうるかどうかにかかっている点を強調している。See Balkin, *supra* note 16 at 120-21.

(29) この点につき、中川律は政府が憲法の価値を一元化し、それを公教育によって強制する可能性についての危惧を示している。参照、中川律「サンフォード・レヴィンソン——合衆国市民にとっての憲法の意味の探究者——」駒村圭吾他編『アメリカ憲法の群像——理論家編——』（尚学社、二〇一〇年）二二三―二四頁。

(30) また、近年では、政治学の分野においても、こうした権利保障と社会文化の相関関係が指摘されている。ダールは、「自由の家 (Freedom House)」が行なった、世界各国における国民の人権意識に関する調査において、最高得点を獲得したのは議会立法に対する司法審査制度をもたないノルウェーであった点を指摘した上で、この調査結果から「民主制の条件が整備された成熟した国家においては、権利や自由に関する差異を憲法の運用制度に還元することは不可能である」という結論を導き出す。すなわち、ダールによれば、基本的な政治的権利及び個人の自由を各人が享受する機会が、民主制が制度として根付く深度に比例して社会に浸透していく性質を有しており、そこでは政治・法・文化といった各領域のエリートによって共有された信条ないしは政治文化に最終的には依拠せざるを得ないのである。さらには、ダールは、民主政治の崩壊は成熟した国家においては極めて稀な現象であるが、ひとたび民主政治の破壊が多数派によって試みられた場合、連邦最高裁をはじめとする司法システムがその防波堤となる可能性は経験上かなり低いとの指摘も行なっている。See ROBERT A. DAHL, *HOW DEMOCRATIC IS THE AMERICAN CONSTITUTION* (2ND ED.) 99-167 (2003) [杉田敦訳『アメリカ憲法は民主的か?』(岩波書店、二〇〇三年) 一一七―一八九頁]。

(31) See Jack M. Balkin, *The Declaration and the Promise of a Democratic Culture*, FACULTY SCHOLARSHIP SERIES PAPER 258, 8-9 (1999).

(32) See Richard J. Ross, *Pre-Revolutionary Popular Constitutionalism and Larry Kramer's The People Themselves*, 81 CH. KENT L. REV. 905, 910-12 (2006).

(33) See Larry D. Kramer, *The Interest of the man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliber-*

- ative Democracy*, 41 VAL. U. L. REV. 697, 698-99 (2007).
- (25) LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* 45-53 (2004).
- (26) *Id.* at 30-33.
- (27) *Id.* at 61-71.
- (28) *Id.* at 131-32.
- (29) *Id.* at 133-34.
- (30) *Id.* at 241-42.
- (31) *Id.* at 234-44.
- (32) *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).
- (33) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
- (34) *Kramer, supra* note 34 at 228-29.
- (35) *Kramer, supra* note 33 at 701-03.
- (36) *Kramer, supra* note 34 at 238-39.
- (37) *Id.* at 91-92.
- (38) 愛敬浩二は、ウォルドロンが、「イギリス憲法学の文脈においては、民主主義社会における個人の基本的権利を司法審査によって保障する「法的立憲主義」に対し、その保障を政治過程に委ねる「政治的立憲主義」の学派に属するとする。また、ウォルドロンの想定する立法者は、選挙民から独立して行動することが想定されていることから、彼を人民立憲主義論の論者とみなすことに消極的である。だが、アメリカ憲法学においては、ウォルドロンの議論は、同論の立場として位置づけられることが多い。本稿においても、そこでの分類にのっとり、彼の主張を人民立憲主義論として理解することにした。この点に関しては、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二五五号七五九～六〇頁（二〇一四年）参照。
- (39) See Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L. J. 1346, 1363-72 (2006).
- (40) *Id.* at 1360-62.

(50) JEREMY WALDRON, *THE DIGNITY OF LEGISLATION* 127-29 (1999) [長谷部恭男他訳『立法の復権』(岩波書店、二〇〇三年) 一六二～一六四頁].

(51) JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 304-306 (1999).

(52) ウォルドロンによれば、こうした社会における多元性を踏まえつつ、あるべき違憲審査の類型として最も洗練されているのがイリイによる「プロセス理論」であった。しかし、ウォルドロンは、返す刀で、「何人も自ら関係する事件の裁定者たるを得ず」との思想から、民主的政治参加の前提となる権利の保障を、「独立かつ公平な」裁判所に委ねようとするプロセス理論のような考えもまた、キャロラインプロダクツ判決という「事実それ自体」に基づく安易な発想であるとして批判する。すなわち、プロセス理論もまた、前述の通り、民主的政治プロセスの維持に必要な権利を確定する上で、人々の見解が完全に一致することはあり得ないという「初歩的な道理」を忘却しているのであって、そこから違憲審査の正当性を導くことは不可能なのである。ここからは、結局、民主的プロセスに関わる権利についても、その具体的内容の決定は、影響を被る主体の関与に基づいて民主的政治過程を通じてなされることが「正義に適って」いることになる。See *id.* at 296-98.

(53) *Id.* at 225. ウォルドロンは、むしろロックナー期におけるこうした硬直的な司法の対応が、合衆国におけるそれ以降の社会民主主義の可能性を損なったと指摘する。すなわち、当時の連邦最高裁による違憲審査が、社会経済立法を次々と無効化したことで、合衆国の労働運動から、議会制民主主義を通じた社会改革への期待を失わせ、運動を徒に尖鋭化させてしまった。この点につき、愛敬・前掲註(47) 七七〇頁以下も参照。

(54) *Id.* at 227-28.

(55) ドウォーキンがこうした「原理 (principle)」及びそれを構成する「規範 (rule)」と「政策 (policy)」の定義に関して、プロセス法学の残した課題を洗練させた。まず、ドウォーキンは、自らの構築した法理論に基づき、明確な一貫性を備えた最も妥当な解決をあらゆる事例に対して示しうる、理想としての「超人的な技能、学習力、洞察力を兼ね備えた法律家」として、哲人裁判官ハーキュリーズを想定する。See RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 239-54 (1986) [小林公訳『法の帝国』(未來社、一九九五年) 三二三～三九四頁].

そして、このハーキュリーズによる「正答テーゼ (the right answer these)」に基づき、制定法の条文に対する機械的解釈から判断し得ない微妙な事案である「難事例 (hard case)」に対して、第一に「適応化 (fit)」のテストと、そして、第

二に「正当化 (justity)」のテストという二段階の審査によって、「規範」に基づく判断かどうかを峻別することを試みている。まず、第一の「適応化」テストの段階においては、既存の制定法及び判例に含意される法的な「規範」に合致しているかについての検討が行われる。続いて、第二の「正当化」テストの段階においては、判断が共同体における道徳的観点から最も正当化されうるものかが問われる。ドウォーキンによれば、両テストの基準をクリアした判断だけが、全ての法的論点における唯一の「正答」になるとされる。See RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 11-21 (1985) [森村進他訳『原理の問題』(岩波書店、二〇一二年) 一四～二二頁]。

(56) Waldron, *supra* note 50 at 11-16 [邦訳一四～二〇頁]。

(57) Id. at 2 [邦訳三頁]。

(58) Waldron, *supra* note 48 at 1349-50.

(59) Id. at 1379-85.

(60) これに対して、ドウォーキンは、合衆国においては、ロー判決によって大きな社会的論議が生じたことで、妊娠中絶に関する争点が議会に委ねられた他国よりも、人々が「詳細な理解」に至ったと評価している。他方で、ウォルドロン指摘によれば、合衆国のように司法審査による憲法保障を採用しなかった、イギリスやニュージーランドといった国においても、中絶に関する国民的議論は、「活発かつ十分な情報に基づいて」展開されていたとされる。See Waldron, *supra* note 51 at 289-90.

(61) Id. at 223.

(62) Waldron, *supra* note 50 at 151-56 [邦訳一八八～九三頁]。

(63) Id. at 151-52 [邦訳一八八～九〇頁]。

(64) Id. at 152-56 [邦訳一九〇～九三頁]。

(65) Id. at 146-48 [邦訳一八三～八五頁]。

(66) 木下智史によれば、こうした（第一波）人民立憲主義の特徴は、①合衆国憲法の民主主義的性格の強調、②エリート主義批判、③直接民主主義への肯定的態度、④改正手続によらない憲法修正（の主張）、⑤違憲審査制への消極的評価、⑥議会の憲法判断の尊重などへと要約される。参照、木下智史「合衆国におけるポピュリスト的立憲主義の展開と民主主義観の

変容」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』（日本評論社、二〇一六年）二八七～九一頁。