



Title	憲法における「人民」の位相（三・完）：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. 2017, 66(5), p. 49-82
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79198
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（三・完）

——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、六六卷二号）

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

(二) グリフィン

(三) シーゲル

第三節 本章の小括

おわりに (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

前章において検討した第一波人民立憲主義論に対しては、現在の合衆国における立憲制において、「司法権の優越」が不可欠の前提であるとの立場に立つ論者らから、とりわけタシュネット及びクレイマーの議論を中心に批判が展開された。ここでは、その主な批判として、ガーウィッツマン (Doni Gerwitzman) とチェメリンスキー (Erwin Chemerinsky) による主張を取り上げる (第一節)。

また、こうした批判に呼応するかたちで、人民立憲主義論を支持する憲法学者の間では、司法の優越的地位を認めつつ、民主的政治過程を通じた立憲制の実現に焦点を当てる立場の反論が展開されるようになった。彼らは、第一派の論者とは異なり、それぞれ憲法教育、連邦議会及び連邦最高裁を人民立憲主義論の立場から実証的に再検討することを試みていた (第二節)。

その上で、第二派人民立憲主義論者が示唆する憲法保障が、政治的な循環過程において展開されうる社会的条件について検討する。さらに、そうした「立憲的循環」ともいべき合衆国の憲法保障体制を下支えする重要な要素として、初中等教育過程における憲法教育の実情を概観することにした (第三節)。

第一節 第一波人民立憲主義論に対する批判

人民立憲主義論の論者らは、「人民」として想定しうる主体として、連邦議会、大統領、政党、州政府、利益団体、社会運動、社会的影響が大きい訴訟の原告等を想定している。しかし、ガーウィッツマンは、人民立憲主義論は、概してこれらの主体を理想化し過ぎているとの批判を、政治学における実証研究の成果に基づき展開する。

具体的には、政治学の実証研究によると、合衆国における実際の憲法文化として以下のような特徴が提示される⁽¹⁾。それは、第一に、実際の政治過程に対して関与する主体は、全体の比較的少数に留まることである。第二に、民意は、政治指導者の情報操作に従属しがちであり、総じて不安定な点である。

まずは、第一の政治過程に対する一般国民の関与について見ていくことにしよう。民主的政治過程による憲法保障を志向する人民立憲主義論においては、連邦議会が、社会運動及び利益集団に対応して、人民による憲法解釈の主要な媒介機関としての役割を果たす存在である。ゆえに、選挙における投票もまた、人民立憲主義論においては重要な要素となる。

しかし、連邦選挙委員会 (Federal Election Commission) の統計によれば、例えば、一九六〇年の大統領選における有権者の投票率は約六三％であったのに対し、二〇〇〇年大統領選の時点では約五一％にまで低下している。また、注目すべきことにこうした投票率の低下は、教育へのアクセスが向上し、政治情報の取得コストが低くなり、選挙登録への障害が除去されたにも関わらず生じている⁽²⁾。

ガーウィッツマンによれば、こうした背景には、第一に、合衆国民の間で、連邦議会に対する根強い不信感が存在していることがあるとされる。例えば、一九九八年の世論調査では、約六七％の回答者が、連邦議会に対する利益集団によるロビイングの影響が「過剰に強力である」と答えていた⁽³⁾。このように、合衆国民における一般的な政

治意識からすれば、連邦議会は、一般国民の利害を反映した機関であるとは言い難い存在なのである。⁽⁴⁾

また、第二の背景として、ガーウィッツマンは、そうした選挙において正確な民意を反映することが困難であることを挙げる。例えば、前述のクレイマーは、人民による憲法実践を実現する上で、選挙における投票を通じた意思表示を重視している。⁽⁵⁾しかし、実際には選挙の際に、無数の憲法上の争点に対する候補者の態度を精査することは非常に困難である。むしろ、殆どの一般的な合衆国民は、憲法判断の形成へ時間を割くことを好まないであろう。というのも、憲法判断の正否に関して関連情報を収集分析した上で自分の態度を明確にし、加えて、政治家の各判決に対する態度を調査することは、一般の人々にとって非常に労力のかかる仕事だからである。⁽⁶⁾

結局のところ、世論形成においては、政治家、ジャーナリスト、専門官僚、ロビイストといった政治エリートとの与える影響がかなり大きいと言えよう。言い換えれば、一般市民における政治知識の欠如は、政治エリートによる大衆への印象操作を容易にするが、これはとりわけ憲法問題のような専門性の高い領域ではとりわけ顕著なのである。

以上の検討から、ガーウィッツマンは、実際の一般的な合衆国民は、司法審査による憲法保障を、自身の労力負担が少なく、政治過程よりも理知的な決定過程であるとしてより好ましいものと考えていると主張する。事実、世論調査においても、一般国民は、連邦最高裁による合衆国の政治的潮流及び社会運動に対する一定の対応を評価しており、行政、立法よりも司法への信頼性の方が高い。⁽⁷⁾

ガーウィッツマンは、合衆国民の間におけるこうした立法府への相対的な不信任及び司法府への相対的な信頼感の背後には、特徴的な憲法文化の存在があると指摘する。⁽⁸⁾つまり、大多数の合衆国民は、憲法文化にコミットすることを煩わしく感じており、できれば専門家集団である最高裁に争点の解決を委ねたいと思っており、しかも、こ

うした合衆国の政治文化における一般人の政治的無関心、参加意欲及び政治知識の欠如等は、今後も改善される見込みはない。加えて、平均的な合衆国民にとって、最高裁は政治過程による解決が困難な争点に対する代替的解決手段として人々の信頼を得ている。事実、判決における政治的党派性が問題視されたブッシュ判決以降も、特に最高裁に対する世論の支持率は低下していないのである。

同じく、チェメリンスキーもまた、人民立憲主義論の主張によって、かえって実際の憲法保障が逆説的に阻害される可能性を指摘する。チェメリンスキーによれば、人民立憲主義論は、自由および平等を促進させる目的で違憲審査を行使することをも、裁判官に対して躊躇させる結果をもたらす点で、長期的に見て望ましいと言えない⁽⁹⁾。チェメリンスキーは、人民立憲主義論が見誤っている点を以下のように論じている。

第一に、人民立憲主義論は、その保守化が喧伝されたレーンキスト・コートにおいても、特定の領域においては、個人の権利保護への進展が見られたという事実を無視している⁽¹⁰⁾。例えば、同性愛者間での同意に基づく性行為を禁じていたテキサス州法や、性犯罪者に対する週及処罰を認めたカリフォルニア州法を違憲と判断してきた⁽¹¹⁾。

第二に、人民立憲主義論は、司法府への批判を強めるあまり、立法府が個人の自由保護を担うに値する機関であるとの盲目的な前提に立ってしまっている⁽¹³⁾。この点、ブラウン判決以降の南部諸州議会による人種分離政策の継続に典型に見られるように、歴史的には、多数派による議会が、人種的、宗教的および政治的少数者を抑圧することはこれまでも顕著に見られてきたのである。

第三に、人民立憲主義論は、一般の市民にとって司法府よりも立法府及び行政府などに対するアクセスの方がより困難であるという事実を軽視している⁽¹⁴⁾。すなわち、違憲訴訟の提起もまた、連邦議会等へのロビイング機会を有しない一般の人にとって、唯一の救済手段なのである。

チェメリンスキーは、リベラル派による批判が、ロックナー期の保守的な最高裁をリベラルなウォーレン・コートへと誘導し、同じく、保守派によるウォーレン・コートへの批判が、その後の最高裁を保守化へと導いたと考(15)えている。こうした彼の想定からすれば、人民立憲主義論は、進歩的な裁判官を司法謙抑主義へと誘う点で、長期的観点からは司法審査による人権保障への悪影響を及ぼす恐れがあるのである。

第二節 第二波人民立憲主義論の展開

前章で見てきた人民立憲主義論の基底にある問題関心とは、いわば合衆国における憲法規範の生成過程に対する問いであった。「司法権の優越」思想に伴う弊害は、それによって人民が(最終的な)憲法解釈権が剝奪されているということよりも、むしろ立憲主義に基づく自己統治過程に対する、人民による精力的関与の契機が損なわれている点にある。(16)この点、「第一波」人民立憲主義論は、憲法保障制度としての違憲審査を相対化し、立法、行政、司法の三権による憲法の有権解釈が対等な立憲体制を志向してきたと言える。対して、本節で検討する「第二波」人民立憲主義論は、憲法解釈における裁判所の優越的地位を否定することなく、憲法保障における政治上及び社会上の回路を実証的な視点から探究することを試みている。

また興味深いことに、本節における「第二波」人民立憲主義論からは、「第一波」人民立憲主義論と司法優越主義との中間的立場に立つ「民主的立憲主義 (Democratic Constitutionalism)」の議論が派生している。この「民主的立憲主義」とは、①憲法の執行実現過程において、国民の代表としての政府機関と市民の動員を重視しつつ、②憲法解釈において法的論拠を援用する機関としての裁判所の役割も肯定するという立場である。(17)こうした立場を支持する「第二波」人民立憲主義論の論者は、第一波と異なり、連邦裁判所の違憲審査を否定する立場ではな

い。

「民主的立憲主義」の議論を最初に提唱したポウスト (Robert Post) によれば、司法優越主義と人民立憲主義は「相互に排他的な」理念ではない。むしろ、司法権による「最終決定権」は、民主主義を機能させる上で必要な法の支配にとって不可欠な要素であり、合衆国憲法史を省みると、憲法上の変革は、最高裁が、立法、行政及び人民との共同することで達成してきたのである。⁽¹⁸⁾

しかし、他方で、ポウストは、裁判所が優越的解釈権を通じて、合衆国における人権保障を一方的に主導してきたとの主張も支持し得ないとする。ポウストの主張によれば、人民は、裁判所の外部も含めた解釈的及び政治的活動の混成を通じて、憲法原理の展開において積極的な役割を果たしてきた。⁽¹⁹⁾ 対して、最高裁はこうした「憲法文化」全体の中では、その一翼を担う存在にすぎない。ポウストによれば、実際の憲法判断は、司法権以外の主体との憲法上の価値をめぐる「持続的な対話」を通じて形成されてきており、合衆国憲法に対する「人民」の政治的コミットと、憲法典に対する司法の解釈は、憲法に関する当事者間の対話を通じた弁証法的関係にある。⁽²⁰⁾ したがって、人民立憲主義論においては、憲法に関する当事者間の対話を通じて、双方の適切な均衡を探索していくことが求められるのである。

上記の議論を踏まえた上で、以下では、合衆国の憲法教育課程による「司法権の優越」思想に基づく教化的な教育体制を批判するドネリー (Tom Donnelly)、連邦議会の立法による人権保障の実現をこれまでの歴史的経緯から論証するグリフィン (Stephen M. Griffin)、連邦最高裁の違憲判断に対する草の根レベルでの社会運動の影響を指摘するシーゲル (Reva B. Siegel) の三人による議論に焦点を当て、「第二波」における人民立憲主義論の再構成の試みを評価及び検討していきたい。

(一) ドネリー

公教育における「司法権の優越」の教化過程

ガーウィッツマンが前節において指摘するように、合衆国における司法権、とりわけ連邦最高裁は、その政治的党派性が大きく問題とされたブッシュ判決以降も、国民から高い支持を得ている。

しかし、ドネリーによれば、連邦最高裁が合衆国民から高い支持を得ているのは、合衆国における公教育の成果である。実際に、人々が憲法及び政治に関する知見を獲得する上では、公教育は大きなウェイトを占めている。例えば、ニューヨークタイムズの一面や深夜ニュースの冒頭を最高裁に関する記事が飾ることは非常に稀であり、当然ながら、最高裁判決が法律家以外に読まれる機会とはとんだない。⁽²¹⁾したがって、他の政治機関と異なり、最高裁に関する知見を一般の人が得る機会は、公教育の場に限られている。実際には、公教育における教育内容に強い興味を抱いている者は稀であるが、合衆国民の政治教育過程において、公教育は依然として重要な役割を果たしていることは否定し得ない。

もつとも、合衆国における公教育は、人民立憲主義論の観点からすると多くの問題を孕んでいる。ドネリーの指摘するところでは、現在の歴史教科書において、「司法権の優越」思想を明白に支持する記述がなされていることが散見される。それは、連邦最高裁が憲法上の権利についての守護者としての役割を全うしてきたとの歴史的神話である。すなわち、ドレッドスコット及びブレッシー判決で道を間違えた連邦最高裁が、ウォーレン (Earl Warren)⁽²²⁾ 首席裁判官という英雄の下で見事に復活するという物語が多くの教科書では展開されているのである。

しかしながら、(とりわけ第一波の) 人民立憲主義論の立場に立つ論者は、概して合衆国の憲法文化においてますます大衆が疎外されるようになってきている点を懸念するのであるが、彼らは、高等教育などの人民立憲主義論

にとって重要な教育課程をこれまで軽視してきた。すなわち、これらの研究では、一般的にエリート間の対話に注目し、一般的な合衆国民の日常生活における思考様式等に対して、憲法が及ぼす作用というのは注目されてこなかったのである。⁽²³⁾ 対して、ドネリーは、公教育におけるこうした「憲法の受容 (Constitutional Absorption)」過程に焦点を当てることで、公民教育においてどのように「司法権の優越」が生徒へ教化されてきたかの論証を試みる。

歴史教科書における「司法権の優越」イデオロギー

合衆国の公教育で採用されている歴史教科書においては、「司法権の優越」思想を歴史的経緯から肯定する記述が散見される。ドネリーが取り上げるのは、全米の歴史教育現場において圧倒的なシェアを占める、ダンツァ及びバースティンの執筆による教科書である。

まず、ダンツァの教科書では、今日では、連邦最高裁における人種差別に関する一連の物語において、ドレッドスコット判決は一種の「原罪 (original sin)」であると記述されている。続く一九世紀における最高裁の罪深い歴史は、当然ながらプレッシー判決での「分離すれども平等」原則の確立へと展開する。そうした一連の「大罪 (great sin)」は、後述のブラウン判決という（有色人種の）「瞞目すべき勝利 (stunning victory)」によって救済される。⁽²⁴⁾ また、ダンツァらの教科書では、「司法権は法を制定及び執行する権限を何ら有しなく」としつつも、「憲法を解釈する機関は、連邦議会ではなく最高裁である」として、連邦最高裁を「法の支配を擁護する機関 (the protector of the rule of law)」と位置づけられている。⁽²⁵⁾

対して、バースティンらの教科書では、連邦法に対する連邦裁判所の違憲審査権を初めて確立したマーベリー判決の歴史的意義を以下のように高く評価している。「国内法規に対して連邦最高裁がその違憲性を宣言できるか否

かは、合衆国において最も重要な問題であった。強固な意思の持ち主であった（マーシャル）長官は、その回りくどくも聡明な判決の中で、この問いに対して声高かつ画期的に「然り」と答えたのであった。・・・一八〇三年において、連邦最高裁は唐突に、自らを憲法の擁護機関と見なすに至った。マーシャル長官によるこの果敢な判決を契機として、合衆国史において連邦最高裁が主導的役割を果たしてきたのである。⁽²⁶⁾

他方で、同教科書では、アーカンソー州の公立学校における人種別学制度を修正第一四条違反としたブラウン判決が、南部諸州の民主党員によって激しい抵抗にあったことが記載されている。さらにそこでの記述においては、一九五六年三月に南部選出の連邦議会議員らが一〇〇人以上参加して、「南部宣言（Southern Manifesto）」が起草され、これ以降南部諸州があらゆる合法的手段を用いてブラウン判決に実力で抵抗していく史実が描かれている。⁽²⁷⁾

ドネリーは、こうした、歴史教科書において一般的な、リベラルな最高裁判決とそれに対する民衆側の実力行使という構図が、連邦最高裁に対する他の政治アクターの大幅な敬讓を肯定する憲法文化を形成する一助となっている点を指摘するのである。⁽²⁸⁾

（二）グリフィン

「権利革命」による「権利の民主化」

合衆国憲法史において現在の連邦最高裁のあり方を形づくる上で決定的な役割を果たしたのは、マーベリ判決であった。もっとも、同判決が示したのは、あくまで連邦裁判所が憲法を解釈しようという権限であって、クーパー判決において判示されたような、司法による他の政治機関への排他的な憲法解釈権限がそこで明らかにされたとは言いがたい。だが、司法審査を擁護する主張において最も繰り返し用いられてきた根拠というのは、司法審査制度

がマーベリ判決から二〇〇年にわたって合衆国において受け入れられてきたという事実であった。

この点につき、グリフィン⁽²⁹⁾は、従来のアメリカ憲法学における両判決の受容のされ方に関して批判を試みている。グリフィンは、司法の至高性を擁護する通説的立場において、①マーベリ判決当時の裁判所に広く認められていた「取消権 (voiding power)」と比較して現在の違憲審査権⁽²⁹⁾があまりにも強大であることが見落とされており、②マーベリ判決及びクーパー判決で宣言された司法審査権の権限範囲が混同されていることを指摘する。

まずは、第一の指摘から見ていきたい。グリフィンによれば、マーシャル首席裁判官がマーベリ判決を出すにあたってまず前提としていたのは、「立法府や行政府において、新しい民主的な多数決形式によって解決されるべき政治問題と、ほとんどの一八世紀の合衆国の裁判所において広く行なわれていた全員一致による運営の下での裁判所によって解決されるべき法的问题との区別」であつたとされる⁽³⁰⁾。もつとも、こうした法と政治の意識的な区別はこれまでの法学においては忘却されてきた⁽³¹⁾。言い換えれば、むしろリアリズム法学 (Legal Realism) 以降の憲法学及び法律学は、こうした区分の可能性を自明のものとして受け入れてきた⁽³²⁾。だが、グリフィンは、マーシャルによる司法審査の正当化とは、彼が法と政治に対してなした区別に決定的に依存していたのであり、ゆえにそうした理解は、「二〇世紀には、法共同体において放棄されてきた」と主張する⁽³³⁾。

そして、第二の指摘について言えば、マーベリ判決で示されたのは、あくまで憲法解釈に際して裁判所は他部門と同等の権限を有するという宣言に留まっていたことが挙げられよう。ここで、グリフィンは、裁判所が明白に司法の至高性にコミットするのは、クーパー判決が、連邦最高裁は「憲法を解釈する上で至高の存在 (supreme in the exposition of the law of the Constitution)」であると判示したように、比較的最近の出来事であると指摘する⁽³⁴⁾。その上で、彼は、司法審査擁護論においてしばしば見られる違憲審査権と排他的解釈権との混同を批判するのであ

る。⁽³⁵⁾

連邦最高裁は、人種のマイノリティに対する入試での特別枠制度という積極的差別是正措置に関して初めて違憲判断を示したバックー判決⁽³⁶⁾以降、州政府及び連邦政府における積極的差別是正措置に関しても厳格審査を適用することで、これらの措置を違憲無効と判断してきた。当然のことながら、こうした一連の連邦最高裁の態度は、人種のマイノリティの社会進出を支持してきたリベラル派からの激しい反発を招いてきた。⁽³⁷⁾グリフィンはまた、これらの過去二〇年にわたる平等条項 (Equal Protection) に関する最高裁判決を検討した結果、近年では「貴君が人種の少数者に属しているのであれば、連邦最高裁は貴君の仲間ではない」との結論を下す。⁽⁴⁰⁾

グリフィンは、合衆国におけるこうした変遷を、⁽⁴¹⁾ 彼が、その具体例として提示するのは、黒人女性バークス (Rosa Louise McCauley Parks) による、バス車内での黒人専用席への着席拒否を発端とした公民権運動 (Civil Rights Movement) である。こうした公民権運動が全米において興隆したことに伴う一連の差別撤廃への取組みは、公式な人種分離政策の終了とともにアフリカ系アメリカ人をはじめとした人種のマイノリティに対する投票権の拡大という多大な成果をもたらし、これらの運動の成果は、周知の通り、一九六四年公民権法 (The Civil Rights Act of 1964) や一九六五年投票権法 (The Voting Rights Act of 1965) ⁽⁴²⁾ として結実するに至った。もっとも、同時に、そうした公民権運動の拡大によって、憲法上の権利に対する意識的な要求により促進される政治領域が増大し、政治課題がそうした権利に関する語彙を通じて定義づけられるようになったのである。

グリフィンは、こういった一連の (憲法上の) 権利拡大闘争の重要な意義を、連邦議会議員をはじめとする公選代表が、公民権立法を支持することにより、自らへの支持の拡大という明確な見返りを得ることができるという事

実を認識するようになったという新しい政治ロジックが確立された点に見いだす。そして、合衆国の歴史上初めて、国内における少数者の権利を、民主的な立法を通じて保護するという政治プロセスをもたらしたという点において、それを「権利革命（The Rights Revolution）」と称する。そして、こうした「権利革命」を通じて合衆国に確立した立憲主義体制を、それまでの司法による権利保護と区別する形で「権利の民主化」と捉えたのであった。⁽⁴⁴⁾

副作用としての連邦最高裁の「政治問題化」

ところが、こうした「権利革命」は、同時に合衆国の立憲秩序に対して重大な副産物をもたらした。それは、憲法上の権利それ自体が政治課題になったことに伴う、連邦最高裁における判事任用の「政治問題化（Politicalization）」である。⁽⁴⁵⁾かつては、上院においても連邦最高裁判事の指名プロセスはそれほど議員の関心を引くトピックではなかった。一九六〇年代以前においては一般的に、上院議員や政治家によって、必ずしも連邦最高裁は重要な政策立案者と認識されていなかった。⁽⁴⁶⁾だが、周知の通り前述の公立学校における人種分離を違憲と判断したブラウン判決によって、公民権運動の流れを後押ししたウォーレン・コートに加えて、その後を引き継いだバーガー・コート（Burger Court）においても、恣意的な死刑の適用を修正第八条及び修正第一四条違反としたファーマン判決⁽⁴⁷⁾やロー判決⁽⁴⁸⁾に見られるように、連邦最高裁のリベラルな傾向はそれほど収まりを見せなかった。そうした中で、同時期に連邦議会の多数派及び大統領のポストを支配していた共和党内部の多くの法廷ロビイスト達は、連邦最高裁の進路に影響を与える上で頼れる唯一の方法を、信頼できる保守派の裁判官の指名に見出すようになったと言われている。⁽⁴⁹⁾

こうした司法に対する行政府による統制の兆候を象徴する出来事として挙げられるのが、レーガン政権において

創設された連邦最高裁判事の選任に関する、大統領諮問会議での判事候補者に対する調査項目である。同項目は、候補者に対する約二〇にわたる質問事項から構成されていた。なかでも注目すべきは、その質問項目において、「厳格な正当化及び手続の要求が重要であることへの意識」及び「個人に対する新しい憲法上の権利を創設することへの拒否」といった、候補者の憲法判断に関するイデオロギー傾向をかなり直截に問う設問が設定されていたという事実である⁽⁵⁰⁾。

このような任命過程を経て、選出される判事がどのような立場から判断を下すかを予測することは、連邦議会上院の多数派にとってそれほど困難ではないであろう⁽⁵¹⁾。ここでもまた、司法審査における「反多数決主義の難点」という伝統的な議論は修正を迫られることになる。すなわち、連邦最高裁はたしかに公民権運動において「権利の民主化」が達成される以前においては、憲法上の権利を独占的に行使する機関であったが、グリフィンの言うところの「権利の民主化」以降では、「どのような権利が形成され、誰がそうした権利を執行し、それらの範囲と意味内容について、どの機関が最終決定を下すか」という立法、司法、行政の三権のあいだでの実際上の達成に関する問いへと移行した⁽⁵²⁾。したがって、こうした「権利の民主化」以降では、必ずしも連邦議会による権利保障より連邦最高裁によるそのの方が手厚くなるということはないと考えられるのである⁽⁵³⁾。

小括

グリフィンによる、憲法上の権利をめぐる政治上の争点の「民主化」とそれに伴う「政治化」という議論に基づく、たとえば、裁判所に対する政府による統制が進行する状況であったとしても、依然として多数者支配に対する少数者の権利が擁護されるという憲法秩序は、連邦議会による立法等を通じた他の手段によって達成される必要が

あろう。

興味深いことに、グリフィンとは、「権利の民主化」の下では憲法秩序は主に民主的プロセスを通じて擁護されるという立場から司法審査の役割を限定する方向性を示唆している。⁽⁵⁴⁾つまりは、ひとたび任命人事を通じた政治によるコントロールが裁判所に対して厳格に行使されるようになれば、裁判官が任命権者の意図と反した立場に立つて判決を下すようなケースは想定し難い。⁽⁵⁵⁾極端な言い方をすれば、大統領が在任中に指名することができた連邦最高裁判事の人数によって、将来的な判決傾向を予測することも不可能ではない。

したがって、グリフィンの主張によれば、近年のレーンキスト・コートの保守的な司法積極主義に基づく違憲判決とは、共和党が民主党に指名機会の数において勝利したにすぎないと評価されよう。もともと、法学研究においては、一般的に裁判所を権利に関しての熟議に最もふさわしい機関と同視する傾向があるが、対照的に、グリフィンは、本節におけるこれまでの連邦議会における平等条項をめぐる問題についての対応を評価し、そこでの熟議を促進させる方向によって憲法理念の実現を試みるのである。⁽⁵⁶⁾

（三）シーゲル

「民主的立憲主義」における司法判断形成

前述のグリフィンは、連邦議会の立法において、人民による権利保障の契機を見出している。これに対し、連邦最高裁の違憲判決が出される政治的及び社会的状況における権利意識の形成において、「人民」による憲法上の人権概念の確立過程を描出しようと試みるのが、シーゲルである。シーゲルによれば、従来の「裁判所中心」の理解枠組においては、合衆国憲法における意味内容の形成過程において、人民の政治的動員がもたらす影響を検討する

契機が失われてしまうとされる。

すなわち、そうした理解枠組においては、社会および政治過程の中で、憲法上の権利に対する意識変動および状況変化が生成される複雑な過程から、人々の目を逸らせてしまうという弊害がある。したがって、ここでは、司法の憲法判断における理由づけが、裁判所外における人民の憲法実践と密接に関連しているという事実を明瞭に理解できない⁽⁵⁷⁾。

シーゲルによれば、裁判官の憲法理解は、人民の憲法実践に深く影響を受けている。実際に、これまでの合衆国憲法史を振り返ってみても、一九六〇年代における人種差別、および七〇年代における女性差別への異議に典型的に見られるように、合衆国民は、憲法の具体的意味内容を自ら形成することに取り組んできた。彼女の考えでは、そうした事例においては、裁判官が「社会状況の進展」を法理に反映するのみならず、人民が憲法解釈という創造的活動に従事し、そうした実践に裁判所が耳を傾けた結果として憲法解釈の変更がなされたのである⁽⁵⁸⁾。以下では、その具体例として、女性の妊娠中絶権を憲法上の権利として承認した、ロー判決の形成に至るまでの過程を憲法社会学の観点から見ていくことにしたい。

中絶権の「憲法問題化」過程

ここでは、一九七三年にロー判決が出されるまでの合衆国における中絶に対する規制状況を振り返っておきたい。合衆国では、一八二〇年代に入ると、主に女性の健康への配慮から妊娠中絶を規制する州が現れ始めた。また、一九世紀中盤には、「全米医療協会 (American Medical Association)」が、母胎の生命に関わるものを除いた中絶の非合法化を推進した。結果として、同世紀末から一九六〇年代までは、合衆国の全ての州は中絶に対して刑事罰を

課していた。この時期においては、妊娠中絶は、母胎の生命及び健康に不可欠な場合を除いては非合法であった。

しかし、既に一九五〇年代には、中絶合法化を支持する弁護士、医師、聖職者等が中心となり、こうした全州における一律規制への疑義が出されるようになった。こうした流れの中で、「全米法曹協会（National Bar Association）」は、⁽⁵⁹⁾①母胎または胎児の肉体及び精神衛生上の危害となる状況、もしくは、②強姦などの性犯罪による妊娠などの場合に限って、「治療を目的とした」中絶の合法化を主張していた。同協会は、医師に対して、①中絶手術を受けようとする女性側の事情を評価した上で、②あらかじめ定めた基準に合致している場合には手術を許可するといった内容の中絶合法化案を提案した。もともと、その主目的は、女性の妊娠に対する選択権というよりむしろ、手術における医師の免責であった。だが、こうした提案を受けて、全米のうち、一二州では、同案の内容を取り入れた上で、中絶規制を緩和する内容の州法が制定された。⁽⁶⁰⁾

さらに、一九六〇年代初頭に入ると、徐々に変化の兆しが見られるようになった。この時期においても、「全米医療協会」は、かつて一九世紀中盤の非合法化を主導した経緯から、中絶の自由化に反対していた。だが、公衆衛生の専門家は、年間一〇〇万人にも及ぶ不法な中絶手術がかえって母胎の健康に害を及ぼしている現状を指摘し始めていた。また、一九六五年のドイツ麻疹の大流行による障害児の大量発生や、妊娠中のサリドマイド服用による奇形児の増加もあり、妊娠中絶を巡る議論は、各種メディアにおいても大きく取り上げられるようになった。さらに、全米のフェミニズム運動も、同年代末までには、伝統的な性慣習および家族の役割への異議申し立ての一環として、各州における中絶禁止法の撤廃を求める要求を押し進めていた。加えて、多くの一般国民も、中絶の合法化に伴うこうした弊害に辟易し始めていた。彼らもまた、次第に特定の場合においては妊娠中絶が許容されるべきとの考えに傾いていった。⁽⁶¹⁾もともと、こうした動きに対しては、とりわけ保守派のカトリック団体は、胎児の生命

を奪うことを禁じた従来の性道徳慣習に反するとして激しく反発した。反対派は、中絶権をはじめとする女性の自由化を、伝統的な家族の価値への脅威と考えていた。

しかし、こうした変化の流れはやがて、その他の市民運動やフェミニスト団体を巻き込んだ運動へと展開していった。そこでは中絶規制は、①女性の貧困、②人口抑制、③性的自由、および④女性の平等な市民参加に関する問題として議論されていた。⁶²⁾

具体的には、まず、①女性の貧困に関し、「全米家族計画連盟 (Planned Parenthood Federal Association)」の医療部門責任者であった、カルデロン (Mary Steichen Calderone) は、一九六〇年の論文の中で、全米での非合法な中絶手術が約一二〇万件にも及ぶ可能性があることを指摘した。そして、結局のところ、そうした中絶手術を受けられるかどうかは、妊娠を継続することで自殺に至るような精神状態にあったとの証明書を精神科医に書いてもらえるだけの経済力とコネクションに左右されると述べた。

次に、②人口抑制については、当時、全米に約三〇〇の支部と約三〇万人の会員を有していた環境保護団体「人口ゼロ成長 (Zero Population Growth)」などが、人口増加抑制の観点から、夫婦が二人以上の子供を設けることに反対し、中絶規制の撤廃を主張していた。

また、③性的自由に関しても、一九六〇年代に入ると、性に対する女性の意識解放が進み、同棲カップルの数も飛躍的に増大するようになり、若者の間でも妊娠中絶に対する認識が大きく変化していった。

最後に、④女性の平等な市民参加に関する問題についても、確かに、フェミニスト団体は、六〇年代半ばまでは、高等教育への均等なアクセス、均等な就労機会の実現、政府による子育て支援策の充実といった点に力を入れており、中絶問題にはそれほど関心を有していなかった。だが、多くのフェミニスト団体は、六〇年代末までには、中

絶規制を含めた出産に関わる政策の是非を、女性の平等にとって本質的な問題と捉えるようになり、また、権利保護のため、法廷闘争に訴えるようになった。

こうした流れを受けて、一九七二年頃までには、中絶に対する法規制は、全米において、政治上の主要な争点となっていた。また、興味深いことに、リベラル派と保守派との間の対立が激化するにつれて、中絶の社会的意義を巡る論争が、道徳的次元から、主に法的次元において展開されるようになった。さらに、そうした論争の場も、（医師の免責といった）刑法上の議論から、中絶権における憲法上の価値に関わる次元へと急速に「憲法問題化（constitutionalization）」された⁽⁶³⁾。すなわち、一九六〇年代においては、女性の妊娠中絶権は、一般的に憲法問題とは認識されていなかった。だが、人々の間でも、中絶権に対する捉え方に徐々に変化が見られるようになり、六〇年代末までには、主にフェミニストたちの間で、中絶の権利は、「女性の自律並びに経済及び政治生活に参画する上で不可欠」ものと枠づけられるようになった。

そして、全米のフェミニストたちは、女性には子供を出産する上での憲法上の自己決定権が認められると主張するようになった。例えば、「全米女性機構（National Organization for Women）」の会長であったフリーダン（Betty Friedan）は、一九六九年に開催された、同機構における初の全米規模の集会において、「女性が自らの生殖過程を管理する権利は、州政府によって否定もしくは剝奪されることのない、基本的かつ有価値な人権として確立されねばならない」と述べていた。他方で、カトリック系団体などの保守派は、中絶を規制する根拠として、胎児の「生命への権利」を独立宣言に基づいて主張していた⁽⁶⁴⁾。また、ここでは、夫婦間での避妊具の使用禁止に対する合憲性が争われた（グリスウォルド判決で用いられた⁽⁶⁵⁾、個人のプライバシー権（right to privacy）が、中絶権に関する訴訟における憲法上の根拠となった。このように、双方の政治上の主張を正当化する目的で、中絶権における

憲法上の価値が関連づけられるようになったのである。

「民主的立憲主義」から見たロー判決の意義

また、こうした女性の中絶権を争点とした社会運動の進展の下で、ロー判決が出される素地が形づくられることとなった。具体的には、一八五七年制定のテキサス州の中絶規制法は、母胎の生命を保護する上で不可欠なものを除いてあらゆる中絶手術を禁止していた。これに対して、同州に居住していた未婚の妊婦は、同州法が合衆国憲法修正第五条及び一四条の適正手続条項に違反するとして、一九七〇年三月にダラスの連邦地裁に提訴した。

同地裁は、同州法が、合衆国憲法修正第九条から導かれる「出産を選択する上での基本的権利」に反するとして違憲の判断を下した。同地裁での違憲判断の根拠とされたのは、まず、①同州法は、母体保護以外の中絶を「画一的に禁止」していることは、「止むに止まれぬ州利益を大幅に超過」していること。また、②医師にとつて、許容されうる中絶手術の範囲を、同州法の文面から読み取るとは困難であり不明確であるという点であった。⁽⁶⁶⁾

テキサス州政府は、連邦最高裁へ直ちに上告したが、連邦最高裁は、別の中絶に関する案件を審理していたため、ロー判決には係属から約二七ヶ月を要した。同判決の法廷意見は、テキサス州には、「人間の生命としての潜在的可能性を有する存在」を保護する利益があることを認めたが、同時に、女性の出産を決定する権利もまた、明文上の規定を欠きつつも、憲法上のプライバシー権の一種として修正第五条及び一四条の適正手続条項 (Due Process Clause) から導かれることを示した。⁽⁶⁸⁾ 同法廷意見では、女性の妊娠期間を三半期 (Trimester) に分類し、①妊娠初期においては、中絶の可否は主治医の判断に委ねられ、州は女性の中絶を禁止する事は出来ないとした。②中期では、州は、母胎の健康を保護する目的に限り、妊娠中絶を規制することが可能であると判示した。③後期では、

州は、胎児および母胎の保護を目的としていれば、医療機関の適切な診断を要件に、「母胎の健康」保護に必要不可欠なものを除いては、妊娠中絶を規制又は禁止できるとした。⁽⁶⁹⁾ このように、同判決においては、グリスウォルド判決が夫婦にのみ認めていたプライバシー権が、個人としての女性にも拡大適用されたのであった。

シーゲルは、こうした世論における中絶問題の「憲法問題化」が判決に与えた影響の大きさを指摘する。彼女がその根拠とするのは、ロー判決の法廷意見を執筆したブラックメン（Harry Andrew Blackmun）判事が、同判決の起案に際して参考にした資料の存在である。それらは、主に以下の二つである。第一は、「アメリカ公衆衛生会誌（American Journal of Public Health）一九七一年四月号」の記事における「（三半期の）第一半期における合法的中絶によるリスクは、分娩期におけるそれよりも低い」との記述であり、第二は、「ジョージ・ギャロップ誌（The Journal of George Gallup）一九七二年六月号」における世論調査の結果である。⁽⁷⁰⁾

とりわけ、ここで注目すべきは、第二のギャロップ誌における世論調査の結果である。同誌では、「中絶手術の決定権を、当該妊婦と担当医師の両者のみに委ねるべきであるか？」という質問項目に関して、賛成が約六四％に對して、反対は約三二％（無回答約五％）と、妊娠中絶への一般国民の支持が反対に比べてダブルスコアという結果となった。実際に、判決の執筆者であるブラックマン判事は、これらを参考資料として保管しており、このことから、シーゲルは、同判決が、この調査の結果から少なからぬ影響を受けたものであった可能性を指摘する。

シーゲルによれば、このように、「民主的立憲主義」において重要な視点は、連邦最高裁が「法の支配」に基づく司法の独立を維持しつつ、「人民」の要求に応じるという「離れ業」を如何に成し遂げてきたかを理解することである。⁽⁷²⁾ すなわち、民主政の下では、裁判所もまた、政治過程及び「人民」の憲法意識から独立して「反多数決」的に判断を下すことは困難だという事実もここで明らかになるのである。⁽⁷³⁾

第三節 本章の小括

本節では、本章における議論のまとめとして、以上の三人の論者によって主張された「民主的立憲主義」が指摘する、合衆国の立憲制における立憲的なコミュニケーションの循環過程の重要性と、そうした循環を支える前提としての憲法教育の意義について論ずることとしたい。

「民主的立憲主義」における立憲的循環の重要性

「民主的立憲主義」が前提とするのは、①最初に、一般国民が選挙や社会運動において、自らの憲法に関する主張に基づく影響を明示的または暗示的に与えようと試み、②それに対して、連邦議会や連邦最高裁といった公職者の側が、状況に応じて、彼らの主張を受容又は拒否するといった反応を示すことで、③これらの複雑な相乗作用によって合衆国憲法の具体的な意味内容が歴史的に形成されてきた、という循環である。⁽⁷⁴⁾とりわけ、連邦最高裁は、この立憲的循環とでも形容すべきプロセスの中でも、特別な権威をこれまで保持してきた。それは、連邦最高裁が、(憲法上の)重要な社会的価値を政府の逸脱から保護する存在であると市民から見なされてきたためである。すなわち、連邦最高裁の権威が、最終的には市民による信頼に依拠するものである。

したがって、連邦議会及び連邦最高裁による憲法保障を実効化させていく上では、やはり、合衆国民が自らの政治及び憲法に対する無関心と無知を克服する必要がある。その前提として、政治的争点に対する一般的知識のみならず、我が国の立憲制度の基礎についての知見も有する必要があるのではないか。具体的には、立憲文化を基礎づける上での学校教育課程、パブリックフォーラム、メディア状況の積極的改善を進めていく必要がある。⁽⁷⁵⁾以下では、やや概論的になるが、合衆国において、これまでこうした立憲的循環による「民主的立憲主義」が曲がりなり

にも機能してきた条件として、同国における憲法教育の在り方を検討してみることしたい。

合衆国の立憲文化における憲法教育の意義

合衆国における憲法教育には、確かにドネリーが指摘するように、「司法権の優越」思想に偏った側面がある点
は否定できない。しかし、一九八六年の統計調査によれば、合衆国における一般国民の中で、①憲法が修正可能及
び陪審裁判を受ける権利の存在を知っている人は約八三%を占めており、また、③修正第一条の権利を正確に答え
た人は約七五%であり、④（身柄拘束を受けた被疑者の尋問において、本人の黙秘権を認めた）ミランダ判決の内
容を理解していた人は約四五%、前述のロー判決については約三〇%であった。⁽⁷⁶⁾ 以上のように、平均的な合衆国民
の憲法理解は、実際には相当程度のレベルであることが推測される。

こうした合衆国民の憲法理解を支えるのは、同国における独自の法教育プログラムである。同国の小中高におい
ては、公民教育とは別に、法教育が盛んに行われており、それらのプログラムは、政府による助成に基づき、主
民間団体を通じてなされている。⁽⁷⁷⁾ それらの小学校から高校段階における法教育は、「法関連教育（Law-Related Edu
cation = LRE）」と呼ばれる。⁽⁷⁸⁾

興味深いことに、近年のLREにおいては、単なる法律に関する基礎的知識の教授に留まらず、①市民性（cit
izenship）、②批判的思考力（critical thinking）、③（多様な）価値理解（value-sorting）等の涵養が志向されてい
る。⁽⁷⁸⁾ LREプログラムの具体的内容としては、まず、①市民性（citizenship）の学習として、市民としての権利と責
任の理解を目標とした授業が展開される。ここでは、法を無批判に遵守するのではなく、基礎的な法制度を理解し
た上で、市民としての望ましい運用の在り方などが学習されている。次に、②批判的思考力（critical thinking）

の理解として、健全な懷疑主義及び知的関心に基づく思考技術の習得が行われている。ここでもまた、法的な問題解決のための適切な情報選択、仮説構築及び結論の妥当性への理解を目指されている。最後に、③（多様な）価値理解（value-sorting）として、法的争点の背景における、思想および宗教等の価値対立への理解が志向される。ここでの目標は、特定の価値判断に対する優劣付けを排除し、社会における多様な価値観を相対化することで、それらへの寛容さを養うことである。

これらのLREプログラムにおいては、批判的検討力および自己の権利意識を、法律学習を通して理解することに重点が置かれている。なかでも注目に値するのが、その特徴的なプログラムである。⁽⁷⁹⁾同プログラムでは、まず、座学として、高校の授業では、合衆国憲法修正第一条に関する判例を実際に読み、事実と理由付けを要約させる。また、教室内における模擬裁判を通じたロールプレイングの体験や、弁護士事務所等でのインターンシップ実習による、実際の法へのアクセスの仕方やその運用に対する理解を深めることが試みられている。こうした同プログラムにおける実践的な内容は、児童の学習に対して一定程度の教育効果をもたらしており、同プログラムを通じて、小学校六年次の児童が、合衆国憲法における自由・正義・平等といった概念を相当程度に理解することも可能であるとされている。⁽⁸⁰⁾

合衆国における憲法保障は、本章でみてきたように、最高裁が、立法、行政及び人民との共同を通じて達成してきた。合衆国においては、憲法に関する当事者間の対話を通じて、双方の適切な均衡を探索していくことが求められる。もつとも、そのような均衡が適切に機能しうるためには、常に国民に対する憲法教育による教化を行っていく必要がある。こうした点において、合衆国の憲法教育は、その実践的側面から見て、民主政治における立憲制を実際に下支える上で不可欠な存在であると言えよう。

おわりに

最後に、本稿においてこれまで見てきた、合衆国における人民立憲主義の展開から、今後のわが国における憲法研究の在り方に対するどのような示唆を得られるかについて若干ながら触れておきたい。例えば、いささか旧聞に属するが、二〇一四年十二月一〇日に施行された国家機密に対する保護を目的とした特定秘密保護法に関する、国内での一連の動向について見ることにしたい。⁽⁸¹⁾ 同法については、我が国における軍事上の機密保持の為に必要であるとの声も聞かれるが、主に、①特定機密の指定範囲が曖昧であり、②機密指定に対する第三者機関のチェック体制が不在であることなどから、とりわけ、報道機関等の表現の自由を侵害する懸念が示されている。⁽⁸²⁾ また、こうした危惧から、同法に対しては各地で違憲訴訟が提起されている。⁽⁸³⁾

加えて、二〇一五年九月一九日には、国家存立危機事態などの限定的な条件の下であれ、事実上の集団的自衛権の行使を可能とする安全保障関連法が国会で成立した。⁽⁸⁴⁾ 周知の通り、これらの両法に対しては、法案段階からそれらの合憲性に対する疑義が出されており、このように現在のわが国においては、これまでの立憲体制からの大きな転換・逸脱が見られるようになってきていると言えよう。

もっとも、周知の通り、我が国の最高裁における法令違憲判決は、戦後七〇年超の期間においてもなお九例一〇件に留まっている（二〇一六年三月時点）。なおかつ、わが国の最高裁は、精神的自由の領域に関しては未だに法令違憲の判断を下していない。加えて、そうした最高裁の違憲審査に対する消極的な姿勢は、一貫して学界の多数から批判されてきたにもかかわらず、依然として基本的な姿勢を変化させているようには見受けられない。⁽⁸⁵⁾ 上記の点を鑑みるに、おそらく同法に対する違憲判断が下される可能性は極めて低いと推測される。

こうした司法消極主義に基づく我が国の司法権の下では、憲法上の権利、とりわけ表現の自由を初めとする、精神的自由権の領域に関する積極的保護や、（違憲無効判決も含めた）選挙権の平等に対する実質的保障を期待することは困難なように思われる。そうすると、残された道は、国会の立法等による政治過程を通じた憲法保障ということになるのかもしれない。だが、途中の短い政権交代の期間を除いて、戦後からおよそ六〇年にわたって国会における多数派を占めてきた自由民主党は、自主憲法制定を一貫して主張しており、現行の日本国憲法に対しても批判的なスタンスをとってきた。このような政治状況にあったわが国においては、当然のことながら、これと同じく険しい道なのである。⁽⁸⁶⁾

以上を踏まえると、本稿において検討した人民立憲主義論を巡る議論からは、ささやかではあるが、次のような示唆を得ることができるであろう。それは、わが国の憲法学における司法中心主義の在り方に対する相対化の視点である。われわれは、裁判所における違憲審査の存在によって、我々は、憲法実践においてこれまで「人民」が果たしてきた役割や影響を忘却しがちである。しかし、合衆国における憲法保障を進展させてきたのは、本稿においてこれまで検討してきたように、連邦議会による公民権法等による「権利の民主化」プロセスであり（第二章第二節）、また、連邦最高裁による違憲判断に対する社会運動の成果であった（第二章第三節）。

とりわけ、違憲審査の活性化に関して言えば、潜在的な政治課題を、実際の憲法上の争点へと昇華させるような回路を創出することが、迂遠であってもその前提条件であることが改めて理解できよう。⁽⁸⁷⁾ 結局のところ、連邦最高裁のみならず、わが国の最高裁も、こうした民主的正統性に基づく循環のプロセスから逃れることは出来ないのではないだろうか。むしろ、立憲制における望ましい民主的社會循環の過程を如何に構築するかを考察していくことを、わが国の憲法学も試みていく必要があることを示しているように思われる。

繰り返しになるが、合衆国においては、これまで見てきたように、「人民」の憲法実践および憲法意識が、憲法学において改めて問われるようになってきている。少なくとも、本稿でこれまで検討してきた合衆国における人民立憲主義論の展開が、立憲主義における「人民」による憲法実践の意義を再び問い直す重要な契機あるいは局面であることは過言ではないであろう。もともと、近年のわが国の憲法学においては、こうした憲法における「人民」の位相をトータルに捉え直す観点が失われつつあるように見える。しかしながら、わが国の政治過程及び判例の展開等における「人民」の憲法実践とその影響の分析に関する具体的考察については、紙幅等の関係から、稿を改めて論じることしたい。

- (1) See Doni Gerwitzman, *Glory Days: Popular Constitutionalism, Nostalgia, and the True Nature of Constitutional Culture*, 93 GEO. L. J. 897, 900-01 (2005).
- (2) *Id.* at 914-16. 合衆国では、投票以外の政治参加に関しても総じて低調傾向にある。パットナムによる全米四万人を対象とした回答調査によると、①一九九〇年代における全米の政治集会への参加者数は、一九七〇年代の約半分である。②同様に、一九九〇年代における全米各地のタウンミーティングへの参加者数は、一九七〇年代に比べて四割も減少している。③逆に、選挙以外の政治活動には全く関わらない人の割合は、一九七〇年代に比べて一九九〇年代では約三三%増加している。See ROBERT D. PUTNAM, BOWLING ALONE: THE COLLAPSE AND REVIVAL OF AMERICAN COMMUNITY 41-45 (2000) [柴内康文訳『孤独なボウリング——米国のコミュニティの崩壊と再生——』（柏書房、二〇〇六年）四七～五二頁]。
- (3) See JOHN R. HIBBING & ELIZABETH THEISS-MORSE, STEALTH DEMOCRACY: AMERICANS' BELIEFS ABOUT HOW GOVERNMENT SHOULD WORK 99-102 (2002).
- (4) Gerwitzman, *supra* note 1 at 922-25.
- (5) LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW 197-99 (2004).

- (9) Gerwitzman, *supra* note 1 at 916-29.
- (7) JOHN R. HIBBING & ELIZABETH THEISS-MORSE, CONGRESS AS PUBLIC ENEMY: PUBLIC ATTITUDES TOWARD AMERICAN POLITICAL INSTITUTIONS 54-55 (1995).
- (8) Gerwitzman, *supra* note 1 at 934-36. また、ガーウィッツマンは、人民立憲主義論に対して以下のような疑問を呈している。①人民立憲主義論においては、人民による憲法実践への参加がどの程度まで必要とされるのか不明である点。すなわち、議員によつて人民の憲法意思が尊重されれば十分なのか、それとも直接的な参加的契機が要求されるのか。②人民において必要とされる憲法上に関する見識も明らかではない。憲法典レベルか判例かもしくは憲法政治全般についてなのか。
See id at 910.
- (9) See Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*, U. ILL. L. REV. 673, 673-75 (2004).
- (10) Id. at 681-82.
- (11) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
- (12) Stogner v. California, 539 U.S. 607 (2003).
- (13) Chemerinsky, *supra* note 9 at 683-87.
- (14) Id. at 688-89.
- (15) Id. at 689-92.
- (16) See Robert Post & Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 CAL. L. REV. 1027, 1042-44 (2004).
- (17) See Tom Donnelly, *Popular Constitutionalism, Civic Education, and the Stories We Tell Our Children*, 118 YALE L. J. 948, 958-59 (2009).
- (18) Post & Siegel, *supra* note 16 at 1029-30.
- (19) Id. at 1038-41.
- (20) See Robert C. Post, *The Supreme Court, 2002 Term-Foreword. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts,*

- and Law*, 117 HARV. L. REV. 1, 4 (2003).
- (21) Donnelly, *supra* note 17 at 963-65.
- (22) *Id.* at 973-75.
- (23) See Tom Donnelly, *A Popular Approach To Popular Constitutionalism: The First Amendment, Civic Education, and Constitutional Change*, 28 QUIN. L. REV. 321, 321-23 (2010).
- (24) Donnelly, *supra* note 17 at 981-82.
- (25) *Id.* at 980-81.
- (26) *Id.* at 983-85.
- (27) *Id.* at 985-98.
- (28) *Id.* at 999.
- (29) グリフィンの指摘によれば、マーシャル首席裁判官及びフェデラリスト・ペーパー（*The Federalist*）を執筆したハミルトン（Alexander Hamilton）によつて擁護された「取消権」の内容は、私権剝奪や遡及法に対する異議に限定されてゐたものとすべし。See Stephen M. Griffin, *The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights in ARGUING MARBURY v. MADISON*, 108-10 (Mark V. Tushnet ed., 2005). また、同書に対する評釈として、斉藤愛「著書紹介 Marbury v. Madison 事件の尻をせぬ魅力」アメリカ法 [2006-2] 三二一頁以下（二〇〇七年）参照。
- (30) むしろ、起草者の世代にとつては、裁判所の判決を通じて法を変更するという考え方がほとんど想定され得ないことであつた。See *id.* at 111.
- (31) *Id.* at 112-13.
- (32) この問題については、かつて拙稿において論じたことがある。詳しくは、拙稿「アメリカ憲法理論における『法』と『政治』の相剋」阪大法学六三巻二号一九三頁以下（二〇一三年）参照
- (33) Griffin, *supra* note 29 at 114-15.
- (34) Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 18 (1958).
- (35) Griffin, *supra* note 29 at 115-17.

- (36) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).
- (37) City of Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).
- (38) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).
- (39) 積極的差別是正措置を巡る近年の連邦最高裁の動向、及びそこに至るまでの諸判決の整理としては、例えば、松井茂記「平等保護理論の展開とアフアーメティブ・アクション」[2009-]『アメリカ法二七頁以下(二〇〇九年)』参照。
- (40) See Stephen M. Griffin, *Judicial Supremacy and Equal Protection in A Democracy of Rights*, 4 U. Pa. J. CONST. L. 281, 282-83 (2002).
- (41) Id. at 287-89.
- (42) Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241.
- (43) Pub. L. No. 89-110, 79 Stat. 437.
- (44) Griffin, *supra* note 40 at 290-92.
- (45) Id. at 293-95.
- (46) この点に関して、シルバースタイン (Mark Silverstein) は、「一九九〇年代におけるウォーレン・コート革命までは、司法権の性質上、裁判官指名は有力な政治勢力によっての重要な出来事とならなかった。」と述べている。See MARK SILVERSTEIN, JUDICIAL CHOICES: THE NEW POLITICS OF SUPREME COURT CONFIRMATIONS 141 (1994). また、ウォーレン・コートからレーンキスト・コートに至るまでの、連邦最高裁と連邦政府指導部との相互の影響に関する、合衆国の司法政治学における議論に基づく詳細な考察として、見平典「司法積極主義の政治的構築——アメリカ連邦最高裁判所の積極主義の背景——」(一)、『(二)』、『(三)』(完)」法学論叢一六三巻二号一二四頁、同「一六三巻四号一二一頁、同「一六三巻五号一四九頁以下(二〇〇八年)」、同「『司法積極主義の政治的構築』とアメリカの司法発展——アメリカ憲法秩序の動態的把握に向けて——」(一)、『(二)』(完)」法学論叢一六五巻一号三八頁、同「一六五巻二号八三頁以下(二〇〇九年)」を参照。
- (47) Furan v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)
- (48) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- (49) Griffin, *supra* note 40 at 123-26.

- (50) See DAVID ALISTAIR YALOF, PURSUIT OF JUSTICES: PRESIDENTIAL POLITICS AND THE SELECTION OF SUPREME COURT NOMINEES 143-44 (1994).
- (51) Griffin, *supra* note 40 at 294-95.
- (52) Id. at 295-97.
- (53) この主張についての最も説得的な事例として、グリフィンがここで提示するのが、全米障害者差別禁止法 (Americans with Disabilities Act) の事例である。一九九〇年に制定された同法においては、当時約四三〇〇万人余りにのぼる、合衆国内における身体障害者あるいは精神障害者に対する差別が、「雇用、住居、住宅供給、教育、輸送機関、コミュニケーション、レクリエーション、組織化、福祉サービス、投票、公的サービスに対するアクセス」において継続されているという連邦議会の認識に基づいて、私人である雇用主や州及び地方政府による障害者に対する差別が禁止されていた。ここで注目しているのは、連邦最高裁においては、障害者は、平等保護条項の下での「疑わしき分類 (suspect class)」とはこれまで一度も認めておらず、従って彼らを差別する州並びに地方政府については全く憲法上の問題が存在していないということである。See id. at 285-86.
- (54) この点に関して、グリフィンの「権利の民主化」論は、サンステイン (Cass R. Sunstein) による、共和主義的熟議民主政観に基づく「司法ミニマリズム (judicial minimalism)」論との親和性を有するとも考えられる。サンステインの主張については、See Cass R. Sunstein, The Partial Constitution (1993). また、彼の「司法ミニマリズム」を詳細に検討した論考として、早瀬勝明「裁判所による憲法解釈と理論」阪大法学五一巻六号一五三頁以下 (二〇〇二年)、金澤孝「Cass R. Sunstein の司法ミニマリズムに関する一考察」(1)(4) 早稲田大学法学研究論集一〇九号二五頁、同一一〇号八一頁、同一一一号五一頁、同一一二号二九頁以下 (二〇〇四年) 参照。
- (55) 一九六〇年代を通じて、合衆国史上最もリベラルな立場を維持し続けたウォーレン・コートの首席裁判官であったウォーレンを指名したのは、共和党のアイゼンハワー (Dwight David Eisenhower) 大統領であった。だが、彼は後にウォーレン首席裁判官の指名に関して後悔の念を示していたと言われている。このように、任命権者の意図に反するかたちで、連邦最高裁の裁判官による判決傾向が展開されることの理論的検討については、拙稿「アメリカ連邦最高裁における『法』と『政治』の相剋」阪大法学六四巻二九九九頁以下 (二〇一四年) 参照。

- (56) Griffin, *supra* note 40 at 300-01.
- (57) See Reva B. Siegel, *Text in Context: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective*, 150 U. Pa. L. Rev. 297, 300-06 (2002).
- (58) Id. at 306-15.
- (59) ちなみに、「全米法曹協会」とは、裁判官、弁護士および法学教授等によって構成され、合衆国における社会の進展に伴う新たな立法案の提案を定期的に行うことを目的とした団体である。
- (60) LINDA GREENHOUSE & REVA B. SIEGEL, BEFORE ROE V. WADE 4-25 (2012). ちなみに、具体的に規制を緩和したのは、以下の11州であった：アーカンソー州、カリフォルニア州、コロラド州、デラウェア州、ジョージア州、カンザス州、メリーランド州、ミシシッピ州、ニュー・メキシコ州、ノース・カロライナ州、サウス・カロライナ州、ヴァージニア州。
- (61) Id. at 3-4.
- (62) Id. at 270-79.
- (63) Id. at 119-21.
- (64) Reva B. Siegel, *The Constitutionalization of Abortion*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 1058-62 (Michel Rosenfeld & András Sajó ed., 2012).
- (59) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
- (66) Roe v. Wade, 314 F. Supp. 1217, 1221-27 (N. o. Tex. 1970).
- (67) United States v. Vuitch, 402 U.S. 62 (1971).
- (68) Roe v. Wade, 314F. Supp. at 1253-56.
- (69) Id. at 1263-65.
- (70) Greenhouse & Siegel, *supra* note 60 at 207-10.
- (71) LINDA GREENHOUSE, BECOMING JUSTICE BLACKMUN 286-67 (2005).
- (72) See Robert Post & Reva B. Siegel *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, 42 HARV. C. R.-C. L. L. Rev. 373, 385-87 (2007).

- (73) 合衆国での公民権運動等における、こうした人民の「動員」による「憲法構築」の指摘については、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）二九六～九八頁も参照。
- (74) Post & Siegel, *supra* note 72 at 374-75.
- (75) See Tom Donnelly, *Making Popular Constitutionalism Work*, WIS. L. REV. 159, 184-85 (2012).
- (76) MICHAEL X. DELI CARPINI & SCOTT KEETER, WHAT AMERICANS KNOW ABOUT POLITICS AND WHY IN MATTERS 70-71 (1996).
- (77) 三谷晋「米国における法教育について」沖繩大地域研究二号一〇七～一〇八頁（二〇〇六年）。
- (78) See Mark C. Alexander, *Law-Related Education: Hope for Today's Students*, 20 OHIO N. U. REV. 57, 82-88 (1993).
- (79) *Id.* at 77-80.
- (80) 三谷・前掲註(77)一一一～一七頁。現在の合衆国におけるLREの転機となったのは、一九七八年に合衆国連邦司法省(Judicial Branch of the Federal Government)が、LREを行う民間団体に資金助成を開始したことである。
- (81) 具体的に、同法では、①防衛、②外交、③スパイ活動及び大量破壊兵器の密輸出入の防止、④テロ防止の四分野において、安全保障上の機密情報を漏らした者に対し、最長で一〇年の懲役を科すとともに（特秘法二四条一項）、情報を得たために公務員等に秘密を漏らすことを教唆した者に対しても最長で五年の懲役を科すことを規定している（同法二五条一項）。また、同法の秘密指定権限は一九の省庁が有しており（同法二条、指定期間は最長三〇年まで延長できる上に、「やむを得ない場合」には閣議決定によって最長六〇年までの秘密指定が可能となっている（同法四条）。
- (82) 同法における憲法上の問題点については、主なものとして、村井敏邦他編『特定秘密保護法とその先にあるもの』（日本評論社、二〇一四年）、海渡雄一他編『秘密保護法 何が問題か』（岩波書店、二〇一四年）、青井未帆『国家安全保障基本法批判』（岩波書店、二〇一四年）などを参照。
- (83) 実際に、二〇一四年一月一日日には、共産党・社民党等により「秘密保護法廃止法案」が、また、同年十一月八日には、当時の民主党と維新の党により「特定秘密保護法施行延期法案」が衆議院に提出されている。
- (84) 同法の違憲性を指摘する文献もまた枚挙に暇が無いが、主に、木村草太『集団的自衛権はなぜ違憲なのか』（晶文社、二〇一五年）、長谷部恭男編『検証・安保法制』（有斐閣、二〇一五年）、森英樹編『別冊法学セミナー新・総合特集シリーズ』

ズ7——安保関連法総批判——」（日本評論社、二〇一五年）等を参照。

(85) もっとも、宍戸常寿は、二〇〇〇年代に入ってから違憲判断の事例から最高裁の緩やかな変化を見出している。参照、宍戸常寿「最高裁と『違憲審査の活性化』」法律時報八二巻四号五七頁（二〇一〇年）。対して、棟居快行は、前述の在外邦人規定違憲判決に関して、同判決が選挙権一般の保障ではなく原告に対する投票についての地位確認に留まったことを理由として、あくまでも司法審査の領域が社会に対して限定されているといった意味での「小さな司法」の枠内における動きとして説明している。参照、棟居快行「最高裁は何処へ?——司法権の現状と将来——」憲法問題一九号六八頁（二〇一〇年）。

(86) この点に関して、わが国における憲法訴訟論のバイオニアである芦部信喜も、「議会にまかしておけば国民の権利・自由はほとんど守られるんだ、というような状態にはない」と国会の実状に対する不信感を露にしていた。参照、芦部信喜『司法のあり方と人権』（東京大学出版会、一九八三年）三一頁。

(87) わが国においても、周知の通り、いわゆる特定秘密保護法や安全保障関連法案の制定に対応して、「個人の自由と多様性を尊重し、立憲主義を擁護するリベラルな政治を求め、個人の尊厳が尊重される社会」に向けての政策提言を目的とした、ReDEMOS（代表はSEALDsの奥田愛基氏）と呼ばれる団体が設立された。参照、水上貴央「立憲民主主義促進法——ReDEMOSからの立法提言——」法学セミナー七二三号六～八頁（二〇一六年）。また、近時における、こうした反立憲主義ともいえるべき政治動向に関する簡潔な要約としては、横尾日出雄「今日の国政状況における憲法問題」中京ロージャーナル二三号三二～四二頁（二〇一五年）なども参照。